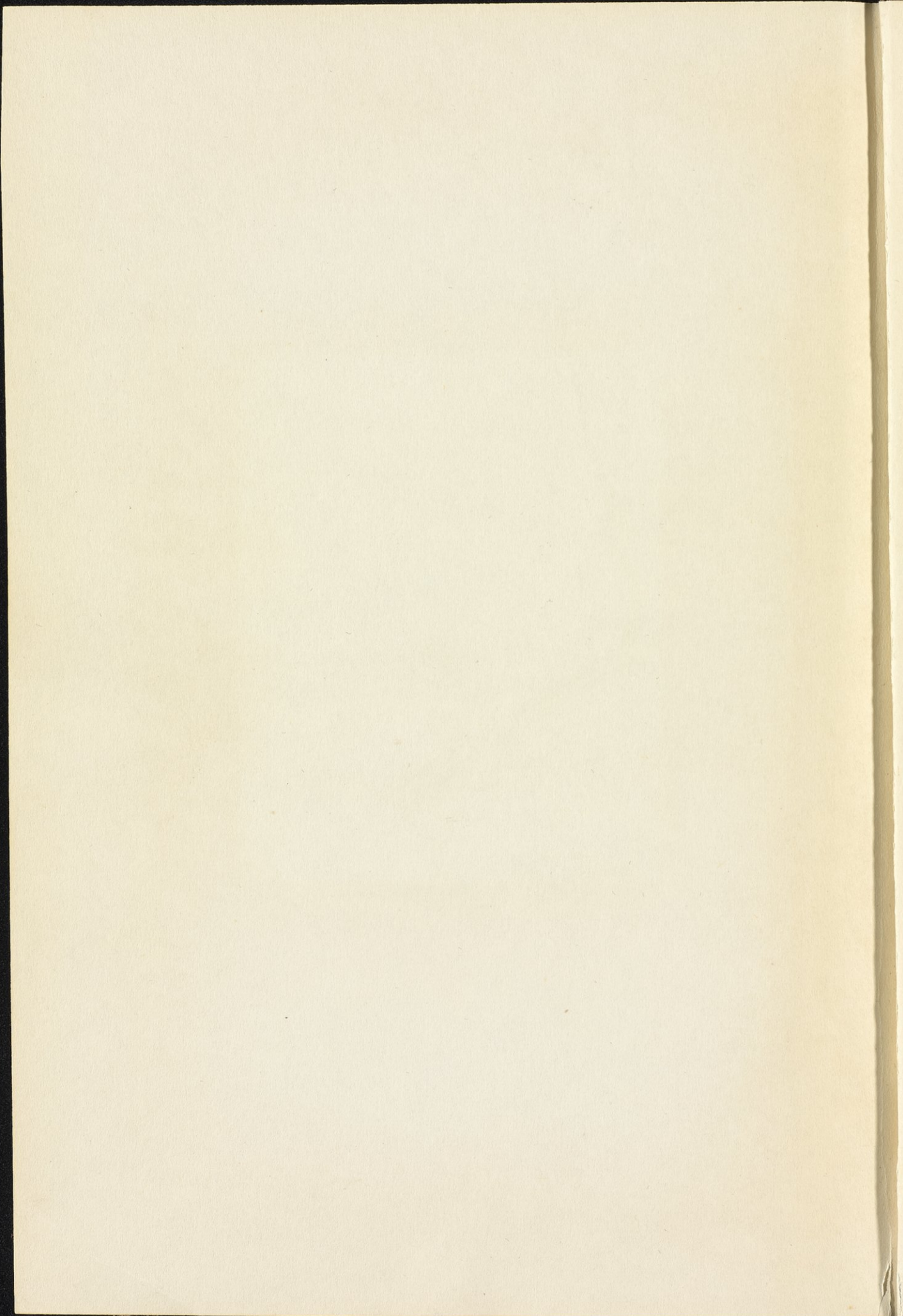


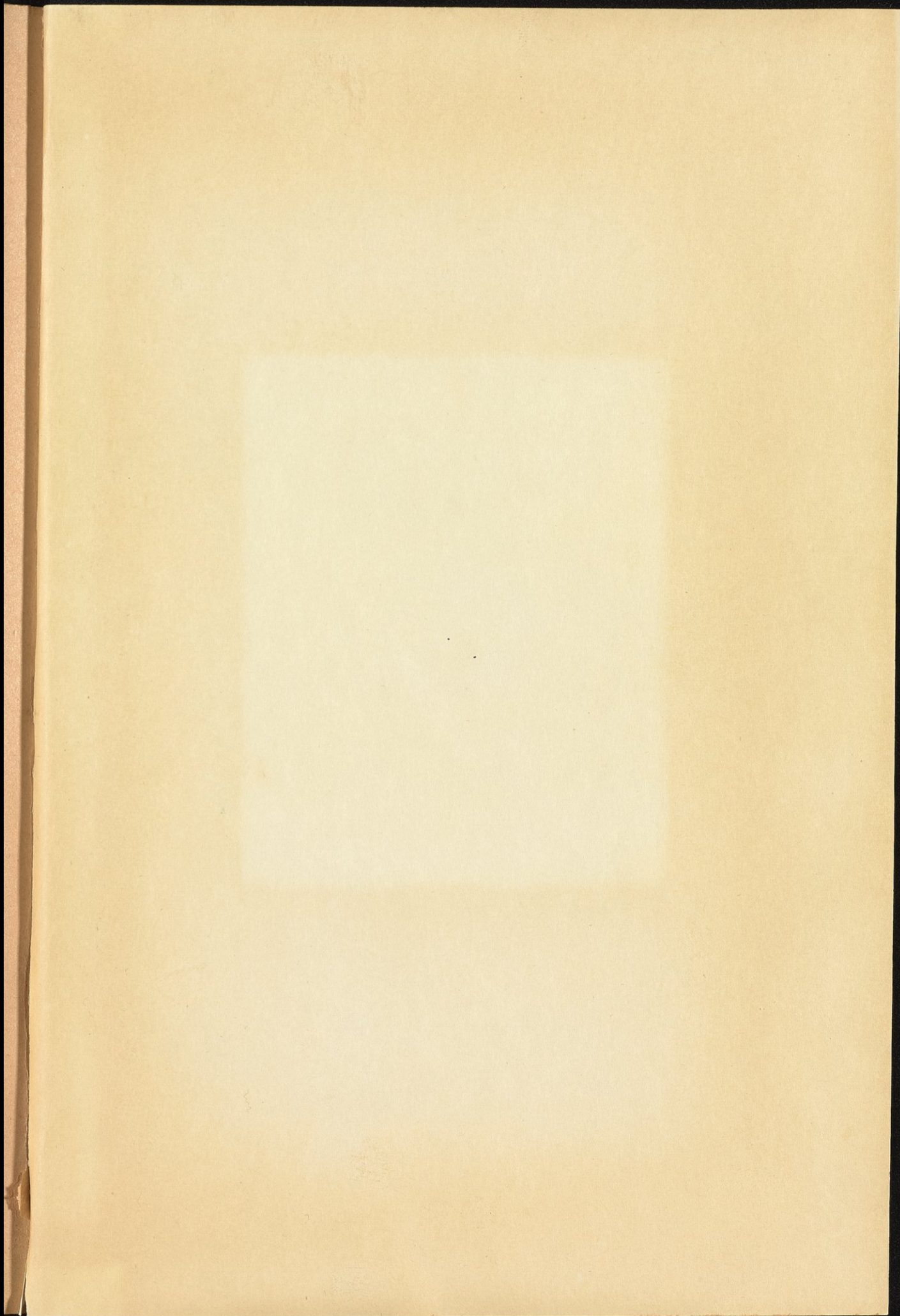


Columbia University
in the City of New York

THE LIBRARIES







أصول الفتاوى

أو

المدخل لدراسة الفتاوى

تأليف

الدكتور أحمد هاشم أبو شيت
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق

و

الدكتور عبد الرزاق محمد الشويباش
رئيس مجلس الدولة

القاهرة

مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر

١٩٥٠



أصول الفتاوى

أو

المدخل لدراسة الفتاوى

تأليف

الدكتور أحمد محمد حسين أبو شيبه
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق

و

الدكتور عبد الرزاق أحمد السهري باشا
رئيس مجلس الدولة

القاهرة

مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر

١٩٥٠

893.799

Sa 583

1908H

مقدمة

الغرض من دراسة أصول القانون — عناية الأمم المختلفة بهذه الدراسة —
التعريف بالقانون وخصائصه — ضرورته — نطاقه — اتصاله بالعلوم
الأخرى — منهج البحث

§ ١ — الغرض من دراسة أصول القانون

١ — تحرير « علم أصول القانون » :

ليس هناك علم واضح المعالم ، بين الحدود يسمى علم أصول القانون .
ولكن توجد دراسات تبحث في القانون ، وفي نشأته وتطوره ، وفي طبيعته
ومصادره وأقسامه . وقد عنيت الأمم المختلفة بهذه الدراسات بقدر يختلف قوة
وضعفاً . والفكرة التي يلتقى عندها الجميع هي محاولة رسم حدود واضحة لنظرية
عامة في القانون . ولما كان القانون يختلف باختلاف البيئة وباختلاف الجليل ، فقد
اصطبغت هذه النظرية العامة بصبغات مختلفة ، وغلبت عليها إحدى نواح ثلاث :
الناحية التحليلية : وهي تبحث القانون كما هو في الوقت الحاضر ، وتحلل
عناصره ، متأثرة بقانون البيئة والجيل .

والناحية المقارنة : وهي لا تقف عند قانون معين ، ولا تتأثر ببيئة خاصة ،
بل تقارن القوانين بعضها ببعض الآخر ، وتستخلص من هذه المقارنة قواعد
تتمشى على كل القوانين .

والناحية التاريخية : وهي تتبع القانون في مراحل تطوره ، وتتبعه في تنقله

من جيل إلى جيل ، فتسجل قواعد نشوئه ونموه وتطوره .
على أنه ليس من السهل أن يقتصر الكاتب على ناحية من هذه النواحي
الثلاث ، بل هو في كثير من أبحاثه ينظمها جميعاً^(١) .

٢ - روح هذه الدراسة :

والغرض من دراسة أصول القانون قبل دراسة القانون نفسه ، هو استيعاب
المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون قبل الدخول في دراسة التفاصيل .
ولكل علم مقدمة هي المدخل الذي يوطئ السبيل إلى دراسته . فدراسة أصول
القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون في فروع المختلفة .

وسندرس أصول القانون في هذا الكتاب بروح تتوخى بها :

(أولاً) أن نلم بالمبادئ الأولى للقانون ، فنحدد طبيعته ، ونبين مصادره ،
ونفصل فروعه ، متجهين في ذلك بخاصة إلى القانون المصري والشريعة الإسلامية .
ونلاحظ هنا أن دراسة أصول القانون قد تكون ابتدائية للمبتدئين في دراسة
القانون . وهي الدراسة التي نزمع أن نجري عليها في هذا الكتاب ، 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
فروعه وتفصيلاته ، ولم يبق إلا أن يستخلص ما فيه من فلسفة وعلم ، وهذا إنما
يكون خاتمة للدراسة القانونية لا مقدمة لها^(٢) .

(١) ومن الصعب أن يرسم حد فاصل دقيق بين « علم أصول القانون » و « علم
القانون المقارن » و « تاريخ القانون » . فالمبادئ العلمية التي تستخلص من هذه الدراسات
المختلفة تختلط بعضها ببعض الآخر ، وتتضافر جميعاً في رسم حدود واضحة لنظرية عامة
في القانون .

(٢) ويشير الأستاذ كايبتان في كتابه « المدخل لدراسة القانون المدني » (Introduction
à l'Etude du Droit Civil) إلى أن هناك رأياً يذهب إلى إرجاء دراسة النظرية العامة =

(ثانياً) ومهما يكن من الصبغة الابتدائية التي توخيناها في دراسة أصول القانون في هذا الكتاب ، فقد آثرنا مع ذلك أن نبسط المبادئ الفلسفية والعلمية التي تتركز عليها دراسة القانون . فإن الاقتصار في هذه الدراسة على الجانب العملي من شأنه أن ينزع القانون من محيطه العلمي ، وأن يجعل رجال القانون ذوي حرفة لا يحتاجون في تلقنها إلى معاهد علمية ، بل يكفي أن يقذف بالناشيء في بحر الحياة العملية ، وهناك تتوافر له أسباب المران ، ولا يزال الإنجليز يستبقون هذه الطريقة في تعليم القانون إلى جانب الطريقة الجامعية ، ولكن أكثر الأمم المتحضرة تعد الناشيء إعداداً علمياً فلسفياً قبل أن يخوض غمار الحياة العملية ، ذلك لأنه إذا فاتته الإعداد العلمي فلا يعوضه عنه المران العملي ، ويصعب عليه بعد ذلك أن يستدرك ما فات .

٢٤ - عناية الأمم المختلفة بدراسة أصول القانون

٣ - عناية الإنجليز والأمريكيين بهذه الدراسة :

عنى الإنجليز والأمريكيون بدراسة أصول القانون عناية خاصة ، وقد تواضعوا على تسميتها « بعلم القانون » (Jurisprudence)^(١) . وكثرت المؤلفات

== للقانون إلى ما بعد الدراسة التفصيلية لفروع القانون ، ويحجب على ذلك بالترفة التي تقول بها بين دراسة النظرية العامة للقانون كمقدمة ، وبين دراسة هذه النظرية كتحامة (كابتان : المدخل لدراسة القانون المدني الطبعة الخامسة باريس ١٩٢٧ ص ١٦ - ١٧) .
وقد أشار الأستاذ جودبي كذلك إلى أن هناك ميلا في الجامعات الإنجليزية إلى إرجاء دراسة « علم القانون » (Jurisprudence) إلى المرحلة الحتامية في الدراسة القانونية ، وناقش هذه الفكرة ، وبين مزايها البدء بدراسة « علم القانون » قبل البدء بالدراسة التفصيلية لفروع القانون (انظر جودبي : المدخل لدراسة القانون الطبعة الثالثة لندن سنة ١٩٢١ ص ٧ - ٨) .
وقد بينا أن النظرية العامة للقانون يجوز البدء بدراستها كمقدمة ، كما يجوز الانتهاء بها كتحامة ، ودراستها كمقدمة تكون بروح غير الروح التي تدرس بها كتحامة .
(١) وهي كلمة مشتقة من كلمتين لاتينيتين معناهما العلم بالقانون ويطلق بعض المؤلفين ==

الإنجليزية والأمريكية في هذه الدراسة^(١) ، بعد أن كانت نادرة^(٢) . ويبدأ المؤلفون الإنجليز والأمريكيون عادة بتعريف « علم القانون » وتحديد نطاقه ، وتفريع أقسامه ، ويعنون بذلك عناية كبيرة^(٣) . ويظهر أن السر في عناية الإنجليز والأمريكيين بدراسة أصول القانون ، هو أن القانونين الإنجليز والأمريكي يستمدان معظم قواعدهما من أحكام القضاء ، وليس للفقهاء فيهما إلا مجال ضيق ، فاستعاض الفقهاء عن دراسة الأحكام التفصيلية للقانون بدراسة أصوله دراسة علمية فلسفية .

الإنجليزية والأمريكيين على هذه الدراسة عناوين أخرى منها : Science of Law (علم القانون) وهو العنوان السابق بألفاظ أخرى) و Theory of Law (نظرية القانون) و Philosophy of Law (فلسفة القانون) . ويتخصص البعض في دراسة بعض المسائل كمصادر القانون (Sources of Law) وكطبيعة القانون (Nature of Law) . ومن المؤلفين من يتخذ عنواناً أكثر تواضعاً كالمدخل لدراسة القانون (Introduction to the Study of Law) .

(١) ومن كبار المؤلفين أوستن (Austin) وبنتم (Bentham) وإيموس (Amos) وبريس (Bryce) وجرى (Gray) ولايتوود (Lightwood) وپولوك (Polloc) وهولاند (Holland) وسلموند (Salmond) وپاوند (Pound) وجودبي (Goodby) . وهذا المؤلف الأخير وضع كتاباً قيمياً راعى فيه خصوصيات القانون المصري ، عندما كان أستاذاً بمدرسة الحقوق الخديوية . ومن حسانت الأمريكيين على هذه الدراسة تلك المجموعة النفيسة التي تنشر باسم « سلسلة الفلاسفة القانونية الحديثة » (The Modern Legal Philosophy Series) ، وتتضمن ملخصاً لأهم نظريات فلسفة القانون في فرنسا وألمانيا وإيطاليا وإنجلترا وروسيا وغيرها من البلاد الأخرى .

ويكثر الإنجليز من وضع المؤلفات في تاريخ القانون ، ومن أشهر مؤلفيهم في هذه الدراسة ساحرماين (Summer Maine) .

(٢) ويشكو لايتوود (Lightwood) في مؤلفه « طبيعة القانون الوضعي » (The Nature of positive Law) (لندن ١٨٨٣) من أن الإنجليز بدأوا متأخرين في معالجة هذه الدراسة معالجة علمية ؛ وبعد بنتم وأوستن المؤلفين الأولين الذين بدأوا الجهود العلمية في هذا السبيل (ص ١ وما بعدها) .

(٣) ويعرف هولاند « علم القانون » (Jurisprudence) بأنه العلم التحليلي للقانون الوضعي « (the formal science of positive law) (الطبعة الثانية عشرة سنة ١٩١٦ ص ١٣) ، ويفسر كيف أن « علم القانون » هو علم تحليلي بالمثل الآتي : هب أن شخصاً =

٤ - موقف الفرنسيين من دراسة أصول القانون :

لم يعن الفرنسيون بدراسة أصول القانون إلا منذ عهد قريب ، فقد كانوا طوال القرن التاسع عشر قانعين بتقنيناتهم ، يشرحونها على طريقة « مدرسة الشرح على اللتون » (Ecole de l'Exégèse) ، وسيأتي ذكرها فيما يلي . ولم تكن دراسة القانون في الجامعات الفرنسية مشبعة بروح علمية فلسفية ، بل لم تكن هناك دراسة لأصول القانون ، إذ اقتصرنا على الدراسة التفصيلية لفروع

= ألم بجميع قوانين أوروبا ، كل قانون منفصلاً عن القانون الآخر ، فلو كانت هذه القوانين لا تجمعها وحدة مشتركة ، لما كان على هذا الشخص إلا أن يبقى في ذاكرته كل قانون دون أن يخلطه بالقوانين الأخرى . ولكن لما كانت هذه القوانين تتركز جميعاً على أساس مشترك ، وقد وضعت جميعها لتنظيم روابط اجتماعية متماثلة ، فإن هذا الشخص يستطيع أن يستخلص مما جمعه من المعلومات عن القوانين المختلفة الغايات والطرق والمبادئ التي يشترك فيها الجميع . وهذا هو العلم التحليلي للقانون ، يشبه كثيراً علم النحو (الأجرومية) ، فإن هذا العلم يعبر عن صور فكرية تشترك فيها كل اللغات . فعلم القانون بالنسبة للقوانين المختلفة هو بمثابة علم النحو بالنسبة للغات المتنوعة . (انظر هولند في « علم القانون » ص ٧) . ويؤيد جودبي تعريف هولند « لعلم القانون » وتشبيهه هذا العلم بعلم النحو (الأجرومية) (انظر جودبي المدخل لدراسة القانون الطبعة الثالثة لندن سنة ١٩٢١ ص ٤ - ٧) . ونلاحظ أن تشبيه « علم القانون » بعلم النحو كان من شأنه أن يجعل لكل قانون علماً خاصاً به ، كما أن لكل لغة نحواً خاصاً بها ، ويكون « علم القانون » المشترك بين جميع القوانين (القانون المقارن) في مكان علم النحو المقارن .

ويقسم ساموند « علم القانون » إلى أقسام ثلاثة : علم القانون الوضعي (Civil Jurisprudence) ، وعلم القانون الدولي (International Jurisprudence) ، وعلم القانون الطبيعي (Natural Jurisprudence) . ثم يفرع علم القانون الوضعي إلى فرعين : نظري (theoretical) ، وعملي (practical) . فالنظري هو العلم بالمبادئ الأولى للقانون الوضعي (كعناصر القانون ومصادره وفروعه ، والحق وأقسامه ومصادره وطرق انتقاله وطرق اقتضائه والمسئولية المدنية والجنائية) . والعملية ينقسم إلى منهجي (systematic) ، ويبحث القواعد التفصيلية في قانون وضعي معين (legal exposition) ، وتاريخي (historical) ، ويبحث في نشوء القانون الوضعي المعين وتطوره التاريخي (legal history) ، وانتقادي (critical) وينظر في خير الوسائل لترقية القانون من طريق التشريع (The Science of legislation) . (انظر ساموند في علم القانون الطبعة السادسة لندن ١٩٢٠ ص ١ - ٧) .

القانون ، نزولا عند إرادة بوناپارت ، فقد كان يكره أن يدرس القانون بروح فلسفية ، ويسم هذه الدراسة « بالخيال » (idéologie) احتقاراً ، ويعتقد أن دراسة تقنيناته بطريقة عملية كافية لدراسة القانون^(١) . وجرت تقاليد الدراسة الجامعية من بعده على ذلك .

ثم بدأت الدراسات التاريخية والاقتصادية والفلسفية والاجتماعية تغمر دراسة القانون الجامعية في أواخر القرن التاسع عشر ، حتى تأصلت وصار لها أساس ثابت . إلا أن دراسة « أصول القانون » ليس لها حظ كبير حتى الآن في الدراسة الجامعية بفرنسا ، ففي أكثر الجامعات لا توجد دراسة تمهيدية لدراسة فروع القانون التفصيلية ، فيرى الطالب المبتدئ نفسه وجها لوجه أمام تفصيلات القانون ودقائقه ومصطلحاته الفنية دون تحضير سابق ، ودون إعداد علمي لذلك . ولا توجد دراسة تمهيدية للقانون إلا في بعض الجامعات الكبرى ، وتعطى فيها هذه الدراسة بطريقة اختيارية وعلى نمط غير منظم . ولا يكاد يوجد إلا في جامعة استراسبورج دراسة إجبارية منظمة « لعلم أصول القانون »^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى بنكاز (Bonnetcase) في كتابه : ما هي كلية القانون ؟ (Qu'est-ce qu'une Faculté de Droit ?) الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣١ . وانظر أيضاً جاستون ماي (Gaston May) في كتابه المدخل لعلم القانون (Introduction à la Science du Droit) الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٣٢ (في أول الكتاب عند التنبه Avertissement ص ١ — ٢) .

(٢) ويختلف حظ طلبة القانون في فرنسا عن حظ زملائهم طلبة الكليات الأخرى في ذلك . فطالب الطب يمر بدراسة تمهيدية في العلوم الطبيعية قبل دراسة العلوم الطبية . وطالب العلوم وطالب الآداب يكونان قد استوعبا عند الدراسة الثانوية مبادئ العلوم التي يتخصصان لها في المرحلة الجامعية (انظر جاستون ماي : المدخل لعلم القانون — تنبيه ص ٢ — ٣) — انظر أيضاً في تاريخ تدريس أصول القانون في الجامعات الفرنسية فالير في تدريس القانون في فرنسا وفي الولايات المتحدة (مكتبة معهد القانون المقارن بجامعة ليون « إدارة الأستاذ لامبر » باريس ١٩٢٨ ص ٨٥ — ٨٧) .

ولكن الأمر يختلف في التأليف العلمى عنه في التدريس الجامعى ، فقد أحس الفقهاء الفرنسيون ، منذ أواخر القرن التاسع عشر ، أن الفقه الفرنسى فى ظل « مدرسة الشرح على المتن » أصبح لا يؤدى رسالته ، فنشط كثير من الفقهاء إلى تدوين المؤلفات القيمة فى فلسفة القانون ، وفى طرق البحث القانونى ، وفى تمحيص طبيعة القانون ومصادره ، وفى بحث الأساس الفلسفى العلمى الذى يرتكز عليه القانون . وقامت مدرسة علمية جديدة عوّضت ما فات فقهاء الأمم ، وملأت عالم الفكر القانونى بمؤلفات فى فلسفة القانون لا تقل فى الدقة والعمق عن المؤلفات الإنجليزية والأمريكية ، وتزيد عليها فى الترتيب المنطقى والوضوح (١) .

(١) والفرنسيون يكتبون عادة فى أصول القانون بعنوان « فلسفة القانون » (Philosophie du Droit) و « علم القانون » (Science du Droit) و « نظرية القانون » (Théorie du Droit) وقلماء يكتبون بعنوان « المدخل لدراسة القانون » (Introduction à l'Etude du Droit) ، غير أن ثلاثة منهم وضعوا مؤلفاتهم بهذا العنوان الأخير ، وهم الأستاذة كابتان (Capitant) ، (ومؤلفه مدخل لدراسة القانون المدنى) ، وجاستون ماى (Gaston May) وبنكاز (Bonnetcaee) .

ومن أعلام الفقهاء الفرنسيين الذين كتبوا فى فلسفة القانون أو فى بعض مسائلها بيدان (Beudant) وسالى (Saleilles) وديموج (Demogue) وهوريو (Hauriou) وديجى (Duguit) ولامبر (Lambert) وشارموت (Charmont) وريبير (Ripert) ولفير (Le Fu) ورينار (Renard) وبنكاز (Bonnetcaee) وجاستون ماى (Gaston May) وكابتان (Capitant) وجوسران (Josserand) وامانول ليفى (Em. Lévy) وليفى ايلمان (Lévy Ulmann) . وأحدث من كتب منهم هو الأستاذ روبيه (Roubier) فى كتابه « النظرية العامة للقانون » سنة ١٩٤٦ . كما برز من بينهم جنى (Gény) فقد وضع كتابين يعتبران عمدة الكتب الفرنسية فى فلسفة القانون وفى تحليله العلمى ، الأول فى طرق التفسير فى القانون الخاص ومصادر هذا القانون (Méthodes d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif) ، والثانى فى القانون باعتباره علماً وصياغة (Science et Technique en Droit Privé Positif) . وندع هنا جانباً علماء الاجتماع الذين اشتغلوا ببعض مسائل الفلسفة القانونية مثل فوييه (Fouillé) ودير كايم (Durkheim) وورمز (Worms) وتارد (Tarde) .

وللفرنسيين مجموعات قيمة فى فلسفة القانون ، تعاون فى كتابتها كثير من فقهاءهم ، نذكر منها مجموعة المقالات التى وضعت لمناسبة العيد المئتين للقانون المدنى (Livre du Centenaire) ، ومجموعة المقالات التى وضعت لمناسبة العيد الخمسينى لجمعية التشريع المقارن (Livre du Cinquantaire) ومجموعة المحاضرات التى ألقاها طائفة من الفقهاء بزعامة سالى فى طرق =

٥ - دراسة أصول القانون عند الأئمة الأخرى .

ولا يقل فقهاء الألمان إنتاجاً علمياً في أصول القانون وفلسفته عن فقهاء الفرنسيين والإنجليز والأمريكيين ، بل هم سبقوا هؤلاء ، وعندهم أخذ فقهاء الإنجليز (ومنهم أوستن) وفقهاء الإيطاليين ، وتأثر بعض الفقهاء الفرنسيين بمذاهبهم الفلسفية . ويكفي للدلالة على علو كعبهم في فلسفة القانون أنه يكاد يوجد عندهم لكل مذهب فلسفي في القانون زعيم ؛ فسافيني (Savigny) زعيم المدرسة التاريخية ، وإيرنج (Ihering) زعيم مذهب الغاية الاجتماعية ، وكانت (Kant) ، وكاترين (Catherine) ، وستاملر (Stammler) ، وهيغل (Hegel) من زعماء مذهب القانون الطبيعي ، وكوهلر (Cohler) زعيم من زعماء المذاهب الميتافيزيقية . وفقهاء الألمان مشهورون بالدقة والتعمق في شيء من الغموض . وهم يتقدمون إلى عالم القانون بفقهاء ييزان فقهاء القانون في العالم في القرن التاسع عشر ، هاسافيني (Savigny) وإيرنج (Ihering) .

وسأهم الفقهاء الإيطاليون كذلك بنصيب كبير في الحركة العلمية لفلسفة القانون ، وقد بدأوا يترجمون المؤلفات الألمانية ، وتأثروا بنوع خاص بنظريات كانت (Kant) ، وهيغل (Hegel) ، ثم استقلوا في أبحاثهم العلمية ، ووجد فيهم الفقهاء الباحثون^(١) .

= البحث القانونية (Méthodes Juridiques) ، ومجموعة المقالات التي جمعت لمناسبة تقاعد الأستاذ جني (Recueil de Gény) ، وسلسلة الكتب التي تبحث مسائل مختلفة في فلسفة القانون (Archive de Philosophie du Droit) ، وغير ذلك .

(١) من هؤلاء فيكو (Vico) وجيوبرتي (Gioberti) ورزميني (Rosmeni) ودلفشيو (Del Vecchio) وروسي (Rossi) ومانشيني (Mancini) وماميانى (Mamiani) ولومبروزو (Lombroso) وپوليتي (Poletti) وأرديجو (Ardigo) وفري (Ferri) الخ الخ . ويقسمهم الأستاذ سير جون ماكدونل (Sir John Macdonell) أستاذ القانون المقارن بجامعة لندن إلى فريقين : الفقهاء الوضعيين (positivist) وينظرون إلى القانون نظرهم =

٦ - دراسة أصول القانون في مصر .

وقد عنيت المعاهد العلمية في مصر بدراسة أصول القانون . فلتقيت هذه الدراسة عناية كبيرة في مدرسة الحقوق في عهد الأساتذة الإنجليز والأساتذة المصريين ، ثم قلّ شأنها عند ما تحوّلت المدرسة إلى كلية على النظام الفرنسي ، ثم عاد لها شأنها القديم في النظام الأخير ، فأصبحت منهج عام كامل في الدراسة القانونية . وهناك معاهد علمية أخرى ، غير كلية الحقوق ، تعنى بهذه الدراسة ، منها كلية الشريعة بالأزهر ، وكلية التجارة ، ومدرسة البوليس والإدارة .

أما المؤلفات التي وضعت في هذه الدراسة فقليلة أولها مؤلف باللغة الإنجليزية^(١) وضعه الأستاذ جودبي (Goodby) عند ما كان أستاذاً بمدرسة

= إلى الحقائق الواقعة ، والفقهاء المثاليين (idealist) ويدخلون في القانون عامل المثل الأعلى مفرقين بين الواقع والواجب . وهؤلاء الآخرون تأثر بعضهم بتعاليم هيغل (Hegel) وكوهلر (Kohler) ، والبعض الآخر بتعاليم كانت (Kant) . (انظر المقدمة التي وضعها سيرجون ماكدونل لترجمة الفقيه الإيطالي دلفشيوف في سلسلة الفلسفة القانونية الحديثة نمرة ١٠ ص ٢٩ — ٣١ — انظر أيضاً هذه السلسلة نمرة ٧ ص ٦١ هامش نمرة ٥) . ونحن نخص بالذكر دلفشيوف . وللبليجيين نشاط في ميدان الفلسفة القانونية . وقد تأثر الفقه البلجيكي في القرن التاسع عشر بفقيه بلجيكي كبير ، لوران (Laurent) ، وهو من مدرسة « الشرح على المتون » . ولكن ققيماً آخر ، بيكار (Picard) ، أسس المدرسة العلمية في الفقه البلجيكي ، وعارض بها مدرسة لوران . ومذهب بيكار في فلسفة القانون مذهب وضحي مصبوغ بالصبغة النفسية . وتذكر من الفقهاء البلجيكيين ممن اشتغلوا بفلسفة القانون : روسل (Roussel) وهيفل (Heuvel) ، وهما من طلائع المدرسة العلمية ، وقان دن بوش (Van den Bosche) وينزع إلى المدرسة التاريخية ، ودي پاچ (De Page) ومذهبه وضحي مادي ، وكورنيل (Cornil) ومذهبه وضحي قسي ، وقاندر ايكن (Vander Eycken) ودابان (Dabin) وليكليرك (Leclercq) ويتبعون المذاهب المثالية (انظر في نشاط البلجيكيين العلمي في الفلسفة القانونية بنكاز : مسألة القانون والفقه المدني البلجيكي باريس سنة ١٩٣٠ : Problème : Bonnecase) .
(du Droit et Science Belge du Droit Civil, Paris 1930.)

وظهر لفقهاء الروس في فلسفة القانون كتاب قيم للأستاذ كوركينوف (Korkunov) ترجم إلى الإنجليزية في سلسلة الفلسفة القانونية الحديثة تحت نمرة ٤ .

(١) جودبي : المدخل لدراسة القانون (Goodby : Introduction to the Study

. of Law.)

الحقوق في عهد الأساتذة الإنجليز . وللمؤلفين المصريين مؤلفات ومذكرات باللغة العربية تستحق الذكر^(١) .

٧ - قدر عناية الشرائع الغربية بأصول القانون :

القانون الروماني : عني فقهاء الرومان بالقانون من حيث تفصيلاته وتطبيقاته عناية بزت عناية أية أمة أخرى . فالقانون الروماني معروف بأنه أضخم وأجل قانون وضعه البشر : وقد اشتهر الرومان بدقة مصطلحاتهم الفنية ، ووضوح تقسيماتهم المنطقية ، ولطف ذوقهم القانوني ، دون أن ينحدروا إلى التعقيد والغموض^(٢) . على أن تفوق الرومان ظهر بنوع خاص في الصياغة القانونية ، أما الفلسفة القانونية ، والفلسفة بوجه عام ، فلم يكن نصيب الرومان منها كبيراً . والكتّاب والفقهاء الذين عنوا بذلك تأثروا بالمدارس اليونانية ، وبخاصة مدرسة الرواقيين . وقد عرض الرومان لمسائل في فلسفة القانون ، كالقانون الطبيعي ، وقانون الشعوب ، ومصادر القانون . ولكن التفوق الحقيقي للرومان إنما كان في ميدان الصياغة الفنية .

(١) نذكر منها : أصول القوانين للأستاذين محمد كامل مرسي ومسيد مصطفى (القاهرة سنة ١٩٢٣) ، مقدمة القانون للأستاذ أحمد صفوت (القاهرة سنة ١٩٢٤) ، دروس للأستاذ عبد المعطي خيال ، ودروس الأستاذ حلمي بهجت بدوي ، مقالة للأستاذ علي بدوي (منشورة في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، العددان الأول والثاني تحت عنوان (أبحاث في أصول الشرائع) . مذكرات للأستاذ علي إبراهيم الزيني (لطلبة كلية التجارة) . مذكرات للأستاذ محمد فؤاد مهنا (لطلبة مدرسة البوليس) . مذكرات للأستاذ السنهوري . ومذكرات للأستاذ حشمت أبو ستيت . هذا وقد ظهر أخيراً كتاب « مبادئ العلوم القانونية » للأستاذ محمد علي عرفة سنة ١٩٤٢ ، وكتاب « المدخل للعلوم القانونية » للأستاذ سليمان مرقص سنة ١٩٤٦ .

(٢) انظر شهادة بهذا المعنى من أستاذ من أساتذة القانون الروماني جاستون ماي في كتابه المدخل لعلم القانون ص ١٥٠ .

الشريعة الرومانية : وعنى فقهاء الشريعة الإسلامية ، كفقهاء القانون الروماني ، بالصياغة الفنية ، وتفوقوا فيها تفوق الرومان ، فعرضوا للقانون في تفصيلاته وتطبيقاته بمنطق قانوني بلغ من الإحكام والدقة مبلغاً لا يعدله إلا منطق الرومان . وقرب بعض الفقهاء الأحكام التفصيلية بعضها من البعض الآخر ، واستخلص منها مبادئ عامة^(١) .

ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية امتازوا على الرومان — وعلى غير الرومان من الأمم التي تفوقت في القانون — بوضع علم أقرب ما يكون لعلم أصول القانون ، هو علم أصول الفقه ، بحثوا فيه مصادر الشريعة الإسلامية وكيفية استنباط الأحكام التفصيلية من هذه المصادر . وهذا العلم يميز الفقه الإسلامي عن أي فقه آخر^(٢) .

(١) من ذلك كتاب الأشباه والنظائر وكتاب أنوار البروق في أنواء الفروق .
(٢) جاء في مقدمة ابن خلدون عن علم أصول الفقه ما يأتي : « واعلم أن هذا الفن من الفنون المستحدثة في الملة . وكان السلف في غنية عنه ، بما أن استفادة المعاني من الألفاظ لا يحتاج فيها إلى مزيد مما عندهم من الملكة اللسانية . وأما القوانين التي يحتاج إليها في استفادة الأحكام خصوصاً ، فمنهم أخذ معظمها ، وأما الأسانيد فلم يكونوا يحتاجون إلى النظر فيها ، لقرب العصر ، وممارسة النقلة ، وخبرتهم بهم . فلما انقرض السلف ، وذهب الصدر الأول ، واقلبت العلوم كلها صناعة كما قرره من قبل ، احتاج الفقهاء والمجتهدون إلى تحصيل هذه القوانين والقواعد ، لاستفادة الأحكام من الأدلة ، فكتبوها فناً قائماً برأسه ، سموه أصول الفقه . وكان أول من كتب فيه الشافعي رضي الله تعالى عنه ، أملى فيه رسالته المشهورة ، تكلم فيها في الأوامر والنواهي والبيان والخبر والنسخ وحكم العلة المنصوصة من القياس . ثم كتب فقهاء الحنفية فيه ، وحققوا تلك القواعد ، وأوسعوا القول فيها ، وكتب المتكلمون أيضاً كذلك . إلا أن كتابة الفقهاء فيه أمس بالفقه ، وأليق بالفروع ، لكثرة الأمثلة فيها والشواهد ، وبناء المسائل فيها على النكت الفقهية ، والتقاط هذه القوانين من مسائل الفقه ما أمكن . وجاء أبو زيد الدبوسي من أئمتهم ، فكتب في القياس بأوسع من جميعهم ، وتم الأبحاث والشروط التي يحتاج إليها فيه ، وكملت صناعة أصول الفقه بكماله ، وتهذبت مسأله ، وتمهدت قواعده ، وعنى الناس بطريقة المتكلمين فيه . وكان من أحسن ما كتب فيه المتكلمون كتاب البرهان لإمام الحرمين ، والمستصفي للغزالي ، وهما من الأشعرية ، وكتاب العهد لعبد الجبار وشرحه المعتمد لأبي حسين البصري ، وهما من المعتزلة . وكانت الأربعة قواعد هذا الفن وأركانها =

وعنى المسلمون بفلسفة القانون من سبل مختلفة ، فوضعوا علم الكلام وهو

— ثم لخص هذه الكتب الأربعة فخلان من المتكلمين المتأخرين ، وهما الإمام فخر الدين بن الخطيب في كتاب الحصول ، وسيف الدين الأمدى في كتاب الأحكام . واختلفت طرائقهما في الفن بين التحقيق والحجاج ، فابن الخطيب أميل إلى الاستكثار من الأدلة والاحتجاج ، والأمدى مولع بتحقيق المذاهب وتفريع المسائل . وأما كتاب الحصول فاختصره تلميذه الإمام سراج الدين الأرموى في كتاب التحصيل وتاج الدين الأرموى في كتاب الحاصل ، واقتطف شهاب الدين القرافى منهما مقدمات وقواعد في كتاب صغير سماه التقيجات ، وكذلك فعل البيضاوى في كتاب المنهاج ، وعنى المتبدئون بهذين الكتابين وشرحهما من الناس . وأما كتاب الأحكام للأمدى ، وهو أكثر تحقيقاً في المسائل ، فلخصه أبو عمرو بن الحاجب في كتابه المعروف بالمتنصر الكبير ، ثم اختصره في كتاب آخر تداوله طلبة العلم ، وعنى أهل المشرق والمغرب به وبمطالعتة وشرحه ، وحصلت زبدة طريقة المتكلمين في هذا الفن في هذه المختصرات (وتبعهم على هذه الطريقة الشيخ ناصر الدين البيضاوى المتوفى سنة ٦٨٥ في منهاج الوصول إلى علم الأصول ، والكمال بن هام المتوفى سنة ٨٦١ في كتاب التحرير ، والشيخ محب الدين عبد الشكور المتوفى سنة ١١١٩ في كتاب مسلم الثبوت : انظر كتاب بلوغ السؤل في مدخل علم الأصول للأستاذ محمد حسنين مخلوف العدوى القاهرة سنة ١٣٥٢ هجرية ص ١٦٣) . وأما طريقة الحنفية فكتبوا فيها كثيراً ، وكان من أحسن كتاباتها فيها للمتقدمين تأليف أبي زيد الدبوسى ، وأحسن كتابتها المتأخرين فيها تأليف سيف الإسلام البزدوى من أتمتهم وهو مستوعب . وجاء ابن الساعاتى من فقهاء الحنفية فجمع بين كتاب الأحكام وكتاب البزدوى في الطريقتين ، وسمى كتابه بالبدائع ، فجاء من أحسن الأوضاع وأبدعها . وأئمة العلماء لهذا العهد يتداولونه قراءة وبحثاً ، وولع كثير من علماء العجم بشرحه ، والحال على ذلك لهذا العهد » (ابن خلدون ص ٥٠٧ — ٥٠٩) .

وجاء في كتاب بلوغ السؤل في مدخل علم الأصول للأستاذ مخلوف العدوى ص ١٦٣ — ١٦٥ ما يأتى : « موافقات الإمام الشاطبى المتوفى سنة ٧٩٠ ، وهو من أجل ما ألف في هذا الفن ... ويقرب منه كتاب الفروق للإمام شهاب الدين القرافى المتوفى سنة ٦٨٤ ... وقد وضع ... كما قال شيئاً كثيراً مفرقاً في أبواب كتاب النخيرة ، ثم جمعه ، وزاد في تلخيصه وبيانه والكشف عن أسراره وحكمه ، وضم إليه قواعد أخرى ، حتى بلغ مجموعها خمسمائة وثمانية وأربعين قاعدة ، وأوضح كل قاعدة بما يناسبها من الفروع الفقهية ، وسماه أنوار البروق في أنواء الفروق ، وهو كتاب جليل في بابه ، لم ينسج على منواله ناسج . ومن مقاصد الشريعة الكلية تستمد جزئيات التعاليل الفقهية التي تذكر في كتب الفروع ، وترجع إليها كما ترجع الأدلة التفصيلية إلى قواعد الكلية . فيزة هذين الكتابين عن سائر كتب الأصول جمعها لدلائل الفقه الإجمالية ، ومقاصد الشريعة الكلية ، بما يستوقف عليه الفقه باعتبار الأدلة التفصيلية والتعاليل الجزئية ... ومنهم من لم يتعرض للاستدلال في غالب المسائل ، وهؤلاء منهم من أكثر من الأمثلة والشواهد المتنوعة على تلك الأصول ، وهي طريقة الفقهاء ، ومنهم من لم

متصل بالقانون العام . وانقسموا إلى فرق ، وأثر هذا الانقسام في مذاهبهم الفقهية ، فمن أشعرية ، إلى معتزلة ، إلى زيدية ، إلى إمامية ، إلى شيعة بوجه عام ، ولكل فرقة من هؤلاء أسس فلسفية ، بنوا عليها مذاهبهم الفقهية .

§ ٣ — التعريف بالقانون وخصائصه

٨ — تعريف مبرنى :

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

٩ — خصائص القانون :

ومن التعريف المتقدم ندرك أن للقانون خصائص ثلاثاً :

١ — فهو قاعدة .

٢ — تنظم الروابط الاجتماعية .

٣ — يصحبها جزاء توقعها الدولة .

١٠ — فهو أول قاعدة .

وللقاعدة ميزان ؛ العموم والتجريد .

فالقاعدة عامة (générale) باعتبار أنها تنطبق على جميع من يتوجه إليهم

= يكتر من ذلك ، بل اقتصر على ذكر مسائل الأصول وما فيها من الخلاف مجردة عن الأدلة والشواهد كصاحب جمع الجوامع الإمام تاج الدين عبد الوهاب المشهور بابن السبكي المتوفى سنة ٧٧١ ، فرغ من تأليفه سنة ٧٦٠ ، وذكر أنه جمعه من زهاء مائة مصنف مشتمل على زبدة ما في شرحه على مختصر ابن الحاجب والمنهاج ، ثم علق عليه ما هو كالشرح له وسماه منع الموانع (انظر أيضاً الكتاب ذاته ص ١٦٥ — ١٦٨ في بيان الكاتبين على جمع الجوامع) .

خطابها ، فهي لا توضع لعمل واحد أو لشخص معين بالذات ، وإلا كانت أمراً ، كالأمر الإداري بتعيين موظف معين أو بإغلاق مصنع ، أو كالحكم القضائي بإلزام شخص بأمر معين ، وإنما هي من الشمول بحيث تنتظم كل الأعمال التي تحكمها والأشخاص الذين تحكمهم .

على أنه ينبغي ألا يفهم العموم بمعنى أن القاعدة يجب أن تنطبق حتماً على جميع من تقلهم أرض الدولة أو على سائر الأعمال التي تصدر منهم ؛ فقد يقتصر الأمر على تنظيم التصرفات الصادرة في مرض الموت مثلاً ، أو حوادث العمل ، كما أنها قد تنطبق على طائفة من الأشخاص ، كطلبة الجامعة أو الجنود أو العمال أو التجار ، دون أن تفقد القاعدة لهذا أو لذلك معنى العموم ، بل لا مانع يمنع من أن يكون المطبق عليه القانون شخصاً واحداً ، كالقانون الذي ينظم وراثته العرش . ذلك أن المقصود بعموم القاعدة هو أن يتوجه خطابها إلى فئة من الناس لا يحصرها عد ، يتحدد أفرادها بصفاتهم لا بذواتهم ، ولذا كانت القاعدة التي تنظم وراثته العرش قانوناً ، لأنها لا تختص برئيس معين للدولة ، بل تسرى على كل من يلي العرش . فالفرد هنا منظور إليه بصفته لا بذاته .

والضابط في كل ذلك ألا تقتصر القاعدة على حالة معينة أو على شخص بالذات . والقاعدة في الوقت عينه مجردة (abstraite) ، بمعنى أن القاعدة تنشأ منذ وجودها مركزاً أو وضعاً لا ينظر فيه إلى شخص معين أو إلى واقعة معينة ، ولذا فإن أحكامها تنطبق على كل شخص أو واقعة تتوافر فيه أو فيها شروطها . فالقاعدة الخاصة بفرض الخدمة العسكرية الإجبارية على كل ذكر بلغت سنه الحادية والعشرين وتوفرت فيه شروط جثمانية معينة لا تتحدد عند نشوئها بشخص أو بأشخاص معينين ، وإن انطبقت فيما بعد على كل من تقوم به شروطها ، وهكذا .

والواقع أن العموم والتجريد فكرتان متلازمتان ، أو هما وجهان لخصيصة واحدة ، غاية الأمر توصف القاعدة بالتجريد إذا ما نظر إليها عند نشوئها ، وتوصف بالعموم إذا ما نظر إليها من حيث أثرها عند التطبيق .

وعموم القاعدة وتجريدها مؤديان حتماً إلى إقامة النظام في المجتمع واستقراره . ذلك أن انطباق القاعدة على الوقائع المتماثلة والأشخاص المتماثلين ، وانطباقها كل مرة على النحو الذي طبقت به من قبل ، كفيل بأن يوجد في المجتمع نظاماً متناسقاً لا يختل . وهذا هو أوضح معاني القانون . لذلك كان الشبه قريباً بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية ؛ والجامع بينهما هو النظام ، إلا أن ثمة فارقاً جوهرياً بينهما ؛ ذلك أن القواعد القانونية تطاع عن شعور وإرادة ، يطيعها الإنسان وهو يملك عصيانها متحملاً جزاء العصيان . أما القوانين الطبيعية فتطيعها الظواهر الطبيعية لا عن إرادة ولا عن شعور ، وهي لا تملك إلا طاعتها ؛ فقانون الجاذبية تطيعه كل الأجسام ، وليس لها بد من هذه الطاعة .

١١ - والقانونه بانبا قاعدة تنظيم الروابط الاجتماعية :

فالقانون لا يوجد إلا حيث يوجد مجتمع بشري ، ولا يمكن تصور وجود القانون دون وجود المجتمع . والإنسان المنفرد - روبرنسون كروزو ، أو حي بن يقظان ، على فرض وجوده - لا تربطه رابطة بغيره حتى يوجد القانون لتنظيم هذه الرابطة . على أن الإنسان المنفرد ليس إلا فرضاً فلسفياً لا حقيقة له ، فالإنسان يولد في المجتمع ولا يعيش إلا في المجتمع .

والقانون إنما يعني بالروابط الاجتماعية ، والرابطة تستلزم قيام مظهر خارجي بين الأفراد حتى تعن الحاجة إلى ضبطه وتنظيمه ، وما لم يتم هذا المظهر فلا شأن

القانون . من أجل هذا لم يكن للقانون شأن ما بعالم النية والضمير الذى تحكمه قواعد الأخلاق أو الدين .

ولنلاحظ ، بهذه المناسبة ، أن القانون فى تنظيمه للروابط الاجتماعية إنما يتوخى غاية نفعية (but utilitaire) هى إقامة النظام واستقراره فى المجتمع ، ولو اقتضاه ذلك أن يحدد أحياناً عن مقتضى قواعد الأخلاق والدين . فالقانون مثلاً يقر لمن يضع يده على عقار بنية الملك مدة خمس عشرة سنة بملكيتها لذلك العقار حتى لو كان غاصباً ، كما أنه يقضى بسقوط الحقوق بالتقادم^(١) ، إذ يرى أن ذلك أدنى إلى قيام النظام فى المجتمع مجاوزاً ما تقتضى به قواعد الأخلاق فى هذا الخصوص .

١٢ — والقانون أهمراً يفقره به جزاء ربيوى نوقه الدولة :

وهذا هو الأمر الجوهرى الذى يميز قواعد القانون عن قواعد الدين والأخلاق ، والجزاء هو الوسيلة التى تملكها الدولة لضمان احترام قواعد القانون . والجزاء فى وضعه الحاضر إما أن يكون جزاء جنائياً (يقصد به الزجر) يقع (فيما عدا الغرامة) على جسم المخالف زجراً له وردعاً ، ويتدرج من الغرامة إلى الحبس إلى السجن إلى الأشغال الشاقة إلى الإعدام . وإما أن يكون جزاءً مدنياً (يقصد به الجزاء) عند ما يجبر المدين على تنفيذ حق للدائن قبله ، يستوى أن يكون التنفيذ عينياً (تنفيذ ذات الالتزام) ، أو بمقابل (أى عن طريق التعويض) ، كما قد يكون ببطلان الاتفاق المخالف للقانون (بيع مخدر مثلاً) أو حسن الآداب (كالاتفاق بين رجل وامرأة على إنشاء علاقة غير شرعية) .

(١) كما أن القانون يسمح بالفائدة خلافاً لما يقضى به الدين من تحريم للربا ، كما أنه من حيث الإثبات قد يتحقق صاحب الحق فى إثبات حقه بمجرد أنه لم يحصل على دليل كتابى .

ولنلاحظ هنا ملاحظة أساسية ؛ تتلخص في أن جسم الإنسان — وخلافا لما كان عليه الحال قديماً — إذا كان يسأل جنائياً بمعنى أن العقاب يرد عليه مباشرة فإنه لا يمكن أن يكون مسئولاً مدنياً ، أى عن ديونه ، لأن المسئول عنها هى أمواله . فإذا استدان شخص من آخر ولم يوفه دينه فلا وسيلة للدائن لاقتضاء حقه عن طريق إكراهه بدنياً ، وإنما سبيله الوحيد هو التنفيذ على ما قد يكون لديه من مال (أمواله الحاضرة والمستقبلية وهو ما يعبر عنه بالذمة المالية) .

ولا بد لكل قاعدة قانونية من جزاء ، وإلا فلا تعتبر قانوناً بالمعنى الصحيح بالرغم من نص القانون عليها ، بل تعتبر فى هذه الحالة محض نصيحة يستطيع الشخص ألا يعبأ بها . على أنه يلاحظ أن احترام القانون لا ينشأ دائماً من الخوف من توقيع الجزاء ، بل كثيراً ما يصدر ذلك عن شعور الناس ونظرهم إلى القانون باعتباره ضرورة اجتماعية لا بد منها لحماية النظام الاجتماعى والسير بالجماعة فى طريق التقدم ، وكما ارتقت الأمة كلما تغلغت هذه العقيدة فى نفوس أفرادها وزاد استمسكهم بأحكام القانون ، دون نظر إلى ما يمكن أن يوقع من جزاء . لكن هذا القول لا يقلل شيئاً من دور الجزاء ؛ ذلك أن ما يهم ليس هو فى أن القاعدة القانونية تطاع عن إرادة وشعور بلزومها أو لا ، إنما المهم هو أن يكون معروفاً سلفاً أنه إذا لم يتبعها الفرد طواعية فإن جزاءها واقع حتماً عليه .

§ ٤ — ضرورة القانون

١٣ — يتبين مما تقدم أن القانون يوجد فى المجتمع البشرى لتنظيم الروابط الاجتماعية . ولما كان وجود المجتمع ضرورياً ، إذ أن الإنسان لا يعيش إلا فى المجتمع كما قدمنا ، فإن الروابط الاجتماعية لا بد من وجودها ، ومتى وجدت الروابط الاجتماعية وجب تنظيمها بقواعد ، وهذه القواعد هى القانون .

والفرد في المجتمع لا يستطيع أن يتمتع بحرية طبيعية مطلقة ، وإلا تعارضت
حرية مع حريات الآخرين . فالتعارض ما بين الحريات الطبيعية ، ووجوب
حدها حتى يزول هذا التعارض ، والتضارب ما بين المصالح ووجوب التوفيق بينها
حتى يمكن تحقيقها جميعاً ، هذا هو الذي يستلزم وجود القانون^(١) .

وجود القانون إذن في المجتمع حقيقة ، وحقيقة أزلية ، لا يقدر فيها كون
القانون قد نشأ في أول العهد على نحو بدائي ، في شكل عرف ، يقوم على تنفيذه
رئيس الرهط أو القبيلة ، قبل أن نرقى إلى التشريع ، وقبل أن توجد الهيئات
الحديثة التي تقوم على إنفاذ أحكامه .

(١) ولنحاول هنا أن نتصور كيف نشأت فكرة ضرورة القانون عند الإنسان :
الإنسان وقد وهب الحياة يسمى بغيريته في أن يحافظ عليها وأن يقوى . فجهوده منذ بدء
الحليقة تنحصر في رغبته في أن يعيش وفي أن يحسن وسائله في العيش . وحتى يصل إلى تحقيق
غرضه هذا ، بدأ بإخضاع الطبيعة التي يعيش في بيئتها . ولكن الإنسان لا يعيش بمفرده ، بل
عاش في كل الأزمان مدفوعاً بطبيعته في جماعات . وفي داخل الجماعة ليس فرد بذاته هو الذي
يريد أن يعيش وينمو ، وإنما حوله أفراد آخرون يريدون في الوقت ذاته وفي الظروف
ذاتها أن يعملوا ما يعمل به ذات الطرق التي يتبعها ، ومن ثم تقوم المنافسة على الحياة . وهذه
المنافسة تستتبع حتماً قيام المنازعات ، وهذه هي الفوضى بعينها . وحالة كهذه لا يمكن أن تدوم ،
إذ أنه في جماعة كهذه يموت الضعيف ، واستمرارها على هذا النحو يؤدي بها إلى الحلل
والاضطراب . ولكن لما كان الإنسان ، مدفوعاً بغيريته ، في حاجة إلى البقاء والعيش في المجتمع ،
كان لا بد له من البحث عن وسيلة يضمن بها بقاءه . ولما كان التنافس على الحياة لا يحصى
عنه هو الآخر ، كان حتماً عليه أن يبحث عن طريقة تجعل هذا التنافس سلمياً ، أو على الأقل
تخفف من شدته . عندئذ جالت في فكر الإنسان عاطفة غامضة ، أخذت تتحدد تدريجاً ، وفهم
في النهاية وبعد تجارب عدة قاسية ، أنه إذا أراد أن يوفق بين حاجتيه ، فيعيش في جماعة ويحل
السلم محل الحرب ، وجب عليه أن يتنازل عن شيء من حريته المطلقة ، وبذا يمكنه أن يتمتع
بحريته ، وفي ذات الوقت يسمح للآخرين بأن يتمتعوا بحريتهم بذات الشروط . ذلك أن
التنازع ما بين الحريات المختلفة لا يمكن أن يحل إلا بتجديدها ، وهذا التجديد يفرغ في شكل
قواعد يجب على كل فرد أن يتبعها في علاقاته مع الآخرين ، فلا يعتدى على حياة غيره ،
ولا يسرق ماله ، الخ ، ومن هذه القواعد يتكون القانون .

§ ٥ — نطاق القانون

١٤ — القانون والدين والأخلاق :

ليست قواعد القانون وحدها هي التي تحكم تصرفات الإنسان في المجتمع ، بل توجد إلى جانبها قواعد أخرى تشترك معها في أنها حد على الحرية الفردية ، هذه القواعد الأخرى إما يفرضها الدين أو الأخلاق ، أو تفرضها قواعد السلوك والمجاملات .

وأهم ما يميز قواعد الدين عن قواعد القانون أن الجزء فيها أخروي ، أي يقع في الحياة الآخرة .

وأهم ما تتميز به قواعد الأخلاق عن قواعد القانون ، أن الجزء فيها يتولى توقيعه الرأي العام ، إذ هو سطح المجتمع وذمه .

وما دامت تصرفات الإنسان تخضع لقواعد أخرى غير قواعد القانون ، فقد وجب أن نميز بينها بأن نحدد نطاق القانون بالنسبة لغيره^(١) ، ونكتفي في هذا بأن نحدد نطاقه بالنسبة لقواعد الأخلاق .

لا شبهة في أن القانون يتصل بالأخلاق بأوثق صلة ، إذ يقوم الكثير من

(١) إنما يلاحظ أن المناطق المختلفة للقانون والأخلاق والدين لا تفصل بينها حدود لا يمكن تجاوزها ، بل على النقيض من ذلك هي فيما بينها شديدة الاتصال . ذلك أن للدين والأخلاق أثرا كبيرا في تكوين القواعد القانونية ، إذ تتحول في كثير من الأحيان بعض قواعدهما إلى قواعد قانونية ، متى وضعت الدولة لها جزاء دنيويا وأخذت الناس باحترامها . ولكن مهما زاد تأثير القانون بقواعد الأخلاق ، فسوف يبقى بينهما فارق جوهري هام ، ذلك أن القانون لا يعنى بالنية والباعث ، بالأقل إذا لم يدل عليها مظهر خارجي ، خلافاً لقواعد الأخلاق التي تحكم على الشخص من محض النية ، لأنها تنزع بالإنسان إلى الكمال . كما أن القانون من جهة أخرى قد يضحي في بعض الأحوال بما تمليه تلك القواعد ، عند ما يرى أن المصلحة العامة تقضى بذلك ، كما رأينا في التقادم وقواعد الإثبات مثلا .

قواعده على مبادئ أخلاقية . ألا ترى — وهذا ليس إلا على سبيل التمثيل —
أن جل الجرائم إنما تقوم على مخالفة مبادئ خلقية ، كما أن القاعدة العامة التي تقضى
بوجوب الوفاء بالالتزام إن هي إلا قاعدة خلقية .

وإذن فالقانون والأخلاق يجمع بينهما نطاق مشترك ، لكننا لا نكاد نفرغ
من قولنا هذا حتى تتكشف لنا بينهما أوجه خلاف ثلاثة نجلها فيما يلي :

(أولاً) من حيث دائرة كل منهما : فدائرة الأخلاق أوسع من دائرة
القانون ، إذ الأولى تشمل واجب الإنسان نحو الله وواجبه نحو نفسه وواجبه نحو
الغير ، وهي تعنى بالمقاصد والنوايا إلى حد كبير . أما دائرة القانون فلا تشمل
إلا واجب الإنسان نحو الغير ، وهي بعد لا تشمل إلا بعض هذا الواجب ، إذ أن
من واجب الإنسان نحو الغير ما لا تقبل طبيعته أن يوضع له جزاء دنيوى ، بل
يرجع الأمر فيه إلى الضمير ، كالنيات المستترة ، ومنه ما يتعذر وضع جزاء دنيوى
له ، كالصدق والوفاء ، ومنه ما يجوز أن يوضع له جزاء دنيوى . وهذا الأخير
قسمان ؛ قسم يرى المجتمع أن من المناسب أن يوضع له جزاء ، وقسم لا يرى المجتمع
له ذلك ، فالقانون لا يعنيه من أعمال الإنسان إلا ما كان لازماً لقيام المجتمع .
هذا إلى أن القانون لا شأن له بما يختلج في الضمير ، إذ هو لا يعنى ، كما قدمنا ،
إلا بالمظهر الخارجى ، وحتى إن هو عنى بالنية ، كما فعل فى كثير من المسائل
(كعيوب الرضا وحسن النية وسوءها فى وضع اليد وفى القتل وغيره من الجرائم) ،
فإنه لا يعنى بها إلا بعد أن يوجد من الشواهد والأمارات ما يدل عليها .

على أنه يجب ألا نفعل ، ونحن بصدد تحديد دائرة كل من الأخلاق والقانون ،
عن الإشارة إلى أن ثمة منطقة ينفرد بها القانون ولا شأن للأخلاق فيها ،
كقوانين الضرائب ومخالفات المرور أو التنظيم الخ .

(ثانياً) من حيث الجزاء ؛ فجزاء القواعد القانونية جزاء مادي توقعه الدولة بما لديها من وسائل القهر ، أما جزاء القواعد الأخلاقية فهو إما وخز الضمير أو سخط المجتمع .

(ثالثاً) من حيث الغاية ؛ فالقانون ، كما قلنا ، يتوخى غاية نفعية هي حفظ النظام في المجتمع وتحقيق العدالة القانونية فيه ، أما الأخلاق فغايتها مثالية ، إذ هي تنزع بالإنسان نحو الكمال .

على أنه مهما يكن من وجوه هذا الخلاف ، فثمة حقيقة ماثلة ، هي قوة الصلة التي بين القانون والأخلاق والتي سلفت الإشارة إليها ؛ ذلك أن القانون في تطوره إنما يتجه نحو التزيد من استلها مبادئ الأخلاق وإنشاء قواعده وفقها ، وقد بات مشاهداً أنه كلما تقدمت الإنسانية كلما ضاقت مسافة الخلف بين القانون والأخلاق ، فتدخل طائفة من الواجبات الخلقية في دائرة القانون (فمثلاً مساعدة المرضى والعجزة من العمال هي في الأصل واجب خلقى على رب العمل ، أصبحت واجباً قانونياً في كثير من البلاد) . ولكن رغم هذا التقرب الشديد بين القانون والأخلاق ، لا ينبغي أن نتصور ، كما زعم البعض ، إمكان تحقيق المطابقة التامة بين قواعدهما ؛ فالقانون غايته نفعية في حين أن غاية الأخلاق مثالية ، وهذا وحده كاف لأن يجعل كلا من القانون والأخلاق محتفظاً باستقلاله .

١٥ - تحرير دائرة القانون :

وإذا كان القانون لا يتضمن من واجبات الإنسان إلا واجبه نحو الغير ، بل بعض هذا الواجب ، وهو الذي يمكن أن يوضع له جزاء دنيوى ، بشرط أن يكون ذلك مناسباً في نظر المجتمع ، فقد بقي أن نعرف كيف يتحدد المناسب فينظمه القانون وغير المناسب فيتركه ؟ الجواب عن ذلك يختلف بحسب ما إذا كانت النظرة الفردية أو النظرة الاشتراكية هي السائدة .

١٦ — النظرية الفردية والاشتراكية^(١) :

فالنظرية الفردية تعنى بالفرد وتسخر المجتمع لخدمته ، فلا تجعل القانون يتدخل فى شئون الفرد وحرية إلا بالقدر الضرورى ، فتضيق دائرته . والنظرية الاشتراكية تعنى بالمجتمع وتسخر الفرد لخدمته ، وتجعل القانون يتدخل إلى أقصى حد ممكن فى حرية الفرد ، فتتسع دائرته .

ولنتكلم عن هذين المذهبين باختصار فيما يلى :

(أولاً) المذهب الفردى (Doctrin individualiste) : يستند هذا المذهب فى أساسه إلى مذهب القانون الطبيعى والذى ستأتى الإشارة إليه ، وهو يقدر حرية الفرد ويقيم القانون على ما للفرد من حقوق طبيعية . ولما كانت الحقوق لا تنقرر إلا للأفراد ، وكانت حقوق الفرد سابقة على القانون لأن الفرد يولد بها وقبل أن يوجد القانون ، كان للفرد إذن أن يفيد من نشاطه وأن يستأثر وحده بثماره . والقانون لم يوجد إلا ليقف بين الحقوق الفردية المختلفة كفالة لوجودها واحترامها معاً ، ذلك لأن تمتع الأفراد جميعاً بحقوقهم لا يمكن أن يتحقق إلا إذا قيدت تلك الحقوق على سبيل التبادل ، لكن دون أن يجاوز ما يرد عليها من قيود القدر الضرورى لضمان حرية الجميع وحقوقهم . وإذا ما حقق القانون ذلك فقد أدى رسالته ، وليس له بعد ذلك أن يتدخل فى شئون الفرد فيلزمه بالمساهمة فيما يعود على المجتمع مباشرة بالفائدة .

(١) راجع روبييه « النظرية العامة للقانون » فى الفصل الذى عنوانه « غاية القواعد القانونية » وخاصة فقرة ٢١ ص ١٨٩ ، وأخطار الفردية ص ١٩٤ ، وفقرة ٢٢ ص ١٩٧ ، وأخطار الاشتراكية ص ٢٠٥ ، وفقرة ٢٣ ص ٢٠٨ ، وفقرة ٢٤ ص ٢١٤ وخاصة فقرة ٢٧ ص ٢٣٠ .

فكأن دور القانون في الواقع دور سلبي^(١).

وظاهر أن هذا المذهب يعمل على التضيق من دائرة القانون ، وما القانون في نظره إلا شريـج العمل ما أمكن على توقيه بحصره في أضيق دائرة ممكنة ، والمثل الأعلى في نظر هذا المذهب هو أن يطلق للنشاط الفردي أوسع مدى^(٢).

تقدير هذا المذهب : لا شك في أن لهذا المذهب الفضل في أنه بين في وضوح أن احترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردي من الشروط الأساسية لتقدم الجماعة .

لكنه تنكب طريق الحق عند ما بالغ كثيراً في الاهتمام بالفرد والعناية به ، فجعل منه المحور الذي يرتكز عليه القانون ، وافترض أن الإنسان كائن يعيش وحيداً له حقوق وهو على تلك الصورة ، وهذا أساس خاطئ . فالفرد ليس له حق إلا في المجتمع وبالمجتمع ، أما هو كفرد منعزل فإن القانون لا شأن له به ، بل إن فكرة القانون لا تتولد عند الإنسان إلا عند ما توجد الجماعة البشرية ، فتكون هي محور القانون ، ولذلك تعلو الروابط الاجتماعية على الفرد ويسود الصالح العام الصالح الخاص . وهذا هو الأساس الذي قام عليه المذهب الآخر .

(ألمانيا) المذهب الاشتراكي (Doctrine Socialiste) :

(١) وقد قال البعض معترضاً بأن التزام الدولة الوحيد في نظر هذا المذهب هو تحقيق النوم الهادي للمواطنين تماماً كما يفعل حارس الليل (روييه المرجع السابق ص ١٩٤) .

(٢) وفي دائرة الاقتصاد قام مذهب الفزيوقراط (الطبيعيون) ينادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً . ويتلخص مذهبهم في عبارتين Laissez passer و Laissez faire (دع الأمور تجري) و (دع الأشياء تنتقل) . ويراد بذلك إطلاق الحرية في العمل وجعل التجارة حرة من القيود الجبركية . ويذهبون إلى أنه لو ترك الأفراد أحراراً في نشاطهم وفتحت أبواب المنافسة بينهم ، فلا تلبث الأمور أن تستقر وتتحدد الأسعار ، من طريق المنافسة والعرض والطلب ، لا من طريق تحكـمى يمليه المشرع .

يعتبر القانون في نظر المذهب الاشتراكي ثمرة من ثمار الحياة في المجتمع . وهو يعنى بالمجتمع ويسخر الفرد لخدمته . والإنسان ليس كائناً منفرداً ، كما يريد أن يصوره المذهب الفردي ، بل هو كائن اجتماعي أو عنصر من عناصر المجتمع . والمجتمع ليس مجموعاً من شخصيات محتفظة بذاتيتها ، بل هو وحدة متجانسة ، تتجه جهود أفرادها نحو غاية مشتركة ، هي سعادة المجموع . والذي يوجه الجهود نحو هذه الغاية هو القانون . فكان للقانون دوراً إيجابياً ، إذ هو لا يقف عند مجرد حفظ النظام في المجتمع ، كما ينادي المذهب الفردي ، بل هو يبغى أن يحقق الخير العام ، ومن ثم فهو يتدخل في شؤون الفرد ويفرض على القادر من التكليف ما يفيد منه المحتاج ، كما يحمي الضعيف من بطش القوي ، وبهذا يستطيع كل فرد أن يظهر نشاطه ، في الوقت الذي يساهم فيه في خير المجتمع ، فيكون واجب المشرع في نظر هذا المذهب مزدوجاً ؛ إذ عليه أن يحمي حرية الفرد ، وأن يمهده سبيل الانتفاع بما يتمتع به المجموع .

ويظهر مما قدمنا أن دائرة القانون تتسع في ظل هذا المذهب ، بل هي أبداً في اتساع ما لاحت للمشرع مصلحة تعود على المجتمع .

لكننا نلاحظ أن المذاهب الاشتراكية ليست مذهباً واحداً ، إذ يبالغ بعضها إلى حد تركيز الاهتمام بالدولة وحدها ، كما يدعو إلى إلغاء الملكية الفردية . والمذهب الاشتراكي في صورته المعتدلة هو الذي يسود في الوقت الحاضر في أغلب البلاد ، إذ أصبحت الدولة تشرف على كثير من المرافق التي يرى المذهب الفردي أن تكون بعيدة عن متناول القانون . لكن هذه الصورة المعتدلة لا تتحقق إلا بالأخذ بما في المذهب الفردي من حق ، فلا بد إذن من احترام الحرية الفردية (في حدود القانون) بمظاهرها المختلفة ، وفي مقدمتها الاعتراف بالملكية الفردية ، وهي الدعامة الأولى التي يقوم عليها المجتمع وسر تقدمه .

§ ٦ — اتصال القانون بعلوم الاجتماع الأخرى

١٧ — القانون علم اجتماعي ، ولذا فهو ذو اتصال بسائر علوم الاجتماع التي تدرس الإنسان باعتباره عضواً في المجتمع ؛ كعلم الاجتماع ، وعلم الاقتصاد السياسي ، وعلم السياسة ، فضلاً عن علم الأخلاق الذي رأينا مبلغ اتصاله بالقانون . ففي دائرة روابط الأسرة مثلاً يتأثر القانون بعلم الاجتماع ويصوغ قواعده مهتدياً بهديه ، وفي دائرة المعاملات المالية تكون حاجة القانون إلى الاستعانة بعلم الاقتصاد السياسي واضحة ، وإذا ما تركنا دائرة العلاقات الخاصة بشطريها وواجهنا تكوين الدولة ونظام الحكم فيها ، سواء في صلة الهيئات العامة بالفرد أو في صلتها ببعضها ببعض ، أدركنا شدة اتصاله بعلم السياسة .

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

§ ٧ — منهج البحث

١٨ — قلنا إن القانون عبارة عن مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم شؤون الجماعة ، وأن القانون في تنظيمه لها يرمى إلى تحقيق غرضين : (الأول) حماية النشاط الفردي بالقدر الذي يتلاءم مع مصلحة الجماعة نفسها ، و (الثاني) تحقيق الحاجات المشتركة لكل الأفراد المكونين لها . وحتى يحقق القانون هذه الغاية كان لزاماً عليه أن يبين حقوق الفرد قبل غيره ، من حقوق الأسرة والحقوق المالية ، أو قبل الهيئات العامة .

ومن هذا يبدو أن مهمة القانون هي في الواقع بيان الحقوق ؛ حقوق الفرد

قبل غيره أو حقوقه قبل الدولة، أو حقوق الدولة قبله. ومن ذلك ندرك مبلغ الصلة بين القانون والحق. فالحق لا يوجد بغير القانون، كما أن القانون لم يوجد إلا لينظم العلاقات، أى ليقر الحقوق.

وبذا يتحدد منهج المدخل: القانون أولاً ثم الحق ثانياً في كتابين.
لكننا سنكتفى الآن بالكتاب الأول فى القانون مرجئين الكتاب الثانى (الحق) إلى فرصة أخرى.

الكتاب الأول

في القانون

نتكلم عن القانون في الأبواب الثلاثة الآتية :

الباب الأول : في طبيعة القانون (أو ممّ يتكوّن) .

الباب الثاني : في مصادر القانون (أو كيف يتكوّن) .

الباب الثالث : في فروع القانون ، أو أقسامه .

الباب الأول

طبيعة القانون

(Nature du Droit)

١٩ — عرفنا فيما سبق القاعدة القانونية تعريفاً مبدئياً ، واستخلصنا من التعريف خصائصها ، وميزنا بينها وبين قواعد الأخلاق . وقد وضح من خلال ذلك أن القانون مجموعة قواعد يتبعها الناس في علاقاتهم بعضهم البعض الآخر ، ولها جزاء توقعه الدولة . في هذا يتفق علماء القانون تقريباً ، وهم إن اتفقوا عند هذه النتيجة إلا أنهم يختلفون عندما يحاولون الكشف عن العنصر الذي يتركب منه القانون ، أو بعبارة أخرى عند ما يبحثون في طبيعة القانون .

٢٠ — المذاهب المختلفة في طبيعة القانون :

هذه المسألة هي أدق مسائل القانون ، إذ يتلخص فيها كل ما فيه من فلسفة ، وقد تعددت بشأنها المذاهب واختلفت وجوه النظر .

ونحن نستعرض هنا بإيجاز أهم المذاهب في طبيعة القانون ، وقد اخترنا أن نقسمها إلى طائفتين :

الطائفة الأولى المذاهب القانونية : وهي مذاهب تقف عند الناحية القانونية العملية ، ولا تتعمق في تحليل القانون تحليلاً علمياً فلسفياً ، وتتكلم عنها في فصل أول .
الطائفة الثانية المذاهب الاجتماعية ؛ وهذه مذاهب تنفذ إلى طبيعة القانون ، فتحللها تحليلاً فلسفياً اجتماعياً ، ولا تكتفي بالنظرة القانونية العملية ، وتتكلم عنها في فصل ثان .

الفصل الأول

المذاهب القانونية (أو الشكائية)

٢١ - خاصيتها :

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

وهي تجتمع كلها في مسألة واحدة : هي أن هناك مشرعا هو الذي يصنع القانون . فإذا أريد منها تحليل القانون والتعرف على طبيعته ، لم تجاوز في تحليلها أكثر من أن تقرر أن القانون هو مشيئة هذا المشرع . فكل مجتمع ينقسم إلى قسمين : هيئة حاكمة ، وأخرى محكومة . فالأولى هي التي تسن القوانين ، والثانية هي التي تخضع لها . وقد تكون الهيئة الحاكمة قوة غير منظورة هي « الله » أو أية سلطة روحية أخرى ، وهذه هي القوانين الدينية ، كالشريعة الإسلامية ، والشريعة اليهودية . ففي هاتين الشريعتين الله هو المشرع الأول^(١) ، والقانون في أسسه وحى من عنده ، ينزل على عبد من عباده يصطفيه نبيا . وقد يكون الحاكم هيئة بشرية هي الدولة أو المشرع . فالقائل بأن القانون هو مشيئة

(١) وسنرى فيما يلي أن هذا هو قول الأشعرية ، أما المعتزلة فذهبوا أكثر اتفاقا مع مذهب القانون الطبيعي ، وسنشرح ذلك تفصيلا فيما يلي .

