



الكود LAW 111

الكليات التكنولوجية المصرية
وزارة التعليم العالي

مبادئ القانون نظرية القانون - نظرية الحق

قام بإعداد الكتاب

دكتور

شريف إبراهيم حامد عبدالرحمن

عميد الكلية التكنولوجية بالمنوفية

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

**وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاَهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ
وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ
خَلَقْنَا تَفْضِيلاً (٧٠)**

صدق الله العظيم

(سورة الإسراء الآية ٧٠)

شعبة ادارة الأعمال

(انجليزي ، عربي)

تمهيد :

هناك العديد من المصطلحات القانونية باللغة الإنجليزية، ذات أهمية لمن يريد الدخول إلى عالم القضاء والمجال القانوني بشكل خاص، فإذا ما زلت طالب في دراسة القانون أو محامى ولك علاقة بالقانون فهذه المصطلحات ستفيدك في عملك، وإذا كنت تهتم بدراسة اللغة الإنجليزية بشكل عام أكيد هناك إضافة كبيرة لحصيلتك اللغوية .

فالقانون له دور رئيسى فى تنظيم العلاقات بين الأفراد والمجتمعات والدول فيما بينها، وأيضاً بين المؤسسات والمصالح الحكومية... وغيرها، وبالتالي لاغنى عنه فى حياتنا وللحفاظ على حقوقنا وممتلكاتنا ومعاملاتنا مع بعضنا البعض ونشر الإستقرار بمجتمعنا.

- تعريف القانون Definition of Law :

إذا ما نظرنا إلى القانون بشكل عام، يتمثل فى مجموعة من الأسس والقواعد التى يتم وضعها من قبل الدولة، بهدف الحفاظ على العلاقات بين أفراد المجتمع وحكوماته ومؤسساته، وأيضاً وضع معايير للتعامل مع الجريمة والإتفاقات التجارية، والعلاقات الإجتماعية... وغيرها، فالقانون هو تشريع ينظم به جميع مجالات الحياة من أجل الحفاظ على النظام ومنع نمو وإنتشار الفوضى بيننا.

- أقسام القانون Sections of the Law

هناك بعض تقسيمات القانون التى تساعدنا على فهم القانون بطريقة بسيطة والتعرف على الأحكام التى تنظم كل قسم، وذلك إستناداً على بعض الإعتبارات مثل الأطراف المتنازعة والموضوع ومن حيث الطرق المستخدمة فى تنفيذ القانون.

ومن ثم يتم تقسيم القانون إلى قسمين:

أولاً: القانون العام Public Law

القانون العام هو بمثابة الإطار العام الذى يندرج تحته كل القوانين فى تعاملات الأشخاص، وتكون للدولة السلطة السيادة فى هذا التنظيم بصفاتها ذات سيادة وقوة ليست مجرد شخص.

وقد يتضمن القانون العام عدة فروع منها:

• القانون الدولى العام **International Public Law** :

وهو مجموعة من القوانين والأحكام التى تهدف إلى تنظيم العلاقات بين الدول وبعضها سواء فى السلم أو الحرب.

• القانون الجنائى **Criminal Law** :

وهو مجموعة من الأحكام القانونية المتعلقة بالجرائم، لفرض العقوبات على من يرتكبها وفقاً للقواعد التى تم وضعها من قبل الدولة، بغرض حماية المصالح العامة والخاصة، ولتوفير الأمان والإستقرار لأفراد المجتمع، ونشر العدالة بين الناس.

• القانون الدستورى **The Constitutional law** :

هو القانون الأساسى الذى تقوم عليه الدولة، الذى يحدد من قبل السلطات العامة فيها سواء كانت تشريعية أو تنفيذية، بهدف تنظيم الحكم وتشكيل القواعد والأحكام القانونية المتعلقة بالحكم داخل الدولة.

• القانون المالى **Financial Law** :

وهو القانون الذى ينظم الميزانية العامة للدولة وما يخصها من موارد ونفقات.

• القانون الإدارى **Administrative Law** :

هو مجموعة من المبادئ والأحكام القانونية التى تهدف لتنظيم عمل السلطة التنفيذية، لإدارة المرافق العامة وكيفية إستغلالها للإموال العامة، وتحديد علاقة الدولة موظفيها من حيث التعيين والترقية والتكليف.... وغيرها من العلاقات.

ثانياً: القانون الخاص **Private Law**

ويتمثل دور القانون الخاص فى تنظيم تعاملات الأفراد أو الأشخاص فيما بينهم ولا تكون الدولة إحدى طرفيها، أى تكون بين الأشخاص بعضهم البعض. وإليكم فروع القانون الخاص:

• القانون المدنى Civil Law :

هو مجموعة من القواعد القانونية التى تقوم بتنظيم العلاقة بين الأفراد وإسرتهم وهى ماتسمى (الأحوال الشخصية) وتهدف إلى إصدار أحكام تخص بالعلاقات العائلية مثل النسب، والوصية، والأحكام المتعلقة بالزواج والطلاق... وغيرها

• القانون التجارى Commercial Law :

و هذا الفرع مايعرف (بقانون التجار) والذى يسيطر على العملية التجارية بواسطة مجموعة من الأحكام بين التجار بعضهم، سواء كان هذا التاجر فرد أو شركة لضمان الحقوق فيما بينهم دون أن يطغى أحداً على الآخر، لتنظيم الهيكل التجارى وما يتعلق بالعقود التجارية والصكوك التجارية كالشيكات و الكمبيالة والسندات، وأيضاً الأحكام المتعلقة بالإفلاس... وغيرها.

• القانون البحرى Marine Law :

هو القانون الذى يشمل جميع الأنشطة التى يمارسها الإنسان فى الملاحة البحرية التى تتم داخل البحار، كالسفن التجارية والصيد والبحث العلمى، بمعنى أشمل هو مجموع القواعد والمبادئ الذى يندرج تحته كل العلاقات الناتجة عن إستخدام البحر ويندرج تحته القانون البحرى الإدارى: الذى يهدف إلى تنظيم ربانية السفن و عمال البحر وقواعد تسجيل السفن.

قانون التجارة البحرية: الذى يهتم بتنظيم العلاقات المترتبة على إستغلال السفن سواء كان أصحابها أفراد أو شركات.

القانون الجنائى البحرى: الذى يجرم بعض الأفعال المتعلقة بمجال السفن.

• القانون الجوى Air Law :

والقانون الذى يقوم بتنظيم أداة الملاحة الجوية (الطائرة) عن طريق مجموعة من المبادئ القانونية، وكل مايتعلق بملكيته و جنسيتها وإجراءات تسجيلها، بالإضافة تنظيم العلاقة بين قائد الطائرة وطاقمها وسلامة ركابها وكل ما يُنقل فيها سواء أشخاص أو بضائع، كما ينظم أيضاً مدى التعويضات التى يتم دفعها، إذا ما حدث أى خسارة أو تأخر أو فى أحوال الكوارث الجوية.

• قانون العمل Work Law :

ويتمثل قانون العمل فى القواعد والقوانين التى تنظم العلاقة الفردية والجماعية التى تنشئ بين أصحاب العمل والعمال الذين يقعون تحت إشرافهم وتوجيههم مقابل أجر، ويحتوى قانون العمل على الكثير من الأحكام التى يجب الإلتزام بها عند كتابة عقود العمل Work contracts وكل ما يخص العمل مثل تحديد ساعات العمل، وحق الموظف أو العامل فى الحصول على الأجازات الأسبوعية أو السنوية بأجر، وبالطبع عمل حد أدنى للأجور، وقواعد إنهاء عقد العمل بطريقة بغير حق، وبالتالي تعويضه إذا تم فصله بطريقة تعسفية. وأيضاً ينظم العمل الجماعى المتمثلة فى النقابات وطريقة تنظيمها وطريقة التعامل إذا ما قام العمال بإضراب لأى سبب، وفض منازعات العمل الجماعية، بهدف تحقيق عدالة إجتماعية بين أفراد المجتمع والإرتقاء باجانب الإقتصادى وتحقيق الإستقرار داخل المجتمع ككل.

• قانون المرفعات Law Procedures:

و هو مجموعة من القوانين والأحكام التى تُسن بهدف تحديد إجراءات الدعوى القضائية التى يجب الإلتزام بها أمام المحاكم، من أجل إزالة كل العقبات التى توجد بين أطراف الدعوى بهدف الوصول إلى العدالة، من خلال وضع الحدود التى يجب الإلتزام بها من جانب جميع الأطراف، بعيداً عن الآهواء الشخصية أو العاطفية أو غير من العوامل التى قد تؤثر على الوصول إلى الحق والعدالة.

• القانون الدولى الخاص International Private Law :

وهذا القانون ببساطة عبارة عن مجموعة من القوانين والأحكام تهدف لتنظيم العلاقات بين الأفراد لكن فى إطار تخطى الحدود الدولية، أى هؤلاء الأشخاص ليس مقيمين فى دولة واحدة، سواء كانت العلاقة إقتصادية، تجارية، إجتماعية....أو غيرها.

English Live		مصطلحات قانونية باللغة الإنجليزية		englishlive.ef.com	
Court	محكمة	Execution	إعدام	Party to a conflict	طرفى النزاع
Judge	قاضى	Trial	محاكمة	Party a contract	طرفى التعاقد
Lawer	مُحامى	Complaint	شكوى	Guardianship	وصاية
Plaintiff	مدعى	Criminal	مُجرم	Contravention	مُخالفة
Defendant	مدعى عليه	Legal right	حق قانونى	Circumstance	ملايسات - ظروف
Witness	الشاهد	Proof	دليل	Malice	القصد الجنائى
Lawsuit	دعوى قضائية	Constitutional	دستوري	Unlawful act	عمل غير قانونى
Verdict	قرار محكمة	Guarantee	كفالة	Guilty intention	نية إجرامية
Sentence	عقوبة	Compensation	تعويض	Gross negligence	إهمال جسيم
Life sentence	مؤبد	Misdemeanor	جُنحة	Essentials of crime	أركان الجريمة
Innocent	برئ	Prosecutor	النائب العام	Penal servitude	أشغال شاقة
Guilty	مُذنب	Victim	مجنى عليه (ضحية)	Inciting sedition	تحريض على الفتنة

فالقانون له دور هام لاغنى عنه فى تنظيم حياتنا بصورة عامة سواء على مستوى الأفراد أو المجتمعات أو الدول، وضبط المجتمع لمكافحة جميع الجرائم بجميع أشكالها وأنواعها على المستوى الإجتماعى والإقتصادى والسياسى و الثقافى.... وبالتالي تحقيق العدالة والإستقرار لكافة الأفراد والمجتمعات والشعوب ...

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين .
ويعد ،،،

الحقيقة أن القانون ليس سوءاً يشار إليه بأصابع الاتهام كما بدا لبعض من اختلطت في أذهانهم معايير التفرقة بين قيم لا يجوز الخلط بينها ، كما أنه ليس عصا سحرية تملك مفاتيح كل شيء . القانون ببساطة هو أداة من خلق الناس ، لحكم الناس وفق نظام محدد سلفاً ، فهو كنظام يحدد ما يجوز ، وما لا يجوز ، ويرسم الناس على سبيل سلوك الخير فيما بينهم ، وهو يحدد ذلك بطريقة مسبقة ، الأصل فيها أن تتجرد عن الهوى ، بالألا يصدر بقصد تحقيق مصلحة خاصة ، بل لتحقيق الصالح العام منظوراً إليه بنظرة موضوعية متجردة .

والقانون الطبيعي من صنع الله ، أما القانون الوضعي فمن صنع الإنسان في نشأته ، وهو أيضا من صنع الإنسان فيما يصيبه من نجاح أو فشل بالنسبة لكل ما يناط به من أهداف

وبذا يهتم هذا الكتاب بدراسة مبادئ القانون فيبدأ بتعريف القانون بأنه مجموعة القواعد التي تحكم أو تنظم سلوك الأفراد في المجتمع والتي يجبر الأفراد على اتباعها بالقوة عند الاقتضاء ووظيفة القانون دعم السلام في المجتمع والتوفيق بين المصالح المتعارضة في المجتمع وتحقيق العدل ثم يتناول القاعدة القانونية وخصائصها ثم يقسم الكتاب القانون إلى قانون عام وخاص إذا كان النظر إلى موضوع وأشخاص العلاقات التي ينظمها القانون ويمكن تقسيم القواعد القانونية من حيث قوة إلزامها إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة مفسرة ومن ناحية ثالثة يمكن تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد موضوعية وقواعد إجرائية فالقواعد الموضوعية هي التي تضع تنظيمًا موضوعيًا للعلاقات القانونية فهي تبين الحقوق والواجبات أما قواعد الإجرائية فهي تبين الأوضاع والإجراءات التي يجب اتباعها للوصول إلى احترام القواعد الموضوعية ثم يتناول المصادر القاعدة القانونية ونطاق تطبيق القانون سواء من ناحية الأشخاص أو المكان أو الزمان ثم نتطرق إلى نظرية الحق وما تحويه... الخ

ونتعرف على ذلك كله من خلال الآتي :

. أولاً : نظرية القانون

. ثانياً : نظرية الحق

. ثالثاً : نظرية التعسف والإثبات

و الله ولي التوفيق ،،،

القسم الأول

نظرية القانون

أهميته . تعريفه . أنواعه . مصادره . نطاق تطبيقه

الفصل الأول

القانون

أهميته . تعريفه

المبحث الأول

القانون ، أهميته ، تعريفه

- أهميته ، تعريفه :

أولاً : أهمية وجود القانون في المجتمع :

الإنسان لا يعيش منعزلاً ، ولا يتصور أنه يستطيع الاعتماد على نفسه ، وإنما وهو في سبيل الحياة ، والرغبة في مواصلة العيش يدخل في دوائر لا تتوقف من الرغبات ، والمعاملات منذ أن تتفتح عينيه على نور الصباح حتى ترقد جفونه إلى النوم .

فهو يبيع ، ويشترى - ويؤجر ، ويستأجر ، ويزوج ، ويتزوج، ومع تطور المجتمعات علمياً ، واقتصادياً - فإنه ينجر في دوائر معاملات أخرى ، فهو يؤمن على نفسه ، وعلى أمواله ، ويرهن ، ويكفل ، ويحول حقوقه ، والتزاماته ، ويتزوج ، ويطلق ... إلى غير ذلك من المعاملات والعلاقات ، وهو من ناحية أخرى في حركة لا تتوقف ، فتصدر منه أفعال بعضها نافع ، وبعضها ضار ، وهي بالطبيعة تولد آثاراً بالنتيجة ، والضرر ، سواء له أو عليه . ومن هنا تتضارب المصالح ، وتصطمم الرغبات ، وتسيطر الأنانية الغريزية في الاستئثار بكل شيء ، وحب المماثلة في الوفاء بما عليه ، ولذلك - يصير ضرورياً أن توضع القوانين المتعددة التي تنظم هذه العلاقات بين الأفراد أو بين الأفراد والدول التي ينتمون إليها ، وإلا صارت الأمور فوضى ، وأصبحت الغلبة للقوى الذي يأخذ حقه بيده .

ولذا استوجبت الضرورة وجود القوانين ، وطالما استوجبت الضرورة وجود قوانين ، فلا يتصور أن يستأثر فرد بوضعها ، إنما لابد أن توكل هذه المهمة إلى من تتوافر فيهم الحيادة ، وتتوافر فيهم رغبة ، وحيادة بمعنى تحقيق العدالة

، والمساواة بين الناس ، وتوفير الرخاء ، والأمان بين الناس في داخل المجتمع ، وإذا كان الأمر كذلك ، فإنه لا فائدة من هذه القوانين ما لم تنطوي على جزاءات رادعة لكل من يخالف القانون ، وذلك بأن يتوافر في المجتمع قضاء عادل يطبق القوانين على الكافة بغير تمييز أو تفضيل في حيدة ، وجرأة في الحق لا يسيطر عليه إلا الضمير .

وأن تتكفل الدولة بتنفيذ الأحكام جبراً على مختلف أنواعها .

وبذا تتضح لنا أهمية القانون : حيث ظهر لنا أن وجود القانون ضروري لأنه :

- يصون حريات الأفراد ويحقق مصالحهم المتعارضة

- يحفظ كيان المجتمع حتى لا يصير غابة .

ثانياً : تعريف القانون :

من مجمل ما تقدم يمكننا أن نعرف القانون بأنه :

تعريف القانون : مجموعة القواعد القانونية العامة ، المجردة ، الملزمة ، التي تنظم العلاقات في المجتمع ، والتي تكفل الدولة احترامها بتوقيع الجزاء على من يخالف حكمها .

وحتى تتحقق الغاية المقصودة من صدور القوانين لابد من توافر شروط وضمانات معينة نستخلصها من التعريف وتتمثل في خصائص القاعدة القانونية كالتالي :

أولاً: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي .

ثانياً : القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة .

ثالثاً: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مصحوبة بجزاء .

أولاً: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي أي :

(تنظم سلوك الأفراد في المجتمع) :

فالقانون لا يتصور إلا في مجتمع ، لأن هدف القانون هو تنظيم الوقائع ،
والعلاقات الناشئة عن تعايش أكثر من شخص في مجتمع واحد منظم إلى حد ما
وفي سبيل تحقيق هدفه ، يوجه القانون خطابه إلى الأفراد بما يفيد اقتضاء أن
تحدث تلك الوقائع والعلاقات في حدود صور معينة ، فإن خرجت عنها تحقق ما
نسميه المخالفة القانونية ، ووجب توقيع الجزاء ،

فالقانون مثلاً لا يقر العدوان وفي تحقيق ذلك المبدأ ، صاغ قواعد متعددة

منها ما تنص عليه المادة ١٦٣ مدنى :

(كل من ارتكب خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ..)

وأيضاً " (كل من قتل نفساً عمداً مع سبق إصرار يعاقب بالإعدام ..)

لذلك أقول بحق القاعدة القانونية : (قاعدة تقويمية) بمعنى أنها تهدف أن
يكون سلوك الأفراد على وجه معين ، فإن تحقق التطابق بين هذا السلوك ،
ومضمون القاعدة تحققت غاية القانون بطريقة مثالية ، وإن لم يتحقق هذا
التطابق كان العقاب كفيلاً بزجر المخالف حتى لا يعود لمثل هذا ، وردع غيره
عن إتيان ذات المخالفة .

وتتميز القاعدة القانونية كقاعدة سلوك بانها تهتم فقط بالسلوك الخارجي
للإنسان إذ لا شأن لها بالظواهر الداخلية ، كالمشاعر ، والإحساسات فهذه
الأخيرة لا سلطان للقانون عليها حتى على فرض تنافيتها مع المثل العليا في
المجتمع ، كالإحساس بالكرهية ، والحقد طالما اقتصرته هذه الإحساسات على
الشعور الداخلي ولم تتعد ذلك إلى تحريك تصرف خارجي يخالف القانون

كالسرقة ، أو الضرب ، أو القتل ، فإذا تعدت هذه الحدود اهتم القانون بنوايا الأفراد ، ودوافعهم في الحدود التي ارتبطت فيها بالسلوك الخارجي ، وبذا اتضح لنا أن القانون يتولى تنظيم العلاقات الاجتماعية التي تنشأ بين الأفراد ويقتضى ذلك : أن يكون لهذه العلاقات مظهر خارجي حيث أن سلوك الإنسان قد يكون خارجياً أو داخلياً أي يدور في الخاطر ، والقانون لا ينظم إلا السلوك الخارجي

فمثلاً لا يحاسب الشخص على نيته كنية القتل أو غيره مما يتخذ مظهر داخلي إلا إذا صدر منه جريمة القتل وإذا اتضح أنه كان هناك نية مسبقة فمن هنا يحاسب على نيته بتشديد العقوبة .

ثانياً : القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة :

حتى تتحقق الغاية المقصودة من صدور القاعدة القانونية لابد من توافر شروط ، وضمانات معينة منها أن تكون :

أ- القاعدة القانونية عامة : الكل أمامه سواء ، وليس مفهوم العموم أن يخاطب الناس كافة إنما قد يصدر القانون ليخاطب سكان اقليم معين ، أو فئة معينة ، أو شخص معين ، أو حرفة محددة ، ورغم ذلك لا يتنافى كل هذا مع العمومية ، بمعنى أن القاعدة تخاطب كل أفراد المجتمع الذين يتوافر فيهم شروط تطبيق القاعدة القانونية فهي لا توجه إلى شخص معين بالذات ولا تتعلق بواقعة بعينها وإنما تخاطب كل الأشخاص والوقائع بناء على صفات وشروط لابد من توافرها فيهم حتى لو خاطبت شخص واحد هو الوحيد الذي يتوافر فيه شروط التطبيق لا يتنافى ذلك مع العمومية .

ب- مجردة : بمعنى أن القاعدة القانونية لا تعالج حالة خاصة محددة بذاتها أو شخص معين أو واقعة محددة وتظل قائمة مهما بلغ عدد تطبيقها على الأشخاص والوقائع ولا يتنافى مع العمومية والتجريد أن القاعدة القانونية

تخاطب طائفة معينة من الأشخاص كالتجار أو تخاطب شخص واحد كرئيس الجمهورية أو جزء معين من إقليم الدولة .

وتطبيقاً لذلك :- فإن صفتى العمومية والتجريد تتوافران فى القاعدة القانونية التى تقضى بكمال الأهلية لكل شخص بلغ ٢١ عاماً مادام متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه .

ومن هنا فهناك ارتباط حتمي بين التجريد والعمومية فتنشأ القاعدة مجردة وتكتسب نتيجة ذلك صفة العمومية عند تطبيقها على الأشخاص والوقائع .

ثالثاً: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مصحوبة بجزاء :

لابد لى تحقق القاعدة القانونية هدفها فى اقرار الأمن ، والتوازن بالنسبة للمصالح ، والحقوق المختلفة فى المجتمع من أن يتخذ حكمها صورة الأمر الملزم للمخاطبين بأحكامها ، ومعنى ذلك ألا يتبع المشرع مع الأفراد أسلوب إبداء النصح ، أو مجرد اقتراح الحلول ، وإلا أخطأ السبيل إلى تحقيق ما توخاه من أهداف ، ولا يمكننا توفير عنصر الإلزام للقواعد القانونية إلا إذا كنا بصدد مجتمع على قدر من التنظيم السياسي بما يعنيه ذلك من معنى الخضوع لسلطة تملك قدرة الأمر ، والنهى ، وتوقيع الجزاء .

وبذا فمن خصائص القاعدة القانونية :

أ- أنها ملزمة : فيجب على كل شخص توافرت فيه شروط تطبيق القاعدة أن يلتزم بأحكامها وإلا وقع عليه جزاء فالدولة هى التى تقوم على اعمال عنصر الإلزام فى القاعدة القانونية ، حيث تقوم الدولة بتوقي الضرر قبل وقوعه إذ تسهر على حماية الأمن لمنع ارتكاب جرائم القتل ، والسرقه ... ، وإلى جانب ذلك الأسلوب الوقائي يوحد العلاج اللاحق على وقوع المخالفة فحين يقع المحذور فإن تأكيد حماية القانون ، وصفته الملزمة لا يتأتيا إلا بتوقيع جزاء كاف لزرع المخالف ، وردع

غيره ، فالجزاء يكون إذن عنصراً أساسياً لفكرة الإلزام في القاعدة القانونية

ب- كما أن من خصائص القاعدة القانونية أنها مقترنة بجزاء.

فما هو الجزاء؟ وهل يمكن أن تخلو منه قاعدة قانونية؟ ، ما أهم صورته؟

- تعريف الجزاء :

- الجزاء هو: الأثر الزاجر المحسوس المترتب على مخالفة حكم القاعدة القانونية .

- فهو ذو اثر زاجر محسوس بمعنى أنه يتخذ صورة عقاب يلحق من خالف القانون ، ولذلك لا يدخل تحت هذا الوصف ما قد يجنيه الفرد نتيجة اتباعه لحكم القانون .

