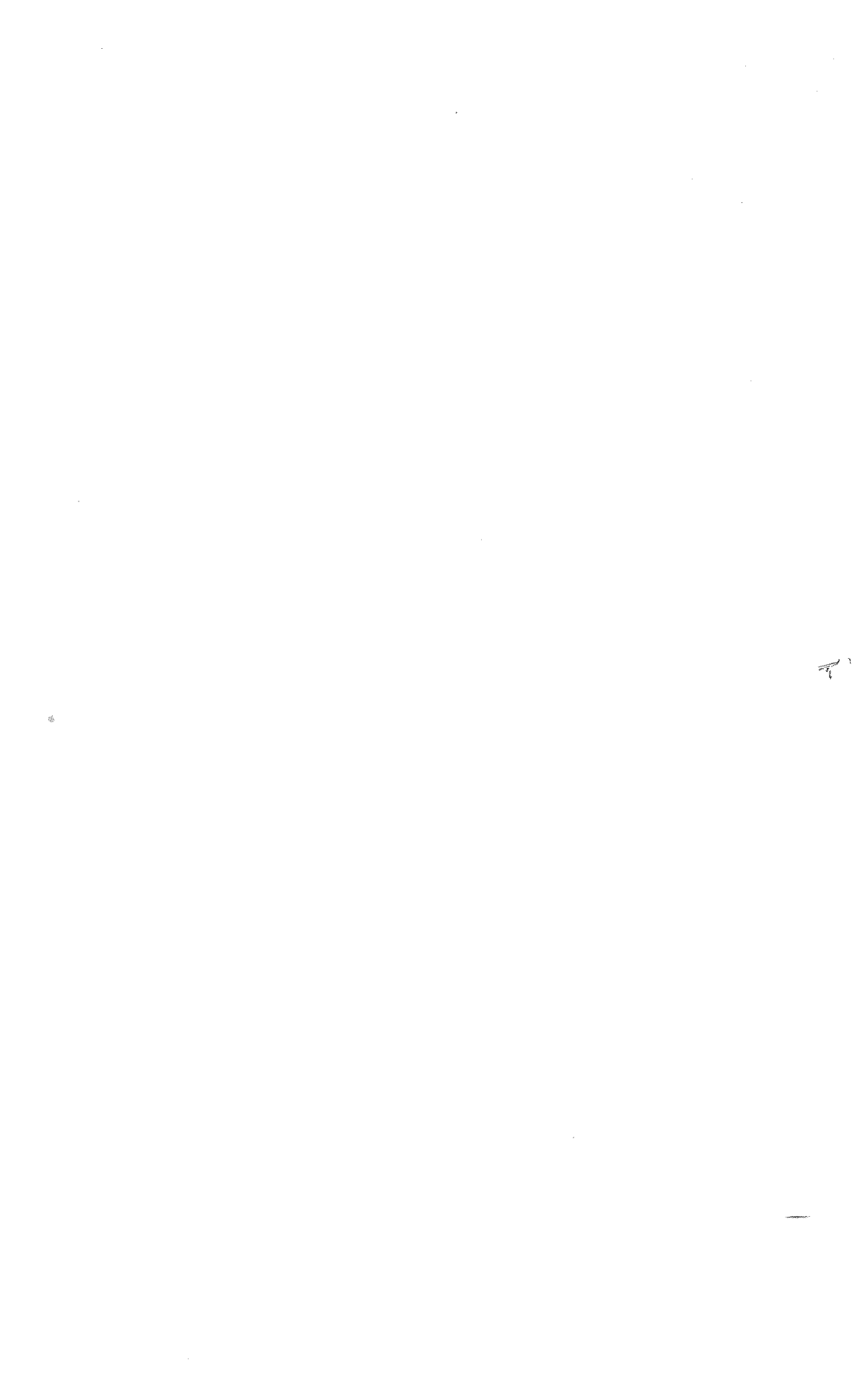


06  
12.60



جل

# المبادئ العامة للقانون

كتاب في تفسیر قواعد الفصول  
شماره ثبت: ۱۳۶۸۷  
۲/۵۹ ۱۵۳۴

القانون بوجه عام

النظرية العامة للقاعدة القانونية

النظرية العامة للحق

الدكتور حسن كبره

استاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة الكويت  
عميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة الكويت سابقاً

الطبعة السادسة

١٩٩٣

الناشر: **مكتبة** الانتفاخ  
الانتفاخ

جلال حبيب وشركاه

# كتاب القواعد الفقهية

مكتبة  
الشيخ  
الشيخ  
1301

والله اعلم بالصواب

في القواعد الفقهية

والله اعلم بالصواب

بسم الله الرحمن الرحيم  
الحمد لله رب العالمين  
والصلاة والسلام على سيدنا محمد  
الذي بعث في طيبتين من نبيين

فصل في القواعد

٧٨٨١

كتاب القواعد الفقهية  
الشيخ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ...

... وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ.....

... فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى...

صدق الله العظيم

1912

1912

1912

1912

1912

## المراجع

نثبت فيما يلي أهم المراجع العامة لهذا الكتاب . أملا المراجع الخاصة ، فنسوف نثبتها في موضعها الطبيعي بالنسبة الى كل موضوع من موضوعات الكتاب على حدة .

### ١ - المراجع العربية

- أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون ، ١٩٦٣ .
- أحمد صفوت - مقدمة القانون ، ١٩٢٤ .
- اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة لنحو ، ١٩٥٥ .
- برهام محمد عطا الله - مقدمة علم قواعد المعاملات - النظرية المسماة بنظرية الحق ، ١٩٦٧ .
- أساسيات القانون الوضعي ، مدخل الى الدراسات القانونية ، ١٩٦٨ .
- توفيق فرج - مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٠ .
- جميل الشرقاوى - دروس في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ .
- دروس في أصول القانون : ج ١ ، نظرية القانون ، ج ٢ ، نظرية الحق ، ١٩٦٦ .
- حسن كيره - أصول القانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٩ - ١٩٦٠ .
- الموجز في المدخل للقانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٣ .
- المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصرى ، ١٩٦٧ .
- مبادئ القانون وبخاصة القانون اللبناني ، ١٩٦٨ .

- سنيبان مرفس - المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ .
- شفيق سحانه - محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٩ .
- شمس الدين الوكيل - محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٤ .
- النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ .
- عبد الحى حجازى - مذكرات فى نظرية الحق ، ١٩٥١ .
- المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج ١ ، القانون ، ١٩٦٦ .
- عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو سنيت - اصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، ١٩٤١ .
- عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية القانون ، ١٩٥٤ - الطبعة الخامسة ، ١٩٦٦ .
- نظرية الحق ، ١٩٥٧ .
- عبد المنعم البدرأوى - المدخل للقانون الخاص ، ١٩٥٧ .
- النظرية العامة للقانون ، ١٩٧٠ .
- المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ .
- عبد انعم فرج الصدة - نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ، ١٩٥٠ .
- اصول القانون ، ١٩٦٦ .
- عدنان القوتلى - الوجيز فى الحقوق المدنية ، الجزء الاول ، ١٩٦٠ .
- محمد سامى مذكور - نظرية الحق ، ١٩٥٤ .
- محمد على امام - محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ .
- محمد على عرفة - مبادئ العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ .
- محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد ، الباب التمهيدى ، ١٩٥٤ .
- محمد كامل مرسى وسيد مصطفى - اصول القوانين ، ١٩٢٣ .
- محمود جمال الدين زكى - دروس فى نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ .
- منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية ، ج ١ ، نظرية القانون ، ج ٢ ، نظرية الحق ، ١٩٦٢ .
- هشام القاسم - المدخل الى علم الحقوق ، ١٩٦٥ .



٢ - المراجع الفرنسية

- Beudant (Ch.), Le droit individuel et l'Etat, 3e éd., 1920.
- Boistel, Cours de philosophie du droit, 2 vol. 1899.
- Capitant, (Henri), Introduction à l'étude du droit civil, 4ème éd., 1921.
- Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, 1939.
- Capitant, (H.), Colin et de La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11ème éd., 1947.
- Capitant (René), L'impératif juridique, thèse, Paris, 1928.
- Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, 1929.
- Le droit subjectif, 1952.
- Théorie générale du droit, 2ème éd., 1953.
- Darbellay, La règle juridique, 1945.
- Del Vecchio, Philosophie du droit, trad. française, 1953.
- Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, 1909.
- Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I. 3ème éd., 1927.
- Leçons de droit public général, 1926.
- Emmanuel, L'idée de droit, 1937.
- Le Fur, Les grands problèmes du droit, 1937.
- Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 1932.
- Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1914 - 1924.
- De la Gressaye et Laborde-Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, 1947.
- Haesaert, Théorie générale du droit, 1948.

- Levy - Ulmann, Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques, t. I, définition du droit, 1917.
- Marty et Raynaud, Droit civil, t. I, 1956.
- May, Introduction à la science du droit, 1932.
- Mazeaud, (H.L. et J.), Leçons de droit civil, t. I, 1956.
- Pasquier, Introduction à la théorie générale et la philosophie du droit, 3ème éd., 1948.
- Picard (Edmond), Le droit pur, 1903.
- Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1959.
- Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd. 1949.
- Le déclin du droit, 1949.
- Les forces créatrices du droit, 1955.
- Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. I, 1956.
- Roguin, La science juridique pure, 3 vol., 1923.
- Roubier, Théorie générale du droit, 1946.
- Droits subjectifs et situations juridiques, 1963.

٣ - المراجع الانجليزية

- Allen, Law in the making, 1946.
- Cairs, Legal philosophy from PLATO to HEGEL, 1949.
- Friedman, Legal theory.
- Gray, The nature and sources of the Law, 1948.
- Vinogradoff, Common-sense in Law, 1943.

## مقدمة

### ١ - اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته

الأصل ان اصطلاح « القانون » يطلق لفة على كل قاعدة أو قواعد مطردة يحمل اطوارها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ولذلك يكثر استعماله بهذا المدلول في شئون كثيرة مختلفة . فيقال مثلا « قانون الكون » ، ويراد به نظام الكون المستقر من دوران الكواكب ومسيرها وتعاقب الليل والنهار في الأرض . ويقال « قانون الجاذبية الأرضية » ، ويراد به القاعدة المستقرة التي تقضى بانجذاب الاجسام وسقوطها باطراد الى الأرض كلما أقيت في الفضاء . ويقال « قانون العرض والطلب » ، ويراد به القاعدة المستقرة في الاقتصاد من تأثر الأسعار والأجور باختلال التوازن بين العرض والطلب في السلع والخدمات .

غير أن اللغة القانونية استحوذت على هذا الاصطلاح ورصدته أساسا للدلالة بوجه عام على مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع . وبذلك يشمل اصطلاح « القانون » في هذا المدلول العام كل ما قد يوجد في الجماعة من قواعد تحكم سلوك الأفراد حكما ملزما بقصد اقامة نظام هذه الجماعة . واصطلاح القانون بهذا المدلول هو الذي يعيننا أصلا في هذا الكتاب .

ولذلك يكون من الواجب بداية التمييز بين هذا المدلول العام وبين مدلول آخر خاص لهذا الاصطلاح ، اذ كثيرا ما يطلق اصطلاح « القانون » على قواعد قانونية معينة هي التي تصدر عن السلطة التشريعية العادية . فيراد حينئذ بالقانون التعبير عن التشريع ، ولذلك يقال قانون الشهر العقاري

وقانون تنظيم الجامعات وقانون المحاماة ، ويراد بذلك التشريعات التي تحكم هذه المسائل .

ولكن التشريع - كما سيرد البيان - ليس هو المصدر الوحيد الذي يعطى للقواعد القانونية قوتها الملزمة في العمل ، أى ليس هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون بمعناه العام الواسع ، حتى تصدق التسوية بينهما في الاصطلاح . ولعل أهمية التشريع بين مصادر القانون هي التي بررت الترخّص في اطلاق اصطلاح « القانون » على التشريع ، ويسرت بذلك الخلط بين القانون ذاته كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع ، وبين أحد مصادره الرسمية الهامة وهو التشريع .

وإذا كان مثل هذا الخلط واجب الدفع لتفريق بين هذين المدلولين لاصطلاح « القانون » (١) ، وكان المدلول المقصود أصلاً والذي سوف نعينه في هذا الكتاب باطلاق هذا الاصطلاح هو المدلول العام الواسع الذي ينصرف الى مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع ، فيراعى أن هذا الاصطلاح يتولد منه اصطلاح آخر مركب للدلالة على أن هذه القواعد سائدة ومطبقة فعلاً في المجتمع ، هو اصطلاح « القانون الوضعي » *Le droit positif* وهو اصطلاح يتحدد بالزمان والمكان على السواء ، فيقال « القانون الوضعي المصري أو الفرنسي الحالي » مثلاً ، للدلالة على القانون السائد في مصر أو فرنسا في الآونة الحاضرة .

فالمقصود بصفة الوضعية التي تلحق قانون جماعة معينة في وقت معين ، هو توافر الصفة الإيجابية لقواعده عن طريق ما يصحبها ويؤيدها في التطبيق من اجبار مادي معين تملكه سلطة عامة في الجماعة (٢) .

---

(١) يراعى أن اللغة القانونية الفرنسية تستعمل اصطلاحين مختلفين للتعبير عن هذين المدلولين ، إذ تعبر عن المدلول العام الواسع باصطلاح *Le Droit* ، وعن المدلول الخاص الضيق باصطلاح *La Loi* .

(٢) لعل اللفظ الفرنسي في هذا الصدد أدق في التعبير من اللفظ العربي ، إذ لفظ *(positif)* يعنى فعال أو إيجابي بالمقابلة للفظ *(néгатif)* أى سلبى . أما اللفظ العربي «وضعي» ، =

## ٢ - تفرغ الحقوق عن القانون

إذا كان القانون يتصدى لحكم سلوك للأفراد فى المجتمع حكما ملزما ، فانه يعمل - أمام تشابك مصالح الأفراد وتعاضها فيما يقوم بينهم من علاقات - على تغليب بعض هذه المصالح على بعض ، ووضع أصحاب المصالح المقلبة فى مركز ممتاز بالنسبة الى غيرهم من الأفراد ، بحيث يثبت لهم حقوقا تخولهم الاستثناء بسلطات معينة تلتزم الكافة باحترامها .

فقد يخول لفرد من الأفراد الاستثناء بالتسلط على شىء من الأشياء باعطائه حق الملكية عليه ، فيضعه بذلك فى مركز ممتاز على غيره من الأفراد بما يثبت له من احتكار التسلط على هذا الشىء ، والتزام الكافة باحترام حقه فى هذا التسلط .

وقد يخول القانون لفرد من الأفراد سلطة اقتضاء عمل أو امتناع من جانب شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، فيثبت له بذلك حقا قبل هذا الشخص ، يجعله فى مركز ممتاز سواء بالنسبة الى الملتزم بالعمل أو الامتناع لقدرته على اقتضاء الوفاء منه بهذا الالتزام ، أو بالنسبة الى الكافة جميعا لانفراد دونهم قبل الملتزم بمثل هذه القدرة .

وبذلك تتفرغ الحقوق عن القانون . وتلك ظاهرة يمتاز بها القانون على الأخلاق كما سنرى ، اذ هو لا يقنع كالأخلاق بمجرد فرض التكاليف والواجبات على الأفراد ، بل يجاوز ذلك الى تقرير الحقوق لهم وهو ما لا تفعله الأخلاق . وبذلك تحتل الحقوق أهمية كبرى فى النظام القانونى .

---

فقد يدعى الى الظن بأن القانون الوضعى يقصد به القانون الذى يضعه الناس ويصدر عنهم ، وهو ما يشيع فهمه فى اللغة الجارية التى تجعل القانون الوضعى بهذا المعنى مقابلا للقانون السماوى الذى يضعه الله . ومثل هذا الظن غير صحيح فى الاصطلاح القانونى . فالمقصود بالقانون الوضعى كما سبق البيان ، القانون السائد والمطبق فعلا ، وذلك دون اعتبار لمصدر قواعده . فيعتبر قانونا وضعيا فى جماعة معينة كل ما يفتق فيها من قواعد قانونية ولو كان مصدرها سماويا . وهذا هو ما عليه الحال فى مصر ، حيث يعتبر الدين - وهو مصدر سماوى - المصدر الرسمى لبعض القواعد التى تحكم مسائل الأحوال الشخصية ، وبذلك تعتبر هذه القواعد الدينية السماوية جزءا من القانون الوضعى المصرى الحال .

### ٣ - خطة الكتاب

نستهدف في هذا الكتاب الوقوف على الأصول الكلية التي تحكم القانون ، وهو ما يقتضى دراسة القاعدة القانونية في ذاتها ودراسة ما يتفرع عنها من فكرة الحق . ولكن قد ينبغى التمهيد لذلك بكلمة عامة في القانون تعرف به وتبين خصائصه وأنواعه .

وبذلك نقسم الكتاب على النحو التالي :

باب تمهيدى - في القانون بوجه عام .

القسم الأول - في النظرية العامة للقاعدة القانونية .

القسم الثانى - في النظرية العامة للحق .

باب تمهیدی  
فی القانون بوجه عام





#### ٤ - عرض وتقسيم

ينبغي في صدد التمهيد لدراسة القانون الوقوف أولا على خصائصه الجوهرية التي تميزه عما قد يختلط به من نظم وقواعد أخرى مشابهة .

وإذا كان من أهم هذه الخصائص كون القانون قواعد ملزمة ، إلا أن ذلك لا يعنى انعدام سلطان ارادة الأفراد في مخالفة أى منها ، فالارادة تملك مثل هذه المخالفة في صدد طائفة معينة من القواعد القانونية هي طائفة القواعد المكتملة ، دون أن يطمئن ذلك فيما لهذه القواعد من قوة الزامية باعتبارها قواعد قانونية .

وإذا كان القانون يتعرض لموضوعات شتى ويتسع نطاقه لمختلف الروابط والعلاقات بين الأشخاص . فإن ذلك قد أتاح تقسيمه - بحسب هذا الاختلاف - الى قسمين كبيرين : القانون العام والقانون الخاص ، يقوم كل منهما على أسس ومبادئ مختلفة ، ويضم تحته أنواعا وفروعا شتى .

لذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول ثلاثة :

الفصل الأول - في خصائص القانون .

الفصل الثانى - فى مدى سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون .

الفصل الثالث - فى أقسام القانون وفروعه .

## الفصل الأول

### خصائص القانون

#### هـ - الحاجة الى القانون

لعل من الحقائق المسلمة التي لم تعد اليوم محل جسدل أو خلاف أن الانسان كائن اجتماعي بفطرته وطبيعته لا يستطيع أن يعتزل الناس ليعيش وحيدا لأنه أعجز بمفرده عن الكفاء بنفسه أو الوفاء بمختلف حاجاته ، فهو كائن مستطيع بغيره أو على الأصح بالاشتراك مع غيره ، ولذلك يعيش دائما في مجتمع من الناس . غير أن المجتمع لا يستقيم أمره الا اذا استوى على سنن بينة ينزل الناس جميعا عند حكمها - ذلك أن وجود المجتمع يستتبع حتما وجود علاقات عديدة بين أفراده ، علاقات عائلية أو اقتصادية أو سياسية ، وهي علاقات لا يمكن أن تترك فوضى ينظمها كل فرد وفق رغبته ومشيته ، والاحقت قولة الفيلسوف الفرنسي « بسويه » Bossuet : « حيث يملك الكل فعل ما يشاءون ، لا يملك أحد فعل ما يشاء ، وحيث لا سيد فالكل سيد ، وحيث الكل سيد فالكل عبيد(١) » .

وتلك حال لا يتصور أن تكون ، وان كانت فيى لا تدوم ، اذ ينتهى الأمر الى أن يكون الحكم للقوة تقضى فى الضعفاء بما تشاء . . . ومن هنا كان لابد للمجتمع من نظام يحكم نشاط الأفراد وما يستتبعه بينهم من علاقات ،

(١) Bossuet, cité par Chevallier, Les granres oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, p. 74.

أى من قواعد موضوعة ابتداء يستهدى بها الأفراد فى تعرف سلوكهم ويلتزمون أو يلزمون باحترامها ، وهى قواعد تهدف الى اقامة التوازن بين عديد الحريات المتعارضة ومختلف المصالح المتضاربة محققة بذلك النظام والاستقرار والمدل فى المعاملات .

## ٦ - تعريف القانون واستخلاص خصائصه

تلك هى فكرة القانون فى نشأتها وبساطتها : انسان لا يعيش الا فى مجتمع ، ومجتمع لا يقوم الا على نظام ، ونظام لا يستوى الا على قواعد أمره ملزمة بحمل الأفراد على طاعتها بما تملك الجماعة من سلطة القهر والاجبار .

فهناك تلازم اذن بين القانون والمجتمع من ناحية ، اذ لا يوجد مجتمع دون قانون ويوجد القانون لاقامة نظام فى المجتمع . وهناك تلازم بين القانون والجزء من ناحية أخرى ، فلا يكفل احترام القانون الا بأخذ الأفراد باحترامه جبرا على المخالف منهم ، وهو جبر لا يتاح بشكله المادى المنظم الا لسلطة عليا فى الجماعة يكون لها احتكار القوة المادية واحتباسها بين يديها .

فالقانون اذن هو مجموع القواعد التى تقيم نظام المجتمع فتحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيه ، والتى تناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة فى المجتمع من قوة الجبر والالزام (١) .

ومن هذا التعريف بالقانون ، يمكن أن نستخلص أربع خصائص جوهرية له : فهو يتضمن أولا قواعد سلوك . وهذه القواعد - ككل القواعد - تتوافر لها صفة العموم والتجريد . وهو يفترض كذلك وجود مجتمع ياتمر أفراد به هذه القواعد ، فقواعده اذن اجتماعية . وهو يتضمن أخيرا جزءا ماديا منظما يكفل احترام هذه القواعد مما يجعلها قواعد ملزمة . فنعرض لكل من هذه الخصائص فى مبحث على حدة .

(١) أنظر مع ذلك فى مختلف تعريفات القانون ومناقشتها : Lévy-Ulmann, *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, T. I, La définition du droit, 1917. — Bonnacase, *Introuction à l'étude du droit*, 3ème éd., 1939, Nos. 1 — 9. — Haesaert, *Théorie générale du droit*, pp. 73 - 110.

## المبحث الأول

### القانون مجموعة قواعد سلوك

#### Règles de conduite

#### ٧ - القواعد التقريرية والقواعد التقويية

قلنا ان اصطلاح « القانون » اذا اطلق في اللغة الجارية أريد به التعبير عن قاعدة مطردة يحمل اطرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ومن هنا يقال مثلا ، كما رأينا ، قانون الكون ، أو يقال قانون الجاذبية الأرضية ، أو يقال ان الماء يخضع لقانون الغليان بمعنى أن تسخينه الى درجة المائة يؤدي دائما وحتما الى غليانه . والقانون بهذا المعنى انما يضع قاعدة تقريرية ، أي قاعدة مقررة للواقع كما هو ، بمقتضاها تتحقق دائما أمثال تلك الظواهر حتميا اذا توافرت أسبابها ومقدماتها ، دون أن يتصور ورود أي استثناء على ذلك . اذ ورود هذا الاستثناء معناه أن القانون خاطيء لم يبصر بالواقع كله بصرا صحيحا شاملا(١) ، ذلك أنه لا يضع قاعدة لا ينبغي أن يكون بل لا هو كائن فعلا ، ومن هنا كان خضوعه للواقع دون خضوع الواقع له .

بينما القانون بالمعنى الذي نقصده من دراستنا انما يضع قواعد سلوك أي قواعد تقويية لا تقريرية ، لأنه يضع قواعد بما ينبغي أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع لا قواعد بما عليه فعلا هذا السلوك . وهو يصوغ هذه القواعد وفق مثل وقيم عليا يستهدفها ، ثم يتجه بها الى الأفراد في صورة أمر أو تكليف واجب طاعته بأن يحاذوا مسلكهم عليها . فالواقع هنا - أي سلوك الأفراد - هو الذي يخضع للقانون فيعمل على مسايرة قواعده ، وليس القانون هو الذي يخضع للواقع فيسايره بأن يشكل نفسه حسب ما عليه سلوك الأفراد فعلا .

ولذلك قلنا ان القانون - على خلاف الظواهر الطبيعية - انما يضع

قواعد تقويمية لا تقريرية ، لأنه لا يقر مثلها الواقع كما هو ، بل يقوم بتقديره وتقويمه وفق المثل التي يستهدفها بما يعين الواجب في شأنه (١) .

## ٨ - القانون يفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف

رأينا أن القانون - على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية - إنما يضع قواعد تقويمية أي قواعد بالسلوك الواجب على الأفراد . ولكنه لا يتوجه بهذه القواعد على سبيل النصح أو الترغيب ، وإنما يفرضها فرضا على سبيل الأمر أو التكليف .

وفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف لازمة من لوازم القانون لا يتصور وجوده دونها . لأن القانون إنما يستهدف إقامة النظام في المجتمع ، وهو ما يتهدده حتما حمل السلوك الواجب محمل النصح ، إذ يكون للأفراد حينئذ حرية مخالفته . من أجل ذلك ، كان القانون دائما قائما بفرض ما يراه من سلوك واجب فرضا يحمل معنى الزام الأفراد بالخضوع له . وهو في ذلك يختلف عن الأخلاق التي قد تقوم في بعض الأحوال - إلى جنب ما تفرضه من أوامر وتكاليف - ببيان بعض ما تراه واجبا من سلوك ولكن على سبيل الندب والترغيب للوصول إلى سمو نفسي أكمل (٢) .

وإذا كان القانون في جوهره يتضمن تكليفا بالسلوك الواجب ، فإن وجود مثل هذا التكليف يكون صريحا واضحا حيث ترد القاعدة القانونية في صورة الأمر أو النهي . غير أن التكليف قد لا يتخذ مثل هذه الصورة الواضحة مما يثير الشك في أمر توافره ، ولكنه متوافر رغم ذلك حتما في كل قاعدة قانونية .

فقد يخفي التكليف لأول وهلة في بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المقررة Règles dispositives » وهي القواعد التي لا تأمر بشيء أو تنهى عن شيء وإنما تقتصر على بيان حكم من الأحكام كالقاعدة التي

(١) أنظر في التفرقة بين القانون وقوانين الظواهر الطبيعية :

René Capitant, *L'illicite*, thèse, Paris, 1928, pp. 1 - 5 et s. — Dabin, *Théorie générale du droit*, 1953, No. 43.

Dabin, op. cit., No. 47. (٢)

تقرر أن الحيابة فى المنقول سند الحائز ، أو القاعدة التى تحدد الوطن بمحل إقامة الشخص المعتادة أو بالمركز الرئيسى لأعماله ، أو تلك التى تثبت اختصاصا معيناً لجهة أو هيئة معينة .

غير أن هذه القواعد ، وإن كان التكليف فيها غير صريح الصورة ، تتضمن فى الواقع أمراً أو تكليفاً إلى الكافة أو إلى شخص أو هيئة معينة باحترام أحكامها والتزام سلوك معين فيما يوجد من علاقات أو روابط قانونية . فالقاعدة التى تقرر أن الحيابة فى المنقول سند الحائز ، تتضمن أمراً إلى الكافة بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية . والقاعدة التى تقرر أن موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة تتضمن أمراً إلى الكافة بتوجيه الأوراق القضائية مثلاً إليه فى هذا المحل . والقاعدة التى تثبت الاختصاص لجهة أو هيئة معينة ، تتضمن تكليفاً إلى هذه الهيئة بالعمل فى حدود هذا الاختصاص وعدم تخطيه ، بما يمنع غيرها من مزاحمتها أو مشاركتها فيه ، وتتضمن كذلك أمراً إلى الكافة بالخضوع لهذا الاختصاص والتزام ما يصدر عنه من أوامر أو قرارات .

وقد يخفى التكليف كذلك بشأن بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المفسرة أو المكملة » ( Règles interprétatives ou supplétives ) وهى التى تسرى فى حال عدم اتفاق الأفراد على خلافها . ولكنها تتضمن هى الأخرى تكليفاً كذلك ، وإن يكن هذا التكليف لا يتوجه إلا إلى طائفة من الأفراد هى تلك التى تنصرف إرادتهم عن مخالفتها (١) .

## المبحث الثانى

### القانون مجموعة قواعد عامة مجردة

#### Règles générales et abstraites

### ٩ - التكليف القانونى تكليف عام مجرد

القانون باعتباره مجموعة قواعد تضع نظاماً للمجتمع ، وباعتباره قواعد سلوك أى تكليفاً بأمر أو مسلك معين ينبغى اتباعه ، إنما يسبق فى وجوده

(١) أنظر فى تفصيل ذلك ما سيرد فى الفصل الثانى من الباب التمهيدى ، وهو الخاص-

بمدى سلطان إرادة الأفراد إزاء القانون .

ما يواجه من فروض يخضعها لحكمه . ومن هنا لم يكن من المتصور أن يتيسر حصر كل ما قد يعرض في المستقبل من مختلف الفروض والحالات الفردية غير المتناهية ، ووضع قاعدة أمره بشأن كل حالة على حدتها ينصرف التكليف فيها إلى شخص معين بذاته . فالنظام والاستقرار - وهو ما يستهدف القانون إقامته - يقضى بتحقيق المساواة بين الأفراد ، وهذه المساواة لا يتيسر إقامتها ابتداء الا على أساس الوضع الغالب في الحياة الاجتماعية ، وهو ما يحتم أن يؤخذ التكليف المتوجه إلى الأفراد بمعيار موضوعي لا شخصي ، أي بلجاً فيه إلى تجريد تكون العبرة فيه بعموم الصفة لا بتخصيص الذات .

فالتكليف الذي يتضمنه القانون اذن لا يمكن أن يكون الا تكليفا عاما مجردا يتوجه إلى كل من تتوافر فيه صفة بعينها لا إلى شخص بعينه ، ويواجه كل واقعة تتوافر فيها شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها ، ومن هنا جاء ما يتميز به القانون من تواتر التطبيق واطراده كلما توافرت الصفة المطلوبة في فرد أيا كان أو اجتمعت الشروط المعينة لواقعة أيا كانت .

فالعموم والتجريد اللذان يتميز بهما القانون بصدقان في حق الأشخاص المخاطبين بما يتضمن من تكليف ، كما يصدقان في حق الوقائع أو الروابط التي ينصرف إلى تنظيمها هذا التكليف . وبعبارة أخرى فالقواعد القانونية تتميز بالعموم والتجريد - وهما وجهان لحصية واحدة - بالنسبة إلى أشخاصها وإلى موضوعها على حد سواء .

والقانون باعتباره تكليفا عاما مجردا لا يستنفده - على خلاف التكليف الخاص كما سنرى - تطبيق ما على شخص معين أو واقعة معينة ، ولذلك فهو يكتسب صفة الدوام ، بمعنى أنه لا يقتصر على الحال بل يمتد كذلك إلى الاستقبال ، فيترصد دائما بصفة الشخص أو نوع الواقعة ، وهو ما يتسع لعدد غير محدود أو محصور من الحالات .

فقانون كقانون الخدمة العسكرية ، يضع قاعدة قانونية لأن التكليف فيه تكليف عام مجرد يتوجه إلى كل من تتوافر فيه في الحال أو الاستقبال صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والقدرة البدنية ، بينما لا يعتبر القرار الصادر

بدعوة شخص معين للخدمة العسكرية قاعدة قانونية لأنه إنما يتوجه الى شخص معين بالذات .

والقاعدة التي تنص على أن الخطأ الذي ينتج عنه ضرر للغير يلزم صاحبه بالتعويض هي قاعدة قانونية لأنها عامة مجردة تنطبق على كل فعل ضار متى توافرت فيه صفة الخطأ ، بينما الحكم القضائي الصادر بالزام طبيب معين بأداء مبلغ ألف جنيه مصرى على سبيل التعويض الى مريض معين ، نتيجة خطئه خطأ جسيماً فى العلاج مما ترتب عليه الاضرار بهذا المريض ، لا يعد هذا الحكم متضمناً لقاعدة قانونية ، لأنه إنما يواجه حالة بخصوصها ، فيتوجه بمجرد تكليف خاص لا يخاطب الا فرداً معيناً بذاته ، هو ذلك الطبيب المقامة عليه الدعوى .

والقرار الصادر بتعيين شخص معين فى وظيفة عامة معينة لا يضع قاعدة قانونية لأنه إنما يخص شخصاً معيناً بالذات ، بينما يضع القانون المتعلق بشروط التوظيف قواعد قانونية لأنه عام لا يواجه ذوات معينة بل صفات مجردة .

وليس يعنى أن القانون يضع قاعدة عامة أنه يسرى فى حق الناس كافة ، فهو قد ينصرف الى طائفة محدودة من الناس دون أن يطعن ذلك فيما له من صفة العموم والتجريد ، ما دامت هذه الطائفة متعينة بصفات من يدخل فيها من أشخاص لا بدواتهم . فقانون السلطة القضائية مثلاً يضع قواعد قانونية تسرى على طائفة القضاة وهم طائفة محدودة من الناس ، وهى على رغم ذلك قواعد قانونية بالمعنى الذى أوضحناه لأنها تخاطب كل من تتوافر فيه صفة معينة هي صفة ولاية القضاء .

فالعبارة اذن ليست بعدد من تتوجه اليه القاعدة - قل أو أكثر - وإنما بصفة من تتوجه اليه . فقد تتوجه القاعدة القانونية الى شخص واحد ورغم ذلك تظل قاعدة عامة مجردة ، لأنها تتوجه الى صفة معينة لا الى شخص معين ، كالقواعد الخاصة بتحديد سلطات رئيس الدولة الدستورية التي لا تتوجه الى رئيس معين بذاته ، بل تتوجه الى كل من يشغل فى الحاضر أو المستقبل رئاسة الدولة .



وينبني على ما تقدم أن التكليف العام المجرد الذي يتضمنه القسانون يفترق عن التكليف الخاص الذي يتوجه الى شخص معين بذاته أو بحكم رابطة أو واقعة معينة بذاتها ، والذي يتلاشى وينقضى اثره بتطبيقه على هذا الشخص أو تلك الواقعة ، كما هو الشأن بالنسبة للتكليف الذي يتضمنه حكم قضائي أو أمر اداري أو عقد من العقود . فهذا التكليف الخاص لا يعدو أن يكون أمرا خاصا لا يرتفع الى مرتبة القاعدة القانونية لأن صفة العموم والتجريد فيه مفقودة ، فهو يتوجه الى شخص معين بذاته لا بصفته ، فيسرى في حقه وحده دون غيره من الناس ، أو بحكم واقعة معينة بذاتها ، فينطبق عليها وحدها دون غيرها من الوقائع .

ومن هنا ، فالقول بأن في هذا التكليف الخاص قاعدة قانونية فردية - كما يذهب الى ذلك بعض فقهاء القانون العام بخاصة (١) - لا يمكن التسليم به . فالقاعدة بطبيعتها عامة ، وهذه القواعد الفردية المدعاة - فضلا عن ذلك - لا تعدو أن تكون تطبيقا لقاعدة قانونية سابقة تنصف بصفة العموم والتجريد ، فلا حاجة - مع وجودها - الى اسباغ صفة القاعدة القانونية على ما قد يكون لها من تطبيق فردي أو شخصي (٢) .

### المبحث الثالث

#### القانون مجموعة قواعد اجتماعية

#### Règles sociales

#### ١٠ - بيئة القانون الاجتماعية (٣)

قلنا ان القانون يضع قواعد سلوك ياتمر بها الأفراد ، والأفراد - كما

(١) Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, 1926, p. 259. — Sené Capitant, thèse précitée, pp. 58 - 60, 154 - 156.

(٢) انظر في مناقشة ورفض القول بوجود قواعد قانونية فردية : Dabin, op. cit., Nos. 56, 57. — Marty et Raynaud, Droit civil, t. 1, 1956, No. 123.

وكتابتنا « أصول القانون » ، ١٩٥٩/١٩٦٠ ، فقرة ٤٠ ، ص ٢٩ ، ٣٠ .  
(٣) انظر في ذلك

رأينا - لا يمكن أن يعيشوا الا في مجتمع ، فكان القانون اذن انما يفترض وجود بيئة اجتماعية .

والمقصود بالمجتمع أو البيئة الاجتماعية هنا ، ليس تجمع أفراد من الناس - قلوبا أو كثرورا - في بقعة من الأرض معينة ، دون هدف واحد يربطهم ويجمع بينهم وانما هو شركة يجمع أعضاها التضامن لتحقيق ما بينهم من صالح مشترك . ولا مناص لهذا المجتمع من أن يكون له نظام تتوزع قواعده تحديد التعاون بين الشركاء وكفالة دوامه لتحقيق الغاية المشتركة . وهو ما يقتضى وجود سلطة تكون لها السيادة على أفراد المجتمع بما يمكنها من فرض كلمة القانون . ولذلك فالقانون يوجد في مجتمع سياسى منظم يخضع أفراده لسيادة سلطة عامة تملك عندهم حق الجبر والقهر .

ولئن كانت الدولة هي الشكل الواضح اليوم لمثل هذا المجتمع السياسى المنظم ، الا أن ذلك لا يعنى أن الدولة هي الشكل الوحيد لبيئة القانون ، فقد يوجد القانون في مجتمع لا تتوافر له عناصر الدولة أو شكلها ، ما دامت ثمة سلطة تمتلك حق السيادة والى اجبار فيه . ولذلك كان القانون أسبق في الوجود تاريخيا من الدولة ، ولم يصل الى بيئتها حيث التنظيم السياسى الكامل الا بعد أن مر طوال أحقاب طويلة ببيئات مختلفة تتدرج نحو هذا التنظيم . فقد بدأ المجتمع في نطاق محدود هو الأسرة البدائية أو القبيلة في القديم ، ثم تطور الى الاقطاعية في العصور الوسطى ، وانتهى فى عصرنا هذا الى أن ينحصر فى الوطن أو الدولة ، ولعل هذه المرحلة ليست نهاية مراحلها ، اذ يبقى أن يكون العالم مجتمعا واحدا .

وإذا كان القانون ينشأ فى بيئة اجتماعية ، فانه لابد متأثر بها متطور معها فى تقدمها ، ولذلك كان اختلافه من بيئة الى أخرى بحسب اختلاف الظروف والحياة فيها .

= Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, normes et technique, 1950, p. 49. — Roubier, Théorie générale du droit, 1946, pp. 23, 24. — Del Vecchio Philosophie du droit, 1933, pp. 346 - 377.

## ١١ - القانون والعلوم الاجتماعية

القانون ، بوصفه مجموعة قواعد تستهدف إقامة نظام اجتماعي عن طريق حكم سلوك الأفراد في المجتمع ، يدخل في نطاق العلوم الاجتماعية .  
ومن هنا كانت صلاته بها واعتماده عليها في إقامة قواعده .

فهو يتصل بعلم السياسة حين يضح قواعد النظام السياسي في المجتمع ، فيحدد شكل الحكم وتوزع السلطات العامة وتعاونها .

وهو يتصل بعلم الاجتماع ، إذ يعتمد عليه في تعرف الحقائق الاجتماعية كما هي حية في المجتمع ، ولذلك كان القانون مدينا لعلم الاجتماع بكثير من المواد الأولية التي يصوغ منها نسيجه .

وهو يتصل بالتاريخ ليقف على الأنظمة القانونية السابقة ومدى نجاحها العمل في التطبيق ، فيستهدى في وضع قواعده بمثل هذه التجارب التاريخية النافعة .

وهو يتصل بالاقتصاد السياسي حين يعرض لتنظيم الروابط الاقتصادية المختلفة . والتأثر المتبادل بينهما وثيق كما سنرى ، حيث نجد في مقابلة فكرة العدل الخاص أو النزعة الفردية في القانون مذهب « الاقتصاد الحر » ، وفي مقابلة فكرة العدل العام أو النزعة الاجتماعية في القانون مذهب « الاقتصاد المدار » ، وبذلك يتراوح الأمر في القانون وفي الاقتصاد السياسي بين مبدأ حرية الفرد ومبدأ سيطرة الجماعة . وإذا كان القانون يعتمد على كثير من العوامل الاقتصادية ، فإن ذلك لا يعني أنه محكوم بالاقتصاد وحده ، فسنرى أن الاقتصاد ليس الا مجرد عامل ضمن عوامل أخرى كثيرة تدخل في تكوين القانون (١) .

## ١٢ - القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى

القانون باعتباره مقيما لنظام اجتماعي يتغلغل في الحياة الاجتماعية ويوغل فيها حتى يكاد ينبسط نطاقه على أكثر مظاهرها ومعالها ، بل انه مائل

(١) أنظر ما سيرد به عند الكلام في المنصر الواقعي في تكوين القاعدة القانونية .

حاضر في أكثر مظاهر النشاط اليومي بحكم ما يصدر عنها من تصرفات تبدو مع التكرار آلية كثرها الجرائد والحاجات المنزلية وهو ما يكون بينا ، وكر كوب الترام والاختلاف الى دور السيئنا وهو ما يكون ايجارا .  
غير أن القانون وان كان يسيطر على أكثر مظاهر الحياة الاجتماعية ، فليست قواعده بالوحيدة - وان تكن في الطبيعة - بين القواعد التي تنظم الحياة في المجتمع ، مما يقتضى التمييز بينها بوضوح على النحو التالي :

### (١) القانون وقواعد العادات والمجاملات والتقاليد

توجد في كل مجتمع قواعد يتواضع الناس على اتباعها في علاقاتهم وصلاتهم اليومية ، أو يجرى بها التقليد بينهم في مظهرهم وملبسهم . فثم قواعد تقضى بها المجاملات ويحتمها حسن التهذيب والتمدين ، كالسلام والتحية عند اللقاء ، والعزاء والمواساة في الكوارث أو الموت ، والتهنئة في الحير . وثم قواعد تقضى بها العادات والتقاليد في شأن اللبس أو المظهر ، تتفاوت وتختلف باختلاف المناسبات ، وباختلاف الأفراد الى رجال ونساء .  
فكل هذه القواعد وأمثالها قواعد ياتمر بها سلوك الأفراد في المجتمع بل ويعداها هؤلاء الأفراد ملزمة لهم بحيث يستنكرون الخروج عليها ، ومن هنا كانت هذه القواعد قواعد اجتماعية يقوم على كفالة احترامها جزء معين وهو استنكار الناس .

ولذلك قد يقال ان الاختلاف في الجزاء يصلح معيارا للتفرقة بين قواعد القانون وقواعد المجاملات والتقاليد ، اذ بينما يقتصر الجزاء في الثانية على مجرد استنكار الناس ، يكون الجزاء في الأولى هو ذلك الاجبار الذي تحتكر السلطة العامة في الجماعة حق توقيمه على المخالف .

ولكن يبقى التساؤل عن سبب هذا الاختلاف في الجزاء . وليس بمصالح القول برد ذلك الى اختلاف الموضوع بين هذين النوعين من القواعد ، اذ لا تحد حدود منضبطة تفصلا بين موضعيهما فهما متداخلان متشابكان . ولذلك لا يكون من العسر أو الغريب تحول بعض قواعد المجاملات والتقاليد الى قواعد قانونية . فمن المتصور تدخل القانون ليفرض زيا معيناً على الناس ،

أو ليأمر بإطلاق النحي أو حلقتها أو باطالة أثواب النساء أو تقصيرها .  
فما هو المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه اذن للترقية بين قواعد القانون  
وبين قواعد المجاملات والتقاليد ؟ • لعل خير معيار في هذا الصدد هو تفاوت  
المصالح - الذي يقوم على أساس تحقيقها هذان النوعان من القواعد - في  
قدرها وأهميتها للنظام والاستقرار في المجتمع • فالقيم التي تفصل على  
اقرارها قواعد العادات والتقاليد والمجاملات أضعف أثرا في اقامة النظام  
الاجتماعي من تلك التي يعمل القانون على اقرارها ، ولذلك لا تحتاج كفاليتها  
الى اجبار مادي جماعي بل يكفي في شأنها مجرد الاستنكار العام (١) .

## (٢) القانون والأخلاق (٢) :

اذا كان القانون والأخلاق لم تتحدد معالم التفرقة بينهما بشكل واضح  
الا منذ القرن الثامن عشر (٣) ، الا أن هذه التفرقة المستقرة اليوم ما زالت  
تختلف فيها السبل وتباين بشأنها المعايير • وقد يتيح لنا الوقوف عندما  
يميز القانون من كونه يستهدف اقامة نظام اجتماعي ، سبيلا الى اقامة  
التفرقة بينهما على أساس سليم •

١ - نطاق القانون والأخلاق : اذا كانت التفرقة مستقرة اليوم بين

(١) أنظر :

Esmein (P.), La place du droit dans la vie sociale, dans l'ouvrage collectif  
d'introduction à l'étude du droit, t. I, 1951, pp. 111 - 113.

(٢) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 5, pp. 33 - 42. — Réglade, op. cit., pp. 43 - 52. —  
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 37. — Ripert, La règle morale  
dans les obligations civiles, Nos. 14 - 18, 206, 208. — Draghicescu,  
Droit, morale et religion, Archives de philosophie du droit et de so-  
ciologie juridique, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 229 - 245. — Le Fur, Les ca-  
ractères essentiels de droit en comparaison avec les autres règles de  
la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 3 - 4, pp. 7 - 27. —  
Esmein, article précité, pp. 119 - 127.

وكتابنا « أصول القانون » فقرة ١٦ ، ص ٣٧ - ٤٦ •

(٣) أنظر في تاريخ التفرقة بين القانون والأخلاق :

Del Vecchio, Philosophie de droit, 1950, pp. 272 - 275. — Roubier, op. cit.,  
No. 5, pp. 32 - 38.

وكتابنا سالف الذكر ، هامش « ٢ » ص ٣٧ و ٣٨ •

القانون والأخلاق ، فإن القانون مع ذلك يلتقى مع الأخلاق في كثير من قواعدها ، كتلك التي تحرم الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، أو التي تدعو إلى الوفاء بالعهود ، أو التي تحرم الأثراء بغير سبب مشروع . ولكن دون أن يجر هذا الالتقاء إلى اختلاط القانون بالأخلاق ، إذ يظل لكل منهما نطاقه وغايته .

فكثيرا ما ينسبط سلطان القانون على ما تنفض الأخلاق يدها منه لأنه مما تقتضيه ضرورات الحياة في الجماعة دون أن يثير مسألة أخلاقية ، كت تنظيم المرور في الطرق العسامة ، وتحديد مواعيد اللطعن في الأحكام ، واشتراط الرسمية في بعض التصرفات ، فهذه أمور تنظيمية بحت تحتجها فكرة النفع الاجتماعي . ويقابل ذلك أن القانون يقصر بدوره عن تناول كل ما تقضى به الأخلاق ، فهو لا يهتم في الأصل بما قد تأمر به من بعض الفضائل كالصدق والشجاعة والشهامة والترفع عن الزلفي والتفاق .

وبذلك يتضح أن النطاق ، إذا كان يتداخل بين القانون والأخلاق حيناً ، إلا أنه يتباعد أحيانا : فهو تارة ينسبط في القانون عنه في الأخلاق ، وتارة أخرى يتسع في الأخلاق عنه في القانون .

٢ - معيار التفرقة بين القانون والأخلاق : إذا كانت التفرقة مسلمة اليوم بين القانون والأخلاق ، فإن ذلك لم يمنع الفلاسفة والنقهاء من الاختلاف حول معيارها اختلافا كبيرا .

فبعض الفقهاء يرون هذا المعيار في اقتصار الأخلاق على حكم الحياة الباطنة في الضمير التي ما زالت في النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج إلى الوجود بعد في صورة أفعال ، واقتصار القانون على المحسوس من الأفعال دون الوقوف عندما يستتر وراءها في الضمير من دوافع خفية (١) .

ولكن الواقع أن الأخلاق ، وإن كانت تعنى في الأصل بمحض المقاصد والنوايا الباطنة ، فهي لا تقتصر على ذلك ، بل تمتد أيضا إلى كثير من الأفعال

(١) انظر في ذلك :

Kant, voir Roubier, op. cit., pp. 35, 36. — Cornil, Le droit privé, 1924, p. 5.

المحارجية المحسوسة . وآية ذلك أن الأخلاق لا تقتصر على بيان واجبات الفرد قبل ربه وواجباته قبل نفسه فحسب ، ولكنها تجاوز ذلك الى بيان واجباته قبل غيره من الأفراد(١) ، وهو ما يتناول عالم النية وعالم المحسوس من الأفعال على حد سواء .

وكذلك القانون ، فانه ان كان في الأصل يحكم ما يخرج الى الوجود من أفعال ، فهو لا يفقل عما يستخفى وراء هذه الأفعال في النفس من دوافع(٢) ، وفي نظرية التعسف في استعمال الحق وفي سبب العقد خير دليل على ذلك . فالمالك الذي يقيم على حدود ملكه سورا يرتفع ارتفاعا شاهقا يحجب الضوء والهواء عن ملك الجار يؤمر بهدم السور الى الحد المعقول اذا ثبت أن نيته لم تصرف الا الى الاضرار بالجار دون نفع ظاهر لنفسه ، اذ تؤخذ نية الاضرار المتمحضة عنده دليلا على تعسفه في استعمال حقه في الملكية . واستئجار منزل بقصد ادارته للدعارة يبطل الايجار ، لأن الباعث على التعاقد أمر مخالف للآداب مما يصبح معه سبب العقد غير مشروع .

ويرجع فقهاء آخرون مناط التفرقة بين القانون والأخلاق الى الجزاء(٣) ، فيبينما تكفل السلطة العامة احترام القواعد القانونية بما لديها من وسائل مادية للاجبار والالزام لا تجد القواعد الأخلاقية من جزاء على خرقها الا مجرد تأنيب الضمير أو استنكار الناس .

والحق أن الجزاء كما قالوا مختلف في القانون عنه في الأخلاق ، ولكنه لا يفى بمفرده كمعيار فاصل للتفرقة بينهما ، اذ يبقى التساؤل عن مبعث هذا الاختلاف في الجزاء . والواقع أن اختلاف الجزاء ليس الا وليد اختلاف في

(١) وقد أريد الاستناد الى ذلك لمقابلة القانون بالأخلاق والقول بانتصاره على بيان واجبات الفرد نحو غيره من الأفراد فحسب دون عناية ببيان واجباته نحو ربه أو نحو نفسه . ولكن هذا القول لا يصدق على اطلاقه ، فيفيض القوانين تعاقب على الإلحاد ، وبضها يعاقب على الشروع في الانتحار ( في هذا المعنى Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 31, 37.

(٢) في هذا المعنى :

R. Capitant, thèse précitée, pp. 189, 190. — Roubier, op. cit., pp. 35, 36. —

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 49, pp. 200 - 204.

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3ème éd., No. 8, (٣)  
pp. 92 - 94.

الضايقة والهدف بين القانون والأخلاق . فغاية الأخلاق مثالية هي سمو بالإنسان ، وغاية القانون واقعية نفعية هي إقامة نظام في المجتمع . ولذلك كانت قواعد الأخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة الى الفرد بقصد تطهير النفس والعروج بها الى مراقي سمو والكمال الإنساني . وكانت قواعد القانون متوجهة الى الفرد بقصد تحقيق صالح الجماعة ، ذلك الصالح المشترك الذي يربط بين أفرادها ويقوم عليه نظامها .

فالأخلاق إذن انما تضع من القواعد ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى ذاته ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى الشخص ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده الى ما ينبغى لها من سمو وكمال يحقق خيرها وأمنها الداخلي . أما القانون ، فلا يضع من القواعد الا ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى المجتمع ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى المجتمع نفسه من حيث تحقيق صالح هذا المجتمع ونفعه وأمنه .

ومن هنا كان قيام الأخلاق على أساس تحقيق قيم شخصية كمالية ، وقيام القانون على أساس تحقيق قيم اجتماعية نفعية (١) . وبذلك فالأخلاق انما تخضع الفرد لضميره فى تطلعه الدائم الى سمو والكمال ، بينما القانون يخضع الفرد للجماعة فى سعيها الحثيث الى تحقيق صالحها وإقامة النظام والاستقرار فيها . ومن هنا كان ما يقال من أن القانون هو نظام اجتماعي ، والأخلاق هي نظام فردى أو شخصي (٢) .

والنظامان - وإن كانا يختلطان فى الظاهر - إلا أنهما يفترقان فى الواقع حتى فى الصورة التى يجمعان فيها على قواعد واحدة . فكل من الأخلاق

(١) انظر فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 5, p. 39. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 172 - 185.

— Le Fur, article précité, p. 25. — Réglade, op. cit., pp. 44 - 46.

(٢) ولذلك يعبر بعض الفقهاء بحق عن ذلك بقولهم ان القانون انما يستهدف تحقيق العدل،

بينما تستهدف الأخلاق تحقيق الخير أو الرحمة والإحسان (R. Capitant, thèse précitée),

p. 174, notes 1 et 2, — Mazeaud, Leçons de droit civil, t. I, 1956, No. 14,

p. 23, 24.



والقانون يحرم القتل مثلا ، ولكن لكل منهما هدفا متباينا من وراء هذا التحريم ، فالقانون انما ينظر الى عواقب القتل الاجتماعية وما لها من اثر وخيم في أمن المجتمع واستقراره ، بينما تنظر الأخلاق الى ما تنحدر اليه نفس المقاتل من درك سحيق في الشر وانغماس في الرذيلة . فالقانون حين يحرم القتل اذن انما يحرمه باعتباره حارس المجتمع من كل ما يخلل بأمته واستقراره ، بينما الأخلاق حينما تحرمه انما تحرمه باعتبارها حارسة الفرد ضد ما تحدثه به النفس من شر وخطيئة . فمحكمة الأخلاق اذن هي محكمة الضمير حيث تدور معركة الخير والشر في ذاته ، ومحكمة القانون هي محكمة المجتمع حيث يصطرع النفع والضرر الاجتماعي .

### ٣ - آثار اختلاف الغاية بين القانون والأخلاق : اذا كان القانون

والأخلاق يختلفان هذا الاختلاف الجوهرى في الغاية ، فان هذا الاختلاف لابد مستتبع افتراقا كبيرا بينهما في الآثار .

فاختلاف الغاية بين القانون والأخلاق ، يؤدى الى اختلافهما في النطاق . اذ يمتد القانون - كما سبق البيان - الى ما لا يدخل بطبيعته في غاية الأخلاق حيث لا تعرض مشكلة ضمير ، وينفض القانون بده مما قد يدخل في غاية الأخلاق من تطلب الاستزادة من الخير والفضل النفسى .

واختلاف الغاية بين القانون والأخلاق ، يستتبع كذلك اختلافهما في بعض ما تفرضان - لنفس الحالات - من قواعد السلوك . ذلك أن القانون - وهو يهدف الى تحقيق العدل على أساس من اشاعة الاستقرار والأمن والنظام في الجماعة - يضطر الى النزول في سبيل ذلك عن بعض القواعد والمثل الأخلاقية (١) ، كما يفعل حين يحمى الهيازة حتى في مواجهة المالك الأصلي ، وحين يرخص للمدين في الامتناع عن الوفاء اذا تقادم الدين ، وحين يحمى المجرم من القصاص اذا تقادمت الجريمة أو العقوبة ، وحين يبيع الاقراض بفائدة .

(١) فى هذا المعنى :

Ripert, Les forces créatrices du droit, No. 69, pp. 172. — Roubier, op. cit., No. 5, pp. 40, 41.

(م ٣ - المدخل الى القانون )

ويكون طبيعياً كذلك أن يختلف القانون والأخلاق في الجزاء ما دام  
يختلفان في الغاية . فينحصر جزاء الأخلاق في تأنيب ضمير المخالف لها أو  
في الحوف من استنكار ضمائر الآخرين لمخالفته ، وينحصر جزاء القانون في  
الاجبار الجماعي الذي تتكفل السلطة العامة في الجماعة باعلانه وإنفاذه بما  
يتجمع لديها من قوى ووسائل قاهرة . فقواعد الأخلاق ، ما دام مقصودا بها  
السمو النفسى لدى الفرد أو الشخص ، يكون الجزاء على مخالفتها من نفس  
الطبيعة النفسية الشخصية شعوراً بالخطية والضعة والتأنيب . أما قواعد  
القانون فلكون القصد منها إقامة نظام للحياة في الجماعة ، لا يتصور أن تبقى  
مخالفتها - وهى تعرض هذا النظام للخطر - دون جزاء جماعى مجبر يكفل  
احترامه وبقائه (١) .

ويكون طبيعياً فضلاً عن ذلك ، والغاية مختلفة بين القانون والأخلاق ،  
أن تقتصر الأخلاق - وهى قواعد فردية للكمال تنبعث من ضمير الشخص الى  
نفسه - على مجرد بيان الواجبات دون مجاوزة ذلك الى تقرير الحقوق : فهى  
إذا كانت مثلاً تضع على القادرين واجب مساعدة المحتاجين ، لا تنشئ بذلك  
للمحتاجين حقاً فى العون قبل القادرين . بينما القانون يعمد - فوق بيانه  
الواجبات - الى تقرير الحقوق . فهو ان كان يجعل العقد شريعة المتعاقدين  
ويوجب الوفاء بما يتضمن العقد من التزامات ، انما يقرر بذلك للدائن الحق  
فى اقتضاء هذا الوفاء من المدين . وهو ان كان يوجب عدم الاضرار بالغير عن  
خطأ ويقرر بذلك مسئولية مرتكب الخطأ ، فانما يجعل فى مقابل هذا الواجب  
حقاً للمضرور فى التعويض قبل من وقع منه الضرر .

٤ - متى تأثر القانون بالأخلاق : اذا كان القانون يختلف اختلافاً  
جوهرياً عن الأخلاق فى الغاية مما يجر وراءه اختلافات أخرى كثيرة بينهما ،  
فان ذلك لا يعنى أن القانون منقطع الصلة بتاتا بالأخلاق . فذلك نظر متطرف  
غير مقبول ، لا يقل عنه تطرفاً النظر العكسى الى القانون باعتباره محكوماً حكماً

(١) فى هذا المعنى :

تاما بالأخلاق . ولا يعنى هذا النظر الأخير عند القائلين به - وفي طبيعتهم الفقيه الفرنسى الكبير « ريبير » Ripert - أن كل قواعد القانون الوضعى قد أصبحت موافقة لما تقضى به الاخلاق ، فان الأخلاق فى صراع دائم مستمر مع كثير من العوامل الاجتماعية الأخرى على التسلسل الى القانون لتوجيهه وحكمه ، ولكن الغلبة النهائية لابد مكتوبة للأخلاق ، طالما يتطلع القانون الى أساس مثالى وطالما يوجد رجال يؤمنون ويكافحون فى سبيل المثل الأخلاقية (١) . وهذا يقصر عندهم كثرة القواعد والنظريات الأخلاقية التى توصلت أخيرا الى الدحول فى رحاب القانون ، مثل نظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة .

ولكن الواقع أن أثر الاخلاق اذا كان غير منكور على القانون ، فيجب عدم المبالغة فى التضخيم من شأنه ، اذ ما هو إلا عامل واحد من ضمن جملة عوامل أخرى يتأثر بها القانون فى تكوينه . وأثر الأخلاق لابد محدود فى نطاق القانون أمام اختلاف الغاية بينهما ، مما لا يتصور معه بالتالى خضوع القانون خضوعا تاما للأخلاق . واذا كان القانون الحديث يأخذ بقواعد ونظريات لها اصول من الأخلاق ، فان ذلك لا يعنى اصطباغ القانون بصبغة أخلاقية . فهو لا يعتد فى تقرير هذه القواعد والنظريات بما تضع من مثل أخلاقية تمثل المسمو والكمال النفسى للفرد ، اذ ليست هذه غايته ، ولكنه يقررها لما تمثل من نفع للمجتمع بما تشيع فيه من عدل ونظام .

غير أن استقلال القانون عن الأخلاق وعدم اختلاطه بها ، لا ينفى تأثيره بها فى بعض الأحيان ، حين لا تجد الجماعة مناصا - لتماسك نظامها - من استلزام قدر معين من الأصول الأخلاقية ، كما هو الشأن فى فكرة « الآداب » (٢) les bonnes mœurs التى يحيطها القانون بحماية كبيرة ، فيفرض احترامها والتزام مضمونها على الأفراد .

Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Nos. 14, (١)  
15, 208.

(٢) أنظر فى تفصيل هذه الفكرة ما سيرد فى الفصل الثانى من هذا الباب .

## المبحث الرابع

القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة باجبار مادي جماعي (١)

### ١٣ - فكرة الجزاء أو الإجبار القانوني

قلنا ان القانون يهدف الى اقامة نظام فى المجتمع عن طريق وضع قواعد سلوك تتوجه الى الافراد . ولكن لما كانت مخالفه هذه القواعد أمرا متصورا - على خلاف الحال فى القوانين والنواميس الطبيعية - لما للأفراد من ارادة حرة تمكنهم من سلوك طريق الطاعة أو طريق المخالفة ، تعين فرض جزاء مادي يرصد على كفالة احترام هذه القواعد ، حتى يستقيم نظام الجماعة ويستقر حكم العدل فيها . وليس يتأتى تحقيق ذلك عملا عن طريق اعطاء كل فرد الحق فى تقويم مخالفة الآخرين لحكم القانون بنفسه ، فهذا أيسر الطرق الى سيادة الفوضى ، وشيوع الادعاء والتحكيم ، والقضاء على القانون من حيث يراد تأييد سلطانه . من أجل ذلك تحتم اضرورة وجود سلطة عامة مختصة فى الجماعة يعهد اليها بكفالة احترام القانون ، عن طريق احتكار حق توقيع الجزاء بما يخضع لها من قوى مادية قاهرة يستعصى على الافراد مقاومتها .

فالذى تعنيه فكرة الجزاء اذن هو امكان حمل الافراد جبرا على طاعة القواعد القانونية ان لم يطيعوها اختيارا ، وهو ما يعطى للجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون . ولذلك يحسن التعبير عن الجزاء القانوني باصطلاح « الاجبار » (La contrainte) (٢) ، الذى يفصح عن صفته الحاله المادية المنظمة التى تثبت له نتيجة قيام سلطة عامة فى الجماعة بقهر الارادات العاصية عن طريق القوة المادية (٣) ، ويتيح بذلك فصله عن الجزاء الدينى

(١) انظر فى هذا الموضوع بخاصة :

Roubier, op. cit., No. 4, pp. 25 - 32. — Dabin, op. cit., Nos. 22 - 25. — Del Vecchio, op. cit., pp. 295 - 301 — Prétinde, op. cit., pp. 108 - 112. — Marty at Raynaud, op. cit., t. I, No. 34.

وكذلك كتابنا سالف الذكر ، فقرات ١٧ - ١٩ ، ص ٤٦ - ٥٤ .

(٢) Dabin, Théorie générale du droit. op. cit., No. 27.

(٣) يجب أن لا يستخلص من ذلك أن القانون نظام يقوم على القوة ، فهو يظل قائما على

العدل ، وما اعتماده على القوة الا لتسخيرها فى خدمة العدل وكفالاته .

الذى توقعه القدرة الالهية فى الآخرة ، وعن اجزاء الاخلاقى الذى ينحصر فى  
تأنيب الضمير واستنكار الناس .

فالايجابار الذى يصحب القواعد القانونية يتميز اذن بأنه مادي محسوس  
أى بأنه خارجى ظاهر ، وبأنه دنيوى يوقع فى الحياة الدنيا لا فى الآخرة .  
وبتميز كذلك بأنه اجبار منظم تتولى سلطة عامة مختصة توقيعه باسم  
الجماعة ، وهى عادة السلطة التنفيذية فى الدولة ، وذلك بعد التثبت من  
وقوع المخالفة بواسطة سلطة أخرى مختصة هى السلطة القضائية . ومن  
ثم فالاجبار الذى يكفل احترام القواعد القانونية إنما تختص به السلطات  
العامة فى الجماعة وتحتكر توقيعه باسم هذه الجماعة دون أن يستقل بتوقيعه  
الأفراد أنفسهم . ولذلك عرف هذا الاجبار باسم الاجبار العام أو الجماعى  
La contrainte publique ou sociale . ذلك أنه قد ابدثر منذ قديم عهد  
الاقتصاد الفردى حيث كان يأخذ الفرد العدل لنفسه بنفسه فيحتكر حق  
ممارسة الاجبار وتوقيعه لحسابه الخاص .

ورغم استقلال السلطات العامة بقوة الجزاء والاجبار ، فإنها - حيث تعن  
الحاجة - تنزل عن حق الاجبار الجماعى مهيبة الاجبار الخاص عن طريق  
الاقتصاد الفردى ، وان يكن ذلك فى حدود ضيقة مرسومة ، كما هو الشأن  
فى حال الدفاع الشرعى (١) ، حيث يباح الدفاع عن النفس أو المال بالقوة  
دفعاً لعدوان غير مشروع يقع عليهما . وكما هو الشأن كذلك فى حق  
الحبس (٢) فى المجال المدنى ، أى حق من يكون دائماً ومدنياً معاً - عند الحد  
التزامين مترابطين - فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه طالما لم يعرض الطرف

(١) فى هذا المعنى :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 16, p. 62. —  
Roubier, op. cit., pp. 27, 28.

(٢) فى هذا المعنى :

Dabin, ibid.

ولكن قارن سواء بالنسبة الى الدفاع الشرعى أو بالنسبة الى حق الحبس :  
Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du  
droit, 3ème éd., 1948, No. 140. — Dabin, Théorie générale du droit,  
No. 34, p. 47.

محمد جمال الدين زكى ، دروس فى نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ ، ص ١٦ .

الآخر الوفاء بما عليه من التزام ( م ١/٢٤٦ مدني ) . فللبائع مثلا أن يحبس المبيع حتى يقوم المشتري بوفاء ما هو مستحق عليه من الثمن ( م ١/٥٤٩ مدني ) . وللمستعير أن يحبس العارية حتى يقوم المعير بإيفائه ما اضطر الى انفاقه للمحافظة عليها (١) .

#### ١٤ - الاجبار عنصر جوهرى لقيام القانون

اختلف الفقهاء في شأن اعتبار الجزاء أو الاجبار عنصرا لازما لوجود القاعدة القانونية . فبعضهم لا يرونه لازما لقيامها ، اذ القانون عندهم هو مجموع القواعد التي تتجه نحو الاقتران بجزاء (٢) ، دون أن يشترط اقترانها فعلا وحتما بهذا الجزاء . فالجزاء في هذا النظر اذن ليس عنصرا مكونا للقانون ولكنه عنصر خارجي متعلق بمدى نفاذه ، فكون القانون لا يجد اجبارا ماديا يكفل احترام قواعده لا ينفي وجوده وان كان يقلل من مدى مفعوله ونفاذه في العمل .

غير أن من العسير التفرقة بين وجود القانون وبين نفاذه ، فوجود القانون يقتضى حتما نفاذه طالما هو يوضع نظاما للمجتمع ، ذلك أن تطبيق النفاذ برغبة المكلفين يتمون القانون أو يخالفونه يؤدي الى اختلال نظام المجتمع ، وهو ما يفقد القانون وظيفته وغايته .

وأيا ما كان الأمر ، فإن القائلين بإمكان تصور وجود القانون دون جزاء أو اجبار جماعى يكفله ، يدللون على صواب نظرهم بتخلف الجزاء أو الاجبار في بعض فروع القانون العام خاصة كالقانون الدولى العام والقانون الدستورى (٣) . ولكننا سوف نرى أن القانون الدولى العام لم تتوافر له بعد

(١) راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج ٦ ، المجلد الثانى ، ١٩٦٢ ، فقرات ٨٤٨ و ٨٥٢ .

(٢) انظر فى هذا المعنى : Gény, Science et technique en droit privé positif, t. I, No. 16, pp. 47-48 et 51; t. IV, p. 252. — Réglade, op. cit., pp. 107-109.

(٣) Haesaert, op. cit., p. 100. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 116-117. — Marty et Raynaud, op. cit. No. 34, pp. 54, 55.

صفة القانون الوضعي الكامل . وان القانون الدستوري قانون بالمعنى الكامل ، كل ما في الأمر أن جزاءه يتشكل في صور مختلفة عن الجزاءات العادية المعروفة في بقية فروع القانون ، وهو أمر تحتمه وتقتضيه طبيعة القانون الدستوري نفسه ، اذ هو يقيم عادة سلطات متعددة مستقلة عن بعضها البعض ، فلا يتصور - والمخالفة قد تقع من احدها - الا انشاء نوع من الرقابة المتبادلة بين هذه السلطات جميعا تكفل احترام قواعد القانون الدستوري . والشعب من وراء ذلك محيط ، ومن فوق هذه السلطات جميعا رقيب ، يملك بوسائله السسمية أو الثورية فرض احترام الدستور وتأكيده سيادة قواعده (١) .

كل ذلك يفصح عن أن التشكيك في ضرورة توافر الجزاء أو الاجبار لوجود القانون ، تشكيك لا يجد ما يبرره . ومن هنا ينبغي الاقرار بما يذهب اليه جمهور الفقهاء (٢) من أن القواعد القانونية قواعد ملزمة يقوم الاجبار الجماعي على كفالة احترامها .

### ١٥ - صور الجزاء أو الاجبار

لا يتخذ الجزاء أو الاجبار - الذي تنفرد بتوقيعه سلطة عامة مختصة في الجماعة - صورة واحدة ، بل تختلف صورته باختلاف المكان ، وتفاوتت بتفاوت الزمان ، وتتنوع تبعا لتنوع فروع القانون واختلاف طبيعة قواعده . ورغم اختلاف صور الجزاء أو الاجبار ، فيجمعها كلهن معنى واحد هو تمام القدرة على اعطاء القانون صفة تؤكد سيادته وتكفل احترام قواعده .

ولعل أول صورة تخطر للجزاء في الذهن هي صورة الجزاء الجنائي ، أي

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبوستيت ، أصول القانون ، أو المدخل لدراسة القانون ، ١٩٤١ ، فقرة ٢١ ص ٢٢ . فقرة ١٧٨ - عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ١٨ ص ٣١ و ٣٢ . - سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٣٧ .

(٢) راجع بخاصة :

Del Vecchio, op. cit., p. 301. — Roubier, op. cit., No. 4. — Dabin, op. cit., No. 32. — Mfazeaud, op. cit., t. I, No. 11.

بالاجبار الذي يتخذ شكل العقوبة . والعقوبة أنواع كثيرة : فقد تقع على جسم المخالف لأحكام القانون ، كالاعدام . وقد تقع على حرته بسلبها أو تقييدها : كالأشغال الشاقة ، مؤبدة كانت أو مؤقتة ، والاعتقال مؤبداً كان أو مؤقتاً ، والسجن والحبس والموضع تحت مراقبة البوليس . وقد تقع العقوبة على مال المخالف فتتخذ حينئذ شكل الغرامة أو المصادرة .

غير أن الجزاء أو الاجبار ليس كله جنائياً ، فهناك الجزاء المدني وصوره كثيرة متعددة : فقد يتخذ هذا الجزاء صورة البطان ، وهو ما يكون في حال ابرام تصرفات قانونية على خلاف القانون ، فلا يعترف القانون بهذه التصرفات ولا يرتب عليها بالتبعية أى أثر قانوني . ومن أمثلة ذلك النص على بطلان هبة المقار التي لا تتم بورقة رسمية ( م ٤٨٨ مدني ) ، وبطلان كل تصرفات الصغير غير المميز ( م ١١٠ مدني ) ، وبطلان العقد اذا كان المحل أو السبب مخالفاً للنظام العام والآداب ( م ١٣٥ و ١٣٦ مدني ) : فيقع باطلاً كل اتفاق على ارتكاب جريمة لقاء أجر أو دون أجر ، وكل اتفاق على استئجار منزل بقصد ادارته أو استغلاله في الدعارة .

وقد يتخذ الجزاء المدني صورة محو أثر المخالفة أى ازالة كل أثر ترتب على مخالفة القانون ان كانت الازالة تدخل في حيز الامكان ، مما يستتبع اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع هذه المخالفة ، كسد المطلات المفتوحة على مسافة تقل عن المسافة القانونية المسموح بها ، أو هدم الأبنية المقامة خارج خط التنظيم .

فان تعذر محو أثر المخالفة ، برزت صورة أخرى للجزاء بديلة عن هذه الصورة هي صورة الجزاء التعويضي ، فيقع الاجبار على مال المخالف بأن يؤخذ منه قدر يعوض من لحقه الضرر عن اضطراره لتحمل آثاره نظراً لاستحالة محوه . فمن دهم شخصاً بسيارته مثلاً فبتر له ساقه ، لا يستطيع أن يعيد اليه الساق المتتورة ، ولكنه يلزم بأن يدفع اليه تعويضاً نقدياً يعوضه عن بقائه دون ساق .



وقد يجتمع الجزء الجنائي والمدني في نفس الصورة . فمن قتل شخصا  
عمدا مع سبق الاصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالاعدام ، وقد يلزم فوق  
ذلك بأن يدفع الى ورثة القتيل مبلغا من المال على سبيل التعويض . ومن  
اختلس مالا مملوكا لغيره فهو سارق يعاقب بالحبس مع الشغل ، ويلزم فوق  
ذلك برد الشيء المسروق أو التعويض عنه ان تعذر الرد . ومن قذف في حق  
آخر ينال العقاب الجنائي ، وقد يلزم بتعويض المقذوف في حقه تعويضا  
ماليا .

المادة ٢٠١ - من قتل شخصا عمدا مع سبق الاصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالاعدام ، وقد يلزم فوق ذلك بأن يدفع الى ورثة القتيل مبلغا من المال على سبيل التعويض .

المادة ٢٠٢ - من اختلس مالا مملوكا لغيره فهو سارق يعاقب بالحبس مع الشغل ، ويلزم فوق ذلك برد الشيء المسروق أو التعويض عنه ان تعذر الرد . ومن قذف في حق آخر ينال العقاب الجنائي ، وقد يلزم بتعويض المقذوف في حقه تعويضا ماليا .

المادة ٢٠٣ - من قذف في حق آخر ينال العقاب الجنائي ، وقد يلزم بتعويض المقذوف في حقه تعويضا ماليا .

المادة ٢٠٤ - من قذف في حق آخر ينال العقاب الجنائي ، وقد يلزم بتعويض المقذوف في حقه تعويضا ماليا .

المادة ٢٠٥ - من قذف في حق آخر ينال العقاب الجنائي ، وقد يلزم بتعويض المقذوف في حقه تعويضا ماليا .



فسلطان ارادة الأفراد منعدم ازاء القواعد القانونية الآمرة ، بمعنى أن الزام هذه القواعد لهم انما هو الزام بات مطلق ، لا يملكون أمامه الخروج على احكامها بارادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم . أما القواعد القانونية المفسرة أو المكلمة ، فسلطان ارادة الأفراد ازاءها كامل موفور ، بمعنى أن للأفراد في الأصل حق الخروج عليها بارادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم ، والا صارت ملزمة لهم الزام القواعد القانونية الآمرة .

وقد دعا الى هذا التنوع في القواعد القانونية ، وتقييد ارادة الأفراد تقييدا كاملا من ناحية واطلاق سلطان هذه الارادة اطلاقا كاملا من ناحية أخرى ، ان النشاط الفردي والعلاقات الاجتماعية ليست على درجة واحدة من الأهمية والخطر . فمنها ما هو وثيق الصلة بالمجتمع ، عظيم الأثر في حياته ، بحيث ينبغي استقلال القانون نفسه بتنظيمه ووضع قواعده ، وحماية هذا التنظيم وتلك القواعد من كل عدوان عن طريق منع الأفراد منعا باتا من مخالفتها ، وهنا تظهر القواعد القانونية الآمرة . ومنها ما لا يمس تنظيمه على وضع دون آخر كيان المجتمع ولا مقوماته الأساسية ، فيباح للأفراد الاستقلال بتنظيمه وفق مشيئتهم وحسب ما تمليه عليهم مصالحهم الخاصة ، وان يكن القانون في مثل هذه الحال لا ينفذ يده نفضا تاما من وضع تنظيم نموذجي يلزم من لا يظهر ارادته من الأفراد في مخالفته ، وهنا تظهر القواعد القانونية المفسرة أو المكلمة (١) .

فالقاعدة القانونية التي تعرم القتل أو السرقة مثلا قاعدة أمرة ، بمعنى أنه لا يجوز لأحد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها بحال من الأحوال . والقاعدة القانونية التي تحدد المحرمات من النساء ، قاعدة أمرة بمعنى انه يمتنع على الأفراد مخالفتها بالزواج من احدى هؤلاء المحرمات . والقاعدة

(١) يبدو أن اطلاق اسم « القواعد المكلمة » على هذه القواعد أكثر دقة ، إذ هي تقترض عادة وجود نقص ارادى تصدى لاكماله ( انظر في هذا المعنى Marty et Raynaud, op. cit., No. 98 ، وكذلك كنانا سالف الذكر ، هامش «٩» ، ص ٥٧ . ولكن قارن فيما يذهب اليه البعض من تبرير تسمية هذه القواعد بالمفسرة بأن سكوت المتماقدين عن مخالفة هذه القواعد يفيد اتجاه ارادتهم الى الخضوع لاحكامها : عبد الرزاق السنهوري وحضمت أبوستيت المرجع السابق . هامش ص ١٦٨ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٥١ ) .

القانونية المقررة في الشريعة الاسلامية والتي تقرر للذكر مثل حظ الانثيين في الارث قاعدة آمرة ، بمعنى انه يمتنع على الورثة مخالفتها بالاتفاق فيما بينهم على التسوية بين الذكور منهم والاناث .  
أما القاعدة القانونية التي تقضى مثلا بأن يكون الثمن مستحق الوفاء في مكان ووقت تسليم المبيع ( م ٤٥٦ و ٤٥٧ مدني ) ، فهي مجرد قاعدة مكملة لا تطبق الا اذا لم يتفق المتعاقدان على مكان ووقت آخر للوفاء بالثمن .  
والقاعدة القانونية التي تقضى بأن نصيب كل من الشركاء في الأرباح والحسائر يكون بنسبة حصته في رأس المال ( م ٥١٤ مدني ) قاعدة مكملة كذلك .  
اذ للشركاء أن يتفقوا على نسبة أخرى لتوزيع الأرباح والحسائر بينهم ، فان لم يتفقوا فالنسبة التي قررتها القاعدة القانونية تلزمهم .  
والقاعدة القانونية التي تضع على عاتق المؤجر اجراء الترميمات الضرورية في العين المؤجرة أثناء الاجارة ( م ٥٦٧ مدني ) ليست كذلك الا قاعدة مكملة ، فيجوز الاتفاق على تحجيل المستأجر القيام بهذه الترميمات .

#### ١٧ - توافر صفة الالزام للقواعد المكملة

اذا كان لارادة الأفراد كامل السلطان في مخالفة القواعد القانونية المكملة وحدها دون القواعد الآمرة ، فهل معنى ذلك أن القواعد الآمرة هي وحدها الملزمة ، وأن القواعد المكملة ليست بقواعد ملزمة ؟

الواقع أن كلا من النوعين من القواعد القانونية تتوافر له صفة الالزام .  
ولئن كانت هذه الصفة أوضح ما تكون في القواعد القانونية الآمرة حيث تستعصى مخالفتها على ارادة الأفراد ، فهي كذلك لا تتخلف في حال القواعد القانونية المكملة .  
فهذه القواعد الأخيرة ملزمة قانونا اذا لم يوجد اتفاق على عكسها من جانب الأفراد ، أي أن الالزام فيها موجود وان يكن لا يتوجه الا أن طائفة معينة من العلاقات والروابط هي تلك التي لم تخضعها ارادة الأفراد لتنظيم مخالف (١) .

(١) في هذا المعنى : R. Capitant, thèse précitée, p. 74.

فتطبيق القاعدة القانونية المكملة ، معقود اذن بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لأحكامها . فاذا تخلف هذا الشرط بأن اتفق المتعاقدان على خلافها ، امتنع تطبيقها . ومن هنا ، فامتناع تطبيقها ليس معناه أنها قاعدة غير ملزمة ، وإنما معناه أن هذه القاعدة الملزمة - أمام ما يوجد من اتفاق مخالف - تفتقد شرطا من شروط تطبيقها وهو ما لا يطن في وجودها أو التزامها (١) .

وليس يستند الالتزام - كما يرى بعض الفقهاء - الى ارادة المتعاقدين الضمنية بانصرافها عن مخالفة القواعد المكملة ، فقد يجهلان وجود هذه القواعد ولا ينتفى رغم ذلك التزامها لهم في حال عدم الاتفاق على عكسها ، وإنما يقوم التزامها على أساس قوتها الذاتية كقاعدة قانونية تخضع لحكمها الملزم الروابط التي لا يحكمها اتفاق مخالف وتتوجه بالخطاب الملزم كذلك الى من لا يخالفها من الأفراد (٢) .

#### ١٨ - معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

يراعى أن الأمر في هذه التفرقة يكون واضحا حينما تتضمن القاعدة القانونية نفسها تصريحاً بصفتها الآمرة بالنص مثلا على بطلان كل اتفاق مخالف لها أو بفرض عقوبة على مخالفتها ، أو حينما تتضمن تصريحاً بصفتها المكملة بالنص على اجازة الاتفاق على عكسها .

فمن أمثلة التصريح بصفة القاعدة الآمرة ، كل قواعد قانون العقوبات ، فهي صريحة النص على صفتها الآمرة بما تتضمنه من فرض عقوبات على ما تعبره من جرائم . وكذلك يا ينص عليه التقنين المدني المصري من بطلان التعامل في تركة انسان بقيد الحياة ولو كان ذلك برضاه ( م ١٣١ ) ، وبطلان كل اتفاق على خلاف ما يقرره هذا التقنين للقاضي - في حال الظروف الطارئة

(١) في هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., p. 291.

عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٦٩ ، ص ٩٣ - سليمان مرقس ،

فقرة ٥٢ ، ص ٦٨ ، ٦٩ .

(٢) أنظر في انتقاد القول بأن القواعد المكملة مجرد قواعد ملزمة انتهاء لا ابتداء : سليمان

مرقس ، عبد الفتاح عبد الباقي ، المواضع السابقة - كتابنا مسالف الذكر ، فقرة ٢١ ،

ص ٥٩ و ٦٠ .

— من سلطة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ( م ٢/١٤٧ ) ، وعدم جواز النزول مسبقا عن التقادم أو تغيير مدته ( م ١/٢٨٨ )

ومن أمثلة التصريح بصفة القاعدة الكاملة ما ينص عليه التقنين المدني المصري : من أن تسليم المبيع يتم في مكان وجوده وقت البيع ، ما لم يتفق على مكان آخر ( م ٤٦٣ ) ، ومن أن نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل ونفقات تسليم المبيع تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ( م ٤٦٢ و ٤٦٤ ) ، ومن أن للمستأجر حق النزول عن الايجار أو الايجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك ( م ٥٩٣ ) .

غير أن كثيرا من القواعد القانونية لا يحمل بنفسه بيان صفته الآمرة أو المكملة . وحينئذ تتحدد التفرقة بين النوعين من القواعد بالرجوع الى معيار معين هو معيار النظام العام L'ordre public والآداب Les bonnes mœurs وهو معيار مسلم في الفقه والقضاء ، ويأخذ به المشرع المصري صراحة فيما ينص عليه من بطلان العقد اذا كان المحل أو السبب مخالفا للنظام العام أو الآداب ( م ١٣٥ و ١٣٦ مدني ) .

وعلى ذلك ، فحيث لا يوجد من المشرع تصريح بصفة القاعدة القانونية ، فكل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد أمرة لا قبل للأفراد بمخالفتها (١) ، أي أن سلطان الإرادة يكون منعما ازاءها . وكل القواعد القانونية التي لا تتصل بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد مكملة ، لإرادة الأفراد مطلق السلطان في مخالفتها والخروج عليها .

## ١٩ - مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبيتها

يراعى أن فكرتي « النظام العام » و « الآداب » - كفيصل للتفرقة بين

(١) ليست كل المسائل التي تتعلق بالنظام العام أو الآداب تتضمنها حتما نصوص قانونية . ولذلك فقد تحقق المخالفة للنظام العام أو الآداب دون أن يحصل خرق لنص قانوني معين . ( انظر كتابنا سابق الذكر ، هامش «١» ص ٦٦ والمراجع المشار إليها فيه ) .

القواعد الآمرة والقواعد المكملة - ليستا إلا مجرد فكرتين معياريتين تستعصيان على التحديد الجاسم الثابت ، فهما مثلان من أمثلة الصياغة القانونية المرنة التي تصل القانون بأسباب التطور ، وتيسر له الاستجابة لما يستجد من حاجات المجتمع . ومن هنا كانت هاتان الفكرتان فكرتين نسبيتين يختلف مضمونهما باختلاف المكان والزمان على السواء . فما لا يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب في جماعة ، قد يعتبر من هذه القواعد في جماعة أخرى أو في نفس الجماعة ولكن في زمان مختلف .

ومهما يكن من أمر ، فالثابت انه حيث يسود المذهب الفردي وتطلق الحرية للأفراد ، يعظم سلطان ارادتهم في تنظيم علاقاتهم وفق ما يشاءون ، وتنكمش فكرة النظام العام في أضيق نطاق ، فتتصرف القواعد الآمرة في قلة ضئيلة ترد على سلطان الارادة ، وتكثر القواعد المكملة لهذه الارادة . أما حيث يسود المذهب الاجتماعي - كما هو المشاهد في العصر الحديث في أغلب الدول - فيكثر تدخل الدولة ويتسع نطاق فكرة النظام العام اتساعا يضعف معه سلطان الارادة ، وتكثر القواعد القانونية الآمرة (١) .

فكرة النظام العام والآداب اذن فكرتان مرتبطتان نسيبتان ، تستعصيان على التحديد الجامع المحكم ، لأن نطاقهما متغير بتغير الجماعات وتغير الزمان . ورغم ذلك فقد يمكن اعطاء معيار أو موجه عام يستهدى به في الكشف عن مضمونهما وتعرف ما يدخل في هذا المضمون من مسائل فتكون القواعد القانونية التي تحكمها قواعد آمرة ، وما يخرج عنه من مسائل فتكون القواعد القانونية التي تحكمها قواعد مكملة .

## ٢٠ - النظام العام (٢)

يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع المصالح الأساسية للجماعة ، أي

(١) انظر في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، فقرة ٢٢٨ .  
(٢) انظر في ذلك صلة خاصة :  
= Pascanu. La notion d'ordre public par rapport aux transformations

مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها . ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أى المتعلقة بالنظام العام ، قواعد أمرة لا تملك الإرادة الفردية إزائها أى سلطان أو قدرة على مخالفتها ، اذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانحيار والتصدع ، فلا يسمح لأى كان بأن تجرى ارادته على خلافها .

وفى الطليعة من القواعد المتعلقة بالنظام العام أى من القواعد الآمرة ، قواعد قانون العقوبات التي ترمى دعامة الأمن فى المجتمع . فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة أو على عدم ارتكاب جريمة لقاء أجر معلوم ، أو على تحمل شخص المسؤولية الجنائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم .

وكذلك تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة ، وهى التي تنص عليها الدساتير عادة ، كالحرية الشخصية وحرية العقيدة وحرية الرأى وحرية الانتخاب (١) والترشيح . فيقع باطلا التعهد باعتناق أو عدم اعتناق دين معين ، والتعهد بعدم الكتابة فى الصحف والتعهد بعدم التصويت فى الانتخابات أو الترشيح فيها .

وكذلك يعتبر عادة من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائى فيما عدا الاختصاص المحلى (٢) . ولذلك لا يجوز

---

du droit civil, Paris 1937. — De La Morandière, L'ordre public en = droit, privé interne, étude de droit civil à la mémoire de H. Capitant, np. 381 et s; La notion d'ordre public en droit privé, Cours de droit civil approfondi, 1950 - 1951. — Malaurie, L'ordre public et le contract, t. I, 1953.

(١) أصبح التصويت فى الانتخاب وفى الاستفتاء واجبا فى مصر اليوم وليس مجرد حرية من الحريات .

(٢) وهذا ما عليه الحال اليوم فى تقنين المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . اذ تنص المادة ١٠٩ منه على أن « الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانقضاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قبيلتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها . ويجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليها الدعوى . وهذا هو نفس الحكم الذى كان مقررا أصلا فى تقنين المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (م ١٢٤) . غير أن المشرع المصرى - بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٣ - استبعد الاختصاص المبني على قيعة الدعوى من عداد مسائل الاختصاص المتعلقة بالنظام العام . ثم عاد فى تقنين المرافعات الحال الى =





الاتفاق على رفع دعوى من اختصاص جهة قضائية معينة أمام محاكم جهة قضائية أخرى ، كالاتفاق على رفع دعوى من اختصاص القضاء الإداري الاستثنائي أمام محاكم القضاء العادي . ولا يجوز كذلك - حتى داخل نفس الجهة القضائية - الاتفاق على رفع دعوى تدخل نوعيا أو قيميا في اختصاص محكمة معينة أمام محكمة أخرى ، كالاتفاق على رفع دعوى من اختصاص المحكمة الابتدائية أمام المحكمة الجزئية .

وكذلك يعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالأسس الاقتصادية للجماعة ، كفرض سعر الزامي للعملة الورقية ، فيعتبر باطلا كل اتفاق على الدفع بالذهب لأنه يخالف مصلحة عامة أساسية للجماعة هي ثبات النقد فيها واستقراره .

ولئن كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام أوفر ما تكون في نطاق القانون العام كما يتبين من الأمثلة التي قدمناها ، فالقانون الخاص كذلك لا يخلو منها ، وخاصة منذ أن كثر تدخل الدولة في العصر الحديث ، فأكثرت من القيود على سلطان إرادة الأفراد في إبرام التصرفات القانونية .

فقواعد الأهلية تعتبر من القواعد الآمرة لتعلقها بالنظام العام . ولذلك - كما تقول المادة ٤٨ من التقنين المدني المصري - « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . وكذلك الشأن فيما يتعلق بقواعد الولاية ، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم تعديل اختصاصاته وحقوقه المنصوص عليها في القانون .

والقواعد التي تحكم الحالة المدنية للشخص هي من القواعد الآمرة كذلك لتعلقها بالنظام العام ، فلا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على عكسها . فيقع باطلا كل اتفاق على تغيير الجنسية أو الاسم في غير الأحوال التي يحددها القانون أو دون اتباع الإجراءات المبينة فيه للحصول على هذا التغيير .

= الوضع القديم فاعتمده من جديد متملقا بالنظام العام ( راجع في ذلك : أحمد مسلم ، أصول المرافعات ، ١٩٦٩ ، فقرة ٢٦٣ ، وهامش ٤٥ ص ٢٨٦ . - رهزي صيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط ٩ ، ١٩٦٩ - ١٩٧٠ ، فقرات ٢٦٨ و ٢٦٩ . - أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط ١٠ ، ١٩٧٠ ، فقرة ٣٥٧ ) .  
( م ٤ - المدخل إلى القانون )

وكذلك تتعلق أغلب القواعد الخاصة بنظام الأسرة بالنظام العام فتكون قواعد أسرة ، لأن الأسرة هي الخلية الأولى للمجتمع فتكون القواعد التي تحكمها في مقدمة الأسس التي يقوم عليها بناء الجماعة بحيث تجب حمايتها وكفالة احترامها ضد كل اتفاق يقع على خلافها . فلا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر . فيقع باطلا كل اتفاق على النزول مقدما عن المطالبة بالنفقة التي يوجبها القانون بين الأزواج أو بين الأصول والفروع أو بين ذوى الأرحام . ولا يجوز كذلك للزوج المسلم النزول مقدما عن حقه في طلاق زوجته (١) أو في الزواج عليها . ولا يجوز له كذلك النزول عن حقه في الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، لأن حقه في الطلاق وفي تعدد الزوجات بما لا يزيد على أربع من قواعد النظام العام ( بالنسبة للمسلمين ) ، لتعلقه بالأسس العائلية التي يقوم عليها بناء الجماعة .

وهنا تبدو لنا نسبية فكرة النظام العام ، واختلاف مضمونها باختلاف الجماعات ، ففي الدول الغربية مثلا - على خلاف الحال في مصر والدول العربية عموما بالنسبة للمسلمين - تعتبر وحدة الزوجة من النظام العام ، فلا يجوز الزواج بأكثر من واحدة . وكذلك تبدو نسبية فكرة النظام العام من حيث الزمان ، فقد كانت الدول الغربية تعتبر أبدية الزواج من النظام العام ، ثم تطور الأمر فيها فأباحت أكثرها انفصام الزواج بالطلاق في حالات معينة ، ولذلك يعتبر باطلا نزول أحد الزوجين مقدما عن حقه في طلب الطلاق في إحدى هذه الحالات .

وكذلك يعتبر متعلقا بالنظام العام بعض القواعد الخاصة بالمعاملات المالية بين الأفراد نظرا لاتصالها بالمصالح الأساسية للجماعة : فلا يجوز الاتفاق مثلا على منع قسمة الشيء الشائع لمدة تزيد على خمس سنوات ( م ٨٣٤ مدني ) . ولا الاتفاق على فائدة تجاوز الحد الأقصى المشروع ( م ٢٢٧ مدني ) . ولا الاتفاق على منع انقاص الالتزام المرهق في حال

(١) ولكن ليس ثم ما يمنع من تعهد الزوج مقدما بتعويض زوجته اذا هو طلقها في يوم من الأيام ( انظر نقض ٢٩ فبراير ١٩٤٥ ، مجموعة مصر ، ج ٣ ، رقم ٢٥ ، ص ٨٥ ) .  
وانظر كذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، هامش ١٥ ص ٤١٠ .

الظروف الطارئة (م ١٤٧ مدني) أو منع تعديل الشروط التعسفية أو الاعفاء منها في عقود الاذعان (م ١٤٩ مدني) .

## ٢١ - الآداب (١)

يقصد بالآداب الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة ، أي مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال . من أجل ذلك لا يتصور أن تكون القواعد القانونية المتعلقة بمثل هذه الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال الا قواعد أمره يمتنع على الأفراد مخالفتها والاتفاق على عكسها بارادتهم ، لأن مخالفتها تصدع كيان الجماعة الأخلاقي .

فليس يقصد اذن بالقواعد المتعلقة بالآداب كل قواعد الأخلاق - والا اختلط القانون بالأخلاق ، وهما منفصلان نتيجة اختلافهما في الغاية والهدف كما سبق البيان - وانما يقصد بهذه القواعد الحد الأدنى من قواعد الأخلاق الذي تعتبره كل جماعة لازما لوجودها وكيانها بحيث تفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه (٢) .

وفكرة الآداب على هذا النحو ، كفكرة النظام العام ، فكرة نسبية تتفاوت بتفاوت الجماعات ، لأن العبرة في مضمونها هي بما تعتبره كل جماعة في زمن معين من الأصول الأساسية للأخلاق فيها . وهي تخضع في ذلك لما يحيط بها من ظروف خاصة متعلقة بالعادات والتقاليد والدين فيها . ولما

(١) انظر في ذلك بصفة خاصة :

Oprea, Essai sur la notion des bonnes moeurs dans les obligations en droit civil allemand, thèse, Paris, 1945. — Bonnecase. La notion juridique de bonne moeurs, sa portée en droit civil français, Etudes Capitant, p. 94 et s. — Senn, Des origines et du contenu de la notion de bonnes moeurs, Recueil d'études en l'honneur de F. Génay, t. I, pp. 53 et s.

(٢) وبذلك تعتبر فكرة الآداب - كما سلفت الإشارة - مثلا من الأمثلة القليلة الصادقة على تأثير القانون بالأخلاق وحاجته في سبيل تدعيم نظام المجتمع وتماسكه الى استلزام حد أدنى من الأصول الأخلاقية ، لا يبيح للأفراد الخروج عليه بحال من الأحوال .

كانت هذه الظروف تتغير مع الزمن ، فان فكرة الآداب يختلف مضمونها كذلك في الجماعة الواحدة باختلاف الزمان والأجيال فيها .

ففي بعض الدول كفرنسا مثلا لم يكن يسمح للولد غير الشرعي برفع دعوى لاثبات نسبه لمخالفة ذلك للآداب ، ثم تطور تصور الجماعة لفكرة الآداب من هذه الناحية فأصبح مباحا الآن اثبات النسب . وفي أغلب الدول كان عقد التأمين على الحياة وعقد الوساطة في الزواج يعتبران باطلين لمخالفتهما للآداب ، ثم تغير النظر اليهما فأصبحا اليوم من العقود المشروعة . وأغلب الجماعات لا تزال ترى في الاتفاقات الخاصة بإنشاء نواد للعبارة مخالفة للآداب ، بينما تغيرت نظرة بعض الجماعات الحديثة الى ذلك فأصبحت تعتبر مثل هذه الاتفاقات المشروعة .

ومن بين الأمثلة الواضحة على مخالفة الآداب الاتفاقات الخاصة بإدارة أو بايجار أو استغلال البيوت المعدة للدعارة أو القمار (١) . والاتفاقات الخاصة بإنشاء أو استمرار العلاقات الجنسية غير المشروعة ، وخاصة التعهدات بدفع مبلغ من المال لقاء قيام مثل هذه العلاقات (٢) .

## ٢٢ - سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والآداب

إذا كانت فكرة « النظام العام » وفكرة « الآداب » فكرتين مرتبتين

(١) ولكن الغالب أن يستثنى المشرع بعض أنواع القمار ، فيعتبر العقود الخاصة بها صحيحة غير مخالفة للآداب . ومن قبيل ذلك ما أورده المشرع المصري من استثناءات تتعلق بما رخص فيه قانونا من أوراق النسيب ، وبالرهانات بين المتبارين شخصيا في الألعاب الرياضية ( م ٧٤٠ مدني ) . وهذه الاستثناءات مفهومة : فبما يتعلق بأوراق النسيب ، يعتد بما يتحقق عن طريقها من انفاق الحبيبة المتجمعة منها - بعد توزيع الجوائز - في أعمال البر والخير . وبما يتعلق بالرهانات بين المتبارين شخصيا في الألعاب المذكورة ، واضح القصد من تشجيع التنافس على التفوق في مثل هذه الألعاب ( انظر مذكرة المشرع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٥ ، ص ٣٠٣ و ٣٠٤ ) .

(٢) من الواضح أن الاتفاق اذا كان على انهاء علاقة جنسية غير مشروعة مع الالتزام بدفع مبلغ من المال فهو اتفاق مشروع لا مخالفة فيه للآداب ، إذ يتضمن بذلك فكرة تعويض المرأة عما يكون قد أصابها من ضرر نتيجة العلاقة السابقة المخالفة للآداب ، أو فكرة معاينة على بدء حياة جديدة شريفة ( في هذا المعنى : Planiol, Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. V, Obligations, par Esmein, 2e. éd. No. 232.

معياريتين تعطيان القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمونها نظرا لعدم ثبات هذا المضمون وتغيره في الزمان والمكان ، الا أن القاضي لا يملك أن يحل آراءه أو عقائده الشخصية في هذا الصدد محل آراء الجماعة نفسها . ففكرة النظام العام والآداب فكرتان نسبيتان ، أى تنسبان الى جماعة معينة في زمن معين ، ولذا فالقاضي - في تحديد مضمونها - مقيد ، لا بما يراه هو ، ولكن بالتيار العام السائد بشأنها في هذه الجماعة المعينة وفي ذلك الزمن المعين (١) .

### ٢٢ - جزء مخالفات القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها قواعد آمرة (٢) ، تعتبر قيديا على سلطان الإرادة في إبرام التصرفات القانونية ، بمعنى أن إرادة الأفراد تنقيد باحترام هذه القواعد ، بحيث ينرتب على كل مخالفة لهذه القواعد بطلان الاتفاق الذي يتضمن هذه المخالفة بطلانا مطلقا . ولذلك لا يزول مثل هذا البطلان بالإجازة ، ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ،

(١) في هذا المعنى : مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي ، مجموعة الاعتماد التحضيرية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ٢٢٣ .

ولذلك يكون من الطبيعي أن يعتبر تحديد مضمون النظام العام والآداب مسألة قانونية تخضع لردافة محكمة النقض ، دون أن يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ( أنظر عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤٠١ ، هامش «٢» - أنور سلطان ، النظرية العامة في الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٥ ، ص ٢٠٤ ، الهامش ) . وفي ذلك ضمانة كبرى لإقامة هذا التحديد على أسس موضوعية لا شخصية. ( أنظر . (De la Morandière, article précité, p. 389).

(٢) إذا كانت كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد آمرة ، فالمعكس ليس بصحيح . فقد توجد قواعد آمرة ينص المشرع على صفتها الأمرة ولكنها لا تكون لذلك متعلقة بالنظام العام ، ولهذا لا يترتب البطلان المطلق جراء على مخالفتها . ومن قبيل ذلك بعض القواعد التي يقصد بها حماية القاصر . فإنه إذا كان مبدأ حماية القاصر أمرا متعلقا بالنظام العام بحيث يعتبر باطلا بطلانا مطلقا تمهد القاصر مقدما بالزول عما يفرزه القانون له من حماية ، الا أن تفصيل تنظيم مثل هذه الحماية قد لا يتعلق بالنظام العام . ولذلك فإن القانون مثلا ينص على أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون قابضة للإبطال لمصلحته . وهو بذلك لا يترتب البطلان المطلق جراء على قيام القاصر بإبرام مثل هذه التصرفات ، وإنما يكفي بالبطلان المسبب ، مما يكشف عن عدم تعلق القاعدة التي تحرم أفراد القاصر بأجراء مثل هذه التصرفات بالنظام العام مباشرة ( في هذا المعنى : (1). II. Capitant, op. cit., p. 63, note 1).

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 99, p. 163. — محمد علي عرفة ، مبادئ العلوم

القانونية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ ، ص ١٠٢ - ١٠٤ ) .

وعلى القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلب إليه أحد الخصوم ذلك (١) .

والقاعدة أن البطلان يستتبع حتما إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق ، أى رجوع كل شيء الى أصله ، فيكون لمن سلم شيئا الى آخر تنفيذًا للاتفاق الباطل حق استرداده .

غير أن القضاء فى فرنسا يجرى - اتباعا لقاعدة تقليدية مستقرة فى القانون الرومانى منذ قديم - على منع من أوفى بالتزام مخالف للآداب من استرداد ما أداه اذا كانت المخالفة للآداب آتية من ناحيته هو ، لأنه طرف ملوث لا يجوز له الاحتجاج بتلوئه ومخالفته للآداب لاسترداد ما أدى . وقد انحاز القضاء المصرى فى مجموعته (٢) الى هذا الاتجاه فى ظل التقنين المدنى القديم . ولكن هذه القاعدة الرومانية التقليدية كانت محل هجوم وانتقاد جمهور الفقه ، سواء فى فرنسا أو مصر ، لأنها تخالف منطق البطلان الذى يحتم ارجاع كل شيء الى أصله واسترداد ما دفع فى جميع الحالات .

وقد هم المشرع المصرى بمتابعة القضاء المصرى فيما كان مستقرا عليه من التزام القاعدة الرومانية ، اذ وضع نصا يقررها فى المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الحالى . ولكن لجنة المراجعة رأّت من بعد حذف هذا النص على أساس أنه « لا يتمشى مع منطق البطلان » (٣) ، فظير التقنين الحالى خاليا منه . وهو ما يخول القول ، مع جمهور الفقه المصرى ، بأن المشرع المصرى قد أفصح بجلاء عن قصده فى استبعاد القاعدة الرومانية وترك منطق البطلان

---

(١) يختلف البطلان النسبى عن البطلان المطلق فى ذلك كما سيرد البيان ، اذ فى البطلان النسبى يكون التصرف القانونى صحيحا ولكنه قابل للابطال لمصلحة أحد الأشخاص ، ولذلك فان طلب الابطال لا يكون الا من قبل من جعل له القانون حقا فيه ، ويزول حق الابطال بالاجازة الصريحة أو الضمنية من جانبه ( م ١٣٨ و ١٣٩ مدنى ) .

(٢) أنظر فى الإشارة الى أحكام هذا القضاء : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ . هامش رقم ٣٥ ص ٥٣٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٤ ، ص ٢٥٨ .

يرتب كل آثاره دون استثناء لحالة ترتيبه على مخالفة الآداب (١) .

وعلى هذا النحو ، نستطيع أن نؤكد استبعاد القاعدة الرومانية ، في القانون المصرى الحالى ، بحيث لا يعود ثم فارق فيه اليوم بين الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالآداب . فالجزاء واحد فى الحالىن وهو البطان ، بما يستتبع اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق الباطل .

المستوفى ١٧

والقاعدة الرومانية المذكورة لا تنطبق على الآداب بل على النظام العام ، والجزاء المترتب على مخالفة الآداب هو البطان ، والجزاء المترتب على مخالفة النظام العام هو العزل ، وهذا هو الفرق بين الجزاء المترتب على مخالفة الآداب والجزاء المترتب على مخالفة النظام العام .

والقاعدة الرومانية المذكورة لا تنطبق على الآداب بل على النظام العام ، والجزاء المترتب على مخالفة الآداب هو البطان ، والجزاء المترتب على مخالفة النظام العام هو العزل ، وهذا هو الفرق بين الجزاء المترتب على مخالفة الآداب والجزاء المترتب على مخالفة النظام العام .

والقاعدة الرومانية المذكورة لا تنطبق على الآداب بل على النظام العام ، والجزاء المترتب على مخالفة الآداب هو البطان ، والجزاء المترتب على مخالفة النظام العام هو العزل ، وهذا هو الفرق بين الجزاء المترتب على مخالفة الآداب والجزاء المترتب على مخالفة النظام العام .

(١) فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٢٨ .  
سليمان ترقس ، المرجع السابق ، ص ٧٦ هامش ١٥ ، أصول الالتزامات ، ج ١ فى مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ، فقرة ٢٢٨ ، ص ٣١٠ ، ولكن أنظر فيما يترجمه ، بعد انتقاد مسلك المشرع المصرى ، من وجوب النص على مصادرة المبلغ المحكوم باسترداده لحساب الخزنة الصامة ، ص ٣١٢ .  
عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٨٠ ، ص ١١٠ .

## الباب الثالث

### اقسام القانون وفروعه

٢٤ - تمهيد

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون تقسيمات عدة ، يعيننا منها الاشارة الى تقسيمين اثنين : الأول ، هو تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص ، والثاني هو تقسيم القانون الى قانون موضوعي وقانون شكلي .

ويقوم هذا التقسيم الأخير للقانون على أساس أن القانون الموضوعي يضع أحكاما موضوعية للعلاقات التي يتصدى لحكمها يحدد فيها الحقيق والواجبات المختلفة . بينما يقتصر القانون الشكلي على بيان الاجراءات الكفيلة باعمال القانون الموضوعي وتطبيقه ، فقانون الاجراءات أو المرافعات المدنية والتجارية مثلا قانون شكلي ، لأنه يبين الاجراءات الواجب اتباعها في سبيل الحصول على ما يقرره القانون المدني والقانون التجاري - وهما قانونان موضوعيان - من حقوق .

ولكن التقسيم الأول للقانون الى قانون عام وقانون خاص هو التقسيم الرئيسي للقانون (١) . وهو تقسيم تقليدي لا يزال مستقرا ومسلما في الفقه الحديث حتى من جانب الفقهاء الذين يهاجمونه ، إذ هو ذو فائدة عملية واضحة ناشئة عن التفرقة الواجبة في المعاملة بين الدولة صاحبة السلطان في الجماعة وبين الأفراد الخاضعين لهذا السلطان .

(١) قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من أن التقسيم الرئيسي للقانون هو تقسيمه الى موضوعي وشكلي أو اجرائي ، بينما يعتبر تقسيم القانون الى عام وخاص تقسيما تاليا وتابعا له ( أحمد مسلم ، المنطق والواقع في التنظيم الوضعي للروابط الدولية ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٥٩ ، ص ٧٩ ، هامش «٥١» ) .



وسوف تقتصر على بيان هذا التقسيم الرئيسي للقانون ، فنعرض لمبدأ هذا التقسيم والفروع التي تندرج تحت كل من قسميه ، ولتلك التي تنتمي الى القسمين معا في آن واحد .

### المبحث الأول

#### التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص (١)

##### ٢٥ - تاريخ التفرقة

تعتبر التفرقة بين القانون العام (le droit public) والقانون الخاص (le droit privé) تفرقة تقليدية قديمة . فقد عرفها الرومان ، حيث كانوا ينظرون الى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل للصالح العام ، وتعلو على المصالح الخاصة التي تترك الحرية للأفراد في سبيل تحقيقها تأكيدا للنزعة الفردية التي كانت سائدة حينئذ .

ولكن مثل هذه التفرقة لم تلبث أن اختلقت وانطمست معالمها في العصور الوسطى أمام ضعف الدولة وعدم وجود هيئة عامة تتركز فيها وحدها السيادة المطلقة في الجماعة .

غير أن تأكد سلطان الدولة وانتصار النزعة الفردية ومذاهب الحرية في مطلع القرن التاسع عشر ، قد مكن للفصل بين نشاط الفرد ونشاط الدولة بما أتاح إعادة التفرقة القديمة بين القانون العام والقانون الخاص في صورة واضحة المعالم .

الا أن انحسار النزعة الفردية منذ أواخر القرن الماضي ، وظهور النزعة الاجتماعية وانتشارها بما يصحبها من ازدياد تدخل الدولة في مختلف شئون

(١) أهم المراجع :

Eisenmann, Droit public, droit privé, Revue du droit public et de la science politique, 1952, pp. 904 - 979. — Morellet, L'interpénétration du droit public et du droit privé, Recueils d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, t. III, pp. 136 - 142. — Riezler, Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public, Etudes Lambert, t. III, pp. 117 - 136. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 39 - 41.

وكتابنا سالف الذكر ، فقرات ٢٩ - ٤٦ ، ص ٧٣ - ١٠٠ .

النشاط في الجماعة ، قد أوجد اختلاطا وتداخلا كبيرا بين نشاط الفرد ونشاط الدولة ، مما حدا ببعض الفقهاء الى الظن بأن معالم التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص في طريقها الى الزوال ، وان العصر الحديث يشهد ظاهرة اجتياح القانون العام للقانون الخاص (١) .

غير أن مثل هذا الظن ليس صحيحا (٢) . فلا يعني ازدياد تدخل الدولة في شئون النشاط الفردي ، وازدياد حكمها لهذا النشاط بقواعد أمرة دون تركها مجالا كبيرا لسلطان ارادة الأفراد ، ان مثل هذه القواعد تدخل في نطاق القانون العام ، اذ الاعتبار في هذا الشأن يكون لطبيعة ما تعرض له هذه القواعد من موضوعات لا للصفة الآمرة أو المكملة لئلا هذه القواعد . فقواعد القانون الخاص التي تتحدد صفتها الخاصة على أساس طبيعة ما تعرض له من موضوعات ، تظل لها هذه الصفة ، فلا يقبلها الى قواعد القانون العام مجرد فرضها كقواعد أمرة .

ولذلك فان مبدأ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما يزال معتبرا الى اليوم مسلما به في الفقه الحديث بوجه عام (٣) .

## ٢٦ - معيار التفرقة

اذا كانت التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص ما زالت الى اليوم مسلمة ومستقرة في الفقه الحديث رغم ما تعرضت له من هجمات ،

(١) انظر في ذلك خاصة :

Savatier, Du droit civil au droit public, 1945 — Jossierand. La publication du contrat, Etudes Lambert, t. III, No. 145, pp. 142 - 158. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 390 - 393.

(٢) راجع في ذلك :

Eisenmann, article précité, Nos. 9 . 29, pp. 913 - 923. — Roubier, op. cit., pp. 251, 252. — H. Mazeaud, Défense du droit privé, Dalloz, 1949, chr., p. 17.

(٣) انظر مع ذلك مهاجمة مبدأ التفرقة :

علي البارودي ، في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع التجاري العام ، مجلة الحقوق ،

السنة الثانية عشرة . العددان الثالث والرابع ، ص ١٩٦ - ٢٠٧ .

الا أن الوقوف على معيارها ليس بالأمر الهين حيث لا يزال اختلاف الفقهاء كبيرا في هذا الشأن .

ولعل المعيار التقليدي لهذه التفرقة ، هو ذلك الذى يقيّمها على أساس الأشخاص أطراف العلاقات القانونية . فحيث يتعلق الأمر بالدولة وعلاقتها بالأفراد أو بالدول الأخرى ، نوجد بصدد القانون العام . وحيث يتعلق الأمر بالفرد وعلاقته بغيره من الأفراد ، نوجد بصدد القانون الخاص (١) .

ومثل هذا المعيار ، ان كان صحيحا فى ظاهره وفى النتائج التى تنفرع عليه فى أكثر الفروض ، الا أن من العسير اعتباره صحيحا على إطلاقه . ذلك أن الدولة كثيرا ما تدخل فى علاقات مع الأفراد ، لا بصفتها صاحبة السلطة والسيادة فى الجماعة ، ولكن بوصفها مجرد شخص معنى عادى كبقية الأشخاص المعنوية الخاصة ، وحينئذ لا يتأتى منطقا إخضاع مثل هذه العلاقة لقواعد القانون العام ، بل تحكمها قطعا قواعد القانون الخاص . فالدولة حين تقوم مثلا باستغلال أموالها الخاصة - لا الأموال العامة - وتعتد عقودا فى سبيل ذلك ، انما تظهر كشخص عادى لا كشخص عام يمثل السيادة فى المجتمع ، ولذلك يخضع نشاطها هذا للقانون الخاص ، كما يخضع لذلك أى استغلال أو عقد مماثل يقوم به أو يبرمه فرد من الأفراد . ومن هنا يبدو عدم إمكان الاعتماد على شخص الدولة كمعيار فاصل للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص .

ومن أجل ذلك ، حاول بعض الفقهاء التماس معيار جديد لهذه التفرقة ، فأقامها على أساس اعتبار أن القانون العام قانون سيطرة أو قانون أمر ، واعتبار القانون الخاص قانون حرية أو سلطان ارادة ، وبذلك يصبح الموضوع مرادفا للقانون العام ، والحرية مرادفة للقانون الخاص (٢) .

(١) Montesquieu, De l'esprit des lois, éditions Garnier, t. I, chapitre III, p. 9.

(٢) أنظر فى هذا المعنى :

Savatier, op. cit., pp. 5 - 9.

ولكن مثل هذا المعيار بدوره لا يعتبر صالحا من كل الوجوه ، فليست كل قواعد القانون العام قواعد سيطرة ، واخضاع للفرد وانكار لحرية الارادة والاختيار ، فثم قواعد - كالقواعد الدستورية المقررة للحريات الفردية - لا يمكن أخذها على هذا الأساس ، أو اعتبارها لذلك من قواعد القانون الخاص (١) . ومن ناحية أخرى ، فالقانون الخاص كذلك ليس كله قانون الحرية والرضا وسلطان الارادة ، اذ سلطان الارادة يتوقف حتما أمام القواعد الآمرة أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ، وهي قواعد أصبح يزخر بها القانون الخاص في العصر الحديث ، دون أن يصح اعتبارها لذلك - كما سبق البيان - من قواعد القانون العام (٢) .

وتم معيار آخر يأخذ به بعض الفقهاء المحدثين - وهو نفس المعيار الذي كان معروفا عند الرومان (٣) - يتلخص في ارجاع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص الى اختلاف طبيعة المصلحة التي تهدف الى تحقيقها أو حمايتها كل منهما . فالقانون العام هو الذي يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، والقانون الخاص هو الذي يهدف الى تحقيق مصلحة خاصة .

ولكن مثل هذا المعيار غير دقيق ، وهو ينتهي حتما الى الاختلاط التام بين القانون العام والقانون الخاص وانطماس الحدود بينهما ، اذ من العسير الفصل التام بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة . ولذلك فان القانون العام اذا كان يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، فان تحقيق هذه المصلحة يستتبع بذلك تحقيق بعض المصالح الخاصة ، وكذلك فلئن كان القانون الخاص يهدف الى تحقيق مصالح خاصة ، فهو يحقق بالتبعية والضرورة مصلحة عامة ، اذ لا يتصور - والقانون يتصدى لتنظيم الحياة الاجتماعية - أن يعمل على تحقيق المصالح الخاصة اذا تعارضت مع المصلحة العامة

(١) Einsenmann, article précité, pp. 928 - 929.

(٢) أنظر في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 63. — Roubier, op. cit., No. 29, p. 247.

Roubier, op. cit., No. 29, p. 243. — Du Pasquier, op. cit., No. 167. (٣)

للجماعة (١) . ولذلك ، فالزواج مثلا - وهو من أنظمة القانون الخاص - اذا كان يحقق مصالح خاصة فردية ، الا أنه يحقق في نفس الوقت مصلحة عامة للجماعة ، بل لعل تكوين الأسرة وتنظيم العلاقات بين أفرادها يعتبر في طبيعة المصالح العامة للجماعة .

وأمام نقص معيار طبيعة المصلحة ، وجد معيار آخر - يعتبر تنقيحا للمعيار التقليدي الأول - هو معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية ، بمقتضاه يكون القانون العام هو الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة أحد أطرافها بصفتها صاحبة السيادة أو السلطة العامة في الجماعة ، ويكون القانون الخاص هو الذي يحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفراداً (٢) .

وهذا المعيار الأخير قد يكون قريبا الى الصواب ، وان يكن لا يسلم كذلك من النقد (٣) . ولكنه على أي حال يصلح نقطة بداية للوصول الى معيار أسلم ، اذ هو يخفي وراءه المعيار الذي نراه حقيقا بالتسليم وهو معيار طبيعة العلاقة القانونية نفسها ، ذلك أن صفة الأطراف فيها انما تستمد من هذه الطبيعة . ومن هنا ، يمكن أن نقول ان القانون العام هو الذي يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة في الجماعة أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها . أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم فيحكمها القانون الخاص (٤) .

(١) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 29, pp. 248, 249. — Del Vecchio, op. cit., p. 292. — Riezler, article précité, pp. 126 - 130. — Eisenmann, article précité, pp. 934 - 936.

(٢) في هذا المعنى :

Riezler, article précité, p. 131. — Eisenmann, article précité, p. 933, 964.

(٣) اذ يقال ان الأفراد حينما يمارسون الحريات العامة أو يشاركون في تكوين السلطة العامة بالانتخاب مثلا ، انما تحكمهم - كما هو مسلم - قواعد القانون العام ، رغم أنهم لا يقومون في الواقع باستعمال حقيقي لحق السيادة ( انظر : Roubier, op. cit., No. 29, p. 250 )

(٤) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 64. — Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., p. 293.

### ٢٧ - أهمية التفرقة (١)

إذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مستقرة في الفقه ، فان أهميتها ليست محض أهمية نظرية ، بل هي كذلك عملية .

فالقانون العام - وهو يحكم المسائل المتعلقة بالسيادة - يزود السلطات العامة في الجماعة بمكنات لا يخولها القانون الخاص للأفراد . فللسلطات العامة مثلا اتخاذ قرارات فردية تفرض تكاليف عامة أو خاصة على الأفراد ، أو الالتجاء الى وسائل استثنائية قهرية تعينها على تنفيذ ما تأمر به مما يدخل في اختصاص وظيفتها المباشرة ، كالتنفيذ المباشر دون الالتجاء الى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية للمنفعة العامة .

وعلاقة الدولة بموظفيها تحكمها قواعد معينة تختلف عن القواعد التي تحكم علاقة رب العمل الخاص بعماله ومستخدميه ، إذ في الحالة الثانية حيث لا يتصل الأمر بحق السيادة يتصور اعطاء العمال جانبا غير قليل من الحرية ازاء رب العمل يصل عادة الى حد السماح لهم بالتوقف عن العمل والاضراب ، بينما لا يتصور ذلك عادة في علاقة الموظفين بالدولة صاحبة السيادة ، خاصة وانهم بحكم وظائفهم يقومون على تسيير المرافق العامة وهو ما لا يحتمل التوقف أو التعطل .

وتتقرر مسئولية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة ومسئولية الموظفين فيها على أسس وقواعد مختلفة عن القواعد العامة المقررة في القانون الخاص بشأن مسئولية الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة .

وتخضع العقود التي تعقدها الإدارة غالبا لقواعد استثنائية تخالف القواعد العادية المقررة للعقود في القانون الخاص ، فقد يثبت للإدارة منفردة

(١) راجع في ذلك :

Roubier, op. cit., No. 29, pp. 245, 246. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 40.

عبد الحميد متولى ، الفصل في القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٧ .

للجماعة (١) . ولذلك ، فالزواج مثلا - وهو من أنظمة القانون الخاص - اذا كان يحقق مصالح خاصة فردية ، الا أنه يحقق في نفس الوقت مصلحة عامة للجماعة ، بل لعل تكوين الأسرة وتنظيم العلاقات بين أفرادها يعتبر في طبيعة المصالح العامة للجماعة .

وأمام نقص معيار طبيعة المصلحة ، وجد معيار آخر - يعتبر تنقيحا للمعيار التقليدي الأول - هو معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية ، بمقتضاه يكون القانون العام هو الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة أحد أطرافها بصفتها صاحبة السيادة أو السلطة العامة في الجماعة ، ويكون القانون الخاص هو الذي يحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفراداً (٢) .

وهذا المعيار الأخير قد يكون قريبا الى الصواب ، وان يكن لا يسلم كذلك من النقد (٣) . ولكنه على أي حال يصلح نقطة بداية للوصول الى معيار أسلم ، اذ هو يخفي وراءه المعيار الذي نراه حقيقيا بالتسليم وهو معيار طبيعة العلاقة القانونية نفسها ، ذلك أن صفة الأطراف فيها انما تستمد من هذه الطبيعة . ومن هنا ، يمكن أن نقول ان القانون العام هو الذي يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة في الجماعة أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها . أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم فيحكمها القانون الخاص (٤) .

(١) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 29, pp. 248, 249. — Del Vecchio, op. cit., p. 292. — Riezler, article précité, pp. 126 - 130. — Eisenmann, article précité, pp. 934 - 936.

(٢) في هذا المعنى :

Riezler, article précité, p. 131. — Eisenmann, article précité, pp. 933, 964.

(٣) اذ يقال ان الأفراد حينما يمارسون الحريات العامة أو يشاركون في تكوين السلطة العامة بالانتخاب مثلا ، انما تحكمهم - كما هو مسلم - قواعد القانون العام ، رغم أنهم لا يقومون في الواقع باستعمال حقيقي لحق السيادة ( انظر : Roubier, op. cit., No. 29, p. 250 )

(٤) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 64. — Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., p. 293.

### ٢٧ - أهمية التفرقة (١)

إذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مستقرة في الفقه ، فان أهميتها ليست محض أهمية نظرية ، بل هي كذلك عملية .

فالقانون العام - وهو يحكم المسائل المتعلقة بالسيادة - يزود السلطات العامة في الجماعة بمكنات لا يخولها القانون الخاص للأفراد . فللسلطات العامة مثلا اتخاذ قرارات فردية تفرض تكاليف عامة أو خاصة على الأفراد ، أو الالتجاء الى وسائل استثنائية قهرية تعينها على تنفيذ ما تأمر به مما يدخل في اختصاص وظيفتها المباشرة ، كالتنفيذ المباشر دون الالتجاء الى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية للمنفعة العامة .

وعلاقة الدولة بموظفيها تحكمها قواعد معينة تختلف عن القواعد التي تحكم علاقة رب العمل الخاص بعماله ومستخدميه ، إذ في الحالة الثانية حيث لا يتصل الأمر بحق السيادة يتصور اعطاء العمال جانبا غير قليل من الحرية ازاء رب العمل يصل عادة الى حد السماح لهم بالتوقف عن العمل والاضراب ، بينما لا يتصور ذلك عادة في علاقة الموظفين بالدولة صاحبة السيادة ، خاصة وانهم بحكم وظائفهم يقومون على تسيير المرافق العامة وهو ما لا يحتمل التوقف أو التعطل .

وتتقرر مسئولية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة ومسئولية الموظفين فيها على أسس وقواعد مختلفة عن القواعد العامة المقررة في القانون الخاص بشأن مسئولية الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة .

وتخضع العقود التي تعقدها الإدارة غالبا لقواعد استثنائية تخالف القواعد العادية المقررة للعقود في القانون الخاص ، فقد يثبت للإدارة منفردة

(١) راجع في ذلك :

Roubier, op. cit., No. 29, pp. 245, 246. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 40.

عبد الحميد متولى ، المتصل في القانون الدستوري ، ١٩٥٢ ، ص ٧ .



الحق في إلغاء العقد أو تعديل شروطه أو توقيع جزاء على التخلف أو التقصير في تنفيذه .

ولذلك فإن الحاجة تدعو - أمام اختلاف الأنظمة والقواعد القانونية بين القانون العام والقانون الخاص - إلى تخصيص جهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادي ، للفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام وبخاصة تلك المتصلة بنشاط الإدارة . وهذا هو الحال في القانون المصري ، حيث توجد محاكم إدارية إلى جوار المحاكم العادية .

#### ٢٨ - مدى التفرقة

إذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما تزال قائمة رغم ما تعرضت له من هجمات ، فإن ذلك لا يعطيها صفة مطلقة أو جامدة .

فيراعى من ناحية ، أن هذه التفرقة ليست بالتفرقة المحتومة اللازمة التي لا يخلو منها نظام أو شريعة من النظم أو الشرائع القانونية المختلفة ، بل هي تفرقة نسبية تعرفها بعض هذه النظم والشرائع دون بعض . ولذلك كانت مجهولة في الشريعة الإسلامية وفي القانون الكنسي الكاثوليكي . وهي في العصر الحاضر ، إذا كانت معروفة مسلمة في أغلب القوانين ، إلا أنها تكاد تكون مجهولة في القوانين الأنجلوسكسونية (١) .

ويراعى من ناحية ثانية ، أن وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يمنع من وجود فروع للقانون يستعصى اعتبارها من القانون العام أو من القانون الخاص على حدة ، إذا كانت بعض قواعدها تتعلق بتنظيم السلطات العامة وحق السيادة في الجماعة وبعضها الآخر لا يتعلق بذلك . ووجود مثل هذه الفروع المختلفة للقانون ليس فيه ما يطنش أو ينقض التفرقة الأساسية بين القانون العام والقانون الخاص . وإذا كان الفقه يجرى عادة على أدراج بعض هذه الفروع المختلفة تحت القانون العام أو تحت القانون الخاص وحده رغم

انتمائها الى القانونين في آن واحد ، فما ذلك الا اعتبارا بالفرض الاساسي منها والصفة الغالبة لقواعدها .

ويراعي أخيرا ، ان وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يعني أنها تفرقة جامدة ثابتة الحدود(١) ، بل هي تفرقة مرنة تخضع في الزمان والمكان لما يعتبر وما لا يعتبر من حق السيادة في الجماعة .

### المبحث الثاني

### فروع القانون العام

#### ٢٩ - تقسيم

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون العام الى قسمين كبيرين ، القانون العام الخارجي (Le droit public externe) ، والقانون العام الداخلي (Le droit public interne) . واذ كان القانون العام الخارجي ، وهو المعروف باسم « القانون الدولي العام » ، مشكوكا في اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، فان ذلك يقتضى مناقشة صفته القانونية . أما القانون العام الداخلي ، فتندرج تحته فروع متعددة تبعا لتنوع المسائل المتصلة بالسيادة أو السلطة العامة في الجماعة ، مما يقتضى بيان هذه الفروع وأهميتها .

### المطلب الأول

#### القانون العام الخارجي

#### أو القانون الدولي العام

#### ٣٠ - مدى اعتبار القانون الدولي العام قانونا بالمعنى الكامل

القانون العام الخارجي هو المعروف باسم « القانون الدولي العام » le droit international public ، ويقصد به الدلالة على مجموع القواعد

(١) في هذا المعنى :

القانونية التي تحكم علاقة الدول بعضها ببعض في الحرب والسلم على السواء .

والقانون الدولي العام منازع في اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، على أساس عدم صدوره عن سلطة سياسية عليا تملك التشريع بين الدول ، وتختلف الجزاء الجبري عند مخالفة قواعده (١) .

ونظرنا الى هذا القانون - كما سبق البيان - أنه قانون لم تتوافر له بعد صفة القانون الوضعي الكامل . ولكننا لا نؤسس ذلك على انعدام وجود هيئة تشريعية عليا تملك التشريع في المحيط الدولي ، فالتشريع ليس الا مجرد مصدر بين المصادر الرسمية الأخرى للقانون ، بحيث لا يفيد تخلفه عدم قيام القانون . ولذلك فالى حين قيام مثل هذه الهيئة التشريعية ، بل حتى بعد قيامها ، يستطيع العرف الدولي أن يلزم الدول بالقواعد القانونية في شأن علاقاتها بعضها ببعض .

وانما نؤسس عدم كمال وضعية القانون الدولي العام على الواقع المسلم من أن قواعده غير مكفول احترامها بقوة الاجبار الجماعي ، وهو شرط جوهرى لوجود قانون بالمعنى الكامل (٢) . كما سبق البيان . فلا توجد بعد فى المجتمع العالمى هيئة تنزل الدول منها منزلة الأفراد من الحكومات فيكون لها من القوى المادية القاهرة ومن السلطات على الدول جميعا ، ما تملك معه توقيع الجزاء على كل دولة تخرق قواعد القانون الدولي العام . فالى حين وجود سيادة عالمية موحدة تملو السيادة الوطنية المتعددة وتملك عليها حق الأمر والحبر دون معقب ، لا يمكن اعتبار قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية وضعية كاملة أى قواعد مطبقة فعلا فى المحيط الدولي ، لأنها ليست بعد

(١) أنظر فى عرض هذا الرأى المنسوب الى الفقيه الانجليزى أوستن : Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 137 - 139. — Gray, The nature and sources of the law, 1948, pp. 130, 131.

(٢) قارن مع ذلك :

على صادق أبو صف ، القانون الدولي العام ، ط ٦ ، ١٩٦٣ ، فقرة ٢٨ ، ص ٨١ و ٨٢ .  
حامد سلطان ، القانون الدولي العام فى وقت السلم ، ط ٤ ، ١٩٦٩ ، فقرات ٧ و ٨ ، ص ١٧ .  
محمد حافظ غانم ، مبادئ القانون الدولي العام ، ١٩٦٨ ، فقرات ٣١ و ٣٢ ، ص ٨٦ - ٨٨ .  
( م ٥ - المدخل الى القانون )

بالقواعد الملزمة الزاما جبريا للدول ، فتستطيع كل دولة المخالفة عنها دون أن تجد اجبارا جماعيا يحملها على احترام أحكامها . فهي قواعد اذن لم تبلغ بعد نهاية التطور الكامل الذى وصلت اليه قواعد القانون الداخلى (١) .

وقد بذلت محاولات عديدة لايجاد هيئة عالمية لها حق السيادة على الدول بما يؤكد صفة الالتزام الجبرى لقواعد القانون الدولى العام ، ولكنها باءت كلها بالفشل حتى الآن . فليس فى وجود « الأمم المتحدة » القائمة حائيا ما يعنى وجود مثل هذه الهيئة . فهي قد لا تضم الدول جميعا ، ولاى دولة من أعضائها حق الانسحاب منها ، وهى لا تباشر على أعضائها من الدول سلطات سيادة بالمعنى الصحيح ، وقرارات جمعيتها العمومية بمثابة التوصيات ، وقرارات مجلس الأمن فيها عرضة للتعطيل بما تملك بعض الدول من أعضائه الدائمين - وهى الدول الكبرى التى تتجرا عادة على مخالفة قواعد القانون الدولى - من حق الاعتراض عليها .

### المطلب الثانى

### القانون العام الداخلى

#### ٣١ - تعريف وتقسيم

يقصد بالقانون العام الداخلى مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة داخليا لا خارجيا ، أى تلك التى تحكم ما يتصل بالسيادة الداخلية فى الدولة دون السيادة الخارجية فى علاقات الدولة بغيرها من الدول .

وتندرج تحت القانون العام الداخلى فروع مختلفة تبعا لاختلاف

(١) فى هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., pp. 300, 301. — Dabin, op. cit., No. 38. — Gray, pp. 131, 132.

محمد على امام ، محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٥٠ - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠ .  
وفقهاء القانون الدولى العام أنفسهم لا ينكرون ذلك . فبعضهم يؤكد أن « القانون الدولى - اذا ما قورن بالقانون الداخلى - يبدو نظاما ناقصا بموزة الضبط والكمال » ( حامد سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٧ ، ص ١٧ ) . ويسمى بعض آخر بان « جزء قاعدة القانون

الموضوعات التي يمرض لها ، هي : القانون الدستوري ، والقانون الإداري ،  
والقانون المالي ، والقانون الجنائي أو الجزائي . فنعرض فيما يلي بإيجاز  
لهذه الفروع المتعددة .

### ٣٢ - القانون الدستوري

نجد القانون الدستوري (le droit constitutionnel) في الطبيعة  
من فروع القانون العام الداخلي ، فهو مجموعة القواعد التي تحدد نظام الحكم  
في الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها وهي عادة السلطة التشريعية  
والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، وتوزع الاختصاصات فيما بينها  
وتحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين بعضها البعض ، وتنص على ما للأفراد  
من حريات عامة وحقوق قبل الدولة التي تلتزم بكفالتها واحترامها .

وقد سبق أن أشرنا الى تشكيك بعض الفقهاء فيما للقانون الدستوري  
من صفة قانونية كاملة ، بدعوى فقدان قواعده صفة الالتزام الواجبة لكل  
قواعد القانون . اذ لا يتصور فيما يقولون - والدولة هي التي تملك وتحتكر  
سلطات الجزاء والاجبار - أن تشرعه في وجه نفسها ان خالفت قواعد ذلك  
القانون (١) . فضلا عن أن التزام الدولة باحترام الدستور ليس التزاما  
قانونيا بالمعنى الصحيح ، وانما هو التزام أدبي أو أخلاقي محض لا يجد جزاء  
على خرقه الا مجرد جزاء أدبي أو أخلاقي كذلك (٢) .

---

الدول جزاء غير منظم وضعيف » ( محمد حافظ غانم ، فقرة ٣٢ ، ص ٨٨ ) . ويعترف بض  
ثالث بأنه في مجال القانون الدولي العام « لا يمكن أن ننكر أن الحاجة الى تطوير الجزاء في  
معناه التقليدي حاجة ماسة » ( محمد طلعت الفنيمي ، الأحكام العامة في قانون الأمم ، قانون  
السلام ، ١٩٧٠ ، ص ٢٠٨ ) .

ولكن قارن ما يذهب اليه بعض آخر منهم من تأكيدات الصفة الوضعية لقواعد القانون  
الدولي العام لاقتربها بما أضفت عليه الدول الكبرى التي وضعت هذه القواعد من الجزاء ، وأن  
من صور هذا الجزاء أعمال الانتقام ( محمد سامي عبد الحميد أصول القانون الدولي العام ،  
ج ١ القاعدة الدولية ، ١٩٧٠ ، فقرة ١٠ ص ٧٧ - ٩٧ وفقرة ٢٣ ، ص ١٧٠ - ١٧٣ ) .  
ولكن لا يخفى ما يعنيه هذا النظر من أن تصبح القوة هي أساس القانون الدولي العام وليس  
العدل ، ومن أن تملك الدول الكبرى التحلّي من قواعده كما تشاء !

(١) أنظر في الإشارة الى هذه الحجة :

Del Vecchio, op. cit., p. 298.

(٢) يقول بهذه الحجة الفقيه الانجليزي « أوستن » Austin . أنظر في الإشارة الى ذلك :

مسعد عصفور ، مقدمة القانون الدستوري ، ص ٩ .

وهذا النظر نظر قاصر ، من حيث أنه يغفل ما لقواعد القانون الدستوري من طبيعة خاصة تشكل صور الجزاء والاجبار فيه بشكل مختلف عن صور الجزاء والاجبار في فروع القانون الأخرى . فالقانون الدستوري يفترض وجود سلطات مختلفة في الجماعة ، ولما كانت مخالفة قواعد قد تقع من أحداها فالجزاء أو الاجبار لا يتصور اذن الا في صورة رقابة متبادلة بين هذه السلطات . فيكون للسلطة التنفيذية مثلا حق حل المجلس التشريعي ، ويكون للمجلس التشريعي حق اسقاط الحكومة الممثلة للسلطة التنفيذية ، ويكون للمحاكم حق الغاء التشريعات المخالفة للقانون أو الدستور ، أو في الأقل حق الامتناع عن تطبيقها ، فان لم تفلح هذه الرقابة ، ارتد الأمر الى مصدر هذه السلطات وهو الشعب ، فيستقل حينئذ بكفالة احترام قواعد القانون الدستوري بنفسه بما يملك من وسائل سلمية أو ثورية .

هذا فضلا ، عن أن هذا النظر يشوه وظيفة الدولة فيصورها على أنها جهاز جبر وقوة ، بينما الدولة لا توجد الا لخدمة القانون واعمال حكمه وكفالة احترام قواعده بما يحقق المقصود منه من اقامة نظام عادل في الجماعة ، ولذلك كان احترام القانون هو أول واجباتها . فليس القانون هو قانون الدولة تتحلل من احترامه كما تشاء ، انما الدولة هي « دولة القانون » تلتزمه وتتقيد بأحكامه . ولذلك فان الاجبار متصور في حق السلطات العامة التي تخرق القانون . فيملك الأفراد مقاضاتها والتوصل الى ابطال أو اهدار تصرفاتها غير المشروعة أو غير الدستورية ، وحينئذ تلتزم السلطة التنفيذية - طبقا لوظيفتها - بالقيام بتنفيذ الأحكام الصادرة بذلك حتى ولو كانت ضدها . ومن ذلك كله ينكشف فساد هذا الرأي ، وتستبين الصفة القانونية الكاملة ثابتة للقانون الدستوري .

### ٣٣ - القانون الإداري

يقصد بالقانون الإداري *droit administratif* مجموع القواعد التي تحكم تكوين السلطة الادارية ونشاطها في أداء وظيفتها من القيام على أمر المرافق العامة تحقيقا للصالح العام ، وتذرعها في سبيل ذلك بحقوق وامتيازات السلطة العامة التي لا يتمتع بمثلها الأفراد . وبمقتضى هذه الحقوق والامتيازات ، تمارس السلطة الادارية نشاطها عادة عن طريق ما تصدره من أوامر وقرارات .

الموضوعات التي يعرض لها ، هي : القانون الدستوري ، والقانون الإداري ،  
والقانون المالي ، والقانون الجنائي أو الجزائي . فنعرض فيما يلي بإيجاز  
لهذه الفروع المتعددة .

### ٣٢ - القانون الدستوري

نجد القانون الدستوري (le droit constitutionnel) في الطبيعة  
من فروع القانون العام الداخلي ، فهو مجموعة القواعد التي تحدد نظام الحكم  
في الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها وهي عادة السلطة التشريعية  
والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، وتوزع الاختصاصات فيما بينها  
وتحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين بعضها البعض ، وتنص على ما للأفراد  
من حريات عامة وحقوق قبل الدولة التي تلتزم بكفالتها واحترامها .

وقد سبق أن أشرنا إلى تشكيك بعض الفقهاء فيما للقانون الدستوري  
من صفة قانونية كاملة ، بدعوى فقدان قواعده صفة الإلزام الواجبة لكل  
قواعد القانون . إذ لا يتصور فيما يقولون - والدولة هي التي تملك وتحتكر  
سلطات الجزاء والإجبار - أن تشرعه في وجه نفسها إن خالفت قواعد ذلك  
القانون (١) . فضلا عن أن التزام الدولة باحترام الدستور ليس التزاما  
قانونيا بالمعنى الصحيح ، وإنما هو التزام أدبي أو أخلاقي محض لا يجد جزاء  
على خرقه إلا مجرد جزاء أدبي أو أخلاقي كذلك (٢) .

---

الدولي جزاء غير منظم وضعيف » ( محمد حافظ غانم ، فقرة ٣٢ ، ص ٨٨ ) . ويعترف بعض  
تألت بأنه في مجال القانون الدولي العام « لا يمكن أن ننكر أن الحاجة إلى تطوير الجزاء في  
معناه التقليدي حاجة ماسة » ( محمد طلعت الفنيمي ، الأحكام العامة في قانون الأمم ، قانون  
السلام ، ١٩٧٠ ، ص ٢٠٨ ) .

ولكن قارن ما يذهب إليه بعض آخر منهم من تأكيد الصفة الوضعية لقواعد القانون  
الدولي العام لاقترانها بما أضفت عليه الدول الكبرى التي وضعت هذه القواعد من الجزاء ، وأن  
من صور هذا الجزاء أعمال الانتقام ( محمد سامي عبد الحميد أصول القانون الدولي العام ،  
ج ١ القاعدة الدولية ، ١٩٧٠ ، فقرة ١٠ ص ٧٧ - ٩٧ وفقرة ٢٣ ، ص ١٧٠ - ١٧٣ ) .  
ولكن لا يخفى ما يعنيه هذا النظر من أن تصبح القوة هي أساس القانون الدولي العام وليس  
العدل ، ومن أن تملك الدول الكبرى التحلل من قواعده كما تشاء !!

(١) أنظر في الإشارة إلى هذه الحجة :

Del Vecchio, op. cit., p. 298.

(٢) يقول بهذه الحجة الفقيه الإنجليزي « أوستن » Austin ، أنظر في الإشارة إلى ذلك :

سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستوري ، ص ٩ .

وهذا النظر نظر قاصر ، من حيث أنه يغفل ما لقواعد القانون الدستوري من طبيعة خاصة تشكل صور الجزاء والاجبار فيه بشكل مختلف عن صور الجزاء والاجبار في فروع القانون الأخرى . فالقانون الدستوري يفترض وجود سلطات مختلفة في الجماعة ، ولما كانت مخالفة قواعده قد تقع من احداها فالجزاء أو الاجبار لا يتصور اذن الا في صورة رقابة متبادلة بين هذه السلطات . فيكون للسلطة التنفيذية مثلا حق حل المجلس التشريعي ، ويكون للمجلس التشريعي حق اسقاط الحكومة الممثلة للسلطة التنفيذية ، ويكون للمحاكم حق الغاء التشريعات المخالفة للقانون أو الدستور ، أو في الأقل حق الامتناع عن تطبيقها ، فان لم تفلح هذه الرقابة ، ارتد الأمر الى مصدر هذه السلطات وهو الشعب ، فيستقل حينئذ بكفالة احترام قواعد القانون الدستوري بنفسه بما يملك من وسائل سلمية أو ثورية .

هذا فضلا ، عن أن هذا النظر يشوه وظيفة الدولة فيصورها على أنها جهاز جبر وقوة ، بينما الدولة لا توجد الا لخدمة القانون واعمال حكمه وكتابة احترام قواعده بما يحقق المقصود منه من اقامة نظام عادل في الجماعة ، ولذلك كان احترام القانون هو أول واجباتها . فليس القانون هو قانون الدولة تتحلل من احترامه كما تشاء ، انما الدولة هي « دولة القانون » تلتزمه وتنقيد بأحكامه . ولذلك فان الاجبار متصور في حق السلطات العامة التي تخرق القانون . فيملك الأفراد مقاضاتها والتوصل الى ابطال أو اهدار تصرفاتها غير المشروعة أو غير الدستورية ، وحينئذ تلتزم السلطة التنفيذية - طبقا لوظيفتها - بالقيام بتنفيذ الأحكام الصادرة بذلك حتى ولو كانت ضدها . ومن ذلك كله ينكشف فساد هذا الرأي ، وتستبين الصفة القانونية الكاملة ثابتة للقانون الدستوري .

### ٣٣ - القانون الادارى

يقصد بالقانون الادارى *droit administratif* مجموع القواعد التي تحكم تكوين السلطة الادارية ونشاطها في أداء وظيفتها من القيام على أمر المرافق العامة تحقيقا للصالح العام ، وتذرعها في سبيل ذلك بحقوق وامتيازات السلطة العامة التي لا تتمم بمثلها الأفراد . وبمقتضى هذه الحقوق والامتيازات ، تمارس السلطة الادارية نشاطها عادة عن طريق ما تصدره من أوامر وقرارات .



وضمانا لحقوق الأفراد ، وكفالة لحسن قيام السلطة التنفيذية أو الإدارة بوظيفتها دون انحراف أو خروج على القانون ، لا بد من إيجاد وسيلة فعالة للرقابة على الأعمال والأوامر الإدارية ، بما يمكن - في حال عدم مشروعيتها أو انحرافها - من الفائتها أو وقف تنفيذها أو التعويض عن الأضرار الناشئة عنها بحسب الأحوال .

وإذا كانت السلطة القضائية العادية تبدو مهيأة لتحقيق مثل هذه الرقابة ، إلا أنه يعترض على ذلك عادة بمبدأ فصل السلطات ، بما يعنيه من وجوب امتناع السلطة القضائية العادية عن التدخل في أعمال السلطة التنفيذية لتمكين هذه السلطة الأخيرة من أداء وظيفتها في حرية واستقلال .

لذلك جرى الحال في كثير من الدول الحديثة - وبخاصة فرنسا - على إنشاء هيئة مستقلة لتحقيق مثل هذه الرقابة تكون جهة قضاء إداري مستقلة . وقد سلكت مصر هذا المسلك منذ وقت غير بعيد . فأنشأ المشرع المصري « مجلس الدولة » سنة ١٩٤٦ ، ويتألف هذا المجلس حالياً من ثلاثة أقسام هي : قسم الفتوى وقسم التشريع (١) ، والقسم القضائي الذي يضم أساساً ما يعرف باسم « المحاكم الإدارية » على اختلاف درجاتها وأصبح يضم كذلك « المحاكم التأديبية » (٢) . وقد نبضت « المحاكم الإدارية » منذ نشأتها بواجبها في رقابة الأعمال والأوامر الإدارية على وجه يمنع انحراف الإدارة ويكفل حقوق الأفراد .

#### ٣٤ - القانون المالي

كان يعتبر داخلًا في نطاق القانون الإداري إلى قريب ما يسمى بالقانون المالي *le droit financier* على اعتبار أنه يتضمن القواعد التي تحكم مالية الدولة من حيث تحديد مصروفاتها ووجوه انفاقها ، وبيان إيراداتها ومصادر هذه الأدوات المختلفة . ولكن القانون المالي استقل اليوم عن القانون الإداري وأصبح فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون العام الداخلي .

(١) أصبح هذان القسمان مفصلين بمقتضى التعديل الذي أدخله المشرع على قانون مجلس الدولة بالموافقة رقم ٨٦ لسنة ١٩٦٩ بعد أن كانا مندمجين عند نفاذ القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ . وقد أعاد المشرع بهذا الانفصال الوضع الذي كان قائماً قبل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ . وقد أكد المشرع هذا الانفصال في قانون مجلس الدولة الجديد رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(٢) م ٣ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ سالف الذكر .

## ٣٥ - القانون الجنائي

ويدخل كذلك في نطاق القانون العام الداخلي ، القانون الجنائي (le droit criminel) . وهو يتفرع الى الفرعين الآتيين :

١ - قانون العقوبات (le droit pénal) وهو يتضمن قواعد موضوعية تحدد الجرائم وتعين العقوبات عليها ، وتبين شروط المسؤولية الجنائية وظروف الاعفاء أو التخفيف منها . وسنرى من بعد أن هذه القواعد لا تفرض الا بنص تشريعي ، فليس للعرف في فرضها أدنى نصيب .

وإذا كان قانون العقوبات يعتبر عند جمهور الفقهاء من فروع القانون العام الداخلي (١) الا أن بعض الفقهاء يرى اعتباره قانونا مختلطا يدخل - في نفس الوقت - في نطاق القانون العام والقانون الخاص على السواء (٢) . إذ يرون أن قانون العقوبات اذا كان يقوم على فكرة الدفاع عن المجتمع فيعتبر من هذه الوجهة من فروع القانون العام ، الا أنه في أغلب قواعده انما يعاقب على جرائم تقع على الأفراد أنفسهم وتضر بحقوقهم ومصالحهم الخاصة . فضلا عن أن اعمال قواعد هذا القانون بالمطالبة بالعقاب ليس وفقا على السلطة العامة في الجماعة وحدها ، بل ان للأفراد كذلك في بعض الحالات الحق في هذه المطالبة عن طريق تحريك الدعوى العمومية ، وبذلك يبدو قانون العقوبات كضمانة لحقوق الأفراد ومصالحهم ، مما يجعله داخلا من هذا الوجه في نطاق القانون الخاص ، وهو ما يبرر اعتباره في مجموعه قانونا مختلطا .

ولكن هذا الرأي محل نظر . فيراعى أن الجرائم ، مهما كان نوعها ومهما كان الضرر الناشئ عنها واقعا مباشرة على الأفراد أنفسهم أو على حقوقهم

Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, (١)  
t. I, 3ème éd., No. 28. — Donnedieu de Vabres, Traité du droit criminel  
et de législation pénale comparée, 3ème éd., No. 2.

محمد كامل مرسي والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصري الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٢ ، ص ١٠١ - عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٦ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩ . - السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، ١٩٦٢ ، فقرة ٣ . - محمود محمود مصطفي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٤ ، فقرة ٢ .

Roubier, op. cit., No. 30, pp. 263, 264. — Marty et Raynaud, (٢)  
op. cit., t. I, No. 45, p. 70.

ومصالحهم الخاصة . انما تعتبر موجبة ضد الجماعة اذ هي اخلال خطير بالأمن .  
والطمأنينة فيها . ومن أجل ذلك ، كانت السلطة العامة في الجماعة هي  
المستقلة أصلا بمباشرة الدعوى العمومية ضد المجرم للمطالبة بمقابله . فلا  
يملك المجنى عليه - الا في أحوال استثنائية محدودة لا وزن لها في هذا  
الشأن - رفع هذه الدعوى أو النزول عنها أو اعفاء المجرم من العقاب بالصفح  
عنه ، اذ الدعوى العمومية والعقاب انما هما حق المجتمع لا حق المجنى  
عليه (١) .

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

## ٢ - قانون الإجراءات الجنائية droit d'instruction criminelle :

وهو يتضمن قواعد شكلية تبين اجراءات ضبط الجرائم والتحقيق فيها  
واجراءات المحاكمة الجنائية ، وطرق تنفيذ العقوبات المحكوم بها . فهو اذن  
قانون شكلي أو اجرائي يلزم وجوده لاعمال وتطبيق القانون الموضوعي أي  
قانون العقوبات ويتبعه في صفته فيعتبر مثله من فروع القانون العام (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى : De La Gressaye et Laborde-Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, 1947, No. 150. — Garraud, ibid.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، عبد الفتاح عبد الباقي ، الموضوع السابقة .  
محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، فقرة ٩٥ - محمود محمود مصطفى ، الموضوع  
السابق .

(٢) يذهب بعض الفقهاء الى اعتبار قانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية قانوناً مختلطاً  
تفرعاً على ما يروونه في هذا الشأن خاصة بكل قوانين الإجراءات (Roubier, op. cit., p. 294)  
بينما يذهب بعض آخر من الفقهاء الى أن هذا القانون ، باعتباره قانوناً شكلياً ، لا يدخل في  
نطاق القانون العام ولا في نطاق القوانين الخاص ( أحمد مسلم ، مقال السابق ، ص ٧٩  
هامش رقم ١ ) .

### المبحث الثالث

## فروع القانون الخاص

### ٣٦ - تعريف وتمهيد

القانون الخاص هو مجموع القواعد التي تحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفرادا ، أو بمعنى أدق مجموع القواعد التي تحكم العلاقات التي لا تتصل بحق السيادة أو بتنظيم السلطة العامة في الجماعة . فالدولة حين تدخل في علاقات بصفتها شخصا معنويا عاديا لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطان في الجماعة ، تحكمها قواعد القانون الخاص لا قواعد القانون العام .

والقانون المدني هو أساس القانون الخاص ، غير أن ثم فروعاً أخرى تفرعت عنه لتحكم علاقات وموضوعات معينة ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد خاصة بها غير قواعد القانون المدني ، نظرا لاتصالها بمهنة أو نشاط معين ، كالقانون التجاري والقانون البحري وقانون العمل .

### ٣٧ - القانون المدني

دعامة القانون الخاص هو القانون المدني *le droit civil* ، إذ هو الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص ، بمعنى أنه هو المرجع حيث لا توجد في فروع القانون الخاص الأخرى قواعد بشأن العلاقات التي تحكمها فضلا عن أنه يتوجه إلى جميع الأفراد دون استثناء ، إذ هو يتوجه إليهم بصفتهم أفرادا دون نظر إلى اختلاف طوائفهم ومهنتهم على خلاف الفروع الأخرى للقانون الخاص . فهو يحكم علاقة الفرد بأسرته بما يضع من قواعد الأحوال الشخصية ، وهو يحكم العلاقات المالية بما يضع من قواعد المعاملات أو الأحوال العينية .

غير أن قواعد الأحوال الشخصية ما تزال ، في القوانين العربية المختلفة عموما ، خارجة عن نطاق القانون المدني خضوعا للتقاليد القديمة المستقرة التي تترك حكمها للأديان المختلفة . ولذلك لا يتضمن التقنين المدني المصري أساسا إلا قواعد الأحوال العينية وحدها دون قواعد الأحوال الشخصية .

## ٣٨ - القانون التجارى

يقصد بالقانون التجارى **le droit commercial** ، مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التجارية ، أى العلاقات بين التجار بوصفهم تجارا أو العلاقات المتعلقة بأعمال تجارية .

وقد دعا الى ظهور القانون التجارى - كفرع مستقل من فروع القانون الخاص - ازدياد التجارة وانتشارها والحاجة الى تمييزها ، مما يقتضى ضرورة اخضاع العلاقات التجارية لقواعد خاصة غير القواعد العامة الموجودة فى القانون المدنى ، تعين على تحقيق ما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة وقوة ائتمان . ومع ذلك فالصلة غير منقطعة بين القانون التجارى والقانون المدنى ، اذ يظل الأخير معتبرا هو الأصل والأول هو الفرع ، فحيث تفتقد فى القانون التجارى قواعد خاصة ببعض العلاقات التجارية ، ترد الولاية فى شأنها الى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى نطاق العلاقات الخاصة .

ومن أمثلة قواعد القانون التجارى التى يبدو فيها احلال عامل السرعة فى المعاملات التجارية محل الاعتبار ، القاعدة التى تجعل اثبات التصرفات القانونية التجارية أيا كانت قيمتها طليقا من فيد الكتابة ، فيقبل اثباتها بالبينة والقرائن القضائية . وهذه القاعدة التى تمليها طبيعة المعاملات التجارية ترد على خلاف المقرر عموما فى المعاملات المدنية من تطلب الاثبات بالكتابة فى شأن وجود أو انقضاء التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على قدر معين .

ومن أمثلة قواعد القانون التجارى التى يقصد من ورائها كفالة ما تحتاجه المعاملات التجارية من قوة ائتمان ، القاعدة التى تقضى بافتراض التضامن بين المدينين افتراضا لا يحتاج الأمر معه الى اتفاق أو نص فى القانون عليه . فهذه القاعدة تمكن الدائن فى المعاملات التجارية من مطالبة أى واحد من المدينين بكل الدين ، فتقلله بذلك من عناء مطالبة كل منهم بنسبة حصته فى الدين ، وتجنبه مخاطر مثل هذا التقسيم فى المطالبة . وهذه القاعدة التى تمليها ضرورة زيادة ضمان الدائن وائتمانه فى المعاملات التجارية ، ترد على

خلاف الأصل المقرر في المعاملات المدنية من أن التضامن بين المدنيين لا يستنتج أو يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون ( م ٢٧٩ مدني ) .  
وإذا كان القانون التجاري مسلماً باعتباره منذ قديم من فروع القانون الخاص ، فيذهب بعض الفقهاء الحديثين رغم ذلك إلى اعتباره قانوناً مختلطاً ، على أساس أن بعض قواعده - إلى جانب أغلبها المتصل بالقانون الخاص - تتصل بالقانون العام ، كتلك التي تتعرض لتنظيم الغرف والبورصات التجارية وحرية التجارة ونظام المنافسة الحرة وأنظمة التجارة الخارجية والجمارك (١) . ولكن هذا الرأي يفغل أن هذه القواعد إنما تدور كلها حول النشاط التجاري الخاص للأشخاص ، فضلاً عن أنها تندرج في الواقع تحت بعض فروع القانون العام فلا تعتبر جزءاً حقيقياً من القانون التجاري رغم تعلقها بالتجارة .

### ٣٩ - القانون البحري

يقصد بالقانون البحري (le droit maritime) مجموع القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية . فيعرض للسفينة وما يرد عليها من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة ، وللملاحين القائمين على أمرها وما يحكمهم من عقد العمل البحري بقواعده الخاصة ، والمسئولية مالك السفينة ، وللائتقان البحري من رهن وامتياز ، وللنقل البحري وما يتصل به من مسئولية الناقل ، وللتأمين البحري .

وموضوعات هذا القانون ، تجمله - كما هو واضح - فرعاً من فروع القانون الخاص ، وهو المسلم لدى جمهور الفقهاء . ولكن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء المعاصرين من محاولة النظر إليه كقانون مختلط ، باعتبار أن ثم أنظمة وقواعد خاصة بالملاحة تتصل بالقانون العام كذلك ، مثل ما يتعلق بجنسية السفن وتنظيم الموانئ والإرشاد فيها وحرية الملاحة البحرية وسلامتها (٢) .

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 44, p. 67. — Roubier, (١)  
op. cit., No. 30, p. 256.

Marty et Raynaud, op. cit., No. 44, p. 68. (٢)

ولكن الواقع أن مثل هذه القواعد ، ان كانت تمس الملاحة البحرية ،  
فهى أدخل فى نطاق بعض فروع القانون العام ، كالقانون الإدارى والقانون  
الدولى العام ، منها فى نطاق القانون البحرى .

#### ٤٠ - قانون العمل

يقصد بقانون العمل (le droit du travail) ، مجموع القواعد  
القانونية التى تحكم العلاقات القانونية المتعلقة بالعمل التابع للمأجور أى  
بالعمل الذى يقوم به أشخاص مقابل أجر لحساب أشخاص آخرين وتحت  
توجيههم ورقابتهم . وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة نسبيا .  
فقد خلقت الثورة الصناعية ، التى حدثت فى العالم عقب استعمال الآلات  
الحديثة ، طبقة جديدة فى المجتمع هى طبقة العمال ، وكان المذهب السائد  
حينئذ هو المذهب الفردى بما يستتبع من مبدأ سلطان الإرادة . وسنرى من  
بعد ما جره اتباع مثل هذا المبدأ وذلك المذهب من تحكم الأقوياء فى الضعفاء  
واستغلال أرباب الأعمال للعمال باسم الحرية والمساواة فى التعاقد والاتفاق .  
ولم يكن بد أمام ما بدا من هذا التحكم ، وأمام ما أخذ يظهر ويكبر من قوة  
العمال وخطر ما يمكن من وسائل للدفاع عن حقوقهم ، لم يكن بد من أن  
يكتب النجاح للمذهب الاجتماعى أو الاشتراكى ، أو بوجه عام للمذهب التى  
تقوم على أساس من تدخل الدولة بما يكفل منع انقلاب حرية التعاقد وسلطان  
الإرادة سلاحا فى يد أرباب الأعمال يشهرونه فى وجه العمال نظرا لما يملكون  
من قوة اقتصادية جبارة تمكنهم من املاء ما يريدون من شروط .

ولم تلبث حركة التشريع أن نشطت نشاطا موفورا فى التصدى  
بنصوص آمرة لحكم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال بما يكفل حقوق  
الطبقة العاملة . وانتهى الأمر الى ظهور قانون العمل وتمتعه بكيان ذاتى  
كفرع مستقل من فروع القانون (١) .

ولم تعرف مصر تشريعات العمل الا بقدر جد ضئيل فى مطلع القرن

(١) راجع فى نشأة وتطور قانون العمل : كتابنا « اصول قانون العمل » الجزء الأول فى  
عقد العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٩ ص ٢٤ وما بعدها .

الحالي عندما ابتدا ظهور الصناعة فيها . ثم اتبع لحركة التشريع العمالي أن تنشط فيها قبيل نشوب الحرب العالمية الثانية واثناءها وأن تزداد بعدها أمام انتشار الصناعة وازدياد قوة العمال . ولكن تشريعات العمل ظلت تشريعات متفرقة متناثرة تفتقد التنسيق الواجب بينها . ثم تمكن المشرع عقب قيام الجمهورية العربية المتحدة من انهاء هذا الوضع ومن التطور بتشريع العمل التطور المناسب للوعي الاشتراكي النامي ، فأصدر تقنيا أو تشريعا جامعا لمسائل العمل، هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ المسمى « قانون العمل » (١) ، ثم حل محله القانون الحالي رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .

ورغم أن الأصل هو اعتبار قانون العمل فرعا من فروع القانون الخاص ، إلا أن بعض الفقهاء اعتبره من فروع القانون العام بالنظر الى طغيان القواعد القانونية الآمرة فيه . ولكننا سبق أن أظهرنا عدم جدوى الاعتداد بالصفة الآمرة لقواعد قانون ما لتكييفه بأنه من فروع القانون العام .

وذهب بعض آخر من الفقهاء الى اعتبار قانون العمل قانونا مختلطا ينتمي الى القانون العام والى القانون الخاص على السواء ، اذ رغم انتماء قانون العمل الى القانون الخاص لقيامه على أساس وجود علاقة من علاقات العمل الفردية الخاصة ، فان بعض نظمه وقواعده التي تمخض عنها تطوره الحديث تتعلق بالقانون العام ، مثل : نظام مكاتب تخديم أو تشغيل العاطلين ، ونظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، ونظام التفتيش على أماكن العمل ، وقواعد التجريم والعقوبات فى شأن مخالفة أحكامه (٢) .

وإذا كان صحيحا تعلق مثل هذه النظم والقواعد بالقانون العام ، إلا أنها أدخلت فى الواقع فى نطاق بعض فروع القانون العام المعروفة - كالقانون الإدارى وقانون العقوبات - منها فى نطاق قانون العمل رغم جمعها مع قواعد قانون العمل الجهورية فى صعيد واحد خضوعا لمتطلبات

(١) راجع فى تطور قانون العمل فى مصر : كتابنا « أصول قانون العمل » سالف الذكر ،

ج ١ ، ص ٣٩ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 30, p. 257. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 44.

— Durand et Jausaud, Traité de droit du travail, t. I, 1947, Nos. 123.



الدراسة أو التشريع . فضلا عن أن المناط في تحديد طبيعة قانون من القوانين يكون بطبيعة قواعده الأساسية الأصلية بالنظر الى ما تحكمه من موضوعات ، رغم ما قد يكون لبعض قواعده المساعدة أو التكميلية من طبيعة مختلفة ، وواضح أن المحور الأساسي لقانون العمل ، وهو الذي تدور حوله حتى مثل هذه النظم والقواعد ، إنما يتركز في علاقات العمل وهي علاقات خاصة لا تتعلق بحق السيادة في الدولة ولا بتنظيم السلطات العامة فيها ، ولذلك يجب اعتباره على هذا الأساس فرعاً من فروع القانون الخاص (١) .

### المبحث الرابع

### فروع القانون المختلطة

#### ٤١ - تقسيم

سبق أن أشرنا الى أن بعض فروع القانون تنتمي الى القانون العام والى القانون الخاص معا ، فتكون مختلطة النوع ، والى أنه ليس في وجودها على هذا النحو ما يطعن أو ينقض التفرقة الأساسية بين القانون العام والقانون الخاص . ورغم كثرة فروع القانون التي يسبغ عليها البعض الصفة المختلطة . لا نرى هذه الصفة ثابتة في الحقيقة الا للقانون الدولي الخاص ولقانون المرافعات المدنية والتجارية .

#### ٤٢ - القانون الدولي الخاص

الأساس في القانون الدولي الخاص (Le droit international privé) أنه يتصدى لبيان مدى ولاية واختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، ولتحديد القانون الواجب التطبيق في شأنها .

فالقانون الدولي الخاص اذن يفترض وجود علاقات أو روابط قانونية

(١) راجع في ذلك :

كتابتنا « أصول قانون العمل » سالف الذكر ، ج ١ ، ص ٦٥ و ٦٦ - وكتابتنا « أصول

القانون » ، هامش رقم «١» ص ٩٤ .

ذات عنصر أجنبي . ذلك أن العلاقات والروابط الوطنية في كل عناصرها لا تثير أى خلاف حول الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في شأنها ، فالولاية القضائية حينئذ لا تثبت الا للمحاكم الوطنية ، والقانون الواجب التطبيق يكون هو القانون الوطنى وحده بقواعده المرشوعة والشكلية . وعلى هذا النحو تكون المحاكم المصرية وحدها هي المختصة ويكون القانون المصرى وحده هو الواجب التطبيق فى شأن زواج يعقد فى مصر بين مصريين وفى شأن بيع يعقد بين مصريين فى مصر ويكون واردا على عقار موجود فى مصر ، وفى شأن ميراث مصرى يتوفى فى مصر عن أموال موجودة فيها .

انما يثور الخلاف بصدد العلاقات والروابط التى يصطبغ أحد عناصرها بصبغة أجنبية ، اذ يقوم التنازع حينئذ بين المحاكم الوطنية والمحاكم الأجنبية على الولاية القضائية فى المنازعات الناشئة عنها ، ويقوم التنازع كذلك بين القانون الوطنى والقانون أو القوانين الأجنبية على أيها أحق بالتطبيق فى شأنها .

فاذا تم زواج فى فرنسا مثلا بين مصرى ومصرية ثم نشأ نزاع بشأنه ، هل تكون المحاكم المصرية هي المختصة بنظره باعتبارها محاكم جنسية الزوجين ، أم تكون المحاكم الفرنسية هي المختصة باعتبارها محاكم الدولة التى تم فيها عقد الزواج ؟ واذا ثبت الاختصاص للمحاكم المصرية ، فأى قانون تطبق ؟ هل تطبق القانون المصرى باعتباره قانون جنسية أطراف العلاقة ؟ أم تطبق القانون الفرنسى باعتباره قانون التصرف المنشئ لهذه العلاقة ؟ . واذا باع ألمانى الى مصرى عقارا موجودا فى ايطاليا وتم عقد البيع فى مصر ودر نزاع بشأن هذا البيع من بعد ، فلأى من المحاكم : المصرية أو الألمانية أو الايطالية ، يثبت الاختصاص بنظره ؟ . واذا ثبت الاختصاص لاحداها فأى قانون تطبق ؟ القانون الايطالى باعتباره قانون موقع العقار محل العلاقة القانونية ؟ أم القانون المصرى باعتباره قانون جنسية المشتري وقانون التصرف المنشئ لهذه العلاقة أى قانون الدولة التى عقد فيها عقد البيع ؟ . أم القانون الألماني باعتباره قانون جنسية الطرف الآخر فى العلاقة وهو البائع ؟ .

فكيف يتم حل التنازع على الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي بين المحاكم والقوانين المختلفة السيادة بشأن العلاقات والروابط ذات العنصر الأجنبي ؟ . لا توجد في الواقع قواعد دولية أى عالمية تتصدى لحل مثل هذا التنازع حلا موحدًا تتبعه كل الدول . وإنما جرى الأمر على استقلال كل دولة على حدة بوضع القواعد التي تراها كفيلة بحل هذا التنازع ، وهذه القواعد هي التي تكون أساسًا ما يعرف باسم « القانون الدولي الخاص » . وغنى عن البيان أن في وصف هذه القواعد بصفة الدولية تجاوزًا كبيرًا ، فليست هي بالقواعد المتبعة على شكل موحد في كل الدول حتى يصدق في شأنها هذا الوصف ، بل هي مجرد قواعد وطنية تستقل كل دولة بوضعها ، بحيث يكون لكل دولة قانونها الدولي الخاص المختلف عن القانون الدولي الخاص في أى دولة أخرى فهناك القانون الدولي الخاص المصري والقانون الدولي الخاص الانجليزي والفرنسي وهكذا .

وقواعد القانون الدولي الخاص في دولة ما ، إنما تقتصر - في سبيل حل التنازع على الاختصاص القضائي بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي - على تحديد مدى ولاية المحاكم الوطنية في هذا الشأن ، أى تقتصر على مجرد بيان ما إذا كانت هذه المحاكم مختصة أم لا ، فلا تعدو ذلك في حال عدم اختصاصها الى تعيين المحكمة أو المحاكم الأجنبية المختصة .

ويختلف الأمر عن ذلك في صدد التنازع على الولاية التشريعية بين القوانين المختلفة السيادة على حكم المنازعات ذات العنصر الأجنبي ، إذ تعتمد قواعد القانون الدولي الخاص في كل دولة الى تحديد القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين المتنازعة ، فلا تكفى بتحديد مدى ولاية القانون الوطني في هذا الشأن بل تعين - في حالة عدم ولايته - القانون الأجنبي الواجب التطبيق . ويطلق على قواعد القانون الدولي الخاص ، التي تتصدى لحل التنازع بين القوانين بتعيين القانون الواجب التطبيق من بينها ، اسم « قواعد الاسناد » (Règles de rattachement) . وقد جاءت هذه التسمية من طبيعة هذه القواعد ، فهي لا تقوم بحل المنازعات الخاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي حلا موضوعيًا ، وإنما تقتصر على مجرد الاحالة والاسناد في شأن هذا الحل الى قانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها ، أى أن

قواعد القانون الدولي الخاص اذن لا تفصل مباشرة في المنازعات ذات العنصر الأجنبي ، بل تكتفي بتعيين القانون الواجب التطبيق في شأنها ، وهو الذي يتضمن وحده الحل الذي ينحسم به موضوعها . فمثلا اذا توفى أمريكي متوطن في مصر ، وعينت قواعد القانون الدولي الخاص المصري أى قواعد الاسناد المصرية القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن بأنه القانون الأمريكي ، فلا ينحسم بهذا التعيين النزاع حول تركة الأمريكي المتوفى ، وإنما ينحسم هذا النزاع بتطبيق قواعد القانون الأمريكي الموضوعية المتعلقة بالمراث والوصية .

ومن أمثلة قواعد الاسناد المصرية ما تنص عليه المادة ١٢ من التقنين المدني الحالي من أنه « يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين » ، وما تنص عليه المادة ١٥ منه من أن « يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها » . وما تنص عليه المادة ١٧/١ منه من أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » .

ولئن كان القانون الدولي الخاص يشتمل أساسا على موضوعي « تنازع الاختصاص القضائي » و « تنازع القوانين » ، إلا أن كثيرا من الفقهاء قد أدخل في نطاقه فضلا عن ذلك موضوع « الجنسية » و « حالة الأجانب » و « الوطن » ، على أساس أن هذه الموضوعات الإضافية ليست الامسائل أولية بالنسبة للموضوعين الأساسيين ، فلا بد من تعرف جنسية أطراف العلاقة القانونية للوقوف على ما اذا كانت هذه العلاقة في عنصرها الشخصي وطنية أو أجنبية . ولا بد من تعرف مدى ما يباح لأجانب التمتع به من حقوق - اذ يتمتعون غالبا بحقوق أدنى مما يتمتع به الوطنيون - لامكان الحكم لهم بها في المنازعات التي يكونون أحد أطرافها ، وهي التي تنص على قواعد القانون الدولي الخاص لحل التنازع على الاختصاص القضائي والتشريعي بشأنها . وكذلك الشأن بالنسبة للموطن ، فقد يتعين به الاختصاص القضائي أو التشريعي . وتتفق القواعد القانونية التي تحكم هذه الموضوعات الإضافية مع القواعد التي تحكم الموضوعين الأساسيين في أنها قواعد وطنية وليست بالقواعد الدولية ، ولكنها تختلف عنها في أنها قواعد موضوعية فليست مثلها قواعد شكلية أو قواعد اسناد .

ولعل كون الأساس في قواعد القانون الدولي الخاص هو وجود علاقات خاصة ذات عنصر أجنبي تتصدى لحل التنازع بين القوانين على حكمها ، هو الذي يبرر لدى بعض الفقهاء اعتبار هذا القانون فرعا من فروع القانون الخاص (١) ، رغم أن قواعده الخاصة بحل تنازع الاختصاص القضائي وقواعده الخاصة بالجنسية وبعض قواعده الخاصة بمركز الأجانب في الدولة تتصل اتصالا وثيقا بحق السيادة في الدولة مما تعتبر معه من قواعد القانون العام .

والواقع أن تعدد موضوعات القانون الدولي الخاص على هذا النحو الذي يأخذ به أغلب الفقهاء رغم اعتبار بعضها دخيلا عليه ، واتصال هذه الموضوعات بالقانون العام والقانون الخاص على السواء قد يرجع النظر الحديث إليه باعتباره قانونا مختلطا (٢) .

#### ٤٣ - قانون المرافعات المدنية والتجارية

يقصد بقانون المرافعات المدنية والتجارية Le droit de procédure civile et commerciale في معناه الواسع مجموع القواعد القانونية المنظمة للسلطة القضائية من حيث تعيين أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاصها وشروط تنصيب قضاتها وواجباتهم وحقوقهم ، والمبينة للإجراءات والأوضاع الواجبة الاتباع في رفع الدعاوى المدنية التجارية والفصل فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة في شأنها . ولكن إذا أخذ هذا القانون بمعناه الخاص أو الضيق ، فإن نطاقه يقتصر على مسائل الإجراءات وحدها ،

(١) في هذا المعنى : Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949, No. 22.

(٢) في هذا المعنى : Lerebours-Pigeonnière, Précis de droit international privé, 4ème éd., No. 46. Roubier, op. cit., No. 30, p. 265.

عز الدين عبد الله . القانون الدولي الخاص المصري . الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤٦ ، ص ٧٤ . - محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، ١٩٥٥ ، فقرة ٥٢ ، ص ٥٧ .

وهو يعتبر على هذا الوجه قانونا شكليا يلزم وجوده لاعمال قواعد القانون المدني والتجارى الموضوعية .

ولعل اختلاف مدلول هذا القانون ونطاقه بتراوجه بين المعنى الواسع والمعنى الضيق ، هو الذى أوجد اختلافا بينا فى الفقه حول طبيعة هذا القانون وتبعيته لأحد التقسيمين الرئيسيين ، فذهب كثير من الفقهاء الى اعتباره من فروع القانون الخاص (١) ، وذهب البعض منهم الى اعتباره من فروع القانون العام (٢) .

ولكن يبدو أن مسائل وموضوعات هذا القانون التى تدخل فى معناه الواسع من التشابك والترابط بحيث ينبغى عدم الفصل بينها أو أخذ هذا القانون بالمعنى الضيق وحده . ولذلك يبدو قانون المرافعات المدنية والتجارية على هذا النحو مختلطا (٣) ، فهو يتعلق بالقانون العام حيث يعرض لتنظيم السلطة القضائية ، وهو يتعلق بالقانون الخاص حيث يعرض لاجراءات استخلاص الحقوق الخاصة وحمايتها .

---

(١) Colin, Capitant et Le La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11ème éd., 1947, No. 7.

عبد الرزاق السنهورى وحضمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٩ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٦١ . - محمد على معرفة ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ .

(٢) Riezler, Article précité, pp. 134, 135. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 151.

(٣) أنظر فى هذا المعنى :

أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة العاشرة ، ١٩٧٠ ، فقرة ١٠ . - محمد على امام . محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٨ ، ص ٩٣ . - رمزي سيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة التاسعة ، ١٩٦٦ - ١٩٧٠ ، فقرة ٤ .

القسم الأول

النظرية العامة للقاعدة القانونية

سنة ١٤٢٥ هـ

الجمهورية العربية السورية



٤٤ - تقسيم

عرضنا في الباب التمهيدى للقانون ، كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، من حيث خصائصه ومدى سلطان ارادة الأفراد ازاءه وأقسامه وفروعه المختلفة . ونستهدف الآن التعرف على الأصول التى تحكم القاعدة القانونية وتهيمن عليها أيا كان نوع هذه القاعدة أو مصدرها . وذلك يقتضى تتبع القاعدة القانونية فى مرحلة تكوينها ثم فى مرحلة تطبيقها .

وبذلك يتضمن هذا القسم فرعين كبيرين :

- الفرع الأول - فى تكوين القاعدة القانونية .
- الفرع الثانى - فى تطبيق القاعدة القانونية .

توضیحات

فردی که در این کتاب به نام "موسی" ذکر شده است، در واقع همان موسی است که در قرآن کریم به نام "موسی" آمده است. این کتاب در مورد زندگی و اعمال او در زمان کودکی و جوانی او نوشته شده است. در این کتاب آمده است که موسی در کودکی در قبیله بنی اسرائیل متولد شد و در سن سه سالگی به مصر فرستاده شد. در آنجا نزد فرعون پسر فرعون که در آن زمان در مصر حکومت می کرد، به خدمت رسید. فرعون او را به نام "موسی" نامید و او را در قصر خود پرورش داد. موسی در آنجا به فراگیری علوم و فنون پرداخت و به یکی از بزرگان و درباریان مصر رسید. اما در سن بیست و یک سالگی، او را از مصر تبعید کردند و او را به قبیله بنی اسرائیل بازگرداندند. در آنجا او به یکی از بزرگان و درباریان بنی اسرائیل رسید و به نام "موسی" شناخته شد. او در آنجا به فراگیری علوم و فنون پرداخت و به یکی از بزرگان و درباریان بنی اسرائیل رسید. اما در سن بیست و یک سالگی، او را از مصر تبعید کردند و او را به قبیله بنی اسرائیل بازگرداندند. در آنجا او به یکی از بزرگان و درباریان بنی اسرائیل رسید و به نام "موسی" شناخته شد.

توضیحات دیگر در مورد موسی

موسی در سن سه سالگی به مصر فرستاده شد.

موسی در آنجا به فراگیری علوم و فنون پرداخت.

موسی در سن بیست و یک سالگی از مصر تبعید شد.

الفرع الأول

تكوين القاعدة القانونية



القاعدة القانونية هي التي تخلق الالتزامات القانونية وتحدد الحقوق والواجبات التي يجب على الأفراد احترامها.

### مقدمة

القاعدة القانونية هي التي تخلق الالتزامات القانونية وتحدد الحقوق والواجبات التي يجب على الأفراد احترامها.

تبدو القاعدة القانونية أول ما تبدو في صورة تكليف الى الأفراد تنوجه به سلطة (١) تملك التكاليف والأمر دون معقب ، وتكفل احترامه سلطة عامة في الجماعة عن طريق ما يتوافر لها من قوى مادية لا تغلب . وتوجيه التكاليف من سلطة مختصة أمره وكفالة احترامه من سلطة مختصة مجبرة ، هو ما يعطى للقاعدة القانونية صفة الوضعية أو الفعلية .

ولكن كيف تتكون القاعدة القانونية ؟ . ومن أين تأتيها صفة الشرعية التي تجعل احترامها في ذاتها فرضاً على الأفراد ؟ .

هنا يختلف الفقهاء والفلاسفة اختلافاً بينا . فبعضهم شكليون لا ينظرون إلا الى الشكل الذي تخرج به القاعدة القانونية الى الوجود في صورة ملزمة ، فيرجعون تكون القاعدة القانونية الى السلطة التي اكتسبت هذه القاعدة عن طريقها قوة الالتزام في العمل . ولكن هذا النظر سطحي بحيث يتعلق بالظاهر فلا ينفذ الى الباطن ليطلع على المادة الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية . ومن هنا ، ينبغي التمييز - في تكوين القاعدة القانونية - بين الجوهر والشكل . وتلك تفرقة يعتنقها اليوم جمهور الفقهاء منذ أكدها في مطلع هذا القرن الفقيه الفرنسي « جيني » بتفرقة بين ما سماه « العلم »

(١) المقصود بلفظ السلطة هنا المعنى الواسع ، أي كل جهة تملك حق التكاليف بالقواعد القانونية أيا كانت هذه الجهة : فقد تكون هي الدولة تسن القواعد القانونية عن طريق التشريع ، أو تكون هي الجماعة عن طريق العرف ، أو تكون هي القدرة الإلهية عن طريق الوحي وباسم الدين .

(La science) وبين ما سماه « الصناعة » أو « الصياغة » (La technique) وهو ما ينتهي الى رد تكوين القاعدة القانونية الى برعين من المصادر : مصادر موضوعية أو مادية من ناحية ، ومصادر شكلية أو رسمية من ناحية أخرى .  
فنعرض أولا للمذاهب الشكلية في تكوين القاعدة القانونية ، ثم لنفقد هذه المذاهب وهو ما ينتهي الى استبعادها والتفريق بين جوهر القاعدة القانونية وشكلها ، فيرتسم أمامنا - في ضوء هذه التفرقة - نهج البحث في هذا الفرع .

### ٤٦ - المذاهب الشكلية في تكوين القاعدة القانونية (١)

اكتفى بعض الفقهاء بالنظر المحدود فلم يبصروا من القانون الا صفته الوضعية ، اذ رأوا ما يظهر في الواقع من سلطة تأسر أيا كانت هذه السلطة ، ثم رأوا أن الدولة هي السلطة التي تملك جبر الأفراد على طاعة قواعد القانون ، فقالوا ان القانون هو مشيئة الدولة أو هو بوجه عام مشيئة من له السيادة والسلطان في المجتمع . فالدولة في هذا النظر اذن هي التي تصنع القانون وتخلقه ثم تأخذ الأفراد جبرا باتباعه .

ومن ثم فالقانون ليس الا مجرد تعبير عن ارادة الدولة أيا كانت طريقة هذا التعبير بتشريع مسطور أو بعرف متبع أو بدين ينزل به الوحي . فلا قانون الا ما تقره الدولة كذلك اما بأمر يصدر منها صراحة في صورة تشريع أو باقرار منها لأمر جرت به ارادة أخرى كإرادة الله أو ارادة الجماعة ، وكفائتها له بجزء توقعه على من يخالفه . فالقاعدة القانونية اذن ليست شيئا كامنا في طبيعة الحياة الاجتماعية وما يهيم علينا من مثل علينا ، ولكنها شيء ظاهر تجرى به ارادة الدولة ومشيئتها .

(١) راجع في ذلك بخاصة :

Roubier, op. cit., No. 6, pp. 42 - 50. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e èd. 1927. No. 9, pp. 100 et s.

وقد ذهب هذا المذهب في تصور القانون غير قليل من الفلاسفة والفقهاء ، على اختلاف يسير في الجزئيات لا ينتقص من اتفاقهم على مبدأ رد القانون الى مشيئة الدولة ، ونكتفى فيما يلي بعرض مذهب كل من الفيلسوف « هيجل » والفقيه « أوستن » (١) .

### ( ١ ) مذهب « هيجل » :

كان الفيلسوف الألماني هيجل (Hegel) - وهو صاحب مذهب تاليه الدولة وتعظيم سلطانها (٢) - على نحو تبعه فيه أغلب الفقهاء الألمان فيما بعد - يرى أن وجود الدولة أمر جوهري لوجود جماعة منظمة ، وهو ما يقتضى أن يتلشى الأفراد في الدولة وأن يخضعوا خضوعاً تاماً لها . فإرادة الدولة هي التي يجب أن تسود ، لتحل النظام في الجماعة محل الفوضى وتتعترف للأفراد بحقوقهم ، ووسيلتها الى ذلك وضع قانون للجماعة يلتزم به الأفراد .

وبذلك يجد القانون أساسه وشرعيته - عند هذا الفيلسوف - من صدورهم عن الدولة ، بحيث لا يتصور وجود قانون لا يصدر عن إرادتها أو في الأقل لا يحظى بأغرائها (٣) ، وبحيث لا يتصور أن يكون للأفراد حقوق الا تلك التي نرها الدولة وتعترف لهم بها (٤) .

### ( ٢ ) مذهب أوستن :

وكذلك كان الفقيه الانجليزي أوستن (Austin) لا يرى القانون الا

(١) وسنالك مذاهب شكلية أخرى من أهمها مذهب « كلسن » Kelsen الذي كان يخلط خلطاً تاماً بين القانون والدولة ، فيعتبر الدولة مجموعة من القواعد القانونية ( راجع في عرض مذهبه وانتقاده : كتابنا أصول القانون ، ص ١١٠ - ١١٢ ) .  
(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 51, p. 553.

(٣) اذا كان هيجل يعتبر القانون إرادة الدولة في الداخل ، فانه يعتبره كذلك إرادتها في الخارج بالنسبة الى علاقاتها مع الدول الأخرى . فسيادة الدولة ليست داخلية فحسب ، ولكنها خارجية كذلك ، اذ لا توجد إرادة أعلا من إرادة الدولة حتى تلزمها بسلوك معين أو تجبرها على اتباع هذا السلوك . وحينئذ تعتبر الحرب هي وسيلة الدولة للاجبار القانوني اللازم لكفالة احترام القانون الذي تضمنه في شأن علاقاتها مع الدول الأخرى .

أنظر : Roubier, ibid

(٤) Roubier, op. cit., No. 6, p. 44.

وضميا تقوم الدولة بوضعه وكفالة احترامه جبرا على الأفراد ، لأنها هي وحدها صاحبة السيادة والسلطان في الجماعة . بجرهه القانون عنده هو أمر توجهه الهيئة الحاكمة الى المحكومين وتردغه بجزاء . ولذلك فالقانون لا يقوم الا في مجتمع سياسى يستند تنظيمه الى وجود طبقتين : طبقة حاكمة لها حق الأمر دون معقب ، وطبقة محكومة عليها واجب الطاعة لما يصدر عن الطبقة الحاكمة صاحبة السيادة فى المجتمع من أوامر ونكاليف . ولا يقوم القانون كذلك الا عندما تملك الطبقة الحاكمة فرض احترام القانون بما لها من قوى مادية جبارة بتوقيع الجزاء على من يخالف عن أمر قواعده (١) .

ومن هنا ، كان انكار أوستن لوضعية القانون الدولى العام (٢) ، حيث لا يوجد فى مجتمع الدول هيئة حاكمة لها حق السيادة أو الأمر دون معقب تنزل الدول منها منزلة المحكومين حتى تسن لها من القواعد القانونية ما تأخذها جبرا باحترامه . وكذلك كان انكار أوستن لوضعية القانون الدستورى (٣) ، فالدولة ليست مقيدة بأى قيد يمنعها من مخالفتها ، ولأنها - وهى تملك سلطان الجزاء - لا يتصور أن توقعه على نفسها .

#### ٤٧ - نقد المذاهب الشكلية واستبعادها

لا نطيل الوقوف أمام ما ينتهى اليه الأخذ بهذه المذاهب الشكلية فى مجموعها من تحكم الدولة تحكما مطلقا فى القانون ، مما يجعل الحكم للقوة التى تتمثل فى الدولة ، تفرض ما تشاء استنادا الى أن مشيئتها هى القانون ، أو تنحلل من أحكام القانون ، فالشطط فى ذلك ظاهر ، اذ ينتهى الأمر الى أن يكون القانون فى خدمة الدولة تشكله كيف تشاء دون نظر الى حاجات الجماعة أو مقتضيات العدل ، لا أن تكون الدولة فى خدمة القانون تنقيده بأحكامه وتقف حارسا لكفالة احترام قواعده بالقوة المادية ان اقتضى الحال .

(١) Austin, Lectures on Jurisprudence, or the philosophy of positive law, 4th ed. 1873, vol. I, pp. 90 - 100, p. 183.

(٢) Austin, pp. 89, 187, 188.

(٣) Austin, pp. 274 - 281.



ولا نزيل الوقوف كذلك امام ما تتفق عليه هذه المذاهب الشكلية من حصر القانون في مصدر وحيد هو التشريع ، فذلك نظر محدود يكذبه الواقع كما سنرى . بل ان من هذه المصادر ما لا يزال طاغيا على تشريع الدولة في بعض المجتمعات ، كالدين بالنسبة لمسائل الاحوال الشخصية في القوانين العربية ، وكالعرف والسوابق القضائية في القانون الانجليزي .

ولا يكفي - لدفع هذا الاعتراض - ان يقال ان القانون اذا كان يتولد من مصادر أخرى غير التشريع كالعرف ، فما ذلك الا لان الدولة تقره وتحيز تطبيقه ، مما يجعل من هذه المصادر ارادة ضمنية للدولة كما يعتبر التشريع ارادتها الصريحة (١) . اذ الواقع أن الدولة اذا كانت تطبق القواعد المتولدة عن هذه المصادر ، فان هذه القواعد لا تعتبر قانونا لذلك ، وانما الصحيح أن الدولة تطبقها لأنها مفروضة عليها باعتبارها قانونا في ذاتها (٢) .

ولكننا نريد أن نؤكد أن مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة أو مذهب وحدة القانون والدولة انما يأخذ بظاهر الأمر دون التنقيب عما وراءه ، فهو مذهب سطحي يكفي بما يظهر في الواقع من قيام الدولة غالبا بوضع التشريع واستئثارها بتوقيع الجزاء فيعتقد أن الدولة هي التي تخلق القانون . والواقع أن وظيفة الدولة تختلف عن ذلك كل الاختلاف ، فهي حين تضع التشريع مثلا انما تعتمد الى التعبير تعبيرا فنيا عما تقضى به حاجة الجماعة وما يسيطر عليها من موجبات عقلية أو مثالية ، فالدولة لا تعدو اذن أن تكون مجرد أداة للتعبير عن حاجة الجماعة ومشيئتها ، وهي حاجة يحكمها ما تزخر به الحياة الاجتماعية من وقائع وحقائق وما يفرضه العقل من غاية أو هدف لتلك الحياة . وكذلك الأمر فيما يتعلق بالعرف ، فالسنة التي يجري الناس على اتباعها مع اقتناعهم

(١) Austin, pp. 103 - 105.

(٢) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٣١ .  
عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، ص ٣١ - محمد علي امام ، المرجع السابق ، فقرة ٥٢ ، ص ١٣٠ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٨١ - سعد مصفور ، المرجع السابق ، ص ٧ .

بالزامها ليست الا تعبرا عن حاجة من حاجات الجماعة أو تحقيقا لبعض ما تسمو اليه من مثل .

والاكتفاء بالشكل دون الموضوع ، والاعتقاد بالتالي بأن الدولة هي التي تخلق القواعد القانونية لانها تحمل غالبا طابعا الرسمى دون عناية بالوقوف على الحاجات والدوافع التي أملت وضع هذه القواعد أو على المثل والعوامل التي وجهت اليها وأسهمت بنصيب وافر فى تحديد مضمونها ، ينتهى بالمذاهب الشكلية الى قطع الصلة بين القانون والجماعة مما يؤدى الى وقف حركة تطور القانون . وآية ذلك ما جر اليه اتباع مذهب التزام النص<sup>(١)</sup> فى فرنسا فى القرن التاسع عشر من جمود القانون نتيجة للجمود فى التفسير وتقديس نصوص التشريع ، وفهمها على أنها - وقد تضمنت ارادة الدولة - فلا صنة لها باحياة الاجتماعية أو بتطورها . والواقع أن القاعدة القانونية - كما سبق ابيان - هي قبل كل شيء قاعدة اجتماعية ، فلا يمكن فصلها بحال من الأحوال عن البيئة الاجتماعية التى تتكون فيها ، فهذه البيئة بما يحكمها من واقع وما يوجهها من مثل انما تقدم المادة الأولية التى تصاغ منها القاعدة القانونية صياغة تجعلها صالحة للتطبيق فى نطاق العمل .

فالمذاهب الشكلية اذن مذاهب سطحية جامدة ينبغى استبعادها ، وتوسعة أفق النظر الى تكوين القاعدة القانونية - دون انحصار فى الشكل الذى تخرج به الى الناس - بما يستوعب ما يستتر وراء هذا الشكل من عمل صامت خفى يتصل فى عوامل الحياة الاجتماعية اواقعية منها والمثالية على السواء .

#### ٤٨ - التفرقة بين المصادر الرسمية او الشكلية وبين المصادر المادية او الموضوعية للقاعدة القانونية ، وأهميتها

إذا استبعدنا المذاهب الشكلية ، ومددنا النظر الى الشكل الى ما وراءه ، فاننا نصادف اذن فى تكوين القاعدة القانونية أول ما نصادف عنصرا شكليا

(١) راجع فى هذا المذهب ما سيرد بعد عند التعرض لتفسير القاعدة القانونية .

هو الذى يعطيها قوة الازام وصلاحيه التطبيق فى نطاق العمل ، ثم نصادف وراء الشكل عنصرا موضوعيا هو المكون لمادة القاعدة القانونية وجوهرها .

ولذلك يستقر أغلب الفقهاء على أن القاعدة القانونية لها مصدران :

مصدر رسمى أو شكلى (source formelle) ، ومصدر موضوعى أو مادى

(source réelle ou matérielle) . وترمز المصادر الرسمية أو

الشكلية لطرق التعبير عن القاعدة القانونية ، وترمز المصادر الموضوعية أو

المادية لجوهر القاعدة القانونية ، ذلك أن القاعدة القانونية توجد مادة أولية

قبل أن تمتد إليها يد القانون الوضعى بالتعبير والصياغة والالزام فى نطاق

العمل . وهذه التفرقة من الأهمية بمكان كبير ، إذ ترتفع بالقانون عن أن

يكون مجرد تحكم من السلطات التى تملك التعبير عنه . فهذه السلطات انما

تلتزم - فى هذا التعبير - ما تقدمه إليها المصادر الموضوعية أو المادية من

حقائق الحياة الاجتماعية ومثل العدل فيها . فان جاء التعبير من السلطات

المختصة به مجافيا لهذه الحقائق وتلك المثل . خرج القانون فى صورته

الوضعية ظالما ، والقوانين الوضعية الظالمة - فيما يحدثنا التاريخ - لا يكتب

لها البقاء ، فسرعان ما يمتد إليها الفناء إذ يجرفها تيار التطور أو تيار الثورة .

وان جاء التعبير على يد السلطات المختصة بذلك ناقصا ، لم يكن للقاضى أن

يقف مكتوف الذراعين فينكل عن الحكم والا ارتكب ما يسمى بجريمة « انكار

العدالة » أو على الأصح جريمة « انكار العدل » *Déni de Justice*

وانما عليه أن يستنبط الحكم من هذه الحقائق وتلك المثل أى من المصدر المادى

أو الموضوعى للقانون .

فالمصادر المادية أو الموضوعية اذن هى التى تقدم جوهر القاعدة

القانونية والمصادر الرسمية هى التى تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية أو

الشرعية بما تعطى له من شكل ملزم للناس . أو بعبارة أخرى تفرض

المصادر الموضوعية أو المادية على القانون الوضعى جوهر قواعده ، ويصوغ

القانون الوضعى هذا الجوهر ويفرضه على الناس عن طريق المصادر الرسمية

أو الشكلية .

### ٤٩ - خطة البحث

إذا كان تكوين القاعدة القانونية يرد - على ما سبق البيان - إلى عناصر مادية تفصح عن جوهرها ، وإلى عناصر رسمية تفصح عن شكلها ، فيكون طبيعياً أن نقسم هذا الفرع إلى **بابين** :

#### الباب الأول - في جوهر القاعدة القانونية •

#### الباب الثاني - في شكل القاعدة القانونية •

# الباب الأول

## جوهر القاعدة القانونية

٥٠ - تمهيد

المقصود بهذا الباب بيان المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية ، أى الوقوف على ما يسميه الفقهاء المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، اذ هي المصادر الحقيقية التي يستمد منها مضمون هذه القاعدة وتستند اليها شرعيتها على السواء .

والاختلاف كبير بين الفلاسفة والفقهاء بشأن النظر الى جوهر القاعدة القانونية ، ومرد ذلك قصر النظر الى ناحية دون أخرى ، فمدرسة لا تبصر من هذا الجوهر الا المثل الأعلى الذى يكشف عنه العقل ، ومدرسة أخرى لا تبصر منه الا الحقائق التي تزخر بها الحياة الاجتماعية . وأصل هذا الاختلاف افتراقهما فى الطريقة والمنهج . فالمدرسة المثالية تقوم على أساس التسليم بديهية أولية ، لا تقبل النقاش ولا يمكن التذليل عليها ببرهان مادي . والمدرسة الواقعية ترفض كل بديهية لا يقوم عليها دليل علمي ، وتقنع بالمشاهدة والتجربة لكل واقع ملموس محسوس ، فتلتزم بذلك منهاجا علميا تجريبيًا بحثنا .

ولعل مثلا يوضح الفرق بين المدرستين : فالقاعدة التي توجد فى كل الشرائع بتحريم القتل يختلف أصلها عندهما ، فهذا الأصل عند المدرسة المثالية مثل أعلى للعدل يرد بداهة على العقل ، وهو عند المدرسة الواقعية تسجيل للواقع واستخراج منه ، فالتقاتل بين الناس أدى الى الفوضى فى الجماعة وأوشك أن يودى بها الى الفناء فلم يكن بد من تحريم القتل .

غير أن كلا من المدرستين يسرف في الناحية العكسية للأخرى اسرافا  
يحصر النظر الى القانون في زاوية واحدة • ومن هنا ، ينبغي للاحاطة بجوهر  
القانون على وجه الصحيح النظر الى زواياه جميعا ، وهو ما لا يتأتى الا  
بالجمع بين فقه ونهج المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية على السواء ، وهذا  
ما انتهى اليه جمهور الفقهاء اليوم لأنه هو المتفق مع طبيعة القاعدة القانونية  
ووظيفتها •

ولذلك نقسم هذا الباب الى فصول ثلاثة :

الفصل الأول - في المدرسة المثالية •

الفصل الثاني - في المدرسة الواقعية •

الفصل الثالث - في الجمع بين فقه المدرستين المثالية والواقعية •

## الفصل الأول

### المدرسة المثالية

#### L'Ecole Idéaliste

تكاد تنحصر هذه المدرسة في مذهب القانون الطبيعي ، الذي لم يثر مذهب مثل ما أثاره هذا المذهب من جدل وخلاف ، فنعرض لفقهه وتطوره فيما يلي :

### مذهب القانون الطبيعي<sup>(١)</sup>

#### La Doctrine ou L'école de droit naturel

#### ٥٩ - تهييد

راودت الفلاسفة منذ قديم فكرة وجود قانون أعلى من القوانين

(١) أهم المراجع :

- Alexeiev, Le droit naturel, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934, Nos. 1 - 2, pp. 135 - 164. — Eudant, Le droit individuel et l'Etat, 3e éd., Nos. 18 - 93 — Charmont, La renaissance du droit naturel, 2e éd., 1927. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 64 - 3. — Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 201 - 216. — Draghicesco, Philosophie du droit et droit naturel, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 1 - 2, pp. 243 - 286. — La Fur, droit naturel et réalisme, Ach. de phil. du droit, 1931, Nos. 1 - 2, pp. 225 - 230. — Luno Pena, Essai critique sur les notions de Loi Eternelle et de Loi Naturelle, Arch. de phil. du droit, 1936, Nos. 1 - 2, pp. 92 - 131. — Richard, Le droit naturel et la philosophie des valeurs, Arch. de phil. du droit, 1934, Nos. 1 - 2, pp. 7 - 24. — Rommen, Le droit naturel, Traduction française 1935. — Roubier, op. cit., Nos. 11 - 12, pp. 92 - 106; No. 16, pp. 144 - 153. — Saleilles, Ecole historique et droit naturel, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, pp. 80 - 112. Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, 1949. — Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 18 - 62.

الوضعية ، قانون ثابت أبدي صالح لكل زمان ومكان لأنه انما يصدر عن طبيعة الأشياء ، تلك الفكرة في بساطة تعبيرها عن نزعة الانسان الى الكمال هي التي عبر عنها مذهب القانون الطبيعي .

غير أن هذا المذهب ، وان احتفظ بجوهر تلك الفكرة على اختلاف العصور منذ القدم ، الا أن مضمونها لم يثبت على حال واحدة فتناوله التعديل والتبديل دفعا لما تعرضت له الفكرة ذاتها من تجريح وتقد مرير . وكذلك فان هذه الفكرة تقاذفتها الغايات المختلفة ، فبدأت فكرة تأمل فلسفية ، ثم صارت فكرة دينية ، ثم لم تلبث أن تحولت الى فكرة قانونية ، ثم اتخذها فلاسفة السياسة أداة لزلزلة الطغيان فمهدوا بها للثورة الفرنسية ولما أعلنته من حقوق الانسان الطبيعية . على أن ذلك دفع بالفكرة الى منزلق خطر اذ صبغها بصبغة فردية صارخة ، فمكّن للخصوم منها ، فتواتر زمنا ثم عادت في أعقاب القرن الماضي ومطنع هذا القرن تطل على الناس في زى جديد يجعلها أدنى للقبول وأثبت للنقد .

## ٥٢ - القانون الطبيعي عند اليونان

فكرة القانون الطبيعي اذن فكرة عريقة في القدم ، يردها الكثيرون الى اليونان . غير أنه ينبغي الحذر في تقبل ذلك على اطلاقه . فرغم أن بعض شعراء اليونان كانوا يتكلمون عن قوانين خالدة أبدية لم تكتب وليس الى مجوها من سبيل ، الا أن فلاسفة اليونان الأول كانوا يحملون للدولة ولقوانينها الوضعية تقديسا كبيرا باعتبار أن الدولة تمثل سلطان الخير (١) ، ومن هنا لا نجد في آثارهم فكرة القوانين الوضعية الظالمة التي نعت على الفرد عدم اطلاقتها .

ثم تقدمت الحياة باليونان فظهر فيهم ما يعرف بمذهب « الرواقية »

Del Vecchio, op. cit., pp. 41 - 43; 45 . 46 — Roubier, op. cit., No. (١)

11, pp. 92, 93.



(le Stoïcisme) الذي كان يرى المثل الأعلى للحكيم في التحرر من كل المؤثرات الخارجية بما فيها اجبار الدولة ، واخضوع للقانون الطبيعي الذي يحكم العالم كله ويلزم الجميع ، والذي يعلو سلطانه على سلطان القوانين الوضعية التي تضعها الدولة وتطبقها باعتباره قائما على وحدة الطبيعة الانسانية (١) . ومن هنا نرى النزعة الفردية نطل برأسها من ثنايا هذا المذهب (٢) .

### ٥٣ - القانون الطبيعي عند الرومان

وقد انحدر مذهب الرواقية الى الرومان فيما انحدر اليهم من مذاهب اليونان الفلسفية ، فتأثروا بنزعته الفردية كما تأثروا بفكرته في وجود قانون طبيعي .

فوجد « شيشرون » (Ciceron) يعتقد بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية ، بوجود قانون ثابت خالد موافق للطبيعة والعقل القويم ، ينطبق على الناس كافة ولا يتغير في الزمان ولا المكان ، هو القانون الحق (٣) . ونجد عند الفقيه « بول » Paul مثل هذا النظر من وجود قانون ثابت سابق على وجود القوانين الوضعية ، ليس من عمل الانسان لأن الطبيعة والعقل هما اللذان يفرضانه .

ويعتقد كذلك الفقيه « جايوس » Gaius « وجود قانون مشترك بين جميع الناس لما له من صفة عقلية طبيعية ، فهو اذن قانون عالمي أو ما سموه « قانون الشعوب » (Jus gentium) (٤) . وينبغي التنبيه الى أن الرومان كانوا يعرفون تحت هذا الاسم كذلك القانون الذي كان ينطبق على علاقات

Del Vecchio, op. cit., pp. 50, 51. — Roubier, op. cit. No. 11, (١)  
p. 94.

Roubier, op. cit., No. 11, p. 95. (٢)

Cicéron, cité par Sennn, De la Justice et du Droit, 1927, p. 61, (٣)  
note "1".

Roubier, op. cit., No. 11, p. 96. (٤)

الإجاب بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الرومان . ولكن هذا القانون لا يعدو أن يكون قانونا وضعيا يختلف عن القانون الطبيعي الذي يصدر عن طبيعة الأشياء ويستخلصه العقل . ولذلك كان « قانون الشعوب » في المعنى الضيق يعرف نظام الرق ويقره ، بينما كان ينكره « قانون الشعوب » بمعناه كقانون طبيعي (١) .

#### ٥٤ - القانون الطبيعي عند الكنسيين في القرون الوسطى

ثم ما لبثت فكرة القانون الطبيعي أن اصطفت بصيغة دينية في العصور الوسطى فتطورت هذه الفكرة في كنف الكنيسة المسيحية حتى صار القانون الطبيعي هو ذلك القانون الإلهي الذي يسمو على القانون الوضعي . وهو ، وإن كان كما عرفه اليونان والرومان قانونا خالدا ثابتا لا يتغير ، إلا أن الله هو الذي يلهمه باعتبار أن الله هو خالق الطبيعة . وقد أرادت الكنيسة بتحويل فكرة القانون الطبيعي الى فكرة دينية أن تمكن لسلطان البابا على سلطان الملوك ، أي أن تمكن للسلطة الروحية من السلطة الزمنية فتخضع سلطان الدولة لسلطان الكنيسة .

غير أن القانون الطبيعي وإن غلبت عليه الصبغة الدينية في هذه الآونة ، إلا أن ذلك لم ينتقص من الصبغة العقلية التي لازمتها على عهد اليونان والرومان . فلئن كان القانون الطبيعي عند فقهاء الكنيسة هو ذلك القانون الذي نقشه الله على قلب كل إنسان ، إلا أن الإنسان لا يجد هذا القانون أو يدركه إلا بعقله .

ومن هنا يفهم منطق فقهاء الكنيسة - وخاصة القديس « توماس الأكويني » (Saint Thomas d'Aquin) - في تقسيم القانون الى درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فأعلاها هو « القانون الإلهي » أو « القانون الأزلي » الذي يحمل مشيئة الله ، وهو مسألة إيمان واعتقاد لا مسألة عقل واستدلال ،

Senn, op. cit., pp. 73 - 79. — Beudant, op. cit., No. 35, pp. 55 - 56. (١)

— Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., pp. 55, 56.

فلا يدركه الا الراسخون في الايمان الذين اضاء الله بصيرتهم بنوره . ومن تحته « القانون الطبيعي » الذي هو منتهى ما يدركه العقل من اصول القانون الالهي . واسفل من ذلك يوجد القانون الوضعي وهو ما يستخرج من قواعد القانون الطبيعي (١) .

واذا خالف القانون الوضعي عن أمر قواعد القانون الطبيعي فالطاعة واجبة رغم ذلك للقانون الوضعي ، لأن النفع العائد من الطاعة - وهو الاستقرار والأمن في المجتمع - أكبر من الضرر الناتج عن العصيان ، وفي ذلك تغليب للصالح العام على الصالح الخاص ، وهو ما يتفق مع اصول القانون الطبيعي . ولكن الطاعة للقانون الوضعي تصبح غير واجبة ان خالف عن أمر القانون الالهي (٢)

ومن هنا يبدو تطور سياسة الكنيسة . فبعد أن كانت الكنيسة في عهد المسيحية الأولى تفصل فصلا تاما بين السلطان الديني والسلطان المدني ، وتعتبر عما لكل من السلطتين من نطاق نفوذ مستقل في قولتها المشهورة : « أعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله » (٣) ، أضحت في القرون الوسطى تخضع السلطان المدني للسلطان الديني ، فلا طاعة لنقانون الوضعي في معصية القانون الالهي ، وهو ما يختلط معه القانون الطبيعي في فقه الكنيسة اختلاطا بينا كما رأينا .

٥٥ - الدعوة الى سيادة الدولة المطلقة في القرن السادس عشر ، وانكار

فكرة القانون الطبيعي نتيجة لذلك

غير أن انقضاء العصور الوسطى كان مؤذنا بزوال عهد الاقطاع وبدء

---

(١) انظر . ذلك :

Beudant, op. cit., No. 44. p. 72 — Del Vecchio, op. cit., pp. 61, 62. — Du Pasquier, op. cit., No. 223. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 99. — Friedmann, p. 28. — Cairns, pp. 175 - 184.

(٢) انظر :

Del Vecchio, op. cit., p. 62. — Roubier, ibid. — Du Pasquier, ibid. — Rommen, op. cit., pp. 76 - 77. — Friedmann, p. 29.

Beudant, op. cit., No. 40. — Del Vecchio, op. cit., p. 57. — (٣) Roubier, op. cit., No. 11, p. 97.

تكون الدول الحديثة فظهر مبدأ سيادة الدولة وهو ما أطاح بسيادة الكنيسة وسلطانها . وغالى بعض الكتاب فى الدعوة الى هذا المبدأ مغالاة لعل مرجعها الرغبة فى التمكين لفكرة الوطنية والاستقلال . وهذه المغالاة تجد صداها فى القرن السادس عشر عند كاتبين شهيرين هما « مكيافيل » (Machiavel) (١٤٦٩ - ١٥٢٧) و « بودان » (Bodin) (١٥٣٠ - ١٥٩٦) .

« فمكيافيل » فى كتابه « الأمير » يضع صاحب السلطان فوق الأخلاق وفوق كل مثل أعلى ، فيخول له التوسل بكل ما يؤيد سلطانه سواء عن طريق القوة أو الحيلة أو الخداع ، اذ الغاية - كما يقول - تبرر الوسيلة ، والقسوة تكون عادلة ما دامت ضرورية (١) .

و « بودان » يدعو الى سيادة الدولة سيادة مطلقة ، وفى سبيل ذلك يحل صاحب السلطان من الخضوع للقوانين التى يفرضها على رعاياه ، اذ مادام هو مصدر القانون فانه يصير بذلك فوق القانون ، فليس ما يلزمه قانونا قبل الأفراد ، وان يكن ملتزما قبلهم بمجرد التزامات أخلاقية ، ومن هنا فليس للأفراد الحق فى مطالبته باحترام هذه الالتزامات (٢) .

وقد كان من أثر هذه المغالاة فى تصور فكرة السيادة توارى فكرة القانون انطبعى ، وطفيان الدولة على حريات الأفراد وحقوقهم فى الداخل ، وتحكم القوة فى تنظيم العلاقات بين الدول ذات السيادة فى الخارج . ومن هنا بدت الحاجة مرة أخرى الى فكرة القانون الطبيعى كوسيلة تفود عن حقوق الأفراد وحرياتهم طفيان الدولة ، وتخضع علاقات الدول فيما بينها للعدل لا للقوة .

(١) أنظر فى ذلك قول « مكيافيل » : « ان الأمير يجب ان يكون ثعلبا وأسدا فى نفس الوقت ، لأنه ان لم يكن الا أسدا فلن يصير الشراك . وان لم يكن الا ثعلبا فلن يحمي نفسه من الذئاب ، فهو بحاجة الى أن يكون ثعلبا لتعرف الشراك ، وأسدا لآخاة الذئاب » .  
راجع فى الإشارة الى ذلك والى غيره من أقوال « مكيافيل » :

Chevallier, (Jean-Jacques), Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, pp. 27 - 29.

(٢) أنظر فى آراء « بودان » :

Chevallier, op. cit., pp. 38 - 51. — Roubier, op. cit., No. 12, pp. 100 - 101 —  
Del Vecchio, op. cit., pp. 72 - 74. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 11.

## ٥٦ - تبلور فكرة القانون الطبيعي كمذهب على يد جروسيوس

وقد وجدت هذه الفكرة طريقها الى الظهور والتبلور على شكل مذهب واضح المعالم والحدود في النصف الأول من القرن السابع عشر على يد الفقيه الهولندي « جروسيوس » Grotius ( ١٥٨٣ - ١٦٤٥ ) ، والذي كان له الفضل في ابراء القانون الطبيعي مما أسبغته عليه الكنيسة في القرون الوسطى من صفة دينية ، فحرر القوانين الوضعية بذلك من رجال الدين (١) . ثم اتخذ من هذا القانون الطبيعي وسيلة لتوجيه القوانين الوضعية وجهة العدل ، فحررها بذلك من تحكم الدول وأصحاب السلطان فيها . ثم ذهب الى اقامة العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعي في السلم والحرب على السواء ، فأخرج بذلك الى الوجود فكرة القانون الدولي العام بمعناه الحديث ، وأقامه على أساس متين من وجوب احترام الاتفاقات والمعاهدات الدولية وتنظيم العلاقات بين الدول المتحاربة تنظيمًا قانونيًا .

فالقانون الطبيعي عنده هو قبل كل شيء قواعد عقلية للعدل مستخرجة من طبيعة الأشياء، هو ذلك القانون الذي يفرضه ويستخلصه العقل القويم من طبيعة الانسان مبينا العدل من الظلم . وهو باءتباره وليد العقل ووليد الطبيعة يكسب منها صفة الوحدة والثبات والخلود فلا يتغير بتغير المكان ولا بتغير الزمان ، والله نفسه لا يملك بذلك تغييره ، لأنه ليس بالذي يغير المقول أو الطبيعي (٢) . فالقانون الطبيعي إذن انما يعدد بجهد العقل مضمون القاعدة - التي حدد مضمونها القانون الطبيعي - قاعدة ملزمة مجردة . ومن هنا كان وجوب استناد القانون الوضعي الى أساس من مسلمات العقل الموافقة لطبيعة الأشياء (٣) .

(١) Charmont, op. cit., p. 17.

(٢) Beudant, op. cit., No. 60, p. 94. ... Du Pasquier, op. cit., No. 228.

(٣) Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.

وما دام أنه يوجد قانون مستخلص من الطبيعة ومن العقل يسبق القوانين الوضعية ويعلو عليها ، فلا محيص من التسليم بأن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان تولد معه لأن طبيعته تحتمها لتمكينه من القيام بما يشاء من نشاط مشروع ، تلك هي الحقوق الطبيعية أو الحقوق الفردية أو حقوق الإنسان . فهذه الحقوق اذن مبدأ أساسي من مبادئ القانون الطبيعي لا نستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله ، بل إن مهمة هذه القوانين هي تأمين التمتع بهذه الحقوق وكفالته لكل من الأفراد (١) . وتلك نزعة فردية واضحة تركز القانون في الإنسان أو في الفرد ، وتقتصر دوره على حماية ما تدعيه له من حقوق طبيعية ثابتة له منذ الأزل بمقتضى طبيعته البشرية .

غير أن فكرة القانون الطبيعي وإن يكن قد أتيح لها البروز مع الوضوح والاستقلال على يد جروسسيوس ، إلا أن هذا الفقيه رغم ما نادى به من وجود قانون أعلى للعدل يستخلص بجهد العقل فيسمو بذلك على القوانين الوضعية ، لم يستطع أن يتحرر من تأثير عصره ، فأقر ما كان قائما حينذاك من نظام الرق وحق الفتح ، بل وبرر ذلك بأن الحرية ، وإن تكن في طبيعة حقوق الإنسان الطبيعية ، إلا أنه يمكن النزول عنها بمقتضى عقد ، كما يمكن فقدها بالانهازم أو الأسر في الحرب (٢) ، وذلك تبرير واه يناقض المبدأ الذي وضعه من وجود قانون مستمد من طبيعة البشر يسمو على القانون الوضعي .

## ٥٧ - رواج مذهب القانون الطبيعي وتطوره في القرنين السابع عشر

### والثامن عشر

ومهما يكن من أمر ، فإن فكرة القانون الطبيعي قد أتيح لها في القرنين السابع عشر والثامن عشر حظ كبير من الذيوع والانتشار والتحرر من مؤثرات العصر ، فلم يعد أنصارها يبررون - كما فعل جروسسيوس - بعض الأنظمة

(١) أنظر : Beudant, op. cit., No. 60, p. 95. — Roubier, op. cit., No. 12. pp. 105, 106.

(٢) أنظر :

Charmont, op. cit., pp. 18, 19. — Beudant, op. cit., No. 61, pp. 95, 96.

انظمة في القوانين الوضعية كحق الفتح ونظام الرق ، بل اطرده منطقيهم  
بضرورة الغاء مثل هذه النظم لمخالفتها للقانون الطبيعي .

غير أن فكرة القانون الطبيعي قد أتيح لها في هذين القرنين فضلا عن  
ذلك أن تصبح فكرة قانونية ، بعد أن كانت فكرة فلسفية في العصور الأولى ،  
وفكرة دينية في العصور الوسطى (١) . فأصبح ينظر الى هذه الفكرة لا باعتبار  
أنها تتضمن موجبات كلية مثالية يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء ويلتزم  
المشرع باحترامها في القوانين الوضعية ، ويلتزم القاضي كذلك باستهدائها  
إن قصرت القوانين الوضعية عن البصر بكل ما قد يعرض في العمل من فروض  
متباينة ، بل أصبح ينظر اليها باعتبار أنها تتضمن قواعد جزئية تفصيلية  
تواجه كل ما يعرض في العمل من حالات وتتخذ له الحل العادل المعقول (٢) .

فالقانون الطبيعي إذن قد أصبح عند كثير من كتاب القرنين السابع عشر  
والثامن عشر قانونا أو تشريعا نموذجيا كاملا أي يحوى لكل وضع من  
الأوضاع أو نظام من الأنظمة القواعد النموذجية التي يجب أن تحكمه ، وبذلك  
يقصر عمل المشرع على تحويل هذه القواعد النموذجية الى قواعد وضعية  
وزالة الفروق بين القوانين الوضعية القائمة وبين القانون الطبيعي أي بين  
الصوره والأصل (٣) . ومنطق هذا النظر يؤدي الى اعتبار أن القانون الوضعي  
يتضمن جزءا كبيرا من قواعد القانون الطبيعي هي التي يستعيرها منه ويسبغ  
عليها صفة الوضعية أو صفة الإلزام . وبعبارة أخرى يعتبر من القوانين  
الطبيعي كل ما يوجد في القانون الوضعي من قواعد توافق العقل وتقضي بها  
طبيعة الأشياء ، بل كل ما يوجد فيه من قواعد ترمي الى مثالية القانون  
الوضعي والسمو بأحكامه .

Dabin, la philosophie de l'ordre juridique positif, No. 68, p. 271. (١)

— Roubier, op. cit., No. 12, p. 103.

Roubeir, op. cit., No. 12 p. 104. (٢)

Capitant, op. cit., No. 7, p. 33. — Dabin, op. cit., No. 68, pp. 271, (٣)

.272. — Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.

وظاهر أن في هذا النظر خطأ بين فكرة القانون الطبيعي في ذاتها وبين ما يعمد إليه المشرع من فرض حلول لمشاكل الحياة الاجتماعية بالتطبيق لهذه الفكرة أو باستيحائها . وكذلك فإن هذا النظر ياقض القول بأن القانون الطبيعي قانون عالمي ، ثابت خالد لا يتغير في الزمان والمكان ، فإن العقل الانساني الذي يستخلصه لا يبلغ من القدرة مبلغا يمكنه من وضع مجموعة كاملة من القواعد النموذجية التفصيلية تصلح لمواجهة جميع دقائق الفروض العملية في كل زمان ومكان ، فهذه الفروض تختلف بحسب الزمان والمكان ، وما يوضع لها من حلول لا يقل عن ذلك اختلافا .

### ٥٨ - القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي

وأيا كان الأمر ، فإن فكرة القانون الطبيعي قد عاصرتها وزاحمتها طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر فكرة أخرى هي فكرة العقد الاجتماعي *Le contrat social* . ومضمون هذه الفكرة القول بوجود اتفاق تواضع عليه الناس بتركيز السلطة في يد شخص أو هيئة يكون لها حق الأمر دون معقب للخروج بذلك من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم . غير أن هذا العقد الاجتماعي قد اختلف تصور أطرافه ومضمونه لدى الكتاب اختلافا بالغ الأثر في تحديد مدى سيادة صاحب السلطان في المجتمع .

فالكتاب الانجليزي هوبز Hobbes ( ١٥٨٨ - ١٦٧٩ ) (١) يرى هذه السيادة مطلقة لا تحدها حدود أو قيود ، إذ أن الأفراد نزلوا بمقتضى العقد الاجتماعي عن كل ما كان لهم من حريات وحقوق في عهد الفطرة ووضعوها بين يدي السلطان . ذلك أن عهد الفطرة (L'état de nature) كان هو

(١) راجع في مذهب « هوبز » بخاصة :

Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, pp. 246 - 271. — Chevallier, op. cit., pp. 52 - 69. — Del Vecchio, op. cit., pp. 83 - 85. — Beudant, op. cit., No. 66. — René Capitant, Hobbes et l'Etat totalitaire, Arch. de phil. du droit, 1936, No. 1 - 2, pp. 46 - 75.



عهد الفوضى الذي تحكمه الأنانية والفرائز المنطلقة ويسود فيه منطلق القوة ، حيث تقود الحرية المطلقة المتروكة للجميع الى حرب مستمرة لا تنقطع بينهم . لذلك لم يكن بد من أن تدفع الناس غريزتهم في البقاء والدفاع عن النفس ، الى محاولة الخروج من هذا العهد الفطري التمس الى عهد أفضل نظامي ، عن طريق عقد يتضمن نزول كل فرد عما كان له في عهد الفطرة من حرية مطلقة دون حدود . وهو نزول لا يتصور الا كاملا وغير مشروط ، والا أتيح للفوضى الفطرية أن تعود من جديد . وهو كذلك نزول لا رجعة فيه ، فلا يستطيع الناس أن يستردوا من السلطان ما أعطوه ، ذلك أنه لم يكن طرفا في العقد حتى يلتزم بشيء قبل الأفراد ، فبقيت له وحده الحرية الفطرية يفعل ما يشاء .

وغنى عن البيان أن هذا النظر يؤدي الى الاستبداد المطلق ، اذ لا يضع أمام القوانين الوضعية التي يسنها السلطان ويطبها على الناس حاجزا أو سدا من مثل أعلى للعدل يحول دون اندفاعها في طريق التحكم والظلم ، أي ينكر بذلك وجود فكرة القانون الطبيعي . فانه ليس بعد العقد الاجتماعي كما لم يكن قبله ، عدل أو ظلم في ذاته ، اذ يصبح ذلك رهنا بإرادة صاحب السلطان . وبذلك تظل الكلمة العليا للقوة في عهد المجتمع المنظم ، كما كانت كذلك في عهد الفطرة (١) .

غير أن فكرة العقد الاجتماعي قد أتيح لها عند كاتب آخر هو الكاتب الانجليزي لوك Locke ( ١٦٣٢ - ١٧٠٤ ) (٢) ، أن تمكن لفكرة القانون الطبيعي وتحارب استبداد السلطان وتحكم القوانين الوضعية . فعهد الفطرة الأولى عنده عهد يحكمه العقل لا الأهواء ولا الأنانية كما يرى « هوبز » .

(١) في هذا المعنى :

Beudant, op. cit., No. 66, pp. 104, 105.

(٢) راجع في مذنب « روسو » بصيغة خاصة :

Gairns, pp. 335 - 361. — Chevallier, op. cit., pp. 85 - 99. — Beudant, op. cit.,

No. 67. — Del Vecchio, op. cit., pp. 90 - 92.

لذلك فان الأفراد لا ينزلون في العقد الاجتماعي عن كل ما لهم في ذلك العهد من حقوق طبيعية ، بل ينزلون منها عن القدر اللازم لكفالة الصالح العام فحسب(١) ، ويظل القدر الباقي من هذه الحقوق الطبيعية قائما في عهد المجتمع المنظم كقيد يرد على حرية السلطان . والسلطان باعتباراه طرفا في العقد ، انما يلتزم بتسخير سلطته في تحقيق الصالح العام واحترام الحقوق الطبيعية للأفراد ، واخلاله بهذا الالتزام يحل للأفراد فسخ العقد والثورة على السلطان . فالقانون الوضعي في هذا النظر اذن انما يعمل على احترام الحقوق الطبيعية للأفراد وكفالة الالتزامات التي تفرضها الطبيعة والعقل .

ثم استخدم روسو (Rousseau) (١٧١٢ - ١٧٧٨) (٢) في النصف الثاني من القرن الثامن عشر فكرة العقد الاجتماعي أداة لانكار حق الملوك في السيادة ، وبصفة عامة لانكار حكم الفرد ، ووسيلة لخصر السيادة في الشعب أو المجموع .

فالعقد الاجتماعي عنده أنهى عهد الفطرة حيث كان لكل فرد فعل ما يشاء ، وأنشأ عهد المجتمع حيث أصبحت السيادة والسلطان من حق المجموع ككل لا من حق فرد واحد من الأفراد على حدة . فالقوانين تستمد شرعيتها اذن وقوتها الملزمة للأفراد من كونها ليست الا تعبيراً عن الإرادة

(١) اذا كان الأفراد يعملون على الخروج من عهد الفطرة رغم أنه عهد يحكمه العقل فيما يرى « لوك » فما ذلك الا للحصول على ضمان أقوى لحقوقهم وحررياتهم ولتفادي عواقب التعسف المحتوم من جانب بعض الأفراد في استعمال ما لهم من حقوق وحرريات . فان عهد الفطرة يفتقد قوانين معلومة قائمة على الرضا العام المشترك ، وقضاة معامرين عمداول معايدين يفضلون في المنازعات طبقا لهذه القوانين ، وسلطة اجبار قادرة على كفالة تنفيذ ما يصدرونه من أحكام . ولذلك يفرض الأفراد الانتقال من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم حيث تتوافر فيه كل هذه الضمانات .

( انظر : (Chevallier, op. cit., p. 91

(٢) راجع في مذهب « روسو » بصفة خاصة :

Chevallier, op. cit., pp. 142 - 173. — Beudant, op. cit., pp. 150 - 168. — Del Vecchio, op. cit., pp. 104 - 108. — Charmont, op. cit., pp. 41 - 46. — Hubert, Rousseau et l'école positiviste, arch. de phil du droit, 1982, No. 34, pp. 407 - 427.

العامة أى عن ارادة المجموع . وهذه الارادة العامة عنده ارادة مطلقة معصومة ، لانها - وهى ارادة المجموع - لا يتصور أن تبتنى مصلحة مخالفة لمصالح أفراد ، كما لا يتصور أن يضر الجسم بعضو من أعضائه (١) .

وتلك نظرة مادية فى تصور القانون ، اذ يصير عدلا ما يريد المجموع أو على الأصح - وهو ما يسمح به العمل - ما تريده الأغلبية فى هذا المجموع (٢) . وبذلك نستطيع أن نسلك روسو - على خلاف الشائع عنه - فى سلك المنكرين لفكرة القانون الطبيعي . فهو لا يعترف بأن القانون الوضعى أو الارادة العامة تخضع لجملة من موجبات العدل العقلية أو لنماذج من قواعد العدل التفصيلية . بل وأن نسلكه فى سلك المنكرين لفكرة الحقوق الطبيعية ، فرغم تسليمه بأن الأفراد لا ينزلون بمقتضى العقد الاجتماعى الا عن القدر اللازم من حقوقهم لحاجة المجموع ، الا أنه يجعل هذا المجموع الذى يسميه الارادة العامة - والذى يقتصر فى الواقع على الأكثرية - هو وحده الحكم المتصرف فى تحديد الحقوق الطبيعية التى يحتفظ بها الأفراد ، وله أن يقيد منها ما كما يشاء (٣) . وهو بهذا المنطق ينتهى الى الاستبداد المطلق يحله للشعب أو لأكثرية الشعب ، فكأنه ما حارب الاستبداد فى ذاته ، ولكنه حاربه باعتباره استبداد فرد لا يستند الى عقد اجتماعى ! . فان استند الى هذا العقد وكان استبداد مجموع فلا تثريب عليه عنده ! . . .