الدولة ، هو الفقيه الإنجليزي المعروف « أوستن Austin » ، ويقال له في فرنسا مدرسة « الشرح على المتون » أو « مدرسة التزام النص » (Ecole de l'Exégèse) ، وهي كأوستن تذهب إلى أن القانون مشيئة المشرع ، وأن التشريع هو مصدره الوحيد . ونعرض بإيجاز هذين المذهبين في مبحثين .

المبحث الأول

مذهب أوستن^(١)

٢٢ — أسس المذهب :

يقوم مذهب أوستن على أن القانون في (وضعه) ، وفي (تنفيذه) يستند إلى سلطان الدولة . فالسلطان هو الذي يضع القانون ، وهو الذي يلزم الناس بطاعته . فالقانون في طبيعته مشيئة السلطان ، تنفذ قهراً إذا اقتضى الحال ذلك .
يؤخذ مما تقدم أن أركان القانون ثلاثة :

(١) ينسب هذا المذهب إلى الأستاذ أوستن ، أستاذ القانون بجامعة لندن في النصف الأول من القرن التاسع عشر . إلا أن حظ أوستن من الابتداع لا يمكن أن يرقى إلى حد القول بأنه خلق النظرية خلقاً ، إذ أنه أخذ ما قال به الفيلسوف الإنجليزي « توماس هوبز Thomas Hobbes » في القرن السابع عشر وصاغه في نظرية عتيقة نسبت إليه فيما بعد . وتتخلص نظرة هوبز إلى القانون في الآتي : « ليس القانون مجرد نصيحة بل هو أمر ، وهو ليس أمراً من أى شخص إلى أى شخص آخر ، بل هو أمر من شخص مسلم له بالطاعة إلى آخر عليه واجب الطاعة Law in general is not counsel, but command, not a command of any man to any man, but only of him whose command is addressed to one formerly obliged to obey him. Leviathan Part II ch XYVI
ومن القائلين بهذا المذهب الفقيه الألماني اهرنج ، ولكن الذى بسط هذا المذهب ودعمه هو أوستن فى كتابه Lectures on jurisprudence .

(أولاً) هيئة سياسية .

(ثانياً) أمر أو نهى يصدر من هذه الهيئة .

(ثالثاً) اقتران هذا الأمر أو النهى بجزء دنيوى توقعه الدولة على من

يخالف القانون .

(أولاً) هيئة سياسية معينة (ما حكم سياسى Political Superior) هى :

الهيئة التى تباشر سلطان الدولة^(١) . هنا يميز أوستن فى كل مجتمع سياسى شخصاً معيناً أو هيئة معينة له السلطان ، وهو القوة المسيطرة على كل القوات فى الدولة لا تعلق عليها قوة ، وتدين لها كل القوات بالخضوع . ولا يهم بعد ذلك أن يكون الحاكم شخصاً واحداً كما فى الحكومات الاستبدادية ، أو أن يكون هيئة (برلمان وإلى جانبه يقف رئيس الدولة ملكاً كان أو إمبراطوراً أو رئيس جمهورية أو غير ذلك) ، كما فى البلاد الديمقراطية .

وتتميز هذه الهيئة عن سائر الهيئات بأن صبغتها سياسية ، فتخرج بذلك الهيئات الأخرى غير السياسية ، كالتقابات والجمعيات ، وأن لها السلطان الأعلى فى الدولة كما قدمنا .

وهذه الهيئة هى التى تنظم وحدها الروابط الاجتماعية بقوانين من مشيئتها ، تصدرها للأفراد والهيئات الخاضعة لسلطانها . فالقوانين إذن إرادة حادثة صادرة من هيئة شاعرة ، وليست شيئاً كامناً فى طبيعة الروابط الاجتماعية ، تنشأ وتتطور فى دائرة لاشعورية ، كما يزعم أنصار مذهب القانون الطبيعى .

(ثانياً) أمر أو نهى^(٢) : ومشيئة الهيئة الحاكمة تكون أمراً أو نهياً ، إذ

(١) انظر أوستن ص ١٩١ ، ٢٢١ .

(٢) Every Law or rule (taken with the largest signification which can

. be given to the term properly) is a command (Austin. p 88).

القانون ليس مجرد نصيحة تدعى الناس إلى اتباعها ، بل هو أمر أو نهى يجب السير على مقتضاه .

وقد اعترض على ذلك بأن هناك كثيراً من القواعد القانونية لا تأمر ولا تنهى ، وإنما هي مجرد رخص تبيح للشخص أعمالاً معينة ، كالقواعد الخاصة بالعقود من بيع وإجارة إلى غير ذلك . فالقانون لا يلزم الشخص بأن يبيع أو أن يؤجر ، وإنما هو ينظم هذه المعاملات في حالة ما يقدم الإنسان باختياره عليها ، وإذن فلا يمكن أن يقال عن مثل هذه القواعد بأنها أوامر . كذلك قد اعترض بأن قواعد المرافعات — وهي في أكثرها إجراءات تتبع إذا اختار شخص أن يسلك طريق القضاء — لا تظهر فيها فكرة الأمر أو النهى بوضوح . ولكن من السهل الرد على هذا الاعتراض بشقيه ؛ فكلية أمر أو نهى بمعناها الدقيق وإن كانت لا تنطبق على جميع القواعد القانونية ، إلا أن فكرة الإيجاب متوافرة على أى حال ؛ فالقاعدة القانونية التي تبيح للشخص البيع أو الإجارة ، تلزم الناس باحترامه إذا تم وتنهاهم عن انتهاك حرمة ، فضلاً عن إلزامها لمن قام بالتصرف . ففي عقد البيع مثلاً يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع ، وبنقل ملكيته الخ ، كما أن على الغير احترام هذا التعاقد . وأما قواعد المرافعات ، فهي قواعد إجبارية تلزم القاضى والمتقاضين .

(ثالثاً) **الجزاء الدينى** : ولا يكفي أن تصدر الهيئة الحاكمة أمراً أو نهياً ، بل يجب أن تقرن ذلك بجزاء دنيوى توقعه على من يخالف الأمر أو النهى . وهذا الجزاء الدينى تقوم الهيئة الحاكمة بتوقيعه مستندة في ذلك إلى القوة العامة التي بين يديها . ويترتب على ذلك ، أن قواعد الأخلاق والمجاملات الاجتماعية والآداب العامة والأحكام الدينية ، كل هذه ليست قانوناً ، فقد تكون أوامر

ونواهى يجب على الناس اتباعها ، ولكنها ليست مقترنة بجزء دنيوى توقعه الدولة على من يخالفها^(١) .

٢٣ - تقرير مذهب أوستن :

ليس هناك شك فى وضوح نظرية أوستن وبساطتها ، فهى تركز على معيار مادى فى تعرف طبيعة القانون . وعندها أن القانون هو مشيئة السلطان ينفذها بالقوة ، فمتى صدرت إرادة السلطان لتنظيم الروابط الاجتماعية ، وقسرت الناس على الخضوع لهذه الإرادة ، فذلك هو القانون . وعلى ذلك يكون المصدر الرسمى الوحيد للقانون هو التشريع ، ويكون القانون مبنيًا على القوة والقهر ، لا على الرضا والاختيار ، وليست هناك إلا علامة مادية شكلية لا تجاوزها إلى ما وراءها فى تعرف طبيعة القانون .

هذه مسائل ثلاث^(٢) هى نقط الضعف فى نظرية أوستن :

(أولاً) انفراد التشريع بأن يكون مصدراً رسمياً للقانون .

(ثانياً) مبالغتها فى توكيد صلة الجزاء بالقانون ، وإغفالها بذلك عامل الأمة

وانقيادها للقانون بمحض رغبتها .

(ثالثاً) الوقوف عند معيار شكلى للقانون .

(أولاً) انفراد التشريع بأنه يكون مصدراً رسمياً للقانون : لا يكون

القانون قانوناً طبقاً لنظرية أوستن إلا إذا كان مصدره السلطان أو الدولة .

فالنظرية تنكر أن يكون للقانون مصدر رسمى آخر ، مع أن هناك مصادر أخرى

(١) أوستن ص ١٨٢ - ١٨٣ .

(٢) يمكن أن يضاف إلى ذلك أن هذه النظرية وإن أمكن انطباقها على قوانين الدول الأوربية وما فى حكمها فى الوقت الحاضر ، فلا يمكن أن تفسر لنا حالة القانون فى العصور القديمة .

— أهمها العرف — تنشئ قواعد قانونية . وقد حاول أوستن أن يدفع هذا الاعتراض بقوله : (What the Sovereign permits he commands) « ما يقره السلطان فهو يأمر به » . ولكن هذا الرد ظاهر الضعف ، إذ أن المحاكم تلتزم بتطبيق قواعد العرف كما تطبق التشريع ، وهي تطبقها لأنها قانون واجب التطبيق . أما نظرية أوستن فإنها تقلب الوضع ، وترى أن القانون الذى يكون مصدره العرف إنما يكون قانوناً لأن المشرع أقره ، فهو قانون لأن المحاكم تطبقه ، لأن المحاكم تطبقه لأنه قانون .

(ثانياً) مبالغة هذه النظرية في توكيد صلة الجزاء بالقانونه وإغفالها عامل الأمانة والقيادتها بمحض رغبتها : وقد عنيت نظرية أوستن عناية خاصة بعامل القوة والقهر فى القانون ، وقد حملها ذلك على أن تنكر صفة القانون بمعناه الصحيح على القانون الدولى العام والقانون الدستورى .

أما القانون الدولى العام — وهو القانون الذى ينظم علاقات الدول بعضها ببعض — فلم يعترف له أوستن بصفة القانون لعدم وجود سلطة عليا تضع قواعده وتوجب احترامها عند ما يعين لإحدى الدول أن تخرق حرمتها ، وبقول آخر لأنها لا تحتوى على عنصر الأمر بالمعنى الذى يريده أوستن . وسنعود إلى مناقشة ذلك عند الكلام فى فروع القانون .

أما القانون الدستورى — وهو القانون الذى ينظم علاقات الدول بالأفراد — فقد أنكر أوستن عليه أيضاً صفة القانون ، وذلك لأن من شأن الدستور أن يضع قيوداً على سلطة الحاكم ، والحاكم لا يمكن أن يخضع لسلطة أعلى ، فهو إن نظم علاقاته بالأفراد والتزم ببعض القيود ، فإنما يفعل ذلك باختياره ، فيستطيع فى كل وقت أن يستبدل بها غيرها ، بل وأن يتحرر منها نهائياً . وما دام الأمر كذلك ، فإن قواعده تظل بغير جزاء ، إذ لا يمكن القول بأنها تنفذ قهراً ،

وهذا يكفي للقول بعدم اعتبار قواعد الدستور قانوناً بالمعنى الصحيح .
ومما تقدم يظهر أن نظرية أوستن قصرت عنايتها على الحاكم وطرحت جانباً
عنصر المحكومين أى الأمة ، فأغفلت بذلك عاملاً لا يقل فى الأهمية عن عامل
القوة والقهر ، وهو عامل الرضا والاختيار^(١) . وإذا كانت القوة من وراء القانون ،
فهذه القوة إنما هى قوة الأمة ، والسلطان ليس فى حقيقة الأمر إلا الأمة نفسها
مجتمعة . وإذا صدر قانون يأباه طبع الأمة وتقاليدها وحالتها الاجتماعية ، ومع
ذلك يأبى المشرع إلا أن يخضع له الناس بالقوة ، فقد يبقى قانوناً وقتاً قصيراً ،
ثم لا تلبث إرادة الأمة أن تغلب إرادة المشرع ، ويلغى القانون أو يهجر .
والالتجاء المستمر إلى استعمال القوة فى تنفيذ القوانين ، إنما يكون علامة ضعف
لا علامة قوة .

ومن هنا نرى أن إنكار صفة القانون على القانون الدستورى بنوع خاص
فيه تجاوز كبير ، إذ أن هذا القانون لا يخلو من عامل القهر الذى يتمثل فى حماية
الأمة له من كل اعتداء يقع عليه ، بل هو فى هذا يتميز عن القوانين المعتادة : ذلك
أن القوانين المعتادة تحوط بها قوة الأمة بطريق غير مباشر متمثلة فى الشرطة أو فى
الجند ، أما القوانين الدستورية فتحوطها قوة الأمة بطريق مباشر ، وإذا أريد
انتهاك حرمة قانون دستورى ، فإن دون ذلك الأمة تشور للمحافظة على دستورها^(٢) .

(ثالثاً) الوقوف عند معيار شكلى للقانونه : ولكن العيب الجوهرى فى
نظرية أوستن هو أنها تقف عند معيار شكلى للقانون ، فلا تتجاوز الشكل إلى

(١) يقول الأستاذ اهرنج : « إن استقرار القانون يتوقف فى نهاية الأمر على قوة الشعور
القومى نحو القانون ، وهذا الشعور يوضع فى ذات المستوى مع سلطان الحاكم وقدرته على تنفيذ
القانون ، فإذا كان هذا الشعور ضعيفاً فالقانون غير ثابت ، أما إذا كان قويا فى ذلك استقرار
القانون » (Ihering chap VIII § 11) .

(٢) فى هذا المعنى جودبى ص ٤٦ .

الموضوع ، ولا تنفذ إلى صميم القواعد القانونية لتتعرف طبيعتها . فهي تقنع من القاعدة القانونية بأنها تحمل طابع المشرع ، وتقف عند هذه العلامة الرسمية ، ولا تنفذ إلى طبيعة القاعدة القانونية لترى كيف نشأت وكيف تطورت .

المبحث الثاني

مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص

(Ecole de l'Exégèse)

٢٤ — وجه المذهب بأوستن :

وعند الفرنسيين مدرسة تتفق مع مدرسة أوستن الإنجليزية . من حيث إن كلاً منهما يجعل التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون ويقف عنده فلا يجاوزه إلى سواه . على أن هذا التقريب بين المذهبين قد يستغرب لأول وهلة ، ولكن هذا الاستغراب يزول عند إمعان النظر ، إذ يمكن التحقق من أن نظرة المذهبين إلى القانون واحدة . وإذا كان هناك خلاف بينهما فهو خلاف ظاهري لا يتعدى مظهر التكوين الخارجي : ذلك أن مذهب أوستن ظهر مرة واحدة ، بسطه أوستن ودعمه ، وأصبح اسم هذا الفقيه علماً عليه فيما بعد . أما مدرسة الشرح على المتون فإنها تكونت وتعاقب ممثلوها من الفقهاء أجيالاً عدة دون أن يعنوا بجمع مبادئها في كتاب واحد ، حتى جاء بعض الفقهاء مثل چني وسالي وبنكارو وبنوا مميزات وأسلوبها ، وذكروا ممثلها من الفقهاء في عصورها المختلفة . وهذا هو الفارق — إن سمي ذلك فارقاً — بين المدرستين . أما النتائج التي تستخلص منهما فواحدة . وهي بهذا تكون مذهباً شكلياً كمدرسة أوستن ،

إذ تكتفى في التعرف على القانون بشكله دون موضوعه . فالتانون في نظر هذه المدرسة هو التشريع ، ولا يوجد شيء آخر غير التشريع يجوز اعتباره قانوناً .

٢٥ — أصل التسمية :

وقد عرفت هذه المدرسة باسم مدرسة « الشرح على المتون » (Exegèse) أو مدرسة التزام النص ، لأن فقهاءها يشرحون نصوص التشريع متناً متناً كما يفعل المفسرون في الكتب المقدسة . وهؤلاء الفقهاء يصدرون جميعاً عن فكرة واحدة ، هي أن النصوص التشريعية قد حوت كل القواعد القانونية ولم تفرط فيها من شيء . فليس أمام الفقيه إلا أن يستعرض هذه النصوص ، ويفسرها نصاً نصاً ، فإذا أعجزه استخلاص قاعدة منها فليس الذنب في هذا على التشريع ، فإنه حتماً يتضمن كل القواعد القانونية ، وإنما العيب عيب الفقيه الذي لم يوفق إلى استخلاص القاعدة من النصوص^(١) .

٢٦ — مميزات مدرسة « الشرح على المتون » :

لمدرسة الشرح على المتون ميزان :

(أولاً) التقيد بالنصوص :

لا تعرف هذه المدرسة إلا نصوص التشريع مصدراً للقانون ، وقد قال بينيه (Bugnet) أحد فقهاءها : « إني لا أعرف القانون المدني ، وإنما أدرس تقنين ناپليون »^(٢) . وقال ديمولومب (Demolombe) أمير فقهاء هذه المدرسة : « إن شعاري والعقيدة التي أومن بها هي أيضاً النصوص قبل كل شيء »^(٣) .

(١) انظر مقال الدكتور حشمت أبوستيت في مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة العدد السادس ص ٦٥٢ وما بعدها .

(٢) Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le code

. Napoléon

(٣) Ma devise, ma profession de foi, est aussi les textes avant tout.

(ثانياً) 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 الذي استعمله في 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 تتماشى مع هذه الظروف ، فلا يجوز للقاضي أن يعتمد إلى نية أخرى محتملة ، ينسبها إلى المشرع لو أنه وضع التشريع في الوقت الذي يطبق فيه ، بل يجب عليه أن يظل أميناً على النية الحقيقية للمشرع وقت وضع التشريع . ذلك أن التقيد بنية المشرع الحقيقية يعصم من الوقوع في التحكم ، إذ من العسير الاتفاق على النية المحتملة للمشرع ، وسرعان ما يختلف القضاة في تحديدها كل بحسب منطقته وهواه . ثم إن التقيد بنية المشرع الحقيقية أكثر إمعاناً في احترام التشريع^(١) ، أما تجاوز النية الحقيقية إلى نية محتملة فإن من شأنه أن يجعل من القاضي مشرعاً .

على أن « النية الحقيقية » للمشرع قد لا تكون واضحة وضوحاً كافياً . ففي هذه الحالة تلجأ مدرسة « الشرح على المتون » إلى « النية المفروضة » تستخلصها من روح التشريع ومن تقاليد القانون^(٢) . مثل ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي من عدم جواز التصرف في العقار الذي تقدمه الزوجة مهراً لزوجها في نظام الدوطة (Régime dotal) ، ولم يتعرض المشرع للمنقول . فهل يجوز التصرف في المنقول خلافاً للعقار ؟ لو قلنا بالنية المفروضة للمشرع وقت وضع التشريع ، لوجب القول بجواز التصرف في المنقول ، إذ النص على العقار دون المنقول من

(١) فضلاً عن أن في ذلك ميزة الاستقرار الواجب توفرها للروابط القانونية .

(٢) انظر ما يقوله أوبري ورو في ذلك في المؤلف الخامس ص ١٣٣ .

حيث عدم جواز التصرف يجعل حكم المنقول مخالفاً لحكم العقار . والمبرر لهذا الاختلاف في الحكم أن المنقول لم يكن بذى شأن وقت وضع تقنين نابليون ، وأن العقار كان هو عماد الثروة في ذلك الوقت ، فمن المعقول إذن أن يحمي المشرع العقار دون المنقول . أما إذا قلنا بالنية المحتملة للمشرع وقت تطبيق التشريع ، لوجب القول ، مع القضاء الفرنسي ، بأن المنقول أصبح لا يقل في الشأن عن العقار ، فتجب له نفس الحماية ، فلا يجوز التصرف فيه كما لا يجوز التصرف في العقار . وتأخذ مدرسة « الشرح على المتون » بالقول الأول .

فنية المشرع ، الحقيقية أو المفروضة ، هي التي تتلسمها « مدرسة التزام النص » وتجرى على مقتضاها ، حتى يكون التشريع وحده هو مصدر القانون .

٢٧ — ففهاء « مدرسة الشرح على المتون »^(١) :

نكتفي بذكر خمسة من أشهرهم :

(١) و(٢) أوبري ورو (Aubry et Rau) . فقيهان من جامعة ستراسبورج . وضعاً كتاباً في شرح القانون المدني في ثمانية أجزاء (في طبعته الرابعة) ، وله طبعة خامسة اشترك فيها بارتان (Bartin) من اثني عشر جزءاً . وقد استغرق وضع الكتاب في طبعته الأولى نحو عشر سنوات (من سنة ١٨٣٤ إلى سنة ١٨٤٤ ، وقد قدم على أنه ترجمة لكتاب فقيه ألماني اسمه زكريا (Zachariae) ، ومثل هذه المدة في طبعته الرابعة (من سنة ١٨٦٩ إلى سنة ١٨٧٨) . ولا يزال هذا الكتاب حتى الآن من أمهات كتب الفقه الفرنسي ، وقد اشتهر بالدقة والإيجاز .

(٣) ديمولومب (Demolombe) ، ويسمى بأمير فقهاء « مدرسة الشرح

(١) انظر كتاب بنكاز « مدرسة الشرح على المتون في القانون المدني » ، واقرأ مقال الأستاذين Charmont و Chausse « شرح القانون المدني » في كتاب العيد المئتين ، الجزء الأول ص ١٣٣ وما بعدها .

على المتون» . كان عميداً لكلية الحقوق بكان (Caen) ، ووضع كتاباً في شرح القانون المدني في واحد وثلاثين جزءاً ، واستغرق وضعه واحداً وثلاثين عاماً (من سنة ١٨٤٥ إلى سنة ١٨٧٦) دون أن يكمل . وعرف كتابه بالإفاضة والإسهاب .
(٤) لوران (Laurent) وهو فقيه بلجيكي يمثل المدرسة تمثيلاً صادقاً ، إذ عرف بشدة التمسك بنصوص القانون . وقد شرح القانون المدني في مؤلف من ثلاثة وثلاثين جزءاً (من سنة ١٨٦٩ إلى سنة ١٨٨٧) .

(٥) بودرى لا كنتنرى (Baudry Lacantinerie) وهو من أحدث الفقهاء الذين يمثلون المدرسة . وضع شرحاً مطولاً للقانون المدني ، بالاشتراك مع فقهاء آخرين ، من تسع وعشرين جزءاً (من سنة ١٨٨٥ إلى سنة ١٩٠١) . ولا يزال كتابه حتى الآن أهم مرجع لفقهاء « مدرسة الشرح على المتون » .

٢٨ - 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 - وتعفل عامل إرادة الأمة ، وماتوثر به هذه الإرادة (في شكل العادات والتقاليد) في إرادة المشرع .
- ٣ - وتقف عند معيار شكلي للقانون ، فلا تحلل طبيعة القانون وعناصره الأولى .

وهي إلى جانب هذه العيوب ، تجعل القانون جامداً لا يتطور ، ما دامت تتقيد بإرادة المشرع في وقت وضع التشريع .

الفصل الثاني

المذاهب الاجتماعية (أو الموضوعية)

٢٩ — وهي لا تتف عند علامة شكلية مادية لتعرف القانون (بكونه صادراً من المشرع) ، بل تجاوز ذلك إلى تعرف كنه القانون وطبيعته ، وتنظر إلى القانون باعتباره مظهراً اجتماعياً ، ولذلك كانت هذه المذاهب اجتماعية موضوعية . ويمكن تقسيمها إلى طوائف ثلاث :

(أولاً) المذاهب الفلسفية الميتافيزيقية : وهي مذاهب تتخذ أساساً فلسفياً وأساساً ميتافيزيقياً تجعله القاعدة التي يستند إليها القانون ، وأهمها مذهب القانون الطبيعي ، ومذهب التطور التاريخي ، ومذهب الغاية الاجتماعية .

(ثانياً) المذاهب العلمية الواقعية : وهي مذاهب تنظر إلى القانون كعلم اجتماعي واقعي يعرف بالمشاهدة والتجارب كسائر العلوم ، دون أن ينطوي على أية فكرة ميتافيزيقية^(١) ، وأهمها مذهب التضامن الاجتماعي (مذهب دييجي) .

(ثالثاً) المذاهب المختلطة : وهي مذاهب تبني القانون على أساس مزدوج : علمي واقعي وفلسفي ميتافيزيقي ، وأهمها مذهب العلم والصياغة (جني) .

(١) ويحسن هنا أن نفرق بين الميتافيزيكا والعلم ؛ موضوع الميتافيزيكا : أصل الأشياء ، الجوهر لا الصورة ، المجهول الواجب الوجود . ووسيلتها العقل . وموضوع العلم : الواقع لا الواجب ، ووسيلته التجارب والعقل .

المبحث الأول

المذاهب الفلسفية والميتافيسيقية

القانون الطبيعي . التطور التاريخي . الغاية الاجتماعية

٣٠ — ارتباط هذه المذاهب بعضها ببعض الآخر :

هذه المذاهب وإن اشتركت في الوصف الذي يمكن أن توصف به — وهذا وحده يكفي للجمع بينها في مبحث واحد — إلا أنها فوق ذلك قد اصطدمت بعضها ببعض ، مما يجعل الجمع بينها مناسباً .

فمذهب القانون الطبيعي ومذهب التطور التاريخي تبادلًا الهجوم وتبادلًا بالتبعية الهزيمة والنصر . ذلك أن السيادة كانت لمذهب القانون الطبيعي حتى ظهر مذهب التطور التاريخي وهاجمه مهاجمة قضت عليه تقريباً . ولكنه لم يلبث أن استجمع قوته وعاد تحت اسم آخر ، القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة ، وتلمس من غريمه نقطة الضعف وهاجمه منها مهاجمة أطاحت ببعض مبادئه التي قام عليها . كما تكفل مذهب الغاية الاجتماعية بناحية أخرى . ومما تقدم ندرك مبلغ الارتباط بين هذه المذاهب التي نعالجها في المطالب الآتية :

المطلب الأول : مذهب القانون الطبيعي .

المطلب الثاني : مذهب التطور التاريخي .

المطلب الثالث : مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة .

المطلب الرابع : مذهب الغاية الاجتماعية .

المطلب الأول

مذهب القانون الطبيعي

(Ecole de Droit Naturel)

٣١ — فكرة القانون الطبيعي :

يرى مذهب القانون الطبيعي أن هناك قانوناً كامناً في طبيعة الروابط الاجتماعية ، وهو قانون ثابت لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان ، يكشفه العقل ولا يوجد ، هذا هو القانون الطبيعي ، قانون أبدى سرمدى ككل القوانين التي تهيمن 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 إلى حيث هو منساق إليه . وما على العقل البشري إلا أن يتمعن في الروابط الاجتماعية ، فيستخلص منها هذا القانون الطبيعي ويصوغ قانونه الوضعي على مثاله ، وكلما قرب القانون الوضعي من القانون الطبيعي كان أقرب إلى الكمال .

ولمذهب القانون الطبيعي تاريخ طويل ، ومراحل عديدة تدرج فيها ، ولم بها موجزين .

٣٢ — مذهب القانون الطبيعي عند اليونان :

عرف فلاسفة اليونان القانون الطبيعي ، فقد راعهم النظام والاطراد المشاهدان ليس فقط في عالم الحيوان والإنسان ، من أن كلا منهما يولد ويكبر ويموت وفق سنن لا تتبدل ، بل إنهم لاحظوا وجود أوجه شبه كثيرة في معاملات الناس تظهر في نظم متشابهة وعادات اجتماعية متماثلة ، مما أدى بهم إلى التفكير في وجود قوة تحرك العالم وتحكم وتوجه أعمال الناس ، وسموا هذه القوة بالطبيعة . وعند

ما وصلوا إلى هذا الحد فرقوا بين أعمال الناس العارضة التي تخص كل إنسان ،
وبين أعمالهم العامة الثابتة ، ونسبت هذه الأخيرة إلى قوة الطبيعة وسميت بالقانون
الطبيعي^(١) . وهو قانون من مميزات أنه ليس من وضع البشر (بل هو
كامن في طبيعتهم يخضعون له) ، وأنه ثابت لا يتغير ، وأنه عام شامل في كل
زمان ومكان .

ثم ما لبثوا أن انتقلوا من دائرة المشاهدات الحسية وتقرير الواقع إلى دائرة
التفكير المنطقي والتدليل العقلي . فذكروا أن القانون الطبيعي ليس هو القانون
الموجود فعلا ، بل هو القانون الواجب الوجود ، هو المثل الأعلى الذي يجب السعي
لتحقيقه ، وهذا المثل الأعلى يمكن كشفه عن طريق العقل . وترتب على ذلك
أن قابلا بين قانونين : القانون الوضعي المطبق فعلا ، والقانون الطبيعي الذي يمثل
الكمال ، والذي يكشفه العقل البشري ، والذي يجب أن يقرب منه القانون
الوضعي شيئا فشيئا^(٢) .

٣٣ — مذهب القانون الطبيعي عند الرومان :

وقد ميز فقهاء الرومان بين القانون المدني (Jus civile) ، وقانون الشعوب
(Jus naturale) ، والقانون الطبيعي (Jus gentium) . فالأول هو القانون
الروماني العتيق الذي كان يطبق على الرومانيين دون سواهم . أما قانون الشعوب

(١) سالموند ص ٤٤ — ٤٥ . وقد ميز أرسطو بين القانون العام ، وهذا هو
القانون الطبيعي ، والقانون الخاص ، وهو من وضع البشر ، تتخذ كل أمة منه ما تهتدى إليه .
(٢) وقال الرواقيون بالقانون الطبيعي . فعندهم أن أصل الوجود هو الله في هيئة النار ،
ثم تحركت النار وحولت جزءاً منها إلى هواء ، وتحرك الهواء وحول جزءاً منه إلى ماء ،
وتحرك الماء وحول جزءاً منه إلى أرض . ويسير العالم في هذه الصورة شوطاً مقديراً ، وفقاً
لسنن محتمة ، ثم تفتى الأرض في الماء ، والماء في الهواء ، والهواء في النار ، ويعود العالم كتلة
تارية كما كان . 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 إلى
ما لا نهاية . ويحدث ذلك على أساس لا يتغير وقانون طبيعي ثابت .

فهو ذلك القانون المشترك بين جميع الشعوب ، وكان الرومان يستمدون من مبادئه القانون الذى يطبق على الأجانب ، وهذا هو القانون الطبيعى بالمعنى المقصود . أما القانون الطبيعى فى لغة الرومان ، فقد كان القانون الذى تخضع له كل الكائنات الحية من إنسان وحيوان . فكأن هناك نوعاً من التدرج : القانون الطبيعى وتخضع له كل الكائنات الحية ، وقانون الشعوب ويخضع له كل بنى الإنسان من بين الكائنات الحية ، والقانون المدنى ويخضع له كل الرومانيين من بنى الإنسان .

وقد نقل الرومان مذهبهم فى القانون الطبيعى من الفلسفة اليونانية . وحل « قانون الشعوب » عند الرومان محل القانون الطبيعى عند اليونان ، بل هو قد صار قانوناً عملياً لا مجرد فلسفة ، يطبقه الرومان فى علاقاتهم مع الأجانب ، ويستخلصونه من القوانين الطبيعية التى يستلهمونها من عقولهم ، ويحسبون أن الإنسانية تخضع لها ، إذ هى قوانين تطبقها كل الشعوب . وقد أثر « قانون الشعوب » هذا فى « القانون المدنى » فوسع فيه وهذبه ، وصار من أهم المصادر فى رقى القانون الرومانى ، إذ كان مبنياً على العقل فى أساسه ، بينما كان « القانون المدنى » مبنياً على العادات القديمة والأشكال والأوضاع .

ونرى مما تقدم أن القانون الطبيعى كان فلسفة عند اليونان ، فصار قانوناً عند الرومان ، وسنراه ينقلب ديناً فى العصور الوسطى ، ثم سياسة فى العصور الحديثة .

٣٤ — مذهب القانون الطبيعى فى العصور الوسطى فى أوروبا :

وورثت المسيحية ورجال الكنيسة فى العصور الوسطى القانون الطبيعى ، فجعلوه القانون الإلهى ، وهو قانون أبدي سمردى ، ثابت لا يتغير ، ولكننا نصل إلى هذا القانون من طريق الوحي لا من طريق العقل .

٣٥ — مذهب الفانون الطبيعي « عند المعتزلة » من المسلمين :

ومما هو جدير بالذكر أن الإسلام عرف كالمسيحية القانون الطبيعي ، وزاد أحد المذاهب الإسلامية أن ميز بين القانون الطبيعي والدين ، وجعل العقل لا الوحي هو الكاشف لهذا القانون . وهذا هو مذهب المعتزلة المعروف (١) .

(١) فعندهم أن الحسن والقبح (أى المأمور به والمنهى عنه أى القانون) يدركهما العقل ، والشرع جاء كاشفاً عما أدركه العقل قبل وروده . فالمعتزلة تقول إذن بقانون طبيعى مصدره العقل لا الدين . وقد ورد فى إرشاد الفحول للشوكانى ص ٧ ما يأتى : « اعلم أنه لا خلاف فى كون الحاكم الشرع بعد البعثة وبلوغ الدعوة . وأما قبل ذلك ، فقالت الأشعرية لا يتعلق له سبحانه حكم بأفعال المكلفين ، فلا يجرم كفر ولا يجب إيمان . وقالت المعتزلة إنه يتعلق له تعالى حكم بما أدرك العقل فيه صفة حسن أو قبح لذاته أو لصفته أو لوجوه واعتبارات ، على اختلاف بينهم فى ذلك . قالوا والشرع كاشف عما أدركه العقل قبل وروده ... ومحل النزاع بينهم (الأشعرية والمعتزلة) . . . هو كون الفعل متعلق المدح والثواب والدم والعقاب آجلاً أو عاجلاً ، فعند الأشعرية ومن وافقهم أن ذلك لا يثبت إلا بالشرع ، وعند المعتزلة ومن وافقهم أن ذلك ليس إلا لكون الفعل واقعاً على وجه مخصوص لأجله يستحق فاعله الذم » . وجاء فى التوضيح على التنقيح : العقل عند (المعتزلة) حاكم مطلق بالحسن والقبح على الله تعالى وعلى العباد . أما على الله فلا لأن الأصلح للعباد واجب على الله بالعقل فيكون تركه حراماً على الله ، والحكم بالوجوب والحرمة يكون حكماً بالحسن والقبح ضرورة . وأما على العباد فلا لأن العقل عندهم يوجب الأفعال عليهم ، ويبيحها ويحرمها ، من غير أن يحكم الله له فيها بشئ من ذلك . وعندنا (الأشعرية) الحاكم بالحسن والقبح هو الله ، وهو متعال عن أن يحكم عليه غيره ، وعن أن يجب عليه شئ ، وهو خالق أفعال العباد على ما مر ، جاعل بعضها حسناً وبعضها قبيحاً ، له فى كل قضية كلية أو جزئية حكم معين ، وقضاء معين ، وإحاطة بطواهرها وبواطنها ، وقد وضع فيها ما وضع من خير أو شر ، ومن نفع أو ضرر ، ومن حسن أو قبح . وواضح مما قدمناه أن المعتزلة تذهب إلى أن العقل هو الحاكم بالحسن والقبح . ومعنى ذلك أن مصدر القانون هو العقل لا الشرع ، بخلاف الأشعرية ، فهى تذهب إلى أن الحاكم هو الله ، أى أن مصدر القانون هو الشرع لا العقل . فالمعتزلة تقول إذن بقانون العقل ، أى بالقانون الطبيعى ، وهو حاكم على الله وعلى العباد . فالله واجب عليه الأصلح للعباد ، والعباد يلجأون إلى العقل فى معرفة القانون . وهذا صريح فى أن هناك قانوناً طبيعياً يستقل العقل البشرى بكشفه ، ولا حاجة بنا إلى مشرع ، حتى لو كان هذا المشرع هو الله . أما الأشعرية فعندهم أن مصدر القانون هو المشرع ، إذ أن الحاكم بالحسن والقبح هو الله . فالأشعرية مذهبهم فى القانون مذهب رسمى شكلى ، كمذهب أوستن ومدرسة « الشرح على المتون » ، لأن القانون عندهم هو مشيئة صادرة من هيئة عليا هى الله .

٣٦ — مذهب القانون الطبيعي في العصور الحديثة :

وفي القرنين السابع عشر والثامن عشر زادت أهمية القانون الطبيعي في أوروبا إلى حد كبير . ويرجع ذلك إلى أن أوروبا كانت قد استكملت في تلك العصور تكوين قومياتها ، وخلعت سلطان الكنيسة . فانقسمت دولا مستقلة ، ولم يكن لدولة سلطان على الدول الأخرى ، كما كان الحال في الدولة الرومانية وفي عهد شارلمان . فاقترض الأمر تنظيم علاقات الأفراد بالدولة بعد أن قوى سلطان الدولة وتركز ، وتنظيم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر على أساس جديد . كان لا بد إذن من إيجاد أساس جديد لتطور القانون الدستوري من ناحية ، ولتطور القانون الدولي العام من ناحية أخرى . وكان من الواجب أن يتطور هذان القانونان دون أن تكون هناك سلطة تشريعية كبرى تملئ أحكام هذا التطور . وإذا لم يكن هناك تشريع ، قام العقل إلى جانب العادات والتقاليد مقام التشريع . ومن هنا ندرك سبب نهوض مذهب القانون الطبيعي نهوضاً عظيماً في القرنين السابع عشر والثامن عشر في أوروبا . فقد قام هذا المذهب مستنداً إلى العقل البشري والتفكير الحر ، ونادى بوجود قانون طبيعي يسيطر على علاقات الأفراد بالدولة ويسيطر على علاقات الدول بعضها ببعض الآخر .

أما علاقات الأفراد بالدولة فتتنظيمها يقتضى بحث الأساس الذي تقوم عليه الدولة . وقد تصدى لهذا البحث فلاسفة ثلاثة : هويز (Hobbes) ولوك (Locke) الإنجليزيان ، وروسو (Rosseau) الفرنسي . وكذلك تنظيم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر يقتضى بحث الأساس الذي يبنى عليه القانون الدولي العام . ولما كانت الجمعية الدولية في ذلك الوقت تعيش في عهد الفطرة والبداءة ، فإن الفقهاء والفلاسفة لم يجدوا إلا القانون الطبيعي يبنون على مبادئه ما يقوم من العلاقات بين الدول ، وكان المؤسس للقانون الطبيعي في عهده الجديد

جروسيوس (Grotius) الفقيه الهولندي المعروف .
ونعرض بإيجاز لآراء هؤلاء الفلاسفة الأربعة : جروسيوس وهوبز
ولوك وروسو .

جروسيوس (من سنة ١٥٨٣ إلى سنة ١٦٤٥) كان فقيهاً هولندياً كبيراً ،
ويعتبر مؤسس القانون الدولي العام في عهده الحديث ، وقد أسسه على مبادئ
القانون الطبيعي . ووضع كتابه المشهور « قانون الحرب والسلام »
(Jure Belli et Pacis: Droit de Guerre et Paix) ، ونشره في سنة
١٦٢٥ . وقد عرف فيه القانون الطبيعي بما يأتي : « القانون الطبيعي هو القاعدة
التي يوحى بها العقل القويم ، والتي بمقتضاها نحكم بالضرورة أن العمل ظالم
أو عادل ، طبقاً لاتفاقه مع المعقول^(١) » . على أن جروسيوس ، عند ما فصل
قواعد القانون الطبيعي ، أقر كثيراً من العادات التي كانت متبعة في زمنه على
ما فيها من قسوة وشدة^(٢) ، فقد أقر الرق والاستبداد والفتح ، أي استعباد
الإنسان للإنسان واستعباد الدولة للإنسان واستعباد الدولة للدولة . فالأصل
عنده أن الإنسان حر طبقاً للقانون الطبيعي ، ولكنه يفقد حرته على أثر حرب
تقوم ، كما أنه يستطيع أن يتنازل عن هذه الحرية بعقد يبرمه . وإذا كان
الإنسان يستطيع أن يتنازل عن حرته ، فالأمة تستطيع أن تفعل ذلك فتضع
نفسها في كف أمة أخرى تكون سيدها عليها على أن تظلها بحمايتها .

Le droit naturel est une règle qui nous est suggérée par la droite (١)
raison, d'après laquelle nous jugeons nécessairement qu'une action est injuste
ou morale, selon sa conformité avec la nature raisonnable... (L. I. ch. 1§ 10)

فالقانون الطبيعي في نظره يمليه العقل ويختلط بعض الشيء بالأخلاق .
(٢) ويدافع شارمون عن جروسيوس في كتابه ص ١٩ بقوله : لا ينبغي أن تأخذ على
جروسيوس قبوله نظماً ظالماً تتعارض مع مبادئه ، فقد تأثر بظروف وقته ، إذ رتب له لويس
الثالث عشر معاشاً وإذ كان مستشاراً لكروستين ملكة السويد ، فراعى جانب هؤلاء الملوك .

أما هوبز (١٥٨٨ — ١٦٧٩) ولوك (١٦٣٢ — ١٧٠٤) ، وروسو (١٧١٢ — ١٧٧٨) فقد اتفقوا جميعاً فيما يأتي :

(أولاً) كان الناس يعيشون قبلاً في عهد الفطرة قبل أن ينتظموا في الجمعية البشرية .

(ثانياً) لما كان من المتعذر البقاء في هذه الحالة ؛ فإن الناس أبرموا عقداً اجتماعياً (Contrat Social) بمقتضاه انتقلوا من عهد الفطرة إلى عهد النظام^(١) . ولكن الفلاسفة الثلاثة اختلفوا عندما أراد كل منهم تحديد طرفي العقد الاجتماعي وأثر هذا العقد ، وفقاً للقانون الطبيعي الذي تصوره . فرأى هوبز أن العقد قد تم بين أفراد الناس جميعاً ، ولم يكن السلطان طرفاً فيه ، على أن يتنازل الناس عن حرياتهم الطبيعية للسلطان ليقيم النظام بينهم ، وللسلطان السيطرة المطلقة على الناس ، وله أن يستبد بالأمر فيهم ، فإن الاستبداد خير من الرجوع إلى حالة الفوضى . وكان هوبز^(٢) في نظريته هذه نصيراً للحكومة الاستبدادية التي كانت قائمة في إنجلترا في عهده . ورأى لوك^(٣) ، وكان من أنصار الملكية المقيدة وانبرى يدافع عن الثورة الإنجليزية التي شبت في سنة ١٦٨٨ ، أن العقد الاجتماعي قد أبرم بين الشعب والسلطان ، على أن يتنازل أفراد الشعب عن جزء من حرياتهم الطبيعية ليتمتعوا بالجزء الباقي ، فإذا أخل السلطان بتعهد

(١) فكأن القانون الطبيعي هو الذي كان سائداً واستبدل به « قانون اتفقي » مستمد من « العقد الاجتماعي » .

(٢) Ains le droit est l'ensemble des moyens à l'aide desquels l'homme peut conserver sa vie : le premier, le meilleur de ces moyens, c'est la force. Entre les hommes, la lutte s'impose donc fatalement. Pour imposer la paix, il faut que les individualités se donnent un maître et constituent une autorité au-dessus de laquelle il n'y ait rien. (Leviathan ch XIV Charmont p. 22).

(٣) . Treatise on Civil Government (٣)

من تمكين الناس من التمتع بالجزء الممكن من حرياتهم الطبيعية ، جاز للشعب أن يفسخ العقد الذى أبرمه مع السلطان ، وتكون الثورة فى هذه الحالة مشروعة . ورأى روسو^(١) ، وهو من أنصار سلطان الشعب ، أن العقد الاجتماعى إنما أبرم

(١) وأهم كتاب له « العقد الاجتماعى Contrat Social » وذهب فيه إلى أن الحرية حق طبيعى للإنسان . ويقول روسو :

Cette libereté commune est une conséquence de la nature de l'homme. Sa première loi est de veiller à sa propre conservation, ses premiers soins sont ceux qu'il se doit à lui-même ; et sitôt qu'il est en âge de raison, lui seul étant juge des moyens propres à le conserver, devient par là son propre maître.

وأن القوة لا يمكن أن تكون أساساً للحق . ويستخلص من ذلك أن الأساس الذى تقوم عليه الدولة ليس هو سلطة طبيعية للسلطان على الشعب ، وليس هو القوة فلا يمكن أن يكون إلا الرضا والاتفاق ، إذ يقول :

Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit, restent donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes. (Liv I Ch. IV).

Un peuple, dit Grotius, peut se donner à un roi. Selon Grotius, un peuple est donc en peupl avant de se donner à un roi. Ce don-même est un acte civil ; il suppose une délibération publique. Avant donc que d'examiner l'acte par lequel un peuple élit un roi, il serait bon d'examiner l'acte par lequel un peuple est un peuple ; car cet acte, étant nécessairement antérieur à l'autre, est le vrai fondement de la société. (Liv I Ch V).

ويخلص من ذلك إلى العقد الاجتماعى (pacte social) فيقول :

Je suppose que les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature l'emportent par leur résistance sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors cet état primitif ne peut plus subsister ; et le genre humain périrait s'il ne changerait de manière d'être. (Liv. I Ch. VI)

ونرى من ذلك أن روسو كالفيلسوفين هوبز ولوك فرض أن المجتمع البشرى مر قبل قيام الدولة على حالة فطرية طبيعية حيث يعيش الإنسان غير مرتبط بعلاقة ما مع سلطان أو دولة ، وحيث يكون حراً حرية طبيعية لا يحددها سلطان أو دولة . ثم يصبح متعذراً على الإنسان أن يبقى فى هذه الحالة الطبيعية .

وبعد أن يفرغ روسو من بيان الأساس الذى تقوم عليه الدولة ، يعرض للقوانين الوضعية فيبينها على أساسين جوهريين : الحرية (ويقصد بها الحرية الاتفاقية) والمساواة (وقد أخذتهما عنه الثورة الفرنسية وأضافت إليهما الإخاء) (الكتاب الثانى الفصل الحادى عشر) . ولكنه يذهب إلى أن هذين المبدأين الجوهريين يأخذان عند التطبيق شكلاً معيناً يتناسب مع حالة كل =

ما بين أفراد الشعب جميعاً على أن يتنازلوا عن حرياتهم الطبيعية للشعب نفسه ، إذ لا يوجد سلطان غير الشعب ، ويستعصموا عن هذه الحريات الطبيعية بحريات مدنية ، يكون أمر الإشراف عليها إلى وكيل يقيمونه ، لهم حق عزله إذا أخل بواجبات الوكالة .

وليس الضعف في هذه النظريات جميعاً راجعاً إلى أنها افترضت وجود عقد اجتماعي لم يثبت التاريخ وجوده ، فإن الفلاسفة الثلاثة لم يقولوا بالعقد الاجتماعي كحقيقة تاريخية ، بل قالوا به كتفسير معقول يكتفون به الروابط الاجتماعية ، وإنما الضعف الحقيقي يرجع إلى القول بأن الناس عاشوا قبلاً في عهد الفطرة ، فلم تنتظمهم جمعية بشرية . والواقع من الأمر أن الجمعية البشرية وجدت منذ وجود الإنسان ، ولم يعيش الإنسان ولا يستطيع أن يعيش إلا في المجتمع .

٣٧ — مذهب القانون الطبيعي في عهد الثورة الفرنسية وفانور نابليون :

وقد تأثرت الثورة الفرنسية إلى حد كبير بمذهب القانون الطبيعي ، وكانت في تأثرها خاضعة لنظريات روسو في الحرية والمساواة . واحتذت كذلك مثل الثورة الأمريكية حيث أعلنت حكومات أمريكا بعد استقلالها مبادئ مشتقة من مذهب القانون الطبيعي^(١) ، وأعلنت الثورة الفرنسية « حقوق الإنسان »

— أمة وملاساتها . ونرى من ذلك أن روسو يقول بقانون طبيعي يسيطر على القوانين الوضعية ، وأن قانون كل أمة يظهر فيه أثر حاجتها الخاصة ، وهو في النهاية مبني على أساس القانون الطبيعي فلا يجيد عنه . وإذا حاد فلا يلبث القانون الطبيعي أن يتغلب على القانون الوضعي وتكون له السيطرة في النهاية .

(١) من ذلك ما أعلنته حكومة فرجينيا في المادة الأولى من دستورها :

Tous les hommes naissent également libres et indépendants, et ont des droits naturels et inhérents à leurs personnes, dont ils ne peuvent, par quelque convention que ce soit, priver ni dépouiller leurs descendants; telles sont la vie et la liberté, avec tous les moyens d'acquérir et de posséder les biens, de chercher et d'obtenir le bonheur et la sûreté.

(Déclaration des Droits de l'Homme) ، وهي حقوق تستند كلها إلى مبادئ القانون الطبيعي ، وقد نصت المادة الأولى منها على ما يأتي : « يولد الناس ويظلون أحراراً متساوين أمام القانون^(١) » ونصت المادة الثانية على ما يأتي : « الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تزول ، وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمن ومقاومة التعسف^(٢) » . وقد كاد واضعو قانون نابليون أن يسجلوا في هذا القانون ما قرره الثورة الفرنسية في «إعلان حقوق الإنسان» من وجود قانون طبيعي عام ثابت لا يتغير . فجاء المشروع الأول لقانون نابليون ينص في مادته الأولى على ما يأتي : « يوجد قانون عام لا يتغير ، هو مصدر كل القوانين الوضعية ، وهذا القانون ليس إلا العقل من حيث إنه يحكم كل البشر^(٣) » . ولكنهم انتهوا إلى حذف هذا النص من القانون ، لا على اعتبار أنه غير صحيح ، بل إنه اعتبر بمثابة اعتناق لمذهب فلسفي لا يتلاءم مع طبيعة النصوص التشريعية^(٤) .

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

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. (٢)

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. (٣)

(٤) ولكن بعض التشريعات قد ذكرت القانون الطبيعي : فالقانون المدني النمساوي الصادر في سنة ١٨١١ نص عليه صراحة في مادته السابعة . وكذلك القانون المدني المصري المختلط الصادر في سنة ١٨٧٦ ، إذ قال في مادته الحادية عشرة : « عند عدم وجود نص ، أو عند عدم كفاية النص ، أو غموضه ، يحكم القاضي بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » En cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, le juge se conformera aux principes du droit naturel et aux règles de l'équité.

المطلب الثاني

مذهب التطور التاريخي

(L'Ecole Historique)

٣٨ — كيف ظهر مذهب التطور التاريخي :

كان من شأن فلسفة الثورة الفرنسية أن تدعم مذهب القانون الطبيعي العام الثابت الذي يكشفه العقل البشري والذي كلما اقترب منه القانون الوضعي كان أقرب إلى الكمال . وكانت حركة التقنين في فرنسا التي تمت في عهد نابليون متفقة مع هذا المذهب . فما دام هناك قانون طبيعي ثابت لا يتغير ، فإن تقنين القانون الوضعي لا يتنافى إذن مع طبيعة القانون ، إذ يمكن للعقل البشري أن يكشف القانون الطبيعي وأن يسجله في كتاب ، ولا خوف على القانون من أن يصيبه الجمود ، فإنه ثابت أبدي .

وقد أتم الفرنسيون تقنين قوانينهم في السنين الأولى من القرن التاسع عشر ، واطمأنوا إلى أنهم قد خطوا خطوة كبيرة في سبيل استقرار القوانين^(١) . وقد انتقلت عدوى التقنين إلى بعض الأمم الأخرى كالنمسا . وقام في ألمانيا تيبو (Thibaut) ينادى بتقنين القانون الألماني . فتصدى له سافيني (Savigny) الفقيه الألماني المعروف وزعيم المدرسة التاريخية ، وقال بضرر التقنين في رسالة مشهورة نشرت في سنة ١٨١٤ ، وكان لها دوى كبير في عالم القانون ، فقد أرخت مذهباً جديداً هو مذهب التطور التاريخي .

(١) بل إن نابليون ، وقد كان يؤمن بأن القانون استقر بالتقنين ، كان يدهشه أن يجد فيها يشرح القانون .

ولقد كانت فكرة التطور مجهولة إلى القرن الثامن عشر ، ولم يكن أمام فلاسفة القانون إلا أن يروه قانوناً ثابتاً لا يتغير في الزمان ولا في المكان (مذهب القانون الطبيعي) . وبالفعل فقد كانت فكرة القانون الطبيعي هي السائدة ، وظلت سائدة 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 » (L'Esprit des Lois) ، ولكن الفكرة لم تصبح مذهباً إلا على يد هيجو (١٧٦٨ — ١٨٤٤) وسافيني (١٧٧٩ — ١٨٦١) في أول القرن التاسع عشر . وقد عرف القرن التاسع عشر في أوائله كذلك مذهباً ثالثاً ، يرى القانون مشيئةً تحكيمية صادرة من هيئة عليا (مذهب أوستن) . فأصبح فلاسفة القانون وعندهم ثلاثة مذاهب في تحليل طبيعة القانون . فذهب التطور التاريخي كان في الواقع من الأمر رد فعل لمذهب القانون الطبيعي ، بعد أن ساد هذا المذهب مدة طويلة وتدعم بالثورة الفرنسية .

٣٩ — المبادئ التي قام عليها مذهب التطور التاريخي :

يقوم مذهب التطور التاريخي على مبدئين :

(أولاً) لا يوجد قانون طبيعي عام ثابت لا يتغير ، بل القانون متغير ، يتطور وفقاً لحاجات كل أمة وظروفها^(١) . فالقانون كاللغة ، ينشأ في البيئة

(١) وقد أثبت التاريخ أن القانون لا يمكن أن يكون ثمرة التفكير والاستنباط ، وإنما هو وليد البيئة الاجتماعية . على أنه من العبث الذي لا طائل تحته أن نستخرج من مجرد التفكير مثلاً أعلى للقانون بقصد تطبيقه على كل أمة وفي كل زمان ، إذ أن هذا التفكير لا يمكن أن يؤدي بنا إلى نتيجة واحدة ، بل إلى نتائج لا حصر لها . فإنك إذا سألت أي إنسان عما يقصده بالقانون الطبيعي أجابك بما يهيئه إليه تفكيره الشخصي ، وهو في هذا يتأثر بأرائه الخاصة وعواطفه ومعتقداته الاجتماعية والدينية ، فكل منا يصور القانون على طريقته الخاصة . ويقول بنتمام في هذا : «أخذ الكتاب هذه الكلمة كما لو كانت هناك مجموعة (Code) من القوانين الطبيعية =

الاجتماعية ، وينمو نمو ذاتيا ، ويتطور متأثراً بعوامل البيئة الإقليمية والجوية والجغرافية والدينية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية . فيولد القانون وينمو ويتعرض كظهر من المظاهر الاجتماعية المتنوعة . وهو في مبدأ أمره يكون في شكل عادات تنغرس في المجتمع ، وتتطور هذه العادات بعد ذلك مع تطور البيئة التي وجدت فيها ، وخضوعا للمقتضيات الاجتماعية التي تحكم هذه البيئة^(١) .

ويتبين مما تقدم أن مذهب التطور التاريخي ، خلافا لمذهب القانون الطبيعي ، يرى أن القانون ليس عاما ولا ثابتاً . فكل أمة قانونها الخاص بها ، المتفق مع حاجاتها . وقانون كل أمة لا يبقى على حالة واحدة ، بل هو يتطور مع تطور البيئة الاجتماعية . فالقانون إذن متغير في المكان وفي الزمان^(٢) .

= فهم يلجأون إليها ويندكرونها ويقابلون بينها وبين قوانين المشرعين ، دون أن يفتنوا إلى أن هذه القوانين ليست إلا قوانين من محض تصورهم . فكيف يمكن أن نستخرج من كل هذا تلك القواعد الثابتة التي لا تتغير والصحيحة في كل زمان ومكان ؟ (انظر كايبتان المدخل لدراسة القانون المدني ص ٣٦) .

Le droit est la resultante des besoins sociaux, "le produit des (١) forces intérieures et silencieuses." Il trouve son expression inconsciente dans la coutume : comme la langue, comme la religion, il procède d'un effort collectif. Subissant les modifications incessantes de la jurisprudence, de la pratique juridique, il se transforme lentement, insensiblement : les lois nouvelles ne font que constater ces transformations. Le juriste, celui qui dit le droit ne réalise pas ces réformes ; il ne fait que les exprimer. C'est le peuple qui crée son droit ; et le peuple n'est pas seulement l'ensemble des citoyens existant à une même époque ; "c'est l'unité au sein de laquelle se succèdent les générations, unité qui rattache le présent au passé et à l'avenir, C'est la tradition qui veille à la conservation du droit, et la tradition est un héritage, qui se transmet par la succession continue et insensible des générations." (Savigny : Traité de droit romain, traduction guenoux T. I. P. 20).

(٢) وإذا كان هناك شيء من الوحدة بين القوانين المختلفة المتغيرة بتغير الزمان والمكان ، فإذ كان هناك شيء من الوحدة العقل البشرية . ولكن لما كان القانون وليد البيئة وثمرة التضافر غير المحسوس ، ولما كان البيئة والتضافر لا يتوفران إلا بين أمة معينة لها وحدتها ، لا بين الأمم جميعاً ، لذلك كان لكل أمة قانون يختلف عن قوانين غيرها من الأمم . (المرجع السابق 21-20 p. VIII § T. I.) .

(ثانياً) ما دام القانون هو خلق البيئة وثمره التطور . فإن نموه يكون على نحو غير محسوس ، فهو منبعث من ضمير الأمة ومن المجتمع . لذلك لا يكون للقانون غاية يحققها ، وليست هناك إرادة عاقلة تسيره^(١) وتكيفه ، فهو يتطور لا يُطور .

٤٠ — مذهب 'مباري' 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 إلى 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 اسماً جديداً ، فأصبح يدعى بمذهب القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة .

ثم ظهر مذهب آخر ، هو مذهب الغاية الاجتماعية ، يجعل تطور القانون خاضعاً لإرادة مؤثرة ، و متمشياً مع غاية اجتماعية مرسومة .

(١) وبذلك يكون هذا المذهب قد صور المشرع في شكل آلة يقتصر عملها على تسجيل ما يقتضيه التطور ، إذ القانون يتكون من نفسه . ولكن من السهل ملاحظة أن المشرع ليس مجرد آلة تسجل ، بل له دائماً حظ كبير من الإرادة والتصرف في سن القوانين . ذلك أنه إذا ما أريد وضع قوانين تلائم الحاجات الجديدة ، فقد تعدد أمامه الوسائل وتشعب السبل ، فأية وسيلة يتبع وأي سبيل يسلك ؟ لا شك أن المشرع يختار من بين تلك الوسائل والسبل ما يقوده بحته وتفكيره إلى تفضيله عن غيره . وهاك مثلاً يوضح ذلك : نلاحظ في الوقت الحاضر في كل الدول الحديثة وجود قوانين ونظم للعمال خاصة بحمايتهم ، ظهرت على أثر تغير الظروف الاقتصادية بعد اختراع الآلة وانتشارها وتجمع العمال وتحكم أصحاب رؤوس الأموال فيهم ، إذ كان لا بد من تنظيم مصالح هذه الجماعات وترقية حالها والسماح لها بتكوين ثقات تدود عن حقوقها . لكن إن أنت قارنت بين قوانين الدول المختلفة ، وجدت تفاوتاً بينا يرجع السبب الأساسي فيه إلى مشرع كل دولة واختياره ما يراه كفيلاً بتحقيق الأعراف التي يتوخاها . والمدرسة التاريخية باعتمادها بالبيئة فحسب جانبها التوفيق لأنها أهملت إرادة الفرد . وسنرى أن مذهب الغاية الاجتماعية يقوم على الناحية التي أغفلها مذهب التطور التاريخي ويجعل الإنسان العامل الأول في سن القوانين .

وبذلك يكون مذهب التطور التاريخي قد هوجم من ناحيته ، ولا يتبقى منه صحيحاً إلا ما قرره من أن القانون وليد التطور يتأثر بما في البيئة من عوامل مختلفة .

المطلب الثالث

مذهب القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة

(Droit Naturel à Contenu Variable)

٤١ — الفكرة الجريئة التي قام عليها :

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 ، بعد أن تخلص من عيوبه ، المدرسة التاريخية في إحدى نواحيها الضعيفة . فإن من عيوب المدرسة التاريخية أنها جعلت لكل أمة قانوناً خاصاً بها ، وهو قانون متغير ، ولم تحاول أن تربط ما بين قوانين الأمم المختلفة وأن تجعلها منسجمة في ضرب من الوحدة ينتظمها جميعاً . لذلك وجه أنصار مذهب القانون الطبيعي جهودهم إلى هذه الناحية . وقد ابتدأوا بالاعتراف بما في مذهب المدرسة التاريخية من حق ، وسلموا بأن لكل أمة قانوناً يتلاءم مع حاجاتها الخاصة ، وهو وليد التطور الاجتماعي وخلق البيئة . كما أنهم من جهة أخرى غيروا من نظرتهم إلى القانون الطبيعي ، إذ لم يعد في نظرهم مجموعة القواعد التي تمثل الكمال والتي هي ثابتة في الزمان والمكان ، وإنما هو مجرد المبدأ الذي يلهم الإنسان ويوجه جهوده نحو تحسين النظام الاجتماعي وترقيته . هذا المبدأ الذي يوجه الإنسان ليس إلا مثلاً أعلى للعدالة يسعى الإنسان — مشرعاً كان أو قاضياً أو فيلسوفاً — إلى كشفه وتحقيقه في الهيئة الاجتماعية . وليس هناك من أمة

إلا وتسعى إلى تحقيق هذا المثل الأعلى ، شأنها في ذلك شأن الفرد الذي لا بد له في حياته من اتجاه وغرض . هذا المثل الأعلى هو القانون الطبيعي ، وهو لم يمل على المشرع الحلول الوضعية التي يراد بها تنظيم الروابط بين الأفراد ، فإن أساس ذلك — وهنا يظهر تقرب هذا المذهب من مذهب التطور التاريخي — لا يمكن أن يكون إلا الحاجات الاقتصادية والظروف الاجتماعية ، وإنما هو يوحى بالغرض الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه ، وهو بهذا يربط ما بين القوانين ويكسبها صفة الانسجام بحيث تتضافر جميعها نحو غاية واحدة ، وبدون هذا الغرض لا تكون القوانين إلا مجموعة متنافرة من القواعد المبعثرة^(١) .

فالقانون الطبيعي ليس قواعد ثابتة تصلح لكل زمان ومكان ، وإنما هو قانون متغير الحدود يختلف بحسب الزمان والمكان .
على أن هناك أساساً مشتركة بين جميع الأمم وجميع الأجيال ترجع إلى أن طبيعة البشر واحدة ، وإلى أن الإنسانية في مجموعها تمثل وحدة تعلق على تعابير الزمان والمكان .

٤٢ — مفارقة بين النظريتين القريبتين والحريبتين :

ومما تقدم يظهر أن القانون الطبيعي في وضعه الجديد قد تغير تغيراً كلياً ، فلم يعد مبادئ ثابتة تمثل الكمال لا تتغير لا في الزمان ولا في المكان ، وإنما أصبح مجرد مبدأ أو مثل أعلى أو هو فكرة العدالة التي توجب على المشرع أن يراعيها في كل ما يسن من قوانين . وإذا كان هناك شيء مشترك بين المذهبين فذلك أن المثل الأعلى في كليهما نصل إليه عن طريق العقل البشري ، وبهذا القدر الضئيل يلتقي المذهبان ، إن استطعنا أن نسمى هذا تلاقياً . أما فكرة المثل الأعلى فهي

(١) انظر كاييتان المدخل لدراسة القانون المدني ص ٣٥ و ٣٦ .

مختلفة في الواحد عن الآخر تمام الاختلاف . فبينما هذا المثل الأعلى في النظرية القديمة مجموعة مبادئ لا تتغير لا في الزمان ولا في المكان نراه في النظرية الجديدة يتطور خلال الزمن وفق المتطلبات الاجتماعية والاقتصادية ، ولا يبقى منه ثابتاً إلا بعض مبادئ قليلة العدد .

ومذ كسب مذهب القانون الطبيعي مرونته من المدرسة التاريخية واعترف بتطور القانون وفقاً لظروف الزمان والمكان كثر أنصاره . ومن الفقهاء الذين دافعوا عنه في ألمانيا ستاملر (Stammler) وهو الذي دعاه باسمه الجديد ، وهيجل (Hegel) ، وفي فرنسا بيدان (Beudant) وشارمون (Charmont) ^(١) وغيرها .

(١) ونرى من المناسب هنا أن نشير إلى ما يقوله بعض العلماء الحديثين عن القانون الطبيعي ، ونكتفي بالإشارة إلى رأى الأستاذين بلانيول وجوسران . يقول الأستاذ بلانيول (Planiol) إن من حسن حظ الإنسانية وجود القانون الطبيعي ، ولكنه شيء يختلف اختلافاً كلياً عن الفكرة القديمة : هو مجموعة المبادئ القليلة العدد المبنية على العدالة وسلامة الذوق ، والتي يلتزم بها المشرع ، والتي بمقتضاها نحكم على عمله فمتمدحه أو ندمه . فالقانون الطبيعي ليس هو القانون ولا نموذج القانون بل هو القاعدة العليا للتشريع ، التي إن حاد عنها وخرج عليها فإنه يسن قانوناً ظالماً أو فاسداً . على أن مبادئ القانون الطبيعي قليلة العدد : فإذا ما قيل إن على المشرع أن يضمن حياة الناس وحريتهم ، وأن يحمي حرية العمل وحرية المال ، وأن يمنع ما من شأنه أن يضر بالنظام الاجتماعي والأدبي ، وأن يعترف للزوجين والأقارب بحقوق وواجبات متبادلة ، فإننا نكون جد بعيدين عن وضع قواعد قانون وضعي ، ولكننا نكون قد استنفدنا تقريباً مبادئ القانون الطبيعي .

من هذا يظهر أن القانون الطبيعي هو في ذات الوقت محدود من حيث موضوعه ، سام من حيث مركزه بالنسبة للتشريعات البشرية التي يوحى بها ويهيمن عليها . وهذا هو الذي يفسر ظاهرة هامة ؛ ذلك أنه مهما اختلفت القوانين الوضعية بعضها عن بعض فهي في مجموعها موافقة للقانون الطبيعي . وهذا هو عين السبب الذي يجعل القانون الطبيعي محتفظاً بوحدته وسط ذلك الاختلاف الكبير بين التشريعات (بلانيول جزء أول ص ٦ و ٧) .

أما الأستاذ جوسران (Josserand) فيقول بأن كلمة القانون الطبيعي توحى إلى العقل مثلاً أعلى يراد تحقيقه . وهذا المثل ، في رأى البعض ، إنما هو مثل ثابت لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان ، بينما يراه البعض الآخر متغيراً يتطور خلال القرون وفق المديت والحاجات الاجتماعية .

المطلب الرابع

مذهب الغاية الاجتماعية

(Théorie du But Social)

٤٣ — الغاية والكفاح في القانون :

يعتبر إهرنج (Ihering) (١٨١٨ — ١٨٩٢) الفقيه الألماني المعروف زعيم مذهب الغاية الاجتماعية^(١). فعنده أن القانون لا يتطور تطوراً أعمى إلى غير غاية ، بل إن نشوءه وتطوره إنما يكون طبقاً لغاية مرسومة^(٢) ، وأن عامل

== وفي رأيه أنه يمكن الجمع بين الفكرتين على ما بينهما من اختلاف جوهرى على النحو الآتى :
توجد في القانون الطبيعي مبادئ ثابتة لا تتغير . مثال ذلك : الوفاء بالوعد ، والقوة الملزمة للعقود ، وعدم رجعية القانون ، وإصلاح الضرر الذى تسبب عن غير حق . وإلى جانب هذه المبادئ الضرورية الثابتة ، نلاحظ في عصر معين وفي كل البلاد التى على درجة واحدة من الحضارة ، وجود ميول مشتركة وشعور قانونى عام ، تنزع كلها إلى تحقيق إصلاحات هي في الواقع في إحساس الجيل . فمثلاً نلاحظ في هذه السنين الأخيرة ميلاً عاماً إلى تقليل الفروق الاجتماعية ، وتشجيع الزواج والإكثار من النسل ، والاهتمام بإشهار التصرفات القانونية ، ومنع كل تعسف في استعمال الحقوق . هناك إذن تيارات قانونية لا يمكن مقاومتها ، وهذه التيارات هي التى تكون القانون العام العالمى Le droit commun universel ...

فالقانون الطبيعي يؤثر في القانون الوضعي من ناحيتين مختلفتين :

١ — من حيث كونه أساساً له فيشعر المشرع بضرورة احترام تلك المبادئ الضرورية الخالدة .

٢ — من حيث إنه يشعره بضرورة التطور والسير نحو مثل أعلى متغير (الجزء الأول

نمرة ٦ ص ٦ و ٧) .

(١) انظر كتابيه المعروفين : « الغاية في القانون » (Der Zweck im Recht) ،

و « الكفاح من أجل القانون » (Der Kampf ums Recht) .

(٢) ويأخذ هذا المذهب عن مذهب التطور التاريخي فكرة التطور والتحول المستمر

في النظم ، ولكنه يرفض الفكرة القائلة بأن هذا التطور يحدث من نفسه وأنه مستقل عن

إرادتنا . انظر شارمون ص ٨٩ و ٩٠ ، إذ يقول :

A l'Ecole Historique, elle emprunte la notion d'évolution. de transfor-

الإرادة البشرية في تطوير القانون عامل لا يجوز إغفاله ، بل إن عامل الإرادة هذا قد يشتد حتى يصبح إرادة عنيفة ، بل كفاحاً مستمراً ، يوجه القانون إلى الغاية المقصودة . ومن ذلك نرى أن اهرنج قد بنى القانون على أساسين :

(١) الغاية (But) .

(٢) والكفاح (Lutte) .

٤٤ — قانون السبب وقانون الغاية :

ويقرر اهرنج حقيقة لا شك فيها ، هي أن الظواهر الطبيعية تخضع لقانون السبب ، أما الظواهر الاجتماعية والأدبية فإنها تخضع لقانون الغاية . فالجسم يهبط من أعلى إلى أسفل بسبب الجاذبية ، والإنسان يتصرف تصرفاً معيناً للوصول إلى غاية معينة ، والإسفنج إذا شرب الماء فإنما يخضع بذلك لقانون السبب ، أما الإنسان إذا شرب الماء فإنما يخضع لقانون الغاية . والفرق بين السبب والغاية يتلخص فيما يلي :

١ — السبب سابق على المسبب أما الغاية فلاحقة للوسيلة .

٢ — السبب أعمى ، والغاية مبصرة .

٣ — السبب محتم ، والغاية غير محتمة .

٤٥ — القانون وسبب الغاية :

ولما كان القانون ظاهرة اجتماعية ، وكانت كل ظاهرة اجتماعية تخضع

= mations incessantes des institutions. Mais elle répudie l'idée que cette évolution se prodnit spontanément, qu'elle est indépendante de notre volonté. Elle voit là une des hérésies des plus redoutables que l'on puisse concevoir, car dans un domaine où l'homme doit agir, avec la pleine et claire conscience du but et avec l'application de toutes ses forces, elle le leurre en lui faisant croire que les choses s'arrangent d'elles-mêmes, qu'il n'a rien de mieux à faire que de se croiser les bras et d'attendre plein de confiance ce que met au jour peu à peu la prétendue source prémordiale du droit, la conscience nationale.

لقانون الغاية ، فالقانون ليس إذن إلا وسيلة لتحقيق غاية . والإنسان لا يصعد في عمله إلا عن غاية يريد تحقيقها ، حتى المجنون له غاية يرسمها لنفسه وإن كانت غاية مضطربة ، فوجود الغاية لا ينقصه وإن نقصه استقامة هذه الغاية .

والغاية من القانون هي حفظ المجتمع . ولما كانت الطبيعة تتكفل بالتوفيق بين حفظ الذات وحب الذات من طريق اللذة والألم ، بأن تجعل كل عمل يحفظ الذات مقروناً باللذة التي يدفع إليها حب الذات ، وكل عمل يهدد الذات مقروناً بالألم الذي يبعده عنه حب الذات ، كذلك القانون يتكفل بالتوفيق بين حب الذات وحفظ المجتمع من طريق الثواب والعقاب ، فيجعل لكل عمل يحفظ المجتمع ثواباً يدفع إليه حب الذات ، ويجعل لكل عمل يهدد المجتمع عقاباً يجنبه حب الذات . فالقانون ، وهو الذي ينظم الروابط الاجتماعية ، ليس إلا وسيلة لتحقيق غاية المجموع من وراء تحقيق الغايات الشخصية للأفراد ، بعد التوفيق بين هذه الغايات الشخصية وغاية المجموع ، من طريق الثواب والعقاب .

فالقانون إذن وسيلة لغاية مبصرة يراد تحقيقها . والإنسان في ذلك يسير على هدى غايته سيراً إيجابياً ، ولا يقتصر على أن يقف موقفاً سلبياً يشاهد القانون وهو يتطور من تلقاء نفسه ، بل هو يؤثر في القانون بفعله ويكيف تطوره ، بل هو يقوم بأكثر من عمل إيجابي ، يقوم بكفاح عنيف حتى يغير من اتجاه القانون إذا حاد عن الطريق الموصل للغاية . وقد يقتضى هذا منه عملاً عنيفاً بالغاً في العنف ، ولكن تقدم القانون ومسايرته لحاجات المدنية المتطورة لا يشترى إلا بهذا الثمن .

٤٦ — مزية مذهب الغاية :

من مزايا مذهب الغاية الاجتماعية أنه يجانب ما وقع فيه مذهب التطور

التاريخي من المبالغة في تصوير القانون تطوراً يقع من تلقاء نفسه ، وينتزع من « ضمير الأمة » ، وهو تطور أعمى لا قصد له ولا غاية . فنظرية اهرنج تجعل للقانون غاية يحققها هي حفظ المجموع . فإذا كانت هناك قاعدة قانونية أصبحت غير صالحة لتحقيق هذه الغاية وجب أن تتغير ، ولو اقتضى تغييرها كفاحاً ونضالاً . فالنظرية إذن تستفز العزيمة وتبعث على العمل وتنفض غبار الاتكال الذي يتراكم في مذهب التطور التاريخي ، وهو المذهب الذي يدع الإنسان يكتف يديه مكتفياً بأن ينظر إلى القانون وهو يتطور .

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

المبحث الثاني

المذاهب العالمية الواقعية وأهمها^(١)

مذهب دييجي : مذهب التضامن الاجتماعي

(Solidarité Sociale)

٤٥ — الأسس التي يقوم عليها المذهب :

يعتبر دييجي (Duguit) زعيم القائلين بمذهب التضامن الاجتماعي من رجال

(١) وهي كما قلنا في مقدمة الفصل الثاني مذاهب تنظر إلى القانون كعلم اجتماعي واقعي =

القانون . وقد بسط مذهبه في مؤلفات له كثيرة^(١) . وهو يبسطه على أنه مذهب علمي واقعي (Positive) بعيد كل البعد عن التأثير بالميثافيسيقية (Métaphysique) . والميثافيسيقا تختلف عن العلم في أنها تبحث في الأصل الأول للأشياء ، فلا تقف عند الشكل والصورة ، بل تجاوز ذلك إلى الجوهر والهيولى . وهذا الأصل الأول هو المجهول الواجب الوجود ، ولا وسيلة لإدراكه غير العقل . أما العلم فتقتصر دائرته على الواقع المحسوس ، ولا شأن له بالمجهول الذي لا يقع تحت الحس ولا يخضع للتجارب . فالتجارب والعقل هما الوسيلتان للبحث العلمي .

