

علم
أصول القانون

خلاصة المحاضرات التي القاها

الاستاذ عبد الرزاق أحمد السهروري بك

عميد كلية الحقوق

على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق في علم أصول القانون
كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون بوجه عام ودراسة
القانون المدني بوجه خاص

مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر

علم

أصول القانون

خلاصة المحاضرات التي القاها

الأستاذ عبد الرزاق الصمغ السنهوري

عميد كلية الحقوق

على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق في علم أصول القانون

كقائمة تمهيدية لدراسة القانون

١٩٣٦م - ١٣٥٤هـ

مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر



مقدمة

الغرض من دراسة علم أصول القانون

التعريف بالقانون . خصائصه . ضرورته . نطاقه . اتصاله

بالعلوم الأخرى

استيعاب المبادئ
الأساسية دون
التفصيلات

١ - الغرض من دراسة علم أصول القانون

الغرض من دراسة أصول القانون قبل دراسة القانون نفسه هو استيعاب المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون ، قبل أن ندخل في دراسة تفصيلاته ولكل علم مقدمة هي المدخل الذي يوطئ السبيل إلى دراسته ، فدراسة أصول القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون في فروعها المختلفة .

روح الدراسة:
دراسة ابتدائية

وستدرس أصول القانون في هذه المحاضرات بروح تتوخى بها :

(أولاً) أن نلم بالمبادئ الأولى للقانون فنحدد طبيعته ، ونبين مصادره ، ونفصل فروعها ، ونلاحظ هنا أن دراسة أصول القانون قد تكون ابتدائية للمبتدئين في دراسة القانون ، وهي الدراسة التي نزمع أن نجري عليها في هذه المذكرات . وقد تكون دراسة عميقة فلسفية ، يقصد بها السمو بالدراسة القانونية إلى درجة من التجريد والاستقراء المنطقي والتعمق العلمي تتفق مع حالة من أتم دراسة القانون ، ووعي فروعها وتفصيلاته ، ولم يبق إلا أن يستخلص ما فيه من فلسفة وعلم وهذا إنما يكون خاتمة للدراسة القانونية لامقدمة لها .

دراسة فلسفية

(ثانياً) ومهما يكن من الصبغة الابتدائية التي توخيناها في دراسة

أصول القانون في هذه المحاضرات ، فقد آثرنا مع ذلك أن نبسط المبادئ الفلسفية والعملية التي تتركز عليها دراسة القانون ، حتى نعد الناس أعدادا علميا فلسفيا قبل أن يخوض غمار الحياة العملية ، فإنه اذا فاته هذا الأعداد العلمى وقت الدراسة فلا يعرضه عنه المران العلمى ، ويصعب عليه بعد ذلك أن يستدرك ما فات .

٢ - التعريف بالقانون

يمكن تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية ، والتي تفسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء .

ايراد التعريف

٣ - خصائص القانون

ومن التعريف المتقدم ندرك أن للقانون خصائص ثلاثا : (١) فهو قاعدة (٢) تنظم الروابط الاجتماعية (٣) يصحبها جزاء توقعه الدولة .

(١) فهو أولا قاعدة : والقاعدة لها ميزان ، العمومية والنظام . فالقانون عام بطبيعته ، منظم بوظيفته . أما أنه عام فمعنى ذلك أنه لا يوضع لعمل واحد معين أو لشخص واحد بالذات . وعلى ذلك لا يكون الامر الادارى الصادر باغلاق مصنع معين قانونا ، كما لا يكون قانونا الحكم القضائى الملزم لشخص بالذات بأن يدفع مبلغا من المال لشخص آخر . بل يجب أن تكون القاعدة القانونية عامة ، أى تكون واجبة التطبيق على كل الاعمال والأشخاص المتماثلة التي ينظمها . وذلك لا يمنع من أن القانون قد ينظم طائفة معينة من الاعمال ، كالتصرفات الصادرة فى مرض الموت أو يطبق على طائفة معينة من الاشخاص ، كالطلبة والجنود والعمال . بل ذلك لا يمنع من أن يطبق القانون على شخص واحد ، على أن يؤخذ بصفته لا بذاته كالقانون الذى ينظم وراثه العرش أو رئاسة الوزارة .

قاعدة : السومية



النظام

و يفهم مما تقدم أن القانون ينطوي على معنى النظام الى جانب معنى العمومية ، فما دام قاعدة تطبق على الحوادث المتكررة والاشخاص المتماثلة ، وتطبق كل مرة على النحو التي طبقت به من قبل ، فان هذا التكرار في التطبيق يخلق نظاما متناسقا لا يخل ، وهذا هو أوضح معانى القانون . لذلك كان الشبه قريبا بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية . والجامع بينهما هو النظام . الا أن هناك فرقا جوهريا بينهما ، فالقواعد القانونية تطاع عن شعور و ارادة ، يطيعها الانسان وهو يملك عصيانها متحملا جزاء العصيان . أما القوانين الطبيعية فتطيعها الظواهر الطبيعية لا عن ارادة ولا عن شعور ، وهي لا تملك الا طاعتها فقانون الجاذبية تطيعه كل الاجسام وليس لها بد من هذه الطاعة .

تنظيم الروابط
الاجتماعية

(٢) والقانون قاعدة تنظيم الروابط الاجتماعية : فالقانون لا يوجد الا حيث يوجد مجتمع بشري ، ولا يمكن تصور وجود القانون دون وجود المجتمع . والانسان المنفرد - روبرنسون كروزو أو حى بن يقظان - على فرض وجوده ، لا تربطه رابطة بغيره ، حتى يوجد القانون لتنظيم هذه الرابطة ، على أن الانسان المنفرد ليس الا فرضا فلسفيا لاحقيقة له . قالانسان يولد في المجتمع ، ولا يعيش الا في المجتمع .

يقترن بها جزاء

(٣) والقانون أخيرا يقترن به جزاء دنيوى توقعه الدولة . وقد يصحب القاعدة جزاء غير دنيوى - وعد بالثواب أو وعيد بالعقاب في الحياة الآخرة - فهذا الجزاء لا يخرج القاعدة من دائرة الدين الى دائرة القانون . وقد تنقلب بعض القواعد الدينية الى قواعد قانونية ، اذا اقترن بها جزاء دنيوى ، وأخذت الدولة الناس بتنفيذها . وقد يصحب القاعدة جزاء دنيوى ، ولكن الدولة لا توقعه ، بل يتولى توقيعه الرأى العام ، كما فى قواعد الاخلاق والمجاملات الاجتماعية ، فهذه جزاؤها حمد الناس أو

جزاء دنيوى
توقعه الدولة



ذمهم ، ورضائهم أو استنكارهم ، فهي ليست بقانون اذ ليس للدولة شأن بها . أما اذا صحب القاعدة جزاء دنيوى توقعه الدولة ، فان القاعدة تعتبر قانونا ، والجزاء يختلف ، فقد يكون جزاء جنائيا ، أى عقوبة يتقاضاها المجتمع من المجرم ، وقد يكون جزاء مدنيا أى تنفيذيا لحق يتقاضاه الدائن من المدين .

جزاء جنائى
جزاء مدنى

٤ - ضرورة القانون

يتبين مما تقدم أن القانون يوجد فى المجتمع البشرى لتنظيم الروابط الاجتماعية . ولما كان وجود المجتمع ضروريا ، اذ أن الانسان لا يعيش الا فى المجتمع كما قدمنا ، فان الروابط الاجتماعية لا بد من وجودها ومتى وجدت الروابط الاجتماعية وجب تنظيمها بقواعد ، وهذه القواعد هى القانون .

حلجبه الروابط
الاجتماعيه الى
التنظيم

والفرد فى المجتمع لا يستطيع أن يتمتع بحرية طبيعية مطلقة ، والا تعارضت حرته مع حريات الآخرين . فلا بد اذن من حد الحريات جميعا ، وترك كل فرد حرا فى حدود احترام حريات الآخرين . فالتعارض ما بين الحريات الطبيعية ووجوب حدها حتى يزول هذا التعارض ، والتضارب ما بين المصالح ووجوب التوفيق بينها حتى يمكنه تحقيقها جميعا ، هذا هو الذى يستوجب وجوب القانون

وجوب حد الحريات

٥ - نطاق القانون

اذا أردنا تحديد نطاق القانون بالنسبة الى علم الاخلاق ، وجدنا ان دائرة الاخلاق أوسع بكثير من دائرة القانون . فدائرة الاخلاق تشمل واجب الانسان نحو الله ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الغير . أما دائرة القانون فلا تشمل الا واجب الانسان نحو الغير . وهى بعد لا تشمل الا بعض هذا الواجب . اذ أن واجب الانسان نحو الغير منه ما لا تقبل طبيعته أن يوضع له جزاء دنيوى ، بل يرجع الأمر فيه الى الضمير ، كالتيات

دائرة علم الاخلاق:
واجب الانسان
نحو الله . واجب
الانسان نحو نفسه .
واجب الانسان
نحو الغير

ما يستحيل وضع
جزاء له



ما يتعدى وضع
جزاء له

المستترة، ومنه ما يتعدى وضع جزاء دنيوى له، كالصدق والوفاء، ومنه ما يجوز أن يوضع له جزاء دنيوى. وهذا الأخير قسمان: قسم يرى المجتمع من المناسب وضع جزاء له. وقسم لا يرى المجتمع ذلك مناسباً له. وتحديد المناسب وغير المناسب يختلف باختلاف النظريتين: النظرة الفردية والنظرة الاشتراكية. فالنظرة الفردية تعنى بالفرد وتسخر المجتمع لخدمته، فلا تجعل القانون يتدخل في شؤون الفرد وفي حرته إلا بالقدر الضرورى والنظرة الاشتراكية تعنى بالمجتمع وتسخر الفرد لخدمته، وتجعل القانون يتدخل إلى أقصى حد ممكن في حرية الفرد

ما لا يناسب وضع
جزاء له

دائرة القانون:
ما يناسب وضع
جزاء له

فدائرة القانون لا تتضمن من واجبات الانسان الا واجبه نحو الغير، ولا تأخذ من هذا الواجب ما يستحيل وضع جزاء له ولا ما يتعدى أن يوضع له هذا الجزاء، ولا ما لا يناسب أن يكون له جزاء، بل تقتصر على ما يمكن أن يكون له جزاء بشرط أن يكون ذلك مناسباً

٦ - اتصال القانون بالعلوم الاخرى

تدرج العلوم في الفئة:
العلوم الرياضية:
العلوم الطبيعية:
العلوم الاجتماعية:
الاخلاق:
الاجتماع:
الاقتصاد:
السياسة:

العلوم رياضية وطبيعية واجتماعية. وأدق العلوم هي الرياضية لان الانسان يخلق فروضها فهو مالك لعناصر الحكم والتقدير فيها. ويلبها في الدقة العلوم الطبيعية، ثم العلوم الاجتماعية، اذ أن سيطرة الانسان على الظواهر الاجتماعية أقل تمكنا من سيطرته على الظواهر الطبيعية والقانون يدخل في دائرة العلوم الاجتماعية. وأهم هذه العلوم هي علم الاخلاق وقد رأينا علاقته بالقانون، والنسبة ما بين دائرة القانون ودائرة الاخلاق. ثم علم الاجتماع وعلم الاقتصاد وعلم السياسة. والقانون اذا كان خاصاً فهو يتصل اتصالاً وثيقاً بعلم الاجتماع في دائرة الأحوال الشخصية، وبعلم الاقتصاد في دائرة الأحوال العينية أو المعاملات المالية. واذا كان عاماً



فأتصّاله وثيق بعلم السياسة .

ومن ذلك يتبين أن القانون يتدخل في كل العلوم الاجتماعية بل هو هذه العلوم مجتمعة يستخلص حقائقها ، ويصوغ هذه الحقائق العلمية قواعد قانونية يجرى العمل على مقتضاها

٧ - خطة البحث

أما وقد فرغنا من هذه الكلمة التمهيدية في التعريف بالقانون فنحن نعرض لمباحث علم أصول القانون في ثلاثة أبواب : فنخصص الباب الأول للكلام في طبيعة القانون ، ونجمل الباب الثاني لبحث مصادر القانون ، ونختتم بالباب الثالث في فروع القانون ما

أبواب ثلاثة .
طبيعة القانون
مصادر القانون
فروع القانون



الباب الأول

طبيعة القانون

٨ - المذاهب المختلفة في طبيعة القانون

أول مسألة تعرض لنا من مسائل القانون هي أن نتعرف طبيعته وماهيته : على أي أساس يقوم القانون ، وما هي العناصر التي يحتوي عليها إذا حللناه الى عوامله الأولى ؟

طائفتان من المذاهب :
هذه هي المسألة التي تتفرق فيها الآراء ، وتباين المذاهب ، وتشعب وجوه النظر . وهي المسألة التي تتلخص فيها فلسفة القانون .

المذاهب القانونية
ونحن نستعرض هنا بإيجاز أهم المذاهب في طبيعة القانون . وقد اخترنا أن قسمها الى طائفتين :

المذاهب الاجتماعية
الطائفة الأولى المذاهب القانونية : وهي مذاهب تقف عند الناحية القانونية العملية ، ولا تتعمق في تحليل القانون تحليلاً علمياً فلسفياً .

الطائفة الثانية المذاهب الاجتماعية : وهذه مذاهب تنفذ الى طبيعة القانون فتحللها تحليلاً فلسفياً اجتماعياً ، ولا تكتفي بالنظرة القانونية العملية .



الفصل الأول

المذاهب القانونية

٩ - فاصيحتها

هذه مذاهب تجعل القانون مشيئة صادرة من هيئة عليا . فهي تتخذ للقانون معيارا ماديا ، وتتعرفه من مصدره الرسمي أو الشكلي ، وتقف عند ذلك ، فلا تنفذ الى طبيعة القانون ، ولا الى مصادره الحقيقية . فهي مذاهب تصلح للرجل القانوني ، يريد أن يعرف من وراثها متى تعتبر القاعدة قانونا يطبق في العمل .

وهي تجتمع كلها في مسألة واحدة ؛ هي أن هناك مشرعا هو الذي يصنع القانون . فاذا أريد منها تحليل القانون والتعرف على طبيعته ، لم تجاوز في تحليلها أكثر من أن تقرر أن القانون هو مشيئة هذا المشرع . فكل مجتمع ينقسم الى قسمين ؛ الهيئة الحاكمة والهيئة المحكومة . فالأولى هي التي تسن القوانين ، والثانية هي التي تخضع لها . وقد تكون هذه الهيئة التي تسن القانون قوة غير منظورة هي « الله » أو أية سلطة روحية أخرى . وهذه هي القوانين الدينية ، كالشريعة الاسلامية والشريعة اليهودية . ففي هاتين الشريعتين الله هو للمشرع الأول ، والقانون في أسسه وحى من عنده ، ينزل على عبد من عباده بصطفية نبيا . وقد تكون الهيئة المشرعة هيئة بشرية هي الدولة أو المشرع . فالقائل بأن القانون هو مشيئة الدولة هو الفقيه الانجليزي المعروف « اوستن Austin » ويقابله في فرنسا مدرسة « الشرح على المتون » (Ecole de l'Exege) وهي كاوستن تذهب

القانون مشيئة
السلطان :
الله ،
الدولة ،
المشرع



الى أن القانون مشيئة المشرع ، ومصدره الوحيد هو التشريع .
وبها نحن نرض لكل من هذين المذهبين موجزين .

المبحث الاول

مذهب اوستن

١٠ - اسمى المذهب

يقوم مذهب أوستن على أن القانون في (وضعه) وفي (تنفيذه)
يستند الى سلطان الدولة . فالسلطان هو الذى يضع القانون ، وهو الذى
يأخذ الناس بطاعته . فالقانون في طبيعته مشيئة السلطان ، تنفذ قهرا اذا
اقتضى الحال ذلك .

السلطان مصدر
القانون في الوضع
وفي التنفيذ

١١ - ارطاب القانونه العمولة في مذهب اوستن

ويؤخذ مما تقدم أن القانون يقوم على دعائم ثلاث :

هيئة سياسية معينة :
أمر أو نهى

(أولا) هيئة سياسية معينة هي الهيئة التي تباشر سلطان الدولة
(ثانيا) أمر أو نهى يصدر من هذه الهيئة (ثالثا) اقتران هذا الأمر والنهى
بجزاء دنيوى توقعه الدولة على من يخالف القانون .

١٢ - (أولا) هيئة سياسية معينة

السلطان :
السلطة العليا

هنا يميز اوستن في كل مجتمع سياسى شخصا معيناً او هيئة معينة
هي التي لها السلطان . والسلطان في طبيعته واحد لا يتجزأ وهو القوة
السيطرة على كل القوات في الدولة ، لاتعلو عليها قوة ، وتدين لها كل
القوات بالخضوع . ففي الدولة الاستبدادية يكون السلطان في يد فرد هو
الملك أو الأمبراطور أو هو يتسمى بأى اسم آخر . وفي الدولة الديمقراطية
يكون السلطان في يد هيئة أو أكثر ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ



مثلا ، والى جانبهما يقف رئيس الدولة ، ملكا كان أو امبراطورا أو رئيس جمهورية أو غير ذلك .

الصفة السياسية

هذه الهيئة تتميز عن سائر الهيئات بأن صيغتها سياسية ، فتخرج بذلك الهيئات الأخرى غير السياسية ، كالنقابات والجمعيات المدنية والشركات التجارية والاندية والكنيسة وما الى ذلك . وتتميز كذلك بأن لها السلطان الاعلى على كل الأفراد وعلى كل الهيئات المندمجة في الدولة كما قدمنا .

مشيئة حادته شاعرة

وهذه الهيئة هي التي تنظم الروابط الاجتماعية بقوانين مشيئتها تصدرها للأفراد والهيئات الخاضعة لسلطانها . فالتقوانين أذن ارادة حادثة صادرة من هيئة شاعره ، وليست شيئا كامنا في طبيعة الروابط الاجتماعية ، تنشأ وتتطور في دائرة لاشعورية كما يزعم أنصار مذهب القانون الطبيعي . وقد تكون العادات وقواعد العدالة وغيرها مصدرا للقانون ، ولكن هذه الهيئة السياسية المعينة تقر بذلك وتقرنه بجزء ، وما يقره السلطان فإنه يأمر به

ما يقره السلطان
يامر به

What the sovereign permits he commands.

١٣ - (ثانيا) أمر أو نهى

ومشيئة الهيئة الحاكمة تكون أمرا أو نهيا . فالتقانون ليس مجرد ارشاد تحت الناس على اتباعه ، بل هو أمر أو نهى يجب السير على مقتضاه .

مجرد الرخصة

وقد يعترض على ذلك بأن كثيرا من القواعد القانونية ليست امرا أو نهيا ، بل هي مجرد رخصة . فالتقانون يبيح للشخص أن يملك وان يتعاقد وان يوصى وان يهب فأين الأمر والنهى من ذلك ؟ ان هي الارخص أباحا القانون للناس فلمهم أن يتعاقدوا والابتعاقدوا ولهم ان يوصوا والايوصوا .



ولكن هذا الاعتراض يمكن دفعه . فإن القاعدة القانونية التي ترخص في عمل شيء تأمر في الوقت ذاته الناس باحترام هذا العمل اذا تم وتهاجم عن انتهاك حرمة . ثم هي توجب في ذمة من قام بالعمل التزامات هي اوامر ونواة تجب لها الطاعة . فمن تعاقد بالبيع مثلا وجب على الغير احترام تعاقد ، وينشئ العقد في ذمته التزامات بتسليم الشيء المبيع ، ونقل ملكيته ، وبالامتناع عن التعرض للمشتري ، وبمنع تعرض الغير له ، وهكذا فهذه جملة من الأوامر والنواهي يتضمنها التعاقد .

وقد يعترض كذلك بأن قواعد المرافعات لا تتضمن أوامر أو نواهي ، قواعد المرافعات بل في أكثرها اجراءات تتبع اذا اختار شخص ان يسلك طريق القضاء . ودفع هذا الاعتراض يسير . فإن اتباع هذه الاجراءات أمر يصلره القانون للقضاء . والمتقاضين دون غيرهم من الناس .

١٤ - (ثالثاً) الجزاء الديني

ولا يكفي أن تصدر الهيئة الحاكمة أمراً أو نهياً ، بل يجب أن تقرر ذلك بجزاء دينوي توقعه على من يخالف الأمر أو النهي . وهذا الجزاء الديني تقوم الهيئة الحاكمة بتوقيعه مستندة في ذلك على القوة العامة التي بين يديها . ويترتب على ذلك أن قواعد الأخلاق والمجاملات الاجتماعية والآداب العامة والأحكام الدينية كل هذه ليست قانوناً قد تكون أوامر ونواهي يجب على الناس اتباعها ولكنها ليست مقترنة بجزاء دينوي توقعه الدولة على من يخالفها .

وهنا يقوم اعتراضان : (الاعتراض الأول) أنه يترتب على ما تقدم القانون الدولي العام أن القانون الدولي ليس قانوناً ، إذ أن قواعده غير مقترنة بجزاء دينوي يقع على الدولة متى تخرق حرمة هذا القانون . واذا كانت الحياة الدولية



آخذة في التوثق بإنشاء عصابة الأمم ومحكمة العدل وغير ذلك من الهيئات اللولية ، فان الشقة دون وجوب احترام هذه القواعد اللولية لا تزال بعيدة . لنلك لا يرى اوستن أن القانون اللولى العام قانون بالمعنى الصحيح . (والاعتراض الثانى) أن القانون الدستورى هو أيضا فى منزلة القانون اللولى العام من حيث عدم وجود قوة تنفذه بالقهر . فالقانون الدستورى قواعد تنظم السلطان وروابطه بالأفراد ، والسلطان لا يخضع لقوة أعلى ، فكل قانون ينظم السلطان ما هو الا مشيئة السلطان ، فلا تلزمه هذه المشيئة اذا غيرها . وهب أنها ألزمته . فأين هى القوة التى تجبر السلطان على الاذعان ؟ اذا وجدت هذه القوة فهى السلطان الحقيقى ما دامت تعلو على السلطان المزعوم . ونعود الى نفس التحليل فيما يتعلق بالسلطان الحقيقى . أما اذا لم توجد فقد بطل اذن أن القانون الدستورى يمكن تنفيذه بالقهر . ومن أجل هذا أنكر اوستن على القانون الدستورى أيضا أن يكون قانونا بالمعنى الصحيح .

١٥ - تقرير مذهب اوستن

ليس هناك شك فى وضوح نظرية اوستن وبساطتها ، فهى ترتكز على معيار مادى فى تصرف طبيعة القانون . وعندها ان القانون هو مشيئة السلطان ينفذها بالقوة . فتى صلت ارادة السلطان لتنظيم الروابط الاجتماعية ، وفسرت الناس على الخضوع لهله الارادة ، فذلك هو القانون . وعلى ذلك يكون المصدر الرسمى الوحيد للقانون هو التشريع ، ولا يوجد مصدر آخر الى جانبه . ويكون القانون مبنيا على القوة والقهر لاعلى الرضا والاختيار . وليست هناك الا علامة مادية شكلية لا تجاوزها الى ما وراءها فى تصرف طبيعة القانون .

وضوح النظم
وبساطتها



تقط الضعف في
النظرية

هذه مسائل ثلاث هي تقط الضعف في نظرية اوستن : (اولا) افراد
التشريع بأن يكون مصدرا رسميا للقانون ، (ثانيا) اغفال عامل الامة
واقياها للقانون بمحض رغبتها ، (ثالثا) الوقوف عند معيار شكلي للقانون .
ونحن نتناول هذه المسائل الثلاث :

المصادر الرسمية
الاخرى للقانون

١٦ - (اولا) انفراد التشريع بأنه يكون مصدرا رسميا للقانون
لا يكون القانون قانونا طبقا لنظرية اوستن الا اذا كان مصدره
السلطان أو الدولة أو التشريع . فالنظرية تنكر أن يكون للقانون مصدر
رسمي آخر . والواقع من الامر ان للقانون مصادر رسمية أخرى غير التشريع .
فهناك العادات والدين والقضاء ، وندع الفقه وقواعد العدالة . فالقانون قد
يكون مصدره الرسمي العادة ، وتلتزم المحاكم بتطبيقها كما تطبق التشريع ،
واذا طبقها المحاكم فلانها قانون واجب التطبيق . ولكن نظرية اوستن
تقلب الوضع ، وترى ان القانون الذي يكون مصدره العادة إنما يكون قانونا
لان المشرع أقره . فهو قانون لان المحاكم تطبقه ، لان المحاكم تطبقه
لانه قانون .

طمع الرضا
والاختيار

١٧ - (ثانيا) اغفال عامل الامة واقياها للقانون بمحض رغبتها:
وقد عنيت نظرية اوستن عناية خاصة بعامل القوة والقهر في القانون .
وحملها ذلك على انكار صفة القانون الصحيح على القانون النولي العام والقانون
الاستورى . فاعفلت بذلك عاملا لا يقل في الأهمية عن عامل القوة والقهر ،
وهو عامل الرضا والاختيار . فالافراد تخضع للقانون لا لأنها مجبرة على
الخنوع له فحسب ، بل لأنها ايضا ترتضيه قانونا ينظم روابطها الاجتماعية .
واذا كانت القوة من وراء القانون ، فهذه القوة إنما هي قوة الامة ، والسلطان
ليس في حقيقة الأمر الا الامة نفسها مجتمعة . واذا صدر قانون ياباه طبع الامة



وتقاليدها وحالتها الاجتماعية ، ومع ذلك يأبى المشرع الا ان يخضع له الناس بالقوة ، فقد يبقى قانونا وقتا قصيرا . ثم لا تلبث ارادة الأمة ان تغلب ارادة المشرع ، ويلقى القانون أوجهجر . والالتجاء المتواصل الى استعمال القوة في تنفيذ القوانين انما يكون علامة ضعف لاعلامه قوة .

القانون العرفي العام
والقانون الدستوري

ومن هنا نرى ان انكار صفة القانون الدولي العام والقانون الدستوري فيه تجاوز . فالقواعد الدولية والقواعد الدستورية قواعد ارتضتها الدول والافراد لتنظيم روابطها الاجتماعية ، فهي قوانين حتى مع خلوها من عامل القهر . على ان القوانين الدستورية بنوع خاص لا تخلو من هذا العامل . وذلك ان القوانين المعتادة تحوط بها قوة الامة بطريق غير مباشر متمثلة في الشرطة أو في الجند . أما القوانين الدستورية فتحوطها قوة الأمة بطريق مباشر ، واذا أريد انتهاك حرمة قانون دستوري ، فان دون ذلك الأمة ثور للمحافظة على دستورها .

(ثالثا) الوقوف عند معيار شكلي للقانون :

ولكن العيب الجوهري في نظرية اوستن هو انها تقف عند معيار شكلي للقانون ، فلا تجاوز الشكل الى الموضوع ، ولا تنفذ الى صميم القواعد القانونية لتتعرف طبيعتها . فهي تقنع من القاعدة القانونية بانها تحمل طابع المشرع ، وتقف عند هذه العلامة الرسمية ، ولا تنفذ الى طبيعة القاعدة القانونية لترى كيف نشأت وكيف تطورت .

طابع المشرع هو
المعيار الشكلي

واذا كانت هناك مزية لنظرية اوستن ، فذلك انها تسهل على رجل القانون تمييز القواعد القانونية من غيرها بعلامة مادية يقف عندها ، فما كان من هذه القواعد يحمل طابع المشرع ، فهو قانون . على ان هذه المزية ليست خالصة ، فان كثيرا من القواعد القانونية لا يحمل هذا الطابع ، وله مصدر آخر غير التشريع .

وهو معيار شكلي
ناقص



المبحث الثاني

مدرسة الشرح على المتون

ECOLE DE L'EXEGESE

١٩ - اصل التسمية ووجه الشبه بمذهب اوستن :

اصل التسمية
شرح النصوص
متنا متنا

وعند الفرنسيين مدرسة تتفق مع مدرسة اوستن الانكليزية ، من حيث أن كلا منهما يجعل التشريع هو للصدر الرسمي الوحيد للقانون ، ويقف عنده فلا يتجاوزه الى سواه . وقد عرفت هذه المدرسة باسم مدرسة « الشرح على المتون » (Exegese) ، لان فقهاءها يشرحون نصوص التشريع متنا متنا كما يفعل المفسرون في الكتب المقدسة وهؤلاء الفقهاء يصدرون جميعا عن فكرة واحدة ، هي ان النصوص التشريعية قد حوت كل القواعد القانونية ، ولم تفرط فيها من شيء ، فليس أمام الفقيه الا ان يستعرض هذه النصوص ، ويفسرها نصا نصا .

وجه الشبه بمذهب
اوستن
القانون هو التشريع

ونرى من ذلك ان مدرسة « الشرح على المتون » هي ايضا مذهب شكلي ، كمدرسة اوستن ، تكتفي في التعرف على القانون بشكله دون موضوعه . فالقانون في نظر هذه المدرسة هو التشريع ، ولا يوجد شيء آخر غير التشريع يجوز اعتباره قانونا .

٢٠ - مميزات مدرسة « الشرح على المتون » :

لمدرسة الشرح على المتون ميزان :

(أولا) التقيد بالنصوص

التقيد بالنصوص

لا تعرف هذه المدرسة الا نصوص التشريع مصدرا للقانون وقد قال بينيه (Bugnet) أحد فقهاءها . « اني لا أعرف القانون للدني ، وإنما أدرس قانون نابليون ^(١) . وقال ديمولومب (Demolombe) أمير

(١) Jo ne connais pas le droit civil; je n'enseigne que le code Napoléon..



قهاء هذه المدرسة : « ان شعارى والعقيدة التى اوّمن بها هى أيضا :
النصوص قبل كل شىء » (١).

(ثانيا) العبرة بنية المشرع الحقيقية أو المفروضة :

وإذا كانت نصوص التشريع تشتمل على كل القواعد القانونية ، فإن تفسير هذه النصوص يجب أن يتوخى فيه نية المشرع ، لا اللفظ الذى استعمله فى التعبير عن هذه النية والعبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، لا بنيته المحتملة وقت تطبيق التشريع . وإذا تطورت الظروف الاجتماعية بحيث أصبحت نية المشرع الحقيقية لا تتمشى مع هذه الظروف ، فلا يجوز للقاضى أن يعمد الى نية أخرى محتملة ، ينسبها للمشرع لو أنه وضع التشريع فى الوقت الذى يطبق فيه ، بل يجب عليه أن يظل أميناً على النية الحقيقية للمشرع وقت وضع التشريع . ذلك أن التقيد بنية المشرع الحقيقية فى نظر مدرسة « الشرح على المتون » يعصم من الوقوع فى التحكم ، اذ من العسير الاتفاق على النية المحتملة للمشرع ، وسرعان ما تختلف القضاة فى تحديدها كل بحسب منطقته وهواه . ثم أن التقيد بنية المشرع الحقيقية أكثر اماناً فى احترام التشريع ، أما تجاوز النية الحقيقية الى نية محتملة فإن من شأنه أن يجعل من القاضى مشرعاً .

نية المشرع لا لفظه

النية الحقيقية
لا المحتملة

على أن « النية الحقيقية » للمشرع قد لا تكون واضحة وضوحاً كافياً . ففى هذه الحالة تلجأ مدرسة « الشرح على المتون » الى « النية المفروضة » تستخلصها من روح التشريع ومن تقاليد القانون . مثل ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسى من عدم جواز التصرف فى العقار الذى تقدمه الزوجة مهراً لزوجها فى نظام الدوطة (Régime dotal) . ولم يعرض

النية المفروضة

(١) Ma devise, ma profession de foi, et aussi: les textes avant tout.



المشرع المنقول . فهل يجوز التصرف في المنقول خلافا للعقار ؟ لو قلنا بالنية المفروضة للمشرع وقت وضع التشريع ، لوجب القول بجواز التصرف في المنقول ، اذ انص على العقار دون المنقول من حيث عدم جواز التصرف ، يجعل الحكم مختلفا ، والمبرر لهذا الاختلاف في الحكم أن المنقول لم يكن بنى شأن وقت وضع تقنين نابليون ، وأن العقار كان هو عماد الثروة في ذلك الوقت ، فمن المعقول أن يحمى للمشرع العقار دون المنقول . أما اذا قلنا بالنية المحتملة للمشرع وقت تطبيق التشريع ، لوجب القول ، مع القضاء الفرنسى ، بأن المنقول أصبح لا يقل الآن في الشأن عن العقار ، فيجب له نفس الحماية ، ولا يجوز التصرف فيه كما لا يجوز التصرف في العقار . وتأخذ مدرسة الشرح على المتون بالقول الأول .

فنية المشرع ، الحقيقية أو المفروضة ، هي التي تتلمسها مدرسة « الشرح على المتون » وتجري على مقتضاها ، حتى يكون التشريع وحده ، لا اجتهاد الفقهاء ، هو مصدر القانون .

٢١ - فقهاء مدرسة « الشرح على المتون »

نذكر خمسة من أشهرهم :

(١) و (٢) اوبرى ورو (Aubry et Rau) قيهان من جامعة اوبرى ورو استراسبورج ، وضعا كتابا في شرح القانون المدنى في ثمانية أجزاء (في طبعته الرابعة ، وله طبعة خامسة اشترك فيها بارتان (Bartin) من اثني عشر جزءا وقد استغرق وضع الكتاب في طبعته الاولى نحو عشر سنوات) من سنة ١٨٣٤ الى سنة ١٨٤٤ ، وقد قدم على أنه ترجمة لكتاب قيهه الألماني اسمه زكريا Zachariae ومثل هذه المدة في طبعته الرابعة (من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٨٧٨) . والكتاب لا يزال حتى الآن من أمهات



كتب الفقه الفرنسي ، اشتهر بالدقة والايجاز .

ديمولومب (٣) ديمولومب (Demolombe) ، ويسمى بأمر قهاء مدرسة الشرح على المتون ، كان عميدا لكلية الحقوق بكان (Caen) . ووضع كتابا في شرح القانون المدني في واحد وثلاثين جزءا ، استغرق وضعه واحدا وثلاثين عاما (من سنة ١٨٤٥ الى سنة ١٨٧٦) ولم يكمل الشرح . وعرف كتابه بالافاضة والاسهاب .

لوران (٤) لوران (Laurent) وهو فقيه بلجيكي ، يمثل المدرسة تمثيلا صادقا ، اذ عرف بشدة التمسك بنصوص القانون . وقد شرح القانون المدني في مؤلف من ثلاثة وثلاثين جزءا (من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٨٨٧) .

بودرى لاكاتنرى (٥) بودرى لاكاتنرى (Baudry lacantinerie) ، وهو من أحدث القهاء الذين يمثلون المدرسة . وضع شرحا مطولا للقانون المدني ، بالاشتراك مع قهاء آخرين ، من تسع وعشرين جزءا (من سنة ١٨٨٥ الى سنة ١٩٠١) . ولا يزال كتابه حتى الآن أهم مرجع لفقه مدرسة « الشرح على المتون » .

٢٢ - تقرير « مدرسة الشرح على المتون »

هذه المدرسة كسابقتها ، مدرسة أوستن ، تلحق بها العيوب الثلاثة التي أسلفناها : (١) تجعل التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون (٢) وتغفل عامل ارادة الأمة ، وما تحور به هذه الارادة (في شكل العادات والتقاليد) من ارادة المشرع (٣) وتقف عند معيار شكلي للقانون ، فلا تحلل طبيعة القانون وعناصره الأولى .

وهي الى جانب هذه العيوب ، تجعل القانون جامدا لا يتطور ، عيب آخر هو الجود ما دامت تنقيد بارادة المشرع وقت وضع التشريع .



الفصل الثاني المذاهب الاجتماعية

٢٣ - فاصيئرا

القانون حقيقية
اجتماعية

هذه مذاهب لا تنظر الى القانون نظرة سطحية ، ولا تكتفي في التعرف عليه بعلامة شكلية . بل هي تنفذ الى الصميم ، وتحلل القانون الى عناصره الأولى ، وترده الى أصله في دائرته الاجتماعية . وهي بين مذاهب فلسفية ميتافيزيكية ، ومذاهب علمية واقعية ، ومذاهب مختلطة تمت الى التزعتين .

بيان بعض المذاهب
الاجتماعية

ونذكر من هذه المذاهب مذهب القانون الطبيعي ، ومذهب التطور التاريخي ، ومذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة ، ومذهب الغاية الاجتماعية ، ومذهب التضامن الاجتماعي ، ومذهب العلم والصياغة .

المبحث الاول

مذهب القانون الطبيعي

٢٤ - فكرة القانون الطبيعي

قانون كامن في
طبيعته
الروابط الاجتماعية
يكشفه العقل
لا يوجد

يرى مذهب القانون الطبيعي أن هناك قانونا كامنا في طبيعة الروابط الاجتماعية ، وهو قانون ثابت لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان . يكشفه العقل البشري لا يوجد هذا هو القانون الطبيعي ، قانون أبدي سرمدي ، ككل القوانين التي تهيم على الظواهر الطبيعية . فكما أن العالم الطبيعي من فلك وأرض وهواء وماء ، وما تحويه كل هذه الأشياء ، خاضع لقوانين



طبيعية لا تتغير ولا تتبدل ، كذلك العالم الاجتماعي يخضع لقوانين طبيعية توجهه الى حيث هو منساق اليه . وما على العقل البشرى الا أن يتمن في الروابط الاجتماعية ، فيستخلص منها هذا القانون الطبيعي . وكلما قرب القانون الوضعي من القانون الطبيعي كان أقرب الى الكمال .

ولمذهب القانون الطبيعي تاريخ طويل ، ومراحل عديدة تدرج

فيها ، نلم بها موجزين .

مراحل تطور
القانون الطبيعي

٢٥ -- مذهب القانون الطبيعي عند اليونان

عرف فلاسفة اليونان القانون الطبيعي . فقد راعهم أن رأوا أن الانسان كبقية المخلوقات يخضع لقوانين طبيعية من نشأة ونمو وتطور وفناء ، وأن هناك قوانين ثابتة لا تتغير ، تخضع لها البشرية جميعا في كل زمان ومكان ، الى جانب الحوادث العارضة التي تخص كل انسان . قسموا هذه القوانين الثابتة بالقانون الطبيعي . وميز أرسطو بين القانون العام ، وهو هذا القانون الطبيعي ، والقانون الخاص ، وهو من وضع البشر ، تتخذ كل أمة منه ما تهتدى اليه .

تميز أرسطو بين
القانون الطبيعي
والقانون الوضعي

وقال الرواقيون بالقانون الطبيعي . فعندهم أن أصل الوجود هو الله في هيئة النار . ثم تحركت النار وحولت جزءا منها الى هواء . وتحرك الهواء وحول جزءا منه الى ماء ، وتحرك الماء وحول جزءا منه الى أرض . ويسير العالم في هذه الصورة شوطا مقدرا ، وفقا لسنن محتمة . ثم تفتى الأرض في اللاء ، والماء في الهواء ، والهواء في النار ، ويعود العالم كتلة نارية كما كانت . ثم ينفصل من النار هواء ، ومن الهواء ماء ، ومن الماء أرض ، سيرة أخرى ، ويسير العالم هذا الشوط المقدر . وهكذا دواليك . فيتعاقب على العالم حالان ، البناء والهدم الى ما لا نهاية . ويحدث ذلك

فلسفة الرواقين



على أساس لا يتغير ، وقانون طبيعي ثابت .

٢٦ - مذهب القانون الطبيعي عند الرومان

وقد ميز قهاء الرومان بين القانون المدني (Jus civile) وقانون الشعوب (Jus gentium) ، والقانون الطبيعي (Jus naturale) فالأول هو القانون الروماني العتيق الذي كان يطبق على الرومانيين دون سواهم . أما قانون الشعوب فهو ذلك القانون المشترك بين جميع الشعوب ، وكانت الرومان تستمد من مبادئه القانون الذي كان يطبق على الأجانب ، وهذا هو القانون الطبيعي بالمعنى المقصود . أما القانون الطبيعي في لغة الرومان فقد كان القانون الذي تخضع له كل الكائنات الحية من انسان وحيوان . فهناك نوع من التدرج : القانون الطبيعي تخضع له كل الكائنات الحية ، وقانون الشعوب يخضع له كل بنى الانسان من بين الكائنات الحية ، والقانون المدني يخضع له كل الرومانيين من بنى الانسان . وقد نقل الرومان مذهبهم في القانون الطبيعي عن الفلسفة اليونانية . وحل « قانون الشعوب » عند الرومان محل القانون الطبيعي عند اليونان بل هو قد صار قانونا عمليا ، لا مجرد فلسفة ، يطبقه الرومان في علاقاتهم مع الأجانب ، ويستخلصونه من القوانين الطبيعية التي يستلهمونها من عقولهم ، ويحسبون أن الانسانية تخضع لها اذ هي قوانين تطبقها كل الشعوب . وقد أثر « قانون الشعوب » هذا في « القانون المدني » فوسع فيه وهذبه ، وصار من أهم المصادر في رقى القانون الروماني ، اذ كان مبنيا على العقل في أساسه ، بينما كان « القوانين المدني » مبنيا على العادات القديمة والأشكال والأوضاع .

ونرى مما تقدم أن القانون الطبيعي كان فلسفة عند اليونان ، فصار تطور القانون الطبيعي



من فلسفة الى قانون
الى دين الى سياسة

قانونا عند الرومان ، وسنراه يتقلب ديناً في العصور الوسطى ، ثم سياسة
في العصور الحديثة .

القانون الالهي

٢٧ - مذهب للقانون الطبيعي في العصور الوسطى في أوروبا
وورثت المسيحية في العصور الوسطى القانون الطبيعي ، فجعلته
القانون الالهي ، وهو قانون أبدي سرمدي ، ثابت لا يتغير ، نصل اليه
من طريق الوحي لا من طريق العقل .

من الحاكم بالحسن
والقبح ؟

٢٨ - مذهب القانون الطبيعي « عند المعتزلة » من المسلمين
ومما هو جدير بالذكر أن الاسلام عرف كالمسيحية القانون الطبيعي .
وزاد عليها انه ميز بين القانون الطبيعي والدين . وجعل العقل لا الوحي
هو الكاشف لهذا القانون . وهذا هو مذهب المعتزلة المعروف . فعندهم
أن الحسن والقبح (أي المأمور به والمنهى عنه أي القانون) يدرهما
العقل ، والشرع جاء كاشفاً عما أدركه العقل قبل وروده . فالمعتزلة تقول
اذن بقانون طبيعي مصدره العقل لا الدين . وقد ورد في ارشاد الفحول
للسوكاني ص ٧ ما يأتي : « اعلم انه لاخلاف في كون الحاكم الشرع بعد
البعثة وبلوغ الدعوة . وأما قبل ذلك ، فقالت الأشعرية لا يتعلق له
سبحانه حكم بأفعال المكلفين ، فلا يحرم كفر ولا يجب ايمان . وقالت
المعتزلة انه يتعلق له تعالى حكم بما أدرك العقل فيه صفة حسن أو قبح
لناته أو لصفته أو لوجوه واعتبارات ، على اختلاف بينهم في ذلك .
قالوا والشرع كاشف عما أدركه العقل قبل وروده ومحل النزاع بينهم
(الأشعرية والمعتزلة) . . . هو كون الفعل متعلق المدح والثواب والنم
والعقاب آجلاً أو عاجلاً فعند الأشعرية ومن واقفهم ان ذلك لا يثبت الا
بالشرع ، وعند المعتزلة ومن واقفهم ان ذلك ليس الا لكون العقل واقماً



عهد الفطرة
العقد الاجتماعي

حيث يختلفون :
طرفا العقد
أثر العقد

تعيش قبلا في عهد الفطرة قبل أن ينتظموا في الجمعية البشرية (ثانيا) لما كان من المتعذر البقاء في هذه الحالة فان الناس أبرموا عقدا اجتماعيا (Contrat social) بمقتضاه انتقلوا من عهد الفطرة الى عهد النظام . ولكن الفلاسفة الثلاثة اختلفوا عند ما أراد كل منهم تحديد طرفي العقد الاجتماعي وأثر هذا العقد ، وفقا للقانون الطبيعي الذي تصوره . فرأى هبزل أن العقد قديم بين أفراد الناس جميعا ، ولم يكن السلطان طرفا فيه ، على أن تتنازل الناس عن حرياتهم الطبيعية للسلطان ليقم النظام بينهم وللسلطان السيطرة المطلقة على الناس ، وله أن يستبد بالأمر فيهم ، فان الاستبداد خير من الرجوع الى حالة الفوضى . وكان هبزل في نظريته هذه نصيرا للحكومة الاستبدادية التي كانت قائمة في إنجلترا في عهده : ورأى لوك ، وكان من أنصار الملكية المقيدة وانبرى يدافع عن الثورة الانجليزية التي شبت في سنة ١٦٨٨ ، ان العقد الاجتماعي قد أبرم بين الشعب والسلطان ، على ان يتنازل أفراد الشعب عن جزء من حرياتهم الطبيعية ليتمتعوا بالجزء الباقي ، فاذا أخل السلطان بتعهده من تمكين الناس من التمتع بالجزء الممكن من حرياتهم الطبيعية ، جاز للشعب ان يفسخ العقد الذي أبرمه مع السلطان . وان ينتقص عليه ، وتكون الثورة في هذه الحالة مشروعة . ورأى روسو ، وهو من أنصار سلطان الشعب ، ان العقد الاجتماعي انما أبرم ما بين أفراد الشعب جميعا على ان يتنازلوا عن حرياتهم الطبيعية للشعب نفسه ، اذ لا يوجد سلطان غير الشعب ، ويستعوضوا عن هذه الحريات الطبيعية بحريات مدنية ، يكونون أمر الاشراف عليها الى وكيل يقيمونه ، لهم حق عزله اذا أخل بواجبات الوكالة . وليس الضعف في هذه النظريات جميعها راجعا الى انها افترضت وجود عقد اجتماعي لم يثبت التاريخ وجوده ، فان الفلاسفة الثلاثة لم يقولوا بالعقد الاجتماعي كحقيقة تاريخية ، بل قالوا به كتفسير معقول يكيفون به

ضعف نظرية العقد
الاجتماعي



الروابط الاجتماعية . وإنما الضعف الحقيقي يرجع الى القول بأن الناس عاشوا قبل في عهد الفطرة قلم تنظمهم جمعية بشرية ، والواقع من الأمر ان الجمعية البشرية وجلت منذ وجد الانسان ، ولم يعيش الانسان ولا يستطيع ان يعيش الا في المجتمع .

٣٠ - مذهب القانون الطبيعي في عهد الثورة الفرنسية

وقانون نابليون

الثورة الفرنسية
اعلان حقوق الانسان

وقد تأثرت الثورة الفرنسية الى حد كبير بمذهب القانون الطبيعي ، وكانت في تأثيرها خاضعة لنظريات روسو في الحرية والمساواة . واحتذت كذلك مثل الثورة الامريكية حيث أعلنت حكومات امريكا بعد استقلالها مبادئ مشتقة من مذهب القانون الطبيعي . وأعلنت الثورة الفرنسية « حقوق الانسان » (Déclaration des Droits de l'Homme) وهي حقوق تستند كلها الى مبادئ القانون الطبيعي ، ، وقد نصت المادة الأولى منها على ما يأتي : تولد الناس وتبقى أحرارا متساوين أمام القانون^(١) ونصت المادة الثانية على ما يأتي : « الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية ، التي لا تقبل السقوط بالتقادم . وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والامن ومقاومة التعسف^(٢) .

قانون نابليون
المشروع الاول

وقد كاد واضعوا قانون نابليون أن يسجلوا في هذا القانون ما قرره

(١) Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.

(٢) Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la propriété, la sécurité et la résistance à l'oppression.



الثورة الفرنسية في « اعلان حقوق الانسان » من وجود قانون طبيعي عام ثابت لا يتغير . فجاء المشروع الأول لقانون نابليون تنص المادة الأولى منه على ما يأتي : « يوجد قانون عام لا يتغير ، هو مصدر كل القوانين الوضعية ، وهذا القانون ليس الا العقل من حيث انه يحكم كل البشر »^(١) .
ولكن هذا النص حذف من المشروعات التالية ، اذ اعتبر بمثابة اعتناق لمذهب فلسفي ، لا يتلاءم مع طبيعة النصوص التشريعية .

المبحث الثاني مذهب التطور التاريخي

٣١ - كيف ظهر مذهب التطور التاريخي :

كان من شأن فلسفة الثورة الفرنسية أن تدعم مذهب القانون الطبيعي . وكانت حركة التقنين في فرنسا التي تمت في عهد نابليون متفقة مع هذا المذهب . ما دام هناك قانون طبيعي ثابت لا يتغير ، فان تقنين القانون الوضعي لا يتنافى اذن مع طبيعة القانون ، اذ يمكن للعقل البشري أن يكشف القانون الطبيعي ، وأن يسجله في كتاب ، ولا خوف على القانون من أن يصيبه الجود ، فانه ثابت أبدي .

ومهما يكن من أمر ، فان الفرنسيين أتموا تقنين قوانينهم في السنين الأولى من القرن التاسع عشر ، واطمأنوا الى أنهم قد خطوا خطوة كبيرة في سبيل استقرار القوانين . وقد انتقلت عدوى التقنين الى بعض الأمم

اتفاق التقنين مع
فكرة القانون
الطبيعي

ظهور مذهب التطور
التاريخي ووقوفه
حند التقنين

(١) Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives, il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne les hommes.



الأخرى كالنمسا . وقام تيبو Thibaut في المانيا ينادى بتقنين القانون الألماني . فتصدى له سافيني Savigny الققيه الألماني المعروف وزعيم المدرسة التاريخية ، وقال بضرر التقنين في رسالة مشهورة ، نشرت في سنة ١٨١٤ ، وكان لها دوى كبير في عالم القانون ، فقد أرخت مذهبا جديدا هو مذهب التطور التاريخي .

منهـب التطور
التاريخي رد فعل
لمنهـب القانون
الطبيعي

واقـد كانت فكرة التطور مجهولة الى القرن الثامن عشر ، لذلك كان على فلاسفة القانون أن يختاروا في النظر الى القانون بين أن يروه مشيئة تحكيمية صادرة من هيئة عليا أو قانونا طبيعيا ثابتا لا يتغير . فتغلبت فكرة القانون الطبيعي ، و بقيت متغلبة حتى آخر القرن الثامن عشر . ثم ظهرت فكرة التطور التاريخي ، قال بها بعض الفلاسفة في القرن الثامن عشر ، ومنهم مونتسكيو Montesquieu صاحب كتاب «روح الشرائع» ولكن الفكرة لم تصبح مذهبا الا على يد هييجو (١٧٦٨ - ١٨٤٤) وسافيني (١٧٧٩ - ١٨٦١) في أول القرن التاسع عشر . فأصبح فلاسفة القانون وعندهم مذهب ثالث في تحليل طبيعة القانون .

فمذهب التطور التاريخي كان في الواقع من الأمر رد فعل لمذهب القانون الطبيعي ، بعد أن ساد هذا المذهب مدة طويلة وتدعم بالثورة الفرنسية .

٣٢ - المباري، التي قام عليها مذهب التطور التاريخي :

يقوم مذهب التطور التاريخي على مبدئين :

(أولا) لا يوجد قانون طبيعي عام ثابت لا يتغير . بل القانون متغير ، يتطور وفقا لحاجات كل أمة وظروفها . فالقانون كاللغة ، ينشأ في البيئة الاجتماعية ، وينمو نموا ذاتيا ، ويتطور متأثرا بعوامل البيئة الاقليمية والجوية والدينية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية . فيولد القانون وينمو ويتعرض كظهور من المظاهر الاجتماعية المتنوعة .

القانون متغير في
المكان وفي الزمان



ويتبين مما تقدم أن مذهب التطور التاريخي ، خلافا لمذهب القانون الطبيعي ، يرى أن القانون ليس عاما وليس ثابتا . فلكل أمة قانونها الخاص بها ، هو المتفق مع حاجاتها . وقانون كل أمة لا يبقى على حالة واحدة ، بل هو يتطور مع تطور البيئة الاجتماعية . فالقانون اذن متغير في المكان وفي الزمان .

(ثانيا) ما دام القانون هو خلق البيئة وثمرتها ، فان نموه يكون على نحو غير محسوس ، فهو ينبعث من ضمير الأمة ومن شعور المجتمع . لذلك لا يكون للقانون غاية يحققها ، وليست هناك ارادة عاقلة تسيره وتكيفه ، فهو يتطور لا يطور .

القانون يتطور لا يطور على نحو غير محسوس ودون غاية

٣٣ - مهاجمة مبادئ مذهب التطور التاريخي :

وسنرى فيما يلي أن مذهب التطور التاريخي قد هوجم بدوره وأن مذهب القانون الطبيعي ، بعد أن انتكص في أوائل القرن التاسع عشر تحت تأثير هجمات المدرسة التاريخية ، عاد الى الانتعاش وكر على هذه المدرسة ، وهاجم من مبادئها ما يقرر أن القانون متغير في المكان وفي الزمان ، وأنه لا توجد وحدة تجمع ما بين قوانين الأمم المختلفة . واتخذ المذهب اسما جديدا ، فأصبح يدعى بمذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة .

مهاجمة المبدأ الاول :
مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

ثم ظهر مذهب آخر ، هو مذهب الغاية الاجتماعية ، يجعل تطور القانون خاضعا لارادة مؤثرة ، و متمشيا مع غاية اجتماعية مرسومة . وبذلك يكون مذهب التطور التاريخي قد هوجم في ناحيته .

مهاجمة المبدأ الثاني :
مذهب الغاية الاجتماعية



المبحث الثالث

مذهب القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة

٣٤ - للقانون عنصر ثابت وأمر متغير :

عيب المدرسة
التاريخية نفى كل
وحدة ما بين القوانين

رأينا أن مذهب القانون الطبيعي قد انتكص في أوائل القرن التاسع عشر ، واهتزت تحت حملات المدرسة التاريخية . ولكنه ما لبث أن انتعش بعد ذلك ، وهاجم بدوره المدرسة التاريخية في ناحيتها الضعيفة . فأن عيب المدرسة التاريخية الظاهر أنها جعلت لكل أمة قانونا خاصا بها ، وهو قانون متغير . ولم تحاول أن تربط ما بين قوانين الأمم للتغايرة ، وأن تجعلها منسجمة في ضرب من الوحدة ينظمها جميعا . لذلك وجه أنصار مذهب القانون الطبيعي في القرن التاسع عشر جهودهم الى هذه الناحية .

القانون ثابت في
أساسه متغير في
تفصيلاته

وقد ابتدأوا بالاعتراف بما في مذهب المدرسة التاريخية من حق ، وسلموا بأن لكل أمة قانونا يتلاءم مع حاجاتها الخاصة ، وهو وليد التطور الاجتماعى وخلق البيئة . ولكنهم يرجعون بعد ذلك الى مذهبهم فى القانون الطبيعي ، فيقررون أن هذه القوانين المتغايرة تتجمع كلها حول مبادئ أساسية ثابتة ، وهذه المبادئ الأساسية هى القانون الطبيعي الذى لا يتغير فى المكان ولا فى الزمان . فالقانون الطبيعي إذا ثابتا لا يتغير ، فانما يكون ذلك فى مبادئه الأساسية التى تسود مشتملاته التفصيلية ، وهذه المشتملات التفصيلية تتغير من أمة الى أمة ومن جيل الى جيل ، وتتطور متأثرة بالعوامل الاجتماعية المختلفة . فهناك اذن قانون طبيعى ثابت فى



أساسه ، متغير في تفصيلاته ، وهو القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة (Droit naturel à contenu variable) كما دعاه ستاملر (Stammler) الفقيه الألماني المعروف .

ومذ كسب مذهب القانون الطبيعي هذه المرونة من مذهب المدرسة التاريخية ، واعترف بتطور القانون ، وفقا لظروف المكان والزمان ، تطورا يغير من تفصيلاته دون أن يمس الأساس ، كثر أنصاره وعادت فلاسفة القانون في الوقت الحاضر الى الدفاع عنه . ومن الفقهاء الذين دافعوا عنه في فرنسا بيدان (Beudant) وشارمون (Charmont) ، وفي ألمانيا هيجل (Hegel) وستاملر (Stammler) . ويعتبر هيجل زعيم مدرسة القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة .

أنصار القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة في الوقت الحاضر

٣٥ - تطبيقات القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة :

المبادئ الأساسية

ونورد مثلا على كيفية تطبيق القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة : يمكن القول بأن الفرد ، حتى يعيش في المجتمع ، يجب أن يتمتع بحقوق جوهرية ، هي الحق في الحياة وفي السلامة ، والحق في الحرية ، والحق في الأسرة ، والحق في الملكية ، والحق في احترام تعاقدته ، والحق في التمويض عن الضرر الذي يصيبه ، والحق في عدم إثراء الغير على حسابه .

هذه هي المبادئ الجوهرية التي لا تتغير لا في المكان ولا في الزمان . فاذا ما أردنا تطبيقها وجدنا أن الحق في الحياة لم يعترف به في القديم لطوائف من الناس منهم الرقيق والمدين وأسير الحرب وينكر اليوم على القاتل ، ولا ندري هل يبقى هذا الحق منكرا حتى على القاتل ، فان من الفلاسفة من يرى الغاء عقوبة الاعدام . وكذلك الحق في الحرية

تطبيقاتها التفصيلية

الحق في الحياة



- الحق في الحرية بأنواعها من حرية الرأي وحرية الدين وحرية الاجتماع ، يتخذ صوراً وأشكالاً تختلف باختلاف الأمم واختلاف العصور ، طابلسفية مذهب لا بد من اعتناقه في روسيا ويجوز اعتناقه في فرنسا ، ويحرم اعتناقه في مصر . وكذلك موقف الأمم نحو الدين يختلف اختلافاً كبيراً ، فمنها من تتخذ ديناً رسمياً ولا تبيح غيره ، ومنها من تتخذ ديناً رسمياً وتبيح اعتناق غيره ، ومنها من لا تتخذ ديناً رسمياً وتبيح اعتناق كل الأديان . والأسرة قد تطورت ، فبعد أن كانت أمية صارت أبوية ، ويختلف موقف الأمم تجاه بعض مسائل تتعلق بالأسرة ، كتمدد الزوجات والطلاق اختلافاً كبيراً ، والملكية كانت مشتركة ، ثم صارت فردية في بعض المنقولات ، ثم في البعض الآخر ، ثم شملت العقار . ونطاق الملكية والقيود التي تحدها ، وأنواعها من ملكية مفرزة أو شائعة ومن ملكية مادية أو معنوية ، كل هذا يختلف اختلافاً كبيراً من أمة إلى أمة ومن جيل إلى جيل . وقل مثل ذلك في العقد والعمل الضار والاثراء على حساب الغير . فهناك اذن مبادئ أساسية تبقى واحدة لا تتغير ، ولكن تطبيق هذه المبادئ تطبيقاً تفصيلياً يختلف باختلاف الأمة والعصر .

العقد والعمل الضار
والاثراء على حساب
الغير

٣٦ - تقرير مذهب القانون الطبيعي بنوعه

عيب مذهب القانون الطبيعي هو أنه لا يعطينا قانوناً طبيعياً يجمع بين أن يكون صحيحاً وعملياً . فالقانون الطبيعي الثابت قانون عملي غير صحيح ، والقانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة قانون صحيح غير عملي . وذلك أن القانون الطبيعي الثابت ينزل إلى تفاصيل الحياة وينحدر إلى تفرعاتها ، فهو عملي من هذه الوجهة ، ولكنه غير صحيح ، لأن القانون الذي ينزل إلى كل هذه التفاصيل يتغير بتغير الأمة والجيل ، فليس صحيحاً أن يقال

القانون الطبيعي
الثابت : عملي غير
صحيح



بأنه قانون ثابت . والقانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة ، إذا كان صحيحا لأن مبادئه الأساسية لا تتغير ، فهو غير عملي ، لأن هذه المبادئ الأساسية لا تصلح للتطبيق العملي المباشر على تفصيلات الحياة ، أما ما يصلح منه للتطبيق العملي فتفصيلاته المتغيرة .

القانون الطبيعي ذو
الحدود المتغيرة
صحيح غير عملي

ومن ذلك نلمس ضعف القانون الطبيعي فهو ان كان صحيحا يكون غير عملي ، واذا كان عمليا يكون غير صحيح .