ومهما يكن من أمر ، فالثابت أن فكرة العقد الاجتماعى لم تكن مرادفة دائما لفكرة القانون الطبيعي . فلم تكن تعنى دائما عند كثير من الكتاب حدا من سيادة أصحاب السلطان فى الجماعة ولا قيادا يرد على حرية المشرع بالتزام مثل أعلى من العدل أو باحترام حد أدنى من الحقوق الطبيعية للأفراد . ولكنها

J. - J. Rousseau, Du contrat social, Aubier, éditions Montaigne, (١)  
Livre I, Chapitre VII, pp. 106 - 108; Livre II, Chapitre III, p. 145,  
Chapitre IV, p. 152.

(٢) فى هذا المعنى :

Beudant, op. cit., No. 101, p. 161.

Rousseau, op. cit., Livre II, Chapitre IV, p. 153. (٣)

عنت عند الكثيرين - وعلى الأخص عند « روسو » - التمكين لسلطان الشعب أو لسلطان الأكثرية منه دون الاعتراف بسلطان الفرد أو سلطان الملوك ، وبذلك اتخذت لها هدفا سياسيا واضحا هو إحلال الحكم الديمقراطي محل الحكم الأوتوقراطي . وفي غمرة الحماس لتفويض سلطان الفرد وإقامة سلطان الشعب ، ضاعت صيحة العدل - وهو ما قامت عليه فكرة القانون الطبيعي - عند أنصار العقد الاجتماعي ، فأصبحت مشيئة الشعب أو إرادة الأغلبية عندهم هي العدل ، حتى ولو كانت مشيئة ظالمة أو إرادة مستبدة .

غير أن ما لاقته فكرة العقد الاجتماعي على يد « روسو » من نجاح وذيع لم يقلل من الاعتقاد والايان بفكرة القانون الطبيعي طوال القرن الثامن عشر بل بدت الحاجة أكثر ما تكون ملحة الى هذه الفكرة الأخيرة لتقف كالسد الحاجز أمام ما تضمنه الفكرة الأولى من خطر استبداد الحكام وتحكمهم باسم الشعب واسم العقد الاجتماعي .

#### ٥٩ - انتصار مذهب القانون الطبيعي على يد الثورة الفرنسية

وتحت تأثير هاتين الفكرتين ولدت الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر ، فاعتنقت مذهب « روسو » في حصر السيادة في الشعب وخذت ككل أي من حيث هو يكون كتلة أو وحدة متميزة ذات شخصية منفصلة مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين له . وكذلك حرصت الى جانب ذلك على اعتناق فكرة القانون الطبيعي كموجه ومقيد لسيادة الشعب ، فأعلنت ما سمته بحقوق الانسان الطبيعية التي تلتزم انقوانين الوضعية بالاعتراف بها وكفالة احترامها وضمان التمتع بها للأفراد ، بحيث ترد هذه الحقوق - خلافا لمذهب « روسو » - قيادا على تحكيم تلك القوانين التي تحمل مشيئة الشعب . وبذلك أتيح لمذهب القانون الطبيعي أن يصبح مذهبيا رسميا يتضمنه اعلان رسمي هو « اعلان حقوق الانسان والمواطن » ، بعد أن كان مجرد فكرة تجرى بها أقلام الفلاسفة والكتاب .

وقد كان هذا الاعلان مهذا لصدور سلسلة من اعلانات مماثلة رسمية

تضمنتها الدساتير المختلفة مؤكدة بذلك الاعتقاد في وجود قانون طبيعي خالد مشترك يسمو على القانون ، ويجعل من حقوق الأفراد الطبيعية التزامات وقيودا على سلطان الشرعين .

ولقد تجاوب الفيلسوف كانت (Kant) مع الثورة الفرنسية ومع المعتقدات التي مهدت ووطأت لها . فنجد عنده التفرقة التقليدية بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي (١) . ومرد فلسفته القانونية أن للانسان قيمة ذاتية مطلقة اذ هو غاية في ذاته وليس وسيلة لتحكم ارادة من الارادات كإرادة الدولة أو ارادة المشرع (٢) . فالانسان هو الذي يضع قانونه بنفسه أي بعقله ، وهذا العقل بوصفه واحدا عند كل الناس ، أي مشتركا بين أفراد النوع الانساني يستخلص قواعد عالمية ثابتة لحكم سلوك الانسان في المجتمع . هذه القواعد تستمد من الصفة العالمية الثابتة التي تحملها عليها وحدة العقل الانساني قيمة سامية مطلقة تفرضها على مختلف الارادات ، فتتقيد بها ارادة المشرع فيما يستن من قواعد وضعية . وينتهي « كانت » بهذا المنطق الى اعطاء القانون الطبيعي صفة عقلية بحته (٣) .

وكذلك يمكن هذا النظر للنزعة الفردية التي أبرزتها الثورة الفرنسية فيما أعلنت من حقوق الانسان ، اذ يركز القانون في الفرد الانساني يعمل على كفالة تمتعه بحقوقه الطبيعية وفي طبيعتها الحرية ، وهو أمام حريات الأفراد المتعارضة يعمد الى أن يقيم بينها من التوازن ما يمكن كل فرد من استعمال حريته دون أن يطغى بذلك على حريات الآخرين (٤) .

فلاعتقاد اذن في وجود قانون طبيعي يكون بمثابة تقنين نموذجي يحكم القانون الوضعي بما يتضمن من قواعد ثابتة خالدة يستخلصها العقل من

(١) Du Pasquier, op. cit., No. 236.

(٢) Beudant, op. cit., No. 87, p. 138.

(٣) Del Vecchio, op. cit., p. 111.

(٤) Del Vecchio, op. cit., p. 119.

ضيعة للإنسان . كان هو الاعتقاد السائد في القرن الثامن عشر . ثم أصبحت الثورة الفرنسية صفة رسمية على هذا الاعتقاد بإعلانها ما سميته حرق الإنسان . كما مكنت لها يتضمنه - في نصرة وضميمة القانون - من نزعة فرية .

وفي ظل هذا الاعتقاد - الاعتقاد في وجود قانون طبيعي يسمو على القوانين الوضعية ، والاعتقاد في سلطان العقل الذي يستخلصه - شهد مطلع القرن التاسع عشر واضعي تقنين « نابليون » - وهو التقنين المدني الفرنسي - يصدرين مشروع تقنينهم بالنص على أنه « يوجد قانون عالمي ثابت هو مصدر كل القوانين الوضعية . ليس هو إلا العقل الطبيعي من حيث أنه يحكم كل شعوب الأرض » . وهذا النص ، وإن لم يتج له أن يظفر في التقنين إذ حذف عند مناقشة المشرع ، إلا أن ذلك لم يكن إنكاراً لضمونه - إذ الاعتقاد في وجود القانون الطبيعي كان ينزل حينئذ من النفوس منزلة الإيمان - وإنما كان تسليمًا بأن النصوص التشريعية الوضعية ليست محلاً لإعلان المبادئ الفلسفية (١) .

## ٦٠ - مهاجمة مذهب القانون الطبيعي وتراجعها في القرن التاسع عشر

غير أن مذهب القانون الطبيعي لقي محاربة شديدة طوال القرن التاسع عشر ، شككت في صحته ، وقللت من أنصاره في الفقه . فراجت على حسابه طوال هذا القرن مذاهب واقعية تنكر رد جوهر القانون أو شرعيته إلى مثل أعلى . وتركز الهجوم على مذهب القانون الطبيعي فيما يدعيه من صفة خالدة ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان ، وفيما يلازمه من نزعة فرية واضحة .

وقد تكفل المذهب التاريخي - على ما سيرد البيان - بمحاولة تقويض فكرة الخلود والثبات التي تتميز بها القانون الطبيعي في منطق أنصاره . فأنكر هذا المذهب أن يكون القانون وليد إرادة من الإرادات كإرادة المشرع ، أو أن

يكون وليد العقل البشرى يستقل بتكوينه وانشائه ، اذ هو وليد البيئة الاجتماعية وحدها ، والبيئة الاجتماعية متغيرة متطورة في الزمان والمكان . ومن هنا لم يكن من المعقول ولا من المتصور أن ينبت القانون على حال واحدة . بل هو مختلف دائما بحسب المكان من مجتمع الى آخر اذ تولده ظروف البيئة الخاصة بكل مجتمع . وهو متطور دائما في الزمان تطورا لا يفعله الانسان أو يخلقه بعقله أو يدفعه بإرادته ، وانما تطوره تطور ذاتي أو تلقائي يتسلسل في حلقة من حلقات التاريخ تسلسلا اراديا .

ولسنا نعرض الآن لصحة الأساس الذي يقوم عليه المذهب التاريخي ، فذلك موضعه عند الكلام في تفصيل هذا المذهب . ولكننا نجتزئ بالاشارة الى أن هذا المذهب قد أتيح له من النجاح طوال القرن التاسع عشر - في ألمانيا حيث ظهر ، وفي فرنسا حيث لم يعدم الأنصار - ما أفقد الثقة في مذهب القانون الطبيعي ، وأوهن من الاعتقاد في وجود قانون تجتمع له صفة الحدود والثبات على اختلاف الزمان والمجتمعات .

وكذلك فقد هوجمت النزعة الفردية التي لازمت مذهب القانون الطبيعي طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، والتي تكادت رسميا على عهد الثورة الفرنسية ووجدت طريقها الى أكثر نصوص تقنين « نابليون » .

فوقف فقهاء كثيرون ضد هذه النزعة المسرفة التي ترى المجتمع مخلوقا خدمة الفرد ، وليس الفرد هو المخلوق لخدمة المجتمع ، فتركز القانون - استخراجا من ذلك - في الفرد ، حتى لتقتصر دوره على كفالة حريته وتمكينه من التمتع بما سمي الحقوق الطبيعية للانسان . وأدت مهاجمة النزعة الفردية في القانون الى مهاجمة فكرة القانون الطبيعي بدورها باعتبار ما رسخ في الأذهان من اقتران بين وجود القانون الطبيعي وبين النزعة الفردية . ولسنا الآن في مجال استقصاء صحة هذا الاقتران ، ولكن يعنينا أن هذا الاقتران كان مانعا في كثير من الأذهان مما خلق من أعداء النزعة الفردية أعداء ألداء لفكرة القانون الطبيعي ، فحسرت هذه الفكرة ولم تكسب من وصفها بالدعوة الى نزعة فردية .

## ٦١ - حركة احياء القانون الطبيعي

غير أن فكرة القانون الطبيعي وإن هجرت أو كادت طوال القرن التاسع عشر ، فقد أتيح لها - في أواخر هذا القرن ومطلع القرن العشرين - أن تجد من الفقهاء من ينتمس لها البعث والنشور ، ومن يقوم على احيائها مبرأة مما اتار عنيتها الهجوم ومكن منها الخصوم . وقد توزع انصار القانون الطبيعي - في سبيل هذا الاحياء - بين طريقتين : الاولى هو القصد في خلع صفة الخلود وانثبات على القانون الطبيعي ، وهذا هو مذهب الفقيه الألماني « ستاملر » *Stammier* فيما سماه بالقانون الطبيعي ذي المضمون المتغير . والثاني هو قصر وظيفة القانون الطبيعي على القيادة الموجهة الملهمه بقلة من مبادئ العدل المثالية ، دون النزول به الى التطبيق العملي وما يفرضه من تنظيم تفصيلي ، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء منذ مطلع القرن الحالي .

### (١) القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير (١) :

أما القصد في خلع صفة الخلود والثبات عن القانون الطبيعي ، فقد دعا اليه منطق المذهب التاريخي في تطور القانون ، فكان لابد من الجمع والملاءمة بين فكرة الخلود والتطور حتى يخلص مذهب القانون الطبيعي من التناقض الذي رماه به مذهب التطور التاريخي . وقد قدر للفقيه الألماني « ستاملر » أن يقوم بالجمع بين الخلود والتطور في فكرة القانون الطبيعي ، فيما سماه *Le droit naturel à contenu variable* واعتنق فكرته بعض الفقهاء الفرنسيين وكان أبرزهم « سالي » (Saleilles)

(١) راجع في ذلك :

- Ginsberg, *La philosophie du droit de Rudolf Stammier*, Arch de phil, du droit, 1932. Nos. 3 - 4, pp. 564 - 574. — Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Nos. 98 - 114. — Charmont, *op. cit.*, pp. 170 - 176. — Del Vecchio, *op. cit.*, pp. 209 - 210. — Rommen, *op. cit.*, pp. 166 - 168. — Roubier, *op. cit.*, No. 16, pp. 151, 153. — Friedmann, pp. 87 - 95. — Dabin, *la philosophie de l'ordre juridique positif*, No. 71. — Saleilles, *article précité*, pp. 96 - 99.



وجوهر القانون - في هذا النظر - هو مثل أعلى للعدل ، خالد متغير على السواء : فهو خالد في فكرته ، متغير في مضمونه ، أى أن صفة الخلود دائماً تلحق فكرة العدل في ذاتها ، أما مضمون هذه الفكرة وطريق تحقيقها ، فمرهن بظروف الحياة في كل مجتمع وبتصور هذا المجتمع لفكرة العدل . فالذى لا يتغير هو وجود عدل ينبغي تحقيقه . ذلك أن فكرة التمييز بين العدل والظلم واقامة القواعد القانونية على أساس من العدل ، قد وجدت دائماً في ضمير الانسان منذ الأزل ، وستظل موجودة فيه الى الأبد . أما كيفية التمييز بين العدل والظلم ، واسباغ صفة العدل على بعض النظم أو على سلوك معين ، فأمر لا يلحقه خلود أو ثبات ، لأنه صادر عن التفاعل الحاصل بين بيئة كل مجتمع والتصوير السائد فيه لفكرة العدل . فيما يعتبر عدلاً في جماعة قد يعتبر ظلماً في جماعة أخرى ، وما كان قانونياً في جماعة باعتبارها العدل قد يصبح - مع تقدم الزمان - غير مشروع ، إذ تنتهي الجماعة الى تصوره كظلم ينبغي رفعه . وليس يطعن هذا التباين في وجود فكرة العدل ذاتها ، وخلود هذه الفكرة عند كل الجماعات . فثمة شيء يبقى خالداً دائماً في ضمير الانسان - على اختلاف البيئة وتعاقب الزمان - هو حنينه الى العدل ، وتصوره للقانون واحترامه له على أساس أنه اقامة للعدل (١) .

ولكن فكرة القانون الطبيعي ذى المضمون المتغير تعرضت للنقد من حيث أنها فكرة متناقضة ، إذ المثل الأعلى بطبيعته ثابت خالد ، وهذه الفكرة تجعل منه مثلاً خاصاً بكل جماعة وفقاً لتصويرها الخاص لفكرة العدل . وهو ما يؤدي الى أن تكون فكرة العدل فكرة شخصية أو وطنية ليس لها كيان ذاتي أو موضوعي يجعل منها حقيقة واحدة على اختلاف المكان والزمان ، فيصبح الأمر الواحد عدلاً في مكان أو عصر معين ، وظلماً في مكان آخر أو عصر سابق أو لاحق ، وهو ما لا يمكن التسليم به . فلئن كان الرق مشروعاً عند الجماعات الأولى طبقاً لتصورها لفكرة العدل ، إلا أن ذلك لا يعنى أنه لذلك

كان نظاما عادلا • فلنعدل حقيقة في ذاته ، وهي لذلك حقيقة واحدة خالدة .  
لا تتغير في زمان أو مكان • والرق في حكم هذه الحقيقة نظام ظالم دائما في  
أي زمان ومكان وجد •

## (٢) القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل :

وأما الارتفاع بالقانون الطبيعي الى مجرد القيادة الروحية الموجهة ، فقد  
دعا اليه ما كان من اسراف أنصار فكرة القانون الطبيعي في القرن الثامن عشر  
في اعتبارهم أن هذه الفكرة انما تعبر عن وجود قانون مثالي نموذجي ،  
يتضمن قواعد تفصيلية تضع حلولاً عملية لكل ما يعرض من مشاكل الحياة  
الاجتماعية في دقائقها وجزئياتها • فمثل هذا الاتجاه لا يحتاج الى تدليل على  
بطلانه وتناقضه : فالواقع يكذبه ، والمنطق ينقضه ، إذ أن مشاكل الحياة  
الاجتماعية لا تعرض دائما بنفس الصورة في كل الجماعات ، حتى يمكن الادعاء  
بوجود قانون مثالي ، يضع لكل هذه المشاكل قواعد واحدة مشتركة ، تكون  
ثابتة خالدة لا تتأثر باختلاف الزمان والمكان •

من أجل ذلك اتجهت حركة احياء مذهب القانون الطبيعي في مطلع  
القرن الحالى الى العدول عن هذا الشطط المسرف في تصور فكرة القانون  
الطبيعي فقصرتها على بضعة مبادئ مثالية ، ثابتة خالدة ، تمثل الحد الأدنى  
لأحسن الأعلى للعدل • وبذلك تتحدد وظيفة القانون الطبيعي ، فهو لا يضع  
حلولاً عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، ولكنه يكتفي بالتوجيه الى الحلول  
العملية التي تضعها القوانين الوضعية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، فهي في  
جوهرها موافقة للقانون الطبيعي ، أى ترد في مجموعها الى المثل الأعلى  
للعدل ، ذلك المثل الذي له من وجوده الذاتي ما يجعله خالدا ثابتا ، لا يتغير  
بتغير الزمان ولا بتغير المكان • فالقوانين الوضعية المختلفة انما تنتهي في  
جوهرها الى تلك الأصول العامة للعدل التي تكون القانون الطبيعي ، كما  
تنتهي السفن القادمة من مختلف الاتجاهات الى ميناء واحد مسترشدة بما  
يبعث اليها مناره من أضواء •

ففكرة القانون الطبيعي انتهت اذن الى أن تعبر عن الدستور المثالي

للعقل الذي ينبغي أن تقوم على أساسه القوانين الرضعية المختلفة . وهو دستور لا ينزل إلى التفصيل والتفريع ، وإنما يقتصر على التوجيه والإلهام بما يتضمن من أصول عامة وموجهات مثالية لفكرة العدل (١) ، لا تصلح بداتها لتطبيق العملي - كمبدأ إتياء كل ذي حق حقه ، ومبدأ عدم الأضرار بالغير عن خطأ ، ومبدأ عدم الإثراء على حساب الغير دون سبب مشروع - وإنما تستلهمها القوانين الوضعية المختلفة فيما تضع من نظام للمجتمع حتى يخرج نظاما عادلا كما يستهدى الملاح بالبوصلة فيما يسلك من طريق حتى يقع على الطريق المأمونة الموصلة إلى الغاية . فالقانون الطبيعي في معناه الحديث إذن هو عبارة عن تلك الأصول والموجهات العامة للعقل التي تعتبر أساسا ومثلا أعلى لتنظيم القانوني .

## ٦٢ - القانون الطبيعي والقانون الوضعي

يخص من كل ما تقدم أن فكرة القانون الطبيعي مرت بمراحل متعددة ، فلم يثبت مضمونها على حال واحدة ، ولكنها انتهت إلى أن تعبر عن الموجهات المثالية للعقل ، التي لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساسا للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان .

وهذه الفكرة - في صورتها الأخيرة - تعبر عن حقيقة ينبغي التسليم بها ، وهي ضرورة وجود موجه للزيادة الانسانية ، فتلك الإرادة أعجز عن الاكتفاء بنفسها والاستغناء عن موجه مثالي تستهدى به وتستلهمه ، يتمثل في مثل أعلى للعقل ، وهو مثل ما ونيت الانسانية ولن تنى أبدا عن التطلع إليه والسعى إلى تحقيقه .

(١) انظر في هذا المعنى :

Capitant op. cit., No. 9. — Collin, Capitant et De la Morandière, op. cit., t. I, No. 3. — De la Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 73. — Beudant, op. cit., Nos. 21 - 23 — Roubier, op. cit., No. 16, pp. 150, 151. — Le Fur, Les caractères essentiels du Droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, No. 2 - 4, pp. 19 - 21.

سليمان مرتضى ، المرجع السابق ، فقرة ١٦٦ . - عبدالفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق .

والقانون الطبيعي على هذا الوضع - أي باعتباره موجهاً مثاليًا للعدل - إنما يفرض نفسه على إرادة المشرع والدولة . فليست الدولة حرة في وضع القواعد القانونية على هواها . وإنما هي تلتزم باحترام هذا الوجه المثالي ، لأنها ليست إلا خادمة لفكرة العدل . ومن هنا كان المثل الأعلى للعدل هو جوهر القانون ، والقوة التي تفرض احترامه على الناس . فالقانون الوضعي ينبغي أن يطاع لا لأنه هو القانون الذي وضعته الدولة أو استنتته الجماعة ، ولا لأنه هو القانون الذي ترصد الدولة على كفاية احترامه ما تملك من قوى مادية باطشة ولكن لأنه هو القانون العدل أي الذي يحقق المثل الأعلى للعدل .

غير أن القانون الطبيعي لا تقتصر وظيفته على إلهام المشرع أو القانون الوضعي وتوجيهه عند وضع القواعد القانونية ، وإنما تمتد هذه الوظيفة وتنبسط ، إذ يبقى القانون الطبيعي هو المبدأ الذي يلجأ إليه القاضي إن التمس الحل في قواعد القانون الوضعي فأعوزه . فهو يوجه القاضي - كما وجه المشرع أو القانون الوضعي - إلى جوهر القانون ، أي إلى العدل الذي ينبغي أن يسود . وهو بذلك يمنع القاضي - كما منع المشرع أو القانون الوضعي - من التحكم والقضاء بغير العدل ، فيحفظ على القانون جوهره باعتباره مقيم العدل .

وقد نبتت تشريعات كثيرة إلى ما لفكرة القانون الطبيعي من أثر وخطر باعتبارها تتضمن توجيهًا للقاضي إلى المثل الأعلى للعدل يستنبيهه فيما تقتصر عن تناوله قواعد القانون الوضعي . ومن ذلك نص المادة الأولى ( فقرة ثانية ) من التقنين المدني المصري الحالي الذي يقضى بأنه « 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 » .

وليس هنا مجال تفصيل القول بشأن استلزام القاضي للقانون الطبيعي ، فذلك أمر يتعلق بتطبيق القانون ، ونحن نبحت الآن في تكوينه . ودور القانون الطبيعي في هذا التكوين - كما أوضحنا - هو دور الوجه والمثل بما يتضمن من أصول مثالية للعدل . ولعل التعبير عن هذه الأصول

باصطلاح « القانون الطبيعي » كان من العوامل التي ساعدت على مهاجمة افكرة التي تريد التعبير عنها من وجود مثل أعلى للتنظيم القانوني ينبغي استديامه فيدخل بذلك في تكوين القواعد القانونية . ومن هنا قد يكون من الأوضح أن نستبدل باصطلاح « القانون الطبيعي » اصطلاح « المثل الأعلى للعدل » أو « موجبات العدل المثالية » .

وأيا كان الأمر ، فالقانون الطبيعي - أي المثل الأعلى للعدل أو موجبات العدل المثالية - يبقى اذن في منطق هذا المذهب هو أساس القانون الوضعي وجوهره : اذ هو الملهم بقواعده عند تكوينها من ناحية ، وهو المكمل لما قد يفتقر - عند التطبيق - من قصورها ونقصها من ناحية أخرى .

غير أن الاقتصار على المثل الأعلى للعدل باعتباره العنصر الوحيد المكون لجوهر القانون انما يبصر بشطر من الحقيقة دون الشطر الآخر ، اذ يبقى عنصر آخر هو عنصر الواقع من الحياة الاجتماعية . وقد بصرت بهذا العنصر المدرسة الواقعية . لكنها اندفعت الى مثل الاسراف الذي اندفعت اليه المدرسة المثالية ولكن في اتجاه مضاد ، فجعلت منه جوهر القانون على ما سنعرضه الآن .

## الفصل الثاني

### المدرسة الواقعية

L'Ecole réaliste ou positiviste

٦٣ - عهد

سادت المدرسة المثالية حتى أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر . فكان الاعتقاد السائد عن جوهر القانون حتى ذلك الحين أنه مثل أعلى لعدل يستخلصه العقل . وهذا المثل الأعلى - في منطق تلك المدرسة - هو الذي يسبغ على القانون صفة الشرعية التي تخلق طاعته في النفوس اختيارا بما يحل من عدل وخير . وهو الذي يحل الالتجاء إلى القوة في سبيل أخذ المخالفين والمنافضين باحترام أحكامه ، إذ العدل دون قوة تسنده عدل أعرج ، فلا تريب على قوة تكفل إقامته وإقراره إذ ترتفع بذلك عن أن تكون قوة عمياء تبطش لتكون قوة بصيرة لعدل . فالمثل الأعلى عند المدرسة المثالية إذن إنما يمكن للقانون كسلطان عدل لا كسلطان جبر .

غير أن القرن التاسع عشر شديد مع تقدمه فلسفة جديدة تطلع فتذرع وتنتشر . تلك هي الفلسفة الواقعية . وهي فلسفة تناقض الفلسفة المثالية من حيث إنكارها لما تقوم عنده من تصور فكري تراه هي ضربا من الحدس والتخمين يتنزه عنه العلم بما ينبغي له من ضبط وثبات ويقين . ولذلك فينبى لا تؤمن إلا بالواقع المحسوس الملموس الذي تسجله المشاهدة وتؤبدبه التجربة . فكل معرفة عندها لا تقوم على الواقع ولا تؤكدعا مشاهدة أو تجربة معرفة حدسية لا يقينية ، وهي بهذا الوصف لا تعد معرفة علمية بالمعنى الصحيح . وقد أريد لهذه الفلسفة الواقعية أن تناطه الآفاق جميعا ، ما يقبل نيجتها وما يستعصى عليه على السواء . فنزلت إلى القانون تريد أن تخضعه

لمنطقها ونهجها ، وتطرح عنه كل تصور فكري لا يقوم على أساس من الواقع  
المشاهد المجرَّب .

ولقد استعلنت هذه الفلسفة الواقعية - بماديتها التي تجر اليها  
القانون - في مذهبين : مذهب نيت في ألمانيا في النصف الأول من القرن  
التاسع عشر هو المذهب التاريخي ، أو كما يسميه بعض الكتاب مذهب  
« التطور التاريخي » ايضاحا لما يقوم عليه من فكرة تطور القانون تطورا  
آليا . ومذهب ظهر في فرنسا وكثر أنصاره في أواخر القرن الماضي والثالث  
الأول من القرن الحالي ، ثم فترت الحماسة له وضعف سنده في الفقه اليوم ،  
هو مذهب التضامن الاجتماعي الذي يقيم القاعدة القانونية على أساس واقعي  
محض هو وجود تضامن بين الأفراد في المجتمع . ونعرض فيما يلي لكل من  
هذين المذهبين في مبحث على حدة ، لنرى حظ المدرسة الواقعية من تحديد  
جوهر القاعدة القانونية .

## المبحث الأول

### المذهب التاريخي (١)

L'Ecole Historique

٦٤ - تمهيد

نجد ازهافات هذا المذهب في فرنسا منذ القرن الثامن عشر عند  
الفيلسوف « منتسكيو » (Montesquieu) (٢) ، فقد أظهر أثر البيئة في

(١) أهم المراجع :

Beudant, op. cit., pp. 189 - 215. — Capitant, op. cit., Nos. 5, 6. — Char-  
mont, op. cit., pp. 77 - 96. Del Vecchio, op. cit., pp. 136 - 141. — Du  
Pasquier, op. cit., No. 244. — Rommen, op. cit., pp. 140 - 146. — Rou-  
bier, op. cit., No. 13, pp. 106 - 114. — Saleilles, article précité. —  
Friedmann, pp. 119 - 123.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٣٦ - ٣٨ .  
(٢) اذ يقول : « ينبغي أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذي تخلق له . حتى أنه ليكون  
محض مصادفة أن توافق قوانين أمة أخرى ٠٠٠ فالقوانين ينبغي أن تناسب طبيعة البلاد  
ومركزها واتساعها ، ونوع الحياة التي تجاها الشعوب ٠٠ ودين السكان وميولهم وأخلاقهم  
وعاداتهم » .

Montesquieu, op. cit., Livre I, Chapler III, pp. 10 - 11.

اختلاف القوانين في كتابه « روح الشرائع » ، وكذلك فقد عبر الفقيه بورتاليس (Portalis) ، أحد واضعي التقنين المدني الفرنسي في مفتتح القرن التاسع عشر ، عن عقيدة قام عليها المذهب التاريخي فيما بعد ، هي أن القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل من الإرادة الانسانية ، حيث يقول : « تتكون تقنينات الشعوب مع الزمن فهي - في الحق - لا تصنع » (١) .

ثم خرج من هذه الارهاصات المتناثرة العابرة مذهب محدد الأسس ، واضح المعالم ، هو المعروف باسم المذهب التاريخي . وهو الذي ظهر على يد سافيني Savigny ، حين قام يحارب فكرة الدعوة التي ظهرت في ألمانيا عام ١٨١٤ الى تقنين القانون المدني أسوة بما سبقت اليه فرنسا من تقنين في هذا المجال . فناهض - في هذا الصدد - مذهب القانون الطبيعي وما يقوم عليه من مسلمات أولية لا يتوافر عليها دليل من الواقع المادي . وأظهر أن العبرة في القانون هي بالقواعد القانونية السائدة التي تسجلها المساعدة وتعززها التجربة في مجتمع معين . وقد دلت التجربة على أن القانون ليس واحدا ثابتا ، ولكنه متغير في الزمان والمكان ، يخضع في ذلك لعوامل البيئة المختلفة المتعددة ، وهو متطور تطورا موافقا ومسائرا لتطور البيئة نفسها ، مما يستعصى معه تحديده وتثبيتته في تقنين تشبيها يقضى الى جموده وعوده عن حركة التطور .

## ٦٥ - تعاليم المذهب التاريخي

القانون - في منطق المذهب التاريخي - ليس من خلق ارادة انسانية بصيرة عاقلة ، ولا هو من وحى مثل أعلى يوجه الى ادراك غاية معينة ، ولكنه من صنع الزمن ونتاج التاريخ ، اذ هو وليد حاجة الجماعة وما يتفاعل في وجدانها من عوامل .

والجماعة ليست بالوحدة الزمانية التي يحدها زمن معين أو يمثلها جيل معين ، وانما هي كالسلسلة تتدرج في حلقاتها الأجيال وتتعاقب على مر الزمن



فيرتبط فيها الحاضر بالماضي ، ويمهد الحاضر للمستقبل . ومن هنا لم يكن القانون ثمرة جيل بعينه من أجيال الجماعة ، وإنما هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة ، وامتداد لماضيها وتسلسل لتراثها . فهو يتكون من عمل صامت مستمر جماعي يساير ركب الجماعة على الزمن ، كما يأخذ عنها طبيعتها وصفاتها الخاصة المتسلسلة منذ الأزل (١) .

وعلى هذا النحو يمكن تشبيه قانون أمة معينة بلغتها ، فهما - كأي مظهر من مظاهر نشاط الأمة - يخضعان لظاهرة التطور المساير لتطور الأمة نفسها . فالأمة تخلق قانونها كما تخلق لغتها بنفسها ، ونقاليدها - التي هي الميراث من تركة الأجيال المتصلة المتعاقبة - هي التي تسير على حفظ القانون كما تسير على حفظ اللغة ، وتشد القانون - كما تشد اللغة - في تطورها إلى عربة الماضي حتى لا يوجد فراغ أو توقف يهدد سير الأمة نحو التقدم (٢) .

فالقانون عند المذهب التاريخي إذن إنما ينبعث من جهد جماعي مشترك متصل ، تسهم فيه أجيال الأمة المتعاقبة ، وهو بذلك يكتسب صفة قومية وطنية خالصة تفرقه عن قوانين الأمم الأخرى ، لأنه إنما يتولد من الضمير الجماعي (La conscience collective) لكل أمة نتيجة ما يتفاعل ويرسب فيه على مر الزمان من حاجات هذه الأمة وطبيعتها ونزعاتها وميولها الخاصة . فهو يخضع في تكوينه ونموه إذن لتلك القوى الصامتة الخفية غير الواعية التي تعمل وتتفاعل في الضمير الجماعي لكل أمة ، ويتكون تكويننا ذاتيا آليا لا تقتضيه إرادة إنسانية أو تحوله عن طريقه المرسوم (٣) .

ومن هنا كان العرف - في منطق هذا المذهب - هو الشكل الأكمل والأصدق للقانون ، لأنه تعبير مباشر آلي عن الضمير الجماعي الوطني ، وهو بذلك يفضل التشريع الذي يقتصر على أن يكون مجرد تعبير غير مباشر عن هذا الضمير . فدور المشرع إذن ليس هو خلق القانون - فالقانون يخلق نفسه -

(١) Charmont, op. cit., p. 80. — Roubier op. cit., No. 13, p. 110.

(٢) Roubier op. cit., No. 13, p. 109.

(٣) Capitant, op. cit., No. 6. — Roubier op. cit., No. 13, p. 110.

وانما لا يعدو دوره مجرد تسجيل مضمون الضمير الجماعى وتطوره على مر الزمن (١) ، دون أن يمتد اليه بتعديل أو تغيير . ومن هنا ، جاء عداء هذا المذهب للتشريع بوجه عام وللتقنين بوجه خاص ، حيث تقوم الحثية من أن يفت التشريع أو التقنين التطور التلقائى والجارى للقانون ، بتثبيت قواعده فى نصوص جامدة (٢) .

### ٦٦ - نقد المذهب التاريخى

تلك نظرة موجزة فى بيان الأسس التى قام عليها المذهب التاريخى والتعاليم التى يدعو إليها . وليس فى الوسع انكار ما كان لهذا المذهب من فضل فى وصول القانون بالبيئة التى يحكمها وبالجماعة التى يتوجه الى تنظيم الأمر فيها وصلا غفل عنه مذهب القانون الطبيعى مما ارتفع به عن واقع الحياة وأسبغ عليه صفة تفكيرية عقلية محضة . وبذلك أسهم المذهب التاريخى بنصيب موفور فى بيان الصفة الاجتماعية للقانون مما يفسر خضوعه لظاهرة التطور (٣) .

ولكن هذا المذهب أسرف فى ربط القانون بالجماعة اسرافا جعل من القانون مجرد نتاج آلى ذاتى يخرج مما سماه بالضمير الجماعى ، أى من تلك القوى غير الواعية المستكنة فى روح الجماعة ، فأغفل بذلك دور الانسان ونشاطه الواعى وقدرته الإرادية فى تكوين القانون .

ولئن كان من غير المنكور أثر البيئة وظروف الجماعة فى تكوين القانون الا أنه ينبغى عدم الاقتصار على رد جوهر القانون الى ذلك وحده ، اذ من فوق عوامل الواقع الاجتماعى ، يوجد وعى الانسان وعقله ، وهو ما يبصر بالغاية التى يجب على القانون استهدافها استيعابا من مثل أعلى يتمثله ويجتهد فى ترسيمه . فالقانون - ليس كاللغة - عملا آليا يولد دون جهد أو توجيه ، بل هو عمل يقوم العقل الانسانى - بما يستخلصه من مثل عليا - على توجيهه وتسييره تسييرا واعيا بما يلائم ظروف البيئة والجماعة .

(١) Saleilles, article précité, p. 83.

(٢) Del Vecchio, op. cit., p. 138.

(٣) Capitant, op. cit., No. 6. — Del Vecchio, op. cit., p. 139.

فمن الخطأ إذن ما يندفع إليه هذا المذهب من قصر النظر - في تعريف جوهر القانون - على ناحية دون أخرى ، مما يحصره في نطاق الواقع الاجتماعي المحض الذي يخضع لسنة التطور التاريخي الآلي ، دون بصر بحقيقة دور الإرادة الواعية والعقل الانساني في تكوينه (١) .

وكذلك فإن هذا المذهب باغفاله كل جهد للانسان في تكوين القانون ، وخصره عمل المشرع على مجرد تسجيل ما يتولد من الضمير الجماعي - باعتبار أنه يصدر عن هذا الضمير صدورا ذاتيا آليا - بقرده الى نوع من الجبرية أو التدرية التي تفقد بالهمم عن الاسراع في تطوير القانون ، ودفعه في سبيل التقدم والرقى (٢) - فيمسك الأفراد وقفا مكتزفي الأيدي انتظارا للتطور المحتوم - الذي يجود به الزمن في صمت وبطء اذا بلغ الضمير الجماعي الأجل المعلوم ، فأكملت له محتمات هذا التطور - لا يمكن له تحويلا ولا تعجيلا - فكان القانون يمضي - دون وعي أو شعور - الى مستقر له مجهول ، ويندفع معصوب العينين اندفاعا ذاتيا الى غير غاية أو هدف معلوم . وفي ذلك ما فيه من انكار لطبيعة القانون ، واخضاعه لقواعد السببية ، التي تحكم الظواهر الطبيعية . والقانون - كما سبق البيان - ليس من العلوم الطبيعية أو التقريرية حتى تصدق في حقه قواعد السببية ولكنه من العلوم أو النظم التقييمية التي تفترض غاية معينة محددة تستهدفها الإرادة الانسانية الواعية ، مما يتيح تقويم سلوك الأفراد وفقيا والزامهم بالعمل على ادراكها .

وقد أثارت هذه النتائج التي ينتهي إليها المذهب التاريخي الفقيه الألماني اهرنج (Jhering) ، ودفعته - وقد كان من أنصار هذا المذهب - الى مباحثته وتأسيس مذهب جديد عرف باسم مذهب « الكفاح » (Lutte) أو « الغاية » (But) .

وقد احتفظ في مذهبه الجديد هذا بما يعتنقه المذهب التاريخي من

Capitant, ibid. — Beudant, op. cit., No. 123 — Roubier, op. cit., (١)  
No. 13, p. 111.

Roubier, op. cit., No. 13, p. 112. — Del Vecchio, op. cit., p. 139. (٢)

خضوع القانون لظاهرة التطور ، ولكنه رد هذا التطور الى الارادة الانسانية العاقلة الواعية ، لا الى تلك القوى الخفية اللاشعورية التي تتفاعل فى ضمير الجماعة . فالقانون عنده ليس من الظواهر الطبيعية أو المادية حتى يخضع لقانون السببية ولكنه يبتغى غاية معينة يسعى الى تحقيقها . ومن هنا لم يكن تطوره تطورا أعمى يندفع على غير هدى ، ولكنه تطور يندفع عن بصيرة واعية نحو تلك الغاية .

فالقانون اذن هو وسيلة مبصرة لادراك غاية معينة هي حفظ المجتمع ، وهذه الوسيلة تتحكم فيها وفى تكييفها - بما يكفل ادراك هذه الغاية - ارادة الانسان الواعية . والقانون على هذا النحو ليس وليد البيئة الاجتماعية ينشأ ويتطور آليا - كما يدعى المذهب التاريخي - ولكنه وليد الارادة الانسانية يصدر ويتطور عن وعى وادراك (١) .

وما دام القانون لا يتطور آليا ، ولكنه يتطور بفعل الارادة الانسانية ، فتطوره لا يتم غالبا فى يسر أو لين ، اذ يقوم التنزاع بين أصحاب المصالح المتعارضة فى بقاء القانون وتطوره ويتوسل كل فريق بالكفاح لترجيح كفته ، فيرتبّن تطور القانون اذن بنتيجة الكفاح والصراع ، والتاريخ حافل بأمثنة الثورات والكفاح المرير فى سبيل تغيير النظم القانونية وتطويرها (٢) .

وأيا كان الرأى فى مذهب اهرنج ، واسرافه فى تحكيم الارادة الانسانية وحدها فى تكوين القانون وتطويره ، وتعليق ذلك على الكفاح الذى ترتبنته نتيجة بالقوة لا بالعقل ، فقد كان له فضل التنبيه الى أخطاء المذهب التاريخي فى رد نشأة القانون ونموه الى حركة آلية لاشعورية ، وتصور القانون مندفعاً فى نظوره الى غير غاية معلومة .

غير أن المآخذ على المذهب التاريخي لا تقف عند هذا المدى . فيبقى أنه

(١) Charmont, op. cit., p. 89. — Roubier, op. cit., No. 13, pp. 111, 112.

(٢) Jhering, Lutte pour le droit cité par Charmont, op. cit., p. 86.

يسعى الى نوع من الوطنية القانونية ، اذ يرى الفسانون وليد الروح الشعبي الجماعي بخصائصه القومية والوطنية المتراكمة على مر الزمن فى تاريخ حياة كل أمة (١) . وهو بذلك يفغل حقيقة واقعة ، هى أنه رغم اختلاف القوانين باختلاف بيئة وتراث كل أمة وجماعة ، فثمة قدر مشترك من الاسس والاصول العامة بين قوانين الامم والجماعات المختلفة مرده وحدة العقل البشرى وتشابه الطبيعة الانسانية على اختلاف الزمان والمكان ، مما يحتم رد جوهر القانون ، لا الى عوامل البيئة المحلية القومية فحسب ، ولكن كذلك الى نشاط الارادة الانسانية البصيرة الواعية .

وفضلا عن ذلك فقد نقضت التجربة دعوى طبع القانون بطابع وطنى بحت يربطه بخصائص الأمة وتاريخها . فثمة أمم ضربت صفحا عن عوامل بيئتها ، وما ثبت من تقاليدھا وتاريخها ، ونقلت عن غيرها من الأمم المختلفة فى البيئة والتقاليد قوانينها الخاصة ، فما وقف هذا النقل عقبة فى سبيل نجاح تطبيق تلك القوانين فى غير بيئتها . ولعل خير شاهد على فساد دعوى الوطنية القانونية التوفيق الذى صاحب تطبيق نصوص القانون المدنى السويسرى فى تركيا عقب الثورة الكمالية . والنجاح الذى صادفه فى مصر - منذ الربع الأخير من القرن الماضى - تطبيق التقنيات المختلطة والأهلية المنقولة تقلا يكاد يكون حرفيا عن التقنيات الفرنسية فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، رغم انقطاع الصلة فى البيئة والتقاليد والتاريخ بين هذه الدول .

وأما نظرة المذهب التاريخى الى العرف باعتبارھ الشكل الأمثل الذى يصدر به القانون ، فمجاراة منه لمنطقه فى نشوء القانون وتولده من الضمير الجماعى اللاشعورى ، وهو ما سبق تفنيده . هذا فضلا عن أن تلك النظرة الى العرف - ان صحت فى عصور الانسانية الأولى حيث يكاد يتكون القانون تكويننا آليا - فهى لا تصدق اليوم فى شأن المجتمعات الحديثة التى قطعت من

(١) Roubier, op. cit., No. 13, p. 112.

المضارة شوطاً غير يسير ، حتى تعددت فيها الحاجات وتعارضت المصالح ، مما حتم تدخل الإرادة الواعية العاقلة - بنصيب موفور - في تغيير القانون ، وتخير أصح الوسائل وأقربها إلى تحقيق الغاية منه ، حتى غدا التشريع اليوم - في أغلب الدول - هو الشكل الأعم والأمثل للتعبير عن القواعد القانونية ، لا كمجرد آلة عينية لتسجيل تكون القانون وتطوره الآلى ، ولكن كإرادة بصيرة قادرة موجبة ، تهيم على مضامين القانون بحدود غايته المرسومة ، وتدفعه خطوات إلى الأمام في سبيل التطور والتقدم (١) .

وأيا ما كان الأمر ، فقد أتيج للمذهب التاريخي الديوع والانتشار في القرن التاسع عشر ، ثم توالت عليه الهجمات منذ مهاجمة « اهرنج » له ، حتى غدا اليوم في الفقه مزعزع البنيان قليل الأنصار ، وإن بقيت من تعاليمه حقيقة ارتباط القانون بالبيئة التي ينشأ فيها ، ولكن كعنصر من العناصر المكونة لجوهر القانون ، لا كعنصره الوحيد .

## المبحث الثاني

### مذهب التضامن الاجتماعي (٢)

#### Le Doctrine de la Solidarité Sociale

### ٦٧ - تمهيد

قلنا ان القرن التاسع عشر شهد مطلع فلسفة جديدة هي الفلسفة الواقعية ، حاولت أن تنفذ الى كل الآفاق ، فتخضع لنهجها كل معرفة

Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., pp. 139, 140. (١)

(٢) أهم المراجع :

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I. 3e éd., 1927, Leçons de droit public général, 1926. — Dabin. La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 31, 33 - 38. — GénY. Science et technique en droit privé positif, t. II, Nos. 115 - 133; t. IV, pp. 159 - 213. — Le Fur. Le fondement du droit dans la doctrine de L. Duguit, Arch. de phil. du droit, 1932, Nos. 1 - 2 pp. 175 - 212. — Kira (H.), La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, 1952, notamment, pp. 14 - 36. — Réglaède, Théorie général du droit dans l'oeuvre de L. Duguit, Arch. de Phil. du Droit, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 21 - 67.

إنسانية ، دون تفرقة بين ما تناوله من ظواهر ، طبيعية كانت أو ارادية .  
وقد وجدت هذه الفلسفة صدى لها عند فقيه من أكبر فقهاء فرنسا هو « ديجي » (Duguit) ، فنزلت من نفسه منزلة العقيدة والايان واعتنق منهاجها العلمي الواقعي الذي يقوم على المشاهدة والتجربة ، واعتبره الطريقة الوحيدة للمعرفة الصحيحة . فاجتهد في اخضاع القانون لهذا المنهاج الواقعي ، وتخليصه مما يهين عليه من مسلمات أولية لا يقوم عليها دليل مادي محسوس . وأسس - في سبيل ذلك - مذهب « النضامن الاجتماعي » .

### ٦٨ - أسس مذهب النضامن الاجتماعي

لم يفتر « ديجي » في كل آثاره ومؤلفاته - عن الإلحاح في بيان منهاجه في البحث ، ووصفه بأنه منهاج واقعي يحث ، وفي أن هذا المنهاج هو الكفيل وحده بتشديد نظرية علمية للقانون ، يخفى فيها التسليم ابتداءً بأصول ومبادئ أولية تفرض فرضاً أو يستخلصها جهد العقل ، دون أن يقوم عليها دليل من الواقع المشاهد المحسوس ، فذلك عنده ضرب من الخيال والأوهام وتجاوز لدائرة الواقع المعلوم حيث يسهل التشتت واليقين ، الى دائرة المجهول مما يجاوز الطبيعة والمحسوس (La Méthaphysique) حيث يستعصى الحكم الا بالفروض والظنون ، وهو ما يتنزه عنه العلم الذي يستلزم الاحكام والضبط والتحديد . فالمعرفة العلمية الصحيحة التي ينبغي أن تتوافر للقانون - توافرها لغيره من العلوم - تحتم عنده اذن عدم الاعتداد والتسليم فيه الا بما تسجله « المشاهدة » (L'observation) وتؤيده « التجربة » (L'expérience) (١) .

ولم يكن ثمة مناصر من أن يتأدى اتباع هذا النهج الواقعي البحث بديجي الى احداث انقلاب شامل في تصور القانون ، فينكر كثيراً من الأساس التي يقوم عليها القانون ، كفكرة الحق ، وفكرة الشخصية القانونية بما فيها

شخصية الدولة ، وفكرة السيادة ، وفكرة الأصول أو الموجهات المثالية المهيمنة على وضع القواعد القانونية • وليس يعنيها في هذا المجال أن نعرض - سن ذلك كله - إلا لانكار الفكرة الأخيرة ، فهذا الانكار هو الذي حدا بديجي الى اقامة القاعدة القانونية على أساس من الواقع التجريبي ، هو طاعرة التضامن الاجتماعي •

يبدأ «ديجي» بتسجيل الحقائق الواقعية التي تقطع المشاهدة والتجربة بصحتها • وأول هذه الحقائق عنده أن الانسان كائن اجتماعي لا يملك أن يعيش الا في المجتمع ، فلقد عاش فيه دائما ، وسيميش فيه أبدا (١) • وثاني هذه الحقائق أن الافراد في المجتمع تربطهم رابطة تضامن (solidarité) ذلك أن لهم حاجات مشتركة لا يمكنهم تحقيقها الا بالحياة المشتركة ، فهم مرتبطون اذن بنوع من التضامن ، هو «التضامن بالاشترار أو التشابه» في نفس الحاجات (solidarité par similitude) • وكذلك فمقدرتهم وكفايتهم مختلفة ، مما يرغمهم على تبادل الخدمات في نوع من «التضامن بتقسيم العمل» (solidarité par division du travail) (٢) •

فالانسان لا يعيش اذن الا في مجتمع ، والمجتمع يرتبط أفراده برابطة التضامن لأنهم لا يستطيعون أن يعيشوا فيه بغير تضامن ، والتضامن لا بد لتحقيقه من قواعد تنظم سلوك الأفراد وفقه •

من كل هذه الحقائق الواقعية المتسلسلة تولد فكرة الأصل أو الحد الاجتماعي (norme sociale) ، الذي يوجب الامتناع عما يخل أو يضر بالتضامن الاجتماعي ، كما يوجب العمل على تحقيق هذا التضامن وتتميته • والأصل الاجتماعي قد يكون مجرد أصل اقتصادي (norme économique) حينما يحكم نشاط الافراد المتصل بالتداول واستهلاك الثروات ، ولا يترتب على مخالفته من جزاء الا خسارة محققة في الثروة • وقد يكون أصلا أخلاقيا (norme morale) ، يضع قواعد للآداب

Duguit, op. cit., t. I, No. 5, pp. 65 - 66. (١)

Duguit, op. cit., t. I, No. 7, pp. 85 - 96. (٢)



والنصرف فى الحياة الاجتماعية ، ينبغى التزامها اذا اريد عدم التعرض  
لاستنكار الناس (١) .

وقد يرتفع الاصل الاقتصادى او الاصل الاخلاقى الى مرتبة الاصل  
القانونى (norme juridique) ، فيتخذ الجزاء على مخالفته صورة الاجبار  
الاجتماعى عن طريق استخدام القوى المنظمة التى تحتكرها الحكومات اليوم  
فى الدول الحديثة باعتبارها سلطة الاجبار فى الجماعة .

ولكن متى يرتفع الاصل الاقتصادى او الاخلاقى الى مرتبة الاصل  
القانونى الذى تكفل احترامه قوة الاجبار الاجتماعى ؟ لا يسلم « ديجى » بأن  
الاصلى يصبح قانونيا بمجرد ترتيب اجبار اجتماعى على مخالفته ، والا انتهى  
الامر الى أن تكون الدولة - وهى التى تحتكر سلطة الاجبار فى الجماعة - هى  
التي تخلق القانون ، مما يجعل القوة هى أساس القانون ، وهو ما لا يمكن  
تبرره . ولكنه يرى أن الاصل يصبح قانونيا عندما تدرك كتلة الافراد المكونين  
لجماعة أن احترامه ضرورى لحفظ التضامن الاجتماعى ، وان كفالة هذا  
الاحترام تقتضى استخدام قوة الاجبار الاجتماعى (٢) . أى أن معيار الاصل  
القانونى أو أساس القاعدة القانونية كان عند « ديجى » هو شعور جمهور  
الافراد بالتضامن الاجتماعى ، وباختلاله ان لم تقف على كفاله قوة الجماعة  
النادية المنظمة .

ثم بدا لديجى فى اواخر أيامه - ازاء ظهور عدم كفاية شعور التضامن  
كأساس للقاعدة القانونية - أن يعززه بأساس ثان هو شعور العدل . وهو  
يحرص على التنبية الى أنه لا يقصد بهذا الشعور الأخير التعبير عن مبدأ أو  
مثل أعلى للعدل أو عن فكرة العدل فى ذاتها - فذلك ضرب من المسلمات  
الأولية التى يطرحها - وإنما يقصد به ذلك الشعور المبهم فى قابل أو كثير -  
لدى جمهرة الافراد فى المجتمع بما هو عدل وبما ليس بعدل (٣) .

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 8, pp. 89 - 91.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 8, pp. 93 - 94.

(٣) Duguit, op. cit., t. I, No. 11, p. 119.

فانه ان يكن لدى الفرد شعور بالتضامن مع غيره من الافراد ، فذلك لانه كائن اجتماعي . ولكنه في ذات الوقت كائن فردي ، عنده شعور أناني أى شعور بنفسه وبأنه فرد له قدر من التفرد والاستقلال ، وذلك يوجد عنده شعور العدل ، وهو شعور خاص بالطبيعة الانسانية لا فكرة عقلية مطلقة يستخلصها العقل . ذلك أن شعور كل فرد بكيانه المستقل عن سائر الافراد وبحقوقه التى يختص بها وحده دونهم ، يلزم كلا منهم باحترام كيان الآخرين وحقوقهم الخاصة وعدم الاعتداء عليها (١) .

فنشاط الانسان اذن محكوم دائما بشعوره المزدوج بصفته الاجتماعية التى تولد عنده شعور التضامن ، وبصفته الفردية التى تولد عنده شعور انعدل . ومن هنا ، كان أساس القاعدة القانونية - فيما ينتهى اليه « ديجى » - أساسا مزدوجا يقوم على عنصرين : الاول هو « شعور الاجتماعية أو شعور التضامن (Sentiment de la socialité ou de la solidarité) والثانى هو « شعور العدل » (Sentiment de la justice) (٢) . وبذلك يتوافر للقاعدة القانونية الأساس الواقعى المستمد من المشاهدة والتجربة ، بدلا من الأساس التقليدى الذى يقوم على مجرد التصور والتفكير فيفرض بضعة من المبادئ أو المثل العليا كمسلمات أولية .

فالقاعدة القانونية اذن عند « ديجى » ليست هى القاعدة التى توضع بالتطبيق لأصل أو مثل أعلى ، كما يدعى مذهب القانون الطبيعى ، ولا تلك القاعدة التى يقوم على كفالة احترامها اجبار الدولة فعلا ، كما تدعى المذاهب التى تعقد القانون بمشيئة الدولة ، ولكنها هى تلك القاعدة التى يشعر جمهور الافراد المكونين للجماعة أنها ضرورية ولازمة لصيانة التضامن الاجتماعى ، وأن من العدل تسخير قوة الاجبار فى الجماعة لكفالة احترامها (٣) .

Duguit, op. cit., t. I, No. 11, pp. 120, 121. (١)

Duguit, op. cit., No. 11, pp. 124, 125. (٢)

## ٦٩ - نقد مذهب التضامن الاجتماعي

ول وأهم ما يرد من تعيد على مذهب «ديجني» هو منهاجه الواقعي  
الاجري الذي يريد أن يخضع له القانون ، فان مثل هذا المنهاج . ان كان  
يصدق في شأن الظواهر الطبيعية التي تخضع لناموس « السببية »  
La causalité حيث لا يتصور تحلل النتيجة ان يوجد السبب ، فهو لا يصدق  
في شأن الظاهرة الارادية التي تخضع لناموس « الغاية » (La finalité)  
حيث يتصور تحلل الارادة عن تحقيق الغاية المرسومة .

لذلك ان الظواهر الطبيعية مسيرة لا مخيرة تتحقق آليا اذا توافرت  
شروطها ، اما الظواهر الارادية فلا يوجد في شأنها الا واجب تحقيق غاية  
معينه . فبينك الارادة طاعته كما تملك عصيانه على السواء . فالقانون - وهو  
يحكم الظواهر الارادية - لا يملك اخضاع الفرد قسرا لنقل معين كما يملك  
اجتماعه لذلك قانون اجازية متلا . اذ ليس هو بقانون وجوده وانما هو  
نتج واجبه فحسب . والوجود ان كان يدرك بالمشاهدة والتجربة ، فلا  
كسب ان واجب . اذ الواجب مفروض لادراك غاية مرسومة ، والغاية انما  
بتمورها ويستخلصها العقل خارج دائرة المشاهدة والتجربة ، ويفرضها -  
كسب أعلى - فرضا مسلما لا يقبل النقاش .

ومن هنا ، فالقانون - وهو يفرض واجبا بتحقيق غاية معينة - انما يقوم  
بمعدل الأفراد الحاصل في العمل تقويما يوافق تلك الغاية . فيه لا يفتح اذن  
واصدار أحكام تقريرية jugements de réalité ou d'existence تسجل  
الواقع الذي شيدت به التجربة . شأن العلوم الطبيعية ، ولكنه يجاوز ذلك  
الى اصدار أحكام تقويمية jugements de valeur في شأن الواقع ، أي  
يعطي للواقع قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل (١) . فالقانون  
لا يفرض اذن ما هو كائن . وانما يقوم ما هو كائن تقويما يقرر به ما ينبغي أن

(١) راجع في التفرة بين الظواهر الطبيعية والظواهر الارادية ، وفي التفرة بين الأحكام  
التقريرية والأحكام التقويمية :  
Baudin. Introduction générale à la philosophie, 1927, pp. 160, 161. —

يكون ، أى ينتقل من الواقع الى الواجب ، فيجاوز بذلك دائرة المشاهدة والتجربة الى دائرة العقل والتفكير حيث يمكن التقدير والتقويم .

كل ذلك يفسح عن أن الواجب لا يمكن أن يخرج من الواقع ، أى أن القانون لا يمكن أن يخرج من المشاهدة والتجربة . وانما هو أساسا عمل تقويى يقوم به العقل فيما وراء المحسوس . فاحضنا القانون للمنهاد الواقعى التجريبي اذن - كما يفعل « ديجي » - انما هو اغفال لطبيعة القانون وانكار لوظيفته مما ينتهى به الى أن يستمد شرعته فى النفوس من مجرد وجوده ، لا من افتراض وجوبه . وهذا ما ينزلق اليه « ديجي » فعلا حين يصف القاعدة القانونية بأنها مجرد قاعدة واقع ، تفرض على الأفراد بقوة الواقع لا بمقتضى مبدأ أو مثل أعلى أيا كان ، فهى عنده لا تقول للفرد : « افعل هذا لان هذا خير أو نافع تتوقف عليه سعادتك ، بل تقول له افعل هذا لأن هذا كائن ... » (١) . فماذا يبقى للقانون من قيمة اذن ان كان يفرض بقوة الواقع لا بقوة الواجب ؟ (٢) .

ويبقى بعد ذلك أن نسجل على « ديجي » أنه كثيرا ما ينزلق الى مجاوزة حدود الواقع التجريبي الى ما وراء المحسوس ، فيناقض نفسه ومنهاجه العلمى الذى يلتزم به (٣) . فهو يقيم القاعدة القانونية على أساس شعور التضامن بين الأفراد فى المجتمع باعتبار أن هذا الشعور واقع متمثت منه بالمشاهدة والتجربة . ولكن ليس هذا بالواقع الوحيد الذى يمكن اثباته علميا ، فثم واقع تجريبي آخر هو التنافس والتنازع بين الأفراد فى المجتمع . فكيف تخبر

Bonnard, L'Origine de l'ordonnancement juridique, Mélanges Hauriou, pp. 61 - 64. —

R. Capitant, thèse précitée, pp. 1 et s.; note "1", pp. 90. 91. — Génv, op. cit., t. I, Nos. 22, 30, 60 — Lalande, Lectures sur la philosophie des sciences, Nos. 94 et s. — Réglade, Essai sur le fondement du droit, Arch. de phil. du droit, 1933, Nos. 3 - 4 pp. 165 et s. — Roubier, op. cit., No. 14, pp. 126 et s. — Notre thèse précitée. pp. 19 - 22.

Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 16. (١)

Notre thèse précitée, p. 34. (٢)

(٣) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., t. II, No. 133, p. 264 et s. — Cuche, Conférences de philosophie du droit, 1928, 2e conf., pp. 52 - 58.

« ديجي » شعور التضامن دون شعور التنازع بين الأفراد وجعله أساساً للقاعدة القانونية ، إلا أن يكون قد عمد إلى تقويم كل من الشعورين بالقياس على مبدأ أو مثل أعلى يفرضه العقل ، فيكون بذلك قد ارتفع من التقرير إلى التقويم . فخرج من المحسوس إلى ما وراء المحسوس ، وجاوز نطاق العلم إلى نطاق الفكر (١) .

هذا فضلاً عن أن التضامن فيه الصالح والطالح ، ولا يمكن أن يكون المقصود هو جعل أساس القاعدة القانونية التضامن أياً كان أو التضامن الطالح ، وإنما الذي لا شك فيه أن « ديجي » قد قصد التضامن في الخير والعدل كأساس للقانون ، فيكون بذلك قد أصدر حكماً تقويمياً على التضامن دون اكتفاء بمجرد التقرير في شأنه ، وهو ما يخرج به عن دائرة الواقع المحسوس الذي يلتزمه . فالتضامن إذن - كحقيقة واقعية تجريبية - لا يصلح أساساً للقاعدة القانونية إلا بإعطائه قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل ، مما يثبت استحالة اتخاذ الواقع أساساً للقانون .

ولعل وضوح هذه الحقيقة هو الذي حمل « ديجي » في أواخر أيامه على أن يعزز شعور التضامن بشعور العدل كأساس للقانون . وقد كان ذلك خليقاً أن يتيح له الأساس السليم لمذهبه ، لولا أنه قنع من العدل بالشعور الذي يتمثله له جمهور الأفراد ، فلم يرتفع إلى فكرة العدل في ذاته كفكرة مثالية مجردة . ولا يحتاج مثل هذا النظر إلى التبدليل على ما يجر إليه من خطر تحكم الأهواء والعقائد والنزعات ، إذ يجعل من العدل مجرد شعور شخصي صادر من جمهور الناس ، لا حقيقة ثابتة موضوعية يستخلصها العقل . يفرضها على الناس . وليس يدرك القانون غايته ، فيأمن الفوضى والتحكم ، إلا إذا استوى على الحقائق الموضوعية دون النزعات الشخصية .

ومن هنا ، ينبغي - في تأصيل القانون - الاستناد إلى حقيقة العدل كما يفرضه العقل ، لا إلى واقع ما يتمثله جمهور الأفراد في جماعة من الجماعات

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٥٠ .

للعدل ، فالأفراد هم الذين يخضعون للعدل وليس العدل هو الذي يخضع للأفراد حتى يرتهن بأدراكهم أو اعتقادهم . والقول بغير ذلك - كما يذهب « ديجي » - يحتم اعتبار نظم كالرق والتفرقة العنصرية - التي وجدت في الجماعات القديمة ، والتي ما زالت موجودة عند بعض الجماعات الحديثة - نظما عادلة ، لمجرد شعور الأفراد في هذه الجماعات واعتقادهم أنها كذلك ، وهو ما لا يمكن التسليم به (١) .

ويبقى بعد ذلك أن مذهب « ديجي » يحتم منطقه جعل القاعدة القانونية رضيا بشعور وإرادة أغلبية الأفراد . وهو ، وإن كان يتحرز من التصريح بذلك ، إذ يتكلم حينئذ عن « الإجماع » (Unanimité) وحينئذ آخر عن « شبه الإجماع » (Quasi-Unanimité) (٢) ، وغالبا عن « جمبور الأفراد » (La masse des individus) (٣) ، إلا أن ظروف العمل لا تسمح بتوافر إجماع الأفراد في الجماعة على شعور معين بشأن التضامن أو العدل ، ولا بما يقرب من الإجماع على ذلك . فلا ينبغي إذن إلا أن يكون المقصود هو كثرة الأفراد أو غالبيتهم ، وهو ما قد يفصح عنه اصطلاح « جمبور الأفراد » الذي يكثر « ديجي » من ترديده . فكان القاعدة القانونية في مذهب « ديجي » تنتمي إلى أن تكون هي تلك القاعدة التي يجتمع شعور أغلبية الجماعة على أن التضامن الاجتماعي يختل إذا لم يكفل احتراويا . وعلى أن من العدل كفالة هذا الاحترام بقوة الإجماع الجماعي .

وتعليق الأمر بأغلبية عددية لا يمكن التسليم به في شأن القاعدة القانونية ، فلا عبارة في مجال الحقائق بقلة العدد أو وفرته . فأخفيدة توجد في نفسنا وجودا مستقلا عن وجودها في شعور الناس ومعتقداتهم ، بحيث لا ينقص منيا أو ينقصنا أنه لا يعتنقها الا قلة من الأفراد ، أو حتى أنه

(١) Notre thèse précitée, p. 31.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 11, p. 124.

(٣) Duguit, op. cit., t. I, No. 6, p. 81; No. 8, p. 94; No. 12, p. 127;

No. 13, p. 144.

لا يعتنقها أحد من الأفراد • فرغبة أغلبية الأفراد في جماعة من الجماعات مثلا في اباحة تعاطى المخدرات ، لا تثبت بحال من الاحوال فضل الاباحة على التحريم في هذا الشأن • وفي العصور القديمة كان الاجماع أو شبه الاجماع منوقدا على تأييد نظام الرق ، وليس ذلك وحده بكاف لتبرير شرعية هذا النظام •

والمهم أن تعليق القاعدة القانونية بارادة الأعلبية - كما ينتهي الى ذلك فعلا مذهب « ديجي » - فيه مناقضة للغاية التي كان يسمى اليها « ديجي » من التفرقة بين « القانون الحقيقي أو الموضوعي » ( Le droit objectif ) وبين « القانون الوضعي أو المطبق » ( Le droit positif ) ، أى بين القانون في ذاته وجوهه ، وبينه في تطبيقه وايجابيته • اذ ينتهي الأمر عملا الى أن يكون القانون الحقيقي أو الموضوعي هو نفسه القانون الوضعي ما دام أنه مرتين بارادة الأعلبية ، وارادة الأعلبية - في الدول التي تسود فيها الديمقراطية اليوم - هي التي تصنع أكثر قواعد القانون الوضعي ، فتصبح القاعدة القانونية بذلك هي القاعدة المطبقة في العمل • وتلك نتيجة تقرب من النتائج التي ينتهي اليها مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة ، ذلك المذهب الذي حاربه « ديجي » نفسه وعارضه بمذهبه نى وجود قانون أعلى مستقل عن القانون الوضعي ، وهو القانون الحقيقي الذي يتكون في شعور الأفراد •

وأيا ما كان الأمر ، فلم ينح لمذهب « ديجي » أن يجمع حوله جانبا كبيرا من الفقه • فظل الفقه في كثرته الغالبة منكرا له مبصرا بخطأ ما يدعو اليه من تلمس أساس واقعي للقاعدة القانونية ، مما حمل أنصاره - بعد موت صاحبه - على العدول عن كثير من أسسه ونتائجه • ولكن أيا كانت أخطاء هذا المذهب ، فيبقى أن له فضلا غير منكور في زعزعة الاعتقاد الذي كان سائدا بأن القانون هو مجرد عمل عقلي بحت ، بما سلط من أضواء على الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين القانون • فلا يتصور - في تأسيس القانون وتأصيله - اغفال هذه الحقائق ، وان يكن من الاسراف تضخيم أثرها تضخيما يحجب غيرها من العوامل والحقائق التي يسام بها العقل كما فعل « ديجي » •

## الفصل الثالث

### الجمع بين فقه المدرستين المثالية والواقعية

#### ٧٠ - ضرورة الجمع بين المدرستين

يخلص من كل ما تقدم أن الغلو والاسراف في تصور جوهر القانون هما طابع فقه كل من المدرستين المتعارضتين : المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية . ويراد هذا الغلو والاسراف قصر كل مدرسة النظر الى ناحية دون أخرى ، في حين أنه ينبغي - في تصور جوهر القانون - النظر الى الناحيتين جميعا دون الانتصار على ناحية دون أخرى . فمن وجه ، اذا كان للانسان وجود محسوس ككائن مادي يتيح اخضاع نشاطه لمنهج علمي واقعي تجريبي ، فينبغي عدم اغفال وجوده غير المحسوس ككائن روحي يستعصى على المنهج التجريبي ولا يخضع الا لما يمليه العقل - فيما وراء دائرة المشاهدة والحس - من غاية ومثل عليا . ومن وجه آخر ، فالقاعدة القانونية التي تحكم سلوك الانسان في المجتمع ، هي قبل كل شيء قاعدة تقويمية : لا تقنع بتقرير الواقع من الحياة الاجتماعية عن طريق المشاهدة والتجربة ، بل تجاوز ذلك الى فرض واجب معين عن طريق تقويم هذا الواقع بالقياس على ما يفرضه العقل من مثل أعلى ، فالواقع وحده قاصر عن تكوين القاعدة القانونية أو تأسيسها لأن المشاهدة - ان كانت تملك تسجيل الواقع - فهي تعجز عن تقويمه ، إذ التقويم يستقل به العقل فيما وراء المحسوس .

ولذلك فتكوين القاعدة القانونية ، انما يقوم على معرفة الواقع والبصر بمتضياته وحاجاته بصرا صحيحا عن طريق المشاهدة والتجربة ، وعلى فرض الواجب في شأن هذا الواقع وفق ما يمليه العقل من غاية أو مثل أعلى ، فيجوز



عملى علمى ، وعقلى فى آن واحد • وقد غدت كثرة الفقهاء الغالبة اليوم تؤيد هذا التحليل لتكوين جوهر القاعدة القانونية ، فتجتمع بذلك بين فقه المدرسة المتألية وفقه المدرسة الواقعية • ولقد بدأ السير فى هذا الطريق وأرسى أسسه الفقيه الفرنسى العظيم « جينى » (Gény) ثم تبعه الفقه الحديث - مع خلاف يسير فى التفصيل أو التقسيم - فرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصر واقعى وعنصر مثالى •

ولذلك نقسم الكلام فى هذا الفصل الى محتين :

المبحث الأول - فى العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جينى » •

المبحث الثانى - فى عنصر الواقع وعنصر امثال فى تكوين جوهر القاعدة القانونية •

## المبحث الأول

### العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جينى »

٧١ - تمهيد

يرجع الى الفقيه الفرنسى العظيم «جينى» (Gény) أكبر الفضل فى التفرقة - بصدد تكوين القاعدة القانونية - بين الجوهر والشكل ، فى مؤلفه القيم عن « العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى » (science et technique en droit privé positif) فالجوهر أو المادة الأولية (donné) ، هو ما يستخلص من حقائق الحياة الاجتماعية طبقاً لمثل أعلى معين ، والشكل أو البناء (construit) . هو الصورة أو الهيئة التى تعطى لهذا الجوهر حتى يصبح صالحاً للتطبيق فى نطاق العمل • وقد فضل « جينى » تسمية الجوهر أو المادة الأولية : « العلم » (la science) ، وتسمية الشكل أو البناء ، « الصناعة » أو « الصياغة » (la technique) • وقد رسخت هذه التفرقة بين

الجوهر والشكل أو بين العلم والصياغة حتى صارت اليوم من الأسس التقليدية المسلمة في فقه أصول القانون .

وليس يعني في هذا المبحث الا الكلام عن جوهر القاعدة القانونية أو ما يسميه « جيني » : « العلم » . وينبغي التنبية في هذا المقام الى أن اصطلاح « العلم » هنا لا يقصد به « جيني » المعنى الضيق الذي يقصده أنصار المدرسة الواقعية أى المعرفة اليقينية المستندة الى المشاهدة والتجربة بل انه يقصد به المعنى الواسع ، أى كل معرفة منطقية منبجية ، تجريبية كانت أو عقلية . ولذلك فهو يمزج - في تصوره لجوهر القاعدة القانونية أو لعنصر العلم فيها - بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية فيرد هذا الجوهر الى حقائق بعضها تجريبي وبعضها عقلي . وهى فى جملتها حقائق أربع ، الحقائق الواقعية أو الطبيعية ، والحقائق التاريخية ، والحقائق العقلية والحقائق المثالية . فنعرض لكل منها على التوالى .

## ٧٢ - الحقائق الواقعية أو الطبيعية (données réelles ou naturelles)

هى تلك الحقائق التى تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالناس فى الجماعة . وهذه الظروف قد تكون مادية كظروف المناخ والتربة وتكوين الانسان العضوى أو الجسمى ، وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات الأخلاقية أو الشعور الداينى ، وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية ، أو قوى سياسية أو اجتماعية (١) .

غير أن هذه الحقائق الواقعية لا تخلق بذاتها القواعد القانونية ، ولكنها ترسم لها الحدود وتعين النطاق أو على الأقل تكون البيئة اللازمة لنشوتها . فبئى اذن مجرد حقائق أولية من اللازم ادخالها فى الاعتبار ، ان لم يكن لشيء .

فلتبييت الوضع الذي تفرض به مسائل القانون أو لتحديد مداها ابتداءً (١) .

فمنذ وجود جنسين من الناس : ذكر وأنثى يمكن ارتباطهما ارتباطاً من نوع خاص . يعتبر حقيقة واقعية أو طبيعية . غير مسألة التنظيم القانوني مثل هذا الارتباط . وإذا كانت هذه الحقيقة لا تستنصع بمفردها تحديد قواعد الزواج ، فهي على الأقل تبين فكرته . لتوضح مثلاً : هذا الارتباط - أيا كانت التواعد التي يجب أن تحكمه - لا يمكن أن يوجد بطبيعته الخاصة بين كائنين من نفس الجنس . وكذلك فإن الاختلافات العضوية أو النفسية أو المادية بين الذكر والأنثى تقود إلى التسليم باختلاف في المركز القانوني بين الزوج والزوجة في هذا الارتباط . وهو اختلاف تسهم كذلك الظروف الاقتصادية والسياسية للبيئة الاجتماعية في التأثير فيه وتوجيهه . بما تعمل على توسيعه أو تضيقه (٢) .

وهذه الحقائق الواقعية أو الطبيعية تخضع لطرق المعرفة الواقعية اليقينية من مشاهدة وتجربة ، ولذلك فهي حقائق علمية بالمعنى الضيق الدقيق . وهذه الصفة العلمية اليقينية المنزهة عن التحكم وعن كل تنظيم فني مصطنع ، تفرض هذه الحقائق على الإرادة فرضاً حتمياً ، مما يجعلها شرطاً أساسياً جوهرياً لإنشاء القاعدة القانونية وإن لم يجعلها كافية وحدها لتبريرها والاستقلال بخلقها (٣) .

### ٧٣ - الحقائق التاريخية (Les données historiques)

تشمل هذه الحقائق ما تكون من قواعد تنظيم الحياة والسلوك في المجتمع . ثبتت على مر الزمن مما أكسبها صلابة وقوة واحتراماً ، جعلت منها

Gény. op. cit., No. 167, pp. 371, 372. (١)

Gény. op. cit., No. 167, pp. 372, 373. (٢)

Gény. op. cit., No. 167, p. 375. (٣)

تراثا مكتسبا لا يمكن اغفاله أو التحلل منه كليا فى تكوين القانون (١) .  
وهذا التراث التاريخى من الاوضاع القانونية ، لا يكون - كالحقائق الواقعية -  
من عناصر مادية أولية سلبية ، بل يتضمن قواعد متكونة جاهزة صالحة  
لتوجيه نشاط الأفراد فى المجتمع (٢) .

فاتحاد أو ارتباط الجنسين مثلا ، يبدو لنا اليوم - باستقراء الحقائق  
التاريخية وحدها - فى شكل الزواج ، أى فى شكل نظام محكم الشروط  
والآثار - على اختلاف فى ذلك بحسب الزمان والمكان - وخاضع دائما لرقابة  
سلطة اجتماعية دينية كانت أو مدنية مما يسبغ عليه صفة شرعية . فمثل  
هذا النظام يبدو اذن نتيجة لعامل المدة الذى يضاف الى الحقائق الواقعية  
فيكسبها قوة وهيبة .

فمن المحال اذن اغفال دور الحقائق التاريخية فى تكوين القانون . اذ  
يقوم على أساسها كل اصلاح أو بناء قانونى جديد . فهى نتيجة خيرة تولدت  
عن طول التجربة مما يجعل لها حجية مسلمة ، ليست بالمطلقة ولا الدائمة ،  
وتكذبا حجية مؤقتة ، لا تصد عن التطور وان تكن تعصم من الاندفاع أو  
التهور (٣) .

وهذه الحقائق التاريخية حقائق علمية بالمعنى الصحيح ، فالتاريخ ليس  
سوى التجربة التى مرت بها الانسانية فيكون اثنان فى نعرفه وتسجله الى  
مجرد المشاهدة . والحقائق التاريخية بذلك تكون قادرة على اعطاء القانون  
أساسا راسيا ، فبعض الأنظمة القانونية الرئيسية ، كنظام الملكية الفردية  
الذى ما زال أساسه العقلى محل خلاف كبير ، تجد سندها فى التطور التاريخى  
الذى اخرجت منه (٤) .

(١) Gény. op. cit., No. 168, p. 376.

(٢) Gény. op. cit., No. 168, p. 377.

(٣) Gény. op. cit., No. 168, p. 378.

(٤) Gény. op. cit., No. 168, p. 379.

٧٤ - الحقائق العقلية (Les données rationnelles)

لا تكفي الحقائق الواقعية ولا الحقائق التاريخية لوضع القواعد اللازمة لتوجيه سلوك الأفراد في المجتمع توجيهها مقنعا . فمثل هذا التوجيه ، الذي يخضع لحكم الارادة العاقلة للإنسان ، لا يمكن انتجاسه أو استخلاصه من حقيقة الواقع أو من حجية التقليد وحده . وإنما هو يلتمس في أفق أعلى حيث يعمل العقل على ملاءمة حقائق الواقع والتاريخ وموافقته على ما يفرض من غاية للقانون (١) . ومن أجل ذلك تسهم الحقائق العقلية بالنصيب الأكبر المرجع في تكوين جوهر القاعدة القانونية .

وهذه الحقائق العقلية تكون عند جيني الجوهر الأساسي لفكرة القانون الطبيعي ، أي قواعد السلوك التي يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان ومن اتصاله بالناس في المجتمع . وهي بوصفها تفرض على العقل أو الذهن وتوافق مفضليات الأشياء ، تكون محتومة كما تكون عالمية زابنة (٢) .

ورغم أن الحتمية التي تحكم هذه الحقائق نيست مادية - كما هو الشأن بالنسبة للحقائق الواقعية - بل معنوية محض ، فهي أهل - نظرا الى موضوعها - لتكوين القانون الطبيعي بالمعنى الصحيح ، وبصفاته الخاصة المعترف بها من ثبات وعالمية وخلود . ولكن « جيني » يفضل تسميتها بالحقائق العقلية منعا لما قد يشيره تسميتها بالقانون الطبيعي من خلط في الأذهان ، ولأن العقل هو الأداة المستعملة في استخلاصها . ورغم ذلك ، فهي تظل تعنى تلك المبادئ التي يستخلصها التمحيص العقل لحقائق الواقع والتاريخ ، في سبيل توجيه سلوك الأفراد في المجتمع . ولكنها - حتى تحتفظ بقيمتها الكبرى في تكوين القاعدة القانونية - ينبغي ألا تتضمن من المبادئ أو القواعد إلا ما يظهر العقل أن طبيعة الإنسان تفرضه فرضا محتوما دون بسطها على غيرها من المبادئ التي تخص مطامح أو نزعات مثالية . فالحقائق العقلية إذن تتضمن

Gény, op. cit., No. 169, p. 380. (١)

Gény, op. cit., No. 169, p. 381. (٢)

المبادئ الضرورية لا الكمالية (١) .

فطبيعة الانسان - كما يسرعها العقل - نعدم مثلا عدم اعطاء الارتباط بين الجنسين صفة الشرعية المنشئة لاسرة معترف بها اجتماعيا ، الا لذلك الارتباط الثابت المستمر الناشئ عن الرضى والاتفاق ، بقصد سيطرة الانسان على أهوائه ارضاء للخلق السامى ، وبنية رعاية وتربية ما قد ينتج عن هذا الارتباط من اولاد(٢) . فليس لمجرد الارتباط الوثنى أو العابر بين الجنسين اذن - فى منطق الطبيعة والعقل - أية صفة شرعية .

ولكن الحقائق العقلية لا تجاوز مثل هذا الحد الضرورى المعتبر حدا أدنى لما يفرضه العقل بشأن فكرة الزواج ، فلا ندخل فيها مثلا فكرة وحدة الزوجة ولا ابدية الزواج وعدم قابليته للانقسام ، ولا تحريم الزواج ببعض الاقارب من غير الأصول أو الفروع . فانه وان تكن مثل هذه المبادئ جديدة بالنظر والاعتبار لما تصدر عنه من سمو فى التفكير الأخلاقى وأهلا لتصير بذلك ضمن قواعد الزواج القانونية ، الا أنها تظل دائما فى نطاق المثل العليا ، مما يتعذر معه ادماجها ضمن الحقائق العقلية بمعناها الدقيق . فالحقائق العقلية بطبيعتها انما تقتصر على النطاق الضرف للعقل ، فلا تتضمن الا القواعد التى يستخلصها العقل دون منازعة من طبيعة الانسان وطبيعة الحياة فى المجتمع (٣) .

ويعترف جيني للحقائق العقلية بصفة علمية - لا بالمعنى الدقيق - ولكن بالمعنى الواسع المعبر عن كل نشاط أو جهد عقلى تفكيرى ، ينفذ الى جوهر الأشياء بوسائله المسلمة الخاصة فى المعرفة دون الوسائل المنازع فى قيمتها ، وبذلك تتمكن هذه الحقائق العقلية من أن تضع من القواعد ما تفرضه فرضا

(١) Gény, op. cit., No. 169, pp. 381, 382.

(٢) Gény, op. cit., No. 169, p. 382.

(٣) Gény, op. cit., No. 169, pp. 381, 382.

جازما يعادل جزمه وحتمه الختم المادى الملازم للحقائق الواقعية أو الطبيعية ، وان أمكن مع ذلك تصور جردها وانكارها فى الواقع . ومن هنا ، تكون لها الغلبة على الحقائق التاريخية ، وتصلح كأساس للحقائق المثالية التى تستهدف الكمال بها (١) .

### ٧٥ - الحقائق المثالية (données idéales)

يستطرد « جينى » ، فيذكر أنه ينبغي الاعتراف - الى جنب الحقائق السدائقة - بنوع آخر من الحقائق يجمع ويركز كل الآمال والمطامح الانسانية فى التقدم المطرد للقانون ، فخارج نطاق التنظيم القانونى الذى تفرضه حقائق الحياة الواقعية أو مقتضيات العقل المستنير بتجارب التاريخ تبدو جملة اعتبارات مادية أو نفسية أو أخلاقية أو دينية أو اقتصادية أو سياسية لا تقرر قواعد سلوك جديدة ، ولكنها تتضمن بعض الانجاهات والنزعات المثالية أو الكمالية للنظام القانونى والعلاقات القانونية . فهذه حقائق مثالية محض ، لا تعبر عن وقائع محسوسة ، ولا عن قواعد عقلية مفروضة بالضرورة ، ولا عن تراث تاريخى مكتسب ، ولكن عن رغبة فى التقدم والسمو ونزعة الى تحقيق بعض المبادئ الكمالية زيادة على ما يفرضه العقل من مبادئ ضرورية . فهذه الحقائق انما تعبر اذن عن مجرد اتجاهات نحو تنظيم مأمول للعلاقات القانونية ، تفرضها وتحددها المدنية والشعور العام فى الجماعة (٢) .

ومن أمثلة هذه الحقائق المثالية مبدأ وحدة الزوجة ، وأبدية الزواج بامتناع انحلاله عن طريق الطلاق . فمثل هذه اخقائق لا يفرضها العقل كضرورة لازمة محتومة ، ولكنها مجرد تصور كمالى لنظام الزواج . فليس ينشئ العقل فكرة تعدد الزوجات ، ولا فكرة الطلاق ، ولكن نزعة الكمال تقضى بالاكتماء بزوجة واحدة وبدوام رابطة الزوجية قائمة لا يحلها الا الموت .

(١) Gény, op. cit., No. 169, p. 384.

(٢) Gény, op. cit., No. 170, pp. 384, 385.

وكون مثل هذه الحقائق المثالية لا تمثل مفوضيات عقلية مطلقة ، وإنما مجرد أمانى أخلاقية أو اجتماعية للمدنية في الجماعة لا يجعل لها صفة علمية أو خالدة (١) كما هو الشأن بالنسبة للحقائق العقلية ، التي لها من إطلاقها وموضوعيتها ما يضمن لها العالمية والثبات والخلود . ومن هنا كانت الحقائق المثالية مختلفة باختلاف الزمان والمكان . فلكل جماعة حقائقها المثالية الخاصة بها .

ولئن كانت هذه الحقائق المثالية تفرض الى حد ما على الذهن ، وتبقى بذلك في عداد الحقائق المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، إلا أن من العسير إعطاءها بوجه عام صفة علمية بحتة . فهي لا تأتي من معرفة عقلية ولكن من تلك القوى غير الواضحة التي تندرج تحت اسم الإيمان أو العاطفة والتي تحدد بطريقة غامضة - وإن تكن مؤكدة - ما يوجد لدى أفراد الجماعة من معتقدات وإرادات مشتركة ، مما يضيف على هذه المعتقدات والإرادات صفة موضوعية كافية .

وليس المقصود بذلك هو الرأي العام ، تلك القوة العمياء غير الواعية التي قد تندفع الى ضلال تحت تأثير شعور معين . وإنما المقصود هو تلك القوى التي تكمل نقص الحقائق العقلية أو تيسر من حقائقها وصرامتها ، مما يجعلها محلاً لعقيدة شاملة كضرورة للكمال بالقواعد التي تكثف عنها الحقائق الواعية والتاريخية والعقلية (٢) .

وغنى عن البيان أن الحقائق المثالية لا تتمتع بنفس الحجية التي تتمتع بها الحقائق العقلية المقامة على أساس من الواقع وضوء من التاريخ ، ولكنها على أي حال تقوم بدور أساسي لا يمكن إغفاله في تكملة هذه الحقائق الأخيرة . بل هي - فضلاً عن ذلك - تؤدي الى التخفيف من صرامة النتائج التي قد يفرضها العقل ، والكمال بها ، وتقريب الحياة الاجتماعية من العدل الأسمى الذي تفرضه مطامح الإنسان الواسعة المتطورة . وعلى قدر تنبؤ كذلك تغيير

Gény, op. cit. No. 170, p. 387. (١)

Gény, ibid. (٢)



بعض النظم التي تؤخذ على أنها نظم يفرضها العقل ، والتي لم تعد تساير درجة التقدم والمدنية التي بلغتها الجماعة (١) .

## ٧٦ - الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق

تلك هي الحقائق الأربع التي يراها « جيني » مكونة لجوهر القاعدة القانونية . ولكنه يفاضل بين هذه الحقائق ، فيجعل الحقائق العقلية هي أهمها جميعا . إذ الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية - كأساس محكم لكل الجوهر - لا تتطلب الا أن تسجل بالمشاهدة والتجربة ، دون حاجة الى نشاط ذهني أو شخصي . والحقائق المثالية لا تتدخل الا للسمو بالقواعد التي يفرضها العقل مستنيرا بالواقع أو التاريخ . وعلى هذا النحو ينتهي جيني الى اثبات الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق ، فيعتبر أن القاعدة القانونية هي أساسا عمل عقلي ، والحقائق العقلية هي التي توفقنا على فكرة العدل التي تعين على اقامة النظام والأمن في الحياة الاجتماعية (٢) .

والخلاصة مما تقدم أن « جيني » يجعل الغلبة للحقائق العقلية ، فهي عنده الأساس الجوهري للقاعدة القانونية . وهذه الحقائق تعتمد على بعض الحقائق الواقعية أو الطبيعية . والحقائق العقلية والواقعية لا تثبت في الحياة الاجتماعية الا بفضل نمو تاريخي يسلكها في سلك التطور الاجتماعي . وهذا النظم لا يتم الا تحت تأثير مثل أعلى يسمو بالطبيعة والواقع ، ويخفف من صرامة مسلمات العقل .

(١) فمثلا يقضى العقل بأن منط العويض عن الضرر هو وجود خطأ في جانب من تسبب في احداث هذا الضرر . ولكن اطلاق هذه الحقيقة العقلية يؤدي في بعض الحالات الى نتائج ظالمة . فبعد انتشار الصناعة كثرت اصابات العمال نتيجة استعمال الآلات ، وكان من المتعذر على العمال غالبا اثبات خطأ من جانب رب العمل أو صاحب المصنع ، مما انتهى الى ترك العمال المصابين دون تعويض عما كان يلحقهم من ضرر الاصابة . فمنا تدخلت نزعة العسر المثالية نحو توزيع المخاطر على أساس من تعاون الجميع في الحياة الاجتماعية ، للتخفيف من وطأة تلك النتيجة الظالمة بضمان حصول العمال على تعويض عن اصاباتهم ، دون ضرورة ثبوت خطأ في جانب رب العمل . (Gény, op. cit., No. 170, p. 388).

(٢) Gény, op. cit., No. 171, pp. 389, 390.

فالأساس اذن هو الحقائق العقلية التي ننحل في اعتبارها الحقائق الواقعية أو الطبيعية . ومن هنا ، يفهم منطق « جيني » في استلزام وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية أى في استلزام وجود قواعد يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء التي يعتبر الانسان جزءا منها ترتفع على ارادات الأفراد وأهوائهم ، وتفرض نفسها عليهم بما لها من قيمة موضوعية ثابتة سامية حتى لا يجدوا مناصا من الخضوع لها (١) .

## المبحث الثاني

### عنصر الواقع وعنصر المثال في تكوين القاعدة القانونية

#### ٧٧ - ضرورة استناد القاعدة القانونية الى الواقع والمثال معا

أول ما يراعى بشأن الحقائق الأربع المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جيني » هو أنه يعطيها صبغة علمية ليست لها كلها . فهو نفسه يعترف بأن من العسير اعتبار الحقائق المثالية حقائق علمية اذ هي انما تتولد من قوى مبنية غير واضحة كالعاطفة والايان . وهو لا يصل الى اعطاء الحقائق العقلية الصفة العلمية الا بجاوزه المعنى الدقيق لاصطلاح « العلم » وبسطه الى كل معرفة منطقية منيحية ، دون تقييد بأن تكون معرفة تجريبية . ومن هنا ، فلا يبتنى من حقائقه الأربع ما تكون له صفة علمية بالمعنى الاصطلاحى الدقيق الا النوعان الآخران من الحقائق أى الحقائق الواقعية ( أو الطبيعية ) والحقائق التاريخية ، فهذه حقائق تجريبية محض تعرف وتسجل بمجرد المشاهدة .

هذا فضلا عن أن من العسير التفرقة بين الحقائق الواقعية وبين الحقائق التاريخية . فلا تعدو الحقائق التاريخية أن تكون مجرد حقائق واقعية ، اذ هي تراث تاريخى قد اكتسبته الجماعة على مر الأجيال ، حتى صار ضمن الظروف الواقعية المحيطة بها . وكذلك الشأن في التفرقة بين الحقائق العقلية والحقائق

المثالية ، فالثانية انما تستخلص تدريجيا من الأولى تبعا لاطراد نرعة انكمال والتقدم (١) .

كل ذلك يدعو الى البصر بالمعيار الذي يجب أن يرد اليه تحليل عناصر القاعدة القانونية ، وتحديدده بما يتخلف أو يتوافر لهذه العناصر من صفة علمية بالمعنى الدقيق . ومن هنا ، يمكن اختزال حقائق « جيني » الأربع الى نوعين اثنين من الحقائق :

١ - **حقائق علمية تجريبية** ، تخضع للمنهاج التجريبي للبحث ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية على أسواء .

٢ - **حقائق عقلية تفكيرية** ، يستخلصها العقل فيما وراء المشاهدة والمحسوس ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق العقلية والحقائق المثالية .

وهذان النوعان من الحقائق انما يعبران عن طبيعة القاعدة القانونية ووظيفتها . فالقاعدة القانونية - كما سبق البيان - انما هي تكليف بواجب ، ولا يمكن تعيين الواجب الا عن طريق تقويم الواقع . أى أن القاعدة القانونية انما تفترض أولا واقعا يراد تعيين ما يجب منه وما لا يجب ، وثانيا تقويما لهذا الواقع بالقياس على مثل أعلى ، تقويما يتعين به الواجب في شأن هذا الواقع . أما الواقع فيعرف بالمشاهدة والتجربة اذ يدخل في نطاق المحسوس أى يخضع في تعرفه لمنهج علمي تجريبي دقيق ، ولذلك فهو الذي يمد القاعدة القانونية بالحقائق العلمية التجريبية . وأما التقويم فلا يتصور الا بالقياس على مثل أعلى يعتبر غاية في ذاته ، والمثل الأعلى يستخلص من المشاهدة ولا من التجربة فهو من عالم ما وراء المحسوس يستخلص بالعقل ، مما يضيف - في الحقائق العلمية التجريبية - حقائق أخرى عقلية تفكيرية .

فالقانون إذن ليس عملا علميا بحثنا كما تذهب الى ذلك المدرسة الواقعية ، ولا هو عمل عقلي تفكيرى بحث كما تذهب الى ذلك المدرسة المثالية . ولكنه عمل مزدوج مختلط : هو عمل علمي ، اذ يحتاج أولا الى تقرير الواقع من الحياة الاجتماعية تقريراً علمياً على ضوء المشاهدة والتجربة . وهو عمل عقلي ، اذ يحتاج الى تقديم هذا الواقع - خارج نطاق المحسوس - تقويماً عقلياً بالقياس على مثل أعلى هو العدل ، وهذا التقويم هو الذى يمكن من فرض الواجب على الأفراد أى من تعيين مضمون القاعدة القانونية ، والتقويم عمل يدخل في باب الفن . ولهذا جرى القول بأن القانون « علم » (science) حين يقرر الواقع ، و « فن » (art) حين يقوم الواقع (١) . ولكن دور الفن فى القانون أكبر من دور العلم ، اذ الأساس هو التقويم ، وان يكن التقويم لا يستغنى عن الواقع لأنه يرد عليه .

ومن هنا ، نستطيع أن نرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصرين : عنصر العلم وعنصر الفن ، أو عنصر الواقع Le réel وعنصر المثال L'idéal . فنعرض فيما يلي لكل من هذين العنصرين فى مطلب على حدة .

### المطلب الأول

#### العنصر الواقعي التجريبي أو حقائق الحياة فى الجماعة (٢)

#### ٧٨ - تمهيد

قلنا ان معرفة جوهر القاعدة القانونية يتطلب أولاً تحليل عناصر الحياة فى الجماعة لاضهار مختلف الحاجات التى ينبغى من بعد اشباعها بما يحقق المثل

(١) انظر فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 17. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 53.

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 18, pp. 163 - 170. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 79 - 90. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 54.

الأعلى للعدل . فينبغي البصر اذن بحقيقة الظواهر الاجتماعية (faits sociaux) ، وهو ما لا يتأني الا باتباع منهج تجريبي علمي بحت ، أى باخضاع هذه الظواهر الاجتماعية للمشاهدة والتجربة ، فهي ظواهر تشبه الظواهر المادية من حيث خضوعها لقانون السببية . فحقائق الحياة فى الجماعة أمر من العبث اذن اغفاله عند وضع القاعدة القانونية . وهذه الحقائق يمكن ردها الى عوامل كثيرة نذكر أهمها فيما يلى :

### ٧٩ - العوامل الطبيعية (Les facteurs naturels)

هى عوامل تتصل بالطبيعة بوجه عام ، سواء كانت طبيعة المجتمع أو طبيعة الانسان . فبتحديد سن الأهلية للزواج مثلا يتوقف كثيرا على طبيعة المناخ فى المجتمع ، اذ يتم النضج الجسمى والجنسى فى سن مبكرة أو متأخرة تبعا لطبيعة جو كل مجتمع . وتبعاً لكثرة أو قلة النسل ، ولازدياد ثروة الجماعة أو فقرها ، تحدد كل جماعة سياستها بشأن اعطاء الأجنب جنسيتها فتتجمع التجنس أو تحد منه .

وتبعاً لموقع المجتمع ، يزداد الاهتمام بوضع نوع معين من القواعد القانونية يحتمه هذا الموقع . فمجتمع يوجد فى جزيرة ، أو تحده سواحل وشواطئ ، يضطر الى التجارة عبر البحار مع غير ، من المجتمعات ، فيظفر فيه القانون التجارى البحرى بحظ عظيم (١) .

وكذلك فثمة قواعد قانونية تترتب على ظاهرة الميلاد وظاهرة الموت التى يخضع لها الانسان . فشخصية الانسان تبدأ مثلا بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته ، والميلاد يكسب الشخص اسما ولقبا معيناً ، وغالبا ما يكسبه جنسية معينة . والموت تترتب عليه الحاجة الى قواعد تنظم الارث والوصية ، فننتقل اموال المتوفى طبقاً لهذه القواعد الى الورثة أو الموصى لهم .

٨٠ - العوامل الاقتصادية (Les facteurs économiques)

تعتبر العوامل الاقتصادية من أهم حقائق الحياة في الجماعة ، التي ينبغي الإحاطة بها عند وضع القواعد القانونية ، إذ أن حاجات الأفراد الاقتصادية من انتاج واستهلاك وتداول وتوزيع تحتاج الى تنظيم قانوني معين . وقد غدت العوامل الاقتصادية في العصر الحديث أكبر أثرا في القانون عن ذي قبل ، فنمو وانشاء بعض فروع النشاط الاقتصادي أدى الى ظهور أو تغيير بعض القواعد القانونية . فازدياد أهمية الضمان أو التأمين والنقل مثلا ، دعا الى الاهتمام بوضع قواعد مفصلة محكمة لعقود الضمان أو التأمين وعقود النقل . وتجميع رؤوس الأموال في الصناعات في الوقت الحاضر ، أدى الى ازدياد الاهتمام بالنظام القانوني للشركات المساهمة (١) . وانتشار الصناعة منذ أواخر القرن الماضي ، أدى الى نشوء طبقة العمال نتيجة لتجمعهم في مناطق الصناعات ، مما دعا الى اعطائهم حق تكوين نقابات تدافع عن مصالحهم ، وحق الاضراب لتحقيق مطالبهم ، وكثرة ما صدر من تشريعات العمل لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال تنظيمًا يكفل التوازن بين هاتين القوتين .

وظهور المذاهب الاشتراكية وانتصارها في كثير من الدول كان له أثر بالغ في تطوير اقتصادياتها ، مما دفع المشرع فيها الى إلغاء الملكية الخاصة لكل أو بعض وسائل الانتاج والى ابتداء فكرة تأمين انشروعات اقتصادية وخلق قطاع عام في الانتاج .

غير أنه ينبغي عدم الاسراف في تضخيم أثر العوامل الاقتصادية في تكوين القانون ، أو جعلها هي العامل الأساسي في هذا التكوين ، بحيث تتبعها وتخضع لها بقية العوامل الأخرى . فالقانون ليس مجرد تنظيم للاقتصاد في الجماعة ، إذ لا تقوم الحياة الاجتماعية على اشباع الحاجات المادية

للأفراد فحسب ، فضلا عن أن القانون لا يخضع للعوامل والقواعد الاقتصادية  
خضوعا محتوما ، بل هو يهيمن عليها بما يضمن موافقة الاقتصاد لفكرة  
العدل (١) .

## ٨١ - العوامل السياسية والاجتماعية Les facteurs politiques et sociaux.

يقصد بذلك الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع ، دون  
تعرض لقيمتها ، فنحن بعد في مجال تسجيل الواقع لا في مجال تقويمه .  
ولذلك فمعرفة ما يوجد في المجتمع من أفكار سياسية واجتماعية ، هي معرفة  
تجريبية بحثة تقوم على المشاهدة ، أي معرفة علمية بالمعنى الاصطلاحي  
الدقيق ، مما يدخلها ضمن حقائق الحياة في الجماعة ، أي ضمن العنصر  
الواقعي لا المثالي للقاعدة القانونية .

والواقع أن كثيرا من الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة أسهمت  
بنصيب كبير في خلق بعض النظم القانونية ، فالأفكار الاجتماعية التي كانت  
سائدة في القديم خلقت نظام الرق ، وجعلت الناس طائفتين : طائفة الأحرار ،  
وطائفة الرقيق . والأفكار السياسية والاجتماعية التي كانت سائدة في  
القرون الوسطى ، خلقت نظام الاقطاع وأقامت على أساسه جملة القواعد  
القانونية . وكذلك فان المعتقدات الطبقية التي كانت سائدة قبل العصر  
الحاضر ، فصلت كل طبقة عن الأخرى فصلا تاما ، ودعت طبقة الأشراف  
خاصة الى تحصين نفسها ضد كل دخيل عليها ، فوجدت قواعد قانونية  
تحصر الارث في ابن الأسرة الأكبر ، وتحرم البنات من الارث حتى لا تذهب  
أموال الأسرة الى أزواجهن ، وقد يكونون من الطبقات الأخرى . وكذلك  
وجدت قواعد قانونية لتأكيد الفصل بين الطبقات وضمان عدم اختلاطهم  
بالتزاوج ، فقيدها انعقاد الزواج في كثير من الأحيان بضرورة ترخيص الوالدين  
به ، حتى بالنسبة لمن جاوز سن الرشد من الأولاد (٢) .

(١) في هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 112.

Roubier, op. cit., No. 18, p. 169. (٢)

ومن الأفكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية ، ما كان له أكبر الأثر في حياة الأمم وتغيير نظمها القانونية . فظهرت مع الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر معتقدات الحرية والاخاء والمساواة ، وقد أسهمت هذه المعتقدات بنصيب كبير في بناء النظام القانوني لفرنسا الحديثة . وظهرت مع الثورة الشيوعية في روسيا معتقدات سيادة الطبقة العاملة والغاء باقى الطبقات ، وعلى أساسها قام نظام الحكم هناك ، وانحصر في الحزب الممثل لهذه الطبقة . وما زالت سائدة في الولايات المتحدة الامريكية وفي جنوب أفريقيا الى اليوم بعض معتقدات خاصة بالتمييز بين البيض والملونين من الأفراد ، مما ينعكس أثره على بعض قواعد القانون هناك ، وتبلور فكرة الاشتراكية العربية في الجمهورية العربية المتحدة أخيرا قد خلق معتقدات جديدة تتعلق بضرورة التخطيط في الاقتصاد والكفاية في الانتاج مما دعا الى تأميم كثير من المشروعات الاقتصادية ومساهمة الدولة في بعضها وخلق قطاع عام يسيطر على الانتاج في الدولة ، وخلق معتقدات أخرى تتعلق بالعدالة الاجتماعية وتذويب الفوارق بين الطبقات سواء عن طريق فرض حد أقصى لملكية الأراضى الزراعية وتوزيع الزائد عليه وتمليكه لصغار الفلاحين ، أو عن طريق تقليل الفوارق بين دخول الأفراد بفرض ضرائب تصاعدية عالية على الدخل وعلى العقارات المبنية وبتحديد حد أعلى للمرتبات وبتزادة دخول العمال بأشراكهم في الأرباح .

كل هذه الأفكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع - والتي تختلف طبيعتها بحسب الزمان والمكان - لا يمكن اغفال أثرها في تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك تنبئ الاحاطة بها احاطة شاملة كاملة عن طريق المشاهدة والتجربة . وليس معنى ذلك أن القاعدة القانونية تخضع لكل ما قد يوجد في المجتمع من مثل هذه المعتقدات والأفكار ، بل هي توافقها على المثل الأعلى للمعدل ، وتخضعها لحكمه ، وكثيرا ما تضطر الى مجاربتها ، حين يبدو تناقضها واضحا مع تحقيق المعدل ، الذي هو غاية القانون .



## ٨٢ - العوامل الدينية والأخلاقية Les facteurs religieux et moraux

يقصد بذلك التقاليد الدينية والأخلاقية السائدة في الجماعة ، أو العيارات الدينية ، الأخلاقية ، البرية - فيها - فمثل هذه التقاليد والتيارات ، تعتبر في مقدمة حقائق الحياة في الجماعة ، التي تحدد وتوجه حاجاتها . ومن ثم لا يمكن اغفال أثرها في تكوين القواعد القانونية ، وان يكن هذا الأثر يتفاوت ويختلف باختلاف الجماعات .

فلاحظة بمثل هذه التقاليد والتيارات أمر لازم اذن لتعرف حاجات الجماعة ورغباتها بشأن التنظيم القانوني . ولكن ايا كان ما تتمتع به مثل هذه التقاليد والتيارات الدينية أو الأخلاقية من قوة الواقع ، فليس يفرضها الواقع فرضا محتوما كقواعد قانونية واجبة ، وانما يبرزها ويقدمها بين يدي المثل الأعلى للعدل ، الذي يخضعها - من بعد - لحكمه .

وقد كان للتقاليد الدينية أثر كبير في تعدد جهات الاختصاص القضائي في الدول العربية ، وفي تحديد المقصود باصطلاح « الأحوال الشخصية » ، فيها ، تحديدا واسما يبسطه على كثير من الأوضاع التي تعتبر بحسب طبيعتها من الأحوال العينية أو المالية ، كالوقف والميراث والوصية والنفقة ، وانضاعها تبعا لذلك لجهات القضاء الديني المختلفة بحسب ديانة المحصوم .

وكذلك فقد كان للتقاليد الدينية والأخلاقية ، أثر بارز في تحريم الطلاق في قوانين الدول الغربية الى وقت قريب . ثم ضعف أثرها غير قليل ، فأبيح الطلاق في أكثر هذه الدول . ولكن الأمر لم يصل فيها الى حد اغفال ما بقي لهذه التقاليد من قوة وأثر في النفوس ، فظل حبيس هذه التقاليد ، بحكمه كثير من الاجراءات والقيود .

## ٨٣ - العوامل التاريخية Les facteurs historiques

يقصد بها التجارب التي مرت بها الجماعة ، وسرت بها نظمها القانونية وهي بهذا الوصف - كخبرة صقلها الزمن - تدخل في الاعتبار عند تكوين القواعد القانونية ، بل يكون لنا - في بعض الأحوال - دور مرجع في

شأن هذا التكوين كما سقت الإشارة الى ذلك من قبل .  
فدور العوامل التاريخية اذن ، في تكوين القواعد القانونية ، دور غير  
منكور . ولكن من الاسراف الادعاء - كما يفعل المذهب التاريخي - ببناء  
القواعد القانونية على أساس تاريخي بحت .

### المطلب الثاني

#### العنصر المثالي أو المثل الأعلى للعدل (١)

٨٤ - تهيد

لا تكفي حقائق الحياة في الجماعة لتكوين القاعدة القانونية ، لان هذه  
الحقائق ليست الا مجرد حقائق واقعة ، والقاعدة القانونية هي تكليف  
بواجب ، وليس كل ما هو واقع واجب . من أجل ذلك ، ينبغي لهذه الحقائق  
- حتى تصبح واجبة ، أي حتى تصلح لتكوين قاعدة قانونية - أن تلحقها  
قيمة معينة تبرر هذا الوجوب . وهذه القيمة تتحدد بعيدا عن كل تجربة  
أو مشاهدة حسية . بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل هو العدل .

ومن هنا كان لا بد لتكوين القاعدة القانونية من عنصر مثالي فوق  
العنصر الواقعي . فإخضاع الواقع للمثل الأعلى وهو العدل ، وموافقته عليه ،  
يعطيه صفة الواجب أي يجعله قانونيا .

ولكن ما هو المثل الأعلى للعدل ، أو ما هي فكرة العدل في ذاته ؟ ذلك  
العدل الذي خاض فيه منذ قديم فلاسفة اليونان وفقهاء الرومان والمبرزون

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :  
Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 94 - 108; Théorie  
générale du droit, Nos. 217 - 262. — Duguit, Traité de droit constitu-  
tionnel, t. I, 3e éd., 1927, No. 11. — Gény, Science et Technique, t. II,  
Nos. 171 - 174. — Hauriou, Aux sources du droit, pp. 43 - 71. — Réglade,  
op. cit., pp. 45, 46, 50, 55. — Roubier, op. cit., Nos. 19, 26. — Senn,  
op. cit., pp. 1 - 54.

من رجال الكنيسة في العصور الوسطى ، حتى جرت أقلام الفقهاء في العصر الحديث على أنه من عناصر تكوين القاعدة القانونية ؟ .

الواقع أن العدل - فيما ثبت عليه من معنى قديم - هو احدي الفضائل التي تتلخص في اعطاء كل واحد حقه ، أو ما هو واجب له (١) . وهو بذلك ينضمن فكرة المساواة بمعناها العام ، إذ بذلك يتساوى كل ذي حق في المطالبة بحقه ، واقتضاء ما يجب له . وليس ينكر أحد على العدل مثل هذا المعنى . ولكن تعريفه على هذا النحو ، يكاد - لفرط عمومته واطلاقه - يقصر عما ينبغي له من ضبط وتحديد واحكام ، وان يكن من العسير - في أمر يبلغ من التجريد مثل ما تبلغه فكرة العدل - العثور على تعريف محكم جامع مانع .

من أجل ذلك ، تنبضي الاستعانة - في سبيل توضيح فكرة العدل - ببيان ما قد يكون للعدل من صور مختلفة . وهو ما حاوله الفلاسفة والفقهاء - الأقدمون منهم والمحدثون - حيث قسموا العدل ورددوه الى صور ثلاث تختلف باختلاف أطرافه ، واختلاف الشخص الذي يجب له العدل : فتم عدل يسود علاقات الأفراد ، فيجب للفرد على الفرد ، هو « العدل التبادلي » . وثم عدل يسود علاقة الفرد بالجماعة ، وهو اما عدل يجب للفرد على الجماعة فيسمى « العدل التوزيقي » . واما عدل يجب للجماعة على الفرد فيعرف باسم « العدل الاجتماعي » . فنعرض بايجاز لكل من هذه الصور الثلاث فيما يلي :

#### ٨٥ - العدل التبادلي (La justive commutative) (٢)

يقصد بالعدل التبادلي ذلك العدل الذي يسود علاقات الأفراد ، فيجب

(١) انظر ما جاء في مدونة « جوستينيان » من أن « العدل ( هو ) حمل النفس على ايتاء كل ذي حق حقه ، والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار » ( عبد العزيز فهمي ، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني ، ص ٥ ) .

(٢) راجع في ذلك :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 101 - 105, Théorie générale du droit Nos. 229 - 231. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 62. — Duguít, op. cit., t. I, No. 1, p. 122. — Roubier, op. cit., No. 21, pp. 191 - 194; No. 26, pp. 226 - 230.

للفرد على الفرد . وهو عدل يقوم على أساس من المساواة التامة الكاملة .  
اذ ما دام للأفراد جميعا نفس الطبيعة - لأن كلا منهم انسان كالأخر -  
فلا يتصور أن تقوم العلاقات بينهم الا على قدم المساواة مساواة حسابية بحيث  
لا عبرة فيها بصفات الأفراد أو اختلاف شخصياتهم .

والأصل في العدل التبادل عند القدماء ، أنه كان مقصورا على علاقات  
الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع والخدمات ، والتي تولد  
التزامات متقابلة بين أطرافها . فكان العدل يعنى وجود مساواة كاملة بين  
السلع والمنافع والخدمات المتبادلة . وهو ما يخول لكل طرف الحق في مطالبة  
الأخر بالالتزام الواقع عليه قبله في شأنها واقتضاء الوفاء بهذا الالتزام ،  
فالمشتري يقتضى من البائع مثلا تسليم المبيع اليه ، وفي مقابل ذلك يقتضى  
منه البائع دفع الثمن ، والقرض أن الثمن يساوى قيمة المبيع .

ولكن العدل التبادلي لم يمكث محصورا في هذا النطاق الضيق من  
العلاقات التعاقدية ، بل جاوز هذا النطاق الى كل ما ينشأ بين الأفراد من  
علاقات أيا كان مصدرها ، بحيث تقوم هذه العلاقات على أساس المساواة  
التامة المطلقة . ومن هنا ، فكل علاقات الأفراد ينبغى أن تقوم على العدل ،  
بمعنى أنها ينبغى أن تقوم على أساس تساوى الأفراد باعتبارهم أفرادا .  
وهذا التساوى يقتضى من الأفراد احترام كل منهم لحق الآخر ، اما باعطائه  
له ، واما بالامتناع عن الاعتداء عليه .

فما هو حق كل فرد الذى يكون احترامه العدل بين الأفراد ؟ . هذا  
الحق هو ما يخص كل فرد ابتداء أو اكتسابا .

أما ما يخص كل فرد ابتداء فهو وجوده أو كيانه المادى والنفسى .  
وعلى ذلك فليس من العدل أن يعتدى فرد على كيان فرد آخر ، فينتقص من  
هذا الكيان بأى شكل كان من أشكال الاعتداء أو الانتقاص ، لأنه حينئذ يأخذ  
لنفسه ما يخص غيره وما لا يخصه هو فيكون طالما . فمن الظلم اذن اعتداء

فرد على جسم آخر بالضرب أو القتل ، أو على سمعته بالاهاة أو السب أو القدق ، أو على حريته بالاستعباد والاسترقاق .

وأما ما يخص الفرد اكتسابا فهو ما يكتسبه من بعد ويضيفه الى نفسه كشيء خاص به ، اما استقلالا كاستيلائه على شيء سائب لا مالك له ، وأما نتيجة ما قد يقوم بينه وبين غيره من الافراد من علاقات ارادية أو غير ارادية . والعدل هنا هو اقرار كل فرد على ما اكتسبه ، تطريق الاكتساب المشروع ، لانه أصبح خاصا به دون غيره من الأفراد .

فالثابت اذن أن العدل في العلاقات بين الأفراد انما يقوم على أساس من التساوى التام فيما لكل فرد من حق احترام الآخر لما يخصه ابتداء أو اكتسابا . فمن العدل اذن وفاء الشخص ما تعهد به لغيره ، وردة ما سلب منه ، وتعويضه عما سبب له من ضرر ، لأنه بعدم الوفاء بتعهده وباعتدائه على مال الغير أو شخصه ، يكون قد انتقص من حق الغير وأضاف الى نفسه ما ليس له ، فأخل بذلك بما ينبغي بين الأفراد من مساواة تامة متبادلة ، فوجب عليه إعادة اقامة هذه المساواة .

#### ٨٦ - العدل التوزيعي (La Justice distributive) (١)

يقصد بالعدل التوزيعي العدل الذي يسود علاقات الأفراد بالجماعة ، من حيث وجوبه على الجماعة للأفراد . فالجماعة - وهي بصدد توزيع المنافع والوظائف العامة والأعباء العامة على الأفراد - ينبغي أن تراعى في مثل هذا التوزيع اختلاف الأفراد في حاجاتهم وفي مقدرتهم وجدارتهم .

فمثل هذا الاختلاف المحتوم بين الأفراد لا يسمح للجماعة باقامة مساواة تامة حسابية بينهم تتساوى فيها الرؤوس ، كتلك المساواة التي يحققها

(١) راجع في ذلك :

Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 232 - 234. — De La Gressaye et Laborde Lacoste, op. cit., No. 68. — Duguít. op. cit. t. I, No. 11, p. 123. — Roubier, op. cit., No. 22, pp. 202 - 205; No. 26, pp. 225 - 230.

العدل التبادلي في العلاقات بين الأفراد ، ولكن هذا الاختلاف يضطر الجماعة الى النزول عن التزام تلك المساواة الحسابية الى نوع آخر من المساواة التناسبية تكون العبرة فيه بتساوي قيم الأفراد أو قيم حاجاتهم . فليس من العدل أن يعامل كل الأفراد نفس المعاملة ، فينالهم نفس النصيب فيما توزعه الجماعة ، وهم ليسوا سواء لا في ملكاتهم ولا في حاجاتهم ولا في قدرتهم أو جدارتهم ، فالعدل في التوزيع لا يتصور إذن بمعاملة الأفراد المتساوين في الحاجة والقدرة معاملة متساوية ، ومعاملة الأفراد غير المتساوين في ذلك معاملة غير متساوية .

وهذا العدل التوزيعي هو الذي يفسر كون المواطنين لا يتساوون مساواة مطلقة في الحصول على الوظائف العامة في الدولة ، فليست مثل هذه الوظائف حقا مباحا لكل راغب في شغلها ، وانما هي وقف على من هو أهل لمنها وحمل أعبائها بما يتوافر له من معرفة وخبرة معينة . وهو الذي يفسر كذلك اعطاء الأجراء ذوى الأولاد - زيادة على أجورهم الأصلية - اعانات عائلية تعينهم على تحمل هذا العبء العائلي وحرمان الاجراء غير ذوى الأولاد منها . وهو الأساس كذلك فيما أصبح شائعا في العصر الحديث من فرض ضرائب تصاعدية ترتفع نسبتها بارتفاع وعائها بحيث يفرق في المعاملة بين المولدين المتفاوتين في المركز المالي تفاوتا كبيرا بما يضمن تحقيق مساواة حقيقية فعلة بينهم في قدر ما يمثل اقتطاع الضريبة من تضحية مالية ، لا مجرد مساواة شكلية بحث في نسبة الاقتطاع المادية .

فمثل هذا النوع من العدل اذن لا ينفي مطلقا فكرة المساواة الواجب تحقيقها بين الأفراد ، فهذه المساواة ما زالت هي أساس العدل التوزيعي ، ولكنها فقط مساواة في القيم تضع كل فرد في المكان العدل حسب حاجته أو قدرته أو كفاءته ، مما يسوى بين الأفراد المتساوين في الحاجة أو القدرة أو الكفاءة ويفرق بالتالي بين غير المتساوين منهم في ذلك .

٨٧ - العدل الاجتماعي (La justice sociale) (١)

أما الصورة الثالثة من صور العدل ، وهي صورة « العدل الاجتماعي » (٢) فيقصد بها ذلك العدل الذي يسود علاقات الافراد بالجماعة ، ولكن من حيث وجوبه على الافراد للجماعة . فالجماعة في الواقع هي جسم واحد أعضاؤه الافراد ولا يمكن لجسم أن يعيش الا بنشاط كل عضو من أعضائه النشاط الواجب ؛ وهذا النشاط الواجب هو النشاط الذي يسهم به كل عضو في بعث الحركة و الحياة في الجسم . من أجل ذلك ، كان للجماعة أن تفرض على الافراد - باعتبارهم أعضاؤها - الواجبات التي يتحقق بقيامهم بها صالح الجماعة وخيرها .

فأساس العدل الاجتماعي اذن هو اعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة لا اعتباره كلا قائما بذاته ، ومن هنا كان هدف العدل تسخير الجزء لخدمة الكل ، أي تسخير الفرد لخدمة الجماعة بقصد تحقيق الخير أو الصالح العام (le bien commun) .

وليس يقصد بالصالح العام صالح فرد من الافراد ، ولا صالح فريق أو طائفة من الافراد فذلك محض صالح خاص . ولا يقصد به مجموع مصالح الافراد الخاصة فالجمع لا يمكن أن يرد الا على أشياء متماثلة لها نفس الطبيعة والصفة ، ومثل هذه المصالح الخاصة متعارضة متضاربة فلا يمكن اضافتها بعضها الى بعض للخروج بحاصل أو ناتج جامع . وانما يقصد بالصالح العام صالح الجماعة ككل ، بمعنى صالح مجموع الافراد كمجموعة مستقلة منفصلة عن آحاد مكوناتها . وصالح مجموع الافراد كوحدة مستقلة انما يتولد من الاشتراك بين أفراد هذا المجموع في غاية واحدة فهو اذن صالح مشترك

(١) راجع في ذلك :

Dabin, op. cit., Nos. 235 - 239. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 64, 65.

(٢) يطلق بعض الفقهاء، على هذه الصورة اسم « العدل القانوني » (La justice légale)

انظر في ذلك : (Dabin, op. cit., No. 235)

بينهم أو صالحهم ككل ، بفض النظر عما لكل منهم - كأفراد - من صالح خاص . فالفرد جزء من هذا الكل ، والجزء يتلشى في الكل . ويطوى صالحه الخاص أمام صالح الكل أو الصالح العام . فالعدل الاجتماعي اذن هو العدل الواجب للكل على الجزء ، أو هو العدل المحقق لصالح الكل الاجتماعي أو الصالح العام .

وهذا العدل الاجتماعي هو الأساس المبرر للسلطة في الجماعة تلك السلطة التي يقوم عليها نظام المجتمع . فباسم هذا العدل وتحقيقا للصالح العام ، يخضع الأفراد لسلطة الحكام ، ويمتلك الحكام على الأفراد حق السيادة أو الامر دون معقب . وباسم هذا العدل كذلك ، يلتزم الحكام بتسخير سلطاتهم لتحقيق الصالح العام وحده فتقيد هذه السلطات بحدود هذا الصالح لا تعدوه الى غيره من الصالح .

وهذا العدل الاجتماعي هو الذي يبرر مطالبة الفرد بأداء ضريبة الدم والتضحية بحياته في سبيل صالح الجموع ، وهذا الذي يلزمه بالمساهمة في تدعيم كيان الجماعة بأداء ما يقتضيه الصالح العام من ضرائب مالية .

وهذا العدل كذلك هو الذي يبرر المطالبة بعقاب السارق حتى ولو رد الشيء المسروق الى صاحبه . فهذا الرد ، ان كان يرضى الصالح الخاص للمسروق منه ، ويحقق العدل التبادلي باعادة المساواة التي أخلت بها السرقة ، فهو لا يرضى الصالح العام للمجموع لأنه اخلال بما يجب من أمن ونظام في المجتمع ، فيكون للجماعة المطالبة بعقاب السارق لأكراهه على التكفير عن جرمه في حقها بعبثه بصالحها .

٨٨ - اختزال صور العدل الثلاث المتقدمة الى اثنتين : العدل الخاص

والعدل العام

تلك هي صور العدل الثلاث عند جمهور الفلاسفة والفقهاء : عدل يجب للفرد على الفرد ، وعدل يجب للفرد على الجماعة ، وعدل يجب للجماعة على الفرد . غير أننا نرى من الأفضل اختزال هذه الصور الثلاث الى صورتين



انثنين ، بحسب ما اذا نظر الى الفرد باعتباره كائنا منفردا له كيان مستقل .  
أى كلا قائما بنفسه ، أو باعتباره كائنا اجتماعيا لا كيان له الا بالجماعة وفى  
الجماعة كمضو من أعضائها أى باعتباره جزءا من كل . فعلى أساس هذه  
الفرقة فى صفة الفرد ، يمكن التفرقة بين نوعين من العدل ، العدل الخاص  
والعدل العام .

أما العدل الخاص فهو الذى يسود علاقات الأفراد باعتبارهم أفرادا ،  
وهو يقوم على أساس من المساواة التامة باعتبار أن كل فرد يساوى الآخر  
فيما له من كيان مستقل . فتقوم علاقات الأفراد اذن على أساس من تبادل  
الاحترام بين الأفراد كل منهم لكيان الآخر واستقلاله وحقوقه ، وذلك هو  
ما جرى الاصطلاح على تسميته بالعدل التبادلى .

وأما العدل العام فهو الذى يسود علاقات اجماعة بالأفراد باعتبارهم  
أعضاء فيها أيا كان من يجب له العدل ، هو الجماعة أم الأفراد . والعبرة فى  
هذا العدل هى باعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة ، والجماعة باعتبارها هى  
الكل ، ينبغى لها عدلا أن تهيمين على الجزء ونشاطه بما يحقق نفع الكل  
وغيره . ولذلك فالعدل فى العلاقة بين الجماعة والفرد انما يرمى الى تحقيق  
الصالح العام ، لا عن طريق اقامة مساواة مطلقة حسابية وانما عن طريق  
اقامة تفاضل بين القيم المتفاوتة للأفراد - من حيث الحاجة أو القدرة أو  
الكفاءة - بالنسبة الى صالح الجماعة . وهذا العدل العام ، يشمل ما يعرف  
بالعدل التوزيعى والعدل الاجتماعى على السواء (١) .

فالعدل الخاص اذن يقوم على أساس من التكافؤ لتساوى الأفراد فيما  
ينبغى لكل منهم من كيان مستقل . بينما يقوم العدل العام على أساس من  
السيطرة ، فالجماعة تسيطر على الأفراد باعتبارهم أعضائها ، والأفراد بهذا  
الوصف يخضعون لما يقضى به صالح الجماعة .

(١) راجع فى تحديد مضمون العدل العام على هذا النحو ، وانتقاد الشائع عند الفلاسفة  
والفقهاء من قصر اصطلاح « العدل العام » على صورة « العدل الاجتماعى » وحدها ، وادخول  
صورة « العدل التوزيعى » الى جوار صورة « العدل التبادلى » تحت اصطلاح « العدل الخاص » .  
كتابنا أصول القانون ، ج١ ص ١٩٨ .

فكرة العدل اذن متراوحة بين تحقيق التكافؤ بين الافراد بوصفهم أفرادا ( العدل الخاص ) ، وبين تحقيق السيطرة للجماعة على الافراد - بوصفهم أعضاء في الجماعة - خدمة للصالح العام ( العدل العام ) . وهذا التراوح بين تحقيق التكافؤ وتحقيق السيطرة استنتج تراوح القانون بين مذهبين يتنازعانه هما المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي ، وهو ما نوجز القول فيه على الوجه التالي :

### ١ - المذهب الفردي (١)

#### La doctrine individualiste

#### ٨٩ - أسس المذهب الفردي

يقوم هذا المذهب على أساس أن الفرد هو هدف القانون الأسمى فما يوجد القانون الا لحماية حقوق الافراد وتمكينهم من التمتع بها . ذلك أن الفرد ليس موجودا لخدمة الجماعة ، بل الجماعة هي الموجودة لخدمة الفرد . والفرد ليس جزءا من كل ، بل هو كل مستقل قائم بذاته ، لأن طبيعته الانسانية تمنحه من الارادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيره . ولذلك لا تتصور الحقوق الا للأفراد ، أما الجماعة فلا يقع عليها الا مجرد واجبات ، واجب احترام حقوق الافراد وتمكين تمتعهم بها وواجب التوفيق بين هذه الحقوق عند تعارضها .

وحقوق الفرد عند هذا المذهب حقوق تفرضها الطبيعة له ، فتولد معه . ذلك أنها حقوق لاصقة بصفة الانسانية التي تلحق الفرد . وهذه الصفة تلحق كل الافراد فلا تفرق بين أحد منهم . ولذلك يولد الافراد جميعا

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Waline. L'individualisme et le droit, 2e éd., 1949. — Beudant, le droit individuel et l'Etat, 3e éd., 1920. — Duguit, op. cit., t. I, Nos. 18, 19. — Le Fur, Droit individuel et droit social, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 279 - 309. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 387 - 398. — Roubier, op. cit., Nos. 20, 21, 26.

متساوين في الحقوق تساوهم في الانسانية ، وأول هذه الحقوق هو الحرية . وهذا هو ما عبر عنه « اعلان حقوق الانسان والمواطن » الفرنسي في مادته الأولى بقوله « يولد الناس أحرارا ومتساوين في الحقوق » .

فالأفراد اذن يدخلون في الجماعة بما تعظيم الطبيعة من حقوق متساوية ، وهذه الحقوق تفرض على الجماعة ، فتلتزم الجماعة باحترامها ، وكذلك تلتزم بفرض احترام هذه الحقوق على الجميع . غير أن وجود حقوق متقابلة متساوية لدى كل الأفراد ، قد يؤدي الى تعارضها . وهنا يظهر واجب الجماعة أو الدولة ، كما تظهر ضرورة القانون ووظيفته ، في العمل على التوفيق بين الاستعمال المتعارض لهذه الحقوق . وهذا التوفيق لا يتأتى الا بنقيض حقوق كل فرد بالقدر الذي يمكن غيره من استعمال نفس الحقوق (١) ، فهو اذن تقييد متبادل بين كل فرد والآخر ، مما يحقق التكافؤ بين الأفراد ، ذلك التكافؤ الذي تدعو اليه وحدة الطبيعة ووحدة الحقوق بين الناس . وبذلك يقوم تكافؤ وتقابل بين ما لكل فرد من حق ، وما على كل فرد من واجب وتلك هي المساواة التامة المطلقة التي تحقق العدل الخاص أو التبادلي .

فالمذهب الفردي اذن انما عماده الحرية والمساواة المطلقة بين الأفراد ، ولذلك كان المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل الدولة لتقييد هذه الحرية . ومن هنا كان هذا التدخل مقصورا على قدر ضئيل هو القدر الضروري فقط لتمكين كل فرد من التمتع بحريته . وفي حدود هذا القدر الضئيل ، أي حيث لا تتعارض حرية الفرد مع حرية الآخرين ، يكون للفرد أن يعس وينشط كما يشاء لتحقيق مصلحته الخاصة . ففي تحقيق المصالح الخاصة للأفراد أكبر ضمان لتحقيق المصلحة العامة للجماعة . اذ الصالح العام - عند هذا المذهب - يتحقق آليا بمجرد ارضاء المصالح الخاصة ، لأن الهدف الأسمى لكل جماعة هو تحقيق سعادة الفرد وخيره .

---

(١) وهذا ما عبرت عنه المادة الرابعة من « اعلان حقوق الانسان والمواطن » الفرنسي بقولها : « الحرية هي فعل كل ما لا يضر بالغير . ولذلك ليس لاستعمال الحقوق الطبيعية لكل فرد من قيود الا تلك التي تكفل لباقي الاعضاء في الجماعة التمتع بنفس الحقوق » .

وقد نادى هذا المذهب ، بنظرته المستريية ان تدخل الدولة وحصر هذا التدخل فى أضيق نطاق مما يجعل دور الدولة مجرد دور سلبي ، الى ترك الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم بمنحض ارادتهم ، الى اعتراف مبدأ سلطان الإرادة (L'autonomie de la volonté) . فاحل العقد دورا يفوق دور المشرع فى حكم العلاقات بين الافراد . وأصبح شعار هذا المذهب أن ما تنعقد عليه ارادة المتعاقدين هو العدل .

فالأفراد - وهم يقفون على قدم المساواة القانونية أيا كانت الفروق الاقتصادية والاجتماعية بينهم - يستطيع كل منهم أن يرعى مصالحه بنفسه بما له من حرية الإرادة . وليس من وظيفة الدولة ولا من وظيفة القانون التدخل لإقامة وصاية على الأفراد فيما يريدون وفيما يعقدون من عقود ، بدعوى حماية من أضرت به هذه العقود من المتعاقدين أو أخلت بمصالحه . فما دام التكافؤ قائما بين المتعاقدين والتساوى محققا بينهما من حيث توافر حرية الإرادة لدى كل منهما ، فما يقضى به العقد هو العدل الملزم ، ولا ينفع فى التحل منه أن يكون قد لحق أحد المتعاقدين غم فاحش ، أو لزمته شروط جائرة مرهقة . وتلك على أى حال سنة الحياة ، فالتنازع والتنافس بين مصالح الأفراد الخاصة ، انما ينحسم بقانون السوق لا بقانون الجماعة أو ارادة الدولة .

فالتاب اذن أن المذهب الفردى كان يقنع بتحقيق التكافؤ بين الأفراد بإقامة مساواة مطلقة بينهم ، على اعتبار أن كلا منهم شخص كالأخر له نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات ، أى كان يقنع بتحقيق العدل الخاص أو التبادل ، دون أن يتناول الى تحقيق العدل العام بتمكين الجماعة من السيطرة على الأفراد سيطرة تنفذ فيهم حكم الصالح العام .

## ٩٠ - تقدير المذهب الفردى

كان ظهور المذهب الفردى طبيعيا وضروريا فى الزمان الذى ظهر فيه ، حيث اشتد تحكم الدولة وكثرت القوارق الطبقية بين الأفراد ، ومن هنا ، راج هذا المذهب وانتشر على يد فلاسفة وكتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر ،

ثم شق طريقه فهيمن على الثورة الفرنسية حتى اعترفت به اعترافا رسميا في وثيقة « اعلان حقوق الانسان والمواطن » . ثم ظلت له السيادة في عالم القانون والسياسة ، فوضعت في ظله وتحت تأثير تعاليمه أغلب التقنينات والقوانين التي صدرت في النصف الأول من القرن الماضي .

ولئن كان هذا المذهب لا ينكر فضله في الدعوة الى محاربة استبداد الدولة وطفيتها ، ولا يحدد أثره في التمهيد للاعتراف بقيمة الإنسان ككائن حر الإرادة والنشاط ، وتقرير المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات على السواء ، فان أخطاره ما لبثت أن تكشفت بما جره اطلاق الحرية للأفراد واطلاق المساواة بينهم من عواقب وخيمة ونتائج ظالمة . فانه اذا كانت طبيعة الافراد واحدة ، اذ تجمعهم الانسانية ، وهم من هذه الوجهة متساوون ، الا أن الطبيعة نفسها قد أوحدت بينهم من الفروق في الحاجة وفي القدرة ما يتعذر معه الاصرار على القول بمساواة مطلقة بينهم ، بل تكون المساواة المطلقة هنا ضربا من انكار الواقع .

واطلاق الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم كما تشاء اذاتهم - مع ما عو ثابت من عدم تساويهم في الواقع وخاصة من ناحية القوة الاقتصادية - أدى الى أن تصبح هذه الحرية أداة في يد الأقوياء لتشديد القبضة على الضعفاء وتسخيرهم لقضاء مصالحهم . فمكنت الحرية الاقتصادية لنمو الرأسمالية وازدياد خطرها ، مما جعل الرأسماليين قوة ضخمة تتحكم في العمال وتفرض عليهم من الشروط الجائرة والأجور البخسة ، ما لم يكن لهم يد من قبوله أمام مطالب العيش الملحة ، وكل ذلك باسم الحرية والمساواة ومبدأ سلطان الإرادة (١) . وكذلك مكنت حرية التعاقد بعض الأفراد من التحكم في البيض الآخر عند اختلال التوازن بين العرض والطلب في السوق اختلالا كبيرا ، فالملك يتحكمون في المستأجرين ، والبائعون في المشترين ، بالارتفاع بالأجر أو الثمن ارتقاغا فاحشا . فضاعت الحرية الحقيقية للمتعاقدين ، وأصبحت

(١) راجع في ذلك : كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ ،

مجرد املاء من طرف على طرف ، بعد أن صار القول الفصل لقانون العرض والطلب .

وبذلك انتهى المذهب الفردي الى الاضرار بالصالح العام للجماعة ، وظهر فساد اعتقاده في أن هذا الصالح يتحقق آليا بمجرد تحقيق الصالح الخاص ، فالأفراد - وهم يجرون وراء مصالحهم الخاصة - لا يلقون بالا الى تحقيق الصالح العام ، بل كثيرا ما يحققون مصالحهم الخاصة على حساب الصالح العام . وتمكن بعض الأفراد من تحقيق مصالحهم الخاصة على حساب البعض الآخر نظرا لما يملكون عليهم من قوة اقتصادية مهيمنة يخلق جوا من القلق والتذمر الاجتماعي ليس من صالح الجماعة وجوده .

كل هذه النتائج الظالمة التي أفضى اليها تطبيق المذهب الفردي قد تولدت من أن هذا المذهب - وقد نبت للحد من طغيان الدولة فوضع أمام هذا الطغيان حاجزا مما سماه بالحقوق الطبيعية للانسان التي يتساوى فيها كل الأفراد - قد أغفل حقيقة أساسية هي وجود الجماعة ، كوحدة تربط بين أفراد متعاونين متضامنين ، لا كمجرد اطار صناعي يضم أفرادا منعزلين مستقلين : فلم ينظر الى الجماعة على أن لها حقوقا كما للأفراد حقوق ، وان لها صالحا يقتضيها التدخل لمنع طغيان بعض المصالح الخاصة على البعض الآخر نتيجة اطلاق الحرية للأفراد مع انعدام التكافؤ الفعلي بين قواهم .

وبذلك ظهر أن العدل الخاص أو التبادلي ليس بالعدل الذي يمكن أن تقوم عليه وحده قواعد القانون ، التي تفترض وجود الجماعة ككل مستقل عن أجزائه . فمثل هذا العدل - ان كان يكفي رخصه في العلاقات بين أفراد منعزلين مستقلين - لا يصلح كأساس وحيد لحكم العلاقات بين أفراد يكونون - كأجراء متماسكة - بناء جماعة واحدة ، ويجمعهم هدف واحد وصالح مشترك هو صالح هذه الجماعة .

كل أولئك أدى الى تكاثر الهجمات على المذهب الفردي عنيفة قاسية ، وما لبثت هذه الهجمات أن تجمعت وتبلورت حتى خرج منها « المذهب الاجتماعي » الذي كان له أكبر الفضل في تطوير القانون والانتقال به

وبالدولة من الدور السلبي الذي اضطرهما اليه المذهب الفردي ، الى دور ايجابي يقوم على التدخل فى نشاط الأفراد بما يحقق الصالح العام .

## ٢ - المذهب الاجتماعى (١)

La doctrine socialiste

### ٩١ - اسس المذهب الاجتماعى (٢)

بقدر ما كان المذهب الفردي متطرفا فى تقديس الفرد كغاية فى ذاته والاعتراف بحقوقه الى حد التفاضى عن حقوق الجماعة وصالحها ، بقدر ما جاء المذهب الاجتماعى متطرفا فى الناحية المقابلة أى نى تقديس الجماعة وتغليب صالحها على الصالح الخاص .

فالمذهب الاجتماعى لا يعنى - كالمذهب الفردي - بالانسان كفرد فى ذاته منعزل ومستقل عن غيره من الناس ، ولكنه يعنى به ككائن اجتماعى مرتبط بغيره من الناس ومتضامن معهم فى سبيل تحقيق صالح الجماعة التى تضمهم . فالجماعة اذن - لا الفرد - هى الهدف الاسمى من الوجود لأنها غاية فى ذاتها وليست أداة أو سيلة لغيرها من الغايات ، ولذلك كانت هى القيمة العليا التى ينبغى حمايتها والتمكين لصالحها وخيرها .

ومن هنا ينبغى تسخير الأفراد لخدمة الجماعة ، فيساهم كل منهم بنصيب فى تحقيق الصالح العام المشترك ، وهم بذلك يعملون على تحقيق مصالحهم الخاصة لأن الصالح الخاص لكل فرد ينبغى أن يكون هو نفس الصالح العام للجماعة باعتبار أن الفرد لا كيان له بنفسه ، بل كيانه بالجماعة التى هو عضو

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Le Fur, article précité. — Radbruch, article précité. — Roubier, op. cit., Nos. 20, 22, 26. — Waline, op. cit., pp. 55 - 86.

(٢) نفضل وصف هذا المذهب بأنه « اجتماعى » لا « اشتراكى » كما يفعل كثير من الفقهاء والكتّاب ، لأنه اذا كان يضم الاتجاه الاشتراكى فليس محصورا فيه ولا قاصرا عليه وحده .

من أعضائها ، فتحقيق صالح الجماعة يحقق اذن بالتبعية وآليا صالح الأفراد ، لأن الخير الذي يصيب الكل يتوزع على الأجزاء . فنقطة الابتداء اذن - ان كانت عند المذهب الفردى هي الفرد وصالحه الخاص باعتبار أن خير الفرد يستتبع خير المجموع وصالحه - تصبح عند المذهب الاجتماعى هي الجماعة وصالحها ، باعتبار أن خير المجموع هو الذى يستتبع خير الفرد وصالحه .

فالمحور الذى يتركز عليه المذهب الاجتماعى هو اعتبار كل فرد جزءا من الجماعة ، لا مجرد انسان مستقل عن غيره ، من الأفراد . أى أن المذهب الاجتماعى لا ينظر الى الفرد - كما يفعل المذهب الفردى - باعتباره مجرد انسان لا يختلف عن غيره من الأفراد من هذه الناحية ، وإنما ينظر اليه ككائن اجتماعى ، أى كفرد له حقيقته الاجتماعية المختلفة عن حقيقة غيره من الأفراد أعضاء الجماعة ، من حيث الحاجة أو القدرة أو العمل أو القوة الاقتصادية أو الدور الذى يقوم به فى الحياة الاجتماعية ، أو بوجه عام ينظر الى الفرد باعتبار حالته من القوة أو الضعف الاجتماعى .

فالمذهب الاجتماعى يبصر اذن بالفروق الواقعية الموجودة بين الأفراد فى الحياة ، على خلاف المذهب الفردى الذى يغفل هذه الفروق لأنه لا يعنيه من الأفراد الا أنهم محض أفراد مجردين من أى وصف آخر . من أجل ذلك قام المذهب الفردى على العدل الخاص أو التبادلى الذى يسوى بين الأشخاص ، بينما قام المذهب الاجتماعى على العدل العام ( التوزيعى والاجتماعى ) الذى يسوى بين مختلف القيم المتعلقة بالأشخاص وفقا لمقتضيات الصالح العام . وبذلك هجر المذهب الاجتماعى مبدأ التكافؤ بين الأفراد - الذى يدعو اليه المذهب الفردى ، والذى كثيرا ما ينقلب بفعل ظروف الحياة واختلاف القوى بين الأفراد الى تسلط بعض الأفراد على بعض - واعتنق مبدأ السيطرة الذى يضمن التسلط - لا لفريق من الأفراد على فريق - ولكن للجماعة وحدها على أفرادها باعتبارهم أعضائها ، بما يضمن فى ميزان الصالح العام التفاضل بين مختلف ما يتعلق بالأشخاص من قيم .

كل ذلك أدى بالمذهب الاجتماعى الى دعوة الجماعة الى تشديد قبضتها



على الأفراد والتدخل في نشاطهم بما يحفظ الصالح العام ويحمي الضعفاء من تحكم الأقوياء ، فكبرت بذلك عنده مهمة الدولة وعظم أثر القانون وانبسط على مختلف آفاق النشاط في الجماعة . فتقلص بذلك أو كاد مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد في منطق هذا المذهب . إذ الصالح العام يخول للدولة أن تتدخل لإقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين لمنع تحكم فريق في فريق بالاستناد إلى قوة اقتصادية جبارة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب الموازية .

### ٩٢ - تقدير المذهب الاجتماعي

ذلك هو فقه المذهب الاجتماعي ونتائجه . وليس ينكر عليه فضله في كبح جماح الفردية المتطرفة وما تجره من طغيان الأقوياء وتحكمهم في الضعفاء ، وإعداد الصالح العام لحساب بعض المصالح الخاصة . ولكن المذهب الاجتماعي - كالمذهب الفردي - لم يخل من تطرف ومغالاة : فإن كان المذهب الفردي يضحى بالجماعة لصالح الفرد فيسخرها لخدمته وكفالة حقوقه وحرية ، فالمذهب الاجتماعي يضحى بالفرد لصالح الجماعة فيجعله وقفا على خدمتها ، ولا يتحرج في سبيل ذلك من إهدار حرية الفرد ، وتشديد قبضة الدولة عليه - وهي تهيمن على كل نشاطه - تشديدا لا تؤمن عواقبه ، إذ لا يابست أن يدفع بها إلى التحكم والاستبداد .

### ٩٣ - ضرورة الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي (١) أو بين

#### العدل الخاص والعدل العام

من كل ذلك نخلص بأن المذهبين الفردي والاجتماعي متطرفان كل منهما في الناحية العكسية للآخر ، تطرفا يؤدي في الناحيتين إلى نتائج غير مقبولة .

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 28, pp. 236 - 242. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 56 - 60. — Le Fur, article précité. — Réglade, op. cit., pp. 53 - 55.

فبينما يسوق المذهب الفردى - بمنطقه فى تقديس الفرد وحرية - الى تحكم فريق من الأفراد فى فريق بما لهم من غلبة اقتصادية أو اجتماعية ، يسوق المذهب الاجتماعى - بمنطقه فى تقديس الجماعة وصالحها - الى تحكم الدولة واستبدادها وعصفها بحريات الأفراد واهدائها نصالحهم الخاصة ، مما قد يقضى على الدافع الشخصى لدى الأفراد فيما يقومون به من نشاط فى الحياة فلا يلبث أن ينعكس أثر ذلك على الجماعة نفسها وعلى الصالح العام .

ومن أجل ذلك لا يتأتى الأخذ بمذهب من هذين المذهبين دون الآخر . فضلا عن أن كلا منهما انما يعبر عن حقيقة أساسية لا ينبغي اغفالها فى شأن تكوين القاعدة القانونية : فالمذهب الفردى يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن فردى له شخصيته وكيانه الذاتى واستقلاله عن غيره من الناس . والمذهب الاجتماعى يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن اجتماعى ، أى ككائن يعيش فى الجماعة كمضو من أعضائها فيعتبر جزءا منها لا كيان له الا بها . وخطأ انما يأتى من قصر النظر الى حقيقة دون الأخرى ، فالتقول بالمذهب الفردى انما يغفل فى الانسان اجتماعيته وخضوعه للجماعة وصالحها ، والقول بالمذهب الاجتماعى انما يغفل فيه فرديته واستقلاله وحرية ، بينما الانسان لا يمكن أن تتصور اجتماعيته دون فرديته والا صار مجرد آلة تعمل فى جواز ضخيم كبير دون عقل أو ارادة ، وكذلك لا يمكن أن تتصور فرديته دون اجتماعيته ، والا انقلب الأمر فوضى منطقها الغلبة للقوة .

كل ذلك يحتم الجمع بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى ، واقامة قواعد القانون - على هدى هذا الجمع - بما يحقق التوازن بين طبيعة الانسان الفردية وطبيعته الاجتماعية ، مما يتيح تحقيق صالح الفرد دون اهدار صالح الجماعة ، والتمكين لخير الجماعة ولكن ليس على حساب حقوق الفرد وحرية . أى أن القواعد القانونية ينبغي أن توفر للفرد ما يحتاجه من كيان ذاتى مستقل عن طريق كفالة حرية وتمتعه بحقوقه ، وان توفر للجماعة فى نفس الوقت ما تحتاجه من كيان جماعى متماسك يتضامن فيه الأفراد وتنصهر جهودهم خدمة للصالح العام المشترك بينهم . وبقدر توفيق القواعد القانونية فى تحقيق صالح الفرد وصالح الجماعة والموازنة بينهما بما لا يهدر أحدهما ،

تكون صلاحيتها وقدرتها على اقامة العدل في الجماعة .

ومن هنا تظهر حقيقة العدل الذي ينبغي على القواعد القانونية تحقيقه .  
فليس هو مجرد العدل الخاص الذي يقوم على أساس التكافؤ بين الأفراد  
فيستهدف تحقيق المساواة المطلقة بين أشخاصهم ، فقد رأينا ما يجره مثل  
هذا العدل - وقوى الأفراد متفاوتة أشد التفاوت في الواقع - من تحكم  
الأقوياء في الضعفاء ، واهدار الصالح العام لحساب الصالح الخاص . وليس  
هو مجرد العدل العام الذي يقوم على أساس سيطرة الجماعة على الأفراد  
سيطرة الكل على الجزء فيستهدف تحقيق الصالح العام دون اعتبار للصالح  
الخاص ، فقد رأينا ما يجره مثل هذا العدل من تحكم الدولة وكبت الحريات  
واهدار حقوق الأفراد . وانما هو مزاج بين هذا العدل وذاك ، أى مزاج بين  
ما يجب من تكافؤ الفرد وتساويه مع غيره من الأفراد مساواة مطلقة في  
الحقوق والواجبات ، وبين ما يجب من تسخير الفرد لخدمة الجماعة واخضاعه  
- تبعاً لذلك - لمقتضيات الصالح العام ، مما لا يتحقق به مساواة مطلقة بين  
الأفراد ، وانما مجرد مساواة نسبية تكون العبرة فيها بتساوي القيم التي  
تلحق الأفراد من حيث درجة تحقيقها للصالح العام .

فالتوازن اذن ينبغي أن يتحقق بين العدل الخاص والعدل العام ، بمعنى  
أن يحد كل منهما من التطرف الذي قد يندفع اليه الآخر . فالمساواة المطلقة  
- ان كانت واجبة بين الأفراد - الا أن على الجماعة أن تتدخل للحد مما قد  
تفضي اليه هذه المساواة من اضرار بالصالح العام . والصالح العام - ان كان  
يسمح للجماعة فرض سيطرتها على الأفراد وتسخيرهم لخدمتها مما قد يهدر  
بعض المصالح الخاصة - الا أن سلطة الجماعة في هذا الشأن ليست مطلقة ،  
بل هي مقيدة باحترام مقومات الفرد الأساسية . أى أن الحرية والمساواة بين  
الأفراد انما يحد من اطلاقها وانطلاقها الصالح العام . وسيطرة الجماعة  
وهيمنتها على أعضائها باسم الصالح العام انما تنقيد باحترام حقوق الفرد  
الجوهرية (١) .

(١) في هذا المعنى :

وأيا كان الأمر ، فالاتجاه اليوم في القانون الحديث في كثير من الدول هو الجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي بما يوازن بين العدل الخاص والعدل العام . وان يكن المذهب الاجتماعي هو السائد بصورته المطلقة في بعض الدول التي تنتصر فيها الشيوعية أو الفاشية أو النازية ، حيث يعتبر هو مجرد العدل العام عن طريق تحقيق الصالح العام وحده ، باعتبار أن الفرد ما هو الا كائن اجتماعي لا وجود له الا في الجماعة وبالجماعة ، فلا يتصور له صالح غير صالحها مما يجعله مسخرا في خدمتها . أما المذهب الفردي الذي كان سائدا حتى أواسط القرن الماضي في قوانين أغلب الدول فقد تقلص اليوم ظله بما كان عليه من صورة مطلقة لا تعرف من العدل الا العدل الخاص ، بعد أن تكشفت في العمل أخطاره وأضراره . فدخلت النزعة الاجتماعية في هذه القوانين تكبح جماح الفردية الصارخة وتحد مما يجره العدل الخاص من نتائج ظالمة عن طريق موازنته بالعدل العام .

فالتقنين المدني الفرنسي مثلا الذي ما زال يعمولا به الى اليوم ، صدر في مفتتح القرن الماضي مشبعا بروح المذهب الفردي وقام في أغلب قواعده على أساس العدل الخاص . ولكن القضاء الفرنسي لم يقف مكتوف اليدين أمام إخطار الفردية المطلقة . فما لبث أن أفسح المجال للمذهب الاجتماعي وللمعدل العام يوازن به العدل الخاص ويحد من غلوائه ، حتى غدا التقنين المدني الفرنسي بعد أكثر من قرن ونصف من الزمان من صدوره - بعيدا عن النزعة الفردية المطلقة التي نبت في ظلها .

وكذلك الشأن في القانون المصري : فلقد كان للقضاء المصري جهد مشكور في الحد من النزعة الفردية المطلقة التي ورثها التقنين المدني القديم عن التقنين المدني الفرنسي ، بما أقر من نظريات اجتماعية أصبغة كنهية التنسيف في استعمال الحق . ثم جاء التقنين المدني الحالي صورة من الاعتدال بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، فلا هو يسخر الفرد لخدمة الجماعة

ولا هو يضحى بصالح الجماعة لمصلحة الفرد(١) . وإنما يقيم توازنا بين حقوق الفرد وحرية كما يحتم احترامها العدل الخاص ، وبين حقوق الجماعة وصالحها كما يفرض احترامها العدل العام .

فلئن يكن يعترف بحرية الإرادة وسلطانها في ترتيب الآثار القانونية ، إلا أنه لا يطلق لهذه الحرية العنان ، بل يورد عليها من القيود ما تحتمه رعاية الصالح العام . فإرادة التعاقد مقيدة بالألا تستغل في شخص التعاقد الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا . توصلا الى غبنه وتحميله بالتزامات لا تتعادل البتة مع ما يحصل عليه من فائدة ( م ١٢٩ ) . والإرادة كذلك مقيدة في حالة عقود الأذعان التي يقتصر القبول فيها على تسليم طرف بما يضعه الطرف الآخر من شروط مقررة لا يقبل المناقشة فيها ، كعقود توريد النور والماء والغاز ، فللقاضي - إذا كانت هذه الشروط تعسفية - أن يعدلها أو يعفى الطرف المدعى منها ( م ١٤٩ ) .

ولئن يكن التقنين المدني الحالي كذلك يعترف بالحقوق للأفراد ويكفل تمتعهم بها واستعمالها ، فيحمي بذلك الفرد في أحص مقومات كيانه ، إلا أنه لا يغفل حماية الجماعة من خطر الاستعمال المطلق للحقوق والتعسف فيه ، فيخضع استعمالها لرقابة القضاء ( م ٤ و ٥ ) .

وكذلك فإن هذا التقنين لا يقنع بتطبيق العدل الخاص فيأمر بتنفيذ العقد رغم تغير الظروف ، بل يجيز للقاضي - إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد ، مما يصير معه التنفيذ مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة - أن يرد الالتزام المرهق للمدين الى الحد المقبول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ( م ٢/١٤٧ ) .

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٦٩ .

وكذلك فإن المشرع المصرى عدل عن اطلاق مبدأ سلطان الارادة فى تنظيم عقد العمل وحكم العلاقة بين أصحاب العمل والعمال ، فتدخل فى هذا المجال بتشريعات ونصوص أمرة - يضمها الآن « قانون العمل » و « قانون التأمينات الاجتماعية » - بما يحفظ حقوق العمال ومصالحهم ويمنع استغلال أصحاب العمل لهم .

وكذلك اضطر المشرع المصرى - أمام اشتداد أزمة المساكن ومفالة ملاكها فى الارتفاع بايجاراتها ارتفاعا بالغا - الى التدخل أكثر من مرة لفرض تخفيضات كبيرة لأجرة المساكن ، دون أن يترك مبدأ سلطان الارادة يشل حركته فى هذا المجال ، وهو بذلك يحقق الصالح العام للجماعة ويترك فى نفس الوقت للملاك القدر العادل المشروع من الأجرة .

ثم أتيج لهذا الاتجاه الوسط بين النزعتين المتطرفتين الفردية والاجتماعية أن يستقر ويتأكد أخيرا عندنا فى أحفل المناطق حساسية وأكثر الموضوعات محكا للاختلافات بين النزعتين . فمنذ ما عدت الاشتراكية العربية هى المذهب الرسمى للدولة نشط التشريع فى تحقيق أهدافها من كفالة الصالح العام للجماعة دون اهدار لصالح الفرد أو حقوقه محققا بذلك توازنا عادلا بين النزعة الاجتماعية المتطرفة والنزعة الفردية الصارخة : فقوانين التأمين المختلفة تمكن الدولة من السيطرة على الانتاج وتوجيهه أساسا لصالح الجماعة . ولكن ذلك لا يعنى اهدار حقوق حملة هذه الأسهم ، فالدولة لم تستول عليها مصادرة دون تعويض ، وإنما التزمت بسداد قيمة ما آل إليها منها بموجب سندات اسمية عليها لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤ فى المائة سنويا . وكذلك الشأن فى باقى التشريعات الأخرى التى قررت تخصيص نسبة ٢٥ فى المائة من الأرباح المعدة للتوزيع لموظفى وعمال الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة والاحتفاظ بالباقى أى ٧٥ فى المائة من هذه الأرباح للمساهمين (١) ، وحظرت تعيين أى شخص فى أكثر من وظيفة واحدة سواء فى الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات أو

الجمعيات أو المنشآت الأخرى (١) . فكل هذه التشريعات قد استهدف المشرع من ورائها تحقيق الصالح العام ، وتمكين الدولة من ادارة الاقتصاد وتخطيطه وفق ما يمليه هذا الصالح ، وبالتقريب بين دخول الأفراد تمهيدا لتدوير الفوارق بين الطبقات . وبمحااربة نفوذ واستغلال كبار الملاك والراسماليين والاقطاعيين ، ولكنه كان حريصا فيها على عدم اهدار مصالح وحقوق الأفراد الذين يضارون منها اهدارا كاملا مكتفيا بالحد منها بالقدر الضروري لتحقيق هذا الهدف .

#### ٩٤ - القوانين الوضعية المخالفة لفكرة العدل

إذا كان العدل هو أساس القاعدة القانونية والعنصر الأهم في تكوين جوهرها ، فمقتضى ذلك أن القانون الوضعي ينبغي أن يستلهم في أحكامه مبادئ العدل ، وأن يتقيد بها فيما يقرر من تكاليف ، فلا يجاوز حدودها . ولكن يحدث كثيرا في العمل أن يتضمن القانون الوضعي أحكاما ظالمة تناقض المثل الأعلى للعدل . وهنا تتنازع الأفراد قوتان : قوة الدولة أو قوة الجماعة المادية التي تفرض داعة القانون الوضعي ، وقوة العقل المعنوية التي تفرض طاعة المثل الأعلى للعدل . وبين هاتين القوتين تتوزع وتتراوح آراء الفلاسفة والكتاب والفقهاء (٢) .

فمنهم من يغلب قوة العدل على قوة السلطان ، فيبيح تحدى قوى الدولة فيما تفرضه من قوانين ظالمة ، ويتدرج في ذلك من مجرد العصيان الى الثورة ، وهو ما أخذت به الثورة الفرنسية فيما أعلنته من حقوق الانسان ، إذ اعتبرت بعض دساتيرها حق الثورة على الظلم ومقاومته ضمن هذه الحقوق . ولكن هذا الحل - وان يكن حلا منطقيًا تمليه هيمنة فكرة العدل على القانون الوضعي -

(١) القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦١ .

(٢) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. IV, Nos. 282 - 300. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, notamment Nos. 219 - 237. — Roubier, op. cit., No. 19, pp. 178 - 184. — Duguitt, op. cit., t. III, notamment Nos. 98, 101.

الا أن الاعتراف به كحل قانوني قد يبذر بذور الفوضى في الجماعة ، فيتخذها كل فريق أداة لتحقيق أغراضه وأهوائه لا لتحقيق العدل في ذاته ، كما قد يفرى الأفراد بكثرة الالتجاء اليه مما يضعف سلطان الدولة وهيبتها فيفقد العدل بذلك القوة التي تحرسه وتكفل احترام أحكامه في الجماعة .

من أجل ذلك يتجه الفقه الحديث الى البحث عن حل داخل نطاق النظم القانونية الوضعية نفسها فيضع أمله في القضاء ، وينتظر منه شل القوانين الظالمة عن طريق رقابته لدستوريتها أى البحث في مدى موافقتها للدستور الذى يتضمن عادة كثيرا من مبادئ العدل وقواعده أو على الأقل ينتظر منه الحد من مدى هذه القوانين الظالمة بما يملك من حرية واسعة في التفسير .

\*\*\*

#### ٩٥ - خلاصة هذا الباب

على هذا النحو نكون قد انتهينا من الباب الأول في بيان العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، أو في بيان تكوين القاعدة القانونية من حيث الموضوع . وقد رأينا أن هذا التكوين إنما يرد الى عنصرين اثنين : عنصر الواقع من حقائق الحياة في الجماعة ، وعنصر المثل الأعلى للعدل ، الذى يقوم هذا الواقع ويفرض الواجب فيه . وهذا مذهب يتوسط بين فقه المدرستين المتقابلتين في التطرف في هذا الصدد ، المدرسة الواقعية والمدرسة المثالية .

**فالقاعدة القانونية إذن ينبغي أن ترضى - بما يوافق العدل - ما يكشف عنه الواقع من حاجات الجماعة والأفراد فيها .**



## الباب الثاني

### شكل القاعدة القانونية

#### ٩٦ - تمهيد وتقسيم

تكلّمنا في الباب السابق عن جوهر القاعدة القانونية والعناصر المكونة له . غير أن هذا الجوهر - ككل مادة أولية - يحتاج الى اعطائه الشكل أو التعبير الذي يصلح به في التطبيق العملي . فهو يعرض عاما مبهما ، فيحتاج الى تحديد مضمونه تحديدا عمليا عن طريق الصياغة الفنية الدقيقة . وهو يعرض كذلك مجردا من قوة عملية تلزم الأفراد به وتحملهم جبرا على احترامه ، فيحتاج الى سلطة تفرضه وتعطيه قوة الالزام الايجابية في نطاق العمل ، أي تعطيه صفة القواعد القانونية الوضعية .

من أجل ذلك تقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول - في صياغة القاعدة القانونية .

الفصل الثاني - في اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة في العمل .

# الفصل الأول

## صياغة القاعدة القانونية (١)

### ٩٧ - دور الصياغة وأهميته في تكوين القاعدة القانونية

قلنا ان القاعدة القانونية تتكون أولا كجوهر أو مادة أولية مما يمليه المثل الأعلى للعدل في شأن ما يفصح عنه واقع الحياة الاجتماعية من حاجات مختلفة . فكان الجوهر اذن يحدد الغاية الواجب ادراكها في شأن هذه الحاجات . وهذه الغاية لا بد لها - كى تتحقق - من وسائل وأدوات معينة . هذه الوسائل والأدوات هي أساليب الصناعة أو الصياغة التي تخلق من الجوهر الأولى قاعدة عملية تصلح للتطبيق في الحياة الاجتماعية . ومثلها في صناعة القاعدة القانونية وصياغتها كما يفصح عنها جوهرها كمثل آلات المصانع وعددها التي تمتد الى مادة أولية كالقطن مثلا لتحويله الى ما هو مهماً له من نسيج يصلح للاستهلاك الانساني .

فصناعة القاعدة القانونية وصياغتها اذن عملية ضرورية لترجمة جوهرها الأولى النظرى وتحويله الى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلى في المجتمع الذى توجد لتنظيمه ، عن طريق استعمال وسائل وأدوات معينة كقيلة بهذا التحويل . وبذلك يمكن تعريف الصناعة أو الصياغة القانونية (La technique Juridique) بأنها مجموع الأدوات التي تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العملى اخراجا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها ، أو أنها هي عملية الاخراج الفعلى للقاعدة القانونية بما يحقق الهدف من فرضها .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. III. — Dabin, la technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé, 1935; Théorie générale du droit, Nos. 166 - 198. — Perrot. De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 59 - 63.

والصناعة أو الصياغة القانونية على هذا النحو عنصر هام من عناصر تكوين القاعدة القانونية ، فهي التي تعطى لها الشكل العملي أى الشكل الذى تصلح للتطبيق به فى نطاق العمل . ومن هنا يتوقف على الدقة فى الصياغة القانونية ونخير أدواتها ، جانب كبير من نجاح القاعدة القانونية وتوفيقها . فبمن تودى مثل هذه الصياغة القرض منها الا اذا اخيرت أدواتها اختيارا يضمن - على أفضل وجه وأحسنه - التحقيق العملي للجوهر الاولى للقاعدة القانونية . ذلك أن الصياغة لا يعمد اليها الا للتعبير تعبيرا فنيا عمليا عن هذا الجوهر ، فهي اذن مسخرة فى خدمته وبما يحقق غايته .  
وسنعرض فيما يلى لأنواع الصياغة القانونية ثم لطرقتها المختلفة .

### المبحث الأول

#### أنواع الصياغة القانونية

#### ٩٨ - تمهيد

إذا كانت الصياغة تعمد الى تحديد مضمون القاعدة القانونية تحديدا عمليا ، فانها تتراوح بهذا التحديد تراوحا كبيرا بين الاحكام الصارم وبين الاسلاس المرن . فهي قد تحدد هذا المضمون تحديدا جامدا محكما يربط القاضى ويقيده تقييدا صارما ، وهي قد ترخص فى تحديد هذا المضمون ترخصا يترك للقاضى حرية واسعة وسلطانا كبيرا فى التقدير والتطبيق . فالصياغة القانونية اذن نوعان : صياغة جامدة rigide ، وصياغة مرنة souple . فنعرض على التوالى لكل من هذين النوعين .

#### ٩٩ - الصياغة الجامدة

تواجه هذه الصياغة فرضا معيننا تعطيه حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت القرض . ولذلك فهي تحقق

ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة الى الوقائع الخاضعة لها أو الحل المطبق عليها . ومن هنا يكون عمل القاضى ، الذى يدعى الى تطبيق قاعدة قانونية ذات صياغة جامدة ، عملا شبه آلى . اذ تقيده هذه الصياغة بتحديد الصارم المحكم تقييدا لا يستطيع معه الا أن يتثبت من حصول الوقائع التى تدرج تحت ما تتضمنه القاعدة من فرض معين ، وحينئذ لا يملك الا أن يعطيها الحل الثابت الذى تتضمنه هذه القاعدة .

فالقواعد التى تحدد مواعيد الطعن فى الأحكام ، بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر ، قواعد تصاغ صياغة جامدة مقيدة للقاضى ، اذ بفوات الميعاد المحدد لا يملك القاضى الا الحكم بعدم قبول الطعن المرفوع بعد الميعاد . وكذلك تبدو الصياغة القانونية الجامدة فى القاعدة التى تقضى بأن كل شخص جاوز الحادية والعشرين سنة ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ( م ٤٤ مدنى ) ، وفى القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز الانتفاق على البقاء فى الشيوع ومنع قسمة الشيء الشائع لمدة تجاوز خمس سنوات ( م ٨٣٤ مدنى ) .

#### ١٠٠ - الصياغة المرنة

لا تعطى هذه الصياغة للقاعدة القانونية صفة ثابتة محددة وانما تعطىها نوعا من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة تسع به - عند التطبيق - لادخال الملابس الخاصة بكل حالة فردية فى الاعتبار . فهى اذن لا تضع للقاعدة القانونية حلا ثابتا واحدا لا يتغير بتغير الحالات التى تدرج تحت الفرض الذى تواجهه ، وانما تقنع باعطاء القاضى معيارا متوسطا للسلوك يستهدى به فيما يعرض عليه من أفضية ، فيقوم بموافقته على خصوصيات كل حالة أو قضية تعرض أمامه مما يمكنه من تنويع الحلول والتفاوت بها بتفاوت الحالات وتفاوت ظروفها وملابساتها . وبذلك تبسط الصياغة المرنة للقاضى فى حرية التطبيق ، فتمنحه - بما ترسم من موجه عام - سلطة تقديرية واسعة .

ومن أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التى تخول للجار الرجوع على جاره بطلب ازالة ما يسببه له الجار من مضر تتجاوز الحد المألوف أو التعويض

عنها ( م ٢/٨٠٧ مدني ) . فصل هذه الصياغة لا تقيد القاضي بقاعدة جامدة ثابتة في شأن أضرار الجوار بل تترك له حرية واسعة في تقدير هذه الأضرار مستهديا بما ترسمه من موجه عام ومعيار مرن هو معيار المضار المألوفة في الجوار . فيستطيع بذلك مطابقة مثل هذا المعيار المرن على خصوصيات كل حالة فردية من حالات النزاع الناشئ عن الجوار معتدا في ذلك بالظروف والملابسات الخاصة كطبيعة العقارات وموقعها والغرض المخصصة له . وقد مكنت مرونة هذا المعيار القضاء من مواجهة ما استتبعه التقدم الصناعي في العصر الحديث من أنواع جديدة من المضار غير المألوفة للجوار واعطائها ما يناسبها من حلول (١) .

وكذلك تعتبر من أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التي تجيز للدواهب الالتجاء الى القضاء طالبا الترخيص له في الرجوع في الهبة متى كان يستند الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع ( م ٢/٥٠٠ مدني ) . فمعيار العذر المقبول الذي ترسمه هذه القاعدة معيار مرن كل المرونة ، يتيح للقاضي الكشف عما يعتبر عذرا مقبولا بالنسبة لكل حالة على حدةها أخذا بالظروف والملابسات الخاصة المحيطة بها .

وكذلك فمعيار الباعث المشروع ومعيار المدة المعقولة اللذان يقاس بهما صحة ما قد تتضمنه العقود أو الوصايا من شروط منح التصرف في الأموال ( م ٨٢٢ مدني ) من أمثلة الصياغة التي تمكن القاضي من تقدير صحة مثل هذه الشروط حسب ظروف كل حالة وملابستها .

#### ١٠١ - مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة

الواقع أن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية لا تحقق الا فكرة العدل المجرد ، لأنها لا تواجه الا فرضا مجردا ، فلا تملك بالتبعية الا اعطاء حلا مجردا . فصل هذه الصياغة لا تدخل في اعتبارها ما يميز كل حالة فردية من خصوصيات ، وانما تجمع الحالات الفردية التي تندرج تحت فرض معين في

(١) راجع في ذلك كتابنا « الحقوق العينية الأصلية ، أحكام حق الملكية » ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ ، فقرة ٩٩ ، ص ٢٢٥ وما بعدها .

نموذج واحد مجرد رغم اختلاف هذه الحالات في الظروف والملابسات ، وتعطى لهذا النموذج حلا واحدا يصدق على كل ما يندرج تحته من حالات فردية مختلفة . فالقاعدة التي تحدد كمال الأهلية ببلوغ الشخص سن الحادية والعشرين ، إنما تحقق عدلا مجردا ، لأنها تحدد نفس السن لكل الافراد دون اعتداد باختلافهم وبقوتهم في درجة النضج والقدرة على مباشرة هذه الحقوق ، فمنهم من يتقدم به الرشد الحقيقي عن السن المقررة ، ومنهم من يتأخر به هذا الرشد عن تلك السن . ولئن تكن للصياغة الجامدة من ميزة . فهي أن مثل هذا العدل المجرد الذي تستهدفه يحقق الثبات والاستقرار والأمن في المجتمع .

أما الصياغة المرنة فتستهدف تحقيق العدل الفعلي أو الواقعي ، دون أن تقنع بتحقيق العدل المجرد ، فإنها - بما تضع من موجه عام أو معيار مرن - تمكن القاضي من تكييف هذا الموجه أو مطابقة هذا المعيار على خصوصيات كل حالة توصلنا الى اعطائها الحل المناسب لها . أي أن الصياغة المرنة لا تحقق العدل بالنسبة الى نموذج مجرد كما تفعل الصياغة الجامدة وإنما تحققه بالنسبة الى حالات واقعية مختلفة . ومن هنا كان العدل الذي تحققه الصياغة الجامدة عدلا متوحدا لا يختلف باختلاف الحالات الفردية المدرجة تحت النموذج المجرد ، وكان العدل الذي تحققه الصياغة المرنة عدلا متفاوتا بتفاوت الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . وبذلك يمكن القول بأن الصياغة الجامدة إنما هي وسيلة لتحقيق العدل "La Justice" بينما الصياغة المرنة هي إحدى وسائل تحقيق العدالة "L'équité" (١) .

(١) يختلف « العدل » عن « العدالة » . ذلك أنه رغم قيامهما على مبدأ المساواة في معاملة المخاطبين بأحكام القانون ، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل هي مساواة جامدة مجردة تبنى على أساس الوضع الغالب في الحياة دون اعتداد بتفاوت الظروف أو اختلاف الجزئيات في الحالات التماثلية . بينما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة هي مساواة مجسدة واقعية تقوم على أساس التماثل في المعاملة للحالات التماثلية إذا تماثلت كذلك هذه الحالات في ظروفها الخاصة وجزئياتها الواقعية .

والأصل أن القانون يستهدف تحقيق العدل ، ولا يستهدف تحقيق العدالة إلا استثناء . ولذلك فهو حين يعمد مثلا الى تحديد سن الرشد ، لا يترك الأمر الى القضاء ، ينظر في كل حال بخصوصها ليحدد سن الرشد على ضوء ظروفها ، وان يكن في ذلك تحقيق للعدالة نظرا الى =

فالصياغة المرنة في بعض قواعد العقوبات تمكن القاضى من تحقيق العدالة : فعدم تحديد العقوبة بقدر ثابت وحصرها بين حدين ، حد أقصى وحد أدنى ، يمكن القاضى من التراوح بالعقوبة بين هذين الحدين حسب ما تمليه ظروف كل حالة . واجازة تخفيض العقوبة اذا وجدت ظروف أو أعذار مخففة ، تمكن القاضى من النزول بالعقوبة والتدرج فى هذا النزول حسب ما تمليه ظروف كل حالة من ضرورة استعمال الرأفة . وكذلك فالصياغة المرنة تمكن القاضى من مراعاة العدالة فى شأن أضرار الجوار ، اذ يستطيع مطابقة معيار « الاضرار المألوفة » على ما يعرض أمامه من حالات ، وتحديد الأضرار التى تجاوز المألوف فى كل حالة تبعا للظروف الخاصة بها ، والحكم فى كل حالة بما يناسبها من الامر بازالة الضرر الجاوز للمألوف أو التعويض عن ضرورة تحمله بمبلغ من المال . وكذلك تمكن الصياغة المرنة القاضى من تقدير ما يحيط بكل واهب يطلب الرجوع فى الهبة من ظروف خاصة تبرر هذا الرجوع فتعتبر من قبيل « العذر المقبول » .

وفى كل هذه الحالات حيث تمكن الصياغة المرنة من تحقيق العدل الواقعى أو العدالة دون الوقوف عند تحقيق العدل المجرد ، تكون للقاعدة القانونية المرنة اذن قدرة على مسايرة التطور الاجتماعى ومواجهة ما يطرأ من وقائع وحالات جديدة (١) ، بخلاف القاعدة القانونية الجامدة التى تكفى بتحقيق العدل المجرد ، فتجمد عن متابعة التطور الاجتماعى قانعة بتحقيق الثبات والاستقرار .

---

تفاوت الناس فى النضج العقلى وتأخر تمامه عند بعض وتبكيره عند بعض آخر ، ولكن القانون يكتفى بإنعاش توازن بين هؤلاء الناس المتفاوتين فى النضج العقلى على أساس الوضع الشائع فيهم ومتوسط سن هذا النضج بينهم ، فيحدد الإرشاد بسن الثامنة عشرة كما يفعل بعض المشرعين أو بسن الحادية والعشرين كما يفعل المشرع المصرى . وليس يخفى ما قد يكون فى هذا التحديد الجامد العام من ظلم على بعض الناس سريعى النضج العقلى ، أو ما قد يكون فيه من محاباة لبعض آخر بطيء هذا النضج ، ولكنه رغم ذلك عدل يقتضيه تحقيق النظام والاستقرار فى الجماعة ( انظر كتابنا « أصول القانون » فقرة ١١ ، ص ٣٠ و ٣١ ) .

(١) قد يأخذ على الصياغة المرنة بعض خصومها أنها - بما تترك للقاضى من سلطة واسعة فى التقدير - لا تثبت أن تقوده الى التحكم ، مما ينعذر معه اشاعة ما يجب من أمن واستقرار =

وأيا كان الرأي فى المفاضلة بين الصياغتين : الجامدة والمرنة ، فالثابت أن القانون محتاج اليهما معا حاجة المجتمع الى الاستقرار والتطور على السواء . فكل من الصياغتين يحقق احدى هاتين الغايتين على حساب الغاية الأخرى . فالصياغة الجامدة - ان كانت تحقق الاستقرار - الا أنها تضطر الى تحقيقه على حساب التطور ، فتجمد بالقاعدة القانونية عن مواجهة ما يجد من حالات ، وتقنع بتحقيق عدل مجرد يواجه أوضاعا مجردة دون اعتبار للظروف والملابسات الخاصة . والصياغة المرنة - ان كانت تؤهل القاعدة القانونية للتكيف وفق الظروف الخاصة ومسايرة التطور الاجتماعى - الا أن ذلك يتم على حساب الاخلال بالاستقرار والأمن فى المعاملات .

فالحاجة اذن مزدوجة الى الصياغة الجامدة والصياغة المرنة على السواء . ولكن مجال الصياغة الجامدة ما زال أفسح وأرحب من مجال الصياغة المرنة . اذ ما زالت اعتبارات الاستقرار فى المجتمع غالبية على اعتبارات التطور به ، بحيث يمكن القول ان القاعدة الجامدة (règle rigide) هى نموذج القواعد القانونية فى الأصل ، أما القاعدة المرنة أو المعيارية (standard) فمجرد استثناء يلجأ اليه فى الحالات التى يستعصى الأمر فيها على التحديد الثابت الجامد ازاء ما هى عليه من تطور مستمر وتفاوت واضح فى الظروف والملابسات الخاصة .

وفى القانون المصرى ، ما زالت الغلبة للقواعد الجامدة على انقواعد المرنة أو المعيارية . وان يكن التقنين المدنى الحالى قد أفسح المجال لبعض قواعد معيارية يستهدى بها القاضى فى التفاوت بالحلول حسب التفاوت فى الظروف والملابسات المحيطة بالقضايا المرفوعة أمامه . فمن ذلك - فضلا عما سبق بيانه من معيار « العذر المقبول » فى الرجوع فى الهبة ، ومعيار « المضار

---

= فى المعاملات . غير أن هذا الخوف من تحكم القضاء ، ليس ثم ما يبرره . فالقضاء قد أثبت دائما - وهو الأمين على تطبيق القانون - أنه يزن أحكامه بميزان دقيق يملو على كل مظنة أو تحكم . فضلا عن أن وجود محكمة النقض - وهى الرقابة على صحة تطبيق المحاكم للقانون - كقيل بتوحيد اتجاه المحاكم توحيدا يقوم على القصد والاعتدال فى استتصال ما تمنحها الصياغة المرنة من سلطة تقديرية واسعة .



المالوفة في الحوار » . ومعيار « الباعث المشرح » و « المدة المقولة » في شأن الشروط المانعة من التصرف - معايير أخرى من أهمها معيار « الفسوط الجوهري » ( م ١٢٠ مدني ) ، ومعيار « التدليس الجسيم » ( م ١٢٥ مدني ) . ومعيار « الرهبة القائمة على أساس » ( م ١٢٧ مدني ) ، في الوقوف على ما يشوب الارادة من عيب يحيز ابطال العقد . وكذلك معيار « اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين » ومعيار « استفلال الطيش البين او الهوى الجامح » ، لابطال العقد او انقاص التزامات من وقع عليه الاستفلال ( م ١٢٩ مدني ) . وكذلك معيار « الظروف الاستثنائية العامة غير المتوقعة » ومعيار « التنفيذ المرهق » لتعديل العقد ورد الالتزام المرهق الى الحد المقبول ( م ٢/١٤٧ مدني ) .

باعت بالعدل

تواظف على بقاء

أحد المتعاقدين

في معيار « الباعث المشرح » ، فإن المشرع قد أخذ في الاعتبار أن المدة المقولة في العقد يجب أن تكون مبنية على تقدير العقل والمنطق ، ولا يجوز أن تكون مبنية على تقدير العاطفة أو المشاعر .

( الاستفلال ) ( م ١٢٥ مدني )

في معيار « الرهبة القائمة على أساس » ، فإن المشرع قد أخذ في الاعتبار أن الرهبة يجب أن تكون قائمة على أساس منطقي ، ولا يجوز أن تكون قائمة على أساس عاطفي .

في معيار « الظروف الاستثنائية العامة غير المتوقعة » ، فإن المشرع قد أخذ في الاعتبار أن الظروف الاستثنائية يجب أن تكون عامة ، ولا يجوز أن تكون خاصة .

## المبحث الثاني

### طرق الصياغة القانونية

فلما ان الصناعة أو الصياغة القانونية هي مجموع الأدوات أو الطرق التي تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العملي اخرجنا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها . وناخذ الآن في بيان هذه الأدوات والطرق التي يقسمها الفقه الى طرق مادية وطرق معنوية .

#### المطلب الأول

#### الطرق المادية

#### Les procédés matériels

يقصد بالطرق المادية للصياغة القانونية تلك الأدوات التي تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيرا ماديا مجسما في مظهر خارجي . وسوف نجتزئ في بيان هذه الطرق المادية بالإشارة الى الطريقتين التاليتين .

#### ١٠٢ - إحلل الكم محل الكيف (١) :

يقصد بطريقة « إحلل الكم محل الكيف ، Substitution du quantitatif au qualitatif اعطاء القاعدة القانونية تحديدا محكما بالتعبير عن مضمونها برقم معين ، مما يجعل تطبيقها آليا ، لا يفسح المجال عادة لتحكم من جانب القاضى . فالمعنى الذي يتضمنه جوهر القاعدة القانونية كيفا معنويا يصاغ اذن صياغة كمية أو رقمية ، تحده في العمل تحديدا ثابتا لا تأويل فيه ولا ابهام ، مما يمنع الخلاف بشأنه ويسر أمر فهمه وتطبيقه على السواء .

(١) راجع في ذلك :

ولعل أكبر مثل على هذا النوع المادى من الصياغة القانونية هو تحديد أهلية مباشرة الحقوق المدنية بسن معينة . ذلك أن جوهر القاعدة القانونية فى هذا الشأن ، هو اناطة الأهلية بتمام التمييز ورجحان العقل ، وهو ما لا يصلح بداته للتطبيق العملى الحاسم . فالوقوف على التمييز والعقل لتحديد الأهلية ، لا يتأتى - والأفراد متفاوتون فى ذلك أشد التفاوت - الا بترك الأمر الى القاضى ، يتفحص كل فرد من الأفراد على حدة ليعين له أهليته تبعاً لدرجة نضوجه العقلى . وليس يحتاج الأمر الى بيان ما قد يحره ذلك من تحكم القضاء ، فضلاً عن أنه يخلق مصدراً للمنازعات لا ينضب ، مما يضيع كثيراً من الوقت والجهد والمال . من أجل ذلك كان من الحتم ترجمة تمام التمييز أو رجحان العقل ، وهو معنى كفى ، ترجمة عملية يسيرة الفهم والتطبيق ، وهل ثم ترجمة عملية لهذا المعنى خير من تحديده بسن معينة هى السن التى يتم عندها رشد الفرد العادى ؟ . وهذا هو ما اتبعه المشرع المصرى حين نص فى التقنين المدنى على أن « سن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » ( م ٢/٤٤ ) .

ومن قبيل ذلك أيضاً تحديد أهلية مباشرة الحقوق السياسية : فتحدد أهلية الانتخاب مثلاً بسن معينة قد تزيد أو تنقص عن سن الرشد المدنى . وتحدد أهلية الترشيح لعضوية المجالس النيابية بسن معينة ، أو بتوافر نصاب مالى معين فى المرشح كحد أدنى لدخله أو للضريبة التى يدفعها سنوياً .

وكذلك فمن أمثلة احلال الكم محل الكيف تحديد أنصبة الورثة بنسب معينة ، تراعى فى قدرها درجة القرابة الى المتوفى . وتحديد مدى حق الايضاء بنسبة معينة من التركة هى الثلث . وتحديد الضمن فى بيع عقار غير ذى الأهلية بما يزيد على خمس ثمن المثل ( م ٤٢٥ مدنى ) . وتحديد الربا الفاحش بما يزيد على سبعة فى المائة ( م ٢٢٧ مدنى ) . وتحديد التقادم المسقط والمكسب بخمس عشرة سنة كقاعدة عامة ( م ٣٧٤ و ٩٦٨ مدنى ) .

وقد يكون من قبيل احلال الكم محل الكيف رد جوهر القاعدة القانونية الى عدد محدود من الحالات ، أى صياغته صياغة تحصره وتمدده بما لا يدع

مجالا لمجاوزة الحصر والتعدد . ومن أمثلة ذلك النص الذي يحدد الديون الممتازة التي يكون لها أفضلية في الوفاء على سائر الديون الأخرى تحديدا على سبيل الحصر ( م ١١٣٨ وما بعدها مدني ) . والنص الذي يثبت الحق في الشفعة لأشخاص يعدهم عدا بما يتوافر فيهم من صفات معينة ( م ٩٢٦ مدني ) .

### ١٠٣ - الشكليات (١)

يقصد بذلك المظاهر الخارجية التي يفرض على الأفراد اتباعها في تصرفاتهم لا يمكن ترتيب آثار قانونية معينة . وبذلك ينضاف إلى العنصر الداخلي عنصر خارجي يؤكد وجوده ويضمن مفعوله في نطاق القانون . ويقصد باشتراط هذه الأشكال وتلك المظاهر الخارجية ، أما التنبيه إلى خطورة بعض التصرفات ، وأما تيسير اثباتها من بعد ، وأما إمكان الاحتجاج بها على الغير .

أما الشكل الذي يقصد منه التنبيه إلى خطورة بعض التصرفات ، فهو عادة الرسمية أي إفراغ التصرفات في كتابة رسمية تتم على يد موظف رسمي طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه . ولئن كانت القاعدة العامة في القانون الحديث اليوم هي مبدأ الرضائية أي الاكتفاء بحصول التراضي بين المتعاقدين لانعقاد العقد والالزم به - خلافا لما كان قائما في القانون الروماني من قبل - إلا أن من التصرفات ذات الخطر والأثر الضخم ما يقتضى التنبيه إليها والتعسير على من يريد إبرامها - باشتراط حصول تحريرها بواسطة موظف رسمي مختص - ليتدبر أمرها ويبصر بمخاطرها ، فلا يقدم عليها إلا عن روية وبصيرة . ومن قبيل ذلك ما تشترطه المادة ٤٨٨ من التقنين المدني المصري من أن تكون هبة العقار بورقة رسمية والا وقعت باطلة . وما تشترطه المادة ١٠٣١ من نفس التقنين من رسمية الرهن التأميني أو الرسمي الذي يرد على عقار . وتنبغي الإشارة إلى أن الرسمية هنا شرط لانعقاد التصرف لا لاثباته . بحيث إذا لم تتم هبة العقار بورقة رسمية وقعت

(١) راجع في ذلك :

باطلة . واذن هو الرهن الرسمي بورقه عرفية وهو باطل منعدم لا سرب عليه آثاره القانونية .

ومن قبيل الاشكال التي يقصد منها التنبيه الى خطورة التصرف - غير الشكل الرسمي - اشتراط الحصول على اذن معين لمباشرة بعض التصرفات ، كبعض التصرفات المحددة التي لا يجوز للوصى مباشرتها الا باذن المحكمة حماية لاموال القاصر .

وأما الشكل الذي يقصد منه تيسير اثبات التصرفات معا لكثرة المناقضات بشأنها ، فهو عادة الكتابة . ومن ذلك ما ينص عليه المشرع المصري من أن يكون الاثبات عن طريق الكتابة في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني يزيد قيمته على مائة جنيه ، وأما ما لا يزيد قيمته على ذلك فيصح اثباته بشهادة الشهود أى بالبينة ( م ٦٠ من قانون الاثبات ، معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ )<sup>(١)</sup>.

فالمقصود هنا هو التفرقة بين التصرفات النافذة القيمة ، وبين التصرفات التي تكون على جانب من القيمة المالية ، ولا حرج من الترخص في اثبات الأولى ولو عن طريق الشهادة ، أما الثانية فالمصححة تقضى باشتراط الكتابة بشأنها . فان لم تقم كتابتها فليس يمنع ذلك من انعقادها صحيحة ، وان قام عدم الكتابة عقبة في سبيل اثباتها . فالكتابة اذن شرط لاثبات هذه التصرفات لا شرط لانعقادها .

وأما الشكل الذي يقصد منه امكان الاحتجاج ببعض التصرفات في مواجهة الغير ، فمن أمثلته ما يقضى به المشرع المصري من أنه « تعتبر الشركة ( المدنية ) بمجرد تكونها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقررها القانون » ( م ١/٥٠٦ مدني ) ، وما ينص عليه من أنه لا يكون الرهن الرسمي نافذا في حق الغير الا اذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا

(١) رفع قانون الاثبات في البداية نصاب الاثبات بالكتابة الى ما يزيد على عشرين جنيها بمد أن كان اصلا ما يزيد على عشرة جنيهات ( م ٤٠٠ مدني ) ، وذلك نظرا لانخفاض القوة الشرائية للنقود. ثم رفع المشرع أخيرا هذا النصاب الى ما يزيد على مائة جنيه ( القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ) .

على العقار ( م ١٠٥٣ مدني ) . ففي هذه الحالات جميعا ، لا يكفي انعقاد التصرف فيما بين أطرافه لتنفاذه في حق الغير ، إذ يلزم لهذا النفاذ اتخاذ الشكل المطلوب . فالشكل في هذه الحالات إنما يقصد به حماية الغير عن طريق اعلامه بالتصرف القانوني الذي لم يكن طرفا فيه ، بحيث يكون لهذا الغير - عند تخلف الشكل - تجاهل التصرف رغم توافر عناصر تكوينه أو انعقاده القانوني .

## المطلب الثاني

### الطرق المعنوية

#### Les procédés intellectuels

يقصد بالطرق المعنوية للصياغة القانونية الدلالة على ما قد يلجأ اليه من عمل ذهني بحث في سبيل اخراج القاعدة القانونية اخراجا عمليا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها ، فهي اذن طريقة منطقية محض من صنع الذهن . وسوف نجتزئ في بيان هذه الطرق بالاشارة الى طريقتين اثنتين هامتين منها هي : القرائن القانونية والافتراض أو الحيل القانونية .

#### ١٠٤ - القرائن القانونية(١)

يقصد بالقرائن القانونية *Les présomptions légales ou de droit* أخذ أمر مشكوك فيه - ولكنه محتمل تبعا للغالب والمألوف في العمل - على أنه أمر مؤكد ، أي تحويل الشك في شأنه الى يقين واخراج القاعدة القانونية على هذا الأساس . ذلك أن ما تحكمه القواعد القانونية من أوضاع قد يحوطه

(١) راجع في ذلك خاصة :

Gény, op. cit., t. III, Nos. 230 - 239. — Decottignies, Les présomptions en droit privé, 1950. — Dalloz, Répertoire de droit civil, t. IV, Nos. 61, 215, 245.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، فقرات ٣٢١ - ٣٤٠ . - عبد المنعم فرج الصده ، الاثبات في المواد المدنية ، ط ٢ ، ١٩٥٤ .  
فقرات ٢٢٤ - ٢٢٢ .

شك أو غموض يستعصى على الجلاء . ولما كان التحقيق العملي للقانون ولفكرة العدل التي يستهدفها يتطلب دقة واحكاما واستقرارا معيننا ، فان هذا قد يدفع القانون دفعا الى تحويل الشك الى يقين عن طريق اقامة قرينة قانونية . فالقرينة القانونية اذن عملية ذهنية ندخض في تبديد الشك والاختلاط الذي يحيط بعض المراكز والتصويرات القانونية بتأكيد حاسم يبنى على المعنى الاكثر موافقة للمراجع والمألوف في العمل (١) .

وإذا كان المجال الاصلى للقوانين القانونية هو مجال الاثبات ، أي مجال القواعد القانونية المتعلقة باثبات الحق . فان الحاجة اليها قائمة كذلك في مجال القواعد القانونية الموضوعية أي المتعلقة بموضوع الحق لا باثباته .

### ( ١ ) القرائن القانونية في مجال الاثبات :

المجال الاصلى للقوانين القانونية هو مجال الاثبات . فحيث يتعلق الامر باثبات مراكز واقعية تمهيدا لتطبيق القانون عليها من بعد ، ويكون هذا الاثبات مستحيلا أو مستعصيا ، يعدل القانون عن التكليف به ، مكتفيا باعتبار المألوف والغالب في العمل في شأن هذه الاوضاع هو الواقع الحاصل ، فيعتد به ويعتبره ثابتا بذاته دون عناء اقامة الدليل عليه . فالشك في أمر وضع من الاوضاع لتعذر اثباته أو استحالة ، يتحول اذن الى يقين عن طريق عمل ذهني يأخذ الغالب في العمل أمانة وقرينة تصدق على كل حالات هذا الوضع . وبذلك يتوصل القانون الى تحقيق الطمأنينة والامن والاستقرار في المجتمع ، اذ لو ترك الأمر للاثبات المادى العادى المباشر - وهو متعذر في مثل هذه الاوضاع أو مستحيل - لكثرت المنازعات والادعاء بالباطل ولدخل التحكم احكام القضاء .

ومن أمثلة هذه القرائن القانونية قرينة الزوجية على ثبوت نسب المولود من زوج الوالدة ، اذ ما دام الحمل قد حصل وقت الزوجية فيفترض أن الولد ابن الزوج . فالولد اذن ثمرة الزوجية ونتاجها ، أو كما ورد في حديث

الرسول عليه السلام « الولد للفراش » . ذلك أن اثبات نسب المولود للزوجة من زوجها أمر عسير أو مستحيل ، فلا يتصور التكليف به . ولما كان الغالب في العمل هو أن الزوجة مقصورة على زوجها فلا تتصل اتصالا جنسيا الا به ولا تلد بالتبعية الا منه ، فيعمم هذا الغالب ويحمل عدم التثبت من أبوة الزوج بدليل مادي مباشر محمل اليقين ، فيعتبر أن المولود من حمل حدث وقت الزوجية (١) هو ابنه .

ومن أمثلة هذه القرائن كذلك قرينة اعتبار المفقود ميتا متى غلب على الظن هلاكه (٢) . فهذه القرينة مثل من أمثلة الصياغة القانونية الضرورية لمواجهة حالة استثنائية لا يمكن القطع فيها بدليل أو بينة على وفاة المفقود أو حياته . إذ المصلحة تقضى - في الحالات التي يغلب فيها هلاكه - باعتباره ميتا لتصفية ما هو معلق من حقوقه والتزاماته . فما دام يغلب هلاك المفقود ، وما دام اثبات وفاته أمرا متعذرا أو مستحيلا ، فلا حرج من اتخاذ حكم ما يغلب من هلاكه ، أمانة على تحققه وقرينة على وفاته .

ومن هذه القرائن القانونية كذلك ، اعتبار ارتكاب القاصر عملا غير مشروع قرينة على خطأ من يتولى رقابته كالأب أو الوصى بتقصيره في أداء ما يقع عليه من واجب الرقابة ( م ١٧٣ مدني ) ، واعتبار أن الضرر الحادث من الحيوان أو من انهدام البناء أو من الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة قرينة على خطأ من يتولى حراستها وتقصيره في القيام بهذه الحراسة ( م ١٧٦ و ١٧٧ و ١٧٨ مدني ) ، واعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ( م ٥٨٧ مدني ) .

---

(١) يعنى القانون كذلك باقامة قرائن قانونية على اعتبار الحمل حادثا وقت الزوجية بتحديد حد أدنى له من وقت انعقاد الزواج وحد أقصى له من وقت انحلال الزواج . وقد حدد المشرع المصري الحد الأدنى بستة أشهر والحد الأقصى سنة لا أنظر في ذلك : عبد الوهاب خلاف . أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ١٩٣٨ ، ص ١٨٦ و ١٨٧ . - عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ١٩٥٦ ، ص ٤١٠ و ٤١١ . - وكتابنا أصول القانون ، فقرة ٣٧٥ ، ص ٧٢١ ) .

(٢) أنظر لاحقا ما سيورد في شأن أحكام المفقود عند التعرض لنهاية شخصية الإنسان أو الشخص الطبيعي .



وفي كل هذه القرائن وأمثالها يعفى القانون من تقررت القرينة لمصلحته من عبء اثبات ما تقرره (١) . اذ هذا الاثبات متضمن في ذات القرينة ، ولذلك يقرر المشروع المصرى أن « القرينة القانونية تفنى من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات . » ( م ٩٩ من قانون الاثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ) .

ولكن لما كانت القرائن القانونية مبنية على الغالب الراجح فى العمل بحيث لا تصل الى يقين مؤكد يرتفع بها عن كل مظنة أو خلاف ، يجب أن يترك الباب مفتوحا فى الأصل أمام ما قد يتخلف أو يشذ من حالات عن حكم هذا الغالب ، بحيث يصبح من الجائز اقامة الدليل على هذا التخلف أو الشذوذ ونقض القرينة المقاومة فى شأنها بالتالى . ولذلك كان المبدأ أن القرائن القانونية قرائن بسيطة تقبل اثبات العكس (٢) . ولكن هذا لا يمنع من أن يقرر استثناء ولا اعتبارات خاصة الخروج على هذا المبدأ واعتبار بعض القرائن القانونية قرائن قاطعة لا يجوز اثبات عكس ما تقضى به (٣) . وهذا ما تعنيه

(١) ولكن يبقى واقعا على عاتق من تقررت القرينة لمصلحته اقامة الدليل على توافر الشروط، التى يتطلبها القانون لقيامها . فيجب مثلا اثبات الزواج وولادة المولود للزوجة من حمل حاد ووقت الزوجية لاعتبار المولود ابنا للزوج ، بمقتضى القرينة القائمة دون حاجة الى اثبات هذا النسب . ويجب اثبات غيبة المفقود فى ظروف يغلب فيها هلاكه للحكم بوفاته دون حاجة الى اقامة الدليل على هذه الوفاة . ويجب اثبات خطأ القاصر ، لاعتبار متولى رقبته مقصرا فى الرقابة دون حاجة الى اثبات تقصيره . ( انظر كتابنا اصول القانون ، فقرة ١١٠ ، ص ٢٤٩ و ٢٤٢ ) . وهكذا الشأن فى باقى القرائن الأخرى .

(٢) فيجوز مثلا نقض قرينة اعتبار المفقود ميتا باثبات عودة المفقود أو استمرار حياته ، ونقض قرينة خطأ متولى رقابة القاصر باثبات قيامه بواجب الرقابة بما ينبى من حطة وعناية . والأصل أن مثل هذا الاثبات يخضع للقواعد العامة ، الا أن يستلزم المشرع طريقا مميئا خاصا لنقض القرينة واثبات عكس ما تقضى به ، فلا يجوز سلوك طريق غيره لنقضها ، ومن قبيل ذلك ، الطريق الخاص المقرر فى الشريعة الاسلامية لنقض قرينة « الولد للفراس » وهو طريق اللعان ( انظر فى تفصيل هذا الطريق وشروطه : عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ ) . عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤١١ - ٤١٤ ) ، وطريق الطعن بالتزوير لدحض قرينة حجية السند الرسمى بما دون فيه من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقتت من ذوى الشأن فى حضوره ( م ١١ من قانون الاثبات الجديد ) .

(٣) ومع ذلك ، فمن المتفق عليه أن القرائن القانونية القاطمة يمكن حطها ولكن بالافراد أو البنى ( انظر : Nos. 55 - 58 Decottignies, thèse prérîtée, Nos. 55 - 58 - عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٢ ) .

المادة ٩٩ من قانون الاثبات الجديد سألقة الذكر بقولها أنه « ٠٠٠ يجوز نقض ٠٠٠ القرينة بالدليل العكسي ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .  
ومن قبيل القرائن القاطعة الاستثنائية ما يقيمه القانون من قرينة على خطأ حارس الحيوان أو الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ( م ١٧٦ و ١٧٨ مدني ) (١) .

وغني عن البيان أن القرائن القانونية في مجال الاثبات تفتقر عن نوع آخر من القرائن يسمى **القرائن القضائية** . فالقرائن القانونية طريقة معنوية لصياغة القاعدة القانونية ، أي أن اقامتها إنما تكون في مرحلة تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك تكون من صنع المشرع أو القانون الوضعي بوجه عام (٢) .  
أما القرائن القضائية فهي من صنع القاضي ، مما يفترض أن اقامتها أو استخلاصها يكون في مرحلة تطبيق القاعدة القانونية لا في مرحلة تكوينها ، فالقاضي يستخلص في صدد قضية مطروحة عليه ، من بعض الوقائع الثابتة لديه ، أمارات يكون بها عقيدته - طبقا للغالب في العمل ومجرى الأمور الطبيعي - في شأن واقعة من وقائع الدعوى لا يقوم عليها دليل مباشر (٣) ، كاستخلاصه صورية البيع من قيام علاقة زوجية أو قرابة وثيقة بين أطرافه ،

---

(١) من الواضح أن القرينة هنا قرينة على الخطأ لا على المسؤولية . ولذلك فإذا كانت هذه القرينة قاطعة بمعنى أنه يمتنع على الحارس اقامة الدليل على عكسها بالثبت عدم تقصيره وخطئه في الحراسة ، فإن ذلك لا يمنعه من نفي مسؤوليته عن طريق نفي علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الحاصل .

(٢) لا يستأثر التشريع وحده بصنع القرائن القانونية ، بل يملكه كذلك كل مصدر رسمي آخر من مصادر القانون الوضعي كالعرف ، والقول بغير ذلك معناه رد القانون الوضعي كله إلى مصدر وحيد هو التشريع ، وهذا غير صحيح . ( في هذا المعنى : Gény, op. cit., t. III, No. 235, pp. 327, 330 ) - وفاران : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ،

ج ٢ ، فقرة ٢٢٢ ، ص ٦٠٠ ) .

(٣) يتمتع القاضي بسلطة واسعة في استنباط القرائن القضائية ، وهو ما يؤدي - بالنظر إلى الاختلاف المحتوم بين النضاة في هذا الاستنباط تبعاً لاختلاف النظر والتقدير - إلى عدم اتفاق المحاكم على ما يعتبر من قبيل القرائن القضائية ، وإلى اضعاف الدلالة المستمدة من هذه القرائن في مجال الاثبات بالتالي بما يضع هذه القرائن دون مرتبة الكتابة ، ويساويها بمرتبة البيعة أي الشهادة ( انظر عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، فقرة ١٧٨ ، ص ٣٢٤ ) . ولذلك ينص المشرع المصري على أنه لا يجوز الاثبات بقرينة قضائية الا حيث يجوز الاثبات بشهادة الشهود ( م ١٠٠٠ من قانون الاثبات الجديد ) .

واستخلاصه التحايل على ما يقرره القانون للجار من الاخذ بالشفعة من بيع الأرض المشفوع فيها الا جزءا ضئيلا هو المجاور لارض الجار أو مع هبة هذا الجزء الى مشتري الأرض .

## ( ٢ ) القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية :

تمس الحاجة كذلك الى القرائن القانونية في مجال القواعد المتعلقة بموضوع الحق . وهي تقوم في هذا المجال على ما تقوم عليه في مجالها الأصلي ، وهو مجال اثبات الحق ، من فكرة الاحتمال والرجحان بقصد تبديد الشك والاختلاط . ولكن يبقى ثم فارق جوهري بين وضع القرائن في كل من المجالين . ففي مجال الاثبات ، حيث تستخدم القرينة وسيلة اثبات أو اعفاء منه أو تبديل في محله ، تعتبر القرينة هي محل القاعدة القانونية التي تقررها بحيث يرتبط تطبيق هذه القاعدة بفكرة القرينة وما تمثله من احتمال ورجحان ، فيمكن التوصل في الأصل الى منع اعمال القاعدة القانونية في شأن الحالات التي تشذ بها ظروفها على وجه اليقين عن مقتضى ما تعمه القرينة من احتمال ورجحان ، ولذلك قلنا انه يمكن في الأصل دحض القرائن القانونية في مجال الاثبات باقامة الدليل العكسي . أما في مجال القواعد الموضوعية ، فلا يتعدى دور القرينة لقانونية دور الدافع أو العلة لتقرير حكم القاعدة القانونية ( وقد لا تكون هي الدافع أو العلة الوحيدة لذلك ) بحيث اذا أدت دورها من الدفع الى تقريره تلاشت وبقي الحكم وحده قائما دونها على استقلال (١) ، وهو ما يجعل تطبيق القاعدة القانونية غير مناط بما دفع الى تقريرها من قرينة تعمم احتمالا أو رجحانا معيناً ، فلا ينأتى منع تطبيقها اذن في شأن بعض الحالات بدعوى تخلف مقتضى هذا الاحتمال والرجحان (٢) .

(١) راجع في التفرفة بين القرائن القانونية في مجال الاثبات وبين القواعد الموضوعية

التي تمثل القرينة فيها دور الدافع أو العلة :

Gény, op. cit., t. III, pp. 236 et s. — Decottignies, thèse précitée, pp. 44, 45.

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٢٢٤ و ٢٢٥ و ٢٢٧ .

(٢) ومن شأن ذلك سهولة الخلط بين القواعد الموضوعية الأمرة وبين القرائن القانونية القائمة ، ولكن فضلا عن الفلوق بينهما من حيث المجال ومن حيث دور القرينة كما هو مبين في المتن ، يبقى ثم فارق آخر هام بينهما : هو استحالة دحض القواعد الموضوعية الأمرة التي تمثل =

وأظهر مثل على القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية ما يعمد إليه المشرع من تحديد سن الرشد بسن الحادية والعشرين في القانون المصري . فالمشرع بذلك إنما يقيم هذا الحكم مدفوعا باعتباره أن هذه السن قرينة على كمال الارادة ونضج العقل . حيث أن الغالب الراجح في العمل هو توافر هذا الكمال والنضج للفراد ببلوغ هذه السن . ولكن بخروج القاعدة الموضوعية المحددة لسن الرشد الى الوجود . تتلاشى القرينة التي دفعت الى تقريرها بعد أن انتهى دورها ، فلا يعلق اعمال حكم هذه القاعدة على ضرورة توافر مقتضى هذه القرينة في كل الحالات . ولذلك ينطبق هذا الحكم على الجميع حتى ولو كانت حالات البعض منهم مما يشذ عن الغالب الراجح في العمل ، فيظل الشخص معدودا قاصرا حتى ولو اكتمل له النضج العقلي والارادة قبل سن الحادية والعشرين في القانون المصري .

وكذلك يبدو أثر هذا النوع من القرائن فيما يقرره القانون من أن « الحيازة في المنقول سند الحائز » . فهذه قاعدة موضوعية (١) تختفي وراءها قرينة قانونية مأخوذة من الغالب في العمل من أن حيازة المنقول تكون بيد المالك . ولكنها قرينة تنفصل عن القاعدة ، إذ تقوم منها مقام العلة والدافع ، ولذلك لا يعلق اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة في كل الحالات . فما دامت شرائط هذا الاعمال متوافرة ، فلا يتأتى بعد ذلك منعه - في الحالات التي تشذ عن حكم الغالب - بدعوى أن المالك الحقيقي شخص آخر غير الحائز ، إذ الحيازة - متى توافرت شرائطها - تصبح بمقتضى القاعدة سببا للملكية المنقول .

ويبدو أثر هذا النوع من القرائن كذلك فيما يقرره القانون من « حجية

---

= القرينة فيها دور الدافع والعلة بأى طريق من الطرق حتى بالافرار أو اليمين ، وإمكان دحض القرائن القانونية القاطمة - رغم قطعيتها - بالافرار أو اليمين ( أنظر : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٧ ، ص ٦٢٢ ) .

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٧ .

الامر المقضى ، (L'autorité de la chose Jugée) (١) . فهذه قاعدة موضوعية (٢) تخفى وراءها قرينة قانونية على اعتبار الحكم القضائي عنوان الحقيقة فيما قضى به ، اذ الغالب أن تقيم الأحكام القضائية قضاءها على أساس صحيح فتصل بذلك الى تقرير الحقيقة . واذا كانت هذه القرينة هي أحد الدوافع الى تقرير هذه القاعدة ، فانها تتوارى وتنفصل عنها بحيث لا يمتنع اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة بالنسبة الى كل الأحكام القضائية . فالامر المقضى تكون له دائما حجته ، دون نظر الى ما قد يشذ في النادر من أحكام عن مقتضى الغالب من قضاء الأحكام بالحقيقة . وبذلك يمتنع دائما على نفس الخصوم في نزاع سبق الفصل فيه بحكم قضائي ، ان يجددوا أمام المحاكم بغير طرق الطعن القانونية - أي بدفع أو دعوى مبتدأة - نفس النزاع المتعلق بذات الحق محلا وسببا ( م ١٠١ من قانون الاثبات الجديد ) (٣) .

واذا كانت هذه القرائن وأمثالها تتلاشى وراء القواعد الموضوعية ، فيبقى على أي حال أنها تعتبر من دوافعها وعللها ، وهو ما يمددها بسند عقلي منطقي يبرر أحكامها (٤) .

## ١٠٥ - الافتراض أو الخيل القانونية (٥)

يقصد بالافتراض أو الخيل القانونية *La fiction Juridique ou de droit*

(١) تجب التفرقة بين « حجة الامر المقضى » وبين « قوة الامر المقضى » *(La force de la chose jugée)* . فالحجة تلحق كل حكم موضوعي فاصل في خصومة ، سواء كان نهائيا أو ابتدائيا ، حضوريا أو غيابيا . أما القوة فلا تلحق الا الحكم النهائي وحده ، وهو الذي لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية ( في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٤٢ ) .  
(٢) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٢٢٢ و ٢٢٧ و ٢٤٤ .

(٣) راجع في تفصيل « حجة الامر المقضى » :

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٢٤١ - ٢٧٩ ، ص ٦٢٠-٧١٤ .

(٤) *Gény. op. cit., t. III, No. 239, p. 359.*

(٥) راجع في ذلك بصفة خاصة :

*Dekkers, La fiction juridique, 1935. — Gény. op. cit., t. III, Nos.*

اعطاء وضع من الاوضاع حكما يخالف الحقيقة توصلنا الى ترتيب اثر قانوني معين عليه ما كان ليترتب لولا هذه المخالفة . وبذلك تبدو طريقة الافتراض أو الحيل القانونية احتيالا وتزويرا على الواقع ، اذ - وهي تقوم على تصوير ذهنى معين - لا تجعل منه انعكاسا لاصل صورته الطبيعية فى الواقع بل قلبا وتحريفا له ، وذلك بقصد تحقيق ما تستهدفه من غرض اقامة التنظيم القانونى على نحو معين (١) .

وعلى هذا النحو ، يبدو الفارق البعيد بين « القرائن القانونية » وبين « الافتراض أو الحيل القانونية » . فرغم أنهما يشتركان فى اعتبارهما طرقا معنوية لصياغة القاعدة القانونية تقوم على تصوير ذهنى للواقع ، تحكمى بعض الشيء بقصد تيسير الوصول الى غايات عملية معينة ، الا أن الطريقة الأولى تؤسس تصويرها على الاحتمالات الغالبة الراجحة فى العمل بحيث يأتى تعميمه فى الاتجاه العادى الطبيعى للأمر ، بينما تستتبع الطريقة الثانية - فى سبيل الوصول الى الهدف المقصود - تأسيس تصويرها على انكار الواقع أو تشويهه (٢) . ولذلك يعتبر الافتراض مخالفة صريحة للواقع ، بينما تعتبر القرائن تسليما بحكم الطبيعى والغالب منه .

ومن أمثلة الافتراض أو الحيل القانونية نظام الموت المدنى (٣) الذى كان معروفا - كعقوبة تبعية - فى بعض الشرائع الى قريب . فبمقتضاء كان يفترض موت الشخص افتراضا بحثنا رغم مخالفة ذلك للواقع من بقائه فعلا بقيد الحياة ، ويرتب على هذا الافتراض اثره القانونى من اصدار الشخصية بما يستتبعه هذا الاهدار من نتائج مختلفة .

ومن قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك ، ما قد يعمد اليه القانون من تقديم التوقيت ساعة فى الصيف مخالفا بذلك حكم التوقيت الطبيعى .

وتعتبر طائفة العقارات بالتخصيص (immeubles par destination)

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 241, pp. 367 - 369.

(٢) Gény, op. cit., t. III, No. 228, pp. 260 - 261.

(٣) أنظر فى هذا النظام : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ، ص ٧١١ و ٧١٢ .

وظائفة المنقولات بالمآل (meubles par anticipation) من قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك ، حيث يخالف القانون بتقريرها التقسيم الطبيعي للأشياء مخالفة صارخة ، فيفترض أن بعض المنقولات عقارات اذا كانت مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ، ويفترض أن بعض العقارات منقولات ما دام مآلها القريب الى الانفصال عن أصل ثباتها والتحول بذلك الى منقولات .

ورغم ما تحققه هذه الطريقة المعنوية لصياغة القاعدة القانونية من فوائد عملية لا يمكن انكارها ، فلا ينبغي اغفال ما تنطوي عليه من أخطار جسيمة نتيجة قيامها على أساس مخالف للطبيعة والواقع . ولذلك ينبغي أن يظل التجاء القانون إليها محصورا في أضيق الحدود ، حين يكون الالتجاء إليها أمرا لازما وضروريا لتحقيق العدل أو النفع الاجتماعي ، وحينئذ تكون مثل هذه الغاية هي التبرير الوحيد للافتراض أو الحيلة القانونية (١) . وعلى أي حال فإن تحديد مدى هذا الافتراض يجب ألا يجاوز حدود الغرض المقصود من تقريره ، فيكون اذن محلا للتفسير الضيق باعتباره وسيلة اصطناعية للتعبير عن القانون (٢) .

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 247, pp. 417, 418.

(٢) يقصر « جيني » ذلك على حالة ما اذا كان الافتراض حلا تحكيميا يفرضه المشرع . أما اذا كان المشرع قد البس مبدأ نافعا أو عادلا ثوب الافتراض لكي يسهل اجراءه في الحياة العملية ، فيكون من المناسب الاعتراف له بكل ما هو أهل له من مدى واسع انظر : Gény, op. cit., t. III, No. 251, p. 436.

## الفصل الثاني

### اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة في العمل

#### ١٠٦ - تمهيد وتقسيم

قلنا ان جوهر القاعدة القانونية يعرض عاما مبهما ، فتحدد مضمونه الصياغة الفنية بما يهيئه للتطبيق العملي . غير أنه يظل مجردا من قوة تلزم الأفراد به ، اذ لا تكون له الا قوة الزام أدبية يفرضها العقل ، فيحتاج الى قوة الزام ايجابية تفرضه على الأفراد في الجماعة وتكفل احترامه عن طريق الاجبار المادى . فالقاعدة القانونية اذن تحتاج الى سلطة تعطيها القوة الملزمة في العمل ، فتفرضها على الناس وتحملهم جبرا على احترام أحكامها . وبهذه القوة الملزمة تصير القاعدة القانونية قاعدة وضعية ، أى قاعدة سائدة مطبقة في العمل ، ترصد الدولة قوتها المادية على كفالة احترامها .

فما هي السلطات التى تملك اعطاء القاعدة القانونية قوة ملزمة في العمل ؟ . أو بعبارة أخرى ، ما هي المصادر الرسمية للقاعدة القانونية الوضعية ؟ . يقتضينا الرد على ذلك أن نعرض لهذه المصادر بوجه عام ، ثم نعرض لها في القانون المصرى بوجه خاص .

ولذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول - فى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام .

المبحث الثانى - فى المصادر الرسمية للقانون المصرى .



## المبحث الأول

### المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام

#### ١٠٧ - تمهيد

ليست المصادر الرسمية للقاعدة القانونية واحدة مشتركة في كل الجماعات ، بل هي تختلف من جماعة الى أخرى تبعا للظروف الخاصة المحيطة بكل منها والمتفاوتة بتفاوت الزمان .

ورغم هذا الاختلاف بين الجماعات في المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ، نستطيع أن نقول ان العرف والتشريع - على تفاوت بينهما في الأهمية والمرتبة بحسب المكان والزمان - يعتبران كقاعدة عامة مصدرين رسميين تشترك فيهما كل الجماعات قديما وحديثا .

غير أن ثم مصادر أخرى - الى جنب العرف والتشريع - عرفتها بعض جماعات دون أخرى في القديم والحديث على السواء ، وان يكن حظها اليوم - في عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية - اما ضئيلا كالدين أو منعذما كالفقه ، أو خاصا بجماعة أو جماعات معينة كالقضاء . فنعرض اذن لكل هذه المصادر الرسمية : العرف والتشريع ، ثم الدين ، ثم الفقه ، ثم القضاء .

#### المطلب الأول

#### العرف والتشريع

#### ١٠٨ - تمهيد واحالة

لعل أول مصدر عرفته الانسانية من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية هو العرف ، فكانت القاعدة القانونية تظهر في العمل مستكملة قوتها الملزمة نتيجة تواتر الأفراد على العمل بسنة معينة ، مع اعتقادهم في الزامها وضرورة احترام أحكامها بتوقيع الجزاء أو الاجبار على من يخالفها .

ولكن مثل هذا المصدر ، ان كان يوافق الجماعات البدائية حيث حاجاتها لم تتعقد بعد ، الا أنه لا يلبث - مع تقدم الزمن وتضخم الجماعات وازدياد أوجه النشاط فيها وتشعب الروابط بين أفرادها - أن يقصر عن الوفاء بحاجاتها ، ويتخلف - وهو مصدر بطيء الانتاج - عن ملاحقة سيرها الحثيث ومطالبها المتكاثرة . فيتوارى قليلا ليفسح الطريق أمام مصدر ثان هو التشريع ، تفرض الدولة القواعد القانونية عن طريقه بما يتركز بين يديها من قوة وسلطان .

والعرف والتشريع مصدران رسميان للقواعد القانونية ، عرفتهما كن الجماعات منذ قديم ، وما زالت تعرفهما الى اليوم ، وان يكن حقيما فيها متفاوت كل التفاوت . فالعرف في القديم كان المصدر الرسمي الاول ، ثم ما زال يتقهقر في أهميته حتى غدت الصدارة اليوم - عند أغلب الجماعات - للتشريع في الالتزام بالقواعد القانونية . ورغم ذلك ، فما زالت بعض جماعات قليلة تحل العرف في العصر الحديث المكان الاول بين المصدر الرسمية للقواعد القانونية فيها وتغلبه على التشريع . غير أن انتشار المذهب الاجتماعي في الآونة الحاضرة ، بما يستتبع من ازدياد تدخل الدولة في نشاط الأفراد تحقيقا للصالح العام ، أصبح يهدد العرف في مركزه باعتباره المصدر الرسمي الأول للقانون فيها ، ويفسح المجال للتشريع تمييزا لاحتلاله محل العرف في الأهمية والاعتبار .

وليس هنا مجال بسط القول في التشريع والعرف ، فمحل ذلك عند الكلام في المصادر الرسمية للقانون المصري ، باعتبارهما في الطليعة منها .

## المطلب الثاني

### الدين

#### ١٠٩ - صلة الدين بالقانون

يقصد بالدين القواعد والأحكام التي ينزلها الله بوحى من عنده على الناس ، وهي تنظم عادة العبادات أى علاقة المرء بربه ، والأخلاقيات أى علاقة

المرة بنفسه . ولما كانت مثل هذه العلاقات لا تعنى القانون فى الأصل كما سبق البيان ، فضلا عن أن الجزاء على مخالفة قواعد الدين لا يعدو مجرد الجزاء الأخرى أو استنكار الضمير ، فقد ظل بذلك لكل من الدين والقانون نطاقه الخاص .

غير أن من الأديان ما جاء منتظما - فضلا عن قواعد العبادات وقواعد الأخلاق - لقواعد المعاملات بالمعنى الواسع أى للقواعد التى تحكم علاقة المرء بغيره ، ومقررا - فضلا عن الجزاءات الأخرى - لجزاءات دنيوية كفالة لاحترام أحكامها ، ومن هنا نشأت صلة الدين بالقانون . ثم أتيج لمثل هذه الأديان أن تنتشر فى بعض الجماعات ، وأن يطبق من قواعدها ما يمس القانون تطبيقا عمليا تكفله قوة الإجماع الجماعى ، فغدا الدين فى هذه الجماعات مصدرا رسميا للقانون - فيما يطبق من قواعده - الى جنب المصادر الرسمية الأخرى . بمعنى أن الدين صارت لقواعده قوة الزام عملية تستمد منه مباشرة دون واسطة من أى مصدر رسمى آخر ، بحيث غدت هذه القواعد الدينية تلزم الأفراد بقوتها الذاتية أى بقوة صدورها عن الله ، دون أن يكون للدولة نصيب فى فرضها أو الإلزام بها ، وإنما يقتصر دور الدولة فى شأنها على تسخير قواها المادية الغلبة فى سبيل كفالة احترامها .

ثم تهاوت مع الزمن هيئة الدين وغلب عليه التشريع ، فزحزحه فى أغلب الجماعات عن مكانه بين المصادر الرسمية للقانون ، وردده فى بعضها الى أن يكون مجرد عامل من عوامل الحقائق الواقعية التى تسهم بنصيب فى تكوين جوهر القانون ، أى كمصدر تاريخى تستقى منه أحكام التشريع .

غير أن قلة من الجماعات ما تزال تحتفظ للدين بمكانة بين المصادر الرسمية للقانون ، فى نطاق يتفاوت بتفاوت تمسكها بالدين ، وتفاوت نشاط حركة التشريع فيها . ومن بين هذه الجماعات أكثر الدول العربية حيث يعتبر الدين الإسلامى مصدرا رسميا للقانون فيها ، أما بوصفه مصدرا أصليا عاما ، وأما بوصفه مصدرا أصليا خاصا فى نطاق محدود هو عادة نطاق مسائل الأحوال الشخصية ، وأما بوصفه مصدرا احتياطيا . بل وتعتبر هذه الدول باقى الأديان السماوية الأخرى كذلك مصدرا أصليا خاصا بمعتقداتها فى نطاق

مسائل الأحوال الشخصية . أما الدول الغربية التي انتشر فيها الدين المسيحي ، فلم تعد تعتبر هذا الدين مصدرا رسميا للقانون فيها اليوم . ويعنيها أساسا في هذا المقام التعرض للدين الاسلامي والدين المسيحي ، فهذان الدينان المتقابلان اليوم في الشرق والغرب ، يختلفان فيما نكل منهما من قوة الزام بالقواعد القانونية في نطاق العمل ، على النحو الذي نوجزه فيما يلي :

### ١١٠ - الدين المسيحي

تحكمت ظروف العصر الذي نشأ فيه هذا الدين ، في صرفه عن وضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح تحكم العلاقات الاجتماعية وروابط الناس بعضهم ببعض ، وفي حصر جهده في تثبيت قواعد الاخلاق وتقويم النفوس . ذلك أن الدين المسيحي قد نشأ في عصر ومكان مزدحم بالشرائع والقوانين والنصوص من شريعة موسى وشريعة الرومان ، فلم تكن الحاجة اليه ليأتي بمزيد من القواعد القانونية والأحكام الدنيوية ، وانما كانت الحاجة اليه أكبر ما تكون لانقاذ الشرائع والقوانين من أيدي الجامدين والحرفيين وعبدة الألفاظ والنصوص . من أجل ذلك ترك الدين المسيحي مجال القانون ، فلم يعرض لقواعده القائمة بتعديل أو الغاء ، واقتصر على مخاطبة النفوس والضمان بروضها بالأخلاق وبهذبها بالعبادة<sup>(١)</sup> ، ففصل بذلك بين الدين والدولة وبين الدين والقانون ، وقال قولته المشهورة « ما لله لله ، وما لقيصر لقيصر » .

ثم أتيج للدين المسيحي أن ينتشر بعد ذلك في أنحاء الأرض وعلى الأخص في بلاد الغرب ، فأتيج بذلك لرجال الكنيسة حظ موفور من السيطرة والنفوذ والسلطان حتى اختلطت السلطة الدينية بالسلطة الزمنية وأمكن للكنيسة أن تفرض على الناس - الى جانب قواعد القانون الروماني السائد حينئذ في أغلب هذه البلاد - قواعد قانونية في شئون كثيرة مختلفة تتصل بالزواج والطلاق والميراث والوصية والعقود . وهي قواعد لم ينزل باكثرها

(١) انظر في ذلك :

عماس محمود العقاد ، عقبة المسيح ، ١٩٥٣ ، ص ١٢٢ و ١٢٣ .

الدين المسيحي نفسه - لانه كما سبق البيان دين قد اعتزل في نشأته السلطة وابتعد عن نطاق القانون - ولكن خرجها فقهاء الكنيسة تخريجا من المثل والمبادئ المسيحية . فتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسي (١) ، وهو قانون ليس مصدره الرسمي المباشر الدين المسيحي نفسه ، وانما مصدره الكنيسة نفسها واجتهاد فقهاها وقضاها اجتهادا يستلهم روح الدين المسيحي وتعاليم السيد المسيح .

وظل القانون الكنسي معمولا به في أغلب هذه البلاد - أى كمصدر رسمي للقانون فيها - حتى استقلت السلطة الزمنية بالأمر وقوضت سلطان الكنيسة بفصلها عن الدولة فصلا تاما . فاندثر بذلك القانون الكنسي باعتباره مصدرا رسميا ، وان ظل له من نفوذه وسلطانه على النفوس ما أبقاه الى اليوم مصدرا تاريخيا يستقى منه كثير من قواعد القانون فيها . ولعل من أهم قواعد القانون الحديث التى يعتبر القانون الكنسي مصدرا تاريخيا لها قاعدة الرضاية فى العقود ، تلك القاعدة التى نص عليها فقهاء الكنيسة ، فحرروا بها العقود من الشكليات التى كان يشترطها القانون الرومانى لتمام انعقادها ، واكتفوا فى ذلك بمجرد تراضى الطرفين .

وسنرى فيما بعد أن الدين المسيحي ، أو على الأصح ما تكون من قواعد دينية مسيحية نتيجة اجتهاد الفقهاء الكنسيين ، يعتبر مصدرا رسميا للقانون المصرى - كغيره من الأديان السائدة فى مصر - فى بعض مسائل الأحوال الشخصية .

### ١١١ - الدين الاسلامى

أما الدين الاسلامى ، فقد نزل به الوحي دينا وقانونا فى آن واحد ، أو - كما جرى على الألسن - نزل دينا ودولة . فلم يقنع بوضع قواعد

(١) راجع فى القانون الكنسي وتطوره من حيث مدى اتصاله بالقانون :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 165. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 66. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. 1, No. 79.

(م ١٤ - المدخل الى القانون )

الأخلاق وقواعد العبادات ، بل جاوز هذا النطاق الاصلى للدين الى وضع قواعد للقانون تحكم المعاملات بمعناها الواسع ، فتضمن قواعد كثيرة خاصة بالزواج والنسب والطلاق والولاية والوصاية والميراث والوصية والعقود والاثبات والحرائم والعقوبات أو الحدود .

وقد نزل الوحي بهذه القواعد اما معنى ولفظا من عند الله فى الكتاب أى القرآن ، واما معنى فقط من الله جرى به قول الرسول أو فعله . ثم أتيح للشريعة الاسلامية أن تنمو ويتسع نطاقها بفضل الاجماع من ناحية ، والقياس من ناحية أخرى . فنشأ من ذلك كله نظام قانونى ضخم متماسك كان من الممكن أن يظل سائدا الى اليوم فى البلاد الاسلامية يسد حاجاتها ومطالبها التى استحدثتها العصر الحديث ، لو لم يحكم عليه بالجمود اقفال باب الاجتهاد . فهل ثم ضربة وجهت الى الشريعة الاسلامية أكبر من اقفال باب الاجتهاد وتحريم الرأى على المجتهدين من الفقهاء ؟ . كأنما تكفى كلمة تقال بتحريم الاجتهاد وقفل بابه حتى يقفل المجتمع بابه دون التطور ويعيش فى عصره على تراث الماضى وتركاة الآباء (١) !

وأيا ما كان الأمر ، فقد ظلت الشريعة الاسلامية - باعتبارها المصدر الرسمى الاول للقانون - سائدة فى البلاد العربية بوجه عام الى عهد قريب ، ثم ابتداء الوعى يتيقظ فى هذه البلاد بعد قرون طويلة من التأخر والانحلال وأصبح من الحتم مسايرة روح العصر بما استحدثت من حاجات وضروب نشاط لم تكن معهودة من قبل .

ولم تكن هذه المسايرة لتتأتى الا بسلوك أحد طريقين : اما القيام بحركة احياء واسعة للشريعة الاسلامية ، بعد أن قضى على أحكامها بالجمود والقصور اقفال باب الاجتهاد طوال قرون عدة . واما الاتجاه الى الغرب

---

(١) يبدو أن الثورة على اقفال باب الاجتهاد قد بلغت أخيرا بعض المعاصرين من فقهاء الشريعة الاسلامية ( أنظر فى ذلك بخاصة : محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامى ، مداخل لدراسته - نظام المعاملات فيه ، ١٩٥٤ ، فقرات ٣٠١ و ٣٠٢ و ص ٢٠٤ - ٢٠٦ ) .