- كما أن الجزاء ذو اثر محسوس يلحق المخالف في شخصه كالسجن أو في ماله كالغرامة ، أو التعويض .

- كما أن الجزاء حال حيث يوقع الجزاء على المخالف حال حياته ، وذلك بعكس الجزاء الديني الذي يربط إلى الآخرة

والجزاء ضروري لأن الهدف منه العمل على احترام حكم القاعدة القانونية .

- كما أن الجزاء على مخالفة قواعد القانون جزاء منظم حيث يتميز بأن الدولة هي التي تقوم على تطبيقه ، فحين تقع المخالفة تقوم السلطة العامة باتخاذ الخطوات ، والإجراءات التي رسمها القانون ، والتي توصل إلى توقيع الجزاء ، وقد تقوم الدولة بهذه المهمة تلقائياً ، وبغير حاجة إلى شكوى من المضرور كما هو الحال بالنسبة للدعوى الجنائية في أغلب صورها ، وذلك نظراً لمساس المخالفة بالمصالح الأساسية للمجتمع ، ولأمنه ، واستقراره ، وفي حالات أخرى يعلق القانون تحرك السلطة العامة على تقديم الشكوى ممن

أضرت المخالفة بمصالحه ، كما هو الحال بالنسبة للدعوى الجنائية في بعض صورها (السرقة بين الأقارب حتى درجة معينة ، وكالدعوى المدنية عموماً ...)

وبذا ظهر لنا أن خصائص تتمثل في :

- أنه ذو أثر زاجر محسوس مادي : أي له مظهر ملموس يشعر به الأفراد كالسجن أو الحبس أو التعويض بالمال بخلاف الجزاء على مخالفة قواعد الأخلاق والمجاملات فهو معنوي .

- حال : أي يوقع في الحياة الدنيا فلا يؤجل بخلاف قواعد الدين حيث يكون الجزاء أخروى .

- أنه معين من حيث نوعه ومقداره : فيستطيع كل شخص أن يكون على بينة منه ، وفي هذا ضمان لحقوق وحرىات الأفراد .

- استنثار السلطة العامة بتوقيعه على المخالف: حيث تتولى توقيعه السلطة العامة عن طريق دعوى قضائية ترفع ويصدر بها حكم قضائي ومن ثم لا يجوز لأي فرد أن ينتقم لنفسه ممن أساء إليه بمخالفة القانون .

— صور الجزاء :

للجزاء صور شتى باختلاف القاعدة القانونية التي خولفت أهمها : الجزاء الجنائي - الجزاء الإداري - الجزاء المدني

١ (الجزاء الجنائي : هو الذى يوقع على من يخالف نص في القانون الجنائي ، وهو أشد صور الجزاء القانوني قسوة ، فقد قدر المشرع أن هناك من المخالفات ما يستدعى جزاء أكثر شدة ، وأكمل ردعاً لإخلالها إخلالاً جسيماً بأمن ، وسلام الجماعة فاعتبر هذه المخالفات جرائم تستحق نظاماً خاصاً أودعه ما يسمى بالقانون الجنائي ، وتصف قواعد هذا القانون أكثر الأفعال

خطورة بأنها جنائية ، تليها الجنحة ، ثم المخالفة ، وهي أقل الجرائم خطورة فالجزاء الجنائي قد يتمثل في عقوبة بدنية ، تقع على جسم الجاني كالإعدام أو على حريته كالأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس ، وقد تكون العقوبة مال كالغرامة والمصادرة ، وقد يجيز القانون للقاضي أن يجمع في حكمه بين النوعين بأن يحكم مثلاً بالحبس ، والغرامة في آن واحد

ويجدر بنا أن نلاحظ : أن ارتكاب فعل واحد قد يترتب عليه جزاء جنائي وجزاء مدني في ذات الوقت فارتكاب جريمة السرقة قد يحكم فيها على المتهم بالسجن ، والزامه في نفس الوقت بتعويض صاحب الشيء المسروق ، كذلك الحال بالنسبة لجريمة القتل التي يترتب عليها إلى جانب الجزاء الجنائي حقاً لأقارب المجنى عليه في تعويض ما أصابهم من ضرر

وظائف الجزاء الجنائي: له وظيفتان

- المنع فهو يمنع أفراد المجتمع من ارتكاب الجرائم خوفاً من توقيع الجزاء عليهم .

- الردع : حيث أن توقيع الجزاء يعد ردعا للمحكوم عليه حتى لا يرتكب الجريمة مرة ثانية ، وقد يترتب على ارتكاب فعل واحد جزاء جنائي وجزاء مدني في وقت واحد .

٢ (الجزاء الإداري : هو الذي يترتب على مخالفة نص في القانون الإداري ، حيث توقعه السلطات الادارية على العاملين في الدولة عند ارتكابهم للمخالفات الإدارية ، ويتراوح هذا الجزاء بين الفصل من الخدمة ، والوقف عن العمل ، و الخصم من المرتب ، وتأخير الترقية ، والحرمان من العلاوات ، والانتذار ، ولفت النظر

- الإنذار : (وهو تنبيه العامل بالمخالفة التي وقعت منه وتحذيره بعدم تكرارها) وهو أخف هذه العقوبات .

- الخصم من الأجر : وهو اقتطاع مبلغ من المال من أجر العامل نتيجة عدم تنفيذه الالتزامات المفروضة عليه .

- تأجيل موعد استحقاق العلاوة السنوية .

- الحرمان من جزء من العلاوة السنوية بما لا يجاوز نصفها :

- تأجيل الترقية عند استحقاقها لمدة لا تزيد على سنة :

يقصد بترقية العامل : انتقاله إلى درجة وظيفية أرقى من السابقة بما يترتب على ذلك زيادة في الأجر وارتقاء وضعه .

- الخفض إلى وظيفة في الدرجة الأدنى مباشرة دون إخلال بالأجر الذي كان يتقاضاه ، لا شك في قوة هذا الجزاء مادياً ومعنوياً فبدلاً من الرقي في الوظيفة ليعلو مادياً ومعنوياً ينخفض إلى أقل من وظيفته .

- الفصل من الخدمة : لا شك أن الفصل من الخدمة يشكل أشد الجزاءات تأثيراً على العامل ، ولا يجوز فصل العامل إلا إذا كان ارتكب خطأ جسيماً .

٣ (الجزاء المدني : هو الذي يترتب على مخالفة نص في القانون المدني .

ويتراوح هذا الجزاء بين التنفيذ العيني إن كان ممكناً ، أو التنفيذ بمقابل (التعويض) ، أو البطلان ، وهي صورة مختلفة تعكس محاولات ازالة آثار المخالفة للقاعدة القانونية ، فحين يمتنع شخص عن الوفاء بما التزم به ، كامتناع البائع عن تسليم الشئ المبيع ، أو امتناع المؤجر عن تسليم العين المؤجرة ، فإن الجزاء يكون هنا في صورة تنفيذ عيني لجبر الممتنع عن الوفاء بما التزم به .

بيد أن التنفيذ العيني قد يكون متعزراً ، أو مستحيلأ في بعض الأحيان كما هو الحال في حالة الالتزام بقيام عمل معين (كالنزام فنان بالغناء في حفلة معينة أو النزام رسام برسم لوحة) فهنا لا يمكن قهر الملتزم على أداء العمل رغم

ارادته ، كذلك فى حالة تسبب شخص فى تشويهه جسد آخر عمداً أو عن طريق الخطأ فهذا أيضاً لا يمكن إعادة الحال إلى ما كانت عليه ففى مثل هذه الظروف يكون الجزاء البديل للتنفيذ العيني ، هو التنفيذ بمقابل أى الحصول على تعويض يغطى الأضرار التى لحقت بالمضرور .

كما قد يتمثل الجزاء المدنى فى ابطال الأثر الذى قدصده الأفراد إلى تحقيقه خلافاً لمقتضى القاعدة القانونية ، فالقانون يفرض مثلاً شروطاً أساسية لصحة العقود كضرورة مشروعية السبب فإن خالف الأفراد مثل هذا الشرط وقع اتفاقهم باطلاً أى مجرداً عن أحداث اثره القانونى .

- وبذا ظهر لنا أن صور الجزاء المدنى تتمثل فى :

- صور الجزاء المدنى :

١- التنفيذ العيني ٢- التنفيذ بمقابل " التعويض "

٣- البطلان ٤- الفسخ ٥- عدم النفاذ

١- التنفيذ العيني : وهو الزام المدين بتنفيذ ما التزم به عيناً مثل الزام

المستأجر بدفع الأجرة المستحقة للمؤجر .

٢- التنفيذ بمقابل " التعويض " : لا يلجأ إليه إلا إذا استحال التنفيذ العيني كما

هو الحال فى حالة تسبب شخص فى إحداث عاهة جسدية فى شخص آخر ،

بمعنى حصول المتضرر على تعويض عن الأضرار التى لحقت به .

٣- البطلان : وهو جزاء يطبق على التصرف القانونى بسبب عيب فى ركن من

أركانه (الرضا - المحل - السبب) لحق التصرف أثناء انعقاده وهو نوعان :

أ- البطلان المطلق : هو الذى يترتب على تخلف ركن من أركان العقد ويترتب

عليه اعتبار التصرف كأن لم يكن ، وللقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه .

ب - البطلان النسبي : هو الذى يكون بسبب عيب فى إرادة أحد المتعاقدين
كوجود غلط أو تدليس أو استغلال أو إكراه ،

ولا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه إلا بناء على طلب الشخص الذى تقرر
البطلان لمصلحته .

٤- الفسخ : هو جزاء بسبب امتناع أحد المتعاقدين من تنفيذ التزامه فى عقد
ملزم بعد إبرامه مثل: أن يمتنع البائع عن تسليم الشئ المباع فهنا يستطيع
المشتري أن يطالبه بفسخ العقد واسترداد الثمن والفسخ قد يكون اتفاقي أو
قضائي أو قانوني .

المبحث الثاني

التفرقة بين قواعد القانون ، والقواعد الاجتماعية الأخرى

(الدين - الأخلاق - المجاملات)

لا يعتمد المجتمع على القاعدة القانونية وحدها في حكم ما ينشأ بين أفرادها من روابط ، وعلاقات بل يعتمد أيضاً على مجموعة أخرى من قواعد السلوك الاجتماعي فقواعد الدين وقواعد الأخلاق وقواعد المجاملات ما هي إلا قواعد سلوك اجتماعي تفرض على الأفراد اطارا يجب أن تدور في حدوده افعالهم ، وتصرفاتهم .

ورغم ما قد يجمع بين هذه القواعد ، والقواعد القانونية من سمات إلا أنها متميزة عنها من نواحي شتى .

ونتعرف على ذلك من خلال الآتي :

أولاً : التمييز بين قواعد القانون والدين .

ثانياً : التمييز بين قواعد القانون والأخلاق .

ثالثاً : التمييز بين قواعد القانون والمجاملات .

أولاً : التمييز بين القواعد القانونية و قواعد الدين :

أ- الدين هو : مجموعة القواعد التي أمر بها الله سبحانه وتعالى كالصلاة ، وتصدر هذه القواعد فى صورة أوامر باتتباع بعض أنماط السلوك ، ونواه باجتتاب أخرى ، مع ربط هذه الأوامر ، والنواهي بعقاب يهدد المخالف .

وتتفق قواعد القانون مع قواعد الدين فى أنهما :

- يهدفان إلى تنظيم سلوك الأفراد ، غاية الأمر أن وسيلة الدين إلى تحقيق هذا الهدف تعتبر أوسع نطاقاً ، فالدين لا يقتصر على تنظيم علاقة الفرد بغيره كما فى قواعد القانون بل يتجاوز ذلك إلى تنظيم علاقة الإنسان بربه ، وعلاقته بنفسه ، كل ذلك سعياً وراء سمو الإنسان إلى أكمل مدارج الرقى والتقدم .
- كما أن كل من قواعد القانون ، و قواعد الدين ملزم ومقترن بجزاء
- كما أن كل من قواعد القانون ، و قواعد الدين يهدف إلى تحقيق العدالة بين الأفراد .

- إلا أن هناك أوجه اختلاف أساسية تفرق بين قواعد القانون وقواعد

الدين :

١- من حيث المصدر : فمنبع قواعد الدين من عند الله بخلاف قواعد القانون فهى من وضع البشر، فقواعد الدين هى قانون طبيعي من صنع الله ، أما القانون الوضعي فمن صنع الإنسان فى نشأته ، وهو أيضا من صنع الإنسان فيما يصيبه من نجاح أو فشل بالنسبة لكل ما يناط به من أهداف .

٢- من حيث النطاق لاهتمام كل منهما :

فهناك كثير من الأمور لا يهتم القانون بتنظيمها فى حين توليها الأديان عناية فائقة ، فالدين يهتم مثلاً بالبواعث ، والنوايا فى حد ذاتها حتى ولو لم ترتبط

بسلوك خارجي ، فهو يدعو إلى المودة ، وتجنب المشاعر السيئة نحو الآخرين بخلاف قواعد القانون ،

فقواعد الدين أوسع نطاقاً من قواعد القانون لأنها تنظم علاقة الإنسان بربه وبنفسه وبغيره ، فالدين لا يقتصر على تنظيم علاقة الفرد بغيره ، كما في قواعد القانون بل يتجاوز ذلك إلى تنظيم علاقة الإنسان بربه ، وعلاقته بنفسه ، كل ذلك سعياً وراء سمو الإنسان إلى أكمل مدارج الرقى والتقدم ، بخلاف قواعد القانون تنظم علاقة الإنسان بنفسه وبأخيه الإنسان داخل المجتمع ، كما أن قواعد الدين تهتم بالنوايا وتعتد بها وترتب عليها آثاراً في الثواب والعقاب بخلاف قواعد القانون لا ينظم إلا السلوك الخارجي للأفراد ولا يهتم بالنوايا إلا إذا اتخذت مظهر خارجي .

٣- من حيث الصياغة : نجد أن القانون يحرص على صياغة قواعده في صورة نصوص واضحة ، لمواجهة فروض محددة ، أما قواعد الدين فإن أحكامه تصاغ في كثير من الأحوال في اطار مبادئ ، وأوامر عامة

٤- من حيث الجزاء : يتميز الجزاء الديني بأنه مؤجل إلى الآخرة أى أخرى بخلاف الجزاء القانوني فهو دنيوي ، إلى جانب الجزاء الأخرى إن شاء الله يوم القيامة ، ورغم هذه الاختلافات فلا يمنع ذلك وجود صلة وثيقة بين الدين والقانون .

ثانياً : التمييز بين قواعد القانون و قواعد الأخلاق :

قواعد الأخلاق: هي مجموعة المبادئ ، والقيم ، والأفكار المستقرة في ضمير الجماعة عن معنى الخير، والشر ، والتي ترسم المثل العليا لما يجب أن يكون عليه الإنسان في سلوكه ، فتأمر بالفضيلة كالصدق ، والأمانة ، والوفاء بالعهد ، وتنهى عن الرذيلة كالكذب ، والخيانة ، والغدر ،

ومن أمثلتها : قواعد الدعوة إلى التعاون ، ومساعدة الفقراء والضعفاء ،
والمحتاجين ، وتجنب الكراهية ، والكذب ، والنفاق

- وتتفق قواعد القانون مع قواعد الأخلاق في أنهما :

- يهدفا إلى تنظيم سلوك الأفراد ، - كما أن كل منهما يعد قواعد عامة ،
ومقترنة بجزاء على المخالف إلا أن الجزاء على مخالفة قواعد الأخلاق جزاء
معنوي يتمثل في تأنيب الضمير أو استهجان المجتمع ، بخلاف الجزاء على
مخالفة قواعد الدين فهو جزاء مادي محسوس .

- إلا أن هناك أوجه اختلاف أساسية تفرق بين قواعد القانون وقواعد

الأخلاق :

١- من حيث النطاق : فمجال الأخلاق أكثر اتساعاً من قواعد القانون لأن
الأخلاق تهتم بواجب الإنسان نحو نفسه وغيره .

٢- من حيث الغاية : غاية القانون نفعية تتمثل في تحقيق النظام في
المجتمع أما غاية الأخلاق مثالية تحث الإنسان على الفضيلة والكمال
٣- من حيث الجزاء : الجزاء على مخالفة قواعد القانون جزاء مادي
بحت ، أما الجزاء على مخالفة قواعد الأخلاق فجزاء معنوي يتمثل في
تأنيب الضمير و استهجان المجتمع وازدرائه ، بخلاف الجزاء على
مخالفة قواعد الدين فهو جزاء مادي محسوس .

ثالثاً : التمييز بين قواعد القانون و قواعد المجاملات :

قواعد المجاملات : مجموعة من قواعد السلوك التي تواضع الناس على
إتباعها في صلاتهم اليومية بصفة معتادة بحيث يكون من النادر مخالفتها مما
يوحى بإلزامها في المناسبات المختلفة ، كالعزاء عند الوفاة ، والتهنئة في
المناسبات السعيدة ، وزيارة المرضى ، فهي قواعد أقرب إلى الكماليات

الحياتية ، ولكنها كماليات أصبحت مع ارتقاء شعور الانسان ، واستمرار سعيه إلى التضامن ضرورية لسعادة الإنسان ، وهنائه ، ومع ذلك فمن الواضح أن قواعد المجاملات تبقى بعيدة عن ضروريات التنظيم القانوني .. .

وبذا فإنها تتشابه مع قواعد القانون في : أنها تحكم سلوك الأفراد في المجتمع بحيث يعتبرونها ملزمة وأن من يخالفها يوقع عليه جزاء .

أما عن جزاء مخالفتها فإنه يتمثل في مجرد الاستنكار ، ورد المعاملة بالمثل ، وبذا تختلف في :

- من حيث الجزاء : الجزاء على مخالفة قواعد المجاملات معنوي يتمثل في تأنيب الضمير واستهجان المجتمع .

بينما الجزاء على مخالفة قواعد القانون مادي منظم توقعه السلطة العامة .

- من حيث الغاية والهدف : فهدف قواعد القانون: حفظ النظام والاستقرار في المجتمع ، أما المجاملات فهدفها الحفاظ على النظم والتقاليد الاجتماعية بين الأفراد .

الفصل الثاني

القانون

أنواعه - مصادره

المبحث الأول

أنواع القوانين

أنواع القوانين : تتنوع القوانين إلى أنواع عديدة حيث تختلف من حيث مواضيعها أي الأمور التي تخاطبها ، وتنظمها ، أو من حيث أطراف العلاقة التي ينظمها قانون معين أو من حيث اتسامها بالدوام أو القابلية للتبديل أو من حيث إلزامها ،

وهو ما نوجزه في الجوانب التالية :

أولاً : من حيث الموضوع ، والأطراف " :

نجد أن القانون فرعان

فرع القانون العام ، وفرع القانون الخاص

(أ) القانون العام :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة .

وقد تقدم الدولة على تصرفات أخرى ليس بوصفها صاحبة سلطة ، وسيادة ، كأن توجر أرضاً أو عقاراً مملوكاً لها لأحد الناس ، أو لجمعيات خاصة أو شركات ، فإن الدولة في مثل هذه التصرفات يكون شأنها شأن أي فرد عادي ، فمثل هذه العلاقة يحكمها القواعد القانونية التي تندرج تحت فرع قواعد القانون الخاص

و علة تقسيم القانون إلى عام وخاص : القانون العام هدفه حماية المصالح العام بخلاف الخاص يهدف لحماية المصالح الخاصة للأفراد .

أهمية التفرقة (تظهر نتائج هذا التقسيم من خلال) :

١) نظرا إلى أن قواعد القانون العام تهدف إلى حماية الصالح العام للمجتمع كانت قواعده أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفة حكمها بخلاف الخاص يتضمن قواعد مكملة .

٢) الأموال العامة المملوكة للدولة لا يجوز الحجز عليها أو التصرف فيها أو تملكها بالتقادم عكس الأموال الخاصة .

٣) تستطيع الدولة في مجال القانون العام أن تتخذ في سبيل أداء وظيفتها وسائل قهرية مثل فرض الضرائب على الأفراد بخلاف القانون الخاص فيتميز بأن طرفيه على قدم المساواة .

٤) عمدت الكثير من الدول إلى أفراد جهة قضاء مستقلة عن القضاء العادي للفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام وهذا ما أخذ به القانون المصري حيث يوجد بمجلس الدولة محاكم إدارية تتولى الفصل في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها .

وعلى هذا الأساس نوضح فروع القانون العام ، وفروع القانون الخاص كالتالي :

أ) فروع القانون العام :

وتتمثل في الفروع الآتية :

القانون الدولي العام ، القانون الدستوري ، القانون الجنائي ، القانون الإداري ، القانون المالي .

١- القانون الدولي العام :

وهو: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدولة بغيرها من الدول ، أو المنظمات الدولية سواء في حالات السلم أو الحرب .

وعلى ذلك فإن القانون الدولي العام وقواعده ملزمة يتكفل بتحديد أنواع الدول ، والمنظمات الدولية ، وكيفية ممارسة الدول لحقوقها وطريقة التمثيل الدبلوماسي بينها ، وأسلوب إبرام الاتفاقيات ، والمعاهدات الدولية ، وكيفية تنفيذها ، كما يطبق

القانون الدولي في حالات الحرب حيث ينظم العلاقة بين الدول المتحاربة من كيفية إعلان الحرب وما يجوز استعماله من الأسلحة ، وكيفية معاملة الأسرى إلى ما غير ذلك من أحكام متعددة ...

٢- القانون الدستوري :

وهو : مجموعة القواعد القانونية التي تحدد شكل الدولة ، ونظام الحكم فيها ، والسلطات الرئيسية بها ، وحقوق وحرريات الأفراد ، و ضمانات هذه الحقوق والحرريات

- ويأتي التشريع الدستوري في المرتبة الأولى بين التشريعات

ويختلف وضعه باختلاف الظروف السياسية في الدول فقد يأتي في شكل منحة يقدمها الحاكم للشعب ، أو عن طريق الاتفاق بين الحاكم والمحكومين ، وقد يتم وضعه بواسطة جمعية منتخبة أو عن طريق الاستفتاء الشعبي .

أما تعديل الدستور فتنقسم الدساتير من حيث التعديل إلى مرنة ، وجامدة فالدستور المرن يكفي لتعديله أن يصدر تشريع عادي بالإجراءات التي تصدر بها القوانين العادية ، أما الدستور الجامد لا يمكن تعديل أحكامه أو إلغائها إلا بشروط خاصة وإجراءات معينة .

٣- القانون الإداري :

وهو : مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية عند قيامها بوظيفتها الإدارية .

ويبين هذا القانون الهيئات المختلفة للسلطة التنفيذية مثل الوزارات ،
والمحافظات وينظم علاقة هذه الهيئات بموظفيها ، وعلاقتها بالأفراد .
ذلك لأن للسلطة التنفيذية وهي الحكومة أعمالاً أخرى تتخرب في نطاق
أعمال السيادة ينظمها القانون الدستوري .

٤- القانون المالي :

وهو : مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مالية الدولة من حيث
إيراداتها ونفقاتها .
وقد استقل هذا القانون ، وبرزت أهميته بعد أن كان فرعاً من القانون
الإداري .

ويتناول هذا القانون المسائل التالية :

- الموارد المالية للدولة مثل الضرائب ، والقروض .

- أوجه الانفاق المتعددة .

- ميزانية الدولة متمثلة في الموارد ، وجميع أوجه الصرف

٥ - القانون الجنائي :

وهو : مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الجريمة ، والعقوبة المقررة
لكل جريمة ، وتسمى بقانون العقوبات .

- ومجموعة القواعد التي تبين الاجراءات الواجب اتباعها مع المتهم منذ
لحظة وقوع الجريمة ، او طريقة ضبطها ، واكتشافها ، ومراحل التحقيق ،
واجراءات المحاكمة امام درجات التقاضي المتعددة ، وحتى تنفيذ الأحكام
النهائية ، وتسمى هذه القواعد بقانون الاجراءات الجنائية .