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

(أولاً) ما يقرره من الحقائق الواقعة .

(ثانياً) ما يستخلصه من نتائج هذه الحقائق الواقعة .

٤٨ - أولاً : الحقائق الواقعة في مذهب التضامن الاجتماعي :

يسجل المذهب الحقائق الواقعة الآتية :

(١) وجود المجتمع : مما لا شك فيه أن الإنسان يعيش في المجتمع ، وأنه كان دائماً يعيش في المجتمع ، ولا يمكن أن يعيش إلا في المجتمع . فالمجتمع إذن

== يعرف بالمشاهدة والتجارب . كسائر العلوم دون أن ينطوي على أية فكرة ميتافيسيقية . وإلى جانب مذهب التضامن الاجتماعي هناك المذهب العلمي الاجتماعي وزعيمه ديركايم ، والمذهب العلمي القانوني وزعيمه هريو .

(١) وضع ديجي مذهبه في كتابه المعروف L'Etat, le droit objectif et la loi positive ثم تلتها كتب أخرى ورد فيها مذهبه مبسوطاً أو موجزاً (ومن أهمها : Traité de droit constitutionnel في أربعة أجزاء وmanuel de droit constitutionnel) .

حقيقة واقعة . على أن للإنسان أيضاً ذاتيته المستقلة عن المجتمع ، فله حاجاته الشخصية وميوله وآماله ، ولكن هذه الحاجات والميول والآمال لا يستطيع أن يرضيها إلا في المجتمع وبالمجتمع .

(٢) وجود التضامن الاجتماعي : وما دام الإنسان يحس ذاتيته ولا يستطيع أن يفي بحاجاته إلا في المجتمع ، فإنه يرتبط بأفراد المجتمع ارتباط تضامن . والتضامن عند ديجي حقيقة واقعة علمية لا مثل أعلى ميتافيسيكي . وتتسع دائرة التضامن مع تقدم المدنية ، فقد كان الإنسان يرتبط بالرهط من الناس (Horde) يعيش معهم متضامنين في الدفاع عن النفس وفي توفير وسائل العيش . ثم ارتبط بأفراد الأسرة (Famille) فزادت وشائج القرابة توثيق أسباب التضامن . ثم ارتبط بأفراد المدينة (Cité) ، وهي مجموعة من الأسر تربط ما بينها التقاليد والمعتقدات المشتركة . ثم ارتبط بأفراد الأمة (Nation) ، وجمع بينه وبينهم روابط القانون والحكومة واللغة والدين والتقاليد ، وما يملأ الماضي من أحداث ، وما يزرخ به من كفاح وجهاد ، وما يسجله من هزيمة وانتصار . وقد يرتبط بأفراد الإنسانية جميعاً في المستقبل البعيد .

(٣) تضامن الاشتراك وتضامن التقسيم : والتضامن الاجتماعي نوعان ؛ تضامن اشتراك (Solidarité par similitude) وتضامن تقسيم العمل^(١) (Solidarité par division du travail) . فتضامن الاشتراك يأتي من اشتراك الناس في حاجات واحدة ، فيتضامنون جميعاً للحصول عليها ، كما يحدث ذلك بين أفراد الأسرة الواحدة . وتضامن التقسيم يأتي من اختلاف الناس في حاجاتهم وفي قدرتهم على تحصيل هذه الحاجات ، فيقسم العمل فيما بينهم ، يقوم كل منهم

(١) ويعتبر دير كايم — في كتابه تقسيم العمل الاجتماعي (١٨٩٢) — أول من حدد طبيعة التضامن الاجتماعي وقسمه إلى نوعيه الأساسيين : تضامن اشتراك وتضامن تقسيم .

بما يستطيع القيام به ، ويبادل الآخرين ما عنده بما عندهم . وهذا الضرب من التقسيم هو الذى يسود شيئاً فشيئاً مع تقدم المدنية ، لأن الناس مع تقدمهم يزدادون تبايناً فى الكفايات واختلافاً فى الحاجات ، فيجنح كل فريق منهم إلى التخصص .

٤٩ — بابا : النتائج المستخلصة من هذه الوقائع :

و بعد أن يخلص ديجى من تقرير الواقع بشأن التضامن الاجتماعى ينتقل إلى أن يجعل هذا التضامن أساساً للقانون^(٣) ، إذ المجتمع لا يقوم إلا على التضامن . يستخلص ديجى من الحقائق الواقعة نتيجة إيجابية وأخرى سلبية ، فالنتيجة الإيجابية هى تأكيد وجود القاعدة القانونية (Dro Objectif) والنتيجة السلبية هى إنكار وجود الحق الفردى (Droit Subjectif) .

٥٠ — (١) وجود الفاعرة القانونية :

يستخلص ديجى من الحقائق التى قررها قاعدة قانونية جوهرية هى أساس سائر القواعد القانونية ، ويصوغها فى العبارة الآتية : يجب الامتناع عن كل ما يخل بالتضامن الاجتماعى فى أية صورة من صورته ، ويجب القيام بكل ما من شأنه أن يحقق هذا التضامن وينميه . وعند ديجى أن كل القانون يقوم على هذه القاعدة الجوهرية ، وأن القانون الوضعى ليس إلا تطبيقاً لهذه القاعدة^(٥) .

(١) Etant donné le fait de la solidarité sociale, ainsi reconnu dans sa double portée, l'homme,—être à la fois individuel et social, que guide une loi de finalité non pas transcendante et générale, mais immanent et spécial, — par cela même qu'il a conscience de ce fait, doit en vouloir et en veut effectivement la réalisation. Ainsi, surgit une règle de conduite, s'imposant aux hommes en vertu de la force des choses, la règle de droit . . . (Geny, II. p. 202).

(٢) والقاعدة القانونية عند ديجى تتوافر فيها الصبغتان : الصبغة الاجتماعية والصبغة =

وهذه القاعدة تلزم الفرد وتلزم الدولة . أما إلزامها للفرد فعناه أن كل إرادة فردية تقوم على أساس التضامن الاجتماعي ، ويكون من شأنها أن تحققه ، يجب أن تكون نافذة منتجة لآثارها ، وكل إرادة لا تتفق مع التضامن الاجتماعي لا يكون لها أثر . أما إلزامها للدولة فعناه أن الحكومة ملزمة بتمكين الفرد من إتيان كل عمل يحقق التضامن الاجتماعي ، وملزمة باتخاذ قاعدة التضامن الاجتماعي أساساً لها في الإدارة وفي القضاء وفي التشريع . والتشريع بنوع خاص يجب أن يكون قائماً على أساس التضامن الاجتماعي ومحققاً له^(١) .

٥١ - (٢) حرمة وجود الحق الفردي :

ويذهب ديجي إلى أن الفرد ليس له حقوق مستمدة من شخصه من حيث إنه إنسان ، بل عليه واجب هو أن يقوم بنصيبه في التضامن الاجتماعي . وإذا كان له هذا الحق فذلك الحق هو أن يقوم بواجبه في تحقيق هذا التضامن . فالحرية ليست حقاً للفرد ، بل هي وظيفة اجتماعية تمكن الفرد من تنمية شخصيته وإعداده لتحقيق التضامن الاجتماعي ، فيجب تقييدها وفقاً لمقتضيات

الفردي . فهي اجتماعية لأنها لم توجد إلا لتنظيم روابط الإنسان في المجتمع . وهي فردية لأن ضمير الفرد يشمل عليها ، ولأنها لا تطبق ولا يمكن أن تطبق إلا على الأفراد . والقاعدة القانونية عنده كذلك ثابتة متغيرة في آن واحد ، فهي ثابتة في أساسها (وهو التضامن في صورته) متغيرة في تطبيقاتها المختلفة المتنوعة بتنوع البيئة والحيل . وبهذا تكون بعيدة كل البعد عن أن تكون قاعدة مثالية ومطلقة يجب على الناس أن يعملوا على التقرب منها كما يريد مذهب القانون الطبيعي (انظر جني الكتاب الثاني ص ٢٠٣) .

(١) Le rôle eminent des gouvernants se traduit surtout en l'acte législatif, ou emission de la loi positive matérielle (et non formelle), qui, dans la civilisation moderne, apparaît comme le mode normal et régulier de constater, autoritairement la règle de droit, d'une manière générale et abstraite, et qui, obligatoire pour tous, constitue, à titre de garantie des gouvernés, la limite et la direction nécessaire administrative ou juridictionnelle des gouvernants. (geny II. p. 296).

هذه الوظيفة ، فلا يجوز أن يكون الإنسان حرا في أن ينتحر أو يدخل في مبارزة ، ولا في أن يقوم بألعاب خطيرة من شأنها أن تعرض حياته للخطر .

والملكية كذلك ليست حقا للفرد ، بل هي وظيفة اجتماعية . والملكية الفردية تدوم مادامت تقوم بوظيفتها الاجتماعية . ووظيفة الملكية الفردية في المدينة الحاضرة أنها تحقق التضامن الاجتماعي ، إذ أن هذا التضامن الاجتماعي يقتضى أن يستولى كل عامل على ثمره عمله ، وأن يستطيع ادخاره ، بل وأن يورث عنه ، وبذلك تتوطد الملكية الفردية ، وتقوم بنصيبها في الإنتاج ، وهي أحد أركانها الهامة . فالمالك ينظر إليه إذن كشخص عليه واجب يقوم به في تحقيق التضامن الاجتماعي ، والملكية وظيفة اجتماعية يؤديها . ومادامت الملكية وظيفة اجتماعية ، فاستعمالها في غير هذه الوظيفة لا يجوز ، وتترتب مسؤولية المالك إذا استعمل ملكه في الإضرار بالغير أو أساء استعمال هذه الملكية . كذلك لا يجوز للمالك أن يمنع الغير من أن يستعمل ملكه فيما لا يتعارض مع الوظيفة الاجتماعية ، كأن يمد الغير أسلاكاً للكهرباء فوق أرضه ، أو أن يطير في فضائه ، أو أن يأخذ ماء من ترعته يفيض عن حاجته بعد أن يأخذ منه التعويض المناسب . على أن الملكية الفردية باعتبارها وظيفة اجتماعية ، لا يجوز أن تبقى إلا في الظروف التي تبررها . أما إذا تغيرت الظروف وتطورت وسائل الإنتاج ، وأصبحت الملكية الفردية لا تقوم بوظيفتها الاجتماعية ، فإنها يجب أن تزول .

٥٢ - نهر مذهب التضامن الاجتماعي :

يتبين بوضوح مما قدمناه أن ديجي يزعم أنه خصم لدود الميتافيزيكا ، وأن مذهبه علمي واقعي . والواقع من الأمر أن مذهبه لا يسلم من الميتافيزيكا حتى في أسسه الجوهرية . وذلك 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 فهو صحيح . وأما أنه يقوم عليها وحدها فهذا غير صحيح ، إذ أن
هناك حقائق أخرى غير حقيقة التضامن الاجتماعي يقوم عليها المجتمع ، بل إن
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 .

بقي أن يرد ديجي : ولكن القانون يجب أن يبنى على التضامن لا على
التنازع . ولكنه يكون بذلك قد انتقل من دائرة الواقع إلى دائرة الواجب ، أي
من دائرة العلم إلى دائرة الميتافيزيكا .

المبحث الثالث

المذاهب المختلطة^(١) وأهمها

مذهب جنى : العلم والصياغة

(Science et Technique)

٥٣ — العلم والصياغة والقانون :

يذهب جنى (Geny) في كتابه المعروف « العلم والصياغة في القانون الخاص »
Science et Technique en Droit Privé) ، إلى أن القانون شيء معقد

(١) وهي كما قلنا مذاهب تبني القانون على أساس مزدوج : علمي واقعي ، وفلسفي
ميتافيزيكي . فهي لا ترى القانون علماً خالصاً ولا فلسفة خالصة ، بل هو مزيج من هذا وذاك .
وأهم هذه المذاهب مذهب الأستاذ جنى . ومن الفقهاء من أخذ بهذا المذهب أو حاكاه مثل
الأساتذة بنكاز ورينار وشارمون .

في طبيعته ولا بد من تحليله تحليلاً دقيقاً حتى تتبين ماهيته . وعنده أن القانون يشتمل على عنصرين : العلم والصياغة .

فالعلم (Science) بالمعنى الواسع الذي يريده جنى ، هو المادة التي يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة ، مستهدياً بمثل أعلى ينيير طريقه . فالعلم إذن هو المادة والجوهر .

والصياغة (Technique) ، هي القالب الذي تصاغ فيه هذه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي . فالصياغة إذن هي الشكل والصورة^(١) . ولنبسط القول في كل من هذين العنصرين .

١ § - العلم

٥٤ - العوامل الأربعة التي يتضمنها العلم :

يُميز جنى في العلم بين عوامل أربعة :

- (١) عامل الحقائق الواقعية (Données réelles, naturelles) .
- (٢) عامل الحقائق التاريخية (Données historiques) .
- (٣) عامل الحقائق العقلية (Données rationnelles) .

(١) وإليك ما يقوله جنى في هذا الصدد :

Tantôt, il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la "nature sociale", interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire, Et c'est que j'appelle le donné, qui doit formuler la règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut. Tantôt, le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en œuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les mêmes besoins de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées. (Geny I p. 97).

(٤) عامل الحقائق المثالية^(١) (Données idéales) .

٥٥ - عامل الحقائق الواقعية :

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 . وهذه الحقائق الواقعية هي للقانون مادته الأولى وجوهره والبيئة التي ينشأ فيها ، مثل ذلك تنظيم عقد الزواج ، فإنه يبنى 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 .

٥٦ - عامل الحقائق التاريخية^(٢) :

ويشمل التطورات التي مرت بها النظم القانونية المختلفة . هذه الحقائق يستقرها الباحث من التاريخ 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 ، أى تنتسب إلى الأم ،

(١) ويلاحظ هنا أن العلم بمعناه الدقيق يقتصر على النوع الأول من الحقائق وهي الحقائق الواقعية . وقد جمع بين هذه الأنواع الأربعة من الحقائق تحت كلمة « الحقائق » (données) وقابلها بكلمة « البناء » (construit) ويريد بها الصياغة القانونية .

(٢) La science n'est et ne peut être qu'expérimentale et l'expérience en sociologie, c'est l'histoire du passé; c'est la tradition que l'on doit critiquer sans dru mais dont on ne doit pas faire table rase. (Poincaré : Dernières pensées P. 241).

ثم أصبحت أبوية ، أى 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 .

٥٧ — عامل الحقائق العقلية :

ويشمل القواعد التى يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية ، فيصقل العقل هذه الحقائق ويحوّرها بحيث تصبح متفقة مع الغاية التى وجد من أجلها القانون^(١) . وهذه القواعد قليلة العدد عامة التطبيق ، وهى مبنية على العقل كما قدمنا . فهى إذن أقرب إلى أن تكون أسس القانون الطبيعى الذى استعرضنا مبادئه المختلفة^(٢) . على أن ما يمليه العقل كحقائق ثابتة لا يجوز أن يختلط بما يمليه العقل كمثل عليا . مثل ذلك الزواج ، يوحى العقل أنه يجب أن يكون اقتراناً بين رجل وامرأة ، ثابتاً مستقراً حتى تنشأ أسرة مدعمة الأركان ، ولكن عدم تعدد الزوجات أو عدم جواز الطلاق ، لا يعتبران من الحقائق العقلية ، بل من الحقائق المثالية ، وهى الحقائق التى ننتقل إليها الآن .

٥٨ — عامل الحقائق المثالية :

ويشمل المثل العليا التى يرتسمها الإنسان للنهوض بالقانون فى مدارج الكمال ، يستلهمها من العاطفة لا من التفكير ، ومن الإيمان لا من العقل^(٣) . والمثل العليا تتغير بتغير المدنية والبيئة والجيل . ففى الزواج مثلاً قد يكون من المثل

(١) Du moins, faut-il éprouver les résultats bruts de la nature et de l'histoire en les soumettant à l'esprit, seul capable de juger s'ils répondent au but qui domine toute organisation juridique (Geny II P. 380).
(٢) En réalité, ce donné rationnel représente le fonds essentiel du droit naturel classique nettement dégagé de tout alliage ; sinon le jus naturale de Romains, du moins celui qu'ont élaboré les philosophes modernes, en prenant le plus pur de leurs conclusions (Geny II P. 380 — 381).

(٣) جنى الكتاب الثانى ص ٣٨٧ .

العليا عدم تعدد الزوجات وعدم جواز الطلاق كما قدمنا . وفي إثبات النسب قد يكون من المثل العليا تيسير إثبات النسب الشرعى من طريق افتراضات قانونية مع تقييد حق الأب فى إنكار أبوته ، وقد يكون الأولى تيسير إثبات النسب الطبيعى والاعتراف بالأسرة الطبيعية . ومن أثر الحقائق المثالية أن القانون يتطور فى ظلها فلا يبقى جامداً ، حتى لو قامت الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية فى جانب جمود القانون ، كما تم الأمر فيما يتعلق بإلغاء الرق و بإيجاد مسئولية تبنى على مبدأ تحمل التبعة .

٥٩ — ملاحظته :

وقبل أن نفرغ من عنصر العلم فى القانون نلاحظ ملاحظتين :
الملاحظة الأولى : أن هذه العوامل المختلفة ، من حقائق واقعية إلى حقائق تاريخية إلى حقائق عقلية إلى حقائق مثالية ، قد أخذت من كل مذهب من المذاهب التى سبق عرضها بقدر ما فيها من حق . فالحقائق الواقعية هى مذهب التضامن الاجتماعى^(١) ، والحقائق التاريخية هى مذهب التطور التاريخى ، والحقائق العقلية هى مذهب القانون الطبيعى ، والحقائق المثالية هى مذهب الغاية الاجتماعية .

الملاحظة الثانية : أن القاعدة القانونية وهى لا تزال فى دائرة الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية تكون واقعاً ، ثم تنقلب من الواقع إلى الواجب إذا انتقلت إلى دائرة الحقائق العقلية والحقائق المثالية . وسنراها الآن ، إذا ما انتقلت من العلم إلى الصياغة ، تنقلب من الواجب إلى المطبق .

(١) نلاحظ مع ذلك أن مذهب التضامن الاجتماعى لا يشتمل إلا على بعض الحقائق الواقعية .

٢٥ - الصياغة

٦٠ - نوعاه في الصياغة :

قدمنا أن الصياغة هي قالب الذي تصاغ فيه القواعد المستمدة من العنصر العالمي ، حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي^(١) . والصياغة هي العنصر الهام في القانون ، وبها يتميز رجل القانون عن غيره .

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

(١) طرق الصياغة المادية

٦١ - أمثلة على الصياغة المادية :

ويمثل جنى لطرق الصياغة المادية بأمثلة نختار منها ثلاثة :

(١) الكم مكان الكيف (Quantification en place de qualification) .

(٢) الشكل (Forme) .

(٣) التقسيم (Classification) .

وتقول كلمة موجزة عن كل منها :

٦٢ - الكم مكان الكيف :

ومعنى ذلك أن القانون يعدل عن وصف الشيء بكيفه إلى تقديره بكمه .

Je crois pouvoir préciser la notion de technique juridique, en disant (١) qu'elle représenté, dans l'ensemble du droit positif, la forme opposée à la matière et que cette forme reste essentiellement une construction, largement artificielle, du donné, œuvre d'action plus que d'intelligence, où la volonté du juriste se puisse mouvoir librement, dériégée seulement par le but prédéterminé de l'organisation juridique qui suggère les moyens de sa propre réalisation. (Geny III R. 23). ٣١ — ٣٠

وبدلاً من أن يصف الشيء وصفاً يدع مجالا ، عند تطبيقه ، إلى اختلاف الآراء ، يحدده تحديداً عددياً يقف عند رقم معين لا يكون بعده قابلاً للاختلاف في التطبيق . وهذه هي الصياغة القانونية المادية التي ترمي إلى استقرار التعامل حتى تكون القاعدة صالحة للتطبيق العملي . مثل ذلك التقادم والغبن الفاحش والربا الفاحش . ففي التقادم المطلوب صياغة المعنى الآتي : كل من وضع يده على عين مدة طويلة إلى حد أن يتولد عند الناس الاعتقاد بأنه مالك للعين ، يملك العين بالفعل . فيصاغ هذا الوصف ، فينقلب من كيف إلى كم ، وتصبح القاعدة القانونية بعد صياغتها كما يأتي : كل من وضع يده على عين مدة خمس عشرة سنة باعتبار أنه مالك لها يصبح مالكا لها بالفعل .

وكذلك في الغبن يحدد قدر الغبن الفاحش بأنه الذي يزيد على خمس قيمة الشيء ، فيحل التحديد العددي محل التحديد الوصفي .
وكذلك الربا الفاحش يقدر الفحش فيه بما يزيد على ٧ ٪ .

٦٣ - الشكل :

والشكل طريقة أخرى من طرق الصياغة المادية . فهناك معان يصوغ لها القانون أشكالاً وأوضاعاً ورسوماً ، حتى تصبح محددة في الذهن ، مستقرة في التعامل . مثل ذلك بعض العقود ذات النتائج الخطيرة ، والتي يرى القانون التنبيه على خطورتها ، حتى لا يقدم عليها المتعاقد إلا وهو مثبت مما هو مقدم عليه ، كالهبة والرهن التأميني . فمعنى الخطورة هذا يصاغ أشكالاً تشترط مراعاتها حتى يتم عقد الهبة أو عقد الرهن . فلا بد لتكوين هذين العقدين من كتابة رسمية بيد موظف مختص ، يدونها طبقاً لأوضاع معينة .

كذلك عندما يشترط القانون الإثبات الكتابي فيما تزيد قيمته على مبلغ

معين ، يكون قد لجأ أيضاً إلى الشكل ، وهو هنا الكتابة ، في إثبات العقد لا انعقاده .

وقل مثل ذلك في إعلان التصرفات العقارية عند ما يوجب القانون تسجيلها أو قيدها ، وفي إجراءات المرافعات عند ما يشترط القانون إعلانات مكتوبة في مواعيد معينة وإجراءات تتخذ في أوضاع محددة .

٦٤ — التقسيم :

ويلجأ القانون إلى هذه الطريقة في الصياغة المادية عند ما تزدهم المعاني ويدفع بعضها بعضاً . فحتى ترتب هذه المعاني وتبين الصلات المنطقية بينها ، يعمد القانون إلى التقسيم . مثل ذلك العقد ، وهو تقابل إرادتين تقابلاً يظهر أثره في العقود عليه . يضم هذا التعريف عقوداً شتى مختلفة الأنواع متباينة الأثر . فإذا عمدنا إلى الصياغة من طريق التقسيم أمكن أن نقول إن العقد إما أن يقع على ملكية الشيء أو على منفعته ، وهو إما أن يكون معاوضة أو تبرعاً . فإذا وقع على ملكية الشيء معاوضة فهو بيع ، وإن تبرعاً فهو هبة ، وإذا وقع على منفعة الشيء معاوضة فهو إجارة ، وإن تبرعاً فهو عارية .

(ب) طرق الصياغة المعنوية

٦٥ — أمثلة على الصياغة المعنوية :

ويمثل جنى للصياغة المعنوية بأمثلة نختار منها ثلاثة كذلك :

(١) الأوضاع الفرضية (Présomptions)

(٢) الأوضاع الصورية (Fictions)

(٣) الأوضاع التصويرية (Constructions)

ونقول كلمة مختصرة عن كل منها .

٦٦ — الأوضاع الفرضية :

ويجباً إليها المشرع عند ما يتكرر حدوث شيء يغلب وقوعه ، فيفرض القانون أن هذا الشيء واقع ، أخذاً بالأغلب ، وإقراراً للتعامل . مثل ذلك القاعدة المعروفة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، لجأ المشرع في وضعها إلى الصياغة المعنوية ، إذ فرض أن كل حائز لمنقول بحسن نية وسبب صحيح مالك لهذا المنقول ، وهذا في الغالب يتفق مع حقيقة 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 إنسان انتقل إلى يده منقول وهو حسن النية إلى 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 مسئولاً عن خطأ خادمه .

٦٧ — الأوضاع الصورية :

ويجباً إليها المشرع عند ما يريد أن يلحق في الحكم شيئاً بشيء آخر مناقض له ، مثل العقار بالتخصيص (Immeuble par destination) والمنقول بحسب المال (Meuble par anticipation) . فالعقار بالتخصيص ، كالماشية وآلات الزراعة الملحقة بالأرض ، هو في حقيقته منقول ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ويجعلها عقاراً حكماً ، أو عقاراً بالتخصيص ، حتى يلحقها في الحكم بالأرض التي خصصت لخدمتها حتى لا يحجز عليها منفصلة عن الأرض . والمنقول بحسب المال كالأنقاض تباع والدار لا تزال قائمة ، هي في حقيقتها عقار ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ويجعلها منقولاً حكماً ، أو منقولاً بحسب المال ، إذ ما لها الهدم فتصبح أنقاضاً ، حتى يعطيها حكم المنقول من حيث

البيع والرهن والحجز . فالعقار بالتخصيص إذن ليس عقاراً إلا من طريق وضعي صوري ، وكذلك المنقول بحسب المآل ليس منقولاً إلا عن ذلك الطريق .

٦٨ — الأوضاع التصويرية :

ويلجأ إليها المشرع عند ما يريد أن يمد حكم شيء معروف إلى شيء غير معروف ، وليس الشئان متناقضين كما في الأوضاع الصورية . مثل ذلك أن يصوغ القانون الملكية الأدبية والفنية والصناعية على غرار الملكية المادية ، وأن يصوغ الشخصية المعنوية على غرار الشخصية الطبيعية^(١) .

-
- (١) ونورد مثلاً ينظم كثيراً من أوضاع الصياغة ؛ قواعد الأهلية . فهي قد جمعت بين الكثير من طرق الصياغة المادية وطرقها المعنوية . اشتملت هذه القواعد على ما يأتي :
- ١ — « الكم مكان الكيف » عند ما يحدد القانون سن التمييز بالسابعة ، وسن الرشد بالحادية والعشرين ، وما إلى ذلك .
 - ٢ — « الشكل » عند ما يستوجب القانون اتباع إجراءات معينة في تصرفات الأوصياء والقوام .
 - ٣ — « التقسيم » عند ما يقسم القانون أدوار الأهلية إلى مراحل متعاقبة : مرحلة انعدام التمييز ، ثم مرحلة التمييز ، ثم مرحلة الرشد الكامل .
 - ٤ — « الأوضاع الفرضية » عند ما يحجر على المجنون وتعتبر جميع تصرفاته باطلة ، حتى ما صدر منها في فترة الصحو الوقتي *intervalle lucide* ، إذ يفرض أن المجنون مسلوب العقل حتى في هذه الفترة .
 - ٥ — « الأوضاع التصويرية » عند ما يقاس السفه على غرار غيره ممن عدم التمييز ، فيخضع لنظام الحجر كهؤلاء .

الباب الثاني

مصادر القانون

(Sources de Droit)

٦٩ - التمييز بين المصدر التاريخي والمصدر الرسمي والمصدر التفسيري:

لكلمة مصدر معان مختلفة ، أهمها معنيان :

(١) فقد يراد بالمصدر الأصل التاريخي الذي أخذ عنه القانون القائم أحكامه . فمثلا يعتبر القانون الفرنسي المصدر التاريخي لأكثر قواعد القانون المصري ، كما أن القانون الروماني يعتبر المصدر التاريخي لكثير من أحكام القانون الفرنسي .

(٢) وقد يقصد به السلطة التي تعطي القواعد القانونية قوتها الملزمة ، وهذا هو المعنى الذي يهمننا الكلام فيه ، فنعرف بذلك كيف تتكون قواعد القانون . وهذا ما يسمى بالمصدر الرسمي (Source formelle) . ولكل قانون مصدر أو مصادر متعددة ، والمصادر الرسمية هي : التشريع ، والعرف ، والقانون الطبيعي ، وقواعد العدالة ، وأحيانا الدين .

ويتصل بالمصدر الرسمي ما يسمى بالمصدر التفسيري ، وهو المرجع الذي يجلو غامض القانون ويوضح مبهمه . والمصادر التفسيرية اثنان : الفقه والقضاء . على أنا نلاحظ أن هذين المصدرين كانا مصدرين رسميين للقانون في الماضي ، بل وما زال أحدهما — وهو القضاء — مصدراً رسمياً للقانون في بعض البلاد كإنجلترا .

ويلاحظ أن أول المصادر ظهوراً هو العرف ، إذ هو الطريق الذي توحى به الفطرة ، وعنه أنشأت المجتمعات الأولى قواعد القانونية . ثم ظهر الدين ، ومن بعده القانون الطبيعي ، مصدرين لقواعد قانونية هذبت بعض ما استقر من قواعد عرفية أو نسخت الفاسد منها .

وقد وصل المجتمع في تطوره إلى التشريع تضعه سلطة عليا استأثرت بالسلطان ففرضت إرادتها وصار إليها وضع القواعد القانونية ، كما أصبحت هي التي تتولى تطبيقها وتنفيذ مضمونها جبراً عند الاقتضاء .

على أن المجتمع إذا كان قد وجد ضالته من حيث إنشاء القواعد القانونية في التشريع ، فليس معنى ذلك أنه قد أخفى للمصدر الفذ لها ، إذ ما زال العرف قائماً يسد نقص التشريع ويكمله ، كما أن الدين ما زال — على الأقل في بعض البلاد — مصدراً لبعض القواعد القانونية . هذا إلى إن البعض ما زال يعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدراً رسمياً من مصادر القانون .

أما القضاء فهو مصدر رسمي هام في البلاد الأنجلوسكسونية ، حيث تعتبر السابقة القضائية قاعدة قانونية واجبة الاحترام . كما أنه كان ، هو والفقه ، من المصادر الرسمية في الشرائع القديمة ، كالشريعة الرومانية ، بل في الوقت الحاضر ، وحتى في غير البلاد الأنجلوسكسونية لم يعد القضاء من يقول بأنه من جملة المصادر الرسمية للقانون ، وإن كان الرأي الراجح يعتبره هو والفقه مصدرين تفسيريين تنحصر مهمتهما في تجلية النصوص وتوضيح مبهمها ، دون أن يرقى عملهما إلى حد القول بإنشاء القواعد القانونية ، وهو المناط في اعتبار المصدر مصدراً رسمياً .

ومما تقدم يمكن أن نعدد المصادر الرسمية للقانون فيما يلي :

التشريع .

العرف .

الدين .

القانون الطبيعي وقواعد العدالة^(١) .

الفقه .

القضاء .

ولما كان التشريع قد أصبح في الوقت الحاضر أهم مصادر القانون ، فضلا عن أن هناك من الأبحاث التي تدخل في دراستنا — كعدم سريان القانون على الماضي وتفسير القانون — ما لا يكاد يمت لغير التشريع بصلة ، فإننا نرجى دراسته إلى فصل خاص به ، ونبدأ في فصل أول بدراسة المصادر الأخرى .

الفصل الأول

المصادر غير التشريعية

٧٠ — في هذا الفصل ندرس مصادر القانون غير التشريعية في المباحث الأربعة الآتية :

المبحث الأول : العرف وتلحق به العادة .

المبحث الثاني : الدين .

المبحث الثالث : القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

المبحث الرابع : الفقه والقضاء .

(١) وقد جاء في المادة الأولى من القانون المدني الجديد ما يلي : « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها . فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

المبحث الأول

العرف والعادة^(١)

(Coutume et Usage)

٧١ - كيف تنشأ العادة :

لا يعيش الإنسان إلا في المجتمع ، ومن ثم لا محيص من أن تنشأ الروابط الاجتماعية ، ولا بد من تنظيم هذه الروابط ، والذي ينظمها هو القانون .
وفي مجتمع فطري لم يجتزأ إلا المراحل الأولى من المدنية ، مرحلة الصيد ومرحلة البداوة ، لا يوجد مشرع يضع أحكام القانون وينظم الروابط الاجتماعية ، فتقوم العادة بتنظيم هذه الروابط ، وهي تشمل على عنصرين :
(العنصر الأول) هو العنصر المادى ، وهو ما يختطه الإنسان لنفسه من قواعد لتنظيم روابطه الاجتماعية . وهذه القواعد لا يمكن تحديدها منشئها بالدقة ولا كيف نشأت . وكل ما يمكن أن يقال إن الإنسان يستوحى في ذلك الظروف التي تحيط به ، وعقله الذى يقدر هذه الظروف ، وغيروته التي يستمد منها الإلهام .

(العنصر الثانى) هو العنصر النفسى ، ويتكون من عاملين : العامل الأول هو الميل إلى المألوف ، وإيثاره على غير المعروف . فالتناس لا يحبون أن ينحرفوا عن شىء يعرفونه إلى شىء مجهولونه ، والطريق التي يشقها الشخص أول مرة هي

(١) يلحق بالعرف العادة إذ يتشابهان إلى حد كبير ، وبسبب هذا التشابه وقع الخلط بينهما وصار من المألوف أن يعبر بالواحد أو بالآخر كترادفين . وقد ساعد القانون ذاته على هذا الخلط باستعمال الكلمتين كترادفين . ولكن بين الاثنين فروق هامة ، ولذلك فإننا نفضل إطلاق كلمة عرف *coutume* على القواعد القانونية الملزمة ، وكلمة عادة *usage* على القواعد التي لم ترق بعد إلى مرتبة القانون ، وهي التي استوفت شروط العرف خلا شرط الإلزام .

الطريق التي يعود إليها . والعامل الثاني غريزة حب التقليد ، فالناس مطبوعون على تقليد من يستهدونه في أمورهم ، ثم على تقليد آبائهم وأجدادهم . وهكذا تطرد العادة وتستقر^(١) ، حتى تصبح ثابتة ويرسخ أثرها في النفوس . هذا إلى صبغة دينية قد تصطبغ بها العادة ، فتحولها بشيء من الهيبة والتقديس .

٧٢ — متى تصبح العادة عرفاً أي قانوناً :

متى توافر للعادة عنصرها المادى والنفسى ، اطرد اتباعها وصار الناس يألقونها ، حتى يصبحوا وقد رأوها ملزمة لهم في تنظيم علاقاتهم الاجتماعية ، وحتى يصبحوا وقد رأوا الخروج عليها شذوذاً ، لا يستفز الإنكار فحسب ، وإنما يستوجب الجزاء . وبذلك تتحول العادة إلى عرف أى إلى قانون واجب الاتباع .

٧٣ — مصير العرف والعادات بعد تقدم المدنية :

للعرف والعادات المكان الأول كمصدر لقواعد القانون في أمة لا تزال في فجر مدنيتهما ، حتى إذا تقدمت في المدنية وتعقدت الروابط الاجتماعية وتشعبت قواعد العرف والعادات ، رأى المجتمع حاجته في أمرين :

(أولاً) في ضبط هذه القواعد وتحديدتها بعد التشتت والتشعب ، وكثيراً ما يقع أن تكتب وتجمع ، كما تم ذلك في القانون الفرنسى القديم .

(ثانياً) في إيجاد مصدر رسمى آخر للقانون يكمل ما يقصر العرف دونه ، ويفى بحاجات المدنية الناشئة المتجددة ، ويهذب من قواعده القديمة بما يجعلها تتمشى مع روح التطور . فلا بد إذن من إصلاح اجتماعى ، قد يقوم به نبى من طريق الدين ، وقد يقوم به مصلح من طريق العقل ، وقد يقوم به سلطان من

(١) وهى تقوم كما رأينا على غريزتين : تقليد الشخص لنفسه وتقليده لغيره .

طريق التشريع . وهكذا يوجد إلى جانب العرف ، يكمله ويهذب قديمه وينسخ فاسده ، مصدر رسمي آخر للقانون ، هو الدين أو القانون الطبيعي 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 المدنية خطوة إلى الأمام . وفي هذه الحرب تتنازع الغريزتان البشريتان : نزعة المحافظة على القديم بعاملها حب التقليد والحرص على المألوف ، وهذا هو الاستقرار والثبات ، ونزعة حب البقاء ومجارات الزمن ، وهذا هو التطور والتجديد .

ونرى من ذلك أن قواعد العرف والعادات لها الشأن الأول في مدينة فطرية ، فإذا تقدمت المدنية قل شأن هذه القواعد ، وهي إذا بقيت مصدراً رسمياً للقانون فإنما تبقى كذلك في حدود ضيقة ، وتنقلب فيما تنزحزح عنه إلى مصدر تاريخي . وهكذا تتقدم المدنية ، فيضعف شأن العرف كمصدر رسمي^(١) ، وتتسع دائرته كمصدر تاريخي . ويحل محل العرف في مدينة متقدمة الدين والقانون الطبيعي وخاصة التشريع^(٢) .

(١) يلاحظ أن العرف ما زالت له أهمية كبرى في القانون الدولي العام ، إذ أن الكثير من أحكامه يقوم على ما جرى عليه العرف بين الدول المختلفة . وبالنسبة لمصر على الخصوص فقد كان الأصل لكثير من الامتيازات الأجنبية . كما أن له مثل هذه الأهمية في القانون التجاري . (٢) ولنطبق ما قلناه على الشرائع القديمة : الشريعة الرومانية ، والشريعة الإسلامية ، والشريعة الإنجليزية ، والقانون الفرنسي القديم :

الشريعة الرومانية :

كان ما قدمناه هو بشأن الشريعة الرومانية . فقد بدأت مجموعة من العرف تنظم الروابط الاجتماعية ، حتى إذا تقدمت المدنية الرومانية وتوافر للشعب الروماني تنظيم هيئة تشريعية ، كتبت هذه القواعد وجمعت في الألواح الاثني عشر المشهورة وقام التشريع إلى جانب العادات مصدراً رسمياً للقانون . وكان القضاء والفقهاء كذلك مصدرين رسميين في المكان الأول من الأهمية في نشوء القانون وتطوره .

ونتكلم الآن في العرف ثم في العادة .

الشريعة الإسلامية :

وكان ذلك أيضاً شأن الشريعة الإسلامية . فقد كانت الأمة العربية في بداوتها في عصر الجاهلية ، خاضعة لعاداتها ، وقد اضطبغت بعض هذه العادات بصيغة 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 ، وبعث النبي صلى الله عليه وسلم رسولا ، فانتقص من سلطان العرف وقام الدين مصدراً رسمياً للقانون . على أن العرف بقي مصدراً للقانون في الشريعة الإسلامية ، فقد كان الإجماع في أول أمره عرف أهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك فأصبح إجماع المجتهدين في كل عصر . ولا يزال من المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية أن العادة محكمة (يعني أن العادة ، عامة كانت أو خاصة ، يجعل حكمها لإثبات حكم شرعي) . ولهذا المبدأ تطبيقات كثيرة معروفة (انظر في مجلة الأحكام العدلية نصوصاً كثيرة تأخذ بالعادة مصدراً للقانون ومن هذه النصوص المواد ٣٦ ، ٤١ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥) .

الشريعة الإنجليزية :

وقد بدأت الشريعة الإنجليزية كالشريعة الرومانية عادات متأصلة في القبائل الأنجلوسكسونية وهي القبائل التي كانت تسكن الجزيرة الإنجليزية من قديم . ثم اقترنت في القرن الحادي عشر بعادات القبائل النورماندية التي فتحت الجزيرة الإنجليزية في ذلك الحين . ولما تطورت المدينة الإنجليزية وتقدمت ، وأصبح المجتمع في حاجة إلى مصدر رسمي آخر للقانون ، قام قضاء المحاكم وأصبحت الأحكام القضائية تقر قواعد العرف وتطبقها تطبيقاً مستفيضاً ، وتتكرر الأحكام فتتأكد المبادئ القانونية بتكررها ، إلى أن صار القضاء هو المصدر الرسمي للقانون في الشريعة الإنجليزية ، وقام مقام العرف . ثم قام التشريع مصدراً آخر حتى أصبح هو والقضاء في الوقت الحاضر المصدرين الرسميين الرئيسيين في الشريعة الإنجليزية .

القانون الفرنسي القديم :

بدأ هذا القانون الفرنسي القديم عرفاً ينظم الروابط الاجتماعية ، وامتزج القانون الروماني بهذه العادات بعد الفتح الروماني ، ثم وجد قانون الكنيسة . وبقيت قواعد العرف تنمو وتطرد مع الزمن حتى انقسمت فرنسا إلى قسمين : القسم الشمالي (Pays de Coutume) ، ويطبق العرف ، والقسم الجنوبي (Pays de Droit Romain) ، ويطبق القانون الروماني . ولما قويت الملكية في فرنسا وتركزت ، جمعت قواعد العرف ، وقام إلى جانبها التشريع كمصدر رسمي للقانون . وما زال التشريع يقوى حتى وصل إلى أوجه في عهد التقنينات المعروفة بتقنينات نابليون ، إذ سيطر المشرع نهائياً على القانون ، وصار التشريع هو المصدر الرسمي الرئيسي في القانون الفرنسي الحديث .

§ ١ - العرف

(La Coutume)

٧٤ - التعريف :

يمكن تعريف العرف بأنه مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلاً عن جيل ، والتي لها جزاء قانوني كالقانون المسنون سواء بسواء .

٧٥ - شروط العرف :

لا بد لكي يصبح العرف مصدراً من مصادر القانون أن تتوافر فيه عدة شروط نجملها فيما يلي :

(أولاً) يجب أن يكون العرف عاماً ، وليس المقصود أن يكون شاملاً ، إذ قد يكون خاصاً بإقليم معين أو بطائفة من الناس ، وعموميته مسألة موضوعية^(١) .
(ثانياً) أن يكون قديماً^(٢) ، فيتواتر الجرى عليه مدة طويلة ، وتحديد تلك المدة مسألة موضوعية .

(ثالثاً) أن يكون ثابتاً ، فيطرد اتباعه بطريقة منظمة ، غير متغيرة ولا منقطعة . وهذه كذلك مسألة موضوعية .

(رابعاً) أن يكون ملزماً ، وهذا هو الشرط الهام ، وهو الذي يميز العرف عن العادة . ومقتضاه أن يقوم في ذهن الناس وجوب اتباع ما جروا عليه ، معتقدين في وجود جزاء قانوني له ، لأنه يكسب حقا تمكن المطالبة به ، وعلى

(١) ومعنى ذلك أن تقدير ما إذا كان العرف عاماً أو غير عام لا يخضع لرقابة محكمة النقض والإبرام .

(٢) انظر هولاند ص ٥٧ و ٥٨ ، وكذلك سالmond ص ١٤٨ وما بعدها .

السلطة العامة إيصاله إلى صاحبه . وهو بهذا يكون مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

وثمة شرط خامس ، وهو بمثابة شرط خارجي ، يقضى بالألا يكون العرف مخالفاً للقانون (أى التشريع فى هذا الخصوص) ولا للآداب والنظام العام . فإذا اصطدم العرف مع نص تشريعى فالنص التشريعى ينسخ العرف . وإذا كان العرف مخالفاً للآداب أو النظام العام (كما فى الموت المدنى الذى يصحب الرهينة فى المسيحية فإنه مخالف للنظام العام) فإنه لا يكون قانوناً .

وإذا نظرنا إلى الشروط السالف ذكرها فى مجموعها ، فإنه يمكن ردها — وفى هذا الرد ما يبرز أهمية الشرط الرابع وهو الإلزام — إلى ركنين : ركن مادى وركن معنوى .

(١) وإذا ما توافرت الشروط السابقة ، يصبح هناك عرف له قوة القانون يجب على القاضى تطبيقه وليس على الخصوم إثباته ، كما أنه ليس عليهم إثبات القانون المسنون . ذلك أنه يشترط فى القاضى العلم بالقانون ، والقانون واحد لا فرق بين مكتوب وغير مكتوب ، وتقتصر مهمة الخصوم على إثبات الوقائع التى يدعى بها كل واحد منهم . على أن هذا القول على إطلاقه قد يخالف حقيقة الواقع ، ذلك أنه من السهل معرفة القانون المكتوب من مجرد نشره ومن مظان وجوده — الجريدة الرسمية والمجموعات — بخلاف العرف الذى تصعب معرفته ، لأنه عبارة عن عادة تكونت ببطء وتتركب من عدة عناصر قد يكون كل واحد منها سبباً فى قيام صعوبة . وإذن فإنه يكون من العسير جداً على القاضى أن يلم بقانون العرف كما يلم بالقانون المكتوب ، وبالتالي يكون له العذر إن هو جهل العرف . ولذا فإن من مصلحة الطرف الذى يستند إليه أن سادر بإثباته ، كما أن القاضى يستطيع أن يطلب منه إثباته .

ويلاحظ أن ما قلناه وإن كان يقرب العرف من مجرد واقعة (fait) تنفقر إلى الإثبات من جانب مدعيها ، إلا أنه فى حقيقة الأمر ليس واقعة وإنما هو مسألة قانونية (question de droit) . وآية ذلك أن اقتناع القاضى بوجود العرف يمكن أن يتحقق فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وبكل الوسائل الممكنة ، دون أن يتقيد بالأوضاع والآجال التى يخضع لها إثبات الوقائع . هذا فضلاً عن أن القاضى يمكنه الاعتراف بوجود العرف من تلقاء نفسه (d'office) . (انظر حتى « طرق التفسير فى القانون الخاص ومصادر هذا القانون » الكتاب الأول بند ١١٨ ص ٣٥٢ وما بعدها) .

(فالأول) الركن المادى (élément matériel) يتكوّن من صفات العموم
والقدم والثبات .

(والثانى) الركن المعنوى (élément moral) هو الإلزام .
ولكن هل يعتبر العرف قانوناً لأن المحاكم تطبقه ، أم أن المحاكم تطبقه لأنه
قانون ؟ تقول المدرسة التحليلية (مدرسة أوستن) بالرأى الأول . فهى لا تعطى
لقواعد العرف صفة القانون ، إلا إذا طبقها المحاكم ، ومن وقت ذلك التطبيق ،
إذ تكتسب بذلك إجازة السلطان ويتحقق لها من ورائها صفة الأمر الذى
تتطلبه هذه المدرسة . أما المدرسة التاريخية (مدرسة ساقيني) فتقول بالرأى الثانى .
فعندها أن العرف قانون قبل أن تطبقه المحاكم ، إذ أنه نشوء اجتماعى يتكون من
نفسه ، دون أن تتدخل فى خلقه وتطوره سلطة خارجية ، وما تطبيق المحاكم
لقواعده إلا تقرير لصفتها القانونية ، ومظهر لهذه الصفة .
ولعل الرجوع إلى طبيعة الروابط الاجتماعية يحدو إلى تفضيل الرأى الأخير ،
وإن كان الفرق العملى بينهما ليس كبيراً^(١) .

(١) ويقول الأستاذ چنى إن أحكام المحاكم لا تشترط لقيام عرف قانونى . حقيقة إن
أحكام المحاكم إذا تكررت واستقرت على معنى واحد تهيء غالباً قيام العرف ، بل هى فى هذا
تفضل أعمال الناس الاختيارية من حيث إظهارها لعنصر الإلزام . ولكن الأخذ من ذلك بأن
القضاء لا غناء عنه فى تكوين العرف ، يحد من صورة العادة التى يمكن أن ترقى إلى عرف
ويقصرها على صورة واحدة جامدة . فضلاً عن أن فى ذلك إغفالا لطبيعة العرف الذى يستلزم ،
قبل كل شىء ، أعمالاً اختيارية تصدر من الأفراد وتستقر على نحو معين ، بينما الأحكام ، وهى
تصدر من السلطة العامة ، تهيء قيام العرف ، ولكن لا يمكن القول بأنها تنشئه أو تحل محله
(المرجع السابق بند ١١٩ ص ٣٦٦) .
ويلاحظ أن هناك من العلماء ، مثل الأستاذ لامبير ، من يرى الرأى الآخر ويقرر أن
القضاء فى الوقت الحاضر قد أصبح الطريق الوحيد لنشوء عرف قانونى . والخلاف نظرى
أكثر منه عملى (انظر كايبتان المدخل لدراسة القانون المدنى ص ٤٦ فى الهامش) .

٧٦ — أمتد على العرف :

ولنذكر بعض أمثلة على العرف القانوني :

- (١) اعتبار أثاث المنزل مملوكاً للزوجة بين المسلمين في مصر .
- (٢) حق الزوجة في فرنسا في أن تسمى باسم زوجها .
- (٣) الحقوق الثابتة للأجانب بالعرف في مصر قبل معاهدة إلغاء الامتيازات^(١) .
- (٤) كذلك العادات المحلية (العرف) التي لها قوة القانون في جهات شبه جزيرة سيناء والواحات^(٢) .

٧٧ — هل للعرف أنه يخلو قانوناً في الوقت الحاضر وعلى أي أساس

يكون ذلك :

لا شك في أن العرف — كما رأينا — كان المصدر الرسمي الرئيسي لقواعد القانون في الأزمنة القديمة ، كما أنه لا محل لإنكار تفوق التشريع في الوقت

(١) فالامتيازات الأجنبية لم تقم كلها على معاهدات دولية ، بل بنى قسم كبير منها على العادات المرعية (العرف) التي نشأت واستقرت من جراء تهاون الحكومات المصرية .
(٢) يقضى الأمر العالى الصادر في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ خاصاً بمركز سيوة ، بأن القضاء في المواد المستوجبة للتعزير بأنواعها ، من المخالفات والجنح والجنائيات ، يكون بمقتضى العادات والقواعد المتبعة في تلك الجهة . أما القضايا المدنية والتجارية فالفصل فيها يكون بطريق التحكيم ، وإذا رفعت دعوى من هذا القبيل ، يحكم فيها بمقتضى قواعد العدل وبموجب عادات تلك الجهة .

ويقضى القانون نمره 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 للأداب . ويقضى في المواد المدنية بمقتضى قواعد العدل والقانون الطبيعي ، مع مراعاة ما لا يخالفهما من العوائد المحلية الثابتة ، ويجوز قبول الصلح في المواد الجنائية إذا رضى به من أضررت به الجريمة ، وكان من أغلبية العدول أنه موافق للعوائد المحلية .
ويقضى القانون نمره ٨ لسنة ١٩١٣ الخاص بالواحات الداخلة والخارجة والبحرية بمراعاة العرف في نظر المواد المدنية ، مادام مطابقاً للعدالة والحقوق الطبيعية .

الحاضر . هاتان الواقعتان لا محل للمجادلة فيهما ، إذ هما حقيقتان ثابتتان لا يرقى إليهما الشك . ولكن منذ أخذ التشريع مكانته الممتازة وصارت إليه الصدارة ، بدأ التفكير كيف يخلق العرف قانوناً .

فيرى البعض أنه ما دام القانون يصدر عن طريق التشريع ، فإنهم لا يبررون قيام العرف إلا على اعتبار أن المشرع أجازته ضمناً ، ويكون مؤدى ذلك أن إرادة المشرع الضمنية هي التي أعطت للعرف قوته ، كما أن قوة القانون المكتوب يستمدّها من إرادته الصريحة .

وهذه الفكرة قديمة ترجع إلى أيام الرومان ، ولكنها أخذت في الانتشار بتوالي الأيام حتى وصلت إلى الفقه التقليدى الفرنسى (مدرسة الشرح على المتون) ، حيث كانت الروح السائدة هي السلطان المطلق للمشرع واعتباره المصدر الوحيد لقواعد القانون . وقد كان من نتيجة ذلك أن استبعد العرف من بين مصادر القانون .

وحتى في الوقت الحاضر هناك من الشراح من يستبعد العرف من بين مصادر القانون ، مبررين ذلك بتلك الحجة الوجيهة في مظهرها ، وهي أن السلطة التشريعية ، في كل نظام دستوري ، لم تترك للجاعة وإنما وكل القيام بها إلى هيئة يجب عليها اتباع أوضاع معينة ، وهذه الوكالة لا يمكن التنازل عنها . ومتى كان الأمر كذلك فلا يعقل أن الإرادة العامة عندما تظهر متجمعة وعلى غير نظام (العرف) ، تستطيع أن تخلق قواعد قانونية أو أن تحول دون سريان القانون المكتوب^(١) .

ولكننا نلاحظ أن في نظرة الفقه هذه نقطة ضعف تظهر عند ما نراهم يسلّمون بالعرف في المسائل التجارية ، ويجعلون له أثراً بارزاً فيها . فلماذا هذا

(١) انظر جنى المرجع السابق بند ١١٦ ص ٣٤٥ .

الاستثناء؟ أليست المسائل التجارية في طبيعتها كالمسائل المدنية؟ أولم يكن الأولى أن تحتفظ القاعدة بإطلاقها، حتى يمكنها على الأقل أن تحتفظ بوجاهتها الظاهرية؟ .

ومهما يكن من أمر هذا الرأي، فقد ظل أنصار القوة الملزمة للعرف قليلين في الفقه الفرنسي والفقه الألماني، حتى ظهور المدرسة التاريخية، التي تعتبر القانون نشوءاً طبيعياً يستقر بين الناس، واستدلت على ذلك بما كان عليه الحال في الجماعات القديمة، بل وفي الوقت الحاضر من أن المشرع يدأب دائماً على مراعاة ما درج الناس عليه ويجعل قوانينه متمشية مع حاجاتهم ورغائبهم .

وطبيعي أن تكون السيادة لقانون العرف بمقتضى هذه النظرية، لأنه عبارة عما ارتضاه ضمير الجماعة *la conscience commune* .

ومهما يكن عيب المدرسة التاريخية، فإنه يجب الاعتراف بفضلها في أنها هيأت الأذهان إلى وجوب التسليم بالعرف كمصدر رسمي من مصادر القانون، إن لم يكن له من الشأن مثل ما للقانون المكتوب، فإنه مصدر ينشئ قواعد قانونية، وإن كان ذلك في دائرة ضيقة .

ويمكن اعتبار العرف قانوناً لسبيين :

(الأول) لأنه يعبر تعبيراً صحيحاً عن إرادة المجتمع .

(الثاني) لأن التعامل يكون قد استقر على اتباعه، فوجبت مراعاته حفظاً لاستقرار المعاملات^(١) . فضلاً عن أنه يجب، كما رأينا، ألا يخالف التشريع ولا النظام العام أو الآداب .

(١) ويقول الأستاذ جني (المرجع السابق) إن العرف ظاهرة تحقق ضرورة اجتماعية دائمة، إذ أن الثبات اللازم للروابط بين الأفراد والاستقرار الضروري لحقوقهم والحاجة إلى المساواة التي هي أساس كل عدالة، كل ذلك يقضى بأن القاعدة التي يؤيدها عرف مستقر تلزم =

هذا وقد اعترف القانون المدني الجديد بالعرف كمصدر من المصادر الرسمية للقانون في المادة الأولى منه .

٧٨ — نوع القواعد التي ينشأها العرف :

كما ينشأ العرف قواعد قانونية مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين (قواعد مرخصة) (Supplétives) ، أى تفسر أو تكمل إرادة المتعاقدين ، بمعنى أنه يجب الأخذ بها في تفسير وتكملة عقود الأفراد ، ما لم يستبعدوها بالاتفاق الصريح على ما يخالفها ، فإنه (أى العرف) قد ينشأ قواعد قانونية أمرية (لازمة) (impératives) بمعنى أنه لا يجوز أصلاً للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، لانصالتها بالنظام العام .

٧٩ — أثر العرف في فروع القانون :

وإذا كانت أهمية العرف قد قلت كثيراً عن ذى قبل بحيث أصبح يعتبر مصدراً ثانوياً ، فإن تلك الأهمية ليست واحدة بالنسبة لكل فروع القانون . فبينما نجد العرف مجرداً من كل أثر في القانون الجنائى حيث القاعدة المقررة « لا جريمة ولا عقوبة بغير نص (أى لا بد من تشريع) » ، فإن له أثراً واضحاً في القانون الدستورى ، كما أن دوره في القانون الدولى العام أعظم شأنًا . أما فى القانون الخاص فإنه أظهر أثراً فى القانون التجارى منه فى القانون المدنى .

== كما يلزم القانون . كما أن هذه الظاهرة تتفق وغمائر الإنسان الحقية التى تتمثل فى احترام العرف الثابت وشعور الناس بالرهبة عند ما يقدمون على المساس بما جرى عليه أسلافهم . وأخيراً فإنها بمقتضى شروطها ترضى المصالح المتعارضة التى كثيراً ما يقصر القانون المسنون عن التوفيق بينها . انظر ما يقوله سالموند ص ١٤٤ وما بعدها .

٨٠ — مزايا قواعد العرف وعيوبها (١) :

من مزايا قانون العرف :

(١) أنه يتفق والحاجات العملية ، لأنه يستند إلى ما جرى الناس عليه في أحوالهم الاقتصادية والاجتماعية .

(٢) وهو لذات السبب يتغير بتغير الحاجات الاقتصادية والاجتماعية ، إذ العرف كما قال عنه إهرنج يكون مع الحياة كلاً لا يتجزأ ، يتطور بتطورها ويزول بزوالها .

(٣) كما أنه قد يسد بعض نواحي النقص في القانون المسنون .

أما عيوبه فتتلخص فيما يلي :

(١) أن قواعده غامضة ليس من السهل تحديدها والتثبت منها ، ولا يعرف بالضبط وقت ظهورها . وهي لذلك قد تكون سبباً في منازعات كثيرة .

(٢) أن العرف بطبيعته متجزئ فيختلف باختلاف الجهات ، ومن ثم لا يحقق لقانون البلد الواحد صفة الوحدة .

(٣) العرف بطيء في تطوره ، وهو إذا ثبت واستقر صعب التخلص منه بعد ذلك .

§ ٢ - العادات^(١)

(Les Usages)

٨١ - تعريفها :

إلى جانب العرف توجد العادات ، ويطلق عليها العادات الاتفاقية (usages conventionnels) ، وهي تلك القواعد التي تعارف الناس على اتباعها في معاملاتهم ، والتي تصلح لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون بذاتها ملزمة . وكثيراً ما تكون هذه العادات محلية (Locaux) تختلف باختلاف الجهات ، أو خاصة بمهنة معينة (Professionnels) ، مثال ذلك العادات الكثيرة في مسائل الإيجار والبيع مدنياً كان أو تجارياً ، والعادات المهنية الخاصة بكل مهنة . ومن هنا يتبين أن العادة تختلف عن العرف في أنها ليست ملزمة بذاتها كالعرف ، وإنما تكون ملزمة إذا اتفق عليها المتعاقدان صراحة أو ضمناً . وكثيراً ما يحيل القانون صراحة على حكم تلك العادات ، كما في المواد الآتية :
١٥٠ فقرة ٢ و ٤٣٢ و ٤٦٤ و ١٠١٩ وغيرها^(٢) .

(١) انظر چني « طرق التفسير في القانون الخاص ومصادر هذا القانون » الكتاب الأول

ص ٤١٨ - ٤٣٢ .

(٢) تقول المادة ١٥٠ فقرة ٢ « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ؛ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات » .
والمادة ٤٣٢ « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .
والمادة ٤٦٤ « نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك »
والمادة ١٠١٩ « تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها ولما جرى به عرف الجهة وللأحكام الآتية » .

وقد لا يحيل القانون عليها ومع ذلك تطبقها المحاكم ، وهذه بعض الأمثلة :
(١) جرت العادة على أن إيجار المنازل يكون مشاهرة في مناطق معينة ،
ولمدة سنة في مناطق أخرى . فإذا أجر شخص لآخر منزلاً ولم ينص العقد على
مدة الإيجار وقام نزاع في المدة أمام المحكمة ، فإن المحكمة تحكم وفقاً للعادة
الجارية ، فتعتبر المدة شهراً أو سنة بحسب الأحوال على اعتبار أن المتعاقدين قصداً
ضمناً الأخذ بحكمها .

(٢) جرت العادة في مدينة القاهرة أن يدفع المؤجر أجره للمياه ، والساكن
أجره للنور .

(٣) يبيع بعض أنواع الفاكهة بسعر المائة حبة ، فهناك عادات محلية تعتبر
المائة من مائة وعشرة إلى مائة وثلاثين ، بحسب نوع الفاكهة وعادة الجهة .

(٤) قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه يجب في تفسير المشاركات
اتباع العرف (العادة) ، وهو يقضى بأنه إذا دفع المشتري مبلغاً بصفة عربون وعدل
عن الشراء فلا يكون له الحق في المطالبة بهذا المبلغ ، وأن مثل هذا الشرط كما
يصح أن يكون قد وضع لمصلحة البائع بطلب الفسخ مع حفظ العربون ، يجوز
عدلاً أن يستفيد منه المشتري للتخلص من العقد مع تحمله دفع قيمة العربون^(١) .

(٥) وقضت أيضاً بأنه إذا لم يبين الشركاء بطريقة صريحة قاطعة ما هي حصة
كل منهم في الأرباح كان للمحكمة أن تحددها بطريق العدالة بين الخصوم . وقد
جرت العادة في هذه البلاد على أنه إذا اشترك شخصان وقدم أحدهما رأس المال
وتعهد الثاني بإدارة الأعمال ، فيكون للأول ثلث الأرباح وللثاني الثلث^(١) .

(٦) وقضت محكمة مصر الكلية الأهلية استئنافياً^(٢) بأنه يجوز تفسير العقد

(١) ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ ، المحاماة ٤ ص ٣٢٩ رقم ٢٨٠ .

(٢) ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ ، المحاماة ٣ ص ٤٠٤ رقم ٣٣٩ .

الكتابي بالرجوع إلى العرف والعادة^(١) المتبعين في التجارة الذين يكون من شأنهما أن يغيرا نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه . وهذا العرف وهذه العادة يصح إثباتهما بالبينة . وينتج من ذلك أنه إذا امتلك دباغان عقاراً شائعاً بينهما لحاجات صناعاتهما صح الحكم تبعاً للعادة والعرف عند أرباب طائفتها بأن من يكون منهما قد أقام معملاً على العقار بعد الامتلاك له الحق في طلب تثبيت ملكيته له خاصة ، ولو لم يكن ثمة شرط صحيح^(٢) .

٨٢ — طبيعة أمطام العادة :

إذا ما استقرت عادة في جهة أو في مهنة ، فإن ما تنشئه من قواعد يصلح في تفسير أو تكملة اتفاقات الأفراد ، إذا ما ظهر أن قصد المتعاقدين هو في اتباعها ، يستوى في ذلك أن يكون هذا القصد صريحاً أو ضمناً ، أى استفاد من ظروف التعاقد ؛ كما كان العقد وزمانه ، والغرض من التعاقد ؛ والمركز الشخصى للطرفين ومهنتهما . فهى إذن لا تلزمهما إلا إذا تبين فصد المتعاقدين فى الأخذ بها ، ومن ثم فهى تختلف بذلك عن قواعد القانون المفسرة أو المكملة (ولو كان مصدرها العرف) التى تلزم المتعاقدين ما لم يظهر أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت صراحة إلى ما يخالفها .

إذا كان هذا هو حكم العادة ، فهل كلها فى الحكم سواء ، أى سواء أأحال القانون عليها ، كما هو الشأن فى العديد من مواد القانون ، أم لا ؟ قد يقال ، كما

(١) يلاحظ أن المحكمة تستعمل الكلمتين كترادفين .

(٢) ومن هذا القبيل أنه إذا اشترط صراحة فى عقد من العقود على أن الوفاء ، خلافاً للقاعدة العامة ، يكون فى محل الدائن وحدث أن اعتاد الدائن إرسال عميل له فى محل المدين وفقاً للعادة المستقرة ، فإن الشرط الصريح يعتبر أنه تعدل ولا يصح للدائن التمسك به . انظر تطبيقات كثيرة من أحكام المحاكم على العادات فى كتاب أصول القوانين للأستاذ كامل مرسي باشا ص ١٣٠ و ١٣١ .

يذهب البعض ، إن إحالة القانون لا تغير من الأمر شيئاً ، وأنه يجب في الحالين أن يتبين القاضى قصد الطرفين الصريح أو الضمنى فى الأخذ بها . كما قد يقال بأن إحالة المشرع تغنى عن البحث وراء نية المتعاقدين وتكون بمثابة اتفاق ضمنى على الأخذ بها . وبهذه المثابة تكون من الناحية العملية ، دون الناحية القانونية ، كقواعد القانون المفسرة أو المكملة^(١) .

٨٣ — سبب التفريق بين العادات والعرف :

وإذا كانت العادات تقرر قواعد مفسرة أو مكملة بالمعنى السابق ، فلماذا فرقنا بينها وبين العرف واعتبرنا العرف دون العادة مصدراً من مصادر القانون ؟
الجواب على ذلك أن العادة قد استكملت شروط الركن المادى^(٢) السابق بيانها دون العنصر المعنوى وهو الإلزام ، فلا يشعر الأفراد نحوها بما يشعرون به نحو العرف . ولذلك فلا يؤخذ بما جرت عليه العادة إلا إذا ظهر من ظروف التعاقد أن المتعاقدين قصدا اتباعها . أما العرف ، وهو قانون ، فلزم ما دامت لم تظهر نية المتعاقدين الصريحة فى استبعاد حكمه ، بل قد لا يجوز للمتعاقدين استبعاد حكمه أو مخالفته إذا كان يقرر حكماً يتصل بالنظام العام .

(١) وهناك رأى يعتبر العادات جزءاً من القانون إذا أشار إليها ويجب العمل بها ، وبهذا تتساوى وقواعد القانون المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين . وهذا ما جرت عليه أحكام المحاكم الفرنسية . (أصول القوانين للأستاذ كامل مرسي باشا ص ١٢٥) .

(٢) والمحاكم تشدد فى وجوب توافر شروط الركن المادى فى العادة كما فى العرف تماماً . ومن ذلك أن محكمة الاسكندرية المختلطة قضت بأن الاصطلاح الجارى فى جهة الرمل بأن المستأجر ملزم بكسح المراحيض ليس ثابتاً بحيث يسمح بالقول بأن نفقات ذلك تقع على عاتق المستأجر . (٢٠ يناير مجموعة التشريع والقضاء ٢٧ ص ١٣٠) .

٨٤ — أهمية التفرقة بين العادة والعرف :

ويترتب على عدم توفر ركن الإلزام في العادة وتوفره في العرف نتائج هامة نلخصها فيما يلي :

(١) للمحكمة أن تطبق العرف من نفسها d'office ، أما العادة فيجب على ذي المصلحة التمسك بها .

(٢) أحكام العرف تلزم الطرفين ولو كانا يجهلانها ، أما العادة فلا تلزمهما إلا إذا قصدا الإحالة عليها صراحة أو دلالة .

(٣) لا محل لإثبات العرف^(١) ، إذ أن معرفة العرف كمعرفة القانون المسنون من مهمة القاضي ، خلافاً للعادة إذ يجب على من يريد التمسك بها أن يثبتها .

(٤) عدم مراعاة قاضي الموضوع لأحكام العرف يخضع لرقابة محكمة النقض والإبرام ، إذ العرف قانون ، خلافاً للعادة التي لا تخرج عن أن تكون مجرد واقعة لقاضي الموضوع الرأي الأعلى فيها^(٢) .

(٥) العرف التجاري قد يلغى القانون ولو كان متعلقاً بنص أمر لا يتصل بإحدى مصالح الدولة الأساسية ، ولا يمكن أن يكون للعادة مثل هذا الأثر ، إذ أن مهمتها مقصورة على تفسير وتكملة نية المتعاقدين غير الظاهرة ، فلا يتصور أن يكون لإرادتهما غير الظاهرة من الأثر أكثر مما لإرادتهما الصريحة التي لا تستطيع الخروج على النص الأمر ، ولو لم يتصل بإحدى مصالح الدولة الأساسية (أي ولو كانت تسوده مصالح خاصة)^(٣) .

(١) ولكن صعوبة التحقق منه تجعل من مصلحة التمسك به إثباته كما مر .

(٢) ويرى الشراح الذين يستبعدون العرف من بين مصادر القانون أن العادات كلها — سواء كانت عرفاً أو عادة — وقائع تخرج عن رقابة محكمة النقض والإبرام .

(٣) وسنعود إلى ذلك عند الكلام في إلغاء القانون .

فكل هذه النتائج الهامة تحتم أن يفرق بين العرف والعادة ، وأن يطلق على كل منهما اسمه حتى يرتفع الخلط الموجود بينهما .

٨٥ — تحول العادات الى عرف :

وإذا كنا نقول بوجود التفرقة بينهما ، فلا يفهم من ذلك أن الانفصال بينهما تام ، بل بالعكس هما متداخلان . إذ كثيراً ما تتحول العادة إلى عرف ، بأن تستقر بعض العادات حتى تصبح قاعدة عامة في محيط معين ، وبعد ذلك يزداد انتشارها في هذا المحيط إلى حد أن يفترض وجودها في كل اتفاق ، وعندئذ تقترب من العرف ، بل لا يكون بينها وبينه سوى خطوة واحدة ، بأن تنفصل تماماً عن إرادة الأفراد لتصير قاعدة عامة مجردة محتوية على عنصر الإلزام (l'opinio juris) ، وتصبح قانوناً كالقانون المكتوب سواء بسواء^(١) .

المبحث الثاني

الدين^(٢)

(Réligion)

٨٦ — التعريف :

الدين وحى من عند الله ينزل على نبي من أنبيائه ، لإرشاد الناس في معاشهم

(١) جنى الكتاب الأول بند ١٣٣ ص ٤٣٠ وما بعدها .

(٢) كان للدين في العصور القديمة شأن هام ، ويكاد هو والعرف أن يكونا المصدرين الوحيدين للقواعد القانونية . وقد كان امتزاجهما في بعض الأحوال كبيراً إلى حد أنه كان يصعب معرفة ما إذا كان المصدر لقاعدة ما هو الدين أو العرف .

وفي معادهم . فهو يشمل واجب الإنسان نحو الله ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الناس .

والدين بعبارة أعم هو كل ما يستمد من وحى القوة غير المنظورة ، وينسب إليها . فيوجد عدا الأديان المنزلة التي اعترف بها الإسلام أديان أخرى كالبوذية والبراهمية وغيرها .

ولا يعنى الروابط الاجتماعية — وهى وحدها موضع القانون — من الدين إلا ما كان راجعاً إلى واجب الإنسان نحو غيره . أما واجبه نحو الله ، وواجبه نحو نفسه ، فهذه خاصة بالدين ولا يشترك القانون معه فيها .

ومن الأديان ما يتوسع فى تناول واجب الإنسان نحو غيره توسعها فى واجبه نحو الله وواجبه نحو نفسه ، كالدين الإسلامى والدين اليهودى ، فهذه تكون مصدراً خصباً للقانون . ومنها ما يعنى بالواجب نحو الله والواجب نحو النفس ، ولا يلم بالواجب نحو الغير إلا إلهاماً يسيراً ، كالدين المسيحى ، وهذه تكون مصدراً للقانون فى حدود ضيقة .

٨٧ — متى يكون الدين مصدراً رسمياً للقانون :

حتى يكون الدين مصدراً رسمياً للقانون يجب أن يتوافر شرطان :
(الأول) أن يكون الدين قد عرض لتنظيم الروابط الاجتماعية كما قدمنا . فكل ما يبلغه صاحب الدين من قواعد لتنظيم هذه الروابط ، على أنها من عند الله ، تجب لها الطاعة ، ويؤخذ الناس بها بوضع جزاء دنيوى لها ، يكون قواعد قانونية مصدرها الرسمى هو الدين .

(الثانى) أن يكون ما جاء به الدين من قواعد قانونية هو ما يطبقه القاضى فعلاً باعتباره مأخوذاً مباشرة من الدين .

ويأتي الدين بعد العرف مصدراً رسمياً للقانون ، ينسخ من القواعد العرفية فاسدها ، ويقر صالحها ، ويهز القديم هزاً عنيفاً ، ويهدم ما تدعى منه ، ويسير بالإنسانية خطوات إلى الأمام . فهو في مبدئه يمثل التطور والحركة إلى جانب استقرار العادات وسكونها . ثم تستقر الحركة ويقف التطور وينضب ذلك المعين الخصب الذي كان يغذى الدين ، فيصبح الدين عاملاً من عوامل الاستقرار لا من عوامل التطور ، حتى إذا أتى المجددون في الدين ، ونفخوا فيه روح التجديد رجع إليه النشاط والحركة ، ثم يعود إلى الجمود . وهكذا يبقى الدين يتنازعه الاستقرار والتطور .

٨٨ — أثر الدين في القوانين الغربية :

وحظ الدين في القوانين الغربية ضئيل . وذلك يرجع لسببين :

(السبب الأول) : أن القانون الروماني كان قد انتشر في البلاد الغربية قبل

انتشار المسيحية واستقر فيها . وهو قانون من أرق القوانين التي عرفها البشر ، فلم تستطع المسيحية أن تقتلع هذه الشريعة القديمة .

(السبب الثاني) : أن الدين المسيحي لم يعرض لأمر الدنيا إلا في كثير من

القصود ، فقد كان لليهود شريعة قديمة منزلة . ولو أن السيد المسيح أرسل إلى قوم غير اليهود ، وبعث في عهد من عهود البداوة ، لكان من المحتمل أن تكون رسالته قد تطورت ، فأتى بقانون إلى جانب الدين .

على أنه إذا كانت القوانين الغربية لم تتأثر بالدين المسيحي ، فقد تأثرت

بقانون الكنيسة . وهنا يجب التمييز بين الدين المسيحي وقانون الكنيسة . فكل

ما جاء عن السيد المسيح ونسب إليه 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 فيه بروح الدين المسيحي والقانون الروماني والقانون الطبيعي .

وقد انتهزت الكنيسة فرصة ضعف السلطة الزمنية وتناولت تشريعها مسائل مختلفة أهمها الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود واعتبرتها مسائل تدخل في اختصاصها لأنها تمت إلى الدين بسبب^(١) . وبهذه الوسيلة تمكنت من بسط سلطانها وتركزت قوتها في شخص البابا ، وأصبح هناك قانون كنسي من عمل الكنيسة خضعت له البلاد الغربية والبلاد الشرقية المسيحية في القرون الوسطى عهداً طويلاً .

ولكن ما لبثت السلطة الزمنية في البلاد الغربية أن استردت نفوذها الضائع وسلطانها المفقود ، وأصبحت كل المسائل من اختصاص المحاكم المدنية ، إذ أصبح الانفصال تاماً بين الكنيسة والدولة . إلا أن الدين بقي مصدراً تاريخياً للقوانين المتعلقة بالزواج بنوع خاص ، أما في البلاد الشرقية فقد بقي التشريع الكنسي ، وما زال حتى وقتنا هذا ، هو الذي ينظم — وإن كان ذلك في نطاق محدود — مسائل الأحوال الشخصية للمسيحيين ، وفي هذا النطاق لا معدى لنا عن القول بأن تشريع الكنيسة هو المصدر الرسمي لما يطبق عليهم من أحكام في تلك المسائل^(٢) .

(١) فثلاً في الزواج لمجرد أن الديانة المسيحية تعتبر علاقته مقدسة ، والعقود لأن الديانة المسيحية توجب الوفاء بالعهد وهكذا . انظر جودبي ص ١٠٥ وما بعدها .

(٢) وفي بعض هذه البلاد ، كمصر ، حيث تتمتع السلطات الدينية باختصاص واسع على رعاياها ، فإنها تطبق قوانين الكنيسة (التي هي ليست دينية بمعنى أنها لم ترد في الدين المسيحي ومن ثم يجب على كل المسيحيين إطاعتها ، بل هي قواعد كونها التشريع الكنسي) . ولعل في التجاء المسيحيين في كثير من الأحيان إلى المحاكم الشرعية في مصر ، لا سيما فيما يتعلق بمسائل الميراث ، خير دليل على ضعف الفكرة الدينية في القوانين التي تطبقها الكنيسة .