لاقتباس ما وضع فيه من قواعد قانونية حديثة ترضى حاجات العصر ونزعاته ومطالبه .

وقد سلكت أكثر الدول العربية الطريق الثاني تعجيلا بالإصلاح المنشود ، ونكولا عن حمل أعباء الطريق الأول أمام ما تتطلبه حركة احياء الشريعة الاسلامية من جهود جمة ومصاعب جسيمة . فابتدأت حركة التشريع تنشط فيها وتروج على حساب الشريعة الاسلامية ، حتى تخلفت بهذه الشريعة المرتبة بين مصادر القانون الرسمية فيها ، أو ضاق نطاق التزامها في العمل ضيقا كبيرا كاد يقتصر على مسائل الأحوال الشخصية أو حتى على بعضها الوثيق الصلة بالشخص كمسائل الزواج والطلاق والنسب .

أما بقية الدول العربية - وهي قليلة نادرة - فإن ظروفها الخاصة لم تشعرها بجمود فقه الشريعة الاسلامية وتخلفه - أمام اقفال باب الاجتهاد - عن روح العصر ومطالبه . لذلك لم تستشعر هذه الدول حاجة ، لا الى الاقتباس عن قوانين الغرب الحديثة المتطورة ، ولا الى القيام - استغناء عن هذا الاقتباس - بحركة احياء شاملة لأحكام الشريعة الاسلامية . ومن هنا ما زالت هذه الشريعة - كما ثبتت عليه أحكامها منذ اقفال باب الاجتهاد - هي المصدر الرسمي الأول للقانون فيها .

### المطلب الثالث

#### الفقه

يقصد بالفقه *La Doctrine* مجموع ما يستنبطه الفقهاء ويستخلصونه من أحكام قانونية . وقد تفاوتت نظرة الجماعات الى الفقه تفاوتا كبيرا . فقد عرفت في القانون القديم بعض الجماعات والشرائع مصدرا رسميا للقواعد القانونية فيها . وانتهى به الأمر في القانون الحديث الى أن يصبح مجرد مصدر تفسيري ، لا قوة الزامية لأحكامه وقواعده . فنعرض في ايجاز لدور الفقه في القانون القديم ، ثم لدوره في القانون الحديث .

### ١١٢ - الفقه مصدر رسمي في القانون القديم

كان للفقه حظ عند بعض الجماعات القديمة كمصدر رسمي من مصادر الالتزام بالقواعد القانونية . إذ أعطى بعض الفقهاء في القانون الروماني حق الفتوى الملزمة للقضاء ، ولكن في خصوص القضية المعطاة بشأنها الفتوى وحدها . ثم انتهى الأمر في أوائل القرن الخامس الميلادي الى اعتبار آراء خمسة من كبار فقهاء الرومان آراء ملزمة يتعين على القضاء احترامها والأخذ بها فيما يطرح أمامه من منازعات (١) . وقد اعتمد « جوستينيان » على آراء هؤلاء الفقهاء في وضع مجموعاته القانونية .

وكذلك فقد عظمت منزلة الفقه في الشريعة الاسلامية حتى طغى على القضاء ، فأصبح تقليدا محضا للفقه ، وخاصة بعد أن أقفل باب الاجتهاد (٢) وتقييد الرأي بالمذاهب الأربعة المشهورة عند السنة : المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي . بل انتهى الأمر الى التشيع لمذهب بعينه من هذه المذاهب الأربعة ، والزام القضاء بالحكم وفقهه . وما يزال أثر ذلك بارزا في مصر ، حيث يتقيد القضاء فيها الى اليوم - في المسائل التي ما تزال محكمة أساسا بالشريعة الاسلامية - بالأخذ بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي .

### ١١٣ - الفقه مصدر تفسيري في القانون الحديث

غير أن الفقه قد فقد في العصر الحديث قوته الملزمة ، فانهدم دوره كمصدر رسمي للقواعد القانونية ، ولم يعد لآراء فقيه من الفقهاء مبالغا

(١) أصدر امبراطور الدولة الشرقية وامبراطور الدولة الغربية الرومانية قانونا مشتركا في سنة ٤٢٦ ميلادية ، قضى بقصر التقيد بالفقه على آراء الفقهاء الخمسة المشهورين : « جايوس » و « بول » و « البيزن » و « باينيان » و « مودستان » . ومن نقلوا عنهم من الفقهاء القدامى ، بحيث إذا اختلفت الآراء اعتد رأى الأغلبية ، وإذا تساوت اعتمد الحساب الذي يحاز اليه « باينيان » ( انظر : عمر ممدوح مصطفى ، الفقه عند الرومان ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة الثانية ، العدد الرابع ، ص ٦٠٠ و ٦٠١ ) .

عبد الرزاق السنهوري وحضيت أبوستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٣ ، ص ١١٤ ) .

(٢) أنظر في دور الفقه في الشريعة الاسلامية :

عبد الرزاق السنهوري وحضيت أبو ستيت ، المرجع السابق ، خاصة فقرة ١٠٦ .



شأنه ولا لآراء جمهرة الفقهاء قوة الزام قانونية يخضع لها القضاء أو يتقيد بها . وبذلك أصبح دور الفقه اليوم قاصرا على تفسير القانون بما يتاح له من التوفر على الدراسة العلمية لأحكامه وقواعده ، مما ينير الطريق أمام القضاء فيما يواجهه من مهمة تطبيق القانون .

فقد الفقه اذن في القانون الحديث مجرد مصدر تفسيري للقواعد القانونية . وليس ينتقص ذلك من قدره ، فمهمته ما تزال عظيمة الأثر والخطر . اذ يوجه القضاء ، كما قلنا ، بتفسيره أحكام القانون . كما يوجه المشرع بتنبئيه الى الفاسد من هذه الأحكام ليرفعه الى الناقص منها ليكمله ، وان كان يستعين في تبيين هذا النقص وذاك الفساد بما يظهره العمل فيما يطرح أمام القضاء من منازعات .

وإذا كان الفقه لم يعد معتبرا بوجه عام مصدرا رسميا للقواعد القانونية فى القوانين والشرائع الحديثة ، فان هذا هو حاله كذلك اليوم فى القانون المصرى من حيث المبدأ (١) ، اذ ليس له من دور الا الدور الذى رأينا الشرائع الحديثة تستقر على الاعتراف له به ، وهو الدور التفسيرى الذى يعين على تفهم أحكام القانون واستخلاص أصوله ومبادئه (٢) .

---

(١) ولكن ينبغي مراعاة ان القضاء ما يزال مقيدا - حتى بعد الفناء المحاكم الشرعية - بالحكم فى بعض مسائل الأحوال الشخصية والوقف طبقا لأرجح الأقوال فى مذهب الحنفية ( م ١/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى تحيل على المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ) . وهو ما يمكن أن يعطى الفقه الحنفى دور المصدر الرسمى فى حدود ما ينطوى عليه من ابتداع فى خصوص هذه المسائل .

(٢) ويقطع بذلك فى القانون المصرى أن المادة الأولى من التقنين المدنى الحالى - وهى تعدد المصادر الرسمية للقانون - لم تذكر الفقه من بينها . بل ان المشروع لائمهدى لهذا التقنين كان حريصا على تأكيد الدور التفسيرى للفقه بنصه على أن يستلهم القاضى « الأحكام التى أقرها الفقه مصرىا كان أو أجنبيا » ، وذلك على أساس اعتبار الفقه عنصرا من العناصر التى يستأنس بها فى استخلاص قواعد القانون وتقضى مفهومها دون أن يكون له قوة فى الالزام ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٩ ) . ولكن تقرر حذف هذا النص فى مجلسى البرلمان ، اذ الأمر لا يبدو مجرد الاسترشاد ، وفى القواعد العسامة ما يفنى عن حكمه ( المرجع السابق ، ص ١٩٠ و ١٩٢ ) .

## المطلب الرابع

### القضاء (١)

إذا كان اصطلاح « القضاء » (La Jurisprudence) ينصرف عادة الى مجموع المحاكم الموجودة فى دولة معينة ، الا أنه يقصد به فضلا عن ذلك مجموع الأحكام التى تصدرها هذه المحاكم ، أو بمعنى أدق مجموع المبادئ القانونية التى تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها .

وقد تفاوت حظ القضاء - كمصدر من المصادر الرسمية للقواعد القانونية - تفاوتا كبيرا بتفاوت الزمان وتفاوت الجماعات . فنعرض بإيجاز لاختلاف النظر اليه فى هذا الشأن .

### ١١٤ - القضاء عند الرومان

عرف الرومان القضاء مصدرا من مصادر الالزام بالقواعد القانونية عن طريق ما كان يصدره كل « بريطور » (Préteur) عند ولايته القضاء من منشور يضمنه القواعد القانونية التى يعتمزم السير عليها والزام الناس بها ، ثم عن طريق « المنشور الدائم » الذى تكون من خلاصة المنشورات القضائية واستمر قائما حتى عهد الامبراطورية (٢) .

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, *Methods d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, Nos. 145 — 149. — Maury, *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle*, *Etudes offertes à G. Ripert*, 1950, t. I, pp. 28-50. — Walline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence, La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de G. Scelle*, 1950, t. II, pp. 613 - 632.

(٢) انظر فى ذلك :

Marty et Raynaud, t. I, No. 119, p. 201.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٠٢ .

## ١١٥ - القضاء في القانون الانجليزي(١)

وكذلك فما زال القانون الانجليزي الى اليوم يعرف للقضاء دوره كمصدر رسمي للقانون ، بل كمصدر من أهم مصادره . فالنظام القانوني الانجليزي يقوم في جزء كبير منه على أساس « السابقة القضائية » (Precedent) (٢) أي على أساس تقييد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة ، وتقييد المحاكم العليا بما سبق أن أصدرته هي نفسها من أحكام . مما يجعل للحكم القضائي قوة الزام في العمل فيما يطبق أو ينشئ من قاعدة قانونية(٣) ، فلا تجوز من بعد مخالفة هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن تطبيقها في نزاع مماثل .

## ١١٦ - القضاء في أغلب القوانين الحديثة

أما في غير القانون الانجليزي وما ينهج نهجه من قوانين الدول الأنجلوسكسونية أي في أغلب القوانين الحديثة ومن بينها القانون الفرنسي والقانون المصري ، فلا يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، بل هو مجرد مصدر تفسيري لها كالفقه سواء بسواء ، مع فارق واحد بينهما يرجع الى اختلاف وظيفتهما . هو ان القضاء يستطيع تطبيق التفسير الذي يعطيه للقانون تطبيقا عمليا فيما يحكم فيه من أفضية ، بينما يظل تفسير

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Mohanna, Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés, thèse Paris, 1930.

(٢) انظر في ذلك :

Allen, Law in the making, pp. 225-298. — Goodhart, Le précédent en droit anglais et continental, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit, Le problème des sources du droit positif, 1934, pp. 37 et s.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرات ١٠٨ - ١١١ و ١١٣ . - سليمان مرقس ، فقرة ١٧٤ ، ص ٢٧٤ . - برهام محمد عطا الله ، قاعدة الزامية السابقة القضائية وأقولها في القانون الانجليزي الحديث ، مجلة الحقوق ، ص ١٥ ، ع ١ ، ص ١٢٧ - ١٨٢ . (٣) انظر في الخلاف حول أساس قاعدة الزامية السابقة القضائية وما يترتب عليه من خلاف حول دور القضاء الانجليزي الكاشف أو الخلاق للقواعد القانونية : برهام عطا الله ، المقالة السابقة ، ص ١٥٠ - ١٥٦ . وأنظر فيما تترتب على القول بالدور الخلاق من امتناء أقول قاعدة الزامية السابقة القضائية ، المقالة السابقة ، ص ١٢٢ و ص ١٥٤ وما بعدها .

الفقه نظريا مبسوطا في بطون الكتب والمؤلفات لا يجد طريقه الى التطبيق العملي الا أن يأخذ به القضاء طوعا واختيارا اعترافا بما قد يكون لهذا التفسير من حجة وقوة علمية .

### ١١٧ - الجدل حول اعتبار القضاء مصدرا رسميا

وعل هذا الفارق بين الفقه والقضاء ، وتوصل القضاء الى اعطاء تفسيره للقانون قوة في نطاق العمل بتطبيقه هذا التفسير فعلا في المنازعات المطروحة أمامه ، هو الذي يكمن وراء ما يراه بعض الفقهاء - وبخاصة في القانون الفرنسي - من اعتبار القضاء مصدرا من المصادر الرسمية للقواعد القانونية (١) .

فالقضاء في نظرهم ، اذا كان لا يعتبر مصدرا رسميا للقواعد القانونية حين يقتصر على التفسير بمعناه الضيق ، أي حين يطبق قاعدة قانونية واضحة لا تحتاج الى تأويل ، أو حين يعتمد الى قاعدة قانونية غامضة فيزيل ما بيا من غموض ، الا أنه يعتبر على العكس من ذلك مصدرا لتلازم بالقواعد القانونية حين يضطر الى التفسير بمعناه الواسع ، أي حين يضطر أمام عدم وجود قواعد قانونية وضعية الى الحكم فيما يطرح أمامه من منازعات لكيلا ينكس عن القضاء فيرتكب جريمة انكار العدل ، اذ هو بذلك انما يخلق قاعدة جديدة يعطيها قوة الازام في العمل ، فيعتبر اذن ضمن المصادر الرسمية للقانون (٢) .

(١) في هذا المعنى :

De la Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 293. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 119, 120 — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 105 - 108. Maury, article précité. — Roubier, op. cit., p. 7. — Waline, article précité.

محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ و ١٥٣ - عدنان القوتلي ، الجيز في العمود المدنية ، ج ١ ، ط ٤ ، ١٩٦٠ ، ص ٢٦٦ - ٢٦٨ .

وقارب فيد يراه بعض الفقهاء المصريين من اعتبار القضاء مصدرا لسبب بالرسمى للقانون المصري : عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ ، وخاصة ص ١٨٨ .  
(٢) يبرز بعض الفقهاء اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية على أساس رضا المشرع الضمني بسكوته على ما يتدع القضاء من مبادئ وأحكام ، Waline, article précité, (pp. 627 et s. . أو على أساس تقبل ذوي الشأن من الجمهور له مدسطين في القضاء والفقهاء ورجال القانون (Maury, article précité, pp. 43 et s.) .

أنظر في انتقاد هذه التبريرات :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 159, pp. 382, 383.

وبعني على القول - عند هؤلاء الفقهاء - باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية وجود محكمة كمحكمة النقض يجعلها القانون رقيقة على أحكام المحاكم ، مما يمكن من توحيد القواعد القانونية التي يخلقها القضاء ويتدعها عند عدم وجود قواعد وضعية تطبق على المنازعات المطروحة أمامه . بحيث يمكن أن يستخلص من أحكام القضاء المتعددة المتباينة بنسب ما حكمت فيه من أفضية ، وبفضل رقابة محكمة النقض وإرشادها وتحكيمها بين الحلول والأحكام المتعارضة تحكيما تنزل المحاكم على احترامه . بحيث يمكن أن يستخلص من ذلك اتجاه عام موحد للقضاء ، وقواعد ثابتة يستقر عليها ويلتزم بها فيما يعرض أمامه في المستقبل من أفضية متماثلة (١) فترفع هذه القواعد بذلك عن مجرد القواعد الموضوعية لنزاع بعينه إلى مرتبة القواعد العامة المجردة التي تتسع في الحال وفي الاستقبال لطائفة غير متناهية من الأفراد والروابط المتماثلة في صفاتها وشروطها ، مما يعطيها صفة القواعد القانونية بالمعنى الصحيح .

#### ١١٨ - القضاء مصدر تفسيري حيث لا يوجد نظام السوابق القضائية

ولكن الواقع أنه لا يمكن التسليم باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية في نظام قانوني لا يعترف بوجود سوابق قضائية ملزمة (٢) . ذلك أن وظيفة القضاء تنحصر في مجرد تطبيق القواعد القانونية مما يفترض وجود هذه القواعد سلفا ، وتمام خلقها وتكوينها من قبل عن طريق سننات أخرى غير سلطات القضاء .

(١) انظر في هذا المعنى بصفة خاصة :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 294-296.

(٢) في هذا المعنى :

Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, Nos. 113 - 118. — Gény, op. cit., t. II, Nos. 146 - 148. — Ripert, Les forces, créatrices du droit, No. 4, pp. 159 - 161.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرات ١١٥ ، ١٢٠ ، - سليمان مرقس ،  
فقرة ١٧٥ - محمد علي امام ، فقرات ١٤٢ - ١٤٤ - محمود جمال الدين زكي ، فقرات  
٧١ - ٧٣ .

وانظر في انكار اعتبار القضاء مصدرا رسميا حتى في ظل النظام الانجليزي الذي يقوم  
على أساس السوابق القضائية الملزمة : برهام عطا الله ، المقالة السابقة ، هامش «١» ص ١٥٣ ،  
و ص ١٥٤ .

فضلا عن أنه لكي يعتبر القضاء مصدرا رسمياً للقانون - حتى في الحدود التي يقول بها بعض الفقهاء ، أي عند عدم وجود قاعدة من القواعد القانونية الوضعية يمكن تطبيقها - ينبغي أن تتوافر للحلول التي يخلقها القضاء وابتدعها صفة القواعد القانونية . بمعنى أنه يجب أن تتوافر لهذه الحلول التي تستقر عليها أحكام القضاء صفة العموم والتجريد من ناحية ، وصفة الالتزام من ناحية أخرى . فهل تتوافر حقيقة هاتان الصفتان في قضاء لا يستوى على أساس من السوابق الملزمة ؟

الواقع أن صفة العموم والتجريد مفقودة في الحلول التي ينشئها مثل هذا القضاء ، لأنها محدودة بالخصومات التي صدرت فيها فلا تتمتعها إلى غيرها من الخصومات المستقبلية المتماثلة ، فهي إذن حلول خاصة لا ترتفع إلى مرتبة القواعد العامة المجردة (١) .

ولا يطعن في ذلك القول بأن المقصود هو الاتجاه العام الذي يستخلص من استقرار أحكام القضاء على حل معين ، لأنه حتى تكون لمثل هذا الاتجاه العام صفة القاعدة العامة المجردة ، ينبغي أن يكون اتجاهاً تلتزم المحاكم جميعاً دون استثناء بالسير فيه والحكم بمضمونه كلما عرض نزاع متعلق بموضوعه . وهو ما لا يتحقق دائماً ، لأنه لا يوجد قانوناً ما يلزم محكمة من المحاكم - في نظام لا يقوم على أساس من السوابق القضائية الملزمة - باتباع اتجاه عام معين للقضاء ابتدعه وتواتر على السير فيه .

ومجرد قيام حق المحاكم قانوناً في مخالفة هذا الاتجاه العام - ولو لم تخالفه فعلاً - يمنع من توافر صفة العموم والتجريد له ، إذ لا يتوجه حينئذ هذا الاتجاه العام إلى طائفة غير متناعية من الأشخاص والروابط المتماثلة بصفاتها وشروطها كما هو الشأن في كل قاعدة قانونية ، وإنما يتوجه فحسب

(١) بل إن بعض المشرعين في القانون الحديث يحرص على النص على نفى كل شك قد يقوم في هذا الصدد ، منعا لخلط بين الأحكام القضائية والقواعد القانونية ، وتأكيداً لإنحصار السلطة القضائية في اختصاصها الأصلي وهو تطبيق القانون دون جوار على اختصاص السلطة التشريعية في إنشاء القانون والالتزام بقواعد قانونية . ومن هؤلاء المشرع اللبناني ، الذي نص على أنه : لا يجوز ( للمحاكم ) أن تصوغ أحكامها في صيغة الأنظمة « ( م ٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية ) .

الى من ترغب كل محكمة رغبة اختيارية فى اخضاعه من هذه الطائفة لحكم هذا الاتجاه . فتحدد هذه الطائفة اذن برغبة المحاكم ، لا بصفات من يدخل فيها من أشخاص ، أو شروط ما ينطوى تحتها من روابط .

وهذا يكشف عن فقدان الصفة الثانية اللازم توافرها للحلول القضائية المبتدعة حتى تعد من قبيل القواعد القانونية الوضعية ، وهى صفة الالزام . ففي نظام قانونى ، كالنظام الفرنسى أو المصرى ، لا يقوم على السابقة القضائية الملزمة المعترف بها فى القانون الانجليزى والقوانين الأخرى التى تنحو نحوه ، يكون من العيب اذن وصف حلول القضاء أو اتجاهاته العامة المبتدعة بصفة القواعد القانونية الوضعية .

والقول بعكس ذلك استنادا الى أن وجود محكمة النقض كقيل بحمل يقية المحاكم على احترام ما تبتدعه أو تقره من حلول ، انما هو قول يخلط فى الحقيقة بين قوة الالزام الادبى وقوة الالزام القانونى لأحكام محكمة النقض . فحضاء محكمة النقض سواء فى فرنسا أو مصر لا يتمتع بقوة الزام قانونى لا بالنسبة اليها نفسها ، ولا بالنسبة لما دونها من محاكم (١) : فلا تشريب على محكمة النقض ان هى رجعت عن قضاء سبق أن استقرت عليه ، ولا جناح على المحاكم الدنيا ان خالفت عن قضاء ثبتت عنيه محكمة النقض .

ولئن كان الحاصل فى العمل هو احترام المحاكم الدنيا عادة لما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فليس ذلك الا احتراما مبعثه مجرد الزام أدبى أو فعلى لا قانونى ، يرجع الى ما تتمتع به محكمة النقض فى نفوس قضاة المحاكم الدنيا من توقير ومهابة ، والى ما لها من سلطة نقض أحكام هذه

---

(١) ومع ذلك ، فينص المشرع على حالة يكون لقضاء محكمة النقض فيها قوة الزام قانونى . وهى الحالة التى تنقض فيها محكمة النقض - تغير سبب مخالفة قواعد الاختصاص - حكما من الأحكام لخطأ فى تطبيق القانون ، وتحيل القضية الى دائرة أخرى فى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض لتحكم فيها من جديد ، فحينئذ تلتزم هذه الدائرة باتتباع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصل فيها ( م ٢/٢٦٩ من قانون المرافعات الجديد ) . ولكن يجب أن يراعى أنه حتى فى هذه الحالة . فإن القضاء الملزم لمحكمة النقض - فيما يبتدع من حلول جديدة - لا يكون قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح ، لأنه قضاء خاص بنزاع معين لا يعدوه الى غيره من المنازعات والخصومات المتماثلة الحاضرة أو المستقبلية ، فلا تتوافر له اذن صفة العموم ولا صفة التجريد .

المحاكم اذا لم تطبق القانون التطبيق الصحيح .  
فالثابت اذن أنه في ظل نظام قانوني لا يقوم على أساس من السوابق القضائية الملزمة ، لا يتمتع قضاء محكمة النقض بقوة الزام قانوني (١) تسبغ على الحلول التي يبتدعها - في مجال انعدام القواعد القانونية الوضعية - صفة هذه القواعد . ولا يكفي ما يتمتع به هذا القضاء من قوة الزام أدبي أو فعلي لاسباغ هذه الصفة عليها ، اذ يبقى قانونا للمحاكم الدنيا حتى المخالفة عنها ولو على حساب تعريض أحكامها للنقض .

### ١١٩ - القضاء مصدر تفسيري في القانون المصري

يخلص من كل ذلك أن القول باعتبار القضاء مصدرا للقواعد القانونية قول غير صحيح في دول كصر وفرنسا ، لا وجود فيها للسابقة القضائية المعترف بقوتها الملزمة في الدول الأنجلوسكسونية . ولذلك لا يعتبر القضاء فيها الا مجرد مصدر تفسيري فحسب .

وهذا واضح في القانون المصري ، حيث تغفل المادة الأولى من التقنين المدني « القضاء » وهي بسبيل تعديد المصادر الرسمية للقانون . ويزيد في تأكيد ذلك حذف النص ، الذي كان يتضمنه أصلا المشروع التمهيدي لهذا التقنين ، على أن يستلهم القاضى « الأحكام التي أقرها القضاء . . مصريا كان أو أجنبيا » . فرغم ما هو ظاهر من أن هذا النص كان لا يعنى الا الرجوع الى أحكام القضاء على سبيل الاستئناس لا الالتزام ، الا انه رؤى أن من الأوضح حذفه حتى لا ينصرف الذهن الى الالتزام بهذه الأحكام واعتبار القضاء بالتالى مصدرا رسميا للقانون المصري . وليس في حذف مثل هذا النص على أى حال ما يضير ، ففي القواعد العامة ما يعنى عن حكمه (١) في اعتبار القضاء مصدرا تفسيريا يستأنس به .

وإذا كان القضاء مجرد مصدر تفسيري على هذا النحو ، فلا ينفي ذلك أن دوره يبقى فعلا وكبيرا في الحياة القانونية ، اذ هو الميدان الذى تعرض فيه

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٩٢ .



صور عملية شتى لتطبيق القواعد القانونية المجردة ، وهو الأداة التي تعين على جعل القانون دائما متمشيا مع ما يستجد في الحياة الاجتماعية من مطالب وحاجات .

لذلك تبدو الأهمية البالغة للوقوف على أحكام القضاء ، بحيث تبدو الحاجة ملحة الى وجوب نشر هذه الأحكام فى مجموعات دورية لتيسير الاطلاع عليها والرجوع اليها .

وفى القانون المصرى ، توجد مجموعات قضائية عديدة رسمية وخاصة على السواء ، نعرض لأهمها فيما يلى :

١ - « المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية » التى كانت تصدرها وزارة العدل منذ سنة ١٩٠٠ . وقد أصبحت هذه المجموعة منذ سنة ١٩٦٣ تصدر عن المكتب الفنى بمحكمة النقض ، وتغير عنوانها الى « المجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية » .

٢ - « مجموعة القواعد القانونية التى أقرتها محكمة النقض » والمعروفة باسم مجموعة عمر ، وتتضمن فى خمسة أجزاء أحكام الدائرة المدنية وفى سبعة أجزاء أحكام الدائرة الجنائية التى أصدرتها المحكمة منذ انشائها الى نهاية العام القضائى ١٩٤٨ - ١٩٤٩ .

٣ - « مجموعة أحكام النقض » التى يتولى المكتب الفنى بمحكمة النقض (١) منذ سنة ١٩٥٠ نشرها فى مجموعتين مستقلتين ، احدهما لأحكام الدائرة الجنائية ، والأخرى لأحكام الدائرة المدنية ودائرة الأحوال الشخصية والجمعية العمومية والهيئة العامة .

٤ - « مجلة المحاماة » التى تصدرها نقابة المحامين الوطنية منذ سنة ١٩٢٠ .

---

(١) وقد قام المكتب الفنى كذلك بنشر مجموعتين أبجديتين للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ذمب القرن الأول من حياتها أى من سنة ١٩٣٧ الى سنة ١٩٥٥ ، الأولى للأحكام المدنية وتقع فى جزئين ، والثانية للأحكام الجنائية وتقع فى ثلاثة أجزاء .

٥ - « مجلة التشريع والقضاء » التي كانت تصدر عن دار النشر للجامعات المصرية منذ سنة ١٩٤٨ ، والتي توقفت عن الصدور في السنوات الأخيرة .

وتنبغي الإشارة الى أنه صدرت أثناء قيام المحاكم المختلطة في مصر ثلاث مجموعات لنشر أحكامها هي : « المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة » و « نشرة التشريع والقضاء المختلط » ، *Bulletin de législation et de Jurisprudence mixtes* التي كانت تصدر عن نقابة المحامين أمام المحاكم المختلطة مقتصرة على نشر أحكام محكمة الاستئناف المختلطة و « جازيت المحاكم المختلطة » *Gazette des tribunaux mixtes*

٦ - « جازيت المحاكم المختلطة » *Gazette des tribunaux mixtes* التي كانت تصدر عن دار النشر للجامعات المصرية منذ سنة ١٩٤٨ ، والتي توقفت عن الصدور في السنوات الأخيرة .

٧ - « جازيت المحاكم المختلطة » *Gazette des tribunaux mixtes* التي كانت تصدر عن دار النشر للجامعات المصرية منذ سنة ١٩٤٨ ، والتي توقفت عن الصدور في السنوات الأخيرة .

٨ - « جازيت المحاكم المختلطة » *Gazette des tribunaux mixtes* التي كانت تصدر عن دار النشر للجامعات المصرية منذ سنة ١٩٤٨ ، والتي توقفت عن الصدور في السنوات الأخيرة .

٩ - « جازيت المحاكم المختلطة » *Gazette des tribunaux mixtes* التي كانت تصدر عن دار النشر للجامعات المصرية منذ سنة ١٩٤٨ ، والتي توقفت عن الصدور في السنوات الأخيرة .

١٠ - « جازيت المحاكم المختلطة » *Gazette des tribunaux mixtes* التي كانت تصدر عن دار النشر للجامعات المصرية منذ سنة ١٩٤٨ ، والتي توقفت عن الصدور في السنوات الأخيرة .

## المبحث الثاني

### المصادر الرسمية للقانون المصري

#### ١٢٠ - تمهيد وتقسيم

استعرضنا بوجه عام - حتى الآن - المصادر الرسمية المختلفة للقواعد القانونية في مختلف الجماعات . ويعنيها فيما يلي أن نقف على المصادر الرسمية للقانون المصري بوجه خاص .

ولقد انتهينا فيما سبق الى استبعاد الفقه والقضاء من عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية في هذا القانون . فلا يبقى منه اذن - مما تعرفه الجماعات عموما من مصادر رسمية - الا التشريع والعرف والدين . وقد تفاوت حظ هذه المصادر الثلاثة في اعتماد القانون المصري عليها تفاوتا كبيرا . فقد كانت الشريعة الاسلامية هي السائدة في مصر منذ الفتح الاسلامي باعتبارها الشريعة العامة فكانت اهم مصادر الالتزام بالقواعد القانونية عموما ، الا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين ، اذ كان المرجع فيها الى ديانات الحُصوم ومللهم المختلفة . وكان حظ العرف والتشريع ضئيلا متواضعا الى جنب الشريعة الاسلامية .

ثم كان أن بدأت حركة التشريع والتقنين الحديثة في مصر منذ أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، فقفز بذلك التشريع الى مكان الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون فيها ، وانكمش نطاق الشريعة الاسلامية انكماشاً كبيراً ، حتى كادت تساوى الشرائع والملل الدينية الأخرى من حيث انحصارها في مجرد الالتزام بقواعد الأحوال الشخصية . بل ان هذا النطاق ذاته ظل يضيق ويتراجع أمام امتداد التشريع الى تناول بعض مسائل الأحوال الشخصية ، مما أصبح معه الدين - على اختلاف أنواعه باختلاف عقائد

الخصوم - مجرد مصدر رسمي للبعض من مسائل الأحوال الشخصية التي ظلت بمنأى عن تدخل التشريع . وبقي للعرف دوره كمصدر رسمي للقانون المصري الى جنب التشريع والدين .

وعند اعداد التقنين المدني الحالي - الذي وضع موضع التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو أجل انتهاء المحاكم المختلطة وتوحيد القانون والقضاء بالنسبة للمصريين والأجانب على السواء - رؤى أن يفرد للشريعة الاسلامية بين مصادر القانون المصري الرسمية - فضلا عن مركزها كمصدر رسمي أصلي في بعض مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى المسلمين أساسا - مركز خاص في غير مسائل الأحوال الشخصية ، بحيث يرجع اليها - عند قصور قواعد التشريع والعرف - بالنسبة الى الجميع مسلمين وغير مسلمين . فنصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني الحالي على أنه اذا « لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية » . وبذلك أصبحت الشريعة الاسلامية - في غير مسائل الأحوال الشخصية - مصدرا رسميا احتياطيا للقانون المصري تأتي مرتبتها بعد العرف .

ويراعى أن هذا النص ، بعد أن أوجب الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية عند عدم وجود تشريع أو عرف ، مضى فأوجب الحكم - عند عدم وجود مبادئ للشريعة الاسلامية - بمقتضى « مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . وعندنا أن الاحالة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تخلق من هذه القواعد وتلك المبادئ مصدرا رسميا بالمعنى الاصطلاحي الدقيق . فهذه الاحالة لا تعدو أن تكون رجوعا بالقاضي الى جوهر القانون ، أى الى المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية يستلهم منها الحل ، وهو ما نعرض له في موضعه الطبيعي عند الكلام في تفسير القاعدة القانونية .

وعلى هذا النحو نستطيع أن نقول أن المصادر الرسمية للقانون المصري هي : أولا ، في غير مسائل الأحوال الشخصية : التشريع ، ثم العرف ، ثم الشريعة الاسلامية . وثانيا ، في مسائل الأحوال الشخصية : الدين أى الديانات المختلفة في مصر باختلاف عقائد المصريين .

غير أن هذه المصادر الرسمية ليست جميعا في مرتبة واحدة : فبعضها مصادر أصلية تطبق قواعدها ابتداء ومباشرة قبل الرجوع الى أى مصدر رسمى آخر ، كالتشريع من ناحية ، والدين فى حدود اختصاصه أى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية من ناحية أخرى . وبعضها مجرد مصادر احتياطية لا تطبق إلا عند عدم وجود نص فى التشريع ، وهى العرف ، ثم الشريعة الإسلامية .

وعلى هذا النحو ، نعرض للمصادر الرسمية للقانون المصرى فى مطلبين:

- المطلب الأول - فى المصادر الأصلية .
- المطلب الثانى - فى المصادر الاحتياطية .

## المطلب الأول

### المصادر الرسمية الأصلية

#### ١٢١ - ازدواج المصدر الرسمي الأصلي للقانون المصرى

قلنا ان المصادر الرسمية الأصلية يقصد بها الدلالة على تلك المصادر التى تطبق قواعدها مباشرة وابتداء ، فيرجع اليها - عند التطبيق - قبل الرجوع الى أى مصدر رسمى آخر .

والمصادر الرسمية الأصلية فى القانون المصرى مصدران : مصدر أصلى عام هو التشريع ، ومصدر أصلى خاص هو الدين . والمقصود من اعتبار التشريع مصدرا أصليا عاما ، الدلالة على ما له من اختصاص عام فى الالزام ابتداء بالقواعد القانونية ، فاخصاصه اذن لا يقتصر على مسائل معينة ، وانما يمتد ويعم كل المسائل التى يتعرض لها القانون ، بحيث تكون قواعده هى المرجع الأول فى كل المسائل عموما الا ما يستثنى منها استثناء بحتا بالاحالة فى شأنها ابتداء الى مصدر رسمى آخر . أما اعتبار الدين مصدرا أصليا خاصا ، فالمقصود منه الدلالة على أن الأديان المختلفة السائدة فى مصر - باختلاف عقائد المصريين وملهم - هى المرجع الأول فى حدود مسائل معينة محددة لا تعدوها ، هى بعض مسائل الأحوال الشخصية أساسا .

وقد دعا الى هذا الازدواج فى المصدر الأصلي فى القانون المصرى ، ما ثبت فى مصر من تقاليد منذ الفتح الاسلامى من اعتبار مسائل الأحوال الشخصية وثيقة الصلة بالدين ، وترك غير المسلمين وما يدينون بشأنها بحيث يخضع كل منهم - فى مسائل الأحوال الشخصية - لأحكام دينه وملته ، ويطرح المنازعات المتعلقة بها أمام مجلس قضائه الدينى أو المللى . فكان من العسير - ومثل هذه التقاليد ما زالت راسخة فى النفوس - توحيد القواعد القانونية فى كل مسائل الأحوال الشخصية عن طريق التشريع .

وظاهرة ازدواج المصدر الأصلي للقانون المصري (١) ، هي التي تحدد لنا نهج البحث في شأنه . ولذلك نتكلم أولاً في التشريع بوصفه المصدر الأصلي العام ، ثم في الدين بوصفه المصدر الأصلي الخاص .

## الوجه الأول

### التشريع

#### المصدر الأصلي العام

#### ١٢٢ - تمهيد وتقسيم

سبق أن أشرنا الى أن العرف كان أسبق المصادر الرسمية الى الوجود ، فكان حظ التشريع الى جنبه ضئيلاً في الجماعات القديمة . غير أن الوضع قد انقلب في العصر الحديث فأصبح التشريع - في أغلب الجماعات اليوم - في المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية . ومرد ذلك الى تعدد ضروب النشاط في الجماعات الحديثة وتضخم حاجاتها وتعقدتها وتعارض المصالح فيها وتشابكها ، مما يحتاج الأمر معه - نظراً الى وفرة القواعد القانونية الواجب فرضها - الى سرعة سنّها من ناحية ، والى حسن صياغتها صياغة فنية دقيقة من ناحية أخرى ، وهو ما لا يتوافر الا للتشريع الذي تقوم على شئونه هيئة أو هيئات معينة متخصصة في سن القواعد القانونية وصياغتها ، بما يتوافر لها من خبرة بأدوات القانون ووسائله وبصر بأهدافه وغاياته ، فضلاً عن أن رواج المذاهب الاجتماعية والاشتراكية في العصر الحديث

---

(١) سنرى من بعد أن هذا الازدواج غريب ، إذ يقضى على ما يجب أن يقوم بين الوطنيين جميعاً من وحدة في القانون ووحدة في الهيئة القضائية . لكننا سنرى أن المشرع المصري قد ابتدأ أخيراً السير في طريق هذه الوحدة بتوحيد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى الجميع دون تفریق بين الأديان ، وتوحيد القواعد القانونية كذلك بالنسبة الى الجميع في شأن بعض مسائل الأحوال الشخصية المحدودة . مما يبشر بقرب استكمال تلك الوحدة بعد قرون طويلة من تمدد قواعد القانون وتفرق جهات القضاء بين المصريين بتعدد دياناتهم وتفرق مللهم .

وهي التي تقوم على أساس من تدخل الدولة تدخلا مباشرا في كل مظاهر النشاط في الحياة الاجتماعية قد مكن للتشريع في الأهمية ، فهو أداة الدولة ووسيلتها الى التدخل المنشود .

وقد احتل التشريع في القانون المصرى المرتبة الأولى بين مصادره منذ صدور التقنينات المصرية المختلفة - المختلطة منها والأهلية - في أوائل الربع الأخير من القرن الماضى ، بحيث أصبح هو المصدر الرسمى الأصلى العام له ، أى صارت كل المسائل عامة - إلا ما استثنى - خاضعة أصلا وابتداء لنصوصه .

### ١ - خصائص التشريع

#### ١٢٣ - تمهيد

التشريع هو قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بالتعبير عن القاعدة القانونية والتكليف بها في صورة مكتوبة ، أو هو قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة واعطائها قوة الالزام في العمل . ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على ذات القاعدة التي تصدر عن هذا المصدر ، وعلى هذا النحو يقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية تصدر في وثيقة رسمية مكتوبة عن سلطة عامة مختصة في الدولة .

ومن هنا يتميز التشريع بأنه يضع أولا قاعدة قانونية ، وبأنه يصدر ثانيا في صورة مكتوبة ، وبأنه يصدر ثالثا عن سلطة عامة مختصة . فنتكلم في كل هذه الخصائص على التوالي .

#### ١٢٤ - التشريع يضع قاعدة قانونية

يقصد بذلك أن يضع التشريع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة . ولذلك لا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الأمر الذى يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة خاصا بشخص معين بذاته أو متعلقا برابطة أو واقعة معينة بذاتها . لأن مثل هذا الأمر - وان صدر عن سلطة عامة مختصة باصداره



- لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك ، اذ لا يتوجه الى طائفة غير محدودة من الأفراد يتعين من يدخل فيها بصفته لا بذاته ، ولا الى طائفة غير متناهية من الروابط أو الوقائع يتحدد فيها الدخول بشروط معينة . فالتشريع اذن - وهو تعبير عن القاعدة القانونية والزام بها - ينبغي أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية التي سبق بيانها .

ومن هنا ، تفهم التفرقة التي يذهب اليها بعض الفقهاء بين التشريع بالمعنى الشكلى وبين التشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى (١) . فالحكم الذى يصدر فى صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية يعتبر تشريعا من الناحية الشكلية ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية ، بينما لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التى تتخلف فيها خصائص القاعدة القانونية رغم صدورها عن السلطة التشريعية . وواضح أن اعتبار التشريع مصدرا رسميا للقاعدة القانونية لا يمكن أن يؤخذ بهذا الوصف الا بمعنييه الشكلى والموضوعى معا . وعلى ذلك ، فاذا كانت كثير من الدساتير - كالدساتير المصرية المتعاقبة - تقضى بأنه لا يجوز عقد قرض عمومى الا بموجب قانون ، ولا منح احتكار الا بقانون والى زمن محدود ، فان القانون أو التشريع الصادر بعقد القرض أو بمنح الاحتكار لا يعتبر قانونا بالمعنى الموضوعى لتخلف صفة العموم والتجريد فيه وهى من خصائص القاعدة القانونية الرئيسية ، وان كان يعتبر قانونا بالمعنى الشكلى لصدوره عن السلطة التشريعية العادية (٢) . وكذلك فاذا كانت ميزانية الدولة تصدر فى صورة قانون أو تشريع ، فان هذا الوصف صحيح من الناحية الشكلية وحدها دون الناحية الموضوعية (٣) .

(١) فى هذا المعنى :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 198 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 78. — Del Vecchio, op. cit., pp. 307, 308.

(٢) انظر :

Marty et Raynaud, *ibid.*

(٣) قارن مع ذلك :

Del Vecchio, op. cit., p. 308.

### ١٢٥ - التشريع يصدر في صورة مكتوبة

يقصد بذلك أن يخرج التشريع الى الوجود في صورة وثيقة مكتوبة تحدد معناه وتنص على الزامه . فيتاح بذلك للقاعدة القانونية التي يتضمنها - عن طريق الالفاظ التي تفرغ فيها افراغا كتابيا - التحديد والثبات اللذان يدفعان عنها الغموض والابهام . وان يكن تقييد معنى القاعدة القانونية بلفظ معين مكتوب ، قد يدفع القاعدة نفسها الى نوع من الجمود يقف بها عن مسابرة التطور في الجماعة والاستجابة لما يجد من حاجاتها (١) .

وايا ما كان الأمر ، فتميز التشريع بشبوته عن طريق الكتابة (٢) ، يفرق - من هذه الناحية - بينه وبين العرف الذي لا يفرغ في لفظ مكتوب أو وثيقة مسطورة ، بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة معينة مع الاعتقاد في الزام هذه السنة .

ولعل وضع التشريع - دون العرف - في صيغة مكتوبة ، يجعل للأول حظا أوفر من الدقة والتحديد والوضوح بما يحقق الاستقرار والأمن في المعاملات ، وان كان يجعل للثاني حظا أوفر من المرونة والقدرة على التكيف وفقا لحاجات الجماعة وتطورها .

### ١٢٦ - التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة

ليست القاعدة التشريعية بالقاعدة القانونية التي تتكون آليا دون تدخل ارادة عاقلة بصيرة واعية ، بل هي قاعدة تتولى وضعها والالزام بها سلطة عامة مختصة في الجماعة أو الدولة بما لها من حق السيادة فيها . وبذلك يبدو - في التشريع - دور الارادة واضحا جليا في تكوين القاعدة القانونية من حيث الشكل .

---

(١) وهنا تبدو أهمية الصياغة المرنة ودورها الكبير في تلافى مثل هذا الجمود كما سبق القول .

(٢) المقصود أن تكون الوثيقة المكتوبة للتشريع وثيقة رسمية صادرة عن السلطة المختصة ، لذلك كان اختلاف العرف عن التشريع من هذا الوجه . وهو اختلاف يظل قائما حتى ولو قام بعض الفقهاء بتجميع قواعد العرف في كتاب ، إذ تكون الكتابة هنا عملا فرديا مستقلا عن قواعد العرف نفسها التي نشأت وتكونت في الجماعة في صورة عملية غير مكتوبة .

وتولى سلطة عامة مختصة فى الدولة وضع القواعد القانونية والالزام بها ، صار فى العصر الحديث - بعد أن تضخمت الجماعات عما كانت عليه فى القديم وتعقدت حاجاتها ومطالبها - أمرا ضروريا يقتضيه ما تحتاجه هذه الجماعات من سرعة فى الانتاج القانونى ، وصياغة فنية دقيقة له تيسره للتطبيق العملى فى تحديد ووضوح يحققان الاستقرار والأمن فى المعاملات . فلم يعد فى الامكان - كما كانت تفعل الجماعات القديمة - الركون الى العرف والاعتماد عليه بصفة أساسية ، وهو المعروف ببطء انتاجه ، نظرا لما يحتاجه من وقت طويل حتى يتكرر العمل به ويقدم ، وحتى تثبت لدى الأفراد العقيدة فى الزامه .

ورغم ما يمتاز به التشريع من سرعة فى الانتاج ، فان هذه السرعة - ان لم تصاحبها العناية الواجبة - قد تنجم عنها مضار جمة . فقد يغلب المشرع عامل السرعة على عامل الدقة فى الصياغة ، مما لا يؤمن معه خروج التشريع معييا أو قاصرا أو متعارضا مع غيره من التشريعات ، وهو ما يضطر المشرع الى الاسراع فى تعديله ، ثم موالة هذا التعديل السريع بتعديل آخر وهكذا . . حتى تكثر التشريعات فى نفس الموضوع كثرة كبيرة تخل بالاستقرار والثبات الواجب للمعاملات ، وتثير مشاكل دقيقة من التنازع الزمانى بين هذه التشريعات المتلاحقة .

وفضلا عن ذلك فان انتشار المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى اليوم هو الذى ركز - بما يستتبع من تدخل الدولة فى كل شئون الحياة والنشاط فى الجماعة تدخلا متزايدا - حق وضع القواعد القانونية والالزام بها بين يدى الدولة بسلطاتها التشريعية المختصة تحقيقا للصالح والعدل العام .

## ٢ - سن التشريع

### ١٢٧ - تمهيد

تحديد السلطة العامة المختصة بسن التشريع فى الدولة أمر يتفاوت تفاوتا كبيرا باختلاف الدول والديساتير . فهى حينما فى يد ملك أو حاكم مطلق . وهى غالبا - فى الدول الحديثة اليوم والديمقراطية منها على الأخص - فى يد

مجلس أو مجلسين منتخبين من الشعب ، قد يشاركهما رئيس الدولة بما يكون له من حق التصديق أو الاعتراض ، وقد تعطى السلطة التنفيذية - الى جوار المجالس النيابية - حق التشريع فى مسائل معينة .

والواقع أن تحديد من له حق التشريع من سلطات الدولة أمر يخضع لظاهرة تحكم التشريع هى ظاهرة تدرجه ، اذ يقابل هذا التدرج فى التشريع تدرج فى السلطات التى تملك سنه ، فالتشريع درجات ثلاث بعضها فوق بعض ، أعلاها هو التشريع الأساسى أو الدستور ، وأوسطها هو التشريع العادى أو ما يسميه بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسى ، وأدناها هو التشريع الفرعى . فنأخذ الآن فى بيان كل درجة من هذه الدرجات الثلاث ، حتى نقف على السلطة المختصة بسن كل منها .

#### ١٢٨ - التشريع الأساسى

يقصد بالتشريع الأساسى التشريع الذى يضع أساس بناء الدولة أى يضع نظام الدولة ودستور الحكم فيها ، فيحدد شكل الحكم فى الدولة ، وتعدد السلطة العامة فيها ، وتوزع الاختصاصات بينها ، وعلاقاتها بالأفراد .

والتشريع الأساسى اما أن يصدر كمنحة من الملك أو صاحب السلطان فى الدولة ، واما أن يصدر فى صورة عقد بين صاحب السلطان والشعب ، واما أن تسنه جمعية تأسيسية منتخبة عن الشعب ، واما أن يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء . وواضح أن الصورتين الأخيرتين التى يسن عن طريقهما التشريع الأساسى تستجيبان للمبدأ الديمقراطى ولاعتبار الأمة أو الشعب مصدر السلطات ، على خلاف الصورتين الأولىين (١) .

---

(١) اختلفت طريقة سن الدساتير المصرية المتعاقبة : فالراجع فى الفقه الدستورى المصرى أن دستور سنة ١٩٢٣ كان منحة من الملك الى الشعب ( انظر خاصة : وحيد رافت ووايت ابراهيم ، القانون الدستورى ، ١٩٢٧ ، ص ١٦ - عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٤٢ ، ص ٦٧ - محسن خليل ، النظام الدستورى فى مصر والجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٠/١٩٥٩ ، ص ١١١ - وقارب : مصطفى أبو زيد فهمى ، النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٦ ، فقرات ٨٥ و ٣١٥ ) . أما دستور سنة ١٩٥٦ ، فقد أعدت مشروعه =

ورغم أن سن الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبى فيه استجابة لهذا الاعتبار وذلك المبدأ بوسيلة مباشرة ، فإننا نفضل عليه طريق سن الدستور بواسطة جمعية تأسيسية حيث يفسح المجال لتمحيص أحكامه تفصيلا ، وهو ما يستحيل تحقيقه فى الاستفتاء حيث يجب اما قبول مشروع الدستور المعروض برمته أو رفضه بكامله ، وهو ما لا يترك فرصة حقيقية للاختيار ، إذ قد يضطر الشعب الى تفضيل الموافقة على دستور لا يقر بعض أحكامه لتجنيب البلاد عواقب رفضه من تركها محكومة لفترة أخرى - حتى يوضع مشروع آخر يرتضيه - حكما استثنائيا دون دستور . ولا بأس على أى حال - بل قد يكون أفضل - سن الدستور بشكل يجمع بين طريق الاستفتاء وطريق الجمعية التأسيسية ، بأن تتولى جمعية منتخبة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشة أحكامه مناقشة كاملة تفصيلية ، على أن يرح من بعد للاستفتاء الشعبى .

ويراعى أن التشريع الأساسى أو الدستور ، اما أن يكون دستورا مرنا يكفى لتعديل أحكامه أو الفائها صدور قانون أو تشريع عادى عن السلطة التشريعية كما هو الشأن فى تعديل أو الغاء القوانين العادية ، واما أن يكون دستورا جامدا لا يتأتى تعديله أو الغاؤه عن هذا الطريق بل يجب لذلك اتباع اجراءات وشروط خاصة . وواضح أن الدساتير الجامدة - على خلاف الدساتير المرنة - تعين على توفير ما يجب للتشريع الأساسى فى الجماعة من استقرار كاف بمنع كثرة التغيير والتبديل فى أحكامه ، والدساتير الدائمة المصرية المتعاقبة من الدساتير الجامدة ، إذ تتطلب اجراءات طويلة وشروطا عسيرة لامكان تعديلها .

## ١٢٩ - التشريع العادى

يقصد بالتشريع العادى - وهو ما يسميه بعض الفقهاء التشريع الرئيسى

---

= الحكومة وطرحته للاستفتاء فنال الموافقة الشعبية . أما دستور ١٩٦٤ . فكان مجرد دستور مؤقت صدر عن رئيس الجمهورية للعمل به الى حين اقرار دستور دائم . وقد سن الدستور الجديدة لسنة ١٩٧١ بعد اقرار مجلس الأمة المبادئ الأساسية لمشروعه وموافقة اللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكى على مواده وطرحه للاستفتاء يوم ١١ سبتمبر ١٩٧١ حيث نال الموافقة الشعبية .



عليه مادة فمادة • ولا تتم الموافقة عليه - في غير الحالات التي تشترط فيها  
أغلبية خاصة - الا بالأغلبية المطلقة للحاضرين من الأعضاء أى أكثر من  
النصف ، واذا تساوت الآراء يعتبر المشروع مفوضاً (١) •

والاصل أن موافقة المجلس تعتبر كافية لاتمام عملية سن التشريع •  
ولكن الدساتير المصرية المتعاقبة تعطى رئيس الدولة أو رئيس الجمهورية الحق  
فى الاعتراض على ما يسنه المجلس من قوانين • وهذا الحق ثابت لرئيس  
الجمهورية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ ابلاغ المجلس اياه الموافقة على  
مشروع القانون • فاذا فات هذا الميعاد دون اعتراض ، سقط حق رئيس  
الجمهورية فيه واعتبر المشروع قانوناً يجب عليه اصداره (٢) • واذا تم  
الاعتراض ، فينستمرط للموافقة على مشروع القانون من جديد بأغلبية أكبر من  
المرّة الأولى هى أغلبية ثلثى مجموع أعضاء المجلس ( الحاضرين والغائبين على  
السواء ) • فاذا توافرت الأغلبية المطلوبة ، يجب على رئيس الجمهورية اصدار  
القانون (٣) •

فكان عملية الاعتراض تنتهى اذن الى مجرد ايقاف القانون الذى أقره  
المجلس النيابى الى حين اقراره اياه من جديد بأغلبية أكبر (٤) • وهى بذلك  
تعتبر وسيلة فى يد السلطة التنفيذية للضغط على السلطة التشريعية بما يحقق

(١) م ١٠٧ من الدستور الجديد •

(٢) م ١١٣/١ من الدستور الجديد •

(٣) م ٢/١١٣ من الدستور الجديد •

(٤) بذلك يبدو الفارق بين « التصديق » و « الاعتراض » • فالصديق اجراء لا يتم  
القانون الا به • بحيث اذا تخلف فلا يظهر القانون الى الوجود ، اذ لا تكون موافقة المجلس  
النيابى عليه قيمة دون اقتراح بالتصديق • أما الاعتراض اذا تم ، فليس من شأنه الا مجرد  
ايقاف اصدار القانون واعادة المناقشة فيه والتصويت عليه فى المجلس من جديد ، بحيث يملك  
المجلس فى النهاية فرض رأيه باقرار القانون ثانية واجبار رئيس الجمهورية بالتسالى على  
اصداره • ولذلك اذا لم يتم الاعتراض أصلاً بحيث مضى ميعاده ، فيجب على رئيس الجمهورية  
اصدار القانون • لعدم التصديق اذن منع نهائى من اصدار القانون • أما الاعتراض فمجرد ايقاف  
مؤقت للاصدار يمكن للمجلس ازالته بالموافقة على القانون من جديد ( راجع فى التفرة بسين  
التصديق والاعتراض : محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩-٣١١ - مصطفى أبو زيد فهمى ،  
المرجع السابق ، فقرة ٥٥٢ ، ص ٤٧٩ ) •

التوازن المرغوب بين السلطتين (١) . ولكن يبقى للسلطة التشريعية على أى حال الكلمة الأخيرة إذا حشدت للموافقة على القانون من جديد الأغلبية الأكبر المطلوبة ، فيعتبر حينئذ - رغم الاعتراض - قانونا واجب الإصدار والنشر .

### حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع العادى فى أحوال استثنائية :

إذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هى التى تقوم بسن التشريع العادى ، فاستثناء من ذلك تحل السلطة التنفيذية فى كثير من الدساتير محل السلطة التشريعية فى سنه فى حالتين : حالة الضرورة ، وحالة التفويض .

(١) تشريع الضرورة : لا شك فى أن قيام حالة من حالات الضرورة التى تستدعى الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير عن طريق التشريع ، وانعدام الأداة التشريعية نظرا لحل المجلس النيابى أو تخلفها نظرا إعطائه فيما بين دورين من أدوار انعقاده ، يبرر الخروج على الأصل من استئثار السلطة التشريعية - أى المجلس النيابى - بسن القوانين أو التشريعات العادية ، ونحويل السلطة التنفيذية الحق فى الحلول محلها مؤقتا فى هذا الاختصاص عن طريق سن قرارات تكون لها قوة القانون أى قوة التشريع العادى .

وقد أعطت الدساتير المصرية المتعاقبة هذا الحق للسلطة التنفيذية (٢) بقيود معينة . وأهم هذه القيود وجود حالة من حالات الضرورة التى توجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، ووجوب الإسراع فى تحديد مصرح تشريعات الضرورة بعرضها على المجلس النيابى خلال مدة قصيرة ، والا فقدت ما لها من صفة قانونية . وتطبيقا لذلك ، أوجب الدستور المصرى الجديد لسنة ١٩٧١ عرض تشريعات الضرورة على مجلس الشعب خلال خمسة عشر

(١) أنظر : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ - عبد الحميد متولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٥٧٢ .

(٢) م ٤١ من دستور ١٩٢٣ و م ١٢٥ من دستور ١٩٥٦ و م ١١٩ من دستور ١٩٦٤ و م ١٤٧ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ .



يوما من تاريخ اصدارها اذا كان المجلس قائما أو في أول اجتماع للمجلس في حالة حله أو وقف جلساته ، ورتب جزاء خطيرا على عدم عرضها على هذا النحو ، أو على عرضها ثم رفضها ، هو زوال ما كان لها من قوة القانون زوالا رجعيا . ولا يتوقف هذا الزوال الرجعي على صدور قرار بذلك في حالة عدم العرض . أما في حالة العرض فلا يتحقق هذا الزوال الرجعي الا بعدم اقرار المجلس هذه التشريعات ، ولكن احتياطا لما قد يترتب على مثل هذا الزوال الرجعي من اضطراب وعدم استقرار ، أعطى الدستور الجديد لمجلس الشعب - في حالة عدم الاقرار أو الرفض - الحق في قصر هذا الزوال على المستقبل دون سحبه على الماضي باعتماد نفاذ هذه التشريعات في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر ( ٢/١٤٧ ) (١) . ولكن اذا لم يقر مجلس الشعب هذا الاعتماد أو هذه التسوية ، فيظل لزوال تشريع الضرورة المرفوض أثره الرجعي .

وينبغي أن يكون مفهوما أن تشريعات الضرورة التي تسنها السلطة التنفيذية في الحدود المتقدمة يجب أن لا تكون مخالفة لأحكام الدستور ، رغم أن كلا من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ ودستور سنة ١٩٥٦ ودستور سنة ١٩٦٤ - على خلاف دستور سنة ١٩٢٣ - قد أغفل تأكيد ذلك . اذا ما دامت السلطة التشريعية - وهي السلطة الأصلية - لا تملك مخالفة الدستور كما سنرى فيما تسنه من قوانين ، فمن باب أولى لا تملك السلطة التنفيذية - وهي سلطة بديلة طارئة - مثل هذه المخالفة فيما تسنه مواجهة لأحوال

---

(١) وهذا الحكم موافق للحكم الذي كان مقررا في دستور سنة ١٩٥٦ ( م ١٣٥ ) . أما في دستور سنة ١٩٢٣ ، فكان من المتفق عليه أن زوال تشريعات الضرورة ليس له أثر رجعي ، سواء في حالة عدم العرض أو في حالة الرفض ( السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٨ . عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٣ ) . أما الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ ، فكان يجعل هذا الزوال رجعيا في حالة عدم العرض ، بينما كان يقصر الزوال على المستقبل في حالة الرفض بجعل أثره متحققا من تاريخ الرفض فحسب ( م ١١٩ ) .

أما دستور اتحاد الجمهوريات العربية لسنة ١٩٧١ الذي يعطى لمجلس رئاسة الاتحاد حق سن تشريعات الضرورة الاتحادية فقد جعل زوال هذه التشريعات من تاريخ انعقاد مجلس الأمة الاتحادى في حالة عدم العرض ، أما اذا تم عرضها ورفضت فيتحقق الزوال من تاريخ الرفض .

الضرورة من قرارات لها قوة القوانين<sup>(١)</sup> .

(٢) **تشريع التفويض** : قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية وبناء على تفويض منها في سن قرارات لها قوة القانون في المسائل المحددة في التفويض . ولئن كان التفويض غير مقبول من الناحية النظرية على أساس أن السلطة التشريعية لا تملك النزول عن اختصاصها ، إلا أن الرغبة في توفير الدقة أو السرعة أو السرية لبعض تشريعات قد تبرر - لمدة معينة - تفويض السلطة التنفيذية في سنها بتشريعات تكون لها قوة القانون ، وذلك رغم وجود السلطة التشريعية وعدم غيابها ، سواء مع تطلب عرضها على السلطة التشريعية من بعد للمصادقة عليها واجازتها<sup>(٢)</sup> أو مع عدم تطلب ذلك .

ولم يكن الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ يتعرض لمثل هذا النوع من التشريع . ولكن ثمة سابقة للبرلمان في مصر بمقتضاها فوض الحكومة سنة ١٩٣٠ في اصدار مراسيم لها قوة القانون في شأن تعديل التعريفات الجمركية وفي شأن فرض وتعديل رسم الانتاج على حاصلات الأرض المصرية أو منتجات الصناعة المحلية ، ولكن بشرط عرض هذه المراسيم عليه .

وقد قطع كل من دستور سنة ١٩٥٦ (م ١٣٦) ودستور سنة ١٩٦٤ (م ١٠) والدستور الحالي لسنة ١٩٧١ (م ١٠٨) كل شك حول امكان التفويض ، اذ تنص المادة ١٠٨ من الدستور الحالي على أن « لرئيس الجمهورية ، عند الضرورة في الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول

(١) قرب من ذلك :

عثمان خليل ، النظام الدستوري المصري ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٣ .

(٢) في هذا المعنى :

عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ .

جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فاذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون » .

ويضع هذا النص من القيود ما يتفق عليه الفقه المؤيد لمبدأ التفويض من تحديد موضوع التفويض ومسائله ومن قصر التفويض على مدة محدودة ومن وجود أحوال استثنائية مبررة ، وهو يتفق في ذلك مع النصوص السابقة في دستوري ١٩٥٦ و ١٩٦٤ . ويتشدد الدستور الحالي في شأن التفويض زيادة على النصوص السابقة : فيطلب ، من ناحية ، أن يكون منح التفويض بأغلبية كبيرة وعسيرة وهي أغلبية ثلثي أعضاء مجلس الشعب الحاضرين والقائمين على السواء - ويوجب ، من ناحية ثانية ، اخضاع تشريعات التفويض من بعد لموافقة مجلس الشعب (١) تأكيداً لما ينبغي من إبقاء الزمام النهائي للتشريع بيد السلطة الأصلية وهي السلطة التشريعية تراقب السلطة التنفيذية النائبة فيما وكلتها وفوضتها من شئونه .

وقد صدر في ظل دستور سنة ١٩٦٤ تفويض من مجلس الأمة لرئيس الجمهورية ، خلال الظروف الاستثنائية القائمة ، في إصدار قرارات لها قوة القانون لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية (٢) .

### ١٣٠ - التشريع الفرعي

يقصد بالتشريع الفرعي التشريع الذي تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور ، باعتبار صفتها هذه ، لا باعتبارها حالة محل السلطة التشريعية حلولا مؤقتا ، بمعنى أن اختصاصها بسن التشريع الفرعي اختصاص أصلي يثبت لها ابتداء ومع قيام السلطة التشريعية ، فلا يعلق على غياب السلطة التشريعية كما هي الحال في تشريع الضرورة ، ولا على تفويض منها كما هي الحال في تشريع التفويض .

(١) يوجب النص عرض هذه التشريعات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . وإذا كان هذا الحكم يتفق مع أحوال التفويض الممنوح لمدة قصيرة جدا ، فهو غير مناسب حينما تطول المدة المحددة للتفويض نسبيا .

(٢) أنظر في عدم توافر هذا التفويض على ما تشترطه المادة ١٢٠ من ذلك الدستور : براهيم محمد عطا الله ، أساسيات القانون الوضعي ، ١٩٦٨ ، هامش «١» ص ٥٤ - ٥٥ .

ويطلق على التشريع الفرعى فى العمل اسم « اللائحة » *Le règlement* تمييزا له عن التشريع العادى الصادر عن الهيئة التشريعية والمعروف باسم « القانون » *La loi* .

واللوائح اما أن يقصد بها تنفيذ التشريع العادى أى القوانين الصادرة عن الهيئة التشريعية فتعرف باسم « اللوائح التنفيذية » ، واما أن يقصد بها تنظيم المصالح والمرافق العامة فتعرف باسم « اللوائح التنظيمية » ، واما أن يقصد بها حفظ الأمن والصحة العامة فتعرف باسم « لوائح البوليس » أو « لوائح الضبط » . ونعرض بايجاز لكل منها فيما يلى :

(١) **اللوائح التنفيذية** : هى ما تسنه السلطة التنفيذية من قواعد تشريعية ضمانا لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية . واختصاص السلطة التنفيذية باصدار مثل هذه اللوائح أمر طبيعى ومنطقى ، لأنها - وهى السلطة المكلفة بتنفيذ هذه القوانين - تكون أقدر من السلطة التشريعية على تنظيم هذا التنفيذ فى دقائقه وفقا لضرورات العمل ، فضلا عما فى ذلك من تخلص القوانين من كثير من التفاصيل ومن التخفيف بالتالى من أعباء السلطة التشريعية المتزايدة .

ويعطى الدستور المصرى رئيس الجمهورية الحق فى سن هذه اللوائح (١) ، بل ويخوله حق تفويض غيره فى سنها . ويجوز كذلك أن تعين القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية من يتولى سن القرارات أو اللوائح اللازمة لتنفيذها ( م ١٤٤ من الدستور الحالى لسنة ١٩٧١ ) ، وغالبا ما يكون هو الوزير المختص .

وطالما أن اللوائح التنفيذية مجرد تنفيذ للقوانين ، فينبغى أن تلتزم حدود هذا الغرض ، بحيث لا تملك الغاء أو تعديل أو تعطيل أحكام هذه القوانين أو الاعفاء منها ، والدستور الحالى صريح فى تأكيد ذلك (٢) .

---

(١) وكذلك يعطى دستور اتحاد الجمهوريات العربية لمجلس رئاسة الاتحاد حق سن اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين الاتحادية ( م ٢٠ ) .  
(٢) وكذلك كان دستور ١٩٢٣ صريحا فى هذا التأكيد ( م ٢٧ ) . أما الدساتير الأخرى =

(٢) **اللوائح التنظيمية** : هي في الأصل ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم وترتيب المصالح والمرافق العامة ، بصفتها مهيمنة على ادارة هذه المصالح والمرافق . وقد أعطت الدساتير المصرية المتعاقبة جميعها السلطة التنفيذية الحق في سن هذه اللوائح (١) . وقد ناز الحلاف طويلا في ظل الدساتير المصرية السابقة - التي كانت تستعمل اصطلاح « ترتيب المصالح العامة » - حول مدى حق السلطة التنفيذية في انشاء المصالح العامة عن طريق اللوائح التنظيمية . وقد حسم أخيرا الدستور الحال لسنة ١٩٧١ هذا الحلاف بالنص صراحة على اعطاء السلطة التنفيذية هذا الحق بقوله « يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لانشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة » (م ١٤٦) . ولكن اذا كان من حق رئيس الجمهورية سن هذه اللوائح ، فيبدو أنه حق مقصور عليه وحده ذاتيا ، فلا يملك تفويض غيره في سنها . اذ يفقل النص - على خلاف النص الوارد في شأن اللوائح التنفيذية - الاشارة الى امكان التفويض في سن اللوائح التنظيمية .

(٣) **لوائح الضبط أو لوائح البوليس** : يقصد بها ما تضعه السلطة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ الضبط أو البوليس بمعناه العام ، أي لحفظ الأمن وتوفير السكينة والطمأنينة وحماية الصحة العامة . ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح المحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ، ولوائح مراقبة الأغذية والباعة الجائلين .

ولم يكن الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ يتضمن أى نعر يخول السلطة التنفيذية حق سن هذه اللوائح . ولكنها جرت دائما على سنها واصدارها منذ كانت تجمع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية قبل صدور هذا الدستور ، مما حدا ببعض الفقهاء الى التماس أساس دستورى لها مما جرى عليه العمل

---

الصادرة فيما بين هذين الدستورين فلم تكن تصرح بذلك ، ولكن نفس الحكم كان مستخدما دون نص من الغرض المقصود من اللوائح التنفيذية ( كتابنا سالف الذكر ، ص ٢٩٣ ) .

(١) وكذلك يعطى دستور اتحاد الجمهوريات العربية لمجلس رئاسة الاتحاد حق سن اللوائح اللازمة لتنظيم المؤسسات والمرافق التي يشرف عليها الاتحاد ( م ٢٠ ) .

والقول بوجود عرف بذلك ، فضلا عن أن قيام السلطة التنفيذية بسن هذه اللوائح هو ما يلائم مقتضيات العمل نظرا لما تتطلبه مسائل الضبط من دقة وتشعب وسرعة تنظيم (١) . غير أن خطر هذه اللوائح على حريات الأفراد وعدم استنادها الى نص من الدستور أو القوانين ، فضلا عما تقرره من عقوبات على مخالفتها رغم ما هو ثابت من مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » أو على لائحة تستند الى قانون ، كان يحمل على التردد في الاعتراف للسلطة التنفيذية بهذا الحق دون نص على ذلك في الدستور (٢) .

لذلك أحسن المشرع الدستوري المصري من بعد بنصه صراحة على حق السلطة التنفيذية في سن هذه اللوائح بقوله « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط » ( م ١٤٥ من الدستور الحالي لسنة ١٩٧١ ) (٣) . وبذلك ينقطع الشك والخلاف الآن حول شرعية هذه اللوائح وأساسها الدستوري . وقد كان كل من دستور ١٩٥٦ و ١٩٦٤ يخول رئيس الجمهورية حق تفويض غيره في سن هذه اللوائح . ولكن الدستور الحالي لسنة ١٩٧١ أسقط الإشارة الى ذلك ، مما يوجب القول بأن سن هذه اللوائح قد أصبح حقا ذاتيا مقصورا على رئيس الجمهورية بحيث لا يملك الآن تفويض غيره في سنها .

### ٣ - نفاذ التشريع

#### ١٣١ - تمهيد

إذا تم سن التشريع - أيا كانت درجته - من السلطة المختصة بسنه ، فإنه يوجد قانونا . ولكن الوجود القانوني للتشريع لا يعنى دخوله مرحلة التنفيذ بعد . اذ ينبغي لذلك تسجيل هذا الوجود القانوني والامر بتنفيذ التشريع ممن يملك الأمر بالتنفيذ أى من السلطة التنفيذية عن طريق الاصدار Promulgation ، ثم اعلانه للناس وتحديد موعد نفاذه عن طريق النشر . Publication

(١) السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٦٩ و ٤٧٠ .

(٢) في هذا المعنى :

كتابنا أصول القانون ، ص ٢٩٤ - محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ و ٣٤٥ .

(٣) م ١/١٣٨ من دستور ١٩٥٦ ، و م ١٢٢ من دستور ١٩٦٤ .

## ١٣٢ اصدار التشريع

يقصد بالاصدار تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ (١) بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعا ملزما من تشريعات الدولة . فهو بمثابة شهادة ميلاد للتشريع ، تكون سنداً لتنفيذه .

وبديهى أنه حيث تملك السلطة التنفيذية سن التشريع - كما هي الحال فى التشريع الاساسى حين يكون منحة من الملك أو الحاكم المطلق ، وفى تشريع الضرورة أو تشريع التفويض ، وفى التشريع الفرعى خاصة - يتضمن سن التشريع حتما اصداره ، لأن السلطة التى تسن التشريع هنا هي نفسها التى تضعه موضع التنفيذ .

أما حيث تسن التشريع سلطة أخرى غير السلطة التنفيذية التى تضعه موضع التنفيذ فيحتاج الأمر الى أن تقوم السلطة الثانية باصدار ما سنته السلطة الأولى ، كما هي الحال فى التشريع العادى الذى تسنه السلطة التشريعية ، والتشريع الاساسى الذى يسنه الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء أو تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب . ذلك أن وضع التشريع الذى تم سنه فى مثل هذه الحالات موضع التنفيذ يقتضى تسجيل وجوده القانونى وتكليف رجال السلطة التنفيذية بالقيام على تنفيذه ، ومثل هذا التكليف لا يتصور صدوره الا من السلطة التنفيذية نفسها ممثلة فى شخص رئيسها ، لأن المكلفين بالتنفيذ هم عمالها فلا تملك عليهم سلطة أخرى أيا كانت - كالجمعية التأسيسية أو السلطة التشريعية - حق الأمر والتكليف .

فالاصدار اذن فى حالة التشريع الاساسى المسنون بواسطة جمعية تأسيسية أو المستفتى فيه الشعب ، يتضمن تسجيل موافقة الجمعية التأسيسية عليه أو تصويت أغلبية الشعب له فى الاستفتاء ، والأمر بتنفيذه باعتباره التشريع الاساسى للدولة . والاصدار فى حالة التشريع العادى يتضمن تسجيل موافقة المجلس النيابى عليه ، والأمر بتنفيذه كقانون من

(١) ولذلك يعتبر الاصدار عملاً تنفيذياً لا عملاً تشريعياً ، إذ هو بداية وضع القانون موضع التنفيذ ( فى هذا المعنى : عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٥٦ ، ص ١٧٥ . وقارن السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٢ - ٣٦٤ ) .

قوانين الدولة - وحصول اصدار القانون قبل فوات الميعاد المحدد لاستعمال  
حق الاعتراض ، يفيد نزول رئيس الجمهورية عن استعمال مثل هذا الحق .

ومن الأفضل النص في الدستور على تحديد مدة معينة يجب على رئيس  
الجمهورية خلالها اصدار القوانين التي يسنها المجلس النيابي حتى لا يتمكن  
بذلك من تعطيل تنفيذ هذه القوانين بتأخير اصدارها . ومع ذلك ، لا تتضمن  
الداستير المصرية المتعاقبة أى نص من هذا القبيل ، مما يبرر انتقادها .

### ١٣٣ - نشر التشريع

إذا كان اصدار التشريع لازما لتسجيل سنة والأمر بتنفيذه الى  
رجال السلطة التنفيذية ، فابلاغ مضمونه الى الكافة وحمله الى علمهم أو  
اتاحة فرصة العلم به لهم لازم كذلك ، اذ هم المكلفون بأحكامه فلا مناص من  
اعلامهم بها حتى يوافقوا مسلكهم عليها . ذلك أنه لا تكليف الا بمعلوم ،  
والتشريع لا يكون معلوما للمكلفين به الا باشهاره بينهم واذاغته فيهم .  
والوسيلة القانونية الوحيدة المعتمدة اليوم لاشهار التشريع واذاغته هي نشر  
نصوصه في الجريدة الرسمية للدولة (١) . والنشر في الجريدة الرسمية  
واجب لنفاذ التشريع فى حق المخاطبين بأحكامه ، أيا كانت درجة التشريع  
أساسيا أو عاديا (٢) أو فرعيا (٣) .

ولا يفنى فى الأصل عن النشر فى الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى  
من وسائل الاشهار أو الإذاعة أو الاعلان ، رغم أن بعض هذه الوسائل قد

---

(١) تنشر التشريعات فى جمهورية مصر العربية فى جريدين رسميتين مستقلتين : « الجريدة  
الرسمية » وتنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ومن نوابه ، و « الوقائع  
المصرية » وتنشر القرارات الوزارية ( كما تنشر الاعلانات الحكومية والقضائية ) .  
وقد نص دستور اتحاد الجمهوريات العربية على أن ينشئ مجلس رئاسة الاتحاد جريدة  
رسمية اتحادية تنشر فيها القوانين والقرارات واللوائح الاتحادية ( م ٦٦ ) .  
(٢) م ١١٨ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ .

(٣) انظر م ١/٢٤ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الدولة ، وانظر  
كذلك نقتن ١٧ مايو ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقتن ، س ٧ ، ع ٢ رقم ٨٢ ص ٦٠٧ ، حيث  
يذكر الحكم أن « القرار التشريعى يستلزم بطبيعته النشر فى الجريدة الرسمية ليعلم به الكافة ،  
وليكون له حكم القانون الذى صدر تنفيذا له واعمالا لأحكامه » .



يكون أجدى مفعولا من النشر في الجريدة الرسمية في سبيل حمل التشريع الى علم المخاطبين بأحكامه . فالإكتفاء اذن - في نشر التشريع - بإذاعته في الراديو أو تعليق صور منه في أماكن بارزة على الحوايط في الشوارع والميادين الرئيسية ، لا يعتبر نشرا قانونيا بالمعنى الصحيح . ومن هنا ، لا يعتبر مثل هذا النشر كافيا لنفاذ التشريع في حق المخاطبين بأحكامه . وكذلك لا يغنى في الأصل ، عن حصول نشر التشريع في الجريدة الرسمية ، ثبوت علم بعض الأفراد المخاطبين بحكمه علما يقينيا به (١) .

وإذا كان المقصود من نشر التشريع في الجريدة الرسمية للدولة حملة الى علم المخاطبين به ، فيقتضى ذلك أن تطبع الجريدة الرسمية بأعداد كافية نسبيًا وأن توزع هذه الأعداد موضع التوزيع الفعلي لمن يطلبها من الجمهور .

وإذا كان الأصل هو وجوب نشر التشريع في الجريدة الرسمية ، فمن الأفضل تحديد مهلة للسلطة التنفيذية لإجراء هذا النشر ، حتى لا تتلكأ فيه بقصد تأخير تنفيذ التشريع . وقد أحسن الدستور المصري بإيجاب نشر القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ( م ١٨٨ من الدستور الحالي لسنة ١٩٧١ ) (٢) . ومع ذلك تظل السلطة التنفيذية قادرة على التحكم في نشر القوانين عن طريق تأخير إصدارها ما دام الدستور لا يقيد بها بموعد معين في القيام بهذا الإصدار كما سبق البيان .

وإذا تم النشر في الجريدة الرسمية فالغالب أن لا يعتبر التشريع نافذا فور هذا النشر بل يبدأ نفاذه بمضى وقت معلوم من حصول النشر ، أفساحا لشيوع العلم بأحكامه . وقد نص الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ ، في شأن القوانين أى التشريعات العادية ، على أن « ٠٠٠ يعمل بها بعد شهر من اليوم

(١) أنظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ٣ يناير ١٩٥٠ ( مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة الرابعة ، رقم ٤٤ ، ١٤٧ ) .

(٢) أنظر كذلك م ١٨٧ من دستور ١٩٥٦ ، وم ١٦٤ من دستور ١٩٦٤ .

التالى لتاريخ نشرها ، الا اذا حددت لذلك ميعادا آخر ، ( م ١٨٨ ) (١) .  
فحيث تدعو الضرورة الى الاسراع فى تنفيذ القانون ، يمكن النص فيه على  
نفاذه قبل الميعاد الدستورى بل وحتى من تاريخ النشر . وحيث تدعو الحاجة  
الى التراخى بتنفيذه الى ما بعد الميعاد الدستورى ، يمكن النص فيه على  
التاريخ المتأخر الذى يبدأ منه نفاذه . أما اذا لم يحدد القانون موعدا آخر  
سابقا على الموعد الدستورى أو لاحقا له ، فيبدأ نفاذه بعد شهر من اليوم  
التالى لتاريخ النشر (٢) .

وإذا كان لتاريخ النشر هذه الأهمية فى حساب الميعاد الدستورى أو  
القانونى لبدء نفاذ القانون ، فلا يعتد الا بالنشر الحقيقى أى بتاريخ التوزيع  
الفعلى لعدد الجريدة الرسمية المنشور به التشريع ، لا بتاريخ طبع هذا العدد  
أو التاريخ المخالف الذى قد يحمله (٣) .

وبفوات الميعاد الذى يبدأ منه النفاذ يفترض علم الأفراد بالتشريع ،  
فيسرى فى حق جميع المخاطبين بأحكامه دون استثناء ، ولا يقبل من أحد

---

(١) كان دستور ١٩٢٣ يعتبر القانون نافذا بضى ثلاثين يوما من نشره فى الجريدة الرسمية .  
وكان دستور ١٩٥٦ يعتبره نافذا بعد عشرة ايام من تاريخ هذا النشر . وكان يجوز نيهما دائما  
مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص . أما دستور ١٩٦٤ ، فقد أغفل تحديد أى ميعاد من تاريخ  
النشر لبدء نفاذ القوانين .

(٢) أنظر فى عدم دخول يوم النشر فى الحساب ولو كان منصوصا على بدء نفاذ القانون  
من تاريخ النشر وفى دخول هذا اليوم فى المجال الزمنى لنفاذ القانون القديم ، « لان هذا اليوم  
هو فاصل زمنى يمتد أربعاً وعشرين ساعة ، وقد يتم النشر فى أى وقت فيه ، وقد يتراخى هذا  
اليوم لآخره . فكيف يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أوله ؟ : المحنسة الادارية العليا  
١٢٥ - ٤ فى ٢١/٣/١٩٥٩ ، أحمد سمير أبو شادى ، مجموعة القواعد القانونية للحكمة الادارية  
العليا فى عشر سنوات ، رقم ٥٩٩ ، ص ٦١٩ - ٦٢٠ .

(٣) « اذا كان القانون رقم ٢٦٤ ، لسنة ١٩٥٣ . . . قد نظم اجراءات أوجب على الكسابة  
اتباعها ابتداء من تاريخ العمل به ونص فى المادة الثالثة منه على العمل بالقانون المذكور من  
تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية . . . وكان المستأنف قد دفع بأنه قد استعمل انسلم بذلك  
القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف الى قلم الكتاب بمقولة أن الجريدة الرسمية التى  
نشر فيها ذلك القانون وان كانت قد طبعت فى ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ الا انيا لم توزع وتنتشر  
فصلا الا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف ، فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع فانه  
يكون مشوباً بالتقصير ( نقض ٢٤ يونيه ١٩٥٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ، ص ٩ ،  
ع ٢ ، رقم ٨١ ، ص ٦٣٩ ) .

الاعتذار بجبله . وافترض العلم بالتشريع بمجرد ابتداء نفاذه انما هو تفريع على مبدأ افتراض العلم بالقانون أى بمجموع القواعد القانونية الملزمة فى الدولة وهو ما سنعرض له من بعد عند الكلام فى مدى تطبيق أو سريان القاعدة القانونية .

#### ٤ - نتائج تدرج التشريع أو رقابة صحته

##### ١٣٤ - خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى ، ورقابة ذلك

قلنا ان ثم ظاهرة يتميز بها التشريع هى ظاهرة تدرجه أى تفاوتة فى القوة درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فالتشريع الأساسى أو الدستور هو أقواها ، ويليه التشريع العادى ، ثم يتبعه التشريع الفرعى . وهذا التدرج فى القوة ينبغى أن يسلم منطقاً الى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى . غير أن هذه النتيجة على تحميم المنطق لها لا تجد دائماً ما ينبغى لها من صدق فى نطاق العمل ، فهذا الصدى يتفاوت بتفاوت الدول والديساتير . فتدرج التشريع اذن يجب أن يستتبع استمداد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الذى يعلوه وهكذا ، بحيث يكون باطلا التشريع الأدنى الذى يصدر على خلاف ما يقضى به التشريع الأعلى ، وعلى هذا النحو فالتشريع العادى ينبغى أن لا يكون متعارضاً مع التشريع الأساسى ، والتشريع الفرعى بدوره ينبغى أن لا يكون مخالفاً للتشريع العادى أو للتشريع الأساسى . ومن هنا فاذا تعارض تشريعان من درجة متفاوتة وجب تغليب التشريع الأعلى وإغفال التشريع الأدنى .

كل ذلك يدعو بخاصة الى اقامة رقابة قضائية (١) على صحة التشريع للتأكد من مطابقة الأدنى منه للأعلى سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع . فنعرض لهذين النوعين من الرقابة لنقف على مدى التسليم بالمبدأ فيهما ومدى تحققه فى العمل .

(١) نترك جانباً ما قد يوجد من رقابة سياسية فى هذا الشأن .

( ١ ) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل

١٣٥ - لا خلاف على تقرير هذه الرقابة

لا خلاف على حق المحاكم فى الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى ، أى للتأكد من تمام سنه بواسطة السلطة المختصة وتام اصداره ونشره وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه . فان لم يتوافر للتشريع الأدنى - سواء كان تشريعا عاديا أو تشريعا فرعيا - الشكل الذى يحدده التشريع الأعلى ، فالاجماع منعقد على حق المحاكم فى الامتناع عن تطبيقه ، تأسيسا على أن مثل هذا التشريع إنما هو تشريع منعدم ليس له وجود قانونى . ولذلك فللمحاكم بل عليها أن تمتنع عن تطبيق قانون لم يحرز الأغلبية الخاصة المطلوبة فى شأنه ، أو عن تطبيق قانون أو لائحة لم تنشر فى الجريدة الرسمية أو صدرت عن جهة غير مختصة .

( ٢ ) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع

١٣٦ - الخلاف حول هذه الرقابة تبعا لدرجة التشريع الأدنى

لا تجد رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع مثل ما تجده رقابة صحته من حيث الشكل من اجماع على اقرارها . فالرأى فى مثل هذه الرقابة يختلف باختلاف ما اذا كان التشريع الأدنى فرعيا أو عاديا . فعرض أولا لرقابة قانونية اللوائح ودستوريتها ، ثم لرقابة دستورية القوانين .

١٣٧ - التسليم برقابة قانونية اللوائح ودستوريتها

حق المحاكم ثابت فى رقابة صحة التشريع الفرعى الموضوعية ، للتأكد من مطابقته لقواعد وأحكام التشريع العادى والتشريع الأساسى على السواء . فتملك المحاكم اذن التحقق من شرعية أو قانونية اللوائح بالتثبت من عدم مخالفتها لأحكام القوانين (١) . كما تملك التحقق من دستورية اللوائح بالتثبت

(١) تقرر محكمة القضاء الإدارى فى أحد أحكامها أن « قضاء هذه المحكمة قد جرى على جواز الطعن فى القرارات التنظيمية العامة ( أى اللوائح ) بأحد طريقين : إما بالطريق المباشر =

من عدم مخالفتها لقواعد الدستور (١) .  
ولئن كان القضاء العادي يقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيق اللوائح المخالفة للقانون أو الدستور دون أن يملك إلغاءها ، فالوضع مختلف بالنسبة للقضاء الإداري الذي يتمتع كذلك بسلطة الحكم بالفائها .

### ١٣٨ - مشكلة رقابة دستورية القوانين (٢)

(١) الخلاف حول مبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين : لا تجد مشكلة رقابة دستورية القوانين في الدول ذات الدساتير الجامدة (٣) حلا واحدا . فحق المحاكم في مثل هذه الرقابة أي في رقابة صحة التشريع العادي الموضوعية لتتأكد من مطابقتها لقواعد التشريع الأساسي ، أي للتثبت من موافقته لاحكام الدستور ، أمر منازع فيه في الفقه والقضاء ومختلف عليه باختلاف النظم والشرائع .

ثم اتجه يرمى الى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين (٤) بحجة احترام مبدأ فصل السلطات ، الذي يختص السلطة التشريعية بحق سن التشريع ، ويقصر دور السلطة القضائية على مجرد تطبيقه ، اذ يعتبر الامتناع

= أي بطلب التعافي في الميعاد ، أو بالطريق غير المباشر في أي وقت عند تطبيقها في الحالات الفردية أي بطلب عدم الاقتداء ، بها لمخالفتها القانون وذلك عند الطعن في القرارات الفردية بالألغاء من محكمة القضاء الإداري . ٥ فبراير ١٩٥٢ . بحكامه . س ٢٣ ، ع ٧ ، رقم ٤٦٢ ، ص ١٠٥٩ .

(١) انظر مع ذلك لاحقا ص ٢٥٨ - ٢٥٩ ، وهامش «١» ص ٢٥٩ .

(٢) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Burdeau, *Traité de science politique*, t. III, Nos. 156-181. — Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 3e éd., No. 98, pp. 715-732. — Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, 1943, pp. 294-324.

الشيخ صبري ، المرجع السابق . ١٩٤٩ . ص ٢٢٣ - ٢٣٥ . عبد الحميد متوني ، المرجع السابق . ١٩٥٦ . ص ٣١٦ - ٣٣٩ . سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستوري ، ١٩٥٤ ، ص ١٢٤ - ١٨٣ . وكتابتنا أصول القانون ، فقرات ١٤٦ - ١٤٩ .

(٣) لا تنور مشكلة رقابة دستورية القوانين : لا حيث يكون الدستور جامدا ، أما حيث يكون الدستور مرنا ، فتكون مخالفة القوانين أي التشريعات العادية له مشروعة ، لأنها تعتبر بذلك تعديلا لأحكامه وقواعده .

(٤) انظر خاصة :

Esmein, *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd., par Nézaré, t. I, 1927, pp. 644-648.

عن التطبيق ، بادعاء عدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه ، خروجاً من السلطة القضائية عن اختصاصها وتمديداً على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على تصرفاتها والتوصل الى اهدارها ، مما يجعل للسلطة القضائية هيمنة ورقابة على أعمال السلطة التشريعية وهو ما يتنافى مع انفصال السلطتين واستقلالهما . وهذا الاتجاه هو السائد فى القضاء الفرنسى خاصة رغم أن جانبا كبيرا من الفقه الفرنسى (١) ينتقده وينتصر لحق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين .

وتم اتجاه ثان يرمى الى تخويل المحاكم حق النظر فى دستورية القوانين (٢) . بالتثبت من مطابقة التشريع العادى ( القانون ) لقواعد وأحكام التشريع الأساسى ( الدستور ) ، استنادا الى أن رقابة دستورية القوانين إنما هى من طبيعة عمل القضاء الذى يقوم على تطبيق القانون بمعناه العام أى مجموع القواعد القانونية السائدة فى الدولة . فالقضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون ( بمعناه الخاص ) على حد سواء . غير أنه حين يستحيل تطبيقهما معا لتعارض أحكامهما فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون ، اعمالا لقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطوقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى .

ومما يؤيد هذا الاتجاه الثانى أنه مجرد امتداد لما انعقد عليه الاجماع من حق المحاكم فى رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها ، فليس يفهم - مع هذا الاجماع - منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين . فهذان النوعان من الرقابة القضائية ليسا الا نتيجتين حتميتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع ، وليس من المنطق - بل يكون من التناقض - التسليم باحدى النتيجتين دون الأخرى ، فما ينسحب على التشريع الفرعى من تقرير رقابة قانونيته أو شرعيته ، ينبغى أن ينسحب كذلك على التشريع العادى بتخويل المحاكم حق رقابة دستوريته . فضلا عن أن تخويل المحاكم مثل هذا الحق يؤكد - على

(١) أنظر فى الإشارة الى هذا الفقه :

Laferrière, op. cit., pp. 821, 322.

(٢) أنظر خاصة :

Duguit, op. cit., t. III, No. 98, p. 718.

عكس ما يقوله معارضوه - مبدأ فصل السلطات ، لأنه يمنع السلطة التشريعية من أن تفرض على السلطة القضائية قانونا تسنه على خلاف الدستور وتجبرها بذلك على تطبيقه ، مما يخل باستقلالها ويحد من اختصاصها في تطبيق القواعد القانونية التي على رأسها قواعد الدستور .

غير أن فهم مبدأ فصل السلطات على وجهه الصحيح يقتضى كذلك التحوط من أن ينقلب حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين الى تدخل من جانب السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية بإلغاء ما تسنه من قوانين وخرق مبدأ فصل السلطات بالتالى ، إذ إلغاء القوانين كسنها من اختصاص السلطة التشريعية وحدها(١) . ومن هنا ينبغى أن يقتصر حق المحاكم - عند التثبت من عدم دستورية قانون من القوانين - على مجرد الامتناع عن تطبيقه دون الحكم بإلغائه ، مما يقتضى أن يكون الامتناع عن التطبيق قاصرا على الدعوى المعروضة وحدها ، لا ينصرف الى غيرها من الدعاوى ولا يؤثر فى الوجود القانونى لمثل هذا القانون(٢) .

( ٢ ) رقابة دستورية القوانين فى القانون الحديث : الاتجاه الغالب فى القانون الحديث اليوم هو اعطاء المحاكم حق رقابة دستورية القوانين ، دون مساس بمبدأ فصل السلطات ، عن طريق الدفع . وفى مثل هذه الطريقة لا يتوجه أحد الى القضاء ابتداء ومباشرة بدعوى يطلب فيها الحكم باعتبار قانون من القوانين غير دستورى لمخالفته أحكام الدستور ، وإنما يتربص الفرد بدعوى يختصم فيها ، فيدفع هذه الدعوى بعدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه فيها . وأمام هذا الدفع ، تتصدى المحكمة للبحث فى مدى مطابقة هذا القانون لأحكام الدستور . فإن تحققت من هذه المطابقة ، رفضت الدفع مؤكدة دستورية القانون ، ومضت فى أداء واجبها من تطبيقه . وإن تثبتت من مخالفة القانون عن أمر الدستور ، قضت بعدم دستوريته ، ورتبت

(١) فى هذا المعنى :

سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١٨١ و ١٨٢ .

(٢) فى هذا المعنى :

Duguit, op. cit., III, No. 98, p. 719.

على ذلك نتيجته من الامتناع عن تطبيقه فى ذات الدعوى المنظورة أمامه  
والمطالب فيها بتطبيقه .

فالدفع بعدم دستورية قانون ما - باعتباره وسيلة دفاع سلبى بحت -  
لا تعدو نتيجته اذن الغاية من ابدائه ، وهى مجرد استفادة الخصم صاحب  
الدفع وتمكنه من عدم الاستجابة لما يطلبه خصمه من تطبيق قانون معين عليه .  
ولذلك لا تتعرض المحكمة للقانون ذاته فتحكم بالفائه فى حال مخالفته  
للدستور (١) ، وانما تقتصر فحسب على مجرد تقبل الدفع بالامتناع عن اجابة  
المدعى الى ما يطلبه من تطبيق القانون على خصمه . وهى بذلك تحترم فى آن  
واحد سيادة الدستور بتقليبه على القانون المخالف له ، واستقلال السلطة  
التشريعية بعدم الاعتداء على حقها الثابت فى الغاء القوانين .

ومن أهم الدول التى راجت فيها رقابة القضاء لدستورية القوانين عن  
طريق الدفع : الولايات المتحدة الامريكية (٢) والنرويج وكندا وايرلندا  
والبرتغال واليونان وجنوب أفريقيا (٣) .

غير أن ثم دولا أخرى قليلة أعطت القضاء حق رقابة دستورية القوانين  
عن طريق الدعوى ، كالنمسا وايطاليا وسويسرا ، وفى هذه الطريقة ، يباح  
رفع دعاوى مباشرة بطلب الحكم بإبطال أو الغاء قانون معين صدر مخالفا  
للدستور . ونظرا لحظورة هذه الطريقة ، فإن أغلب الدساتير التى أخذت بها  
أنشأت محاكم دستورية خاصة جعلتها وحدها المختصة - دون المحاكم  
العادية - بالنظر فى دستورية القوانين والغاء القوانين غير الدستورية .

(١) فيظل هذا القانون قائما ، بحيث تستطيع محكمة أخرى - أو حتى نفس المحكمة التى  
امتنعت عن تطبيقه فى قضية معينة - تطبيقه فى قضية أخرى ، طالما لا يوجد نظام السوابق  
القضائية الملزمة .

(٢) راجع فى ذلك بخاصة :

أحمد كمال أبو المجد ، رقابة دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الامريكية والاقليم  
المصرى . رسالة من القاهرة ، ١٩٥٨ ، طبعة ١٩٦٠ .

(٣) Lafferrière, op. cit., p. 314.



وكذلك تقصر بعض هذه الدساتير حق الالتجاء الى هذه المحاكم - بدعاوى الالغاء - على هيئات عامة معينة ، فلا تجعله حقا مباحا للكافة (١) .

والواقع أن الطريقة الغالبة في تحقيق رقابة دستورية القوانين وهي طريقة الدفع ، تفضل - بما تحترم من مبدأ فصل السلطات حيث تقتصر الرقابة فيها على مجرد امتناع المحكمة عن تطبيق القانون غير الدستوري - الطريقة التي تتبعها أقلية الدول وهي طريقة الدعوى ، إذ في هذه الطريقة الثانية اهدار لمبدأ الفصل بين السلطات واعتداء على استقلال بعضها ، بتمكن السلطة القضائية العادية أو المحاكم الخاصة من بسط سلطانها على السلطة التشريعية والقضاء فيما تسنه من قوانين بالالغاء والابطال .

( ٣ ) متى رقابة دستورية القوانين في مصر : ينبض تتبع هذه الرقابة في مرحلة أولى قبل انشاء « المحكمة العليا » سنة ١٩٦٩ ، ثم في مرحلة ثانية منذ انشاء هذه المحكمة ، ثم في مرحلة ثالثة منذ انشاء « المحكمة الدستورية العليا » سنة ١٩٧٩ .

١ - قبل انشاء المحكمة العليا : لم يكن الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ يتضمن أى اشارة الى مشكلة دستورية القوانين ، فلا هو منح السلطة القضائية حق التثبت من موافقة ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين لأحكام الدستور ، ولا هو منعها من ذلك . ومن هنا نجد أن القضاء العادى قد تراوحت أحكامه - وهي قليلة نادرة في هذا الشأن - بين ادعاء هذا الحق للمحاكم (٢) وبين انكاره عليها (٣) ، وان كان الاتجاه العام المستخلص من هذه الأحكام هو امتناع القضاء العادى عن ادعاء حق رقابة دستورية القوانين لنفسه ، رغم أن أجماع الفقهاء المصريين يكاد ينصق على اثبات هذا الحق له (٤) .

(١) وهو ما يجعل من هذه المحاكم حينئذ وسيلة لحسم المنازعات بين السلطات العامة أكثر منها وسيلة لحماية حقوق الأفراد التي يكفلها الدستور (Lafferrière, op. cit., p. 300).

(٢) مصر الأهلية أول مايو ١٩٤١ ، المحاماة ص ٢٢ ، رقم ٢٤٨ ، ص ٧٢٥ .

(٣) أنظر في الأحكام المنكرة لهذا الحق :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٦٥ وما بعدها .

(٤) أنظر خاصة :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ - ٦٨٥ - عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ،

تم كان أن أنشئ مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، وأتيح لمحكمة القضاء الإداري أن يعرض عليها الأمر ، فاستقر قضاؤها على اثبات حقها في التصدي لبحث دستورية القوانين عند الدفع أمامها بعدم الدستورية ، بحيث تمتنع في القضية المنظورة أمامها والمطلوب فيها تطبيق قانون غير دستوري عن تطبيقه ولكن دون أن تعرض له في ذاته بإبطال أو الغاء (١) .

وقد أيدنا من قبل هذا القضاء ورجونا أن يستقر حق المحاكم عموما في رقابة دستورية القوانين في مصر ، فتتحول المحاكم العادية عما تلتزمه من حذر وتخوف لا يوجد ما يبررها . ورغم أن الخلاف لم ينقطع من بعد بصدور الدساتير المتعاقبة لسنة ١٩٥٦ و ١٩٥٨ و ١٩٦٤ ، لالتزامها ما كان يلتزمه

---

ص ٥٧٨ - ٥٦٨ - عثمان خليل ، النظام الدستوري المصري ، ١٩٤٢ ، ص ٨٨ وما بعدها .  
سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ١٢٦ - ١٢٩ . - محمد علي امين ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ٢١٧ ، و فقرة ٩٣ . عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرات ١٦٠ - ١٦٢ .

(١) انظر خاصة :

محكمة القضاء الإداري : ١٠ فبراير ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ، السنة الأولى ، ص ٢٨٤ - ٣٠ يونية ١٩٥٢ ، المحاماة ، سنة ٢٣ ، العدد الأول ، ص ٦٨ .  
ومن حيثيات الحكم الأخير ما يأتي : « ومن حيث أن أصلا من الأصول الدستورية هو أن يطبق القضاء القانون فيما يعرض له من الاقضية . والقانون هنا هو كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها . ومن حيث أنه اذا تعذر على القضاء تطبيق هذه التشريعات جميعا لمسا قد يوجد بينها من تعرض ، وجب عليه أن يطبق القانون الأعلى في المرتبة وان يستبعد عن دائرة التطبيق القانون الأدنى اذا تعارض مع القانون الأعلى . . . ومن حيث أن تطبيق الدستور دون القوانين عند التعارض ليس معناه الحكم بالغاء القانون ، فيذا ما لا تملك المحكمة الا بنص صريح في الدستور . ولا تستطيع المحكمة من جهة أخرى أن تطبق القوانين عند تعارضه مع الدستور ، فهذا ما لا تملك الترخيص فيه الا برخصة دستورية صريحة ، وكل ما تسكه المحكمة عند سكوت الدستور هو أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستوري في القضية المعروضة عليها . وتضربها في هذا مقصور على هذه القضية بالذات ، ودون أن تنقده في نفسها به في قضية أخرى تنظرها بعد ذلك . ومن حيث أن هذا النظر هو المستفاد من مبدأ فصل السلطات مفهومها على وجه الصحيح : فالسلطات التشريعية والقضائية كل منهما مستقلة عن الأخرى وكلتاها تخضع للدستور . فلا يجوز لسلطة القضائية أن تحكم بالغاء قانون باطل في دعوى أصلية ترفع أمامها ، والا بسنت سلطتها على السلطة التشريعية . ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق تشريع يتعارض مع النصوص والمبادئ الدستورية فترغمها بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها وينقلب خضوعها للدستور خضوعا للمساطة التشريعية . وهذا وذاك يتعارضان بداهة مع مبدأ فصل السلطات . . . »

دستور ١٩٢٢ من صحت حيال مشكلة رقابة دستورية القوانين ، الا اننا اكدنا حق القضاء جميعا في مثل هذه الرقابة بالامتناع عن تطبيق أى قانون يصدر مخالفا لأحكام الدستور ، مما يكفل في آن واحد احترام سيادة الدستور بوصفه التشريع الأعلى ، واحترام مبدأ فصل السلطات كذلك على السواء (١) .

٢ - منذ انشاء المحكمة العليا : بتاريخ ٣١ أغسطس ١٩٦٩ ، صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ (٢) منشئا ما أسماه « المحكمة العليا » . وقد منح هذا القانون لهذه المحكمة اختصاصات مختلفة متناثرة ، في طليعتها اختصاص الفصل في دستورية القوانين (٣) . وبذلك انحاز المشرع المصرى متأخرا الى موقف الفقه شبه الاجماعى ومسلك مجلس الدولة فى تقرير حق الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، معلنا هذا الحق صراحة بما يقطع كل خلاف حوله أو تشكيك فيه .

وقد اختص المشرع المحكمة العليا وحدها دون غيرها من المحاكم بحق الفصل فى دستورية القوانين ، وذلك قدرا لحظورة هذه المسألة وتوحيدا للرأى فيها (٤) . وبذلك لم يعد للقضاء العادى ولا للقضاء الادارى أى اختصاص بالفصل فى مسألة الدستورية .

غير أن استئثار المحكمة العليا بحق الفصل فى دستورية القانون لا يعطيها حق التصدى من تلقاء نفسها للفصل فى دستورية القوانين ،

---

(١) كتابنا أصول القانون، ص ٣١١ و٣١٢ . الطبعة الثالثة من هذا الكتاب، ١٩٦٩، ص ٢٤٨ .

(٢) استند المشرع فى اصدار هذا القرار بقانون - كما جاء فى ديباجته - الى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ بتفويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون ( انظر فى قانون التفويض المذكور ، سابقا ، متن وهامش «٢» ص ٢٣٩ ) .

(٣) وكذلك قرر دستور اتحاد الجمهوريات العربية مبدأ رقابة الدستورية ، اذ جعل فى طليعة اختصاصات المحكمة الدستورية الاتحادية « الفصل فى الطعون التى تقدم فى دستورية القوانين الاتحادية » ( م ١/٤٨ ) .

(٤) انظر فى ذلك : المذكرة الايضاحية لمشروع القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، النشرة التشريعية ، أغسطس ١٩٦٩ ، ص ٣٦١٥ و ٣٦١٦ .

ولا يعطى الهيئات أو الأفراد حق الاستئناف إليها مباشرة بدعوى أصلية مبتدأة يطلبون الحكم فيها بعدم دستورية قانون من القوانين . وإنما ينبت اختصاص المحكمة العليا بالفصل في دستورية قانون من القوانين إذا دفع ابتداء أمام إحدى المحاكم - في مناسبة دعوى مطروحة عليها - بعدم دستورية هذا القانون المطلوب تطبيقه فيها . فعلى المحكمة المنار أمامها الدفع بتحديد ميعاد للخصوم « لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ، على أن يوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع » ( م ١/٤ من قانون المحكمة العليا ) .

وقد اقتصر النص في قانون المحكمة العليا على اختصاص هذه المحكمة بالفصل في « دستورية القوانين » ( م ١/٤ ) ، مما أثار خلافا حول مدى امتداده أو عدم امتداده إلى الفصل في دستورية اللوائح . ولكن المحكمة العليا انحازت في شأن هذا الخلاف لصالح شمولية اختصاصها برقابة الدستورية بحيث لا يقتصر على رقابة دستورية القوانين بل ينسب كذلك إلى رقابة دستورية اللوائح (١) . وهذا هو الرأي السليم (٢) .

٣ - منذ إنشاء المحكمة الدستورية العليا : حرص دستور ١٩٧١ على تقرير مبدأ انشاء « محكمة دستورية عليا » تحل محل المحكمة العليا وتكون هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها ( م ١٧٤ ) ، ويناط بها وحدها دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ( م ١/١٧٥ ) ، وعلى أن تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة منها في الدعاوي الدستورية ( م ١٧٨ ) . ولكن الدستور المذكور أحال على قانون يصدر من بعد بتفصيل تنظيم هذه المحكمة ، مبقيا للمحكمة العليا حق الاستمرار في ممارسة كافة اختصاصاتها إلى حين تشكيل المحكمة الدستورية العليا وفقا للقانون المرتقب . وقد طال ارتقاب هذا القانون إلى أن أتيح له الصدور سنة ١٩٧٩ بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ (٣) .

(١) أنظر : الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، هامش (١) ص ٢٥٩ .

(٢) في هذا المعنى :

محسن خليل ، القانون الدستوري والتنظيم السياسية ، ١٩٨٧ ، ص ١٥٤ . ولكن قارن : سمير تافو ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٨٦ ، قرة ١٠٧ و ١٠٨ وحكم النقض بتاريخ ١٩٧٢/١٢/٢١ الذي يشير إليه (ص ٣٥٨) .

(٣) الجريدة الرسمية العدد ٣٦ في ٦ سبتمبر ١٩٧٩ .

وقد أعطى هذا القانون أربعة اختصاصات استثنائية للمحكمة الدستورية العليا تخص بها وحدها دون غيرها ، في طلبتها ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح (م ١/٢٥) ، وهو ما يعني في هذا المقام . وقد حسم القانون بهذا النص الصريح الخلاف المثار في ظل قانون المحكمة العليا في هذا الشأن (١) ، مؤكداً شمولية الاختصاص الاستثنائي للمحكمة الدستورية العليا في شأن رقابة الدستورية بما يتناول رقابة دستورية القوانين ورقابة دستورية اللوائح على السواء . وبذلك لم يعد لأية محكمة أخرى - غير المحكمة الدستورية العليا - اختصاص برقابة دستورية اللوائح (٢).

**حالات رقابة الدستورية :** لا تثار مسألة رقابة دستورية القوانين واللوائح الا في حالات ثلاث ذكرها القانون على سبيل الحصر وهي :

(١) **الدفع بعدم الدستورية :** وليست هذه الحالة بجديدة ، فقد كان منصوباً عليها من قبل في قانون المحكمة العليا ، ولكن النص الجديد عليها جاء بمزيد من الايضاح يقطع ما أثير من خلاف حول أثر الدفع في ظل قانون المحكمة العليا الملغى من حيث استلزام جديته أو عدم استلزام ذلك (٣).

وتفترض هذه الحالة وجود دعوى منظورة أمام احدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، ويتقدم أحد الخصوم فيها بدفع بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون مطلوباً تطبيقه في الدعوى . ولا يكفي مجرد الدفع بذلك حتى تعتبر رقابة الدستورية مشرعة ، بل ينبغي أن تقدر المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن الدفع بعدم الدستورية دفع جدي يستحق النظر . فإذا قدرت عدم جديته ، رفضت الدفع ومضت في نظر الدعوى الأصلية . أما اذا قدرت جديته ، فإنها تؤجل نظر الدعوى ، وتحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا .

(١) أنظر سابها ، ص ٢٥٦ .

(٢) أما رقابة قانونية اللوائح في حال الادعاء بمخالفة احدي اللوائح نصا في القانون دون مخالفة نص في الدستور ، فلا تكون من اختصاص المحكمة الدستورية العليا ( في هذا المعنى : مصطفى أبو زيد فهمي ، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين ، ١٩٨٥ ،قرة ٥٦٧ ص ٣٩٠ ، بل تكون من اختصاص المحاكم الأخرى في حدود ولاية كل منها : فتملك محاكم القضاء الاداري عند التثبت من مخالفة القانون الحكم بإلغاء النص أو النصوص المخالفة الواردة في اللائحة . وتملك محاكم القضاء العادي الامتاع عن تطبيق النص أو النصوص المخالفة الواردة في اللائحة ( في هذا المعنى : سمير تاشو ، المرجع السابق ، ققرة ١٠٨ مكرر ، ص ٣٦٠ ) .

(٣) أنظر الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، هامش ١ ، ص ٢٥٦ .

فإذا لم ترفع الدعوى بذلك في الميعاد المحدد، اعتبر الدفع كأن لم يكن ( م ٢٩/ب )، وبذلك تسترد المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي حقها في الاستمرار في نظر الدعوى الأصلية دون التفات إلى الدفع المبدي بعدم الدستورية الذي فوت الخصم ميعاد رفع الدعوى به إلى المحكمة الدستورية العليا.

أما إذا تم رفع الدعوى بعدم الدستورية في الميعاد المحدد، فاستمر الدعوى الأصلية موقوفة إلى أن تفصل المحكمة العليا في مدي دستورية القانون أو اللائحة. وبعد هذا الفصل، تسترد المحكمة الأصلية أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي سلطتها في الاستمرار في نظر الدعوى الأصلية، وذلك في ضوء ما قرره المحكمة الدستورية العليا من دستورية أو عدم دستورية النص أو النصوص المطعون بعدم دستورتها.

وتعتبر الدعوى بعدم الدستورية في هذه الحالة دعوى متميزة لا ترفع ابتداء ومباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا، وإنما بعد دفع بعدم الدستورية مدفوع به أمام المحكمة الأصلية وبناء على تقدير هذه المحكمة أن الدفع جدي، فهي دعوى بدفع أو بناء على دفع (جدي). ويترتب على ذلك أن فصل المحكمة الدستورية العليا في الدعوى بعدم الدستورية يكون في ذات الوقت فصلا في الدفع أمام المحكمة الأصلية.

**(٢) الاحالة مبادأة من محكمة الموضوع :** وهذه الحالة جديدة لم يكن منصوصا عليها من قبل في قانون المحكمة العليا . فاذا تراءى لاحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، أثناء نظر احدي الدعاوي ، عدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون لازما للفصل في النزاع، فانها توقف الدعوى وتحيل الأوراق بدون رسوم الي المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية ( م ٢٩/أ ) . وتسد هذه الحالة نقصا قد يقوم اذا لزم في احدي الدعاوي تطبيق نص تعتقد محكمة الموضوع الأصلية بعدم دستوريته ولم يتنبه أحد الخصوم الى تقديم دفع بعدم الدستورية(١) . ويستوى أن يكون النص المعتقد بعدم دستوريته وارادا في قانون أو في لائحة. ولكن ينبغي أن يكون لازما للفصل في النزاع، بحيث اذا لم يكن لازما لهذا الفصل فلا تملك محكمة الموضوع احالة المسألة الدستورية الى المحكمة الدستورية العليا.

(١) في هذا المعنى :

(٣) تصدي المحكمة الدستورية العليا لرقابة الدستورية: نص قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه يجوز لهذه المحكمة أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويكون متصلا بالنزاع المطروح عليها ، وذلك بعد اتباع الاجراءات المقررة لتحضير الدعاوي الدستورية ( م ٢٧ ) . وتفترض هذه الحالة عدم توافر احدى الحالتين المتقدمتين، ولكن يتبين للمحكمة الدستورية العليا ، بمناسبة ممارسة اختصاص من اختصاصاتها ، وجود نص غير دستوري في قانون أو لائحة يكون متصلا بالنزاع الذي تفصل فيه ، فيحذف تصدي مباشرة لهذا النص ويحكم بعدم دستورية . ولكن ليس لها هذا التصدي اذا كان النص المذكور غير متصل بالنزاع .

**احكام المحكمة الدستورية العليا .** نص قانون المحكمة الدستورية العليا على أن أحكام هذه المحكمة في رقابة الدستورية أحكام نهائية وغير قابلة للطعن (م٤٨) ، وعلى أنها ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة (م١/٤٩) بمعنى أن آثارها مطلقة لانسيبية (١) ، فهي لا تقتصر على دعوى معينة ولا على خصوم معينين لأنها تقضي في مدى دستورية النص في ذاته بحيث يتقيد الجميع بقضائها في الحاضر وفي المستقبل على السواء . وبذلك بحسم الأمر مرة واحدة ويتحقق الاستقرار ، بحيث يمتنع على الجميع من بعد اثاره مسألة الدستورية بشأن نص سبق للمحكمة الدستورية العليا البت فيها. ولذلك أوجب القانون نشر أحكام هذه المحكمة في شأن رقابة الدستورية خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها ( م ١/٤٩) .

وإذا رأت المحكمة الدستورية العليا أن النص المشار أمر دستوريته غير دستوري ، فإنها لا تملك الحكم بالفائه (٢) ، وإنما تكتفي بالحكم بعدم دستوريته. ويترتب على الحكم بعدم دستوريته عدم جواز تطبيق النص المذكور من اليوم التالي لنشر الحكم ( م ٢/٤٩) .

ومقتضى ذلك في الأصل أنه يمتنع تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته على كل ما

---

(١) وهذا ما كنا نراه في ظل قانون المحكمة العليا رغم عدم النص فيه على ذلك ( أنظر الطبعة الخامسة من هنا

الكتاب ، ١٩٧٤ ، ص ٢٥٨ )

(٢) في هذا المعنى :

حسن خليل ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ .

بمعرض اعتبارا من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية ، ولكن دون المساس بما استقر نهائيا من أوضاع ومراكز قانونية وفقا للنص المذكور قبل هذا التاريخ . وبذلك يمتنع على المحاكم تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته في أية دعوى ترفع في المستقبل ، بل وحتى في الدعاوي المرفوعة قبل ذلك التاريخ طالما لم يكن قد صدر فيها حكم نهائي بعد .

ومع ذلك ، يقرر قانون المحكمة الدستورية العليا أنه اذا كان النص المحكوم بعدم دستوريته نصا جنائيا ، فاعتبر الأحكام السابقة التي صدرت بالادانة استنادا الي ذلك النص كأن لم تكن (١) . ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام فور النطق به لاجراء مقتضاه ( م ٣/٤٩ ) .

## ٥ - التقنين

### ١٣٩ - التقنين وضرورته

لا يخرج التشريع دائما في صورة واحدة . فقد يخرج مجزءا لا يتناول إلا مسألة بعينها . كقانون الحمامة وقانون الشهر العقاري وقانون تنظيم الجامعات . وقد يخرج مجمعا تجميعيا علميا منطقيا يضم في وثيقة رسمية واحدة انواعا المتعلقة بفرع من فروع القانون .

ويطلق على عملية التجميع هذه اسم « التقنين » . وكذلك يطلق هذا الاسم على الوثيقة الرسمية الجامعة نفسها التي تضم مجموعة النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون . كالتقنين المدني ، وتقنين العقوبات . والتقنين التجاري وهكذا . ومن الأفضل - منعا للمحط - قصر اصطلاح « التقنين » Le code على الوثيقة الرسمية الجامعة وحدها ، والتعبير باصطلاح « عملية التقنين » La codification عن عملية التجميع الرسمي نفسها .

وغنى عن البيان أن « التقنين » بالمعنى الاصطلاحي الدقيق إنما هو تجميع رسمي من جانب الدولة للنصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون ، أو هو تشريع جامع لهذا الفرع صادر عن المشرع نفسه بهذا الشكل الجامع . فلا يطلق هذا الاصطلاح على أي تجميع غير رسمي قد يقوم به بعض الكتاب أو الفقهاء لبعض قواعد القانون المتفرقة ولو كانت تمس نفس الفرع

(١) ويعتبر ذلك استناداً من الأصل المقرر في حالة ما اذا كان الحكم بالادانة نهائيا. ولعل المشرع أراد تشبيه هذه



من فروع القانون ، اذ مثل هذا التجميع لا يبدو أن يكون مجرد عمل ففهي  
بحث ، لا يرتفع الى مرتبة التشريع الجامع أى الى مرتبة التقنين .

وعملية التقنين ضرورة يقتضيها تقدم المدنية ونشاط حركة التشريع  
نشاطا كبيرا لا يؤمن مع وفرته التعارض والتضارب بين نصوص التشريع  
المتنازرة . فيحتاج الامر الى جمع ما يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل  
من فروع القانون في وثيقة واحدة جامعة ، تحقق التناسق بين النصوص ،  
وترفع التعارض بينها . وتيسر المرجع اليها بما تحضر وتتركز من مظان  
البحث . وقد أصبح التقنين اليوم في العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبلفه  
الجماعة من وحدة سياسية . بل لقد أصبح كذلك مظهرا للاستقلال الوطني  
تفتتح به الجماعات المتحررة حيائها عقب التخلص من الاستعمار (١) .

#### ١٤٠ - مهاجمة فكرة التقنين والرد عليها

هوجمت فكرة التقنين على يد المذهب التاريخي كما سبق البيان . تخوفا  
من أن يؤدي جمع أحكام القانون في تقنينات رسمية عدة الى جمود القانون  
وقعوده عن مسايرة التطور في الجماعة . ولكن هذه المهاجمة تقوم على أساس  
فكرة خاطئة هي أن القانون يتكون آليا في ضمير الجماعة ، فقد أظهرنا من  
قبل ما في هذا الأساس من انكار لدور الارادة الانسانية البصيرة الواعية  
في تكوين القانون (٢) . ونضيف الآن الى ذلك أن هذا التخوف لا يجد دائما  
ما يبرره . فليس صحيحا اطلاق القول بأن عملية التقنين أو التجميع تضي  
على نصيرص التقنين من المهابة والقدسية ما يرد عن تعديلها وتغييرها بما  
يلئم تطور الحياة في الجماعة . ذلك أنه يبقى للمشرع دائما حق موالة التقنين  
بالمراجعة والتعديل (٣) كلما تخلفت نصوصه عن الوفاء بما يستجد من حاجات  
الجماعة . والثابت - كما دلت التجارب - أن المشرع لا يحجم عن السير في  
طريق المراجعة والتعديل ، كلما دعت الضرورة الى ذلك . فضلا عن أن الغالب

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 321.

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٦٦ .

(٣) انظر في كيفية تعديل التقنين .

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 323-327.

في التقنين هو الاقتصار على العام من المبكديء والكليات ، دون الخوض في  
الخاص من التفصيلات والجزئيات ، فتمتبر نصوصه بذلك في يد القضاء أداة  
طبعة مرنة ، يتوصل - بما له من حرية في التفسير - الى ملاءمتها وتكييفها ،  
رغم بعد العهد بوضعها ، وفقا لما يستجد من ظروف في الحياة العملية .

يضاف الى ذلك أن المآخذ على التقنين هي في جوهرها مآخذ على  
التشريع ، تنبع من فكرة واحدة هي فكرة انبعاث القانون من ضمير الجماعة  
انمائا ذاتيا وتطوره بالتالي تطورا آليا ، مما يستتبع أن لا يكون حبيس  
نصوص مدونة ، بل يترك حرا طليقا يجرى ويتطور به العرف . ولكن  
الثابت ان العرف لم يعد يفي بمطالب الحياة الحديثة المتكاثرة المتقدمة ، وان  
التشريع قد غدا اليوم ضرورة تواجه هذه المطالب ، وخاصة بعد ازدياد تدخل  
الدول نتيجة انتشار المذهب الاجتماعي ، وما التقنين الا صورة من صور  
التشريع يزيد عليه فائدة بما يجمع من مبشر النصوص ، ويوافق بينها على  
أساس منطقي سليم ، ويسر الاحاطة بها والرجوع اليها .

ومن قيل ان ظهور التقنيات الفرنسية في أوائل القرن الماضي قد  
ولد « مذهب التزام النص » الذي قام على أساس من تقديس النصوص تقديسا  
جر الى جمود القانون الفرنسي ، فالرد على ذلك سهل ميسور . ذلك أن هذا  
المذهب ، ان كان قد نبت في أعقاب صدور هذه التقنيات ، فلم يكن ذلك الا  
نتيجة تصور خاطيء لفكرة القانون من اعتباره وليد ارادة الدولة ومشيئتها  
واعتبار التشريع بالتالي وسيلة الدولة الوحيدة واداتها في صنع القانون  
وفرضه . فلم يكن ظهور التقنيات اذن هو سبب نشأة هذا المذهب ، وان  
كان ظهورها قد أعان على تثبيت هذا التصور الشكلي الخاطيء للقانون في  
الأذهان ومكن لاشاعة تقديس ارادة الدولة ونصوص التشريع في النفوس .  
فالتقنيات الفرنسية كانت أول عمل تشريعي ضخم تولته دولة في العصر  
الحديث ، مما مد في الحجة لأنصار فكرة عقد القانون بمشيئة الدولة ، وصور  
لهم أن مثل هذه التقنيات قد جمعت فأوعت وأحاطت بكل شيء . غير أن تقدم  
العمر بهذه التقنيات وما صاحبه من تطور كبير في المجتمع الفرنسي ، لم  
يلبث أن كشف عن خطأ النظرة الى هذه التقنيات باعتبارها شاملة وافية  
كاملة ، فصاعت بذلك أسطورة قدسيتها ، وانكشف فساد « مذهب التزام

النصر ، في تفسيرها . فظهرت مذاهب أخرى تدعو الى حرية أكبر في التفسير ، أدى رواجها الى دحض اتهام التقنين بالجمود بالقانون .  
وأيا ما كان الأمر ، فقد تبدد الواقع أو هام خصوم التشريع والتقنين ، فانتشر التشريع وراجت عملية التقنين ، ولم يستتبع ذلك لا قدسية التقنين ولا جمود القانون . فوجود تقنينات عدة لم يمنع المشرع المصري أخيراً - حين دعت الحاجة - من إلغائها واستبدال غيرها بها . ووجود التقنينات الفرنسية منذ أكثر من قرن ونصف من الزمان لم يجمد بالقانون الفرنسي ، اذ لم يزل القضاء الفرنسي يذلل من نصوصها - بما اختط لنفسه من حرية في التفسير - حتى تم تعد اليوم متخلفة عن مواجهة الحاجات والظروف الحالية للمجتمع الفرنسي .

#### ١٤١ - حركة التقنين في العصر الحديث

إذا كانت حركة التقنين منتشرة ورائجة في العصر الحديث ، فإن جذورها ممتدة في الماضي فيما عرفه الرومان من تقنين بدائي كالألواح الإثنى عشر ، ثم فيما عرفوه في القرن السادس الميلادي من تقنين أكثر احاطة وشمولا هو « مجموعة جوستينيان » . ولعل أول مظهر جلي علمي لحركة التقنين ، كان هو صدور التقنين المدني الفرنسي المعروف بتقنين نابليون سنة ١٨٠٤م ، وما تلاه في فرنسا من تقنينات أخرى خاصة بباقي فروع القانون . ثم ما لبثت حركة التقنين التي ابتدأتها فرنسا في العصر الحديث أن عمّت أكثر الدول (١) . وامتدت حتى الى ألمانيا امجد المذهب التاريخي عدو التقنين .

#### ١٤٢ - حركة التقنين في مصر

لم تعرف مصر حركة التقنين في عهدها الحديث قبل الربع الأخير من القرن الماضي ، فرغم تبعيتها للدولة العثمانية حينئذ لم تطبق فيها « مجلة الأحكام العدلية » ، نظرا لما كانت تتمتع به مصر من استقلال تشريعي

(١) أنظر في انتشار حركة التقنين في العصر الحديث . وتمداد التقنينات المدنية خاصة في

مختلف الدول :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 371-376.

وقضائي . وكذلك فلئن كانت بعض أحكام الشريعة الإسلامية قد جمعت في مصر تجميعاً علمياً فيما أصدره قدرى باشا من مجموعات ثلاث هي : « كتاب الأحوال الشخصية » في قواعد الأحوال الشخصية ، و « مرشد المهيران إلى معرفة أحوال الإنسان » في قواعد المعاملات المالية ، و « قانون العدل والانصاف » في قواعد الوقف . إلا أن هذه المجموعات لا تعتبر تقنياً بالمعنى الاصطلاحي لأنها مجرد مجهود فردي ، فليست لها صفة رسمية أو تشريعية تجعل لها قوة الزام في العمل .

ثم عرفت مصر حركة التقنين بإنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ ، إذ وضعت سنة تقنينات أخذت - مع خلاف يسير - عن التقنينات الفرنسية لتطبقها هذه المحاكم . هي : التقنين المدني . وتقنين المرافعات . والتقنين التجاري . والتقنين البحري . وتقنين العقوبات . وتقنين تحقيق الجنايات . ثم أسست المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٢ . فوضعت لها ستة تقنينات أخرى على غرار التقنينات المختلطة .

غير أن العمل لم يلبث أن أظهر نقص هذه التقنينات التي وضعت على عجل لمواجهة إنشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، وتخلفها عن ارضاء اتجاهات القانون الحديث . فلم يكن بد من مراجعتها مراجعة شاملة ، خاصة وقد ألغيت المحاكم المختلطة واستردت مصر سيادتها التشريعية والقضائية كاملة على الأجانب ، فاستبدل بالتقنين المدني وتقنين المرافعات المدنية تقنينان جديدان دخلا دور التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . واستبدل بتقنين تحقيق الجنايات ، تقنين جديد سمي تقنين الإجراءات الجنائية ، تصحيحاً للتسمية الأولى ، وعمل به ابتداء من ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ . وأخسر الفراغ من مراجعة التقنين التجاري والتقنين البحري ، رغم أن الحاجة باتت ماسة إلى مثل هذه المراجعة أمام ما أصاب التجارة والملاحة البحرية في هذا القرن من نمو وتطور كبير . أما تقنين العقوبات . فقد نفع نقيحاً شاملاً مرتين : الأولى سنة ١٩٠٤ والثانية سنة ١٩٣٧ .

وقد أتبع للمشرع - استجابة للرعي الاجتماعي النامي - أن يصدر تقنينين هامين هما : تقنين العمل بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، وتقنين التأمينات الاجتماعية بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ . وقد تمت مراجعة هذين التقنينين : فحل محل الأول تقنين جديد

للمعمل صدر به القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ ، وعدل أكثر من مرة . وحل محل الثاني تقنين جديد للتأمين الاجتماعي صدر به القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ و عدل هو الآخر أكثر من مرة .

وأمام التطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي الأخير في مصر ، استشرع المشرع الحاجة الي وجوب اعادة النظر في التقنيات القائمة التي وضعت في ظل مبادئ ومفاهيم وقيم مختلفة ، فألف لجانا عديدة لاعداد مشروعات تقنيات جديدة تتفق والتطور الجديد ، وقد أتمت أغلب هذه اللجان مهمتها . ولكن لم ير انور بعد من المشروعات التي أعدتها هذه اللجان الا المشروع الخاص بتقنين المرافعات حيث صدر به القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . والمشروع الخاص بتقنين جديد للاثبات في المواد المدنية والتجارية حيث صدر به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . وتم بعد انتظار طال أكثر من قرن اصدار تقنين التجارة البحري بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ الذي حل محل التقنين القديم الصادر سنة ١٨٨٣ .

## الوجه الثاني

### الدين

#### المصدر الاصل الخاص

#### ١٤٣ - تمهيد وتقسيم

تكلمنا من قبل عن الدين باعتباره مصدرا رسميا لقانون بوجه عام ، ورأينا تفاوت سلطانه - في هذا الاعتبار - بتفاوت الجماعات وتفاوت الزمان . ويعنينا الآن أن نعرض للدين باعتباره مصدرا رسميا أصليا خاصا للقانون المصري . واعتبار الدين مصدرا رسميا خاصا في هذا القانون ، بميزه عن التشريع المعتبر فيه مصدرا رسميا أصليا عاما . فرغم ما يشتركان فيه من صفة المصدر الرسمي الاصيل بحيث يكون لكل منهما الولاية أصلا فيما يتعرض له من مسائل ، الا أن نطاق الولاية بتفاوت بينهما تفاوتا كبيرا : فولاية التشريع عامة تمتد في الاصل الى كل المسائل ، وأما ولاية الدين فخاصة لا تمتد الا الى مسائل معينة محدودة هي تلك التي تخرج استثناء من ولاية التشريع العامة . وبقتضى تحديد مركز الدين كمصدر رسمي أصلي

في القانون المصري التفرقة أولا بين عهدين : العهد الذي سبق التقنينات المصرية الأولى أى التقنينات المختلطة والأهلية في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، والعهد الذى تلا صدور هذه التقنينات . ثم يجب بعد ذلك الوقوف على أثر حركة التشريع احدثية في مصر في تضييق نطاق ولاية الدين كمصدر رسمى أصلى .

#### ١٤٤ - مركز الدين قبل صدور التقنينات الأولى

كان النظام القانونى فى مصر قبل صدور هذه التقنينات قائما منذ الفتح الإسلامى على أساس دينى بحت . إذ كانت الشريعة الإسلامية هى السائدة باعتبارها المصدر الرسمى الأصلى العام . أى باعتبارها فى الأصل الشريعة ذات الولاية العامة بالنسبة الى كل المسائل وإلى كل الأشخاص دون نظر الى اختلاف عقائدهم الدينية . وكان معترفا لشرائع الدينية الأخرى - بمقتضى الإمتيازات الطائفية التى منحت لغير المسلمين فى الدولة العثمانية وامتدت الى مصر بالتالى - بولاية محدودة فى شأن المئتمن إليها وحدهم فى بعض مسائل الأحوال الشخصية .

#### ١٤٥ - مركز الدين بعد صدور التقنينات الأولى

غير أن هذه المرتبة الأولى لتشريعة الإسلامية بين المصادر الرسمية للقانون المصرى . لم تلبث أن تحلقت بإنشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية وإصدار التقنينات المختلفة - مختلطة وأهلية - فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى . إذ قفز التشريع بذلك الى الطليعة بين مصادر القانون المصرى ، فأصبح هو المصدر الرسمى الأول أو المصدر الرسمى الأصلى العام . حالا بذلك محل الشريعة الإسلامية التى كانت تحتل من قبل هذا المركز . ولم يبق للدين من ولاية - الى جواره - الا فى شأن مسائل محدودة هى المسائل المتروكة التى أغفلت هذه التقنينات التعرض لها ، وهى مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية ، إذ ظلت هذه المسائل محكومة بالنظام السائد قبل صدور هذه التقنينات ، بحيث بقى المصدر الرسمى فى شأنها هو الدين على تفاوت فى ذلك بين الشرائع الدينية المختلفة ، بما يكفل للشريعة الإسلامية مركزها الممتاز القديم بالقياس الى الشرائع الدينية الأخرى ، وذلك على النحو الذى فوجزه (١) فيما يلى :

(١) أنظر لزيادة التفصيل كتابنا « أصول القانون » سالف الذكر ، ص ٣١٩ - ٣٢٦ .

( ١ ) مسائل الوقف : يقصد بمسائل الوقف « المنازعات والمسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله في مرض الموت » ( م ١/١٦ من قانون نظام القضاء ) . فقد ظلت هذه المسائل منذ صدور التقنينات المصرية الأولى - كما كانت قبل هذا الصدور - داخلية في نطاق ولاية الدين ومحكومة أصلاً بالشريعة الإسلامية وحدها ، سواء بالنسبة إلى الأجانب أو بالنسبة إلى المصريين على اختلاف عقائدهم الدينية . فالوقف نظام تأسس لدى فقهاء الشريعة الإسلامية من ناحية ، ونظام لا يتصل بالعقيدة الدينية أو يحمل مظنة الإرغام فيها من ناحية أخرى .

( ٢ ) مسائل الأحوال الشخصية : يمكن رد مسائل الأحوال الشخصية - وفق ما استقر عليه العمل في مصر ، وهو ما أيدته من بعد المادة ١٣ من قانون نظام القضاء - إلى مجموعات ثلاث كبرى :

( ١ ) المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية .

( ٢ ) المسائل المتعلقة بنظام الأسرة : كإخطبة ، والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والبائنة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالأبوة وإنكارها ، وتصحيح النسب والتبني ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار .

( ٣ ) المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا .

وكما قلنا ، تركت التقنينات المصرية الأولى مسائل الأحوال الشخصية فلم تعرض لها بحكم أو تنظيم ، وبذلك ظلت هذه المسائل خاضعة - بعد صدور هذه التقنينات - للنظام الذي كانت خاضعة له قبل صدورها ، أي للشرائع الدينية المختلفة السائدة في مصر ، ولكن مع مراعاة ما للشريعة الإسلامية بينها من مركز ممتاز ، ناشئ من أن ولاية هذه الشريعة كانت عمى الأصل ، وأن الاعتراف للشرائع الدينية الأخرى بولاية في بعض مسائل الأحوال الشخصية وبالنسبة للخصوم التابعين لهذه الشرائع إنما تقرر كمجرد استثناء تمكيناً لحرية العقيدة عند غير المسلمين .

وبذلك ظلت الشريعة الإسلامية ، في مسائل الأحوال الشخصية ، هي الشريعة ذات الولاية العامة التي تحكم في الأصل هذه المسائل بالنسبة إلى المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين على السواء .

أما الشرائع الدينية غير الإسلامية ، فلا تتمتع في نطاق مسائل الأحوال الشخصية الا بولاية مقيدة ومحدودة على سبيل الاستثناء . اذ هي قاصرة من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع على حد سواء .

( ١ ) فمن حيث الأشخاص ، ترتب ولاية هذه الشرائع باتحاد الخصوم في الدين أو اية . بحيث اذا افترق الخصوم غير المسلمين في الدين أو الملة . ظلت الولاية في شأن مسائل أحوالهم الشخصية للشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة في هذه المسائل .

( ٢ ) ومن حيث الموضوع ، لا تكون ولاية الشرائع الدينية غير الإسلامية ملزمة الا في مسائل الأحوال الشخصية التي قد يحمل اخضاعها لنظام دون آخر معنى الارغام في العقيدة (١) . وهي تكاد تنحصر في الزواج وما يفرغ عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطبيق وتفريق . بحيث لا يحل للخصوم غير المسلمين المتحدى الدين أو الملة التراضى في شأنها على الاحتكام الى شريعة دينية غيرها ولو كانت هي الشريعة الإسلامية ذات الولاية العامة .

وأما المسائل التي لا تتصل بالعقيدة الدينية اتصالا مباشرا ، فالأصل - أمام انتفاء حرج الارغام في العقيدة في شأنها - هو خضوعها بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين على السواء للشريعة الإسلامية وهي الشريعة ذات الولاية العامة ، بحيث لا تثبت للشرائع الدينية غير الإسلامية في شأنها ولاية من حيث المبدأ . ولذلك كانت مسائل **الأهلية والولاية على المال** خاضعة حتى بالنسبة لغير المسلمين لقواعد الشريعة الإسلامية منذ قديم (٢) .

ولكن استثناء من هذا الأصل . أعطيت الشرائع الدينية غير الإسلامية امتيازاً بالولاية في شأن مسائل **المواريث والوصايا** ، رغم عدم اتصالها بالعقيدة الدينية اتصالا مباشرا . غير أن ولايتها في ذلك لم تكن ولاية ملزمة . بل مجرد ولاية تحكيمية . ومعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية ظنت هي الشريعة الواجبة التطبيق في هذه المسائل حتى على غير المسلمين . ولكن زيادة في التسامح الديني أبيع لغير المسلمين بقيود معينة الاحتكام الى شرائعهم الدينية في شأنها ، فقيدها هذا الاحتكام ، فضلا عن قيد اتحاد الملة

(١) نقض أول أبريل ١٩٤٣ ، مجرعة عمر ( المدنية ) ، ج ٤ ، رقم ٣٧ ، ص ٧٤ .

(٢) راجع في ذلك ، وفيما كان موجودا قبل صدور قانون المجالس الحسينية لسنة ١٩٢٥ من امتياز قضائي ثلاث من المجالس المليّة غير الإسلامية بالنظر في مسائل الوصاية والقوامة =



بين الحُصوم وهو الشرط العام لولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية ، بقيد آخر هو وجوب صدور التراضي على الاحتكام ممن يعتبرون ورثة في نظر الشريعة الاسلامية . وقد أكدت محكمة النقض حدود الولاية التحكيمية للشرائع الدينية غير الاسلامية في مسائل الموارث والوصايا على هذا النحو (١) ، وقنن المشرع المصري هذا القضاء من بعد بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ (٢) .

### ١٤٦ - اثر نشاط حركة التشريع الحديثة في مركز الدين

إذا كان هذا هو مركز الدين عقب صدور التقنينات المصرية الأولى في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، فإن حركة التشريع لم تلبث أن نشطت في القرن الحالي نشاطاً كبيراً في المسائل المتروكة أصلاً لولاية الدين ، مما كان له أثره في تضيق مدى هذه الولاية الى حد بعيد .

فصدر قانون « المجالس الحسينية » في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، مقنناً

القواعد القانونية المنعنة بالاهنية والولاية على المال بين المصريين جميعاً دون نظر الى اختلاف دياناتهم . وقد حل محله من بعد القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسينية ، الذي لم يلبث أن استبدل به - فيما يتعلق بأحكامه الموضوعية - القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال وهو القانون المطبق حالياً . وصدر كذلك القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بوضع قواعد جزئية متعلقة ببعض مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين . وهي مسائل المهر والنسب والحضانة والنفقة

---

= وحدها دون سائر مسائل الأهلية والولاية على المال :

توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين من المصريين . الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ ، فقرة ٢٣ ، ص ٨٥ - ٩٥ .

(١) نفس أول أبريل ١٩٤٣ ، المشار اليه في هامش «١» ص ٢٦٧ .

(٢) راجع مع ذلك فيما يراه بعض الفقهاء من انقضاء هذا القانون وبقراره من ولاية تحكيمية للشرائع غير الاسلامية في مسائل الموارث والوصايا بمقتضى المادتين ١٨٧٥ و ٩١٥ من التقنين المدني الحالي ، وفي مناقشة هذا الرأي ورفضه :

كتابنا أصول القانون سالف الذكر ، هامش «١» ص ٢٢٨ و ٢٢٩ - توفيق فرج ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، ص ٦٨ - ٧٠ .

والطلاق والتطليق ) وقد تم أخيراً تعديل بعض هذه القواعد بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الموارد ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوفاء (١) . والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية . ويصدر كل ما تقدم من قوانين ، أصبح المصدر الرسمي الأصلي اليوم ما تضمنته هذه القوانين من أحكام هو التشريع لا الدين . ولكن تبقى الشريعة الإسلامية التي استقيت منها تلك القوانين مصدراً تاريخياً أو مادياً لإحكامها .

فهذه التشريعات اذ لم تست من مدى ولاية الدين كمصدر رسمي أصلي خاص للقانون المصري الى حد بعيد . ولكنها لم تعدم هذه الولاية اطلاقاً . فما زال للدين مركزه كمصدر رسمي أصلي في كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من النطاق الشريك أصلاً للدين ، على النحو الذي سبق بيانه من اعتبار ولاية الشريعة الإسلامية - في هذا النطاق - ولاية عامة (٢) . وولاية الشرائع الدينية الأخرى مجرد ولاية استثنائية محدودة .

ولم يتغير هذا الوضع بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية أخيراً . فان المحاكم العادية اليوم - رغم توليتها الفصل فيما كان يدخل في اختصاص تلك المحاكم والمجالس الملقاة من مسائل بالنسبة الى الجميع على اختلاف الدين - ما تزال تقضي ، تبعاً لاختلاف عقائد الحُصوم ، بالشريعة الإسلامية والشرائع الدينية الأخرى كل منها في حدود ولايته .

---

(١) يراعي أن نطاق الوقف قد ضاق في مصر بصدر القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي ألغى الوقف على غير الخيرات ، وهو المعروف باسم « الوقف الأهلي » ، فلم يبق قائماً الا الوقف الخيري وحده ، وفي شأنه تدخل المشرع بما يكفل التوفيق من مساريء ادارته الزمنية ومن جمود نظامه ( أنظر كتابنا سالف الذكر ، ققرة ٣٦٦ ، ص ٩٩٨ ، ٩٩٩ ) .

(٢) ولذلك حرص المشرع المصري ، في صدد بعض مسائل الأحوال الشخصية المنظمة بتشريعات ، على الإحالة الى الشريعة الإسلامية الى جوار النصوص التشريعية المقررة ( م ١/٨٧ ) مدني في شأن الوصية . وم ٩١٥ مدني في شأن الوصية ) ، وكذلك لبهت المذكورة التفسيرية لقانون الوقف ان « أن هذا القانون ليس شاملاً لكل أحكام الوقف . وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع الى الراجع من مذهب الإمام أبي حنيفة » راجع في ذلك : كتابنا سالف الذكر . ص ٣٣٨ و ٣٣٩ ) .

## المطلب الثاني

### المصادر الرسمية الاحتياطية

#### ١٤٧ - الحاجة الى المصادر الرسمية الاحتياطية

رأينا أن المصادر الرسمية الأصلية للقانون المصرى هي التشريع بوصفه مصدرا عاما يشمل اختصاصه فى الأصل كل المسائل عموما ، والدين بوصفه مصدرا خاصا ينحصر اختصاصه فى نطاق محدود . ففيا عدا هذا النطاق المحدود الذى تكون الولاية فيه للدين على ما سبق من تفصيل ، كتبت الولاية للتشريع أصلا . غير أن التشريع لا يمكن أن يتوافر له من كمال الاحاطة ما يواجه كل ما قد يوجد أو يستجد فى الحياة العملية من روابط وعلاقات وأوضاع . فالنقص فيه فطرى ينبغى التماس سده عند غيره من المصادر الرسمية . ولذلك توجد المصادر الرسمية الاحتياطية لى تواجه الفراغ الذى قد يخلفه هذا المصدر الأصل العام وهو التشريع .

والعرف فى القانون المصرى - كما هو الشأن عادة فى أغلب القوانين الحديثة - هو المصدر الرسمى الاحتياطى الذى يلى التشريع فى المرتبة ، فيسد ما قد يوجد فيه من نقص . غير أن القانون المصرى قد أفسح المجال - منذ نفاذ التقنين المدنى الحالى سنة ١٩٤٩ - لمصدر رسمى احتياطى ثان يلى العرف فى المرتبة هو « مبادئ الشريعة الاسلامية » .

ولذلك نقسم هذا المطلب الى وجهين :

الوجه الأول - فى العرف .

الوجه الثانى - فى مبادئ الشريعة الاسلامية .

## الوجه الأول

### العرف (١)

١٤٨ - تهيد

العرف هو اطراد التنفيذ على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتداد في الزام هذه السنة كقاعدة قانونية . أو هو تواتر العمل بقاعدة معينة تواترا تمليه العقيدة في ضرورة اتباع هذه القاعدة . وقد يقصد باصطلاح « العرف » ، فضلا عن ذلك ، الدلالة على القاعدة أو السنة التي تحمل العقيدة في الزامها على اطراد اتباعها في العمل .

وقد سبق أن أشرنا الى أن العرف كان من ناحية الوجود التاريخي أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية . ومرد ذلك الى أنه يتكون آليا مما تمليه ضرورات العمل بمعزل عن تدخل السلطة الحاكمة في الجماعة . فهو مصدر رسمي فطري وضروري يعطى القاعدة القانونية قوة ملزمة في العمل . خاصة حيث الحياة بدائية ، والحفاظة على التقاليد شديدة والسلطة في الجماعة ضعيفة أو غير متركرة في يد هيئة معلومة يجتمع لها من القدرة ما تملك معه حق الأمر بالقواعد القانونية والجبر على طاعتها .

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. I, Nos. 109 - 139, pp. 317 - 446. — Lebrun, La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, thèse, Caen, 1932. — Koschembahr-Lyskowski, Le code civil et la coutume, Révision de la notion de coutume, Etudes de droit civil à la mémoire de Hensi capitant, pp. 403 - 415. — Spach, Recherches sur la problématique du droit coutumier, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, t. II, pp. 277 - 301. — Waline, L'individualisme et le droit, 1949, pp. 249 - 306.

Allen, Law in the making, pp. 62 - 150. — Fray, The nature and sources of the law, pp. 282 - 301.

أحمد حشمت أبو ستيت ، أبحاث في أصول الفوائين ، العرف كمصدر من مصادر القانون ،

مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، ص ٦٢٢ - ٦٤٦ .

فاذا تقدمت المدنية وتمعدت الحاجات في الجماعة ، لم يكن بد للعرف من النزول للتشريع عن مكانه كمصدر أصيل للالزام بالقواعد القانونية ، وان يقي - الى جانب التشريع - مصدرا تكميليا يلزم بالقواعد القانونية حين يتبدى نقص نصوص التشريع .

ذلك هو دور العرف اليوم في أغلب الدول الحديثة . وليس ينفي ذلك أن العرف ما زال في بعض الدول كإنجلترا ، محتفظا بمكانه كمصدر أصيل للقانون ، وان يكن يختلط فيها بأحكام القضاء حيث السوابق القضائية ملزمة ، مما يطويه تحت راية القضاء ويجعل الالزام به على أساس اطراد المحاكم على الحكم بقواعده ، أى يجعل القضاء هو المصدر الرسمي للقانون . وان يكن القضاء هناك - نظرا لما للسوابق القضائية من الزام - يكاد يرد بدوره الى نوع من العرف هو العرف القضائي .

وينبغي - لبسط القول في العرف - الوقوف على أركانه ، والكشف عن أساس قوته الملزمة ، والاحاطة بمكانه بين المصادر الرسمية للقانون وبخاصة القانون المصري ، وبنصيبه متفاوت في فروع القانون المختلفة .

### ١ - أركان العرف

قلنا ان العرف هو اطراد التقليد على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في الزام هذه السنة كقاعدة قانونية يجب التزامها واحترامها .  
ومن هذا التعريف يتضح أن العرف يقوم على ركنين أساسيين :

- ( ١ ) ركن مادي ، يتلخص في اطراد العمل بسنة أو قاعدة معينة .
- ( ٢ ) ركن معنوي ، يتلخص في توافر الاعتقاد في الزام هذه السنة وضرورة اتباعها(١) .

(١) Gény, op. cit., t. No. 110, p. 320.

### ١٤٩ - الركن المادى - اطراد العمل بسنة معينة

يقصد بهذا الركن المادى الدلالة على أن العرف انما يتكون أولا من العمل بسنة معينة ، واطراد العمل بهذه السنة وتواتره .

وهذه السنة تنشأ فى الجماعة بمعزل عن توجيه السلطة الحاكمة فيها أو أمرها وتولدها الحاجة اليها فى العمل ، فتنشأ فى العمل نشوءا ذاتيا أو شبه ذاتي ، لا يفعله أو يفرضه احد كما تفرض التشريع سلطة عامة مختصة مثلا . فاتباع الأفراد سنة معينة باطراد انما يكون محض اتباع ذاتي يندفعون اليه اما بدافع الاحساس بضرورة هذه السنة ، واما بدافع الاستحسان لها ، واما بدافع التقليد لغيرهم فى اتباعها .

فالعرف اذن انما يوجد ويولد فى الجماعة مباشرة ويتكون أول الأمر من حل معين يطبق فى نزاع معين ، ثم يتبع هذا الحل كلما عرض نفس النزاع ، حتى تستخلص من ذلك سنة متبعة باطراد فى هذا الصدد .

فينبغى اذن أن يتكرر العمل بهذه السنة تكرارا يتضمن معنى الثبات والاستقرار على اتباع مضمونها ، وينبغى أن تكون هذه السنة عامة يسود اتباعها بين الأفراد لا بمعنى أن تكون شاملة تعنى الجماعة كلها ولكن بمعنى أن تكون عامة فى المكان الذى تتبع فيه باطراد ، وان تكون عامة بالنسبة للأشخاص الذين تتوجه اليهم ، أى أن توجه اليهم بصفاتهم لا بذواتهم . فلا يطعن فى عموم السنة اذن كونها محلية أى قاصرة على جزء معين من اقليم الجماعة ، ولا كونها مهنية أو طائفية أى قاصرة على مهنة أو طائفة معينة ، كما هى الحال فى العرف التجارى والعرف الزراعى .

وينبغى فضلا عن ذلك أن تكون هذه السنة قد صارت قديمة (١) بمعنى أن يكون قد مضى على اطراد العمل بها زمن كاف يؤكد تكرارها وعمومها على

---

(١) ومع ذلك ، أنظر فيما يراه بعض الفقهاء من عموم اشتراط القدم لنشوء العرف الدستورى خاصة :

عبد الحميد متولى : الفصل فى القانون الدستورى ، الجزء الأول ١٩٥٢ ص ١٦٥ -

السواء . وتحديد هذا الزمن أمر تقديري بحث يتوقف على ظروف عدة ،  
ولذلك فهو يختلف باختلاف القواعد العرفية وتفاوت موضوعها .

ويرى بعض الفقهاء (١) أن العرف ينبغي أن يكون موافقا للنظام العام  
والآداب في الجماعة . وعندنا أن مثل هذا الشرط لا يصدق الا في حق العرف  
المحلي والعرف المهني أو الطائفي (٢) ، حيث قد يتصادم مثل هذا العرف مع  
ما يستقر في الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العام والآداب . أما العرف  
الشامل ، فلا يتأتى القول باشتراط موافقته النظام العام والآداب في  
الجماعة (٣) ، لأنه هو نفسه - باعتباره متكونا في الجماعة كلها - يسهم الى  
حد كبير في تحديد مضمون النظام العام والآداب فيها .

وأيا ما كان الامر ، فالعرف بما يتطلب من قدم وتكرار ينتهي الى أن  
يكون مصدرا بطيئا من مصادر الانتاج القانوني ، وهو بذلك لا يملك  
الاستجابة السريعة لحاجات الجماعات الحديثة المتجددة المتغيرة ، ومن هنا يبدو  
تفوق التشريع عليه من هذه الناحية .

والعرف - باعتباره سنة متبعة في العمل باطراد - لا يبدو أن يكون  
مجرد معنى يستخلص مما هو واقع في العمل من التواتر على سير أو سلوك

---

(١) عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو سنيت . فقرة ٧٣ - سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢ -  
عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١١٧ - محمد علي اصام ، فقرة ١١٥ .

(٢) وقد عرض على محكمة النقض المصرية أمر التثبيت من موافقة اعرف الكنسي الخاص  
بنظام الرهينة - وهو عرف طائفي - للنظام العام ، فنقضت بأن « الرهينة نظام متبع لدى بعض  
الطوائف المسيحية في مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية .. وأن من قواعد الرهينة ..  
أن الاموال التي تزول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح للملكا للبيعة ، اذ الراهب  
يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال كي يتقف ويربى تربية دينية على حساب الدير راضيا  
بالنظام الكنسي القاضي بأن كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئا ، بل يكون ملكا للكنيسة ،  
وهذا التراضي الذي جرى العرف الكنسي باتباعه ليس فيه ما يخالف مبادئ النظام العام او  
احكام القانون في شيء ما » . ( نقض ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ١٥٥ ،  
ص ٤٣١ وما بعدها ) . وانظر كذلك في نفس المعنى : نقض ٣١ مايو ١٩٦٦ ، مجموعة احكام  
النقض ، س ١٧ ، ع ٣ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١ .

(٣) الا أن تكون القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب مقررة وبموضوع تشريعية أمرة ،  
وحيثلا تجوز مخالفتها بعرف شامل ، لأن العرف أدنى من التشريع في المرتبة كما سنرى .

معين ، ولهذا كثيرا ما يعوزه الوضوح والتحديد وان يكن ذلك يزيد في مرونته . وهو يفترق ، في هذه الناحية ، عن التشريع الذي تقوم سلطة عامة مختصة بسنه وافراغ معناه في لفظ يحدده فيعطيه الوضوح والثبات ونصر قد يقيد به فيجمد به عن مسايرة التطور .

### ١٥٠ - الركن المعنوي - العقيدة في الزام السنة المتبعة

لا يكفي - لتكون القاعدة العرفية - وجودها المادي كسنة يطرد اتباعها في العمل بل ينبغي لها فضلا عن ذلك وجود معنوي أو نفسي ينحصر في قيام عقيدة - في نفس من يتبعون هذه السنة باطراد - بالزام هذه السنة ووجوب احترامها كما تحترم القواعد القانونية (١) . وبغير هذا الوجود المعنوي أو النفسي لا يوجد العرف ، وانما يظل مجرد سنة غير ملزمة ، يملك الأفراد - حتى ولو كانوا يجرون على اتباعها في العمل باطراد - حق مخالفتها كما يشاؤون .

وتوافر هذا الركن هو الذي يسمح بالقول بنشوء عرف ، ويتميز العرف بالتالي عما قد يختلط به من أوضاع متشابهة كالعادة الاتفاقية بخاصة على النحو الذي نبينه فيما يلي .

### ١٥١ - التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية

يتميز العرف أساسا بما يلحقه من صفة ملزمة ناتجة من الاعتقاد في الزامه نفس الزام القواعد القانونية أي من الاعتقاد في وجود جزاء أو اجبار عام أو جماعي يكفل احترامه . وعلى هذا النحو يتميز العرف (La coutume) عن مجرد العادة (L'usage) ، إذ يجتمع للعرف الوجود المادي والمعنوي على السواء أي اطراد السنة والعقيدة في الزامها معا . ولا يجتمع للعادة الا الوجود المادي وحده دون الوجود المعنوي ، فتكون مجرد سنة تنقصها عقيدة

(١) Gény, op. cit., No. 110, pp. 320, No. 119, pp. 361-364. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 220-224.

وقيام عقيدة الالتزام عند الأفراد ، لا يعني أن الأفراد يظهرون بذلك ارادتهم في انشاء قاعدة قانونية ، فالعرف ليس تصرفا اراديا . (١) Lebrun, Thèse précitée, No. 223



الالتزام وان كانت مطردة في العمل ، أى تكون مجرد سنة مطردة يتبعها الأفراد في العمل اتباعا لا يقوم على عقيدة الزامية فى ضرورة مراعاتها أو احترامها وانما هو محض اتباع اختيارى من جانبهم .

ومن هنا فلا تسرى العادة فى حق الأفراد سريان العرف فى حقهم ، فالعرف وهو قاعدة قانونية ، يلزم الافراد بذاته دون توقف على رادتهم . أما العادة - وهى مجرد واقعة مادية أى مجرد سنة تتبع عادة فى العمل دون أن تسندها عقيدة فى الزامها - فلا تكون لها قدرة على الزام أى فرد كان ، الا أن يريد الفرد الالتزام بها ، وتظهر ارادته هذه صراحة أو ضمنا . وحينئذ لا يكون الزام العادة الزاما ناشئا عن وجودها كقاعدة قانونية لها قوة ملزمة ، وانما هو الزام ناشئ من التزام بعض الأفراد بها وقبولهم اتباعيا بمحض ارادتهم واتفاقهم . أى أن العادة لا يكمن الزامها فى قوتها الذاتية ككل قاعدة قانونية ، وانما يستمد هذا الالتزام من ارادة المتعاقدين واتفاقهم . لذلك جرى الاصطلاح على وصف العادة بما يفيد ذلك وتسميتها بالتالى باسم « العادة الاتفاقية » *L'usage conventionnel* .

ومن أمثلة العادة ما يطرد عليه العمل فى بعض المدن من أن المستأجر هو الذى يتكفل بثمان استهلاك المياه ، وما يطرد عليه العمل على عكس ذلك فى مدن أخرى من أن المؤجر هو الذى يتكفل بهذا الثمن (١) . وكذلك ما تجرى به العادة ، فى بيع بعض أنواع الفاكهة بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشرين بحسب المناطق والجهات . وكذلك ما تجرى به العادة من توزيع الارباح بين الشركاء بنسبة الثلثين للشريك الذى قدم رأس المال وبنسبة الثلث للشريك الذى قدم العمل .

(١) ولا يمنع وجود نص - كنص المادة ٢/٥٦٧ من التقنين المدنى المصرى - بشأن من يتحمل بهذا الثمن من المتعاقدين ، من اعمال العادة ولو كانت مخالفة للنص . طالما أنه نص مكمل لا أمر ، وطالما يثبت انصراف ارادة المتعاقدين - ولو انصرافا ضميا مستخلصا من الظروف - الى الأخذ بالعادة ( انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «أ» ص ٢٢٨ ، وقارن : عبد الفتاح . عبد الباقى ، هامش «أ» ص ١٥٩ - وأنظر بوجه عام فى قدرة العادات الاتفاقية - نتيجة انصراف الارادة الى الأخذ بها - على مخالفة القواعد القانونية المقررة أو المكتملة بما يمنع من انطباقها :

فينبغي للأخذ بحكم العادة اذن انصراف ارادة المتعاقدين الى التقييد والالتزام بها انصرافا صريحا - أو كما هو الغالب - انصرافا ضمنيا يستخلص من مختلف ظروف التعاقد كمكان العقد وزمانه والغرض من التعاقد ومركز المتعاقدين ومعاملتهما السابقة (١) . فاذا لم تنصرف ارادة المتعاقدين صراحة ولا ضمنا الى الالتزام بالعادة ، فلا الزام لها عليهما . وعلى هذا النحو تفترق العادة الاتفاقية عن القاعدة القانونية المكملة (٢) ، فتكون العادة ملزمة باتجاه ارادة المتعاقدين الى اتباعها والالتزام بحكمها ، وتكون القاعدة القانونية المكملة ملزمة - على العكس من ذلك - بانصراف ارادة المتعاقدين عن مخالفتها (٣) .

وإذا كانت القواعد العرفية - ككل القواعد القانونية - اما قواعد أمرة (٤) واما قواعد مكملة ، فقد تدق التفرقة بين العادة الاتفاقية وبين القاعدة العرفية المكملة . ولكن فضلا عما يفرق بينهما من توافر عقيدة الالتزام في الثانية دون الأولى ، فان التمييز بينهما يظل قائما على الأساس الذي أقمنا عليه التفرقة بين العادة وبين القاعدة القانونية المكملة بوجه عام ، فبينما لا تلزم العادة الاتفاقية الا بانصراف ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها ، اذ بالعرف المكمل - على النقيض من ذلك - يلزم اذا لم يتفق المتعاقدان على خلافه .

ويراعى أن المشرع كثيرا ما يحيل على العادات الاتفاقية ، وان كان يترخص في تسميتها غالبا باسم العرف . وحينئذ تستمد العادة الاتفاقية

---

(١) Gény, op. cit., No. 131, p. 424.

عبد الرزاق السنهوري وحضمت أبو ستيت ، فقرة ٧٨ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦٦ .

(٢) انظر عكس ذلك :

Marty et Raynaud, Droit civil, t. I, 1956, No. 114 p. 191.

(٣) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., No. 131, p. 423.

(٤) من أمثلة القواعد العرفية الأمرة ما كان موجودا في مصر من قبل من قواعد عرفية مشتهة للأجانب التمتع ببعض الحقوق والامتيازات ، وما يوجد من عرف في بعض الدول بنسبة الزوجة بطلب زوجها .

الزامها من نص المشرع لا من انصراف ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها (١) .  
ومهما يكن من أمر التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية ، فالثابت  
أن العادة تنتهي في كثير من الأحيان الى أن تصير عرفا حينما تحل ارادة  
جماعية مشتركة محل الارادات الفردية في اعتقاد ضرورة التقيد بها ، أى  
حينما ينفصل الالتزام الذى يصاحب العادة عن ارادة المتعاقدين ليصبح الزاما  
عاما يقوم على عقيدة عامة فى وجوب احترام السنة التى تجرى بها العادة  
ووجوب كفالة هذا الاحترام بقوة الجماعة أو الدولة ، فنصبح العادة بذلك  
قاعدة قانونية عرفية ملزمة بذاتها (٢) .

### ١٥٢ - آثار التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية

إذا كانت التفرقة واجبة بين العرف وبين العادة الاتفاقية على النحو  
السابق ، من كون العرف ينشئ قاعدة قانونية بينما العادة تعتبر مجرد  
واقعة مادية يأتيها الالتزام من ارادة المتعاقدين وقصدهما الالتزام بها ، فانه  
تبنى على هذه التفرقة نتائج بعيدة المدى نذكر أهمها فيما يلى :

( ١ ) من حيث افتراض أو عدم افتراض العلم بالمضمون : لما كان  
العرف ينشئ قواعد قانونية وكان المبدأ هو افتراض العلم بالقانون ، فيفترض  
بالتالى علم المخاطبين بالعرف بأحكامه ، بحيث لا يقبل من أحدهم - كمبدأ  
عام - الاعتذار بجهل هذه الأحكام . أما العادة الاتفاقية ، وهى مجرد واقعة  
مادية لا تستمد قوتها الملزمة الا من ارادة المتعاقدين ، فلا يفترض العلم بها ،  
بل يلزم - لامكان تطبيقها - أن يكون المتعاقدان على علم بها وبينه منها ،  
بحيث لا تطبق إذا جهل المتعاقدان أو أحدهما وجودها ، اذ فى هذه الحالة

(١) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس . فقرة ١٤٦ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٨ . - محمد على امام ،

فقرة ١٢٠ .

وأنظر عكس ذلك :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستميت ، فقرة ٧٨ .

(٢) Gény, op. cit., No. 133, pp. 430, 431.

لا يمكن أن تكون ارادتهما قد انصرفت الى التقييد بأحكامها (١) .  
( ٢ ) من حيث سلطة القاضي في التطبيق : يكون القاضي - باعتباره - مكلفا بتطبيق القانون - ملزما من تلقاء نفسه بتطبيق العرف بوصفه منشئا لقواعد قانونية في الدعاوى المرفوعة أمامه ، حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك أو يتمسكوا به . بينما ينمى التمسك بالعادة الاتفاقية من قبل الخصوم لامكان تطبيق القاضي لها في حقهم ، اذ هي في مقام الشرط الصريح أو الضمني في العقد .

( ٣ ) من حيث الاثبات : اذا كان من الواجب التمسك بالعادة الاتفاقية - لامكان تطبيق القاضي لها كما رأينا ، فيقع على من يتمسك بها من الخصوم واجب اثباتها (٢) ، فيثبت وجودها المادى كسنة مطردة في العمل ثم يثبت انصراف ارادة المتعاقدين الى التقييد بأحكامها (٣) . أما العرف فعلى العكس من ذلك ، لا يقع اثباته على الخصم الذى يطلب تطبيقه ، لانه قاعدة قانونية لا يرتب تطبيقها بتمسك الخصوم بها ، والمفروض فى القاضي العلم بالقواعد القانونية فلا يملك تكليف أحد منهم باعلامه بها أو اثباتها له .

ورغم ذلك ، فلئن كان العرف كالتشريع يعتبر قاعدة قانونية ، الا أنه ينبغى التسليم بأن معرفة التشريع أسير على القاضى من معرفة العرف ، اذ التشريع نصوص مدونة فى وثائق معلومة ومنشورة ، بينما العرف لا يعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص مما يجرى عليه العمل فى الجماعة كسنة ملزمة ، مما يتعذر معه التعسير على القاضى بالزامه الاحاطة بها احاطة شاملة كاملة ، خاصة وهو غالبا عرف محلي أو طائفي يختلف باختلاف الجهات واختلاف الطوائف . من أجل ذلك يكون للقاضى أن يتوسل بكل الطرق

(١) Gény, op. cit., No. 132, p. 425.

(٢) Gény, ibid.

(٣) فى هذا المعنى :

سلمان مرقس ، فقرة ١٥٣ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦٢ .  
وقارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج ٢ ، الاثبات ، آثار الالتزام .

فقرة ٣٨ ، ١٩٥٦ .

الموصللة الى الوقوف على العرف : فله أن يكلف الخصم الذى يدعى وجود قاعدة عرفية ويطلب بتطبيقها فى موضوع النزاع ، القيام باثبات وجودها وتحديد مضمونها ، بل الغالب فى العمل أن يبادى هذا الخصم فيقوم باثبات وجود القاعدة العرفية التى يدعيها دون انتظار لتكليف القاضى له بهذا الاثبات(١) .

وللقاضى كذلك - اذا كان العرف خاصا بمهنة معينة - أن يستدل على وجود العرف بالرجوع الى أهل الاختصاص فى هذه المهنة . فهو فى العرف التجارى مثلا يستنير بما تعطيه الغرف التجارية من شهادات مكتوبة فى هذا الشأن(٢) . ولا يعنى ذلك أن مثل هذه الشهادات لها حجية مطلقة فى اثبات العرف مما يلزم القاضى بالحكم وفقها ، اذ يبقى للخصم الآخر حق الطعن فيها واقامة الدليل على عكسها ، والقاضى من فوق ذلك يفصل فى الأمر بما له من سلطة تقديرية .

( ٤ ) من حيث رقابة محكمة النقض : القاضى مطلق السلطان لا معقب عليه فى قضائه حيث يحكم بوجود العادة الاتفاقية أو بتطبيقها ، لأن العادة الاتفاقية - وهى مجرد واقعة مادية - تعتبر مسألة موضوعية لقاضى الموضوع . الرأى الأعلى والنهائى فيها . فلا رقابة لمحكمة النقض عليه فى تقديره(٣) .

أما العرف ، فينبغى كمبدأ عام ، أن يخضع حكم قاضى الموضوع - بشأن وجوده وبشأن تطبيقه على السواء - لرقابة محكمة النقض ، لأنه ليس الا قاعدة قانونية ، فيكون لمحكمة النقض - وهى الرقابة على صحة تطبيق القانون - حق التثبت من وجود أو عدم وجود العرف حين يكون وجوده محل

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit. No. 118.

(٢) فى هذا المعنى :

مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٢٣ .

(٣) فى هذا المعنى :

حامد فهى ومحمد حامد فهى ، النقض فى المواد المدنية والتجارية ، ١٩٣٧ ، فقرة ١٧

منازعة ، وحق التثبت كذلك من صحة تطبيق قاضي الموضوع اياه حين يكون وجوده بمنأى عن الخلاف .

وإذا كان هذا المبدأ يبدو سليما نظرا لما قدمناه من اعتبار العرف مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، الا أن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء من المنازعة فيه . فقضت محكمة النقض الفرنسية بعكسه منذ قديم ، وشايعها في قضائها جمهور الفقهاء الفرنسيين في القرن الماضي ، بحيث غدا مستقرا حينئذ أنه ، فيما عدا الحالات التي تحيل فيها نصوص التشريع صراحة على العرف ، ليس ثم رقابة لمحكمة النقض على قضاة الموضوع فيما يقضون به من وجود العرف أو من تطبيقه (١) .

ولكن تطرف هذا الرأي وعدم استقامته مع منطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون ، لم يلبث أن حدا بكثير من الفقهاء الى الحد من اطلاقه ، فذهبوا الى اعطاء محكمة النقض سلطة الرقابة على تطبيق العرف ، دون سلطة الرقابة على وجوده التي تظل متروكة لقضاة الموضوع دون معقب (٢) .

وإذا كان هذا الرأي يستجيب استجابة صحيحة لمنطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون فيما يوجب من اخضاع تطبيق العرف لرقابة محكمة النقض ، الا أنه لا يستجيب لهذا المنطق استجابة كاملة حيث لا يزال يترك لقضاة الموضوع السلطة النهائية في التثبت من وجود العرف . ولا تنهض الحجج المقدمة في هذا الشأن لتبرير النظر الى وجود العرف نظرة مختلفة عن تطبيقه (٣) ، فالتسليم باعطاء محكمة النقض حق الرقابة على صحة تطبيق

(١) Gény, op. cit., t. II, No. 179, pp. 200, 201.

(٢) راجع في الإشارة الى هذا الرأي في القانون الفرنسي .

Gény, op. cit., t. II, No. 179, p. 201.

وانظر في الأخذ به في القانون المصري :

حامد فهمي ومحمد حامد فهمي ، المرجع السابق ، فقرة ١٧ من ٨٦ و ٨٧ - عبد المنعم فرج الصده ، الاثبات في المواد المدنية ، فقرة ٢٤ .

(٣) فمن ذلك ما يقال من أن التثبت من وجود العرف مسألة موضوعية لا مسألة قانونية - مما يوجب أن يستأثر بها نهائيا قاضيها الأسفل أي قاضي الموضوع . ولكن القواعد العرفية =

العرف ، يقتضى منطقاً وبداعية وجوب تحققها أولاً من وجود هذا العرف الذى  
تعرض لرقابة صحة تطبيقه .

وبذلك نستطيع أن نؤكد ما أسلفناه من حق محكمة النقض فى بسط  
رقابتها على الأحكام القضائية فيما تقضى به من وجود العرف ومن تطبيقه على  
السيارة (١) .

## ٢ - أساس قوة العرف الملزمة

### ١٥٣ - اختلاف النظر الى أساس الزام العرف

إذا اجتمع للعرف ركناه ، ركنه المادى من تواتر السير على سنة معينة  
فى الجماعة ، وركنه المعنوى من الاعتقاد فى الزام هذه السنة ، خرجت منه  
قاعدة قانونية منزمة هى القاعدة العرفية . بقى أن نتساءل عن أساس قوة  
العرف الملزمة أى عن الأساس الذى يجعل من العرف شكلاً ملزماً أو مصدراً

---

= كمد فدمد قواعد قانونية ، كالفواعد التشريعية سواء بسواء . وإذا كان لا خلاف على سلطة  
محكمة النقض فى التثبت من وجود قواعد التشريع التى يقضى بها قضاء الموضوع ، فيجب أن  
يكون الحال كذلك فى شأن القواعد العرفية التى تشارك معها فى كونها قواعد قانونية ، دون أن  
يغير من ذلك ما قد يتطلبه التثبت من وجود القواعد العرفية من فحص دقيق للوقائع لا يتطلب  
منه التثبت من وجود القواعد التشريعية .

ومن المبالغة أن يقال إن محكمة النقض تتولى إلى ميدان الوقائع وهو غير ميدانها ، فانه  
إذا كان من الطبيعي أن يستع على محكمة النقض - وهى ليست محكمة وقائع - بسط رقابتها  
على وقائع الدعوى أى على الوقائع التى تكون محللاً لأعمال القواعد القانونية ، فليس يستع عليها -  
بأن يكون من واجبها - التثبت من الوقائع المكونة للقواعد القانونية التى يناط بها أسهر على  
صحة تطبيقها . فمسئوليتها عن رقابة تطبيق القانون . تقتضيها حتماً التثبت من وجوده باعتبار  
ذلك مسألة أولية لازمة ، حق ولو كان من شأن هذا التثبت التعرض للوقائع الواردة للقانون ،  
ويستوى فى ذلك أن يكون العرف أو التشريع هو مصدره .

وأعبر فى ذلك وفى مناقشة ما يقال من حجج أخرى :

كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٤٥ و ٣٤٦ .

(١) أنظر فى الأحد بهذا الرأى فى القانون المصرى خاصة :

عبد الرزاق السنهورى ، اوسيط ، الجزء الثانى ، ص ٥٣ ( الهامش ) . - عبد الباسط  
جميى ، نظام الاثبات فى القانون المصرى ، ص ٨١ و ٨٢ . - محسن شفيق ، القانون  
التجارى المصرى ، الجزء الأول ، ١٩٤٩ ، فقرة ٣٠ - مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ،  
فقرة ٢٣ .

رسميا للقواعد القانونية ، وفي هذا الصدد نجد نظريات مختلفة نعرض لها  
ولناقشتها فيما يلي :

### ١٥٤ - تأسيس الزام العرف على ارادة لمرع الضمنية

أول ما نصادف في هذا الشأن نظرية قديمة (١) ، تكاد تكون مهجورة.  
اليوم في الفقه ، تذهب الى أن مبعث الزام العرف هو قيام الدولة على كفالة  
احترامه بقوتها المادية ، بمعنى أن العرف يجد أساس قوته الملزمة في رضا  
المشرع عنه وفي قيامه على تطبيقه ، فيعتبر بذلك مجرد ارادة ضمنية له كما  
يعتبر التشريع ارادته الصريحة .

وواضح أن مثل هذه النظرية انما تقوم على أساس المذهب الشكلي في  
تصوير القانون . فقد كان من شأن هذا المذهب اعتبار القانون وليد ارادة  
الدولة ومشيئتها ، بحيث لا يتصور وجود القانون دون استناد الى هذه  
الارادة أو المشيئة . ومن هنا ، لم يجد الفقهاء الشكليون عمرا - أمام ما يوجد  
من قواعد قانونية ملزمة يجرى بها العرف في الجماعة - من محاولة اسناد  
هذه القواعد الى ارادة الدولة أو المشرع حتى يستقيم منطقهم من انكار صفة  
القواعد القانونية على كل قاعدة لا تخرج من هذه الارادة . ولذلك كان  
طبيعيا ، حتى يعترفوا للقواعد العرفية بوصف القواعد القانونية ، أن  
يعتبروها ارادة ضمنية للمشرع ، اذ ما دام المشرع لا يعترض على العرف  
المتكون في الجماعة بل يقوم على تطبيقه والزام الأفراد باحترامه ، فمعنى ذلك  
أن ارادته تنصرف ضمنا الى اقرار هذا العرف .

ويكفي لرفض هذه النظرية ما قدمناه في تنفيذ المذهب الشكلي الذي  
تخرج منه (٢) . ويعزز هذا الرفض - بالاضافة الى أساس تصوير القانون  
الذي تقوم هذه النظرية على أساسه - أنها تخالف الثابت المسلم من أن  
العرف كان أسبق في الوجود تاريخيا من التشريع ، مما يثبت أنه مصدر

(١) انظر خاصة في الاشارة الى هذه النظرية :

Gény, op. cit., t. I, No. 114. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 146-149.

(٢) راجع ، سابقا ، فقرة ٤٧ .



مستقل عنه متصور وجوده دون اقرار المشرع له أو رضاه عنه . وبذلك يظهر عجز هذه النظرية عن تبرير قوة العرف الملزمة في الجماعات البدائية التي لم تكن قد عرفت المشرع بعد (١) .

ومن هنا ، نستطيع القول بأن العرف لا تقوم قوته الملزمة على أساس أن المشرع أو الدولة ترضى عنه فتقره بذلك ضمناً ، وإنما - كما سنرى - على أساس أن له قوة ملزمة ذاتية تفرض نفسها على المشرع أو الدولة . فالعرف إذن لا يكون ملزماً لأن الدولة تقره وتطبقه ، وإنما تقوم الدولة بتطبيقه لأنه ملزم بذاته من قبل .

#### ١٥٥ - تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعي »

يستند هذا التأسيس الى تصوير المذهب التاريخي للقانون (٢) ، القائم على أن القانون ينشأ ويتطور آلياً نتيجة ما يتفاعل في ضمير الجماعة من عوامل مختلفة ، مما حدا به الى تفضيل العرف على التشريع ، باعتبار العرف وسيلة التعبير المباشرة والتلقائية عن « الضمير الجماعي » الذي يخرج منه القانون ، بينما التشريع هو وسيلة هذا التعبير غير المباشرة . وبذلك انتهى المذهب التاريخي الى أن يسند قوة الزام العرف الى « الضمير الجماعي » (٣) ، وأن يحل هذا الضمير - في تأسيس هذه القوة - محل « ارادة المشرع » التي كان يتمسك بها المذهب الشكلى (٤) .

وليس من شك فيما كان للمذهب التاريخي من فضل - من هذه الناحية - في إبراز أهمية العرف كمصدر للقانون (٥) ، وكمصدر سابق في الوجود على التشريع وهو ما أغفلته النظرية السابقة . ولكن الحكم على نظريته الى أساس قوة العرف الملزمة يرتبط بنظريته الى تكوين القانون ، وقد أظهرنا

(١) Lebrun, thèse précitée, No. 160.

(٢) راجع سابقاً ، فقرة ٦٥ .

(٣) Gény, op. cit., No. 115, p. 341.

(٤) Lebrun, thèse précitée, No. 165.

(٥) Lebrun, thèse précitée, No. 166.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٥ .

من قبل ما في هذه النظرية من مقالة وقصور (١) . فضلا عن أن تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعي » لا يفيد أو يقدم كثيرا ، نظرا لما يحيط فكرة « الضمير الجماعي » من غموض وإبهام يجعل وجود هذا الضمير محلا للشك (٢) .

### ١٥٦ - تأسيس الزام العرف على أحكام القضاء.

( ١ ) عرض نظرية الأساس القضائي لالزام العرف : وتم نظرية أخرى تذهب الى أن أساس قوة العرف هو قضاء المحاكم بنظريته ، اذ ترى أن الزام العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه ، وإنما ينشئه القضاء انشاء ويطبقه فيما يرفع اليه من منازعات . أى أن العرف لا يتكون الا بعد حكم المحاكم به ، فالقضاء هو الذى يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة الزامية .

وتجد هذه النظرية أنصارا كثيرين ، ليس فقط فى القانون الانجليزى حيث قد تنتمس تأييدا لها فى نظام السوابق القضائية المقرر فى هذا القانون ، بل كذلك لدى بعض الفقهاء الفرنسيين رغم خلو القانون الفرنسى من نظام السوابق القضائية .

وأبرز الفقهاء الفرنسيين المؤمنين بهذه النظرية والداعين لها لامبير Lambert (٣) . فهذا الفقيه يستقرىء التاريخ ، ليخلص الى أن العرف فى الجماعات البدائية لم يخرج - خلافا للشائع - من العادة الشعبية *L'usage populaire* وإنما خرج من أحكام الكهنة القضاة *Juges - Les prêtres* الذين كانوا يستمدون سلطتهم فى القضاء من صفتهم الدينية ، نظرا لاختلاط القانون بالدين حينئذ . ولم يتغير الحال من بعد ، حين أصبح انقضاء مدنيين

(١) أنظر سابقا ، فقرة ٦٦ .

(٢) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 115, p. 344. — Lebrun, thèse précitée, No. 168.

Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, 1903. (٣)

وأنظر كذلك فى عرض نظرية هذا الفقه :

Walline, op. cit., Nos. 153-157, pp. 274-283 — Lebrun, thèse précitée, Nos. 184-190.

يستمدون سلطانهم في القضاء من الدولة لا من الدين . تاجتماع الجماعة على قاعدة قانونية (عرفية) لا يكون اذن تلقائيا ، اذ مصالح الأفراد مختلفة ، والنظرة عندهم الى ما يجب من قواعد لحكم علاقاتهم لا بد بالتالى وأن تكون متباينة ، ولا ينحسم الأمر الا بتدخل سلطة اجتماعية هي السلطة القضائية . فإذا اطردت أحكام هذه السلطة واستقرت على القواعد الواجبة ، كان قولها القول الفصل الذى ينزل الجميع عند حكمة ، سواء كان ذلك عن اقتناع أو عن تسليم ، امام ما لهذا القضاء المستقر من حجية ملزمة . وبذلك لا يأتى اجتماع الأفراد وتضاضرهم على العمل بهذه القواعد الا لاحقا لحكم القضاء بها واستقراره عليها . ولا ينفى هذا التصور أن القضاء لا يتحكم فى فرض هذه القواعد المسماة بالقواعد العرفية ، وانما يستلهم فى فرضها الاتجاهات والأفكار السائدة فى الجماعة حينئذ ، اذ يبقى له وحده سلطة اعطاء وصف القواعد القانونية لما يوجد فى الجماعة من عادات مختلفة مبهمة مجردة من القيمة القانونية (١) . فاذا كان للجماعة دور اذن فى شأن هذه القواعد ، فهو ليس على أى حال دور الخالق السابق ، وانما هو دور المنظم اللاحق .

( ٢ ) مناقشة ورفض نظرية الأساس القضائي لالزام العرف : ولكن هذه النظرية بدورها غير سليمة . فليس ثم ما يقطع تاريخيا بأن العرف قد استمد الزامه من أحكام القضاء به كما تدعى هذه النظرية . بل يبدو من المسلم أن بعض القواعد العرفية - على الأقل - قد تكون كقواعد قانونية ملزمة من قبل تدخل القضاء (٢) ، أو حتى دون حاجة الى هذا التدخل (٣) كما هو الشأن فى بعض قواعد العرف المهني (٤) .

فضلا عن أن النظر الى القضاء باعتبار أن وظيفته هي تطبيق القانون ، تفترض نشوء القانون بمعزل عن القضاء ومن قبل تدخله لكى يستطيع من

(١) Waline, op. cit., No. 157, pp. 282, 283.

(٢) Lebrun, thèse précitée, No. 197. — Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 264.

(٣) Waline, op. cit., No. 163.

(٤) Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114.

بمد القيام بوظيفته في تطبيقه ، وليس من الطبيعي كذلك أن يكون ما يستند اليه القضاء ويطبقونه في منازعات الأفراد هو ما يضعونه بأنفسهم من قواعد (١) .

فالقضاء اذن لا ينشئ العرف ، لأن العرف انما ينشأ في الجماعة وتقوم العقيدة في الزامه في أذهان الناس ، ثم يجرون على اتباعه من قبل أن يرفع الأمر الى القضاء . فاذا رفع الأمر الى القضاء وحكم بالعرف ، فهو انما يحكم بقاعدة قانونية موجودة أصلا ، كما يفعل حين يحكم بقاعدة تشريعية ثابتة بنص من النصوص المدونة . أي أن القضاء لا ينشئ العرف أو يخلقه بحكمه به ، وانما هو يكشف عن وجوده كقاعدة قانونية ملزمة . ومتى كان العرف موجودا ، أصبح القضاء ملزما بتطبيقه ، اذ يجد نفسه أمام قاعدة قانونية ملزمة ، ووظيفته هي تطبيق القانون . ومن هنا فليس صحيحا القول بأن العرف يوجد لأن المحاكم تطبقه ، بل الصحيح هو القول بأن المحاكم تطبقه لأنه موجود . وبذلك لا يكون الزام العرف هو المؤسس على حكم القضاء به ، وانما يكون هذا الحكم هو المؤسس على الزام العرف .

### ( ٣ ) دور القضاء في تحديد مضمون العرف وتدعيم قوته الملزمة :

اذا كان جمهور الفقهاء (٢) يتفقون على رفض هذه النظرية لما قدمنا من أسباب ، ولا يعترفون للقضاء بالقدرة على خلق العرف بحيث يقتصر على مجرد اظهاره والكشف عنه ، فان دور القضاء من هذه الناحية لا يزال - رغم ذلك - غير منكور في تحديد مضمون العرف وفي تعزيز قوته الملزمة على السواء .

فالعرف - كما سبق البيان - يعوزه غالبا الوضوح والتحديد لأنه مجرد معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة ملزمة . فاذا طلب الى القضاء تطبيقه ، أتحت الفرصة لازالة الغموض والايهام عنه ، اذ يتوفر القضاء على تمحيص حقيقة العرف للوصول الى استقصاء معناه الحقيقي كما

(١) Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 266.

(٢) Waline, op. cit., Nos. 162-165. — Gény, op. cit., t. I, No. 116, p. 366; t. II, No. 192. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114.

يوجد في الجماعة والحكم طبقا لهذا المعنى ، فكان القضاء اذن يعين على ضبط معنى العرف وتحديدده .

وكذلك فللقضاء دور كبير في تدعيم قوة الزام العرف ، فلئن كانت هذه القوة كامنة في عقيدة الأفراد بحيث لا يخلقها القضاء ، الا أنها تجد التطبيق العملي لها على يد القضاء ، مما يزيد في تأكيدها وتدعيمها واقبال الأفراد على احترام العرف (١) .

### ١٥٧ - قوة الزام العرف الذاتية

فالتأبث اذن أن العرف لا يستمد قوته الملزمة ، لا من المشرع الذي يرضى عنه أو الدولة التي ترصد قوتها على كفالة احترام أحكامه ، ولا من الضمير الجماعي ، ولا من القضاء الذي يحكم بقواعده . وإنما للعرف - كما يتجه الفقه الحديث - قوة الزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده (٢) حين لا يوجد تشريع كما في الجماعات البدائية ، أو حين يكون التشريع ناقصا - والنقص فيه طبيعي وفطري - كما في الجماعات الحديثة . فالواقع أن العرف هو الوسيلة الفطرية الطبيعية لكل جماعة في حكم السلوك فيها ، وفي التصدي لتنظيم ما قد يستعصى على التشريع تنظيمه أو ما يتأخر التشريع عن تنظيمه .

وفضلا عن ذلك فقد يسهم في اعطاء العرف قوة ملزمة ذاتية اعتبارات كثيرة منها ما للقديم من التقاليد من حرمة وهيبة في النفوس ورهبة غريزية من مخالفتها ، وما تقتضيه حاجة الأمن والاستقرار في المعاملات من تطبيق السنة التي جرى الناس على اتباعها زمنا طويلا باعتبارها سنة ملزمة ، وما في العرف - وهو الذي يتبعه الناس عامة ، من يستفيدون منه ومن يضارون

(١) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid.

Gény, op. cit., I, No. 116, p. 345 — Lebrun, thèse précitée, No. 212. (٢)

— Roubier, op. cit. No. 1, p. 9.

( م ١٩ - المدخل الى القانون )

به على السواء - من قرينة على تحقيق العدل واقامة التوازن بين المصالح الفردية المتعارضة (١) .

### ٣ - مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون

#### ١٥٨ - مقام العرف في القانون الحديث

قلنا ان العرف كان أقدم المصادر الرسمية للقانون وجودا ، وظلت له الغلبة والهيمنة على بقية المصادر الأخرى التي ما لبثت أن ظهرت الى جواره . ثم انتشرت المدنية وتعقدت حاجات الجماعات ومطالبها ، مما عجز معه العرف عن الاحتفاظ بمركزه الأسمى بين المصادر الرسمية ، فتخلى عنه . واحتله التشريع بدلا منه فأصبح اليوم - في أغلب الدول الحديثة - هو أول مصادر القانون الرسمية وأهمها . ولم تبق للعرف اليوم من أهمية تفوق أهمية التشريع الا في بعض دول محدودة وظروف خاصة بها .

وفي أغلب دول حيث يعظم نصيب التشريع من الانتاج القانوني ، تستحيل مسايرة المذهب التاريخي في منطقه من تقديم العرف عليه في المرتبة وتمكينه من مخالفته أو القائه ، باعتبار أن العرف هو تعبير مباشر عن ضمير الجماعة والتشريع مجرد تعبير غير مباشر عنه ، فمثل هذا النظر يتنافى مع المذهب الاجتماعي - السائد في العصر الحديث - بما دفع اليه من تدخل الدولة وهيمنتها على كافة الروابط والعلاقات الاجتماعية .

فضلا عن أن طبيعة العرف نفسه تجعله أضعف من التشريع ، فهو مصدر انتاجه القانوني بطيء لا يسعف الجماعات الحديثة في الاستجابة لحاجاتها الدائمة المتجدد بالسرعة الواجبة . وقواعده ينقصها الوضوح والتحديد ، مما يتعذر معه تحقيق النظام والأمن والاستقرار في المعاملات . وتكوينه الذاتي دون ارادة واعية بصيرة تقوم على صياغته ووضعها ، لا يؤمن معه اسرافه أو شططه أو انعدام التناسق بين قواعده . فمن هذه النواحي

تظهر أفضلية التشريع على العرف ، اذ تجتمع له - بما يقوم على وضعه من هيئات مختصة - سرعة الانتاج القانوني ، ودقة الصياغة والتحديد بما يكفل استقرار المعاملات ، وحسن التناسق بين قواعده .

#### ٢٥٩ - تقدم مرتبة التشريع على العرف في القانون المصري

وأيا ما كان الأمر ، فلا خلاف في القانون المصري على تقدم مرتبة التشريع على العرف ، اذ ينص المشرع المصري صراحة على وضع التشريع في المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية ، ومن بعده يأتي العرف لاكمال ما قد يقوم بالتشريع من نقص ، مما يجعل العرف مصدرا رسميا تكميليا للمصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع . فالمادة الأولى من التقنين المدني المصري الحالي - بعد أن تحيل القاضى أولا الى نصوص التشريع فى فقرتها الأولى - تعود فى فقرتها الثانية فتعدد المصادر الأخرى التى يلتمس فيها القاضى القواعد القانونية ان أعوزه النص ، وتجعل العرف فى مقدمة هذه المصادر ، اذ تقول « فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف .. » .

والعرف على هذا النحو يعتبر فى القانون المصرى مصدرا رسميا تكميليا ، يلجأ اليه فى حال نقص نصوص التشريع لاكمال هذا النقص .

#### ١٦٠ - نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع

ينبنى بداهة على تأخر مرتبة العرف عن مرتبة التشريع فى القانون المصرى أن العرف لا يملك كقاعدة عامة الغاء التشريع أو مخالفته ، وان كان التشريع - على العكس من ذلك - يملك مخالفة العرف والغاء . وهذه النتيجة المنطقية لتدرج المرتبة بين التشريع والعرف ، تستخلص كذلك من نص المادة الثانية من التقنين المدني على أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق .. » ، فغنى عن البيان - كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي لهذا التقنين فى هذا الشأن - « ان النص على عدم جواز نسخ التشريع الا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى

بمقتضى عرف لاحق، (١) . وإذا كان واضحا عدم قدرة العرف على إلغاء التشريع ، لعدم قدرة العرف على مخالفة التشريع أمر يحتاج الى تفصيل ويقتضى التمييز بين التشريع الأمر والتشريع المكمل .

### ( ١ ) عدم قدرة العرف على مخالفة أو إلغاء نصوص التشريع الآمرة :

الثابت اذن أن العرف - ك مبدأ عام - لا يملك مخالفة التشريع أو إلغاءه . وهذا المبدأ - فيما نرى - مطلق بالنسبة لنصوص التشريع الآمرة ، ما يحمي منها مصالح خاصة ، وما يحمي منها مصالح عامة أو مصالح أساسية للدولة على السواء . فلا نقر ما يراه بعض الفقهاء (٢) من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الآمرة المقصود منها حماية مصالح خاصة لأن مثل هذه النصوص لا تقل عن النصوص الآمرة الأخرى تعلقا بالنظام العام فلا يجوز الترخص في مخالفتها أو إلغاؤها إلا بنصوص تشريعية آمرة كذلك .

أما ما يراه بعض الفقهاء من جواز مخالفة العرف التجارى خاصة للنصوص التشريعية الآمرة (٣) فقول لا يمكن التسليم به على إطلاقه . إذ لا يمكن بحال من الأحوال - والمبدأ هو تقدم مرتبة التشريع على العرف - تبرير مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون التجارى الآمرة ، أيا كان نوع المصالح التى تحميها هذه النصوص .

انما كل ما يمكن تبريره فى هذا الشأن ، هو جواز مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الآمرة ، إذ الواقع أنه ليس فى ذلك اهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون ، أو تظليل للعرف على التشريع . ذلك أن الأمر لا يبدو مجرد تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى . والقاعدة فى هذا الشأن أن القانون المدنى يكمل القانون التجارى عند نقصه ، لأنه هو الأصل العام ، والقانون التجارى هو الحكم الخاص ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو سبت ، فقرة ٨٠ ، ص ٩٣ ، وفقرة ١٦٧ ، ص ٢١٨ ، هامش ٥١٤ - سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو سبت ، الموضوع السابق .



فحيث لا توجد قواعد خاصة في المسائل التجارية ، لا يبقى مناص من الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني باعتبارها الشريعة العامة في المعاملات الخاصة للأفراد . ووجود عرف تجارى معناه وجود قاعدة قانونية تجارية أى قاعدة خاصة . فلا حاجة مع وجودها الى تطبيق القواعد المدنية وهي قواعد عامة في هذا الشأن . وبذلك لا يقوم تنازع بين العرف التجارى وبين نصوص القانونى المدني ، اذ مع وجود مثل هذا العرف تثبت له الولاية وحده في مجاله التجارى الخاص دون النصوص المدنية العامة (١) .

فاذا وجد عرف تجارى ، فلا تقاس مرتبته اذن الى القانون المدنى . اذ لا محل لتطبيق القانون المدني وهو القاعدة العامة عند وجود العرف التجارى وهو القاعدة الخاصة . وانما تقاس مرتبته فقط الى القانون التجارى ، وتظل متأخرة عن نصوصه الآمرة - كما هو المبدأ العام - بحيث لا يجوز له مخالفتها أو الغاؤها (٢) .

وعلى أى حال فالمرشع المصرى يصرح في نصوص مختلفة من التقنين المدني بتغليب العرف التجارى - فى المجال التجارى - على النص المدني الأمر . فمن ذلك نصه على عدم اتباع الحكم الذى يحظر تعاقد الشخص مع نفسه دون ترخيص من الاصيل اذا وجد ما يخالفه من قواعد التجارة (م ١٠٨) ، وعلى أن حظر تقاضى فوائد على متجمد الفوائد أو تجاوزة مجموع

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 129, p. 413. — Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, No. 48.

كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٥٧ - ٣٥٩ - مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة

ت

٢٣ ، ص ٣٧ و ٣٨ .

وانظر عكس ذلك : محسن شفيق ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، فقرة ٣١ . - اكرم الخول . قانون التجارة اللبنانيان القمارن ، بيروت ، ١٩٦٦ ، فقرة ٤٧ ، ص ٦٧ .

(٢) ولذلك لا نقر ما يذهب اليه بعض الفقهاء ( سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢ ) من تجويز مخالفة العرف التجارى نصوص القانون التجارى الآمرة ( غير المتصلة بمصالح الدولة الاساسية ) . وقياسهم على ذلك العرف المدني للقول بإمكان مخالفته كذلك نصوص القانون المدني الآمرة المماثلة . فهذا رأى يتعارض مع صريح نصوص القانون المصرى ( انظر كذلك فى انتقاد هذا الرأى : عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ هامش «١» ) .

الفوائد رأس المال ، يكون « دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » ( م ٢٢٢ ) . وتقطع هذه النصوص - والعرف التجاري المقنن بمقتضاها - يخص أهم مواطن التعارض بينه وبين النصوص المدنية الآمرة - بأن هذا التقلب هو المبدأ العام الذي يسلم به نفس المشرع (١) والذي وقفنا على سلامته الأصولية من قبل .

والخلاصة أن تطبيق مبدأ عدم قدرة العرف على مخالفة نصوص التشريع الآمرة مرهون باتحاد مجال الولاية والاختصاص بين العرف والتشريع ، إذ حينئذ يفهم تقرير أولوية التشريع على العرف . أما حيث يختلف المجال بينهما فلا يكون التطبيق الا لصاحب الاختصاص الأصيل بينهما ولو كان هو العرف ، ولا يكون استبعاد التشريع حينئذ انكارا لقوته وتقدم مرتبته على العرف وإنما تقريراً لعدم اختصاصه .

## ( ٢ ) قدرة العرف على مخالفة النصوص المكملة دون الفائها :

إذا كان العرف لا يملك مخالفة أو إلغاء نصوص التشريع الآمرة ، فهو يملك مخالفة نصوص التشريع المكملة لأرادة المتعاقدين (٢) . إذ هي نصوص يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، فمن باب أولى يجوز نشوء عرف مخالف لها في الجماعة . ولذلك نرى المشرع يعنى بالتنبيه في كثير من النصوص المكملة الى أن هذه النصوص لا تسرى إذا وجد عرف مخالف لها . ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادتان ٤٥٦ و ٤٥٧ من التقنين المدني من أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان والوقت الذي يسلم فيه المبيع « ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » ، وما تنص عليه المادة ٤٦٤ من أن « نفقات تسلم

(١) انظر عكس ذلك :

كتم الخولي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧ ، ص ٦٧ .

(٢) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 128, p. 401.

سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢ - مصطفى كمال طه ، فقرة ٢٢ .  
ولكن قازن ، فقرة ١١٧ ، ص ١٦٢ - ١٦٣ .  
عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، ١٩٧١ ، بيروت ، فقرة ١١٧ ، ص ١٦٢ - ١٦٣ .

المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك ،  
وغنى عن البيان أن العرف اذا كان يملك مخالفة نصوص التشريع  
المكتملة ، فلا تحمل هذه المخالفة معنى الغاء تلك النصوص . فقيام عرف  
مخالف لتلك النصوص انما يحمل محمل اتفاق الأفراد وتراضيمهم على  
خلافها (١) ، فلا يكون له من الأثر الا مجرد استبعاد تطبيقها دون الامتداد الى  
الغائها (٢) ، اذ العرف - كما قلنا - لا يملك الغاء التشريع باعتباره أدنى  
مرتبة منه .

#### ٤ - نصيب العرف في فروع القانون المختلفة

اذا كان مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون يأتي بعد التشريع  
مباشرة ، فان نصيبه - كمصدر رسمي تكميلي للتشريع - يتفاوت بتفاوت  
فروع القانون .

#### ١٦١ - القانون التجارى

العرف أخصب ما يكون فى نطاق القانون التجارى ، حيث النصوص  
التشريعية ليست وفيرة أو كافية لمواجهة مطالب الحياة التجارية المتجددة  
المتطورة ، أو حيث تتنحى النصوص التجارية قصدا عن تناول بعض المسائل  
تاركة اياها للعرف . ومن أمثلة قواعد العرف التجارى القديمة افتراض  
التضامن بين المدينين ، فيكون للدائن فى المعاملات التجارية مطالبة أى واحد  
من المدينين بكل الدين ، وهذا العرف التجارى يخالف المقرر فى المعاملات  
المدنية من أن التضامن لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى  
القانون ( م ٢٧٩ مدنى ) . ومن أمثلة العرف التجارى كذلك وخاصة فى  
شأن الحساب الجارى جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وتجاوز مجموع

(١) ولكن يراعى أن ليس هذا هو المجال الخاص للعرف ، وانما هو مجال العادات الاتفاقية.  
انظر : Gény, op. cit., t. I, No. 128, p. 401; No. 132, pp. 426, 427.

وأنظر سابقا ، هامش «١» ، ص ٢٧٧ .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٢ ، ص ١٥٨ .

الفوائد رأس المال ، وذلك خلافا للمقرر في شأن المعاملات المدنية من حظر ذلك ( م ٢٣٢ مدني ) . وكذلك من قواعد العرف التجاري قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفع على حامل الورقة التجارية حسن النية ، وقاعدة عدم تجزئة الحساب الجارى (١) .

### ١٦٢ - القانون المدني

ليس للعرف نصيب وافر في القانون المدني ، وان تكن النصوص التشريعية تحيل عليه أحيانا . ومن أمثلة العرف في العلاقات المدنية القرينة العرفية في مصر على اعتبار أثاث المسكن ملكا للزوجة المسلمة ، وهي مؤسسة على الغالب في العمل من أن تجهيز مسكن الزوجية بالاثاث إنما تتكفل به الزوجة المسلمة أو أهلها ، ولكن هذه القرينة العرفية مجرد قرينة بسيطة يجوز اقامة الدليل على عكسها . وكذلك ما يزال العرف يجرى في مصر على أن المرأة تظل تحتفظ بلقب أسرتها بعد الزواج ، دون أن تكتسب حق استعمال لقب الزوج . بينما يجرى العرف في كثير من الدول الغربية وخاصة في فرنسا ، على اكتساب الزوجة - الى جوار لقبها الأصلي - لقب الزوج بمجرد الزواج (٢) .

### ١٦٣ - القانون الدستوري

ليس حظ العرف بالضئيل في نطاق القانون الدستوري (٣) . فبعض الفقهاء في مصر كانوا يبررون حق السلطة التنفيذية في اصدار لوائح الضبط والبوليس في ظل دستور سنة ١٩٢٣ بوجود عرف يخولها ذلك (٤) .

(١) راجع في قواعد العرف التجاري .

مصطفى كمال طه ، ص ٣٨ .

(٢) J. Carbonnier, Droit civil, t. I, 1962, No. 55, pp. 187-189.

(٣) راجع في العرف الدستوري وأنواعه وقوته :

عبد الحميد متولى ، الفصل في القانون الدستوري ، ص ١٨٥ - ٢٠٢ . - سعد تصفور ،

مقدمة القانون الدستوري ، ١٩٥٤ . ص ٨٣ - ١٠٦ .

(٤) انظر سابقا ، فقرة ١٣٠ ص ٢٤١ - ٢٤٢ .

## ١٦٤ - قانون العقوبات

أما قانون العقوبات ، فليس للعرف فيه - بوصفه مصدرا رسميا -  
أدنى نصيب ، نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات (١) .  
فتم قاعدة أساسيه فى قانون العقوبات تقضى بأنه « لا جريمة ولا عقوبة الا  
بناء على قانون » . وتحصر الدساتير عادة على النص عليها صراحة -  
كالدساتير المصرية المتعاقبة - تأكيدا وكفالة للحريات الفردية . وعلى ذلك  
فعند خلو التشريع من نص يقضى بتجريم فعل والعقاب عليه ، لا يكون أمام  
القاضى الا تبرئة المتهم دون أن يملك الالتجاء الى العرف لسد نقص التشريع  
والعقاب بالتالى على الفعل المرتكب (٢) .

ولكن اذا كان العرف لا يملك تقرير جريمة أو فرض عقوبة ، فانه حيث  
يوجد نص تشريعى بالعقاب على جريمة ، يكون الالتجاء الى العرف متصورا  
على سبيل الاستثناس بصفته معينا على تفسير النص (٣) وتحديد مضمونه أى  
بصفته مجرد مصدر تفسيري .

(١) فى هذا المعنى :  
محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ، الطبعة  
الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١٠٦ .  
(٢) فى هذا المعنى :

Seiitiro Ono, Les sources du droit pénal, Recueil d'études sur des  
sources du droit, en l'honneur de F. Gény, t. III, p. 279.

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، الموضع السابق .  
(٢) قضت محكمة النقض بأنه « لا محل للقول بأنه لا توجد اوائح تقضى بأن يلتزم سائق  
السيارة السير على يمين الميدان محل الواقعة ويدور حوله ، لأن العرف جرى بأن يلتزم  
سائقو السيارات الجانب الأيمن من الطريق دائما » . واستطردت فقررت أن « مخالفة هذا  
العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات التى تنص على أنه لا يجوز سواق السيارات بسرعه أو  
بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور وممتلكاته » . نقض ٦ أبريل  
١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الأولى ، رقم ١٢٢ ، ص ١٦٦ . ومن ذلك يتبين وجود  
نص تشريعى بالتجريم والعقاب هو نص لائحة السيارات ، وما كان رجوع محكمة النقض الى  
العرف الا لتفسير هذا النص وتحديد الكيفية التى ينجم عن السواق بها خطر على حياة الجمهور  
أو ممتلكاته ، ذلك السوق الذى تماقب عليه هذه اللائحة . ومن هنا لم يكن الرجوع الى العرف  
من جانب محكمة النقض رجوعا اليه بوصفه مصدرا رسميا منشئا لجريمة أو فارضا لعقوبة ،  
وانما كان بوصفه مجرد مصدر تفسيري تستعين به على فهم مضمون النص التشريعى الموجود .  
أصلا ( انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٣٦٢ - ٣٦٣ ) .

## لوجه الثانى

### مبادئ الشريعة الإسلامية

١٦٥ - ادراج « مبادئ الشريعة الإسلامية » بين المصادر الرسمية

للقانون المصرى ، باعتبارها المصدر الاحتياطى الثانى الذى يلى العرف

أشرنا من قبل الى أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى فى نطاق محدود لا يعدو بعض مسائل الوقف والأحوال الشخصية . فهى الشريعة ذات الولاية العامة فى هذا النطاق بالنسبة الى المصرين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينية ، فلا يخرج عن ولايتها العامة فى هذا الشأن الا بعض مسائل محدودة تدخل استثناء فى ولاية الشرائع الدينية الأخرى .

ولم يكن للشريعة الإسلامية اعتبار آخر بين المصادر الرسمية للقانون المصرى فيما وراء هذا النطاق . غير أن المشرع المصرى - وفاء منه بحق هذه الشريعة التى ظلت طوال قرون عديدة شريعة البلاد الأولى - انتهى الى اعتبارها فى التقنين المدنى الحالى ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية التى تكمل نقص التشريع ووضعها فى المرتبة الثانية من هذه المصادر بعد العرف (١) ، اذ قضى بأنه « اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف . فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية » ( م ٢/١ ) .

---

(١) رغم أن التقنين المدنى السورى أخذ عن التقنين المدنى المصرى اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية ، الا أنه خالفه فى تحديد مكانها بين هذه المصادر اذ جعلها مقدمة على العرف لا تالية له ( م ٢/١ ) . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء السوريين الى أن ذلك لا يؤثر على قيمة العرف ومكانته كمصدر رسمى مباشر بعد التشريع ، لأن مبادئ الشريعة الإسلامية أصبحت من أعرف البلاد ( انظر : عدنان القوتلى ، الوجيز فى الحقوق المدنية ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦٠ ، متن وهامش «١» ص ٢٢٦ و ٢٢٧ ، و ص ٢٤٥ ) . ولكن من الواضح ما فى هذا التخرىج ، رغم مهارته ، من خروج على النص وعلى قصد المشرع السورى .

وعلى هذا النحو ، تعتبر الشريعة الإسلامية - فيما عدا النطاق المتروك أصلا لولاية الدين - مصدرا رسميا تكميليا يأتي في المرتبة التالية للعرف ، وذلك بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين على السواء ، بمعنى أنه عند عدم وجود نص في التشريع يلجأ القاضي أولا الى العرف ، فان لم يجد لجأ بعد ذلك الى مبادئ الشريعة الإسلامية (١) . والمقصود بذلك هو مبادئ هذه الشريعة وأصولها الكلية وحدها التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب . دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء (٢) ، على أن يكون مفهوما وجوب عدم تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ بها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المصري الوضعي الحالي (٣) لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها وامتناع تنافرها (٤) .

(١) فالرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية مرهون بعدم وجود نص في التشريع أو قاعدة في العرف . لذلك انتقد بحق الرأي القائل ( شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، فقرة ٩٢ ) باعتبار بيع ملك الغير عقدا موقوفا وفاقا لمبادئ الشريعة الإسلامية ، لوجود نص تشريعي صريح في التقنين المدني المصري ( م ٤٦٦ ) يجعل هذا البيع عقدا قابلا للإبطال ، مما يتعين معه أعمال هذا النص دون رجوع الى العرف ولا الى مبادئ الشريعة الإسلامية من باب أولي ( في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع - البيع والمقايضة ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٥٧ ، ص ٨١ ) .

(٢) كان نص المشروع النهائي للمادة ٢/١ من التقنين المدني يقضي بأن يكون رجوع القاضي الى مبادئ الشريعة الإسلامية « دون تقييد بمذهب معين » . ولكن اعترض على ذلك في لجنة مجلس النسيخ المؤلفة لبحث المشروع ، لما تستتبعه هذه العبارة من اضطراب في الأحكام لاختلاف المذاهب الإسلامية اختلافا بينا فيما بينها . وانتهت اللجنة الى حذف هذه العبارة ، اخذا بأن المقصود هو الرجوع الى المبادئ الكلية لهذه الشريعة دون حلولها التفصيلية ، وهذه المبادئ الكلية لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٩٠ ) .

(٣) كان نص المشروع النهائي للمادة ٢/١ من التقنين المدني المصري يقضي بأن يكون رجوع القاضي الى مبادئ الشريعة الإسلامية « الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون » . ولكن اعترض على ذلك بأن التعارض بين مبادئ الشريعة الإسلامية وبين نصوص القانون لن يحدث ، لأن الشريعة الإسلامية لن تطبق الا حيث لا يوجد نص ، ولن يطبق منها الا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية . وانتهى الأمر الى حذف هذه العبارة ، لأن حكمها مفهوم في حدود فكرة الملائمة ( المرجع السابق ، ص ١٩١ و ١٩٢ ) .

(٤) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٩ .

وإذا كان المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى قد جعل من مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا احتياطيا يجب على القاضى الرجوع اليه بعد العرف وقبل الالتجاء الى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، وكان ذلك حقيقا بايجاد مجال لتطبيق الشريعة الاسلامية (١) مما قد يكون له اثره فى انهاض الفقه الاسلامى وحيائه (٢) ، بعد أن طال سباته منذ اقفال باب الاجتهاد ، فينبغى أن يراعى - رغم ذلك - أن الالتجاء الى الشريعة الاسلامية لن يتأتى فى العمل الا نادرا . ذلك أن التشريع - وهو المصدر الرسمى الاول للقانون المصرى - قد غدا فى العصر الحديث غزير الانتاج وسريعه على السواء ، مما لا يدع مجالا كبيرا للالتجاء الى العرف وهو المصدر الذى يليه فى الترتيب مع أنه مصدر حى معاصر للجماعة ومتجاوب مع تطورها ، وبالتالي ومن باب أولى لا يكاد يترك فرصة للمصدر الذى يلى العرف فى المرتبة وهو مبادئ الشريعة الاسلامية ، وخاصة فى وضعها الراهن الذى ثبتت عليه دون تطور منذ قرون عديدة نتيجة اقفال باب الاجتهاد فيها . هذا فضلا عما قد يكون هناك من تعارض بين بعض مبادئ هذه الشريعة وبين المبادئ العامة للقانون الوضعى المصرى الحالى .

وإذا كان دور « مبادئ الشريعة الاسلامية » باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا محدودا على هذا النحو ، فان دورها كمصدر تاريخى أو مادى يستقى منها المشرع المصرى أحكامه ، ما يزال دورا بارزا فى بعض مسائل محدودة مثل الوقف والميراث والوصية وبعض مسائل الأحوال الشخصية والشفعة . غير أنه اعترافا بقدر الشريعة الاسلامية وفضلها ، زاد المشرع المصرى أخيرا

---

(١) من ذلك امكان الاخذ بمبادئ الشريعة الاسلامية فى اعتبار التصرف الذى يعقده الوكيل مجاوزا فى ذلك حدود وكالته تصرفا موقوفا ، اذ لا يوجد نص تشريعى يمنع من ذلك (عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٥٧ ، ص ٨٦) . وكذلك الشأن فى مجوزة الولى بالمعنى الواسع حدود ولايته على مال عديمى الاهلية وناقصها .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٨ .



من مدي هذا الدور إذ نص دستور ١٩٧١ علي أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع (م ٢). ثم أصبح هذا الدور أكثر بروزاً بتعديل هذا النص بموجب الموافقة الشعبية علي الاستفتاء الذي أجري في ٢٢ مايو ١٩٨٠ ، بحيث أصبح النص يقضي بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع . ومقتضي ذلك أن علي المشرع أن يستلهم في المقام الأول مبادئ الشريعة الإسلامية فيما يسن من تشريعات في المستقبل (١) أي منذ نفاذ التعديل المذكور (٢) . والتشريعات التي تصدر مستوحاة من مبادئ الشريعة الإسلامية علي هذا النحو يكون

(١) ووجوب استلهام مبادئ الشريعة الإسلامية قيد فرضه الدستور علي المشرع ، بحيث اذا خالفه يسن تشريع متعارض مع تلك المبادئ فانه يقع بذلك في حظور عدم الدستورية ( في هذا المعنى : المحكمة الدستورية العليا ، مايو ١٩٨٥ . مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ٣ ، ص ٢٠٩ - ٢٢٤).

ولكن لا تكون مبادئ الشريعة الإسلامية واجبة الاستلهام ابتداء دون تدخل المشرع . فحيث لا يسن المشرع تشريعا جديداً في مسألة ما لا يملك القاضي احلال نفسه محله باستنباط قواعد قانونية جديدة مستوحاة أساساً من تلك المبادئ وتطبيقها علي النزاع المرفوع اليه ، وإلا أدى ذلك - كما تقول محكمة النقض - الي الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية ( الذي ) يتأني مع حدود ولايته ( نقض ٢٣ يناير ١٩٨٢ ، المدونة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الاصدار المدني ، العدد الثاني ، مجلد ٢ ، قرة ٢٠١٤ ، ص ١٥٨٢ - ١٥٨٣).

(٢) أما التشريعات السابقة علي نفاذ هذا التعديل ، فلا يتأني القول باعتبارها تلقائياً غير دستورية اذا كانت مخالفة أو متعارضة مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، فرغم أن علي المشرع واجب مراجعة تلك التشريعات بما يزيل عنها المخالفة أو المعارضة لتلك المبادئ ، إلا أن مسؤوليته في حال التقصير في ذلك هي أساساً مسؤولة سياسية لا تهدر مشروعية تلك التشريعات السابقة ولا وجوب استمرار تطبيقها الي حين تعديلها وتنقيتها ( في هذا المعنى : حكم المحكمة الدستورية العليا في ٤ مايو ١٩٨٥ سالف الذكر ) . ولذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في الحكم المذكور بأن الادعاء بعدم دستورية المادة ٢٢٦ من التقنين المدني بخصوص فوائده التأخير تأسيساً علي أنها فوائده ربوية محرمة شرعاً طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية هو ادعاء في غير محله ، بالنظر الي أن المادة ٢٢٦ مدني المذكورة سابقة في الوجود علي نص المادة الثانية من الدستور الذي قيد المشرع بوجود استلهام مبادئ الشريعة الإسلامية أساساً فيما يسن في المستقبل من تشريعات ، وذلك لما كان وجه الرأبي في تعارض المادة ٢٢٦ مع تلك المبادئ.

وتجدر الإشارة ، علي أي حال ، الي أنه رغم أن النصوص التشريعية السابقة علي نص المادة الثانية من الدستور بقي لها كامل شرعيتها حتي ولو كانت متعارضة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك الي أن يتم إلغاؤها أو تعديلها تشريعا من بعد ، فان الالغاء أو التعديل قد يتحقق ضمناً في حال صدور تشريعات جديدة موافقة لمبادئ الشريعة الإسلامية تتعارض مع تلك التشريعات السابقة وذلك في حدود قواعد الالغاء المقررة ( أنظر لاحقاً ، قرة ١٨٢).

التشريع هو المصدر الرسمي لأحكامها ، بينما تبقى مبادئ الشريعة الاسلامية هي مصدرها  
المادي (أو التاريخي ) الرئيسي (١).

(١) في هذا المعنى :

الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، ص ٣٠١ .  
سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للمعلوم القانونية وشرح الباب التهمدي للتقنين المدني ،  
الطبعة السادسة ، ١٩٨٧ ، ققرة ١٥٨ ، ص ٤٤٧ .

وقارب :

سمير تاغر ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٨٦ ، ققرة ٧٥ ، ص ٢٣٢ .

الفرع الثاني  
تطبيق القاعدة القانونية

فَلَمَّا وَصَفَ

فَجَنَّتْهَا فَتَعَلَّقَهَا بِرَبِّهَا

# مقدمة

## ١٦٦ - السلطة القضائية تقوم على تطبيق القانون

إذا تكونت القاعدة القانونية على التفصيل السابق بيانه ، فيبقى تطبيقها في العمل ، والسلطة القضائية المثلة في المحاكم هي التي تختص بمثل هذا التطبيق . وتعنى الدساتير عادة بالنص خاصة على استقلال هذه السلطة ، بما يضمن توفير حرية التقدير للقضاة ، دون سلطان عليهم في ذلك لغير القانون وضمائرهم .

وقد عرفت مصر نظام تعدد الجهات القضائية نظرا لظروف تاريخية وتقليدية معينة . فالظروف التاريخية التي ولدت الامتيازات الأجنبية فيها منذ تبعتها للدولة العثمانية (١) ، جعلت أول الأمر مفاضاة الأجانب التابعين للدول ذات الامتياز طبقا لقوانين بلادهم وأمام محاكمهم القنصلية ، ثم أنشئت بعد ذلك « المحاكم المختلطة » سنة ١٨٧٥ للنظر في المنازعات ذات الصالح الأجنبي . ورغم أن هذه المحاكم كانت تستند الى السيادة الوطنية للدولة وتحكم باسمها وتطبق قوانينها ، الا أنها كانت تمثل انتقاصا من الاستقلال الحقيقي للدولة ، وتعكس بذلك على الصعيد القضائي صورة الاحتلال الأجنبي على الصعيد السياسي . وكذلك فان الظروف التقليدية التي ولدت الامتيازات الطائفية (٢) للطوائف الدينية غير الاسلامية ، أوجدت الى

(١) أنظر في تاريخ نظام الامتيازات الأجنبية وتطوره في مصر :

حامد زكي ، أصول القانون الدول الخاص ، الطبعة الثالثة ، ١٩٤٤ ، فقرة ٤٠٨ وما بعدها .  
محمد عبد المنعم رياض ، مبادئ القانون الدول الخاص ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، فقرة ٢٥٣ وما بعدها .

(٢) راجع في أصل وتطور نظام الامتيازات الطائفية في مصر :

Hassan Boghdadi, Origine et technique de la distinction des statuts personnel et réel en Egypte (Etude de droit comparé), Thèse, Le Caire, 1937.

حسن بغداد ، الاختصاص التشريعي والقضائي بالنسبة لموازيث غير المسلمين ووصاياهم ، مجلة الحقوق لمجهرات القانونية والاقتصادية ، السنة الأولى ، العدد الثالث ، ص ٦١٣ وما بعدها .

( م ٢٠ - المدخل الى القانون )

جانب المحاكم العادية محاكم دينية تبعا لتعدد الأديان والمذاهب والملل الطائفية ، بكل ما يحمله ذلك من معنى الانقسام الطائفي بين الوطنيين أنفسهم في شأن مسائل الأحوال الشخصية بخاصة (١) .

وقد نجح المشرع المصري في التخلص من هذا التعدد القضائي المعيب في الحالتين . فتم له أولا إلغاء المحاكم المختلطة منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (٢) . ثم استكمل أخيرا الشق الباقي ، فألغى المحاكم الشرعية والمجالس المليية والطائفية المتعددة وأحال اختصاصها الى المحاكم العادية ، بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وبذلك تم توحيد جهة القضاء العادي ، دون نظر الى اختلاف الجنسية أو الى اختلاف العقيدة الدينية (٣) .

غير أن المشرع المصري ، بإنشائه مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، خلق - الى جوار جهة القضاء العادي - جهة قضاء اداري مستقلة تتخصص بالفصل في المنازعات الادارية . ورغم ما يعنيه ذلك من ازدواج الجهة القضائية في الدولة ، الا أنه ازدواج مفهوم ومبرر لانبثاقه على أسس موضوعية ، اذ تتميز المنازعات الادارية - عن بقية المنازعات الأخرى العادية - بطبيعة خاصة مستقلة تستدعي تخصيصها بجهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادي .

والي جوار ذلك . أنشأ المشرع المصري في أواخر سنة ١٩٦٩ « المحكمة العليا » ، وأعطاه اختصاصات متعددة متباينة. ثم جاء الدستور المصري الجديد لسنة ١٩٧١ مقررًا إنشاء « المحكمة الدستورية العليا » التي صدر بتنظيمها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، وبذلك حلت هذه المحكمة محل المحكمة العليا.

(١) وذلك ليس فحسب فيما يتعلق بالمحاكم التي يتقاضون أمانها . بل وكذلك فيما يتعلق بالقواعد القانونية التي يخضعون لها اذ كان محتمًا أن تتعدد هذه القواعد وتختلف تبعا لتعدد والاختلاف الطائفي على ما سبق البيان .

(٢) كانت اتفاقية « منترو » الموقعة بين مصر والدول صاحبات الامتياز سنة ١٩٣٧ هي التي مهدت لإلغاء الامتيازات في مصر من الناحيتين التشريعية والقضائية .

(٣) صحب هذا التوحيد القضائي توحيد في القانون المطبق بين الوطنيين والأجانب بالنساء التقنيات المختلطة المختلفة . ولكن ظل التعدد قائما - أمام المحاكم العادية صاحبة الاختصاص القضائي الوحيد اليوم - في شأن القواعد القانونية التي تحكم بعض مسائل الأحوال الشخصية والتي تختلف باختلاف العقائد الدينية كما سبق البيان .

## ١٦٧ - جهة القضاء العادي

تعتبر هذه الجهة هي جهة القضاء ذات الولاية والاختصاص العام ، الذي يشمل في الأصل بالنسبة للجميع كل المسائل والمنازعات ، فيما عدا المنازعات الادارية التي تختص بها المحاكم الادارية وفيما عدا ما يستثنى بنص خاص (١) . وفي أعلى السلم المتدرج لمحاكم هذه الجهة توجد محكمة النقض ، ومن تحتها تتدرج المحاكم نزولا الى محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية .

(١) **محكمة النقض** : هي المحكمة التي تسهر على صحة تطبيق المحاكم العادية للقانون في مختلف المسائل جنائية كانت أو غير جنائية . ولذلك فرقيتها لأحكام هذه المحاكم لا تنصرف الى ما تبنته هذه الأحكام من وقائع النزاع ، وإنما الى كيفية تطبيق هذه الأحكام للقانون وانزاله على هذه الوقائع . فإذا رأيت التطبيق سليما ، أيدت الحكم المطعون فيه أمامها وأبرمته . وإذا رأته غير سليم ، فالاصل - فيما عدا استثناءات قليلة - أن محكمة النقض تحيل النزاع الى دائرة أخرى في نفس درجة المحكمة الصادر عنها الحكم المنقوض لتفصل فيه من جديد (٢) . وتصدر الأحكام من محكمة النقض من خمسة مستشارين (٣) .

(٢) **محاكم الاستئناف** : لهذه المحاكم صنفان : صنفها كمحاكم درجة أولى ، وصنفها كمحاكم درجة ثانية . فبصفتها محاكم درجة أولى ، تنظر ابتداء في قضايا الجنايات في الأصل ، وهي أخطر أنواع الجرائم ، ولذلك تعرف خاصة بهذه الصفة باسم محاكم الجنايات ، ولكنها قد تنظر كذلك في بعض الجنح الهامة التي يدخلها المشرع استثناء في اختصاصها مثل الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا المصرة بأفراد الناس . وبصفتها محاكم درجة ثانية ، تنظر في الطعون المقدمة في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى الأدنى منها في المرتبة في المنازعات التي تمثل نوعا من الأهمية طبقا لما يحدده القانون . وأيا كانت الصفة التي تنظر بمقتضاها محاكم الاستئناف في القضايا ، فإن أحكامها تصدر من ثلاثة من المستشارين (٤) .

(١) م ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

(٢) م ٢٦٩ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

(٣) م ٢/٣ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر .

(٤) م ٢/٦ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر .

### (٣) المحاكم الابتدائية : تنظر هذه المحاكم بصفتها محاكم درجة أولى في

غير المسائل الجنائية في القضايا كبيرة الأهمية التي تتجاوز قيمتها النصاب المقرر لاختصاص المحاكم الجزئية . وبالإضافة الى ذلك ، تقوم هذه المحاكم - سواء في المسائل الجنائية أو غير الجنائية - بدور محاكم الدرجة الثانية ، فننظر في الطعون المرفوعة اليها في بعض الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية ، وتصدر أحكام المحاكم الابتدائية من ثلاثة قضاة (١) .

### (٤) المحاكم الجزئية : على خلاف الحال بالنسبة لدرجات المحاكم الأخرى

السابقة ، تصدر الأحكام من المحاكم الجزئية من قاض واحد (٢) . وتنظر هذه المحاكم - في غير المسائل الجنائية - في القضايا قليلة الأهمية التي لا تتجاوز قيمتها نصابا معيناً قدره خمسة آلاف جنيه ( م ٤٢ من قانون الأليات ، معدله القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، أو في قضايا محددة مضمورة يعينها القانون . أما في المسائل الجنائية ، فتختص بالنظر في المخالفات ، و « الجح » .

### ١٦٨ - جهة القضاء الإداري

يمثل جهة القضاء الإداري في مصر القسم القضائي في مجلس الدولة الذي يشمل المحاكم الإدارية بالمعنى الواسع والمحاكم التأديبية . وأعلاها « المحكمة الإدارية العليا » ، التي يكاد يماثل اختصاصها - بالنسبة للمحاكم الإدارية الأخرى والمحاكم التأديبية - اختصاص محكمة النقض بالنسبة للمحاكم العادية (٣) . وأدنى منها توجد « محكمة القضاء الإداري » ، و « المحاكم الإدارية » بالمعنى الضيق ، و « المحاكم التأديبية » .

وقد كانت ولاية محاكم جهة القضاء الإداري مجرد ولاية خاصة قاصرة عن ما تخضع لها القوانين من مسائل محددة - تشمل مع ذلك أهم أنواع المنازعات الإدارية - انتزاعاً من الولاية القضائية العامة الثابتة أصلاً لجهة القضاء العادي (٤) . وكان هذا الوضع منتقداً ومتناقياً مع الغرض من انشاء جهة قضاء إداري مستقلة ، مما حدا بالمشروع المصري أخيراً الى جعل محاكم مجلس الدولة هي المحاكم ذات الولاية العامة في شأن المنازعات الإدارية (٥) .

(١) م ٤١٩ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر .

(٢) م ١٤ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر .

(٣) م ٢٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(٤) محمد فؤاد مهنا ، دروس القانون الإداري ، ج ٣ ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة

١٩٥٧ ، ص ١٠٢ و ١٠٣ .  
(٥) إذ أخرج قانون السلطة القضائية الجديد - رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ - من اختصاص



## ١٦٩ - المحكمة الدستورية العليا

سلفت الإشارة الى أن المشرع أنشأ المحكمة العليا بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ . وقد أعطاهم ذلك القرار بقانون اختصاصات أربعة هي : رقابة دستورية القوانين ، وتفسير النصوص القانونية ، والفصل في تنازع الاختصاص والتفويض بين جهات القضاء وأحكامها ، والفصل في وقف تنفيذ أحكام هيئات التحكيم في منازعات الحكومة والقطاع العام والتصدي للفصل في تلك المنازعات في حال أمرها بوقف التنفيذ (١) .

ثم حلت المحكمة الدستورية العليا محل المحكمة العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ كما سلفت الإشارة ، وقد أبقى هذا القانون للمحكمة الدستورية العليا الاختصاصات الثلاثة الأولى التي كانت ثابتة للمحكمة العليا مع بعض التمديل ، وحجب عنها الاختصاص الرابع الذي كان مخولا للمحكمة العليا بشأن أحكام هيئات التحكيم في منازعات الحكومة والقطاع العام . وقد سبق أن عرضنا للاختصاص الأول الخاص برقابة الدستورية (٢) ، فلا محل لتكراره في هذا المقام ، فنقتصر على عرض الاختصاصين الآخرين فيما يلي :

(١) **الاختصاص بالتفسير** : أعطى المشرع للمحكمة الدستورية العليا سلطة تفسير بعض النصوص القانونية بشروط وقيود معينة على النحو الآتي :

١ - لم يخول المشرع للمحكمة الدستورية العليا الاختصاص بالتفسير تصدياً من جانبها ولا نتيجة خصومة أو دعوى مرفوعة أمامها ، وإنما بموجب طلب مقدم من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية ( م ١/٣٣ ) ، وهو ما يكفل الجدلية التامة لطلب التفسير .