وقانون العقوبات ينقسم إلى قسمين :

1) القسم العام : وهو الذى يبين أركان الجريمة ، والجريمة اما جنائية وهى : ما يعاقب عليها القانون بالإعدام أو الاشغال الشاقة المؤبدة ، أو الأشغال الشاقة المؤقتة ، أو السجن .

وإما جنحة : وهى الجرائم المعاقب عليها بالحبس ، أو الغرامة التى يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه .

وإما مخالفة : وهى الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه .

كما بين القسم العام التمييز بين الفاعل ، والشريك ، والجريمة التامة ، ومراحل الشروع ، والظروف المختلفة ، والظروف المشددة للعقوبة ، وموانع العقاب

2) القسم الخاص : وهو الذى يحدد كل جريمة ، موضحاً أركانها ، والعقوبة المقررة لها ، منها ما ينطوي على اعتداء على النفس مثل : القتل ، والضرب ، وهتك العرض و منها ما ينطوي على اعتداء على الأموال مثل : السرقة ، والنصب ، وتبديد ، والحريق ، والاتلاف ، ومنها ما يتصل بالذمة ، والشرف ، والاعتبار والاتجار بالوظيفة : مثل الرشوة ، والقدف ، والسب .

- وفانون الاجراءات :

يضم مجموعة القواعد الشكلية التى تنظم المراحل التالية :

أ) الكشف عن الجريمة ، وضبط الجناة ، وتحديد من يتولى هذه الاجراءات من مأموري الضبطية القضائية ، وبيان اشراف ، ورقابة السلطة القضائية عليها عند القيام بهذه الاجراءات .

ب) اجراءات التحقيق التى تتولاها النيابة العامة أو قضاة التحقيق .

ج) اجراءات المحاكمة امام المحاكم الجزئية ، والدوائر الاستئنافية ودوائر الجنايات والمحكمة العليا (محكمة النقض) .

د) تنفيذ الأحكام النهائية سواء كانت بعقوبات مقيدة للحرية مثل السجن أو الحبس أو عقوبات مالية كالغرامات .

ب) القانون الخاص :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد داخل دولة واحدة ، أو بين الأفراد والدولة باعتبارها شخص عادي أى حين لا تتعامل الدولة بوصفها صاحبة السيادة ، أو بين الأفراد من دول مختلفة . وعلى هذا الأساس نوضح فروع القانون الخاص كالتالي :

ب) فروع القانون الخاص :

وتتمثل في الفروع الآتية :

القانون المدني ، القانون التجاري ، القانون البحري ، القانون الجوي ، قانون العمل ، القانون الزراعي ، قانون المرافعات ، القانون الدولي الخاص

١) القانون المدني :

وهو : مجموعة القواعد القانونية التي تنظم جميع العلاقات المالية والأسرية بين الأفراد في المجتمع .

وبذا يضم مجموعة القواعد التي تنظم العلاقة بين الأفراد داخل دولة واحدة ، أو بين الأفراد والدول التي ينتمون إليها عندما تتعاقد الدولة بوصفها واحد من آحاد الناس .

والقانون المدني هو القانون الأم ، وهو الذى يمس الحياة المستمرة للأفراد ، وهو أقدم القوانين الخاصة ولذلك فإنه يتم الرجوع إليه كلما وجد نزاع يدخل فى نطاق أى فرع من فروع القانون الخاص .

٢) القانون التجاري هو : مجموعة القواعد القانونية التي تنظم النشاط التجاري كما تنظم العلاقات التي تنشأ بين التجار.

ويعنى آخر :

"هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المعاملات التجارية وهي المعاملات التي تنشأ بين التجار بوصفهم تجارا ، أو تكون متعلقة بأعمال تجارية " (١) .

والقانون التجاري يعد أحد الفروع الأساسية للقانون الخاص ، وإذا كان القانون المدني يعد الفرع الرئيسي أو الشريعة العامة للقانون الخاص وذلك لأنه يضم الأحكام العامة الأساسية التي تحكم سائر العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأفراد بصرف النظر عن صفاتهم أو طبيعة نشاطهم ، فإن القانون التجاري يحتل المقام الثاني في القانون الخاص وذلك لأنه شريعة خاصة تنطبق علي نوع معين من الأعمال هي الأعمال التجارية وطائفة معينة من الأشخاص هم التجار أفرادا كانوا أو شركات .(٢)

٣ (القانون البحري : وهو : مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية .

ويشمل ذلك النقل البحري ، والتأمين البحري ، وتنظيم السفينة بيعاً ، واعداداً ، واستغلالاً .

٤ (القانون الجوي :

و هو: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة الجوية .

١ - د. محمد شكري سرور : النظرية العامة للقانون ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية .
وقد عبرت عن هذا بوضوح المادة الأولى من قانون التجارة الحالي رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بقولها " تسري أحكام هذا القانون علي الأعمال التجارية وعلي كل شخص طبيعي أو اعتباري تثبت له صفة التاجر " .
٢ - فالقانون التجاري يعد من أهم فروع القانون ، لتناوله بالتنظيم العديد من الموضوعات ذات الاتصال الوثيق بالحياة الاقتصادية التي يسعى الجميع للارتقاء بها تحقيقاً للتقدم والرخاء، ويتسم مجال القانون التجاري بالاتساع والتطور المستمر خاصة في مجال العلاقات التجارية الدولية

٥) قانون العمل هو :

وهو: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين العمال ، وأصحاب الأعمال في العمل التابع للقطاع الخاص .

هو : مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الناشئة عن قيام شخص وهو العامل بأداء عمل مقابل أجر لحساب شخص آخر وهو صاحب العمل وتحت إشراف ورقابته .

و لا بد من توافر عدة شروط في العمل الذي يخضع للقانون .

- أن تقوم علاقة العمل بين أطراف من أشخاص القانون الخاص :

وعلى هذا تخرج عن نطاق العمل روابط الأعمال الذي يؤديه الأفراد لحساب الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ويقصد بهم الموظفين في الجهاز الإداري للدولة لأن هذه الروابط تخضع للقانون الإداري ولقواعد قوانين العاملين المدنيين للدولة رقم ١٨ لسنة ٢٠١٥م وإن كانت هذه القواعد ترد عليها بعض الاستثناءات من شأنها إخضاع بعض روابط العمل المؤدى لحساب الدولة في بعض الأحوال .

- أن يكون العمل مقابل أجر:

يشترط القانون صراحة أن يكون العمل مأجوراً لكي يخضع لعقد العمل أما أعمال التبرع التي يقوم بها شخص لآخر فتخرج عن نطاق قانون العمل .

ويقصد بالأجر هو : كل ما يحصل عليه العامل لقاء عمله ثابتاً كان أو متغيراً ، نقداً أو عيناً .

وإذا تقرر الأجر فلا يهم بعد ذلك نوع الأجر ولا طريقة أدائه فقد يكون نقدياً أو عينياً ، وقد يدفع يومياً أو أسبوعياً أو شهرياً أو على أساس الإنتاج .

- أن يكون العامل خاضع لسلطة ورقابة وإشراف صاحب العمل: بمعنى قيام العامل بالعمل تحت إدارة وإشراف صاحب العمل بحيث يكون لصاحب العمل إصدار الأوامر والتوجيهات وكيفية القيام بالعمل ووقت ومكان أدائه وأن يوقع عليه الجزاء عند المخالفة .

٦ (القانون الزراعى :

هو : مجموعة القواعد القانونية التى تنظم ملكية الأراضى الزراعية والاستغلال الزراعي وخاصة العلاقة بين ملاك الاراضى الزراعية ومستأجريها وبين الملاك وعمال الزراعة .

٧ (قانون المرافعات : وهو : مجموعة القواعد القانونية التى تنظم اجراءات رفع الدعاوى ، والمطالبة بالحقوق ، واجراءات التقاضي أمام المحاكم ، وكيفية صدور الأحكام ، وكيفية تنفيذها .

وبمعنى آخر : مجموعة القواعد القانونية التى تنظم السلطة القضائية وتبين الإجراءات الواجب إتباعها لتطبيق الأحكام الموضوعة فى القانون المدني والتجاري .

٨ (القانون الدولي الخاص :

وهو : مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقة ذات العنصر الأجنبي أى بين أفراد دول مختلفة سواء فى المجال المدني أو التجاري ، أو الأحوال الشخصية .

فمثلاً لو أن مصرياً باع عقاراً كائناً فى ايطاليا لفرنسي وتم ابرام العقد فى المانيا

ف نجد أن جنسية البائع غير جنسية المشتري ، غير الدولة التى يتبعها العقار ، غير الدولة التى ابرم فيها العقد ،

فعندما تثور أي منازعة حول عقد البيع يثار التساؤل حول أمرين :

الأول : القانون الذى يحكم المنازعة من بين قوانين هذه الدول جميعاً .

الثاني : المحكمة المختصة بنظر هذا النزاع

كل هذه الأمور تنظمها قواعد القانون الدولي الخاص ، وهو خاص لأنه من فروع القانون الخاص ، لأنه ينظم العلاقة بين أفراد ، على خلاف القانون الدولي العام الذى ينظم العلاقة بين الدول .

ثانياً : من حيث اتسامها بالدوام ، أو القابلية للتبديل " :

(أ) القانون الوضعي :

وهو : مجموعة القواعد التى تصدر عن الجهات المنوط بها سلطة

التشريع ، و سن القوانين

وهذه القواعد تتسم بالآتي :

١- الوضوح والانبساط : لأن قواعده مكتوبة فمن السهولة الرجوع إليها وتطبيقها .

٢- سرعة إعداده : مما يساعد على مواجهة أي ظروف أو مشكلات

تحدث .

٣- دقة الصياغة : حيث يمر بمراحل متعددة من اقتراح ومناقشة

وإصدار ونشر مما يساعد على صياغته صياغة دقيقة

٤- يودى إلى توحيد تطبيق القانون داخل البلد الواحد : مما يحقق المساواة بين

الأفراد .

٥- التشريع عامل مهم من عوامل تطوير المجتمع: لأنه عن طريق التشريع

يمكن إدخال النظم القانونية التى ثبت نجاحها في الدول الأخرى مما يساعد على

تطوير المجتمع وتقدمه نتيجة ذلك اجتماعياً ، اقتصادياً ، أو سياسياً ، أو عسكرياً ... الى آخره .

ورغم هذه السمات ، والمميزات إلا أنه أتضح أن له عيوب سنذكرها بعد ، إلا أن المميزات تغلب العيوب

(ب) القانون الطبيعي :

وهو : مجموعة القواعد التي تهبط من الحق سبحانه ، وتعالى لتكون الأساس السليم لنظام الكون ، حتى قيام الساعة .

وهذه القواعد تتسم بالآتي :

(١) أنها صادرة من المشرع الأعظم وهو الحق سبحانه وتعالى ، أو من نبيه صلى الله عليه وسلم بما يوحى إليه ، أو من اجماع فقهاء المسلمين ، أو من القياس حيث تقاس واقعة لم يرد بشأنها نص على واقعة ورد بشأنها نص لاتفاق الواقعتين في العلة .

(٢) أنها قواعد لا يشوبها الباطل ، ولا الغموض ، وجاءت بحيث تتفق مع جميع الأجيال ، ولجميع العصور .

ثالثاً : من حيث الإلزام ، وعدمه " :

(قواعد آمرة ، وقواعد مكملة)

- لاحظ فقهاء القانون أن بعض قواعده مفروضة فرضاً لا خيار فيه على أية صورة ، في حين أن البعض الآخر من قواعد القانون يجوز الخروج على حكمها بالاتفاق على الخضوع لحكم مختلف عن الحكم الذي تتضمنه هذه القواعد ، في المسألة التي تنظمها ، أي أنهم لاحظوا جواز الاتفاق على مخالفة بعض قواعد القانون ، وعدم جواز الاتفاق على مخالفة البعض الآخر ، فأطلقوا على كل طائفة من القواعد وصفاً يفيد هذا المعنى :

فسموا القواعد التي لا يجوز الاتفاق على خلافها : القواعد الآمرة
وسموا القواعد التي يجوز الاتفاق على خلافها : القواعد المكملة
وبالتالي تم تقسيم القواعد القانونية من حيث الإلزام ، وعدمه إلى قواعد
آمرة ، وقواعد مكملة كما نرى مما يلي :

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوة الزامها إلى : قواعد آمرة ، ومكملة :

أولاً : القواعد الآمرة :

هي القواعد القانونية التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها
لاتصالها بالنظام العام ويكون الاتفاق المخالف باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لا يعفى
المخالف من توقيع العقوبة عليه مثل القاعدة القانونية التي تحرم القتل فلا
يجوز الاتفاق على مخالفة حكمها .

وهذه الصورة من التنظيم لا يفرضها القانون إلا بالنسبة للمسائل عظيمة
الأهمية في تحقيق النظام الاجتماعي كمنع الاعتداء على نفس الغير أو ماله ،
فالقواعد التي تحرم القتل ، و الضرب ، والسرقه ، أو الاضرار بمال الغير أو
بمصالحه قواعد آمرة ، ولا يسمح القانون أن تخالف بأية صورة ، ولو كان ذلك
نتيجة لاتفاق ذوى المصلحة ، فلو ضرب شخص آخر ، أو سرق ماله فإن صفح
المجنى عليه لا يمكن أن يعنى اعفاء الجاني من عقوبة هذا الفعل ،

وكذلك تنظيم الأسرة وهي كما نعلم الخلية التي يتكون منها المجتمع

قواعدها قواعد آمرة ، فالقواعد التي تحدد شروط الزواج ، وأحكامه لا يمكن
أن يصح اتفاق على خلافها فالاتفاق على الزواج محرم ، أو أن ينسب الاولاد
إلى امهم بدلا من ابيهم أو الزواج بدون شهود ، كل هذه الاتفاقات - اتفاقات
باطلة ولا أثر لها لأنها تخالف قواعد قانونية آمرة .

ومن المسائل التي تنظم بقواعد آمرة كذلك تحديد اختصاصات السلطات المختلفة في الدولة ، وواجبات الموظفين ، وحقوقهم ، وفرض الضرائب على المواطنين ... إلى غير ذلك من المسائل .

ثانياً : القواعد المكملة :

هي القواعد القانونية التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها لعدم اتصالها بالنظام العام ، ويكون الاتفاق المخالف صحيحاً .

إذن : هي القواعد التي تضع تنظيمًا قانونياً للمسائل التي تتناولها ، ولكن اتباع هذا التنظيم ليس حتمياً بمعنى أنه يجوز للأفراد إذا أرادوا أن يضعوا باتفاقهم قاعدة لتنظيم علاقاتهم تختلف في مضمونها عن قاعدة القانون ، أي أن القاعدة المقررة هي كما قلنا القاعدة القانونية التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها ، فيكون اتفاقهم صحيحاً ، وملزماً .

مثل ما يقضى به القانون من أن ثمن الشيء المبيع يدفع وقت التسليم وبالتالي يجوز لأطراف العقد أن يتفقوا على دفع ثمن المبيع في وقت آخر غير وقت التسليم لان القاعدة مكملة ولا تتعلق بالصالح العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها .

والقانون يخصص القواعد المكملة لتنظيم معاملات الأفراد التي تدور حول الحقوق ذات القيمة المالية ، فهي قواعد تهدف إلى تنظيم معاملات الأفراد ، وهي تضع التنظيم لهذه المعاملات ، ولكن القانون لا يعترض على حق الأفراد في أن يخرجوا على هذا التنظيم المعتاد إلى تنظيم آخر خاص بهم ، مادام ذلك في نطاق المبادئ الأساسية لتنظيم المعاملات التي تعتبر قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها ، وهذا هو معنى الاتفاق على جواز مخالفة القاعدة القانونية المكملة

ومن أمثلة القاعدة القانونية المكملة : ما يقضى به القانون من أن ثمن الشيء المبيع يدفع وقت التسليم وبالتالي يجوز لأطراف العقد أن يتفقوا على

دفع ثمن المبيع في وقت آخر غير وقت التسليم لان القاعدة مكملة ولا تتعلق بالصالح العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها .

- معيار التفرقة بين القواعد الآمرة و القواعد المكملة :-

إذا كان من الجائز أن يتفق الأفراد على حكم مخالف لحكم القاعدة المكملة ، في الوقت الذي يحرم فيه ذلك بالنسبة للقواعد الآمرة ، فإن معرفة القاعدة الآمرة ، وتمييزها عن القاعدة المكملة يصبح مسألة هامة لتحديد مصير اتفاقات الأفراد من حيث الصحة ، والبطلان

وطريقة التمييز بين القواعد الآمرة ، والقواعد المكملة تظهر لنا من خلال معيارين: (معيار لفظي (شكلي) ، معيار معنوي (موضوعي))

أولاً : المعيار اللفظي (شكلي) :

هو الذي يستدل من خلال ألفاظه على طبيعة القاعدة .

فتكون أمرة إذا استخدم المشرع عبارات تفيد الأمر ك يجب أو النهي ك لا يحق أو لا يجوز أو تقرر جزاء جنائياً أو مدنياً في حالة المخالفة . مثل (ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة)

أما إذا دلت ألفاظ القاعدة على جواز الاتفاق على المخالفة كالتعبير بـ (يجوز أو يمكن أو تسمح بوجود اتفاق أو عرف مخالف فتكون مكملة مثل نص " لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ما لم يتفق على غير ذلك " فيفهم من الألفاظ ان القاعدة يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها وبذا تكون مكملة .

ومن أمثلة القواعد القانونية الآمرة :

ما تقضى به المادة ٤٧١ من القانون المدني بأنه :

(لا يجوز للقضاة ، ولا لأعضاء النيابة ، ولا للمحامين ، ولا لكتاب المحاكم ، ولا للمحضرين أن يشترخوا لا بأسمائهم ، ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله ، أو بعضه ، إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، وإلا كان البيع باطلاً) .

ومن أمثلة القواعد القانونية المكملة :

ما تقضى به المادة ٥٦٧ من القانون المدنى بأنه: يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة بإجراء الترميمات الضرورية ، ويتحمل ضرائبها ، وتكاليفها الأخرى ، ثم تنص فى نهايتها على أن (كل هذا مالم يقض الاتفاق بغيره) .

ثانياً : المعيار المعنوي (موضوعي) :

إذا لم تكن القاعدة القانونية قاعدة مكتوبة ، كالقاعدة العرفية التى لا تصاغ فى الفاظ محددة ، أو إذا كانت قاعدة مكتوبة ، ولكنها لم تتضمن ما يفيد منع الاتفاق على ما يخالفها أو جوازه ، ففى هذه الحالات لا يجدى المعيار اللفظي لتحديد ما إذا كانت القاعدة آمرة أو مكملة ، ولذا يجب البحث عن معيار آخر يتخذ أساساً لهذا التمييز

وقد وجد الفقه هذا المعيار فى فكرة النظام العام

ويقصد به : مدى اتصال القاعدة بالنظام العام وعدم اتصاله .

فإن كانت متصلة بالنظام العام أى تهدف لتنظيم مصلحة المجتمع كله فهى آمرة وإلا فهى مكملة أى لو كانت غير متصلة بالنظام العام أى هدفها تنظيم مصلحة أفراد .

مثل " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يتفق على غير ذلك "

ويلاحظ : أن جميع فروع القانون العام قواعد قواعده قانونية أمرة لأنها متصلة بالنظام العام ، لأنها تمس الكيان السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي في الدولة مثل القواعد التي تضمنها الدستور أو القانون الإداري أو القانون المالي أو قانون العقوبات ...الخ

إذ لا يتصور الاتفاق على أن ينفذ آخر العقوبة بدلاً من المحكوم عليه ، أو يسمح لشخص بأن يطالب بالمبلغ المنفق عليه لارتكاب جريمة قتل ، أو يسمح لنائب بالتنازل عن عضويته في البرلمان ، أ، لموظف بالتنازل عن وظيفته . إذ أن هذا كله يمس نظام المجتمع سياسياً أو اقتصادياً أو اجتماعياً أو قومياً .
- أما قواعد القانون الخاص في أنواع منها ما يتصل بمسائل الأحوال الشخصية فهو من النظام العام لاتصاله بنظام الأسرة أساس المجتمع .

ومنها ما يتصل بالقواعد الشكلية مثل تلك القواعد الواردة بقانون المرافعات وهي بدورها من النظام العام لأنها تتصل بالنظام القضائي داخل الدولة .
ومنها ما يتصل بالعلاقات المدنية فالأصل فيها انها لا تتصل بالنظام العام ، انما هي موضوعة لتنظيم العلاقات المدنية على النحو الأفضل إلا إذا رأى المتعاقدون خلاف ذلك ، ومن ثم فهي قواعد مكملة أو مفسرة لإرادة المتعاقدين ، إلا ما يرد فيه استثناء بصريح النص بوضع حظر على المتعاقدين في مخالفة قاعدة مكملة .

مفهوم الآداب العامة

أيضا عبارة الآداب العامة قد تعذر وضع ضابط أو تعريف محدد لها ، إلا أنها في الرأي الغالب عبارة عن مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملتزمين بها طبقاً لما يحيط بهم من بيئة ، وتقاليد ، وعقائد دينية .
ومن امثلة الاتفاقيات المخالفة للآداب العامة ، والتي قضت المحاكم ببطالها :

- التعهدات المتصلة بالعلاقات الجنسية غير المشروعة .

- التعهدات المتصلة ببيوت الدعارة ، والمقامرة .

وحاصل القول " أن كل ما يمس الأخلاق في أمور استأصلت في نفوس الناس داخل مجتمع معين ، أمر يمس الآداب العامة ، ويفصل فيه قاض الموضوع تحت رقابة محكمة النقض ، لأنه يفصل في مسألة قانونية يترتب عليها بطلان تصرفه أو صحته .

المبحث الثاني

مصادر القوانين

التشريع - العرف - الشريعة -

القانون الطبيعي وقواعد العدالة

أولاً : التشريع :

تمهيد وتقسيم :

يأتي التشريع في المرتبة الأولى من بين المصادر الرسمية للقانون ، ولقد اكتسب أهمية كبيرة في الوقت الحاضر نظراً لما له من مزايا لا تتوافر للمصادر الأخرى ، ولذلك لا يستطيع القاضي أن يلجأ إلى أي مصدر آخر للفصل في النزاع المعروض عليه إلا عند التأكد من خلو هذا التشريع من أحكام .

كما أن التشريع يعتبر المصدر العام للقواعد القانونية لأنه هو المرجع الأول سواء في مسائل المعاملات المالية ، أو في مسائل الأحوال الشخصية إلا ما يتم استثنائه بالإحالة في شأنه إلى مصدر رسمي آخر ، ونتعرف على التشريع من خلال تعريفه ، أنواعه ، ومراحل وضعه ، من خلال الآتي :-

المطلب الأول : التعريف بالتشريع - أهميته - مزاياه .

المطلب الثاني : أنواع التشريعات - تدرجها .

المطلب الثالث : سن التشريع - نفاذه .

المطلب الأول

التعريف بالتشريع - أهميته - مزاياه

تعريف التشريع :

التشريع كمصدر رسمي للقانون ، هو:

وضع القواعد القانونية فى صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك فى الدولة ، ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على القواعد القانونية ذاتها التى تصنعها هذه السلطة ، فالاصطلاح ذاته يستعمل أحياناً بمعنى المصدر ويستعمل أحياناً أخرى بمعنى القواعد التى تستمد من هذا المصدر .