٨٩ — أثر الدين في القوانين الشرقية :

والأمر غير ذلك في القوانين الشرقية . فالدين كمصدر رسمي لهذه القوانين له حظ كبير . ويرجع ذلك إلى سببين مقابلين للسببين اللذين أوردناهما لتعليل ما للمسيحية من أثر ضئيل في القوانين الغربية .

(السبب الأول) لم ينتشر في الشرق قانون كالقانون الروماني ويستقر فيه حتى يصعب على الدين اقتلاعه .

(السبب الثاني) : عرضت الأديان التي انتشرت في البلاد الشرقية ، وأهمها الإسلام واليهودية ، لأمر الدنيا بالقدر الذي عرضت به لأمر الآخرة ، فاشتملت على دين وقانون .

لذلك كان الدين في الشرق مصدراً خصباً تستمد منه القواعد القانونية . ففي اليهودية ترى كثيراً من القواعد تنظم روابط الأسرة والروابط المالية . أما الإسلام فهو دين ودولة . وإذا كانت مصادر الشريعة الإسلامية أربعة : الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، فإنه يمكن رد هذه المصادر إلى مصدرين : الدين (ويشمل الكتاب والسنة) والفقهاء (ويشمل الإجماع والقياس) . فإذا اقتصرنا على الدين ، رأينا الكتاب والسنة ، وقد عرضنا لتنظيم الروابط الاجتماعية في إفاضة وإسهاب ، 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^(١) .

(١) على أن الفقه الإسلامي قد بلغ من تقدمه أن ميز فقهاء الشريعة الإسلامية في القواعد التي استمدت من الدين ، بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة ، أي بين القواعد القانونية والقواعد الدينية . فهناك قواعد دينية غير ملزمة قضاء ، كتترك البيع عند الجمعة وكتنفيد =

٩٠ - مستقبل الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون :

ومستقبل الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون يتوقف على أمرين :
(أولاً) : تعاون فقهاء الشريعة مع رجال القانون على النهوض بالشريعة الإسلامية نهضة تعيد إليها جذتها ، حتى تسير أحكامها ما استجد من الحاجات وما استحدثته المدنية من أمور لم تكن من قبل .

(ثانياً) : ما تستطيعه هذه النهضة العالمية من توجيه المشرع توجيهاً يدفعه إلى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ، ليستقي من أحكامها ما يعد متمشياً مع أحدث المبادئ القانونية وأرقاها ، وفي الشريعة الإسلامية الكثير من ذلك .
وعندنا أن الإجماع هو المصدر الخصب الذي يكفل تجديد الشريعة الإسلامية على مر الأجيال ، فإذا تتبعنا تاريخ تطوره ، وقسنا مستقبله على ماضيه ، كان لنا أن نتوقع أن يكون الإجماع هو الباب الذي يدخل منه التشريع ليكون مصدراً رسمياً للشريعة الغراء .

٩١ - الدين كمصدر رسمي للقانون المصري :

قبل عهد محمد علي : كان للدين أثر كبير في القانون المصري قبل عهد محمد علي ، فكانت الشريعة الإسلامية - 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 إلى عهد إسماعيل : بدأ تغلغل القانون الفرنسي في مصر

= الوعد بالعقد. وهناك قواعد قانونية غير ملزمة ديانة ، كعدم جواز سماع الدعوى بعدمدة معينة أو لمانع معين .

منذ عهد محمد علي ، فبدى بقانون التجارة و ببعض قواعد القانون الجنائي .
و بقی نفوذ القانون الفرنسى يزداد و نفوذ الشريعة الإسلامية يتقلص إلى
عهد إسماعيل .

من عهد إسماعيل إلى اليوم : وفى عهد إسماعيل وصل نفوذ القانون الفرنسى
إلى قمته ، عندما أنشئت المحاكم المختلطة (سنة ١٨٧٦) ، ثم المحاكم الأهلية
(سنة ١٨٨٣) . ففى ذلك العهد حل القانون الفرنسى ، فيما عدا الأحوال
الشخصية ، محل الشريعة الإسلامية ، وأصدرت الحكومة المصرية التقنينات
الحالية : القانون المدنى والقانون التجارى والقانون البحرى وقانون المرافعات
والقانون الجنائى وقانون تحقيق الجنايات . وقد أخذت كلها من التقنينات
الفرنسية مختصرة مقتضبة .

و بقی للشريعة الإسلامية دائرة الأحوال الشخصية . وقانون الأحوال
الشخصية هو مجموع القواعد التى تحدد علاقة الشخص بأفراد أسرته من وقت
ميلاده إلى وقت موته . فالنسب والنفقة والرضاعة والحضانة والزواج والطلاق
والميراث والوصية كل هذه تدخل فى الأحوال الشخصية . بل وفى خارج دائرة
الأحوال الشخصية تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً لبعض مسائل القانون المدنى
لمتعلقة بالمال . ومن هذه المسائل ما يؤخذ مباشرة من الشريعة الإسلامية ،
كالوقف والحكر والهبة . ومنها ما ورد فيه تشريع مصرى مأخوذ من الشريعة
الإسلامية ، فتكون الشريعة الإسلامية مصدرها التاريخى ، كالشفعة والبيع فى
مرض الموت والغبن و بعض مسائل فى البيع والإيجار . وهناك قليل من الأحكام
الجنائية مستمدة من الشريعة الإسلامية كحق التأديب الشرعى للأب على ابنه
وللزوج على زوجته لا تترتب على استعماله مسئولية جنائية (راجع المادتين ٧ ،

٦٠ من قانون العقوبات الأهلي^(١) .

بيد أنه يلاحظ أن تشريعات صدرت في العهد الأخير بشأن الميراث والوصية والوقف ، وهذا يستوجب القول بأن المصدر الرسمي لما احتوته تلك التشريعات من قواعد هو التشريع ذاته ، وأصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً لها .
ملاحظة أخيرة : قد يقال — حتى بالنسبة لما يستمد مباشرة من الشريعة الإسلامية كأحكام الزواج والطلاق وغيرها — أن المصدر الرسمي لتلك القواعد هو التشريع ، تأسيساً على أنه هو الذي أحال عليها ، بأن أوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . لكن هذا قول مردود ؛ إذ المناط في اعتبار المصدر مصدراً رسمياً هو أن يكون المصدر ذاته هو أداة التعبير عن تلك القواعد ، وليس التشريع هو أداة التعبير عنها ، وإنما أداة ذلك هو الدين .

٩٢ — القانون المدني الجديد والشريعة الإسلامية :

يبدو مما قدمنا أن الشريعة الإسلامية مصدر رسمي لكثير من قواعد الأحوال الشخصية ، وأنها مصدر تاريخي لما نقل عنها من أحكام ؛ سواء تعلقت هذه بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات .

لكن القانون المدني الجديد — وهو مقصور على المعاملات — قد استحدث تجديداً خطيراً ، بأن جعل الشريعة الإسلامية من بين المصادر الرسمية للقانون المصري ، إذ قال في مادته الأولى فقرة ثانية :

« فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية . . . » .

(١) انظر مقال الأستاذ علي بدوي بك « أبحاث في أصول الشرائع » في مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة ص ١٦٤ .

ومؤدى هذا النص أن القاضى إذا لم يجد نصاً تشريعياً أو عرفياً يمكن تطبيقه فيما يثور أمامه من منازعات ، فإنه يرجع إلى الشريعة الإسلامية ، حتى إذا ما وجد فيها حكماً طبقه مباشرة . وبذلك أصبحت الشريعة الإسلامية ، وفى دائرة المعاملات ، من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى .

المبحث الثالث

القانون الطبيعى وقواعد العدالة

(Droit Naturel et Règles de l'Équité)

٩٣ — ظهور فكرة القانون الطبيعى فى الأزمان المختلفة :

رأينا فيما قدمناه (فى الباب الأول) أن فكرة القانون الطبيعى كانت تظهر فى كل زمن مصطبغة بصبغة أو بأخرى . فكان القانون الطبيعى عند اليونان فلسفة ، وعند الرومان قانوناً ، وفى القرون الوسطى ديناً ، وفى العصور الحديثة سياسة .

ورأينا كذلك أن فكرة القانون الطبيعى الثابت الذى لا يتغير لا فى الزمان ولا فى المكان قد قضى عليها بظهور مذهب التطور التاريخى ، ولكن لم يلبث أن حل محل الفكرة المهجورة فكرة القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة ، التى تتمتع بالقانون الطبيعى مجرد المبدأ الذى يوجه الإنسان نحو تحسين النظام الاجتماعى ، أو هو فكرة العدالة . وقد انتصر لهذه النظرية الجديدة فقهاء كثيرون ، كما أنها أصبحت تتمثل لدى البعض بمبادئ قليلة العدد يجب على المشرع احترامها .

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

٩٤ — أثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين الفريزية :

وقد تأثر القانون الروماني بالقانون الطبيعي وقواعد العدالة تأثراً كبيراً ، فتكوّن قانون بنى على هذه القواعد (قانون الشعوب) ، وكونه القضاة الرومانيون إلى جانب القانون المدني العتيق . فوجد القانونان المدني والبريطوري جنباً إلى جنب ، ثم امتزجا ، أحدهما بالآخر ، على النحو المعروف في تاريخ القانون الروماني . وتأثرت الشريعة الإسلامية كذلك بقواعد العدالة من طريق الأخذ بالرأى . وسنرى كيف أن الفقه الإسلامي انقسم إلى مدرستين ؛ مدرسة أهل الرأى وعلى رأسها أبو حنيفة ، ومدرسة أهل الحديث وعلى رأسها مالك . وكان للرأى أثر كبير في تكوين الفقه الإسلامي .

وتأثرت الشريعة الإنجليزية أخيراً بقواعد العدالة ، وسنرى كيف أنشىء ديوان المستشارترفع إليه الظلامات من جمود القانون الإنجليزي (Common Law) العتيق وضيقة ، فيطبق المستشار قواعد العدالة ، وكيف تكوّن إلى جانب القانون القديم قانون جديد يقوم على مبادئ العدالة ، ثم اختلط القانونان أحدهما بالآخر .

٩٥ — أثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين الجرمانية :

والقوانين الحديثة كالقديمة تتأثر إلى حد كبير بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . فهي تؤثر في المشرع والقاضي . أما المشرع فمن حيث إنها تقيده ، إذ أنه يلتزم بعدم الخروج على تلك المبادئ فيما يسن من قوانين .

أما القاضى فتأثرها عليه أشد وأظهر ، ذلك لأنه يلتجئ إليها عند ما لا تمدّه مصادر القانون الأخرى بحل للنزاع المعروض عليه . فيقضى القانون السويسرى مثلا فى المادة الأولى بما يأتى : « عند عدم وجود نص فى القانون يحكم القاضى بالقانون الذى كان يسنه لو كان هو مشرعا ويتبع التقاليد المعمول بها » . وهناك غيره من القوانين الغربية تقضى بمثل ذلك . كما أن هناك من القوانين ما يحيل القاضى — بدلا من مبادئ العدالة والقانون الطبيعى — إلى المبادئ العامة فى قانون الدولة كالتقنين المدنى الإيطالى الجديد (م ٣) ، أو إلى مبادئ القانون العامة فحسب (المادة الأولى من التقنين الصينى) .

والواقع أن هذه العبارات جميعا (القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، والمبادئ العامة فى قانون الدولة أو المبادئ العامة دون نعت أو تخصيص) ، وكما تقول المذكورة الإيضاحية للقانون المدنى الجديد ، لا ترد القاضى إلى ضابط يقينى ، وإنما هى تلزمه أن يجتهد برأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء . وهى تقتضيه فى اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص ، فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة إلى القانون الطبيعى وتارة إلى العدالة وتارة إلى قانون الدولة أو القانون بوجه عام .

ولم ير القانون الجديد أن يستبعد التعبير الذى استعمل فى نصوص التشريع الملغى^(١) « مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » والذى يسر للقضاء أسباب الاجتهاد فى أرحب نطاق ، فنص عليه فى آخر الفقرة الثانية من المادة الأولى بقوله « ... فإذا لم توجد (أى مبادئ الشريعة الإسلامية) فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

(١) راجع المادة ١١ مدنى مختلط والمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أنه « عند سكوت القانون أو نقصه أو غموضه على القاضى أن يرجع إلى العدالة والقانون الطبيعى » . وقارن كذلك نص المادة ٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .

والواقع أنه في كنف تلك المبادئ استطاعت المحاكم المصرية ، من أهلية ومختلطة ، أن تطبق بعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية ، فضلاً عن المبادئ العامة في القانون المصري ذاته والشريعة الإسلامية .
ولنشر فيما يلي إلى بعض تطبيقات . لكن ينبغي أن نلاحظ أنه لا محل البتة للاستعانة بتلك القواعد في المسائل الجنائية ، إذ بغير نص لاجرم ولا عقوبة (م ٦ من الدستور المصري) .

٩٦ — تطبيقات مختلفة :

وقد طبقت المحاكم المصرية مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في حالات مختلفة نذكر منها : الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية تحمل التبعة ، ونظرية الظروف الطارئة^(١) .

٩٧ — الملكية الأدبية والفنية والصناعية : Propriété Littéraire, Artistique et Industrielle

لا يوجد حتى الآن في القانون المصري نصوص تنظم هذا النوع من الملكية على أهميته . وقد أشارت بعض نصوص القانون المدني والقانون الجنائي إلى وجود ملكية أدبية وفنية وصناعية ، ولكنها أشارت في الوقت ذاته إلى قانون يصدر لتنظيم هذه الملكية ، وهذا القانون لما يصدر . لذلك التجأت المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة لحماية المؤلف

(١) وتطبيقاً لتلك المبادئ قضت المحاكم باعتبار رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع مضي المدة فيمنع بذلك سقوط الحق ، وإن كان القانون المدني لم ينص على ذلك .
كذلك قضت بعدم جواز استرداد الزوجة المسيحية للبلغ الذي دفعته عند الزواج إلى زوجها وهو ما يسمى بالباينة « الدوطة » ، لأنه لم يعط له بصفة ودیعة ، بل ليكون بمثابة إعانة مالية تساعد على القيام بشؤون الزوجية . وهناك حالات أخرى .

والفنان وصاحب الملكية الصناعية ، فتقضى بتعويض على كل من يعتدى على حرمة هذه الملكية .

وهناك مشروع قانون أعدته الحكومة المصرية لحماية الملكية الأدبية (وقد عرض هذا المشروع على مؤتمر الملكية الأدبية والفنية الذي انعقد بالقاهرة في ديسمبر سنة ١٩٢٩ ، فلقى استحساناً في أكثر النواحي) . ولعل المشرع المصري يسد هذا النقص في القانون .

٩٨ - نظرية التعسف في استعمال الحقوق Théorie de l'Abus des Droits

استقرت هذه النظرية في القضاء المصري استقرارها في القضاء الفرنسي . والجديد في هذه النظرية أنها تجعل من يقتصر على استعمال حقه ، ولكنه يتعسف في هذا الاستعمال ، مسئولاً عما أصاب به الغير من الضرر . وقد كان خصوم النظرية يأخذون عليها أنها ترتب مسؤولية على شخص اقتصر على استعمال حقه ، ولم يجاوز حدود هذا الحق ، فأنت النظرية تقرر أن الحقوق ليست مطلقة ، بل مقيدة بالغرض الاجتماعي^(١) الذي وجدت من أجله . فإذا استعمل صاحب الحق حقه في غير هذا الغرض وأضر بالغير ، وجب تعويض هذا الضرر . وليس تقييد الحقوق بما رسم لها من أغراض اجتماعية إلا تطبيقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ومن الأمثلة على التعسف في استعمال الحق تعسف المالك في استعمال حق ملكيته ، كمن يبني جداراً عالياً يجلب الضوء والهواء عن جاره دون أن يكون له فائدة من ذلك^(٢) ، وتعسف صاحب العمل في فصل عامل لسبب غير

(١) وقد رأينا فيما سبق أن مذهب التضامن الاجتماعي يقرر أن الملكية وظيفة اجتماعية لا يجوز استعمالها في غير تأدية هذه الوظيفة .

(٢) بل إن المحاكم خطلت في تطبيق هذه النظرية خطوة أبعد من ذلك ، وذلك في حالة =

مشروع أو في وقت غير لائق ، وتعسف المتقاضين في رفع الدعاوى الكيدية ، وغير ذلك .

لكن القانون المدني الجديد قد نص عليها في المادة الخامسة ، وبذا أصبح التشريع هو مصدرها الرسمي .

٩٩ — نظرية تحمل التبعة : Théorie des Risques

وهذه نظرية أخذت بها بعض المحاكم المصرية^(١) وبتتها على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . والأصل أن الشخص لا يكون مسؤولاً إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . أما إذا لم يثبت هذا الخطأ ، فهو غير مسؤول عما يحدثه من الضرر للغير ، وهذه نظرية المسؤولية التقصيرية (Responsabilité Délictuelle) . إلا أن تقدم المدنية وانتشار المخترعات الميكانيكية من آلات صناعة ومركبات نقل ونحوها ، كان من شأنه أن جعل في يد الإنسان أشياء جمّة النفع شديدة الخطر ، فإذا استفاد مما تعود به عليه من النفع ، فمن العدل أن يتحمل تبعه ما تحدثه للغير من الضرر ، حتى لو لم يثبت خطأ في جانبه ، إذ الغرم بالغنم .

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

== ما يقتصر الشخص على استعمال حق ملكيته ولا يتعسف فيه بل ويتخذ الاحتياطات التي تحول دون وقوع الضرر بالجار ، ولكن الضرر يقع عليه بالرغم من ذلك . ويشترط في هذه الحالة أن يتجاوز الضرر المضر العادية للجوار كما تقول المحاكم . وقد حكمت بمسؤولية المالك الذي يتصاعد من ملكه أصوات أو دخان كثيف أو غازات تضر بغيره وإن كان قد اتخذ كل الاحتياطات .

(١) وإن كان القضاء في جملته في فرنسا وفي مصر لا يأخذ بها .

١٠٠ — نظرية الحوادث الطارئة Théorie de l'imprévision

وهذه نظرية أخذت بها محكمة استئناف مصر الأهلية ، ولكن محكمة النقض لم تأخذ بها . وهي نظرية عادلة ، يمكن إرجاعها إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . والأصل أن الملتزم لا يعنى من تنفيذ التزامه إلا إذا أصبح تنفيذ هذا الالتزام مستحيلاً بقوة القاهرة . والقوة القاهرة حادث لا يتوقع حصوله ، ولا يمكن دفعه إذا وقع ، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً . فإذا كان الحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، فهو لا يعنى المدين من التزامه ، حتى ولو كان هذا التنفيذ قد أصبح مرهقاً عسيراً . وهذا الشرط الأخير من القاعدة غير عادل ، فقواعد العدالة تقضى بأنه إذا تغيرت الظروف ، وجد حادث طارئ لم يكن متوقعاً وكان من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين ، وجب تخفيف وطأة هذا الإرهاق فيعفى المدين من بعض التزامه ، وهذا ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة .

وقد أخذت بهذه النظرية المحكمة الإدارية العليا في فرنسا في قضية ثبت فيها أن شركة النور بمدينة بردو كانت قد تعهدت بتوريد النور بسعر معين ، ثم نشبت الحرب الكبرى الأولى فارتفع سعر الفحم ارتفاعاً فاحشاً ، وأصبح إزام الشركة بتوريد النور بالسعر المتفق عليه مرهقاً لها .

وأخذت محكمة استئناف مصر الأهلية بالنظرية في قضية ثبت منها أن تاجراً تعهد بتوريد حبوب لمصلحة الحدود بسعر معين ، وقت أن كانت التسعيرة الإلجبارية قائمة ، ثم ألغيت هذه التسعيرة فارتفع سعر الحبوب إلى أكثر من الضعف ، وأصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين^(١) .

(١) وإذا كانت محكمة النقض المصرية لم تقر محكمة استئناف مصر فيما ذهبت إليه ، إلا أن النظرية أصبحت مقررة في القانون المدني الجديد إذ نص عليها في المادة ١٤٧ فقرة ٢ ، =

المبحث الرابع الفقه والقضاء^(١)

(La Doctrine et La Jurisprudence)

١٠١ - التعريف :

الفقه هو استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية .
والقضاء هو تطبيق الأحكام القانونية على الأفضية التي ترفع إلى المحاكم .

١٠٢ - أهمية الفقه والقضاء في رقي القانون :

الفقه هو المظهر العلمى للقانون ، والقضاء هو المظهر العملى . فإذا تجرد القانون

« ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » .

(١) لما كانت القوانين تصدر فى شكل مواد موجزة ، كان من الطبيعى أن تشرح هذه المواد وتفسر لجلاء ما يمكن أن يكتنفها من غموض . فضلاً عن أن هناك ألفاظاً لم يحدد معناها المشرع ورتب عليها نتائج هامة ، مثل الغلط والتدليس وحسن النية وسوء النية إلى غير ذلك . وأخيراً فإن القانون مهما بلغ من الكمال عند وضعه لا يمكن أن يحيط بكل ما يجد فى الحياة من معاملات حتى يضع لها القوانين التى تنظمها . فهل كان يمكن لقانون نابليون مثلاً أن يتنبأ بالاختراعات الحديثة التى سهلت الاتصال بين الدول وقربت المسافات وأوجدت ضرورياً من التعامل جديدة وأنواعاً من التبادل مستحدثة ؟

فى كل ذلك يشترك الفقه والقضاء ولكن بطريقة مختلفة : فالقضاء يتناوله بطريقة عملية وبمناسبة ما يعرض أمامه من المنازعات . أما الفقه فيتناوله بطريقة نظرية ، وإن كان الفقه الحديث قد جرى على الاهتمام بالناحية العملية ، ذلك الاهتمام الذى يظهر من تتبعه لأحكام المحاكم وتأثره بها . ولكن الفارق بينهما ما يزال قائماً ؛ فالفقه يتأثر بها وهو بين الكتب ، أما القضاء فإنه ينزل إلى صميم الحياة ليعالج شؤونها ومن ثم كان تأثره بها أشد وأظهر .

عن مظهرية العلمى والعملى ، فلا يتبقى منه شىء كثير .
والقانون يمت إلى العلوم الاجتماعية بأوثق سبب . ولكل نشاط اجتماعى علم
يسجل قواعده وأحكامه ، وعلماء يبحثون ويتقبون ويسجلون . والقانون علمه
الفقه وعلماءه الفقهاء .

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

١٠٣ - مزايا الفقه والقضاء وعيوبهما :

ولكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوب .

فمزية الفقه هى نظره إلى الروابط الاجتماعية نظرة واسعة شاملة ، فلا يضيق
بخصوصية ولا يقف عند منعرج ، بل يسير قدماً إلى الأمام ، يتمشى مع التطور
ويسابق الزمن . فالفقيه أوسع أفقاً من القاضى ، وأسرع تأثراً بقوانين التطور .
ولكن عيب الفقه أنه كثيراً ما ينحرف عن الحياة العملية ، وهو فى سموه إلى
العموميات ينتعد عما فى الحياة من ملابسات وظروف خاصة فى كل قضية
من أقضيته .

ومزىة القضاء أنه دائم الاتصال بالحياة العملية ، يستمد قواعده منها ، ويحور
القانون بحيث يجعله يتمشى مع تطوراتها . ولكن عيبه نظرة ضيقة لا تحيط إلا بما

حولها ، ولا تمتد إلى ما وراء ذلك ، وشيء من البطء في التطور يتفق مع نزعة
محافظة في القضاء .

١٠٤ — وجوب التعاون بين الفقه والقضاء :

ونرى من ذلك أن للفقه مزايا ليست للقضاء ، وأن للقضاء مزايا ليست للفقه ،
وأن عيب كل منهما هو فقد مزايا الآخر ، فهما يكملان بعضهما بعضاً . ولا بد
من التعاون بين الفقه والقضاء . فالفقيه يرسم خط السير للقاضي ، والقاضي يعبد
الطريق ويمهده بعد أن فتحه أمامه الفقيه ، ثم يستفيد الفقيه من تجارب القاضي ،
فينحو بفقهه منحى يتفق مع الحياة العملية ، ويسير بعد ذلك طليعة للقاضي يكشف
الطريق أمامه .

وخير النظم القانونية هو النظام الذي ينطوى على مزاج موفق من
الفقه والقضاء .

١٠٥ — الفقه والقضاء مصدران تفسيريان للقانون عند أكثر الأمم :

وقد أصبح الفقه والقضاء في العصور الحديثة مصدرين تفسيريين للقانون
عند أكثر الأمم . ولكنهما 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 ، فتصبحت مهمة
الفقيه والقاضي تفسير القانون لا صنعه ، ولكنهما في الواقع من الأمر إذ يفسران
القانون ، كثيراً ما يكون تفسيرهما صنعاً .

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

المطلب الأول

الفقه والقضاء في القوانين القديمة

نختار من هذه القوانين النظم القانونية الأساسية ؛ وهي القانون الروماني
والشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزي .
وسنرى أن الفقه والقضاء تعاوناً في تقدم القانون الروماني وفي تقدم الشريعة
الإسلامية ، وأن القضاء كان هو المصدر الرئيسي للشريعة الإنجليزية .

§ ١ - القانون الروماني

١٠٦ - 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 ، إلى جانب التشريع ، هما المصدران الأساسيان
في تطور القانون الروماني وفي تقدمه .

١٠٧ - القضاء :

أما الحركة القضائية ، فبدأت منذ بدأ « البريطور » الروماني يتولى شؤون
القضاء . وكان هناك « بريطور » للرومانيين ، وآخر للأجانب ، الأول يطبق
القانون المدني الروماني ، والثاني يطبق « قانون الإنسانية أو قانون الشعوب » .
ولكن « البراطرة » الرومانيين سواء طبقوا هذا القانون أو ذلك ، لم يكونوا
يقتصرون على التطبيق ، بل كانوا يصنعون القانون صنفاً ، وسبيلهم إلى ذلك
« للنشورات القضائية » . فقد كان البريطور الروماني يلي شؤون القضاء سنة
واحدة ، وعند ولايته القضاء يعلن للناس « منشوراً » يضمنه ما اعتمزم على
اتباعه من القواعد القانونية . وكثير من هذه القواعد كان من شأنها إدخال

تعديلات جوهرية على القانون الروماني العتيق ، بما يتفق مع مقتضيات العدالة ، وتطور الحضارة . وكان البريطور يسلك إلى ذلك طريقاً خاصاً 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 إنكارها ولو أعطاه القانون القديم ، وكان يعطى الدعوى حيث تكون المصلحة في إعطائها ولو لم يعطها القانون القديم . مثل ذلك : كان القانون القديم لا يجعل الغش مبطلاً للعقود ، ولما أراد « البريطور » أن يرضى ما تقتضيه العدالة من جعله سبباً للبطلان ، أعطى دفعاً للمدعى عليه ، إذا كان ضحية الغش ، يدفع به دعوى المدعى ، ويجعل القاضى لا يحكم للمدعى إلا إذا لم يكن هناك غش . وهكذا خلق « البريطور » دعاوى ودفوعاً مختلفة ، كان من شأنها أن تدفع بالقانون الروماني في طريق التطور . وتوالت المنشورات القضائية ، واحداً بعد الآخر ، وكل « بريطور » يستبقى من منشورات سابقه ما أظهر العمل صلاحيته للتطبيق ويضيف إليه جديداً ، حتى استقر عنصر ثابت من هذه المنشورات ، هو الذى يتكون على مر الأعوام ، ومعه عنصر متجدد وهو عامل التطور ، وسمى كل ذلك « بالمشور المستمر » . وهذا المشور المستمر بقى إلى عهد الإمبراطورية ، ثم جمع تجميعاً رسمياً وحرّم الإمبراطور هارديان إضافة شىء إليه .

على أن هذا القانون البريطورى بقى منفصلاً عن القانون المدنى ، وبقى هذا الانفصال حتى عهد چوستينيان ، حيث امتزجا وأصبحا قانوناً واحداً هو القانون الروماني المعروف لنا اليوم . فالقانون الروماني كان إذن من صنع القضاء إلى حد كبير .

١٠٨ — الفقه :

وكان القانون الروماني من صنع الفقه أيضاً . وقد مر الفقه في القانون الروماني على أدوار ثلاثة : كان القانون في الدور الأول في يد رجال الدين يكتمون أسراره عن الدهماء ويحتكرونه احتكاراً . ثم أفشى السر وأعلنت الإجراءات القانونية للناس في دور ثان ، وأخذ الناس يتعلمون القانون بطرق عملية لا علمية ، من طريق استفتاءات يوجهونها إلى رجال القانون . وكان لكل مشتغل بالقانون تلاميذ يتصلون به ويحضرون فتواه عند استفتاءه من عملائه ، ثم يناقشونه في هذه الفتاوى . وكان القضاة أنفسهم (وهؤلاء غير « البراطرة » ، كانوا أقرب إلى الحلفين 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 أجراً على شيء من ذلك ، فقد كان أكثرهم ينتمى إلى أسر غنية ، وكان جزاؤهم على خدمتهم للقانون أن يرشحوا للمناصب الكبيرة في الدولة .

وفي الدور الثالث دخل الفقه الروماني في طريقه العلمي ، فدونت المؤلفات القانونية إلى جانب الفتاوى العملية ، وأصبح تدريس القانون علمياً أكثر منه عملياً ، واعترف للفقه بأنه مصدر رسمي للقانون الروماني . فقد جعل لبعض الفقهاء المشهورين حق إعطاء فتاوى قانونية تُلزم القضاة في أحكامهم . وبدأ الفقه العلمي بمدرستين ؛ زعيم الأولى هو الققيه « لايو » ولكنها سميت باسم تلميذه « بروكيليان » ، وزعيم الثانية هو « كاييتو » ولكنها سميت باسم تلميذه سابنيان . ولم يكن بين المدرستين البروكيلية والسابينية فرق كبير من حيث المبادئ العامة والطرق العلمية ، وأكثر الخلاف بين المدرستين إنما كان

في التفصيلات . وقد تكون المدرسة البروكيلية أكثر محافظة على المبادئ الجمهورية ، إذ كان زعيمها « لايبو » جمهورياً مخلصاً حتى بعد استقرار الإمبراطورية . أما المدرسة السابينية فقد كانت أكثر تمسكاً مع المبادئ الإمبراطورية 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 ذكراً وأعظمهم أثراً : جاييس وپاپينيان والپيان وپول ومودستين .

ولما استأثر الإمبراطرة بالأمر منعو الترخيص للفقهاء بالفتاوى الملزمة ، فلبجاً الناس إلى كتب الفقهاء القدماء ، وفي مقدمتهم پاپينيان . وقد علق تلميذاه الپيان وپول على مؤلفاته وخالفاه في كثير من آرائه ، فأمر الإمبراطور قسطنطين بأن تعتمد آراء پاپينيان دون تلميذيه . وفي أوائل القرن الخامس الميلادي اعتمد الإمبراطرة آراء خمسة الفقهاء المتقدم ذكرهم ، وآراء الفقهاء الذين نقل عنهم هؤلاء الخمسة ، فإذا تضاربت الآراء اعتمد رأى الأغلبية ، فإذا تساوت رجح الجانب الذي انحاز له پاپينيان ، إذ كان يعتبر أكبر فقيه روماني . ولما وضع جوستينيان مجاميعه القانونية المشهورة أخذها من أقوال هؤلاء الفقهاء الخمسة ومن نقل عنهم هؤلاء الفقهاء . ونرى من ذلك الأثر الكبير الذي كان للفقه في صنع القانون الروماني وفي تطوره .

على أن لنا ملاحظتين على الفقه الروماني :

(الملاحظة الأولى) : تقدم القضاء الفقه في القانون الروماني وكان له أكبر الأثر في تكوين القانون . فقد رأينا « المنشور القضائي » يظهر وينمو ويتطور قبل عصر الفقه العلمي وقبل ظهور الفقهاء المشهورين . فالقانون الروماني بدأ قضاء وانتهى فقهاً .

(الملاحظة الثانية) : كان كبار الفقهاء الرومانيين من رجال العمل ، كانوا رجال سياسة ووزراء و « براطرة » ، فقد كان پاپنيان ومن بعده البيان وپول من كبار وزراء الدولة ، ولا يكاد يشذ عن هذه القاعدة إلا جاييس ، فالظاهر أنه كان أستاذا يدرس القانون في روما ولم يتول منصباً عملياً . فالفقه الروماني كان إذن مشبعاً بالروح العملية ، ولم تكن الشقة بعيدة بينه وبين القضاء . وهذا يفسر ما كان للفقه من أثر في القضاء .

§ ٢ - الشريعة الإسلامية

يمكن تقسيم الشريعة الإسلامية من حيث أثر الفقه والقضاء في تكوينها إلى ثلاثة عهود : عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم العهد الذي تلاه إلى وقت تدوين الفقه ، ثم من وقت تدوين الفقه إلى عهدنا هذا . وتتكلم عن هذه العهود الثلاثة وتتبعها بمقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني .

١٠٩ - العهد الأول :

هو عهد النبي عليه السلام ، وكان للشريعة الإسلامية في ذلك العهد مصدران : الكتاب والسنة ، وكلاهما وحى ودين . فالدين إذن كان المصدر الوحيد للشريعة الإسلامية في ذلك العهد . أما الفقه فلم يكن له محل والرسول موجود بين الناس ينزل عليه الوحي ، والمسلمون يتلقون عنه أمور دينهم وديناهم . على أن النبي عليه السلام أقر الرأي كمصدر للشريعة الإسلامية حيث يعوز الكتاب والسنة ، فقد بعث معاذ بن جبل إلى اليمن ، ولما سأله بماذا يقضى فأجابه معاذ بالكتاب والسنة ثم يجتهد برأيه ، أقره النبي على ذلك .

والقضاء لم يكن كذلك مصدراً رسمياً للشريعة الإسلامية في ذلك العهد ، وقد كان النبي أول قاض في الإسلام ، وكان قضاؤه ملزماً لاعلى أنه قضاء ، بل على

أنه سنة . فهو إذا قضى في حادثة كانت له صفتان : صفة المشرع فيما يلهمه 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 ينكرها عليه الناس منذ آمنوا برسالاته ، أما صفة القاضي فقد ترددوا في التسليم له بها ، حتى نزلت الآيات القاطعة في إثباتها له (١) .

قضاء النبي عليه السلام يتضمن عنصرين : القاعدة القانونية التي يقرها ، وهذه هي السنة وهي ملزمة بهذا الوصف ، والوقائع التي يقضى فيها وقضاؤه غير ملزم في ذلك ، إذ يجوز عليه الخطأ .

١١٠ - العهد 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 الإسلامية ، وكان الفقه يمزج بالقضاء والقضاء يمزج بالفقه ، وكل منهما يماشى الآخر . ولكن الفقه أخذ يتغلب شيئاً فشيئاً حتى تمت له الغلبة في العهد الثالث . وآية امتزاج الفقه بالقضاء في هذا العهد الثاني أن وُجد القاضي الفقيه

(١) قال الله تعالى : فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً . ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالاً بعيداً . . . فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ، ويسلموا تسليماً . وقال عز وجل : « فاحكم بينهم بما أنزل الله » . ثم إن النبي عليه السلام كان معصوماً بصفته مشرعاً ، ولم يكن معصوماً بصفته قاضياً ، وقد قال تأكيدياً لهذا المعنى : « إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أفضى له قطعة من نار » .

وقد تأثر الفقه بقضائه ، ووُجد الفقيه المفتى وقد تأثر القضاء بفقيهه ، فكان من الصعب تمييز الفقه عن القضاء في ذلك العهد ، إذ كان القاضى فقيهاً والفقيه قاضياً . إلا أن حركة الفقه كمصدر للشريعة الإسلامية أخذت في القوة وحركة القضاء أخذت في الضعف ، إلى أن تغلب الفقه على القضاء بعد أن استكمل نضوجه ، وصار هو وحده إلى جانب الدين مصدراً للشريعة الإسلامية ، ولكن ذلك لم يتم إلا في العهد الثالث كما قدمنا . أما في العهد الثاني فقد كان للقضاء شأن في تكوين الشريعة الإسلامية 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 وتابعى التابعين وغيرهم بعد أن فصل الخلفاء ما بين القضاء والولاية . وكان أكثر القضاة مجتهدين وأقلهم مقلدين . واشتهر عمر بالقضاء ، وتولاه بنفسه وولى غيره عليه ، وولى أبا الدرداء المدينة ، وولى شريحاً 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 إذا أشكل عليه أمر »^(١) ، وفي المبسوط للسرخسي « أن عمر كان يستشير الصحابة مع فقهه ، حتى إذا رفعت إليه حادثة قال ادعوا لى علياً ، وادعوا زيداً . . فكان يستشيرهم ، ثم يفصل بما اتفقوا عليه » ، وترى من هذا كيف أن القضاء كان يتأثر بالفقه . على أن القضاء كان يؤثر في الفقه بدوره ، فقد قدمنا أن القضاة كانوا غير مقلدين فكانوا يجتهدون برأيهم ، سبقهم إلى ذلك معاذ بن جبل فيما مر بنا ، ولعمر

(١) تاريخ القضاء في الإسلام للقاضى محمود بن عرنوس ص ١٩ .

مواقف معروفة في استعمال الرأي ، بل يصح أن يقال إنه هو المؤسس لمدرسة الرأي . وقد وضع من القواعد القانونية في الشؤون الإدارية والمالية والحربية والسياسية والمعاملات والأحوال الشخصية ما يتلاءم مع إمبراطورية ناشئة ، وأمة تركت الصحراء ، فخالطت المدنيات القديمة ، وجدت لها حاجات كثيرة . وكان القاضي يأخذ بقضاء سلفه ، فعمرو يأخذ بقضاء أبي بكر ، وعثمان يأخذ بقضاء صاحبيه ، والفقهاء وراء القضاة يأخذون عنهم فتاواهم^(١) .

هذا هو شأن القضاء وتأثيره في تكوين الشريعة الإسلامية ، وأثره في الفقه وأثر الفقه فيه . أما الفقه فلا يقل عن القضاء تأثيراً وأثراً ، فقد كان في ذلك العهد أن وضع الفقهاء أسس الفقه الإسلامي . وقد انقسم هذا الفقه مدرستين ؛ أهل الحديث وأهل الرأي . بدأ المدرستان تكوّنان نزعيتين عند الصحابة والتابعين وتابعيهم ، فريق منهم يحافظ على القديم ويكثر من حفظ الحديث ولا يكاد يفتي إلا به ، وهؤلاء في الغالب من بقي من فقهاء المسلمين في الحجاز^(٢) ، وفريق آخر رحل عن الحجاز ، وفي الإمبراطورية الإسلامية الواسعة الأطراف وجد مدنيات تختلف عما ألفه ، وواجه أموراً غير التي عرفها ، وكل هذا يقتضي تجديداً

(١) فالعراقيون يجمعون « قضايا عليّ وفتاواه ، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة ، ثم يستخرجون منها ويستنبطون » . ضحى الإسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ٢ ص ١٧١ . « وابن مسعود فقيه جليل يتأثر عمر بن الخطاب في دقة نظره وحرثه ، وعلى بن أبي طالب خلف مجموعة من القضايا والفتاوى لأهل العراق حفظت عنه وعدت دستوراً ... وشريح مارس القضاء نحو ستين سنة في العصر الأموي ، فلابس الحياة العملية ، وقد دعم مذهب الرأي بدعائم قوية ، وكان له أكبر الأثر في تلوينه وتمييزه » المرجع السابق جزء ٢ ص ١٨١ . 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 علي قضاء إلا وقد علمته » . المرجع السابق جزء ١ ص ٢٠٩ .

(٢) كالعباس ، وعروة بن الزبير ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وسعيد بن المسيب ، والزهرى ، ونافع .

وتطوراً ، فالإلى الاجتهاد والرأى (١) .

على أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث كلهم كانوا من الحجاز ، فإن منهم من كان فى العراق كالشعبى ، وليس معناه أن أهل الرأى لم يكن أحد منهم فى الحجاز ، فقد كان فى الحجازيين من هو من أهل الرأى كربيعة ، ، بل إن عمر يمكن اعتباره المؤسس لمدرسة الرأى كما قدمنا ، فقد كان جريئاً فى اجتهاده حتى نسخ بعض الأحكام المأثورة عن النبى عليه الصلاة والسلام لما تغيرت ظروفها ، (كما فعل فى حرمان المؤلفلة قلوبهم وفى إيقاع الطلاق الثلاث) . كما أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث لم يكونوا يعملون بالرأى أصلاً ، فقد كانوا يقولون به ولكن فى حدود ضيقة ، ولم ينكره إلا مذهب الظاهريين وعلى رأسه داود الظاهرى . وليس معناه أن أهل الرأى لم يكونوا يأخذون بالحديث ، فقد أخذوا به ، ولكن لم يصح عندهم منه إلا القليل .

الفرق إذن بين المدرستين إنما كان فى الاتجاهات العامة والنزعة لافى التفاصيل ، فأهل الحديث هم المحافظون الذين يريدون البقاء على التقاليد الأولى للإسلام ، فلا يخرجون على آثار السلف الصالح إلا بالقدر الذى تحتمه الضرورة ، فهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة البروكيلية فى الشريعة الرومانية . وأهل الرأى هم الأحرار المجددون الذين يتمشون مع انتشار الإسلام وانتظامه الأمم المختلفة والمدنيات المتنوعة فى إمبراطورية مترامية الأطراف ، فيحكمون العقل لا التقاليد حتى تنسع الشريعة الإسلامية لما أظلته من مدنيات وماسيطرت عليه من شعوب ، وهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة السابينية . ثم قويت النزعتان ، وتحددت كل نزعة حتى أصبحت مدرسة لها قواعدها ولها فقهاؤها . ثم ما لبثت

(١) كعبد الله بن مسعود ، وعلقمة ، ومسروق ، وشريح ، والأسود النخعى ، وإبراهيم النخعى ، وحماد .

المدرستان أن أخذتا في التقارب شيئاً فشيئاً حتى كادتتا تمتازان على النحو الذى سنراه .

ويعيننا الآن أن نرى كيف كان نصيب الفقه فى تكوين الشريعة الإسلامية كبيراً كنصيب القضاء .

كانت مصادر الشريعة الإسلامية فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الكتاب والسنة ، فزادها الفقه فى هذا العهد الثانى مصدرين آخرين ؛ الإجماع والقياس ، وهما المصدران الخصبان اللذان يكفلان للشريعة الإسلامية مروتها على مر الزمن .

أما الإجماع فقد اعترف به كل من المدرستين بقدر واحد ، ووجدت فكرة تنظيم رأى من طريق الاستشارة . وقد رأينا أن الخلفاء والقضاة كانوا يستشيرون أهل الفقه ، فإذا أجمع رؤوس الناس وخيارهم على أمر قضوا به . وقد بدأ الإجماع يكون مقصوراً على الصحابة . ثم امتد إلى التابعين ، فتابعيهم ، ثم صار أخيراً إجماع المجتهدين من أمة محمد فى عصر من العصور . وفى هذا تطور للإجماع من شأنه أن يجعل الفكرة خصبة قابلة لتطور جديد ^(١) .

أما القياس ، ويؤخذ هنا بمعناه الواسع أى الرأى والاجتهاد ، فقد اختلفت المدرستان فى الأخذ به اختلافاً بيّناً ، فأهل الرأى يكثرون من القياس والتفريع

(١) وقد وجد الفقهاء سند الإجماع فى حديث للنبي عليه الصلاة والسلام « لا تجتمع أمتى على ضلال » . ونقل جولدزيهير المستشرق المشهور فى كتابه « العقيدة والقانون فى الإسلام » (ص ٢٥) عن طبقات الشافعية للسبكي جزء ٢ أن الشافعى رأى سند الإجماع فى قوله تعالى فى سورة النساء : ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ، ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ، ونصله جهنم وساعت مصيراً . انظر أيضاً مفاتيح الغيب للفخر الرازى جزء ٣ ص ٣٨ ، وشنوك هر جروج المستشرق المعروف فى مجلة تاريخ الأديان سنة ١٨٩٨ مجلد ٣٧ ص ١٧ . والظاهر أنه يصعب العثور على سند واضح للإجماع فى القرآن ، وأن الفقهاء هم الذين صاغوا هذا المبدأ مصدراً للشريعة الإسلامية .

والاستنباط ، ويفرضون الفروض الممكنة وغير الممكنة حتى اشتهروا بذلك .
وأهل الحديث لا يلجأون إلى القياس إلا في القليل النادر من المسائل ، ولا يفرضون
فرضاً لم يقع .

١١١ — العهد الثالث :

ويبدأ من وقت تدوين الفقه إلى وقتنا هذا .

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

وقد ظهر في أول هذا العهد أئمة المذاهب المعروفة وغيرها من المذاهب التي
اندثرت^(٢) . والواقع من الأمر أن هؤلاء الأئمة ختموا عهداً بدأها غيرهم ، وكان
عملهم الإنشائي في الفقه أقل من عملهم التنظيمي ، فقد كان الفقه قد استكمل
نضوجه على يد الفقهاء المتقدمين ، وأصبح ، ولا 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

(١) انظر في طريقة أبي حنيفة في استنباط الأحكام الشرعية كتاب الأستاذ لامير في
القانون المقارن ص ٣٥٣ وما بعدها . ومن رأى الأستاذ لامير أن ما يشير به الفقيه الفرنسي
(جني) من وجوب استنباط الأحكام القانونية بطريق البحث العلمي الحر هو ما سار عليه
أبو حنيفة فعلاً في استنباط الأحكام الشرعية .

(٢) كذهب الأوزاعي ، ومذهب سفيان الثوري ، ومذهب داود الظاهري ، ومذهب
ابن جرير الطبري وغيرها .

تسجيل فقه من تقدمهم وتجميعه مع تنظيمه ووضعه على أسس منطقيّة^(١) . وإذا كان لهذا العهد الثالث عمل إنشائي في الفقه ، فقد كان ذلك في التعريفات التفصيلية ، وفي محاولة إدخال قواعد العدالة والمصلحة العامة مصدراً جديداً للشرية الإسلامية ، باسم الاستحسان عند أبي حنيفة والمصالح المرسلّة عند مالك ، وفي وضع مبادئ علم أصول الفقه^(٢) . ومن المبالغة أن نرى في هذه المذاهب المتعددة مدارس مختلفة في الفقه ، فقد كانت متفقة إلى حد كبير في الأسس والمبادئ الرئيسية ، ويكاد ينحصر الخلاف في بعض الفروع التفصيلية^(٣) . ولولا تعصب فقهاء كل مذهب لمذهبهم ، ولا سيما المتأخرين من الفقهاء لاندجحت هذه المذاهب وأصبحت مذهباً واحداً ينتظم أهل السنة جميعاً .

ورجل هذا العهد هو الفقيه ، فقيه 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 ورفعتّه إلى أعلى الدرجات . بز الفقيه القاضي^(٤) ، ومنع من

(١) ومن هنا كان الإجماع كمصدر للشرية الإسلامية ضرورة طبيعية لا حاجة فيها إلى سند من كتاب أو سنة (وقد رأينا كيف حاول الفقهاء العثور على هذا السند) . فإنه لما كان الفقه والقضاء مصدرين للشرية الإسلامية ، وتعدد الفقهاء والقضاة ، وجب تنظيم حركة الفقه والقضاء ، واستخلاص ما استقر عليه الرأي فيهما ، والأخذ به باعتباره إجماعاً .

— ١١ (٢) وأول كتاب معروف فيه رسالة للشافعي .

(٣) على أن أئمة هذه المذاهب قد تلتق بعضهم الفقه عن البعض الآخر واهتدى بهديه ، فحمد رحل إلى المدينة وأخذ عن مالك ، كما أخذ الشافعي عن مالك ومحمد ، وأخذ أحمد بن حنبل عن الشافعي .

(٤) أما أن الفقيه كان يصارع 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 قضاؤه من طريق الاجتهاد لا يستطيع . وقد نقل الأستاذ 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 =

ظهور المشرع^(١) وانفرد يخلق في سماء القانون .

وقد كان الخير في أن يبقى هذا المزاج الموفق بين الفقه والقضاء في تكوين الشريعة الإسلامية ، وهو ما شاهدناه في العهد الثاني ، فإن الفقيه لما استأثر بالأمر في العهد الثالث ابتعد عن الحياة العملية^(٢) وأكثرت من الفروض الخيالية ، فحمد الفقه ، وقد ما يغذيه من عناصر الحياة الخارجية^(٣) ، ثم وقفت حركته ، وأقلل باب الاجتهاد^(٤) . فإذا أريد الإصلاح وجب أن يرجع للقضاء شأنه ، وأن يفتح

— نشأ من ذلك من التعصب للمذاهب ، أمر برفض فروع الفقه ، وأن الفقهاء لا يفتون إلا بالكتاب العزيز أو السنة النبوية ، ولا يقلدون أحداً ، وأن تكون أحكام القضاة بما يؤدي إليه اجتهادهم في الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، ولكن ذلك لم يدم طويلاً ، بل عاد الحال كما كان بعد وفاة هذا الأمير .

(١) وقد حاول ابن المقفع أن يدفع المنصور إلى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية فلم ينجح ومما ذكره له في كتابه الذي رفعه إليه : « فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة ، فترفع إليه 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 كتاباً جامعاً ، رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً ، ورجونا أن يكون اجتماع السير قرينة لإجماع الأمر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه » . تاريخ القضاء ص ٨٥ .

(٢) وكان البعد عن القضاء يعد تنزهاً ومفخرة عند بعض الفقهاء . جاء في كتاب ضحى الإسلام جزء ٢ ص ١٨٤ : « كانت هناك نزعة عند بعض العلماء ترى في تولي الوظائف السلطانية تعريض الدين للخطر ، حتى أن كثيراً من المحدثين لا يروون حديث من تقرب إلى السلطان . وأن كثيراً عابوا أبا يوسف من أجل توليه القضاء ، والحكايات من هذا القبيل كثيرة ، قال محمد بن جرير الطبري : إنه قد تحامى حديث أبي يوسف قوم من أهل الحديث ، من أجل غلبة الرأي عليه وتفريعه الفروع والأحكام ، مع صحبة السلطان وتقلده القضاء . ولعل السببين هما الباعثان لأبي حنيفة على امتناعه من تولي القضاء في العهد الأموي ... وفي الدولة العباسية .

(٣) انظر رأى الأستاذ لامير في ضرر الأخذ بالرأى إذا لم ترشده وتسند عناصر الحياة الخارجية ، في كتابه في القانون المقارن ص ٣٦١ .

(٤) بعد أن رتبت طبقات الفقهاء ، فطبقة المجتهدين في الشرع ، وطبقة المجتهدين في المذهب ، وطبقة المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب المذهب ، وأصحاب التخريج ، وأصحاب الترجيح ، وأصحاب التمييز ، وطبقة المقلدين . ومذ وصلنا إلى طبقة المقلدين أقلل باب الاجتهاد .

في الفقه باب الاجتهاد من جديد ، وأن يقوم التشريع إلى جانب الفقه والقضاء
فتتغذى الشريعة الإسلامية من هذه المصادر الثلاثة^(١) .

١١٢ - مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني :

إذا قارنا بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني أمكننا أن نلاحظ ما يأتي :
(أولاً) بدأ القانون الروماني قضاء وانتهى فقهاً كما قدمنا ، أما الشريعة
الإسلامية فقد بدأت فقهاً وقضاء وانتهت فقهاً ، فهي تشترك مع القانون الروماني
في النهاية وتختلف عنه في البداية . وقد يكون الخلاف في البداية راجعاً إلى أن
الفقه الإسلامي وجد منذ نشوء الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً متماسكاً ، دعامته
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 .

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 بمدريستين ، وتكوّن في نحو قرنين ، وتدعم بأئمة أعلام
ختموا العهد الخصب في تكوين 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 .

(١) ولما كان الإجماع هو المنظم للفقه والقضاء فيما مر بنا (ويتدخل في الرأي والقياس ،
إذ ليس هذان إلا فقهاً وقضاء) ، فإنه من المستطاع أن يكون الإجماع منظمًا للتشريع أيضاً ،
وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . فالإجماع إذن يأتي بعد الكتاب والسنة ؛ (وهما بمثابة دستور
للشريعة الإسلامية) لينظم كلا من الفقه والقضاء والتشريع .

(ثانياً) لم تسلك الشريعة الإسلامية في نموها الطريق الذي سلكه الفقه الروماني ، فإن هذا القانون بدأ عادات كما قدمنا ، ونما وازدهر من طريق الدعوى والإجراءات الشكلية ، أما الشريعة الإسلامية فقد بدأت كتاباً منزلاً ووحياً 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 الإسلامية الاستحسان والمصالح المرسلة وديوان المظالم وإن كانت أقل إمعاناً في التوغل وأضعف أثراً . وفقهاء المسلمين ، كفقهاء الرومان ، شادوا الشريعة الإسلامية على الجزئيات والفروع ، ولم يستخلصوا منها الأصول والمبادئ إلا في القليل النادر (كما في الأشباه والنظائر) ، إلا أن فقهاء المسلمين امتازوا على فقهاء الرومان ، بل امتازوا على فقهاء العالم ، باستخلاصهم أصولاً ومبادئ عامة من نوع آخر هي أصول استنباط الأحكام من مصادرها ، وهذا ما سموه بعلم أصول الفقه .

§ ٣ — القانون الانجليزي

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

(١) على أن كل مصادر الشريعة الإسلامية قابلة للتطور ، وقد تطورت بالفعل ، ففي الكتاب الناسخ والمنسوخ ، وفي السنة هذا أيضاً ، على أن السنة لم تتحدد إلا في القرن الثالث بعد أن كثرت نسبة الحديث للنبي عليه الصلاة والسلام مما أدخل في السنة عنصراً كبيراً من المرونة (انظر لامبير في القانون المقارن ص ٣٢٠) ، وفي الإجماع تطور ، إذ أن الإجماع ينسخ الإجماع ، وفي القياس (أى الرأي والفقه والقضاء) تطور ، ولا أدل على ذلك من مذهبي الشافعي العراقي والمصري .

(١) لم يتأثر الإنجليز بالقانون الروماني إلا إلى حد محدود ، ولم يكن عندهم قانون سماوي يكون أساساً لحركة فقهية كما تم ذلك في الشريعة الإسلامية .
(٢) لم يكن أمام الإنجليز إذن غير العادات السكسونية والعادات النورماندية تبدأ بها شريعتهم . وحيث يكون القانون مجموعة من العادات ، فإن القضاء هو خير أداة لتقريرها ، فيتلمس الناس التقرير الرسمي لهذه العادات في قضاء المحاكم .
(٣) وللعقليات الإنجليزية أثر كبير في جعل القضاء مصدراً للقانون . فهي عقلية عملية ، تتجافى عن النظريات والتفكير المنطقي وتسكن إلى الحقائق الواقعة ، وعقلية كهذه نجد قانونها في القضاء لا في الفقه .

لا يكاد يكون للفقه إذن نصيب في تكوين القانون الإنجليزي ولا سيما في العصور السالفة ، وإذا وجد في العصور الحديثة بعض فقهاء من الإنجليز انقطعوا للفقه وتخصصوا للدراسة النظرية ، ففي الماضي لم يكن هناك فقيه انصرف للفقه الخالص ، بل كان بعض القضاة والمحامين يقومون بعمل بعض المؤلفات الفقهية التي تغلبت فيها الصبغة العملية .

فالقضاء هو الذي كوّن القانون الإنجليزي وأصبح مصدره الرسمي . ولم تكن القوة الملزمة للقضاء إلا نتيجة لأحكام القضاء نفسها ، فالقضاء الإنجليزي هو الذي فرض نفسه ، وأخذ الناس بالسوابق القضائية ، وساعده على ذلك أنه كان قليل العدد ، كبير الكفاية ، عزيز المكانة الاجتماعية ، فبنى من التقاليد ما جعل الناس يألفون احترام أحكامه ، وتدرج في هذا الطريق حتى أصبحت أحكامه ملزمة .
ويمكن تقسيم القضاء الإنجليزي إلى ثلاثة عهود :

١١٤ — العهد الأول :

من وقت الفتح النورماندي في النصف الأخير من القرن الحادي عشر إلى قيام محاكم « العدالة » في القرن الرابع عشر . وفي هذا العهد أنشأ النورمانديون

محاكم عامة للبلاد ، بعد أن كانت المحاكم محلية ، وصارت هذه المحاكم تنتقل من جهة إلى أخرى ، ثم تتجمع في لندن . وهذه هي المحاكم التي وضعت أساس القانون الإنجليزي ، فإنها وحدت العادات المتضاربة المختلفة في البلاد الإنجليزية وصاغت هذه العادات مبادئ القانون الإنجليزي المعروف باسم « القانون العام Common Law » . « فالقانون العام » إذن أساسه العادات القديمة ، ولكن القضاء الإنجليزي تناول هذه العادات المتفرقة المبهمة المتناقضة فجمع شتاتها ، ووضح معالمها ، وصاغها قانوناً قابلاً للتطبيق .

وقد انقسمت الآراء في تحديد نصيب القاضي في صنع « القانون العام » . فريق (على رأسه هيل و بلاكستون) يرى أن القاضي لم يصنع « القانون العام » بل إن هذا القانون هو وليد العادات ، والقاضي يكشف عن هذه العادات ويقررها قانوناً . ويذهب فريق آخر (على رأسه أوستن ودايسى) إلى أن القاضي هو الذي صنع « القانون العام » ، وأن العادات ليست إلا مصدراً تاريخياً للقواعد القانونية لا مصدراً رسمياً لها . ولكن النظرية الحديثة تأخذ بالقدر الصحيح في كل من النظريتين ، فتجعل « للقانون العام » الإنجليزي مصدرين ؛ العادات والقضاء . فتارة كان القاضي يرى أمامه عادات موجودة وما عليه إلا أن يطبقها ، فهو في هذه الحالة يكشف عن القانون ويقرره ، لا ينشئه ويصنعه . وطوراً كان يتفقد القاعدة القانونية ، فلا يجدها في عادات محدودة واضحة ، فيضع القاعدة بعد أن يحرر العادات ويهذبها ، وهو في هذه الحالة ينشئ القانون ويصنعه ، لا يكشف عنه ويقرره .

١١٥ — العهد التالي :

من وقت قيام محاكم « العدالة » في القرن الرابع عشر ، حتى وقت توحيد « قانون العدالة » و « القانون العام » في أواخر القرن التاسع عشر .

والسبب في قيام « محاكم العدالة » هذه أن « القانون العام » كان شديد التعقيدات ، كثير الأوضاع والأشكال ، بطيء التطور . فأنشأ « مستشار الملك » ديواناً ينظر في المظالم ، وينصف الناس من جمود « القانون العام » . وما زال هذا الديوان يتسع ويتحدد اختصاصه حتى انقلب محاكم (Court of chancery) تأخذ بقواعد العدالة ، غير مقيدة بتقاليد « القانون العام » وما تضمنه من أوضاع وأشكال^(١) . وصارت الأحكام التي تصدرها « محاكم العدالة » سوابق قضائية (Case Law) ملزمة ، لا يجوز الانحراف عنها في القضايا المماثلة .

« فمحاكم العدالة » هي التي خلقت إذن « 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 .

١١٦ - المهر الثالث :

من وقت توحيد « قانون العدالة » و « القانون العام » إلى وقتنا هذا . رأينا نشوء « قانون العدالة » وتطوره ونموه ، حتى صار قانوناً مستقلاً إلى جانب « القانون العام » له محاكم تطبقه ومؤسسات تشرحه . وبقى 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 إذن أن « القانون العام » لا ينفذ إلا حيث لا يصطدم مع « قانون العدالة » ، وفي هذا ظفر عظيم « لمحاكم العدالة » « ولمبادئ العدالة » . وقد تم

(١) انظر في بعض الأمثلة كتاب الأستاذ محمد فؤاد مهنا باللغة الفرنسية في « نصيب القاضي في صنع القانون الإنجليزي وفي صنع الشريعة الإسلامية » ، باريس سنة ١٩٣٠ ص ٧٨ ، ص ١٠٦ .

تسجيل هذا الظفر في أواخر القرن التاسع عشر ، إذ صدر قانون في سني ١٨٧٣ —
١٨٧٥ يمزج « محاكم العدالة » بمحاكم « القانون العام » ، ويخلق منها نظاماً
واحداً يطبق « القانون العام » في النواحي التي لم يدخل عليها « قانون العدالة »
تعديلاً ، وإلا فقانون العدالة هو الذي يطبق . وهكذا اختلط « القانون العام »
« بقانون العدالة »^(١) وصار قانوناً واحداً هو في الواقع من صنع القضاء .

المطلب الثاني

الفقه والقضاء في القوانين الحديثة

١١٧ — نزعاته مختلفاته في القوانين الحديثة :

أما في القوانين الحديثة فنصيب الفقه والقضاء يختلف حسب النزعة المتغلبة .
وهناك نزعتان مختلفتان في القوانين الحديثة ، النزعة السكسونية والنزعة الرومانية .
فالنزعة السكسونية تسود حيث يوجد القانون الإنجليزي ، في بريطانيا
وأمریکا وأستراليا وجنوب أفريقيا والهند وغيرها من البلاد . وهي لا تقيم للفقه
وزناً كبيراً ، ولكنها تأخذ بالقضاء فتجعله من أهم المصادر الرسمية للقانون .
والنزعة الرومانية تتجلى في البلاد الألمانية كألمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا ،
وهذه النزعة لا تعطي للقضاء هذا الشأن الكبير ، فلا تجعله مصدراً رسمياً
للقانون^(٢) ولكنها تعني به فتجعله مصدراً تفسيرياً هاماً . أما الفقه فيرتفع عندها
إلى مكانة تداني مكانة القضاء ، فهو إذا لم يكن مصدراً رسمياً للقانون فإن له

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

(٢) على أنه يوجد نص في القانون السويسري يقضي بأن القاضي إذا لم يجد نصاً في
القانون ينطبق على القضية التي أمامه ، يحكم فيها كما لو كان هو المشرع وطلب إليه أن يضع
القاعدة القانونية التي تنطبق على القضية . لكن تشريعه لا يتجاوز هذه القضية بالذات .

شأناً كبيراً كمصدر تفسيري . فالفقه والقضاء في هذه البلاد مكاتهما واحدة من حيث هما مصدران تفسيريان ، وإن كان البعض يعتبر القضاء مصدراً رسمياً ، كما سنرى .

ونختار القانون الإنجليزي ممثلاً للنزعة السكسونية ، والقانون الفرنسي ممثلاً للنزعة الرومانية ، وتتبع ذلك بيان نصيب الفقه والقضاء في تكوين القانون المصري .

§ ١ — النزعة السكسونية

١١٨ — الفقه والقضاء في القانون الإنجليزي الحديث :

أما الفقه فلا شأن له في تكوين القانون الإنجليزي كما رأينا ، وإن كان هناك من الشواهد ما يدل على أن رجال القانون في إنجلترا أخذوا يهتمون بالفقه ، فإن التوسع في تدريس القانون في الجامعات كان من شأنه أن يصرف البعض إلى دراسة القانون دراسة فقهية . ومن أشهر فقهاء الإنجليز في هذا العصر الحديث بولوك ودايسى وهولند وأنسون ، ولكن الفقيه لا يزال بعيداً عن التأثير في القانون الإنجليزي ، بله تكوينه ، ولا يزال القانون الإنجليزي من صنع القاضي ومن صنع المشرع .

ولا شأن لنا بالمشرع هنا ، وإنما الذي يهمنا هو القاضي . فقد قدمنا أن « القانون العام » و « قانون العدالة » امتزجا وصارا قانوناً واحداً تطبقه المحاكم الإنجليزية 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 الإنجليزية ، وبعبارة أخرى يعتبر قضاء مجلس اللوردات قانوناً يجب تطبيقه في القضايا المماثلة ، وتلتزم بتطبيقه محاكم أول

درجة ومحكمة الاستئناف ومجلس اللوردات نفسه (ولا يمكن العدول عنه إلا بسن قانون) . وقضاء محكمة الاستئناف يلزمها ويلزم محاكم أول درجة باعتباره قانوناً يجب تطبيقه في القضايا المتماثلة ، أما قضاء المحاكم الدنيا بالنسبة للمحاكم العليا فإنه ملزم لا تجوز مخالفته إلا إذا توافر شرطان : (الشرط الأول) أن يأتي هذا القضاء مخالفاً للقانون أو العدالة ، (الشرط الثاني) ألا يكون قد مضى عليه وقت طويل حتى لا يطمئن الناس إلى استقراره ويجرون في تعاملهم على مقتضاه (١) .

ونرى من ذلك إلى أي حد وصل احترام القضاء في القانون الإنجليزي ، وكيف أن المحاكم الإنجليزية تأخذ بالسوابق القضائية باعتبارها قانوناً ملزماً . ولما كان القضاء الإنجليزي على هذا القدر من الأهمية ، فقد جمعت السوابق القضائية في مجلدات ضخمة (Law Reports) يرجع إليها رجل القانون في إنجلترا ، كما يرجع رجل القانون في فرنسا إلى نصوص التقنينات الفرنسية . وترجع هذه السوابق القضائية في القدم إلى القرن الثالث عشر .

٢ § — النزعة الرومانية

١١٩ — الفقه والقضاء في القانون الفرنسي الحديث :

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

(١) أما قضاء المحاكم الأخرى ، كالمحاكم الإيرلندية والمحاكم الأمريكية ومحكمة استئناف المستعمرات ، فهو غير ملزم للمحاكم الإنجليزية ، وإنما تستأنس به هذه المحاكم على النحو المتبع في البلاد اللاتينية والجرمانية . ويلاحظ أن قضاء مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف ومحاكم أول درجة لا يكون ملزماً إلا في المبادئ التي يكون تقريرها ضرورياً للفصل في الأقضية التي ورد فيها هذا القضاء . أما المبادئ القانونية التي يقررها القضاء على سبيل التبسط والتوسع ، فهي غير ملزمة . انظر في القضاء الإنجليزي سالوند في علم أصول القانون لندن سنة ١٩٢٥ الطبعة السادسة ص ١٥٩ — ١٧٨ .

الثانى . فهذا الارتفاع فى مكانة الفقه ، وهذا النزول فى مكانة القضاء يقرب الشقة بينهما ويجعلهما متداني الأثر فى القانون الفرنسى . والفقه والقضاء — على الرأى الراجح — كلاهما مصدر تفسيرى فى القانون الفرنسى الحديث ، وليس بمصدرين رسميين كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، وكما هو الحال فى القانون الإنجليزى بالنسبة للقضاء .

١٢٠ — القضاء :

وإذا كان القضاء فى فرنسا قد أخذت أهميته تزداد شيئاً فشيئاً وقد اقترب منه الفقه ، فتارة يقتفى أثره ، وطوراً يسير فى طليعته ، فإنه لا يزال من الناحية النظرية معادلاً للفقه من حيث أنه مصدر تفسيرى لا مصدر رسمى ، وإن كان من الناحية العملية يمتاز على الفقه فى أن أحكامه هى التى تنفذ على المتقاضين . على أن السوابق القضائية (Précédents) فى فرنسا يستأنس بها ، وليست ملزمة كما هو الأمر فى إنجلترا على ما قدمناه . وكثيراً ما تصطدم المحاكم الاستئنافية مع محكمة النقض فى أحكامها ، بل كثيراً ما تعدل محكمة النقض نفسها عن المبادئ التى قررتها . ولا يكون حكم محكمة النقض ملزماً إلا فى حالة واحدة بأن يطعن فى حكم بطريق النقض فينقض ، وتحال الدعوى إلى محكمة استئنافية غير المحكمة الاستئنافية التى أصدرت الحكم ، فتقضى فيها مخالفة محكمة النقض ، فإن رجع نقض آخر عن الحكم الثانى لنفس الأسباب الأولى ، فإن محكمة النقض والإبرام تقضى بدوائرها مجتمعة « Toutes Chambres Réunies » فى هذا النقض ، فإن قضت بنقض الحكم الثانى لنفس الأسباب التى نقضت من أجلها الحكم الأول ، فإنها تحيل الدعوى إلى محكمة ثالثة من محاكم الاستئناف ، وفى هذه الحالة

تلتزم هذه المحكمة بتطبيق المبدأ الذي قرره محكمة النقض . على أن هذا الإلزام مقصور على قضية معينة بالذات لا يتجاوزها إلى القضايا المماثلة .
على أن الفرنسيين حريصون على ألا يجعلوا أحكام القضاء قانوناً ملزماً احتراماً لمبدأ فصل السلطات ، فالسلطة القضائية ليس من وظائفها أن تشرع ، بل هي تقتصر على تفسير القوانين وتطبيقها . كما أن المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي تحرم على القضاة أن يضعوا للفصل في إحدى القضايا مبدأ عاماً يطبق في القضايا المماثلة (It est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. ، وقد كان هذا الحق ثابتاً للمحاكم الفرنسية القديمة التي كانت تدعى « بالبرلمانات » ، ثم نزع هذا الحق من المحاكم حتى لا تكون سلطة قضائية وسلطة تشريعية في وقت واحد .

١٢١ - رأى ناه :

بالرغم من مبدأ الفصل بين السلطات ، ومن المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي ، فثمة من يقول من الفقهاء بأن القضاء مصدر من مصادر القانون ، تأسيساً على ما أوجده القضاء من قواعد قانونية ، تلك القواعد التي استقرت بفضل محكمة النقض ، وصار لها من الاحترام ما لم يرمعه المشرع حاجة لأن يضمن ما انتهى إليه من رأى في تشريعات ، مسلماً بما جرى به القول من أن القضاء يصنع القانون (La Juris prudence fait la loi)

لكن ألا يمكن القول بأن تلك القواعد القانونية التي توصف بأنها من عمل القضاء إنما تستمد وجودها في حقيقة الأمر من التشريع الذي تقوم المحاكم على تفسيره وتطبيقه ؟ مثل هذا الاعتراض إن صح في الحالات التي لا يكون التشريع فيها واضحاً ، فلا يمكن أن ينهض في حالات كالاتية :

فقد لا يكون هناك نص أصلاً؛ كما هو الحال بالنسبة للملكية الأدبية والفنية والصناعية، وكما هو الحال بالنسبة للتعسف في استعمال الحق وفي نظرية التهديد المالي (les astreintes) (يلاحظ بالنسبة للحالتين الأخيرتين أن هذا يصدق بالنسبة للتشريع المدني الملغى).

كما أن القضاء قد يخالف أحياناً النص الصريح، كما فعل في مصر عند ما قضت المحاكم المختلطة بأن القسمة كاشفة أو مقررة للحقوق لا منشئة لها، وذلك رغم صراحة المادة ٥٥٥ مدني مختلط التي تعتبر القسمة بيعاً بين الشركاء، أي منشئة للحقوق، وكما حدث بالنسبة للمادة ١٢٣ مدني أهلي (قانون قديم)، عند ما قضى بتعديل الشرط الجزائي رغم صراحة المادة التي تقضي بأنه لا يجوز الحكم بأقل منه أو بأكثر.

فكيف يسوغ بعد هذا أن يوصف عمل القضاء بأنه تفسير وتطبيق للتشريع ليس إلا؟ الحق أن عمل القضاء في هذا المجال عمل إنشائي، ومن ثم فهو خليق بأن يكون من بين مصادر القانون.

بقي اعتراض ثان يتلخص في أنه ما دامت أحكام المحاكم (في فرنسا ومصر) لا تلزم المحكمة التي أصدرتها فيما قد تصدره من أحكام في القضايا المماثلة، فضلاً عن عدم إلزامها للمحاكم التي هي أدنى منها، فكيف يستقيم مع هذا قول القائلين بأن القضاء مصدر من مصادر القانون؟ على هذا الاعتراض يرد أنصار هذا الرأي الثاني بقولهم إن القاضي ولو أنه ليس ملزماً قانوناً برأي المحاكم العليا، كمحكمة النقض، إلا أن تلك الأحكام موضع تقدير واحترام كبير لدى قضاة الدرجات الأدنى، والذين قد تساورهم الخشية من نقض أحكامهم أمامها، ولذا فهم يسرون وفق ما تقرره. ومن هذا يبدو أن قضاء المحكمة العليا ملزم؛ وهذا الإلزام وإن تحقق من الناحية العملية دون الناحية القانونية، فإنه كاف لأن يجعل القضاء من بين مصادر القانون.

١٢٢ — الرد على هذا الرأي :

هذا هو مجمل الرأي الثاني ، لكننا نستطيع أن نرد عليه بما يأتي :
أولاً — أن القاضي ، عند عدم النص ، إنما يتلمس حل النزاع المعروض أمامه في مصادر القانون الأخرى ، بما فيها العرف وقواعد العدالة — وقد رأينا أن بعض الأمثلة التي سقناها هنا باعتبار القضاء مصدرها قد قيلت في معرض القانون الطبيعي وقواعد العدالة — فتكون هذه ، لا القضاء ، هي مصدر ما انتهى إليه القضاء من قواعد .

ثانياً — أن القضاء ، حتى في الحالة التي يخالف فيها نصا تشريعا ، نراه يحرص على أن يتلمس في التشريع ذاته السند الذي يؤيده في مسلكه المخالف للنص (فمثلا نراه يرد تعديله للشرط الجزائي إلى القاعدة المقررة في التشريع من أن التعويض إنما يقدر بقدر الضرر) .

وأخيراً (وهو الأهم) — فما دمنا نعلم بأن السابقة القضائية ليست ملزمة قانونا (لا في فرنسا ولا في مصر) ، فلا يبقى إلا القول بأن القضاء إن هو إلا مصدر تفسيري .

١٢٣ — مهنة محكمة النقض (Cour de Cassation) :

ومهما يكن الرأي في شأن القضاء — في غير البلاد الأنجلوسكسونية بداهة — من حيث إنه مصدر تفسيري أو مصدر رسمي ، فليس ثمة شك في أن محكمة النقض ، وهي المحكمة العليا ، تؤدي في الحالين رسالة جليلة ، وهذا يقتضينا أن نشير إلى دورها بإيجاز فيما يلي .

النزعة في أغلب البلاد في الوقت الحاضر هي في أن تكون على رأس المحاكم محكمة عليا لتشرف على صحة تطبيق القانون ، ضمانا لحسن سير العدالة

ورغبة في توحيد حكم القانون . وليس شيئاً نادر الوقوع أن تختلف محاكم الاستئناف ، وهي غالباً متعددة ، في تفسير نص قانوني غامض ، فترى إحداها رأياً مخالفاً لرأى الأخرى ، مما كان يؤدي إلى أن يخسر المتقاضى دعواه لجرد أنها نظرت أمام محكمة بدل أخرى . وهذا موقف شاذ تأباه العدالة ، فضلاً عما يثيره من شعور بأن حكم القانون ليس واحداً . من أجل ذلك اتجه الرأى في كثير من البلاد (كفرنسا ومصر وغيرهما) إلى إنشاء محكمة للنقض ، وظيفتها الهيمنة على تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً ، وهذا يستتبع أن تتحقق العدالة ويتوحد حكم القانون في ربوع البلدة الواحد .