---

المحاكم العادية المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة ( م ١٥ ) ، ثم جاء قانون مجلس الدولة الجديد رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فعدد كثيراً من المنازعات الإدارية التي تختص بها محاكم المجلس دون غيرها من نظرها لم يحجم بالنص على هذا الاختصاص الى « سائر المنازعات الادارية » ( م ١٠ / ١٤ ) .

(١) انظر الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، فقرة ١٦٩ ، ص ٣٠٩ - ٣١٣ .

(٢) انظر سابقاً ، ص ٢٥٧ ومعهدها .

٢ - لا يشمل اختصاص المحكمة الدستورية العليا تفسير كل مراتب النصوص القانونية، بل يقتصر فصب على تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور ( م ٢٦ ) ، فلا يمتد اختصاص هذه المحكمة الى تفسير نصوص الدستور (١) ولا الى تفسير اللوائح (٢).

٣ - يجب أن يكون هناك مبرر معقول لتفسير بعض النصوص القانونية الذي تختص به المحكمة الدستورية العليا ، وهو ما حدده المشرع بأن تكون النصوص المطلوب تفسيرها قد « أثارَت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها » (م ٢٦) . ولذلك أوجب المشرع « أن يبين في طلب التفسير ( المقدم من وزير العدل ) النص التشريعي المطلوب تفسيره ، وما أثاره من خلاف في التطبيق ، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه » (م ٢/٣٣) ، تلك الوحدة التي هي الهدف من الطلب ومن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير.

وقرارات المحكمة الدستورية العليا بالتفسير في الحدود المتقدمة - ككل أحكامها وقراراتها - نهائية وغير قابلة للطعن ( م ٤٨) . وهذه القرارات - مثل أحكام هذه المحكمة في المسائل الدستورية - ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة ، وتنتشر في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها ( م ١/٤٩)

ويدون المشرع قد توخي ، من وراء منح المحكمة الدستورية العليا هذا الاختصاص وجعل قراراتها بالتفسير ملزمة ، الاستغناء عن قيامه بنفسه أو عن طريق لجان مفوضة باصدار تشريعات تفسيرية . ويعنى ذلك أن قيام المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيراً ملزماً دون خصومة محددة قائمة أو دعوى مرفوعة إليها وانما بناء على طلب من وزير العدل ، انما هو من قبيل تفويض المشرع اياها في اصدار تشريعات تفسيرية ، فيكون لقراراتها بالتفسير قوة الالزام التشريعية ، ويترتب عليها ما يترتب على التشريعات التفسيرية من آثار.

(١) في هذا المعنى :

مصطفى أبو زيد فهمي ، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين ، ١٩٨٥ ، فقرة ٥٦٩ ، ص ٤٩١ .

(٢) قارن :

مصطفى أبو زيد فهمي ، الموضوع السابق

## (٢) اختصاص الفصل في التنازع على الاختصاص وفي النزاع على التنفيذ

: من المتصور أن يقوم تنازع على الاختصاص القضائي نتيجة وجود جهات مستقلة للقضاء ( القضاء المادي والقضاء الإداري ) وللهيئات ذات الاختصاص القضائي ، إذ قد يرفع ذات النزاع الي أكثر من جهة فيتخلى كل منها عن نظره بحجه عدم الاختصاص وهذا هو التنازع السلي ، أو يرفع ذات النزاع الي أكثر من جهة ، فقدمي ، كل منها اختصاصها بنظره وهذا هو التنازع الإيجابي . وفي هذه الحالة الأخيرة قد يصدر حكمان نهائيان متناقضان ، فيشور نزاع حول أي الحكمين أحق بالتنفيذ . ففي هذه الحالات جميعا ، لامتناع من إيراد جهة يكون لها الفصل في التنازع على الاختصاص القضائي وفي النزاع على التنفيذ .

وقد أنشأ المشرع لذلك في البداية محكمة تنازع الاختصاص ، المولفة من رئيس محكمة النقض رئيسا ومن ستة من المستشارين نصفهم من مستشاري محكمة النقض والنصف الآخر من مستشاري المحكمة الإدارية العليا (١) . ثم أحال المشرع على المحكمة العليا عند انشائها سنة ١٩٦٩ اختصاص الفصل في التنازع على الاختصاص القضائي وفي النزاع على التنفيذ . ثم آل هذا الاختصاص من بعد الي المحكمة الدستورية العليا منذ انشائها سنة ١٩٧٩

وينتقد اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في التنازع على الاختصاص القضائي وفي النزاع على تنفيذ حكمين متناقضين بناء على طلب يتقدم به كل ذو شأن ( م ١/٣١ و ١/٣٢ ) .

وفي حالة التنازع على الاختصاص القضائي ، يطلب ذو الشأن الي المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوي في النزاع الأصلي ( م ١/٣١ ) . وعليه أن يبين في الطلب موضوع النزاع وجهات القضاء التي نظره وما اتخذ كل منها في شأنه ( م ٢/٣١ ) . وترتب على تقديم الطلب وقف الدعاوي القائمة المتعلقة به حتي الفصل فيه من المحكمة الدستورية العليا ( م ٣/٣١ )

وفي حال النزاع على تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين ، يبين ذو الشأن - في طلبه المقدم الي

(١) م ١٨ من قانون السلطة القضائية الملني رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ .

المحكمة الدستورية العليا بالفصل في ذلك - النزاع القائم حول التنفيذ ووجه التناقض بين الحكمين (م ٢/٣٢). وخلافا لما عليه الوضع في حال النزاع على الاختصاص القضائي، لا يترتب على مجرد تقديم طلب الى المحكمة الدستورية العليا بالفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ الحكمين المتناقضين وقف التنفيذ. بل يجب أن يتقدم أحد من ذوي الشأن بطلب وقف التنفيذ، ولرئيس المحكمة أن يأمر - بناء على هذا الطلب - بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما إلى حين فصل المحكمة الدستورية العليا في النزاع (م ٢/٣٢).

وأحكام المحكمة الدستورية العليا بالفصل في النزاع على الاختصاص وفي النزاع على تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين أحكام نهائية وغير قابلة للطعن ككل أحكام هذه المحكمة (م ٤٨٨). ولكنها - على خلاف أحكام المحكمة المتعلقة برقابة الدستورية وقراراتها بالتفسير - ليست لها قوة الالتزام المطلقة بل هي نسبية الأثر فيما بين الخصوم، وبالتالي لا تنتشر في الجريدة الرسمية.

بموجب المادة ١٠١ من الدستور، يختص المجلس الأعلى للقضاء بتفسير القوانين واللوائح والقرارات الإدارية والقرارات القضائية التي تصدرها المحاكم، وله في هذا الشأن سلطة نهائية. كما أن للمجلس الأعلى للقضاء سلطة إصدار الأحكام النهائية في المنازعات التي تنشأ بينه وبين الأفراد، وله في هذا الشأن سلطة نهائية. كما أن للمجلس الأعلى للقضاء سلطة إصدار الأحكام النهائية في المنازعات التي تنشأ بينه وبين الأفراد، وله في هذا الشأن سلطة نهائية. كما أن للمجلس الأعلى للقضاء سلطة إصدار الأحكام النهائية في المنازعات التي تنشأ بينه وبين الأفراد، وله في هذا الشأن سلطة نهائية.

## ١٧٠ - منهج البحث

يشير البحث في تطبيق القاعدة القانونية مسألتين رئيسيتين : الأولى  
تعيين نطاق هذا التطبيق ، أى تعيين مدى سريان القاعدة القانونية . والثانية  
تفسير القاعدة القانونية تفسيراً يفصح عن معنى الحكم الذى تتضمنه .

ولذلك نقسم هذا الفرع الى بابين :

الباب الأول - فى مدى سريان القاعدة القانونية .

الباب الثانى - فى تفسير القاعدة القانونية .

سوال ۱۰۰

تعمیرات اساسی در ساختمان‌ها شامل موارد زیر است:
۱- تعمیرات سقف و کف
۲- تعمیرات دیوارها و ستون‌ها
۳- تعمیرات درها و پنجره‌ها
۴- تعمیرات سیستم‌های لوله‌کشی و برق

سوال ۱۰۱

تعمیرات اساسی در ساختمان‌ها شامل موارد زیر است:

۱- تعمیرات سقف و کف

# الباب الأول

## مدى سريان القاعدة القانونية

### ١٧١ - تمهيد وتقسيم

أول ما يعرض عند تطبيق القاعدة القانونية ، هو وجوب تعيين نطاق هذا التطبيق بتحديد المدى الذي يبلغه سريانها . ومدى سريان القاعدة القانونية إنما يتحدد بالنظر الى أمور ثلاثة :

**أولاً -** تحديد هذا المدى بالنسبة الى المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كانت هذه القاعدة تسرى في حق جميع هؤلاء المخاطبين دون استثناء أم يقال بعضهم من الخضوع لأحكامها بدعوى الجهل بها .

**والثاني -** تحديد هذا المدى من حيث المكان الذي تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كان مكان سريان هذه القاعدة هو الاقليم الصادره والنافذة فيه أم محل وجود الأشخاص الموضوعه من أجلهم هذه القاعدة سواء كان هو هذا الاقليم أو خارجه .

**والثالث -** تحديد هذا المدى من حيث الزمان الذي تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عن كيفية وتاريخ انتهاء سريانها ، وطريقة حل التنازع الناشء عن تعاقب القواعد القانونية في الزمان .

فنعرض لكل من هذه الأمور الثلاثة على التوالي في فصل على حدة .

# الفصل الأول

مدى سريان القاعدة القانونية

في حق المخاطبين بأحكامها

## ١٧٢ - مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون (١)

إذا تكونت القاعدة القانونية ، فخرجت عن مصدر من المصادر الرسمية . فهي تسرى في حق المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، بمعنى أنها تطبق على كافة من تتوجه اليهم من أشخاص ، فلا يعفى واحد منهم من الخضوع لأحكامها . ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف : « لا يفترض في أحد الجهل بالقانون » (Nul n'est censé ignorer la loi) ، أي لا عذر بجهل القانون . فلا يقبل من أي كان الاحتجاج بجهله حكم قاعدة قانونية ليفلت من انطباقها عليه وسريانها في حقه . فجهل القاعدة القانونية لا يصلح اذن عذرا يمنع أو يعفى من انطباقها على أحد ، فهي تسرى في حق جميع المخاطبين بأحكامها ، من علم بها ومن جهلها على السواء .

## ١٧٣ - أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

يؤسس بعض الفقهاء مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على أساس وجود قرينة على علم الأفراد به (٢) . ولكن مثل هذا الأساس غير مقبول ، إذ القرائن القانونية - كما سبق البيان - إنما تقوم على حمل الأمر المشكوك

(١) راجع في ذلك بخاصة :

Dereux, Etude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi",  
Revue trimestrielle de droit civil, t. VIII, 1907, pp. 513-554.

وكتابنا « أصول القانون » . فقرات ١٧٧ - ١٧٩ ، ١٧٩ ، ص ٢٧٦ - ٢٨٥ .

(٢) انظر بخاصة :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٢٣ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرات

١٠٢ ، ١٠٢ - سليمان مرقس ، فقرات ٨٧ و ٨٨ . - محمد علي امام ، فقرة ١٠٢ .



فيه محمل الغالب والمألوف في العمل بشأنه ، وليس الغالب في العمل ولا المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية بل الغالب هو جهلهم بها .

ولعل قواعد العدل هي خير ما يؤسس عليه هذا المبدأ . فالعدل الخاص يتطلب المساواة التامة في معاملة المخاطبين بأحكام القواعد القانونية ، فلا يفرق بينهم في وجوب الخضوع لها أو يعفى بعضهم من التقيد بها . وهذه المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما تؤكد من سيادة النظام والقانون في المجتمع ، إذ لو أبيع الاعتذار بجهل القانون للافلات من أحكامه ، لما أبيع حينئذ تطبيق القانون الا في القليل النادر حيث يعلم الناس بأحكامه ، واذن لسادت الفوضى وضاع الأمن وتقوض النظام في المجتمع . فضلا عن أن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية فيه نفى لصفة الالتزام عنها ، إذ يجعل الزامها هو توافر العلم بها ، بينما القاعدة القانونية تتميز قبل كل شيء بما لها من الزام ذاتي ينبعث منها ومن وجودها هي لا من عامل خارجي عنها كالعلم بها (١) . والواقع أن القاعدة القانونية - بما تقر من الزام بضمونها - تنطوي كذلك على معنى الالتزام بالعلم بها من وقت نفاذها .

#### ١٧٤ - مدى مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

(١) اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد القانونية على اختلاف مصادرها : سبق البيان ، عند تفصيل القول في التشريع ، أن نشره في الجريدة الرسمية وفوات الميعاد الذي يبدأ منه نفاذه ، يفترض معه علم الكافة بأحكامه ، فلا يقبل اعتذار أحد بجهلها .

ولكن مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ليس قاصرا على التشريع فحسب ، بل هو ينسحب كذلك على كل القواعد القانونية ايا كان مصدرها الرسمي . فالقاعدة العرفية والدينية السائدة ، يمتنع الاعتذار كذلك

(١) قرب من ذلك :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 12. — Decottignies, L'erreur de droit, Revue trimestrielle de droit civil, 50ème année, 1951, pp. 309.

بجهلها ، كما يمتنع الاعتذار بجهل القواعد التشريعية سواء بسواء . بل لقد قلنا ، في صدد الكلام عن العرف ، ان من بين نتائج تميزه عن العادة أن العادة يجوز الاحتجاج بجهلها لأنه لا الزام لها الا بارادة المتعاقدين ، و جهل أحدهما أو كليهما بها يمنع من وجود هذه الارادة . بينما العرف - باعتباره قاعدة قانونية - لا يجوز الاحتجاج بجهله للافلات من الخضوع لحكمه (١) .

(٢) اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء : يقصر أغلب الفقهاء العمل بمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على القواعد القانونية الآمرة أى على القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب دون القواعد المكملة (٢) . بل ان منهم من يقصر العمل به على البعض فقط من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب ، كالتقوانين الجنائية خاصة (٣) ، أما ما عداها من بقية القواعد الآمرة وكل القواعد المكملة فيجوز عندهم الاعتذار بجهلها .

ولسنا نرى ما يبرر هذه التفرقة ، اذا ما دامت القاعدة القانونية قاعدة ملزمة فلا ينبغى الاحتجاج بجهلها للافلات من الخضوع لحكمها ، لان الأزام بمضمونها ينطوي على معنى الألام بالعلم بهذا المضمون كما سبقت الاشارة . وغنى عن البيان أن صفة الألام متوافرة للقواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء ، فالعلم بهسا يكون واجبا لا يمكن التحلل منه بالنسبة اليها جميعا دون تفریق .

(١) انظر سابقا ، ص ٢٧٩ - ٢٨٠ .

(٢) انظر خاصة :

Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 246. — Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. I, VI, Obligations par Esmein, 2ème éd. 1952, No. 181.

عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد ، ١٩٢٤ ، فقرة ٣٧٣ ، الوسيط ، الجزء الأول فقرة ١٧٤ ، - عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٣٣ .

(٣) سلمان مرقس ، فقرة ٨٨ .

وانظر كذلك في نفس المعنى : المذكرة الاضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ١٥٩ .

فصلا عن أن القول بإباحة الاعتذار بجهل القواعد المكملة لا يستقيم مع طبيعة هذه القواعد من كونها لا تطبق الا في حال سكوت المتعاقدين عن مخالفتها . اذ قد يكون سكوتها عن جمل منهما بأحكامها ، ومع ذلك تلزمهما هذه الأحكام ، لانه بهذا السكوت يتحقق شرط انطباقها في حقيهما . فلو قيل بإمكان الاعتذار بجهل القواعد المكملة ، لما وجدت هذه القواعد اذن مجالا كبيرا للتطبيق ، لأنها لا تطبق الا عند سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، فيستطيع من له مصلحة منهما في عدم تطبيقها أن يدفع بجهنه بأحكامها ويفسر السكوت على هذا الاساس . وحينئذ نوجد أمام فراغ ما وجدت القواعد المكملة الا لسده ، اذ لا توجد ارادة للمتعاقدين من ناحية ، ويمنع تطبيق القواعد المكملة من ناحية أخرى .

#### ١٧٥ - الاستثناء من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

من المسمم عند جمهور الفقهاء والمستقر في القضاء (١) الاستثناء من هذا المبدأ ، بأجازة الاعتذار بجهل القانون في حال قيام قوة قاهرة (٢) - كفيضان أو احتلال أجنبي - تعزل بعض المناطق في الدولة عزلا تاما يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية إليها . وأيا كان الرأي في الاستثناء وتبريره ، فهو من ناحية نادر التحقق اليوم أمام تقدم وسائل المواصلات وخاصة بالطائرات . وهو من ناحية أخرى مقصور على القواعد التشريعية اذ هي وحدها التي تنشر في الجريدة الرسمية وتعتبر معلومة للناس بهذا النشر .

ويضيف بعض الفقهاء الى هذا الاستثناء المسمم استثناءين آخرين :  
الأول خاص بحالة ابطال العقد لغلط في القانون ، والثاني خاص بحالة

(١) انظر بحصة : نفس ٨ أبريل ١٩٦٥ ، مجموعة حكم محكمة النقض ، ص ١٦ ج ٢ ، رقم ٧٧ ، ص ٤٧٦ .

(٢) ويقرر حكم النقض سالف الفكر أنه : اذا كان الحكم المصوب فيه قد استند في قبول اعتذار المطعون ضده بجهنه ص المادة ٢٥ من قانون المعاملة ( التي يوجب توقيع عقاب على صنف الدهاوي ) الى ما قررهه الطاعة في مذكرتها من أن المدة التي مضت ما بين تنفيذ القانون وبين اعلانها بصحيفة المعرى لم تكن كافية ليطلع المطعون ضده رافع المعرى بذلك النص المستحدث ، فان هذا الاستناد خطأ في القانون لان عدم كفاية هذه المدة لا يعتبر قوة قاهرة ولا يبرر قبول اعتذار المطعون ضده بالجبل والنص المذكور .

ارتفاع المسؤولية الجنائية عند الجهل بقوانين غير جنائية تكون العقوبة الجنائية مؤسسة عليها . غير أن هاتين الحالتين لا تملان استثناءات حقيقية من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ، وذلك على النحو الذي نبينه فيما يلي :

(١) **ابطال العقد لغلط في القانون ليس استثناء من المبدأ** : يذهب بعض الفقهاء الى أن ثم استثناء يرد على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، هو امكان ابطال العقد نتيجة ما وقع فيه أحد المتعاقدين من « غلط في القانون » (١) . فقد ظنوا أن في اجازة ابطال العقد لما وقع فيه المتعاقد من غلط في القانون (٢) خروجاً على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بقبول الاعتذار بالوقوع في هذا الغلط (٣) . فالوارث مثلاً الذي يبيع حصته في التركة على اعتقاد أنها الربع في حين أن له نصف التركة طبقاً لقواعد الميراث ، يكون له حق ابطال عقد البيع للغلط الذي شاب ارادته في قدر الشيء المباع .

والواقع أن هذا الظن خاطيء ، فليس في ابطال العقد لغلط في القانون

(١) في هذا المعنى :

Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 12ème éd. 1935, No. 228.

محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الجزء التمهيدى ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٦ ، ص ٢٦ .

(٢) يسوى المشرع في المبدأ بين « الغلط في القانون » وبين « الغلط في الواقع » من حيث امكان ابطال العقد بسببه ( ١٢٢ مدني ) . ولكن استثناء من هذا المبدأ ، لا يجزئ المشرع الاطمئن في عقد الصنع بسبب غلط في القانون ( م ٥٥٦ مدني ) .

(٣) ويبرر بعض الفقهاء هذا الخروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بأن نطاق تطبيق هذا المبدأ يجب أن يقتصر على الأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام وحدها . أما اذا كان الجهل أو الغلط وارداً على قاعدة قانونية غير متعلقة بالنظام العام فيمكن الاحتجاج والتصمسك به لطلب ابطال العقد الذي أبرم نتيجة هذا الغلط . ( انظر :

Baudry, Lacantinerie et Barde, op. cit., No. 69, p. 109. — Demogue, op. cit., t. I, No. 246, p. 405.

عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، فقرة ٢٧٣ ، الوسيط ، الجزء الاول ، فقرة ١٧٤ . ص ٣٠٦ و ٣٠٧ — محمد علي عرفة ، ص ٧٦ ) . ولكن الأمثلة التي تضرب في هذا الصدد ويجوز فيها ابطال العقد لغلط في القانون ، يرد الغلط في أغلبها على قواعد أمره متعلقة بالنظام العام ( انظر في هذه الأمثلة خاصة : Demogue, op. cit., No. 246, p. 408 . —

عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، فقرة ٢٧٤ ) .

في الأمثلة التي يضربونها أي استثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » أو خروج عليه . ذلك أن مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » إنما يعني أنه لا يمكن منع تطبيق القانون بحجة الجهل به ، فهو يطبق على الجميع دون تفریق أي حتى على من يجهله . وبعبارة أخرى ، فالمقصود بهذا المبدأ الدلالة على أنه حيث يجب تطبيق قاعدة معينة ، فلا يمكن منع انطباقها على من يجب سريانها في حقه بحجة جهله بأحكامها(١) . وما دام هذا هو مضمون المبدأ ومعناه ، فالاستثناء منه لا يتصور اذن الا باعفاء من يجهل حكم قاعدة قانونية معينة من واجب الخضوع لها ، أي بمنع سريانها عليه . ومن هنا لا يكون في إعطاء المتعاقد الواقع في غلط في القانون حق طلب ابطال العقد الذي اندفع الى إبرامه تحت تأثير الغلط ، أي استثناء أو خروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، الا اذا كان في هذا الإبطال منع لسريان القاعدة القانونية الوارد عليها الغلط في حق المتعاقد الواقع في الغلط بشأنها . وليس الحال كذلك في المثل المضروب . فالوارث الذي يجهل قواعد الميراث ويقع في غلط في قدر الحصة التي تفرضها له . ثم يطلب ابطال عقد البيع الذي اندفع الى إبرامه تحت تأثير هذا الغلط ، لا يتوصل بالحصول على الإبطال الى منع سريان قواعد الميراث في حقه ، فهي تظل سارية في حقه رغم جهله بأحكامها . ولولا أن هذه القواعد تعتبر سارية في حقه فيكون له نصف التركة ، لما دعا الأمر الى تمكينه من ابطال بيع حصته الذي اندفع اليه على اعتبار أنها الربيع فقط .

ولكن اذا عرضت فروض أخرى ، تحقق فيها غلط أحد المتعاقدين في حكم قاعدة قانونية ، وكان من شأن تمكينه من المطالبة بإبطال العقد لهذا الغلط استبعاد تطبيق تلك القاعدة عليه ، فيجب حينئذ حرمانه من طلب الإبطال لهذا السبب ، والا انتهى الأمر الى تمكينه من التحجج بجهله للأفلات من انطباق القاعدة عليه ، بما يعني خرق مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل

(١) في هذا المعنى :

Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de M. Plantol.  
t. II, 2ème éd., 1947, No. 206.

( م ٢١ - المدخل الى القانون )

القانون ، وهو ما لا يجوز . ولذلك لا يجوز لمقرض طلب ابطال عقد الفرض المعقود بفائدة تجاوز الحد الأقصى المشروع للفائدة الاتفاقيه بناء على غلظه في حكم القاعدة المقررة لهذا الحد . بل يبقى العقد قائما وصحيحا ولكن مع انزال الفائدة الفاحشة المتفق عنيها الى الحد الأقصى المشروع (١) . وكذلك لا يجوز للمؤجر طلب ابطال عقد الايجار المعقود بأجرة تجاوز الحد الأقصى الذي قرره القانون بناء على غلظه في حكم القانون في هذا الشأن . بل يبقى العقد قائما وصحيحا ولكن مع انقاص الأجرة المتفق عنيها الى حدها الأقصى المقرر (٢) .

(٢) امتناع المسؤولية الجنائية في حالة الجهل بقوانين غير جنائية تؤسس عليها العقوبة ليس استثناء من المبدأ : يذهب القضاء الجنائي الفرنسي الى أن الجهل بأحكام قانون غير جنائي تكون العقوبة مؤسسة عليه ينهض عدرا لمتهم فيرفع عنه المسؤولية الجنائية . ولذلك قضى بعدم عقاب من عثر على كرز في أرض الغير فاستولى عليه كله لنفسه . جاعلا حكم القانون المدني الفرنسي الذي يملكه نصفه ومالك الأرض النصف الآخر مما يجعله مختلسا نصيب هذا الأخير (٣) .

غير أن ارتفاع المسؤولية الجنائية نتيجة الجهل بحكم قانون غير جنائي تكون العقوبة مؤسسة عليه ، لا يمثل استثناء حقيقيا من مبدأ امتناع الاعتذار بحسب القانون . إذ من ناحية ، لن يؤدي منع العقاب الجنائي نتيجة هذا الجهل الى منع تطبيق القاعدة القانونية غير الجنائية على من وقع في القلط

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ج ١ ، العقد والارادة المنفردة ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٠٢ ، ص ٢٠٤ - محمد المنعم الجداوي ، المحل بمعلوم القابلية ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٣٣ ، ص ٢٠١ و ٢٠٧ .

(٢) في هذا المعنى

اسماعيل غانم ، الموضع السابق .

(٣) انظر في هذا القضاء :

بشأنها ، بل تظل هذه القاعدة رغم ذلك سارية في حقه ومطبقة عليه . ومن ناحية أخرى ، فارتفاع المسؤولية الجنائية ، وامتناع العقاب هنا ليس في الحقيقة الا نتيجة انتفاء القصد الجنائي وهو ركن أساسي من أركان الجريمة ، اذ لا يتحقق هذا القصد هنا الا بالعلم بحكم قاعدة معينة غير جنائية ، وما دام مرتكب الجريمة يجهل هذا الحكم فلا يتوافر عنده حينئذ القصد الجنائي الى ارتكابها(١) .

والخلاصة مما تقدم ، أنه لا يوجد استثناء حقيقي من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون الا استثناء وحيد ، هو ذلك المنحصر في قيام قوة فاهرة تحول دون وصول الجريدة الرسمية الى بعض المناطق في الدولة .

(١) وهذا ما بصرت به محكمة النقض المصرية فيما قضت به من أنه حيث « ان الزوجين اذ أقدا على الزواج ، لم يكونا عائلين تحريم الجمع بين المرأة وابنة أختها ، شأنهما في ذلك شأن ساهدي العقد » . وحيث انه وقد انقضى القصد الجنائي ( في جريمة تزوير ) لما تقدم بيانه ، تكون التهمة على غير أساس ويتعين براءة المتهمين منها ( نقض ١٠ مايو ١٩٥٣ ، مجموعة عمر جنائي ) ، ج ٦ ، رقم ١٨١ ، ص ٢٤٧ ) .

انظر في تأييد هذا الحكم : كتابنا سالف الذكر ، هامش « ا » ، ص ٣٧٩ - ٣٨١ .  
وتكن قازن :

السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ٢٨٧ .  
محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ ،  
فقرة ٧٢٩ ، ص ٧٢٥ .

## الفصل الثاني

### مدى سريان القاعدة القانونية في المكان

#### ١٧٦ - مشكلة السريان المكاني

إذا وقفنا على أن القاعدة القانونية تتوجه الى جميع المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، فلا يمتنع سريانها في حق أحدهم بحجة الجهل بها ، فيبقى بعد ذلك أن نحدد المدى المكاني لهذا السريان .

وتحديد المدى المكاني لسريان القاعدة القانونية لا يثير أى صعاب في نطاق جماعة منعزلة لا يوجد في اقليمها الا المنتمون اليها دون الأجانب ولا يوجد أحد من المنتمين اليها خارج اقليمها ، ولا تقوم علاقات بين المنتمين اليها وبين الأجانب ، اذ يسرى حينئذ قانون هذه الجماعة وحده في حدود اقليمها دون أن ينازعه في السريان أى قانون آخر .

غير أن مثل هذا الفرض لم يعد اليوم الا فرضا وهميا يكاد يستحيل تحقيقه في العمل ، أمام انتشار المدنية وازدياد العلاقات بين الأفراد في مختلف الدول ، بل ووجود طائفة من الأجانب في اقليم كل دولة ، فحينئذ يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى في كل اقليمها بحيث يكون له مطلق السلطان في حق الوطنيين والأجانب المقيمين في هذا الاقليم على السواء ، أم يقتصر سلطانه وسريانه على الوطنيين وحدهم فلا يمتد الى الأجانب الذين يظنون خاضعين لقوانين دولهم ؟ وكذلك يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى في حق الوطنيين المقيمين خارج الاقليم فيتبعهم في أى مكان يوجدون ، أم يقف سلطانه وسريانه عند حدود الاقليم فلا يمتد اليهم وإنما يسرى عليهم قانون الدولة المقيمين أو الموجودين فيها ؟ .

والاجابة على هذا التساؤل تتراوح كما هو واضح بين مبدئين : مبدأ الاقليمية حيث يتحدد سريان القانون باقليم الدولة النافذ فيها دون نظر الى



جنسية الأشخاص المقيمين فيه ، ومبدأ الشخصية حيث يتحدد سريان القانون بجنسية الأشخاص التابعين للدولة النافذة فيها دون نظر الى مكان وجودهم . هل هو داخل اقليم الدولة أو خارجه .

### ١٧٧ - مبدأ الاقليمية ومبدأ الشخصية في سريان القاعدة القانونية (١)

قلنا ان سريان القاعدة القانونية اما سريان اقليمي واما سريان شخصي .

**اما السريان الاقليمي للقاعدة القانونية** وهو ما يعبر عنه بمبدأ اقليمية القانون (Territorialité de la loi) فيقصد به - من ناحية - سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل الاقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه ، ويقصد به - من ناحية أخرى - عدم سريانها على كل ما يقع خارج حدود هذا الاقليم . فاذا قلنا مثلا أن القانون المصري اقليمي التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه وحده الذي يسرى على كل ما يقع في أرض مصر وعلى كل المقيمين فيها ، مصريين كانوا أو أجانب ، وأنه لا يسرى على ما يقع خارج حدود مصر ، ولا يسرى على الأشخاص المقيمين خارج مصر ولو كانوا مصريين .

**واما السريان الشخصي للقاعدة القانونية** ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ شخصية القانون (Personnalité de la loi) فيعنى سريان القاعدة القانونية في دولة معينة على الأشخاص التابعين لها حتى ولو كانوا خارج حدود اقليمها وعدم سريانها على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين في اقليمها . فاذا قلنا مثلا ان القانون المصري شخصي التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه يطبق على المصريين وحدهم حتى ولو كانوا خارج مصر ، وأنه لا يطبق على الأجانب حتى ولو كانوا موجودين في مصر .

والواقع أن مبدأ اقليمية القانون يقوم على أساس ما للدولة من سيادة

(١) انظر في ذلك بخاصة :

Batiffol. Traité élémentaire de droit international privé, 1948, Nos. 9 et s.

حامد زكي ، أصول القانون الدولي الخاص ، ١٩٤٤ ، فقرة ٦٩ وما بعدها .

في اقليمها ، مما يعد معه تطبيق قوانين الدول الأخرى على ما يقع في اقليمها هي اعتداء على سيادتها . وأما مبدأ شخصية القانون فيقوم على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها حيثما وجدوا ، نظرا لما يربطهم بها من رابطة لا تتقيد أو تتحدد بمكان معين .

وقد تفاوت منذ القدم الأخذ بكل من المبدأين باختلاف الدول (١) . فبعضها أخذ بمبدأ اقليمية القانون ، وبعضها الآخر أخذ بمبدأ الشخصية . ولكن لم يكن الأخذ بهذا المبدأ أو ذلك في دولة من الدول الا من حيث الأصل فحسب ، مع فتح الباب لاستثناءات تطبق المبدأ الآخر في حالات خاصة .

### ١٧٨ - مدى السريان المكاني للقانون المصري

يطبق القانون المصري في الأصل تطبيقا اقليميا . ولكن هذا الاصل ليس مطلقا ، اذ تحد منه استثناءات معينة .

**أولا - مبدأ اقليمية القانون المصري :** المبدأ العام المقرر هو اقليمية تطبيق القانون المصري ، استنادا الى ما للدولة من سيادة على اقليمها ، فالاصل اذن هو وجوب تطبيق القواعد القانونية المصرية على كل الموجودين في مصر أيا كانت جنسيتهم ، ولا تطبق خارج مصر حتى على المصريين .

غير أن التطبيق الاقليمي الكامل يقتضى وحدة القانون الوطني المطبق داخل حدود الدولة . ووحدة الهيئة أو الجهة القضائية التي تطبق هذا القانون . ولم يتح دائما تطبيق مبدأ اقليمية القانون تطبيقا كاملا في مصر ، فقد انتقصت الامتيازات الأجنبية والامتيازات الطائفية من كمال التطبيق الاقليمي للقانون المصري (١) . ولكن انتهى هذا الانتقاص من ناحية ، بالغاء الامتيازات الأجنبية سنة ١٩٤٩ . وانكمش هذا الانتقاص ، من ناحية ثانية ، فيما يتعلق بالامتيازات الطائفية ، حيث أصبح منحصرا اليوم فحسب في تعدد القوانين المطبقة في بعض مسائل الأحوال الشخصية تبعا لتعدد العقائد الدينية ، بعد أن توحد الاختصاص القضائي دون نظر لاختلاف الدين وتم الغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية المتعددة منذ سنة ١٩٥٥ . ولما كان هذا الأثر الباقي

(١) راجع في ذلك كتابنا سالف الذكر ، فقرة ١٨٢ ، ص ٢٨٩ - ٢٩٢ .

لا يعنى الانتقاص من كمال التطبيق الاقليمي للقانون فحسب ، بل كذلك الانتقاص من الوحدة الوطنية فى اسمى مظاهرها ، فاننا نطمح فى ان يخطو المشرع المصرى فى القريب الخطوات اللازمة للقضاء على هذا الانتقاص .

### ثانيا - احوال الخروج الاستثنائى على مبدأ اقليمية القانون المصرى :

اذا كان المبدأ العام هو تطبيق القانون المصرى تطبيقا اقليميا على ما رأينا ، فان هذا المبدأ ليس مطلقا ، اذ ترد عليه بعض استثناءات تحد من تطبيق هذا القانون داخل اقليم الدولة أو تمد هذا التطبيق الى خارج هذا الاقليم ، واذا كان الغالب أن تؤدي هذه الاستثناءات الى شخصية تطبيق القانون ، الا أن ذلك لا يتحقق دائما . اذ قد تؤدي بعض الاستثناءات الى تطبيق القانون تطبيقا عينيا (١) ، بحيث يتحقق الخروج عن مبدأ اقليمية ولكن ليس لصالح فكرة الشخصية ، كما يحصل - وخاصة فى شأن تطبيق بعض قواعد قانون العقوبات - عندما يتقرر تطبيق القانون الوطنى على من يأتى فعلا أو جرما خارج اقليم الدولة حتى لو كان غير وطنى وغير مقيم فى الدولة ، لمجرد مساس هذا الفعل أو الجرم بمصلحة أساسية للدولة . ونعرض فيما يلى لأهم احوال الخروج الاستثنائى على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، أيا كانت نتيجة هذا الخروج .

(١) أهم ما يرد من استثناء على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، هو ذلك الناشئ عن اعمال قواعد القانون الدولى الخاص المصرى أى قواعد الاسناد المصرية . فهذه القواعد - كما سبق البيان - تعين القانون الواجب التطبيق فى العلاقات ذات العنصر الأجنبى . وهى قد تعين قانونا أجنبيا - دون القانون المصرى - فيما يقع فى اقليم مصر ، فيعتبر تطبيق القانون الأجنبى حينئذ خروجاً على مبدأ اقليمية القانون المصرى . فمثلا تقضى هذه القواعد بأن القانون الواجب التطبيق بشأن الميراث هو قانون المورث ( م ١٧ مدنى ) ، فاذا توفى فرنسى فى مصر ، فالقانون الذى يطبق بشأن تركته هو القانون

(١) راجع فى التطبيق العيني للقانون :

محمود نجيب حسنى . شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ،

١٩٦٢ . فقرات ١٠٨ و ١٢٨ و ١٢٠ .

الفرنسي استثناء من مبدأ اقليمية الذي كان يوجب تطبيق القانون المصري .  
ومن ناحية أخرى ، فقد يترتب على اعمال قواعد الاسناد تطبيق القانون  
المصري - استثناء من مبدأ اقليميته - على ما يقع خارج مصر . فطبقا لقاعدة  
الاسناد السابقة الذكر ، يطبق القانون المصري على تركة المصري الذي يتوفى  
ويترك أموالا في الخارج .

(٢) وكذلك يرد على مبدأ اقليمية القانون المصري استثناء ثان خاص  
ببعض الحقوق العامة أو السياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح للهيئات  
النيابية . وبعض الواجبات أو الالتزامات الوطنية كواجب الخدمة العسكرية .  
فمثل هذه الحقوق والواجبات - وهي خاصة بالانتماء الى الوطن - لا يتصور  
أن تسرى القواعد القانونية المقررة لها الا في حق الوطنيين وحدهم دون  
الأجانب ، فلا تطبق اذن تطبيقا اقليميا بل تطبيقا شخصيا .

(٣) أما الاستثناء الثالث الوارد على مبدأ اقليمية القانون المصري ، فهو  
الخاص بالعقاب على بعض الجرائم التي ترتكب أو تقسح خارج مصر . فلئن  
كانت القاعدة هي اقليمية قانون العقوبات المصري كما هي الحال في أغلب  
الدول ، الا أن من الاعتبارات ما يحتم الخروج على هذه القاعدة في بعض  
الحالات ، سواء بما يؤدي الى عينية تطبيق القانون المصري أو بما يؤدي الى  
شخصيته .

فقد استلزم الدفاع عن كيان الدولة المصرية اعطاءها حق العقاب بمقتضى  
قانونها على ما يرتكب في الخارج من وطني أو اجنبي من جرائم تخل بأمنها ،  
أو بالثقة في أوراقها الرسمية عن طريق تزويرها ، أو بالثقة في نقدها عن  
طريق تزيفه ( م ٢ - ثانيا عقوبات ) . وظاهر أن تطبيق القانون المصري  
هنا ، استثناء من مبدأ اقليمية ، هو تطبيق عيني ، بالنظر الى مساس هذه  
الجرائم بكيان الدولة ومصالحها الأساسية ، بحيث يجيء هذا التطبيق رغم  
ارتكاب الجريمة في الخارج ودون النظر الى جنسية مرتكبها (١) .

(١) راجع في عينية تطبيق القانون المصري في هذه الحالة :

محمود نجيب حسني . المرجع السابق ، فقرات ١٢٨ - ١٣٠ ، ص ١٤٥ - ١٤٧ .



سرياناً، فمما زاد في قسوتها أنها لم يرد فيها نص يوجب بقاءها بعد  
إزالة سريانها، وإنما أورد فيها النصاً يوجب استمرارها بعد إزالتها  
وذلك ما يستلزم في الحقيقة بقاءها بعد إزالتها، وهو ما يوجب  
استمرارها بعد إزالتها.

### الفصل الثالث

#### مدى سريان القاعدة القانونية في الزمان

#### ١٧٩ - تقسيم

يشير تحديد مدى سريان القاعدة القانونية في الزمان مسألة إنهاء هذا  
السريان ، وهو ما يتم بإلغاء القاعدة القانونية ، فإذا ألغيت قاعدة قانونية  
لتحل محلها قاعدة جديدة ، يقوم التنازع بين القاعدتين على حكم الأوضاع  
والآثار القانونية التي ابتدأت في ظل القاعدة القديمة وما زالت مستمرة في  
ظل القاعدة الجديدة ، فكيف يحل هذا التنازع ، وكيف تتحدد ولاية كل من  
القاعدتين المتعاقبتين في الزمان ؟

على هذا النحو ، نقسم الكلام في هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول - في إلغاء القاعدة القانونية .

المبحث الثاني - في التنازع بين القواعد القانونية في الزمان .

١ - في الفقه القديم كان السريان في الزمان يترتب عنه بقاء القاعدة القانونية بعد إزالتها، وهو ما يوجب استمرارها بعد إزالتها، وهو ما يوجب استمرارها بعد إزالتها.

## المبحث الأول

### الغاء القاعدة القانونية

١٨٠ - تمهيد

يقصد بالغاء القاعدة القانونية (١) إنهاء سريانها ومنع العمل بها ابتداء من هذا الإنهاء . والأصل أن القاعدة القانونية إذا صدرت صحيحة وصارت نافذة ، فهي تظل سارية معمولا بها حتى يحصل إلغاؤها قانونا . ويترتب على الغاء القاعدة القانونية إما احلال قاعدة قانونية جديدة محلها وإما الاستغناء عنها بعدم استبدال غيرها بها .

والغاء القاعدة القانونية إما الغاء صريح وإما الغاء ضمني . وقد أشارت المادة الثانية من التقنين المدني المصري الحالي لهذين النوعين من الإلغاء في شأن القواعد التشريعية . ولكن الإلغاء لا يصدق في حق القواعد التشريعية وحدها ، بل يصدق في حق القواعد القانونية جميعا أيا كان مصدرها (٢) . فنعرض فيما يلي للإلغاء الصريح ، ثم للإلغاء الضمني .

- (١) يجب التفرقة بين الإلغاء (L'abrogation) وبين البطلان أو الإبطال (L'annulation) . فهما وإن كانا وسيلتين لاسقاط القاعدة القانونية ، إلا أنهما مختلفان في السبب وفي الآثار على السواء . ذلك أن الإلغاء إنما يرد على قاعدة قانونية مستكملة شرائطها وأركانها الجوهرية ، لا لانكار قيامها من قبل أو الظن في صحتها ، ولكن لانتهاء العمل بها سواء كان ذلك لعدم الحاجة إليها من بعد أو لاستبدال قاعدة أخرى بها تكون أكثر ملاءمة ، ولذلك لا يتبدى أثر الإلغاء إلا منذ حصوله ، فلا يكون له آثار على ما تم من تنفيذ القاعدة القانونية قبله . أما البطلان أو الإبطال ، فلا يتأتى إلا نتيجة انتهاء ركن أو شرط جوهرى من أركان القاعدة القانونية أو شرائطها ، بحيث تعتبر متعلمة وكان لم تكن ، ومن هنا ، كان الأصل أن لبطلان القاعدة القانونية أو إبطالها أثرا رجعيا .
- (٢) عرفت الشريعة الإسلامية خاصة نظرية الإلغاء في شأن قواعدها وأحكامها . تحت اسم نظرية « النسخ » وأسسها على قوله تعالى « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها » ( أنظر في نظرية النسخ فقهاء الأصول وخاصة : أبو إسحق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، شرح الأستاذ عبد الله دراز ، ج ٣ ، ص ١٠٢ - ١١٨ . وأنظر كذلك عمر عبد الله سلم الوصول لعلم الأصول ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٦ ، ص ٢٥٣ - ٢٥٦ ) .

يتحقق الإلغاء الصريح (*L'abrogation expresse*) بصدور قاعدة أو قواعد قانونية جديدة تفصح عن نسخ قاعدة أو قواعد قانونية قديمة .  
ومثاله نص المادة الأولى من القانون الخاص بإصدار القانون المدني المصري الحالي على إلغاء القانون المدني الأهلي والقانون المدني المختلط والاستعاضة عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون .

وقد يتحقق الإلغاء الصريح كذلك بفوات المدة المعينة لسريان القاعدة القانونية ، فقد تدعو ظروف وأحوال خاصة إلى توقيت سريان القاعدة القانونية بمدة أو فترة معينة ، فإذا انقضت هذه المدة أو تلك الفترة اعتبرت القاعدة القانونية ملغاة بحيث يقف العمل بها ابتداء من هذا الانقضاء .  
ومثال ذلك ما كان ينص عليه قانون أجور المساكن الصادر سنة ١٩٢١ من أن مفعوله ينتهي في ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٢ .

### ١٨٢ - الإلغاء الضمني (١)

يقصد بالإلغاء الضمني (*L'abrogation tacite*) ذلك الإلغاء الذي لا يوجد تصريح به ، وإنما يستخلص مجرد استخلاص من استحالة الجمع بين قاعدة قانونية قديمة وقاعدة قانونية جديدة ، وهو ما يتحقق في صورتين :  
صورة تعارض بين القديم والجديد ، وصورة تنظيم نفس الموضوع من جديد .  
وقد عنى التقنين المدني الحالي بالإشارة إلى هاتين الصورتين ( م ٢ ) .

(١) إذا أحالت بعض القوانين إلى نصوص قوانين أخرى ، ثم ألغيت هذه النصوص في قوانينها الأصلية . فالأصل أن لا يستتبع الغاؤها اعتبارها ملغاة كذلك في القوانين التي تحيل إليها ، بل تظل موجودة فيها بالأحالة وكأنها ثابتة بالعبارة . ولكن إذا استحالت الاستمرار في اعتبارها قائمة في نطاق القوانين التي تحيل إليها ، بأن كانت تلك النصوص تنشيء مثلاً مرفقاً أو محكمة تكون لازمة لتطبيق هذه القوانين وتقرر انفاؤها ، فلا مناص من انسحاب الإلغاء بالتالي على هذه النصوص لاستحالة تطبيقها حينئذ ( أنظر *Marty et Raynaud, op. cit.* )  
( *t. I, No. 104, pp. 170, 171* ) . ويجب أن يواجه المشرع الأمر فيمثل الاحالة بجمعها إلى المرفق أو المحكمة الجديدة إن وجدت ، أو إلى مرفق أو محكمة أخرى من المرافق أو المحاكم الأصلية القائمة ، لإمكان الاستمرار في تطبيق هذه القوانين المحيلة ( أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٤٠٠ - ٤٠١ ) .



(١) التعارض بين القديم والجديد : تتحقق هذه الصورة الأولى من صور الالغاء الضمني بقيام تعارض بين قواعد قانونية قديمة وقواعد قانونية حديثة ، اذ يفهم ضمنا - وتطبيقها معا مستحيل - أن الأحدث منها قد نسخ والقي الأقدم . وبديهي أن الالغاء الضمني في هذه الصورة لا يكون الا في حدود التعارض والتنافر بين القواعد القديمة والقواعد الحديثة . فاذا صدر قانونان متعاقبان في الزمان ومتناقضان في الأحكام ، اعتبر القانون القديم منسوخا ضمنيا بالقانون الحديث اذا كان التعارض بين أحكامهما تاما وكليا . أما اذا كان التعارض جزئيا بأن كان واقعا بين بعض أحكامهما فحسب ، فلا ينسحب النسخ أو الالغاء الضمني منطقا الا على ما ثبت تعارضه من أحكام القانون القديم مع القانون الحديث .

وإذا كان النسخ أو الالغاء الضمني مستخلصا من قيام تعارض بين القواعد القانونية القديمة والقواعد القانونية الحديثة ، فذلك رهن بكون ما تضعه هذه القواعد المتعارضة والمتعاقبة في الزمان من أحكام ذات صفة واحدة ، بأن تكون معا أحكاما عامة أو تكون جميعا أحكاما خاصة . أما اذا اختلفت بينها الصفة ، ففي الأمر تفصيل نعرضه فيما يلي :

١ - التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص : اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما عاما وبين قواعد قانونية حديثة تأتي بحكم خاص ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد قد نسخ الحكم القديم العام كليا ، وإنما يستخلص منه أن الحكم الجديد قد نسخ ( أو عطل ) ضمنا الحكم القديم العام في شأن ما جاء بتخصيصه فقط (١) . ومعنى ذلك أن الحكم القديم العام يظل قائما وساريا الا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه ، وبذلك يحدد الحكم الخاص من مدى عموم الحكم القديم العام

(١) في هذا المعنى :

فيقتطع بعض ما يندرج تحته ويجرى عليه حكم قاعدة مغايرة

ومثال ذلك أن التقنين المدني المصري القديم كان يقضى بأن الملكية تنتقل بالتراضي في الأموال منقولة كانت أو عقارية . ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، ثم قانون الشهر العقاري سنة ١٩٤٦ ، بحكم جديد يقضى بأن الملكية في العقار لا تنتقل الا بالتسجيل . فوجد بذلك تعارض بين حكم التقنين المدني القديم وهو حكم عام لانصرافه الى الأشياء بصفة عامة دون تمييز بين المنقول منها والعقار ، وبين الحكم الجديد الذي جاء به قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري وهو حكم خاص لعدم انصرافه الا الى العقار وحده دون المنقول . غير أن هذا التعارض لم يكن له من أثر الا إلغاء الحكم العام الوارد في التقنين المدني القديم الغاء ضمنيا في شأن العقار وحده ، فبقى لهذا الحكم سريانه في شأن المنقول . وبذلك ظل حكم التقنين القديم القاضي بانتقال الملكية بمجرد التراضي قائما وساريا الا فيما جاء قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقاري بتخصيصه منه واخراج العقار من عموم حكمه باشتراط التسجيل لانتقال ملكيته .

٢ - التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام : أما اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما خاصا وبين قواعد قانونية جديدة تضع حكما عاما ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد العام قد نسخ الحكم القديم الخاص ، بل يظل الحكم القديم الخاص قائما وساريا باعتباره استثناء واردا على القاعدة العامة التي يضعها الحكم الجديد العام (١) . فالعام اذن لا يلغى الخاص ، بل يسريان معا على أساس اعتبار العام هو الأصل وبقاء الخاص مجرد استثناء وارد عليه . ولذلك لا يلغى الحكم الخاص ضمنيا الا بحكم خاص مثله متعارض معه (٢) .

(١) في هذا المعنى :

سليمان مرقس ، فقرة ٩٤ ، ص ١٢٢ .

Aubry et Rau, t. I, 6ème éd. par Bartin, No. 29, p. 100. — Josserand; Marty et Raynaud; ibid.

سليمان مرقس ، الموضع السابق .

(٢) قارن مع ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 83, p. 102.

ومثال هذه الصورة أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن قد صدر متضمنا أحكاما خاصة في تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين بمراعاة ظروف أزمة المساكن ، ثم صدر بعد ذلك التقنين المدني الحالي الذي ابتدأ نفاذه منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ متضمنا بين نصوصه نصوصا عامة في شأن تنظيم عقد الإيجار . فليس من شأن ذلك اعتبار نصوص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ملغاة بنصوص الإيجار الموجودة في التقنين المدني رغم ما بينهما من تعارض . إذ نصوص التقنين المدني في ذلك إنما تضع أحكاما عامة لا تنسخ الأحكام الخاصة التي ينضمها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، بل تظل هذه الأحكام الخاصة السابقة قائمة باعتبارها استثناء من الأحكام العامة اللاحقة التي جاء بها التقنين المدني الحالي (١) .

ومثال هذه الصورة كذلك ، أن القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ كان يقضى بأنه « ٠٠٠ إذا كان المورث غير مسلم ، جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى » ، ثم جاء بعد ذلك التقنين المدني سنة ١٩٤٩ مقررًا أنه تسرى على الميراث والوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ( م ٨٧٥ و ٩١٥ ) . فليس في الحكم العام الوارد بهذا التقنين وهو الحكم الأحدث أي نسخ أو الغناء للحكم الخاص الأقدم الوارد بقانون سنة ١٩٤٤ ، بل يظل هذا الحكم قائما وساريا يخول لغير المسلمين الاحتكام إلى شرائعهم الدينية في مسائل الميراث والوصية ، استثناء من القاعدة العامة التي يقرها التقنين المدني والتي تقضى بأن تكون الولاية في الموارث والوصايا للشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها والصادرة في هذا الشأن (٢) .

(١) أنظر في ذلك :

كتابتنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٤٠٤ - ٤٠٥ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٦ ، المجلد الثاني ، ١٩٦٣ ، فقرة ٥٦٧ ، ص ٨٨٨ - ٨٩٠ .

(٢) أنظر في ذلك كتابنا سالف الذكر ، هامش ص ٣٢٧ و ٣٢٩ و ٤٠٣ و ٤٠٤ . ولكن قارن :

عبد المنعم فرج الصده ، نظرية الحق في القانون المدني الجديد ، ١٩٥٠ ، فقرة ٣٨ - محمد علي عرفة ، أسباب كسب الملكية ، ١٩٥٥ ، فقرات ٣٨٦ و ٣٩٦ .

(٢) تنظيم نفس الموضوع من جديد : والصورة الثانية من صور الالغاء الضمني أن تأتي قواعد قانونية تنظم من جديد نفس الموضوع الذي سبق أن نظّمته قواعد قانونية قديمة ، إذ يستخلص من إعادة التنظيم أن القواعد القانونية الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التي لا تتعارض معها (١) . وقد نص المشرع المصري على هذه الصورة في التقنين المدني الحالي ( م ٢ ) . ولكن يراعى أن المشرع ينص غالباً ، في التشريع اللاحق الذي يعيد به تنظيم نفس الموضوع ، على الغاء التشريع السابق الذي كان ينظمه ، وهو بذلك يجعل الالغاء صريحاً ، ولو قد سكت عن التصريح بالالغاء لتحقيق الالغاء ضمناً من مجرد إعادة تنظيم نفس الموضوع من جديد .

ومن أمثلة التصريح بالالغاء رغم أن الالغاء كان منحققاً ضمناً دون تصريح من مجرد تنظيم الموضوع من جديد ، نص المشرع المصري في القرار بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات على الغاء القانون السابق المنظم للجامعات رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ .

### ١٨٣ - سلطة الغاء القاعدة القانونية

الأصل أن السلطة التي تملك الالغاء هي السلطة التي تملك الإصدار أو الإنشاء ، أو سلطة أعلى منها إذ من يملك الأكثر يملك الأقل . ومن هنا ، فلا يتم الغاء قاعدة قانونية إلا بقاعدة قانونية صادرة عن نفس المصدر الرسمي للقاعدة القانونية الملغاة أو عن مصدر رسمي أعلى منه .

وتطبيقاً لهذا المبدأ ، فالقاعدة العرفية مثلاً تلغىها قاعدة عرفية مثلها ، أو تلغىها قاعدة تشريعية باعتبار أن التشريع أعلى في المرتبة من العرف إذ هو المصدر الرسمي الأصلي والعرف مجرد مصدر تكميلي له .

والقاعدة التشريعية لا تلغى إلا بقاعدة تشريعية . فتر أن التشريع نفسه كما سبق البيان درجات ثلاث بعضها فوق بعض ، ولذلك ينبغي مراعاة هذا

(١) في هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

التدرج بصدد الغاء كل درجة من درجات التشريع (١) . فالتشريع الاساسى يلقى بتشريع أساسى ، والتشريع العادى يلقى بتشريع عادى أو أساسى ، والتشريع الفرعى يلقى بتشريع فرعى أو عادى أو أساسى .

وقد سبق أن أشرنا الى أن العرف لا يملك - كقاعدة عامة - الغاء التشريع ، لأنه أدنى منه مرتبة ولا يملك الأدنى نسخ الأعلى . ومقتضى هذا القول عدم التسليم بما يذهب إليه بعض الفقهاء (٢) من امكان الغاء التشريع ونسخه عن طريق اهمال تطبيقه مدة طويلة أى عن طريق عدم اعماله (désuetude) . فليس اهمال التشريع وعدم اعماله مدة طويلة الا عرفا سلبيا مخالفا للتشريع ، والعرف كما سبق البيان لا يملك الغاء التشريع لأنه مجرد مصدر تكميلى له فيكون بالتبعية أضعف منه . فالتشريع اذن ما دام لم يبلغ صراحة أو ضمنا بتشريع لاحق ، يظل قائما دون أن يعتبر تواتر اهمال تطبيقه نسخا أو الغاء له (٣) .

(١) انظر تأكيد ذلك في نقض ٢٥ مايو ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ١٨ ، ج ٣ رقم ١٦٦ ص ١١٢١ .

(٢) انظر خاصة : Boudant et Béquignon - Lagarde, Cours de droit civil français, 2ème-éd., t. I, No. 177 — Lebrun, thèse précitée, Nos. 433 - 448.

(٣) انظر فى هذا خاصة : مصر الابتدائية ١٧ أبريل ١٩٢٧ ، المحاماة ٨ ، رقم ١٥١ ، ص ٢٠٥ . ( م ٢٢ - المدخل الى القانون )

## المبحث الثاني

### تنازع القواعد القانونية في الزمان (١)

#### ١٨٤ - مشكلة التنازع الزماني

إذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى ، فبديهى أن القاعدة الجديدة تسرى ابتداء من يوم نفاذها ، وأن القاعدة القانونية القديمة يقف سريانها ابتداء من يوم القائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من القاعدتين القديمة والجديدة . ويكون الأمر في تحديد هذا النطاق الزمني يسيرا هكذا ، إذا تعلق بمراكز قانونية تتكون وتترتب كل آثارها في لحظة واحدة ، إذ لا يتصور حينئذ قيام تنازع بشأن حكمها بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة ، فما تكون من مراكز وما ترتب من آثار في ظل القاعدة القديمة يكون محكوما بدهمة بهذه القاعدة ، وما يتكون من مراكز أو يترتب من آثار في ظل القاعدة القانونية الجديدة يحكم بهذه القاعدة وحدها دون القاعدة القديمة .

غير أن الأمر لا يعرض دائما بمثل هذا اليسر ، فمن المراكز أو الآثار القانونية ما لا يتكون أو يترتب الا خلال فترة طويلة من الزمان ، وهنا يقوم التنازع بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة على حكم هذه المراكز وتلك الآثار باعتبار أنها ممتدة في ظلها معا . فمثلا إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة بخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، فما حكم

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps, théorie de la non rétroactivité des lois, t. I, 1929, t. II, 1933; Le droit transitoire, 1960. — Bon-necase, Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, t. II, Nos. 11 - 247, pp. 13 - 280. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. II, 2e. éd., 1928, Nos. 21, 21 a, 22, pp. 227 - 284. — Esmein, Cours de droit civil approfondi et comparé, 1943-1944.

ومقالنا « مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان » ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٤٨ ، ص ٨٥ - ١٨٤ . وكتابتنا أصول القانون ، فقرات ١٨٨ - ٢١٧ ، ص ٤٠٩ - ٤٠٩ .

عقود القرض التي عقدت قبل نفاذها وفق الحد الأقصى القديم وتراخي بها التنفيذ الى ما بعد نفاذها ؟ . هل يلزم المدين بدفع الفائدة على أساس القاعدة القانونية القديمة أى على الأساس المرتفع ، أم ينسحب عليه حكم القاعدة القانونية الجديدة فلا يلزم بدفع فائدة أكثر من الحد الأقصى الجديد المنخفض ؟ . وكذلك اذا كانت سن الرشد والأهلية لابرام التصرفات القانونية هي ١٨ سنة ، ثم رفعها قانون جديد الى ٢١ سنة ، فما حكم الأشخاص الذين كانوا راشدين قبل نفاذ هذا القانون اذا لم يكونوا قد بلغوا السن الجديدة المحددة فيه عند نفاذه ، هل يستمرون راشدين أم يعودون قاصرين ؟ وما حكم تصرفاتهم التي عقدها قبل نفاذ هذا القانون أى وقت أن كانوا راشدين ، هل تظل صحيحة أم ينسحب عليها البطلان ان تقرر اعاتهم قاصرين ؟ . واذا كان للزوج المسلم حق طلاق زوجته بارادته ، فهل يبقى له هذا الحق اذا صدر قانون جديد يحرم الطلاق الا باذن من القاضى ، على اعتبار انه تزوج فى ظل قانون يعطيه حق الطلاق بارادته المنفردة ؟ .

تلك هى مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان . فعلى أى أساس يحل هذا التنازع ؟ وكيف يمكن التوصل الى تحديد المدى الزمنى لسريان كل من القواعد القانونية المتنازعة ، خاصة وقد غدت اليوم مشكلة هذا التنازع فى الطلعة من مشاكل تطبيق القانون ، بعد أن نشطت حركة التشريع (١) فى العصر الحديث نشاطا ضخما موفورا ؟ .

#### ١٨٥ - مبدأ عدم رجعية القوانين

يقوم فى الأصل حل مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان على مبدأ قانونى قديم مشهور ، مقرر اليوم فى أغلب الشرائع والقوانين الحديثة ، هو مبدأ عدم رجعية القوانين (La non-rétroactivité des lois)

(١) لا تنحصر مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين فى نطاق التشريع وحده ، بل هى مشكلة عامة تنور فى صدد كل القواعد القانونية المتساقبة أيا كان مصدرها ( أنظر فى هذا المعنى :

مقالنا سالف الذكر ، هامش «١» ، ص ٨٨ . ولكن قارن :  
Roubier, op. cit., t. I, p. 6; No. 5, pp. 23 - 32.

بمعنى عدم انسحاب القوانين الجديدة على الماضى واقتصارها على حكم المستقبل أى على حكم ما يقع ابتداء من يوم نفاذها . وهذا المبدأ من المبادئ المقدسة التى كسبتها الانسانية بعد جهاد طويل ، حتى غدا اليوم من ترانها الثابت ، سواء كان مسطورا فى الدساتير والقوانين أو غير مسطور . وهو على أى حال ، مقرر كمبدأ عام بصريح النص فى الدساتير المصرية المتعاقبة (١) .

ويقوم هذا المبدأ على أساس من المنطق ، إذ القاعدة القانونية هى أمر أو تكليف بسلوك معين ، والتكليف أو الأمر لا يتصور توجيهه الى ما فات وإنما الى ما هو آت . ففى الرجوع بالقاعدة القانونية الى الماضى خروج اذن عن المدى الزمنى لسريانها - وهو الذى يبدأ من وقت نفاذها - واعتداء على اختصاص القاعدة القانونية القديمة بالانتقاص من المدى الزمنى لسريانها الذى يمتد الى يوم انقضائها . وكذلك ففى انسحاب القاعدة القانونية على الماضى ، اخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات واهدار للثقة الواجبة فى القانون . فضلا عن أنه كثيرا ما تترتب للأفراد حقوق ومراكز وآثار قانونية فى ظل القواعد القانونية المعمول بها ، فلا ينبغي أن يكون تعديل هذه القواعد أو الغاؤها بقواعد قانونية جديدة فرصة للمساس بهذه الحقوق والمراكز أو للانتقاص من تلك الآثار التى ترتبت صحيحة فى ظل القواعد القانونية القديمة .

ومع ذلك فمن المسلم اعطاء المشرع رخصة فى الخروج على مبدأ عدم الرجعية ، بنصه على الرجعية صراحة ، إذ قد تكون الرجعية فى بعض الحالات مما يقتضيه صالح الجماعة . والدساتير المصرية المتعاقبة قاطعة فى اعطاء هذا الحق للمشرع . ولكنها أصبحت تتشدد منذ دستور سنة ١٩٥٦ فتنطلب أن يتم تقرير الرجعية بتشريع عادى (٢) توافق عليه أغلبية أعضاء مجلس الشعب

(١) م ٢٧ من دستور ١٩٢٣ ، وم ١٨٦ من دستور ١٩٥٦ وم ٦٦ من دستور ١٩٥٨ ، وم ١٦٣ من دستور ١٩٦٤ وم ١٨٧ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ .

(٢) فلا تجوز الرجعية ولو نص عليها صراحة فى تشريع فرعى ( انظر : سليمان مرقس ، الطبعة الثالثة ، فقرة ٩٩ ، ص ١٦٠ ) .



لا أغلبية الحاضرين منهم كما هو الأصل ، وذلك تأكيدا لخطورة الرجعية أمام ما تهدره من حقوق وتخل به من استقرار .

ولكن المشرع - على أى حال - مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بقوانين العقوبات ، فلا يملك النص فى تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة على رجعية هذا التشريع وانطباقه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال نظرا لما فى ذلك من اهدار خطير للحرية الفردية . وهذا ما تقرره الدساتير المصرية المتعاقبة وما يقرره تقنين العقوبات المصرى .

### ١٨٦ - عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين لحل مشاكل التنازع بينها فى الزمان

إذا كان مبدأ عدم رجعية القوانين يقدم عادة كأساس لحل التنازع بين القوانين فى الزمان ، فيراعى أن تقرير هذا المبدأ ليس كافيا بمفرده لحل مشاكل هذا التنازع (١) . فلا يكفي أن يقرر كمبدأ أن ليس للقانون الجديد سلطان على الماضى ، بل يجب كذلك منع استمرار القانون القديم فى السريان بتقرير مبدأ سلطان القانون الجديد ابتداء من نفاذه أى مبدأ سلطانه وأثره المباشر ، وبخاصة بالنسبة الى الوقائع التى تحدث ابتداء من هذا النفاذ وتكون مترتبة على أوضاع أو وقائع ماضية . ولكن هذا السلطان المباشر لا يمكن أن يكون كاملا ، إذ توجد أحوال تقتضى - خروجا على ذلك - الاعتراف للقانون القديم بولاية مستمرة رغم انتهاء العمل به بابتداء نفاذ القانون الجديد .

### ١٨٧ - منهج البحث

إذا كان حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين لا يقوم فحسب على مبدأ عدم الرجعية ، بل يقوم كذلك على تأكيد مبدأ السريان المباشر للقانون الجديد فيما عدا استثناءات قليلة يسمح فيها بأثر مستمر للقانون القديم ،

(١) أنظر فى ذلك خاصة :

فينبغي الوقوف على الأصول التي تحكم وتبين مبادئ حل هذه المشكلة ، ثم التعرف على الحلول الوضعية في القانون المصري لأهم مشاكل النزاع الزماني ومدى اتفاقها مع تلك الأصول .

### المطلب الأول

## أصول حل مشكلة النزاع الزماني

### ١٨٨ - تعدد النظريات الفقهية

تعتبر مشكلة النزاع الزماني بين القوانين من أعقد المشاكل القانونية التي واجهت الفقه . لذلك كانت محللا لاجتياح كثير من الفقهاء في سبيل التماس أصول لحلها ، فظهرت بذلك نظريات عديدة لارساء هذه الأصول . ولسوف نكتفي باستعراض نظريات ثلاث تعبر عن الاتجاهات الرئيسية المختلفة (١) . أولاها النظرية القديمة التي ظلت سائدة في الفقه ومطبقة في القضاء في فرنسا طوال القرن التاسع عشر والتي عرفت باسم « النظرية التقليدية » ، وتقوم على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . والنظريتان الأخريان نبتتا في الفقه الفرنسي منذ أوائل القرن الحالي بعد تكشف قصور النظرية التقليدية مما أدى الى هجر الفقه لها : وقد ولدت النظرية الأولى منها عند بعض فقهاء القانون العام وبخاصة « ديجي » ، وقامت على أساس التفرقة بين المراكز القانونية الشخصية والموضوعية . ولكن لم يكتب لها النجاح في الفقه أو القضاء . والثانية ، تأصلت عند بعض فقهاء القانون الخاص ومن أظهروهم « روبيه » ، وهي التي تتجنب قصور النظريتين المتقدمتين نتيجة انحصارهما في مبدأ عدم الرجعية ، فتفرق بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقاعدة القانونية ، وقد انتهى الأمر بانتصار هذه النظرية فباتت لها الغلبة اليوم على بقية النظريات .

(١) أنظر في نظرية أخرى للفقه الفرنسي « بونكاز » .

## الوجه الأول

### النظرية التقليدية

#### فى التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل

١٨٩ - المبدأ هو عدم الرجعية ، اى عدم المساس بحق مكتسب

قلنا ان هذه النظرية كانت هى السائدة فى الفقه والقضاء الفرنسى طوال القرن الماضى ، بل ان بعض أحكام القضاء الفرنسى والمصرى على السواء لا تزال الى اليوم - رغم هجر الفقه لها - تستعمل تعبيراتها المختلفة لتبرير ما تقضى به من حلول فى مشاكل التنازع الزمانى بين القوانين .

وتقوم هذه النظرية أساسا على تقرير مبدأ عدم الرجعية للأسباب التى أوضحناها مبررة لهذا المبدأ . وهى ترى أن القاعدة القانونية الجديدة تكون رجعية اذا استتبع تطبيقها المساس بما تم اكتسابه من حقوق فى ظل القاعدة القانونية القديمة ، أما اذا لم يستتبع هذا التطبيق الا المساس بمجرد الآمال التى لم ترتفع بعد الى مرتبة الحقوق المكتسبة ، فلا رجعية فيه . بمعنى أن القاعدة القانونية الجديدة تسرى حتى ولو خيبت آمالا تعلق بهنسا الرجاء فى الماضى ، ولكنها لا تسرى اذا كان من شأن سريانها المساس بحق تم اكتسابه من قبل .

فأساس هذه النظرية اذن هو التفرقة بين الحق المكتسب (droit acquis) وبين مجرد الأمل (Simple expectative) . والأول وحده دون الثانى هو الذى لا يجوز مساس القاعدة القانونية الجديدة به ، والا اعتبرت ذات أثر رجعى . ولكن ما هو مناط التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ؟ الواقع أن أنصار هذه النظرية لا يتفقون على تعريف واحد للحق المكتسب (١) ، مما أضعف سند نظريتهم فى الفقه وجعلها هدفا سهلا قريبا للنقد . فالحق

(١) أنظر فى التعريفات المختلفة للحق المكتسب عند أنصار النظرية التقليدية :

Roubier, op. cit., t. I, No. 38, No. 35, p. 311.

المكتسب عند البعض منهم هو الحق الذي دخل ذمة الشخص نهائيا بحيث لا يمكن نقضه أو نزع عنه الا برضاه ، وهو عند بعض آخر الحق الذي يقوم على سند قانوني ، وعند فريق ثالث هو الحق الذي يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء . أما مجرد الأمل فهو محض ترقب ورجاء في اكتساب حق من الحقوق ، مما يفترض عدم اكتساب الحق بعد .

وأيا كان الرأي في تعريف الحق المكتسب ومناطق التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ، فإنصار هذه النظرية يضربون أمثلة يرونها توضح المقصود منه . فالأمر مثلا يكون مجرد أمل طالما المورث بقاء الحياة ، ولكنه يصبح حقا مكتسبا بوفاة المورث . ولذلك اذا صدر قانون جديد يعدل أنصبة الورثة ، فهذا القانون لا يمس حقوق الورثة المكتسبة في ظل القانون القديم ، أي لا يسرى على التركات التي فتحت بوفاة المورث قبل نفاذه والا صار رجعيا ، لأن وفاة المورث في ظل القانون القديم أنشأت لورثته حقوقا مكتسبة في تركته مما يمنع معه على القانون الجديد نقضها أو المساس بها . أما اذا مات المورث بعد نفاذ القانون الجديد المعدل لأنصبة الورثة ، فيسرى على الورثة التعديل الجديد لأنه لم يكن لهم في ظل القانون القديم - والمورث لم يمت بعد - حقوق مكتسبة ، بل كان لهم مجرد أمل في الإرث . وهو ما يجوز للقانون الجديد تحطيمه أو المساس به (١) .

وكذلك الحال في الوصايا ، يسرى القانون الجديد على ما يستحق منها بعد نفاذه ولو كانت محرزة في ظل القانون القديم ، ولا يسرى على ما استحق منها في ظل القانون القديم (٢) . فلو كان القدر الجائز فيه الإيضاء هو نصف التركة ، وحررت وصية بالنصف ، ثم صدر قانون جديد يحدد نصيب الإيضاء بالثلث فقط ، فإن القانون الجديد - ان كان صدوره ونفاذه بعد وفاة الموصي - لا يسرى على الوصية ، فتظل صحيحة ونافذة في النصف . لأن الموصي له قد اكتسب بموت الموصي حقا في هذا النصف . وان كان صدور

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, p. 123

(٢) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 133

القانون الجديد ونفاذه قبل وفاة الموصى ، فهو يسرى على الوصية المحررة في ظل القانون القديم فلا تكون نافذة الا في الثلث فقط ، لأن الموصى له - رغم تحرير الوصية في ظل القانون القديم - لم يكن قد اكتسب بعد حقا في الوصية اذ كان الموصى ما يزال حيا ، بل كان له مجرد أمل غير يقيني في استحقاق الوصية يوما من الأيام ، فيملك القانون الجديد تفويته عليه أو الانتقاص منه .

وكذلك كل تقادم لم يكتمل في ظل القانون القديم لا يعتبر حقا مكتسبا للمستفيد منه ، بل هو مجرد أمل عنده بالاستفادة منه عند اكتماله ، فيجوز للقانون الجديد نقضه أو المساس به ، دون أن يعتبر لذلك رجعي الأثر (١) .

#### ١٩٠ - استثناءات مبدأ عدم الرجعية

تفسر النظرية التقليدية اذن مبدأ عدم الرجعية بعدم مساس القوانين الجديدة بما تم اكتسابه من حقوق في ظل القوانين القديمة ، ولكنها تورد على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها المساس بالحقوق المكتسبة ، أى تجوز فيها رجعية القوانين الجديدة . وهذه الاستثناءات هي :

( أ ) النص الصريح على الرجعية : ترى هذه النظرية أن مبدأ عدم الرجعية مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع . وهذا أمر مسلم فى الفقه بوجه عام . ومعناه أن للمشرع الحق فى أن ينسحب بالتشريع الجديد على الماضى إذا أراد ، وإنما يجب عليه حينئذ - فى رأى الراجح - النص صراحة على رجعية هذا التشريع ، فلا يكفى الاستناد فى ذلك الى ارادته الضمنية (٢) ، فاذ خلا التشريع من نص صريح على رجعيته ، فلا يملك القاضى تطبيقه على الماضى والمساس بما تم اكتسابه فيه من حقوق .

(١) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 124

(٢) فى هذا المعنى :

Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 103. — Josserand, op. cit. t. I, No. 79. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 150. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No.

وهذا الاستثناء المجمع عليه في القانون الفرنسي رغم عدم وجود نص يقره ، تنص عليه صراحة - كما سبق البيان - الدساتير المصرية المتعاقبة ، وهو استثناء مبرر حينما يتطلب الصالح العام الرجوع الى الماضي ونقض ما اكتسب فيه من حقوق أو تكون من مراكز قانونية أو ترتب عليها من آثار ، أي حينما تصبح الرجعية ضرورة تفوق ضرورة الاستقرار في المعاملات . ومن هنا ينبغي على المشرع القصد في استعمال ما له من حق النص على رجعية القوانين ، الا فيما يحقق مصلحة للجماعة يهون في سبيل تحقيقها الاخلال باستقرار المعاملات .

وأيا ما كان الأمر ، فهذا الاستثناء ليس مطلقا ، اذ المشرع مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بالقوانين الجنائية . فلا يملك النص صراحة - في تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة - على رجعية هذا التشريع والعقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال . وهذا هو المقرر في القانون المصري كذلك كما سلفت الإشارة .

(٢) القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : استثناء من مبدأ عدم الرجعية . تنسحب القوانين الجنائية الجديدة على الماضي فتحكم ما ارتكب قبل نفاذها من جرائم اذا كانت أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقاب . ذلك أن حق الجماعة في تقرير الجرائم والعقاب عليها مرتين بالصالح العام ، فاذا اقتضى هذا الصالح من بعد محو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فهو يقتضى كذلك افادة من ارتكبها في ظل القانون القديم من المحو أو التخفيف وسنرى من بعد أن افادة المجرم أو المتهم مما يصدر بعد ارتكابه الجرم من قوانين جنائية أصلح له ، أمر مقرر في القانون المصري ( م ٢/٥ و ٣ عقوبات ) .

(٣) القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب : لنن كان المبدأ أن سريان القانون الجديد مشروط بعدم المساس بالحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم ، فاستثناء من ذلك يسرى القانون الجديد على الماضي فيمس الحقوق المكتسبة اذا كان متعلقا بالنظام العام أو الآداب . فقواعد النظام العام والآداب

قواعد أمره لا تجوز مخالفتها أو الرقوف في سبيل سريانها احتجاجا بحق مكتسب ، ولذلك تعتبر القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب - عند النظرية التقليدية - قوانين رجعية خروجا على مبدأ عدم رجعية القوانين (١) .

ومن تطبيقات هذا الاستثناء (٢) - عند أنصار النظرية التقليدية - القوانين الخاصة بتعديل سن الرشد ، فهي عندهم قوانين ذات أثر رجعي لتعلقها بالنظام العام . فإذا صدر قانون يرفع سن الرشد ، فهو يسرى فورا على كل الأشخاص الذين لم يبلغوا بعد عند نفاذه هذه السن الجديدة ، فيعتبرون قاصرين ابتداء من يوم نفاذه ، رغم سبق اعتبارهم راشدين في حكم القانون القديم .

وكذلك الحال في قوانين إلغاء الرق ، فهي - لتعلقها بالنظام العام - تنسحب على الماضي ، فيتحرر كل الرقيق الموجود فور نفاذها ، رغم ما في ذلك من مساس بما للكثير منهم من حقوق مكتسبة . وكذلك الحال في القوانين التي تحرم الطلاق ، فانها - لتعلقها بالنظام العام - تسرى على من تزوجوا قبل نفاذها ، رغم ما في ذلك من مساس بما كان لهؤلاء من حق مكتسب في الطلاق .

غير أن بعض أنصار النظرية التقليدية لا يطلقون هذا الاستثناء ، بل يحدون منه على أساس حصر النظام العام الذي يبرر رجعية القوانين المتعلقة به في نطاق محدود أضيق من نطاقه العادي المعروف (٣) . وبذلك يوجدون - في صدد التنازع الزماني بين القوانين - نوعا فرعيا من النظام العام له نطاق خاص محدود .

(١) أنظر في الإشارة إلى رجعية هذه القوانين في منطق النظرية التقليدية :

Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 109, 111.

(٢) أنظر في الأخذ بهذا الاستثناء في القانون المصري :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٥٥ .

(٣) أنظر في الإشارة إلى هذا الرأي وأنصاره :

Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 109, 110.

ويذهب كذلك أستاذنا السنهوري وأبو ستيت إلى الحد من هذا الاستثناء . فهما إن كانا

(٤) **القوانين التفسيرية** : يحدث أحيانا أن تختلف المحاكم على تفسير تشريع معين اختلافا كبيرا أو تأخذ في تفسيره بمعنى لم يكن يفصده المشرع ، فلا يرى المشرع مناصا من التدخل بنفسه واصدار تشريع جديد يفسر به الحكم الوارد في التشريع الاول . وحينئذ يسرى التشريع الثانى . أى التشريع التفسيرى ، على الوقائع التى حدثت قبل صدوره فى ظل التشريع الاول ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن التشريع الثانى ، بما يتضمن من تفسير التشريع الاول ، يعتبر جزءا منه ، فيكون طبيعيا اذن أن يمتد الى حكم الوقائع التى حدثت فى ظل التشريع الاول (١) ، فيلتزم القضاء بتطبيقه فى الدعاوى التى ما زالت منظورة أمامه بشأنها ، أما الدعاوى التى سبق الفصل فيها - قبل صدور التشريع التفسيرى - بأحكام نهائية ، فيمتنع تطبيقه عليها من بعد ، أمام قوة الأمر المقضى ، حتى ولو كانت هذه الأحكام قد أخذت بتفسير مخالف .

ويبدو أن أنصار النظرية التقليدية لا يفرقون فى صدد هذا الاستثناء بين ما يقصد به من التشريعات التفسيرية حقيقة وبين ما يتخذ منها تحت ستار التفسير وسيلة الى تغيير أو تعديل أحكام تشريعات سابقة ، ما دام المشرع يصفها بالصفة التفسيرية ، اذ هو يظهر بذلك ارادته فى رجوعيتها ، وهو يملك فرض الرجعية اذا شاء (٢) .

### ١٩١ - تقدير النظرية التقليدية

تلك هى النظرية التقليدية فى حل التنازع الزمانى بين القواعد

---

يطلقانه فى صدد قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة بالنظام العام ، الا أنها يجدان منه فى صدد ما يتعلق بالنظام العام من قوانين المعاملات ، فيفرقان بين « النصوص التى يقصد منها حماية مصلحة عامة - كالتقانون الذى يعطى للأوراق المصرفية سعرا جبريا - » فانها تسرى على العقود التى تمت قبل صدوره والتى اشترط فيها على المدين الدفع بالذهب ، وبين النصوص المتبعة من النظام العام والتى تحمى مصالح خاصة - كالتقانون الذى يخفض الحد الأقصى للفائدة - فانها لا تؤثر فى العقود التى تمت قبل صدورها ، بل تظل خاضعة للقانون القديم « ( عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٥ ، ص ١٩٨ و ١٩٩ ) -

(١) أنظر فى الإشارة الى تبرير النظرية التقليدية لهذا الاستثناء على هذا الأساس :

Roubier, op. cit., t. I, No. 58, p. 468.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, pp. 108-110, et note (10)



القانونية على أساس مبدأ عدم الرجعية وفهم معنى الرجعية على أنه المساس بحق مكتسب . وقد لاقت هذه النظرية رواجاً كبيراً في الفقه والقضاء طوال القرن الماضي في فرنسا ، حتى بدت حينذاك كأنها من المسلمات ، بل وما زال أثرها ملموساً الى اليوم في أحكام القضاء - رغم تخلي الفقه الحديث عنها - حيث لا تزال تردد اصطلاحات « الحق المكتسب » و « مجرد الأمل » .

غير أن الواقع أن هذه النظرية لا توفق في اعطاء معيار محكم لمعنى الرجعية . فمعيار « الحق المكتسب » الذي ترى في المساس به رجعية من جانب القانون الجديد ، معيار مبهم كل الإبهام لا يفصح في جلاء عن معنى الرجعية . ولذلك تضاربت آراء أنصارها حول تعريفه ، حتى انتهى الأمر الى أن تغدو فكرة « الحق المكتسب » مجرد حيلة لمنع سريان القانون الجديد على ما يراد سلفاً عدم المساس به (١) .

والأخذ بمعيار « الحق المكتسب » ينتهي كذلك الى نتائج غير مقبولة (٢) . إذ منطوق تقرير مبدأ عدم الرجعية وفهمه على أنه عدم المساس بالحقوق المكتسبة ، يقود الى القول بأن القوانين الجديدة لا تملك المساس بأى حق من الحقوق القائمة من قبل أو الغائها أو تعديلها ، فلا تملك مثلاً - بتعديل نظام الملكية - تطبيقه على الملكيات القائمة والا كانت رجعية . وتلك نتيجة غير معقولة إذ القانون لا يكفل الى الأبد الإبقاء على الحقوق أو استعمالها مؤبداً بوضعها القائم (٣) ، فضلاً عما فيها من سد الباب أمام كل اصلاح مستقبلي (٤) .

(١) انظر في ذلك :

Roubier, op. cit., t. I, No. 36, pp. 323, 324

(٢) انظر فيما يؤدي اليه التمسك بمعيار الحق المكتسب من نتائج غير معقولة في صدد المراكز القانونية التي يدركها القانون الجديد وهي ما تزال في دور التكوين بالنسبة لما تم من عناصر هذا التكوين في ظل القانون القديم :

Roubier, op. cit., t. I, No. 36, p. 326.

(٣) مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٢ - ١٠٣ .

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 285.

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 106, p. 173. (٤)

وفضلا عن عجز معيار الحق المكتسب الذي تعطيه هذه النظرية ، نراها تخلط خلطا كبيرا بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد . فتم سريان لقوانين جديدة يعتبر في منطق هذه النظرية تطبيقا رجعيا لها في حين أن لا رجعية في الأمر ، إذ لا يعدو سريانها أن يكون تطبيقا مباشرا لا يرجع الى الوراء وإنما يبتدىء من يوم نفاذها .

فالنظرية التقليدية ترى مثلا في تطبيق القانون القاضي بتحريم الرق على كل من يملك رقيقا وقت نفاذه وفي تطبيق القانون القاضي برفع سن الرشد على من كانوا راشدين في ظل القانون القديم ما داموا لم يبلغوا السن الجديدة بعد ، أمثلة من التطبيق الرجعي للقانون الجديد ، أي أمثلة من الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية يبرز على أساس تعلق هذه القوانين بالنظام العام . وذلك وهم خاطيء . فسريان القانون الجديد في الحالين ، إنما هو سريان مباشر لا سريان رجعي ، لأنه سريان لا يتعرض للماضي فينقض ما تم فيه ، وإنما يتعرض للمستقبل وحده فيطبق القانون الجديد ابتداء من يوم نفاذه فحسب (١) .

والخطب بين الأثر الرجعي والأثر المباشر على هذا النحو ، هو الذي دفع النظرية التقليدية الى اعتبار القوانين المتعلقة بالنظام العام قوانين رجعية استثناء من مبدأ عدم الرجعية . وهو استثناء لم تكن بحاجة الى تقريره . لو أنها بصرت بالفيصل الفارق بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد (٢) . فأكثر القوانين التي تراها هذه النظرية رجعية وتبيح رجوعيتها استثناء ، هي في حقيقتها قوانين تسرى بأثر مباشر فتتناول ما يقع في ظلها ابتداء من يوم نفاذها دون تعقيب أو رجوع فيما تم قبل هذا النفاذ .

(١) مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٣ و ١٠٤ .

(٢) ولو كان مثل هذا الاستثناء واجبا ، لانتفى الأمر - في غير دائرة العقود - حيث قوانين النظام العام كثيرة ، الى اعتبار هذه الكثرة من القوانين رجعية فيما يتناوله في الحقيقة سلطانها المباشر . ولا كان مفيوما حينئذ رفض رجعية القوانين الجنائية كمبدأ أساسي مسلم وهي في طبيعة القوانين المتعلقة بالنظام العام . وهذا ما حدا ببعض أخصار هذه النظرية - كما سبق القول - الى أن يحدوا من مضمون « النظام العام » الذي تجوز رجعية القوانين المتعلقة به استثناء . على غير أساس قانوني أو منطقي معقول .

## الوجه الثاني

### نظرية دييجي (١)

#### في التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية

١٩٢ - تمهيد

يرى « دييجي » أن اصطناع التفرقة التقليدية بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، قد أسهم الى حد كبير في تضخيم صعوبات تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين ، وان مثل هذه الصعوبات ما كانت لتثور لو أطرحت فكرة الحقوق المكتسبة ولو فهم أن القوانين في خطابها للأفراد انما تواجه أعمالا (Actes) أو مراكز (Situations) ، وأنه يجب لتحديد مدى تطبيقها في الزمان التمييز في شأنها بين ما تواجهه من هذه أو تلك (٢) .

#### ١٩٣ - القوانين المتعلقة بالأعمال

يرى « دييجي » أن حل التنازع الزماني بين القوانين المتعلقة بالأعمال حل بديهي ويسير لا يحتمل الخلاف . فكل عمل - سواء كان ماديا أو قانونيا - يحكم منطلقا بالقانون الذي حدث في ظله ويظل محكوما بمثل هذا القانون وحده فلا يتأثر بأي تعديل قد يرد على هذا القانون من بعد (٣) .

وأهم تطبيق لهذا الحل هو أن القانون المنشئ للجريمة جديدة ، لا يجوز - والا كان رجعيا - العقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها طبقا للقانون السائد حينئذ .

والتصرفات القانونية التي تمت أو أبرمت طبقا لشروط القانون السائد وقت تمامها أو ابرامها ، تظل صحيحة دون أن يستتبع بطلانها صدور قانون

(١) راجع في ذلك :

Duguit, op. cit., t. II, Nos. 21, 21 a, pp. 228-267.

(٢) Duguit, op. cit., t. II, No. 21, p. 231.

Duguit, ibid. (٣)

جديد يتطلب شروط صحة جديدة . ولذلك فإن العبرة فى صحة الوصية تكون بالقانون الذى حررت فى ظله ، لا بالقانون الذى توفى الموصى فى ظله (١) .

### ١٩٤ - القوانين المتعلقة بالمراكز القانونية

سبق أن أشرنا الى المنهاج التجريبي الذى أراد « ديجي » اخضاع القانون له ، وهو المنهاج الذى تآدى به الى انكار كثير من الأسس القانونية التقليدية وفى طليعتها فكرة الحق . وسوف نبسط القول من بعد فى شأن انكار هذه الفكرة . ولكن يعيننا فى هذا المقام أن « ديجي » خلص من انكار وجود ما يسمى بالحق الى القول بأن كل ما هنالك هو أن الافراد يخضعون للقانون ، وأن نتيجة هذا الخضوع هى وجود كل منهم فى مركز قانونى معين ، اذ القانون ينشئ دعاوى أو وسائل قانونية معينة تهدف - بالحد من بعض الأفعال - الى كفالة مزايا لبعض الأفراد ، مما يضع هؤلاء الافراد فى مركز قانونى معين ، دون أن يصح وصفهم لذلك بأنهم أصحاب حقوق كما كان يذهب الفقه التقليدى (٢) .

ومن فكرة « المركز القانونى » يستخرج « ديجي » الأصول التى يراها كنبلة بحل التنازع بين القوانين فى الزمان . وهو يفرق فى هذا الصدد بين نوعين من المراكز القانونية : المراكز الموضوعية ، والمراكز الشخصية . ويرى الرجعية منحصرة فى المساس بالمراكز الثانية دون الأولى .

(١) التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية : يرى « ديجي » أن المراكز القانونية التى يوجد الأفراد فيها اما « مراكز موضوعية » (Situations objectives) واما مراكز شخصية (Situations subjectives) ويقصد « ديجي » بالمراكز القانونية الموضوعية تلك التى تستمد من القانون مباشرة بحيث يستقل وحده بتحديد نطاقها ومداه . وأما المراكز القانونية

(١) Duguit, op. cit., No. 21, p. 235.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 29, p. 307.

الشخصية فتتولد مباشرة عن الإرادة وتتحدد بها . واختلاف المصدر على هذا النحو ، هو الذي يعنى خصائص ما يولده أو ينشئه من مراكز .  
فلكون المراكز القانونية الموضوعية تستمد من القانون مباشرة وتتحدد به ، فانها تكتسب نفس صفاته وخصائصه من العموم والذمام والحجة في مواجهة الكافة . وبذلك تواجه هذه المراكز صفات معينة لا أشخاصا معينين ، وتكون كالقانون مصدرها دائمة ، بمعنى أنها لا تنقضى بالقيام بعمل من الأعمال التي يبيحها القانون كظهر لها . ومن أمثلة هذه المراكز الموضوعية : مركز الناحب ، ومركز الموظف ، ومركز المالك ، ومركز الزوج ، ومركز الابن الشرعى (١) .

أما المراكز القانونية الشخصية ، فلكونها تنشأ وتتولد عن الإرادة مباشرة فانها تكون خاصة ومؤقتة . فهي خاصة بمعنى أنه لا يستطيع أن يدعيها الا شخص أو أشخاص معينون فرديا بالذات ، ولا تنتج أثرها الا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين كذلك فرديا بالذات . وهي مؤقتة بمعنى أنه اذا تم الفعل المتعلق بها وسلكت وسيلة الدعوى التي تحميها ، فانها تزول دون أن تخلف أثرا أو تترك ثم مجالا لدعوى جديدة . والمثل البارز على هذه المراكز ، المراكز القانونية المتولدة عن العقد . ومن قبيل المراكز القانونية الشخصية كذلك المراكز المتولدة عن الإرادة المفردة ، مثل المراكز المتولدة عن أمر ادارى خاص (٢) .

(٢) الرجعية تنحصر في المساس بمركز قانونى شخصى لا موضوعى على ضوء التفرقة المتقدمة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية ، يبنى « ديجي » نظريته في حل التنازع بين القوانين في الزمان ، فيذهب الى أن القوانين الجديدة لا تملك - والا أصبحت رجعية - المساس بالمراكز القانونية الشخصية ، بينما تملك دائما - دون أن تعتبر رجعية - المساس بالمراكز القانونية الموضوعية القائمة (٣) .

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 29, pp. 308-312.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 29, pp. 312-314.

(٣) Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, p. 238.

واعتبار مساس القانون الجديد بمركز قانونى شخصى من قبيل الرجعية ، انما يقوم على أساس أن مثل هذا المركز انما يتحدد نطاقه ومداه استقلالاً عن القانون بتصرف ارادى فردى صحيح ومشروع وقت ابرامه . فيكون فى تمكين قانون جديد من تعديل مثل هذا المركز الشخصى الموجود من قبل مساس بالتالى بالتصرف القانونى الذى ولده وفق القانون السائد وقت ابرامه ، ولا سلطان للقوانين الجديدة - والا أصبحت رجعية - على ما حدث قبل نفاذها من أعمال مادية كانت أو قانونية . فالقانون الجديد لا يملك اذن المساس بالمراكز القانونية الشخصية القائمة (١) ، لأنه لا يملك - دون رجعية - المساس بما ولدها وحددها من تصرفات ارادية سابقة على نفاذه (٢) .

وعلى العكس من ذلك لا يعتبر القانون الجديد رجعياً اذا مس مركزاً قانونياً موضوعياً قائماً ، لأن هذا المركز انما يتحدد نطاقه ومداه بالقانون مباشرة ، بحيث يكاد يعتبر هو القانون نفسه من حيث تطبيقه ، فيكون من الطبيعى تأثره بكل تعديل يصيب القانون .

وعلى ذلك ، فالقوانين المعدلة للحالة وأهلية الأشخاص تنطبق حتى على الأشخاص الذين اكتسبوا هذه الحالة أو تلك الأهلية قبل نفاذها ولو كان اكتسابهم لها نتيجة عمل ارادى . فالقانون الذى يعدل حالة التجنس ، ينطبق - دون أن يعتبر رجعياً - حتى على الأشخاص المتجنسين قبل نفاذه . ولكن من الواضح أن المركز القانونى القائم لا يمسه التعديل الا من يوم نفاذ القانون الجديد (٣) .

والقوانين التى تعدل شروط التمتع بحق الانتخاب والترشيح ومباشرتهما تنطبق - دون رجعية - على الأشخاص المكتسبين من قبل نفاذها مثل هذه الحقوق ، فهم فى مركز قانونى موضوعى يمكن تعديله أو الغاؤه فى أية لحظة بقانون جديد (٤) .

(١) راجع فى تطبيقات هذا المبدأ :

Duguit. op. cit., t. V, No. 26, pp. 308 - 327.

Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, pp. 238, 239. (٢)

Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, p. 241. (٣)

Duguit, op. cit., p. 244. (٤)

وكذلك بالقوانين التي تعدل نظام الزواج تنطبق - دون أن يكون لها أثر رجعي - على كل المتزوجين حتى ولو كانوا متزوجين قبل نفاذها ، كما هو الشأن في قانون بيعح الطلاق بعد تحريره أو يتوسع في أسباب الطلاق ، لأن حالة الأشخاص المتزوجين مركز موضوعي متفرع عن القانون لا عن عقد الزواج الذي لم يكن الا شرطا لتطبيق القانون على الأزواج (١) .

والقوانين المتعلقة بنظام الملكية والحقوق العينية تنطبق - دون رجعية - على كل الملكيات والحقوق العينية وقت نفاذها ، حتى ولو كانت متولدة نتيجة تصرفات قانونية مبرمة في الماضي . ولذلك فالقانون الجديد الذي يعدل مدة التقادم المكسب للملكية ينطبق حتى على أحوال التقادم الذي ابتداء جريانه في ظل القانون القديم ، لأنه يعتبر قانونا معدلا لنظام الملكية (٢) .

والقوانين التي تحكم مركز واختصاص الموظفين والمحاكم تنطبق على كل الموظفين حتى المعينين منهم قبل نفاذها ، وعلى كل المحاكم حتى المنشأة منها قبل هذا النفاذ (٣) .

#### ١٩٥ - تقدير نظرية « ديجي » (٤)

يجب الاعتراف بأن نظرية « ديجي » تفضل النظرية التقليدية وتعتبر تقدما ملحوظا في التاصيل الفقهي لمشكلة التنازع بين القوانين في الزمان .

ولكن ذلك لا ينفي الفموض عن هذه النظرية فيما تتخذة أساسا لحل هذه المشكلة من التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية . فإراعي من ناحية ، أن الصفات التي تقول هذه النظرية باختلافها في النوعين من المراكز القانونية ليست كلها صحيحة ، فليس صحيحا القول

Duguit, op. cit. p. 246. (١)

Duguit, op. cit. p. 249. (٢)

Duguit, op. cit. p. 250. (٣)

(٤) أنظر في تفصيل نقد هذه النظرية خاصة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 39, pp. 346 - 358; No. 69, pp. 588 - 591.

وأنظر كذلك :

Marty et Raynaud, op. cit. t. I, No. 106, p. 175.

بصفة مطلقة ان المراكز القانونية الموضوعية دائمة بينما المراكز القانونية الشخصية موقوتة (١) . ويراعى من ناحية ثانية ، أنه ليس صحيحا القول بأن المراكز الموضوعية تصدر مباشرة عن القانون ، اذ القانون انما يقتصر على تحديد المراكز القانونية بصفة مجردة ، ولكن لا بد - لكي تتحقق هذه المراكز المجردة واقعا - من تدخل وقائع قانونية معينة من فعل الطبيعة أو فعل الانسان (٢) ، وهذا ما لبث أن أدركه « ديجي » وحاول تفاديه عن طريق القول بأن هذه الوقائع تكون شرطا لتطبيق القانون فيما يحدده من مراكز .

ولذلك فاذا كانت هذه النظرية تجعل في الظاهر معيار التفرقة بين المراكز الموضوعية والشخصية هو المصدر الذي يولد ويحدد كلا من النوعين من المراكز ، فحيث يكون هو القانون يكون المركز موضوعيا ، وحيث يكون هو الارادة يكون المركز شخصيا ، الا أنها في الحقيقة لا تعتمد بهذا المعيار بقدر ما تعتمد بالصفة الفردية الخاصة الموقوتة أو بالصفة العامة الدائمة للمركز القانوني . وهنا يبدو عدم دقة التفرقة ، اذ ثمة مراكز قانونية تكون لها الصفة الخاصة الموقوتة ، كمركز محدث الفعل الضار ، ومع ذلك لا تعتبر عند هذه النظرية مراكز قانونية شخصية بل مراكز قانونية موضوعية . وفي اعتبارها كذلك ، ما يجعل للقانون الجديد - دون وصفه بالرجعية - سريانا عليها ومساسا بها ، رغم ما في ذلك من تناقض مع ما تقدمه هذه النظرية من أن الأعمال والأعمال تحكم بالقانون الذي تحدث في ظله بحيث لا يملك القانون - دون رجعية - المساس بما حدث قبل نفاذه منها . وهذا يكشف عن عدم وجود فاصل دقيق - عند هذه النظرية - بين الأعمال وبين ما يتولد عنها من مراكز قانونية .

وكذلك فان هذه النظرية تكاد تهدر ما تقرره من ضرورة احترام القانون الجديد للمراكز الشخصية ، حينما تعتبر الدعاوى التي تحمي هذه المراكز مجرد خلق من صنع المشرع بحيث تخضع دائما لأي تعديل قد يأتي به (٣) .

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 39, pp. 349. 350.

(٢) Roubier, op. cit., p. 350.

(٣) Roubier, op. cit., t. I, note (1), pp. 353. 354.



## الوجه الثالث

### النظرية الحديثة

#### في التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر (١)

١٩٦ - تمهيد

على أساس البصر بالتمييز بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للمساعدة القانونية ، قامت نظرية جديدة لقيت وما زالت تلقى في الفقه رواجاً كبيراً بعد أن تخلى الجانب الأكبر منه عن تأييد النظرية التقليدية ، دون أن ينحاز إلى نظرية « ديجي » . وقد كان للفقهاء الفرنسيين الكبيرين « روبيه » فضل كبير في بسط هذه النظرية والدعوة إليها في كتابه القيم من جزئين عن تنازع القوانين في الزمان (٢) . وسنعمد آراءه في إيضاح هذه النظرية - وإن كانت تختلف في شأن بعض التفصيلات الجزئية عن آراء بعض أنصارها الآخرين - إذ يبقى جوهر النظرية واحداً هو التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد .

ونقطة البدء عند هذه النظرية أن القانون الجديد له أثر مباشر أي يسرى ابتداءً من يوم نفاذه ، وليس له أثر رجعي ، أي لا يسرى على ما يسبق يوم نفاذه . فسريران القانون الجديد في الزمان إذن له وجهان : وجه سلبي هو انعدام أثره الرجعي ، ووجه إيجابي هو أثره المباشر . فنتكلم أولاً في الوجه السلبي لسريان القانون الجديد في الزمان ، ثم في وجهه الإيجابي .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps, 2 vols, 1929-1938.

وأنظر كذلك :

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 48 - 62. —

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 106 - 109. — Ripert et Boulanger,

op. cit., t. I, Nos. 278 - 315.

(٢) أنظر في الإشارة إلى هذا الكتاب الهامش السابق .

وقد أصدر المؤلف أخيراً طبعة ثانية مكرزة لهذا الكتاب بعنوان :

Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps), 1960.

ولكن إشاراتنا سوف تنصرف أساساً إلى الطبعة الأولى للكتاب بجزئية .

## ١ - انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد

### ١٩٧ - القاعدة هي عدم الرجعية

المبدأ أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي ، بمعنى أنه لا يرجع فيما تم في ظل الماضي . فهو لا يملك إعادة النظر فيما تم في ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء « مركز قانوني » ( Situation juridique ) (١) أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو من ترتب آثار معينة على مركز قانوني . فالعبارة اذن هي بمعرفة تاريخ تكون أو انقضاء المركز القانوني أو توافر ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو تاريخ ترتب الآثار عليه . فان كان المركز القانوني قد تكون أو انقضى أو توافرت بعض عناصر تكونه أو انقضائه في ظل القانون القديم ، فلا يمس القانون الجديد هذا الانقضاء أو ذلك التكوين أو تلك العناصر ، والا كان رجعيا . وان كانت الآثار المتولدة من مركز قانوني قد ترتبت قبل نفاذ القانون الجديد ، فلا تأثير للقانون الجديد عليها ، اذ ليس له أثر رجعي . ونفضل ذلك فيما يلي :

(١) تكوين أو انقضاء المراكز القانونية : نفرق في ذلك بين حالتين :

١ - لا تسرى القوانين المتعلقة بشروط تكوين أو انقضاء المراكز القانونية على المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت فعلا قبل نفاذها ، فمن الرجعية أن ينقض القانون الجديد ما تم قبل نفاذه من تكون أو انقضاء صحيح لمركز من المراكز القانونية (٢) .

ومن هنا ، فالتصرفات القانونية التي أبرمت مثلا عرفية في ظل قانون لا يشترط الرسمية ، يظل ابرامها صحيحا رغم صدور قانون يخضعها للشكل

(١) - يفضل الأستاذ « روبييه » اصطلاح « المركز القانوني » على غيره من الاصطلاحات . اذ يراه أو سمعها جميعا في هذا الصدد . فهو أفضل عنده من اصطلاح « الحق المكتسب » ذي الصفة الشخصية الظاهرة ، بما يتبع صرفه الى مثل مركز القاصر والمحجور . وهو أفضل عنده كذلك من اصطلاح « الرابطة القانونية » ( rapport juridique ) الذي يعني عادة وجود علاقة مباشرة بين شخصين ، اذ قد يكون المركز القانوني منفردا وحده في مواجهة الكافة -

( انظر : Roubier, op. cit., t. I, No. 42, p. 378 )

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 44, pp. 385, 386.

الرسمي ، واكتساب الملكية الذي تم - في ظل قانون معين - بمضى مدة وضع اليد المقررة فيه ، لا ينقضه صدور قانون جديد بعد ذلك يطيل هذه المدة (١) .  
وانقضاء دين في ظل قانون معين بمضى مدة التقادم المقررة فيه ، لا يؤثر فيه صدور قانون بعد ذلك يطيل هذه المدة .

٢ - أما إذا كانت المراكز القانونية تحتاج الى وقت طويل للتكوين أو الانقضاء ، أو كانت تحتاج في ذلك الى اجتماع عدة عناصر لا تكتمل في وقت واحد عادة ، وصدر قانون جديد يعدل من شروط التكوين أو الانقضاء قبل تمامه ، فلا يملك القانون الجديد - والا صار رجعيا - إعادة النظر في عناصر التكوين أو الانقضاء التي اجتمعت وتوافرت فعلا في ظل القانون القديم .

فالمركز القانوني الناشئ عن الوصية مثلا ، لا يتكون الا باجتماع عنصرين ، ابرام الوصية من ناحية ، ووفاة الموصى من ناحية أخرى . فاذا صدر قانون جديد بعد ابرام الوصية وقبل وفاة الموصى ، فلا يمس هذا القانون ما تم من ابرام الوصية والا كان ذا أثر رجعي ، لأن ابرام الوصية قد تم في ظل القانون القديم ، فيرجع اليه وحده في شأن صحة ابرامها ، أى في شأن صحة صدورها في الشكل القانوني وتوافر الأهلية اللازمة في الموصى . أما ما عدا ذلك فيخضع للقانون الجديد تطبيقا لأثره المباشر . لأن تكوين المركز القانوني الناشئ عن الوصية لم يتم - رغم ابرامها في ظل القانون القديم - الا بموت الموصى الذي حدث في ظل القانون الجديد . ومن هنا يرجع في تقدير النصاب الجائز فيه الايضاء مثلا الى القانون الجديد ، فاذا كانت الوصية بنصف التركة - وهو النصاب القانوني للايضاء طبقا للقانون القديم الذي أبرمت في ظله الوصية - لم تنفذ الا في الثلث ، اذا كان القانون الجديد يحدد نصاب الايضاء بثلث التركة (٢) .

وفي التقادم مثلا - وهو يحتاج الى مدة طويلة - لا يسرى القانون .

Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 385 (١)

Roubier, op. cit., t. I, No. 45, p. 388. (٢)

الجديد ، الذى يصدر بعد بدئه وقبل تمامه ، على ما يجتمع فى ظل القانون القديم من العناصر التى تهم تكوينه وتكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة (١) .  
ولذلك يكون المرجع فى شأن ما يحدث قبل نفاذ القانون الجديد من قطع أو وقف للتقادم الى القانون القديم الذى تم القطع أو الوقف فى ظله (٢) . ومن هنا فالقانون الجديد - رغم عدم تمام تكوين أو انقضاء المركز القانونى الا فى ظله - لا يملك ازاء انعدام أثره الرجعى ، الا التسليم بالعناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضاء كما توافرت واجتمعت فعلا فى ظل القانون القديم .

(٢) ترتب الآثار القانونية : تسرى القوانين المتعلقة بآثار مركز قانونى على ما ترتب من آثار قبل نفاذها أى فى ظل القانون القديم . فاذا كانت الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ثم صدر قانون يعلق انتقالها على تسجيل العقد ، فهذا القانون لا يسرى على العقود التى أبرمت قبل نفاذه ، ولا يمس الآثار التى ترتبت عليها ، أى لا يمس ما حصل فعلا من انتقال الملكية فى ظل القانون القديم . واذا كان الطلاق جائزا ، ثم صدر قانون بتحريمه ، فلا تأثير لهذا القانون على ما وقع من طلاق قبل نفاذه ، ولا على ما ترتب على هذا الطلاق فى ظل القانون القديم من انحلال الزواج .

أما الآثار التى تستمر وقتنا طويلا ، فما تم منها فى ظل القانون القديم لا تأثير للقانون الجديد عليه لأنه لا يملك الرجوع فيما تم ، وما لم يتم منها فى ظل القانون القديم يخضعه القانون الجديد لأثره المباشر فلا يعتبر ذلك رجعية منه . فالطلاق مثلا تترتب عليه بعض آثار تستمر وقتنا طويلا كالنفقة وحضانة الأولاد . فاذا صدر قانون جديد يعدل من هذه الآثار ، فلا تأثير له على ما استحق فعلا من نفقة للمطلقة ولا على ما تم فعلا من حضانة الأولاد فى ظل القانون القديم . انما يسرى القانون الجديد على النفقة والحضانة ابتداء من

(١) ولذلك فإن مدة التقادم التى ابتدا جريانها فى ظل قانون معين ولكن دون أن تكتمل لا تكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة إذ لا تثبت لها مثل هذه القيمة الا عند تمامها ، ولذلك يملك القانون دائما - دون رجعية - تعديلها قبل تمامها ( انظر :  
Roubier, op. cit., t. I, No. 45, pp. 390, 391.

(٢) Roubier, op. cit., No. 45, p. 389.

وقت نفاذه ، أى يسرى على كل طلاق صدر فى ظل القانون القديم ما دامت آثاره المتعلقة بالنفقة والحضانة لم تستنفد بعد بل ما زالت مستمرة فى ظل القانون الجديد . وليس فى هذا السريان أى أثر رجعى ، لأن القانون الجديد لا يعيد النظر فيما تم فى الماضى من طلاق وانحلال للزواج ، ولا فيما ترتب على ذلك من آثار فى ظل القانون القديم أى فيما استحق من نفقة وتم فعلا من حضانة ، وإنما يكون لهذا السريان أثر مباشر لأنه ينسحب فقط على ما يترتب من هذه الآثار بعد نفاذه (١) .

### ١٩٨ - استثناءات عدم الرجعية

المبدأ اذن أنه ليس للقانون الجديد أثر رجعى ، أى ليس له أثر على ما تم فى ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء مركز قانونى أو ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولا على ما ترتب فى ظل القانون القديم من آثار متولدة من مركز قانونى .

ولا يرد استثناء على هذا المبدأ الا حيث ينص المشرع صراحة على الرجعية ، وحيث يكون القانون الجديد تفسيرياً (٢) . وفى هذين الاستثناءين تتفق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية .

غير أن النظرية الحديثة لا تسلم بالاستثناءين الآخرين اللذين توردهما النظرية التقليدية على مبدأ عدم الرجعية . فهى لا تقر رجعية القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب ، خاصة وأن من أهم هذه القوانين القوانين الجنائية التى ينعقد الاجماع على تحريم رجوعها كقاعدة عامة (٣) .

وهى لا تقر كذلك اعتبار سريان القوانين الجنائية الأصلح للمتهم - على ما يقع قبل نفاذها من أفعال - سريانا رجعياً . فالمركز القانونى المترتب

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 47; t. II, No. 108, 331, 332.

(٢) تبرر النظرية الحديثة رجعية القوانين التفسيرية على أساس ما لها من صفة خاصة ناشئة عن تحول المشرع فيها الى مجرد مفسر للقانون ، كالقاضي سواء بسواء . ولذلك يكون لهذه القوانين من الرجعية ما لتغير أحكام القضاء من رجعية ومن مدى لهذه الرجعية ، أى تكون رجوعتها بالنسبة لما لم يفصل فيه نهائياً من القضايا .

Roubier, op. cit., t. I, No. 58, p. 473.

(٣)

Roubier, op. cit., t. I, No. 63, pp. 529, 530; t. II, No. 87, pp. 109 - 115.

على الجرم لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الجرم بل لابد من صدور حكم قضائي .  
ولذلك اذا صدر قانون جديد - بعد ارتكاب الجرم وقبل صدور الحكم  
القضائي - بمحو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فيسرى هذا القانون بما له من  
أثر مباشر ، لأن الجرم - ان كان قد ارتكب في ظل القانون القديم - الا أن  
المركز القانوني الناشئ عنه لا يتم تكوينه الا في ظل القانون الجديد (١) .

## ٢ - الأثر المباشر للقانون الجديد

### ١٩٩ - ضرورة اكمال مبدأ عدم رجعية القانون الجديد بمبدأ أثره المباشر

ترى النظرية الحديثة أنه اذا كان من المقرر أن القانون الجديد ليس له  
أثر رجعي (effet rétroactif) ، أى لا يمس ما تم فى الماضى ، فمن الخطأ  
الاقتصار - كما تفعل النظرية التقليدية - على مجرد تقرير هذا المبدأ ، اذ هو  
وحده لا يكفي لحل التنازع بين القوانين فى الزمان . فلئن كان مبدأ عدم رجعية  
القانون الجديد يمنع سريانه على ما تم من مراكز وآثار قانونية فى ظل القانون  
القديم ، الا أنه لا يفيد فى بيان أى القانونين - القديم أو الجديد - هو الأولى  
بالتطبيق والسريان فى شأن المراكز القانونية الجارية ، أى فى شأن ما يقع بعد  
نفاذ القانون الجديد ، ويكون مترتباً على ما تم فى ظل القانون القديم ، سواء  
لاستكمال تكوين أو انقضاء مركز قانونى أو لاستمرار ما ابتدأ فى الترتب  
من آثاره . لذلك ينبغى - الى جنب مبدأ عدم رجعية القانون الجديد - تقرير  
مبدأ أثره المباشر ، منعا لاستمرار القانون القديم فى السريان بعد نفاذ القانون  
الجديد ، أى تقرير مبدأ سريان القانون الجديد على كل ما يقع بعد نفاذه ، حتى

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 129, pp. 543 - 549.

ويرى الأستاذ « روبيه » على العكس من ذلك أن القوانين الجنائية التى تشتمل جريمة  
جديدة أو تشدد العقاب على جريمة قائمة ، تكون رجعية اذا طبقت على افعال ارتكبت فى الماضى .  
ذلك أنه اذا كان للقانون الجديد دون رجعية سلطان على المصير المستقبلى لمركز قانونى جارٍ بسنعه  
من التكوين أو بالتطبيق من آثاره ، فانه لا يملك دون رجعية أن يجعل الجزء الذى يتوافق من  
هذا المركز فى الماضى منتجا لآثار لم يكن ينتجها فى ظل القانون القديم أو لآثار أقوى مما كان  
يستطيع انتاجها فيه (Roubier, op. cit., t. II, No. 129, p. 547)

ولو كان مترتباً على وفائع أو مراكز نشأت في ظل القانون القديم (١) .  
وتقرير مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو يؤدي الى تحقيق ما يقتضيه النظام في الدولة من وحدة القانون المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة ، ويتفادى ما يؤدي اليه المبدأ العكسي وهو مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم من ازدواج أو تعدد الأنظمة القانونية في حكم مراكز متماثلة (٢) .

فالقانون الجديد اذن - بما له من أثر مباشر (effet immédiat) - تبدأ ولايته من يوم نفاذه ، ليس فقط على ما سوف ينشأ من مراكز قانونية في ظله ، فذلك بدئياً ، ولكن كذلك على المراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاؤها في ظل القانون القديم ولم يتم هذا التكوين أو الانقضاء الا في ظل القانون الجديد ، وعلى الآثار المستقبلية لمركز قانوني سابق تكون أو انقضى في ظل القانون القديم ، أى على الآثار التي تترتب على هذا المركز ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد .

(١) تمام ما بدأ في الماضي من تكون أو انقضاء المراكز القانونية : يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على المراكز القانونية التي يتم تكوينها أو انقضاؤها في ظله ، وان كان هذا التكوين أو الانقضاء قد بدأ في ظل القانون القديم ، بمعنى أن القانون الجديد يكون له أثر مباشر على عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تتم في ظله ، أما العناصر التي تمت في ظل القانون القديم فلا يمسيها القانون الجديد - كما سبق البيان - لانعدام أثره الرجعي .

ومن هنا فالقانون الذي يصدر بعد تحرير الوصية وقبل موت الموصى ، يسرى بما له من أثر مباشر - أى باعتباره القانون الذي استحدثت في ظله الوصية بموت الموصى بعد نفاذه - في شأن صحة الوصية من حيث الموضوع أى من حيث القدر الجائز فيه الايصاء ومن حيث صحة الشروط التي تتضمنها الوصية مثلاً ، ولكنه لا يسرى في شأن صحة الوصية من حيث أهلية الموصى

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 65, pp. 547 - 557.

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 66, pp. 565 - 566.

أو من حيث الشكل ، لأنها حررت منه في ظل القانون القديم فتكون محكمة من هذين الوجهين به .

والقانون الذي يصدر بعد بدء التقادم وقبل اكتماله ، هو الذي يسرى عليه بما له من أثر مباشر لأن اكتمال التقادم يتم في ظله ، ولكن دون مساس بما توافر من عناصره في ظل القانون القديم . فيخضع التقادم الجارى اذن للقانون الجديد ، فتطول مدته عن المقرر في القانون القديم ، ان أطيلت في القانون الجديد (١) .

(٢) الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية : يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على الآثار المستقبلية أى التى تترتب من وقت نفاذه على مراكز قانونية نشأت فى الماضى . أما الآثار الماضية أى التى تترتبت فعلا على هذه المراكز فى ظل القانون القديم ، فقد قلنا ان القانون الجديد لا يملك المساس بها تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية .

فالقانون الجديد الذى يصدر معدلا لشروط نفقة المطلقة أو حضانة الأولاد ، يسرى بمقتضى أثره المباشر - كما سبقت الإشارة - على كل نفقة أو حضانة مستقبلية مترتبة على طلاق صادر فى ظل القانون القديم ، وان يكن لا تأثير له على ما استحق من نفقة وتم من حضانة قبل نفاذه . والقانون الذى يحرم الطلاق يسرى بمقتضى أثره المباشر على كل زواج قائم عند بدء نفاذه أى على كل المتزوجين فى ظل القانون القديم ، وان كان لا يملك ابطال ما تم من طلاق قبل نفاذه .

والقانون الذى يصدر معدلا لنظام الملكية وآثارها ، يسرى بمقتضى أثره

(١) أما ان قصرت المدة فى القانون الجديد ، فيراعى أن لا يؤدى سريان القانون الجديد الى اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم . والا كان فى ذلك رجعية من القانون الجديد ، أو الى إطالة مدة التقدم عن المدة الأطول المقررة فى القانون القديم ، ما دام القانون الجديد يقصر المدة . ولذلك فالأصل أن يتم التقدم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد ، الا اذا كانت المدة المقررة فى القانون القديم تكتمل قبل تمام المدة الجديدة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، فيستمر تطبيق القانون القديم ويتم التقدم باكتمال مدته .

انظر : Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 242, 243; t. I, p. 391, note "T".



المباشر على كل الملكيات الموجودة وقت نفاذه ، أى يسرى عليها بالنسبة الى المستقبل وحده . أما الآثار التي ترتبت فى الماضى ، فلا سلطان له عليها لانعدام أثره الرجعى .

### ٢٠٠ - الخروج على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد باخضاع المراكز العقدية الجارية للأثر المستمر للقانون القديم

قلنا ان القانون الجديد يسرى بما له من أثر مباشر على المراكز القانونية السابقة والتي ما زالت جارية فى ظله ، سواء من حيث تمام ما بدأ قبل نفاذه من تكوينها أو انقضائها أو من حيث آثارها المستقبلية التي تترتب منذ هذا النفاذ . غير أنه يرد على هذا المبدأ استثناء وحيد خاص بالعقود . فالمراكز العقدية الجارية (Les situations contractuelles en cours) التي تم تكوينها قبل نفاذ القانون الجديد وظلت قائمة ومنتجة لآثارها عند هذا النفاذ ، تظل محكومة بالقانون الذى تكونت فى ظله دون أن تخضع للأثر المباشر للقانون الجديد . وبذلك يحل مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجارية ، فيستمر القانون القديم - رغم تعديله أو الفائه - فى حكمها بعد نفاذ القانون الجديد . سواء فيما يتعلق بآثارها المستقبلية أو طرق انحلالها وانقضائها (١) .

(١) تبرير الاستثناء : تؤسس النظرية الحديثة هذا الاستثناء على انتفاء الحكمة من اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجارية . فالأثر المباشر للقانون الجديد انما يبرر عندها بما يحققه من وحدة القانون فى الدولة ، تلك الوحدة التي هى أساس النظام فى الروابط والعلاقات القانونية ، فلو لم يطبق مبدأ الأثر المباشر ، لتعددت القواعد القانونية التي تحكم مراكز قانونية متماثلة مما يشيع الفوضى والاضطراب فى المعاملات . بينما الأصل فى المراكز العقدية ، هو تفاوتها وتنوعها تنوعاً كبيراً نتيجة ما لارادة الأفراد من سلطان فى تحديدها ، ولذلك فليس لاعمال الأثر المباشر

- وهو الذي يهدف الى توحيد القواعد القانونية التي تحكم المراكز المتماثلة -  
من فائدة بشأنها ، فيبقى للقانون الذي تكونت في ظله سريانه عايمها حتى  
بع دنفاذ القانون الجديد(١) .

(٢) **مدى الاستثناء** : اذا كان للقانون القديم أثر مستمر في شأن طرق  
انحلال أو انقضاء المراكز العقدية الجارية وفي شأن آثارها المستقبلية فليس  
هذا الاستثناء بالمطلق ، بل هو محدود في مده بقدر الحكمة من تقريره . وقد  
رأينا هذه الحكمة كامنة في تنوع واختلاف المراكز العقدية اختلافا تنتفي معه  
الحاجة الى اعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد في شأنها بما يقوم عليه  
من توحيد القواعد القانونية التي تحكم مراكز متماثلة . ولذلك فحيث تتحدد  
هذه المراكز - رغم استنادها الى عقد من العقود - بمقتضى القانون وحده  
ومباشرة ، لا توجد حكمة - ووحدتها مفروضة بالضرورة - في اعفاؤها عن  
سلطان الأثر المباشر للقانون الجديد واخضاعها للأثر المستمر للقانون القديم  
استثناء . أما حيث تستقل الارادة بتنظيم هذه المراكز وتحديد آثارها ، فان  
هذه المراكز تكون بالطبيعة مختلفة ومتفاوتة بتفاوت العقود وتفاوت ارادة  
الأفراد ، مما تنتفي معه الحاجة الى توحيدها باخضاعها للأثر المباشر  
للقانون الجديد ، فلا يوجد حينئذ حرج في استمرار خضوعها - بعد نفاذ  
القانون الجديد - لسلطان القانون القديم . والبصر بذلك يقود الى التفرقة  
بين العقد أو المركز العقدى وبين النظام القانونى (Le statut légal) (٢) .  
فحيث يتعلق الأمر بنظام قانونى ، تبقى العقود الجارية محكومة - فى آثارها  
المستقبلية وطرق انحلالها - بالقانون الجديد طبقا لمبدأ أثره المباشر دون أن  
يجرى عليها حكم الاستثناء المقرر وهو الخضوع للأثر المستمر للقانون القديم .  
وبذلك ينحصر الأثر المستمر للقانون القديم فى حكم العقود الجارية حيث  
لا يتعلق الأمر بنظام قانونى معين .

وعلى ذلك يكون اعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد أو اعمال

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 66, pp. 565-568; No. 69, pp. 597-600.

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 86, p. 106.

الاستثناء الوارد عليه بتقرير أثر مستمر للقانون القديم مرتينا بوجود أو عدم وجود نظام قانوني ، وذلك دون اعتبار لما قد يكون للقانون الجديد من صفة أمره لتعلقه بالنظام العام والآداب . فتظل العقود خاضعة في آثارها المستقبلية وطرق انحلالها للقانون القديم وحده حتى ولو كان القانون الجديد أمرا متعلقا بالنظام العام والآداب (١) ، طالما أنه لا يخص أو يمس نظاما قانونيا أي طالما أنه يقتصر على دائرة العقود ويخاطب أطرافها بوصفهم متعاقدين فحسب .

ولذلك فرغم تعلق القانون الصادر بتخفيض الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية بالنظام العام ، فلا مساس له بالفوائد المستحقة بعد نفاذه بمقتضى عقود مبرمة في ظل قانون قديم على أساس ما كان يقرره من حد أقصى مرتفع (٢) فتظل هذه الفوائد واجبة الدفع - بعد نفاذ القانون الجديد وتخفيضه حدما الأقصى - على أساس الحد الأقصى القديم ، لأنه الحد الذي كان مشروعا وقت انعقاد العقد ، والمراكز العقدية تظل محكومة دائما في آثارها المستقبلية بالقانون الذي تكونت في ظله رغم صدور قانون جديد معدل لهذه الآثار طالما أنه لا يتعلق بنظام قانوني . ولا يوجد هنا نظام قانوني ، إذ لا يهدف القانون الجديد إلا الى تحديد الاتفاقات العقدية الممكنة والحد من سلطات المتعاقدين في هذا الشأن ، فهو محصور اذن في نطاق العقد ويخاطب الأفراد بوصفهم متعاقدين فحسب (٣) .

ولكن القوانين المتعلقة بالزواج تتناول باثرها المباشر كل زواج قائم عند

Roubier, op. cit., I, No. 72, pp. 620-623; t. II, No. 84, p. 78. (١)  
et s, No. 87, pp. 120, 121.

(٢) وعلى العكس من ذلك ، يطبق القانون المنخفض للحد الأقصى لسعر الفوائد القانونية على الدين - حتى العقدية - الناشئة قبل نفاذه ، ولكن بالنسبة لما يستحق من هذه الفوائد بعد هذا النفاذ . إذ القانون الجديد لا يعتبر متعلقا بالعقود أو قاصرا عليها ، بل هو يخص كل حقوق الدائنية أيا كان مصدرها عقديا أو غير عقدي ، فيكون لذلك متعلقا بالنظام القانوني للالتزامات (Roubier, op. cit., II, No. 78, pp. 21 - 23 ; No. 87, p. 120).

Roubier, op. cit., t. I, No. 72, p. 624 ; t. II, No. 87, p. 120. (٣)

نفاذا ولو كان مفعودا قبله ، دون أن يتأني استبعاد سريانها على أساس القول بأن مراكز الأزواج انما تستند الى عقود ماضية ، والعقود تخضع - حتى في آثارها المستقبلية وطرق انحلالها - للقانون القديم الذي أبرمت في ظله . ذلك أن الأمر هنا يتعلق بنظام قانوني معين هو نظام الزواج ، وهو نظام موحد يفرضه القانون دون اعتداد بإرادة الأفراد ، إذ ليست إرادة الزوجين هي التي تحدد في عقد الزواج آثاره من حقوق الزوجين وواجباتهما ، فليس لهذه الإرادة في الواقع من سلطان الا مجرد التراضي على اختيار الدخول في النظام القانوني للزواج كما يعين القانون قواعده ويستقل بتحديداتها (١) .

فمركز الزوجين اذن ليس عقديا بالمعنى المفهوم الذي تستقل الإرادة بتنظيمه وتحديد آثاره ، نظرا لتعلقه بنظام قانوني موحد لا يكون العقد الا شرطا لدخولها فيه وخضوعهما لأحكامه . لذلك يكون من الطبيعي أن يسترد القانون الجديد سلطانه المباشر عليه ، ما دام الزواج - وهو نظام قانوني - يفترض الوحدة ، ولا وجه في الأصل لتجويز امتداد سلطان القانون القديم واستمراره الا حيث يتصور التعدد والتفاوت .

وكذلك الشأن في الحقوق العينية . فالأصل أن القانون يحددها على سبيل الحصر ويعين مضمونها ويحدد المراكز القانونية لأصحابها بما تتضمنه من حقوق والتزامات (٢) . ولذلك يكون من الطبيعي أن تسرى القوانين المتعلقة بهذه الحقوق فور نفاذها بمقتضى أثرها المباشر ، دون أن يعطل من هذا السريان حساب الأثر المستمر للقانون القديم كون هذه الحقوق قد انتقلت أو تقرررت لبعض الأشخاص بمقتضى عقود مبرمة في الماضي ، إذ الأمر ليس أمر عقود بل هو أمر نظام قانوني يفترض الوحدة ويستبعد التعدد والتفاوت .

وكذلك الشأن في القوانين المتعلقة بالعملة أو النقد في الدولة ،

Roubier, op. cit., t. I, No. 69, p. 598; No. 70, pp. 602, 608, 605; (١)

t. II, No. 88, p. 122.

Roubier, op. cit., t. I, No. 70, p. 606. (٢)

والقوانين المتعلقة بالضرائب ، وقوانين العمل ، فهي تسرى بأثر مباشر على ما يترتب بعد نفاذها من آثار بمقتضى عقود مبرمة فى الماضى ، اذ هى لا تواجه مراكز عقدية وانما تتعلق بنظم قانونية . ولذلك فالقانون الذى يصدر بتخفيض قيمة العملة فى الدولة يسرى بأثره المباشر على الآثار المستقبلية لعقود القرض المبرمة قبل نفاذه ، فيجب رد النقود المستحقة بمقتضاها ابتداء من نفاذ القانون الجديد بعدها وقيمتها الحسابية رغم ما قرره القانون الجديد من الهبوط بقيمتها الحقيقية . والقانون الصادر بفرض سعر الزامى للعملة الورقية يسرى على الآثار المستقبلية للعقود التى عقدت فى الماضى وكان مشروطا فيها الدفع بالذهب ، فيصبح الدفع بمقتضاها واجبا بالورق ابتداء من يوم نفاذ هذا القانون . والقانون الصادر بفرض ضريبة جديدة على المستأجرين مثلا ، يسرى منذ نفاذه بأثر مباشر على كل مستأجر ولو كان عقد الايجار مبرما قبل هذا النفاذ . وقوانين العمل تسرى مباشرة على الآثار المترتبة منذ نفاذها على عقود العمل الجارية والمبرمة قبل هذا النفاذ (١) .

**والخلاصة من فقه النظرية الحديثة :** أن القانون الجديد ، من ناحية ، ليس له أثر رجعى ، أى لا يملك المساس بما تم فى الماضى من تكوين أو انقضاء مراكز قانونية أو ما اجتمع فيه من عناصر هذا التكوين والانقضاء أو ما ترتب فيه من آثار قانونية ، ولا استثناء من ذلك الا بنص تشريعى صريح أو بقانون تفسيرى . ومن ناحية أخرى ، يكون للقانون الجديد أثر مباشر فيسرى على كل ما يقع بعد نفاذه ولو كان مترتبا على مركز قانونى سابق ، ولا يستثنى من ذلك الا المراكز العقدية غير المتعلقة بنظام قانونى التى يستقل الأفراد بتنظيم آثارها بارادتهم ، اذ تظل آثارها المستقبلية وطرق انحلالها أو انقضائها محكومة بالقانون القديم الذى تكونت فى ظله . وواضح أن المشرع يملك بنص صريح منه الخروج - فى شأن المراكز غير العقدية - على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد وتقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم (٢) ، أو الخروج - فى شأن

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 88, pp. 126 - 133.

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 73, pp. 629. 630.

المراكز العقدية - على مبدأ الأثر المستمر للقوانين القديم واخضاعها للأثر المباشر للقانون الجديد(١) .

### ٢٠١ - تقدير النظرية الحديثة

تعتبر النظرية الحديثة اليوم هي النظرية التي يلتفت حولها جمهور الفقهاء الفرنسيين المعاصرين ، مما يكاد ينتهي بها الى أن تصير في القريب النظرية الرسمية للمشرع الفرنسي بعدما تضمنها بحذافيرها المشروع الشهيدى لتنقيح التقنين المدني الفرنسي الحالى(٢) .

ولعل مما يحمد للنظرية الحديثة ما تمتاز به من وضوح التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة ، وهى تلك التفرقة التى غفلت عنها وعن أهميتها النظرية التقليدية ، فحدث بذلك من اعمال القوانين الجديدة على المراكز القانونية الجارية أو على آثارها المستقبلية ، أو اضطرت الى اعمالها فى بعض الحالات بوصفها قوانين رجعية ، مع تبرير هذا الخروج على مبدأ عدم الرجعية بتبريرات مختلفة مشكوك فى قيمتها(٣) .

وكذلك فان منطق النظرية الحديثة فى فهم معنى الرجعية فهما واقعيا وفى اقامة حد فاصل دقيق بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة ، قد يساعد على تبرير ما كانت تقصر النظرية التقليدية عن تبريره خاصة من ضرورة عدم مساس القوانين الجديدة - فى شأن ما تدركه من مراكز قانونية ما تزال فى دور التكوين أو الانقضاء - بما اجتمع أو توافر فى الماضى من العناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضاء ما دامت أيا فى ذاتها قيمة قانونية معينة ، على أساس اعتبار هذا المساس رجعية غير جائزة ، رغم أن هذه العناصر لا تؤلف الحق المكتسب الذى يعتبر المساس به هو الرجعية عند

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 72, pp. 617, 618.

(٢) Avant-projet de code civil, première partie, 1955, Livre préliminaire, titre II, pp. 55, 209, 210.

(٣) راجع سابقا ، ص ٣٥٠ .

### النظرية التقليدية (١) .

ولكننا نأخذ على النظرية الحديثة أنها - وهي بسبيل وضع الفاصل بين الأثر المباشر للقانون الجديد والأثر المستمر للقانون القديم - قد عمدت إلى إقامة تفرقة بين المركز العقدي المحض وبين النظام القانوني . وهي تفرقة غير محكمة أو منضبطة ، لا تلبث أن تفتح الباب واسعا لخلافات كثيرة حولها ، وتجعل حلول التنازع الزماني في هذا الشأن قلقة غير مستقرة (٢) .

ولعل عدم انضباط التفرقة التي يقيّمها الأستاذ « روبييه » بين المركز العقدي والنظام القانوني ، هو الذي حدا ببعض أنصار نظريته إلى العدول عنها وإدخال فكرة « النظام العام » كعامل يحد من إطلاق أعمال مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم في شأن الآثار المستقبلية للعقود وطرق انحلالها . وهم في ذلك يستهدون بأحكام القضاء ويستخلصون منها - رغم تحاشيها التصريح - أن استمرار سريان القانون القديم في شأن الآثار المستقبلية للعقود وطرق انحلالها ، يجب أن يقف أمام تعلق القانون الجديد بالنظام العام . ولكنهم لا يطلقون فكرة « النظام العام » كما يقضى ذلك مفهومها في شأن القوانين الآمرة التي ينعقد سلطان إرادة الأفراد إزاءها ، وإنما يحصرون فكرة النظام العام - في مجال مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان - في نطاق خاص محدود (٣) ، يتعين بقوانين النظام العام ذات الأهمية القصوى والخطورة البالغة التي يكون في استمرار إبقاء العقود الماضية الجارية محكمة بالقانون

(١) أنظر : مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٢ - ١٠٣ .

(٢) أنظر في بيان ذلك : مقالنا سالف الذكر ، ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

(٣) *Boudant et Béguignon-Lagarde, op. cit., t. I, No. 247.*

— *Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 62, pp. 59 et 60.* — *De La Morandière, L'Ordre public en droit privé interne, Etude Capitant, notamment, pp. 400, 401.* — *Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 108, p. 183.* — *Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 314.*

وانظر في الأخذ بهذا المعنى في القانون المصري :

سليمان مرقس ، فقرة ١١٠ ، ص ١٦٥ - ١٦٦ .

التقديم بالمخالفة لها ما يهدد بخطر جسيم جدى نظام الجماعة العام نفسه (١) . وهذا ما يعبر عنه البعض بقولهم ان قوانين النظام العام التى يجب سريانها فور نفاذها يأتى مباشر حتى على الآثار المستقبلية للعقود الماضية هي قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة ، دون غيرها من قوانين النظام العام الأخرى التى لا تحمى الا مجرد مصلحة خاصة (٢) .

ولكن التفرقة بين قوانين النظام العام على هذا النحو لاتزيد الأمر وضوحا أو تبديد انبهام وعدم انضباط التفرقة الأولى بين « المركز العقدى » و « النظام القانونى » . فهذه التفرقة الجديدة ينقصها التحديد كسابقتها ، اذ تجعل قوانين النظام العام درجات متفاوت من حيث الأهمية والخطورة دون أن تعنى بتحديد معيار هذا التفاوت . أو تجعل هذه القوانين مختلفة باختلاف المصالح التى تحميها ، رغم استعصاء الفصل بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة نظرا لاختلاطهما فى أغلب الأحيان ، ورغم انعدام الحكمة من مثل هذا الفصل ما دامت هذه القوانين كلها - حتى ولو كان هدفها المباشر فى بعض الأحوال حماية بعض المصالح الخاصة - تتعلق بأسس رئيسية فى بناء الجماعة تعلقا يحتم منع كل مخالفة لها .

وبذلك تنتهى هذه التفرقة - كسابقتها - الى ما يشبه العدول عن تحديد نطاق سلطان كل من القانون القديم والقانون الجديد فى شأن الآثار المستقبلية للعقود ، اذ تترك النطاقين مختلطين دون حد واضح فاصل . وكأنها بذلك تنتهى الى اعطاء القضاء سلطة تقديرية مطلقة فى وضع هذا الحد فى صدد كل حالة بخصوصها ، وليس فى ذلك ما يعين على تحقيق ما يجب من تحديد

(١) H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. I. No. 148.

ولكن يراعى ان لغة الخلط عند هؤلاء المؤلفين فى شأن سريان هذه القوانين الممنعة بالنظام العام على الآثار المستقبلية للعقود ، بين اعتبار هذا السريان سريانا مباشرا أو سريانا رجوعيا .  
Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 48. (٢)

وقد سبق أن أشرد الى أن استاذينا المنهوزى وأبو ستيت يأخذان بهذا المعنى ، ولكن على أساس اعتبار سريان قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة علمية سريانا رجوعيا استثناء لا سريانا مباشرا ( أنظر سبقه . هـمى ٣٥٠ ص ٣٤٧ - ٣٤٨ ) .



واستقرار حلول مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ، فتلك اذن بمنطقة فراغ في بناء النظرية الحديثة .

وكذلك نأخذ على النظرية الحديثة أنها تعتبر - كالنظرية التقليدية وان لم يكن لنفس السبب - القوانين التفسيرية قوانين رجعية استثناء . اذ الواقع ان لا رجعية في الأمر ، لأنه لا يوجد تنازع حقيقي بين قاعدتين قانونيتين على مدى السريان في الزمان (١) . فالقاعدة القانونية الجديدة ليست الا تفسيرا لحكم القاعدة القانونية القديمة ، أي أنها ليست بقاعدة تعقبها في الزمان لتغير من حكمها أو مضمونها ، بل تبقى القاعدة القانونية القديمة كما هي لا تتغير بصدر القاعدة التفسيرية ، وانما الذي يتغير هو تفسيرها فقط ، وليس في تفسير قاعدة قانونية قائمة على وجه دون آخر ، ولا في الرجوع عن تفسير سبق بنشأتها - سواء كان التفسير أو الرجوع من جانب المشرع أو من جانب القاضي - أي أثر رجعي ، لأن القاعدة التي تطبق واحدة هي القاعدة القديمة ، وان يكن تفسيرها قد تحدد من بعد على وجه معين .

## ٢٠٢ - النظريات الفقهية واحكام القضاء في مشكلة التنازع الزماني

تلك هي النظريات الفقهية في تأصيل حل مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان . ورغم اختلاف هذه النظريات فيما تقوم عليه من أسس ، فان الحلول العملية التي تنتهي اليها تكاد تكون واحدة ، فالخلاف العملي بينها اذن ليس كبيرا ، وانما يكاد ينحصر الخلاف بينها في تكييف هذه النتائج . ومرد ذلك الى أن النظريات لم تقم الا على تفسير وتبرير أحكام القضاء في شأن التنازع بين القوانين في الزمان ، فهي لم تبتكر حلول هذا التنازع ، وانما اجتهدت في تبرير ما وضعه القضاء منها فعلا وحاولت أن تستخلص من ذلك قواعد وأصولا عامة تحدد المدى الزمني لسريان كل من القانون القديم والقانون الجديد . والواقع أن القضاء ينظر ، في تغليب أحد القوانين على الآخر ، الى ما يحقق التوازن بين ما تقتضيه مصلحة الجماعة من تطبيق القانون الجديد من

(١) انظر في الإشارة الى انصار هذا الرأي :

Roubier, op. cit., t. I, No. 58, p. 469 et note.

ناحية ، وبين ما يقتضيه استقرار المعاملات من تطبيق القانون القديم من ناحية أخرى ، وهو يعتد في ذلك بقصد المشرع الضمني<sup>(١)</sup> وبطبيعة القوانين المتنازعة وبالظروف الخاصة بكل قضية مطروحة أمامه .

وإذا كان القضاء يتأى بنفسه على هذا النحو عن الخلافات الفقهية النظرية **حول أصول حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين** ، فإنه - بعد أن استقرت النظريات الفقهية في هذا الشأن - كثيرا ما يتأثر رغم ذلك بما تقوم عليه هذه النظريات من أسس وأصول وبما تستعمل من اصطلاحات فيلجأ إليها - على الأقل - لتأييد أحكامه واسنادها .

وعلى أى حال ، فقد يغنى المشرع الفقه والقضاء عن الاجتهاد في حل التنازع بين القوانين في الزمان ، فقد ينظم بنفسه في قانون جديد معين فترة الانتقال بينه وبين القانون القديم ، فيضع لذلك أحكاما وقتية . فضلا عن هذا التدخل الخاص من جانب المشرع ، قد يتدخل المشرع تدخلا عاما في هذا الشأن ، فيضع قواعد عامة تحكم التنازع الزماني بين القوانين بصدد بعض المسائل ، ومن قبيل ذلك ما وضعه المشرع المصري من حلول لهذا التنازع ستكون محلا للإشارة والبحث في المطلب الثاني .

### ٢٠٣ - الموجهات والأصول العامة في حل مشكلة التنازع الزماني

بعد أن عرضنا فيما سبق لفقه النظريات المختلفة في حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ولما يرد عليه من نقد ، نستطيع أن نستخلص - على ضوء ذلك - الموجهات والأصول العامة التي نعتقد أنها حقيقة بحل هذه المشكلة وهي تركز على أسس ثلاثة : الأول ، يمنع سريان القانون الجديد سريانا رجعيا ، والثاني يفرض سريانه سريانا مباشرا ، والثالث يرخص باستمرار سريان القانون القديم في أحوال معينة .

(١) أنظر في تأييد القضاء في هذا الشأن وفي تأصيله :

Beudant et Béquignon-Lagarde, op. cit., t. I, No. 234. — Esmein, op. cit., pp. 172, 173.

شمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ ، فقرة ٢٠٨ ، ص ٤١٠ و ٤١١ .

أما في شأن منع السريان الرجعي للقانون الجديد ، فقد سبق أن رفضنا معيار الرجعية الذي تقدمه النظرية التقليدية على أنه المساس بحق مكتسب ومعيار الرجعية الذي يقدمه « ديجي » على أنه المساس بمركز قانوني شخصي ، ولذلك نأخذ بما نراه صوابا عند النظرية الحديثة في تحديد معنى الرجعية . فنقرر على ضوءه أن القانون الجديد لا يملك إعادة النظر من جديد فيما توافر قبل نفاذه من تمام تكوين أو انقضاء مركز قانوني أو من قيام بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء أو من ترتب آثار قانونية معينة .

وأما في شأن السريان المباشر للقانون الجديد ، فمعناه أن القانون الجديد يخضع لحكمه كل ما يحدث في ظله وابتداء من نفاذه ولو كانت جذوره ترجع إلى الماضي . فهو يخضع لسلطانه المباشر المراكز القانونية التي يدركها وهي ما تزال في دور التكوين أو الانقضاء وذلك بالنسبة لما يتوافر في ظله من العناصر التي يتم بها هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلية التي تترتب ابتداء من نفاذه على مركز قانوني سابق .

وأما في شأن السريان المستمر للقانون القديم ، فمن المتفق عليه انصرافه إلى الآثار المستقبلية للعقود وإلى طرق انحلالها التي لا تعدو أن تكون بعض هذه الآثار . وقد عرضنا للخلاف الفقهي حول تحديد مدى هذا السريان ، ورفضنا التفرقة التي يقول بها « روبييه » في هذا الشأن بين المركز العقدي والنظام القانوني ، وكذلك التفرقة الأخرى - التي حاول بعض أنصار النظرية الحديثة انحلالها محل تفرقه - بين قوانين النظام العام بحسب أهميتها وخطورتها أو بحسب طبيعة المصلحة التي تصدى لحمايتها .

والواقع أن الأصل كان هو وجوب اطلاق السريان المباشر للقانون الجديد في هذا الشأن . وإذا كان قد تقرر الخروج على هذا الأصل بالسماح للقانون القديم في استمرار السريان في شأن الآثار المستقبلية للعقود ، فما ذلك إلا لأن العقود - وهي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة - تستعص على الوحدة بما تقتض من تنوع آثارها واختلافها ، بينما الحكمة من أعمال الأثر المباشر للقانون الجديد هي وحدة النظم القانونية في شأن المراكز القانونية المتماثلة .

وإذا كان تقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم في شأن الآثار المستقبلية للعقود ليس الا استثناء من أصل قاعدة السريان المباشر للقانون الجديد ، فيجب أن ينحصر هذا الاستثناء في حدود الحكمة من تقريره دون توسع في مداه على حساب هذه الحكمة .

ومن هنا ، يكون من الطبيعي - في رأينا - وجوب اطراح السريان المستمر للقانون القديم والعودة للسريان المباشر للقانون الجديد ، حينما يتعلق الأمر - في شأن الآثار المستقبلية للعقود - بقواعد قانونية يمتنع أمامها الخلاف والتعدد الذي هو الأصل في المراكز والآثار العقودية ، وهو ما يتحقق إذا كان القانون الجديد آمرا لتعلقه بالنظام العام والآداب ، إذ وجود مثل هذا القانون يعنى انعدام سلطان الإرادة في مخالفته ، وضرورة رد العقود وآثارها بالتالي - في حدوده - الى ضرب من الوحدة والتماثل . وهو ما نتفى معه أية حكمة في تقرير استمرار سريان القانون القديم بالنسبة الى الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ، وما يتعين معه الرجوع الى الأصل من السريان المباشر للقانون الجديد تحقيقا لما أصبح يفرضه من وحدة لازمة ، خاصة وأن تعلق هذا القانون بالنظام العام والآداب يفيد تعلقه ببعض الأسس الرئيسية في بناء الجماعة مما يستبعد كل مخالفة لها حتى ولو كانت مترتبة على عقود صحيحة مبرمة في الماضي .

ولذلك إذا كان للقانون القديم سريان مستمر في شأن الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ، فإن هذا السريان يجب أن يقف إذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب . ويبدو أن هذا الرأي يحظى بتأييد غير قليل من الفقهاء (١) . بل انه هو الرأي الذي كان يأخذ به المشروع التمهيدي لنتقنين المدنى المصرى الحالى صراحة ، حيث كان ينص فى المادة السابعة منه على أنه « اذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه ، فان القانون المنسوخ يظل مع ذلك

(١) انظر فى ذلك :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 256, p. 231.

عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرات ١٨٧ و ١٩٥ و ١٩٦ . - محمود جمال الدين زكى ،

فقرة ١٣٨ .

ساريا على الروابط والحالات القانونية التي نشأت تحت سلطانه وكانت مرتبة على ارادة المتعاقدين ما لم يوجد نص يقضى بغير هذا أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب» (١) . وهو كذلك الذي تستقر عليه أحكام محكمة النقض المصرية (٢).

وعلى هذا الاساس يسرى القانون الصادر بفرض سعر الزامي للعملة الورقية بما له من أثر مباشر على الآثار المستقبلية للعقود الجارية والمبرمة في ظل القانون القديم ، فيصح ابتداء من نفاذ القانون الجديد الدفع بالورق رغم شرط الدفع بالذهب الوارد في هذه العقود . وكذلك يسرى القانون الصادر بتخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، بما له من أثر مباشر ، على ما يستحق ابتداء من نفاذه من فوائد بمقتضى العقود المبرمة من قبل هذا النفاذ ، فلا تدفع الفوائد اذن الا على الاساس الجديد المخفض (٣) . وكذلك يسرى بأثر مباشر القانون الصادر باستحداث مبدأ منع تجاوز الفوائد لرأس المال

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني . ج ١ . ص ٢١٤ .

وإذا كان هذا النص لم يظهر في التقنين ، فلأنه عدل من بعد في لجنة المراجعة تعديلا أغفل الجوهري فيه في شأن حكم الآثار المستقبلية لعقود الجارية بحيث أصبح قاصرا على تقرير مبدأ عدم الرجعية بوجه عام واستثناء النص الصريح على الرجعية وقوانين نظام العام والآداب منه ، وهو ما رأى معه عدم الحاجة اليه « اكتفاء بالأحكام الواردة في الدستور والقوانين الخاصة » ( مجموعة الأعمال التحضيرية . ج ١ . ص ٢١٦ و ٢١٨ ) .

(٢) انظر بصفحة خاصة :

نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ ( مجموعة أحكام محكمة النقض . س ٤ . رقم ١٦١ ، ص ١٠٢٨ . - نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ . المجموعة السابقة . س ٧ . رقم ٣٣ ، ص ٢٤١ . - نقض ٢٧ يونيو سنة ١٩٦٣ . المجموعة السابقة . س ١٤ ، رقم ١٢١ . ص ٩٣٦ ) .

(٣) وهذا ما استقر عليه القضاء المصري ( انظر الأحكام المتشابهة اليها في الهامش السابق ) . إذ قضى بتطبيق نص المادة ٢/٢٢٧ من التقنين المدني الحالي - الذي قرر تخفيض سعر الفائدة الاتفاقية من ٨٪ الى ٧٪ - بأثر مباشر على العقود المبرمة في ظل التقنين المدني القديم ، بحيث تحسب الفوائد المستحقة بمقتضاها ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو يوم نفاذ التقنين المدني الحالي على الاساس الجديد المخفض وهو ٧٪ .

وانظر كذلك بخاصة في نفس المعنى :

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني . ج ٣ ، ص ٥٨٤ . - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرات ٥١٢ ، ٥١٣ ، ص ٩٠٥ - ٩٠٧ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٩٦ - مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧١ ، ١٧٢ .

(م ٢٢٢ مدني) ، بحيث لا يحل للدائن بعد نفاذه اقتضاء فوائد متى بلغت الفوائد المستحقة له ما يعادل رأس المال ولو كان كل أو بعض هذه الفوائد قد استحق في ظل القانون القديم (١) . وكذلك تسرى قوانين العمل الجديدة المتعلقة بالنظام العام ، بمقتضى سلطانها المباشر ، على الآثار المستقبلية لعقود العمل المبرمة قبل نفاذها ، وهذا ما يصرح به المشرع المصري ( م ١/٦ من قانون العمل ) (٢) .

يخلص اذن مما تقدم أن الموجهات والأصول العامة التي نقرها لحل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين تنحصر فيما يلي :

(١) ليس للقانون الجديد أثر رجعي ، يملك بمقتضاء إعادة النظر فيما تم قبل نفاذه من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو فيما ترتب فعلا قبل هذا النفاذ من آثار قانونية .

(٢) للقانون الجديد أثر مباشر يخضع لسلطانه المراكز القانونية التي لا تزال في دور التكوين أو الانقضاء ولكن دون المساس بما توافر في الماضي من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية .

(٣) للقانون القديم أثر مستمر في شأن الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ، الا اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب فيسترد القانون الجديد سلطانه المباشر في حكمها .

وواضح أن المشرع يبقى بيده زمام حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ، فيملك بنص صريح منه الخروج على هذه الأصول : اما بتقرير رجعية القانون الجديد ، أو بتقرير استمرار سريان القانون القديم حيث يجب اعمال

(١) انظر في ذلك : نقض ٣ نوفمبر ١٩٦٠ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١١ ، ع ٣ رقم ٨٥ ، ص ٥٤٤ - ٥ مارس ١٩٦٤ ، المجموعة السالفة ، س ١٥ ، ع ١ رقم ٤٨ ، ص ٢٨٠ .

(٢) انظر في ذلك : كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، عقد العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٩ ، فقرة ٢٦ ص ٧٤ و ٧٥ .

قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد ، أو بتقرير السريان المباشر للقانون الجديد .  
حيث يجب أعمال الأثر المستمر للقانون القديم .

### المطلب الثاني

#### الحلول العامة الوضعية لبعض مشاكل التنازع الزمني

٢٠٤ - تمهيد

عنى المشرع المصرى بوضع حلول عامة لبعض مشاكل التنازع الزمني الهامة (١) ، وبذلك أغنى الفقه والقضاء عن الاجتهاد والاختلاف فى حلها، ولكنه لم يجمع هذه الحلول التشريعية فى موضع واحد ، وإنما وزعها على التقنينات الرئيسية المختلفة بحسب طبيعة ما يتصدى لعله من مشاكل . فنتتبع هذه الحلول التشريعية فيما يلى :

#### ٢٠٥ - التنازع الزمني بين قوانين الأهلية

يؤدى تعاقب القوانين فى مسائل الأهلية بما يعدل سن الرشد بالرفع أو الخفض الى تنازع بين القانون الجديد والقانون القديم حول أمرين : الأول ، هو معرفة المركز القانونى لمن كان راشداً أو قاصراً فى ظل القانون القديم وما زال عند نفاذ القانون الجديد دون السن الجديدة المرتفعة أو أصبح فوق السن الجديدة المنخفضة . والثانى ، هو معرفة قيمة التصرفات التى صدرت من هؤلاء الأشخاص فى ظل القانون القديم بعد أن تغير الوضع فى ظل القانون الجديد . فنعرض لهذين الأمرين على التوالى لتتروى الحلول التى قرره المشرع المصرى فىهما .

(١) أهلية الشخص : الحل الذى يأخذ به المشرع المصرى ، فى شأن تحديد المركز القانونى للشخص من حيث أهليته عند تغير القانون المتعلق بذلك ، هو سريان القانون الجديد ، اذ تقضى المادة ١/٦ من التقنين المدنى بأن

(١) انظر فى الحلول الواجبة لمشاكل أخرى عملية لم يضع لها المشرع حلولاً تشريعية :

« النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص » . وعلى ذلك إذا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد من الثامنة عشرة الى الحادية والعشرين ، فان كل من لا يزال عند نفاذه دون الحادية والعشرين يعتبر ابتداء من هذا النفاذ قاصرا ويظل كذلك حتى يبلغ هذه السن ، حتى ولو سبق اعتباره راشدا لبلوغه الثامنة عشرة في ظل القانون القديم . واذا كان القانون الجديد يخفض سن الرشد من الحادية والعشرين الى الثامنة عشرة ، فان كل من يكون بالغا عند نفاذه السن المقررة فيه ، بأن يكون بالغا التاسعة عشرة مثلا ، يعتبر راشدا فور هذا النفاذ رغم سبق اعتباره قاصرا في ظل القانون القديم .

وهذا الحل يتفق مع فقه النظرية التقليدية ، سواء في حال تخفيض سن الرشد على أساس أنه لم يوجد بعد حق مكتسب يمنع من أن القانون الجديد ، أو في حالة رفع سن الرشد على أساس عدم وقوف الحق المكتسب في بلوغ سن الرشد أمام قوانين الأهلية نظرا لتعلقها بالنظام العام (١) . وهذا الحل يتفق كذلك مع نظرية « ديجي » في حال رفع سن الرشد وخفضه على السواء ، على أساس أن مركز الشخص من حيث الأهلية هو مركز قانوني موضوعي يملك القانون دائما تعديله دون أن يوصف لذلك بالرجعية .

أما في فقه النظرية الحديثة ، فيبدو هذا الحل متفقا معه في حال تخفيض سن الرشد ، حيث أن مركز القاصر لم يكن قد انقضى بعد في ظل القانون القديم . فيملك القانون الجديد تقرير انقضائه ابتداء من يوم نفاذه ، فهذا مقتضى الأثر المباشر للقانون الجديد ، ما دام يقتصر على اعتبار القاصر راشدا بالنسبة الى المستقبل أي منذ نفاذه لا منذ بلوغه سن الرشد الجديدة المخفضة . اذا كان قد بلغها قبل هذا النفاذ في ظل القانون القديم (٢) .

أما في حال رفع سن الرشد ، فيذهب الأستاذ « روبييه » الى أن القانون الجديد لا يمكن إعادة من كان معتبرا راشدا في ظل القانون القديم قاصرا من

(١) أنظر في تأثر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني بهذا التعليل :  
مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢١٥ .  
(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 105, p. 297.



جديد (١) ، على أساس أن مركز هذا الشخص كقاصر قد انقضى ببلوغه سن الرشد في ظل القانون القديم ، فيكون من الرجعية إعادة النظر من جديد فيما تم من هذا الانقضاء (٢) ، وإن كانت هذه الرجعية من قبيل الرجعية المخففة لعدم انصرافها إلا إلى المستقبل وحده ابتداء من نفاذ القانون الجديد (٣) .

ولكننا لا نرى في حقيقة فقه النظرية الحديثة ما يتعارض مع الحل القاضي بإعادة من كان معتبرا راشدا إلى حالة القصر ابتداء من نفاذ القانون القاضي برفع سن الرشد . إذ لم لا يقال إن انقضاء مركز القاصر في ظل القانون القديم قد أدى إلى تكوين مركز آخر هو مركزه كراشد ، وإن هذا المركز من المراكز المستمرة التي تظل جارية في الأصل حتى الوفاة ، مما ينبغى معه تمكين القانون الجديد - احتراماً لسلطانه المباشر - من تناول هذا المركز والمساس به ، ما دام لا ينصرف بهذا المساس إلى الماضي بل يقصره على المستقبل ابتداء من يوم نفاذه (٤) .

لذلك نرى تأييد ما يأخذ به القانون المصري من تطبيق القانون القاضي

(١) أنظر في الأخذ بهذا المعنى في مصر قبيل التقنين المدني الحالي المذكورة الإيضاحية لقانون المجلس الحسينية الصادر في مصر سنة ١٩٢٥ برجع سن الرشد من الثامنة عشرة إلى الحادية والعشرين ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني . ج ١ . ص ٢١٥ ) . - عبد الفتاح السيد ، حول الأثر الرجعي لقانون المجلس الحسينية الجديد ( المحاماة سن ٧ ص ١٦٩ وما بعدها ) .

(٢) Roubier, Ibid. ; t. II, No. 105, pp. 263 - 303.

وانظر كذلك في نفس المعنى :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 296.

ولكن من الواضح أن القانون الجديد يملك - دون رجعية - إبقاء من كان معتبرا قاصرا في ظل القانون القديم على حاله من القصر حتى بلوغ السن المرتفعة المحددة فيه ، على أساس أن مركز هذا القاصر لم يكن قد انقضى في ظل القانون القديم فيملك القانون الجديد تأخير هذا الانقضاء .

(Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 387) .

(٣) Roubier, op. cit., t. I, No. 64, p. 543.

(٤) مقالنا سالف الذكر ، ص ١٤٥ .

برفع سن الرشد على كل من لم يبلغها عند نفاذه ولو سبق اعتباره راشداً في ظل القانون القديم ، على أساس أن هذا التطبيق تطبيق مباشر لا رجعي لأنه ينصرف الى المستقبل وحده دون المساس بمركز الرشد في الماضي . وهو - فضلا عن ذلك - الرأي الذي يؤيده كثير من الفقهاء الفرنسيين وبعضهم من أنصار النظرية الحديثة نفسها (١) .

(٢) تصرفات الشخص : أما الحل الذي أخذ به المشرع المصري في الأمر الثاني الخاص بتصرفات الشخص المبرمة في ظل القانون القديم ، فهى عدم سريان القانون الجديد عليها تطبيقاً لمبدأ عدم الرجعية ، أى تكون هذه التصرفات محكومة بالقانون القديم الذى صدرت فى ظله فلا تتأثر بالقانون الجديد . وعلى ذلك ، فالتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أشخاص كانوا راشدين فى حكمه ، تظل صحيحة رغم اعتبارهم قاصرين من جديد ابتداء من نفاذ القانون الجديد ( م ٢/٦ مدنى ) . والتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أشخاص كانوا قاصرين فى حكمه ، تظل باطلة أو قابلة للإبطال رغم اعتبارهم راشدين ابتداء من وقت نفاذ القانون الجديد :

وهذا الحل محض تطبيق لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد أياً كان مفهوم الرجعية . فهو مربر عند النظرية التقليدية على أساس احترام الحق المكتسب ، وفى نظرية « ديجي » على أساس عدم المساس بالأعمال الماضية ، وعند النظرية الحديثة على أساس احترام المراكز القانونية التى تم تكوينها فى ظل القانون القديم .

## ٢٠٦ - التنازع الزمانى بين قوانين التقادم

الأصل أن القانون الجديد يخضع لسلطانه المباشر كل تقادم ما يزال جارياً عند نفاذه ، إذ يتعلق الأمر حينئذ بمركز قانونى ما يزال فى دور التكوين فيخضع تمام هذا التكوين للقانون الذى يتحقق فى ظله وهو القانون

(١) أنظر فى ذلك :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, No. 30, p. 115. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 59. — Esmein, op. cit., p. 90. — Josserand, op. cit., t. I, No. 88.

الجديد ، ولكن دون أن يعنى ذلك مساس هذا القانون - والا كان رجعيا -  
بما سبق توافره قبل نفاذه من عناصر تهم هذا التكوين اذا كانت لها في ذاتها  
قيمة قانونية معينة . وهو ما نفضله فيما يلي .  
(١) انعدام الأثر الرجعي لقوانين التقادم الجديدة :

لا يملك القانون الجديد المساس بما توافر في ظل القانون القديم من  
عناصر متعلقة بتكوين مركز التقادم ، كالعناصر المتعلقة ببذنه ووقفه  
وانقطاعه . والمشرع المصري صريح في الأخذ بهذا الحل ، اذ يقضى بأن  
« النصوص القديمة هي التي تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه  
وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة ( م ٢/٧  
مدني ) . وقد سبق أن أشرنا الى اتفاق هذا الحل (١) مع فقه النظرية الحديثة ،  
على اعتبار أن ما يتحقق من عناصر متعلقة بتكوين أو انقضاء مركز قانوني  
في ظل القانون القديم يظل محكوما بهذا القانون ، طالما تكون له قيمة  
قانونية في ذاته ، فلا يملك القانون الجديد - دون رجعية - المساس به أو  
الرجوع فيه عن المدة السابقة على نفاذه .

## (٢) الأثر المباشر لقوانين التقادم الجديدة :

مقتضى اعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد أن تسرى النصوص  
الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل ، وهذا  
ما يقرره المشرع المصري صراحة بنصه على أن « تسرى النصوص الجديدة  
المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » ( م ١/٧  
مدني ) . وأكثر ما يعرض تطبيق هذا المبدأ في شأن مدة التقادم ، ولكنه  
يعرض كذلك فيما يتعلق بشروط التقادم الأخرى .

### ١ - شروط التقادم : الأصل هو سريان القانون الجديد المعدل لشروط

التقادم سريانا مباشرا على كل تقادم جار . فتغيير القانون الجديد قابلية الحق

(١) انظر في تطبيق ذلك في شأن وقف التقادم : نقض ١٧ أكتوبر ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام  
النقض ، س ١٨ ، ع ٤ رقم ٢٢٩ ص ١٥٢٧ .

للتقادم مثلا ، يكون له أثره المباشر على التقادم الجارى . فالقانون الذى يجعل حقا أو مالا غير قابل للتقادم بعد أن كان قابلا له ، ينهى فور نفاذه التقادم الجارى فى شأنه . والقانون الذى يخضع للتقادم حقا أو مالا كان غير خاضع له من قبل ، يسرى فور نفاذه فيمكن جريان التقادم فى شأنه منذ هذا النفاذ لاقبله (١) .

٢ - **مدة التقادم** : مقتضى اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على التقادم الجارى هو اخضاعه للمدة الجديدة دون المدة القديمة ، ولا صعوبة فى تطبيق ذلك إذا كان القانون الجديد يطيل مدة التقادم ، اذ يجب سريران المدة الجديدة الطويلة ولكن مع احتساب ما مضى من مدة جريان فى ظل القانون القديم (٢) . فإذا كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة صدر بعد بدنها بعشر سنين قانون يطيل المدة الى عشرين سنة ، فلا يتم التقادم المبتدأ فى القانون القديم اذن الا بعد عشر سنين من نفاذ القانون الجديد .

وأما فى حال تقصير القانون الجديد مدة التقادم ، فالاصل - عمالا للأثر المباشر لهذا القانون - وجوب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة على كل تقادم جار لما يكتمل . ولكن لا يتأتى ذلك الا باسقاط ما سبق جريانه من مدة فى ظل القانون القديم من الحساب ، خشية ما قد يودى اليه احتسابها من اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم واعطاء القانون الجديد بذلك أثرا رجعيا لا يملكه (٣) . ولذلك اذا وجب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة ، فينبغى سريرانها واحتسابها وحدها منذ نفاذ القانون الجديد دون اعتبار لما جرى من

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 237.

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 242.

(٣) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 232, 242 ; t. I, note (1), p. 391.

ومع ذلك ، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى عكس هذا الرأى فى ظل التقنين المدنى القديم مقررة وجوب احتساب المدة السابقة كذلك ، لعدم امكان انقائها أو اهدائها ( انظر : نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ . مجموعة عمر ( المدنية ) ، ج ١ ، رقم ٨ ، ص ١٦ ) . وأنظر كذلك فى تأييد هذا القضاء ، وفى انتقاد مسلك التقنين المدنى المصرى الحالي فى مخالفته والأخذ بالرأى العكسى المذكور فى المتن : شمس الدين الزوكيل ، الموجز فى المدخل لدراسة القانون . ١٩٦٥ فقرة ١٤٩ . ص ٢٤٧ - ٢٤٩ .

مدة قبله . وهذا ما أخذ به المشرع المصرى بنصه على أنه « اذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك » ( م ١/٨ مدنى ) .

ولكن لا يتأتى فى كل الأحوال اطلاق اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد المقصر للمدة على أساس عدم جريانها واحتسابها الا منذ نفاذ هذا القانون ، اذ قد يؤدي ذلك بالقانون الجديد الى اطالة المدة بينما هو يهدف الى تقصيرها ، وهو ما يتحقق اذا كانت المدة السابق جريانها تنتهى على الأساس القديم الطويل قبل انتهاء المدة الجديدة القصيرة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، لذلك يكون غير منطقي اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو ، كما لا يتأتى تطبيق هذا القانون على أساس احتساب ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم خشية الرجعية على ما سبق البيان ، فلا يبقى من حل معقول الا السماح باستمرار سريان القانون القديم واحتساب التقادم الجارى على أساسه بحيث يتم باكمال مدته ، وبذلك يحل الأثر المستمر للقانون القديم محل الأثر المباشر للقانون الجديد (١) . وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الحل المنطقي الذى تقرره كذلك النظرية الحديثة (٢) ، اذ بعد أن وضع القاعدة من وجوب اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد المقصر لمدة التقادم على أساس سريانها منذ العمل به ( م ١/٨ مدنى ) ، عاد فخرج عليها بنصه على أنه « اذا كان الباقي من المدة التى ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » ( م ٢/٨ ) .

فالأمر يتوقف اذن على قدر الباقي لاكمال التقادم الذى بدأ فى ظل القانون القديم من المدة المقررة فيه . فاذا كان هذا الباقي أطول من المدة

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 242, 243.

(٢) أنظر سابقا ، هامش «١» ، ص ٣٦٤ .

وأنظر مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من حل آخر يتلخص فى وجوب احتساب التقادم على أساس المدة القصيرة ، على أن يستنزل منها ما يعادل نسبة ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم الى المدة المقررة فيه : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو سحيت ، هامش «١» ، ص ١٩٣ .  
وأنظر فى انتقاد هذا الرأى :

Roubier, op. cit., t. II, No. 243 et note (2).

الجديدة بأسرها ، يصرف النظر عن المدة التي جرت من التقادم في ظل القانون القديم ، وتفتتح مدة جديدة ابتداء من نفاذ القانون الجديد على الأساس القصير الوارد فيه . أما إذا كان الباقي أقصر من المدة الجديدة ، فيتم التقادم بانقضاء هذا الباقي .

وعلى ذلك ، إذا كانت مدة التقادم في الأصل خمس عشرة سنة ، ثم صدر بعد سنة من ابتداء جريان التقادم قانون يقصر المدة الى عشر سنوات فلا اعتبار للسنة التي جرت من التقادم في ظل القانون القديم ، وتبدأ مدة جديدة في الجريان من يوم نفاذ القانون الجديد على الأساس الوارد فيه فيتم التقادم بعد عشر سنوات من هذا النفاذ . أما إذا كانت مدة التقادم في الأصل خمس عشرة سنة ، وصدر بعد ثلاث عشرة سنة من بدء التقادم قانون يخفض المدة الى عشر سنوات ، فيكتمل التقادم بعد سنتين من نفاذ القانون الجديد ، أى بانقضاء الباقي حسب المدة المقررة في القانون القديم .

#### ٢٠٧ - التنازع الزماني بين قوانين الإثبات

تنص المادة التاسعة من التقنين المدني على أن « تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه اعداده » .

ويعرض هذا النص لنوع معين من الإثبات هو « الإثبات أو الدليل المهيأ » (preuve préconstituée) ، أى الدليل المعد أو الواجب الإعداد قبل أى خصومة قضائية ، مما يفترض أن اعداده وتهيئته أو وجود ذلك ينبغي تحقيقه وقت صدور الفعل أو التصرف الذي يتصدى لاثباته . فهو اذن يصحبه هذا الفعل أو التصرف ، مما يجوز - في شأن تكوين المركز القانوني - تقرب عناصر اثباته من عناصر تكوينه ، والقول بأن القانون الذي يتم في ظله تكوين المركز القانوني هو الذي يجب أن يحكم اثباته بالدليل المهيأ (١) .

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, p. 454.

وذلك على عكس الإثبات الواجب الإعداد أثناء سير الخصومة أمام القضاء ، فانه يوضع بداهة لكل تغيير يحدثه القانون في شأنه ، أى يخضع للسלטان المباشر للقانون الجديد (انظر :

Roubier, Le droit transitoire, 1960, No. 54, pp. 239 - 242.

وبذلك لا يكون للقانون الجديد سلطان على مثل هذا النوع من الاثبات أو الدليل نظرا لانعدام أثره الرجعي . فمن الرجعية - وهو ما يتفق مع فقه النظرية الحديثة - إعادة النظر فيما تم في الماضي من تكوين مركز قانوني سواء من حيث الموضوع أو من حيث الاثبات ، اذ يبقى القانون الذي تم في ظل هذا التكوين هو المرجع في شروطه وفي اثباته .

وإذا كان الدليل المهيأ محكوما دائما على هذا النحو بالقانون الذي أعد أو كان يجب اعداده في ظل بحيث لا يكون للقانون الجديد سلطان عليه ، فيستوى أن يلغى القانون الجديد دليلا مهيأ كان يفرضه القانون القديم أو يفرض دليلا مهيأ لم يكن يتطلبه القانون القديم ، ففي الحالتين يبقى الاثبات خاضعا للقانون القديم وحده (١) .

وعلى ذلك اذا كان قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ يتطلب أصلا الاثبات بالكتابة في شأن التصرفات المدنية التي تجاوز قيمتها عشرين جنيها ويكتفي بالاثبات بالشهادة فيما دون ذلك. فان التصرف الذي عقد في ظل هذا الحكم وكانت قيمته سبعين جنيها يظل واجب الاثبات بالكتابة حتى بعد تعديل هذا الحكم بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الذي يجيز الاثبات بالشهادة في التصرفات التي لا تجاوز قيمتها مائة جنية . ولو افترضنا العكس وكان القانون القديم هو الذي يجيز الاثبات بالشهادة فيما لا يجاوز مائة جنية بينما جاء القانون الجديد مرجحا الاثبات بالكتابة فيما يجاوز عشرين جنيها ، فان التصرف الذي عقد في ظل القانون القديم وكانت قيمته سبعين جنيها يظل جائز الاثبات بالشهادة حتى بعد صدور القانون الجديد.

(١) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 454, 455 ; t. II, No. 83, p. 72, et note (1)

ولكن قارن فيما يذهب اليه بعض فقهاء النظرية التقليدية من التفرقة بين الحالتين والقول بمرئان القانون الجديد في الحالة الأولى وبقاء الاثبات خاصة للقانون القديم في الحالة الثانية:

Aubry et Rau, op. cit., t. I, No. 30, note 66, p. 137.

وأنظر في انتقاد هذه التفرقة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 55, pp. 443 - 449.

وما يصدق في هذا الشأن على الأدلة المهيأة يصدق كذلك على القرائن القانونية (١) . فالقرائن القانونية تشترك مع الأدلة المهيأة في سبق اعدادها قبل أى خصومة قضائية ، ولا تختلف عنها الا في كون القانون نفسه هو الذى يتولى هذا الاعداد في شأن القرائن بينما يقع على عاتق الأفراد أنفسهم أمر هذا الاعداد في شأن الأدلة المهيأة . ولذلك فحيث يتطلب القانون اعدادا سابقا للاثبات قبل أى خصومة قضائية ، سواء بفرض أدلة مهيأة أو باستخلاص قرائن قانونية تعفى من تقرر لمصلحته من اثبات ما تقضى به ، فمعنى ذلك نشوء مركز قانونى اثباتى وقت اعداد أو وجوب اعداد الدليل المهيأ أو وقت حصول الوقائع المستخلصة منها الترتيب القانونية ، بحيث لا يملك قانون جديد - دون رجعية - إعادة النظر فيه (٢) . وعلى ذلك ، فحيث ينشئ القانون قرينة لم تكن موجودة ، فانها لا تسرى على الوقائع السابقة أو تستخلص منها (٣) . وكذلك حيث ينفى القانون قرينة كان يفرضها من قبل ، فان الوقائع السابقة تبقى خاضعة لما كان مستخلصا منها - وقت وقوعها - من قرينة .

#### ٢٠٨ - التنازع الزمانى بين قوانين المرافعات (٤)

في شأن هذا التنازع ، يعمل المشرع المصرى مبدأ انعدام الأثر الرجعى

- (١) راجع فى ذلك مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧٦ - ١٧٨ .
- (٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 449, 450.
- (٣) ولذلك فان المادة ٩١٧ من التقنين المدنى المصرى الحالى التى استعدت قرينة قانونية على نية الايضاء من تصرف الشخص الى أحد ورثته ولكن مع احتفاظه بحيازة العين المتصرف فيها ويحققه فى الانتفاع بها مدى حياته . لا تسرى على التصرفات السابقة على نفاذ هذا التقنين والا كان سريانها رجعيا ( فى هذا المعنى : عبد المنعم البدر ، عقد البيع فى القانون المدنى ، ١٩٥٧ ، فقرة ٤٨ . - منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة : البيع والمقايضة والإيجار ، ١٩٥٧ ، فقرة ١٦ . ص ٣٢ . - مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧٨ . - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٤ ، هامش ص ٢٥ . - نقض ١٤ مايو ١٩٦٤ ، مجموعة أحكام النقض . س ١٥ ، رقم ١٠٧ ، ص ٦٧٣ . - نقض ١٣ فبراير ١٩٦٨ ، المجموعة السالفة ، س ١٩ ، ع ١ رقم ٤٠ ص ٢٧١ . - نقض ٢٢ ابريل ١٩٦٩ ، المجموعة السالفة . س ٢٠ ، ع ٢ رقم ١٠٥ ص ٦٤٩ . - ولكن قازن : أنور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٢٨ ، ص ٤٢ - ٤٤ ) .
- (٤) انظر : مقالنا سالف الذكر : ص ١٥٢ - ١٥٨ . - أحمد أبو الوفا ، التنازع الزمانى لقوانين المرافعات ، مجلة الحقوق ، س ١٥ ، ع ١ ، ص ٣١ - ١١٠ .



للقانون الجديد من ناحية ، ومبدأ اثره المباشر من ناحية ثانية . غير أنه لا يطلق هذا المبدأ الثانى كل الاطلاق ، بل يحد منه فى احوال معينة بما .  
يؤدى الى اعطاء القانون القديم اثر مستمرا .

(١) انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد : يطبق المشرع المصرى مبدأ عدم الرجعية بنصه على أن كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك ( م ١/٢ مرافعات ) .  
ومعنى ذلك أن اجراءات المرافعات تخضع للقانون الذى تتم فى ظله ، فاذا تمت صحيحة طبقا لما يتطلبه هذا القانون ، فهي تبقى صحيحة رغم صدور قانون جديد يستلزم شروطا أخرى لصحة هذه الاجراءات . ذلك أن اعمال القانون الجديد وابطال ما تم صحيحا منها فى ظل القانون القديم ، انما يعتبر سحبا للقانون الجديد على الماضى ، وهو ما لا يجوز كقاعدة عامة لانعدام اثره الرجعى . ويقتضى ذلك القول كذلك بأنه اذا وقعت بعض اجراءات المرافعات باطلة طبقا للقانون الذى تمت فى ظله ، فتظل باطلة كما كانت رغم صدور قانون جديد يعتبر مثل هذا النوع من الاجراءات صحيحا (١) .

وكذلك فتأكيدا لانعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد ، تنص المادة ٢/٢ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها » (٢) .

(٢) الأثر المباشر للقانون الجديد : تشير الى هذا الأثر المادة الأولى من تقنين المرافعات بقولها « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » . ومعنى ذلك أن القانون الجديد يسرى على الدعاوى المرفوعة فى ظل القانون القديم والتي لا تزال منظورة أمام القضاء . ولذلك اذا قرر قانون جديد مثلا نقل الاختصاص بنظر طائفة من الدعاوى من جهة قضائية الى جهة قضائية أخرى ، أو من

(١) أحمد أبو الوفا ، المقالة السابقة ، فقرة ١٢ ، ص ٦٤ - ٦٦ .

(٢) انظر فى ذلك مقالنا سالف الذكر ، ص ١٥٤ .

محكمة الى محكمة أخرى في نفس الجهة القضائية ، فيثبت الاختصاص للجهة القضائية أو المحكمة الجديدة بنظر كل دعوى من هذه الطائفة سبق رفعها في ظل القانون القديم الى الجهة القضائية أو المحكمة الأولى وما زالت منظورة أمامها لم تفصل فيها بعد .

وتطبيقا للأثر المباشر للقانون الجديد ، سبق أن نص القانون الصادر بإلغاء المحاكم المختلطة على أن تحال الى المحاكم الوطنية كل الدعاوى التي تكون منظورة أمام المحاكم المختلطة عند حلول موعد الإلغاء وبالحالة التي تكون عليها . ونص قانون اصدار تقنين المرافعات الجديد على أن تحيل المحاكم بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا التقنين وذلك بالحالة التي تكون عليها .

(٣) **أحوال الخروج على الأثر المباشر للقانون الجديد** : رغم أن المبدأ هو تطبيق القانون الجديد للمرافعات بأثر مباشر ، فقد استقر القضاء والفقه في فرنسا على الخروج على هذا المبدأ في أحوال معينة بما يؤدي الى تطبيق القانون القديم بأثر مستمر . وسأيرهما في ذلك المشرع المصري ، فأورد بضعة استثناءات من مبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات نعرض لها بإيجاز فيما يلي (١) :

١ - لا تسرى القوانين المعدلة للاختصاص (٢) على الدعاوى التي أفل فيها باب المرافعة قبل نفاذها ( م ١/١ مرافعات ) فتستمر الولاية القديمة للمحكمة الأصلية وتقوم بإصدار الحكم فيها . ويرجع استثناء هذه الحالة من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد الى ما تقتضيه المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم من عدم إعادة النظر في نزاع قد استكمل تمحيصه وأصبح صالحا للحكم فيه .

(١) راجع في هذه الاستثناءات مقالنا سالف الذكر ص ١٥٦ - ١٥٨ - أحمد أبو الوفا ، المقالة السابقة ، ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) يخرج من نطاق هذا الاستثناء القوانين التي تمنع كل جهات القضاء من نظر هذا النوع من الدعاوى ( أنظر أحمد أبو الوفا ، المقالة السابقة ، فقرة ٢٠ ص ٨٦ ) .

٢ - لا تسرى القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات (١) على ما بدأ قبل نفاذها من مواعيد ( م ٢/١ مرافعات ) . فإذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات وصدر قبل تمامه قانون معدل له ، فلا يسرى القانون الجديد استثناء مما له من أثر مباشر . بل يستمر الميعاد في جريانه حتى ينتهي وفقا للقانون القديم الذي بدأ في ظله . والمقصود بهذا الاستثناء تحقيق وحدة حساب الميعاد في نهايته على نفس الأساس الذي قامت عليه بدايته (٢) .

٣ - لا تسرى القوانين المنشئة أو الملفية لطرق الطعن على الاحكام الصادرة قبل نفاذها ( م ٣/١ مرافعات ) . فإذا صدر قانون أنشئ طريقا من طرق الطعن كان موجودا أو أنشأ طريقا جديدا من طرق الطعن لم يكن موجودا ، فلا يسرى هذا القانون على الاحكام التي صدرت قبل نفاذه (٣) . ولي ذلك فالحكم القابل للطعن بطريق الاستئناف يظل قابلا للاستئناف رغم

(١) - يخرج من نطاق هذا الاستثناء القوانين المستحدثة للمواعيد ، فهي لا تسرى - منها من الرجعية - الا من تاريخ نفاذها كما سلف البيان ( انظر سابقا ص ٣٨٩ - وانظر كذلك : احمد ابو الوفا ، المقالة السابقة ، ص ٩٥ ) .

(٢) وفي ذلك مخالفة للمواعيد الخاصة بالسريان الزماني للقوانين المطيلة أو المقصرة لمدة التقادم والتي كان يجب اعمالها في شأن القوانين المعدلة للمواعيد والمهل بوجه عام ، توجيها للحلول القانونية في صدد المشاكل المتماثلة .

Roubier, op. cit., t. II, No. 144, p. 780.

ولعل هذه المخالفة تجد ما يبررها من قصر مواعيد المرافعات بالنسبة الى مدد التقادم .

(٣) غير أن هذه الحالة لا تمثل استثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد في كل الصور . فحيث يتعلق الأمر بأحكام نهائية أو صارت نهائية قبل نفاذ قانون منشيء لطريق جديد من طرق الطعن ، فيكون من الطبيعي عدم سريانها عليها ، بل يكون من الرجعية - أمام تمام تكوين المركز القانوني في ظل القانون القديم - تقرير هذا السريان ( قارب : نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض ، س ٣ ، رقم ٨٩ ، ص ٥٤٠ ) . أما إذا تعلق الأمر بأحكام غير نهائية أو لم تسر بعد نهائية قبل نفاذ قانون جديد ملغ لطريق من طرق الطعن كان موجودا فمقتضى الأثر المباشر تقرير سريانه على مثل هذه الأحكام لأن المركز القانوني ما زال جريا لم يباح بعد تمام تكوينه . ويكون استثناء حقيقيا من مبدأ الأثر المباشر حينئذ منع هذا السريان وتقرير استمرار سريان القانون القديم ( قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من اعتبار أن سريان القانون الجديد المنشئ أو الملقى لطريق من طرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفاذه - نهائية كانت أو غير نهائية - هو سريان رجعي وان منع هذا السريان هو محض تطبيق لمبدأ عدم الرجعية .

Roubier, op. cit., t. II, No. 144, p. 728.

صدر قانون جديد يلغى هذا الطريق من طرق الطعن فى شأن مثل هذا النوع من الأحكام ، والحكم غير القابل للطعن بطريق النقض لا يصبح قابلاً للطعن فيه بهذا الطريق بعد صدور قانون جديد يبيح الطعن بالنقض فى مثل هذا النوع من الأحكام (١) .

### ٢٠٩ - التنازع الزمانى بين قوانين العقوبات

(١) التشدد فى مبدأ عدم الرجعية : أشرنا من قبل الى أن مبدأ عدم رجعية القوانين هو مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع كقاعدة عامة . فللمشرع - اذا أراد - سحب القوانين على الماضى بنصه صراحة على ذلك . غير أن سلطته فى هذا الشأن معدومة فى مسائل العقوبات . فالمبدأ هو عدم رجعية القوانين الجنائية الموضوعية أى تلك التى تبين الجرائم وتقرر العقوبات عليها ، وهو مبدأ يقيد المشرع كما يقيد القاضى ، فلا يملك المشرع - حتى بنص صريح منه - الخروج عليه . وقد حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة وتقنين العقوبات المصرى على النص على هذا المبدأ . والواقع أن هذا المبدأ ألزم ما يكون فى قوانين العقوبات بخاصة ، وذلك كفالة للحريات الفردية ومنعاً من التوصل الى العقاب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها .

ومقتضى مبدأ عدم الرجعية أن يكون التجريم والعقاب محكوماً بالقانون الذى يرتكب الفعل فى ظله ، فلا يسرى على هذا الفعل أى قانون جديد . ولا خلاف على اعمال هذا المبدأ ، ليس فحسب حيث يقرر القانون الجديد التجريم والعقاب على فعل كان وقت ارتكابه مباحاً ، بل كذلك حيث يكون الفعل وقت ارتكابه معتبراً جريمة معاقباً عليها ولكن يقرر القانون الجديد تشديده هذا العقاب .

(٢) رجعية قوانين العقوبات الأصلح للمتهم : ليس مبدأ عدم رجعية قوانين العقوبات بالمطلق اذ يرد عليه استثناء خاص بقوانين العقوبات الأصلح

(١) حكم محكمة النقض المذكور فى الهامش السابق .

للمتهم (١) ، فيكون للمتهم الاستفادة من القوانين التي تصدر بعد ارتكاب الجريمة اذا كانت أصلح له من القوانين التي ارتكب الجريمة في ظلها . وحكمة هذا الاستثناء ظاهرة ، اذ يقضى الصالح العام - وهو الذي تتكيف به الجريمة والعقوبة على السواء - بعدم أخذ المتهمين بجرائم قد غدت معتبرة أفعالا مباحة ، أو بعقوبات قد ظهرت شدتها فانتهى الأمر الى تخفيفها .

وقد نص تقنين العقوبات المصري على هذا الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية ، بنصه على أنه « اذا صدر بعد وقوع الفعل وقيل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم ، فهو الذي يتبع دون غيره » . واذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية ، ( م ٢/٥ و ٣ ) . ويقتضى اعمال هذا النص التفرقة بين ما اذا كان القانون الجديد يقتصر على تخفيف العقوبة أم يصل الى الغائها أو منعها أو الغاء الجريمة .

١ - تخفيف العقوبة : اذا صدر قانون جديد ينص على عقوبة أخف من العقوبة المقررة في القانون القديم ، فيسرى القانون الجديد على الجرائم التي ارتكبت في ظل القانون القديم ما دام لم يصدر حكم نهائي بشأنها ( م ٢/٥ عقوبات ) أي أن الاستفادة المجرم أو المتهم من القانون الجديد في هذه الحالة - رغم ارتكاب الجريمة في ظل القانون القديم - رهن بعدم صدور حكم نهائي

---

(١) ومع ذلك ، ينكر الأستاذ « روبييه » ان في سريان قوانين العقوبات الأصلح للمتهم عن الجرائم المرتكبة قبل نفاذها خروجاً على مبدأ عدم الرجعية ، أنظر سابقاً ، ص ٣٦١ - ٣٦٢ وهامش (١) ص ٣٦٢ . وأنظر في انتقاد هذا الرأي : (Esmeln, op. cit., p. 153) . ومن ناحية أخرى يذهب « ديجي » الى أنه اذا كان التجريم يخضع للقانون السائد وقت ارتكاب الفعل ، فإن العقاب يخضع للقانون السائد وقت الحكم . ولذلك فالأصلح عنده في العقاب هو سريان القانون النافذ وقت الحكم ، سواء كان أخف أو أشد من القانون النافذ وقت ارتكاب الجرم ، وهو سريان طبيعي لا شبهة للرجعية فيه . ولكن خروجاً على هذا السريان الأصل ( أو المباشر ) ، يخضع العقاب للقانون الذي ارتكب الجرم في ظلّه اذا كان هذا القانون أخف وأصلح للمتهم من القانون الذي يصدر الحكم في ظلّه . وبذلك يقلب « ديجي » الوضع المسلم في العقاب ، فيجعل الأصل هو تطبيق قانون وقت الحكم ، والاستثناء - لانفاذ المتهم - هو تطبيق قانون الجرم .

بالعقوبة . والمقصود بالحكم النهائي ذلك الحكم الذى استنفدت كل طرق الطعن فيه . فالمتهم يستفيد اذن من كل قانون جديد يصدر بتخفيف العقاب حتى بعد صدور حكم فى شأن جريمته ، ما دام هذا الحكم لم يصبح نهائيا بعد . لأنه ما يزال قابلا للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض . أما اذا أصبح الحكم نهائيا فامتنع الطعن فيه باحدى هذه الطرق ، فكل تخفيف للعقاب يأتى به قانون يصدر بعد ذلك لا يستفيد منه المحكوم . وحكمة ذلك واضحة ، اذ أن اعمال التخفيف يقتضى حكما جديدا يقرره ، وهو أمر بات مستحيلا أمام ما للحكم النهائي بالعقاب من قوة الأمر الملقى .

٢ - **الغاء الجريمة أو منع العقوبة** : اذا صدر قانون جديد يعتبر فعلا مباحا ما كان معتبرا جريمة فى نظر القانون القديم أو يوجد مانعا من موانع العقاب عليها ، فيستفيد منه كل شخص ارتكب هذه الجريمة فى ظل القانون القديم حتى ولو كان قد صدر ضده حكم نهائي بالعقاب ( م ٣/٥ ) .  
فصيورة الحكم نهائيا باستنفاد طرق الطعن فيه ، بل وابتداء تنفيذ ، لا يحرم المحكوم عليه من الافادة من القانون الجديد بما يؤدي فى هذه الحالة الى وقف تنفيذ الحكم وانتهاء كل آثاره الجنائية . وواضح أن عدم التقيد بنهائية الحكم فى هذه الحالة - على خلاف حالة تخفيف العقاب - مرده الى أن أعمال القانون الملقى للتجريم أو المانع من العقاب لا يتوقف على صدور حكم قضائى جديد بحيث تقف أمامه عقبة قوة الأمر الملقى ، فيكفى حينئذ وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها (١) .

غير أن الافادة من القانون الجديد فى هذه الحالة لا تنصرف الى قوانين العقوبات المؤقتة (٢) . فانتهاه فترة سريانها لا يحول دون ملاحقة من خالفها

(١) فى هذا المعنى :

Esmein, op. cit., p. 155.

(٢) أنظر فى اتساع « قوانين العقوبات المؤقتة » للقوانين المؤقتة بالنص والقوانين المؤقتة بالطبيعة على السواء ، وفى انتقاد مسلك محكمة النقض المصرية ( نقض ٢٨ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (جنائى) ، ج ٧ رقم ٦٩ ، ص ٦٣ ) فى قصرها على القوانين المؤقتة بالنص وجمعا : السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ١٠٤ و ١٠٥ . مقالنا سالت الذكر ، ص ١٦٢ و ١٦٤ - محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ فقرة ١٠٥ ، ص ١٢٥ .

أو المضي في تنفيذ العقوبات المحكوم بها طبقا لها ( م ٤/٥ عقوبات ) . وحكمة ذلك أنه بانقضاء فترة سرعان القانون الجنائي المؤقت تعتبر أفعالا مباحة الجرائم المنصوص عليها فيه ، فيكون من الواجب طبقا للمقرر من الافادة من القانون الأصلح أن يفيد من هذه الاباحة كل شخص ارتكب هذه الجرائم سواء حكم عليه نهائيا أو لم يكن قد حكم عليه بعد ، وهو ما يؤدي - نظرا الى ما لمثل هذا القانون من سرعان مؤقت محدود - الى التشجيع على ارتكاب ما ينص عليه من جرائم طمعا في الافادة من الاعفاء من العقاب عليها وانقضاء آثارها الجنائية . بفوات فترة السريان المحدودة لهذا القانون .





اذن مشكلة عامة تثار بصدد كل المصادر الرسمية للقانون على اختلافها ، ثم تجاوز ذلك كله - عند نقصها - الى المصادر الأولية المكونة لجوهره .

وينبغي الوقوف - في صدد مشكلة تفسير القاعدة القانونية - على أنواع التفسير والهيئات المختلفة التي قد تقوم به . ثم التعرف بعد ذلك على المدارس والمذاهب المختلفة في فقه التفسير ، وهي التي ينعكس أثر اختلافها على ضوابط التفسير وطرائقه .

ومن هنا ، نقسم الباب الى فصلين :

**الفصل الأول - في أنواع التفسير .**

**الفصل الثاني - في مدارس التفسير وطرائقه .**

## الباب الثاني

### تفسير القاعدة القانونية (١)

#### ٢١٠ - تمهيد وتقسيم

إذا تعين نطاق القاعدة القانونية أو مدى سريانها على ما بسطناه في الباب السابق ، لم يبق - لا مكان تطبيق القاعدة القانونية على ظروف الواقع - الا تفسيرها ، أي الوقوف على معنى ما تتضمنه من حكم والبحث عن الحكم الواجب اعطاؤه لما قد يعرض في العمل من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية .

فالتفسير اذن له معنى أوسع مما يتصور له أول وهلة . فهو ينصرف لا الى التشريع وحده أو القوانين المكتوبة بوجه عام - كما يرى بعض الفقهاء (٢) - ولكن الى بقية المصادر الرسمية الأخرى للقانون كذلك ، كالعرف والدين والقضاء في الدول التي تعدد مصدرا رسميا للقانون فيها ، وذلك لبيان ما تتضمنه هذه المصادر الرسمية من أحكام تنطبق على ما تواجهه من فروض . فان عجزت كل هذه المصادر الرسمية عن إعطاء الحكم لبعض ما قد يستجد من فروض في العمل ، فلا مناص حينئذ من دفع التفسير - كما سنرى - الى غيرها من المصادر المادية أو الموضوعية للقانون لاستنباط الحكم منها ، فهي التي تمثل جوهر القانون ومصدره الحقيقي . فمشكلة التفسير

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gaudemet, L'interprétation du code civil en France depuis 1804. — Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2ème éd., 1932. — Du Pasquier, Les lacunes de la loi et de la Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er, ccs.

(٢) عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت ، فقرة ١٥٨ . - عبد الفتاح

عبد الباقي ، فقرة ٢٠٩ .

# الفصل الأول

## أنواع التفسير

لا تستقل هيئة واحدة بمهمة تفسير القواعد القانونية ، بل قد تقوم بها هيئات مختلفة : فقد يصدر التفسير عن المشرع نفسه ، وقد يصدر عن الفقه ، أو قد يقوم به القضاء حينما يدعى إلى تطبيق القواعد القانونية .

### ٢١١ - التفسير التشريعي

يقصد بالتفسير التشريعي (L'interprétation législative) قيام المشرع نفسه ببيان حقيقة معنى الحكم الوارد في تشريع سابق اشتهد حول تفسيره الخلاف في القضاء ، أو أخذ القضاء في تفسيره بمعنى يناهض قصد المشرع منه . ففي مثل هذه الأحوال يرى المشرع من واجبه التدخل حسما للخلاف ، أو بيانا للمعنى المقصود من التشريع . وقد كان هذا النوع من التفسير رائجا في الجماعات القديمة ، بل كان معتبرا أهم أنواع تفسير القانون فيها . غير أنه لم يعد للتفسير التشريعي في العصر الحديث اليوم الا حظ ضئيل في تفسير القواعد القانونية ، بالنظر الى انتشار مبدأ فصل السلطات واقتصار المشرع على فرض القواعد القانونية والالزام بها ، تاركا الى القضاء مهمة تفسيرها وتطبيقها على فروض العمل المختلفة .

وفي الحالات النادرة التي يتدخل فيها المشرع اليوم لتفسير تشريع سابق ، يكون هذا التفسير ملزما للمحاكم بحيث تتقيد به في الحكم وفقا للتشريع السابق . وقد أشرنا من قبل الى مدى سرعان التشريعات التفسيرية في الزمان ، ووجوب تطبيقها على كل ما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا .

ومن أمثلة التفسيرات التشريعية في مصر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذي فسر ما قرره المرسوم الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض السعر الالزامي للعملة الورقية من بطلان شرط الدفع بالذهب ، بأن هذا

البطلان لا يقتصر على المعاملات الداخلية بل يمتد كذلك الى المعاملات الخارجية .

والتفسير التشريعي يصدر عادة من الهيئة التي أصدرت التشريع المراد تفسيره كما في الأمثلة السابقة . غير أن ضرورات العمل قد ندعو الى تخويل هيئة أخرى حق القيام بهذا التفسير ، مما يعتبر معه تفسيرها تفسيراً تشريعياً ملزماً كذلك . ومثال ذلك ما يخوله المشرع للهيئة العامة للإصلاح الزراعي من سلطة تفسير أحكام قانون اصلاح الزراعي تفسيراً تشريعياً ملزماً ، وما كان يخوله للجنة عليا محددة (١) من ساطة التفسير التشريعي لأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة .

وقد سلفت الإشارة الى أن المشرع أعطى للمحكمة العليا أخيراً سلطه تفسير النصوص التشريعية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضماناً لوحدة التطبيق القضائي ، وذلك بناء على طلب وزير العدل ، على أن يكون قرارها الصادر بالتفسير ملزماً ( م ٢/٤ من قانون المحكمة العليا ) ، وذلك بقصد الاستغناء عن قيام المشرع بنفسه أو عن طريق لجان مفوضة باصدار تشريعات تفسيرية . ولذلك تعتبر قرارات المحكمة العليا بالتفسير من قبيل التشريعات التفسيرية وتكون لها نفس قوتها الإلزامية (٢) . وقد نص الدستور المصري الجديد لسنة ١٩٧١ بصدده انشائه المحكمة الدستورية العليا التي سوف تحل محل المحكمة العليا الحالية على اختصاص المحكمة الجديدة كذلك بتفسير النصوص التشريعية ( م ١/١٧٥ ) ، وعلى نشر قراراتها الصادرة بالتفسير في الجريدة الرسمية ( م ١٧٨ ) .

## ٢١٢ - التفسير الفقهي والقضائي

يقصد بالتفسير الفقهي (L'interprétation doctrinale) ذلك التفسير الذي يقوم به الفقهاء بصدده دراستهم للقانون . أما التفسير القضائي

(١) تشكل هذه اللجنة برئاسة وزير العدل وعضوية كل من رئيس مجلس الدولة ورئيس ديوان الموظفين ووكيل وزارة الخزانة ( م ٩٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ في شأن نظام العاملين المدنيين بالدولة ) .

(٢) انظر سابقاً : ص ٣٠٩ - ٣١٠ .

(L'interprétation Judiciaire) ، فيقصد به ذلك التفسير الذي تتولاه المحاكم حينما تدعى الى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة اليها . والتفسير الفقهى والقضائي هو ما نقصده اساسا من الكلام فى تفسير القاعدة القانونية . ويراعى أن القضاء - وهو لا يندفع الى التفسير الا للحكم فيما أمامه من منازعات وأفضية - يتأثر الى حد بعيد بالاعتبارات والظروف العملية ، بينما الفقه تطلب على تفسيره الصفة النظرية ، اذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون فى تجريدتها ، لا فى تطبيقها الفردى بصدد منازعات خاصة معينة . ولا يعنى ذلك وجود تعارض تام بين الفقه والقضاء ، فهنا - على العكس من ذلك - يحرصان على التعاون فيما بينهما فى تفسير القانون بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء . فالتفسير الفقهى يسبق عادة التفسير القضائي ويعين عليه ، وهو يضطر القضاء على أى حال - أمام تداول الخصوم مختلف التفسيرات الفقهية - الى اتخاذ موقف منها بالانحياز الى بعضها دون البعض الآخر . والتفسير القضائي كذلك يكون محلا لعناية كبرى من جانب الفقه ، فيحاول - عن طريق الوصل بين مختلف الأحكام - استخلاص الاتجاهات العامة للقضاء . وقد تمد الأحكام القضائية الفقه بفروض عملية لم يتصورها فى المجال التجريدى البحت ، مما قد يدعو الى اعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو الى تضيق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية . ولكن قد يدعو انتقاد الفقه اتجاهها معيناً للقضاء الى حمل المحاكم على العدول عما استقرت عليه من قبل من تفسير .

## الفصل الثاني

### مدارس التفسير وطرائقه

توجد مدارس رئيسية ثلاث تختلف في طرائق التفسير تبعاً لاختلاف النظرة فيما بينها إلى أصل القانون وأساسه . فحيث يعقد القانون بإرادة الدولة وتنحصر مصادره في التشريع ، تظهر مدرسة التزام النص في التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه انبعاث من ضمير الجماعة ومن الظروف المحيطة بها ، توجد المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه جوهر وصناعة أو علم وصياغة ، توجد المدرسة العلمية أو مدرسة البحث والتفسير الحر . فنعرض لكل من هذه المدارس ، ولما تتبعه من طرائق في التفسير ، ثم للتفسير في القانون المصري .

#### المطلب الأول

#### مدرسة التزام النص

L'Ecole de l'exégèse

### ٢١٣ - فقه مدرسة التزام النص وطرائقها (١)

ظهرت هذه المدرسة في أعقاب التفنينات الفرنسية التي صدرت في مفتتح القرن التاسع عشر ، إذ بهرتها حركة التقنين الضخمة التي لم يكن للناس عهد بها وساعدتها على تأييد اعتقاد المذهب الشكلي في رد القانون إلى إرادة الدولة ومشيئة المشرع . فتأدت إلى القول بأنه لا يوجد شيء وراء

(١) انظر في ذلك بصفة خاصة :

Bonneacase, Introduction à l'étude du droit. 3e éd. 1939, Nos. 140 - 154.  
 — Gény, op. cit., t. I, Nos. 8 - 30.

التشريع من مصادر موضوعية ، أو دونه من مصادر رسمية ، وإن هذه التقنيات قد جمعت فأوعت وتنبأت بكل ما قد يعرض في المستقبل من فروض .

وأمام هذا المنطق في تصور تكوين القانون ، أضفت هذه المدرسة على نصوص التشريع قدسية كبيرة حتى لكانها تنزّل من عند الله . ولم تقُدس مضمون هذه النصوص فحسب ، بل قدست فضلا عن ذلك الترتيب الوازدة به في التقنيات . فجرت شروح فقهاؤها على تناولها نصا نصا بحسب ترتيبها الرسمي . حتى عرفت هذه المدرسة كذلك رسم « مدرسة الشرح على المنون » .

ولم يكن بد - والتشريع يعتبر على هذا النحو المصدر الوحيد للقانون ، ونصوصه في مثل هذا المكان من التقديس - من أن يقوم تفسير القانون في منطق هذه المدرسة على مجرد تفسير نصوص التشريع . ولما كان التشريع لا يصدر إلا عن ارادة واعية بصيرة هي ارادة المشرع ، فنفسه نصوصه ينحصر - عند هذه المدرسة - في الوقوف على هذه الارادة وقت وضعها لا وقت تطبيقها ، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية تغيرا كبيرا بين وقت وضع النصوص ووقت تطبيقها . فالقواعد القانونية اذن هي مجرد تعبير عن ارادة المشرع ، فلا قيمة لها بذاتها مجردة عن هذه الارادة . ومن هنا ، يتحتم - للوقوف على مضمون القواعد القانونية - الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية ان وجدت ، فان لم توجد لم يكن ثم مناص من الالتجاء الى ارادته المفترضة . غير أن مدرسة التزام النص لم تذهب الى حد الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضة في مجال تقرير الجرائم وفرض العقوبات .

### اولا - الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية :

إذا كان النص واضحا في صيغته ولا خفاء في معناه ، فهو يكشف في سر عن ارادة المشرع بمجرد التفسير اللفظي أو اللغوي ، مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على التطبيق الآلي للنص ، اذ كما يقولون « لا اجتباد مع النص » . غير أن من النادر أن يأتي النص واضحا وضوحا لا يحتاج معه الى أكثر من التفسير اللفظي أو اللغوي ، فقد يكون مبهما أو ناقصا . وهنا يرجع - في

الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية - الى عناصر خارجية لا تستمد من الفاظ النص .

(١) فقد تعين حكمة التشريع على تبين المقصود من الفاظ النص .  
فقانون العقوبات مثلا يعتبر الليل طرفا مشددا للعقاب على جريمة السرقة .  
ولما كان للفظ « الليل » معنيان : معنى لغوي يفيد فترة الاظلام ، ومعنى فلكي يفيد الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها ، فلا يفيد في ترجيح أحد المعنيين الا الوقوف على الحكمة من تشديد العقاب . وظاهر ان هذه الحكمة هي اتخاذ الليل ستارا يسهل في ظلامه ارتكاب السرقة . ومن هنا ، ينبغى أخذ « الليل » في تشديد العقاب بمعناه اللغوي لا بمعناه الفلكي ، واعتبار هذا المعنى هو الذي اتجه اليه قصد المشرع الحقيقي .

(٢) وقد يستعان بالمصادر التاريخية التي استقى المشرع منها نصوصه في الوقوف على ارادته الحقيقية . فيرجع مثلا في القانون المصري الى الشريعة الاسلامية لتفهم النصوص التشريعية الخاصة بالشفعة والميراث والوصية ، باعتبارها مصدرها التاريخي . ويرجع الى القانون الفرنسي لتفهم كثير من النصوص التشريعية التي استقاها المشرع منه .

(٣) وكثيرا ما يستعان كذلك بالأعمال التحضيرية التي صاحبت وضع نصوص التشريعات والمناقشات التي دارت حولها للوقوف على معناها وقصد المشرع الحقيقي منها (١) .

### ثانيا - الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضة :

(١) الاستعانة بطرق الاستنتاج المنطقي : اذا لم توجد ارادة حقيقية للمشرع يمكن الوقوف عليها بالوسائل السابقة ، بأن لم توجد نصوص

(١) وتأثير ذلك ، يستد الاهتمام في العصر الحديث بنشر هذه الاعمال التحضيرية للاستعانة بها في التفسير . ومن الأمثلة البارزة على ذلك ، نشر الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الصادر في سبعة أجزاء ، تضم مختلف المراحل التي مرت بها نصوصه وما دار حولها من مناقشات وطراً عليها من تعديلات الى أن أخرجت بصورتها النهائية الحالية .



تنطبق مباشرة على بعض فروض العمل ، فتستخرج الحلول الواجب اعطاؤها لهذه الفروض من نصوص التشريع نفسه بواسطة طرق الاستنتاج المنطقي المختلفة ، وتنسب هذه الحلول الى المشرع نفسه على أساس أن هذه هي ارادته المفترضة ، أى على أساس افتراض وجود ارادة للمشرع في الأخذ بهذه الحلول وان يكن قد أغفل التعبير عنها . ومرد هذا الافتراض الى أن المشرع إما قد نص على نفس هذه الحلول في فروض مشابهة أو في فروض تكون عنة الحكم فيها أضعف من علته في الفروض غير المنصوص عليها ، وأما قد نص على عكس هذه الحلول في الفروض المخالفة . أى يقوم افتراض ارادة المشرع على الاستنتاج عن طريق القياس ، أو الاستنتاج من باب أوز ، أو الاستنتاج من مفهوم المخالفة .

١ - الاستنتاج عن طريق القياس : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها لاتحاد العلة في الحالتين . فمثلا كانت المادة ٢٢٧ من التقنين المدني المصري القديم تنص على أن الحشرات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء ، فأمكن قياس الحتم والبصمة على الامضاء واعطاؤهما نفس الحكم (١) . وتنص المادة ٩٩٧ من التقنين المدني الحالي على عدم جواز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى ، فيقاس على عدم جواز النزول في هذا الشأن عدم جواز الايجار ، اذ العلة واحدة في الحالتين وهي اقتصار الحق على صاحبه نفسه هو وأسرة ، وبمقدار حاجتهم الشخصية (٢) .

٢ - الاستنتاج من باب أولى : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها ، لأن علة الحكم في الحالة الأولى تكون أكثر توافرا

(١) عبد الرزاق السنهوزى وحسنت أبو سنيت ، فقرة ١٦٤ ، ص ٢٠٩ .

(٢) عبد الرزاق السنهوزى ، الوسيط ، ج ٩ ص ١٦٨ ، فقرة ٥٤٦ ، ص ١٢٧٦ .

منها في الحالة الثانية (١) . فتقنين العقوبات المصري مثلا يخفف العقاب على من يقتل زوجته وشريكها حال تلبسها بالزنا ، فيسرى التخفيف الوارد بشأن القتل على الضرب المحدث لعامة مستديمة من باب أولى . والتقنين المدني المصري يقرر امتيازاً للنفقة المستحقة للأقارب عن الستة الأشهر الأخيرة ، فيستخلص منه البعض من باب أولى تقرير نفس الامتياز للنفقة المستحقة للزوجة باعتبار أن نفقة الزوجة أولى بالامتياز من نفقة الأقارب (٢) .

٣ - الاستنتاج من مفهوم المخالفة : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عنها عكس حكم حالة منصوص عليها ، اما لاختلاف العلة في الحالتين . واما لأن اقتصار النص على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه ونفى هذا الحكم عما عداها من حالات نفس النوع .

فالمادة الرابعة مثلا من التقنين المدني تنص على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، فيستنتج بمفهوم المخالفة أن من يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع يكون مسئولاً عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر . وتنص المادة ١١٣٧ من هذا التقنين على أن « الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة الى جانب الحقوق المقررة بنصوص خاصة » ، فيستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أن الحقوق التي لم ينص على امتيازها لا تكون حقوقاً ممتازة بل تكون مجرد حقوق عادية .

وفي التقنين المدني القديم كان منصوصاً على بطلان بيع الحقوق في تركة مستقبلية ، فاستنتج من مفهوم المخالفة ان كل ما عدا ذلك من بيع الأشياء المستقبلية يعتبر صحيحاً ، على أساس اعتبار أنه قد قصد تخصيص حالة بيع التركة المستقبلية بالبطلان دون غيرها من حالات بيع الأشياء المستقبلية (٣) ، وقد أخذ التقنين المدني الحالي صراحةً بضمون هذا الاستنتاج ( م ١٣١ ) .

(١) ومن الأمثلة البارزة التي يضر بها علماء أصول الفقه في الشريعة الإسلامية على ذلك حظر صرب الولد والديه استنتاجاً من باب أولى من قوله تعالى « ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما » .  
(٢) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الطبعة الثالثة ١٩٥٧ ، فقرة ١٢٩ ، ص ٢٠٩ .  
عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٤٦ ، ص ٢٢١ .  
(٣) عبد الرزاق السنهوري وحسنت أبو ستيت ، فقرة ١٦٤ ، ص ٢١١ .

(٢) استخلاص مبادئ عامة من النصوص واستخراج حلول من هذه المبادئ : اذا لم تغلح كل طرق الاستنتاج المنطقي هذه في ايجاد حلول لما يستجد في العمل من فروض ، فيلجأ الى استخراج بعض المبادئ والنظريات العامة من نصوص التشريع المختلفة ، ونسبة هذه المبادئ والنظريات افتراضا الى ارادة المشرع وقت وضع التشريع ، ثم الاعتماد عليها في تقرير واستخلاص الحلول اللازمة لمواجهة فروض العمل الجديدة على أساس انها كذلك قصد المشرع و ارادته المفترضة (١) .

ثالثا - الوقوف عند الارادة الحقيقية للمشرع في بعض المسائل الجنائية :

ولكن مدرسة التزم النص لا تطلق التفسير واسعا على النحو السابق بيانه في كل المسائل . ففي المسائل الجنائية ، ترى انه يجب اتباع التفسير الضيق الذي يقنع بتبين الارادة الحقيقية للمشرع دون مجاوزة ذلك الى ارادة مفترضة له . وذلك احتراما للقاعدة الأصولية في المسائل الجنائية التي تقضى بأنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » .

غير أن هذه القاعدة تعين نطاق التفسير الضيق الواجب في المسائل الجنائية بمجال تقرير الجرائم وفرض العقوبات فحسب ، اذ يؤدي التوسع في التفسير في هذا المجال الى خلق جرائم أو فرض عقوبات لا ينص عليها القانون والمروج بالتالي على هذه القاعدة . أما في غير هذا المجال ، حيث يتعلق الأمر بالاجراءات الجنائية أو المنع من العقاب أو الاعفاء من المسؤولية الجنائية ، فلا حرج من التوسع في التفسير على النحو السابق بيانه .

وهذا المذهب في تفسير القانون الجنائي ، هو المسلم الى اليوم في الفقه

الحديث (٢) .

(١) Coste-Floret, Les problèmes fondamentaux du droit, 1946, p. 113.

(٢) راجع في تفسير القانون الجنائي :

السيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ، ص ٨٤ - ٨٧ . محمود نجيب حسني ،

المرجع السابق ، فقرات ٧٢ - ٨٢ ، وخاصة فقرات ٨٠ و ٨١ .

### ٢١٤ - نقد مدرسة التزام النص (١)

تلك هي مدرسة التزام النص في تفسير القانون . وعيب نهجها في التفسير يتركز أولا في فساد الأساس الذي تقوم عليه في تصور القانون ، فالقانون عندها هو ارادة الدولة ولا شيء غير ارادتها ، مما يستتبع أن يكون التشريع هو مصدره الوحيد . ولا حاجة الى بيان فساد هذه النظرة الشكلية الى القانون .

وهذه النظرة الضيقة الى القانون أدت الى وقف جهد التفسير على نصوص التشريع والاسراف في استعمال طرق التفسير المفطى أو اللغوي . بشأنها ، وفي الاعتماد على الأعمال التحضيرية التي مهدت لوضعها . رغم أنه ليس له حجية مطلقة في بيان قصد المشرع ، لما قد يشوبها من أخطاء أو يقع فيها من تناقض .

وكذلك أدى منطق هذه المدرسة الى دوران التفسير كله في فلك ارادة المشرع ، لوقوف - ليس فقط على ما اتجهت اليه هذه الارادة فعلا - ولكن كذلك على ما يفترض انها كانت تنجه اليه وقت وضع النصوص لو أنه عرض أمامها ما سوف يستجد في العجل من فروض . وفي ذلك أسرف فقهاء هذه المدرسة في الاعتماد اعتمادا كبيرا على طرق الاستنتاج المنطقي المختلفة ، رغم ما ينبغي من حذر شديد في الالتجاء اليها . فيجب عدم اطلاق الاستنتاج عن طريق القياس بل قصره فحسب على الحالات التي لا يكون فيها النص المقاس عليه مقررًا لحكم استثنائي . والالتجاء الى طريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة غير مأمون العواقب ، اذ قد يكون الحكم المنصوص عليه مجرد حكم وارد على سبيل التمثيل بحالة معينة تطبيقا لقاعدة عامة لا على سبيل الحصر والاستثناء ، فيكون من الخطأ اذن اعتبار هذا الحكم بصفة مطلقة خاصا بتلك الحالة دون غيرها من الحالات الأخرى المشتركة في نفس الصفة والوضع واعطاء هذه الحالات حكما عكسيا لحكمها .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., I, Nos. 31 - 36; 60 - 82. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 204.

وكذلك فالمبودية للنصوص التي هي طابع هذه المدرسة ، ومنطقها في حصر هذه النصوص قسرا لاستخلاص حلول ومبادئ ونظريات عامة تنسب ذورا الى ارادة المشرع توصلنا الى اكسابها نفس القدسية التي تتمتع بها النصوص ، كل ذلك أدى الى الجمود بالقانون وعرقلة تطوره وحصره في ارادة مفترضة للمشرع وقت وضع النصوص ، حتى ولو بعد بوضعها المهد وتفويت ظروف الحياة في الجماعة أيما تفويت .

## المطلب الثاني

### المدرسة التاريخية او الاجتماعية (١)

#### L'Ecole Historique ou Sociologique

#### ٢١٥ - تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية

ظهرت هذه المدرسة في ألمانيا ولم تجد لها في فرنسا الا أنصارا قليلين . وتأثرها واضح وكبير بتعاليم المذهب التاريخي في تصور القانون باعتباره خلقا ذاتيا ينبعث من الجماعة . ولذلك لم تكن لارادة المشرع عند هذه المدرسة قيمة في ذاتها ، وانما كل قيمتها في تعبيرها عن حاجات الجماعة المتطورة المتجددة . ومن هنا ، فالنصوص اذا وضعت تنفصل عن ارادة واضعيها ، وتكون لها حياتها الخاصة المستقلة المتصلة بالحياة الاجتماعية والنتفاعلة فيها . فالنصوص اذن لا تفسر بارادة المشرع الحقيقية او المفترضة ، لانها قد انفصلت منذ وضعها عن هذه الارادة ، وأصبح لها كيان مستقل وثيق الصلة بالظروف الاجتماعية المتطورة مع تقدم الزمان ، وانما تفسر وفقا لما تكون عليه هذه الظروف وقت التفسير .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, t. I, No. 97. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, No. 265.  
— Coste-Floret, op. cit., pp. 114, 120.

## ٢١٦ - تقدير المدرسة التاريخية او الاجتماعية (١)

اذا كانت هذه المدرسة تعين بهذا المنطق في التفسير على ملاحقة تطور الجماعة الحثيث رغم بقاء النصوص على حالها دون تغيير ، الا انها تخرج في الواقع بالتفسير عن وظيفته وتجعله تعديلا أو الغاء لنصوص التشريع وحلها لقواعد قانونية جديدة ، فضلا عن ذلك ، فهي تقضي على ما ينسعى للقانون من تحديد وثبات واستقرار ، وتفتح المجال واسعا أمام تحكم القضاء .

### الطلب الثالث

#### المدرسة العلمية (٢)

L'Ecole Scientifique

## ٢١٧ - البحث العلمي الحر

ظهرت هذه المدرسة لتحارب من ناحية عبودية النصوص والاعتقاد في انحصار القانون وتفسيره في التشريع كما جرى بذلك منطق مدرسة التزام النص ، ولتحارب من ناحية أخرى منطق المدرسة الاجتماعية في الخضوع للتفسير للظروف المتطورة المتغيرة المحيطة بالجماعة .

وزعيم هذه المدرسة هو الفقيه الفرنسي جيني ، وفضله كبير في التنبه الى عدم أخذ القانون كشكل فحسب - يحمل طابع الدولة في صورة تشريع ، أو طابع الجماعة في صورة عرف - وانما كجوهر قبل ذلك يتألف من حقائق أربع مختلفة : طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية (٣) . وعلى أساس هذا الفهم للقانون ، قامت طريقته في تفسير . فالقانون عنده لا يتمس تفسيره

(١) انظر في ذلك :

Gény, op. cit., t. I, No. 97, pp. 262 - 264. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, ibid.

(٢) راجع في ذلك :

Gény, op. cit., t. II, Nos. 155 - 176 bis.

(٣) راجع في ذلك سابقا . فقرات ٧٢ - ٧٦ .

فى التشريع وحده كما تفعل مدرسة التزام النص ، وانما يلتبس كذلك فى بقية المصادر الرسمية الأخرى ، اذ التشريع ليس هو المصدر الرسمى الوحيد لقانون .

وفى تفسير التشريع ، يجب الوقوف على ارادة المشرع وقصده من النصوص وقت وضعها ، باعتبار أن التشريع عمل ارادى قامت على صياغته ارادة بصيرة واعية لتحقيق غاية معينة . غير أن الارادة التى ينبغى الوقوف عليها لتفسير التشريع هى الارادة الحقيقية للمشرع وحدها ، دون ما تسميه مدرسة التزام النص بالارادة المفترضة له . وليس معنى ذلك سد الباب أمام الاستنتاج المنطقي بل يمكن الالتجاء اليه وبخاصة عن طريق « القياس » على أن يوضع حينئذ موضعه الصحيح بمعنى أن الالتجاء اليه لا يعطى الحلول المستخلصة منه - كما كانت تذهب مدرسة التزام النص - وصف الحلول التشريعية أو حجية النصوص باسنادها افتراضا الى ارادة المشرع ، وانما يكون الالتجاء اليه بوصفه احدى وسائل البحث العلمى الحر الذى يعتبر نهاية المطاف فى التفسير (١) .

فاذا لم توجد نصوص من التشريع تواجه ما يعرض فى العمل من فروض ، فيلجأ فى تلمس حلولها الى المصادر الرسمية الأخرى للقانون وأهمها العرف . فان عجزت كل المصادر الرسمية للقانون عن اعطاء الحلول اللازمة ، فلا يبقى الا ما يسميه « جينى » « البحث العلمى الحر » (La Libre recherche scientifique) . ويقصد به رجوع المفسر الى جوهر القانون بحقائقه المختلفة ، التى يحصرها فيما يسميه بالحقائق الطبيعية أو الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية والحقائق المثالية ، يستلهم منها الحلول التى أخفقت المصادر الرسمية للقانون فى اعطائها .

#### ٢١٨ - تقدير المدرسة العلمية

الواقع أن هذه المدرسة تقوم على أساس منطقي سليم . فحيث توجد

نصوص تشريعية ، لا تحملها أكثر مما تحتمل بل تقتصر في تفهمها على استخلاص قصد المشرع الحقيقي منها دون اصطلاح قصد مفترض له .  
وحيث تختلف المصادر الرسمية عن مواجهة ما يستجد من فروض ، لا يبقى الا الرجوع الى ما تستمد منه المصادر الرسمية نفسها مضمون ما تقرره من قواعد أى الى المصادر الحقيقية أو الموضوعية للقانون . وبمباراة أخرى ، فإنه حيث يتخلف الشكل يرجع دائما الى الجوهر . والرجوع الى جوهر القانون لسند نقص المصادر الرسمية له ، يضع القاضى موضع المشرع حين يهد بالتشريع . غير أن رجوع المشرع لاستلهاام هذا الجوهر ، يكون بقصد وضع قواعد قانونية عامة مجردة ، أما رجوع القاضى اليه فلا يكون الا بقصد العثور على حل لنزاع معين ، ولذلك فالقاضى حين يكمل نقص المصادر الرسمية بالرجوع الى جوهر القانون لا يخلق قواعد قانونية جديدة .  
ولكن يراعى ، فى شأن الجوهر الذى توجب هذه المدرسة الرجوع اليه عند قصور المصادر الرسمية ، ما سبقت الإشارة اليه من انتقادات لتفسير جيني ، هذا الجوهر الى حقائقه الأربع المعروفة (١) . ولذلك فاذا كنا نؤيد نهج المدرسة العلمية فى التفسير ونفضله على نهج المدارس الأخرى ، فانا نأخذ الرجوع الى الجوهر بالمعنى الذى سبق أن فصلناه (٢) أى على أنه الرجوع الى الواقع من حياة الجماعة والى فكرة العدل التى يكشف عنها العقل .

#### المطلب الرابع

#### التفسير فى القانون الوضعى المصرى

٢١٩ - نص المشرع المصرى على الرجوع الى مبادئ القانون الطبيعى

وقواعد العدالة عند قصور المصادر الرسمية ، ودلالته

لا يعتنق المشرع المصرى فقه مدرسة التزام النص من حصر القانون فى مصدر وحيد هو التشريع ، بل هو يحيل القاضى أولا الى التشريع كما يفصح

(١) راجع سابقا ، فقرة ٧٧ .

(٢) راجع سابقا ، فقرات ٧٧ - ٨٨ .



عنه لفظه أو فحواه ( م ١/١ مدني ) . وفي ذلك يجب الوقوف - كما تذهب المدرسة العلمية - على الإرادة الحقيقية للمشرع دون اصطناع إرادة مفترضة له وهو ما يضعف كثيرا من قوة ما يستخلص عن طريق الاستنتاج المنطقي ، إذ لا تكون له قوة النصوص التشريعية افتراضا لإرادة المشرع . « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » ( م ٢/١ مدني ) .

وعندنا أن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تخلق من هذه المبادئ وتلك القواعد مصدرا رسميا بالمعنى الاصطلاحي الدقيق كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> ، إذ لا تعدو هذه الإحالة أن تكون رجوعا بالقاضي إلى جوهر القانون أي إلى مصادره المادية أو الموضوعية يستلهم منها الحل . وبذلك يأخذ المشرع المصري بفقهاء المدرسة العلمية في ضرورة رجوع القاضي إلى جوهر القانون ، إذا لم توجد قاعدة في مصادره الرسمية ، ولكن دون تقييد حرفي بحقائق « جيني » الأربع . وقد رأى المشرع المصري أن يعبر عن هذا الجوهر باصطلاح « مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . وقد لا يكون هذا الاصطلاح كافيا للانصاح عن معنى جوهر القانون كما بسطناه من قبل ، ولكنه يوجه إليه على أي حال . ولذلك فتمبير التقنين المدني السويسري أكثر توفيقا في هذا الصدد<sup>(٢)</sup> ، إذ ينص على أن القاضي - حين لا يجد نصا في التشريع أو عرفا متبعا - يحكم وفق ما كان يضعه هو من قواعد لو كان يقوم بعمل المشرع<sup>(٣)</sup> . والمشرع - كما سبق البيان - انصا يستلهم في وضع قواعد التشريع حقائق الحياة الواقعية في الجماعة التي تكشف عنها التجربة ، والمثل الأعلى للعدل الذي يكشف عنه العقل .

والمقصود بمبادئ القانون الطبيعي - وفق ما ينتهي إليه جمهور الفقهاء

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرات ٨٩ و ١٣٠ - محمد علي امام ، فقرة ٨٢ .  
(٢) قارن مع ذلك المفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني المصري الحالي ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٨٨ .  
(٣) ولكن يكون ذلك - كما هو واضح - مع فارق أساسي ، هو انتصار القاضي على مجرد استخلاص حل خاص للقضية المرهونة عليه ، دون مجاوزة ذلك إلى وضع قواعد عمامة مجردة كما يفعل المشرع ( في هذا المعنى : Géay, t. II, No. 204 )

اليوم - الموجبات المثالية العامة لتعديل التي لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساسا للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان (١) . ويعتبر بعض الفقهاء « قواعد العدالة » مرادفة لهذه المبادئ (٢) . غير أننا نرى أنه يقصد بالإشارة إليها - فضلا عن إحالة القاضي الى مبادئ العدل المجرد الذي تتضمنه فكرة القانون الطبيعي - توجيهه كذلك الى الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة المطروحة أمامه . فانه اذا كان القانون يهدف في المبدأ الى تحقيق العدل تظليبا لاعتبارات الاستقرار والأمن والنظام في المجتمع ، الا أنه حيث يقتصر القاضي على أن يستخلص من مبادئ القانون الطبيعي خلاصا بفقضية معينة ، أي حيث لا يتعلق الأمر باستخلاص قواعد عامة مجردة ، فلا حرج من تمكينه من مراعاة جانب العدالة بالاعتداد بالظروف الخاصة الى جوار تحقيق العدل (٣) . ولكن يراعى أن التجاء القاضي الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (٤) مقيد بعدم وجود قواعد في مصادر القانون الرسمية (٥) .

(١) انظر سابقا / فقرة ٦١ (٢) . و فقرة ٦٢ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٠ . - محمد علي امام . فقرة ١٢٩ . - محمد علي عرفة ، ص ١٦٧ و ١٦٨ .

(٣) قرب من ذلك : سليمان مرقس . فقرة ١٦٨ .  
ونظر فيما يمثه « جيني » للعدالة من معنيين مختلفين ، وفي مدى اعتباره العدالة عنصرا من عناصر البحث العملي الحر :  
Gény, t. II, No. 163.

(٤) انظر في التجاء القضاء المصري الى ذلك في ظل التقنين المدني القديم : - - -  
مصر الكلية ١٠ مارس ١٩٣٤ ، الجدول العشري الثاني لمجلة المحاماة ( القسم المدني ) رقم ٣٠٩٠ ص ٤٤٧ . - مصر الكلية ١٥ يناير ١٩٣٥ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٩١ ص ٤٤٨ . - استئناف مصر ٩ ابريل ١٩٣١ ، المحاماة ص ١٢ ، رقم ٢٤١ . ص ٦٢ .  
كتبت سابق الذكر ، ص ٥٣٠ - ٥٣١ .