مزايا التشريع :

ترجع أهمية التشريع فى الوقت الحاضر إلى أنه يتمتع ببعض المزايا التى لا تتوافر للمصادر الأخرى ، وتتمثل هذه المزايا فيما يلى :

١- الوضوح والانضباط : لأن قواعده مكتوبة فمن السهولة الرجوع إليها وتطبيقها إذ يرد التشريع كتابة فى صورة نصوص محددة يسهل معها التعرف على حكم القانون وضوح ودقة ، الأمر الذى يودى إلى استقرار الأوضاع والمعاملات ، وهذه الميزة مفتقدة فى العرف .

٢- دقة الصياغة : أن المراحل المتعددة التى يمر بها التشريع عند إعداده تساعد على أن يظهر التشريع فى صورة محكمة ، وأن يصاغ صياغة قانونية دقيقة وهذا من شأنه أن يساعد على رقى علم القانون وتقدمه فى الدولة . حيث يمر بمراحل متعددة من اقتراح ومناقشة وإصدار ونشر مما يساعد على صياغته صياغة دقيقة .

٣- سرعة إعداده : مما يساعد على مواجهة أى ظروف أو مشكلات تحدث فيمتاز التشريع بأنه يسهل إلى حد كبير سن القواعد التشريعية على وجه

السرعة إذا ما طرأ من الظروف ما يتطلب ذلك لعلاج المشاكل العاجلة وهذه الميزة يفترق إليها العرف إذ أنه يحتاج إلى وقت طويل لاكتمال عناصره .

٤- التشريع يساهم في وحدة القانون داخل الدولة : مما يحقق المساواة بين الأفراد ، ذلك أن التشريع يطبق في جميع أنحاء الدولة وهذا يحقق المساواة بين الأفراد ويحقق في نفس الوقت وحدة القانون داخل الدولة . أما العرف فإنه عادة ما يختلف من إقليم إلى آخر في الدولة ، أي تختلف القواعد العرفية ، باختلاف الأقاليم وهذا يخل بمبدأ المساواة بين الأفراد أمام القانون .

٤- التشريع عامل مهم من عوامل تطوير المجتمع : فإنه يمكن عن طريق التشريع إدخال النظم القانونية التي ثبت نجاحها في بعض الدول الأخرى في القانون الداخلي للدولة وتطبيقها وهذا يساعد على تطوير المجتمع وتقدمه نتيجة للأخذ بهذه النظم القانونية المتطورة ، وما تشتمل عليه من أفكار مستحدثة .

- عيوب التشريع :

بالرغم من المزايا السابقة التي يتميز بها التشريع عن غيره من المصادر فإن له عيوب تتمثل في الآتي :

١- الجمود : لأنه قد يوضع في ألفاظ محددة مما يؤدي إلى أن تصبح القاعدة القانونية جامدة لا تلائم تطور المجتمع ، بمعنى أنه قد يوضع في ألفاظ محددة ، ويؤدي إلى أن تصبح القاعدة القانونية جامدة ، لا تلائم تطور المجتمع وحاجته ولا يتغير تلقائياً إلا عن طريق تدخل السلطة الحاكمة .

٣- عدم تعبيره التعبير الصحيح عن ظروف الجماعة :

حيث أنه من وضع المشرع وهو بشر وبدا يشوبه بعض النقص حيث : أ-
قد يصدر غير ملائم لظروف المجتمع وحاجاته .

ب- قد يأتي متعارض مع رغبات أفراد المجتمع كالتشريعات الضريبية .

إن هو من خلق البشر ومن ثم أمكن سن تشريعات لا تتماشى مع حاجات الأمة
ورغباتها في حين أن العرف من خلق الجماعة ذاتها ولذلك فهو يتفق مع
رغبات الجماعة .

وهذه العيوب لا تعتبر شيئاً إذا ما قورنت بمزاياه خصوصاً أن المشرع يحرص
دائماً على أن يتناول القواعد التشريعية بالتعديل كلما تغيرت الظروف لتكون
هذه القواعد ملائمة لحاجات المجتمع ومحققه لمصالحه .

المطلب الثاني

أنواع التشريعات

التشريع الأساسي (الدستور) - التشريع العادي - التشريع الفرعي

- تنقسم التشريعات إلى ثلاثة أنواع ، التشريع الأساسي ، والتشريع العادي ،

والتشريع الفرعي ، وتدرج في قوتها طبقاً لهذا التدرج

- تدرج التشريعات :

تتعدد القواعد التشريعية الصادرة عن الدولة تتفاوت في قوتها تبعاً لأهمية المسائل التي تتناولها بالتنظيم .

هناك أنواع ثلاثة من التشريعات تدرج في القوة أعلاها التشريع الأساسي وهو الدستور ثم يليه في القوة التشريع العادي ، ويسميه بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسي ، وهو يشمل القوانين العادية ، ثم يلي هذا في القوة التشريع الفرعي ، وهو يشمل القرارات الإدارية التنظيمية أو اللوائح التي تصدرها الهيئات التنفيذية المختلفة .

ومقتضى هذا التدرج في القوة أن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى منه . فلا ينبغي أن يأتي التشريع العادي مخالفاً للتشريع الأساسي ، ولا أن يأتي التشريع الفرعي مخالفاً لأي من هذين التشريعيين . فإذا تعارض تشريعان من درجتين مختلفتين وجب تغليب التشريع الأعلى ، وهو ما يتحقق عن طريق الرقابة القضائية على صحة التشريعات .

- ونتعرف عليها من خلال الآتي :

أولاً : الدستور (التشريع الأساسي) :

التشريع الأساسي أو الدستور يأتي في المرتبة الأولى بالنسبة للتشريعات إذ أنه أقوى التشريعات :

فهو : مجموعة القواعد القانونية التي تحدد شكل الدولة ، ونظام الحكم فيها ، والسلطات الرئيسية بها ، وحقوق وحرريات الأفراد ، وضمانات هذه الحقوق والحرريات .

- ويأتي التشريع الدستوري في المرتبة الأولى بين التشريعات

ويختلف وضعه باختلاف الظروف السياسية في الدول فقد يأتي في شكل منحة يقدمها الحاكم للشعب ، أو عن طريق الاتفاق بين الحاكم والمحكومين ، وقد يتم وضعه بواسطة جمعية منتخبة أو عن طريق الاستفتاء الشعبي .

- وضعه :

١- ففيما يتعلق بوضع الدستور يتوقف الأمر على الظروف السياسية القائمة فقد يصدر الدستور منحة من الحاكم في الدولة للشعب وإن كان ذلك لا يحدث عملاً إلا تحت ضغط الشعب الذي يعتبر صاحب السيادة الأصيل وقد يصدر في صورة عقد بين الشعب والحاكم .

وقد تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب ، وقد يتم عن طريق جمعية تأسيسية واستفتاء الشعب عليه .

وهاتان الطريقتان الأخيرتان هما اللتان تتفقا مع المبدأ الديمقراطي على اعتبار ان الشعب هو مصدر السلطات ، وهذه هي الطريقة الأخيرة هي المعمول بها في دستور مصر الحالي ٢٠١٤ .

تعديله :

٢ - وفيما يتعلق بتعديل الدستور ، فتنقسم الدساتير من حيث التعديل إلى مرنة ، وجامدة فالدستور المرن يكفي لتعديله أن يصدر تشريع عادي بالإجراءات التي تصدر بها القوانين العادية ، أما الدستور الجامد لا يمكن تعديل أحكامه أو إلغائها إلا بشروط خاصة وإجراءات معينة .

وطبقاً لنص (م/٢٦٦) من دستور الجمهورية مصر العربية الصادر عام ٢٠١٤ يكون "الرئيس الجمهورية ولخمس أعضاء مجلس النواب ، طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ، ويجب أن يذكر في الطلب المواد المطلوب تعديلها ، وأسباب التعديل وفق إجراءات معينة تنتهي باستيفاء الشعب على التعديل . "

ثانياً : التشريع العادي (القانوني) ويأتي في المرتبة الثانية :

هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة التشريعية في الدولة في موضوع معين طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور ..

وجاء نص (م/١٠١) من دستور ٢٠١٤ مبيناً السلطة التي تضع التشريع العادي ، على النحو التالي "يتولى مجلس النواب لطة التشريع ، وإقرار السياسة العامة للدولة ، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية ، والاجتماعية ، والموازنة العامة للدولة ، ويمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية وذلك كله على النحو المبين في الدستور"

وبالتالي يتضح أن لرئيس الجمهورية أن يتولى هذه السلطة (سن التشريع العادي في حالة الضرورة) .

فالأصل ان السلطة التشريعية " مجلس النواب " هو المختص بوضع التشريع العادي .

ولكن الدستور أجاز استثناء لرئيس الجمهورية وضعه في حالتين (التفويض - الضرورة)

أولاً : حالة التفويض :

- يقصد بتشريع التفويض :-

تفويض مجلس النواب رئيس الجمهورية في وضع التشريع :

- شروط التفويض :

١- وجود ظروف استثنائية كما فى حالة حرب أو أزمة سياسية أو اقتصادية

٢- أن تحدد الموضوعات التي يشملها التفويض .

٣- أن يؤقت التفويض لمدة محددة ويجوز التجديد لمدد أخرى .

٤- أن تعرض هذه الموضوعات على مجلس النواب فى أول اجتماع له فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق عليها زال ما كان لها بقوة القانون .

ثانياً : حالة الضرورة :

يقصد بتشريع الضرورة :-

التشريع الذى يضعه رئيس الجمهورية إذا كان مجلس النواب غير قائم وحدثت حالة ضرورة توجب الإسراع فى إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ثم يعرض على المجلس خلال ١٥ يوم من إنعقاده . أما إذا كان المجلس قائماً يدعو رئيس الجمهورية للمجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه .

حيث جاء نص المادة (١٥٦) من دستور ٢٠١٤ "إذا حدث فى غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع فى إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، يدعو رئيس الجمهورية للمجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه . وإذا كان مجلس النواب غير قائم ، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين ، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد ، فإذا لم تعرض وتناقش أو عرضت ولم يقرها المجلس ، زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون ، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة ، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار" .

ومن هذا النص يتضح لنا أن سلطة رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون بالشروط الآتية :

شروط الضرورة :

- ١- وجود ضرورة تقتضى الإسراع في إصدار هذه القرارات .
- ٢- أن يحدث ذلك في غيبة مجلس النواب أى في فترة الحل ، أما إذا كان المجلس في غير أدوار الانعقاد فيدعى من قبل رئيس الجمهورية لانعقاد طارئ لمعالجة حالة الضرورة .
- ٣- أن تعرض هذه القرارات على مجلس النواب خلال ١٥ يوم من تاريخ صدورها إذا كان قائماً وفي أول اجتماع في حالة الحل .
- ٤- إذا لم تعرض وتناقش أو عرضت ولم يقرها المجلس ، زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون ، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة ، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار .

ملحوظة:

تشريع التفويض يصدره رئيس الجمهورية في حالة وجود مجلس الشعب ويختلف عن تشريع الضرورة حيث يصدره حالة غياب مجلس الشعب ، مع ملاحظة نص المادة (١٦٠) من ذات الدستور ، والتي تقضى بأنه إذا قام مانع مؤقت يحول دون مباشرة رئيس الجمهورية لسلطاته حل محله رئيس مجلس الوزراء .

المطلب الثالث

سن التشريع ، ومراحل وضعه

- سن التشريع ووضعه :

تمهيد وتقسيم :

ذكرنا أن مجلس النواب يختص بصفة أصلية بوضع التشريع العادي (كقاعدة عامة) وإستثناءً من هذه القاعدة يجوز لرئيس الجمهورية أن يضع التشريع العادي في صورة قرار جمهوري له قوة القانون في حال الضرورة :

القاعدة العامة : وضع التشريع العادي من مجلس النواب .

يمر وضع التشريع العادي من مجلس النواب المراحل التالية :

١- إصدار التشريع العادي من السلطة التشريعية ، ونفاذه .

* كيفية انعقاد المجلس وطبيعة جلساته :

تنص (م/١١٥) من دستور ٢٠١٤ "يدعو رئيس الجمهورية مجلس النواب للانعقاد الدور العادي السنوي قبل يوم الخميس الأول من شهر أكتوبر ، فإذا لم تتم الدعوة يجتمع المجلس بحكم الدستور في اليوم المذكور ، ويستمر دور الانعقاد العادي لمدة تسعة أشهر على الأقل ويفض رئيس الجمهورية دور الانعقاد بعد موافقة المجلس ، ولا يجوز ذلك للمجلس قبل اعتماد الموازنة العامة للدولة "

كما تجيز (م/١١٦) من الدستور ٢٠١٤ "يجوز انعقاد مجلس النواب في اجتماع غير عادي لنظر أمر عاجل ، بناء على دعوة من رئيس الجمهورية ، أو طلب موقع من عشر أعضاء المجلس على الأقل" وجاء نص المواد (١٧٧ ، ١١٨ ، ١١٩) من دستور ٢٠١٤ يتناول تنظيم عمل المجلس ولائحته الداخلية والمحافضة على النظام بداخله . (١) هذا وطبقاً للمادة (١٢٠) من

الدستور تكون "جلسات مجلس النواب علنية . ويجوز انعقاد المجلس في جلسة سرية بناء على طلب رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء ، أو رئيس المجلس ، أو عشرين من أعضائه على الأقل ، ثم يقرر المجلس بأغلبية أعضائه ما إذا كانت المناقشة في الموضوع المطروح أمامه تجرى في جلسة علنية أو سرية" .

هذا ويمر التشريع قبل أن تكتمل له عناصر الوجود والنفاد بمراحل متعددة حتى يصبح ملزماً لكافة الأفراد حكماً ومحكومين .

هذه المراحل تبدأ باقتراح التشريع وتنتهي بنشرة في الجريدة الرسمية .

مراحل وضع التشريع العادي

المرحلة الأولى : اقتراح التشريع :

وهو حق لرئيس الجمهورية أولاً ثم لأعضاء مجلس الشعب .

والمقصود باقتراح التشريع هو إعداده في صورة مشروع مكون من مواد وتقديمه إلى الهيئة التشريعية في الدولة للموافقة عليه .

حصرت المادة (١٢٢) من دستور ٢٠١٤ سلطة اقتراح التشريع في "رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء ولكل عضو في مجلس النواب اقتراح القوانين" .

وإذ قدم الاقتراح من رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء (الحكومة) أو من عشر أعضاء مجلس النواب فإنه يسمى "مشروع بقانون" أما إذا كان الاقتراح مقديماً من أحد الأعضاء بمجلس النواب فإنه يسمى "اقتراح بقانون" .

وطبقاً للمادة (١٢٢) ، يحال كل قانون مقدم من الحكومة أو من عشر أعضاء المجلس إلى اللجان النوعية المختصة بمجلس النواب لفحصه وتقديم تقرير عنه إلى المجلس ويجوز للجنة أن تستمع إلى ذوي الخبرة في هذا الموضوع .

ولا الاقتراح بقانون المقدم من أحد الأعضاء إلى اللجنة النوعية ، إلا إذا أجازته اللجنة المختصة بالمقترحات ، ووافق المجلس على ذلك . فإذا رفضت اللجنة الاقتراح بقانون وجب أن يكون قرارها مسبباً . وكل مشروع قانون أو اقتراح بقانون رفضه المجلس ، لا يجوز تقديمه ثانية في دور الانعقاد نفسه .

المرحلة الثانية : مناقشة الاقتراح :

ويتم ذلك من خلال اللجنة المختصة بمجلس الشعب فإذا وافق المجلس يبعث بذلك إلى رئيس الجمهورية وله حق الاعتراض خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه فإذا لم يرد خلال هذه المدة اعتبر المشروع قانوناً واجب الإصدار وإذا اعترض أثناء المهلة يعاد إلى المجلس وتقوم حالتين :-

أ- إما أن يوافق المجلس على الرفض ويلغى المشروع .

ب- أو يصر على الإصدار وهنا لا بد من موافقة ثلثي أعضاء المجلس جميعاً فإذا تمت الموافقة من ثلثي الأعضاء فيتم نفاذ المشروع

فالقاعدة العامة في الانعقاد والتصويت : طبقاً لنص المادة (١٢١) من دستور مصر ٢٠١٤ " لا يكون انعقاد المجلس صحيحاً ولا تتخذ قراراته إلا بحضور أغلبية أعضائه وفي غير الأحوال المشترط فيها أغلبية خاصة ، تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، وعند تساوى الآراء ، يعتبر الأمر الذى جرت المداولة في شأنه مرفوضاً وتصدر الموافقة على القوانين بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، وبما لا يقل عن ثلث عدد أعضاء المجلس .

كما تصدر القوانين المكملة للدستور بموافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس . وتعد القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية ، والنيابية ، والمحلية ، والأحزاب السياسية ، والسلطة القضائية ، والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية ، والمنظمة للحقوق والحريات الواردة في الدستور مكملة له .

وكل مشروع قانون أو اقتراح بقانون رفضه المجلس ، لا يجوز تقديمه ثانية في دور الانعقاد نفسه .

لا يكون التشريع قابلاً للتطبيق ، أي نافذاً ، بمجرد إتمام إجراءات سنه ، بل يلزم فوق ذلك ، أن تتخذ إجراءات يمكن وصفها بأنها تنفيذية لنفاذ القانون والتزام الناس كافة بأحكامه ، فالتشريع الذي يقره مجلس النواب ، أي القانون يحتاج بجانب إقرار المجلس له إلى إصدار من رئيس الجمهورية وعدم اعتراضه عليه ، ثم نشره في الجريدة الرسمية . وبمجرد ذلك النشر يصبح التشريع قانوناً واجب النفاذ ويفترض علم الناس كافة به وهو مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون .

المرحلة الثالثة : نفاذ التشريع ويكون ذلك ب : - الإصدار ٢ - النشر الذي اعده مرحلة رابعة .

* مرحلة الإصدار والاعتراض

بعد موافقة مجلس النواب على المشروع بقانون "أو الاقتراح بقانون على النحو سالف الذكر تعتبر مرحلة سن التشريع قد انتهت وتأتي مرحلة إصدار التشريع ونفاذه .

والمقصود بإصدار التشريع هو موافقة رئيس الجمهورية عليه وإصدار أمره إلى السلطات التنفيذية بتنفيذه ، بإعتبار رئيس الجمهورية رئيس السلطة التنفيذية .

فيجب على رئيس الجمهورية بعد إقرار التشريع أن يقوم بإصداره ويعتبر هذا الإصدار بمثابة بدء ميلاد تشريع جديد .

وقصرت المادة (١٢٣) من دستور ٢٠١٤ حق إصدار القوانين والاعتراض عليها على رئيس الجمهورية . وإذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع

قانون أقره مجلس النواب ، رده إليه خلال ثلاثين يوما من إبلاغ المجلس إياه ، فإذا لم يرد مشروع القانون في هذا الميعاد اعتبر قانونا ويصدر . وإذا رد في الميعاد المتقدم إلى المجلس وأقره ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه . اعتبر قانونا وأصدر .

المرحلة الرابعة : مرحلة النشر

فمن الطبيعي أن لا يسأل الناس إلا عن أمر معلوم وبذا فلا بد من تمام هذه المرحلة الأخيرة وهي النشر في الجرائد المعدة لذلك وهي الجرائد الرسمية المعتمدة من الدولة وبذا فلا يقوم مقامها الإعلان في الجرائد العادية والمجلات والإذاعة والتلفزيون .

والمقصود بالعلم هنا العلم الافتراضى لا الفعلى .

فبعد انتهاء مرحلة الاصدار يكون التشريع موجودا وناظدا ولكنه لا يكون ملزما للأفراد ولا للسلطات العامة فى الدولة إلا بعد نشره .

والنشر هى وسيلة يتحقق بها وصول التشريع إلى علم الأفراد المخاطبين بأحكامه حتى يكون التشريع ملزما لهم .

ويترتب على عدم النشر ، أن التشريع لا يكون ملزما للأفراد وتنشر التشريعات عادة فى جريدة تخصص لذلك تسمى بالجريدة الرسمية .

ولا يكفى عملية النشر فى الجريدة الرسمية وإنما يجب أن توزع الجريدة الرسمية ومن المعتاد أن تمر مدة مناسبة بعد نشر التشريع ، هذه المدة حددتها المادة (٢٢٥) من دستور ٢٠١٤ بخمسة عشر يوما من تاريخ إصدارها ويعمل بالقوانين بعد ثلاثين يوما من اليوم التالى لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاد آخر .

وبعد نشر التشريع ومضى المدة المحددة للعمل به يصبح التشريع ملزماً لجميع الأفراد حكاما ومحكومين ، ويعتبر نشر التشريع قرينة على افتراض العمل به ويعبر عن ذلك :

بقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (القانون لا يعرف زينب) .

ثالثاً : التشريع الفرعي " اللوائح "

هي : مجموعة القواعد التي تصنعها السلطة التنفيذية .

ويأتي في المرتبة الثالثة .

ويطلق عليه التشريع الثانوي أو اللوائح وهو من اختصاص السلطة التنفيذية بصفة أصلية وهي تستمد هذا الاختصاص مباشرة من الدستور ، فرغم أن السلطة التشريعية هي السلطة المختصة بوضع التشريعات ، إلا أنه ولا اعتبارات معينة أعطى الدستور السلطة التنفيذية حق إصدار بعض التشريعات وتسمى التشريعات الصادرة من السلطة التنفيذية باللوائح وهي تنقسم إلى ثلاثة أنواع :

أنواعها :-

١- اللوائح التنفيذية : هي مجموعة القواعد (اللوائح) التي تضعها السلطة التنفيذية الممثلة في رئيس الجمهورية وله الحق أن يفوض غيره في إصدارها كالوزير أو المحافظ .

ويقوم سند إصدار تلك اللوائح على ما تقضى به النصوص الدستورية .

حيث تنص المادة (١٧٠) من دستور ٢٠١٤ على "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، بما ليس فيه تعطيل أو تعديل أو إعفاء من تنفيذها ، وله أن يفوض غيره في إصدارها ، إلا أن حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه " .

وهذه اللوائح الأصل فيها عدم جواز تضمينها للنصوص تجريم أو عقاب ، فهي منفذة فقط ، ما لم يرخص لها القانون أو يحيل إليها مسألة تتعلق بالتجريم والعقاب في نصوصه .

٢- اللوائح التنظيمية : هي مجموعة القواعد (اللوائح) التي تضعها السلطة التنفيذية الممثلة في رئيس الجمهورية وليس له الحق أن يفوض غيره في إصدارها كتحديد عدد الوزارات .

وكالقواعد اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق العامة في الدولة بإعتبار السلطة التنفيذية هي التي تشرف على سير المرافق العامة ، وتتولى إدارة المصالح الحكومية ، ومن ثم فهي أقدر على اختيار انسب الطرق لتنظيم سير العمل فيها .

ويقوم سند إصدار تلك اللوائح على ما تقضى به النصوص الدستورية ، حيث تنص المادة (١٧١) من دستور ٢٠١٤ على أن "يصدر رئيس مجلس الوزراء القدرات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها بعد موافقة مجلس الوزراء" أى أن موافقة مجلس الوزراء هي الأساس الذى يبنى عليه إصدار قرار من رئيس مجلس الوزراء .

ويتميز هذا النوع من اللوائح بعدم جواز التفويض في إصدارها .

٣- اللوائح الضبطية (البوليسية) :

هي مجموعة القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية وليس له حق أن يفوض غيره في ذلك

مثل : لوائح المرور واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية ، وتعتبر أخطر اللوائح لأنها تفرض قيوداً على حريات الأفراد .

وتعد من أخطر أنواع اللوائح ، حيث تشمل طائفة من القواعد العامة المجردة التي تتعلق بممارسة حريات الأفراد فى إطار النظام العام بمدلولاته المختلفة (الأمن العام – الصحة العامة – السكينة العامة) وكذلك الآداب العامة والتي يحمى المجتمع عن طريقها من الانحلال

وتستمد سلطة إصدار لوائح الضبط من النصوص الدستورية التي تقرها . وتنص المادة (١٧٢) من دستور ٢٠١٤ على أن "يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقة مجلس الوزراء" . أى أن مجلس الوزراء هي الأساس الذى يبنى عليه إصدار قرار من رئيس مجلس الوزراء .