وعمل محكمة النقض ينحصر ، أو يجب أن ينحصر ، في معرفة ما إذا كان الحكم المطعون فيه مطابقاً أو غير مطابق للقانون . فهي تحكم في القانون ولا تتعرض لوقائع الدعوى ، إذ هي ليست درجة ثالثة من درجات التقاضى . ومعنى ذلك أن محكمة النقض يجب أن تسلم بوقائع الدعوى كما أثبتها قاضى الموضوع المطعون في حكمه ، وعليها أن تنظر فيما إذا كان هذا القاضى قد طبق القانون على تلك الوقائع تطبيقاً صحيحاً أم لا . فإن رأت أن القانون قد طبق تطبيقاً صحيحاً رفضت الطعن ، وإلا فإنها تقبل الطعن وتحيل الدعوى إلى محكمة موضوعية (ذات المحكمة كما في مصر أو محكمة استئناف أخرى كما في فرنسا) ، إذ ليس لها أن تفصل في وقائع النزاع .

١٢٤ — الفرق ما بين الوقائع والقانون :

وحقى يكون ما قدمنا واضحاً بعض الشيء ، ينبغى أن نشير باختصار تام إلى الفرق ما بين الوقائع والقانون :

المنازعات التي ترفع إلى المحاكم على نوعين ؛ إما أن تكون متعلقة بوقائع الدعوى ، وإما أن تكون متعلقة بالقانون وبيان حكمه (وقد يكون النزاع قائماً

على الوقائع والقانون معاً) . مثل ذلك هل التدليس (وهذا مثل مستقي من القانون القديم) الذي يقع من شخص ليس طرفاً في التعاقد يبطل التعاقد أو لا يبطله ، فهذا خلاف على القانون . أما إذا كان النزاع قائماً حول وقوع التدليس وعدم وقوعه ، فإنه يكون خلافاً على الوقائع . ومثل ذلك هل يحيز القانون أو لا يحيز الإثبات بشهادة الشهود في مسألة معينة ، فهو خلاف على القانون ، أما كون شهادة الشهود مطابقة للحقيقة أو غير مطابقة لها ، فو خلاف على الوقائع . ومثل ذلك هل استكمل العرف الركن المادى أم لا ، فهذا خلاف على الوقائع ، أما إذا كان الخلاف يدور حول الركن المعنوى (الإلزام) فهو خلاف على القانون ، وهكذا وللتمييز بين الوقائع والقانون أهمية كبرى فيما يتعلق برقابة محكمة النقض . فمتى قيل بأن نزاعاً يدور حول وقائع الدعوى (أو بموضوع الدعوى كما يقال أحياناً) ، كان حكم محكمة الموضوع نهائياً فيما قرره بالنسبة لتلك الوقائع وخرج عن رقابة محكمة النقض عليه ، بخلاف ما إذا كان النزاع يدور حول صحة تطبيق القانون على تلك الوقائع ، فهذا هو الذى يدخل تحت رقابتها .

على أنه يجب القول فى النهاية بأن تعيين الحد الفاصل بين ما يدخل فى نطاق الوقائع وما يدخل فى نطاق القانون كثيراً ما يدق ، وكثيراً ما يكون موضع خلاف فى الرأى .

١٢٥ — الفقه :

وكذلك الفقه فى فرنسا ليست مهمته أن يشرع ، ولا يوجد فى القانون الفرنسى الحديث ، كما وجد فى القانون الرومانى ، فقهاء تكون فتاواهم ملزمة للقضاء ، كما أن الفقهاء المجتهدين لا تعتبر أقوالهم مصدراً رسمياً للقانون كما كان شأن الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية . فهما عظمت منزلة الفقيه لا يكون رأيه

ملزماً للقضاء ، وإذن فلم يعد الفقه مصدراً من مصادر القانون ، وإنما يستأنس القاضى برأى الفقيه ، وله أن يأخذ به أو لا يأخذ . فالفقيه فى القانون الفرنسى يفسر القانون ولكنه لا يصنعه .

١٢٦ - تعاون الفقه والقضاء :

ونرى من ذلك أن الفقه والقضاء فى فرنسا يتعاونان على تفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً بما تقتضيه المبادئ العامة والحاجات العملية . ثم إن الفقه بعد ذلك لا يكون ملزماً للقضاء كما أن القضاء لا يكون ملزماً للفقه ، فالسبيل مفتوح أمامهما للتعاون وللرقابة . فالقاضى يتعاون مع الفقيه ويراقبه ، والفقيه يتعاون مع القاضى ويراقبه . ورأى كل منهما ، بل رأى كليهما لا يكون ملزماً باعتبار قانوناً ، وإن كان له من الوزن ما يسمح بالتأثير فى القانون تأثيراً عظيماً . وكثيراً ما يكون الرأى الذى يجمع عليه الفقه والقضاء مصدراً تاريخياً للقانون وإن لم يكن مصدراً رسمياً . وهذا التعاون ما بين الفقه والقضاء فى فرنسا هو من خير الوسائل لترقية القانون . وقد قدمنا أن لكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوبا ، فالتعاون يوفر المزايا ويجنب العيوب فيكون الفقه والقضاء كل منهما مكمل الآخر . على أن هذا التعاون ليس قديماً ، فقد كان الفقه والقضاء ، فى 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 فقهاً خيالياً بعيداً عن الحياة العملية . ونشأت مدرسة فقهية هى مدرسة « الشرح على المتون »^(١) لا تعترف إلا بالنصوص التشريعية مصدراً للقانون . فالنصوص وحدها هى التى تتضمن القانون ، ويجب تفسير هذه

(١) انظر فقرة ٢٤ ص ٣٧ وما بعدها من هذا الكتاب .

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 يكتبون بتطور النظم الاجتماعية ، وبما له من أثر في النصوص التشريعية . فعندهم أن العبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، لا بنيتة المحتملة وقت تطبيقه . وبقيت هذه المدرسة تسود الفقه الفرنسى طوال القرن التاسع عشر ، إلى أن أصبح الفقه تعبيراً خيالياً عن القانون ، وأصبحت دراسته في الجامعات دراسة نظرية لا تمت بصلة إلى الحياة العملية . أما التعبير الحى عن القانون فيلتمس في القضاء^(١) . وقد أدرك الفقهاء المحدثون هذه الحقائق فهجروا المدرسة التقليدية (مدرسة الشرح على المتون) واقتربوا من القضاء ، ونظروا إلى القانون وهو يطبق في الحياة العملية ، فوجدوه شيئاً آخر غير القانون الذى يشرح في الكتب ، وعرفوا أن القانون ليس محصوراً في النصوص التشريعية ، وأن هناك مصادر أخرى للقانون ، على الفقه والقضاء أن يستنبطا منها ما تعجز النصوص التشريعية عن توليده من القواعد القانونية . وقد كان القضاء بغيريته مدركاً لهذه الحقيقة عاملاً بمقتضاها ، فاقترب الفقه من القضاء ، وأخذ في التعاون على النحو الذى بيّناه .

(١) ولذلك لم يكن غريباً أن يصبح من التعبيرات الشائعة أن يقال (Le Palais) (أى المحكمة) (L' Ecole) (أى المدرسة) للتمييز بين القضاء والفقه .

§ ٣ — نصيب الفقه والقضاء في تكوين القانون المصرى

١٢٧ — المصادر التاريخية للقانون المصرى :

القانون المصرى مأخوذ من مصادر مختلفة ، أهمها مصدران ؛ القانون الفرنسى والشريعة الإسلامية ، المصدر الأول أخذ عنه المشرع المصرى قانون المعاملات المدنية والقوانين التجارية والبحرية والجنايية وقوانين الإجراءات (المدنية والجنايية) . والمصدر الثانى أخذ عنه قانون الأحوال الشخصية . إلا أنه يلاحظ أن القانون الفرنسى مصدر تاريخى للقانون المصرى ، أما الشريعة فهى مصدر رسمى ومصدر تاريخى .

١٢٨ — نصيب الفقه والقضاء في تكوينه :

أما نصيب الفقه والقضاء في تكوين قانون الأحوال الشخصية فهو نفس نصيبهما في تكوين الشريعة الإسلامية ، وقد تقدم بيان ذلك . وكذلك نصيب الفقه والقضاء في تكوين قانون المعاملات المدنية والقوانين الأخرى هو نفس نصيبهما في تكوين القانون الفرنسى ؛ إلا أنه مما يجدر ذكره هنا أن المشرع المصرى عندما وضع التقنين المدنى الجديد قد استبقى ما استقر من المبادئ والقواعد في قضاء المحاكم المصرية ، هذه المحاكم التى كان لمجهودها أبلغ الأثر في علاج العيوب التى اتسم بها التقنين الملغى .

١٢٩ - الفقه والقضاء مصدران تفسيريان لا مصدران رسميان :

أما وقد وجد القانون المصري ، وكان نصيب الفقه والقضاء في تكوينه هو القدر الذي ذكرناه ، فإن الفقه والقضاء الآن لا يعدوان أن يكونا مصدرين تفسيرين للقانون المصري ، وليس مصدرين رسميين . فلا الفقه ولا القضاء بملزم في القانون المصري ، فالنزعة الرومانية اللاتينية ، لا النزعة السكسونية ، هي المتغلبة في مصر .

١٣٠ - الفقه والقضاء في غير قوانين الأحوال الشخصية :

هما مصدران تفسيريان كما قدمنا ، تستأنس بهما المحاكم الوطنية في تفسير القانون ، فلها أن تأخذ بهما أو أن تدعهما كما تفعل المحاكم في فرنسا . وليس القضاء الوطني ملزماً إلا في حالة واحدة ، هي أن يطعن في حكم بطريق النقض فينقض ، وتحال القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، لتحكم فيه دائرة أخرى من دوائر المحكمة لا يكون فيها أحد من القضاة الذين اشتركوا في إصدار الحكم المنقوض ، ففي هذه الحالة يتحتم عليها أن تتبع حكم محكمة النقض والإبرام في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة . وحكم محكمة النقض والإبرام ملزم في هذه القضية بالذات دون غيرها ، كما تقدم ذلك في قضاء محكمة النقض الفرنسية .

على أن المحاكم المصرية ، كما تستأنس بالفقه والقضاء المصريين ، كثيراً ما تستأنس بالفقه والقضاء في فرنسا . ويرجع السبب في ذلك إلى أن القوانين المصرية مأخوذة من القوانين الفرنسية كما رأينا ، فتفسير الفقه والقضاء الفرنسيين للقوانين الفرنسية يصلح في أغلب الأحيان تفسيراً للقوانين المصرية . ثم إن الفقه

والقضاء في مصر لا يزالان في مراحلهما الأولى من التقدم ، وهما بعد كثيراً التقليد للفقهاء والقضاء الفرنسيين ، سريعاً التأثير بهما ، فتؤثر المحاكم المصرية في كثير من الأحوال أن ترجع إلى الأصل دون التابع . ونرى من ذلك أن الفقه والقضاء في حاجة إلى استكمال نضوجهما حتى يتمكننا من الاستقلال والاستغناء عن المصادر الأجنبية .

فالقانون المصري ليس له طابع شخصي ، ويكاد يكون تقليداً محضاً للقانون الفرنسي على وفرة المؤلفات الفقهية والرسائل والمجلات في القانون المصري في جميع فروعها ، وعلى اختلاف المؤلفين ، من مصريين وأجانب^(١) .

(١) « ولنا نتذكر ما قام به أساتذة القانون وغيرهم من جهود جلية فتحت الباب لمن أتى بعدهم يترسم خطاهم . إلا أننا أصبحنا بحمد الله أمة طموحة تبغى الدنو أبدأ من الكمال ، ولا تزال المرحلة التي قطعناها ، على ما فيها من جهود ومشقة ، صغيرة إلى جنب المراحل التي بقي علينا أن نجتازها . وإذا كنا وقد وفقنا إلى تأدية الفقه الحديث في لغة عربية صحيحة ، غير مضطربة ولا سقيمة ، فقد بقي أمامنا خطوتان أخريان أجل شأناً وأكبر خطراً . علينا أولاً أن « نحصر » الفقه فنجعلها فقهاً مصرياً خالصاً ، نرى فيه طابع قوميتنا ، ونحس أثر عقليتنا . ففقها حتى اليوم لا يزال هو أيضاً ، يحتله الأجنبي ، والاحتلال هنا فرنسي ، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا بأقل عنفاً من أي احتلال آخر ، لا يزال الفقه المصري يتلمس في الفقه الفرنسي الهادي المرشد ، لا يكاد يترشح عن أفقه ، أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظله اللاصق ، وتابعه الأمين . فإذا قدر لنا أن نستقل بفقها ، وأن نفرغه في جو مصري ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية ، بقي علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة ، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية ، ونؤدى قسطاً مما تفرضه علينا الإنسانية ضريبة في سبيل تقدم الفقه العالمي ، أو ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن ومن أهم الوسائل في الوصول إلى ذلك ، العناية بالشرعية الإسلامية ، شرعية الشرق ، ووحى إلهامه ، وعصارة أذهان مفكره نبتت في صحرائه ، وترعرعت في سهوله ووديانه ، فهي قبس من روح الشرق ، ومشكاة من نور الإسلام ، يلتقي عندها الشرق والإسلام ، فيضيء ذلك بنور هذا ، ويسرى في هذا روح ذاك ، حتى ليمتزجان ويصيران شيئاً واحداً . هذه هي الشرعية الإسلامية ، لو وطئت أكنافها وعبدت سبلها ، لكان لنا في هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال في فقها وفي قضائنا وفي تشريعنا ، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد ، فنضيء به جانباً من جوانب الثقافة العالمية في القانون » . من الكلمة الافتتاحية لكتاب الأستاذ السنهوري : النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول « في نظرية العقد » .

وكذلك القضاء المصري فهو لا يزال يستمد غذاءه من القضاء الفرنسي ،
ويكاد لا يستغنى عنه ، وإن كان قد وصل في طريق الاستقلال إلى مرحلة أبعد
من مرحلة الفقه . لا سيما بعد أن أنشئت محكمة النقض ، وتهذبت المجموعات التي
تنشر بها الأحكام القضائية .

على أن الفقه والقضاء في مصر لا يزالان يعيشان كل منهما بمعزل عن الآخر ،
ولا صلة بينهما إلا أنهما ينهلان من مصدر واحد ، هو الفقه والقضاء الفرنسيان .
والطريق مفتوح لجهود مشتركة منظمة ، يتعاون في بذلها الفقه والقضاء ، فإذا عني
القضاة بكتابة أحكامهم على أسس فقهية 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 ، فإن هذا الامتزاج لا شك يحدث أكبر الأثر في تهذيب كل من
الفقه والقضاء .

١٣١ — الفقه والقضاء في قانون الأحوال الشخصية :

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

أما قضاء المحاكم الشرعية فليس من شأنه إلا أن يطبق أحكام الشريعة
الإسلامية على الأقضية التي تعرض على هذه المحاكم . والقضاة الشرعيون
مقيدون — عدا مسائل معينة مذكورة في نصوص تشريعية — بأن يأخذوا
بأرجح الأقوال من المذهب الحنفي . فهم مقلدون لا مجتهدون ، ومقلدون في
مذهب واحد ، وفي قول من هذا المذهب ، فلا عجب إذا لم يكن للقضاء الشرعي

أثر كبير في النهوض بالشريعة الإسلامية ، والأخذ بها في طريق التطور ، حتى تماشى مقتضيات المدنية الحاضرة .

أما الفقه الشرعي فهو بعيد بعد القضاء عن التأثير في الشريعة الإسلامية .
وقفهاء الشريعة الإسلامية في مصر في العصر الحاضر كلهم مقلدون ، وإن كان عند البعض نزعة إلى الاجتهاد . وإمام هذا الفريق الأخير هو الأستاذ الإمام المرحوم الشيخ محمد عبده ، فقد كان لمؤلفاته وفتاواه الحرة المطابقة لروح العصر أثر كبير في تنبيه الفقهاء إلى وجوب فتح باب الاجتهاد من جديد . على أن أحداً من الفقهاء المعاصرين لا يكاد يجرؤ أن ينسب إلى نفسه الاجتهاد ، مهما اشتدت نزعته إلى ذلك ، لما تأصل في فكرة جمهور الفقهاء من أن باب الاجتهاد قد أقفل إلى الأبد ، وفي هذا من الجمود على القديم ما نهى الله عنه ، وما لا يتفق مع سنة التطور التي يخضع لها القانون .

ولبعض فقهاء الشريعة الإسلامية فضل كبير في كتابة بعض أبواب الفقه الإسلامي ملخصاً في أسلوب عصري ، قريب التناول ، سهل الفهم على جمهور المتعلمين . وقد مهدت هذه الكتب والرسائل والمقالات لدراسة الشريعة الإسلامية في المعاهد الأزهرية ، وكثيراً ما يستعان بها في المحاكم عند الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية والمعاملات والوقف . وقد قنن المرحوم قدرى باشا هذه الأحكام ، واستعان في ذلك بجهود بعض الفقهاء وكانت تقنيناته^(١) هذه هي الأساس الذي بنى عليه الفقهاء الذين تقدمت الإشارة إليهم أكثر ما كتبوه ، فكانت تقوم التقنينات عندهم مقام النصوص التشريعية . وندع جهود فقهاء المهود والمستشرقين ، فهي غير محسوبة ضمن الحركة الفقهية في مصر .

(١) وإن كان وصفها بتقنينات غير دقيق ، لأن التقنين يستلزم صدور قانون ، وهو ما لم

ويلاحظ أن بعض الجهود الفقهية التي أشرنا إليها صدرت من علماء غير مختصين في الفقه الإسلامي كالمرحوم قدرى باشا ، والبعض الآخر صدر من مختصين ، ولكنهم تخرجوا من معاهد غير الأزهر . أما المعهد الأزهرى ، فله أن يفخر بأن يكون الأستاذ الإمام وتلاميذه الأعلام من متخرجيه ، ولكنه يحمل في عنقه أمانة هذه الشريعة المحمدية ، وعليه أن يضطلع بهذه المسؤولية الخطيرة في الجيل الحاضر ، كما اضطلع بها في الأجيال الماضية .

حاشية

نشير هنا إلى أهم المجموعات القضائية (وهي التي تدون فيها الأحكام التي تقرر مبدأ arrêts de principe أو التي لها أهمية خاصة) وإلى أشهر المؤلفات الفقهية نظراً للدور الهام الذي يقوم أو الذي يمكن أن يقوم به القضاء والفقه في القانونين الفرنسي والمصرى .

أولاً : في القانون الفرنسي :

١ - المجموعات القضائية :

(١) دالوز الدورى Dalloz Périodique وهي مقسمة إلى خمسة أقسام : القسم الأول خاص بقضاء محكمة النقض ، والقسم الثانى خاص بالمحاكم الأخرى فرنسية كانت أو أجنبية ، والقسم الثالث خاص بالمحاكم الإدارية ، والرابع للقوانين الجديدة ، والخامس يحتوى على ملخصات لأحكام لم تنشر .

ويرمز لها بحرفي D. P. أو D. مصحوبا برقم السنة الميلادية
التي صدرت فيها ، ثم رقم القسم ، ثم رقم الصحيفة التي بها الحكم
المشار إليه ، فيقال : D. 1935-1-75 .

وهذا لغاية سنة ١٩٤١ . أما ابتداء من سنة ١٩٤١ ، فقد قسمت
المجموعة إلى قسمين : المجموعة الانتقادية (D.C.) Recueil critique
شهرية . والمجموعة التحليلية (D. A.) R. Analytique وفي القسم
الأول من هذه المجموعة الأخيرة تنشر الأحكام جميعاً .

ومنذ سنة ١٩٤٥ اندمج القسمان في مجموعة واحدة (D.) تظهر
أسبوعياً . مقسمة إلى أربعة أقسام : ١ — الفقه ٢ — القضاء
٣ — ملخص القضاء ٤ — التشريع .

(٢) سيرى Sirey : وهي تشابه مجموعة دالوز ، ويختلف تقسيمها اختلافاً بسيطاً
عن تقسيم دالوز . ويرمز لها كما يلي : S. 1935-1-75 .
هاتان المجموعتان هما أهم المجموعات القضائية الفرنسية ، وكثيراً ما يشار إليهما
في مصر .

ولكل من دالوز وسيرى تعليقات على القوانين المختلفة Codes Annotés
مرتبة بحسب المواد ، وتحت كل مادة أهم الأحكام وأقوال الشراح . كما أن لهما
هجائيات Répertoires تحتوي على كل ما قاله الفقه والقضاء مرتباً بحسب
حروف الهجاء .

ب — المُرَافعات الفقهية :

(١) في القانون المدني :

المطول : Traité

أوبري ورو Aubry et Rau في اثني عشر جزءاً (وملحق دائماً للأستاذ اسمان
P. Esmein من سنة ١٩٠٠ — ١٩٣٦ .

بودري لاكتينري وآخرون Baudry-Lacantinerie في تسع وعشرين جزءاً ولها
ملحق من ستة أجزاء إضافة الأستاذ بنكاز Bonnacase (سنة
١٩٠٥ — ١٩٠٨) .

پلانيول وريبير وآخرون Planiol et Ripert في أربعة عشر جزءاً (من سنة
١٩٢٥ — ١٩٣٤) .

الموجز : Manuel

پلانيول وريبير Planiol et Ripert في ثلاثة أجزاء ويشتمل على مقرر سني
دراسة الليسانس الثلاث ، وقد أعاد طبعه حديثاً الأستاذ بولانجيه
. Boulanger

كولان وكابيتان Colin et Capitant في ثلاثة أجزاء ويشتمل
على مقرر سني دراسة الليسانس الثلاث ، وقد أعاد طبعه حديثاً
العميد دي لا مورانديير Ye de la Morandiere .

جوسران Josserrand في ثلاثة أجزاء ويشتمل على مقرر سني دراسة الليسانس
الثلاث (طبعة سنة ١٩٣٨ ، وملحق سنة ١٩٣٩) .

المختصر : Précis

هيمار Hémard — الجزء الأول فقط سنة ١٩٤٣ .

دالوز Dalloz — مختصر القانون المدني (عن الموجز في القانون المدني لكابيتان)
في ثلاثة أجزاء صغيرة .

(٢) فى القانون التجارى :

Leon Caen et Renault	ليون كان ورينو
Thaller	تالير
Lacour	لاكور
Wahl	قاهل

(٣) فى قانون المرافعات :

Garsonnet et César-Bru	جارسونيه وسيزار برى
Glasson	جلاسون
Cuche	كوش
Morel	موريل

(٤) فى قانون العقوبات :

Garraud	جارو
Garçon	جارسون
Chanvau et Faustin-Héle	شوقو وفستان هيلي

(٥) فى قانون تحقيق الجنايات :

Garraud (R) et Garraud (P)	جارو
Faustin-Hélie	فستان هيلي

(٦) فى القانون الدستورى :

Duguit	ديجى
Barthélemy et Duez	بارتلمى ودويز
Hauriou	هريو

(٧) في القانون الإداري :

Hauriou	هريو
Berthélemy	برتلهمي

(٨) في القانون المالي :

Boucard et Jèze	بوكار وجيز
Allix	أليكس

(٩) في القانون الدولي الخاص :

Niboyet	نيوايه
Bartin	برتان
Weiss	فايس
Batiffol	باتيفول

(١٠) في القانون الدولي العام :

Fauchille	فوشي
Lapradelle et Niboyet	لاپرادل ونيوايه
Scelle	سيل
Rousseau	روسو

ح - المجلات القانونية : Revues

وتوجد في فرنسا مجلات عدة تنشر الكثير من الأبحاث القانونية وأهمها :

Revue Trimestrielle de Droit Civil المجلة الفصلية للقانون المدني

المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء

Revue Critique de législation et de Jurisprudence.

مجلة جمعية التشريع المقارن

Bulletin de la Société de Législation Comparée.

Annales de Droit Commercial

مجلة القانون التجارى

مجلة القانون الدولى والتشريع المقارن

Revue de Droit International et de Législation Comparée.

المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص

Revue critique de Droit international privé.

القانون المصرى :

(١) القانون المختلط :

المجموعات القضائية أهمها :

Bulletin de Législation et de Jurisprudence مجموعة التشريع والقضاء

ويرمز لها B. L. J. أو B ، ثم السنة بالنسبة لسنة صدورها ، ثم الصحيفة ، فيقال B

— ١٥ — ٣٥ أى مجموعة التشريع والقضاء السنة الخامسة عشرة ص ٣٥ .

Recueil Officiel

المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة

ويرمز لها R. C.

Gazette des Tribunaux Mixtes

جازيت المحاكم المختلطة

ويرمز لها G.

وهناك تعليقات على القوانين المختلطة أهمها :

تعليقات بوريللى على القوانين المختلطة .

تعليقات بالاچى على قانون المرافعات المختلط .

تعليقات بسطوروس على القانون المدنى المختلط .

ب — المؤلفات الفقهية :

أما المؤلفات الفقهية الخاصة بالقانون المختلط فقليلة أهمها :
كتاب الأستاذ مسينا Messina في شرح القانون المدني .
كتاب الأستاذ عبد الفتاح بك السيد بالاشتراك مع الأستاذ دسرتو
Desserteux في الأوراق التجارية والإفلاس .
كتاب الدكتور محمد كامل أمين ملش بالاشتراك مع الأستاذ قاهل Wahl
في القانون التجارى .

(٢) القانون الأهلى :

١ — المجموعات القضائية أهمها :

المجموعة الرسمية ، ويرمز لها عادة مج .
مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض (مجموعة عمر)
الحمامة .
مجلة القانون والاقتصاد (وتغلب عليها الناحية الفقهية) .
مجلة التشريع والقضاء .
وهناك تعليقات أهمها :
تعليقات جلاد على القوانين الأهلية (١٩٠٨ ، ١٩٠٩) .
تعليقات محمد عبد الهادى الجندى بك على قانون العقوبات الأهلى (١٩٢٣) .
مرجع القضاء للأستاذ عبد العزيز ناصر (١٩٣٣) .

ب — المؤلفات الفقهية^(١) :

كثرت المؤلفات الفقهية ولا سيما فى السنين الأخيرة حتى شملت كل فروع

(١) هذا عدا الرسائل العديدة التى تقدم بها المصريون للحصول على إجازة الدكتوراه ،
سواء فى فرنسا أو فى مصر .

القانون ، وبعض المؤلفات يمكن اعتباره من الموسوعات ، وسنشير إلى أهمها^(١) :

(١) في القانون المدني .

شرح القانون المدني للأستاذ أحمد فتحى زغلول باشا .

شرح القوانين المدنية للأستاذ هالتون Halton .

الالتزامات للأستاذ والتون Walton (من جزئين) .

الالتزامات للأستاذ عبد السلام ذهنى بك .

الالتزامات للأستاذ عبد الرزاق السنهورى باشا (ظهر منه جزء « فى العقد »

من أربعة أجزاء) .

الموجز فى الالتزامات للأستاذ عبد الرزاق السنهورى باشا .

نظرية الالتزام للأستاذ أحمد حشمت أبوستيت .

البيع للأستاذ أحمد نجيب الهلالى باشا .

البيع للأستاذ محمد حلمى عيسى باشا .

الإيجار للأستاذ عبد الرزاق السنهورى باشا .

العقود الصغيرة للأستاذ محمد كامل مرسى باشا .

العقود المدنية الصغيرة للأستاذ محمد على عرفة .

الملكية والحقوق العينية للأستاذ محمد كامل مرسى باشا .

الأموال للأستاذ محمد كامل مرسى باشا (موجز) .

الأموال للأستاذ عبد السلام ذهنى بك .

التأمينات للأستاذ محمد كامل مرسى باشا .

الإثبات للأستاذ أحمد نشأت بك .

(١) وقد يقع أن نسبو عن ذكر بعضها ، إذ ليس مقصودنا حصرها .

(٢) في قانون المرافعات :

- . المرافعات المدنية والتجارية للمرحوم الأستاذ عبد الحميد أبو هيف بك .
- . طرق التنفيذ والتحفيز للمرحوم الأستاذ عبد الحميد أبو هيف بك .
- . التنفيذ علماً وعملاً للأستاذين أحمد قمحة بك وعبد الفتاح السيد بك .
- . المرافعات المدنية والتنفيذ (جزءان) للأستاذ محمد العشماوى باشا
- . المرافعات المدنية والتجارية للأستاذ محمد حامد فهمى .
- . تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية للأستاذ محمد حامد فهمى .
- . التقض في المواد المدنية والتجارية للأستاذين حامد باشا فهمى ومحمد حامد فهمى .

(٣) في القانون التجارى :

- . شرح القانون التجارى المصرى للأستاذ محمد صالح بك (جزءان) .
- . القانون التجارى للأستاذ محسن شفيق .
- . شرح القانون التجارى للأستاذ عبد السلام ذهني بك .
- . الأوراق التجارية والإفلاس للأستاذ عبد الفتاح بك السيد .

(٤) في قانون العقوبات :

شرح القسم العام :

- . للأستاذ أحمد صفوت بك .
- . للأستاذين محمد كامل مرسى باشا والسعيد مصطفى السعيد بك .
- . للأستاذ على بدوى بك .
- . للأستاذ على أحمد راشد

شرح القسم الخاص :

- . للمرحوم الأستاذ أحمد أمين بك .
- . (٥) في قانون تحقيق الجنايات .
- . للأستاذ على زكى العرابى باشا .

للأستاذ أحمد نشأت بك .

للأستاذ محمد مصطفى القللى بك .

(٦) فى القانون الدستورى :

للأستاذين مصطفى الصادق بك ووايت إبراهيم .

للأستاذين وايت إبراهيم ووحيد رأفت .

للدكتور السيد صبرى .

للدكتور عثمان خليل .

(٧) فى القانون الدولى الخاص :

للمرحوم الأستاذ عبد الحميد أبوهيف بك .

للمرحوم الأستاذ على الزينى بك .

للمرحوم الأستاذ محمد عبد المنعم رياض بك .

للأستاذ حامد زكى .

(٨) فى القانون الدولى العام :

للأستاذ على ماهر باشا .

للأستاذ محمود سامى جنينة بك .

ح — الموهبات أهمها :

القانون والاقتصاد .

المحاماة .

مجلة التشريع والقضاء .

(٣) فى الشريعة الإسلامية :

١ — المجموعات القضائية

مجلة المحاماة الشرعية .

ب — المؤلفات الفقهرية :

للمرحوم الأستاذ الشيخ محمد زيد الأياني بك .

للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك .

للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد أبو الفتاح بك .

للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف بك .

للأستاذ الشيخ علي الخفيف .

للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة .

الفصل الثاني

التشريع

Législation

١٣٢ — التعريف :

التشريع هو وضع القواعد القانونية في نصوص بواسطة السلطة صاحبة التشريع في البلاد ، سواء كانت هذه السلطة حاكماً مستبداً أو هيئة نيابية يقف إلى جانبها رئيس الدولة .

وإذا كان التشريع يتناول الآن دائرة واسعة من الروابط الاجتماعية ، إلا أنه مما تجدر الإشارة إليه في فاتحة كلامنا عنه ، أن المشرع لا يخلق القانون كما قد يتوهم ، وإنما هو يستمد مادة تشريعه من الحاجات العملية والضرورات الاقتصادية ، ومن عادات الناس ، ومن معتقداتهم ، ومن المثل العليا التي يتوخاها طبقاً لمدينة عصره . وكل ما يفعل المشرع هو أن يضع القاعدة القانونية التي استمد مادتها من هذه المصادر المختلفة في ألفاظ من عنده ، ويعطى للقانون قوة ملزمة .

ويلاحظ أن وضع القاعدة القانونية في ألفاظ هو ما يميز التشريع عن غيره من المصادر الأخرى ، التي هي مصدر للفظ والمعنى معاً .

١٣٣ — أهمية التشريع في الوقت الحاضر :

إذا كانت العصور القديمة هي عصور العرف والدين ، فإن العصر الحديث ،

هو عصر التشريع^(١) . فالتشريع هو أهم مصدر للقانون الحديث ، والهيئة التشريعية في الدول الحديثة أكثر ما تكون عملاً وأشد ما تكون نشاطاً ، وقد تناقصت أهمية المصادر الأخرى بالقدر الذي تزايدت به أهمية التشريع .

ويرجع ازدياد أهمية التشريع إلى عوامل مختلفة منها :

(أولاً) توطد سلطة الدولة وتركيزها . فلم يعد هناك منافسون أقوياء للدولة ، كما كان الأمر في العصور الوسطى ، إذ كان النبلاء في العهد الإقطاعي ، وكانت الكنيسة في العصور الوسطى ، ينتقصون من سلطان الدولة ، ويقتسمون معها نفوذها .

(ثانياً) تفشى الديمقراطية التي ترمى إلى الفصل بين السلطات ، مما جعل في الدولة هيئة معدة للتشريع هي في نشاط متزايد .

(ثالثاً) النزعة الحديثة إلى الاشتراكية ، أي إلى تدخل الدولة في شؤون الأفراد لتنظيمها فيما يعود على المجتمع بالفائدة ، وليس لدى الدولة وسيلة إلى هذا التنظيم غير التشريع . فكثير من الشؤون ، كالتعليم ومسائل العمال وإسعاف المرضى والعجزة ، كانت تعتبر قبلاً من شؤون الأفراد الخاصة ، وهي اليوم تعتبر من مهام الدولة الأساسية ، تصدر فيها التشريع تلوا التشريع ، وقد سبقته الإشارة إلى هذه النزعة^(٢) .

(١) ولا يفهم من ذلك أن التشريع لم يكن معروفاً في العصور القديمة ، بل كان له وجود وإن كان أثره ضئيلاً . فقد كان معروفاً عند قدماء المصريين وعند الرومان (أوامر الملك في عهد الملكية وأوامر الإمبراطور في عهد الإمبراطورية) . وفي العصور الوسطى كاد التشريع يختفي ، بسبب تغلب الكنيسة على السلطة الزمنية . ولما تقوت الحكومات وتحررت من سلطان الكنيسة ، بدأت تسن القوانين . على أن التشريع لم يأخذ مكان الصدر بين مصادر القانون إلا منذ الثورة الفرنسية ، ومنذ ذلك الوقت وأهمية التشريع في ازدياد .

(٢) المذهب الاشتراكي ص ٢٣ .

١٣٤ — مقارنة التشريع بالمصادر الأخرى :

للتشريع مزايا كثيرة إذا ما قورن بالمصادر الأخرى ، التي سبق عرضها ، وهي مزايا تبرر بحق ما بلغه التشريع من منزلة رفيعة في الوقت الحاضر ، نذكر منها :
(أولا) سهولة التشريع من حيث سنه وإلغائه ، ومن حيث الرجوع إليه . فمن حيث سنه وإلغائه ، يستطيع المشرع بجرة قلم أن يسن تشريعا صالحا وأن ينسخ تشريعا فاسدا . أما العرف وغيره من المصادر الأخرى ، فبطيئة في تطورها ، وهي إذا استقرت صعب التخلص منها بعد ذلك .

(ثانيا) القانون الذي يكون مصدره العرف أو القضاء ، لا يكاد يعرف إلا وقت تطبيقه ، ومن ثم يكون لهذا القانون ضرب من السريان على الماضي .
(ثالثا) التشريع يضع قواعد عامة ، أما القضاء وغيره من المصادر فقواعدها تنصرف في أكثر الأحوال إلى مسائل تفصيلية دون أن تسمو إلى دائرة القواعد العامة .
(رابعا) بفضل التشريع يسهل توحيد البلد الواحد تشريعا ، ومن ثم يسودها قانون واحد تخضع له من أقصاها إلى أقصاها .

١٣٥ — كلمة في مزيج دراسة هذا الفصل :

نقسم هذا الفصل إلى المباحث الأربعة الآتية :
المبحث الأول : في سن التشريع (فرع أول) ، وفي التقنين (فرع ثان) .
المبحث الثاني : في تطبيق التشريع ، وهو ينقسم كذلك إلى فرعين : الفرع الأول ، في تطبيق التشريع من حيث المكان والأشخاص ، والفرع الثاني في تطبيق التشريع من حيث الزمان .

- المبحث الثالث : في تفسير التشريع .
- المبحث الرابع : في إلغاء التشريع .

وبهذا الترتيب نكون قد تتبعنا التشريع في مراحل تكوينه ، وهذا هو سن التشريع ، والتقنين (أو عمل المدونات) وإن لم يخرج عن أن يكون تشريعاً إلا أن ماله من أهمية وخطر اقتضى أن نفرد له بحثاً خاصاً ، ثم تعقبنا التشريع في أدوار حياته ؛ من حيث مدى سريانه في المكان ، وفي الزمان ، وكيفية تفسيره حتى يمكن تطبيقه على المنازعات التي تثور أمام القضاء ، إلى أن تنتهي حياته بالإلغاء .

والترتيب الذي اتبعناه ، والذي اقتضى إدماج مسائل — وهي الخاصة بتطبيق القانون من حيث المكان ومن حيث الزمان والتفسير والإلغاء — جرى كثير من الكتاب على معالجتها بعد الانتهاء من دراسة مصادر القانون كلها ، وإنما يرجع إلى أن هذه المسائل لا تكاد تتصل بغير التشريع . ومتى كان الأمر كذلك ، فالأولى دراستها في التشريع حتى تتضح هذه الحقيقة وحتى يظهر ما بين أجزاء الموضوع الواحد من ترابط .

المبحث الأول

سن التشريع والتقنين

الفرع الأول

سن التشريع

Confection des Lois

نقسم هذا الفرع إلى المطالب الثلاثة الآتية :
المطلب الأول : المبادئ العامة في سن التشريع .

المطلب الثاني : المراحل المختلفة في سن التشريع .

المطلب الثالث : سن التشريع في مصر .

المطلب الأول

المبادئ العامة في سن التشريع

١٣٦ — الرتبة التي تسن التشريع :

يوكل سن التشريع إلى هيئة هي الهيئة التشريعية (Pouvoir Législatif) .
والهيئة التشريعية في كل دولة يحددها دستورها ، وهي تارة تكون فرداً مستبداً
كما في الملكية المطلقة ، وطوراً تكون مجلساً أو مجالس نيابية أو غير نيابية ،
يشاركها رئيس الدولة (إمبراطوراً كان أو ملكاً أو رئيس جمهورية) .

١٣٧ — نرج التشريع :

والتشريع أنواع متدرجة . ففي القمة التشريع الدستوري (الدستور- Constit-
ution) ، ويليه التشريع الصادر من الهيئة التشريعية (القانون Loi) ، ويليه
التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية (اللوائح والقرارات — Rég-
lements et Arrétés) .

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

والتشريع الصادر من الهيئة الرئيسية هو كل ما يصدر من قوانين لتنظيم
الروابط الاجتماعية . ويجب أن تكون هذه القوانين خاضعة للدستور وفي حدود

الدائرة التي رسمها لها . فالتشريع الذي يصطدم مع المبادئ الدستورية يكون تشريعاً باطلاً .

والتشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية هو تشريع تفصيلي يطبق التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية بتفويض^(١) من هذه الهيئة . مثل ذلك اللوائح والمراسيم والقرارات التي تصدر من هيئات تنفيذية يفوض إليها أمر تنظيم بعض المسائل التفصيلية الواردة في التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية . ويخضع التشريع الفرعي للتشريع الرئيسي . خضوع التشريع الرئيسي للتشريع الأساسي . فلا يجوز أن يصطدم التشريع الفرعي مع التشريع الرئيسي ، وإلا كان باطلاً .

١٣٨ — رقابة القضاء على التشريع (Règle de la Constitutionnalité):

إذا كان التشريع الأدنى لا يجوز أن يصطدم مع التشريع الأعلى منه وإلا كان باطلاً أو غير دستوري ، وإذا كانت السلطة التي يمكن أن تقرر ذلك هي القضاء ، فقد بقي أن نعرف ما إذا كان القضاء يجرى على ذلك فيقرر بطلان تشريع جاء على ذلك النحو ، أو في قول آخر هل للقضاء رقابة على دستورية القانون ؟ وهذه هي المسألة المعروفة بدستورية القوانين .

تختلف البلاد في ذلك اختلافاً بيناً ، فبعض الدول (كبلجيكا و بولنده) يحظر دستورها صراحة على المحاكم هذا الحق ، وبعضها يقرره لها ، كسويسرا ورومانيا ، ومن قبل الولايات المتحدة الأمريكية ، التي أنشأت دستورها محكمة

(١) والتفويض قد يكون بصفة دائمة ينص عليها الدستور كحق السلطة التنفيذية في وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، وإما أن تكون بمناسبة قانون معين وبتفويض خاص (كما حدث في مصر بالنسبة لقانون المعاشات الصادر في سنة ١٨٨٧ ، إذ جعل لمجلس الوزراء سلطة تفسير كل ما يتعلق بهذا القانون) .

الاتحاد العليا (Federal Supreme Court) ، فتستطيع إبطال أى تشريع تراه مصطدماً مع الدستور ، وكثيراً ما تستعمل المحاكم الأمريكية هذا الحق ، حتى قيل إن حكومة الولايات المتحدة الأمريكية هي حكومة القضاء . وهكذا أصبحت مبادئ الدستور الأمريكي في مأمن من التغييرات الطارئة ، والتي قد يكون مشارها نزعات حزبية أو أغراض سياسية .

أما حيث يخلو الدستور من نص في هذا الصدد — وهذه هي الحالة التي تهمنا — كما هو الحال في فرنسا ومصر ، فالمسألة محل خلاف ، وإن كان الراجح هو عدم الاعتراف للمحاكم بالرقابة على دستورية القوانين إلا في حدود معينة تتسع بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الفرعية وتضيق بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئة الرئيسية ، وسند هذا الرأي هو احترام مبدأ الفصل بين السلطات .

ونزيد هذه المسألة الهامة شرحاً فيما يلي :

إذا لم يستوف التشريع الرئيسى أركانه الشكلية التي يحتمها الدستور ، فإن المحاكم لا تطبقه ، ذلك لأن صدوره في الشكل الذي قرره الدستور هو الدليل الوحيد على وجود القانون ، وما لم يستوف هذا الشكل فلا يمكن أن يوصف بأنه قانون .

أما إذا استوفى التشريع الرئيسى الشكل (Forme) ولكنه خالف الدستور من حيث الموضوع (Fonds) بأن جاء ماساً بأحد مظاهر الحرية الشخصية التي كفلها الدستور ، أو مفرقاً في المعاملة بين الناس أمام القانون ، الخ ، فإن القضاء الفرنسى ، العادى منه والإدارى على السواء ، يرى أنه ليس له أن يتعرض لمثل ذلك التشريع ، وإلا افتات على حق السلطة التشريعية . وكثرة الفقه في جانب القضاء ، وإن ذهب بعض العلماء ، مثل هريو (Hauriou) وديجي (Dugiut) وغيرها ، إلى القول بحق المحاكم في رقابة دستورية القانون من حيث الموضوع والشكل

معا ، وتبعاً يكون لها أن تمتنع عن تطبيق ذلك التشريع (١) .
والحال في مصر كالحال في فرنسا ، فيذهب الرأي الغالب إلى أنه ليس
للمحاكم مراقبة دستورية التشريع من حيث الموضوع اكتفاء بتوافر أركانه
الشكلية (٢) .

(١) فيقول الأستاذ هريو في كتابه « المختصر في القانون الدستوري ص ٣٠٢ وما بعدها »
إن مسألة إقحام القضاء في دستورية القوانين مسألة على جانب عظيم من الخطورة ، فإن نحن
أقبحناه خشينا أن تكون له مطامح سياسية ، وإن نحن أبعدهناه خشينا أن نجعل قواعد الدستور
عديمة الأثر . وهو يرى برغم هذه الخطورة أن من وظيفة القاضي مراقبة قواعد الدستور ...
ويقول (وهذا ما أشار به بعض أساتذة القانون الفرنسيين في مذكرتهم « وهى للأستاذين
برتلمى وجيز بموافقة الأستاذين أسمن ولارنود » التى قدموها بمناسبة قضية الترام بيخارست .
وقد أخذت محكمة النقض والإبرام الرومانية بأرائهم بالرغم من عدم وجود أى نص تشريعى
يسمح بالرقابة القضائية للدستورية القوانين . وقرر هؤلاء الفقهاء أن هذه الرقابة واجبة قانوناً
وتدخل في حدود مهمة القاضي الطبيعية » وإذا لم يكن هذا المبدأ قد انتشر بعد
في جميع البلاد ، فإنما يرجع ذلك إلى أسباب متعددة : إما لأنه يظهر خلواً من كل فائدة عملية ،
وإما خشية الأهمية السياسية التى تعطى للقاضي في هذه الحالة ، وإما لأن فكرة سيادة البرلمان
تتناهى مع هذه الرقابة ، وأخيراً إما لأن هناك بعض نصوص تتعارض أو يظهر أنها تتعارض
مع قبوله والتسليم به . ولكن هذه الاعتبارات المختلفة لا تحول دون قيام هذا المبدأ وانتشاره
ببطء لا سيما أن الآراء بدأت تتجه إلى ضرورة رقابة البرلمان ، لأن تشريعها المشرب بالترعات
والميل الانتخابية ، أضحي خطراً مهدداً للحرية ») .

(٢) وقد قررت محكمة النقض والإبرام (فى القضية رقم ٣٧ ستة ٤٨ القضائية فى الطعن
المرفوع إليها من النيابة العمومية بتاريخ ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠) ما يأتى : « إن الأمر الملكى
رقم ٤٦ لسنة ١٩٢٨ قد وقف كل ما يتعلق بالسلطة التشريعية فى دستور أبريل سنة ١٩٢٣
وصار منذ صدوره نظاماً من أنظمة الحكم فى البلاد . فكل تشريع صادر بالمطابقة له هو تشريع
صادر من سلطة مختصة لا يمكن إلغاؤه إلا بتشريع آخر من السلطة ذاتها أو من يحل محلها فى
التشريع على الوجه الذى يحدد لاختصاص من يحل محلها . فعدم إقرار مجلس النواب والشيوخ
للقانون رقم ٢٢ سنة ١٩٢٩ الخاص بحفظ النظام فى المعاهد والقوانين الثمانية الأخرى الصادرة
تحت أحكام هذا الأمر الكريم لا يلقبها ، لأنها إنما صدرت بطريقة خاصة عينتها السلطة الشرعية
العليا فى البلاد بأمر منها لم تؤسس على المادة ٤١ من دستور أبريل سنة ١٩٢٣ التى كانت
موقوفة وقتئذ . ومما يقطع فى وجوب اعتبار تلك القوانين قائمة والعمل بمقتضاها واجباً أن الأمر
الملكى رقم ٧٠ الصادر فى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٠ نص صراحة فى مادته السادسة على أن
الأحكام وكل ماسن أو اتخذ من الأعمال والإجراءات طبقاً للأصول والأوضاع التى قررها =

لكن الرأى ، على ما يبدو ، بدأ يتجه وجهة مغايرة ، فذهب بعض الفقهاء^(١) وبعض المحاكم إلى القول بوجوب رقابة المحاكم المصرية للتشريع الصادر من الهيئة التنفيذية من حيث الموضوع فضلاً عن الشكل .
ولعل أول حكم صدر فى مصر مقررأً لحق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين من حيث الموضوع هو الحكم الذى أصدرته محكمة مصر الأهلية فى أول مايو سنة ١٩٤١^(٢) . ثم جاءت أخيراً محكمة القضاء الإدارى وأصدرت حكماً^(٣) بنته على أسانيد قوية ، وقررت فيه حق رقابة المحاكم لدستورية القوانين . وقد تناولت الحجة التى يقوم عليها الرأى السائد وهى مبدأ الفصل بين السلطات فقالت بأنه ليس فى الدستور المصرى ما يمنع المحاكم المصرية من التصدى لبحت دستورية القانون^(٤) وأضافت بأن فى الأخذ بهذا المبدأ تأكيداً لسيادة الدستور الذى يسمو على القوانين العادية بحسبان أنه مصدر السلطات جميعاً ، هذا إلى أن المحاكم عندما تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور لا تقضى بإلغاء ذلك القانون أو تأمر بوقف تنفيذه ، وإنما تجعل رقابتها لدستورية القانون فى نطاق تطبيق أو عدم تطبيق ذلك القانون .

- == الأمر رقم ٤٦ لسنة ١٩٢٨ تبقى نافذة وتظل تنتج آثارها غير منقطعة العمل فى الماضى » .
وظاهر من ذلك أن المحكمة قصرت عنايتها على الشكل دون الموضوع ، فرأت أن قرار البرلمان لا يمكن أن يلغى تشريعاً قائماً ، إذ التشريع لا يلغيه إلا تشريع آخر .
(١) راجع كتاب مبادئ القانون الدستورى للدكتور السيد صبرى ص ٦٤٦ وما بعدها .
(٢) وإن ألفتة محكمة استئناف مصر .
(٣) محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٦٥ من السنة الأولى القضائية ، وراجع المقال القيم الذى كتبه الأستاذ السيد على السيد بك وكيل مجلس الدولة لمحكمة القضاء الإدارى فى مجلة مجلس الدولة .
(٤) بل على العكس من ذلك فيه نص هو المادة ١٦٧ التى يتوجه خطاها إلى المحاكم ،
والتي جعلت نفاذ القوانين السابقة على الدستور رهيناً بأن تكون متفقة مع أحكامه ، فإنها تدعو المحاكم إلى أعمال الرقابة ، ما دام أنها تطلب إليها بحث مطابقتها للدستور وما يستتبعه ذلك من حل ما قد يشور من تعارض بين القانون العادى والدستور بما فيه تأكيد لسيادة الدستور .

هذا كله بالنسبة للتشريع الرئيسي . أما بالنسبة للتشريع الفرعى فلا خلاف ،
لا فى فرنسا ولا فى مصر ، فى أن رقابة القضاء له كاملة ، فنتناول الشكل
والموضوع معاً .

المطلب الثانى

المراحل المختلفة فى سن التشريع

١٣٩ — هذه المراحل منصورة على التشريع الرئيسى (القانون) :

أما التشريع الأساسى (الدستور) فتارة يكون منحة السلطان لشعبه ،
ويصدر فى شكل أمر رئيس الدولة ، وطوراً يعتبر ملازماً للسلطان وللشعب معاً .
ويصدر فى شكل أمر رئيس الدولة كذلك ، أو أن يكون من عمل هيئة تنوب
عن الشعب تسمى عادة بالجمعية الوطنية . فإذا كان الدستور منحة من السلطان
انطبق هذا على رأى الفيلسوف هوبز ، وإذا كان ملازماً للسلطان وافق هذا رأى
الفيلسوف لوك ، وإذا أصدرته جمعية وطنية تمشى هذا مع رأى الفيلسوف روسو ،
وقد سبقت الإشارة إلى هذه الآراء الثلاثة^(١) . والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية
متنوع تنوع الهيئات التى أصدرته ، فتارة تكون السلطة التنفيذية الرئيسية ،
وتعتبر فى هذه الحالة سلطة تشريعية فرعية فوض إليها أمر التشريع فى مسائل
معينة ، وتارة تكون إدارة من إدارات السلطة التنفيذية ، أو إدارة محلية ،
ونحو ذلك .

وكلا التشريع الأساسى والتشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية

(١) ص ٥٠ وما بعدها .

لا حاجة بهما إلى مراحل متعددة ، إذ هناك هيئة واحدة هي التي تسن التشريع ،
ويُنشر بعد ذلك بالطرق العادية .

أما التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية فيمر عادة ، حتى يصبح قانوناً نافذاً ،
بأدوار خمسة ؛ وهي التحضير ، والتصويت ، والتصديق ، فالإصدار والنشر^(١) .
وقد رأينا أن تقسم هذه الأدوار إلى مراحل تشريعية تباشرها الهيئة التشريعية ،
وهذه هي : التحضير ، والتصويت ، والتصديق ، وإلى مراحل تنفيذية تقوم بها
السلطة التنفيذية وهذه هي : الإصدار والنشر .

١٤٠ — المراحل التشريعية :

١ — **التحضير** : تبدأ الهيئة المختصة بتحضير التشريع المراد سنه (المشروع) ،
وقد يحتاج الأمر إلى الاستعانة برأى هيئة فنية خارجية ، وقد يكون لمجلس دون
المجلس الآخر امتياز سن قوانين معينة (كالقوانين التي تفرض ضرائب جديدة
قد تكون من اختصاص مجلس النواب دون مجلس الشيوخ) ، وفي داخل
المجلس يمر المشروع على اللجان المختصة حتى يصبح قابلاً للعرض عليه ، وعندئذ
تبدأ المرحلة التشريعية .

٢ — **التصويت** Vote : يتناقش الأعضاء في المشروع المعروض على المجلس
حتى إذا انتهى الأمر بالتصويت عليه يرسل إلى المجلس الآخر ، وبعد أن يمر
باللجان المختصة يعرض عليه ، فإذا ما انتهى المجلس إلى إقراره فإن دور البرلمان في
سن التشريع ينتهي ويتبقى دور رئيس الدولة ، وهذه هي المرحلة التشريعية الثالثة .

٣ — **التصديق** Sanction : وهذه المرحلة تكون من جانب رئيس الدولة

(١) والنشر وحده عادة لا يكفي لكي يعتبر القانون نافذاً ، بل لا بد من مضي مدة

باعتباره عنصراً من عناصر السلطة التشريعية ، فإذا صدق عليه تمت ولادة التشريع ووجد القانون . وفي بعض البلاد — كفرنسا — قد لا يكون لرئيس الدولة حق التصديق وإذن يكون البرلمان وحده هو صاحب التشريع ، وبمجرد أن ينتهي المجلس الثاني من إقرار المشروع يوجد القانون .

١٤١ — المراحل التنفيذية :

٤ — الإصدار Promulgation : تنتهي مهمة السلطة التشريعية ، البرلمان ورئيس الدولة ، بمجرد تصديق الملك ، وتبدأ مهمة السلطة التنفيذية بإصداره . فالقانون تم ولادته ويوجد بموافقة البرلمان وتصديق الملك عليه ، ولكن لا بد بعد ذلك من إصداره حتى يكون وجوده قانونياً ، فالإصدار بمثابة شهادة الميلاد . وإصدار القانون بواسطة السلطة التنفيذية نتيجة لازمة لنظرية فصل السلطات ، لأن السلطة التشريعية لا تملك تكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون ، كما أن هؤلاء لا يتلقون أمر التنفيذ من السلطة التشريعية ، لذلك كان لا بد من أن يصدر ذلك من رئيس السلطة التنفيذية (الملك) . ويبدو مما قدمناه أن رئيس الدولة له دوران ؛ دور تشريعي يباشره في سن التشريع ، وهو التصديق ، ودور تنفيذي يباشره مستقلاً بعد أن يوجد القانون بالفعل ، وهو الإصدار . والذي يحصل عادة هو أن يقع التصديق والإصدار في ذات الوقت . وقد يشترط الدستور في بعض البلاد وجوب إصدار القانون في مدة معينة . فينص الدستور الفرنسي مثلاً في المادة ٧ على ضرورة إصدار القانون في مدة شهر على الأكثر من وقت إرساله من رئيس المجلس الذي وافق عليه أخيراً إلى رئيس الجمهورية ، ويجوز للبرلمان أن يقرر إصداره على وجه الاستعجال ، وحينئذ يجب على رئيس الجمهورية إصداره في ظرف ثلاثة أيام . وقد لا يشترط

الدستور ذلك كما في مصر^(١) . ولعل السبب في اشتراط مدة للإصدار في فرنسا وعدم اشتراطها في مصر أن مصادقة الملك لا زمة حتى يصبح مشروع القانون الذي أقره البرلمان قانوناً ، فضلاً عن أن التصديق والإصدار يحصلان في الوقت ذاته ، أما في فرنسا فإن رئيس الجمهورية ليس له دور تشريعي ، وينحصر عمله في إصدار القانون .

٥ — المفسر (Publication) : إصدار القانون لا يكفي بذاته لأن يجعل القانون سارياً على الناس ، بل لا بد من حمله إلى علمهم حتى لا يفاجأوا بقانون لا علم لهم به . ولكن العلم الفعلي لكل فرد غير ممكن عملاً ، ولذلك يكتفى — توسطاً بين الأمرين — باتخاذ وسيلة يمكن معها افتراض علمهم به ، وهذا ما يحققه نشر القوانين .

وعملية النشر لا بد منها في كل تشريع ، أساسى أو رئيسى أو فرعى ، وهى معروفة منذ عرف التشريع ، وإن كانت طريقة النشر قد اختلفت باختلاف العصور والبلاد ، وتمشياً مع تقدم المدنية^(٢) ، والطريقة المتبعة في الوقت الحاضر هى النشر في الجريدة الرسمية .

(١) وقد تساءل الأستاذان وايت إبراهيم ووحيد رأفت في مؤلفهما ص ٤٠٣ ، هل الملك في مصر مطلق الحرية في اختيار وقت الإصدار ؟ ويجيبان : كلا ! فإن الإصدار واجب أو تكليف لا حق شخصى للملك ، فإذا وافق البرلمان على المشروع ولم يعترض عليه وجب إصداره بدون تأخير . وهذا مستفاد ضمناً من نص المادة ٣٥ دستور ، فإنها لم تعط الملك إلا شهراً واحداً للموافقة على مشروع القانون أو رده ثانية إلى البرلمان لإعادة النظر فيه ، « فإذا لم يرد القانون في هذا الميعاد عد ذلك تصديقاً من الملك وصدر » . فبانتهاى الشهر بدون استعمال حق الاعتراض تزول آخر عقبة تشريعية في وجه المشروع ولا يفهم بعد ذلك كيف يظل بدون إصدار . فسياق النص وروحه يفهم منه أن مدة الإصدار الطبيعية عندنا شهر واحد كما هو الحال في فرنسا أيضاً .

(٢) ففي أثناء الثورة الفرنسية مثلاً كانت طريقة النشر قراءة القوانين في الميادين العامة بعد أن يجهد لها بقرع الطبول ، أو لصق نسخة منها على الجدران .

على أنه يلاحظ أن الإصدار والنشر يختطان إلى حد أن بعض الكتاب لا يفرق بينهما ، وحجتهم أن المادة ٢٦ من الدستور المصرى مثلا تنص : « تكون القوانين نافذة في جميع القطر المصرى بإصدارها من جانب الملك ، ويستفاد هذا الإصدار من نشرها بالجريدة الرسمية » ، فضلا عن أن الأمر بالإصدار والأمر بالنشر يصدران في ذات الوقت ، فينص عادة في مادة أخيرة من كل قانون « نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وأن ينشر في الجريدة الرسمية ، وينفذ كقانون من قوانين الدولة » . ولكن يجب التمييز بين العمليتين من الناحية النظرية ، فأحدهما ، الإصدار ، عملية قانونية الغرض منها إثبات وجود القانون إثباتاً رسمياً ، والثانية ، النشر ، عملية مادية الغرض منها حمل القانون إلى علم الناس .

والنشر في الجريدة الرسمية لا تغنى عنه طريقة أخرى ، فإذا لجأت السلطة التنفيذية ، في الأحوال التي لا تحتمل الإبطاء ، إلى طرق أخرى تذيب بها التشريع كلكلصق نسخ مطبوعة على الجدران أو توزيعها على الأفراد أو إذاعة نشرات إدارية الخ ، فإن هذه الطرق لا تغنى عن النشر شيئاً ، وإن جاز أن تضاف إلى النشر في الجريدة الرسمية زيادة في الحرص منها على وصول التشريع إلى علم الناس ، وذلك مهما كانت الحاجة ملحة في سرعة تنفيذ التشريع (١) .

والتشريع ، كقاعدة ، لا يعتبر ملزماً بمجرد نشره في الجريدة الرسمية ، بل لا بد من مضي وقت يقترض بعده علم الناس به ، وقد حدد الدستور المصرى مثلاً هذه المدة بثلاثين يوماً ، وأجاز أن تنقص هذه المدة أو تزيد على الثلاثين يوماً

(١) ولذلك فإن حكماً كالحكم الذى أصدرته محكمة أسيوط الابتدائية (٢ نوفمبر سنة ١٨٩٢ مجلة الحقوق ٨ ص ٣٨) ، والذى قضى بأنه يجوز للمديرين والمحافظين أن يسنوا لوائح صحية في الأحوال المستعجلة ويشرعوا بتنفيذها ثانياً يوم لصقها أو إعلانها ولو أضرت بالأفراد ولا يكون لأحد عليهم في ذلك حق تعويض ، يعتبر حكماً خاطئاً .

بشرط أن يكون ذلك بنص صريح . وإذن فإذا كانت ثمة ضرورة في سرعة تنفيذ التشريع ، فمن الممكن النص على جعله سارياً من وقت نشره في الجريدة الرسمية ، وليس هناك سوى هذه الوسيلة .

فإذا ما انقضت المدة ، بالتفصيل السابق ، قامت قرينة على علم الناس بالتشريع ، ولا يقبل من أحد بعد ذلك أن يدعى جهله بالقانون ، وهذا ما تتكلم عنه فيما يلي :

١٤٢ — قاعدة الجهرل بالقانون^(١) ليس بعذر Nul n'est censé ignorer

أو la loi Nemo jus ignorare censetur

إذا ما مر التشريع بالمراحل السابقة وانقضت مدة الثلاثين يوماً ، أو المدة التي ينص عليها ، قامت قرينة على علم الناس بالقانون فلا يقبل من أحد أن يدعى جهله به . وهذه هي القاعدة المعروفة ، وقد قررتها صراحة المادة الثانية من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية بقولها : « لا يقبل من أحد أن يدعى بجهله القانون » .

ولهذه القاعدة مبرراتها الظاهرة ، فلم يكن في وسع المشرع أن يفعل غير ما فعل ، إذ من المستحيل حمل القانون إلى علم الأفراد واحداً واحداً ، كما أنه لا بد من وضع حد بحيث يفرض معه معرفة أحكام القانون ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر لأي شخص يدعى أنه يجهلها . وقد وفق المشرع ، كما رأينا ، بين الأمرين فاستلزم مضي مدة بعد أن تتخذ الوسيلة التي رأى فيها الكفاية — النشر — لتمكن الناس من العلم بالتشريع ، فإذا ما انقضت امتنع الادعاء بجهل أحكامه .

وقد جرت المحاكم ، في مصر وفي سائر البلاد — على الأقل بالنسبة للقواعد

(١) سواء كان مصدره تشريعاً أو غيره من المصادر .

القانونية الآمرة — على التشدد في مراعاة تطبيق هذه القرينة . ولذا فلا تقبل المحاكم المصرية من أجنبي وصل إلى مصر الادعاء بعدم معرفته لأحكام التشريع المصري ، ولا من مصرى كان في خارج القطر ولم تمكنه ظروفه من معرفة تشريع صدر أثناء تعيينه الادعاء بجهل أحكامه . ويبرر هذا التشدد من جانب القضاء رغبته في ضمان تنفيذ التشريع وسريانه على الجميع حتى تستقر الأمور .

وليس لهذه القاعدة إلا استثناء واحد ، هو حالة القوة القاهرة (Force-Majeure) كفيضان أغرق البلاد أو قطع المواصلات ، أو حرب كان من نتائجها عزل بعض البلاد . ففي هذه الحالة لا يسرى التشريع ، لأن من نتيجة القوة القاهرة عدم وصول الجريدة الرسمية — أى الطريق القانونى الوحيد الذى به يتم العلم بالقانون — إلى الناس .

ملاحظة :

ويلاحظ أن مجال تطبيق هذه القرينة إنما يكون حيث توجد قوانين تعتبر من النظام العام ، إذ في هذه الحالة يجب على جميع الناس مراعاتها ولا يقبل من أحد منهم الاحتجاج بالجهل بها إذا هم خرجوا عليها . أما القوانين المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين ، فالرأى الراجح أنه يجوز للأفراد الاحتجاج بعدم معرفتها (*) .

(*) ولنشرح فيما يلي المقصود بالقواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين (المرخصة) ، وإن لم يكن موضع ذلك هنا ، وإنما موضعه فيما بعد ، في فروع القانون مثلا ، فكما ينقسم القانون إلى عام وخاص يمكن أن يقسم إلى قواعد آمرة وقواعد مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين . ولكن نظراً لتعدد الإشارة إلى هذا التقسيم ، فقد آثرنا أن نتكلم عنه توفيقاً بين حاجة المبتدئ وبين الارتباط المنطقي لموضوعات الكتاب .

المطلب الثالث

سن التشريع في مصر

١٤٣ — تاريخ الهيئة التشريعية في مصر :

عندما كانت مصر جزءاً من الإمبراطورية العثمانية يتولى أمورها وال من أسرة محمد علي كان هذا الوالي هو صاحب التشريع (الهيئة التشريعية) ، وبقى

= القوانين الآمرة (Lois Impératives) :

هي تلك القوانين الملزمة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها لأنها وضعت للمحافظة على النظام العام والآداب . وقبل أن نتكلم في النظام العام والآداب نلاحظ أنه سبق لنا عند الكلام في خصائص القانون أن بينا أن كل قاعدة قانونية يجب أن تكون ملزمة ، بل إن هذا الإلزام هو أهم خصائصها ، فكيف نأتى بعد ذلك ونقول إن هناك قوانين ملزمة مرتبطة بالنظام العام ، وقوانين مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين ، مما قد يتصور معه أن هذه القوانين الأخيرة غير ملزمة ؟.

الجواب على ذلك يسير ، ذلك أن كل القواعد القانونية ملزمة ولكنها في درجة الإلزام تنقسم إلى قواعد لا يجوز للأفراد أن يخالفوا أحكامها ، وهذه هي القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وإلى قواعد ملزمة يجوز للأفراد أن يخالفوها أو أن يعدلوا فيها لأنها لا تتصل بالنظام العام ، فإذا هم اتبعوها أو لم يخالفوها فهي ملزمة لهم ، وهذه هي القوانين المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين ، والذي يميز بين النوعين هو اتصالها بالنظام العام وعدم اتصالها به . وإذا كان النظام العام وحسن الآداب هو الضابط المميز بين النوعين فما هو النظام العام وما هي الآداب ؟ . =

الأمر كذلك إلى آخر عهد إسماعيل ، حيث أنشئ مجلس النظر ، فلا تكون القوانين صحيحة إلا إذا أمضى عليها الناظر أو النظر المختصون . وفي أول عهد

= النظام العام (L'Ordre Public) :

إذا رجعنا إلى التشريعين الفرنسي والمصري وجدنا هذا المبدأ ، مبدأ عدم إمكان مخالفة أحكام النظام العام ، مقررأ بصفة عامة ، فينص القانون المدني الفرنسي في المادة السادسة « لا يجوز بطريق الاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام » وتنص المادة ٢٨ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية « ... وكل اتفاق خصوصي مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العمومي والآداب باطل لا يعمل به » .

ولو أن المشرع جاوز هذا الحد الذي لا يفيدنا كثيراً في تحديد النظام العام ، بأن أورد في كل أحواله نصوصاً ، لكان حل مسألة النظام العام من أسهل الأمور ، إذ لن يكون علينا سوى الرجوع إلى النص والاهتداء بهديه . ولكن الأمر ليس كذلك ، فأكثر النصوص التشريعية لا تبين هذه المسألة ، كما أن كثيراً من القواعد القانونية لا تتضمنها نصوص تشريعية ، فكيف يمكن أن نعرف علاقة ذلك بالنظام العام ؟ .

وإذا كان هذا هو موقف المشرع من النظام العام ؛ اقتصر من جانبه على تقويره دون تحديد لحالاته ، فقد حاول الفقه تقريب مسألة النظام العام من الأذهان على النحو الآتي : يمكن تعريف النظام العام بأنه كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية (مثل أغلب روابط القانون العام) أو اجتماعية (مثل القوانين الجنائية ، وما يتعلق بتكوين الأسرة ، وحالة الأشخاص المدنية ، والأهلية) أو اقتصادية (كالقواعد التي تنص =

توفيق أعطى للبلاد نظام نيابي لم يدم طويلاً ، إذ قامت الثورة العراقية في سنة ١٨٨١ . وبعد أن احتل الإنجليز مصر جعلوا السلطة التشريعية في يد الخديوي

على حماية الملكية والقواعد التي تجعل التنافس حراً أمام الجميع) أو خلقية وهي التي يعبر عنها بقواعد الآداب . فكان قواعد الآداب تدخل تحت تعبير النظام العام ، وإن كانت هناك بعض الفروق بينهما .

وإذا كان قد أمكننا أن ندمج تحت هذه الرؤوس الأربعة المصالح الأساسية التي يعنى بها القانون ويحرص على حمايتها فلا يبيح للأفراد الخروج عليها ، فإننا نحاول عبثاً إن نحن أردنا أن نسير إلى أبعد من ذلك فنضع قائمة محصر فيها كل ما يدخل في النظام العام ، ولذلك نكتفي بذكر تطبيقات مختلفة تقرب فكرته من الأذهان :

(١) روابط القانون العام وكلها تدخل في النظام العام :

القانون الدستوري : كل ما يتعلق بالقانون الدستوري والحقوق والحريات العامة يدخل في النظام العام ، ولا يصح الاتفاق الذي يرد مخالفاً له . فلا يصح الاتفاق الذي يتنازل به شخص عن حقه في الانتخاب مقابل مبلغ من المال ، ولا الاتفاق الذي يقيد الشخص في اعتناق الدين الذي يريد أو المذهب السياسي الذي ينتمى إليه ، إلى غير ذلك .

والقانون الإداري : فلا يصح لموظف أن يتنازل عن وظيفته لمصلحة شخص آخر ، كما أنه لا يجوز له أن يستغلها .

القانون المالي : فيبطل الاتفاق الذي يعنى شخصاً من دفع الضريبة التي أوجبها القانون ، والاتفاق الذي ينص فيه على الدفع بالذهب إذا كان القانون قد أعطى لأوراق البنكنوت سعراً جبرياً .

ومجلس نظاره ، يعاونهما مجلسان نيابيان ، مجلس شورى القوانين والجمعية العمومية . وكان رأى الهيئة الأولى استشاريا ، أما الجمعية العمومية فرأيها قطعى

= القانون الجنائى : فيبطل الاتفاق على ارتكاب جريمة فى نظير مبلغ معين .
النظام القضائى : حق كل شخص فى التقاضى يعتبر من النظام العام ، فلا يصح التنازل مقدماً عن هذا الحق إلا فى الحالات التى يجوز فيها التحكيم . كذلك كل اتفاق يخل بقواعد الاختصاص إذا كان الملحوظ فيها تحقيق مصلحة عامة .

(ب) روابط القانون الخاص :

(أولاً) الأحوال الشخصية : كل روابطها تقريباً تحقق مصلحة عامة ، إذ الأسرة أساس المجتمع . فكل ما يتعلق بحالة الشخص المدنية وأهليته وزواجه وطلاقه الخ لا يصح التلاعب بأحكامه ، فلا يجوز لمسلم أن يتزوج أكثر من أربع أو أن يزيد حقه فى الطلاق ، ولا تقاصر أن يتنازل قبل البلوغ عن حقه فى الطعن فى عقد عمل دون استيفاء للشروط التى يحتمها القانون ، إلى غير ذلك .

(ثانياً) المعاملات المالية : الأصل فيها خروجها عن دائرة النظام العام ، والاستثناء وجود بعض الروابط التى تحقق مصلحة عامة ، وهى أكثر ما تكون مصلحة اقتصادية كعدم تقييد المالك فى تصرفه بملكه ، أو لحماية الغير حسن النية (إشهار التصرفات) .

ملاحظات :

الملاحظة الأولى : فكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف باختلاف البلاد ، وفى البلد الواحد من عصر إلى عصر ، إذ أنها تقوم على تقدير المصلحة العامة ، =

في الضرائب . وقبيل الحرب الكبرى (١٩١٣) عدل هذا النظام واستبدل به هيئة نيابية واحدة هي الجمعية التشريعية ، وكان رأيها استشاريا كذلك في القوانين

= وهذه تتأثر بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية والخلقية وما يستتبع ذلك من تغلب المذهب الفردي انذى يطلق الحرية للفرد ولا يسمح للدولة بالتدخل في شئونه إلا بالقدر الضروري ، فتضيق بذلك حتما دائرة النظام العام ، أو تغلب المذهب الاشتراكي الذى يسمح بتدخل الدولة في شئون الفرد ويجعلها تتولى كثيراً من الشئون التى كانت تمتنع عليها ، فتحمى الضعيف من القوى ، ويصبح كثير من المصالح الفردية مصالح عامة تجب حمايتها ، فتتسع بذلك دائرة النظام العام .

الملاحظة الثانية : إذا كان المشرع لم يحدد مسائل النظام العام ، وإذا كانت هذه متغيرة كما قدمنا . كان لا بد من ترك أمرها إلى القاضى وإعطائه سلطة واسعة حتى يفسر القانون التفسير الملائم لروح عصره . فالقاضى يكاد إذن يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة ، بل هو مشرع يتقيد بأداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة .

الأداب : Bonnes Moeurs

الأداب في أمة معينة وفي جيل معين ، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس . وللدن أثر كبير في تكيفه ، وكلما اقترب الدين من الحضارة ، ارتفع المعيار الخلقى ، وزاد التشدد فيه . ومن هنا نرى أن العوامل التى تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة . فالعادات والعرف والدين والتقاليد ، وإلى جانب ذلك ، بل في الصميم منه ، ميزان إنسانى يزن الحسن والقبح ، ونوع من الإلهام =

وقطعياً في الضرائب ، وعطلت الجمعية التشريعية مدة الحرب وبعدها إلى أن أعلن
تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ ، حيث تقرر أن يكون للبلاد نظام نيابي ، فصدر

= البشرى يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الذي
يخضع الناس له ولو لم يأمرهم بذلك القانون . (نظرية العقد للأستاذ السنهوري
باشا ص ٥٢٩) .

فسكل ما يخالف قواعد الآداب ، فيجرح بذلك الشعور العام ، لا ينتج أثراً .
فالإتفاق مع امرأة على أن يدفع لها مبلغ من المال مقابل معاشرتها معاشرة غير
شرعية ، أو تأجير منزل للدعارة أو للقمار باطل لا أثر له ، وكقصد الوساطة في الزواج ،
وإن كان هناك ميل من جانب القضاء لاعتباره صحيحاً . وهذا يوضح ما قلناه من
تطور فكرة النظام العام (والآداب ما هي إلا بعض النظام العام) وتأثيرها
بمختلف العوامل .

القوانين المفسرة والمكملة لإرادة المتعاقدين (أو المرخصة) (Lois

: Interpretatives et Supplétives de volonté)

ليست كل قواعد القانون من النوع السابق ، بل بجانب القوانين المتصلة
بالنظام العام وحسن الآداب ، والتي عنى المشرع بها أشد عناية لصلتها الوثيقة
بمصالح المجتمع الأساسية فاعتبر كل اتفاق على مخالفة أحكامها باطلاً لا ينتج أثراً ،
وضع قواعد الغرض منها تنظيم مصالح الأفراد ، ففائدتها تعود عليهم أولاً وبالذات ،
وهذه هي القوانين المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين ، وجل روابط القانون
الخاص المتعلقة بالمعاملات هي من هذا النوع .