(٥) نص : ١٤ يناير ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ( المدنية ) . ج ١ ، رقم ٣٢ . ص ٥٢ .  
١٥ مايو ١٩٤٧ ، المرجع السابق ج ٥ ، رقم ٢٠٠ . ص ٤٤٥ .





القسم الثاني  
النظرية القائمة للاحق

مجلس القضاء  
القضاء

# مقدمة

٢٢٠ - تقسيم

فرغنا في القسم الأول من عرض النظرية العامة للمقاعدة القانونية ،  
فيبقى - طبقا لخطه البحث التي رسمناها - بحث النظرية العامة للحق في  
هذا القسم الثاني .

وعرض هذه النظرية ، يقتضى أولا تحديد صاحب الحق ، ثم محله ، ثم  
المصادر التي تولده وهي ذات مصادر زواله وانقضائه ، ثم نشاطه واستعماله  
الاستعمال المشروع الذي يكفل القانون حمايته . ولكن ينبغي التمهيد لذلك  
كله بكلمة عامة في الحق .

ولذلك تقسم هذا القسم على النحو التالي :

- باب تمهيدى - في الحق بوجه عام .
- الباب الأول - في صاحب الحق .
- الباب الثاني - في محل الحق .
- الباب الثالث - في مصادر الحق .
- الباب الرابع - في استعمال الحق .





## باب تمهيدى

### فى الحق بوجه عام

#### ٢٢١ - الحق والقانون

أشرنا الى أن القانون انما يقيم نظام المجتمع ويحكم سلوك الأفراد فيه عن طريق فرض تكاليف وواجبات على الأفراد من ناحية وتقرير حقوق لهم من ناحية ثانية ، اذ هو يوازن بين المصالح المتعارضة التى تحوط علاقات الأفراد ، فيغلب بعضها على بعض ويميز بين أطراف هذه العلاقات تبعا لذلك فيقرر للبعض منهم حقوقا مقابل وضع واجبات على البعض الآخر . والقانون بذلك يختلف عن الأخلاق التى تقتصر على مجرد بيان الواجبات دون تقرير الحقوق . كما سبق البيان .

ولئن كانت الصلة وثيقة هكذا بين القانون والحق ، فالفقهاء يتجادلون فيما اذا كان القانون هو المؤسس على الحق أم الحق هو المؤسس على القانون . ويرتكز هذا الخلاف على اختلاف وجهات النظر بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى . والواقع أنه يجب التسليم باستناد الحقوق الى القانون الوضعى بحيث تستمد منه وجودها الشرعى وكفالة احترامها ، اذ لا يتصور فى مجتمع منظم وجود حق لا يقره القانون أو يحميه . ولكن ليس معنى ذلك أن القانون الوضعى يتحكم فى فرض الحقوق ومنحها ، فقواعده ترتكز - كما سبق البيان - على أساس من حقائق الحياة الاجتماعية وموجهات العدل المثالية ، وكلها تقر للأفراد حقوقا معينة لا يملك القانون الوضعى انكارها .

٢٢٢ - تقسيم

ينبغي - ونحن بصدد الكلام في الحق بوجه عام - أن نمهد لذلك باثبات وجود فكرة الحق في ذاتها ودحض ما ذهب اليه بعض الفقهاء من انكارها . ثم نعرض بعد ذلك للتعريف بالحق ، وهو ما يقتضى عرض مختلف الآراء والمذاهب في هذا الصدد وتمحيصها . وننتهي ببيان أنواع الحق المختلفة وما يترتب من آثار على هذا التنوع ، وهو ما يقتضى خامسة بحث فكرة « الذمة المالية » التى تضم بين عناصرها طائفة من الحقوق المالية .

ولذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول أربعة :

الفصل الأول - فى وجود فكرة الحق .

الفصل الثانى - فى تعريف الحق .

الفصل الثالث - فى أنواع الحق .

الفصل الرابع - فى الذمة المالية .

## الفصل الأول

### وجود فكرة الحق

٢٢٣ - تمهيد

تعرضت فكرة الحق لهجوم شديد من جانب بعض الفقهاء الذين أنكروا جدواها وأنكروا بالتالي وجودها القانوني . غير أن كل الهجمات قد فشلت فيما استهدفته من محور الاعتقاد في وجود فكرة قانونية مستقلة للحق ، فبقيت هذه الفكرة الى اليوم - كما وعها الفقه التقليدي - احدى الدعائم الأساسية الراسية في الحياة القانونية .

فنعرض أولا لانكار فكرة الحق وما يركز عليه هذا الانكار من حجج ، ثم نناقش هذه الحجج لنرى وجه الصواب فيها من وجوب رخصها وضرورة الابقاء على فكرة الحق .

٢٢٤ - انكار وجود فكرة الحق

هوجمت فكرة الحق في وجودها القانوني منذ أواخر القرن الماضي مهاجمة عنيفة من جانب بعض الفقهاء . ولعل أقدر هجوم وأعنفه كان هو هجوم الفقيه الفرنسي العظيم « ديجي » ، Duguit ، فنكتفى بعرض مذهبه (١) في هذا الصدد .

وقد سبق ايضاح منهاج هذا الفقيه في البحث (٢) ، أي المنهاج العلمي بالمعنى الدقيق الذي لا يسلم الا بما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة . وقد

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 29, pp. 200 - 315; Leçons de droit public général, 1926, pp. 38 - 72.

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٦٨ .

تأدى به هذا المنهاج الى محاولة تطهير القانون من كل ما يملأه من أفكار غير واقعية لا تستند الى المشاهدة والتجربة ، وفي مقدمتها فكرة الحق التي يراها دخيلة على عالم القانون لأنها فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة .

ويبدأ « ديجي » انكاره وجود فكرة الحق بانكار وجود ما يسمى بالحقوق الطبيعية التي تولد مع كل فرد وتثبت له باعتباره انسانا . وهو في سبيل ذلك يهاجم المذهب الفردي الذي روج لوجود هذه الحقوق ، واتخذها أساسا للقانون حينما اعتبرها ثابتة للأفراد منذ عهد الفطرة الأولى *L'état de nature* قبل قيام المجتمع لأنها ملازمة للطبيعة الانسانية . فالقول بوجود حقوق ثابتة للفرد بمقتضى صفته الانسانية ، يعتبره « ديجي » مجرد ادعاء يستحيل اثباته بدليل مادي محتسوس . فضلا عن أن عهد الفطرة الأولى الذي يتصور فيه وجود الفرد وحيدا في عزلة تامة عن بقية الأفراد ، لا يبدو أن يكون محض خرافة ينقضها الواقع المشاهد المسجل من أن الفرد كائن اجتماعي لا يستطيع الوجود الا في مجتمع من الأفراد ولم يوجد أبدا الا في مثل هذا المجتمع . ولئن افترض جدلا وجود مثل هذا الفرد المنعزل ، فلا يمكن تصور حقوق له ، لأن لكل حق طرفين : طرفا ايجابا هو صاحب الحق ، وطرفا سلبيا هو المتحمل بهذا الحق أى المكلف بما يقابله من واجب ، وهو ما يقتضى وجود مجتمع من الناس . وباستحالة وجود حقوق طبيعية ثابتة للأفراد قبل قيام المجتمع ، ينهار - عند « ديجي » - ما يقيمه المذهب الفردي من تأسيس القانون على هذه الحقوق (١) .

واذا كان « ديجي » ينكر وجود حقوق طبيعية سابقة على قيام المجتمع ، فهو ينكر كذلك وجود حقوق ينشئها القانون للأفراد في المجتمع . وانكاره هذا وثيق الصلة بتصوره للحق . فالحق عنده هو قدرة أو سلطة ارادية لصاحبه على فرد من الأفراد هو المتحمل بعبء الواجب المقابل لهذا الحق . أى أن الحق يفترض اخضاع ارادة انسانية هي ارادة فرد من الأفراد لارادة انسانية

(١) راجع في تفصيل ذلك :

أخرى هي إرادة صاحب الحق . وذلك يستتبع القول بوجود نوع من التدرج في المرتبة بين الإرادات الانسانية تتمكن بمقتضاه الإرادات العليا من التسلط على الإرادات الدنيا واخضاعها لأمرها (١) .

وهذا التدرج بين الإرادات الذي تفرضه فكرة الحق ، لا يوجد في واقع الحياة الاجتماعية ما يثبتته . بل ان هذا الواقع ينقضه ، اذ لا يشاهد في المجتمع الا وجود ارادات فردية متساوية في جوهرها ، مما يمنع معه على القانون الوضعي اقامة تدرج بينها والسمو ببعضها مقابل الانتقاص من البعض الآخر ، فذلك لا يتأتى الا من جانب قوة سماوية مهيمنة على البشر (٢) .

ومن هنا ، انتهى « ديجي » الى اعتبار فكرة الحق ، وفقا لهذا التصوير القائم على تسلط ارادة فردية على ارادة أخرى ، فكرة فلسفية من أفكار ما وراء الطبيعة ، قد اصطنعت اصطناعا مخالفا للواقع ، مما يوجب اطراحها وتطهير الفقه القانوني منها .

واذا كان « ديجي » ينكر فكرة الحق على أساس التصوير السابق باعتبارها فكرة غير علمية ، فهو يرفضها كذلك لانعدام جدواها . ذلك أن ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالحق ، ليس عنده الا القاعدة القانونية نفسها في تطبيقها على الأفراد ، حينما يستفيد بعض الأفراد من أداء البعض الآخر لما تفرضه عليهم هذه القاعدة من واجبات والتزامات . بل الجميع في الواقع - سواء من يقوم بالواجب ومن يفيد منه - انما يخضعون في ذلك للقاعدة القانونية . أي أن الأفراد - سواء كانوا في وضع ايجابي أو سلبي لخطاب القاعدة القانونية - يوجدون في مركز سواء بالنسبة اليها هو مركز الخضوع لحكمها (٣) . فلا يبقى معنى اذن للقول بأنها تفرض

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 20, p. 217; No. 28, pp. 296, 296.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 20, pp. 218, 219.

(٣) Duguit, t. I, No. 20, pp. 217 - 220.

واجبا على البعض وتقرر حقا للبعض الآخر ، خاصة وأنها لا تملك أن تمس في قليل أو كثير ارادة المكلف بالواجب أو المستفيد من أدائه ، فلا هي تنتقص من ارادة الأول ولا هي تزيد في ارادة الثاني .

وبذلك يخلص « ديجي » الى انه ليس ثم حقوق وواجبات تكون للأفراد أو عليهم ، وانما يوجد الأفراد في مراكز قانونية معينة ايجابية أو سلبية .

### ٢٢٥ - الإبقاء على فكرة الحق

لعل أكبر انتقاد يوجه الى انكار « ديجي » لفكرة الحق (١) هو نفس الانتقاد الذي يوجه الى أساس مذهبه كله ، وهو انتقاد منهاجه في البحث الذي يريده علميا واقعيا خالصا ، فهذا المنهاج - كما سبق البيان (٢) - لا يصلح في شأن العلوم التقويمية وفي مقدمتها القانون . ولذلك فانكار « ديجي » فكرة الحق بدعوى أنها فكرة غير علمية من أفكار ما وراء الطبيعة انكار غير مقبول حتى مع التسليم جدلا بصحة هذا الادعاء ، لأن القانون لا يقتصر على تسجيل حقائق الواقع عن طريق المشاهدة والتجربة بل يجاوز ذلك الى ما وراء الواقع والطبيعة حيث يمكن تقويم الواقع .

وقد ظن « ديجي » أنه يجد في فكرة الحق هدفا قريبا سهل الاصابة بانكاره حقوق الانسان الطبيعية . غير أن هذا الانكار لا يطعن في الحقيقة في وجود فكرة الحق نفسها ، وانما يعني فحسب رفض التسليم بما تدعيه بعض المذاهب - كالمذهب الفردي - من قيام القانون على أساس الحق ، أو من

(١) راجع ، بصفة خاصة ، في تفصيل الدفاع عن وجود فكرة الحق وانتقاد انكار

« ديجي » لها :

René Capitant, L'illicéité, pp. 218 - 221. — Dabin, pp. 13 - 14. — Géný, Science et technique en droit privé positif, t. IV, pp. 175 - 187. — Ionescu, La notion de droit subjectif dans le droit privé, thèse, Paris, 1931, Nos. 12, 13. — Hassan Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, (dactylographiée), 1952, pp. 18-48.

(٢) راجع سابقا ، فقرة ٦٩ .

وانظر في تفصيل انتقاد هذا المنهاج .  
Notre thèse précitée, pp. 18 - 37.

وجود حقوق لا تستند الى القانون لأنها سابقة عليه بتولدها من الطبيعة الانسانية (١) .

وأما انكار « ديجي » فكرة الحق في ذاتها فيقوم على تصويره الحق تصويرا خاطئا يجر وراءه فساد النتائج التي رتبها عليه . فلا يفكر أحد كما يدعى « ديجي » - حتى من يعرفون الحق بأنه فدره ارادية - في اعتبار ارادة صاحب الحق ارادة ممتازة على غيرها من الارادات ، بحيث يخولها هذا الامتياز سلطة الغناء أو اخضاع ارادات الآخرين ، اذ كل الارادات الفردية متساوية في جوهرها . وانما حقيقة الأمر انه ليست ارادة صاحب الحق هي التي تلزم الغير بنفسها ، بل الذي يلزم دائما هو واقعة سابقة على هذه الارادة وخارجية عنها . فاذا كان للمقرض مثلا حق مطالبة المقرض برد القرض في الأجل المضروب ، فليس ذلك لأن ارادته تمتاز على ارادة المقرض ، وانما لأن ثم وقائع بينهما سابقة على هذه المطالبة تكون مبررا لها ، هي تسلم المقرض مبلغ القرض من المقرض وتعهد بردة اليه . واذا كان لمن صدمته سيارة فأصابته أن يطالب من صدمه بتعويض عما لحقه من أضرار من جراء الصدمة ، فليس ذلك لأن ارادة المضرور تعلق على ارادة محدث الضرر ، وانما لأن خطأ محدث الضرر هو الذي يلزمه تجاه المضرور بمثل هذا التعويض (٢) .

فديجي اذن لا ينكر في الواقع فكرة الحق نفسها وانما ينكر تصويرا معيننا لهذه الفكرة كسلطة ارادية لصاحب الحق على غيره من الارادات ، وهو تصوير لا يقول به أحد على النحو الذي يبسطه « ديجي » غير « ديجي » نفسه . وبذلك يكون الخلاف بينه وبين غيره من الفقهاء المدافعين عن فكرة الحق خلافا ظاهريا محضا لا يمس جوهر الفكرة ذاتها (٣) .

(١) Notre thèse précitée, pp. 38, 39.

(٢) Notre thèse précitée, p. 40.

(٣) René Capitant, thèse précitée, p. 221. — Notre thèse précitée, pp.

وآية ذلك أن « ديجي » حين ينكر فكرة الحق وينكر التقابل بين « القانون » و « الحق » ، يقيم تقابلا آخر بين « القانون » وبين ما يسميه « المركز القانوني » . فلو كان الحق كما يدعى ليس الا القانون نفسه ، فما جدوى الكلام عن المركز القانوني ؟ أليس في تلامه عن المركز القانوني ، سواء كان ايجابيا أو سلبيا ، ما يحتم التفرقة بين القانون نفسه في تجريده وبين ما ينشأ للأفراد من أوضاع ومراكز مختلفة قبل بعضهم البعض نتيجة تطبيق القانون عليهم ؟ . فانه اذا كان الأفراد يوجدون كما يقول في نفس المركز تجاه القانون ، من حيث أنهم يستنون في الخضوع لأحكامه اما بأداء ما يفرضه عليهم من التزامات واما بالاستفادة مما يفرضه على غيرهم منها ، فهم في واقع الأمر لا يستنون في المركز تجاه بعضهم البعض ، اذ يوجد كل منهم في مركز خاص به يجعله ملتزما قبل الآخرين بالتزامات معينة أو يجعل الآخرين هم الملتزمين قبله ، أي أن مراكز الأفراد مختلفة متفاوتة ، فهم اما في مركز المستفيد واما في مركز الملتزم المحمل بالأعباء .

فإقتصار « ديجي » على البصر بتساوي مراكز الأفراد تجاه القانون ، انما كان على حساب اغفال اختلاف المراكز وتفاوتها بينهم تجاه بعضهم البعض ، ومثله في ذلك مثل من يسأل عن شخص معين فيجيب بأنه انسان كبقية الناس ، ويغفل تعيينه بما يميزه عن بقية الناس ويحقق شخصيته ومركزه بينهم من حيث الاسم والسن والجنس والمهنة والوطن والجنسية وما الى ذلك (١) .

وإذا اتضح حقيقة اختلاف الأفراد في المراكز قبل بعضهم البعض ، ووجود بعضهم في مركز ايجابي وبعضهم في مركز سلبي ، فان ذلك يعنى العودة الى فكرة الحق وما يقابلها من فكرة الواجب أو الالتزام ، أو الرجوع الى التقابل التقليدي بين الطرف الايجابي للحق والطرف السلبي له . وبذلك ينحصر الخلاف بين « ديجي » وبين المدافعين عن الحق في نطاق شكلي بحت ، هو المفاضلة بين اصلاح « المركز القانوني الايجابي » وبين اصلاح « الحق »



للدلالة على الفكرة التي جرى التقليد الفقهي على التعبير عنها بالاصطلاح الثاني ، والتي بقيت في حقيقة الامر بمنأى عن الخلاف على جوهرها ووجودها كما سبق البيان . ولسنا نرى ما يدعو الى تفضيل اصطلاح « المركز القانوني الايجابي » الذي ابتكره « ديجي » ، فاصطلاح « الحق » التقليدي - فضلا عن ايجازه المبين عن حقيقة الفكرة التي يعبر عنها - قد جرى به الاستعمال منذ قديم ، حتى رسخ واستقر في الفقه القانوني . وشيوع الاستعمال وقدمه ، يبقى دائما هو صاحب الكلمة العليا في تغليب مصطلح على مصطلح (١) .

من كل ما تقدم ، نخلص بأن فكرة الحق تستعصي على الرفض والانكار ، وأن انكار « ديجي » لها لم يفلح في هدمها أو زعزعة الاعتقاد في وجودها . فظل الفقه في غالبية الكبري مؤمنا بها وبمكانها في عالم القانون ، بل ان أخلص أتباع ديجي أنفسهم قد رجعوا عن تأييدهم لزعيم مدرستهم في هذا الشأن فعادوا الى التسليم بوجود فكرة الحق (٢) .

وبذلك نستطيع أن نقول ان وجود فكرة الحق قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة في فقه القانون . بل ان هذا الوجود يعبر عن حقيقة من الحقائق القانونية الجوهرية لا عن أداة فنية أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية (٣) .

وإذا بقيت ثم كلمة تقال في مجال التعقيب على انكار « ديجي » لفكرة الحق ، فهي كلمة انصاف لهذا الفقيه العظيم . فموقفه في هذا الصدد ، انما

---

(١) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. IV, p. 184.

(٢) انظر خاصة :

Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1950, pp. 82 - 82.

(٣) راجع في تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 54 - 62.

أملاه عليه عداؤه الشديد للمذهب الفردي ، وخشيته من أن تصبح الحقوق معاقل للفردية الأنايية لأصحابها على حساب الصالح العام للمجتمع . ولكن كان يكفي لدفع هذه الخشية احضاع استعمال الحقوق للرقابة ، دون حاجة الى هدم فكرة الحق ذاتها (١) . وهذا ما حققته بالفعل نظرية « التعسف في استعمال الحق » ، كما سنفصل ذلك من بعد .

(١) انظر في ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٥١ .

## الفصل الثاني

### تعريف الحق

٢٢٦ - تمهيد

لعل من أكثر مسائل القانون التي كثر فيها القول واحتدم الجدل مسألة تعريف الحق . وليس في قصدنا أن نتتبع تفصيل كل ما قيل من تعريفات في هذا الشأن ، وإنما نقنع بأن نرد مختلف التعريفات الى اتجاهات ثلاثة كبيرة ، اتجاه شخصي ، واتجاه موضوعي ، واتجاه يجمع بين الشخصي والموضوعي ، ونرى مبلغ حظ كل منهما في اعطاء صورة صادقة لما يقصد في فقه القانون من اصطلاح « الحق » .

٢٢٧ - الاتجاه الشخصي (١)

يعرف هذا الاتجاه « الحق » من خلال النظر الى صاحبه . فيرى أن لصاحب الحق ارادة مهيمنة ناشطة في نطاق معلوم ، ولذلك يعرف الحق بأنه هو تلك القدرة أو السلطة الارادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم . ويتصل هذا الاتجاه بهذا التعريف اتصالاً وثيقاً بالمذهب الفردي وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الارادة ، تلك الارادة التي تملك خلق الحقوق أو انشاءها كما تملك تغييرها وانهاؤها .

ورغم أن هذا الاتجاه قد تزعمه فقهاء كبار كسافيني Savigny و « وينشيد » Windscheid ، فلم يلبث أن تعرض لانتقادات وهجمات كثيرة - وخاصة من « اهرنج » - ازاء ما ظهر من قصوره عن تعريف الحق .

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Dabin, op. cit., pp. 56 et s. — Duguit, op. cit., t., I, No. 25. — Ionescu, thèse précipitée. Nos. 40 et s. — Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922, pp. 524 et s.

فالقول بأن الحق قدرة ارادية ، يتنافى مع ما هو مستقر فى الشرائع من أن لعديسى الارادة حقوقا كما لحائزها سواء بسواء ، فالمجنون والصفير غير المميز ، يتمتع كل منهما بحقوق رغم أنه فاقد الارادة ، وكذلك فقد يكتسب الحقوق شخص دون علمه كالفائب مثلا(١) .

وفضلا عن ذلك ، فهذا الاتجاه فى تعريف الحق يتنافى مع وجود أشخاص معنوية أو اعتبارية تثبت لها حقوق كالأشخاص الطبيعية ، اذ لو قيل بأن للأشخاص الطبيعية ارادة تكون مناطا لما يثبت لهم من حقوق ، فمن العسير التسليم بأن للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ارادة حقيقية أو بأن لهم حقوقا بالتالى .

كل ذلك يفصح عن أن الحق لا يفترض وجود ارادة مهيمنة أو ناشطة ، فهو يوجد دون وجود هذه الارادة . وليس يطعن فى ذلك أن الارادة قد تكون مطلبة فى شأن استعمال الحق أو مباشرته ، فوجودها حينئذ لا يكون شرطا لقيام الحق ولكنه يكون شرطا لمجرد مباشرته . وعلى أى حال ، فهى ليست لازمة دائما لهذه المباشرة ، فعادة لا يحتاج الاستعمال المادى للحق الى ارادة ، فصدىم الأهلية مثلا ، يستعمل حق ملكيته - ولا ارادة لديه - حين يسكن منزله أو يركب سيارته(٢) .

فالحق اذن لا يفترض لوجوده وجود قدرة ارادية لدى صاحبه . بل ان مباشرة الحق نفسها لا تفترض دائما وجود مثل هذه القدرة(٣) ، وان افترضتها فى بعض الأحيان ، فلا يبرر ذلك القول بأن الحق قدرة ارادية ، لأن مباشرة الحق لا تختلط بوجوده . وبذلك لا نرى فى الاتجاه الشخصى فى تعريف الحق ما يقنع بالانحياز اليه أو اتباعه .

---

(١) وقد حاول « وينشيد » رد هذا الاعتراض الحاصم بالقول بأن الارادة المقصودة هى ارادة القانون أو المشرع لا ارادة صاحب الحق ، ولكن من الواضح أن هذا التبرير المصطنع فيه من المناقض ما يكفى لهدم نظريته فى اعتبار الحق قدرة ارادية ، أنظر فى انتقاد هذا التبرير : Dabin, op. cit., pp. 60, 61. — Duguit, op. cit., t. I, No. 75, pp. 277, 278.

(٢) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 63.

## ٢٢٨ - الاتجاه الموضوعي

كان الفقيه الألماني « اهرنج » Ihering من أشد الفقهاء مهاجمة للاتجاه الشخصي في تعريف الحق . ولذلك فقد نحا في تعريفه نحواً آخر موضوعياً ، فنظر الى الحق من خلال موضوعه والغرض منه وعرفه بأنه « مصلحة يحميها القانون » (١) . وقد صادف هذا التعبير الموجز بداية قبولاً في الوسط القانوني أكثر مما صادفه التعريف القائم على أساس الاتجاه الشخصي ، وان يكن لم تكتب له الغلبة في النهاية في الفقه الحديث نظراً لما وجه إليه من انتقادات كثيرة أظهرت عجزه وقصوره بمفرده عن تعريف الحق تعريفاً جامعاً مانعاً لاختلاط غيره به .

فاهرنج ينكر تأسيس الحق على الإرادة ، لأن الحق كما يثبت لذوى الإرادة يثبت لعديميها على السواء ، ولأن العبرة ليست بإرادة تنشيط أو تسود - فإرادة الولي أو الوصي لا إرادة القاصر هي التي تنشيط ، ومع ذلك يكون الحق للقاصر وحده دون الولي أو الوصي - وإنما تكون العبرة بالغرض الذي قد تنشيط الإرادة من أجله ، والإرادة لا تنشيط إلا لتحقيق منفعة أو مصلحة أو كسب . فالمنفعة أو المصلحة اذن - لا الإرادة - هي جوهر الحق . ومن هنا ، لم يكن الحق هو الذي في خدمة الإرادة ، بل الإرادة ، هي التي في خدمة الحق أي في خدمة مصلحة من المصالح ، ولم يكن صاحب الحق هو من يدعى الإرادة ، بل من يدعى المنفعة أو المصلحة (٢) . والمنفعة أو المصلحة جوهر الحق ، لا يشترط أن تكون منفعة أو مصلحة مادية ، فقد تكون منفعة أو مصلحة معنوية ، بل ان من المصالح المعنوية ما يفوق المصالح المادية في أهميتها كالحرية والشرف مثلاً .

ولئن كان « اهرنج » يعتبر المصلحة هي جوهر الحق ، فهو يضيف إليها

(١) Ihering, L'esprit du droit romain, trad. De Meulenaere, t. IV.

No. 71, p. 286.

وانظر في الأخذ بهذا التعريف :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت . فقرة ٢١٢ .

Ihering, op. cit., pp. 322, 323. (٢)

( م ٢٨ - المدخل الى القانون )

عنصرا آخرها هو عنصر الحماية القانونية التي تسبغ على هذه المصلحة ، فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التي يهدف الحق الى تحفيها وادراكها . وبذلك يتوافر عنده عنصران : عنصر جوهري موضوعي يكمن فيه الهدف العملي للحق هو عنصر المصلحة ، وعنصر شكلي يوفر لهذا الهدف وسيلته هو عنصر الدعوى (١) .

تلك هو الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق . وأول ما يؤخذ عليه أنه يعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق ، بينما هي ليست كذلك دائما . فلئن كان الحق يكون مصلحة من المصالح فليس العكس بصحيح . اذ لا تكون دائما كل مصلحة حقا من الحقوق ، فمن المصالح ما لا يرتفع الى مرتبة الحقوق . فمثلا لو تعاقد مستأجر يقطن الطابق العلوي من بناء مع المؤجر على قيام الأخير بانارة السلم وفرشه حتى الطابق العلوي ، فبديهي أن سكان الطوابق السفلى يستفيدون من هذه الانارة وذلك الفرش فتكون لهم بذلك مصلحة ظاهرة فيهما ومع ذلك فواضح أن هذه المصلحة لا تعطيهما أي حق قبل المؤجر في انارة السلم وفرشه ، فلا يتمتع بهذا الحق قبل المؤجر الا مستأجر الطابق العلوي وحده بناء على الاتفاق المبرم بينهما (٢) .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بفرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية حماية للصناعات الوطنية . فغنى عن البيان أن أصحاب هذه الصناعات تكون لهم مصلحة كبيرة في فرض هذه الرسوم لأنها تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائعهم ، ورغم ذلك فليست تعطيهما هذه المصلحة حقا في فرض تلك الرسوم ، كل ما في الأمر أنهم يستفيدون منها اذا فرضت (٣) .

كل ذلك قاطع الدلالة على أن المصلحة لا تصلح معيارا للحق ، فضلا عن أن المصلحة هي الغاية والهدف من الحق ، والمقصود هو التعريف بالحق نفسه

(١) Ihering, op. cit., p. 326.

(٢) Karkounov, Cours de théorie générale du droit, trad. Tchernoff, 2e. éd., 1914, p. 232.

(٣) Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e. éd., 1932, t. I, No. 48, p. 106.

لا التعريف بغايته أو هدفه . فالمصلحة اذن ان كانت تصلح بيانا لهدف الحق ، فهى لا تصلح بيانا أو تعريفا بالحق فى ذاته وجوهره بصرف النظر عن هدفه أو غايته (١) . فكان الاتجاه الموضوعى فى تعريف الحق ، انما بدور فى واقع الامر حول مشكلة هذا التعريف دون أن يحلها .

ويبقى بعد ذلك أن يراعى أن العنصر الثانى الذى يضيفه « اهرنج » الى عنصر المصلحة وهو عنصر الحماية القانونية أو عنصر الدعوى ، ليس فى الواقع عنصرا ثانويا كما يرى . بل هو يكاد يبتلع العنصر الآخر الذى يعتبره العنصر الجوهرى فى الحق وهو المصلحة . ذلك أن المصلحة لا تكون حقا عنده الا اذا حماها القانون وزود صاحبها بدعوى . فكان وجود الدعوى أو عدم وجودها هو الفيصل فى وجود الحق ، وكان الوسيلة اذن تقدم على الغاية وتتحكم فيها ، وذلك ما لا يمكن التسليم به . فليست الدعوى بمميز لوجود الحق ، وانما هى مجرد وسيلة لحمايته . فهى بحسب طبيعتها تالية لشيء الحق ، فكيف يمكن اعتبارها اذن معيار وجوده ؟ . الواقع أن الحق لا يعتبر حقا لأن القانون يحميه بدعوى ، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق (٢) .

والخلاصة أن الاتجاه الموضوعى عاجز عن التعريف بالحق تعريفا يبين مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية . فهو يسلك فى هذا التعريف مسلكا معيبا حين يعرف الحق بأشياء خارجية عن كيانه الذاتى ، كالمصلحة وهى الغرض منه ، والدعوى وهى وسيلة حمايته .

#### ٢٢٩ - الاتجاه المختلط.

هذان هما الاتجاهان الكبيران فى التعريف بالحق . وقد عرضنا بإيجاز لعجز كل منهما وقصوره عن بيان جوهر الحق ومقوماته . من أجل ذلك لم

(١) فى هذا المعنى :

Saleilles, op. cit., pp. 541, 545. — Duguit, op. cit., t. I, No. 26, pp. 284, 286. — Dabin, op. cit., pp. 69, 70.

Dabin, op. cit., p. 69. (٢)

بشأن الفقه الحديث أيا من الاتجاهين ، بل شائع جانب كبير منه اتجاها ثالثا مخضرا ولده من التزاوج بين هذين الاتجاهين ، وهو ما نسميه بالاتجاه المختلط ، بحيث أصبح ينظر الى الحق من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه أو الغرض منه على حد سواء ، فيعرفه بأنه ارادة ومصلحة في آن واحد .

غير أن أنصار هذا الاتجاه المختلط في تعريف الحق ، ان كانوا سواء في الجمع بين الإرادة والمصلحة ، فليسوا سواء في أي العنصرين تكون له الأهمية وتعد له الغلبة . فبعضهم يغلب دور الإرادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه هو القدرة الإرادية المعطاة لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون (١) . والبعض الآخر يغلب دور المصلحة على دور الإرادة ، فيعرف الحق بأنه المصلحة التي يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة ارادية معينة (٢) .

ومهما يكن من أمر ، فهذا الاتجاه المختلط اتجاه غير مقبول كالاتجاهين اللذين تولد منهما . فقد سبق أن قلنا ان الحق لا يفترض وجود قدرة ارادية لدى صاحبه ، وانه ليس هو المنفعة أو المصلحة التي تعود على صاحب الحق من وراء حقه ، فيكون من المنطقي اذن رفض الاتجاه المختلط الذي يقيم تعريف الحق على أساس وجود مصلحة وقدرة ارادية معا لدى صاحب الحق (٣) .

### ٢٣٠ - تحليل الحق وتعريفه

انتهينا الى أن الاتجاهات الثلاثة المتقدمة ليست مقنعة في شأن تعيين جوهر الحق وذاتيته تعيينا محكما يمتنع معه كل اختلاط بين الحق وبين غيره من الأوضاع المتماثلة أو المتشابهة . لذلك نرى أن تسلك في تعريف الحق مسلكا تحليليا نتردد فيه بين عناصره الخاصة به والمميزة له . ولعل أول

(١) Ionescu, thèse précitée, No. 49, p. 94. — Jellinek, cité par Dabin, op. cit., p. 74.

(٢) Michoud, op. cit., t. I, No. 48, p. 107.

(٣) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 90.

إسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ١١ .



ما يشيره اصطلاح « الحق » في الذهن هو فكرة وجود صلة أو رابطة قانونية ، وفكرة اختصاص شخص من الأشخاص على سبيل الاستثناء بمركز قانوني ممتاز . فنتتبع هاتين الفكرتين فيما يلي :

( ١ ) **الرابطة القانونية** : يذهب جمهور الفقهاء الى أن « الرابطة القانونية » ( Le rapport de droit ) ، أى الرابطة التى يحكمها القانون ، لا يتصور وجودها الا بين الأشخاص وحدهم (١) . فليس ثم رابطة قانونية يتصور قيامها بين الأشخاص من ناحية وبين الأشياء من ناحية أخرى . ذلك أن كل رابطة قانونية تفترض حقا من ناحية ، وواجبا أو التزاما من ناحية أخرى وليس من المعقول تكليف الأشياء بواجب معين أو التزام . ومن هنا ، فطبقا لهذا النظر تكون الرابطة القانونية هى تلك الرابطة أو العلاقة التى يحكمها القانون ، والقائمة بين شخصين أو بين طرفين من الأشخاص ، بحيث يكون لأحدهما مطالبة الآخر بأداء معين أى مطالبتة اما بالقيام بعمل واما بالامتناع عن عمل .

وتصوير الرابطة القانونية على هذا النحو المقصور على الأشخاص وحدهم نظر قاصر وغير صحيح (٢) ، بل ويؤدى الى القول بتوافرها فى بعض أنواع الحق دون بعض ، وخاصة فى نوع معين منها هو « الحق الشخصى » أى « حق الدائنية » دون « الحق العينى » . وهذا ما أوقع بعض الفقهاء فى الحرج ودفهم الى التماس التوفيق بين ضرورة وجود أشخاص تقوم بينهم الرابطة القانونية وبين ما هو قائم فى الحق العينى من وجود شخص من ناحية وشئ من ناحية أخرى ، فاحتالوا لذلك بالقول ان ثم رابطة قانونية قائمة بين الأشخاص فى الحق العينى كالحق الشخصى سواء بسواء ، اذ تقوم فيه رابطة

(١) أنظر فى ذلك بصفة خاصة :

Planiol, Traité élémentaire de droit civil, IIe éd., par Ripert, No. 2158 et s.

(٢) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, Cours de droit civil français, 2e. éd., t. IV, Les. biens, 1923, No. 56. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166.

بين الشخص صاحب الحق العيني وبين الناس كافة بمقتضاها يلتزمون بالامتناع عن الاعتداء على حقه . وسنرى من بعد أن هذا التحايل مردود ولا حاجة إليه ، وانما يكفي أن نستخلص من هذا التحايل الصناعي ضرورة العدول عن تصور الرابطة القانونية كرابطة لا تقوم الا بين الأشخاص وحدهم .

والواقع أن تصور الرابطة القانونية كرابطة بين أشخاص فحسب ، لا يصدق - فيما نرى - الا في شأن نوع معين من الروابط القانونية هو « روابط الاقتضاء » (Les rapports d'exigence) ، أى الروابط التى تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالخصوع لهذا الاقتضاء ، ذلك أن هذا النوع من الروابط يفترض وجود واجب أو التزام معين ، ولا يتصور أن يتحمل بالواجب أو الالتزام الا الأشخاص وحدهم .

ولكن ليست الروابط القانونية كلها روابط اقتضاء ، فتم « روابط تسلط » (Les rapports de maîtrise) تخول لشخص معين سلطة على شيء معين . وغنى عن البيان أن هذا النوع من الروابط لا يتصور منطقاً قيامه بين شخص وشخص آخر ، فالتسلط لا يتصور أن يقع على الأشخاص وانما هو يقع على الأشياء وحدها . فعق الملكية مثلا يفترض وجود رابطة قانونية بمعناها كرابطة تسلط لا كرابطة اقتضاء ، لأنه يخول المالك سلطة على الشيء محل الملكية دون أن ينشأ بينه وبين أشخاص معينين رابطة اقتضاء تلزمهم بعمل معين قبله .

ومن هنا ، ينبغى رد الروابط القانونية الى نوعين (١) :

(١) **روابط اقتضاء** ، وهى التى لا تكون الا بين شخص وشخص آخر ، لأنها تفترض الزاما بأداء معين والالزام لا يتصور وقوعه الا على عاتق الأشخاص وحدهم .

(١) راجع فى شأن التمييز بين الروابط القانونية على هذا النحو :

Notre thèse précitée, notamment, pp. 103 - 105.

(٢) روابط تسلط ، وهي التي لا تتصور الا من شخص على شيء ، لأن

التسلط محله الأشياء لا الأشخاص .

فاذا قلنا ان الحق يفترض وجود رابطة قانونية ، قصدنا بذلك اذن أنه يفترض اما وجود رابطة اقتضاء واما وجود رابطة تسلط .

(٢) الاستثناء بما تخوله الرابطة القانونية من اقتضاء أو تسلط :

غير أن فكرة الرابطة القانونية بما تعطيه من اقتضاء أو تسلط ، لا تكفي وحدها للدلالة على ماهية الحق وذاتيته ، وانما ينبغى أن يكون التسلط أو الاقتضاء ثابتا لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الافراد أو الاستثناء أو الاختصاص .

فالحق انما يفترض دائما وجود مركز ممتاز لصاحبه بالنسبة الى الآخرين ، وهو ما لا يتأتى الا بان يكون مضمون الحق - بما يخوله من تسلط أو اقتضاء - في يده يستأثر به وحده دون سائر الناس . ومعنى ذلك أن الحق يقوم على أساس من عدم التساوي بين مراكز الأفراد (١) ، فيختص صاحب الحق بمركز ممتاز ينفرد به دون غيره من الناس (٢) . فالمالك مثلا يستأثر وحده بالتسلط على ملكه ، فلا يكون لأحد غيره من الناس مثل هذا التسلط على نفس هذا الملك . والمقرض كذلك ينفرد وحده دون سائر الناس بقدرة اقتضاء مبلغ القرض من المقرض ، فلا يملك أحد غيره مثل هذه القدرة في شأن نفس القرض .

من كل ذلك ، نخلص بأن الحق يفترض وجود عنصرين أساسيين :

(١) رابطة قانونية ، سواء كانت رابطة تسلط أو رابطة اقتضاء .

(٢) استثناء شخص وانفراده دون سائر الناس بما تخوله الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء .

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 4. (١)

(٢) في هذا المعنى :

René Capitant, Sur la nature des droits naturels, Mélanges Sugiyama, p. 31. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 646. — Notre thèse précitée, p. 94

والبصر بهذين العنصرين في الحق . يتيح التمييز بينه وبين ما قد يختلط به من أوضاع متشابهة كالحريات أو الرخص العامة ، مثل حرية الاعتقاد وحرية الاجتماع وحرية الرواح والمحيى وحرية التعاقد . فكل هذه الحريات أو الرخص العامة تعطى للأفراد سلطات معينة يسبغ القانون عليها حمايته من أى اعتداء يقع عليها . ومن هنا ، شاع الخلط بيننا وبين الحقوق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق حتى أطلق عليها كثير من الفقهاء اسم «الحقوق» . ولكن الفارق بينهما كبير (١) ، بما يوجب التنبيه الى أسسه .

فالحقوق اذ تفترض وجود روابط قانونية ، انما تفترض وجود الأفراد . فى مراكز متفاوتة قبل بعضهم البعض ، فتضع بذلك صاحب الحق فى مركز ممتاز على غيره من الناس بما تخول له من تسلط أو اقتضاء ، وهو ما يستلزم أن يكون له هذا التسلط أو ذلك الاقتضاء على سبيل الاستثناء والانفراد دون سائر الناس .

بينما الحريات أو الرخص العامة على العكس من ذلك ، لا تفترض وجود روابط قانونية بعد بحيث تتفاوت بشأنها المراكز بين الأشخاص ، بل هي تفترض وجود الأشخاص فى نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله من سلطات . ولذلك فهي لا تعرف فكرة الاستثناء أو الانفراد ، بل يتمتع الكافة جميعا بالحريات أو الرخص العامة على قدم المساواة ، دون استثناء واحد منهم أو انفراده بالتمتع بها دون الآخرين . فحرية السير فى الطرق العامة مثلا ، لا تفترض وجود رابطة قانونية ، أى لا تفترض تفاوتات فى مراكز الأفراد بعضهم بالنسبة الى بعض ، بل تفترض وجود الأفراد جميعا فى نفس المركز بالنسبة اليها ، أى فى ذلك المركز العام المشترك من امكان التمتع بها من قبل

(١) انظر فى التفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة :

H. Capitant, Sur l'abus des droits, Revue trimestrielle de droit civil, 1926, p. 372.

وانظر فى أخذ المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى بهذه التفرقة : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠١ .  
ولكن انظر عكس ذلك :

جميل الشرفاوى ، دروس فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ٢٩ .

الجميع تمتعا لا ينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين .

غير أن الحرية أو الرخصة العامة قد تولد أحيانا حقا من الحقوق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق ، وذلك اذا وقع اعتداء عليها من أحد الأفراد ، اذ بمجرد وقوع هذا الاعتداء - وليس قبله - تنشأ رابطة قانونية هي رابطة اقتضاء تعطى للمعتدى على حريته حقا في التعويض قبل المعتدى . فالحرية أو الرخص العامة اذن ليست حقوقا في ذاتها ، ولكنها قد تولد حقوقا حينما تنشأ رابطة قانونية تخول شخصا من الأشخاص تسلطا أو اقتضاء على سبيل الافراد والاستثناء .

فالفارق بين الحقوق وبين الحرية أو الرخص العامة اذن كالفارق بين الطريق الخاص والطريق العام : الأول يكون خاصا بشخص معين يختص به اختصاصا حاجزا مانعا لغيره من الناس ، والثاني لا يكون خاصا بأحد بل يشترك الجميع في استعماله دون استثناء . وسنرى من بعد أن من النتائج التي تترتب على هذه التفرقة أن فكرة التعسف انما ترد في شأن استعمال الحقوق وحدها دون استعمال الحرية أو الرخص العامة ، ففي احكام المسؤولية التقصيرية ما يكفل رقابة هذا الاستعمال الأخير والتعويض عن مخاطره أو أضراره دون حاجة الى فكرة التعسف في شأنه .

وعلى ضوء ما سبق من تحليل للحق وتمييز بينه وبين ما قد يختلط به من الحرية أو الرخص العامة ، نستطيع تعريف الحق اذن بأنه هو تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الافراد والاستثناء التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر (١) .

ويراعى أننا قد أغفلنا في صلب هذا التعريف عنصر الحماية القانونية

(١) راجع في ذلك :

Notre thèse précitée, note (1), p. 105.

وقلن :

Dabin, op. cit., p. 85 et s. — Bonnard, le contrôle juridictionnel de l'administration, Etude de droit administratif comparé, 1934, Nos. 14, 15.

أو الدعوى التى يزود بها الحق . ومرد ذلك الى أننا لا نساير بعض الفقهاء الذين يعتبرون الدعوى من عناصر الحق الجوهرية ومقوماته الداخلية . فالدعوى فى واقع الأمر لا تعدو أن تكون أثرا من آثار وجود الحق واستناده الى القانون ، فهى مجرد وسيلة يصطنعها القانون لحماية الحق مما يفترض أنها تالية فى الوجود لوجود الحق . فلا يتأتى منطقاً ادخالها اذن ضمن عناصر تكوينه الذاتية أو الجوهرية .

فالدعوى اذن أثر من آثار وجود الحق وليست عنصرا من عناصره الجوهرية (١) . ومن هنا ، كان كل حق مزودا بالضرورة بدعوى تؤكده وتحميه ، خلافا لما يراه بعض الفقهاء (٢) من امكان وجود الحق دون وجود الدعوى . فالمثل الذى يضربونه للتدليل على رأيهم من وجود نوع من الالتزام هو « الالتزام الطبيعى » لا يملك الدائن اجبار المدين على الوفاء به الا أن يقوم به المدين طواعية واختيارا فيعتبر وفاؤه صحيحا منتجا لآثاره القانونية ، مثل غير مجد فى هذا الشأن . فهذا الالتزام ليس التزاما قانونيا بالمعنى الصحيح وبالتالي لا يوجد فى مقابلته أى حق للدائن . ومن هنا لم يكن تخلف وجود الدعوى فى يد الدائن لاقتضاء الوفاء بهذا الالتزام دليلا يؤخذ على امكان وجود الحق دون أن يستتبع وجوده قيام دعوى تحميه . فاذا انقضى دين بالتقادم مثلا ، فلا يبقى للدائن بعد ذلك حق فى اقتضاء وفاء المدين ، وبالتالي لا تكون

(١) فى هذا المعنى :

Ionescu, thèse précitée, No. 29, pp. 63 - 66. — Réglade, op. cit., pp. 83, 90. — Notre thèse précitée, p. 89.

شفيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ ، ص ١٥ .  
ولكن اذا كانت الدعوى أثرا من آثار الحق بمعنى أن وجود الحق يستتبع وجود الدعوى ، لا أن العكس ليس صحيحا . فليس فى وجود دعوى من الدعاوى دليل حتمى على وجود حق من الحقوق ( انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «ا» ص ٥٦٩ ) .

(٢) Capitant, op. cit., No. 91. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 188. — Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon 1939, No. 355, p. 318.

بيده دعوى يؤيد بها هذا الاقتضاء ، وتخلف دعواه هنا ليس دليلا على امكان قيام حقه دون دعوى ، وانما هو دليل على تخلف حقه وانقضائه (١) .

### ١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

١٠٠ -

(١) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 98, 99.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ١٤ . - شمس الدين الوكيل ، دروس في النظرية  
المسماة للحق ، ١٩٥٢/١٩٥٣ ، ص ١٦ و ١٧ . - جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ،  
ص ٢٠٦ و ٢٠٧ .

## الفصل الثالث

### انواع الحق

٢٣١ - تعدد أنواع الحق ، وتقسيماته المختلفة (١)

يجرى الفقهاء عند الكلام فى أنواع الحق على تقسيم الحقوق تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر إليها . وليست كل هذه التقسيمات بذات أهمية متساوية . ولذلك اذا كنا سنشير الى أهم هذه التقسيمات المتعددة ، فلكى نستصفى منها من بعد ما يجب لأهميته الوقوف عنده والحوض فيه بشئ من البيان والتفصيل .

(١) فتم تقسيم للحقوق الى « حقوق سياسية » (droits politiques) و « حقوق مدنية » (droits civils) (٢) . ويقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التى تثبت للأفراد باعتبارهم أعضاء فى جماعة سياسية معينة فتخولهم حق المشاركة فى حكم هذه الجماعة ، كحق الترشيح للمجالس النيابية وحق الانتخاب وحق تولى الوظائف العامة . ويقصد بالحقوق المدنية ما يلزم ثبوته للأفراد فى نشاطهم العادى فى الجماعة من حقوق غير ذات صفة سياسية ، وبذلك يضم هذا النوع طائفة كبيرة من الحقوق تختلف فيما بينها ولكن يجمعها انتفاء الصفة السياسية .

وليس لمثل هذا التقسيم أهمية كبيرة . اذ تنحصر أهميته فى أن الحقوق السياسية - كأصل عام - حقوق قاصرة على الوطنيين وحدهم دون الأجانب بالنظر الى ما تخوله من حقوق المساهمة والمشاركة فى حكم الدولة ، بينما تثبت الحقوق المدنية فى الأصل لكل فرد أو شخص دون اعتبار لجنسيته بوصفها لازمة له فى نشاطه فى الحياة الاجتماعية (٣) .

(١) راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٧١ - ٥٧٧ .

(٢) أنظر فى ذلك :

Capitant, op. cit., No. 76.

(٣) ولكن يمكن أن ترد استثناءات على هذا الأصل أو ذلك .



(٢) وقريب من هذا التقسيم تقسيم الحقوق الى « حقوق عامة » (droits publics) و « حقوق خاصة » (droits privés) . ويقصد بالحقوق العامة تلك الحقوق التي يحكمها القانون العام نظرا لتعلقها بحق السيادة في الجماعة . أما الحقوق الخاصة ، فهي التي يحكمها القانون الخاص نظرا لعدم تعلقها بحق السيادة في الجماعة وقيامها بين الأشخاص بوصفهم أشخاصا عاديين . غير أن هذا التقسيم ليس الا ترديدا لتقسيم القانون الى عام وخاص على التفصيل السابق بيانه ، فهو لا يضيف جديدا (١) يجعلنا نتوقف عنده .

(٣) وكذلك يجرى بعض الفقهاء على تقسيم الحقوق الى « حقوق حالية » (droits actuels) من ناحية ، والى « حقوق مؤجلة أو مستقبلة » (droits futurs) و « حقوق شرطية » (droits conditionnels) و « حقوق احتمالية » (droits éventuels) من ناحية أخرى . ولكن ليس هذا التقسيم بالذي يجب التوقف عنده . فهو يقوم على أساس وجود الحق وهل هو يقيني حال أم غير ذلك ، ولهذا تنحصر أهميته في فترة الشك من أمر هذا الوجود : فإذا انحسم هذا الشك باثبات الوجود ، لم يعد ثم ما يفرق هذه الحقوق عن بقية الحقوق ، أما اذا انحسم بنفي هذا الوجود ، فلا نكون حينئذ بصدد حق من الحقوق (٢) .

(٤) وثم تقسيم آخر للحقوق يقول به بعض الفقهاء ، هو تقسيمها الى « حقوق مقيدة أو مراقبة » (droits contrôlés) و « حقوق مطلقة أو تقديرية » (droits discrétionnaires) (٣) ، حيث يخضع استعمال الأولى لتعقيب القضاء ورقابته ، بينما يترك استعمال الثانية لمحض تقدير أصحابها دون

(١) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 143.

(٢) انظر في نقد هذا التقسيم كذلك :

Dabin, Le droit subjectif, 1952, pp. 165, 166.

(٣) انظر في ذلك بصفة خاصة :

Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Revue trimestrielle de droit civil, 1944, pp. 1 - 19.

رقابة عليهم في ذلك . وسنرى أن هذا التقسيم وهمي ، وأن الحقوق جميعا من هذا الوجه مقيدة الاستعمال تخضع في ذلك لرقابة القضاء وتعقيبه على ما سنبينه من بعد في « نظرية التعسف في استعمال الحق » .

(٥) وهناك طائفة من الحقوق تحظى باهتمام الفقهاء هي « حقوق الأسرة » (droits de famille) التي تقوم بين أعضاء الأسرة بعضهم قبل البعض ، وتبت لكل منهم باعتبار مركزه في الأسرة . ومن أمثلة هذه الحقوق سلطة الأب أو حقه في تأديب أولاده وتعليمهم ، وسلطة الزوج على زوجته وحقه عليا في طاعته .

ويراعى أن حقوق الأسرة تتميز في مجموعها عن بقية الحقوق بأنها لا تخول لأصحابها سلطات فحسب بل تضاع على عاتقهم واجبات كذلك في نفس الوقت (١) فالأب مثلا إذ تكون له سلطة تأديب أولاده ، فعليه كذلك واجب هذا التأديب . والزوج إذ يكون له حق الطاعة على زوجته ، فعليه كذلك واجب ايوانها والانفاق عليها . ومرد هذه الحصيصة في حقوق الأسرة وسلطاتها الى أن هذه الحقوق والسلطات لا تمنح لأصحابها لتحقيق مصلحتهم الخاصة ، وإنما تمنح لهم أساسا لتحقيق مصلحة الأسرة كلها ومصلحة الحاضرين من هذه الأسرة لهذه الحقوق وتلك السلطات .

والأصل أن حقوق الأسرة غير مالية فلا يملك أصحابها التعامل عليها بالتصرف فيها أو النزول عنها ، ولا يملك الدائنون توقيع الحجر عليها ولا تنتقل بالموت الى وريثة أصحابها . غير أن ثم حقوقا مالية تنشأ للأفراد نتيجة مراكزهم في الأسرة وعلاقات القرابة التي تربطهم بغيرهم ، كحق الارث وحق النفقة ، ولكن مثل هذه الحقوق تعتبر حقوقا مالية خالصة فتخرج عن نطاق حقوق الأسرة (٢) .

(٦) غير أن التقسيم التقليدي الذي جرى عليه أغلب الفقهاء واتبعته

(١) Capitant, op. cit., No. 90.

(٢) Capitant, Ibid.

أكثر التقنيات ، هو تسميم الحقوق الـ « حقوق مالية » (droits pécuniaires) ou patrimoniaux) و « حقوق غير مالية » (droits extra-patrimoniaux) وهذا التقسيم له فائدة غير منكرة في تأصيل التفرقة بين طائفتين كبيرتين من الحقوق ، تبعا لتوافر أو تخلف القيمة المالية فيها وما يستتبعه ذلك من آثار مختلفة ، أهمها دخول الحقوق المالية وحدها في الذمة المالية مكونة جانبها الايجابى ، وقابليتها بالتالى - على خلاف الحقوق غير المالية - للتصرف والحجز والتقادم والارث .

ولكن فائدة هذا التقسيم ، لا تحجب عدم قطعه ودفته (١) . فمن الحقوق غير المالية ما يستتبع آثارا مالية ، كحق البنوة يستتبع الارث ، وحق الطلاق يستتبع حق النفقة . وكذلك فالاعتداء على الحقوق غير المالية لا يلبث أن يولد حقوقا مالية بالتعويض . هذا فضلا عن أن بعض الحقوق يسمى ردها الى طائفة الحقوق المالية وحدها ، نظرا لما لها من طبيعة مزدوجة مالية ومعنوية على السواء ، كالحق الذهني أو حق المؤلف الذى يعطى صاحبه حقا معنويا فى الأبوة على خلقه الفكرى وكذلك حقا ماليا فى احتكار استقلاله .

(٧) ولذلك يتجه بعض الفقهاء المحدثين (٢) نحو تقسيم آخر يقيمونه على أساس المحل ، نظرا لما للمحل من أثر كبير فى تحديد مضمون الحق وتنويع سلطاته ، فيقسمون الحقوق على هذا الأساس الى « حقوق الشخصية » (Les droits de la personnalité) و « الحقوق العينية » (Les droits réels) و « الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية » (Les droits personnels) ou de créance) و « الحقوق الذهنية » (Les droits intellectuels) وربط هذا التقسيم بالتقسيم السابق عليه يظهر أن حقوق الشخصية من طائفة الحقوق غير المالية ، وأن الحقوق العينية وحقوق الدائنية من طائفة

(١) انظر فى ذلك :

Marty et Raynaud, t. I, No. 144. — Mazeaud, t. I, No. 158.

Dabin, pp. 167 et s. — Marty et Raynaud, No. 145. (٢)

الحقوق المالية ، بينما ترد الحقوق الذهنية الى الطائفتين معا في نفس الوقت . فنعرض لكل من هذه النماذج في مبحث على حدة .

### المبحث الأول

#### حقوق الشخصية (١)

Droits de la personnalité

#### ٢٢٢ - التصوير السائد لحقوق الشخصية

الذي يذهب جمهور الفقهاء المحدثين الى الاعتراف بكيان مستقل لطائفة معينة من الحقوق يطلقون عليها اسم « حقوق الشخصية » ، ويقصدون بها الدلالة على تلك الحقوق التي تنصب على مقومات وعناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة ، بحيث تعبر عما للشخص من سلطات مختلفة واردة على هذه المقومات وتلك العناصر بقصد تنمية هذه الشخصية وحمايتها أساسا من اعتداء الأفراد أو الأشخاص الآخرين (٢) . وإذا أطرنا جانبا حقوق الأسرة نظرا للخلاف حول دخولها أو عدم دخولها ضمن حقوق الشخصية ، نجد الاتفاق قائما بين جمهور الفقهاء على رد حقوق الشخصية بمعناها الدقيق الى فرعين أولين يعكسان وجهي الشخصية وما تركز عليه من مقومات مادية ومعنوية على السواء ، والى فرع ثالث يتعلق بنشاط الشخصية ذاتها وما يستتبعه من حماية .

(١) راجع في ذلك خاصة :

Perreau, Des droits de la personnalité, Revue trimestrielle de droit civil, 1909, pp. 501 - 536. — Regamey, La protection de la personnalité en droit civil, thèse, Lausanne, 1929. — Nersan, thèse précitée

عبد الحى حجازى ، نظرية الحق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، ص ٢٤ - ٤٦ - وكتابتها سالف الذكر ، ص ٥٧٨ - ٥٩٧ .

(٢) أنظر في التمييز من هذا الوجه بين حقوق الشخصية وحقوق الانسان . كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٧٨ - ٥٨١ .

## (١) الحقوق الواردة على القومات المادية للشخصية :

نجد في طبيعة هذه الحقوق الحق في الحياة (droit à la vie) والحق في السلامة البدنية أو الجسمية (droit à l'intégrité physique) . فلكل شخص حق يرد على جسمه يخول له حماية هذا الجسم بأعضائه المختلفة من أى اعتداء يقع عليه . ومقتضى هذا الحق امتناع كل شخص عن المساس أو الاعتداء على جسم غيره بضرب أو جرح . ولذلك فالأصل أن الجراح يمتنع عليه اجراء جراحة للمريض الا بعد الحصول على موافقته (١) ، وأن الشخص لا يمكن إجباره على الخضوع لتجارب أو تحاليل طبية أو علمية لا يأذن بها . غير أن هذا الاصل ليس بالمطلق ، ففي الأحوال التى يستحيل فيها الحصول على اذن المريض أو أقربائه القريبين ويكون الاقدام على جراحته أمرا ضروريا وعاجلا لا يحتمل التأخير ، يبدو أن للطبيب الاقدام على الجراحة رغم تخلف اذن صاحب الشأن (٢) . وقد ترغم القوانين واللوائح الأشخاص - فى أحوال معينة - على الخضوع لفحوص طبية أو تحاليل معينة ، أو على تحمل تطعيم أو علاج وقائى معين ضد بعض الأمراض أو الأوبئة . بل وقد يتولى القضاء نفسه - فى صدد خصومة مطروحة أمامه - اخضاع أحد المحصوم لفحص طبي أو تحليل علمى معين ، ولكن يكون لهذا المحصم أن يرفض الخضوع لذلك فيتحمل حينئذ عواقب هذا الرفض ، اذ قد يستخلص القاضى من رفضه - مع انعدام أو قلة مخاطر الفحص أو التحليل المتطلب - قرينة قضائية تعزز دعوى خصمه .

وإذا كان حق الشخص على جسمه يحميه من اعتداء الغير عليه أو يجنبه تدخل الغير الماس بأعضائه دون رضاه ، فليس معنى ذلك أن للشخص - بمقتضى هذا الحق - سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف يشاء . ولذلك تنحو بعض التقنيات الحديثة ويؤيدها الفقه فى ذلك (٣) ، نحو الحد من مثل هذه السلطة المطلقة - كقالة لاحترام الانسان فيما له من كيان مادي -

Mazeaud, t. I, No. 629. — Marty et Raynaud, Nos. 232, 481. (١)

Mazeaud, t. I, No. 629, p. 631. (٢)

(٣) عبد الحى حجازى ، ص ٢٨ و ٢٩ - اسماعيل غانم ، ص ٢٠ و ٢١ .  
( م ٢٩ - المدخل الى القانون )

بتحريم تصرف الشخص في جسمه أو في جزء منه (١) تصرفا قانونيا حالا منجزا الا اذا كان مثل هذا التصرف لا يضر خطرا على حياته أو على استمرار سلامة واكتمال كيانه المادى . ولذلك يعتبر صحيحا تصرف الشخص في بعض دمه بالهبه أو البيع (٢) .

والأصل أن حق الشخص على جسمه يظل قائما وثابتا له طوال حياته بحيث ينقضى بوفاته . ولكن مراعاة الكرامة الانسانية الواجبة للجسم في حال الحياة وفي حال الموت على السواء ، تجوز الخروج على هذا الأصل باعطاء الشخص الحق في تحديد مصير جثته بعد موته ، بشرط ألا يخالف هذا التحديد أحكام القوانين واللوائح أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب . ففي هذه الحدود ، يملك الشخص أن يوصى بجثته أو بجزء منها لمعهد أبحاث علمية أو طبية لاجراء تجارب عليها ، أو يوصى بعينيها لبنك من بنوك العيون (٣) ، أو يوصى بنقل عضو من أعضائه بعد وفاته الى جسم من يحتاجه من المرضى (٤) .

### (٢) الحقوق الواردة على المقومات المعنوية للشخصية :

اذا كانت الشخصية تستوى على مقومات مادية هي الكيان أو الجسم المادى للفرد فهي تستوى كذلك على مقومات معنوية كالشرف والاعتبار والكرامة والسمعة والمعتقدات والأفكار والمشاعر . فهذه المقومات عناصر أساسية للشخصية لا تقوم بدونها . ولذلك ، فحماية للشخصية ، يرى

(١) واضح ان ما ينصل عن جسم الانسان من أجزاء أو أعضاء يصبح التصرف فيه بعد انفصاله ، اذ بالاتصال يصبح العضو أو الجزء محل التصرف شيئا داخلا في دائرة التعامل . (في هذا المعنى : عبد الحى حجازى ، ص ٣٩ و ٤٠ . - اسماعيل غانم ، ص ٢١ ) .

(٢) في هذا المعنى :

Mazeaud, t. I, No. 645, p. 688.

عبد الحى حجازى ، ص ٣٩ . - اسماعيل غانم ، ص ٢٠ .

(٣) انظر في ذلك :

Mazeaud, t. I, No. 631. — Marty et Raynaud, t. I, No. 382.

عبد الحى حجازى ، ص ٤٠ و ٤١ .

(٤) أجريت أخيرا جراحات لنقل وزراعة القلب والكلى ، ونجح بعضها .

جمهور الفقهاء وجوب الاعتراف للأفراد على هذه القومات بحقوق معينة تؤمنهم عليها وتكون سندهم في دفع ما يقع عليها من اعتداء وفي التعويض عن أضراره .

١ - للفرد حق **حق قى الشرف** (droit à l'honneur) (١) ، يكفل له الاحترام الواجب للشخصية ولاعتبارها وكرامتها وسمعتها بحيث يمنع على الآخرين المساس بشخصيته من تواحي هذا الاعتبار المعنوي ، والا كان للمعتدى على شرفه الحق في المطالبة برفع الاعتداء وبالتعويض عما لحقه من أضرار بل ان معظم القوانين ترى في الاعتداء على الشرف الشخصي اعتداء على الجماعة نفسها ، ولذلك لا تكفى بالجزاء المدنية بل تأخذ المعتدى كذلك بشروط معينة - بجزاءات جنائية .

٢ - ولل فرد كذلك **الحق في السرية** (droit au secret) (٢) ، لتظل أسرار حياته الخاصة محجوبة عن العلانية مصونة عن التدخل والاستطلاع ، فيمنع على الغير افشاء أسرار شخص دون اذنه أو موافقته ، وخاصة اذا كان اطلع على هذه الأسرار بحكم وظيفته أو مهنته كطبيب أو محام أو بحكم صلته بزوج ، الا في الأحوال التي يوجب أو يرخص القانون فيها بذلك . بل ويكفل القانون حماية السرية بالعقاب جنائيا على افشاء أصحاب المهن لما ائتمنوا عليه من أسرار . ويتفرع عن الحق في السرية بوجه عام حق الشخص في سرية مراسلاته واتصالاته التليفونية بوجه خاص .

٣ - ولل فرد كذلك **حق في الاسم** (droit au nom) يكفل له تمييز شخصيته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فيمنع على غيره انتحال اسمه أو المنازعة فيه . وسوف نعرض لهذا الحق بالتفصيل من بعد .

٤ - واذا كان للفرد - على ما رأينا - حق على كيانه وجسمه المادى يكفل

(١) راجع في تفصيل ذلك خاصة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 95 - 109.

(٢) راجع في تفصيل ذلك :

Nerson, thèse précitée, Nos. 82 - 94.

السلامة المادية لشخصيته ، فان السلامة المعنوية (L'intégrité morale) للشخصية تقتضى الاعتراف للفرد بحق على الهيئة أو الصورة (droit à l'image) التي تعكس كيانه المادى وتعتبر مظهر شخصيته .  
ولذلك فالأصل هو امتناع عرض أو نشر صورة شخص دون اذن منه ، الا فى حالات استثنائية ، كأن يتم ذلك بمناسبة حوادث وقعت علنا أو كانت تتعلق برجال رسميين أو لهم صفة عامة (١) .

٥ - ومن حقوق الشخصية الواردة على المقومات المعنوية كذلك حق الشخص على ما يبتكره من أفكار وهو ما يعرف باسم الحق المعنوى الذهنى أو « الحق المعنوى للمؤلف » (Le droit moral de l'auteur) .

فأفكار الشخص هي من صنعه وخلقه ، ولذلك تعتبر آثاره الفكرية هي شخصيته نفسها من الناحية الذهنية أو الفكرية ، ويكون حقه فى أبوة هذه الآثار حقا من حقوق الشخصية ، يظل لاصقا بشخصيته لا يفصل عنها حتى ولو تنازل عن احتكار استقلالها ماليا الى غيره . وهذا الحق المعنوى يخول صاحبه ، كما سنرى ، سلطة تقرير نشر أثره الفكرى أو عدم نشره ، وحق نسبته اليه وحماية هذه النسبة من ادعاء الغير ، وسلطة تعديله وتغييره ، بل وسلطة سحبه من التداول والنشر .

### (٣) الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية :

لابد للشخصية ، حتى تنشط وتؤدي دورها فى الحياة ، من حرية القيام بأعمال معينة أو الامتناع عن القيام بها . ولذلك تجب حماية الشخصية فيما يتعلق بهذا النشاط عن طريق كفالة الحريات العديدة اللازمة لذلك ، مثل حرية التنقل والذهاب والمجيء ، وحرية التفكير وحرية اختيار العمل ، وحرية التجارة ، وحرية التعاقد ، وحرية الزواج وما الى ذلك . . . فلأفراد حق فى هذه الحريات العديدة وأمثالها ، نظرا للزومها للشخصية من حيث تأمين وظيفتها ونشاطها . واعتداء الغير على هذا الحق بالتدخل فى هذه

(١) انظر فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «١» و «٢» ص ٥٨٧ .

(٢) انظر فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «١» و «٢» ص ٥٨٧ .



الحريات ، يخول للمعتدى عليه المطالبة برفعه ووقفه والتعويض عن  
أضراره .

### ٢٢٢ - نقد التصوير السائد ، والمحد من نطاق حقوق الشخصية

تلك هي حقوق الشخصية ونطاقها في التصوير السائد في الفقه الحديث  
لها . غير أن هذا التصوير محل نظر من أكثر من ناحية كما سنرى . وهو  
يؤدى كذلك الى توسيع نطاق هذه الطائفة من الحقوق توسعة مصطنعة  
ليس لها من مبرر الا مجرد التجوز في التعبير والترخص في اغداق اصطلاح  
« الحق » دون تمييز أو تثبت من توافر مدلوله الدقيق . ويكشف عن أمر هذه  
التوسعة المصطنعة لنطاق هذه الطائفة من الحقوق أن هذه الحقوق ما تزال -  
حتى في نظر الداعين لها - مفتقرة الى كثير من التحديد والتماسك .

وقد أحسن المشرع المصرى - على نحو ما يفعل بعض المشرعين الحديثين -  
كالمشرع السويسرى - بالاحجام عن مسايرة الفقه السائد في تعديد حقوق  
الشخصية على النحو السالف ذكره اكتفاء بالإشارة الى حماية هذه الحقوق  
بصفة عامة (١) بنصه على أن « كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق  
من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما  
يكون قد لحقه من ضرر » ( م ٥٠ مدنى ) .

والواقع أننا اذا أمعنا النظر فى قائمة الحقوق التى يقدمها الفقهاء لطائفة  
حقوق الشخصية ، لم نجد منها ما يصدق عليه وصف الحق بالمعنى الدقيق .  
الا العدد القليل .

فال حقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية ليست أصلا حقوقا بالمعنى  
الدقيق ، اذ هى بذاتها الحريات أو الرخص العامة التى تثبت للناس كافة  
دون أن يختص بها بعض منهم على سبيل الاستثناء والاتفراد ، والتى سبق أن

(١) وهذه الحماية العامة يؤكدتها صفة خاصة فى صدد حق من حقوق الشخصية هو  
حق الاسم ( م ٥١ مدنى ) كما سترد الإشارة من بعد .

ميزنا بينها وبين الحقوق (١) . ولذلك يجب استبعادها من نطاق حقوق الشخصية .

وأما الحقوق الواردة على المقومات المادية والمعنوية للشخصية ، فأقلها هو الذي يصدق عليه وصف « الحق » بالمعنى الدقيق فيصح اعتباره بالتالي ضمن طائفة حقوق الشخصية ، أما أغلبها فيفتقد هذا الوصف بحيث يجب استبعاده من نطاق هذه الطائفة . ذلك أن الحق يفترض شخصا يكون صاحبه ومحلا يقع عليه ، وبديهي وجوب انفصال المحل عن الشخص أو صاحب ، إذ لا يتصور أن يكون الشخص صاحبا للحق ومحلا له في نفس الوقت . وأكثر الحقوق التي يقال بورودها على المقومات المادية والمعنوية للشخصية إنما يرد على الشخص ذاته لا على محل خارجي عنه (٢) ، ولذلك لا يحل اعتبارها من قبيل الحقوق ولا ادخالها بالتالي ضمن « حقوق الشخصية » . أما حيث يوجد من مقومات الشخصية ما له كيان خارجي قائم بذاته متميز عن كيان الشخص ، فلا حرج حينئذ من اعتبار المكنت والسلطات المخولة للفرد عليه من قبيل الحقوق . ولذلك ينبغي اعتبار الحق في الاسم حقا بالمعنى الصحيح ، لأنه يرد على شيء له كيان خارجي قائم بذاته رغم اتصاله الوثيق بالشخص . وكذلك الحق المعنوي للمؤلف حق بالمعنى الصحيح لأنه يرد على أثر فكري قد أصبح له كيان مستقل منذ أن خرج عن شخص مبتكره بالتعبير وإن كانت الصلة بينهما تظل قائمة ووثيقة . ومن هنا يكون صحيحا اعتبار هذين الحقين من حقوق الشخصية .

وإذا كنا ننكر صفة الحقوق على الكثرة الغالبة مما يسميه جمهور الفقهاء

(١) أنظر سابقا ، ص ٤٤٠ و ٤٤١ .

وأنظر كذلك في هذا المعنى :

Capitant, Sur l'abus des droits, Rev. trim. de droit civil, 1928, pp. 371 - 374. — Notre thèse précitée, ppp. 93 - 105.

Notre thèse précitée, p. 91 : (٢) في هذا المعنى :

وقارن مع ذلك فيما يقال من تبريرات لنفي هذا المعنى :  
Edmond Picrad, Le droit pur, Nos. 37, 41, 42. — Dabin, op. cit., p. 169..

وأنظر في مناقشة هذه التبريرات : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٥٩١ .

بحقوق الشخصية ، فليس معنى ذلك أننا نذر القيم والمصالح التي تمثلها دون حماية كما يظن البعض (١) . فليس ينكر أحد ضرورة حماية مصلحة الفرد في سلامة جسمه أو شرفه أو سرية حياته ومراسلاته أو حرية نشاطه ، وإنما ليس يحتم أن تكون وسيلة الحماية هي اصطناع حق يفقد مقومات الحقوق . للحماية مكفولة ميسورة بوسائل أخرى توافق الواقع ولا تناقضه مثل هذه المناقضة الظاهرة ، إذ في فكرة المسؤولية التقصيرية غناء عن غناء التحايل على اصطناع وتأصيل مثل هذه الحقوق المزعومة (٢) .

والواقع أن الكثرة الغالبة من حقوق الشخصية التي ننكر عليها وصف الحق بالمعنى الدقيق لا وجود لها قبل وقوع اعتداء عليها . فطالما لم يقع اعتداء على الجسم أو الشرف أو السمعة أو السرية أو الحرية ، لا يوجد بعد حق في سلامة الجسم أو في الشرف أو في السرية أو في الحرية . وإنما ينشأ ، بعد الاعتداء على هذه القيم والمصالح ، حق للمعتدى عليه في حمايتها واصلاح أضرار الاعتداء عليها . وهذا الحق إنما مصدره فعل الاعتداء غير المشروع ومسئولية المعتدى عن خطئه المتمثل في هذا الاعتداء (٣) . ذلك أن الرابطة القانونية - وهي قوام الحق كما رأينا - لا تنشأ قبل هذا الاعتداء (٤) ، لأنه ليس للشخص تسلط على نفسه كما يتسلط على الأشياء أو حق بعد في اقتضاء أداء معين من شخص معين من الأشخاص (٥) . فكان هذه الحقوق المزعومة اذن في سلامة الجسم أو الشرف أو السرية أو الحرية

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 653.

(٢) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٩٣ .

(٣) في هذا المعنى :

Nerson, thèse précitée, No. 174. — Roubier, préface à la thèse précitée de M. Nerson. — Notre thèse précitée, pp. 91, 92.

(٤) في هذا المعنى :

Notre thèse précitée, pp. 115, 116.

(٥) وليس صحيحا القول بأن للشخص حقا في اقتضاء امتناع الكافة عن الاعتداء على سلامة جسمه أو شرفه أو سره أو حرته ، إذ لا يقع على الكافة - كما سنرى - التزام بالمعنى الدقيق حتى يقابله حق واقتضاء صحيح .

ليست الا حقوقا في اصلاح او تعويض الضرر الواقع على الشخص في مقوماته  
المادية او المعنوية او في حرياته .

### ٢٣٤ - خصائص حقوق الشخصية (١)

اذا كانت انفة الضئيلة من طائفة حقوق الشخصية كما يعدها الفقه  
السائد هي وحدها التي يصدق اعتبارها وتسميتها باسم الحقوق ، فيكون  
لجمعها رغم ذلك - بين أنواع الحق - في طائفة مستقلة تعرف باسم « حقوق  
الشخصية » ما يبرره من تميزها بخصائص ذاتية لا تشاركها فيها بقية  
طوائف الحقوق .

فمن الواضح أن حقوق الشخصية حقوق لا تنفك ملازمة ولصيقة  
بالشخص ، وهو ما يستطیع اثباتها لصاحب معين لا تغيره (٢) بحيث تنقضي  
بموته وانقضاء شخصيته فلا تنتقل من بعد موته باليراث الى وراثته . وهذه  
الحقوق - نظرا لالتصاقها بالشخصية - تكتسب نفس صفاتها ، فتكون حقوقا  
غير مالية أي لا تقوم بمال . وبذلك تعتبر هذه الحقوق خارجة عن دائرة  
التعامل ، فتكون غير قابلة للتصرف أو الحجز عليها ، وتكون غير قابلة  
للسقوط أو الاكتساب بالتقادم . وعلى ذلك ، فالاسم ان كان القانون يثبتها  
في حياة الأب لأولاده ، فهو لا ينتقل الى الورثة بوفاته ، وهو كذلك لا يقبل  
التصرف أو التنازل ، ولا يسقط مهما طال مدة اهماله وعدم استعماله ،  
والحق المعنوي للمؤلف يظل له وحده حتى ولو نزل عن احتكار استغلاله ،  
وكل تصرف منه فيه يستتبع بطلانه .

ولكن يجب عدم المبالغة في مدى هذه الخصائص ، فهي ليست على النحو  
من الاطلاق الذي قد يظن بها .

فحقوق الشخصية ، ان كانت حقوقا غير مالية ، الا أنها قد تستتبع

(١) راجع في تفصيل ذلك خاصة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 180 - 208.

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 643. (٢)

آثاراً مالية ، إذ أن الاعتداء عليها يولد لأصحابها حقاً مالياً في التعويض ، كما سنرى . ولذلك يكون لكل من انتحل الغير اسمه دون حق أو نازعه في استعماله بلا مبرر أن يطالب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . ويكون للمؤلف أن يطالب بوقف تدخل الغير أو اعتدائه على ما يخوله له حقه المعنوي من سلطات معينة على مصنّفه أو أثره الفكري ، وبالتعويض عما يلحقه به هذا التدخل أو الاعتداء من ضرر .

ويبدو من ذلك أن الاعتراف بوصف الحق بالمعنى الدقيق لبعض حقوق الشخصية كما في هذه الحالات ، يخول صاحبه - فضلاً عن المطالبة بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية حيث تتوافر شرائطها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية - المطالبة كذلك بوقف الاعتداء على حقه دون توقف على إثبات ترتب ضرر على هذا الاعتداء . ويجب أن لا يفهم من ذلك أن صاحب الحق يملك مثل هذه المطالبة دون مصلحة له فيها ، فلكل صاحب حق - والحق اختصاص واستثناء - مصلحة ولو معنوية قائمة دائماً وظاهرة في منع الغير من مشاركته في سلطات حقه أو التدخل فيها أو الاعتداء عليها ، وخاصة إذا كان الحق من حقوق الشخصية أو لصيقاً بها . ولذلك فحيث يعتدى على حق من الحقوق - وخاصة إذا كان من حقوق الشخصية - فإن الاعتداء يتضمن في ذاته حتماً معنى الضرر دون حاجة إلى إثباته ، ويولد المصلحة لصاحب الحق في المطالبة برد الاعتداء وإيقافه (١) .

وكذلك إذا كان الأصل أن حقوق الشخصية غير قابلة للتعامل أو التصرف ، إلا أنه خروجاً على ذلك يمكن تجويز وتصحيح بعض الاتفاقات في شأن هذه الحقوق ما دامت مبنية على اعتبارات جدية ومحققة لأغراض نافعة دون مخالفة للقانون أو النظام العام والآداب . ومن قبيل ما يعتبر صحيحاً من هذه الاتفاقات : ترخيص الشخص في استعمال الغير لاسمه كاسم مستعار أدبي ، أو اذن الشخص لكاتب أو روائي في إطلاق اسمه على بعض أشخاص

(١) قرب من ذلك :

رواياته أو مسرحياته ، أو اذن الشخص في استعمال اسمه كاسم تجارى ، أو ترخيص فنان مشهور في اعطاء بعض المنتجات الصناعية اسمه على سبيل الدعاية والاعلان (١) . وكذلك يعتبر صحيحا في فرنسا - حيث تسمى الزوجة بلقب زوجها - ترخيص الزوج بعد الطلاق لزوجته السابقة في التسمية بلقبه واستعماله (٢) .

وإذا كانت حقوق الشخصية غير قابلة في الأصل كذلك للاكتساب أو السقوط بالتقادم ، فقد يكون لمضى المدة - استثناء - شأن في تأكيد اكتساب بعض هذه الحقوق وحمايتها . ومن قبيل ذلك أن القضاء الفرنسى يدخل في اعتباره استتالة استعمال اسم أدبى مستعار مدة طويلة لتأكيد وحماية صاحبه في استعماله ، بحيث لا يحل لشخص يطابق اسمه الحقيقى هذا الاسم المستعار المطالبة بتحريم استعماله على صاحبه بعد امتداد استعماله له هذه المدة الطويلة (٣) .

وإذا كانت حقوق الشخصية لا تنتقل بالوفاة الى الورثة ، فاستثناء من ذلك يخلف ورثة المؤلف مورثهم في بعض سلطات حقه المعنوى ، كقالة لذكراه وحماية لآثاره (٤) .

(١) Nerson, thèse précitée, No. 185, pp. 401, 402. — Perreau, (١) article précité, p. 518.

(٢) Marty et Raynaud, op cit., t. I, No. 966, p. 1180.

(٣) Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 558, 564, et pp. 551, 552.

(٤) Nerson, thèse précitée, No. 200. — Mazeaud, op. cit., t. I, (٤) No. 669.

## المبحث الثاني

### الحقوق العينية والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية (١)

#### ٢٣٥ - تمهيد

إذا كانت « حقوق الشخصية » التي فرغنا من عرضها حقوقا غير مالية ، فإلى جوارها توجد حقوق مالية خالصة تضم « الحق العيني » و « الحق الشخصي أو حق الدائنية » . وقد آثرنا دراسة الحقين معا في مبحث واحد ، نظرا لأن أمر التفرقة بينهما كان محلا للجدل كبير في الفقه . فنعرض لكل من هذين الحقين على التوالي ، ثم نعرض لمناقشة أساس التفرقة بينهما ووجوبها بما يتفرع عليها من آثار .

#### المطلب الأول

##### الحق العيني

Le droit réel

#### ٢٣٦ - تعريف الحق العيني ، وأنواعه

التعريف السائد في الفقه منذ قديم للحق العيني هو انه يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء مادي (٢) ، بحيث توجد صلة مباشرة بين الشيء وصاحب الحق ، فلا يحتاج في سبيل اعمال حقه والتمتع بسلطاته على الشيء الى تدخل من جانب شخص آخر . فقوم الحق العيني اذن وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق وبين محله ، وهذه الصلة المباشرة أمر طبيعي

(١) راجع في ذلك خاصة :

Rigaud, Le droit réel, thèse, Toulouse, 1912 — Derruppé, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, thèse, Toulouse, 1952. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 97, 98, 111, 131. — Notre thèse précitée, pp. 95-105.

(٢) ولذلك سنرى أن الحق الذهني ليس حقا عينيا ، لأنه حق يرد على شيء غير مادي .

( أنظر لاحقا ، المبحث الثالث من هذا الفصل ) .

ما دام المحل شيئا لا ارادة له بحيث يخضع لارادات الأفراد وتسلبهم دون اختيار . ولذلك سبق أن أشرنا الى أن الحق العيني يفترض وجود « رابطة تسلط » لا « رابطة اقتضاء » ، لأن صاحب الحق لا يتصور أن يطالب الشيء بعمل أو يقتضى منه أداء ، وإنما يخضعه مباشرة لسلطانه وتصرفه .

وإذا كانت الحقوق العينية تشترك كلها فى تخويل أصحابها سلطات مباشرة على شيء مادى فإنها تنقسم مع ذلك الى نوعين كبيرين : « الحقوق العينية الأصلية » (Les droits réels principaux) و « الحقوق العينية التبعية » (Les droits réels accessoires) . ولا يعنى وصف الأولى بالأصلية والثانية بالتبعية ، أن الثانية تتبع الأولى وترتكز عليها . وإنما تعتبر الثانية تبعية ، لأنها تتبع حقا من الحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وتستند فى وجودها اليه ، بقصد ضمان الوفاء به وتأمين اقتضاء صاحبه له . ولذلك فإذا وصفت الأولى بأنها أصلية ، فما ذلك الا لتفرقتها عن هذه الثانية التبعية ، وللدلالة على أنها تقوم بنفسها استقلالاً دون استناد الى أى حق آخر وعلى أنها مقصودة لذاتها لا لضمان الوفاء بمثل هذا الحق .

### ٢٣٧ - الحقوق العينية الأصلية

قلنا ان الحقوق العينية الأصلية هى تلك الحقوق العينية المستقلة التى لا تتبع حقا آخر أو تستند فى وجودها اليه ، وإنما توجد لأنها مقصودة لذاتها بما تعطيه لأصحابها من سلطات الاستحصال على المزايا والمنافع المادية للأشياء المادية ، وهى لا تخرج عن سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف . غير أن هذه الحقوق تتنوع تبعا لاختلاف مضمونها باتساع أو ضيق ما تخوله من هذه السلطات الثلاث . فحيث تتجمع هذه السلطات معا فى يد صاحب الحق ، يسمى الحق « حق الملكية » . وحيث تنجزأ أو تتوزع هذه السلطات ، تنفرع عن حق الملكية حقوق أخرى تعتبر اقتطاعا منه . ولذلك يعتبر حق الملكية هو الحق الرئيسى فى طائفة الحقوق العينية الأصلية ، بينما تعتبر باقى الحقوق العينية الأصلية الأخرى بالنسبة اليه مجرد حقوق فرعية . فنعرض بإيجاز لحق الملكية ، ثم للحقوق المنفرعة عنه .



(١) حق الملكية (١) (Le droit de propriété) أقوى الحقوق

العينية الأصلية وأوسعها مضمونا وسلطات هو « حق الملكية » ، إذ يخول لصاحبه كل السلطات المتصورة على شيء مادي من استعمال واستغلال وتصرف ( م ٨٠٢ مدني ) .

فلمالك الشيء استعماله ، أي استخدامه فيما هو قابل أو صالح له من أوجه الاستخدام ، كركوبه سيارته أو إقامته في بنائه أو قراءته كتبه . وله كذلك استغلاله أي الحصول على ما يتولد أو ينتج عنه من ثمار ، كنتاج الماشية وصوف الأغنام والمحاصلات الزراعية وأجرة المباني والأراضي الزراعية وفوائد السندات وأرباح الأسهم . وله - فضلا عن ذلك - التصرف في الشيء ، أي التسلبط على رقبة الشيء أو على كيانه ووجوده ، بحيث يملك دون غيره التحكم في مصيره واستنفاد سلطاته عليه استنفادا كلياً أو جزئياً . وتصرفه في الشيء إما أن يكون مادياً بافئانه والقضاء على مادته أو بتغييره تغييراً جوهرياً يقلب وظيفته والغرض منه ، وإما أن يكون قانونياً بالنزول عن ملكيته إلى الغير أو بتقرير حق عيني أصلي آخر أو حق عيني تبعي للغير عليه .

والأصل أن حق الملكية حق دائم أو مؤبد ، بمعنى أن الشيء المملوك يظل على الدوام محملاً بحق الملكية رغم تغير أشخاص ملاكته وتعاقبهم . ولذلك لا يتصور - مع استمرار بقاء الشيء - أن توفقت ملكيته بمدة معينة تنقضي بعدها نهائياً دون أن تثبت لأحد من الأشخاص ، أو تنقضي هذه الملكية بالتقادم المسقط أي بعدم الاستعمال مدة طويلة (٢) ، أو أن تسقط هذه الملكية بمجرد الترك أو الإسقاط من المالك دون أن ينقلها في نفس الوقت إلى الغير (٣) .

(١) راجع في ذلك : كتابنا « الحقوق العينية الأصلية » الجزء الأول ، حق الملكية ،

الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ .

(٢) ولكن ليس ما يمنع من أن يكتسب الغير الملكية بالتقادم أو مرور الزمن ، إذ ليس في ذلك ما يتنافى مع دوام الملكية حيث لا يتغير بهذا التقادم اكتساب الشخص المالك وحده مع استمرار بقاء حق الملكية نفسه .

(٣) ولكن استثناء من ذلك ، يباح ترك أو إسقاط الملكية في المنقولات وحدها دون العقارات ، بحيث تعود المنقولات المتروكة مباحة سائبة غير مملوكة لأحد ، فيمكن من بعد أن يستولى عليها أي شخص وإن يملكها بهذا الاستيلاء ( أنظر كتابنا سالف الذكر ، ج ١ ، ص ١٦٩ و ١٧٠ ) .

والأصل كذلك أن تثبت ملكية الشيء مالك واحد يستأثر عليه وحده بكل السلطات ، وهذه هي الملكية العادية أو المفردة . ولكن يمكن أن تثبت ملكية الشيء لعدة ملاك في نفس الوقت ، بحيث يكون لكل منهم حصة حسابية في الملكية كالربع أو الثلث أو النصف دون أن يتجزأ الشيء بعد بينهم بما يوازى هذه الحصص . كعدة ورثة يرثون قطعة أرض من مورثهم فيتملكونها غير مجزأة معا كل بقدر نصيبه في الارث . وهذه هي الملكية الشائعة . ومن الواضح أن الملكية الشائعة تتحول الى ملكيات عادية مفردة ، اذا تم من بعد تقسيم الشيء الشائع بين الشركاء بحيث يفرز لكل منهم جزء من هذا الشيء يوازى حصته الأصلية في الشيوع .

(٢) **الحقوق المتفرعة عن الملكية :** هي الحقوق العينية التي تقتطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك . وقد حدد التقنين المدني الحالى هذه الحقوق بحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق ، فنعرض لكل منها بايجاز على التوالى .

١ - **حق الانتفاع (droit d'usufruit)** هو حق يخول للمنتفع سلطة استعمال واستغلال ملك غيره دون التصرف فيه ، اذ تظل سلطة التصرف باقية في يد المالك لأنه ما زال - رغم تقريره للغير حق انتفاع على ملكه - محتفظا بملكية الرقبة . وعلى المنتفع - طوال انتفاعه - أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد ( م ١/٩٩٠ مدنى ) ، وأن يرده عند انتهاء حق الانتفاع . وحق الانتفاع حق مؤقت ينتهى بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقرر الحياة المنتفع ، وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين ( م ١/٩٩٣ مدنى ) .

٢ - **حق الاستعمال وحق السكنى :** يقتصر حق الاستعمال (Le droit

d'usage) على تخويل صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك لغيره ، فهو يختلف اذن عن حق الانتفاع فى أنه لا يخول لصاحبه كذلك سلطة استغلاله . واذا كان محل حق الاستعمال عينا معدة للسكنى سمي حينئذ « حق السكنى » (Le droit d'habitation) ، واقتصر على تخويل صاحبه مجرد سكنى هذه العين دون بقية أوجه استعمالها الأخرى ، ودون استقلالها من باب أولى

بالتأجير مثلا الى الغير . ويتحدد في الأصل نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم (م ٩٩٦ مدني) . ولا يجوز النزول للغير عن أى منهما الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى (م ٩٩٧ مدني) . وكلا الحقيين - كحق الانتفاع - حق مؤقت ينتهي بانقضاء الأجل المعين أو حتى قبل انقضائه في حال موت صاحبه .

٣ - **حق الحكر** : ينقرر هذا الحق على الأرض الموقوفة (١) ، ويخول لصاحبه - ويسمى المحكر - استعمالها بالفراش فيها أو البناء عليها . وهو يملك ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م ١٠٠٢ مدني) . ولا يجوز التحكير الا لضرورة أو مصلحة . ويجب على أى حال أن لا يزيد التحكير على ستين سنة (م ٩٩٩ مدني) .

وحق الحكر حق مؤقت ينتهي بحلول الأجل المعين له . ولكنه - على خلاف حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى - لا ينقضى بموت المحكر اذا كان موته قبل حلول الأجل وبعد بنائه أو غراسه . أما اذا كان الموت قبل البناء أو الغراس ، فالأصل هو انقضاء الحكر الا اذا طلب جميع الورثة بقاءه (م ١٠٠٨/١ و ٢ مدني) .

٤ - **حق الارتفاق (Le droit de servitude)** : الارتفاق - كما يعرفه المشرع - « حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » (م ١٠١٥ مدني) . والعقار المثقل بالارتفاق أو العقار المرتفق به يسمى « العقار الخادم » ، والعقار المرتفق أى المقر لفائدته الارتفاق يسمى « العقار

---

(١) ثم بعد جائزا ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة منذ العمل بالتقنين المدني الحالي في ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ . مع ذلك يظل مستمرا ما كان مرتبا من قبل زمانا وقت العمل بهذا التقنين من حكر على أرض غير موقوفة (م ١٠١٢ مدني) .

ولما كان المشرع المصري قد أنهي الوقف الأهلي بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، فقد أدى ذلك الى انبعاث الأحكام المرتبة على الاعيان الموقوفة وفقا أهليا . ثم لم يلبث المشرع بعد ذلك أن مضى في سياسة تصفية الأحكام على الأوقاف الخيرية فأجاز القانون رقم ٣٤٦ لسنة ١٩٥٣ لوزير الأوقاف القيام إذا اقتضت المصلحة ذلك . ثم حدد بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ مهنة خمس سنوات لانتهاء هذا الانهاء ، ومدت هذه المهلة بعد ذلك .

المخدوم » . ومن أمثلة حقوق الارتفاق : حق المرور الذي يوجد طريقا أو ممرا للعقار المرتفق أو المخدوم عبر العقار المرتفق به أو الخادم ، وحق النطل الذي يبيح فتح مطلات على ملك الجار على أقل من المسافة القانونية المشروعة .

ولما كان حق الارتفاق مقررا لمنفعة عقار معين ، فمعنى ذلك أن المنفعة التي يحققها منفعة عينية تتعلق بالعقار لا منفعة شخصية تتعلق بمالكه . ولذلك فالأصل بقاء هذا الحق واستمراره رغم تغير ملك العقار المرتفق . ولكن ليس معنى هذا أنه يعتبر حقا أبديا أو دائما في جوهره (١) بل تملك الإرادة تأقيته بأجل معين ، وحينئذ يكون انتهاؤه بانقضاء هذا الأجل ( م ١٠٢٦ مدني ) .

وعلى خلاف حق الملكية الذي لا ينقضى فيما طال مدة عدم استعماله ، تخضع كل الحقوق العينية المتفرعة منه للتقادم المسقط فتنقضي بمضي المدة القانونية على عدم استعمالها ( م ٩٩٥ و ١٠١١ و ١٠٢٧ مدني ) .

### ٢٣٨ - الحقوق العينية التبعية

يقصد بهذه الحقوق تلك الحقوق العينية (٢) التي توجد لتأمين أو لضمان الوفاء بحق شخصي أي بحق دائنيه ضمانا خاصا ، فهي تابعة لهذا الحق المضمون ، ومن هذه التبعية جاءت تسميتها . فهذه الحقوق تأمينيات أو ضمانات عينية لوفاء الديون ، إذ تخول للدائن سلطة تتبع الشيء الضامن الذي ترد عليه ولو خرج من تحت يد المدين ، وسلطة التنفيذ عليه واقتضاء حقه

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ج ١ ، هامش ص ١٦٤ .

(٢) أنظر في اعتبار هذه الحقوق حقوقا عينية :

شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد ، ج ١ ، في التأمينات

العينية ، فقرة ٢٨ - كتابنا أصول القانون هـ ص ٦٠٦ .

وقارن مع ذلك :

Chauveau, Classification nouvelle des droits réels et personnels, Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1931, pp. 539-612. V. Nos. 40-50, pp. 594-612.

شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، فقرة ١١ وما بعدها .

من قيمته النقدية بالأولوية والأفضلية على غيره من الدائنين العاديين غير المزودين بمثل هذه الحقوق . ولذلك تجنب الحقوق العينية التبعية أصحابها مخاطر الضمان العام وما يجره من اقتسام الدائنين أموال المدين قسمة غرماً أي بنسبة دين كل منهم .

وتتنوع هذه الحقوق بحسب مصدرها أنواعاً ثلاثة ، حق الرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز . والأول يتقرر بمقتضى عقد من العقود ، والثاني يأمر من القضاء ، والثالث ينص في القانون .

### (١) حق الرهن : الرهن نوعان : رهن رسمي ورهن حيازي :

١ - **الرهن الرسمي (Le droit d'hypothèque)** : ينشأ هذا الرهن عن عقد رسمي يخول الدائن ، على عقار مخصص لوفاء دينه ، سلطة التقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة ، في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون ( م ١٠٣٠ مدني ) .

٢ - **الرهن الحيازي (Le droit de gage)** ينشأ هذا الرهن عن عقد يخول للدائن سلطة حبس الشيء المقدم كضمان للدين الى حين استيفائه ، وسلطة التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء دينه من ثمن الشيء في أي يد يكون ( م ١٠٩٦ مدني ) .

وإذا كان هذان الحقان يخولان للدائنين المرتهين سلطة تتبع الشيء المرهون في أي يد يكون وسلطة التقدم على غيره من الدائنين في اقتضاء دينه ، فإنهما يختلفان في أن حق الرهن الرسمي لا ينشأ إلا بمقتضى عقد رسمي يحرر أمام موظف مختص والا كان باطلاً ، أما حق الرهن الحيازي فينشأ بمقتضى عقد رضائي أي بمجرد التراضي . وكذلك يختلف الحقان في أن حق الرهن الحيازي يقع على العقار أو المنقول على السواء ، بينما لا يقع حق الرهن الرسمي في الأصل الا على العقار وحده . وكذلك فإنه يترتب على حق الرهن الحيازي وضع الشيء المرهون في حيازة الدائن المرتهين أو من ينوب عنه دون خروجه من ملك المدين الراهن ، على خلاف الحال في حق الرهن الرسمي حيث يبقى العقار المرهون في حيازة مالكة .

(٢) حق الاختصاص (Le droit d'affectation) : لا ينشأ هذا الحق كحق الرهن بمقتضى عقد ، ولكن ينشأ بمقتضى أمر من القضاء به . وهو لا يتقرر لكل دائن ، بل يتقرر للدائن حسن النية الذي بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين ، ويتقرر على عقار أو أكثر من عقارات المدين ( فلا يتقرر على منقولاته ) ، وذلك ضمنا لأصل الدين والفوائد والمصروفات ( م ١٠٨٥ / ١ مدني ) . ويكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ، أي يكون له حق التتبع وحق التقدم أو الأولوية في اقتضاء الدين من المقابل النقدي للشيء . ولذلك يسرى على الاختصاص في الأصل ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام ، فيما عدا ما ورد بشأنه من أحكام خاصة ( م ١٠٩٥ مدني ) .

(٢) حق الامتياز (Le droit de privilège) : ينشأ هذا الحق بنص القانون ، لا بأمر من القضاء كحق الاختصاص ، ولا بمقتضى عقد رسمي أو رضائي كحق الرهن بنوعيه . وهو يتقرر مراعاة لصفة خاصة تقوم في الدين ، فيعتبر القانون الديون التي تتوافر فيها مثل هذه الصفة ديونا ممتازة يستوفىها الدائنون بالتقدم والأولوية على غيرهم من الدائنين ( م ١١٣٠ مدني ) . وهذا الحق اما عام يرد على جميع أموال المدين (١) من منقول وعقار ، واما خاص يرد على مال معين بالذات من أموال المدين سواء كان هذا المال عقارا أو منقولا .

ومن أمثلة حقوق الامتياز العامة الامتياز المقرر للمبالغ المستحقة عن السنة الأشهر الأخيرة كأجور ورواتب الخدم والكتبة والعمال ، وكأثمان لما تم توريده من مأكّل وملبس ، وكنفقة مستحقة في ذمة المدين لأقاربه ( م ١١٤١ مدني ) . ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة ، الامتياز المقرر لما يستحق للمؤجر بمقتضى عقد الايجار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من

(١) ولكن يكون من المشكوك فيه حينئذ اعطاؤه وصف الحق العملي ، أنظر : شرح الدين

الوكيل ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٠٤ - وكتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٦٠٩ .

منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى ( م ١١٤٣ مدنى ) ، والامتياز المقرر للمبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزىل - عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه - على الأمتعة التى أحضرها النزىل فى الفندق أو ملحقاته ( م ١١٤٤ مدنى ) ، والامتياز المقرر على الشىء المبيع لما يستحق لبايعه من الثمن وملحقاته ( م ١١٤٥ و ١١٤٧ مدنى ) .

### المطلب الثانى

#### الحق الشخصى أو حق الدائنية

Le droit personnel ou de créance

#### ٢٣٩ - تعريف الحق الشخصى أو حق الدائنية

يعبر الحق الشخصى عن قيام « رابطة اقتضاء » ، أى عن قيام رابطة بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء معين أى القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، وبذلك يكون للدائن حق فى اقتضاء هذا الأداء من المدين . فالحق الشخصى اذن هو سلطة تثبت لشخص معين فى اقتضاء أداء معين من شخص آخر . واصطلاح « الحق الشخصى » الشائع عن هذا النوع من الحقوق انما يقوم على أساس تضمنه علاقة أو رابطة بين الأشخاص ، وتحققه عن طريق شخص معين غير صاحبه . ولكن لعل فى التعبير عن الحق الشخصى باصطلاح « حق الدائنية » خير بيان لطبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين أو علاقة اقتضاء بين الأشخاص اذا نظر إليها من ناحية الدائن ، فضلا عما فيه من دفع للاختلاط بين اصطلاح « الحق الشخصى » واصطلاح « حق الشخصية » المعبر عن حق لصيق بالشخصية .

والحق الشخصى أو حق الدائنية - كما يبين من تعريفه - ليس محله - كالحق العينى - شيئا من الأشياء ، وانما محله دائما عمل معين (١) من جانب

(١) وذلك حتى فى صورة الالتزام باعطاء أى الالتزام بتقرير حق عينى على شىء من الأشياء . فحق مشتري العقار فى اقتضاء نقل الملكية اليه من بائعه - وهو حق شخصى - ليس محله العقار المبيع ، وانما محله عمل إيجابى هو قيام البائع بتحقيق نقل الملكية الى المشتري عن طريق المساهمة فى اجراءات التسجيل ( فى هذا المعنى : محمد سامى مذكور ، ص ١٥ - اسماعيل غانم ، ص ٢٧ ) .

مدين معين ، سواء كان هذا العمل ايجابيا أو سلبيا . ومثال العمل الايجابي التزام المقرض برد مبلغ القرض الى المقرض ، والتزام المقساول ببناء منزل . والتزام الطبيب باجراء جراحة معينة . ومثال العمل السلبي أى الامتناع عن عمل معين : التزام بائع المحل التجارى قبل مشتره بعدم منافسته له عن طريق فتح محل مشابه فى نفس الحى طوال مدة معلومة ، والتزام كاتب شهير - متعاقد مع صحيفة معينة على الكتابة فيها مدة معينة - بعدم الكتابة فى غيرها طوال مدة العقد .

وإذا كان الأداء أو العمل على اختلاف صورته الايجابية والسلبية محلا للحق الشخصى ، فينبغى أن تتوافر لهذا الأداء أو العمل صفة مالية (١) ، بمعنى أن يكون فى الامكان تقديره بالنقود ، حتى ولو كانت المصلحة التى يستهدفها صاحب الحق الشخصى من وراء هذا الأداء محض مصلحة أدبية أو معنوية (٢) . ومالية الأداء هى التى تؤدى الى اعتبار الحق الشخصى حقا من الحقوق المالية ، والى تمييز الالتزام بصفته المالية عن مجرد الواجبات القانونية التى تفتقد الصفة المالية . وهى التى تؤدى كذلك الى دخول الحق الشخصى ضمن العناصر الايجابية للذمة المالية للدائن ، والى دخول الالتزام ضمن العناصر السلبية للذمة المالية للمدين .

والحق الشخصى ليس فى واقع الأمر الا أحد وجهين لرابطة الاقتضاء .

(١) أنظر فى هذا المعنى بوجه خاص : عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، ١٩٥٤ ، ج ١ ، ص ٢٤ وما بعدها . - اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، ١٩٥٦ ، فقرة ٦ ، ص ١٠ و ١١ ، وهامش «٢» ص ١١ - ١٢ ، مصادر الالتزام ، المقصد والادارة المنفردة ، ١٩٦٦ ، فقرة ٦ ، ص ١٥ و ١٦ . - سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج ١ ، فى مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٦ ، ص ١٧ و ١٨ . - جلال العدوى ، أصول المعاملات ، ١٩٦٧ ، ص ٤٣ . وأنظر كذلك :

Gaudemet, Théorie générale des obligations, éd. 1965, pp. 12-14. — Mazeaud, op. cit., t. II, No. 10.

ولكن قارن خاصة : Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 5, pp. 8-10.

(٢) فى هذا المعنى : عبد الحى حجازى ، اسماعيل غانم ، المواضع السابقة .



فهذه الرابطة ، اذ تفترض وجود طرفين من الأشخاص يملك أحدهما اقتضاء أداء مالي معين ويلزم الآخر بالخضوع لهذا الاقتضاء ، انما توضع في يد الأول حقاً وتلقى على عاتق الثاني التزاماً . فالحق الشخصي والالتزام وجهان متقابلان لرابطة قانونية واحدة هي رابطة اقتضاء ، كل ما في الامر أن الحق الشخصي هو وجهها الايجابي المتمثل في سلطة الاقتضاء المعطاة للدائن ، والالتزام هو وجهها السلبي المتمثل في الالتزام المحمل به المدين . ولذلك يمكن أن تسمى هذه الرابطة « رابطة اقتضاء » أو « رابطة التزام » ، ويستوى في التعبير عنها اطلاق اصطلاح « الحق الشخصي » أو اصطلاح « الالتزام » ، فالاصطلاح الأول انما يعبر عن هذه الرابطة من ناحية الدائن أى من ناحية الطرف المقتضى ، والاصطلاح الثاني انما يعبر عنها من ناحية المدين أى من ناحية الطرف الملتزم .

ومع ذلك ، فقد شاع في التشريع وفي الفقه النظر الى هذه الرابطة أساساً من ناحية المدين لا من ناحية الدائن ، والتعبير عنها بالتالي بالالتزام لا بالحق الشخصي ، ولعل مرجع ذلك الى الرغبة في تأكيد أهمية الالتزام ، بما يعنيه من ايراد قيد خاص على حرية المدين . وبما يمثله من عنصر سلبي في الذمة المالية للمدين .

وعلى أى حال ، فنظرية الالتزام التي بدرس تحتها الالتزام والحق الشخصي تعتبر قطب الرحي في الدراسات القانونية جميعاً . ومرجع ذلك أساساً الى أن روابط الاقتضاء أو الالتزام هي أكثر روابط القانون شيوعاً في الحياة الاجتماعية ، ليس فحسب في محيط المعاملات المدنية المحض ، وانما كذلك في مجال باقى المعاملات الأخرى على اختلاف أنواعها .

### المطلب الثالث

#### التفرقة بين الحق العيني وبين الحق الشخصي

#### ٢٤٠ - التفرقة التقليدية بين الحقين

التفرقة بين الحق العيني من ناحية وبين الحق الشخصي أو حق الدائنية من ناحية أخرى تفرقة عريقة في الفقه . وتقوم هذه التفرقة التقليدية على

أساس أن الحق العيني يخول لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء المادية فلا يوجد فيه الا عنصران : شخص هو صاحب الحق ، وشي هو محل الحق . بينما يخول الحق الشخصي أو حق الدائنية لصاحبه سلطة مطالبة شخص آخر معين بعمل أو بامتناع بناء على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية ، بحيث يتوافر في هذا الحق عناصر ثلاثة : طرف ايجابي هو صاحب الحق أو الدائن ، وطرف سلبي هو المحمل قبله بالالتزام أو المدين ، ومحل هو العمل أو الامتناع المنتزم به الطرف السلبي .

### ٢٤١ - محاولة تقرب الحق العيني من الحق الشخصي

رغم أن التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي تفرقة تقليدية مستقرة في الفقه ، لا أن ذلك لم يمنع جانبا من الفقه الحديث من جردها ومحاولة تقرب الحق العيني من الحق الشخصي ، على أساس القول بأن الحق العيني تتوافر له نفس الرابطة القانونية القائمة بين طرفين من الأشخاص والمسلم وجودها في الحق الشخصي ، وبذلك تجتمع في كل من الحقين نفس العناصر الثلاثة : طرف ايجابي والطرف السلبي والمحل .

ونقطة الابتداء عند أصحاب هذه المحاولة ، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي الكبير « بلايول ، Planiol (١) ، أن الروابط القانونية لا يتصور قيامها الا بين الأشخاص وحدهم . ولما كانت الحقوق في منطقتهم ليست الا روابط قانونية ، فمن المحتم اذن القول بأن الحق العيني - كالحق الشخصي سواء بسواء - يشتمل على رابطة قانونية بين الأشخاص خلافا للنظرة التقليدية ، أي يشتمل على طرف ايجابي من ناحية ، وطرف سلبي من ناحية ثانية ، ومحل من ناحية ثالثة . كل ما في الأمر أن الطرف السلبي في الحق العيني لا يكون معينا نفس التعيين المتوافر في الحق الشخصي ، فهو سائر الأشخاص كافة غير الشخص المكون للطرف الايجابي ، ومضمون التزامهم يكون سلبيا محضا اذ يتركز في الامتناع عن التعرض للطرف الايجابي في تمتعه بالحق .

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., par Ripert. (1)  
No. 2158 et s.

وبذلك ينتهي منطق هذا النظر الى تصور الحق العيني كرابطة تقوم بين شخص معين والكافة ، بمقتضاه يلتزم الكافة بالامتناع عن التعرض لما يكفله القانون لهذا الشخص من سلطة على شيء مادي معين .

وعلى هذا النحو ، لا يبقى من فرق - عند أهل هذا النظر - بين الحق العيني والحق الشخصي او حق الدائنية ، سوى أن الطرف السلبي في الحق الشخصي شخص أو أشخاص معينون ، بينما هو في الحق العيني غير معين لانه يشمل الناس كافة دون تحديد . وسوى أن التزام الطرف السلبي في الحق العيني هو مجرد التزام سلبي قاصر على الامتناع عن التعرض للطرف الايجابي في حقه ، بينما يكون في الحق الشخصي التزاما محددًا ، ايجابيا كان أم سلبيا ، أى بعمل أو بامتناع . وتلك فروق ليست بذات بال عند أنصار هذا الاتجاه في التقريب بين النوعين من الحقوق ، اذ هي فروق لا تكشف عن اختلاف في الطبيعة بينهما وانما هي مجرد اختلاف في المدى والنطاق .

#### ٢٤٢ - الابقاء على التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي

تلك هي محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي للجمع بينهما على أساس وجود رابطة بين الأشخاص في كليهما . وظاهر أن هذه المحاولة صناعية ابتكرها أهل هذا النظر للتوفيق بين ما هو واقع في العمل من وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق العيني وبين الشيء محل حقه دون حاجة لوجود أو تدخل شخص آخر ، وبين المقدمة التي يبداون منها وبينون عليها وهي أن الحقوق انما تعبر عن روابط قانونية والروابط القانونية لا تتصور الا بين الأشخاص .

وقد سبق عند التعرض لتعريف الحق أن أظهرنا ما في اطلاق القول ببحصر الروابط القانونية بين الأشخاص وحدهم من تجاوز (١) . فليس يصدق مثل هذا القول - فيما نرى - الا في شأن نوع معين من الروابط القانونية هو

(١) أنظر سابقا ، ص ٤٢٨ .

وانظر في هذا المعنى :

« روابط الاقتضاء » ، أى الروابط التى تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين . من شخص آخر يلزم بالحضوع لهذا الاقتضاء ، إذ هذا النوع من الروابط وحده هو الذى يفترض وجود التزام معين واقع على عاتق طرف آخر يكون له اقتضاء الوفاء به ، والالتزام لا يتصور محملا به الا الأشخاص وحدهم . أما النوع الآخر من الروابط القانونية أى « روابط التسلط » ، فلا يتصور منطقا قيامه بين شخص وشخص وانما بين شخص وشيء ، لأن التسلط لا يتصور واقعا على الأشخاص بل على الأشياء وحدها .

والتشبيث بالنظر الى الروابط القانونية نظرة واحدة على أساس أنها جميعا روابط أشخاص ، هو الذى أوقع بعض الفقهاء فى الحرج ازاء الحق العينى الذى لا يظهر فيه الا صاحب ومحل دون حاجة لوجود شخص آخر كطرف سلبى ، فلم يجدوا مخرجا من هذا الحرج الا التحايل على الواقع باصطناع طرف سلبى وهمى فى هذا الحق - وهو الناس كافة - يقع عليه التزام سلبى بعدم التعرض لصاحب الحق العينى فى تمتعه بحقه .

ووجه التحايل والاصطناع فى هذا القول ظاهر واضح . فمثل هذا الالتزام السلبى العام المقول بوجوده فى الحق العينى على عاتق الناس كافة بعدم تعرضهم لصاحب الحق فى تمتعه بحقه ، ليس مقصورا على الحق العينى وحده . بل هو قائم بالنسبة لكافة الحقوق بما فيها الحق الشخصى أو حق الدائنية (١) . فذلك أثر حتمى لوجود الحق ولاستناده الى القانون ، فهو فى الحقيقة مظهر حماية القانون للحق . والبصر بذلك يكشف عن أن مثل هذا الالتزام السلبى العام لا يدخل فى عناصر تكوين الحق بل هو تال لوجوده كوسيلة لحمايته ، فنشوء مثل هذا الالتزام اذن انما يفترض أولا نشوء الحق . فكيف يتأتى بعد ذلك النظر الى هذا الالتزام باعتباره عنصرا من العناصر المكونة للحق

---

(١) فالناس كافة ملزمون بعدم التعرض لصاحب الحق الشخصى فيما يكفله له القانون من قدرة اقتضاء أداء معين من شخص معين . فصاحب المصنع الذى يحرض عاملا يشتغل عند غيره . على الاخلال بالتزامه التماقدى قبل هذا الغير بترك العمل قبل انتهاء مدة العقد ليعمل عنده ، يخل بالالتزام السلبى العام المفروض على الكافة باحترام الحقوق ايا كان نوعها ، فيلزمه التعويض عما أحدثه فعله من ضرر للغير .

العيني ، ومقارنته بالالتزام الخاص الواقع على المدين في الحق الشخصي أو حق الدائنية وهو الذي يعتبر عنصرا جوهريا من عناصر تكوينه بحيث لا يتصور قيام هذا الحق بدونه؟ (١) .

ولذلك فالالتزام الخاص وحده - دون الالتزام السلبي العام - هو الذي يصدق عليه اصطلاح « الالتزام » بالمعنى الفني الدقيق . فالالتزام الخاص عنصر من عناصر الذمة المالية لأنه عنصر من عناصر حق مالى هو الحق الشخصي . أما الالتزام السلبي العام ، فلا يدخل ضمن عناصر الذمة المالية ، لأنه واجب مجرد من القيمة المالية . والالتزام الخاص - على خلاف الواجب السلبي العام المتوجه الى الكافة - يفترض قييدا خاصا يرد على حرية شخص أو أشخاص معينين ولا يرد على حرية الآخرين . وكذلك ففي الالتزام الخاص يكون شخص المدين محددًا معينًا وقت نشأة الالتزام ، بينما يكون شخص المدين في هذا الواجب السلبي العام غير محدد أو معين وقت نشأته اذ يترك مجهلا ومعلقا على رؤوس الكافة (٢) . وكذلك فان مضمون الالتزام الخاص يحدد مضمون الحق المقابل له . أما مضمون الواجب السلبي العام ، فلا يحدد مضمونا لاي حق ، لأنه طالما لم يحصل اخلال بهذا الواجب فلا يقابله بعد أى حق من الحقوق . فالواجب السلبي العام الذى يمنع التعرض للمالك فى ملكه مثلا ، لا يحدد بحال من الأحوال مضمون حق الملكية - من استعمال واستغلال وتصرف - الذى يقال انه يقابله ، بينما يحدد الالتزام الخاص الواقع على المقرض برد مبلغ القرض فى الأجل المضروب مضمون حق المقرض فى اقتضاء هذا الرد ، اذ الحق هنا ليس الا الالتزام نفسه ولكن منظورا اليه من ناحية الدائن .

(١) فى هذا المعنى :

Beudant Voirin, t. IV, No. 56. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166. —  
Notre thèse précitée, p. 105, note 1.

(٢) واذا تبين هذا المدين بالاعتداء على حق من الحقوق كالحق العيني اخلالا بالواجب السلبي العام ، فان هذا الاعتداء ينشئ حينئذ حقا جديدا مستقلا عن الحق العيني المعتدى عليه ، هو حق دائنيه لصاحب الحق المعتدى عليه قبل المعتدى .

لذلك كله ، يكون من العيب محاولة رد الحق العيني الى نوع من الحقوق، الشخصية أو حقوق الدائنية على أساس وحدة وجود التزام فى كل منهما ، ما دام الالتزام لا يأخذ نفس المعنى والمدلول فى الحالين . فضلا عن أن الواجب السلبى العام الواقع على الكافة اذا كان موجودا فى الحق العينى وفى الحق الشخصى على السواء كغيرهما من الحقوق ، فيبقى أن الحق الشخصى ينفرد وحده بالاضافة الى ذلك بوجود التزام فيه بالمعنى الفنى الدقيق أى التزام شخص معين بأداء معين .

ولذلك لم يكتب الرواج فى الفقه الحديث لمحاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى ، فظلت التفرقة التقليدية قائمة ثابتة بين الحقين .

والواقع أن هذه التفرقة التقليدية واجبة محتومة بين النوعين من الحقوق، اذ هما مختلفان اختلافا ظاهرا فى المحل : فمحل الحق العينى شئ من الأشياء المادية ، ومحل الحق الشخصى أداء معين أى عمل أو امتناع . وهذا الاختلاف فى المحل ، هو الذى يفسر اختلاف طبيعة الرابطة القانونية التى يعبر عنها كلا النوعين من الحقوق . فما دام المحل فى الحق العينى شيئا من الأشياء فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن أن تكون الا رابطة تسلط مباشر من شخص على هذا الشئ دون حاجة الى وساطة شخص آخر ، بحيث لا يوجد فى هذا الحق الا طرف ايجابى ومحل دون وجود لطرف سلبى . وما دام المحل فى الحق الشخصى عملا من الأعمال ، فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن الا أن تكون رابطة اقتضاء لهذا العمل من شخص معين ، بحيث يحتاج الأمر دائما فى هذا النوع من الحق الى وساطة هذا الشخص لأداء ذلك العمل ، أى الى وجود طرف سلبى فضلا عن وجود الطرف الإيجابى والمحل .

### ٢٤٣ - آثار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى (١)

أما وقد انتهينا الى ضرورة التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى أو حق الدائنية على أساس اختلاف المحل بينهما وما يجره من اختلاف طبيعة

(١) راجع فى ذلك كتابنا فى حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ١٥ ، ص ٤١ - ٥٢ .

الرابعة القانونية التي يعبر عنها كل منهما ، فلا يبقى الا عرض ما يترتب على هذه التفرقة من آثار متعددة نتيجة هذا الاختلاف .

### ( ١ ) الحق العيني حق مطلق (droit absolu) والحق الشخصي أو

حق الدائنية حق نسبي (droit relatif) : ومعنى ذلك أن الحق العيني يحتج به وينتج أثره في مواجهة الكافة ، بينما لا ينتج الحق الشخصي أثره ولا يحتج به الا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين . ومرد ذلك الى أن الحق العيني انما يكون رابطة تسلط ، فيخول بذلك لشخص معين سلطة قانونية على شيء من الأشياء أى يجعل له هذه السلطة مباشرة على الشيء دون حاجة الى وساطة أى شخص آخر ، فهي اذن سلطة مطلقة سارية وناذرة في حق الكافة ما دامت لا تتوقف على عمل أو تدخل من جانب أحد منهم ، بل تتوقف على مجرد وجود الشيء وحده اذ تقع عليه مباشرة . بينما يكون الحق الشخصي رابطة اقتضاء فيخول لشخص معين قدرة اقتضاء أداء معين من شخص آخر ، وهو ما يجعل تحقيق هذا الاقتضاء رهنا بتدخل شخص معين - فهو اذن اقتضاء قاصر أو نسبي - مما يسبغ على الحق الشخصي صفة نسبية بحيث لا ينتج أثره أو يحتج به الا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين (١) .

### ( ٢ ) يخول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة أو حق التتبع

(droit de suite) : قلنا ان الحق العيني انما يعطى لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء دون وساطة شخص آخر ، وهو بذلك يخلق رابطة مباشرة بينه وبين الشيء تعبر عن تسلطه على هذا الشيء وخضوع الشيء لهذا التسلط ، بحيث يظل هذا الخضوع قائما في أى يد يوجد هذا الشيء فيكون لصاحب الحق العيني تتبعه أينما كان . فمضمون هذا الحق هو التسلط على شيء من الأشياء ، وتحقيق هذا التسلط رهين بوجود هذا الشيء

(١) أنظر في اختلاف هذا المعنى للاطلاق والنسبية من حيث تحقق مضمون الحق وممارسة سلطاته عن معنى آخر للاطلاق من حيث مدى احترام الحق تشترك فيه الحقوق جميعا : كتابنا محالف الذكر في حق الملكية ، فقرة ١٥ ، ص ٤١ و ٤٢ .

دون اعتبار لمكان وجوده أو شخص من يحوزه ، اذ هو مستقل في وجوده عن أية رابطة بين الأشخاص ، فلا يتأثر بغيرهم ، فإينما يكون هذا الشيء يدركه صاحب الحق العيني بما له من تسلط مباشر عليه (١) .

أما الحق الشخصي أو حق الدئنية ، فلا يخول لصاحبه مثل هذا الحق في التتبع لأنه ليس بالحق الوارد على شيء - كالحق العيني - حتى يلزم الشيء ويتبعه في أي يد يكون ، ولكنه وارد على عمل شخص معين هو المدين ولا يتصور التتبع في شأن عمل من الأعمال . بل ولا يتصور التتبع كذلك حتى ولو كان موضوع العمل الملتزم به المدين شيئاً من الأشياء ، اذ يظل محل حق الدائن رغم ذلك هو العمل لا الشيء ، فيكون الشيء بمنأى عن أي سلطان مباشر للدائن . ولذلك ، لا يكون لمشتري عقار لم يسجل عقد البيع أن يتتبع هذا العقار تحت يد مشتر جديد له قام بإجراءات التسجيل ، اذ ليس له قبل التسجيل الا مجرد حق شخصي قبل البائع يتلخص في قدرة اقتضائه نقل ملكية العقار المبيع اليه ، دون أن تكون له فضلا عن ذلك أية سلطة قانونية مباشرة على هذا المبيع تخول له حق تتبعه في أي يد وجد .

يخلص من ذلك أن الحق العيني هو الذي ينفرد دون الحق الشخصي بميزة تتبع الشيء في أي يد وجد (٢) . وهذه الميزة ليست قاصرة على نوع معين من الحقوق العينية دون نوع آخر ، فهي ميزة تقتضيها طبيعة الحق العيني ذاته ، بحيث نجدها ملازمة للمحقوق العينية جميعاً الأصلية والتبعية منها على السواء (٣) . ولذلك يكون للمالك تتبع الشيء المملوك اذا خرج من تحت يده .

(١) في هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 73.

(٢) أنظر عكس ذلك :

Chauveau, article précité, No. 10.

(٣) في هذا المعنى :

Derruppé, thèse précitée, Nos. 181-184. — Beudant et Voirin, t. IV, Nos. 73, 74. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 45.

اسماعيل غانم ، ص ٣١ و ٣٢ . — محمد علي عرفة ، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية ، ج ١ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤ ، ص ٧ و ٨ .



واسترداده من أى شخص يكون حائزاً له . وكذلك يكون للدائن المرتهن رهناً رسمياً تتبع العقار المرهون اذا خرج من ملك مدينه ومباشرة حقه عليه بين يدي المالك الجديد أو الحائز .

(٣) يخول الحق العيني دون الحق النسخى ميزة أو حق الأفضلية (droit de préférence) : قلنا ان الحق العيني ينشئ رابطة قانونية مباشرة بين الشخص صاحب الحق والشيء محل الحق ، بحيث يستأثر صاحب الحق العيني وحده - بمقتضى هذه الرابطة - بسلطاته على الشيء كاملة لا يزاحمه فيها أحد . وما يخوله الحق العيني لصاحبه من استبعاد كل مزاحم له فى ممارسة سلطاته على هذا النحو هو الذى يعبر عنه بميزة أو حق الأفضلية . وتلك ميزة ضخمة تؤكد الرابطة المباشرة بين صاحب الحق العيني ومخله ، وتبقى هذا المحل كله دون انتقاص خاصاً لسلطان صاحب الحق وحده دون منازع .

أما الحق الشخصى أو حق الدائنية ، فباعتباره لا ينصب على شيء معين من أشياء المدين يخضعه مباشرة لسلطة الدائن بل يرد على مجرد عمل ايجابى أو سلبى يلتزم بأدائه المدين ، يكون الوفاء به مضموناً بالجانب الايجابى من ذمة المدين كما سيرد البيان . وذلك قد يضم مخاطر جسيمة يتعرض لها الدائنون اذا لم تكف أموال المدين لوفاء كل ديونهم ، اذ لا مناص حينئذ - وهم مشتركون متساوون بطبيعة حقوقهم فى هذا الضمان العام - من اقتسام أموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء أى بنسبة ديونهم . فالحقوق الشخصية اذن تعرض أصحابها لخطر التزاحم فيما بينهم والخروج بوفاء منقوص .

ولهذا فان الحقوق العينية لا تتزاحم مع الحقوق الشخصية (١) ، اذ أن

= ولكن انظر: يمكن ذلك :  
Bonnetcase, op. cit., t. V, No. 105.

شفيق شحاته ، معاضرات فى النظرية العامة للحق ، فقرة ١٥ .

(١) ولا تتزاحم الحقوق العينية فيما بينها ، لأنها اذا اجتمعت على نفس الشيء وكانت من نفس النوع ، فتم أوجه التفاضل بينها كالأسبقية فى مرتبة القيد أو الشهر أو العيادة فى المنقول .

حق الأفضلية الذي تتميز به يجنبها مثل هذا التزام . من أجل ذلك تولدت فكرة تأمين الوفاء بالحقوق الشخصية عن طريق اردافها بحقوق عينية تبعية تنشئ للدائنين من أصحابها سلطات مباشرة على أشياء معينة مملوكة للمدين ، بحيث تعتبر هذه الأشياء ضمانا يستوفون من قيمتها ديونهم بالأولوية والأفضلية على سائر الدائنين العاديين . فالدائن الذي يرهن عقارا لمدينه ضمانا لدينه ، يكون مقدما في اقتضاء هذا الدين من قيمة العقار المرهون على كل دائن عادي غير مزود بحق عيني تبعي .

ولئن كانت ميزة الأفضلية تبدو أوضح ما تكون في صدد الحقوق العينية التبعية مما حدا بنفر من الفقهاء الى قصر هذه الميزة على هذا النوع من الحقوق العينية وحده (١) ، الا أن النظرة الصحيحة الى حقيقة هذه الميزة وارتباطها بطبيعة الحق العيني ذاته تجعلنا نذهب مذهب الكثير من الفقهاء (٢) في تصور هذه الميزة ملازمة للحقوق العينية التبعية والأصلية على السواء .

( ٤ ) قصور ارادة الأفراد عن ابتداع حقوق عينية غير تلك التي يعينها القانون ، وقدرتها على ذلك في الحقوق الشخصية : هذه النتيجة التي جرى جمهور الفقهاء في القديم والحديث على اعتبارها بعض آثار التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي ، قد ناهضها مع ذلك بعض الفقهاء يدعوى أن مبدأ سلطان الارادة يقضى بعدم قصر نطاقه على الحقوق الشخصية دون الحقوق العينية ، اذا ما دامت الارادة ملتزمة بحدود النظام العام والآداب فهي قادرة على ابتداع ما تشاء من حقوق عينية وحقوق شخصية على السواء .

ولكن هذا الرأي (٣) يغفل أن الحقوق العينية ذاتها متعلقة بالنظام العام،

(١) Bonnacase, Ibid. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 45.

نفيق شحاته ، فقرة ١٥ ، ص ٢٨ .

(٢) Derruppé, thèse précitée, Nos. 202-204. — Beudant et Voirin, op. cit., No. 79

اسماعيل غانم . هامش «٢» ص ٣٣ . — محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة

٨ و ٩ .

(٣) أنظر في انتقاد هذا الرأي : كتابنا سالف الذكر في أحكام حق الملكية ، ج ١

ص ٤٨ - ٥٠ .

بحيث لا يتصور أن يوجد مجال لسلطان ارادة الأفراد ازاءها .

فمن ناحية ، تعتبر الملكية - وهي أساس الحقوق العينية الأصلية - من الدعامات الرئيسية التي يقوم عليها بناء المجتمع الاقصادى ، فتكون من هذا الوجه متعلقة بالنظام العام . أما بقية الحقوق العينية الأصلية ، فلا تعدو أن تكون قيودا واردة على حق الملكية باعتبارها تجزئة واقتطاعا مما يخوله هذا الحق للمالك من سلطات واسعة فى الاستعمال والاستغلال والتصرف ، ومن هنا ، يكون الشأن فى تقرير مثل هذه القيود من اختصاص المشرع وحده لمساسها مساسا خطيرا بحق الملكية وهو من النظام العام كما سبق البيان . فلا يكون لارادة الأفراد سلطان فى التخلص من بعض هذه القيود أو اضافة قيود أخرى إليها تحت ستار انشاء حقوق عينية أصلية جديدة ، والا تعرض الكيان الاقصادى للمجتمع للانهدار(١) .

ومن ناحية أخرى ، فإن الحقوق العينية التبعية - وهي تمثل فكرة الائتمان والضمان فى المعاملات - تعتبر فى الصميم كذلك من النظام العام لاتصالها الوثيق بنظام المجتمع الاقصادى . ولذلك يكون من الطبيعى أن ينفرد المشرع دون الأفراد بتقرير هذه الحقوق وتنظيمها والتنظيم المتفق مع صالح المجتمع الاقصادى(٢) .

(٥) ينبغى أن يكون الشيء فى الحق العينى - دون الحق الشخصى - حالا ومعيئا بالذات : ما دام الحق العينى يتضمن رابطة بين شخص وشئ تخول للشخص تسلطا قانونيا مباشرا على الشئ ، فلا يتصور اذن وجود الحق العينى الا بوجود محله وجودا حالا لا مستقبلا ، فبدون وجود الشئ وجودا محققا لا يتصور قيام الحق العينى . ولا يكفى لقيام الحق العينى وجود الشئ

(١) فى هذا المعنى :

Budant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 70.

اسماعيل غانم ، ص ٤٦ و ٤٧ - شفيق شحاته ، فقرة ١٦ .

(٢) فى هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، ص ٤٧ .

وجودا محققا ، بل ينبغي فضلا عن ذلك أن يكون هذا الشيء معينا بالذات ،  
اذ لا بد أن يتحدد المحل الذي يقع عليه التسلط مباشرة تحديدا يعينه ويعزله  
عن غيره ، وهذا ما يتطلبه القانون المصرى صراحة (١) .

أما الحق الشخصى ، فلكون محله عملا من الأعمال لا شيئا من الأشياء  
لأنه يتضمن رابطة اقتضاء لا رابطة تسلط ، فإن من المتصور وجود هذا الحق  
حتى ولو كان محله - وهو العمل - متعلقا بشيء من الأشياء المستقبلية أو من  
الأشياء المصينة بالنوع لا بالذات . ولذلك يقضى القانون المصرى بأنه يجوز -  
كقاعدة عامة - أن يكون موضوع المحل شيئا مستقبلا ( م ١/١٣١ مدنى ) .

ولكن تم استثناءات ترد على هذه القاعدة . منها ما هو خاص بالتعامل  
فى التركة المستقبلية أى فى تركة انسان على قيد الحياة من قبل الوارث  
المستقبل فهو تعامل باطل ولو كان برضاء الشخص المتعامل فى تركته أى  
المورث المستقبل ( م ٢/١٣١ مدنى ) . ومنها ما هو خاص بحظر هبة الأموال  
المستقبلية ( م ٤٩٢ مدنى ) .

---

(١) اذ ينص على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه  
هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد  
المتعلقة بالتسجيل » ( م ٢٠٤ مدنى ) ، وعلى أنه « اذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء ام  
يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشيء » ( م ١/٢٠٥ مدنى ) .

### البحث الثالث

### الحقوق الذهنية (١)

### Les droits intellectuels

٢٤٤ - ظهور لمفاهيم الحقوق الذهنية ، وتصدى التشريعات الحديثة

لتنظيم أحكامها

كان الفقه التقليدى جاريا على حصر الحقوق فى الأنواع المتقدمة . غير أن التطور لم يلبث أن أظهر حقوقا ترد على نتاج الفكر والذهن لا تقل أهمية عن الحقوق التقليدية ، فاحترار الفقه فى تكييفها وفى موضعها بين الحقوق وفقا لمقاييسه التقليدية حيرة بانته فى الاختلاف حتى على تسميتها ، فعرفت تارة باسم « الملكة الأدبية أو الفنية أو الصناعية » ، وعرفت حينئذ باسم « الحقوق المعنوية أو الأدبية » ، وعرفت أخيرا باسم « الحقوق الذهنية » .

ويبدو أن التسمية الأخيرة هى التى كتب لها الشىوع والرواج فى الفقه الحديث ، باعتبارها أقدر من غيرها على تجلية طبيعة هذه الحقوق التى ترد على خلق ذهنى . فالمقصود بالحقوق الذهنية ذلك النوع من الحقوق الذى يرد على أشياء معنوية غير محسوسة من خلق ذهن ونتاج الفكر ، فيثبت لصاحب الحق ذهنى أو الفكرى أبوة هذا الخلق ونسبته إليه وحده ، ويعطيه احتكار استغلاله استغلالا ماليا يكفل له الحصول على ثمراته . ومن أظهر أمثلة الحقوق الذهنية حق المؤلف بالمعنى الواسع ، أى حق الكاتب وحق المخترع

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة : (١)

Olangier, Le droit d'auteur, 2 vol., 1934. — Desbois, Le droit d'auteur, 1950. — Roubier, Le droit de la propriété industrielle, t. I, 1952.

محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٢٧١ - ٢٩٧ - كتابنا أصول القانون ، فقرات ٢٥٢ - ٢٥٩ ، ص ٦٢١ - ٦٦٤ . - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ، ١٩٦٨ ، فقرات ١٦٤ - ٢٩٠ ، ص ٢٧٤ - ٤٧٦ .

( م ٣١ - المدخل الى القانون )

وحق الملحن وحق الفنان - رساما كان أو مصورا أو مثالا - في أبوة واستقلال ما ابتكروه من أفكار أو اكتشافات أو الحان أو لوحات أو صور أو تماثيل . ولكن يعتبر كذلك من الحقوق الذهنية في معناها الواسع ، الحقوق الواردة على مقومات « المحل التجارى » المعنوية من اسم تجارى وعلامة تجارية وسمعة وثقة عملاء والتي أصبح الاصطلاح جاريا على تسميتها باسم « الحقوق المتعلقة بالعملاء » droits de clientèle .

وقد عنيت القوانين الداخلية لأغلب الدول الحديثة بتنظيم هذه الحقوق بمعناها الواسع . بل أن الضرورة لم تلبث أن دعت الى عقد اتفاقات دولية متعددة بقصد توحيد القواعد بشأنها وتنظيم حماية متبادلة من جانب كل دولة موقعة على هذه الاتفاقات . فأبرمت في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ اتفاقية برن الخاصة بتنظيم حماية حقوق المؤلفين . وقد تناولها التعديل عدة مرات في مؤتمرات عقدت خصيصا لذلك ، كان آخرها مؤتمر بروكسل المنعقد سنة ١٩٤٨ . وكذلك أبرمت في ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية من علامات تجارية وبراءات اختراع ورسوم ونماذج صناعية ، وتناولها التعديل كذلك أكثر من مرة .

أما في القانون المصرى ، فقد تأخر التدخل التشريعى (١) لتنظيم مختلف هذه الحقوق وكفالة حماية فعالة لها . إذ كانت بداية هذا التدخل صدور القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ لحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية . ثم تلاه القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها الذى يتضمن نصوصا خاصة بمقومات المحل التجارى المعنوية ، والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بانضمام مصر الى اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية . ثم أصدر المشرع القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف ، وقد تم أخيرا تعديل بعض أحكام هذا القانون بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ .

(١) ولكن القضاء المصرى لم يتكلم حينئذ عن اصطلاح الحماية القانونية الواجبة في هذا الشأن ، مستهديا في ذلك ببادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ( انظر كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش ٤٢ ص ٥٣٠ ) . ولكنها كانت حماية قاصرة محدودة أمام انضمام النص .

ويعنيها في شأن تبين معيار وطبيعة الحقوق الواردة على أشياء غير مادية  
ويمكانها بين الحقوق ، أن تقتصر منها على الحقوق الذهنية بالمعنى الدقيق وهي  
حقوق المؤلف . ذلك أن غيرها من الحقوق المتعلقة بالعملاء والخاصة ببراءات  
الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية  
ومقومات المحل التجاري المعنوية ، لها ما يميزها من صفتها التجارية  
والاقتصادية من ناحية ، وأن حقوق المؤلف ، من ناحية ثانية ، هي التي تتبدى  
فيها بجلاء الطبيعة الخاصة بالحقوق الذهنية الواردة على خلق فكري معين فيما  
يتعلق أساسا بالناحية المعنوية (١) والتي تختلف اختلافا بينا - كما سنرى -  
عن طبيعة الحقوق العينية .

#### ٢٤٥ - معيار الحقوق الذهنية

إذا كان القانون يشمل الحقوق الذهنية بحمايته ، فيجب الوقوف على  
معيار هذه الحقوق لتحديد أصحابها المستفيدين من هذه الحماية وهم من يتوافر  
فيهم وصف « المؤلف » . والواقع أن المقصود بالمؤلف معنى أوسع بكثير من  
مجرد المعنى الضيق له المنحصر في كل شخص يعبر عن آرائه ويبسطها في  
كتاب ، فهو يعنى كل شخص ينتج انتاجا ذهنيا أو خلقا فكريا أيا كان نوعه  
وطريقة التعبير عنه ما دام هذا الانتاج أو الخلق ينطوي على قدر معين من  
الابتكار . ولذلك فعنصر الابتكار هو المعيار الأساسي للحقوق الذهنية أو حقوق  
المؤلف . وهذا ما عناه المشرع المصري في قانون « حماية حق المؤلف » بنصه  
على أنه « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة » ( م ١/١ ) .

وليس المقصود بالابتكار هو اختراع أفكار وآراء غير معروفة من قبل -  
فالأفكار والآراء كثيرا ما تكون مطروقة معروفة ومتداولة بين الناس على اختلاف  
الزمان والمكان - وإنما المقصود بالابتكار أن يتميز الانتاج الفكري أو  
الخلق الذهني بطابع معين يبرز شخصية معينة لصاحبه (٢) ، سواء في جوهر

(١) أنظر بخاصة ، فيما يميز حقوق المؤلف عن الحقوق المتعلقة بالعملاء من خصائص ذاتية:

Desbois, op. cit., No. 262.

(٢) راجع في ذلك بخاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 5 et s.

الفكرة المعروضة ، أو في مجرد طريقة العرض أو التعبير أو الترتيب أو التويب أو الأسلوب .

وعلى ذلك ينبغي اعتبار المترجم الذى يقوم بترجمة مصنف من المصنفات من لغته الأصلية الى لغة أخرى مؤلفا بالمعنى المقصود بالحماية القانونية(١) ، ما دامت ترجمته لهذا المصنف تبرز شخصيته الخاصة في تخير اللفظ وتماسك الأسلوب والتصرف في التعبير بما يوافق المعنى الأصلي اذا كان من شأن الترجمة الحرفية للألفاظ تشويه هذا المعنى أو تحريفه . ومن باب أولى ينبغي أن تشمل الحماية من يبدل - في سبيل نقل مصنف الى لغة أخرى - جهدا أكبر من مجرد الترجمة سواء كان ذلك بتلخيصه أو التصرف في عرضه أو التعليق على مضمونه ، اذ في ذلك كله ابتكار معين يستحق حماية القانون . وقد أحسن المشرع المصرى يرفع كل شك قد يثور في شأن المصنفات المترجمة وما يشابهها ، فنص على شمولها بالحماية الواجبة ( م ١/٣ من قانون حماية حق المؤلف ) .

وينبغي كذلك بسط الحماية القانونية على ما يقوم به بعض الأفراد من تجميع معين لمختارات من الشعر أو النثر أو الموسيقى ، أو من تجميع للأحكام القضائية أو القوانين أو اللوائح المعمول بها ، اذا كان هذا التجميع لا يقتصر جهد الجامع فيه على مجرد عمل مادي آلى بل يتميز بما يكشف عن ابتكاره أو جهده الشخصى ، فيتميز بذوق معين في اختيار مجموعات الآداب أو الفنون أو بترتيب معين لعرض الأحكام أو القوانين أو اللوائح أو بتمهيد لها أو تعليق أو تعقيب عليها ( م ٤/فقرة أخيرة ) (٢) .

ومتى توافر عنصر الابتكار في الانتاج أو الخلق الذهني على هذا النحو ، اعتبر صاحبه مؤلفا يتمتع بحماية القانون ، عن طريق الاعتراف له - على

(١) انظر في ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 32-34.

(٢) انظر كذلك في نفس المعنى .

Desbois, op. cit., No. 56.



انتاجه أو خلقه - بحق معنوي وحق مالي على السواء (١) ، وذلك أيا كان نوع هذا الانتاج أو الخلق الذهني ، وأيا كانت قيمته من الناحية الأدبية أو العلمية أو الفنية (٢) ، وأيا كانت طريقة التعبير عنه بالكتابة أو الالقاء أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة ( م ١/١ و ٢ ) .

### ٢٤٦ - أصحاب الحقوق الذهنية

إذا كان معيار الحق الذهني هو الابتكار كما رأينا ، وكان صاحبه أو المؤلف بالتالي هو المبتكر ، فواضح أن تحديد المؤلف صاحب هذا الحق يكون يسيرا إذا كان فردا واحدا . ويستخلص المشرع من نشر المصنف منسوبا إلى شخص معين - سواء بذكر اسمه على المصنف أو بأى طريقة أخرى - قرينة قانونية على اعتباره هو المؤلف صاحب الحق الذهني عليه ، وإن كانت هذه القرينة غير قاطعة يجوز إقامة الدليل على عكسها ( م ٢/١ ) . فإذا أقيم مثل هذا الدليل وتعين المؤلف الحقيقي المستتر ، ثبت له وحده دون المؤلف الظاهر المسمى صفة المؤلف وسلطات الحق الذهني .

ولكن تحديد صفة المؤلف وتعيين من له مباشرة سلطات الحق الذهني ، يحتاج إلى بعض الدقة في صورتى المصنف المشترك والمصنف الجماعي .

( ١ ) المصنف المشترك (٣) : هو الذى يتعاون على إخراجه ويشترك فى ابتكاره أكثر من شخص واحد . وهنا يكون من الطبيعي اسناد الحق الذهني إلى كل المشتركين . ولكن من الواضح أن اشتراكهم فى ابتكار معين لابد أن يلقى على عاتقهم التزامات متبادلة تقيد من قدرة مباشرة كل منهم على حدة .

(١) يعزز المشرع هذه الحماية المدنية بفرض جزاءات على الاعتداء على حقوق المؤلف ( م ٤٧ من القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ ) .

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 50, 52, 53.

(٣) راجع فى ذلك بخاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 170 et s.

محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٩١ - عبد الرزاق السنهوري ، ج ٨ ،

ققرات ١٩٥ - ٢٠٢ ص ٣٣٤ - ٣٥٦ .

سلطات هذا الحق .

١ - فاذا كان اشتراكهم اشتراكا مختلطاً لا يتميز فيه نصيب كل منهم في العمل المشترك ولا يمكن فصله عن نصيب الآخرين ، اعتبروا جميعاً أصحاب الحق الذهني على المصنف المشترك ، واعتبر اشتراكهم فيه في الأصل بالتساوي ، بحيث يجب توافر اجماعهم لمباشرة سلطات الحق الذهني والا تولى القضاء الفصل فيما يقع بينهم من خلاف ( م ٢٥ ) . وواضح أن اعتبار المشتركين جميعاً أصحاب الحق الذهني بالتساوي ، مرجعه تعذر تحديد نصيب كل منهم - عند عدم الاتفاق - لاستحالة فصله وتمييزه ، وهو ما يوجب كذلك عدم تغليب بعضهم على البعض الآخر في مباشرة سلطات هذا الحق ورهن هذه المباشرة باتفاقهم الاجماعي .

٢ - أما اذا كان اشتراك كل منهم يندرج تحت نوع مختلف من الفن أو العلم مما يتيح تمييز نصيب كل منهم وفصله عن نصيب الآخرين ، فواضح أنه يجب الاعتراف لكل منهم على حدة بحقه الذهني على نصيبه المتميز ، بحيث يكون له في الأصل - الا اذا وجد اتفاق مخالف - الحق في الانفراد باستغلال الجزء الذي ساهم به على حدة . ولكن مباشرة حقه على هذا الجزء باستغلاله خاصة ، لا بد وأن تنقيد باحترام المصنف المشترك والغاية المشتركة من ابتكاره . واخراجه على هذا النحو الذي تتأزر فيه جهود المؤلفين المشتركين ، ولذلك يجب أن لا يكون من شأن استغلال هذا الجزء منفصلاً الاضرار باستغلال المصنف المشترك ( م ٢٦ ) .

والأصل أن ثبوت الحق الذهني لكل من المؤلفين المشتركين على الجزء المتميز الذي ساهم به في المصنف لا يعطيه حقا استثنائياً على المصنف المشترك هي مجموعته ، بل يثبت الحق الذهني على مجموع هذا المصنف لجميع الشركاء دون تمييز أو تفضيل مما يتطلب اتفاقهم الاجماعي في شأن مباشرة سلطات هذا الحق على هذا المجموع . ومع ذلك ، فلا ينتزم المشرع دائماً هذا الأصل ، بل يخرج عليه في بعض الحالات ، فيمكن مؤلف الشطر الأساسي فيها من الانفراد بمباشرة الحق الذهني على مجموع المصنف المشترك دون حاجة الى

موافقة مؤلف الشطر الثاني (م ٢٩ و ٣٠ و ٣٢) (١) .

( ٢ ) المصنف الجماعي (٢) : هو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة

بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ، ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد اليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة ( م ١/٢٧ ) . فلا يكفي ، لاعتبار المصنف جماعيا ، تضافر جهود جماعة من الأفراد على وضع مصنف ما ، والا يجب اعتباره مصنفا مشتركا . بل ينبغي - فضلا عن ذلك - أن يكون وضعهم لهذا المصنف بأمر أو توجيه شخص آخر طبيعي أو معنوي بحيث يتم وضعه في الأصل لحسابه ويندمج عمل المساهمين في وضعه فيما يقصد اليه هذا الشخص بذلك من هدف ، وأن لا يمكن تمييز نصيب كل مساهم وقدر اسهامه في هذا المصنف عن نصيب الباقيين . ومن أمثلة المصنفات الجماعية المصنفات التي توجه الدولة الى وضعها تحقيقا لغرض معين نفرا من موظفيها أو غيرهم من المتخصصين في علم أو فن معين ، بحيث ينشر باسمها لا باسمهم ويستحيل تمييز نصيب كل منهم على حدة .

والأصل أنه ينبغي الاعتراف بوصف المؤلف صاحب الحق الذهني للأفراد الذين تآزروا على وضع المصنف وحدهم لأنه من خلقهم وابتكارهم ، لا للشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجههم الى وضعه دون أن يقدم في ذلك أية مساهمة فكرية أو ذهنية . بل انهم لا يملكون النزول له عن حقوقهم المعنوية في الابتكار (٣) وفي أبوة المصنف نظرا لاتصالها الوثيق بشخصيتهم وخروجها بالتالي عن دائرة التعامل . ورغم ذلك فقد خرج المشرع المصرى على هذا الأصل واعترف بوصف المؤلف لمن وجه الى وضع المصنف الجماعي لا لمن قاموا فعلا بوضعه وابتكاره ( م ٢/٢٧ ) . ويجب أن يؤخذ هذا الحكم على

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٤١ و ٦٤٢ .

(٢) راجع في ذلك خاصة : Desbois, op. cit., Nos. 153-168.

محمّد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٩٢ .

(٣) ولكنهم يملكون على العكس النزول له عن حقوقهم المالية في احتكار استغلال المصنف .

أنه استثناء محض مقام على أساس الافتراض . بقصد تفادي ما ينشأ من صعوبات عن تدخل المؤلفين الحقيقيين الأصليين مما قد يتهدد الهدف المقصود من التوجيه الى وضع مثل هذا المصنف الجماعي (١) . ولكن يظل الشك محيطا بقيمة هذا الافتراض كوسيلة لحماية هذا الهدف (٢) .

### ٢٤٧ - طبيعة الحقوق الذهنية

ذهب الفقه والقضاء أول الأمر الى تكييف الحقوق الذهنية باعتبارها حقوقا عينية والى وصفها بأنها حقوق ملكية أشياء معنوية على نسق ملكية الأشياء المادية . ولكن مثل هذا التكييف ما لبث أن انتقد انتقادا شديدا في الفقه : فهو من ناحية : يخرج اصطلاح « الملكية » عن مدلوله الفنى التقليدى كحق يرد على الأشياء المادية وحدها . وهو ، من ناحية ثانية ، يتعارض مع خصيصة التأييد والدوام اللازمة لحق الملكية ، ذلك أن احتكار الاستغلال الذى تخوله الحقوق الواردة على خلق ذهنى أو فكرى إنما هو احتكار مؤقت بمدة معلومة يحددها القانون . وهو أخيرا لا يتفق مع الطبيعة المالية الخالصة الثابتة لحق ملكية الأشياء المادية ، ففى الحقوق الذهنية جانب معنوى غير مالى يتصل أوثق الاتصال بشخصية صاحب الخلق أو النتاج الفكرى مما ينعكس أثره انعكاسا ظاهرا على استغلال هذا الخلق أو النتاج استغلالا ماليا (٣) .

من أجل ذلك ، انصرف الفقه المعاصر فى مجموعه عن تكييف الحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية (٤) ، واتجه الى تكييفها بأنها حقوق من نوع خاص

(١) فى هذا المعنى : Desbois, op. cit., No. 188.

(٢) كتابنا سالف الذكر ص ٦٤٤ ، وأنظر كذلك فى انتقاد هذا النص :

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ج ، فقرة ٣٩٢ ، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨ .

(٣) أنظر ، بصفة خاصة ، عمى بسط الانتقادات التى ترد على تكييف الحقوق الذهنية بأنها

حقوق ملكية :

Desbois op. cit., Nos. 232, 233. — Roubier, op. cit., t. I, No. 21.

(٤) راجع فى ذلك بخاصة :

Desbois ; Roubier ; ibid. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III.

No. 574. — Boudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 161.

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٧٦ . - عبد المنعم البدروى ، فقرة =

ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين حقين مختلفين : حق معنوي يعبر عن أبوة صاحبه لحلقه ونتاجه الفكري ، وحق مالي يعبر عن احتكاره استقلال هذا الحلق والنتاج استغلالا ماليا .

ونجد صدى هذا التطور الفقهي في تكييف الحقوق الذهنية واضحا في القانون المصري ، فبعد أن كان التقنين المدني القديم يحتسبها من حقوق الملكية بنص صراحة على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته حسب القانون الخاص بذلك » ، اكتفى التقنين المدني الحالي بالنص على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » . وبذلك أظهر المشرع المصري بجلاء اعراضه عن التكييف القديم للحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية أشياء معنوية . ثم جاء القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف فأصبح بجلاء عن طبيعته المزدوجة وما تعطيه للمؤلف من حق معنوي وحق مالي علي السواء . وقد عدلت بعض أحكام هذا القانون أخيرا بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ .

من أجل ذلك ينبغي أن نعرض لكل من هذين الحقين ومدى الارتباط القائم بينهما حتى يتأكد بذلك ما سبق أن ذكرناه من اختلاف طبيعة الحقوق الذهنية عن طبيعة الحقوق العينية عموما وحق الملكية خصوصا اختلافا كبيرا لا يدع مجالا للخلط بينهما .

## ٢٤٨ - الحق المعنوي

يعبر هذا الحق عن الصلة الوثيقة القائمة بين النتاج الفكري أو الحلق الذهني وبين شخص خالقه ومبتكره أو بين المصنف وبين مؤلفه . ولذلك يخول هذا الحق للمؤلف سلطات متعددة تؤكد أبوته على مصنفه وتكفل احترام هذا المصنف بوصفه امتدادا لشخصيته . وهذه السلطات هي الآتية :

= ٣٣٧ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٨ ، ص ٢٧٨ - ٢٨١ .  
ولكن انظر عكس ذلك .

Bonnecase, op. cit., t. V, No. 388 — Chauveau, article précité, pp. 561, 562.

اسماعيل غانم ، ص ٧٠ و ٧١ .

(١) سلطة النشر(١) : يعطى الحق المعنوي للمؤلف سلطة تقديرية بشأن نشر مصنّفه (م ١/٥) ، ذلك أن هذا المصنّف ليس الا جانبا من جوانب شخصيته هو الجانب الذهني أو الفكرى ، فيكون هو صاحب السلطة فى تقدير مدى صلاحية هذا الجانب للنشر . وبمقتضى هذه السلطة التقديرية يكون للمؤلف الحق فى الامتناع عن اخراج مصنّفه وتقديمه الى الجمهور اذا وجدت اعتبارات أو مبررات تدعوه الى ذلك ، بأن قدر ضرورة هذا الامتناع للمحافظة على سمعته الأدبية أو الفنية أو العلمية اذا لم يكن راضيا عن انتاجه الفكرى .

وإذا استعمل المؤلف سلطته التقديرية فقام بنشر مصنّفه أو تقديمه الى الجمهور ، فالأصل انه لا يجوز للغير - دون اذن من المؤلف ودون تعويضه - أن يقوم من جانبه بتكرار هذا النشر أو التقديم ولو بطريقة أخرى . ورغم ذلك ، يخرج المشرع على هذا الأصل فى بعض الحالات ، فيجيز فيها تكرار النشر أو تقديمه بطريقة أخرى دون اذن من المؤلف(٢) مراعاة لما يقتضيه الصالح العام من « تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى »(٣) .

(٢) سلطة تعيين نسب المصنّف(٤) : يعطى الحق المعنوي للمؤلف

(١) أنظر فى ذلك بخاصة : Desbois, op. cit., Nos. 530 et s.

(٢) ومن قبيل ذلك الآثار التى تلقى فى اجتماعات أو جلسات علنية عامة كالخطب فى المجالس النيابية أو المرافعات فى المحاكم (م ١٥) . وكذلك لا يحتاج الى اذن من المؤلف : التحليلات والافتباسات المأخوذة من المصنّف بقصد النقد أو المناقشة أو الاخبار ، ما دامت تشير الى المصنّف وإلى اسم المؤلف اذا كان معروفا (م ١٣) . وإيقاع المصنّف أو تمثيله أو القاؤه فى اجتماع عائلي أو جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، ما دام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى (م ١/١١) . وكذلك أجاز المشرع المصرى للهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية الحق فى إذاعة المصنّفات التى تعرض أو توقع فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر دون اذن مؤلفيها أو موافقة أصحاب هذه الأماكن ، ولكن بشرط إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنّف ودفع تعويض عادل للمؤلف ، ولخلفه أو مستغل المكان الذى يذاع منه المصنّف (م ٢/٣٥) .

(٣) المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف ، النشرة التشريعية ، يونية ١٩٥٤ ، ص ١٣٢٤ .

(٤) راجع فى ذلك بخاصة :

السلطة فى أن ينسب مصنفة اليه وحده بأن يقوم بنشره أو عرضه أو تقديمه للجمهور حاملا اسمه ، والسلطة فى دفع أى اعتداء على حقه فى ذلك . ( م ١/١٩ ) . وله كذلك أن ينشره باسم مستعار يختاره لنفسه ان أملت عليه اعتبارات خاصة عدم الكشف عن شخصيته الحقيقية ، بل ويكون له الحق - إذا أراد - فى نشره غير حامل لى اسم . ورغم تمام النشر أو العرض باسم مستعار أو بدون اسم ، يظل المؤلف محتفظا دائما بحقه فى الكشف عن أبوته الفكرية وانتساب مصنفة اليه فى أى وقت يشاء ، فهو حق متصل بشخصيته لا يسقط بالنزول عنه أو عدم استعماله مهما طالت المدة على ذلك .

( ٣ ) سلطة التعديل : يعطى الحق المعنوى للمؤلف سلطة ادخال أية تعديلات أو تغييرات فى مصنفة ( م ١/٧ ) ، براها ضرورية لتحسينه والكمال به أو جعله موافقا لتغير الزمن وتطور الفكر وتقدم العلم ، ويعطيه كذلك سلطة الاعتراض ومنع أى تحريف أو تغيير أو تعديل يصيب مصنفة - دون اذن منه - عند نشره أو عرضه ( م ١/٩ ) (١) ، بما له من حق الأبوة على هذا المصنف الذى يمثل شخصيته الفكرية وسمعته الأدبية أو العلمية أو الفنية .

( ٤ ) سلطة السحب : يعطى الحق المعنوى للمؤلف أخيرا السلطة فى سحب مصنفة من التداول ووقف نشره أو عرضه أو اذاعته (droit de repentir) (٢) ، فهو خالقه ومبتكره ، فتكون له سلطة اعدامه والرجوع فيما تم من تقدمته الى الجمهور . والواقع أن الاعتبارات التى قد تحدو المؤلف الى اصدار ما يشبه الحكم بالاعدام على مصنفة كثيرة متعددة . فقد يبدو المصنف أمام تقدم الفكر والمدنية نافها لا قيمة له مما تتأثر معه سمعة المؤلف الأدبية أو الفنية اذا استمر تداوله بين الجمهور . وقد

(١) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 561, 565-590.

ولكن مراعاة ما قد تقتضيه الترجمة من بعض الحذف والتغيير ، جعلت المشرع المصرى يرخس فى اجرائه بشرط الاشارة اليه وعدم الاضرار بسمعة المؤلف أو قدره الفكرى ( م ٢/٩ ) -

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 550-564.

يكون المصنف معبرا عن مرحلة من المراحل الأولى لتفكير المؤلف وشبابه بما قد تتضمنه من اندفاع أو تهور وتهجم على بعض القيم المسلمة في المجتمع، فيرى المؤلف - صيانة لسمعته الأدبية أو الفنية أو استجابة لما يفرضه عليه تقدم العمر من رزانة وحكمة - أن يسحب من التداول ما قد يكون باقيا من نماذج المصنف .

### ٢٤٩ - الحق المالي (١)

يعبر هذا الحق عن الصلة المالية القائمة بين المؤلف صاحب الحق الذهني وبين مصنّفه أو أثره الأدبي أو العلمي أو الفني . فمن العدل اعطاء كل صاحب خلق ذهني أو إنتاج فكري فرصة الاستفادة ماليا من هذا الخلق أو ذلك الانتاج . عن طريق تمكينه من الاستئثار بثمرات عرضه وتقديمه الى الجمهور . فهذا الحق اذن انما يعطى للمؤلف على مصنّفه احتكار استغلاله *monopole d'exploitation* بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالي .

واستغلال المصنف قد يقوم به المؤلف نفسه . وقد يقوم به الغير الذي ينزل له المؤلف عن حقه في الاستغلال لقاء مبلغ من المال يقدر عادة بنسبة مئوية من أرباح الاستغلال أو قيمة المبيعات ، ويدفع اما جملة واحدة واما على أقساط طوال مدة معلومة أو يقدر بطريقة جزائية .

ويستوى في استغلال المصنف استغلالا ماليا أن يكون ذلك عن طريق نقله الى الجمهور مباشرة (٢) أو غير مباشرة (٣) .

(١) راجع في تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 264 et s.

(٢) يكون النقل المباشر بالتلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقى أو التمثيل المسرحي أو العرض العلني أو الإذاعة اللاسلكية أو العرض بواسطة الفانوس السحري أو السينما ( م ٦/أولا ) .

(٣) يكون النقل غير المباشر بنسخ صور أو عمل نماذج متماثلة من المصنف توضع في متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو الصب في قوالب أو التسجيل أو النسخ أو التثبيت على اسطوانات أو أسطرحة مسجوعة أو مرئية أو بأية طريقة

أخرى ( م ٦/الثانيا، معدلة بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢ ) .



وقد يتم استغلال المصنف عن طريق ترجمته الى لغة أخرى (١) . ويكون للمؤلف وحده الحق في ذلك ، ولا يجوز لغيره في الأصل أن يباشر شيئاً من ذلك الا بإذن كتابي منه أو ممن يخلفه .

### ٢٥٠ - آثار التمييز بين الحق المعنوي والحق المالى

قلنا ان حق المؤلف أو الحق الذهني بوجه عام يتكشف عن حقين متميزين: حق معنوي من ناحية ، وحق مالى من ناحية أخرى . وهذان الحقان المتقابلان متصلان مرتبطان ، وان كانا مختلفين اختلافا جوهريا في طبيعتهما ، مما ينعكس أثره على ما يخولان من سلطات ومكنات . وتاصيل التفرقة بينهما مرده الى أن الحق المعنوي انما يعبر عن الجانب الفكرى لشخصية صاحب الحق الذهني أو المؤلف ، بينما يعبر الحق المالى عن الجانب المادى لاستغلال المصنف أو الأثر الذهني بما يعود على صاحبه من منفعة أو ثمرة مالية . ومن هنا ، كان الحق المعنوي - باعتباره حق أبوة على نتاج فكرى معين - حقا من حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية (٢) ، وهو على هذا النحو لا يتقوم بهال ، فيندرج في سلك الحقوق غير المالية . بينما كان الحق المالى - باعتباره حق احتكار استغلال لأثر ذهنى معين - حقا من الحقوق المالية يندرج في سلكها الى جوار الحقوق العينية والحقوق الشخصية . والبصر بهذا الاختلاف الجوهري بين طبيعة كل من الحقين ، يجلو لنا ما يرتبه كل منهما من نتائج وآثار متفاوتة عن الآخر نعرضها فيما يلي :

١ - الحق المعنوي - باعتباره من حقوق الشخصية غير المالية - يستنتج

---

(١) ولكن مباشرة الاستغلال عن هذا الطريق يرد عليها - فيما يتعلق بترجمة المصنفات الأجنبية الى اللغة العربية - قيد خطير في القانون المصرى ، إذ يرفع المشرع عنها الحماية اذا لم يتم بها المؤلف أو يأذن بها فى بحر خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الاصلى أو المترجم ( م ٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ) . وذلك رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار الفكر الانسانى فى الأمم الأخرى لمدة طويلة . ولكن تقصير المدة الى هذا الحد محل للانتقاد ( انظر كتابنا اصول القانون ، هامش «١» ص ٦٥٤ ) .

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٥٤ .

التعامل فيه بنقله أو النزول عنه ( م ٣٨ ) أو الحجز عليه ( م ١٠ ) (١) . فهو حق مرتبط بشخصية المؤلف وبذلك يكتسب من وراء هذا الارتباط صفات الشخصية نفسها ، ولا يدخل في عناصر الذمة المالية .

٢ - يترتب على قابلية الحق المالى - دون الحق المعنوى - للتعامل والتصرف فيه ، أن الحق الذهني أو حق المؤلف لا يكون لوجبه دائما نفس صاحب . فاذا نزل المؤلف عن حقه المالى فى احتكار استغلال مصنفه ، فيبقى له دائما على هذا المصنف حقه المعنوى الذى لا يملك النزول عنه . وبذلك يتوزع حق المؤلف حينئذ على صاحبين : صاحب للحق المالى هو المتنازل له عن احتكار استغلال المصنف ، وصاحب للحق المعنوى هو دائما المؤلف مبتكر هذا المصنف .

والتصرف فى الحق المالى قد يكون على سبيل العوض أو التبرع ، وقد يكون نهائيا أو مؤقتا يعود من بعد الى المؤلف ، وقد يكون منجزا حال حياة المؤلف أو مضافا الى ما بعد الموت بالوصية (٢) ، وقد يكون شاملا أو قاصرا على بعض طرق الاستغلال أو على قدره أو مكانه ، مما يوجب تحديده على نحو قاطع للشك . ولذلك يشترط المشرع لتمام التصرف أن يكون مكتوبا ، وهذا شرط انعقاد لا شرط اثبات ، وان يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محلا للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه ( م ٢/٣٧ ) . ولكن يعتبر باطلا تصرف المؤلف فى مجموع انتاجه الفكرى المستقبل ( م ٤٠ ) ، وذلك حماية للجانب الفكرى لشخصيته ومنعا من تقييده مقدما تقييدا أبديا .

ولا يعنى التصرف فى نسخة من المصنف التصرف فى الاستغلال المالى

(١) انظر سابقا ، ص ٤٥٦ .

ولكن اذا كان لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، فيجوز الحجز عن نسخ المصنف الذى تم نشره ( م ١٠ ) .

(٢) وقد أعفى المشرع المصرى المؤلف من التقيد بأحكام الوصية فى شأن القدر الجائز الايصاء به ، فيجوز له الايصاء بحق الاستغلال المالى دون تقييد بهذا القدر وحتى لو كان هذا الحق هو كل تركته ( م ٢/٢٨ ) . انظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٥٦ . - عبد الرزاق السنهورى ، ج ٨ ، فقرة ٢٢٨ .

لذات المصنف ، وإنما يقتصر حق المتصرف اليه على النسخة المادية أو النموذج المادي محل التصرف لا على ما يتضمنه هذا الجسم المادي من خلق فكري أو ذهني ، ولذلك يمتنع على المتصرف اليه مباشرة حق الاستغلال المالى بأية صورة من الصور كاستخراج نسخ أو نماذج ينشرها أو يبيعها للجمهور ، لأن هذا الحق لا يزال ثابتا للمؤلف لعدم ورود التصرف والتنازل عليه (١) .

٣- ما دام الحق المعنوي يعتبر انعكاسا لشخصية المؤلف ، فيبقى دائما للمؤلف ، بما له من أبوة فكرية على مصنفه ورغم نزوله عن حقه المالى فى استقلاله ، سلطة كبيرة مهيمنة على سلطة الاستغلال المالى . فله الاعتراض والمطالبة بمنع المستغل من أى تعديل أو تبديل فى المصنف يضر بسمعته الفكرية . وله كذلك اذا شاء الامتناع عن تسليم المصنف الى المتنازل له عن الاستغلال المالى ، بل وسلطة وقف هذا الاستغلال المالى بعد بدئه باقتضاء سحب المصنف من التداول وسلطة ادخال تعديلات جوهرية عليه .

ومثل هذه السلطات التى يعطيها الحق المعنوي للمؤلف تكون ذات نتائج خطيرة على الحق المالى الذى انتقل الى المتنازل له عن الاستغلال . ولذلك فإن تخويل هذه السلطات للمؤلف ، يجب أن لا يعفيه من المسؤولية عن الأضرار التى قد يسببها للمتنازل له عن الاستغلال نتيجة استعماله لها . فضلا عن أن الواقع أن هذا الاستعمال دون مبرر قوى يستند الى اعتبارات خاصة بالمصنف ذاته وما يتضمنه من قيم فكرية معينة ، أو بشخصية المؤلف وسمعته الأدبية أو الفنية ، يعتبر استعمالا تعسفيا غير مشروع من جانب المؤلف صاحب الحق المعنوي ، يجب على القضاء حماية المستغل منه (٢) .

(١) وقد اطلق المشرع المصرى هذا الحكم ، حتى ولو كانت النسخة محل التصرف على النسخة الأصلية الوحيدة ، إذ نص على أنه « لا يترتب على التصرف فى النسخة الأصلية من المصنف أيا كان نوعه نقل حق المؤلف » . ولكنه نص كذلك على أنه « لا يجوز الزام من انتقلت اليه ملكية هذه النسخة بان يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك » ( م ٤١ ) . لذلك يحسن بالمؤلف عند التصرف فى النسخة الأصلية أن يحتفظ لنفسه بحق الاستغلال المالى .

(٢) انظر فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 164. — Notre thèse précitée. pp. 166-168.

غير أنه فيما يتعلق بسلطة سحب المصنف من التداول وكذلك بسلطة إدخال تعديلات جوهرية عليه ، جعل المشرع المصرى هذا السحب أو التعديل منوطا بموافقة القاضى اذا تحقق من طروء أسباب خطيرة تبرر ذلك ، وعلى أن يلزم المؤلف بدفع تعويض عادل معجل (١) الى المستغل (م ٤٢) .

٤ - يعتبر الحق المالى - باعتباره ذا صفة مالية محضة - عنصرا من عناصر الذمة المالية وينتقل بالوفاة الى الورثة . غير أن مثل هذا الحق ليس باحق المؤبد ، بل هو حق مؤقت ينقضى بفوات مدة معينة يحددها القانون ، بحيث لا يصبح استغلال المصنف ماليا بعد فواتها احتكارا لأحد ، اذ يعتبر حينئذ من التراث الفكرى العام المشاع بين الجميع . ولهذا نص المشرع المصرى على انقضاء حقوق الاستغلال المالى بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف (م ١/٢٠) (٢) ، أو على وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين فى تأليف نفس المصنف (م ٢/٢٠) . أو بمضى خمسين سنة على تاريخ النشر اذا كان صاحب الحق شخصا معنويا (م ٣/٢٠) أو اذا كان المصنف منشورا غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار ولم يكشف المؤلف خلال هذه المدة عن شخصيته (م ٢١) .

والتوقع أن طبيعة الحق المالى فى استغلال المصنف تقضى بجعله موقوتا . ذلك أن الأصل أن المصنف معد للجمهور وموجه اليه . بحيث يكون مصيره فى نهاية الأمر أن يسقط كما يقال فى الملك العام وينضاف الى التراث الفكرى الانسانى المتجمع على مر الأجيال . فلا يكون اعطاء المؤلف احتكار استغلاله اذن الا من قبيل تمكينه من الحصول على ما يكافئ جهده الذهنى ، وهو ما يتحقق عادة فى ظرف مدة معينة .

أما الحق المعنوى ، فهو حق مؤبد لا ينقضى بمضى مدة معينة ، بل يظل

(١) انظر فى انتهاك اشتراط دفع التعويض مقدما :

محمد على عرفه ، ج ١ ، فقرة ٣٨٨ ، ص ٥٣١ - كتابنا سابق الذكر ، ص ٦٥٩ .

(٢) ولكن تنقص المدة الى خمس عشرة سنة من تاريخ اول نشر للمصنف فى شأن المصنفات التصوير المرئية والمصنفات السمعية البصرية التى ليس لها طابع انشائى وتقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا . وتنقص المدة الى عشرين سنة من تاريخ ابداع المصنف فى شأن مصنفات الحاسب الآلى (م ١/٢٠ ممدله بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢) .

ثابتا للمؤلف طوال حياته ، ثم ينتقل عنه الى وراثته بوفاته . غير أن الورثة لا يتلقون هذا الحق كاملا كما كان لمورثهم ، بل يتلقونه في الأصل في جوانبه السلبية دون جوانبه الايجابية . فيتلقونه ناقصا قاصرا على مجرد المحافظة على سمعة المورث الفكرية ، بالدفاع عن احترام نسبة المصنف الى المؤلف واحترام مضمون المصنف ، وذلك برقابة استمرار نشر المصنف أو عرضه كما تركه المؤلف عند وفاته حاملا اسمه أو الاسم المستعار الذي اختاره ودون تحريف أو تشويه (١) . فيقتصر مركز الورثة اذن على مركز الحارس لتراث مورثهم الفكري (٢) ، ويبقى لهم هذا المركز على الدوام رغم انقضاء الحق المالي بمضى المدة القانونية المقررة له . .

أما الجوانب الايجابية للحق المعنوي ، وهي تقرير نشر المصنف ابتداء وتناوله بالتغيير والتعديل وسحبه من التداول ، فلا تنتقل في الأصل الى الورثة ، اذ هي لصيقة بشخصية المؤلف وحده باعتباره خالق المصنف ومبتكره وصاحب الأبوة الفكرية عليه . ولكن هذا الأصل ليس مطلقا في القانون المصري . اذ تثبت لورثة سلطة تقرير نشر المصنف اذا مات المؤلف قبل هذا التقرير ( م ١/١٩ ) وهو ما يفترض عدم ايصاله بمنع النشر (٣) ، ويمكن تبرير ذلك على أساس استخلاص اتجاه ارادة المؤلف الضمنية الى النشر من سكوته عن الايصال بدعنه وقيام الورثة حينئذ بتنفيذ هذه الارادة (٤) . وتثبت للورثة كذلك سلطة التعديل أو التغيير في المصنف ( م ٢/١٩ ) (٥) ، ولكن

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة .

Desbois, op. cit., Nos. 623-628.

Desbois, op. cit., No. 625. (١)

(٢) من الواضح أن المؤلف اذا كان قد أوصى بتأجيل النشر وحدد له موعدا معينا ، فيجب على الورثة تنفيذ ما أوصى به ( م ٣/١٩ ) .

(٤) احتياطا لما قد يحدث من احجام ورثة المؤلف عن النشر في هذه الحالة ، وتحقيقا للصالح العام بعدم قبح المصنفات القبيحة وحجبها عن الجمهور ، يرخص المشرع المصري لوزير الثقافة في الطول محل الورثة في النشر بعد انقضاء واستصدار أمر من المحكمة بذلك ، ولكن مع تعويضهم مبرضا عادلا ( م ٢٣ ) .

(٥) قارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، ج ٨ ، فقرة ٢٤١ .

هذا الحكم محل للنظر (١) ، باعتبار أن هذه السلطة لصيقة بشخصية المؤلف

باعتباره الأب الفكري للمصنف والقادر وحده على التصرف في مضمونه (٢) .

هذا الحكم محل للنظر (١) ، باعتبار أن هذه السلطة لصيقة بشخصية المؤلف باعتباره الأب الفكري للمصنف والقادر وحده على التصرف في مضمونه (٢) .

هذا الحكم محل للنظر (١) ، باعتبار أن هذه السلطة لصيقة بشخصية المؤلف باعتباره الأب الفكري للمصنف والقادر وحده على التصرف في مضمونه (٢) .

هذا الحكم محل للنظر (١) ، باعتبار أن هذه السلطة لصيقة بشخصية المؤلف باعتباره الأب الفكري للمصنف والقادر وحده على التصرف في مضمونه (٢) .

(١) أنظر كتابنا - مالف الذكر ، متن ص ٦٦٣ ، وهاشم «١» ص ٦٦٣ و ٦٦٤ .  
(٢) ولكن لا اعتراض اذا كان المؤلف قد خول قبل وفاته شخصا معيناً - من الورثة أو من غيرهم - سلطة اجراء التعديل والتغيير في المصنف .

## الفصل الرابع

### الذمة المالية (١)

#### Le Patrimoine

#### ٢٥١ - تعريف الذمة المالية ، والخلاف حول تأصيلها

يقصد باصطلاح « الذمة المالية » ، فى الفقه السائد ، التعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . وبذلك تتكون الذمة من جانبين : جانب ايجابى (L'actif) هو مجموع حقوق الشخص المالية ، وجانب سلبى (Le passif) هو مجموع التزامات الشخص المالية . ويقدر ما تزيد حقوق الشخص المالية على التزاماته تعتبر ذمته دائنة ، ويقدر ما تزيد التزاماته المالية على حقوقه تعتبر ذمته مدينة .

والذمة المالية - كما يدل عليه اسمها - لا تتكون فى جانبها الايجابى والسلبى الا من حقوق الشخص والتزاماته المالية وحدها (٢) ، فلا يدخل فى الجانب الايجابى للذمة المالية أى حق غير مالى للشخص (٣) ، ولا يدخل فى الجانب السلبى لها أى واجب غير مالى عليه (٤) .

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Aubry et Rau, op. cit., t. IX Nos. 573-583. — Mevorach, Le patrimoine, Revue trimestrielle de droit civil, 1936, pp. 811-825. — Ismail Chanera, Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1951. Imp. Le Caire, 1957.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٠٣ - ١٢٣ . - كتابنا فى أحكام حق الملكية ، فترات ٥ - ١٠ ، ص ١٢ - ٢٢ .

(٢) قارن مع ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 292.

(٣) و (٤) كحق الانسان على اسمه ، أو الحق الممنوع للمؤلف على مصنفه ، وكالواجب السلبى العام الواقع على الكافة باحترام الحقوق . ولكن الاعتداء على مثل هذه الحقوق أو =

وقد كان تأسيس فكرة الذمة المالية وتأصيلها محل جدل كبير في الفقه ،  
نرى صداه في ظهور نظريتين متقابلتين في عهد الصدد : نظرية تقليدية ظلت  
لها السيادة في الفقه الفرنسي طوال القرن الماضي وهي المعروفة بنظرية  
الشخصية (Théorie de la personnalité) ونظرية حديثة راجت في  
الفقه الألماني خاصة، وهي نظرية التخصيص (Théorie de l'affectation) .  
فنعرض فيما يلي لهاتين النظريتين ، لنرى من بعد موقف الفقه الحديث منهما  
ونظرته اليوم الى جوهر الذمة المالية وأهميتها العملية .

### ٢٥٢ - نظرية الشخصية

تنسب هذه النظرية الى الفقيهين الفرنسيين «أوبري» (Aubry) و «رو»  
(Rau) . وهي تقوم على أساس ارتباط الذمة المالية بالشخصية وانبعائها  
منها (١) . فالذمة اذن هي احدى خصائص الشخصية ، بل هي الشخصية ،  
ذاتها منظورا اليها من جانبها المالى . ولم يكن بد - وهذا الأساس هو نقطة  
الابتداء - من أن تخلع هذه النظرية على الذمة المالية صفات الشخصية كاملة  
فترتب عليها النتائج الآتية :

( ١ ) لكل شخص ذمة مالية : ما دامت الذمة المالية مرتبطة أو مندمجة  
في الشخصية ، أو ما دامت - بعبارة أخرى - هي الجانب المالى للشخصية ،  
فمن الحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية . فلا يعلق وجود الذمة المالية اذن  
على ضرورة وجود حقوق مالية ثابتة للشخص أو التزامات مالية واقعة عليه  
في وقت معين . فالطفل اللقيط العارى مثلا ، وهو مجرد من كل حق أو التزام  
مالى ثابت له أو عليه ، تكون له ذمة مالية .

( ٢ ) لكل ذمة مالية شخص تستند اليه : ما دامت الذمة المالية هي  
الشخصية في مظهرها المالى ، فلا يتصور وجود ذمة لا تستند الى شخص ،

= خرق مثل هذا الواجب ، يولد التزاما ماليا بالتعويض يدخل ذمة المعتدى كعنصر سببى وذمة  
المعتدى عليه كعنصر ايجابى .



سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً • ولكنها لا تثبت فيما وراء ذلك لأحد أبداً كان • فلا تثبت لحيوان أو جماد • ولا لجماعات من الأشخاص أو مجموعات من الأموال لا تتوافر لها الشخصية المعنوية أو الاعتبارية •

### ( ٣ ) الذمة المالية واحدة لا تتعدد أو تتجزأ : ما دامت الذمة المالية هي

الشخصية ذاتها في مظهرها المالي ، فهي اذن - كالشخصية - واحدة لا تتعدد أو تتجزأ • ولا يطن في وحدة الذمة المالية للشخص - عند انصار هذه النظرية - أن تخضع عناصرها لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له الذمة في مجموعها • اذ لا يعدو ذلك عندهم أن يكون محض استثناء تحتمه اعتبارات خاصة (١) •

### ( ٤ ) الذمة المالية وحدة أو مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكونة

لها : ما دامت الذمة المالية هي الشخصية نفسها في مظهرها المالي ، وما دامت الشخصية هي مجرد صلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية ، فان الذمة لا تكون اذن مجموعة فعلية ثابتة من الحقوق والالتزامات المالية ، بل مجموعة احتمالية لما يوجد للشخص في الحاضر وما قد يوجد له في المستقبل من هذه الالتزامات وتلك الحقوق • ومن هنا ، كانت الذمة تمثل تصوراً قانونياً مجرداً يعبر عن وحدة أو مجموعة مستقلة ومنفصلة عن العناصر المكونة لها (٢) ، بحيث لا يتأثر وجودها بوجود هذه العناصر أو بأي تغيير أو تعديل يطرأ عليها • وبذلك تكون الذمة - فيما يقال - كالوعاء مستقل في وجوده عن وجود محتوياته ، فهو يوجد في ذاته ولو خلا يوماً من محتوياته ، ويظل موجوداً لينتقل ما قد يدخل فيه مستقبلاً من محتويات وما قد تتعرض له هذه المحتويات من تبديل وتغيير •

وما دامت الذمة المالية تكون وحدة قانونية مجردة مستقلة في وجودها عن وجود العناصر الداخلة فيها ، فلا يتصور التصرف في الذمة أو النزول عنها كوحدة ، وانما يتصور التصرف أو النزول وارداً على ما يوجد من عناصرها

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 574.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 583, pp. 333, 334.

في وقت معين دون أن يمس ذلك وجود الذمة نفسها (١) ، وهذه نتيجة حتمية لتصور الذمة على أنها هي الشخصية ذاتها في مظهرها المالي ، إذ كما يستحيل التصرف في الشخصية أو النزول عنها ، فكذلك يستحيل التصرف أو النزول عن الذمة المالية كوحدة قانونية .

ولكن إذا كانت حقوق الشخص والتزاماته تنتقل إلى الورثة بوفاته ، فليس معنى ذلك انتقال ذمته إليهم - فالذمة لا تنتقل من شخص إلى آخر - وإنما معناه امتداد شخصية المورث واستمرار بقائها في أشخاص الورثة (٢) .

### ٢٥٣ - نظرية التخصيص (٣)

تراجع هذه النظرية إلى بعض فقهاء الألمان خاصة ، الذين أرادوا هدم النظرية التقليدية بما قامت عليه من أساس اندماج الذمة المالية في الشخصية ، وما استتبعه هذا الأساس من نتائج غير مقبولة .

من أجل ذلك رأوا أن الذمة المالية لا تكون مجموعة أو كتلة متماسكة من الحقوق والالتزامات المالية بسبب ثبوتها لشخص معين ، وإنما بسبب تخصيصها لغرض معين ذي قيمة جديرة بالحماية . ولذلك فالعبارة في وجود الذمة المالية ليس بوجود شخص تسند إليه ، وإنما بوجود غرض تخصص به . ومن هنا ، فكلما وجدت حقوق والتزامات مالية يجمعها الاستناد إلى غرض معين ، أمكن القول بوجود ذمة مالية تون حاجة إلى استلزام وجود شخص معين تسند إليه .

ونظرية التخصيص هذه ، قد أراد دعايتها من ورائها الاستغناء بفكرة

(١) Aubry et Rau, op. cit., No. 577.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., Nos. 582, 583.

(٣) أنظر في عرض هذه النظرية خاصة :

Michoud, La théorie de la personnalité morale, 3e éd. t. I, No. 17. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 22. — Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., pp. 477, 478.

الذمة القائمة على التخصيص عن فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية التي يعدونها مجرد افتراض بحث مخالف للواقع ، وحيلة مصطنعة بخاصة لامكان الاعتراف لمجموعات من الأشخاص ( كالجمعيات والشركات ) أو الاموال ( كالأوقاف والمؤسسات ) بذمة خاصة بها مستقلة عن ذمة كل عضو من أعضائها أو كل منتفع بها . اذ لا يحتاج الأمر - لادراك هذه النتيجة - الى مثل هذا الافتراض أو التحايل باعطاء هذه المجموعات شخصية صناعية ، فكل من هذه المجموعات من الأشخاص أو الاموال تفترض وجود حقوق والتزامات مالية يجمعها التخصيص لغرض واحد ، أى تفترض وجود ذمة مالية قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها دون استناد الى شخص معين . وتترتب على هذه النظرية نتائج نذكر أهمها فيما يلي :

#### ( ١ ) وجود الذمة دون شخص : ليس من الحتم وجود شخص تستند

اليه الذمة المالية ، فالذمة توجد ولو لم يوجد شخص اذا وجدت مجموعة من الحقوق أو الالتزامات المالية خاصة بنفس الغرض . وهذا يقضى عند أصحاب هذه النظرية - كما سبق البيان - عن فكرة الشخصية المعنوية التي تعتبر عندهم مجرد حيلة صناعية بحتة للاعتراف للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية بذمة مالية مستقلة .

#### ( ٢ ) امكان تعدد الذمة : ما دامت الذمة المالية غير مندمجة في

الشخصية وانما قائمة على وحدة التخصيص بين عناصرها لغرض معين ، فليس من الحتم أن توجد للشخص ذمة مالية واحدة ، بل قد توجد له أكثر من ذمة ، فتتعدد ذممه بتعدد الأغراض التي تخصص بها مجموعات من حقوقه والتزاماته المالية . فالوارث مثلا الذي لا يكون مسؤولا عن ديون مورثه الا في حدود أموال التركة ، تكون له ذمتان منفصلتان مستقلتان : ذمته الأصلية ، وذمة مورثه التي آلت اليه ، بحيث تضمن حقوق كل ذمة ديونها فلا يلتزم الوارث في ذمته الأصلية بسداد ديون مورثه .

#### ( ٣ ) امكان انتقال الذمة : ما دامت الذمة المالية غير مستندة الى

الشخصية بل الى غرض معين تتخصص به عناصرها ، فهي على هذا النحو

تكون مجموعة فعلية - لا مجموعة احتمالية - من الحقوق والالتزامات المالية المخصصة بغرض معين ، فيمكن بالتبعية التصرف فيها والنزول عنها . وكذلك يمكن انتقالها بالموت الى الورثة ، دون حاجة الى ما تصطنعه نظرية الشخصية - في سبيل تبرير هذا الانتقال - من افتراض بحث يخالف الواقع ، قائم على اعتبار شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث .

### ٢٥٤ - تقدير النظريتين

يراعى في شأن نظرية التخصيص أنه لا يمكن التسليم بمقدمتها الأولية القائمة على امكان قيام ذمة لا تستند الى شخص من الأشخاص . فمثل هذه المقدمة لا يمكن قبولها في ظل القوانين الوضعية الحديثة التى تسلم بوجود أشخاص معنوية أو اعتبارية الى جنب الأشخاص الطبيعية ، وحيث أصبح الفقه الحديث يرى في وجود هذه الأشخاص حقيقة واقعية لا مجرد افتراض محض ، فقد قامت هذه النظرية على أساس القول بانكار فكرة الشخصية الاعتبارية ، وقدمت فكرة الذمة المالية القائمة على التخصيص بغرض معين كبديل عنها .

فالتأيت اذن فى القانون الحديث اليوم أن الذمة المالية لا تتصور الا مستندة الى شخص معين سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو اعتباريا . اذ من المسلم أنه لا يكتسب الحقوق أو يتحمل بالالتزامات الا الأشخاص وحدهم ، ومن هنا ينبغى أن تكون الذمة - وهى مجموع من الحقوق والالتزامات المالية - خاصة بشخص معين . ولكن ليس يعنى ذلك رفض فكرة التخصيص فى ذاتها ، فسرى من بعد أن هذه الفكرة صالحة من وجوه معنة ولكن فى حدود ما قدمناه من ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين . أى أن هذه الفكرة قاصرة عن خلق ذمة غير مستندة الى شخص . ولكنها صالحة - اذا وجدت ذمة لشخص معين - لتبرير اقتطاع مجموعة من عناصرها وتأليف ذمة أخرى مستقلة لنفس الشخص (١) .

(١) انظر بصفة خاصة فى نقد نظرية التخصيص : *مجلد القانون الحديث* (٢٧)

وليس يعنى ذلك أيضا رفض ما ترتبه نظرية التخصيص من نتائج معينة ، كتعدد الذمة المالية للشخص الواحد وامكان التصرف فيها والزول عنها بين الأحياء ، وامكان انتقالها بالموت الى الورثة دون حاجة الى افتراض امتداد شخصية المورث في أشخاص الورثة ، فتلك نتائج سليمة ينبغى التسليم بها في جملتها كما سنرى ، ولكن يمكن الوصول اليها دون حاجة الى انتهاج منطق نظرية التخصيص - غير المقبول - من انكار ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين . والواقع أن اسراف النظرية التقليدية اسرافا شديدا في منطقتها من ربط فكرة الذمة بالشخصية الى حد ادماجها فيها هو الذى دفع الى انكار تلك النتائج بخلع كل صفات الشخصية على الذمة .

ولئن كان ينبغى التسليم بوجود استناد الذمة الى شخص ، الا أن ذلك لا يستتبع بحال من الأحوال ضرورة اعطاء الذمة نفس صفات الشخصية ، والا انتهى الأمر - كما انتهت النظرية التقليدية فعلا - الى اعتبار الذمة هي الشخصية نفسها في مظهرها المالى أى هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المالية له أو عليه ، وهو لغو لا يمكن قبوله ، اذا ما دامت الذمة والشخصية شيئا واحدا ، فقيم اذن كان اصطلاح « الذمة المالية » ، وما فائدته وليس له من مدلول جديد (١) .

فالتفرقة اذن واجبة بين الشخصية باعتبارها الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وبين الذمة المالية باعتبارها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . واغفال هذه التفرقة هو الذى دفع بنظرية الشخصية الى المغالاة والقول بأن لكل شخص ذمة مالية حتما . ولئن كان الغالب فى العمل أن لكل شخص ذمة لأنه يندر أن يوجد شخص ليست له أو عليه حقوق مالية ، الا أنه اذا قام احتمال وجود مثل هذا الشخص

(١) انظر فى نقد الخلط بين الذمة والشخصية :

Beudant et Voirin, t. IV, No. 23. — Ismail Ghanem, thèse précitée, No. 62. — Mevorach, article précité, p. 816. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 17.

• فيكون من انكار الواقع القول بتوافر ذمة مالية له (١) •

• والمخلط بين الذمة والشخصية دفع بالنظرية التقليدية كذلك الى القول بان الذمة واحدة لا تتعدد أو تتجزأ ، وأنه لا يتصور أن توجد للشخص ذمة مالية متعددة • ومثل هذا القول - كما هو ظاهر - لا يستقيم الا مع مقدمة غير مسلمة ، هي اندماج الذمة في الشخصية • ومن ثم لا يوجد عقلا ومنطقا ما يمنع من تصور تعدد الذمة • وهنا نجد فائدة فكرة التخصيص ، اذ قد تتخصص مجموعة معينة من أموال الشخص بفرض معين فننشأ منها ذمة خاصة الى جانب ذمته العامة (٢) •

وفي قواعد القانون المصرى أمثلة على تعدد الذمة المالية لدى بعض الأشخاص نتيجة تخصيص معين لبعض ما لهم من أموال (٣) •

فللقاصر أهلية التصرف فيما يوضع تحت تصرفه من مال مخصص لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط ( م ٦١ من قانون الولاية على المال ) • وكذلك للقاصر البالغ السادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه بعينه من مال ، بشرط ألا يتعدى التزامه حدود هذا المال ( م ٦٣ من القانون سالف الذكر ) • ففي هاتين الحالتين ، يكون للقاصر - فضلا عن ذمته العامة - ذمة خاصة متعلقة بأموال معينة لا يلتزم الا في حدودها وحدها •

وكذلك فلمالك السفينة الحق في تركها الى أصحاب الديون الناشئة بسببها أو بسبب سفرها ، يقتضون ديونهم من التنفيذ عليها وحدها هي

(١) في هذا المعنى :

Mevorach, article précité, p. 817.

(٢) ولكن لا يتأتى التخصيص بإرادة الأفراد وانما القانون وحده هو الذى يقرره ، كفاية لما يجب من ثقة واثمان فى المعاملات ، ومنعا من تفتت الضمان العام بتوزعه بين ذمم الشخص المتمدة ( انظر كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، هامش «١» من ٢٤ ) •

(٣) انظر :

Ismail Ghanem, thèse précitée, Nos. 87-89.

اسماعيل غانم ، ص ١١١ - ١١٣ - شفيق شحاته ، فقرة ٦ ، ص ١٢ و ١٣ •

وأجرتها دون غيرها من أمواله ( م ٣٠ بحرى ) . وبذلك تكون السفينة ذمة مالية خاصة لمالكها الى جوار ذمته العامة ، بحيث تتحدد التزاماته الخاصة بالسفينة بحدود قيمتها وقيمة أجرتها ، فلا يملك الدائنون بهذه الالتزامات التنفيذ على غير السفينة وأجرتها مما يدخل في ذمته العامة من أموال .

وأخيرا فللوارث في القانون المصرى - كما سنرى - ذمتان : ذمته الاصلية ، وذمة مورثه التى انتقلت اليه . فلا يسأل الوارث عن ديون مورثه الا فى حدود ما تركه المورث من أموال ، أى لا يقوم بسداد ديوان التركة من أمواله الاصلية ، فنكلك من الذميتين نطاق مستقل عن نطاق الأخرى .

بقي أن يراعى أن نظرية الشخصية ، وهى ترى أن الذمة باعتبارها هى الشخصية فى مظهرها المالى لا تنتقل من شخص الى آخر ، قد اصطدمت بنظام الميراث فأضطرت - فى سبيل تبرير انتقال ذمة المورث الى الوارث بالوفاة - الى القول بأن شخصية المورث ممتدة وباقية فى شخص الوارث (١) . وظاهر ما فى هذا التبرير من اصطناع وتحايل يقوم على افتراض محض مخالف للواقع ، مما يدل على فساد القول بامتناع التصرف فى الذمة المالية وانتقالها من شخص الى آخر .

وإخلاصة مما تقدم وضوح جانب المفالاة والاسراف فى كل من نظرية الشخصية (٢) ونظرية التخصيص ، الأولى بادماج الذمة فى الشخصية ادماجا كليا ، والثانية بفصل الذمة عن الشخصية .

(١) بحيث يكونان اما شخصا واحدا حين يلتزم الوارث بكل ديون المورث ، أو يكون الوارث شخصين : شخصا هو امتداد لشخصية المورث ، وشخصه الخاص به حين لا يلتزم بسداد ديون المورث الا فى حدود أموال التركة .

(٢) أنظر مع ذلك فى الدفاع عن نظرية الشخصية فى الفقه المصرى :

عبد الحى حجازى ، ص ٢٢٨ - ٢٢١ . - محمد سامى مديكور ، نظرية الحق ، ١٩٥٤ ، ص ١٢٣ - ١٢٧ . - عبد المنعم البدروى ، فقرة ٢٩٤ .

### ٢٥٥ - جوهر فكرة الذمة المالية

يتجه الفقه الحديث في مجموعه (١) الى الإبقاء على فكرة الذمة المالية مبرأ مما خلعتة عليها النظرية التمسية من صفات الشخصية وخصائصها . وبذلك أصبحت النظرية اليوم، الى الذمة المالية باعتبارها وحدة قانونية مجردة لها ذاتية مستقلة ومنفصلة عن ذاتية ومفردات ما يدخل في تكوينها من حقوق والتزامات مالية ، أى باعتبارها وحدة تفتى وتناشئ فيها عناصرها .

ولكن ينبغي أن لا تصرف هذه النظرية للذمة المالية الى المعنى الذى كانت تفهمه منها نظرية الشخصية . فقد طنت هذه النظرية أن تمنع الذمة بذاتية مستقلة عن ذاتية عناصرها ، يجعل من الذمة مجرد تصور فكري لا علاقة له بالواقع ، بحيث يمكن أن توجد الذمة حتى ولو كانت خالية من كل عنصر إيجابى أو سلبى . وليس مثل هذا الفهم لاستقلال ذاتية الذمة عن ذاتية عناصرها ، الا صدق للخلط بين الذمة والشخصية ، وهو خطأ شائع عند أصحاب نظرية الشخصية كما أوضحنا ، ويكاد يلقى أى معنى لوجود فكرة الذمة اذ ينقلب مدلولها من مجموع ما للشخص والحقوق والتحمل بالالتزامات المالية ، الى صلاحية الشخص الذى لا يرد الا على عناصر فعلية واقعية موجودة حتى وفرق كبير بين المجموع الذى لا يرد الا على عناصر فعلية واقعية موجودة حتى ولو كانت متغيرة ، وبين مجرد الصلاحية التى تعتبر صفة قائمة مستمرة لا تتوقف على وجود عناصر فعلية ولا تتخلف بتخلفها .

فالذمة المالية اذن ينبغي أن تفهم على أنها وحدة متماسكة مترابطة من الحقوق والالتزامات المالية المتقابلة ، بحيث تظل هذه الوحدة قائمة - ما دامت لم تغل من عناصر قط - رغم تغير ذاتية العناصر المؤلفة لها . فقد تخرج بعض العناصر من ذمة الشخص ، وقد تدخل فيها بعض عناصر جديدة - اذ حقوق الشخص والتزاماته المالية فى تغير مستمر لا يثبت على حال واحدة - دو

(١) انظر فى ذلك :



وأجرتها دون غيرها من أمواله ( م ٣٠ بحرى ) . وبذلك تكون السفينة ذمة مالية خاصة للمالكها الى جوار ذمته العامة ، بحيث تتحدد التزاماته الخاصة بالسفينة بحدود قيمتها وقيمة أجرتها . فلا يملك الدائنون بهذه الالتزامات التنفيذ على غير السفينة وأجرتها مما يدخل في ذمته العامة من أموال .

وأخيرا فللوارث في القانون المصرى - كما سنرى - ذمتان : ذمته الاصلية ، وذمة مورثه التي انتقلت اليه . فلا يسأل الوارث عن ديون مورثه الا في حدود ما تركه المورث من أموال ، أى لا يقوم بسداد ديوان التركة من أمواله الاصلية ، فلكل من الذمتين نطاق مستقل عن نطاق الأخرى .

بقى أن يراعى أن نظرية الشخصية ، وهي ترى أن الذمة باعتبارها هي الشخصية فى مظهرها المالى لا تنتقل من شخص الى آخر ، قد اصطدمت بنظام الميراث فاضطرت - فى سبيل تبرير انتقال ذمة المورث الى الوارث بالوفاة - الى القول بأن شخصية المورث ممتدة وباقية فى شخص الوارث (١) . وظاهر ما فى هذا التبرير من اصطناع وتحايل يقوم على افتراض محض مخالف للواقع ، مما يدل على فساد القول بامتناع التصرف فى الذمة المالية وانتقالها من شخص الى آخر .

واخلاصة مما تقدم وضوح جانب المفالاة والاسراف فى كل من نظرية الشخصية (٢) ونظرية التخصيص ، الأولى بادماج الذمة فى الشخصية ادماجا كليا ، والثانية بفصل الذمة عن الشخصية .

(١) بحيث يكونان اما شخصا واحدا حين يلتزم الوارث بكل ديون المورث ، أو يكون الوارث شخصين : شخصا هو امتداد لشخصية المورث ، وشخصه الخاص به حين لا يلتزم بسداد ديون المورث الا فى حدود أموال التركة .

(٢) أنظر مع ذلك فى الدفاع عن نظرية الشخصية فى الفقه المصرى :

عبد الحى حجازى ، ص ٢٢٨ - ٢٣١ . - محمد سامى منكور ، نظرية الحق ، ١٩٥٤ .

ص ١٢٢ - ١٢٧ . - عبد النعم البدرائى ، فقرة ٢٩٤ .

### ٢٥٥ - جوهر فكرة الذمة المالية

يتجه الفقه الحديث في مجموعه (١) الى الإبقاء على فكرة الذمة المالية مبرأً مما خلفته عندها النظرية التفسيرية من صفات الشخصية وخصائصها . وبذلك أصبحت النظرة اليوم الى الذمة المالية باعتبارها وحدة قانونية مجردة لها ذاتية مستقلة ومنفصلة عن ذاتية ومفردات ما يدخل في تكوينها من حقوق والتزامات مالية ، أي باعتبارها وحدة تفتى وتتلشى فيها عناصرها .

ولكن ينبغي أن لا تصرف هذه النظرة للذمة المالية الى المعنى الذي كانت تفهمه منها نظرية الشخصية . فقد ظنت هذه النظرية أن تمتع الذمة بذاتية مستقلة عن ذاتية عناصرها ، يجعل من الذمة مجرد تصور فكري لا علاقة له بالواقع ، بحيث يمكن أن توجد الذمة حتى ولو كانت خالية من كل عنصر ايجابي أو سلبي . وليس مثل هذا الفهم لاستقلال ذاتية الذمة عن ذاتية عناصرها ، الاصدى للخلط بين الذمة والشخصية ، وهو خطأ شائع عند أصحاب نظرية الشخصية كما أوضحنا ، ويكاد يلغى أى معنى لوجود فكرة الذمة اذ ينقلب مدلولها من مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ، الى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية . وفرق كبير بين المجموع الذى لا يرد الا على عناصر فعلية واقعية موجودة حتى ولو كانت متغيرة ، وبين مجرد الصلاحية التى تعتبر صفة قائمة مستمرة لا تتوقف على وجود عناصر فعلية ولا تتخلف بتخلفها .

فالذمة المالية اذن ينبغي أن تفهم على أنها وحدة متماسكة مترابطة من الحقوق والالتزامات المالية المتقابلة ، بحيث تظل هذه الوحدة قائمة - ما دامت لم تحل من عناصر قط - رغم تغير ذاتية العناصر المؤلفة لها . فقد تخرج بعض العناصر من ذمة الشخص ، وقد تدخل فيها بعض عناصر جديدة - اذ حقوق الشخص والتزاماته المالية فى تغير مستمر لا يثبت على حال واحدة - دون

(١) انظر فى ذلك :

أن ينفي ذلك وجود وحدة دائمة تنظم مجموع حقوق هذا الشخص والتزاماته المالية المتغيرة . فالذمة اذن - وان كان لا وجود لها بغير عناصر تكونها - لا يتأثر وجودها بتغير عناصرها المستمر . ومثل الذمة في ذلك مثل الأمة ، لا يتأثر وجودها بالتغير المستمر في ذاتية أفرادها بموت من يموت منهم وميلاد من يولد .

وهذه الوحدة التي تنظم مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية في ضرب من التماسك رغم ما قد تتعرض له هذه الالتزامات وتلك الحقوق من تغير مستمر ، هي جوهر فكرة الذمة المالية ، ذلك الجوهر الذي يصبر عنه عادة بأن للذمة - كوحدة - كيانا مستقلا عن كيان وذاتية عناصرها الدائمة المتغير .

#### ٢٥٦ - أهمية الذمة المالية

تربط الذمة المالية ، على هذا النحو ، بين الجانب السلبي والجانب الايجابي فيها ربطا محكما وثيقا تتضح أهميته من ناحيتين : فمن ناحية ، يعتبر الجانب الايجابي مسئولاً عن الجانب السلبي وضامنا له بحيث تكون كل ديون الشخص مضمونة دائما بكل حقوقه ، فيكون للدائنين اذن ضمان عام على جميع أموال المدين . ومن ناحية أخرى ، تنتقل الذمة بجانبها الايجابي والسلبي الى الورثة كما تحدد مضمونها نهائيا عند الوفاة (١) . فنعرض فيما يلي بايجاز للضمان العام للدائنين ، ثم لانتقال الذمة بالوفاة .

#### ( ١ ) الضمان العام للدائنين : قلنا ان الذمة المالية تكون وحدة قائمة

بذاتها مستقلة عن مفردات وذاتية عناصرها . وهذا الكيان الذاتي للذمة يجعل الجانب الايجابي فيها مسؤولا عن الجانب السلبي دون تحديد لمفردات كل منهما

(١) انظر مع ذلك في انكار العاقبة الى فكرة الذمة المسالية لتبرير الضمان العام للدائنين وانتقال حقوق التوفى والتزاماته الى الورثة ، والدعوة الى الاستعفاء بالنال عن هذه الفكرة :

Chamers, thèse précitée, Nos. 18-22.

اسماعيل غانم ، ص ١١٩ - ١٢٢ .

وانظر في مناقشة هذا الاتجاه وفي الإبقاء على فكرة الذمة المالية :

كتابنا سالف الذكر في أحكام حق الملكية ، ص ٢٩ و ٣١ و ٣٢ .

أول اعتباراً على مدى خطراً على هذه الحقوق من تغيرها وبذلك يكون مجموع حقوق الشخص ضامناً لمجموع التزاماته، بمعنى أن خصان الدائنين لا يقع على حق أو مال معين بل يقع على حقوق المدين أو أمواله، بل يقع على الجانب الإيجابي من ذمة المدين يومئذ باعتبارها كياناً ذاتياً ومستقل عن ذمته مفرداً له ومحتوياته. ومن هنا يكون للدائنين حق ضمان عام (droit de gage general) على جميع أموال المدين. وهذا ما يعبر عنه المشرع المصري بنصه على أن «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه» (م ١/٢٣٤ مدني).

وهذا الضمان العام المقرون للدائنين، يتفق مع طبيعة الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية. ذلك أن الدائنين أصحاب هذه الحقوق لا تكون لهم أية سلطة مباشرة على شيء أو عين معينة من أعيان المدين، وإنما تكون لهم قدرة اقتضاء عمل معين من المدين. فإذا لم يف المدين بما عليه من التزام، فليس معنى ذلك خضوع حقوق هؤلاء الدائنين بدعوى عدم ورودها مباشرة على عين معينة من أعيانهم، ذلك أن حقوقهم - باعتبارها داخله في الجانب السلبي من ذمة المدين وهذا الجانب مضمون بما يقابله فيما من جانب إيجابي - إنما تكون محتوية الوفاء بمجموع أموال المدين كوحدة ذاتية مستقلة لا كأموال معينة بالذات، بحيث لا يقتصر الضمان على أموال المدين الحاضرة وقت نشوء الديون بل يمتد كذلك إلى أمواله المستقبلية. بل يمتد كذلك إلى أمواله المستقبلية.

غير أن هذا الضمان العام - إن كان ذا فائدة للدائنين من هذه الناحية، وللمدين من ناحية أنه يجعل يده في الأصل حرة التصرف في أمواله باعتباره ضمناً لا يتقل أحد هذه الأموال بالذات وإنما يرد عليها كمجموع ذاتي مستقل - إلا أنه قد يضر الخطر للدائنين من ناحيتين: فمن ناحية، يرد ضمان الدائنين على الجانب الإيجابي من ذمة المدين كوحدة ثابتة في ذاتها ومتغيرة في عناصرها، فإذا نقصت العناصر المكونة لهذا الجانب بخروج بعضها من ذمة المدين، فتنقص بالتبعية قيمة هذا الضمان بالنسبة للدائنين. ومن ناحية ثانية يتساوى الدائنون فيما لهم من ضمان على جميع أموال المدين (م ٢/٢٣٤ مدني)، لأن كل ديون المدين مضمونة بكل حقوقه. وهذه المساواة قد تعرضهم لخطر التزامهم على أموال المدين عند عدم كفايتها لوفاء

الديون كاملة واقتسامهم اياها فيما بينهم قسمة غرما بنسبة دين كل منهم (١) .

(٢) انتقال الذمة المالية بالوفاة : ما دامت الذمة تمثل وحدة قانونية يرتبط فيها الجانب الايجابي بالجانب السلبي ، فان هذا الارتباط والتماسك بين الجانبين لا ينهار بوفاة الشخص بل يظل قائما بحيث تنتقل ذمته الى الوارث بمجموع حقوقها والتزاماتها المالية على السواء ، على النحو الذي تحدثت به مفرداتها نهائيا عند الوفاة ، اذ بالوفاة يمتنع طرود أى تغيير عليها بعد ذلك بالزيادة أو النقصان .

وما دامت ذمة المورث - باعتبارها وحدة تمثل مجموع حقوقه والتزاماته المالية - تنتقل بالوفاة الى الوارث ، فمقتضى ذلك اما اندماج ذمة المورث في ذمة الوارث ، واما قيام ذمة المورث الى جانب ذمة الوارث بحيث تصبغ للوارث ذمتان مستقلتان : ذمته الأصلية المتعلقة به ، وذمة مورثه التي آلت اليه عن طريق الارث .

واندماج ذمة المورث في ذمة الوارث ، يجعل الوارث مسئولاً عن ديون التركة لا في أمورها فقط ولكن حتى في أمواله الأصلية كذلك . وهذا هو النظام الأصلي المتبع في القانون الفرنسى بخاصة . وقد رأينا من قبل فساد تفسيره على النحو الافتراضى الذى تقول به النظرية التقليدية من اعتبار شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث .

أما قيام ذمتين مستقلتين للوارث ، ذمته الأصلية وذمة مورثه التي آلت اليه بالمراث ، وهو النظام المقرر فى القانون المصرى أخذا عن الشريعة الاسلامية ، فمن شأنه تحديد مسئولية الوارث عن ديون التركة بقدر ما فيها من أموال (٢) . فتعتبر ذمة المورث التي آلت الى الوارث مكونة لوحدة مستقلة

(١) يمكن - كما سبق البيان - دفع هذا الخطر عن طريق ترتيب حق عيني تبمى للدائن على عين معينة بالذات من أموال المدين ، بحيث يكون له اقتضاء دينه من ثمنها بالافضلية والأولوية على غيره من الدائنين العاديين .

(٢) يأخذ القانون الفرنسى كذلك بهذا النظام استثناء ، بما يجيزه للوارث من تحديد مسئوليته عن ديون مورثه عن طريق ما يسمى : « قبول التركة بخيار الجرد » (Sous bénéfice d'inventaire)

فائمة بذاتها ، يضمن اجانب الايجابى فيها الجانب السلبى كما تحددت مفردات كل منهما عند الوفاة ، بحيث يقتصر ضمان ديونها على مجموع حقوقها وحده ، فلا يكون الوارث مسئولاً في ذمته وأمواله الأصلية عن وفاء ديون الذمة الموروثة . وبذلك تكون الذمة الموروثة ذمة مخصصة لغرض معين هو تصفية ما كان للمورث من مركز مالى آن الى الوارث بحيث لا يكون لذمة الوارث الأصلية - وهى مستقلة عنها - شأن بهذا الغرض .

ولا يحتاج وجود ذمتين منفصلتين للوارث على هذا النحو الى افتراض شخصيتين له كما كانت تفعل نظرية الشخصية . فهذا افتراض بحت غير مقبول ، يعنى عنه وجوب تجريد الذمة من صفات الشخصية كما رأينا ، بحيث لا يعود تم ما يمنع من امكان انتقالها بسبب الوفاة وتعددتها لنفس الشخص وهو الوارث .

والقول بوجود ذمتين منفصلتين للوارث فى القانون المصرى ، هو فيما نرى التفسير الصحيح لقاعدة « لا تركة الا بعد سداد الديون » ، المقررة فيه وفى الشريعة الاسلامية . وهذا التفسير يفضل تفسيراً آخر يذهب اليه بعض فقهاء الشريعة الاسلامية وبخاصة فقهاء المالكية والحنفية(١) من اعتبار تركة المتوفى المدينة باقية حكماً على ملكه تقريباً على اعتبار شخصيته مستمرة وممتدة افتراضاً الى حين الفراغ من سداد ديونه وتصفية ذمته . اذ لا حاجة الى مثل هذا الافتراض البحت المخالف للقواعد القانونية الوضعية الحالية ، وهناك ما يعنى عنه من حقائق الواقع المتمثل فى وجود مجموعتين من الحقوق والالتزامات المالية ، لكل منهما استقلاله وكيانه الذاتى : المجموعة المتعلقة بالوارث أصلاً ، والمجموعة المتعلقة بالمورث التى آلت بوفاة الى الوارث(٢) .

(١) أنظر فى ذلك :

عمر عبد الله ، أحكام الموارث فى الشريعة الاسلامية ، ١٩٥٥ ، ص ٣٠ - ٣٢ .

(٢) راجع فى ذلك :

دروسنا فى مصادر الحقوق العينية الأصلية ، على الآنة الناسخة ، ١٩٦٤ ، ص ٣٢-٣٧ .

# الباب الأول

## صاحب الحق

(١) Le sujet de droit

### ٢٥٧ - صاحب الحق هو الشخص

يستند الحق الى شخص يكون صاحبا له (٢) ، بحيث يستأثر وحده - دون غيره من الاشخاص - بالتمتع بما يخوله من سلطات ومكنات . ومن هنا قام الترادف في الاصطلاح القانوني بين « صاحب الحق » وبين « الشخص » (La personne) ، وأصبحت « الشخصية » (La personnalité) بالنسبة الى الحق هي علامة الصلاحية لثبوته ونسبته الى صاحب معين . بل أصبحت هي كذلك علامة الصلاحية لثبوت « الالتزام » أو « الواجب » ونسبته الى صاحب معين . فالالتزام أو الواجب - كالحق - يلزمه صاحب ، وصاحب كل منهما هو الشخص .

### ٢٥٨ - مدلول الشخصية

إذا كان صاحب الحق - وهو ما يعنينا في هذا المقام - هو « الشخص » فينبغي تحديد مدلول « الشخص » أو مدلول « الشخصية » التي يتمتع بها هذا الصاحب . وفي هذا الصدد ينبغي توقي الخلط بين مدلول هذا الاصطلاح

---

(١) يراعى أن هذا الاصطلاح الفرنسي انما يؤخذ عند كثير من الفقهاء ، لا للدلالة على « صاحب الحق » فحسب ، وانما للدلالة كذلك على المحمل بالالتزام المقابل للحق . أنظر فيما يؤدي اليه ذلك من خلط غير مرغوب فيه ، وفي محاولة دفع هذا الخلط على أساس قصر هذا الاصطلاح على « صاحب الحق وحده » والتعبير باصطلاح « صاحب الالتزام » "le sujet d'obligation" عن المحمل بالالتزام :

كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٦٨٩ .

(٢) أنظر في محاولات : انكار وجود صاحب الحق من حيث المبدأ ، والحد من مبدأ استلزام صاحب الحق ، وفي مناقشة هذه المحاولات ورفضها : كتابنا أصول القانون ، ص ٦٩٠-٦٩٧ .  
( م ٣٣ - المدخل الى القانون )

في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس من ناحية وبين مدلوله في نظر القانون من ناحية أخرى (١) . فاخلط بين المدلولين كأن من الأسباب الرئيسية الكامنة وراء ما أحاط مشكلة الشخصية في الفقه من مشاكل وتعقيدات كثيرة وبخاصة في شأن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية .

فالشخص في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس هو الإنسان وحده ، لأن الشخصية في هذا النظر إنما تعبر عن صفة كائن متميز له من طبيعته الروحية الواعية العاقبة - سواء كانت متحققة أو متخلفة في الواقع - ما يجعل له غاية خاصة به (٢) ، وعي صفة لا تتوافر إلا لفرد الانساني دون غيره من الكائنات الأرضية . وليس الحال كذلك في نظر القانون حيث يأخذ اصطلاح « الشخص » أو « الشخصية » مدلولاً آخر لا تلازم بينه وبين هذه الصفة الإنسانية . فقد يخرج القانون من عداد الأشخاص بعض بني الإنسان ، وقد يثبت الشخصية لغير الإنسان . وآية ذلك ، أن الرقيق لم تكن له شخصية في نظر الشرائع القديمة حيث كان الرق سائداً ومشروعاً . وإذا كان الرق قد زال اليوم فأصبحت الشخصية ثابتة لكل الناس على السواء ، إلا أنها ليست قاصرة عليهم بل هي ثابتة كذلك لغير الإنسان ، فشم جماعات من الأفراد كالشركات والجمعيات ، أو مجموعات من الأموال كالأوقاف والمؤسسات ، تعتبر أشخاصاً في نظر القانون .

فمدلول الشخصية إذن في نظر القانون لا يطابق تماماً مدلولها في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس ولا يفترض بالتالي حتماً توافر الصفة الإنسانية . ولا يكفي القول - لتحديد هذا المدلول - بأن الشخص هو من يمكن نسبة الحقوق والواجبات أو الالتزامات إليه ، أو من يعتبر صالحاً ليكون

(١) في هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 2. — Réglade, op. cit., pp. 71, 74, 75. — Dabin, op. cit., pp. 108, 109.

(٢) انظر في ذلك :

Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 6e. éd., 1951, V. Personne, p. 759. — Réglade, op. cit., p. 75. — Dabin, op. cit., p. 108.



صاحباً للحقوق والواجبات أو الالتزامات ، فلا يتقدم هذا القول كثيراً في تحديد صاحب الحق ، إذ يبقى تحديد مدلول ومعياري مثل هذه الصلاحية .

وفي هذا الصدد نجد اتجاهين متقابلين متطرفين : الاتجاه الأول يتطرق في تعيين مدلول هذه الصلاحية باناطتها بالارادة العاقلة الواعية (١) ، حتى لينكر الشخصية على المجنون والصغير غير المميز أو في الأقل يعتبر شخصيتها افتراضية وليست حقيقية . والاتجاه الثاني يتطرق في توسعة مدلول هذه الصلاحية باناطتها بالتمتع (٢) ، حتى ليعترف بالشخصية للحيوان أو الجماد إذا حصل تصرف لصالحه .

وكلا الاتجاهين مرفوض (٣) . فمن ناحية يقوم كل منهما على أساس تصوير معين للحق ، إذ يقوم الأول على أساس تصور الحق قدرة ارادية ويقوم الثاني على أساس تصور الحق مصلحة يحميها القانون ، وقد سبق لنا مناقشة ورفض هذين التصويرين للحق . ومن ناحية أخرى ، يخالف كل منهما حكم القوانين الوضعية : فالأول يخالف المقرر في هذه القوانين من استناد الحقوق الى عديمي الارادة من الأفراد كالمجنون والصغير غير المميز وليس الى من يولى عليهم من أولياء أو أوصياء أو قوام . والثاني يخالف المقرر في هذه القوانين من التمييز بين صاحب الحق وبين محله واعتبار الحيوان أو الجماد دائماً محلاً للحق لا صاحباً له .

ورفض الاتجاهين المتقدمين يوجب الاتجاه وجهة أخرى لا تبلغ مبلغاً من التطرف في قصر الشخصية على ذوي الارادة من الأفراد أو بسطها حتى على الأشياء من حيوان وجماد . ولكن ليس معنى وجوب احتساب الصغير غير

(١) انظر في هذا الاتجاه بخاصة :

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 42 - 48, pp. 451 - 533. — Roguin, op. cit., t. II, No. 647 - 692, pp. 315 - 356.

(٢) انظر في هذا الاتجاه بخاصة :

Demogue, La notion de sujet de droit, Rev. trim. de droit civil, 1909, notamment, pp. 631 - 645.

(٣) انظر في تفاصيل مبررات هذا الرفض :

كتابتنا سالف الذكر، ص ٧٠١ - ٧٠٥ .

المميز من الأشخاص واستبعاد الأشياء من عداد الأشخاص ، ايجاد ترادف بين الشخص والانسان والعودة الى الخلط بين الشخصية القانونية والشخصية الفلسفية أو الأخلاقية ، فللقانون غاية معينة تمثل عليه مدلولاً حيناً للشخصية مختلفاً عن مدلولها الفلسفي أو الأخلاقي أو النفسي . ذلك أن القانون يستهدف إقامة نظام اجتماعي عادل ، وهو لا يتوصل الى ذلك الا بتسكين الكائنات المتميزة التي تمثل - بالنظر الى هذا الهدف - قيمة معينة من أن تكون لها أو عليها حقوق . وتحديد هذه القيمة الاجتماعية التي تثبت صلاحية لدى الكائن في أن يكون على رأس حقوق والتزامات أو مركزاً لها. أمر لا يتحكم فيه القانون الوضعي وإنما تمليه عليه حقائق الحياة الاجتماعية الواقعية والمثالية .

وإذا كانت هذه الحقائق تفرض اعتبار الانسان كائناً متميزاً له مثل هذه القيمة وتلك الصلاحية بصرف النظر عن توافرها أو تخلف الوعي والادراك عنده لأن الانسان هو حجر الأساس في النظام الاجتماعي وصاحبه يظل هو نهاية المطاف من وجود الجماعة ووجود القانون والحقوق ، فإن هذه الحقائق تفرض عدم قصر هذه القيمة وتلك الصلاحية على الانسان وحده ، بل وجوب بسطها كذلك على تلك الكائنات الجماعية المتميزة بتنظيم معين لتحقيق مصالح انسانية لعدد كبير من الأفراد . فمثل هذه الكائنات الجماعية - على هذا النحو من التنظيم الذي يجعل لها كياناتاً مستقلة الأفراد المنشئين لها أو المنتفعين بها ، ومن الهدف الذي يوجه كياناتها تحقيق ما يعتبر غاية للحقوق والقانون من أغراض ومصالح انسانية - لا تقل عن الانسان في نظر القانون والنظام الاجتماعي قيمة وصلاحية كمركز للحقوق والواجبات أو الالتزامات . ولذلك اذا كان القانون يثبت الشخصية لكل انسان ، فإنما يشبثها له لما يمثل من هذه القيمة والصلاحية ، ولهذا لا يقصرها عليه وحده بل يجاوزه غيبتها. كذلك لم يره من الكائنات الجماعية المتميزة - مثل الجمعيات والشركات والأوقاف والمؤسسات - التي لها نفس هذه القيمة والصلاحية .

وعلى هذا النحو لا تناط الشخصية بالادراك أو الإرادة ، ولا بالانتفاع أو التمتع ، ولا بالصفة الانسانية ، وإنما تناط أساساً بالقيمة الاجتماعية

(La valeur sociale) (١) . فيكون الشخص هو الكائن المتميز (٢) ذا القيمة الاجتماعية بالنظر لما يتعلق به أو يمثله أو يستهدفه من مصالح انسانية (٣) ، مما يفسر كونه صاحباً للحقوق والواجبات أو الالتزامات وكون شخصيته هي صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه ونسبتها إليه .

### ٢٥٩ - الشخصية وأهلية الوجوب (٤)

إذا كان صاحب الحق هو الشخص ، وتحدد مدلول الشخصية على النحو المتقدم الذي يعنى صلاحية كائن ذي قيمة اجتماعية لوجوب الحقوق له أو عليه ، فينبغى مراعاة ما يشيع في الفقه (٥) من التعبير عن الشخصية كذلك باصطلاح « أهلية الوجوب » واعتباره مرادفاً لاصطلاحها ، بحيث يتحدد الشخص بأنه من يكون أهلاً للوجوب له أو عليه . ورغم الصلة الوثيقة بين الاصطلاحين ومدلوليهما فتبقى بينهما فروق تبرز التمييز بينهما (٦) .

(١) أنظر في ذلك خاصة :

Reglade, op. cit., pp. 75 - 79 — Saleilles, op. cit., pp. 583, 584. — Dabin, op. cit., p. 110.

(٢) أنظر في استلزام أن يكون الشخص كائناً (être) له وجود متميز ، لا مجرد نشاط (activité) ولو ذي قيمة اجتماعية : : Dabin, op. cit., p. 110.

(٣) قارب : Dabin, ibid.

وقرن : : Réglade, pp. 76, 78, 79

(٤) يطلق فقهاء الشريعة الاسلامية اصطلاح « النمة » على الشخصية ، ويحملونها مناطاً لأهلية الوجوب أو يجعنون الأهلية انرا لها ( أنظر في ذلك خاصة : أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الاسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٣٥٢ - على الخفيف . أحكام المعاملات الشرعية ، ١٩٤٢ ، ص ١٨٥ و ١٨٦ - عمر عبده الله ، سلم الوصول لعلم الأصول ، ١٩٥٦ ، ص ٨٢ و ٨٣ .

وقارن : محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامي ، ١٩٥٤ ، ص ٢٢٠ و ٢٢١ ، الذي يستبدل اصطلاح « الانسانية » باصطلاح « النمة » .

(٥) أنظر بخاصة : عبد الرزاق السنهوزي وحشمت أبوستيت ، فقرة ٢٢٠ - عبد الرزاق السنهوزي . الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ - عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق في القانون المدني الجديد ، ١٩٥٠ ، ص ٤٧ - محمد سامي مذكور ، ص ٥٤ و ٨١ - جليل الشرفاوي ، ص ١٢٠ .

(٦) أنظر في ذلك بخاصة :

سليمان مرقس ، هامش ٤١ ، ص ٣٧٩ ، ٢٨٠ .

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 791.

ذلك أن الشخصية ، وهي صلاحية كائن لأن تنسب اليه الحقوق والواجبات أو الالتزامات ، إنما تواجه هذه الصلاحية في ذاتها من حيث مبدأ وجودها بحيث تعتبر موجودة أو منعدمة ولكنها لا تتصور أبدا ناقصة . فوجودها لا يتراوح بين الكمال والنقصان بتراوح عدد ما تتعلق به الصلاحية من حقوق وواجبات و التزامات ، بل يكفي لوجود الشخصية ثبوت هذه الصلاحية أصلا ، ولو كانت متعلقة ببعض حقوق وواجبات أو الالتزامات دون بعض أو حتى بواحد منها فحسب (١) . ولذلك فإذا كانت الشخصية ثابتة لكل أفراد الناس في القانون الحديث فمعنى ذلك أن لكل منهم - على قدم المساواة - مثل هذه الصلاحية في المبدأ ولو كان محروما من بعض الحقوق ، فيظل له - دون نقصان - نفس ما للباقين غير المحرومين من شخصية ما دام أن له من القيمة الاجتماعية مثلهم ما يجعله صالحا كصاحب يمكن أن ينسب اليه أي حق أو التزام . وإذا كان اختلاف الأشخاص في قدر ما يمكن نسبته الى كل منهم من حقوق وواجبات أو التزامات ، لا ينتقص من تساويهم في الشخصية لأنه لا يمس مبدأ صلاحيتهم كأصحاب للحق وللواجب أو الالتزام ، فهو يفرق بينهم من حيث مدى هذه الصلاحية ، وهذا المدى هو المقصود أساسا بأهلية الوجوب (٢) ، وهو الذي يمكن أن يكون كاملا عند البعض وناقصا عند البعض الآخر بحسب شمول الصلاحية لكل الحقوق والواجبات أو الالتزامات أو اقتصارها على بعض منها دون بعض (٣) . ولذلك لا يحمل تساوي الأشخاص في الشخصية معنى تساويهم في أهلية الوجوب ، بل تتفاوت أهلية وجوبهم اتساعا وضيقا بحسب الأحوال دون أن ينتقص ذلك مما لهم من نفس الشخصية المتساوية .

فالشخصية إذن تتعلق بمبدأ الصلاحية لوجوب الحق أو الالتزام بعامة دون تحديد أو تعديد ، بينما تتعلق أهلية الوجوب بمدى هذه الصلاحية من

(١) في هذا المعنى : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش «١» ، ص ٣٧٩ .

(٢) في هذا المعنى : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش «١» ، ص ٣٧٩ .

Marty et Raynaud, ibid.

(٣) قارن : سليمان مرقس ، هامش ص ٣٨٠ .