ويتميز هذا النوع من اللوائح بعدم جواز التفويض فى إصدارها .

وهذا النوع من اللوائح أخطر من النوعين السابقين لأنها تضع قيوداً على حريات الأفراد وتقرر عقوبات على من يخالفها . لذا قيدها المشرع بنصه على أن العقوبات المقررة فى هذه اللوائح لا تزيد على العقوبة المقررة للمخالفات .

ثانياً : العرف

المطلب الأول : التعريف بالعرف – مزاياه .

المطلب الثاني : اركان العرف .

المطلب الثالث : التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية .

ثانياً : العرف

تمهيد وتقسيم :

يأتي العرف في المرتبة التالية للتشريع من بين المصادر الرسمية للقانون الوضعي المصري بحيث يجب – طبقاً للمادة الأولى من والتقنين المدني المصري – عند عدم وجود نص في التشريع الالتجاء إلى العرف .

ودراسة العرف تقتضى البحث فى عدة مسائل أولها تعريف العرف وتقديره من حيث المزايا والعيوب ، ثم بيان أركانه كى نقف على الشروط التى يلزم توافرها لقيامه ، وهو ما يودى بنا إلى التفرقة بينه وبين العادة الاتفاقية . ونتعرف على ذلك من خلال الآتي :

المطلب الأول : التعريف بالعرف – مزاياه .

المطلب الثاني : اركان العرف .

المطلب الثالث : التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية .

المطلب الأول

التعريف بالعرف – مزاياه

– تعريفه :

هو اعتياد الناس على سلوك معين ، في مسألة معينة بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بانها ملزمة ، لها قوة التشريع ، حيث يتعرض من يخالفها لجزاء مادي توقعه السلطة العامة .

ويتضح من هذا التعريف أن العرف قانون غير مكتوب ، فقواعد العرف لم تضع في وثيقة رسمية مكتوبة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع ، فالعرف ليس من وضع سلطة رسمية في الدولة ولكنه نابع من سلوك الناس أنفسهم واعتيادهم على نمط معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية .

ولذلك كان العرف هو المصدر الأول للقانون في المجتمعات البدائية ، لأنه المصدر الذي توحى به الفطرة في المجتمع البدائي ، حيث تسيطر التقاليد ولا توجد من الضرورات الاجتماعية ما يدعو السلطة الحاكمة إلى التدخل لفرض قواعد قانونية .

ولكن مع تقدم المدنية ومع نمو سلطة الدولة ودقة تنظيمها في العصر الحديث وتدخلها في حياة الأفراد ، أصبح العرف غير قادر على مواجهة كل ما تتطلبه الجماعة من تنظيم لشئونها .

ولذلك ظهرت الحاجة إلى التشريع كمصدر رسمي منظم تضعه السلطة العامة لتنظيم المجتمع بقواعد قانونية محددة . وأصبحت لهذا التشريع المرتبة الأولى بين مصادر القانون وهبط العرف إلى المرتبة الثانية في هذه المصادر بحيث لا يرجع إليه إلا عند عدم وجود نص في التشريع .

مثال للعرف : ما قضت به المحاكم من أن " الأثاث الموجود في منزل الزوجية يكون مملوكاً للزوجة "

وذلك طالما ليس مع الزوج ما يدل على أن الأثاث مملوك له .

ملحوظة : نادراً ما يكون للعرف وجود في القانون الجنائي ، لأنه لا جريمة ، ولا عقوبة إلا بنص .

- مزايا العرف :

تقابل مزايا العرف عيوب التشريع :-

(١) أن العرف يأتي ملبياً لرغبات الجماعة ومحققاً لمصالحها ، لأنه ينشأ من اعتياد الناس على سلوك معين .

(٢) يكمل العرف التشريع ، ويسد ما يمكن أن يوجد فيه من نقص لأن التشريع لا يمكن أن يحيط بكل ما تحتاجه علاقات الناس من تنظيم ، عندئذ يتدخل العرف ليكمل ما في التشريع من نقص .

- عيوب العرف :

١- يعاب على العرف أنه بطئ في تكوينه ، فلا بد من مرور فترة طويلة يستقر في أذهان الناس أن ما اعتادوا عليه قد أصبح عرفاً ملزماً .

٢- يعاب على العرف أن التثبيت من وجوده ليس أمراً سهلاً

لأن قواعده وأحكامه ليست موضوعة في نصوص مكتوبة .

الأمر الذي يصعب معه تطبيق العرف على نحو دقيق ويؤدي هذا إلى نزاع حول وجود العرف نفسه .

٤- أن العرف يكون في الغالب إقليمياً يختلف من إقليم إلى آخر ، فتختلف

بالتالي القواعد التي تحكم المسألة الواحدة في البلد الواحد .

وهذا يتعارض مع مصلحة الدولة التي تقضى بوحدة القانون المطلق فى كل أراضىها .

- أنواعه : ينوع العرف إلى أنواع عديدة :

- من حيث الشمول أ- شامل : أى يطبق على الجميع .

ب- إقليمى : أى لا يطبق إلا على إقليم محدد من أقاليم الدولة .

ج- مهنى : وهو الذى لا يطبق إلا على أفراد مهنة واحدة كطائفة التجار والزراع .

د : من حيث اتصاله بالنظام العام :

أ- أمر: مثل الأعراف الدولية المنظمة لحقوق الأسرى وقت الحرب

ب- مكمل : كالأعراف التجارية .

هـ : من حيث طبيعة العلاقة :

أ- عام : كتنظيم المرافق العامة .

ب- خاص : كتنظيم العلاقات التجارية .

المطلب الثاني

اركان العرف

الأركان اللازمة لقيام العرف :

رأينا أن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين ، فى مسألة معينة ، بحيث ينشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بانها ملزمة .

يتبين لنا من هذا التعريف أن للعرف ركنين ، أولهما : هو اعتياد الناس على سلوك معين ، وهذا هو الركن المادى .

الثانى : هو اعتقاد الأفراد بأن هذا السلوك ملزم لهم ، وهذا هو الركن المعنوي .

أولاً : الركن المادى (الاعتياد) : ويتحقق من خلال اعتياد الناس سلوك معين .

ويشترط فى الاعتياد حتى يكون العرف صحيح صفات أربعة

هى :

١ - العموم ٢ - القدم

٣ - الثبات ٤ - عدم مخالفته للنظام العام والآداب

أولاً : يجب أن تكون القاعدة عامة :

-العموم :فيجب أن تكون القاعدة عامة بمعنى أن يكون السلوك الذي اعتادوا عليه شائعاً بين الأفراد في المجتمع ولا يشترط أن يكون شاملاً لكل الأفراد لأنه قد لا يطبق إلا على إقليم محدد من أقاليم الدولة كالمحافظة مثلا فيكون محليا وقد لا يطبق إلا على أفراد مهنة واحدة كطائفة التجار والزراع فيسمى طائفياً أما إذا كان مطبقاً في أنحاء الدولة فيكون شاملاً .

ثانياً : يجب أن تكون القاعدة قديمة :

- القدم :

والمقصود بالقدم أن تكون قد درجوا على أتابعها منذ فترة كافية حتى يمكن القول بانها رسخت في نفوسهم وهذه المدة غير محددة بفترة زمنية معينة ، وإنما يكفي أن تكون هذه العادة قد استقرت بين الأفراد نتيجة لاتباعها مدة طويلة ، وتقدير هذا الاستقرار موضوعية يتولى تقديرها قاضى الموضوع .

ثالثاً : أن تكون القاعدة ثابتة ومطرودة :

ونعنى بالثبات أن يجرى الأفراد على اتباع هذا السلوك أو هذه العادة بصفة مستمرة ودون انقطاع ، وصفة الثبات أو الاطراد مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع فيقرر ما إذا كانت هذه الصفة متوافرة أم لا .

- إذن الثبات فيجب أن تكون العادة يعمل بها بصفة مستمرة ودون

انقطاع ويخضع لتقدير القاضى

رابعاً : ألا يكون السلوك الذى اعتاد عليه الأفراد مخالفاً للنظام أو الآداب بأن

يكون مشروع :

فلا يمكن أن تودى عادة الأخذ بالتأثر إلى تكوين عرفاً لأن هذه العادة التي اعتاد عليها الأفراد في بعض البلاد عادة فاسدة تتعارض مع النظام العام في الدولة .

ثانياً : الركن المعنوي (الاعتقاد) :

ويتحقق من خلال شعور الأفراد واعتقادهم بأنه ملزم لهم وإذا خالفوا هذا السلوك فإنهم يخالفوا قاعدة قانونية ملزمة ، وإذا توافر للعرف ركنه المادي والمعنوي نشأت عنه قاعدة قانونية ملزمة كالقاعدة التشريعية تماما ويعد

العرف المصدر الاحتياطي الأول في التشريع المصري

فمجرد توافر الشروط السابقة المكونة للركن المادي لن يكفي فى حد ذاته لنشأة

العرف فاطراد سلوك الأفراد على وجه معين فى مسألة بذاتها قد يتوافر فى

بعض العادات دون أن يؤدي ذلك إلى ارتقائها إلى مرتبة القاعدة القانونية العرفية فكثير من التقاليد والعادات المحلية كقواعد المجاملات يتوافر لها عناصر العمومية والقدم والثبات دون أن يترتب على ذلك اعتبارها عرفاً .

فلكي ترتقى العادة إلى مرتبة العرف لابد من توافر عنصر نفسي أو معنوي هو اعتقاد الناس أن قاعدة السلوك التي تتضمنها العادة هي قاعدة ملزمة وواجبة الاتباع .

فالمقصود إذن بالركن المعنوي للعرف هو اعتقاد الأفراد لدى اعتيادهم على اتباع سلوك معين أو عادة معينة أنهم ملزمون بذلك بمعنى أنهم يعتقدون أنهم إذا خالفوا هذا السلوك أو هذه العادة فإنما يخالفوا قاعدة قانونية ملزمة ، وهذا الركن هو الذي يميز العرف عن العادة الاتفاقية .

ويعتبر العرف المصدر الاحتياطي الأول في التشريع المصري ، فحين يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه ، يجب عليه أن يلجأ إلى القواعد العرفية يستقى منها الحل المناسب للنزاع .

إذن العرف يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع وله دور مهم جداً بالنسبة للتشريع يتضح من خلال :

١- العرف المكمل للتشريع : بمعنى أن العرف ينظم مسألة كاملة لم ينظمها نص في التشريع ، ومن أمثلة ذلك ما ذكرناه في نطاق الأحوال الشخصية من أن أثاث المنزل ملكاً للزوجة ما لم يثبت الزوج عكس ذلك .

٢- العرف المعاون للتشريع :

أي أن التشريع قائم ، ولكن يستعان بالعرف لتطبيق النص التشريعي بصورة منضبطة ، وكاملة ، ومن أمثلة ذلك : ما نص عليه في القانون في

المادة ١٥٠ مدنى من أن القاضي عند تفسير العقد يجب أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ مع الاستهزاء فى ذلك بالعرف الجارى فى المعاملات .

٣- العرف المخالف للتشريع : قد يخالف العرف التشريع ، ولا يقصد هنا بالمخالفة أن يخالف العرف نصاً تشريعياً ، لأن التشريع أقوى من العرف ، ولا يلغيه إلا تشريع من درجته أو أعلى منه . إنما المقصود هنا أنه فى القواعد المكتملة المتروك للمتعاقدين حرية مخالفتها والاتفاق على غيرها ، حيث ينطوي النص التشريعي على قاعدة عامة ، ثم يترك للعرف تحديد الاستثناءات التى ترد عليها ، أو يسمح للقاعدة العرفية أن تحل محل القاعدة العامة التى وردت بالتشريع .

، ومن أمثلة ذلك : ما نص عليه فى القانون فى المادة ٤٤٧ مدنى من أن البائع يضمن العيوب الخفية بالمبيع ثم جاءت المادة ٤٤٨ لتقرر بأن البائع لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه .

فرغم توافر أركان العيوب الخفية ، وانطباق القاعدة العامة الواردة بالمادة ٤٤٧ إلا أن العرف قد يسقط عن البائع التزامه بضمان هذه العيوب إذا كانت من العيوب التى استقر فيها العرف بالتسامح فيها

حتى فى نطاق القواعد الآمرة قد يأتى العرف لتكون له الصدارة فى التطبيق على قاعدة قانونية تشريعية أمرية

، ومن أمثلة ذلك : ما نص عليه القانون المدنى من عدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز أن تزيد مجموع الفوائد على أصل رأس المال ، دون اخلال بالعرف التجارى .

إذن المشرع سمح للعرف فى العلاقات التجارية بأن يخالف نصاً تشريعياً أمراً

المطلب الثالث

العرف ، والعادة الاتفاقية

الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية :

تعريف العادة الاتفاقية :

العادة هي : اتباع الناس سلوك معين ، دون شعورهم بان هذا السلوك ملزم لهم ، وبالتالي تفقد عنصر الإلزام وهذا ما يميزها عن العرف ، فالعادة لا يلزم لقيامها إلا توافر الركن المادي فقط من أركان العرف دون الركن المعنوي .

وتختلف العادة الاتفاقية عن العادة الاجتماعية التي تعارف الناس على اتباعها كتقديم الهدايا في المناسبات .

أما العادة الاتفاقية التي تتصل بالعلاقات القانونية مثل: ما جرت به العادة عند بيع الفاكهة بالمائة حبة في بعض الجهات تعد مائة فقط وفي بعض الجهات الأخرى تعد مائة وعشرة أو مائة وعشرين

وما جرى عليه العمل في بعض الفنادق والمطاعم من إضافة نسبة مئوية معينة إلى الحساب كوهبة أو البقشيش لمن يقومون بالخدمة .

الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية :

العادة هي : ما جرى الناس على اتباعه ، وتوافر بشأنه الأركان المادية للعرف ، إنما افتقر إلى الركن المعنوي الذي يمثل فيما يتولد بين الناس من الشعور بالالتزام بها ، وتقبل تنفيذها جبراً عن طريق السلطات .

وتسمى بالعوادات الاتفاقية لأنها تمثل سلوكاً دأب عليه الناس ، ولأنها لا تصير ملزمة إلا إذا اتفق المتعاقد عليها صراحة أو ضمناً

فقد يتفق المتعاقدان على اتباع العادة في بنود العقد الصريحة المكتوبة ، وقد يسكت العقد عن استبعاد عادة مستقرة ، فيفهم من طبيعة التعامل أنهما قصدا ضمناً الالتزام بالعادة ، ولذلك فإن الأمر يستلزم ثبوت علم المتعاقدين بالعادة المستقرة على خلاف العرف الذى يفرض فيهما هذ العلم .

ومن أمثلة العادة : ما جرت به العادة عند بيع الفاكهة بالمائة حبة في بعض الجهات تعد مائة فقط وفى بعض الجهات الأخرى تعد مائة وعشرة أو مائة وعشرين .

وعلى ضوء ما تقدم نوجز أوجه الفرق بين العرف ، والعادة فى الآتى :

يختلف العرف عن العادة الاتفاقية من حيث أن العرف يتطلب توافر ركنين لوجودهما الركن المادي والركن المعنوي ، أما العادة الاتفاقية فهي لا تتطلب إلا الركن المادي فقط أي اطراد الأفراد على اتباع سلوك معين بالنسبة لمسألة معينة دون أن يقوم في أذهانهم أن هذا السلوك ملزم .

ويترتب على ذلك أن العرف قانون أما العادة الاتفاقية فليست قاعدة قانونية ويترتب على هذا الفارق عدة نتائج أهمها :

١) لما كان العرف قانون ، فإن القاضي يطبقه من تلقاء نفسه ، وذلك بخلاف العادة الاتفاقية التي تعتبر شرط من شروط العقد إذا يجب لتطبيقها أن يطلب أحد الخصوم ذلك من القاضي .

٢) طالما أن العرف قانون فإنه يفترض علم القاضي به .

وبالتالي لا يقع على عاتق الخصوم عبء إثباته وذلك بخلاف العادة الاتفاقية ، إذ يجب على من يدعى بوجود عادة تحكم النزاع أن يقيم الدليل عليها .

٣) لا يقبل من أحد الأفراد أن يطلب عدم تطبيق القاعدة العرفية عليه بحجة انه كان يجهل حكمها بقصد استبعاد تطبيقها ، فالعرف قانون ولا يعذر المرء بجهله

بالقانون ، وهذا على خلاف العادة الاتفاقية فإذا أثبت أن أحد المتعاقدين يجهلها فلا يمكن أن تطبق عليه .

٤) يخضع القاضي في تطبيقه للعرف لرقابة محكمة النقض لأن العرف قانون ويختلف الأمر بالنسبة للعادة الاتفاقية .

أما بالنسبة للعادة الاتفاقية يستقل بالفصل فيها قاضي الموضوع دون ان يخضع في هذا لرقابة محكمة النقض .

ثالثاً: الدين ، مبادئ الشريعة الإسلامية

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً ثالثاً من المصادر الرسمية في القانون المدني حيث يلتزم القاضي بالبحث في نصوص الشريعة الإسلامية ، إذا لم يسعفه نص في تشريع وضعى قائم ، ولا في عرف مستقر .

يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية : مجموعة المبادئ والأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى ، وفرض على المسلمين الامتثال لأوامرها واجتناب نواهيها .

وطبقاً لدستور مصر ٢٠١٤ ، فقد وضع المشرع قاعدة عامة تطبق على جميع المصريين واستثناء يطبق على غيرهم من أصحاب الديانة المسيحية واليهود فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية فقط .

القاعدة العامة : مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع :

حيث نصت المادة الثانية من الدستور على أن " الاسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع " .

مبادئ الشريعة الإسلامية : هي المبادئ العامة الكلية المسلم بها في جميع المذاهب الفقهية الإسلامية وليس الأحكام الجزئية التفصيلية التي يختلف فيها كل مذهب عن الآخر ، ولذلك فإن القاضي وهو بصدد البحث عن الحكم الواجب

التطبيق فى مذاهب الفقه الإسلامى ، فإن لا يتقيد بمذهب محدد ، بل يستطيع أن يأخذ ما يراه أكثر ملائمة للتطبيق .

وقد احتلت الشريعة الإسلامية فى مصر مركز الصدارة كمصدر رسمى للقانون منذ الفتح الإسلامى وكان سلطاتها يشمل كافة العلاقات سواء ما دخل منها فى إطار الأحوال لشخصية أو فى إطار المعاملات المالية لم يكن يخرج عن هذا السلطان سوى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، فقد تركت هذه المسائل لحكم القوانين الخاصة بكل ملة .

ثم صدرت قوانين متلاحقة بتنظيم أغلب هذه المسائل بحيث لم تعد الشريعة الإسلامية والأديان مصدرأ رسمياً أصلياً إلا فى أضيق الحدود ، فلم يبق خاضعاً للأديان سوى مسائل الأسرة ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجة وواجبتها المتبادلة والمهر ونظام أموال الزوجين والطلاق والتطليق ومسائل البنوة والالتزام بالنفقة بين الأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والخلع .

الاستثناء : مبادئ الشريعة المسيحية واليهودية المصدر الرئيسى لأحوالهم الشخصية

نصت المادة الثالثة من الدستور على أن "مبادئ شرائع المصريين المسيحيين واليهود المصدر الرئيسى للتشريعات المنظمة لأحوالهم الشخصية ، وشنونهم الدينية ، واختيار قياداتهم الروحية " .

ومصادر الشريعة الإسلامية على نحو ما اسلفنا هى القرآن ، والسنة والإجماع ، والقياس مصداقاً لقوله تعالى : (...اطيعوا الله ورسوله وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شئ فردوه إلى الله والرسول ...)

رابعاً : مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

كما ذكرنا أنه إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً وجب عليه أن يبحث عن قاعدة عرفية فإن لم يجد فعليه أن يستعين بمبادئ الشريعة الإسلامية فإن لم تسعفه هذه المصادر بالحكم الواجب الاتباع ، فهل يستطيع القاضي أن يمتنع عن الفصل في النزاع بحجة قصور تلك المصادر عن الوفاء بالحاجة ؟

إن القاضي يلتزم بالفصل فيما يرفع إليه من قضايا فلا يستطيع أن يتخلى عن مهمته بحجة غياب القواعد القانونية أو غموضها ، وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة تسمى إنكار العدالة .

ولكى يتحاشى المشرع ورود مثل هذا الفرض أضاف في المادة الأولى من القانون المدني إلى المصادر الثلاث السابقة مصدراً رابعاً يتسم بالشمول والعمومية هو "مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " فعلى القاضي حين لا يجد حكماً في المصادر الثلاث الأخرى وفق الترتيب الذى أوردته نص المادة الأولى أن يحكم بمقتضى هذه القواعد فما هو مضمون مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ؟

المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

ليس لاصطلاح القانون الطبيعي وقواعد العدالة مضموناً محدداً واضحاً حيث ذهب جانب من الفقه فى محاولة لإعطاء تعريف لها بأن القانون الطبيعي هو " مجموعة القواعد أو المبادئ التي يستخلصها العقل البشرى من طبيعة الروابط الاجتماعية باعتبارها المثل الأعلى الذى يهتدى به المشرع الوضعى حتى يقترب من الكمال " ، بينما العدالة هى شعور كامن فى النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير وبهدف إلى تحقيق المساواة بين الحالات المتماثلة ، من مراعاة ظروفها وملابستها .

وبعيدا عن الخلاف حول تعريف اصطلاح مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، فإنه من المسلم به أن هذا الاصطلاح لايعنى قواعد محددة يمكن للقاضي الرجوع إليها على سبيل الدقة مثل التشريع أو العرف ، بل هي مجرد مبادئ أو ضوابط عامة تستخلص منها في كل حال القواعد التي تطبق على النزاع المعروض في ضوء ظروفه وملابساته الخاصة ، بمعنى أن المقصود بالإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هو دعوة القاضي أو تكليفه إلى الاجتهاد برأيه لاستخلاص الحل الذي يطبقه على المسألة المعروضة عليه عند عدم وجود نص تشريعي أو قاعدة عرفية أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية .

وبذا فإن مبادئ القانون الطبيعي والعدالة : مجموعة المبادئ التي يهتدى إليها العقل لتحقيق العدالة وهو ما يمكن أن يعبر عنه بقواعد العدالة ، وقد احتفظ المشرع في القوانين الحديثة بالعدالة والقانون الطبيعي كمصدر أخير للقانون والتطبيقات كثيرة في هذا الشأن منها :

أن الملكية الأدبية ، والفنية لم يك ينظمها تشريع في مصر حتى سنة ١٩٢٩ م ، فلجأت المحاكم إلى العدالة والقانون الطبيعي ، واصدرت أحكامها على نحو يحفظ للمؤلف حقه ، وصاحب الملكية الأدبية حقه

إذ ن وضع مبادئ القانون الطبيعي والعدالة كمصدر رسمي ليس إلا " من قبيل إنقاذ المظهر " فبدلا من أن يعطى المشرع للقاضي صراحة سلطة القاعدة القانونية ، وهو ما يجاوز وظيفة القضاء سمح له بالوصول إلى ذات النتيجة تحت ستار مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، غاية الأمر أن المذكرة الايضاحية حرصت على أن تبين أن سلطة القاضي في الاجتهاد ليست طليقة من كل قيد بل عليه أن يصدر في أحكامه " عن اعتبارات موضوعية عامة ، لا عن تفكير ذاتي خاص " ،

حاصل القول : أن هذا المصدر من مصادر القانون هو في حقيقته ترخيص للقاضي بأن يجتهد ، عندما لا يجد نص في التشريع ، ولا قاعدة في عرف ولا في شريعة اسلامية وأن عبارة العدالة ، والقانون الطبيعي هي في حقيقتها عبارة قد قصد بها تنبيه القاضي بأن يتمهل ، وأن يبنى أحكامه على اعتبارات عامة تحقق عدالة وليس عن أهوائه الذاتية .