المبحث الرابع

مذهب الغاية الاجتماعية

٣٧ - الغاية والكفاح في القانون

الغاية

يعتبر اهرنج (Ihering) (١٨١٨ - ١٨٩٢) الفقيه الألماني المعروف زعيم مذهب الغاية الاجتماعية . فعنده أن القانون لا يتطور تطورا أعمى الى غير غاية ، بل ان نشوءه وتطوره انما يكون طبقا لغاية مرسومة ، وان عامل الارادة البشرية في تطوير القانون عامل لا يجوز اغفاله ، بل إن عامل الارادة هنا قد يشتد حتى يصبح ارادة عنيفة ، بل كفاحا مستمرا ، يوجه القانون الى الغاية التي تتوخى . ومن تلك نرى أن اهرنج قد بنى القانون على أساسين : (١) الغاية (But) (٢) والكفاح (Lutte) .

٣٨ - قانونه السبب وقانونه الغاية :

ويقرر اهرنج حقيقة لا شك فيها هي أن الظواهر الطبيعية تخضع لقانون السبب ، أما الظواهر الاجتماعية والأدبية فانها تخضع لقانون الغاية فالجسم يهبط من أعلى الى أسفل بسبب الجاذبية ، والانسان يتصرف

الظواهر الطبيعية :
قانون السبب
الظواهر الاجتماعية :
قانون الغاية



تصرفا معيننا للوصول إلى غاية معينة . والاسفنج إذا شرب الماء فأتما يخضع بذلك القانون السبب ، أما الانسان إذا شرب الماء فأتما يخضع لقانون الغاية والفرق بين السبب والغاية يتلخص فيما يأتي : (١) السبب سابق على المسبب ، اما الغاية فلا حقة للوسيلة . (٢) السبب أعمى ، والغاية مبصرة . (٣) السبب محتم ، والغاية غير محتمة .

الفرق بين السبب والغاية

عمل الانسان لا بد له من غاية

٣٩ - القانون وسبب لغاية :

ولما كان القانون ظاهرة إجتماعية ، وكانت كل ظاهرة إجتماعية تخضع لقانون الغاية ، فالقانون ليس اذن الا وسيلة لتحقيق غاية . والانسان لا يصدر في عمله الا عن غاية يريد تحقيقها ، حتى المجنون ، له غاية يرسمها لنفسه ، وان كانت غاية مضطربة ، فوجود الغاية لا ينقصه ، وان نقصه استقامة هذه الغاية .

حب الذات وحفظ الذات :
الذات :
الذات والالم

والغاية من القانون هي حفظ المجتمع . ولما كانت الطبيعة تتكفل بالتوفيق بين حفظ الذات وحب الذات من طريق اللذة الألم ، بأن تجعل كل عمل يحفظ الذات مقرونا باللذة التي يدفع اليها حب الذات ، وكل عمل يهدد الذات مقرونا بالألم الذي يبعد عنه حب الذات ، كذلك القانون يتكفل بالتوفيق بين حب الذات وحفظ المجتمع من طريق الثواب والعقاب ، فيجعل لكل عمل يحفظ المجتمع ثوابا يدفع اليه حب الذات ، ويجعل لكل عمل يهدد المجتمع عقابا يجنبه حب الذات . فالقانون ، وهو الذي ينظم الروابط الاجتماعية ، ليس الا وسيلة لتحقيق غاية المجموع من وراء تحقيق الغايات الشخصية للأفراد ، بعد التوفيق بين هذه الغايات الشخصية وغاية المجموع ، من طريق الثواب والعقاب .

حب الذات وحفظ المجتمع :
الذات :
الثواب والعقاب



القانون وسيلة لغاية
مبصرة

فالقانون أذن وسيلة لغاية مبصرة يراد تحقيقها . والانسان في ذلك يسير على هدى غايته ميرا أيجابيا ، ولا يقتصر على أن يقف موقفا سلبيا ، يشاهد القانون وهو يتطور من تلقاء نفسه . بل هو يؤثر في القانون بفعله ؛ وكيف تطوره . بل هو يقوم بأكثر من عمل ايجابي ، يقوم بكفاح عنيف ، الكفاح في القانون حتى يغير من اتجاه القانون اذا حاد عن الطريق الموصل للغاية . وقد يقتضى هذا منه عملا عنيفا بالغيا في العنف وليكن تقدم القانون ومسايرته لحاجات المدينة المتطورة لا يشتري الا بهذا الثمن .

٤٠ - صرية مذهب الغاية :

الموقف الايجابي

من مزايا الغاية الاجتماعية انه يجانب ما وقع فيه مذهب التطور التاريخي من المبالغة في تصوير القانون تطورا يقع من تلقاء نفسه ، وينزع من « ضمير الأمة » وهو تطور أعمى لا فصد له ولا غاية . فنظرية أهرنج تجعل للقانون غاية يحققها هي حفظ المجموع ، فاذا كانت هناك قاعدة قانونية أصبحت غير صالحة لتحقيق هذه الغاية وجب أن تتغير ، ولو اقتضى تغييرها كفاحا ونضالا . فالنظرية إذن تستفز العزيمة وتبعث على العمل . وتنفض غبار الانكسار الذي يتراكم في مذهب التطور التاريخي ، وهو المذهب الذي يدع الانسان يكتب يديه مكتفيا بأن ينظر القانون يتطور .

الكفاح

والواقع من الأمر أن القانون من عمل الانسان ، يريد ويكافح في سبيل تحقيق ما يريد . وما الحركات الكبرى التي خطت بالانسانية الى الأمام إلا حركات قامت على كفاح عنيف ، ثم خرجت فائزة من هذا الكفاح . هكذا قامت حركات التحرير . تحرير الرقيق ، وتحرير المرأة ، وتحرير الشعوب وتحرير العمال .



المبحث الخامس

مذهب التضامن الاجتماعي

ديجيه زعيم مذهب
التضامن الاجتماعي

٤١ - الاسى التى يقوم عليها المذهب

مذهب التضامن
الاجتماعى مذهب
واقى لاميتافيسيكي

يعتبر ديغيه (Duguit) زعيم القائلين بمذهب التضامن الاجتماعى من رجال القانون . وقد بسط مذهبه فى مؤلفات له كثيرة . وهو يبسطه على أنه مذهب علمى واقى (Positive) ، بعيد كل البعد عن التأثر بالميتافيسيكا (Métaphysique) ، والميتافيسيكا تختلف عن العلم فى أنها تبحث فى الأصل الأول للأشياء ، فلا تقف عند الشكل والصورة ، بل تتجاوز ذلك الى الجوهر والهيولى . وهذا الاصل الأول هو المجهول الواجب الوجود . ولا وسيلة لادراكه غير العقل . أما العلم فتقتصر دائرته على الواقع المحسوس ، ولا شأن له بالمجهول الذى لا يقع تحت الحس ولا يخضع للتجارب . فالتجارب والعقل هما الوصيلتان للبحث العلمى .

ركنا المذهب :
الحقائق الواقعة
يستخلص من النتائج

ولما كان مذهب ديغيه مذهباً علمياً واقعياً ، يصدر عن المشاهدة والتجارب وتسجيل الواقع ثم هو يستخلص النتائج المعقولة من كل ذلك ، كان من الطبيعى أن يقوم مذهبه على ركنين :

(أولاً) ما يقدره من الحقائق الواقعة (ثانياً) ما يستخلصه من النتائج من هذه الحقائق الواقعة الآتية :

٤٢ - الحقائق الواقعة فى مذهب التضامن الاجتماعى

يسجل المذهب الحقائق الواقعة الآتية :

(١) وجود المجتمع ، مما لا شك فيه أن الانسان يعيش فى المجتمع ، (١) وجود المجتمع



وانه كان دائماً يعيش في المجتمع ، ولا يستطيع ان يعيش الا في المجتمع . فالمجتمع اذن حقيقة واقعة . على ان للانسان ايضاً ذاتيته المستقلة عن المجتمع ، فله حاجاته الشخصية وميوله وآماله ، ولكن هذه الحاجات والميول والآمال لا يستطيع ان يرضيها الا في المجتمع وبالمجتمع .

(٢) وجود التضامن

(٢) وجود التضامن الاجتماعي : وما دام الانسان يحسن ذاتيته ولا يستطيع ان يفي بحاجاته الا في المجتمع ، فانه يرتبط بافراد المجتمع ارتباطاً تضامناً . والتضامن عند ديجيه حقيقة واقعة علمية لا مثل أعلى ميتافيزيكي . وتتسع دائرة التضامن مع تقدم المدنية . فقد كان الانسان يرتبط بالرهط من الناس (Horde) يعيش معهم متضامنين في الدفاع عن النفس وفي توفير وسائل العيش . ثم ارتبط بأفراد الاسرة (Famille) فزادت وشائج القرابة توثيق اسباب التضامن . ثم ارتبط بأفراد المدينة (cité) وهي مجموعة من الاسر يرتبط ما بينها التقاليد والمعتقدات المشتركة . ثم ارتبط بأفراد الامة (Nation) وجمع بينه وبينهم روابط القانون والحكومة واللغة والدين والتقاليد ، وما يملأ الماضي من احداث ، وما يزخر به من كفاح وجهاد ، وما يسجله من هزيمة وانتصار . وقد يرتبط بافراد الانسانية جميعاً في المستقبل البعيد .

(٣) تضامن الاشتراك وتضامن التقسيم : والتضامن الاجتماعي ضربان ، تضامن اشتراك (solidarité par similitude) وتضامن تقسيم (solidarité par division du travail) . فتضامن الاشتراك يأتي من اشتراك الناس في حاجات واحدة ، فيتضامنون جميعاً للحصول عليها ، كما يكون الأمر بين أفراد الاسرة الواحدة . وتضامن التقسيم يأتي من اختلاف الناس في حاجاتها وفي قدرتها على تحصيل هذه الحاجات ، فيقسم العمل

(٣) تضامن
الاشترك وتضامن
التقسيم



فما بينهم ، يقوم كل منهم بما يستطيع القيام به ، ويبادل الاخرين ما عنده بما عندهم . وتضامن التقسيم هو الذى يسود شيئا فشيئا مع تقدم المدنية ، لان الناس مع تقدم المدنية تزيد تباينا فى كفاياتها وفى حاجاتها فيجئ كل فريق الى التخصص .

٤٣ - النتائج المستخلصة من هذه الحقائق

بعد ان يفرغ ديجيه من تقرير الحقائق الواقعة يستخلص منها نتيجة ايجابية وأخرى سلبية فالنتيجة الايجابية هى تأكيد وجود القاعدة القانونية (Droit objectif) والنتيجة السلبية هى انكار وجود الحق الفردى (Droit subjectif)

(١) وجود القاعدة
القانونية

(١) وجود القاعدة القانونية

يستخلص ديجيه من الحقائق التى قررها قاعدة قانونية جوهرية هى أساس سائر القواعد القانونية ، ويصوغها فى العبارة الآتية : يجب الامتناع عن كل ما يخلل بالتضامن الاجتماعى فى أية صورة من صورته ، ويجب القيام بكل ما من شأنه أن يحقق هذا التضامن وينميه . وعند ديجيه أن كل القانون يقوم على هذه القاعدة الجوهرية ، وأن القانون الوضعى (positive law) ليس الا تطبيقا لهذه القاعدة .

قاعدة ملزمة للفرد
والدولة

والقاعدة ملزمة للفرد وملزمة للدولة . أما الزامها للفرد فعناه أن كل إرادة فردية تقوم على أساس التضامن الاجتماعى ، ويكون من شأنها أن تحققه ، يجب أن تكون نافذة منتجة لآثارها . وكل ارادة لا تتفق مع التضامن الاجتماعى لا يكون لها أثر . أما الزامها للدولة فعناه أن الحكومة ملزمة بتمكين الفرد اتيان كل عمل يحقق التضامن الاجتماعى ، وملزمة باتخاذ قاعدة التضامن الاجتماعى أساسا لها فى الادارة وفى القضاء وفى التشريع .



والتشريع بنوع خاص يجب أن يكون قائماً على أساس التضامن الاجتماعي ومحققاً له .

قاعدة التضامن الاجتماعي ثابتة في أساسها متغيرة في تطبيقاتها . مثل ذلك أن مقتضى تضامن الاشتراك هو احترام المساواة بين الأفراد ، وتطبيق ذلك واضح في الخدمة العسكرية وفي الضريبة التصاعدية وفي التعليم الإلزامي . ومقتضى تضامن الاشتراك أيضاً هو احترام نشاط كل فرد في حدود احترام نشاط الآخرين ، وتطبيق ذلك واضح في علم تقييد حرية العمل وفي عدم تقييد حق الفرد في تملك ثمرة عمله والاحتفاظ بها وفي عدم الترخيص باحتكار وسائل الانتاج . ومقتضى تضامن الاشتراك أخيراً هو احترام النشاط الأدبي لكل فرد ، وتطبيق ذلك واجب في وجوب اطلاق حرية الرأي والدين والاجتماع والتعليم والصحافة . والدولة ملزمة كذلك بتحقيق تضامن التقسيم ، فالمساواة التي تحترمها ليست هي المساواة الحسابية بل المساواة التي تتناسب مع كفاية كل فرد . ولا يجوز للدولة أن تلزم الفرد بحرفة معينة ، أو أن تقفل باب حرفة معينة في وجهه ، أو أن تميز نظام الطوائف الصناعية . وإلى جانب هذه الالتزامات السلبية توجد التزامات ايجابية . كحفظ الأمن العام والاشراف على الصحة العامة وايجاد عمل للأصحاء ومساعدة المرضى والعاجزين ، وحماية الحريات العامة حماية ايجابية وحماية حق الملكية وحماية المال .

قاعدة ثابتة في أساسها
متغيرة في تطبيقاتها

٢ - عدم وجود الحق الفردي

(٢) عدم وجود
الحق الفردي

ويذهب ديجيه الى أن الفرد ليس له حقوق مستمدة من شخصه من حيث أنه إنسان . بل عليه واجب هو أن يقوم بنصيبه في التضامن



الاجتماعى . واذا كان له هذا الحق فذلك هو أن يقوم بواجبه فى تحقيق هذا التضامن .

الحرية ووظيفة اجتماعية

فالحرية ليست حقاً للفرد . بل هى وظيفة اجتماعية ، تمكن الفرد من تنمية شخصيته واعداده لتحقيق التضامن الاجتماعى ، فيجب تقييدها وفقاً لمقتضيات هذه الوظيفة ، فلا يجوز أن يكون الانسان حراً فى أن ينتحر أو يدخل فى مبارزة ولا فى أن يقوم بألعاب خطيرة من شأنها أن تعرض حياته للخطر .

الملكية ووظيفة اجتماعية

والملكية كذلك ليست حقاً للفرد ، هى وظيفة اجتماعية . والملكية الفردية تدوم مادامت تقوم بوظيفتها الاجتماعية . ووظيفة الملكية الفردية فى المدنية الحاضرة أنها تحقق التضامن الاجتماعى ، اذ أن هذا التضامن يقتضى أن يستولى كل عامل على ثمره عمله ، وأن يستطيع ادخاره ، بل أن يورث عنه ، حتى تتولد الملكية الفردية ، وتقوم بنصيبها فى الانتاج ، وهى أحد أركانها الهامة . فالمالك ينظر اليه اذن كشخص عليه واجب يقوم به فى تحقيق التضامن الاجتماعى ، ووظيفة اجتماعية يؤديها . ومادامت للملكية وظيفة اجتماعية ، فاستعمالها فى غير تأدية هذه الوظيفة لا يجوز ، وتترتب مسؤولية المالك اذا استعمل ملكه فى الاضرار بالغير أو أساء استعمال هذه الملكية . كذلك لا يجوز للمالك أن يمنع الغير من أن يستعمل ملكه هو فيما لا يتعارض مع الوظيفة الاجتماعية ، كأن يمد الغير أسلاكاً للكهرباء فوق أرضه ، أو أن يطير محلقة فوق جوه ، أو أن يأخذ ماء من ترعته يفيض عن حاجته بعد أن يعطيه التعويض المناسب . على أن للملكية الفردية باعتبارها وظيفة اجتماعية ، لا يجوز أن تبقى الا فى الظروف التى تبررها ، أما اذا تغيرت الظروف ، وتحوّرت وسائل الانتاج وأصبحت



الملكية الفردية لا تقوم بوظيفتها الاجتماعية ، فانها يجب أن تزول .

٤٤ — نهر مذهب التضامن الاجتماعي :

يتبين بوضوح مما قدمناه أن ديجيه يزعم أنه خصم لسود الميتافيزيكا وخصم لسود لمذهب القانون الطبيعي ، وأن مذهبه علمي واقعي . والواقع من الأمر أن مذهبه لا يسلم من الميتافيزيكا حتى في أسسه الجوهرية ، وهو قريب من مذهب القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة .

أما أن مذهبه لا يسلم من الميتافيزيكا فذلك أنه يقرر حقيقة واقعة هي حقيقة التضامن الاجتماعي . ثم يزعم بعد ذلك أن النظام الاجتماعي يقوم كله على هذه الحقيقة دون غيرها أما أنه يقوم عليها فهذا صحيح . وأما أنه يقوم عليها وحدها فهذا غير صحيح إذ أن هناك حقائق أخرى غير حقيقة التضامن الاجتماعي يقوم عليها المجتمع بل أن هناك حقيقة مناقضة كل المناقضة لحقيقة التضامن الاجتماعي ، هي حقيقة التنافس والتناحر ما بين الأفراد وتنازع البقاء ، لها أثر في نظام المجتمع لا يقل في القوة عن أثر التضامن .

المذهب ميتافيزيكي
لا واقعي

بقي أن يقول ديجيه ولكن القانون يجب أن يبني على التضامن لاعلى التنازع ، ولكنه يكون بذلك قد انتقل من دائرة الواقع الى دائرة الواجب أي من دائرة العلم الى دائرة الميتافيزيكا .

وأما مذهب قريب من مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة فذلك ظاهر فان ديجيه يقرر قاعدة جوهرية هي قاعدة التضامن ، ثم يقول أن هذه القاعدة الجوهرية ثابتة في أساسها متغيرة في تطبيقاتها ويورد تطبيقات متغيرة تدور كلها حول القاعدة الجوهرية ومذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة لا يقول بغير ذلك ، فهو يورد أساسا معقولا

وهو قريب من مذهب
القانون الطبيعي
ذو الحدود المتغيرة



يبني عليه نظام المجتمع ، ثم يطبق هذا الأساس تطبيقا يختلف باختلاف البيئة والجيل .

المبحث السادس مذهب العلم والصبغة:

٤٥ - العلم والصبغة في القانون :

يذهب جني (Geny) في كتابه المعروف « العلم والصبغة في القانون الخاص » (Science et Technique en Droit Privé) ، الى أن القانون شيء معقد في طبيعته ، ولا بد من تحليله تحليلا دقيقا حتى تتبين ماهيته ، وعنده ان القانون يشتمل على عنصرين العلم والصبغة .

العلم (Science) ، بالمعنى الواسع الذي يريده جني ، هو المادة التي يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة ، مستهليا بمثل أعلى ينير طريقه . فالعلم اذن هو المادة والجوهر .

الصبغة (Technique) هي القالب التي تصاغ فيه هذه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي . فالصبغة اذن هي الشكل والصورة . ولنبسط القول في كل من هذين العنصرين :

١ - العمل

عوامل أربعة

٤٦ - العوامل الأربعة التي يتضمنها العلم .

يميز جني في العلم بين عوامل أربعة : (١) عامل الحقائق الواقعية (Données réelles, naturelles) عامل الحقائق التاريخية (Données historiques) (٣) عامل الحقائق العقلية (Données rationnelles) (٤) عامل الحقائق المثالية (Données idéales) .



— عامل الحقائق الواقعية .

الاحوال المادية

ويشمل جميع الأحوال الطبيعية التي تحيط بالإنسان وتلحق به وهذه تتضمن الأحوال المادية كالتكوين الفسيولوجي والوسط الجغرافي ، والأحوال الأدبية كالحالة النفسية والحالة الخلقية والحالة الدينية ، والأحوال الاقتصادية والأحوال السياسية ، والأحوال الاجتماعية ، هذه الحقائق الواقعية هي للقانون مادته الأولى وجوهره والبيئة التي ينشأ فيها . فمثل ذلك تنظيم عقد الزواج ، فإنه يبني على كثير من الحقائق الواقعية ، منها حقائق طبيعية كالتكوين الفسيولوجي لكل من الرجل والمرأة ، ومنها أحوال أدبية كالحالة النفسية لكل من الزوجين ، ومنها أحوال اجتماعية تتصل بمركز الرجل والمرأة في المجتمع وهكذا .

الاحوال الادبية
الاحوال الاقتصادية
والسياسة
والاجتماعية

مثل ذلك : عقد
الزواج

٤٨ — عامل الحقائق التاريخية

ويشمل التطورات التاريخية التي مرت بها النظم القانونية المختلفة . هذه الحقائق يستقرها الباحث من التاريخ ، وهي بمثابة مختبر للتجارب في القانون وفي العلوم الاجتماعية . مثل ذلك الملكية ، يقرئنا التاريخ أنها مرت بأدوار متعاقبة من التطور ، فكانت في القديم ملكية مشتركة ثم ظهرت الملكية الفردية في بعض الحاجيات الشخصية للإنسان ، وفشت الملكية الفردية بعد ذلك في غير الحاجيات الشخصية ، واتسع نطاقها حتى شمل الأرض والعقار . ومثل آخر الأسرة . بدأت أمية ، أي تنتسب إلى الأم ، ثم تطورت أبوية أي تنتسب إلى الأب وكان للأب (Paterfamilias) سلطة الموت والحياة على أفراد أسرته وأخذ أفراد الأسرة يتحررون شيئاً فشيئاً من هذه السلطة ، حتى انتقلنا إلى الأسرة الحديثة في تطور مستمر .

تطور النظم القانونية

مثل ذلك : الملكية

الاسرة



٤٩ - عامل الحقائق العقلية

ويشمل القواعد التي يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية ، فيصقل العقل هذه الحقائق ويجورها بحيث تصبح متفقة مع الغاية التي وجد من أجلها القانون . وهذه القواعد قليلة العدد عامة التطبيق ، وهي مبنية على العقل كما قدمنا . فهي اذن أقرب الى أن تكون أسس القانون الطبيعي الذي استعرضنا مذاهبه المختلفة على أن ما يملكه العقل كمثل عليا . مثل ذلك الزواج ، يوحي العقل انه يجب أن يكون اقترانا بين رجل وامرأة ، ثابتا مستقرا ، حتى تنشأ أسرة مدعمة الأركان ، ولكن عدم جواز الطلاق لا يعتبران من الحقائق العقلية بل من الحقائق المثالية وهي الحقائق التي تنتقل اليها الآن .

مقارنتها بالقانون الطبيعي

مثل ذلك : الزواج

٥٠ - عامل الحقائق المثالية

ويشمل للمثل العليا التي يرسمها الانسان للنهوض بالقانون في مدارج الكمال ، يستلهمها من العاطفة لا من التفكير ، ومن الايمان لا من العقل . وللمثل العليا تتغير بتغير المدنية والبيئة والجيل ، ففي الزواج مثلا قد يكون من المثل العليا عدم تعدد الزوجات وعدم جواز الطلاق كما قدمنا . وفي اثبات النسب قد يكون من المثل العليا تيسير اثبات النسب الشرعي من طريق افتراضات قانونية مع تقييد حق الأب في انكار أبوته ، وقد يكون الأولى تيسير اثبات النسب الطبيعي والاعتراف بالأسرة الطبيعية . ومن أثر الحقائق المثالية أن القانون يتطور في ظلها فلا يبقى جامدا ، حتى لو قامت الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية في جانب جمود القانون . كما تم الأمر فيما يتعلق بالغاء الرق وبايجاد مسئولية تبني على مبدأ تحمل التبعة .

الماطفة والايمان لا التفكير والعقل

نسية النسل العليا الزواج والنسب

تطور القانون في ظل المثل العليا



٥١ - ملاحظتنا :

عنصر العلم يتضمن
قسما من كل مذهب
من المذاهب المتقدمة

وقبل أن نفرغ من عنصر العلم في القانون نبسط ملاحظتين :
للملاحظة الأولى أن هذه العوامل المختلفة من حقائق واقعية الى حقائق
تاريخية الى حقائق عقلية الى حقائق مثالية قد أخذت من كل مذهب من
المذاهب التي سبق استعراضها بقدر ما فيها من حق . فالحقائق الواقعية هي
مذهب التضامن الاجتماعي والحقائق التاريخية هي مذهب التطور التاريخي ،
والحقائق العقلية هي مذهب القانون الطبيعي . والحقائق المثالية هي مذهب
الغاية الاجتماعية .

الملاحظة الثانية أن القاعدة القانونية ، وهي لا تزال في دائرة
الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية تكون واقعا . ثم تنقلب من الواقع الى
الواجب اذا انتقلت الى دائرة الحقائق العقلية والحقائق المثالية . وسنراها
الآن ، اذا ما انتقلت من العلم الى الصياغة . تنقلب من الواجب الى المطبق .

انتقال القاعدة
القانونية من الواقع
الى الواجب الى
المطبق

٢ - الصياغة

٥٢ - نوعان في الصياغة :

قدمنا ان الصياغة هي القالب الذي تصاغ فيه القواعد المستمدة من:
العنصر العلمي ، حتى تصبح قابلة للتطبيق العلمي وهي العنصر الهام في القانون ،
وبها يتميز رجل القانون عن غيره .

ويميز جنى بين نوعين من الصياغة : صياغة مادية
(Procédés matériels) وصياغة معنوية (Procédés intellectuels).

الصياغة المادية
والصياغة المعنوية



(١) - طرق الصياغة المادية

٥٣ - أمثلة على الصياغة المادية :

ويمثل جنى لطرق الصياغة للمادية بأمثلة نختار منها ثلاثة :

الكم والشكل
والتقسيم

(١) الكم مكان الكيف - Quantification en place de quali-

fication) (٢) الشكل (Forme) (٣) التقسيم (Classification) . وتقول

كلمة موجزة عن كل منها

٥٤ - الكم مقام الكيف :

ومعنى ذلك ان القانون يعدل عن وصف الشيء بكيفه الى تقديره
بكمه . وبدلا من ان يصف الشيء وصفا يدع مجالا عند تطبيقه الى اختلاف
الآراء ، يحده تحديدا عدديا يقف عند رقم معين لا يكون بعده قابلا للاختلاف
في التطبيق . وهذه هي الصياغة القانونية للمادية التي ترمى الى استقرار التعامل
حتى تكون القاعدة صالحة للتطبيق العلمى . مثل ذلك التقادم والغبن والربا
الفاحش . ففي التقادم المطلوب صياغة المعنى الآتى كل من وضع يده على عين
مدة طويلة الى حد أن يتولد عند الناس الاعتقاد بأنه مالك للعين يملك
العين بالفعل . فيصاغ هذا الوصف ، فينتقل من كيف الى كم ، وتصبح
القاعدة القانونية بعد صياغتها كما يأتي :

أمثلة :
التقادم

كل من وضع يده على عين مدة خمس عشرة سنة باعتبار أنه مالك
لها يصبح مالكا بالفعل ، وكذلك في الغبن يحدد قدر الغبن الفاحش بأنه
الذى يزيد على خمس قيمة الشيء ، فيحل التحديد العددي محل التحديد
الوصفي . وكذلك الربا الفاحش يقدر الفحش فيه بما يزيد على ٩٪ .

الغبن
الربا الفاحش



٥٥ - الشكل

والشكل طريقة أخرى من طرق الصياغة المادية . فهناك معان يصوغ لها القانون أشكالا وأوضاعا ورسوما ، حتى تصبح محدودة في الذهن ، مستقرة في التعامل . مثل ذلك بعض العقود الخطيرة التي يرى القانون التنبيه على خطورتها حتى لا يقدم عليها المتعاقد إلا وهو متثبت بما يقدم عليه ، كالهبة والرهن والتأمين . فمضى الخطورة هذا يصاغ اشكالا تشترط مراعاتها حتى يتم عقد الهبة أو عقد الرهن ، ولا بد لتكوين هذين العقدين من كتابة رسمية بيد موظف مختص ، يدونها طبقا لأوضاع معينة . كذلك عند ما يشترط القانون الاثبات الكتابي فيما تزيد قيمته على مبلغ معين ، يكون قد لجأ أيضا الى الشكل ، وهو هنا الكتابة ، في اثبات العقد لا انعقاده . وقل مثل ذلك في اعلان التصرفات العقارية عند ما يوجب القانون تسجيلها أو قيدها ، وفي اجراءات المرافعات ، عند ما يشترط القانون اعلانات مكتوبة في مواعيد معينة واجراءات تتخذ في أوضاع محدودة .

التحديد من طريق الاشكال والأوضاع

أمثلة :

تكوين العقود الشكلية

اثبات العقود

اعلان التصرفات العقارية

اجراءات المرافعات

٥٦ - التقسيم

ويلجأ القانون الى هذه الطريقة في الصياغة المادية عند ما تزدهم للمعاني ، ويدفع بعضها بعضها . فحتى ترتب هذه المعاني ، وتبين الصلة للنطقية بينها ، يعتمد القانون الى التقسيم . مثل ذلك العقد ، وهو تقابل ارادتين تقابلا يظهر أثره في للعقود عليه ، يضم تحت هذا التعريف عقودا شتى مختلفة الأنواع متباينة الأثر . فاذا عمدنا الى الصياغة من طريق التقسيم أمكن أن نقول أن العقد اما أن يقع على ملكية الشيء أو على

ترتيب المعاني ترتيبا منطقيًا

مثل ذلك :

تقسيم العقود



منفعته ، وهو اما أن يكون معاوضة أو تبرعا . فاذا وقع على ملكية الشيء معاوضة فهو بيع ، وان تبرعا فهو هبة ، واذا وقع على منفعة الشيء معاوضة فهو اجارة ، وان تبرعا فهو عارية .

ب . طرق الصياغة المعنوية

٥٧ - أمثلة على الصياغة المعنوية

ويمثل جنس للصياغة المعنوية بأمثلة نختار منها ثلاثة كذلك : الأوضاع الفرضية (١) الأوضاع الفرضية (Présomptions) (٢) الأوضاع الصورية والصورية والتصويرية (Fictions) (٣) الأوضاع التصويرية (Constructions) .

٥٨ - الأوضاع الفرضية :

ويلجأ اليها المشرع عند ما يتكرر حدوث شيء ويغلب وقوعه فيفرض القانون أن هذا الشيء واقع ، أخذا بالأغلب ، وقرارا للتعامل . مثل ذلك القاعدة المعروفة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، لجأ في وضعها المشرع الى الصياغة المعنوية ، اذ فرض أن كل حائز لمنقول بحسن نية مالك لهذا المنقول ، وهذا في الغالب يتفق مع الواقع . أما في القليل النادر عند ما يكون حائز المنقول غير مالك ، فالقانون يفرضه مالكا حتى يحسم بذلك النزاع عند التعامل في المنقول ، ويطمئن كل انسان انتقل الى يده منقول وهو حسن النية الى أنه أصبح مالكا لهذا المنقول . مثل آخر مسئولية السيد عن خادمه ، فرض القانون فيها أن السيد مقصر في اختيار خادمه أو في الرقابة عليه ، لذلك يصبح السيد مسئولا عن خطأ خادمه .

الاتقال من المرجح الى المؤكد من طريق الفرض

أمثلة :

الحيازة في المنقول سند الملكية

مسئولية السيد عن خادمه



٥٩ - الأوضاع الصورية :

ويلجأ إليها المشرع عند ما يريد أن يلحق في الحكم شيئاً بشيء آخر مناقض له . مثل العقار بالتخصيص (Immeuble par destination) والمنقول بحسب المآل (Meuble par anticipation) فالعقار بالتخصيص كاللواشى والآلات الزراعية الملحقة بالمزرعة ، منقولة حقيقة ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ويجعلها عقاراً حكماً ، أو عقاراً بالتخصيص ، حتى يلحقها في الحكم بالمزرعة التي خصصت لخدمتها حتى لا يججز عليها منفصلة عن المزرعة . والمنقول بحسب المآل ، كالأقراض تباع والدار لا تزال قائمة ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ، ويجعلها منقولة حكماً ، أو منقولة بحسب المآل ، اذ ما لها الهدم فتصبح ألقاضاً ، حتى يعطيا حكم المنقول من حيث البيع والرهن والحجز . فالعقار بالتخصيص اذن ليس عقاراً الا من طريق وضعى صورى كذلك .

وصف الشيء
بوصف مناقض
لحقيقته

أمثلة :
العقار بالتخصيص
للمنقول بحسب المآل

٦٠ - الأوضاع التصورية :

ويلجأ إليها المشرع عند ما يريد أن يمد حكم شيء معروف الى شيء غير معروف ، وليس الشئان متناقضين كما فى الأوضاع الصورية . مثل ذلك أن يصوغ القانون الملكية الأدبية والفنية والصناعية على غرار الملكية المادية ، وأن يصوغ الشخصية المعنوية على غرار الشخصية الطبيعية .

مد حكم شيء معروف
الى شيء غير معروف

مثل ذلك :
الملكية الأدبية
الفنية والصناعية
الشخصية المعنوية



الباب الثاني

مصادر القانون

٦١ - تعريف « مصدر القانون »

مصدر القانون هو الطريق الذي تؤخذ منه قواعده وأحكامه .

٦٢ - المصدر الرسمي والمصدر التفسيري

ومصادر القانون أنواع مختلفة ، قف منها عند نوعين : المصدر

الرسمي والمصدر التفسيري .

فالمصدر الرسمي هو السلطة التي تعطى القواعد القانونية قوتها الملزمة .

المصدر الرسمي

ولكل قانون مصدر رسمي أو مصادر رسمية متعددة ، فالشريعة الاسلامية

مصدرها الرسمي الدين والفقهاء ، والقانون الانجليزي مصدره الرسمي القضاء

والتشريع ، والقانون المصري مصدره الرسمي التشريع والدين والعادة

والقانون الطبيعي ومن ذلك نرى ان المصادر الرسمية للقانون هي العادة

والدين والقانون الطبيعي والتشريع والفقهاء والقضاء .

المصدر التفسيري

والمصدر التفسيري هو المرجع الذي يجلو غامض القانون ، ويوضح

مبهمه . وهناك مصدران لتفسير القانون ، الفقهاء والقضاء . فالفقهاء والقضاء

اذن مصدران رسميان ، ومصدران تفسيريان .

ونتولى الآن بحث مصادر القانون على الترتيب الآتي : العادة

والعرف ، ثم الدين ، ثم القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، ثم التشريع ،

ثم القضاء والفقهاء .



الفصل الأول

العادة والعرف

١ - كيف تصبح العادة قانوناً

٦٣ - كيف تنشأ العادة : عناصرها المادى والنفسى :

لا يعيش الانسان الا فى المجتمع ومن ثم لا يحصى من أن تنشأ الروابط الاجتماعية ، ولا بد من تنظيم هذه الروابط .

وفى مجتمع فطرى لم يجتزأ الا المراحل الاولى من المدنية ، مرحلة الصيد ومرحلة البداوة ، لا توجد هيئة تشريعية محددة لتنظيم الروابط لاجتماعية . فتقوم العادة لتنظيم هذه الروابط . وهى تشمل على عنصرين : (العنصر الاول) . هو العنصر المادى ، وهو ما يختطه الانسان لنفسه من قواعد لتنظيم روابطه الاجتماعية . وهذه القواعد لا يمكن تحديدها منشأها بالدقة ولا كيف نشأت . وكل ما يمكن ان يقال ان الانسان يستوحى فى ذلك الظروف التى تحيط به ، وعقله الذى يقدر هذه الظروف ، وغريزته التى يستمد منها الالهام . (العنصر الثانى) هو العنصر النفسى ، ويتكون من عاملين . العامل الاول هو لليل الى المألوف ، واثيره على غير المعروف ، فالناس لا يحبون ان ينحرفوا عن شىء يعرفونه الى شىء مجهولونه ، والطريق التى يشقها الشخص هى الطريق التى يعود اليها . والعامل الثانى غريزة حب التقليد ، فالناس مطبوعون على تقليد من يستهدونه فى أمورهم ، ثم على تقليد آباؤهم وأجدادهم . وهكذا تطرد العادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ، ويرسخ أثرها فى النفوس . هذا الى صبغة . دينية قد تصطبغ بها العادة ، فتحولها بشىء من الهيبة والتقديس .

العنصر المادى

العنصر النفسى
الميل الى المألوف

حب التقليد



٦٤ - متى تصبح العادة قانونا:

متى توافر للعادة عنصرها المادى والنفسى ، اضطرد اتباعها ، وصار الناس يألّفونها ، حتى يصبحوا وقد رأوا ملازمة لهم فى تنظيم علاقاتهم الاجتماعية ، وحتى يصبحوا وقد رأوا الخروج عليها شذوذا يستغز الانكار ؛ ثم يستوجب الجزاء ، وبذلك تصبح العادة قانونا .

الشروط الواجب توافرها :

وحتى تصبح العادة قانونا يجب أن تتوافر فيها الشروط الآتية :

(١) أن تكون عامة ، فلا تختص بمكان معين ولا بشخص معين ولكن عامة

يجوز أن تختص بجهة معينة . فتكون عرفا محليا ، أو بطائفة من الناس ،

قديمة فتكون عرفا خاصا بهذه الطائفة . (٢) وأن تكون قديمة ، فيتواتر الجرى قديمة

عليها منذ العهود القديمة . (٣) وأن تكون ثابتة ، فيضطرد اتباعها بطريقة ثابتة

غير مخالفة للقانون او النظام العام

منظمة ، غير متغيرة ولا منقطعة ، (٤) وأن تكون غير مخالفة للقانون ولا

للآداب ولا للنظام العام ، فاذا اصطدمت العادة مع نص تشريعى فالنص

التشريعى ينسخ العادة . واذا كانت العادة مخالفة للآداب أو للنظام العام ،

(كما فى الموت المدنى الذى يصحب الرهينة فى المسيحية فانه مخالف للنظام

العام) ، فانها لا تكون قانونا . (٥) وأن تكون ملزمة . فهناك عرف يجرى ملزمة

عليه الناس ، على الا يكون ملزما لهم فى تعاملهم ، فمثل هذا العرف لا يكون

قانونا . مثل ذلك ما اصطالح عليه الناس من التهادى والتعازى فى

مناسبات معينة ، كالأعياد والأفراح والمآتم ونحوها ، وماجرى عليه الجيران

من أعمال التسامح فيما بينهم .

سبب اعتبار العادة قانونا :

فاذا توافرت هذه الشروط فالعادة تعتبر قانونا لسببين : (أولا) لانها

تكون اذ ذلك تعبيرا صحيحا عن ارادة المجتمع . (ثانيا) لأن التعامل يكون

ارادة المجتمع استقرار التعامل

قد استقر على اتباعها ، فوجب مراعاتها حفظا لاستقرار المعاملات .



ولكن هل العادة قانون لأن المحاكم تطبقها ، أو أن المحاكم تطبقها لأنها قانون ؟ يقول بالرأى الأول المدرسة التحليلية ، فهي لا تعطى العادة صفة القانون الا اذا طبقها المحاكم ومن وقت ذلك التطبيق . ويقول بالرأى الثانى المدرسة التاريخية فسندها أن العادة قانون قبل أن تطبقها المحاكم ، وما التطبيق الا مقرر لصفتها القانونية ومظهر لهذه الصفة . ولعل الرجوع الى طبيعة الروابط الاجتماعية يحدو الى تفضيل الرأى الأخير ، على أن الفرق العملى بين الرأين ليس بالكبير .

٦٥ - مصدر العادة بعد تقادم المدنية :

وهكذا تبقى العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، ويكون لها المحل الأول ، بل يكاد يكون لها المحل الوحيد ، فى أمة لا تزال فى فجر مدنيته ، حتى اذا تقدمت المدنية ، وتمعدت الروابط الاجتماعية ، وتشعبت العادات ، رأى المجتمع حاجته فى أمرين : (أولاً) فى ضبط هذه العادات وتحديدتها بعد التشتت والتشعب ، وكثيراً ما يقع أن تكتب وتجمع ، كما تم ذلك فى القانون الفرنسى القديم ، ومع ذلك تبقى قانوناً (غير مكتوب) لأن القانون (المكتوب) ينشأ من أول الأمر مكتوباً كالعنوان الذى يكون مصدره التشريع . (ثانياً) فى إيجاد مصدر رسمى آخر للقانون ، يكمل ما تقتصر العادات دونه ، ويفى بحاجات المدنية الناشئة المتجددة ، ويهذب من العادات القديمة بما يجعلها تتمشى مع روح التطور . فلا بد إذن من اصلاح اجتماعى ، قد يقوم به نبي من طريق الدين ، وقد يقوم به مصلح من طريق العقل ، وقد يقوم به سلطان من طريق التشريع . وهكذا يوجد الى جانب العادة ، يكملها ويهذب قديمها وينسخ فاسدها ، مصدر رسمى آخر للقانون ، هو الدين أو القانون الطبيعى أو التشريع ، أو هذه كلها أو بعضها .



على أن هذا التطور ليس بالأمر اليسير ، فهي حرب شعواء يقيمها الجديد على القديم ، ولا يزال يداوره حتى يظفر به ، فتخطو المدينة خطوة الى الأمام . وفي هذا الحرب تتنازع العريزتان البشريتان : نزعة المحافظة على القديم بعاملها حب التقليد والحرص على المألوف ، وهذا هو الاستقرار والثبات ، ونزعة حب البقاء ومجاراة الزمن ، وهذا هو التطور والتجديد .

تطور العادة من مصدر رسمي الى مصدر تاريخي

ونرى من ذلك أن العادة لها الشأن الأول في مدينة فطرية . فإذا تقدمت المدينة قل شأن العادة ، وهي اذا بقيت مصدرا رسميا للقانون فانما تبقى كذلك في حدود ضيقة ، وتنقلب فيما ترحزحت عنه الى مصدر تاريخي . وهكذا تتقدم المدينة ، فيضعف شأن العادة كمصدر رسمي ، وتوسع دائرتها كمصدر تاريخي . ويحل محل العادة في مدينة متقدمة (اجتازت مرحلتى الصيد والبداءة الى مراحل الزراعة والتجارة والصناعة) الدين والقانون الطبيعي والتشريع .

٦٦ - تطبيع ما تقدم على الشرائع القديمة :

الشريعة الرومانية

كان ما قدمناه هو شأن الشريعة الرومانية . فقد بدأت مجموعة من العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، حتى اذا تقدمت المدينة الرومانية ، وتوافر للشعب الروماني تنظيم هيئة تشريعية ، كتبت هذه العادات وجمعت في الألواح الاثني عشر المشهورة . . وقام التشريع الى جانب العادات مصدرا رسميا للقانون . وكان القضاء والفقهاء كذلك مصدرين رسميين في المكان الأول من الأهمية في نشوء القانون الروماني وتطوره .

الشريعة الاسلامية

وكان ذلك أيضا شأن الشريعة الاسلامية . فقد كانت الأمة العربية



في بداوتها في عصر الجاهلية ، خاضعة لماداتها ، وقد اصطبغت بعض هذه العادات بصبغة الدين الوثني . وكانت العرب قبائل متفرقة ، تعيش في عهد البداوة ، لا يجمعها سلطان واحد . وبقي الأمر كذلك حتى هيأت الظروف طريق الوحدة العربية ومهدته بظهور الرسالة المحمدية ، وبمث النبي صلى الله عليه وسلم رسولا ، فانتقص من سلطان العادات ، وقام الدين مصدرا رسميا للتشريع . على أن العرف بقي مصدرا للقانون في الشريعة الاسلامية ، فقد كان الاجماع في أول أمره عرف أهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك فأصبح اجماع المجتهدين في كل عصر . ولا يزال من المبادئ المقررة في الشريعة الاسلامية أن العادة محكمة ، ولهذا المبدأ تطبيقات كثيرة معروفة (١) .

الشريعة الانجليزية

وقد بدأت الشريعة الانجليزية كالشريعة الرومانية عادات متأصلة في القبائل الانجلوسكسونية ، وهي القبائل التي كانت تسكن الجزيرة الانجليزية من قديم . ثم اقترن في القرن الحادي عشر عادات القبائل النورماندية التي فتحت الجزيرة الانجليزية في ذلك الحين . ولما تطورت المدينة الانجليزية وتقدمت ، وأصبح المجتمع في حاجة الى مصدر رسمي

(١) جاء في مجلة الاحكام البدلية نصوص كثيرة تأخذ بالعادة مصدرا للقانون .

ومن هذه النصوص :

م ٣٦ : العادة محكمة . يعني أن العادة تامة كانت أو خاصة تجمل حكمها لاثبات

حكم شرعي .

م ٤١ : انما تعتبر العادة اذا اضطرت أو غلبت .

م ٤٣ : المعروف عرفا كالمعروف شرطا .

م ٤٤ : المعروف بين التجار كالمعروف بينهم .

م ٤٥ : التبيين بالعرف كالتعيين بالنص .



آخر للقانون ، قام قضاء المحاكم ، وصارت العادات تقرها الأحكام القضائية وتطبقها تطبيقاً مستفيضاً ، وتتكرر الأحكام فتتأكد المبادئ القانونية بتكررها ، الى أن صار القضاء هو المصدر الرسمي للقانون في الشريعة الانجليزية .

وقام مقام العادات . ثم قام التشريع مصدراً آخر ، حتى صار هو والقضاء في الوقت الحاضر المصدرين الرسميين الرئيسيين في الشريعة الانجليزية .

وبدأ القانون الفرنسي القديم عادات تنظم الروابط الاجتماعية . وامتزج القانون الروماني بهذه العادات بعد الفتح الروماني . ثم دخل قانون الكنيسة . وبقيت قوانين العادات تنمو وتطرد مع الزمن ، حتى انقسمت فرنسا الى قسمين ، القسم الشمالي ويطبق العادات ، والقسم الجنوبي ويطبق القانون الروماني .

ولما قويت الملكية في فرنسا وتركزت ، جمعت العادات ، وقام الى جانبها التشريع كمصدر رسمي للقانون الفرنسي ، وما زال التشريع يقوى حتى وصل الى أوجه في عهد التقنيات المعروفة بتقنيات نابليون ، اذ سيطر المشرع نهائياً على القانون ، وصار التشريع هو المصدر الرسمي الرئيسي في القانون الفرنسي الحديث .

٢ - العادة والعرف كمصدر رسمي للقانون المصري

٦٧ - كيف تكون العادة مصدراً رسمياً للقانون المصري :

تكون العادة مصدراً رسمياً للقانون المصري بأحد معنيين : (١) المعنى



التعامل يكون قد استقر على اتباعه ، فوجبت مراعاته حفظا لاستقرار
المعاملات .

٦٨ - أمثلة على العادة كمصدر رسمي مباشر للقانونه المصري

من ذلك العادات للرعية التي بنى عليها قسم كبير من الامتيازات
الأجنبية المعروفة . فذه الامتيازات لم تقم كلها على معاهدات دولية بل
توسع الأجانب فيها توسعا كبيرا ، جريا على العادات التي نشأت من
جراه تهاون الحكومات السالفة .

ومن ذلك العادات التجارية ، ولها أهمية كبرى ، حتى قيل أنها
تنسخ التشريع . ومن أمثلة العادات التجارية التي تعتبر قانونا العرف
المتبع في سوق القطن (كأن تكون مصاريف النقل والسمسرة على
العميل ، وكأن يحسب سعر القطن باعتباره محلوجا ، وكأن يكون السعر
الرسمي خاصا بمرتبة معينة من القطن) ، والعادات المتبعة في البورصة وفي
الشركات (وقد جرت العادة أنه اذا اشترك شخصان ، قدم أحدهما رأس
المال وتمهد الثاني بإدارة العمل ، فلأول ثلثا الأرباح وللآخر الثلث ،
ما لم يتفقا على غير ذلك) .

ومن ذلك العرف الذي يؤخذ به في بعض المسائل المدنية ، كما في
الايجار اذا لم يتفق المتعاقدان على الأجرة فان العرف يحددها ، وكذلك
شروط الايجار كالشروط الخاصة بالمياه والنور ، وكما في حقوق الجوار فانه
يؤخذ فيها بالعرف فلا يجوز للجار أن يلحق بجاره ضررا فاحشا ، وكما في
اقتراض ملكية الزوجة المسلمة للمنقولات المنزلية جريا على العرف .



٦٩ - أمثلة على العادة كصدر رسمي غير مباشر للقانون

المصري :

والأمثلة كثيرة على العرف يحيل عليه المشرع المصري كصدر
للقانون .

ففي القانون المدني تقضى المادة ٥١/٣٠ بأن الاتفاق هو تكليف
مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى ، وتتبع فيه شروط العقد
الذى ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد . وتقضى المادة
١٩٩/١٣٨ بأنه يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر
أن المتعاقدين قصدوه ، مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها ،
مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجارى . وتقضى المادة ٣٤٨/٢٧٧
بأنه يجب أن يكون التسليم (تسليم المبيع) فى الوقت المعين له فى العقد ،
فإذا لم يشترط فيه شىء بذلك الخصوص ، وجب التسليم وقت البيع ،
مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف . وتقضى المادة ٣٥٦/٢٨٤ بأن
مصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وكذلك
رسوم عقد البيع ، وهذا ان لم يقض العرف التجارى بخلاف ذلك فى جميع
الأحوال . وتقضى المادة ٣٥٨/٢٨٦ بأنه فى حالة عدم وجود شرط فى
عقد البيع ، تتبع القواعد المقررة فى الأحوال الآتى بيانها ، ان لم يقض عرف
الجهة بغير ذلك . وتقضى المادة ٤٠٤/٣٢٦ بأنه يتبع عرف التجارة فيما
يتعلق باستئزال مقادير ظروف البضائع وأوعيتها . وتقضى المادة
٤٠٧/٣٢٩ - ٤٠٩ بأنه فى حالة عدم وجود شرط صريح فى العقد ،
يكون الثمن واجب الدفع حالا فى مكان تسليم المبيع ، واذا كان الثمن مؤجلا



يكون دفعه في محل المشتري ، ومع ذلك يراعى في هذه المادة عرف البلد والعرف التجارى . وتقضى المادة ٤٤٦/٣٩٣ بأن عقد الايجار الحاصل بغير كتابة لا يجوز اثباته الا باقرار المدعى عليه أو بامتناعه عن اليمين اذا لم يبتدأ في تنفيذ العقد المذكور ، وأما اذا ابتدئ في التنفيذ ، ولم يوجد سند مخالصة بالأجرة ، فتقدر الأجرة بمعرفة أهل الخبرة ، وتعين المدة بحسب عرف البلد . وتقضى المادة ٤٩٣/٤٠٥ بأنه اذا لم يحصل اتفاق على تعيين الأجرة (في عقد الاستصناع) يتبع ما قرره العرف لتعيين مقدار الأجرة ، سواء كانت مستحقة أو مدفوعة . وتقضى المادة ٤٩٧/٤٠٨ - ٤٩٨ بأن المهندس المعمارى يستحق أجرة خاصة بعمل الرسم والمقايسة وأجرة لإدارة عمل البناء ، فان لم يحصل الاتفاق على مقدار هاتين الأجرتين يصير تقديرهما على حسب العرف الجارى .

وفي القانون الجنائى قضت المادة الأولى بأن أحكام هذا القانون تسرى على كل من يرتكب في القطر المصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه ، إلا إذا كان غير خاضع لقضاء المحاكم الأهلية بناء على قوانين أو معاهدات أو عادات مرعية . وتقضى المادة ١٧٤/١٧٠ بأن من قلد المسكوكات المتداولة قانونا أو المتداولة عرفاً في مصر ، سواء كانت من الذهب أو الفضة ، أو نقص قيمتها ، أو روجها ، أو أدخلها في مصر ، أو تعامل بها ، يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة .

ويقضى الأمر العالى الصادر في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ خاصاً بمركز مسيوة ، بأن القضاء في جميع المواد المستوجبة للتعذير بأنواعها ، من المخالفات والجنح والجنائيات ، يكون بمقتضى العادات والقواعد المتبعة في تلك الجهة ، أما القضايا المدنية والتجارية فالفصل فيها يكون بطريق



التحكيم ، واذا رُفِعت دعوى من هذا القبيل ، يحكم فيها بمقتضى قواعد العدل وبموجب عادات تلك الجهة . ويقضى القانون نمرة ١٥ لسنة ١٩١١ الخاص بالنظام القضائي في شبه جزيرة سيناء بأن القضاء في مواد العقوبات يكون بمقتضى القانون ، أو بالعقوبات التي تقضى بها العوائد المحلية الثابتة بدلا من العقوبات التي يجوز الحكم بها بمقتضى القانون ، ويشترط أن تكون العوائد المحلية غير مخالفة للعدالة أو الآداب ، ويقضى في المواد المدنية بمقتضى قواعد العدل والقانون الطبيعي ، مع مراعاة ما لا يخالفهما من العوائد المحلية الثابتة ، ويجوز قبول الصلح في المواد الجنائية اذا رضى به من أضررت به الجريمة ، وكان من رأى أغلبية العدول أنه موافق للعوائد المحلية . ويقضى القانون نمرة ٨ لسنة ١٩١٢ الخاصة بالواحاح الداخلة والخارجة والبحرية بمراعاة العرف في نظر القضايا المدنية ، ما دام مطابقاً للعدالة وللحقوق الطبيعية .



الفصل الثاني

الدين

١ - كيف يكونه الدين مصدرا رسميا للقانونه

ما هو الدين : الدين وحى ينزل من عند الله على نبي من أنبيائه ،
لارشاد الناس في معاشهم وفي معادهم . فهو يشمل واجب الانسان نحو الله ،
وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الناس .

والدين بعبارة أعم هو كل ما يستمد من وحى القوة غير المنظورة
وينسب اليها . فيوجد عدا الأديان المنزلة التي اعترف بها الاسلام أديان
أخرى كالبودية والبراهمية وغيرها .

ولا يعنى الروابط الاجتماعية - وهي وحدها موضع القانون - من
الدين الا ما كان راجعا الى واجب الانسان نحو غيره . أما واجبه نحو الله ،
وواجبه نحو نفسه ، فهذه خاصة بالدين ولا يشترك القانون معه فيها .

ومن الأديان ما يتوسع في تناول واجب الانسان نحو غيره توسعها
في تناول واجبه نحو الله وواجبه نحو نفسه ، كالدين الاسلامي والدين
اليهودي ، فهذه تكون مصدرا خصبا للقانون . ومنها ما يعنى بالواجب نحو
الله والواجب نحو النفس ، ولا يلم بالواجب نحو الغير الا اللما يسيرا ،
كالدين للمسيحي ، وهذه تكون أيضاً مصدرا للقانون في حدود ضيقة .

٢٠ - متى يكونه الدين مصدرا رسميا للقانونه

والدين يكون مصدرا رسميا للقانون اذا عرض لتنظيم
تقاربت الأديان في



تناول الروابط
الاجتماعية

الروابط الاجتماعية كما قدمنا . فكل ما يبلغه صاحب الدين للناس من قواعد لتنظيم هذه الروابط ، طلى أنها من الله ، تجب لها الطاعة ، ويؤخذ الناس بها بوضع جزاء دنيوى لها ، يكون قواعد قانونية مصدرها الرسمى هو الدين .

اثر الدين في العادات

ويأتى الدين بعد العادات مصدرا رسميا للقانون ، ينسخ من العادات فاسدها ، ويقر صالحها ، ويهز القديم هزا عنيفا ، ويهدم ما تداعى منه ، ويسير بالانسانية خطوات الى الأمام . فهو في مبدأه يمثل التطور والحركة ، الى جانب استقرار العادات وسكونها . ثم تستقر الحركة ويقف التطور ، وينضب ذلك المعين الخصب الذى كان يغذى الدين ، فيصبح الدين عاملا من عوامل الاستقرار لا من عوامل التطور ، حتى اذا أتى المجددون في الدين ، ونفخوا فيه روح التجديد ، رجع اليه النشاط والحركة ، ثم يعود الى الجمود . وهكذا يبقى الدين يتنازعه الاستقرار والتطور .

٧١ - أثر الدين في القوانين الغربية

حظ الدين ضئيل في
القوانين الغربية
انتشار القانون
الرومانى

وحظ الدين من الأثر في القوانين الغربية ضئيل . وذلك يرجع لسببين : (السبب الأول) أن القانون الرومانى كان قد انتشر في البلاد الغربية قبل انتشار المسيحية واستقر فيها ، وهو قانون من أرقى القوانين التى عرفها البشر . فلم تستطع المسيحية أن تقتلع هذه الشريعة القديمة (السبب الثانى) أن الدين المسيحى لم يعرض لأموال الدنيا الا فى كثير من القصد ، فقد كان لليهود شريعة قديمة منزلة . ولو أن السيد المسيح أرسل الى قوم غير اليهود ، وبعث فى عهد من عهود البداوة ، لكان من المحتمل ان تكون رسالته قد تطورت ، فأتى بقانون الى جانب الدين .

علم تعرض الدين
المسيحى لامور الدنيا

على أنه اذا كانت القوانين الغربية لم تتأثر بالدين المسيحى ، فقد تأثرت بقانون الكنيسة . وهنا يجب التمييز بين الدين المسيحى وقانون

قانون الكنيسة



الكنيسة . فكل ما جاء عن السيد المسيح ونسب اليه هو الدين المسيحي . وقد رأينا السيد المسيح يعطى ما لله الله وما لقيصر لقيصر ، ولذلك كانت القواعد القانونية التي أتى بها لتنظيم الروابط الاجتماعية قليلة نادرة . أما قانون الكنيسة المسيحية فصدره تشريع الكنيسة وفقه رجال الدين . وقد تأثر كل من التشريع والفقهاء في بروح الدين المسيحي وبالقانون الروماني . وتناول قانون الكنيسة مسائل مختلفة أهمها الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود . فوضعت لها قواعد خضعت لها البلاد الغربية والبلاد الشرقية المسيحية في القرون الوسطى عهدا طويلة . ثم سمعت البلاد الغربية الى التحرر منها ورأت في سعيها حتى فصلت الكنيسة عن الدولة . الا أن الدين بقي مصدرا تاريخيا للقوانين المتعلقة بالزواج بنوع خاص . أما البلاد الشرقية المسيحية فلا تزال قوانينها في مسائل الأحوال الشخصية مصدرها قانون الكنيسة .

٧٢ - اثر الدين في القوانين الشرقية

والأمر غير ذلك في القوانين الشرقية . فالدين كصدر رسمي لهذه القوانين له حظ كبير . ويرجع ذلك الى سببين مقابلين للسببين اللذين أوردناهما لتعليل ما للمسيحية من أثر ضئيل في القوانين الغربية (أولا) لم ينتشر في الشرق قانون كالقانون الروماني ويستقر فيه حتى يستعصى على الدين اقتلاعه . (ثانيا) عرضت الأديان التي انتشرت في البلاد الشرقية ، وأهمها الاسلام واليهودية ، لأمر الدنيا بالقدر الذي عرضت به لأمر الآخرة ، فاشتملت على دين وقانون .

لذلك كان الدين في الشرق مصدرا خصبا تستمد منه القواعد القانونية . ففي اليهودية نرى كثيرا من القواعد تنظم روابط الأسرة

حظ الدين كبير في القوانين الغربية :
عدم وجود ما يعادل القانون الروماني في الشرق

الاسلام واليهودية عرضا لشئون الدنيا

اليهودية والاسلام



والروابط المالية . أما الاسلام فهو دين ودولة . واذا كانت مصادر الشريعة الاسلامية أربعة : الكتاب والسنة والاجماع والقياس . فانه يمكن رد هذه المصادر الى مصدرين الدين (ويشمل الكتاب والسنة) والفقهاء (ويشمل الاجماع والقياس) . فاذا اقتصرنا على الدين ، رأينا الكتاب والسنة وقد عرضا لتنظيم الروابط الاجتماعية في افاضة واسهاب ؛ ففيهما الشيء الكثير عن الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والتجارة والبيع والعقود والحدود وغير ذلك من روابط الأسرة وروابط المال والقوانين الجنائية وغيرها ، فكل قاعدة قانونية تؤخذ مباشرة من الكتاب أو السنة يكون مصدرها الرسمي هو الدين .

على أن الفقه الاسلامي قد بلغ من تقدمه أن ميز فقهاء الشريعة الاسلامية في القواعد التي استمدت من الدين ، بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة وما يدخل تحت حكم القضاء ، أي بين القواعد القانونية والقواعد الدينية . فهناك قواعد دينية غير ملزمة قضاء ، كترك البيع عند صلاة الجمعة وكتنفيذ الوعد بالعقد . وهناك قواعد قانونية غير ملزمة ديانة كعدم جواز سماع الدعوى بعد مدة معينة أو لمانع معين .