على أن القانون في تنظيمه لمصالح الأفراد إنما يعبر عن نية المتعاقدين ، وتكون
الأحكام التي يضعها هي تقريباً ذات الأحكام التي يضعها المتعاقدون لو أنهم =

دستور ١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ يجعل السلطة التشريعية في يد مجلسين ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ ، وجعل الدولة المصرية ملكية وراثية ، ورئيس الدولة

= تعرضوا إليها في جوهر التعاقد وتفصيلاته . فمهمة المشرع هي في الواقع من الأمر وضع نموذج للتعاقد يكون هو الذي أراده الطرفان إذا لم ينص صراحة في اتفاقهما على ما يخالفه . والمشرع في وضعه لهذا النموذج لا يتحكم ولا يتدع وإنما يتأثر (أولاً) بالإرادة المفترضة للمتعاقدين ، بمعنى أنه ينظم هذه العلاقة كما كان ينظمها الطرفان و (ثانياً) بالعرف والعادات فيستقي أحكامه منها .

ومن هذا يبدو أن عمل المشرع في هذا الجزء من القانون إن هو إلا عمل ثانوي ، القصد منه تسهيل الأمر على الأفراد وإرشادهم في معاملاتهم ، تاركاً لهم كل الحرية في مخالفة تلك الأحكام والاتفاق على غيرها في حدود النظام العام والآداب ، بل إن هذه الحرية هي أهم ما يعمل المشرع على تشجيعه حتى يدخل الأفراد في معاملات جديدة وضروب من التعامل مستحدثة ، مما قد يكون سبباً في تقدم المجتمع ورفيحه . ومن أجل هذا كان مبدأ سلطان الإرادة (Principe de l'Autonomie de la Volonté) من أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون الخاص في الوقت الحاضر وكانت القاعدة المشهورة : العقد شريعة المتعاقدين .

والذي يحصل عادة هو أن الأفراد عندما يدخلون في تعاقد يتفق الطرفان على المسائل الجوهرية . فيحددان في عقد البيع مثلاً الشيء المبيع والتمن تاركين التفصيلات ، كتحديد ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد دفع الثمن ومكانه الخ إلى نصوص القانون ، وفي عقد إيجار منزل يتفقان على الأجرة ومدة الإجارة ، ويتركان ما عدا ذلك من الأحكام إلى ما ورد في القانون كالأصلاحات هل يقوم بها المالك أو المستأجر ، وهكذا في سائر العقود . فكل القواعد التي من هذا النوع =

الملك ، وهو يشترك في السلطة التشريعية . وقد عدل دستور سنة ١٩٢٣ بصور
دستور سنة ١٩٣٠ ، ثم ألغى هذا الأخير بالأمر الملكي الصادر في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥
وأعيد دستور ١٩٢٣ بالأمر الملكي الصادر في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ ، وعادت
بالتالى السلطة التشريعية إلى ما كانت عليه ، يباشرها البرلمان والملك^(١) .

= هي نصوص مكملة أو مفسرة تكمل العقد عند سكوتة أو تفسيره عند غموضه ، وهي
ملزمة للطرفين على هذا الاعتبار ، فإذا أرادا الخروج عليها ، وحرتهما في ذلك
لا يحدّها إلا النظام العام والآداب ، وجب عليهما أن ينصا صراحة على ما ارتضياه
من الأحكام ، وعندئذ يكون ما ارتضياه هو القانون الذى يسوى العلاقات بينهما ،
إذ العقد شريعة المتعاقدين .

(١) وإلى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٣٧ ، تاريخ تنفيذ معاهدة « إلغاء الامتيازات
الأجنبية » التى انعقدت بمدينة مونترو في أبريل سنة ١٩٣٧ ، لم تكن هذه السلطة التشريعية
تملك سن قوانين تسرى على كل ساكنى القطر المصرى ، بل كان لا بد من موافقة الدول
الأجنبية ، وفيما بعد الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، على كل تشريع يراد تطبيقه
على الأجانب . وإذن فقد كان للمحاكم المختلطة اختصاص تشريعى نشير إليه هنا للتاريخ .

أولا : القوانين المدنية

كان للمحاكم المختلطة اختصاص تشريعى إذ يجب أخذ موافقة الجمعية العمومية لمستشارى
محكمة الاستئناف المختلطة على كل القوانين التى يراد تطبيقها على الأجانب ، لأن القوانين المصرية
كانت في مبدأ الأمر لا تسرى على الأجانب إلا إذا وافقت عليها الدول صاحبة الامتياز .
ولكن لما كان من العسير مفاوضة أربع عشرة دولة وأخذ موافقتها على كل قانون يسن
حصل الاتفاق بين مصر والدول صاحبة الامتياز على تعديل المادة ١٢ مدنى مختلط (فى سنة
١٨٩١) ، وصار يكتفى بموافقة الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة بقيود معينة بدل
الطريق الأول الذى يحتم أخذ موافقة الدول واحدة واحدة ، ولم يستثن من ذلك إلا لأئحة ترتيب
المحاكم المختلطة التى لا يجوز إجراء أى تعديل أو إضافة عليها إلا إذا وافقت عليها الدول .
(وهذا ما حصل فى معاهدة مونترو) . وتضع المادة ١٢ المعدلة الشروط الآتية :

١ — لكي يكون تشكيل الجمعية العمومية صحيحاً لا بد من حضور خمسة عشر مستشاراً
من مستشارى محكمة الاستئناف ، وفى حالة غياب أحد مستشارى محكمة الاستئناف ، يحل محله
أقدم قاض من التابعين لدولة المستشار الغائب .

١٤٤ — ندرج التبريع في مصر :

التشريع في مصر متدرج على النحو الذي أوضحناه في المطلب السابق . فالتشريع الدستوري هو القانون الأساسي للبلاد ، ويليه في القوة التشريعية الصادر من مجلس النواب والشيوخ مصدقاً عليه من الملك ، ثم يلي ذلك المراسيم التي يصدرها مجلس الوزراء في مسائل تشريعية تفصيلية ، والقرارات التي يصدرها الوزراء وحكام الأقاليم والإدارات المحلية . فيجب إذن التمييز بين الدستور وهو الذي ينظم السلطات العامة ، ويصدر بأمر ملكي ممضى عليه من الملك ورئيس الوزراء ، والقانون يصدر بعد موافقة مجلس النواب والشيوخ وتصديق الملك ، والأمر الملكي يصدر فيما هو من اختصاص الملك وحده ، أو هو وبعض الوزراء ، فيكون ممضى من الملك والوزير المختص ، والمرسوم أو الأمر العالي ويصدر بقرار من مجلس الوزراء ممضى عليه من الملك ، وقرار مجلس الوزراء ويصدر من مجلس

- ٢ — يجب أن تكون موافقة الجمعية العمومية بأغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين .
٣ — يجب ألا تصدر مشروعات القوانين قبل مضي ثلاثة أشهر من تاريخ موافقة الجمعية العمومية عليها . ولكل دولة أن تعترض على القانون أثناء هذه الفترة فتمنع سريانه ، ويعرض المشروع من جديد للمداولة ، فإذا حاز في المداولة الجديدة أغلبية الأصوات جاز إصداره فوراً .
٤ — يجب ألا يمضى على مشروع قانون ثلاثة أشهر بعد الميعاد الذي كان يمكن فيه نشره دون أن ينشر وإلا اعتبر متروكاً ولم يجوز الرجوع إليه إلا بإعادة أحكام هذه المادة ثانية .

ثانياً : القوانين الجنائية .

كان للجمعية العمومية محكمة الاستئناف المختلطة اختصاص تشريعي آخر في المخالفات ، بمقتضى الأمر العالي الصادر في ٣١ يناير سنة ١٨٨٩ بعد موافقة الدول ، وعلى الجمعية العمومية قبل الموافقة التحقق مما يأتي :

١ — أن القوانين واللوائح المقدمة للنظر فيها عامة تسرى على جميع سكان القطر المصري بدون استثناء .

٢ — ألا تخالف نص المعاهدات والاتفاقات الدولية .

٣ — ألا تزيد مدة العقوبة المقررة فيها عن الحد المقرر للمخالفات (الحبس مدة أسبوع أو الغرامة إلى مائة قرش) . أما في الجنائيات والجنح فكان يجب الحصول على موافقة الدول .

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 والإدارات المحلية ونحو ذلك ، وهذه تصدر من الجهة المختصة وحدها دون حاجة إلى موافقة الوزير .

١٤٥ — رقابة القضاء على التشريع فى مصر :

وقد سبق أن أشرنا إليها عندما تكلمنا فى رقابة القضاء على التشريع فى المطلب الأول .

١٤٦ — كيفية تحضير التشريع وسنه فى مصر :

التشريع الأساسى :

يصدر التشريع الأساسى بأمر ملكى كما قدمنا . وقد جاء فى الدستور المصرى أن الأمة مصدر السلطات . ويجوز ، طبقاً له ، تنقيح أحكام الدستور عدا الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابى البرلمانى وبنظام وراثه العرش وبمبادئ الحرية والمساواة التى يكفلها الدستور . وفيما عدا ذلك ، وحتى يمكن تنقيح الدستور ، يجب أن يصدر كل من المجلسين بالأغلبية المطلقة لأعضائه جميعاً قراراً بضرورته وبتحديد موضوعه ، فإذا صدق الملك على هذا القرار يصدر المجلسان بالاتفاق مع الملك قرارها بشأن المسائل التى هى محل للتنقيح ، ولا تصح المناقشة فى كل من المجلسين إلا إذا حضره ثلثاً أعضائه ، ويشترط لصحة القرارات أن تصدر بأغلبية ثلثى الآراء .

التشريع الرئيسى :

أما التشريع الذى يصدر من الهيئة التشريعية الرئيسة فيسن طبقاً للدستور

على النحو الآتي : يحضر التشريع الوزارة المختصة ، ويرسل المشروع المحضر إلى مجلس الدولة (قسم التشريع) ، فينظر في المشروع من ناحية الصياغة القانونية واتساق التشريع مع سائر قوانين الدولة . ثم يعرض المشروع على مجلس الوزراء فيقره بمرسوم ملكي كمشروع قانون يجب عرضه على مجلسي النواب والشيوخ ، فإذا أقره المجلسان أرسل إلى الملك للتصديق عليه . كما يجوز لأعضاء المجلسين تقديم اقتراحات بمشروعات قوانين ، فإذا أقرها البرلمان أرسلت إلى الملك كذلك للتصديق . والملك يصدق على القوانين ويصدرها ، فإذا لم يرالتصديق على مشروع أقره البرلمان ، رده إليه في مدى شهر لإعادة النظر فيه ، فإذا لم يرد المشروع في هذا الميعاد ، عد ذلك تصديقاً من الملك وصدر . وإذا رد مشروع القانون في الميعاد المتقدم ، وأقره البرلمان ثانية بموافقة ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين صار له حكم القانون وأصدر . فإن كانت الأغلبية أقل من الثلثين امتنع النظر فيه في دور الانعقاد ذاته ، فإذا عاد البرلمان في دور انعقاد آخر إلى إقرار ذلك المشروع بالأغلبية العادية ، صار له حكم القانون وأصدر . وإذا حدث في غير أدوار انعقاد البرلمان ما يوجب الإسراع لاتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، فللملك أن يصدر في شأنها مراسيم بقوانين تكون لها قوة القانون ، بشرط ألا تكون مخالفة للدستور ، ويجب دعوة البرلمان إلى اجتماع غير عادي وعرض هذه المراسيم عليه في أول اجتماع له ، فإذا لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون .

وإذا تم تصديق الملك على مشروع القانون صار قانوناً ووجب إصداره ونشره . وقد نصت المادة الأولى من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية 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 المذكور 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 فى القوانين أو الأوامر المذكورة . وجاء فى المادة ٢٦ من الدستور التى سبقت الإشارة إليها : « تكون القوانين نافذة فى جميع النقط المصرى بإصدارها من جانب الملك ، ويستفاد هذا الإصدار من نشرها فى الجريدة الرسمية » . وصيغة إصدار القانون تكتب فى 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^(١) . ومتى أصدر القانون نشر فى 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 .

التشريع الفرعى :

أما التشريع الصادر من الهيئات الفرعية فقد سبقت الإشارة إليه .

(١) وصيغة الإصدار فى مصر هي الآتية :

نحن ... ملك مصر

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتى نصه ، وقد صدقنا عليه وأصدرناه

... ..

ويختتم مرسوم الإصدار بالعبارة الآتية : « نأمر بأن يصم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة » .

« صدر بسرأى عابدين أو رأس التين يوم ... سنة ... » ، وبلى ذلك إمضاء الملك

والوزير أو الوزراء المختصين .

الفرع الثاني

التقنين

Codification

نقسم هذا الفرع إلى مطلبين ؛ مطلب أول في نظرية التقنين ومطلب ثان في حركة التقنين .

المطلب الأول

نظرية التقنين

١٤٧ — التعريف :

التقنين هو إدماج القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون — بعد أن ترتب وتبويب ويرفع ما قد يكون فيها من تناقض — في مدونة واحدة (Code) تصدر من الهيئة صاحبة التشريع في شكل قانون (Loi)^(١) سواء كان مصدر تلك القواعد عرفاً أو تشريعاً أو غير ذلك .

وقد عنت الحاجة إلى التقنين بعد أن اتسعت دائرة التشريع إثر انتشار النزعة الاشتراكية في العهد الأخير ، مما أدى إلى تعذر الإحاطة بكل التشريعات التي تصدر ، فضلاً عن عدم إمكان مجانبة التعارض فيما بينها ، الأمر الذي اقتضى وضع الأحكام الخاصة بكل فرع من فروع القانون في مدونات .

(١) فالمدونة (أو المجموعة القانونية) إذن تشريع لا يختلف عن أى تشريع إلا في سعة نطاقه وكبير أهميته .

١٤٨ — مزايا التقنين وعمومه :

وجهت إلى التقنين ، دون غيره من التشريعات ، انتقادات شديدة وهوجم هجوما عنيفاً ، لكن لا بد قبل الإشارة إلى ذلك من مواجهة اعتراض يثب إلى الخاطر ، هو الآتى : إذا كان التقنين تشريعاً فلماذا انفراد بتلك الانتقادات ، ولماذا قام في وجهه هو — دون سائر التشريعات — خصوم يبينون عيوبه ويحذرون منه !

يرجع السبب الرئيسى فى ذلك إلى ما للتقنين من أهمية وخطر ، وما قد يحاط به من مهابة وتقديس ، مما قد يؤدي إلى جمود القانون وتخلفه عن مسايرة التطور فى المجتمع ، الأمر الذى ينافى وظيفة القانون . هذا إلى انتقادات أخرى هى فى حقيقة الأمر من محاسنه .

على أنه لم يلبث أن اتضح قدر مبالغة خصوم التقنين فى استغلال هذا السبب ، وبأن للجميع احتفاظ القانون بمرونته فى ظل التقنيات ، فضلاً عن مزاياه الأخرى . ومدّ وضح ذلك لم يعد للتقنين خصوم وأصبح المجال أمام انتشاره واسعاً . ولنزد هذه المسألة بياناً فيما يلي :

لم تكدر تصدر التقنيات الفرنسية عقب الثورة الفرنسية (فى المدة ما بين سنى ١٨٠٤ — ١٨١٠) حتى حازت درجة رفيعة من الشهرة بحيث أغرت الدول الأخرى بأن تحذو حذو فرنسا . ولم تلبث أن أحيطت تلك التقنيات بهالة من المهابة والتقديس ، نظراً لضخامة الجهود الذى بذل فى وضعها وفى إخراجها على ذلك النحو الفذ من قوة التركيب وبساطة التعبير ، وللفائدة الكبرى التى يحققها للروابط القانونية تركيز قواعد القانون فى مواد موجزة سهلة التناول ، بدلاً من تلك القواعد القديمة المبعثرة والأحكام المتعارضة . ولذا فلا غرابة فى أن يتولد لدى جمهور الأمة شعور باعتبار العمل الجديد (التقنيات) كأثر من الآثار حى على

الزمان لا يموت ، يجب احترام أحكامه وعدم مسه بالتعديل إلا عند الضرورة القصوى . ولا غرابة كذلك في أن يسود الفقه الفرنسى الاعتقاد بأن « التقنين » قد أضحى المصدر الوحيد لقواعد القانون ، وأنه كالكتاب المنزل قد أحاط بكل شىء علماً ، وأتى بالحل اللازم لكل ما فى الحياة من مشكلات . وقد استتبع هذا النظر أن يكون تفسيره للنصوص تفسيراً لفظياً ، وأن يكون ديدنه هو تقضى نية واضعيه .

ولما قام الفقيه الألمانى تيبو (Thibaut) يدعو إلى تقنين القانون الألمانى على غرار التقنين الفرنسى بعد الذى رآه من نجاح التجربة الفرنسية ، تصدى له الفقيه الألمانى الكبير (Savigny) محذراً مواطنيه من قبول تلك الدعوة لما يجره التقنين من مضار ، فى رسالة مشهورة نشرت فى سنة ١٨١٤ ، تلك الرسالة التى أرخت ميلاد مذهب جديد فى طبيعة القانون ، هو مذهب التطور التاريخى . ولم تكن وقفته هذه إلا نتيجة طبيعية لمذهبه فى القانون ، إذ منطق النظرية التاريخية يقضى بعدم السماح بأن تصب قواعد القانون فى قوالب جامدة — هى النصوص — لا تلبث أن تشل حركتها وتفقد مروتها وتطبعها بطابع الجمود ، والأفضل تركها طليقة من كل قيد تتطور وفق الحاجة والزمن .

وقد كذب الواقع رأى سافينى من هذه الناحية عند ما قنن القانون الألمانى وصدر فى سنة ١٩٠٠ موحداً للبلاد الألمانية من الناحية التشريعية ، وإن كان من نتيجة معارضته تأخير التقنين الألمانى قرابة قرن من الزمان .

أما لماذا لم تنجح معارضة خصوم التقنين فذلك عند ما تبين أن الخطر من جمود القانون لم يتحقق ، وخاصة عند ما زالت فكرة تقديس النصوص تحت تأثير الضرورات العملية ، وعند ما أدرك الفقه الفرنسى أنه قد أصبح فى ظل

مدرسة الشرح على المتون جد بعيد عن واقع الحياة ، وأنه لا معدى له عن التعاون مع القضاء ؛ فاعترف بمصادر القانون الأخرى ، وأخذ يفسر النصوص على مقتضى الظروف ، ويدعو المشرع إلى التدخل كلما لاحت له حاجة إلى ذلك التدخل . وهكذا استطاع التقنين أن يحتفظ بمرونته وبقدرته على مسايرة التطور ، ولم يعد أحد يدعو إلى محاربة التقنين ، بل توحدت الدعوة إلى إحسان القيام به ، ومراجعته من وقت إلى آخر ، أو استبدال تقنين جديد به يكون أوفى بالحاجة ، وأقدر على متابعة المجتمع في تطوره .

أما بنية الانتقادات فيمكن تلخيصها والرد عليها فيما يلي :

أخذ على المجموعات أنها لم تضع التعاريف ، بل ذكرت ألفاظاً كالغلظ والتدليس وحسن النية وسوء النية الخ ، ورتبت عليها نتائج هامة دون أن تعرفها تاركة ذلك إلى الفقه والقضاء ، كما أنها لم تأت بكل الأحكام القانونية . ولكن يرد على ذلك بأن القوانين إذا كانت لم تأت بالتعاريف ، فإن ذلك وجه فضل يحتسب لها لا موضع نقص يعد عليها . ذلك أن التعاريف مسائل علمية من الواجب تركها للعلماء والمحاكم ، وهؤلاء يعرفونها التعريف المناسب لمقتضيات الأحوال . أما عدم إتيانها بكل الأحكام فهذا أيضاً مما تقضى به الحكمة ، إذ يجب أن تكتفي المجموعات بذكر القواعد العامة ، وتترك التفاصيل لأحكام المحاكم ، وهذه تكمل نقص القانون بحسب ما تقتضيه الضرورة العملية وتستوجبها العدالة . على أن هذا النقص المدعى به هو الذى يهين لنا خير ما يرد به على ما وجه للتقنين من نقد يتصل بجمود قواعد القانون ، ذلك أنه بسبب عدم الدخول فى الجزئيات وعدم محاولة الإحاطة بكل التفاصيل والاكتماء بالقواعد العامة — وهذه لا تتغير كثيراً — أمكن عن طريق التفسير أن تمد قواعد القانون وتتسع

لتشمل الحاجات الجديدة وتبقى للتقنين مرونته مهما تقدم العهد عليه^(١).
ومن مزايا التقنين سهولة البحث عن الأحكام القانونية بعد أن جمعت في
كتاب واحد ، وفي هذا فائدة كبيرة للقضاء والمتقاضين ولجميع المشتغلين بالقانون .
كما أنه قد يكون ضروريا إذا أريد توحيد القانون في البلد الواحد ، كما وقع ذلك
في فرنسا وفي ألمانيا وفي سويسرا ، ويكون التقنين ضروريا كذلك إذا أريد
إدخال قانون أجنبي ، كما وقع ذلك في مصر وفي تركيا .

١٤٩ — أصول التقنين الحكيم :

أهم أصول التقنين الحكيم إذن 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 تحبس القانون في نصوص جامدة تقف به دون التطور ، إذ القانون
كأن حتى لا يمكن قسره على الجمود بمنعه من التطور .

والواجب أن تفهم مهمة التقنين على الوجه الصحيح ، فليست هذه المهمة
تسجيل قواعد قانونية ثابتة لا تتغير ، فإن التقنين لا يلبث أن يتم حتى يقوم إلى
جانبه من القواعد الفقهية والقضائية ما يكاد يغطي على القواعد التي سجلها التقنين ،
إنما يراد بالتقنين ، إلى جانب ترتيب الأحكام الخاصة بفرع معين من فروع
القانون بعد إزالة التناقض بينها ، أن يكون مفتاحاً للبحث يجعل العثور على القواعد
القانونية سهلا ، على أن يكمل البحث بالرجوع إلى المصادر الأخرى وأهمها الفقه

(١) ويقول الأستاذ سالي (Saleilles) عن مجموعة قانون نابليون بمناسبة مرور مائة عام
عليها في الكتاب المئتي ص ١١٤ « المجموعة المدنية تطورت ، فقد بقيت النصوص على حالها
ولكن الذي تغير هو محتواها ، ففي أوعية ظن أنها قديمة جرى خمر جديد ، وقد كفت قوته
المتجددة لأن تعيد إلى الوعاء نضارة الشباب » .

والقضاء . فإذا كانت هذه هي مهمة التقنين ، فلا شك أنه قد أسدى خدمة جليلة في هذا السبيل ، ولا ينكر أحد أن التشريع المقنن أسهل في بحثه من القانون غير المقنن الذي يجب أن تتلمس أحكامه في السوابق القضائية المكدسة أو في كتب الفقه الواسعة أو في تشريعات متفرقة .

على أن التقنين ، حتى يحتفظ بفائدته ، تجب مراجعته من وقت لآخر ، حتى يكون متمشياً مع حالة القضاء والفقه . أما التقنين الذي لا يراجع فلا يلبث أن يصير قديماً ، لا يعبر عن حالة القانون الحقيقية ، وقد يكون ضرره أشد من نفعه .

المطلب الثاني

حركة التقنين

نتكلم في تقنين الشرائع القديمة .

وفي حركة التقنين الحديثة .

وفي التقنينات المصرية .

§ ١ — تقنين الشرائع القديمة

١٥٠ — القانون الروماني :

قنن القانون الروماني مرتين ؛ مرة عند نهاية المرحلة الأولى من نموه ، في الألواح الاثني عشر ، وأخرى عند نهاية المرحلة الأخيرة من نموه في تقنينات جوستينيان في القرن السادس الميلادي . وهذا التقنين الأخير هو أهم تقنين وقع

في الشرائع القديمة ، فقد كانت مصادر القانون الروماني قد تعددت ، فكان من العسير تعرف حكم القانون الواجب التطبيق . فلما جاء الإمبراطور جوستينيان رأى أن يجمع قواعد القانون المبعثرة في شتى المصادر ، وأن يضعها في كتاب واحد بعد أن يستبعد ما بينها من التناقض ، فشكل لذلك لجنة جمعته ، وأصدره الإمبراطور متوجا باسمه ومخلداً لذكره ليكون شريعة الرومان ، وسمى (Corpus Juris Civile) . ولم يكن مستغربا بعد ذلك أن يصبح القانون الروماني ، وهو على هذه الصورة من الإيجاز والوضوح والانسجام ، أصلا لكل القوانين الأوروبية .

١٥١ — القانون الإنجليزي :

القانون الإنجليزي يستعصى عادة على التقنين ، فإن مصدره الأساسي القضاء ، والقضاء لا يقنن لأنه في تطور مستمر ، ويقوم مقام التقنين في القضاء بجميع الأحكام والسوابق القضائية وترتيبها وتبويبها . على أن القانون الإنجليزي قد قنن في بعض أجزائه ، كما في القوانين الخاصة ببيع البضائع والأوراق المالية والشركات .

وقد حدثت محاولات فردية من بعض علماء الأنجليز أريد بها تجميع القانون ، مثل كتاب ستيفن (Stephen) في قانون العقوبات ، ودايسي (Dicey) في القانون الدولي الخاص . ولكن هذا ليس تقنيناً رسمياً وإن أمكن اعتباره خطوة في سبيل التقنين .

١٥٢ — الشريعة الإسلامية :

أما الشريعة الإسلامية فبقيت غير مقننة ، إلى أن أصدر الأتراك تقنينهم المشهور في « المجلة » ، ولا تزال المجلة مطبقة في بعض البلاد العربية ، كالعراق

وسوريا . وقد قنن المرحوم قدرى باشا الشريعة الإسلامية تقنيناً غير رسمى فى كتبه المعروفة ، مرشد الحيران فى المعاملات والأحوال الشخصية والوقف .

١٥٣ — القانون الفرنسى القديم :

وقد بدأت حركة التقنين فى فرنسا فى عهد الملك شارل السابع فى أواسط القرن الخامس عشر ، بقصد توحيد فرنسا تشريعياً ، واستمرت هذه الحركة فى عهد لويس الرابع عشر ولويس الخامس عشر تحت تأثير كليبر (Colbert) وداجسو (Dagesseau) ، فصدرت عدة قوانين فى شكل أوامر ملكية . وما جاءت الثورة الفرنسية إلا كان فى فرنسا قانون لتحقيق الجنایات صدر سنة ١٦٧٠ ، وقانون التجارة فى سنة ١٦٧٣ ، وقانون الهبات فى سنة ١٧٣١ ، فكان ذلك خطوة نحو التقنين .

٢٨ — التقنينات الحديثة

١٥٤ — (أولاً) فى البلاد الغربية :

عقب الثورة الفرنسية أريد تجميع القانون لكى يضم شتات الأحكام ويسرى على جميع أجزاء الجمهورية ، فقدم مشروع إلى الجمعية الوطنية ، وتلا ذلك عدة مشروعات ، كان نصيبها كلها الفشل . وفى سنة ١٨٠٠ شكل نابليون لجنة مكونة من أربعة من العلماء (Bigot du Préameneu و Portalis و Malville و Pronchet) لتحضير مجموعة القانون المدنى . وبفضل إصرار نابليون ورغبته فى إتمام مشروعه قدر لفكرته أن تنجح ، وصدرت المجموعة فى سنة ١٨٠٤ باسم

قانون نابليون (Code Napoléon)^(١) فكان ذلك فاتحة عهد جديد للتقنين .
وقد وقعت المجموعة بين القوانين السائدة في عهد الملكية وبين الأفكار
والنزعات التي ولدتها الثورة ، فهي قد حافظت على وصل الحاضر بالماضى دون
أن تغفل التغييرات التي استلزمها تطور الأفكار الجديدة . ولعل لتأخر صدورها
قليلا فائدة كبرى في هذا الخصوص ، إذ كان قد مضى على بدء الثورة خمسة
عشر عاما هدأت في أثنائها النفوس واستقرت الأمور نوعا ، ولذلك خلا هذا التشريع
الجديد من كل نزعة ثورية عنيفة . ولا أدل على هذا الاتصال التاريخي من أن
معظم نصوص هذه المجموعة مستقى من كتب الفقهيين الفرنسيين الذائعي الصيت
(Domat و Pothier) . وقد مر على مجموعة نابليون قرن ونصف قرن وهي باقية
لم تغير ولم تدخل عليها إلا تعديلات اقتضاها تغير الظروف ، ولكنها تعتبر
تعديلات طفيفة ، ولكن يجب ألا ننسى هنا فضل المحاكم والشراح ، إذ أنهم عملوا
دائما على جعلها تسير الحاجات الاجتماعية والاقتصادية . وقد آن الوقت لأن تراجع
مرة ثانية ، وهذا هو ما يحدث الآن^(٢) .

وقد كان لنشر قانون نابليون أثر سحري على أغلب مشرعي البلاد الأخرى ،
الذين وجدوا فيه كتابا سهلا العبارة واضحاً سليماً من التناقض وموحداً لفرنسا
من الوجهة التشريعية ، فقاموا ينسجون على منواله^(٣) ، فتلا التقنينات الفرنسية
التقنين النمساوي في سنة ١٨١١ ، والتقنين الإيطالي في سنة ١٨٦٥ ، والتقنين

(١) وصدرت بعد التقنين المدني تقنينات أخرى في قانون المرافعات في سنة ١٨٠٦ ،
وفي القانونين التجاري والبحري في سنة ١٨٠٧ ، وفي قانون الإجراءات 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 .

(٢) فقد صدر في يونيه سنة ١٩٤٥ مرسوم بتأليف لجنة برئاسة الأستاذ چوليودي
لامورانديير عميد كلية الحقوق بجامعة باريس لتعديل القانون المدني الفرنسي .

(٣) أو ينقلون عنه كما حدث في مصر واليابان الخ .

العثماني (المجلة) في سنة ١٨٦٩ ، والتقنين السويسري في سنة ١٨٨١ ، والتقنين الألماني في سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسري في الالتزامات في سنة ١٩١٢ ، وغيرها من التقنينات .

١٥٥ — (تانياً) في البلاد الشرفية :

واقترنت البلاد الشرقية أثر أوربا في التقنين ، فصدر التقنين الهندي الجنائي في سنة ١٨٦٠ ، والتقنينات المصرية في سنتي ١٨٧٥ و ١٨٨٣ ، والتقنين السوداني الجنائي في سنة ١٨٩١ . و صدر في القرن الحاضر التقنين الياباني ، والتقنين الصيني ، والتقنين العراقي في العقوبات وفي المرافعات الجزائية .

٣ § — التقنينات المصرية

١٥٦ — لم تكن مصر تعرف تقنيناً صحيحاً قبل عهد الإصلاح القضائي ، ولم تطبق المجلة العثمانية لاستقلال البلاد استقلالاً قضائياً عن دولة الخلافة . والتقنين في مصر جاء تابعاً لحركة إنشاء المحاكم ، فكلماً أنشئ نوع نظامي من هذه المحاكم تبع ذلك أن يوضع لهذا النوع تقنيناته التي يطبقها . وقد بدأت هذه الحركة بإنشاء المحاكم المختلطة ، فوضعت التقنينات المختلطة ، ثم نظمت المحاكم الشرعية فوضعت لها لأئمة عدلت بعد ذلك غير مرة ، ثم أنشئت المحاكم الأهلية فوضعت التقنينات الأهلية ، وجاء بعد ذلك دور المجالس الحسبية فوضعت لها لأئمة تلتها لأئمة أخرى ، ثم قانون في سنة ١٩٤٧ . وتتكلم في هذه التقنينات المختلفة باختصار .

١٥٧ — التقنيات المختلطة :

كان أول التقنيات المصرية إذن هي التقنيات المختلطة . فإن الخديوى إسماعيل عندما فكر فى إصلاح نظام الامتيازات الأجنبية بإنشاء المحاكم المختلطة ، ووافقت الدول الأجنبية على إنشاء هذه المحاكم بعد مفاوضات طويلة شاقة ، كان من المتفق عليه أن تطبق هذه المحاكم تقنيات تؤخذ من التقنيات الفرنسية ، إذ أن هذه التقنيات كانت فى ذلك العهد أقرب تناولاً وأبعد شهرة وأقرب إلى التطبيق على الجاليات الأجنبية فى مصر من سائر التقنيات . فكلف نوبار أحد المحامين الفرنسيين المقيمين فى مصر ، الأستاذ مونورى (Monori) ، وكان سكرتيراً له وسكرتيراً للجان الدولية التى انعقدت فى القاهرة لتحضير لأئحة المحاكم المختلطة ، بوضع ستة تقنيات على غرار التقنيات الفرنسية ، فوضع التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين البحرى وتقنين المرافعات والتقنين الجنائى وتقنين الإجراءات الجنائية ، وأخذها كلها عن التقنيات الفرنسية ، مع إيجاز يصل فى بعض الأحيان إلى حد الاقتضاب ، وقد أخذ فى بعض المسائل بأحكام الشريعة الإسلامية كما فى الشفعة وفى بيع المريض مرض الموت وفى بعض مسائل البيع والإيجار كما سبقت الإشارة إلى ذلك . وقد تم وضع التقنيات المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ، وظلت مطبقة — وإن أدخلت عليها بعض تعديلات — حتى ألغيت بإلغاء المحاكم المختلطة فى ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

١٥٨ — لوحة ترتيب المحاكم الشرعية :

وقد كان الربع الأخير من القرن التاسع عشر يشتمل على حركة إصلاح قضائى واسعة المدى فى مصر . فبعد إنشاء المحاكم المختلطة فكر أولو الأمر فى إعادة تنظيم المحاكم الشرعية ، فصدرت لأئحة سنة ١٨٨٠ ، ثم حلت مكانها

لأئحة أخرى في سنة ١٨٩٧ . وحلت مكان الثانية ثالثة صدرت في سنتي ١٩٠٩ و ١٩١٠ ، وقد عدلت هذه اللائحة الثالثة عدة مرات في بعض أحكامها ، وآخر تعديل لها كان في سنة ١٩٣١ ، وهو التعديل المعمول به إلى الآن .

ولأئحة ترتيب المحاكم الشرعية ، هي في أساسها تقنين لإجراءات المرافعات التي يجب اتباعها أمام المحاكم الشرعية ، وقد أخذت عن قانون المرافعات الذي تطبقه المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة ، وهذا القانون مأخوذ من القانون الفرنسي كما تقدم . على أن اللائحة تتضمن ، عدا إجراءات المرافعات ، بعض أحكام موضوعية مكانها الطبيعي هو التقنين المدني لا تقنين المرافعات .

وفي ٥ من ديسمبر سنة ١٩٣٦ صدر قرار مجلس الوزراء بتشكيل لجنة من بعض كبار العلماء لوضع قانون شامل لمسائل الأحوال الشخصية ، يستقي من المذاهب الأربعة ، بحيث يؤخذ من كل مذهب ما هو أصلح للناس وأقرب لروح العصر . وقد بدى بتنظيم الأسرة من الناحية المالية ، فصدر قانون الميراث (قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣) ، وقانون الوقف (قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦) ، وقانون الوصية (قانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) .

١٥٩ — التقنينات الأهلية :

وقد دعا إنشاء المحاكم المختلطة ولاية الأمر إلى 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^(١) لوضع التقنينات الأهلية . وقد وضعت هذه اللجنة التقنينات الأهلية منقولة عن التقنينات المختلطة ،

(١) كان رئيسها حسين فخري باشا ، ومن أعضائها فاشير النائب العمومي لدى المحاكم المختلطة ، وموريونديو الإيطالي ، ولو الإنجليزي ، وكانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، وبطرس غالي باشا ، وكان وكيل نظارة الحقانية .

ويكاد النقل يكون حرفياً . وكلف (فاشير) بوضع التقنين الجنائى وتقنين الإجراءات الجنائية ، و (موريونديو) بوضع التقنين المدنى وتقنين المرافعات ، ثم صدرت اللائحة الثانية لترتيب المحاكم الأهلية فى يونيو سنة ١٨٨٣ ، واستمرت معمولاً بها حتى استبدل بها قانون نظام القضاء (قانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) .
وصدرت التقنينات الأهلية بعد ذلك ، التقنين المدنى فى أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، وبقية التقنينات (المرافعات والتجارى والبحرى والجنائى والإجراءات الجنائية) فى نوفمبر سنة ١٨٨٣ ، وافتتحت المحاكم الأهلية فى يناير سنة ١٨٨٤ .

وقد يعجب الباحث كيف أن قانوناً أجنبياً دخل مصر طفرة واحدة مع أن أنصار المدرسة التاريخية يقررون أن القانون ليس إلا نبت البيئة وثمرة التطور . ولكن هذا العجب يخف كثيراً إذا لاحظنا ما يأتى :

(أولاً) لم يمس المشرع المصرى الأحكام القانونية الأكثر اتصالاً بالشخص والبيئة والمعتقدات الدينية ، فترك مسائل الأحوال الشخصية للمحاكم الشرعية وللمجالس المليية .

(ثانياً) وفى الأحكام الأخرى الخاصة بالمعاملات لم يكن دخول القانون الفرنسى طفرة واحدة كما يظن لأول وهلة ، فمن عهد محمد على — وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك — كانت القوانين الفرنسية تتسرب إلى مصر ، لا سيما فى المسائل التجارية ، فضلاً عن أن احتكاك الأجانب بالمصريين من عهود طويلة جعل قبول المصريين لقانون أجنبى أمراً ممكناً ، على أن المشرع المصرى رجع فى بعض المسائل المدنية إلى الشريعة الإسلامية . هذا إلى أنه لا يوجد تنافر بين المعاملات بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام القانون الفرنسى .

(ثالثاً) يجب ألا ننسى فضل المحاكم المصرية ، إذ لم تلبث هذه المحاكم ، على قدر طاقتها ، أن طبعت القوانين المستوردة من الخارج بالطابع المصرى ، وحورتها

حتى أصبحت ملائمة لظروفنا الاجتماعية في كثير من النواحي .
وأول تقنين نقح من التقنينات الأهلية هو التقنين الجنائي وتقنين الإجراءات
الجنائية ، وكان ذلك في سنة ١٩٠٤ ، ثم في سنة ١٩٣٧ عند ما أريد توحيد
القانون (الأهلي والمختلط) عقب اتفاقية مونترو .

ولم يتناول التنقيح التقنينات الأخرى ، على ما فيها من عيوب ، إلا في العهد
الأخير؛ فصدر تقنين جديد للمرافعات المدنية والتجارية في ٣ من يولييه سنة ١٩٤٩ ،
وقبل ذلك بقليل صدر التقنين المدني الجديد في ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ . ونظراً
لأهمية التقنين المدني البالغة في نطاق المعاملات المدنية ، وفي نطاق العلوم القانونية
بوجه عام « باعتبار أن هذا القانون هو موطن القواعد الكلية المنظمة لروابط الأفراد
ولسائر المخاطبين بأحكام القانون الخاص ، ومرجع القواعد التفصيلية المنظمة للشق
الأكبر من هذه الروابط »^(١) ، فإننا نشير في إيجاز إلى المراحل التي مر بها
هذا التقنين :

شعر المشتغلون بالقانون من رجال العلم والعمل بعد صدور التقنين المدني المصري
(مختلط في ١٨٧٦ وأهلي في ١٨٨٣) بحاجة هذا التقنين إلى تعديل كثير من
أحكامه ، وذلك بسبب الظروف التي وضع فيها هذا التقنين والمصادر التي استمد
منها أحكامه^(٢) .

وقد بدأت الجهود في هذا السبيل منذ سنة ١٩٣٦ (٢٧ فبراير) عند ما
شكلت أول لجنة برئاسة المرحوم مراد سيد احمد باشا ، ثم حلت محلها في السنة
ذاتها (نوفمبر) لجنة ثانية برئاسة المرحوم كامل صدقي باشا .

(١) من تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ .

(٢) راجع النبعة التاريخية التي صدرت بها مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الأول .

وراجع لمعرفة عيوب التقنين المدني القديم مقالا للأستاذ السنهوري في مجلة القانون والاقتصاد

السنة السادسة ، العدد الأول ص ٣ — ١٤٤ .

وفي شهر يونيه سنة ١٩٣٨ أسندت مهمة تنقيح القانون المدني — بعد أن تبين فشل تجربة اللجان وأفضلية إسناد هذه المهمة إلى أحد رجال القانون البارزين — إلى الأستاذين عبد الرزاق السنهورى باشا والمسئول امبير .

وفي سنة ١٩٤٢ تم إعداد المشروع وعرض للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات . وفي مارس سنة ١٩٤٥ شكلت لجنة برئاسة السنهورى باشا وعضوية أربعة من كبار رجال القانون لمراجعة القانون فى ضوء ما قدم عنه من الملاحظات والآراء لوزارة العدل . وأجيزت اللجنة مهمتها فى نوفمبر سنة ١٩٤٥ .

وعرض المشروع على المجلسين ، وبتاريخ ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بالتصديق عليه وإصداره ، ونشر بالجريدة الرسمية فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٤٨ ، على أن يكون بدء العمل به اعتباراً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو اليوم الذى يبدأ فيه القضاء الوطنى ييسط ولايته على سكان البلاد أجمعين .

١٦٠ — لائحة ترتيب المجالس الحسبية :

ولما ألقى « بيت المال » نظمت المجالس الحسبية ، وصدرت لأحتها سنة ١٨٩٦ وقد عدلت هذه اللائحة مراراً ، ولكن التعديل الجوهري تم فى سنة ١٩٢٥ . وبه وضعت النواة لتوحيد القضاء فى الأحوال الشخصية ما بين المصريين جميعاً ، دون نظر إلى اختلاف الدين ، فقد أصبحت لأئحة المجالس الحسبية واختصاص هذه المجالس يمتد إلى كل المصريين فى مسائل الأهلية والوصاية والحجر .

وقد استمر العمل بتلك اللائحة حتى صدر قانون جديد فى ١٩٤٧ ، ألقى تلك اللائحة والقوانين المعدلة لها ، واستبدل بالمجالس الحسبية محاكم حسبية ، تطبق هذا القانون ، كما تطبق أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم ينسخه نص فى القانون الجديد .

المبحث الثاني

تطبيق التشريع

١٦١ - تتكلم في تطبيق التشريع من حيث المكان ، ومن حيث الزمان .
وتطبيق التشريع من حيث المكان يبين مدى ما يتناوله التشريع في تطبيقه من
حدود إقليمية ، فزرى إلى أى حد يمتد سلطان القانون على جميع القاطنين لأرض
الدولة ، أما تطبيق التشريع من حيث الزمان فيبين مدى ما يتناوله التشريع في
تطبيقه من حدود زمنية ، وهل يتناول الماضى فيكون له أثر رجعى أو لا .

الفرع الأول

تطبيق التشريع من حيث المكان

تتكلم أولاً في تطبيق التشريع من حيث المكان على العموم ، وثانياً في
تطبيق التشريع في مصر .

المطلب الأول

تطبيق التشريع على العموم

١٦٢ - القاعدة الأساسية هي الإقليمية التطبيقية :

القاعدة الأساسية هي أن التشريع - والقانون بوجه عام - يطبق تطبيقاً
إقليمياً فيسرى على جميع القاطنين في أرض الدولة ، سواء كانوا وطنيين أو أجانب ،

كما أن سلطان القانون يقف عند حدود إقليمها لا يتعداها إلى الخارج^(١). وفي داخل حدود الدولة لا يوجد سوى نوع واحد من المحاكم هو الذى يطبق القانون. وتطبيقاً لهذه القاعدة نرى القانون الفرنسى مثلاً يطبق على جميع القاطنين فى البلاد الفرنسية، فمن ارتكب جريمة فى فرنسا حوكم أمام محكمة فرنسية وطبق عليه القانون الجنائى الفرنسى، سواء كان فرنسياً أو أجنبياً، ومن صدر منه تصرف مدنى أو تجارى ونشأ عنه نزاع طرح هذا النزاع على محكمة فرنسية وطبق القانون المدنى أو التجارى الفرنسى، سواء كان الخصوم وطنيين أو أجنبان.

ولكن هذه القاعدة، وهى نتيجة طبيعية لسيادة الدولة فى إقليمها، لا يمكن أن تتبع على إطلاقها، لا سيما بعد انتشار التجارة الدولية وتبادل الحاصلات والمنافع بين الدول، فقد أدى الأمر، ابتداء من القرن الثالث عشر، إلى التساهل نوعاً فى تطبيق هذه القاعدة، والسماح بتطبيق القانون الأجنبى فى بعض الأحوال، (أى قانون الشخص)، وهكذا وجدت إلى جانب قاعدة إقليمية التطبيق، وهى الأصل، قاعدة شخصية التطبيق، وهى الاستثناء.

وظاهر أنه لو طبقت قاعدة إقليمية التطبيق (Territorialité de La Loi)

(١) وهذا لا يمنع من وجود الاستثناءات الآتية :

(أ) ما تقضى به قواعد القانون الدولى الخاص، على ما سنرى، وإن كان تطبيق القانون الأجنبى إنما يتم بأمر المشرع الوطنى.

(ب) ما يقضى به القانون الجنائى فى كثير من البلاد من امتداد سلطانه إلى جرائم ترتكب خارج حدود الدولة، كما إذا كانت الجريمة ضد أمن الدولة أو ضد قدها، وكما إذا كان مرتكب الجريمة وطنياً ارتكبها خارج حدود بلاده وكانت الجريمة معاقباً عليها فى البلاد التى ارتكبت فيها ولم توقع عليه عقوبة فى هذه البلاد.

(ج) كما أن هناك بعض قوانين لا تطبق إلا على الوطنيين دون الأجنبان، إما لأنها تتضمن ضرايا سياسية، كالانتخاب والترشيح للهيئات العامة، أو لأنها تفرض واجبات خاصة بالوطنيين كالخدمة العسكرية.

تطبيقاً مطلقاً لما قام تنازع بين قانون الإقليم وقانون الشخص ، ولما احتجنا بالتالى لما يسمى بالقانون الدولى الخاص .

أما وقد وجدت القاعدتان (محلية القانون وشخصية القانون) جنباً إلى جنب ، فلم يكن ثم مناص من أن ينشأ التضارب بين القوانين ، ولم يكن بد من أن يقوم علم جديد ، هو القانون الدولى الخاص لحل ما قد يثور من تنازع القوانين ، وستأتى الإشارة إلى القانون الدولى الخاص فى الباب الثالث .

ولنشر باختصار إلى تاريخ تنازع القوانين :

كان القانون الرومانى فى روما لا يطبق إلا على الرومانيين دون الأجانب ، فكان التطبيق شخصياً ، لا إقليمياً ، ثم لما اتسعت الإمبراطورية الرومانية وأصبح القانون الرومانى يتكون من قانون رومانى يسرى على الرومانيين وقانون الشعوب يسرى على الأجانب ، صار التطبيق إقليمياً ، وطبق القانون الرومانى بشطريه على جميع القاطنين فى حدود الإمبراطورية . ولما تمزقت الإمبراطورية الرومانية وانقسمت إلى دول مستقلة رجع التطبيق شخصياً ، واستمر كذلك قروناً عديدة ، وصار القانون الرومانى يطبق على السكان الأصليين ، وقانون كل قبيلة جرمانية من الغزاة يطبق على أفرادها ، فإذا كان الخصوم فى قضية لا ينتمون إلى بلد واحد طبق قانون المدعى عليه . ثم امتزجت القوانين الجرمانية بالقانون الرومانى ، وتوحدت القوانين فى البلد الواحد ، وعاد تطبيق القانون إقليمياً كما كان ، وأصبحت هذه هى القاعدة فى الوقت الحاضر .

وقد كانت إيطاليا — وهى البلاد التى ازدهرت فيها التجارة وما استتبعه ذلك من نزوح خارج الديار وما قد يؤدى إليه من تزاوج واختلاط بأفراد الدول الأخرى — أسبق البلاد إلى الشعور بوطأة قاعدة إقليمية التطبيق وبالرغبة فى التخفيف من شدتها ، وأن المصلحة والعدالة يقتضيان بالسماح بتطبيق قانون

الشخص في مسائل الأحوال الشخصية ، وهي المسائل الأثيرة لدى الشخص ، ولو كان خارج بلاده ، على أن تعامل كل دولة رعايا الدولة الأخرى بالمثل . وكان ذلك بداية للتنازع بين قانون الأقليم وقانون الشخص ، وقد اجتهد فقهاء إيطاليا ، منذ أواخر القرن الثالث عشر ، في أن يضعوا الحلول لتنازع القوانين ، تلك الحلول التي استقرت فيما بعد وأنشأت ما يسمى بالقانون الدولي الخاص .

على أنا نلاحظ أن قاعدة إقليمية التطبيق لم تضطرد في مختلف البلاد ، فإن كثيراً من البلاد الشرقية تغلب عليها قاعدة شخصية التطبيق ، كما يلاحظ ذلك في الهند والصين وسيام و بلاد المغرب والحبشة وغيرها من البلاد الشرقية ، فيطبق قانون الدين في الأحوال الشخصية ، وقوانين الجنسية في المسائل الجنائية وبعض المسائل المدنية والتجارية . على أن النزعة الحديثة في البلاد الشرقية هي تغليب التطبيق الإقليمي للقانون ، جريا على سنن المدنية الحديثة ، واتباعاً لما تقتضيه سيادة كل دولة في بلادها . وقد سبقت إلى ذلك اليابان ثم تلتها تركيا ثم إيران وأخيراً مصر بعد اتفاقية إلغاء الامتيازات الأجنبية ، على ما سنراه . وإتماماً للبحث نشير فيما يلي إلى نظرية حديثة هي نظرية شخصية القوانين .

١٦٣ — نظرية شخصية التطبيق (أو النظرية الإيطالية المحررة) :

ترى نظرية التطبيق الشخصي (Personnalité de la Loi) أن القانون يجب أن يطبق تطبيقاً شخصياً ، لأن القوانين وضعت في الأصل لتسرى على أشخاص معينين ، فيجب أن يخضعوا للقانون الذي وضع من أجلهم أينما كانوا ، ولا يُعدل عن هذا الأصل إلا إذا كان للدولة مصلحة ظاهرة في عدم تطبيق قانون الشخص ، كما في حالة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب . ويبرر أنصار هذه النظرية رأيهم بأن الدولة أصبحت لا تظهر في شكل سيادة إقليمية تنفد كل

نفوذ لها خارج حدودها ، بل هي تمثل أمة ، أي جماعة من الناس
فالأشخاص — لا الإقليم — تأخذ المكان الأول ومن أجلهم وضعت
القوانين ، أما الإقليم فليس سوى شرط مادي للدولة ، أو بعبارة أخرى ، ليس
سوى محل إقامة للأمة .

ومهما يكن أمر الأساس الذي قام عليه هذا المذهب فإن النتائج التي وصل
إليها أنصاره هي بعينها تقريباً النتائج التي تترتب في ظل قاعدة إقليمية التطبيق .
فكلاهما يترك لقانون الإقليم ما يتصل بالبوليس والأمن واستعمال الحقوق العامة
وتنظيم الملكية العقارية ، ولا يكاد يظهر خلاف بينهما إلا في مسائل الميراث .
فبحسب النظرية الحديثة يخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى ، لأن الميراث متصل
بشخص الإنسان أكثر من اتصاله بالمال ، وأما وفق القاعدة الأخرى فإن الميراث ،
لا سيما إن تعلق بعقار ، يخضع لقانون الإقليم .

المطلب الثاني

تطبيق القانون في مصر

١٦٤ — انفرد مصر عن غيرها من البلاد :

نظراً لظروف مصر الخاصة حيث تتعدد فيها جهات القضاء كما تتعدد فيها
القوانين التي تحكم روابط القاطنين في أرضها ، فإن قاعدة إقليمية التطبيق لا تسود
في مصر كما سادت في غيرها من البلاد ، بل صار المجال فيها واسعاً لتطبيق القانون
تطبيقاً شخصياً . وقد ساعد على ذلك عاملان : عامل الامتيازات الأجنبية (وقد
انتهت) التي جعلت للأجانب محاكم خاصة تطبق عليهم قوانين بلادهم ، وعامل

الامتيازات الطائفية الذي اقتضى ألا يخضع المصريون ، بسبب اختلاف الدين ، لقانون زاحد ومحاكم واحدة فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية .
بيد أن الوضع قد تغير بعد إلغاء الامتيازات الأجنبية وصار التطبيق إقليمياً ،
وبقى الحال كما هو بالنسبة للامتيازات الطائفية .
وتكلم في الامتيازات الأجنبية للتاريخ فقط ، ثم في الامتيازات الطائفية .

١٥ - الامتيازات الأجنبية قبل وبعد

اتفاقية مونثرو^(١)

١٦٥ - قبل اتفاقية مونثرو :

كانت الامتيازات الأجنبية تقضى ، قبل إنشاء المحاكم المختلطة ، بأن التشريع المصرى لا يطبق على الأجانب إلا إذا وافقت عليه الدول صاحبات الامتياز . وكانت تقضى كذلك بأن الأجنبي لا يتقاضى ولا يحاكم أمام محكمة مصرية ، بل كانت قنصليته هى المختصة فى المسائل الجنائية ومسائل الأحوال الشخصية والمسائل المدنية والمسائل التجارية ، فإذا اختلفت جنسية الخصوم تكون قنصلية المدعى عليه هى المختصة . فالقانون كان إذن شخصى التطبيق ، إذ كان القانون المصرى لا يطبق على الأجانب والمحاكم المصرية لا يتقاضى أمامها الأجانب . على أن الذى قضت به الامتيازات الأجنبية فى مصر لم تكن تقضى به فى البلاد العثمانية ، وهى البلاد التى امتدت إليها منها الامتيازات الأجنبية ، وذلك من وجهين :

(١) يكتبنى الطالب بمجرد القراءة .

(١) كان الأمر في تركيا أن قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه لا تطبق إذا كان أحد الخصوم عثمانياً ، حتى لو كان مدعياً والمدعى عليه أجنبياً ، والمحكمة المختصة في هذه الحالة هي المحكمة العثمانية . أما في مصر فقد اضطرت القاعدة بحكم العادات المرعية لا بحكم المعاهدات ، وصارت قنصلية المدعى عليه هي المختصة إذا كان أجنبياً ، حتى لو كان المدعى مصرياً .

(٢) كانت المسائل العقارية ، من حيث التشريع والضرائب والاختصاص القضائي ، 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 العرف ، ثم أصبح يتمتع بامتيازاته في تملكه للعقار بحكم العرف 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 إلى موافقة الدول صاحبات الامتياز .

على أن شيئاً من ذلك لم يكن ، بل إن نوبار عند مافاوض الدول في تعديل الامتياز فاضهم على أساس أن لهم كل هذه الامتيازات^(١) ، وتقدم إليهم بمشروع يقضى بإنشاء محاكم مختلطة ، تنتقل إليها اختصاصات المحاكم القنصلية في المسائل المدنية والتجارية والجنائية ، على أن تشكل هذه المحاكم من قضاة أجنب و قضاة 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

(١) وإن أنكر ذلك عليهم في مذكراته .

عقبات لم يكن من السهل تذليلها ، ولكن إسماعيل ووزيره نوبار بذلا ما يستطيعان من جهد ، بعد أن فتح إسماعيل خزائن المال ، وانتهى الأمر إلى أن الدول وافقت على إنشاء المحاكم المختلطة ، على أن ينتقل إليها اختصاص المحاكم القنصلية في المسائل المدنية والتجارية (إلا إذا كان الخصوم من جنسية واحدة والقضية غير عقارية) ، أما الاختصاص الجنائي فيبقى للمحاكم القنصلية إلا في المخالفات .

فأصبحت المحاكم المختلطة تختص بما يأتي .

- (١) المسائل المدنية والتجارية إذا كان الخصوم فيها مختلفي الجنسية .
- (٢) المسائل العقارية إذا كان أحد الخصمين أجنبيا حتى لو كان الخصم الآخر من نفس الجنسية .

(٣) المخالفات التي تقع من الأجانب .

وبقيت المحاكم القنصلية مختصة بما يأتي :

- (١) المسائل المدنية والمسائل التجارية إذا كانت غير عقارية ، وكان الخصمان فيها من جنسية واحدة .
- (٢) مسائل الأحوال الشخصية .

(٣) المسائل الجنائية في غير المخالفات (الجنح والجنايات) .

على أن المحاكم المختلطة سارت على سياسة التوسع في اختصاصها والانتقال من اختصاص المحاكم الأهلية ما استطاعت إلى ذلك سبيلا . ويكفي أن نورد مثلين للتدليل على ذلك : (المثل الأول) أدخلت المحاكم المختلطة في اختصاصها كل أجنبي ، ولو لم يكن متتمياً لدولة من الدول ذوات الامتياز ، مع أنها محاكم أنشئت بموجب معاهدات بين مصر والدول ذوات الامتياز ، فيجب أن يقتصر اختصاصها على رعايا تلك الدول . أما فيما يتعلق بغيرهم من الأجانب ، فإن الأمر يرجع إلى نصابه

ويكون التشريع المصرى (الأهلى) واختصاص المحاكم المصرية (الأهلية) ساريا عليهم طبقاً لقاعدة التطبيق الإقليمى : وعبثاً حاول المشرع المصرى أن يؤكد هذا المعنى بإدخاله تعديلاً فى صياغة المادة ١٥ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية فى سنة ١٩٢٩ ، بأن جعل الفقرة الأخيرة منها تنص على ما يأتى : « ويشمل الاختصاص المبنى والجنائى للمحاكم الأهلية المصريين والأجانب الذين لا يكونون غير خاضعين لقضائها فى كل المواد الداخلة فى اختصاصها أو فى بعضها بمقتضى معاهدات أو اتفاقات أو عادات » ، فإن المحاكم المختلطة أبت إلا المضى فى طريقها ، وبقيت تمد اختصاصها إلى كل الأجانب ، سواء منهم المتمتعون بالامتيازات وغير المتمتعين .

(المثل الثانى) وسعت المحاكم المختلطة كذلك اختصاصها إلى حد كبير بفضل نظرية « الصالح المختلط » (L'Interêt Mixite) . والأصل فى هذه النظرية نص ورد فى المادة ١٣ من لأئحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وهو يقضى بأن مجرد عمل رهن عقارى لمصلحة أجنبى على عين عقارية ، أيا كان مالكها أو واضع اليد عليها ، يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالحكم فى صحة هذا الرهن وفى جميع نتائجه ومنها بيع العقار جبرياً وتوزيع ثمنه . فاتخذت المحاكم المختلطة من هذا النص أساساً لمد اختصاصها إلى مسائل ليست فى الواقع من اختصاصها . من ذلك أنها جعلت نفسها مختصة فى حجز ما للمدين لدى الغير إذا كان المحجوز لديه أجنبياً ، حتى لو كان كل من الحاجز والمحجوز عليه مصرياً . ومن ذلك أنها تعتبر الشركات المصرية خاضعة لاختصاصها متى كان من بين المساهمين أجنبى ، بل إنها اعتبرت المجلس البلدى لمدينة الإسكندرية خاضعاً لاختصاصها ، مع أن هذا المجلس إدارة مصرية ، وقد نص فى قانونه الأساسى على أنه مصرى الجنسية ، و بنت دعواها على أن هذا المجلس يدير مصالح أجنبية .

هذا بالنسبة للاختصاص ، أما بالنسبة للتشريع فقد كان التشريع المصرى

لا يسرى على الأجانب ، حتى بعد إنشاء المحاكم المختلطة ، إلا إذا وافقت الدول ذوات الامتياز عليه ، فكان التشريع إذن شخصي التطبيق . ثم أدخل تعديل جوهرى على هذه القاعدة فى سنة ١٩١٢^(١) ، بأن رضيت الدول ذوات الامتياز أن يسرى التشريع المصرى على الأجانب بشرط أن توافق عليه الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة (وينضم إلى الجمعية العمومية قضاة ينتمون إلى دول غير ممثلة فى هذه الجمعية) ، وذلك فيما عدا الأئمة ترتيب المحاكم المختلطة والتشريع المالى (الضرائب) ، فالتعديل فى شىء من ذلك لا يسرى على الأجانب إلا بموافقة الدول ذوات الامتياز ، ولا تكفى موافقة الجمعية العمومية .

هذا هو مجمل الحال فى مصر قبل اتفاقية إلغاء الامتيازات الأجنبية من قصور التشريع والقضاء المصريين عن تناول الأجانب . فالأجنى فى مصر كان يتمتع بامتيازات تجعله فى مركز أسمى من مركز المصرى ، بينما الأجنى فى البلاد الأخرى لا يمكن أن يرتفع إلى مكان الوطنى . وكانت المحاكم المختلطة تصون امتيازات الأجانب وتقويها . وقد فرض أجل هذه المحاكم خمس سنوات تتجدد ، وقد تجددت مرة بعد مرة ، ثم انتهى الأمر إلى أنها تبقى ، حتى إذا أرادت الحكومة المصرية إلغاؤها ، فلها ذلك بعد سنة من نشر مرسوم بإلغائها فى الجريدة الرسمية ، وتعود الحال فى الامتيازات الأجنبية عندئذ إلى ما كانت عليه قبل إنشاء المحاكم المختلطة .

وقد كانت مسألة الامتيازات الأجنبية من مشكلات مصر البارزة ، وشغلت مكاناً كبيراً فى المفاوضات التى دارت بين مصر وإنجلترا فى مراحلها المختلفة منذ مفاوضات ملنر ، وقد أجمعت المشروعات المختلفة التى انتهت إليها المفاوضات على أن « نظام الامتيازات القائم فى مصر لا يلائم روح العصر ولا حالة مصر الحاضرة » .

(١) انظر هامش ص ١٨٦ من هذا الكتاب .

١٦٦ — بمر اتفاقية مونترو :

ألغت اتفاقية مونترو الامتيازات الأجنبية فيما يتعلق بالتشريع ، وأصبحت السلطة التشريعية في مصر طليقة من كل قيد^(١) في التشريع للمصريين والأجانب ، ولم تعد هناك حاجة لمواقفة الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة لسريان التشريعات المصرية على الأجانب ، وبذلك تحقق لمصر ما كانت تصبو إليه ، وأصبح القانون فيها إقليمى التطبيق .

أما فيما يتعلق باختصاص المحاكم ، فقد قضت هذه الاتفاقية بتحديد فترة انتقال بدأت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٣٧ وتنتهى في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أى لمدة اثنتى عشرة سنة . وبعد انقضاء هذه الفترة تلغى الامتيازات الأجنبية إلغاء تاماً^(٢) ، ولا يعود في مصر إلا قانون واحد هو القانون المصرى ، ومحكمة واحدة هى المحكمة المصرية يخضع لها كل المقيمين في مصر ، كما هو الشأن في البلاد الغربية .

أما في أثناء فترة الانتقال ، فقد تم الاتفاق على أن تنقل اختصاصات المحاكم القنصلية إلى المحاكم المختلطة (فيما عدا الأحوال الشخصية بالنسبة للدول التى تختار ذلك ، فتبقى محاكمها القنصلية مختصة بقضايا الأحوال الشخصية بالنسبة لرعاياها) . وترتب على ذلك أن المحاكم المختلطة أصبحت مختصة فيما يأتى :

(١) « مع مراعاة مبادئ القانون الدولى يخضع الأجانب للتشريع المصرى في المواد الجنائية والمدنية والتجارية والإدارية والمالية وغيرها . ومن المفهوم أن التشريع الذى يسرى على الأجانب لن يتنافى مع المبادئ المعمول بها على وجه العموم في التشريع الحديث ولن يتضمن في المسائل المالية على الخصوص تمييزاً مجحفاً بالأجانب أو الشركات المؤسسة وفقاً للقانون المصرى ، والتي يكون فيها للأجانب مصالح جديدة » المادة الثانية من اتفاقية مونترو .

(٢) « وفي التاريخ المشار إليه في الفقرة الأولى (١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩) تحال كل الدعاوى المنظورة أمام المحكمة المختلطة بالحالة التى تكون عليها إلى المحاكم الأهلية بدون مصاريف لاستمرار النظر فيها إلى أن يفصل فيها نهائياً » المادة الثالثة من اتفاقية مونترو .

(أولاً) القضايا المدنية والتجارية فيما بين المصريين والأجانب أو فيما بين الأجانب بعضهم مع البعض الآخر . ويجدر أن نشير هنا إلى مسائل ثلاث من شأنها أن تضيق من اختصاص المحاكم المختلطة لمصلحة المحاكم الأهلية :

(المسألة الأولى) قضت اتفاقية مونترو على نظرية الصالح المختلط التي كانت السبب الرئيسي في توسيع اختصاص المحاكم المختلطة توسيعاً لا مبرر له ، كما سبقت الإشارة .

(المسألة الثانية) حددت الاتفاقية « الأجنبي » بأنه أحد رعايا الدول ذوات الامتياز دون غيرهم من رعايا الدول الأخرى .

(المسألة الثالثة) أصبح من الممكن أن يقبل الأجنبي اختصاص المحاكم الأهلية فيتقاضى أمامها ، وقد كان ذلك ممنوعاً من قبل .

(ثانياً) قضايا الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب إذا لم يتختر دولهم إبقاء اختصاص المحاكم القنصلية في هذه القضايا .

(ثالثاً) القضايا الجنائية ، وهذا هو أهم تعديل أتت به اتفاقية مونترو من حيث اختصاص المحاكم ، فقد نقلت اختصاصات المحاكم القنصلية في المسائل الجنائية جميعها إلى المحاكم المختلطة ، وأصبح كل الأجانب في مصر يحاكمون أمام هذه المحاكم الأخيرة ، لا في الخالفات فحسب كما كان الأمر من قبل ، بل في الجنح والجنات كذلك^(١) .

(١) هذا فيما يتعلق بالاختصاص ، أما فيما يتعلق بتشكيل المحاكم المختلطة فقد قوى فيها العنصر المصرى وذلك من وجهين :

(أولاً) سمح بزيادة عدد القضاة المصريين في المحاكم الابتدائية تدريجاً إلى أن يصبح عددهم ثلثي مجموع القضاة في هذه المحاكم بعد أن كان محدوداً بالثلث .

(ثانياً) أصبح للقضاة المصريين الحق في رئاسة ووكالة المحاكم الابتدائية ورئاسة الدوائر المختلفة في هذه المحاكم ، بل أصبح من الواجب أن يكون رئيس كل محكمة ابتدائية من المحاكم الثلاث أو وكيلها مصرياً . والقاعدة التي تقررت في اتفاقية مونترو أنه إذ كان رئيس المحكمة =

وإذا انتهت فترة الانتقال المنوه عنها في ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فقد انتهت بانتهاؤها المحاكم المختلطة ، فتقلص بذلك آخر ظل من ظلال الامتيازات الأجنبية ، واسترد القضاء الوطني — بعد أن سبقه المشرع الوطني في سنة ١٩٣٧ إلى استرداد سيادته — ولايته ، وأصبح القانون واحداً والمحكمة واحدة بالنسبة لجميع من نقله أرض مصر (فيما عدا الأحوال الشخصية بداهة) .

§ ٢ — الامتيازات الطائفية

١٦٧ — أساس الامتيازات الطائفية الربيع :

توجد في مصر امتيازات طائفية ، أساسها اختلاف الدين بين المصريين . وإذا كان التشريع المصري والقضاء المصري لا يمتدان إلى الأجانب قبل اتفاقية إلغاء الامتيازات ، فإن المصريين أنفسهم كانوا ولا يزالون غير خاضعين لقانون واحد ولجهة قضاء واحدة . وإذا كانت المحاكم الأهلية والمحاكم الحسبية تخضع 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 في مصر 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^(١) .

== الابتدائية أجنبية وجب أن يكون وكيلها مصريا ، وإذا كان الرئيس مصريا وجب أن يكون الوكيل أجنبيا .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فبقيت على حالها من حيث التشكيل ، ويبقى العنصر المصري فيها كما هو دون زيادة طوال فترة الانتقال ، إلا أنه تقرر أن يكون وكيلها مصريا مع بقاء الرئاسة للأجنبي .

(١) فهناك البطركنانات للطوائف المختلفة للأقباط والكاثوليك والأرمن والموارنة وحاخاخات للاسرائيليين الربانيين وأخرى للاسرائيليين القرائين .

فالقانون المصرى شخصى التطبيق يختلف باختلاف الدين . وإذا كان من الواجب جعل القانون إقليمياً بالنسبة للأجانب ، فالأوجب جعله إقليمياً بالنسبة للمصريين أنفسهم . والإصلاح القضائى ، الذى خطا الخطوة الكبرى بإلغاء الامتيازات الأجنبية ، يستوجب أن يكون هناك قانون واحد ومحكمة واحدة بالنسبة للمصريين فى كل شئونهم .

١٦٨ — كيف يتوحد القانون والمحكمة بالنسبة للمصريين فى دائرة الأحوال الشخصية :

وحتى يمكن توحيد القانون وتوحيد المحكمة بالنسبة للمصريين فى دائرة الأحوال الشخصية ، يجدر بالمشرع المصرى أن يسير فى هذا الطريق خطوات متدرجة ، حتى يصل إلى ما وصل إليه فى مسائل الأهلية والحجر ، فقد وحد فيها القانون فى قانون المحاكم الحسبية ، ووحدت فيها المحكمة بإنشاء هذه المحاكم ، وأصبح المصريون جميعاً خاضعين لقانون واحد ولجهة قضاء واحدة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية . أما الباقى من هذه المسائل فالتوحيد فيه غير متعذر . ونرى أن تكون الخطوات المتدرجة للوصول إلى التوحيد المنشود ثلاثاً :

(أ) يحد المشرع المصرى من اختصاص المجالس المليية ، بإرجاعها إلى اختصاصها الأصيل قبل أن تتوسع فيه . فإن هذه المجالس لم يكن لها إلا اختصاص تحكيمى فى أكثر مسائل الأحوال الشخصية ، فتقتصر إذن فى اختصاصها القضائى على المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق . أما المسائل الأخرى ، كالموارث والوصايا والهبات وغيرها ، فتكون من اختصاص المحاكم الشرعية ، إذ هى المحاكم العامة للبلاد فى مسائل الأحوال الشخصية ، ومتى حدد اختصاص المحاكم المليية

تجديداً دقيقاً ، فإنه يجب سن قانون عام لهذه المحاكم ينظمها ويبين الإجراءات التي تتبع أمامها .

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

(ثالثاً) عند ذلك تبقى الخطوة الأخيرة في توحيد القضاء . متى تهيأ لمصر محاكم منظمة في الأحوال الشخصية ، هي المحاكم الشرعية والمحاكم الحسينية والمحاكم المليية ، فإن من اليسير على مصر بعدئذ أن تخطو الخطوة الأخيرة ، فتندمج كل هذه المحاكم في نظام قضائي واحد ، وتنضم إليها المحاكم الأهلية ، وتنقلب هذه المحاكم المتعددة المتغايرة إلى دوائر في محكمة واحدة هي المحكمة المصرية . وبذلك يصبح قضاء هذه المحكمة قضاء إقليمياً يخضع له المصريون والأجانب ، المسلمون وغير المسلمين ، وتطبق هذه المحكمة المصرية قانوناً إقليمياً واحداً ، هو القانون المصري .

الفرع الثاني

تطبيق القانون من حيث الزمان

١٦٩ - القاعدة أنه التشريع يسرى من وقت نفاذه وأنه لا يتناول الماضي ، إذ ليس للتشريع أثر رجعي :

متى صدر التشريع ونشر وأصبح نافذاً فإنه يسرى منذ ذلك الوقت ، وهذا ما يعبر عنه بالأثر المباشر (effet immédiat) للتشريع ، وهذه هي القاعدة الأولى . أما ما قد سبق صدوره من وقائع وتصرفات فلا يسرى التشريع الجديد عليها ، وإلا كان ذا أثر رجعي ، وهذا ما لا يجوز . وهذه هي القاعدة الثانية ، والمعروفة بقاعدة عدم سريان التشريع على الماضي (Règle de la Non-Rétroactivité des Lois) .

وهذه القاعدة الثانية تقوم على الاعتبارات الآتية :

(أولاً) تقضى العدالة بأن التشريع لا يسرى على ما سبق إصداره من الوقائع والتصرفات ، فليس من العدل في شيء أن يأتي الأفراد أفعالاً مباحة أو تصرفات ينشئونها وفق إرادتهم ويرتبون على مقتضاها شؤون معاشتهم ، فيصدر تشريع جديد مقررًا لعقوبة تسرى على ما أتاه الأفراد في دائرة الأفعال المباحة ، وأحكام تخالف ما اتفقوا عليه منها .

(ثانياً) وتقضى المصلحة العامة كذلك ألا يسرى تشريع جديد على الماضي حتى لا تضطرب المعاملات ويفقد الناس الثقة والاطمئنان على حقوقهم ، وفي هذا من وقوع في الفوضى وتعطيل لدولاب الأعمال ما فيه ، فضلاً عن إضعاف سلطان القانون في نفوس الأفراد نتيجة فقد ثقتهم فيه .

(ثالثاً) ويقضى المنطق أخيراً ألا يسرى تشريع جديد على الماضي ، فقد

سبق القول بوجوب نشر التشريع وحمله إلى علم الناس قبل العمل به ، فكيف يقال إذن بسريان تشريع على وقائع سابقة على نشره .

فالعداة إذن والمصلحة العامة والمنطق ، كل ذلك يقضى بوجوب احترام قاعدة عدم سريان القانون على الماضى . ونظراً لأهمية هذه القاعدة ، فقد نصت عليها كل التشريعات ، بل بعض الشريعات رأى زيادة فى تأكيد الاحترام الواجب لها أن ينص عليها فى التشريع الأساسى (الدستور) .

فالقانون الفرنسى ينص فى المادة الثانية من القانون المدنى : « لا يرتب القانون أحكامه إلا بالنسبة للمستقبل ، فلا تنسحب أحكامه على الماضى »
"La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet retroactif"
والقانون المصرى نص عليها فى المادة ٢٧ من الدستور المصرى : « لا تجرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » . كما أن القانون المدنى الجديد قد راعاها فيما جاء به من قواعد لحل التنازع ما بين القوانين من حيث الزمان (راجع المواد ٦ — ٩) .

وهذه القاعدة هى من قواعد التفسير بمعنى أنها تلزم القاضى لا المشرع^(١) .

١٧٠ — تحريم منطقة كل من الفسريهين القديم والجدير :

وإذا كانت القاعدتان المشار إليهما فى صدر هذا الكلام من السهولة الظاهرية بمكان ، فإنهما ليسا كذلك عندما يراد تطبيقها ووضع الحد الفاصل بين منطقة التشريع القديم ومنطقة التشريع الجديد . على أن تعيين هذا الحد ليس صعباً إذا كانت التصرفات والوقائع قد تمت هى وآثارها فى ظل تشريع

(١) إلا فى القوانين الجنائية فإنها تلزم المشرع .

قديم ، فلا شك في أنها تظل خاضعة له ، وإلا كان للتشريع الجديد أثر رجعي .
ونورد بعض أمثلة :

(١) إذا أوصى شخص لآخر بثلاث تركته وتوفى الموصى قبل صدور
قانون يحرم الإيضاء بأكثر من ثلث التركة ، فإن الوصية تظل صحيحة منتجة
لكل آثارها .

(٢) وكذلك الحال فيما لو تزوج فتى عمره خمس عشرة سنة بفتاة عمرها
أربع عشرة سنة ، وكان ذلك قبل صدور قانون سنة ١٩٢٣ الذي منع من سماع
دعوى الزوجية إذا كان سن الزوج أقل من ثماني عشرة سنة والزوجة أقل من
ست عشرة سنة ، فإن الزواج الذي تم صحيحاً حسب القانون القديم يستمر صحيحاً
بعد القانون الجديد .