بمعنى : اعطاء كل ذي حق حقه طبقا للعدالة ، دون التحيز لأحد الطرفين .

خامساً : الفقه والقضاء كمصدرين تفسيريين

تمهيد :

ظهر لنا أن أن المصادر الرسمية التي ذكرتها المادة الأولى من القانون المدنى هى التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ولذلك عندما يعرض على القاضى دعوى معينة فإنه يبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على هذه الدعوى فى المصادر الرسمية الأربعة مرتبة حسبما جاءت (فى نص المادة الأولى) فإذا وجد القاعدة المطلوبة واضحة ولا غموض فيها فإنه يطبقها مباشرة ، ولكن إذا كانت القاعدة القانونية المراد تطبيقها على القضية المعروضة غير واضحة فالقاضى يقوم بتفسيرها تطبيقاً لإزالة ما بها من غموض وتحديد نطاق تطبيقها .

ويلاحظ أن تفسير القانون لا يقوم به القاضى وحده ، ، وإنما يتولى الفقهاء أو القضاء تفسير القانون فالتفسير الذى يقوم به رجال القضاء يمتاز باهتمامه بالجانب العلمى أو التطبيقى للقانون ، ويعتبر كل من الفقه والقضاء يمتاز باهتمامه بالجانب العلمى أو التطبيقى للقانون ، ويعتبر كل من الفقه والقضاء من المصادر التفسيرية للقانون ، على أنه يجب ملاحظة أن التفسير الذى يقوم به الفقه والقضاء ليست له صفة إلزامية فأراء الفقهاء مهما كانت قوتها وأحكام المحاكم مهما بلغت درجتها ، فليس لهما قوة ملزمة ، ولكن هذا لا يعنى أنها مجردة من كل قيمة فكرياً ما تستأنس المحاكم بأراء الفقه وبأحكام القضاء ، لذلك يطلق على كل من الفقه والقضاء أنهما من مصادر الاستئناس وعلى ذلك يعتبر الفقه والقضاء من المصادر التفسيرية للقانون ولا يدخلان فى عداد المصادر الرسمية للقانون ، وسوف نبين كل منهما على النحو الآتى :

المطلب الأول

الفقه

يقصد بالفقه "مجموعة آراء العلماء الذين يعرضون بها لشرح القانون وتفسيره ونفاذه ، سواء كان ذلك فى مؤلفاتهم أو فى فتاويهم " .

ولقد كان للفقه دور كبير فى ظل الشرائع القديمة وبصفة خاصة فى عهد القانون الروماني والشريعة الإسلامية إذ كان يعد مصدرا رسميا من مصادر القانون .

دور الفقه فى العصر الحديث :

فى العصر الحديث لم يعد الفقه مصدرا رسميا للقاعدة القانونية وبالتالي لم يعد للفقه قوة ملزمة وإنما أصبح مجرد مصدر تفسيري للقاعدة القانونية فالفقيه تقتصر مهمته على شرح القانون وعرض كلياته وجزئياته واستنباط آراء علمية تبين ما يجب أن يكون عليها القانون ويساعد فى تفسير النصوص القانونية المعمول بها وتطبيقها وينير الطريق امام كل من المشرع والقاضي فيهدى بها فى عمله دون أن يكون مقيداً بها ، بمعنى ان الفقيه ليست له صفة رسمية ، ولا سلطة إنشاء قواعد قانونية ولا إبداء آراء ملزمة للأفراد

وللفقيه دور بالنسبة للقاضي والمشرع ، فبالنسبة للقاضي يودى خدمة كبيرة ، فالفقيه هو الذى يتناول النصوص بالشرح والتفسير ويعرض لما يمكن أن يوجد ك فروض تطبق عليها النصوص ، والحلول المناسبة لها ، كما أن الفقيه يقوم بدراسة أحكام القضاء والنقد لها بما يكشف ما بها من عيب ويبين ما كان يجب أن يكون عليه الحكم الأمر الذى يدعو القضاء إلى مراعاة ذلك فى الأحكام المقبلة .

أما دور الفقيه بالنسبة للمشرع ، فالفهاء هو الذى ينبهون إلى ما يوجد من نقص أو عيب فى التشريع وهو الذى يدفعون المشرع إلى تعديل التشريع إذا أصبح غير كاف أو غير ملائم لحكم العلاقات القانونية المتطورة .

المطلب الثاني

القضاء

يقصد بالقضاء كمصدر من المصادر التفسيرية للقانون "مجموعة الأحكام التى تصدرها المحاكم أثناء الفصل فى المنازعات المعروض عليها بين الأفراد" وبمعنى "هى مجموعة المبادئ القانونية التى تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها" وسنبين دور القضاء فى القانون المصري .

- دور القضاء فى القانون المصري :

القضاء فى مصر كما هو فى معظم الدول الأخرى - له وظيفة هو تطبيق القانون ، وقد يحتاج تطبيق القانون إلى تفسير لجلاء غموضه وتحديد معناه ، بل أن القاضي أحيانا قد لا يجد القاعدة القانونية التى تطبق على النزاع المعروض عليه فى أحد المصادر الرسمية ، فيضطر للاجتهاد برأيه حينئذ لاستخلاص الحكم (الحل) الذى يتفق مع مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والحكم الذى يصدره القاضي يكون قاصرا على النزاع المعروض فلا تتقيد به المحاكم الأخرى حتى ولو كانت أدنى درجة ، بل أن هذا الحكم لا يقيد القاضي الذى أصدره إذا عرض عليه نزاع مماثل فالقضاء إذن ليس مصدرا رسميا للقاعدة القانونية ، وغنما يعتبر مصدرا يرجع إليه القاضي للاستئناس عند الفصل فيما يعرض عليه من قضايا .

وقد ذهب البعض للقول بأن استقرار أحكام المحاكم على اتجاه معين بصدد مسألة معينة ، يكون من الناحية العملية تأثير يعادل تأثير القاعدة القانونية

خصوصاً إذا أيدت محكمة النقض هذا الاتجاه فإذا عرض نزاع من هذا النوع ، فإن القاضي يجد نفسه ، من الناحية العملية – ملزماً بالحكم وفقاً لهذا الاتجاه وإلا يتعرض حكمه للنقض الأمر الذي يجعل القضاء مصدراً رسمياً للقانون .

وذهب الغالب من رجال الفقه للقول أن الرأي السابق يعارض مبدأ من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الدولة وهو مبدأ الفصل بين السلطات ، الذي بمقتضاه تقتصر وظيفة القضاء على تطبيق القانون لأن المحاكم تستطيع أن تعدل عما استقرت عليها أحكامها في أي وقت ، أما بالنسبة للحالات التي لا توجد فيها قاعدة قانونية تحكم النزاع فإن القاضي يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فتكون هي المصدر الذي استقى منه القاضي الحل .

حاصل القول : يتبين لنا مما تقدم أن القضاء في القانون المصري لا يعتبر مصدراً رسمياً للقانون وإنما مجرد مصدر تفسيري فأحكام المحاكم مهما علت درجاتها لا تقيد المحاكم التي أصدرت هذه الأحكام ولا تقيد الأدنى منها درجة .

الفصل الثالث

مجال تطبيق القانون

تمهيد وتقسيم :

مجال تطبيق القانون أى نطاق تطبيقه ، وهو أمر جوهري ذلك أن القاضى وهو يلتزم بتطبيق قانون قائم معمول به واجب النفاذ ، فإنه يلتزم بأشخاص ، وبحد مكانى ، وبحد زمانى ، أى أن القانون له أشخاص يطبق عليهم ، وله مجال اقليمي أو مكانى ، وله مجال زمنى

حين يتوافر للقاعدة القانونية الوجود والنفاذ تصبح سارية المفعول وواجبة التطبيق على الأفراد المخاطبين بأحكامها . والوضع المثالى لأى مجتمع هو ان ينصاع أفراده لحكم القانون من تلقاء أنفسهم ، أو يلجأون لوسيط يرتضون ما يفرضه عليهم من حل ، غير أن الأمور لا تسير دائماً على هذا النحو فى الحياة العملية ، فقد يثور نزاع حاد بين أطراف العلاقة القانونية ، ولا يرتضى فيه الأطراف حكم وسيط .

لذلك أنشأت المحاكم القضائية لكى تفصل في مثل هذه المنازعات معبرة عن التطبيق السليم للقانون على العلاقة موضوع النزاع ، وحين يتولى القاضى تطبيق القانون على ما يعرض عليه من منازعات ، لا يطبق في الأصل إلا قوانين الدولة التي ينتمى إليها ، فسلطان الدولة التشريعي لا يمتد كقاعدة عامة ، إلى خارج إقليمها .

وهذا ما يعرف بالنطاق المكاني للقانون ومدى سريان القاعدة القانونية من حيث المكان كما أن القانون يطبق خلال فترة زمنية محددة هي مدة حياته إذ أن القانون لا يستمر إلى الأبد ، و تنتهى حياته بالغاء صراحة أو ضمناً ، وقد يطبق القانون بأثر رجعى فى بعض الأحيان والفترة التي يظل القانون مطبقاً خلالها تعرف بنطاق القانون من حيث الزمان .

وقد يأتي نص القانون أحياناً غامضاً أو غير محدد وبالتالي يحتاج إلى تفسير .

ونتعرف على ذلك من خلال الآتي :

المبحث الأول : السلطة القائمة على تطبيق القانون .

المبحث الثاني : تطبيق القانون من حيث الأشخاص .

المبحث الثالث : تطبيق القانون من حيث المكان .

المبحث الرابع : تطبيق القانون من حيث الزمان .

المبحث الأول

السلطة القائمة على تطبيق القانون

تعدد الوظائف داخل الدولة اقتضى للقيام عليها سلطات متعددة تستقل كل منها بالوظيفة التي تقوم عليها استجابة لمبدأ بين السلطات .

فكانت السلطة التشريعية للقيام على سن التشريع ، والسلطة التنفيذية لتقوم على ملاحظة تنفيذ القوانين وما قد تقتضيه من إصدار قرارات إدارية ، والقيام على إنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة والحفاظ على أمن الدولة سواء تمثل في الأمن العام – المصلحة العامة أو السكينة العامة .

وتقوم السلطة القضائية بحماية النظام القانوني للدولة من خلال الفصل في كافة المنازعات والجرائم (م/١٨٨) من دستور ٢٠١٤ . والتي تنص على "يختص القضاء بالفصل في كافة المنازعات والجرائم ، عدا ما تختص به جهة قضائية أخرى ويفصل دون غيره في المنازعات المتعلقة بشئون اعضائه ويدير شئونه مجلس أعلى ينظم القانون تشكيله وإختصاصاته" .

هذه الحماية القضائية يقصد بها إزالة كل ما يعترض النظام القانوني من عوارض تمنع حماية الحقوق والمراكز القانونية ، سواء كان ذلك في صورة حماية موضوعية بالفصل في أصل الحق أو في صورة حماية مؤقتة للحق لحين الحصول على الحماية الموضوعية النهائية فكأنها تزاوّل رقابة صحة تطبيق القانون سواء من جانب الأفراد أو الإدارة .

أما الحماية الموضوعية فكأنها تكون إما بتقرير وجود الحق أو عدم وجوده وهو ما يسمى بالحكم التقريري شأن الحكم في دعاوى الاستحقاق أو البطلان . وقد تتمثل الحماية الموضوعية في إصدار حكم ينشئ حقاً لصاحب الشأن كما هو الحال بتعديل الالتزام التعاقدى لسبب من الأسباب ويعرف عند ذلك بالحكم المنشئ

أما الحماية المؤقتة : فتتمثل في توفير حماية وقتية للحق حيث يخشى عليه من ضرر محقق يتعذر تداركه إذا ما انتظر إلى حين الحصول على الحماية الموضوعية النهائية ، ولو لم يعد تقصير المواعيد المقررة كدعوى حماية الحيازة ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى استرداد الحيازة ، ودعوى منع التعرض ، ودعوى إثبات حالة منقولات معرضة للتلف أو طلب استلام طفل من يد حاضنته إذا كان في وجوده لديها خطر يهدده أو طلب سماع شاهد يخشى وفاته

ودراسة السلطة القضائية يقتضى الإشارة إلى تنوع تنظيمها عالمياً . حيث تختلف النظم القانونية في تنظيمها للسلطة القضائية إلى نظامين أساسيين :
- نظام القضاء الموحد :

في هذا النظام يسند الاختصاص بنظر جميع المنازعات المتعلقة بتطبيق القانون لمحاكم تابعة لجهة قضائية واحدة ، دون أن يمنع هذا من وجود تقسيم إدارى داخلى فى هذه المحاكم بحسب نوع المنازعة . فتكون هناك دوائر مدنية وتجارية وأخرى تخص مسائل الأحوال الشخصية ، ورابعة تتولى المسائل الجنائية وهذا هو النظام المتبع فى بعض الدول مثل إنجلترا ومن تبع منهجها بغير تمييز فى ذلك بين منازعات إدارية ومنازعات عادية .

- نظام القضاء المزدوج :

فى هذا النظام تتعدد الجهة القضائية بحسب نوع المنازعة فالقضاء العادى يختص بنظر جميع المنازعات العادية أى منازعات القانون الخاص وكذا جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص . بجانب ذلك يعهد للقضاء الإدارى النظر فى المنازعات الإدارية بين الإدارة والأفراد سواء بمناسبة ما تصدره الإدارة من قرارات أو بمناسبة العقود الإدارية المبرمة بينها وبين المواطنين .

هذا هو النظام المتبع في بعض الدول مثل فرنسا ومن حذا حذوها ولقد تبنت مصر هذا الاتجاه فى تنظيمها للسلطة القضائية .

وفى مصر تتكون جهة القضاء العادى من عدة محاكم موزعة فى أنحاء الدولة ومتدرجة إلى درجات على النحو التالى :

جهة القضاء العادى : وتتكون جهة القضاء العادى من عدة أنواع من المحاكم هى محكمة النقض ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية .

١- محكمة النقض : وهى قمة القضاء العادى حيث أنها تعد أعلى درجات التقاضى والطعن فى الأحكام الصادرة من جهة القضاء العادى ومهمتها مراقبة صحة تطبيق القضاة للقانون . وإذا رأت أن الحكم المطعون فيه قد صدر بناء على خطأ فى تطبيق القانون أو تأويله أو إهدار لحق الدفاع نقضت الحكم وبالتالي أعتبر كان لم يكن أما إذا كان الحكم المطعون فيه قد صادف صحيح القانون ترفض الطعن ويصبح الحكم بات لا يقبل الطعن عليه وهى واحدة مقرها القاهرة .

٢- محاكم الاستئناف : ومقرها فى القاهرة والاسكندرية وطنطا والمنصورة وبنى سويف وأسيوط وقنا والاسماعيلية وعند وجود ضرورة تنشأ مثل هذه المحاكم فى محافظات أخرى وهذه المحاكم لها صفتان . صفتها كمحاكم أول درجة حيث تنظر ابتداءً وانتهاءً الجنايات وبعضالجرح الهامة المحددة بالنص الصريح . وصفتها كمحاكم درجة ثانية تنظر فى الطعون المقدمة فى الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى منها فى الدرجة فيما يجوز استئنافه من الأمور الجنائية أو غير الجنائية .

٣- محاكم ابتدائية أو كلية : ومقرها فى عواصم المحافظات وتتشكل من ثلاث قضاة. وهذه لها صفة محاكم الدرجة الأولى فى شأن المنازعات التى يتجاوز قيمتها نصاب المحاكم الجزئية (أربعون ألف جنيه) أو ما أسند القانون

اختصاصه نوعياً لها بصرف النظر عن قيمتها (شأن ٢/٤٢ مرافعات دعاوى الإفلاس والصلح الواقى منه ودعاوى الاعسار المدنى - م ٢٥٠ مدنى - الطعن فى قرارات بعض اللجان الإدارية م ١٨ من القانون ٧٧/٤٩) ولها صفة محاكم الدرجة الثانية (بهينة استئنافية) فى نظر الطعون المرفوعة إليها فى الأحكام الصادرة ابتدائياً من المحاكم الجزئية (القابلة للاستئناف) أو الصادرة من قاضى الأمور المستعجلة .

٤- المحاكم الجزئية : حيث قرر القانون أن تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة ابتدائية محاكم جزئية يكون إنشاؤها وتحديد اختصاصها بقرار من وزير العدل . وتنشأ المحاكم الجزئية عادة فى عاصمة كل مركز وفى كل قسم من أقسام المحافظات لتقريب المحاكم للخصوم . وتتشكل المحكمة الجزئية فى قاضى فرد . وهذه تختص بنظر المخالفات والجنح فى شأن المسائل الجنائية كما تختص بنظر المسائل غير الجنائية المحددة نوعياً بنص القانون (م ٤٣ مرافعات) م ٣٩ مكرر من القانون ٥٢/١٧٨ مضافة بالقانون ٧٥/٦٧ - م ٤٥ مرافعات - م ٢٧٥ مرافعات. وتلك التى تقل قيمتها عن نصاب المحكمة الابتدائية . وتعتبر المحاكم الجزئية دائماً من محاكم الدرجة الأولى لأن النزاع يعرض عليها ابتداء * جهة القضاء الإداري : فى المقابل فإن جهة القضاء الإداري تختص بنظر جميع المنازعات الإدارية والتأديبية وما يسنده لها القانون من اختصاصات بحيث تظهر الدولة فى المنازعة . حيث أننا نجد أن المنازعات الإدارية دائماً أحد طرفيها الدولة بوصفها صاحبة السيادة والسلطان .

ويتألف القسم القضائي بمجلس الدولة (القضاء الإداري) من :

- ١- المحكمة الإدارية العليا : ويتشابه اختصاصها مع وظيفة محكمة النقض .
- ٢- محكمة القضاء الإداري .

٣- المحاكم الإدارية .

٤- المحاكم التأديبية .

٥- هيئة مفوضى الدولة .

المحكمة الدستورية العليا

توجد على قمة القضاء فى مصر المحكمة الدستورية العليا ووفقاً لنص المادة (١٩١) من دستور ٢٠١٤ الصادر فى ١٨ يناير ٢٠١٤ تنص على الآتى :

"المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة ، قائمة بذاتها ، مقرها مدينة القاهرة ويجوز فى حالة الضرورة انعقادها فى اى مكان آخر داخل البلاد ، بموافقة الجمعية العامة للمحكمة ، ويكون لها موازنة مستقلة ، يناقشها مجلس النواب بكامل عناصرها ، وتدرج بعد اقرارها فى الموازنة العامة للدولة رقماً واحداً ، وتقوم الجمعية العامة للمحكمة على شئونها ، ويؤخذ رأيها فى مشروعات القوانين المتعلقة فى شئون المحكمة" .

وجاء نص المادة (١٩٢) من ذات الدستور تنص على "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، واللوائح وتفسير النصوص التشريعية ، والفصل فى المنازعات المتعلقة فى شئون أعضائها وفى تنازع الاختصاص بين جهات القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائي ، والفصل فى النزاع التى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرا أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى والاخر من جهة أخرى منها ، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها والقرارات الصادرة منها ويعين القانون الاختصاصات الاخرى للمحكمة وبنظم الاجراءات التى تتبع امامها"

ومن هذه النصوص يتضح أن اختصاصات المحكمة الدستورية العليا كالتالى :

- ١- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح (عدم مخالفتها للدستور)
- ٢- تفسير النصوص التشريعية .
- ٣- الفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها .
- ٤- الفصل في تنازع الاختصاص بين جهتي القضاء (العادي والاداري) سواء كان التنازع إيجابى أو سلبى .
- ٥- الفصل في النزاع بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين .
- ٦- الفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عنها .

المبحث الثاني

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص

قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

• هذه القاعدة قاعدة مستقرة حتى في الدول التي لم يرد بشأنها نص صريح على هذه القاعدة مثل فرنسا فإن الاجماع منعقد على وجوب تطبيق تلك القاعدة .

• حكمة هذه القاعدة : هي استقرار النظام داخل المجتمع و اساس أي نظام سليم يتمثل في وجود قوانين ملزمة للحاكم ، والمحكوم ، فإذا فتح مجال لقبول الادعاء بالجهل بوجود قاعدة قانونية لصارت الأمور فوضى إذ ما أسهل على المرء أن يدعى أمراً سلبياً قوامه عدم الإلمام أو الإحاطة بقانون قائم لا توجد بحيث لا توجد وسيلة لهدم هذا الإدعاء إلا بأن يقيم خصمه الدليل على علمه بالقانون ، وهو أمر أشبه بالمستحيل ن ومن أجل ذلك غلبت مصلحة المجتمع على مصلحة أي فرد قد يكون على حق حين يدعى جهله بقاعدة قانونية نافذة المفعول .

• لأن مصلحة المجتمع التي تتمثل في وجوب تطبيق القانون على الكافة أغلب ، وأهم من مصلحة شخص يجهل هذا القانون .

وبذا :

فإن أساس المبدأ : أنه من الطبيعي أن لا يسأل الشخص إلا عن شئ معلوم له بمعنى أنه بمجرد نشر القانون في الجرائد الرسمية ومضى المدة اللازمة لسريان يقوم قرينه على علم كافة الناس بالقانون لا فرق في ذلك بين الوطنيين والأجانب الذين يوجدون على إقليم الدولة كما لا فرق بين من يقرأ ويكتب أو لا

كما لا فرق بين الوطني سواء بالداخل أو خارج البلاد مريض أو صحيح فلا يقبل من أحد أن يعتذر بجهله بالقانون .

نطاق المبدأ : يطبق على جميع القواعد القانونية الآمرة والمكملة .

فبمجرد نشر التشريع ومضى المدة والمقررة لنفاذة فإنه يطبق على جميع الناس ، ويصبح ملزماً لهم . ولا يستطيع أحد أن يتخلص من تطبيق حكمه بحجة أنه لم يعلم بصدور هذا القانون .

لأن المشرع افترض علم الناس بالقانون وأصبح ملزم لهم حكماً ومحكومين منذ نشر التشريع في الجريدة الرسمية وتم توزيعها ومضى المدة المحددة للعمل بالتشريع .

وترتب على ذلك أن الأفراد يلزمون بأحكام القانون بمجرد نفاذه ، ولا يستطيع أحد أن يتخلص من أحكامه ، حتى ولو لم يعلم به فعلاً ، فلا يقبل من مصري مثلاً أن يعتذر بجهلة بقانون صدر أثناء وجوده بالخارج . ولا يستطيع أمياً أن يتخلص من تطبيق القوانين بحجة أنه لا يستطيع القراءة الخ .

وقاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون ليست قاصرة على التشريع ، وإنما تطبق على القواعد القانونية أياً كان مصدرها .

مجال تطبيق قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

ذهب البعض من رجال الفقه للقول بأن قاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون لا تطبق إلا بالنسبة للقواعد الآمرة ، أما القواعد المكملة فلا تطبق بشأنها القاعدة ويجوز الاعتذار بجهلها .

يرى الغالبية من رجال الفقه ونحن نؤيدهم أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تنطبق على القواعد القانونية جميعاً سواء كانت قواعد أمرة أو قواعد مكملة .

الاستثناء على هذا المبدأ :

قد يعتبر عدم علم الشخص عذراً يعفيه من توقيع الجزاء عليه في الأحوال الآتية :-

١- إذا توافرت قوة القاهرة حالت دون وصول الجريدة الرسمية إلى هذه المناطق كما في حالة الحرب ، والكوارث ، كحدوث فيضان أو انتشار وباء مثلا ففي هذه الحالات لا يتحقق على الأفراد بالقانون او افتراض علمهم به .