التمييز بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة في الفقه الاسلامي

٧٣ - مستقبل الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون

ومستقبل الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون يتوقف على أمرين : (أولاً) تعاون فقهاء الشريعة مع رجال القانون على النهوض بالشريعة الاسلامية نهضة تعيد اليها جذتها ، حتى تسابر أحكامها ما استجد من الحاجات وما استحدثته المدنية من أمور لم تكن معروفة من قبل : (ثانياً) ما تستطيعه هذه النهضة العلمية من توجيه المشرع توجيهها يدفعه بالرجوع الى الشريعة الاسلامية ، ليستقي من أحكامها ما يعد متمشياً مع أحدث

فتح باب الاجتهاد

أخذ المفرع من الفقه الاسلامي



المبادئ القانونية وأرقاها ، وفي الشريعة الاسلامية الكثير من ذلك .

الاجماع هو الكفيل
بتجديد الشريعة
الاسلامية

وعندنا أن الاجماع هو المصدر الخصب الذي يكفل تجديد الشريعة الاسلامية على مر الأجيال ، فاذا تتبعنا تاريخ تطوره ، وقسنا مستقبله على ماضيه ، كان لنا أن نتوقع أن يكون الاجماع هو الباب الذي يدخل منه التشريع ليكون مصدرا رسميا للشريعة الاسلامية .

٢ - الدين كصدر رسمي للقانون المصري

قبل عهد محمد علي : كان للدين أثر كبير في القانون المصري قبل عهد محمد علي ، فكانت الشريعة الاسلامية - وأحد مصدريها هو الدين كما قدمنا - هي التي تطبق في قانون الأسرة والروابط المالية . أما غير المسلمين فكانوا يخضعون في أحوالهم الشخصية لقانون ملتهم .

من عهد محمد علي الى عهد اسماعيل : وقد بدأ تغلغل القانون الفرنسي في مصر منذ عهد محمد علي . فبدى بقانون التجارة وبعض قواعد القانون الجنائي . وبقى نفوذ القانون الفرنسي يزداد ، ونفوذ الشريعة الاسلامية يتقلص ، الى عهد اسماعيل .

من عهد اسماعيل الى اليوم : وفي عهد اسماعيل وصل نفوذ القانون الفرنسي الى قمته ، عند ما أنشئت المحاكم المختلطة ، ثم المحاكم الأهلية . ففي ذلك العهد حل القانون الفرنسي محل الشريعة الاسلامية ، وأصدرت الحكومة المصرية التقنينات الحالية ، القانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري وقانون المرافعات والقانون الجنائي وقانون تحقيق الجنايات وقد أخذت كلها من التقنينات الفرنسية مختصرة مقتضبة .

وبقي للشريعة الاسلامية دائرة الأحوال الشخصية . وقانون



الأحوال الشخصية هو مجموع القواعد التي تحدد علاقة الشخص بأفراد أسرته ، من وقت ميلاده الى وقت موته . فالنسب والنفقة والرضاعة والحضانة والزواج والطلاق والميراث والوصية كل هذه تدخل في الأحوال الشخصية .

على أن الشريعة الاسلامية مصدر لبعض مسائل في القانون المدني متعلقة بالمال وخارجة عن دائرة الأحوال الشخصية . ومن هذه المسائل ما يؤخذ مباشرة من الشريعة الاسلامية ، كالوقف والحكر والهبة ، ومنها ما ورد فيه تشريع مصرى مأخوذ من الشريعة الاسلامية ، كالشفعة والبيع في مرض الموت والغبن وبعض مسائل في البيع والايجار .

الفصل الثالث

قواعد العرائة والقانون الطبيعي

٧٤ - ظهور فكرة القانون الطبيعي في الأزمان المتعاقبة

رأينا فيما قدمناه أن فكرة القانون الطبيعي . كانت تظهر في كل زمن مصطبغة بصبغة أو بأخرى . فكان القانون الطبيعي عند اليونان فلسفة ، وعند الرومان قانونا ، وفي القرون الوسطى دينا ، وفي العصور الحديثة سياسة .

ورأينا كذلك أن فكرة القانون الطبيعي الثابت الذي لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان قد فقدت قيمتها كفكرة علمية صحيحة ، وحل محلها فكرة القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة ، وقد انتصر لهذه الفكرة الأخيرة كثير من الفقهاء في العصر الحاضر .

القانون الطبيعي
الثابت

القانون الطبيعي ذو
الحدود المتغيرة



فكرة القانون الطبيعي اذن ، بشكل أو بآخر ، كانت ولا تزال موجودة في كل العصور ، لم يخل منها عصر حتى في وقتنا هذا .

٧٥ - أثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين الغربية

القانون الروماني

وقد تأثر القانون الروماني بقواعد العدالة والقانون الطبيعي تأثرا كبيرا . فتكون قانون بني على هذه القواعد ، وكونه القضاة الرومانيون ، الى جانب القانون المدني العتيق . فوجد القانونان للدني والبريطوري جنبا الى جنب ، ثم امتزجا ، أحدهما بالآخر ، على النحو المعروف في تاريخ القانون الروماني .

الشريعة الاسلامية

وتأثرت الشريعة الاسلامية كذلك بقواعد العدالة من طريق الأخذ بالرأى . وسنرى كيف أن الفقه الاسلامي انقسم الى مدرستين ، مدرسة أهل الرأى واهل رأسها أبو حنيفة ، ومدرسة أهل الحديث وعلى رأسها مالك . وكان للرأى أثر كبير في تكوين الفقه الاسلامي .

الشريعة الانجليزية

وتأثرت الشريعة الانجليزية أخيرا بقواعد العدالة ، وسنرى كيف أنشىء ديوان المستشار ترفع اليه الظلمات من جمود القانون الانجليزي العتيق وضيقة ، فيطبق المستشار قواعد العدالة ، وكيف تكون الى جانب القانون القديم قانون جديد يقوم على مبادئ العدالة ، ثم اختلط القانونان أحدهما بالآخر .

٧٦ - أثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين الحديثة

القانون المصري
والقوانين الغربية

والقوانين الحديثة كالتقدمة تتأثر الى حد كبير بقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي . وفي القانون المصري نصوص تقضى بأنه عند سكوت القانون أو إبهامه أو نقصه فعلى القاضى أن يرجع الى قواعد العدالة



والقانون الطبيعي . ويقضى القانون السويسرى وغيره من القوانين الغريبة
بمثل ذلك .

٧٧ - تطبيقات مختلفة

وقد طبقت المحاكم المصرية قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي
في حالات مختلفة نذكر منها للملكية الأدبية والفنية والصناعية ونظرية
التعسف في استعمال الحق ونظرية تحمل التبعة ونظرية الظروف الطارئة .

٧٨ - الملكية الأدبية والفنية والصناعية

لا يوجد حتى الآن في القانون المصرى نصوص تنظم هذا النوع من
الملكية على أهميته . وقد أشارت بعض نصوص القانون المدنى والقانون
الجنائى الى وجود ملكية أدبية وفنية وصناعية ، ولكنها أشارت في الوقت
ذاته الى قانون يصدر لتنظيم هذه الملكية ، وهذا القانون لما يصدر . لذلك
تلتجىء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة
لحماية المؤلف والفنان وصاحب الملكية الصناعية ، فتقضى بتعويض على
كل من يتعدى على حرمة هذه الملكية .

قضاء المحاكم

وهناك مشروع أعدته الحكومة المصرية لحماية الملكية الأدبية ولكنها
متردة في انفاذه ، اذ تخشى أن تضع قيودا مرهقة على الحركة الأدبية
الناشئة من طريق حماية المؤلفات الأجنبية .

مشروع قانون

٧٩ - نظرية التعسف في استعمال الحق

أصبحت هذه النظرية مستقرة في القضاء المصرى استقرارها في
القضاء الفرنسى . والجديد في هذه النظرية أنها تجعل من يقتصر على
استعمال حقه ، ولكنه يتعسف في هذا الاستعمال ، مسئولاً عما أصاب به الغير

بسط النظرية



من الضرر . وقد كان خصوم النظرية يأخذون عليها أنها ترتب مسؤولية على شخص قد اقتصر على استعمال حقه ، ولم يتجاوز حدود هذا الحق . فأنت النظرية تقرر أن الحقوق ليست مطلقة ، بل مقيدة بالقرض الاجتماعي الذي وجدت من أجله . فاذا استعمل صاحب الحق حقه في غير هذا القرض وأضر بالغير ، وجب تعويض هذا الضرر . وليس تقييد الحقوق بما رسم لها من أغراض اجتماعية الا تطبيقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ومن الأمثلة على التعسف في استعمال الحق تعسف المالك في استعمال أمثلة عليها حق ملكيته كمن يبني جداراً عالياً يجلب الضوء والهواء عن جاره دون أن يكون له فائدة من ذلك ، وتعسف صاحب العمل في فصل عامل لسبب غير مشروع أو في وقت غير لائق ، وتعسف المتقاضين في رفع الدعاوى الكيدية ونحو ذلك .

٨٠ - نظرية تحمل التبعة

وهذه نظرية تأخذ بها بعض المحاكم المصرية ، وتبنيها على مبادئ بسط النظرية القانون الطبيعي وقواعد العدالة . والأصل أن الشخص لا يكون مسؤولاً الا اذا ثبت خطأ في جانبه . أما اذا لم يثبت هذا الخطأ ، فهو غير مسئول عما يحدثه من الضرر للغير . وهذه هي نظرية المسئولية التقصيرية . الا أن تقدم المدنية ، وانتشار المخترعات الميكانيكية من آلات صناعة ومركبات نقل ونحوها كان من شأنه أن جعل في يد الانسان أشياء جمّة النفع شديدة الخطر ، فاذا استفاد مما تعود به عليه من النفع ، فمن العدل أن يتحمل تبعه ما تحدثه للغير من الضرر ، حتى لو لم يثبت خطأ في جانبه ، والغرم بالغرم .



ومن الأمثلة على نظرية تحمل التبعة حوادث النقل واصابات العمال ،
ونحو ذلك .

امثلة عليها

٨١ - نظرية الحوادث الطارئة

وهذه نظرية أخذت بها محكمة استئناف مصر الأهلية ، ولكن
محكمة النقض لم تأخذ بها . وهي نظرية عادلة ، يمكن ارجاعها الى مبادئ
القانون الطبيعي وقواعد العدالة . والأصل أن الملتزم لا يعنى من تنفيذ
التزامه الا اذا أصبح تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا بقوة قاهرة . والقوة
القاهرة حادث لا يتوقع حصوله ، ولا يمكن دفعه اذا وقع ، ويجعل تنفيذ
الالتزام مستحيلا . فاذا كان الحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ الالتزام
مستحيلا ، فهو لا يعنى المدين من التزامه ، حتى ولو كان هذا التنفيذ قد
أصبح مرهقا عسيرا . وهذا الشرط الأخير من النظرية غير عادل . فقواعد
العدالة تقضى بأنه اذا تغيرت الظروف ، وجد حادث طارئ لم يكن
متوقعا وكان من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، وجب
تخفيف وطأة هذا الارهاق فيعنى المدين من بعض التزامه . وهذا ما تقضى
به نظرية الحوادث الطارئة . وقد أخذت بها المحكمة الادارية العليا في
فرنسا في قضية ثبت فيها أن شركة النور بمدينة بوردو كانت قد تعهدت
بتوريد النور بسعر معين ، ثم نشبت الحرب الكبرى فارتفع سعر الفحم
ارتفاعا فاحشا ، وأصبح الزام الشركة بتوريد النور بالسعر المتفق عليه
مرهقا لها . وأخذت محكمة استئناف مصر الأهلية بالنظرية في قضية ثبت
منها أن تاجرا تعهد بتوريد حبوب لمصلحة الحدود بسعر معين ، وقت ان
كانت التسعيرة الاجبارية قائمة ثم الغيت هذه التسعيرة ، فارتفع سعر
الحبوب الى خمسة أمثاله . وأصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين .

بسط النظرية

أمثلة عليها



الفصل الرابع

التشريع

٨٢ - أهمية التشريع في العصر الحاضر

إذا كانت العصور القديمة هي عصور العادات والدين . فإن العصر الحديث هو عصر التشريع فالتشريع هو أهم مصدر للقانون الحديث . والهيئة التشريعية في الدولة الحديثة أكثر ما تكون عملاً . وأشد ما تكون نشاطاً . وقد تناقصت أهمية المصادر الأخرى بالقدر الذي تزايدت به أهمية التشريع .

- ويرجع ازدياد أهمية التشريع الى عوامل مختلفة منها :
- أسباب أهمية التشريع
- (أولاً) تولد سلطة الدولة وتركيزها . فلم يعد هناك منافسون أقوياء تركيز الدولة . كما كان الأمر في العصور الوسطى . إذ كان النبلاء في العهد الاقطاعي ، وكانت الكنيسة في العصور الوسطى ، ينتقصون من سلطان الدولة ، ويقسمون معها نفوذها .
- (ثانياً) تفتى الديمقراطية مما جعل في الدولة هيئة معدة للتشريع الديمقراطية هي في نشاط متزايد .
- (ثالثاً) النزعة الحديثة الى الاشتراكية ، أى الى تدخل الدولة في الاشتراكية شؤون الأفراد لتنظيمها ، وليس لدى الدولة وسيلة الى هذا التنظيم غير التشريع . فكثير من الشؤون كالتعليم ومسائل العمال وامساعاف المرضى والعجزة ، كانت تعتبر قبلاً من شؤون الأفراد الخاصة ، وهي اليوم تعتبر



من مهمات الدولة الأساسية . تصدر فيها التشريع تلو التشريع .

سهولة التشريع (رابعا) سهولة التشريع بالاضافة الى المصادر الأخرى . فان للشرع

يستطيع بجرة قلم ان يسن تشريعا صالحا وأن ينسخ تشريعا فاسدا . أما العادات وغيرها من المصادر الأخرى فبطيئة في تطورها ، وهي اذا استقرت صعب التخلص منها بعد ذلك .

دائرة التشريع ويتناول التشريع الآن دائرة واسعة من الروابط القانونية . على أن

المشرع لا يعرض لروابط القانون الخاص الا بقدر ، وهو في تعرضه لها انما يقر ما تعودته الناس في معاملاتهم ، ويحدد شكل التعامل أكثر مما يعرض لموضوعه .

قوة التشريع الحقيقية على أن المشرع لا يخلق القانون خلقا كما قد يتوهم . فهو يستمد مادة

تشريعه من عادات الناس ومن معتقداتهم ومن المثل العليا التي يتوخاها طبقا لمدينة عصره ومن الحاجات العملية والضروريات الاقتصادية . وكل ما يفعل المشرع هو أن يضع القاعدة القانونية التي استمد مادتها من هذه المصادر المختلفة في الفاظ من عنده . ويعطى للقاعدة قوة رسمية ملزمة . ومن هنا يختلف التشريع من المصادر الأخرى في أنه مصدر للمعنى واللفظ لا للمعنى فقط .

٨٣ - مقارنة التشريع بالمصادر الأخرى

للتشريع مزايا اذا قورن بالمصادر الأخرى نذكر منها ما يأتي :

(أولا) القانون الذي يكون مصدره العادات أو القضاء ، فلا يكاد يعرف الا وقت تطبيقه ، ومن ذلك يكون لهذا القانون ضرب من السريان على الماضي

على الماضي .



(ثانياً) يجوز إلغاء التشريع بتشريع مثله ، أما القواعد القانونية سهولة إلغاء التشريع التي تستمد من مصادر أخرى فمن الصعب نسخها بغير التشريع ولذلك كانت أكثر بطئاً في تطورها .

(ثالثاً) التشريع يضع قواعد عامة ، اما القضاء وغيره من المصادر وضع قواعد خاصة الأخرى فقواعدها تنصرف في أكثر الأحوال الى مسائل تفصيلية ، دون ان تسمو الى دائرة القواعد العامة .

(رابعاً) يسهل الرجوع الى التشريع . فالقواعد القانونية المستمدة سهولة الرجوع الى التشريع من التشريع معروفة معنى ولفظاً ، ولا يقع الخطأ في وجودها ، وان أمكن الخطأ في تفسيرها . اما القضاء وغيره من المصادر الأخرى ، فمن الصعب استخلاص ما تولده من القواعد القانونية ، فالشك هنا يكون في وجود القاعدة القانونية لا في تفسيرها .

وتتكلم في سن التشريع ، وتجميعه ، وتطبيقه من حيث للمكان والزمان ، وتفسيره ، وإلغائه .

المبحث الأول

سن التشريع

٨٤ - ما هو سن التشريع .

سن التشريع عمله . والتشريع من عمل الهيئة التشريعية في الدولة . تقسيم الموضوع وتتكلم في المبادئ العامة في سن التشريع .



١ - المبادئ العامة في سن التشريع

٨٥ - الهيئة التشريعية

يوكل من التشريع الى الهيئة التشريعية . والهيئة التشريعية في كل دولة يحددها دستورها وهي تارة تكون فردا مستبدا كما في الملكية المطلقة ، وطورا تكون مجلسا أو مجالس نيابية أو غير نيابية ، يشاركها رئيس الدولة (امبراطورا كان أو ملكا أو رئيس جمهورية أو غير ذلك) .

تنوع الهيئة التشريعية

٨٦ - تدرج التشريع

والتشريع أنواع متدرجة . ففي القمة التشريع الدستوري ، ويليه التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية ، ويليه التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

فالتشريع الدستوري هو التشريع الأساسى الذى يضع نظام الدولة ، ويحدد علاقة السلطات العامة بالأفراد وعلاقتها بعضها ببعض الآخر .

التشريع الاساسى

والتشريع الصادر من الهيئة الرئيسية هو مجموعة من القوانين تنظم الروابط الاجتماعية . ويجب أن تكون خاضعة للتشريع الدستوري وفي حدود دائرتها . فالتشريع الذى يصطدم مع المبادئ الدستورية يكون تشريعا باطلا .

التشريع الرئيسى

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية هو تشريع تفصيلى يطبق التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية بتفويض من هذه الهيئة . مثل ذلك اللوائح والمراسيم والقرارات التى تصدر من هيئات تنفيذية يفوض اليها أمر تنظيم بعض المسائل التفصيلية الواردة فى التشريع الصادر من الهيئة

التشريع الفرعى



الرئيسية ، ويخضع التشريع الفرعى للتشريع الرئيسى خضوع التشريع الرئيسى للتشريع الأساسى والدستورى . فلا يجوز أن يصطدم التشريع الفرعى مع التشريع الأساسى ، والا كان باطلا .

٨٧ - رقابة القضاء على التشريع

ونرى من ذلك ان التشريع أنواع متدرجة ، تخضع كل درجة للدرجة التى فوقها . ومن ذلك تنشأ مسألة دستورية القوانين . ويراد بذلك ان التشريع متى يكون صحيحا يجب الا يصطدم بتشريع من درجة أعلى ، فاذا اصطدم به كان غير صحيح أو غير دستورى . ولكن هل يستطيع القضاء أن يقرر بطلان تشريع جاء على هذا النحو ، أو بعبارة أخرى هل للقضاء رقابة على دستورية القوانين؟

تختلف البلاد اختلافا بينا بالنسبة لموقفها من هذه المسألة فمنها ما يعطى للقضاء سلطة تامة فى الرقابة على دستورية القوانين كالولايات المتحدة الأمريكية ، فان المحاكم هناك لها أن تقرر بطلان أى تشريع تراه مصطدما مع نصوص الدستور ، وكثيرا ما تستعمل المحاكم هذا الحق ، حتى قيل أن حكومة الولايات المتحدة الأمريكية هى حكومة القضاء ، ويرجع السبب فى ذلك غالبا الى أن الولايات المتحدة الأمريكية مجموعة من الولايات يتمتع كل منها بقسط كبير من الاستقلال الذاتى ، فاذا صدر تشريع وجب أن يصدر وفقا للدستور الذى ربط هذه الولايات . وهناك بلاد كفرنسا ومصر ، لا تعترف للمحاكم بالرقابة على دستورية القوانين الا فى حدود معينة تتسع بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الفرعية ، وتضيق بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الرئيسية ، وذلك احتراماً لمبدأ فصل السلطات .

رقابة المحاكم محدودة



٨٨ - كيفية تحضير التشريع ومنه

أما التشريع الدستوري فتارة يكون منحة السلطان لشعبه ، ويصدر في شكل أمر رئيس الدولة . وطورا يعتبر ملزما للسلطان وللشعب معا ، ويصدر في شكل أمر من رئيس الدولة كذلك أو يكون من عمل هيئة تنوب عن الشعب تسمى عادة بالجمعية الوطنية . فاذا كان الدستور منحة من السلطان انطبق هذا على رأى الفيلسوف هبز ، واذا كان ملزما للسلطان وافق هذا رأى الفيلسوف لوك ، واذا أصدرته جمعية وطنية تمشي هنا مع رأى الفيلسوف رومو ، وقد سبقت الاشارة الى هذه الآراء الثلاثة .

التشريع الاساسى

أما التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية فيمر عادة بمراحل ست : التحضير ، والتصويت ، والتصديق ، فالاصدار ، والتنفيذ . تبدأ الهيئة المختصة بتحضير التشريع الذى اقتضته الحاجة . ثم يعرض على المجالس التشريعية لمناقشته والتصويت عليه . فاذا تم ذلك عرض مشروع القانون على رئيس الدولة للتصديق عليه . حتى اذا ما صدق عليه أصبح قانونا . وبعد التصديق يأتى دور الاصدار ، واصدار القانون هو اعلانه ، ويكون ذلك عادة بوضع صيغة الاصدار أى اعلان وجود القانون والأمر بتنفيذه ، ثم يأتى دور النشر فى جريدة رسمية حتى يعلم به جمهور الناس ، ثم تمضى مدة من الزمن بعدها يعتبر الناس عالمين بالقانون فيصبح قانونا نافذا .

التشريع الرئيسى

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية متنوع تنوع الهيئة التى أصدرته ، فتارة تكون السلطة التنفيذية الرئيسية ، وتعتبر فى هذه الحالة سلطة تشريعية فرعية فوض اليها أمر التشريع فى مسائل معينة ، وتارة تكون ادارة من ادارات السلطة التنفيذية ، أو ادارة محلية ونحو ذلك .

التشريع الفرعى



٢- سن التشريعي في مصر

تاريخ الهيئة التشريعية

٨٩ - الهيئة التشريعية في مصر

عندما كانت مصر جزءاً من الامبراطورية العثمانية يتولى أمرها وال من أسرة محمد علي ، كان هذا الوالي هو الهيئة التشريعية ، وبقي الأمر كذلك الى آخر عهد اسماعيل ، حيث أنشئ مجلس النظار ، فلا تكون القوانين صحيحة الا اذا أمضى عليها الناظر أو النظار المختصون . وفي أول عهد توفيق أعطى للبلاد نظام نيابي لم يدم طويلا اذ قامت الثورة العرابية . وبعد أن احتلت الانجليز مصر جعلت السلطة التشريعية في يد الخديوي ومجلس نظاره يعاونهما مجلسان نيابيان ، مجلس شورى القوانين والجمعية العمومية ، وكان رأى الهيئة الأولى استشاريا ، أما الجمعية العمومية فرأيها قطعي في الضرائب . وقبيل الحرب الكبرى (سنة ١٩١٣) عدل هذا النظام واستبدل به هيئة نيابية واحدة هي الجمعية التشريعية ، وكان رأيها استشاريا كذلك في القوانين وقطعيا في الضرائب ، وعطلت الجمعية التشريعية مدة الحرب وبعدها الى ان اعلن تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ ، حيث تقرر أن يكون للبلاد نظام نيابي ، فصدر دستور سنة ١٩٢٣ يجعل السلطة التشريعية في يد مجلسين ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ ، وجعل الدولة للصربية ملكية وراثية ، ورئيس الدولة الملك ، وهو يشترك في السلطة التشريعية . وقد عدل دستور سنة ١٩٢٣ بصدور دستور سنة ٣٠ ، ولكن هذا الدستور الأخير ألغى في السنة الحالية ، ولا تزال البلاد ترتقب عودة دستور سنة ١٩٢٣ . ويتولى السلطة التشريعية مؤقتا الملك مع مجلس وزرائه .



٩٠ - تدرج التشريع في مصر :

| | |
|--|---|
| وفي مصر التشريع متدرج على النحو الذي أوضحناه . فالتشريع الدستوري هو القانون الأساسى للبلاد ، ويليه فى القوة التشريعية الصادر من مجلسى النواب والشيوخ مصدقا عليه من الملك . ثم يلى ذلك المراسيم التى يصدرها مجلس الوزراء فى مسائل تشريعية تفصيلية والقرارات التى يصدرها الوزراء وحكام الأقاليم والادارات المحلية . فيجب اذن التمييز بين الدستور | |
| الملك ورئيس الوزراء ، والقانون يصدر بعد موافقة مجلسى النواب والشيوخ وتصديق الملك ، والأمر الملكى ويصدر فيما هو من اختصاص الملك وحده أو هو وبعض الوزراء فيكون ممضى من الملك والوزير المختص ، والمرسوم أو الأمر العالى ويصدر بقرار من مجلس الوزراء ممضى عليه من الملك ، | القانون الامر الملكى المرسوم أو الأمر العالى |
| وقرار مجلس الوزراء ويصدر من مجلس الوزراء وحده دون أن يمضى عليه الملك ، والقرار الوزارى ويصدر من الوزير المختص وحده دون حاجة لموافقة مجلس الوزراء ، ثم القرارات التى تصدر من مديرى الأقاليم ومحافظى المدن والادارات المحلية ونحو ذلك وهذه تصدر من الجهة المختصة وحدها دون حاجة الى موافقة الوزير . | قرار مجلس الوزراء القرار الوزارى قرارات محلية |

٩١ - رقابة القضاء على التشريع فى مصر :

| | |
|--|---|
| يمكن القول بوجه عام أن القضاء له رقابة كاملة على اللوائح والقرارات التى تصدر من الهيئات التشريعية الفرعية ، فينظر فى صحتها من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع معاً . أما التشريع الذى يصدر من الهيئة | الرقابة على التشريع الفرعى الرقابة على التشريع الرئيسى |
|--|---|



على أن « القوانين والأوامر يكون معمولاً بها في جميع القطر المصري عند إعلانها من طرفنا بواسطة درجها بالجرائد الرسمية ، ويجب الإجراء بموجبها في كل جهة من جهات القطر للذكور من وقت العلم بإعلانها ، وتعتبر تلك القوانين والأوامر معلومة لدى جميع أهالي القطر بعد إعلانها بالجرائد بثلاثين يوماً ، ويجوز تنقيص هذا الميعاد بمقتضى نص صريح في القوانين أو الأوامر للذكورة » . وجاء في المادة ٢٦ من دستور سنة ١٩٢٣ أن القوانين تكون نافذة في جميع القطر المصري بإصدارها من جانب الملك ، ويستفاد هذا الإصدار من نشرها في الجريدة الرسمية » . وصيغة إصدار القانون تكتب في صدره ، وتفيد أنه عمل بموافقة البرلمان ، ويوقع على القانون من الملك ومن رئيس الوزراء ومن الوزراء المختصين بتنفيذه ، ويؤمر فيه الوزراء المختصون بإجراء هذا التنفيذ . ومتى أصدر القانون نشر في الوقائع الرسمية ، وإذا لم ينص فيه على ميعاد للتنفيذ صار نافذاً بعد ثلاثين يوماً من نشره ، ويجوز تقصير هذا الميعاد أو مده بنص خاص كما يجوز جعل القانون نافذاً من وقت نشره .

أما التشريع الصادر من الهيئات الفرعية فقد سبقت الإشارة إليها . التشريع الفرعي

المبحث الثاني

مجموع القوانين (التقنين)

٩٣ - ما هو التقنين - مزاياه وعيوبه

التقنين هو تجميع النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع تعريف التقنين القانون ، وترتيب هذه النصوص وتبويبها ، بحيث يسهل على من يرجع إلى التقنين أن يجد القاعدة القانونية المطلوبة .



وللتقنين هذه المزية المتقدمة : سهولة البحث عن الأحكام القانونية
بعد أن جمعت في كتاب واحد ، وفي هذا فائدة كبيرة للقضاء وللمتقاضين
ولجميع المشتغلين بالقانون . ولكن التقنين من شأنه أن يجبس القانون في
نصوص مرتبة مبهوبة ، فيجسد على هذه النصوص ، والقانون كائن حتى ،
لا يمكن قسره على الجود بمنعه من التطور .

منزلة التقنين
ضرر التقنين

على أن التقنين قد يكون ضروريا إذا أريد توحيد القانون ، كما وقع
ذلك في فرنسا وفي ألمانيا وفي سويسرا . ويكون ضروريا كذلك إذا أريد
ادخال قانون أجنبي ، كما وقع ذلك في مصر وفي تركيا .

ضرورة التقنين

٩٤ - تقنين الشرائع القريمة

والتقنين لا يكون في العادة الا بعد أن يجتاز القانون مرحلة من النمو
والتطور تجعله قابلا للتجميع ، وتجعل هناك فائدة من تسجيله بعد بلوغه
هذه المرحلة .

وهذا ما وقع للقانون الروماني ، فقد قن مرتين ، مرة عند نهاية
المرحلة الأولى من نموه ، في الألواح الاثني عشر ، وأخرى عند نهاية
المرحلة الأخيرة من نموه ، في تقنينات جوستينيان .

القانون الروماني

وهذا ما وقع أيضا ، بقدر محدود ، للقانون الانجليزي . على أن
القانون الانجليزي يستعصى عادة على التقنين ، فان مصدره الأساسي هو
القضاء ، والقضاء لا يقن لأنه في تطور مستمر ، ويقوم مقام التقنين في
القضاء بجميع الأحكام والسوابق القضائية وترتيبها وتبويبها . على أن
القانون الانجليزي قد قن في بعض أجزائه ، كما في القوانين الخاصة ببيع
البضائع وبالأوراق المالية وبالشركات ، ثم قننه بعض الفقهاء تقنينا غير
رسمي كما فعل جنكس ودايسى وستيفن .

القانون الانجليزي



أما الشريعة الإسلامية فبقيت غير مقلنة ، الى أن أصدر الأتراك الشريعة الإسلامية تقنينهم المشهور في المجلة ، ولا تزال المجلة مطبقة في بعض البلاد العربية كالعراق وسوريا . وقد قنن المرحوم قدرى باشا الشريعة الإسلامية تقنيناً غير رسمي في كتبه الشهيرة : مرشد الحيران في المعاملات والأحوال الشخصية والوقف .

٩٥ — حركة التقنين الحديثة

على أن الحركة القوية في التقنين بدأت في أوائل القرن التاسع عشر بتقنينات نابليون المشهورة ، وأهمها التقنين المدني الذي صدر في سنة ١٨٠٤ ، وصدرت بعده تقنينات أخرى في قانون المرافعات في سنة ١٨٠٦ ، وفي القانونين التجاري والبحري في سنة ١٨٠٧ ، وفي قانون الاجراءات الجنائية في سنة ١٨٠٩ ، وفي القانون الجنائي في سنة ١٨١٠ . ثم قنن في العهد الأخير فروع أخرى للقانون الفرنسي ، كالتقنين الخاص بتشريع العمل والتقنين الخاص بالتشريع الزراعي .

وتلت التقنينات الفرنسية تقنينات أخرى كثيرة في البلاد الأوربية التقنين النمساوي في سنة ١٨١١ ، والتقنين الايطالي في سنة ١٨٦٥ ، والتقنين العثماني (المجلة) في سنة ١٨٦٩ ، والتقنين السويسري في سنة ١٨٨١ ، والتقنين الألماني في سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسري في الالتزامات في سنة ١٩١٢ .

واقترنت البلاد الشرقية إثر أوروبا في التقنين ، فصدر التقنين الهندي الجنائي في سنة ١٨٦٠ ، والتقنينات المصرية في سنتي ١٨٧٥ و ١٨٨٣ ، والتقنين السوداني الجنائي في سنة ١٨٩١ . وصدر في القرن الحاضر التقنين



الياباني والتقنين الصيني . والتقنين العراقي في العقوبات وفي المرافعات
الجزائية .

٩٦ - أصول التقنين الحكيم

وقوف المدرسة
التاريخية في وجه
التقنين

وقد عقب التقنينات الفرنسية في أوائل القرن التاسع عشر أن قامت
حركة تبشر بالتقنين . وقام في ألمانيا الفقيه تيبو ينادي بوجوب تقنين
القانون الألماني . فتصدى له سافيني زعيم المدرسة التاريخية ، ووقف في
وجه التقنين وقفة عنيفة ، فكان ذلك سببا في تأخير التقنين الألماني نحو
قرن ، إذ صدر هذا التقنين في آخر القرن التاسع عشر كما قدمنا . ولم تكن
وقفة سافيني إلا نتيجة طبيعية لمذهبه في القانون ، فهو يراه تطورا مستمرا
والتقنين يقف من حركة هذا التطور . أما الفرنسيون فقد كانوا متأثرين في
أول القرن التاسع عشر بنظرية القانون الطبيعي الثابت الأبدى ، فكان
من المعقول أن يسلموا بفائدة التقنين بل بضرورته .

على ان الواقع من الأمر ان التقنين له مزايا وله عيوب كما قدمنا ، فمن
المغالاة التعصب له أو عليه . ولكن مزاياه ترجح عيوبه اذا كان حكيما .
وأهم أصول التقنين الحكيم أن يتجنب التعريفات العلمية ، ويترك الخوض
في التفاصيل الجزئية ، ويقتصر على وضع قواعد عامة ومعايير قانونية ،
تكون من المرونة بحيث تترك للقاضي عند تطبيقها مجالا لوضع الحلول
المناسبة لظروف كل قضية ، ولا تجبس القانون في نصوص جامدة تقف به
دون التطور .

أصول التقنين الصالح

والواجب أن نفهم مهمة التقنين على الوجه الصحيح ، فليست هذه
المهمة تسجيل قواعد قانونية ثابتة لا تتغير ، فان التقنين لا يلبث أن يتم
حتى يقوم الى جانبه من القواعد الفقهية والقضائية ما يكاد يغطي على القواعد

المهمة الحقيقية للتقنين



التي سجلها التقنين انما يراد بالتقنين أن يكونوا مفتاحا للبحث يجعل العثور على القواعد القانونية سهلا ، على أن يكمل البحث بالرجوع الى المصادر الأخرى وأهمها الفقه والقضاء . فاذا كانت هذه هي مهمة التقنين ، فلا شك في أنه قد أسدى خدمة جليلة في هذا السبيل ، ولا ينكر أحد أن التشريع للتقنين أسهل في بحثه من القانون « غير المكتوب » الذي يجب أن تتلمس أحكامه في السوابق القضائية للتكدسة أو في كتب الفقه الواسعة .

على ان التقنين ، حتى يحتفظ بفائدته ، يجب مراجعته من وقت لآخر، حتى يكون متمشيا مع حالة القضاء والفقه . أما التقنين الذي لا يراجع فلا يلبث أن يصير قديما ، لا يعبر عن حالة القانون الحقيقية ، وقد يكون ضرره أشد من نفعه ، اذ يصبح خداعا .

٩٧- التقنينات المصرية :

ونأتي الآن بكلمة موجزة عن حركة التقنين في مصر . لم تكن مصر تعرف تقنيننا صحيحا قبل عهد الاصلاح القضائي . ولم تطبق المجلة العثمانية لاستقلال البلاد استقلالا قضائيا عن دولة الخلافة . والتقنين في مصر جاء تابعا لحركة انشاء المحاكم ، فكما أنشئ نوع نظامي من هذه المحاكم تبع ذلك أن يوضع لهذا النوع تقنيناته التي يطبقها . بدأت هذه الحركة بانشاء المحاكم المختلطة فوضعت التقنينات المختلطة ، ثم نظمت المحاكم الشرعية فوضعت لها لأئحة عدلت بعد ذلك غير مرة ثم أنشئت المحاكم الأهلية . وجاء بعد ذلك دور المجالس الحسبية فوضعت لها لأئحة تلتها لأئحة أخرى .

التقنينات المختلطة

كان أول التقنينات المصرية اذن هي التقنينات المختلطة . فان اسماعيل عند ما فكر في اصلاح نظام الامتيازات الأجنبية بانشاء المحاكم المختلطة ، ووافقت الدول الأجنبية على انشاء هذه المحاكم بعد مفاوضات طويلة شاقة ،



كان من المتفق عليه أن تطبق هذه المحاكم تقنينات تؤخذ من التقنينات الفرنسية ، إذ أن هذه التقنينات كانت في ذلك العهد أقرب متناولا وأبعد شهرة وأقرب الى التطبيق على الجاليات الأجنبية في مصر من سائر التقنينات. فكلف نوبار أحد المحامين الفرنسيين المقيمين في مصر ، الأستاذ مونوري ، وكان مسكوتيرا له وسكوتيرا للجان الدولية التي انعقدت في القاهرة لتحضير لأئحة المحاكم المختلطة ، بوضع ستة تقنينات على غرار التقنينات الفرنسية ، فوضع التقنين المدني والتقنين التجارى والتقنين البحرى وتقنين المرافعات والتقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية وأخذها كلها عن التقنينات الفرنسية التي سبقت الاشارة اليها ، مع ايجاز يصل في بعض الأحيان الى حد الاقتضاب ، وقد أخذ في بعض المسائل بأحكام الشريعة الاسلامية كما في الشفعة وفي بيع المريض مرض الموت وفي بعض مسائل البيع والايجار كما سبقت الاشارة الى ذلك . وقد تم وضع التقنينات المختلطة في سنة ١٨٧٥ ، وهي تطبق حتى اليوم ، بعد أن أدخلت عليها تعديلات جزئية لا تغير من جوهرها .

وقد كان الربع الأخير من القرن التاسع عشر يشتمل على حركة إصلاح قضائى واسعة للدى في مصر فبعد انشاء المحاكم المختلطة فكر أولو الأمر في اعادة تنظيم المحاكم الشرعية ، فصدرت لأئحة سنة ١٨٨٠ . ثم حلت مكانها لأئحة أخرى في سنة ١٨٩٧ . وحلت مكان الثانية ثلاثة صدرت في سنتى ١٩٠٩ و ١٩١٠ .

لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية

وقد عدلت هذه اللائحة الثالثة عدة مرات في بعض أحكامها ، وآخر تعديل لها كان في سنة ١٩٣١ ، وهو التعديل المعمول به الى الآن . ولأئحة ترتيب المحاكم الشرعية هي في أساسها تقنين لاجراءات المرافعات التي يجب



اتباعها أمام المحاكم الشرعية ، وقد أخذت عن تقنين المرافعات الذي تطبقه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، وهذا التقنين مأخوذ من التقنين الفرنسي كما تقدم . على أن اللائحة تتضمن عدا اجراءات المرافعات ، بعض أحكام موضوعية مكانها الطبيعي هو التقنين المدني لا تقنين المرافعات . وكان للمقول أن يكون للمحاكم الشرعية تقنينان ، الأول موضوعي وهو التقنين المدني ويتضمن أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية مقننة رسميا ، والثاني شكلي وهو تقنين المرافعات ، وهذه هي لائحة الاجراءات التي بين أيدينا .

وقد دعا انشاء المحاكم المختلطة ولاة الأمر الى تنظيم القضاء بين المصريين على الأسس التي نظم بها القضاء بين الأجانب ، فأنشئت المحاكم الأهلية ، وقد صدرت أول لائحة لها في سنة ١٨٨١ ، وشكلت لجنة لوضع التقنينات الأهلية كان رئيسها حسين فخري باشا ومن أعضائها فاشير النائب العمومي لدى المحاكم المختلطة ، وموريونندو الايطالي ولو الانجليزي وكانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، وبطرس غالي باشا وكان وكيل نظارة الحفانية . وقد وضعت هذه اللجنة التقنينات الأهلية منقولة عن التقنينات المختلطة ، ويكاد النقل يكون حرفيا . وكلف فاشير بوضع التقنين الجنائي وتقنين الاجراءات الجنائية ، وموريونندو بوضع التقنين المدني وتقنين المرافعات . ثم صدرت اللائحة الثانية لترتيب المحاكم الأهلية في يونيو سنة ١٨٨٣^(١) . وهي اللائحة المعمول بها الآن ، وصدرت التقنينات

(١) وقد يجب الباحث كيف أن قانوننا أجنيا دخل مصر طفرة واحدة مع أن أعمار المدرسة التاريخية يقررون أن القانون ليس الا نبت البيئة وثمرة التطور . ولكن هذا العجب يخف كثيرا اذا لاحظنا ما يأتي : (أولا) لم يمس المشرع المصري الأحكام القانونية الأكثر اتصالا بالشخص والبيئة والمعتقدات الدينية ، فترك مسائل =



الأهلية بعد ذلك ، التقنين المدني في ١ أكتوبر سنة ١٨٨٣ وبقية التقنينات (المرافعات والتجارى والبحرى والجنائى والاجراءات الجنائية) في نوفمبر سنة ١٨٨٣ . وافتتحت المحاكم الأهلية في يناير سنة ١٨٨٤ . ولم ينقح من التقنينات الأهلية غير التقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية في سنة ١٩٠٤ ومر على التقنينات الأخرى نصف قرن دون تنقيح ، الا بعض تعديلات جزئية ، مع أن وضعها الأصلي لم يكن محكما ، وعيوبها الجوهرية كثيرة . وهناك لجنة شكلت منذ أكثر من عشرين سنة ، وعدل تشكيلها مرارا ، مهمتها تنقيح قانون المرافعات ، ولكنها لم تنته من مهمتها الا أخيرا . والتقنين المدني في أشد الحاجة الى التنقيح ، بما جعله يسائر القضاء في مدى خمسين سنة ، ويتمشى مع القانون المقارن والحركة العلمية الحديثة ، ويرجمه الى مصدره الطبيعى وهو الفقه الإسلامى فيستمد من أحكامه ما يلائم البيئة والمدنية الحاضرة . وقد ألفت حديثا لجان لتعديل هذه القوانين .

ولما ألقى « بيت المال » نظمت المجالس الحسينية ، وصدرت لأئمتها في سنة ١٨٩٦ . وقد عدلت هذه اللائحة مرارا . ولكن التعديل الجوهري تم في سنة ١٩٢٥ اذ صدرت اللائحة المعمول بها الآن وقد وضعت النواة لتوحيد القضاء في الأحوال الشخصية ما بين المصريين جميعا

لائحة ترتيب
المجالس الحسينية

الأحوال الشخصية للمعالم الشرعية والمجالس المليية . (ثانيا) وفي الأحكام الأخرى الخاصة بالمعاملات لم يكن دخول القانون الفرنسى طفرة واحدة كما يظن لأول وهلة . فن عهد محمد على كانت القوانين الفرنسية تنسب الى مصر ، لا سيما في المسائل التجارية . ثم أن احتكاك الأجانب بالمصريين من جهود طوبلة جعل قبول المصريين لقانون أجنبي أمرا ممكنا ، على أن المشرع المصرى رجع في بعض المسائل المدنية الى الشريعة الإسلامية . هذا الى أنه لا يوجد تنافر بين في المعاملات بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام القانون الفرنسى .



دون نظر الى اختلاف الدين . فقد أصبحت لأئمة المجالس الحسينية واختصاص هذه المجالس يمتد الى كل المصريين في مسائل الأهلية والوصاية والحجر ولأئمة المجالس الحسينية خليط من أحكام موضوعية واجراءات ، وقد صدرت لأئمة تنفيذية للاجراءات مكملة للأئمة الأولى في سنة ١٩٢٥ ، وعدلت اللأئمة الأولى في سنة ١٩٣١ . وتطبق المجالس الحسينية هذه التقنينات كما تطبق أحكام الشريعة الاملامية فيما لم ينسخه نص في اللوائح .

المبحث الثالث

تطبيق التشريع

٩٨ - التطبيق في المظهر وفي الزمان :

نتكلم في تطبيق التشريع من حيث المكان ، وتطبيق التشريع من حيث الزمان وتطبيق التشريع من حيث المكان يبين مدى ما يتناوله التشريع في تطبيقه من حدود اقليمية . وهل يمتد الى كل رعايا الدولة صاحبة التشريع ، والى أى حد يمتد الى الأجانب أما تطبيق التشريع من حيث الزمان فيتضمن مدى ما يتناوله في تطبيقه من حدود زمنية ، وهل يمتد الى أفضية سابقة على صدوره فيكون له أثر رجعي . فتطبيق القانون من حيث المكان ومن حيث الزمان هو تحديد مدى تطبيقه من حيث الأشخاص ومن حيث الأفضية .

معنى التطبيق من حيث المكان

معنى التطبيق من حيث الزمان

١ - تطبيق التشريع من حيث المكان

٩٩ - القاعدة الأساسية هي وحدة القانون ووحدة المحكمة

القاعدة في القانون الحديث أن التشريع ، والقانون بوجه عام ،



يطبق في حدود الدولة على جميع القاطنين في بلادها ، سواء كانوا وطنيين أو أجانب . ويطبق القانون نوع واحد من المحاكم . فوحدة القانون ووحدة المحكمة هما أساس تطبيق التشريع من حيث للكان .

وحدة القانون
ووحدة المحكمة

وتطبيقا لهذه القاعدة ترى التشريع والقوانين الفرنسية تطبق على جميع القاطنين في البلاد الفرنسية ، فمن ارتكب جريمة في فرنسا حوكم أمام محكمة فرنسية ، وطبق عليه القانون الجنائي الفرنسي ، سواء كان فرنسيا أو أجنبيا ، ومن صدر منه تصرف مدني أو تجاري ونشأ عنه نزاع ، طرح هنا النزاع على محكمة فرنسية ، وطبق القانون المدني أو القانون التجاري الفرنسي ، سواء كان الخصوم فرنسيين أو أجانب . فلا يوجد في فرنسا الا محكمة واحدة هي المحكمة الفرنسية ، والا قانون واحد هو القانون الفرنسي . وكذلك الحال في سائر البلاد الغربية .

أمثلة على ذلك

١٠٠ - استثناءات من هذه القاعدة

على انه يستثنى من قاعدة التطبيق الاقليمي للقانون بعض حالات يكون التطبيق فيها شخصا نذكر منها ما يأتي :

(١) ما تقضى به قواعد القانون الدولي الخاص من وجوب تطبيق قوانين أجنبية في بعض الأحوال ، كقانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية ، وقانون محل العقار في المسائل العقارية ، ونحو ذلك . الا انه يلاحظ هنا ان القانون الأجنبي انما يطبق لأن القانون الوطني هو الذي قضى بهذا التطبيق ، فتطبيق القانون الأجنبي انما هو تطبيق للقانون الوطني .

قواعد القانون
الدولي الخاص

(٢) ما يقضى به القانون الجنائي في كثير من البلاد من امتداد سلطانه الى جرائم ترتكب خارج حدود الدولة ، كما اذا كانت الجريمة

قواعد القانون
الجنائي



ضد أمن الدولة أو ضد قدها ، وكما اذا كان مرتكب الجريمة وطنيا ارتكبها خارج حدود بلاده وكانت الجريمة معاقبا عليها في البلاد التي ارتكب فيها ولم توقع عليه عقوبة في هذه البلاد .

قواعد خاصة
بالوطنيين

(٣) وهناك بعض قوانين لا تطبق الا على الوطنيين دون الأجانب ، اما لأنها تتضمن مزايا سياسية كالانتخاب والترشيح للهيئات العامة ، أو لأنها تفرض واجبات خاصة بالوطنيين لخدمة العسكرية .

١٠١ - تاريخ تطور القاعدة

على أن قاعدة التطبيق الاقليمي للتشريع لم تكن مضطربة في مختلف العصور ، وهي غير مضطربة الآن في مختلف البلاد .

تطور القاعدة في
مختلف العصور

أما من حيث عدم اضطرابها في مختلف العصور ، فقد كان القانون الروماني في روما لا يطبق الا على الرومانيين دون الأجانب ، فكان التطبيق شخصيا لا اقليميا . ثم لما اتسعت الإمبراطورية الرومانية صار التطبيق اقليميا ، وطبق القانون الروماني على القاطنين في حدود الإمبراطورية . ولما تمزقت الإمبراطورية الرومانية وانقسمت الى دول مستقلة ، رجع التطبيق شخصيا ، واستمر كذلك قرونا عديدة ، وصار القانون الروماني يطبق على السكان الأصليين ، وقانون كل قبيلة جرمانية من الغزاة يطبق على أفرادها ، وذلك كله في البلد الواحد . فاذا كان خصوم القضية لا ينتمون الى قانون واحد ، طبق قانون للدعى عليه . ثم امتزجت القوانين الجرمانية بالقانون الروماني ، وتوحدت القوانين في البلد الواحد ، وعاد تطبيق القانون اقليميا كما كان ، وأصبحت هذه القاعدة العامة في البلاد الجزية كما قدمنا .



عدم اضطراب القاعدة
في مختلف البلاد

أما من حيث عدم اضطراب القاعدة في مختلف البلاد ، فإن كثيرا من البلاد الشرقية لا تعرفها ، بل ان القاعدة عندها هي شخصية التطبيق كما يلاحظ ذلك في مصر والهند والصين وسيام وبلاد المغرب والحبشة وغيرها من البلاد الشرقية . فيطبق قانون الدين في الأحوال الشخصية ، وقوانين الجنسية في المسائل الجنائية وبعض المسائل المدنية والتجارية . على ان النزعة الحديثة في البلاد الشرقية هي القضاء على التطبيق الشخصي للقانون واستبدال التطبيق الاقليمي به ، جريا على سنن المدنية الحديثة . وقد سبقت اليابان الى ذلك ، ثم تلتها تركيا ثم فارس . وتحاول مصر الوصول الى قاعدة التطبيق الاقليمي للقانون .

١٠٢ - الحانة في مصر (الجنسية والدينية)

والقاعدة في مصر هي أن القانون شخصي التطبيق . وقد دعا الى ذلك عاملان ، الجنسية والدين . فالجنسية أوجدت محاكم للأجانب خاصة بهم وقوانين تطبق عليهم . والدين فرق بين المسلمين والمسيحيين واليهود وغيرهم من الطوائف المصرية فأوجدت محاكم وقوانين للمسلمين غير المحاكم والقوانين التي لغير المسلمين . وبعبارة أخرى ترجع قاعدة شخصية التطبيق في مصر الى الامتيازات الأجنبية والامتيازات الطائفية .

الجنسية
الدين

١٠٣ - الامتيازات الأجنبية

وقد كانت الامتيازات الأجنبية تقضى ، قبل انشاء المحاكم المختلطة ، بأن التشريع المصرى لا يطبق على الأجانب الا اذا واقت عليه البول صاحبات الامتياز . وكانت تقضى كذلك بأن الأجنبي لا يتقاضى ولا يحاكم أمام محكمة مصرية ، بل كانت قنصليته هي المختصة في المسائل الجنائية ومسائل

قبل انشاء المحاكم
المختلطة



الأحوال الشخصية والمسائل المدنية والمسائل التجارية. فإذا اختلفت جنسية الخصوم تكون قنصلية المدعى عليه هي المختصة . فالقانون كان اذن شخصي التطبيق إذ كان القانون للمصرى لا يطبق على الأجانب والمحاكم المصرية لا يتقاضى أمامها الأجانب . على أن الذى قضت به الامتيازات الأجنبية في مصر لم تكن تقضى به في البلاد العثمانية وهي البلاد التي امتدت اليها منها الامتيازات الأجنبية ، وذلك من وجهين .

(١) كان الأمر في تركيا أن قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه لا تطبق اذا كان أحد الخصوم عثمانيا ، حتى لو كان مدعيا والمدعى عليه أجنبي ، والمحكمة المختصة في هذه الحالة هي المحكمة العثمانية . أما في مصر فقد اضطرت القاعدة بحكم العادات للرعية لا بحكم المعاهدات ، وصارت قنصلية المدعى عليه هي المختصة اذا كان أجنبيا ، حتى لو كان المدعى مصريا .

(٢) وكانت المسائل العقارية ، من تشريع وضرائب واختصاص قضائي ، خارجة عن نطاق الامتيازات الأجنبية . ذلك أن الأجانب لم يسمح لهم بتملك عقارات في البلاد العثمانية . ثم سمح لهم بذلك بقانون صدر في سنة ١٨٦٧ ، على أن يكونوا خاضعين في العقارات التي يملكونها لقوانين البلاد ولاختصاص محاكمها . أما في مصر فقد سمح للأجنبي بتملك العقار بحكم العادة . ثم أصبح يتمتع بامتيازاته في تملكه للعقار بحكم العادة كذلك وكان الواجب أن يخضع الأجنبي في مصر في الشؤون العقارية لقوانين البلاد ولاختصاص محاكمها ، وكان الواجب كذلك أن تسرى عليه الضرائب العقارية دون حاجة الى موافقة الدول صاحبات الامتياز .



على أن شيئاً من ذلك لم يكن ، بل أن نوبار ، عند مافاوض الدول في تعديل الامتياز فواضعهم على أساس أن لهم كل هذه الامتيازات مع انكاره ذلك عليهم في مذكراته . وتقدم اليهم بمشروع يقضى بانشاء محاكم مختلطة ، تنتقل اليها اختصاصات المحاكم القنصلية في المسائل المدنية والتجارية والجنائية ، على أن تشكل هذه المحاكم من قضاة أجنبية وقضاة مصريين ، ويكون للأجانب الأغلبية . وقد عقدت لجان دولية متعددة لفحص مشروع نوبار ، وترددت الدول ذوات الامتياز في الموافقة عليه وبالأخص فرنسا ، واحتج الباب العالي على دخول مصر في مفاوضات مع الدول الأجنبية ، وقامت عقبات لم يكن من السهل تذليلها ، ولكن اسماعيل ووزيره نوبار بذلا ما يستطيعان من جهد ، بعد أن فتح اسماعيل خزائن الأموال ، وانتهى الأمر الى أن الدول وافقت على انشاء المحاكم المختلطة ، على أن ينتقل اليها اختصاص المحاكم القنصلية في المسائل المدنية والتجارية (الا اذا كان الخصوم من جنسية واحدة والقضية غير عقارية) ، أما الاختصاص الجنائي فيبقى للمحاكم القنصلية الا في المخالفات ،

فأصبحت المحاكم المختلطة تختص بما يأتي :

- (١) المسائل المدنية والتجارية اذا كان الخصوم فيها مختلفي الجنسية .
 - (٢) المسائل العقارية اذا كان أحد الخصمين أجنبياً حتى لو كان الخصم الآخر أجنبياً من نفس الجنسية .
 - (٣) المخالفات التي تقع من الأجانب .
- وبقيت المحاكم القنصلية مختصة بما يأتي :

(١) المسائل المدنية والتجارية اذا كانت غير عقارية وكان

الخصمان فيها من جنسية واحدة .



(٢) مسائل الأحوال الشخصية .

(٣) المسائل الجنائية في غير الخلافات .

على أن المحاكم المختلطة سارت على سياسة التوسع في اختصاصها ما استطاعت الى ذلك سبيلا . ويكفي أن نورد مثلين للتدليل على ذلك :

(١) أدخلت في اختصاصها كل أجنبي ، ولو لم يكن منتبيا للدولة من الدول ذوات الامتياز . مع أنها محاكم أنشئت بموجب معاهدات بين مصر والدول ذوات الامتياز ، فيجب أن يقتصر اختصاصها على رعايا الدول ذوات الامتياز ، أما فيما يتعلق بغيرهم من الأجانب ، فإن الأمر يرجع الى نصابه ، ويكون التشريع المصري واختصاص المحاكم المصرية ساريا عليهم طبقا لقاعدة التطبيق المحلي . وعبنا حاول المشرع المصري أن يؤكد هذا المعنى بادخاله تعديلا في صياغة المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية في سنة ١٩٢٩ ، فأصبحت الفقرة الأخيرة تنص على ما يأتي :

« ويشمل الاختصاص المدني والجنائي للمحاكم الأهلية المصريين والأجانب الذين لا يكونون غير خاضعين لقضائها في كل المواد الداخلة في اختصاصها أو في بعضها بمقتضى معاهدات أو اتفاقات أو عادات » ،
فإن المحاكم المختلطة أبت الا المضي في طريقها ، وبقيت تمتد اختصاصها الى كل الأجانب ، سواء منهم المتمتعون بالامتيازات وغير المتمتعين .

(٢) وسعت المحاكم المختلطة كذلك اختصاصها الى حد كبير بفضل نظرية « المصالح المختلطة » . والأصل في هذه النظرية نص ورد في المادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وهو يقضى بأن مجرد عمل رهن



عقارى لمصلحة أجنبي على عين عقارية ، أيا كان مالكا أو واضع اليد عليها ،
يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالحكم فى صحة هذا الرهن وفى جميع نتائجها ،
ومنها بيع العقار جبريا وتوزيع ثمنه . فاتخذت المحاكم المختلطة من هذا
النص أساسا لمد اختصاصها الى مسائل ليست فى الواقع من اختصاصها .
من ذلك أنها جعلت نفسها مختصة فى حجز ما للمدين لدى الغير اذا كان
المحجوز لديه أجنبيا ، حتى لو كان كل من الحاجز والمحجوز عليه مصريا .
ومن ذلك أنها تعتبر الشركات المصرية خاضعة لاختصاصها متى كان بين
المساهمين أجنبي . بل انها اعتبرت المجلس البلدى بمدينة الاسكندرية خاضعا
لاختصاصها ، مع أن هذا المجلس ادارة مصرية ، وقد نص فى قانونه
الأساسى على أنه مصرى الجنسية ، و بنت دعواها على أن هذا المجلس
يدير مصالح أجنبية .

أما التشريع المصرى فكان لا يسرى على الأجانب ، حتى بعد
انشاء المحاكم المختلطة الا اذا وافقت الدول ذوات الامتياز عليه . فكان
اذن تشريعا شخصى التطبيق . ثم أدخل تعديل جوهرى على هذه القاعدة
فى سنة ١٩١٢ . ورضيت الدول ذوات الامتياز أن يسرى التشريع المصرى
على الأجانب ، بشرط أن توافق عليه الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف
المختلطة (وينضم الى الجمعية العمومية قضاة ينتمون الى دول غير ممثلة فى
هذه الجمعية) ، وذلك فيما عدا لأئحة ترتيب المحاكم المختلطة والتشريع المالى
(الضرائب) ، فالتعديل فى شئ من ذلك لا يسرى على الأجانب الا
بموافقة الدول ذوات الامتياز ، ولا تكفى موافقة الجمعية العمومية .

هذا هو مجمل الحال فى مصر الآن من قصور التشريع والقضاء
المصريين عن تناول الأجانب . فالأجنبي فى مصر يتمتع بامتيازات تجعله



في مركز أسمي من مركز المصري ، بينما أن الأجنبي في البلاد الأخرى لا يرتفع الى مكان الوطني. والمحاكم المختلطة هي معقل الامتيازات الأجنبية تصونها وتقويها . وقد فرض أجل هذه المحاكم خمس سنوات تتجدد ، وقد تجددت مرة بعد مرة ، ثم انتهى الأمر الى أنها تبقى ، حتى اذا أرادت الحكومة المصرية الغاءها فلها ذلك بعد سنة من نشر مرسوم بالغائها في الجريدة الرسمية ، وتعود الحال في الامتيازات الأجنبية عندئذ الى ما كانت عليه قبل انشاء المحاكم المختلطة .

مشكلة الامتيازات
والمعاملة المصرية
البريطانية

ومسألة الامتيازات الأجنبية من مشكلات مصر البارزة . وقد شغلت مكانا كبيرا في المفاوضات التي دارت بين مصر وانجلترا في مراحلها المختلفة منذ مفاوضات ملنر الى الآن . ويكفي أن نذكر هنا أن المشروعات المختلفة التي انتهت اليها المفاوضات المشار اليها مجمعة على أن « نظام الامتيازات القائم في مصر لا يلائم روح العصر ولا حالة مصر الحاضرة » . وهناك مقترحات خاصة بالتشريع وأخرى خاصة بالقضاء . ففي التشريع أظهرت الحكومة البريطانية أنها مستعدة لتأييد مصر (في مؤتمر يعقد قريبا للنظر في الامتيازات الأجنبية) ، في أن يكون التشريع المصري نافذا على الأجانب ، بما في ذلك التشريع المالى ، على أن يكون هذا التشريع غير مناقض للمبادئ التي يجرى العمل بموجبها عادة في التشريع الحديث الذي يسرى على الأجانب ، وأنه فيما يتعلق بوجه خاص بأى تشريع ذي صفة مالية ، لا يوجد تمييز غير عادل ضد الأجانب ، بما فيهم الشركات الأجنبية .