(٣) كذلك إذا كان القانون القديم يقضى بنقل الملك بين المتعاقدين في
الحال ، ثم صدر قانون يستوجب التسجيل لنقل الملك حتى فيما بين المتعاقدين ،
فإن العقود غير المسجلة التي صدرت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ (ميعاد العمل
بالتشريع الجديد) لا يسرى عليها هذا التشريع ، وتكون هذه العقود قد نقلت
الملكية فيما بين المتعاقدين بالرغم من عدم تسجيلها .

في هذه الأمثلة وأشباهها من السهل تحديد المنطقة الخاصة لكل من
القانونين ، الجديد والقديم ، والقول بأنها تبقى خاضعة للقانون الذي تمت في ظله ،
وإلا كان للقانون الجديد أثر رجعي ، وهذا ما لا يجوز إلا بنص .

ولكن ليست كل المسائل بهذه السهولة ، إذ هناك تصرفات لا تنتج آثارها
دفعة واحدة ، ووقائع أو حالات قانونية (situations juridiques) يستغرق
حدوثها مدة معينة ، فهل يسرى التشريع الجديد على الآثار المستقبلية لتلك

التصرفات ، وهل يتناول الوقائع والحالات التي لم تتم بعد ، أم تظل هذه وتلك خاضعة للتشريع القديم ، وإليكم بعض الأمثلة :

(١) تم عقد بين شخصين واتفقا على فائدة قدرها ٨٪ ، ثم صدر قانون جديد أثناء سريان العقد يخفض حد الفائدة إلى ٧٪ ، فهل يطبق القانون الجديد على ما سينتج من الفوائد بعد صدوره ، أم يستمر العقد خاضعاً للقانون القديم ؟

(٢) إذا كان هناك دين مقداره ٨ جنيهات ونصاب ما يمكن إثباته بشهادة الشهود هو عشرة جنيهات ، ثم صدر قانون يجعل الإثبات بالكتابة واجبا فيما يزيد على خمسة جنيهات ؛ فهل يستطيع الدائن الإثبات بالبينة طبقاً للقانون القديم أم يجب أن يثبت دينه كتابة طبقاً للقانون الجديد ؟

(٣) إذا وضع شخص يده على عقار مملوك لآخر بنية تملكه مدة ١٢ سنة في ظل قانون يقضى بأن مدة التقادم هي ١٥ سنة ، ثم صدر قانون جديد يجعل مدة التقادم المكسب ٢٠ سنة ، فهل يخضع واضع اليد للقانون القديم فيتملك بعد ثلاث سنين أم للقانون الجديد فلا يملك إلا بعد ثمانى سنوات .

(٤) بلغ شخص كامل أهليته في ظل قانون يحدد سن البلوغ بثمانية عشر عاماً ، ثم صدر قانون بعد بلوغه بسنة يرفع سن البلوغ من ١٨ إلى ٢١ فما الحكم ؟ لا خلاف في أن هذا الشخص يعتبر بالغاً في تلك السنة ، فكل التصرفات التي عقدها تعتبر صحيحة ، ولكن فيما بين التاسعة عشرة والحادية والعشرين ، هل يطبق عليه القانون الجديد فيرجع قاصراً ، أم أنه يستمر متمتعاً بأهليته الكاملة التي اكتسبها وفق القانون القديم ؟

(٥) يملك شخص رقيقاً ثم صدر قانون يحرم الرق ، فهل يتحرر الرقيق أم يستمر رقيقاً بعد صدور القانون الجديد ؟

في هذه الفروض وأمثالها تعرض الصعوبة ويدق الحل ، ولم يتفق الفقهاء على حلول معينة ، وذهبوا مذاهب متعددة في البحث عن ضابط يمكن التغلب به على الصعوبة القائمة ومعرفة أى القوانين هو الواجب التطبيق .
ونحن نورد هنا الضابط المعروف في النظرية التقليدية والجارى عليه القضاء .

١٧١ — النظرية التقليدية : التمييز بين الحق المكتسب (droit acquis)

ومجرد الأمل (simple expectative) :

يرى كثير من الشراح ، ومعهم القضاء ، وجوب التفرقة ما بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، فيكون القانون ذا أثر رجعي إذا ما عدل في الحقوق المكتسبة ، ولذا يطبق القانون القديم ، ولا يكون كذلك ، ويطبق التشريع الجديد ، إذا اقتصر على تحطيم الآمال .

ولكن ما هو الحق المكتسب ، وما هو مجرد الأمل ؟ يجب الاعتراف بأن أحداً لم يعرف الحق المكتسب ومجرد الأمل تعريفاً صحيحاً ينطبق في كل الأحوال^(١) . على أنه يمكن أن يقال إجمالاً بأن الحق المكتسب هو مصلحة مالية تدخل في ذمة الشخص ، ويمكن الدفاع عنها بدعوى أو بدفع^(٢) .

(١) يقول الأستاذ فارييل دى سومير في مقاله المشار إليه فيما بعد : « إنى أتحدى أعظم فقيه إذا استطاع أن يعرف الحق المكتسب ومجرد الأمل تعريفاً مقبولاً » (ص ٤٥٢) ، ويحيب الأستاذ Planiol الجزء الأول ص ١٠٣ في الهامش ، بأن أحداً لن يقبل هذا التعدى لأن التقسيم إلى حق مكتسب ومجرد أمل تقسيم مصطنع وفساد .

(٢) ويعرفه zachariae بأنه الحق الذى لا يمكن نقضه (un droit irrevocable) ويعرفه ديملومب بأنه الحق الذى أصبح ثابتاً لنا والذى لا يستطيع شخص آخر أن يسلبه منا . ، ويعرفه بودرى لا كنتنرى بأنه المنفعة المملوكة لشخص والتي تكون جزءاً من ذمته ، والتي لا يمكن أن تنزع منه بفعل من أخذ عنه الحق ولا بفعل غيره .

انظر في ذلك كتاب الأستاذ Roubier « تنازع القوانين في الزمان Conflits de Lois dans le Temps الجزء الأول ص ٣١١ .

أما مجرد الأمل فهو أمنية لدى الشخص قد تتحقق وقد لا تتحقق .

ونوضح ذلك بأمثلة :

(١) الوصية : لو أن شخصاً أوصى لآخر بثلاث ماله ، ثم صدر تشريع بعد موت الموصى يقضى بأن الوصية لا تجوز إلا بربع مال المورث ، فإن هذا التشريع لا يسرى على الوصية ، لأنه إذا سرى يمس حقاً مكتسباً للموصى له ، بعد أن انتقلت إليه ملكية الثلث بموت الموصى . أما إذا كان صدور التشريع قبل موت الموصى ، ولو بعد عمل الوصية ، فإنه يسرى على الوصية ، لأن الموصى له وقت صدور التشريع لم يكن قد كسب حقاً ، إذ لا يزال الموصى حياً ، وله أن يرجع في وصيته ، وكل ما وصل إليه هو مجرد أمل في أن يكون له حق في الموصى به . والقانون لا يحترم إلا الحق المكتسب ولا يعنى بمجرد الأمل ؛ فيسرى التشريع في هذه الحالة على الوصية الصادرة قبل صدوره ، وينقص الموصى به إلى الربع .

(٢) نفيير الحد الأقصى للفائدة : يقضى القانون بأن الحد الأقصى للفائدة هو ٨ ٪ ، فإذا تألفت شركة للإقراض بهذه الفائدة وأقرضت بالفعل عملاءها ، ثم صدر تشريع جديد ينقص الحد الأقصى إلى ٧ ٪ ، فإن هذا التشريع لا يسرى على ما قبضته الشركة من عملائها من الفوائد بسعر ٨ ٪ ، فقد أصبح حقاً مكتسباً لها . ولكن التشريع الجديد يسرى على عقود القرض التي تتم بعد التشريع الجديد ، وليس للشركة أن تعترض على ذلك بأنها تألفت قبل صدور التشريع الجديد فلا تخضع له ، فإن تكوينها قبل التشريع لم يكسبها حقاً في الإقراض بالسعر القديم ، بل كل ما لديها هو مجرد أمل في الإقراض 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 ٪ .

(٣) تقييد مدة التقادم : يقضى القانون بأن من وضع يده على مال غيره بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة يملكه بالتقادم . فلو أن شخصاً وضع يده على مال الغير مدة خمس عشرة سنة ، ثم صدر تشريع جديد يطيل مدة التقادم إلى عشرين سنة ، فإن هذا التشريع لا يسرى على الحادثة التي نحن بصدددها ، لأن واضع اليد قد كسب حق الملكية على المال قبل صدور التشريع الجديد ، والتشريع لا يمس الحقوق المكتسبة . أما إذا كان صدور التشريع الجديد بعد أن مضى على وضع اليد مدة اثنتى عشرة سنة مثلاً ، فإن التشريع يسرى على هذه الحادثة ، لأن واضع اليد لم يكن قد كسب حقاً وقت صدور التشريع ، ولم يكن لديه إلا مجرد أمل فى أن يتم مدة التقادم المكسب للملكية ، فلا يكثر القانون لمجرد الأمل ، ويترتب على سريان التشريع الجديد أن يكمل واضع اليد مدة العشرين سنة^(١) .

(٤) قوانين الاختصاص والإجراءات والطعون فى الأخطاء : فتمياً يتعلق بالاختصاص فإن التشريع الجديد هو الذى يسرى تأسيساً على أن مسائل الاختصاص من النظام العام . وإذن فإن كانت هناك دعوى منظورة ثم صدر قانون بنقل الاختصاص فى مثل تلك الدعوى إلى محكمة أخرى ، ثبت الاختصاص للمحكمة الجديدة ، وذلك رغم أن رفع الدعوى قد تم طبقاً للقانون السارى من قبل .

أما إجراءات التقاضى ، دعاوى كانت أو دفوعاً ، فالقانون الجديد هو الذى

(١) أما إذا كان التشريع الجديد ينقص مدة وضع اليد ، كما إذا كانت المدة القديمة ١٥ سنة فجعلها القانون الجديد ٥ سنين مثلاً ، فالراجح هو أن يطبق القانون الجديد من وقت العمل به ، إلا أن يكون الباقي من المدة التى ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم وفق التشريع القديم . وهذا هو ما أخذ به القانون المدنى الجديد فى المادة الثامنة منه .

يسرى ما دامت لا تمس جوهر الحق أو مداه . وتعتبر المحاكم القوانين التي تتعلق بطرق الطعن في الأحكام والمواعيد التي يباح الطعن فيها مما يتصل بجوهر الحق فلا يتناوله التشريع الجديد .

أما القوانين المتعلقة بإجراءات الدعوى وتحقيقها وطرق تنفيذ الأحكام فلأنها لا تمس ذات الحق ، فإنها تسرى من وقت صدورها . بل إنه فيما يتعلق بالدعوى المنظورة يجب التفرقة بين ما يكون قد اتخذ من إجراء قبل القانون الجديد وما يتخذ بعده ، فإن ما تم قبله من إجراء يبقى صحيحاً منتجاً لأثره طبقاً للتشريع القديم .

على أنه يلاحظ أن المشرع عند ما يصدر قوانين من هذا النوع فإنه ينص فيها على ما يجب اتباعه بالنسبة للقضايا المنظورة أمام المحاكم .

(٥) العقود : يخضع العقد للقانون الذي كان سارياً وقت انعقاده ، وإلا كان القانون ذا أثر رجعي ، من حيث شروط صحة انعقاده ، ومن حيث الشكل ، ومن حيث طرق الإثبات ، وأخيراً من حيث الآثار . فإذا صدر قانون يجعل التسجيل ركناً في عقد البيع مثلاً فإنه لا يؤثر على العقود التي انعقدت صحيحة في ظل قانون قديم . وإذا حررت هبة في عقد عرفي ثم صدر قانون يستلزم الشكل الرسمي فلا يسرى القانون الجديد على عقد الهبة الذي تم قبل صدوره . وكذلك إذا كان الإثبات بالشهود جائزاً عند ما تم العقد ، فإن من له مصلحة في إثباته بشهادة الشهود يستطيع ذلك حتى بعد صدور تشريع يمنع الإثبات بشهادة الشهود في العقود المتماثلة^(١) (راجع المادة ٨ من القانون المدني الجديد) . وكذلك فيما يتعلق

(١) أما طريقة سماع الشهود فإنها تخضع ، كما قدمنا ، للقانون الجديد .

بآثار العقد ، فإن ما تم من الآثار قبل صدور التشريع الجديد وما يتم بعد صدوره يظل خاضعاً للقانون القديم . فالقانون الذي يخفض الحد الأقصى للفائدة من ٨٪ إلى ٧٪ لا يسرى على العقود التي تمت قبل صدور التشريع الجديد . وكما لو اشترى شخص أطياناً من الحكومة على أن يدفع الثمن مقسطاً على مدة طويلة ثم صدر تشريع يوجب دفع الثمن فوراً أو على أقساط قليلة ، فإن هذا التشريع لا يسرى على البيوع السابقة وهكذا .

والملاحظ في كل هذا هو وجوب احترام إرادة المتعاقدين وعدم المساس بالحق المكتسب . فكل ما يتعلق بالعقد والآثار التي يولدها يظل خاضعاً للقانون القديم إلا إذا كان ذلك يتعارض مع النظام العام فيسرى القانون الجديد ، على تفصيل سنشير إليه فيما يلي .

١٧٢ — استثناءات القاعدة :

لقاعدة عدم سريان التشريع على الماضي الاستثناءات الثلاثة الآتية :

- النص الصريح .
- النظام العام .
- القوانين الجنائية في بعض الأحوال .

١٧٣ — الاستثناء الأول — النص الصريح :

إذا نص المشرع صراحة على سريان التشريع على الماضي ، فإن التشريع ينسحب على الماضي ، ذلك أن قاعدة عدم سريان التشريع على الماضي تقيد القاضي لا المشرع . وقد رأينا المادة ٢٧ من الدستور تقرر هذا الاستثناء فتنص على عدم سريان القانون على الماضي « ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » (م ٢٧

دستور مصرى) . على أنه يمكن القول بأن هذه القاعدة تلزم المشرع باعتبارها مبدأ من مبادئ القانون الطبيعى .

وإذا كان حق سحب التشريع على الماضى متروكا للمشرع ، فإن من المسلم به وجوب عدم استعمال هذا الحق الخطير إلا عند الضرورة القصوى ولداع يتطلبه الصالح العام ، فقد تطرأ أحوال تقتضى ذلك فيسرى التشريع على حقوق ترتيب وحوادث وقعت قبل سريانه . مثل ذلك القانون رقم ١١ سنة ١٩٢٠ ورقم ١٤ سنة ١٩٢١ ، إذ قضى أولهما بتخفيض أجور المساكن ، وقضى الثانى بتخفيض الإيجارات الزراعية التى ارتفعت ارتفاعاً عظيماً متأثرة فى ذلك خطى ثمن القطن ، فلما انخفض سعره انخفاضاً كبيراً رأى المشرع أن يتدخل ليخفف العبء عن كاهل المستأجر ، فقضى بسريان القانونين السابقين على العقود القائمة . وقد لجأ المشرع مرة أخرى إلى استعمال هذا الحق ، على أثر الأزمة الطاحنة ، فأصدر قانوناً فى ديسمبر سنة ١٩٣٠ ، وآخر فى يولية سنة ١٩٣١ منعا المحاكم من إجبار المستأجرين على دفع أكثر من ثمانين فى المائة من قيم الإيجارات المتفق عليها . وفى هذه الأحوال وأمثالها يضحى بمصلحة أفراد فى سبيل مصلحة المجموع .

١٧٤ — الاستثناء الثانى — النظام العام :

لا يصح لفرد أن يدعى أن له حقاً مكتسباً ، ولو أصبح حقه مخالفاً للنظام العام ، وإذن فيسرى التشريع الجديد على الماضى إذا كان هذا التشريع من النظام العام ، حتى ولو لم يتضمن نصاً يقضى بذلك . على أنه بالنسبة لقوانين النظام العام تعمل التفرقة الآتية : إذا كانت قوانين النظام العام متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق الخ طبق القانون الجديد ، أما إذا كانت

قوانين النظام العام المتعلقة بمسائل المعاملات ، ففي هذه الحالة يفرق^(١) بين النصوص التي يقصد منها حماية مصلحة عامة كالقانون الذي يعطى للأوراق المصرفية سعراً جبرياً (cours forcé) (أى لا يسمح للأفراد باستبدال نقودهم الورقية بالذهب) فإنها تسرى على العقود التي تمت قبل صدوره والتي اشترط فيها على المدين الدفع بالذهب ، وبين النصوص المعتبرة من النظام العام والتي تحمى مصالح خاصة ، كالقانون الذي يخفض الحد الأقصى للفائدة ، فإنها لا تؤثر في العقود التي تمت قبل صدورها ، بل تظل خاضعة للقانون القديم .

وعلى ذلك فالبالغ يعود قاصراً والرقيق يتحرر ، إجابة على ما تساءلنا عنه بشأنهما .

وإذا كان هذا هو حكم القوانين المتعلقة بالنظام العام (الأمرة) ، فإن حكم القوانين المفسرة والمكملة لإرادة المتعاقدين مختلف . فما دامت هذه القوانين تفسر أو تكمل إرادة المتعاقدين ، فهي تعتبر جزءاً من العقد ، لم يتعرض له الطرفان في اتفاقهما مكتفين بما هو وارد في القانون الموجود عند التعاقد ، وإذن فلا يصح أن تسرى القوانين المفسرة أو المكملة الجديدة على عقود الأفراد السابقة التي كانت تفسرها أو تكملها قوانين أخرى ، ويطبق القاضى عليها القانون القديم .

١٧٥ — الاستثناء الثالث — القوانين الجنائية :

للقوانين الجنائية أثر رجعي إذا كانت أصلح للمتهم ، دون حاجة إلى نص خاص ، بمقتضى القاعدة العامة الواردة بالمادة ٥ من قانون العقوبات ونصها : « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها . ومع هذا إذا

(١) وهناك رأى آخر لا يفرق بين قوانين النظام العام المتعلقة بمسائل المعاملات ويرى تطبيق التشريع الجديد على العقود القائمة في كل الأحوال .

صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصح للمتهم ، فهو الذى يتبع دون غيره .

فإذا ارتكب شخص فعلاً معاقباً عليه ثم صدر قبل الحكم على هذا الشخص تشريع جديد يجعل هذا الفعل غير معاقب عليه ، أو يخفف العقوبة المفروضة ، فإن التشريع الجديد هو الذى يطبق . والحكمة فى ذلك ظاهرة ، إذ أن المشرع متى رأى أن لا محل لاعتبار الفعل جريمة ، وأدخله بذلك فى دائرة الأفعال المباحة ، أو أن العقوبة غير عادلة فخفف منها ، فمن العدل الأخذ بما قرره التشريع الجديد وتطبيقه على ما ارتكب من الأفعال قبل سريانه .

ويشترط فى ذلك أن يكون التشريع الجديد قد صدر قبل صدور حكم نهائى فى الدعوى . لكن المادة عدلت وأضيفت إليها فقرة هذا نصها : « وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم ، وتنتهى آثاره الجنائية .

غير أنه فى حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفاً لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محدودة ، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها .»

وهذه الفقرة قد جاءت بحكمين جديدين :

الأول : وفيه يفرق المشرع بين التشريع الذى يمحو الجريمة والتشريع الذى يخفف من عقوبتها ، فجعل التشريع الأول يتناول الأفعال السابقة ، ولو كان قد حكم فيها نهائياً قبل صدوره .

الثانى : أنه استثنى من كل ما تقدم القوانين التى تنهى عن ارتكاب

فعل في فترة محدودة . فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها^(١) .

١٧٦ — تقرير النظرية التقليدية :

تلك هي النظرية التقليدية التي يسير عليها القضاء . لكن الفقه هاجمها هجوماً عنيفاً مبيناً فسادها وعدم دقتها . وهو إذا كان قد نجح من هذه الناحية إلا أنه لم يوفق في إقامة نظرية جديدة تحل محلها تسمو على النقد وتضع الضوابط لحل ما يثور من تنازع القوانين من حيث الزمان . ولذا فقد بقيت النظرية التقليدية متبعة في القضاء حتى اليوم .

أما النقد الذي وجه إليها فيتناولها من ناحيتين :

(الأولى) من حيث عدم إمكان التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وهذا معناه أن المعيار الذي تستند إليه غير دقيق .

(الثانية) من حيث إنها تخطئ بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد ، فكثيراً ما تصف بالرجعية آثاراً هي في الواقع آثار مباشرة . فمثلاً إذا تقرر أن القانون الجديد يحرر الرقيق أو يعيد البالغ الذي لم يصل بعد إلى السن التي حددها قاصراً ، فإن النظرية التقليدية تفسر ذلك بما للقانون الجديد من أثر

(١) وهناك استثناء رابع ، ولكنه استثناء في الظاهر ، خاص بالقوانين التفسيرية وهي القوانين التي يصدرها المشرع تفسيراً لتشريعات سابقة ، والتي لم يكن المشرع ليصدرها لو أن المحاكم اهتمت إلى قصده ، فهي تعتبر جزءاً متمماً لها وتسرى على الوقائع والتصرفات التي لم يصدر فيها حكم نهائي .

ولكن يحدث أحياناً أن يلجأ المشرع إلى طريق القوانين التفسيرية حتى لا يستعمل صراحة حقه الاستثنائي في جعل التشريع يسرى على الماضي ، ويصدر تشريعاً على أنه تفسير لتشريع قديم والواقع أنه يقرر قواعد جديدة ، وفي حالات كهذه ، وهي نادرة الوقوع جداً ، يجب القول بأننا نكون أمام استثناء لقاعدة عدم سريان التشريع على الماضي .

رجعي لأنه من القوانين المتعلقة بالنظام العام ، مع أن الواجب أن يفسر سريان القانون الجديد بما له من أثر مباشر .

صحيح أنه لا فرق بين القولين من حيث النتيجة ، لكن النظرية التقليدية لا تصل إليها في يسر ، بل إنها أكثر من ذلك لا تسير مع منطقتها حتى النهاية ، لأن في قولها بسريان التشريع الجديد بما له من أثر رجعي ما يستوجب إبطال التصرفات التي عقدها القاصر في فترة بلوغه ، وهو ما لم يقل به أحد .

لكنها رغم صحة ما وجه إليه من نقد ، فإنها ، كما قلنا ، ما زالت متبعة في القضاء . وقد يكون من مبررات بقائها — فضلاً عن عدم إنشاء نظرية شاملة تحل محلها — أنه بسبب عدم دقة معيارها الذي تقوم عليه ومرونته استطاعت المحاكم أن تنوع الحلول في الأفضية التي تعرض عليها بما يتفق والعدالة ، هذا إلى أن الحلول التي تصل إليها هي تقريباً الحلول التي يصل إليها الفقه بطرائق أخرى^(١) .

(١) نظراً لعدم صحة النظرية التقليدية وعدم دقة معيارها فقد هجرها كثير من الفقهاء المحدثين الذين باتوا يميزون بين الأثر المباشر للقانون ، وهو القاعدة ، والأثر الرجعي ، وهو الاستثناء . وأول من اتجه من الفقهاء هذا الاتجاه الجديد هو الأستاذ فارييل سومير في مقال له نشر بالجملة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٤٤٤ — ٤٩٢ بعنوان « نظرية جديدة في رجعية القوانين » .

ومن المفيد أن نشير هنا إلى رأى بعض الفقهاء .

رأى الأستاذ فارييل سومير (Vareilles-Sommières) : يرى الأستاذ فارييل —

سومير أن القانون الجديد يسرى على الوقائع التي تم بعد صدوره ، ويحكم الآثار التي تحدث في المستقبل والناجمة عن واقعة سابقة على صدوره إذا كان يتناول هذه الآثار في ذاتها دون الواقعة التي ترتبت عليها هذه الآثار . أما إذا كان التشريع الجديد يتناول الآثار التي تمت قبل صدوره فإنه يكون ذا أثر رجعي ، ويكون ذا أثر رجعي كذلك إذا تناول واقعة سابقة ترتبت عليها حقوق .

ويقول الأستاذ روبييه في كتابه « تنازع القوانين في الزمان » ، الجزء الأول ص ٣٦٤ بعد أن أظهر قص هذه النظرية من بعض الوجوه « ومهما يكن الأمر ، فإن نظريته كان لها =

المبحث الثالث

تفسير التشريع

(Interprétation des Lois)

١٥ - تمهيد

١٧٧ - التعريف :

تفسير التشريع هو توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة .

= أثر فعال : ذلك أن الفقهاء المعاصرين ، بلانيول وريبير ، شيروني وأبللو ، كولان وكايتان ، هجروا نظرية الحقوق المكتسبة .

رأى الأستاذ بلانيول (Planiol) : يرى الأستاذ بلانيول (في كتابه الجزء الأول بند ٢٤٣ ص ١٠٣) أن المقصود برجعية القانون هو ما يأتي : يكون القانون ذا أثر رجعي عند ما ينسحب على الماضي ، إما ليبحث في شروط صحة عقد وإما ليعدل أو يبطل آثار حق تم فعلا . وفيما عدا ذلك لا يكون للقانون أثر رجعي إذا غير الأحكام المستقبلية لوقائع أو تصرفات ولو كانت سابقة لصدوره ، إذ له ذلك بناء على الأثر المباشر للقانون .

رأى الأستاذ كابيتان (Capitant) : يرى الأستاذ كابيتان (في كتابه المدخل لدراسة القانون المدني ص ٨٣) أن الفكرة القائلة بوجوب احترام الحقوق المكتسبة ليست صحيحة إلا بالنسبة للماضي ، لا بالنسبة للمستقبل ، فإذا رأى المشرع في وقت ما أن بقاء هذا الحق أو ذاك مضر بالنظام الاجتماعي فإنه يستطيع أن يعدل فيه أو يحذفه . وإذا ما طبق القاضي القاعدة الجديدة مباشرة على الحقوق التي من هذا النوع وللقائمة عند إصداره ، فإنه لا يخالف مبدأ عدم سريان القانون على الماضي . ولذا يجب ترك التمييز ما بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ووضع المبدأ الآتي : كل قانون جديد يفترض فيه أنه خير من سابقه ولذلك يكون من الطبيعي افتراض أن المشرع أراد أن يخضع لسلطان القانون الجديد الحوادث المستقبلية وكذلك الحوادث الماضية فيما يتعلق بالآثار التي يمكن أن تنتجها في المستقبل ، ولا يستثنى من ذلك إلا الحقوق التي تولدت عن اتفاقات الأفراد ، إذ إرادة الأفراد في هذه الحالة هي القانون ، ولو طبق القاضي القانون الجديد ، مخالفاً قانون العقد ، فإنه يضع ثقة المتعاقدين ويسئ إلى النظام الاجتماعي ، ولذلك =

١٧٨ — التفسير لا يكون الا في التشريع :

ويبدو مما تقدم أن التفسير لا يكون إلا بالنسبة للمصدر الذي يأتي بالمعنى واللفظ معاً. وهذا الوصف لا ينطبق إلا على التشريع ، وعلى بعض الكتب الدينية التي تعتبر مصدراً للأحكام القانونية كالقرآن والتوراة . أما مصادر القانون الأخرى فلا حاجة بها إلى تفسير لأنها عبارة عن معنى يستقر لا يقيدده لفظ خاص .

== يجب أن يطبق قانون العقد حتى بعد صدور قانون جديد ، إلا إذا كان التشريع الجديد يحمي مصلحة عامة ، فإنه يسرى على العقود القائمة .

رأى الأستاذ روبييه (Roubier) ، وكتابه « تنازع القوانين من حيث الزمان » يعتبر أهم وأحدث كتاب في الفقه الفرنسي . تقوم فكرته على وجوب التمييز بين الأثر المباشر والأثر الرجعي ، والأول هو القاعدة والثاني هو الاستثناء . ولتمييز بين الأثر المباشر والأثر الرجعي نتأج هامة :

١ — الأثر الرجعي تحرمه صراحة المادة ٢ من القانون المدني الفرنسي على المفسر (قاضياً أو فقيهاً) ، خلافاً للأثر المباشر فإنه القاعدة العامة ، ولذلك يسرى القانون الجديد بالنسبة للآثار المستقبلية بناء على الأثر المباشر الذي له .

٢ — فيما يتعلق بحرية المفسر في التفسير ، إذ الأثر الرجعي لا يكون إلا بنص صريح ، أما الأثر المباشر فلا يوجد عنه نص مقابل لنص المادة ٢ ، وإذن فمسألة استبعاد أو استبقاء القانون القديم كما تكون من مسائل السياسة التشريعية التي يستطيع المشرع أن يعطيها من الحلول ما يشاء ، هي أيضاً مسألة من مسائل القانون الوضعي التي يستطيع المفسر أن يحلها بما يوافق المصلحة .

٣ — إذا اشتملت لائحة على إجراءات ذات أثر رجعي فإنها تعتبر باطلة لمخالفتها للمادة ٢ ، ولا يمكن أن يقال ذلك إذا كانت اللائحة تشمل على إجراءات ترمي إلى تطبيقها تطبيقاً مباشراً على الحالات القائمة (situations en cours) .

وعند الأستاذ روبييه أن كل ما يتعلق بتكوين أو اقضاء حالة قانونية (situation juridique) لا يمكن أن يتعرض له قانون جديد وإلا كان ذا أثر رجعي . أما الآثار ، فإم منها لا يمكن أن يتعرض له القانون الجديد بغير أثر رجعي ، خلافاً للآثار المستقبلية ، فإن القانون الجديد يحكمها بناء على الأثر المباشر . ويستثنى من ذلك التصرفات القانونية (actes juridiques) ، فكل ما يتعلق بتكوينها واقضاءها وآثارها الماضية والمستقبلية يظل خاضعاً للقانون القديم ولو كان التشريع الجديد من النظام العام .

١٧٩ - أنواع التفسير:

يقوم بالتفسير نادراً المشرع نفسه وعادة القضاء والفقهاء ، وتكلم في أنواع التفسير الثلاثة :

(أولاً) التفسير التشريعي Interpretation Législative

وهو الذي يصدر من المشرع تفسيراً لقانون سابق لم تهتد المحاكم إلى تبين قصده . وقد أصبح هذا التفسير نادر الوقوع ، خلافاً لما كان عليه الحال في القانون الروماني وفي العصور الوسطى ، فقد كان هو الطريق الوحيد لتفسير النصوص الغامضة ، وكان القاضي يوقف الفصل في النزاع المعروض عليه حتى يصدر المشرع تفسيراً لذلك التشريع .

والأصل أن تقوم السلطة التشريعية الرئيسية بتفسير التشريع الذي ترغب في تحديده معناه ، ولكنها قد تفوض السلطة التنفيذية بتفسيره ، وما تصدره من تفسير يعتبر تفسيراً تشريعياً كذلك ، كما حدث بخصوص القانون النظامي المصري الصادر في سنة ١٩١٣ ، فقد جعل حق تفسيره من اختصاص لجنة مكونة من وزير الحقانية (العدل) رئيساً ووزير آخر واثنين من أعضاء الجمعية التشريعية ورئيس محكمة الاستئناف ووكيلها وأقدم مستشار فيها أعضاء ، وما حدث بالنسبة لقانون المعاشات الصادر في سنة ١٩٢٩ فقد نصت المادة ٦٧ منه « يعرض وزير المالية على مجلس الوزراء الأحوال التي يظهر له أنها تستدعي تفسيراً لأحد أحكام القانون وينشر تفسير مجلس الوزراء ويعتبر تفسيراً تشريعياً يجب العمل به » .

والتشريع التفسيري يعتبر أنه صدر مع التشريع الذي يفسره ، ولذلك فإنه يسرى على الحالات القانونية التي لم يفصل فيها ، دون أن يكون له أثر رجعي

(ثانياً) التفسير القضائي Interprétation Judiciaire :

يقوم القضاء بتفسير التشريع عند ما يطبق نصوصه على الأفضية التي ترفع له . وقد قدمنا أن المحاكم تطبق القانون وتفسره بطريقة عملية ، إذ أنها تنزل إلى معترك الحياة لتنص الخصومات وتقر الحقوق ، وهي في ذلك تتأثر بالظروف المحيطة وتعمل دائماً على جعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الأحوال .

(ثالثاً) التفسير الفقهي Interprétation Doctrinale :

ويتميز الفقه ، كما رأينا ، في أنه في تفسيره للنصوص لا يتناول حالات خاصة كما يفعل القضاء وإنما يستخلص قواعد عامة . وقد أصبح الفقه الفرنسي ، بعد انفصال دام طوال القرن التاسع عشر ، يتعاون مع القضاء في تفسير القانون تعاوناً كان ولا يزال من خير الوسائل لترقية القانون الفرنسي .
وتتكلم في المدارس المختلفة في التفسير .

١٨٠ — المدارس المختلفة في التفسير :

تفسير التشريع من المسائل التي تعددت فيها الآراء . ومنذ وضع الأستاذ (جني) كتابه المعروف في « طرق التفسير في القانون الخاص ومصادر هذا القانون » ، انقسم الفقهاء في فرنسا إلى مدارس ثلاث في التفسير :

(الأولى) هي المدرسة التقليدية وتتصل بمدرسة « الشرح على المتون »^(١) . وهذه المدرسة ، كما رأينا ، تذهب إلى وجوب تلمس القواعد القانونية في النصوص التشريعية . وهي لا تؤول النص التشريعي متى كان واضحاً ، إذ المفروض أن المشرع عنى كل ما قال وقال كل ما عنى . فإذا غمض واحتاج إلى تفسير توخت في تفسيره

(١) انظر ص ٣٥ من هذا الكتاب .

البحث عن نية المشرع الحقيقية أو المفروضة وقت وضع التشريع ، وبهذا وحده ينتفى التحكم ويتحقق الاستقرار والثبات ، أما إذا أجزنا للمفسر أن يحل نية أخرى للمشرع لاختلاف المفسرون في ذلك ، وقام التحكم مقام الاستقرار اللازم لقواعد القانون . والبحث عن النية الحقيقية أو المفروضة واجب حتى لو تغيرت الظروف وتطورت المدنية ، والأولى في مثل هذه الحالة أن يعدل المشرع تشريعه ، لا أن يقوم المفسر مقام المشرع .

(الثانية) مدرسة سالى (Saleilles) الفقيه الفرنسى المعروف . وهذه المدرسة تتجه كسابقتها إلى النصوص التشريعية ، ولكنها تفسر هذه النصوص طبقاً لنية المشرع المحتملة وقت تطبيق التشريع لا وقت سنه ، وبذلك تكسب النصوص التشريعية مرونة تجعلها قابلة للتطور ، وتفسر باعتبار الظروف الاقتصادية والاجتماعية المتطورة^(١) .

(الثالثة) مدرسة جنى (Geny) . وهو يذهب إلى وجوب تفسير النصوص التشريعية طبقاً لنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، ولكنه يخالف المدرسة التقليدية في أنه يحصر النصوص التشريعية في نطاق محدود ، هو النطاق الذى عرض له المشرع عن بينة وقصد . أما ما لم يعرض له المشرع ، فلا يلجأ فيه (جنى) إلى استخلاص نية مفروضة كما تفعل المدرسة التقليدية ولا إلى إقامة نية محتملة كما تفعل مدرسة (سالى) ، وإنما يخرج عن دائرة التشريع إطلاقاً ويتلمس مصادر أخرى للقانون ، يستنبط منها ما هو في حاجة إليه من القواعد القانونية . ونحن نقتصر هنا على شرح طرق التفسير المعروفة في المدرسة التقليدية .

(١) انظر كتاب الأستاذ سالى (Déclaration de Volonté) ، والمقدمة التى كتبها لكتاب الأستاذ جنى المشار إليه .

§ ٢ — النظرية التقليدية في التفسير

لا يخلو الحال من أحد أمرين : أن يكون النص واضحاً ، وهذه الحالة لا تحتاج إلى تفسير ، أو أن يكون النص غير واضح ، وهذه هي الحالة التي تحتاج إلى تفسير ، وتتكلم في هاتين الحالتين على التوالي .

(١) حالة وضوح النص

١٨١ — لا محل للتفسير في هذه الحالة :

لا يكون هناك محل لتفسير النص الواضح ، فإنه إذا كان اللفظ الذي استعمله المشرع لا سبيل إلى الاختلاف في معناه^(١) ، وجب الأخذ بهذا المعنى ولا يجوز تركه بدعوى أن الحكم القانوني غير عادل أو أن هناك حكماً أعدل منه ، فليس هذا من مهمة المفسر في شيء ، بل عليه أن يترك ذلك للمشرع يعدل تشريعه بما تقتضيه الظروف .

غير أن هذه القاعدة لا تمنع المفسر من تصحيح ما عسى أن يقع في الألفاظ والنصوص التشريعية من أخطاء مادية . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ١٥٧/١٠٣ من القانون المدني المصري الملغى ، فقد نصت على ما يأتي :

« يجوز أن يكون التعهد معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق يترتب على وقوعه أو عدم وقوعه وجود ذلك التعهد أو تأييده ، أو منع وجود ذلك التعهد أو زواله » . فهذا النص يعرف الشرط بأنه أمر مستقبل أو غير محقق ، مع أن

(١) واللفظ يفسر بحسب معناه اللغوي والاصطلاحي كذلك ، إذ توجد ألفاظ لها معنى في الاصطلاح غير المعنى اللغوي ، مثل « دفع » و « قيد » و « حلول » وغيرها ، فيؤخذ بالمعنى الاصطلاحي .

الشرط هو أمر مستقبل وغير محقق ، فهو يجمع الاستقبال واحتمال التحقيق ولا ينفرد بأحدهما ، ولفظ (أو) الوارد في النص خطأ مادي صحتته (و) ، فيتعين على المفسر إجراء هذا التصحيح . ومثل ذلك ما نصت عليه المادة ٢٩٣^(١) عقوبات الخاصة بالنصب « يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً مصرياً أو بإحدى هاتين العقوبتين » ، وظاهر أن المشرع أراد أن يقول يعاقب بالحبس (و) بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً مصرياً أو بإحدى هاتين العقوبتين ، فيجب تصحيح هذا الخطأ . على أن النص الفرنسي^(٢) لهذه المادة يقول (et) .

ومما تجب ملاحظته أن المعنى الذي يؤديه النص لا يقتصر على ما يفهم من عبارته ، بل قد يمتد بطريق الدلالة إلى معنى آخر ، وهذا هو ما تشير إليه المادة الأولى فقرة أولى من القانون المدني الجديد بقولها « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها » .

(١) وهي التي أصبحت المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات الجديد الصادر في ٣١ يولية سنة ١٩٣٧ ، وخلت في نصها الجديد من هذا الخطأ المادي .

(٢) ويصح أن يتساءل هنا ، هل يتبع النص الفرنسي أم النص العربي لمادة من مواد القانون الأهلي الملغى في حالة اختلاف النصين ، ولا سيما أن هذا الاختلاف قد يكون جوهرياً كما في المادة ١٣٦ المتعلقة بالتدليس ؟ ترى بعض المحاكم (استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة السنة السادسة ص ٨٠٥) وجوب الأخذ بالنص الفرنسي لأنه الأصل الذي وضعت به المادة ، فضلاً عن أن اللغة الفرنسية هي لغة القانون . ويرى البعض الآخر (استئناف مصر ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة السنة التاسعة ص ٥٣٩) الأخذ بالنص العربي وذلك (أولاً) لأن القانون استلزم النشر وهذا يكون باللغتين العربية والفرنسية وجمهور الأفراد يجهد اللغة الفرنسية فيتحتم الأخذ بالنص العربي و (ثانياً) لأن لغة المناقشة في القوانين هي اللغة العربية .

على أنه يلاحظ أن مثل هذا الجدل إذا كان مما يسوغ التعرض له في ظل التقنيات القديمة التي وضعت أولاً باللغة الفرنسية واعتبرت الترجمة العربية صيغة رسمية ، فإنه لا يمكن أن يثور بالنسبة للتقنيات الجديدة ، إذ لا شبهة في أن اللغة العربية هي الأصل ، وعليها وحدها يكون المدار .

(ب) حالة عدم وضوح النص

١٨٢ — العيوب التي تؤدى الى ذلك :

يرجع عدم وضوح النص إلى عيب فيه ، ومن أكثر هذه العيوب شيوعاً
الغموض والتناقض والنقص :

الغموض : فالغموض يكون بتحمل اللفظ أكثر من معنى واحد ، فعلى
المفسر أن يختار المعنى الذى قصد إليه المشرع . مثل ذلك المادة ٣٦٧ من القانون
المدنى الأهلى الملغى تنص على ما يأتى : « منع المستأجر من التأجير يقتضى منعه من
الإسقاط لغيره ، وكذلك منعه من الإسقاط يقتضى منعه من التأجير . أما إذا
كان موجوداً بالمكان المؤجر جدك جعله معداً للتجارة أو للصناعة ، ودعت
ضرورة الأحوال إلى بيع الجدك المذكور ، جاز للمحكمة مع وجود المنع من
التأجير إبقاء الإيجار لشترى الجدك ، بعد النظر فى التأمينات التى يقدمها ذلك
المشترى ، ما لم يحصل للمالك من إبقائه 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 .

التناقض : والتناقض يكون إذا اصطدم نص مع نص آخر ، فيجب التوفيق
بين النصين بقدر الاستطاعة ، وإلا وجب تغليب أحد النصين على الآخر . مثل
ذلك ما تقتضى به المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والمستبدل بها قانون
نظام القضاء من أن هذه المحاكم غير مختصة بنظر مسائل الأنكحة وما يتعلق بها

من قضايا المهر والنفقة ، ثم ما تقضى به المواد ١٥٥ — ١٥٧ من القانون المدني الأهلئ القديم من أحكام فى النفقة يصطدم كثير منها مع أحكام الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق بحسب المادة ١٦ المذكورة ، إذ يجب طبقاً لمواد القانون الأهلئ أن ينفق الأصول على فروعهم وأزواج الفروع ، وأن ينفق الزوجان أحدهما على الآخر . فنصوص القانون المدني متناقضة مع نص لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية ، والواجب هنا تغليب النص الأخير ، واعتبار المحاكم الأهلية غير مختصة بمسائل النفقات والمحاكم الشرعية هى المختصة ، وهذه تطبق الشريعة الإسلامية .

النقص : والنقص يكون إذا كان النص الذى يورد الحكم مقتضياً لا يتضمن كل ما يجب ذكره . مثل ذلك المادة ٧٦ من القانون المدني القديم ، فهى تنص على أنه « تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده ، ظاهراً بنفسه أو بوكيل عنه ، بغير منازع ، مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح ، فإذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية إلا إذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة » . فهذا النص يقضى بأن 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 شرطاً آخر لا تقل أهميته عن شرط السبب الصحيح ، وهو حسن النية ، إذ التملك بالتقادم القصير لا بد فيه من حسن النية ، ويجب على المفسر أن يكمل مثل هذا النص الناقص .

١٨٣ — طرق التفسير (طرق أهلية وأخرى خارجية) :

إذا كان النص غير واضح لعيب فيه ، كغموض أو تناقض أو نقص ،

وجب على المفسر أن يتبين إرادة المشرع الحقيقية من وراء النص المعيب ، وهذا هو التفسير . وله طرق مختلفة يمكن تقسيمها إلى قسمين :

(١) طرق داخلية ينطوى عليها التشريع نفسه فلا يلتمس المفسر هادياً من عنصر خارجي عن التشريع ، ومن أهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس (analogie) ، والاستنتاج من باب أولى (à fortiori) ، والاستنتاج من مفهوم المخالفة (à contrario) ، وتقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها من بعض .

(٢) طرق خارجية ، وفيها يستند المفسر على عنصر خارجي عن التشريع نفسه ، ومن ذلك الاستناد إلى حكمة التشريع ، والاسترشاد بالأعمال التحضيرية ، والاسترشاد بالعادات ، والرجوع إلى المصدر التاريخي للتشريع .

وقبل الكلام في هذه الطرق نلاحظ أن التفسير قد يكون واسعاً (تفسير التوسع *interprétation extensive*) وقد يكون ضيقاً (تفسير الحصر أو التضييق *interprétation restrictive* . فالأول : يكون عند ما يراد تفسير قوانين مكاملة أو مفسرة لإرادة المتعاقدين ، فيجب في هذه الحالة عدم التقيد باللفظ وحده ، بل يرجع إلى المصلحة التي قصد إليها المشرع ، فيطبق على كل حالة مشابهة للحالة التي نص عليها . ذلك أن الغرض من هذه القوانين ، كما رأينا ، هو تنظيم أعمال الناس التي لا تتصل بمصالح المجتمع الأساسية ، ولا يستطيع المشرع الإحاطة بكل هذه الأعمال ، ولذا يكون من المعقول التوسع في تفسير النص ليشمل حالات أخرى تشابه ما نص عليه المشرع منها . والثاني : يكون عند ما يراد تفسير القوانين المتعلقة بالنظام العام لأن نصوصها تتصل بالمصالح الأساسية للمجتمع ، وهي لذلك تكون قيوداً على الحرية الشخصية ، والقاعدة إباحة كل عمل لم يحرمه نص خاص . ومتى كان الأمر كذلك فلا يصح التوسع في تفسير نصوصها ومدّها إلى

حالات أخرى متشابهة ، ولو قام في ذهن القاضى أن العدالة تتحقق بذلك ، إلا إذا كان روح التشريع يتطلب ذلك ، فقانون العقوبات مثلاً يفسر بطريق الحصر وبالتقييد كثيراً بالألفاظ التى عبر بها المشرع عن غرضه ، إلا فى بعض الأحوال إذا كانت مصلحة المتهم وروح التشريع يقتضيان التفسير الواسع .

١٨٤ — طرق التفسير الدراغمية :

ذكرنا أن من أهم هذه الطرق ، الاستنتاج بطريق القياس ، والاستنتاج من باب أولى ، والاستنتاج من مفهوم المخالفة ، وتقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها من بعض .

فلاستنتاج بطريق القياس (أو بمفهوم الموافقة) : هو أن يستنبط المفسر حكماً غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه لاتحادهما فى العلة . مثل ذلك المادة ٢٢٧ مدنى قديم تقول : « والمحركات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار للكتابة أو الإمضاء » ، ولم تتعرض للبصمة أو الختم ، مع شيوعهما ، فقيس على الإمضاء الختم والبصمة . ومثل ذلك المادة ٣١٢ من قانون العقوبات الجديد تقول : « لا يحكم بعقوبة ما على من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعها » ، فقيست على حالة السرقة حالتا النصب وخيانة الأمانة ، فلا عقاب فيهما كذلك^(١) .

(١) ومثل ذلك حكم اتفاق الراهن حيازة مع المرتهن على أن تباع العين بالطرق الودية إذا حل الأجل ولم يوف المدين الدين . لا يوجد فى القانون المدنى المصرى نص على هذه المسألة ، ولكن يوجد نص على مسألة أخرى يمكن القياس عليها :

فقد نصت المادة ٦٦٥/٥٤٣ من القانون القديم على أنه « لا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يصير مملوكاً للدائن عند عدم الوفاء له ، إنما للدائن فقط الحق فى طلب بيع المرهون بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين » . فالحكم الذى تنص عليه هذه المادة يتناول اتفاق الراهن مع المرتهن على أن يتملك الأخير العين المرهونة عند عدم وفاء الدين ، ويقرر النص أن هذا الاتفاق =

والاستنتاج من باب أولى أو قياس الأولى : هو أن تكون هناك حالة منصوص على حكمها ، وتكون علة الحكم أكثر توافراً 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 فقتلها ، فيجعل جريمة القتل في هذه الحالة جنحة لاجنافية^(١) . فلو أن زوجاً فاجأ زوجته متلبسة بجريمة الزنا ، ولم يقتلها ، ولكنه ضربها ضرباً خلف عاهة مستديمة ، فإن هذه الجريمة تعتبر جنحة لاجنافية من باب أولى ، ما دام القتل ، وهو أشد منها ، اعتبر جنحة . ومثل ذلك أيضاً أن القانون الجنائي (المادة ٢٧٤ جديدة) يعطى الحق للزوج في أن يعفو عن زوجته المحكوم عليها في دعوى الزنا : « المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت » ، فمن باب أولى يستطيع الزوج قبل أن يحكم على زوجته ، أن يطلب إيقاف السير في إجراءات دعوى الزنا ، فإن من يملك الأقل يملك الأقل .

والاستنتاج من مضموم المخالفة : هو أن تعطى حاله غير منصوص عليها حكماً يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها ، لاختلاف العلة في الحالتين ،

باطل ، وأنه يجب على المرتهن أن يطرح العين في المزداد الجبرى . ويستخلص من ذلك أن وجوب طرح العين في المزداد 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 بيعة ودياً يخرق القاعدة المتقدمة ، فيكون هذا الاتفاق باطلاً . ومن ذلك ثرى أنه أمكن أن نستنبط حكم بطلان الاتفاق على البيع الودى قياساً على حكم اتفاق المتعاقدين على تملك المرتهن للعين المرهونة . وهذا الحكم الأخير منصوص عليه ، فاستنبطنا منه حكماً آخر بطريق القياس .

(١) المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات الجديد . « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزنى بها يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٦ » .

أو لأن الحالة المنصوص 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 المدني المصري القديم لم ينص على حكم بيع الشيء المستقبل ، أهو صحيح كما يقضى بذلك القانون الفرنسي ، أم هو غير صحيح كما تقضى بذلك الشريعة الإسلامية . ولكنه نص على حكم بيع التركات المستقبلية ، فقضت المادة ٢٦٣/٣٣٢ منه بأن « بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه » . والتركة المستقبلية جزئية من جزئيات بيع الشيء المستقبل ، فإفرادها بحكم البطلان يفهم منه أن سائر الجزئيات الأخرى لا تشترك معها في الحكم ، ويكون بيع الشيء المستقبل — عدا التركات المستقبلية — صحيحاً بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة . وعلى ذلك يصح لصاحب المصنع أن يبيع أشياء لم يبدأ بعد في صنعها ، وللزارع أن يبيع محصول قطنه الذي لم يزرع بعد . ومثل ذلك المادة ٦٠١/٧٢٧ مدني قديم التي ذكرت الديون الممتازة ، فنستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أن كل ما ليس مذكوراً من الديون في هذه المادة لا يعتبر من الديون الممتازة .

إنما يلاحظ أن هذا الطريق من طرق الاستنتاج كثير الخطورة ، لأن نص القانون قد يكون وارداً على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر ، فلو طبقنا هذا الطريق في مثل هذه الحالة لقلنا بأن النص لا ينطبق على الأحوال المشابهة التي لم ينص عليها ، مع أن الواجب تطبيق النص عليها من طريق الاستنتاج بطريق القياس . وهذا الطريق من طرق الاستنتاج لا يكون مأمون العاقبة إلا إذا كان النص خاصاً بحالة استثنائية ، إذ القاعدة أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه .

(٤) تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها من بعض : فمثلاً

تكلم القانون المدني القديم في المنقولات وفي قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في المواد ٤٦ و ٨٦ و ٨٧ و ٦٠٧^(١) ، فيجب تفسير هذه المواد معاً ، إذ أن تفسير كل مادة على حدة قد يبطل حكم الأخرى .

١٨٥ - طرق التفسير الخارجية :

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

مكلمة التشريع : فتبين حكمة التشريع معناه أن يتعرف المفسر العلة التي اقتضت الحكم ، فيفسر في ضوء هذه الحكمة ألفاظاً وردت في التشريع قد تكون مبهمة . مثل ذلك : أن القانون الجنائي يجعل « الليل » في جريمة السرقة وفي جريمة إتلاف المزروعات ظرفاً مشدداً ، فما معنى الليل ؟ هنا يجب توخي حكمة التشريع ، والواضح أن المشرع جعل الليل ظرفاً مشدداً لسهولة ارتكاب هاتين الجريمتين في الظلام ، فأراد المشرع تشديد العقوبة ردعاً للمجرمين الذين يستسهلون ارتكاب جريمتهم في جنح الظلام ، فيجب إذن تفسير « الليل » لا على أنه

(١) وها هي النصوص : م ٤٦ « ومع ذلك تنتقل ملكية الأموال المنقولة باستلامها بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكاً لمن سلمها ، إنما يشترط في ذلك أن يكون المستلم معتقداً صحة الملك فيها للمسلم ، ولا يضر هنا بحق المالك الحقيقي في طلب استردادها في حالة الضياع أو السرقة » .

م ٨٦ « يسقط حق الملك في الشيء المسروق أو الضائع بمضي ثلاث سنين » .

م ٨٧ « كل من اشترى شيئاً مسروقاً أو ضائعاً في السوق العام أو ممن يتجر في مثل ذلك الشيء وهو يفقد ملكية بائعه له يكون له الحق في طلب الثمن الذي دفعه من مالك الشيء الطالب استرداده » .

م ٦٠٧ « ثبت الملكية في المنقولات في حق كل إنسان بجزائها المترتبة على سبب صحيح مع اعتقاد الحائز لها صحة حيازته » .

يبدأ من غروب الشمس وينتهي عند شروقها ، وهذا هو التفسير الفلكي ، بل بمعنى الظلام ، وهذا هو الذى يستخلص من حكمة التشريع كما قدمنا ، فقد لا يكون هناك ليل بعد غروب الشمس ، إذا لم يكن الظلام قد خيم ، لا سيما فى فصل الصيف .

الأعمال التحضيرية : Travaux Préparatoires : والأعمال التحضيرية هى مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات المجالس التشريعية ومحاضر جلسات هذه المجالس وأعمال اللجان ، التى تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها^(١) . وقد تكون للأعمال التحضيرية قيمة كبيرة فى تعرف نية المشرع وتفسير الألفاظ المبهمة التى وردت فى التشريع وإزالة التناقض الظاهرى وتكميل الناقص ، فيلجأ إليها المفسر ليسترشد بها فى التفسير . على أنه مهما يكن من قيمة الأعمال التحضيرية فإنها لا تعتبر جزءاً من التشريع ، بل هى شىء خارج عنه يجوز فيه الخطأ . فإذا رأى المفسر رأياً خاطئاً مسجلاً فى الأعمال التحضيرية ، فإنه لا يتقيد به عند التفسير ، بل يتركه إلى الرأى الصحيح الواجب الأخذ به طبقاً للتشريع الذى أمامه . مثل ذلك ما وقعت فيه المذكرة الإيضاحية للأئمة المجالس الحسينية المصرية التى صدرت فى سنة ١٩٢٥ من الخطأ فى تعليقها على رفع سن الرشد من ثمانى عشرة سنة إلى إحدى وعشرين سنة ، إذ قالت : « ومما لا حاجة لذكره أن الحكم المشار إليه لا ينطبق على الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة سنة المحددة لانهاء الوصاية بمقتضى القانون القديم ، هؤلاء

(١) ويلاحظ ما سبق أن قلناه أن التشريعات المصرية (من مختلطة وأهلية) لم تؤلف لها لجان ، وإنما استقل بوضعها فرد واحد ولذلك فلا توجد لها أعمال تحضيرية ، ولذلك فكثيراً ما يرجع المفسر مضطراً إلى المصدر التاريخى . ولا يستثنى من ذلك إلا قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات ، فعند ما استبدلت بهما وزارة الحقانية قانونين جديدين فى سنة ١٩٠٤ أصدرت معهما تعليقات بينت فيها الغرض من النصوص الجديدة التى خالفت النصوص القديمة الموضوعة فى سنة ١٨٨٣ .

الأشخاص يعتبرون أنهم راشدون قانوناً ، ولا يسوغ إرجاعهم تحت الوصاية «
وقد قدمنا أن القانون الذي يرفع سن الرشد يكون له أثر رجعي لأنه يعتبر من
النظام العام أو بما له من الأثر المباشر طبقاً للرأى الحديث ، ويترب على ذلك
أن الأشخاص الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثماني عشرة
سنة ، ولم يبلغوا سن الواحدة والعشرين يرجعون قصراً تحت الوصاية ، إلى أن
يبلغوا سن الرشد الجديد ، خلافاً لما ورد في المذكرة الإيضاحية . والمفسر يتعين
عليه ألا يأخذ بالرأى الخاطئ الوارد في المذكرة الإيضاحية ، بل يأخذ بالرأى
الذي قدمناه .

العارات : للعارات أهمية في تفسير القانون ، فهي التي تحدد نطاق بعض
الحقوق ، كحقوق الملكية والجوار والارتفاق . كما أن العادات قد تساعد في معرفة
ما يعتبر من أعمال التسامح الذي لا يكسب حقاً ، وما لا يعتبر . كذلك قد
يرجع إليها لتفسير عقود الأفراد وتكتمتها عند ما يظهر من ظروف التعاقد أن
المتعاقدين قصداً الأخذ بها .

وقد أشار إليها القانون المدني الملغى عند ما تكلم في تفسير العقود فقال في
المادة ١٣٨ / ١٩٩ : « يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذي يظهر
أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها ، مع مراعاة
ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجارى » .

المصدر التاريخي : كذلك يرجع المفسر إلى المصدر التاريخي للتشريع ،
وكتيراً ما يرجع القضاء المصرى إلى هذا المصدر عند تطبيق النصوص . مثل
ذلك : ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المصرية (٣ مايو سنة ١٩٣٠
المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢) من أن حق الشفعة لا يورث . فإذا مات

الشفيع قبل الأخذ بالشفعة ، فلا يجوز لو ارثته أن يطالب بها . وقد رجع القضاء في ذلك إلى المصدر التاريخي للتشريع المصري في الشفعة ، وهذا المصدر هو الشريعة الإسلامية واختير الرأي الراجح في المذهب الحنفي . وقد يصل القضاء في الرجوع إلى المصدر التاريخي إلى حد تعديل النص الذي يفسره ، من ذلك أن المادة ٥٥٥ من القانون المدني المختلط الملغى قضت بأن « قسمة المال عيناً تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت في نصيبه ويترتب عليها ما يترتب على البيع » . وهذا النص صريح في أن القسمة ناقلة للحق لا كاشفة له ، ومع ذلك فإن المحاكم المختلطة تقضى باطراد أن القسمة كاشفة للحق لا ناقلة له ، وترجع في ذلك إلى المصدر التاريخي للتشريع المختلط في هذه المسألة وهو القانون الفرنسي^(١) .

المبحث الرابع

إلغاء التشريع

(Abrogation des Lois)

١٨٦ — التعريف :

إلغاء التشريع هو إبطال العمل به برفع قوته الملزمة ، سواء كان ذلك باستبدال نصوص أخرى بنصوصه ، أو بإبطال مفعوله دون سن تشريع جديد .

(١) وكانت تبرر المحاكم المختلطة تعديلها لنص المادة بأن المشرع المختلط قد زل قلمه ، وأنه لم يقصد وضع قاعدة مخالفة للقانون الفرنسي .

١٨٧ — السلطة التي تملك الإلغاء :

والسلطة التي تملك إلغاء القانون هي التي تملك سنه ، وقد رأينا التشريع متدرجا ، ففي القمة التشريع الدستوري ، ثم التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية ، ثم التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .
أما التشريع الدستوري ، فلا يجوز تعديله ولا إلغاؤه إلا بالطريقة التي ينص عليها الدستور نفسه . على أنه إذا اعتبر الدستور منحة من السلطان طبقاً لنظرية هوبز ، فإن السلطان الذي أصدره يملك تعديله و يملك إلغاؤه .
أما التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية فتعديله أو إلغاؤه في يد هذه الهيئة .

وكذلك التشريع الفرعي يلغيه تشريع فرعي كذلك ، إذ تقضى المادة الرابعة من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية : « لا يبطل نص من القوانين أو الأوامر إلا بنص قانون أو أمر جديد يتقرر به بطلان الأول » .

فالقاعدة إذن أن القانون الدستوري لا يلغيه إلا قانون دستوري ، والتشريع الرئيسي يلغيه تشريع رئيسي أو قانون دستوري ، والقانون الفرعي يلغيه تشريع فرعي أو تشريع رئيسي أو قانون دستوري . ولكن التشريع الفرعي لا يلغى تشريعاً رئيسياً أو قانوناً دستورياً ، وكذلك التشريع الرئيسي لا يلغى قانوناً دستورياً . ومما تقدم يخلص أن التشريع يلغى تشريعاً في قوته أو تشريعاً أدنى مرتبة ، ولكنه لا يلغى تشريعاً أقوى .

كذلك فإن التشريع يلغى عرفاً كما أن العرف يلغى عرفاً .

ولكن هل العرف وعدم الاستعمال يلغيان تشريعاً ؟

رأينا فيما سبق^(١) أن هناك من الفقهاء من لا يسلم بأن العرف ينشئ قواعد قانونية ، مستندين في رأيهم هذا إلى مبادئ القانون الدستوري التي جعلت للسلطة التشريعية وحدها حق سن وتعديل قواعد القانون ، وإذن يكون من البديهي في رأى هؤلاء أن العرف لا يلغى التشريع . ولكن جمهورتهم تعتبر العرف مصدراً من مصادر القانون ، يخلق متى توفرت شروطه ، قواعد قانونية لا فرق بينها وبين القواعد التي تنشأ عن طريق التشريع ، وبذلك يقوم العرف إلى جوار المشرع ليسد ما يمكن أن يكون من النقص في تشريعه . فهل يتمشى هؤلاء مع المنطق إلى نهايته فيقررون أن العرف وعدم الاستعمال يلغيان التشريع ؟ جوابهم عن ذلك بالنفي ، لأن اعتبارات من المصلحة العامة تقتضى الاحتفاظ بالاحترام الواجب نحو التشريع وعدم السماح لمصدر آخر بتعديل أو إلغاء أحكامه . ومن هذه الاعتبارات أن عدم الاستعمال ينشأ في الغالب عن إهمال من جانب السلطة التنفيذية ، فنكون بذلك قد أعطيناها سلطة إلغاء التشريع مخالفين في ذلك حكم الدستور^(٢) ، كما أن عدم الاستعمال قد ينشأ عن الجهل بأحكامه أو لاعتبارات سياسية ، فضلاً عن أنه من الصعب تحديد زمن عدم الاستعمال (متى بدأ ومتى استقر) ، وإذن فالقاعدة التي عليها جمهور الفقهاء والقضاء أن التشريع يظل سارياً ما دام أنه لم يبلغ صراحة أو ضمناً بتشريع آخر ، فلا يلغيه العرف ولا عدم الاستعمال^(٣) .

(١) راجع ص ٩٠ .

(٢) فقد حكمت محكمة مصر ١٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٢٠٥ بأنه « لا محل للقول بأن قانون العقوبات قد سقط بعدم العمل به قصداً مدة طويلة مع وجود أحوال كانت تدعو إلى تنفيذه ، لأن القانون لا يلغى إلا بقانون مثله ، والحكومة مكلفة بتنفيذ القوانين فلا يمكن أن يكون بيدها إبطالها بعدم تنفيذهها .

(٣) ولكن الأستاذ چوسران (الجزء الأول ص ٧٢ ، ٧٣) يرد على هذا الرأي بقوله : « إن من غير الملائم أن نتوقف في منتصف الطريق ، فنعترف للعرف بقدرته على خلق =

ولهذا المبدأ في فرنسا استثناء ان على خلاف في الرأي :

(الاستثناء الأول) لوائح البواليس : يميل كثير من الشراح إلى استثناء لوائح البواليس ، لأنه إذا أهمل تطبيقها مدة طويلة ينساها الناس ويكون من الخطر إعادة تطبيقها بعد إهمالها كل هذه المدة . ولكن محكمة النقض والإبرام الفرنسية قضت بأن لوائح البواليس لا تلغى بعدم الاستعمال .

(الاستثناء الثاني) القانون التجاري : وللعرف في هذا القانون أثر هام ، ولذلك فقد أجازت المحاكم الفرنسية إلغاء التشريع التجاري بالعرف بشرط ألا يكون التشريع متعلقاً بالنظام العام وبمصلحة الدولة الأساسية^(١) .

== قواعد قانونية تسد قص التشريع ونسكرك عليه قوته في الإلغاء . فقد أجازت المحاكم لبعض الأشخاص ، كالطلبة والجنود ، أن يعلنوا أمام قاض محل وجودهم (simple residence) بالرغم من نص القانون الصريح (المادة ٥٩ صرافعات فرنسي) الذي يجعل الاختصاص لقاضي محل الإقامة (domicile) وحده . على أنه يلاحظ أن هناك سوابق تعزز وجهة النظر القائلة بإلغاء التشريع بعدم الاستعمال مدة طويلة .

أولاً : التقاليد الرومانية كانت في هذا المعنى .

ثانياً : جاء في الخطبة الافتتاحية (discours préliminaire) للقانون المدني ما يأتي : « هذه القوة الحتمية ، العرف ، هي التي بفضلها تتأثر الشعوب لنفسها بدون هزة ولا عنف من القوانين الرديئة ، وهي التي تحمي الجماعات من المفاجآت التي تعرض للمشرع والمشرع من نفسه » .
ثالثاً : القول بدوام التشريع وعدم إلغائه إلا بتشريع يؤدي بنا إلى نتائج غير منتظرة ، فالقانون المدني الفرنسي يسمى في الواقع من الأمر قانون ناپليون بمقتضى الديكريته الصادر في سنة ١٨٥٢ ، والذي لم يبلغ بعد . كذلك كل من يدخن يقع تحت طائلة القانون الجنائي بمقتضى الأمر الملكي الصادر في سنة ١٦٣٤ والذي لم يبلغ حتى الآن ، ومع ذلك فقد ثبت العرف على تسمية القانون المدني الفرنسي بالقانون المدني ، وعندما أريد إقرار التسمية الجديدة رفض هذا الاقتراح بحجة عدم الحاجة إليه لاستقرار العرف على ذلك ، وكذلك ديكريته عدم التدخين . فلماذا إذن لا نعم الحكم ، ونجاهر دون خوف بالقول بأن عدم الاستعمال أو العرف على وجه العموم يلغى التشريع .

وفي هذا المعنى الأستاذ بيدان (Beudant) (انظر مقدمة بنكاز ص ٦٩) .

(١) ولا يكفي أن يكون التشريع المتصل بالنظام العام مما يحمي مصلحة خاصة كما في حالة الفوائد المركبة ، فقد أباحت المحاكم الفرنسية حسابها لمدة تقل عن سنة ، وهي المدة التي ينص عليها القانون ، إذا جرى العرف التجاري على ذلك كما في الحسابات الجارية .

أما في مصر فلا خلاف بالنسبة للاستثناء الأول لصراحة نص المادة الرابعة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية : « لا يبطل نص من القوانين والأوامر إلا بنص قانون أو أمر جديد يتقرر به بطلان الأول » . وعلى ذلك فلوائح البوليس كغيرها تظل قائمة حتى تلغيها لوائح أخرى .

وقد أكد القانون المدني الجديد ذلك بقوله في المادة الثانية منه « لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » .
أما بالنسبة للتشريع التجاري ، فالظاهر أن العرف وعدم الاستعمال يبلغانه متى كان نصه لا يتصل بالنظام العام .

١٨٨ - كيف يكون الإلغاء :

(أرو) بالنص : الإلغاء نوعان صريح وضمني . فالإلغاء الصريح (expresse) يكون بسن تشريع يلغى صراحة تشريعاً سابقاً ، وقد يصدر التشريع ولا يتضمن إلا إلغاء صريحاً لتشريع سابق ، دون أن يحل محله تشريعاً آخر ، مثل ذلك التشريع الذي صدر في ٣٢ يوليو سنة ١٨٦٧ والذي ألغى الإكراه البدني في فرنسا . وقد يصدر متضمناً إلغاء صريحاً لتشريع سابق ومشملاً في الوقت ذاته على تشريع جديد يحل محل التشريع الملغى ، مثل ذلك قانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الذي ألغى صراحة القانون المدني الذي كان معمولاً به أمام المحاكم الوطنية والصادر في أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقانون المدني الذي كان معمولاً به أمام المحاكم المختلطة في يونيه سنة ١٨٧٥ وأحل محلهما القانون المدني الجديد .

ومن صور الإلغاء الصريح أن يتضمن التشريع ذاته نصاً على أنه يسرى لمدة معينة يلغى بعدها ، كما في التشريع الذي صدر في مصر بشأن أجور المساكن

في سنة ١٩٢١ ، فقد نصت المادة ٣٥ منه على أن مفعوله ينتهي في ٣٠ يونيه سنة ١٩٢٢ ، ثم تجدد العمل به حتى ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٥ .

أما الإلغاء الضمني Abrogation Tacite ويسمى أحياناً النسخ ، 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 والمنسوخ معروفة في القرآن الكريم ، وهي نظرية معقولة ، فما دام المشرع سن حكماً يناقض حكماً سابقاً فقد أراد أن يلغى ضمناً الحكم القديم . والإلغاء الضمني لا يكون إلا بقدر رفع التنافر بين التشريعين ، فإذا أمكن التوفيق بينهما فلا إلغاء . وعلى ذلك فإذا كان أحدهما يتضمن قواعد عامة والآخر يتضمن استثناء من تلك القواعد فلا إلغاء إلا في الحالة المستثناة ، أما إذا كان التنافر بينهما كلياً فالإلغاء شامل لكل نصوص التشريع القديم ، ومن أمثلة الإلغاء الضمني الدستور الصادر في ١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ ، فقد ألغى العمل بالدستور الذي كان قائماً وذلك بغير نص صريح .

وقد جرت العادة على أن تتضمن التشريعات الحديثة مادة تقضى بإلغاء كل ما كان مخالفاً لأحكام هذه التشريعات من التشريعات السابقة . وهذا احتياط لا فائدة من ورائه لأنه يقرر مبدأ الإلغاء الضمني دون زيادة ، إذ أن هذه الأحكام تعتبر ملغاة وفقاً لنظرية الإلغاء الضمني بغير حاجة للنص على ذلك .

(ثانياً) بعدم تحقق شرط يتطلبه الدستور لاستمرار سريان التشريع : قد يقع الإلغاء إذا لم يتحقق الشرط الذي يتطلبه الدستور لكي يستمر التشريع نافذاً . مثل ذلك ما حدث بالنسبة للتشريعات التي صدرت في الفترة ما بين إيقاف الجمعية التشريعية في سنة ١٩١٤ وبين تاريخ نفاذ الدستور ، فقد نصت المادة ١٦٩ من الدستور المصري على ما يأتي : « القوانين التي كان يجب عرضها

على الجمعية التشريعية بمقتضى المادة الثانية من الأمر العالى الصادر بتاريخ ٢٨
ذى القعدة سنة ١٣٣٢ (١٨ أكتوبر سنة ١٩١٤) تعرض على مجلسى البرلمان
فى دور الانعقاد الأول ، فإن لم تعرض عليهما فى هذا الدور بطل العمل بها فى
المستقبل » . وكذلك المادة الحادية والأربعون من الدستور التى تميز بشروط
خاصة فيما بين أدوار الانعقاد أو فى فترة حل مجلس النواب إصدار مراسيم لها
قوة القانون ، فقد استوجبت عرض هذه المراسيم على البرلمان فى ميعاد لا يتجاوز
الشهر من تاريخ اجتماعه التالى . فإذا لم تعرض على البرلمان فى ذلك الميعاد أو لم
يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون .

(ثالثا) بتغيير الظروف : وقد يلغى التشريع تغير الظروف التى كانت قائمة
وقت سنه . مثل ذلك الغاروقة فى مصر ، وهى نوع من الرهن الحيازى لا يجوز
إلا فى الأراضى الخراجية ، وقد ألغى نظام الأراضى الخراجية منذ سنة ١٨٩٦ ،
فلم يعد هناك هذا النوع من الأراضى فى مصر وأصبحت كل الأراضى المصرية
أراضى ملك . وترتب على ذلك إلغاء التشريع الخاص بالغاروقة (فبطلت المادة
٥٥٣ مدنى قديم وأصبحت قواعد الرهن الحيازى هى التى تطبق عليها) .

ملاحظة :

لا يعتبر من قبيل الإلغاء اتفاق المتعاقدين على حكم يخالف قاعدة قانونية
مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين . فالمتعاقدان لم يلغيا باتفاقهما القاعدة القانونية ،
بل هى باقية تطبق على غيرها ، بل وتطبق عليهما فى تعاقدهما آخر لم يستبعدا فيه
أحكامها .

الباب الثالث

فروع القانون

(Classifications du Droit)

١٨٩ - تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص :

ينقسم القانون انقساماً أولياً إلى قانون عام وقانون خاص . وضابط التمييز بينهما هو وجود الدولة ، باعتبارها صاحبة السلطان ، في العلاقات التي ينظمها القانون ، وهذا هو القانون العام ، وعدم وجودها فيها ، وهذا هو القانون الخاص فالقانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط التي تكون الدولة طرفاً فيها . فهو الذي ينظم علاقة الدولة بغيرها من الدول ، وهذا هو القانون الدولي العام ، وعلاقة الدولة بالأفراد من حيث تحديد نظام الدولة وسلطاتها ، وهذا هو القانون الدستوري ، ومن حيث إدارة المرافق العامة في الدولة ، وهذا هو القانون الإداري ، ومن حيث استقرار الأمن فيها ، وهذا هو القانون الجنائي . فمفروع القانون العام إذن أربعة : القانون الدولي العام ، والقانون الدستوري ، والقانون الإداري ويلحق به القانون المالي ، والقانون الجنائي ويلحق به قانون تحقيق الجنايات (أو قانون الإجراءات الجنائية) .

أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي تنظم روابط الأفراد بعضهم ببعض الآخر في حياتهم العادية سواء كانت هذه الروابط روابط أسرة أو روابط مالية ، أو روابطهم بالدولة ، لا باعتبارها ممثلة للسلطان ، بل باعتبارها شخصاً

معنويا عاديا يدخل في معاملات كالتي يدخل فيها الأفراد . وينقسم إلى قانون مدنى ، وقانون تجارى ، وقانون مرافعات ، وقانون دولى خاص^(١) .
وتتكلم في القانون العام ثم في القانون الخاص في فصلين :

الفصل الأول

القانون العام

Droit Public

١٩٠ - أقسام القانون العام :

مما تقدم يظهر أن القانون العام يشتمل على الفروع الآتية :

(١) القانون الدولى العام .

(١) وهناك تقسيم آخر لقواعد القانون ، وهو تقسيم القانون إلى قانون دولى وقانون داخلى . فالقانون الدولى هو الذى ينظم الروابط الاجتماعية فيما بين أكثر من دولة واحدة ، وينقسم بدوره إلى قانون دولى عام ينظم الروابط العامة ما بين دولة وأخرى ، وإلى قانون دولى خاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد المنتمين إلى دول مختلفة . أما القانون الداخلى فهو الذى ينظم هذه الروابط داخل دولة واحدة ، وينقسم إلى قانون عام وقانون خاص . فالقانون العام هو الذى ينظم الشؤون الداخلية للدولة والسلطات العامة التى تشتمل عليها وعلاقة الأفراد بها ، وينقسم إلى قانون دستورى وقانون إدارى وقانون جنائز . والقانون الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد داخل الدولة ، وينقسم إلى قانون مدنى وقانون تجارى وقانون مرافعات . فهذا التقسيم يقوم على ما يقع من العلاقات داخل الجماعة ، سواء أكان ذلك بين الفرد والفرد ، أم بين الفرد والدولة ، أم بين السلطات العامة فى الدولة ، وهذا هو القانون الداخلى بنوعيه من قانون عام وقانون خاص ، وما يقع خارج الجماعة إما بين الدولة المختلفة ، وإما بين أفراد من دول مختلفة ، وهذا هو القانون الدولى بنوعيه من قانون دولى عام وقانون دولى خاص . ولـكننا نؤثر التقسيم الآخر (قانون عام وقانون خاص) ، لأنه أقرب إلى المنطق ، فالقانون الدولى الخاص ، وهو أحد فرعى القانون الدولى ، ما هو إلا فرع من فروع القانون الداخلى ، ولا يشترك مع الفرع الثانى من فرعى القانون الدولى ، إلا فى أنه يحمل فى تسميته كلمة « دولى » ، أما قواعده فهى من غير شك جزء من القانون الداخلى . يتبقى القانون الدولى العام ، وهو يدخل فى القانون العام بحسب الضابط الذى أشرنا إليه .