٢- إذا تأخر التوزيع الفعلي للجريدة الرسمية .

٣- عدم نشر القوانين في الجرائد الرسمية .

ومن ثم فإن القرينة التي افترضها المشرع وهي افتراض علم الأفراد بالقانون لا تتحقق لأنه لم تتح للأفراد الفرصة في العلم بالقانون ، ومن ثم يكون لهم أن يتمسكوا بالجهل بالقانون على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة . لكن إذا زالت الظروف التي أدت إلى استحالة العلم بالقانون وأتيحت لهم فرصة الاطلاع على الجريدة الرسمية فإن القاعدة العامة تطبق عليهم ولا يكون لهم أن يتمسكوا بالجهل بأحكام القانون الذي صدر في حالة عزل المنطقة التي لم تصل إليها الجريدة الرسمية بسبب القوة القاهرة الخ .

والاستثناء الوارد على هذا المبدأ : قاصر على التشريع المكتوب فقط الذي ينشر في الجريدة الرسمية إنما باقي المصادر كالعرف فإن العلم به قائم على الافتراض وليس على مكنة العلم عن طريق قراءة الجريدة الرسمية ، ومتابعتها .

المبحث الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

يقصد بذلك: هل يطبق القانون تطبيقاً إقليمياً على كل المقيمين على أرض الدولة سواء كانوا وطنيين أم أجنب ، أم يقتصر تطبيق القانون على رعايا الدولة فيطبق عليهم أينما وجدوا ولو كانوا يقيمون في دولة أخرى ؟

ولبيان الإجابة على هذا التساؤل لابد أن نعرف ما إذا كانت الدولة تأخذ بمبدأ إقليمية القوانين أم تأخذ بمبدأ شخصية القوانين .

أولاً : مبدأ إقليمية القوانين :

يقضى هذا المبدأ أن القانون يطبق تطبيقاً إقليمياً على كل من يقيم على إقليم الدولة سواء كانوا من الوطنيين أو الأجنب . ولا يتعد تطبيقه حدود الدولة ، حتى ولو كان ذلك بالنسبة للوطنيين . ومقتضى هذا المبدأ أن جميع الوقائع والتصرفات التى تقع داخل إقليم الدولة تخضع لقوانين الدولة ، ويعتبر تطبيق هذا المبدأ إعمالاً لمبدأ عمومية القاعدة القانونية من ناحية ، ومظهر لمبدأ عمومية القاعدة القانونية من ناحية أخرى .

تعريف مبدأ إقليمية القانون : يعنى به تطبيق القانون على كل من يقيم على أرض الوطن سواء كان من الوطنيين أو الأجنب .

فمثلاً: إذا ارتكبت جريمة في مصر فإن القانون الوضعي المصري هو الذي يطبق سواء كان مرتكب الجريمة مصرياً أو أجنبياً ، وإذا أبرم عقد بيع أو اى تصرف قانوني في مصر فإن القانون المصري هو الذي يسرى على هذا التصرف .

فإذا ارتكبت جريمة في مصر فإن القانون الوضعي المصري هو الذى يطبق سواء كان مرتكب الجريمة مصرياً أو أجنبياً ، وإذا أبرم عقد بيع أو تصرف

قانونى آخر فى مصر فإن القانون المدنى المصرى هو الذى يسرى على هذا التصرف .

- الأصل المعمول به فى مصر ومعظم الدول : هو مبدأ إقليمية القانون .

فمبدأ إقليمية القوانين تأخذ بها كثير من الدول فى الوقت الحاضر تأكيداً لمبدأ سيادة القانون وامتداد سلطانها القانونى لجميع الأشخاص المقيمين بها وإلى جميع الوقائع والتصرفات القانونية التى تحدث داخل حدود الدولة .

ولكن مع الحياة فى المجتمعات الحديثة اقتضت طبيعة هذه الحياة انتقال الأفراد من دولة إلى أخرى وتبادل المصالح والمنافع بين الدول ، وقد يكون من مصلحة هؤلاء الأفراد الذين يقيمون فى دولة أجنبية تطبيق قوانين الدولة التى ينتموا إليها بجنسيتهم بدلاً من تطبيق قوانين الدولة التى يقيمون فيها وبصفة خاصة فى مسائل الأحوال الشخصية فى الزواج والطلاق والميراث وغيرها ، ففي مثل هذه الأحوال تسمح الدولة بتطبيق القانون الأجنبي بدلاً من القانون الوطنى استثناء من قاعدة إقليمية القوانين أى أنها تأخذ بقاعدة شخصية القوانين أى تطبيق قانون جنسية الشخص على سبيل الاستثناء من قاعدة إقليمية القوانين ويتضح لنا أن القاعدة فى نطاق القانون من حيث المكان وقاعدة إقليمية القوانين والاستثناء منها هو "مبدأ شخصية القوانين" .

ثانياً : مبدأ شخصية القوانين :

المقصود بهذا المبدأ "شخصية القوانين" هو تطبيق قوانين الدولة على مواطنيها فقط دون الأجانب ، ويطبق على المواطنين أينما وجدوا سواء وجدوا على إقليم الدولة أم خارجها وهو بذلك لا يسرى على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين داخل الدولة .

بمعنى : أن القانون يتبع أشخاصه كالظل أينما ذهبوا فيظلون خاضعين لقانون جنسيتهم .

ولما كان تطبيق مبدأ شخصية القوانين فيه انتقاص من سيادة الدولة إذ تسمح بتطبيق قوانين أجنبية داخل إقليمها لذلك فإن الدولة لا تسمح بتطبيق مبدأ شخصية القوانين إلا بصفة استثنائية ، وعلى العلاقات والروابط التي تخضع للقانون الخاص ، ويشترط ألا تكون هذه القوانين الأصلية مخالفة للنظام العام أو الآداب لهذه الدولة .

وقد يترتب على السماح بتطبيق القانون الأجنبي داخل حدود الدولة فى بعض الأحوال وعلى بعض العلاقات وجود تنازع بينه وبين القانون الوطنى ، وقد وجدت قواعد القانون الدولى الخاص لحل هذا التنازع ، وقد بينت المواد ١٠- ٢٨ من التقنين المدنى الحلول التى أخذ بها المشرع المصرى لتنازع القوانين من حيث المكان وحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التى تشمل على عنصر أجنبى

- الوضع المعمول به فى القانون المصرى : ذكرنا قبل ذلك أن

المبدأ الأساسى فى القانون المصرى هو الإقليمية تطبيق القانون ، بمعنى ان القوانين المصرية تنطبق على كافة المقيمين على إقليم الدولة سواء كانوا مواطنين أم أجنبى ، كما يقضى مبدأ الإقليمية باقتصار تطبيق القانون المصرى على إقليم الدولة المصرية دون أن يستطيع تجاوز هذا الحد فالمصريون الذين يخرجون عن حدود دولتهم لا يسرى عليهم كمبدأ القانون المصرى .

غير أن هذا المبدأ لا يطبق تطبيقاً مطلقاً بل ترد عليه بعض الاستثناءات التى يختلف مداها باختلاف فروع القانون .

أولاً : فى إطار القانون العام نجد :

(١) أن هناك استثناءاً عاماً من مبدأ الإقليمية تفرضه قواعد القانون الدولى بالنسبة لطائفة معينة من الأفراد ، ويقضى بعدم خضوع رؤساء الدول الأجنبية

والممثلين الدبلوماسيين في حدود معينة للقضاء الوطني وبالتالي للقانون الوطني أثناء إقامتهم على إقليم الدولة المضيئة .

٢) أن بعض قواعد القانون الدستوري تتحدد في عمومية تطبيقها على جميع الأفراد المقيمين على أرض الدولة بمبدأ شخصية القوانين ، وذلك بالنسبة للقواعد المتعلقة بالحقوق والحريات والواجبات السياسية لهذه المسائل لا يتمتع بما تضعه من امتيازات ولا يتحمل ما تفرضه من التزامات سوى الوطني دون الأجنبي فمن الحقوق والواجبات المقررة للوطنيين لا تنظر للأجانب كحق الانتخاب وواجب أداء الخدمة العسكرية.

٣) بالنسبة لقانون العقوبات فإن أحكامه تطبق في الأصل تطبيقاً إقليمياً أي يسرى على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه سواء كان الفاعل مصرياً أم لا . وانه لا يسرى على الجرائم التي ترتكب خارج هذه الحدود حتى ولو كان مرتكب الجريمة مصرياً .

غير أن هذا المبدأ يلقي استثناء من ناحيتين : فقد يلحق القانون المصري بعض الأشخاص الموجودين بالخارج مصريين كانوا أم أجانب إذا ما كانت الجرائم التي ارتكبوها كلها أو جزء منها قد وقع على إقليم الدولة المصرية .

ومن ناحية ثانية قد ترتكب في الخارج جرائم تمس أمن الدولة فيخضع مرتكبوها للقانون الوطني .

فقانون العقوبات المصري يسرى على من يرتكب جرائم خارج مصر تتضمن إخلالاً بأمنهم .

ثانياً: في إطار القانون الخاص : تعتبر قواعد القانون الخاص أقل مساساً باعتبار سيادة الدولة وكرمتها من قواعد القانون العام . فالقانون العام يحكم سلطة الدولة ونظامها السياسي والإداري وينظم أمنها وسلامة مواطنيها وأراضيها ، في حين يحكم القانون الخاص روابط فردية وعلاقات مالية لا

تتصل اتصالاً مباشراً بسيادة الدولة أو أمنها . لذلك كان من الطبيعي ان تتعدد الاستثناءات فى هذا الفرع من فروع القانون ، ولقد أفرد القانون المدنى بعض موادہ لوضع معايير لحل التنازع الذى يقوم بين القوانين المختلفة بشأن العلاقات ذات الصفة أو العناصر الأجنبية . ويمكن ذكر بعض من أهم القواعد التى وردت فى هذا الشأن على الوجه التالى :

١- تخضع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية (مسائل الحالة ، الأهلية ، الزواج ، الطلاق النفقة التى يدفعها لذويه ، الميراث ، الوصية) للقانون الشخصى ، بمعنى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الجنسية .

٢- المنازعات المتعلقة بالعقارات تخضع لقانون موقع العقار .

٣- المنازعات المتعلقة بالمنقولات تخضع لقانون البلد الذى توجد فيه هذه المنقولات وقت نشوء السبب الذى أدى إلى اكتساب الحقوق عليها .

٤- المنازعات المتعلقة بالشكل الواجب اتباعه فى إبرام العقود تخضع لقانون البلد الذى أبرم فيه العقد .

وفى كل حالة أدت قواعد حل التنازع السالفة الذكر إلى تطبيق قانون أجنبى فى مصر يجب أن تكون أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام فى مصر وإلا يجب على القاضى استبعاد هذا القانون .

المبحث الرابع

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

تطبيق القانون من حيث الزمان: يعني أنه بمجرد بدء سريان قاعدة قانونية جديدة مكان قاعدة قانونية أخرى، فإن أحكام القانون الجديد تصبح سارية من يوم نفوذها، ويتم توقّف تطبيق القانون القديم ابتداءً من لحظة إلغائه، وبذلك يظهر كلٌّ من القانون القديم، والقانون الجديد بشكلٍ مُستقلٍّ عن الآخر؛ فكلٌّ منهما قد تكوّن في ظلّ مراكز، ووقائع قانونية محدّدة، وقد يُؤدّي تطبيقها إلى تشكّل تنازُع حادّ بين القانونين، ولتوضيح ذلك، نورد الأمثلة الآتية:

• إذا كتب شخص ما وصيةً تتضمّن نصف ترّكته في الوقت الذي أتاح له القانون ذلك، ثمّ صدر قانون جديد قبل وفاته ينصُّ على أنّ الوصية لا يجب أن تتجاوز ثلث التركة، فإنّه بعد وفاة الشخص ستظهر التساؤلات عمّا إذا كان للورثة الحقُّ في تنفيذ الوصية ضمن حدود ثلث التركة؟ أم أنّ الموصي له يحقُّ له أن يُطالب بحقه في نصف التركة؟.

• إذا وضع شخص ما يده على عقار، أو مال مملوك للغير لمدة عشر سنوات؛ بهدف تملكه، وأتاح له القانون حينها بأن يتمكّن العقار بعد ١٥ سنة من بدء التقادم، ثمّ صدر قانون جديد يُمدّد الفترة إلى ٢٠ سنة، فإنّ التساؤل هنا، هل يُطبّق القانون القديم (١٥ سنة)؟ أم القانون الجديد (٢٠ سنة)؟.

• إذا تزوّج شخص ما تحت ظلّ قانون يُتيح له تطليق زوجته بمحض إرادته المنفردة، ثمّ صدر قانون جديد (قبل طلاق الزوجين) يمنع طلاق الرجل من زوجته إلاّ بحكم شرعيّ من القاضي؛ حينها يظهر التساؤل

عما إذا كان للزوج الحق في أن يُطلق زوجته بإرادته المنفردة؟ أم أن الطلاق يجب أن يتم بحكم القاضي؟.

- مبادئ تطبيق القانون من حيث الزمان :

حتى نتعرف على نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

لابد أن نتعرف على إلغاء القاعدة القانونية

- إلغاء القاعدة القانونية :

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية : إنهاء قوتها الملزمة وإنهاء العمل بها أي لا يترتب على مخالفتها توقيع جزاء .

السلطة التي تملك الإلغاء : هي التي وضعت القانون أو سلطة أعلى منها فالتشريع الدستوري يلغى التشريع الدستوري والعداى والفرعى أما الفرعى لا يستطيع أن يلغى إلا الفرعى لأنها فى المرتبة الأخيرة .

- أنواع الإلغاء :

أولاً : الإلغاء الصريح : ويكون فى حالتين :-

١- ورود نص يقضى بالإلغاء صراحة : مثل إلغاء القانون المدني الصادر عام ١٨٨٣ حيث نص على ذلك القانون الذي حل محله فى المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

٢- إلغاء القوانين المؤقتة مثل : أن ينص على أن يعمل بالقانون لمدة عام مثلاً كالتشريعات الصادرة أثناء الحرب أو الأزمات .

ثانياً : الإلغاء الضمنى : وهو لا ينص عليه صراحة وإنما يستخلص من تعارض قواعد القانون الجديد مع قواعد القانون القديم و يكون فى حالتين :-

١- وجود تعارض بين القانون القديم والجديد : بمعنى أن المشرع أصدر قانون جديد لم ينص فيه صراحة على إلغاء القانون القديم فالقانون اللاحق يلغى القانون السابق .

٢- الإلغاء عن طريق تنظيم نفس الموضوع من جديد : بمعنى أن المشرع أصدر قانون جديد ينظم موضوعا معيناً ينظمه قانون سابق ولا يصرح المشرع بإلغاء القانون القديم

مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان :

يثور التنازع عندما يصدر قانون جديد يحل محل القديم مما يستلزم تحديد إيهما سيطبق ، فالتنازع الناشئ بسبب القانون القديم الملغى، والقانون الجديد الذي بدأ تطبيقه، دفع الفقهاء إلى إيجاد حلول من شأنها حل هذا التنازع، ولا بُدَّ لحلّه من النظر إلى الموضوع من عدّة زوايا، منها: ضرورة استقرار العلاقات القانونية بين أفراد المجتمع، بالإضافة إلى حماية المصلحة العامة ، واحترام الحقوق المكتسبة، وهذه الحلول جميعها تركز بشكل أساسي على النظرية الحديثة التي تعتمد على التفرقة بين مبدئين من مبادئ تطبيق القانون من حيث الزمان، وهما:

مبدأ عدم رجعية القوانين :

ويقصد بمبدأ عدم رجعية القوانين: أنّ القانون الجديد لا يسري بأحكامه على الماضي، سواء بشأن القوانين العامة، أو الخاصة، أو أنّ القضية تخصّ الوقائع، أو المراكز القانونية؛ فالقانون الجديد لا يسري إلا على الأحداث الواقعة في المستقبل بعد اتّخاذه، ولا يوجد له أثر رجعي؛ فنفادُه يُعتبر الحدّ الفاصل بين نهاية سريان القانون القديم، وبداية سريان القانون الجديد.

يقصد به : أن القانون لا يطبق على الوقائع التي تمت قبل نفاذه . وهذا هو الأصل .

لكن أ:- القوانين غير الجنائية : نص دستور ٧١ على رجعية تطبيق القانون الجديد بشرط موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب جميعاً .

ب:- القوانين الجنائية : الأصل أنه لا يجوز سريان القانون الجنائي بأثر رجعي إلا إذا كان أصلح للمتهم وهو الذي يمحو الجريمة أو يخفف العقوبة .

أهمية المبدأ ومبرراته :

يُعتبر مبدأ عدم رجعية القوانين ذا أهمية كبيرة من الناحية القانونية؛ ولذا نصّت معظم الدول على هذا المبدأ ضمن تشريعاتها، ومن الاعتبارات، والمبررات التي دعت إلى ضرورة وجود هذا النصّ ما يلي:

• اعتبارات قائمة على أساس العدالة: فتطبيق القانون الجديد على ما صدر قبل نفاذه يُعتبر نوعاً من الظلم، وعدم العدل؛ فالقانون لا يجب أن يلزم الأفراد بالخضوع لأحكامه، وقواعده قبل صدوره، ونفاذه.

• اعتبارات قائمة على أساس المنطق: فالقانون يُعتبر تكليفاً لأفراد المجتمع، سواء كان القانون يحكم أداء عمل مُعيّن، أو الامتناع عنه؛ فالمنطق يقضي بأنّه من غير المعقول أن يأمر القانون بأداء أعمال في الماضي قبل نفاذه، أو صدور أحكامه، كما أنّه يستحيل العمل مُقدّماً بالقوانين التي سيصدرها المُشرّع، والقاضي بدوره يعود في تطبيق أحكامه إلى قانون نافذ وساري المفعول.

• اعتبارات قائمة على أساس عمليّ: فتطبيق القانون بأثر رجعيّ يُؤدّي إلى انعدام ثقة الأفراد بالقانون، وهذا ما يجعل القانون أداة هدامة، لا وسيلة لتنظيم حياة الأفراد، وبناء المجتمع، كما أنّ تطبيق القانون بأثر رجعيّ يُؤدّي إلى إيجاد حالة من الاضطراب في المجتمع بصورة تمسّ استقرار المُعاملات القانونيّة.

الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ :

يُستثنى تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين في حالتين رئيسيتين؛ فتطبيق هذا القانون ليس مُطلقاً، وهاتان الحالتان هما:

- في حالة القوانين غير الجزائية: يجوز للمشرع تطبيق القوانين غير الجزائية بأثر رجعي، وذلك بالنظر إلى مقتضيات المصلحة العامة، ويتم تطبيق هذه القوانين بأثر رجعي بموافقة أغلبية مُعيّنة على ذلك.
- في حالة القوانين الأصلح للمتهم: فإذا صدر قانون أصلح للمتهم بعد أن يقع الفعل، وقبل الحكم بشأن القضية بشكل نهائي، فإنّ هذا القانون الصادر حديثاً هو الذي يُطبّق دون غيره.

إنّ الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم رجعية القوانين :

- ١- النص الصريح بتطبيق القانون بأثر رجعي: وذلك بشرط أن يوافق أغلبية أعضاء مجلس الشعب .
- ٢- القوانين التفسيرية: وهي التي يصدرها المشرع لتفسير قوانين سابقة ووجد فيها غموض فيفسرها المشرع وبالتالي فالقانون الجديد ما هو إلا توضيح للسابق وبذا فمنطقي أن يطبق منذ تاريخ تطبيق القانون القديم .
- ٣- القوانين المتعلقة بالنظام العام: تطبق كلها بأثر رجعي حتى لو كانت تمس حقوق تمت في ظل قانون قديم مثل/لو وجد قانون يحدد سن الرشد ب١٨ عام وطبق على البعض ثم صدر قانون يرفع السن إلى ٢١ عام فإن الشخص يعود قاصراً رغم سبق اكتمال أهليته في القانون القديم .
- ٤- القوانين الجنائية الأصلح للمتهم بشرط .فيجوز تطبيق القانون بأثر رجعي بشرط :

أ- أن يكون أصلح للمتهم وذلك بأن يبيح الفعل المجرم أو يخفف العقوبة ب- أن يصدر القانون الجديد قبل صدور حكم نهائي في الدعوى .

- مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد :

ويُقصد به: أن القانون الجديد تنطبق أحكامه على آثار المراكز القانونية، والوقائع التي تحدث بعد نفاذه جميعها، وتكمن أهمية هذا المبدأ في منع تناقض القانون الذي يسري تطبيقه على المراكز القانونية المتماثلة، وذات الطبيعة الواحدة؛ فهو بذلك يضمن وحدة القانون الذي يحكم هذه المراكز، كما أن مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد يُعتبر ذا أهمية للأحكام القانونية الجارية، حيث يتم تطبيق القانون الجديد على عدة قضايا حدثت تحت ظلّه، حتى وإن تمّ النطق بالحكم في شأنها في ظلّ قانون قديم، كالطلاق، والزواج.

ولا يُطبّق مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد بشكل مُطلق، بل يُستثنى تطبيقه في حالتين رئيسيتين، وهما:

• يُسمح بتطبيق القانون القديم على القضايا المترتبة على آثار المراكز العقدية التي ظهرت بعد نفاذ القانون الجديد جميعها.

• تُعتبر المراكز العقدية التي تكوّنت في ظلّ القانون القديم، وظلّت قائمة، مُنتجةً لآثارها، بحيث إنّه إذا صدر قانون جديد يتضمّن حُفْض نسبة الفوائد الاتفاقية، فإنّه لا يُؤثر في المراكز العقدية التي عُقدت في ظلّ القانون القديم

وحاصل القول : إذا تمت الواقعة واستنفذت آثارها القانونية في ظل القانون القديم أو الجديد كالتالي :-

١- إذا تمت الواقعة واستنفذت آثارها القانونية في ظل القانون القديم وقبل العمل بالقانون الجديد فالذى يحكم الواقعة القانون القديم .

مثل :- إذا صدر قانون جديد يطيل مدة التقادم المحددة في القانون القديم فيطبق القديم إذا اكتملت مدة التقادم في ظلّه .

٢- إذا تمت الواقعة في ظل القانون الجديد فهنا يطبق القانون الجديد .

القسم الثاني

نظرية الحق

تعريفه

مصادره - شخص الحق - محل الحق - حماية الحق

القسم الثاني

نظرية الحق

تمهيد وتقسيم :

تعد نظرية الحق من أهم النظريات ، وتنقسم الحقوق إلى عدة أقسام متنوعة ،
إلا أننا يمكننا أن نردها بصفة أساسية إلى قسمين :

اولاً : يشمل الحقوق غير المالية .

ثانياً : يشمل الحقوق المالية .

ونتعرف على هذه النظرية من خلال :

تعريف الحق : مصادره - شخص الحق - محل الحق - حماية الحق

الفصل الأول

تعريف الحق ، أنواع الحقوق

المبحث الأول

تعريف الحق ، خصائصه

- تعريف الحق:

- عرفه فقهاء القانون بأنه : قدرة الشخص على التصرف في الشيء المملوك بالبيع أو الهبة أو الإعارة فهو مكنة أو رخصة يقررها القانون لصالح شخص معين^(١) .

- عرفه السنهوري^(٢) ب أنه (هو مصلحة ذات قيمة يحميها القانون)^(٣) .

وبذا نستطيع أن نعرف الحق بأنه هو :

(سلطة يقررها القانون لشخص معين على شئ معين بالذات ، يستطيع بموجبها أن يستأثر بقيمة معينة تحقيقاً لمصلحة يقررها القانون) .

إذن الحق هو : سلطة يقررها القانون لشخص معين يستطيع بمقتضاها

الاختصاص بقيمة معينة أو القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة يقررها

القانون .