أما التعهدات الخاصة بالقضاء فتتلخص في أن ينتقل الى المحاكم المختلطة اختصاصات المحاكم القنصلية التي سبق ذكرها ، وبذلك تلتفى المحاكم القنصلية ، وتقوى المحاكم المختلطة ، لاسيما بعد أن يضاف اليها الاختصاصات المتعلقة



بالمسائل الجنائية وبمسائل الأحوال الشخصية . وقد يكون نجاح المؤتمر القادم خطوة عملية نحو توحيد القضاء في مصر ولكن مع تحفظات ثلاثة :

(أولاً) يجب جعل القضايا العقارية من اختصاص المحاكم الأهلية دائماً ، ولو كان المتقاضون كلهم أجنب ومن جنسية واحدة ، فإن الأجنب لم يخول لهم حق تملك العقارات في البلاد العثمانية إلا بشرط خضوعهم لمحاكم البلاد كما قدمنا .

(ثانياً) ويجب اعتبار المحاكم المختلطة باختصاصاتها الجديدة محاكم استثنائية مؤقتة ، مصيرها الى الزوال ، ويمهد السبيل لادماجها بالمحاكم الأهلية ، حتى يتوحد القضاء في البلاد . وهذا ما قبلته بريطانيا مبدئياً في المعاهدة التي عقدها مع مصر .

(ثالثاً) ويجب أخيراً ، في المدة التي تبقى فيها المحاكم المختلطة ، أن يتقوى العنصر المصرى فيها ، العنصر القضائى والعنصر الادارى ، وأن تستعمل اللغة العربية في المرافعة وكتابة الأحكام الى جانب اللغة الفرنسية ، وأن يكون القضاة المصريون ممثلين للقضاة الأجنب في عددهم وفي حقوقهم^(١) .

١٠٤ - الامتيازات الطائفية

ومما يزيد مسألة القضاء تعقيداً في مصر أن وجدت الامتيازات الطائفية ، وأساسها الدين ، الى جانب الامتيازات الأجنبية وأساسها الجنسية . فكما أن التشريع المصرى والقضاء المصرى لا يمتد الى الأجنب ،

أساسها الدين

(١) انظر كذلك بحثنا لنا في للقرحات البريطانية المروضة على مصر بشأن الامتيازات الأجنبية ص ٦٨ - ص ٣٠ - ص ٤٩ - ص ٨٣ .



فإن المصريين أنفسهم لا يخضعون جميعا لجهة قضاء واحدة . وإذا كانت المحاكم الأهلية والمجالس الحسبية يخضع لقضائها ولتشريعها كل المصريين في دائرة المسائل المدنية والتجارية والجنائية ومسائل الأهلية والحجر، ففي بقية مسائل الأحوال الشخصية لا يخضع المصريون لقضاء واحد ولقانون واحد. فالدين هنا ، كالجنسية هناك ، سبب في تعدد جهات القضاء وفي تعدد القوانين : المسلمون يخضعون للمحاكم الشرعية وللشريعة الإسلامية ، أما غير المسلمين فطوائف متعددة ، كل طائفة تخضع لمجلس ملتها ولقانون هذا المجلس .

فالقانون هنا أيضا شخصي التطبيق يختلف باختلاف الدين . وإذا كان من الواجب جعل القانون إقليميا بالنسبة للأجانب ، فالأوجب جعله إقليميا بالنسبة للمصريين أنفسهم . والأصلح القضائي يستوجب أن يكون هناك قانون واحد ومحكمة واحدة لجميع القاطنين في مصر، على اختلاف جنسياتهم وعلی اختلاف أديانهم .

وحتى يمكن توحيد القانون وتوحيد المحكمة بالنسبة للمصريين في دائرة وجوب التدرج الأحوال الشخصية ، يجدر بالمرجع المصري أن يسير في هذا الطريق خطوات متدرجة ، حتى يصل الى ما وصل اليه في مسائل الأهلية والحجر فقد وحد فيها القانون في لائحة المجالس الحسبية ، ووحدت فيها المحكمة بإنشاء هذه المجالس ، وأصبح المصريون جميعا خاضعين لقانون واحد ولجهة قضاء واحدة في بعض مسائل الأحوال الشخصية . أما الباقي من هذه المسائل فالتوحيد فيه غير متعذر ، إذ لا يجد من سلطان المشرع المصري امتيازات أجنبية ما دام التشريع للمصريين .

وزرى أن تكون الخطوات المتدرجة للوصول الى التوحيد المنشود ثلاثا :



تضييق اختصاص
المجالس المللية

(أولاً) يحدد المشرع المصري من اختصاص المجالس المللية ، بارجاعها الى اختصاصها الأصيل قبل أن تتوسع فيه . فإن هذه المجالس لم يكن لها الا اختصاص تحكيمى فى أكثر مسائل الأحوال الشخصية . فتقتصر اذن فى اختصاصها القضاى على المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق . أما المسائل الأخرى كالموارىث والوصايا والهبات وغيرها فتكون من اختصاص المحاكم الشرعية ، اذ هى المحاكم العامة للبلاد فى مسائل الأحوال الشخصية . ومتى حدد اختصاص المحاكم المللية تحديداً دقيقاً ، فإنه يجب من قانون عام لهذه المحاكم ينظمها ويبين الاجراءات التى تتبع أمامها .

سن قانون موضوعى
للأحوال الشخصية

(ثانياً) متى خلص للمحاكم الشرعية هذا الاختصاص الواسع فى مسائل الأحوال الشخصية ، وجب أن يسن لهذه المحاكم قانون موضوعى يطبق على جميع المتقاضين أمامها ، مسلمين أو غير مسلمين ، وتختار أحكام هذا القانون من جميع مذاهب الفقه الإسلامى ، ولا يفضل مذهب على آخر . الا حيث تكون أحكامه أكثر ملاءمة لمدينة هذا العصر وظروف البيئة المصرية .

توحيد القضاء

(ثالثاً) عند ذلك تبقى الخطوة الأخيرة فى توحيد القضاء . متى تهيأ لمصر محاكم منظمة فى الأحوال الشخصية هى المحاكم الشرعية والمجالس الحسبية والمحاكم المللية ، ومتى استقرت المحاكم المختلطة باختصاصاتها الجديدة المقترحة وبنظمها التى يقوى بها المنصر المصرى كما قدمنا ، فإن من اليسير على مصر بعدئذ أن تخطو الخطوة الأخيرة ، فتندمج كل هذه المحاكم فى نظام قضاى واحد ، وتنضم اليها المحاكم الأهلية ، وتنقلب هذه المحاكم للتعديده للتغايرة الى دوائر فى محكمة واحدة هى المحكمة المصرية . ويصبح قضاء هذه المحكمة قضاء إقليمياً يخضع له المصريون والأجانب ، المسلمون وغير المسلمين .



وتطبق هذه المحكمة المصرية قانونا إقليميا واحدا، هو القانون المصري .

٢- تطبيق التشريع من حيث الزمان

عدم سريانه القانونه على الماضى

١٠٥- القاعدة أنه التشريع ليس له أثر رجعي فهو يسرى على الماضى

وللتشريع حدود فى التطبيق من حيث الزمان ، كما رأينا حدوده فى التطبيق من حيث المكان . فالتشريع لا يطبق الا على الحوادث التى وقعت من وقت صدوره على وقت الغائه . فلا يمتد الى الحوادث التى تقع بعد الغائه . ولا ينسحب الى الحوادث التى وقعت قبل صدوره .

مبررات القاعدة
العدالة

والقاعدة التى تقضى بأن التشريع لا ينسحب على الحوادث التى وقعت قبل صدوره هى التى نعبر عنها بعدم سريان القانون على الماضى . (Non-retroactivite) وهى قاعدة معقولة ، تقتضيا العدالة وضرورة استقرار المعاملات . فالعدالة تأبى أن يطبق تشريع على حادثة وقعت قبل صدوره ، واستقرار المعاملات يقضى بأن التشريع الذى كان ساريا وقت وقوع هذه الحادثة هو الذى يطبق، لأن الناس اطمانت الى ذلك فى تعاملها ، ورتبت شؤونها على هذا الحساب .

استقرار التعامل

أمثلة :

والأمثلة على ذلك كثيرة ، نختار منها مثلين :

بيع الوفاء الذى يخفى
رهنا

(١) صدر تشريع فى مصر فى سنة ١٩٢٣ يقضى بأنه اذا كان بيع الوفاء مقصودا به اخفاء رهن حيازة عقارى ، فان العقد يعتبر باطلا لا أثر له ، سواء بصفته بيعا أو رهنا . وقد كان البيع الوفاى المقصود به اخفاء رهن قبل هذا التشريع ، يفسر بحسب حقيقته ، فيعتبر رهنا صحيحا . فكل بيع وفاء يخفى رهنا ، وكان صدوره قبل صدور تشريع سنة ١٩٢٣



لا يسرى عليه هذا التشريع الأخير ، فلا يبطل باعتباره رهنا ، بل يكون صحيحا على هذا الاعتبار . وفي هذا تطبيق لعدم سريان تشريع ١٩٢٣ على الماضي .

قانون التسجيل
الحديث في مصر

(٢) صدر قانون التسجيل الحديث في مصر يقضى بأن العقود الناقلة للملكية بين الأحياء يجب تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل ان الملكية لا تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين . وقد كان القانون المدني يقضى قبل صدور هذا التشريع الجديد ، بأن العقد غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، وأن عدم التسجيل لا يمنع من انتقال الملكية إلا بالنسبة للغير . فالعقود غير المسجلة التي صدرت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ (ميعاد العمل بالتشريع الجديد) لا يسرى عليها هذا التشريع حتى لا يكون له أثر رجعي ، وتكون هذه العقود قد نقلت الملكية فيما بين المتعاقدين بالرغم من عدم تسجيلها .

والقاعدة التي تقضى بعدم سريان القانون على الماضي قاعدة نص عليها القانون الفرنسي والقانون المصري .

جاء في المادة الثانية من القانون المدني الفرنسي أن القانون لا يقر أحكاما إلا بالنسبة للمستقبل فلا تنسحب أحكامه على الماضي . ونصت المادة ١٧ من الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٢٣ على أنه « لا تجرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » ونصت المادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أنه « لا تسرى أحكام القوانين واللوائح الا على الحوادث التي تقع من تاريخ العمل بمقتضاها ، ولا يكون لها تأثير على الوقائع السابقة عليها ، ما لم يكن منها عن ذلك بنص صريح فيها » .



وقضت المادة ٢ من القانون المدني المختلط بأن القوانين لا يكون لها أثر رجعي .

١٠٦ - التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل :

على أن المقصود بعدم سريان القانون على الماضي هو أنه لا يمس الحقوق المكتسبة قبل صدوره . فإذا كان التشريع لا يمس حقا مكتسبا ، فإنه يسرى على الحوادث السابقة مادام لا يصطدم الا مع مجرد أمل ، لا مع حق مكتسب ونورد أمثلة على ذلك :

تغيير القدر الذي
يمكن الايصاء به

(١) الوصية لا تجوز لغير وارث الا في الثلث . فلو أن شخصا أوصى لغير وارث بثلث ماله ، ثم صدر تشريع بعد موت الموصى يقضى بأن الوصية لغير وارث لا تجوز الا بربع مال المورث ، فإن هذا التشريع لا يسرى على الوصية ، لأنه اذا سرى يمس حقا مكتسبا للموصى له ، بعد أن انتقلت اليه ملكية الثلث بموت الموصى . أما اذا كان صدور التشريع قبل موت الموصى ، ولو بعد عمل الوصية ، فإنه يسرى على الوصية ، لأن الموصى له وقت صدور التشريع لم يكن كسب حقا اذ لا يزال الموصى حيا وله أن يرجع في وصيته ، وكل ما وصل اليه هو مجرد أمل في أن يكون له حق في الموصى به ، والقانون لا يحترم الا الحق المكتسب ولا يعنى بمجرد الأمل ، فيسرى التشريع في هذه الحالة على الوصية الصادرة قبل صدوره ، وينقص الموصى به الى الربع .

تغيير مدة التقادم

(٢) يقضى القانون بأن من وضع يده على مال غيره بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة يملكه بالتقادم . فلو أن شخصا وضع يده على مال الغير مدة خمس عشرة سنة ، ثم صدر تشريع جديد يطيل مدة التقادم الى عشرين سنة ، فإن هذا التشريع لا يسرى على الحادثة التي نحن بصدددها ،



لأن واضح اليد قد كسب حق الملكية على المال قبل صدور التشريع الجديد ، والتشريع لا يمس الحقوق المكتسبة . أما اذا كان صدور التشريع الجديد بعد أن مضى على وضع اليد مدة اثنتى عشرة سنة مثلا ، فان التشريع يسرى على هذه الحادثة ، لأن واضح اليد لم يكن قد كسب حقا وقت صدور التشريع ، ولم يكن لديه الا مجرد أمل فى أن يتم مدة التقادم المكسب للملكية ، فلا يكثرث القانون لجرد الأمل ، ويترب على سريان التشريع الجديد أن واضح اليد يجب عليه أن يكمل مدة الاثنتى عشرة سنة الى عشرين لا الى خمس عشرة .

تنبيه الحد الاقصى
للفائدة

(٣) يقضى القانون بأن الحد الأقصى للفوائد هو ٩ ٪ فاذا تألفت شركة للاقراض بهذه الفائدة ، وأقرضت بالفعل عملاءها ، ثم صدر تشريع جديد ينقص الحد الأقصى الى ٧ ٪ ، فان هذا التشريع لا يسرى على ما قبضته الشركة من عملائها من الفوائد بسعر ٩ ٪ فقد أصبح حقا مكتسبا لها ولكن التشريع الجديد يسرى على عقود القرض التى تلحق التشريع ، وليس للشركة أن تعترض على ذلك بأنها تألفت قبل صدور التشريع الجديد فلا يسرى عليها هذا التشريع ، فان تكوينها قبل التشريع لم يكسبها حقا فى الاقراض بالسعر القديم ، بل كل ما لديها هو مجرد أمل فى الاقراض بهذا السعر ، ومجرد الأمل لا يمنع من تطبيق التشريع الجديد على هذه الشركة ، فلا يجوز لها بعد صدور هذا التشريع أن تقرض بسعر أعلى من ٧ ٪ .

١٠٧ - استثناءات من قاعدة عدم سريان القانون على الماضى

على ان التشريع يسرى على الماضى ، ويمس الحقوق المكتسبة لا مجرد الآمال فحسب ، فى الأحوال الآتية :



(١) إذا تضمن التشريع ذاته نصا على ذلك لمصلحة عامة . وقد نص خاص رأينا للنادة ٢٧ من الدستور المصرى ، والمادة ٣ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية تقرر ان هذا الاستثناء ، فتتصان على عدم سرعان القانون على الماضى « ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » (م ٢٧ من الدستور) ، و « ما لم يكن منها عن ذلك بنص صريح » (م ٣ من لأئحة الترتيب) .

تصريح من النظام العام

(٢) وقد يسرى التشريع على الماضى ، حتى لو لم يتضمن نصا يقضى بذلك اذا كان هذا التشريع من النظام العام ، فتتقضى المصلحة العامة التى أريد تحقيقها من وراء هذا التشريع بسريانه على الماضى ، ولو مس حقا مكتسبا من أمثلة ذلك القانون الذى يحرم الرق ، فانه يعتبر من النظام العام ويسرى على الماضى ، ويترتب على ذلك أن كل رقيق يعتق حتى لو ثبت رقه قبل صدور هذا القانون .

ومن أمثلة ذلك أيضا القانون الذى صدر فى مصر فى سنة ١٩٢٥ برفع سن الرشد الى احدى وعشرين سنة بعد أن كانت ثمانى عشرة . فالأشخاص الذين كانوا قد بلغوا الثمانية عشر وقت صدور هذا القانون يعودون الى القصر اذا كانوا لم يبلغوا الواحد والعشرين ، فيكون للقانون أثر رجعى فى هذه الحالة . ولكن لا يكون له أثر رجعى بالنسبة للغير ، فالتصرفات التى صدرت من هؤلاء الأشخاص وترتب عليها حق للغير قبل صدور هذا القانون تعتبر صحيحة صادرة من ذوى أهلية كاملة .

القانون الجنائى
الأصلح للمتهم

(٣) يكون للقوانين الجنائية عادة أثر رجعى اذا كانت أصلح للمتهم . فاذا ارتكب شخص عملا معاقبا عليه ، ثم صدر قبل الحكم على هذا الشخص تشريع جديد يجعل هذا العمل غير معاقب عليه أو يخفف عقوبته فان التشريع الجديد هو الذى يطبق . أما اذا كان التشريع الجديد أسوأ



من التشريع القديم ، فانه لا يسرى على الماضى ، كما لو كان التشريع الجديد فى الفرض المتقدم يشدد العقوبة لا يخفها ، فان التشريع القديم هو الذى يطبق .

أما قوانين الاجراءات (المرافعات المدنية والجنائية) فانها تخضع لقاعدة عدم سريان القانون على الماضى . فاذا صدر تشريع جديد لا يمس حقا مكتسبا ، كما اذا عدلت الاجراءات الخاصة بسماع الشهود أو بتحقيق الخطوط أو بالخبراء ، فانه يسرى على القضايا التى تكون قد رفعت قبل صدوره . أما اذا مس التشريع الجديد حقا مكتسبا ، فانه لا يسرى على الماضى . مثل ذلك أن ترفع قضية الى المحكمة المختصة ، وبعد رفعها يصدر تشريع جديد يجعل المحكمة غير مختصة ، فمثل هذا التشريع لا يسرى على القضية التى رفعت فعلا، وتبقى المحكمة التى رفعت اليها القضية مختصة بالنظر فيها . مثل ذلك أيضا أن يصدر حكم قابل للاستئناف ثم يصدر تشريع جديد يجعله غير قابل للاستئناف ، فمثل هذا التشريع لا يسرى على هذا الحكم ، بل يبقى الحكم قابلا للاستئناف فى الميعاد الذى يقرره التشريع القديم .

المبحث الرابع

تفسير التشريع

١٠٨ - مسألة التفسير لا تقوم الا فى التشريع دوره غيره

من المصادر

التشريع مصدر يأتي
بالمعنى واللفظ معا

تفسير التشريع هو توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه ، وتخرىج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة . وكل هذا مفروض فيه ان مصدر القانون الذى يكون محلا للتفسير مصدر



يأتى بالمعنى وباللفظ معا . وذلك لا يكون الا التشريع كما رأينا . ويكون كذلك فى بعض الكتب الدينية التى تعتبر مصدراً للأحكام القانونية كالقرآن والتوراة . ويقوم بالتفسير عادة القضاء والفقهاء : القضاء عند ما يطبق من يقوم بالتفسير نصوص التشريع على الأقضية التى تعرض له . والفقهاء عند ما يخرج الأحكام القانونية من النصوص التشريعية فى كتب الشرح والتفسير وفى الفتاوى التى تصدر منه . وهناك تفسير تشريعى تقوم به الهيئة التشريعية نفسها وله أثر رجبى . أو تقوم به هيئة رسمية أخرى .

١٠٩ - المدرسة التقابلية فى التفسير :

وتقتصر هنا على المذهب التقليدى فى التفسير . ففى هذا المذهب يقوم التفسير على ركنين : (الركن الأول) أن مهمة المفسر هى تبين قصد المشرع ، فقصد المشرع الحقيقى ، قصده كما هو لا كما يجب أن يكون ، هو الواجب الاتباع . ولا عبرة بتغير الظروف وتطور اللدنية ، حتى لو أصبح قصد المشرع بعد هذا التطور خليفاً أن يحل محله قصد آخر أكثر ملاءمة للظروف الجديدة . فإنه لو سمح للمفسر أن يحل هذا القصد الآخر الأكثر ملاءمة محل القصد الحقيقى . لاختلف المفسرون فى ذلك ، وقام التحكم مقام الاستقرار والثبات ، والأولى فى مثل هذه الحالة أن يعدل المشرع تشريعه ، لا أن يقوم المفسر مقام المشرع (والركن الثانى) أو التفسير هو أن يتلمس المفسر قصد المشرع الحقيقى من طريق النصوص والألفاظ التى ورد بها التشريع لا من طريق آخر بقدر الامتطاعة . فالمفروض أن المشرع عنى كل ما قال وقال كل ما عنى . والمفسر لا يترك الألفاظ الى غيرها فى تبين قصد المشرع الا اذا أعوزته الحيلة ، ولم يعد هناك مناص من اللجوء الى وسيلة أخرى ، اذ تكون الألفاظ قاصرة قصوراً تاماً عن الأمانة عن قصد المشرع .



٢١٠ - مائة وضوح النص

لا يكون هناك محل لتفسير النص الواضح فإنه اذا كان اللفظ الذى استعمله المشرع لا مسبيل للاختلاف فى معناه ، وجب الأخذ بهذا المعنى ، ولا يجوز تركه بدعوى أن الحكم القانونى غير عادل ، أو ان هناك حكماً قانونياً أعدل منه ، فليس هذا من مهمة المفسر فى شيء ، بل عليه أن يترك ذلك للمشرع يعدل تشريعه بما تقتضيه الظروف .

وجوب الأخذ بالنص
الواضح

غير أن هذه القاعدة لا تمنع المفسر من تصحيح ما عسى أن يقع فى الالفاظ والنصوص التشريعية من اخطاء مادية. مثل ذلك المادة ١٠٣ من القانون المدنى المصرى ، فقد نصت على ما يأتى :

تصحيح الاخطاء
المادية

« يجوز أن يكون التعهد معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق ، يترتب على وقوعه أو عدم وقوعه وجود ذلك التعهد أو تأييده أو منعه وجوده أو زواله » . وهذا النص يعرف الشرط ويعرفه بأنه أمر مستقبل أو غير محقق ، مع ان الشرط هو أمر مستقبل وغير محقق ، يجمع الاستقبال واحتمال التحقيق ولا ينفرد باحدهما ، ولفظ «أو» الوارد فى النص خطأ مادى صحته «و» فيتعين على المفسر اجراء هذا التصحيح .

١١١ - مائة عدم وضوح النص (العيوب التى تؤدى الى ذلك)

أما اذا كان النص غير واضح ، فذلك يرجع الى عيب فيه . ومن أكثر هذه العيوب شيوعاً الغموض والتناقض والنقص .

فالغموض يكون اما بتحمل اللفظ أكثر من معنى واحد ، فعلى المفسر أن يختار المعنى الذى قصد اليه المشرع ، مثل ذلك المادة ٣٦٧ من القانون المدنى المصرى وتنص على ما يأتى : « منع المستأجر من التأجير يقتضى منعه

الغموض



من الاسقاط لغيره ، وكذلك منعه من الاسقاط يقتضى منعه من التأجير .
أما اذا كان موجودا بالمكان المؤجر جدك جعله معدا للتجارة أو للصناعة ،
ودعت ضرورة الأحوال الى بيع الجدك المذكور ، جاز للمحكمة مع وجود
المنع من التأجير ابقاء الايجار لمشتري الجدك ، بعد النظر فى التأمينات التى
يقدمها ذلك المشتري ، ما لم يحصل للمالك من ابقائه ضرر حقيقى « واللفظ
الغامض فى هذا النص هو « الجدك » وهو لفظ مأخوذ من الفارسية معناه
الرفوف المركبة ، ولكن هذا المعنى لا يستقيم فى النص ، والواجب أن يؤول
اللفظ بمعنى آخر ينسجم مع عموم المعنى ، فإذا فسر « الجدك » بمعنى المتجر أو
المصنع استقام المعنى المفهوم من النص .

والتناقض يكون اذا اصطدم نص مع نص آخر ، فيجب التوفيق بين التناقض
النصين بقدر الاستطاعة ، والا وجب تغليب أحد النصين على الآخر . مثل
ذلك ما تقضى به المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية من أن هذه
المحاكم غير مختصة بنظر مسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر
والنفقة ، ثم ما تقضى به المواد ١٥٥-١٥٧ من القانون المدنى المصرى من
أحكام فى النفقة يصطدم كثير منها مع أحكام الشريعة الاسلامية ، اذ انه
يجب طبقا لهذه المواد أن ينفق الفروع وأزواجهم على الأصول وأزواجهم ،
وأن ينفق الأصول على فروعهم وأزواج الفروع ، وأن ينفق الزوجان أحدهما
على الآخر فنصوص القانون المدنى متناقضة مع نص لائحة ترتيب المحاكم
المصرية ، والواجب هنا تغليب النص الأخير واعتبار المحاكم المصرية غير
مختصة بمسائل النفقات ، والمختص هى المحاكم الشرعية ، وهى تطبق الشريعة
الاسلامية .

والتقص يكون اذا كان النص الذى يورد الحكم مقتضبا لا يتضمن النص



كل ما يجب ذكره . مثل ذلك المادة ٧٦ من القانون المدني المصري ، فهي تنص على انه « تحصل ملكية المقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها ظاهرا بنفسه أو بوكيل عنه ، بغير منازع ، مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنيا على سبب صحيح ، فاذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية إلا اذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة » . فهنا النص يقضى بان من وضع يده على عقار مملوك لغيره ، مدة خمس سنوات بنية تملكه ملكه بالتقادم القصير ، بشرط أن يكون لديه سبب صحيح ، أى عقد ناقل للملكية كالبيع . ولم يذكر النص شرطا آخر لا تقل أهميته عن شرط السبب الصحيح ، وهو حسن النية ، فالتملك بالتقادم القصير لا بد فيه من حسن النية ، ويجب على المفسر أن يكمل مثل هذا النص الناقص .

١١٢ - طرق التفسير عند عدم وضوح النص (طرق

واقعية واضري فاهمية) :

فاذا كان النص غير واضح لميب فيه ، كغموض أو تناقض أو نقص ، وجب على المفسر أن يتبين ارادة المشرع الحقيقية من وراء هذا النص الميب ، وهذا هو التفسير . وله طرق مختلفة ، يمكن تقسيمها الى قسمين :

طرق داخلية

(١) طرق داخلية ينطوى عليها التشريع نفسه فلا يلتمس المفسر هاديا من عنصر خارجي عن التشريع ومن أهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس (analogie) والاستنتاج من باب أولى (afortiori) والاستنتاج من مفهوم المخالفة (a contrario)

(٢) طرق خارجية ، وفيها يستند المفسر الى عنصر خارجي عن

طرق خارجية



التشريع نفسه. من ذلك الاستناد الى حكمة التشريع، والاسترشاد بالاعمال التحضيرية، والرجوع الى المصدر التاريخي للتشريع .

١١٣ - طرق التفسير الداهلية :

ذكرنا أن من أهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس والاستنتاج من باب أولى والاستنتاج من مفهوم المخالفة .

فلاستنتاج بطريق القياس هو أن يستنبط المفسر حكماً غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه . مثل ذلك حكم اتفاق الراهن حيازة مع المرتهن على أن تباع العين بالطرق الودية اذا حل الأجل ولم يوف المدين الدين . لا يوجد في القانون المدني المصري نص على هذه المسألة ولكن يوجد نص على مسألة أخرى يمكن القياس عليها .

الاستنتاج بطريقة القياس

فقد نصت المادة ٥٤٣ على أنه «لا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يصير مملوكاً للدائن عند عدم الوفاء له ، أما للدائن فقط الحق في طلب بيع المرهون بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين » فالحكم الذي تنص عليه هذه المادة يتناول اتفاق الراهن مع المرتهن على أن يتملك الأخير العين المرهونة عند عدم وفاء الدين ، ويقرر النص ان هذا الاتفاق باطل ، وأنه يجب على المرتهن أن يطرح العين في المزاد الجبرى . ويستخلص من ذلك ان وجوب طرح العين في المزاد الجبرى عند عدم وفاء الدين يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مجاوزته . ويترتب على هذا الاستنتاج أن الاتفاق فيما بين المتعاقدين على بيع العين المرهونة بيعاً ودياً يخرق القاعدة المتقدمة . فيكون هذا الاتفاق باطلاً . ومن ذلك نرى انه أمكن أن نستنبط حكم بطلان الاتفاق على البيع الودى قياساً على حكم اتفاق المتعاقدين على تملك



المرتبه للمعين المرهونه . وهذا الحكم الأخير منصوص عليه . فاستنبطنا منه حكماً آخر بطريق القياس .

الاستنتاج من باب
أولى

والاستنتاج من باب أولى هو أن يكون هناك حالة منصوص على حكمها وتكون علة الحكم أكثر توفراً في حالة أخرى غير منصوص على الحكم فيها ، فينسحب الحكم في الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها . من باب أولى . مثل ذلك أن القانون الجنائي يخفف جريمة القتل في حالة ما إذا فاجأ الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا وقتلها ، ويجعل جريمة القتل في هذه الحالة جنحة لا جنائية . فلو أن زوجاً فاجأ زوجته متلبسة بجريمة الزنا ، ولم يقتلها ، ولكن ضربها ضرباً أفضى إلى الموت أو خلف عاهة مستديمة ، فإن هاتين الجريمتين تعتبران جنحتين لا جنائتين من باب أولى ، ما دام القتل ، وهو أشد منهما ، اعتبر جنحة . ومثل ذلك أيضاً أن قانون الإجراءات الجنائية يعطى الحق للزوج في أن يعفو عن زوجته المحكوم عليها في دعوى الزنا ، فمن باب أولى يستطيع الزوج ، قبل أن يحكم على زوجته ، أن يطلب إيقاف السير في إجراءات دعوى الزنا . فإن من يملك الأقل يملك الأقل .

الاستنتاج من مفهوم
المخالفة

والاستنتاج من مفهوم المخالفة هو أن تعطى حالة غير منصوص عليها حكماً يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها ، لاختلاف العلة في الحالتين ، أو لأن الحالة للنصوص عليها هي جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها ، فتخصيصها بحكم يستخلص منه أنها تنفرد بهذا الحكم دون سائر الجزئيات الأخرى . مثل ذلك أن القانون المصري لم ينص على حكم بيع الشيء المستقبل ، وهو صحيح كما يقضى بذلك القانون الفرنسي أم هو غير صحيح كما يقضى بذلك الشريعة الإسلامية . ولكنه نص على حكم بيع



التركات المستقبلية ، فقضت المادة ٢٦٣ / ٣٣٢ من القانون المدني بأن يبيع الحقوقي في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه ، والتركة المستقبلية جزئية من جزئيات الشيء المستقبل ، فأفرادها بحكم البطلان يفهم منه أن سائر الجزئيات الأخرى لا تشترك معها في هذا الحكم ويكون يبيع الشيء المستقبل — عدا التركات المستقبلية — صحيحا بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة .

١١٤ - طرق التفسير الخارجية

قررنا أن المفسر قد يستند الى عناصر خارجة عن التشريع حتى يتعرف نية المشرع . من ذلك أن يتبين حكمة التشريع ، وأن يسترشد بالأعمال التحضيرية ، وأن يرجع الى المصدر التاريخي للتشريع الذي يفسره .

فتبين حكمة التشريع معناه أن يتعرف المفسر العلة التي اقتضت الحكم ، فيفسر في ضوء هذه الحكمة الفاظا وردت في التشريع قد تكون مبهمة . مثل ذلك ان القانون الجنائي يجعل « الليل » في جريمة السرقة وفي جريمة اتلاف المزروعات ظرفا مشددا ، فما معنى « الليل » ؟ هنا يجب توخي حكمة التشريع ، والواضح أن المشرع جعل الليل ظرفا مشددا لسهولة ارتكاب هاتين الجريمتين في الظلام ، فأراد المشرع تشديد العقوبة ردعا للمجرمين الذين يستسهلون ارتكاب جريمتهم في جنح الظلام ، فيجب اذن تفسير « الليل » لا على انه يبدأ من غروب الشمس وينتهي عند شروقها ، وهذا هو التفسير الفلكي ، بل بمعنى الظلام وهذا هو الذي يستخلص من حكمة التشريع كما قدمنا ، فقد لا يكون هناك ليل بعد غروب الشمس ، اذا لم يكن الظلام قد خيم ، ولا سيما في فصل الصيف .

والأعمال التحضيرية هي مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات

الأعمال التحضيرية



الرئيسية ، ثم التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

أما التشريع الدستوري فلا يجوز تعديله ولا الغاؤه الا بالطريقة التي ينص عليها الدستور نفسه . على أنه اذا اعتبر الدستور منحة من السلطان طبقا لنظرية هبز ، فان السلطان الذي أصدره يملك تعديله ويملك الغاءه .
أما التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية فتعديله أو الغاؤه يكون في يد نفس هذه الهيئة .

وقد قضت المادة ٤ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية أنه لا يبطل نص من القوانين أو الأوامر الا بنص قانون أو أمر جديد يتقرر به بطلان الأول . ومن ذلك نرى أن التشريع الفرعى يلغيه أو يعدله تشريع فرعى كذلك .

فالقاعدة اذن أن القانون الدستوري لا يلغيه الا قانون دستوري ، والتشريع الرئيسى يلغيه تشريع رئيسى أو قانون دستوري ، والتشريع الفرعى يلغيه تشريع فرعى أو تشريع رئيسى أو قانون دستوري، والتشريع الفرعى يلغيه تشريع فرعى أو تشريعاً رئيسياً أو قانوناً دستورياً ، وكذلك التشريع الرئيسى لا يلغى قانوناً دستورياً وبعبارة أخرى يلغى التشريع تشريعا في قوته أو تشريعا أدنى مرتبة ولكنه لا يلغى تشريعا أقوى .

أما العادة وعدم الاستعمال فلا يلغيان تشريعا، على خلاف في رأى فيما يتعلق بالتشريع التجارى ولوائح البوليس . ولكن العادة تلغى عادة أخرى ، ويلغىها التشريع . فالتشريع يلغى العادة والعادة لا تلغى التشريع . وقد يلغى التشريع تغير الظروف التي كانت قائمة وقت سنة . مثل ذلك الغاروقه، في مصر وهي نوع من الرهن الحيازي لا يجوز إلا في الأراضي

والتشريع يلغى
المادة والمادة تلغى
المادة ولكن لا تلغى
التشريع

تغير الظروف
يلغى التشريع



الخراجية. وقد ألغى الآن نظام الأراضي الخراجية، فلم يعد هناك هذا النوع من الأراضي في مصر. وترتب على ذلك إلغاء التشريع الخاص بالغاروقة. وليس من قبيل الإلغاء أن يتفق المتعاقدان على حكم يخالف قاعدة قانونية لا تعتبر من النظام العام. فالمتعاقدان لم يلغيا باتفاقهما القاعدة القانونية، بل هي باقية تطبق على غيرهما وتطبق عليهما في تعاقد آخر.

مخالفة قاعدة
قانونية ليست من
النظام العام

١١٦ - كيف يكون الإلغاء

والإلغاء ضربان : صريح وضمني . فالإلغاء الصريح يكون بسن
تشريع يلغى صراحة تشريعا سابقا . وقد يكون التشريع ذاته يتضمن نصا على
أنه يسرى لمدة معينة يلغى بعدها ، كما في التشريع الذي صدر في مصر بشأن
أجر المساكن والأراضي الزراعية في سنوات متوالية منذ سنة ١٩٢٠ . وقد
يصدر التشريع لا يتضمن إلا إلغاء صريحا لتشريع سابق ، دون أن يحل
محل تشريعا آخر ، مثل ذلك التشريع الذي ألغى الإكراه المدني في فرنسا
والتشريع الذي ألغى دستور سنة ١٩٣٠ في مصر . وقد يصدر متضمنا
إلغاء صريحا لتشريع سابق وشاملا في الوقت ذاته لتشريع جديد يحل
محل التشريع الملغى ، مثل ذلك قانون التسجيل الجديد ، في مصر فإنه قد
ألغى صراحة بعض نصوص القانون المدني المصري وأحل محلها تشريعا
جديدا وكذلك الأمر الملكي الذي ألغى دستور سنة ١٩٢٣ في مصر وأحل
محل دستور سنة ١٩٣٠ .

أما الإلغاء الضمني فيكون بسن تشريع جديد لا ينص صراحة على
إلغاء تشريع قديم ، ولكنه يتضارب معه . والقاعدة أنه إذا تضارب
تشريعان فالجديد منهما ينسخ القديم . ونظرية النسخ والنسوخ معروفة
في القرآن الكريم وهي نظرية معقولة . فما دام المشرع سن حكما يناقض
حكما سابقا، فقد أراد أن يلغى ضمنا الحكم القديم .

الإلغاء الضمني



الفصل الخامس

الفقه والقضاء

١١٧ - التعريف

الفقه هو استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية .
القضاء هو تطبيق الأحكام القانونية على الأفضية التي ترفع للتحاكم .

١١٨ - أهمية الفقه والقضاء في رقي القانون :

الفقه هو المظهر العلمي للقانون ، والقضاء هو المظهر العملي . فاذا تجرد القانون عن مظهره العلمي والعمل ، فلا يتبقى منه شيء كبير .

القانون يمت الى العلوم الاجتماعية بأوثق سبب ، ولكل نشاط اجتماعي علم يسجل قواعده وأحكامه ، وعلماء يبحثون وينقبون ويسجلون والقانون علمه الفقه وعلماءه الفقهاء .

القانون مادة حية غذاؤها التطبيق العملي . فاذا اقتصر الأمر فيه على أن يسجل في التقنينات والتشريعات وعلى أن يدون في كتب الفقهاء لم يعد أن يكون مذهباً من المذاهب العلمية . وهو بعد قد تجرد من أهم مزية له : صلاحيته للتطبيق العملي حتى يقوم بمهمته الأساسية من تنظيم الروابط الاجتماعية . فالقضاء هو الذي يطبق القانون ، وهو الذي يبعث فيه الحياة ، فيجعله يعيش وينمو ويتطور ، ويصقله ويهذيبه ، ويطبعه بطابع العصر الذي وجد فيه .



١١٩ - مزايا الفقه والقضاء وعبورهما :

ولكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوب .

مزيا الفقه وعبه ، فمزيا الفقه هى نظره الى الروابط الاجتماعية نظرة واسعة شاملة ، فلا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منعرج ، بل يسير قدما الى الامام ، يتمشى مع التطور ، ويسابق الزمن . فالفقيه اوسع أفقا من القاضى ، وأسرع تأثرا بقوانين التطور . ولكن عيب الفقه أنه كثيرا ما ينحرف عن الحياة العملية وهو فى سموه إلى العموميات يتعد عما فى الحياة من ملاسبات وظروف خاصة فى كل قضية من أقضيتها .

مزيا القضاء وعبه ، يستمد قواعده منها ، ويطبق أقضيته عليها ، فلا يكاد يميل عنها حتى يعود اليها ، ولكن عيبه نظرة ضيقة لا تحيط إلا بما حولها ، ولا تمتد الى ما وراء ذلك ، وشىء من البطء فى التطور يتفق مع نزعة محافظة فى القضاء .

١٢٠ - وجوب التعاون بين الفقه والقضاء :

كل منهما يكمل الآخر ، وأن للقضاء مزايا ليست للفقه ، وأن للفقه مزايا ليست للقضاء ، فهما يكملان بعضهما بعضا . ولا بد من التعاون بين الفقه والقضاء . فالفقيه يرسم خط السير للقاضى ، والقاضى يعبد الطريق ويمهده بعد أن فتحه أمامه الفقيه ، ثم يستفيد الفقيه من تجارب القاضى ، فينحى بقفه منحى يتفق مع الحياة العلمية ، ويسير بعد ذلك طليعة للقاضى يكشف الطريق أمامه . وخير النظم القانونية هو النظام الذى ينطوى على مزاج موفق من الفقه والقضاء .

١٢١ - الفقه والقضاء ههما مصدران تفسيريان للقانون :

تطور الفقه القضاء من مصدرين رسميين الى مصدرين تفسيريين

وقد أصبح الفقه والقضاء فى المصور الحديثة . مصدرين تفسيريين



للقانون عند أكثر الأمم . ولكنها يكونان عادة مصدرين رسميين في المراحل الأولى من نمو القانون . وأكثر القوانين تكون في أول أمرها من صنع الفقيه والقاضي ، حتى إذا كمل نضوج القانون ، واستقر نموه ؛ أتى التشريع فشغل المكان الأول بين المصادر الرسمية ؛ وانقلب الفقه والقضاء مصدرين تفسيريين ؛ فتصبح مهمة الفقيه والقاضي تفسير القانون لا صنعه ؛ ولكنها في الواقع من الأمر إذ يفسران القانون كثيرا ما يكون تفسيرهما صنعا .

فالفقه والقضاء مصدران رسميان في القوانين القديمة ؛ وهما مصدران تفسيريان في معظم القوانين الحديثة . وهما نحن نبحت الحالتين .

المبحث الأول

الفقه والقضاء في القوانين القديمة

نختار من هذه القوانين النظم القانونية الأساسية وهي القانون الروماني والشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزي .

وسنرى أن الفقه والقضاء تعاونوا في تقدم الشريعة الإسلامية ، وأن القضاء كان هو المصدر الرئيسي للشريعة الإنجليزية .

نصيب الفقه والقضاء في النظم القانونية القديمة

١٢٢ - القانون الروماني :

بدأ القانون الروماني في أول مراحل عادات مصبوغة بالصبغة الدينية . وقد جمع التجميع الأول في الألواح الاثني عشر . وقد كان هذا التجميع مبدأ لحركة قضائية ولحركة فقهية كانتا ، الى جانب التشريع ، هما العاملان الأساسيان في تطور القانون الروماني في تقدمه .



أما الحركة القضائية فبدأت منذ بدأ « البريطور » الروماني يتولى
القضاء شئون القضاء وكان هناك « بريطور » للرومانيين. وآخر للأجانب ،
الأول يطبق القانون المدني الروماني ، والثاني يطبق « قانون الانسانية
أو الشعوب » . ولكن « البراطرة » الرومانيين سواء طبقوا هذا القانون
أو ذاك ، لم يكونوا يقتصرون على التطبيق ، بل كانوا يصنعون القانون
صنعا ، وسبيلهم الى ذلك « المنشورات القضائية » . فقد كان « البريطور »
الروماني يلى شئون القضاء سنة واحدة . وعند ولايته القضاء يعلن للناس
« منشورا » يضمنه ما اعتزم على اتباعه من القواعد القانونية . وكثير من
هذه القواعد كان من شأنها ادخال تعديلات جوهرية على القانون الروماني
العتيق بما يتفق مع مقتضيات العدالة وتطور الحضارة وكان « البريطور »
يسلك الى ذلك طريقا خاصا بالقانون الروماني ، فقد كان في يده ، بمقتضى
ولايته للقضاء ، سلطة تنظيم الدعوى ، فله أن يعطى الدعوى من يشاء
ويسلبها من يشاء . واستطاع من هذا الطريق أن يجعل القانون الروماني
يماشى الحضارة الرومانية في تقدمها ، وأن يكسر قيود القانون العتيق ،
فكان ينكر الدعوى حيث تكون المصلحة في انكارها ولو أعطاه القانون
القديم وكان يعطى الدعوى حيث تكون المصلحة في اعطائها ولو لم يعطها
القانون القديم . مثل ذلك : كان القانون القديم لا يجعل الغش مبطلا
للعقود ولما أراد « البريطور » أن يرضى ما تقتضيه العدالة من جملة سببا
للبطالان ، أعطى دفعا للمدعى عليه اذا كان ضحية الغش . يدفع به دعوى
المدعى ، ويجعل القاضى لا يحكم للمدعى الا اذا لم يكن هناك غش ، وهكذا
خلق « البريطور » دعاوى ودفوعا مختلفة ، كان من شأنها أن تدفع
بالقانون الروماني في طريق التطور . وتوالت « للمنشورات القضائية »

المنشورات القضائية

سلطة تنظيم الدعوى

المنشور المستر



واحدًا بعد الآخر ، وكل « بريتور » يستبق من منشور سابقه ما أظهر العمل صلاحيته للتطبيق ويضيف إليه جديدًا ، حتى استقر عنصر ثابت من هذه المنشورات ، هو الذي يتكرر على مر الأعوام ومعه عنصر متجدد هو عامل التطور . وسمى كل ذلك « بالمنشور المستمر » . وهذا المنشور المستمر بقي إلى عهد الإمبراطورية ، ثم جمع جميعًا رسميًا وحرّم الإمبراطور هادريان إضافة شيء إليه ، على أن هذا القانون البريتوري بقي منفصلاً عن القانون للدني ، وبقي هذا الانفصال حتى عهد جوستينيان ، حيث امتزجا وأصبحا قانونًا واحدًا هو القانون الروماني المعروف لنا اليوم . فالقانون الروماني كان اذن من صنع القضاء إلى حد كبير .

امتزاج القانون
البريتوري بالقانون
المدني

وكان القانون الروماني من صنع الفقه أيضًا . وقد مر الفقه في القانون الروماني على أدوار ثلاثة ، كان في الدور الأول في يد رجال الدين يكتمون أسرارهم عن الدهماء ويحتكرونه احتكارًا . ثم أفشى السر وأعلنت الاجراءات القانونية للناس في دور ثان ، وأخذ الناس يتعلمون القانون بطرق عملية لا علمية ، من طريق استفتاءات يوجهونها لرجال القانون وكان لكل مشتغل بالقانون تلاميذ يتصلون به ويحضرون فتاواه عند استفتاءه من عملائه ، ثم يناقشونه في هذه الفتاوى ، وكانت القضاة أنفسهم (وهؤلاء غير « البراطرة » بل كانوا أقرب إلى المحلفين في العصر الحديث ، يبتون في الوقائع ويستفتون في القانون إذا لم يكونوا من رجاله) يلجأون إلى رجال القانون يستفتونهم في المسائل القانونية التي تعرض لهم في الأفضية التي ينظرونها ، وكان رجال القانون يفتون عملاءهم ويفتون القضاة ويدرسون لتلاميذهم دون أن يأخذوا أجرًا على شيء من ذلك ، فقد كان أكثرهم ينتمى إلى أسر غنية ، وكان جزاؤهم على خدمتهم للقانون

الفقه

الدور الاول :
الكهنة

الدور الثاني :
الطرق العملية



أن يرشحوا للمناصب الكبيرة في الدولة . وفي الدور الثالث دخل الفقه الروماني في طريقه العلمي ، فدونت المؤلفات القانونية الى جانب الفتاوى العملية ، وأصبح تدريس القانون علميا أكثر منه عمليا ، واعترف للفقه بأنه مصدر رسمي للقانون الروماني ، فقد جعل لبعض الفقهاء المشهورين حق اعطاء فتاوى قانونية تازم القضاة في أحكامهم وبدأ الفقه العلمي بمدرستين ، زعيم الأولى هو الفقيه لايو ولكننا سميت باسم تلميذه بروكيليان ، وزعيم الثانية هو كايبتو ولكننا سميت باسم تلميذه ساينتيان . ولم يكن بين المدرستين البروكيلية والسايينية فرق كبير من حيث المبادئ العامة والطرق العلمية ، وأكثر الخلاف بين المدرستين إنما كان في التفاصيل . وقد تكون المدرسة البروكيلية أكثر محافظة على المبادئ الجمهورية إذ كان زعيمها لايو جمهوريا مخلصا حتى بعد استقرار الامبراطورية ، أما المدرسة السايينية فقد كانت أكثر تمشيا مع المبادئ الامبراطورية الجديدة . وقد توطد الفقه الروماني وانتشر ، وكان له أثر كبير في تكوين القانون بفضل هذه الفتاوى الملزمة ، واختتم هذا العهد من الفقه العلمي بخمسة فقهاء هم أبعد فقهاء الرومان ذكرا وأعظمهم أثرا : جاييس وبانيان والبيان وبول ومودستين ، ولما استأثرت الامبراطورة بالأمر منعتوا الترخيص للفقهاء بالفتاوى الملزمة ، فلبجأت الناس الى كتب الفقهاء القدماء ، وفي مقدمتهم بابنيان وقد علق تلميذاه البيان وبول على مؤلفاته وخالفاه في كثير من آرائه فأمر الأمبراطور قسطنطين بأن تعتمد آراء بابنيان دون تلميذه . وفي أوائل القرن الخامس الميلادي اعتمدت الامبراطورة آراء خمسة الفقهاء المتقدم ذكرهم وآراء الفقهاء الذين نقل منهم هؤلاء الخمسة ، فاذا تضاربت الآراء

الدور الثالث :
الطرق العملية

الفتاوى القانونية
الملزمة

المدرستان البروكيلية
والسايينية

فقهاء الرومان الخمسة

انقطاع الفتوى
انقال باب الاجهاد



اعتمد رأى الأغلبية فإذا تساوت رجح الجانب الذى انحاز له باينيان إذ كان يعتبر أكبر فقيه روماني . ولما وضع جوستينيان مجاميعه القانونية المشهورة أخذها من أقوال هؤلاء الفقهاء الخمسة وبمن نقل عنهم هؤلاء الفقهاء . ونرى من ذلك الأثر الكبير الذى كان للفقهاء فى صنع القانون الروماني وفى تطوره .

على ان لنا ملحوظتين على الفقه الروماني : (١) تقدم القضاء الفقه فى القانون الروماني وكان له أكبر الأثر فى تكوين القانون ، فقد رأينا « المنشور القضائي » يظهر وينمو ويتطور قبل عصر الفقه العلمى وقبل ظهور الفقهاء المشهورين ، فالقانون الروماني بدأ قضاء وانتهى فقها .

(٢) كان كبار الفقهاء الرومانيين من رجال العمل ، كانوا رجال سياسة ووزراء وبراطرة فقد كان باينيان ومن بعده البيان وبول من كبار وزراء الدولة ، ولايكاد يشذ عن هذه القاعدة الا جاييس فالظاهر أنه كان أستاذا يدرس القانون فى روما ولم يتول منصباً عملياً . فالفقه الروماني كان اذن مشبعاً بالروح العملية ولم تكن الشقة بعيدة بينه وبين القضاء وهذا يفسر ما كان للفقهاء من أثر فى القضاء .

١٢٣ - الشريعة الاسلامية

يمكن تقسيم تاريخ الشريعة الاسلامية من حيث أثر الفقه والقضاء فى تكوينها ، الى ثلاثة عهود : عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم العهد الذى تلاه الى وقت تدوين الفقه ، ثم من وقت تدوين الفقه الى عهدنا هذا .

(العهد الأول) وهو عهد النبي عليه السلام ، وكانت للشريعة الاسلامية فى ذلك العهد مصدران ، الكتاب والسنة ، وكلاهما وحى ودين ، فالدين اذن كان المصدر الوحيد للشريعة الاسلامية فى ذلك العهد . أما

ملحوظتان :

القضاء تقدم على الفقه والفقهاء من رجال العمل

العهد الاول :
الكتاب والسنة



الرقه فلم يكن له محل ، والرسول موجود بين الناس ينزل عليه الوحي ،
والمسلمون يتلقون عنه أمور دينهم ودنياهم . على أن النبي عليه السلام أقر
الرأى كمصدر للشريعة الاسلاميه حيث يعوز الكتاب والسنة ، فقد بعث
معاذ بن جبل الى الين ، ولما سأله بماذا يقضى فأجاب معاذ بالكتاب والسنة
ثم يجتهد برأيه ، أقره النبي على ذلك .

قضاء النبي :
للتردد في التسليم ؟
عدم المعصية فيه

والقضاء لم يكن كذلك مصدرا للشريعة الاسلاميه في ذلك العهد
وقد كان النبي أول قاض في الاسلام ، وكان قضاؤه ملزما لا على انه قضاء
بل على انه سنة . فهو اذا قضى في حادثة كانت له صفتان ، صفة المشرع
بما يلهيه الله من وحى وما ينزل عليه من كتاب فيبين ، القاعدة القانونية
الواجب تطبيقها ، ثم صفة القاضي يطبق القاعدة القانونية التي قررها على
ما يعرض أمامه من وقائع الحادثة . ويجب التمييز بين الصفتين ، فصفة
المشرع لم تنكرها عليه الناس منذ آمنت برسائته ، أما صفة القاضي فقد
ترددوا في التسليم له بها ، حتى نزلت الآيات القاطعة في اثباتها له ، قال
تعالى : « فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول إن كنتم تؤمنون
بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا . ألم تر أن الذين يزعمون
أنهم آمنوا بما أنزل اليك وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكوا الى
الطغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا
بعيدا ... فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا
في أنفسهم حرجا مما قضيت ، ويسلوا تسليما » وقال عز وجل : « فاحكم
بينهم بما أنزل الله » . ثم ان النبي عليه السلام كان معصوما بصفته مشرعا ،
ولم يكن معصوما بصفته قاضيا ، وقد قال تأكيذا لهذا المعنى : « انكم
تختصمون الي ولعل بعضكم أن يكون الخن بمجته من بعض ، فأقضى له



على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فإنما أفضى له قطعة من نار . » ^(١) فقضاء النبي عليه السلام يتضمن عنصرين : القاعدة القانونية التي يقررها وهذه هي السنة وهي ملزمة بهذا الوصف ، والوقائع التي يقضى فيها وقضاؤه غير ملزم في ذلك اذ يجوز عليه الخطأ .

المهد الثاني :
امتزاج الفقه والفقه

(المهد الثاني) ويبدأ بعهد الخلفاء الراشدين وينتهي بظهور أئمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه في الكتب . وفي هذا العهد كان لكل من الفقه والقضاء أثر في تكوين الشريعة الاسلامية وكان الفقه يمتزج بالقضاء والقضاء يمتزج بالفقه ، وكل منهما يماشي الآخر . ولكن الفقه أخذ يتغلب شيئا فشيئا حتى تمت له الغلبة في العهد الثالث . وآية امتزاج الفقه بالقضاء في هذا العهد الثاني ان وجد القاضي الفقيه وقد تأثر الفقه بقضائه ، ووجد الفقيه المفتي وقد تأثر القضاء بفقيهه ، فكان من الصعب تمييز الفقه عن القضاء في ذلك العهد إذ كان القاضي قريبا والفقيه قاضيا . إلا أن حركة الفقه كمصدر للشريعة الاسلامية أخذت في القوة وحركة القضاء أخذت في الضعف الى أن تغلب الفقه على القضاء بعد أن استكمل نضوجه ، وصار هو وحده الى جانب الدين مصدرا للشريعة الاسلامية ، ولكن ذلك لم يتم الا في العهد الثالث كما قدمنا . أما في العهد الثاني فقد كان للقضاء شأن في تكوين الشريعة الاسلامية يعدل شأن الفقه ، وكان القضاء يؤثر في الفقه تأثير الفقه في القضاء ، فلننظر كيف كان القضاء ، ثم ننظر بعد ذلك كيف كان الفقه .

أما القضاء فكان يليه قضاة من الصحابة والتابعين وتابعي التابعين

القضاء

(١) وفي رواية أخرى للحديث : « أنكم تختصمون الى رسول الله وانما أنا بشر ولعل بمضكم ألحن بحجته من بعض ، وانما أفضى بينكم على ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه ، فانما قطع له قطعة من النار يأتي بها اصطاما في عتقه يوم القيامة . »



وغيرهم بعد أن فصل الخلفاء ما بين القضاء والولاية . وكان أكثر القضاة مجتهدين وأقلهم مقلدون . واشتهر عمر بالقضاء ، تولاه بنفسه وولى غيره عليه ، وولى أبا الورداء المدينة ، وولى شريحا البصرة ، وولى أبا موسى الأشعري الكوفة ووضع له دستور القضاء في كتابه المعروف .

والقضاة في ذلك العهد كانوا يطبقون الكتاب والسنة ، ويطبقون كذلك ما استنبطه الفقهاء من الأحكام القانونية « وكان في كل مصر جماعة اشتهروا بالفقه واستنباط الأحكام يستعين بهم القاضى اذا اشكل عليه أمر » ،^(١) وفي اللبسوط للسرخسى « ان عمر كان يستشير الصحابة مع قفه ، حتى اذا رفعت اليه حادثة قال ادعوا لى عليا ، وادعوا زيدا ... فكان يستشيرهم ، ثم يفصل بما اتفقوا عليه . » وترى من هذا كيف أن القضاء كان يتأثر بالفقه . على ان القضاء كان يؤثر فى الفقه بدوره ، فقد قدمنا أن القضاة كانوا غير مقلدين فكانوا يجتهدون رأيهم ، سبقهم الى ذلك معاذ بن جبل فيما مر بنا ، ولعمر مواقف معروفة فى استعمال الرأى ، بل يصح أن يقال انه هو المؤسس لمدرسة الرأى ، وقد وضع من القواعد القانونية فى الشؤون الادارية والمالية والحربية والسياسية والمعاملات والأحوال الشخصية ما يتلاءم مع امبراطورية ناشئة ، وأمة تركت الصحراء وانتشرت فى الأرض ، فخالطت المدنات القديمة ، وجدت لها حاجات كثيرة . وكان القاضى يأخذ بقضاء سلفه فعمر يأخذ بقضاء أبى بكر ، وعثمان يأخذ بقضاء صاحبيه . والفقهاء وراء القضاة يأخذون عنهم ، فالعراقيون يجمعون « قضايا على وفتاواه ، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة ، ثم يستخرجون منها ويستنبطون »^(٢) ، « وابن مسعود فقيه

استماتة بالفقه

تأثيره فى الفقه

(١) تاريخ القضاء فى الاسلام للقاضى محمود بن حرنوس ص ١٩

(٢) ضعى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ٢ ص ١٧١ .



جليل يتأثر عمر بن الخطاب في دقة نظره وحريته ، وعلى بن أبي طالب خلف مجموعة من القضايا والفتاوى لأهل العراق حفظت عنه وعدت دستورا ... وشريح مارس القضاء نحو مستين سنة في العصر الأموي ، فلا بس الحياة العملية ، وقد دعم مذهب الرأي بدعائم قوية وكان له أكبر الأثر في تلوينه وتميزه «^(١) وتصدر سعيد بن المسيب للفتوى ، وكان لا يهابها ، فأثر عنه كثير من الفتاوى والآراء ، وكان يقول : ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أبو بكر ولا عمر ولا عثمان ولا على قضاء الا وقد علمته «^(٢) .

هذا هو شأن القضاء وتأثيره في تكوين الشريعة الاسلامية ، وأثره في الفقه وأثر الفقه فيه . أما الفقه فلم يقل عن القضاء تأثرا وأثرا . فقد كان في ذلك العهد أن وضع الفقهاء أسس الفقه الاسلامي . وقد انقسم هذا الفقه مدرستين ، أهل الحديث وأهل الرأي . بدأت المدرستان تتكونان نزعيتين عند الصحابة والتابعين وتابعيهم ، فريق منهم يحافظ على القديم ويكثر من حفظ الحديث ولا يكاد يفتي الا به وهؤلاء في الغالب من بقي من فقهاء المسلمين في الحجاز (كالعباس وعروة بن الزبير وعبد الله ابن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص وسعيد بن المسيب والزهري ونافع) وفريق آخر رحل عن الحجاز ، وفي الامبراطورية الاسلامية الواسعة الاطراف وجد مدنيات تختلف عما ألفه ، وواجه أمورا غير التي عرفها ، وكل هذا يقتضى تجديدًا وتطورًا ، فمال الى الاجتهاد والرأي (كعبد الله ابن مسعود وعلقمة ومسروق وشريح والأسود النخعي وابراهيم النخعي

الفقه

أهل الحديث وأهل
الرأي

(١) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ٢ ص ١٨١ .

(٢) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ١ ص ٢٠٩ .



وحماد) . على أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث كلهم كانوا في الحجاز فإن منهم من كان في العراق كالشعبي ، وليس معناه أن أهل الرأي لم يكن أحد منهم في الحجاز ، فقد كان في الحجازيين من هو من أهل الرأي كربيعة الرأي ، بل أن عمر يمكن اعتباره المؤسس لمدرسة الرأي كما قدمنا ، فقد كان جريئا في اجتهاده حتى نسخ بعض الأحكام للأثورة عن النبي عليه الصلاة والسلام لما تغيرت ظروفها (كما فعل في حرمان المؤلفنة قلوبهم وفي ايقاع الطلاق الثلاث) . كما أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث لم يكونوا يعملون بالرأي أصلا ، فقد كانوا يقولون به ولكن في حدود ضيقة ، ولم ينكره الا مذهب الظاهريين وعلى رأسه داود الظاهري ، وليس معناه أن أهل الرأي لم يكونوا يأخذون بالحديث ، فقد أخذوا به ، ولكن لم يصبح عندهم منه الا القليل .

الفرق بين المدرستين انما كان في الاتجاهات العامة والنزعة
لا في التفاصيل ، فأهل الحديث هم المحافظون الذين يريدون البقاء على التقاليد الأولى للإسلام ، فلا يخرجون على آثار السلف الصالح الا بالقدر الذي تحتمه الضرورة ، فهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة البروكيلية في الشريعة الرومانية ، وأهل الرأي هم الأحرار المجددون الذين يتمشون مع انتشار الإسلام وانتظامه للأمم المختلفة والمدنيات المتنوعة في امبراطورية مترامية الأطراف فيحكمون العقل لا التقاليد حتى تتسع الشريعة الإسلامية لما أظلمت من مدنيات وما سيطرت عليه من شعوب ، وهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة السابانية . ثم قويت النزعتان وتحددت كل نزعة ، حتى أصبحت مدرسة لها قواعدها ولها قهاؤها . ثم ما لبثت للمدرستان أن أخذتا في التقارب شيئا فشيئا حتى كادتا تمتزجان ، على النحو الذي سنراه . ويعيننا الآن أن نرى كيف كان نصيب الفقه في تكوين الشريعة الإسلامية في ذلك العهد كبيرا كنصيب القضاء .