حيث تصورهما أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات • وعلى هذا النحو ، يتحدد الفاصل بين الشخصية وأهلية الوجوب ، رغم تعلقهما معا بهذه الصلاحية ، بالفاصل بين التجريد والتطبيق ، فتكون الشخصية هي الصلاحية المجردة وأهلية الوجوب هي الصلاحية الواقعية أو المجسمة •

وعلى هذا النحو اذا كان حرمان بعض الأشخاص من بعض الحقوق أو عدم الزامهم ببعض الواجبات أو الالتزامات لا يلغى الشخصية أو ينكرها عليهم ، فهو يقيد أو ينتقص - رغم ذلك - من أهليتهم للوجوب (١) • ولذلك تكون الشخصية ثابتة للنساء مثلا رغم حرمانهن في بعض الشرائع من الحقوق السياسية واعفائهن من الخدمة العسكرية ، وللأجانب رغم حرمانهم في بعض الشرائع من تملك العقارات أو الأراضي الزراعية ، وللقريب رغم حرمانه من الارث لاختلاف الدين أو لقتله المورث عمدا • ولكن يكون لهذا الحرمان والاعفاء أثره على أهليتهم للوجوب ، فتكون مقيدة أو ناقصة بالنسبة الى غيرهم من ذوي الصلاحية الكاملة لوجوب كل الحقوق والواجبات أو الالتزامات أو منعدمة في شأن الحق الوارد عليه الحرمان أو الالتزام محل الاعفاء بالذات •

#### ٢٦٠ - منهج البحث

اذا كان صاحب الحق هو الشخص وكان الشخص - على ما رأينا - هو الكائن ذا القيمة الاجتماعية سواء كان انسانا من خلق الطبيعة أو كائنا جماعيا من خلق الفكر والتصور ، فينبغي أن نعرض للشخص صاحب الحق في نوعية الكبيرين هذين • ولذلك نقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول - في الشخص الطبيعي •

الفصل الثاني - في الشخص المعنوي أو الاعتباري •

(١) في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ص ١٥٤ •

# الفصل الأول

## الشخص الطبيعي

### La Personne Physique

#### ٢٦١ - تهيؤ وتقسيم

يقصد بالشخص الطبيعي الانسان ، وكل انسان اليوم - دون استثناء - يعتبر شخصا في نظر القانون الحديث ، اذ الشخصية تفتقر - كما رأينا - وجود كائن متميز له قيمة اجتماعية بالنظر الى ما يتعلق به أو يستهدفه من مصالح انسانية ، والانسان هو المثال الاصيل - وان لم يكن الوحيد - لهذا الكائن ، غير أن هذه الحقيقة المسلمة اليوم من اسباب الشخصية على كل انسان (١) ، لم تكن كذلك على الدوام - فقد كانت بعض الشرائع القديمة تقصر الشخصية على الأحرار وحدهم من الناس وتكرها على الأرقاء ، ولعل مرجع ذلك الى أن النظرة اليهم كانت باعتبارهم مجردين من القيمة الاجتماعية مناط الشخصية (٢) لارتهاان هذه القيمة حينئذ بالحرية ، مما حتم اخراجهم من عداد الأشخاص أصحاب الحقوق واحتسابهم ضمن الأشياء محل الحقوق .

وإذا كانت الشخصية معترفا بها في القانون الحديث لكل انسان ، فهي ثابتة له دون توقف على وجود ارادة واعية عاقلة عنده ، ذلك أن توافر الصفة الانسانية حتى مع انعدام العقل الواعي والادراك كاف - بالنظر الى غاية

(١) أنظر في نظام « الموت المدني » الذي كانت تعرفه بعض الشرائع من قبل ، وفي أنه لم يكن معدما الشخصية اعداما تاما وانما كان مقيدا لاهلية الوجوب بصورها في أضيق نطاق : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٧١١ - ٧١٢ .

(٢) في هذا المعنى :  
Dabin, op. cit., p. 116.

القانون وما يقرره من حقوق - لانبات القيمة الاجتماعية والشخصية بالتالى لكل انسان حتى للمجنون أو الصغير غير المميز (١) . ولذلك تثبت للناس جميعا على قدم المساواة نفس الشخصية ، سواء كانوا كاملى العقل والادراك أو ناقصيه أو عديميه .

ولكن تساوى الناس فى ثبوت الشخصية لكل منهم دون تمييز ، لا يعنى أنهم سواء فى اكتساب نفس الحقوق (٢) . ولذلك ، فرغم اعتبار كل أفراد الناس أشخاصا ، الا أنهم يتفاوتون فى مدى ما لكل منهم - نتيجة شخصيته - من أهلية وجوب كما سبق البيان ، فتكون كاملة شاملة لكل الحقوق والواجبات أو الالتزامات عند البعض ، وناقصة قاصرة على بعض الحقوق والواجبات أو الالتزامات عند أفراد آخرين (٣) .

(١) انظر بخاصة ، فى تأييد اثبات الشخصية للمجنون والصغير وتقد انكارها عليه :

Dabin, op. cit., pp. 117-123.

Dabin, op. cit., p. 117. (٢)

(٣) يثير نظام الرهبنة ، بما يفرضه من اعتبار الراهب ميتا بالنسبة الى العالم الديوى. وغير صالح للتملك لنفسه وانما للدير الذى ينتمى اليه ، مشاكل تتعلق بتحديد مركز الراهب وحظه من ثبوت الشخصية أو انعدامها ، ومدى أهلية وجوبه اذا كانت الشخصية باقية له ، ومدى صحة تجرده من حقوقه واكتساب الدير لها بدلا عنه . وينفى أن تقرر فى هذا الشأن ، أن مثل هذا النظام لا يمكن أن يعتبر صحيحا اذا كان القصد منه اسقاط الشخصية عن الراهب أو حصر أهلية وجوبه فى أضيق نطاق ، لأن قواعد الشخصية والأهلية من القواعد المتعلقة بالنظام العام التى يتمتع على الأفراد - بل وعلى عرف طائفى كعرف الرهبنة - اهدارها أو الخروج عليها ( فى هذا المعنى : استئناف مصر ، ٩ ابريل ١٩٣١ ، المحاماة ، ١٢ ، ٣٦٥ ، ٧٤٦ ) . ولكن ليس معنى ذلك اسقاط قواعد الرهبنة كليا ، واعتبار الراهب - على نفس وضعه السابق قبل التهرب - صاحب كل ما يكتسبه من الحقوق وخاصة الحقوق المالية ، وذلك أن الراهب - بدخول الدير - يتبوأ وظيفة دينية معينة فيه ، تفرض تحديدا معينة لملاقاته بالدير وتمييزا بين ما يكتسبه من حقوق مالية يصفه الشخصية فيكون له وبين ما يكتسبه بصفته أو وظيفته الدينية فيكون للدير . وليس فى اعتبار الدير صاحب طائفة الحقوق الأخيرة - ما يخالف قواعد القانونوضى ، ما دام اكتساب هذه الحقوق - رغم تحققه عن طريق الراهب - منظورا فيه الى وصف الراهب ووظيفته كنياب عن الدير أو ممثل له ، مما يوجب - والراهب لا يكتسبها لحساب نفسه - نسبتها الى الدير وإيقاعها فى ذمته وحده .

وعلى هذا النحو ، يجب اعتبار الراهب شخصا غير منقوصة أهلية وجوبه بسبب التهرب ، فيظل رغم التهرب بعده - كما كان قبله - صالحا لأن يكون صاحبا للحقوق والالتزامات . وأما ما يكتسبه الدير من حقوق عن طريقه ، فهو اكتساب مشروع ليس مرده انطدام شخصية الراهب أو نقص أهلية وجوبه ونحوه فبانه عن الدير أو تمثيله له فى هذا الاكتساب بحكم صفته =

وإذا كانت الشخصية تثبت لكل إنسان ، فهي تلازمه من ابتداء حياته الى حين وفاته . وهي ، في هذا المدى الزمني ، يكون لها ما يميزها - بالنسبة الى كل فرد عن بقية الأفراد الآخرين - من مميزات خاصة به ، وهي اذا كانت - كما رأينا - لا تتطلب ارادة معينة في الفرد لثبوتها له ، باعتبارها مجرد صلاحية توجب الحقوق له أو عليه ، الا أن توليد الحقوق والواجبات أو الالتزامات أو مباشرتها أو ترتيب الآثار القانونية بوجه عام قد لا يتحقق في بعض الصور إلا نتيجة قدرة ارادية معينة عند الشخص . وتفاوت الأفراد الطبيعي في توافر مثل هذه القدرة ، لا بد مفاوت بينهم بالتالي من حيث مباشرة النشاط الارادي للشخصية أو « أهلية الأداء » ، فتتراوح هذه الأهلية - بتراوح قدر الارادة عند الأفراد - بين الانعدام والنقصان والكمال .

ومن ثم نقسم هذا الفصل الى ثلاثة محادث :

المبحث الأول - في مدة الشخصية .

المبحث الثاني - في مميزات الشخصية .

المبحث الثالث - في النشاط الارادي الشخصية أو أهلية الأداء .

---

= ووظيفته . ولذلك لا يكتسب الدير ما يؤول الى الراهب من حقوق بوصفه الشخصى ، بل تظل له وحده يرثها عنه أقرباؤه وورثته من بعده ( فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ١٥ ص ٢٦٧ - نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ( المدنية ) ، ٣ ، رقم ١٥٥ ، ص ٤٣١ - كتابنا سالف الذكر ، هامش ٢ ص ٧١٤ و ٧١٥ - نقض ٣١ مايو ١٩٦٦ ، مجدية المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض ، س ١٧ ع ٣ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١ ، حيث يؤكد هذا الحكم بأنه وفقا لنظام الرهينة المتبسع لدى بعض الطوائف المسيحية فى مصر والتي اعترفت به الحكومة « لا تعدم الرهينة شخصية الراهب ولا تسمى أهلية وجوبه ، اذ يظل صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وإنما يعتبر كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهينة ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها لأنه يعتبر طبقا للأحكام الكنسية نائبا عن البيعة فى تملك هذه الأموال » .



## المبحث الأول

### مدة الشخصية

#### ٢٦٢ - تمهيد

ما دامت الشخصية تثبت لكل انسان باعتباره صالحا لوجوب الحقوق له أو عليه ، فالأصل أن تظل ملازمة له ما دام بقيد الحياة ، فتبدأ بولادته وتنقضى بوفاته . ولكن هذا الأصل غير مطلق ، إذ ثمة اعتبارات عملية تحتم الخروج عليه ، اما ببدء الشخصية قبل الولادة ، واما بانهاؤها دون تيقن من الموت الحقيقي . فنعرض فيما يلي على التعاقب لبداية الشخصية ونهايتها .

#### المطلب الأول

#### بداية الشخصية

الأصل أن تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا . غير أن القانون يخرج على هذا الأصل ، فيثبت من قبل الولادة للجنين أو الحمل بعض الحقوق ولكن بشرط تمام ولادته حيا من بعد .

#### ٢٦٣ - ابتداء شخصية الانسان بتمام ولادته حيا

تبدأ شخصية الانسان في الأصل بتمام ولادته حيا ( م ٢٩ مدني ) ، أي يشترط لبدء شخصيته : تمام ولادته من ناحية ، مع تحقق حياته عند الولادة من ناحية ثانية .

( ١ ) تمام الولادة : كان المذهب الحنفي المعمول به في مصر ، يكتفي في هذا الصدد بخروج أكثر المولود من أمه دون اشتراط خروجه كله (١) . ولكن المشرع المصري - في قانون الموارث والوصية الصادرين سنة ١٩٤٣ و ١٩٤٦ على التعاقب - عدل عن اتباع هذا الحكم ، وأخذ بحكم المذاهب الاسلامية

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «١» ص ٧١٨ .

الثلاثة الأخرى التي تشترط تمام الولادة بخروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما ، وهذا أفضل حسما للأمر وقطعا للمنازعات . ثم أكد التقنين المدني الحالي هذا الحكم من بعد ، بنصه على أن « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا » ( م ٢٩ ) .

( ٢ ) **تحقق الحياة عند تمام الولادة** : لا يكفي لثبوت شخصية المولود تمام انفصاله عن أمه وخروجه خروجا كاملا ، وإنما ينبغي - فضلا عن ذلك - تحقق حياته فعلا عند تمام الانفصال ، حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة . فالعبرة في ابتداء الشخصية إذن ، تكون بتوافر الحياة في المولود لحظة واحدة هي لحظة تمام الانفصال ، دون توقف على استمرار الحياة بعد هذه اللحظة . ومن الأعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية وتحققها : البكاء والصراخ والشهيق . فإن لم يظهر شيء من هذه الأعراض ، كان للقاضي الاستهداء برأى أهل الخبرة من الأطباء لتعزير مدى تحقق حياة المولود وقت تمام الانفصال .

وهذا الحكم الذي يأخذ به القانون المصري من الاكتفاء باشتراط تحقق الحياة في المولود لحظة تمام الانفصال ، يفضل الحكم الذي يأخذ به القانون الفرنسي من اشتراط قابلية المولود للحياة *viabilité* فضلا عن ذلك ، إذ من العسير في العمل التثبت من هذه القابلية مما يفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات .

فاذا انفصل المولود إذن عن أمه انفصالا تاما وهو حي ، بدأت شخصيته ولو لم يكن قابلا للحياة . وأما إذا ولد ميتا أي وقع موته قبل تمام انفصاله ، لم تثبت له شخصية أصلا ، سواء كان موته طبيعيا أو بفعل فاعل .

وتثبت واقعة الميلاد بالقييد في السجلات الرسمية المعدة لذلك (١)

(١) ينظم هذا القيد في مصر القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ في شأن الأحوال المدنية ( أنظر في شرح أحكام هذا القانون عموما : عبد المنعم البدواوي ، المرجع السابق ، فقرات ٤٢٨ - ٤٤٥ ، ص ٦٥٩ - ٦٧٨ ) .

ويجوز لكل ذى شأن أن يستخرج صورة رسمية طبق الأصل من هذا القيد .  
ولكن ليس لهذه السجلات ولا للصور المستخرجة منها حجية مطلقة فى اثبات  
واقعة الميلاد ، اذ يقتصر دور الموظف المختص على مجرد قيد ما يقدم اليه دون  
التحقق من مضمونه ، فيظل اثبات واقعة الميلاد - وهى واقعة مادية - جائزا  
بكافة الطرق ( م ٢/٣٠ مدنى ) . ولكن اثبات ما يتفرع عن هذه الواقعة من  
نسب ، يخضع لقواعد الأحوال الشخصية (١) .

### ٢٦٤ - مركز الجنين أو الحمل

اذا كان الأصل هو ابتداء شخصية الانسان بولادته حيا على النحو  
السالف بيانه ، فخرجا على ذلك يثبت القانون من قبل الولادة بعض الحقوق  
للجنين أو الحمل ، والى هذا اشارت المادة ٢/٢٩ من التقنين المدنى بقولها  
« حقوق الحمل المستكن يعينها القانون » . فيثبت له فضلا عن النسب ، الحق  
فى الازد (٢) وفى الوصية (٣) وفى الافادة من الاشتراط لمصلحته (٤) .

ولما كانت الحقوق المتقدمة لا يتوقف ثبوتها على القبول ، فقد استخلص  
بعض الفقهاء من ذلك أنه ليست للجنين صلاحية لاكتساب الحقوق التى  
يتوقف ثبوتها على القبول ، ولذلك ذهبوا الى عدم جواز الهبة للجنين لأنها  
تتعقد بايجاب وقبول (٥) .

وهذا النظر مؤسس على القول بأن الولاية انما تبندىء بالولادة ، فلا  
يوجد للجنين ولى يملك القبول عنه . ولكن طالما أن المشرع المصرى أصبح  
يقرر اقامة وصى على الحمل المستكن (٦) فليس ما يبرر حرمان الحمل مما قد

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢١ .

(٢) م ٢ و ٤٢ من قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

(٣) م ٣٥ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

(٤) م ١٥٦ مدنى .

(٥) عبد الحى حجازى ، ص ٩٥ و ٩٦ ( البامش ) و ٩٩ - شمس الوكيل ، ص ٣٩ -

محمد سامى مدكور ، ص ٤٣ و ٤٤ - عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية الحق ، ١٩٥٧ ، فقرة

٣٨ ، ص ٦٠ - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٥ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٠٢ -

عبد المنعم الجبراوى ، ص ٥٤٤ - ٥٤٦ .

(٦) م ١/٢٨ و ٢ ، و م ٢٩ من قانون الولاية على المال لسنة ١٩٥٢ .

يوهب له بدعوى توقف الهبة على القبول ، اذ يملك هذا الوصي حينئذ - بمقتضى ولايته عليه - القبول عنه (١) . وعلى هذا النحو ، يمكن تحديد صلاحية الجنين أو الحمل لاكتساب الحقوق ، فى القانون المصرى ، بما هو نافع له نفعا محضا دون تمييز بين ما يتطلب منها القبول وما لا يتطلبه ، اذ فى حال تطلب القبول يملكه الولى أو الوصى نيابة عنه .

وبذلك تكون للحمل قبل الولادة شخصية خروجاً على الاصل ، ولكنها شخصية لا تعطيه الا أهلية وجوب ناقصة أو محدودة (٢) ، لاقتصار صلاحيته أصلاً على اكتساب ما ينفعه نفعا محضا من حقوق (٣) . غير أن هذه الشخصية غير باثة ، لتوقف استقرارها نهائياً على ولادته حياً . وإذ ذلك فالشخصية والحقوق التى تثبت للحمل صلاحية اكتسابها قبل ميلاده ، تكون معلقة على تحقق ولادته حياً ، بحيث اذا ولد حياً اعتبر شخصاً وصاحباً لهذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل (٤) ، واذا ولد ميتاً فكأنه لم يكن ولم تنقرر له حقوق قط فيرد الموقوف له من الارث والوصية الى أصله من التركة ويقسم بين ورثة المورث الأصلي ويرد كذلك الشئ الموهوب الى الواهب .

(١) انظر فى تفصيل ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٣ و ٧٢٤ .  
وانظر كذلك فى نفس المعنى :

شفيق شحاته ، فقرة ٤٨ - اسماعيل غانم ، ص ١٥٦ و ١٥٧ .

(٢) انظر مع ذلك فيما يذهب اليه البعض ، نتيجة الخلط بين الشخصية وأهلية الوجوب من القول بأن شخصية الحمل كذلك ناقصة : عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٥٧ - محمد سامى مذكور ، ص ٤٣ - جميل الشرقاوى ، ص ٦٦ - عبد الفتاح عبد الحفى ، ص ٦١ - عبد المنعم البدرأوى ، فقرة ٣٤٨ ، ص ٥٤٦ .

(٣) وتشمل كذلك ما قد يتفرع من التزامات نتيجة ثبوت هذه الحقوق له ، كذلك الناشئة عن ادارة أمواله أو بسببها ( فى هذا المعنى : سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٢ ، ص ٢٨٢ - كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٥ ) .

(٤) يراعى أن اعطاء الجنين أو الحمل شخصية على هذا النحو وتأكيداً بولادته حياً على أساس اعتبار بدايتها منذ الحمل ، يشكك فى صحة الاصل المقرر من أن شخصية الانسان لا تبدأ الا منذ ولادته حياً ( انظر فى هذا المعنى : مصطفى أحمد الزرق ، نظرة عامة فى الحق والالتزام ، ١٩٤٨ ، فقرة ١٠٣ ص ١٧٥ و ١٧٦ ، مشار اليه فى : عدنان القوتلى ، الوجيز فى الحقوق المدنية ، ج ١ ، ١٩٦٠ ، هامش «ا» ص ٤٢٣ - منصور مصطفى منصور ، مذكرات غير مطبوعة فى نظرية الحق ١٩٥٦ - كتابنا سالف الذكر ص ٧٢٦ - اذ ما دامت الشخصية هى مجرد صلاحية لوجوب الحق أو الالتزام أياً كان مدى هذه الصلاحية ، وكان القانون يثبت

## المطلب الثاني

### نهاية الشخصية

إذا كانت شخصية الانسان تلازم وجوده وحياته ، فمعنى ذلك انها لا تنتهى الا بالموت . غير أن ثمة أحوالا قد يعطو شك فيها وجود الانسان بحيث لا تعلم حياته من مماته كما هو الشأن فى المفقود ، فان غلب احتمال موته على احتمال حياته ، جاز - رغم تخلف اليقين والدليل على الموت الحقيقى - الحكم باعتباره ميتا وانهاء شخصيته بالتالى . فكان شخصية الانسان اذن لا تنتهى فى الأصل الا بالموت الحقيقى ، ولكنها - استثناء - يمكن أن تنتهى كذلك بالموت الحكيمى أو التقديرى .

### ( ١ ) نهاية الشخصية بالموت الحقيقى

٢٦٥ - انتهاء الشخصية بالموت وعدم امتدادها بعده الى حين الفراغ من تصفية التركة

إذا كانت الشخصية تلازم الانسان فى حياته ، فمعنى ذلك أن انقضاءها رهن بموته ، ولذلك تقضى المادة ١/٢٩ من التقنين المدنى بأن شخصية الانسان « تنتهى بموته » . وواقعة الموت - كواقعة الميلاد - تثبت بالقيء فى السجلات الرسمية المعدة لذلك ، ويجوز لكل ذى شأن أن يستخرج صورة

= للجنين مثل هذه الصلاحية منذ الحمل ، فان تحقق ولادته حيا لا يحدد اذن بداية شخصيته فى مبتدأة منذ الحمل ، وانما يؤكد استقرار هذه الشخصية المبتدأة من قبل استقرارا بانا ونهائيا .

ونكن لتحقيق هذه الولاية اثرا هاما آخر ، هو اعتباره بداية لاتساع أهلية وجوب الانسان بعد ما كانت عليه من قصور ونقصان وقت الحمل . فكان تمام الولادة حيا شرط اذن لاستقرار ما كان ثابتا للانسان منذ الحمل من شخصية غير باتة ، وشرط كذلك لبداية اتساع مدى هذه الشخصية أو أهلية الوجوب والخروج بها من دور القصور والضمور . ولذلك قد يكون من الأصح القول بأن شخصية الانسان تبدأ منذ الحمل ، ولكنها لا تصير باتة الا بولادته ، وأن أهلية وجوبه تكون ناقصة وقت الحمل ، ولا يبدأ اتساعها الا منذ الولادة ( قارن مع ذلك : عدنان القوتلى : المرجع السابق ، هامش «١» ص ٤٢٣ - ٤٢٥ ) . وهذا يؤكد ما سبق أن قلناه من وجوب التفرقة بين الشخصية وأهلية الوجوب ( راجع سابقا ، فقرة ٢٥٩ ) ، فبينما تكون الشخصية ثابتة منذ الحمل ، لا تبتدى أهلية الوجوب المتفرعة عنها فى الاتساع الا بالولادة مع تحقق الحياة .

رسمية من هذا القيد . ولكن ليس لهذه السجلات ولا للصور المستخرجة منها حجية مطلقة في اثبات واقعة الموت ، فيظل اثباتها ممكنا بكافة الطرق ( م ٢/٣٠ مدني ) .

وإذا كانت الشخصية تنتهي بالموت على هذا النحو ، فإن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية وبخاصة فقهاء المالكية والحنفية (١) كانوا يذهبون الى إبقائها ممتدة امتدادا اعتباريا بعد الموت الى حين الفراغ من تصفية التركة وسداد ديون المتوفى ، وبهذا المعنى كانوا يؤولون القاعدة الشرعية المعروفة « لا تركة الا بعد سداد الديون » . وما يزال هذا الرأي يجد له الى اليوم أنصارا عند بعض الفقهاء المعاصرين (٢) . وهم يسندونه - كما كان يفعل الحنفية - بقوله تعالى في أكثر آيات الموارث عقب تحديد فرائض الورثة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » . ويسندونه - فضلا عن ذلك - بسند من النصوص الوضعية التي تقضى بأولوية الوفاء بالتزامات التركة ثم توزيع الباقي بعد ذلك على الورثة ( ٨٩٩ مدني ) ، مما يعنى عندهم أنه لا تملك للوارث الا بعد سداد الديون ، وهو ما يوجب - والتركة بحقوقها وديونها لا تكون قبل هذا السداد على ملك الوارث بعد - ضرورة اعتبارها على ملك المتوفى نفسه ، وهو ما لا يتأتى الا بافتراض بقاء شخصيته رغم موته وامتدادها حتى تصفية تركته .

ولكن هذا الرأي يخالف صريح نص المشرع المصري على أن « شخصية الانسان . . . تنتهي بموته » (٣) ، وعلى أنه « يستحق الارث بموت

(١) راجع في ذلك :

أحمد ابراهيم ، التركة والحقوق المتعلقة بها والموارث ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ص ٢٧٠ . - على الخفيف ، مدى تعلق الحقوق بالتركة ، المرجع السابق ، ص ١٢ ، ص ١٥٧ وما بعدها . - محمد كامل مرسى ، المراث وتصفية التركة ، ١٩٥١ ، فقرات ٩٤ و ٩٥ . - عمر عبد الله ، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية ، ١٩٥٦ ، ص ٣٠ - ٣٢ . - حسن كبره ، دروس في الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ومصادرها ( على الآلة الناسخة ) ، ج ٢ ، ١٩٦٩ ، ص ٢٥٥ - ٢٥٧ .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٤٥ . - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ .

(٣) م ١/٢٩ مدني .

المورث ، (١) • فضلا عن مخالفة النصوص الوضعية على هذا النحو ، يقوم هذا الرأي على افتراض غير مقبول ، هو افتراض حياة الشخص رغم موته • وليس من حاجة أو ضرورة تدعو الى هذا الافتراض الصارخ في مخالفة الطبيعة والقانون ، لأن الغرض من هذا الافتراض - وهو حفظ حقوق دائني المتوفى وتحديد مسؤولية الوارث عما تركه المتوفى • من ديون - يمكن تحقيقه عن طريق آخر واقعى يعنى عن هذا الطريق الافتراضى • وقد سبقت الإشارة الى هذا الطريق ، عندما قلنا انه بوفاة الشخص تنقضى شخصيته فنؤول ذمته - بحقوقها وديونها - الى الوارث فور الوفاة دون أن تختلط بدمته الأصلية ، بحيث تخصص هذه الذمة الموروثة - رغم اسنادها الى الوارث - بفرض معين هو تصنيفها بسداد ديونها من حقوقها •

وليس فى استناد هذا الرأي أخيرا الى الآية الكريمة والنص التشريعى الذى يقيد عدم توزيع شئ من الشركة على الورثة الا بعد الوفاء بالتزاماتها ما يعززه (٢) ، اذ هو يحملها ما لا يقصدان • فليس القصد مما يقرانه من أنه • لا تركة الا بعد سداد الديون • أنه لا ملكية للوارث الا بعد هذا السداد ، وبالتالي تبقى شخصية المتوفى قائمة بعد وفاته وذمته مستندة اليه حتى هذا السداد • وانما القصد منها فحسب أن لا ملكية خالصة للوارث الا بعد سداد الديون • ويعنى ذلك أن الوارث وان كان يملك أعيان الشركة فور وفاة المورث لاستحالة اعتبارها على ملكه نظرا لانقضاء شخصيته بالوفاة • الا أن هذه الأعيان تظل مشغولة بما لدائني المتوفى من ديون ، فلا تخلص للوارث ملكيتها خلوصا نهائيا كاملا الا بعد تخليصها مما يتقلها من هذه

(١) المادة الأولى من قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ •

(٢) ونص المادة ٨٩٩ مدنى المذكور لم يرد الا بسداد نظام التصفية الجماعية الذى يتولى فيه المصطفى كل سنون الشركة وتكون كل أعيان الشركة وأموالها موضوعة فى فترة التصفية تحت يده لا تحت يد الورثة رغم بقائهما على ملكيتهم • ولذلك يكون منهوما حد فراغ المصطفى من الوفاء بديون الشركة من أموالها الموجودة تحت يده أن يصبح المتبقى من هذه الأموال حقا خالصا يؤول الى الورثة بحيث يجب على المصطفى تسليمه الى أصحابه ، وهذا ما دعا المشرع الى وضع النص المذكور تحت عنوان « تسليم أموال الشركة وقسمة هذه الأموال » ( انظر : دروسنا سالفة الذكر ، ج ٢ ، ص ٢٦٠ )

الديون . وهذا مصداق ما قلناه من انقضاء شخصية المورث بالموت ، وأبلولة ذمته الى الوارث بكيانها المستقل مع تخصيصها بالتصفية وسداد الديون .

ورفض امتداد شخصية المتوفى بعد وفاته ، هو كذلك الرأى الذى يذهب اليه كثير من فقهاء الشريعة الاسلامية (١) ، ويستقر عليه جمهور فقهاء القانون المصرى (٢) اليوم .

وعلى ذلك نخلص مما تقدم الى أن شخصية الانسان تنتهى حتما بموته ، فلا تمتد - ولو امتدادا اعتباريا - بعد هذا الموت .

### ( ٢ ) نهاية الشخصية بالموت الحكى او التقديرى

اذا كان الأصل أن الشخصية تنتهى بالموت الحقيقى اليقينى ، الا أن ضرورات العمل فى بعض الأحوال التى يفقد فيها الشخص دون أن يكون فى الامكان اقامة الدليل على موته - رغم رجحان احتمال وفاته على احتمال حياته - تفرض الحكم باعتباره ميتا أو اصدار قرار بذلك ، وانهاء شخصيته بالتالى ، ولكن هذا الحكم أو القرار قد يتقضى من بعد ظهور حياة المفقود .

(١) انظر فى الاشارة الى رأى هؤلاء الفقهاء وهم جمهور الشافعية والحنبلية

أحمد ابراهيم . المقالة السابقة . ص ٣٧١ وما بعدها . - محمد كامل مرسى . المرجع السابق . فترة ١٩٦٠ - عمر عبد الله . المرجع السابق ، ص ٣٢ و ٣٣ - دروستا سألته الذكر ج ٢ ، ص ٢٥٦ .

ويستدل هؤلاء الفقهاء الى حديث « من ترك مالا أو حقاً ، فنورته » . والى أن الموت سبب للتوريث وانتقال ملكية أعيان التركة الى الورثة ، فيجب أن تتحقق هذه النتيجة فور حدوث السبب أى فور الوفاة . اذ الأمور لا تتراخى عن أسبابها ، والى أن تعلق الدين بطال لا يؤدى الملك كما هو الشأن فى حق المدين الراهن والمدين الخلس .

(٢) شفيق شحاته . فترة ٥٢ - محمد سامى مدكور ، ص ٤٩ - اسماعيل عاتم ، ص ١٥٧ - محمد على عرفة . أسباب كسب الملكية ، ١٩٥٥ ، فترة ٣٩١ - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٤ ، ١٩٦٠ ، فترة ١٩٢ . ص ٣٤٥ - عيد المنعم البدرأوى . فترة ٣٥٠ ، ص ٥٤٨ - كنبأ سالف الذكر ، ص ٧٢٩ و ٧٣٠ . ودروستا ( على الآلة الناصحة ) فى مصادر الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٦٤ ، ص ٣٣ - ٣٧ .

وقارن مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء - مع رفضهم القول بامتداد شخصية المتوفى بعد وفاته - من اعتبار الشركة شخصا معنويا يمتلك أموال المتوفى ويلتزم بديونه حتى تضدد . عبد الفتاح عبد الساقى . فترة ٣٩ ( انظر فى مناقشة هذا الرأى ورفضه : كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٧٣٠ ) .



فنعرض فيما يلي للحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا موتا حكيميا أو تقديريا. ولأثر هذا الحكم أو القرار ، ثم لما قد يحدث بعده فى بعض الأحوال من ظهور حياة المفقود.

### ٢٦٦ - الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا وانتهاء شخصيته انتهاء تقديريا

يقصد بالمفقود ذلك الغائب الذى انقطعت أخباره ، فلا يدري مكانه ولا تعلم حياته من مماته . فهذا الشخص قد يظل احتمال موته احتمال حياته ومع ذلك لا يمكن إقامة دليل يقينى على موته ، فلا يكون من الصالح ترك أمره معلقا وشخصيته ممتدة الى ما لا نهاية ، بل يجب حسم مركزه الغامض بالترخيص للقاضي فى الأصل أو للجهة الادارية المختصة استثناءً باعتباره ميتا ، بحيث تنقضى شخصيته بالموت التقديرى لا بالموت الحقيقى خلافا للأصل فى انتهاء الشخصية.

وقد أخذ المشرع المصرى بذلك ، فأحال فى المادة ٣٢ من التقنين المدنى فى شأن المفقود على الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فان لم توجد فأحكام الشريعة الاسلامية . والواقع أن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - وهو مأخوذ عن فقه الشريعة الاسلامية دون تقيد بمذهب بعينه من مذاهبه (١) - سبق أن نظم أحكام المفقود : إذ كان يخول للقاضي الحكم بموت المفقود اعتباريا بعد أربع سنين من تاريخ الفقد إذا كان الفقد فى ظروف يغلب فيها الهلاك ، وكان يفرض القاضي فى تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها فى غير ذلك من الأحوال (م ٢١) . وقد عدل المشرع أخيراً هذا النص بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ الذى خول الجهة الادارية المختصة استثناءً سلطة تقرير اعتبار المفقود ميتا بعد مضي سنة على الفقد فى بعض حالات محددة من أحوال الفقد فى ظروف يغلب فيها الهلاك. وعلى هذا النحو ، ففي الامكان انتهاء شخصية المفقود - رغم عدم التيقن من موته - بحكم قضائى فى الأصل ( أو بقرار ادارى استثناءً ) يصدر باعتباره ميتا موتا تقديريا فى حالتين :

( ١ ) حالة غلبة الهلاك : اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه فى ظروف

يغلب عليه فيها الهلاك ، كما اذا حصل الفقد فى حرب أو كارثة كزلزال أو بركان أو فيضان أو حريق ، فان المشرع يأخذ هذا الاحتمال الغالب بالهلاك

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، متن ص ٧٣١ ، وهامش «١» و «٢» ص ٧٣١ - ٧٣٢ .

- اذا ترجع بمضي أربع سنوات على الفقد - أمانة وقرينة على وفاة المفقود ، فيكون للقاضي أخذا بهذه القرينة القانونية - بناء على طلب ذوي الشأن ، وبعد التحري بجميع الطرق الممكنة - الحكم باعتبار المفقود ميتا بعد مضي هذه المدة .

وإذا كان الأصل أن القاضي هو الذي يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات على الفقد في حال غلبه الهلاك، فاستثناءاً من ذلك يخول المشرع لرئيس مجلس الوزراء سلطة اصدار قرار باعتبار المفقودين موتي بعد مضي سنة من تاريخ الفقد في احدى حالتين : حالة من كانوا موجودين على ظهر سفينة غرقت ، وحالة من كانوا موجودين على متن طائرة سقطت. وكذلك يخول المشرع لوزير الدفاع سلطة اصدار قرار باعتبار المفقودين من أفراد القوات المسلحة موتي بعد مضي سنة من تاريخ الفقد إذا كان قد تم أثناء العمليات الحربية (١) (م ٢١/٢١ و ٣٠ معدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢). والاستثناء في هذه الأحوال ذو شقين : فهو أولاً استثناء من السلطة الأصلية التي تملك اعتبار المفقود ميتاً، إذ تؤول سلطة القاضي الأصلية في ذلك إلى الجهة الإدارية المختصة وهي رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال. وهو ثانياً استثناء من المدة الأصلية التي يمكن اعتبار المفقود ميتاً بعدها في أحوال غلبه الهلاك، إذ بدلا من الأربع سنوات الأصلية التي لا يجوز الحكم باعتبار المفقود ميتاً إلا بمضيها ، تصبح المدة سنة واحدة من تاريخ الفقد (٢). وأحوال الفقد التي ورد بشأنها الاستثناء أحوال محددة محصورة ، فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها حسب ما تقتضي به أصول التفسير للنصوص الاستثنائية الواردة على خلاف الأصل. وكذلك فإن سلطة الاستثناء محصورة في رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال فلا يجوز لأحد آخر غيرهما إعمال الاستثناء . وعلى أي حال ، فقد قصد المشرع بالاستثناء - وأحواله المحددة المحصورة لا تحتمل التردد في اعتبار المفقود فيها ميتاً - حسم الأمور وعدم تركها معلقة مدة طويلة ، وذلك على نحو يوفر حماية فعالة وسريعة لحقوق أهل المفقود وذوي الشأن.

(١) كان القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨، المعدل للمادتين ٢١ و ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يقرر ذات السلطة لوزير الحرية ( حينذاك ) ولكن بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد.

(٢) يثير التساؤل عن مدى السريان الزمني لحكم الاستثناء الذي استحدثه القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ في شأن حالات الفقد المشمولة بالاستثناء التي وقعت قبل نفاذ القانون المذكور. وقد وضع هذا القانون حكماً وقياً في هذا الشأن، قضى فيه بأن تسري أحكامه على من سبق فقده في أي من الحالات المستثناة ومضى على هذا الفقد سنة على الأقل من تاريخ العمل بهذا القانون أي تحسب السنة اعتباراً من تاريخ ٢ من يونيو سنة ١٩٩٢.

وقد نص المشرع على أن قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع ، بحسب الأحوال ، يقوم - في أحوال الاستثناء المذكورة - مقام الحكم القضائي بموت المفقود (م ٣/٢١ معدلة) ، على أن يتم نشر القرار في الجريدة الرسمية ، وترتب على القرار من تاريخ نشره ما يترتب على الحكم القضائي من آثار (م ٢٢ معدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢).

(٢) حالة عدم غلبة الهلاك : اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه في ظروف لا يغلب فيها هلاكه ، كمن سافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ، ثم انقطعت أخباره ولم تعلم حياته من مماته ، فان الأمر متروك الي القاضي يستخلص من قرائن الأحوال المدة التي يترجح بانقضائها احتمال موت المفقود على احتمال حياته ، « على أن لا تقل ( هذه المدة ) عن أربع سنوات » (م ٣/٢١ ؛ معدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢) (١) ، وهي المدة الدنيا التي لا يجوز الحكم قضائيا بموت المفقود قبل فواتها في حالة غلبة الهلاك ، وذلك بعد التحري بجميع الطرق الممكنة الموصلة الي تعرف مصيره .

#### ٢٦٧- أثر الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا

اذا حكم باعتبار المفقود ميتا ، أو صدر قرار بذلك وتم نشره ، فان المفقود يأخذ في الأصل اعتبارا حكم الميت موتا حقيقيا وتنتهى شخصيته بالتالي من تاريخ صدور هذا الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية . ولكن هذا الأصل غير مطلق ، بل يرد عليه استثناء يقضي باعتبار المفقود ميتا - في حالة معينة - من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم أو نشر القرار . فنعرض لبيان الأصل والاستثناء فيما يلي :

(١) اعتبار المفقود في الأصل ميتا من تاريخ الحكم أو نشر القرار : الأصل أن الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا حكم أو قرار منشئ لهذا الموت الاعتباري وليس كاشفا له . ولذلك فان أثره من انتهاء شخصية المفقود ومعاملته معاملة الميت الحقيقي ، لا يتحقق الا من تاريخ الحكم أو تاريخ نشر القرار وليس قبله . وتفرع عن ذلك نتيجتان هامتان ، هما :

(١) تظل شخصية المفقود قائمة قبل صدور الحكم أو نشر القرار باعتباره ميتا ، ولكنها تكون شخصية احتمالية ، فيعامل في الفترة من تاريخ الفقد الي صدور الحكم أو نشر القرار على هذا الأساس . فتبقى أمواله على ملكه ، ولكن يعين وكيل أو

(١) كان هذا هو ما رجحناه قبل صدور القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ رغم عدم نصيح المشرع بذلك حينذاك .

قيم للمحافظة عليها وإدارتها وتولى شئونه ( م ٧٤ - ٧٦ من قانون الولاية على المال ) . وتظل زوجته على حكم الزواج منه ، الا أن يقضى القاضي - بناء على طلبها - بالتطبيق أو التفريق (١) لتضررها من غيبته . ويوقف له نصيبه المستحق له من ميراث أو وصية ( م ٤٥ من قانون الموارث ) ، حتى يستبين مصيره .

(٢) تنتهي شخصية المفقود ابتداءً من تاريخ صدور الحكم أو نشر القرار باعتباره ميتاً ، ويعامل من هذا التاريخ معاملة الميت موتاً حقيقياً . فتنقضى في الأصل الرابطة الزوجية التي تربطه بزوجه ، بحيث يحل ليا الزواج من غيره (٢) بعد انقضاء عدة الوفاة (٣) . وتفتح تركته ، وتوزع أمواله على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية (٤) ، ولا شيء لمن مات منهم قبل الصدور أو النشر .

٢ ( معاملة المفقود - استثناءً - معاملة الميت من تاريخ الفقد في شأن الموقوف له من اراث أو وصية : كان مقتضى الأصل المقرر ، وهو انتهاء شخصية المفقود واعتباره ميتاً من تاريخ صدور الحكم أو نشر القرار بذلك ، أن يدخل النصيب الموقوف له من اراث أو وصية - لاستحقاقه حال فقده - في تركته ، ويوزع - كباقي أمواله - على ورثته الموجودين وقت هذا الحكم أو نشر القرار . ولكن المشرع المصري يخرج على الأصل ، فيقرر رد هذا النصيب الى من يستحقه من ورثة المورث أو الموصى الموجودين وقت موت المورث أو الموصى (٥) ليوزع فيما بينهم . ويعنى ذلك معاملة المفقود - في شأن هذا النصيب - كما لو كان ميتاً من تاريخ الفقد ، لا من تاريخ الحكم أو نشر القرار بموته (٦) . ويرر ذلك بأن حياة المفقود

(١) يحكم القاضي - بناء على طلب الزوجة - بالتطبيق إذا غاب الزوج سنة أو أكثر بلا عذر مقبول . ولو كان له مال تستطيع الزوجة الانفاق منه ( م ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ) . أما لدى الأقباط الأرثوذكس المصريين ، فلا يحكم القاضي بالتطبيق الا باستمرار الغيبة خمس سنوات متوالية ( انظر : توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ ، ص ٨٤٣ - ٨٤٥ ) .

(٢) ما لم تمنع قواعد الأحوال الشخصية لبعض الطوائف غير الاسلامية من ذلك

(٣) م ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ممددة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

(٤) م ٢٢ المذكورة ، ممددة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

(٥) م ٤٥ من قانون الموارث لسنة ١٩٤٣ .

(٦) ولذلك يقال ان المفقود يعامل في فترة الفقد معاملة الميت في حق أو مال غيره أي في شأن الحقوق التي تضر غيره . على خلاف المقرر من معاملته معاملة الحي في حق نفسه أو ماله أي في شأن الحقوق التي تضره هو . واختلاف الحكم على هذا النحو المقرر في القانون المصري يوافق

طوال فترة الفقد ليست الا مجرد حياة احتمالية ، لا تكفي لتوريثه أو استحقاقه وصية من غيره ، حيث الشرط لاستحقاق الارث أو الوصية تحقق حياة الوارث أو الموصى له وقت موت المورث أو الموصى (٣) .

٢٦٨ - ظهور حياة المفقود

لما كان الحكم أو القرار بموت المفقود هو حكم أو قرار اعتباري لاحقيني ، فالأصل أن يسقط هذا الحكم أو القرار هو آثاره اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، لكن علي أن لا يضر هذا السقوط بحقوق الغير ، وذلك علي النحو الآتي :

( ١ ) في شأن الرابطة الزوجية : الأصل أنه اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، فتعود زوجته اليه ، وتعتبر الرابطة الزوجية مستمرة كأن لم تنحل بمقتضى الحكم أو القرار باعتباره ميتا ، ولكن قد تكون زوجته تزوجت من غيره بعد هذا الحكم أو نشر القرار ، مما يوجب الترجيح بين حق الزوج الأول عليها وحق الزوج الثاني . وقد غلب المشرع المصري حق الزوج الثاني اذا كان حسن النية لا يعلم بحياة المفقود ، وقد وقع زواجه صحيحا بعد انقضاء عدة وفاة المفقود ، وتم بمقتضاه الدخول بزوجة المفقود فعلا ، بحيث اذا توافرت هذه الشروط لا تعود الزوجة الى المفقود بعد ظهوره . اذ نصت المادة ٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أنه « اذا جاء المفقود أو لم يجيء وتبين أنه حي ، فزوجته له ما لم يتمتع الثاني ببا غير عالم بحياة الأول . فان تمتع الثاني بها غير عالم بحياته ، كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول » (١) .

مذهب الحنفية والمالكية . ولكننا نفضل رأى الشافعية والحنابلة في اعتبار المفقود ميتا من تاريخ الحكم بموته في كل الأحوال ، سواء بالنسبة لما يضره كارت الفبر منه أو لما يضر غيره . كارت من الغير . اذ من الواضح أن الأصل في الانسان الحي استمرار حياته حتى يقوم الدليل على العكس ، سواء كان دليلا يقينيا بالموت الحقيقي ، أو دليلا حكيميا بالموت الاعتباري . ولذلك يكون الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا حكما منشئا لا كاشفا لموته الاعتباري ، مما يوجب عده من الأحياء قبل صدور الحكم وعدم احتسابه من الأموات الا من تاريخ صدوره ، دون تفرقة في ذلك بين ما يضره وبين ما يضر غيره من الحقوق . والقول بغير ذلك واحتساب المفقود ميتا من تاريخ فقده في شأن ما يضر غيره من الحقوق ، معناه قلب الأصل واعتبار المفقود ميتا حتى يثبت العكس . واعطاء الحكم باعتبار المفقود ميتا بالتالي صفة كاشفة ليست له ( راجع في تفصيل هذه الانتقاد ، كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٧٣٤ - ٧٣٥ ) .

(٢) عمر عبد الله ، المرجع السابق ، هامش ص ٢٢٧ .

(١) أنظر مع ذلك في انتقاد هذا النص :

اسماعيل غانم . ص ١٦٠ .

ولكن اذا لم تتوافر الشروط التي يتطنها المشرع لتغليب حق الزوج الثاني ، فتعود زوجة المفقود اليه . ويتحقق ذلك اذا وقع عقد الزواج الثاني في عدة الوفاة التقديرية للمفقود اذ يكون الزواج باطلا ، أو وقع بعد انقضاء العدة ولكن عاد المفقود قبل تمام الدخول اذ صلة الزوجية لم تصر واقعية بعد ، أو وقع بعد انقضاء العدة وتم الدخول قبل عودة المفقود ولكن كان الدخول عن علم من الزوج الثاني بحياة المفقود اذ لا ينفعه سوء قصده فيكون مردودا عليه .

( ٢ ) في شأن الأموال : اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، فالأصل أن له استرداد أمواله التي وزعت على ورثته ، واسترداد النصيب الذي كان مستحقا له من اراث أو وصية والذي ارتد بعد الحكم أو نشر القرار باعتباره ميتا الي ورثة المورث أو الموصى . ولكن خروجا على هذا الأصل ، يمنع على المفقود استرداد ما استهلكه الورثة من هذه الأموال أو هذا النصيب أو ما تصرفوا فيه الى الغير ، فلا يكون له الا استرداد الباقي في أيديهم فحسب . وهذا الحكم الاستثنائي مقرر رعاية لحق الورثة ولحق الغير ، فالورثة انما ملكوا أموال المفقود وأذنوا بالتصرف فيها بمقتضى سند شرعي هو الحكم أو القرار الصادر باعتبار المفقود ميتا ، فلا ضمان عليهم ولا على من تصرفوا اليه بالتالي (١) .

(١) في هذا المعنى :

عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية . الطبعة الثانية ، ١٣٨ ، ص ٢٦٢ - عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥ ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ص ٤٦٢ .

## المبحث الثاني

### مميزات الشخصية

#### ٢٦٩ - تهييد وتقسيم

لشخصية الانسان علامات معينة تصاحب الانسان وتتيح تمييزه عن غيره . وهذه العلامات أو المميزات يردها الفقه الى ثلاث : الحالة التي تحدد مركزه الاساسى بالنسبة الى الدولة والأسرة وأحيانا الى الدين ، والاسم الذى يتيح التعرف على ذاته ، والموطن الذى يتيح العثور على مكانه .

• فنعرض لكل من هذه المميزات فى مطلب على التوالى .

#### المطلب الأول

##### الحالة

L'état

#### ٢٧٠ - تحديد الحالة (١)

من أكثر الاصطلاحات القانونية ابهاماً وعموماً اصطلاح « الحالة » ، فالتعريفات الجارية له واسعة مرنة تسمح بصرفه الى مدلولات مختلفة مما يشيع الخلط بين الحالة وبين غيرها من الأفكار المشابهة أو المقاربة .

ولن ندخل فى تفصيل هذه التعريفات أو أصل فكرة « الحالة » وتطورها القانونى (٢) ، بل يكفى - فى سبيل ضبط اصطلاح « الحالة » وتحديد مدلوله -

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Capitant, op. cit., No. 111. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 13. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 462. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 335.

(٢) انظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٧ و ٧٢٨ .

الابتداء بالمسلم فى الفقه من حصر نطاقه نى المركز الوطنى أو السياسى  
والمركز العائلى أساسا والمركز الدينى أحيانا ، ثم ملاحظة أمرين فى شأنه :  
الأول ، أن هذه المراكز تنشأ للإنسان وتتحدد بالميلاد منذ ابتداء الشخصية ،  
مما يعنى أنها أساسية وضرورية لها ، وهو ما يجعلها - رغم ما قد يطرا على  
عناصرها من تغيير - ملازمة للشخصية طوال امتدادها (١) . والثانى ، أن  
اهتمام القانون بالنظر الى الانسان بوصفه عضوا فى جماعة سياسية نظامية  
هى الدولة وجماعة عائلية هى الأسرة وأحيانا فى جماعة أو مجموعة دينية  
كالجماعة أو المجموعة الإسلامية أو المسيحية ، مرده الى ما لكل هذه الجماعات  
أو المجموعات من قيمة اجتماعية أساسية كدعامة من دعائم المجتمع ، بحيث  
يعتبر تحديد مركز الفرد من حيث الانتماء اليها مسألة أولية يجب الفصل  
فيها ابتداء لتحديد حقوقه أو التزاماته من بعد على ضوء ذلك . ومن هنا  
نستطيع تحديد الحالة بأنها ما يلزم الشخصية من مركز للفرد كعضو فى  
الجماعات أو المجموعات ذات القيمة الاجتماعية الأساسية (٢) . وهو ما يجعل  
منها حجر الأساس لما يثبت للأفراد بناء عليها من حقوق والتزامات تختلف  
بينهم باختلاف حالاتهم . وعلى هذا النحو ، تتبع الحالة تحديد مدى أهلية  
وجوب الفرد ضيقا أو اتساعا ، مما يعنى وجوب التمييز بين الحالة وأهلية  
الوجوب (٣) واعتبار الثانية مؤسسة على الأولى ومحددة بها . وأما أهلية  
الأداء فتحددها كما سنرى عناصر - كالعقل والإرادة - لا شأن لها بالحالة  
ولا تأثير لها عليها فى الأصل (٤) .

وإذا كانت الحالة تعنى المركز الملازم للفرد باعتباره عضوا فى جماعة أو

(١) فى هذا المعنى :

Aubry et Rau, t. I, No. 52, p. 303. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I,  
Nos. 13, 16. — Capitant, No. 111, p. 154.

(٢) كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٣٩ .

(٣) انظر فى ذلك :

Aubry et Bau, t. I, No. 52, p. 304, note (3) — Capitant, p. 152, note (2).

(٤) فى هذا المعنى :

Josserand, op. cit., t. I, No. 244. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 466.



مجموعة ذات قيمة اجتماعية أساسية ، فان نطاق الحالة قد يتفاوت اذن بتفاوت النظر الى هذه القيمة ونسبيتها في الشرائع المختلفة . ولذلك كانت الحالة في القانون الروماني تشمل مركز الفرد من الحرية بانتدائه الى مجموعة الأحرار أو الأرقاء ، وهي تشمل حتى في بعض الشرائع الحديثة المركز العنصرى للأفراد بانتدائهم الى مجموعة جنس من الأجناس (١) . ولكن الانتماء الى مجموعة الدولة والأسرة كان دائما من عناصر الحالة في مختلف الشرائع ، ويعتبر القانون المصرى - بالإضافة الى ذلك - الانتماء الى الدين من هذه العناصر . فنعرض لهذه العناصر الثلاثة فيما يلى :

### ( ١ ) الحالة السياسية أو الجنسية

#### ٢٧١ - أهمية الحالة السياسية

يقصد بالحالة السياسية مركز الشخص من حيث انتسابه الى دولة معينة وارتباطه بها - كعضو من أعضائها - برابطة التبعية والولاء أو ما يسمى الجنسية *La nationalité* .

وللحالة السياسية أو الجنسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانونى . فالأصل أن الأجانب يحرمون من التمتع ببعض الحقوق التى يتمتع بها الوطنيون ، ويعفون من بعض الواجبات التى تقع على كاهل الوطنيين . فليس للأجانب مثلا حق التمتع بالحقوق السياسية ، كحق الترشيح أو الانتخاب فى المجالس النيابية ، وحق تولي الوظائف العامة . وهم يعفون مثلا من أداء واجب الخدمة العسكرية الذى يلزم به الوطنيون وحدهم . وحتى فيما يتعلق بالحقوق المدنية ، قد يضيق مدى تمتع الأجانب بها ومدى نشاطهم القانونى عما يكون مسموحا به للوطنيين فى شأنها . فكثير من التشريعات تحرم الأجانب من حق تملك العقارات عامة أو الأراضي الزراعية خاصة ، أو تحظر عليهم امتياز من حرية معينة كالطب والمحاماة . غير أنه ينبغى أن يراعى ألا يكون اختلاف الحالة السياسية أو

(١) Colin, Capitant et De la Morandière, t. I, p. 123, note (2) — Mazeaud, t. I, No. 465. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 393.

الجنسية بين الأشخاص سببا للحرمان من الحريات والحقوق الضرورية في الحياة ، فيوجد حد أدنى من الحريات والحقوق - هي عادة الحريات العامة أو الحقوق النصيقة بشخصية الانسان وكل الحقوق الملازمه للحياة الطبيعية العادية - تقضى قواعد القانون الدول العام بوجود توفيرها وكفالتها للأجانب .

### ٢٧٢ - الجنسية الاصلية والجنسية الطارئة (١)

والحالة السياسية أو الجنسية ، اما أصلية أو أصلية للشخص بسبب ميلاده ومنذ هذا الميلاد ، واما مكتسبة أو طارئة تثبت للشخص من بعد ميلاده ولسبب آخر غير الميلاد .

أما الجنسية الأصلية ، فاما أن تفرض على أساس رابطة أو حق الدم (Jus sanguinis) ، واما أن تفرض على أساس رابطة أو حق الاقليم (Jus soli) . ومعنى فرض الجنسية على أساس رابطة الدم ، اعطاء الوند جنسية أبيه أساسا أو جنسية أمه أحيانا . ومعنى فرضها على أساس رابطة الاقليم ، اعطاء جنسية الدولة لمن يولد على اقليمها . وظاهر إن الأساس الأول القائم على وحدة الأصل هو الطبيعي والاقوى بالقياس الى الأساس الثانى القائم على وحدة الاقليم ، ولذلك فان الالتجاء الى الأساس الثانى فى فرض الجنسية الأصلية يكون عادة فى الدول التى لا يسعفها أساس وحدة الأصل فى تكثير رعاياها .

ويأخذ المشرع المصرى كقاعدة عامة برابطة أو حق الدم كأساس لفرض الجنسية، بحيث يعتبر مصريا كل من ولد لأب مصرى ( م ٢ / ١ من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ ) . وذلك بصرف النظر عن محل ميلاده داخل مصر أو خارجها ، ولكنه يأخذ فى حالات خاصة برابطة أو حق الاقليم، فيقرر مثلا اعطاء جنسية الدولة لمن يولد فى مصر من

(١) راجع فى ذلك صفة خاصة :

أبوين مجهولين ، ويعتبر اللقيط في مصر مولودا فيها مالم يثبت العكس ( م ٢ / ٤ من قانون الجنسية ) .

وأما الجنسية الطارئة بعد الميلاد ولغير سببه ، فهي التي تكتسب عادة عن طريق الزواج أو التجنس . فكثر من الشرائع يقر اكتساب الزوجة الأجنبية جنسية زوجها اما اكتسابا مطلقا أو مشروطا ، وبأخذ القانون المصري بفكرة الاكتساب المشروط ( م ٧ من قانون الجنسية ) . وتبيح كل الشرائع ومن بينها القانون المصري جواز منح الجنسية الى الأجانب بناء على طلبهم اذا توافرت شروط معينة . فيكتسبونها اذن بالتجنس ( م ٤ و ٥ من قانون الجنسية ) . ولكن الغالب أن لا يتمتع المتجنس فور تجنسه بكل حقوق الوطنيين ، فيحرم عليه التمتع ببعضها - وخاصة الحقوق السياسية - طوال فترة معينة من تجنسه ، وكذلك الشأن فيمن يكتسب الجنسية بالزواج ( م ٩ من قانون الجنسية ) . ( . ) .

## ( ٢ ) الحالة العائلية أو القرابة

يقصد بالحالة العائلية مركز الشخص في أسرة معينة كعضو فيها تربطه بباقي أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل ، وقد تربطه بأعضاء أسر أخرى كذلك رابطة من قرابة المصاهرة

### ٢٧٣ - قرابة النسب

يقصد بقرابة النسب الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم وأصل مشترك ( م ٢٤ مدني ) سواء كانت قرابة مباشرة أو قرابة حواش . والقرابة المباشرة هي التي تقوم على تسلسل عمودي بين من تجمعهم وحدة الدم ، أي هي « الصلة ما بين الأصول والفروع » ( م ١/٣٥ مدني ) . أما قرابة الحواشي ، فهي الصلة التي تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودي بينهم ، أي دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر ( م ٢/٢٥ مدني ) . وعلى ذلك فالقرابة بين كل من الابن والأب ( أو الأم ) والجد قرابة مباشرة . اذ الأول فرع للثاني ، والثاني فرع للثالث . بينما تعتبر قرابة حواش : القرابة بين الأخ وأخيه ، وبين الشخص وعمه أو عمته أو أبناء عمه أو عمته ، أو بين الشخص وخاله أو خالته أو أبناء أخواله وخالاته ،

فانه ان كان هناك أصل مشترك يجمعهم . الا أنه ليس أحدهم فرعاً أو أصلاً للآخر .

ويراعى فى حساب درجات القرابة بنوعها وجوب اسقاط الأصل أو الأصل المشترك ( على حسب الاحوال ) دائماً ، واعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجة ( م ٣٨ مدنى ) (١) . وفى القرابة المباشرة ، يعتبر الابن فى الدرجة الأولى من القرابة لأبيه أو لأمه ، لأن الابن فرع وهذه درجة والأب أو الأم أصل فلا يحسب درجة ، وكذلك يعتبر ابن الابن فى الدرجة الثانية من القرابة لجدّه ( أو جدته ) ، اذ يحسب ابن الابن درجة والابن درجة باعتبارهما فرعين فتلك درجتان ، ولا يحسب الجد ( أو الجدة ) باعتباره أصلاً . وفى قرابة الحواشي يعتبر الأخ فى الدرجة الثانية لأخيه . اذ هو درجة باعتباره فرعاً ، والأب لا يحسب درجة لأنه الأصل المشترك بين الأخوين ، والأخ الآخر يحسب درجة لانه فرع . وكذلك يعتبر ابن العم قريباً من الدرجة الرابعة : فهو فرع فيحسب درجة ، ثم أبوه فرع كذلك فيحسب درجة هو الآخر ، ثم الجسد ولا يحسب درجة لأنه الأصل المشترك بين أبناء العم ، ثم ينزل الى الأب من ناحية الفرع الآخر فنحسبه درجة ، ثم ابنه فيحسب درجة كذلك ، فتلك اذن أربع درجات .

#### ٢٧٤ - قرابة المصاهرة

ينشئ الزواج قرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر ( م ٣٧ مدنى ) ، ولكن دون أن تمتد هذه القرابة لترتبط كذلك بين هؤلاء الأقارب وبين أقارب الزوج . وفى حساب درجة هذه القرابة ، تكون العبرة بدرجة قرابة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه ، فيعتبر الزوج الآخر فى نفس درجة القرابة - ولكن بسبب المصاهرة - لهؤلاء الأقارب . ومن هنا ، فأخو الزوجة

(١) والحساب بهذه الكيفية هو نفس ما كانت تأخذ به محكمة النقض المصرية فى ظل التقنين القديم رغم عدم وجود نص فى هذا الشأن . ( نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٤٤ ، مجموعة عمر ، ج ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ٤٥٢ ) . وهو يتفق كذلك مع المقرر فى القانون الفرنسى . انظر :  
Carbonnier, Droit civil, t. I, 1962, No. 197. pp. 603 - 606.

قريب من الدرجة الثانية بالمصاهرة للزوج ، وابن عمها قريبه بالمصاهرة من الدرجة الرابعة ، وأبو الزوج قريب بالمصاهرة من الدرجة الأولى للزوجة ، وهكذا . . .

### ٢٧٥ - أهمية القرابة

تبدو أهمية القرابة ، وخاصة قرابة النسب ، في تحديد حقوق الشخص والتزاماته العائلية - بحسب مركزه في الأسرة - قبل باقي أعضائها .  
• فيوصفه أبا ، تجب عليه النفقة لأولاده ويكون له عليهم حق التأديب والولاية .  
• وبوصفه ابنا ، عليه واجب الخضوع للسلطة الأبوية وله على الأب حق التربية والنفقة . وبصفته زوجا ، عليه واجب الانفاق على الزوجة وله عليها حق التأديب والطاعة وأحيانا حق الطلاق . وبوصف الشخص زوجة ، عليها واجب الطاعة للزوج والقرار في بيت الزوجية ولها حق المهر والنفقة .  
• وبوصف الشخص أما أو جدة أو أختا أو بنت أخت أو خالة أو أبا أو جدا صحيحا أو أبا أو ابن أخ أو عما ، يكون له - حسب مراتب الأولوية المقررة - حق حضانة الصغير (١) .

وتبدو كذلك أهمية القرابة ودرجتها - سواء كانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة - واضحة في كثير من الأوضاع القانونية ، حين يعتد القانون بالقرابة فيحدد - على أساسها - من مدى حقوق الأفراد ونشاطهم القانوني .  
• ومن أمثلة ذلك منع الأخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ( م ٩٢٩ - ب مدني ) . وكذلك اعتبار القاضى - بعدا به عن مواطن الشبهات - غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها - ولو لم يرده أحد الخصوم - اذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب مصلحة في الدعوى القائمة ( م ١٤٦ مرافعات جديد ) .

(١) انظر في الحضانة وأصحابها ومراتبهم في الشريعة الاسلامية :  
عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية ، ص ٤٢٩ وما بعدها .

وتبدو أهمية القرابة كذلك في شأن الزواج عند تحديد المحرمات من النساء ، سواء بسبب قرابة النسب أو قرابة المصاهرة (١) .

ولعل من أهم ما يترتب على انقرابه الحق في الارث والحق في النفقة . غير أنه يراعى أن هذين الحقين لا يترتبان عادة على أساس قرابة المصاهرة ، وإنما يترتبان على أساس قرابة النسب وصلة الزوجية .

### ( ٣ ) الحالة الدينية

#### ٢٧٦ - اعتماد القانون المصري بالحالة الدينية اعتماد استثنائي

قلنا ان الشرائع الحديثة في مجموعها انما تنظر الى حالة الشخص السياسية والعائلية ، أى تنظر الى حالته من حيث انتمائه الى دولة معينة ، ومن حيث ارتباطه بأسرة معينة . غير أن بعض القوانين الحديثة ، ومنها القانون المصري ، ما زالت تنظر فضلا عن ذلك - في حالات استثنائية - الى حالة الشخص الدينية من حيث انتمائه الى عقيدة دينية معينة . ولعل مرد ذلك الى ما كان للحالة الدينية في القديم من أهمية كبرى في تحديد المركز القانوني للشخص ، اذ كان الانتماء الى الدين حينئذ بمثابة الانتماء اليوم الى الدولة برابطة الجنسية ، فكانت الحالة الدينية اذن تقوم مقام الحالة السياسية .

فالمبدأ المسلم اليوم في القانون الحديث اذن هو احلال الحالة السياسية محل الحالة الدينية في تحديد المركز القانوني للشخص واكتسابه للحقوق وتحمله بالالتزامات ، مما ينفي كل أثر لاختلاف الدين في تحديد مدى أهلية الوجوب بين الوطنيين . غير أن هذا المبدأ العام يرد عليه في القانون المصري بعض استثناءات توضع الحالة الدينية فيها موضع اعتبار عند تحديد المركز القانوني للشخص ، اذ ما يزال سلطان الدين قويا في نظر المجتمع المصري . ولذلك يعطى هذا القانون للجماعات أو المجموعات الدينية المختلفة فيه قيمة

(١) راجع في المحرمات من النساء في الشريعة الاسلامية :

عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٩٢ - ٩٥ .

اجتماعية أساسية تبرر التمييز بين الأشخاص - على الأقل في نطاق محدود - بحسب انتمائهم كأعضاء الى مثل هذه الجماعات أو المجموعات المختلفة .

فما زال المصريون مثلا - كما سلف البيان - يخضعون في بعض مسائل الأحوال الشخصية لشرائعهم الدينية المختلفة ، مما يستتبع اختلاف مراكزهم القانونية وتفاوت تمتعهم بالحقوق والواجبات المتعلقة بهذه المسائل بحسب تفاوت الأديان بينهم . ومن ذلك ما تقرره الشريعة الاسلامية من عدم التوارث بين مسلم وغير مسلم . وما تقرره كذلك للزوج المسلم من حق الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، بينما يقتصر حق غير المسلمين على الزواج من واحدة ، وما تحرمه الشريعة الاسلامية كذلك من زواج المسلمة بغير مسلم ، وما تبيحه لمسلم من زواج غير مسلمة من أهل الكتاب . غير أن هذه كلها حالات استثنائية لا تلقى المبدأ العام المقرر في القانون المصرى وهو تساوى الوطنيين جميعا فى الحقوق والواجبات وعدم تأثير الحالة الدينية فى المركز القانونى للشخص .

فما زال المصريون مثلا - كما سلف البيان - يخضعون في بعض مسائل الأحوال الشخصية لشرائعهم الدينية المختلفة ، مما يستتبع اختلاف مراكزهم القانونية وتفاوت تمتعهم بالحقوق والواجبات المتعلقة بهذه المسائل بحسب تفاوت الأديان بينهم . ومن ذلك ما تقرره الشريعة الاسلامية من عدم التوارث بين مسلم وغير مسلم . وما تقرره كذلك للزوج المسلم من حق الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، بينما يقتصر حق غير المسلمين على الزواج من واحدة ، وما تحرمه الشريعة الاسلامية كذلك من زواج المسلمة بغير مسلم ، وما تبيحه لمسلم من زواج غير مسلمة من أهل الكتاب . غير أن هذه كلها حالات استثنائية لا تلقى المبدأ العام المقرر في القانون المصرى وهو تساوى الوطنيين جميعا فى الحقوق والواجبات وعدم تأثير الحالة الدينية فى المركز القانونى للشخص .

فما زال المصريون مثلا - كما سلف البيان - يخضعون في بعض مسائل الأحوال الشخصية لشرائعهم الدينية المختلفة ، مما يستتبع اختلاف مراكزهم القانونية وتفاوت تمتعهم بالحقوق والواجبات المتعلقة بهذه المسائل بحسب تفاوت الأديان بينهم . ومن ذلك ما تقرره الشريعة الاسلامية من عدم التوارث بين مسلم وغير مسلم . وما تقرره كذلك للزوج المسلم من حق الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، بينما يقتصر حق غير المسلمين على الزواج من واحدة ، وما تحرمه الشريعة الاسلامية كذلك من زواج المسلمة بغير مسلم ، وما تبيحه لمسلم من زواج غير مسلمة من أهل الكتاب . غير أن هذه كلها حالات استثنائية لا تلقى المبدأ العام المقرر في القانون المصرى وهو تساوى الوطنيين جميعا فى الحقوق والواجبات وعدم تأثير الحالة الدينية فى المركز القانونى للشخص .

## المطلب الثاني

### الاسم (١)

### Le Nom

#### ٢٧٧ - تحديد الاسم . واهميته . وطرق اكتسابه

قلنا ان كل انسان يتمتع بشخصية في نظر القانون . غير ان شخصية كل انسان يجب ان تتميز بوسيلة أو علامة معينة تفرق بينه وبين الناس ، فمن صالح الجماعة ومن صالح الأشخاص أنفسهم وجود مثل هذه الوسيلة أو العلامة للتمييز بين الأشخاص وتعيين كل منهم بما يمنع اختلاطه واشتباؤه بغيره ، وهذه الوسيلة أو العلامة ان هي الا الاسم : فلكل شخص اذن اسم معين يعرف ويتميز به بين الأشخاص في الجماعة .

وحيثما نعرض للاسم باعتباره أحد مميزات الشخصية الطبيعية ، فانما نقصد الاسم بالمعنى الواسع الذي يشمل اللقب والاسم الخاص أو الشخصي معا ، ولا نقصد الاسم بالمعنى الضيق الذي يقتصر على الاسم الشخصي وحده (٢) . ويقصد عادة باللقب *Nom patronymique ou nom de famille* اسم الأسرة التي ينتمي اليها الشخص ، اذ يشترك في حمله جميع أفراد الأسرة . أما الاسم الشخصي *Prénom* فهو الذي يضاف الى اللقب للتمييز بين أفراد العائلة الواحدة الذين يحملون نفس اللقب . وبذلك يكون الاسم -

(١) راجع في ذلك بخاصة :

Capitant, op. cit., Nos. 128-132. — Nerson, thèse précitée, Nos. 9-16, pp. 30 - 46. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 96 - 136, pp. 115 - 174. — Mazeaud, t. I, Nos. 531 - 566. — Marty et Raynaud, t. I, Nos. 944 - 966. — Ripert et Boulanger, t. I, Nos. 876 - 919.

وكتابنا سالف الذكر ، فقرات ٢٨٦ - ٢٩١ ، ص ٧٥٠ - ٧٦٩ .

(٢) أنظر في استعمال المصطلح « الاسم » تارة بهذا المعنى وتارة بذلك : م ٢٨

و ٥١ مدني .



بالمعنى الواسع - علامة على الشخص وعلى الأسرة التي ينتمى إليها في نفس الوقت (١) .

والأصل أن اللقب يلحق الشخص عن طريق النسب ، فيأخذ الولد لقب أبيه . ولكن جرى العرف منذ قديم في بعض الدول الغربية وخاصة في فرنسا ، على أن تكتسب الزوجة حق حمل لقب زوجها بالزواج ، دون أن تفقد بذلك لقبها الاصلى الذى اكتسبته بالنسب (٢) . أما في مصر ، فلا يلحق لقب الشخص زوجته (٣) .

وفي مصر ، لم يكن شائعا وجود ألقاب تلحق الأشخاص ، وإنما كان الأمر جاريا على أن يعرف الشخص باسمه الخاص مضافا إليه اسم أبيه أو اسم أبيه وجده . من أجل ذلك - وتحقيقا للضرورة الاجتماعية الملحة في التمييز بين الأشخاص - عنى التقنين المدنى الحالى بفرض اتخاذ لقب الى جانب الاسم الخاص على كل شخص ، بحيث لا يلحق هذا اللقب أولاده ( م ٢٨ مدنى ) .

وإذا كان النسب هو الطريق الطبيعى لاكتساب الاسم فقد لا يكون هو الطريق الوحيد . ففي الشرائع التي تجيز نظام « التبني » يأخذ الولد المتبنى لقب متبنيه . وكذلك فحيث يباح تغيير الاسم ، يوجد بذلك طريق أو مصدر آخر لاكتساب الاسم . بل وكذلك فإكتساب اللقطاء مجهولى الأبوين ما يطلق عليهم من أسماء لا يتأتى عن طريق النسب .

## ٢٧٨ - التكيف القانونى للاسم

اختلف الفقهاء فى الطبيعة القانونية للاسم ، وتراوحت نظرتهم إليه بين اعتباره واجبا وبين اعتباره حقا . فمن نظر الى الاسم باعتباره واجبا ، رأى

(١) فى هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 128, p. 171.

Pianiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 110 — Marty et (٢)

Raynaud op. t. I, No. 948.

(٣) كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ينص على أن لقب الشخص يلحق زوجته . ولكن حذف هذا النص فلم يظهر فى التقنين ، باعتبار أنه نظام غريب لم يتعوده المصريون ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٢٨ و ٣٢٩ ) .

فيه نظاما اداريا تفرضه الدولة على الأشخاص بقصد التمييز بينهم ومنع اختلاط بعضهم ببعض ضمانا لاستقرار المعاملات في المجتمع . ومن نظر الى الاسم باعتباره حقا ، اما كيفه بأنه حق ملكية واما كونه بأمره حق من حقوق الشخصية .

وواضح أن الاقتصار على النظر الى الاسم باعتباره مجرد واجب أو وسيلة الزامية لتمييز الأشخاص ونظاما للامن المدني (institution de police) (١) ، وان كان يبصر بما للدولة من صالح في فرض حمل اسم على كل شخص ، الا أنه يفعل ما لكل شخص كذلك من مصلحة جوهرية في تمييز ذاته وشخصيته ومنع اختلاط غيره به عن طريق الاسم ، تلك المصلحة التي تسوغ حماية القانون للاسم من كل اعتداء أو اغتصاب يقع عليه من جانب الغير دون توقف على ترتب ضرر من جراء ذلك ، وهو ما لا يتأتى الا عن طريق الاعتراف بالاسم كحق لصاحبه (٢) .

وأما النظر الى الاسم باعتباره حق ملكية وهو مذهب القضاء العادي الفرنسي أساسا (٣) ، فهو وان كان يفضل النظر السابق بتغليب فكرة الحق في الاسم على فكرة الواجب وكفالة حماية أكبر له دون استئثار توافر ضرر محدد ، الا أنه مع ذلك محل انتقاد كبير . اذ لا يستقيم وصف الحق على الاسم بأنه حق ملكية ، طالما لا تتوافر فيه خصائصها ، بل ثبت له عكس هذه الخصائص تماما . فالشئ محل الملكية - على ما هو مسلم منذ قديم في الفقه - لا يكون الاماديا ، بينما الاسم ليس الاشياء معنويا . وحق الملكية من الحقوق المالية الداخلة في الذمة المالية ، مما يستتبع اعتباره محلا للتقادم المكسب واعتبار الشئ محله داخلا في دائرة التعامل ، بينما حق الاسم - كما

(١) انظر في الاشارة الى أنصار هذا الرأي :

Nerson, thèse précitée, note (3), p. 36.

(٢) انظر في انتقاد اعتبار الاسم واجبا كنظام للامن المدني :

Capitant, No. 131, — Nerson, thèse précitée, No. 13. — Mazeaud, t. I, No. 561.

(٣) راجع في الاشارة الى أحكام هذا القضاء :

Nerson, thèse précitée, notes 7, 8, 9, p. 39.

هو مسلم - من الحقوق غير المالية الخارجة عن الذمة ، بحيث لا يخضع للتقادم المكسب أو المسقط ويمتنع كذلك التعامل والتصرف فيه أو النزول عنه . ولا تشابه كذلك بين حق الاسم وحق الملكية من حيث الاستخلاف عليه بالميراث ، فاللقب يلحق الابن بالميلاد وقبل موت الأب بحيث يثبت لهما معا نفس الحق عليه في آن واحد (١) .

وأمام التجافى بين حق الاسم وحق الملكية على هذا النحو ، اتجه الفقه الحديث في مجموعه (٢) نحو اعتبار حق الاسم حقا من حقوق الشخصية . وهذا التكييف السائد اليوم هو الواجب التأييد ، اذا نظر الى الاسم ، من ناحية كونه حقا لصاحبه . فهو يبصر بصرا صحيحا بطبيعة الاسم ، باعتباره علامة الشخصية المميزة ومظهر كيانها الذاتى المستقل ، وحدها العازل الفاصل بينها وبين ما تزخر به الحياة الاجتماعية من عديد الشخصيات المتميزة الأخرى . من أجل ذلك ، كان الاسم ملازما للشخصية ولصيقا بها ، بما يجعل حق الشخص عليه حقا من حقوق الشخصية بالمعنى الدقيق (٣) .

غير أن تكييف الطبيعة القانونية للاسم على هذا الأساس وحده ، فيه اغفال لوجه آخر لهذه الطبيعة لا يقل أهمية عن الوجه المتقدم ، هو اعتبار الاسم كذلك واجبا من الواجبات تفرضه الدولة على الأشخاص مراعاة للصالح العام وتحقيقا لاستقرار وأمن المعاملات ، وهو الوجه الذى لم يعبه فيما رأينا الا اقتصار بعض الفقهاء عليه بوصفه الوجه الوحيد للاسم . ذلك أنه ما دامت

---

(١) راجع ، خاصة ، فى انتقاد تكييف الاسم بأنه حق ملكية : Capitant, No. 131, p. 174. — Nerson, précitée, No. 14, pp. 37, 38. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 114. — Mazeaud, t. I, No. 562. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, p. 1176.

(٢) أنظر خاصة : Capitant, No. 131. — Nerson, Nos. 11, 16. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 114. — Mazeaud, t. I, No. 565. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, p. 1177.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٢٢٥٠ . - شفيق شحاته ، فقرة ٤٢ . - عبد الحى حجازى ، ص ٢٩ و ٣٠ . - شمس الدين الوكيل ، ص ٣٦ . - اسماعيل غانم ، ص ١٦٥ .

(٣) أنظر سابقا ، ص ٤٥٤ .

الأسماء هي الحدود الفاصلة بين الأشخاص ، فان الاكتفاء باعتبارها مجرد حقوق قد يزعم هذه الحدود بكل ما يحمله ذلك من مخاطر تغيير الأسماء واختلاط الأشخاص والتحايل على القانون . فتنبينا لهذه الحدود وتأكيدا لاستقرارها ، ينبغي اعطاء الأسماء - فضلا عن وصف الحق الثابت لمصلحة الأشخاص أنفسهم - وصف الواجب المفروض كذلك على الأشخاص لصالح الدولة والمجموع .

ومن هنا نرى في الاسم طبيعة مزوجة مركبة ، فهو حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية من ناحية ، وهو واجب يقع على عاتق كل شخص من ناحية أخرى (١) . ولإزدواج طبيعة الاسم على هذا النحو أثره - كما سنرى - في تحديد خصائصه .

#### ٢٧٩ - حماية الاسم

قد يقع اعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه أو انتحاله لنفسه أو استعماله على أى وجه كان ، والمقصود بالمنازعة اعتراض الغير دون مبرر على حق الشخص في التسمية بالاسم الذى يحمله وفى استعماله اياه بالتالى ، أما الانتحال أو الادعاء فيقصد به تسمى الغير باسم شخص معين واستعماله اياه دون حق (٢) . فيثور التساؤل حينئذ عن كيفية حماية الاسم من مثل هذا الاعتداء .

(١) فى هذا المعنى :

Josserand, t. I, No. 219. — Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955. pp. 1176, 1179.

شفيق شحاته ، فقرة ٤٢٠ - عبد المنعم فرج الصلدة ، فقرة ٦٨ - اسماعيل غانم ، الموضوع السابق - عبد المنعم البدرولى ، فقرة ٣٥٨ ، ص ٥٥٦ .

(٢) ولذلك يخرج من صيور الانتحال حالة تشابه الأسماء وتطابقها تطابقا تاما ، فيكل شخص يحمل مثل هذا الاسم المتشابه المشترك ويستعمله انما يكون مستعملا اسمه هو وبمقتضى حقه فيه ، فلا يعد منتحلا اسم الغير المطابق له حتى يملك هذا الغير منعه من استعماله . بل كل ما يملكه - اذا أراد توقي الخلل - أن يضيف الى اسمه ما يميزه عن سميته . ولكن اذا كان هذا الأخير يستغل تطابق الاسمين بما يعود بالضرر المادى أو المعنوى على الأول ، فيكون للمضروب المطالبة بالتعويض وفق قواعد المسؤولية التقصيرية ( أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٦١ ) .

وقد كان من الطبيعي أن يجد الجدل حول التكييف القانوني للاسم صدها فيما يتعلق بحمايته . فظاهر أن القول باعتبار الاسم مجرد واجب أو نظام أمن مدني مفروض على الأفراد لا يجعل للاسم حماية الا في حال لحوق ضرر بصاحبه وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، فلا يجوز له - في حال تخلف الضرر - المطالبة برد ووقف الاعتداء الواقع على اسمه . ولعل الرغبة في تفادي هذه النتيجة هي التي مهدت وروجت لاعتبار حق الشخص على اسمه حق ملكية ، ليتمكن بذلك صاحب الاسم - كما يتمكن المالك - من المطالبة برد ووقف أى اعتداء يقع على اسمه دون حاجة من جانبه الى اثبات وقوع ضرر ناجم عن ذلك (١) . غير أن حق الملكية لا يصلح - كما سبق البيان - تبريرا لحق الشخص على اسمه ، فهو في واقع الأمر حق من حقوق الشخصية . ولكن اعتباره كذلك يستتبع من حيث حمايته نفس الأثر الذي يستتبعه اعتباره حق ملكية ، فتجب له الحماية حيث يعتدى عليه دون توقف، على اثبات ترتب ضرر محدد من جراء ذلك ، فحقوق الشخصية - كالحقوق عموما - مكفولة لذاتها في حال الاعتداء عليها ، اذ لأصحابها مصلحة ظاهرة تبرر المطالبة بوقف هذا الاعتداء ولو لم يترتب عليه ضرر محدد (٢) .

وعلى هذا النحو ، فوقوع الاعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه أو انتحاله لنفسه معناه - والاسم هو علامة الشخصية المميزة - المساس بشخصيته وانكار ذاتيته وتعرضها أو احتمال تعرضها للاختلاط بغيرها ، وهو ما يكفي - دون تحميل صاحب الاسم بعبء اثبات ترتب ضرر محدد (٣) - لتبرير حمايته بوقف مثل هذا الاعتداء . وبالإضافة الى ذلك ، يبقى حقه قائما - اذا أثبت ترتب ضرر محدد - في المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد

(١) Ripert et Boulanger, t. I, No. 907. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 116, p. 144.

(٢) أنظر سابقا ، ص ٤٥٧ .

(٣) أنظر في ذلك كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «أ» ص ٧٥٩ .

العامة . وبذلك يجمع صاحب الاسم (١) وسيلتين لحماية حقه من المنازعة أو الانتحال : الأولى ، هي المطالبة بوقف الاعتداء وذلك دون تعلب على وقوع ضرر محدد ، والثانية ، هي المطالبة بالتعويض وهذه لا بد فيها من وقوع ضرر محدد من جراء المنازعة أو الانتحال .

وقد عنى المشرع المصرى بالنص صراحة على هاتين الويلتين فى صدد حقوق الشخصية بعامة (٢) والحق فى الاسم بخاصة ( م ٥٠ و ٥١ مدنى ) .

### ٢٨٠ - خصائص الاسم

إذا كان للاسم طبيعة مزدوجة تجعله حقا من حقوق الشخصية من ناحية وواجبا على الشخص من ناحية أخرى ، فان كلا من هاتين الطبيعتين تسبغ على الاسم خصائص معينة نبينها فيما يلى :

( ١ ) خصائص الاسم باعتباره حقا من حقوق الشخصية : يكتب الاسم - باعتباره من حقوق الشخصية - صفات الشخصية ، وهى عدم القابلية للتصرف والتقدم .

### ١ - عدم القابلية للتصرف (inaliénabilité ou indisponibilité)

ما دام الاسم يعتبر علامة للشخصية ووسيلة للتمييز بين الأشخاص وتجنب الخلط بينهم ، فمن الطبيعى أن يكون لصيقا بالشخص وأن يمتنع لذلك التصرف فيه - سواء بين الأحياء أو لما بعد الموت بالوصية - أو تخويل الغير حق

(١) يبدو أمام ما للاسم كلقب من طبيعة مزدوجة فردية وعائلية ، أنه يجب تخويل كل فرد من أفراد الأسرة على حدة حق المطالبة بحماية اللقب من أى منازعة أو انتحال من قبل الغير ، ( انظر : Capitant, No. 133, p. 178 — Planiol. Ripert et Savatier, t. I. No. 116, pp. 145, 146. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, pp. 1177, 1178).

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٥٧ .

استعماله (١) . وهذه الخاصة التي يتصف بها الاسم تنفرع كذلك عن مبدأ ثباته وامتناع تغييره بمحض الإرادة المطلقة (٢) .

ولكن اذا كان مبدأ امتناع التصرف في الاسم مبنيا على اعتبار الاسم العلامة المميزة للشخصية والحالة ومقصودا به تمييز الأشخاص ومنع الخلط بينهم ، فيجب أن يتحدد مدى هذا المبدأ اذن بحدود هذا الغرض . ولذلك حيث يستعمل الاسم في غير هذا الغرض ، فليس ثم ما يمنع حينئذ من التصرف فيه أو النزول عنه أو الترخيص للغير في استعماله (٣) .

ولذلك يمكن للشخص تخويل مؤلف الحق في اطلاق اسمه على أحد الأشخاص الخيالية في رواياته أو قصصه ، أو السماح للغير باستعمال اسمه كاسم مستعار أدبي أو فني (٤) .

وكذلك يكون للشخص الذي ينشئ مالا معيناً يحمل اسمه - كمحل تجارى أو علامة تجارية أو براءة اختراع - النزول للغير عن حق استعمال هذا الاسم لاستغلال هذا المال . اذ تكون للاسم حينئذ وظيفتان مختلفتان : تمييز الشخصية والحالة المدنية باعتباره اسما مدنيا من ناحية ، وتمييز المحل أو العلامة أو البراءة باعتباره اسما تجاريا من ناحية أخرى . واذا كان

---

(١) ومع ذلك تعتبر محكمة النقض الفرنسية صحيحا اذن الزوج زوجته السابقة في الاستمرار في التسمية بلقبه واستعماله بعد الطلاق . ويمكن تبرير ذلك ، في حال ما اذا كانت الزوجة تمارس تحت هذا اللقب نشاطا أدبيا أو فنيا أو تجاريا معيناً بحيث عرفت واكتسبت ثقة الجمهور في هذا النشاط . اذ لا يعنى هذا الاذن تخويلها الاستمرار في استعماله كذلك كاسم مدني كما كان عليه الحال وقت الزوجة ، وانما تخويلها مجرد استعماله بعد الطلاق كاسم مستعار أو اسم تجارى ( في هذا المعنى : - Mazeaud, op. cit., t. I p. 456. - كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٧٦٢ ) .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, p. 148. — Marty et Raynaud, t. I, No. 956, p. 1180.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Mazeaud, t. I, No. 557.

(٤) Nerson, No. 185, pp. 401, 402. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, p. 149. — Mazeaud, ibid.

مستحيلا النزول عن الاسم المدني لاستحالة النزول عن تمييز الشخصية والحالة ، فمن الممكن النزول عن الاسم التجاري ما دام يتخذ وسيلة مميزة لبعض الأموال . وبهذا النزول ، يكون للمتنازل له استعمال الاسم كاسم تجارى محض وفى حدود استغلال المحل أو العلامة أو البراءة ، ويستمر المتنازل حاملا له كاسم مدنى يميز شخصيته وحالته (١) .

٢ - **عدم القابلية للتقادم (imprescriptibilité) :** ما دام الحق فى الاسم لصيقا بالشخصية ، فمعنى ذلك أنه ليس من الحقوق المالية التى يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب . ولذلك فانتحال شخص اسم شخص آخر لا يكسبه حقا فيه مهما طالت مدة انتحاله واستعماله اياه (٢) . وعدم استعمال اللقب خاصة ، لا يفقد صاحبه ولا فروعه من بعده حق استعادته واستعماله مهما طالت مدة اهماله . وواضح أن عدم القابلية للتقادم تقتصر على الاسم المدني وحده باعتبار العلامة المميزة للشخصية والحالة . أما الاسم التجارى ، وثم قيمة مالية له ، فليس ما يمنع - والتصرف فيه جائز - من اكتسابه أو فقده بالتقادم (٣) .

(٢) **خصائص الاسم باعتباره واجبا :** قلنا ان الاسم فضلا عن اعتباره حقا ، يعتبر كذلك واجبا . واعتباره واجبا يجعله فرضا محتوما على كل فرد من ناحية ، وغير قابل للتغيير والتعديل بإرادة صاحبه من ناحية أخرى .

١ - **ضرورة الاسم لكل شخص :** قلنا ان الصالح العام واستقرار وأمن المعاملات يفرض ضرورة تسمى كل فرد باسم معين - مكون من اسم شخصى ولقب - ليكون علامة مميزة لشخصيته ومانعا من اختلاطه بغيره من الأفراد .

(١) أنظر فى النزول عن الاسم التجارى :

Nerson, No. 185, p. 402. — Planiol., Ripert et Savatier. t. I, No. 119, pp. 149 - 151. — Marty et Raynaud, ibid.

(٢) أنظر مع ذلك فى اعتداد القضاء الفرنسى - فى غير أحوال الانتحال - بعامل المدة واستطالتها ما يجاوز قرنا من الزمان ، لاستتخلاص اكتساب حق فى الاسم : كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٧٦٣ .

Mazeaud, t. I, No. 558, p. 541 (٣)



ولذلك يعتبر الاسم من لوازم الشخصية وعلامتها الضرورية ، بحيث لا يتصور تخلفه عند أحد من الأفراد . ولهذا يوجب المشرع ، عند الاخطار بمولود ، ذكر اسمه ولقبه (١) .

٢ - ثبات الاسم وعدم تغييره بمحض الإرادة واستقلالها : اعتبار الاسم واجبا يجعله غير قابل للتغيير والتعديل بمحض ارادة الشخص وحده . والا انقلب الغرض من فرضه وكثر في شأنه الادعاء والانتحال وشاع الاختلاط بين الأشخاص ، مما ينعكس أثره السئ على استقرار المعاملات في الجماعة . من أجل ذلك ، يجب أن يخضع تغيير الاسم لاجراءات معينة تضمن جدية التغيير المطلوب وحماية الغير مما قد يكمن وراء هذا التغيير من تحايل أو انتحال .

والاعتبارات التي قد تدعو الى تغيير الاسم وتعديله كثيرة ، كالاشتهار في الجماعة بغيره من الأسماء ، أو الرغبة في تفادي ما يسببه الاسم لصاحبه من عنت وخرج اذا كان فيه ما يحمل على الهزاء والسخرية ، والرغبة في مسايرة تغيير صاحبه لدينه . وقد يكون التغيير ضربا من التصحيح ، عند وقوع خطأ في تحرير الاسم عند قيده .

ومنع ارادة الشخص من الاستقلال بالتغيير ، يقتضى تدخل سلطة عامة مختصة لرقابة جديته وللتأكد من سلامة الغرض منه وعدم اضراره بالغير ، سواء كانت سلطة ادارية ، أو سلطة قضائية عن طريق المحاكم على اختلاف في ذلك بين الشرائع . والمشرع المصري يكل اليوم (٢) أمر ذلك الى المحاكم (٣) ، فيما عدا تصحيح الأخطاء المادية الذي يجعله من اختصاص الجهة الادارية المختصة وهي مصلحة الأحوال المدنية (٤) .

(١) م ١٨ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالأحوال المدنية .

(٢) أنظر في تطور أنظمة اجراءات تغيير الاسم في القانون المصري قبل ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٦٥ و ٧٦٦ .

(٣) لا يتم التصحيح أو التغيير الا بحكم قضائي يصدر من المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها مكتب السجل المدني المقيد فيه الاسم ( م ١/٣٦ من قانون الأحوال المدنية ) .

(٤) يجرى التصحيح أمين السجل ، ويعتمده مفتش السجل المختص ( م ٢/٣٦ من قانون الأحوال المدنية ) .

## ٢٨١ - اسم الشهرة والاسم المستعار

قد يعرف الشخص باسم آخر مخالف لاسمه الأصلي ، سواء كان هذا الاسم الطارىء « اسم شهرة » ( Surnom ) يخلعه عليه الجمهور عموما بما يستوعب كامل شخصيته ونشاطه ، أو كان من قبيل « الاسم المستعار » Pseudonyme الذى يختاره الشخص ويخلعه على نفسه فى بعض نواح محددة من نشاطه كالنشاط الأدبى أو الفنى دون أوجه نشاطه الأخرى (١) .

وإذا كان اسم الشهرة لا يخضع من حيث اطلاقه لتحديد وتنظيم معين لأنه يصدر عن الجمهور وما تجرى به عادته ، فواضح أن الاسم المستعار على خلاف ذلك يجب أن تقيد حرية صاحبه فى اختياره حماية للغير ومنعا للغش . فعريه اختيار الاسم المستعار تقيده بدهاءة باحترام اسم الغير وتجنب انتحاله ، ولذلك يكون للشخص أن يطالب بمنع غيره من اتخاذ اسمه اسما مستعارا له (٢) ، لما يحمله ذلك من معنى وقوع أو احتمال الخلط بين الشخصين . ومع ذلك ، فالقضاء الفرنسى يترخص فى حماية الاسم المستعار ولو كان مطابقا لاسم شخص آخر إذا كان قد مضى على استخدام الاسم المستعار وقت طويل تأكد به وجه من أوجه نشاط صاحبه - كالنشاط الأدبى - واكتسب ثقة الجمهور تحته (٣) ، اعتدادا باكتساب صاحبه شهرة معينة فى هذا الوجه من النشاط تحته وامتناع المنازعة فيه من ذوى الشأن طوال هذه المدة .

ولكن من الواجب التحفظ فى تأييد هذا القضاء وعدم أخذه على اطلاقه (٤) . فينبغى أن لا يكتفى بعامل مضى المدة واكتساب الشهرة تحت

(١) انظر فى التفرقة بين اسم الشهرة والاسم المستعار :

Planiol, Ripert et Savatier, t., No. 129. Marty et Raynaud t. I. No. 960.

(٢) الا أن يرخس له فى ذلك ، انظر سابقا ، ص ٤٥٧ .

(٣) Paris, 18 Juillet 1949, cité par Mazeaud, t. I, p. 551

وانظر سابقا ، ص ٤٥٨ .

(٤) قارن مع ذلك :

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 130. — Marty et Raynaud, t. I. No. 961. — Mazeaud, t. I, No. 564.

الاسم المستعار طوالها لتبرير حمايته ، بل يجب أن يعتد أساسا - فضلا عن ذلك - بترتب أو عدم ترتب خلط بين الشخصين وبحسن أو سوء نية صاحب الاسم المستعار . فإذا كان الأصل أن مثل هذا الخلط يكون غير محتمل نظرا لاقتضار الاسم المستعار على وجه من أوجه نشاط صاحبه ، إلا أنه مع ذلك متصور إذا كان صاحب الاسم الأصلي يمارس نفس الوجه من النشاط تحته . وكذلك إذا كان الغالب أن صاحب الاسم المستعار يجهل مطابقتها لاسم أصلي لشخص آخر مما يزيد في تبرير حمايته ، فتبدو هذه الحماية غير واجبة إذا كان يعلم بهذه المطابقة ، وبخاصة إذا كان ينجم عنها خلط بين الشخصين .

وعلى أي حال ، فإذا كان للشخص اسم شهرة أو اسم مستعار ، فإن القانون يحمي حقه في استعماله بمنع المنازعة فيه أو انتحاله . فيكون لصاحبه أن يقتضى من الغير تعيينه باسم الشهرة مضافا إلى اسمه الأصلي ، أو بالاسم المستعار وحده في وجه النشاط الممارس تحته وخاصة إذا كان مقصودا به ستر الاسم الحقيقي . ويكون له كذلك المطالبة بمنع الغير من استعمال أو انتحال اسم شهرته أو اسمه المستعار كاسم مستعار لنفسه ، أو على الأقل بالتعديل فيه بما يمنع كل احتمال للاختلاط بينهما (١) .

ولكن يراعى أن اسم الشهرة والاسم المستعار - على خلاف الاسم الأصلي - تكون له صفة فردية مقصورة على صاحبه ، فلا يكتسبه أولاده وفروعه بالنسب (٢) .

## ٢٨٢ - الاسم التجارى

قد يستخدم التاجر اسما يمارس تحته التجارة ويكون مميزا لمحلته التجارى ، وهو ما يطلق عليه « الاسم التجارى » (Le nom commercial) ويدخل في تكوينه الاسم المدنى كعنصر أساسى إذا كان التاجر فردا (٣) .

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 131. — Marty et Raynaud, t. I, No. 962.

(٢) Marty et Raynaud, ibid.

(٣) مضمون كمال ط ، القانون التجارى . ج ١ ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٩٩٧ .

وما دام الاسم التجاري على هذا النحو ليس علامة مميزة للحالة وللشخصية في ذاتها ، بل للنشاط التجاري للشخص بحيث يعتبر من عناصر ومقومات محله التجاري ، فنسبت له - كالمحل التجاري - صفة دالية ، مما يباعد بينه في الخصائص وبين الاسم المدني الذي يعتبر لصيقا بالشخصية . ولذلك يكون - على خلاف الاسم المدني - قابلا للتصرف وللتقادم (١) .

ولكن اذا كان الاسم التجاري قابلا للتصرف باعتباره عنصرا من عناصر المحل التجاري ، فان ذلك يفرض النظر اليه باعتباره غير منفصل عن هذا المحل ، مما لا يجوز معه التصرف فيه تصرفا مستقلا عن التصرف في المحل التجاري المخصص له (٢) . وهو ما يؤدي كذلك الى حماية الجمهور من اللبس والتضليل (٣) .

واذا كان للمتصرف اليه حق استعمال الاسم التجاري ، فواضح أن استعماله له قاصر على حدود الغرض منه كعلامة مميزة للمحل التجاري تجتذب ثقة جمهور معين من العملاء . وتأكيذا لذلك ومنعا للاختلاط بين المتصرف اليه الذي يستعمل الاسم التجاري في هذه الحدود وبين المتصرف الذي يبقى حاملا لنفس الاسم - أو للعنصر الأساسي فيه - كاسم مدني ، يجب أن يضاف الى الاسم التجاري ما يفيد منع هذا الاختلاط كسبقة أو اردافه بكلمة « خلف » أو « خلفاء » أو « محل سابق » . ويمتنع على الخلف المتصرف اليه التوقيع بالاسم التجاري في غير شئون التجارة المتعلقة بالمحل ، بل والتوقيع باسم

(١) في هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119. — Mazeaud, t. I, Nos. 557, 558.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرات ٩٩٣ و ٩٩٤ .  
وأنظر سابقا ، ص ٥٥٣ و ٥٥٤ .

(٢) م ٨ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ اخلاص بالاسماء التجارية .  
وأنظر في ذلك : أكرم الخولي : قانون التجارة اللبناني المقارن ، ١٩٦٦ ، فقرة ٣٢١ .  
ص ٣٩٤ و ٣٩٥ .

(٣) مصطفى كمال طه ، فقرة ١٠٠٨ .

سلفه التجارى وحده دون اضافة فى هذه الشئون (١) .

وينبغى تقييد حق المتصرف اليه بما يمنع تعسفه فى استعمال الاسم التجارى الذى يظل ثابتا لسلفه المتصرف كاسم مدنى ، سواء بما يشين سمعة هذا السلف أو بما يثير الخلط بينهما (٢) .

وعلى أى حال ، فالقانون يحمى الاسم التجارى ويحول صاحبه حق المطالبة بوقف المنازعة فيه أو انتحاله من قبل الغير مع التعويض عما يترتب على ذلك من ضرر . واذ كان الأصل أن لكل شخص الحق فى أن يتخذ من اسمه المدنى اسما تجاريا يمارس تحته تجارته ويميز محله دون أن يملك الغير الذى له اسم تجارى مطابق سابق منعه من ذلك ، الا أن من الواجب الزامه باضافة ما يفيد التمييز بين الاسمين منعا للخلط وتوقيا من المنافسة غير المشروعة (٣) .

### المطلب الثالث

#### الموطن (٤)

Le domicile

### ٢٨٣ - أهمية الوطن وتقسيمه

إذا كانت الحالة تحدد مركز الفرد بالنسبة الى الدولة والأسرة وأحيانا الى الدين ، والاسم يتيح التعرف على ذاته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فإن

(١) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, p. 150. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 557.

وتقرب : مصطفى كمال طه ، الموضع السابق .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 151.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 150.

مصطفى كمال طه ، فقرة ١٠٠٦ - أكرم الخول ، فقرة ٢٢٢ ، ص ٢٩٨ .  
وانظر كذلك المادة ٣ من قانون الأسماء التجارية .

(٤) راجع فى ذلك بخاصة :

Capitant, Nos. 102 - 110. — Josserand, t. I, Nos. 223 - 242. — Nerson, Nos. 17 - 21. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 137 - 173. — Mazeaud, t. I, Nos. 567 - 590. — Marty et Raynaud, t. I, Nos. 967 - 984.

الموطن يتيح العثور على مقره ومكانه . فالمقصود بالموطن المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقاته مع غيره من الأشخاص ، بحيث يعتبر موجودا فيه على الدوام ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة . والموطن ، على هذا النحو ، يفترق عن « محل الوجود » La demeure الذي قد يوجد فيه الشخص بصفة عارضة مؤقتة ، كفندق يقيم فيه شخص على سفر بضعة أيام ، بحيث لا يمكن اعتباره في نظر القانون مقرا ثابتا في علاقاته مع غيره من الأشخاص .

وتبد أهمية وجود موطن للشخص في أنه يصبح المقر الذي يعتد القانون بكل ما يتم أو يوجه إليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانوني . فالأوراق القضائية مثلا تعلن الى الشخص في موطنه ( م ١٠ مرافعات جديد ) ، والدعاوى الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه ( م ٤٩ مرافعات جديد ) ، وشهر الافلاس يكون من اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين التاجر ( م ١٩٧ تجارى ) ، والوفاء بالالتزامات التي ليس محلها شيئا معيننا بالذات يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين ( م ٢٤٧ مدنى ) .

والموطن اما موطن عام واما موطن خاص . ويقصد بالموطن العام المقر الذي يعتد به القانون بالنسبة الى نشاط الشخص وأعماله وعلاقاته بوجه عام . أما الموطن الخاص فيقصد به المقر الذي يعتد به القانون في شأن بعض علاقات أو أعمال أو أوجه نشاط معينة للشخص على وجه التخصيص . فنعرض أولا للموطن العام ، ثم للموطن الخاص وأنواعه .

### الوجه الأول

### الموطن العام

### Le domicile général

## ٢٨٤ - تراوح تحديد الموطن العام بين الاختيار والالزام

قلنا ان الموطن العام هو المقر القانوني للشخص الذي يعتد به في شأن نشاطه ومعاملاته بوجه عام دون تخصيص أو تعيين . والأصل أن الشخص

يختار بإرادته المكان الذي يعطيه القانون صفة المواطن العام ، فإذا كان القانون مثلا يعتبر المواطن العام هو محل الإقامة العادية المستقرة ، فإن الشخص هو الذي يتخير بإرادته المكان الذي يقيم فيه بصفة عادية مستقرة . غير أن المواطن العام ليس دائما اختياريا ، فقد يفرض القانون استثناء لبعض الأشخاص موطنًا عاما لا دخل لإرادتهم في اختيار مكانه . فنعرض للمواطن الإرادي أو الاختياري ثم للمواطن القانوني أو الإلزامي .

## ٢٨٥ - المواطن الإرادي أو الاختياري

(١) **التصوير الواقعي والتصوير الحكمي (١) :** تختلف الشرائع في تحديد المواطن العام الإرادي أو الاختياري تبعا لاختلافها على تصويبه . وفي هذا الصدد نجد تصويرين رئيسيين للمواطن : تصويرا واقعيا ، وتصويرا حكيميا . أما التصوير الواقعي فيعتمد بالواقع في العمل من وجود إقامة فعلية مستقرة للشخص ، فيحدد الموطن بأنه محل الإقامة المعتادة المستقرة . وأما التصوير الحكمي فيفصل بين الموطن والإقامة الفعلية ، ويقوم - دون اعتداد بحقيقة الواقع - برابطا صناعيا مفروضا بين الشخص ومكان معين يتحدد عادة إما بمحل الميلاد وإما بالمركز الرئيسي لأعماله ولو لم يقيم فيه إقامة معتادة ، ويترتب على اختلاف تحديد الموطن وتصويبه على هذا النحو أو ذلك نتائج بعيدة المدى من حيث ضرورة الموطن ، ومن حيث وحدته أو تعدده .

١ - **من حيث ضرورة الموطن :** يحتم التصوير الحكمي أن يكون لكل شخص موطن ، إذ هو يقيم صلة صناعية مفروضة بين الشخص وبين مكان معين . فمثلا في القانون الفرنسي إذا لم يختار الشخص عند بلوغه سن الرشد مركزا رئيسيا للأعمال يكون موطنًا له ، فيفترض أنه ظل محتفظا بموطنه الأصلي أي موطن والديه أو موطن وصيه ، ولو كانت

Josserand, op. cit., t. I, No. 236, 238. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 569, 570.

كل صلة له به منقطعة (١) ، اذ لا يتصور في هذا التصوير وجود شخص دون موطن . أما التصوير الواقعي ، فهو على العكس من ذلك يسلم بإمكان انعدام المواطن ، ذلك أنه مؤسس على الإقامة العادية المستقرة ، فإذا تخلفت في الواقع هذه الإقامة لدى شخص من الأشخاص ، لا يكون له موطن ما .

٢ - من حيث وحدة المواطن أو تعدده : في التصوير الحكمي لا يكون الموطن الا واحدا ، لأن تحديد الموطن فيه بالمركز الرئيسي لأعمال الشخص يجعل من المستحيل وجود أكثر من موطن واحد ، لأن المركز الرئيسي - حتى بين مراكز متعددة - لا يتصور الا أن يكون دائما واحدا (٢) . أما في التصوير الواقعي فليس من المحتم أن يكون الموطن واحدا ، بل يتعدد موطن الشخص بتعدد مجال اقامته العادية المستقرة .

(٢) تقدير التصويرين : هذان هما التصويران المتقابلان في شأن تحديد الموطن . ورغم ما يحققه التصوير الحكمي من فوائد ثبات الموطن نتيجة عدم تغير مركز الأعمال الا نادرا على خلاف ما يصيب محل السكن والإقامة من تغيير مستمر (٢) ، فظاهر ما في هذا التصوير الحكمي من افتراض وتحايل مخالف للواقع (٤) . فضلا عن أن الأخذ به أصبح عسيرا في العصر الحديث الذي كثرت فيه الأعمال وتشعبت وتعددت مراكزها بحيث بات يستعصى في كثير من الأحيان الوقوف على المركز الرئيسي من بيننا (٥) . ولذلك انتهى التصوير الحكمي الى نتائج غير مقبولة في العمل ، بافتراضه وحدة الموطن رغم ما قد يوجد في الواقع من تعدده ، ورغم ما قد يجره هذا الافتراض من التضليل بالغير حسنى النية ، وبافتراضه ضرورة الموطن لكل شخص

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 160. — Mazeaud, t. I, (١)  
No. 573. — Marty et Raynaud, t. I, No. 981.

Planiol, Ripert et Savatier, No. 141. — Marty et Raynaud, (٢)  
No. 984. — Ripert et Boulanger, No. 926.

Mazeaud, t. I, No. 569. (٣)

Josserand, t. I, No. 236. (٤)

Mazeaud, ibid. (٥)



واضطرابه في سبيل ذلك الى انكار الواقع والزعم ببقاء الشخص محتفظا بموطنه الأصلي عند انعدام مركز رئيسي لأعماله رغم انقطاع كل صلة له به (١) ، وزعم وجود أشخاص كالبوهيميين ليس لهم في الواقع أى نوع كان من الوطن حتى ولا موطن أصلي اكتسبوه عن آبائهم (٢) .

أما التصوير الواقعي للموطن ، فرغم عدم ثباته ثبات الوطن في التصوير الحكمي نتيجة ما قد يتعرض له محل الإقامة والسكن من تغيير مستمر ورغم ما قد يشجع عليه من تعمد هذا التغيير في أى لحظة للتهرب من حكم القانون أو مطالبات الغير (٣) ، إلا أنه يمتاز بأساسه الواقعي وبنتائج العملية . فهو من ناحية يربط الموطن بالإقامة الفعلية المعتادة وهو ما يتفق مع الواقع والمنطق ، وهو من ناحية أخرى يسلم بما هو واقع في العمل من إمكان تعدد الموطن أو انعدامه .

### ( ٣ ) موقف القوانين المختلفة من التصويرين : تختلف القوانين في

الانحياز الى أحد التصويرين دون الآخر . وقد كان القانون الفرنسي - منذ مطلع القرن الماضي الى اليوم - المثل البارز على الشرائع التي تأخذ بالتصوير الحكمي للموطن ، فقد حدده بأنه المركز الرئيسي لأعمال الشخص ونشاطه . غير أن القضاء الفرنسي - أمام مجافاة هذا التصوير للواقع وما يستتبعه من نتائج غير عملية - ما لبث أن خرج عليه وعلى ما يقرره من مبدأ وحدة الموطن خاصة ، فأقام نظرية « الموطن الظاهر » (Le domicile apparent) (٤) ، التي بمقتضاها يصح اعلان الشخص بالأوراق القضائية في الموطن الظاهر للناس على أنه موطنه وهو عادة محل سكنه واقامته ، كما يصح اختصاصه أمام المحكمة

(١) Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 669.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, No. 140. — Ripert et Boulanger.

t. I, No. 923. — Marty et Raynaud, No. 981.

(٣) في هذا المعنى :

Mazeaud, No. 591, p. 557

(٤) انظر في ذلك :

Colin, Capitant et De La Morandière, No. 669. pp. 515, 516. —

Planiol, Ripert et Savatier, No. 164. — Mazeaud, No. 578.

الواقف في دائرتها هذا الموطن ، مادام المعلنون أو المختصمون حسنى النية  
مخدوعين في هذا الموطن الظاهر بحيث ظنوه موطنه الحقيقي أى المركز الرئيسى  
لأعماله ، أو عاجزين عن تحديد هذا المركز الرئيسى .

وينسج القانون المدنى الألمانى التصوير الواقعى للموطن اذ يحدده بمحل  
الإقامة المعتادة للشخص ويجوز تعدده ( م ٧ ) . وكذلك تفعل الشريعة  
الإسلامية ، اذ يقرر بعض فقهاءها أنه « يجوز أن يكون الموطن الأصيل واحدا  
أو أكثر من ذلك ، بأن كان ( للشخص ) أهل ودار في بلدين أو أكثر ، ولم  
يكن في نية أهله الخروج منيا وان كان هو ينتقل من أهل الى أهل فى السنة ،  
حتى أنه لو خرج مسافرا من بلدة فيها أهله ودخل فى أية بلدة من البلاد التى  
فيها أهله ، فيصير مقيما من غير نية الإقامة ( ١ ) » .

ويبدو أن ظهور أفضلية التصوير الواقعى على التصوير الحكمى للموطن ،  
بدأ يحول الاتجاه نحوه فى المشروع التيميدى لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى  
الحالى ( ٢ ) .

( ٤ ) أخذ القانون المصرى بالتصوير الواقعى : رغم أن موقف القانون  
المصرى فى ظل التقنينات القديمة كان ميبها فى شأن تحديد الموطن وأن  
الاتجاه الغالب فى القضاء المصرى حينئذ كان يأخذ بالتصوير الحكمى له مع  
الخروج على مقتضاه فى بعض الحالات ( ٣ ) ، إلا أن المشرع المصرى - استجابة  
للحاجات العملية ، واتساقا مع المبادئ المقررة فى الشريعة الإسلامية ومع  
الاتجاهات الحديثة فى الفقه والتشريع المعاصر - قد انحاز فى التقنين المدنى

(١) الكسانى ، بدائع الصنائع ، ج ١ ، ص ١٠٣ - ١٠٥ ، مشار إليه فى مجموعة الأعمال  
التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٣ .

(٢) راجع فى مناقشات لجنة التنقيح التى وضعت المشروع فى هذا الصدد :

Travaux de la Commission de réforme du code civil, année 1950 - 1951,  
pp. 121 et s.

وانظر كتابنا سائل الذكر ، ص ٧٧٦ ، وهنئى « ١ » ص ٧٧٦ و ٧٧٧ .

(٣) راجع فى ذلك كتابنا سائل الذكر ، ص ٧٧٧ و ٧٧٨ .

الحالي الى التصوير الواقعي للمواطن(١) ، بنصه على أن « المواطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة » ( م ١/٤٠ ) .

والمقصود بالاقامة المعتادة الإقامة الفعلية بصفة مستقرة . وبذلك يتميز المواطن عن مجرد الوجود أو السكن غير المصحوب بالاستقرار . وليس يقصد بالاستقرار استمرار الإقامة واتصالها دون انقطاع ، وإنما يقصد به استمرارها على وجه يتحقق معه وصف الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة وقتية متباعدة أو متقاربة(٢) . فالعبرة إذن ، في تحديد المواطن ، يجب أن تكون بما تدل عليه ظواهر الحال من نية الاستقرار في الإقامة(٣) .

وقد رتب المشرع المصرى على هذا التصوير الواقعي للمواطن نتائجه المنطقية من امكان تعدده وعدم لزومه لكل شخص فنص على أنه « يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما » ( م ٢/٤٠ مدني ) . ومن هنا فكلما تعددت محال الإقامة المعتادة المستقرة للشخص كلما تعدد موطنه العام ، بحيث يكون له موطن عام في كل هذه المحال ، كشخص متزوج بأكثر من واحدة ويقيم مع كل منهن إقامة معتادة في مكان منفصل ، وكشخص يقيم إقامة معتادة في الريف واحدى المدن معا(٤) . وكذلك يتصور انعدام الموطن حيث لا يوجد للشخص محل إقامة معتادة مستقرة(٥) ، كالبدو الرحل الذين لا يقرون في مكان معين .

(١) في هذا المعنى :

نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ٦ ، رقم ٤٢ ص ٣٣٦ .

نقض ٢٧ مايو ١٩٦٩ ، المجموعة السالفة ، س ٢٠ ، ع ٢ ، رقم ١٢٧ ص ٨٠٢ .

(٢) في هذا المعنى : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني المصرى الحالي ،

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٣٤٢ .

(٣) أنظر نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ و ٢٧ مايو ١٩٦٩ سالفى الذكر .

(٤) المذكرة الايضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٣٤٢ .

(٥) وإذا كانت هذه النتيجة متفقة مع التصوير الواقعي للمواطن ، فإن أغلب التشريعات

التي تأخذ به تنفادى عواقبها بتقرير اعتبار المواطن حينئذ هو محل الوجود . ولم يقرر المشرع

المصرى قاعدة عامة في هذا الشأن ( أنظر في انتقاده ، عبد الحى حجازى ، ص ١٤٧ .

شمس الدين الوكيل ، ص ٤٢ ) . ولكنه يقرر في صدد اعلان أوراق المحضرين أنه « إذا كان

مواطن المعلن اليه غير معلوم ، يجب أن تشمل الورقة على آخر موطن معلوم له في الجمهورية

## ٢٨٦ - الموطن القانوني أو الإلزامي

إذا كان الأصل أن الشخص هو الذي يحدد بإرادته المكان الذي يسبح عليه القانون صفة الموطن العام ، فثم استثناء يرد على ذلك ، إذ قد يقوم القانون بتعيين المكان الذي يعتبر موطناً عاماً بالنسبة لبعض أشخاص يلحقهم وصف معين . فيكون موطنهم قانونياً لا إرادياً لأن القانون ينسب إليهم دون توقف على إرادتهم في تحديد مكانه ، ويكون الزامياً لا اختيارياً لأن القانون يفرضه عليهم دون اختيارهم . والموطن القانوني أو الإلزامي هو الحاصل بعدى الأهلية وناقضياً بسبب صغر السن ، وبالمحجور عليهم بسبب عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه وغفلة ، وبالمفقودين والغائبين ممن تمنعهم ظروف فقدهم وغيبتهم من رعاية شئونهم ومباشرة التصرفات القانونية لحسابهم ، فهؤلاء الأشخاص يفرض لهم القانون - بالنظر إلى صغر سنهم أو عوارض أهليتهم أو فقدهم أو غيبتهم - موطناً الزامياً هو موطن من ينوب عنهم في مباشرة التصرفات القانونية من أولياء أو أوصياء أو قوام أو وكلاء . ولذلك تقرر المادة ١/٤٢ من التقنين المدني أن « موطن القاصر والمحجور عنده والمفقود والغائب ، هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً » .

ولكن ليس لغير هؤلاء موطن قانوني أو الزامي . ولذلك فالزوجة إذا لم تكن قاصراً بحيث يفرض عليها موطن الزامي هو موطن وليها أو وصيها ، يتحدد موطنها العام تحديداً إرادياً بمحل إقامتها المعتادة المستقرة . ولما كان الغالب أن تكون هذه الإقامة مع زوجها في مكان واحد فإن موطنها يكون حينئذ هو موطنه ، لا باعتباره موطناً الزامياً لها وإنما باعتباره هو محل إقامتها المعتادة فعلاً . ولذلك ليس ما يمنع من أن يكون للزوجة موطن مختلف عن موطن الزوج ، إذا كانت إقامتها المعتادة - لسبب من الأسباب - في غير

---

العربية المتحدة أو في الخارج ، وتسلم صورتها إلى النيابة ، ( م ١٠/١٣ مرافعات جديدة ) .  
ويقرر كذلك في صدد الاختصاص أنه « إذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة في الجمهورية العربية المتحدة ، ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة ، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى أو محل إقامته . فإن لم يكن له موطن ولا محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة ( م ٦١ مرافعات جديد ) .

مكان الإقامة المعتادة لزوجها(١) . وكذلك ليس للخادم موطن الزامي هو موطن مخدومه ، وانما يتحدد موطنه تحديدا اراديا بمحل اقامته المعتادة التي قد تكون - على حسب الأحوال - في محل مستقل به أو في نفس مسكن المخدوم أو ملحقاته .

وهذا الموطن القانوني أو الالزامي - كما هو ظاهر - موطن حكومي . اذ لا يعتد القانون في شأنه بمحل الإقامة المعتادة للقاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب كما يقضى الأصل ، وانما يعتد بموطن من ينوب عنه قانونا أي بمحل الإقامة المعتادة لوليه أو وصيه أو القيم عليه أو وكيله ، وقد يكون غير محل إقامة القاصر أو المحجور ، ويكون حتما غير محل إقامة المفقود أو الغائب . وقد راعى المشرع في ذلك صالح القصر والمحجورين والمفقودين والغائبين نظرا لأنهم لا يباشرون شئونهم أو نشاطهم الارادى بأنفسهم بل يباشرونها من ينوب عنهم قانونا ، مما يوجب - مواجهة للواقع وتيسيرا للأمر - الاعتداد فيما يخصهم بموطن هذا النائب المتعامل مع الغير باسمهم ولحسابهم .

وإذا كان أساس فرض الموطن القانوني أو الالزامي هو انعدام أهلية الشخص أو نقصها أو غيبته أو فقده ، فإن وجوده أو بقاءه مفروضا عليه يكون مرتبها اذن بتوافر أو استمرار هذا الأساس . ولذلك ، فحيث يعترف القانون للقاصر أو المحجور بأهلية أداء كاملة في صدد بعض تصرفات معينة ، تنتفي الحكمة - في شأن هذه التصرفات وحدها - من فرض الموطن القانوني أو الالزامي ، ولذلك سنرى أنه يثبت للقاصر أو المحجور - في شأنها - موطن خاص يتحدد في الأصل بمحل اقامته المعتادة ، بينما يبقى موطنه العام فيما عداها - حيث تكون أهليته منعدمة أو ناقصة - موطنا الزاميا محددًا بمحل إقامة وليه أو وصيه أو القيم عليه . وكذلك اذا زال سبب فرض الموطن

(١) في هذا المعنى :

شميق شحاته : فقرة ١١٢ - عبد الحى حجازى ، ص ١٤٩ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٣٦٥ .

القانوني أو الإلزامي ، بأن بلغ القاصر سن الرشيد ، أو عاد المجنون أو المعتود ، أو انسفه أو ذو الغفلة إلى تمام العن والادراك واستقامة التفسير بزوال ما ألم به من عرض ، أو ظهر المفقود أو رجع الغائب . فلا تبقى ثم حاجة إلى استمرار فرض موطن الزامي له . إذ تكتمل له أو تعود أهليته لا يعترضها عارض أو يعوقها مانع . فيحدد موضه حينئذ - طبقا للأصل - تحديدا اراديا اختياريا بمحل اقامته المعتادة المستقرة .

## الوجه الثاني

### الموطن الخاص

Le domicile spécial

إلى جانب موطن العام الذي يعتبر المقر القانوني للشخص بالنسبة إلى نشاطه وأعماله ومعاملاته بوجه عام . قد يوجد له موطن خاص يكون مقرا القانوني بالنسبة إلى أوجه نشاط أو أعمال أو معاملات له معينة بالذات وعلى وجه التحديد والتخصيص ، وذلك بقصد التيسير على نفس الشخص أو على المتعاملين معه بشأنها . ونعرض فيما يلي لأهم أنواع هذا الموطن الخاص .

## ٢٨٧ - الموطن التجاري أو الحرفي

تنص المادة ٤١ من التقنين المدني المصري على أن « يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنه بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » . وبمقتضى هذا النص تتركز المعاملات القضائية المتعلقة بأعمال التجارة أو الحرفة في محل مباشرة صاحبها إياها ، أما ما عدا ذلك من أعماله الأخرى فيبقى الموطن في شأنها هو موطنه العام أي محل اقامته المعتادة . ومن أنسلم أن هذا الموطن الخاص لا ينصرف إلى عمل الموظفين العاملين ، فلا يعتبر المكان الذي يباشرون فيه وظائفهم موطنًا خاصًا لهم فيما يتعلق بشئون الوظيفة (١) .

(١) في هذا المعنى : نص ٧ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ( المدنية ) ، السنة الثالثة ، رقم ٧٦ ،

## ٢٨٨ - موطن ناقص الاهلية متى تنان ما يعتبر أهلا لمباشرته من تصرفات

إذا كان فرض موطن الزامى على القاصر ومن فى حكمه من عديمى الاهلية وناقصيها عموما هو موطن من ينوب عنه من ولى أو وصى أو قيم مرده الى عدم قدرته على تولى شئونه ومباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، فتنتفى الحكمة من فرض هذا الموطن الالزامى كما سبق البيان حيث يقرر القانون لناقص الاهلية - خروجاً على الاصل العام - أهلية أداء كاملة فى مباشرة بعض أعمال وتصرفات قانونية معينة . لذلك يكون من الطبيعى أن يتحدد له - فى شأن هذه الاعمال والتصرفات - موطن خاص غير موطنه العام الالزامى أى غير موطن وليه أو وصيه أو القيم عليه . ويتحدد هذا الموطن الخاص تحديدا اراديا من جانبه ، سواء بمحل اقامته المعتادة وهذا هو الأصل ، أو بمحل مباشرة ما يكون مادونا فيه من تجارة أو حرفة ، أو بمحل مختار لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين يكون أهلا لمباشرته . فيكون حكم هذا الشخص اذن من حيث الموطن - فى الحدود الاستثنائية المعترف له فيها بالأهلية - هو حكم الشخص كامل الاهلية .

ولذلك تنص المادة ٤٢/٢ من التقنين المدنى على أن « ٠٠٠ يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ، ومن فى حكمه ، موطن خاص بالنسبة الى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها » . وإذا كانت هذه المادة تحيل أساسا على ما يقرره القانون من أهلية القاصر البالغ ثمانى عشرة سنة أو السفية وذى الفطنة المحجور عليه فى شأن ما يؤذن فيه من أعمال الادارة ، ومن أهلية القاصر البالغ ثمانى عشرة سنة فى شأن ما تأذنه المحكمة من مباشرة التجارة ، الا أنه ينبغى النظر الى هذا النص باعتباره مجرد تطبيق للمبدأ الذى أسلفناه من وجوب تقرير موطن خاص لناقص الاهلية فى شأن الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون كامل الاهلية لمباشرتها ، والقياس عليه لتقرير موطن خاص بالتالى فى شأن كل الأحوال الأخرى التى تثبت لناقص الاهلية فيها - ولو كان قاصرا لم يبلغ الثامنة عشرة - أهلية أداء كاملة فى شأن تصرفات معينة (١) .

## ٢٨٩ - الموطن المختار

يقصد بالموطن المختار (Le domicile élu) المحل - غير مكان الإقامة المعتادة (١) - الذى تنصرف الإرادة الى اختياره لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين ، بحيث يكون خاصا بهذا العمل أو التصرف وحده . ويعتبر المقر القانونى للشخص فى شأنه مغنيا بذلك عن موطنه العام . واتخاذ موطن مختار ارادى على هذا النحو ، يستوى أن يكون بالعقد أو بالارادة المنفردة . وقد نص القانون على هذا الموطن الخاص بقوله « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل معين » ( م ١/٤٣ مدنى ) .

واتخاذ موطن مختار قد يقصد به تثبيت الموطن طوال المدة التى يستغرقها تنفيذ عمل قانونى دون تأثر بتغير محل إقامة ذوى الشأن ، أو تجنب الدائن مشاق وتكاليف اتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهة مدين مقيم فى مدينة أو قرية بعيدة ، أو تركيز اجراءات التنفيذ فى يد وكيل معين كمحام مثلا .

والأصل أن اتخاذ موطن مختار يكون أمرا جوازا لمن يشاء . غير أنه قد يكون وجوبيا على الشخص فى حالات معينة استثنائية . ومن ذلك ما تقضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من وجوب تعيين الدائن المرتهن ، ومن فى حكمه من الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التى يتم شهرها بطريق القيد ، محلا مختارا له فى دائرة المحكمة الواقع فى اختصاصها العقار محل حقه . وكذلك ما تقضى به المادة ٢/٧٤ من تقنين المرافعات الجديد من أن « على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة أن يتخذ له موطنا فيه » .

وضمانا لاستقرار المعاملات وحسن تنفيذ الأعمال القانونية وحسما لكل خلاف حول تحديد الموطن المختار ، يستلزم القانون إثبات اختيار هذا الموطن بالكتابة ( م ٢/٤٣ مدنى ) ، أيا كانت قيمة العمل القانونى المختار الموطن لتنفيذه فيه ضئيلة أو تافهة .



ويكون الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى ( م ٣/٤٣ مدنى ) . ويستمر الموطن المختار قائما طالما لم ينته تنفيذ العمل القانوني المتعلق به ، بحيث يظل - على خلاف الموطن العام - موطنا مختارا ، في شأن تنفيذه ، لورثة الشخص بعد وفاته (١) .

والاصل أنه لا يتأتى العدول عن الموطن المختار أو تغييره قبل تمام تنفيذ العمل القانوني المتعلق به الا بنفس طريق تقريره . فاذا كان مقررا بمقتضى العقد ، وجب تراضى الطرفين على ذلك . ولكن يجوز لأحد الطرفين الانفراد بتغييره اذا كان اختياره مقررا لمحض صالحه وحده ، أو لم يكن من شأن هذا التغيير الاضرار بالطرف الآخر طالما يتم اعلانه به (٢) .

Planol, Ripert et Savatier, t. I, No. 173. — Marty et Raynaud, (١)

t. I, No. 980, p. 1201.

Planol, Ripert et Savatier, t. I, ibid. (٢)

### المبحث الثالث

### النشاط الإرادي للشخصية

### أو أهلية الأداء

#### ٢٩٠ - تعريف أهلية الأداء

إذا كانت الشخصية ثابتة لكل إنسان - على ما رأينا - بحيث يكون صالحا لأن يكون صاحبا للحق والالتزام ، إلا أن توليد الحق والالتزام ومباشرته أو أداء وإنتاج الآثار القانونية بوجه عام في ذمة الشخص ، قد لا يتأني في بعض الأحوال إلا نتيجة نشاط إرادي من جانبه وقدرة معينة من التمييز عنده ، أي نتيجة توافره على أهلية الأداء *La capacité d'exercice* . فأهلية الأداء إذن هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية في حقه وذمته ، أو قدرته الإرادية على إنتاج الآثار القانونية في حق نفسه ، أو هي - بإيجاز - قدرته على إجراء التصرفات القانونية لحساب نفسه . وهذا التعريف يتيح تحديد نطاق أهلية الأداء ومناطقها على السواء .

#### ٢٩١ - نطاق أهلية الأداء

( ١ ) **اقتصار أهلية الأداء على التصرفات القانونية :** ما دامت أهلية الأداء هي صلاحية أو قدرة إرادية على إنتاج أو توليد آثار قانونية ، فلا بد أن يتحدد نطاقها إذن بالأعمال الإرادية لا أعمال المادية ، أي بالتصرفات القانونية وحدها دون الوقائع القانونية (١) . فالتصرفات القانونية - كما

(١) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, t. I, Nos. 795, 796.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ هامش «أ» ص ٢٦٩ . - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٨٤ . - سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٤ . - اسماعيل غانم ، ص ١٨٧ و ١٨٨ .

ويكن أنظر عكس ذلك :

شفيق شحاته . فقرة ٨٢ . - شمس الدين الوكيل ، ص ٤٩ - ٥٢ .

سرى - هي ارادة محضة متجهة الى احداث اثر قانونى معين ، بحيث يترتب هذا الاثر ويتحدد بالارادة مباشرة . أما الوقائع القانونية ، فليست الا أعمالا مادية يرتب القانون وحده عليها - حتى ولو كانت اختيارية - أثرا قانونيا معينا .

وما دامت الآثار القانونية تترتب بإرادة الشخص مباشرة فى التصرفات القانونية ، ولا تترتب الا بالقانون نفسه فى الوقائع القانونية دون اعتداد بوجود الارادة أو عدم وجودها ، فان قدرة الشخص على النشاط الإرادى الذى تعبر عنه أهلية الأداء ، لا تتصور اذن الا فى التصرفات القانونية حيث يكون للشخص سلطة توليد الآثار القانونية بإرادته مباشرة . أما حيث يتعلق الأمر بوقائع قانونية أو أعمال مادية صادرة عن الشخص ، فلا يتصور القول بوجود أهلية أداء له فى شأنها . ذلك أن أهلية الأداء تفترض - على أى نحو فهم مدلولها - وجود صلاحية أو قدرة معينة لدى الشخص على توليد الآثار القانونية بنفسه ، وليست للشخص مثل هذه الصلاحية أو القدرة فى شأن أعماله المادية . اذ ليس قيامه بها - حتى ولو كان اختياريا - هو الذى يولد بذاته الآثار القانونية عليها ، بل الذى يولد هذه الآثار هو القانون نفسه دون اعتداد باختياره واداته ، فان كانت ثمة قدرة على توليد الآثار القانونية بشأن أعمال الشخص المادية ، فهى فى الواقع قدرة القانون لا قدرة الشخص أو أهليته (١) .

(٢) التمييز بين أهلية الأداء وبين الولاية : اذا كانت أهلية الأداء تعنى صلاحية الشخص أو قدرته على التعبير عن ارادته تعبيرا منتجا آثاره القانونية ، فهى تعنى هذه الصلاحية أو القدرة من حيث انتاج الآثار القانونية لحساب نفس الشخص لا لحساب غيره من الأشخاص ، وهذا هو الفيصل بين أهلية الأداء وبين الولاية عموما والولاية على المال خصوصا . فالولاية انما تعنى سلطة لشخص على نفس أو مال شخص آخر عديم أهلية الأداء أو ناقصها أساسا أو يقوم به مانع من موانعها أحيانا ، بمقتضاها يقوم من له

(١) راجع فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٩٠ و ٧٩١ .

الولاية بتصرفات قانونية تنتج أثرها في حق نفس أو مال المولى عليه .  
فالولاية اذن انما تفترض عدم قدرة المولى عليه على القيام بنفسه وحسابه  
بالتصرفات القانونية نظرا لانعدام أو نقص أهلية أدائه أو وجود مانع من  
مباشرته اياها ، مما يوجب تغطية هذا العجز من جانبه بالتولية عليه ، بحيث  
تثبت للمولى سلطة القيام - بدلا عنه وحسابه - بما يعجز عن القيام به من  
تصرفات قانونية بحيث تنصرف اليه آثارها كما لو كان هو الذي أجراها .

### ٢٩٢ - مناط أهلية الأداء

إذا كانت أهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه وحسابه  
عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية ، فمقتضى ذلك وجوب توافر ارادة  
واعية بصيرة بما توجه الى احداثه من أثر قانوني ، وهو ما يتطلب كامل  
الادراك والتمييز عند الشخص ، ولذلك يكون مناط أهلية الأداء هو كمال  
التمييز والارادة .

وتحديد مناط أهلية الأداء على هذا النحو ، لا يجعل الناس متساوين  
فيها لاستحالة تساويهم في كمال التمييز والارادة وهو مناطها . ولذلك  
تتراوح أهلية الأداء عند الأشخاص الطبيعيين بين الانعدام والنقصان والكمال  
تبعاً لانعدام أو نقص أو اكتمال التمييز والارادة عند كل منهم . فلا تكون  
للفرد أهلية أداء كاملة الا اذا كان كامل التمييز والارادة ، أما اذا كان ناقص  
التمييز والارادة أو عديمهما ، فهو ناقص أهلية الأداء أو عديمها .

وإذا أردنا أن نربط بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب والشخصية من  
حيث ثبوتها للإنسان ، لوجب القول بأن كل انسان تثبت له الشخصية ،  
ويكون له بمقتضى الشخصية حد أدنى من أهلية الوجوب ، فلا يتصور انسان  
دون أهلية وجوب ولو قاصرة أو محدودة . ولكن ثبوت الشخصية وأهلية  
الوجوب له أيا كان مداها ، لا يحتم الاعتراف له بأهلية أداء ، لأن مناطها  
التمييز وقد يكون منعدماً عنده .

وتحديد مناط أهلية الأداء على هذا النحو ، يتيح كذلك تمييز أهلية  
الأداء عما قد يشتهب بها من أوضاع تتعلق بعدم قابلية بعض الأموال للتصرف

كأموال العامة وأموال الوقف ، أو بمنع التصرف فى بعض الأموال بمقتضى شرط ارادى صحيح ، أو بحرمان بعض الأشخاص من التعامل أو التعاقد على أشياء معينة ، كحرمان القضاة والمحامين وكتبه المحاكم والمحضرين من شراء الحقوق المتنازع عليها والداخله فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ( م ٤٧١ مدنى ) ، وحرمان النائب من التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه بشرائه مثلا لنفسه الشيء المنوط به بيعه بموجب هذه النيابة ( م ١٠٨ و ٤٧٩ مدنى ) . فكل هذه الأوضاع لا شأن لها بأهلية الأداء ، لأنها لا تترتب على انعدام أو نقصان التمييز عند الأشخاص (١) . وإنما تترتب هذه الأوضاع لأسباب أخرى بعيدة عن التمييز وعن أهلية الأداء . كحماية تخصيص معين لبعض الأموال يقتضى منع التصرف فيها مثل التخصيص لمنفعة عامة أو لغرض من أغراض البر التى لا تنقطع أو لضمان تحقيق مصلحة مشروعة مدة معينة من الزمان ، أو كتنزيه القضاء وصيانة سمعته وتأكيد حيده ، أو كحماية الأصيل من تحيز النائب إذا انفرد بالتعاقد باسمه مع نفسه .

وإذا تعددت أهلية لأداء على هذا النحو من حيث النطاق والمناطق فينبغى التعرض من بعد لأحكامها ، ثم لأحكام ما يكملها - عند الانعدام أو النقص أو المانع - من الولاية على المال .

## المطلب الأول

### أحكام أهلية الأداء

#### ٢٩٣ - أنواع التصرفات القانونية التى ترد عليها الأهلية

إذا كانت أهلية الأداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية فى حقه . فمعنى ذلك قدرته على أن يجرى

(١) أنظر فى التمييز بين أهلية الأداء وهذه الأوضاع :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٧ - شفيق شحاته ، فقرة ٨٢ ،

بنفسه وحسابه التصرفات القانونية كنها بأنواعها المختلفة ، وهو ما يقتضى بيان هذه الأنواع من حيث تعلقها بأهلية الأداء وأهميتها لها .

والقانون يقسمها - من هذا الوجه - أنواعا ثلاثة : تصرفات نافعة نفعا محضا ، وتصرفات ضارة ضررا محضا ، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر . أما التصرفات النافعة نفعا محضا ، فهي تلك التى ترتب اغتناء من يباشرها دون مقابل يعطيه ، كقبول الهبة . وأما التصرفات الضارة ضررا محضا ، فهي تلك التى ترتب افتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه ، كالإيهاب والإيصال . وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فهي تلك التى لا ترتب لمن يباشرها اغتناء محضا ولا افتقارا محضا لأنها قائمة على تقابل بين أخذ وعطاء فتحتمل بطبيعتها الكسب كما تحتل الخسارة (١) ، ويدخل تحت هذا النوع من التصرفات ما يسمى بأعمال التصرف التى ترمى إلى تقرير حق عينى على الشئ كالبيع ، وما يسمى بأعمال الإدارة وهى التى ترمى فى الأصل إلى مجرد استغلال الشئ كالأيجار والتصرف فى غلته أو ريعه .

فإذا كان الشخص كامل أهلية الأداء ، ثبتت له قدرة مباشرة هذه التصرفات بأنواعها الثلاثة . وإذا كان عديم الأهلية ، امتنع عليه مطلقا مباشرة أى نوع منها . وإذا كان ناقص الأهلية ، جاز له مباشرة النافع منها نفعا محضا ، وامتنع عليه مطلقا مباشرة الضار ضررا محضا ، وتوقفت مباشرته الدائر بين النفع والضرر منها وصحته على إذن أو اجازة من له الولاية عليه أو المحكمة على حسب الأحوال .

#### ٢٩٤ - منهج البحث

إذا كان مناط أهلية الأداء كمال الإرادة والتمييز ، فمقتضى ذلك تدرجها مع تدرج التمييز فى الإنسان تبعا للسن ، وتأثرها - حتى بعد كمال التمييز

---

(١) تكون العبارة بطبيعة التصرف لا بنتيجته ، ولذلك فهما حقن التصرف من كسب لمن يباشره ، بطل - رغم ذلك - تصرفا دائرا بين النفع والضرر ، ما دام أنه بطبيعته محتمل الكسب والخسارة على السواء .

والرشد - بما قد يعترض التمييز من عوارض تقدمه أو تنتقص منه . وإذا اكتمل التمييز للإنسان دون عارض يعترضه ، فتكون له أهلية أداء كاملة ، ولكن قد يعوقه أحد الموانع عن مباشرتها . فنعرض لأحكام هذه الأهلية اذن في تدرجها بتدرج السن ، وفي عوارضها ، ثم في موانعها .

### الوجه الأول

#### تدرج الأهلية بتدرج السن

لما كان مناط أهلية الأداء كمال التمييز ، وكان التمييز متدرجا عند الإنسان تبعا للسن ، فإن أهلية الأداء تتدرج اذن تبعا لتمييز والسن من الانعدام الى النقص الى الكمال .

#### ٢٩٥ - انعدام الأهلية

قلنا ان أهلية الأداء مناطها كمال التمييز ، والتمييز منعدم تماما عند من لم يبلغ السابعة وهو من يعرف عادة لذلك باسم الصبي غير المميز ، فتكون أهلية الأداء عنده منعدمة انعدامًا تامًا . وقد نصت على ذلك المادة ٤٥ من التقنين المدني بقولها « ١ - لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن ٠٠ - ٢ - وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز » .

ومعنى انعدام أهلية الأداء عند الصبي غير المميز ، انعدام قدرته على اجراء أى نوع من أنواع التصرفات القانونية حتى ما كان منها نافعا له نفعا محضا كقبول الهبة ، اذ قوام التصرفات القانونية هو الارادة ، ولا ارادة عند من لم يبلغ السابعة من عمره . وبذلك تعتبر جميع تصرفاته القانونية باطلة لا يرتب القانون عليها أى أثر . وقد نصت على ذلك المادة ١١٠ من التقنين المدني بقولها « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله . وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

والمقصود ببطلان جميع تصرفات الصبي غير المميز ، بطلانها بطلانا مطلقا أى اعتبارها منعدمة كأن لم تكن ، بحيث يكون لكل ذى مصلحة - سواء كان

هو نفس الصغير بعد اكتمال أهليته ، أو الولي أو الوصي أو من تعاقده مع الصغير غير المميز - التمسك بالبطان ، ويجب على المحكمة القضاء بالبطان من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به أحد من ذوى الشأن ، وتظل هذه التصرفات باطلة لا تصححها أية اجازة لاحقة ( م ١/١٤١ مدني ) سواء من الصغير بعد اكتمال أهليته أو من الولي أو الوصي قبل ذلك .

### ٢٩٦ - نقص الأهلية

تكون الأهلية ناقصة أى لا منعدمة تماما ولا مكتملة تماما ، فيما بين سن ابتداء التمييز و سن اكتماله أو سن الرشد ، أى فيما بين السابعة والحادية والعشرين ، اذ يكون التمييز فى هذا الدور من الحياة وسطا بين الانعدام والاكتمال ، فيكون الصبى المميز اذن - وهو من يكون بين هذين السنين - ناقص الأهلية . وعلى ذلك تنص المادة ٤٦ من التقنين المدني بقولها : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد . . يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » . وقد بين القانون حكم القواعد العامة فى هذا الشأن ، ولكنه ترخص فى الخروج عليها فى أحوال معينة .

( ١ ) **حكم القواعد العامة : الصبى المميز ناقص الأهلية (١)** بمعنى أنه ليست له أهلية أداء الا فى صدد بعض التصرفات دون البعض الآخر . وتقضى القواعد العامة فى هذا الشأن بأنه يعتبر كامل الأهلية تماما - كمن بلغ سن الرشد - فيما يتعلق بالتصرفات النافعة له نفعا محضاً ، فتصدر عنه صحيحة . وعلى العكس من ذلك ، يعتبر عديم الأهلية - كالصبى غير المميز - فيما يتعلق بالتصرفات الضارة به ضررا محضاً ، فتقع باطلة بطلانا مطلقا لا تصححها أية اجازة ( م ١/١١١ مدني ) .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فالأصل أنه ليس للصبى المميز مباشرتها بنفسه ، وانما يباشرها عنه الولي أو الوصي . فان باشر

---

(١) انظر فى اعتراض البعض على وصف الصبى المميز بأنه ناقص الأهلية : سليمان مرقس ، هامش «٢» ، ص ٢٨٦ - ٢٨٨ . وانظر فى مناقشة هذا الاعتراض : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٧٩٧ .



الصبي المميز هذه التصرفات بنفسه ، لم تكن صحيحة تماما ولا باطلة بطلانا مطلقا ، وانما باطلة بطلانا نسبيا أى قابلة للإبطال لمصلحة الصبي المميز نفسه (١) ( م ٢/١١١ مدنى ) . بمعنى أنها تكون صحيحة ولكن يمكن أن يطلب ابطالها من له الحق فى ذلك ، أى اما الولى او الوصى واما الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد . فاذا قضى بابطال هذه التصرفات ، اعتبرت كأن لم تكن (٢) . ولكن اذا أجاز هذه التصرفات من له حق اجازتها ، أى المحكمة أو الولى أو الوصى أو الصبي المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد (٣) ، تأكدت صحة هذه التصرفات نهائيا وامتنع طلب ابطالها بعد ذلك ( م ٢/١١١ مدنى ) .

( ٢ ) الخروج على حكم القواعد العامة : ذلك هو حكم القواعد العامة فى مدى أهلية الصبي المميز أو القاصر لمباشرة التصرفات القانونية . غير أن المشرع قد خرج على هذا الحكم فى حالات استثنائية أوردها على سبيل الحصر ، نعرض لها فيما يلى :

( ١ ) تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » . وبذلك تصبح للصبي المميز مطلقا

(١) لما كان ابطال تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر مقصودا به حمايته ، فلا يصل أنه ليس للطرف الآخر - سواء كان عالما أو جاهلا بنقص الأهلية - طلب الإبطال بناء على هذا النقص . ولكن يبدو أنه ليس من حق القاصر فرض تصرفات قانونية على الغير لا يشاركه فيها مختارا ، كرفع دعوى قضائية على الغير ، فحينئذ يكون جائزا تخويل الغير طلب الإبطال كذلك .

أنظر فى هذا المعنى : نقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض ، السنة الثانية ، رقم ٣١ ص ١٦٢ .

(٢) ومعنى ذلك فى الأصل إعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد ، فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل . ولكن خروجنا على هذا الأصل لا يلزم ناقص الأهلية - اذا قضى بالإبطال لنقص أهليته - أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ( م ١٤٢ مدنى ) .

(٣) ولكن يسقط حق الصبي المميز فى الإبطال اذا لم يتمسك به خلال ثلاث سنوات من هذا البلوغ الذى أزال نقص أهليته ( م ١٤٠ مدنى ) .

ومنذ بلوغ سن السابعة (١) أهلية أداء كامنة (٢) فيما يتعلق بالتصرف في أموال نفقته دون توقف على اجازة أحد . ولكن المشرع راعى مصلحته بأن قرر له ذمة خاصة بأغراض نفقته الى جوار ذمته العامة ، بحيث لا تكون الديون المتعلقة بهذه الأغراض مضمونة الا في حدود المال المخصص لها ، فلا تكون مضمونة بأموال ذمته العامة .

( ٢ ) تنص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال على أن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقا لأحكام القانون ٠٠٠ » والقانون انما يقصد بذلك الاعتراف للقاصر منذ بلوغه السابعة بأهلية أداء كاملة في ابرام عقد العمل بوصفه عاملا (٣) ، لا بوصفه رب عمل لأن ذلك يفترض أن تكون له سلطة ادارة أمواله أو بعضها وهو ما لا يتحقق قبل الثامنة عشرة (٤) وهو يستهدف من ذلك تأكيد حرية الصغار في العمل واختيار نوعه دون أن يجبروا عليه من قبل الولي أو الوصي ، ما داموا قد بلغوا سن بدء التمييز وهي السابعة . ولكن مقابل هذه الحرية الكبيرة المعطاة للقاصر المتعاقد كعامل ، جعل المشرع للمحكمة حق التعقيب على استعماله ليا ، بأن أعطائها سلطة خطيرة في انهاء ما أبرمه القاصر من مثل هذا العقد ، بناء على طلب الوصي أو ذى الشأن ، اذا كان في الانهاء مصلحة جدية للقاصر أو مصلحة

(١) انظر فيما يراه البعض من الاعتراف بالأهلية في هذه الحالة حتى للصبى غير المميز : منصور مصطفى منصور ، نظرية الحق ، ١٩٦٢ ، ص ١٥٣ .

(٢) قارن مع ذلك :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٩٢ . - منصور مصطفى منصور ، ص ١٥٣ - ١٥٤ .

(٣) ولكن اذا كان بلوغ سن التمييز كافيا لابرام عقد العمل من جانب العامل ، الا أنه يجب مراعاة ما يفرضه المشرع المصرى من حد أدنى لسن تشغيل العمال ، بحيث تعتبر عقود العمال القصر الذين لا يبلغون الثانية عشرة ( أو الخامسة عشرة أو السابعة عشرة حيث يكون ذلك متظليا ) باطلة بطلانا مطلقا لمخالفتها هذا الحد الأدنى الأمر ، وذلك رغم ما يتوافر لهم من أهلية ابرامها ( انظر كتابنا اصول قانون العمل ، ج ١ ، عقد العمل ، ط ٢ ، ١٩٦٩ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٩٠ - ١٩١ ) .

(٤) في هذا المعنى :

محمد حلمى مراد ، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦١ ، فقرة

٢٢٠ . - كتابنا اصول قانون العمل ، ج ١ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٨٩ .

أخرى ظاهرة ( م ٦٢ من قانون الولاية على المال ) ، بأن كانت صحته مثلا لا تحتل مشاق العمل أو كان من مصلحته توجيهه توجيها آخر الى احترام مهنة أخرى أو اكمال تعليمه بما يتيح له مستقبلا أوسع ويضمن له مركزا أفضل . وواضح أن قرار المحكمة بانهاء العقد لا يعنى ابطاله ، فقد عقد صحيحا من شخص يعترف له المشرع - رغم قصره - بأهلية كاملة فى إبرام عقد العمل الفردى ، ولذلك لا تنصرف آثار هذه الانهاء الى الماضى وانما الى المستقبل وحده .

( ٣ ) تنص المادة ١/٦٣ من قانون الولاية على المال ، على أن « يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته » . وبذلك تصبح للقاصر بقوة القانون اذا بلغ السادسة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بالتصرف فى الأجر أو المرتب (١) الذى يحصل عليه من وراء عمله الخاص ، فيكون تصرفه فى هذا الشأن صحيحا غير متوقف على اجازة أحد . غير أنه مراعاة لمصلحته ، قرر المشرع أن التزاماته فى هذا الشأن لا يتعدى أثرها حدود كسبه ، وبذلك جعل له ذمة خاصة بكسبه الى جوار ذمته العامة . ولكن يكون للمحكمة ، اذا اقتضت المصلحة وحماية للقاصر ، أن تقيد حقه فى ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية ( م ٢/٦٣ ) .

( ٤ ) تنص المادة ١١٢ من التقنين المدنى على أنه « اذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له فى تسليم أمواله لادارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . وبمقتضى هذا النص تكون للصبى المميز البالغ الثامنة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بأعمال الادارة وحدها دون أعمال التصرف ،

(١) أنظر فيما يقرره تقنين العمل للقاصر البالغ الرابعة عشرة من أهلية قبض الأجر ، وفى انعدام التناسق بين هذا الحكم وبين حكم قانون الولاية على المال باعطاء القاصر البالغ السادسة عشرة أهلية التصرف فى الأجر :

كتابنا أصول قانون عمل ، ج ١ ، فقرة ١٥٢ ، ص ٤٤١ و ٤٤٢ .

بشرط أن يؤذن له في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ممن يملك هذا الاذن ، أى من الولي بأشهاد لدى الموثق أو من المحكمة بعد سماع أقوال الوصى ( م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال ) .

ويفرض قانون الولاية على المال قيودا معينة على أهلية أداء القاصر المأذون في شأن أعمال الإدارة ، فلا يجوز له تأجير المباني لمدة تزيد على سنة ، ولا التصرف في صافي دخله (١) إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا ( م ٥٦ ) . ويخضع القاصر المأذون في الإدارة - فضلا عن ذلك - لرقابة المحكمة ، إذ عليه أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى ، ويجوز للمحكمة أن تحدد من الاذن المعطى للقاصر أو تسلبه إياه بعد سماع أقواله ، إذا قصر في تقديم الحساب السنوى أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده ( م ٥٨ و ٥٩ من قانون الولاية على المال ) ، ويجوز للولي كذلك - إذا كان هو الذى أذن للقاصر في تسلم كل أمواله أو بعضها لإدارتها - أن يسحب هذا الاذن أو يحدد منه بأشهاد لدى الموثق ( م ٥٤ من قانون الولاية على المال ) .

( ٥ ) تنص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للقاصر ، سواء كان مشمولاً بالولاية أو الوصاية ، أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذا مطلقاً أو مقيداً » على حسب ما تتبين من ظروفه . ويراعى أن الاذن للقاصر بالتجارة وإن كان يستوى مع الاذن له بالإدارة في اشتراط بلوغه الثامنة عشرة ، إلا أنه لا يصدر إلا من المحكمة وحدها حتى مع وجود الولي ، بينما يكفى اذن الولي لمباشرة أعمال الإدارة ، وما ذلك إلا زيادة احتياط وتدقيق في الترخيص للقاصر بالتجارة نظراً لما يحفها من مخاطر يخشى منها على أمواله (٢) .

(١) يخرج عن ذلك دخله من عمله ، إذ تثبت له منذ بلوغه السادسة عشرة أهلية التصرف الكاملة فيه كما سبق البيان ( فى هذا المعنى : عبد المنعم البدروى ، متن وهامش «١» ص ٦٢٧ ) .

(٢) أنظر فى أهلية القاصر المأذون له فى التجارة :

حطفي كمال طه ، ج ١٦ ، فقرات ٢٠٠ و ٢٠١ .

(٦) رغم أن الإيضاء تصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا ، فلا يجوز من الصبي المميز ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا ان أجراه الا أن قانون الرصية أجاز وصية القاصر البالغ الثامنة عشرة بشرط حصوله على اذن من المحكمة (م ٥) ، مراعىا فى ذلك أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت فلا تلحق ضررا حالا بالقاصر وأنها على أى حال معلقة على اذن المحكمة وموافقتها(١) . وبذلك تعتبر وصية مثل هذا القاصر - خلافا لطبيعتها - فى حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، أى تكون باطلة بطلانا نسبيا أن أجراها دون الحصول على الاذن المذكور ، فتكون صحيحة حتى يحكم بإبطالها اذا طلب الابطال القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو وليه أو وصيه قبل ذلك ، وتؤكد صحتها نهائيا أن أجازتها المحكمة أو أجازها القاصر بعد بلوغ سن الرشد .

#### ٢٩٧ - كمال الأهلية

اذا بلغ الشخص سن الرشد - وهى احدى وعشرون سنة فى القانون المصرى - اعتبره القانون فى الأصل كامل التمييز والارادة الواعية البصيرة . ولما كان كمال التمييز والارادة مناط أهلية الأداء ، فيكون هذا الشخص كامل الأهلية كمالا مطلقا بحيث يملك اجراء كل أنواع التصرفات القانونية بنفسه ، سواء منها النافع نفعا محضا والضرار ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر (م ٤٤ مدنى) .

واكتمال أهلية الشخص ببلوغ سن الرشد على هذا النحو ، معناه انتهاء الولاية أو الوصاية التى كانت مقامة عليه ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه (م ١٨ و ١/٤٧ من قانون الولاية على المال) ، بسبب اصابته بعارض يفقده قواه العقلية كالجنون أو العته(٢) أو يخل بتقديره وتدييره كالسفه أو الغفلة . ومتى تقرر استمرار

(١) فى هذا المعنى :

عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٩٥ .

(٢) أنظر فيما يراه البعض من استمرار الولاية أو الوصاية فى حالتى الجنون والعته =

الولاية أو الوصاية بعد بلوغ سن الرشد ، فتظل قائمة لا يرفعها الا قرار من المحكمة في حال رجوع العقل أو اعتدال التقدير ، فيصبح الشخص به حينئذ كامل الأهلية .

### الوجه الثاني

### عوارض الأهلية

#### ٢٩٨ - أثر عوارض الأهلية في اعدامها او الانتقاص منها

اذا بلغ الشخص سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، اعتبر منذ هذا البلوغ كامل أهلية الأداء . والأصل أن يستمر كمال أهليته حتى انتهاء شخصيته بالموت . ولكن قد يطرأ على عقل الشخص عارض بعدم تمييزه وارادته كالجنون والعتة فيعده القانون عديم الأهلية ، أو يطرأ على تقديره عارض يخل بحسن تدبيره وبصره بالأمور كالسفه والغفلة فيعده القانون ناقص الأهلية . ويحجر عليه في الحالتين بحكم يصدر من المحكمة ، وينصب الحكم قيما عليه ، ولا يرفع الحجر عنه الا بحكم يقضى بذلك .

#### ٢٩٩ - الجنون والعتة

يقصد بالجنون ذلك المرض الذي يصيب العقل فيفقد به التمييز ، وبالعتة ذلك الخلل الذي يعترى العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم . والأصل أن العتة لا يعد التمييز دائما كالجنون ، فقد يقتصر أحيانا على مجرد الانتقاص منه ، مما كان ينبغي معه التفريق في الحكم بين العتة المعدم للتمييز والنسأوى للجنون وبين مجرد العتة المنتقص من التمييز . ولكن القانون المصري - أمام دقة التمييز بين نوعي

= وحدهما دون حكم سابق من المحكمة بذلك :

عبد الفتاح عبد الباقي ص ٩٢ و ٩٣ ، وهامش «١» ص ٩٣ .

وانظر في مناقشة هذا الرأي :

كتابنا اصول القانون ، هامش «٢» ص ٨٠٥ .

اعنه - أغفل هذا التفريق (١) ، وسوى في الحكم بين المجنون وبين المعتوه عموماً ، فاعتبر كلا منهما عديم الأهلية كالصبي غير المميز (٢) ، إذ نص على أنه « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون » ( م ١/٤٥ مدني ) . ويراعى أن المشرع المصري في اعتباره الجنون معدماً للأهلية ، لا يفرق - كما يفعل فقهاء الشريعة الإسلامية - بين جنون مطبق كامل يستوعب كل الأوقات وبين جنون غير مطبق منقطع بالافاقة في بعض الأوقات (٣) ، وحسنا فعل ، لأن ذلك أدعى إلى الحسم والقطع في أمر كهذا يستعصى على الإثبات ويفتح الباب واسعاً لكثير من المنازعات .

وعلى ذلك ، فكل تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلاناً مطلقاً ، سواء منها النافع له نفعاً محضاً والضرار ضرراً محضاً والدائر بين النفع والضرر . غير أن إجراء حكم البطلان يفترض في الأصل صدور قرار من المحكمة بالحجر على المجنون أو المعتوه وتنصيب قيم عليه ( م ٦٥ من قانون انولاية على المال ) ، لأن الجنون والعته عارضان طارئان خلافاً للأصل من اكتمال الأهلية منذ بدو سن الرشد . ولكن تحذير الكافة من احتمال توقيع الحجر على المجنون أو المعتوه وإعلامهم بهذا التوقيع من بعد ، يقتضى تسجيل طلب الحجر أو قرار الحجر ، بحيث لا يعتد بأثر الجنون أو العته ، المعصم للأهلية إلا منذ هذا التسجيل . وعلى هذا النحو ، إذا صدر من المحكمة قرار بالحجر على المجنون أو المعتوه ، فيعتبر في حكم فاقد الأهلية في مواجهة الكافة من تاريخ تسجيل طلب الحجر أو من تاريخ تسجيل قرار الحجر إذا لم يسجل

(١) انظر في الأخذ بهذا التفريق في الشريعة الإسلامية :

أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٣٥٢ وما بعدها ، انظر ص ٢٧٣ و ٢٧٤ . - عمر عبد الله . سلم الوصول لعلم الأصول ، ص ١٠٣ .

(٢) قارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٧ . - سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٦ .

(٣) انظر في هذه التفرقة :

أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٣٧٣ . - عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال

الشخصية ، ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ . - عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٩٥ .

الطلب ، بحيث تقع كل تصرفاته الصادرة بعد هذا التسجيل أو ذاك باطلة بطلانا مطلقا ( م ١/١١٤ مدني ، و م ٢/١٠٢٨ مرافعات (١) ) .

ومقتضى اعتبار المجنون أو المعتوه غير فاقد الأهلية الا منذ تسجيل طلب أو قرار الحجر ، أن يظل معتبرا كامل الأهلية الى حين حصول مثل هذا التسجيل ، فلا تعتبر تصرفاته في هذه الفترة باطلة على أساس انعدام الأهلية رغم قيام حالة الجنون أو العته في الواقع . ومع ذلك ، فهي تعتبر في الأصل باطلة في هذه الفترة على أساس آخر هو انعدام الإرادة عنده وهي قوام التصرفات القانونية . ولكن اذا كان من شأن اطلاق هذا الحكم بسط حماية كبيرة على المجنون أو المعتوه ، الا أن هذه الحماية تتحقق على حساب الغير حسن النية . لذلك رأى المشرع المصرى في التقنين المدني الحالي (٢) أن لا يحمي المجنون أو المعتوه في هذه الفترة الا بالقدر الذى لا يضر التعاقد معه حسن النية ، فنص على أنه « اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ( أو تسجيل طلب الحجر « م ٢/١٠٢٨ مرافعات » ) ، فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » ( م ٢/١١٤ ) .

وعلى هذا النحو ، لا يوجد ما يحول دون اعمال الأصل وتوفير أكبر قدر من الحماية للمجنون أو المعتوه في الفترة السابقة على تسجيل طلب أو قرار الحجر ، باعتبار كل تصرفاته خلالها باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الإرادة ، اذا كان التعاقد معه سىء النية يعلم بقيام حالة الجنون أو العته أو كان من اليسير أو الواجب عليه العلم بها نظرا لشيوعها . أما اذا كان التعاقد معه حسن

---

(١) هذه المادة من بين مواد قانون المرافعات الملغى التي لم يلفها قانون المرافعات الجديد بل أبقى على العمل بها بعد نقاذه .

(٢) كان القضاء المصرى جاريا فى ظل التقنين المدنى القديم على اطلاق حكم البطلان حماية للمجنون والمعتوه .  
أنظر بخاصة فى ذلك :

نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، دار النشر للجامعات ، السنة الأولى ، رقم ٤٢ ، ص ١٤٩ . - نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ . مجموعة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض ، السنة الثالثة ، رقم ١٨ ، ص ٩٣ .



النية لا يعلم بحالة الجنون أو العته أو لم يكن في استطاعته العلم بها لعدم ذبوعها وشيوعها ، فرعاية لحسن نيته وتحقيقا للأمن والاستقرار في المعاملات ، يترخص المشرع في رفع الحماية عن المجنون أو المعتوه والخروج على الأصل من وجوب اعتبار تصرفاته في هذه الفترة باطلة لانعدام الإرادة ، فيجعل لهذا المتعاقد حق التمسك بصحة تصرفات المجنون أو المعتوه (١) .

### ٣٠٠ - السفه والغفلة

يقصد بالسفه التبذير والسرف في انفاق المال على غير ما يقضى به العقل (٢) . ويقصد بالغفلة سهولة التردى في الغبن لسلامة القلب والنية وبساطة العقل وعدم كمال التمييز بين الرابع والخامس من التصرفات (٣) .

#### ( ١ ) نقص أهلية السفيه أو ذى الغفلة في الأصل بالحجر عليه :

نظرا لأن السفه والغفلة لا يعتبران معدمين للعقل أو التمييز ، بل يصيبان بالخلل سلامة التقدير وحسن التدبير ، فإن القانون يعد كلا من السفيه وذى الغفلة في الأصل ناقص الأهلية ( م ٤٦ مدنى ) ، ويسوى بذلك بينه وبين الصبى المميز في الحكم . وعلى ذلك ، تكون تصرفات السفيه وذى

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٦ . - سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٦ .  
- سمس الدين الوكيل ، ص ٨٠ و ٨١ . - أنور سلطان ، ج ١ فقرة ٦٥ . - اسماعيل غانم  
المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٠ و ٢١١ .

نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ المشار إليه في الهامش السابق .

ومع ذلك ، يذهب بعض الفقهاء الى أن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر تقع باطلة حتى ولو كان الجنون أو العته غير شائع أو كان الطرف الآخر على غير بينة منه ، وذلك على أساس انعدام الإرادة ( عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٠٤ . - عبد الفتاح )  
عبد الباقي ، فقرة ٦٩ ، ص ١٠٥ - ١٠٧ ) .

ولكن أنظر في انتقاد هذا الرأي : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٨١١ - ٨١٢ .  
منصور مصطفى منصور ، هامش ص ١٧٨ .

(٢) أنظر نقض ٢٠ يونية ١٩٥٧ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ، السنة الثامنة ، رقم ٦٩ ، ص ٦١٩ .

(٣) أنظر نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ ، المجموعة السالفة الذكر ، السنة السادسة ، رقم

٤٩ ، ص ٣٨٦ .

الفغلة صحيحة اذا كانت نافعة له نفعا محضا ، وتكون باطلة بطلانا مطلقا اذا كانت ضارة ضررا محضا ، وتكون باطلة بطلانا نسبيا أى قابلة للإبطال اذا كانت دائرة بين النفع والضرر .

غير أنه لما كان السفه والفغلة عارضين طارئين خلافا للأصل من اكتمال الأهلية منذ بلوغ سن الرشد ، فإن أثرهما فى الانتقاص من الأهلية بعد كمالها - كأثر الجنون والعتة فى اعدام الأهلية - لا يتحقق الا بقرار يصدر من المحكمة بالحجر على السفه أو ذى الفغلة (١) وتنصيب قيم عليه (م ٦٥ من قانون الولاية على المال) . ويعتد المشرع فى ذلك - كما يعتقد فى شأن الجنون والعتة - بتسجيل طلب أو قرار الحجر ، بحيث لا تأخذ تصرفات السفه أو ذى الفغلة المحجور فى مواجهة الكافة حكم تصرفات الصبى المميز الا اذا صدرت منه بعد تسجيل طلب الحجر أو بعد تسجيل قرار الحجر اذا لم يسجل الطلب (م ١/١١٥ مدنى ، وم ٢/١٠٢٨ مرافعات) . فما يصدر منها بعد هذا التسجيل ، يكون صحيحا اذا كان نافعا نفعا محضا ، وباطلا بطلانا مطلقا اذا كان ضار ضررا محضا ، وقابلا للإبطال اذا كان دائرا بين النفع والضرر .

أما تصرفات السفه أو ذى الفغلة المحجور التى تصدر قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر ، فتعتبر كلها فى الأصل صحيحة . ولكن حماية مال السفه أو ذى الفغلة من نفسه أو من الغير ، يقتضى الخروج على هذا الأصل ، بتقرير نقص أهليته وبطلان تصرفاته أو قابليتها للإبطال على حسب الأحوال رغم وقوعها قبل هذا التسجيل ، فى مواجهة المتعاقد معه سىء النية الذى يقصد بالتعاقد استفلال حالته من السفه أو الفغلة أو بيوت به معه التوقى من آثار الحجر المتوقع تحايلا وتواطؤا على حكم القانون .

---

(١) أنظر فى اختلاف فقهاء الشريعة الاسلامية وبخاصة فى اختلاف أبى حنيفة والصاحبين حول جواز الحجر على السفه أو ذى الفغلة البالغ :  
أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٢٣ - ٥٢٦ . - عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ و ٢٤٠ . - عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١١٢ - ١١٥ . - محمده مصطفى شلبى ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، ص ٢٢٠ - ٢٢٢ .

لذلك قضى المشرع بأن التصرف الصادر من السفية أو ذى الغفلة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر « لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » ( م ٢/١١٥ مدني ، و م ٢/١٠٢٨ مرافعات ) .  
وعلى هذا النحو ، لا يكفي لبطلان أو ابطال تصرفات السفية أو ذى الغفلة المحجور الواقعة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر مجرد شيوع حالة السفية أو الغفلة أو حتى علم المتعاقد معه بهذه الحالة ، بل يجب أساساً ما توافر الاستغلال من جانب الأخير لهذه الحالة وأما قيام التواطؤ بينه وبين السفية أو ذى الغفلة على تمكينه من التهرب مقدماً من آثار الحجر المرتقب (١) .

## ( ٢ ) الخروج على أصل نقص أهلية أو ذى الغفلة المحجور :

إذا كان مقتضى الأصل اعتبار السفية أو ذى الغفلة المحجور ناقص الأهلية على النحو السالف ذكره ، إلا أن المشرع قد خرج صراحة على هذا الأصل في الحالتين الآتيتين :

(١) أجاز القانون للسفية ولذى الغفلة المحجور عليهما الإيصاء (٢) بشرط الحصول على إذن من المحكمة ( م ١/١١٦ مدني ) ، وذلك رغم أن هذا التصرف من التصرفات الضارة ضرراً محضاً مما كان ينبغي معه اعتباره - طبقاً للأصل - باطلاً بطلاناً مطلقاً . وبذلك تأخذ وصية السفية أو ذى الغفلة المحجور استثناء حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال إذا صدرت منه دون إذن من المحكمة .

(١) أنظر نقض ٢٨ يناير ١٩٦٩ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٠ ، ع ١ ، رقم ٣٠ ، ص ١٨٢ ، حيث يقرر الحكم أنه « يكفي ٠٠٠ لإبطال التصرف الصادر من السفية قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فلا يشترط - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - اجتماع هذين الأمرين ، بل يكفي توافر أحدهما . والمقصود بالاستغلال أن يعلم الغير بسفه شخص فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة . أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفية الحجر عليه فيعمد إلى التصرف في أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب » .  
(٢) يقرر النص كذلك صحة الوقف الصادر من السفية أو ذى الغفلة المحجور متى أذنته المحكمة فيه . ولكن لم يعد متاحاً اليوم هذا التصرف من جانبه ، لأن الأصل في إباحته له وقفه على نفسه في حياته أولاً ، وقد أُلغى أخيراً نظام الوقف على غير الخيرات ( في هذا المعنى : محمد سامي مذكور ، ص ١٠١ - كتابنا سالف الذكر ، ص ٨١٨ ) .

( ٢ ) أجاز القانون للسفيه ولذی الغفلة المحجور عنیهما مباشرة أعمال الإدارة اذا أذن لهما من المحكمة فی تسلیم كل أو بعض أموالهما لإدارتها ، فتكون لهما اذن أهلية أداء كاملة فی شأن هذه الأعمال علی التفصیل الذی سبق بیانه فی أهلية القاصر البالغ الثامنة عشرة والمأذون له بالإدارة (١) ( م ٦٧ من قانون الولاية علی المال ) .

وإذا كان المشرع یقتصر علی التصریح بالخروج علی أصل نقص أهلية السفيه أو ذی الغفلة المحجور فی الحالتین المتقدمتین ، فیجب أن لا یتستخلص من ذلك أن الخروج علی حکم الأصل فی شأنه قاصر علی هاتین الحالتین وحدهما . إذ یمکن عن طریق القیاس الاعتراف للسفيه أو ذی الغفلة بأهلية أداء كاملة فی الحدود المعترف للصبي المیز بها ، الا حیث یتعذر هذا القیاس لتعارض بعض الأعمال المأذون بها هذا الصبی مع حالة السفه أو الغفلة .

ولذلك نرى أنه یمکن أن يكون للسفيه أو ذی الغفلة أهلية التصرف - كالصبي المیز عموما - فیما یخصص له من مال لأغراض نفقته وفی ابرام عقد العمل الفردي ، وأهلية التصرف - كالصبي البالغ السادسة عشرة - فیما یمکنه من عمله من أجر أو غیره . ولكننا لا نرى تسوية السفيه أو ذی الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حیث جواز الاذن له من المحكمة بمباشرة التجارة (٢) ، لتنافی حالة السفه والغفلة تنافیا تاما مع ما تقتضیه التجارة من استقامة وأعتدال التدریر وحسن النظر الی الأمور .

---

(١) ولكن یراعی أن الاذن بالإدارة للسفيه أو ذی الغفلة المحجور لا تملكه الا المحكمة وحدها طبقا لصریح نص المادة ٦٧ من قانون الولاية علی المال ، بينما یملك الاذن بالإدارة للصبي البالغ الثامنة عشرة الولی أو المحكمة علی السواء ( م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية علی المال ) .

(٢) أنظر عكس ذلك :

مصطفى کمال طه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٠٦ .

بأنه إذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يجبر عليه من بعد لعارض من عوارض الأهلية المتقدم ذكرها ، فيظل على حاله من كمال أهلية الأداء . غير أن ثم ظروفا قد تقوم فتمنعه منعا كلياً أو جزئياً - رغم كمال أهليته - من إمكان مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . لذلك يجعل القانون لئل هذا الشخص نائباً يقوم عنه بمباشرة هذه التصرفات أو يعينه على مباشرتها .

### ٣٠١ - طبيعة موانع الأهلية وتعدادها

إذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يجبر عليه من بعد لعارض من عوارض الأهلية المتقدم ذكرها ، فيظل على حاله من كمال أهلية الأداء . غير أن ثم ظروفا قد تقوم فتمنعه منعا كلياً أو جزئياً - رغم كمال أهليته - من إمكان مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . لذلك يجعل القانون لئل هذا الشخص نائباً يقوم عنه بمباشرة هذه التصرفات أو يعينه على مباشرتها .

وموانع الأهلية ثلاثة : مانع مادي هو الغيبة ، ومانع قانوني هو الحكم بعقوبة جنائية ، ومانع طبيعي هو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسماني شديد . ولا تنتقص هذه الموانع من كمال تمييز أو ارادة من تقوم به . ولذلك يظل الغائب أو المحكوم عليه أو ذو العاهة المزدوجة أو الضعف الجسماني كامل الأهلية كما يقضى الأصل ، وان امتنعت عليه مباشرة أهليته واجراء التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . فنعرض فيما يلي لهذه الموانع على الترتيب المتقدم :

### ٣٠٢ - المانع المادي بالغبية

يقضى قانون الولاية على المال بأن تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية أو تثبت وكيله العام القائم متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه ، في حالة ما اذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته ، وفي حالة ما اذا لم يكن له محل اقامة ولا موطن معلوم ، أو كان له محل اقامة أو موطن معلوم في الخارج واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينوبه في ادارتها ( م ٧٤ و ٧٥ ) .

فالفية التي يتحقق بها مانع الأهلية (١) قد تكون اذن غيبة يعتبر فيها الغائب في حكم المفقود الذي لا تعلم حياته من ممانه ، وقد تكون غيبة محققة معها حياة الغائب ، ما دامت انقضت في الحالتين مدة سنة أو أكثر على ابتداء الغيبة . اذ في الحالة الأولى يتوافر المانع دائما لاستحالة مباشرة المفقود شئونه ، ولكنه لا يتوافر في الحالة الثانية الا حيث يستحيل على الغائب مباشرة التصرفات القانونية التي تقتضيها مصالحه أو الاشراف على من أنابه في مباشرتها ورعاية شئونه .

ولما كانت الغيبة مجرد مانع يقوم بالغائب فيمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مما يقتضى تعيين وكيل يقوم بهذه المباشرة نيابة عنه . فان الغيبة تنتهى هي وآثارها بزوال سببها ، سواء بعودة الغائب أو توصله من بعد . رغم استمرار الغيبة - الى تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه في ادارتها . وكذلك تنتهى الغيبة اذا لم يعد لها محل ، سواء بموت الغائب . أو بالحكم - اذا كان مفقودا - باعتباره ميتا ( م ٧٦ من قانون الولاية على المال ) .

### ٣٠٣ - المانع القانوني بالحكم بعقوبة جنائية

تنص المادة ٢٥ / رابعا من تقنين العقوبات على أن كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة أعمال الادارة الخاصة بأمواله وأملاكه . ويكون له تعيين قيم تقرر المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته ليقوم بمباشرة هذه الأعمال عنه ، والا عينت له المحكمة قيما بناء على طلب النيابة العامة أو ذى مصلحة في ذلك . وفضلا عن ذلك ، تمتنع على المحكوم عليه بعقوبة جنائية مباشرة أعمال التصرف الا بناء على اذن من المحكمة المدنية المذكورة ، وكل تصرف يبشره دون الحصول على هذا الاذن يعتبر باطلا بطلانا مطلقا .

(١) ظهر أن الغيبة لا تعتبر من موانع الأهلية الا اذا كان الغائب في الأصل كامل الأهلية . لأنه لو كان عديمها أو ناقصها لكانت الولاية على ماله ثابتة من الأصل لولي أو وصي أو قيم ، فلا يوجد رغم الغيبة اذن ما يمنع من مباشرة شئونه ، اذ يباشرها عنه الولي أو الوصي أو القيم ( في هذا المعنى : سليمان مرقس ، فقرة ٢٢٠ ص ٣٤٤ . - كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣١٢ ، ص ٨٢١ و٨٢٢ ) .

فالحكم بعقوبة جنائية اذن مانع قانوني يمنع المحكوم عليه بها من مباشرة أعمال الادارة الا بواسطة قيم ، ومن مباشرة أعمال التصرف الا باذن من المحكمة، دون أن ينتقص ذلك من كمال أهليته، إذ مناط الأهلية كمال التمييز والارادة وهما لا يزالان سليمين لم يؤثر نههما صدور حكم بالعقوبة عليه .

وهذا المانع يفرضه المشرع كعقوبة تبعية على المحكوم عليه بعقوبة الجنائية وحدها دون عقوبة الجحفة أو المخالفة ، نظرا لخطورة جريمته وعقوبتها ، بحيث يسلبه القيام بنفسه بالتصرفات القانونية دون رقابة ، ليحرمه بذلك من القدرة على الاستعانة بماله للتمسك من انيرب والسجاة من العقوبة أو التخفف من قيود تنفيذها . وواضح أمام هذه الحكمة أن قيام هذا المانع واستمراره يكون رهنا بتنفيذ العقوبة واستمرار هذا التنفيذ ، ولذلك يرتفع هذا المانع بالافراج عن المحكوم عليه ولو افراجا شرطيا(١) ، فترد اليه أمواله ويقدم له القيم حسابا عن ادارته .

#### ٣٠٤ - المانع الطبيعي بالعاهتين أو العجز الجسماني الشديد

وقد يكون الشخص مصابا بعاهتين اثنتين من عاهات ثلاث هي الضمم والبكم والعمى ، بحيث تتعذر عليه الاحاطة الكاملة بكل ظروف التعامل الواقعية أو التعبير عن ارادته على الوجه الذي يفهم به عنه فهما صحيحا مما قد تتأثر به أمواله ومصالحه . أو قد يكون مصابا - رغم خلوه من هذه العاهات - بعجز جسماني شديد، كشلل في لسانه يعجزه عن النطق الواضح أو يجعل كلامه غير مفهوم بحيث لا يؤمن انفراده - على هذه الحال - بالتصرف في ماله . فمثل هذا الشخص أو ذلك ، رغم كمال أهليته الذي لا تنتقص منه العاهة المزدوجة أو العجز الشديد لأن تمييزه و ارادته يظلان سليمين لا تشوبهما بسبب ذلك شائبة ، يكون في وضع يستعصى عليه فيه الانفراد بمباشرة هذه الأهلية في شأن ما يلزمه اجراؤد من تصرفات قانونية . من أجل ذلك ، يقرر القانون جواز اقامة مساعد قضائي يكون بمثابة عون له في اجراء هذه التصرفات ، بما يضمن احاطته بعناصر الواقع احاطة تامة والتعبير عن ارادته تعبير حقيقيا صحيحا . إذ تنص المادة ١١٧/١ من التقنين المدني

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٢٤ .

على أنه « إذا كان الشخص أصم أو أعمى أو أبله ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، حاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك » . وكذلك تقضى المادة ٢/٧ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة تعيين مساعد قضائي « إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد » .

وعلى هذا النحو ، لا يكفي توافر عاهتين في الشخص من العاهات الثلاث المذكورة ولا توافر العجز الجسماني الشديد عنده لتعيين مساعد قضائي يعاونه في مباشرة التصرفات القانونية ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون من شأن اجتماع العاهتين أو قيام العجز الشديد أن يتعذر على الشخص التعبير عن إرادته أو يخشى من انفراده بهذا التعبير ، فالأمر هنا يتعلق بمانع من الأهلية لا يعارض ينتقص من كمالها . ولذلك ليس ثم ما يدعو الى تعيين مساعد قضائي لشخص ذي عاهة مزدوجة أو عجز جسماني شديد ، إذا كان يظل - رغم العاهة أو العجز - مستظيما في أسر الاحاطة بشروط الواقع والتعامل والتعبير عن إرادته تعبيرا حقيقيا صحيحا ، إذ لا يقوم حينئذ خطر على أمواله ومصالحه من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية .

فإذا قدرت المحكمة تعذر تعبير ذي العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد عن إرادته بحيث يخشى من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية، تعين له مساعدا قضائيا يعينه على هذه المباشرة . غير أن المحكمة لا تقرر المساعدة القضائية في كل التصرفات ، وإنما فحسب في تلك التصرفات التي تقتضي مصلحة ذي العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها ( م ١/١١٧ مدني ) (١) .

---

(١) إذا كان قانون الولاية على المال يحدد التصرفات التي تنقرر فيها المساعدة القضائية بالتصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ منه وهي التصرفات التي لا يجوز للموصي مباشرتها إلا بأذن من المحكمة ( م ١/٧٠ ) ، فليس المقصود بذلك إلا إقامة قرينة قانونية على أن هذه التصرفات المحددة تقتضي مصلحة ذي العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها بحيث يعنى بذلك من إقامة الدليل في شأنه على توافر هذه المصلحة . ولذلك ليس ثم ما يمنع في غيرها من التصرفات وحيث تتخلف هذه القرينة ، من تحمل عبء إقامة الدليل على توافر مثل هذه المصلحة لتقرير المساعدة في مباشرتها كذلك ( انظر كتبنا سالف الذكر ، ص ٨٢٥ و ٨٢٦ - ونحن أنظر عكس ذلك : اسماعيل خانم ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٥ ) .



والمساعد القضائي - على خلاف الولي أو الوصي على القاصر أو القيم على المحجور - لا يباشر منفردا تصرفات ذي العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد نيابة عنه وإنما يباشرها بالتعاون والاشتراك معه ، فهو ليس بنائب وإنما هو معاون ، ولذلك لا تصدر التصرفات التي تتقرر بشأنها المساعدة القضائية من أحدهما بانفراده ، ولكن تصدر منهما معا . ومن هنا ، فانفراد المساعد القضائي بمباشرة تصرف من التصرفات القانونية محل المساعدة ، لا يجعله نافذا في حق ذي العاهة المزدوجة أو العجز الشديد . وكذلك فانفراد ذي العاهتين أو العجز بمباشرة تصرف من هذه التصرفات ، يجعله قابلا للابطال لمصلحته اذا وقع التصرف بعد تسجيل طلب أو قرار المساعدة ، أما اذا وقع التصرف قبل هذا التسجيل ، فلا يكون قابلا للابطال الا اذا كان المتعاقد مع ذي العاهتين أو العجز سيء النية ( م ١١٧/٢ مدني و م ١٠٢٨ مرافعات ) .

وإذا كان الأصل وجوب اشتراك المساعد القضائي مع ذي العاهتين أو العجز الشديد في اجراء التصرفات التي تتقرر المساعدة بشأنها ، الا أن للمحكمة أن تأذن بانفراد أحدهما بالتصرف في حالة امتناع الآخر : فلها أن تأذن المحكوم بمساعدته بالانفراد بالتصرف اذا كان امتناع المساعد في غير محله ، ولها أن تأذن المساعد بالانفراد بالتصرف (١) اذا كان امتناع المحكوم بمساعدته عن القيام بتصرف معين يعرض أمواله للخطر ( م ٧١ من قانون الولاية على المال ) .

وإذا كان المانع من أهلية ذي العاهتين أو العاجز عجزا جسمانيا شديدا لا يتحقق الا بقرار من المحكمة بالمساعدة القضائية ، فهو كذلك لا يرتفع الا بقرار منها برفع المساعدة .

---

(١) اذا أذنت المحكمة المساعد القضائي بالانفراد باجراء تصرف من التصرفات المقررة فيها المساعدة أصلا ، فيعتبر المساعد حينئذ - بمقتضى هذا الاذن - نائبا عن ذي العاهتين أو العجز في شأن هذا التصرف وحده . وليس مجرد معاون له كما هو دوره الأصل ، فتكون له اذن - خلافا للأصل - ولاية بالمعنى الدقيق على مال ذي العاهتين أو العجز الشديد ( انظر كتابنا مسالك الذكر ص ٨٢٩ و ٨٥٤ ) .

## المطلب الثاني

### احكام الولاية على المال

#### ٣٠٥ - أهلية الأداء والولاية عموما

وقفنا فيما تقدم على أهلية الأداء باعتبارها قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيراً منتجاً آثاره القانونية لحسابه وفي ذمته . وتبيننا وجود أشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها اما لصغر في السن أو لعارض من العوارض التي تعدم التمييز والارادة أو تنتقص منهما ، وأشخاص كاملي الأهلية ولكن تمنعهم موانع من مباشرة أهليتهم سواء كانت موانع مادية أو قانونية أو طبيعية ، بحيث تكون قدرة أولئك وهؤلاء على مباشرة التصرفات القانونية اما منعدمة واما محدودة واما ممتنعة . لذلك يجعل القانون لغيرهم ولاية مباشرة عنهم ولحسابهم بحيث تنصرف اليهم فتننتج آثارها في ذمتهم ولحسابهم لا في ذمة أو لحساب من لهم ولاية مباشرة . ومن هنا كانت الولاية بوجه عام هي قدرة أو سلطة قانونية لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية باسم ولحساب غيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو كاملها ممن تقوم بهم بعض موانعها وبما ينتج آثارها في حقهم (١) ، والولاية على هذا النحو ، تفرق عن أهلية الأداء التي هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لنفسه ولحسابه وبما ينتج أثرها في حقه وذمته (٢) .

#### ٣٠٦ - حصر البحث في الولاية على المال - التنظيم التشريعي لها ، ومنهج البحث فيها

إذا كانت الولاية هي قدرة شخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير ، فقد تكون هذه

(١) أنظر في المعنى الفقهي للولاية عند فقهاء الشريعة الاسلامية باعتبار أنها « تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى » : أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٢٢ .

وقازن : عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية ، ص ١٤٨ و ١٤٩ .

(٢) أنظر سابقا ، فقرة ٢٩٠ ، وفقرة ٢٩١ ، ص ٥٧٣ - ٥٧٤ .

الولاية ولاية على النفس وقد تكون ولاية على المال . والولاية على النفس تكون في الامور المتعلقة بشخص المولى عليه ، آولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج (١) . أما الولاية على المال ، فتكون في الامور المتعلقة بمال المولى عليه . وسوف نقتصر في هذا المقام على دراسة أحكام الولاية على المال دون أحكام الولاية على النفس ، اذ لنولاية على النفس من الخصوصية ما يدخلها أساسا في دراسة مسائل الأحوال الشخصية وبصفة خاصة في دراسة الزواج وآثاره .

وقد جرى المشرع المصري على تنظيم أحكام الولاية على المال بقوانين خاصة منفصلة عن التقنين المدني ، ولذلك اكتفى التقنين المدني الحالي بالإحالة الى هذه القوانين ( م ٤٧ ) . وقد كان قانون سنة ١٩٢٥ ومن بعده قانون سنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية هو الذي ينظم شؤون هذه الولاية ، تنظيما قضى به على ما كان قائما من قبل من تعدد القوانين المطبقة في هذا الشأن باختلاف ديانات وملل الحُصوم ووحدها أحكامها بالنسبة اليهم جميعا . ثم حل المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ « بأحكام الولاية على المال » محل قانون « المحاكم الحسبية » في شأن الأحكام الموضوعية لهذا التنظيم . أما الاجراءات المتعلقة بالولاية على المال ، فقد نظمها المشرع في الكتاب الرابع الذي أضافه الى تقنين المرافعات الملقى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ( المواد من ٨٥٩ - ١٠٣٢ ) وهو الكتاب المخصص للاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية . ورغم صدور ونفاذ تقنين المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، فقد استبقى هذا التقنين جل أحكام الكتاب الرابع المذكور ( المواد من ٨٦٨ - ١٠٣٢ ) (٢) لتظل تحكم الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ومن بينها اجراءات الولاية على المال .

(١) بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، ج ١ ، الزواج والطلاق ، ١٩٦٧ ، بيروت ، ص ١٢٥ . وأنظر كذلك : أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٣٣ - ٥٣٦ . عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ص ٥٨ - ٦٥ . عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ - ١٦٩ .

(٢) م ١ من قانون اصدار تقنين المرافعات الجديد .

وسوف نقتصر على بحث الأحكام الموضوعية للولاية على المال ، مراعين في ذلك التقسيم الطبيعي للولاية تبعا للمول عليه ، إذ الولاية تثبت اما على مال القصر واما على مال البالغين المحجورين لجنون أو عا أو سفه أو غفمة واما على مال كامل الأهلية ممن يقوم بهم مانع من موانعها ، فنعرض لكل من هذه الأنواع الثلاثة من الولاية على التوالي .

### الوجه الأول

#### الولاية على مال القصر

##### ٣٠٧ - أصحاب الولاية على مال القصر ، ومراتبهم

إذا كان من لم يبلغ سن الرشد يعتبر عديم الأهلية أو ناقصها تبعا لانعدام تمييزه أو ابتدائه دون اكتمال بحيث ينتقد القدرة على مباشرة كل أو بعض التصرفات القانونية بنفسه وحسابه ، فيحتاج إذن الى من يباشر عنه هذه التصرفات بما ينتج أثره في ماله وذمته أى الى فرض الولاية على ماله واجداد ولى يرعى شئونه ويباشر تصرفاته .

والولاية على مال القصر تثبت اما للولى واما للوصى . و « الولى » بالمعنى الضيق هو اصطلاح شاع اطلاقه فى فقه الشريعة الاسلامية على الأب والجد الصحيح وهو أبو الأب ، وورثناه عنه ، أما « الوصى » فهو غير الأب أو الجد الصحيح ، الذى يولى على مال الصغير القاصر اما بالاختيار من قبل الأب واما بالتعيين من قبل المحكمة .

وقد اتبع قانون الولاية على المال مذهب الحنفية فى ترتيب أصحاب الولاية على مال القصر (١) : فتثبت هذه الولاية أولا للأب فهو أولى من غيره بها ، ثم تثبت من بعده لوصيه المختار احتراماً لارادته التى عبر عنها قبل وفاته باختياره ، ثم تثبت من بعد الوصى المختار للجد الصحيح أى لأبى الأب ، ثم تثبت من بعد ذلك لمن تعينه المحكمة من الأوصياء . إذ تقضى المادة الأولى من قانون الولاية على المال بأن « للأب ، ثم للجد الصحيح إذا لم يكن

(٢) انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٨٢٢ .

الأب قد اختار وصيا ، الولاية على مال القاصر • وعليه القيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بأذن المحكمة ، • وتقضى المادة ٢٩ منه بأنه « ان لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار ، تعين المحكمة وصيا ••• » •

ولئن نعرض للأولياء على مال القاصر بهذا الترتيب ، وانما نعرض أولا للمولى بالمعنى الضيق ثم للوصى ، لأن سلطات المولى - رغم بعض التفاوت فيها بين الأب والجد الصحيح - أوسع نطاقا ومدى من سلطات الوصى سواء كان مختارا من الأب أو معيناً من المحكمة ، نظرا لما يفترض فى المولى من شفقة بالصغير قد لا تتوافر فى الوصى •

### ٣٠٨ - ولاية « المولى » أى الأب والجد الصحيح

( ١ ) ثبوت الولاية : الأصل فى الولاية على مال الصغير القاصر ثبوتها للأب أولا ، والا فتثبت للجد الصحيح اذا لم يكن الأب قد اختار وصيا على مال ابنه • والولاية تثبت على مال القاصر - سواء للأب أو للجد - بقوة القانون دون حاجة الى صدور قرار من المحكمة بتعيينه أو تشييته وليا على ابنه أو ابن ابنه القاصر ، لأنها ولاية طبيعية مفروضة بحكم صلة الدم الوثيقة من القرابة المباشرة • بل ان ثبوت الولاية على هذا النحو ، لا يجعلها حقا للأب أو الجد فحسب ، بل يفرضها كذلك واجبا عليه بحكم مركزه العائلى بالنسبة الى ابنه أو فرعه الصغير ، ولذلك يقضى قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للأب أو الجد أن يتنحى عن الولاية الا بأذن المحكمة ( م ١ ) •

ومن البديهي أنه لا يتصور ثبوت الولاية للأب أو الجد على مال ابنه أو ابن ابنه القاصر الا اذا كان هو نفسه كامل الأهلية فى شأن ما يباشرة نيابة عن القاصر من تصرفات ، ولذلك تنص المادة الثانية من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للمولى مباشرة حق من حقوق الولاية الا اذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » • ويبدو من ذلك أن النظر الى أهلية الأب أو الجد لا يكون نظرا عاما الى كل حقوق الولاية وانما نظرا خاصا الى كل منها على حدة ، ولذلك اذا كان المولى أهلا لمباشرة بعض هذه الحقوق دون بعض ، تبقى ولايته فيما هو أهل لمباشرته ، أما ما ليس له أهلا

• فتقييم المحكمة وصياها خاصا لمباشرته ( م ٣١/و ) .

والاصل أن الولاية متى ثبتت للأب أو للجد ، فهي تثبت له على كل أموال القاصر ، ولكن المشرع يستثنى من ذلك ما يتبرع به للقاصر من مال اذا رغب المتبرع في اخراجه من ولاية الولي ، اذ تنص المادة الثالثة من قانون الولاية على المال على أنه « لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع اذا اشترط المتبرع ذلك » ، وحينئذ تقييم المحكمة وصياها خاصا للولاية على هذا المال وادارته ( م ٣١/د ) .

( ٢ ) **سلطات الولي وواجباته** : تنحصر وظيفة الولي في رعاية أموال

القاصر وادارتها والتصرف فيها على النحو الذي يحدده القانون ( م ٤ ) . وتفرض عليه هذه الوظيفة وتعطيه الحق في القيام عن الصغير بما يعجز عن القيام به من تصرفات نظرا لانعدام أو نقص أهليته . وقد حدد القانون مدى ولاية الولي وسلطاته على مال القاصر أو قدرته على القيام عنه بهذه التصرفات ، مراوحا فيها بين الضيق والانتساع بحسب طبيعة التصرف من ناحية وبحسب كون الولي هو الأب أو الجد الصحيح من ناحية أخرى ، فالتصرفات ليست سواء من حيث نفع القاصر أو ضرره ، والأب بالنسبة الى الصغير أحنى وأشفق عليه من جده . وقد ساوى القانون بين الأب والجد في ولاية مباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً والتصرفات الضارة ضرراً محضاً على السواء ، ولكنه فاوت بينهما في صدد التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وذلك على النحو التالي :

١ - **التصرفات النافعة نفعاً محضاً للقاصر** : للولي - أباً كان أو جداً -

سلطة مباشرة هذه التصرفات . ولكن لا يجوز له قبول هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة الا باذن المحكمة ( م ١٢ ) .

٢ - **التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالقاصر** : ليس للولي - أباً كان

أو جداً - مباشرة هذه التصرفات في الاصل . ولكن استثناء من ذلك ، أجاز له المشرع التبرع من مال القاصر في حدود أغراض معينة وتحت رقابة المحكمة ، اذ نص على أنه لا يجوز له هذا التبرع « الا للأداء واجب انساني أو عائلي وبإذن من المحكمة » ( م ٥ ) .

٣ - التصرفات الدائرة بين النفع والضرر للقاصر : يفرق المشرع في شأن هذه التصرفات بين ما يتعلق منها بأعمال الإدارة وما يتعلق بأعمال التصرف .

أ - فما يتعلق منها بأعمال الإدارة : يملكه الأب والجد على السواء كقاعدة عامة ، وإن كان لا يجوز لأى منهما بغير اذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بنوغي سن الرشد بسنة ( م ١٠ ) ، ولا الاستمرار في تجارة آلت الى القاصر الا باذن من المحكمة ، وفي حدود هذا الاذن ( م ١١ ) .

ب - وما يتعلق منها بأعمال التصرف ، فولاية الأب في شأنها أوسع من ولاية الجد نظرا لموقور شفقتة على الصغير : اذ يكون للأب في الأصل ولاية التصرف في أموال القاصر ، ولا يستثنى من هذا الأصل الا بعض أعمال التصرف الهامة المحددة على سبيل الحصر فلا يملك الولي مباشرتها الا باذن المحكمة ، وهي التصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه ( م ١/٧ ) (١) واقراض مال الصغير واقتراضه ( م ٩ ) . وأما الجد فهو على خلاف الأب ، اذ ليست له ولاية التصرف في أموال الصغير القاصر الا باذن المحكمة ( م ١٥ ) .

ولكن اذا كانت سلطة الأب أوسع من سلطة الجد في شأن التصرف في مال القاصر على هذا النحو ، فاستثناء من هذا الأصل يستوى الأب والجد في ضرورة استئذان المحكمة والخضوع لاشرافها في التصرف فيما يؤول الى القاصر من مال موروث أوصى المورث بعدم تصرف الولي فيه ( م ٨ ) ، اذ في ذلك تحقيق لرغبة المورث ورعاية لمصلحة الصغير على السواء بتقييد الولي باذن المحكمة واخضاع اتمامه للتصرف لاشرافها ورقابتها . كما يستويان في أنه لا يجوز لأى منهما « أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها الى الدرجة الرابعة الا باذن المحكمة (٢) ، ولا أن يرهن عقار

(١) ولكن « لا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن الا اذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » ( م ٢/٧ ) .

(٢) اذا أذنت المحكمة بهذا التصرف ، فيكون لها أن تعين وصيا خاصا يتماقد مع الأب

» ( م ٢١/ب ) .

القاصر لذين على نفسه ، ( م ٦ ) ، وذلك بقصد تنزيه الولي ودفن شبيهة استغلاله القاصر وتعريض ماله للخطر أو محاباة نفسه أو زوجه أو أقاربها على حسابه ، خاصة وأن الأمر يعنى عقارا للقاصر لا منقولا والمشرع ما يزال متأثرا بالتقليد الجارى على اعتبار العقارات أكبر فى القيمة الاقتصادية من المنقولات .

وإذا كان الأصل أن المشرع يمنح الأب ثقة وسلطات أكبر مما يمنح الجد لافتراضه زيادة شفقته على الصغير وإيثاره له ، فإن هذه النظرة المتفاوتة الى الأب والجد على هذا الأساس هي التي تكمن وراء كل الفروق الأخرى بينهما فى السلطات وفى المسئولية على السواء .

فمن ذلك أن المشرع ، يجيز للأب وحده استثناء (١) - دون الجد - « أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك » (٢) ( م ١٤ ) .

وكذلك ما يقضى به المشرع من اعطاء الأب - دون الجد - الولاية الكاملة للتصرف فى المال الذى تبرع به لابنه ، دون اضطرار لاستئذان المحكمة أو التزام بتقديم حساب عن هذا المال ( م ١٣ ) .

وكذلك ما ينص عليه المشرع من أنه « لا يسأل الأب الا عن خطئه الجسيم ، أما الجد فيسأل مسئولية الوصى » ( م ٢٤ ) حتى عن الخطأ العادى اليسير ، إذ لا يتفق ومقام الأب من ابنه أن يقف أمامه موقف المسئول عن خطأ يسير .

**( ٣ ) رقابة الولى :** رأينا أن الولى ينضع لرقابة المحكمة وضرورة استئذائها فى بعض التصرفات ، وإن كان الأب يمتاز على الجد بقسنة التصرفات التي يحتاج الى اذن المحكمة فى مباشرتها . وتفاوت مدى خضوع

(١) الاستثناء هنا من الأصل المقرر وهو عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه باسم الأصيل

( م ١٠٨ مدنى ) .

(٢) كص المادة السادسة من قانون الولاية على المال الذى سبقت الإشارة اليه .



الاب والجد للرقابة يتبدى كذلك من ناحية المسئولية والحساب ، فقد أشرنا الى أن الأب لا يسأل الا عن الخطأ الجسيم ، بينما يسأل الجد حتى عن الخطأ اليسير ، مما يجعل الرقابة على الجد أشد منها على الأب . وكذلك اذا انقضت الولاية بينوغ القاصر ووجب رد أمواله اليه ، فحبيب الأب عن ذلك يكون أيسر من حساب الجد ، اذ الاصل أن الأب لا يحاسب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر الا اذا كان ريع مال موهوب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة ( م ٢/٢٥ ) ، بينما يحاسب الجد نفس حساب الوصي ( م ٢٦ ) .

وفيما عدا هذه الحالات ، يتساوى الأب والجد من حيث الرقابة . ولذلك فعدم ايداع الأب أو الجد قائمة بمال القاصر أو ما يؤول اليه منه أو تأخيره في الايداع ، قد تعده المحكمة من قبيل تعريض مال القاصر للخطر ، وهو ما يعطيها سلطة الحد من الولاية أو ساطة سلبها في الأحوال الخطيرة ( م ٢٠ ) ، وحينئذ لا تعود الولاية الا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت الى سلبها أو الحد منها ( م ١/٢٣ ) .

( ٤ ) **وقف الولاية وسلبها وانقضاؤها** - رأينا فيما تقدم أن رقابة المحكمة للولي قد تؤدي بها الى الحد من ولايته او سلبها ، حيث يؤدي بسوء تصرفه أو تقصيره الى تعريض أموال القاصر للخطر ( م ٢٠ ) . وكذلك يرتب المشرع على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير (١) سقوطها أو سلبها كذلك بالنسبة الى المال (٢) ، اذ ما دام ليس مؤتمنا على نفس الصغير فلا يؤتمن كذلك على ماله .

وقد لا تسلب الولاية بل توقف فحسب بقرار من المحكمة اذا اعتبر الولي غائبا أو اعتقل تنفيذيا لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة

---

(١) أنظر في أسباب سلب الولاية على النفس م ٢ و ٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات سلب الولاية على النفس .

(٢) م ٢٢ من قانون الولاية على المال ، و م ١٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ مصالف الذكر .

( م ٢١ ) ، اذ يقوم به حينئذ مانع من موانع الأهلية لا يتصور معه بقاء ولايته والولاية تفترض في الولي الأهلية الكاملة دون مانع .

وكما تسلب الولاية أو توقف بقرار من المحكمة ، لا تعود كذلك إلا بقرار منها بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت الى السلب أو التوقف .

وإذا استمرت الولاية قائمة فلم توقف أو تسلب لما ذكرنا من أسباب ، فإنها تنقضى بقوة القانون ببلوغ القاصر سن الرشيد ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه بعد هذا البلوغ ( م ١٨ ) ، لبلوغه مجنوناً أو معتوهاً أو سفياً أو ذا علة (١) . وعلى الولي أو ورثته رد أموال القاصر اليه عند انقضاء الولاية أو قيمة ما تصرف فيه منها باعتبار القيمة وقت التصرف ، مع مراعاة ما تقدم من عدم محاسبة الأب - على خلاف الجذ - عما تصرف فيه من ريع مال القاصر ( م ٢٥ ) .

### ٣٠٩ - ولاية الوصي

( ١ ) **تعيين الوصي** : الوصي هو كل شخص غير الأب أو الجذ تثبت له الولاية على مال الصغير القاصر ، سواء بالاختيار من قبل الأب (٢) أو بالتعيين من قبل المحكمة . والوصي المختار أو وصي الأب مقدم - كما رأينا - على الجذ ، بينما يتقدم الجذ على وصي المحكمة . ولذلك تثبت الولاية على مال القاصر عند عدم وجود الأب لوصيه المختار حتى مع وجود الجذ ، فإذا لم يكن الأب قد اختار وصياً فالولاية للجذ إذا وجد ، فإن لم يجد تؤول الولاية الى من تعينه المحكمة وصياً .

وعلى خلاف الحال بالنسبة للولي بالمعنى الضيق أى الأب أو الجذ الذي تثبت له الولاية بقوة القانون دون تعيين أو تثبت من المحكمة ، لا تثبت

(١) أنظر سابقاً ، ص ٥٨٢ - ٥٨٤ .

(٢) يقصر القانون حق اختيار وصي على الأب وحده ، فليس للجذ اختيار وصي يحل محله بعد وفاته على مال ابنه خلافاً لما يذهب اليه فقهاء الحنفية خاصة ( أنظر : محمود سعد الدين الشريف ، الرسالة السابقة ص ١٢٩ - ١٣١ - عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ص ٢٥١ ) .

الولاية الموصى الا بقرار بالتعيين أو التثبيت على حسب الاحوال ، فالوصى المختار من قبل الأب لا بد أن تعرض وصايته على المحكمة لتثبيتها (م ٢٨/٤) ، وأما وصى المحكمة فظاهر أنه لا بد من دستور قرار من المحكمة بتعيينه (م ٢٩) .

وإذا كان للأب اختيار وصى لابنه الناصر أو حتى للحمل المستكن (م ١/٢٨) ، فيشترط أن يشب الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه ، ويجوز للأب في أي وقت أن يعدل عن اختياره (م ٢/٢٨ و ٣) .

وإذا كان الأصل أن ولاية الوصى عامة على كل أموال القاصر ، فقد تدعو الضرورة الى أن تقيم المحكمة - الى جوار الولى أو الوصى العام - وصيا خاصا تحدد مهمته تحديدا دقيقا تقصر بمقتضاه ولايته على بعض أموال القاصر أو بالنسبة الى تصرفات معينة بالذات . ويتحقق ذلك بخاصة : حيث تستلزم الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال ، أو حيث يكون الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية ، أو حيث يحتاج الأمر الى التولية على مال آل القاصر بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولى أو الوصى العام ادارته (١) ، أو حيث تتعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مع مصلحة الوصى أو زوج أحدهما أو أحد أصوله أو فروعه أو قاصر آخر مشمول بولايته أو وصايته (م ٢١) . وكذلك يجوز للمحكمة تعيين وصى خصومة خاص اذا كان القاصر طرفا فى خصومة ولو لم يكن له مال (م ٢٣) . ففى كل هذه الحالات يكون وجود وصى خاص ضمانا قويا أكيدا لرعاية مصلحة القاصر بوجه عام وحمايته من استغلال الولى أو الوصى بوجه خاص .

وظاهر من ذلك أن ولاية الوصى الخاص - على خلاف ولاية الوصى العام - يكون بقاؤها مؤقتا ومرتهنا بانتهاج العمل الذى أقيم لمباشرة . وتكون الوصاية كذلك مؤقتة - حتى ولو لم تكن خاصة من حيث المال أو التصرف - حيث يعين

(١) الا اذا كان المتبرع قد أقام وصيا مختارا ، فتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها . كما هو الشأن فى الوصى المختار من الأب (م ٢٨) .

« وصى مؤقت ، من قبل المحكمة ، اذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولي آخر ، أو وقف الوصي أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته ( م ٢٢ ) .

( ٢ ) **واجبات الوصي** : يفرض القانون على الوصي واجبات معينة ضمانا لحسن أدائه وظيفته ورعايته أموال القاصر . أهمها وجوب تسلمه أموال القاصر وقيامه على رعايتها باذلا في ذلك من العناية ما يطب من الوكيل المأجور ( م ٣٦ و ٨٦ ) حتى ولو كان غير مأجور الوصاية . أي باذلا في ذلك عناية الرجل المعتاد ( م ٢/٧٠٤ مدني ) . لا مجرد العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ولو كانت أدنى من عناية الرجل المعتاد كما هو شأن قرينه الوكيل غير المأجور ( م ١/٧٠٤ مدني ) .

وضمانا لأموال القاصر وهي تحت يد الوصي من تقصيره في حفظها ، يكون للمحكمة أن تترجم الوصي بتقديم تأمينات بالقيمة التي تراها ، ولكن على أن تكون مصروفات تقديم هذه التأمينات - كمصاريف ما يقدمه الوصي من رهن رسمي - على حساب القاصر ( م ٣٧ ) .

وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على انقصاص من دعاوى وما يتخذ قبله من اجراءات التنفيذ ، وأن يتبع في شأنها ما تأمر به المحكمة ( م ٤٢ ) .

وعلى الوصي كذلك ، اذا كانت أموال القاصر تزيد على خمسمائة جنيه أو كانت أقل من ذلك حسبما تتطلب المحكمة ، تقديم حساب سنوي قبل أول يناير مؤيدا بالمستندات عن ادراته . وفي جميع الأحوال ، يجب على الوصي الذي يستبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته ( م ٤٥ ) .

( ٣ ) **سلطات الوصي** : من الطبيعي أن يضيق المشرع من سلطات الوصي أكثر مما يضيق من سلطات الولى نظرا لصلة الدم الوثيقة المباشرة بين الولى وبين القاصر . ويستوى في ذلك أن يكون الوصي مختارا من الأب أو معيننا مباشرة من قبل المحكمة .

ويتساوى الوصي في سلطاته مع الأب والجد في شأن التصرفات النافعة

نفعاً محضاً والتصرفات الضارة ضرراً محضاً ، فهو مثلها يملك مباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً (٢) ، ولا يملك في الأصل مباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضاً إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن من المحكمة ( م ٢٨ ) .

ولكنه يختلف عن الأب والجد على السواء في شأن مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . فالقاعدة أن الوصي لا يملك مباشرة هذه التصرفات ، سواء منها ما تعلق بأعمال التصرف أو بأعمال الإدارة ، إلا بإذن من المحكمة (٢) ، ولكن استثناء من هذه القاعدة تبنت له - دون استئذان المحكمة - ولاية مباشرة بعض أعمال الإدارة القليلة الأهمية ، كإيجار عقار القاصر مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، أو الصلح والتحكيم فيما يقل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة (٣) . وبذلك يتبدى الفارق الكبير بين سلطات الوصي وسلطات الأب بخاصة في هذا الشأن ، إذ بينما يملك الأب في الأصل مباشرة أعمال التصرف وأعمال الإدارة على السواء دون استئذان المحكمة ، يتقيد الوصي في الأصل بهذا الاستئذان في شأن مباشرتها . أما الفارق بين سلطات الوصي وسلطات الجد ، فلا يبدو إلا في شأن أعمال الإدارة وحدها ، حيث تضيق سلطة الوصي فيها عن سلطة الجد إذ الأصل هو قدرة الجد على مباشرتها دون استئذان المحكمة وتقيد الوصي - إلا فيما يستثنى - بمثل هذا الإذن ، أما أعمال التصرف ، فسلطتها واحدة في شأنها ، إذ ترتبها مباشرة من أيهما بإذن المحكمة .

(١) ولكن لا يجوز للوصي - كالأول - أن يقبل تبرعاً للصغير - هبة كان أو وصية - إذا كان مقترناً بشرط أو محملاً بالتزام ، أو يرفضه ، إلا بإذن المحكمة ( م ٣٩ / تاسعاً ) ، إذ بذلك يصير هذا التبرع في حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي تقيد مباشرة الوصي لها في الأصل باستئذان المحكمة .

(٢) أنظر في اختلاف هذا الحكم عن فقه الشريعة الإسلامية وفقه الحنفية خاصة ، وتبريره مع ذلك :

عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٥٦ .

(٣) تفصل المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال الأصل الذي ذكرناه من تقيد سلطات الوصي في شأن مباشرة أعمال الإدارة وأعمال التصرف بإذن المحكمة إلا ما يستثنى ، بتعداد التصرفات التي ترتبها مباشرة الوصي لها بهذا الإذن .

( ٤ ) **رقابة الوصى :** أخضع القانون الوصى لرقابة محكمة من قبل المحكمة : فمن ذلك أن القانون يبقى بيد المحكمة زمام الاذن للوصى فى كافة التصرفات الا القليل النادر المستثنى المتعلق ببعض أعمال الادارة كما سلفت الاشارة . وان الوصى يلتزم - طبقا للقانون أو لما تلزمه به المحكمة - بتقديم حساب عن ادارته . وفى حالة ما اذا قصر الوصى فى أداء الواجبات المفروضة عليه بمقتضى القانون أو وقف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة ، فللمحكمة سلطة الحكم عليه بغرامة (١) لا تزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره (٢) كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات ( م ١/٨٤ ) .

وكذلك جعل القانون للمحكمة - فى سبيل احكام الرقابة على الوصى - سلطة تعيين مشرف يراقب الوصى - ولو كان مختارا ( م ٨٠ ) - فى أداء واجباته ، بحيث يجب عليه ابلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه اليهما . ويلتزم الوصى بأجابته الى كل ما يطلبه من ايضاح عن ادارة الاموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الاموال . ويجب على المشرف ، اذا خلا مكان الوصى لسبب من الأسباب ، أن يطلب الى المحكمة اقامة وصى جديد ، ويكون له - الى أن يباشر هذا الوصى عمله - أن يقوم من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر ( م ٨١ ) .

( ٥ ) **انتهاء الوصاية :** تنتهى الوصاية انتهاء طبيعيا بزوال السبب المفروضة من أجله ، أى ببلوغ القاصر الحاضر لها احدى وعشرين سنة غير محكوم قبل هذا البلوغ باستمرار الوصاية عايه بعده ( م ١/٤٧ ) لجنون أو عته أو سفه أو غفلة (٣) . هذا فى شأن الوصاية العامة ، أما فى شأن الوصاية

(١) ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزءا منها ( م ٢/٨٤ ) .

(٢) الاصل أن الوصاية تكون غير مأجورة تجدة للصغير ونظوما لخدمته ، الا اذا كان الوصى محتاجا فتملك المحكمة أن تعين له اجرا ( م ٤٦ ) . وهذا مصداق بوله تعالى « ومن كان غنيا فليستغف . ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » ( أنظر : عبد الوهاب خلاف ، احكام الأحوال الشخصية ، ص ٢٥٧ ) .

(٣) أنظر سابقا ، ص ٥٨٣ - ٥٨٤ .

الخاصة أو الوصاية المؤقتة ، فتنتهى انتهاء طبيعيا بانتهاء العمل الذى أقيم الوصى الخاص لمباشرته أو بانتهاء المدة التى اقتضت تعيين الوصى المؤقت خلالها ( م ٣٥ ) . وكذلك تنتهى الوصاية انتهاء طبيعيا بموت القاصر ( م ٤/٤٧ ) .

ولكن قد تنتهى الوصاية قبل أوان انتهائها الطبيعى اما باستقالة الوصى وقبولها ، واما بعزله بقرار من المحكمة . والمحكمة تحكم بعزله فى احدى حالتين : اذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية ، أو اذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح فى بقاءه خطر على مصلحة القاصر ( م ٤٩ ) . وكذلك تنتهى الوصاية بقيام عارض من العوارض المعدمة لأهلية الوصى أو المنتقصة منها ، أو بشيوت غيبته ، أو بموته ( م ٤/٤٧ ) . وعلى أى حال ، اذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أو تنتقص منها ، يكون للمحكمة أن تأمر بوقفه حتى يتحدد مركزه بصدور قرار الفصل أو بشيوت العارض ( م ٤٨ ) .

وإذا انتهت الوصاية لاي سبب من الأسباب المتقدمة ، فيجب على الوصى - خلال الثلاثين يوما التالية لانتهائها - أن يسلم بمحضر الأموال التى فى عيادته ، وأن يودع قلم الكتاب صورة الحساب ومحضر تسليم الأموال ( م ٥٠ ) (١) . ويقع هذا الالتزام على عاتق ورثته ، أو على عاتق القيم عليه فى حال الحجر عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية ، أو على الوكيل عنه فى حال شيوت غيبته ( م ٥١ ) .

وإذا انتهت الوصاية ، فمن الصالح عدم اطالة النزاع بشأنها . لذلك يخرج المشرع على حكم القواعد العامة ، فيقرر تقادما قصيرا لسقوط الدعاوى الخاصة بها مدته خمس سنوات ، تحتسب من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد ، أو من تاريخ موته قبل ذلك ( م ١/٥٣ ) . وتحتسب من تاريخ تقديم الحساب فى حالة عزل الوصى أو قبول استقالته ( م ٢/٥٣ ) (٢) .

(١) وتقرر المادة ٨٨ من قانون الولاية على المال جزاء جنائيا على الإخلال عمدا بهذا الواجب .

(٢) وقياسا على ذلك ، تحتسب المدة من تاريخ انتهاء وصايته بالأسباب الأخرى : كعودة =

( م ٣٩ - الملحق الى القانون )





تختصه دون الوصى أساسا ببسطة في سلطاته .  
وتكون القوامة للابن البالغ ، ثم للاب ، ثم للجد ، ثم لمن تختاره المحكمة ( م ٦٨ ) ، فالابن هنا مقدم على الاب بينما لا تتصور بدهاءة في شأن الولاية على القاصر ولاية للابن ، والجد يلي الاب مباشرة فملا يسبقه في المرتبة - كما في الولاية على مال القاصر - شخص مختار من الاب ، ويلى هؤلاء من تختاره المحكمة .

واستثناء من مبدأ خضوع القوامة والتواء لأحكام الوصاية والأوصياء ، يقضى المشرع بأنه لا يحول الحكم بأفلاس الابن أو الأب أو الجد (١) أو الحكم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالأداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة دون تعيينه فيما ، اذا رأت المحكمة مصلحة في ذلك ( م ٦٩ ، وم ١/٢٧ و ٤ ) .

### الوجه الثالث

#### الولاية على مال ذوى موانع الأهلية

رأينا أن ثمة موانع قد تعوق الشخص كامل الأهلية من ممارسة نشاطه القانوني ومباشرة أهليته بنفسه أو بمفرده ، هي الغيبة والحكم بعقوبة جنابة والعاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد . لذلك يقام وكيل عن الغائب ، وقيم على المحكوم عليه ، ومساعد قضائي لذى العاهتين أو العجز ، ليباشر عنه تصرفاته أو يماونه على مباشرتها .

#### ٣١١ - الوكيل عن الغائب

سبق أن أشرنا (٢) الى أن للمحكمة أن تحكم بتعيين وكيل - أو تشييته اذا كان مقاما في الأصل - عن الغائب كامل الأهلية الذي تمضى مدة سنة أو أكثر على غيابه غيابا في معنى الفقد أو في غير معناه ، اذا أصبح مستحيلا عليه تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينسبه في ادارتها بما يترتب عليه تعطيل مصالحه ( م ٧٤ ) . وبذلك تفرض المحكمة الولاية على مال الغائب بالنظر الى ما يعوق مباشرة أهليته - رغم كمالها - من مانع مادي .

(١) يقتصر الاستثناء على هؤلاء ، فلا ينصرف الى القيم الذي تختاره المحكمة من غيرهم .

(٢) أنظر سابقا ، فقرة ٣٠٢ .

والأصل أنه يسرى على الوكالة والوكيل عن الضائب ما يسرى على الوصاية والوصى على مال القاصر من أحكام (م ٧٨) ، سواء من حيث الشروط اللازم توافرها فيه (م ٧٥) ، أو من حيث واجباته وسلطاته ومسئوليته (م ٨٦) ورقابته (م ٨٠ و ٨١) والجزاءات المختلفة التي توقع عليه إذا قصر في واجباته أو أوقف تنفيذ القرارات التي تصدرها المحكمة أو تعمد الامتناع عن تسليم أموال الغائب لمن حل محله في الوكالة (م ٨٤ و ٨٥ و ٨٧ و ٨٨) .

وتنتهى مهمة الوكيل بموت الغائب موتاً حقيقياً أو تقديرياً ، أو بعودته ، أو توصله - رغم استمرار الغيبة - الى تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينوبه في دارتها (م ٧٦) .

### ٣١٢ - القيم على المحكوم عليه بعقوبة جنائية

رأينا(١) أن الحكم بعقوبة جنائية يستتبع اقامة مانع قانوني لدى المحكوم عليه بها من مباشرة أهليته رغم كمالها عنده ، وهو ما يوجب تعيين قيم عليه يتولى عنه جانباً من تصرفاته القانونية . والأصل أن تعيين هذا القيم يتولاه المحكوم عليه بنفسه ، ولكن على أن تقر المحكمة هذا التعيين . فإذا لم يعين المحكوم عليه قيماً ، عينته المحكمة بناء على طلب النيابة العمومية أو ذي مصلحة في ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذي تنصبه بتقديم كفالة . ويتولى القيم عن المحكوم عليه - مدة اعتقاله - أعمال الإدارة وحدها دون أعمال التصرف ، ويكون تابعا للمحكمة التي أقرته أو نصبته - وهي المحكمة المدنية الواقعة في دائرتها محل اقامة المحكوم عليه - في جميع ما يتعلق بقوامته (م ٢٥/رابعا عقوبات) .

وتنقضى القوامه على المحكوم عليه بعقوبة جنائية بانتهاء مدة العقوبة أو بالافراج عنه ، فترد أمواله اليه ويقدم له القيم حساباً عن ادارته (م ٢٥/رابعا عقوبات) .

(١) انظر سابقاً ، فقرة ٣٠٣ .

### ٣١٢ - المساعد القضائي لدى العاهتين أو العجز

سبقت الإشارة (١) الى أنه يجوز للمحكمة تقرير تعيين مساعد قضائي لدى العاهتين أو العجز الجسماني الشديد ، اذا كان متعذرا عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته أو كان يخشى من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية ، وقتنا ان وظيفة المساعد القضائي هي معاونة ذى العاهتين أو العجز على مباشرة التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك وخاصة التصرفات التي لا يجوز للوصى مباشرتها الا باذن من المحكمة ، مما يجعل من المساعد معاونا أو شريكا لدى العاهتين أو العجز في هذه المباشرة لا نائبا عنه فيها كما هو الشأن في سائر احوال الولاية على المال .

وإذا كان الأصل هو وجوب اشتراك المساعد القضائي مع ذى العاهتين أو العجز ، فللمحكمة أن تأمر بانفراد المساعد القضائي باجراء تصرف معين اذا كان من شأن امتناع ذى العاهتين أو العجز عن المشاركة في اجرائه تعريض أمواله للخطر ( م ٣/٧١ ) ، وفي هذه الحالة يعتبر المساعد القضائي في هذا التصرف - استثناء - بمثابة نائب عمن هو معين في الأصل لمساعدته وليس مجرد معاون كما هو الأصل في وظيفته ، وتكون له ولاية بالمعنى الدقيق على مال ذى العاهتين أو العجز الشديد ، اذ فيها يكون له بمفرده في هذه الحالة مباشرة تصرف قانوني بما ينتج اثره في ذمة ذى العاهتين أو العجز .

وإذا كان المساعد القضائي يعتبر نائبا خلافا للأصل من وظيفته في هذه الحالة الاستثنائية ، فالقانون كذلك يعده في حكم النائب اعتبارا في تطبيق أحكام المواد ١٠٨ و ٣٨٢ و ٤٧٩ من التقنين المدني ( م ٧٣ ) ، أي من حيث امتناع تعاقده بصفة عامة مع نفسه بالاشتراك مع ذى العاهتين أو العجز ، وشرائه - بصفة خاصة - ما يناط به المشاركة في بيعه بموجب المساعدة القضائية ، وعدم سريان التقادم بينه وبين ذى العاهتين أو العجز فيما يكون به أحدهما مدينا به للآخر ، وذلك مراعاة للصلة القائمة بين المساعد وبين ذى العاهتين أو العجز بما قد يمتن الأول من استغلال الثاني أو يقيم مانعا أدبيا تتعذر معه مطالبة أحدهما الآخر بما عليه له من دين .

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٠٤ .

### الوجه الرابع

### مجاورة حدود الولاية على المال

٣١٤ - عدم نفاذ تصرفات من له الولاية - فيما يجاوز حدودها - في

حق المولى عليه

إذا كان القانون يجعل لبعض الأشخاص ولاية على مال عديمي الأهلية أو ناقصيها أو من تقوم بهم بعض موانعها على التفصيل السابق بيانه ، ويعين حدود هذه الولاية ، فمعنى ذلك أن قدرة من تثبت له الولاية على القيام بتصرفات قانونية تنتج أثرها في مال وذمة المولى عليه لا تتأتى الا حيث تكون هذه التصرفات داخلة في حدود الولاية كما يرسمها القانون . ومعنى ذلك أن ما يجاوز من هذه التصرفات حدود الولاية كما يرسمها القانون لا ينتج أثره في مال أو ذمة المولى عليه ، أي لا يكون نافذا في حقه .

وإذا كان الفرض أن مثل هذه التصرفات التي تجاوز حدود الولاية تخالف صالح المولى عليه ، فقد تكون موافقة له رغم ذلك في بعض الحالات ، وهو ما يقتضى حينئذ التمكين من بعد لانفاذها في حق المولى عليه عن طريق اقرارها ممن يثبت له القانون الحق في مثل هذا الاقرار .

ولا يتأتى تحقيق ذلك عن طريق القبول باعتبار هذه التصرفات باطنة بطلانا مطلقا(١) ، اذ يستحيل حينئذ تصحيحها من بعد بالاجازة رغم ما قد تحققه من صالح المولى عليه ، مما يجاوز المقصود أساسا من الولاية وهو

(١) انظر في ذلك :

Appel mixte, B. 8, p. 226.

استئناف مصر ، ٢ فبراير ١٩٢٤ ، المجموعة الرسمية ، س ٢٦ ، رقم ٣٤ ، ص ٥٨ .  
عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، هامش ص ٣٢٩ - أنور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٦٧ ، ص ٩٤ و ٩٥ - أنور سلطان ، النظرية العامة في الالتزام ، ج ١ ، فقرة ٧٤ .

وانظر في مناقشة حجج بعض القائلين بهذا الرأي : كتابنا سالف الذكر ، هامش ٨١٥ ،

رعاية صالح المولى عليه . وكذلك لا يستقيم القول باعتبار هذه التصرفات باطلة بطلانا نسبيا (١) رغم ما يسمح به ذلك من امكان تصحيحها من بعد بالاجازة ، لما يؤدى اليه ذلك من اعتبارها منتجة آثارها منذ ابرامها فى ذمة المولى عليه الى أن يتم تأييدها نهائيا بالاجازة أو زوالها نهائيا بالحكم بالابطال ، وهو ما لا يتفق مع وجوب اعتبارها فى الأصل غير نافذة فى حق المولى عليه لمجاورتها ما يرسمه القانون للولاية من حدود .

فالأولى اذن أن يقال ان أثر تصرفات الولى المجاوزة حدود الولاية من النفاذ فى حق المولى عليه يكون موقفا على اقرار هذه التصرفات من بعدم من يملك هذا الاقرار (٢) ، سواء كان هو المحكمة أو نفس المولى عليه بعد زوال الولاية (٣) . ومعنى ذلك أن مثل هذه التصرفات - على خلاف التصرفات القابلة للابطال - لا يكون لها أثر أو نفاذ فى ذمة المولى عليه فى الأصل ، ولكن يمكن أن يتحقق لها هذا الأثر باقرارها من بعد ممن يملك ذلك ، أو يتأيد نهائيا انعدام أثرها بتخلف هذا الاقرار . وهى على هذا النحو ، تختلف كذلك عن التصرفات الباطلة بطلانا مطلقا التى تعتبر غير منعقدة أصلا منذ البداية فيستحيل تصحيحها بالتالى من بعد .

---

(١) أنظر فى ذلك :

الأحكام المشار إليها فى نظرية العقد للسنبورى ، الموضع السابق . - نقض ١٦ يونية ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٥٩ ، ص ١٣٢ . - نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٦ ، ع ١ ، رقم ١٢ ، ص ٧٣ .

(٢) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، هامش «١» ص ٤٠١ . - سليمان مرقس و محمد على امام ، عقد البيع و التقنين المدنى الجديد ، فقرة ١٣٨ ، ص ١٩١ - ١٩٢ . - اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢٠٧ - ٢٠٩ .

وقساب : عبد المنعم البدروى ، عقد البيع فى القانون المدنى ، ١٩٥٧ ، فقرة ١١٧ ،

ص ١٧٦ .

(٣) أنظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٨٥٨ .



## الفصل الثاني

### الشخص المعنوي أو الاعتباري (١)

#### La personne morale

#### ٣١٥ - أهمية الشخصية المعنوية ، ولزومها ، وتنظيمها

إذا كانت القيمة الاجتماعية للكائن هي - كما رأينا - مناط اعتراف القانون له بالشخصية ، وكان من البادي ثبوت هذه القيمة للانسان باعتباره الغاية من وجود الجماعة والقانون والحقوق ، فليس معنى ذلك انحصار هذه القيمة في الانسان وحده وتخلفها بالضرورة عند غيره . اذ ليس ثم ما يحول - ومدلول الشخصية ما قدمنا - دون الاعتراف بها لغير الانسان من الكائنات ، ما دامت تتوافر له مثل هذه القيمة الاجتماعية بحيث يصلح مركزا للحقوق والالتزامات مما يحتم اسنادها ونسبتها اليه باعتباره صاحبها (٢) .