- (٢) القانون الدستورى .
(٣) القانون الإدارى ويلحق به القانون المالى .
(٤) القانون الجنائى ويلحق به قانون تحقيق الجنايات .
ونتكلم فى كل فرع من هذه الفروع الأربعة فى مبحث خاص

المبحث الأول

القانون الدولى العام

Droit International Public

١٩١ — التعريف :

هو مجموعة القواعد التى تنظم روابط الدول بعضها ببعض الآخر فى حالات السلم والحرب والحياد^(١) .

١٩٢ — مسائل القانون الدولى العام :

لما كان لكل دولة سلطانها المستقل ، وكان لا بد لكل دولة من أن تتصل بالأخرى ، فالعلاقات التى تنشأ ما بين هذه الدول المستقلة لا بد أن تنظم ، والقانون الدولى هو الذى يتولى تنظيمها . فحقوق الدولة فى السلطان ، وفى البقاء ، وفى المساواة ، وفى الملكية ، وفى القضاء ، أى فى كل ما يتصل بسيادة الدولة ينظمه القانون الدولى العام ، كما يبين أشخاص القانون الدولى من دول تامة السيادة ودول ناقصة السيادة . كذلك ينظم القانون الدولى العام ما يجرى بين الدول من

(١) ونرى أن يدخل أيضاً فى دائرة القانون الدولى العام القواعد التى تنظم الروابط ما بين الأفراد المنتمين إلى دولة معينة وبين دولة أخرى أجنبية عن الأولى باعتبارها سلطة عامة ، وهذا ما يعبر عنه عادة بحقوق الأجانب فى الدولة .

تعامل بطريق التمثيل السياسى والتمثيل القنصلى ، وما يتم بينها من معاهدات واتفاقات ، وما تتبعه من وسائل لفض النزاع بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والتحكيم . وهذه هى الروابط الدولية وقت السلم ، ولذلك سميت القواعد التى تنظم هذه الروابط بقانون السلم .

فإذا ما نشبت الحرب بين دولة وأخرى ، فالعلاقات ما بين الدولتين المتحاربتين ، من كيفية إعلان الحرب والأسلحة التى يجوز استعمالها ومعاملة الأسرى والمفاوضة أثناء الحرب وطرق إنهاء الحرب ونتائجها وغير ذلك ، ينظمها قانون الحرب . أما الدول الأخرى التى لا تدخل الحرب فتكون علاقتها بالدولتين المتحاربتين علاقة حياد ، وعلاقة الحياد هذه ، وما يتفرع عنها من جواز ضبط المهربات الحربية والحصار البحرى وغير ذلك ، ينظمها قانون الحياد .

وقد تمخضت الحربان الأخيرتان عن هيئات دولية جديدة ، أهمها هيئة الأمم المتحدة (Nations Unies) ومحكمة العدل الدولية الدائمة (Cour Permenante de Justice Internationale) . فتشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والإجراءات التى تتبعها فى القيام بهذه الاختصاصات ، كل هذا يدخل ضمن قواعد القانون الدولى العام .

١٩٣ — مصادر القانون الدولى العام :

لا يزال القانون الدولى العام فى المراحل الأولى من نموه وتطوره . وهو يذكّرنا فى حالته الراهنة بما كان عليه القانون الداخلى من نقص فى وسائل تنفيذه وأخذ الناس بأحكامه . فهو اليوم ، كما كان القانون الداخلى بالأمس ، يقوم على العادات والمعاهدات ، أى على ما ارتضته الدول ضمناً بحكم العرف ، أو صراحة بحكم الاتفاق . وقد أخذ الفقه والقضاء فى أن يكونا مصدرين له . أما الفقه

فقد بدأ منذ القرن السابع عشر ، فقد رأينا كيف أن جروسيوس (Grotius) الفقيه الهولندي المعروف هو الذي أسس القانون الدولي الحديث على مبادئ القانون الطبيعي ، وتعاقب بعده فقهاء القانون الدولي يبسطون أصوله ويقررون أحكامه . أما القضاء فقد أخذ يتغلغل في القانون الدولي في العصر الحاضر من طريق التحكيم ، الذي بدأ يكون اختيارياً ، وهو يتطور الآن ليكون إجبارياً ، وعهد بتأدية العدالة الدولية إلى هيئات وقتية ، تطورت بعد ذلك إلى هيئات دائمة ومحكم ، وقد وقع تطور نظير ذلك في العدالة داخل الدولة .

فالقانون الدولي العام يسير في الطريق الذي سلكه القانون الداخلي . ولا يزال القانون الدولي ينقصه شيئان جوهران توافرا للقانون الداخلي : (الشيء الأول) : هو وجود هيئة تشريعية دولية ، تسن قوانين تلزم الدول . فهذه الهيئة التشريعية لم توجد حتى الآن ، ولا نستطيع أن نلتمسها في هيئة الأمم ، إذ الهيئة ليست دولة فوق الدول ، بل هي مؤتمر دائمى تجتمع فيه الدول في شيء من التنظيم والاطراد ، يكفله تشكيل هيئات دائمة لهذا المؤتمر (وهناك ثلاث هيئات : الجمعية العمومية ، مجلس الأمن ، السكرتارية) مع بقاء الانضمام إلى هيئة الأمم ، والخروج منها اختيارياً موكولاً إلى إرادة الدول أعضاء هذه العصابة . والدول إذا انضمت لا تلتزم بتشريع تسنه الهيئة إلا إذا رضيت به وأخذ شكل معاهدة أو اتفاقية . (الشيء الثاني) : هو عدم وجود جزاء تطبقه سلطة عليا على الدول التي تخرق القواعد الملزمة من القانون الدولي ، وذلك أنه لا توجد قوة دولية تقوم بتنفيذ ما يقرره القانون الدولي من الأحكام ، حتى ما ارتضته الدول من هذه الأحكام بطريق المعاهدات والاتفاقيات ، وإذا كان ميثاق هيئة الأمم قد قرر ضرباً من العقوبات الاقتصادية والعسكرية على من يخالف هذا الميثاق ، فإن هذه

العقوبات لا توقعها سلطة دولية ، بل توقعها كل دولة محتفظة بكامل سلطانها .
على أنه إذا استمر تطور القانون الدولي ، وبقي مطرداً إلى حد الوصول
إلى الهيئة التشريعية الدولية وإلى السلطة الدولية التي توقع الجزاء ، فالقانون
الدولي في ذلك الوقت لا يبقى دولياً ، إذ تكون الدول قد اندمجت في ضرب
من الوحدة ، وأصبح القانون الذي ينظم ما بينها من روابط قانوناً دستورياً
لا قانوناً دولياً .

١٩٤ — هل القانون الدولي العام قانون ؟

مما تقدم قد يمكن القول بأن القانون الدولي العام ليس قانوناً بالمعنى الصحيح ،
وقد سبق أن قلنا إن هذا هو رأى الأستاذ أوستن (Austin)^(١) ، فقد أنكر
على القانون الدولي العام صفة القانون لعدم وجود سلطة تشريعية عليا تسن
قواعده ، وسلطة تنفيذية تقوم على تنفيذها ، وبعبارة أخرى لأنها لا تحتوى على
عنصر الأمر (command) الذي تقوم عليه نظرية أوستن . ولكن غالبية
القهاء على العكس من ذلك يقررون أن القانون الدولي العام هو قانون بالمعنى
الصحيح ، ويردون على الرأى الآخر بما يأتى :

(أولاً) أن اشتراط مشروع أو سلطة عليا سياسية لوضع القواعد القانونية
ليس لازماً ، فقد رأينا أن القانون الداخلى بدأ عرفاً وعادات ، ومع ذلك لم
ينكر عليه أحد صفة القانون .

(ثانياً) أما عن عدم وجود سلطة تنفيذية تنفذ قواعده ، وبعبارة أخرى
عدم وجود الجزاء ، فهو اعتراض وجيه ، ولكن يمكن مع ذلك تلمس الجزاء
الذى يوقع في الحرب ، وإن كانت الحرب كوسيلة للحصول على الحق رجوع

(١) انظر ص ٣٥ من هذا الكتاب .

بنا إلى العصور الغابرة عندما كان الإنسان يحصل على حقه بالقوة ، فضلاً عن أن الحرب ليست مضمونة العاقبة ونتيجتها في صالح الدولة القوية ، وهي غالباً ما تكون المعتدية . فإذا استبعدنا الحرب فيمكن تلمس الجزاء في مقابلة المثل بالمثل (répresailles) ، وفي الجزاءات التي تستطيع هيئة الأمم توقيعها على الدولة المخالفة . وإذا كان ذلك لا يكفي في الإقناع بأن قواعد القانون الدولي العام تعتبر قانوناً ، فيمكننا أن نستشهد بالقانون الداخلي وتطوره خلال القرون ، فقد نشأ عرفاً وعادات ، يطبق أحكامه محكمون ، وبعد ذلك تدرجت الجماعة فارتقت من المحكمين إلى الحاكم ومن العرف إلى المشرع ، وإذا كان القانون الدولي حديث العهد لا يتجاوز عمره أربعة قرون ، فمن السهل أن ندرك أنه لم يصل بعد إلى الدور الذي وصل إليه القانون الداخلي .

المبحث الثاني

القانون الدستوري

Droit Constitutionnel

١٩٥ — التعريف :

القانون الدستوري هو القانون الذي يقرر حقوق الفرد في الدولة ، ويحدد شكل الدولة ، وينظم سلطاتها العامة ، ويبين علاقة هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر وعلاقتها مع الأفراد^(١) .

(١) ونرى أن يدخل في دائرة القانون الدستوري القواعد التي تحدد الشروط الواجب توافرها في الأفراد حتى ينتموا إلى دولة معينة ، وهذا ما يعبر عنه عادة بقانون الجنسية ، وذلك لأن القانون الدستوري هو الذي يبحث في العناصر التي تتكون منها الدولة ، وأولها جماعة من الناس ، كما يبحث في حقوق الفرد في الدولة ، وهذه الحقوق تختلف بحسب ما إذا كان الشخص وطنياً أو أجنبياً ، فيجب أن يحدد من الوطني ومن الأجنبي .

١٩٦ — مسائل القانون الدستوري :

يبحث القانون الدستوري في حقوق الفرد في الدولة . وتقوم الديمقراطية الحديثة على أن الفرد له حقان جوهريان : الحرية والمساواة . والحرية تشمل على الحرية الشخصية ، وحرية التملك وحرمة المسكن ، وحرية الرأي ، وحرية الدين وحرية الاجتماع ، وحرية التعليم . والمساواة تتضمن المساواة أمام القضاء ، والمساواة في التوظيف ، والمساواة أمام التكاليف العامة .

ثم يبحث القانون الدستوري في عناصر الدولة الأربعة (وهي جماعة من الناس ، وإقليم ، وتنظيم ، وسيادة) ، وفي شكل الدولة من نواح مختلفة (ملكية أو جمهورية ، استبدادية أو ديمقراطية أو دكتاتورية ، برلمانية أو غير برلمانية ، بسيطة أو عهدية الخ) . فالمادة الأولى من دستور المملكة المصرية تنص « مصر دولة ذات سيادة وهي حرة مستقلة ملكها لا يجزأ ولا ينزل عن شيء منه وحكومتها ملكية وراثية وشكلها نيابي » .

ثم يحدد القانون الدستوري السلطات العامة^(١) التي تتألف منها الدولة ؛ وهي السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية . فبين كيف تتألف كل سلطة منها ، والأعمال التي تقوم بها ، والصلات التي بين كل سلطة وأخرى ، وعلاقة كل سلطة بالأفراد . فالسلطة التشريعية في مصر يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس النواب والشيوخ (مادة ٢٤) ووظيفتها سن القوانين ، والسلطة

(١) وذلك بناء على مبدأ فصل السلطات المعروف ، ومقتضاه أن السلطات الثلاث يجب أن توكل إلى هيئات مختلفة مستقلة بعضها عن بعض . وكان مونتسكيو أول من استخلص هذا المبدأ وعرضه بوضوح في كتابه « روح الشرائع » ، والسبب الذي قدمه لذلك والذي أثبتت الحوادث صحته هو « أن كل إنسان أعطيت له سلطة ينزع دائماً إلى إساءة استعمالها » ، وإذن فلن يكون لا يقع تجاوز للحدود يجب أن تفصل كل سلطة عن الأخرى ، وأن تمنح كل منها الوسيلة للذود عن حقوقها من اعتداء السلطتين الأخرين ، وبهذا الوضع توقف كل سلطة السلطة الأخرى (Par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir)

التنفيذية يتولاها الملك بواسطة وزرائه (المادتان ٢٩ و ٦٠) ووظيفتها تنفيذ القوانين وإدارة المرافق العامة ، والسلطة القضائية وتتولاها في مصر المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، ومهمتها تطبيق القوانين على الأقضية التي ترفع إليها (مادة ١١٣ وما بعدها) .

ويلاحظ أن القانون الدستوري بالتحديد المتقدم يتسع حتى يشمل القانون الإداري والقانون المالي والنظام القضائي . غير أن العادة قد جرت أن تفصل هذه الفروع عن القانون الدستوري ، ويختص كل فرع منها بأبحاث خاصة مستقلة تسهيلا للدرس .

١٩٧ - اختلف الدساتير :

تختلف الدساتير ، فضلا عن اختلافها من حيث النظم والمبادئ ، من حيث مصدرها ، فمنها ما يصدر في شكل منحة من الحاكم ، ومنها ما يصدر من جمعية وطنية ، ومنها ما ينشأ عن عادات وتقاليد كما هو الحال في القانون الإنجليزي ، فقد تكونت قواعده على مدى عدة أجيال وبفضل ما اكتسبه البرلمان الإنجليزي من الحقوق في منازعاته مع الملك . كما أنها تختلف من حيث طريقة تعديلها ، فبعضها ، ويسمى بالدساتير المرنة (souples) ، تجعل تعديل الدستور من اختصاص السلطة التشريعية العادية كغيره من القوانين ، والبعض الآخر ، وتسمى بالدساتير الجامدة (rigides) ، تجعل التعديل من اختصاص هيئة ينص عليها الدستور وتجتمع بطرق وإجراءات نص عليها .

١٩٨ - رأى أوستن في القانون الدستوري :

سبق أن أشرنا إلى أن أوستن أنكر على القانون الدستوري ، كما أنكر على القانون الدولي العام ، صفة القانون ، لخلو قواعده من عامل القهر . وقد بينا أن

القانون الدستوري هو قانون بالمعنى الصحيح ، إذ أنه لا يخلو من هذا العامل بل هو في هذا يفضل القوانين المعتادة التي تحوطها قوة الأمة بطريق غير مباشر متمثلة في الشرطة أو في الجند ، أما القانون الدستوري فإن قوة الأمة تحوطه بطريق مباشر ، وتهب للدفاع عنه إذا ما انتهكت حرئته . ولذا فإن الدستور يعتبر القانون الأساسي في الدولة ، ولا يصح أن يصدر تشريع يصطدم مع قواعده .

المبحث الثالث

القانون الإداري

(ويلحق به القانون المالي)

Droit Administratif

١٩٩ — التعريف :

القانون الإداري هو مجموعة القواعد التي تنظم حركة السلطة التنفيذية ، التنظيم الذي يوصى به الدستور وقوانين الدولة ، على وجه يبين للأفراد الوسائل القانونية التي تمكنهم من حمل السلطة التنفيذية على أداء واجبها وعدم تجاوزه أو القصور عنه . فهو فرع من القانون الدستوري يقتصر على السلطة التنفيذية . وكثيراً ما يتداخل القانون الإداري مع القانون الدستوري حتى يصعب بيان الحد الفاصل بين نطاق كل منهما . وقد قيل للتمييز بينهما إن القانون الدستوري يصف الأجزاء المختلفة التي يتكون منها جسم الدولة وهي في حالة السكون ، أما القانون الإداري فإنه يصفها وهي في حالة الحركة والعمل .

٢٠٠ — مسائل القانون الإداري :

يتناول القانون الإداري تنظيم السلطة التنفيذية ، كما قدمنا . ومن الممكن أن ننظر إلى السلطة التنفيذية نظرتين : (النظرة الأولى) نظرة إلى شيء ثابت لا يتحرك ، فيحمله إلى عوامله الأولى ويحدد لكل عامل ما يقوم به من الوظائف (le point de vue statique) ، و(النظرة الثانية) نظرة إلى شيء يتحرك ويعمل فتبين الوسائل التي يتدرع بها في العمل (le point de vue dynamique) . وبحسب النظرة الأولى ، تُحدد 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 . ويلاحظ أن هناك طريقتين للإدارة ، طريق المركزية (centralisation) ، وبمقتضاه تتركز الإدارة في يد الحكومة المركزية ، ولا تعطى للهيئات الإقليمية ولا للمجالس البلدية إلا قسطاً ضئيلاً من الاستقلال الذاتي ، وهذا هو الحال في مصر ، وطريق اللامركزية (décentralisation) ، وبمقتضاه تتخلى الدولة عن كثير من شؤون الإدارة المحلية للهيئات الإقليمية والمجلس البلدية ، وهذه تكون ذات صفة شعبية انتخابية ، فتمتع بقسط كبير من الاستقلال الذاتي ، وهذا هو الحال في إنجلترا . وبحسب النظرة الثانية ، تعمل الإدارة من طريق موظفيها ، وهؤلاء عند ما يقومون بواجباتهم توصف أعمالهم بأنها أعمال إدارية ، والدولة في قيامها بواجباتها تستعين 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 مسؤوليتهم تجاه الدولة ، ومسئوليتهم تجاه الأفراد ، ومسئولية الدولة عنهم تجاه

الأفراد ، وغير ذلك من القواعد الخاصة بالوظائف والموظفين .
(٢) الأعمال الإدارية ، 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 الإدارية .

(٣) الأملاك العامة ، وكيف تحدد ، وما هي مميزاتها ، ولأى نظام قانوني تخضع من ناحية التملك والانتفاع ، وما إلى ذلك من النظم التي تتبع في الأملاك العامة .

٢٠١ - القضاء الإداري :

تأخذ بعض البلاد بنظام الفصل التام بين السلطتين التنفيذية والقضائية . فمن يدعى حقاً قبل هيئة إدارية أو موظف من موظفيها بسبب عمل إداري أوقع به ضرراً ، عليه أن يلجأ إلى القضاء الإداري الذي تنشئه خصيصاً للنظر في مثل هذه الدعاوى . ففرنسا مثلاً تتبع هذا النظام حيث تقوم المحاكم الإدارية بالفصل في كل المنازعات التي تقوم بين الحكومة ، بصفتها ممثلة للسلطان ، وبين الأفراد . وقد وضعت هذه المحاكم مع مرور الزمن مجموعة من القواعد الثابتة والضمانات^(١) . فكل هذه القواعد والضمانات ، وعلى العموم كل ما يتصل بالقضاء الإداري ، يدخل في القانون الإداري ، بل ويعتبر مسألة من مسائله الأساسية . ومن الدول مالا يفصل بين السلطتين فلا يوجد قضاء إداري بالمعنى المعروف ، ويكون للقضاء العادي رقابة على أعمال السلطة التنفيذية ، فكل المنازعات التي تقوم بينها وبين الأفراد تدخل في اختصاصه . ولكن هذه الرقابة محدودة ، حتى لا تتعطل أعمال

(١) وقد حدث في فرنسا أن اختطت المحاكم الإدارية الطريق أمام المحاكم العادية ، ولم تلبث هذه أن تبعثها فيه ، كما حدث بالنسبة لنظرية التعسف في استعمال الحقوق وما يصح أن يحدث بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة .

السلطة التنفيذية . وقد كانت مصر من بين هذه الدول حتى فطنت أخيراً إلى الفائدة الكبرى التي يحققها الفصل ما بين السلطتين التنفيذية والقضائية ، فأنشأت مجلس الدولة (Conseil d'Etat) في ١٥ سبتمبر سنة ١٩٤٦ ، وجعلته مكوناً من ثلاثة أقسام : الرأى والتشريع (وهذان لهما أصل سابق في أقلام قضاء الحكومة وفي لجنة القضايا وفي اللجنة التشريعية) ، ومحكمة القضاء الإدارى وهى التى تضىف فى الواقع على المجلس ثوبه الجديد . وهذه المحكمة دعامة كبرى من دعامات الإصلاح الذى حققه المشرع فى العهد الأخير والذى كانت البلاد فى أشد الحاجة إليه .

والآن وقد أنشئت محكمة القضاء الإدارى فإن الأفراد والهيئات يستطيعون أن يلجأوا إليها يطلبون إلغاء أمر إدارى أو تعويضات عن ضرر أصابهم منه .

ملاحظة

يلاحظ أن القانون الإدارى ، بالرغم من أنه جزء من التشريع ، لا توجد له مدونة (code) شاملة لكل أحكامه . ولعل ذلك يرجع إلى أن قواعده تستعصى على التقنين ، لأنها كثيرة التغير ، إذ يجب دائماً مسايرة التغييرات السياسية والتطورات المستمرة للحياة الاقتصادية والاجتماعية ، فضلاً عن أن تشعب المواد التى يتناولها يجعل حصرها فى مجموعة واحدة عملاً عسيراً .

القانون المالى (Droit Financier)

٢٠٢ — التعريف :

القانون المالى فرع من القانون الإدارى يقتصر من السلطة الإدارية على الناحية المالية منها ، فيبين نظام ميزانية الدولة ودخلها من ضرائب وممتلكات خاصة وخدم تؤديها وقروض ، وخرجها من ضروب الصرف على المرافق العامة .

٢٠٣ — مسائل القانون المالي :

مسائل القانون المالي يمكن حصرها في ميزانية الدولة ، وهذه تنقسم إلى دخل وخرج . والدخل له موارد متنوعة ، أهمها الضرائب بمختلف أنواعها ، ثم ما تتقاضاه الدولة أجراً عن خدمات تؤديها ، ثم ما تستولى عليه من غلة لأموالها الخاصة التي تمتلكها تملك الأفراد لأموالهم ، ثم القروض إذا لجأت لها الدولة لسد عجز في ميزانيتها أو لاستغلال مرفق من المرافق . والخرج هو ما تصرفه على المرافق العامة المختلفة التي تقوم بإدارتها ، وأهم هذه المرافق الدفاع الوطني ، والأمن العام ، والصحة ، والتضاء ، والتعليم ، والشؤون الاقتصادية .

المبحث الرابع

القانون الجنائي^(١)

(ويلحق به قانون تحقيق الجنايات)

Droit Pénal

٢٠٤ — التعريف :

القانون الجنائي هو القانون الذي يبين الجرائم المعاقب عليها ، إذ لا عقوبة بغير نص ، وقدر العقوبة في كل جريمة . فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الأعمال المنهى عنها ، والتي إذا ارتكها الفرد اعتبر خارجاً عن المجموع واستحق العقاب .

(١) . ويقال له أحياناً قانون العقوبات (Droit Criminel) .

٢٠٥ - مسائل القانون الجنائي :

ينقسم القانون الجنائي إلى قسمين : قسم عام وقسم خاص . ففي القسم العام ، أو قسم الأحكام العامة ، يبحث في الجريمة وأنواعها من جناية وجنحة ومخالفة ، ويبين أركان الجريمة من ركن مادي يستلزم ارتكاب عمل محرم أو شروعا فيه أو اشتراكا ، وركن أدبي يستلزم إرادة حرة وقصدًا جنائياً وقت ارتكاب الجريمة ، ويبحث في المجرم غير المسئول ، إما لسبب مانع من العقاب كنفقد الإدراك أو الإرادة ، وإما لسبب مبيح للفعل في ذاته كارتكابه تنفيذاً لحق أو أداء لواجب ، وفي المجرم المسئول مسئولية مخففة كالصغير أو مشددة كالعائد . ثم يبحث في العقوبة (وهي غالباً ذات حدين ، حد أعلى لا يجاوزه القاضي وحد أدنى لا ينزل عنه) وفي أنواعها ، وفي حالات تعددها ، وفي أسباب سقوطها .

وفي القسم الخاص يبحث في الجرائم الخاصة . وهذه إما جرائم تقع على الدولة مباشرة ، كالجرائم المحلة بأمن الحكومة الداخلي أو الخارجي ، وجرائم التمرد والعصيان ، والجمعيات والمطبوعات المضرة بالأمن العام ، والرشوة ، وتزيف المسكوكات ، وإما جرائم تقع على الأفراد مباشرة (وتقع على المجتمع بطريق غير مباشر) ، ومن هذه جرائم تقع على النفس ، كالقتل والجرح والضرب ، وجرائم تقع على المال ، كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة ، وجرائم تقع على العرض ، كالاغتصاب وهتك العرض والزنا والتحريض على الفسق والفجور والقذف والسب ، ويبحث أخيراً في جرائم بسيطة تخل بنظام الحياة اليومية ، وهي المخالفات .

٢٠٦ - هل يمكن اعتبار القانون الجنائي من القانون الخاص ؟

يذهب بعض الكتاب إلى اعتبار القانون الجنائي فرعاً من فروع القانون

الخاص ، لأن الجريمة تصيب في جل الحالات مصالح فردية . ويظهر مبلغ ما تحتويه هذه الفكرة من خطأ مما يأتي :

(أولاً) أن ضرر الجريمة لا يقتصر على الأفراد بل يمتد إلى المجموع ، إذ أن بث الطمأنينة في نفوس الأفراد وصيانة الأمن العام بعقاب المجرم ضرورة تقتضيها المحافظة على كيان الهيئة الاجتماعية ، فضلاً عن أن هناك جرائم تصيب الدولة بالذات .

(ثانياً) أن القانون الجنائي يشغل جزءاً هاماً من نشاط الدولة ، إذ تقوم فيه الدولة بدور يفوق في خطره وفي مداه ما تقوم به في القانون الخاص ، فهي التي تتولى اكتشاف الجرائم وإثباتها والقبض على مرتكبيها ، وهي التي تباشر رفع الدعوى العمومية عليهم وتتعهد أمام المحاكم الجنائية ، وهي التي تقوم أخيراً بتنفيذ العقوبات المحكوم بها عليهم تحقيقاً للغاية المقصودة منها في المجتمع الحديث^(١) .

(ثالثاً) ليس للمجنى عليه أن يصفح عن الجاني إلا في ظروف معينة يرى المشرع ما يبررها ، كما إذا رضى الزوج بمعاشرة زوجته الزانية فإن ذلك يمنع من توقيع العقاب أو تنفيذه .

قانون تحقيق الجنايات

أو قانون الإجراءات الجنائية

(Droit d'Instruction Criminelle)

٢٠٧ — التعريف :

قانون تحقيق الجنايات فرع من القانون الجنائي ، يبين الإجراءات التي

(١) انظر مقال الأستاذ علي بدوي بك « أبحاث في أصول الشرائع » مجلة القانون والاقتصاد

السنة الخامسة ص ٢١٢ .

تتبع لتطبيق أحكام القانون الجنائي ، كإجراءات التحقيق مع المتهم وإحالة على المحكمة وإجراءات محاكمته ، والأحكام الجنائية ، وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذها .

٢٠٨ — مسائل قانون تحفيق الجنائيات :

مما تقدم يظهر أن قانون تحقيق الجنائيات يبين الإجراءات الواجب اتباعها منذ وقوع الجريمة إلى توقيع الجزاء ، فإذا وقعت جريمة وجب القيام بالتحقيق . فما هي السلطة التي تقوم بالتحقيق ؟ وما هو مدى اختصاصها ؟ وكيف تقوم بالتحقيق ومتى تقبض على المتهم ومدى تفش منزله ، ومتى تجبسه حسباً احتياطياً ، وكيف تحيله على المحكمة الجنائية المختصة إذا جمعت أدلة الإدانة ؟ ثم إذا أحيل المتهم إلى المحكمة ، فكيف يحاكم ؟ وما هي القواعد التي تخضع لها الدعوى العمومية منفردة أو مجتمعة مع الدعوى المدنية ، وما هي الإجراءات التي تتبع في المحاكم الجنائية من نحو سماع الشهود وأقوال المتهم واستحضار الخبراء والانتقال إلى محل الواقعة ، إن وجدت ضرورة لذلك ، وسماع أقوال النيابة وأقوال الدفاع ، ثم إذا صدر الحكم بإدانة المتهم ، فما هي طرق الطعن في هذا الحكم ، من معارضة واستئناف ونقض ، ثم إذا أصبح الحكم نهائياً ، فكيف ينفذ ؟ كل هذا يبينه قانون تحقيق الجنائيات .

الفصل الثاني

القانون الخاص

Droit Privé

٢٠٩ — أقسام القانون الخاص :

ينقسم القانون الخاص إلى ما يأتي^(١) :

(١) القانون المدني ، وهو أساس القانون الخاص ، وإليه ترجع أحكام هذا القانون بوجه عام .

(٢) القانون التجارى .

(٣) قانون المرافعات المدنية والتجارية .

(٤) القانون الدولى الخاص .

وقبل الكلام فى هذه الفروع نلاحظ أن قواعد القانون الخاص قد تطبق على الدولة كما تطبق على الأفراد ، وذلك عند ما تتجرد الدولة من صفتها العمومية وتعتبر شخصاً معنوياً عادياً تستطيع أن تمتلك أموالاً كما يفعل الأفراد ، كما تستطيع أن تبرم عقوداً ، بأن تشتري بضائع أو تستأجر عمالاً أو تؤجر بعض

(١) إلى جانب هذه الفروع الهامة قد توجد فروع أخرى تنفصل عن القانون الخاص ، القانون المدنى ، وتستقل بنفسها كالتشريع الصناعى والتشريع الزراعى الخ . وقد بلغت هذه التشريعات فى البلاد الغربية درجة كبيرة من الاستقلال ، إذ جمعت أحكامها المنتثرة بين شتى أجزاء القانون ، وأضيفت لها قواعد جديدة ، وصدرت بها مدونات (codes) . أما فى مصر فازلنا فى دور التكوين ، فتشريع العمال ، الذى يرمى إلى تنظيم الرابطة ما بين العمال وصاحب المصنع وحماية العامل من مخاطر العمل ، لم يبلغ بعد شأواً كبيراً ، وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الزراعى ، الذى يعنى بكل ما يعس الثروة الزراعية وإتمامها ، فليس لدينا منه سوى قانون للجمعيات التعاونية صدر فى سنة ١٩٢٧ . وإذن تبقى هذه الروابط محكومة بالقواعد التى تتضمنها القوانين الجديدة والقواعد المدنية حتى يأتى الوقت الذى يجمع فيه أحكام كل فرع من هذه الفروع .

أملاكها الخاصة أو تتبع بعضها الآخر ، إلى غير ذلك من التصرفات . فكل
الدعاوى التي ترفع على الحكومة أو منها تدخل في اختصاص المحاكم المدنية ،
وهذه تساوى بينها وبين الأفراد .

المبحث الأول

القانون المدني^(١)

Droit Civil

٢١٠ - التعريف :

هو القانون الذى ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد فى المجتمع ، سواء
كانت هذه الروابط أسرة أو روابط مالية .

(١) ونرى من المناسب هنا أن نتبع معنى « القانون المدني » فى العصور المختلفة :
كان « القانون المدني » عند الرومان ، ترجمة حرفية لما كان يسمى عندهم (jus civile)
أى القانون الذى يطبق على الرومان دون سواهم ، والذى كان مقابلاً لـ « لقانون الشعوب »
(jus gentium) الذى يطبق على الوطنيين والأجانب .
وفى القرون الوسطى كان يقصد « بالقانون المدني » القانون الرومانى الذى جمعه چوستينيان
مقابلاً لقانون الكنيسة الذى نما فى تلك العصور .

وبعد ذلك أخذ « القانون المدني » معنى القانون الخاص المقابل للقانون العام ، وقد تم ذلك
على النحو الآتى : كان القانون المدني ، أى القانون الرومانى ، يشتمل على قواعد القانون الخاص
والقانون العام ، ولما أبدت الدول الغربية تنفصل عن الإمبراطورية الرومانية ، لم يعد لقواعد
القانون العام الرومانى أهمية فى نظرها ، لأن الدول الجديدة وضعت لنفسها قواعد جديدة وأقامت
نظماً سياسية مخالفة ، وبقيت الأهمية لقواعد القانون الخاص الرومانى ، يرجع إليه رجال القانون
فى كل البلاد على السواء . وبذلك أخذ القانون المدني معنى القانون بعد أن كان يقصد به
القانون الرومانى ، من عام وخاص ، لمدة عشرة قرون .

ولما جاءت الثورة الفرنسية وجدت هذا المعنى الجديد متعارفاً ، ولذلك فقد تكلمت الجمعيات
السياسية عن القانون المدني بمعنى القانون الخاص .

وأعقب ذلك مباشرة أن أخذت تنفصل عنه ، لأسباب خاصة ، فروع ، فانفصل عنه
القانون التجارى وقانون المرافعات والقانون الدولى الخاص وغيرها ، وبذلك أخذ « القانون
المدنى » معناه المعروف فى الوقت الحاضر .

والقانون المدني هو أصل القانون الخاص ، وما الأقسام الأخرى إلا فروع انفصلت عن أصلها ، فانفصل عنه القانون التجارى وقانون المرافعات والقانون الدولى الخاص ، وقوانين أخرى أقل من هذه أهمية ، كتشريع العمال والتشريع الزراعى . وما زال القانون المدنى ، بعد هذا الانفصال ، يعتبر أساس القانون الخاص ، وما زال يوصف بأنه الشريعة العامة عند أمة من الأمم (le droit commun chez une nation) وذلك :

(أولاً) لأنه القانون الذى يطبق على جميع الناس دون استثناء ، فلا يستطيع فرد فى مجتمع أن يعيش بغير الدخول فى علاقات يحكمها القانون المدنى ، خلافاً للفروع الأخرى فإنها لا تطبق إلا على طوائف خاصة وبالنسبة لبعض الأعمال التى يقومون بها (القانون التجارى) ، أو فى حالات معينة (القانون الدولى الخاص) ، أو لأنها متعلقة بالإجراءات (قانون المرافعات) .
(ثانياً) لأنه القانون الذى يطبق فى حالة سكوت أحد فروع عن وضع قاعدة لحالة معينة .

٢١١ — تقسيم القانون المدنى الى قانون الأحوال الشخصية وقانون المعاملات :

القانون المدنى ينظر إلى الفرد ، وينظر إليه باعتبارين :
(أولاً) باعتباره عضواً فى أسرة ، فتتنظيم الروابط التى تربطه بهذه الأسرة يدخل فى دائرة قانون الأحوال الشخصية .
(ثانياً) باعتباره عضواً فى المجتمع من حيث نشاطه المالى ، وتنظيم الروابط التى تربطه بأفراد المجتمع من هذه الناحية يدخل فى دائرة قانون المعاملات .
والأحوال الشخصية يدخل فيها :

(١) تحديد شخصية الفرد من الناحية القانونية ، أى الأهلية ، من أهلية وجوب وأهلية أداء .

(٢) تنظيم روابط الفرد بأسرته ، فالفرد منذ يولد ينتمى إلى أسرة معينة ، وهنا تعرض مسائل النسب ، وكيف تثبت البنوة الشرعية . فإذا ما ثبت نسب الولد لأبيه ، التزم الأب بالإفناق 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 من جانب كل من الزوجين ، والمهر ، والنفقة ، وفرق النكاح من طلاق وغيره ، وما يستتبع ذلك من عدة ، وغير ذلك من مسائل الزوجية المعروفة) . ويدخل في دائرة الأحوال الشخصية أيضا الميراث ، إذ ينظم كيف يوزع مال الشخص بعد موته على أفراد أسرته ، فالميراث يحدد من هذه الناحية علاقة الفرد بأسرته ، ويلحق بالميراث الوصية ، كما يدخل فيها الهبة والوقف . هذه هي أمهات مسائل الأحوال الشخصية^(١) .

أما قانون المعاملات فيمكن أن نركزه في سلطة الشخص على المال . فيجب أولاً تعريف المال ، ثم تقسيمه إلى أقسام متنوعة ، ملك ووقف ومباح . الخ . ثم إن الشخص يتسلط على المال إما بطريق مباشر ، بأن يخول له القانون سلطة معينة على شيء معين ، وهذا هو الحق العيني (droit réel) ، أو بطريق غير مباشر ، بأن يرتب له التزاماً ذا قيمة مالية في ذمة شخص آخر ، وهذا هو الحق الشخصي (droit personnel) .

(١) أشارت المادة ٢٨ من اتفاقية إلغاء الامتيازات إلى مسائل الأحوال الشخصية فقالت : « تشمل الأحوال الشخصية : المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر (الدوطة) ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقات بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والموارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وبانغمية وباعتبار المفقود ميتاً » .

٢١٢ — القانون المدني المصري :

القانون المدني المصري ، لم يتناول إلا ما يدخل في دائرة المعاملات . أما مسائل الأحوال الشخصية ، فنظراً لظروف مصر الخاصة ، فقد تركها إلى حكم الدين أو الملة مع أنها جزء أساسي من القانون المدني . ومن هذا ترى أن ما يطلق عليه « القانون المدني » في مصر أقل بكثير مما يفيد هذا التعبير في البلاد الأجنبية في الوقت الحاضر .

والقانون المدني المصري الجديد (وهو يتكون من ١١٤٩ مادة) مبوب تبويباً منطقياً علمياً يسير في الوقت ذاته الناحية العملية ، فجاء أكثر اتساقاً وأوثق ارتباطاً من تبويب القانون المدني القديم . وقد كان هذا مقسماً إلى أربعة كتب (الكتاب الأول في الأموال والملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق ، وفي أسباب اكتساب الملكية ، والكتاب الثاني في التعهدات والعقود يريد بذلك الالتزامات ، والكتاب الثالث في العقود من بيع وإيجار الخ ، والكتاب الرابع في حقوق الدائنين ، ويتكلم في الرهن والامتياز الخ) .

أما القانون الجديد فقد صدر بباب تمهيدى ، لا مقابل له في القانون القديم . يتناول مصادر القانون وتطبيقه من حيث الزمان ومن حيث المكان ، والشخصية طبيعية كانت أو معنوية ، وتقسيمات الأشياء والأموال . ثم انقسم بعد ذلك إلى قسمين : أولهما للالتزامات أو الحقوق الشخصية ، والآخر للحقوق العينية .

وتفرع القسم الأول (الخاص بالالتزامات) إلى كتابين : عرض الكتاب الأول منهما للالتزام بوجه عام فيتناول في أبواب متعاقبة مصادره وآثاره والأوصاف التي ترد عليه وانتقاله من ذمة إلى أخرى وأسباب انقضائه وطرق إثباته . وعرض الكتاب الثاني للعقود المسماة فرتبها عقوداً ترد على الملكية (كالبيع والهبة الخ)

وعقوداً ترد على المنفعة (وهي الإيجار والعارية) ، وعقوداً ترد على العمل (وهي
المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة) ، وعقوداً احتمالية (كالتأمين) وختمها
بعقد الكفالة .

وتفرع القسم الثاني (الخاص بالحقوق العينية) هو أيضاً إلى كتيين : أولهما
للحقوق العينية الأصلية ، وهي الملكية وما يتفرع عنها من حق الانتفاع وحق
الحكر وحق القرار وحقوق الارتفاق ، والكتاب الثاني للحقوق العينية التبعية
وهي التأمينات العينية من رهن رسمي ورهن حيازة وحق اختصاص وحق امتياز .

المبحث الثاني

القانون التجارى

(ويلحق به القانون التجارى البحرى)

Droit Commercial

٢١٣ — التعريف :

هو القانون الذى يتخصص فى جانب من الحياة المدنية ، هى الحياة التجارية .
فهو يحدد القواعد التى تنظم التجارة والتجار فى نشاطهم التجارى .

٢١٤ — مسائل القانون التجارى :

يتناول القانون التجارى الأعمال التجارية والتجار ، فيضع القواعد التى تنظم
حياة التاجر فى نشاطه التجارى ، من حيث الأعمال التى تعتبر تجارية ، ومن
حيث الدفاتر والسجلات ، كما يبين أحكام الشركات على مختلف أنواعها ، والنقل
التجارى ، والسمسرة والعمولة ، والأوراق التجارية (كسيلات وسندات تحت
الإذن وشيكات) ، وينتهى بفصل ينظم الإفلاس .

٢١٥ - سبب انفصال القانون التجاري عن القانون المدني (١) :

والقانون التجاري كان تابعا للقانون المدني وانفصل عنه ، لأن التجارة تستلزم بطبيعتها السرعة في إنجاز المعاملات وإعفاءها من القيود التي تقيّد الأفراد في معاملاتهم المدنية ، ولذلك اقتضى الحال وضع قواعد خاصة بالتجارة والتجار ، وهذه هي قواعد القانون التجاري . وهذه بعض الأمثلة :

(١) لا يجوز الإثبات ، كقاعدة ، بشهادة الشهود في القانون المدني إلا فيما لا يزيد على عشرة جنيهات ، فإذا زادت القيمة على ذلك وجب الإثبات بالكتابة (م ٤٠٠ من القانون الجديد ٢١٥ قديم) ، وهذا القيد لا يمكن قبوله بالنسبة للمعاملات التجارية ، ولذلك فقد أجاز القانون التجاري الإثبات بالدفاتر التجارية وبالبينة .

(٢) لا يمكن أن تتم حوالة الحق في القانون المدني إلا برضاء المدين الثابت التاريخ أو بإذاره إنذاراً رسمياً (م ٣٠٥ من القانون الجديد) ، وقد تحرر القانون التجاري من مثل هذا القيد وأجاز تداول الكمبيالات والسندات تحت الإذن والشيكات بمجرد التوقيع .

(٣) تجيز المادة ٣٤٦ فقرة ٢/١٦٨ من القانون القديم للقاضي إعطاء مهلة للمدين الذي لم تمكنه ظروفه من الوفاء بدينه وتقسيط الدين عليه ، أما في القانون التجاري وهو يقوم على السرعة والثقة فشيء من هذا لا يقع ، وإنما يبادر الدائن إذا تأخر مدينة التاجر في الوفاء بعمل بروتستو عدم الدفع Protét لإعلان إفلاس التاجر وبيع أمواله ، مع المحافظة على حقوق الدائنين وتحقيق المساواة التامة بينهم ،

(١) وهناك نزعة ترمي إلى إعادة القانون التجاري إلى أصله القانون المدني بعد أن تدخل على هذا الأخير بعض التعديلات الضرورية . أما القول بأن للتجارة قواعد خاصة فيرد عليه بأن أكثر الأمم تقدما في التجارة ، وهي إنجلترا والولايات المتحدة ، لا تفرق بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية .

وذلك بإقامة وكيل عام (سنديك) عن الدائنين والمدين يقوم بإجراءات عامة تعود فائدتها على كل الدائنين . وإذا كان القانون المدني الجديد قد نظم حالة الإعسار (déconfiture) وهي الحالة المقابلة لحالة الإفلاس (faillite) في القانون التجاري ، فإن تنظيمه للإعسار قاصر عن أن يجارى تنظيم القانون التجاري للإفلاس ؛ إذ لا يزال في وسع الدائن أن يتخذ من الإجراءات الفردية ، ما يراه في مصلحته ، فضلا عن أنه ليس إجبارياً ، كما أنه خاضع لشروط وقيود تعتبر غاية في الشدة إذا قيست بما هو عليه الحال في القانون التجاري (راجع المواد ٢٤٩ — ٢٦٤ من القانون المدني الجديد) .

٢١٦ — القضاء التجارى :

بعض البلاد ، كفرنسا ، تجعل للمسائل التجارية محاكم خاصة بها ، وبعضها يجعلها من اختصاص القضاء المدني . أما في مصر فإن المحاكم المدنية هي التي تنظر في المسائل التجارية ، غاية الأمر أن المشرع استلزم اتباع إجراءات خاصة في المسائل التجارية حتى يمكن الفصل فيها على وجه السرعة . كما أنه أنشئت في العهد الأخير دوائر خاصة للمسائل التجارية .

ملاحظتان

الملاحظة الأولى : للعرف مجال كبير في القانون التجارى ، إذ أن الكثير من قواعده يقوم على العرف الثابت بين التجار ، كما أن للعرف التجارى قوة تفوق قوة العرف في المسائل المدنية ، إذ أنه قد يلغى التشريع خلافاً للعرف المدني .

الملاحظة الثانية : بالنسبة لوجود صلة الأصل بالفرع بين القانون المدني والقانون التجارى ، فإن القانون المدني ، كما قدمنا ، هو الذى يطبق عند عدم وجود نص في القانون التجارى . وقد أحال القانون التجارى صراحة على

القانون المدني في بعض الأحوال ، فتقول المادة ١٩ مثلا : « تتبع في الشركات الأصول العمومية المبينة بالقانون المدني ... » . كما أن القانون التجارى قد يؤثر بدوره على القانون المدني فينقل عنه إذا ما ظهرت صلاحية بعض قواعده ، فينظم الإعسار المدني على مثال الإفلاس التجارى كما فعل القانون الألمانى .

قانون التجارة البحرى^(١)

(Droit Maritime Commercial)

٢١٧ — التعريف :

هو القانون الذى يتخصص فى جانب من الحياة التجارية ، وهى التجارة البحرية . فهو يحدد القواعد التى تنظم التجارة فى البحارة .

٢١٨ — مسائل القانون البحرى :

يتركز قانون التجارة البحرى فى السفينة ، فينظم الحقوق التى تترتب عليها ، والعقود التى تكون محلها (شراء السفن وتجهيزها) ، وعلاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين ، وعقد الشحن ، وعقد النقل البحرى ، والقرض البحرى ، والتأمين على السفن والبضائع والخسارات البحرية الخ .

والسبب فى وضع قواعد خاصة لمسائله ، يرجع من جهة إلى كبر قيمة السفينة وتعرضها لأخطار خاصة ، ولأنها من جهة أخرى ليست تحت رقابة صاحبها وقت استغلالها .

(١) لقانون التجارة البحرى مجموعة مستقلة فى كل من القانونين الأهلى والمختلط ، خلافا للقانون الفرنسى الذى أورد قواعده فى مجموعة القانون التجارى .

المبحث الثالث

قانون المرافعات المدنية والتجارية

Droit de Procédure civile et Commerciale

٢١٩ — التعريف :

هو مجموعة القواعد التي تنظم الإجراءات الواجب اتباعها لتطبيق أحكام القانون المدني والقانون التجاري .

٢٢٠ — مسائل قانون المرافعات :

وأولى مسائل قانون المرافعات تشكيل المحاكم المدنية والتجارية وبيان درجاتها واختصاص كل منها . ثم تتبع الدعوى من وقت رفعها إلى تنفيذ الحكم فيها . فهناك أولاً الإعلان (عريضة الدعوى) يوجهه المدعى للمدعى عليه . ويحضر الخصمان في اليوم المحدد لنظر الدعوى . وعلى المدعى أن يثبت دعواه ، وطرق الإثبات مختلفة ، منها الكتابة واليمين والخبرة ومعاينة محل النزاع . فالإجراءات التي تتبع في تحقيق الكتابة والطعن بالتزوير فيها ، وسماع الشهود وتحليف اليمين وانتداب الخبراء والانتقال إلى محل النزاع ، كل هذا يدخل في دائرة قانون المرافعات .

وقد يدفع المدعى عليه الدعوى ، وقد يغيب ، وقد تعترى الدعوى عوارض أثناء نظرها ، فكل هذه المسائل ينظمها قانون المرافعات .

ثم إذا صدر الحكم ، قد يكون قابلاً للطعن فيه ، فطرق الطعن في الحكم من معارضة واستئناف ونقض وغير ذلك يدخل أيضاً في دائرة قانون المرافعات . ويدخل أخيراً في هذه الدائرة تنفيذ الحكم عندما يصبح قابلاً للتنفيذ ، سواء كان التنفيذ على المنقول أو على العقار .

المبحث الرابع

القانون الدولي الخاص

Droit International Privé

٢٢١ — التعريف :

هو مجموعة القواعد العامة التي تبين (أولاً) القانون الواجب التطبيق من بين قوانين بلدين أو أكثر في قضية بها عنصر أجنبي ، (وثانياً) المحكمة المختصة بنظر قضية يتنازع الاختصاص فيها قضاء بلدين أو أكثر .

فقواعد القانون الدولي الخاص ليست كقواعد غيره من القوانين بحيث تبين شروط مسألة بعينها أو تقضى بحكم معين فيها ، وإنما هو يدلنا على القانون الواجب التطبيق من بين قانونين أو أكثر والمحكمة المختصة من بين محكمتين أو أكثر ، للفصل في نزاع ذي عنصر أجنبي . ولذا وصفت قواعد بأنها قواعد إسناد (أو إرشاد) .

٢٢٢ — مسائل القانون الدولي الخاص :

يبدو مما تقدم أن القانون الدولي الخاص يبحث في مسألتين أساسيتين^(١) :

(١) ويدخل بعض الكتاب مسألتين أخريين :

١ — مسألة مراكز الأجانب أو حالة الأجانب (ويقصد بها معرفة ما يمكن أن يتمتع به الأجانب من حقوق وما يمكن أن يتحملوه من تكاليف في الدولة التي يوجدون على أرضها) . وقد أشرنا فيما سبق إلى أن هذه المسألة يصح أن تدخل في دائرة القانون الدولي العام لأن هذه الحقوق والتكاليف إنما توجد بين الأجانب وبين الدولة باعتبارها سلطة عامة .

٢ — مسألة الجنسية (ويلحق بها الموطن والدين) لأنها تحدد في كثير من الأحيان القانون الواجب الحكم به . وقد سبق أن أشرنا إلى أنها تدخل في دائرة القانون الدستوري لأن هذا القانون يبحث أولاً في تكوين الدولة ومن مقوماتها جماعة من الناس ، كما يبحث في حقوق الفرد ، فهو الذي يجب أن يحدد من الوطني ومن الأجنبي .

(المسألة الأولى) في تنازع محاكم عدة بلاد في نظر قضية معينة فيها عنصر أجنبي ، فيبين متى تختص محاكم مصر مثلا دون غيرها بنظرها ، وما هي الإجراءات التي تتبع في رفعها ، والمرافعة فيها ، وتنفيذ الأحكام الصادرة فيها ، والأحكام الصادرة من محاكم دولة أخرى .

(المسألة الثانية) في تنازع قوانين بلاد مختلفة ، فيبين القانون الذي يجب على المحكمة أن تحكم بمقتضاه في قضية ذات عنصر أجنبي .
ونذكر أمثلة توضح ذلك :

١ — عمل إنجليزي متوطن في فرنسا وصية أوصى فيها بعقار يملكه في مصر إلى شخص معين ، ثم قام نزاع عند وفاة الموصى بشأن هذه الوصية ، بأن طعن الورثة فيها ، فأية محكمة تختص بنظر هذا النزاع ؟ هل هي محكمة جنسية الموصى (إنجلترا) أم محكمة موطنه (فرنسا) أمام محل محكمة العقار (مصر) ؟ وإذا عرفت المحكمة المختصة ، فأى القوانين الثلاثة تطبق ؟

٢ — أراد مصري مقيم في فرنسا أن يرهن منزلا له في مصر لفرنسي ، أو أن يهبه له (وكل من الرهن والهبة عقد رسمي) ، فكيف يتم العقد ؟ وإذا قام نزاع بشأنه ، فهل تختص بنظره محاكم مصر أم محاكم فرنسا ؟ ، وإذا عرفت المحكمة المختصة فهل تطبق القانون المصري أو القانون الفرنسي ؟

٣ — تزوج إيطالي من ألمانية ، ثم أراد تطبيقها ، فهل تختص بذلك المحكمة الإيطالية أو المحكمة الألمانية ، وإذا ظهر أن المحكمة الإيطالية هي المختصة ، فهل تطبق في قضائها القانون الإيطالي أو القانون الألماني ؟

٢٢٣ — القواعد المنصوص عليها في القانون الدولي الخاص :

(١) في مسائل الأحوال الشخصية يطبق قانون الجنسية في أكثر البلاد وقانون الوطن في القليل منها (إنجلترا) . مثل ذلك ، مصري مسلم رفع دعوى طلاق

امراته أمام محكمة فرنسية ، فالمحكمة الفرنسية تطبق في هذه الدعوى الشريعة الإسلامية ، قانون جنسية الزوجين^(١) .

(٢) في شكل العقود يطبق قانون محل العقد (Locus regit actum) .
مثل ذلك مصرى كتب وصية في فرنسا ، ثم عرض أمر صحة الوصية على محكمة مصرية ، فالمحكمة المصرية تعتبر الوصية صحيحة من حيث الشكل إذا توافرت فيها الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون الفرنسى ، وهو قانون المحل الذى كتبت فيه الوصية . ويلاحظ أن هذه القاعدة متبعة منذ زمن طويل لأنها مما تقضى به الضرورة ، إذ قد لا يمكن خارج حدود الدولة اتباع الأوضاع التي يحتمها القانون الوطنى . على أنه يشترط ألا يكون الصرف القانونى قد تم تهرباً من أحكام القانون الوطنى ، فإذا سافر فرنسيان إلى إنجلترا بقصد أن يعقدا زواجهما فيها ، فإن هذا العقد يكون باطلاً إذا ظهر أن التبعاءهما إلى إنجلترا إنما كان للتخلص من أحكام القانون الفرنسى .

(٣) فى العقار يطبق قانون محل العقار . مثل ذلك عقار فى فرنسا يملكه مصرى ورهنه ، فإذا قام نزاع بشأن الرهن أمام محكمة مصرية ، فالمحكمة المصرية تطبق القانون الفرنسى ، وهو قانون محل العقار .

(١) وقد كانت مسائل الأحوال الشخصية أول استثناء لقاعدة إقليمية القانون اضطرت الدول إلى قبوله ، ذلك أن حكم الشخص بقانون غير قانونه ، تطبيقاً لإقليمية القانون ، الذى ينظم أحواله الشخصية والتي يعتبرها متعلقة بشخصه ومن ثم عريزة لديه ، كان من شأنه أن يمنع الناس من النزوح إلى خارج بلادهم خشية خضوعهم لقانون غير القانون الذى ألفوه . وقد فطنت الدول فى النهاية إلى أن من مصلحتها التساهل نوعاً فى تطبيق قاعدة إقليمية القانون ، فقبلت استثناء أن يخضع الأفراد التابعون لدول أخرى فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية لقوانين بلادهم ، فى مقابل أن يخضع رعاياها فى الخارج لقانونها فى تلك المسائل . وحتى القرن الثامن عشر كان قانون الوطن هو الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية ، ومنذ ذلك الوقت أصبح قانون الأحوال الشخصية يتحدد بجنسية الشخص ، وإنجلترا هى البلاد الوحيدة التى لم تخرج على القاعدة القديمة فلا زال قانون الوطن هو الذى يحكم تلك المسائل .

وقد جاء في المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي « العقارات ولو كانت مملوكة لأجانب يحكمها القانون الفرنسي » ، إذ أن العقارات تعتبر الأساس لثروة الأمة ، فكل الأحكام التي تبين ما هو العقار وكيف تكتسب ملكيته وكيف تنتقل ، وأنواع الحقوق التي ترتب على العقار ، وكيفية انتقالها الخ ، تطبق تطبيقاً إقليمياً .

وتحرص أغلبية البلاد على تطبيق قوانينها المتعلقة بالعقار في كل الأحوال حتى في مسائل الميراث والوصية . أما في مصر فقد سمح قانونها بتطبيق قانون جنسية المتوفى أو الموصى . ويلاحظ أنه وفقاً للنظرية الإيطالية التي سبقت الإشارة إليها ، فإن مسائل الميراث والوصية تخضع لقانون الشخص لا لقانون محل العقار .

(٤) في القوانين الخاصة بأحكام العقود . القاعدة هي أنه يجب اتباع قصد المتعاقدين ، فإذا نص صراحة على القانون الذي يرغبان في تطبيقه احترمت إرادتهما ، وإلا فيرجع إلى ظروف المتعاقد ، وأول تلك الظروف اعتبار أنهما قصدا اتباع قانون محل العقد .

(٥) في القوانين الخاصة بالاختصاص بإجراءات المرافعة والتنفيذ يتبع قانون البلد الذي يطرح أمام محاكمه النزاع ، وهذه نتيجة من نتائج إقليمية التطبيق .

ملاحظة :

يلاحظ أن قواعد القانون الدولي الخاص هي في الواقع من الأمر قوانين وطنية لا دولية . فكل دولة لها قواعدا تطبقها محاكم هذه الدولة ، كما تطبق أى قانون داخلي . فإذا ما أشارت هذه القواعد بتطبيق قانون أجنبي فليس معنى ذلك أن القانون الأجنبي يطبق لما له من السلطان ، وإنما يطبق لأن المشرع ، صاحب السلطان في بلده ، يرى تطبيقه في هذه الحالة تحقيقاً للعدالة .

فهرس تحليلي

صفحة	
١	مقدمة
١	الغرض من دراسة أصول القانون
١	تحديد علم أصول القانون
٢	روح هذه الدراسة
٣	عناية الأمم المختلفة بدراسة أصول القانون
٣	عناية الإنجليز والأمريكيين بهذه الدراسة
٥	موقف الفرنسيين من دراسة أصول القانون
٨	دراسة أصول القانون عند الأمم الأخرى
٩	دراسة أصول القانون في مصر
١٠	قدر عناية الشرائع القديمة بأصول القانون
١٣	التعريف بالقانون
١٣	خصائص القانون (ثلاث)
١٣	فهو أولاً قاعدة
١٥	والقانون ثانياً قاعدة تنظم الروابط الاجتماعية
١٦	والقانون أخيراً يقترن به جزاء دنيوى توقعه الدولة
١٧	ضرورة القانون
١٩	نطاق القانون
١٩	القانون والدين والأخلاق
٢٢	النظرتان الفردية والاشتراكية
٢٥	اتصال القانون بعلوم الاجتماع الأخرى
٢٥	منهج البحث

الكتاب الأول

في القانون

صفحة

٢٩	الباب الأول — طبيعة القانون (أو مم يتكون)
٢٩	المذاهب المختلفة في طبيعة القانون
٣٠	الفصل الأول — المذاهب القانونية (أو الشكلية)
٣١	المبحث الأول — مذهب أوستن
٣١	أسس المذهب (هيئة سياسية معينة ، أمر أو نهى ، جزاء دنيوى)
٣٤	تقدير مذهب أوستن
٣٧	المبحث الثانى — مدرسة الشرح على المتون
٣٧	وجه الشبه بمذهب أوستن
٣٨	أصل التسمية
٣٨	مميزات مدرسة الشرح على المتون
٤٠	فقهاء مدرسة الشرح على المتون
٤١	تقدير مدرسة الشرح على المتون
٤٢	الفصل الثانى — المذاهب الاجتماعية (أو الموضوعية)
٤٣	المبحث الأول — المذاهب الفلسفية والميتافيسيقية
٤٣	ارتباط هذه المذاهب بعضها ببعض الآخر
٤٤	المطلب الأول — مذهب القانون الطبيعى
٤٤	فكرة القانون الطبيعى
٤٤	مذهب القانون الطبيعى عند اليونان (فلسفة)
٤٥	مذهب القانون الطبيعى عند الرومان (قانون)
٤٦	مذهب القانون الطبيعى فى العصور الوسطى فى أوربا (دين)
٤٧	مذهب القانون الطبيعى عند « المعتزلة » من المسلمين
٤٨	مذهب القانون الطبيعى فى العصور الحديثة (سياسة)
٥٢	مذهب القانون الطبيعى فى عهد الثورة الفرنسية وقانون نابليون
٥٤	المطلب الثانى — مذهب التطور التاريخى
٥٤	كيف ظهر مذهب التطور التاريخى
٥٥	المبادئ التى قام عليها مذهب التطور التاريخى

صفحة

٥٧	مهاجمة مبادئ مذهب التطور التاريخي ..
٥٨	المطلب الثالث — مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة
٥٨	الفكرة الجديدة التي قام عليها
٥٩	مقارنة بين النظريتين القديمة والحديثة*
٦١	المطلب الرابع — مذهب الغاية الاجتماعية
٦١	الغاية والكفاح في القانون
٦٢	قانون السبب وقانون الغاية
٦٢	القانون وسيلة لغاية
٦٣	مزية مذهب الغاية
		المبحث الثاني — المذاهب العلمية الواقعية وأهمها مذهب دييجي (مذهب
٦٤	التضامن الاجتماعي)
٦٤	الأسس التي يقوم عليها المذهب
٦٥	أولاً — الحقائق الواقعة في مذهب التضامن الاجتماعي
٦٧	ثانياً — النتائج المستخلصة من هذه الوقائع
٦٩	مقدّم مذهب التضامن الاجتماعي
		المبحث الثالث — المذاهب المختلطة وأهمها مذهب چني (مذهب العلم
٧٠	والصياغة)
٧١	§ ١ — العلم
٧١	العوامل الأربعة التي يتضمنها العلم
٧٢	عامل الحقائق الواقعية
٧٢	عامل الحقائق التاريخية
٧٣	عامل الحقائق العقلية
٧٣	عامل الحقائق المثالية
٧٥	§ ٢ — الصياغة
٧٥	١ — طريق الصياغة المادية
٧٥	الكم مكان الكيف
٧٦	الشكل
٧٧	التقسيم

* انظر كذلك الهامش ص ٦١ و٦٠ .

صفحة

٧٧ ب - طرق الصياغة المعنوية
٧٨ الأوضاع الفرضية
٧٨ الأوضاع الصورية
٧٩ الأوضاع التصويرية
٨٠ الباب الثاني - مصادر القانون (أو كيف يتكون)
٨٠ التمييز بين المصدر التاريخي والمصدر الرسمي والمصدر التفسيري
٨٢ الفصل الأول - المصادر غير التشريعية
٨٣ المبحث الأول - العرف والعادة
٨٣ كيف تنشأ العادة
٨٤ متى تصبح العادة عرفاً أى قانوناً
٨٤ مصير العرف والعادات بعد تقدم المدينة
٨٧ § ١ - العرف
٨٧ شروط العرف
٩٠ هل للعرف أن يخلق قانوناً في الوقت الحاضر وعلى أى أساس يكون ذلك
٩٣ نوع القواعد التي ينشئها العرف وأثر العرف في فروع القانون
٩٤ مزايا قواعد العرف وعيوبها
٩٥ § ٢ - العادات
٩٧ طبيعة أحكام العادات
٩٨ سبب التفرقة بين العادات والعرف
٩٩ أهمية التفرقة
١٠٠ تحول العادات إلى عرف
١٠٠ المبحث الثاني - الدين
١٠١ متى يكون الدين مصدراً رسمياً للقانون
١٠٢ أثر الدين في القوانين الغربية
١٠٤ أثر الدين في القوانين الشرقية
١٠٥ مستقبل الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون
١٠٥ الدين كمصدر رسمي للقانون المصري
١٠٧ القانون المدني الجديد والشريعة الإسلامية
١٠٨ المبحث الثالث - القانون الطبيعي وقواعد العدالة
١٠٨ ظهور فكرة القانون الطبيعي في الأزمان المختلفة

صفحة	
١٠٩	أثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين القديمة
١٠٩	أثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين الحديثة
١١١	تطبيقات مختلفة
١١١	الملكية الأدبية والفنية والصناعية
١١٢	نظرية التعسف في استعمال الحقوق
١١٣	نظرية تحمل التبعة
١١٤	نظرية الحوادث الطارئة
١١٥	المبحث الرابع — الفقه والقضاء
١١٥	أهمية الفقه والقضاء في رقي القانون
١١٦	مزايا الفقه والقضاء وعيوبهما
١١٧	وجوب التعاون بين الفقه والقضاء
١١٧	والفقه والقضاء مصدران تفسيران للقانون عند أكثر الأمم
١١٨	المطلب الأول — الفقه والقضاء في القوانين القديمة
١١٨	§ ١ — القانون الروماني
١١٨	القضاء
١٢٠	الفقه
١٢٢	§ ٢ — الشريعة الإسلامية
١٢٢	العهد الأول
١٢٣	العهد الثاني
١٢٨	العهد الثالث
١٣١	مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني
١٣٢	§ ٣ — القانون الإنجليزي
١٣٣	العهد الأول
١٣٤	العهد الثاني
١٣٥	العهد الثالث
١٣٦	المطلب الثاني — الفقه والقضاء في القوانين الحديثة
١٣٦	نوعتان مختلفتان
١٣٧	§ ١ — النزعة السكسونية
١٣٨	§ ٢ — النزعة الرومانية
١٣٩	القضاء

صفحة

١٤٠	رأى ثان
١٤٢	الرد على هذا الرأي
١٤٢	مهمة محكمة النقض
١٤٣	الفرق ما بين الوقائع والقانون
١٤٤	الفقه
١٤٥	تعاون الفقه والقضاء
١٤٧	§ ٣ — نصيب الفقه والقضاء في تكوين القانون المصري
١٤٧	المصادر التاريخية للقانون المصري
١٤٨	الفقه والقضاء في القانون المصري مصدران تفسيريان
١٤٨	الفقه والقضاء في غير قوانين الأحوال الشخصية
١٥٠	الفقه والقضاء في قانون الأحوال الشخصية
١٥٢	حاشية
١٥٢	أولاً — في القانون الفرنسي
١٥٢	المجموعات القضائية
١٥٣	المؤلفات الفقهية
١٥٦	المجلات القانونية
١٥٧	ثانياً — في القانون المصري
١٥٧	القانون المختلط
١٥٨	القانون الأهلي
١٦٣	الفصل الثاني — التشريع
١٦٣	أهمية التشريع في الوقت الحاضر
١٦٥	مقارنة التشريع بالمصادر الأخرى
١٦٥	كلمة في منهج دراسة هذا الفصل
١٦٦	المبحث الأول — سن التشريع والتقنين
١٦٦	الفرع الأول — سن التشريع
١٦٧	المطلب الأول — المبادئ العامة في سن التشريع
١٦٧	الهيئة التي تسن التشريع
١٦٧	تدرج التشريع
١٦٨	رقابة القضاء على التشريع

صفحة

١٧٢	المطلب الثاني — المراحل المختلفة في سن التشريع
١٧٢	هذه المراحل قاصرة على التشريع الرئيسي (القانون)
١٧٣	المراحل التشريعية
١٧٤	المراحل التنفيذية
١٧٧	قاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر
	وفي الهامش (مهم) — القوانين الآخرة والقوانين المفسرة والمكاملة لإرادة
١٨٦ — ١٧٨	المتعاقدين
١٧٩	المطلب الثالث — سن التشريع في مصر
١٧٩	تاريخ الهيئة التشريعية في مصر
١٨٧	تدرج التشريع في مصر
١٨٨	كيفية تحضير التشريع وسنه في مصر
١٩١	الفرع الثاني — التقنين
١٩١	المطلب الأول — نظرية التقنين
١٩٢	مزايا التقنين وعيوبه
١٩٥	أصول التقنين الحكيم
١٩٦	المطلب الثاني — حركة التقنين
١٩٦	§ ١ — تقنين الشرائع القديمة
١٩٦	القانون الروماني
١٩٧	القانون الإنجليزي
١٩٧	الشرعية الإسلامية
١٩٨	القانون الفرنسي القديم
١٩٨	§ ٢ — التقنينات الحديثة
١٩٨	(أولاً) في البلاد الغربية
٢٠٠	(ثانياً) في البلاد الشرقية
٢٠٠	§ ٣ — التقنينات المصرية
٢٠١	التقنينات المختطة
٢٠١	لائحة ترتيب المحاكم الشرعية
٢٠٢	التقنينات الأهلية
٢٠٥	لائحة ترتيب المجالس الحسينية
٢٠٦	المبحث الثاني — تطبيق التشريع

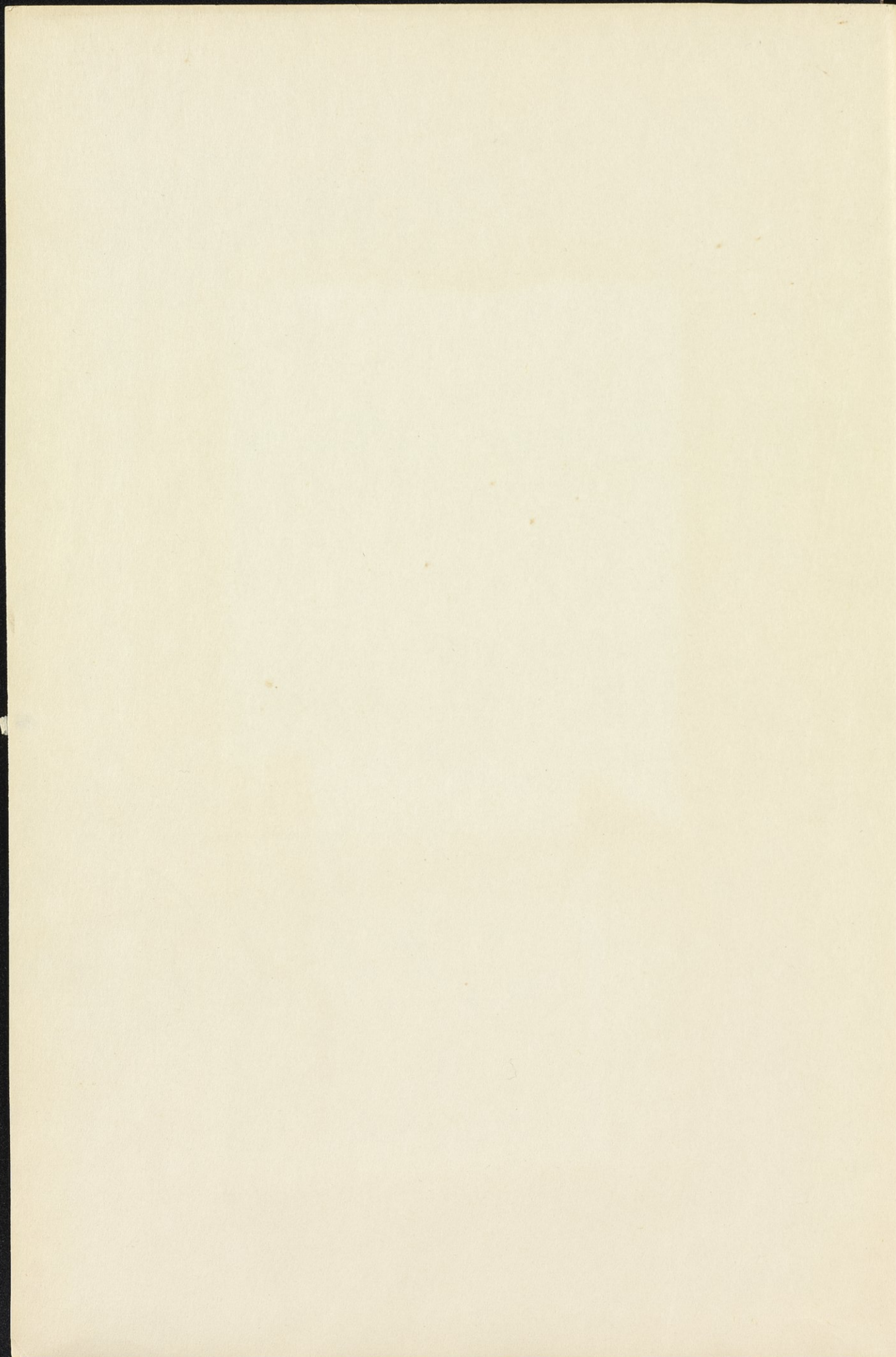
صفحة

٢٠٦	الفرع الأول — تطبيق التشريع من حيث المكان
٢٠٦	المطلب الأول — تطبيق التشريع على العموم
٢٠٩	نظرية شخصية التطبيق
٢١٠	المطلب الثاني — تطبيق القانون في مصر
٢١١	١ § — الامتيازات الأجنبية قبل وبعد اتفاقية مونترو
٢١١	قبل الاتفاقية
٢١٦	بعد الاتفاقية
٢١٨	٢ § — الامتيازات الطائفية
٢١٩	كيف يتوحد القانون والمحكمة بالنسبة للمصريين في دائرة الأحوال الشخصية
٢٢١	الفرع الثاني — تطبيق القانون من حيث الزمان
		القاعدة أن التشريع يسرى من وقت نفاذه وأنه ليس للتشريع أثر رجعي
٢٢١	فلا يتناول الماضي
٢٢٥	النظرية التقليدية : التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل
٢٢٩	استثناءات القاعدة
٢٢٩	الاستثناء الأول — النص الصريح
٢٣٠	الاستثناء الثاني — النظام العام
٢٣١	الاستثناء الثالث — القوانين الجنائية
٢٣٣	تقدير النظرية التقليدية*
٢٣٥	المبحث الثالث — تفسير التشريع
٢٣٥	١ § — تمهيد
٢٣٧	أنواع التفسير
٢٣٨	المدارس المختلفة في التفسير
٢٤٠	٢ § — النظرية التقليدية في التفسير
٢٤٠	أ — حالة وضوح النص
٢٤٢	ب — حالة عدم وضوح النص
٢٤٢	العيوب التي تؤدي إلى ذلك
٢٤٣	طرق التفسير
٢٤٥	طرق التفسير الداخلية
٢٤٨	طرق التفسير الخارجية

* انظر إشارة إلى نظريات أخرى في هامش ص ٢٣٤ — ٢٣٦ .

صفحة

٢٥١	المبحث الرابع — إلغاء التشريع
٢٥٢	السلطة التي تملك الإلغاء
٢٥٢	هل العرف وعدم الاستعمال يلغيان التشريع ؟
٢٥٥	كيف يكون الإلغاء
٢٥٨	الباب الثالث — فروع القانون
٢٥٨	تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص
٢٥٩	الفصل الأول — القانون العام
٢٦٠	المبحث الأول — القانون الدولي العام
٢٦١	مصادر القانون الدولي العام
٢٦٣	هل القانون الدولي العام قانون ؟
٢٦٤	المبحث الثاني — القانون الدستوري
٢٦٦	رأى أوستن في القانون الدستوري
٢٦٧	المبحث الثالث — القانون الإداري (ويلحق به القانون المالي)
٢٦٩	القضاء الإداري
٢٧٠	§ — القانون المالي
٢٧١	المبحث الرابع — القانون الجنائي (ويلحق به قانون تحقيق الجنايات)
٢٧٢	هل يمكن اعتبار القانون الجنائي من القانون الخاص ؟
٢٧٣	§ — قانون تحقيق الجنايات (أو قانون الإجراءات الجنائية)
٢٧٥	الفصل الثاني — القانون الخاص
٢٧٦	المبحث الأول — القانون المدني
٢٧٧	تقسيم القانون المدني إلى قانون الأحوال الشخصية وقانون المعاملات
٢٧٩	القانون المدني المصري
٢٨٠	المبحث الثاني — القانون التجاري
٢٨١	سبب انفصال القانون التجاري عن القانون المدني
٢٨٢	القضاء التجاري
٢٨٣	§ قانون التجارة البحرية
...	المبحث الثالث — قانون المرافعات المدنية والتجارية
...	المبحث الرابع — القانون الدولي الخاص



10