ظهور مصطلحين
جديدين :

كانت مصادر الشريعة الاسلامية في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الكتاب والسنة ، فزادها الفقه في هذا العهد الثاني مصدرين آخرين ، الاجماع والقياس ، وهما للمصدران الخصبان اللذان يكفلان للشريعة الاسلامية مرونتها على مر الزمن . أما الاجماع فقد اعترف به كل من المدرستين بقدر واحد . ووجد منذ وجدت فكرة تنظيم الرأي من طريق الاستشارة ، فقد رأينا أن الخلفاء والقضاة كانوا يستشيرون أهل الفقه ، فإذا اجتمع رؤوس الناس وخيارهم على أمر قضا به . وقد بدأ الاجماع يكون مقصورا على الصحابة ، ثم امتد الى التابعين فتابعهم ثم صار أخيرا اجماع المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور ، وفي هذا تطور للاجماع من شأنه أن يجعل الفكرة خصبة قابلة لتطور جديد^(١) . أما القياس ، ويؤخذ هنا بمعناه الواسع أى الرأي والاجتهاد ، فقد اختلفت للمدرستان في الأخذ به اختلافا بينا ، فأهل الرأي يكثر من القياس والتفريع والاستنباط ويفرضون الفروض للممكنة وغير للممكنة حتى اشتهروا بذلك ، وأهل الحديث لا يلجأون الى القياس الا في القليل النادر من المسائل ولا يفرضون فرضا لم يقع .

الاجماع

القياس

(العهد الثالث) ويبدأ من وقت تدوين الفقه الى وقتنا هذا .

العهد الثالث :
تقلب الفقه على القضاء

(١) وقد وجد الفقهاء سند الاجماع في حديث لثني عليه الصلاة والسلام (لا تجتمع أمتي على ضلالة) . وتتل جولد زهير المستشرق المشهور في كتابه (العقيدة والقانون في الاسلام ص ٢٥) عن طبقات الشافعية للسبكي جزء ٢ أن الشافعي رأى سند الاجماع في قوله تعالى في سورة النساء : ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ، ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما نولى ، ونصله جهنم وساءت مصيرا . انظر أيضا مفاتيح النيب للفخر الرازي جزء ٣ ص ٣٨ . وشنوك هرجونج المستشرق المعروف في مجلة تاريخ الاديان سنة ١٨٩٨ مجلد ٣٧ ص ١٧ . والظاهر أنه يصعب العثور على سند واضح للاجماع في القرآن ، وأن الفقهاء هم الذين صاغوا هذا للبدأ مصدرا للشريعة الاسلامية .



وفي أول هذا العهد ارتفع شأن الفقه ارتفاعاً عظيماً وقل شأن القضاء . وقد
تركز مذهب أهل الرأي في أبي حنيفة ^(١) بالكوفة ، وتركز مذهب
أهل الحديث في مالك بالمدينة . واستمر الخلاف بين المذهبين حتى بلغ
أشدّه . ثم عادت للدرستان إلى التقارب والتفاهم على يد أبي يوسف
والشافعي ، وإن شذّب بعد ذلك أحمد بن حنبل وداود الظاهري .

وقد ظهر في أول هذا العهد أئمة المذاهب المعروفة وغيرها من المذاهب
التي اندثرت (كذهب الأوزاعي ومذهب سفيان الثوري ومذهب داود
الظاهري ومذهب ابن جرير الطبري وغيرها) والواقع من الأمر أن هؤلاء
الأئمة ختموا عهوداً بدأها غيرهم ، وكان عملهم الإنشائي في الفقه أقل من
عملهم التنظيمي . فقد كان الفقه قد استكمل نضوجه على يد الفقهاء
للتقدمين ، وأصبح ، لا سيما عند أهل الرأي من أهم المصادر للشريعة
الإسلامية ، لا يقل عن الكتاب والسنة ، بل يزيد عليهما من حيث
الحلول التفصيلية . وكان عمل أئمة المذاهب وتلاميذهم متجهاً في معظمه إلى
تسجيل قه من تقدمهم وتجميعه مع تنظيمه ووضع على أسس منطقية ^(٢)
وإذا كان لهذا العهد الثالث عمل إنشائي في الفقه ، فقد كان ذلك في
التعريفات التفصيلية ، وفي محاولة إدخال قواعد العدالة والمصلحة

عمل الفقه الإنشائي :
الاستحسان المصالح
للرسالة وعلم أصول
الفقه

(١) انظر في طريقة أبي حنيفة في استنباط الأحكام الشرعية إلى كتاب الاستاذ
لامبير في القانون للقانون من ٣٥٣ وما بعدها . ومن رأى الاستاذ لامبير أن
ما يشير به الفقيه الفرنسي (جني) من وجوب استنباط الأحكام القانونية بطريق
البحث العلمي الحر هو ملسا عليه أبو حنيفة فملا في استنباط الأحكام الشرعية .

(٢) ومن هنا كان الاجماع كمصدر للشريعة الإسلامية ضرورة طبيعية لا حاجة
فيها إلى سند من كتاب أو سنة (وقد رأينا كيف حاول الفقهاء المشور على هذا
السند) فانه لما كان الفقه والقضاء مصدرين للشريعة الإسلامية ، وتعددت الفقهاء
والقضاة ، وجب تنظيم حركة الفقه والقضاء ، واستخلاص ما استقر عليه الرأي فيهما ،
والاخذ به باعتباره اجما .



العامة مصدرا جديدا للشريعة الاسلامية ، باسم الاستحسان عند أبي حنيفة وللصالح المرسله عند مالك ، وفي وضع مبادئ علم أصول الفقه وأول كتاب معروف فيه رسالة للشافعي . ومن المبالغة أن نرى في هذه المذاهب المتعددة مدارس مختلفة في الفقه ، فقد كانت متفقه الى حد كبير في الأمم والمبادئ الرئيسية ، ويكاد ينحصر الخلاف في بعض الفروع التفصيلية . على أن أئمة هذه المذاهب قد تلتقى بعضهم الفقه عن البعض الآخر واهتدى بهديه ، فمحمد زحل الى المدينة وأخذ عن مالك ، كما أخذ الشافعي عن مالك ومحمد ، وأخذ احمد بن حنبل عن الشافعي ، ولولا تعصب فقهاء كل مذهب لمذهبهم ، لاسيا المتأخرين من الفقهاء ، لاندجت هذه المذاهب وأصبحت مذهبا واحدا ينتظم أهل السنة جميعا .

اتصال أئمة المذاهب بعضهم ببعض الآخر

ورجل هذا العهد الثالث هو الفقيه ، ففيه تركزت حركة الاجتهاد وعنه صار المسلمون يأخذون شريعتهم ، وساعد على ذلك أن تم تدوين الفقه في هذا العهد ، وأن الدولة القائمة هي الدولة العباسية ، وهي الدولة التي اصطبغت بالصبغة الدينية ، وأخذت بيد الفقيه ورفعتة أعلى الدرجات . بز الفقيه القاضي ^(١) . ومنع من ظهور المشرع ^(٢) ، وانفرد بحلق في

سبب ارتفاع شأن الفقه تدوين الفقه الدولة العباسية

تنبئه القاضي والمشرع

(١) أما أن الفقيه كال يمارع القاضي فذلك ما يدل عليه كثير من الخصومات التي كانت تقوم بين الفقهاء والقضاة كما وقع لأبي حنيفة وابن أبي ليلى . وأما أن الفقيه ظفر بالقاضي فيدل عليه أن القاضي صار يقلد الفقيه ، وإذا حاول الاستقلال في قضائه من طريق الاجتهاد لا يستطيع . وقد نقل الاستاذ عرنوس في كتابه تاريخ القضاء ص ٨٥ ما يؤيد ذلك ، قال : « ولما رأى يوسف بن عبد المؤمن صاحب بلاد المغرب المتوفى سنة ٦١٩ كثرة الخلاف بين الفقهاء ، وما نشأ من ذلك من التعصب للمذاهب ، أمر برفض فروع الفقه ، وأن الفقهاء لا يقتنون الا بالكتاب العزيز أو السنة النبوية ، ولا يقلدون أحدا ، وأن تكون أحكام القضاة بما يؤدي اليه اجتهادهم في الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، ولكن ذلك لم يتم طويلا ، بل طاد الحال كما كان بعد وفاة هذا الامير » .

(٢) وقد حاول ابن المتفح أن يدفع المنصور الى تفتين أحكام الشريعة الاسلامية



سواء القانون .

وقد كان الخير في أن يبقى هذا المزاج الموفق بين الفقه والقضاء في ضرر اقرار الفقيه تكوين الشريعة الاسلامية ، وهو ما شاهدناه في العهد الثاني فان الفقيه لما استأثر بالأمر في العهد الثالث ابتعد عن الحياة العملية^(١) وأكثر من الفروض الخيالية ، فجمد الفقه ، وقدم ما يفديه من عناصر الحياة الخارجية^(٢) ثم وقفت حركته ، وأقل باب الاجتهاد^(٣) . فاذا أريد الاصلاح وجب أن يرجع للقضاء شأنه ، وأن يفتح في الفقه باب الاجتهاد من جديد . وأن يقوم التشريع الى جانب الفقه والقضاء ، فتتغذى الشريعة الاسلامية من

فلم ينجح ، ومما ذكره له في كتابه الذي رفضه اليه ، « فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الاقضية والسير المختلفة ، فترفع اليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتاج كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وأمضى في كل قضية رأيه ، وينهى عن القضاء بخلافه ، فكتب بذلك كتابا جامعا . رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا ورجونا أن يكون اجتماع السير قريبة لاجماع الاسر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه . » تاريخ القضاء (ص ٨٥) .

(١) وكان البعد عن القضاء يعد تنزها ومفخرة عند بعض الفقهاء . جاء في كتاب ضحى الاسلام جزء ٢ ص ١٨٤ : « كانت هناك نزعة عند بعض العلماء ترى ان في تولى الوظائف السلطانية تعريض الدين للخطر ، حتى ان كثيرا من المحدثين لا يروون حديث من تقرب الى السلطان ، وان كثيرا طابوا أما يوسف من أجل تولية القضاء والحكايات من هذا القبيل كثيرة ، قال محمد بن جرير الطبري : انه قد تحامى حديث أبي يوسف قوم من أهل الحديث ، من أجل غلبة الرأي عليه وتغريبه الفروع والاحكام ، مع صحبة السلطان وتقلده القضاء . ولعل السببين هما الباعثين لابي حنيفة على امتناعه من تولى القضاء في العهد الاموي وفي التولية العباسية . »

(٢) انظر رأى الاستاذ لامبير في ضرر الاخذ بالرأى اذا لم ترشده وتسده عناصر الحياة الخارجية في كتابه في القانون المقارن ص ٣٦١ .

(٣) بعد أن رتب طبقات الفقهاء ، فطبقة المجتهدين في الشرع ، وطبقة المجتهدين في المنصب ، وطبقة المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب المنصب ، وأصحاب التخريج ، وأصحاب الترجيح ، وأصحاب التمييز ، وطبقة المقلدين . ومذ وصلنا الى طبقة المقلدين أقل باب الاجتهاد .



هذه المصادر الثلاثة^(١).

١٢٤ - مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني

(أولاً) بدأ القانون الروماني قضاء وانتهى فقها كما قدمنا ، أما الشريعة الإسلامية فقد بدأت فقها وقضاء وانتهت فقها ، فهي تشترك مع القانون الروماني في النهاية وتختلف في البداية . وقد يكون الخلاف في البداية راجعاً إلى أن الفقه الإسلامي وجد منذ نشوء الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً متماسكاً ، دعامة الكتاب والسنة ، في حاجة إلى تفسير فقهي . أما القانون الروماني ، فقد بدأ عادات غير محدودة ، فكان لا بد أن يتقدم القضاء الفقه حتى يوجد النظام القانوني الذي يفسره الفقه .

مقارنة بين الشريعة
الرومانية
نصيب الفقهاء والفقه

والقضاء كان أبعد أثراً في تكوين القانون الروماني منه في تكوين الشريعة الإسلامية .

أما الفقه فأثره في تكوين الشريعتين واحد . ويشبه الفقه الإسلامي الفقه الروماني في أنه بدأ مثله بمدرسيتين ، وتكون في نحو قرنين ، وتدعم بأئمة أعلام ختموا العهد الحصيب في تكون الفقه ، هم أئمة المذاهب في الفقه الإسلامي ، وهم الفقهاء الخمسة المعروفون في الفقه الروماني . ولكن يلاحظ أن الفقه الإسلامي بقي زاهراً بعد أئمة المذاهب مدة طويلة ولم يكن الأمر كذلك في الفقه الروماني .

(ثانياً) لم تسلك الشريعة الإسلامية في نموها الطريق الذي سلكه

(١) ولما كان الاجماع هو المنظم للفقه والقضاء فيما سربنا (ويتدخل في الرأي والقياس اذ ليس هذان الا فقها وقضاء) ، فانه من المستطاع أن يكون الاجماع منظمًا لتشريع أيضا ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك . فالاجماع اذن يأتي بعد الكتاب والسنة (وهما بمثابة دستور للشريعة الإسلامية) لينظم كلا من الفقه والقضاء والتشريع .



نمو القانون الروماني
من طريق الاجراءات
ونمو التشريعية من
طريق الأحكام
الموضوعية :
قواعد العدالة
الجزئيات والفروع
أصول الفقه

الفقه الروماني ، فان هذا القانون بدأ عادات كما قدمنا ، ونمى وازدهر من طريق الدعوى والاجراءات الشكائية أما الشريعة الاسلامية فقد بدأت كتابا منزلا ووحيا من عند الله ، ونمت وازدهرت من طريق القياس المنطقي والأحكام الموضوعية^(١) . وقد خالطت قواعد العدالة القانون الروماني (في القانون البريطوري وقانون الشعوب) ، وقابل ذلك في الشريعة الاسلامية الاستحسان والمصالح المرسله وديوان المظالم وان كانت أقل امعانا في التوغل وأضعف أثرا . وقهاء المسلمين كقهاء الرومان شادوا الشريعة الاسلامية على الجزئيات والفروع ، ولم يستخلصوا منها الأصول والمبادئ العامة إلا القليل النادر (كما في الاشباه والنظائر) الا أن قهاء المسلمين امتازوا على قهاء الرومان ، بل امتازوا على قهاء العالم باستخلاصهم أصولا ومبادئ عامة من نوع آخر هي أصول استنباط الأحكام من مصادرها ، وهذا ما سموه بعلم أصول الفقه .

١٢٥ - القانون الانجليزي

أسباب تأثير القضاء
في القانون الانجليزي
(١) عدم وجود
أساس لمركبة قهية
(٢) وجودالمادات
(٣) العقلية الانجليزية
(٤) علومكافة القضاء

يكاد لا يوجد قانون هو من صنع القضاء كالقانون الانجليزي ، ويكاد لا يوجد قانون أثر الفقه في تكوينه ضئيل كذا القانون . وقد يعلل ذلك بالاعتبارات الآتية :

(١) لم تتأثر الانجليز بالقانون الروماني الا الى حد محدود ، ولم يكن

(١) على أن كل مصادر الشريعة الاسلامية قابلة للتطور ، وقد تطورت بالفعل ، في الكتاب الناسخ والمنسوخ ، ول السنة هذا أيضا ، على أن السنة لم تتعدد الا في القرن الثالث بعد أن كثرت نسبة الحديث للنبي عليه السلام مما أدخل في السنة عنصرا كبيرا من الرونة (أنظر لامبير في القانون المقارن ص ٣٢٠) وفي الاجماع تطور اذ ان الاجماع ينسخ الاجماع ، وفي القياس (أي الرأي والفقه والقضاء) تطور ولا أدل على ذلك من ملهى الشافعي العراقي والمصري .



عندها قانون سماوى يكون أساسا لحركة قهفية كما تم ذلك فى الشريعة الإسلامية .

(٢) لم يكن أمام الانجليز اذن غير العادات السكسونية والعادات النورماندية تبدأ بها شريعتهم : وحيث يكون القانون مجموعة من العادات ، فإن القضاء هو خير أداة لتقريرها ، فتتلمس الناس التقرير الرسمى لهذه العادات فى قضاء المحاكم .

(٣) وللعقلىة الانجليزية أثر كبير فى جعل القضاء مصدرا للقانون ، فهى عقلية عملية ، تتجافى عن النظريات والتفكير المنطقى وتسكن الى الحقائق الواقعة ، وعقلية كهذه تجد قانونها فى القضاء لا فى الفقه .

لا يكاد يكون للفقه اذن نصيب فى تكوين القانون الانجليزى لاسيما فى العصور السالفة ، واذا وجد فى العصور الحديثة بعض فقهاء من الانجليز انقطعوا للفقه وتخصصوا للدراسة النظرية ففى الماضى لم يكن هناك قهية انصرف للفقه الخالص ، بل كان بعض القضاة والمحامين يقومون بعمل بعض المؤلفات القهفية التى تغلبت فيها الصبغة العلمية .

فالقضاء هو الذى كون القانون الانجليزى وأصبح مصدره الرسمى . ولم تكن القوة الملزمة للقضاء الا نتيجة لأحكام القضاء نفسها ، فالقضاء الانجليزى هو الذى فرض نفسه ، وأخذ الناس بالسوابق القضائية وساعده على ذلك أنه كان قليل العدد ، كبير الكفاية ، عزيز المكانة الاجتماعية ، فبنى من التقاليد ما جعل الناس تألف احترام أحكامه ، وتدرج فى هذا الطريق حتى أصبحت أحكامه ملزمة .

ويمكن تقسيم القضاء الانجليزى الى ثلاثة عهود :

(العهد الأول) من وقت الفتح النورماندى فى النصف الأخير من

العهد الأول
توحيد العادات



القرن الحادى عشر الى قيام محاكم (المدالة) فى القرن الرابع عشر . وفى هذا العهد أنشأ النورمانديون محاكم عامة للبلاد ، بعد أن كانت المحاكم محلية ، وصارت هذه المحاكم تنتقل من جهة الى أخرى ، ثم تتجمع فى لندن . وهذه هى المحاكم التى وضعت أساس القانون الانجليزى فانها وحدت العادات المتضاربة المختلفة فى البلاد الانجليزية . وصاغت من هذه العادات الموحدة مبادئ القانون الانجليزى المعروف باسم « القانون العام » فالقانون العام أساسه اذن العادات القديمة ، ولكن القضاء الانجليزى تناول هذه العادات المتفرقة المهمة المتناقضة فجمع شتاتها ، ووضح معالمها ، وصاغها قانونا قابلا للتطبيق وقد اتسمت الآراء فى تحديد نصيب القاضى فى صنع « القانون العام » ففريق (على رأسه هيل وبلاكستون) يرى ان القاضى لم يصنع القانون العام ، بل ان هذا القانون هو وليد العادات ، والقاضى يكشف عن هذه العادات ويقرها قانونا ، ويذهب فريق آخر (على رأسه اوستن ودابسى) الى ان القاضى هو الذى صنع (القانون العام) ، وان العادات ليست الا مصدرا تاريخيا للقواعد القانونية لا مصدرا رسميا لها ، ولكن النظرية الحديثة تأخذ بالقدر الصحيح فى كل من النظريتين ، فتجعل « للقانون العام » الانجليزى مصدرين . العادات والقضاء ؛ فتارة كان القاضى يرى امامه عادات موجودة وما عليه الا أن يطبقها ؛ فهو فى هذه الحالة يكشف عن القانون ويقره ، لا ينشئه ويصنعه ، وطورا كان يتفقد القاعدة القانونية فلا يجدها فى عادات محدودة واضحة ، فيضع القاعدة بعد أن يجر العادات ويهذبها وهو فى هذه الحالة ينشئ القانون ويصنعه ، لا يكشف عنه ويقره .

العهد الثانى :
قانون المدالة

(العهد الثانى) من وقت قيام محاكم « المدالة » فى القرن الرابع عشر حتى وقت توحيد « قانون المدالة » و « القانون العام » فى أواخر القرن



التاسع عشر : والسبب في قيام « محاكم العدالة » هذه ان « القانون العام » كان شديد التعقيدات ، كثير الأوضاع والاشكال ، بطيء التطور فأنشأ « مستشار الملك ديوانا ينظر في المظالم ، وينصف الناس من جمود « القانون العام » وما زال هذا الديوان يتسع ويتحدد اختصاصه حتى انقلب محاكم تأخذ بقواعد العدالة ، غير مقيدة بتقاليد « القانون العام » وما تضمنه من أوضاع وأشكال^(١) وصارت الأحكام التي تصدرها « محاكم العدالة » سوابق قضائية ملزمة ، لا يجوز الانحراف عنها في القضايا المماثلة « محاكم العدالة » هي التي خلقت اذن « قانون العدالة » . ولا يرد هنا الخلاف الذي ورد في « القانون العام » هل هو من صنع القضاء أو هو وليد العادات ، فلا شك في أن « قانون العدالة » هو من وضع القضاء .

(العهد الثالث) من وقت توحيد « قانون العدالة » « والقانون العام » الى وقتنا هذا . رأينا نشوء « قانون العدالة » وتطوره ونموه ، حتى صار قانونا مستقلا الى جانب « القانون العام » له محاكم تطبقة ومؤهلات تشرحه . وبقي ينافس « القانون العام » حقبة طويلة ، وهو يتقوى وتستقر مبادئه على الزمن . وقد أخذت كفته ترجح كفة « القانون العام » منذ القرن السابع عشر ، فأصبح من حق « محاكم العدالة » أن توقف تنفيذ حكم صادر من « محاكم القانون العام » وأصبحت القاعدة اذن أن « القانون العام » لا ينفذ الا حيث لا يصطدم مع « قانون العدالة » وفي هذا ظفر عظيم « لمحاكم العدالة » « ولبادئ العدالة » وقد تم تسجيل هذا الظفر في أواخر القرن التاسع عشر ، اذ صدر قانون في سني

العهد الثالث :
توحيد قانون العدالة
والقانون العام

(١) أنظر في بعض الامثلة الى كتاب الأستاذ محمد فؤاد مهنا باللغة الفرنسية في « نصيب القاضي في صنع القانون الانجليزي وفي صنع الشريعة الاسلامية » باريس سنة ١٩٣٠ ص ٧٨ و ص ١٠٦ .



١٨٧٣ - ١٨٧٥ يمزج « محاكم العدالة » بمحاكم « القانون العام » ويخلق منها نظاما واحدا يطبق القانون العام في النواحي التي لم يدخل عليها « قانون العدالة » تعديلا ، والا فقانون العدالة هو الذي يطبق . وهكذا اختلط « القانون العام » « بقانون العدالة »^(١) وصار قانونا واحدا هو في الواقع من صنع القضاء .

المبحث الثاني

الفقه والقضاء في القوانين الحديثة

١٢٦ - تزعتان مختلفتان في القوانين الحديثة

أما في القوانين الحديثة فنصيب الفقه والقضاء يختلف حسب النزعة المتغلبة . وهناك نزعتان مختلفتان في القوانين الحديثة ، النزعة السكسونية والنزعة الرومانية .

النزعة السكسونية :
القضاء يتغلب

فالنزعة السكسونية تسود حيث يوجد القانون الانجليزي ، في بريطانيا وامريكا واستراليا وجنوب افريقيا والهند وغيرها من البلاد وهي لا تقيم للفقه وزنا كبيرا ، ولكنها تأخذ بالقضاء فتجعله من أهم المصادر الرسمية للقانون .

النزعة الرومانية :
القضاء والفقه
يعاونان

والنزعة الرومانية تتجلى في البلاد اللاتينية كفرنسا وبلجيكا وايطاليا واسبانيا ، وتتجلى كذلك في البلاد الجرمانية كالمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا . وهذه النزعة لا تعطى للقضاء هذا الشأن الكبير ، فلا تجعله مصدرا رسميا للقانون^(٢) ولكنها تعني به فتجعله مصدرا تفسيريا هاما .

(١) كما امتزج القانون المدني بالقانون البريطاني في القانون الروماني .

(٢) على انه يوجد نص في القانون السويسري يقضى بأن القاضي اذا لم يجد نصا في القانون ينطبق على القضية التي أمامه يحكم فيها بما لو كان هو المشرع وطلب اليه أن يضع القاعدة القانونية التي تنطبق على القضية .



أما الفقه فيرتفع عندها الى مكانة تدانى مكانة القضاء فهو اذا لم يكن مصدرار رسميا للقانون فان له شأننا كبيرا كمصدر تفسيري . فالفقه والقضاء في هذه البلاد مكانتهما واحدة من حيث هما مصدران تفسيريان .
ونختار القانون الانجليزي ممثلا للنزعة السكسونية ، والقانون الفرنسي ممثلا للنزعة الرومانية .

١٢٤ - الفقه والقضاء في القانون الانجليزي الحديث

أما الفقه فلا شأن له في تكوين القانون الانجليزي كما قدمنا ، وان كان هناك من الشواهد ما يدل على ان رجال القانون في انجلترا أخذوا يهتمون بالفقه فان التوسع في تدريس القانون في الجامعات كان من شأنه أن يصرف البعض الى دراسة القانون دراسة قهية ، ومن أشهر فقهاء الانجليز في هذا العصر الحديث بولوك ودايسي وهولند وأنسون . ولكن الفقيه لا يزال بعيدا عن التأثير في القانون الانجليزي ، بله تكوينه ، ولا يزال القانون الانجليزي من صنع القاضى ومن صنع المشرع .

ولا شأن لنا بالمشرع في هذا المقام ، وانما نقف عند القاضى . فقد قدمنا أن « القانون العام » « وقانون العدالة » امتزجا وصارا قانونا واحدا تطبقه المحاكم الانجليزية على اختلاف درجاتها ، وعلى رأس هذه المحاكم مجلس اللوردات ، ثم محكمة الاستئناف ، ثم محاكم أول درجة . وتقضى القاعدة بأن قضاء مجلس اللوردات ملزم لهذا المجلس ولسائر المحاكم الانجليزية وبعبارة أخرى يعتبر قضاء مجلس اللوردات قانونا يجب تطبيقه في القضايا المماثلة ، ويلتزم بتطبيقه محاكم أول درجة ومحكمة الاستئناف ومجلس اللوردات نفسه . وقضاء محكمة الاستئناف يلزم محاكم أول درجة باعتباره قانونا يجب تطبيقه في القضايا المماثلة . أما قضاء محاكم أول درجة بالنسبة لهذه المحاكم وبالنسبة لمحكمة الاستئناف وللمجلس اللوردات

الفقه :
ليس له شأن

القضاء :
السوابق القضائية
ملزمة



فيعتبر قانونا ملزما لا تجوز مخالفته الا اذا توافر شرطان ، الشرط الأول أن يأتي هذا القضاء مخالفا للقانون أو العدالة ، والشرط الثاني ألا يكون قد مضى عليه وقت طويل حتى لا تطمئن الناس الى استقراره وتجري تعاملها على مقتضاه (١) .

ونرى من ذلك الى أي أحد وصل احترام القضاء في القانون الانجليزي وكيف أن المحاكم الانجليزية تأخذ بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما ، وقد يصل الأمر الى أن مجلس اللوردات وهو أعلى محكمة قضائية ، يتقيد بقضاء محاكم أول درجة ، ولا يجوز له أن ينحرف عن هذا القضاء الا بالشرطين المتقدم ذكرهما .

ولما كان القضاء الانجليزي على هذا القدر من الأهمية ، فقد جمعت مجموعات السوابق القضائية السوابق القضائية في مجلدات ضخمة ، يرجع اليها رجل القانون في إنجلترا كما يرجع رجل القانون في فرنسا الى نصوص التقنينات الفرنسية وترجع هذه السوابق القضائية في القدم الى القرن الثالث عشر .

١٢٨ — الفقه والقضاء في القانون الفرنسي الحديث

للقه في القانون الفرنسي مكانة أعظم بكثير من مكانة الفقه في القانون الانجليزي ، أما القضاء فكانته في القانون الأول تقل عن مكانته

(١) أما قضاء المحاكم الأخرى ، كالمحاكم الأيرلندية والمحاكم الأمريكية ومحكمة استئناف المستعمرات ، فهو غير ملزم للمحاكم الانجليزية وإنما تستأثر به هذه المحاكم على النحو المتبع في البلاد اللاتينية والجرمانية . ويلاحظ أن قضاء مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف ومحاكم أول درجة لا يكون ملزما الا في المبادئ القانونية التي يكون تقريرها ضروريا لفصل في الأفضية التي ورد فيها هذا القضاء ، أما المبادئ القانونية التي يقرها القضاء على سبيل التبسيط والتوسع فهي غير ملزمة (أنظر في القضاء الانجليزي سالمون في علم أصول القانون لندن سنة ١٩٢٥ الطبعة السادسة ص ١٥٩ - ١٧٨) .



في القانون الثاني فهذا الارتفاع عن مكانة الفقه ، وهذا النزول في مكانة القضاء ، يقرب الشقة بينهما ويجعلهما متساوي الأثر في القانون الفرنسي . والفقه والقضاء كلاهما مصدر تفسيري في القانون الحديث وليس بمصدرين رسميين كما كان الأمر في القانون الروماني وكما هو في القانون الانجليزي بالنسبة للقضاء .

القضاء :
السوابق القضائية

وإذا كان القضاء في فرنسا قد أخذت أهميته تزداد شيئاً فشيئاً وقد اقترب منه الفقه ، فتارة يقتفى أثره وطورا يسير في طليعته ، فإنه لا يزال من الناحية النظرية معادلاً للفقه من حيث أنه مصدر تفسيري لا مصدر رسمي ، وإن كان من الناحية العملية يمتاز على الفقه في أن أحكامه هي التي تنفذ على المتقاضين . على أن السوابق القضائية في فرنسا يستأنس بها ، وليست ملزمة كما هو الأمر في إنجلترا على ما قدمناه ، وكثيراً ما تصطدم المحاكم الاستئنافية مع محكمة النقض في أحكامها ، بل كثيراً ما تعدل محكمة النقض نفسها عن المبادئ التي قررتها . ولا يكون حكم محكمة النقض ملزماً إلا في حالة خاصة ، هي أن تنقض حكماً ، وترجع القضية إلى المحكمة الاستئنافية ، فتقضى فيها ، فيرفع نقض آخر عن الحكم الثاني لنفس الأسباب الأولى ، فتقضى محكمة النقض في دوائرها المتجمعة في هذا النقض ، فإن قضت بنقض الحكم الثاني لنفس الأسباب التي نقضت من أجلها الحكم الأول ، فإن المحكمة التي تحال إليها القضية تلتزم بتطبيق للبدأ القانوني الذي قرره محكمة النقض في هذه القضية دون غيرها ، فإن لم تفعل ، ورفع نقض عن الحكم الثالث ، فإن محكمة النقض نفسها تلتزم بتطبيق للبدأ الذي قرره . ونرى من ذلك إلى أي حد ضيق يكون حكم محكمة النقض ملزماً . على أنه حتى في هذا الحد الضيق ، لا يكون حكمها ملزماً باعتباره قانوناً يطبق على القضايا للمائلة ، بل هو ملزم بمعنى أنه واجب



التطبيق في قضية معينة بالنات . والفرنسيون حريصون على ألا يجعلوا أحكام القضاء قوانين ملزمة احتراماً لمبدأ فصل السلطات ، فالسلطة القضائية ليس من وظائفها أن تشرع ، بل هي تقتصر على تفسير القوانين وتطبيقها . وقد حرمت المادة الخامسة من القانون للدني الفرنسي على القضاة أن يضعوا للفصل في احدي الدعاوى مبدأ عاماً يطبق في القضايا المتماثلة وقد كان هذا الحق ثابتاً للمحاكم الفرنسية القديمة التي كانت تدعى « بالبرلمانات » فنزع هذا الحق من المحاكم ، حتى لا تكون سلطة قضائية وسلطة تشريعية في وقت واحد^(١) .

وكذلك الفقه في فرنسا ليست مهمته أن يشرع ، ولا يوجد في القانون الفرنسي الحديث ، كما وجد في القانون الروماني ، فقهاء تكون فتاواهم ملزمة للقضاء ، كما ان الفقهاء المجتهدين لا تعتبر أقوالهم مصدراً رسمياً للقانون كما كان شأن الاجتهاد في الشريعة الاسلامية . فهما عظمت منزلة الفقيه لا يكون رأيه ملزماً للقضاء ، بل ان القاضي يستأنس برأى الفقيه ، وله بعد ذلك أن يأخذه أو لا يأخذ ، فالفقيه في فرنسا يفسر القانون ولكنه لا يصنعه .

ونرى من ذلك ان الفقه والقضاء في فرنسا يتعاونان على تفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً بما تقتضيه المبادئ العلمية والحاجات العملية . ثم ان الفقه بعد ذلك لا يكون ملزماً للقضاء كما أن القضاء لا يكون ملزماً للفقه ؛ فالسبيل مفتوح أمامهما للتعاون وللرقابة . فالقاضي يتعاون مع الفقيه ويراقبه . والفقيه يتعاون مع القاضي ويراقبه . ورأى كل منهما . بل رأى كليهما لا يكون ملزماً باعتماده قانوناً ، وان كان له من الوزن ما يسمح

(١) على أن القضاء (اذا لم يجد نصاً يطبقه في قضية معينة) قد يستنبط الحكم القانوني من مصادره المختلفة (فهو في هذه الحالة يشرع) ولكن تشريعه مقصور على قضية معينة .



بالتأثير في القانون تأثيرا عظيما . وكثيرا ما يكون الرأى الذى يجمع عليه
الفقه والقضاء مصدرا تاريخيا للقانون وان لم يكن مصدرا رسميا . وهذا
التعاون ما بين الفقه والقضاء في فرنسا هو من خير الوسائل لترقية القانون ،
وقد قدمنا ان لكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوبا ، فالتعاون يوفر المزايا
ويجنب العيوب ، فيكون الفقه والقضاء كل منهما مكمل الآخر .

على ان هذا التعاون ليس قديما . فقد كان الفقه والقضاء ، في الجزء
الأكبر من القرن التاسع عشر . بعيدين أحدهما عن الآخر يعيش الفقه
وحده بين جدران الجامعات ، بمعزل عن القضاء الذى تطبقه المحاكم . وقد
نشأ عن عزلة الفقه هذه أن صار فقها خياليا بعيدا عن الحياة العملية .
ونشأت مدرسة فقهية هي مدرسة (الشرح على المتون) لا تعترف الا
بالنصوص التشريعية مصدرا للقانون ، تقف عندها ، ولا تنظر ما وراءها .
فالنصوص وحدها هي التى تتضمن القانون . ويجب تفسير هذه النصوص
بما ينطبق على نية المشرع الحقيقية وقت وضع هذه النصوص ولا يبالون
بعد ذلك بالمصادر الأخرى للقانون ما دامت لم تدخل في نطاق التشريع .
ولا يكثرثون بتطور النظم الاجتماعية ، وبماله من أثر في النصوص
التشريعية . فعندهم ان العبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ،
لا بنيته المحتملة وقت تطبيقه . وبقيت هذه المدرسة تسود الفقه الفرنسى
طوال القرن التاسع عشر ، الى أن أصبح الفقه تعبيرا خياليا عن القانون .
وأصبحت دراسته في الجامعات دراسة نظرية ، لا تمت بصلة الى الحياة
العملية . أما التعبير الحى عن القانون فيلتبس في القضاء . وقد أدرك
الفقهاء المحدثون هذه الحقائق فهجروا المدرسة التقليدية (مدرسة الشرح
على المتون) واقربوا من القضاء ، ونظروا الى القانون وهو يطبق في الحياة
العملية . فوجدوه شيئا آخر غير القانون الذى يشرح في الكتب . وعلوا

انزال الفقه عن
القضاء في القرن
التاسع عشر



أن القانون ليس محصورا في النصوص التشريعية ، وأن هناك مصادر أخرى للقانون على الفقه وعلى القضاء أن يستنبط منها ما تمجز النصوص التشريعية عن توليده من القواعد القانونية . وكان القضاء بقريزته مدركا لهذه الحقيقة عاملا بمقتضاها ، فاقرب الفقه من القضاء وأخذنا في التعاون على النحو الذي قدمناه (١) .

١٢٩ - نصيب الفقه والقضاء في تكوين القانون المصري

مصادر القانون
المصري :

القانون المصري مأخوذ من مصادر مختلفة ، أهمها مصدران ، القانون الفرنسي والشريعة الاسلامية . المصدر الأول أخذ عنه المشرع المصري قانون المعاملات المدنية والقوانين التجارية والبحرية والجنائية وقوانين الاجراءات . والمصدر الثاني أخذ عنه قانون الأحوال الشخصية . والقانون الفرنسي مصدر تاريخي للقانون المصري . أما الشريعة الاسلامية فهي مصدر رسمي .

الاحوال الشخصية

أما نصيب الفقه والقضاء في تكوين قانون الأحوال الشخصية فهو نفس نصيبها في تكوين الشريعة الاسلامية . وقد تقدم بيان ذلك .

المعاملات

وكذلك نصيب الفقه والقضاء في تكوين قانون المعاملات المدنية والقوانين الأخرى هو نفس نصيبها في تكوين القانون الفرنسي . الا انه مما يجدر ذكره هنا أن المشرع المصري ، عند ما نقل تقنيناته عن التقنينات الفرنسية ، أخذ في بعض المسائل بالقضاء الفرنسي لا بالتشريع . مثل ذلك الهبة في صورة البيع وجواز تخفيض أجر الوكيل . فيكون للقضاء الفرنسي

(١) والمؤلفات الفقهية في القانون الفرنسي كثيرة ، منها المطول والمختصر ، وقد اشتهر الفقه الفرنسي بوضوحه وبمحسن ترتيبه . ومن أهم المطولات الحديثة في الفقه المدني بودري وبلانيول ، ومن أهم المختصرات بلانيول وكولان مع كاييتان وجوسران . ولاحكام القضاء في فرنسا بمحطات كثيرة أشهرها دالوز وسيري .



التالى للتشريع أثر مباشر فى تكوين القانون المصرى .

١٣٠ - الفقه والقضاء مصدران تفسيريان لا مصدران رسميان :

الفقه والقضاء
مصدران تفسيريان

أما وقد وجد القانون المصرى . وكان نصيب الفقه والقضاء فى تكوينيهما هو القدر الذى ذكرناه ، فان الفقه والقضاء الآن لا يعدوان أن يكونا مصدرين تفسيريين للقانون المصرى ، وليس مصدرين رسميين . فالنزعة الرومانية اللاتينية ، لا النزعة السكسونية ، هى المتغلبة فى مصر .

١٣١ - الفقه والقضاء فى القوانين الأهلية والمختلطة :

هما مصدران تفسيريان كما قدمنا . تستأنس بهما المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة فى تفسير القانون . ولكن لما أن تأخذ بهما أو تدعها كما تفعل المحاكم فى فرنسا .

الفقه والقضاء
المصريان

وليس القضاء الأهلى فى مصر ملزما الا فى حالة واحدة ، هى أن يطمئن فى حكم بطريق النقض فينقض ، وتحال القضية الى المحكمة التى أصدرت الحكم للطعون فيه لتحكم هذه المحكمة فيها من جديد . ففى هذه الحالة يتحتم على المحكمة التى أحيلت اليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض والابرام فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة وحكم محكمة النقض ملزم فى هذه القضية بالنات دون غيرها . كما تقدم ذلك فى قضاء محكمة النقض الفرنسية .

على ان المحاكم المصرية ، كما تستأنس بالفقه والقضاء المصريين ، كثيرا ما تستأنس بالفقه والقضاء فى فرنسا . ويرجع السبب فى ذلك الى ان القوانين المصرية مأخوذة من القوانين الفرنسية كما قدمنا . فتفسير الفقه والقضاء الفرنسيين للقوانين الفرنسية يصلح فى أغلب الأحيان تفسيرا

الفقه والقضاء
الفرنسيان



للقوانين المصرية . ثم ان الفقه والقضاء في مصر لا يزالان في مراحلهما الأولى من التقلم ، وهما بعد كثيرا التقليد للفقه والقضاء الفرنسيين ، سريرا التأثر بهما ، فتؤثر المحاكم المصرية في كثير من الأحوال أن ترجع الى الأصل دون التبعية . ونرى من ذلك أن الفقه والقضاء في حاجة الى استكمال نضوجهما حتى يتمكننا من الاستقلال والاستغناء عن المصادر الأجنبية .

فالفقه المصري ليس له طابع شخصي ، ويكاد يكون تقليدا محضا للفقه الفرنسي ، على وفرة للؤلؤات الفقهية والرسائل والمجلات في القانون المصري في جميع فروعه ، من أهلي ومختلط وعلى اختلاف المؤلفين من مصريين وأجانب . « ولسنا ننكر ما قامت به أساندة القانون وغيرهم من جهود جلية فتحت الباب لمن أتى بعدهم يترسم خطاهم . الا أننا أصبحنا بحمد الله أمة طموحا تبغى الدنو أبدا من الكمال . ولا تزال المرحلة التي قطعناها . على ما فيها من جهود ومشقة صغيرة الى جنب المراحل التي بقي علينا أن نجتازها واذا كنا قد وقفنا الى تأدية الفقه الحديث في لغة عربية صحيحة غير مضطربة وغير سقيمة . فقد بقي أمامنا خطوتان أخريان أجل شأننا وأكبر خطرا علينا أولا أن « نمصر » الفقه فنجعله قهبا مصرية خالصة نرى فيه طابع قوميتنا ونمخس أثر عقليتنا . ففقهنا حتى اليوم لا يزال هو أيضا يحتله الأجنبي . والاحتلال هنا فرنسي ، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا بأقل عنتا من أي احتلال آخر . لا يزال الفقه المصري يتلمس في الفقه الفرنسي الهادي المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أفته أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظله اللاصق وتابعه الأمين . فاذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا وأن نفرغه في جو مصري ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية بقي علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة فنخرج من الدائرة القومية الى الدائرة العالمية وتؤدي قسطا مما تفرضه علينا الانسانية ضريبة في سبيل



تقدم الفقه العالمى أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن
(ومن أهم الوسائل فى الوصول الى ذلك العناية بالشريعة الاسلامية)
شريعة الشرق ، ووحى الهامه ، وعصارة أذهان مفكره ، نبتت فى صحرائه ،
وترعرعت فى سهوله ووديانه ، فهى قبس من روح الشرق ، ومشكاة من
نور الاسلام ، يلتقى عندهما الشرق والاسلام فىضىء ذلك بنور هذا
ويسرى فى هذا روح ذلك . حتى ليمزجان ويصيران شيئاً واحداً . هذه
هى الشريعة الاسلامية لو وطئت أكنافها ، وعبدت سبلها ، لكان لنا فى
هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال فى قهنا وفى قضائنا وفى
تشريعنا ، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد ، فنضىء به جانبا من
جوانب الثقافة العالمية فى القانون . » (١)

وكذلك القضاء المصرى فهو لا يزال يستمد غذاءه من القضاء
الفرنسى ، ويكاد لا يستغنى عنه ، وان كان قد وصل فى طريق الاستقلال
الى مرحلة أبعد من مرحلة الفقه ، سواء فى ذلك القضاء الأهلى والقضاء
المختلط ، لاسيما بعد أن أنشئت محكمة النقض الأهلية ، وتهدبت المجموعات
التي تشر بها الأحكام القضائية الأهلية والمختلطة . (٢)

على ان الفقه والفقهاء فى مصر لا يزالان يعيشان كل منهما بمعزل
عن الآخر ، ولا صلة بينهما الا أنهما ينهلان من مصدر واحد ، هو الفقه
والقضاء الفرنسيان . والطريق مفتوح لجهود مشتركة منظمة ، يتعاون فى
بذلها الفقه والقضاء . فاذا عنى القضاة بكتابة أحكامهم على أسس قهنية

انزال الفقه عن
القضاء فى مصر

(١) من الكلمة الافتتاحية لكتابنا : « النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول
فى نظرية القصد » .

(٢) وأهم هذه المجموعات المجموعة الرسمية وبجدة الهاماة فى القضاء الأهلى
ومجموعة التشريع والقضاء المختلط وجازيت الحاكم المختلطة فى القضاء المختلط .



متينة ، وبنشر هذه الأحكام ، وعنى الفقهاء بالتعليق على أحكام المحاكم والاستئناس بها فيما يقررونه من المبادئ الفقهية ، وتيسر لرجال الفقه أن يعيشوا في بيئة قضائية ، ولرجال القضاء أن يعيشوا في بيئة فقهية ، فان هذا الامتزاج لا شك أحدث أكبر الأثر في تهذيب كل من الفقه والقضاء .

١٣٢ - الفقه والقضاء في قانون الأحوال الشخصية :

بالرغم من أن الفقه والقضاء كان لهما أثر كبير في تكوين الشريعة الإسلامية ، شريعة الأحوال الشخصية ، فانهما الآن في مصر ليسا الا مصدرين تفسيريين ، وليست لهما الا أهمية ثانوية حتى بهذا الاعتبار .

أما قضاء المحاكم الشرعية فليس من شأنه الا أن يطبق أحكام الشريعة الإسلامية على الأفضية التي تعرض لهذه المحاكم . والقضاة الشرعيون مقيدون — عدا مسائل معينة مذكورة في نصوص شرعية — بأن يأخذوا بأرجح الأقوال من المذهب الحنفي . فهم مقلدون لا مجتهدون ، ومقلدون في مذهب واحد ، وفي قول من هذا المذهب فلا عجب اذا لم يكن للقضاء الشرعي أثر كبير في النهوض بالشريعة الإسلامية ، والأخذ بها في طريق التطور ، حتى تماشى مقتضيات المدنية الحاضرة ^(١) .

أما الفقه الشرعي فهو بعيد بعد القضاء عن التأثير في الشريعة الإسلامية . وفقهاء الشريعة الإسلامية في مصر في العصر الحاضر كلهم مقلدون ، وان كان عند البعض نزعة الى الاجتهاد . وأمام هذا الفريق الأخير هو الأستاذ الامام المرحوم الشيخ محمد عبده ، فقد كان لمؤلفاته وفتاواه الحرة المطابقة لروح العصر أثر كبير في تنبيه الفقهاء الى وجوب

(١) وتجمع مجلة المحاماة الشرعية احكام القضاء الشرعي من عهد غير بعيد .



فتح باب الاجتهاد من جديد . على ان أحدا من الفقهاء المعاصرين لا يكاد يجرؤ أن ينسب الى نفسه الاجتهاد ، مها اشتدت نزعته الى ذلك ، لما تأصل في فكرة جمهور الفقهاء من أن باب الاجتهاد قد أقفل الى الأبد ، وفي هذا من الجلود على القديم ما نهى الله عنه ، وما لا يتفق مع سنة التطور التي يخضع لها القانون .

ولبعض فقهاء الشريعة الاسلامية فضل كبير في كتابة بعض أبواب الفقه الاسلامي ملخصا في أسلوب عصري ، قريب التناول ، سهل الفهم على جمهور المتعلمين . وقد مهدت هذه الكتب والرسائل والمقالات لدراسة الشريعة الاسلامية في المعاهد الأزهرية ، وكثيرا ما يستعان بها في المحاكم عند الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية والمعاملات والوقف . وقد قنن المرحوم قلدري باشا هذه الأحكام ، واستعان في ذلك بجهود بعض الفقهاء . وكانت تقنيناته هذه هي الأساس الذي بنى عليه الفقهاء الذين تقدمت الاشارة اليهم أكثر ما كتبوه ، فكانت هوم التقنينات عندهم مقام النصوص التشريعية . وندع جهود فقهاء المنود والمستشرقين ، فهي غير محسوبة ضمن الحركة الفقهية في مصر . ويلاحظ أن بعض الجهود الفقهية التي أشرنا اليها صدرت من علماء غير مختصين في الفقه الاسلامي كالمرحوم قلدري باشا ، والبعض الآخر صدر من مختصين . ولكنهم تخرجوا من معاهد غير الأزهر . أما للمعهد الأزهرى فله أن يفخر بأن يكون الأستاذ الامام وتلاميذه الأعلام من متخرجيه ، على انه يحمل في عنقه أمانة هذه الشريعة المحمدية وعليه أن يضطلع بهذه المسؤولية الخطيرة في الجيل الحاضر كما اضطلع بها في الأجيال الماضية .



الباب الثاني

فروع القانون

١٣٣ - تقسيم القانون الى قانون دولي وقانونه داخلي :

ينقسم القانون اقساما أوليا الى قانون دولي (droit international)

وقانون داخلي (droit interne) .

فالقانون الدولي ينظم الروابط الاجتماعية فيما بين أكثر من دولة
واحدة . والقانون الداخلي ينظم هذه الروابط داخل دولة واحدة .
القانون الدولي القانون الداخلي

الفصل الأول

القانون الدولي

١٣٤ - تقسيم القانون الدولي الى عام وخاص :

وينقسم القانون الدولي بدوره ، الى قانون دولي عام ،

(droit international public) وقانون دولي خاص (droit international

privé)

فالقانون الدولي العام ينظم الروابط العامة ما بين دولة وأخرى .
والقانون الدولي الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد المنتمين الى
دول مختلفة .
القانون الدولي العام القانون الدولي الخاص



الفرع الأول

القانون الدولي العام

١٣٥ - مسائل القانون الدولي العام :

قدمنا أن القانون الدولي العام ينظم الروابط العامة ما بين الدول^(١).
ولما كان لكل دولة سلطانها المستقل ، وكان لا بد لكل دولة أن تتصل
بالأخرى ، فالعلاقات التي تنشأ ما بين هذه الدول المستقلة لا بد أن تنظم ،
والقانون الدولي العام هو الذي يتولى تنظيمها .

قانون السلم

فحقوق الدولة في السلطان ، وفي البقاء ، وفي المساواة ، وفي الملكية ،
وفي القضاء ، كل هذه ينظمها القانون الدولي العام . كذلك ينظم هنا
القانون ما يجري بين الدول من تعامل بطريق التمثيل السياسي والتمثيل
الفنصلي ، وما يتم بينها من معاهدات واتفاقيات ، وما تتبعه من وسائل
لغض النزاع ما بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والتحكيم . وهذه هي
الروابط الدولية وقت السلم ، ولذلك سميت القواعد التي تنظم هذه الروابط
بقانون السلم .

فإذا ما نشبت الحرب بين دولة وأخرى ، فالعلاقات ما بين الدولتين
المتحاربتين ، من كيفية اعلان الحرب والأسلحة التي يجوز استعمالها ومعاملة
الأسرى والمفاوضة أثناء الحرب وطرق انتهاء الحرب وغير ذلك ، ينظمها
قانون الحرب أما الدول الأخرى التي لا تدخل الحرب فتكون علاقتها

قانون الحرب والحياد

(١) وزى أن يدخل أيضاً في دائرة القانون الدولي العام القواعد التي تنظم
الروابط ما بين الأفراد المنتمين الى دولة معينة وبين دولة أخرى أجنبية عن
الأولى باعتبارها سلطة طاعة ، وهذا ما يعبر عنه عادة بحق الأجنبي في الدولة .



بالدولتين المتحاربتين علاقة حياد ، وعلاقة الحياد هذه ، وما يتفرغ عنها من جواز ضبط المهربات الحربية والحصار البحري وغير ذلك ، ينظمها قانون الحياد .

الهيئات الدولية
الكبرى

وقد تمخضت الحرب الكبرى عن هيئات دولية جديدة ، أهمها عصبة الأمم ومحكمة العدل الدائمة ونظام العمل الدولي فتشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والاجراءات التي تتبعها في القيام بهذه الاختصاصات ، كل هذا يدخل ضمن قواعد القانون الدولي العام .

١٣٦ - مصادر القانون الدولي العام :

ولا يزال القانون الدولي العام في المراحل الأولى من نموه وتطوره . وهو يذكرنا في حالته الراهنة بما كان عليه القانون الداخلي في الأزمان السابقة من قصص في وسائل تنفيذه وأخذ الناس بأحكامه . فهو اليوم ، كما كان القانون الداخلي بالأمس ، يقوم على العادات والمعاهدات ، أى على ما ارتضته الدول ضمناً بحكم العرف ، أو صراحة بحكم الاتفاق . وقد أخذ الفقه والقضاء يكونان مصدرين له . أما الفقه فقد بدأ منذ القرن السابع عشر . وقد رأينا كيف أن جروسيوس (Grotius) الفقيه الهولندي المعروف هو الذى أسس القانون الدولي الحديث على مبادئ القانون الطبيعي ، وتماقت بعده فقهاء القانون الدولي يبسطون أصوله ويقررون أحكامه . أما القضاء فقد أخذ يتغلغل في القانون الدولي في العصر الحاضر من طريق التحكيم ، الذى بدأ يكون اختيارياً ، وهو يتطور الآن ليكون اجبارياً ، وعهد بتأدية العدالة الدولية الى هيئات وقتية ، تطورت بعد ذلك الى هيئات دائمة ومحكم ، وقد وقع تطور نظير ذلك في العدالة داخل الدولة .

العادات والمعاهدات

الفقه والقضاء



فالقانون الدولي يسير في الطريق الذي سلكه القانون الداخلي .
ولا يزال القانون الدولي ينقصه شيان جوهريان توافرا للقانون الداخلي .
الشيء الأول هو وجود هيئة تشريعية دولية ، تسن قوانين تلزم الدول .
وهذه الهيئة التشريعية الدولية لم توجد حتى الآن ، ولا نستطيع أن نلتصقها
في عصبة الأمم . فهذه العصبة ليست دولة فوق الدول ، بل هي مؤتمر
دائمى تجتمع فيه الدول في شيء من التنظيم والاضطراد ، يكفله تشكيل
هيئات دائمة لهذا المؤتمر . مع بقاء الانضمام الى عصبة الأمم والخروج منها
اختيارى موكول الى ارادة الدول أعضاء هذه العصبة . وهي اذا انضمت
لا تلتزم بتشريع تسنه العصبة الا اذا رضيت به وأخذ شكل معاهدة أو
اتفاقية . والشيء الثانى هو عدم وجود جزاء تطبقه سلطة عليا على الدول التي
تخرق القواعد الملزمة من القانون الدولي . وذلك انه لا توجد قوة دولية
تقوم بتنفيذ ما يقرره القانون الدولي من الأحكام حتى ما ارتضته الدول
من هذه الاحكام بطريق المعاهدات والاتفاقيات . واذا كان عهد العصبة
قد قرر ضرباً من العقوبات الاقتصادية والعسكرية على من يخالف هذا
العهد فان هذه العقوبات لا توقعها سلطة دولية ، بل توقعها كل دولة محتفظة
بكامل سلطانها .

عدم وجود أجزاء
تشريعية دولية

عدم وجود هيئة

على أنه اذا استمر تطور القانون الدولي ، وبقى مضطرباً الى حد
الوصول الى الهيئة التشريعية الدولية والى السلطة الدولية التي توقع الجزاء ،
فالقانون الدولي في ذلك الوقت لا يبقى دولياً ، اذ تكون الدول قد اندجت
في ضرب من الوحدة ، وأصبح القانون الذي ينظم ما بينها من روابط قانوناً
دستورياً لا قانوناً دولياً .

انتقال القانون الدولي
الى قانون دستورى



الفرع الأول

القانون الدولي الخاص

١٣٧ - مسائل القانون الدولي الخاص

قدمننا أن القانون الدولي الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد المتتمين الى دول مختلفة والأدق أن نقول ان كل قضية تثير احتكاكا ما بين قضاء دولتين أو قانون دولتين ، فيقتضى الأمر أن نحدد أى قضاء هو المختص وأى قانون هو الواجب التطبيق ، تدخل في دائرة القانون الدولي الخاص ، حتى لو كان الخصوم ينتمون جميعا الى دولة واحدة .

تنازع الاختصاص
وتنازع القوانين

فأية قضية تشتمل على عنصر أجنبي قد تثير مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص . والكثير من القضايا لا تشتمل على عنصر أجنبي فلا تثار فيها قواعد القانون الدولي الخاص . مثل ذلك مصرى يرهن لمصرى آخر أرضا في مصر مملوكة له ، فأى نزاع يقوم بشأن هذا الرهن يعرض على محكمة مصرية ، ويطبق فيه القانون للمصرى ، لكن اذا فرض ان الأرض المرهونة ليست في مصر بل في فرنسا ، وهى مملوكة لفرنسى رهنها لمصر فى مصر ، وقام نزاع بشأن هذا الرهن فهل يرفع هذا النزاع أمام محكمة مصرية ، هنا هو السؤال الأول ، ثم اذا قلنا يجوز رفع النزاع امام محكمة مصرية ، بئى ان نعرف أى قانون تطبقه المحكمة المصرية على هذا النزاع ، انطبق القانون للمصرى باعتباره قانونها أو باعتباره قانون أحد الخصمين ، ام تطبق القانون الفرنسى باعتباره قانون الخصم الآخر أو باعتباره قانون محل العقار ؟ هذا هو السؤال الثانى .^(١)

(١) ولو فرض أن كلام الراهن ، والمرتهن مصرى ، ولكن الأرض المرهونة فى فرنسا ، فتنازع الاختصاص وتنازع القوانين باق على حاله كما فى النزل المتقدم ، ولو أن الخصمين ينتميان الى دولة واحدة ، لأن القضية دخل فيها عنصر أجنبي =



والقانون الدولي الخاص هو الذي يجيب على كل من السؤالين ،
فيحدد عند تنازع الاختصاص المحكمة المختصة ، ويحدد عند تنازع
القوانين القانون الواجب التطبيق،

تنازع الاختصاص

أما تنازع الاختصاص فمن الأمثلة عليه ما يأتي : انجليزي احترف
التجارة في مصر ثم افلس ، وأعلنت محكمة مصرية افلامه ، رجع الانجليزي
بعد ذلك الى انجلترا وثار نزاع بينه وبين أحد دائنيه عرض على محكمة
انجليزية . فهذه المحكمة تبنت أولا فيما اذا كانت المحكمة للمصرية التي أعلنت
الافلاس مختصة في نظرها باعلان افلاس هذا التاجر . مثل آخر : لنفرض
ان انجليزية في فرنسا رفع دعوى طلاق على امرأته امام محكمة فرنسية .
فحكمت له بالطلاق ، وذهب الى انجلترا بعد ذلك وتزوج من أخرى . ثم
ثار نزاع بينه وبين مطلقة في صحة الطلاق ، وعرض النزاع على محكمة
انجليزية ، فهذه المحكمة تبنت أولا فيما اذا كانت المحكمة الفرنسية التي حكمت
بالطلاق مختصة بهذا الحكم في نظرها .

تنازع القوانين

أما تنازع القوانين فيعرض في الثلثين المتقدمين : في المثل الأول
عند ما تعلن المحكمة المصرية افلاس التاجر الانجليزي ، أي القانونين تطبق ،
القانون الانجليزي أم القانون المصري ؟ وفي المثل الثاني عند ما تقضى
المحكمة الفرنسية بالطلاق هل تطبق في قضائها هذا القانون الفرنسي وهو
قانون المحكمة أو القانون الانجليزي وهو قانون الزوجية ؟

ومن القواعد المتفق عليها في القانون الدولي الخاص ما يأتي :

(١) الشكل يطبق فيه قانون المحل مثل ذلك مصري كتب وصية

الشكل

= (هو وجود الأرض المرهونة في فرنسا) أوجب احتكاكا ما بين القضاء والقانون
في دولتين ، دولة مصر التي ينتمي اليها الحصان ودولة فرنسا التي توجد بها الأرض
المرهونة .



في فرنسا . ثم عرض أمر صحة الوصية على محكمة مصرية فالمحكمة المصرية تعتبر الوصية صحيحة من حيث الشكل اذا توافرت فيها الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون الفرنسي وهو قانون المحل الذي كتبت فيه الوصية .

(٢) في الأحوال الشخصية يطبق قانون الجنسية في بعض الدول ، وقانون الموطن في البعض الآخر . مثل ذلك مصرى مسلم رفع دعوى طلاق امرأته أمام محكمة فرنسية . فالمحكمة الفرنسية تطبق في هذه الدعوى الشريعة الإسلامية . قانون جنسية الزوجين .