والواقع أن حقائق الحياة الاجتماعية نفسها تفرض الاعتراف بالشخصية لبعض الكائنات الجماعية التي تقوم بغرض تحميق أهداف ومصالح انسانية . ذلك أن الانسان بمفرده أعجز - بالنظر الى حيسه المحدود وعمره الموقوت

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922. — Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e éd., par Trotabas, 2 vol., 1932. — Clements, Personnalité morale et personnalité juridique, 1935. — Coulombel, le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé, thèse Nancy, 1949; Personne morale. Encyclopédie Dalloz, droit civil, t. III, pp. 759 - 764. — Durand, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Etudes Ripert, t. I, pp. 138 - 159.

• كتابنا سالف الذكر ، فقرات ٣٢٥ - ٣٧١ ، ص ٨٥٩ - ١٠٠٨ .

(٢) أنظر سابقا ، ص ٥١٦ و ٥١٧ .

عن القيام بأعمال ضخمة لها حظ من الدوام والاستمرار . فصالح البشرية واستمرار وجودها متواصلة دون توقف أو انقطاع ، يجعل من المحتم قيام تجمعات فردية أو مالية قوية ودائمة ، تواصل رسالتها على مر أجيال متعاقبة ، في انطلاق من قصور طاقة الفرد وتحرر مما يتهدد الانسان من موت . وهو ما يتطلب الاعتراف لهذه التجمعات بكيان مستقل عن كيان الأفراد المكونين لها أو المنتفعين بها ، بحيث تدخل باسمها ميدان النشاط القانوني وتصبح صاحبة للحقوق والالتزامات ، مما لا يتأتى الا باعطائها شخصية مستقلة خاصة بها .

وضرورات الحياة الاجتماعية المحتومة التي تفرض الاعتراف بالشخصية لمثل هذه التجمعات قد فرضت نفسها دائما على القوانين الوضعية ، منذ ما عرفت الدولة في القديم ووجب الاعتراف لها بداءة بشخصية ذاتية مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين لها ، لتمكينها من النهوض بتبعاتها من تمثيل نفس الأمة على اختلاف حكامها وتعاقب أجيالها . ثم تطور الامر الى الاعتراف بالشخصية كذلك لبعض جماعات الأفراد المستهدفة أو غير المستهدفة تحقيق الربح ولبعض مجموعات الأموال المرصودة على تحقيق البر أو النفع العام ، على اختلاف بين الشرائع في مدى هذا الاعتراف - ضيقا واتساعا - تبعا لمدى تخوف الدولة من ظهور مثل هذه الأشخاص المعنوية القوية الى جانبها واستشعارها الخطر من منافستها لها وتوسطها بين الفرد وبينها ، فتاريخ الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية (١) هو تاريخ كفاح الدولة ضدها (٢) .

ولم يعن المشرع المصري أول الأمر بوضع قواعد عامة توصل نظرية للشخصية المعنوية أو الاعتبارية . ولكن التشريع المصري لم يكن يخلو على أى حال من نصوص تعتبر تطبيقات جزئية لفكرة الشخصية المعنوية ، كبعض نصوص التقنين التجارى ، ونصوص بعض القوانين الخاصة المتعلقة بأنواع

(١) راجع في هذا التاريخ وفي تطور فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية :

كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٦٢ - ٨٦٩ .



معينة من الجمعيات . غير أن القضاء المصرى لم يحصر حينئذ فكرة الشخصية المعنوية فى نطاق هذه النصوص وحدها ، بل توسع فيها وبسطها على كثير من جماعات الأشخاص وبعض مجموعات الاموال . فاستقر على الاعتراف بالشخصية للجمعيات ما دامت تهدف الى أغراض مشروعة خاصة وأن دستور سنة ١٩٢٣ كان يقرر أن للمصريين حق تكوين الجمعيات (١) ، وعلى الاعتراف بالشخصية كذلك للشركات ما عدا شركات المحاصة (٢) ، وللأوقاف (٣) . ولكنه لم يصل الى حد اسباغ الشخصية للمعنوية على المؤسسات الخاصة اكتفاء بما كان يفنى عنها من الأوقاف .

وقد حرص المشرع المصرى أخيرا على تقنين هذا القضاء واكماله بخاصة فيما يتعلق بمنح المؤسسات الخاصة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، فجاء التقنين المدنى الحالى متضمنا تنظيما عاما يحكم الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ويبين أنواعها المختلفة ، وتنظيما خاصا لأهم الأشخاص المعنوية الخاصة وهى الجمعيات والشركات والمؤسسات . ثم أعاد المشرع المصرى تنظيم أحكام الجمعيات والمؤسسات الخاصة مرتين : الأولى بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، والثانية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون المطبق حاليا فى هذا الشأن . كل ذلك فضلا عن أحكام التنظيمات الخاصة ببعض الأشخاص الاعتبارية الأخرى وفى طليعتها النصوص الخاصة بالشركات التجارية .

### ٣١٦ - منهج البحث

لدراسة الشخص المعنوى أو الاعتبارى ، نقف أولا على الأصول العامة التى تحكم الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، ثم نبين أنواع الشخص المعنوى

(١) أنظر : الاسكندرية المختلطة ١٩ مارس ١٩٢٣ ، المحاماة ٥ ، رقم ١٤٩ ، ص ١٦٣ ، مصر الأهلية ( استئنافى ) ٢٥ مايو ١٩٢٥ ، المحاماة ٥/٦١٨/٧٥٠ ، مصر الكلية ( مسعجل ) ٢٠ مارس ١٩٤٠ ، المحاماة ٢٠/٥١٤/١٢٣٢ .

(٢) أنظر بصفة خاصة : نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر ( مدنى ) ج ٥ ، رقم ٣١ ، ص ٧٢ .

(٣) نقض ٢٦ ابريل ١٩٣٤ ، مجموعة عمر ( مدنى ) ، ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٧٠ -



## المبحث الأول

### النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

#### ٣١٧ - تمهيد وتقسيم

إذا كان الاعتراف بوجود الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية قد أصبح أمراً واقعاً ومسلماً في القوانين الوضعية الحديثة ، إلا أن الخلاف ما يزال قائماً في الفقه حول طبيعة هذه الأشخاص وتكييفها ، وإن كان الراجح - كما سنبين - أن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية حقيقة واقعية وليست مجرد حيلة صناعية . ومع ذلك فإنها في طبيعتها هذه تختلف بعض الاختلاف المحتوم عن الشخصية الطبيعية نتيجة الاختلاف بينها في التكوين ، مما يظهر أثره خاصة في كيفية ابتدائها ، وتحديد مداها وأهلية وجوبها ، وتعيين علاماتها وخصائصها المميزة ، ورسم كيفية سيرها ونشاطها ، وتحديد طرق انقضاءها وانحلالها .

ولذلك نقسم هذا المبحث على النحو التالي :

- المطلب الأول - في طبيعة الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الثاني - في ابتداء الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الثالث - في مدى الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الرابع - في مميزات الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الخامس - في نشاط الشخصية الاعتبارية .
- المطلب السادس - في انقضاء الشخصية الاعتبارية .

## المطلب الأول

### طبيعة الشخصية الاعتبارية

#### ٣١٨ - الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية وأهميته

احتدم الجدل في الفقه حول طبيعة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية . بحيث تمازغته نظريتان متعارضتان : الأولى ترى في هذه الشخصية مجرد افتراض وخيلة صناعية ، والثانية ترى فيها حقيقة من الحقائق الثابتة . وليس مثل هذا الخلاف - كما قد يبدو في الظاهر - خلافا نظريا مجرد القيمة من الناحية العملية . ذلك أن تفاوت النظرة هذا التفاوت الى تكييف وتأصيل الشخصية الاعتبارية ، ينعكس أثره من الناحية العملية على مسائل كثيرة ، مثل تحديد مدى سلطان المشرع ازاء الأشخاص الاعتبارية ، وكيفية تعيين جنسيتها ، وامكان تقرير أو عدم تقرير مبدأ مسئوليتها الجنائية والمدنية ، وتبرير الحد من مدى أهليتها ، وتحديد أسباب ونتائج انقضائها (١) .

فنعرض أولا لنظرية الشخصية الافتراضية (Théorie de la personnalité fictive) ثم لنظرية الشخصية الحقيقية (Théorie de la personnalité réelle) لنرى من بعد - على ضوء تقدير النظريتين - جوهر حقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ومقوماتها .

#### ٣١٩ - نظرية الشخصية الافتراضية (٢)

(١) عرض النظرية : تقوم هذه النظرية على أن الانسان وحده هو الذي

(١) أنظر في ذلك :

Beudant et Voritin, t. IV, No. 242.

(٢) راجع ، بصفة خاصة ، في عرض هذه النظرية وتقدما :

Salleilles, pp. 306 - 386. — Roguin, t. II, Nos. 711 - 714, pp. 376 - 379. —  
Bonnecase, t. IV, Nos. 61 bis et s. — Michoud, t. I, Nos. 6 - 15 bis,  
pp. 16 38. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 243. — De la Gressaye et  
Laborde-Lacoste, No. 390. — Mazeaud, t. I, No. 593. — Marty.  
et Raynaud, t. I, No. 1048.

محمد عبد الله العربي ، الفقه الإداري الحديث وتصويره للدولة ونشاطها القانوني ، مجلة  
القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٩٤ - ١١٨ ، أنظر : ص ١٠٠ - ١١٠ .

ثبت له الشخصية في نظر القانون . واذا كان القانون ، فضلا عن ذلك ،  
يترف - في أحوال معينة - لغير الانسان بالشخصية فيخلعها على جماعات  
من الاشخاص أو مجموعات من الاموال حتى يثبت لها صلاحية في اكتساب  
الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فانما يتوصل الى ذلك - تحقيقا لهذا الغرض -  
عن طريق حيلة صناعية بحت وافتراس قانوني محض ، بتشبيه هذه  
الجماعات من الاشخاص وتلك المجموعات من الاموال بالانسان ، رغم ما في  
ذلك من مخالفة واضحة لحقائق الواقع . وبذلك لا يكون لمثل هذه الأشخاص  
المعنوية وجود حقيقي كالانسان ، وانما يكون ابا مجرد وجود صناعي من خلق  
القانون . فالحق عند هذه النظرية قدرة ارادية لدى صاحبه ، بحيث لا يتصور  
ثبوت الحق الا للانسان وحده باعتباره - بحسب طبيعته - الكائن الوحيد  
ذا الارادة ، مما يجعل اثبات الشخصية أو صلاحية اكتساب الحقوق لغير  
الانسان مجرد تعادل من قبل القانون يسوغ على الشخص المعنوي أو الاعتباري  
ارادة لا يثبتها له الواقع .

والنظر الى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على أساس أنها مجرد خلق  
صناعي وافتراس بحت لا يستند الى حقيقة واقعة ، يولد عند أنصار هذه  
النظرية نتائج عملية معينة ، منها اسلاق يد المشرع وسلطانه في أمر  
الشخصية الاعتبارية ، بحيث يكون هو المتحكم في منحها أو منعها ، وهو  
صاحب القول الفصل في بقائها ان شاء مد في حياتها وان شاء أنهاما .  
ومنها الحد من حقوق الشخص الاعتباري وحصر أهليته في نطاق لا تعدوه هو  
نطاق الغرض من وجوده ، وهو ما يعنى تخصصه بهذا الغرض وحده . ومنها  
كذلك امتناع تقرير مسؤولية الشخص الاعتباري الجنائية والمدنية على  
السواء ، لأن القصد الجنائي والخطأ الشخصي - وهما يتطلبان الوعي والارادة  
والادراك - لا يتصور نسبتتهما الى شخص وهمي افتراضي لا وجود  
حقيقي له (١) .

(١) راجع ، بصفة خاصة ، في تفصيل النتائج المترتبة على نظرية الافتراض :

(٢) **تقدير النظرية** : واضح أن هذه النظرية تقوم على مقدمات غير مسلمة . فالقول بأن الانسان وحده ، هو الذى تثبت له الشخصية فى القانون . باعتبار ذلك من قبيل المسلمات البديهية المحتمومة ، قول يعوزه الدليل ويصح لذت نعتة بما ينعت به الشخصية المعنوية من افتراض ، وهو انما يقوم على خبط ظاهر ينمى توقيه ، كما سبق البيان ، بين مدلول الشخصية فى القانون وبين مدلولها فى الفلسفة والأخلاق وعلم النفس . بينما انابت أن مدلول الشخصية فى القانون أوسع نطاقا وأرحب مدى من مدلولها الفلسفى أو النفسى ، اذ يتسع للانسان ولغير الانسان . وكذلك تستند هذه النظرية الى تعريف خاص للحق ، بأنه قدرة ارادية ، ليس هو التعريف السائد ولا المقبول .

وكذلك يؤخذ على هذه النظرية خطورة النتائج التى يحتملها منطقتها . فهى حين تنظر الى شخص الاعتبارى بوصفه شخصا وهميا افتراضيا . لا تحل المشكلة الضخمة التى تختفى وراء فكرة الشخصية الاعتبارية وهى مشكلة تحديد من يعتبر مالكا لأشياء غير مملوكة لانسان بعينه ، كما هى الحال فى صورة جماعات الأفراد أو مجموعات الأموال ، أو هى تحلها على نحو غير معقول أو مقبول باعتبار أن المالك هو ذلك الشخص الاعتبارى الافتراضى الذى لا وجود حقيقى له ، وهو ما يعنى فى الواقع أن هذه الأشياء سائبة غير مملوكة لأحد (١) .

ومن ناحية أخرى ، فإن منطق هذه النظرية فى اطلاقه يحتم اعتبار الدولة نفسها شخصا افتراضيا وهميا ، وليس يخفى خطر مثل هذه النتيجة على القانون وعلى الجماعة وفكرة السيادة فيها . واذا كان بعض أنصار هذه النظرية يتحايلون - لتفادى هذه النتيجة - بالقول بأن الدولة شخص معنى حقيقى لأن وجودها ضرورى محتوم (٢) ، ففى ذلك القضاء على النظرية (٣)

(١) فى هذا المعنى :

Michoud, t. No. 8, p. 19.

(٢) أنظر فى الإشارة الى هذا القول والى أصحابه :

Bonnecase, t. IV, pp. 111, 120, 121, 138.

Michoud, t. I, No. 12, p. 28. (٣)

• واستقامة منطقتها (١) .

وإذا كانت هذه النظرية تفتقد - على هذا النحو ، الأسس المسلمة والمنطق السليم وتفضى الى نتائج غير مقبولة أو واقعية ، فهي حقيقة اذن بما يختطه الفقه الحديث تجاهها من رفض واعراض .

### ٣٢٠ - نظرية الشخصية الحقيقية

إذا كانت النظرة الى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بوصفها شخصية وهمية افتراضية أمرا غير مقبول ، فان جديور الفقه الحديث يستقر اليوم على النظر الى الشخصية المعنوية بوصفها حقيقة واقعية . وليس معنى هذا أن الاتفاق سائد حول مفهوم هذه الحقيقة وجوهرها ، فانصار الشخصية الاعتبارية الحقيقية في اتفاقهم على الصفة الحقيقية لهذه الشخصية ونفي الصفة الافتراضية عنها يختلفون بعد ذلك في تصوير هذه الحقيقة أشد الاختلاف ، مما أدى الى ظهور نظريات مختلفة في هذا الشأن .

#### ( ١ ) نظريات تماثل الشخصية الاعتبارية والشخصية الطبيعية :

يوجد اتجاه كبير يحارل تصوير حقيقة الشخصية الاعتبارية على نسق وحداء حقيقة الشخصية الطبيعية وتكوين الانسان ، اما بادعاء وجود تكوين عضوي في الشخص المعنوي مماثل للتكوين العضوي أو الحيوي للانسان ، واما بادعاء وجود ارادة جماعية في الشخص المعنوي مقابلة للارادة في الشخص الطبيعي .

#### ١ - النظرية العضوية أو الحيوية Théorie organique ou biologique (٢) :

لا ترى هذه النظرية فارقا في التكوين بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ، فكل منهما يتكون من تجمع خلايا متعددة تكون كلا واحدا ، اذ الأفراد المكونون للشخص الاعتباري هم خلايا هذا الجسم الواحد التي تؤلف وجوده وتخلق حياته .

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٢٣٠ ، ص ٨٧٦ و ٨٧٧ .

(٢) راجع في عرض هذه النظرية وانتقادها .

Saleilles, pp. 527, 528. — Michoud, t. I, Nos. 33 - 25. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.

( م ٤٠ - المدخل الى القانون )

ولكن من الواضح أن مثل هذا التصوير تصوير مجازي محض وليس  
بالتصوير الحقيقي . فضلا عن أن القول بكفاية وجود خلايا تكون بتجمعها كلا  
أو جسما واحدا لقيام الشخصية قول غير صحيح على إطلاقه ، فالحيوانات  
والنباتات تتكون كذلك من خلايا ومع ذلك لا تتمتع بالشخصية في نظر  
القانون .

٢ - **نظرية الإرادة** : ترى هذه النظرية أن للشخص الاعتباري إرادة  
جماعية واحدة مستقلة عن إرادات الأشخاص الطبيعيين المؤلفين له ، وهو  
ما يكفي لاسياغ الشخصية عليه كما تكفي الإرادة عند الإنسان لذلك (١) .

وتركيز هذه النظرية على عنصر الإرادة وتعليقها الشخصية بالتالي على  
وجود الإرادة أو امكان ظهورها ، ناشيء من أخذها الحق على التعريف التقليدي  
من أنه قدرة أو سلطة إرادية ، وهو تعريف يبين الفساد كما سبق البيان .  
وكذلك يعيب هذه النظرية أنها تحاول أن تخلق تماثلا أو تطابقا بين  
الشخص المعنوي أو الاعتباري والشخص الطبيعي في الشخصية الفلسفية أو  
الأخلاقية أو النفسية من حيث الإرادة خاصة (٢) ، رغم أن هذا التماثل أو  
التطابق مستحيل بين الشخصين وأن الإرادة ليست مناط الشخصية كما  
سبق البيان .

(٢) **نظرية المصلحة الجماعية** : تربط هذه النظرية - التي تروج عند  
جمهور الفقه الفرنسي الحديث (٣) - الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بتعريف الحق

(١) راجع بخاصة في عرض هذه النظرية وانتقادها :

Salleilles, pp. 524 - 526, 528 - 549 — Michoud, t. I, Nos. 36 - 44. —  
Clements, pp. 62 et s.

كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٨٨ - ٨٩٠ .

(٢) في هذا المعنى :

Michoud, No. 43. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.

اسماعيل غانم ، ص ٢٢٠ .

(٣) Michoud, t. I, 52, 53. — Capitant, No. 160. — Beudant  
et Voirin, t. IV, No. 252. — Colin, Capitant et De Da Morandière, t. I,  
No. 898. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 71.



بأنه مصلحة يحميها القانون ، فتؤسس هذه الشخصية على وجود مصلحة جماعية (intérêt collectif) مستقلة عن المصالح الفردية . ومنطق هذه النظرية أنه إذا كانت الحقوق مصالح يحميها القانون ، فليس يحتم أن تكون هذه المصالح فردية وأن يوجد على رأسها أفراد أو أشخاص طبيعيين ، بل قد توجد مصالح جماعية تبلور في تنظيم معين يوفر لها كيانا مستقلا عن المصالح الفردية للأعضاء الداخلين في هذا التنظيم أو المنتفعين به ، فحينئذ تكون جديرة بحماية القانون ، وتكون حقوقا جماعية مستقلة يمكن نسبتها الى شخص جماعي مستقل .

وإذا كانت هذه النظرية تفضل النظرية العضوية أو الحيوية نظرية الإرادة بتجنبها محاولات هاتين النظريتين العقيمة الفاشلة لاثبات شخصية فلسفية أو نفسية للأشخاص الاعتبارية كالأشخاص الطبيعية سواء من حيث التكوين العضوي أو الإرادي ، إلا أنها وقد ربطت نفسها بتعريف معين للحق كمصلحة يحميها القانون ، لا بد وأن تتعرض لما يتعرض له هذا التعريف من انتقادات كثيرة سبقت الإشارة إليها (١) . وقضلا عن ذلك ، فإن ربط الشخصية بهذا التعريف يقود منطقا الى حصر الشخصية في صاحب المصلحة أو المتمتع بالفائدة والمنفعة ، وهو ما يكشف عن أن الشخصية يجب أن تثبت لجماعات الأفراد أو مجموعات الأموال نفسها ككل واحد مستقل ولكن للأشخاص الطبيعيين المكونين لهذه الجماعات أو المنتفعين بهذه المجموعات ، لأن المنفعة والتمتع انما يعود اليهم وحدهم في نهاية المطاف لا الى هذه الجماعات أو تلك المجموعات (٢) . وكان الاعتراف لهذه الجماعات أو المجموعات ككل بشخصية معنوية أو اعتبارية مستقلة ليس في الواقع اذن الا افتراضا محضاً يستر حقيقة الواقع .

### ( ٣ ) النظرية الاجتماعية أو نظرية النظم (٣) : تتصدى هذه النظرية

(١) راجع سابقا ، فقرة ٢٢٨ .

(٢) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 142, 143.

(٣) راجع في ذلك بخاصة :

لتفسير الشخصية الاعتبارية على أساس من البصر بالواقع الاجتماعي وما تتضمنه ظواهره من نظم مختلفة . وعى تقسده بالنظم وجود فكرة موجهة تتحقق وتستمر في الجماعة عن طريق سيطرة منظمة تعمل بأدوات وأجهزة خاصة ، وتعطيها كيانا أو هيئة اجتماعية مستقلة لها حياتها الداخلية ونشاطها الخارجي (١) .

ومن ذلك يتضح أنه ليست كل فكرة يتاح لها التحقيق والاستمرار في المحيط الاجتماعي تكون شخصا معنويا وبالتالي شخصا قانونيا . فثم نظم يمكن تسميتها « النظم الاشياء » (institutions - choses) ليست بأشخاص ، لأنها - رغم اعتبارها فكرة تعيش وتتحقق في المحيط الاجتماعي - لا تولد كيانا أو هيئة ذاتية تعمل بوسائل خاصة بها . فالقاعدة القانونية مثلا اذا كانت نظاما يعيش في المجتمع حول فكرة أساسية موجهة ، الا أنها لا تتخذ شكل هيئة ذات كيان مستقل تعمل بأدوات وأجهزة ذاتية لتحقيق هذه الفكرة وانما تتوصل الى هذا التحقيق باستعارة سلطة الدولة . ولذلك تظل مجرد نظام من الأنظمة الأشياء (٢) .

وانما يصير النظام شخصا أو يدخل مرحلة التشخيص المعنوي فالقانوني (٣) ، اذا ولدت الفكرة هيئة لها وجود ذاتي في المجتمع وتنظيم معين

= Hauriou, Au sources du Droit, 1933, La théorie de l'institution et de la fondation, pp. 89 - 128. — Renard, La théorie de l'institution, 1930 ; La philosophie et l'institution, 1939. — Delos, La théorie de l'institution, La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif, Arch. de Phil. du droit et de soc. juridique, 1931, Nos. 1 - 2, pp. 97 - 153.

(١) ترجع الجنود الأولى لهذه النظرية الى الفقه الألماني ، وان كان ذأؤها كمنظرية متكاملة قد تم في الثلث الأول من القرن الحالي على يد جانب من الفقه الفرنسي الحديث . وهي تنسب فيه خاصة الى « هوربو » ، الا أن فكرتها قد أثارها من قبل « سالي » (Saleilles, pp. 608, 609) ثم فصلها وبسطها من بعد « رينار » و « ديبلو » .

ويأخذ بهذه النظرية كذلك بعض الفقهاء المصريين ، انظر :

شفيق شحاته ، فقرة ١٢٣ - عبد الحى حجازى ، ص ١٦٨ و ١٦٩ .

Hauriou, op. cit., p. 97. (٢)

(٣) ترى هذه النظرية ان الشخصية القانونية ليست الا تعبيرا عن الشخصية المعنوية في المحيط القانوني ، أو هي أسلوبها القانوني (Hauriou, op. cit., p. 127)

يعمل لتحقيقها بوسائل وأجهزة خاصة ، وباندماج واتحاد جماعة من الأفراد - الأعضاء أو المنتفعين - مع هذه الأجهزة في هذه الفكرة . فالدولة مثلا تعتبر من « النظم الأشخاص (institutions - personnes) (١) ، لأن الفكرة الموجهة - وهي حماية مجتمع وطني - لا تلبث أن تخلق هيئة اجتماعية لها كيان ذاتي مستقل هي الدولة ، تقوم على تنظيم معين وأجهزة خاصة - كأجهزة التنفيذ والتشريع - لتحقيق هذه الفكرة في اتحاد وتعاون مع المواطنين أعضاء هذا المجتمع المندمجين في هذه الفكرة .

فاجتماع هذه العناصر الأساسية اللازمة للشخصية من شأنه أن يصير الفكرة كأنها اجتماعيا متميزا ، له وعي بذاته وبصر بمصيره وأهدافه ، وقدرة على النشاط لتأكيد استمرار بقائه محققا غاياته بوسائله وأجهزته الخاصة ومتحملا مسئولية أفعاله وتصرفاته (٢) .

وإذا كانت هذه النظرية تفضل نظرية المصلحة بما تقدم من تحليل مبتكر لحياة الكائنات الجماعية مستوحية كنه الروابط والظواهر الاجتماعية ، فيبقى أنها نظرية يحوطها الكثير من الغموض ، وأن معيار الشخصية المعنوية أو الاعتبارية فيها ما يزال يفتقد دقة التحديد (٣) ، وأن الفصل بين « النظم الأشياء » و « النظم الأشخاص » فصل تحكمي يعوزه الوضوح والتبرير على السواء .

وإذا كان ظاهر هذه النظرية قد يشعر بتجنبها محاولات بعض النظريات الأخرى بناء الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على نسق وحداء شخصية الانسان الى حد التطرف العكسي غير المقبول في محاولة بناء شخصية الانسان نفسها على نسق وحداء شخصية الجماعات واعتبارها كذلك نظاما من النظم

(١) Hauriou, op., cit., p. 96.

(٢) أنظر في بيان ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٩٥ و ٨٩٦ .

(٣) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, t. I, No. 1049, p. 1264.

ولذلك يعيب عليها بعض الفقهاء (Pflaniol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72)

عجزها عن تفسير عدم تمتع الأسرة بالشخصية ، وهي نظام من أكثر النظم متانة واستقرارا .

التي تقوم على فكرة موجهة معينة يعمل في خدمتها ولتحقيقها تنظيم معين بمعاونة واشتراك خلايا متعددة(١) ، الا أن هذه النظرية في حقيقة الأمر ما تزال تدور في الحلقة المفرغة التقليدية من محاولة تصوير الشخص المعنوي على هيئة وتكوين شخص الانسان ، وآبة ذلك أنها تستلزم في الكائن الاجتماعي وعيا بذاته وبصرا بأهدافه وتتكامل في وسائله بما يحقق الغاية الموجهة .

### ٣٢١ - جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية

هاتان هما النظريتان الأساسيتان في تكييف طبيعة الشخصية الاعتبارية على اختلاف وتباين صور كل منهما . وواضح مما قدمنا أنه يجب استبعاد فكرة الافتراض في هذا الشأن ، فلا يبقى الا التسليم بأن الشخصية الاعتبارية تمثل حقيقة واقعية ، ولذلك نفضل اصطلاح « الشخصية المعنوية » على اصطلاح « الشخصية الاعتبارية » الذي يستعمله المشرع المصري منذ صدور التقنين المدني الحالي بخاصة ، لا ينطوي عليه الاصطلاح الثاني من معنى الافتراض . غير أننا رأينا أن التصويرات المختلفة لهذه الحقيقة ليست بالتصويرات المقنعة . من أجل ذلك ، ينبغي محاولة التماس تصوير آخر لحقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية يكون أكثر منطقاً وقبولاً ، باستهداء الحقائق التي استخلصناها من مناقشة التصويرات المختلفة لحقيقة هذه الشخصية والدلول المحدد الذي أعطيناه للشخصية القانونية .

والشخصية في نظر القانون - كما سبق البيان - إنما تعنى فحسب مجرد صلاحية كائن من الكائنات لوجود الحقوق له أو عليه . وقد حددنا هذا الكائن بأنه كائن متميز ذو قيمة اجتماعية معينة(٢) . وواضح أنه ليس المقصود بالكائن المتميز كائناً حياً حياة طبيعية حسية عضوية بالضرورة ، فالحيوان بل والنبات كائن بهذا المعنى ولكنه لا يتمتع بالشخصية في نظر

(١) انظر في ذلك بخاصة :

Hauriou, op. cit., pp. 108, 109.

(٢) راجع سابقاً ، ص ٥١٧ .

القانون ، وإنما المقصود به كل موجود له وجود ذاتي مستقل وحقيقي .  
ويجب أن يؤخذ الوجود الحقيقي بالمعنى الواسع الذي يصرفه الى كل وجود  
مادى أو معنوى ، لا بالمعنى الضيق الذي يقصره على الوجود المادى  
الحسى ، اذ ينبغى الحذر من الخلط بين المادة (matière) وبين الحقيقة  
(réalité) (١) ، فليست الماديات المحسوسة وحدها هي التي تتمتع بوجود  
حقيقي . ويستوى في هذا الوجود الحقيقي أن يكون الكائن الموجود من خلق  
الطبيعة كالانسان ، أو من خلق الانسان وتخدمه (٢) - كالشركات والجمعيات  
والمؤسسات - ما دام لها من الوجود والكيان المستقل ما يميزها عن كيان  
وذاوية الشركاء والأعضاء والمنشئين .

ولكن ليس معنى ذلك أن كل كائن له وجود ذاتي مستقل وحقيقي على  
هذا النحو يتمتع حتما بالشخصية ، بل يلزمه لهذا التمتع - فضلا عن ذلك -  
أن يمثل قيمة اجتماعية معينة (٣) تجعله أهلا لأن يدخل في الوجود القانوني  
كصاحب حياة قانونية مستقلة يصبح بمقتضاها مركزا للحقوق والواجبات  
أو الالتزامات . فالشخصية القانونية اذن انما تتحقق بتحويل الوجود الواقعي  
لمثل هذه الكائنات الى وجود قانوني توضع فيه على رأس حياة قانونية  
مستقلة ، ما دام أن لها من القيمة الاجتماعية ما يقتضى ويبرر مثل هذا  
التحويل . ولذلك فبعض الكائنات التي لها وجود ذاتي واقعي بل وحسى  
كالحيوانات ، اذا دخلت مرحلة الوجود القانوني فلا تدخل فيه باعتبارها  
صاحبة حياة قانونية مستقلة ، لأنه ليس لها من القيمة الاجتماعية ما يبرر  
وضعها على رأس مثل هذه الحياة وجعلها مركزا وصاحبة للحقوق  
والالتزامات ، وإنما تدخل فيه - بحكم طبيعتها التي تجعلها مسخرة لخدمة  
الانسان - بوصفها شيئا تابعا ومحملا وموضوعا لحقوق الأشخاص ذوي الحياة

(١) Dabin, p. 135

(٢) Dabin, p. 151

(٣) في هذا المعنى :

Réglaide, pp. 75 76. — Dabin, pp. 148, 149.

وأنظر كذلك سابقا ، ص ٥١٦ و ٥١٧ .

القانونية المستقلة (١) .

فالإنسان إذا كانت له الشخصية القانونية اليوم ، فليس ذلك مؤسسا  
اذن على شخصيته الفلسفية أو النفسية ولا على تكوينه العضوي أو الحيوي  
الخاص ولا على ارادته المستكنة أو الناشطة . وإنما تثبت له الشخصية باعتباره  
كائنا له كيان ذاتي مستقل ويمثل من القيمة الاجتماعية ما يحتم وضعه على  
رأس حياة قانونية مستقلة واعتباره مركزا صالحا لأن تسند اليه مظاهر هذه  
الحياة من حقوق والتزامات .

وكذلك الشأن في الدولة والجمعيات والشركات والمؤسسات والأوقاف  
وغيرها من صور الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، فهي كائنات لها  
وجودها الذاتي والحقيقي في الحياة الاجتماعية ، وتمثل من القيمة الاجتماعية  
ما يدخلها في نطاق القانون صاحبة حياة قانونية مستقلة ومركزا لحقوق  
والالتزامات أي شخصا من أشخاص القانون . ومثل هذه القيمة الاجتماعية  
تتوافر لهذه الكائنات حينما يصبح وجود هذه الكائنات مفروضا بالضرورة .  
وهو ما يتحقق أمام ضخامة بعض الأهداف الانسانية المشروعة ذات القيمة  
الاجتماعية أو الرغبة في استدامتها على مر أحوال طويلة متعاقبة ، اذ يكون  
من الخطر اسناد هذه الأهداف الى كائن فردي بعينه وربط مصيرها  
بمسيره ، مع ما هو معلوم من طاقته المحدودة وظروفه غير المضمونة  
وحياته الموقوتة . بل ينبغي الاعتراف لهذه الأهداف بحياة مستقلة عن  
حياته ، وقدرة قوية تطاول قوته ، وهو ما لا يتأتى الا باسنادها الى هذه  
الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، التي توحد كما رأينا وجودا حقيقيا وان  
لم يكن ماديا في الحياة الاجتماعية ، والتي تتمتع - رغم خروجها من تجمع  
وتكتل عدد من الأفراد أو رصد فرد أو أفراد مجموعة من الأموال على تحقيق  
هذه الأهداف - بكيان ذاتي مستقل لا يختلط بكيان وذاتية مكوناتها أو  
منشئها من الأفراد .

ومن ذلك تتضح حقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية وقيامها على

عنصرين أساسيين :

(١) في هذا المعنى :

( ١ ) **كائن جماعى أو اجتماعى** يخرج من تجمعات فردية أو مالية ويتمتع بكيان ذاتى مستقل عن كيان وذاتية تكوينيه أو منشئته من الأفراد .  
وجود مثل هذا الكائن وجود حقيقى لا افتراضى فيه . مادامنا نفصل الشخصية القانونية عن الشخصية الفلسفية أو النفسية ولا نقصر الحقيقة على الحقيقة المسادية وحدها ، ودون حاجة الى اصطلاح وعى . أو تكوين عضوى أو ارادى له مماثل للإنسان .

( ٢ ) **توافر قيمة اجتماعية لهذا الكائن** ، متأتية من قيمة الهدف الذى يسمى الى تحقيقه ، ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق .

فإذا توافر هذان العنصران ، استوى الكائن الجماعى أو الاجتماعى على رأس حياة قانونية مستقلة متعلقة بهذا الهدف وصار مركزا تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق وواجبات والتزامات ، اذ يكون حينئذ أهلا لأن يستأثر بما يتعلق بهذا الهدف من قيم وسنطيات ويتحمل بما يفرضه من واجبات وتبعات .

ويراعى أننا نستبعد من مقومات وعناصر الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ما تتفق عليه كثير من النظريات والآراء (١) من استلزام وجود تنظيم معين للشخص المعنوى يعمل فى خدمة غرضه أو فكرته بأجهزة وأدوات خاصة به . وليس معنى ذلك أننا ننكر الحاجة الى وجود مثل هذا التنظيم ، فهو ضرورى ولكن لنشاط الشخصية المعنوية لا لوجودها . وليس فى ذلك غرابة ، فالصغير غير المميز يتوافر على الشخصية لمجرد كونه كائنا ذاتيا ذا قيمة اجتماعية ، دون استلزام قيامه بنفسه بما تستلزمه شخصيته من

(١) أنظر فى ذلك صفة خاصة : ...

Michoud, t. I, Nos. 54, 55. — Hauriou, pp. 98, 102 et s. — Bonnecase, t. IV, No. 155. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, Nos. 393 - 395. — Dabin, pp. 148, 149, 163.

تمقيق شحاته ، فقرة ١١٩ و ١٢٠ . - عبد المنعم فوج الصدة ، فقرة ١١٧ . - سليمان مهرقس ، فقرة ٢٢٧ . - اسماعيل غانم ، ص ٢٢١ .

نشاط اذ ينوب عنه في ذلك شخص آخر هو الوصي . وكذلك الحال في الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية التي تتوافر لها مقومات وجود الشخصية بكيانها الذاتي المستقل ذي القيمة الاجتماعية ، ثم تحتاج من بعد الى جهاز وتنظيم معين يباشر عنها نشاطها .

## المطلب الثاني

### ابتداء الشخصية الاعتبارية

#### ٢٢٢ - اكتساب الشخصية الاعتبارية منوط باعتراف القانون

اذ كانت شقة الخلاف النظري واسعة على ما رأينا بين نظريات الافتراض ونظريات الحقيقة حول طبيعة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، فلم تلبث أن انعكست على تحديد مدى سلطات المشرع ازاء الأشخاص المعنوية من حيث اكتساب شخصيتها . اذ رتب أنصار نظرية الافتراض عليها أن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية تكون منحة من المشرع ، بحيث تترك لمحض حريته وتقديره دون قيد أو الزام عليه في ذلك . بينما رتب أنصار نظريات الحقيقة نتيجة عكسية ، مقتضاها أن الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ما دامت تعبر عن حقائق واقعية ، فشخصيتها القانونية لازمة وقائمة تفرض نفسها على المشرع بحيث لا يمكن انكارها اذا توافرت مقوماتها .

ويبدو أن من المغالاة رد أمر التقييد أو الاطلاق في حرية نشوء مثل هذه الكائنات الجماعية واكتسابها الشخصية الاعتبارية الى الخلاف حول طبيعة هذه الشخصية وهل هي افتراضية أو حقيقية (١) ، اذ ليس من المقبول في ظل القوانين الوضعية - وأيا كانت طبيعة هذه الشخصية - انكار الحاجة الى تدخل المشرع لاكتساب هذه الشخصية وابتدائها كما ذهب الى ذلك بعض غلاة أنصار نظرية الحقيقة . وليس في ذلك ما يناقض ما انتهينا

(١) في هذا المعنى :



اليه من حقيقة هذه الشخصية ، أو ما يحمل معنى التسليم بأن المشرع إنما يخلق بذلك الشخصية لهذه الكائنات خلقا صناعيا من العدم في شكل منحة يتفضل بها عليها . فليس تدخل المشرع مرادفا دائما للتحكم أو للافتراض ومخالفة الحقيقة ، وإنما يكون تدخله بمثابة الاعتراف بما توافر لهذه الكائنات في الحياة الاجتماعية من وجود حقيقي يستند الى مقومات معينة تجعلها أهلا لأن توضع على رأس حياة قانونية مستقلة بما تستتبعه من حقوق والتزامات ، فهو في تدخله في اكتساب وإبداء الشخصية الاعتبارية إنما يلتزم حكم الواقع والحقيقة لا يعدوه الى الاصطناع والافتراض ، فلا يقوم اذن بالخلق بقدر ما يقوم بالاعتراف (١) .

وإذا كان تدخل المشرع لازما لاكتساب وإبداء الشخصية الاعتبارية على هذا النحو من الاعتراف والتعير عن حقائق الواقع ، فليس معنى ذلك أن المشرع يلتزم بهذا الاعتراف التزاما مفروضا ، إذ يبقى الأساس في الشخصية الاعتبارية - وهو القيمة الاجتماعية التي تعطى الكائن الجماعي صلاحية تصدر حياة قانونية مستقلة - أمرا نسبيا يخضع لاعتبارات كثيرة أهمها اعتبارات العدل واختلاف صورته ومدلوله والترجح بانتالي بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، وهو ما يفسح للمشرع - باستيحاء هذه الاعتبارات - حرية في الاعتراف غير قليلة .

وعلى كل حال ، فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وتوقف اكتسابها على هذا الاعتراف ليس بالتدخل الغريب ولا القاصر على الأشخاص الاعتبارية وحدها ، حتى يحتاج الأمر الى انكاره أو التجاوز عنه احتفاظا للشخصية الاعتبارية بصفاتها الحقيقية . فالشخصية الطبيعية كذلك تستلزم مثل هذا الاعتراف وتتوقف عليه (٢) ، دون أن يمارى أحد في صفاتها الحقيقية .

(١) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 58, p. 130.

(٢) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 56.

كل ما في الأمر أن الاعتراف بها لم يعد يثير النظر أمام شمولها اليوم الناس كافة نتيجة ما انتهى اليه التطور من التسليم بما لكل فرد من قيمة اجتماعية تؤهله حياة قانونية مستقلة يكون صاحبها وعلى رأسها ، خلافا لما كان عليه الحال في الشرائع القديمة حين كانت القيمة الاجتماعية قاصرة على الأحرار وحدهم دون الأرقاء . أما الشخصية الاعتبارية ، فإذا كان يلزمها اعتراف المشرع كالشخصية الطبيعية ، إلا أن هذا الاعتراف يمثل أهمية خاصة وظاهرة بالنظر إلى عدم تساوي الكائنات الاجتماعية من جماعات الأفراد ومجموعات الأموال الموجودة في المجتمع في التوافر على القيمة الاجتماعية اللازمة لتشخيصها ، وهي نفس الأهمية التي كانت ثابتة للاعتراف بالشخصية الطبيعية في الشرائع القديمة كما أشرنا .

فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية هو نفس تدخله إذن للاعتراف بالشخصية الطبيعية ، وإن كانت سلطته في الاعتراف بالشخصية الأولى أوسع مدى ، نتيجة ما يقع عليه من واجب التيقن من توافر القيمة الاجتماعية للكائن الجماعي بالتحقق من هدفه وقدره في ميزان القيم الاجتماعية ومدى حاجته إلى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه ، ونتيجة تكوين هذا الكائن وصدوره عن تصرفات الأفراد وإراداتهم التي تخضع لحكم المشرع ورقابته للتأكد من سلامتها ومشروعيتها (١) .

### ٣٢٣ - الاعتراف العام والاعتراف الخاص

إذا كان تدخل القانون أو المشرع لازما على هذا النحو للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وابتدائها ، فهو يتخذ إحدى صورتين : صورة الاعتراف العام ، أو صورة الاعتراف الخاص .

أما صورة الاعتراف العام ، فتتحقق بوضع المشرع ابتداء شروطا عامة ، إذا توافرت في أي جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال ، اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون .

(١) في هذا المعنى :  
Michoud, t. I, No. 57.

دون حاجة الى ترخيص أو اذن خاص من جانب المشرع بصدد تكوين كل جماعة أو مجموعة منها على حدة . وهذا الاعتراف اعتراف غير مباشر ينشأ عن تنظيم تشريعي سابق لنماذج معينة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « طريقة التنظيم القانوني » (Système de la réglementation légale) (١) .

وأما صورة الاعتراف الخاص ، فتستلزم صدور ترخيص أو اذن خاص من المشرع بقيام الشخصية المعنوية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال عند تكوين كل منها على حدة . وهذا الاعتراف - على خلاف الاعتراف العام - اعتراف مباشر وفردى ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « نظام الاذن أو الترخيص » (Système de la l'autorisation) (٢) .

وظاهر أن طريق التنظيم القانوني أو الاعتراف العام أكثر سعة وسماحة من طريق الترخيص أو الاعتراف الخاص تجاه قيام الأشخاص المعنوية . ولئن كان الطريق الأخير في أصله مناسبا للنزعة الفردية بالنظر الى تركيز اهتمامها في الفرد وعدائها للجماعات التي تتوسط بين الفرد والدولة ، ومستجيبا لنوازع الحذر التقليدي عند المشرع من قيام بعض أشخاص معنوية قوية قد تشكل خطرا على الدولة ، الا أن الحاجة اليه لم تنقطع اليوم على الأقل بوصفه طريقا استثنائيا أو احتياطيا الى جانب الطريق الأول . إذ يمكن المشرع من مراعاة ما يلزم من بحث وتدقيق في شأن بعض الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ذات الأهمية ، ومن مواجهة ما قد يجد في المستقبل من جماعات أشخاص أو مجموعات أموال متشكلة في غير الصور التي يعرفها التنظيم القانوني الحاضر وتقضى الضرورة والمصلحة بالاعتراف لها كذلك بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية (٣) .

---

Michoud, t. I, No. 58, p. 131. — Coulombel, Encyclopédie, t. III, (١)  
No. 7, p. 760.

Coulombel, Ibid. (٢)

(٣) في هذا المعنى :

وقد جعل القانون المصرى الاعتراف العام هو الاصل ، والاعتراف الخاص هو الاستثناء . فيكفى الاعتراف العام فى شأن شخصية الدولة والمحافظات والمدن ، والقرى ، والأوقاف ، والشركات ، والجمعيات ، والمؤسسات الخاصة ( م ١/٥٢ و ٣ و ٤ و ٥ مدنى ) . ونيسا عمدا ذلك ، لا تثبت الشخصية الاعتبارية الا بمقتضى اعتراف خاص ( م ٦/٥٢ مدنى ) .

### ٣٢٤ - مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة تكوينه

اذا كان اكتساب الشخصية الاعتبارية منوطا باعتراف القانون على النحو السابق . فيتحدد وقت ابتداء هذه الشخصية اذن بنمام تكوينها وفق التنظيم القانونى فى صورة الاعتراف العام ، أو بصدور الترخيص أو الاذن الخاص فى صورة الاعتراف الخاص ، ومعنى هذا أنه فى مرحلة تكوين الشخص الاعتبارى وقبل تمام هذا التكوين أو صدور هذا الاذن ، لا تثبت أى شخصية بعد فى نظر القانون .

ولكن مرحلة تكوين بعض الأشخاص الاعتبارية وتأسيسها ، وبخاصة الشركات المساهمة ، قد يستغرق وقتا طويلا يقوم فيه المكونون أو المؤسسون بأعمال وتصرفات يقتضيها التكوين أو التأسيس وبقصد تحقيقه ، مما يرتب حقوقا والتزامات يجب تحديد من تسند اليه من الأشخاص . ويتجه الفقه الحديث (١) - أمام خطورة اسناد هذه الحقوق والالتزامات الى المؤسسين - الى استباق تمام تكوين الشخص الاعتبارى ، والاعتراف له من قبل ذلك بنوع من الشخصية فى حدود غرض التكوين أو التأسيس وحده ، بحيث تسند

= المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحال ، مجموعة الأعمال التشريعية ، ج ١ ، ص ٢٧٣ - اسماعيل غانم ، ص ٢٢٨ .

(١) Sébag, La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, thèse Paris, 1938. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 92. — Mazeaud, t. I, No. 608. — Marty et Reynaud, No. 1053.

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٦٥ ، ٤٢٢ ، ٤٢٣ .

اليه أثناء مرحلة التكوين - لا إلى أشخاص المؤسسين - الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتأسيس .

وأيًا كان الرأي في تأصيل مثل هذا الفقه واسناده إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير أو إلى فكرة الفضالة أو إلى غيرها من الأسس ، فمن الثابت أن تشابها بين مركز الشخص الاعتباري في مرحلة التكوين وبين مركز الشخص الطبيعي في مرحلة الحمل ، مما يبرر الاعتراف للشخص الاعتباري في هذه المرحلة بالشخصية كما يعترف القانون للجنين قبل ولادته بالشخصية، على أن يتوقف مصير اسناد الحقوق والالتزامات إلى الشخص الاعتباري في هذه المرحلة على تمام تكوينه تكوينًا صحيحًا من بعد كما يتوقف مصير الحقوق المسندة إلى الجنين على تمام ولادته حيا(١) . فإذا استحال من بعد تمام تكوين الشخص الاعتباري ، اعتبرت شخصيته كأن لم تقم أبداً وكان لم تثبت له بالتالي حقوق أو التزامات قط .

غير أن التشابه بين الشخص الاعتباري في مرحلة التكوين وبين الجنين في مرحلة الحمل لا يعني تطابقًا تامًا في المركز(٢) . فيبدو أن مدى الشخصية الاعتبارية هنا أو أهلية وجوب الشخص الاعتباري في دور التكوين أوسع من أهلية وجوب الجنين ، فلا تقتصر في الأصل مثلها على ما يتمحض لصالحه من حقوق ، بل تنصرف كذلك إلى ما قد يضره من التزامات(٣) ما دامت في حدود وبقصد التأسيس .

وعلى أي حال ، ففي نصوص القانون المصري ما يسمح بالقول بإمكان قيام شخصية للشخص الاعتباري في دور التكوين . إذ ينص القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة على أن تسري العقود والتصرفات التي أجراها المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس في حق الشركة بعد

(١) انظر سابقا ، ص ٥٢٦ .

(٢) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, t. I, No. 1033, p. 1274.

Marty et Raynaud, t. I, p. 1274, note '1'. (٣)

تأسيسها متى كانت ضرورية لتأسيس الشركة (م١٣)(١). وكذلك كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الملغى ينص على أن « تنتقل الى شركة القطاع العام بمجرد شهرها في السجل التجاري آثار جميع التصرفات التي أجريت لحسابها قبل الشهر، كما تتحمل الشركة جميع المصاريف التي أنفقت في تأسيسها » (م ٣٦ / ٣) .

### المطلب الثالث

#### مدى الشخصية الاعتبارية

#### ٣٢٥ - اهلية وجوب الشخص الاعتباري المحدودة

إذا كان من الواجب التفرقة - كما سبق البيان - بين الشخصية القانونية وبين أهلية الوجوب على أساس اعتبار الأولى صلاحية كائن لأن ينسب اليه الحق والالتزام بصفة عامة أى الصلاحية المجردة واعتبار الثانية هي مدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات أى الصلاحية الواقعية (٢) ، فمن الواضح أن الشخص الاعتباري له نفس ما للشخص الطبيعي من صلاحية مجردة لأنه صالح من حيث المبدأ مثله لأن يكون صاحب حق أو التزام فيتوافقان اذن على ذات الشخصية . ولكنها يختلفان بعد ذلك في مدى هذه الصلاحية أى في الضلاحية الواقعية من حيث نطاق وقدّر ما يسند الى كل منهما من حقوق والتزامات بالنظر الى ما بينهما من اختلاف التكوين والغرض ، فيتفاوتان اذن فيما لكل منهما من أهلية وجوب . وعلى هذا النحو ، اذا كان الشخص الاعتباري - كالشخص الطبيعي - صاحباً للحقوق والالتزامات ، فهو ليس حتماً صاحباً لنفس أو كل حقوق الشخص الطبيعي والتزاماته (٣) ، بل تضيق أهلية وجوبه

(١) أما ما يرميه المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس ، من عقود وتصرفات غير ضرورية لتأسيس الشركة ، فلا تسري في

حق الشركة بعد التأسيس الا اذا تم اعتمادها من مجلس ادارة الشركة أو من جماعة الشركاء أو بقرار من الجمعية العامة

للشركة (م ١٢ / ١ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١).

(٢) راجع سابقاً ، ص ٥١٨ و ٥١٩ .

(٣) في هذا المعنى :

عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي ، فتقتصر لزاما عن الاحاطة ببعض ما تتسع له أهلية وجوب الشخص الطبيعي من حقوق والتزامات .

وإذا كانت أهلية وجوب الشخص الاعتباري أضيق نطاقا من أهلية وجوب الشخص الطبيعي بوجه عام ، فيراعى انه إذا كان الاصل في شأن الاشخاص الطبيعية هو التساوي في أهلية الوجوب الا في حالات استثنائية نادرة ، فعلى خلاف ذلك يكون الاصل في شأن الاشخاص الاعتبارية هو الاختلاف والتفاوت في أهلية الوجوب . اى أنه لا توجد في الاصل أهلية وجوب واحدة للاشخاص الاعتبارية - كما هو الوضع بالنسبة للاشخاص الطبيعية - بل مجموعة من أهليات الوجوب المختلفة (١) ، ولذلك يقال ان المساواة المدنية بين الاشخاص الطبيعية غير فائمه بين الاشخاص الاعتبارية (٢) . ومرجع ذلك الى تفاوت أغراض الاشخاص الاعتبارية تفاوتا كبيرا وتنوعها فيما بينها أنماطا مختلفة ، مما يفاوت بالتالى بينها فيما يسند انيها من حقوق والتزامات .

### ٣٢٦ - قيود أهلية وجوب الشخص الاعتباري

قلنا ان أهلية وجوب الشخص الاعتباري محدودة بالقياس الى أهلية وجوب الشخص الطبيعي بالنظر الى ما بين الشخصين من اختلاف في التكوين والغرض . ومعنى ذلك أنه ترد على أهلية وجوب الشخص الاعتباري قيود معينة لا ترد على أهلية وجوب الشخص الطبيعي . وهذه القيود يمكن ردها الى نوعين رئيسيين : نوع أول يرجع الى طبيعة تكوين الشخص الاعتباري واختلافه في ذلك عن الشخص الطبيعي ، اذ لا يتصور أن يسند الى الشخص المعنوي أو الاعتباري ما يسند الى الشخص الطبيعي من حقوق والتزامات ملازمة لطبيعة الانسان ، ونوع ثان يفرضه مبدأ تخصص الشخص الاعتباري - على خلاف الشخص الطبيعي - بفرض معين يتحدد به وحده

(١) قرب من ذلك :

Mazeaud, t. I, No. 395.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 73, pp. 88, 89.

( م ٤١ - المدخل الى القانون )

ما يسند اليه من حقوق والتزامات . فنعرض لسكل من النوعين من القيود فيما يلي :

١ - الحقوق والتزامات الملازمة لطبيعة الانسان : اذا كان الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية كالشخص الطبيعي ، فواضح أن الاختلاف بينهما في طبيعة التكوين يحتم تضييق أهلية وجوب الشخص الاعتباري عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي واستبعاد اسناد الحقوق والتزامات الملازمة لصفة الانسان الى الشخص الاعتباري . وقد عبرت عن هذا القيد الطبيعي الذي يرد على أهلية وجوب الشخص الاعتباري المادة ١/٥٢ من التقنين المدني بقولها « الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية » .

ولذلك فمن المستحيل عقلا تطبيق النظم المؤسسة على طبيعة الانسان ، مثل تلك التي تفترض سنا أو جنسا أو قرابة (١) أو جسدا على الشخص الاعتباري . فيمتنع اذن أن يسند الى الشخص الاعتباري التزامات وحقوق الأسرة الناشئة عن الزواج ، مثل حق المعاشرة الجنسية بين الأزواج ، والسلطة الأبوية (٢) ، وحق النسب ، والطلاق والالتزام بالنفقة للأولاد أو الزوجة أو المطلقة . أو أن تسند اليه الواجبات والحقوق المتصلة بالكيان الجسدي للانسان ، مثل واجب الخدمة العسكرية أو حق السلامة الجسمية أو البدنية في رأى من يعده حقا ويدرجة تحت حقوق الشخصية . أو أن تسند اليه الحقوق المترتبة على الزوجية أو القرابة حتى ولو كانت حقوقا مالية ، مثل حق الارث (٣) .

(١) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 43, p. 763.

(٢) ومع ذلك ، فبعض الشرائع الحديثة - كالقانون الفرنسي - يتبع اثبات بعض حقوق السلطة الأبوية لأشخاص ممنوية ، كمؤسسات المساعدة الاجتماعية . ولكن ظاهر أن ذلك ليس الا استثناء محضا مؤسسا على الافتراض وتقليد الحقوق المنفردة عن رابطة الدم والنسب . انظر :

Michoud, t. II, No. 214, p. 87.

(٣) ومن التجوز في التعبير اعتبار الدولة صاحبة الحق في ارث من لا وارث له ( انظر مع ذلك : عبد الحى حجازي ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ ) . ذلك أن أسباب الارث أسباب تقتض وجود انسان ، فلا يتصور توافرها لشخص معنى كالدولة . فاستحقاق الدولة لتركة من =



ويذهب بعض الفقهاء الى انكار تمتع الشخص الاعتباري بالحقوق السياسية ، وبخاصة حق الانتخاب والترشيح ، على أساس أنها من الحقوق الملازمة لصفة الانسان (١) . ولكن الواقع أنه ليس في طبيعة الحقوق السياسية ما يفترض حتما نسبتها الى فرد انساني ، ويجعلها من الحقوق الملازمة له والمقصورة عليه ، اذ هي تعبير عن المشاركة في حكم الدولة ، وهذه المشاركة - كما تتصور من جانب الفرد - قد نتصور كذلك من جانب بعض الكائنات الجماعية المؤلفة بخاصة من جماعات من الأشخاص ، والشرائع المختلفة تتضمن أمثلة على ذلك (٢) .

وقد اختلف في شأن الحق المعنوي للمؤلف على مصنفه ، هل يعتبر من الحقوق الملازمة لطبيعة الانسان فيستحيل بالتالي اسناده الى الشخص الاعتباري (٣) أم لا يعتبر من هذه الحقوق فيتصور ثبوته للشخص الطبيعي وللشخص الاعتباري على السواء . ونحن نرى أن الابتكار أو الخلق الذهني - وهو معيار المؤلف وحقوقه المعنوية - ليس ، لا نتيجة وعى وتفكير عقلي ، وصدى انفعال وانطباع نفسى ، وهو ما لا يتصور صادرا الا عن الانسان وحده باعتباره الكائن المتوافر على عقل ونفس وقدرة على الاستخراج منها والتعبير . فيكون من الافتراض وقصر الطبيعة اذن تصوير الشخص الاعتباري بوصفه مؤلفا يتمتع بحقوق المؤلف المعنوية كالشخص الطبيعي (٤) ، وهو على

---

= لا وارث له ، كما هو مقرر في القانون المصرى ، لا يثبت لها اذن بمقتضى حق فى الارث ، وانما بمقتضى مالها من حق الولاية العامة على الاموال التى لا مالك لها ( فى هذا المعنى : محمد سامى مذكور ، هامش «ا» ، ص ١٦١ ) .

(١) جميل الشرقاوى ، ص ١٨٦ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٧٩ .  
(٢) فمن ذلك أن الولايات هي التي تمثل في مجلس الشيوخ الامريكى ، وأن الجامعات تمثل فى مجلس العموم البريطانى Michoud, t. II, Nos. 223, 224 وأن بعض الدساتير تأخذ بتثليل المهن والحرف فى المجالس التشريعية ( انظر : عبد الحميد متولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٢ وما بعدها ) . وأن الدستور المصرى لسنة ١٩٥٦ كان يجعل للاتحاد القومى حق الترشيح لمضوية مجلس الأمة ( م ٢/١٩٢ ) .

(٣) انظر بخاصة فى انكار وصف المؤلف على الشخص المعنوى :  
Marty et Raynaud, t. I, No. 1058, p. 1280.

شمس الدين الوكيل ، ص ١١١ و ١١٢ .  
Desbois, No. 163. (٤)

نقيضه يفتقد - بحسب تكوينه - أداة ومناط الابتكار والخلق الذهني . ومع ذلك ، فقد اعترف المشرع المصري صراحة للشخص الاعتباري بوصف المؤلف وحقوقه على المصنفات الجماعية التي يوجه وينظم ابتكارها ويتكفل بنشرها تحت إدارته ( م ٢٧ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ) (١) .

٢ - مبدأ التخصص : إذا كان الأصل أن الشخص الطبيعي صالح ليكون صاحباً للحقوق والالتزامات عامة دون تحديد ، فالشخص الاعتباري - على خلاف ذلك - تخصص صلاحيته لذلك دون تعميم ، فلا يصلح إلا للحقوق والالتزامات المتعلقة بفرضه دون غيرها مما يجاوز هذا الغرض . ويرجع هذا الاختلاف الجوهري ، الذي تضييق نتيجة له أهلية وجوب الشخص الاعتباري عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي ضيقاً كبيراً ، إلى الاختلاف المحتوم في الغرض بين الشخصين .

فالشخص الطبيعي لا ينحصر في غرض بعينه ، لأن قيمته الاجتماعية تأتيه من ذاته بصرف النظر عما يسلك من سبل نشاط أو يستهدف من أغراض مختلفة . ولذلك فالأصل أن كل الأغراض مباحة ومطروقة له دون حصر أو تحديد ما دامت لا تنافي حكم القانون (٢) . فلا تخصص صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه اذن بفرض معين أو جملة معينة من الأغراض ، بل تتسع لتستوعب كل غرض مشروع أياً كان هو وما يتعلق به من حقوق والتزامات .

أما الشخص الاعتباري ، فالأصل ارتئان وجوده وقيام شخصيته بهدف معين ، مما يحدد بالتالي اطار حياته القانونية المستقلة يحدود هذا الغرض ، فيحتم تخصصه به وانحصاره فيه بحيث لا يصلح مركزاً إلا لما يتعلق به

= وانظر كذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٤٤ و ٩١٥ - ٩١٧ .

(١) انظر في ذلك : سابقاً ، ص ٤٨٧ ، ٤٨٨ ، وكتابنا سالف الذكر ص ٦٤٤ .

(٢) في هذا المعنى :

وحده دون غيره من حقوق والتزامات (١) . ولذلك يخضع الشخص الاعتباري  
- دون الشخص الطبيعي - لمبدأ التخصص بغرض معين **le principe**  
**de la spécialité** ، مما ينكمش بأهلية وجوبه عن أهلية وجوب الشخص  
الطبيعي الطليقة المتسعة لمختلف ومتعدد الأغراض .

ومبدأ التخصص الذي يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتباري  
على هذا النحو مبدأ مسلم ، أيا كان وجه النظر في طبيعة الشخصية الاعتبارية .  
فأساس هذا المبدأ عند نظرية الافتراض ، ان الشخصية الاعتبارية ما دامت  
منحة من خلق المشرع وصنعه ، فيملك المشرع كذلك الحد من مداها وقصر  
ما يتفرع عنها من أهلية وجوب على القدر الضروري من منحها وخلقها .  
ولكن هذا الأساس يتغير بطبيعة الحال في منطلق النظر الى الشخصية  
الاعتبارية بوصفها حقيقة واقعية ، اذا ما دامت هذه الحقيقة مرتبطة بالفرض  
الذي يستهدف الشخص الاعتباري تحقيقه وبما يمثل هذا الفرض من قيمة  
اجتماعية ، فمقتضى ذلك وجوب انحصار حياته القانونية في نطاق هذا  
الفرض وحده (٢) ، وتركز صلاحيته فيما يندرج تحت هذا الفرض من حقوق  
 والتزامات وتلاشيها فيما يجاوزه منها (٣) . فمبدأ التخصص لا يناقض اذن  
ما للشخصية الاعتبارية من صفة حقيقية ، بل هو أسد منطقاً وأفضل تأصيلاً  
باستقراره على هذه الحقيقة من اقامته على الصفة الافتراضية المزعومة  
للشخصية الاعتبارية .

وقد أعلن المشرع المصري مبدأ التخصص كمبدأ (٤) ، وطبقه تطبيقات

(١) قارن : Michoud, t. II, No. 243, pp. 153 - 155.

(٢) قرب من ذلك :

Michoud, t. II, No. 244. — Saleilles, pp. 641 - 642.

(٣) ويفرق بعض الفقهاء على اختلاف أساس مبدأ التخصص تبعاً للأخذ بنظرية الافتراض  
او بنظرية الحقيقة . ان هذا المبدأ في ظل نظرية الافتراض لا يقبل التوسع في تفسيره مثلما  
يقبله في ظل نظرية الحقيقة .

أنظر في ذلك :

Saleilles, pp. 643, 644.

وكتابتنا سالف الذكر ، هامش «٢» ، ص ٩١٩ .

(٤) اذ ينص على أن « للشخص الاعتباري أهلية في الحدود التي بينها سند انشائه أو

التي يقرها القانون » ( م ٢/٥٣ ب مدني ) .

خاصة في صدد بعض الأشخاص الاعتبارية (١) .  
وإذا كانت الأشخاص الاعتبارية تخضع مبدأ التخصص ، فإعني أن  
تخصصها بغرض معين قد يكون تخصصاً قانونياً (spécialité légale) ،  
وقد يكون تخصصاً نظامياً (spécialité statutaire) . ويتحقق التخصص  
القانوني نتيجة انتماء شخص الاعتباري الى نموذج معين دون غيره من نماذج  
الأشخاص الاعتبارية التي يحددها القانون (٢) ، كالشركة تتخصص باقتسام  
الربح ، والجمعية تتخصص بغرض غير الحصول على ربح مادي ، والمؤسسة  
الخاصة تتخصص بعمل من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام .  
ويتحقق التخصص النظامي عن طريق النص في نظام الشخص الاعتباري على  
موضوع أكثر تحديداً داخل نطاق الغرض الأصلي والتخصص القانوني (٣) ،  
كتخصص شركة بصناعة المنسوجات الفطانية ، أو جمعية باحياء التراث  
الأدبي القديم ، أو مؤسسة برعاية اليتامى من الأطفال أو تشجيع الطلبة  
المتفوقين في فرع من فروع العلم والمعرفة ، أو عن طريق التصريح في نظام  
الشخص الاعتباري باستبعاد بعض الموضوعات الداخلة في نطاق الغرض  
الأصلي والتخصص القانوني (٤) .

وإذا كان مبدأ التخصص يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص  
الاعتباري على هذا النحو ، فسترى من بعد أثره كذلك في الحد من نطاق  
نشاطه .

(١) تنص المادة ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ على أنه يجوز حل الجمعية بقرار مسبب من وزير الشؤون الاجتماعية « إذا تصرفت في أموالها في غير الأوجه المحددة لها طبقاً لأغراضها » .

(٢) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, Nos. 37, 38, p. 762. — (٢)

Marty et Raynaud, t. I, No. 1059, p. 1281.

(٣) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 41, p. 763. (٣)

Marty et Raynaud, t. I, No. 1059, pp. 1282. (٤)

## المطلب الرابع

### مميزات الشخصية الاعتبارية

٣٢٧ - تمهيد

إذا كان للشخص الاعتباري من الشخصية ما للشخص الطبيعي رغم تفاوتهما في مدى أهلية الوجوب على ما بينا ، فثم مميزات للشخص الاعتباري مقابلة لمميزات الشخص الطبيعي ، ولكن دون أن يعنى ذلك قيام تماثل وتطابق كامل بينهما فى مدلول هذه المميزات أو فى الضوابط والعناصر التى تتحدد بها ، إذ يبقى بينهما من الفروق فى طبيعة التكوين والفرص ما يفرق بينهما فى عناصر أو مدلول ما يتوافران عليه من نفس الميزات .

فنعرض فيما يلى لمميزات الشخصية الاعتبارية المقابلة لمميزات الشخصية الطبيعية من حالة واسم وموطن . ونعرض كذلك لما يميز الشخصية الاعتبارية من توافرها على ذمة مالية خاصة بها مستقلة عن ذمم أعضائها أو منثنيها من الأشخاص الطبيعيين .

### ٣٢٨ - حالة الشخص الاعتباري

إذا كان الشخص الطبيعي - كما رأينا - يتميز بحالة معينة تحدد أساسا مركزه من الدولة ومن الأسرة وأحيانا من الدين ، فواضح أن من أنواع هذه الحالة ما لا يتأتى نسبه إلى الشخص الاعتباري نظرا لاختلاف طبيعته وتكوينه عن طبيعة وتكوين الشخص الطبيعي . إذ من البديهي أنه لا يتصور وجود حالة عائلية للشخص الاعتباري ، فهى قاصرة بالطبيعة على الفرد الانساني ، ولذلك أشرنا من قبل إلى عدم تمتع الشخص الاعتباري بما يتمتع به الشخص الطبيعي من حقوق الأسرة . وأما الحالة الدينية ، وهى تقوم على فكرة الانتماء إلى دين أو عقيدة دينية معينة ، فواضح أنها كذلك من خصائص الانسان وحده الذى تتوجه إليه الأديان فيرتبط بأحدها ارتباطا ايمان(١) .

(١) وإذا كانت بعض الدساتير تنص على دين معين للدولة ، فليس معنى ذلك أن للدولة عقيدة دينية وحالة دينية كالأفراد تؤثر فى مدى ما تمتنع به من حقوق ، وإنما القصد من =

فتبقى بعد ذلك الحالة السياسية أو الجنسية ، وهذه ينصون توافرها  
لشخص المعنوي كالشخص الطبيعي ، ولكن مع اختلاف بينهما في مدلولها  
وعناصرها .

### ٣٢٩ - جنسية الشخص الاعتباري (١)

يذهب كثير من الفقهاء الى انكار تمييز الشخص الاعتباري بجنسية على  
غرار الشخص الطبيعي ، ولا يرون في الجنسية المزعومة للشخص الاعتباري  
الا صدى للمحاولات الفقهية غير الموفقة لاصطلاح تشابه وتماثل تام بين  
الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي . ذلك أن الجنسية هي رابطة قانونية  
وسياسية بين الدولة والافراد المكونين لها بحيث يتحدد بها عنصر الشعب  
في الدولة ، وهو ما يجعلها عقلا قاصرة على افراد الناس وحدهم اذ من غير  
المتصور النظر الى الأشخاص الاعتبارية بوصفها أعضاء في دولة او جزءا من  
شعب (٢) . وكذلك فان الجنسية انما تبنى على ما يقوم بين الافراد ووطنهم من  
روابط عاطفية ونفسية مختلفة ، وليس مثل هذه الروابط بداعة معنى او

= ذلك مجرد اعلان بالاعتزاز بالدين الذي ينتمي اليه غالبية رعايا الدولة ، ولكن دون فرضه  
على من لا يدينون به من الرعي والقاطنين ، فقد صدرت حرية العقيدة الدينية اليوم في طبيعة  
الحرريات الأساسية للفرد التي تنظم كل دولة باحترامها وتوفيرها للافراد جميعا دون تفرقة .

(١) راجع في ذلك :

Michoud, op. cit., t. II, Nos. 315 - 332. — Niboyet, Cours de droit  
international privé français, 2e éd., 1949, Nos. 255-272, 348-361; Traité de  
droit international privé français, t. I, 2e éd., Nos. 77-79, t. II, 2e éd., Nos.  
750 et s. — Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949.  
Nos 192 et s. — Lerebours. — Pigeonnière, Précis de droit international  
privé, 6e éd. 1954, Nos. 172 et s.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصري ، ج ١ ، الجنسية والمواطن وتمتع  
الأجانب بالحقوق ( مركز الأجانب ) الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢١٧ - ٢٢٥ - أحمد  
مسلم ، القانون الدولي الخاص ، ج ١ ، الجنسية ومركز الأجانب ، ١٩٥٦ ، فقرات ٢٧٨-٢٩٨  
و ٤١٢ - ٤١٦ - محمد كسبال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ١٩٥٥ ، فقرات  
١١١٧ - ١١٢٢ - شمس الدين الوكيل ، الجنسية ومركز الأجانب في مصر ١٩٥٨ ، فقرات  
١٩٨ - ٢٠٣ .

(٢) في هذا المعنى :

Niboyet, Cours, No. 257, p. 233.

وجود بالنسبة الى الأشخاص الاعتبارية التي ليس لها جسم يتحمل بالآلام أو روح يتعق بالمثل والآمال (١) .

ولكن انكار الجنسية على الشخص الاعتباري على هذا النحو ، انما يقوم على افتراض أن مميزات الشخص الطبيعي لا يمكن ثبوتها للشخص الاعتباري الا على نفس العناصر وفي نفس الحدود ، وهو تماثل غير متصور التحقيق في العمل . لأن الشخص الاعتباري اذا كان يتوثر - كالشخص الطبيعي - على ذات الشخصية ، فلا يعنى ذلك أنه نسخة ثانية منه . بل ان بينهما من الاختلاف في الطبيعة والتكوين ما يحتم الاختلاف بينهما في مدلول وعناصر مميزاتها المتقابلة ، دون أن يؤدي ذلك الى انكار هذه المميزات على أحد الشخصين دون الآخر . فليس معنى أن الجنسية تحدد عنصر الشعب في الدولة وتثبت للشخص الطبيعي وصف العضوية فيها ، أنها تنتج حتما نفس الأثر وتقوم على نفس العناصر بالنسبة الى الشخص الاعتباري والا امتنع ثبوتها له ، فالاختلاف محتوم بين الجنسيتين مثل ما هو محتوم بين الشخصين .

والواقع أنه رغم الاختلاف القائم بين جنسية الشخص الاعتباري وجنسية الشخص الطبيعي نتيجة ما بينهما من اختلاف في الطبيعة والتكوين، فالفكرة واحدة في الجنسيتين وهي وجود رابطة من التبعية بين الشخص وبين دولة معينة . ومثل هذه الرابطة قائمة في شأن الشخص الاعتباري ، ويسلم بقيامها وضرورتها منكرو « جنسية » الشخص الاعتباري أنفسهم (٢) ، مما يجعل انكارهم مجرد انكار للتسمية لا للمضمون . اذ الشخص الاعتباري بوصفه شخصا تتوافر له صلاحية وجوب الحقوق والالتزامات كالشخص الطبيعي ، لا بد له مثله من الارتباط بدولة ما تحكم بقانونها نظامه وسيره وتحديد ما يتمتع به من حقوق داخلها (٣) وتبسط عليه حمايتها خارج حدودها (٤) . وبذلك تكون للشخص الاعتباري جنسية تؤكد تبعيته لدولة

Plantol, Ripert et Savatier, t. I, No. 83. (١)

Niboyet, ibid. (٢)

(٣) اذ الأصل أن الوطنيين المرتبطين بالدولة برابطة التبعية يتمتعون بحقوق أكبر مما يتمتع به الأجانب غير المرتبطين بهذه الرابطة ، فيكون من اللازم حينئذ التمييز بين الشخص الاعتباري الوطني والشخص الاعتباري الأجنبي .

Lerebours-Pigeonnière, op. cit., No. 172. (٤)

معينة ، سواء تبعيته القانونية في شأن خضوع نظامه ونشاطه لقانون هذه الدولة ، أو تبعيته السياسية في شأن تمتعه بحقوق الوطنيين داخل الدولة وشموله بحماية الدولة للوطنيين خارجها .

ويذهب جانب من الفقه في هذا الشأن الى الفصل بين التبعية القانونية والتبعية السياسية وتحديد معيار مستقل لكل منهما ، فيكون معيار الأولى هو مركز الادارة الرئيس الفعلي للشخص الاعتباري وهو المعيار السائد في كثير من الشرائع ، ومعيار الثانية هو السيطرة أو الرقابة الفعلية على الشخص الاعتباري(١) .

ولكن هذه التفرقة توجد ازدواجا غير مرغوب فيه في شأن معيار جنسية الشخص الاعتباري الوطنية أو الأجنبية وتبعيته القانونية والسياسية على السواء ، بصرف النظر عن جنسية أعضائه أو المهيمنين عليه من الأفراد أمام استقلال شخصيته عن شخصياتهم . وليس معنى ذلك رفض فكرة الرقابة وعدم اعمالها اطلاقا ، فقد كسنت ظروف الحروب الأخيرة عن فائدتها في الكشف عن النشاط الأجنبي والمصالح الأجنبية المعادية المستترة وراء الطابع الوطني لجنسية بعض الأشخاص الاعتبارية والشركات منها بخاصة ، مما يوجب ويرر حرمانها من التمتع بحقوق الوطنيين في مثل هذه الظروف العصيبة . وانما يكون الالتجاء الى فكرة الرقابة على سبيل الاستثناء للحد مما تتمتع به الأشخاص الاعتبارية الوطنية في الأصل من حقوق ، حيث تقتضى ذلك ظروف استثنائية خاصة كالحرب ، أو قوانين خاصة تتطلب تدخل المشرع باعمال فكرة الرقابة وبيان حدودها(٢) .

(١) في هذا المعنى :

Niboyet, Cours, Nos. 251 - 272 ; Traité, t. II, Nos. 769 et s.

عز الدين عبد الله ، فقرات ٢١٥ و ٢١٧ . - محمد كمال فهمي ، فقرات ٢١٨ - ٢٢٢ .  
(٢) أنظر في توحيد معيار جنسية الشخص الاعتباري والاعتداد بعنصر الرقابة استثناء على

هذا النحو :

Batiffol, op. cit., Nos. 197, 198. — Lerebours - Pigeonnière, op. cit., Nos. 174, 182, 194.

أحمد مسلم ، المرجع السابق ، فقرات ٤٢١ و ٤١٥ و ٤١٦ . - شمس الدين الوكيل ،

المرجع السابق ، فقرة ٢٠٢ ، ص ٦٥٢ و ٦٥٣ .



ولذلك اذا اعتبر المركز الرئيسى المعنى هو المعيار الاصلى جنسية الشخص .  
الاعتبارى ، فمقتضى ذلك أن جنسية كل شخص اعتبارى تتحدد بالدولة التى  
يوجد فيها مركزه هذا ، فيخضع لقانونها نظامه ويتمتع فيها بما يتمتع به  
الوطنيون من حقوق . وليس للرقابة الاجنبية عليه بخضوعه للسيطرة  
الفعلية لرعايا من الاجانب أى تأثير فى الاصل على جنسيته الوطنية . ولكن  
اذا اقتضت ظروف استثنائية الاعتداد بمثل هذه الرقابة حماية للمصالح  
الوطنى العام ، فليس من شأن ذلك اسقاط جنسيته الوطنية الاصلية وانما  
مجرد الحد مما يتمتع به من حقوق .

ولا يوجد فى القانون المصرى نص عام يحكم جنسية الاشخاص  
الاعتبارية ، ولكن يمكن القول بأن الاصل فيه هو الأخذ بمعيار المركز الرئيسى  
الفعلى معيارا اصليا لهذه الجنسية (١) . والمركز الرئيسى قد يكون فى الدولة  
التى أسس الشخص الاعتبارى فيها ، وقد يكرن فى غيرها . ولكن المشرع  
المصرى يحتم فى شأن الشركات المساهمة التى تؤسس فى مصر أن يكون  
مركزها الرئيسى فى مصر كذلك ( م ٤١ تجارى ) .

غير أن المشرع المصرى يعتد بفكرة الرقابة الأجنبية الاعتداد الصحيح ،  
لا لتحديد جنسية الشخص الاعتبارى ، وانما مجرد الحد من تمتعه ببعض  
حقوق الوطنيين رغم جنسيته المصرية الثابتة ، وذلك فى ظروف استثنائية  
خاصة . فمن ذلك فرضه الحراسة أثناء الحرب العالمية الثانية والعدوان  
الثلاثى على مصر سنة ١٩٥٦ على أموال الشركات والجمعيات والمؤسسات  
المصرية الخاضعة لاشراف رعايا الأعداء أو الداخلة لهم فيها مصالح  
هامة (٢) .

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٢٦ و ٩٢٧ .

وقد طبق المشرع المصرى هذا الاصل بتطلبه أن يكون مركز ادارة الجمعية والمؤسسة  
الخاصة فى الجمهورية العربية المتحدة ( م ٣ و م ٧٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ) .

(٢) انظر فى ذلك :

شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ - ٦٤٨ . كتابنا سالف الذكر .

ص ٩٢٧ و ٩٢٨ .

### ٣٣٠ - اسم الشخص الاعتباري

إذا كان للشخص الطبيعي - كما رأينا - اسم معين ، فكذلك للشخص الاعتباري اسم أو عنوان يتميز به ويكون العلامة الخارجية لشخصيته بما يتيح تعيينه ويمنع اختلاطه بغيره من الأشخاص . ويشترط المشرع عادة ذكر الاسم أو العنوان عند انشاء الشخص الاعتباري (١) .

والغالب - وبخاصة في شأن أشخاص القانون الخاص الاعتبارية - تعبير الاسم عن الفرض الذي يستهدفه الشخص الاعتباري كما في الجمعيات والمؤسسات وشركات المساهمة . ولكنه أحيانا - كما في شأن شركات الأشخاص - قد يكون أساسا اسم فرد أو أكثر من أعضاء الشخص الاعتباري ، ولكن مضافا إليه ما ينفي النشاط الفردي ويشعر بوجود الشخص الاعتباري واستقلاله عن شخصية أعضائه .

وإذا كان اسم الشخص الاعتباري اسما يمارس التجارة تحته، فيكتسب بذلك قيمة مالية تباعد في الحوائض بينه وبين اسم الشخص الطبيعي اللصيق بالشخصية ، ولذلك يصبح - على خلافه - داخلا في دائرة التعامل مما يجعل الحق فيه محلا للتصرف والاكتساب أو السقوط بالتقادم . ولكن لا يجوز التصرف فيه تصرفا مستقلا عن المصرف في المحل التجاري المخصص له ، حماية للجُمهور من اللبس والتضليل ، كما سبق البيان (٢) .

وواضح أن القانون يحمي اسم الشخص الاعتباري كما يحمي اسم الشخص الطبيعي من كل افتحال أو منازعة فيه من قبل الغير ، فيخول الشخص الاعتباري حق طلب وقف أي اعتداء على اسمه (٣) مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

(١) أنظر بخاصة : م ٣ و ٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة

١٩٦٤ .

(٢) أنظر سابقا ص ٥٥٣ - ٥٥٤ و ٥٥٨ .

(٣) والمطالبة بوقف الاعتداء على اسم الشخص المعنوي - كما هي الحال في شأن اسم

الشخص الطبيعي - لا تعلق على اثبات ضرر معين ( في هذا المعنى : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، =

### ٣٣١ - موطن الشخص الاعتباري

إذا كان الموطن يحدد للشخص مقرا قانونيا يعتد بكل ما يتم أو يوجه إليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانوني ، فيراعى أن للشخص الاعتباري موطنًا خاصا به ومستقلا عن موطن منشئيه أو أعضائه . ويتحدد موطن الشخص الاعتباري في القانون المصري بالمحل الذي يوجد فيه مركز ادارته الرئيسي ( م ٢/٥٣ - د مدني ، وم ١/٥٢ مرافعات جديد ) . والمقصود بمركز الادارة الرئيسي للشخص الاعتباري المركز الرئيسي لنشاطه القانوني والمالي والاداري ، فهو ليس بالضرورة نفس مركز الاستغلال ، فكثيرا ما يوجد الاستغلال في المكان المناسب له بعيدا عن مركز الادارة الرئيسي . ولكن يجب أن يكون هذا المركز مركزا حقيقيا لا وهما للادارة (١) . وإذا كان من الممكن تغييره ، فلا يعتد بهذا التغيير الا اذا كان تغييرا حقيقيا (٢) .

وإذا كان الشخص الاعتباري لا يباشر نشاطه في مكان واحد ، بأن كانت له فروع متعددة ومنتشرة في أماكن متفرقة متباعدة ، فيعتبر المكان الذي يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطنًا خاصا بالأعمال المتعلقة به . وهذا هو المقرر في القانون المصري (٣) . وعلى ذلك ، يجوز رفع الدعاوى المتعلقة بأعمال كل فرع الى المحكمة التي تقع في تأثيرها هذا الفرع ( م ٢/٥٢ مرافعات جديد ) .

= فقرة ٩٩٤ . وقارن مع ذلك : شمس الدين الوكيل ، نظرية الحق ، ص ١١٦ ) - اذ الاعتداء على الاسم يتضمن في ذاته حتما معنى الضرر دون حاجة الى اثباته ، لأن لصاحب الاسم - ككل صاحب حق - مصلحة ولو معنوية في الاستئثار وحده باسمه وبسلطانه عليه ( أنظر سابقا ، ص ٤٥٧ و ٥٥٩ ) .

Planol, Ripert et Savatier, t. I, No. 144, p. 184. — Mazeaud, (١)  
t. I, No. 588.

(٢) مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧٩ ، ص ٣١٠ .  
(٣) ويأخذ القانون المصري بالاعتداد بهذا الموطن ، بنظرية « المحطات الرئيسية أو الفروع » التي ابتدعها القضاء الفرنسي ( أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣١ ) .  
وقد طبق المشرع المصري نفس الفكرة في شأن الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر ، ففضى بأنه بالنسبة الى القانون الداخلي يعتبر موطنها أو مركز ادارتها هو المكان الذي توجد فيه الادارة المحلية ( م ٢/٥٣ - د مدني ) .

### ٣٣٢ - ذمة الشخص الاعتباري المستقلة

إذا كان للشخص الاعتباري كيان مستقل عن كيان أعضائه أو منشئيه وشخصية مستقلة عن شخصياتهم ، فمقتضى ذلك أن له حقوقه والتزاماته الخاصة به التي لا تختلط بحقوقهم والتزاماتهم ، وأن له بالتالى ذمة مالية مستقلة عن ذمة كل منهم ( م ٥٣/٢ - أمدنى ) . وينبنى على ذلك بخاصة أن ديون الشخص الاعتباري تكون مضمونة بحقوقه وحدها وأن هذه الحقوق لا تضمن ديون أعضائه أو منشئيه . فلا يجوز إذن لدائني الشخص الاعتباري التنفيذ بديونهم على الأموال الخاصة لأعضائه ، أو منشئيه ، ولا لدائني الأعضاء أو المنشئين التنفيذ بديونهم على أموال الشخص الاعتباري .

ومع ذلك ، فتم أشخاص اعتباريه تكون ديونها مضمونة بأموالها وأموال أعضائها على السواء ، كالشركات المدنية ، وشركات التضامن والتوصية من الشركات التجارية ، التي يكون كل الشركاء فيها أو بعضهم مسئولين عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة . ولكن لا يعنى ذلك اختلاط ذمهم بذمتها أو احلال شخصياتهم محل شخصيتيها ، كما يرى البعض (١) . وإنما هو يعنى - ولكل من الشركة والشركاء شخصيته المستقلة - أن الشركاء يعززون مركز الشركة المدين فيقدمون أموالهم الخاصة الى جوار أموال الشركة ضمانا اضافيا لدائنيها ، بحيث يقوى ضمان هؤلاء الدائنين بتعدد المسئولين وتعدد الذم الضامنة لحقوقهم (٢) . فالأمر إذن لا يعدو اعتبار

(١) انظر بخاصة :

Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, Nos. 721, 727. — Escarra (J. et E.) et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, t. I, 1950, No. 210.

شفيق شحاته ، فقرة ١٣١ . - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٢٠ . - عبد الحى حجازى ص ١٨٥ و ١٨٦ . - محمد سامى مدكور ، ص ١٤٦ . - مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧١ . وأنظر فى انتقاد ما يراه هؤلاء الفقهاء من اعتبار شخصية هذه الشركات ناقصة : كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣٣ .

(٢) فى هذا المعنى :

محسن شفيق ، الوسيط فى القانون التجارى المصرى ، ج ١ ، ط ٣ ، ١٩٥٧ ، فقرة ٢٨٠ . - سليمان مرقس ، هامش «٣» ص ٣٥٨ و ٣٥٩ . - كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣٣ و ٩٣٤ .

الشركاء ضامنين ديون الشركة ، وليس في ضمان شخص ديون شخص آخر أو ضم مسؤوليته الى مسؤوليته عن وفائها ما يتقص من شخصية المضمون وذمته المستقلة .

### المطلب الخامس

#### نشاط الشخصية الاعتبارية

٣٣٣ - استحالة نشاط الشخص الاعتباري بنفسه ، وضرورة نشاطه

#### بواسطة أشخاص طبيعيين

إذا كان الشخص الاعتباري يتوافر على الشخصية كالشخص الطبيعي بحيث تكون له مثله حقوق والتزامات ، فواضح بالنظر الى طبيعة تكوينه أنه - على خلافه ، لا يقدر على النشاط بنفسه ، بل محتوم عليه أن يباشر عنه هذا النشاط غيره من الأشخاص الطبيعيين ، فيقومون بتمثيله والعمل باسمه وحسابه في الحياة القانونية .

ويتولى القانون أو نظام الشخص الاعتباري تحديد ممثليه من الأشخاص الطبيعيين وبيان اختصاصاتهم وكيفية نشاطهم لحسابه . وقد يتولى النشاط عن الشخص الاعتباري فرد منفرد ، كرئيس الدولة أو الوزير أو المحافظ أو المدير بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة ، أو المدير بالنسبة للجمعيات أو الشركات أو المؤسسات الخاصة ، أو المتولى أو الناظر بالنسبة للوقف . وقد يتولى هذا النشاط هيئة أو هيئات معينة تتألف واقعيًا من أفراد ، مثل المجالس التشريعية ومجالس المحافظات والمجالس البلدية والجمعيات العمومية ومجالس الإدارة .

وإذا كان للشخص الاعتباري أشخاص طبيعيين ينشطون باسمه وحسابه ، فيجب أن لا يستخلص من ذلك أنه شخص وهمي افتراضي . فهناك فارق بين وجود الشخصية وبين نشاطها ، والشخصية قد توجد لشخص لا يستطيع أن يباشر النشاط بنفسه ، كما هو شأن بعض الأشخاص الطبيعيين مثل الصغير أو المجنون ، دون أن يظن ذلك في وجود شخصيته أو في حقيقتها ، وكذلك الحال في شأن الشخص الاعتباري .

## ٣٣٤ - مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص الاعتباري الذي

يباشرون عنه نشاطه (١)

إذا كان نشاط الشخص الاعتباري لا يتأتى إلا عن طريق أشخاص طبيعيين ، فينبغي تحديد مركز هؤلاء بالنسبة إلى الشخص الاعتباري وطبيعة العلاقة القائمة بينهما ، إذ على ضوء هذا التحديد يمكن تأصيل كثير من النتائج العملية المتعلقة بهذا النشاط أو انترتبة عليه .

ويصادفنا في ذلك أولا التصوير النقائبي القائم على فكرة الوكالة (mandat) ، بحيث يكون الشخص الاعتباري في مف الموكل وهؤلاء الأشخاص الطبيعيين في مركز وكلائه . ولكن الوكالة تفترض وجود ارادتين : ارادة الموكل و ارادة الوكيل ، وإذا وجدت ارادة الوكيل هنا ، فارادة الموكل غير موجودة إذ ليست للشخص الاعتباري نفسه ارادة (٢) .

ولذلك يتجه تصوير آخر إلى فكرة النيابة القانونية représentation légale ، بحيث يوجد الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون شؤون الشخص الاعتباري في مركز مماثل لمركز الأولياء أو الأوصياء أو القوام على عديمي الأهلية أو ناقصيها من الأفراد . ولكن هذا التصوير بدوره غير مقبول (٣) . فإذا كان الشخص الاعتباري في نشاطه بواسطة غيره يشبه عديمي أهلية الأداء أو ناقصيها من الأشخاص الطبيعيين ، فليس معنى ذلك أن مركزهما واحد ومتماثل من كافة الوجوه . ذلك أن ما يفرض على الأشخاص الطبيعيين من تخلف أهلية الأداء أو نقصانها ومن تولية غيرهم شؤونهم والنشاط باسمهم إنما تمليه فكرة حمايتهم ، بينما وجود أجهزة أو هيئات من الأفراد

(١) راجع في ذلك بخاصة :

Michoud, t. I, Nos. 59 et s. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067.

Marty et Raynaud, *ibid.* (٢)

وقرب من ذلك :

Michoud, t. I, No. 59, p. 132.

(٣) أنظر كذلك في انتقاد هذا التصوير :

Michoud, t. I, No. 59, p. 133. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 93 bis.

تعمل باسم الشخص الاعتباري وحسابه يفرض بقوة الأشياء نتيجة ما يلزم الشخص الاعتباري من استعانة طبيعية لمباشرة النشاط بنفسه (١) . ويستتبع هذا الاختلاف الطبيعي أن يكون نشاط الشخص الاعتباري بواسطة غيره هو القاعدة الطبيعية الدائمة طوال حياته ، بينما لا يعتبر نشاط عديم الأهلية أو ناقصا من الأفراد بواسطة غيره الا مجرد استثناء بحث وموقوف .

وأخيرا يتجه جمهور كبير من الفقه الحديث (٢) الى تأييد نظرية راجت في اللغة الألمانية في هذا الصدد هي نظرية الجهاز أو الاداة *Théorie de l'organe* ومقتضاها أن الشخص الاعتباري لا يتصور وجوده دون أجهزة معينة تحقق نشاطه في الحياة القانونية ، بحيث تعتبر هذه الأجهزة جزءا لا يتجزأ منه فلا كيان له بذاتها منفصلة عنه . فهي في الواقع بمثابة جسمه القانوني يستخدمها لتحقيق نشاطه وأغراضه كما يستخدم الشخص الطبيعي عضوا من أعضاء جسمه كفه أو يده (٣) . ولذلك يعتبر كل عمل أو نشاط تقوم به هو عمل أو نشاط الشخص الاعتباري نفسه ، بحيث ينتج أثره في حقه مباشرة على هذا الأساس أي بطريق الأصالة لا بطريق النيابة .

وإذا كانت هذه النظرية تبدو أفضل من نظرية الوكالة ونظرية النيابة القانونية من حيث اتساع نطاقها للأعمال المادية والتصرفات القانونية على السواء وأكثر توفيقا منها في تأصيل مسئولية الشخص الاعتباري نفسه مسئولية شخصية ومباشرة ، فيعييبها رغم ذلك أنها ليست الا صدى للنظريات

(١) في هذا المعنى :

*Capitant, No. 194. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 908, p. 720.*

(٢) انظر بخاصة :

*Michoud, t. I, Nos. 60 - 64. — Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. II, 4e, éd. Nos. 1985, 1986. — Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 35, p. 762. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067, p. 1238.*

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧٧ . - عبد المنعم البهراوى ، فقرة ٤٦٣ .

(٣) *Michoud, t. I, No. 60, p. 134.*

( م ٤٢ - المدخل الى القانون )

العضوية أو الحيوية (١) غير المقبولة التي تحارل التماس تطابق وتماثل تام في التكوين بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي .

وعندنا أن عيب هذه النظريات جميعا ينحصر في محاولات الاستناد الى نظريات متفقة مع طبيعة الفرد الانساني لتفسير نشاط الشخص الاعتباري ومركز القائمين به من الأفراد ، رغم الاختلاف المحتوم بين طبيعة وتكوين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي . ولذلك ينبغي النظر في هذا الشأن الى الشخص الاعتباري نظرة مستقلة متفقة مع طبيعة تكوينه . ومجردة عن محاولة اصطناع تطابق كامل بينه وبين الشخص الطبيعي .

وإذا كان الشخص الاعتباري لا يتصور قيامه بنفسه بالنشاط الذي تتطلبه حياته القانونية على اختلاف صوره وأنواعه وكان ذلك منوطا بأشخاص طبيعيين يتولون عنه هذا النشاط ، فيجب الاعتراف بالحقيقة الواقعة من أن هؤلاء الأشخاص الطبيعيين - وليس الشخص الاعتباري نفسه - هم الذين يقومون بكل نشاطه . وليس في ذلك - كما سبق البيان - ما يطمع في شخصية الشخص الاعتباري ، لأن ثبوت الشخصية لشخص معين لا يمنع من اسناد نشاطها الى شخص آخر . ولذلك ليس ما يدعوا اذن الى ما تدعيه بخاصة « نظرية الجهاز » من تلاشي هؤلاء الأشخاص الطبيعيين في الشخص الاعتباري كأجزاء لا تتجزأ منه ولا كيان لها بذاتها منفصلة عنه مثل أعضاء الجسم بالنسبة الى الفرد الانساني .

ولكن اذا كان هؤلاء الأشخاص الطبيعيون هم الذين يتولون النشاط لا الشخص الاعتباري ، فلا يعنى ذلك أن آثار هذا النشاط تنصرف اليهم بل هي تنصرف اليه وحده . وواضح أن انصرافها اليه ليس نتيجة أن النشاط نشاطه لا نشاطهم كما تدعى « نظرية الجهاز » ، فقد سبق أن رفضنا منطقتها

(١) في هذا المعنى :

Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris, 1947, p. 202.



في هذا الصدد . وكذلك اذا كانت فكرة النيابة القانونية بخاصة قد تبدو أقرب الأفكار لتفسير آثار هذا النشاط اليه ، فهي قاصرة رغم ذلك عن هذا التفسير أمام اختلاف وضع الشخص الاعتباري عن وضع الأفراد عديمي الأهلية أو ناقصيها ، وعدم اتساع هذه الفكرة بحسب الأصل الا للتصرفات القانونية دون الاعمال المادية . ولذلك ينبغي بناء نظرية خاصة مستقمة تقابل نظرية النيابة القانونية ، يعتد فيها بطبيعة الشخص الاعتباري المختلفة عن طبيعة الفرد الانساني وبتساع ميدان نشاطه عن نشاط الشخص الطبيعي . فطبيعية الشخص الاعتباري تجعل مستحيد نشاطه بنفسه سواء كان هذا النشاط في صورة أعمال مادية أو في صورة تصرفات قانونية . وبذلك يصبح محتوما وطبيعيا قيام أشخاص طبيعيين بتمثيل الشخص الاعتباري وتولي نشاطه المادي والقانوني على السواء . وتوليهم هذا النشاط انما يكون لحساب الشخص الذي يمثلونه لا لحسابهم الخاص . ولذلك يكون طبيعيا أن تصرف كل آثار هذا النشاط وما يولده من حقوق والتزامات اليه لا اليهم .

فكره التمثيل اذن في شأن الشخص الاعتباري تقابل فكرة النيابة القانونية في شأن الشخص الطبيعي ، وتفسر انصراف آثار نشاط الممثلين الى الشخص الاعتباري ، كما تفسر الأخرى انصراف آثار نشاط الأولياء أو الأوصياء أو القوام الى عديمي الأهلية أو ناقصيها من الأفراد . ولكنها مع ذلك تبقى متميزة عنها تميزا ظاهرا . اذ هي مفروضة بقوة الأشياء وبحكم طبيعة الشخص الاعتباري كأصل دائم تدوم ما دامت الشخصية الاعتبارية ، وليست كالنيابة القانونية علاجا لنقص موقوت أو عارض طارئ . وهي تستوعب بالتالي حتما كل ما يحتاجه الشخص الاعتباري من نشاط أيما كانت صورته من الأعمال المادية أو التصرفات القانونية ، على خلاف النيابة القانونية التي تقتصر على بعض نواحي النشاط دون بعض وتتركز أصلا في التصرفات القانونية وحدها .

وبذلك يتحدد مركز الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون النشاط عن الشخص الاعتباري بكونهم ممثلية الطبيعيين الالزامين له على الدوام في كل

ما يحتاجه من نشاط ، بحيث ينشطون هم دونه - لا بوصفهم أجزاء لا تتجزأ منه كما تدعى نظرية الجهاز - وإنما بوصفهم أشخاصاً ذوي شخصية وكيفية ، وإن كانوا لا يباشرون هذا النشاط باسمهم ولحسابهم الخاص ولكن باسمه ولحسابه هو بما يستتبع انصراف آثار هذا النشاط إليه ويحده .

### ٢٢٥ - أهلية الأداء والشخص الاعتباري

ينبغي أخذ أهلية الأداء في شأن الشخص الاعتباري بمعنى يتفق مع طبيعته دون تفيد حرفي بمعناها في شأن الشخص الطبيعي ، ما دام الاختلاف محتوماً بين طبيعتهما (١) . إذ أنه إذا كان مفهوماً في شأن الشخص الطبيعي اناطة أهلية الأداء بتوافر كمال التمييز والارادة عند من يباشر التصرف القانوني لحساب نفسه لتفاوت الأشخاص الطبيعيين في انعدام أو نقص أو اكتمال التمييز والارادة ، فليس ذلك مفهوماً في شأن الشخص الاعتباري الذي لا يتوافر على ارادة بحكم طبيعته نفسه . ولذلك يجب أن تحمل أهلية الأداء في شأن الشخص الاعتباري على المعنى المتفق مع طبيعته هذه ، فيكون المقصد منها هو تحديد مجال النشاط الارادي المعترف به للشخص الاعتباري لتحقيق أغراضه ، دون تطلب الارادة عنده هو لأنه بحكم طبيعته لا تتصور له ارادة . اكتفاء بوجود ارادة مسخرة لحده هي ارادة مثله . ولذلك إذا أمكن القول بنسب أهلية أداء للشخص الاعتباري فيجب حمل ذلك على هذا المعنى ، لا على معنى توافر الشخص الاعتباري نفسه على الارادة . ولذلك فخص المشرع المصري على أن يكون للشخص «الاعتباري» نائب يعبر عن ارادته « (م ٣/٥٣ مدني) نص منتقد (٢) .

(١) قرب من ذلك :

عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٨٠ .

(٢) أنظر في ذلك :

شمس الدين الوكيل ، ص ١١٤ - اسماعيل غانم ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ٢٢٣ .  
كتابنا سالف الذكر ، ص ٤٠ و ٩٤١ .  
ولكن قارن : عبد الحى حجازي ، ص ١٧٥ .

### ٣٣٦ - مسئولية الشخص الاعتباري

إذا كان ممثلو الشخص الاعتباري من الأشخاص الطبيعيين يقومون بالنشاط لحسابه ، فيجب التساؤل عن مدى مسئوليته هو عن هذا النشاط ، سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجنائية .

١ - المسئولية المدنية (١) : رغم أن مبدأ مسئولية الشخص الاعتباري مدنيا عن أفعال ممثليه أو أجهزته مبدأ مسلم مستقر ، بالنظر بخاصة إلى أن أثر هذه المسئولية مما يصلح انصرافه إلى الشخص الاعتباري لأنه يقع أساسا في ماله ، فإن تأسيس هذا المبدأ وتأصيله محل خلاف فقهي كبير (٢) .

والواقع أن البصر بطبيعة الشخص الاعتباري وكونه مستحيا عليه مباشرة أي نشاط بنفسه بل بواسطة غيره من الأشخاص الطبيعيين ، وما يولده ذلك من الحاجة في تحديد مركز هؤلاء الأشخاص قبله إلى ما فضلناه من فكرة موافقة لهذه الطبيعة هي فكرة التمثيل ، التي تستوعب في اتساعها أن ما يحتاجه الشخص الاعتباري من نشاط سواء عن طريق الأعمال المادية أو التصرفات القانونية ، وتصرف أثر هذه الأعمال والتصرفات جميعا إلى الشخص الاعتباري رغم صدورها عن ممثليه ، يجعل في الامكان الاستناد إلى هذه الفكرة لتحميل الشخص الاعتباري بالمسئولية المدنية عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه (٣) . ذلك أن هذه الأخطاء ، رغم عدم صدورها عن الشخص الاعتباري مباشرة لاستحالة قيامه بنفسه بأي نشاط ، ورغم

(١) راجع في ذلك بخاصة :

Saleilles, pp. 322-339. — Michoud, t. II, Nos. 266 - 278. — Planiol Ripert et Esmein, t. VI, No. 501. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. II, Nos. 1982 - 1983. — Starck, thèse précitée, pp. 250 et s. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067; pp. 1288, 1289.

(٢) راجع في الاختلاف على هذا التأسيس بين فكرة خطأ الشخص الاعتباري نفسه أو فكرة تحمله تبعه الخاطر أو فكرة الضمان : كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٤٩ ص ٩٤٣ - ٩٤٦ .

(٣) قارب : Ripert et Boulanger, op. cit., t. III, No. 973.

صاورها فعلا عن مثليه من الأفراد ، يجب أن تصرف آثارها إليه وحده ولا تصرف اليهم ، ما داموا قد ارتكبوا هذه الأخطاء بسبب أو بمناسبة النشاط لحساب الشخص الاعتباري وفي حدود اختصاصهم بمقتضى تمثيلهم له في هذا النشاط (١) .

٢ - المسؤولية الجنائية (٢) : ترفض أكثر الشرائع الحديثة قبول مبدأ مسؤولية الشخص الاعتباري جنائيا عن أفعال مثليه . ويؤيد جيمسور الفقه ذلك على أساس أن شرط المساءلة الجنائية هو توافر الإرادة عند المسئول ولا إرادة للشخص الاعتباري ، وأن في تقرير مسؤولية الشخص الاعتباري جنائيا عما يرتكبه ممثلوه من جرائم خرقا لمبدأ مسلم نحو مبدأ شخصية العقاب ، فضلا عن استحالة توقيع أعنف العقوبات الجنائية - كالعقوبات الجسدية أو البدنية - على الشخص الاعتباري .

ويبدو لنا أن هذه الاعتراضات لا تنصب على مسؤولية الشخص الاعتباري جنائيا من حيث المبدأ بقدر ما تنصب على مدى مناسبة تطبيق نفس قواعد المسؤولية الجنائية الخاصة بالأفراد أصلا على الأشخاص الاعتبارية . والواقع أنه ما دام مسلما مبدأ مسؤولية الشخص الاعتباري منبثقا عن أفعال مثليه رغم انعدام إرادته ، فليس ما يمنع من تصور مسؤوليته جنائيا عما يرتكبه ممثلوه من جرائم بسبب أو بمناسبة توليهم عنه نشاطه . وفي نفس فكرة تمثيل الشخص الاعتباري في النشاط الإرادي والهادي معا ،

---

(١) أما ما يجاوز حدود هذا النشاط والتمثيل من الأخطاء . فلا ينصرف أثره إلى الشخص الاعتباري ، بل إلى ذات مرتكبيه من أفراد مثليه . فيتحملون وحدهم حينئذ بالمسؤولية عن أخطائهم الشخصية ، دون أن يتحملها الشخص الاعتباري ( انظر كتابنا سالف الذكر . هـ ص ٩٤٧ ) .

(٢) راجع في ذلك بخاصة :

Saleilles, pp. 654 et s. — Michoud, t. II, Nos. 279 - 287. — De Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3e. éd. 1947.

السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، ص ٢٤٧ - ٣٥٣ . - محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٣٥ .

• بما يسمح باسناد مسؤوليته الجنائية كمسئوليته المدنية على السواء (١) ، أما العقوبات التي يتحمل بها الشخص الاعتباري نتيجة مسؤوليته الجنائية ، فلا بد وأن تتفق مع طبيعته ، سواء كانت مشتركة بينه وبين الشخص الطبيعي أو مقصورة عليه وحده ، كعقوبة الغرامة واصدارة والوقف والحل والاعلاق .

### ٣٣٧ - مبدأ التخصص وأثره في تقييد نشاط الشخص الاعتباري

إذا كان مبدأ التخصص - كما رأينا - يحد من مدى أهلية وجوب الشخص الاعتباري فيحصر صلاحيته كصاحب للحقوق والالتزامات في نطاق الغرض المحدد الذي يستهدفه ويستمد منه قيمته الاجتماعية ، فكذلك يحد هذا المبدأ من نشاط الشخص الاعتباري - الذي يتولاه عنه ممثلوه - فيركز نشاطه في هذا الغرض وحده ويحرم عليه كل نشاط لغيره من الأغراض (٢) .

ومقتضى اعمال مبدأ التخصص ضرورة التزام كل شخص اعتباري في نشاطه حدود التخصص القانوني والنظامي ، أي حدود غرضه العام المحدد بالقانون وفق الطائفة التي ينتمى إليها وحدود غرضه الخاص المحدد بنظامه داخل غرضه العام (٣) . فلا يجوز لجمعية القيام بأعمال تجارية ، أو الدخول في مضاربات مالية (٤) ، ولا لجمعية علمية أو دينية القيام بنشاط سياسي ، ولا يجوز لشركة الاشتغال بالسياسة ، ولا لشركة تخصص في انتاج أفلام سينمائية توجيه نشاطها كذلك الى بناء عمارات استغلالية أو الى استخراج البترول أو المواد المعدنية .

ولكن إذا تجمعت حول الغرض الأصلي الأساسي للشخص الاعتباري

(١) قارن :

Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, Nos. 35, 44, pp. 762, 763.

(٢) انظر بخاصة : م ١٩ و ٢٠ و ٢/٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات رقم ٣٢ لسنة

١٩٦٤ .

(٣) انظر في جزاءات خروج الشخص الاعتباري في نشاطه على مبدأ التخصص :

كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٥٢ و ٩٥٣ .

(٤) م ٢٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ سالف الذكر .

أغراض أخرى قانونية لا تتعارض معه ، بل تكون من مستلزماته أو بعض آثاره أو مكملاته (١) ، فلا حرج على الشخص الاعتباري من النشاط كذلك في حدودها دون أن يحمل ذلك معنى الخروج على مبدأ تخصصه بفرضه الأصلي ، كالشركة الصناعية التي تنشئ مصححا لعلاج عمالها وموظفيها وعائلاتهم أو مدرسة لتعليم أولادهم ، وكالجمعية الخيرية التي تطرح أوراقا للتنصيب لزيادة مواردها ، إذ هذه الأغراض الثانوية متفرعة من الغرض الأصلي أو موجبة لخدمته .

### المطلب السادس

#### انقضاء الشخصية الاعتبارية (٢)

#### ٣٣٨ - أسباب الانقضاء

إذا كان الشخص الاعتباري أطول حياة عادة من الشخص الطبيعي وكان ذلك بعض أسباب وجوده وقيمه وامتيازاته ، إلا أنه ليس معنى ذلك أنه مخد لا يدركه الفناء ، بل هناك من الأسباب الكثيرة - المتفقة وطبيعته - ما يقضي عليه وينهي شخصيته .

فهو ينقضي انقضاء طبيعيا بانتهاء الأجل المحدد له إذا وجد مثل هذا التحديد ، أو باستنفاد الغرض الذي وجد من أجله بتحقيقه كاملا أو باستحالة هذا التحقيق ، أو بموت كل الأفراد من أعضائه إذا كان جماعة من الأشخاص (٣) ، أو انقراض كل المنتفعين بفرضه إذا كان مجموعة من المال ،

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، ص ٢٣٠ .

(٢) راجع في ذلك بخاصة :

Michoud, t. II, Nos. 383 - 395. — Capitant, Nos. 176-183. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1054.

(٣) ومع ذلك ، فقد يترتب على موت عضو واحد انقضاء الشخص الاعتباري ، وذلك حيث يغلب الاعتبار الشخصي في تكوينه كشركة التضامن . ولكن خروجاً على ذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك أو فيما بين الباقين من الشركاء وحدهم ( م ٥٢٨ مدني - وأنظر مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٣٥٤ - ٣٥٦ و ٣٥٨ - ٣٦٤ ) .

أو بتضاؤل أعضائه في جماعات الأشخاص الى عضو واحد (١) ، أو الى عدد من الأعضاء أقل من الحد الأدنى الواجب توافره (٢) .

وكذلك ينقض الشخص الاعتبارى انقضاء اختياريا ، اذا كان جماعة من الأشخاص ، اما بالاجماع من كافة أعضائه على حله ، واما بالأغلبية المحددة في القانون أو النظام والتي تملك بمقتضى أيهما سلطة الحل .

ويكون الانقضاء اجباريا بعمل من الدولة ، سواء من السلطة التشريعية بإلغاء ثلاثة يعينها من طوائف الشخص الاعتبارى بصفة عامة (٣) ، أو بإلغاء شخص اعتبارى معين اكتسب الوجود والشخصية عن طريق هذه السلطة . أو من السلطة التنفيذية أو الادارية (٤) بسحب الترخيص السابق اعطاؤه عنها لقيام أحد الأشخاص الاعتبارية ، أو في غير ذلك من الأحوال اذا وجد من الأسباب ما يبرر الحل (٥) . أو من السلطة القضائية بحكم يصدر من المحكمة المختصة بحل شخص اعتبارى معين لمخالفة نظامه أو القانون أو النظام العام والآداب ، أو لوجود مسوغ خطير يبرر ذلك (٦) .

### ٣٣٩ - ذبول الانقضاء

اذا انقضى الشخص الاعتبارى بأحد الأسباب المتقدمة ، فمعنى ذلك

(١) ولكن استثناء من ذلك ، لا تنقض شخصية الشركة بالتأميم ورغم ايلولة كل أسهمها الى شخص واحد هو الدولة اذا أبقى على شكلها كشركة ( أنظر : مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ج ١ ، ١٩٦٦ ، فقرات ٢٥٢ و ٤٨١ ) .

(٢) لا يجوز فى القانون المصرى أن يقل عدد الشركاء فى شركات المساهمة عن ثلاثة (م ٨ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ فى شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة) ، ولا أن يقل عدد أعضاء الجمعيات عموما عن عشرة ( م ٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ) .

(٣) كإلغاء الأوقاف الأهلية فى القانون المصرى ، بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

(٤) لكن إعطاء السلطة الادارية حق حل أو إنهاؤ الشخص المعنوى لم يعد يقصد به إعطاءها سلطة تقديرية تحكمية كما كان مفهوم نظرية الافتراض ، بل سلطة مقيدة بأسباب محددة مقدما بمرور الحل .

(٥) أنظر بخاصة : م ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ .  
(٦) أنظر بخاصة : م ٥٣٠ مدنى فى شأن حل الشركات .

انتهاء شخصيته وصلاحيته كمرکز وصاحب للحقوق والالتزامات • ويشير ذلك  
مشكلة تحديد مصير حقوقه والتزاماته والى من تؤول من بعده •

ولكن ليست كل حقوق الشخص الاعتبارى والتزاماته بالتى تثور مشكلة  
تحديد مصيرها عند انقضائه • اذ منها ما ينقضى ويتلاشى بانقضاء هذا  
الشخص ، كالحقوق غير المالية مثل الحق التأديبى للشخص الاعتبارى على  
أعضائه (١) وحق السيادة الثابت للدولة أو لغيرها من أشخاص القانون  
العام (٢) ، بل وبعض الحقوق المالية ذات الطابع الشخصى مثل حق الانتفاع (٣)  
الذى ينقضى حتماً - من قبل حلول أجله - بانقضاء الشخص الاعتبارى  
ولا ينتقل عنه الى غيره •

وأما باقى حقوق الشخص الاعتبارى المالية والتزاماته المالية ، فبى التى  
تثور مشكلة تحديد مصيرها • وفى ذلك ينبغى التفرقة بين ما اذا كان مقصودا  
بانقضاء الشخص الاعتبارى حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محله .  
أو كان انقضاؤه انقضاء كاملا لا يعقبه مثل هذا الحلول •

ففى الحالة الأولى ، سواء كان انقضاء الشخص الاعتبارى بقصد  
تجزئته الى جملة أشخاص اعتبارية كتقسيم دولة أو جمعية الى دولتين أو  
جمعيتين أو أكثر ، أو كان بقصد ادماجه فى شخص اعتبارى آخر أو ضمه اليه  
كاندماج دولة أو شركة فى دولة أو شركة أخرى أو ضمها اليها ، نجد أن  
الغالب أن الأشخاص الاعتبارية الناشئة عن التجزئة أو الشخص المندمج فيه  
يخلف الشخص الاعتبارى المتجزئ أو المندمج على حقوقه والتزاماته  
المالية (٤) ، ويكون ذلك بمثابة حوالة لهذه الحقوق والالتزامات (٥) أى لذمة

(١) Michoud, t. II, No. 395.

(٢) Michoud, No. 396.

(٣) Michoud, No. 394.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٦ ، ص ٥٥٠ .

(٤) Michoud, t. II, No. 363.

نقض ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ ، مجموعة أحكام النقض ( المدنية ) ، ص ٦ ، ع ٢٠٢ رقم

١٠١ ، ص ٧٦٣ .

(٥) مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٦٣٤ .



### الشخص الاعتباري المنقضى .

وفي الحالة الثانية ، حيث يكون الانقضاء كاملا لا يعقبه حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محل الشخص الاعتباري المنقضى ، ينبغي تصفية ذمة هذا الشخص بوفاء ديونه من حقوقه . وحاجات التصفية وضرورتها تقتضي الإبقاء على الشخصية الاعتبارية رغم توافر سبب انقضائها . ولكن امتداد هذه الشخصية ، باعتباره خروجاً على الأصل ، ينبغي أن يكون محصوراً في نطاق التصفية واجراءاتها فحسب فلا ينصرف الى غير ذلك من الأغراض . ومبدأ استمرار الشخصية الاعتبارية قائمة طوال فترة التصفية وباتقدر اللازم لاتمامها ، هو ما يستقر عليه القضاء الفرنسي (١) ، ويصرح به في شأن الشركات المشرع المصري ( م ٥٢٣ مدني ) (٢) ، وما ينبغي عن طريق القياس تعميمه - عند عدم وجود نص يقضي بالعكس - على غير الشركات من الأشخاص الاعتبارية الأخرى (٣) حيث يحتاج الأمر الى التصفية .

فإذا تمت تصفية ذمة الشخص الاعتباري المنقضى وتبقت حقوق بعد وفاء كافة الديون ، فيثور التساؤل عن مصير هذه الحقوق . وفي الإجابة على ذلك ، يجب عدم مسايرة نظرية الافتراض فيما كانت تذهب اليه من أيلولة هذه الحقوق الى الدولة باعتبارها أموالاً سائبة لا صاحب لها (٤) ، وإنما تؤول هذه الحقوق أو توزع طبقاً للقانون أو لنظام الشخص الاعتباري . والمستقر في هذا الشأن التفرقة فيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية الخاصة بين

(١) Marty et Raynaud, t. I, No. 1054, p. 1276.

(٢) راجع في ذلك :

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٢٦ و ٦٣٠ .

(٣) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid

(٤) أنظر في الإشارة الى مذهب نظرية الافتراض في هذا الصدد وفي رفضه :

Michoud, t. II, Nos. 357, 361. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 95.

ومع ذلك ، فقد تؤول حقوق الشخص الاعتباري الى الدولة اذا فرض المشرع حله مفعراً ذلك .



## المبحث الثاني

### أنواع الشخص الاعتباري

#### ٣٤٠ - تقسيم الأشخاص الاعتبارية الى عامة وخاصة (١)

من المستقر اعتبار التقسيم الاساسي للأشخاص الاعتبارية هو تقسيمها الى أشخاص عامة وإلى أشخاص خاصة تبعا لتقسيم القانون الى عام وخاص ، اذ تخضع الأولى لأحكام القانون العام والثانية لأحكام القانون الخاص ، مما يعطى لتقسيم الأشخاص الاعتبارية على هذا النحو نفس الأهمية البالغة التي رأيناها لتقسيم القانون الى عام وخاص .

والترفرقة بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص الاعتبارية قد أصبحت اليوم دقيقة الى حد بعيد ، نتيجة تدخل الدولة المتزايد في ميادين كانت متروكة الى قريب للنشاط الخاص وحده مما خلق الى جوار المرافق والمؤسسات العامة الادارية البحتة مرافق ومؤسسات أخرى اقتصادية ومهنية وأثار مشكلة تكييفها ، ونتيجة رقابة الدولة المتزايدة على أشخاص القانون الخاص مما يكاد يوقع في الخطب بينها وبين أشخاص القانون العام .

والمعايير التي يقول بها الفقه للترفرقة بين الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة معايير كثيرة متعددة (٢) . ويبدو أن الوقوف عند واحد منها فحسب ، ليس بالحاسم في أمر تبين حدود هذه التفرقة في

(١) انظر في ذلك :

Michoud, t. I, Nos. 75, 82 - 95. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 74, 74 bis. — Mazeaud, t. I, No. 603.

(٢) انظر في الإشارة الى هذه المعايير وفي مناقشتها :

Michoud, t. I, Nos. 86, 87.

مصطفى أبو زيد فهمي ، الوجيز في القانون الإداري ، ج ١ ، نظرية المرافق العامة . ١٩٥٧ ، فقرات ٢٥٤ - ٢٥٩ ، ص ١٩٧ - ٢٠١ . - محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري المصري والمقارن ، ج ١ ، السلطة الادارية ، ١٩٥٨ ، ص ٤٥٦ - ٤٥٩ .

قطع ويقين . لذلك قد يكون من الواجب النظر الى جملة القواعد القانونية التي تحكم الشخص الاعتباري في مجموعها ، والاعتداد في شأنه بجملة معايير أو علامات تكشف معا عن توافر صفته العامة أو نخلعها (١) : كتمتعه أو عدم تمتعه ازاء أعضائه وازاء الغير بامتيازات السنطة العامة ، وأصله ومنشأه ، وتمتع الإدارة بالسيطرة عليه والكممة النهائية في شأنه أو اكتفائها بمجرد الاشراف عليه ورقابته الرقابة العادية .

وعلى أى حال ، فقد عني المشرع المصري - وهو بسبيل بيان أنواع الأشخاص الاعتبارية وكيفية اكتسابها الشخصية - بتحديد طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة على السواء ولكن دون عناية بوضع معيار للترقية بينها ، فنص في المادة ٥٢ من التقنين المدني على أن الأشخاص الاعتبارية هي :

١ - الدولة ، وكذلك المديرية والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢ - الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣ - الأوقاف .

٤ - الشركات التجارية والمدنية .

٥ - الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للأحكام التي سنتها فيما بعد .

٦ - كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص القانون » .

فنعرض فيما يلي للأشخاص الاعتبارية العامة ، ثم للأشخاص الاعتبارية الخاصة .

(١) في هذا المعنى :

## المطلب الأول

### الأشخاص الاعتبارية العامة

#### ٣٤١ - طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة

تنقسم الأشخاص الاعتبارية العامة الى نوعين رئيسيين : أشخاص اقليمية من ناحية ، ومنشآت او هيئات أو مؤسسات عامة من ناحية ثانية .

(١) الأشخاص الاعتبارية الاقليمية : هي الأشخاص الاعتبارية العامة التي يشمل اختصاصها في الأصل جميع المرافق ولكن في حدود اقليمية معينة . وفي طبيعة هذه الأشخاص شخص اساسي وضروري هو الدولة التي ينسبط سلطانها ونشاطها على كافة اقليمها ، ويلبها الأشخاص المحلية التي يتولى كل منها أمور المرافق العامة على اختلاف أنواعها في بقعة معينة من اقليم الدولة كالمحافظات والمدن والقرى ( م ١/٥٢ مدني ) . وواضح أن ثبوت الشخصية الاعتبارية لهذه الأشخاص ، إنما يتم عن طريق الاعتراف الصام وبمجرد نشوئها وفق الشروط العامة المحددة في القانون (١) . وتمثل هيئات وأجهزة معينة هذه الأشخاص في نشاطها ، فتمثل الحكومة ( بالمعنى الواسع ) الدولة ، وتمثل مجالس المحافظات والمجالس البلدية والقروية المحافظات والمدن والقرى على التوالي .

(٢) المنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة : أشارت الى هذا النوع الثاني من الأشخاص الاعتبارية العامة ، ولكن دون تفصيل أو تمثيل ،

---

(١) ظاهر أن هذا القول يصدق على المحافظات والمدن والقرى . أما الدولة ، فإن شخصيتها الاعتبارية تنشأ لها في المحيط الداخل من قبل هذا الاعتراف ودون حاجة اليه بمجرد توافر عناصر واقعية معينة ، وإن كانت تحرص على تسجيل هذه الشخصية ومظاهرها في نصوص تشريعية من بعد . أما في المحيط الدول ، فإن ثبوت شخصية الدولة يتوقف على الاعتراف بها من قبل الدول الأخرى ( انظر في شخصية الدولة وكيفية ثبوتها : Michoud, op. cit., t. I, Nos. 107 et s.)

المادة ١/٥٢ من التقنين المدنى بقولها « الادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها انقانون شخصية اعتبارية » • واذا كان ظاهر هذا النص يشعر بأن هذا النوع من الاشخاص الاعتبارية - على خلاف النوع الاول - يلزم لثبوت شخصيته اعتراف خاص ، الا أن المشرع بنصه من بعد على ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئة العامة (١) وللمؤسسة العامة (٢) عموما ، يكون قد خلق اعترافا عاما بالشخصية الاعتبارية لهيئات والمؤسسات العامة بحيث تثبت لها الشخصية بمجرد انشائها الذى يتم بقرار من رئيس الجمهورية ، دون حاجة الى اعتراف خاص بالشخصية لكل هيئة أو مؤسسة عامة منها على حدة •

وهذه الاشخاص الاعتبارية العامة المسماة بالمنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة (établissements publics) ، أو بالأشخاص المرفقية كما يسميها البعض (٣) تميزا لها عن الأشخاص الاقليمية ، تخصص - وسواء كانت قومية أو محلية - بوجه معين من أوجه النشاط أو بمرافق أو مرافق محددة ، تتمتع فى توليها وادارتها بنوع من الاستقلال الذاتى عن الدولة أو الأشخاص الاعتبارية الاقليمية الأخرى التى تتبعها •

وقد كانت الاشخاص المرفقية محدودة من قبل وقاصرة على مجرد الهيئات أو المؤسسات العامة الادارية التقليدية ، كالجامعات المصرية ودار الكتب ومجمع اللغة العربية والاذاعة الانسلكية (٤) • ولكن أمام اتساع وظيفة الدولة وازدياد تدخلها فى مختلف نواحى النشاط المتروك أصلا للجهود الخاصة ، كان لابد من اتساع مضمون فكرة الهيئات أو المؤسسات العامة وتكاثر عدد الأشخاص المرفقية وتنوعها بالتالى •

وقد اتجه تدخل الدولة المتزايد أساسا الى الميدان الاقتصادى أمام

(١) م ١ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ •

(٢) م ٦ من قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ •

(٣) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ و ٢٧١ •

(٤) مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩٥ ، ص ٢٣٣ •

انتشار النزعات الاجتماعية اليوم وما تعنيه من ضرورة هيمنة الدولة على الاقتصاد في الجماعة ، وبذلك ظهرت صورة جديدة من المرافق أو المؤسسات العامة الاقتصادية (١) لا تتولاها الدولة بنفسها مباشرة ، وإنما تعطىها الشخصية الاعتبارية وتمنحها بذلك حظا من الاستقلال الفنى والادارى والمالى ، تنخف به من الاساليب الادارية أو الحكومية المعقدة لتتبع أساليب ادارة المشروعات الحرة المائلة ، مما يزيد فى فرصة نجاحها وتحقيق المقصود من أغراضها .

وقد جرى المشرع المصرى فى البداية على التمييز بين ما سماه «الهيئات العامة» وما سماه «المؤسسات العامة» . ولكن لم يستقر معيار التمييز بوضوح بين هذين النوعين من الأشخاص الاعتبارية (٢) ، وان كان الظاهر ان المشرع المصرى يرمز عموما بالهيئات العامة الى المنشآت العامة التقليدية وبالمؤسسات العامة الى المنشآت الاقتصادية (٣) .

(١) انظر فى المؤسسات العامة الاقتصادية :

مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فترات ٢٩٥ - ٢٩٦ ، ٣٠٠ ، ٣٠٤ ، ٣١٢ ، ٣١٣ - ٠

محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨ - ٢٨٠ .

(٢) انظر فى ذلك :

مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ١٩٦٧ ، فقرة ٤٩٣ - ٠ محمد فؤاد

مهنا ، القانون الادارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديموقراطى التصاوى ، المجلد الاول

١٩٦٧ ، ص ٦٢٤ و ٦٢٦ .

(٣) انظر فى هذا المعنى : نقض ١٠ ابريل ١٩٦٩ ، مجموعة احكام محكمة النقض ،

ص ٢٠ ، ج ٢ ، رقم ٩٥ ص ٥٨٨ ، حيث اعتبر هذا الحكم الهيئة العامة لشؤون سكك الحديد

جمهورية مصر هيئة عامة لا مؤسسة عامة « لانها كانت فى الاصل مصلحة عامة حكومية رأت

الدولة ادارتها عن طريق هيئة عامة للخروج بالمرفق عن النظام ( الروتين ) الحكومى » .

انقرض الاساسى لها هو اداء خدمة عامة - وان كان لهذه الخدمة طبيعة تجارية - فى حين ان

« الغرض الاساسى للمؤسسة العامة يكون ممارسة نشاط تجارى أو صناعى أو زراعى أو مالى » .

وبالاضافة الى هذا المعيار الجوهرى ، اضاف الحكم ضوابط تميز فى هذا المثل بوجود

الهيئة العامة بما يميزها عن المؤسسة العامة بقوله « ان قانون انشاء هيئة السكك الحديدية وان

نص على ان تكون لها ميزانية سنوية مستقلة الا انه الحق هذه الميزانية بميزانية الدولة وبذلك

تحمل الدولة ما قد يصيبها من خسائر ويؤول اليها ما تحققه الهيئة من ارباح ، بينما رباح

المؤسسة العامة بحسب الاصل تؤول اليها وتحمل هي الخسارة . ثم ان الرقابة التى جعلها

ذلك القانون لوزير المواصلات على الهيئة وعلى قرارات مجلس ادارتها هي من نوع رقابة الدولة

على الهيئات العامة والتى لا نظير لها فى المؤسسات العامة » .

( م ٤٣ - المدخل الى القانون )

وعلى أي حال ، فقد كان المشرع ذاته يتكفل باقامة هذا التمييز . اذ كان ينص على أن يحدد رئيس الجمهورية بقرار منه ما يعتبر هيئات عامة وما يعتبر مؤسسات عامة (١) .

ثم عدل المشرع عن تسمية « المؤسسات العامة » الى تسمية جديدة هي « هيئات القطاع العام » ، وذلك بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ في شأن هيئات القطاع العام وشركاته الذي النى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ في شأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام . وقد أبرز المشرع الطابع الاقتصادي لهيئات القطاع العام (م ١) ، واعتبرها من أشخاص القانون العام (م ٢) .

وتمهيدا للسير في الاتجاه الجديد نحو تحرير الاقتصاد القومي وتكبير دور القطاع الخاص ، أنشأ المشرع ما سماه « قطاع الأعمال العام » الذي يشمل ما سماه « الشركات القابضة » و « الشركات التابعة » لها ، محلا الأولى محل « هيئات القطاع العام » والثانية محل « شركات القطاع العام » (م ١ و ٢ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ باصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام) . ورغم أن رأسمال « الشركة القابضة » مملوك بالكامل للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة (م ١/١ من قانون شركات قطاع الأعمال العام) ، فقد اعتبرها المشرع من أشخاص القانون الخاص (م ١/٢) ، وذلك على خلاف « هيئات القطاع العام » التي كان القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ يعتبرها من أشخاص القانون العام على ما سلفت الاشارة . وأوجب المشرع أن تتخذ الشركة القابضة شكل شركة المساهمة (م ٢/١) ، على أن تثبت لها الشخصية الاعتبارية من تاريخ قيدها في السجل التجاري (م ١/٢٢) . ويسري على الشركة القابضة - فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون شركات قطاع الأعمال العام وشركاته وبما لا يتعارض مع أحكامه - نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ (م ١ من قانون اصدار القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١) (٣) .

(١) م ١٨ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ ، وم ٥ من قانون اصدار قانون المؤسسات العامة المضي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ .

وانظر من مقررات الجمهورية الصادرة باعتبار بعض الهيئات هيئات عامة : القرار رقم ٢٧١٥ سنة ١٩٦٦ في شأن الهيئة العامة لشئون السكك الحديدية ، والقرار رقم ٩٢٥ لسنة ١٩٦٧ في شأن الهيئة الزراعية المصرية . والقرار رقم ١٩٢٦ لسنة ١٩٦٧ في شأن الهيئة العامة للانتاج الزراعي .

(٢) أجرى المشرع ذلك الأحكام على الشركة القابضة (م ٣/١٦ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، وهي التي يكون لاحدي الشركات القابضة ٢٥١ من رأسمالها على الأقل (م ١/١٦ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١) .

(٣) ويشمل هذا النص بحكمه كذلك الشركة التابعة .



وكذلك يثير تدخل الدولة المتزايد في بعض مرافق التوجيه المهني وهيمنتها عليها مشكلة تحديد صفتها . وتقوم هذه المرافق أو النقابات المهنية (١) على ضم المشتغلين بمهنة معينة ضما اجباريا في جماعة ذات شخصية اعتبارية ، تشرف على نظام وأصول المهنة ، وتختص بقبول المشتغلين بها ، وتفرض عليهم رسوما معينة وتملك عليهم سلطة تأديبية واسعة، وتمتع في سبيل ذلك كله ببعض مزايا السلطة العامة . ومن أمثلتها الغرف التجارية والصناعية ونقابات المحامين والاطباء والمهندسين والعلميين . ويكاد يستقر الفقه الإداري الحديث على اعتبارها من أشخاص القانون العام (٢) ، بل واعتبارها كذلك صورة جديدة من صور المؤسسات العامة هي « المؤسسات المهنية » (٣) ، واعتبار قراراتها المتعلقة بالنشاط المهني قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري (٤) . وعلى أي حال ، فقد قطع المشرع المصري صراحة باعتبار بعض هذه المرافق المهنية مؤسسات عامة ، كما فصل في شأن الغرف التجارية (٥) والغرف الصناعية (٦) .

وكذلك فإن النص ، في صدد تعديد الأشخاص الاعتبارية ، على الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية ، ( م ٢/٥٢ مدني ) ، يثير تساؤل عن صفتها . وقد أتيح للقضاء الإداري المصري أن يجيب عن هذا التساؤل في شأن ما عرض عليه من الطعن في قرارات بعض هذه الهيئات والطوائف الدينية ، ففرض باعتبارها من أشخاص القانون العام الاعتبارية (٧) وباعتبار قراراتها بالتالي قرارات إدارية تقبل الطعن فيها

(١) انظر في المرافق أو النقابات المهنية :

مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٩ - ١٢٢ و ٣٥٢ - ٣٦٢ . - محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري المصري والقانون ، ج ١ ، السلطة الإدارية ، ١٩٥٨ ، ص ٢٨٠ - ٢٨٢ و ٤٥٠ - ٤٥٥ .

(٢) مصطفى أبو زيد ، فقرات ٢٩٧ - ٢٩٩ .

(٣) انظر : محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٤٥١ - ٤٥٥ . والمراجع الفرنسية العديدة التي يشير إليها في هامش ص ٤٥١ .

(٤) انظر في ذلك حكيم محكمة القضاء الإداري في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٠ ، بالنسبة لنقابة المحامين ولقنابة المهن الهندسية وقراراتهما ( مجموعة الكتب الفني ، ص ٥ ، رقم ٧٢ ، ص ٣٠٤ ، ورقم ٧٥ ص ٣٢١ على التوالي ) .

(٥) المادة الأولى من القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ .

(٦) المادة الأولى من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٧ ، المعدل بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٥٣ .

(٧) انظر في هذا المعنى كذلك :

سليمان مرقس ، فقرة ٢٢٤ . - محمد سامي مذكور ، ص ١٤٤ .

بالإلغاء أمامه ، وذلك بالنظر الى ما تتمتع به هذه الهيئات من بعض مزايا واختصاصات السلطة العامة والى قيامها بخدمات ذات نفع عام والى خضوعها خضوعاً جوهرياً لهيمنة الدولة واشرافها (١) . ويراعى ، على أى حال ، ان مثل هذه الهيئات والطوائف الدينية انما تثبت لها الشخصية الاعتبارية عن طريق الاعتراف الخاص بكل منها (٢) لا عن طريق الاعتراف العام ، وان كان ليس لازماً ان يأتى هذا الاعتراف الخاص صريحاً .

## المطلب الثانى

### الأشخاص الاعتبارية الخاصة

#### ٣٤٢ - تقسيم

يمكن أن نقسم الأشخاص الاعتبارية الخاصة التى تخضع للقانون الخاص ، من حيث تكوينها ، الى نوعين رئيسيين : جماعات الأشخاص التى تتألف من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين ، ومجموعات الأموال التى تتكون من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين . فنعرض لكل منهما على التوالى .

## الوجه الأول

### جماعات الأشخاص

#### ٣٤٣ - تهييد وتقسيم

فيما عدا جماعات الأشخاص التى تثبت لكل منها الشخصية الاعتبارية

- (١) محكمة القضاء الإدارى ، ٦ ابريل سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، ص ٨ ، رقم ٦٠١ ، ص ١١٧١ ، بالنسبة لبطركخانة الأقباط الأرثوذكس .
- ومحكمة القضاء الإدارى ، ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، ص ٩ ، رقم ٣٤٠ ، ص ٣١ ، بالنسبة للمجلس الصوفى الأعلى .

(٢) فى هذا المعنى :

- عبد المنعم البدرولى ، فقرة ٤٥٦ ، ص ٦٩٥ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٠٥ ، ص ١٥٨ .
- ولكن ليس يلزم ان يكون الاعتراف الخاص بقانون ، وانما يكفى ان يكون هـ وفقاً للقواعد العامة فى هذا الصدد ( الفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٧٤ ) ، أى يكفى ان يكون اعترافاً جرى به العرف ( أنظر سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش ٤٠ ، ص ٣٤٧ ، ر ٣٤٨ ) .

بمقتضى اعتراف خاص أو نص في القانون ( م ٦/٥٢ مدني ) ، تثبت الشخصية الاعتبارية - عن طريق الاعتراف العام - لطائفتين من جماعات الأشخاص هي الشركات والجمعيات ( م ٤/٥٢ و ٥ مدني ) . فنعرض بإيجاز فيما يلي للشركات ، ثم نعرض للجمعيات .

### ( ١ ) الشركات Les Sociétés

#### ٣٤٤ - مقومات الشركة وأنواعها

الشركة جماعة من الأشخاص تتجمع بقصد تحقيق ربح مادي يقسمونه فيما بينهم . وغرض تحقيق الربح الذي توجد من أجله الشركة ، هو الذي يميزها عن الجمعية . وقد عرفت المادة ٥٠٥ من التقنين المدني الشركة بما يبرز هذا الغرض بقولها : الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر ، يساهم كل منهم في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة .

والشركة على هذا النحو تفترض وجود شخصين على الأقل (١) مرتين الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية (٢) ، ووجود ارتباط بين الشركاء والتزام بالتعاون على تحقيق مشروع استغلالى بقصد تحصيل ربح أو كسب مالي يزيد في ثروتهم (٣) ، عن طريق تقديم أنصبة أو حصص سواء كانت مالية نقدية أو عينية أو كانت حصصا بالعمل ووضعها في خدمة هذا المشروع . ولتحقيق هذا الغرض ، حتى تعود عليهم من بعد ثمرته فيقسمون فيما بينهم أرباحه أو يتحملون بمخاطره وخسائره .

(١) ولكن استثناءً من ذلك ، تظل الشركات المؤممة مخيرة شركات رغم أن التأميم من شأنه إيلولة ملكية أسهم الشركة أو حصصها إلى شخص وحيد هو الدولة ( في هذا المعنى : مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري ، ١٩٦٧ ، فقرات ١٦٨ و ٢٥٢ ) . ولذلك نص قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الملحق رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ على أن للؤسسة العامة - في سبيل تحقيق أغراضها - إنشاء شركات مساهمة بمفردها ( م ١ / ٩ ) ، ونص قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ على نفس الحكم في شأن الشركة القابضة ( م ٣ / ٢ - ١ ) وهي التي حلت بهذا القانون محل المؤسسة العامة .

(٢) ومع ذلك ، ففي شأن بعض الشركات لا يكفي وجود شخصين بل يجب وجود عدد أكبر من الشركاء كحد أدنى ، مثل شركات المساهمة التي يلزم أن يكون عند الشركاء المؤسسين فيها ثلاثة على الأقل ( م ٨ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة ) .

(٣) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٤ .

والشركات اما شركات تجارية تحترف القيام بصفة رئيسية بالأعمال التجارية ، كعمليات البنوك أو النقل أو التأمين أو الصناعة ، واما شركات مدنية تقوم بصفة رئيسية بالأعمال المدنية كالاستغلال الزراعي (١) .

### ٣٤٥ - تكوين الشركة وبدء شخصيتها

يلزم في البداية لتكوين الشركة وجود عقد مكتوب بذلك أما كان مقدار رأس المال ، والا كانت الشركة باطلة ( م ٥٠٧ / ١ مدني ) (٢) ، بحيث تكون الكتابة اذن شرطا لانعقاد عقد الشركة لا بمجرد اثباته . وكفى العقد المكتوب العرفي في الأصل لتكوين الشركة ، كما هو الشأن في الشركات المدنية عموما . ولكن قد يستلزم القانون - فضلا عن ذلك - اجراء شكليا آخر في شأن بعض الشركات كالشركات التجارية ، فقد تطلب القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة أن يكون العقد الابتدائي ونظام الشركة ( بالنسبة لشركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم ) أو عقد تأسيس الشركة ( بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة ) عقدا رسميا أو مصدقا على التوقيعات فيه ( م ١٥ ) .

وتكتسب الشركة المدنية الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوينها بعقد مكتوب ( م ٥٠٦ / ١ مدني ) . ومع ذلك لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقرها القانون ( م ٥٠٦ / ١ مدني ) (٣) . غير أن النشر مقصود به مصلحة الغير لا مصلحة الشركاء ، ولذلك لا يستطيع الشركاء الاحتجاج بشخصية الشركة على الغير قبل القيام باجراءات النشر المقررة ، بينما يظل للغير حق التمسك بهذه الشخصية رغم عدم شهر الشركة على النحو المذكور ( م ٢ / ٥٠٦ مدني ) . أما الشركات التجارية سالف الذكر ، فلا تترتب لها الشخصية الاعتبارية إلا باشهار عقد الشركة ونظامها - بحسب الأحوال - في السجل التجاري ( م ٢٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ) ومن تاريخ هذا الشهر (٤) .

(١) تطبقي طه . المرجع السابق ، فقرة ٢٨٤

(٢) ولكن هذا البطلان مقرر لمصلحة الغير ، ولذلك لا يجوز للشركاء الاحتجاج به قبل الغير ( م ٣ / ٥٠٧ مدني ) ، وان جاز له التمسك قبلهم بقيام الشركة او بطلانها حسب مصلحته .

(٣) ومع ذلك لم يقرر التقنين المدني اجراءات نشر معينة لشهر الشركات المدنية ، ولذلك ينبغي القول بان شخصية هذه الشركات - على خلاف الشركات التجارية - تبدأ ويحتج بها على الغير منذ تكوينها ( في هذا المعنى : عبد المنعم البناوي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧١ .

- ص ٧١١ ) .

(٤) ولا يجوز بعد انتماء الشهر المذكور العطن بطلان الشركة بسبب مخالفة الأحكام المتعلقة بالتأسيس ( م ٢٣

من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ) .

وقد سلفت الاشارة إلى إمكان ثبوت الشخصية الاعتبارية للشركة في مرحلة تأسيسها إذا كانت التصرفات التي أجزاها المؤسسون في هذه المرحلة ضرورية للتأسيس (١)

### ٣٤٦ - انقضاء الشركة

تنتهي الشركة بوجه عام - أيا كان نوعها أو شكلها - بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله ( م ١/٥٢٦ مدني ) ، أو بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها ( م ١/٥٢٧ مدني ) ، أو باجماع الشركاء على حلها ( م ٢/٥٢٩ مدني ) أو باتفاق أغليبيتهم على هذا الحل في الحدود المقررة في عقد الشركة أو نظامها ، أو بحكم قضائي بناء على سبب خطير يسوغ الحل ( م ٥٣٠ مدني ) .

وفضلا عن ذلك ، توجد أسباب انقضاء خاصة بشركات الأشخاص . فهذه الشركات ، بقيامها على الاعتبار الشخصي ، تتعرض للانقضاء بكل طارئ . يحتمل معنى الإخلال بهذا الاعتبار ، كموت أحد الشركاء ، أو الحجر عليه ، أو إعساره ، أو إفلاسه ( م ١/٥٢٨ مدني ) ، أو انسحابه إذا كانت الشركة غير معينة المدة ( م ١/٥٢٩ مدني ) . ولكن هذه الأسباب غير متعلقة بالنظام العام ، ولذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة رغم توافر أحد هذه الأسباب .

وبانقضاء الشركة تتم تصفية أموالها وقسمتها . وتتم هذه التصفية والقسم بالطريقة المبينة في العقد ، وعند خلوها من حكم خاص تتبع أحكام القانون ( م ٥٣٢ مدني ) . ولحاجات التصفية ، تبقى استثناء شخصية الشركة - رغم توافر سبب انقضاءها - بالقدر اللازم لهذه التصفية وإلى نهايتها ( م ٥٣٣ مدني ) (٢) . وبعد تمام التصفية باستيفاء الدائنين لحقوقهم . تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعا ، فيختص كل واحد منهم بمبلغ يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال ، وإذا بقي شيء بعد ذلك ، يقسم بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم في الأرباح . أما إذا لم يكف صافي مال الشركة للوفاء بخصص الشركاء ، فإن الحسارة توزع عليهم جميعا بحسب النسبة المتفق عليها في توزيع الخسائر ( م ٥٣٦ مدني ) .

(١) انظر سابقا ، ص ٦٣٩ - ٦٤٠ .

(٢) وهذا ما يؤكده كذلك القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة ( م ١/١٣٨ ) ، على أن يضاف إلى اسم الشركة خلال التصفية عبارة « تحت التصفية » ( م ٢/١٣٨ ) .

(٣) انظر سابقا ، ص ٦٦٧ .

## ( ٢ ) الجمعيات

### Les Associations

#### ٣٤٧ - تمهيد

عنى التقنين المدنى الحالى بوضع احكام عامة للجمعيات فى المواد من ٥٤ الى ٦٨ منه . وقد صدرت قبله وبعده تشريعات خاصة ببعض احكام جزئية متعلقة بالجمعيات او بانواع معينة منها . وقد رأى المشرع من بعد جمع شتات هذه الاحكام فى صعيد واحد مع اعادة النظر فيها ، مما اقتضاه اخراجها من صلب التقنين المدنى واصدار تشريع جديد خاص بها . ولكنه لم يقتصر فى هذا التشريع على احكام الجمعيات وحدها بل ضم اليها كذلك احكام المؤسسات الخاصة . وقد هدد بهذا التشريع اولا القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، ثم حل محله اليوم القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ . وبذلك تم نسخ نصوص التقنين المدنى الاصلية فى هذا الشأن .

#### ٣٤٨ - مقومات الجمعية

يقصد بالجمعية « كل جماعة ذات تنظيم مستمر ، لمدة معينة او غير معينة ، تتألف من اشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة او من اشخاص اعتبارية ، لغرض غير الحصول على ربح مادى » . ومن هذا التعريف ، تبين اركان الجمعية ومقوماتها الآتية :

١ - تتألف الجمعية من عدد او جماعة من الأشخاص . ويستوى أن يكون هؤلاء الأشخاص اشخاصا طبيعيين او اشخاصا اعتباريين . ولكن اذا كانوا اشخاصا طبيعيين ، فيجب أن لا يقل عددهم عن عشرة .

٢ - تمثل الجمعية تنظيمها مستمرا . ولا يقصد بالاستمرار التأييد والدوام ، اذ يمكن ان تعين للجمعية مدة محددة تنقضى بانتهائها ، وانما يقصد بالاستمرار أن يكون وجودها وتنظيمها مستقرا ثابتا يميزها عن مجرد الاجتماعات العارضة او الوقتية التى لا تكون جمعية ولا تستاهل اكتساب الشخصية .

٣ - تهدف الجمعية الى غرض غير الحصول على ربح مادى ، وهذا هو

الذي يميزها عن الشركة (١) . ويستوى بعد ذلك - ما دام غرض الجمعية غير مخالف للنظام العام والآداب - أن يكون خيراً أو دينياً أو علمياً أو ثقافياً أو رياضياً أو اجتماعياً ، أو سياسياً كالأحزاب ، أو مهنياً للدفاع عن مصالح أبناء المهنة الواحدة ك نقابات العمال .

### ٣٤٩ - نشوء الجمعية وبدء شخصيتها

لا تنشأ الجمعية الا بمقتضى نظام مكتوب موقع من المؤسسين (٢) . ( م ٣ / ١ ) . والكتابة هنا - كما في حال الشركة - شرط وجود وانعقاد . لا شرط اثبات . ويجب أن يشتمل نظام الجمعية المكتوب على بيانات عدديتها المادة ٢/٣ وهي : اسم الجمعية (٣) ونوع وميدان نشاطها (٤) ونطاق عملها الجغرافي ، ومركز ادارتها على أن يكون هذا المركز في جمهورية مصر العربية ، واسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته ومحل اقامته ، وموارد الجمعية وكيفية استقلالها والتصرف فيها ، والاجهزة

(١) قد تدق التفرقة بين الشركة والجمعية في صورة بعض الجمعيات التي تدعى بتحقيق منافع اقتصادية لأعضائها . ولكن ينبغي أن يكون مفهوماً أن المقصود بالربح الذي يمتدح السهم إليه هو الميز الأساسي للشركة هو الكسب الايجابي المائي أو المادي الذي يضاف الى برود الشركة وليس مجرد الكسب السلبي بالاقتصاد في النفقات أو توقي بعض الخسائر . ولذلك ينبغي أن تعتبر جمعيات لا شركات ، جمعيات التأمين التبادلي التي تستهدف تعويض من يحمق به من أعضائها خطر معين من حصيد ما يساهم به فيها كل الأعضاء من أموال وحصص . والجمعيات التعاونية لاستهلاك التي تتبع السلع للأعضاء بالسعر الجارى ثم تعيد اليهم في آخر كل عام الفرق بين هذا السعر وبين التكلفة ومصاريف الإدارة ( أنظر : مصطفى ط . المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ . وأنظر كذلك في تأييد اعتبار الجمعيات التعاونية جمعيات لا شركات : شفيق شحاته ، فقرة ١٢٦ . - محمد سامي عدكور ، ص ١٤٩ . - سليمان مرقس هرمش «١» ص ٣٥٠ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١١٦ ، ص ١٦٨ . ولكن أنظر عكس ذلك ، بورسميد الجزئية ، ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٢ ، المحاماة ١٤ ، رقم ١٠٩ ، ص ٢١٦ ) .

(٢) ويجب أن لا يشترك في تأسيسها أو ينضم الى عضويتها اى من الأشخاص المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية الا بتصريح من الجهة الادارية المختصة ( م ١/١٢ ) ، وهي وزير الشؤون الاجتماعية ( م ٤٤ من اللائحة التنفيذية للقانون ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ ) .

(٣) « لا يجوز لاية جمعية أن تتخذ تسمية تدعو الى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها في نطاق عملها الجغرافي » ( م ٢/٣ - أ ) .  
(٤) تنص المادة الثانية من القانون على أن « كل جمعية تنشأ مخالفة للنظام العام أو لآداب أو لسبب أو لفرض غير مشروع أو يكون الفرض منها المساس بسلامة الجمهورية أو بشكل الحكومة الجمهورى أو نظامها الاجتماعي تكون باطلة » .

التي تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم ، ونظام العضوية وشروطها وحقوق الأعضاء وواجباتهم ، ونظام المراقبة المالية ، وكيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية ادماجها أو تكوين فروع لها . وقواعد حل الجمعية والجهة التي تؤول إليها أموالها .

وقد كان التقنين المدني يقرر ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد انشائها أي بتحرير نظامها ( م ١/٥٨ و م ٥٥ ) ، ولكنه كان يعلق الاحتجاج بهذه الشخصية في مواجهة الغير على شهر نظامها ( م ٢/٥٨ ) ، غير أن الشهر كان مقرراً لحماية الغير ، ولذلك كان يستطيع - رغم إهمال الشهر - التمسك ضد الجمعية بالأثار المترتبة على شخصيتها الاعتبارية ( م ٢/٥٩ ) . ولكن المشرع لم يلبث أن عدل عن هذه الأحكام في القانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦ وأكد هذا العدول في القانون الحالي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ، مقرراً أنه لا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية إلا إذا شهر نظامها وفقاً لأحكام هذا القانون « ( م ٨ ) ، وبذلك لم يعد نشوء الجمعية بتحرير نظامها كافياً أصلاً لبدء شخصيتها . ويكون شهر نظام الجمعية بمجرد قيده في السجل المعد لذلك ( م ١/١٠ ) (١) ، مقابل دفع رسم معين ( م ٩ ) . وينشر ملخص القيد في الوقائع المصرية بغير مقابل ( م ٢/١٠ ) ، ولكن لا يترتب على تأخير هذا النشر تأخير بدء شخصية الجمعية ، فهي تبدأ فور قيد نظام الجمعية في السجل المعد لذلك (٢) ، والأصل أن تقوم الجهة الإدارية المختصة - وهي مديرية الشؤون الاجتماعية المختصة ( م ٤٤/و من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ ) - بإجراء الشهر خلال ستين يوماً من تاريخ طلبه ، فإذا مضت الستون يوماً دون إتمامه ، اعتبر الشهر واقعاً بحكم القانون ( م ١١ ) . ولكن تملك هذه الجهة - بعد أخذ رأي الاتحاد المختص - حق رفض الشهر إذا كانت البيئة في غير حاجة إلى خدمات الجمعية ، أو إذا كان انشاؤها لا يتفق مع دواعي الأمن ، أو لعدم صلاحية المكان من الناحية الصحية والاجتماعية ، أو لكون الجمعية قد أنشئت بقصد إحياء جمعية أخرى

(١) ويجب كذلك شهر كل تعديل في نظام الجمعية ، والا اعتبر التعديل كأن لم يكن

• ( م ١٣ ) •

(٢) في هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، هامش «٢» ص ١٦٩ .





ولعل المشرع كان متأثرا في ذلك بنوازع الحذر التقليدي من ازدياد قوة الجمعيات بما قد يحمله ذلك من خطر على الدولة ، وبالنظرة التقليدية الاقتصادية الى العقارات باعتبارها أكبر قيمة من المنقولات وعماد ثروة وقوة الجمعيات بالتالي (١) .

وعلى أي حال ، فليس هذا القيد بالمطلق ، اذ لا يسرى على الجمعيات التي تعمل في ميدان الرعاية الاجتماعية والجمعيات الثقافية ( م ٢/٧ ) والجمعيات ذات الصفة العامة ( م ٦٥ ) . فيجوز لها أن تملك أو تكتسب حقوقا على عقارات ولو كانت تجاوز القدر الضروري لتحقيق غرضها ، حتى تضمن لنفسها موارد ثابتة تنفق منها على هذه الأغراض الجديرة بالتحقيق والتشجيع وتتحوط في شأنها للمستقبل . ولأنه لا حرج - بل ليس أولى وأفضل - من التزيد في تحقيق هذه الأغراض أمام نفعها وأهميتها البالغة دون الوقوف عند القدر اللازم والضروري منها . فضلا عن انعدام خطر هذه الجمعيات على الدولة بالنظر الى طبيعة أغراضها والى خضوعها لرقابة ادارية أو اشراف اداري أشد من سائر الجمعيات .

### ٣٥١ - نشاط الجمعية

١ - قيود نشاط الجمعية : من الواضح أن نشاط الجمعية - كنشاط أي شخص اعتباري - يتقيد بمبدأ التخصص فينحصر في حدود غرضها وحده دون غيره من الأغراض . وقد أكد المشرع المصري هذا القيد في شأن الجمعية خاصة بنصه على أن « على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها » . ولها أن تستعمل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت في أعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك في نشاطها ، ( م ١٩ ) ، وأنه ( لا يجوز للجمعية الدخول في مضاربات مالية ) ( م ٢٠ ) باعتبار ذلك مناقضا للتخصص القانوني للجمعية بوصفها لا تستهدف تحقيق الربح المادي .

(١) ولذلك يكون للجمعية أن تملك أو تكتسب حقوقا على المنقولات دون قيد ، ولو كانت تجاوز القدر الضروري لتحقيق غرضها ( في هذا المعنى : المذكرة الايضاحية للشروع التمهيدى للتقنين المدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٩١ - لكن قازن : عند اقتراح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١١٨ ، ص ( ١٧١ ) .

وفضلا عن هذه القيود العامة ، يضع المشرع قيودا خاصة على نشاط الجمعية . منها عدم انتسابها أو اشتراكها أو انضمامها الى جمعية أو هيئة أو ناد مقره خارج الجمهورية العربية المتحدة قبل ابلاغ الجهة الادارية المختصة بذلك وانقضاء ثلاثين يوما من تاريخ الابلاغ دون اعتراض منها ، وعدم جواز حصولها على أموال من شخص أو هيئة أجنبية ، أو ارسالها شيئا من ذلك الى أشخاص أو منظمات فى الخارج الا باذن من الجهة الادارية المختصة فيما عدا المبالغ الخاصة بضمن الكتب والمجلات العلمية والفنية ( م ٢٣ ) ، وكل ذلك بقصد الرقابة على ما يكون للجمعية من صلات خارجية قد تضر بأمن الدولة وصالحها . ومن هذه القيود الخاصة كذلك أنه لا يجوز الترخيص بجمع تبرعات من الجمهور أو اقامة حفلات وأسواق خيرية أو مباريات رياضية أو غير ذلك من وسائل جمع المال للأغراض الاجتماعية الا للجمعيات والاتحادات المشهورة وفى الأحوال وبالأوضاع والشروط التى تبينها اللائحة التنفيذية ( م ٢٥ ) .

٢ - رقابة نشاط الجمعية : كان المشرع يخضع فى الأصل نشاط الجمعية لرقابة ادارية . غير أنه زاد هذه الرقابة فى القانون الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ محكما بذلك قبضة الادارة على الجمعيات . وفى سبيل تمكين الادارة من ممارسة سلطتها فى الرقابة ، جعل المشرع للجهة الادارية المختصة حق الاطلاع على السجلات والوثائق التى يلزم المشرع الجمعية الاحتفاظ بها فى مركز ادارتها ( م ١٦ ) ، وحق فحص أعمال الجمعية والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظام الجمعية وقرارات الجمعية العمومية ( م ٢٧ ) .

ونوجز أهم أوجه الرقابة الادارية فيما يلى :

١ - يجب على الجمعية أن تخطر هذه الجهة عند تغيير المصرف المودع به أموالها خلال أسبوع من تاريخ حصوله ( م ١٨ ) . وأن تبلغها بكل اجتماع للجمعية قبل انعقاده بخمسة عشر يوما على الأقل وبالمسائل الواردة فى جدول الأعمال والأوراق المرفقة به ( م ٢٩ ) . وأن تبلغها كذلك بصورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع ( م ٤٤ ) .



وفضلا عن هذه القيود العامة ، يضع المشرع قيودا خاصة على نشاط الجمعية . منها عدم انتسابها أو اشتراكها أو انضمامها الى جمعية أو هيئة أو ناد مقره خارج الجمهورية العربية المتحدة قبل ابلاغ الجهة الادارية المختصة بذلك وانقضاء ثلاثين يوما من تاريخ الابلاغ دون اعتراض منها ، وعدم جواز حصولها على أموال من شخص أو هيئة أجنبية ، أو ارسالها شيئا من ذلك الى أشخاص أو منظمات في الخارج الا باذن من الجهة الادارية المختصة فيما عدا المبالغ الخاصة بـمن الكتب والمجلات العلمية والفنية ( م ٢٣ ) ، وكل ذلك يقصد الرقابة على ما يكون للجمعية من صلات خارجية قد تضر بأمن الدولة وصالحها . ومن هذه القيود الخاصة كذلك أنه لا يجوز الترخيص بجمع تبرعات من الجمهور أو اقامة حفلات وأسواق خيرية أو مباريات رياضية أو غير ذلك من وسائل جمع المال للأغراض الاجتماعية الا للجمعيات والاتحادات المشهورة وفي الأحوال وبالأوضاع والشروط التي تبينها اللائحة التنفيذية ( م ٢٥ ) .

٢ - رقابة نشاط الجمعية : كان المشرع يخضع في الأصل نشاط الجمعية لرقابة ادارية . غير أنه زاد هذه الرقابة في القانون الحالي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ محكما بذلك قبضة الادارة على الجمعيات . وفي سبيل تمكين الادارة من ممارسة سلطتها في الرقابة ، جعل المشرع للجهة الادارية المختصة حق الاطلاع على السجلات والوثائق التي يلزم المشرع الجمعية الاحتفاظ بها في مركز ادارتها ( م ١٦ ) ، وحق فحص أعمال الجمعية والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظام الجمعية وقرارات الجمعية العمومية ( م ٢٧ ) .

ونوجز أهم أوجه الرقابة الادارية فيما يلي :

١ - يجب على الجمعية أن تخطر هذه الجهة عند تفيير المصرف المودع به أموالها خلال أسبوع من تاريخ حصوله ( م ١٨ ) . وأن تبليغها بكل اجتماع للجمعية قبل انعقاده بخمسة عشر يوما على الأقل وبالمسائل الواردة في جدول الأعمال والأوراق المرفقة به ( م ٣٩ ) . وأن تبليغها كذلك بصورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع ( م ٤٤ ) .

٢ - لوزير الشؤون الاجتماعية تعيين ممثل للوزارة وممثل لكل هيئة من الهيئات الادارية المعنية اعضاء في مجلس ادارة الجمعية ، على أن لا يزيد عددهم عن نصف مجموع اعضاء المجلس ( م ٤٨ ) .

٣ - خروجاً على الأصل من انعقاد الجمعية العمومية للجمعيات بناء على دعوة من مجلس الادارة ، يمكن انعقادها بناء على دعوة من الجهة الادارية المختصة اذا رأت ضرورة لذلك وبعد أخذ رأى الاتحاد المختص ( م ٣٦ / ج ) .

٤ - للجهة الادارية المختصة ، اذا دعت الضرورة ، طلب عقد مجلس ادارة الجمعية بخطاب موصى عليه تحدد فيه الموضوعات التي ترى عرضها على المجلس . ويجب على المجلس النظر في هذه الموضوعات فى الموعد الذى تحدده الجهة الادارية أو خلال شهر على الأكثر من تاريخ ابلاغه ( م ٥٣ ) .

٥ - للجهة الادارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية ، يكون مخالفا للقانون أو لنظام الجمعية أو للنظام العام أو للأداب ( م ٣٢ / ١ ) . ولكن يكون للجمعية ولكل ذى شأن الطعن فى قرار وقف التنفيذ بغير رسوم أمام محكمة القضاء الادارى ، ويجب على هذه المحكمة أن تقضى فى الطعن على وجه الاستعجال ( م ٣٣ / ٢ ) .

٦ - لوزير الشؤون الاجتماعية ، بقرار مسبب ولمدة محددة ، تعيين مدير أو مجلس ادارة مؤقت للجمعية ، اذا أصبح عدد اعضاء مجلس الادارة غير كاف لانعقاده انعقاداً صحيحاً ، أو اذا لم يتم انعقاد الجمعية العمومية عامين متتاليين بدون عذر تقبله الجهة الادارية المختصة ( م ٢٨ ) .

٧ - للجهة الادارية المختصة أن تقرر - بقرار مسبب - ادماج أكثر من جمعية تعمل لتحقيق غرض متماثل أو توحيد ادارتها أو تعديل أغراضها ، تبعاً لاحتياجات البيئة أو لتحقيق التناسق بين الخدمات التى تؤديها أو لغير ذلك من الأسباب التى تراها كفيلة بحسن تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ، على أن يراعى بقدر الامكان رغبات المؤسسين وغرض الجمعية ونوع ما تؤديه من خدمات ( م ٢٩ ) .

## ٣٥٢ - انقضاء الجمعية

تنفذي الجمعية بالاسباب العامة لانقضاء الشخص الاعتباري (١) ، مثل انتهاء الأجل المحدد لها ، أو استنفاد الفرض منها أو استحالة تحقيقه ، أو موت كل أعضائها أو تضاؤلهم الى أقل من الحد الأدنى المفروض (٢) ، أو بحلها حلا اختياريا أو حلا اجباريا . وهذا السبب الأخير هو الذي نعرض له بخاصة فيما يلي :

١ - **الحل الاختياري** : لا يتأتى حل الجمعية حلا اختياريا الا بقرار يصدر من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثي أعضائها ، ما لم يرد في نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكثر من ذلك ( م ٢/٤٢ ) .

٢ - **الحل الإجباري** : لم يكن يتأتى في الأصل حل الجمعية حلا اجباريا الا بحكم قضائي ، وهذا أفضل ضمانا لعدالة الحل ولزومه وارتفاعه عن مظان الشبهة والتحكيم (٣) . ولكن القانون الحالي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ جعل هذا الحل بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية بعد أخذ رأي الاتحاد المختص ، على أن يبين هذا القرار للجمعية بخطاب موصى عليه بعلم وصول ( م ١٥٧/٢١ ) . غير أن الوزير لا يملك تقرير الحل الا في حالات محددة ذكرها القانون على سبيل الحصر وهي : (١) اذا ثبت عجز الجمعية عن تحقيق الأغراض التي أنشئت من أجلها . (٢) اذا تصرفت في أموالها في غير الأوجه المحددة لها طبقا لأغراضها . (٣) اذا تعذر انعقاد جمعيتها العمومية عامين متتاليين . (٤) اذا ارتكبت مخالفة جسيمة للقانون أو خالفت النظام العام أو الآداب ( م ١/٥٧ ) . ولكن يظل من حق الجمعية ومن حق كل ذي شأن الطعن في قرار الحل أمام محكمة القضاء الإداري ، ويوجب المشرع على المحكمة الفصل في الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات ( م ٣/٥٧ ) .

## ٣٥٣ - تصفية الجمعية

إذا حلت الجمعية حلا اختياريا أو حلا اجباريا ، فتدخل دور التصفية التي يقوم بها مصف تعينه الجهة التي أصدرت قرار الحل

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٢٥ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٦٦٥ .

(٣) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٨٧ و ٩٨٨ .

( م ٥٩ ) ، أى تمينه الجمعية العمومية فى حال الحل الاختيارى ووزير الشؤون الاجتماعية فى حال الحل الاجبارى . وينبغى - قياسا على المقرر فى شأن الشركات - الابقاء على شخصية الجمعية المنحلة طوال فترة التصفية ، ولكن فى حدود حاجات التصفية وبالقدر اللازم لاتمامها فحسب كما سبق البيان(١) ، واعتبار المصفى مثلا لها فى هذه الحدود .

وبعد تمام التصفية ، يقوم المصفى بتوزيع ما بقى من أموال الجمعية وفقا لما هو مقرر فى نظامها وبما لا يتعارض مع أحكام القانون الآمرة . ومن هذه الأحكام أنه « لا يجوز أن ينص فى نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل الا الى الجمعيات أو المؤسسات الخاصة أو الاتحادات التى تعمل فى ميدان عمل الجمعية المنحلة » ( م ٥ ) ، مما يعنى عدم جواز النص على أيولولة أموالها عند الحل الى الأعضاء أو ورثتهم أو أسرهم . وحكمة ذلك واضحة ، لأن الأصل فى وجود الجمعيات ليس هو تحقيق ربح للأعضاء . فضلا عن أن مواردها تجمع فى الغالب من حصيلة التبرعات والاعانات فيجب أن لا يكون مصدرا لاتراء الأعضاء . ولكن اذا انتفت هذه الحكمة - وهو ما يتحقق فى شأن المال المخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات ( م ٣/٥ ) ، وفى شأن حصص الجمعيات التعاونية ( م ٥٥ من قانون الجمعيات التعاونية رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦ ) - فليس ما يمنع من النص فى نظام الجمعية على أيولولة هذه الأموال أو تلك الحصص الى الأعضاء أو ورثتهم أو أسرهم .

وإذا لم يوجد فى نظام الجمعية نص صحيح واجب التنفيذ على كيفية توزيع المتبقى من أموالها ، أو وجد ولكن أصبحت طريقة التوزيع المنصوص عليها غير ممكنة ، وجب على الجهة الادارية - وهى المجلس التنفيذى للمحافظة - أن يقرر - بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة - توجيه أموال الجمعية المنحلة الى الهيئات الاجتماعية التى تراها ( م ٢/٦٠ ، وم ٢/٥٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن الحكم المحلى ) .

(١) انظر سابقا ، ص ٦٦٧ .



### ٣٥٤ - الجمعيات ذات النفع العام أو الصفة العامة

من الجمعيات ما يتمحضر غرضه للصالح والنفع العام ، مما يبرر معاملتها معاملة ممتازة رعاية لهذا الغرض ، بالتصكين لها من تمام القدرة على تحقيقه عن طريق منحها بعض امتيازات السلطة العامة واعفائها من بعض ما يرد من قيود على أهلية الجمعيات بوجه عام ، واعطاء السلطة الادارية - مقابل ذلك - قسطا من الاشراف والهيمنة عليها أكبر مما لها من ذلك على الجمعيات العادية . وهذه الجمعيات كانت معروفة دائما في القانون المصرى باسم الجمعيات ذات النفع العام ، ولكن المشرع أصبح يسميها اليوم « الجمعيات ذات الصفة العامة » .

وواضح أن اخضاع مثل هذه الجمعيات لهذا النظام الخاص يقتضى القطع فى حقيقة غرضها واستهدافها الخدمة أو المنفعة العامة . ، وهو أمر يجب أن يترك تقديره للسلطة التنفيذية ، ولذلك ينص المشرع على أن « تعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك . كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية سحب الصفة العامة من الجمعية » ( م ٦٣ ) . غير أن سحب الصفة العامة من الجمعية لا يفقدها شخصيتها الاعتبارية ، بل يقتصر على مجرد حرمانها من الخضوع لنظام الجمعيات ذات الصفة العامة واعادة اخضاعها للنظام العادى للجمعيات عموما .

والجمعيات التى يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها من الجمعيات ذات الصفة العامة ، تظل - رغم تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة - من أشخاص القانون الخاص الاعتبارية ، فلا تعد بذلك من أشخاص القانون العام الاعتبارية ولا تختلط بصفة خاصة ببعض صورها كالمؤسسات العامة .

( ١ ) امتيازات الجمعيات ذات الصفة العامة : تتمتع الجمعيات ذات الصفة العامة - بالنظر الى ما تقوم به من خدمة ومنفعة عامة - بنوعين هامين من الامتيازات :

١ - تعتبر هذه الجمعيات مستنانة من قيود الأهلية المتعلقة بتملك العقارات والعقارات ( م ٦٥ ) ، فستطيع أن تملك أو تكتسب حقوقاً على العقارات ولو كانت مجاوزة للقدر الضروري لتحقيق غرضها .

٢ - تتمتع هذه الجمعيات ببعض اختصاصات وامتيازات السلطة العامة ، كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدة ، وجواز قيام الجهة الإدارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية . ويحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعية ذات الصفة العامة من هذه الاختصاصات والامتيازات ( م ٦٤ ) ( ١ ) .

### ( ٢ ) سلطة الإدارة في الإشراف على الجمعيات ذات الصفة العامة :

إذا كانت الجمعيات ذات الصفة العامة تتمتع ببعض مزايا واختصاصات السلطة العامة ، فيجب أن يقابل ذلك خضوعها لإشراف ورقابة إدارية تُسد من سائر الجمعيات العادية . ولذلك أعطى المشرع لجهة الإدارة المختصة - وهي المحافظ ( ٢ ) - الرقابة على تشكيل مجالس إدارة هذه الجمعيات وهيئاتها

( ١ ) وقد أعطيت خصائص السلطة العامة الثلاث المذكورة في هذا النص بقرار رئيس الجمهورية الصادر في ١٩ فبراير سنة ١٩٥٧ باعتبار الجمعيات الآتية ذات نفع عام : اللجنة العليا لمعونة الشتاء وفروعها وجمعية الهلال الأحمر بالقاهرة والجمعية الاسكندرية ، وجمعية الإسعاف العام الأهلية في جميع أنحاء الجمهورية ، والجمعية العامة لمكافحة المدون بالقاهرة ، والجمعية النسائية لتحسين الصحة ، وجمعية المرأة بالقاهرة ، والجمعية الخيرية الإسلامية بالقاهرة ، وجمعية الموساة الاسكندرية ، وجمعية الموساة بالقاهرة ، وجمعية العروة الوثقى بالمعادي ( النشرة التشريعية ، فبراير سنة ١٩٥٧ ، ص ٣٦٣ ) . وصلو كذلك قرار أولادى بالمعادي ( النشرة التشريعية ، فبراير سنة ١٩٥٧ ، ص ٣٦٣ ) . وقراره - ما تتمتع به هذه ذات نفع عام ، وفوض وزير الشؤون الاجتماعية في أن يعين - بقراره سنة ١٩٥٧ ، ص ١٩٢٧ ) الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة ( النشرة التشريعية ، نوفمبر سنة ١٩٥٧ ، ص ١٩٢٧ ) . وكذلك قرار رئيس الجمهورية رقم ٩٧٦ لسنة ١٩٦٠ باعتبار ثلاث جمعيات من الجمعيات ذات النفع العام ومن بينها الهيئة العليا لسباق الخيل بالقاهرة ، ودخول وزير الشؤون الاجتماعية سلطة تعيين ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة . ( ٢ ) م ٤٤ ج / من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار الجمهوري رقم ٢٢٤٢ لسنة ١٩٦٧ .

١ - تعتبر هذه الجمعيات مستثناة من قيود الأهلية المتعلقة بتملك الأموال والعقارات (م ٦٥) ، فستطيع أن تملك أو تكتسب حقوقاً على العقارات ولو كانت مجاوزة للقدر الضروري لتحقيق غرضها .

٢ - تتمتع هذه الجمعيات ببعض اختصاصات وامتيازات السلطة العامة ، كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدّة ، وجواز قيام الجهة الإدارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية . ويحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعية ذات الصفة العامة من هذه الاختصاصات والامتيازات (م ٦٤) (١) .

### (٢) سلطة الإدارة في الإشراف على الجمعيات ذات الصفة العامة :

إذا كانت الجمعيات ذات الصفة العامة تتمتع ببعض مزايا واختصاصات السلطة العامة ، فيجب أن يقابل ذلك خضوعها لإشراف ورقابة إدارية أشد من سائر الجمعيات العادية . ولذلك أعطى المشرع لجهة الإدارة المختصة - وهي المحافظ (٢) - الرقابة على تشكيل مجالس إدارة هذه الجمعيات وهيئاتها

(١) وقد أعطيت خصائص السلطة العامة الثلاث المذكورة في هذا النص بقرار رئيس الجمهورية الصادر في ١٩ فبراير سنة ١٩٥٧ باعتبار الجمعيات الآتية ذات نفع عام : للجنة العليا لمعونة الشتاء وفروعها وجمعية الهلال الأحمر بالقاهرة والاسكندرية ، وجمعية الاستعاف العام الأهلية في جميع أنحاء الجمهورية . والجمعية العامة لمكافحة الدرن بالقاهرة ، والجمعية النسائية لتحسين الصحة ، وجمعية البرة وفروعها ، والجمعية الخيرية الإسلامية بالقاهرة ، وجمعية المواسة الإسلامية بالقاهرة ، ورابطة الإصلاح الاجتماعي بالقاهرة ، وجمعية المواسة الإسلامية بالاسكندرية ، وجمعية الحرية لرعاية الطفولة بالاسكندرية ، وجمعية العروة الوثقى بالاسكندرية ، ومبرة الاسكندرية ، وجمعية الحرية لرعاية الطفولة بالاسكندرية ، وجمعية أولادى بالمعادى ( النشرة التشريعية ، فبراير سنة ١٩٥٧ ، ص ٣٦٣ ) . وصدر كذلك قرار ثان من رئيس الجمهورية في ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٧ باعتبار سبع وستين جمعية أخرى جمعيات ذات نفع عام ، وفوض وزير الشؤون الاجتماعية في أن يعين - بقرار منه - ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة (النشرة التشريعية ، نوفمبر سنة ١٩٥٧ ، ص ١٩٢٧) . ثم كذلك قرار رئيس الجمهورية رقم ٩٧٦ لسنة ١٩٦٠ باعتبار ثلاث جمعيات من الجمعيات ذات النفع العام ومن بينها الهيئة العليا لمسباق الخيل بالقاهرة ، ووزير الشؤون الاجتماعية سلطة تعيين ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة .

(٢) م ٤٤/ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار الجمهورى رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ .

### ٣٥٤ - الجمعيات ذات النفع العام أو الصفة العامة

من الجمعيات ما يتمحض غرضه للصالح والنفع العام ، مما يبرر معاملتها معاملة ممتازة رعاية لهذا الغرض ، بالتصكين لها من تمام القدرة على تحقيقه عن طريق منحها بعض امتيازات السلطة العامة واعفائها من بعض ما يرد من قيود على أهلية الجمعيات بوجه عام ، واعطاء السلطة الادارية - مقابل ذلك - قسطا من الاشراف والهيمنة عليها أكبر مما لها من ذلك على الجمعيات العاذية . وهذه الجمعيات كانت معروفة دائما في القانون المصرى باسم الجمعيات ذات النفع العام ، ولكن المشرع أصبح يسميها اليوم « الجمعيات ذات الصفة العامة » .

وواضح أن اخضاع مثل هذه الجمعيات لهذا النظام الخاص يقتضى القطع فى حقيقة غرضها واستهدافها الخدمة أو المنفعة العامة . ، وهو أمر يجب أن يترك تقديره للسلطة التنفيذية ، ولذلك ينص المشرع على أن « تعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك . كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية سحب الصفة العامة من الجمعية » ( م ٦٣ ) . غير أن سحب الصفة العامة من الجمعية لا يفقدها شخصيتها الاعتبارية ، بل يقتصر على مجرد حرمانها من الخضوع لنظام الجمعيات ذات الصفة العامة واعادة اخضاعها للنظام العادى للجمعيات عموما .

والجمعيات التى يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها من الجمعيات ذات الصفة العامة ، تظل - رغم تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة - من أشخاص القانون الخاص الاعتبارية ، فلا تعد بذلك من أشخاص القانون العام الاعتبارية ولا تختلط بصفة خاصة ببعض صورها كالمؤسسات العامة .

( ١ ) امتيازات الجمعيات ذات الصفة العامة : تتمتع الجمعيات ذات الصفة العامة - بالنظر الى ما تقوم به من خدمة ومنفعة عامة - بنوعين هامين من الامتيازات :

التنفيذية ، باستبعاد من ترى استبعاده من المرشحين لانتخاباتها (١) ،  
والإشراف على هذه الانتخابات ، والغاء الانتخاب (٢) الذي يقع مخالفا لنظام  
الجمعية أو للقانون ( م ٥٥ ) .

## الوجه الثاني

### مجموعات الأموال

#### ٣٥٥ - تهديد وتقسيم

يقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخاص الاعتبارية التي تتألف من  
أموال مرصودة على تحقيق غرض معين . وقد كانت الأوقاف الى قريب هي  
الصورة الوحيدة التقليدية في مصر لمثل هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية .  
اذ حجب انتشار الوقف في مصر وتأصله فيها منذ قديم ، كنظام تقنيدي  
مستقر ، وأخر طويلا ظهور صور أخرى الى جواره من مجموعات الأموال ذات  
الشخصية الاعتبارية . غير أن ما أحاط نظام الوقف في العمل من جمود  
وما اتسمت به ادارته من فساد ، صرف كثيرا من الناس - في تحقيق ما  
يريدون من أغراض البر - عن سلوك طريق الوقف ، واضطربهم - لذلك  
ولعدم اتساع صورة الوقف لبعض أغراض النفع العام التي لا تحمّل معنى  
البر (٣) - الى سلوك طرق غير مباشرة كالهبة للحكومة أو طرق غير مناسبة  
كانشاء جمعيات لتحقيق هذه الأغراض . من أجل ذلك لم يجد المشرع  
المصري بدا من انشاء صورة جديدة من صور مجموعات الأموال ذات الشخصية

(١) يجب ابلاغ الجهات المختصة بأسماء المرشحين قبل موعد اجراء الانتخابات بـ ١٥  
يوما على الأقل . ولهذا الجهة استبعاد من تراه وابلاغ ذلك الى الجمعية قبل موعد الانتخاب  
بسبعة ايام ، والا اعتبر سكوتها عن عدم الاعتراض خلال هذه المهلة موافقة منها على الترشيح  
( م ٥٥ ) .

(٢) يتم الالفاء بقرار مسبب تصدره الجهة الادارية المختصة خلال خمسة عشر يوما من  
ابلاغها بمحضر الانتخاب ( م ٢/٥٥ ) .

(٣) كمشروع القرش ( أنظر في امتناع اخراجه مخرج الوقف : سليمان مرتضى ، المرجع  
السابق ، فقرة ٢٣٠ ، ص ٣٦٢ ) .

الاعتبارية الى جوار الوقف ، واختار لذلك الصورة المعروفة والمنشرة في كثير من الشرائع الحديثة وهي صورة « المؤسسة » .

### (١) الأوقاف

#### ٣٥٦ - شخصية الوقف الاعتبارية

الوقف هو حبس العين عن التصرف أو عن التملك لأحد من العباد ورسد منفعتها - على سبيل التاقيت أو التأييد - على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء . وقد تأصل نظام الوقف في الفقه الاسلامي ، وشاع الالتجاء اليه منذ أول العهد الاسلامي في البلاد الاسلامية وفي مصر منها خاصة ، لما يحمله من معنى التصديق المندوب اليه ديانة .

وقد كان ثبوت الشخصية الاعتبارية للوقف محل شك ، أمام عدم وجود نص صريح أول الأمر في القانون المصري ، وأمام افتقاد نظرية للشخصية الاعتبارية في الفقه الاسلامي . ولكن الواقع أن هذا الفقه يحتوى على بعض أحكام فرعية لا يمكن حملها الا على محل الاعتراف لبعض الجهات بصلاحيته بوجوب الحقوق والالتزامات ، مما يعنى وجود أساس صالح لفكرة الشخصية الاعتبارية في هذا الفقه (١) . فضلا عن ذلك ، ففي أحكام الوقف الفرعية خاصة ما يؤكد صلاحيته - في نظر الفقه الاسلامي - للوجوب له وعليه ويثبت له الذمة أو الشخصية ، اذ ثابت له - بمقتضى هذه الأحكام - انفصاله واستقلاله عن شخصية الواقف وشخصية الناظر وشخصيات المستحقين ، واسناد الالتزامات والحقوق اليه بذاته لا الى أحد من هؤلاء ، كتحملة بالدين في أحوال الاستدانة الصحيحة ، وحقه في الضمان عن استهلاك ماله أو اغتصاب أعيانه وحقه في ملكية ما يشتري من فائض غلته (٢) .

(١) أنظر في ذلك :

محمد فرج السنهورى ، مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الاسلامي ، ج ٣ ، قانون الوقف ، فقرة ٥٥٥ ، ص ٨٢٣ . وكتابنا سالف الذكر ، ص ٨٦٤ - ٨٦٥ ، و ٩٩٤ - ٩٩٥ .

(٢) أنظر في تأكيد الشخصية الاعتبارية للوقف في نظر الفقه الاسلامي : محمد - فرج السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٦ ، ص ٨٢٤ و ٨٢٥ .

ولذلك لم يكن غريبا أن يستقر القضاء المصرى على اعتبار الوقف شخصا من الأشخاص الاعتبارية (١) ، وأن يعتبر ناظره نائبا عن الوقف لا عن المستحقين . وقد أحسن المشرع المصرى من بعد باقرار هذا الاتجاه المحدود الذى يتفق وحقيقة الواقع من نظرة الفقه الإسلامى الى الوقف ، اذ نص صراحة فى التقنين المدنى الحالى على احتساب الأوقاف من طوائف الأشخاص الاعتبارية ( م ٣/٥٢ ) .

ويخضع الوقف فى تنظيمه وأحكامه أساسا للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ والقوانين المعدلة له ، وللراجع من مذهب أبى حنيفة فيما لا تعرض له هذه القوانين من مسائل . وليس هذا مجال عرض أحكام الوقف ، فانما يعنينا الكلام فيه فى هذا المقام بوصفه شخصا اعتباريا .

وتبدأ شخصيته الاعتبارية بتمام نشوئه وتكوينه وفق أحكام القانون ، اذ هو من طوائف الأشخاص الاعتبارية التى يعنى الاعتراف العام فى شأنها دون اعتراف خاص ، ويتم نشوء الوقف وتكوينه بأشهاد لدى المحكمة (٢) وقيده فى دفترها .

وتنتهى شخصية الوقف انتهاء طبيعيا بانتهاء المدة المعينة له ان كان مؤقتا ، أو بانقراض الموقوف عليهم ( م ١٦ من قانون الوقف ) . ويعود الوقف ملكا للواقف اذا كان حيا ، والا فلورثته الموجودين وقت وفاته ، والا كان للخزانة العامة ( م ١٧ ) . وتنتهى هذه الشخصية بحكم من المحكمة - بناء على طلب ذوى الشأن - اذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ، ولم يمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيبا فى الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتا طويلا (٣) ، ويصير

---

(١) السيدة زينب الجزية ، ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ ، المحاماة ٤٨٢/١٦٢/٢ . استئناف مختلط ، ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ ، المحاماة ٤٧١/٤٠٠/٥ . نقض ٢٦ ابريل سنة ١٩٣٤ . مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٧٠ .

(٢) اذا كان الموقوف عقارا ، فيجب تسجيل الاشهاد المذكور فى سجلات الشهر العقارى .

(٣) وكذلك يمكن - بقرار من المحكمة - انهاء الوقف جزئيا فى نصيب أى مستحق يصبح

بما يأخذه من الغلة ضئلا ( م ١٨ ) .

ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف ان كان حيا ، والا فلمستحقه وقت الحكم بانها ( م ١٨ ) .

### ٣٥٧ - مصير نظام الوقف

اذا كان نظام الوقف قد رسخت أقدمه وشاع العمل به في مصر منذ قرون عديدة ، الا أن تطور الأوضاع الاقتصادية في العصر الحديث قد كشف عن جمود هذا النظام بمرقلته تداول الاموال واستغلالها على النحو المثير المفيد ، مما انعكس معه القصد منه فتضاءلت ثمراته على نحو جعل نصيب الفقراء والمستحقين فيه نافها عديم الجدوى ، فضلا عما كان لسوء ادارته من يد طولى في تخريب أعيانه ونهب ثمراته وتضييع أغراضه . من أجل ذلك ، عمت الشكوى من سوء حال الأوقاف ، وارتفعت الدعوة الى انبائها وحلها . وقد وجد المشرع المصرى ، فى صدور قانون الاصلاح الزراعى المحدد للملكية الاراضى الزراعية بما لا يزيد على نصاب معين ، فرصة سانحة للتدخل تدخل حاسما - وان كان جزئيا - بالبتير بعد أن استعصى العلاج ، ففضى بإلغاء الوقف على غير الخيرات وهو المعروف بالوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

وبذلك انكمش وضاق نطاق الوقف الى حد الانحصار فى الوقف الخيرى وحده الذى يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر . وفى شأن هذا الوقف ، تدخل المشرع كذلك للتوقى من مساوىء ادارته المزممة ومن جمود نظامه ، فجعل الولاية عليه لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه (١) ، وأجاز لوزير الأوقاف - بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى واجازة المحكمة - اهدار شرط الواقف وصرف ريع الوقف كله أو بعضه على جبة بر أخرى تكون أولى من الجهة التى عينها الواقف (٢) . واذا كانت هذه الأحكام تستجيب لدواعى الاصلاح والعلاج الواجبة ، فيبدو أنها تكاد تحمل الأفراد على الاجحام عن سلوك طريق الوقف وتكاد تقضى بالتالى على البقية الباقية

(١) م ٢ من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٢ المعدلة بالقانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) المادة الأولى من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٢ .



منه (١) . وبخاصة بعد استعدادات القانون المصرى نظام المؤسسات

الخاصة .

## (٢) المؤسسات الخاصة

٣٥٨ - تهيئة

سبق أن أشرنا الى أن قيام نظام الوقف واستقراره فى مصر منذ بعيد كان سببا فى تأخير ظهور المؤسسات الخاصة فيها . فلم يتم ادخال صورة المؤسسة الا على يد التقنين المدنى الحالى الذى عنى بتنظيم أحكامها فى المواد من ٦٩ الى ٧٨ منه . وقد رأى المشرع من بعد - بمناسبة اعادة تنظيم وجمع أحكام الجمعيات - أن يعيد تنظيم أحكام المؤسسات كذلك - فأصدر القانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦ حامعا لأحكام الجمعيات والمؤسسات التى سماها « المؤسسات الخاصة » تمييزا لها عن « المؤسسات العامة » ، وناسخا بذلك ما كان يحكمها من مواد التقنين المدنى . وقد تم من بعد إلغاء هذا القانون واحلال القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤ محله ، وهو الذى تعرض لأحكامه فى تنظيم المؤسسات الخاصة فيما يلى :

## ٣٥٩ - مقومات المؤسسات الخاصة

المؤسسة الخاصة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذى صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية ، أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية والنفع العام ، دون قصد الى ربح مادى ( م ٦٩ ) . ومن هذا التعريف ، تتبين أركان ومقومات المؤسسة الخاصة الآتية :

١ - تقوم المؤسسة أساسا على مال أو مجموعة من الأموال كالوقف ، وليس على تجمع جماعة من الأشخاص كالشركة أو الجمعية ، فقد يكون منشؤها واحدا ، وقد يكون لها منشئون عدة ومع ذلك فهم لا يدخلون فى

(١) محمد مصطفى شلبى ، الوقف والتوصية بين الفقه والقانون ، ١٩٥٨ ، ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

تكوينها كأعضاء فيها بل ينتهى دورهم برصد ما يخصون من مال أو أموال على تحقيق الغرض المقصود .

٢ - تستهدف المؤسسة تحقيق غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون أى قصد الى تحقيق ربح مادي . وبذلك تتميز المؤسسة أساسا عن الشركة التي تستهدف الربح المادي . وإذا كانت المؤسسة تتفق وتشارك مع الجمعية فى استبعاد استهداف تحقيق الربح ، الا انهما يفترقان مع ذلك فى نوع ما يصنحان لتحقيقه من أغراض ، اذ لا تصلح المؤسسة الا لتحقيق أغراض ومصالح عامة ، بينما تصلح الجمعية لتحقيق أغراض ومصالح عامة أو خاصة على السواء . وإذا كانت المؤسسة كذلك تتفق مع الوقف - منذ الفاء الوقف الأهلى (١) - فى استهداف تحقيق غرض عام من أغراض البر ، الا أن أغراض المؤسسة تجاوز بعد ذلك غرض الوقف ، لأنها تتسع لتحقيق النفع العام الذى قد لا يحمل معنى تحقيق البر .

٣ - تنشأ المؤسسة لمدة غير معينة ، فلا يجوز تحديدها بمدة مؤقتة معلومة ، وهى فى ذلك تختلف عن الوقف الذى يجوز أن يكون مؤقتا أو مؤبدا .

### ٣٦٠ - انشاء المؤسسة الخاصة وبدء شخصيتها

يتحقق انشاء المؤسسة بإرادة منشئها اذا كان واحدا أو منشئها اذا كانوا عدة ، سواء كان انشاء حالا توجد به المؤسسة فى حياته أو حياتهم ، أو كان مضافا الى ما بعد الموت لا توجد به الا بعد وفاته أو وفاتهم . ويتطلب المشرع أن يتم الانشاء بسند رسمى اذا كان حالا ، واذا كان مضافا الى ما بعد

(١) كان من شأن وجود الوقف الأهلى امكان تحقيق غرض خاص لا تتسع له المؤسسة ، كرمصد الشخص مالا على تعليم أفراد أسرته . أما اليوم وبعد أن ألغى الوقف الأهلى ، فلا يأتى اعطاء هذا المال الشخصية الاعتبارية الا عن طريق اعتراف خاص من المشرع ( أنظر : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ ) ، أو بسلوك طريق غير مباشر بتكوين جمعية ، وهو غير متيسر فى كل الأحوال .

الموت فيتم عن طريق الوصية دون اشتراط رسميتها ، اذ ينص على ان « يكون انشاء المؤسسة بسند رسمي أو وصية » ( م ١/٧٠ ) .

ويعتبر انشاء المؤسسة ، بالنسبة الى دائني المنشئ وورثته ، تصرفا على سبيل التبرع من جانب المنشئ (١) ، فيخضع لما يخضع له هذا النوع من التصرفات من أحكام (٢) .

ويعتبر السند الرسمي أو الوصية بانشاء المؤسسة دستورها ، ولذلك يجب أن يشتمل على البيانات الأساسية المتعلقة بها وهي : اسم المؤسسة وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافي ، ومركز ادارتها على أن يكون هذا المركز في « جمهورية مصر العربية » ، والغرض من انشائها ، وبيان للأموال المخصصة له ، ونظام ادارة المؤسسة بما في ذلك اسم مديرها ( م ٢/٧٠ ) .  
وفضلا عن ذلك يجب أن يشتمل سند المؤسسة على البيانات الأخرى التي يصدر بتعيينها قرار من الجهة الادارية المختصة ( م ٣/٧٠ ) .

وإذا كان انشاء المؤسسة يتم من جانب المنشئ وبارادته وحده ، فمقتضى ذلك في الأصل امكان رجوعه في هذا الانشاء . وظاهر أن الانشاء اذا كان بوصية ، فمقتضى القواعد العامة - باعتبار الوصية غير ملزمة للموصى الا بموته - امكان رجوع المنشئ عن المؤسسة في أي وقت قبيل موته (٣) ، فلا

---

(١) ينص المشرع على أن « يعتبر انشاء المؤسسة بالنسبة الى دائني المنشئ وورثته بمثابة هبة أو وصية » ( م ٧١ ) . ولكن من الواضح أنه غير صحيح وصف انشاء المؤسسة بأنه هبة لأن الهبة عقد يتطلب الإيجاب والقبول ، ولا يتصور القبول من المؤسسة التي لم تنشأ بعد ، بل ولا حاجة للقبول لنشوء المؤسسة إذ تكفي لذلك ارادة المنشئ وحده ( انظر : عبد الحى حجازى ، ص ١٨٩ - ١٩٠ - اسماعيل غانم ، ص ٢٤٩ ) .

(٢) فيجوز لدائنيه الطعن في هذا التصرف ومنع نفاذه في حقهم اذا توافرت شرائط الدعوى البولصية ( م ٢٢٨ مدنى ) . ولا يتفقد هذا التصرف في حق الورثة - اذا كان وصية أو في حكمها - فيما زاد على ثلث التركة الا باجازتهم .

(٣) في هذا المعنى :

سليمان مرقس ، ص ٣٦٤ - شمس الدين الوكيل ، ص ١٢٣ - جميل الشرقاوى ، ص ١٧٦ و ١٧٧ - اسماعيل غانم ، ص ٢٤٩ - عبد المنعم البلمراوى ، ص ٧٢٧ .  
وقارن مع ذلك :

شفيق شعاعته ، هامش ص ١٣٧ - عبد الحى حجازى ، ص ١٨٩ - محمد سامى حدكوز ، ص ١٥٦ .

توجد المؤسسة الموصى بها اذن الا بموت منشئها مصرا عليهما . أمثلة  
اذا كان انشاء المؤسسة حالا بسند رسمي ، فيجوز لمنشئها العدول عنها  
بسند رسمي آخر بشرط أن يتم هذا العدول قبل شهر المؤسسة ( م ٧٢ ) .

وكما هو الشأن فى الجمعيات لا تثبت الشخصية للمؤسسة الا بشهر  
نظامها ( م ٧٣ ) وابتداء من هذا الشهر ، وذلك فى مواجهة الكفاة . ويتم  
شهر المؤسسة ، بناء على طلب منشئها أو أول مدير لها أو الجهة الادارية  
المختصة بالاشراف على المؤسسة ، طبقا للأحكام المقررة لشهر الجمعيات  
( م ٧٤ ) .

وقد كان المشرع فى التقنين المدنى يجعل انشاء المؤسسة فى الأصل حرا  
دون رقابة ابتدائية عليه من قبل الدولة أو السلطة التنفيذية فيها بوجه  
أخص . ولكنه عدل من بعد عن ذلك ، فأخضع الانشاء لمثل هذه الرقابة (١) ،  
اذ نص على أن « للجهة الادارية المختصة ، بعد أخذ رأى الاتحاد ، الاعتراض  
على انشاء المؤسسات » ( م ٧٥ ) . ولكنه أحسن بتحديد الأسباب المبررة  
للاعتراض على انشاء المؤسسة ، حتى لا تنقلب سلطة الاعتراض الى سلطة  
تحكيمية من جانب الجهة الادارية ، وحتى يمكن للقضاء الادارى مراقبة قرارات  
الاعتراض للتأكد من سلامتها ومشروعيتها ، اذ نص على أن « للمجلس التنفيذى  
للمحافظة (٢) ، بعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، الاعتراض على انشاء المؤسسات  
اذا تبين أنها تسعى الى أغراض لا تدخل فى نطاق أوجه النشاط الأكثر حاجة  
الى الرعاية بالنسبة الى منطقة عملها أو لا تدخل فى نطاق مبادئ الخدمة  
الوارد بيانها بهذه اللائحة » ( م ١/٣٥ من اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات  
والمؤسسات الخاصة ) ، وذلك تفاديا لبعثرة الجهود وتخيرا للأصلح والأخوج  
لكل منطقة .

(١) أنظر فى موقف التشريعات المختلفة وتراوحها بين مبدأ حرية انشاء المؤسسات ومبدأ

رقابته :

Travaux de la semaine internationale de droit, Paris, 1937, t. III, les  
fondations.

(٢) حل هذا المجلس محل « مجلس المحافظة » القديم الذى يشير اليه النص ( م ٢/٥٦

من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن الحكم المحل ) .

### ٣٦١ - مدى شخصية المؤسسة الخاصة ونشاطها

( ١ ) قيود اهلية وجوب المؤسسة : واضح أن المؤسسة تتقيد أهلية وجوبها بما تتقيد به أهلية وجوب الشخص الاعتباري بوجه عام ، فلا تثبت لها حقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الطبيعية ، ويقتصر ما يسند اليها من حقوق والتزامات على المتعلق منها بفرضها المحدد فحسب دون غيره من الاغراض خضوعا لمبدأ التخصص الذي سبقت الإشارة اليه .

وفضلا عن هذه القيود العامة التي تحد من أهلية وجوب المؤسسات والاشخاص الاعتبارية بوجه عام ، خص المشرع المؤسسات الخاصة كذلك بقيد خاص ، اذ نص على أنه « لا يجوز للمؤسسة قبول الوصايا أو الهبات الا باذن من الجهة الادارية المختصة » ( م ٧٨ ) ، وذلك لضمان عدم انطواء مثل هذه الوصايا والهبات على شروط متعارضة مع غرض المؤسسة الأصلي أو من شأنها اخراج المؤسسة عن هذا الغرض .

ونكن لا يرد على أهلية وجوب المؤسسات - كما سبق البيان - مثل ما يرد على أهلية وجوب الجمعيات من حظر تملك العقارات أو اكتساب حقوق عليها الا بالقدر الضروري لتحقيق غرضها . فتستطيع المؤسسات اذن أن تملك أو تكتسب حقوقا على عقارات ولو جاوزت في ذلك هذا القدر الضروري .

( ٢ ) نشاط المؤسسة ورقابته : اذا كانت أهلية وجوب المؤسسة تتقيد بمبدأ التخصص ، فهي تتقيد به كذلك في شأن نشاطها ككل شخص اعتباري ، فيجب عليها التزام حدود غرضها المحدد فيما تقوم به من نشاط ، دون أن تملك الخروج عليه بنشاط يحقق أساسا غرضا أو أغراضا اخرى . ويتولى نشاطها مدير يقوم بادارتها وتمثيلها فيما لها من حقوق وما عليها من واجبات ( م ٧٦ ) .

وضمانا للالتزام المؤسسة في نشاطها أحكام القانون واحكام نظامها وكفالة لحسن ادارتها وتحقيق ما يستهدفه وجودها من غرض ، جعل القانون

للادارة سلطات واختصاصات واسعة في رقابتها وفي تعديل نظامها على السواء

(م ٧٥) (١) .

١ - **ففيما يتعلق بالرقابة** ، أعطى القانون لجهة الادارة المختصة سلطات رئيسية ثلاث هي :

(١) لجهة الادارة المختصة - وهي مديرية الشؤون الاجتماعية المختصة (٢) - سلطة الاعتراض على أى تصرف مالى - يجريه مدير المؤسسة أو مجلس ادارتها خلال شهر من تاريخ اخطارها به (٣) . فإذا لم تعترض خلال تلك المدة ، اعتبر التصرف نافذا (م ٨٠) .

(٢) لجهة الادارة المختصة - والمقصود بها هنا المحافظ (٤) - سلطة عزل المديرين الذين يثبت اهمالهم فى الادارة ، أو عدم تنفيذ ما فرضه عليهم القانون أو سند المؤسسة ، أو الذين يستعملون أموال المؤسسة فيما لا يتفق مع أغراضها أو قصد منشئها ، أو الذين يرتكبون أى خطأ جسيم آخر . أو لاعتبارات قومية . وتقوم هذه الجهة بتعيين من يحل محلهم فى ادارتها (م ١/٧٩) .

(٣) لجهة الادارة المختصة - وهي المجلس التنفيذي للمحافظة (٥) - وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون المؤسسة تكون مخالفا للقانون أو لنظام المؤسسة العام أو للآداب (م ١/٣٣ و ٨١) (٦) .

(١) وذلك على خلاف ما كان يقرره التقنين المدنى (م ٧٦) من إعطاء هذه السلطات والاختصاصات للمحكمة بناء على طلب تقدمه جهة الادارة المختصة .  
(٢) م ٤٤/و من اللائحة التنفيذية للجمعيات والمؤسسات الخاصة ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ .

(٣) يجب أن يتم الاخطار خلال أسبوع من تاريخ اجراء التصرف (م ٨٠) .

(٤) م ٤٤/ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر .

(٥) م ٤٤/ب من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر ، وم ٢/٥٦ من القانون

رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن الحكم المحلى .

(٦) وللمؤسسة ولكل ذى شأن أن يطعن فى قرار وقف التنفيذ بغير رسوم أمام محكمة

القضاء الادارى ، وعلى المحكمة أن تقضى فى الطعن على وجه الاستعجال (م ٢/٢٣ و م ٨١ من القانون) .

وفضلا عما تقدم من سلطات الرقابة في شأن المؤسسات عموما فاللمجلس التنفيذي للمحافظة سلطة تعيين ممثل أو أكثر لمديرية الشئون الاجتماعية في مجلس ادارة المؤسسات التي تنشأ ببال جمع كله أو بعضه من الجمهور ( م ٢/٢٦ من اللائحة التنفيذية و م ٢/٥٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ في شأن الحكم المحلي ) .

٢ - وفيما يتعلق بتعديل نظام المؤسسة ، أعطى القانون جهة الادارة المختصة وهي المحافظ(١) - سلطة تخفيف أو الغاء كل أو بعض الالتزامات والشروط المقررة في سند انشائها ، اذا كان ذلك لازما للمحافظة على أموال المؤسسة أو لتحقيق الغرض من انشائها ( م ٧٩ ) .

#### ٣٦٢ - انقضاء المؤسسة

اذا كانت الجمعية أو الشركة تنقضى بالحل الاختياري والحل والاجباري على السواء ، فواضح أنه لا يتصور انقضاء المؤسسة الا عن طريق الحل الاجباري وحده دون الحل الاختياري لأنها مجرد مجموعة أموال وليست بجماعة أشخاص .

ويقرر القانون أنه يسرى على المؤسسة من حيث حلها وتصفيتها ما يسرى على الجمعيات من أحكام ( م ٨١ ) ، مما يعني أن مثل هذا الحل يصدر به قرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص وذلك في حالة عجز المؤسسة عن تحقيق أغراضها ، أو تصرفها في أموالها في غير الأوجه المحددة لها طبقا لأغراضها ، أو ارتكابها مخالفة جسيمة للقانون أو مخالفتها النظام العام أو الآداب ( م ٥٧ ) .

وتجرى التصفية وفق الأحكام المقررة في سند انشاء المؤسسة ، والا وجب على الجهة الادارية - بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة - أن تقرر توجيه أموال المؤسسة المنحلة الى الهيئة الاجتماعية التي تراها ( م ٢/٦٠ و م ٨١ ) .

(١) م ٤٤/ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر .





## الباب الثاني

### محل الحق

٣٦٣ - تمهيد وتقسيم

إذا كان للحق صاحب هو الشخص ، فله كذلك محل . وفي هذا الصدد ينبغي اجتناب الخلط بين « محل الحق » وبين « مضمون الحق » (١) . فمضمون الحق هو السلطات أو المكنات التي يعطيها الحق ويخولها لصاحبه ، بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق - بمضمونه هذا - من شيء أو عمل . فمضمون حق الملكية مثلا هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، بينما يعتبر الشيء الذي تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق .

ومحل الحق - كما سبق البيان - قد يكون شيئا وقد يكون عملا . والمثل الرئيسي للحقوق التي محلها أشياء هو الحق العيني الذي يعطى صاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء مادي ، وكذلك فالحق الذهني محل شيء من الأشياء وإن كان شيئا معنويا غير مادي هو الحلق الذهني أو الفكري . والمثل الرئيسي للحقوق التي محلها أعمال هو الحق الشخصي أو حق الدائنية ، إذ هو سلطة للدائن في اقتضاء عمل من جانب المدين سواء كان هذا العمل ايجابيا أو سلبيا .

فنقسم الكلام في محل الحق اذن الى فصلين :

الفصل الأول - في الأشياء .

الفصل الثاني - في الأعمال .

(١) في هذا المعنى :

# الفصل الأول

## الأشياء

٣٦٤ - مدلول الشيء ، وتمييزه عن المال

المقصود أصلا بالشيء كل ما لا يعد شخصا ، ويكون له كيان ذاتي منفصل عن الإنسان (١) سواء كان هذا الكيان ماديا يدرك بالحوس أو معنويا لا يدرك الا بالتصور ، ولذلك فالشيء اما مادي أو معنوي . ومن أمثلة الأشياء المعنوية المصنفات الفكرية والاختراعات القابلة للاستغلال انصاعى والتي يحميها القانون بمنح براءات بها ، والعلامات والبيانات والأسماء والعناوين التجارية ، وأسماء الأشخاص الطبيعيين ، والمحل التجارى Le fonds de commerce الذى ينظر اليه فى مجموعه كشيء معنوي مجرد له كيانه الذاتى المستقل عن العناصر المكونة له (٢) .

وإذا كان الشيء - ماديا أو معنويا - يصلح على هذا النحو محلا للحق ، فمقد سبق أن رأينا أنه ليس محلا لكافة أنواع الحقوق وإنما هو محمل لبعضها دون البعض . فهو يصلح محلا للحقوق القائمة على أساس من روابط التسلط ، لأن التسلط لا يتصور منصبا الا على الأشياء ، ولذلك يصلح الشيء محلا للحق العيني وللحق الذهني وللبعض حقوق الشخصية كالحق فى الاسم ،

(١) ولذلك لا تعتبر أشياء أجزاء الجسم الانسانى وأعضائه طالما لم تنفصل عنه . فإذا انفصلت عنه وأصبح لها كيان ذاتي مستقل ، أمكن النظر اليها حينئذ بوصفها أشياء ومحلا للحقوق ( أنظر سابقا ، متن وهامش «١» ص ٤٥٠ ) .

(٢) والنظر الى « المحل التجارى » كمجموع مستقل عن عناصره ، مرده الى تخصيص هذه العناصر بفرض مشترك وتجمعها حول تحقيق هذا الفرض . ويؤدى ذلك الى الخضاع « المحل التجارى » كمجموع معنوي لنظام قانوني مستقل ومختلف عن النظام القانوني الذى يخضع له كل عنصر من عناصره على حدة ، والى اعتباره فى مجموعه كذلك محلا لتصرفات قانونية كالبيع والرهن والايجار ( أنظر فى عناصر المحل التجارى وأحكامه : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٧٦٣ وما بعدها ) .

ومع مراعاة أن محل الحق العيني هو الشيء المادى ، ومحل الحق الذهني والحق فى الاسم هو الشيء المعنوى . أما الحقوق التى تقوم على أساس من روابط الاقتضاء ، كحق الدائنية ، فمحلها هو العمل لا الشيء ، حتى ولو كان الغرض من اقتضاء العمل هو الحصول على شيء من الأشياء .

وينبغى عدم الخلط بين « الشيء » و « المال » . ذلك أن « المال » يقصد به الدلالة على الحق ذى القيمة المالية (١) ، أيا كان نوعه ، وأيا كان محله شيئا أو عملا ، وبذلك يعتبر مالا الحق العيني والحق الذهني فى وجهه المالى وحق الدائنية . أما « الشيء » ، فيقصد به الدلالة على ما يصلح محلا مباشرا للحقوق التى تخول التسلط أو موضوعا لمحل الحقوق التى تخول الاقتضاء (٢) .

### ٣٦٥ - الأشياء المسادية ، مقوماتها وتقسيماتها

قلنا ان الشيء المادى هو محل الحق العيني . ولكن ليست كل الأشياء المادية محلا صالحا للحق العيني ، بل ينبغى - لصلاحيتها لذلك - أن تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون ( م ١/٨١ مدنى ) . وهى تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها اذا كانت قابلة للحيازة والاحراز على سبيل الاستثناء والانفراد ( م ٢/٨١ مدنى ) . أما الأشياء التى لا تقبل الاستثناء بحيازتها - كالياه فى البحار ، وأشعة الشمس وضوء القمر فى الكون ، والهواء فى الجو - فتعتبر ، رغم ماديتها ، خارجة عن التعامل بطبيعتها ولا تصلح محلا للحق العيني . غير أن هذه الأشياء اذا انفصلت أجزاء منها عن أصلها ومحل وجودها وأمكن بذلك احرازها وحيازتها، تصبح قابلة لأن تكون محلا للحق العيني ، مثل كمية من الهواء تضغط فى وعاء أو كمية من ماء البحر تحجز فى اناء .

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الأعمال التوضيرية ،

ج ١ ، ص ٤٥٧ .

(٢) وقد يصر المشرع المصرى بهذا التمييز الاساسى بين الشيء والمال ، فأورد فى الفصل

الثالث من الباب التمهيدي للتقنين المدنى الحالى تقسيمات للأشياء وأخرى للأموال . ونص - فى مجال المقابلة بين الأشياء والأموال - على اعتبار الأولى محلا للثانية ( م ١/٨١ ) .

( م ٤٥ - المدخل الى القانون )

وقد تكون الأشياء المادية قابلة بحسب طبيعتها للحيازة والاحراز على سبيل الاستثناء والافراد ، ومع ذلك لا تصلح محلا للحق العيني ، اذا اعتبرها القانون حكما غير قابلة للاحراز بتحريمه حيازتها والتعامل فيها<sup>(١)</sup> كالمخدرات بأنواعها<sup>(٢)</sup> .

وتقسم الأشياء المادية تقسيمات عدة ، في طبيعتها من حيث الأهمية التقسيم الرئيسي الى عقارات ومنقولات ، والى جواره يوجد تقسيمان آخران للأشياء الى قابلة وغير قابلة للاستهلاك والى مثلية وقيمة . فنبحث فيما يلي بإيجاز<sup>(٣)</sup> كل تقسيم منها في مبحث على حدة .

## المبحث الأول

### العقارات والمنقولات

#### ٣٦٦ - أساس التقسيم ، وأهميته

تقسم الأشياء من حيث ثباتها أو عدم ثباتها الى عقارات ومنقولات . وقد عنى القانون المصرى بالنص على هذا التقسيم بقوله « كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول » ( م ٢/٨٢ مدنى ) . وهذا التقسيم على هذا النحو تقسيم

(١) أنظر فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من اعتبار الأشياء أو الأموال المسامة خارجة عن التعامل بحكم القانون ، وفي مناقشة ذلك ورفضه : كتابنا الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، أحكام حق الملكية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ ، ص ٥٨ و ٥٩ .

(٢) ولا يغير من ذلك اجازة التعامل استثناء في هذه الأشياء ، كاجازة بيع المخدرات لأغراض طبية ( المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ص ٤٦٠ ) .

(٣) اما تفصيل هذه التقسيمات فمجاله عند دراسة الحقوق العينية ، اذ هي تقسيمات للأشياء المادية باعتبارها محلا للحق العيني ، وهذا ما جرينا عليه عند دراسة الحقوق العينية الأصلية ، اذ عرضنا بالتفصيل لهذه التقسيمات ( وأجسح فى ذلك : كتابنا فى أحكام الملكية سالف الذكر ، فقرات ٢٣ - ٤٠ ، ص ٦٨ - ١٢١ - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٨ ، فقرات ٣ - ٤٢ ، ص ١٠ - ٩٠ ) .

طبيعي يصدر عن اختلاف الطبيعة المادية للأشياء (١) وثبات البعض منها واستقراره في مكانه وتحرك البعض الآخر أو قابليته للحركة ، مما يسوغ اختلاف القواعد والنظم التي تحكم النوعين من الأشياء . ولذلك فإن لهذا التقسيم أهمية كبيرة نعرض لبعض أوجهها البارزة فيما يلي :

(١) كان من المحتتم ، أمام ثبات العقارات واستقرارها ، ضرورة اخضاع التصرفات القانونية التي من شأنها انشاء أو نقل أو زوال حقوق عينية عليها أو الاحتجاج بها على الغير لاجراءات شهر معينة ، بحيث لا يتم شيء من ذلك الا باتمام هذه الاجراءات (٢) . أما مثل هذه التصرفات الواردة على منقولات . فمن الصعير تصور اخضاعها لنظم شهر مماثلة أمام طبيعة المنقولات المتحركة غير المستقرة وسرعة تداولها بين الأيدي . وعلى ذلك ، فبينما تنتقل الملكية مثلا في المنقولات الميئة بالذات بمجرد التعاقد ، لا تنتقل الملكية في العقارات الا بالتسجيل .

(٢) ما دامت لا توجد اجراءات معينة تجعل تقرير الحقوق العينية على المنقولات أمرا مشهرا معلوما للكافة كما هي الحال في العقارات ، ونظرا لسرعة تداول المنقولات في الأيدي سرعة فائقة ، لم يكن بد من اعتبار الحيابة في المنقول سندا للحائز فيما يدعيه من حق عليه وقرينة على توافر السبب الصحيح لحيابته . بينما الأمر يختلف عن ذلك في العقارات نظرا لامكان التثبت من الحقوق العينية المقررة عليها بالكشف عن ذلك في دفاتر التسجيل أو القيد ، ولذلك لا يكون لحيابة العقار من الأثر القانوني ما لحيابة المنقول ، بل يقع على الحائز دائما عبء اثبات السبب الصحيح لهذه الحيابة حتى يثبت حقه بمدة التقادم القصيرة وهي خمس سنين ، والا لم يثبت له هذا الحق الا بالمدة الطويلة وهي خمس عشرة سنة .

المسألة الثالثة : التمييز بين المنقولات والعقارات (٣)

(١) أنظر في ذلك وفي رفض الأساس الاقتصادي للتقسيم الذي ينظر الى العقارات باعتبارها الأشياء ذات القيمة والمنقولات هي الأشياء العقيرة أو التافهة القيمة : كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ٢٣ ، ص ٦٩ و ٧٠ .

(٢) هذه الاجراءات هي التسجيل اذا تعلق الأمر بحقوق عينية أصلية ، والقيد في شأن الحقوق الميئة التبعية ( م ٩ و ١٢ من قانون الشهر المقاري ) .

(٣) اذا كان الحق العيني يخول صاحبه سلطة أو حق تتبع الشيء فى أى يد يوجد ، الا أن ذلك ليس بالمبدأ المطلق ، اذ يختلف الأمر فى شأنه باختلاف طبيعة هذا الشيء وهل هو عقار أو منقول . فالمبدأ مطلق فيما يتعلق بالعقار . ولكنه معطل كقاعدة عامة فى المنقول حيث تعتبر الحيازة فيه سندا للحائز يتمكن بمقتضاه من دفع كل تعرض له من قبل الغير .

وامتناع تتبع المنقولات دون العقارات يسمح بترتيب حقوق عينية تبعية على العقارات يستغنى فيها عن حيازتها اكتفاء بإمكان تتبعها ، كما هو الشأن فى الرهن الرسمى وحق الاختصاص . بينما يحتاج الأمر عادة فى ترتيب حقوق عينية تبعية على المنقولات الى حيازة أصحاب هذه الحقوق لها خوفاً من سهولة تهريبها واستحالة تتبعها من بعد تحت يد الحائز ، وهو ما يتضح فى صورة الرهن الحيازى .

(٤) ما دام العقار ثابتاً ومستقراً فى مكان معين ، فيكون طبيعياً أن يتحدد الاختصاص المحلى فى الدعاوى العينية العقارية خاصة على أساس هذا المكان فتكون المحكمة المختصة فى شأنها أصلاً هى المحكمة الواقع فى دائرتها العقار ( م ١/٥٠ مرافعات جديد ) . بينما المنقول يكون من العسير تحديد محله نظراً لحركته وكثرة تداوله بين الأيدي ، مما يستعصى معه اناطة الاختصاص المحلى فى الدعاوى المنقولة بهذا المحل ، ولذلك يجعل الاختصاص فى شأنها للمحكمة الواقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ( م ٤٩ مرافعات جديد ) .

(٥) لا تكون الشفعة الا فى العقارات وحدها دون المنقولات ( م ٩٣٥ مدنى ) .

(٦) يفرق قانون المرافعات بين اجراءات الحجز على المنقول واجراءات التنفيذ على العقار ، فيجعل الأولى أكثر سرعة وأقل تعقيداً من الثانية .

(٧) يقيد القانون أهلية الجمعيات فى اكتساب الحقوق الواقعة على عقارات بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت هذه الجمعيات من أجله ، ولا يورد عليها مثل هذا القيد فى الحقوق الواقعة على منقولات .

والاثران الاخيران ليسا الا بعض بقايا النظرة القديمة المتقدمة الى العقارات باعتبارها ارفع قيمة من المنقولات .

### المطلب الأول

#### العقارات.

#### Les Immeubles

#### ٣٦٧ - الأصل والاستثناء

يقصد بالعقارات الاشياء ذات الأصل الثابت الممتنعة على النقل منه دون تلف ، فهي اذن أشياء ثابتة أو عقارات بالطبيعة . غير أن المشرع قد اعتبر بعض المنقولات عقارات استثناء من طبيعتها وذلك اذا خصصت لخدمة عقار أو استغلاله ، فتعتبر حينئذ عقارات بالتخصيص لا بالطبيعة .  
فنعرض فيما يلي بإيجاز لهذين النوعين من العقارات .

#### ٣٦٨ - العقارات بالطبيعة

تعتبر عقارات بالطبيعة (Immeubles par nature) الأشياء ذات المستقر الثابت الذي لا يمكن نقلها منه دون تلف ( م ١/٨٢ مدني ) . وفي مقدمة هذه العقارات الأراضي ، سواء كانت معدة للزراعة أم للبناء . وكذلك ما يكون في جوفها من مناجم ومحاجر . وما يثبت على سطحها من نباتات أو مزروعات أو أشجار تكون جذورها ممتدة فيها ، أما النباتات التي توضع في أوعية فلا تعتبر عقارات ، حتى ولو كانت هذه الأوعية مدفونة أو مغروسة في الأرض . وكذلك يعتبر عقارات بالطبيعة ما يقام على الأرض أو في جوفها من أبنية ثابتة مستقرة (١) ، حتى ولو كانت مملوكة لغير مالك الأرض ، أو كانت مؤقتة البقاء (٢) ، ما دام لا يمكن نقلها دون تلف يصيبها ،

(١) تعتبر الابنية من العقارات بطبيعتها في مجموعها أي هي وكل اجزائها اللازمة والمتصلة لها كالأبواب بأقفالها والمساعد والنوافذ ( في هذا المعنى : كتابنا في أحكام حق الملكية ص ٧٦ ) .

(٢) تنض ٣١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر ( المدنية ) ، رقم ٣٦ ، ص ٩٣ .

أما المباني التي لا تكون مثبتة في الأرض ، بل يمكن رفعها ونقلها دون تلف فهي منقولات ، كخيام البدو ومخيمات الجواله والكشافة والأكشاك الخشبية غير المثبتة في الأرض .

وما دامت الصفة العقارية للأشياء مناطها ثبات الأشياء واستقرارها في الأرض ، فمقتضى ذلك فقدانها هذه الصفة واعتبارها من المنقولات اذا فصلت عن الأرض وأصبح لها كيان مستقل غير ثابت ، كأنقاض البناء المهديم والمعادن المستخرجة من الأرض ، والأحجار المقطعة منها والنباتات والمزروعات الجنية .

### ٢٦٩ - العقارات بالتخصيص (١)

(١) أساس فكرة العقار بالتخصيص : اذ كانت القاعدة أن العقار هو كل شيء مستقر بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف ، الا أن تم استثناء هاما يورده المشرع على هذه القاعدة ، مؤداه مخالفة طبيعة الأشياء ، واعطاء صفة العقار لبعض المنقولات نظرا لكونها مرصودة على خدمة عقار أو استقلاله ومخصصة لذلك ، فتعتبر - رغم طبيعتها المنقولة - عقارات بحكم القانون أو بالتخصيص . وقد نصت على ذلك المادة ٢/٨٢ من التقنين المدني بقولها « ومع ذلك ، يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يمكنه رسدا على خدمة هذا العقار أو استقلاله » .

وواضح أن فكرة العقار بالتخصيص (Immeubles par destination)

هي مجرد افتراض أو حيلة قانونية (٢) يقيمها المشرع للتوصل الى ترتيب أحكام العقار على ما يتبعه من منقولات مرصودة على خدمته أو استقلاله

(١) راجع في ذلك بخاصة :

Gulphe, L'immobilisation par destination, thèse Paris, 1943. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, Nos. 75 - 83. — Beudant et Voirin, t. IV, Nos. 110-124.

كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرات ٢٧ - ٣٠ ، ص ٧٧ - ١٠١ .

(٢) انظر في ذلك وفي مناقشة محاولة تأسيس « العقار بالتخصيص » على فكرة التبعية .

كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٢٧ ، ص ٧٨ - ٨٠ .



كفالة لاستمرار هذه الخدمة وذلك الاستغلال ، ومنعنا لما قد يجره الإبقاء على طبيعتها المنقولة وخضوعها بالتالي لنظم مخالفة للنظم التي يخضع لها العقار الذي تتبعه من إمكان فصلها عنه وتعطيل ما ترصد عليه من خدمته أو استغلاله .

## (٢) ثبوت صفة العقار بالتخصيص : يشترط لثبوت صفة العقار

بالتخصيص أن يتحقق أولا تخصيص بعض المنقولات لخدمة عقار أو استغلاله ، وأن تكون هذه المنقولات ثانيا مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه ( م ٢/٨٢ مدني ) . فنعرض فيما يلي بايجاز لكل من هذين الشرطين :

### ١ - تخصيص منقولات بطبيعتها لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته :

ينبغي لاعتبار المنقولات عقارات بالتخصيص أن تكون منقولات بطبيعتها وترصد على خدمة عقار بطبيعته أو استغلاله . وليس بشرط أن يكون تخصيص المنقولات لخدمة أو استغلال العقار تخصيصا مؤبدا أو دائما (١) ، بل يكفي أن يكون ملحوظا فيه صفة الثبات والاستمرار . ويشترط في التخصيص أن يكون عينيا لا شخصيا ، أي لخدمة أو استغلال عقار لا لخدمة مالكه (٢) ، فالدابة المعدة لركوب صاحب الأرض لا تعتبر عقارا بالتخصيص ، بخلاف الماشية المخصصة لاستغلال الأرض نفسها . ولا يشترط في التخصيص أن يكون بالقدر الضروري لخدمة العقار أو استغلاله (٣) ، فيكفي مجرد نفعه وفائدته .

(١) في هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 84. — Gulphe, thèse précitée, No. 70.

كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ٨٢ .

Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Beudant et Voirin, t. IV, (٢)

No. 115. — Gulphe, thèse précitée, No. 72.

(٣) في هذا المعنى :

المذكرة الاضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري الحالي ، مجموعة الأعمال

التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٦٧ — كتابنا مالف الذكر ، ص ٨٣ ، ٨٤ .

وفارن : Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Gulphe, No. 75.

ويستوى بعد ذلك أن يكون التخصيص لخدمة عقار أو استغلاله ، ومن قبيل التخصيص للخدمة ما يوضع في دور العبادة لخدمتها من سجاد ومقاعد وتماثيل وكتب مقدسة . ومن أمثلة التخصيص للاستغلال : ما يرصد على استغلال الأرض زراعيا من آلات مختلفة ، وأسمدة ، وبذور ، وحيوانات أو ماشية ، وأوعية أو صناديق أو أكياس تعبأ فيها المحاصيل الزراعية ما دامت لا تباع مع هذه المحاصيل بل تبقى في الأرض . وما يرصد على استغلال المصانع من آلات وأدوات التصنيع المنقولة ومن عربات وسيارات مخصصة لنقل المواد الأولية أو المواد المصنوعة ، وما يوضع في الفنادق من أثاث ومفروشات طالما أن الأبنية العقارية معدة اعدادا خاصا لاستغلالها كمصانع أو فنادق .

## ٢ - وحدة مالك العقار والمنقولات وصولور تخصيصها منه :

إذا تحقق تخصيص منقولات لخدمة عقار أو استغلاله ، فلا يكفي ذلك لثبوت صفة العقار بالتخصيص لهذه المنقولات ، بل يجب الى جوار ذلك أن تكون هذه المنقولات مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه . وهذا الاشتراط طبيعي ، لأن مشكلة الحاق بعض المنقولات بالعقار وربط مصيرها بمصيره واخضاعها لنفس نظامه وقواعده ، لا تثور الا حيث توجد وحدة أو مجموعة متماسكة يراد المحافظة على كيانها من التفكك والتفتت ، وهو ما يفترض وقوع عناصر هذه المجموعة - أى العقار والمنقولات المرصودة على خدمته أو استغلاله - في ملك شخص واحد<sup>(١)</sup> ، حتى لا يتأتى فصل هذه العناصر بعضها عن بعض رغم ارادة المالك ، اذ لو كان مالك المنقولات غير مالك العقار لكان هذا الفصل متوقعا وطبيعيا . وعلى ذلك ، فلا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات المملوكة لمستأجر عقار أو صاحب حق انتفاع عليه رغم رصدها من جانبه على خدمته أو استغلاله ، ولا المنقولات التي

(١) في هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 60. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 114. — Gulphe, thèse précitée, No. 62, p. 144.

كنا بنا أحكام حق الملكية ، ص ٨٩ و ٩٠ .

يستأجرها أو يستعيرها مالك عقار ويرصدها على خدمته أو استغلاله ،  
أو حتى يشتريها ولكن بعقد معنق نقل الملكية على الوفاء بكامل الثمن إذا قام  
برصدها على هذه الخدمة أو الاستغلال من قبل تمام الوفاء .

وإذا كان مشترطا وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو  
استغلاله ، فليس مقتضى ذلك استلزام أن يكون مالك المنقولات مالكا للعقار  
ملكية مفرزة خالصة له وحده ، بل يعتبر شرط وحدة المالك متحققا وصفة  
انعقاد بالتخصيص ثابتة للمنقولات المملوكة مفرزة لأحد الشركاء المشتاعين  
في ملكية عقار إذا قام برصدها على خدمة أو استغلال هذا العقار  
الشائع (١) .

ولا يكفي وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله ،  
بل ينبغي أن يصدر التخصيص من نفس المالك أو من نائبه الذي يعمل  
لحسابه . ولذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص الأدوات الزراعية أو الماشية  
المخصصة لاستغلال الأرض ، حتى ولو كانت مملوكة لصاحب الأرض ، إذا  
كان الحاقها بالأرض وتخصيصها لاستغلالها آتيا من غير المالك ، كما لو قام  
بذلك المستأجر أو المنتفع أو الدائن المرتهن رهن حيازة ، إلا إذا كان نائبا في  
ذلك عن المالك .