(٣) في العقار يطبق قانون محل العقار . مثل ذلك عقار في فرنسا يملكه مصرى ورهنه . وعرض نزاع بشأن الرهن أمام محكمة مصرية . فالمحكمة المصرية تطبق القانون الفرنسي . وهو قانون محل العقار .

١٣٨ - طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص والفروغ بينها

وبين القانون الدولي العام :

وتبين مما تقدم أن قواعد القانون الدولي الخاص هي في الواقع من الأمر قوانين داخلية لا دولية . فكل دولة لها قواعدها ، تطبقها محاكم هذه الدولة كما تطبق أى قانون داخلي آخر . وتستمد هذه القواعد من التشريع أو من القضاء أو من الفقه أو من أى مصدر آخر من المصادر المعروفة للقانون .

الفروق بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص

ويتضح من ذلك أن هناك فرقا جوهريا بين قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد الدولي العام ، فالأولى قوانين داخلية كما قدمناه ، تطبقها المحاكم الداخلية . وقد يكون مصدرها التشريع ، ولها جزاء بخلاف قواعد القانون الدولي العام فقد رأينا أن لها محاكم دولية تطبقها ولا مصدر لها من



التشريع ، وليس لها جزاء .

على أن هناك نزعة واضحة ترمي الى توحيد قانون الدولي الخاص عند جميع الدول اما بتوحيد التشريع أو بمقتضى اتفاقيات وفي الحالة الأخيرة تكسب قواعد القانون الدولي الخاص صبغة دولية ، لا من حيث طبيعتها فحسب باعتبارها قواعد تنظم روابط ذات صبغة دولية ، بل من حيث مصدرها أيضا اذ تصير قواعد تستمد قوتها من المعاهدات الدولية .

التزمة الى توحيد
قواعد القانون
الدولي الخاص

الفصل الثاني

القانون الداخلي

١٣٩ - تقسيم القانون الداخلي الى خاص وعام :

وينقسم القانون الداخلي كما ينقسم القانون الدولي الى قانون عام (Droit public) وقانون خاص (Droit privé) .

القانون العام

فالقانون العام ينظم الشؤون الداخلية للدولة والسلطات العامة التي تشمل عليها وعلاقة الأفراد بها . والقانون الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد داخل الدولة .

القانون الخاص

الفرع الاول

القانون العام

١٤٠ - أقسام القانون العام :

ويشتمل القانون العام على الأقسام الآتية :

١ - القانون الدستوري (droit constitutionnel) وهو القانون

القانون الدستوري



الذى يقرر حقوق الفرد في الدولة ويحدد شكل الدولة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر وعلاقتها مع الأفراد .

٢ - القانون الادارى (droit administratif) وهو فرع من القانون الادارى ويتصر من السلطات العامة على السلطات الادارية ، فيبين النظم التى تقوم عليها ويحدد علاقاتها مع السلطات الأخرى وعلاقتها مع الأفراد .

٣ - القانون المالى (droit financier) وهو فرع من القانون الادارى ويتصر من السلطة الادارية على الناحية المالية منها فيبين نظام ميزانية الدولة ودخلها من ضرائب وممتلكات خاصة وخدم تؤديها وقروض ، وخرجها من ضروب الصرف على المرافق العامة .

٤ - القانون الجنائى أو قانون العقوبات (droit penal) ويبين الجرائم المعاقب عليها فى الدولة وقدر العقوبة فى كل جريمة فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الأعمال المنهى عنها والتي إذا ارتكبها الفرد اعتبر خارجا عن المجموع واستحق العقاب .

٥ - قانون الاجراءات الجنائية (droit de procedure penale) وهو فرع من القانون الجنائى ويبين الاجراءات التى تتبع لتطبيق أحكام القانون الجنائى كاجراءات التحقيق مع المتهم واحالته على المحكمة واجراءات محاكمته والأحكام الجنائية وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذها .
وهنا نحن نستعرض كل قسم من هذه الأقسام فى إيجاز تام .



المبحث الأول

القانون الدستوري

١٤١ - مسائل القانون الدستوري

قدمنا أن الدستور يحدد شكل الدولة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر ، وعلاقتها مع الأفراد ، وحقوق الفرد في الدولة^(١) . فاحدى المسائل التى يبحثها القانون الدستوري هى حقوق الفرد فى الدولة .

حقوق الفرد

وقد قامت الديمقراطية الحديثة على أن الفرد له حقان جوهريان : الحرية والمساواة . والحرية تشمل على الحرية الشخصية وحرية التملك وحرمة المسكن وحرية الرأى وحرية الدين وحرية الاجتماع وحرية التعليم . والمساواة تتضمن المساواة أمام القضاء والمساواة فى التوظيف والمساواة أمام التكاليف العامة .

شكل الدولة

ثم يبحث القانون الدستوري عناصر الدولة الأربعة (وهى جماعة من الناس واقليم وتنظيم وسلطان) وشكل الدولة من نواح مختلفة (ملكية وجمهورية . استبدادية وديمقراطية ودكتاتورية برلمانية وغير برلمانية ، بسيطة وعهدية الخ الخ) .

السلطات العامة

ثم يحدد القانون الدستوري السلطات العامة التى تتألف منها الدولة ، وهى السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، ويبين كيف تتألف كل سلطة منها والأعمال التى تقوم بها والصلاات التى بين كل سلطة بأخرى ، وعلاقة كل سلطة بالأفراد .

(١) . وزى أن يدخل فى دائرة القانون الدستوري القواعد التى تحدد الشروط الواجب توافرها فى الأفراد حتى ينتموا الى دولة معينة ، وهذا ما يعبر عنه عادة بقانون الجنسية .



ويلاحظ أن القانون الدستوري بالتحديد المتقدم يتسع حتى يندمج فيه القانون الإداري والقانون المالي والنظام القضائي . إلا أن العادة قد جرت أن تفصل هذه الفروع عن القانون الدستوري ويختص كل فرع منها بأبحاث خاصة مستقلة تسهلا للدرس .

المبحث الثاني

القانون الإداري والقانون المالي

١٤٢ - مسائل القانون الإداري والقانون المالي

يتناول القانون الإداري تنظيم السلطة التنفيذية كما قدمنا . ومن الممكن أن ننظر إلى السلطة التنفيذية نظرتين : النظرة الأولى نظرة إلى شيء ثابت لا يتحرك ، فيحلل إلى عوامله الأولى ويحدد لكل عامل ما يقوم به من الوظائف (le point de vue statique) والنظرة الثانية نظرة إلى شيء يتحرك ويعمل ، فتبين الوسائل التي يتدرع بها في العمل (le point de vue dynamique) وبحسب النظرة الأولى ، تحدد الهيئات الإدارية ، وهي الدولة في القمة ، ويليهما الهيئات الإقليمية ، ثم المجالس البلدية والمحلية والقروية ، ثم المؤسسات العامة . وكل هيئة من هذه الهيئات لها وظائف تقوم بها ، ومرافق عامة تتولى إدارتها . ثم هناك طريقتان للإدارة ؛ طريق المركزية centralisation ، وبمقتضاه تتركز الإدارة في يد الدولة ، ولا تعطى للهيئات الإقليمية ولا للمجالس البلدية الا قسط ضئيل من الاستقلال الذاتي ، وطريق اللامركزية decentralisation وبمقتضاه تتخلى الدولة عن كثير من شؤون الإدارة المحلية للهيئات الإقليمية والمجالس البلدية ، فتتمتع هذه بقسط كبير من الذاتية الإدارية .

الهيئات الإدارية

وظائفها



وبحسب النظرة الثانية ، تعمل الادارة من طريق موظفها ؛ وهؤلاء عند ما يقومون بواجباتهم توصف أعمالهم بأنها أعمال ادارية ، وتستعين الدولة في القيام بواجباتها بالأموال العامة . فهناك مسائل ثلاث : (١) الموظفون ، والقواعد التي تنظم علاقتهم بالدولة ، وهل هذه العلاقة مدنية أو قانونية ، وكيف يعينون وكيف يقالون ويستقبلون ، وكيف يحاكمون ، وما هي مسئوليتهم تجاه الدولة ، ومسئوليتهم تجاه الأفراد ، ومسئولية الدولة عنهم تجاه الأفراد ، وغير ذلك من القواعد الخاصة بالوظائف وبالموظفين . (٢) الأعمال الادارية ، وما هي طبيعة هذه الأعمال ، وكيف يميز بينها وبين أعمال السلطات الأخرى ، وما هي ضروب الرقابة عليها ، وبخاصة الرقابة القضائية ، وغير ذلك من الشؤون المتعلقة بالأعمال الادارية . (٣) الأملاك العامة وكيف تحدد ، وما هي مميزاتها ، ولأى نظام قانوني تخضع من ناحية التملك والانتفاع ، وما الى ذلك من النظم التي تتبع في الأملاك العامة .

الموظفون

الاعمال الادارية

الاملاك العامة

الضرائب

أجور الخدمات

غلة الاموال الخاصة

القروض

المصاريف

هذه هي مسائل القانون الادارى . أما مسائل القانون المالى فيمكن حصرها في ميزانية الدولة وهذه تنقسم الى دخل وخرج . والدخل له موارد متنوعة ؛ أهمها الضرائب بمختلف أنواعها ، ثم ما تتقاضاه الدولة أجرا عن خدمات تؤديها ، ثم ما تستولى عليه من غلة لأموالها الخاصة التي تملكها تملك الأفراد لأموالهم ، ثم القروض اذا لجأت لها الدولة لسد عجز في ميزانيتها أو لاستغلال مرفق من المرافق العامة التي تقوم بإدارتها . وأهم هذه المرافق الامن العام والصحة والقضاء والتعليم والشؤون الاقتصادية .



المبحث الثالث

قانون العقوبات

وقانون تحقيق الجنايات

١٤٣ - مسائل قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات

قدمنا ان قانون العقوبات يتناول تحديد الأعمال المنهى عنها اذ فيها خروج على المجتمع وتحديد الجزاء الذى يوقع على من يأتى هذه الأعمال .

فهو أولاً يحدد قواعد المسؤولية الجنائية ، ويبين أركان الجريمة ، ثم يتناول الجرائم واحدة بعد أخرى طبقاً لتقسيم منطقي يتوخاه ، فيحدد أركان كل جريمة ، والشروط الواجب توافرها حتى تقع الجريمة . وهو ثانياً يحدد عقوبة لكل جريمة وهى فى الغالب عقوبة ذات حدين ؛ حد أعلى لا يجاوزه القاضى ، وحد أدنى لا ينزل عنه .

والجرائم بوجه عام يمكن تقسيمها الى جرائم تقع على النولة مباشرة ، كالجرائم الخلة بأمن الحكومة الداخلى أو الخارجى ، وجرائم التمرد والمصيان ، والجمعيات والمطبوعات المضرة بالأمن العام ، والرشوة ، وتزييف المسكوكات . وجرائم تقع على الأفراد مباشرة (وتقع على المجتمع بطريق غير مباشر) ، منها الجرائم التى تقع على النفس ، كالقتل والجرح والضرب ، والجرائم التى تقع على المال ؛ كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة . والجرائم التى تقع على العرض ؛ كالوقاع وهتك العرض والزنا والتحريض على الفسق والفجور والتدفع والسب .

أما قانون تحقيق الجنايات فيبين الاجراءات الواجب اتباعها لتطبيق أحكام قانون العقوبات . فاذا وقعت جريمة وجب القيام بالتحقيق . فما هى



السلطة التي تقوم بالتحقيق ؟ وما هو مدى اختصاصها ؟ وكيف تقوم بالتحقيق ومتى تقبض على المتهم ومتى تقتش منزله ، ومتى تجبسه حبسا احتياطيا ، وكيف تحيله على المحكمة الجنائية اذا جمعت أدلة الادانة . ثم اذا أحيل المتهم الى المحكمة ، فكيف يحاكم ؟ وما هي القواعد التي تخضع لها الدعوى العمومية منفردة أو مجتمعة مع الدعوى المدنية ، وما هي اختصاصات النيابة العمومية ان وجدت والقواعد التي تخضع لها ، وما هي الاجراءات التي تتبع في المحاكم الجنائية من نحو سماع الشهود وأقوال المتهم واستحضر الخبراء والانتقال الى محل الواقعة ان وجدت ضرورة لذلك وسماع أقوال النيابة وأقوال الدفاع . ثم اذا صدر الحكم بادانة المتهم ، فما هي طرق الطعن في هذا الحكم ، من معارضة واستئناف وقض . ثم اذا أصبح الحكم نهائيا ، فكيف ينفذ . هذه هي المسائل التي يتناولها قانون تحقيق الجنايات ذكرناها اجمالا .

المحاكمة

الحكم

التفيذ

الفرع الثاني

القانون الخاص

١٤٤ - أقسام القانون الخاص :

وينقسم القانون الخاص الى ما يأتي :

(١) القانون المدني (droit civil) ، وهو أساس القانون الخاص ،

القانون المدني

واليه ترجع أحكام هذا القانون بوجه عام . ويقوم بتنظيم الروابط الخاصة ما بين الأفراد بعضها ببعض الآخر في المجتمع .

(٢) القانون التجاري (droit commercial) ويتخصص في جانبيه

القانون التجاري

من الحياة المدنية هي الحياة التجارية . فهو يحدد القواعد التي تنظم التجارة



والتجار في نشاطهم التجارى .

القانون البحرى (droit maritime) ، ويتخصص فى جانب من القانون البحرى الحياه التجارىه ، هى التجاره البحرىه . فهو يحدد القواعد التى تنظم التجاره فى البحار . ومن ذلك نرى أن القانون التجارى جزء من القانون المدنى ، والقانون البحرى جزء من القانون التجارى .

(٤) قانون للرافعات المدنيه والتجاريه (droit de procedure civile et commerciale) قانون المرافعات وينظم الاجراءات التى يجب اتباعها لتطبيق أحكام القانون المدنى والقانون التجارى .

المبحث الاول

القانونه المدنى

١٤٥ - تمهيد :

تقف قليلا عند القانون المدنى ، فهو أساس القانون الخاص كما قدمنا . فنقول كلمه فى تقسيماته ومسائله .

المطلب الاول

موضوعات القانونه المدنى

١٤٦ - تقسيم القانونه المدنى الى قانونه الاموال الشخصيه

وقانونه المعاملات :

القانون المدنى ينظر الى الفرد ، وينظر اليه باعتبارين : (أولا) باعتباره عضواً فى أسرة ، فننظم الروابط التى تربطه بهذه الأسرة يدخل فى



دائرة قانون الأحوال الشخصية . (ثانياً) باعتباره عضواً في المجتمع من حيث نشاطه المالي ، وتنظيم الروابط التي تربطه بأفراد المجتمع من هذه الناحية يدخل في دائرة قانون المعاملات . وتتناول كلا من الدائرتين يبحث وجيز .

١ - قانون الأحوال الشخصية

١٤٧ - تحديد دائرة الأحوال الشخصية :

يمكن تحديد دائرة الأحوال الشخصية بأنها الدائرة التي تشتمل على شيئين (أولاً) تحديد شخصية الفرد من الناحية القانونية (ثانياً) تنظيم روابط الفرد بأسرته .

١٤٨ - تحديد الشخصية :

تنولد للفرد الشخصية من الناحية القانونية منذ يكون جنيناً . فالجنين له أهلية وجوب ناقصة ، اذ يرث ويوصى له ويوقف عليه ، وهذا كله مشروط بأن يولد حياً . فاذا ما ولد كملت عنده أهلية الوجوب ، ويصبح أهلاً للتمتع بكل الحقوق . ولكنه يكون عديم التمييز . والتمييز هو المحور الذي ترتكز عليه أهلية الأداء . ويبقى الطفل معدوم أهلية الأداء حتى يصل الى سن التمييز ، فتوافر عنده أهلية اداء ناقصة ، ويستطيع أن يستعمل حقوقه فيما ينفعه تفهماً محضاً ، ولا يستطيع أن يستعمل هذه الحقوق فيما يضره ضرراً محضاً ، ويستعملها عنه وليه أو وصيه فيما هو دائر بين النفع والضرر . فاذا ما وصل الى سن الرشد كملت عنده أهلية الأداء ، واستطاع أن يستعمل كل حقوقه . الا اذا لحقه عارض من عوارض الأهلية ، وعوارض الأهلية الجنون والعتة والغفلة والسفه ،

أهلية الوجوب

أهلية الاداء



فيحجر عليه ، وينصب له قيم ، فأهلية الوجوب وأهلية الأداء ، ومراحل الأهلية المتعاقبة ، وسن التمييز وسن الرشد ، والحجر ، والولاية والوصاية والقوامة . كل هذه مسائل تدخل في دائرة الأحوال الشخصية^(١) .

١٤٩ - روابط الفرد بالأسرة :

وتشمل دائرة الأحوال الشخصية أيضاً تنظيم روابط الفرد بأسرته كما قدمنا . والفرد منذ يولد ينتمي الى أسرة معينة . وهنا تعرض مسائل النسب ، وكيف تثبت البنوة الشرعية . فاذا ما ثبت نسب الولد لأبيه ، التزم الأب بالافتاق عليه . وللولد حقوق في الرضاع والحضانة حتى يبلغ أشده ، ثم يتزوج . فعقد الزواج وما يتجمع حوله من مسائل (تكوين العقد وشروطه وما يترتب عليه من التزامات في جانب كل من الزوجين ، والمهر والنفقة ، وقرق النكاح من طلاق وخلع وفسخ ، وما يستتبع ذلك من علة ، وغير ذلك من مسائل الزوجية المعروفة) ، كل هذا ، الى جانب النسب وبقعة الأقارب والرضاع والحضانة ، يدخل في دائرة الأحوال الشخصية .

ويدخل في دائرة الأحوال الشخصية أيضاً الميراث ، إذ ينظم كيف يوزع مال الشخص بعد موته على أفراد أسرته ، بهذا الاعتبار فالميراث يحدد من هذه الناحية علاقة الفرد بأسرته . ويلحق بالميراث الوصية ، ويلحق بالوصية الهبة ، وكذلك الوقف ، هذه هي أمهات مسائل الأحوال

(١) كل ما قدمناه يدور حول الشخصية الطبيعية . وتوجد الشخصية المعنوية أو القانونية (personnalité juridique) الى جانب الشخصية الطبيعية . فيعطى القانون لمجموعة من الأفراد ، أو مجموعة من المال ، الشخصية المعنوية ، وتستطيع هذه المجموعة بمقتضاها أن تعيش من الناحية القانونية عيشة الشخص الطبيعي ، فتتلك ، وتتقادم ، وتتقاضى الخ . .



الشخصية اقتصرنا على استعراضها استعراضاً سريعاً .

ب - قانون المعاملات

١٥٠ - سلطة الشخص على المال :

ويمكن أن نركز قانون المعاملات في سلطة الشخص على المال .
فيجب أولاً تعريف المال ، ثم تقسيمه الى أقسام متنوعة ، عقار ومنقول ،
مثلي وقيمي ، قابل للاستهلاك وغير قابل للاستهلاك ، مادي ومعنوي ،
ملك ووقف ومباح وعام الخ الخ . . .

تقسيم المال

ثم ان الشخص يتسلط على المال اما بطريق مباشر ، بأن يخول له
القانون سلطة معينة على شيء معين ، وهذا هو الحق العيني (droit réel) ،
أو بطريق غير مباشر ، بأن يرتب التزاماً ذا قيمة مالية له في ذمة شخص
آخر ، وهذا هو الحق الشخصي (droit personnel) .

الحق العيني والحق
الشخصي

قانون المعاملات ينقسم اذن الى قسمين رئيسيين : قسم الحقوق
العينية وقسم الحقوق الشخصية .

ومنعرض لكل من هذين القسمين في شيء من التفصيل في مدخل
القانون المدني .

المبحث الثاني

القانون التجاري والقانون البحري

١٥١ - مسائل القانون التجاري والقانون البحري :

قدمنا أن القانون التجاري يتخصص من الحياة المدنية في ناحية
التجارة . فيضع القواعد التي تنظم حياة التاجر في نشاطه التجاري ، من

القانون التجاري



دفاتر ومسجلات وأعمال تجارية ، وشركات على مختلف أنواعها ، وقل تجارى ، وسمرة وعمولة ، وأوراق تجارية (كبيالات وسندات تحت الاذن وشيكات) وينتهى القانون التجارى بفصل ينظم الافلاس .

القانون البحرى . والقانون البحرى يتخصص من التجارة فى ناحية التجارة البحرىة . القانون البحرى . ويتركز فى السفينة ، فينظم الحقوق التى تترتب عليها ، والعقود التى تكون محلها ، وعلاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين ، وعقد الشحن ، وعقد النقل البحرى ، والقرض البحرى ، والتأمين على السفن والبضائع ، وانحسارات البحرىة الخ الخ .

المبحث الثالث

قانونه المرافعات المدنية والتجارية

١٥٢ - مسائل قانونه المرافعات :

قدمنا أن قانون المرافعات يضع الاجراءات الواجب اتباعها فى تشكيل المحاكم تطبيق أحكام القانون المدنى والقانون التجارى .

وأولى مسائل قانون المرافعات تشكيل المحاكم المدنية والتجارية الاستثناء وبيان درجاتها واختصاص كل منها . ثم تتبع الدعوى من وقت رفعها الى تنفيذ الحكم فيها . فهناك أولا الاعلان (عريضة الدعوى) يوجهه المدعى للمدعى عليه . ويحضر الخصمان فى اليوم المحدد لنظر الدعوى . ويطلب المدعى باثبات دعواه ، وطرق الاثبات مختلفة ، منها الكتابة طرق الاشارة واليمين واليمين والخبرة ومعاينة محل النزاع . كالاجراءات التى تتبع فى تحقيق الكتابة والظن بالتزوير فيها وسماع الشهود وتحليف اليمين وتعيين



الخبراء والانتقال الى محل النزاع ، كل هذا يدخل في دائرة قانون
المرافعات . وقد يدفع المدعى عليه الدعوى ، وقد يغيب ، وقد يعترى
الدعوى عوارض أثناء نظرها ، فكل هذه الأشياء ينظمها قانون المرافعات
ثم اذا صدر الحكم قد يكون قابلا للطعن فيه ، فطرق الطعن في الحكم
من معارضة واستئناف وقض وغير ذلك يدخل أيضا في دائرة قانون
المرافعات . ويدخل أخيرا في هذه النائرة تنفيذ الحكم عندما يصبح قابلا
للتنفيذ ، سواء كان التنفيذ على المنقول أو على العقار .

الحكم وطرق الطعن
فيه

التنفيذ



أنهى مقدمة القانون

وبإتى الجزء التانى

من مقدمة القانون المدنى



المنصة القانونية

www.sajplus.com

لتحميل المزيد من الكتب القانونية

مقدمة القانون المدني



مقدمة

تعريف القانون المدني - تقسيماته الرئيسية

١ - تعريف القانون المدني :

قدمنا أن القانون المدني هو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية ما بين الأفراد بعضهم البعض الآخر ، دون نظر الى حرفة خاصة ، أو الى طائفة معينة .

فالقانون المدني هو على رأس فروع القانون الخاص ، وهو الأساس الذي تقوم عليه هذه الفروع . وهي فروع تنظم حرفة خاصة ، كالقانون التجاري ينظم حرفة التجارة ، أو طائفة معينة من الناس ، كقانون العمل ينظم طائفة العمال وعلاقتهم بطائفة الخدميين . أما القانون المدني فيرتفع عن هذه الخصوصيات ، وينظر الى جميع الأفراد بوجه عام ، فينظم علاقتهم بعضهم البعض الآخر .

٢ - التقسيمات الرئيسية للقانون المدني :

ينظر القانون المدني الى الفرد باعتباره شخصا يتمتع بالحقوق وتترتب في ذمته الواجبات ، فيحدد الشخصية مبدأ ونهاية ، ويقرر للشخص أهليته (capacité) وحالته (état) أى مركزه في أسرته ، وينظم روابطه بأسرته وفقا لهذه الحالة . وهذا ما يسمى بقانون الأحوال الشخصية .

ثم ينظر الى الفرد من حيث سلطته على المال ، وعلاقته بالأفراد بالنسبة لهذا المال ، فتارة تكون له سلطة مباشرة على المال ، وهذا ما يسمى بالحق العيني (droit réel) وطورا تكون له سلطة غير مباشرة فيصل الى المال



من طريق شخص معين هو المدين ، وهذا ما يسمى بالحق الشخصي (droit de créance) . فالتانون الذى يحدد الحقوق العينية وطرق كسبها ، ويعرف الحقوق الشخصية ومصادرها وأحكامها ، هو قانون المعاملات المالية .

ومن ذلك نرى أن القانون المدنى ينقسم الى قسمين رئيسيين :
• قانون الأحوال الشخصية ، وقانون المعاملات المالية .
• ونعالج فيما يلى هذين القسمين على التوالى .

القسم الاول الأحوال الشخصية

٣ - مسائل الاحوال الشخصية :

سبق أن قررنا أن نطاق الأحوال الشخصية يتناول الشخصية فيحددها ، ثم الأسرة فيبين روابط الشخص بأسرته ، سواء كانت هذه الروابط شخصية أو مالية .

فقانون الأحوال الشخصية ينقسم الى قسمين رئيسيين : الشخصية والأسرة . والشخصية اما أن تكون شخصية طبيعية ، أو شخصية معنوية .

الشخصية :
طبيعية ومعنوية

وروابط الأسرة اما أن تكون روابط شخصية ، وتشمل النسب والزواج ، واما أن تكون روابط مالية ، وتشمل النفقة والميراث والوصية والهبة والوقف .

روابط الاسرة
شخصية ومالية

وتتناول ، فى باين متعاقبين ، الكلام فى الشخصية وفى الاسرة .



الباب الأول

الشخصية

Personnalité

٤ - الشخصية الطبيعية والشخصية المعنوية :

الأصل في الشخص أن يكون انسانا ، وهذا هو الشخص الطبيعي (personne physique) وقد تتجمع طائفة من الناس أو مجموعة من المال فتعتبر شخصا ، وهذا هو الشخص المعنوي (personne morale ou juridique) .

الفصل الأول

الشخص الطبيعي

٥ - تحدير « الشخص » من الناحية القانونية :

الشخص ، من الناحية القانونية ، هو الكائن الذي يتمتع بالحقوق وتترتب في ذمته الواجبات .

ومن ذلك نرى أن « الشخص » و « الانسان » ليسا مترادفين .

ليس كل شخص انسانا
فليس كل شخص انسانا . وقد رأينا أن طائفة من الناس ، بل مجموعة من المال ، قد تعتبر شخصا .

ليس كل انسان شخصا
ولم يكن كل انسان شخصا . فقد كان الرقيق ، وهو انسان ، يعتبر شيئا لا شخصا . وكذلك تنكر الشخصية على بعض الناس ، في الشرائع التي تعترف بالرهينة وبالموت المدني . فالراهب يتجرد عن الشخصية ، ويفنى في نظر القانون ، فيخرج عن ماله وأهليته . وكذلك المحكوم



عليه بالموت المدني ، وقد كانت هذه العقوبة مقررة في القانون الفرنسي حتى سنة ١٨٥٤ . فالمحكوم عليه بالاعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة أو بالنفى يموت موتاً مدنياً ، فلا يموت أهلاً للتمتع بالحقوق أو للالتزام بالواجبات .

٦ - أهلية الوجوب وأهلية الأداء :

وأهلية الإنسان للتمتع بالحقوق وللالتزام بالواجبات هي ما يسمونه بأهلية الوجوب (capacité de jouissance) . وقد رأينا أن هذه هي الشخصية من ناحية القانون . فأهلية الوجوب والشخصية القانونية شيء واحد في نظرنا .

أما أهلية الأداء (capacité d'exercice) فهي المقدرة على استعمال الحقوق .

وكان الأولى أن نميز تمييزاً تاماً بين أهلية الوجوب ، فلا نسميها أهلية على الإطلاق ، وبين أهلية الأداء ، وهذه هي الأهلية بالمعنى الصحيح .

وتتكلم في أهلية الوجوب أو الشخصية من ناحية القانون ، ثم في أهلية الأداء .

المبحث الأول

الشخصية من ناحية القانون

(أو أهلية الوجوب)

٧ - المسائل التي يتناولها البحث :

نبحث أولاً متى تبدأ الشخصية ومتى تنتهي .

ثم نبحث بعد ذلك ما يتعلق بالشخص من اسم (nom) وأسرة



زوجها ، وتنفد هذا الاسم اذا طلقت ، ولكنها تحتفظ به اذا تزلمت . أما في الشرق فلا تزال الزوجة تحتفظ باسمها .

وحق الانسان في اسمه ، كحقه في شخصيته ، ليس حقا ماليا ، وحق ملكية ، كما ذهب الى ذلك القضاء الفرنسي . بل هو حق من الحقوق العامة التي يتمتع بها الشخص كحقه في الحرية الشخصية وحقه في حرية الدين والفكر والاجتماع . وهو بهذا الوصف غير قابل للسقوط بالتقادم ، فلو ترك الشخص اسمه ، ثم عاد اليه ولو بعد مدة طويلة ، جاز له ذلك . وهو بهذا الوصف أيضا غير قابل للتنازل عنه ، ولا يجوز تغييره بمحض الارادة أما اذا وقع خطأ في الاسم فتصحیح هذا الخطأ يقتضى عادة رفع دعوى بذلك . وهو بهذا الوصف أيضا يحمي القانون كما يحمي الشخصية ، فمن اعتدى على اسم شخص أو على شخصيته فاستعار ذلك لنفسه كان مستولا ، وجاز للمعتدى عليه أن يطلب كف الاعتداء وأن يطلب تعويضا عن الضرر الذي أصابه ولو كان ضررا أدبيا .

الحق في الاسم

أما اذا كان الاسم اسما تجاريا (Nom commercial) يعرف به متجر معين ، أو بضاعة معينة ، فانه يصبح حقا ماليا كحق الملكية ، ويجوز التصرف فيه والتنازل عنه وتملكه بالتقادم .

الاسم التجاري

١١ - الأسرة :

كما يتميز الشخص باسمه تمييزا ضيقا ، يتميز كذلك بأسرته تمييزا واسعا ، ثم يتميز بجنسيته تمييزا أوسع . والأسرة التي ينتمى اليها الشخص تتكون من طائفة من الأشخاص تربطهم رابطة النسب أو رابطة للصاهرة . فرابطة النسب هي رابطة الدم . وأقارب الشخص من طريق النسب على نوعين : (١) الأصول والفروع ، وهم أبوه وجدته وان علا (وكذلك

رابطة النسب



الأم والجدة) ، وابنه وابن ابنه وان نزل (وكذلك البنت وبنت البنت)
(٢) الحواشي ويشتركون مع الشخص في أصل مشترك . فالأخ من حواشي
الأخ ، وأصلهما المشترك الأب . وابن الأخ من حواشي العم وأصلهما
المشترك الجد ، وكذلك ابن العم بالنسبة لابن العم . وتحسب درجة النسب ،
وفقا لتقاليد القانون الروماني ، وطبقا للقانون الفرنسي ، باحتساب ما يفصل
الشخص من الشخص من طبقات . فان كان من الأصول أو الفروع
فالأمر هين ، ويكفي أن نصل من الفرع لأصله أو نزل من الأصل لفرعه
طبقة طبقة . فالابن في الدرجة الأولى من الأب وفي الدرجة الثانية من
الجد الأول وفي الدرجة الثالثة من الجد الثاني وهكذا . وكذلك الأب في
الدرجة الأولى من الابن وفي الدرجة الثانية من ابن الابن وفي الدرجة
الثالثة من ابن ابن الابن وهكذا . أما اذا كان من الحواشي فطريقة
احتساب الدرجة أن تجمع الطبقات التي تفصل كل شخص عن الأصل
المشترك . فالأخ في الدرجة الثانية من أخيه ، اذ تفصله عن الأب (وهو
الأصل المشترك) طبقة ، ويفصل أخاه عن هذا الأصل المشترك طبقة
كذلك ، فالجموع طبقتان ، فيكون أحدهما بالنسبة للآخر في الدرجة الثانية .
وابن الأخ في الدرجة الثالثة بالنسبة لعمه ، وابن العم في الدرجة الرابعة
بالنسبة لابن عمه ، وهكذا .

ورابطة المصاهرة تنشأ من الزواج . فالزوج صهر لأقارب الزوجة ،
والزوجة صهر لأقارب الزوج .

وتعرف بعض الشرائع الغربية نوعين آخرين من روابط الأسرة ،
ورابطة القرابة الطبيعية (parenté naturelle) ، وتنشأ من اتصال الرجل
بالمرأة في غير زواج شرعي ، وورابطة التبني (adoption) وهي رابطة مصطنعة

القرابة الطبيعية
والتبني



تنشأ باتفاق بين المتبنى والمتبنى ويترتب عليها بعض آثار البنوة .
وروابط الشخص بأسرته يترتب عليها آثار قانونية هامة ، بعضها
شخصي محض كواجب التربية للابن على أبيه وواجب الطاعة للزوج على
زوجته ، وبعضها مالي ، كالميراث والنفقة . وقد سبقت الإشارة الى ذلك .

اللائحة القانونية
للقرابة

١٢ - الموطن :

لكل شخص موطن (domicile) يستقر فيه . وكثيرا ما تقضى
العلاقات القانونية أن تحدد موطن الشخص . ففي القانون المدني توجد
قواعد تحيل على الموطن ، مثل ذلك القاعدة التي تقضى بأن الوفاء يكون
في موطن المدين . وكذلك قانون المرافعات ، وهو يقضى بأن الدعاوى
الشخصية ترفع أمام المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعى عليه .
والقانون الدستوري يجعل للموطن هو النائرة التي يستعمل الانسان فيها
حقوقه السياسية .

أهمية الموطن

وهناك طريقتان لتحديد الموطن : (١) فهو اما أن يحدد بأنه محل
الاقامة المستقر . وبهذا التحديد أخذ القانون المصري ، فهو يعرف الموطن
بأنه « المركز الشرعي المنسوب للانسان ، الذي يقوم فيه باستيفاء ماله
وايفاء ما عليه ، ويعتبر وجوده فيه على الدوام ، وان لم يكن حاضرا فيه
في بعض الأحيان أو أغلبها ، وأنه لا يجعل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه »
(٢) وأما أن يحدد بأنه محل العمل الرئيسي . وقد جرى القانون الفرنسي
على هذا الرأي . ومهما يكن من أمر ، فإنه يجب التمييز بين الموطن
(domicile) ومحل الوجود (résidence) ، فالموطن هو الجهة التي يستقر
فيها الشخص مقاما أو عملا ، ولو لم يوجد بها بالفعل في وقت من الأوقات
ومحل الوجود هو الجهة التي يوجد فيها الشخص فعلا في وقت من الأوقات

تحديد الموطن

تمدد الموطن



على غير استقرار . وسواء حدد الموطن بأنه محل الإقامة المستقر أو محل العمل الرئيسي ، فإنه يجوز عملا أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد ، بأن يستقر الشخص في أكثر من محل واحد ، كما لو كان يقيم في جنتين بقدر واحد ، أو بأن يكون له محلان للعمل . كلاهما رئيسي . وقد أخذ القانون الألماني بجواز تعدد الموطن . أما القانونان المصري والفرنسي فالظاهر أنهما يأخذان بوصف الموطن ، وإن كان العمل قد جرى على الاعتراف بتعدد الموطن ، كما في حالة الطلبة والجنود وشركات السكك الحديدية والمزارعين القيمين في المدن . ويجوز للشخص كذلك أن يغير موطنه ، بأن يستقر في جهة أخرى أو بأن ينتقل محل عمله الرئيسي .

تغيير الموطن.

وهناك ما يسمى بالموطن القانوني ، وهو موطن يقوم القانون بتحديدته مثل ذلك أن يعتبر موطن القاصر هو موطن وليه أو وصيه . ويوجد أيضا الموطن السياسي وهو الجهة التي يباشر فيها الشخص حقوقه السياسية في الانتخابات والترشيح ونحو ذلك . ويوجد أخيرا الموطن المختار ، وهو موطن يختاره الشخص غير موطنه الحقيقي ، ليجرى فيه بعض أعمال قضائية ، كما لو اتفق مع آخر على أن تكون الاعلانات بينهما في موطن معين ، وكما إذا عين أحد المتقاضين مكانا يعلن فيه في دائرة المحكمة المرفوع أمامها القضية .

أنواع الموطن.

١٣ - الجنسية :

وينتسب الشخص كذلك الى جنسية معينة . وتتحدد الجنسية أما بطريق النسب (jus sanguinis) ، فأبن المصري مصري ، وأما بطريق محل الميلاد (jus soli) ، فالولود في أرض انجليزية انجليزى . وكثيرا ما تلفق الطريقتان ، فيعتمد بالنسب وبمحل الميلاد معا .

تحديد الجنسية.



التجنس وقد يكسب الشخص الجنسية من طريق التجنس (naturalisation) وفقا لشروط تضعها كل دولة لكسب جنسيتها .

١٤ - مهارة الشخص (Etat de la personne) :

الاسرة ويتبين مما تقدم أن حالة الشخص تختلف باختلاف مركزه في الأسرة وفي الجنسية . فالقواعد التي تحدد مركز الشخص في أسرته (كالزواج والاعتراف بالبنوة والتبني والطلاق الخ) ، والتي تحدد حقوق الشخص وواجباته باعتباره ذا مركز معين في الأسرة (كحقوق الأب على ابنه وواجبه نحوه ، وحقوق الزوجين وواجباتهما) ، والقواعد التي تحدد كسب الجنسية أو فقدها ، والتي تحدد حقوق المواطن والأجنبي (لا سيما في بلد توجد فيها الامتيازات الأجنبية) ، هذه القواعد جميعا هي التي تحدد الحالة الشخصية (état) يضاف الى ذلك أن الدين في بلاد الشرق له كذلك أثر كبير في الحالة الشخصية ، ففي مصر مثلا يتوقف على الدين معرفة القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في بعض مسائل الأحوال الشخصية .

المبحث الثاني

أهلية الاداء

١٥ - المسائل التي يتناولها البحث :

نذكر أولا كلمة موجزة في النظرية العامة لأهلية الأداء . ثم نشير بعد ذلك الى أحكام الأهلية في الشريعة الاسلامية وقانون المجالس الحسينية .
§ ١ - النظرية العامة لأهلية الأداء

١٦ - تعريف أهلية الاداء وتمييزها عما يتقرب بها :

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على التعريف



وجه يعتد به شرعا .

وتخصص الأهلية هنا بأهلية الالتزام بالعمل القانوني . وندع جانبا أهلية الالتزام بغير العمل القانوني . كأهلية الالتزام بالخطأ في المسئولية التقصيرية ، وأهلية الالتزام من طريق الأثر بلا سبب .

ويجب التمييز بين الأهلية والولاية على المال . فالأولى هي ما عرفنا . أما الولاية على المال فهي نفوذ الأعمال القانونية التي تصدر من شخص على مال الغير ، وهي نوع من النيابة . مثل ذلك الولى والوصى والقيم ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجوز . فلا يقال أن الولى له أهلية التصرف فى مال الصغير ، أو أن القيم له أهلية الإدارة فى مال المحجوز عليه ، بل يقال أن الولى له ولاية التصرف فى مال الصغير ، والقيم له ولاية إدارة مال المحجوز . فالولاية صلاحية بالنسبة لمال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة لمال الشخص نفسه .

كذلك يجب التمييز بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف فى ماله ، وذلك يرجع لعدم أهليته . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، وذلك يرجع لعدم أهلية الواقف ، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف . وأهمية التمييز بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف أن الشخص اذا تصرف وهو غير أهل فقد يكون تصرفه باطلا بطلانا مطلقا أو باطلا بطلانا نسبيا حسب الأحوال . أما اذا تصرف فى مال غير قابل للتصرف كالوقف فتصرفه باطل بطلانا مطلقا فى كل الأحوال .

ويجب التمييز أخيرا بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ثابتة للغير ، كما اذا باع النائب



في الشراء ماله للأصيل وقد روعي في ذلك مصلحة الأصيل . وكما
إذا باع شخص ماله في مرض الموت ، وقد روعي في ذلك مصلحة الورثة .
فإذا زال المانع من التصرف ، كما إذا أجاز الأصيل في الحالة الأولى ، أو
أجازت الورثة أو لم يوجد وارث في الحالة الثانية . وقد تكون المصلحة
المانعة من التصرف مصلحة عامة ، كتحریم القانون شراء الحقوق المتنازع
فيها على عمال القضاء ، وهذا المانع لا يزول مادامت المصلحة العامة تقتضيه
أما عدم الأهلية للتصرف ، فبخلاف المنع من التصرف ، إنما يثبت لمصلحة
عديم الأهلية نفسه ، لا لمصلحة الغير ، ولا لمصلحة عامة غير ما تتطلبه
المصلحة العامة من حماية عديم الأهلية .

ويتبين مما تقدم أن أهلية الأداء ترجع لاعتبار في الشخص نفسه
فيما يتعلق بالتصرف في ماله . وليس هذا الاعتبار سوى القدرة على التمييز
فالأهلية إنما تركز على التمييز . لذلك تكون كاملة إذا كان التمييز كاملاً
وقاصرة إذا كان التمييز قاصراً ، ومعدومة إذا كان التمييز معلوماً .

الأهلية تركز على
التمييز

١٧ - أهلية الأداء الكاملة والقاصرة المعروفة :

أهلية الأداء الكاملة هي صلاحية الشخص لصدور جميع الأعمال
القانونية عنه . وإذا اقتصرنا من الأعمال القانونية على العقود ، فهذه يمكن
تقسيمها ، من حيث أهلية الأداء ، إلى أربعة أقسام : (١) عقود اغتناء ،
وهي عقود يغتنى من يباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك ، كالهبة بالنسبة
للموهوب له . (٢) عقود إدارة ، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله ،
كعقد الإيجار بالنسبة للمؤجر . (٣) عقود تصرف ، وترد على الشيء
للتصرف فيه بعوض ، كالبيع . (٤) عقود تبرع ، وترد على شيء للتصرف
فيه بغير عوض ، كالهبة بالنسبة للواهب . فمن كان كامل أهلية الأداء

الأهلية الكاملة



وجب أن يكون صالحا لمباشرة هذه الأنواع الأربعة من العقود ، فتنجتمع فيه أهلية الاغتناء ، وأهلية الادارة ، وأهلية التصرف ، وأهلية التبرع . وهذا لا يجتمع الا لكامل التمييز .

وأهلية الأداء القاصرة هي أهلية الشخص لصدور بعض الأعمال القانونية منه دون البعض الآخر . فالصبي المميز القاصر في تمييزه أهلية قاصرة ، اذ هو أهل للاغتناء ، وقد تكون له أهلية ادارة محدودة ، أما أهلية التصرف عنده فمعدومة الا في ظروف معينة ، وأهلية التبرع معدومة بتاتا .

وقد تكون أهلية الأداء معدومة . فالصبي غير المميز (أي عديم التمييز) لا يتوافر فيه أي نوع من أنواع أهلية الأداء ، فهو غير أهل لا للتبرع ولا للتصرف ولا للادارة ولا للاغتناء ، وكل عمل قانوني يصدر منه يكون باطلا .

§ ٢ - أحكام الأهلية في الشريعة الاسلامية وقانون المجالس الحسينية

١٨ - الأدوار الطبيعية في حياة الانسان :

يقسم علماء أصول الفقه الأدوار الطبيعية التي يمر بها الانسان في حياته الى أربعة أدوار : (١) قبل أن يولد وهو جنين (٢) من وقت ولادته الى سن التمييز (٣) من سن التمييز الى سن البلوغ (٤) من سن البلوغ الى سن الموت .

أما الجنين فليست له أهلية الأداء . وقد قدمنا أنه قد تكون له أهلية الجنين وجوب من بعض الوجوه .

وكذلك الصبي غير المميز معدوم أهلية الأداء . وله ولي أو وصي . الصبي غير المميز



فالولي هو الأب ثم الجد الصحيح . فان لم يوجد أحد منهما فوصى . والولي أو الوصي يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء مطلقا وأهلية الادارة وأهلية التصرف في حدود معينة . أما أهلية التبرع فلا يباشرها أحد . وكل هذا يكون برقابة المجلس الحسبي .

الوصي المميز

والوصي المميز - ومن التمييز هي السابعة - له أهلية أداء ناقصة . فله أن يباشر ما كان نافعا له نفعا محضا ، أى أن له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبة . وليس له أن يباشر ما كان ضارا به ضارا محضا ، أى ليست له أهلية التبرع ، فلا يستطيع أن يهب ماله . أما الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، وتتضمن أهلية الادارة وأهلية التصرف ، فلا أهلية له فيها ، و يباشرها عنه الولي أو الوصي ، في الحدود التي سبقت الاشارة اليها في حالة الوصي غير المميز . على أنه متى بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ، ولم يمنع من التصرف ، جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه .

البالغ الرشيد

والبالغ الرشيد - وسن الرشد احدى وعشرون سنة - يصبح كامل أهلية الأداء فله أهلية الاغتناء وأهلية الادارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع ، يباشر كل ذلك بنفسه .

١٩ - عوارض الأهلية :

قد يبلغ الانسان سن الرشد ، ولكن أهلية الأداء عنده تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع الى العقل ، وهو الجنون أو العته ، أو يرجع الى التدبير ، وهو السفه أو الغفلة . فيحجر على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة وينصب قوام عليهم .

المجنون

فالمجنون يحجر عليه المجلس الحسبي ، ويختار له قيا، ما لم يكن له ولي



لُب أو جد صحيح . وأهلية الأداء عند المجنون معدومة ، كالصبي غير المميز .
وولاية القيم على المجنون كولاية الوصي على الصغير ، يباشر وحده من
الأعمال ما يباشره الوصي وحده ، ويستأذن المجلس الحسبي في الأعمال التي
يستأذن فيها الوصي ، ولا يستطيع مباشرة الأعمال التي لا يستطيع مباشرتها
الوصي . وكذلك الولى على المجنون مثل الولى على الصغير من حيث سعة
الولاية .

والمعتوه يجبر عليه كذلك ، ويختار له قيم ، إذا لم يكن له ولى . المعتوه
والقيم والولى على المعتوه كالقيم نفسه على المجنون من حيث مدى الولاية .
أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز ، فتندم عنده أهلية الأداء ، شأنه في
ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون . وقد يكون مميزا ، فتكون عنده
أهلية أداء ناقصة ، هى أهلية الصبي المميز ، وقد سبق تحديدها .

ويجبر على السفه ، ويختار له قيم . وولاية القيم على السفه كولاية
القيم على المجنون والمعتوه . أما السفه فعنده أهلية أداء ناقصة ، إذ أن له
أهلية الاغتناء . أما أهلية الإدارة والتصرف والتبرع فمعدومة .

ويلحق بالسفه ذو الغفلة ، فيجبر عليه ، ويختار له قيم تكون له
ولاية القيم على السفه . وأهلية الأداء عند ذى الغفلة كأهلية الأداء
عند السفه .

الفصل الثاني

الشخص المعنوى

٢٠ - المسائل التي يتناولها البحث :

نبدأ بتقديم فكرة عامة عن الشخص المعنوى ، فتكلم في ماهيته



وفي أقسامه . ثم نبحت نظام الشخص المعنوي : كيف يولد وكيف يعيش
وكيف يموت .

المبحث الأول

ماهية الشخص المعنوي وأقسامه

§ ١ - ماهية الشخص المعنوي

٢١ - فكرة الشخص المعنوي وفوائدها :

منذ وجد المجتمع والناس تدرك فوائد جميع ضروب النشاط الفردي
وأول جماعة هي الدولة ثم وجدت جماعات أخرى تتألف وتسعى الى تحقيق
أغراض مشتركة . فنشاط الجماعة ضرورة من ضرورات تطور المدنية وقد
وجد في كل عصر . وهو يحل محل نشاط الفرد ، ليسد فيه ههين كبيرين .
فنشاط الفرد محدود في قوته ، ومحدود في مدته . أما نشاط الجماعة فيضم
قوى الأفراد من كفاية ومال ويجعلها متضامنة . وهو الى ذلك غير محدود
بعمر من الأعمار ، ولا يسرع اليه الفناء ، كما يسرع الى حياة الفرد .

فالتضامن ما بين الجهود والقوى والبقاء المستقر هما من أبرز مزايا نشاط
الجماعات الذي يقوم على فكرة التشخيص المعنوي .

التضامن والبقاء

وقد تمكنت الانسانية ، بفضل هذا التشخيص المعنوي لنشاط
الجماعات ، من تحقيق كثير من أعمال البر والدين والعلم والفن والاقتصاد
والتجارة ، فوجدت الجماعات الخيرية والدينية والعلمية والفنية والاقتصادية
والتجارية ، وكسبت بفضل الشخصية المعنوية حياة قانونية مستقرة ،
تمكنت بها من تحقيق أغراضها .



الشخص المعنوي
والنشاط القانوني

ذلك لأن نشاط الجماعة لا يكون منظماً تنظيمياً مستقراً إلا من طريق إدماج الأفراد الذين تتألف منهم الجماعة في شخصية واحدة ، تقوم بنشاطها القانوني كما يقوم الفرد ، فتكسب الحقوق ، وترتب في ذمتها الالتزامات ، وتعاقد ، وتنقضى ، إلى غير ذلك من مظاهر النشاط القانوني . وهذا ما نعبّر عنه بالشخصية المعنوية .

المؤسسات

بل أن الشخصية المعنوية قد تقوم ، لا على جماعة من الناس بل على غرض من الأغراض يراد تحقيقه ، عمل من أعمال البر أو التعليم أو الفن أو غير ذلك يرصد له مال يكفل القيام به . فالشخصية المعنوية أساسها هنا هذا الغرض المقصود وهذا المال المرصود ، دون نظر إلى الجماعات المتغيرة التي تتولى تحقيق هذا الغرض باستعمال هذا المال . وهذا ما يسمى بالمؤسسات أو المؤسسات (Etablissements; Fondations).

وفي الشريعة الإسلامية يقوم نظام الوقف بتحقيق بعض ما يحقته نظام الشخص المعنوي . إلا أن الوقف نظام جامد لا يتسع لكل ما تتسع له فكرة الشخصية المعنوية .

٢٢ - النظريات المختلفة في ماهية الشخص المعنوي :

نظرية الغرض
القانوني

جرى فقهاء الرومان ، ومن بعدهم الفقهاء الفرنسيون إلى عهد قريب ، على اعتبار الشخصية المعنوية فرضاً قانونياً (fiction légale) لا حقيقة واقعة . ويستندون في ذلك إلى أن الشخص لا يكون حقيقة واقعة إلا إذا كان قادراً على التفكير والإرادة ، وهذا هو شأن الشخص الطبيعي ، فالقانون لا يخلق شخصيته بل يقتصر على الاعتراف بها . أما الشخص المعنوي ، وهو غير قادر على التفكير والإرادة ، فالقانون يخلق شخصيته خلقاً ، ويجعلها عليه فرضاً لا حقيقة ، حتى يمكنه بذلك أن يجيأ حياة



قانونية تشتمل على مظاهر النشاط القانوني . ويرتب أنصار هذه النظرية على أن الشخص المعنوي شخص مصطنع وهي نتيجتين خطيرتين . أولاً: أن القانون وحده هو الذي يمنح الشخصية المعنوية ، وليس الشخص المعنوي الا خلق القانون ، فلا يجاوز حدود البلاد التي خلق فيها . والنتيجة الثانية أن القانون الذي خلق الشخص المعنوي هو الذي يحدد الحقوق التي تمنح لهذا الشخص ، فله أن يضيق في هذه الحقوق ، وأن يوسع فيها ، وله أخيراً أن يسلب الشخص المعنوي شخصيته فهو الذي أعطاه إياه . وقد أصبحت نظرية الفرض القانوني نظرية مهجورة ، بعد أن محصها النقد ، وبخاصة عند فقهاء الألمان . فليس صحيحاً أن الشخص لا يكون شخصاً الا اذا كان قادراً على التفكير والارادة ، فهذا هو المجنون والصبي غير المميز ، وهما معدوما الارادة والتفكير ، يعتبر كل منها شخصاً حقيقياً . والواقع أن الشخص المعنوي يستمد شخصيته من ضرورة وجوده قبل أن يعترف به القانون . وليس من الحق أن يتحكم القانون في الشخص المعنوي وجوداً وعدمه ، فان الشخصية المعنوية ضرورة اجتماعية لا يستطيع القانون الا أن يسلم بها .

وقد قامت ، الى جانب نظرية الفرض القانوني بعد هجرها ، نظريتان أخريان متضادتان . الأولى تنفي فكرة الشخصية بتاتا ، ولا ترى في الشخص المعنوي الا ضرباً من ضروب الملكية ، هي الملكية المشتركة (propriété collective) : والأخرى ، على النقيض من ذلك تؤكد فكرة الشخصية ، وتذهب في تأكيدها الى حد بعيد ، حتى تقلبها من شخصية فرضية (personnalité fictive) الى شخصية حقيقية (personnalité réelle).

ويذهب أنصار نظرية الملكية المشتركة وعلى رأسهم الأستاذ!

نظرية الملكية
المشركة



بلانيول (Planiol) الى أن المميز الرئيسي للشخص المعنوي هو وجود مال مستقل يملكه . ولما كان هذا المال يستدعى وجود مالك ، فقد لجأ أصحاب نظرية الشخصية الفرضية ، الى خلق شخص وهمي يسندون اليه الملكية . ولسنا في حاجة الى هذا الخيال لنخفي تحته ضربا من الملكية هي الملكية المشتركة . فأن المال الذي تسند ملكيته الى هذا الشخص المزعوم انما هو مملوك لجميع الأفراد الذين تتألف منهم الجماعة ، لا ملكية فردية يتحدد فيها نصيب كل شريك مفرزا أو شائعا ، ولكن ملكية مشتركة لا يتحدد فيها نصيب الفرد ، بل الجماعة هي التي تملك ، وتتعامل ، وتسند اليها الحقوق . وعيب نظرية الملكية المشتركة هو أنها تركز الشخص المعنوي في المال الذي يملكه . وما المال الا وسيلة لتحقيق الغرض الذي يسمى اليه الشخص المعنوي . فاذا كان لنا أن نقف عند مميز رئيسي للشخص المعنوي ، فينبغي أن يكون هذا المميز هو الغرض الذي من أجله وجد هذا الشخص . وهناك فروض نرى فيها المال أمرا ثانويا بجانب الغرض ، كما هو الأمر في الدولة التي هي أكبر شخص معنوي ، فأنا لا نستطيع أن نصف الدولة بأنها مجموعة من المال ، بل أن العلامة المميزة للدولة هي الغرض الذي قامت من أجله . وهناك فروض للشخص المعنوي لا يوجد فيها المال أصلا ، كما اذا تألفت جمعية أدبية أو علمية تسعى لأغراض غير مالية بوسائل غير مادية .

نظرية الشخصية
الحقيقية

أما أنصار نظرية الشخصية الحقيقية فيذهبون الى أن الشخص المعنوي هو شخص حقيقي لا فرضي . وقد انتصر لهذه النظرية بنوع خاص قهاء الألمان ؟ وعلى رأسهم الأستاذ جيرك (Gierke) . وهم يقولون أن الذي يميز الشخص هي الإرادة . وللشخص المعنوي ارادة كما



للشخص الطبيعي ، ارادة مستقلة عن ارادة الأفراد الذين يتألف منهم هذا الشخص ، وما علينا الا أن ننظر الى الفرد منعزلا ، ثم الى الفرد في الجماعة . فالفرد ، وهو بعيد عن الجماعة ، لا تكون ارادته هي نفسها الارادة التي يندمج بها في الجماعة . فارادة الجماعة أو الشخص المعنوي وليدة احتكاك الارادات الفردية وتضاربها ، وما يقتضى ذلك من مساومة وتسليم وتصالح . فهي ارادة مستقلة تغاير الارادات الفردية التي دخلت في تكوينها . وعيب هذه النظرية المغالاة في تشبيه الشخص المعنوي بالشخص الطبيعي . وقد قدمنا أنه ليس من الضروري أن ترتكز الشخصية على الارادة ، وليس من الضروري حتى تثبت الشخصية للشخص المعنوي أن تجعله كالشخص الطبيعي من جميع الوجوه .

نظرية الشخصية
القانونية

ويكفي في نظرنا أن نقول أن الشخص المعنوي له شخصية قانونية كما للشخص الطبيعي . واذا كان الشخص الطبيعي يختلف كل الاختلاف عن الشخص المعنوي في تكوينه للمادى والنفسى فان القانون لا يعنيه من الشخص التكوين الفسيولوجى أو التكوين النفسى ، بل ينظر اليه من الناحية القانونية . والناحية القانونية هي أن يكون الشخص محلا للحقوق والواجبات كما قدمنا . فالشخص المعنوي والشخص الطبيعي سواء من هذه الناحية ، لأن كلا منهما شخص قانونى . ولم يجعل القانون الشخص للمعنوي محلا للحقوق والواجبات تحكما ، بل لأنه وجد الشخصية المعنوية حقيقة اجتماعية فاعترف بها . ووجد فيها معنى الشخصية القانونية ، فصاغها على هذا الفرار . والشخص المعنوي كالشخص الطبيعي يشتمل على جزء من الحقيقة ، وهو ما يسميه الأستاذ جنى بعنصر العلم ، وجزء من الصنعة ، وهذا ما يسميه بعنصر الصياغة .



٢٣ - مشخصات الشخص المعنوي :

ولما كانت نظرية الفرض القانوني قد هجرت ، وأصبح الشخص المعنوي في نظر المدرسة الحديثة حقيقة واقعة ، بقي أن نذكر أن هذا لا يعني أن كل جماعة من الناس تسبغ عليها الشخصية المعنوية دون حساب . فالشخص المعنوي مشخصات تقومه . وقد حصرها الأستاذ كاييتان في مقومين :

افراد لا يقصدون
لدواتهم

(١) الأفراد الذين يتألف منهم الشخص المعنوي ينبغي أن يكونوا أفرادا لا يقصدون لدواتهم ، بل يجوز أن يخرجوا ويحل محلهم آخرون . وهكذا يكون الشخص المعنوي ثابتا في شخصيته ، متغيرا في الأفراد الذين يتألف منهم . أما اذا دخل أفراد بدواتهم ، كما في شركات التضامن ، فالشخصية المعنوية لا تكون عندئذ الا من صنع القانون .

مصلحة مشتركة
مستقرة

(٢) ويجب أيضا أن تضم هؤلاء الأفراد مصلحة مشتركة مستقرة يسعون اليها جميعا . وهذه المصلحة المشتركة هي الأساس الذي يقوم عليه الشخص المعنوي . وما لم يوجد هذا الفرض العام الثابت فليست الجماعة الا مجموعة من الأفراد ، يحتفظ كل فرد فيها بشخصيته ، وليست لها شخصية واحدة تدبجها جميعا في وحدة متماسكة .

٢٤ - أقسام الشخص المعنوي

٢٤ - الشخص المعنوي العام والشخص المعنوي الخاص :

ينقسم الشخص المعنوي ، اتساما أوليا ، الى شخص معنوي عام وشخص معنوي خاص .

الشخص المعنوي
العام

فالشخص المعنوي العام يتولى سلطة عامة ، ويكون جزءا من هيئات

الدولة .



والشخص المعنوي الخاص لا يتولى سلطة عامة ، بل يكون من صنع الأفراد ، ليقوم على علاقات أو على مصلحة عامة .

الشخص المعنوي
الخاص

٢٥ - أقسام الشخص المعنوي العام :

على رأس الأشخاص المعنوية العامة الدولة ، وهي شخص معنوي يتولى السلطة العامة المركزية .

الدولة

والى جانب الدولة توجد سلطات عامة محلية ، تقل أو تكثر تبعاً لقوة المركزية فى الإدارة أو ضعفها فى مصر تعتبر المدن والقرى والمديريات أشخاصاً معنوية عامة ، تمثلها المجالس البلدية والمجالس المحلية ومجالس المديريات .

المجالس البلدية
والمحلية ومجالس
المديريات

والى جانب هذه السلطات العامة المحلية ، توجد سلطات عامة أخرى تشرف على مصالح عامة مركزية ، وتتمتع باستقلال ذاتى عن السلطة المركزية . مثل ذلك فى مصر الجامعة المصرية والجامعة الأزهرية ووزارة الأوقاف وتقايات المحامين . وهذا ما يسميه الفرنسيون بالمنشآت العامة (Etablissements publics) .

الجامعات ووزارة
الأوقاف وتقايات
المحامين

٢٦ - أقسام الشخص المعنوي الخاص :

وينقسم الشخص المعنوي الخاص الى جمعيات (associations) ومؤسسات (fondations) وشركات (soctétés) .

فالجمعيات هى طائفة من الأفراد يؤلفون جماعة لتحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة دون أن تكون هذه المصلحة هى الكسب المادى . مثل ذلك الجمعية الخيرية الاسلامية وجمعية العروة الوثقى والجمعية الزراعية والجمعية الجغرافية وجمعية الاقتصاد والتشريع والاحصاء وجمعية المواصفات

الجمعيات



وجمعية الاسعاف ونادى الموسيقى الشرقى وغير هذه من الجمعيات التى تحقق مصلحة عامة : عملا من أعمال البر أو التعليم أو العلم أو الفن أو غير ذلك . ومثل ذلك أيضا النوادى الرياضية والنوادى الأدبية والعلمية والفنية وغيرها من النوادى ، واتحاد الجامعة المصرية وجمعية الشبان المسلمين وجمعية الشبان المسيحية وتقايات العمال والغرف التجارية وغير هذه من الجمعيات التى تحقق مصلحة خاصة مقصورة على أعضائها دون أن يدخل فى ذلك فكرة الكسب المادى . وهذه الجمعيات على اختلاف أنواعها اعترف لها فى أكثر البلاد بالشخصية المعنوية بمجرد تأليفها وتنظيمها . وتوجد تشريعات للاعتراف بهذه الشخصية وتنظيمها كتشريع أول يوليه سنة ١٩٠١ فى فرنسا . أما فى مصر فاقضاء اعترف لهذه الجمعيات بالشخصية المعنوية .

المؤسسات

والمؤسسات هى مجموعة من المال ترصد لعمل من أعمال البر والاحسان أو لعمل يحقق مصلحة عامة ، وذلك كالملاجئ والمستشفيات والمدارس ومعاهد الموسيقى ، والفرق بينها وبين الجمعيات أن المؤسسات مجموعة من المال ، أما الجمعيات فهى طائفة من الأشخاص كما قدمنا . ولا يسمح فى فرنسا بالشخصية المعنوية للمؤسسات الا بترخيص ادارى بعد اتباع اجراءات خاصة . أما فى ألمانيا وسويسرا فلهؤسسات قواعد تنشأ بمقتضاها وتنظم . وفى مصر لا توجد قواعد للمؤسسات كما فى ألمانيا وسويسرا ، بل لا يوجد كذلك نظام للترخيص الادارى كما فى فرنسا . وقد أغنى عن ذلك نظام الوقف المعروف الى حد ما . على أن الحاجة لا تزال شديدة الى تنظيم المؤسسات فى مصر ، فهناك مؤسسات ، كجمعية القرش والجوائز الرياضية والعلمية من كؤوس ومكافآت مالية ، تحتاج الى تنظيم ويضيق بها نظام الوقف .



الشركات والشركات (sociétés) هي طائفة من الأفراد يؤلفون جماعة لتحقيق مصلحة خاصة هي الكسب المادي (but lucratif) . وهي على نوعين شركات مدنية (sociétés civiles) وشركات تجارية (sociétés commerciales) .

الشركات المدنية فالشركات المدنية تقوم بأعمال مدنية غير تجارية بفرض الكسب للمادي . مثل ذلك نقابات التعاون بمختلف أنواعها ، ومثل ذلك أيضا الشركات العقارية وهي التي تقوم ببيع الأراضي للأفراد للبناء عليها ، ومثل ذلك أخيرا الشركات التعاونية لنشر الكتب والمؤلفات . وكثيرا ما تتخذ هذه الشركات شكلا تجاريا لتدخل في اختصاص المحاكم التجارية وتسمى بالشركات المدنية ذات الشكل التجاري (Sociétés civiles à forme commerciale).

الشركات التجارية شركة التضامن أما الشركات التجارية فهي أنواع ثلاثة : (١) شركة التضامن société en nom collectif وهي شركة يكون جميع الشركاء فيها متضامنين ومسؤولين عن جميع ديون الشركة في جميع أموالهم - شركة التوصية شركة التوصية (société en commandite) ، وهي شركة يكون بعض الشركاء فيها متضامنين ومسؤولين عن جميع ديون الشركة في جميع أموالهم ، ويكون البعض الآخر مسئولاً عن ديون الشركة بمقدار ما دفعه من المال في الشركة وليس له شأن في إدارتها - (٣) شركة الأسهم شركة الاسهم (société anonyme) وهي شركة يساهم فيها كل شريك بجزء من رأس المال ، ولا يكون مسئولاً عن ديون الشركة الا بقدر هذا الجزء . وشركات المساهمة هي الأكثر شيوعا في ميدان النشاط التجاري ، لأنها شركات تجتمع الكثير من لئال دون أن تعرض الشركاء الى خطر على غير المال الذي ساهموا به في الشركة .



المبحث الثاني

نظام الشخص المعنوي

§ ١ - كيف يولد الشخص المعنوي

٢٧ - لمحة تاريخية :

عرف القانون الروماني الشخصية المعنوية بنوعيتها : جماعة من الأشخاص (universitates personarum) ومجموعة من المال (universitates bonorum) . أما الشخص المعنوي الذي يتألف من جماعة من الأفراد فقد كان ينشأ ، حتى عهد الامبراطورية ، دون حاجة الى ترخيص خاص بذلك ، بل كان يكفي أن يضع الشخص المعنوي لنفسه نظاما (statut) حتى يكسب الشخصية للمعنوية . ثم جاء عهد الامبراطورية ، وبدأت الدولة تقلل من نفوذ الجمعيات وتخشى من خطرها السياسي . فأصبحت الجمعية (أو الشخص المعنوي) لا يجوز تأليفها كقاعدة عامة الا اذا حصلت على ترخيص خاص بذلك من مجلس الشيوخ (Sénat) ومتى حصلت على هذا الترخيص ألفت ، وبمجرد تأليفها تكسب الشخصية المعنوية . أما الشخص المعنوي الذي يتألف من مجموعة من المال ، وهو ما يسمى بالمؤسسة ، فقد عرفه الرومان منذ عهد قسطنطين ، بعد أن اعتنقت الدولة الرومانية الدين المسيحي ، وكانت الأموال ترصد لأعمال البر والدين ، للكنائس والأديرة والمستشفيات والملاجيء ، بطريق الوصية أو الهبة فتكسب هذه المؤسسات الشخصية المعنوية ، دون حاجة الى ترخيص خاص بذلك على رأي .

القانون الفرنسي
القديم

و بقيت تقاليد القانون الروماني في القانون الفرنسي القديم . ولم يكن



يسمح لجامعة بأن تتألف الا بترخيص ملكي . ولكن متى رخص في تأليفها ، أصبحت شخصا معنويا بمجرد التأليف . وكذلك كان شأن المؤسسات (fondations) .

الثورة الفرنسية

وفي عهد الثورة الفرنسية تقرر حرية الاجتماع ، فأصبح من حق كل جماعة أن تتألف دون ترخيص خاص بذلك ، ولكن بقي الترخيص ضروريا لمنح الشخصية المعنوية للجماعات المؤلفة . ومن هنا وجد التمييز بين حق تأليف الجماعات ، وهذا الحق لا يقتضى ترخيصا خاصا ، وحق الشخصية المعنوية ، ويقتضى الترخيص . وجاء التقنين الفرنسى مؤيدا لهذا التمييز . ولكنه جعل الجماعة سواء في تأليفها أو في كسبها للشخصية المعنوية ، خاضعة لترخيص خاص بكل من الأمرين . ولما قويت روح الجماعة في غضون القرن التاسع عشر ، وكثر تأليف نقابات العمال ونقابات أصحاب العمل ونقابات الموظفين والجمعيات الخيرية والأدبية والعلمية والفنية ، زالت القيود المتقدمة بالتدرج ، وأصبح الآن ، بمقتضى قانون أول يوليه سنة ١٩٠١ في فرنسا ، من حق كل جماعة أن تتألف دون ترخيص ، ومتى قامت ببعض اجراءات معينة تتعلق بالنشر والاعلان عن وجودها ، كسبت الشخصية المعنوية كذلك دون ترخيص ادارى . فالترخيص لم يعد اذن ضروريا في فرنسا لا في تأليف الجماعات ولا في كسبها للشخصية المعنوية . على أن نظام المؤسسات (fondations) استثنى من هذا التسامح ، وظل خاضعا للترخيص الادارى ، فلا يجوز ايجاد مؤسسة تكون لها الشخصية المعنوية الا بعد الحصول على ترخيص ادارى يعترف لها بأنها تقوم بخدمة عامة (reconnaissance d'utilité publique).

التقنين الفرنسى

قانون سنة ١٩٠١

٢٨ - طرق انشاء الشخص المعنوى :

تبين مما قدمناه أن الشخص المعنوى ، في مراحل تطوره ، تردد بين



أن يكون نشوءه حرا دون حاجة الى ترخيص خاص ، وأن يكون مقيدا بهذا الترخيص . وأن الترخيص ينصب تارة على تأليف الجامعة التي يتكون منها الشخص المعنوي ، فاذا ما تألفت كسبت الشخصية المعنوية من تلقاء نفسها ، وينصب طورا على كسب الشخصية المعنوية ذاتها .

الشخص المعنوي
العام

وفي الوقت الحاضر يغلب أن يكون نشوء الشخص المعنوي حرا غير خاضع للترخيص الادارى . أما الشخص المعنوي العام فيستمد شخصيته من القانون الذى أنشأه ، كما هو الأمر فى مجالس المديریات ووزارة الأوقاف والجامعة المصرية فى مصر ، على أن الدولة ، وهى السلطة المركزية ، تستمد شخصيتها من العرف والتقاليد .

الشخص المعنوي
الخاص :

الجمعيات

ثم أن الشخص المعنوي الخاص ، اذا كان جمعية ، يكسب الشخصية بمجرد تأليف الجمعية كما قدمنا ، وهذا ما يقضى به القانون فى فرنسا ، وما يقرره القضاء بالنسبة لبعض الجمعيات فى مصر . على أن مصر ينقصها تشريع يضاهى التشريع الفرنسى فى عموميته .

الشركات

وإذا كان الشخص المعنوي شركة مدنية أو تجارية ، فإنه يكسب الشخصية المعنوية بمجرد تأليفه طبقا للأوضاع المقررة ، وهذا بمقتضى القانون فى فرنسا وفى مصر . وقد صدرت تشريعات خاصة فى مصر تعترف بالشخصية المعنوية لبعض الشركات المدنية ، كالتقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٧ بشأن الجمعيات التعاونية . ويلاحظ أيضا أن شركات الأسهم فى مصر يشترط فى تأليفها أن يصدر بها مرسوم .

المؤسسات

بقيت المؤسسات . وهذه تنشأ فى ألمانيا وسويسرا بانواع قواعد معينة قررها القانون . ولا يشترط القانون السويسرى ترخيصا اداريا بإنشائها . أما فى فرنسا وفى مصر فلا توجد نصوص تشريعية تنظم



المؤسسات . والطريق في فرنسا الى انشاء المؤسسات هو أن يخصص المنشيء جزءا من ماله للغرض الذي يقصده من المؤسسة ، ثم يحصل بعد ذلك من الجهة الادارية على ترخيص باعتبار المؤسسة من المنافع العامة ، فتصبح بذلك شخصا معنويا له وجود مستقل ، ولكن هذه الشخصية المعنوية لم يخلقها المنشيء بارادته ، بل الترخيص الادارى هو الذى خلقها . وللمنشيء أن يسلك طريقا غير مباشر ، بأن يهب أو يوصى لشخص معنوى موجود من قبل مالا ، على أن يخصصه الشخص المعنوى للغرض الذى يقصد اليه ، كأن يوصى لمجلس من المجالس البلدية مالا على أن ينشيء به مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك ، ولا بد من الحصول على ترخيص ادارى بقبول الشخص المعنوى لهذا التبرع تطبيقا لمدتين ٩١٠ و ٩٣٧ من القانون المدنى الفرنسى ، وأن يكون الغرض الذى خصص له المال داخلا فى مهمة الشخص المعنوى . أما فى مصر فيمكن انشاء المؤسسات من طريق نظام الوقف ، فيقف المنشيء المال الذى يريد تخصيصه للغرض الذى يقصد اليه ، فيصبح المال موقوفا على هذا الغرض ، ويقوم ناظر الوقف باستغلاله لما خصص له . على أنه من المرغوب فيه أن يوضع فى مصر تشريع للمؤسسات على مثال التشريعين السويسرى والألمانى ، فان مثل هذا التشريع يكون أكثر مرونة من نظام الوقف ، اذ ينظم ادارة المؤسسة على نحو يتفق مع الحاجات العملية ، ويسمح لجمهور كبير من الناس أن يكتتب فى انشاء مؤسسات . حيث لا يسمح نظام الوقف بانشائها ، وحيث يستعان الآن بطريق ملتزم على الوصول الى الغرض المقصود بانشاء جمعيات من الأشخاص لامؤسسات من الأموال . كذلك ينظم هذا التشريع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات (أما فى نظام الوقف فالحاكم الشرعية هي التى لها حق الرقابة) ،



ويرخص للمؤسسة أن تتحول من غرض الى غرض آخر ، متى تبين أن الغرض الذى أنشئت من أجله قد فقد أهميته أو أصبح مخالفا لروح الزمن أو للنظام العام . كل هذه مزايا لا تتوافر في نظام الوقف . هذا الى أن الوقف يجب أن ينتهى الى جهة بر لا تنقطع ، فلا يمكن اذن وقف مال على مشروعات اجتماعية أو اقتصادية ابتداء و انتهاء ، اذا لم تدخل هذه المشروعات في دائرة جهات البر .

٢٤ - كيف يعيش الشخص للمعنى

(نشاط القانونى)

٢٩ - مظاهر النشاط القانونى للشخص المعنى :

اهلية وجوب وأهلية أداء
متى أنشئ الشخص المعنى على الوجه المتقدم ، كان له من النشاط القانونى ما يضاهاه به الشخص الطبيعى . فالشخص المعنى ، كما للشخص الطبيعى ، أهلية وجوب وأهلية أداء .

اسم وموطن وجنسية
والشخص المعنى ، كالشخص الطبيعى ، متعلقات : الاسم وللوطن والجنسية . واذا قصه أن تكون له أسرة ، فذلك يرجع الى طبيعة الأشياء .

٣٠ - أهلية الوجوب :

أهلية الوجوب هي نفس الشخصية كما قدمنا . فالشخص للمعنى له أهلية وجوب ، أى أنه يتمتع بشخصية قانونية . وهذا هو أكبر ميمز للشخصية للمعنى .

ضروب النشاط القانونى
ويترب على ذلك أن الشخص المعنى يحيا حياة قانونية كالشخص الطبيعى . فله أن يملك ، وأن يتصرف فى ملكه ، وأن يتعاقد ، وأن يتقاضى . وبالجملة تندمج الجماعة فى شخص واحد ، يتقدم الى ميدان



النشاط القانوني باسمه ، بعد أن تفتى فيه جميع الأفراد التي دخلت في تكوينه . وهذه هي للزينة الكبرى للشخصية المعنوية كما قدمنا .

على أن أهلية الوجوب للشخص المعنوي يرد عليها قيدان ، قيد يرجع لطبيعة الشخص المعنوي ، والقيد الآخر يرجع الى مبدأ التخصيص (principe de spécialité) الذي يسود نظام الشخصية المعنوية .

قيدان :

أما ما يرجع لطبيعة الشخص المعنوي ، فمن ذلك روابط الأسرة . وقد قدمنا أن طبيعة الشخص المعنوي تأتي أن تكون له أسرة . فلا يتصور أن يترتب للشخص المعنوي حقوق من الزواج أو البنوة أو نحو ذلك . ويرجع كذلك الى طبيعة الشخص المعنوي أن تتعلم مسؤوليته الجنائية ، فشرط هذه المسؤولية القصد الجنائي ، والقصد الجنائي لا يتوافر الا عند الشخص الطبيعي .

طبيعة الشخص المعنوي

ومبدأ التخصيص الذي يقيد من أهلية الشخص المعنوي يقضى بأن هذا الشخص إنما أنشئ لغرض معين قد تخصص لتحقيقه . فنشاطه القانوني يتحدد بهذا الغرض ، ولا يجوز له أن يجاوزه . وكل عمل قانوني يقوم به يجب أن يكون داخل في دائرة هذا التخصيص . مثل ذلك جمعية خيرية ، لا يجوز لها أن تقوم بأعمال تجارية . وشركة تجارية ، لا يجوز لها أن تقوم بعمل سياسي ، ومؤسسة لاحدى المستشفيات ، لا يجوز لها أن تنشئ ملجأ أو مدرسة ، وهكذا . وإذا كان مبدأ التخصيص منطقيا ، فهو أيضا عملي من شأنه أن يدفع خطرين يخشيان عادة من الشخص المعنوي ، أولهما أن الشخص المعنوي جدير أن يجمع من أسباب القوة ما يجعله خطرا على الدولة ، فينبغي إذن أن يحدد نشاطه . والخطر الثاني أن المال الذي يملكه الشخص المعنوي ، ما لم يكن هذا الشخص شركة ، يخرج

مبدأ التخصيص



حائرة التعامل (main morte) وفي هذا ضرر ينبغي تلافيه بتقييد ما يحق للشخص المعنوي أن يملكه، بالنظر الى الغرض الذي أنشئ من أجله .

٣١ - أهلية الاداء :

أهلية الاداء الكاملة وللشخص المعنوي ، بوجه عام ، أهلية أداء كاملة . اذ يستطيع أن يستعمل الحقوق التي يتمتع بها ، واذا كانت طبيعة الشخص المعنوي تأتي عليه ، وهو فكرة مجردة ، أن يستعمل الحقوق الا من طريق أشخاص طبيعية يمثلونه في استعمال هذه الحقوق . فان هذا لا يعنى أى نقص في أهلية الاداء للشخص المعنوي .

أهلية الاداء الناقصة على أن هناك أشخاصاً معنوية عامة ناقصة أهلية الأداء . فلا تستطيع استعمال الحقوق التي تتمتع بها ، أو استعمال بعضها ، الا بترخيص أو تصديق من السلطة المركزية . مثل ذلك مجالس المديرات والمجالس البلدية تخضع في بعض قراراتها لتصديق وزارة الداخلية ، ومجلس الجامعة المصرية يخضع في أكثر قراراته لتصديق وزير المعارف .

٣٢ - اسم الشخص المعنوي :

اسم منتزع من الغرض للشخص المعنوي اسم يميزه كما للشخص الطبيعي . وينتزع الاسم عادة من الغرض الذي أنشئ الشخص المعنوي لتحقيقه .

الشركات التجارية ، وفي الشركات التجارية ، اذا كانت شركات تضامن أو توصية ، يتخذ اسم واحد أو أكثر من الشركاء المتضامنين اسماً للشركة . أما شركات الأسهم فيتخذ الغرض المقصود منها اسماً لها .

٣٣ - موطن الشخص المعنوي :

والشخص المعنوي موطن يحدد عادة بأنه محل العمل الرئيسي . وفي



تحديد هذا المواطن نفس الفوائد التي تتحقق في تحديد موطن للشخص الطبيعي .

فروع في جهات مختلفة

على أن كثيرا من الأشخاص المعنوية ، كالشركات مثلا ، يكون لها فروع في جهات مختلفة . فيبقى موطنها في المحل الرئيسي ، على أنه يجوز أن تقاضى أمام المحاكم التي توجد هذه الفروع في دائرة اختصاصها .
ويلاحظ أن الحكومة المصرية تقاضى أمام محاكم معينة حددها القانون ولا تنفرد محكمة مصر بالاختصاص .

٣٤ - جنسية الشخص المعنوي :

وللشخص المعنوي جنسية مستقلة عن جنسية الأفراد الذين يدخلون في تكوينه . وتتحدد الجنسية بالمقر الرئيسي لأعمال الشخص المعنوي أو موطنه . ويتخذ الشخص المعنوي جنسية الدولة التي يوجد فيها هذا المواطن . فالشركات التي تتخذ مقر عملها الرئيسي في مصر تكون شركات مصرية . والعبرة بالواقع ، فما دامت الشركة اتخذت بلدا مقرا لعملها الرئيسي ، فقد اتخذت جنسية هذا البلد ، حتى لو ذكر في عقد الشركة بطريقة ضمنية أو بقصد الغش أن مقر العمل موجود في جهة أخرى .

جنسية المواطن

بقي أن نعرف حالة الشخص المعنوي في بلد أجنبي . والقاعدة المعترف بها أخيرا أن الشخص المعنوي يبقى محتفظا بشخصيته المعنوية في البلاد الأجنبية ، فيتمتع بنشاطه القانوني في هذه البلاد كما يتمتع بذلك في بلده . إلا أن كل بلد أجنبي يستطيع أن يضع من القيود على نشاط الشخص المعنوي الأجنبي ما يتفق مع مصلحته .

الشخص المعنوي
الأجنبي



§ ٣٣ - كيف يموت الشخص المعنوي

(طرق انقضاء الشخص المعنوي)

٣٥ - طرق الانقضاء :

ينقضى الشخص المعنوي العام بسحب الشخصية المعنوية منه بنص الشخص المعنوي العام قانوني .

أما الشخص المعنوي الخاص فينقضى بانتهاء الغرض الذي أنشئ من أجله . وينتهي كذلك اذا حكم القضاء بطلانه لسبب من الأسباب ، كما لو كان مخالفا للنظام العام أو للآداب . وينتهي أيضا اذا كان الترخيص ضروريا في انشائه ثم سحب هذا الترخيص . وينتهي أخيرا اذا قرر ذلك الأفراد الذين دخلوا في تكوينه ، ويتبع في هذا الشأن وما تم الاتفاق عليه ما بين هذه الأفراد .

٣٦ - تصفية مال الشخص المعنوي بعد انقضائه

الاتفاق فإذا ما انقضى الشخص المعنوي لسبب من الأسباب المتقدمة ، فإن ما له يصنى بالطريقة المتفق عليها من قبل ، أو بالطريقة التي يتفق عليها عند الانقضاء .



البَابُ الْيَابِي

روابط الأسرة

٣٧ - تقسيم الموضوع :

نستعرض بإيجاز تام أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، فهي الشريعة التي تطبق على المسلمين في مصر ، وعلى غير المسلمين في كثير من الأحكام .

وقد سبق أن قسمنا روابط الأسرة الى روابط شخصية وروابط مالية .

روابط شخصية
وروابط مالية

§ ١ - الروابط الشخصية

٣٨ - أقسامها :

يمكن تركيز هذه الروابط في الزواج والنسب .

الزواج والنسب

٣٩ - الزواج :

الزواج في الشريعة الإسلامية عقد مدني ، ينعقد بتوافق الإيجاب والقبول ، ويشترط لصحته حضور شاهدين وقت العقد يراد بحضورهما العلانية .

الزواج عقد مدني

ومتى انعقد الزواج صحيحا ثبتت الزوجية ، ووجب على الزوج لزوجته المهر للمسمى أو مهر المثل ، والنقعة ما دامت غير ناشزة .

واجبات الزوج

وولاية الزوج على زوجته ولاية تأديبية ، فلا ولاية له على أموالها ،

حقوق الزوج
لا ولاية له على المال :



بل لها التصرف في جميعها بلا اذنه ورضاه . ولها أن تقبض غلة أموالها ، وتوكل غير زوجها بإدارة مصالحها ، وتنفذ عقودها بلا توقف على أجازته مطلقا ، ومهما تكن ثروتها فلا يازمها شيء من النفقات الواجبة على الزوج . أما الشرائع الغربية فكثير منها يخالف الشريعة الإسلامية في أمرين : (١) في اعتبار الزوجة غير كاملة الأهلية ، ولا بد في نفاذ تصرفاتها من اذن الزوج (٢) وفي جعل مال الزوج ومال الزوجة شركة فيما بينهما على نحو معين ، وإذا انفقا على فصل المالين فإن الزوجة تلتزم بقسط من النفقة على المنزل .

الولاية التأديبية أما الولاية التأديبية للزوج على زوجته فقد تقررت جزاء لحقوقه عليها ، ومن حقوق الزوج على الزوجة أن تكون مطيعة له فيما يأمرها به من حقوق الزوجية ويكون مباحا شرعا ، وأن تصون نفسها ، وأن تكون محافظة على ماله . ويباح للزوج تأديب زوجته تأديبا خفيفا على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقدر ، ولا يجوز له أصلا أن يضربها ضربا فاحشا ولو بحق . وإذا شككت المرأة نشوز زوجها وضربه أياها ضربا فاحشا ولو بحق ، وثبت ذلك عليه بالبينة ، يعذّر .

الطلاق

وينقضى الزواج بالطلاق والزوج هو الذي يملك الطلاق ، وتملكه الزوجة بالشرط . والطلاق رجعي وبائن ، فالرجعي لا يرفع أحكام الزواج ، وتبقى الزوجية قائمة ما دامت الزوجة في العدة ، وللزوج أن يراجع زوجته في هذه المدة دون عقد ومهر جديدين ، ولا يملك الرجعة بعد انقضاء المدة . والطلاق البائن يرفع أحكام الزواج ويزيل ملك الزوج في الحال ، ولا يجوز للزوج مراجعة زوجته الا بعقد ومهر جديدين . وإذا وقع الطلاق ، رجعيا كان أو بائنا ، مرتين ، فالطلاق للمرة الثالثة يكون طلاقا بائنا بينونة



كبري ، يزيل الملك والحل ، ولا يجوز للزوج أن يراجع زوجته ، حتى
ولا بعقد ومهر جديدين ، بل لا ترجع اليه الا اذا تزوجت من غيره ولا
يكون رجوعها الا اليه بعقد ومهر جديدين .

الخلع وقد يكون الطلاق باتفاق بين الزوج والزوجة ، ويسمى خلعا ،
ويقع الخلع طلاقا بائنا ، سواء كان بعوض أو بغير عوض .

٤٠ - النسب :

ثبوت النسب والنسب لا يثبت الا بالزواج الصحيح . فاذا ولدت الزوجة ، حال
قيام الزواج الصحيح ، ولما تمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج ،
ثبت نسبه من الزوج ، الا اذا فاه وتلاعن مع زوجته^(١) ، فيفرك ما بين
الزوجين ، ويقطع نسب الولد من أبيه ويلحق بأمه ، وتعتبر الفرقة باللعان
طلاقا بائنا . واذا جاءت الزوجة بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها ، فلا
يثبت نسبه من الزوج الا اذا ادعاه ولم يقل أنه من الزنا .

الرضاع ويترب على النسب حقوق وواجبات ، من رضاع وحضانة وتعليم
ونفقة . والأم ترضع ولدها ولا تأخذ أجره على ذلك ما دامت الزوجية
قائمة . والأم كذلك أحق بحضانة الولد وتربيته ، ولا تأخذ أجرا ما دامت
الزوجية قائمة ، وتنتهي الحضانة باستغناء الغلام عن خدمة النساء وذلك اذا
بلغ تسع سنين ، وتنتهي مدة حضانة الصبية ببلوغها أحد عشر عاما ، وللأب

(١) وطريقة العمان هي الواردة في قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ،
ولم يكن لهم شهاداء الا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ،
والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ويدرا عنها العذاب أن تشهد أربع
شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين » .



التعليم
النفقة

أخذها حينئذ من الحاضنة . ويطلب من الأب أن يعنى بتأديب ولده وتربيته وتعليمه ما هو ميسر له من علم أو حرفة وحفظ ماله . ويطلب منه أيضا أن ينفق على ولده اذا لم يكن للولد مال ، حتى يصل الذكر الى حد الاكتساب وتتزوج الأثني . واذا كان الأب معسرا فتجب النفقة على الأم اذا كانت موسرة . واذا كان الأبوان معسرين ، وللولد أقارب موسرون كلهم ورثة ، فنفقته عليهم بقدر استحقاقهم في الارث . كذلك يجب على الولد للموسر النفقة على أصوله غير القادرين على الكسب . وتجب النفقة بوجه عام لكل رحم محرم فقير تحمل له الصدقة على من يرثه من أقاربه بقدر ارثه منه ، ويجبر القريب عليها ان أبى وهو موسر .
ويترب على النسب كذلك ولاية على المال . وقد تقدم الكلام على الولى والوصى والقيم .

§ ٢ الروابط المالية

٤١ - أقسامها :

مر بنا فى الروابط الشخصية حقوق مالية كالمهر والنفقة . ونضيف اليهما هنا الميراث ويلحق به الوصية والهبة والوقف .

٤٢ - الميراث :

يعتبر الميراث داخلا فى دائرة الأحوال الشخصية من حيث أن الوارث يستحق تركة مورثه باعتبار أنه فرد من أسرته .

وإذا خلف لليت مالا بدي بسداد ديونه ، اذ لا تركة الا بعد سداد الدين . ثم تأتى مصاريف تجهيز لليت ودفنه ، ثم تنفيذ وصاياه . ثم يقسم الباقي من التركة بين ورثته الشرعيين .



أصحاب الفروض
المصبات
ذوو الأرحام

والورثة الشرعيون هم أصحاب الفروض والمصبات وذوو الأرحام (وهذا غير الولاء) . فأصحاب الفروض لهم سهام مقدرة في التركة ، مثل ذلك الزوج له النصف أو الربع والزوجة لها الربع أو الثمن ، والأب له السدس والبنت لها النصف الح . والمصبات هم من يتصلون بالميت في سلسلة من النسب كلها ذكور ليس فيهم أنثى . وإذا وجد عاصب يأخذ كل التركة ان لم يرآحمه غيره ، كما اذا توفى شخص عن ابن فقط . أو يأخذ ما أبقته أصحاب الفروض ، كما اذا توفى شخص عن زوجة وابن ، فللزوجة الثمن وللابن سبعة الأثمان . فان لم يبق شيء بعد أخذ أصحاب الفروض لفروضهم فلا ميراث للعاصب . وجهات التعصيب أربع : البنوة والابوة والأخوة . والعمومة . وذوو الأرحام هم كل ذى قرابة ليس صاحب فرض ولا عاصباً ، ويأخذون التركة عند عدم أصحاب الفروض والمصبة جميعاً ، ويأخذون ما يتبقى منها مع أحد الزوجين .

٤٣ - الوصية :

القدر الذى تجوز فيه الوصية

وتلحق الوصية بالميراث ، لانها من قبيل للميراث بارادة الميت نفسه . والقاعدة أنه لا تجوز الوصية لو ارث الا باجازة بقية الورثة . وتجوز الوصية لغير وارث بشرط ألا يزيد القدر الموصى به على ثلث التركة ، فان زاد فلا بد من أجازة الورثة .

قبول الموصى له

ولا يملك الموصى له الوصية الا اذا قبلها صراحة أو دلالة ، وتعتبر ملكيته لها من وقت موت الموصى لا من وقت القبول .

٤٤ - الهبة :

الفرق بين الهبة والوصية

ويمكن إلحاق الهبة بالميراث كذلك من حيث أن الهبة تكون عادة ، للأقارب باعتبارهم كذلك . والفرق بين الهبة والوصية ، أن الوصية تمليك .



مضاف الى ما بعد الموت ، أما الهبة فتتمليك في الحال ، وكلاهما بغير عوض .
وتجوز هبة كل المال لو ارث أو لغير وارث . ولا تصح الهبة الا مقبوضة .

الرجوع في الهبة
ويجوز الرجوع في الهبة الا اذا وجد مانع من موانع الرجوع ، ومن
هذه الموانع موت أحد العاقدين أو وجود صلة قرابة أو زوجية بينهما . واذا
أراد الواهب الرجوع عند عدم وجود المانع ، فلا يكون ذلك الا بالتراضي
أو بحكم القاضي .

٤٥ - الوقف :

الوقف يمدل أحكام الميراث
والحاق الوقف بالميراث يأتي باعتبار أن الوقف يمدل كثيرا من أحكام
الميراث . فيه يجوز اعطاء الاثني كالأب ، وبه يجوز حرمان الوارث ، وبه
يجوز اعطاء غير الوارث .

الوقف الخيري والوقف الأهلي
والوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة .
وهو قسمان خيري وأهلي . فالخيري ما كان المستحق فيه مباشرة جهة بر لا
تنقطع . والأهلي ما كان المستحق فيه أولا أفرادا من الناس يكونون عادة
من أهل الواقف ويتعاقبون جيلا بعد جيل ، ثم اذا انقرض هؤلاء كان
المستحق جهة بر لا تنقطع . فالوقف خيريا كان أو أهليا ، ينتهي دائما الى
جهة البر .

نظام الوقف
وقد رأينا أن الوقف في الشريعة الاسلامية يقوم الى حد ما مقام
المؤسسات في الشرائع الغربية والعين الموقوفة لا يجوز التصرف فيها ، الا
في أحوال معينة وبشروط مخصوصة . وغلة العين هي التي تصرف
للمستحقين . ويتولى ادارة العين واستغلالها ناظر الوقف ، ويحاسبه
المستحقون على مقادير استحقاقهم وهو خاضع لرقابة المحكمة الشرعية .



المعاملات المالية

نمبر

تقسيم الأموال - تقسيم الحقوق - الزمة المالية

٤٦ - تعريف المال :

المال هو كل شيء يمكن أن تترتب عليه حقوق للشخص .

٤٧ - تقسيم الأموال :

ويمكن تقسيم الأموال الى تقسيمات كثيرة من وجوه مختلفة . نذكر منها التقسيمات الآتية .

تقسيم المال الى عقار ومنقول - تقسيمه الى قيمي ومثلي - تقسيمه الى غير قابل للاستهلاك وقابل له .

٤٨ - العقار والمنقول (Immeuble et meuble) :

ينقسم المال الى عقار ومنقول . فالعقار هو المال الثابت الذي لا يمكن نقله من مكان الى آخر كالأرض والمباني . والمنقول هو المال غير الثابت الذي يمكن نقله من مكانه كالمركبات والسيارات والحيوانات .

وقد كان لهذا التقسيم ، قبل التطور الاقتصادي الحديث ، أهمية كبيرة ، اذا كان العقار هو المال ذو القيمة ، أما المنقول فقد كان تافهاً لا قيمة له (res mobilis, res vilis) . ولكن الظروف الاقتصادية المتطورة أخذت تعلى من قيمة المنقول ، وأصبح في المنقولات ما تفوق قيمته العقار ، كالأوراق المالية والأسهم والسندات .



على أن التمييز بين العقار والمنقول لا يزال ذا أهمية جوهرية من الناحية القانونية . ونذكر هنا بعض وجوه هذه الأهمية : (١) التصرف في العقار يجب أن يشهر بطريق التسجيل أو القيد ، أما التصرف في المنقول فلا يشهر ، وتغني الحيازة في المنقول عن ذلك (٢) العقار وحده هو الذي يجوز رهنه رهنا رسمياً (hypothèque) ، دون المنقول . (٣) الشفعة لا تكون الا في العقار (٤) دعوى الغبن الفاحش لا تكون الا في العقار (٥) التنفيذ على العقار محوط باجراءات معقدة وضمانات أوفر من اجراءات التنفيذ على المنقول — ويلاحظ أن بعض هذه الوجوه راجع الى طبيعة العقار والمنقول ، كما في التسجيل والرهن الرسمي والشفعة ، والبعض الآخر راجع الى أن العقار محدود أعلى قيمة من المنقول ، كما في الغبن والتنفيذ . وهناك منقولات تعد عقاراً بالتخصيص ، اذا خصصت لخدمة عقار ، كالمواشي والآلات الزراعية اذا خصصت لخدمة الأرض . وهناك عقار يعد منقولا بحسب المآل كالمباني اذا بيعت مستحقة الهدم والأشجار اذا بيعت مستحقة القلع .

٤٩ — القيمي والمثلي (Non fongible et fongible) :

القيمي هو ما لا تتعدد آحاده . مثل ذلك منزل معين وفرس معين . ويتعين بالتسمية أو الوصف .

والمثلي هو ما تعددت آحاده ، وقام بعضها مقام البعض الآخر . مثل ذلك الغلال والقطن والقماش والبيض . ويتعين اما بالكيل كالغلال ، أو بالوزن كالقطن ، أو بالمقاس كالقماش ، أو بالمد كالبيض .

وأهمية التمييز تظهر في وجوه مختلفة منها : (١) المقاصة لا تكون الا



في المثلّي دون القيمي (٢) هلاك المثلّيات تكون على المشتري بعد التعيين ولو قبل التسليم ، أما هلاك القيميات فلا يكون على المشتري الا بعد التسليم .

٥٠ - غير القابل للاستهلاك والقابل له (Non consommptible et consommptible)

المال غير القابل للاستهلاك هو ما يتكرر الانتفاع به مع بقائه كالمنزل والفرس والقمّاش .

والمال القابل للاستهلاك هو ما لا ينتفع به الا باستهلاكه استهلاكاً مادياً ، كما في الغلال والمأكولات ، أو استهلاكاً معنوياً ، كما في النقود فإنها لا ينتفع بها الا اذا خرجت من ملكية المنتفع .

ومن وجوه أهمية هذا التمييز أن عارية الاستهلاك لا تقع الا على أشياء قابلة للاستهلاك ، وعارية الاستعمال لا تقع الا على أشياء غير قابلة للاستهلاك .

والغالب أن المثلّي يكون قابلاً للاستهلاك كما في الغلال ، ولكن قد يكون المثلّي غير قابل للاستهلاك كما في القمّاش .

والغالب كذلك أن القيمي يكون غير قابل للاستهلاك كما في المنزل والفرس . ولكن قد يكون القيمي قابلاً للاستهلاك كما في النقود اذا أعيرت للعرض أو للصرف .

وتقسيم المال الى قيمي ومثلّي يرجع الى قصد المتعاملين والغرف الجاري . أما تقسيمه الى غير قابل للاستهلاك وقابل له فيرجع الى طبيعة المال ذاته .



٥١ - تعريف الحق وأقسامه :

الحق مصلحة يحميها القانون لشخص معين .

ويمكن تقسيم الحقوق مبدئياً الى حقوق سياسية ، وهي حقوق يكسبها الشخص باعتباره عضواً في هيئة سياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح ، وحقوق غير سياسية .

والحقوق غير السياسية تنقسم الى حقوق عامة ، وهي حقوق قررت لحماية الشخص في نفسه وحرية وماله ، كحق الحياة والحرية وحرمة الملكية ، وحقوق مدنية .

والحقوق المدنية تنقسم الى حقوق الأسرة ، وهي الحقوق التي تقدم ذكراً وتنشأ عن الزواج والنسب ، وحقوق مالية .

والحقوق المالية تنقسم الى حقوق عينية وحقوق شخصية . وهذا هو التقسيم الجوهري الذي تقف عنده .

٥٢ - الحق العيني والحق الشخصي (droit réel et droit personnel) :

الحق العيني سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين .
والحقوق العينية محصورة في القانون ، وهي الملكية ، وحق الانتفاع ويلحق به السكنى والاستعمال ، وحقوق الارتفاق ، وحق الحكر ، وحق المستحق في الوقف وهذه حقوق عينية أصلية - وحق الرهن بنوعيه من حيازة ورسمي ، وحق الاختصاص ، وحقوق الامتياز ، وحق الحبس - وهذه حقوق عينية تبعية .

أما الحق الشخصي ، أو الالتزام ، فهو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل .



ولا يمكن حصر الالتزامات بذراتها كما تحصر الحقوق العينية ، وإنما تحصر الالتزامات بمصادرهما .

وكل من الحق العيني والحق الشخصي سلطة للشخص على المال .
ولكن السلطة في الحق العيني تنصب مباشرة على المال دون وساطة مدين معين ، أما السلطة في الحق الشخصي فتتصل بالمال بطريق غير مباشر وبوساطة مدين معين . ولما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء (droit de suite) في يد أى شخص انتقلت اليه ملكيته . وله أيضا حق التقدم على جميع الدائنين الشخصيين (droit de préférence) في تقاضى حقه من الشيء ، فإن هؤلاء ليست لهم الا سلطة غير مباشرة على الشيء .

أوجه التمييز بين
الحق العيني والحق
الشخصي

وسيكون كلامنا في المعاملات المالية مقسما على باين : الباب الأول في الحقوق العينية ، والباب الثانى في الحقوق الشخصية أو الالتزامات .

وتقول كلمة قبل ذلك في النعمة المالية .

٥٣ - الزمة المالية (Patrimoine) :

يمكن تعريف النعمة المالية تعريفا مبدئيا بأنها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . فالذمة المالية تتكون اذن من عنصرين : عنصر ايجابى وهو مجموع الحقوق ، وعنصر سلبي وهو مجموع الالتزامات . وقد تكون النعمة المالية دائنة اذا زاد العنصر الايجابى على العنصر السلبي ، وقد تكون مدينة اذا كان الأمر عكس ذلك .

تعريف النعمة المالية

والأمر الجوهري في نظرية الذمة المالية هو أنها جعلت من حقوق



الشخص والتزاماته مجموعة واحدة (universalité) ، فأدماج كل الحقوق وكل الالتزامات في هذه المجموعة هو الشيء الجديد ، الذي نستقصي أصله التاريخي ، وتعليله المنطقي ، ونتأمله القانونية .

أصلها التاريخي

أما الأصل التاريخي فيرجع الى القانون الروماني ، اذ كان هذا القانون في مرحلة أولى من مراحل تطوره ، لا يجعل للدائن سبيلا على مال المدين ، بل يقصر سلطة الدائن على جسم مدينه . ثم يسوغ في مرحلة ثانية ، استيلاء الدائن على أموال مدينه الغائب . ويرخص ، في مرحلة ثالثة ، أن يعامل المدين الحاضر معاملة المدين الغائب ، فيحجز الدائن على مال المدين كله كمجموعة واحدة ، ولا يحجز على عين معينة بالنات . ومن هنا وجدت الفكرة التي تقضى بادماج مال المدين في مجموعة لا تتجزأ .

تعليلها المنطقي

وأما التعليل المنطقي لادماج مال المدين في مجموعة ، وجعل هذه المجموعة هي المسئولة عن التزامات اللدين ، دون أن تخصص لهذه المسئولية عين معينة بالنات ، فيرجع في نظرنا الى طبيعة الالتزام الشخصي . وليبان ذلك نفرض أن مال المدين ينحصر في أرض ودار وسيارة . فاذا قلنا أن الدائن يتركز حقه على الأرض بالنات أو على الدار بالنات أو على السيارة بالنات ، فإن ذلك يقتضى أن ينقلب الحق الشخصي الى سلطة مباشرة تنصب على عين معينة بالنات ، أى أن الحق الشخصي ينقلب الى حق عيني ، وهذا لا ينبغى أن يكون . يجب اذن أن نترك فكرة تركز الحق الشخصي في عين معينة بالنات ، لأن هذه الفكرة تقلب الحق الشخصي الى حق عيني . فليس أمامنا الا أن ننظر الى مال المدين نظرة أخرى ، لا باعتباره أعيانا معينة بالنات ، بل ننظر اليه باعتباره مجموعة من



المال ، وهذه المجموعة تفنى فيها كل هذه العناصر المكونة لها ، وتمتيز ذاتية هذه المجموعة عن ذاتية كل عين معينة بالذات . وخير مثل لذلك هو الشخص المعنوي ، يجمع طائفة من الأشخاص الطبيعيين ، ولكن هذه الأشخاص تفنى جميعا في شخص معنوي واحد ، ذاتيته مستقلة عن ذاتية كل فرد ، وقد يزيد عدد الأشخاص الطبيعيين وقد ينقص ، فلا يؤثر ذلك في الشخص المعنوي . كذلك هذه المجموعة من المال تفنى فيها الأعيان المعينة بالذات ، ولا تتغير ذاتيتها بتغير هذه الأعيان . فعند ما تصور الأمر على هذا النحو ، وعند ما تقول أن للدين مجموعة من المال ينظر إليها كمجموعة تفنى فيها كل الأموال المعينة بالذات وتستقل ذاتيتها عن ذاتية كل عين في هذه المجموعة نكون بذلك قد وضحنا المعنى المراد من « النعمة المالية » .

نتائجها القانونية

ونظرية الذمة المالية من النظريات التي يمكن أن تتعقب أصولها في القانون الروماني كما قدمنا ، ولكنها صيغت صياغة فنية كاملة في القرن التاسع عشر ، على يد قعيين فرنسيين هما أوبري ورو (Aubry et Rau) . وقد رتب القعيان على هذه النظرية نتائجها القانونية فيما يأتي : (أولا) كل شخص لا بد أن تكون له ذمة مالية ، ولا يهم أن الشخص يملك أعيانا معينة بالذات أو لا يملك ، فليست الذمة المالية هي هذه الأعيان المعينة بالذات . وما دام الشخص قابلا من الناحية القانونية أن يملك ، فله ذمة مالية . (ثانيا) كما أن لكل شخص ذمة مالية ، كذلك كل ذمة مالية يجب أن تستند إلى شخص . وكما لا يمكن أن تصور شخصا دون أن تكون له ذمة مالية ، كذلك لا يمكن أن تصور ذمة مالية معلقة دون أن يكون لها شخص تستند إليه . (ثالثا) لكل شخص ذمة مالية واحدة



لا تتعدد ولا تتجزأ . اذا ما دام كل ما للشخص وما عليه من حقوق والالتزامات يندمج في مجموعة واحدة فلا يتصور تعدد هذه المجموعة أو تجزئتها .

تعد بعض النتائج

وقد بقيت هذه النظرية التقليدية سائدة طوال القرن التاسع عشر . ثم عمد الفقهاء أخيراً ، لا سيما الفقهاء الألمان ، الى قدها . وهدموا نتيجتين من نتائجها الثلاث . سلخوا بأن كل شخص لا بد أن تكون له ذمة مالية . ولكنهم لم يسلموا بأن كل ذمة مالية لا بد أن تستند الى شخص ، فهذه هي المؤسسات (fondations) ليست الا ذمة مالية أو مجموعة من المال قائمة بذاتها لا تستند الى شخص ، بل هي نفسها الشخص . ومثل ذلك أيضا نظامان من نظم الشريعة الاسلامية هما الوقف والتركة قبل سداد الديون . ولم يسلموا كذلك بأن لكل شخص ذمة مالية لا تتعدد ، وذلك لان الشخص قد تكون في ذمته مجموعتان من المال متميزتان ، كالوارث في بعض الشرائع القرية اذا قبل تركة مورثه بخيار الجرد (sous bénéfice d'inventaire) فانه يكون له بذلك ذمتان ماليتان ، ذمته الأصلية وذمة مورثه التي انتقلت اليه و بقيت منفصلة عن ذمته .

الفكرة الجوهرية في النظرية وما يترتب عليها

على أن هناك فكرة جوهرية في نظرية النعمة المالية لا تزال قائمة هي ان الذمة المالية مجموعة من المال ذاتيتها مستقلة عن ذاتية كل عين من الأعيان ، وهذه المجموعة هي ضمان الدائن . وتترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) بما أن الذمة المالية هي ضمان الدائن ، فهي اذن ضمان لكل دائن ، فكل الدائنين الشخصيين متساوون في ذلك ، ويقسمون أموال المدين فيما بينهم قسمة غرما . (٢) بما أن الذمة المالية التي هي ضمان الدائن لها ذاتية مستقلة عن ذاتية كل عين من أعيانها ، فانها تبقى ضمانا للدائن حتى لو زادت



عناصرها الايجابية فيستفيد الدائن من ذلك ، وحتى لو قصت هذه العناصر،
فيضر بذلك . (٣) بما أن الزمة المالية هي مجموعة من المال ، فمن تلقى هذه
المجموعة أو جزءا منها يعتبر خلفا عاما (ayant cause à titre universel)
أما من تلقى عينا معينة بالنات فيعتبر خلفا خاصا (ayant cause à titre
particulier) . فالتمييز ما بين الخلف العام والخلف الخاص ، وهو تمييز
له خطره في القانون ، قائم على فكرة ادماج المال في مجموعة لا تتجزأ .



الباب الأول

الحقوق العينية

٥٤ - تقسيم الموضوع :

قدمنا أن الحقوق العينية معينة على سبيل الحصر . لذلك نستعرضها أولاً لتبين نطاق هذه الحقوق ، ثم نرى الطرق المختلفة لكسبها .

الفصل الأول

نطاق الحقوق العينية

٥٥ - الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية :

وتنقسم الحقوق العينية الى أصلية وتبعية . ذلك أن الحق العيني قد يكون حقاً قائماً بذاته لا يتبع حقاً آخر ، كحق الملكية وحقوق الارتفاق ، وقد يكون حقاً مقراً لضمان حق آخر يتبعه وجوداً وعلماً ، كحق الرهن وحقوق الامتياز .

المبحث الأول

الحقوق العينية الأصلية

٥٦ - تعداد هذه الحقوق :

الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية ، وهو أكبر الحقوق العينية وأوسعها نطاقاً ، ثم الحقوق الأخرى المتفرعة عن حق الملكية ، وهي حقوق الانتفاع وحقوق الارتفاق .



١ - حق الملكية

٥٧ - نطاق حق الملكية وقيوده :

حق الملكية ، كما قدمنا ، هو أوسع الحقوق العينية نطاقا . وهو حق بمقتضاه يكون لشخص دون غيره استعمال شيء معين واستغلاله والتصرف فيه . فحق الملكية هو أكثر الحقوق العينية شمولاً ، إذ يشمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . فإذا جرد منه حق التصرف وبقى حقا الاستعمال والاستغلال . انقلبت الملكية الى حق انتفاع . فإذا جرد من حق الانتفاع حق الاستغلال وبقى الاستعمال ، انقلب حق الانتفاع الى حق استعمال . فإذا قيد الاستعمال بوجه معين ، وكان هذا الوجه فائدة مقررة على عقار لمنفعة عقار آخر ، صار هذا حق ارتفاق . ومن ذلك نرى تدرج الحقوق العينية من السعة الى الضيق : أكثرها اتساعاً هو حق الملكية ، فحق الانتفاع ، فحق الاستعمال ، فحق الارتفاق .

تدرج الحقوق
العينية

وحق الملكية يمتاز عن سائر الحقوق العينية بأنه حق دائم لا ينقضى . قد ينتقل من شخص الى آخر ، حال حياة المالك أو بعد موته ، ولكن الحق نفسه هو الذي ينتقل ، لا حق جديد آخر ، فهو يتأبد بانتقاله .

حق الملكية حق دائم

ولا يمكن تبرير حق الملكية ، بهذا التأييد ، الا على أساس أنه ثمرة العمل . فالعامل ينال جزاء عمله ما لا يكون له حق ادخاره ، ويصبح ملكاً مؤبداً له بهذا المعنى .

تبرير حق الملكية

على أن حق الملكية ليس حقا مطلقاً ، إذ يرد عليه قيود شتى ، يمكن حصرها في أنواع ثلاثة : (أولاً) القيود القانونية ، وهذه يقررها القانون للمصلحة العامة ، كما في القيود المقررة لتنظيم المدن والقيود المتعلقة بالمجال

قيود حق الملكية



المعلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة . (ثانيا) القيود القضائية ، وهذه يحد بها القضاء من اطلاق حق الملكية ، فيوجب على المالك ألا يسئ استعمال ملكه ، ويدخل هذا في نظرية التصرف في استعمال الحق (théorie de l'abus du droit) . (ثالثا) القيود الاتفاقية . وهذه يتفق عليها عادة بين طرفين ، أحدهما ينقل ملكيته للآخر ، ويشترط عليه عدم جواز التصرف (clause d'inaliénabilité) . وشرط عدم جواز التصرف يعتبر صحيحا اذا كان موقتا وله مسوغ شرعى .

٥٨ - أنواع الملكية :

الملكية المادية :
الملكية المفروزة
الملكية الشائعة
الملكية المشتركة

يمكن تقسيم الملكية تقسيما أوليا الى ملكية مادية و ملكية معنوية .
وتنقسم الملكية المادية الى ملكية مفروزة و ملكية شائعة و ملكية مشتركة . فالملكية المفروزة تنصب على شئ معين مفروز تخلص ملكيته لشخص معين . والملكية الشائعة تنصب على جزء شائع من شئ معين ، النصف أو الربع مثلا ، تخلص ملكيته لشخص معين . والشيوخ حالة غير مرغوب فيها لأنها تشمل كثيرا من نشاط المالك ، اذ يتوقف كثير من تصرفاته على أجازة شركائه في الشيوخ أو على نتيجة القسمة ، لذلك أباح القانون لكل شريك في الشيوخ أن يطالب شركائه بالقسمة ، ولا يجوز الاتفاق على البقاء في الشيوخ لمدة تزيد على خمس سنوات . أما الملكية المشتركة فلا تنصب على جزء مفروز أو جزء شائع تخلص ملكيته لشخص معين ، بل المال المملوك ملكية مشتركة يكون ملك كل الشركاء مجتمعين ، وليس لواحد منهم منفردا حق ما على الشئ المملوك أو على جزء شائع منه أو مفروز .

الملكية المعنوية

ويراد بالملكية المعنوية الملكية الأدبية والفنية والصناعية Propriété



، وحق الفنان في منتجاته الفنية كالرسم والتصوير والنحت والموسيقى والتلحين ، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية . وليس المقصود بهذه الملكية المعنوية حقا واقما على شيء مادي ، فحق المؤلف الذي تقصده هنا هو حقه فيما صدر عنه من أفكار ومعان ، لا حقه في نسخة أو نسخ معينة من مؤلفاته . ونعني بحقه في الأفكار والمعاني التي صدرت عنه حق استغلال ذلك استغلالا ماليا بالنشر أو الترجمة أو غير ذلك . ويحمي كثير من الشرائع الغربية الملكية المعنوية بمختلف أنواعها ، ويحدد لصاحبها مدة معينة يتمتع فيها بملكيتها ، تكون عادة طول حياته ومن بعد موته ينتقل الحق الى ورثته مدة تراوح بين سبع سنوات وخمسين . فحق الملكية المعنوية يكون بهذا الاعتبار حقا موقوتا لا دائما كحق الملكية المادية . أما في مصر فلم يصدر حتى الآن تشريع ينظم الملكية المعنوية . ولكن القضاء يحمي هذه الملكية ويستند في حمايتها الى قواعد العدالة والقانون الطبيعي .

٢ - حقوق الانتفاع

٥٩ - تعداد هذه الحقوق :

نريد بحقوق الانتفاع : (١) حق الانتفاع (٢) حق الاستعمال (٣) حق السكنى (٤) حق الحكر (٥) حق المستحق في الوقف .

٦٠ - هو الانتفاع :

تعريف حق الانتفاع : حق الانتفاع كما عرّفه القانون المصري هو حق للمنتفع في استعمال ملك غيره واستغلاله .

حقوق المنتفع : فحقوق المنتفع تتضمن أذن : (١) استعمال الشيء فيما وضع له ، فإذا



كان منزلا كان له سكنه ، واذا كان أرضا زراعية فله زراعتها الزراعة للعتادة ، واذا كان سيارة كان له أن يركبها الركوب للعتاد وهكذا .
(٢) استغلال الشيء وذلك بالحصول على ثمرته . والثمره قد تكون طبيعية كحصولات الأرض الزراعية وقد تكون مدنية كأجرة الأرض والمنزل .
وليس للمتفع أن يتصرف الا في حق الانتفاع . أما رقة العين للمتفع بها فليست له ، بل هي للمالك .

وينقضى حق الانتفاع بطرق مختلفة أهمها : (١) انقضاء المدة المحددة اقضاءحق الانتفاع
(٢) ترك للمتفع حقه (٣) موت المتفع ، وذلك لأن حق الانتفاع لا ينتقل الى الورثة .
ومتى اقضى حق الانتفاع ، فان مالك الرقة يصبح مالكا للعين ملكية تامة .

٦١ - حق الاستعمال وهو السكنى :

وقد ينحصر حق الانتفاع في حق الاستعمال أو في حق السكنى .
حق الاستعمال
فحق الاستعمال يشمل استعمال الشيء فيما وضع له ، وكذلك الحصول على غلته الطبيعية . ويمتنع الحصول على الغلة المدنية ، فلا يجوز لصاحب حق الاستعمال استغلال الشيء بإيجاره .

حق السكنى
أما حق السكنى فنقصور على الانتفاع بمحلات السكنى بالسكن فيها ، ولا يجوز الانتفاع بغير السكن . كذلك لا يجوز الاستغلال . والمظهر العملي لحق السكنى هو أن يوصى شخص لأفراد أسرته بسكنى منزل الأسرة طول حياتهم .

وكل من حق الاستعمال وحق السكنى ينقضى بنفس الطرق التي ينقضى بها حق الانتفاع .



٦٢ - هو المحكر :

وحق المحكر حق عيني يثبت بمقتضى عقد إيجار بين مالك العقار والمحكر . ويكون الأيجار الى الأبد أو الى مدة طويلة في مقابل أجره المثل .
والعادة أن العقار المؤجر يكون وقفا مخربا ولا يكفي ريعه لتصليحه ، ولا يمكن استبداله ، فيلجأ ناظر الوقف الى تحكيه بعد أخذ إذن القاضى .
ولكن يجوز أيضا أن يكون المحكر موضوعه عقار غير موقوف .

تعريف المحكر

العقار المحكر

والمحكر ينتفع بالعقار الى الأبد أو طول المدة المعينة ، وله أن يحدث تصليحات فى العقار . ويلتزم بدفع الأجرة ، وهى زهيدة فى العادة .
وتختلف الأجرة زيادة ونقصا حسب ارتفاع أو نزول سعر إيجار الأرض المحكرة ، بقطع النظر عما أحدثه فيها المستأجر من التصليحات والتحسينات ، لأن أجره المحكر هى دائما أجره المثل .

حقوق المحكر
والتزاماته

٦٣ - هو المستحق فى الوقف :

ويمكن تكيف حق المستحق فى الوقف بأنه حق عيني . ويجب أن يميز بين حق المستحق على العين الموقوفة ، وهذا هو الحق العيني ، وبين حقه فى ذمة ناظر الوقف ، وهذا حق شخصى . الحق الأول حق لا يجوز للمستحق أن يتنازل عنه أو أن يرهنه ، ويبقى ثابتا له مدى الحياة . أما الحق الشخصى الثابت فى ذمة ناظر الوقف فيجوز التنازل عنه ورهنه .

حق على العين
الموقوفة وحق فى
ذمة الناظر

وتقارن بين الحق العيني للمستحق فى الوقف وبين حق الانتفاع مقارنة موجزة : (١) فالمستحق فى الوقف بخلاف المنتفع ليس له أن يستعمل العين الموقوفة باعتباره مستحقا ، وليس له أن يستغلها بنفسه . بل كل ما له هو أن يستغل العين من طريق ناظر الوقف ، ويحصل على غلتها حقا شخصيا فى

المقارنة بين حق
المستحق فى الوقف
وحق الانتفاع



في ذمة الناظر . (٣) يبقى حق المستحق في الوقف طول حياته ، أما حق المنتفع فقد يبقى طول الحياة وقد ينتقض قبل ذلك .

٣ - حقوق الارتفاق

٦٤ - تعريف الارتفاق والمقارنة بينه وبين حق الانتفاع :

تعريف الارتفاق

مقارنة بين حق الانتفاع وحق الارتفاق

حق الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر .
ويختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع بما يأتي : (١) حق الارتفاق لا يكون الا لعقار معين أيا كان مالك هذا العقار . أما حق الانتفاع فيكون لشخص معين . (٢) أما حق الانتفاع فيقع على العقار والمنقول (٣) حق الارتفاق قد يكون دائما وقد يكون مؤقتا . أما حق الانتفاع فلا يكون الا مؤقتا ، ينتقض حتما بموت المنتفع .

٦٥ - تقسيم حقوق الارتفاق :

تنقسم حقوق الارتفاق :

مستمرة وغير مستمرة

(أولا) الى حقوق ارتفاق مستمرة وحقوق ارتفاق غير مستمرة (Servitudes continues et discontinues) فحق الارتفاق للمستمر هو الحق الذي يمكن استعماله دون تدخل الانسان ، كحق المطلق ، وحق المجري وحق الارتفاق غير المستمر هو الحق الذي لا يمكن استعماله دون تدخل الانسان ، كحق المرور .

ظاهرة وغير ظاهرة

(ثانيا) الى حقوق ارتفاق ظاهرة ، وحقوق ارتفاق خفية (Servitudes apparentes et non apparentes) هو الحق الذي تدل عليه علامة مادية ظاهرة ، كحق المجري . وحق الارتفاق غير الظاهر هو الحق الذي لا تدل عليه علامة مادية ظاهرة ، كحقوق الارتفاق السلبية .



ايجابية وسلبية (ثالثا) الى حقوق ارتفاق ايجابية وحقوق ارتفاق سلبية (Servitudes positives et négatives) فحق الارتفاق الايجابي يتضمن أعمالا ايجابية تقع على العقار المرتفق به ، كحق المرور . وحق الارتفاق السلبي لا يتضمن أعمالا ايجابية ، بل ينحصر في الكف عن عمل ، كحق الارتفاق في عدم البناء على الأرض للرتفق بها ، أو الحق في عدم الارتفاع بالبناء الا الى حد معين .