(٣) **حكم العقار بالتخصيص** : إذا توافر الشرطان السابقان : شرط  
التخصيص وشرط وحدة المالك ، فإن المنقول المرصود على خدمة أو  
استغلال عقار يعامل معاملة العقار ، فيسوى بذلك في الحكم بالعقار الذي  
رصد على خدمته أو استغلاله ، وهو ما تتحقق به الوحدة اللازمة بينهما في

(١) في هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Picard, ibid.

كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ٩١ .

وأنظر مع ذلك حكما عكسيا لمحكمة النقض في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ ، مجرعة المقتب ،  
الفني لأحكام النقض ( المدنية ) ، س ٦ ، رقم ٨٤ ، ص ٦٣٩ . ولكن أنظر في التقاذه :  
اسماعيل غانم ، الحقوق الميئية الأصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، ١٩٥٨ ، هامش «١» ، ص ١٧٠ .  
- كتابنا أحكام حق الملكية ، هامش «١» ، ص ٩١ - ٩٢ .

المصر والحكم استجابة لما يقرم بينهما من وحدة واقعية مردعا الى  
التخصيص (١) .

وعلى هذا النحو لا يجوز الحجز على العقارات بالتخصيص حجز المنقول .  
ولا التنفيذ عليها منفصلة عن العقار المرصودة على خدمته أو استغلاله .  
ويشمل بيع العقار ورهنه والوصية به - دون حاجة الى نص أو شرط خاص -  
ما يلحقه من عقارات بالتخصيص مرصودة على خدمته أو استغلاله ، الا ان  
ينص على خلاف ذلك .

## المطلب الثاني

### المنقولات

#### Les Meubles

### ٣٧٠ - الأصل والاستثناءات

اذا كان المشرع يكتفى بتعريف العقار، مما يترك تعريف المنقول يستنبط  
عن طريق الاستبعاد ، فمعنى ذلك أن كل شيء لا تتوافر له صفة العقار - أي  
صفة الاستقرار والنبات في حيزه - يعتبر منقولاً بالطبيعة . غير أن ثم  
استثناءات ترد على هذا الأصل ، اذ تعتبر بعض الأشياء - خلافا لطبيعتها -  
منقولات بحكم القانون ، هي المنقول بالمال والمنقولات المعنوية .

### ٣٧١ - المنقولات بالطبيعة

يقصد بالمنقولات بالطبيعة (Meubles par nature) الأشياء المادية  
غير الثابتة ، القابلة للنقل من مكان الى آخر دون تلف (٢) . ومن أمثلتها

- (١) ولكن اذا كانت المنقولات المرصودة على خدمة عقار أو استغلاله تأخذ حكم هذا العقار  
وتتبعه في مصيره ، الا أن ذلك لا ينفي أن هذه المنقولات تظل محتفظة بذاتيتها وفرديتها ، مما  
يبرر في احوال خاصة الخروج على المبدأ العام القاضى بمعاملتها معاملة العقارات من كل الوجوه  
وفي مواجهة الجميع . ولذلك لا يفقد بائع المنقولات الذى لم يستوف كامل الثمن حقه عايب  
كمنقولات رغم قيام المشتري برصدها على خدمة أو استغلال عقاره واعطائها بذلك وصف العقار  
بالتخصيص ( انظر كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٢٩ ، ص ٩٤ و ٩٥ ) .
- (٢) ليس الانتقال الفعلي شرطا لاعتبارها من المنقولات ، وانما يكفي مجرد قابليتها للحركة  
والنقل من مكانها دون تلف ولو لم تنقل منه بأن كانت معدة للبقاء في مكان معين كالعائات  
الراسية على ضفاف الأنهار .

الحيوانات ، والسيارات ، والسفن والطائرات (١) ، وأثاث المنزل ، والكتب ، والبضائع ، والمأكولات ، وأنشروبات ، وقد ناز الشك حول اعتبار بعض الأشياء منقولات بالطبيعة كالغاز والكهرباء . ولكن الرأي أصبح مستقرا الآن على اعتبارها منقولات بالطبيعة ، اذ هي أشياء مادية تدركها الحواس رغم أنه قد تحتويها أنابيب ثابتة لها صفة العقار . وتطبيقا لذلك يعتبر اختلاسها من قبيل السرقة التي لا تقع الا على المنقولات .

### ٣٧٢ - المنقولات بالمآل (٢)

يقصد بالمنقولات بالمآل (Meubles par anticipation) أشياء هي بحسب طبيعتها من العقارات ، ولكنها تأخذ حكما وافترضا وصف المنقولات باعتبار أنها ستصير كذلك في القريب (٣) . ومثل هذا الافتراض القانوني إنما تبرره الغاية منه . ذلك أن بعض العقارات بطبيعتها تكون معدة - اما بحسب طبيعتها واما بإرادة الأفراد - لكي تصير منقولات بالطبيعة في القريب ، فيكون من النافع استباق هذا المآل القريب دون انتظار حلوله واخضاعها لحكم المنقول لا لحكم العقار . تيسيرا في الاجراءات وتخفيفا من القيود فيما يرد عليها من تصرفات أو حجوز .

ومن أمثلة هذه المنقولات بالمآل : الأشجار المعدة للقطع ، والمباني المعدة للهدم ، والمحصولات الزراعية المعدة للجنى ، والمعادن أو الأحجار المعدة للاستخراج أو الاقنطاع من المناجم أو المحاجر .

(١) اذا كانت السفن والطائرات تخضع لنظام خاص متميز عن النظام الذي تخضع له المنقولات بصفة عامة لخضوعها لنظام شهر معين وامكان تتبعها مما يكاد يقربها من العقارات من هذه الوجهة ، الا أن ذلك لا يغير في شيء من طبيعتها المنقولة .  
(٢) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Fréjaville, Des meubles par anticipation, thèse Paris, 1927. — Beudant et Volrin, t. IV, Nos. 108 - 109. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, Nos. 102 . 106.

كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرات ٢٣ - ٢٥ ، ص ١٠٢ - ١١٥ .

(٣) ينبغي اجتناب الخلط بين المنقولات بالمآل وبين الأشياء المستقبلية . فالمنقولات بالمآل ليست أشياء مستقبلية وانما هي أشياء موجودة متحققه ، ولكن طبيعتها القانونية وحدها هي المتأثرة بحسب ما ستؤول اليه هذه الأشياء في المستقبل .

(١) ثبوت صفة المنقول بالمآل : لم يضع المشرع قاعدة عامة في شأن اعتبار بعض العقارات منقولات بالمآل ، ولكنه في نصوص خاصة قليلة عامل بعض العقارات المدة للانفصال عن أصل نباتها واستقرارها معاملة المنقول ، لا باعتبار طبيعتها الحالية وإنما باعتبار مآلها المستقبل . ومن قبيل ذلك ما ينص عليه المشرع المصرى من اتباع اجراءات حجز المنقول ، بالنسبة للشار المتصلة والمزروعات القائمة ، ولكن مع عدم جواز هذا الحجز الا خلال مدة محددة قبل موعد نضجها ( م ٣٥٤ مرفعات جديد ) . ومن هذا القبيل كذلك ، ان التقنين المدنى يضع بين حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول : امتياز المبالغ المنصرفة فى البذر وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد على المحصول الذى صرفت فى انتاجه ( م ١/١١٤٢ ) وامتياز مؤجر الأراضى الزراعيّة بأجرتها على ما يكون موجودا فيها من محصول زراعى ( م ١/١١٤٤ ) رغم أن المحصول قبل حصده يعتبر عقارا بالطبيعة .

ولم يلبث الفقه والقضاء أن استخلصا من مثل هذه النصوص الخاصة نظرية عامة فى هذا الشأن بمقتضاها تعتبر بعض العقارات منقولات بالمآل ، اذا كانت ارادة المتعاقدين تنظر اليها باعتبار ما ستؤول اليه فى القريب من فصل مؤكد عن أصل نباتها يصيرها منقولات بالطبيعة (١) . اذا ما دام المآل المنقول لهذه العقارات هو محل اعتبار المتعاقدين عليها ، فلا حرج من استباق المستقبل ومعاملتها منذ التعاقد على هذا الأساس وبحسب هذا المآل . ولذلك يشترط لثبوت صفة المنقول بالمآل ، شرطان جوهريان :

(١) يجب أن تنصرف ارادة المتعاقدين انصرافا حقيقيا جديا الى اعداد العقارات المتعاقد عليها لتصبح منقولات بالطبيعة ، وذلك بالاتجاه الى فصلها

(١) أنظر فى ذلك خاصة :

Fréjaville, thèse précitée, pp. 59, 60. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 106.

اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨ ، ص ٩٤ و ٩٥ - كتابنا احكام حق الملكية ، فقرة ٣٤ ، ص ١٠٥ - ١٠٩ .

عن أصل ثباتها واستقرارها ، بحيث لا يتصور في ذهن المتعاقدين تمام تنفيذ العقد الا بصيرورة هذه الأشياء منقولات فعلا .

ولكن لا يكفي لتوافر هذا الشرط مجرد التصرف في هذه الأشياء تصرفا مستقلا عن أصل ثباتها واستقرارها ، فمثل هذا التصرف المستقل لا يعتبر وحده قرينة على انصراف الارادة الى فصل هذه الأشياء وتصيرها منقولات بالطبيعة في القريب ، ولذلك فهو لا يغير من الطبيعة القانونية لهذه الأشياء باكسابها وصف المنقول بالمآل الا اذا كانت ارادة المتعاقدين منصرفة حقيقة الى اعدادها لانفصال حقيقي قريب . وعلى ذلك ، فبيع بناء دون الأرض المقام عليها يعتبر بيع عقار لا بيع منقول اذا لم تكن ارادة المتعاقدين منصرفة الى بيعه على أساس الهدم ، بينما يعتبر بيع منقول اذا وجد التزام على عاتق المشتري بهدمه (١) .

(٢) يجب أن يكون المصير المحقق - في نظر المتعاقدين - للعقارات المتعاقدة عليها هو التحول في القريب الى منقولات بالطبيعة . فلا يكفي اذن وجود مجرد احتمال بشأن انفصال هذه العقارات في القريب عن أصل ثباتها واستقرارها ، اذ لا يتصور أن يفقد محل التعاقد مقدما الصفة العقارية الثابتة له طبقا لطبيعته اذا لم يكن من المحقق والمؤكد صيرورته في القريب منقولا بالطبيعة . وعلى ذلك لا يكتسب العقار المتعاقد عليه وصف المنقول بالمآل اذا ترك أمر تحويله الى منقول بالطبيعة الى محض تقدير ورغبة أحد المتعاقدين ، أو اذا لم يحدد موعد قريب في التعاقد لمثل هذا التحويل أو لم يكن مثل هذا الموعد قابلا للتحديد (٢) .

(٢) آثار ثبوت صفة المنقول بالمآل : اذا توافر الشرطان السابقان فان صفة المنقول بالمآل تثبت للعقار محل التعاقد منذ اتمام العقد . فيخضع هذا العقار منذ ذلك الوقت لما يخضع له المنقول من قواعد وأحكام ، فلا يكون من

(١) Fréjaville, thèse précitée, pp. 67 - 70.

(٢) انظر في ذلك كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ١٠٨ و ١٠٩ .

اللازم التسجيل لنقل ما قد يرتبه من حق عيني على المنقول بالمآل (١) ،  
ويكون للدائنين اتخاذ اجراءات حجز المنقول لا اجراءات التنفيذ على العقار  
لاستيفاء حقوقهم من قيمته ، ويتحدد الاختصاص المحلى بنظر المنازعات  
الناشئة عن هذا التعاقد بمحكمة موطن المدعى عليه .

### ٣٧٣ - المنقولات المعنوية

الأصل أن الأشياء المعنوية لا يمكن اعتبارها من العقارات ولا من  
المنقولات ، لأن التقسيم الى عقارات ومنقولات - وهو مبني على أساس  
الثبات أو القابلية للحركة - لا يتصور الا في شأن الأشياء المادية وحدها .  
ومع ذلك فخروجا على هذا الأصل ، تعتبر الأشياء المعنوية من المنقولات  
حكما وتخضع لأحكام المنقول . ويقال عادة في تبرير ذلك أن المشرع يعتبر  
منقولا كل ما ليس بعقار وهذه الأشياء المعنوية ليست قطعا من  
العقارات .

### المبحث الثاني

#### الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك (٢)

### ٣٧٤ - أساس التقسيم وأهميته

الأشياء القابلة للاستهلاك (choses ou biens consommables)  
هي تلك التي لا يتصور استعمالها الا عن طريق استهلاكها ، بمعنى أنها  
تستهلك بمجرد استعمال واحد دون أن تحتمل ورود استعمال متكرر عليها،  
ولذلك يعرفها المشرع المصري بأنها « . . هي التي ينحصر استعمالها ، بحسب  
ما أعدت له في انفاقها أو استهلاكها » ( م ١/٨٤ مدني ) . ويستوى في هذا

---

(١) فينتقل الحق العيني فور التعاقد اذا كان محله معينا بالذات ( م ٢٠٤ مدني ) أما اذا  
كان هذا المحل معينا بنوعه ، فينتقل الحق بافرازه ( م ١/٢٠٥ مدني ) .  
(٢) راجع في ذلك بخاصة

Humbert, Essai sur la fongibilité et la consommabilité des meubles,  
thèse Paris, 1940. — Jaubert, La consommabilité, Revue, trimestrielle de  
droit civil, 43e. année, 1945, pp. 75 - 101.



الشان أن يكون استهلاك هذه الأشياء ماديا بانقضاء على مادنها كأكل الطعام ، أو بتغيير صورتها كتحويل المنسوجات الى ملابس ، أو أن يكون هذا الاستهلاك قانونيا بالتصرف كأنفاق النقود وبيع السلع . أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك *choses ou biens non consommables* ، فهي تلك التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تستهلك بمجرد استعمال واحد لها ، ولو ترتب على تكرار استعمالها أو طولها هلاكها أو ضياعها أو بخس قيمتها أو نقص منافعها ، كالأرض والمنازل والسيارات والمفروشات والآلات .

والاصل أن طبيعة الشيء هي التي تحدد قابليته أو عدم قابليته للاستهلاك . غير أن الإرادة لها من السلطان ما تملك به مثل هذا التحديد كذلك ، إذا خصصت استعمال الشيء تخصيصا يخرجها عما تقضى به طبيعته ، فيصبح حينئذ قابلا أو غير قابل للاستهلاك بالتخصيص (١) لا بالطبيعة . فالنقود وهي قابلة بحسب طبيعتها للاستهلاك قانونيا بمجرد استعمالها أي بانفاقها ، تصبح غير قابلة للاستهلاك إذا أعيرت على أساس مجرد عرضها ثم ردها بعد ذلك . بل وكل شيء يكون بحسب طبيعته غير قابل للاستهلاك يصبح قابلا له بالتخصيص إذا أعد للبيع ( م ٢/٨٤ مدني ) ، إذ يخصص حينئذ لنوع من الاستهلاك هو الاستهلاك القانوني .

وتبدو أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك في أن بعض الحقوق التي تخول استعمال الشيء ، كحق الانتفاع وحق الاستعمال ، لا يتصور ورودها الا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك وحدها ، لأن المنتفع أو المستعمل يلتزم عند انتهاء حقه برد الشيء بعينه الى مالكه واستعماله يستهلكه . وكذلك الشأن في الإيجار والعارية ، فهي عقود لا تورد الا على أشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال .

### المبحث الثالث

#### الأشياء المثلية والقيمة<sup>(١)</sup>

##### ٣٧٥ - أساس التقسيم وأهميته

الأشياء المثلية (choses ou biens fungibles) هي التي لها نظائر متماثلة في الأسواق ، فلا تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به ، ولذلك فيقوم بعضها مقام بعض في الوفاء . وهذه الأشياء هي التي جرى العرف على التعامل فيها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن ( م ٨٥ مدني ) ، كالتقود ، والكتب من طبعة واحدة ، والقماش من نوع ولون واحد ، والخبوب من نفس الصنف والجودة ، والقطن من نفس الصنف والرتبة .

أما الأشياء القيمة (choses ou biens non fungibles) فهي تلك التي تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به حيث لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء كالأرض والمنازل والحيوانات .

وإذا كان الأصل في تعيين الصفة المثلية أو القيمة للأشياء هو طبيعتها من حيث تماثل أو تفاوت آحادها ، إلا أن إرادة الأفراد قد تسبغ على شيء مثلي بطبيعته الصفة القيمة أو على شيء قيمي بطبيعته صفة المثلية<sup>(٢)</sup> ، فيقال إن الشيء يصبح قيمياً أو مثلياً بالتخصيص<sup>(٣)</sup> . ومثال الحالة الأولى إعارة كتاب بقصد الإطلاع عليه ورده بذاته، ومثال الحالة الثانية ما تقوم به بعض الشركات التي تستهدف بيع أراضٍ زراعية تستصلحها أو أراضٍ للبناء تعدها وتمهدها من تقسيمها إلى قطع متساوية متماثلة .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

De La Grasserie, De la fungibilité juridique, Revue générale du droit, 1911. — Humbert, thèse précitée. — Jaubert, article précitée.

كتابنا أحكام الملكية ، فقرات ٢٨ - ٤٠ ، ص ١١٨ - ١٢١ .

(٢) نقض ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٣ ، مجموعة عمر ( المدنية ) ج ١ ، رقم ١٤٦ ، ص ٢٦٩ -

Jaubert, article précitée, pp. 78, 79, 96 - 100. (٣)

وتبدو أهمية تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمة (١) في كون المقاصة القانونية لا تقع الا بين دينين موضوع كل منهما أشياء متماثلة ( م ١/٣٦٢ مدني ) . وفي كون هلاك الأشياء القيمة ينقضى به الالتزام لأن تنفيذه يصبح بهذا الهلاك مستحيلا ، أما هلاك الأشياء المثلية فلا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بل يظل الالتزام قائما في شأنها ، لأن لها نظائر في الأسواق فيقوم بعضها مقام بعض في الوفاء ، ولذلك يقال ان الأشياء المثلية لا تهلك . وفي كون الملكية أو أي حق عيني آخر لا ينتقل أو يتقرر على الأشياء المثلية الا بافرازها لأنها تكون بوصفها هذا غير معينة بالذات ، بينما يتقرر فور التعاقد على الأشياء القيمة المنقولة باعتبارها معينة بالذات .

(١) السائد في الفقه أن تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمة يقوم على أساسه التفريق بين الأشياء معينة بنوعها والأشياء معينة بذاتها . غير أن ثم اتجاها حديثا في الفقه **Jaubert** article précitée, p. 86 يشكك في وجود تطابق كامل بين التقسيمين ( انظر في مناقشة هذا الاتجاه : كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٣٩ ، ص ١٢٠ و ١٢١ ) .  
( م ٤٦ - المدخل الى القانون )

## الفصل الثاني

### الاعمال

#### ٣٧٦ - العمل وشروطه بوصفه محلا للحق

قلنا ان محل الحق يكون شيئا أو عملا. وقد تكلمنا في الاشياء باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة التسلط كالحق العيني والحق الذهني والحق في الاسم . بقى أن نتكلم في الأعمال باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة الاقتضاء ، وأظهرها الحق الشخصي أو حق الدائنية (١) الذي يخول صاحبه أى الدائن قدرة اقتضاء عمل معين من المدين . ويستوى في العمل - بوصفه محلا لهذا النوع من الحقوق - أن يكون ايجابيا أو سلبيا ، ولكن يجب أن تتوفر فيه شروط رئيسية ثلاثة هي : الامكان والتعيين والمشروعية .

(١) شرط الامكان : يجب أن يكون العمل ممكنا ، بمعنى أن يكون غير مستحيل في ذاته ( م ١٣٢ مدنى ) ولو كان مستحيلا بالنسبة الى بعض الأشخاص فالاستحالة التى تمنع من امكان العمل اذن هي الاستحالة المطلقة لا النسبية . ومن أمثلة العمل غير الممكن التعهد برفع استئناف عن حكم قضائي اذا كان ميعاد الاستئناف قد فات قبل التعهد ، أو بنقل ملكية عين تكون قد هلكت قبل التعهد ، اذ رفع الاستئناف ونقل الملكية فى هذه الظروف عملان مستحيلان فى ذاتهما استحالة مطلقة فى حق الكافة . أما اذا كانت الاستحالة نسبية ، كمن يتعهد برفع أثقال من الحديد لا يقدر على رفعها

(١) ولذلك فتصليح الكلام فى العمل وشروطه مجاله نظرية الالتزام ، راجع فى هذا التفصيل بخاصة :  
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٢١٣ - ٢٤١ . - انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٥ ، فقرات ١٦٦ - ١٩٣ .

وان كان غيره يقدر على ذلك ، فيعتبر معها العمل ممكنا لأنه غير مستحيل في ذاته ويكون للدائن الحق في اقتضاء الوفاء به ، فاذا استحال على المدين شخصيا القيام به يكون مسئولاً أمام الدائن عن تخلفه عن الوفاء .

ويعتبر العمل ممكنا اذا كان مضمونه اعطاء شيء ، حتى ولو لم يكن هذا الشيء موجودا وقت التعهد باعطائه ، ما دام أنه ممكن وجوده في المستقبل . ولذلك فكون موضوع المحل شيئا مستقبلا لا ينفي امكانه (١) .

**(٢) شرط التعيين :** يجب أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعيين ، حتى يتحدد أو يكون قابلا للتحديد مضمون اقتضائه أو الحق الوارد عليه . فالتعهد باقامة بناء ، يجب فيه تعيين مواصفاته ، أو في الأقل استخلاص ذلك من ظروف التعاقد وملاساته كالغرض من البناء وسعته وما الى ذلك . واذا كان مضمون العمل اعطاء شيء ، فيجب - اذا كان الشيء قيما - أن تحدد ذاتيته على النحو الذي يميزه عن غيره بأن يعين مثلا موقع الأرض المبيعة ومساحتها وحدودها ، وأما اذا كان الشيء مثليا فيجب أن يحدد نوعه ومقداره (٢) ، وان كان ليس من اللازم تحديد درجة جودته (٣) .

**(٣) شرط المشروعية :** يجب أن يكون العمل مشروعاً أي غير مخالف للقواعد القانونية الآمرة أو للنظام العام أو الآداب ( م ١٣٥ مدني ) . ومن أمثلة العمل غير المشروع المبطل للتعهد به : الالتزام بارتكاب جريمة معينة ، أو بيع كمية من المخدرات ، أو بدفع مبلغ من المال الى امرأة مقابل انشاء أو استمرار علاقة جنسية غير مشروعة معها .

---

(١) اذا كان الأصل هو جواز أن يكون محل الالتزام عملا واردا على شيء مستقبلي ( م ٢/١٣١ مدني ) ، فاستثناء من ذلك يعتبر التعامل في شركة انسان على قيد الحياة باطلا ولو كان يرضاه ( م ٢/١٣١ مدني ) ويحظر هبة الأموال المستقبلية ( م ٤٩٢ ) .

(٢) ولكن يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ( م ٢/١٣٣ مدني ) .

(٣) فاذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا متوسط الجودة ( م ٢/١٣٢ مدني ) .



# الباب الثالث

## مصادر الحق (١)

### ٣٧٧ - الوقائع القانونية والتصرفات القانونية، وتاصيل التفرقة بينهما

قلنا ان الحق يستند في وجوده الى القانون . غير أن القانون - في ترتيبه واسناده للحق - انما يعتد بوقائع أو أحداث أو أعمال معينة يرتب على تحققها وجود الحق ، وهذه الوقائع أو الأحداث أو الأعمال هي التي نعنيها بمصادر الحق أو بمصادره المباشرة التي تولده ، وان بقى القانون من ورائها كلها هو المصدر غير المباشر للحقوق جميعا . وغنى عن البيان ، أن هذه المصادر المباشرة للحقوق لا تقتصر على انشاء الحق وحسب ، بل تمتد الى نقله أو تغييره أو انقضائه .

والمصادر المباشرة للحق لا تخرج في الأصل - رقم تعددها وكثرة تنوعها - عن طائفتين أساسيتين : طائفة الوقائع القانونية (faits juridiques) وطائفة التصرفات أو الأعمال القانونية (actes juridiques) . . . ويقصد بالوقائع القانونية كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثرا معيناً ، وخاصة انشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله . أما التصرفات أو الأعمال القانونية ، فيقصد بها كل ارادة تتجه الى ترتيب مثل هذا الأثر (٢) .

(١) Bonnecase, Supplément, op. cit., t. II, Nos. 248, et s.; t. III,

Nos. I, et s. — Hébraud, Encyclopédie Juridique, Répertoire de droit civil, Dallos, t. I, V, acte, pp. 65 - 68.

عبد الرزاق السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، دروس لقسم الدكتوراه ١٩٥٣ - ١٩٥٤ ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٣٢ - ٣٤ ، ص ١٢٩ - ١٣٤ ، ج ٢ ، فقرات ١ - ٤ .  
وكتابنا « أصول القانون » ، فقرات ٣٩١ - ٣٩٧ ، ص ١٠٢٧ - ١٠٧٥ .

(٢) تجب الإشارة الى وجود طائفة ثالثة يمكن تسميتها بالمصادر المزدوجة ، تقسم على الجمع بين جوهر الواقعة القانونية وجوهر التصرف القانوني ، بحيث لا يترتب الأثر القانوني طالوتها عنها الا بوجود واقعة أو عمل مادي معين واتجاه الارادة الى توليد هذا الأثر . ومن ههنا =

ومن أمثلة الوقائع القانونية واقعة الموت ، فهي حدث مادي طبيعي يترتب عليه أثر قانوني هو الحق في الإرث . والفعل الضار كذلك واقعة قانونية ، فهو فعل مادي اختياري يترتب عليه أثر قانوني هو الحق للمضرور في التعويض . والمثل الرئيسي للتصرف أو العمل القانوني هو العقد ، وهو عمل ارادي من طرفين تتولد عنه حقوق للمتعاقدين وعليهما . فعقد البيع مثلا يولد للبائع حقا في اقتضاء الثمن وللمشتري حقا في اقتضاء تسليم المبيع ونقل ملكيته اليه . والوصية كذلك تصرف أو عمل قانوني ، فهي عمل ارادي من جانب واحد يترتب للموصي له حقا في الموصى به .

وإذا كانت التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية تبدو يسيرة في بعض الحالات كما تبدو من الأمثلة المتقدمة ، فيجب أن لا يحجب ذلك - في حالات أخرى - صعوبتها ودقتها واختلاف الفقهاء حول تكييف ووصف مصدر الحق في شأنها . وأكثر ما يعرض ذلك في صدد الأفعال الاختيارية التي تترتب عليها اثار قانونية ، إذ يقوم الاختيار في الفعل على الإرادة مما يكاد يقربه في الذهن من الإرادة قوام التصرف ويسر الانزلاق الى الخلط بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني . ويبدو أنه يجب البصر - في صدد التمييز بينهما (١) - بأمرين رئيسيين .

(١) ان الإرادة في التصرف القانوني هي ذات هذا التصرف وجوهره ، ولذلك يصح بل يجب وصفه بأنه ارادة محضة (٢) . بينما في الواقعة القانونية قد توجد الإرادة كما في الأفعال الاختيارية ، وقد لا توجد كما في الوقائع

---

= الطائفة : الشفعة والاستيلاء والوفاء ، ففيها جميعا يلزم اقتران العنصر المادي بالعنصر الارادي . ( انظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٩١ ، ص ١٠٤٢ - ١٠٤٤ ) . وقد كان لاستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهوري فضل التنبيه الى هذه الطائفة . وهو يقسمها - زيادة في الايضاح - الى قسمين : وقائع مركبة تترب من واقعة مادية ومن تصرف قانوني ، ومثاله الشفعة . ووقائع مختلطة تقوم على شيء واحد ولكن يختلط فيه العنصر المادي بعنصر الإرادة - ومثاله الاستيلاء والوفاء ( عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٣٣ ) .

(١) انظر في بعض محاولات هذا التمييز وفي مناقشتها :

كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٣٩ و ١٠٤٠ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، ص ٧٥ .



الطبيعية . واذا وجدت الإرادة ، فانها - على خلاف الظاهر - تتميز بوضوح عن الإرادة في التصرف القانوني . ذلك أنه اذا كانت الإرادة في التصرف القانوني هي ذات هذا التصرف ، فهي في الواقعة القانونية - اذا وجدت - تكون متميزة عن ذات هذه الواقعة وجوهرها ، إذ تكون مجرد ارادة في اتيان العمل المادى المكون لهذه الواقعة (١) . ولذلك يبدو التمييز ظاهرا بجلاء بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني من هذا الوجه . فجوهر التصرف القانوني هو الإرادة المحضة ، أما جوهر الواقعة القانونية فهو العمل المادى حتى ولو كان ثمة ارادة واختيار في اتيانه .

(٢) انه ينبى على اختلاف الجوهر بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني على النحو المتقدم أن الأثر القانوني المترتب على التصرف انما يترتب لأن الإرادة - وهي جوهر التصرف - قد اتجهت الى ترتيبه . أما في الواقعة القانونية ، وليست الإرادة اذا وجدت هي جوهرها وانما جوهرها العمل المادى وحده ، فان ما يترتب على الواقعة القانونية من أثر قانوني لا شأن للإرادة في ترتيبه وانما هو يترتب لمجرد وجود وتحقيق العمل المادى .

ولذلك يستوى - اذا وجد العمل المادى - أن توجد ارادة أو أن لا توجد أو اذا وجدت أن تكون ارادة في اتيان العمل المادى دون قصد الى نتائجه أو حتى أن تكون ارادة في اتيانه وفي قصد نتائجه على السواء (٢) . فما دام وجود الإرادة لا يغير مما يرتبه القانون أصلا على العمل المادى من أثر ، فلا يكون لوجودها اذن اعتبار في ترتيبه ، ولا في قلب العمل المادى نفسه من واقعة قانونية الى تصرف قانوني .

ولذلك يبدو خطأ الرأى الغائل بالتمييز بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على أساس أن النتائج القانونية تكون مقصودة في الثانية وغير

(١) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤٦ و ٧٥ .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

مقصودة في الأولى ، فقد تكون النتائج القانونية مقصودة ومع ذلك نكون بصدد واقعة قانونية لا بصدد تصرف قانوني لأن هذه النتائج تترتب على مجرد وجود عمل مادي . فالشخص الذي يصدم آخر بسيارته بخطأ منه ، إنما يعتبر فعله الضار هذا عملا ماديا ، والقانون يكتفى بظهور هذا العمل المادي الى الوجود ليرتب عليه أثر قانونيا معينا هو الحق في التعويض ، وهذا الحق يترتب حتما لمجرد تحقق الإصابة بخطأ دون اعتبار لما اذا كانت ارادة صاحب السيارة قد اتجهت أو لم تتجه الى صدم المصاب ، ولا حتى اذا كانت - حين اتجهت الى صدمه - قد اتجهت كذلك فرضا الى الالتزام بالتعويض قبله ، ولذلك يظل مصدر الحق في التعويض في كل هذه الصور واقعة قانونية هي الفعل الضار .

وعلى هذا النحو ، فالفرقة بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني إنما تقوم اذن على أساس التمييز بين الفعل المادي وبين الارادة المحضة . فحيث يتولد الحق أو يترتب الأثر القانوني بوجه عام من مجرد وجود فعل أو عمل مادي ، بصرف النظر عما اذا كان وجوده طبيعيا أو اختياريا وعما اذا كانت آثاره القانونية - لو كان اختياريا - مقصودة أو غير مقصودة ، نكون أمام واقعة قانونية . أما حيث يترتب الأثر القانوني أو يتولد من مجرد وجود ارادة تتجه الى هذا الترتيب أو التوليد ، فنحن أمام تصرف قانوني .

### ٢٧٨ - أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية

إذا تحددت التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية على النحو الذي بيناه ، فينبغي الورؤف على ما تثيره هذه التفرقة من أهمية بالغة . فضلا عما تعنيه هذه التفرقة أولا من جمع شتات مصادر القانون وردها الى هاتين الطائفتين الأساسيتين واخضاع كل طائفة لقواعد وأصول كلية واحدة ، نجد أن لهذه التفرقة أهمية بالغة من ناحية الاثبات خاصة .

ذلك أن نشوء الحق أو تعديله أو تحديده أو وصفه أو نقله أو زواله ، أو بوجه عام وجود أي أثر قانوني ، يقتضى - عند المنازعة فيه - اثبات مصدره المباشر ، أي اثبات الواقعة القانونية أو التصرف القانوني المرتب لأي من

ذلك (١) . وفي هذا الصدد نجد أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، إذ من الواضح - وهما مختلفان في الجواهر - كما سبق البيان - ضرورة اختلافهما في وسائل الإثبات .

فالتصرف القانوني ، باعتباره إرادة محضة متجهة الى توليد حق أو تغييره أو زواله أو توليد أثر قانوني بوجه عام ، يعنى اناطة هذا الأثر بمسلك إرادى يقصد ترتيبه ، وهو ما يقتضى فى الأصل امكان تهيئة واعداد دليل كتابى على هذا المسلك واتقصد وقت وقوعه ، لكي يكون من بعد وسيلة اثباته اذا حصلت المنازعة فيه . وليس الحال كذلك فى شأن الوقائع القانونية - وهى محض وقائع أو أعمال مادية تترتب عليها آثارها بصرف النظر عن اتجاه أو عدم اتجاه الإرادة الى هذا الترتيب - حيث يستعصى فى الأصل اعداد دليل كتابى يسمونها عند وقوعها (٢) . ولذلك فالأصل هو اشتراط اثبات التصرفات القانونية بالكتابة (٣) ، وامكان اثبات الوقائع القانونية - على خلاف ذلك - بأية طريقة من طرق الإثبات ولو بمجرد البيينة أى الشهادة أو القرائن القضائية أو المعاينة (٤) .

(١) ولذلك ، فمن التجوز فى التعبير القول بأن ذات الحق أو الأثر القانونى هو محل الإثبات . بل الواقع أن محل الإثبات دائما هو ما يولد هذا الحق أو الأثر من مصدر سواء كان هذا المصدر وائمة قانونية أو تصرفا قانونيا ( فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ . رقم ١١ ، ص ١٥ ) .  
(٢) فى هذا المعنى :

عبد المنعم فرج الصدة ، الإثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ . فقرات ٢٢ و ١٩٠ - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٢ ، ص ٣٤٠ و ٣٤١ .  
ومع ذلك ، فيفتح المشرع فى شأن بعض الوقائع القانونية الخطيرة ، كالميلاد والموت ، اعداد دليل كتابى وقت وقوعها . ولكن يراعى أن هذا الدليل الكتابى ليس هو وسيلة الإثبات الوحيدة المتصورة فى شأن هذه الوقائع ، إذ أنه اذا لم يوجد هذا الدليل او تبين عدم صحته ما أدرج بالسجلات الرسمية المعدة لقيود المواليد والوفيات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى ( انظر سابقا ، ص ٥٢٥ و ٥٢٨ ) .

(٣) ولكن يستثنى من ذلك بعض التصرفات القانونية ، فيجوز اثباتها بالبيينة وبالقرائن . وهى التصرفات القانونية التجارية بوجه عام ، والتصرفات القانونية المدنية التى تكون قيمتها أقل من قيمة نصاب الكتابة ( وهذا النصاب هو ما يجاوز اليوم عشرين جنيها طبقا لقانون الإثبات الجديد ) .

(٤) وأما اثبات المصادر المزوجة ، فيعتد فيه أساسا بطبيعة هذا الازدواج . بحيث يكون =

وتبدو أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية بارزة كذلك من حيث انفراد التصرفات القانونية بكل الأحكام المتعلقة بالارادة وبقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، اذ هي - على خلاف الوقائع القانونية - ارادة محضة متجهة الى ترتيب عنده الآثار .

واذا كان للتفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية هذه الأهمية الكبيرة ، فضلا عن أهمية الوقائع والتصرفات القانونية في ذاتها أهمية قصوى من حيث اعتبارهما معا مصدرا لنشوء أى حق أو تحديد وصفه أو تعديله أو انقضائه أو بوجه عام لاي أثر قانوني كان ، فمن الواجب صياغة نظرية عامة للواقعة القانونية والتصرف القانوني رغم الصعوبات الجمة التي أخرجت هذه الصياغة حتى الآن (١) .

ونعرض فيما يلي بإيجاز لكل من الواقعة القانونية والتصرف القانوني وما يولدان من حقوق وآثار مختلفة .

---

= هذا الازدواج مؤديا الى الاختلاط ، يبدو من المنطقي الاعتداد بالمنصر الغالب ، ومعاملة الصمدن - رغم ازدواج طبيعته - على هذا الأساس من حيث الاثبات . واما حيث يكون مقتضى الازدواج وجود عدة وقائع مركبة غير مختلطة ، فيبدو من المنطقي وجوب معاملة كل منها على حدة بحسب طبيعتها واخضاعها لاحكام الاثبات الخاصة بهذه الطبيعة ( انظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٤ ، ص ٣٤٢ و ٣٤٤ . - كتابنا سالف الذكر ، هامش ٤٢ ، ص ١٠٤٦ ) .

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٩٣ ، ص ١٠٤٧ - ١٠٥٠ .

# الفصل الأول

## الواقعة القانونية

### ٣٧٩ - الواقعة القانونية ، أنواعها وأهميتها وآثارها

لم تلق « الواقعة القانونية » من عناية الفقه ما لقيه منها « التصرف القانوني » ممثلاً على الأقل في دكتورته الكبيرة وهي « العقد » . ومرد ذلك إلى الاعتقاد الذي ساد في الفقه التقليدي - تأثراً بالذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة - في أن دائرة التصرفات القانونية أرحب وأفسح مدى من دائرة الوقائع القانونية ، وإن الوقائع القانونية لا تبلغ من العدد ولا من الأهمية ما تبلغه التصرفات القانونية (١) . وساعد على ذلك التقديس الكبير الذي تمتعت به نظرية الالتزام منذ قديم ، وحصر التصرف القانوني والواقعة القانونية في نطاقها ، واعتبار العقد بالذات - وهو تصرف قانوني - قطب الرحى في هذه النظرية .

وقد سبق أن رأينا وجوب تحديد الواقعة القانونية بأنها فعل أو عمل مادي يرتب القانون أثراً قانونياً معيناً على مجرد وجوده في ذاته ، وبصرف النظر عن تخلف أو وجود إرادة تصاحبه .

والوقائع القانونية ، بهذا التحديد ، نوعان رئيسيان : وقائع طبيعية أو غير اختيارية ، ووقائع اختيارية . فالوقائع الطبيعية أو غير الاختيارية مثل الصواعق والبراكين والزلازل والفيضانات قد يكون حدوثها قوة قاهرة تعفى المدين من التزامه ، والميلاد يرتب القانون عليه أثراً هو بداية الشخصية،

(١) انظر على سبيل المثال :

والموت يترتب عليه انتهاء شخصية الميت وفتح تركته واستحقاق وراثته فيها .  
وأما الوقائع الاختيارية فهي :الوقائع المادية التي تحدث بفعل الانسان  
واختياره ويرتب القانون على مجرد وجودها المادى أثرا قانونيا معيناً ، ومثلها  
الفعل الضار الذى يمثل خطأ من جانب فاعله فيولد للمضرور حقا قبله فى  
التعويض ، والبناء فى أرض الغير يجعل مالك الأرض مالكا للبناء بالالتصاق  
ويلزمه بتعويض البانى ، والاثراء بلا سبب مشروع على حساب الغير ينشئ  
للمفتقر حقا قبل المثرى فى التعويض .

يخلص من هذه الأمثلة أن الواقعة القانونية قد تكون مفروضة على  
الانسان وتنتج آثارها فرضا عليه كذلك ، كما فى واقعة الميلاد والموت . وقد  
تكون باختيار الانسان ، وحينئذ اما أن تكون مشروعة كالفعل النافع الذى  
يؤدى الى اثراء شخص على حساب فاعله ، أو غير مشروعة كالفعل الضار ، وفى  
الحالين يترتب القانون عليها آثارا معينة لمجرد وجودها المادى بصرف النظر عما  
إذا كان فاعلها قد انصرفت ارادته الى هذه الآثار أو لم تنصرف .

وواضح أنه طالما كانت الواقعة القانونية مجرد فعل أو عمل مبادئ  
وتترتب عليها آثار قانونية بهذا الاعتبار ، فلا شأن للإرادة اذن فى هذا  
الترتيب . ولذلك لا تحتاج الواقعة القانونية الى ما يحتاجه التصرف القانونى  
من قواعد كثيرة متعلقة بالإرادة وقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، وخاصة  
فى شأن الأهلية والاثبات والصحة أو البطلان . فلا يتوقف ترتيب الواقعة  
القانونية لآثارها - حتى لو كانت من قبيل الوقائع الاختيارية - على كمال  
أهلية محدثها(١) . ولا تشترط الكتابة لاثبات الواقعة القانونية ، بل تقبل  
الاثبات بأى طريق من الطرق كالبيينة والقرائن . ولا يتوقف وجود الواقعة  
القانونية وانتاجها آثارها على مشروعيتها ، اذ هى عمل مادى فيكون وجودها  
ماديا محضا لا يمكن وصفه بالصحة أو البطلان ، بينما يتوقف وجود التصرف  
القانونى وانتاجه أثره القانونى على صحته ومشروعيته ، اذ هو ارادة

(١) راجع سابقا ، ص ٥٧٢ .

محضة (١) .

والواقعة القانونية قد تكون مصدرا للحقوق السياسية ، اذ بلوغ سن معينة - وهو واقعة طبيعية أى فعل من صنع الطبيعة - يعطى الشخص الحق فى الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية . وقد تكون مصدرا لحقوق الشخصية ، فالميلاد - وهو واقعة طبيعية - يكسب المولود حقا فى لقب والده . وقد تكون مصدرا للحقوق الذهنية ، فواقعة الخلق الذهنى أو الانتاج الفكرى عمل مادى اختيارى يعطى للمؤلف حقا معنويا وحقا ماليا على مصنفه . وقد تكون مصدرا لحقوق الأسرة ، فواقعة القرابة تعطى الأب الحق فى تاديب ولده .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق العينية : فالموت ، وهو واقعة طبيعية ، يولد للوارث حقا فى ملكية نصيبه من أموال المورث . والاتصاق ، وهو واقعة طبيعية أو اختيارية على حسب الأحوال ، قد ينشئ حقا فى الملكية : فالأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين ( م ٩١٨ ) ، والبناء أو الفراس الذى يقيمه شخص بمواد من عنده فى أرض غيره يمتلكه صاحب الأرض ( م ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى ) ، وكذلك يكون ملكا لصاحب الأرض ما يحدثه هو فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ( م ٩٢٣ مدنى ) . ومن أسباب الأخذ بالشفعة ، وهى مصدر لكسب الملكية ، واقعة الجوار وهى واقعة مادية ( م ٩٣٦ ) (٢) . ومضى المدة وهو واقعة

(١) فى هذا المعنى :

Hébraud, Encyclopédie Dalloz, op. cit., t. I, No. 54.

عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ١٢٠ .

(٢) ولكن الأخذ بالشفعة يحتاج فى الواقع إلى اعلان من جانب الشفيع عن ارادته فى ذلك . وهذا يجعل الشفعة مؤلفة من عنصرين : عنصر الواقعة القانونية وهو يقوم على واقعة الجوار هنا . بالإضافة إلى حصول بيع العين المشفوع فيها وهو ما يعتبر واقعة مادية أو قانونية بالنسبة إلى الشفيع ، وعنصر التصرف القانونى وهو اتجاه ارادة الشفيع إلى الأخذ بالشفعة وإعلانه ذلك . فلا تعتبر الشفعة إذن واقعة قانونية خالصة وإنما واقعة مركبة ( فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٣٣ ) .

طبيعية ، يعتبر سببا في اكتساب الملكية أو الحقوق العينية اذا اقترن بالحيازة وهي واقعة مادية اختيارية من فعل الانسان ( م ٩٦٨ و ٩٦٩ مدني ) والاستيلاء ، وهو عمل مادي اختياري ، يكسب ملكية المنقول الذي لا مالك له ( م ٨٧٠ مدني ) (١) .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية ، فواقعة القرابة - وهي واقعة مادية - قد تولد الحق في النفقة بين الأقارب . والفعل الضار ، وهو فعل اختياري من الانسان ، يولد الحق في التعويض ، سواء كان فاعله قاصدا احداثه أو غير قاصد ، اذ التعويض يترتب بفعله المادي لا بإرادته . والفعل النافع ، وهو عمل مادي ، يجعل للمفتقر حقا في التعويض قبل الشخص الذي أثرى بلا سبب مشروع على حسابه ( م ١٧٩ مدني ) : فمن تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له ، وجب عليه رده ( م ١٨١ مدني ) . والفضولي ، وهو من يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، كمن يتولى اصلاح جدار جاره الغائب اذا كان الجدار وشيك السقوط ، يتولد له نتيجة هذا الفعل النافع للجار حق في استرداد النفقات الضرورية والنافعة التي سوغت الظروف اتفاقها للقيام بهذا الاصلاح وقوائدها ، وفي التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ( م ١٩٥ مدني ) .

وقد تكون الواقعة القانونية كذلك مصدرا لانقضاء الحقوق . فهلاك الشيء ، وهو واقعة مادية ، يؤدي الى انقضاء الحق العيني الوارد عليه . وتنتهي

---

(١) يراعى أن الحيازة والاستيلاء ، وهما في ذاتهما من الوقائع القانونية او المادية ، ينطويان على ارادة في التملك أو اكتساب الحق العيني ، ولذلك يعتبران من الوقائع المختلطة وان كان العمل المادي فيهما هو الغالب ( انظر : عبد الرزاق السنهوري ، الموضع السابق . - وانظر سابقا ، هامش ٢٥ ص ٧٢٥ - ٧٢٦ ) .

ولكن يراعى أن المقاصة في القانون المصري الحالي - خلافا للقانون الفرنسي - مصدر مزدوج مؤلف من واقعة مادية ومن تصرف قانوني ، مما يجعل منها واقعة مركبة : إذ يكفي واقعة المقاصة المادية وحدها لانتاج أثرها ، بل لا بد لذلك من اعلان أحد طرفيها ارادته في التمسك بها ( انظر في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، فقرة ٣٥٤ ، ص ٦٢٢ ) .





## الفصل الثاني

### التصرف القانوني

#### ٣٨٠ - التصرف القانوني ، أهميته وآثاره

سبق ان قلنا أن التصرف القانوني هو ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانوني ، وخاصة الى انشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضائه ، ورأينا ما يميزه على هذا النحو عن الواقعة القانونية وهي عمل مادي يرتب القانون عليه أثر معيناً ، وأهمية التمييز بينهما ونتائجه .

وقد حظى التصرف القانوني ، أو على الأصح العقد وهو صورته الرئيسية ، بعناية الفقه التقليدي الذي أعطاه أهمية بالغة بالقياس الى الواقعة القانونية التي كادت تتلاشى أمامه . وقد كان هذا المسلك مردوداً في جانب كبير منه الى التأثير بالمذهب الفردي ، والمغالاة فيما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الارادة مغالاة غير مقبولة تأدت بالبعض الى رد كل شيء الى الارادة وهي جوهر التصرف القانوني ، ف قيل ان القانون انما يتولد من الارادة العامة في الجماعة أو من العقد الاجتماعي ، وان الميراث يتولد من وصية ضمنية للمورث ، وان حق المجتمع في توقيع العقاب على المجرم يتولد من ارادة هذا المجرم ورضاه مقدماً بالعقاب (١) .

وإذا كان من الواجب التسليم بأهمية التصرف القانوني في كل نواحي القانون وفروعه ، فينبغي أن لا يكون ذلك على حساب الواقعة القانونية بما يكاد يحجبها أو يقلل من أهميتها ، فالواقعة القانونية والتصرف القانوني صنوان في الأهمية من حيث ترتيب الآثار القانونية . وكذلك اذا كان من

(١) أنظر في الإشارة الى منطق هذه المغالاة ، وفي تفنيده :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٤٣ و ٤٤ .

الواجب الاعتراف بقدرة الارادة على توليد الآثار القانونية المختلفة ودورها الكبير في ذلك ، فينبغي أن يظل مفهوما رغم ذلك أن الارادة ليست مطلقة السلطان كل الاطلاق في ذلك ، فتم قيود ، غدت اليوم متزايدة ، تحد من هذا السلطان كما سنرى .

وعلى أى حال ، فينبغي أن يراعى أن الأهمية البالغة المعطاة في الفقه التقليدي للتصرف القانوني على حساب الواقعة القانونية ، انما كانت منصرفة في الواقع الى الصورة الرئيسية للتصرف القانوني وهي العقد ، فلم يعن هذا الفقه بتأصيل نظرية عامة للتصرف القانوني في ذاته . وقد سار المشرع المصري على هذا النهج . ولكنه نهج غير سليم ينبغي العدول عنه وبناء نظرية عامة للتصرف القانوني في ذاته ، تؤصل القواعد الكلية التي تحكم التصرف القانوني على اختلاف صورته وتطبيقاته . ويقتضى ذلك الخروج بالتصرف القانوني من النطاق المحدود الذي حصره فيه الفقه التقليدي وهو نطاق نظرية الالتزام (١) . فالواقع أن التصرف القانوني ليس مولدا للحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وما يقابلها من التزامات فحسب ، بل هو يولد كذلك حقوقا أخرى غيرها . فضلا عن أنه لا يقتصر على توليد كل هذه الأنواع من الحقوق المختلفة فقط ، بل هو كذلك يولد آثارا أخرى مختلفة من أهمها تعديل هذه الحقوق ونقلها وانقضاءها .

فالتصرف القانوني يولد الحقوق أساسا : فعقد الزواج ، وهو تصرف قانوني ، يولد حقوق الأسرة وفق النظام القانوني للأسرة . والعقد بوجه عام ، وهو تصرف قانوني بارادتين ، يولد الحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وما يقابلها من التزامات . وكذلك يولد الوعد بجائزة ، وهو تصرف قانوني بارادة منفردة ، حقا شخصيا لمن يقوم بالعمل المتعلق به الوعد . وكذلك

(١) وقد صاغ المشرع الألماني منذ مطلع القرن الحال في صلب تقنيته المدني نظرية عامة للتصرف القانوني مخرجا اياه من النطاق التقليدي المحدود لنظرية الالتزام . ولكنه اقتصر على ذلك ، فلم يعن بصياغة نظرية عامة للواقعة القانونية ( انظر كتابنا أصول القانون ، ص ١٠٤٨ ، بومتن وهامش «٢» ص ١٠٥٧ ) .

يعتبر التصرف القانوني عموماً مصدراً مولداً أو مكسباً للحقوق العينية الأصلية ، غير أن قدرته في هذا الشأن قد أصبحت محدودة مقيدة فيما يتعلق بالعقارات ، حيث يعلق انشاء هذه الحقوق عليها على شهر التصرف بالتسجيل ، حتى ليكن أن يقال إذن ان مصدر الحقوق العينية الأصلية العقارية مصدر مزدوج أو واقعة مركبة تتألف من العقد وهو تصرف قانوني ومن التسجيل وهو واقعة قانونية أو مادية (١) . وكذلك يعتبر العقد مصدراً لبعض الحقوق العينية التبعية ، وهي الرهن بنوعيه الحيازي والرسمي .

وكذلك يؤدي التصرف القانوني الى نقل الحقوق وتعديلها وانقضائها . فالحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية يمكن نقلها عن طريق الحوالة ، وهي اتفاق أو تصرف قانوني بين الدائن وشخص آخر بمقتضاه يخول الدائن لهذا الشخص ما له من حق في ذمة المدين ( م ٣٠٣ مدني ) . والحق الشخصي أو حق الدائنية ينقضى ويستبدل بالتجديد ، وهو تصرف قانوني أو اتفاق بين الدائن والمدين أو بين الدائن والمدين وأجنبي على استبدال حق أو دين جديد بحق أو دين قديم مما ينقضى به الحق أو الدين القديم وينشأ الحق أو الدين الجديد ( م ٣٥٢ مدني وما بعدها ) . وينقضى حق الدائنية كذلك بالابراء ، وهو تصرف قانوني بارادة منفردة ينزل الدائن بمقتضاه عن حقه قبل المدين دون مقابل ( م ٣٧١ و ٣٧٢ مدني ) . والحق العيني ينقضى بنزول صاحبه عنه ، وهو تصرف بارادة منفردة .

وكذلك قد يرتب التصرف القانوني آثاراً أخرى . فهو يتخذ وسيلة لتأكيد حق ثابت أصلاً وجعله باتاً غير قابل للنقض ، كقبول الموصى له الوصية ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وهو في الحالين تصرف بارادة منفردة . وقد يتخذ التصرف القانوني وسيلة لتصحيح تصرف سابق قابل للإبطال عن طريق الاجازة ممن شرع الإبطال لمصلحته ، أو لتغيير الوصف الذي يتصرف بمقتضاه الغير ، كإقرار رب العمل تصرف الفضول بما يحول

(١) في هذا المعنى :

محمد سامي مذكور ، ص ٢٢٣ .

المضوى في هذا الشأن الى وكيل ، وكل من الاجازة والاقرار كذلك تصرف  
يارادة منفردة ، وكذلك فإرادة الواقف تنشئ الوقف كشخص اعتباري .

وإذا كانت الأمثلة السابقة كلها تدخل في نطاق القانون المدني أو  
القانون الخاص بوجه عام ، فلا يعني ذلك أنه لا دور للتصرف القانوني في نطاق  
القانون العام ، بل دوره فيه كذلك كبير وأهميته بالغة . ويكفي للدلالة على  
ذلك التمثيل له في نطاق القانون العام الداخلي بالتشريع ، واللوائح أو  
المقرارات الإدارية التنظيمية ، والمقرارات الإدارية الفردية ( مثل تعيين أو  
فصل موظف ، أو قبول طلب تجنس ) ، والأحكام القضائية ، والمعاهدات في  
مجال القانون الدولي ، فهذه كلها تصرفات قانونية تولد حقوقا أو تكشف عنها  
وتؤكددها أو تنتج آثارا قانونية أخرى مختلفة .

#### ٣٨١ - أنواع التصرف القانوني وأقسامه

يتنوع التصرف القانوني تنوعا كبيرا وينقسم أقساما عدة بتعدد الأوجه  
التي ينظر اليه من خلالها . وقد سبق أن أشرنا الى أن التصرف القانوني اذا  
نظر اليه من حيث الأثر الذي يعود به على صاحبه أو أصحابه قد يكون نافعا  
نفسا محضا أو ضارا ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضرر ، ورأينا كذلك  
أهمية هذا التقسيم في شأن ناقصي الأهلية وتحديد ما يملكون اجراءه من  
تصرفات (١) .

ويتفرع هذا التقسيم في الواقع عن تقسيم آخر للتصرف القانوني الى  
تصرف بعرض (acte à titre onéreux) يأخذ فيه المتصرف مقابلا لما  
يعطى كالبيع والمقايضة والايجار ، وتصرف على سبيل التبرع (acte à titre  
gratuit) يعطى به المتصرف دون مقابل كالهبة والوصية . وتبدو أهمية  
هذا التقسيم بخاصة في أن المشرع قد يتطلب أحيانا في المتبرع أهلية خاصة  
بينما يكتفى في شأن المعاوض بالأهلية العادية ، وفي أن تصرف المدين على  
سبيل التبرع لا ينفذ في حق دائنه ولو كان المتبرع له حسن النية ولو ثبت

(١) انظر سابقا ، فقرات ٢٩١ و ٢٩٤ .

أن المدين لم يرتكب غشاً ، بينما اذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ( م ٢٣٨ مدني ) .

وينقسم التصرف القانوني كذلك ، بالنظر الى وقت نفاذه وترتيب آثاره الى تصرف فيما بين الأحياء (acte entre vifs) وتصرف مضاف الى ما بعد الموت (acte à cause de mort) . والأول ، كالبيع والايجار والهبة ، وهو الأصل في التصرفات ، ينفذ في الأصل في حياة صاحبه أو أطرافه أو لا يعلق نفاذه على موته أو موتهم . بينما الثاني ، كالوصية ، يعلق نفاذه وترتيبه لآثاره على تحقق هذا الموت . وتبدو أهمية هذا التقسيم في أن للمتصرف بتصرف مضاف الى ما بعد الموت حق الرجوع في تصرفه قبل وفاته ، وفي أن هذا التصرف ليس مطلق الحرية في تصرفه حتى لا يضر بورثته ، ولذلك يحدد المشرع عادة نصابا ينحصر التصرف المضاف الى ما بعد الموت في حدوده .

غير أن ثم تقسيمات أخرى للتصرف القانوني ينبغي أن تعرض لها ببعض التفصيل بالنظر الى أهميتها ودقتها ، وهي تقسيم التصرف من حيث تكوينه ومن يصدر عنه الى تصرف من جانب واحد وتصرف من جانبين ، وتقسيمه من حيث دوره ووظيفته الى تصرف منظم وتصرف شرطي وتصرف شخصي أو ذاتي ، وتقسيمه من حيث أثره في الحقوق الى تصرف منشيء وتصرف كاشف . فنبين فيما يلي كل تقسيم منها وأهميته .

### ٢٨٢ - التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين

قد يكفي لقيام التصرف القانوني وجود ارادة واحدة أو صدور من شخص واحد يعمل بوصف واحد (١) فيقال انه تصرف من جانب واحد أو

---

(١) فيخرج عن أن يكون تصرفا بارادة منفردة التصرف الذي يصدر من شخص واحد يعمل بوصفين مختلفين في نفس الوقت . ولذلك يعتبر عقدا تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه ( راجع في أحكام تعاقد الشخص مع نفسه : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٩٥ - ٩٧ ) .

تصرف بإرادة منفردة ، كالأصاء (١) ، والوقف ، والنزول عن الحق العيني ، والوعد بجائزة ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وقبول الموصى له الوصية ، وإجازة العقد القابل للإبطال ، وإقرار رب العمل تصرف الفضولي ، وإقرار الإداري . وقد يتطلب انعقاد التصرف القانوني توافق إرادتين ( أو أكثر ) على إنتاج الأثر القانوني ، فيقال انه تصرف من جانبين وهو ما يعرف باسم العقد أو الاتفاق (٢) ، مثل عقد البيع والإيجار والعمل والمقاوله وحالة الحق وتجديده الدين .

ويشيع في فقه القانون العام ، وعند بعض فقهاء بخاصة مثل « ديجي » (٣) ، إنكار وصف العقد أو الاتفاق على بعض التصرفات القانونية المنهدة بإرادتين أو أكثر ، مثل : عقد الزواج ، بحجة أن طرفيه لا يملكان تحديد آثاره ، بل القانون هو الذي يستقل بهذا التحديد . وعقد الشركة ، بحجة أنه ينظم مصالح متوافقة - لا متعارضة كما هو الأصل - لأطرافه ويولد التزامات متماثلة متبادلة بينهم . وعقد العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال وبين صاحب عمل أو أكثر من أصحاب العمل ، بحجة أنه لا ينشئ مراكز شخصية بقدر ما يحدد من مراكز موضوعية ويضع أصولا وقواعد قانونية لتنظيم شروط العمل في حرفة أو مهنة أو منشأة معينة .

وأيا كان ما يطلق على مثل هذه التصرفات من تسميات مختلفة كالتصرفات

---

(١) هذا هو المقرر في القانون المصري ، حيث لا ينظر الى قبول الموصى له على أنه ركن لانعقاد الوصية وإنما مجرد شرط للزومها فحسب ، فلا تعتبر إذن عقدا من العقود ، ولذلك تنص المادة ٢٠ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى » .

(٢) يجري بعض الفقهاء على التمييز بين « الاتفاق » وبين « العقد » باعتبار الأول هو الجنس والثاني هو النوع ، بحيث يكون الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، بينما يكون توافق الإرادة في العقد قادرا على إنشاء الالتزام فحسب . ولكن التفرقة بين الاتفاق وبين العقد على هذا النحو غير ذات أهمية ولذلك يجري العمل على عدم التمييز بينهما واستعمال أيهما في الدلالة على نفس المعنى من القدرة على ترتيب أي أثر قانوني كان أي على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ( في هذه

المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٣٦ ، ٣٧ ) .

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 37 - 40, pp. 367 - 425.

الجماعية (actes collectifs) والتصرفات الاتحادية (unions) ، ورغم ما يوجد من أوجه اختلاف غير متكور بين هذه التصرفات وبين النموذج العادي التقليدي للعقد أو الاتفاق مما يبرر إخضاعها من هذه الوجوه لقواعد خاصة ، فيبقى أن فكرة الاتفاق يمكن أن تتسع لهذه الأشكال والصور جميعا إذا أخذنا اصطلاح الاتفاق بمعناه الأعم وهو توافق ارادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني (١) .

### ٣٨٢ - التصرف المنظم والتصرف الشرطي والتصرف الشخصي

يرجع الفضل في هذا التقسيم الى فقهاء القانون العام أساسا (٢) ، ولذلك أتيح له أن يستقر في فقه القانون العام قبل القانون الخاص ، وإن كان يأخذ طريقه اليوم للدخول الى هذه الفقه الأخير (٣) . وهذا التقسيم مبني على اختلاف دور التصرف القانوني ووظيفته ، وهو ما ينعكس أثره كذلك على مدى آثاره .

فحيث يكون دور التصرف القانوني هو وضع قواعد قانونية عامة مجردة ابتداء أو التعديل في القائم من مثل هذه القواعد ، يكون التصرف القانوني منظما (acte-règle) ، مثل التشريع العادي واللوائح الإدارية ، وعقد العمل الجماعي ، ونظم الجمعيات والنقابات والشركات .

وحيث يكون دور التصرف القانوني منحصر في أن يكون وجوده شرطا أوليا لازما لأعمال أحكام نظام قانوني عام على شخص من الأشخاص ، أو لوضع هذا الشخص في مركز ينظمه ويحكمه القانون مباشرة ، يكون التصرف شريطيا (acte-condition) . فمثل هذا التصرف اذن لا يملك بذاته تحديد آثاره وإنما يحددها القانون وحده مباشرة ، بحيث لا يكون وجود التصرف الا تمهيدا

(١) في هذا المعنى :

Gény, Science et technique, t. IV, pp. 210, 211.

(٢) أنظر في ذلك بخاصة :

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 29, 31, pp. 307 - 315, 325 . 331. — Règlade, Valeur sociale et concepts juridiques, pp. 103 - 106.

(٣) أنظر في ذلك بخاصة :

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. No. 70, pp. 66 - 68.



وشرطا لاعمال أحكام القانون وتطبيق نظام قانوني معين على شخص أو أشخاص يعينهم التصرف . ومن أمثلة التصرف الشرطي ، قرار تعيين الموظف ، وقبول التجنس ، وعقد الزواج .

وصيث يكون دور التصرف القانوني انشاء مركز شخصي لأطرافه ، أى مركزا خاصا مؤقتا يعين التصرف نفسه مداه ويحدد آثاره ، يكون التصرف شخصيا أو ذاتيا (acte subjectif) ، مثل الوصية وعقد البيع والايجار والهبة والعارية والوديعة .

ويراعى فى شأن هذا التقسيم أن الحد الفاصل بين التصرف الشخصى والتصرف الشرطى ليس بالقاطع ، وانه يدع مجالا للتداخل والاختلاط بين نوعى التصرف ، حيث يضيق مدى سلطان الإرادة ويصبح جانب غير قليل من آثار بعض التصرفات القانونية محددا ومحكوما مقدما بمجموع من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام(١) ، وهو ما يكثر فى العصر الحديث خاصة أمام ازدياد تدخل الدولة وهيمنتها على توجيه الاقتصاد الوطنى(٢) . فضلا عن ذلك ، فالقول بأن التصرفات المنظمة تضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وتعتبر لذلك مصادر للقانون(٣) قول محل نظر ، فإنه اذا صدق هذا القول فى شأن بعض صور التصرفات كالتشريع عموما سواء كان دستورا أو قانونا أو لائحة ، فهو محل شك فى باقى صورها الأخرى .

#### ٣٨٤ - التصرف المنشئ والتصرف الكاشف

يقوم هذا التقسيم على أساس تفاوت أثر التصرف القانونى فى الحقوق ، فقد يكون هذا الأثر انشاء للحقوق ، وقد يكون كشفا وتقريراً لها . ولذلك فالتصرف القانونى من هذا الوجه اما تصرف منشئ واما تصرف كاشف أو مقرر .

**أما التصرف المنشئ (acte constitutif) ، وهو الغالب فى**

(١) Marty et Raynaud, t. I, 122, p. 211.

(٢) Colla, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 70, p. 67.

(٣) Marty et Raynaud, t. I, No. 124, pp. 212 - 214.

التصرفات فهو الذي من شأنه انشاء حق لشخص من الأشخاص ابتداء أو انتقالاً (١) . والتصرف المنشئ ابتداء هو الذي يخلق حقاً جديداً أصلاً ، كعقد الزواج ينشئ لكل من الزوجين قبل الآخر - نتيجة إخضاعهما لنظام الزواج القانوني - حقوقاً مبتدأة ، والحكم القضائي بتطليق الزوجة على زوجها ينشئ للزوجة - وأحياناً للزوج - حقوقاً مبتدأة كذلك . والتصرف المنشئ انتقالاً هو الذي ينقل أو يحول حقاً قائماً أصلاً من صاحبه الأصلي إلى صاحب جديد ، كعقد البيع أو الهبة ينشئ للمشتري أو للموهوب له حقاً في ملكية المبيع أو الشيء الموهوب بنقله إليه من البائع أو الواهب ، وينشئ للبائع حقاً في الثمن بنقله إليه من المشتري .

وأما التصرف الكاشف أو المقرر (acte constitutif) (٢) ، فيس من

شأنه انشاء حق لشخص من الأشخاص لا ابتداء ولا انتقالاً وإنما هو يفترض أصلاً وجود حق قائم من قبل مترتباً على تصرف منشئ سابق . ولكن هذا الحق يعترضه من العقبات ما يجعله غير فعال ، فقد يرد على وجوده الإنكار ، أو تكون بعض عناصره - رغم التسليم بوجوده - محل منازعة . أو يرد عليه من الوصف ما يقيد ويحد من مباشرته ، فيحتاج إذن إلى التحرر مما يشق له هذه القيود والعقبات بما يطلق له كامل مفعوليته ، والتصرف الكاشف هو الذي يحقق له ذلك . فالتصرف الكاشف إذن هو الذي يسمح لحق سابق غير

---

(١) يشيع في الفقه قصر اصطلاح « التصرف المنشئ » على التصرف المنشئ ابتداءً فحسب ، والتصير باصطلاح « التصرف الناقل (acte translatif) » عن التصرف المنشئ انتقالاً . والمتميم ، أنه ، على الأقل في مجال المقارنة بين هذين النوعين من التصرف من ناحية وبين التصرف الكاشف أو المقرر من ناحية أخرى ، ليس من حرج في الاكتفاء باصطلاح « التصرف المنشئ » . وصرفه إلى الانشاء على سبيل الابتداء والانتقال على السواء ، فهو يستوعبهما معاً ، يفيد ما يمتدان فيه من معنى انشاء حق لم يكن للشخص من قبل سواء كان ثابتاً أو غير ثابت أصلاً لغيره .

(٢) راجع في ذلك بخاصة :

Chevallier, De l'effet déclaratif des conventions et des contrats, Thèse. Rennes, 1932. — Boyer, La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Thèse, Toulouse, 1947. — Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'effet déclaratif, Thèse. Toulouse, 1949.

فعال بانتاج كل آثاره (١) ، أو هو الذي يطلق لحق سابق كامل مفعوليته -  
بتحريره مما كان يعترضه من عقبات • ومن أمثلة التصرفات الكاشفة :  
الاعتراف بالبنوة الطبيعية ، والأحكام القضائية في الأصل ، والصلح ،  
والقسمة •

فالاعتراف بالبنوة الطبيعية غير الشرعية ، في الشرائع التي تتيح هذا  
الاعتراف ، هو السند اللازم الذي كانت تفتقده البنوة الطبيعية القائمة أصلا -  
لانتاج آثارها القانونية (٢) • والأحكام القضائية أحكام كاشفة في الأصل (٣) ،  
لأنها إنما تعترف بحق سابق محل منازعة في وجوده أو في بعض عناصره  
وتعطيه ما كان يفتقده من تأكيد أو قوة أو تحديد • والصلح كذلك تصرف  
كاشف ، إذ هو عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا  
فالصلح إذن ليس هو المصدر المنشئ لحق كل من المتصالحين إذ هو سابق على  
الصلح ، وإنما يكشف الصلح عن وجود هذا الحق ويحدده على النحو الذي  
تنتفي به المنازعة فيه فيكسبه ما كان ينقصه - نتيجة هذه المنازعة - من  
تأكيد • وقسمة الشيء الشائع كذلك تصرف كاشف (٤) ، فهي لا تنشئ لكل  
متقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل ، وإنما تكشف عن حقه القائم أصلا  
منذ الشيوع وبنفس سنده (٥) ، ولكن مع تحريره مما كان يثقل مباشرته •

(١) Merle, Thèse précitée, Nos. 219, 254.

كتابنا أحكام حق الملكية ، ط ٢ ، ١٩٦٥ ، فقرة ١٥٣ ، ص ٥١٠ و ٥١١ :

(٢) أنظر في ذلك :

Merle, thèse précitée, No. 29

(٣) ولكن استثناء من ذلك ، توجد بعض أحكام قضائية منشئة ، مثل الحكم بالتطويق ،  
والحكم برسو المزداد ، والحكم بالرجوع عن الهبة •

(٤) راجع في اعتبار القسمة تصرفا كاشفا ونفى اعتبارها تصرفا ناقلا أو منشئا : كتابنا  
أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرات ١٥٢ و ١٥٣ ، ص ٥٠٥ - ٥١٣ •

(٥) فإذا كان الشيوع نتيجة تركة ورثها الشركاء معا أو نتيجة اشتراك منجم في شراء  
الشيء الشائع ، فيظل سند حق كل شريك متقاسم بعد القسمة هو سنده قبلها من الإرث أو عقد-  
البيع •

في ظل الشيوع من قيود التزام بين الشركاء ، اذ تفرز لكل شريك متقاسم نصيبا ماديا من الشيء الشائع يعادل حصته الرمزية في الشيوع (١) بحيث يستأثر عليه وحده بكامل سلطات حقه دون مشاركة أو مزاحمة من الباقين .

وتبدو أهمية التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة بخاصة (٢) في أن التصرفات الكاشفة لا تصلح سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير ، لأن السبب الصحيح هو تصرف من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادرا من صاحب الحق أى أنه من حيث طبيعته تصرف منشئ ولا يعيبه الا صدوره من غير صاحب الحق .

وكذلك تبدو هذه الأهمية من حيث أثر التسجيل . فبينما يجب تسجيل التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية لكي تنتج هذه التصرفات أثرها فيما بين ذوى الشأن أو بالنسبة الى الغير ، تنتج التصرفات الكاشفة أو المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية أثرها فيما بين أطرافها دون حاجة الى تسجيل ولكن لا يمكن الاحتجاج بها على الغير الا بتسجيلها ( م ٩ و ١٠ من قانون الشهر العقاري ) .

### ٣٨٥ - مبدأ سلطان الإرادة وقيوده

إذا كان التصرف القانوني ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانوني ، فمقتضى ذلك الاعتراف للإرادة بالقدرة على توليد الآثار القانونية ، وخاصة انشاء الحقوق ونقلها وتغييرها وانقضائها ، ويعبر عن ذلك بمبدأ سلطان الإرادة . ولكن من الواضح أنه ليس للإرادة مثل هذا السلطان الا اذا كانت كاملة صادرة من ذوى أهلية ، وكانت صحيحة مبرأة من عيوب الغلط والحداع

(١) كالنصف أو الثلث أو الربع .

(٢) وقد كان الفقه التقليدي يرتب كذلك أهمية أخرى على التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة من حيث تميز الأخيرة بأثرها الرجعي . وليس هنا مجال الدخول في مناقشة هذا الفقه تفصيلا . ولكن يكفي أن نقول ان ما يقيمه من ترادف بين الأثر الرجعي وبين التصرف الكاشف ليس الا محض افتراض . وأنه ليس في طبيعة التصرف الكاشف ما يحتم رجعيته ( انظر خاصة في نفي الأثر الرجعي للقسمة باعتبارها تصرفا كاشفا ، كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ١٥٧ ، ص ٥٢٨ - ٥٤٠ ) .

أو التندليس والاكرام والاستغلال ، وكان لها محل وسبب مشروع ( م ١٣٥ ر - ١٢٦ مدني ) .

وقد سبقت الاشارة الى ما كان لانتصار المذهب الفردي من أثر في المغالاة في اطلاق مبدأ سلطان الارادة . ولكن لم تلبث هذه المغالاة أن تكشفت - أمام تطور الحياة الاقتصادية - عن نتائج ظالمة ، اذ صار مبدأ سلطان الارادة سلاحا في يد الأفياء يتحكمون به في الضعفاء باسم حرية الارادة وسلطانها ، مما مهد لمغالاة عكسية من جانب المذهب الاجتماعي في اهدار سلطان الارادة أمام سلطان الجماعة والقانون تحقيقا للصالح العام . غير أنه اذا كانت المغالاة في اطلاق مبدأ سلطان الارادة ليست بالمقبولة ولا العادلة ، فكذلك المغالاة في اهداره ليست بالمأمونة العواقب . لذلك يتخذ المشرع المصري موقفا وسطا بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي في هذا الشأن ، فيقرر في الأصل مبدأ سلطان الارادة ، ثم يورد عليه من القيود ما يتوقى خطر اطلاقه دون أن ينتهي الى الغائه .

ولمبدأ سلطان الارادة وجهان متقابلان : كفاية الارادة لانشاء التصرف القانوني ، وقدرة الارادة واستقلالها بتحديد ما يترتب على التصرف من آثار قانونية ، فنعرض لكل من الوجهين وقيوده فيما يلي :

#### ١ - كفاية الارادة لانشاء التصرف القانوني : مقتضى مبدأ سلطان الارادة

أن مجرد الارادة وحدها تكفي لانشاء التصرف القانوني ، دون تشكيلات معينة تصحبها . ويعبر عن ذلك بقاعدة الرضائية ، وهي السائدة اليوم في القانون الحديث كأصل عام . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة . فتم تصرفات قانونية يحتم المشرع لنشوتها وانقادها افرغها في شكل معين من الأشكال (١) ، بحيث يترتب على تخلف هذا الشكل بطلان التصرف نفسه بطلانا مطلقا .

---

(١) أما تطلب شكل معين ، كالكتابة ، لاثبات التصرف القانوني دليلين في حقيقة كفاية على قدرة الارادة وكفايتها لانشاء التصرف القانوني ، اذ يقوم التصرف غير المكتوب وينتقد في مثل هذه الأحوال بمحض الارادة المجردة من هذا الشكل ، وان كان تخلف هذا الشكل يجعل اثبات التصرف مستحيلا اذا لم يتيسر اثباته بالاقرار أو اليمين .

ولكن اشتراط الشكلية لانعقاد التصرفات القانونية ليس فى القانون الحديث ، على خلاف الحال فى بعض الشرائع القديمة كالقانون الرومانى ، الا مجرد استثناء من القاعدة الأصلية وهى قاعدة الرضاية .

## ٢ - قدرة الإرادة على تحديد الآثار القانونية واستقلالها بذلك :

مقتضى مبدأ سلطان الإرادة كذلك أن الإرادة المنشئة للتصرف القانونى قادرة فى الأصل على تحديد ما يتولد عنه من آثار قانونية وأنها تستقل بهذا التحديد ، بحيث يجب تحديد هذه الآثار كما حددتها الإرادة دون تغيير أو تعديل . ولكن اطلاق هذا الوجه من مبدأ سلطان الإرادة ليس متصورا . فهناك من القيود الكثيرة ما يعتبر فرضه ضروريا لرفع التباين وتحقيق الوحدة فى أمر نظام من الأنظمة الأساسية فى الجماعة ، أو لكبح جماح انطلاق الإرادة فى ترتيب الآثار القانونية والحد من تغليب الصالح الفردى على حساب الصالح العام ، أو لحماية الغير واستقرار المعاملات .

فتم تصرفات قانونية يندم سلطان الإرادة فى تحديد ما يتولد عنها من آثار قانونية ، بحيث يقتصر دورها على مجرد الاحالة فى شأن هذا التحديد الى نظام قانونى معين يستقل بفرضه القانون ، كما هو الشأن فى التصرفات الشرطية كعقد الزواج .

وواضح ، الى جوار ذلك ، أن فكرة النظام العام والآداب تعتبر هى القيد الرئيسى الذى يرد على سلطان الإرادة فى ترتيب ما تشاء من آثار قانونية . وقد كان من أثر تراجع المذهب الفردى فى صورته المطلقة ، أمام تقدم وانتشار المذهب الاجتماعى ، ازدياد تدخل الجماعة فى علاقات الأفراد كفالة للصالح العام وتحقيقا للتوازن بين قوى الأفراد غير المتعادلة ، مما اتسع معه نطاق فكرة النظام العام اتساعا كبيرا قابله بالطبيعة انكماش ظاهر فى مدى سلطان ارادة الأفراد فى ترتيب الآثار القانونية ، بحيث بات كثير من التصرفات القانونية - كعقد العمل الفردى - أقرب الى التصرفات الموجهة التى يستقل القانون بتنظيم كل أو جل آثارها .

وكذلك فإن وجوب التزام ما تحدده الإرادة من آثار قانونية وتنفيذ التصرفات القانونية على هذا النحو من التحديد دون تعديل ، لم يعد اليوم بالقاعدة المطلقة . بل تتجه بعض القوانين الحديثة نحو إعطاء القاضى سلطة واسعة فى تعديل العقود وتغيير ما حددته الإرادة من شروط فى أحوال معينة . وفى طليعة هذه القوانين التقنين المدنى المصرى الحالى ، الذى يعطى القاضى هذه السلطة الواسعة فى حالة الظروف الطارئة وفى شأن عقود الإذعان .

فإذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى - وإن لم يصبح مستحيلا - صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى - تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين - أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ( م ١٤٧ / ١ مدنى ) (١) .

وكذلك ففى شأن عقود الإذعان ، التى يمل فيها طرف على الطرف الآخر شروط التعاقد دون أن يقبل مناقشة فيها ، بالنظر الى احتكاره الخدمة أو السلعة محل التعاقد احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو سيطرته عليها سيطرة تحد كثيراً من المناقشة فى شأنها ، كالعقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه - يجوز للقاضى - إذا كانت هذه الشروط تعسفية أن يعدلها أو أن يعفى الطرف المدعى منها ، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة ( م ١٤٩ مدنى ) .

وكذلك إذا كان الأصل هو قدرة الإرادة بذاتها على توليد ما تحدده من آثار قانونية ، فقد يخرج المشرع على ذلك فيعلق توليد هذه الآثار أو بعضها على وجوب اتخاذ إجراء من إجراءات الشهر والعلانية للتصرف القانونى حماية للغير واستقراراً للمعاملات . ومن ذلك أن المشرع يعلق إنتاج التصرفات

---

(١) وتقنين نظرية الظروف الطارئة بنص صريح يدخلها فى نطاق القانون المدنى الجدى والمعاملات المدنية على هذا النحو المستحدث ، سبقه أخذ القضاء الإدارى المصرى بهذه النظرية داخل نطاق القانون الإدارى اتباعاً لنهج القضاء الإدارى الفرنسى .

القانونية لانشاء أو نقل أو تغيير أو زوال الحقوق الميانية الأصلية العقارية -  
سواء فيما بين ذوى الشأن أو بالنسبة الى الغير - على تسجيل هذه  
التصرفات ( م ٩ من قانون الشهر العقارى ) ، كما يعلق انتساج التصرفات  
القانونية المنشئة لحقوق عينية عقارية تبعية لآثرها من التتبع والافضلية فى  
مواجهة الغير على قيدها ( م ١٢ من قانون الشهر العقارى ) .



## الباب الرابع

### استعمال الحق

#### ٣٨٦ - استعمال الحق في تطوره من الاطلاق الى التقييد

قلنا ، عند التفرقة بين محل الحق ومضمونه (١) ، أن مضمون الحق هو تلك المكناات والسلطات التي يخولها الحق لصاحبه . فمضمون حق الملكية مثلا هو تلك السلطات التي يخولها هذا الحق للمالك من استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه . ومضمون حق القرض هو قدرته على مطالبة المقرض برد القرض في الأجل المضروب . ومضمون حق المؤلف هو السلطات التي تثبت للمؤلف على مصنعه ، سواء كانت معنوية تعبر عن أبوته الفكرية أو مالية تنحصر في استغلال المصنف استغلالا ماليا .

وهذه السلطات التي تكون مضمون الحق ، هي التي يستعملها صاحب الحق في سبيل التمتع بحقه . والأصل أن استعمال هذه السلطات ، بوجه عام ، يحمي القانون ويعصم صاحبه من المسؤولية عن نتائجه ، لأن الحق انما يستند الى القانون ويستمد وجوده الوضعي منه بحيث يعتبر كل استعمال للحق من جانب صاحبه فعلا مشروعا ما دام يلتزم مضمون الحق وحدود نطاقه كما رسمها وعينها القانون .

ومن هنا ، كان السائد زمنا طويلا أن صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة في استعمال حقه ، بحيث لا يكون مسئولوا عما يصيب الغير من ضرر من جراء

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٦٢ .

هذا الاستعمال . وقد أعان على ترويج الاعتقاد في هذه الحصانة المطلقة انتشار المذهب الفردى الذى يقوم فقهه فى أساسه على الفرد وحقوقه ولا يعترف بوجود القانون الا لتمكين الفرد من التمتع بحقوقه وكفالة هذا التمتع له . فالنظرة الى الفرد فى هذا المذهب كانت باعتباره السيد المطلق الذى تسخر الجماعة فى خدمته ، مما استتبع اعتباره صاحب سلطان مطلق فى استعمال حقوقه كما يشاء داخل النطاق المحدد لها دون رقيب أو حسيب .

غير أن المذهب الاجتماعى الذى يقوم فى أساسه على الجماعة وحقوقها لا على الفرد وحقوقه . قد اتجه وجهة عكسية لوجهة المذهب الفردى فى هذا الصدد ، فذهب غلاة أنصاره الى انكار فكرة الحق واعتباره مجرد وظيفة اجتماعية لا تخلع على صاحبها امتيازاً بل تفرض عليه التزاماً الى حد القول بأنه « ليس لأحد من حق الافعل واجبه » ، بحيث يكون صاحب الحق كالموظف موكلاً باستعمال هذه الوظيفة كما حددتها الجماعة بما يكفل تحقيق الصالح العام وهو الهدف الأساسى لكل مجتمع .

وظاهر ما يوجد من مغالاة من جانب كل من المذهبين فى النظرة الى الحق واستعماله ، فاسباغ حصانة مطلقة على صاحب الحق فى استعماله يجعل الحق فى يده أداة طيبة مشروعة للاضرار بغيره فى سبيل تحقيق أغراض غير مشروعة ، واعتبار الحق وظيفه اجتماعية خالصة يلغى فكرة الحق الفاء يحو كيان الفرد واستقلاله .

من أجل ذلك ، يذهب آلفقه الحديث والتشريعات الحديثة فى مجموعها مذهباً وسطاً بين النزعتين المتطرفتين ، يتخذ مظهره فى النظرية المعروفة باسم « نظرية التعسف فى استعمال الحق » . فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة ، فلا تلغى فكرة الحق بتحويله الى وظيفة اجتماعية خالصة ، بل تعترف بالحق وبحرية صاحبه فى استعماله بما يعود عليه من نفع ، ولكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تندفع بصاحب الحق الى تحقيق أغراض أو أهداف غير مشروعة ، فتضع رقابة على استعماله لحقه بما ضمن مشروعية هذا الاستعمال .

وبذلك تبدلت النظرة الى استعمال الحق فلم يعد هذا الاستعمال مطلقا متروكا الى محض تقدير صاحب الحق يمارسه لتحقيق أغراض غير مشروعة ، وانما أصبحت حماية القانون مبسوطة على الاستعمال المشروع وحده . أما الاستعمال المنحرف الذي يجيد به صاحب الحق عن طريقه الطبيعي ويخلق من الحق في يده سلاحا يرفعه في وجه الجماعة وصالحها ، فلا يستأهل حماية القانون ، مما يحتم مساءلة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال المنحرف غير المشروع أو منعه أصلا من الاقدام على مثل هذا الاستعمال . وبذلك استقر مبدأ رقابة الحقوق وتقييدها ، وأصبحت « نظرية التعسف في استعمال الحق » التي تعبر عن هذا المبدأ نظرية أساسية مستقرة كذلك . فنعرض لهذه النظرية فيما يلي .

فصل وحيد

نظرية التصسف (١) في استعمال الحق (٢)

La théorie de l'abus de droit

٣٨٧ - الأصول التاريخية للنظرية . واستقرارها في القانون الحديث

إذا كانت نظرية التصسف في استعمال الحق قد كتب لها التبلور والاستقرار كنظرية عامة في العصر الحديث ، فلا يعنى ذلك أنها نظرية مستحدثة لم تعرفها الشرائع القديمة ، بل الواقع أن جذورها تمتد الى الماضى البعيد بحيث نجد أصولها التاريخية مرتدة الى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية .

(١) تسمية هذه النظرية على هذا النحو هي التسمية السائدة . ولكن توجد تسميات أخرى قد تكون أظهر في الدلالة على ما تعنيه هذه النظرية - كما سئرى - من ارتهاق استعمال الحق بفايته أو قيمته الاجتماعية ، مثل تسميتها بنظرية « روح الحقوق ونسبيتها » كما يفعل بعض الفقهاء الفرنسيين مثل « جوسران » . ولكننا آثرنا رغم ذلك الابقاء على التسمية السائدة ، لأنها قد اكتسبت - بشيوعها وقدمها - حجية واستقرارا في الأذهان ليس من الصالح تعزيزه بتغيير الاصطلاح .

(٢) راجع في هذه النظرية بخاصة :

Porcherot, De l'abus de droit, thèse, Dijon, 1901. — Josserand, de l'abus des droits, 1905. — Eardesco, l'abus de droit, thèse, Paris, 1913. — Perrochet, Essai sur la théorie de l'abus du droit dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites, thèse, Neuchâtel, 1920. — Campion, De l'exercice antisocial des droits subjectifs, La théorie de l'abus des droits, Bruxelles, 1925. — Markovitch, La théorie de l'abus des droits en droit comparé, thèse, Lyon, 1936. — Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 2ème éd., 1939. — Hassan Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1952, (dactylographiée).

أنور سلطان ، نظرية التصسف في استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١٧ ، العدد الأول ، ص ٧١ - ١٣٦ . - حسين عامر ، نظرية سوء استعمال الحقوق ، ١٩٤٧ . - كتابنا أصول القانون ، فقرات ٣٩٩ - ٤١٦ ، ص ١٠٧٩ - ١١٦١ . - ودرسنا غير المطبوعة في « نظرية التصسف » في استعمال الحق لطلبة ديپلوم الدراسات العليا للقانون الخاص بجامعة الاسكندرية عام ١٩٦٠/١٩٥٩ .

فالقانون الروماني ، وان لم يتبن نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، الا أن من المؤكد أنه قد عرف - في صدد بعض الحقوق - فكرة التعسف في صورتها البدائية الضيقة وهي صورة تعمد الاضرار بالغير (١) . والشريعة الاسلامية مكنت لفكرة التعسف في استعمال الحق (٢) وأعطتها أوسع تصوير ممكن وصلت اليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة . فالحقوق في نظر فقهاء هذه الشريعة ليست الا منحة من الله وهو المشرع الأسمى ، يمنحها لعباده من أفراد الناس لتحقيق غاية معينة ، بحيث يبدو طبيعيا وجوب استعمال الحقوق وفق هذه الغاية . ولذلك لم تنحصر فكرة التعسف عند فقهاء الشريعة الاسلامية في صورة تعمد الاضرار بالغير على النحو الذي كانت عليه في القانون الروماني ، بل اتسعت لتشمل صوراً أخرى : كتخلف المصلحة عند صاحب الحق ، والضرر العام ، والضرر الفاحش الذي ينجم عن استعمال الحق (٣) .

وقد أتيج لفكرة التعسف في استعمال الحق أن تنتقل من القانون الروماني الى القانون الفرنسي القديم ولكن على نحو أكثر اتساعا ، اذ أصبح التعسف متحققا - لا باستعمال الحق بنية الاضرار وحسب - بل كذلك باستعماله دون مصلحة لصاحبه (٤) . ولكن هذه الفكرة لم تلبث أن انتكصت

(١) في هذا المعنى :

Perrochet, thèse précitée, p. 59. — Mazeaud, *Traité de la responsabilité*, t. I, No. 555. — Notre thèse précitée, p. 4.

كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨١ .

(٢) راجع ، بخاصة ، في فكرة التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية .

Fathy, *La doctrine musulmane de l'abus des droits*, thèse Lyon, 1913.

السعيد مصطفى السعيد ، في مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الاسلامية والقانون المصري الحديث ( دراسة في نظرية سوء استعمال الحقوق ) ، رسالة من القاهرة ، ١٩٣٦ ، وبخاصة ، ص ٢٤ - ٤٢ . - صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، الجزء الأول ، ١٩٤٨ ، ص ٤١ - ٥٢ .

Fathy, thèse précitée, Nos. 153 et ٩. (٣)

Mazeaud, *op. cit.*, t. I, No. 556. — Planiol, Ripert et Esmein, (٤)  
*Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2e éd., 1952, No. 573.

وتراجعت أمام انتصار النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر . وكان طبيعياً أن يتأثر التقنين المدني الفرنسي الصادر عادة هذه الثورة في مطلع القرن الماضي بهذه النزعة وما تعلنه من فكرة سيادة الفرد وحرية الكاملة وبخاصة في استعمال حقوقه استعمالاً مطلقاً دون تعقيب عليه في ذلك من قبل القضاء .

ولا نعيد القول في انتقاد المذهب الفردى ولا فيما جره تطبيقه من نتائج طائلة كثيرة ، فقد فصلنا ذلك من قبل . وإنما يغبينا في هذا المقام أن تكاثرت الهجوم على المذهب الفردى وابتداء ظهور الدعوة للمذهب الاجتماعى ، لم يلبث أن حمل القضاء الفرنسى منذ أواسط القرن الماضى - رغم عبارات النصوص المشبعة بروح الفردية ومعنى اطلاق الحقوق - على فرض رقابته على استعمال الحقوق ، وعلى مواصلة السير فى طريق هذه الرقابة والتوسعة فيها ، مما انتهى فى مطلع القرن الحالى - بمعونة الفقه وتأصيله - الى احياء ما اندثر من فكرة التعسف فى استعمال الحق ، واستخلاص نظرية عامة كاملة وواسعة لها تجاور النطاق المحدود الذى كانت عليه فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم . ولم يلبث المشرع الفرنسى أن اعتنق نظرية التعسف ، ان لم يكن ينص يفرض مبدأ عاماً ، ففي الأقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة (١) لمثل هذا المبدأ الذى جرى عليه القضاء وأصله الفقه من قبل .

ثم اطرده واستقر الأخذ بنظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق فى كثير من القوانين الحديثة ، سواء باجتهادات قضائية جريئة أو بنصوص تشريعية صريحة . ومن بين هذه القوانين القانون الألمانى والسويسرى والسوفيتى (٢) واللبنانى (٣) والمصرى .

(١) انظر فى ذلك :

Mazeaud, op., cit., t. I, No. 558.

(٢) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨٦ .

(٣) انظر كتابنا المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبنانى والمصرى ، بيروت ، ١٩٦٧ .

ص ٨٨٥ و ٨٨٦ و ٩٠٠ و ٩٠١ و ٩٠٧ - ٩١١ .

ففي القانون المصري ، ورغم عدم اشتغال التقنين المدني القديم الا على بضعة نصوص قليلة تأخذ بتطبيقات فردية لنظرية التعسف ، لم يتردد القضاء المصري حينئذ في اعتناق هذه النظرية والتوسع في تطبيقها ، والسير بذلك في الطريق الذي اختطفه الفقه الاسلامي منذ قديم واتبعه القضاء والفقه الفرنسي في العصر الحديث . لذلك عنى التقنين المدني الحالي بتقنين مسلك القضاء المصري في هذا الصدد وتقرير نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق أحلها مكانا بارزا بين نصوصه التمهيدية ، فنص في المادة الرابعة على أن « من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » . وعرض في المادة الخامسة لضوابط التعسف ومعايره التي تجعل استعمال الحق غير مشروع ، فنص على أن « يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : ( أ ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير ( ب ) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ( ج ) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » .

ولم يكتب المشرع المصري بتقرير نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق على هذا النحو ، بل جرى كذلك على النص على تطبيقات خاصة لها متعددة (١) .

### ٣٨٨ - منهج البحث

يثير البحث في نظرية التعسف في استعمال الحق أول ما يثير مشكلة تحديد ماهية التعسف وتأصيله ، حتى يمكن على هدى ذلك تمييز فكرة التعسف عما قد يشتبه بها من أفكار أخرى وتحديد موضوع نظرية التعسف ومدى تبعيتها لنظرية المسئولية التقصيرية أو استقلالها عنها . فاذا فرغنا من

---

(١) فمن ذلك نصه على أنه « اذا فسخ ( عقد العمل ) بتعسف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر . . الحق في تعويض ما أصابه من ضرر . . » ( م ٢/٦٩٥ مدني ) . ومعنى أنه « . . ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذي يستتر « ملكه بالحائط » ( م ٢/٨١٨ مدني ) .

ذلك ، تعين الوقوف على معايير التعسف وضوابطه . ثم ينبغي بعد ذلك تحديد محل التعسف تحديداً دقيقاً يحصر نظرية التعسف في نطاقها الحقيقي وينأى بها عن كل تضخم وهمي دخيل عليها . ويبقى بعد ذلك الكلام في اثبات التعسف وفي جزائه .

### المبحث الأول

#### تأصيل التعسف وموضع نظريته

٣٨٩ - الربط بين التعسف والخطأ داخل دائرة المسؤولية التقصيرية -

#### مناقشة هذا الاتجاه ورفضه

يرد الاتجاه السائد عند جمهور الفقهاء الى اليوم « التعسف » الى فكرة الخطأ ، ويستبقى على هذا الأساس نظرية التعسف في استعمال الحق داخل دائرة المسؤولية التقصيرية (١) . ولكن أضرار هذا الاتجاه تتفرق بهم المذاهب في سبيل تبرير ذلك على النحو الذي تعرضه وناقشه فيما يلي :

(١) مذهب التسوية بين « التعسف في استعمال الحق » وبين « مجاوزة

الحق » : ظهر الخلط بين فكرة « التعسف في استعمال الحق » - l'abus de

droit وبين فكرة « مجاوزة الحق أو الخروج عنه » - le dépassement de

droit ، منذ حاول جانب من الفقه الفرنسي في مطلع القرن الحالى تأييد

مسلك القضاء الفرنسى في محاربة الاستعمال التعسفى للحقوق عن طريق

تطويع النصوص القائمة فى المسؤولية التقصيرية لتقبل واستيعاب فكرة

التعسف . وكان أيسر سبيل الى ذلك هو القول بأن فكرة التعسف ليست

بالفكرة الجديدة أو المستقلة التى تحتاج فى تقريرها أو تأكيدها الى نصوص

قانونية جديدة تضيف أو تعدل فى النصوص القائمة ، لأن التعسف فى

استعمال الحق هو نوع من أنواع الخلل فى استعمال الحق ، وهو يترتب عنه أضرار

(١) وهى المسئولية التى تنحقق فى جانب من يرتكب خطأ يسبب ضرراً للغير ، وتدرجه



«استعمال الحق ليس الا خروجاً عنه ، والخروج عن الحق عمل غير مشروع (acte illicite) يندرج - دون جدال - تحت أحكام المسؤولية التقصيرية التقليدية .»

وقد تزعم هذا المذهب ودافع عنه ببراءة الفقيه الفرنسي الكبير «بلانيول» (Planiol) . ومنطقه في ذلك أن الحق ينتهي حين يبدأ التعسف ، فلا يوجد ثم استعمال تعسفي لحق ما ، لذلك السبب البديهي من أن نفس الفعل لا يمكن أن يكون في آن واحد موافقاً للقانون ومخالفاً له . فاذا كان هناك تعسف في سلوك الأفراد ، فلا يكون ذلك حينما يستعملون حقوقهم وإنما حين يجاوزونها أو يخرجون عنها . إذ الحقوق ليست مطلقة ، بل هي مقيدة في أغلبها بحدود تحد من نطاقها وشروط تقيدها من استعمالها ، والخروج عن هذه الحدود أو عدم مراعاة تلك الشروط معناه العمل دون حق (١) .

ولكن منطق هذا المذهب ، رغم وجاهته البادية ، منطق شكلي يتلاعب بوحدة اصطلاح « الحق » و « القانون » في اللغة الفرنسية (٢) ، ليظهر تناقضاً منطقياً بين اعتبار الفعل التعسفي مخالفاً للقانون واستمرار اعتباره داخلاً في حدود الحق واستعماله . وما من شك في أن الفعل الواحد يستحيل أن يكون موافقاً للقانون ومخالفاً له في نفس الوقت . ولكن ليس ما يمنع من أن يكون الفعل الواحد موافقاً لحق من الحقوق لأنه يدخل في نطاقه ومضمونه ، ومخالفاً في آن واحد للقانون في مجموعه (٣) ، وهذا هو جوهر فكرة التعسف في استعمال الحق ومعناها .

ففكرة التعسف إنما تفترض وجود فعل يدخل في حدود مضمون الحق فيكون مشروعاً في ذاته لأنه سلطة من السلطات التي يخولها الحق لصاحبه ، ولكنه ينقلب معيباً أو غير مشروع لانحرافه في غرضه أو نتيجته . والتعسف

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 10e. éd. 1932, No. 871.

(٢) وهو اصطلاح Le droit

(٣) Josseland, op. cit., No. 245.

على هذا النحو ، يتميز تميزا واضحا عن مجاوزة الحق أو الخروج عنه ، الذي يفترض بدهاة عملا يجاوز حدود مضمون الحق فلا يعتبر بحال من الأحوال مشروعاً في ذاته . فالفارق اذن ظاهر بين العمل التعسفي وبين العمل المجاوز للحق ، اذ بينما يكون الأول مشروعاً في ذاته ولكنه معيب في غرضه أو نتيجه ، يكون الثاني غير مشروع في ذاته أصلاً . فالمالك الذي يجور على ملك جاره ويبني فيه ، انما يأتي عملاً مجاوزاً لحقه وخارجاً عن حدود مضمونه ، فيكون عمله غير مشروع في ذاته . بينما المالك الذي يبني جداراً في ملكه ولكنه يرتفع بالجدار ارتفاعاً شاهقاً لمجرد الاضرار بجاره ومنع الضوء والهواء عنه ، انما يتعسف في استعمال حق ملكيته دون أن يجاوز حدود هذا الحق بحال من الأحوال ، لأن حقه يخول له البناء في ملكه ، فمجرد بنائه فيه يعتبر عملاً مشروعاً في ذاته لأنه داخل في حدود مضمون حقه ، ولكنه يعتبر تعسفياً رغم ذلك لما يشوبه من عيب وانحراف في غرضه مأتاه مجرد الرغبة في استخدام هذه السلطة المشروعة التي يخولها له حقه في الاضرار بغيره .

وعلى هذا النحو ، يجب التمييز بين صورة « الخروج عن الحق » وصورة « التعسف في استعمال الحق » . فالمشكلة التي تثيرها الصورة الأولى انما تتعلق بمضمون الحق ، فيكون الفعل المجاوز للحق فعلاً غير مشروع في ذاته ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء اليه ذاتياً ويمتنع الاتيان به امتناعاً مطلقاً . بينما المشكلة التي تثيرها الصورة الثانية تتعلق بفاية الحق لا بمضمونه ، فلا ينصرف عدم المشروعية الى ذات الفعل التعسفي وانما الى غرضه ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء الى غرضه المنحرف فحسب دون مساس بمضمون الحق أو السلطة الواردة عليها التعسف . ولذلك يظل لصاحب الحق - رغم الحكم بالجزاء على فعله المكون للتعسف - القدرة على معاودة ذات الفعل دون خطر التعرض للجزاء ، طالما يتغى به حينئذ غرضاً غير مشوب (١) . وما دامت فكرة التعسف لا تمس مضمون الحق وانما تمس غايته ، فمن غير المقبول اذن القول بأن تحريم الأغراض المنحرفة في استعمال الحق يضيف حداً جديداً الى حدود الحق

(١) أنظر في تفصيل ذلك :

المادية الأصلية بحيث يعتبر خرقه كخرقها خروجاً عن الحق ، إذ حدود الحسن إنما تنصرف إلى مضمونه وسلطاته وهما لا يتغيران بفرض رقابة على أغراض استعماله (١) .

وعلى أي حال فقد بات مستقراً اليوم عند جمهور الفقهاء (٢) التمييز بين « التعسف في استعمال الحق » وبين « الخروج عن الحق أو مجاوزة الحق » .  
ولذلك إذا أريد استبقاء فكرة التعسف في نطاق المسؤولية التقصيرية ، فينبغي البحث عن أساس آخر غير الزعم باعتبار التعسف خروجاً عن الحق أو مجاوزة له .

(٣) مذهب التسوية بين التعسف وبين الخطأ التقصيري : يرى هذا المذهب في التعسف في استعمال الحق تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية (٣) . ذلك أنه إذا كان الخطأ في المفهوم الحديث انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي ، فهو متصور في استعمال الحقوق تصوره في ممارسة الرخص العامة على السواء . وإذا كانت هذه الحقيقة قد حجبها ما كان سائداً في القرن الماضي من مبدأ إطلاق الحقوق ،

(١) Notre thèse précitée, pp. 178, 179.

(٢) أنظر بخاصة :

Porcherot, thèse précitée, p. 106. — Boncase, op. cit., t. III, Nos. 226, 227. — Josserand, op. cit., Nos. 245-247, 261. — Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Rev. trim. de droit civil, 1944, pp. 1 et s.v.p. 4, No. 5. — Dabin, pp. 271, 285. — Notre thèse précitée, pp. 172-183.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٤٤ و ٥٥٦ . — أنور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ٩٩ .

(٣) أنظر ، بخاصة ، في الأخذ بهذا المذهب :

Jannot, De la responsabilité civile par suite de l'abus du droit, thèse, Dijon, 1906, p. 140. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. I, Nos. 563, 564, 576 - 581. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. II, No. 234.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٢ و ٥٥٧ و ٥٥٩ . — أحمد حنيفة أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، ١٩٥٥ ، فقرات ٤٣٣ - ٤٤٤ . — عبد المعصم فرج الصادة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرات ٤٣٥ - ٤٤٥ . — اسماعيل غانم ، ص ١٦٤ - ١٦٧ .

فلم يعد ثم ما ينعح اليوم من اعلانها وتأكيدهما ، بعد أن اندثر هذا المبدأ وبات من المسلم فرض رقابة على استعمال الحقوق • فارتفع بذلك التناقض المنطقي المزعوم بين الخطأ وبين استعمال الحق •

وإذا كان من غير المنكور ما يمتاز به هذا المذهب من وضوح ، وما يحققه من وحدة أحكام المسؤولية الناشئة عن ممارسة الرخص العامة وتلك الناشئة عن استعمال الحقوق ، وما ييسره من أمر تحديد معيار التعسف بالاكتفاء برده الى معيار الخطأ التقصيري المعروف وهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، الا أن كل هذه الميزات من الوضوح والتحديد والتيسير إنما تتحقق على حساب فكرة الحق وفكرة الخطأ نفسها •

فمركز صاحب الحق فى استعمال حقه ، ينبغي ألا يسوى بمركز الشخص فى ممارسة رخصة من الرخص العامة ، حتى يقال ان التعسف فى الصورة الأولى هو ذات الخطأ فى الصورة الثانية • ففى مجال الحريات أو الرخص العامة حيث يقف الجميع على قدم المساواة ويستعملون نفس الحريات والرخص فى نفس الوقت ، لا يحتاج الأمر الا الى التنسيق فى هذا الاستعمال الجماعى المتعاصر ، وهو ما لا يتحقق الا بالتزام كل فرد قبل الآخرين بالعمل بتبصر وبقظة وحيطة حتى لا يحد مما لهم من نفس الحريات المماثلة • أما فى مجال الحقوق ، حيث صاحب الحق ذو مركز ممتاز بالنسبة الى الباقين لما يختص به القانون على محل معين من سلطة استثنائية يملكها دون غيره ، فيجب التأكد من أن هذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغاية المعطى من أجلها الحق لا لمناقضتها ، وهو ما يقتضى قياس مسلك صاحب الحق فى استعمال حقه وفق هذه الغاية المعينة لا وفق فكرة الحيطة أو اليقظة العامة ، مما يعنى إمكان توافر التعسف كلما انحرف صاحب الحق فى استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الاخلال الذى يكون الخطأ فى المعنى الفنى الدقيق • وبذلك يوجد التعسف ولو لم تتوافر له مقومات الخطأ • فلا يفنى اذن عن صاحب الحق شيئاً ما قد يتخذه فى استعمال حقه من حيطة وتبصر وبقظة تنفى عنه الخطأ اذا كان بهذا الاستعمال يناقض غاية الحق • وعلى هدى ذلك ، يتوافر لفكرة « التعسف »

أساس ووجود مستقل عن فكرة « الخطأ » وبمعزل عنها ، فبينما يعني « التعسف » تخلف غاية الحق أو مناقضتها ، يعني « الخطأ » الانحراف عن السلوك المألوف (١) . والقول باعتبار التعسف تطبيقاً من تطبيقات الخطأ ، يتعامل ما للحق من غاية يجب الاعتداد بها في وزن استعماله ، ويقع على الخطأ فكرة لا تدخل في مدلوله الدقيق .

واستقلال فكرة التعسف عن فكرة الخطأ أمر يحتمه كذلك كون التعسف — فيما يولده من مسئولية صاحب الحق — انما يولدها داخل دائرة المشروعية ورغمما عنها ، بينما يولد الخطأ المسئولية خارج دائرة المشروعية أصلاً (٢) . والقول بتسوية التعسف بالخطأ يتنافى كذلك مع تمييز أصحابه (٣) في نفس الوقت بين « التعسف في استعمال الحق » وبين « مجاوزة الحق » ، اذ ما فائدة مثل هذا التمييز اذا كانت نهاية المطاف هي تسوية صورة « التعسف » بصورة « المجاوزة » في التوافر على معنى الخطأ ؟ . والا يفرض منطق التمييز بينهما رد المسئولية الناشئة عنهما الى مصدرين مختلفين ؟

(٣) مذهب اعتبار التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ : حاول جانب من الفقه (٢) تأصيل التعسف على نحو أقل استهدافاً للنقد من التأصل السابق ولكن دون الخروج به من دائرة المسئولية التقصيرية ، فاعتبروا التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ أو خطأ ذا طبيعة خاصة (sui generis) يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادي التقليدي ، اذ هو خطأ يرتفع بروح الحق وغايته الاجتماعية (٥) ، وهو ما يخرج به من مدلول الخطأ العادي ويثير

(١) Notre thèse précitée, pp. 186, 187.

(٢) Notre thèse précitée, pp. 187, 188.

(٣) انظر بخاصة :

Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 550, 551.

(٤) انظر بخاصة :

César-Bru et Morin, La faute, le risque et l'abus du droit, Annales des Facultés de droit et des lettres d'Aix, 1906, t. II, pp. 63 et s. — Demogus, Traité des obligations en général, t. IV, Nos. 678, 686. — Josserand, op. cit., Nos. 260 - 262, 298.

Josserand, op. cit., No. 261, pp. 359, 360; No. 298, pp. 405, 406.

مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فردي كالحطأ التقليدي<sup>(١)</sup> ، فهو اذن حطأ خاص أو « حطأ اجتماعي » (faute sociale) يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية .

ويجب الاعتراف بأن هذا المذهب يمثل خطوة تقدمية بالنسبة الى مذهب تسوية التعسف بالحطأ العادي ، اذ يؤصل التعسف على نحو أكثر احاطة بحقيقة مدلوله وصلته بغاية الحق ، ولكن عيبه الأساسي ينحصر في توقفه في منتصف الطريق وقعوده عن الوصول الى النتيجة الحتمية التي يقود اليها منطق مقدمته . ذلك أنه اذا كانت فكرة الحطأ بمعناه التقليدي قاصرة في نظر هذا المذهب عن الاحاطة بفكرة التعسف ، لارتباط هذه الفكرة الأخيرة بغاية الحق التي يخرج البحث فيها عن نطاق فكرة الحطأ العادي ، فلا يوجد أي معنى للتشبيث بفكرة الحطأ ومحاولة ابتداع نوع متميز منه للدلالة على ما تعنيه فكرة التعسف . وليس من فائدة تعود من القول بازدواج الحطأ على هذا النحو في نطاق نفس المسؤولية . فيصبح من الواجب اذن اطراح فكرة الحطأ والخروج من دائرة المسؤولية التقصيرية للبحث خارجها عن أساس مستقل للتعسف<sup>(٢)</sup> .

### ٣٩٠ - ارتباط التعسف بفكرة الحق ، واستقلاله بنظرية عامة خارج دائرة المسؤولية التقصيرية

ينبغي ، للوصول الى تأصيل صحيح لفكرة التعسف في استعمال الحق وتحديد سليم للموضع الطبيعي لنظرية التعسف ، اطراح الظروف التي صاحبت في القانون الحديث ظهور فكرة التعسف ، وفرضت نفسها من قبل أي تدخل تشريعي على الفقه والقضاء لاعطاء التعسف تأصيل الحطأ واستبقائه داخل المسؤولية التقصيرية .

(١) Cézair-Bru et Morin, article précité, p. 100.

(٢) Notre thèse précitée, pp. 196 - 199.

ذلك أن اطراح النزعة الفردية بما كانت تستتبعه من مبدأ حصانة صاحب الحق في استعمال حقه ، اضطرت الفقه والقضاء أمام خلو التشريع في أول الأمر من نص يقرر كمبدأ عام مساءلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم في استعمالها - إلى التماس أساس مقبول ومسلم من صلب نصوص التشريع القائم لفرض رقابة على استعمال الحقوق . ولم يكن ثم أفضل ولا أقرب في هذا الشأن من الاستناد إلى النصوص المقررة للمسئولية التقصيرية ، واعتبار التعسف ضربا من الخطأ العادى - سواء بالنظر إلى التعسف كخروج عن الحق أو غير خروج عنه - أو نوعا خاصا من الخطأ قائما بذاته . وبذلك لم يكن الاستناد حينئذ إلى الخطأ لتبرير تعقب التعسف في استعمال الحق ومنعه إلا مجرد تبرير مرحلى ، يحجب الثورة على الأصول القانونية التقليدية في غيبة النص التشريعى على مبدأ عدم التعسف . أما وقد دخلت القانون الحديث اليوم نصوص تشريعية تملن هذا المبدأ بما يجعل منه أصلا من الأصول القانونية المقررة ، فقد أصبح من الواجب تخطى هذه المرحلة وامعان النظر فى جوهر فكرة التعسف وحقيقتها .

والموافق أن فكرة التعسف ترتبط أساسا بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لىاية معينة ، إذ بذلك ترتبهن حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية وترتفع بالانحراف عنها . ذلك أن الحقوق - بما تخول من سلطات استثنائية معينة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض ، وبما تؤدى إليه من وضع الأفراد فى مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض - لا يتصور أن تكون مقررة بوصفها غاية فى ذاتها وإنما بوصفها وسيلة لادراك غاية معينة . وهو ما يبرهنها - بوصفها تمثل قيمة اجتماعية يحميها القانون - بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها ، بحيث تظل حماية القانون مبسطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها . وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقوق وسائل لا غايات اعتبارها من حيث الاستعمال نسبية لا مطلقة ، وهو ما يقتضى اخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيه بالخروج به عن غاياتها . ولذلك فإن « التعسف » يتوافر إذا انحرف

صاحب الحق في استعماله عن غايته ، حتى ولو لم يكن قد اخل بواجب  
الحيلة واليقظة العادية ذلك الاخلال الذي يكون الخطأ في المعنى الدقيق ،  
وهو ما يقسم بين « التعسف » و « الخطأ » ويخرجه بالتالي من دائرة  
المسئولية التقصيرية ليستوى مبدأ عاما ونظرية أساسية ملازمة وداخلة في  
النظرية العامة للحق .

ولذلك تبدو فكرة التعسف متعلقة أساسا بتصوير الحق ، اذ هي في  
حقيقتها وزن لاستعماله على ضوء غايته ، مما يجعلها فكرة ملازمة ومكملة  
لفكرة الحق ، بحيث لا يستقيم النظر اليها بمعزل عنها ولا تكتمل صياغة  
نظرية عامة للحق دونها . بل ان فكرة التعسف تصبح في الواقع هي  
التصحیح أو التقويم اللازم لفكرة الحق . فبدونها وبدون ما تحققه من رقابة  
على استعمال الحقوق ، تبدو فكرة الحق - بما تعنيه من امتياز واستثناء -  
أهلا لا تعرضت له من انكار (١) . وبفضل فكرة التعسف ، نستطيع تأكيد  
استبقاء فكرة الحق كفكرة أساسية في النظام القانوني ، دون حاجة  
الى الغائها أو تحويلها - كما يقترح البعض - الى فكرة واجب ووظيفة اجتماعية  
خالصة (٢) .

ومن ناحية أخرى ، فالمشكلة التي تثيرها فكرة « التعسف » مشكلة  
أولية سابقة على مشكلة المسئولية (٣) لا يتصور التماس حلها الا على ضوء  
حقيقة الحق وجوهره وبالتالي في ظل نظريته العامة وحدها . ذلك أن حل  
مشكلة التعسف يقتضى الاختيار أولا بين الاطلاق أو النسبية في استعمال  
الحقوق . ثم يقتضى - اذا وقع الاختيار على النسبية - تحديد مداها ومدى  
رقابة الحقوق ، وهو ما لا يتصور تحقيقه داخل اطار المسئولية التقصيرية أو  
استخلاصه من مبادئها وقواعدها . بل يرتهن ذلك بفكرة الحق ودوره أو

(١) Saleilles, De la personnalité juridique, 2e. éd. 1922, p. 547.

(٢) Notre thèse précitées, p. 234.

وانظر كذلك سابقا ، ص ٤٣٠ .

(٣) في هذا المعنى :

Ripeft, La règle morale dans les obligations civiles, 4e, éd. 1949, No. 94.



وظيفته ، وبفكرة العدل ومدلوله ، وبالنظرة الى القانون وغايته من الفردية أو الاجتماعية أو من التوازن بين النزعتين ، وكل هذه مسائل تخرج - كما هو ظاهر - عن نطاق المسؤولية (١) .

وإذا حنت مشكلة التعسف أوليا على هذا النحو ، فليس من الحتم أن تنور بعد ذلك دائما مشكلة المسؤولية . فقد يحرم صاحب الحق من استعماله على نحو تعسفي ابتداء ، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلا ويتفادى بالتالي قيام مشكلة المسؤولية . ففكرة التعسف اذن تتجاوز فكرة المسؤولية في اقتصرها على رفع الضرر الواقع أو التعويض عنه ، فتحقق كذلك فكرة التوقي من الضرر بمنع وقوعه أصلا عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه استعمال تعسفيا (٢) . فكثيرا ما يحتاج صاحب الحق الى الالتجاء الى القضاء مطالبا بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله على نحو معين ، وهنا لا يكفي لإجابة طلبه أن يتأكد القاضى من وجود الحق المدعى فحسب ، بل يجب أن يتحقق كذلك من أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف . وفى حالة التعسف ، يكتفى برفض طلب صاحب الحق ، وهو ما يمنع من وقوع الاستعمال التعسفى أصلا ، فلا تنور حينئذ مشكلة مسؤولية بل يمنع ذلك فى الواقع قيامها من بعد (٣) .

وعلى هذا النحو ، تقوم فكرة التعسف فى استعمال الحق بدور وقائى (٤)

(١) Notre thèse précitée, pp. 235, 236.

(٢) فى هذا المعنى :

Ripert, Ibid. — Dabin, op. cit., p. 303. — Notre thèse précitée, pp. 236 - 240.

(٣) راجع فى تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 237 et s.

(٤) من الامثلة فى القانون المصرى على هذا الدور الوقائى ما سبقت الاشارة اليه من أن قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ يعلق استعمال المؤلف ما يخوله حقه من سلطة سحب مصنفه من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المانى على موافقة المحكمة ( انظر سابقا ، ص ٤٧٧ ) مما يجعل للقضاء رقابة مبتدأة على استعمال هاتين السلطتين يملك بمقتضاها - عند تخلف المبرر المشروع وتبين التعسف من جانب المؤلف - رفض الاذن له فى الاقدام على مثل هذا الاستعمال . وكذلك فان ما بنص عليه التقنين المدنى من انه =

ودور علاجي على السواء ، بما تفرض على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال . وفي ذلك ما يبرر - بالنظر الى اتساع دورها على هذا النحو اتساعا يجاوز ما تقتصر عليه فكرة المسؤولية من دور علاجي فحسب - استقلال فكرة التعسف بكيان ذاتي خارج نطاق المسؤولية التصديرية .

وبذلك يخلص من كل ما تقدم أن فكرة التعسف فكرة ملازمة وممكنة لفكرة الحق ، وأنها تثير مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية ، وتجاوز في دورها وجزائها الدور والجزاء التعويضي البحت الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية ، وأنها لكل أولئك يجب أن تتوافر على كيان ذاتي خارج دائرة المسؤولية التصديرية ، لتصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق .

وكثير من القوانين الحديثة التي تأخذ صراحة بنظرية عامة للتعسف في استعمال الحق - كالتقنين المدني السويسري والتقنين المدني السوفييتي (١) والتقنين المدني المصري (٢) - يؤيد هذا النظر من اعتبار هذه النظرية نظرية مستقلة ذات كيان ذاتي لا مجرد تطبيق من تطبيقات الحظا أو المسؤولية . وهذا ظاهر من حرصها على وضع هذه النظرية بين نصوصها التمهيدية

= اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، اذا كان ذلك ، لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » ( م ٢/٣٠٢ مدني ) ، يعني أنه اذا تعسف الدائن في اقتضاء ما له من حق في التنفيذ العيني لغير مصلحة جديدة ، منع من ذلك وأجبر على قبول التعويض النقدي ( انظر في ذلك : اسماعيل غانم ، ص ١٦٥ ) .

(١) انظر في نصوص هذين التقنينين : كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨٦ .

(٢) انظر في تأكيد المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين استقلال نظرية التعسف عن النظرية العامة للمسؤولية التصديرية : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ، ص ٢٠٧ ، ج ٢ ، ص ٣٥٠ و ٣٥١ .

ولكن انظر عكس ذلك: عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٧ و ٥٦٤ . - جميل الشرقاوى ، ص ٢٤٦ . - عبد المنعم البدر اوى ، فقرة ٥٥٤ ، ص ٨١٦ . - عبد النعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرة ٤٣٨ .

لا ضمن النصوص الخاصة بالمسئولية التصيرية (١) .

## المبحث الثاني

### معايير التعسف وضوابطه

#### ٣٩١ - أصول ووسائل تحديد معيار التعسف

يثير تحديد معيار التعسف مشكلتين رئيسيتين : الأولى تتعلق بالأصول التي تحكم هذا التحديد ، والثانية تتعلق بالوسائل أو الأدوات الفنية التي تعبر عن هذه الأصول وتحققها .

(١) أصول تحديد معيار التعسف : تتعين الأصول التي تحكم تحديد معيار التعسف على ضوء تأصيل التعسف وتكييفه من ناحية ، وعلى ضوء نظرية التعسف ووظيفتها من ناحية ثانية . وقد رأينا أن تأصيل التعسف يقوم أساسا على الربط بين فكرة التعسف وبين فكرة الحق ، باعتبار مشكلة التعسف في حقيقتها مشكلة تحديد مدى استعمال الحق . وفي هذا الصدد تبدو أهمية دور نظرية التعسف ووظيفتها في تحديد معياره .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى قصر دور نظرية التعسف على مجرد دور أخلاقي تشييع به الروح الأخلاقية السامية في استعمال الحقوق (٢) ، وهو ما تأدى بهم الى التضييق في مدلول التعسف الى حد حصر معياره في نية

(١) رغم أن جمهور الفقه الفرنسي ما زال يستمسك - مؤيدا في ذلك القضاء - باعتبار «التعسف تطبيقا عاديا أو خاصا لفكرة الخطأ ويستبقى بذلك نظرية التعسف في استعمال الحق داخل نطاق النظرية العامة للمسئولية التصيرية . وان ذلك أمر مفهوم في غيبة النص التشريعي في القانون الفرنسي على نظرية عامة للتعسف ، الا أن ثم اتجاها بدأ يقوى أخيرا في محيط هذا «الفقه داعيا الى اخراج نظرية التعسف من دائرة المسئولية باعتبارها مبدءا من المبادئ العامة للقانون في شأن تحديد مدى استعمال الحقوق ، وانتهت لجنة تنقيح التقنين المدني الفرنسي الحالي الى تبني هذا الاتجاه ( أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ١٠٨٧ ، وهامش «٢» ص ١١٠٦ ) .

(٢) أنظر في هذا الاتجاه وخاصة :

Salleilles, Rapport présenté à la première sous-commission de La Commission de révision du Code civil, Bulletin de La Société d'études législatives, 1905, pp. 325 et s. V. pp. 334 et s. — Bonnecase, op. cit., t. III, Nos. 225, 236, 237. — Ripert, La règle morale, Nos. 89, 94, 102. — Dabin, op. cit., pp. 293 - 300.

( م ٤٩ - المدخل الى القانون )

الاضرار عند صاحب الحق دون نفع ظاهر يعود عليه ، أو - عند تخلف هذه النية - في عدم مبالاته بما ينتج عن استعمال الحق من ضرر (١) . ولكن اعتبار دور نظرية التعسف في استعمال الحق على هذا النحو دورا اخلاقيا ، يهدد بطمس معالم الحدود بين القانون والأخلاق رغم اختلافهما البين في الهدف والغاية كما سبق القول . وكذلك فالتضييق في معيار التعسف نتيجة حصر دور نظرية التعسف في دور أخلاقي محض ينتقص كثيرا من قيمة هذه النظرية وأهميتها . ويطلق العنان لأصحاب الحقوق في استعمالها طالما لا يحصل هذا الاستعمال معنى المخالفة الأخلاقية رغم ما قد يعنيه من مجافاة غاية الحق أو اهدار صالح الجماعة (٢) .

والواقع أن الدور الصحيح لنظرية التعسف في استعمال الحق ينبغي تحديده على ضوء ما سبق ذكره من أن الحقوق ليست غاية في ذاتها وإنما هي مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة ، بحيث يكون من الطبيعي وجوب التزام الاستعمال الواقعي للحقوق بحدود غاياتها . وبذلك تبدو فكرة التعسف مرتبطة أساسا بغاية الحق لا بأصول الأخلاق ، فيحدد دور نظرية التعسف بتحقيق الاستعمال الموافق لغاية الحق لا بالاستعمال الأخلاقي للحق ، ويكون ما تعلنه هذه النظرية من نسبية الحقوق نسبية غائية لا نسبية أخلاقية . وفي ضوء اعتبار نظرية التعسف نظرية تحديد مدى استعمال الحق وفق غايته على هذا النحو ، يتحدد معيار التعسف تحديدا طبيعيا بالانحراف عن غاية الحق (٣) . وهذا التحديد بعد ، يحظى بتأييد تشريعي (٤) وفقهي (٥) كبير في

(١) Dabin, op. cit., p. 300.

(٢) أنظر في هذا الاتجاه بخاصة :  
Notre thèse précitée, pp. 224 - 227.

(٣) أنظر في تفصيل ذلك :  
Notre thèse précitée, pp. 232 - 235; 239 - 241; 278 - 280.

(٤) أنظر خاصة نص التقنين السوفيتي في مادته الأولى على أن « الحقوق المدنية يعدها القانون إلا في الحالات التي تستعمل على نحو يخالف غرضها الاقتصادي والاجتماعي » ونص المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والمقود اللبناني على أنه « يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير يتجاوزه في أثناء استعمال حقه ... الفرض الذي من أجله منح هذا الحق » .  
(٥) أنظر ، بخاصة ، في تأييد هذا المعيار ، سواء مع القول بذلك التعسف داخل دائرة =

القانون الحديث اليوم (١) .

## (٢) وسائل تحديد معيار التعسف : اذا تعينت الأصول التي تحكم

تحديد معيار التعسف ، فيجب البحث عن الوسائل والأدوات الفنية التي تمكن من التعبير عن هذه الأصول وصياغتها . ونجد في هذا الشأن وسيلتين رئيسيتين : الأولى تكتفى بوضع مبدأ عام كل العموم يعبر عن المعيار المختار للتعسف دون تعرض لتفصيل ما يندرج تحت هذا المبدأ من صور متعددة ، والثانية تعدد الصور المختلفة المعبرة عن الأصول المستهدفة دون إبراز المبدأ العام الذي يحكمها .

وإذا كان ينبغي التفضيل بين الوسيلتين في مجال التشريع ، فلا نتردد في تفضيل الوسيلة الأولى . ففضلا عن كونها أكثر مناسبة للعمل التشريعي فهي تعتبر كذلك الوسيلة المرنة المتجاوبة مع التطور ، على خلاف الوسيلة الثانية التي تحصر معيار التعسف في صور محددة لا يلبث أن يتبدى قصورها وعدم احاطتها بكل ما قد يظهره تقدم الزمان وتطور الأوضاع والعلاقات الاجتماعية من ضروب وصور جديدة من التعسف في استعمال الحقوق .

وإذا كنا قد حددنا - على ضوء ما ارتضيناه من أصول - معيار التعسف في استعمال الحق بالانحراف عن غايته ، فنفضل - لما أوضحنا من أسباب -

= المسؤولية التصيرية أو خروجه منها :

Perrochet, thèse précitée, pp. 253, 254. — Demogue, op. cit., t. IV, Nos. 679, 681. Jossierand, op. cit., Nos. 291 et s.

(١) إذا كان بعض الفقهاء ما يزالون يتخوفون من معيار التعسف في استعمال الحق على هذا النحو توفيا - كما يقولون - من تحكم القضاء أو من انزلاقه فيما وراء القانون الى ميدان السياسة وهو ميدان غير مأمون العواقب ، فلا ترى رغم ذلك مبررا لهذا النخوف ( انظر Notre thèse précitée, p. 282 ) فالقضاء دائما خير من يزن الأمور بميزانها الصحيح دون تحكم أو انحراف . فضلا عن أن القاضي - في توليه تحديد غاية الحقوق - لا يتبع آراءه الشخصية ومعتقداته السياسية ، وإنما يستلهم روح القانون ومبادئه العامة والتيارات السائدة في الجماعة ، مما يجعل تحديده قائما على أسس موضوعية مستقرة لا على نزعات شخصية نسبية متغيرة . وأخيرا ففي وجود محكمة النقض من فوقه كذلك ، وهي الرقابة على صحة تطبيق القانون بما يكفل وحدة هذا التطبيق ، خير ضمان لالتزام القصد والاعتدال وتوفى التحكم والانحراف في التقدير ( انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١١١٠ ) .

الاكتفاء فى التشريع بوضع مبدأ عام يقضى بتحريم الانحراف عن غاية الحق فى استعماله (١) وتجريد الحق من حماية القانون بهذا الانحراف ، لا الاقتصار على تعديد أو تحديد صور هذا الانحراف التى تبقى حتما صورا ناقصة غير ملاحقة للتطور . وهذا المسلك الذى نفضله ، هو بعد المسلك الذى تسير عليه اليوم كثير من القوانين الحديثة التى تصدت لتقنين نظرية التعسف فى استعمال الحق ، كالقانون السوفييتى والقانون اللبنانى خاصة (٢) .

### ٣٩٢ - أخذ المشرع المصرى بمجموعة من معايير التعسف وضوابطه

سلك المشرع المصرى الوسيلة الثانية من وسائل تحديد معيار التعسف فى استعمال الحق ، فجرى على تعديد الصور المختلفة للتعسف دون ابراز الاصل الذى يجمعها . اذ نص فى المادة الخامسة من التقنين المدنى الحالى على انه « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية : ( أ ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . ( ب ) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ( ج ) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » . ولكن ينبغى أن نضيف الى هذه المعايير الثلاثة معيارا رابعا هو معيار « الضرر الفاحش » المنصوص عليه فى صدد حق الملكية ( م ٨٠٧ مدنى ) وهو موطن تطبيقه الرئيسى . فنعرض لهذه المعايير المختلفة فيما يلى ، ثم ننظر من بعد فى تقدير مسلك المشرع المصرى .

(١) وينبغى الاكتفاء فى ذلك بالإشارة الى غاية الحق عموما دون تحديد أو وصف بهذه الغاية ، لأن الغايات تختلف باختلاف الحقوق وتفاوت طبيعتها والفرص منها . ولذلك تفضل تجنب ما يذهب اليه بعض الفقهاء من وصف هذه الغاية بأنها « غاية اجتماعية » (but social) حتى لا يتصرف الزمن - ولو أخذنا بظاهر هذا الاصطلاح - الى اعتبار أن الحق بذلك يصير محض واجب أو وظيفة اجتماعية لتحقيق الصالح العام الاجتماعى وحده دون أى وزن لتحقيق الصالح الفردى ( انظر فى تفصيل ذلك : Notre thèse précitée, p. 281 . - كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ، ص ١١١٢ - ١١١٣ ) .

(٢) انظر فى معيار التعسف فى القانون اللبنانى : كتابنا المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبنانى والمصرى ، ١٩٦٧ ، فقرة ٢٦٣ ، ص ٩٠٧ - ٩١١ .

### ٣٩٣ - تمحض قصد الاضرار بالغير

لعل هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا في الشرائع المختلفة ، لكثرة تسخير الأفراد حقوقهم منذ قديم لمجرد تحقيق مآرب شخصية في النكابة والاضرار بالغير . وهذا المعيار ذاتي قوامه توافر نية الاضرار بالغير لدى صاحب الحق وتمحضها لهذا الغرض ، بمعنى أن يكون الاضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق (١) . واذا توافر التعسف بهذا المعنى ، فلا ينفيه ما قد يحققه استعمال الحق من منفعة عارضة لصاحبه لم يقصدها أصلا (٢) . فيتعسف اذن في استعمال حقه المالك الذي يفرس أشجارا عالية كثيفة في أرضه لمجرد حجب الضوء عن جاره حتى ولو عادت هذه الأشجار على الأرض بالنفع (٣) ، ما دام هذا النفع لم يكن مقصودا في ذاته بل جاء تحقيقه عارضا بحتا اذا كان القصد الوحيد من غرسها هو مجرد الاضرار بالجار .

واذا كان اثبات تمحض قصد الاضرار بالغير أمرا عسيرا ، فان القضاء كثيرا ما يعتمد في استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق في استعمال حقه ، معتبرا هذا الانعدام قرينة على تمحض قصد الاضرار عنده (٤) . فالمالك الذي يقيم حائطا مرتفعا على حدود ملكه بحيث يحجب الضوء عن ملك جاره يعتبر بذلك متمحضا للقصد للاضرار بهذا الجار اذا لم

(١) Notre thèse précitée, p. 264.

كتابتنا سالف الذكر ص ١١١٧ و ١١١٨ .

ولكن انظر عكس ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، فقرة ٥٦٠ - أنور سلطان ، النظرية العامة في الالتزام ،

ج ١ ، ص ١٩٥٥ ، ص ٤٤١ - اسماعيل غانم ، ص ١٦٢ .

(٢) في هذا المعنى :

المذكورة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون

المدني ، ج ١ ، ص ٢٠٩ .

(٣) عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، فقرة ٥٦٠ .

(٤) في هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 569.

المذكورة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ،

الموضع السابق .

تكن له مصلحة حقيقية في بناء مثل هذا الحائط المرتفع (١) . وكذلك الحال في شأن المالك الذي يقيم سياجا عاليا يطنيه باللون الأسود لا لشيء الا لمجرد اظلام بناء جاره دون أى منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك (٢) . وكذلك الحال في شأن صاحب العمل الذي يقدم على فصل العامل لمجرد الانتقام منه ، لأنه طالب بالحقوق المقررة له بمقتضى قوانين العمل ، أو لأنه قام بالشهادة ضد صاحب العمل .

٣٩٤ - انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي

يحق بالغير

لا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حقه حتى تنتفى عنه شبهة التعسف ، فمن اليسير الادعاء بوجود مثل هذه المصلحة في الصور التي لا يكون قصد صاحب الحق متمحضا للاضرار بالغير . ولكن ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق . أما اذا كانت المصلحة تافهة بالقياس الى الضرر الذي يعود على الغير بحيث لا يوجد بينهما تناسب اطلاقا ، فذلك دليل على الانحراف في استعمال الحق .

وواضح أن هذا المعيار موضوعي لا شخصي كالمعيار السابق ، قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق . وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . والواقع أنه كثيرا - وان لم يكن دائما - ما يكون في وجود مثل هذا التفاوت الجسيم قرينة على قصد الاضرار بالغير (٣) دون أن يتمحض القصد من

(١) في هذا المعنى :

Appel mixte : 17 Avril 1919. B. 13, 252 ; 12 Déc. 1924. Gazette, 15. 89, 126; 12 Nov. 1929. B. 42. 27.

مصر الكلية ٣١ مايو ١٩٢٧ ، المحاماة ١٨/٢١/٧٤ .

Trib. civ. Sedan 17 Déc. 1901. S. 1904. 2. 217, Note Appert. (٢)

(٣) في هذا المعنى :

المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني مجموعة الأعمال التحضيرية للمانون

المدني ، ج ١ ، ص ٢١٠ .



استعمال الحق لذلك .

وقد طبق المشرع المصرى هذا المعيار فى صور كثيرة . ومن ذلك نصه على أنه « ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » ( م ٢/٨١٨ مدنى ) . ذلك أن الحائط الفاصل ما دام مملوكا ملكية خالصة لأحد الجارين ، فلما لکه سلطة هدمه . غير أنه لما كان بناء الجار مستترا بهذا الحائط ، فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعا أن يوجد تناسب بين المنفعة التى تعود على مالك الحائط من هدمه وبين الضرر الذى يلحق الجار نتيجة ذلك . وهذا التناسب يقوم اذا وجد لدى المالك باعث قوى يبرر الهدم من استهداف منفعة كبيرة تتوازى على الأقل مع الضرر العائد على الغير . أما اذا لم يوجد باعث على الهدم ، أو وجد باعث ولكنه ليس قويا بحيث يبرره ، فيعتبر ذلك قرينة على التصسف فى استعمال حق الملكية بابتغاء تحقيق مصلحة ضئيلة تافهة لا تستأهل حماية القانون . أمام ما يصيب الجار فى مقابلها من أضرار جسيمة فادحة .

ومن تطبيقات المشرع كذلك لهذا المعيار ما يقضى به من أن « لملك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، اذا لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » ( م ١٠٢٩ مدنى ) .

وكذلك يعتبر من تطبيقات هذا المعيار تخير صاحب الحق - من بين الطرق الممكنة المتعددة لاستعمال حقه - الطريقة الأكثر اضرارا بالغير دون نفع ذى قيمة كبيرة له (١) . وذلك كمالك يقيم مدخنة فى مكان معين من بنائه بحيث تضر بالجار ، وكان يمكنه - دون ضرر أو فوات منفعة عليه هو - تجنب ملك الجار هذا الضرر أو التقليل منه باقامتها فى مكان آخر من البناء (٢) .

(١) يجرى القضاء الفرنسى كذلك على اعتبار هذه الصورة من صور التصسف فى استعمال الحق ، انظر بخاصة :

Trib. civ. Draguignan, 17 mai 1910. D. P. 1911, 2, 1933. — Req. 29 Mars 1929, S. 1930, 1, 45. — Paris 28 octobre 1941. Gaz. Pal. 1941, 2, 490.

Appel mixte, 25 novembre 1880, B. 6. 8. (٢)

### ٣٩٥ - عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق

لا يكفي أن تكون المصلحة التي يرمى صاحب الحق الى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كبير له ، بل يجب أن تكون هذه المصلحة كذلك مشروعة . ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون الا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة ، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون .

وبناء على هذا المعيار ، يعتبر متعسفا في استعمال حقه : المالك الذي يطالب باخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته الى السكن فيه ، بعد محاولته زيادة الأجرة فوق ما يسمح به القانون واخفاقه في ذلك (١) . والمالك الذي يمتنع عن الترخيص بالايجار من الباطن أو التنازل عن الايجار ، حيث يكون ذلك معلقا على موافقته بمقتضى العقد ، دون سبب مشروع (٢) أو بقصد الحصول على مقابل لذلك أو زيادة غير مشروعة . وصاحب العمل الذي يفصل العامل بسبب مذهبه السياسي ما لم يكن لذلك ارتباط بعمله أو تأثير فيه (٣) ، أو بسبب انضمامه أو عدم انضمامه الى نقابة معينة (٤) ، أو بسبب نشاطه النقابي المشروع (٥) .

وواضح أن هذا المعيار معيار موضوعي مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة

(١) Trib. paix Vanves, 24 Août 1926, (2ème espèce), Repertoire  
Commalle, 1926. I, p. 349.

(٢) أنظر في الإشارة الى أحكام القضاء الفرنسي في هذا المعنى :  
Josserand, op. cit., pp. 180, 402.

وأنظر كذلك في هذا المعنى في القانون المصري :

منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة ( البيع والمقايضة والايجار ) ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ،  
فقرة ٢٢٢ ، ص ٥٧٢ .

(٣) القاهرة الابتدائية ٢٤ مارس ١٩٦٠ ، مدونة الفكهاني الدورية ١٩٦٠ . رقم ٢٠٨ ،  
ص ٤٢٦ .

(٤) القاهرة الابتدائية ٢٥ مايو ١٩٥٤ ، مدونة الفكهاني ، ج ١/٣ ، رقم ٣١٢ ، ص ٤٧٦ .

(٥) الجيزة الابتدائية ١٧ أكتوبر ١٩٥٤ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٢ ، ص ٣٦٢ .

في رقابة استعمال الحقوق ، ولعل صفته الموضوعية هي التي تجعله مفضلاً لدى بعض الفقهاء (١) على معيار آخر شخصي يشيع الالتجاء اليه في الفقه والقضاء الفرنسي (٢) هو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع *motif illégitime* خاصة . ومع ذلك ، فينبغي أن يراعى أن المعيارين مرتبطان أشد الارتباط ، بل هما في الحقيقة وجهان لمعيار واحد ، إذ ليس معيار المصلحة غير المشروعة إلا التعبير الموضوعي عن المعيار الشخصي أو النفسي وهو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع (٣) ، فإذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لاستعمال حقه ، فهو يهدف إذن إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . والواقع أن هذين الوجهين إنما يقومان على فكرة ضرورة موافقة استعمال الحق لغاياته . فللتحقق من هذه الموافقة ، يجب الوقوف على غاية الحق والمصالح المشروعة المقصود تحقيقها من وراء تقرير القانون له من ناحية ، وعلى الدوافع التي وجهت استعماله على نحو معين من ناحية أخرى ، ومطابقة هذه على تلك ، بحيث يعني كل تباعد بينهما الانحراف في استعمال الحق ، وبستوى بعد ذلك أن ينسب هذا الانحراف إلى الدوافع غير المشروعة أو إلى المصالح غير المشروعة (٤) .

(١) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ .

(٢) أنظر في ذلك بخاصة :

Josserand, op. cit., No. 296 et s.

(٣) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، الموضوع السابق .

Notre thèse précitée, p. 172.

Notre thèse précitée, ibid. (٤)

وإذا كان بعض الفقهاء ( عبد الرزاق السنهوري ، الموضوع السابق ) يرى أن معيار « المصلحة غير المشروعة » أدق من معيار « الدافع أو الغرض غير المشروع » من ناحية الانضباط وأسهل منه من ناحية التطبيق ، فهو في الواقع إنما يفصل بين شيئين متلازمين روجيهن متكاملين لمعيار واحد يحدد كل منهما الآخر ، بحيث لا يمكن الاكتفاء بالوقوف على أحدهما والاستغناء عن الآخر . ولذلك يقوم نفي صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق على الاستهزاء أساساً بعدم مشروعية الدافع إلى هذا الاستعمال . وهذا ما بصرت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للفتنيتين المدني بقولها إن معيار المصلحة المشروعة إذا كان « مادياً في ظاهره » ، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة « ( مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٠٩ و ٢١٠ ) » .

### ٣٩٦ - الضرر الفاحش

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يضيف الى المعايير الثلاثة المتقدمة للتعسف معيارا آخر هو معيار « الاستعمال الذى يحول دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف » . واذا كان هذا المعيار قد حذف فلم يظهر فى نص المادة الخامسة من التقنين المتضمنة لمعايير التعسف ، فلم يكن ذلك عدولا عن اعتباره - بما يعنيه من فكرة « الضرر الفاحش » - معيارا للتعسف فى استعمال الحق ، وانما اكتفاء بالتطبيق الخاص الموجود له فى حق الملكية وهو تطبيقه الرئيسى . ذلك أن المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى تقضى بأنه « ١ - على المالك ألا يغفل فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . ٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها . وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات وموضع كل منها بالنسبة الى الآخر والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » .

وعندنا أن هذا النص ليس الا مجرد تطبيق لفكرة التعسف فى استعمال الحق ولمعيار من معاييرها الهامة هو معيار « الضرر الفاحش » . ويسند ذلك أن الشريعة الاسلامية - وهى التى اعتمد المشرع المصرى عليها اعتمادا رئيسيا فى صياغة نظرية عامة للتعسف - تجرى منذ قديم على اعتبار هذا المعيار من معايير التعسف (١) ، وان القضاء المصرى قد جرى كذلك على الأخذ بهذا النظر من التكييف فى ظل التقنين المدنى القديم (٢) . وليس فى الأعمال التحضيرية

(١) راجع فى ذلك :

Fathy, these précitées, Nos. 163, 164.

السعيد مصطفى السعيد ، الرسالة السابقة ، ص ٣٦ - ٣٨ و ٤١ .

أنظر كذلك م ١١٩٨ وما بعدها من « المجلة » والمواد ٥٧ و ٥٩ - ٦٢ من كتاب مرشد الحيران .

(٢) أنظر بخاصة :

Appel mixte. 17 Avril 1945, B. 57. 125.

للتقنين المدني الحالي ما يفصح عن رغبة المشرع المصري في العدول عن هذا التكييف التقليدي المستقر .

وبالإضافة الى ذلك ، فإن الالتجاء الى فكرة التعسف هنا كتبرير لمسئولية المالك في أحوال المضار غير المعتادة للجوار يفنى عن التبريرات الأخرى التي تقدم في هذا الشأن وتستهدف لانتقادات كثيرة : كاقامة المسئولية على أساس خطأ المالك (١) ، أو على أساس مجاوزته حقه وخروجه عن نطاقه (٢) .

والواقع أنه - في تأسيس مسئولية المالك عن الأضرار التي يسببها لجيرانه - يجب عدم اغفال أن هذه الأضرار إنما تتحقق نتيجة أفعال مشروعة في ذاتها هي المكونة لاستعمال حق الملكية ، فارتباط هذه المسئولية اذن بفكرة الحق ومدى مشروعية استعماله أمر ظاهر . وواضح أن المالك الذي يستعمل حقه استعمالاً يؤدي الى تحميل جيرانه أضراراً تتجاوز الحد المألوف تحمله والتسامح فيه بين الجيران ، إنما يخل - لحساب الصالح الفردي - بالتوازن الواجب بينه وبين الصالح الجماعي (٣) وينحرف بالحق عن غايته المقصودة الى حد جعله وسيلة لفرض أضرار جسيمة فاحشة على الغير ، مما يصير معه استعماله تعسفياً غير مشروع لا يستأهل حماية القانون .

وإذا كانت صورة مضار الجوار غير المألوفة في صدد استعمال حق الملكية (٤) هي أظهر صور معيار « الضرر الفاحش » ، ولذلك كانت عناية

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 620, 621.

(٢) انظر كذلك في تفصيل انتقاد الرأي القائل باعتبار مسئولية المالك عن الأضرار غير المألوفة مقامة على أساس مجاوزة الحق لا على أساس التعسف في استعمال الحق : كتابنا أحكام حق الملكية ، هامش «١» ، ص ٣٢٢ - ٣٢٤ .

(٣) Notre thèse précitée, p. 204.

(٤) يراعى أن هذه الصورة تفرض كذلك في صدد استعمال الشيء ممن له حق فيه كالمستأجر أو المستأجر (في هذا المعنى : شفيق شحاته ، هامش «١» ص ٨٦ - اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، هامش «٢» ، ص ١٠٤ ) .

المشروع المصري بالنص عليها صراحة في المادة ٨٠٧ مدني ، فيجب أن لا ينفي ذلك إمكان انبساط هذا المعيار على حقوق أخرى غير حق الملكية (١) .

وعلى أي حال ، فصورة مضار الجوار غير المألوفة تعبر عن معيار مرن كل المرونة يتسع لتطور الحياة الاجتماعية ويمكن القاضي من الاعتداد بالظروف والملايسات الخاصة بكل حالة . ومن تطبيقاته (٢) ما قضى به من مسئولية الحكومة بالتعويض عما أصاب السكان وأملاكهم من أضرار نتيجة انشائها محطة من محطات المجارى على قطعة من أملاكها أخلت ادارتها راحة السكان في حي مخصص للسكنى (٣) ، ومن مسئولية احدى شركات الفنادق عن الأضرار التي تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل جهاز لتوليد الكهرباء مقام في ملحق فندق تملكه (٤) .

#### ٣٩٧ - تقدير مسلك المشرع المصري

تأثر المشرع المصري في صياغة معايير التعسف بالمصادر الأساسية التي استقى منها نظرية التعسف في استعمال الحق ، وهي فقه الشريعة الاسلامية من ناحية ، وأحكام القضاء المصري في الأخذ بهذه النظرية في ظل التقنين المدني القديم من ناحية أخرى ، فجرى مثلهما على تعديد صور مختلفة للتعسف (٥) . ولكن كان خليقا به ، وهو يستقر على الأخذ بهذه النظرية

(١) فستطيع أن تعتبر التعاقد الذي يصر على التمسك بوجوب تنفيذ العقد بشرطه الاصلية المحددة فيه ، رغم أن هذا التنفيذ قد صار - نتيجة ظروف حوادث استثنائية عامه لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد - مرهقا للمتعاقد الآخر بحيث يهدده بخسارة فادحة ، متعسفا في استعمال حقه ، وأن نرد هذا التعسف الى فكرة الضرر الفاحش . وبذلك تستوى نظرية الظروف الطارئة التي أقرها المشرع المصري صراحة في المعاملات المدنية ( م ٢/١٤٩ مدني ) على أساس سليم ( انظر : Notre thèse précitée, pp. 243 - 245 . - وكتابتنا سالف الذكر ، ص ١١٣٠ - ١١٣١ ) .

(٢) انظر في تفصيل هذه التطبيقات : كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ٩٩ ، ص ٣٣٥ - ٣٣٠ .

(٣) استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، المحاماة ٢١/٢٧٦ / ٨٩١ .

(٤) Le Caire (mixte), 5 mai 1914, Gazette, 4. 206. 492.

(٥) انظر ، كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣١ و ١١٣٢ .

ويعتمد الى تقنينها ، أن يستخلص المبدأ أو المعيار العام الذي ترد اليه مختلف صور التعسف ومعاييرها في أحكام الفقه الاسلامي وأحكام القضاء المصري ، خاصة وأن جهود الفقه الحديث قد مهدت أمامه السبيل لتأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق وبيان الفكرة العامة التي تحكم مختلف صورته ، وأن التقنينات الحديثة التي سبقته في تقنين هذه النظرية قد نحا أغلبها نحو وضع مبدأ عام يحكم معيار التعسف دون تحديد أو تعديد صورته ، وأن طريقة تعديد صور التعسف اذا كانت تناسب فقه الفروع وأحكام القضاء فهي أقل مناسبة في صياغة التشريع كما سبق البيان .

ويبقى بعد ذلك أن مسلك المشرع المصري من تعديد معايير مختلفة للتعسف مسلك منتقد من ناحية أخرى . ذلك أن هذا المسلك لا يخرج عن أحد أمرين : اما أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر ، وهو ما يتهدد نظرية التعسف في استعمال الحق بالجمود وعرقلة استجابتها ومقابلتها للتطور المحتوم في الجماعة . واما أن هذه المعايير واردة على سبيل المثال ، وكان من الأفضل حينئذ اعطاء القاضي المبدأ العام الذي يحكم توجيه كل هذه المعايير والصورة (١) . واذا كان جمهور الفقه المصري (٢) يقطع بورود هذه المعايير على سبيل الحصر ويمنع القاضي من الأخذ بمعايير أخرى للتعسف غيرها ، فنعتقد من جانبنا أن المشرع المصري لم يرد تقييد القاضي تقييدا جازما بهذه المعايير وحدها (٣) . فهو قد وضع في المادة الرابعة من التقنين المدني المبدأ العام من ارتهان حماية القانون لصاحب الحق بمشروعية استعماله له بحيث ترتفع مسئوليته اذا كان استعمال الحق مشروعاً وتحقق اذا كان الاستعمال غير مشروع ، ثم ذكر في المادة الخامسة أحوالاً يعتبر استعمال الحق فيها غير مشروع لا ليحصر فكرة عدم المشروعية فيها ، وانما - كما تقول المذكرة

(١) Notre thèse précitée, pp. 277, 278.

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥٥٩ . - احمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، فقرة ٥٥٤ . - اسماعيل غانم ، انظرية الصامعة للحق ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ١٦١ . - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٤١ .

(٣) Notre thèse précitée, Ibid. (٢)

الايضاحية - لكي « يهيء للقاضي عناصر نافذة للاسترشاد » (١) .

وعلى أى حال ، فينبغى البصر بالمبدأ أو المعيار العام الموجه لكل ضوابط ومعايير التعسف التي ذكرها المشرع المصري . وهي لا تخرج ، فى الواقع ، عن فكرة التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها (٢) . اذ لا يتصور أن تكون الحقوق - وهي تمثل قيما اجتماعية يحميها القانون - معطاة كوسيلة لمجرد الاضرار بالغير ، أو لتحقيق مصالح تافهة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر ، أو لتحقيق مصالح غير مشروعة من باب أولى ، أو لتحميل الغير بأضرار فاحشة . وفكرة الغاية هذه هي التي ارضيناها من قبل أصلا يحكم استعمال الحق ويحدد معيار التعسف فيه (٣) ، فى ضوء ما بيناه من اتصال التعسف أساسا بفكرة الحق وكون الحق وسيلة لغاية دون أن يكون غاية فى ذاته .

### المبحث الثالث

#### محل التعسف

٣٩٨ - تمهيد

اذا تحدد التعسف من حيث التأصيل والمعيار على النحو السابق تفصيله ، فيبقى تحديد نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق وهو ما يقتضى تحديد المحل الذي يرد عليه التعسف . وفى شأن هذا المحل ، نجد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢٠٩ .

(٢) Notre thèse précitée, pp. 278, 279.

(٣) لم يعد ثم محل فى القانون المصرى للتخوف من اعتبار « الانحراف عن غاية الحق » موجها عاما لكل معايير التعسف وصوره المختلفة ، أمام أخذ المشرع المصرى صراحة بمعيار « المصلحة غير المشروعة » وهو منوط كما رأينا بتحديد غاية الحق ودوافع استعماله ، مما يجعله فى الواقع خاضعا فى جانب منه للاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية المختلفة التى يرفض بعض الفقهاء ( عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ ) معيار « غاية الحق » من أجل توقي الدخول فيها . بل ولعل معيار « المصلحة غير المشروعة » أن يكون فى الحمة هو أظهر تمثيل وتجسيد للمعيار العام الموجه وهو معيار « الانحراف عن غاية الحق » . ( أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٢٤ ) .



اتجاهين : أولهما الى التضخيم من نطاق تطبيق هذه النظرية ببسط محل التعسف الى الحريات أو الرخص العامة كالحقوق سواء بسواء ، والثاني الى التضييق باستبعاد بعض الحقوق بالمعنى الفنى الدقيق من ورود التعسف عليها مما يجعلها حقوقا مطلقة أو تقديرية . والواقع أن ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق وغايته - على النحو السالف بيانه - يكشف عن التضخم المصطنع الذى يدخله الاتجاه الأول على فكرة التعسف ونظريته ، وأن عدم التخلص الى اليوم نهائيا من سيطرة النزعة الفردية وما ولدته فى الأذهان من حصانة مطلقة لأصحاب الحقوق فى استعمالها يكمن وراء الاتجاه الثانى فى استبقاء بعض الحقوق مطلقة تقديرية الاستعمال . فنعرض لمناقشة الاتجاهين وتحديد محل التعسف على ضوء ذلك .

### ٣٩٩ - التعسف يرد على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو

#### الرخص العامة

سبق أن أشرنا الى أن الخلط قديم فى الفقه بين الحقوق بالمعنى الدقيق وبين الحريات أو الرخص العامة . وكان طبيعيا أن يمتد هذا الخلط الى نظرية التعسف فى استعمال الحق ويوجد فيها مرتعا خصيبا يرضى رغبة أنصارها والمدافعين عنها ، فى الأقل أول ظهورها ، فى إبرازها وتضخيم أهميتها بتوسيع نطاق تطبيقها على هذا النحو الذى لا يقتصر على الحقوق بالمعنى الصحيح فحسب ، بل ينبسط كذلك على الحريات أو الرخص العامة ويتناول حتى كل فعل مشروع مباح فى الأصل أيا كان ، بحيث كادت هذه النظرية تقتحم فى كتاباتهم كل نواحي القانون المدنى أن لم يكن نواحي القانون قاطبة ، وغدا من اليسر الجارى على أقدامهم ادعاء وجود التعسف وتلمسه دون تدقيق فى حقيقته وكنه محله .

والواقع أن هذا المسلك - على خلاف ما يظن أصحابه - ليس بالذى يحمل كسبا لنظرية التعسف فى استعمال الحق أو بالذى يعين على تدعيمها وتقويتها ، فليست قيمة النظريات فى اتساع نطاق تطبيقها بقدر ما هو فى دقة تحديدها . ومن شأن هذا التضخيم المصطنع فى نطاق تطبيق نظرية التعسف - على حساب اغفال أصلها من الارتباط بفكرة الحق بوصفها التقويم والتصحيح

اللازم لها - تميم هذه النظرية وانطماس حدودها ، وهو ما يتهددها - من فرض اتساعها وانبساطها - بالعجز والضعف (١) .

فضلا عن أن توسعة نطاق نظرية التعسف على هذا النحو ، إنما تقوم على أساس خلط واضح بين فكرة « الحق » وفكرة « الحرية أو الرخصة العامة » وهو خلط تزايد خاصة في القرنين السابع عشر والثامن عشر في أوروبا حينما اصطنع الفلاسفة وكتاب السياسة ما سموه « حقوق الانسان الطبيعية » الخالدة المقدسة مدرجين ضمنها عديدا من الحريات العامة التي يجب كفالتها للأفراد ، ليقابلوا بها ويوقفوا حقوق الملوك الالهية المزعومة التي كانت سندهم حينئذ في الاستبداد والظلم . وإذا كانت نظرية « التعسف في استعمال الحق » لا تعنى - كما هو ظاهر من اسمها - الا الحقوق واستعمالها ، فهي إنما تعنى الحقوق في المعنى القانوني الدقيق فحسب ، مما يستبعد من نطاق تطبيقها تلك الحريات أو الرخص العامة التي قد تعتبر حقوقا في المعنى السياسي أو الفلسفي لا في المعنى القانوني (٢) .

والواقع أن اجراء نظرية التعسف على ممارسة الحريات أو الرخص العامة كذلك ليس ثم ما يدعو اليه . ففكرة « الخطأ » في نطاق المسؤولية التقصيرية كانت تتكفل دائما بحكم الانحراف في هذه الممارسة عن مقتضى انسلوك المألوف ، وكان استعمال الحق غير خاضع في الأصل لفكرة الخطأ مما دعا من بعد الى ظهور فكرة التعسف لحكم هذا الاستعمال . ولذلك فإذا كان ينبغي في نظر البعض التسوية في الحكم بين استعمال الحقوق وبين ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فإن منطوق هذا النظر يقضى بمد فكرة الخطأ الأصلية الى استعمال الحقوق لا بمد فكرة التعسف الحديثة الى ممارسة الرخص والحريات العامة ، وهذا ما يفعله أنصار تسوية التعسف بالخطأ التقصيري تسوية كاملة (٣) .

1. Notre thèse précitée, p. 63.

(٢) انظر بخاصة :

Waline, L'individualisme et le droit, pp. 94, 385.

(٣) انظر ، بخاصة ، في هذا المعنى في الفقه المصري :

اسماعيل غانم ، النظرية العامة للحق ، ص ١٦٦ و ١٦٧ .

غير أنه اذا كان ينبغي - كما سبق البيان - الاعتراف لفكرة التعسف بذاتية واستقلال خاص عن فكرة الخطأ تخرجانها من دائرة المسؤولية التقصيرية ، واعتبار فكرة التعسف هي الفكرة المناسبة في شأن تحديد الانحراف في استعمال الحقوق بالنظر الى ما تعنيه الحقوق من تفاوت في مراكز الأفراد ، في حين تظل فكرة الخطأ هي الفكرة المناسبة في شأن تحديد الانحراف في ممارسة الحريات أو الرخص العامة بالنظر الى ما تعنيه هذه الحريات من تساوى مراكز الأفراد (١) ، فمقتضى ذلك كله التمييز بين الفكرتين فيما تردان عليه من محل : فتقتصر فكرة التعسف على استعمال « الحقوق » بالمعنى القانونى الدقيق ، وتظل فكرة الخطأ منبسطة - من بين ما تناوله - على ممارسة الرخص أو الحريات العامة . وهو ما يعطى أهمية بالغة - فى شأن تحديد محل التعسف ونطاق نظريته - للفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة .

وقد سبق أن أقمنا التمييز بينهما - فى صدد تعريف الحق - على أساس أن الحقوق تفترض وجود رابطة قانونية تثبت لشخص على سبيل الاستثناء والانفراد تسلطاً على شيء معين أو اقتضاء أداء من شخص معين ، بينما الرخص أو الحريات العامة لا تفترض وجود مثل هذه الرابطة . واذا كانت تخول مكنات معينة فانما تخولها فى الواقع للناس كافة دون أن تكون محل استثناء أو اختصاص حاجز لواحد دون الباقين (٢) .

ويبدو أن المشرع المصرى يأخذ بهذا النظر من التمييز بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، ومن قصر اعمال نظرية التعسف على الحقوق وحدها دون الحريات أو الرخص العامة . فقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الحالى يتضمن نصاً يمهّد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق بالفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، وكان المقصود من ذلك -

(١) انظر سابقاً ، ص ٤٤٠ - ٤٤١ .

(٢) انظر الموضوع السابق المشار اليه فى الهامش السابق .



التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق دون تمييز أم يرد على استعمال بعضها دون البعض الآخر .

ونجد اتجاها قويا في الفقه الفرنسى خاصة يخرج بعض الحقوق من نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ، ويعتبرها بذلك حقوقا مطلقة يترك استعمالها لمحض تقدير أصحابها دون خضوع هذا الاستعمال - فى دوافعه وأغراضه - لرقابة أو تعقيب القضاء ، وهو ما يحمى أصحابها من أى حد من هذا الاستعمال وبعضهم من أية مسئولية تترتب بسببه ، وهذه هى « الحقوق المجردة أو غير المسببة » *droits abstraits ou non causés* كما يسميها البعض (١) ، أو « الحقوق التقديرية » *droits discrétionnaires* كما يسميها بعض آخر (٢) . غير أن أنصار هذا الاتجاه لا يتفقون على تبرير واحد لوجود هذه الطائفة من الحقوق المطلقة أو التقديرية .

فبعضهم يرد ذلك الى ما لهذه الحقوق من حدود موضوعية معينة تعيننا دقيقا تقنى عن الحدود الشخصية التى تقيمها نظرية التعسف فى استعمال الحق (٣) . غير أن هذا التبرير ليس بالمقنع . اذ لا يتوقف اعمال نظرية التعسف فى الواقع على مدى التحديد الدقيق لمضمون الحق بقدر ما يتوقف على فكرة الحق نفسها وارتئانها بفاية معينة ، خاصة وأن حدود الحق الموضوعية - مهما بلغت دقة تعيينها - انما ترسم مضمون الحق والتعسف انما يتعلق بفايته . هذا فضلا عن عدم صدق هذا التبرير فى كل الحالات : فبعض الحقوق ذات الحدود الدقيقة يظل مع ذلك محلا للتعسف ، وبعض الحقوق التى يقال انها مطلقة أو تقديرية تفتقد مثل هذا التحديد الدقيق (٤) .

ويرد بعض آخر من أنصار هذا الاتجاه بقاء بعض الحقوق مطلقة الى

Josserand, op. cit., No. 306. (١)

Rouast, article précité. (٢)

Josserand, op. cit., No. 306, p. 416. (٣)

Rouast, article précité, No. 3, pp. 2, 3. (٤)

أن استعمالها استعمالا تحكيميا يكون أمرا ضروريا أمام ما يهيمن على هذا الاستعمال من دوافع شخصية خالصة تستعصى على تقدير القاضى وتكون من شأن صاحب الحق وحده (١) . ولكن هذا التبرير بدوره غير مقنع . إذ ما دام من شأن اعمال نظرية التعسف فى استعمال الحق اخضاع دوافع استعمال الحقوق لرقابة القضاء وهى بحسب طبيعتها دوافع شخصية ، فلا وجه اذن لحرمانه - بدعوى الصفة الشخصية الخالصة - من رقابة بعض هذه الدوافع دون بعض . فضلا عن أن هذا التبرير يخلق مشكلة أخرى ليس من اليسير حلها ، هى مشكلة تحديد ما يعتبر من الدوافع ذا صفة شخصية خالصة بحيث يترك لمحض تقدير صاحب الحق وما لا يعتبر كذلك فيخضع لرقابة القضاء (٢) ، وبذلك يتعذر الوصول مسبقا - فى ضوء هذا التبرير - الى تحديد ما يعتبر من الحقوق مطلقا أو تقديريا وما يعتبر منها نسبيا يصلح محلا للتعسف .

والواقع أنه اذا كانت ما تزال توجد فى بعض القوانين والشرائح التى تقر الأخذ بمبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق حقوق تقديرية أو مطلقة لا يخضع استعمالها لرقابة القضاء ، فليس ذلك الا بعض بقايا النزعة الفردية القديمة المتطرفة التى كانت تجعل لصاحب الحق حصانة مطلقة فى استعمال حقه . وقد أكد استبقاء هذه النزعة فى شأن تلك الحقوق ، أن التعسف فى استعمالها لا يمثل بعد فى نظر الجماعات صاحبة هذه القوانين درجة من الخطورة الكافية تحملها على التصدى لتقويمه (٣) . ولذلك كان طبيعيا ألا تتفق هذه القوانين المختلفة على قائمة واحدة لما يعتبر تقديريا مطلقا من الحقوق ، إذ يختلف الأمر بحسب نظرة كل جماعة والمثل التى تسيرها والسياسة التشريعية التى تستهدفها ومدى ارتدادها عن النزعة الفردية القديمة ومدى استشعارها خطر التعسف فى استعمال هذه الحقوق . وعلى أى حال ، فالمسلم

Ripert, op. cit., No. 100. (١)

Notre thèse précitée, p. 123. (٢)

Notre thèse précitée, pp. 130, 131. (٣)

— حتى باعتراف المدافعين عن وجود هذه الحقوق التقديرية — أن هذه الحقوق في تراجع وعددها في تناقص (١) ، ومآلها المحتوم — فيما نرى — هو الانقراض في القريب مسaire للتطور المحتوم في هذه الجماعات . وأيا كان الأمر ، فوجود حقوق مطلقة أو تقديرية يرجع اذن ظروف خاصة بكل جماعة ، وليس في جوهر هذه الحقوق ما يحتم في المنطق اطلاق استعمالها لمحض تحكم وتقدير أصحابها (٢) .

وامام ذلك ، وبالنظر كذلك الى أن المشرع المصرى — فى تقريره نظرية التعسف — انما يتكلم عن « استعمال الحق » بصفة عامة دون تمييز أو تحديد ودون اشارة الى امكان وجود حقوق تقديرية ، نستطيع أن نستخلص أن التعسف فى القانون المصرى يرد على استعمال كافة الحقوق ، وأن هذا القانون قد تخلص تماما — فى شأن استعمال الحقوق — من كل بقايا النزعة الفردية ، وأنه لا يقر بالتالى وجود حقوق تقديرية يتمتع أصحابها بسطان مطلق فى استعمالها دون تعقيب أو رقابة عليهم فى ذلك من قبل القضاء (٣) . ولذلك يجب القول — خلافا لما يرى البعض — باخضاع حق الايضاء وحق الطلاق فى القانون المصرى لنظرية التعسف (٤) . وما يؤكد الرأى المتقدم كذلك أن المشرع المصرى حينما أتاحت له فرصة التعرض لبعض هذه الحقوق التقديرية المزعومة أخضعها صراحة لرقابة القضاء لمنع التعسف فى

(١) Rouast, pp. 2, 12, 16.

(٢) راجع فى تفصيل مناقشة ورفض المبررات الخاصة لاطلاق استعمال كل حق من الحقوق التقديرية المزعومة على حدة :

Notre thèse précitée, pp. 131 - 168.

وكتابتنا سالف الذكر ، ص ١١٤٨ — ١١٥٨ .

(٣) أنظر فى هذا المعنى :

كتابتنا سالف الذكر ، ص ١١٤٧ وما بعدها . — اسماعيل غانم ، ص ١٦٧ .

ولكن أنظر عكس ذلك :

أحمد سلامة ، نظرية الحق فى القانون المدنى ، ١٩٥٩ ، فقرة ٨٢ .

(٤) راجع فى تفصيل ذلك :

كتابتنا سالف الذكر ، ص ١١٤٨ — ١١٥٧ .

استعمالها ، فهو ينفي الصفة التقديرية المزعومة للحق المعنوي للمؤلف ،  
بفرض رقابة قضائية مبتدأة على استعمال المؤلف سلطته في تعديل المصنف-  
وسحبه من التداول لضمان عدم التعسف فيه بالتحقق من وجود أسباب-  
خطيرة تبرر هذا الاستعمال ( م ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف ) (١) .

### المبحث الرابع

#### اثبات التعسف وجزاؤه

##### ٤٠١ - تحمل مدعى التعسف بعبء اثباته

واضح أن على من يدعى وقوع تعسف من صاحب حق في استعمال حقه-  
اثبات ما يدعيه طبقاً للقواعد العامة في الإثبات . وعلى هذا النحو ، فالأصل  
أن صاحب الحق لا يتحمل عبء اثبات مشروعية استعمال حقه (٢) ، خاصة  
أن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب الافتراض ابتداءً إلى أن يقوم الدليل  
على العكس (٣) .

ورغم ذلك ، فشم اتجاه يحاول قلب هذا الأصل في حالة انقضاء عقد العمل  
غير المحدد المدة بالإرادة المنفردة إنهاءً تعسفياً أو بلا ميرر مشروع ، بتحميل  
صاحب العمل إذا كان الانهاء من جانبه - وهذا هو الغالب - اثبات مشروعية  
الإنهاء ومبرراته ، ويرى في ذلك خصوصية ملحوظة في التعسف في إنهاء-

(١) أنظر سابقاً ، ص ٤٩٥ - ٤٩٦ . وكتابنا سالف الذكر ، ص ١١٥٨ .  
(٢) إلا أن يصرح المشرع بتحميله بهذا العبء استثناءً ، كمنه في المادة ٧/٧٥ من قانون  
العمل على تحميل صاحب العمل بعبء اثبات أن فصل العامل لم يكن بسبب نشاطه النقابي .  
(٣) أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ، ص ١١٦٠ .  
(٤) في هذا المعنى :



هذا العقد (١) . وقد يكون في هذا الاتجاه نجدة للعامل واقالة له من عبء اثبات عسير . ولكن هذا الاعتبار لا ينهض مبررا كافيا لتجاهل حكم القواعد العامة في وجوب تحميل مدعى التعسف ، وهو العامل في هذا الفرض ، بعبء اثبات تعسف صاحب العمل في الانهاء أو انعدام مبرر هذا الانهاء . وهذا ما يستقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية بخاصة (٢) ، وينحاز اليه القضاء المصرى في مجموعته ويؤيده جمهور الفقه في مصر (٣) .

#### ٤٠٢ - الجزاء التعويضى والجزاء الوقائى على التعسف

واضح أن الجزاء على التعسف فى استعمال الحق يتمثل أساسا فى التعويض عن الأضرار المترتبة عليه . وقد ذهب رأى قديم (٤) الى اقتصار هذا التعويض على التعويض النقدي وحده دون التعويض العيني ، بدعوى أن التعويض العيني يفترض عملا مجاوزا حدود الحق بينما التعسف يفترض عملا داخل حدود الحق ومضمونه . ولكن هذا الرأى لم يلق تأييدا من الفقه أو القضاء ، فاستقر الرأى على هجره ، وعلى القول بأن جزاء التعسف التعويضى قد يكون تقديما وقد يكون عينيا حسب الأحوال (٥) .

(١) أنظر بخاصة :

محمد حلمى مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٧٦ . - محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل فى القانون المصرى ، ١٩٥٦ ، فقرات ١٤٤ و ١٤٥ و ١٦٣ و ٢١٣ .

(٢) أنظر فى الإشارة الى هذا القضاء :

Mazeaud, t. I, p. 544, notes "5" et "6".

(٣) راجع فى الإشارة الى ذلك :

كتابتنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، ط ٢ ، ١٩٦٩ ، هامش ٤٣ ، ص ٦٥٢ - ٦٥٣ ، وهامش ٤١ ، ص ٦٥٣ .

(٤) Saleilles, Etudes sur la théorie générale de l'obligation, p. 373 en note.

(٥) أنظر بخاصة :

Demogue, op. cit., t. IV, No. 690. — Josserand, op. cit., Nos. 324-327. — Notre thèse précitée, pp. 206, 207. — El-Kholy, La réparation en nature en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1954 (imp. 1957), No. 289.

وإذا كان هذا الجزاء التعويضي بصورته يرد على التعسف ، فليس هو  
بجزائه الوحيد . بل ثم جزء آخر فعال يمكن أن يرد عليه ، بل ويعتبر  
خصوصية من خصوصيات التعسف ، هو ذلك الجزاء الوقائي الذي سبقت  
الإشارة إليه والذي يمنع ابتداء الاستعمال التعسفي للحق ، ويحول بالتالي  
دون وقوع الضرر أصلاً (١) .

تمسكنا في الآونة الأخيرة بتقديرات الجائز  
في القضايا التي يتناولها التعسف في استعمال الحق  
باعتبارها (١) التي هي « تم بحمد الله »  
وهي من حيثها يفرق بين التعسف في استعمال الحق  
والتعسف في استعمال الحق كونه من حيثها يفرق بين  
عقوباته التي هي ما يراه الله تعالى في حق من يظلم  
بغير حكمة ولا ريب في حق من يظلم بغير حكمة ولا ريب  
في حق من يظلم بغير حكمة ولا ريب في حق من يظلم بغير حكمة ولا ريب

= أنور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ١٢٤ و ١٢٥ . - عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ،  
هامش ص ٨٤١ .

(١) في هذا المعنى :  
Ripert, La règle morale, No. 94. — Dabin, op. cit., p. 303. — Notre  
thèse précitée, pp. 236 et s.

عبد الرزاق السنهوري ، الموضع السابق . - اسماعيل غانم ، ص ١٦٥ .  
ولكن أنظر عكس ذلك :

El-Kholy, thèse précitée, Nos. 5 et s., No. 239.

# افرس

الصفحة	الفقرة
٧	المراجع
١١	مقدمة
١١	١. - اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته
١٣	٢. - تفرع الحقوق عن القانون
١٤	٣. - خطة الكتاب
<b>باب تمهيدى</b>	
<b>فى القانون بوجه عام</b>	
١٧	٤. - عرض وتقسيم
١٨	الفصل الأول - خصائص القانون
١٨	٥. - الحاجة الى القانون
١٩	٦. - تعريف القانون واستخلاص خصائصه
٢٠	المبحث الأول - القانون مجموعة قواعد سلوك
٢٠	٧. - القواعد التقريرية والقواعد التقويمية
٢١	٨. - القانون يفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف
٢٢	المبحث الثانى - القانون مجموعة قواعد عامة مجردة
٢٢	٩. - التكليف القانونى تكليف عام مجرد

الصفحة	الفقرة
٢٥	المبحث الثالث - القانون مجموعة قواعد اجتماعية
٢٥	١٠ - بيئة القانون الاجتماعية
٢٧	١١ - القانون والعلوم الاجتماعية
٢٧	١٢ - القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى
	(١) القانون وقواعد العادات والمجاملات والتقاليد (ص ٢٨)
	(٢) القانون والأخلاق (ص ٢٩) : النطاق (ص ٢٩) ،
	معيار التفرقة (ص ٣٠) ، آثار اختلاف الغاية
	بينهما (ص ٣٣) ، مدى تأثير القانون بالأخلاق
	(ص ٣٤)
	المبحث الرابع - القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة باجبار
٣٦	مادى جماعى
٣٦	١٣ - فكرة الجزاء أو الاجبار القانونى
٣٨	١٤ - الاجبار عنصر جوهرى لقيام القانون
٣٩	١٥ - صور الجزاء أو الاجبار
٤٢	الفصل الثانى - مدى سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون
	١٦ - تنوع قواعد القانون الى أمرة ومكلمة يستتبع تفاوت سلطان
٤٢	ارادة الأفراد ازاء القانون بين الانعدام والاطلاق
٤٤	١٧ - توافر صفة الالزام للقواعد المكلمة
٤٥	١٨ - معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكلمة
٤٦	١٩ - مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبيتها
٤٧	٢٠ - النظام العام
٥١	٢١ - الآداب
٥٢	٢٢ - سلطة القاضى فى تحديد مضمون النظام العام والآداب

الصفحة	الفقرة
٥٣	٢٣ - جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب
٥٦	٢٤ - الفصل الثالث - أقسام القانون وفروعه
٥٦	٢٤ - تمهيد
٥٧	٢٥ - المبحث الأول - التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص
٥٧	٢٥ - تاريخ التفرقة
٥٨	٢٦ - معيار التفرقة
٦٢	٢٧ - أهمية التفرقة
٦٣	٢٨ - مدى التفرقة
٦٤	٢٩ - المبحث الثاني - فروع القانون العام
٦٤	٢٩ - تقسيم
٦٤	٣٠ - المطلب الأول - القانون العام الخارجي
٦٤	٣٠ - مدى اعتبار القانون العام الخارجي قانونا بالمعنى الكامل
٦٦	٣١ - المطلب الثاني - القانون العام الداخلي
٦٦	٣١ - تعريف وتقسيم
٦٧	٣٢ - القانون الدستوري
٦٨	٣٣ - القانون الإداري
٦٩	٣٤ - القانون المالي
٧٠	٣٥ - القانون الجنائي
٧٢	٣٦ - المبحث الثالث - فروع القانون الخاص
٧٢	٣٦ - تعريف وتمهيد
٧٢	٣٧ - القانون المدني

الصفحة	الفقرة
٧٣	٢٨ - القانون التجاري
٧٤	٣٩ - القانون البحري
٧٥	٤٠ - قانون العمل

#### ٧٥ - المبحث الرابع - فروع القانون المختلطة

٧٧	٤١ - تقسيم
٧٧	٤٢ - القانون الدولي الخاص
٨١	٤٣ - قانون المرافعات المدنية والتجارية

#### القسم الأول

#### النظرية العامة للقاعدة القانونية

٨٥	٤٤ - تقسيم
----	------------

#### الفرع الأول

#### تكوين القاعدة القانونية

٨٩	مقدمة
٨٩	٤٥ - تمهيد
٩٠	٤٦ - المذاهب الشكلية في تكوين القاعدة القانونية
	(١) مذهب هيغل ، (٢) مذهب أوستن
٩٢	٤٧ - نقد المذاهب الشكلية واستبعادها
	٤٨ - التفرقة بين المصادر الرسمية أو الشكلية وبين المصادر المادية
٩٤	أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، وأهميتها
٩٦	٤٩ - خطة البحث

## الباب الأول

### جوهر القاعدة القانونية

- ٥٠ - تمهيد ..... ٩٧
- الفصل الأول - المدرسة المثالية ..... ٩٩
- مذهب القانون الطبيعي ..... ٩٩
- ٥١ - تمهيد ..... ٩٩
- ٥٢ - القانون الطبيعي عند اليونان ..... ١٠٠
- ٥٣ - القانون الطبيعي عند الرومان ..... ١٠١
- ٥٤ - القانون الطبيعي عند الكنسيين في القرون الوسطى ..... ١٠٢
- ٥٥ - الدعوة الى سيادة الدولة المطلقة في القرن السادس عشر ،  
وانكار فكرة القانون الطبيعي نتيجة لذلك ..... ١٠٣
- ٥٦ - تبلور فكرة القانون الطبيعي كمذهب على يد جروسيسوس ..... ١٠٥
- ٥٧ - رواج مذهب القانون الطبيعي وتطوره في القرنين السابع  
عشر والثامن عشر ..... ١٠٦
- ٥٨ - القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي ..... ١٠٨
- ٥٩ - انتصار مذهب القانون الطبيعي على يد الثورة الفرنسية ..... ١١٢
- ٦٠ - مهاجمة مذهب القانون الطبيعي وتراجعها في القرن  
التاسع عشر ..... ١١٤
- ٦١ - حركة احياء القانون الطبيعي ..... ١١٦
- (١) القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير ( ص ١١٦ ) .  
(٢) القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل ( ص ١١٨ )
- ٦٢ - القانون الطبيعي والقانون الوضعي ..... ١١٩

الصفحة	العقود
١٢٢	الفصل الثاني - المدرسة الواقعية
١٢٢	٦٣ - تمهيد
١٢٣	المبحث الأول - المذهب التاريخي
١٢٣	٦٤ - تمهيد
١٢٤	٦٥ - تعاليم المذهب التاريخي
١٢٦	٦٦ - نقد المذهب التاريخي
١٣٠	المبحث الثاني - مذهب التضامن الاجتماعي
١٣٠	٦٧ - تمهيد
١٣١	٦٨ - أسس مذهب التضامن الاجتماعي
١٣٥	٦٩ - نقد مذهب التضامن الاجتماعي
١٤٠	الفصل الثالث - الجمع بين فقه المدرستين المالكية والواقعية
١٤٠	٧٠ - ضرورة الجمع بين المدرستين
	المبحث الأول - العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند
١٤١	« جيني »
١٤١	٧١ - تمهيد
١٤٢	٧٢ - الحقائق الواقعية أو الطبيعية
١٤٣	٧٣ - الحقائق التاريخية
١٤٥	٧٤ - الحقائق العقلية
١٤٧	٧٥ - الحقائق المالكية
١٤٩	٧٦ - الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق
	المبحث الثاني - عنصر الواقع وعنصر المثال في تكوين جوهر
١٥٠	القاعدة القانونية



الصفحة	الفقرة
١٥٠	٧٧ - ضرورة استناد القاعدة القانونية الى الواقع والمنال معا .....
	<b>المطلب الأول - العنصر اواقى التجريبي او حقائق الحياة</b>
١٥٢	في الجماعة .....
١٥٢	٧٨ - تمهيد .....
١٥٣	٧٩ - العوامل الطبيعية .....
١٥٤	٨٠ - العوامل الاقتصادية .....
١٥٥	٨١ - العوامل السياسية والاجتماعية .....
١٥٧	٨٢ - العوامل الدينية والأخلاقية .....
١٥٧	٨٣ - العوامل التاريخية .....
١٥٨	<b>المطلب الثاني - العنصر المثالي او المثل الأعلى للعدل</b>
١٥٨	٨٤ - تمهيد .....
١٥٩	٨٥ - العدل التبادلي .....
١٦١	٨٦ - العدل التوزيعي .....
١٦٣	٨٧ - العدل الاجتماعي .....
	٨٨ - اختزال صور العدل الثلاث المتقدمة الى اثنتين : العدل الخاص
١٦٤	والعدل العام .....
١٦٦	١ - المذهب الفردي .....
١٦٦	٨٩ - أسس المذهب الفردي .....
١٦٨	٩٠ - تقدير المذهب الفردي .....
١٧٠	٢ - المذهب الاجتماعي .....
١٧٠	٩١ - أسس المذهب الاجتماعي .....
١٧٣	٩٢ - تقدير المذهب الاجتماعي .....

الصفحة	الفقرة
١٧٣	٩٣ - ضرورة الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي أو بين العدل الخاص والعدل العام
١٧٩	٩٤ - القوانين الوضعية المخالفة لفكرة العدل
١٨٠	٩٥ - خلاصة هذا الباب

## الباب الثاني

### شكل القاعدة القانونية

١٨١	٩٦ - تمهيد
١٨٢	الفصل الأول - صياغة القاعدة القانونية
١٨٢	٩٧ - دور الصياغة وأهميته في تكوين القاعدة القانونية
١٨٢	المبحث الأول - أنواع الصياغة القانونية
١٨٣	٩٨ - تمهيد
١٨٣	٩٩ - الصياغة الجامدة
١٨٤	١٠٠ - الصياغة المرنة
١٨٥	١٠١ - مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة
١٨٩	المبحث الثاني - طرق الصياغة القانونية
١٨٩	المطلب الأول - الطرق المادية
١٩٠	١٠٢ - احلال الكم محل الكيف
١٩١	١٠٣ - الشكليات
١٩٣	المطلب الثاني - الطرق المعنوية
١٩٤	١٠٤ - القرائن القانونية

الصفحة	الفقرة
	(١) القرائن القانونية في مجال الاثبات ( ص ١٩٤ )
	(٢) القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية
	( ص ١٩٨ )
٢٠١	١٠٥ - الافتراض أو الحيل القانونية
٢٠٤	الفصل الثاني - اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة في العمل
٢٠٤	١٠٦ - تمهيد وتقسيم
٢٠٥	المبحث الأول - المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام
٢٠٥	١٠٧ - تمهيد
٢٠٥	المطلب الأول - العرف والتشريع
٢٠٥	١٠٨ - تمهيد واحالة
٢٠٦	المطلب الثاني - الدين
٢٠٦	١٠٩ - صلة الدين بالقانون
٢٠٨	١١٠ - الدين المسيحي
٢١٠	١١١ - الدين الاسلامي
٢١١	المطلب الثالث - الفقه
٢١٢	١١٢ - الفقه مصدر رسمي في القانون القديم
٢١٢	١١٣ - الفقه مصدر تفسيري في القانون الحديث
٢١٤	المطلب الرابع - القضاء
٢١٤	١١٤ - القضاء عند الرومان
٢١٥	١١٥ - القضاء في القانون الانجليزي
٢١٥	١١٦ - القضاء في أغلب القوانين الحديثة
٢١٦	١١٧ - الجدل حول اعتبار القضاء مصدرا رسميا

الصفحة	الفقرة
٢١٧	١١٨ - القضاء مصدر تفسيري حيث لا يوجد نظام السوابق القضائية
٢٢٠	١١٩ - القضاء مصدر تفسيري في القانون المصري
٢٢٣	المبحث الثاني - المصادر الرسمية للقانون المصري
٢٢٣	١٢٠ - تمهيد وتقسيم
٢٢٦	المطلب الأول - المصادر الرسمية الأصلية
٢٢٦	١٢١ - ازدواج المصدر الرسمي الأصلي للقانون المصري
٢٢٧	الوجه الأول - التشريع ، المصدر الأصلي العام
٢٢٧	١٢٢ - تمهيد وتقسيم
٢٢٨	١ - خصائص التشريع
٢٢٨	١٢٣ - تمهيد
٢٢٨	١٢٤ - التشريع يضع قاعدة قانونية
٢٣٠	١٢٥ - التشريع يصدر في صورة مكتوبة
٢٣٠	١٢٦ - التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة
٢٣١	٢ - سن التشريع
٢٣١	١٢٧ - تمهيد
٢٣٢	١٢٨ - التشريع الأساسي
٢٣٣	١٢٩ - التشريع العادي
	سن السلطة التنفيذية التشريع العادي في أحوال استثنائية :
	(١) تشريع الضرورة ( ص ٢٣٦ ) ، (٢) تشريع التفويض
	( ص ٢٣٨ )
٢٣٩	١٣٠ - التشريع الفرعي
	(١) اللوائح التنفيذية ( ص ٢٤٠ ) ، (٢) اللوائح التنظيمية

المقرة	الصفحة
( ص ٢٤١ ) ، ( ٣ ) لوائح الضبط أو لوائح البوليس	٢٤١
( ص ٢٤١ )	٢٤١
٣ - نفاذ التشريع	٢٤٢
١٣١ - تمهيد	٢٤٢
١٣٢ - اصدار التشريع	٢٤٣
١٣٣ - نشر التشريع	٢٤٤
٤ - نتائج تدرج التشريع أو رقابة صحته	٢٤٧
١٣٤ - خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى ، ورقابة ذلك	٢٤٧
( ١ ) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل	
١٣٥ - لا خلاف على تقرير هذه الرقابة	٢٤٨
( ٢ ) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع	
١٣٦ - الخلاف حول هذه الرقابة تبعا لدرجة التشريع الأدنى	٢٤٨
١٣٧ - التسليم برقابة قانونية اللوائح ودستوريتها	٢٤٨
١٣٨ - مشكلة رقابة دستورية القوانين	٢٤٩
( ١ ) الخلاف حول مبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين	
( ص ٢٤٩ ) ، ( ٢ ) رقابة دستورية القوانين في القانون	
الحديث ( ص ٢٥١ ) ، ( ٣ ) مدى رقابة دستورية القوانين في	
مصر : ١ - قبل انشاء المحكمة العليا ( ص ٢٥٣ ) ٢ - منذ	
انشاء المحكمة العليا ( ص ٢٥٥ ) - منذ انشاء المحكمة الدستورية العليا ( ص ٢٥٦ )	
٥ - التقنين	٢٦٠
١٣٩ - التقنين وضرورته	٢٦٠
١٤٠ - مهاجمة فكرة التقنين والرد عليها	٢٦١
١٤١ - حركة التقنين في العصر الحديث	٢٦٣

الصفحة	الفقرة
٢٦٣	١٤٢ - حركة التقنين في مصر
	الوجه الثاني - الدين ، المصدر الاصل الخاص
٢٦٥	١٤٣ - تمهيد وتقسيم
٢٦٦	١٤٤ - مركز الدين قبل صدور التقنينات الاولى
٢٦٦	١٤٥ - مركز الدين بعد صدور التقنينات الاولى
٢٦٩	١٤٦ - أثر نشاط حركة التشريع الحديثة في مركز الدين
٢٧١	المطلب الثاني - المصادر الرسمية الاحتياطية
٢٧١	١٤٧ - الحاجة الى المصادر الرسمية الاحتياطية
٢٧٢	الوجه الأول - العرف
٢٧٢	١٤٨ - تمهيد
٢٧٣	١ - أركان العرف
٢٧٤	١٤٩ - الركن المادى - أطراد العمل بسنة معينة
٢٧٦	١٥٠ - الركن المعنوى - العقيدة في الزام السنة المتبعة
٢٧٦	١٥١ - التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية
٢٧٩	١٥٢ - آثار التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية
	(١) من حيث افتراض أو عدم افتراض العلم بالمضمون (ص ٢٧٩) ، (٢) من حيث سلطة القاضى فى التطبيق (ص ٢٨٠) ، (٣) من حيث الاثبات (ص ٢٨٠) ، (٤) من حيث رقابة محكمة النقض (ص ٢٨١)
٢٨٣	٢ - أساس قوة العرف الملزمة
٢٨٣	١٥٣ - اختلاف النظر الى أساس الزام العرف
٢٨٤	١٥٤ - تأسيس الزام العرف على ارادة المشرع الضمنية
٢٨٥	١٥٥ - تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعى »

الصفحة	الفقرة
٢٨٦	١٥٦ - تأسيس الزام العرف على أحكام القضاء ..... (١) عرض نظرية الأساس القضائي لالزام العرف (ص ٢٨٦) ، (٢) مناقشة ورفض النظرية ( ص ٢٨٧ ) ، (٣) دور القضاء في تحديد مضمون العرف وتدعيم قوته الملزمة ( ص ٢٨٨ )
٢٨٩	١٥٧ - قوة الزام العرف الذاتية ..... ٣
٢٩٠	١٥٨ - مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون ..... ١٥٩
٢٩٠	١٥٨ - مقام العرف في القانون الحديث ..... ١٦٠
٢٩١	١٥٩ - تقدم مرتبة التشريع على العرف في القانون المصرى ..... نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع (١) عدم قدرة العرف على مخالفة أو الغاء نصوص التشريع الآمرة ( ص ٢٩٢ ) ، (٢) قدرة العرف على مخالفة النصوص المكملة دون الغائها ( ص ٢٩٤ )
٢٩١	١٦٠ - نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع (١) عدم قدرة العرف على مخالفة أو الغاء نصوص التشريع الآمرة ( ص ٢٩٢ ) ، (٢) قدرة العرف على مخالفة النصوص المكملة دون الغائها ( ص ٢٩٤ )
٢٩٥	٤ - نصيب العرف في فروع القانون المختلفة ..... ١٦١
٢٩٥	١٦١ - القانون التجارى ..... ١٦٢
٢٩٦	١٦٢ - القانون المدنى ..... ١٦٣
٢٩٦	١٦٣ - القانون الدستورى ..... ١٦٤
٢٩٧	١٦٤ - قانون العقوبات ..... <b>الوجه الثانى - مبادئ الشريعة الاسلامية</b>
٢٩٨	١٦٥ - ادراج مبادئ الشريعة الاسلامية بين المصادر الرسمية للقانون المصرى باعتبارها المصدر الاحتياطى الثانى الذى يلى العرف
٢٩٨	٢٠١ - مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع

الصفحة ..... الفقرة

## الفرع الثاني

### تطبيق القاعدة القانونية

- ٣٠٥ ..... مقدمة
- ٣٠٥ ..... ١٦٦ - السلطة القضائية تقوم على تطبيق القانون
- ٣٠٧ ..... ١٦٧ - جهة القضاء العادي
- ٣٠٨ ..... ١٦٨ - جهة القضاء الإداري
- ٣٠٩ ..... ١٦٩ - المحكمة الدستورية العليا
- ٣١٣ ..... ١٧٠ - منهج البحث

## الباب الأول

### مدى سريان القاعدة القانونية

- ٣١٥ ..... ١٧١ - تمهيد وتقسيم

### الفصل الأول - مدى سريان القاعدة القانونية في حق المخاطبين

- ٣١٦ ..... باحكامها

- ٣١٦ ..... ١٧٢ - مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

- ٣١٦ ..... ١٧٣ - أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

- ٣١٧ ..... ١٧٤ - مدى مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

اطلاق هذا المبدأ : (١) بالنسبة الى القواعد القانونية على اختلاف مصادرها ( ص ٣١٧ ) ، (٢) بالنسبة الى القواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء ( ص ٣١٨ )

- ٣١٩ ..... ١٧٥ - الاستثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون »

(١) إبطال العقد لغلط في القانون ليس استثناء ( ص ٣٢٠ ) ،



(٢) امتناع المسؤولية الجنائية في حالة الجهل بقوانين غير  
جناية تؤسس عليها العقوبة ليس استثناء ( ص ٣٢٢ )

٣٢٤ ..... الفصل الثاني - مدى سريان القاعدة القانونية في المكان

٣٢٤ ..... ١٧٦ - مشكلة السريان المكاني

٣٢٥ ..... ١٧٧ - مبدأ الاقليمية ومبدأ الشخصية في سريان القاعدة القانونية

٣٢٦ ..... ١٧٨ - مدى السريان المكاني للقانون المصري

أولاً - مبدأ اقليمية القانون المصري ( ص ٣٢٦ )

ثانياً - أحوال الخروج الاستثنائي على مبدأ اقليمية

القانون المصري ( ص ٣٢٧ )

٣٣٠ ..... الفصل الثالث - مدى سريان القاعدة القانونية في الزمان

٣٣٠ ..... ١٧٩ - تقسيم

٣٣١ ..... البحث الأول - إلغاء القاعدة القانونية

٣٣١ ..... ١٨٠ - تمهيد

٣٣٢ ..... ١٨١ - الالغاء الصريح

٣٣٢ ..... ١٨٢ - الالغاء الضمني

(١) التعارض بين القديم والجديد ( ص ٣٣٣ ) ، (٢) تنظيم

نفس الموضوع من جديد ( ص ٣٣٦ )

٣٣٦ ..... ١٨٣ - سلطة إلغاء القاعدة القانونية

٣٣٨ ..... البحث الثاني - تنازع القواعد القانونية في الزمان

٣٣٨ ..... ١٨٤ - مشكلة التنازع الزماني

٣٣٩ ..... ١٨٥ - مبدأ عدم رجعية القوانين

الصفحة	الفقرة
٣٤١	١٨٦ - عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين لحل مشاكل التنازع بينها في الزمان
٣٤١	١٨٧ - منهج البحث
٣٤٢	المطلب الأول - أصول حل مشكلة التنازع الزماني
٣٤٢	١٨٨ - تعدد النظريات الفقهية
٣٤٣	الوجه الأول - النظرية التقليدية في التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل
٣٤٣	١٨٩ - المبدأ هو عدم الرجعية ، أى عدم المساس بحق مكتسب
٣٤٥	١٩٠ - استثناءات مبدأ عدم الرجعية
	(١) النص الصريح على الرجعية ( ص ٣٤٥ ) ، (٢) القوانين الجنائية الأصلح للمتهم ( ص ٣٤٦ ) ، (٣) القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب ( ص ٣٤٦ ) ، (٤) القوانين التفسيرية ( ص ٣٤٨ )
٣٤٨	١٩١ - تقدير النظرية التقليدية
٣٥١	الوجه الثاني - نظرية « ديجي » في التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية
٣٥١	١٩٢ - تمهيد
٣٥١	١٩٣ - القوانين المتعلقة بالأعمال
٣٥٢	١٩٤ - القوانين المتعلقة بالمراكز القانونية
	(١) التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية ( ص ٣٥٢ ) ، (٢) الرجعية تنحصر في المساس بمركز قانوني شخصي لا موضوعي ( ص ٣٥٣ )
٣٥٥	١٩٥ - تقدير نظرية « ديجي »

الصفحة	الفقرة
	<b>الوجه الثالث - النظرية الحديثة في التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر</b>
٣٥٧	١٩٦ - تمهيد
٣٥٧	١ - انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد
٣٥٨	١٩٧ - القاعدة هي عدم الرجعية
٣٥٨	(١) تكوين أو انقضاء المراكز القانونية ( ص ٣٥٨ ) ، (٢) ترتب الآثار القانونية ( ص ٣٦٠ )
٣٦١	١٩٨ - استثناءات عدم الرجعية
٣٦٢	٢ - الأثر المباشر للقانون الجديد
	١٩٩ - ضرورة اكمال مبدأ عدم رجعية القانون الجديد بمبدأ أثره المباشر
٣٦٢	(١) تمام ما بدأ في الماضي من تكون أو انقضاء المراكز القانونية ( ص ٣٦٣ ) ، (٢) الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية ( ص ٣٦٤ )
	٢٠٠ - الخروج على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد باخضاع المراكز العقديّة الجارية للأثر المستمر للقانون القديم
٣٦٥	
٣٧٠	٢٠١ - تقدير النظرية الحديثة
٣٧٣	٢٠٢ - النظريات الفقهيّة وأحكام القضاء في مشكلة التنازع الزماني
٣٧٤	٢٠٣ - الموجبات والأصول العامة في حل مشكلة التنازع الزماني
	<b>المطلب الثاني - الحلول العامة الوضعية لبعض مشاكل التنازع الزماني</b>
٣٧٩	٢٠٤ - تمهيد
٣٧٩	٢٠٥ - التنازع الزماني بين قوانين الأهلية

الصفحة	الفقرة
٢٨٢	٢٠٦ - التنازع الزماني بين قوانين التقادم
٢٨٦	٢٠٧ - التنازع الزماني بين قوانين الاثبات
٢٨٨	٢٠٨ - التنازع الزماني بين قوانين المرافعات
٢٩٢	٢٠٩ - التنازع الزماني بين قوانين العقوبات

## الباب الثاني

### تفسير القاعدة القانونية

٣٩٧	٢١٠ - تمهيد وتقسيم
٣٩٩	الفصل الأول - أنواع التفسير
٣٩٩	٢١١ - التفسير التشريعي
٤٠٠	٢١٢ - التفسير الفقهي والقضائي
٤٠٢	الفصل الثاني - مدارس التفسير وطرائقه
٤٠٢	المطلب الأول - مدرسة التزام النص
٤٠٢	٢١٣ - فقه مدرسة التزام النص وطرائقها
	(١) الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية ( ص ٤٠٣ ) ،
	(٢) اللجوء الى ارادة المشرع المفترضة ( ص ٤٠٤ ) ،
	(٣) الوقوف عند الارادة الحقيقية للمشرع في بعض المسائل
	الجناية ( ص ٤٠٧ )
٤٠٨	٢١٤ - نقد مدرسة التزام النص
٤٠٩	المطلب الثاني - المدرسة التاريخية أو الاجتماعية
٤٠٩	٢١٥ - تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية
٤١٠	٢١٦ - تقدير المدرسة الاجتماعية أو التاريخية

الصفحة-	الفقرة
٤١٠	المطلب الثالث - المدرسة العلمية
٤١٠	٢١٧ - البحث العلمي الحر
٤١١	٢١٨ - تقدير المدرسة العلمية
٤١٢	المطلب الرابع - التفسير في القانون الوضعي المصري
	٢١٩ - نص المشرع المصري على الرجوع الى مبادئ القانون الطبيعي
٤١٢	وقواعد العدالة عند قصور المصادر الرسمية ، ودلالته

### القسم الثاني

#### النظرية العامة للحق

٤١٩	٢٢٠ - تقسيم
-----	-------------

#### باب تمهيدى

#### في الحق بوجه عام

٤٢١	٢٢١ - الحق والقانون
٤٢٢	٢٢٢ - تقسيم
٤٢٣	الفصل الأول - وجود فكرة الحق
٤٢٣	٢٢٣ - تمهيد
٤٢٣	٢٢٤ - انكار وجود الحق
٤٢٦	٢٢٥ - الإبقاء على فكرة الحق
٤٣١	الفصل الثاني - تعريف الحق
٤٣١	٢٢٦ - تمهيد
٤٣١	٢٢٧ - الاتجاه الشخصى
٤٣٣	٢٢٨ - الاتجاه الموضوعى

الصفحة	الفقرة
٤٣٥	٢٢٩ - الاتجاه المختلط
٤٣٦	٢٣٠ - تحليل الحق وتعريفه
	(١) الرابطة القانونية ( ص ٤٣٧ ) ، (٢) الاستثناء بما
	تخوله الرابطة القانونية من اقتضاء أو تسلط ( ص ٤٣٩ )
٤٤٤	الفصل الثالث - أنواع الحق
٤٤٤	٢٣١ - تعدد أنواع الحق وتقسيماته المختلفة
٤٤٨	المبحث الأول - حقوق الشخصية
٤٤٨	٢٣٢ - التصوير السائد لحقوق الشخصية
	(١) الحقوق الواردة على المقومات المادية للشخصية
	( ص ٤٤٩ ) ، (٢) الحقوق الواردة على المقومات المعنوية
	للشخصية ( ص ٤٥٠ ) ، (٣) الحقوق المتعلقة بحرية نشاط
	الشخصية ( ص ٤٥٢ )
٤٥٣	٢٣٣ - نقد التصوير السائد ، والحد من نطاق الحقوق الشخصية
٤٥٦	٢٣٤ - خصائص حقوق الشخصية
	المبحث الثاني - الحقوق العينية والحقوق الشخصية أو حقوق
٤٥٩	الدائنية
٤٥٩	٢٣٥ - تمهيد
٤٥٩	المطلب الأول - الحق العيني
٤٥٩	٢٣٦ - تعريف الحق العيني ، وأنواعه
٤٦٠	٢٣٧ - الحقوق العينية الأصلية
٤٦٤	٢٣٨ - الحقوق العينية التبعية
٤٦٧	المطلب الثاني - الحق الشخصي أو حق الدائنية

الصفحة	الفقرة
٤٦٧	٢٣٩ - تعريف الحق الشخصي أو حق الدائنية
	<b>المطلب الثالث - التفرقة بين الحق العيني وبين الحق الشخصي</b>
٤٧٠	٢٤٠ - التفرقة التقليدية بين الحقين
٤٧٠	٢٤١ - محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي
٤٧٢	٢٤٢ - الإبقاء على التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي
٤٧٥	٢٤٣ - آثار التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي
	(١) الحق العيني حق مطلق والحق الشخصي حق نسبي ( ص ٤٧٦ ) ، (٢) و (٣) يخول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة التبعية ( ص ٤٧٦ ) وميزة الأفضلية ( ص ٤٧٨ ) ، (٤) قصور ارادة الأفراد عن ابتداء حقوق عينية غير تلك التي يعينها القانون ، وقدرتها على ذلك فى الحقوق الشخصية ( ص ٤٧٩ ) ، (٥) ينبغى أن يكون الشيء فى الحق العيني - دون الحق الشخصي - حالا ومعيّنا بالذات ( ص ٤٨٠ )
٤٨١	<b>المبحث الثالث - الحقوق الذهنية</b>
	٢٤٤ - ظهور طائفة الحقوق الذهنية وتصدى التشريعات الحديثة لتنظيم أحكامها
٤٨١	٢٤٥ - معيار الحقوق الذهنية
٤٨٣	٢٤٦ - أصحاب الحقوق الذهنية
٤٨٥	(١) المصنف المشترك ( ص ٤٨٥ ) ، (٢) المصنف الجماعى ( ص ٤٨٧ )
٤٨٨	٢٤٧ - طبيعة الحقوق الذهنية
٤٨٩	٢٤٨ - الحق المعنوى

الصفحة	الفقرة
٧٧٢	(١) سلطة النشر ( ص ٤٩٠ ) ، (٢) سلطة تعيين نسب
٧٧٤	المصنف ( ص ٤٩٠ ) ، (٣) سلطة التعديل ( ص ٤٩١ ) ، (٤) سلطة السحب ( ص ٤٩١ )
٤٩٢	٢٤٩ - الحق المالي
٤٩٣	٢٥٠ - آثار التمييز بين الحق المعنوي والحق المالي
٤٩٩	الفصل الرابع - الذمة المالية
٤٩٩	٢٥١ - تعريف الذمة المالية ، والخلاف حول تأصيلها
٥٠٠	٢٥٢ - نظرية الشخصية
٥٠٢	٢٥٣ - نظرية التخصيص
٥٠٤	٢٥٤ - تقدير النظريتين
٥٠٨	٢٥٥ - جوهر فكرة الذمة المالية
٥٠٩	٢٥٦ - أهمية الذمة المالية
	(١) الضمان العام للدائنين ( ص ٥٠٩ ) ، (٢) انتقال الذمة المالية بالوفاة ( ص ٥١١ )

## الباب الأول

### صاحب الحق

٥١٣	٢٥٧ - صاحب الحق هو الشخص
٥١٣	٢٥٨ - مدلول الشخصية
٥١٧	٢٥٩ - الشخصية وأهلية الوجوب
٥١٩	٢٦٠ - منهج البحث
٥٢٠	الفصل الأول - الشخص الطبيعي



الصفحة	الفقرة
٥٢٠	٢٦١ - تمهيد وتقسيم
٥٢٣	المبحث الأول - مدة الشخصية
٥٢٣	٢٦٢ - تمهيد
٥٢٣	المطلب الأول - بداية الشخصية
٥٢٣	٢٦٣ - ابتداء شخصية الانسان بتمام ولادته حيا
٥٢٥	٢٦٤ - مركز الجنين أو الحمل
٥٢٧	المطلب الثاني - نهاية الشخصية
٥٢٧	(١) نهاية الشخصية بالموت الحقيقي
٥٢٧	٢٦٥ - انتهاء الشخصية بالموت وعدم امتدادها بعده الى حين الفراغ من تصفية التركة
٥٣٠	(٢) نهاية الشخصية بالموت الحكمي أو التقديرى
٥٣١	٢٦٦ - الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا وانهاء شخصيته انهاءً تقديريا
٥٣٣	٢٦٧ - أثر الحكم أو القرار باعتباره المفقود ميتا.
٥٣٥	٢٦٨ - ظهور حياة المفقود
٥٢٧	المبحث الثاني - مميزات الشخصية
٥٢٧	٢٦٩ - تمهيد وتقسيم
٥٢٧	المطلب الأول - الحالة
٥٢٧	٢٧٠ - تحديد الحالة
٥٢٩	(١) الحالة السياسية أو الجنسية
٥٢٩	٢٧١ - أهمية الحالة السياسية
٥٤٠	٢٧٢ - الجنسية الأصلية والجنسية الطارئة

الصفحة	الفقرة
٥٤١	(٢) الحالة العائلية أو القرابة
٥٤١	٢٧٣ - قرابة النسب
٥٤٢	٢٧٤ - قرابة المصاهرة
٥٤٣	٢٧٥ - أهمية القرابة
٥٤٤	(٣) الحالة الدينية
٥٤٤	٢٧٦ - اعتماد القانون المصرى بالحالة الدينية اعتماد استثنائى
٥٤٦	<b>المطلب الثانى - الاسم</b>
٥٤٦	٢٧٧ - تحديد الاسم ، وأهميته وطرق اكتسابه
٥٤٧	٢٧٨ - التكييف القانونى للاسم
٥٥٠	٢٧٩ - حماية الاسم
٥٥٢	٢٨٠ - خصائص الاسم
	(١) باعتباره حقا من حقوق الشخصية : عدم القابلية للتصرف ( ص ٥٥٢ ) - عدم القابلية لتقادم ( ص ٥٥٤ ) ،
	(٢) باعتباره واجبا : ضرورة الاسم لكل شخص ( ص ٥٥٤ ) - ثبات الاسم وعدم تغييره بحض الإرادة واستقلالها ( ص ٥٥٥ )
٥٥٦	٢٨١ - اسم الشهرة والاسم المستعار
٥٥٧	٢٨٢ - الاسم التجارى
٥٥٩	<b>المطلب الثالث - الوطن</b>
٥٥٩	٢٨٣ - أهمية الوطن وتقسيمه
٥٦٠	<b>الوجه الأول - الوطن العام</b>
٥٦٠	٢٨٤ - تراوح تحديد الوطن العام بين الاختيار والالزام
٥٦١	٢٨٥ - الوطن الارادى أو الاختيارى

الصفحة	الفقرة
	(١) التصوير الواقعي والتصوير الحكمي ( ص ٥٦١ ) ،
	(٢) تقدير التصويرين ( ص ٥٦٢ ) ، (٣) موقف القوانين
	المختلفة من التصويرين ( ص ٥٦٣ ) ، (٤) أخذ القانون
	المصري بالتصوير الواقعي ( ص ٥٦٤ )
٥٦٦	٢٨٦ - الموطن القانوني أو الإلزامي
٥٦٨	الوجه الثاني - الموطن الخاص
٥٦٨	٢٨٧ - الموطن التجاري أو الحرفي
٥٦٨	٢٨٨ - موطن ناقص الأهلية في شأن ما يعتبر أهلا لمباشرته من
٥٦٩	تصرفات
٥٧٠	٢٨٩ - الموطن المختار
٥٧٢	المبحث الثالث - النشاط الإرادي للشخصية أو أهلية الأداء
٥٧٢	٢٩٠ - تعريف أهلية الأداء
٥٧٢	٢٩١ - نطاق أهلية الأداء
	(١) اقتصارها على التصرفات القانونية ( ص ٥٧٢ ) ،
	(٢) التمييز بينها وبين الولاية ( ص ٥٧٣ )
٥٧٤	٢٩٢ - مناط أهلية الأداء
٥٧٥	المطلب الأول - أحكام أهلية الأداء
٥٧٧	٢٩٣ - أنواع التصرفات القانونية التي ترد عليها الأهلية
٥٧٦	٢٩٤ - منهج البحث
٥٧٧	الوجه الأول - تندرج الأهلية بتدرج السن
٥٧٧	٢٩٥ - انعدام الأهلية
٥٧٨	٢٩٦ - نقص الأهلية

الصفحة	الفقرة
	(١) حكم القواعد العامة ( ص ٥٧٨ ) ، (٢) الخروج على حكم القواعد العامة ( ص ٥٧٩ )
٥٨٣	٢٩٧ - كمال الأهلية
٥٨٤	الوجه الثاني - عوارض الأهلية
٥٨٤	٢٩٨ - أثر عوارض الأهلية في اعدامها أو الانتقاص منها
٥٨٤	٢٩٩ - الجنون والعتة
٥٨٧	٣٠٠ - السفه والغفلة
	(١) نقص أهلية السفه وذى الغفلة في الأصل بالحجر عليه ( ص ٥٨٧ ) ، (٢) الخروج على أصل نقص أهلية السفه أو ذى الغفلة المحجور عليه ( ص ٥٨٩ )
٥٩١	الوجه الثالث - موانع الأهلية
٥٩١	٣٠١ - ضيعة موانع الأهلية وتعدادها
٥٩١	٣٠٢ - المانع المادي بالغيبية
٥٩٢	٣٠٣ - المانع القانوني بالحكم بعقوبة جنابة
٥٩٣	٣٠٤ - المانع الطبيعي بالعاهتين أو العجز الجسماني الشديدي
٥٩٦	المطلب الثاني - أحكام الولاية على المال
٥٩٦	٣٠٥ - أهلية الأداء والولاية عموما
	٣٠٦ - حصر البحث في الولاية على المال - التنظيم التشريعي لها ، ومنهج البحث فيها
٥٩٨	الوجه الأول - الولاية على مال القصر
٥٩٨	٣٠٧ - أصحاب الولاية على مال القصر ، ومراتبهم
٥٩٩	٣٠٨ - ولاية « الولي » أي الأب والجد الصحيح

الصفحة	الفقرة
٦٠٤	(١) ثبوت الولاية ( ص ٥٩٩ ) ، (٢) سلطات الولى وواجباته ( ص ٦٠٠ ) ، (٣) رقابة الولى ( ص ٦٠٢ ) ، (٤) وقف الولاية وسلبها وانقضاؤها ( ص ٦٠٣ )
٦٠٤	٣٠٩ - ولاية الوصى
٦٠٤	(١) تعيين الوصى ( ص ٦٠٤ ) ، (٢) واجبات الوصى ( ص ٦٠٦ ) ، (٣) سلطات الوصى ( ص ٦٠٦ ) ، (٤) رقابة الوصى ( ص ٦٠٨ ) ، (٥) انتهاء الوصاية ( ص ٦٠٨ )
٦١٠	الوجه الثانى - الولاية على مال المحجوزين
٦١٠	٣١٠ - ولاية القيم
٦١١	الوجه الثالث - الولاية على مال ذوى موانع الأهلية
٦١١	٣١١ - الوكيل عن الغائب
٦١٢	٣١٢ - القيم على المحكوم عليه بعقوبة جنائية
٦١٣	٣١٣ - المساعد القضائى لذى العاهتين أو العجز
٦١٤	الوجه الرابع - مجاوزة حدود الولاية على المال
٦١٤	٣١٤ - عدم نفاذ تصرفات من له الولاية - فيما يجاوز حدودها - فى حق المولى عليه
٦١٧	الفصل الثانى - الشخص المعنوى أو الاعتبارى
٦١٧	٣١٥ - أهمية الشخصية المعنوية ، ولزومها ، وتنظيمها
٦١٩	٣١٦ - منهج البحث
٦٢١	البحث الأول - النظرية العامة للشخصية الاعتبارية
٦٢١	٣١٧ - تمهيد وتقسيم
٦٢٢	المطلب الأول - طبيعة الشخصية الاعتبارية

الصفحة	الفقرة
٦٢٢	٣١٨ - الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية وأهميته العملية .....
٦٢٢	٣١٩ - نظرية الشخصية الافتراضية .....
	(١) عرض النظرية ( ص ٦٢٢ ) ، (٢) تقدير النظرية ( ص ٦٢٤ )
٦٢٥	٣٢٠ - نظرية الشخصية الحقيقية .....
	(١) نظريات تماثل الشخصية الاعتبارية والشخصية الطبيعية ( ص ٦٢٥ ) ، (٢) نظرية المصلحة الجماعية ( ص ٦٢٦ ) ، (٣) النظرية الاجتماعية أو نظرية النظم ( ص ٦٢٧ )
٦٣٠	٣٢١ - جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية .....
٦٣٤	المطلب الثاني - ابتداء الشخصية الاعتبارية .....
٦٣٤	٣٢٢ - اكتساب الشخصية الاعتبارية منوط باعتراف القانون .....
٦٣٦	٣٢٣ - الاعتراف العام والاعتراف الخاص .....
٦٣٨	٣٢٤ - مركز الشخص الاعتباري في مرحلة تكوينه .....
٦٤٠	المطلب الثالث - مدى الشخصية الاعتبارية .....
٦٤٠	٣٢٥ - أهلية وجوب الشخص الاعتباري المحدودة .....
٦٤١	٣٢٦ - قيود أهلية وجوب الشخص الاعتباري .....
	(١) الحقوق والالتزامات اللازمة لطبيعة الانسان ( ص ٦٤٢ ) ، (٢) مبدأ التخصص ( ص ٦٤٤ )
٦٤٧	المطلب الرابع - مميزات الشخصية الاعتبارية .....
٦٤٧	٣٢٧ - تمهيد .....
٦٤٧	٣٢٨ - حالة الشخص الاعتباري .....

الصفحة	المقره
٦٤٨	٢٢٩ - جنسية الشخص الاعتبارى
٦٥٢	٢٣٠ - اسم الشخص الاعتبارى
٦٥٣	٢٣١ - موطن الشخص الاعتبارى
٦٥٤	٢٣٢ - ذمة الشخص الاعتبارى المستقلة
٦٥٥	<b>المطلب الخامس - نشاط الشخصية الاعتبارية</b>
٦٥٥	٢٣٣ - استحالة نشاط الشخص الاعتبارى بنفسه ، وضرورة نشاطه بواسطة أشخاص طبيعيين
٦٥٦	٢٣٤ - مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص الاعتبارى الذى يباشرون عنه نشاطه
٦٦٠	٢٣٥ - أهلية الاداء والشخص الاعتبارى
٦٦١	٢٣٦ - مسئولية الشخص الاعتبارى (١) المسئولية المدنية ( ص ٦٦١ ) ، (٢) المسئولية الجنائية ( ص ٦٦٢ )
٦٦٢	٢٣٧ - مبدأ التخصص وأثره فى تقييد نشاط الشخص الاعتبارى
٦٦٤	<b>المطلب السادس - انقضاء الشخصية الاعتبارية</b>
٦٦٤	٢٣٨ - أسباب الانقضاء
٦٦٥	٢٣٩ - ذبول الانقضاء
٦٦٩	<b>المبحث الثانى - أنواع الشخص الاعتبارى</b>
٦٦٩	٢٤٠ - تقسم الأشخاص الاعتبارية الى عامة وخاصة
٦٧١	<b>المطلب الأول - الأشخاص الاعتبارية العامة</b>
٦٧١	٢٤١ - طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة (١) الأشخاص الاعتبارية الاقليمية ( ص ٦٧١ ) ،

الصفحة	المقالة
	(٢) منشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة ( ص ٦٧١ )
٦٧٦	المطلب الثاني - الأشخاص الاعتبارية الخاصة
٦٧٦	٣٤٢ - تقسيم
٦٧٦	الوجه ادول - جماعات الاشخاص
٦٧٦	٣٤٣ - تميمه وتقسيمه
٦٧٧	(١) الشركات
٦٧٧	٣٤٤ - مقومات الشركة وأنواعها
٦٧٨	٣٤٥ - تكوين الشركة وبداية شخصيتها
٦٧٩	٣٤٦ - انقضاء الشركة
٦٨٠	(٢) الجمعيات
٦٨٠	٣٤٧ - تميمه
٦٨٠	٣٤٨ - مقومات الجمعية
٦٨١	٣٤٩ - نشوء الجمعية وبداية شخصيتها
٦٨٢	٣٥٠ - قيود اهلوية وجوب الجمعية
٦٨٤	٣٥١ - نشأت الجمعية
	(١) قيود نشأت الجمعية ( ص ٦٨٤ ) ، (٢) رقابة نشاط الجمعية ( ص ٦٨٥ )
٦٨٧	٣٥٢ - انقضاء الجمعية
٦٨٧	٣٥٣ - تصفية الجمعية
٦٨٩	٣٥٤ - الجمعيات ذات النفع العام أو الصفة العامة
	(١) امتيازاتها ( ص ٦٨٩ ) ، (٢) سلطة الادارة في الاشراف علينا ( ص ٦٩٠ )



الصفحة	الفقرة
٦٩١	الوجه الثاني - مجموعات الاموال
٦٩٢	(١) الاوقاف
٦٩٢	٣٥٦ - شخصية الوقف الاعتبارية
٦٩٢	٣٥٧ - مصير نظام الوقف
٦٩٥	(٢) المؤسسات الخاصة
٦٩٥	٣٥٨ - تمهيد
٦٩٥	٣٥٩ - مقومات المؤسسة الخاصة
٦٩٦	٣٦٠ - انشاء المؤسسة الخاصة وبدء شخصيتها
٦٩٩	٣٦١ - مدى شخصية المؤسسة الخاصة ونشاطها
	(١) قيود أهلية وجوب المؤسسة ( ص ٦٩٩ ) ، (٢) نشاط المؤسسة ورقابته ( ص ٦٩٩ )
٧٠١	٣٦٢ - انقضاء المؤسسة
	<b>الباب الثاني</b>
	<b>حل الحق</b>
٧٠٣	٣٦٣ - تمهيد وتقسيم
٧٠٤	<b>الفصل الأول - الأشياء</b>
٧٠٤	٣٦٤ - مدلول الشيء ، وتمييزه عن المال
٧٠٥	٣٦٥ - الأشياء المادية ، مقوماتها وتقسيماتها
٧٠٦	<b>المبحث الأول - العقارات والمنقولات</b>
٧٠٦	٣٦٦ - أساس التقسيم وأهميته

الصفحة	الفقرة
٧٠٩	<b>المطلب الاول - العقارات</b>
٧٠٩	٣٦٧ - الاصل والاستثناء
٧٠٩	٣٦٨ - العقارات بالطبيعة
٧١٠	٣٦٩ - العقارات بالتخصيص
	(١) أساس فكرة العقار بالتخصيص ( ص ٧١٠ ) ،
	(٢) ثبوت صفة العقار بالتخصيص ( ص ٧١١ ) ، (٣) حكم
	العقار بالتخصيص ( ٧١٣ )
٧١٤	<b>المطلب الثاني - المنقولات</b>
٧١٤	٣٧٠ - الاصل والاستثناءات
٧١٤	٣٧١ - المنقولات بالطبيعة
٧١٥	٣٧٢ - المنقولات بالمآل
	(١) ثبوت صفة المنقول بالمآل ( ص ٧١٦ ) ، (٢) آثار
	ثبوت هذه الصفة ( ص ٧١٧ )
٧١٨	٣٧٢ - المنقولات المعنوية
٧١٨	<b>المبحث الثاني - الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك</b>
٧١٨	٣٧٤ - أساس التقسيم وأهميته
٧٢٠	<b>المبحث الثالث - الأشياء المثلية والقيمة</b>
٧٢٠	٣٧٥ - أساس التقسيم وأهميته
٧٢٢	<b>الفصل الثاني - الأعمال</b>
٧٢٢	٣٧٦ - العمل وشروطه بوصفه محلاً للحق
	(١) شرط الامكان ( ص ٧٢٢ ) ، (٢) شرط التعيين
	( ص ٧٢٣ ) ، (٣) شرط المبروعية ( ص ٧٢٣ )

## الباب الثالث

### مصادر الحق

- ٣٧٧ - الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، وتأصيل التفرقة  
بينهما ..... ٧٢٥
- ٣٧٨ - أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ..... ٧٢٨
- الفصل الأول - الواقعة القانونية** ..... ٧٣١
- ٣٧٩ - الواقعة القانونية ، أنواعها وأهميتها وآثارها ..... ٧٣١
- الفصل الثاني - التصرف القانوني** ..... ٧٣٦
- ٣٨٠ - التصرف القانوني ، أهميته وآثاره ..... ٧٣٦
- ٣٨١ - أنواع التصرف القانوني وأقسامه ..... ٧٣٩
- ٣٨٢ - التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين ..... ٧٤٠
- ٣٨٣ - التصرف المنظم والتصرف الشرطي والتصرف الشخصي ..... ٧٤٢
- ٣٨٤ - التصرف المنشئ والتصرف الكاشف ..... ٧٤٣
- ٣٨٥ - مبدأ سلطان الإرادة وقيوده ..... ٧٤٦
- (١) كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني ( ص ٧٤٧ ) ،
- (٢) قدرة الإرادة على تحديد الآثار القانونية واستقلالها  
بذلك ( ص ٧٤٨ )

## الباب الرابع

### استعمال الحق

- ٣٨٦ - استعمال الحق في تطوره من الاطلاق الى التقييد ..... ٧٥١
- فصل وحيد - نظرية التعسف في استعمال الحق ..... ٧٥٤

الصفحة	الفقرة
٧٥٤	٣٨٧ - الاصول التاريخية لنظرية « واستقرارها في القانون الحديث
٧٥٧	٣٨٨ - منهج البحث
٧٥٨	<b>المبحث الأول - تاصيل التعسف ودوضع نظريته</b>
	٣٨٩ - الربط بين التعسف والخطأ داخل دائرة المسؤولية التقصيرية
٧٥٨	- مناقشة هذا الاتجاه ورفضه
	(١) مذهب التسوية بين « التعسف في استعمال الحق » وبين « مجاوزة الحق » ، ( ص ٧٥٨ ) ، (٢) مذهب التسوية بين التعسف وبين الخطأ التقصيري ( ص ٧٦١ ) ، (٣) مذهب اعتبار التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ ( ص ٧٦٣ )
	٣٩٠ - ارتباط التعسف بفكرة الحق ، واستقلاله بنظرية عامة خارج دائرة المسؤولية التقصيرية
٧٦٤	
٧٦٩	<b>المبحث الثاني - معايير التعسف وضوابطه</b>
٧٦٩	٣٩١ - أصول ووسائل تحديد معيار التعسف
٧٧٢	٣٩٢ - أخذ المشرع المصري بمجموعة من معايير التعسف وضوابطه
٧٧٣	٣٩٣ - تمحض قصد الاضرار بالغير
	٣٩٤ - انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يحقق بالغير
٧٧٤	
٧٧٦	٣٩٥ - عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق
٧٧٨	٣٩٦ - الضرر الفاحش
٧٨٩	٣٩٧ - تقدير مسلك المشرع المصري
٧٨٢	<b>المبحث الثالث - محل التعسف</b>
٧٨٢	٣٩٨ - تقييد

الصفحة	الفقرة
٧٨٢	٣٣٩ - التصنف برد على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة
٧٨٦	٤٠٠ - التصنف برد على كافة الحقوق - رفض فكرة الحقوق المطلقة أو التقديرية
٧٩٠	المبحث الرابع - اثبات التصنف وجزاؤه
٧٩٠	٤٠١ - تحمل مدعى التصنف عبء اثباته
٧٩١	٤٠٢ - الجزاء التعويضي والجزاء الوقائي على التصنف
٧٩٣	الفهرس

قال الأستاذ

هذا الكتاب هو من الكتب التي لا يمكن الاستغناء عنها في دراسة القانون الإداري  
والمسئولية الإدارية، حيث تناول فيها المؤلف بمهارة عالية المسائل التي  
تواجه القضاء الإداري في مواجهة الإدارة، وقد كان أسلوبه في الكتابة  
واضحاً وسليماً، مما يجعله مرجعاً لا غنى عنه للدارس والمختص.



## تصويب أهم الأخطاء

الصفحة	السطر	الخطأ	التصويب
٥٢	١٠	المشروعة	مشروعة
١١٣	٢	القانون	القانون الوضعي
٢٣٩	٣ (هامش)	المحددة	المحددة
٢٥٨	٦	المحكمة العليا	المحكمة الدستورية العليا
٢٥٩	٨	دستورية	دستوريتها
٢٦٨	١٦	وغين	وغير
٢٧٣	٣	بقي	بقي
٢٧٥	٦ (هامش)	للكا	ملكا
٢٧٧	٥	رادتهم	ارادتهم
٣١٨	١٣	اذا	إذ
٣٦٠	٨	نسرى	لانسري
٣٨٩	٣	أثر	أثرا
٣٩٨	٦	وطرائفه	وطرائقه
٤٠٠	١٦	انشائه	اشارته الى
٤٠٨	١٠	له	لها
٤٩٦	٣ (هامش)	المصنفات التصوير المرئية	مصنفات التصوير المرئية
٥٨٩	٩	نقص أهلية أو	نقص أهلية السفيه أو
٦٧٤	٧ (هامش)	القاوضة	التابعة

## استدراك

يضاف الى السطر (١٩) من صفحة (٤٠٠) ما يأتي :

ثم صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا ، وأعطاهما - ضمن اختصاصات متعددة - الاختصاص بتفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين ، وذلك على النحو السالف بيانه ( سابقا ص ٣٠٩ - ٣١٠ ) .

تم تصحيحه  
فوق

رقم الايداع ٢٦٢٨ / ٩٣

الترقيم الدولي 1 - 0122 - 03 - 977 - I.S.B.N.

مركز الدراسات والبحوث

والدراسات - القاهرة - ١٩٧٧

رقم الطبعة : ٢٢٨ / ٩٣

مركز الدلتا للطباعة  
٢٤ شارع الدلتا - اسبورتنج  
تليفون : ٥٩٥١٩٢٣

مركز الدلتا للطباعة  
٢٤ شارع الدلتا - اسبورتنج  
تليفون : ٥٩٥١٩٢٣