المبحث الثاني

الحقوق العينية التبعية

٦٦ - مصدر هذه الحقوق :

تنحصر هذه الحقوق فيما يأتي : (١) رهن الحيازة (٢) الرهن الرسمي (٣) حق الاختصاص (٤) حقوق الامتياز (٥) حق الحبس .

١ - رهن الحيازة والرهن الرسمي

٦٧ - ما يشترك فيه الرهنان :

يشترك الرهنان فيما يأتي : (١) يتم كل منهما بعقد بين الراهن ، وهو صاحب العين المرهونة ، والدائن المرتهن . (٢) يولد العقد في الحالتين حقا عينيا للدائن المرتهن على العين المرهونة . (٣) قيمة هذا الحق العيني في الحالتين أن يستوفى الدائن حقه من ثمن العين بعد بيعها في المزاد ، متقدما في ذلك على سائر الدائنين ، اذا لم يستوف هذا الحق من المدين عند حلوله

٦٨ - ما يختلف فيه الرهنان :

ويختلف الرهنان فيما يأتي : (١) عقد رهن الحيازة (nantissement) الكتابة الرسمية



ليس عقدا رسميا ، أما عقد الرهن الرسمي (hypothèque) فلا يتم الا بكتابة
رسمية أمام الموظف المختص . (٢) في رهن الحيازة تنتقل حيازة العين
المرهونة الى الدائن المرتهن ، أما في الرهن الرسمي فلا تنتقل الحيازة ، بل
تبقى عند الراهن (٣) رهن الحيازة يقع على العقار والمنقول ، أما الرهن
الرسمي فلا يقع الا على العقار (٤) رهن الحيازة يجب تسجيله
(transcription) ، أما الرهن الرسمي فيجب قيده (inscription) .
والفرق بين التسجيل والقيود أن التسجيل هو نقل صورة كاملة من العقد ،
أما القيد فيقتصر مع ذكر البيانات الجوهرية الواردة في العقد . (٥) في
رهن الحيازة يستولى الدائن على غلة الشيء المرهون على أن يخصها من
المصاريف والفوائد والدين ، أما في الرهن الرسمي فلا يستولى الدائن على الغلة .
٦٩ - تطور فكرة الرهن .

الحيازة

المنقول والعقار

التسجيل والقيود

غلة الشيء المرهون

ولم يكن الرهن في القديم معروفا على هذا النحو . بل كان المدين اذا
قدم رهنا نقل ملكية الشيء الى الدائن المرتهن نقلا تاما ، واقتصر على
الحصول منه على وعد برد الملكية اليه اذا وفى بالدين . ثم ظهر البيع
الوفائي ، وفيه تنتقل الملكية من المدين الى الدائن ، فإذا وفى المدين بالدين
فسخ العقد من تلقاء نفسه وعادت ملكية الشيء الى المدين . ثم اظهر رهن
الحيازة ، وفيه لا تنتقل الملكية أصلا الى الدائن ، ولكن تنتقل الحيازة . ثم
ظهر الرهن الرسمي وفيه لا تنتقل الملكية ولا الحيازة من المدين الى الدائن .

٢ - حق الاختصاص

(DROIT D'AFFECTATION)

٧٠ - كيف ينشأ :

اذا حصل الدائن على حكم بالدين وخشى قبل أن يتمكن من التنفيذ
بالحكم على عقار مملوك للمدين أن يبادر غيره من الدائنين الى التنفيذ أو أن



يعمد المدين الى التصرف في العقار، فانه يستطيع في هذه الحالة أن يستصدر أمرا من المحكمة بأخذ اختصاص على العقار المذكور، ويقيد هذا الاختصاص بمجرد صدور الأمر به .

٧١ - قيمة حق الاختصاص :

ويكون للدائن الذي حصل على حق اختصاص على عقار مدينه نفس حقوق الدائن للرهن . فحق الاختصاص اذن هو رهن رسمي ، ولكن مصدره القضاء لا العقد .

٣ - حقوق الامتياز

(PRIVILÈGES)

٧٢ - الامتياز يرجع الى طبيعة الدية :

هناك ديون معينة يراها القانون رعاية خاصة ، لاعتبار يرجع الى صفة في الدين لا الى صفة في الدائن . فيجعل هذه الديون ممتازة ، يستوفيا الدائنون متقدمين على غيرهم .

٧٣ - أقسام حقوق الامتياز :

وحقوق الامتياز على ثلاثة أقسام :

(أولا) حقوق الامتياز العامة ، وهذه تتناول جميع أموال المدين المنقولة والعقارية . ومن الديون التي لها امتياز عام المصاريف القضائية والضرائب .

امتياز عام

(ثانيا) حقوق الامتياز الخاصة على المنقول ، وهذه تنحصر في منقول معين . مثل ذلك أجرة العقار ممتازة على المفروشات والمحصولات ، وثمان المنقول للبيع ممتاز على هذا المنقول ، والديون المستحقة لأصحاب الفنادق ممتازة على الأمتعة المودعة بالفنادق .

امتياز خاص على منقول

(ثالثا) حقوق الامتياز الخاصة على العقار ، وهذه تنحصر في عقار

امتياز خاص على عقار



معين . مثل ذلك ثمن العقار المبيع ممتاز على هذا العقار ، ورجوع الشريك على شريكه بعد القسمة مضمون بامتياز المتقاسم .

٧٤ - مقارنة بين الرهن والامتنياز والاختصاص :

يتبين مما تقدم أن الرهن مصدره العقد ، والاختصاص مصدره القضاء ، والامتياز مصدره القانون .

٤ - حق الحبس

٧٥ - تعريفه وامثله :

حق الحبس هو حق يثبت للدائن في حبس عين مملوكة للمدين حتى يستوفى الدين .

ومن أمثلة حق الحبس حق البائع في حبس العين المبيعة حتى يستوفى الثمن ، وحق من قام بمصروفات ضرورية أو نافعة على شيء مملوك للغير في حبس هذا الشيء حتى يسترد ما صرفه .

الفصل الثاني

طرق كسب الحقوق العينية

٧٦ - مصدر هذه الطرق :

أما الحقوق العينية التبعية فقد رأيناها كيف تكسب : الرهنان الحقوق العينية التبعية بالعقد ، وحق الاختصاص بالقضاء ، وحقوق الامتياز وحق الحبس بالقانون .

بقيت الحقوق العينية الأصلية ، وهذه نص القانون للدنى المصرى على أنها تكسب بالأسباب الآتية : العقود ، الهبة ، الميراث والوصية ، الاستيلاء ، الالتصاق ، الشفعة ، التقادم .

الحقوق العينية
الأصلية



ويمكن أن نرتب هذه الأسباب ترتيباً منطقياً على الوجه الآتي :

من هذه الأسباب ما هو سبب ملكية أصلية ، أي ملكية لم تسبق لأحد من قبل ، وهذا هو الاستيلاء . وبقية الأسباب هي أسباب ملكية مكتسبة ، أي ملكية انتقلت من شخص إلى آخر . وهذه بعضها تنتقل به الملكية بعد الموت (mortis causa) ، الميراث والوصية ، والبعض الآخر تنتقل به الملكية حال الحياة (inter vivos) . والأسباب الأخيرة بعضها عمل قانوني (acte juridique) ، العقود والهبة ، والبعض الآخر عمل مادي (acte materiel) ، الاستيلاء والالتصاق والشفعة والتقادم .

وبعض هذه الأسباب سبق أن استعرضناها فيما تقدم ، وهي الميراث والوصية والهبة . ونرجى الكلام في العقود إلى مكانها في الحقوق الشخصية .

يبقى أن نذكر كلمة موجزة عن الاستيلاء (occupation) ، والالتصاق (accession) والشفعة (préemption) والتقادم (prescription) .

١ - الاستيلاء

٧٧ - الاستيلاء على المنقول :

الاستيلاء هو وضع اليد على شيء لا مالك له بنية تملكه ، واضع اليد في الحال .

وقد يقع على منقول أو على عقار .

مثل استيلاء على المنقول صيد السمك في البحر والطيور في الهواء ، والعتور على كنز في أرض لا مالك لها .

السمك والطيور
والكنوز

٧٨ - الاستيلاء على المنقول :

ويمكن الاستيلاء على العقار كذلك ، ولا يكون ذلك إلا في الأرض المباحة ، وهي الأرض التي لا تملك ملكية خاصة للأفراد أو للدولة ، ولا تملك ملكية عامة للدولة . مثل ذلك الجبل والصحراء .

الأرض المباحة



ويكون الاستيلاء على الأرض للباحة بوضع اليد عليها وتعميرها ،
وذلك بالبناء عليها أو بزرعها ، فيصبح واضع اليد مالكا في الحال للأرض
التي عمرها ، بشرط ألا ينقطع خمس سنوات عن التعمير في ظرف الخمس
عشرة سنة التالية لوضع يده عليها .

٢ - الالتصاق

٧٩ - تعريف الالتصاق وأقسامه :

تعريفه الالتصاق هو اتصال عين بعين أخرى اتصالا ماديا ، فيملك صاحب
العين الأصلية العين للتحقة التي اتصلت بملكه .

أقسامه والالتصاق قد يكون اتصال عقار بعقار ، وقد يكون اتصال منقول
بمنقول ، وقد يكون اتصال منقول بعقار .

٨٠ - التصاق العقار بالعقار :

طى النهر مثل ذلك طى النهر . فما يحدث منه بالتدرج ، ملتصقا بأرض
دون أن يكون بينهما فاصل ، يكون ملكا لصاحب هذه الأرض .

٨١ - التصاق المنقول بالمنقول :

الاقتراح وذلك كامتزاج السوائل ، فيملك صاحب المال الأكبر قيمة المال
الأقل ، ويرد لصاحب هنا المال قيمته .

٨٢ - التصاق المنقول بالعقار :

ويكون ذلك بالبناء على أرض الغير دون اتفاق سابق . والقاعدة أن
مالك الأرض يملك البناء .

الباني صاحب
الأرض

وقد يكون الباني هو صاحب الأرض وقد بنى بمهمات وأدوات غيره ،



فيعوض هذا الغير عن قيمة هذه المهمات والأدوات .

الباني صاحب المهمات
وقد يكون الباني هو مالك للمهمات والأدوات، وقد بناها في أرض غيره ، فصاحب الأرض يصبح مالكا للبناء ، ويعوض الباني . ويختلف التعويض بحسب ما اذا كان الباني حسن النية أو سيء النية . فان كان حسن النية فصاحب الأرض مخير بين أن يدفع له تكاليف البناء أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء . أما اذا كان الباني سيء النية ، فصاحب الأرض مخير بين الزام الباني بهدمها ، وورد الأرض الى أصلها ، وبين ابقاء البناء وتعويض صاحبه الأقل من قيمة الأقباض أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء .

٣ - الشفعة

٨٣ - تعريف الشفعة :

التعريف
الشفعة هي الحق في تملك العقار للمبيع على المشتري بالثمن الذي دفعه.
والحكمة في الشفعة منع ضرر الجوار .
الحكمة

٨٤ - شروط الشفعة :

يؤخذ بالشفعة متى توافرت الشروط الآتية :

- التجاور او الشروع
البيع
- (١) أن يكون هناك عقاران متجاوران (والجوار في الأراضي المعدة للبناء يكفي أن يكون من جهة واحدة ، وفي الأراضي الأخرى يجب أن يكون الجوار من جهتين ، وأن تكون الأرض للشفوع بها تساوي نصف ثمن الأرض للشفوع فيها على الأقل) . أو أن يكون هناك عقار واحد مملوك لعدة شركاء على الشروع .
 - (٢) أن يبيع مالك أحد العقارين المتجاورين ، أو أحد الشركاء في العقار للملوك على الشروع ، ما يملكه .



المطالبة بالشفعة (٣) أن يطالب مالك العقار الآخر ، أو الشريك في الشروع ، بالشفعة ، بإعلان يوجهه لكل من البائع والمشتري في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع ، أو في ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع .

١٥ - كيفية الاخذ بالشفعة :

التراضى
التقاضى
فتمى تم ذلك ، فالشفيح الحق في تملك العقار المشفوع فيه بالثمن والمصاريف التي دفعها المشتري ، فان تراضيا على ذلك تم الاخذ بالشفعة .
والا فعلى الشفيح أن يرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان الذى طلب فيه الشفعة . والحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيح ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها .

٤ - التقادم

٨٦ - حكمته التقادم :

التقادم الطويل .
اذا وضع شخص يده على عين ، وبقي واضعا يده مدة خمس عشرة سنة ، وهو يتصرف فى العين تصرف الملاك علنا ، فان الأمر لا يخلو من أحد فرضين :

(١) أما أن يكون هذا الشخص واضع اليد هو المالك الحقيقى للعين ، فيجب أن تترك له العين دون أن يطالب بأثبات ملكيته ، مادام قد أثبت أنه قد وضع يده على العين هذه المدة الطويلة ، حتى لا يضطر الى الاحتفاظ بمستندات الملكية الى مدة تزيد على خمس عشرة سنة .

(٢) وأما أن يكون غير مالك للعين ، ولكنه نوى تملكها وظهر أمام الناس فى مظهر المالك ، وبقي هذه المدة الطويلة محافظا على هذا المظهر .



ففي هذه الحالة تترك له العين كذلك لسبيين : (أولاً) لأن الناس قد اطأنت الى هذا المركز المستقر في تعاملها مع واضع اليد . (ثانياً) لأن المالك الحقيقي ملوم اذ قصر طول هذه المدة بتركه العين المملوكة له في يد مغتصب .

فإذا كان واضع اليد لم يفتصب العين اغتصاباً ، بل اشتراها من غير مالك ، وهو يمتد بحسن نية أن البائع هو المالك ، فيكفي أن يبقى واضعاً يده على العين ، اذا كانت عقاراً ، خمس سنوات حتى يملكها .

فاذا كانت العين منقولاً فإنه يملكها بمجرد حيازته لها ، وهذا ما يعبر عنه بالقاعدة المعروفة : « الحيازة في المنقول سند الملكية » (En fait de meubles, la possession vaut titre) . وذلك ما لم تكن العين المنقولة مسروقة أو ضائعة ، ففي هذه الحالة لا يملكها واضع اليد في الحال ، بل يجوز للمالك الحقيقي استردادها في مدة ثلاثة سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، وعليه أن يرد لواضع اليد ثمنها . اذا كان هذا الأخير قد اشتراها من سوق عمومي أو من شخص يتعامل في مثل هذه المنقولات .

التقادم القصير

الحيازة في المنقول
سند الملكية



البَابُ الْيَابِئِ

الحقوق الشخصية أو الالتزامات

٨٧ - تقسيم الموضوع :

سبق أن عرفنا الحق الشخصي أو الالتزام ، وبيننا أن الالتزامات لا تحصر بذواتها ، كما تحصر الحقوق العينية ، بل تحصر بمصادرها . ونحن في كلامنا في الالتزامات نستعرض بإيجاز مصادر الالتزامات ثم أحكامها .

الفصل الأول

مصادر الالتزام

٨٨ - مصادر الالتزام :

يذكرون عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد (contrat) وشبه العقد (quasi-contrat) والجريمة (délit) وشبه الجريمة (quasi-délit) والقانون (loi) .

فالعقد هو توافق أرادتين على انشاء التزام ، كعقد البيع ، يتفق فيه البائع والمشتري على انشاء التزامات ، منها ما هو في جانب البائع ، كالاتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض ، ومنها ما هو في جانب المشتري ، كالاتزام بدفع الثمن والمصاريف .

وشبه العقد هو عمل اختياري مشروع ، ينشأ عنه التزام للغير ، وقد ينشأ عنه أيضا التزام مقابل في جانب ذلك الغير . مثل ذلك الفضولي ،



فهو يقوم مختاراً بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك ، فيلتزم بأن يستمر في العمل الذي بدأه ، وأن يقدم حساباً عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختياري المشروع الذي قام به الفضولي . وقد ينشأ عن هذا العمل التزام آخر في جانب رب العمل ، فيلتزم هذا ، في حالة ما اذا أحسن الفضولي القيام بالعمل الذي أخذه على عاتقه ، بأن يرد ما أنفقه الفضولي من مصاريف ضرورية ونافعة ، وبأن ينفذ ما عقده من التزامات ، سواء كان باسمه خاصة أو باسم رب العمل ، في سبيل القيام بمهمته .

والجريمة هي عمل ضار ، يأتيه فاعله متعمداً الأضرار بالغير ، فيلتزم بتعويض الضرر الذي أحدثه . كما اذا أتلّف شخص عمداً مالا مملوكاً للغير ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام في جانب فاعله بأن يعرض عن المال الذي أتلّفه .

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية الأضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط ، فيلتزم بتعويض الضرر كما في الجريمة ، فإذا سار شخص في سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دهس شخصاً في الطريق ، فإنه يلتزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذي أحدثه . والقانون قد يكون أخيراً مصدراً للالتزام ، فينشئه في حالات معينة ، كما في التزامات أفراد الأسرة بعضها للبعض الآخر ، من نفقة ورضاعة وحضانة ووصاية وقوامة الى غير ذلك ، وكما في التزامات الجار نحو جاره .

٨٩ - نقد هراً الترتيب :

وهذا الترتيب مع سهولته الظاهرة منتقد . فشبّه العقد لا يشبه العقد



في شيء ، فهو ليس بعمل قانوني (acte juridique) ، بل هو عمل مادي (acte matériel) ، فهو اقرب الى الجريمة وشبه الجريمة منه الى العقد . ثم أنه لا فائدة من التمييز بين الجريمة وشبه الجريمة فكلاهما عمل ضار يولد التزاما .

والترتيب الذي اتبعته القوانين الحديثة هو ما يأتي : العقد والارادة المنفردة والأثر على حساب الغير والعمل الضار والقانون . وسنتناول بإيجاز هذه المصادر ، فنستعرض العقد والارادة المنفردة في مبحث ، ثم المصادر الأخرى غير التعاقدية في مبحث آخر ، ولكن قبل ذلك نبعث في أساس منطقي لترتيب مصادر الالتزام ، ولمصادر الحقوق بوجه عام .

٩٠ - أساس منطقي لترتيب مصادر الالتزام ، ولمصادر

الحقوق بوجه عام :

الواقعة القانونية ، اذا أردنا أن نرجع ترتيب مصادر الالتزام الى أساس منطقي ، أمكن القول أن كل أمر يقع ويترتب عليه أثر قانوني ، ومن الآثار القانونية توليد الالتزام ، يسمى واقعة قانونية (fait juridique) .

والواقعة القانونية اما أن تكون واقعة طبيعية لا ترجع لارادة الانسان ، واما أن تكون واقعة اختيارية ترجع لارادة الانسان .

الواقعة الطبيعية . مثل الواقعة الطبيعية البتة تولد التزاما بالنفقة ، وهذا هو القانون .

الواقعة الاختيارية ثم أن الواقعة الاختيارية اما أن تكون عملا مادي (acte matériel) أو عملا قانونيا (acte juridique) والعمل المادي اما أن يكون عملا نافعا وهذا هو الأثر على حساب الغير ، أو عملا ضارا .

والعمل القانوني اما أن يكون صادرا من الجانبين ، وهذا هو العقد واما أن يكون صادرا من جانب واحد وهذه هي الارادة المنفردة .



المبحث الأول

العقد والارادة المنفردة

٩١ - تقسيم العقود :

ينقسم العقد الى عقد رضائي (consensuel) ، وهو الذي يتم بمجرد توافق الايجاب والقبول ، كالبيع والايجار . والى شكلي (solennel) ، وهو الذي لا بد في تمامه ، الى جانب توافق الارادتين ، من شكل خاص ، كالمبة والرهن الرسمي . والى عيني (réel) ، وهو الذي لا بد في تمامه ، الى جانب توافق الارادتين ، من تسليم العين ، كالوديعة والعارية ورهن الحيازة .

رضائي وشكلي وعيني

وينقسم العقد كذلك الى عقد ملزم للجانبين (synallagmatique) وهو الذي يولد الالتزامات في جانب كل من المتعاقدين ، كالبيع . والى عقد ملزم لجانب واحد (unilatéral) ، وهو الذي يولد التزامات في جانب أحد المتعاقدين دون الآخر ، كالوديعة . ويجب التمييز بين العقد الملزم لجانب واحد والعمل القانوني الملزم لجانب واحد ، فالعقد الملزم لجانب واحد هو عمل قانوني صادر من الجانبين ولكنه ملزم لجانب واحد .

ملزم للجانبين وملزم لجانب واحد

وينقسم العقد أخيرا الى عقد معاوضة (à titre onéreux) ، وهو الذي يأخذ فيه المتعاقدين مقابلا لما أعطى كالبيع ، والى عقد تبرع (à titre gratuit) ، وهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطى كالمبة .

معاوضة وتبرع

٩٢ - ترتيب الموضوع :

وتتكلم أولا في أركان العقد ، ثم في أحكامه .



١ - أركان العقد

٩٣ - تعدد أركان العقد:

أركان العقد ثلاثة : (١) الرضاء (consentement) (٢) محل
الالتزام (objet) (٣) سبب للالتزام (cause) .

٩٤ - الرضاء:

الرضاء يجب أن يكون موجودا وصحيحا .

والرضاء يكون موجودا بالتعبير من ارادتين متوافقتين . فهناك تعبير
من الارادة ، وتعدد الأرادة ، وتوافق بين الأرادتين .

فالتعبير عن الارادة قد يكون صريحا (بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة
أو باتخاذ موقف معين) أو ضمنيا أو سكوتا (كما في قبول الهبة بالسكوت) .
ولا بد من تعدد الأرادة . ومع ذلك فقد تولد الأرادة للمفردة
الالتزام ، ولكنها لا تكون عقدا .

ولا بد من موافقة القبول للإيجاب موافقة تامة . ويتم العقد عند تمام
هذه الموافقة . وفي العقد بالتراسل (correspondance) اختلفت الآراء ،
فأرى يقول بأن العقد يتم عند اعلان القبول ، وآخر يذهب الى تصدير
القبول ، وثالث الى استلام القبول ، ورابع الى العلم بالقبول .

ويجب أن يكون الرضاء صحيحا . والرضاء غير الصحيح هو الصادر
من ناقص الأهلية أو المشوب بعيب من عيوب الرضاء .

أما الأهلية فقد عرفناها فيما تقدم .

وأما عيوب الرضاء (vices du consentement) فهي الغلط
والتدليس والأكره والغبن .

فالغلط (erreur) هو تصور الأمر على غير حقيقته . والغلط يعيب
الرضاء ويبطل العقد اذا كان غلطا واقعا ، أى اذا كان غلطا لو تبينه من



وقع فيه لما أقدم على التعاقد . مثل ذلك شخص يشتري خاتما على أنه أرى
فيتبين أنه غير أرى ، وشخص يهب آخر مالا وهو يظن أنه ابنه غير
الشرعى فإذا به أجنبي عنه . في المثل الأول يوجد غلط في الشيء ، وفي
المثل الثاني يوجد غلط في الشخص .

والتدليس (dol) هو استعمال طرق احتيالية لأيقاع التعاقد في الغلط
وحمله على التعاقد . مثل ذلك أن بصطنع شخص عقود إيجار ليوهم بها من
يشترى منه أرضا أن أجره هذه الأرض مرتفعة .

والأكراه (violence) هو استعمال وسائل للضغط على ارادة التعاقد .
واقتناس رضائه ، وذلك بتهديده بخطر حال يصيبه في النفس أو في المال
مثل ذلك تهديد شخص بالقتل اذا لم يوقع على عقد .

والغبن في القانون المصرى ليس بعيب في الرضاء . ولا يطعن به الا
في عقد بيع صدر من قاصر على عقار يبيعه بما يقل عن $\frac{1}{3}$ قيمته . وفي هذه
الحالة يكون للقاصر أن يطلب تكملة الثمن الى $\frac{1}{3}$ القيمة .

٩٥ - المحل :

ويشترط في المحل أن يكون ممكنا ، موجودا ، معيناً أو قابلاً للتعيين ،
وغير مخالف للنظام العام ولا للأداب .

فالتعاقد على شيء غير ممكن باطل ، كما لو تعاقد محام مع موكله على
رفع تقض في قضية لا تقبل النقض ، وكما اذا باع شخص أرضا موقوفة .

والتعاقد على شيء غير موجود باطل كذلك ، كما لو باع شخص
منزلا ، ثم تبين أنه كان قد احترق قبل البيع . على أن التعاقد على شيء
غير موجود حالا ، ولكنه سيوجد في المستقبل ، صحيح ، كما لو باع مصنعا
قلدا من مصنوعاته على أن يصنعها بعد تمام البيع .

ويجب أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين . فاذا كان المحل عيناً

التدليس

الاکراه

الغبن

المحل ممكن

المحل موجود

المحل معين أو قابل
للتعيين



معينة فلا بد أن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة . واذا كان من المثليات فلا بد أن يكون قابلا للتعيين ببيان درجة جودته ومقداره عدا أو وزنا أو كيلا أو مقاسا .

المحل غير مخالف
لنظام العام ولا
للآداب

ويجب أخيرا أن يكون المحل غير مخالف للنظام العام ولا للآداب . والنظام العام هو النظام الأعلى للمجتمع ، ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفه ، كما لو اتفق المرشح مع الناخب على ان يبيعه صوته ، وكما لو اتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من المال كذلك ، فكل هذه العقود باطلة لمخالفتها للنظام العام . ومثل العقود المخالفة للآداب أن يستأجر شخص منزلا للدعارة أو أن يتفق مع امرأة على معاشرتها مقابل مبلغ من المال .

٩٦ - السبب :

والسبب هو الغرض المباشر الذي يستوفاه المتعاقد من وراء التزامه . وفي العقد الملزم للجانبين سبب التزام أحد المتعاقدين هو تنفيذ التزام للمتعاقد الآخر . ففي عقد البيع مثلا سبب التزام البائع بنقل الملكية هو تنفيذ المشتري بوفاء الثمن ، وسبب التزام المشتري بوفاء الثمن هو تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية . ومن هنا وجد الارتباط والتقابل بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين .

ويترتب على هذا الارتباط والتقابل : (١) اذا لم يقوم أحد المتعاقدين بالتزام ، كان للمتعاقد الآخر أن يمتنع هو أيضا عن القيام بالتزامه ، وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ (exception non adimpleti contractus) (٢) اذا لم يقوم احد المتعاقدين بالتزامه ، كان للمتعاقد الآخر أن يطلب

الدفع بعدم التنفيذ



الفسخ
فسخ العقد ولا يكتفى بالامتناع من تنفيذ التزامه ، وبذلك يتحلل نهائيا من الالتزام .

٢ - أحكام العقد

٩٧ - البطلان والقوة الملزمة :

حكم العقد أن تكون له قوة ملزمة . وقبل أن تكون له هذه القوة يجب أن يكون صحيحا غير باطل . فنحن نتكلم في البطلان أولا ثم في القوة الملزمة .

٩٨ - البطلان :

البطلان اما مطلق (nullité absolue) او نسبي (nullité relative).

البطلان المطلق

والبطلان يكون مطلقا اذا اختل ركن من أركان العقد ، بأن لم يكن الرضاء موجودا أو كان الرضاء صادرا من غير مميز ، أو كان المحل معدوما أو مستحيلا ، أو كان السبب معدوما أو غير مشروع الخ الخ .

ويكون البطلان نسبيا في حالتين : (١) لنقص الأهلية (٢) أو

البطلان النسبي

لعيب من عيوب الرضاء (الغلط والتدليس والأكراه) .

والفروق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي : (١) العقد الباطل

الفرق بينهما

باطلانا مطلقا غير موجود حتى لو لم يطلب بطلانه ، أما العقد الباطل بطلانا

نسبيا فموجود ويولد آثاره حتى يطلب بطلانه . (٢) البطلان المطلق

يتمسك به كل من المتعاقدين وكل ذى مصلحة ، أما البطلان النسبي فلا

يتمسك به الا المتعاقد الذي تقرر البطلان في مصلحته . (٣) البطلان

للمحق لا تلحقه الاجازة ، أما البطلان النسبي فيصححه اجازة من تقرر



البطلان في مصلحته . (٤) البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، أما البطلان النسبي فيزول بالتقادم .

٩٩ - القوة الملزمة للعقد :

نسبية القوة الملزمة

فإذا تم العقد صحيحا كانت له قوة ملزمة . وهذه القوة الملزمة نسبية بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع . فالنسبية للأشخاص معناها أن العقد لا يمتد أثره الا الى المتعاقدين . والنسبية للموضوع معناها أن العقد لا يلزم إلا بما كان محلا للالتزام الوارد فيه .

فالعقد لا يمتد أثره الا للمتعاقدين ، ولهذا القاعدة شقان : (١)

العقد يلحق أثره بالمتعاقدين (٢) العقد لا يمتد أثره الى الغير .

العقد يلحق أثره
بالتعاقدين :

الورثة

أما ان العقد يلحق أثره بالمتعاقدين فظاهر . فالعقد يولد التزامات في جانب كل من المتعاقدين أو في جانب أحدهما ، ويعطى حقوقا لكل من المتعاقدين أو لأحدهما ، فالمتعاقدان هما اللذان يلحق بهما أثر العقد . ويلحق بالمتعاقدين الورثة والدائنون . فوارث البائع لا يرث العين التي انتقلت ملكيتها للمشتري ، ووارث المشتري يرث العين التي انتقلت ملكيتها لمورثه .

الدائنون

الدعوى البوليمية

ودائن البائع لا يستطيع أن ينفذ على العين التي باعها مدينه ، ويستطيع ذلك دائن المشتري . ومع ذلك لا يلحق الدائن أثر العقد اذا تعمد مدينه الأضرار به فتصرف متواطئا مع المشتري على هذا الأضرار ، أو غير متواطئ ، اذا كان التصرف تبرعا . وفي هذه الحالة للدائن أن يطعن في هذا التصرف بدعوى أبطال التصرفات (Action Paulienne) ، ويعتبر التصرف غير نافذ في حقه .

العقد لا يمتد أثره
الى الغير

وأما أن العقد لا يمتد أثره الى الغير ، فمعنى ذلك أن غير المتعاقدين

لا يكسب حقا ولا يترتب في ذمته التزام من عقد لم يكن طرفا فيه . ومع



الاشتراط لمصلحة الغير

ذلك يجوز الاشتراط لمصلحة الغير (stipulation pour autrui) ، كما لو أمن شخص لمصلحة أولاده ، فالمؤمن تعاقد مع شركة التأمين على أن تدفع هذه مبلغا من المال لأولاده بعد موته ، ويسمى المؤمن مشترطا (stipulant) ، وشركة التأمين متعهدا (promettant) والأولاد منتفعين (bénéficiaires) ، ويلاحظ أن المنتفع يكسب حقا مباشرا من عقد لم يكن طرفا فيه ، فإذا مات المؤمن استحق الاولاد مبلغ التأمين ، لا على أنه حق أبيهم آل اليهم تركة ، بل على أنه حقهم المباشر ، وبذلك يخلص لهم هذا المبلغ ، ولا ينفذ عليه دائنو التركة .

المسئولية التعاقدية

بقي أن العقد لا يلزم الا بما كان محلا للالتزام ألوارد فيه . وهذه هي المسئولية التعاقدية (responsabilité contractuelle) فالملتزم بمقتضى العقد يجب أن ينفذ ما التزم به ، الا اذا منعه من ذلك قوة قاهرة (force majeure) أو حادث فجأى (cas fortuit) . واللفظان يستعملان عادة مترادفين .

القوة القاهرة والحادث الفجأى

وشروط القوة القاهرة أو الحادث الفجأى أن يكون أمرا غير متوقع الحصول وغير مستطاع الدفع وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، كما لو حدث زلزال خرب منزلا مؤجرا ، فلم يستطع المؤجر القيام بالتزامه نحو المستأجر . ففي هذه الحالة ينقض التزام المؤجر .

نظرية الحوادث الطارئة

فاذا كان الحادث غير متوقع الحصول وغير مستطاع الدفع ، ولكن لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، بل يقيه ممكنا ولكنه يصبح مرهقا للمدين ، كما لو قامت حرب ارتفعت على أثرها الأسعار فأرهب ذلك المتهددين بتوريد أشياء ارتفعت أسعارها ارتفاعا فاحشا ، ففي هذه الحالة لا ينقض التزام المدين ، بل ينقص ألقاصا يجعله غير مرهق . وهذه هي



نظرية الحوادث الطارئة (théorie de l'imprévision) .

المبحث الثاني

المصادر غير التعاقرية

١ - العمل الضار

١٠٠ - شروط المسؤولية التقصيرية أو العمل الضار :

توجد المسؤولية التقصيرية (responsabilité délictuelle) اذا توافرت ثلاثة شروط : الخطأ (faute) ، والضرر (dommage) وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (lien de causalité) .

١٠١ - الخطأ :

مميّار الخطأ
فالخطأ معياره ألا يتصرف الشخص تصرف الحازم الحكيم في استعمال الرخص التي أباحها له القانون ، فيعتبر مقصراً . فمن قاد سيارته مسرعاً أكثر مما ينبغي فدهس شخصاً كان مقصراً ، وكذلك الطبيب الذي يسيء علاج المريض ، والصيدلي الذي يهمل فيخطيء في صنع الدواء . وهكذا .

التسلف في استعمال الحق
وكما يخطيء الشخص في استعمال رخصة أباحها القانون ، كذلك يخطيء في استعمال حق أعطاه القانون ، فيستعمل هذا الحق في غير الغرض الذي أعطى الحق من أجله ، وهذا هو التسلف في استعمال الحق (abus de droit)

١٠٢ - الضرر :

الضرر المادي والضرر الأدبي
ولا بد أن يحدث الخطأ ضرراً ، حتى يتولد الالتزام بتعويض هذا



الضرر . والضرر قد يكون ماديا ، كما اذا دهست سيارة مارا في الطريق .
فجرحته ، وقد يكون أدبيا ، كما اذا سب شخص آخر .

كيفية التعويض

وتعويض الضرر يكون عادة بمبلغ من التهود . وقد يحكم بالمبلغ
مقسما ، كما اذا كان المصاب أصبح عاجزا عن العمل فيحكم له بإيراد طول
الحياة . وقد يكون التعويض عينيا ، كما اذا حكم بإزالة حائط أقامها الجار
ليحجب النور عن جاره .

١٠٣ - علاقة السببية .

ولا بد أن توجد علاقة سببية بين الخطأ والضرر . ويجب أن يكون
الخطأ سببا مباشرا للضرر ، فالأضرار غير المباشرة التي تنجم عن الخطأ لا
تعويض عليها ، كما لو أتلف شخص آلات زراعية لآخر ، فنجم عن ذلك
أن تعطلت الزراعة ، ولم يستطع المجنى عليه أن يجد مالا يفي به دينه عليه ،
فأفلس ، فانتحر . في هذا المثل تعطيل الزراعة وما ترتب على ذلك من
الخسائر هو الضرر المباشر الذي يعرض عنه ، أما الإفلاس والانتحار
فضرران غير مباشرين .

الضرر المباشر
والضرر غير المباشر

وينقى علاقة السببية القوة القاهرة والحادث الفجائي ، وقد تقدم
تعريفها .

القوة القاهرة

١٠٤ - المسؤولية المبنية على خطأ مفروض :

وهناك حالات يجمل القانون الشخص مسئولا فيها عن الضرر ، دون
أن تكون هناك حاجة لاثبات خطأ في جانبه ، اذ يفرض القانون هذا
الخطأ .

فالشخص مسئول عن تم تحت رعايته ، فاذا وقع خطأ من أحد

من تحت الرعاية



هؤلاء ، فرض القانون أن هذا نتيجة تقصير من جانب الشخص . فالأب مثلا مسئول عن خطأ ولده القاصر ، والمعلم مسئول عن خطأ تلميذه .
والمخدوم مسئول عن خطأ خادمه اذا ارتكب الخادم الخطأ اثناء تأدية خدمته .

المخدوم والخدام

وحارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من الضرر .

١٠٥ - المسؤولية المبنية على تحمل التبعة :

الحيوان

وهناك مسؤولية لا تبني لا على خطأ ثابت ولا على خطأ مفروض .
وانما تبني على مبدأ الغرم بالغرم . وذلك أن الشخص قد يملك شيئا جزيلا الفائدة عظيم الضرر ، مثل ذلك السيارات والآلات الميكانيكية ، فمثل هذه الأشياء يستفيد منها الشخص فائدة كبيرة ، ولكنها تعرض لأخطار كثيرة ، فمن العدل أن يتحمل الشخص تبعتها ، كما حصل فائدتها ، والغرم بالغرم .
وهذه هي نظرية تحمل التبعة (théorie des risques) ، وهي نظرية كثيرا ما تطبق على حوادث العمل ، فيكون صاحب العمل مسئولا عما يحدث لعماله من أضرار بسبب العمل ، ولو لم يثبت في جانبه خطأ ، بل لو ثبت أن الضرر انما وقع بحادث فجأى .

أمثلة

٢ - الأثر على حساب الغير

١٠٦ - القاعدة العامة :

مقدار ما يرد

القاعدة العامة أن كل شخص أثرى على حساب غيره يلتزم برد أدنى القيمتين : مقدار ما أثرى به أو مقدار ما افتقر به الدائن . وهذه هي قاعدة الأثر على حساب الغير دون سبب (enrichissement sans cause)

ويشترط لتطبيق القاعدة :

اثر على شخص

(١) أن شخصا يثرى ، والأثر على قديكون ماديا كما لو أصلح شخص



عينا مملوكة لآخر معتقدا انها ملكه ، فالشخص الآخر يكون قد أثرى بقيمة هذا الاصلاح المادى ، وكما لو علم مدرس تلميذا ، فالتلميذ يكون قد أثرى اثراء معنويا .

وافتنار آخر

(٢) وأن شخصا آخر يفتقر ، كما فى الثلثين المتقدمين ، فالذى أصلح ملك الغير افتقر بمقدار ما أنفق على الاصلاح ، والذى علم التلميذ افتقر بمقدار ما صرف من وقت وبذل من جهد . وقد يثرى شخص دون أن يفتقر آخر ، كما اذا أنشأ شخص فى منزله حديقة استفاد من منظرها الجار ، فان الجار يكون قد أثرى ولكن الشخص الذى أنشأ الحديقة فى منزله لم يفتقر اذ هو يجنى من الحديقة بمقدار ما أنفق عليها ، ففى هذه الحالة لا يكون هناك اثراء على حساب الغير .

دون سبب

(٣) ألا يكون هناك سبب قانونى لاثراء شخص وافتنار آخر ، فلو كان هناك عقد بين من أصلح ملك غيره وهذا الغير ، أو بين للعلم والتلميذ ، فالواجب تطبيق أحكام هذا العقد لا قاعدة الاثراء على حساب الغير .

١٠٧ - دفع ما لا يجب :

وهناك تطبيق لقاعدة الاثراء على حساب الغير نجده فى قاعدة دفع ما لا يجب (paiement de l'indû) .

ويشترط : (١) أن شخصا يدفع شيئا غير واجب الأداء ، كأن يؤدى ديننا كان مورثه قد وافته قبل موته .

دين غير واجب الاداء

(٢) وأن يكون قد دفع الدين عن طريق الغلط أو عن طريق الاكراه ، بأن يكون وقت الدفع معتقدا أنه يدفع ديننا واجب الأداء ، أو يكون قد أكره على الدفع كما لو لم يجد المخالصة بالدين فى أوراق مورثه

غلطا أو اكراها



فأضطر الى الدفع ثم وجد المخالصة بعد ذلك .

مقدار ما يرد
فاذا توافر هذان الشرطان يسترد من دفع مقدار ما دفعه ، واذا كان
الشخص الآخر سيء النية ، أى يعلم أنه يتقاضى شيئاً لا حق له فيه ، التزم
بالرد وبالتعويض مما .

١٠٨ - عمل الفضولى

وهناك تطبيق آخر لقاعدة الأثرء على حساب الغير فى عمل الفضولى

(gestion d'affaires).

عمل دون توكيل
ويشترط فى عمل الفضولى : (١) أن يقوم شخص بعمل لمصلحة آخر
دون توكيل منه ، كما اذا قام شخص بوفاء دين عن آخر أو أصلح له منزله .
ضرورى لآخر
(٢) وأن يكون هذا العمل ضرورياً ، (٣) وألا يكون للفضولى مصلحة
دون مصلحة شخصية
شخصية فيه . فمن أصلح منزل جاره وهو يعتقد أنه منزله لا يكون فضولياً ،
بل يرجع بدعوى الأثرء على حساب الغير كما قدمنا .

التزام الفضولى
والتزام رب العمل
واذا توافرت هذه الشروط التزم الفضولى باتمام ما بدأ به من العمل
حتى يتمكن رب العمل من تسلم الأمر فى يده ، والتزم رب العمل بأن
يرد للفضولى ما تكبده من النفقة .

٣ - القانون

١٠٩ - الالتزامات التى تنشأ عن القانون :

وقد تنشأ الالتزامات ويكون مصدرها حكماً فى القانون .

أمثلة على ذلك
مثل ذلك النفقة ما بين الأقارب ، وواجبات الجوار .



الفصل الثاني

أحكام الالتزام

١١٠ - ترتيب الموضوع :

نتكلم في أثر الالتزام ، ثم في أوصافه ، ثم في انتقاله ، ثم في اقتصائه

١ - أثر الالتزام

١١١ - التنفيذ العيني :

أثر الالتزام هو الزام المدين أن يقوم بالزامه عيناً ، فان كان نقل ملكية وجب عليه أن ينقلها ، وان كان عملاً وجب عليه أن يقوم به ، وان كان كفاً عن عمل وجب عليه أن يمتنع عن هذا العمل .

١١٢ - التعويض :

فاذا استحال التنفيذ العيني لخطأ من المدين وجب عليه أن يدفع تعويضاً للدائن .

والتعويض يقدره عادة القاضي . وهو تعويض عن الخسارة التي أصابت الدائن من جراء عدم تنفيذ الدائن لالتزامه ، وعن المكسب الذي فاته بسبب ذلك . وهو يسمى في الفرنسية (dommages-intérêts) ، مثل ذلك مقالاً تأخر في تسليم المنزل الذي تعهد بينائه عن الميعاد المحدد ، فيصبح مسئولاً عن تعويض ما أصاب صاحب المنزل من الخسارة بدفعه أجره منزل سكنه مدة التأخر ، وعن تعويض ما فات صاحب المنزل من المكسب بتأخيره عن استلام منزل كان يستطيع استغلاله .

تقدير القضاء



تقدير المتعاقدين
(الشرط الجزائي)

وقد يقدر للمتعاقدان التعويض مقدما في العقد ، وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي (clause pénale). ففي اللثل المتقدم يصح أن يتفق للعاول مع صاحب للنزل على أن يكون التعويض عن التأخر في التسليم مقدراً بمبلغ معين . والقضاء الأهلى يذهب الى أنه يجوز اتقاص المبلغ المتفق عليه اذا جاوز الضرر الفعلى الذى لحق الدائن .

تقدير القانون

وقد يقدر القانون التعويض ، وذلك فى حالة التقود . وقد وضع القانون المصرى سعرا معينا للفائدة القانونية ، هو ٠.٥٪ فى المسائل المدنية و ٠.٧٪ فى المسائل المدنية التجارية ، أما السعر الذى يجوز الاتفاق عليه فلا يصح أن يجاوز ٠.٩٪ .

٢ - أوصاف الالتزام

١١٣ - الالتزام الموصوف :

قد يكون الالتزام بسيطا ، وقد يكون موصوفا، ومن أوصاف الالتزام الشرط (condition) والأجل (terme) والتضامن (solidarité) .

١١٤ - الشرط :

الشرط أمر مستقبل غير محقق الحصول، يتوقف على تحققه فإذ التزام أوزواله .

والشرط اما أن يكون شرطا موقفا (condition suspensive) ، واما أن يكون شرطا فاسخا (condition résolutoire) .

الشرط الموقف

فالشرط الموقف هو الذى يتوقف على تحققه نفاذ التزام . كما اذا التزم شخص بهبة منزل لولده اذا تزوج ، فالالتزام هنا معلق على شرط موقف والشرط الموقف قبل أن يتحقق لا يمنع وجود الالتزام ، ولكن يمنع



نفاذه ، فاذا ما تحقق وجود الالتزام نفذ بأثر رجعي (effet rétroactif) ، أى يكون نفاذه من وقت وجوده لا من وقت تحقق الشرط .

والشرط الفاسخ هو الذى يتوقف على تحققه زوال الالتزام . كما اذا وهب شخص لطلقاته منزلا تسكنه بشرط ألا تنزوج . فالزواج هنا شرط فاسخ ، والالتزام بالهبة معلق على هذا الشرط .
والشرط الفاسخ لا يمنع وجود الالتزام ونفاذه معا ، ولكن اذا تحقق الشرط انعدم الالتزام بأثر رجعي ، أى من وقت وجوده لا من وقت تحقق الشرط ، فيعتبر الالتزام كأن لم يكن .

الشرط الفاسخ

١١٥ - الأجل

الأجل أمر مستقبلي محقق الحصول ، يتوقف على حلوله نفاذ التزام أو زواله .

والفرق بين الشرط والأجل فيما يأتى : (١) الشرط أمر غير محقق الحصول ، أما الأجل فأمر محقق الحصول . ومتى كان الأمر محقق الحصول فهو أجل ، حتى لو كان وقت حصوله غير محقق ، كالموت . (٢) للشرط أثر رجعي ، وليس للأجل هذا الأثر .

الفرق بين الشرط والأجل

والأجل اما أن يكون أجلا موقفا (terme suspensif) أو أجلا فاسخا (terme extinctif) .

فالأجل للموقف هو الذى يتوقف على حلوله نفاذ التزام ، كالتزام للقترض برد ما اقترضه بعد سنة ، فالسنة أجل موقف فاذا حل الأجل نفذ التزام للقترض ، ووجب عليه رد القرض .

الأجل الموقف

والأجل الفاسخ هو الذى يتوقف على حلوله زوال التزام ، كالتزام

الأجل الفاسخ



المؤجر بترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مدة الايجار ، فمدة الايجار أجل فاسخ ، واذا حل الأجل انقضى التزام المؤجر .

١١٦ - التضامن

والتضامن اما أن يكون بين الدائنين أو بين المدينين .

تضامن الدائنين مثل تضامن الدائنين أن يكون (ا) و (ب) دائنين بالتضامن ل (ح) بمبلغ ١٠٠ جنيه فيجوز أن يطالب (ا) وحده للمدين بكل الدين فتبرأ ذمة للمدين نحو (ا) ونحو (ب) مما ، ويرجع (ب) على (ا) بنصيبه في الدين .

تضامن المدينين ومثل تضامن المدينين أن يكون هناك دائن بمبلغ ٣٠٠ جنيه مثلا لمدينين ثلاثة متضامين :

(ا) و (ب) و (ج) . فيجوز للدائن أن يرجع على أى مدين يختاره من هؤلاء الثلاثة بكل الدين ، ومتى رجع على واحد منهم ، ودفع هذا كل الدين ، برأت ذمته نحو الدائن ، وكذلك برأت ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن . ثم يرجع المدين الذى دفع كل الدين على بقية المدينين كل بقدر نصيبه . فلوفرض أن الدائن رجع فى الفرض المتقدم على (ا) بكل الدين ، فإن (ا) يرجع على كل من (ب) و (ح) بمبلغ ١٠٠ جنيه . واذا وجد (ا) أن أحد المدينين معسر ، تحمل هو والمدين الآخر تبعه هذا الاعسار ، كأن يجد (ا) عند رجوعه على (ب) و (ح) أن (ب) معسر ، فانه يرجع على (ح) بمبلغ ١٥٠ جنيه ، ويتحمل هو ١٥٠ جنيه ، فيكون كل من (ا) و (ح) قد تحمل تبعه أعسار (ب) .



٣ - انتقال الالتزام

١١٥ - حوالة الحق

يجوز أن ينتقل الالتزام من دائن الى دائن ، وهذا ما يسمى بحوالة الحق (cession de créance) .

وفي حوالة الحق يبقى الالتزام كما هو ، مكفولا بضماناته ، وانما ينتقل من دائن الى دائن .

١١٦ - حوالة الدين .

ولا يجوز في القانون المصرى أن ينتقل الالتزام من مدين الى مدين ، مع بقائه كما هو مكفولا بضماناته ومثل هذا الانتقال اذا جاز يسمى بحوالة الدين (cession de dette) .

واجيزت حوالة الحق دون حوالة الدين ، لأنه لا يضر المدين كثيرا أن يتغير دائنه في حوالة الحق ، ولكن يضر البائن كثيرا أن يتغير مدينه في حوالة الدين .

٤ - اقساء الالتزام

١١٧ - الوفاء :

ينقضى الالتزام بالوفاء (paiement) ، وهو قضاء الالتزام عينا .

الوفاء

١١٨ - قضاء الالتزام بالتزام آخر :

وقد يقضى المدين التزامه لا عينا كما في الوفاء ، ولكن بدين آخر . ويكون ذلك في اللقاصة (compensation) ، وصورتها أن يكون المدين مدينا ودائنا لشخص آخر في وقت واحد ، فيتقاص الدينان .

اللقاصة



التجديد ويكون ذلك أيضا في التجديد (novation) وصورته أن المدين والدائن يتفقان على أن ينقضى الدين ، ويحل محله دين جديد . وذلك بأن يتغير الدائن في هذا الدين الجديد ، أو بأن يتغير المدين . فالتجديد إما أن يكون تجديدا بتغيير الدائن ، ويختلف عن حوالة الحق في أن الحوالة نقلت الالتزام نفسه بضمائنه ، وأما التجديد فقد قضى الالتزام وأحل محله التزاما جديدا . وإما أن يكون تجديدا بتغيير المدين ، ويختلف عن حوالة الدين كذلك في أن الحوالة نقلت الالتزام نفسه ، وأما التجديد فقد قضى الالتزام وأحل محله التزاما جديدا .

١١٩ - قضاء الالتزام روه وفاء .

وقد ينقضى الالتزام دون وفاء ، ويكون ذلك في الإبراء واستحالة التنفيذ واتحاد الذمة والتقادم .

الإبراء فالإبراء (remise de dette) يكون إذا تنازل الدائن عن حقه في ذمة المدين دون مقابل .

استحالة التنفيذ واستحالة التنفيذ تقضى الالتزام كذلك ، لأن المدين لا يلزم بالمستحيل .

اتحاد الذمة واتحاد الذمة (confusion) صورته أن يرث الدائن للمدين ، أو أن يرث للمدين الدائن ، فتتحد الذمة في الحالتين ، ويصبح الدائن مدينا لنفسه ، أو يصبح المدين دائنا لنفسه ، فينقضى الدين

التقادم المسقط والتقادم المسقط (prescription extinctive) يكون بمضى ١٥ سنة على الدين دون أن يطالب به الدائن فيسقط بالتقادم ، وإذا كان الدين دوريا ، كأجرة المنازل والأراضي ، فإنه يسقط بمضى ٥ سنين ، لأن الدين



البورى يدفعه المدين عادة من الربيع لا من رأس المال ، فاذا تجمد عليه لمدة تزيد على خمس سنين كان مرهقا واضطر الى دفعه من رأس المال .

٥ - اثبات الالتزام

١٢٠ - **الاثبات يقع على مصدر الالتزام لا على الالتزام ذاته :**

الدائن هو المكلف بأثبات حقه .

صحة الاثبات على
الدائن

ويقع الاثبات على مصدر الالتزام ، عقدا كان أو غير عقد .

١٢١ - **اثبات غير المقرر .**

فاذا كان المصدر غير عقد ، كان للدائن أن يثبت هذا المصدر بأية

جميع طرق الاثبات

طريقة من طرق الاثبات ، بما فيها البيينة والقرائن .

١٢٢ - **اثبات المقرر .**

أما اذا كان للمصدر عقدا ، فاذا كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات ، فلا يجوز للدائن أن يثبت هذا العقد الا بالكتابة . ويقوم مقام الكتابة اقرار المدين ، أو توجيه اليمين اليه فينكل عن حلفها أو يردّها الى الدائن فيحلف . فالأثبات في هذه الحالة لا يكون الا بالكتابة أو الاقرار أو اليمين .

قيمة الالتزام تزيد
على ١٠ جنيه

أما اذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنيهات ، فكلما يجوز الاثبات بالكتابة والاقرار واليمين ، كذلك يجوز الاثبات بالبيينة والقرائن . والبيينة هي الشهود .

قيمة الالتزام لا تزيد
على ١٠ جنيه



فهرست

صفحة

| | |
|----|--|
| ٣ | مقدمة : |
| ٣ | الغرض من دراسة علم أصول القانون |
| ٤ | التعريف بالقانون |
| ٤ | خصائص القانون |
| ٦ | ضرورة القانون |
| ٦ | نطاق القانون |
| ٧ | اتصال القانون بالعلوم الأخرى |
| ٨ | خطة البحث |
| ٩ | الباب الأول : طبيعة القانون |
| ١٠ | الفصل الأول : المذاهب القانونية |
| ١١ | البحث الأول : مذهب أوستن |
| ١٧ | البحث الثاني : مدرسة الشرح على المتون |
| ٢١ | الفصل الثاني : المذاهب الاجتماعية |
| ٢١ | البحث الأول : مذهب القانون الطبيعي |
| ٣٠ | البحث الثاني : مذهب التطور التاريخي |
| ٣٣ | البحث الثالث : مذهب القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة |
| ٣٦ | البحث الرابع : مذهب الغاية الاجتماعية |
| ٣٩ | البحث الخامس : مذهب التضامن الاجتماعي |
| ٤٥ | البحث السادس : مذهب العلم والصياغة |



| صفحة | |
|------|---|
| ٤٥ | ١ - العلم |
| ٤٨ | ٢ - الصياغة |
| ٤٩ | ١ - طرق الصياغة المادية |
| ٥١ | ب - طرق الصياغة المعنوية |
| ٥٣ | الباب الثاني : مصادر القانون |
| ٥٤ | الفصل الأول : العادة والعرف |
| ٥٤ | ١ - كيف تصبح العادة قانونا |
| ٥٩ | ٢ - العادة والعرف كمصدر رسمي للقانون المصري |
| ٦٥ | الفصل الثاني : الدين |
| ٦٥ | ١ - كيف يكون الدين مصدرا رسميا للقانون |
| ٦٩ | ٢ - الدين كمصدر رسمي للقانون المصري |
| ٧٠ | الفصل الثالث : قواعد العدالة والقانون الطبيعي |
| ٧٥ | الفصل الرابع : التشريع |
| ٧٧ | المبحث الأول : سن التشريع |
| ٧٨ | ١ - المبادئ العامة في سن التشريع |
| ٨١ | ٢ - سن التشريع في مصر |
| ٨٥ | لمبحث الثاني : تجميع القوانين (التقنين) |
| ٩٣ | المبحث الثالث : تطبيق التشريع |
| ٩٣ | ١ - تطبيق التشريع من حيث المكان |
| ١٠٥ | ٢ - تطبيق التشريع من حيث الزمان |
| ١١٠ | المبحث الرابع : تفسير التشريع |



| صفحة | |
|------|--|
| ١١٩ | المبحث الخامس : الغاء التشريع |
| ١٢٢ | الفصل الخامس : الفقه والقضاء |
| ١٢٤ | المبحث الأول : الفقه والقضاء في القوانين القديمة |
| ١٤٣ | المبحث الثاني : الفقه والقضاء في القوانين الحديثة |
| ١٥٥ | الباب الثالث : فروع القانون |
| ١٥٥ | الفصل الأول : القانون الدولي |
| ١٥٦ | الفرع الأول : القانون الدولي العام |
| ١٥٩ | الفرع الثاني : القانون الدولي الخاص |
| ١٦٢ | الفصل الثاني : القانون الداخلي |
| ١٦٢ | الفرع الأول : القانون العام |
| ١٦٤ | المبحث الأول : القانون الدستوري |
| ١٦٥ | المبحث الثاني : القانون الادارى والقانون المالى |
| ١٦٧ | المبحث الثالث : قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات |
| ١٦٨ | الفرع الثاني : القانون الخاص |
| ١٦٩ | المبحث الأول : القانون المدنى |
| ١٧٠ | أ - قانون الأحوال الشخصية |
| ١٧٢ | ب - قانون المعاملات |
| ١٧٢ | المبحث الثاني : القانون التجارى والقانون البحرى |
| ١٧٣ | المبحث الثالث : قانون المرافعات المدنية والتجارية |

صفحة

١٧٧

مقدمة القانون المدني

١٧٩

مقدمة :

١٧٩

. تعريف القانون المدني

١٧٩

. التقسيمات الرئيسية للقانون المدني

١٨٠

القسم الأول : الأموال الشخصية

١٨١

. الباب الأول : الشخصية

١٨١

. الفصل الأول : الشخص الطبيعي

١٨٢

. المبحث الأول : الشخصية من ناحية القانون (أو أهلية الوجوب)

١٨٣

. ١ - بدء الشخصية ونهايتها

١٨٥

. ٢ - متعلقات الشخصية (الاسم والأسرة والموطن والجنسية)

١٩٠

. المبحث الثاني : أهلية الأداء

١٩٠

. ١ - النظرية العامة لأهلية الأداء

١٩٣

. ٢ - أحكام الأهلية في الشريعة الإسلامية وقانون المجالس الحسينية

١٩٥

. الفصل الثاني : الشخص المعنوي

١٩٦

. المبحث الأول : ماهية الشخص المعنوي وأقسامه

١٩٦

. ١ - ماهية الشخص المعنوي

٢٠١

. ٢ - أقسام الشخص المعنوي

٢٠٥

. المبحث الثاني : نظام الشخص المعنوي

٢٠٥

. ١ - كيف يولد الشخص المعنوي

٢٠٩

. ٢ - كيف يعيش الشخص المعنوي (نشاطه القانوني)

٢١٣

. ٣ - كيف يموت الشخص المعنوي (طرق انقضاء الشخص المعنوي)

| صفحة | |
|------|--|
| ٢١٤ | الباب الثاني : روابط الأسرة |
| ٢١٤ | ١ - الروابط الشخصية |
| ٢١٧ | ٢ - الروابط المالية |
| ٢٢٠ | القسم الثاني : المعاملات المالية |
| ٢٢٠ | تمهيد : |
| ٢٢٠ | تقسيم الأموال |
| ٢٢٣ | تقسيم الحقوق |
| ٢٢٤ | الذمة المالية |
| ٢٢٩ | الباب الأول : الحقوق العينية |
| ٢٢٩ | الفصل الأول : نطاق الحقوق العينية |
| ٢٢٩ | المبحث الأول : الحقوق العينية الأصلية |
| ٢٣٠ | ١ - حق الملكية |
| ٢٣٢ | ٢ - حقوق الانتفاع |
| ٢٣٥ | ٣ - حقوق الارتفاق |
| ٢٣٦ | المبحث الثاني : الحقوق العينية التبعية |
| ٢٣٦ | ١ - رهن الحيازة والرهن الرسمي |
| ٢٣٧ | ٢ - حق الاختصاص |
| ٢٣٨ | ٣ - حقوق الامتياز |
| ٢٣٩ | ٤ - حق الحبس |
| ٢٣٩ | الفصل الثاني : طرق كسب الحقوق العينية |
| ٢٤٠ | ١ - الاستيلاء |

| صفحة | |
|------|---|
| ٢٤١ | ٢ - الالتصاق |
| ٢٤٢ | ٣ - الشفعة |
| ٢٤٣ | ٤ - التقادم |
| ٢٤٥ | الباب الثاني : الحقوق الشخصية أو الالتزامات |
| ٢٤٥ | الفصل الأول : مصادر الالتزام |
| ٢٤٨ | المبحث الأول : العقد والارادة المنفردة |
| ٢٤٩ | ١ - أركان العقد |
| ٢٥٢ | ٢ - أحكام العقد |
| ٢٥٥ | المبحث الثاني : المصادر غير التعاقدية |
| ٢٥٥ | ١ - العمل الضار |
| ٢٥٧ | ٢ - الأثرء على حساب الغير |
| ٢٥٩ | ٣ - القانون |
| ٢٦٠ | الفصل الثاني : أحكام الالتزام |
| ٢٦٠ | ١ - أثر الالتزام |
| ٢٦١ | ٢ - أوصاف الالتزام |
| ٢٦٤ | ٣ - انتقال الالتزامات |
| ٢٦٤ | ٤ - انقضاء الالتزام |
| ٢٦٦ | ٥ - اثبات الالتزام |

Bibliotheca Alexandrina



0412542