(١) د/ محمد سامي مدكور: نظرية الحق ص٧ ط: دار الفكر العربي . القاهرة ١٩٥٣ م .
(٢) د /عبد الرازق السنهوري، كبير علماء القانون المدني في عصره مصري ولد في الاسكندرية ١٣١٢ هـ ، فحصل على الدكتوراه في القانون والاقتصاد والسياسة، وضع قوانين مدنية لمصر والعراق وسورية وليبيا والكويت، من كتبه، نظرية العقد في الفقه الاسلامي، ومصادر الحق في الفقه الاسلامي، وتوفي بالقاهرة ١٣٩١ هـ) أنظر: خير الدين الزركلي، الأعلام، ٣/٣٥٠ ط: دار العلم للملايين . بيروت ٢٠٠٢ م .
(٣) د/ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٥/ ٩ ، ط: دار إحياء التراث العربي، ١٩٥٤ م

خصائصه :-

- ١- الحق سلطة يقررها القانون : لأنه يتفق مع قواعد القانون ، لذا يقره .
 - ٢- الحق سلطة يقررها القانون لشخص معين : فصاحب الحق شخص وهو الإنسان وليس شئ .
 - ٣- يرد على قيمة معينة أو أعمال معينة بالذات : وقد تكون هذه القيمة شئ مادي سواء عقار أو منقول أو معنوي كالإنتاج الفكري .
 - ٤- يخول صاحبه الاستئثار بالقيمة محل الحق : أى أن صاحب الحق يختص دون بقية الناس بمال معين أو قيمة معينة .
 - ٥- سلطة الحق تحقق مصلحة يحميها القانون : وذلك بشرط ألا يكون صاحب الحق متعسفا في استعمال هذا الحق .
- وظيفة الحق: تتبلور الوظيفة الاجتماعية للحق في :
- ١- مراعاة حقوق الآخرين في المجتمع .

٢. عدم التعسف في استعمال الحق .

ونتعرف عليه من خلال :

اولاً : الحقوق غير المالية .

ثانياً : الحقوق المالية .

اولاً : الحقوق غير المالية :

وتشمل الحقوق السياسية ، الحقوق الأسرية ، العامة ...

- الحقوق السياسية :

وهى الحقوق التي تنظمها فروع القانون العام ، لأنها توضح السلطات التي تمكن الأفراد من المشاركة في ادارة السلطات مثل : حق التصويت في الانتخاب

، وحق الترشح ، وحق تولي الوظائف العامة في الدولة ، وهي حقوق لا تخول للأجانب .. .

- الحقوق الأسرية :

وهي الحقوق التي تنشأ عن انتماء الفرد لأسرة معينة فتمنحه مركزاً ، أو سلطة يعترف بها القانون ، ويطلق على القواعد التي تنظم هذه الرابطة قواعد الأحوال الشخصية ، وهذه القواعد قد يكون مصدرها التشريع مثل النصوص الواردة بالقانون المدني منظمة لأحكام الأهلية ، والقانون المنظم لأحكام الولاية على المال، إلا أن المصدر الأساسي لهذه القواعد هي الشريعة السماوية .

- الحقوق العامة :

وهي السلطات المخولة للأشخاص بمقتضى فروع القانون العام والتي تضمنتها الدساتير ، والقوانين الجنائية مثل حق المرء في الحياة ، وفي التنقل ، وفي الكرامة ، وفي حرية التعبير ، ..

ثانياً: الحقوق المالية :

وهي السلطات المقررة في قواعد المعاملات ، والتي تخول أصحابها حق القيام بأعمال معينة بقصد تحقيق مصلحة يمكن تفويمها بمبلغ من النقود .

إذن هي : التي تعطى صاحبها الاختصاص بقيمة مالية معينة .

وتتميز هذه الحقوق التي تمثل أهم فروع القانون المدني أنها قابلة للتعامل ، ويجوز الحجز عليها ، وقد تسقط لعدم الاستعمال .

وتنقسم هذه الحقوق إلى أقسام ثلاثة :

الحقوق العينية - الحقوق الشخصية - الحقوق الذهنية

ونتعرف على ذلك من خلال الآتي :

المبحث الثاني

أنواع الحقوق المالية

المطلب الأول

الحقوق العينية

أولاً : الحقوق العينية :

الحق العيني : سلطة لشخص على شيء معين يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال معينة تحقق له منفعة متعلقة بهذا الشيء مثل حق الملكية وهو نوعان :

الحقوق العينية الأصلية

و

الحقوق العينية التبعية

أولاً : الحقوق العينية الأصلية :

هي الحقوق القائمة بذاتها التي لا تستند في وجودها إلى حق آخر، ولأنها تخول صاحبها سلطة استعمال الشيء ، واستغلاله ، والتصرف فيه أو بعض هذه السلطات .

وتشمل حق الملكية ، والحقوق الأخرى المتفرعة منها وهي :

حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الحكر ، الارتفاق ...
ثانياً : الحقوق العينية التبعية : هي الحقوق التي لا تقوم بذاتها وإنما تستند في وجودها إلى حق آخر ولخدمة هذا الحق الأخير في توفير ضمان لصاحبه بعطيه أولوية استيفاء ديونه من قيمة هذا الشيء دون مزاحمة من غيره من الدائنين وهو ما يسمى بميزة التقدم ، كما أنه يستوفى هذه الديون من قيمة هذا الشيء في أي يد تكون حتى لو انتقل إلى ملكية شخص آخر غير مالكة (المدين) وهذا ما يسمى بميزة التتبع .

وهذه الحقوق هي :

٢- حق الرهن الحيازي

١- حق الرهن الرسمي

٤- حق الامتياز

٣- حق الاختصاص

هذا ويجدر الاشارة إلى أن الحقوق العينية بنوعها قد وردت في القانون على سبيل الحصر فلا يجوز الاتفاق على انشاء أى حق آخر غير تلك الحقوق .

أولاً : الحقوق العينية الأصلية :

أنواعها :

– حق الملكية : سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين بذاته تخوله حق استعماله ، واستثماره ، والتصرف فيه .

١- حق الملكية : هو حق يعطى صاحبه سلطة مباشرة على شئ معين بالذات فيستطيع بمقتضى هذه السلطة استعمال هذا الشئ واستغلاله والتصرف فيه .

وهو أقوى الحقوق العينية الأصلية على الإطلاق .

خصائص وعناصر حق الملكية :

أ- يمنح صاحبه سلطة استعمال الشيء ، واستغلاله ، والتصرف فيه

الاستعمال : بمعنى أن الشخص يستعمل ملكه للاستفادة منه بطريقة مباشرة .

فاستعمال الأرض يكون بزراعتها والمباني بالسكن فيها ، واستعمال السيارة بركوبها وقيادتها .

ب- الاستغلال : يقصد به أن الشخص يستفيد من ملكه بطريقة غير مباشرة كالتأجير للأرض .

ج- التصرف : يرد به أمران أ- تصرف مادي : عن طريق إتلاف الشئ أو إهلاكه .

ب- تصرف قانوني : بنقل ملكية الشئ أو بتقرير حق عيني عليه كبيع الشئ أو رهنه .

خصائص حق الملكية :

- ١- أنه حق مطلق: أي يمكن الاحتجاج به على كافة سلطات وأفراد .
 - ٢- أنه حق مقصور استعماله على صاحبه فقط: ومن ثم لا يجوز للغير الاستفادة به إلا برضا المالك .
 - ٣- أنه حق دائم فلا يسقط بعدم الاستعمال كما يجوز اكتساب الغير له بالتقادم إذا توافرت شروط التقادم .
- ٢- حق الانتفاع :
- هو سلطة لشخص على شئ معين مملوك لغيره تخوله حق استعماله ، واستغلاله إذن
- هو حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية يخول لصاحبه سلطتي الاستعمال والاستثمار فقط دون التصرف . فالمنتفع بمنزل له أن يسكنه ويؤجره وليس أن يهدمه أو يبيعه أو يغير منه .
- مصادر حق الانتفاع : يتقرر حق الانتفاع بالعقد أو الوصية أو التقادم ويتميز بأنه حق مؤقت بما تم الاتفاق عليه ، ينتهي بعدم الاستعمال لمدة ١٥ سنة أي بالتقادم المسقط .
- ويلحق بحق الانتفاع : حق الاستعمال والسكنى : فالاستعمال يعطى صاحبه سلطة استعمال الشئ فقط .
- وإذا كان محل الاستعمال عيناً معدة للسكن سمي بحق السكنى .
- حق الاستعمال وحق السكنى :
- أ) حق الاستعمال : هو حق عيني يخول صاحبه أن يستعمل بنفسه الشئ المملوك للغير فيما أعد له .
- فإذا كان هذا الشئ سيارة ركبها ، وإن كان أرضاً زرعها وحصل على غلتها الطبيعية ، إنما لا يستطيع أن يحصل على الغلة المدنية، فلا يملك تأجير السيارة ، ولا تأجير الأرض للغير .
- ب) حق السكنى : هو حق عيني أيضاً وهو في حقيقته نوع من الاستعمال ، إنما استعمال في صورة السكن في العين فلا يجوز له أن يستعملها في غير السكنى .

وكل الأحكام سالفة الذكر في حق الانتفاع تنطبق على حق الاستعمال ، وحق السكنى .

٣- حق الحكر : حق عيني يتقرر على ارض موقوفة يعطى صاحبه حق سلطة استعمالها أو استغلالها أى الانتفاع بأرض ملك الغير ينتفع بها عن طريق البناء أو الغرس مدة لا تزيد عن ٦٠ سنة مقابل الأجرة المتفق عليها .

خصائص حق الحكر:

- ١- لا يقع إلا على أراضى موقوفة .
- ٢- حق مؤقت بمدة لا تزيد عن ٦٠ عام .
- ٣- إذا مات المحتكر قبل انقضاء المدة انتقل الحق إلى الورثة .
- ٤- لا يتقرر إلا بإذن من المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار
- ٥- أنه يتم بموجب عقد مسجل وفق إجراءات الشهر العقاري .
- ٦- يشترط فى الحكر أن تمليه ضرورة ملحة ، والضرورة هنا تتمثل في أن الأرض خربة تحتاج لمن يقدر على تعميمها .
- ٧- يستلزم القانون أن يكون الحكر لقاء أجر ، والمقصود هنا أجر المثل ، وإن كان في الغالب أجراً زهيداً .
- ٨- ينقضى هذا الحق بانقضاء المدة المحددة ، أو زوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة ، وينقضى أيضاً بعدم الاستعمال مدة خمسة عشر عاماً .

- ٩- وإذا انقضى الحكر التزم المحتكر برد الأرض .
- ٣- حق الارتفاق : هو حق يتقرر لخدمة عقار يسمى العقار المخدم على عقار آخر يسمى العقار الخادم .
- مثل : حق المرور الذى يوجد طريقاً للعقار المخدم، ومعبّر للعقار الخادم .
- وحق المظل وحق المجرى .

الأصل في حق الارتفاق : أنه حق دائم ما لم يتفق على غير ذلك .

خصائص حق الارتفاق :-

- ١- أنه مرتبط بال عقار وليس بصاحب العقار .
- ٢- أنه حق دائم مالم يتفق على غير ذلك .
- ٣- كما ينقضي باجتماع العقارين في يد مالك واحد .
- ٤- كما ينقضي بهلاك أحد العقارين هلاك تام .

أنواع حقوق الارتفاق :

- ١- ارتفاقات ايجابية مثل حق المرور ، وسلبية كعدم التعلية
- ٢- ارتفاقات ظاهرة كحق المطل وغير ظاهرة كعدم التعلية
- ٣- ارتفاقات مستمرة فلا يحتاج تدخل منذ وجوده مثل استمرار الارتفاق بالمطل منذ وجوده أما غير المستمر فهو يحتاج لتدخل متجدد من قبل صاحب العقار كارتفاق المرور .

ثانياً : الحقوق العينية التبعية : أو التأمينات العينية

هي الحقوق التي لا تقوم بذاتها وإنما تستند في وجودها إلى حق آخر ولخدمة هذا الحق الأخير في توفير ضمان لصاحبه بعطيه أولوية استيفاء ديونه من قيمة هذا الشيء دون مزاحمة من غيره من الدائنين وهو ما يسمى بميزة التقدم ، كما أنه يستوفى هذه الديون من قيمة هذا الشيء في أي يد تكون

حتى لو انتقل إلى ملكية شخص آخر غير مالكة (المدين) وهذا ما يسمى
بميزة التتبع .

وهذه الحقوق هي :

١- حق الرهن الحيازي

١- حق الرهن الرسمي

٤- حق الامتياز

٣- حق الاختصاص

أولاً : حق الرهن الرسمي :-

هو عقد بين الدائن والمدين يتم بمعرفة موظف مختص ويكون في العقارات
دون المنقولات ويجب شهره في الشهر العقاري .
خصائصه :

١. أنه يتقرر بموجب عقد رسمي طرفاه الدائن المرتهن ، والمدين الراهن ، وقد
يكون الراهن غير المدين ، ويسمى عندئذ الكفيل العيني .، ولأن مصدر الرهن
هو العقد ، فإنه يعتبر بالنسبة للراهن من أعمال التصرف فيلزم أن تتوافر فيه
أهلية التصرف وليس أهلية الإرادة ، فلا يصح الرهن الصادر من الصبي
ال مميز حتى لو كان قد حصل على إذن بإدارة أمواله .

٢. لا يرد إلا على العقارات ، ولذلك فهو لا يرد إلا على العقارات ، ولذلك فهو
حق عقارى .

٣. حيازة العقار المرهون تظل مع المالك الراهن لا الدائن المرتهن

٤. يخول صاحبه ميزة التقدم والتتبع على باقي الدائنين .

أطرافه :

١- الراهن وهو المدين .

٢- المرتهن وهو الدائن وقد يسمى المرهون له .

ثانياً : حق الرهن الحيازي :

عقد رضائي بين الدائن والمدين ويكون في المنقول والعقار والحياسة تنتقل فيه إلى المرتهن أو من يقوم عنه .
خصائصه :

١- أنه يتقرر بموجب عقد رضائي ولا يشترط أن يكون رسمي.

٢- يختلف عن الرهن الرسمي في أنه يرد على العقار والمنقول سواء أكانت منقولات مادية أو معنوية مثل براءة الاختراع ، والمحل التجارى ، والعلامات ، والأسماء التجارية ، أما الرهن الرسمي فلا يرد إلا عقار
٣- لا بد فيه من انتقال الحياسة بخلاف عقد الرهن الرسمي اى انتقال الشئ المرهون إلى الدائن المرتهن ، فهو يولد التزاماً في ذمة المدين الراهن بتسليم الشئ المرهون فبدون الحياسة لا ينعقد العقد
٤- هو حق عيني تبعي يخول صاحبه ميزة التقدم والتتبع على باقى الدائنين .
٥ . يكون على المدين مسئولية المحافظة على الشئ المرهون وإدارته واستغلاله .

٦. يكون للدائن الحق في حبس الشئ المرهون إلى أن يستوفى دينه.

ثالثاً : حق الاختصاص :

رغم أن المشرع لم يعرف حق الاختصاص ، غير أنه من واقع خصائصه نستطيع أن نعرفه بأنه : هو حق عيني تبعي يتقرر بأمر القضاء للدائن حسن النية الذى بيده حكم ملزم ضد المدين ويمنح الدائن سلطة استيفاء دينه بالأولوية عن غيره من المدينين ولا يرد إلا على عقار .
مميزات حق الاختصاص :

١- حق الاختصاص لا يرد إلا على العقارات ، ولا بد وان يكون العقار أو العقارات معينة تعييناً دقيقاً .

- ٢- يعطى للدائن حقي التقدم والتتبع ، كما أن حيازة العقار تظل للمدين (المالك) فلا تنتقل الحيازة إلى الدائن صاحب الاختصاص .
- ٣- يختلف حق الاختصاص عن الرهن في أنه يتقرر بأمر القضاء ولا ينشأ عن عقد ، وقبل أن يصدر الأمر لابد وأن يكون بيد الدائن حكم .
- ٤- حق الاختصاص لا يتجزأ و لا يقتضى نقل الحيازة وينفذ في حق الغير بالقيود دون الحيازة .
- رابعاً : حق الامتياز :

تعريف حق الامتياز : عرف المشرع الامتياز بأنه :
أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة من لصفته .
كديون النفقة ، وديون الحكومة .

خصائص حق الامتياز :

- ١- أنه لا امتياز إلا بنص قانوني ، فالقانون هو مصدر هذا الحق ، ويقره لصفة في الدين ، وليس صفة في الدائن
 - ٢- يرد على العقار والمنقول
 - ٣- لا يتجزأ
 - ٤- أنه يتقرر لحق معين مما يجعله يبقى حتى ولو تغير شخص الدائن لأنه ملاصق للحق لا لصاحبه .
- أنواع حقوق الامتياز :-

١- حقوق الامتياز العامة :

- وهي التي ترد على جميع أموال المدين من عقار أو منقول مثل ديون النفقة .
- يوفر هذا الامتياز ميزة التقدم على جميع الدائنين العاديين ، وجميع الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية الأخرى .

. لا يوفر هذا الامتياز ميزة التتبع لأنه لا يرد على مال معين ، ومن ثم لا يحرم المدين حق التصرف في أمواله ، كما أنه مضمون بأولوية التقدم على جميع أموال المدين وقت التنفيذ عليها .
ولما كان هذا الامتياز يرد على جميع أموال المدين فإنه لا يجب شهره حتى ولو كان محله عقارات .

. حقوق الامتياز العامة مرتبة في القانون حسب مراتبها :

- المصروفات القضائية في المرتبة الأولى .
 - مستحقات الخزانة (الحكومة) في المرتبة الثانية .
 - مصروفات حفظ ، وترميم المنقول لحمايته من الهلاك أو التلف كأجر الميكانيكي الذى أصلح السيارة ، ومصروفات انقاذ البضائع من الغرق ، أو الحريق في المرتبة الثالثة .
- وهناك حقوق ممتازة عامة أخرى ترد بعد الحقوق سالفة الذكر من حيث المرتبة ، ولكنها فيما بينها تستوفى بنسبة كلا منها دون تفضيل لحق على آخر ، ومن هذه الحقوق :
- المبالغ المستحقة للخدم والكتابة .
 - المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مآكل ، وملبس .
 - النفقات المستحقة لأقارب المدين .

٢- حقوق الامتياز الخاصة :

وهى التي ترد على مال معين من أموال المدين سواء منقول أو عقار وتستوفى من ثمن هذا العقار أو المنقول ، وتسمى تبعاً لذلك بالحقوق الممتازة الخاصة على العقار ، والحقوق الممتازة الخاصة على المنقول .
ويترتب على حقوق الامتياز أنها تخول للدائن حق التقدم سواء عامة أو خاصة أما التتبع فهو مقصور على حقوق الامتياز الخاصة

المطلب الثاني

الحقوق الشخصية

- تعريف الحقوق الشخصية :

الحق بصفة عامة أياً كان نوعه : هو استئثار شخص معين بقيمة معرفة ، وقد تكون هذه القيمة شيئاً من الأشياء فإذا كان هذا الشيء شيئاً مادياً مثل المنزل أو السيارة ، كان هو موضوع الحق العيني

وإذا كان هذا الشيء معنوياً كان هو محل الحق الذهني أو الأدبي

إنما قد تكون هذه القيمة أداء معيناً فعندئذ يكون هذا الأداء هو محل الحق الشخصي .

وعلى ذلك يمكن تعريف الحقوق الشخصية بأنها :

هي : رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر تخول لأحدهما وهو الدائن أن يطالب الآخر وهو المدين بأداء معين كإعطاء شيء ، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل تحقيقاً لمصلحة مشروعة له

- خصائص الحق الشخصي :

١- الحقوق الشخصية ذات صفة شخصية : وبالتالي لا تقوم إلا بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين

٢- الحقوق الشخصية رابطة قانونية : فالحق الشخصي يقابله التزام محدد يقع على مدين معين دون غيره

٣- الحقوق الشخصية ذات صفة مالية : فموضوعه دائماً أداء مالي معين

٤- الحقوق الشخصية محل حماية القانون : بمعنى أن الدولة بسلطتها التنفيذية والقضائية تحميه وفقاً للقانون .

- أنواع الحقوق الشخصية :

١- الالتزام بعمل : بمعنى التزام المدين بتنفيذ أداء معين للدائن كالتزام المقاول ببناء عمارة .

٢ - الالتزام بامتناع عن عمل : ويقصد به أن يمتنع المدين عن القيام بعمل كان يستطيع القيام به لولا وجود هذا الالتزام مثل الالتزام بعدم التأجير من الباطن .

٣- الالتزام بإعطاء شيء : هو الالتزام الذي يقع على المدين بنقل أو تقرير حق عيني على عقار أو منقول

مثل : التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبوع الى المشتري .

- الشروط الواجب توافرها في العمل لكي يكون محلاً للحق الشخصي :

١- أن يكون العمل ممكناً : فإذا كان مستحيلًا فلا يقوم الالتزام ويقصد بالاستحالة الاستحالة المطلقة .

٢- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين : فمثلاً إذا تعهد مقاول ببناء منزل وجب أن يكون هذا البناء معيناً بذكر مواصفاته أو على الأقل قابلاً للتعين .

٣- أن يكون مشروعاً : فيجب أن يكون العمل الذي يلتزم به المدين مشروعاً وإلا لا يقوم الالتزام كأن يتعهد شخص بارتكاب جريمة معينة .

- المقارنة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية :

١- محل الحقوق العينية هي الأشياء أما محل الحقوق الشخصية الأعمال .

٢- الحقوق العينية تكتسب بالتقادم أما الحقوق الشخصية لا تكتسب بالتقادم .

٣- الحقوق العينية مؤبدة إلا في بعض الاستثناءات المتفرعة عن حق الملكية
خلاف الحقوق الشخصية مؤقتة

٤- الحقوق العينية وردت على سبيل الحصر خلاف الحقوق الشخصية لا حصر
لها .

٥- الحقوق العينية تخول صاحبها ميزتي التقدم والتتبع على جميع الدائنين
خلاف الحقوق الشخصية

٦- الحقوق العينية مطلقة أي يحتج بها في مواجهة كافة كاحترام حق الملكية
أما الحقوق الشخصية فهي حقوق نسبية لا يحتج بها إلا في مواجهة أطرافها
الدائن والمدين .

المطلب الثالث

الحقوق الأدبية (الذهنية)

لما كانت دراسة هذه الحقوق ، تدخل أساساً ضمن دراسة القانون التجاري ،
لذلك سنوجز هنا :

- تعريف الحقوق الذهنية : هي : طائفة السلطات التي يخولها القانون
لشخص معين على نتاج فكره وعقله في المجالات العلمية ، والصناعية ،
والفنية ، والأدبية لفترة محددة من الزمن .
- مميزات الملكية الفكرية :

- ١- مقيدة بمعايير وأحكام قانونية محلية ودولية .
- ٢- تسقط في النهاية في حيز الملك أو الدومين العام بعد انقضاء فترة من الزمن

٣- تنصرف إلى ما هو غير ملموس ماديا ومثال الحقوق الذهنية: حقوق
الكتاب على الأفكار في مؤلفاتهم .

التنظيم القانوني المصري للحقوق الذهنية:

جمع القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م حق الملكية الفكرية في :

- ١- براءات الاختراع ٢- التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة ٣-
- المعلومات غير المفصح عنها

٤- العلامات والبيانات التجارية والمؤشرات الجغرافية

٥- التصميمات والنماذج الصناعية

٦- حقوق المؤلف .

- النظام القانوني لحق المؤلف :

تعريف المؤلف : هو الشخص الذى يبتكر المصنف ويعد مؤلفا من يذكر اسمه عليه أو ينسب إليه عند نشره باعتباره مؤلف له ما لم يقد دليل على غير ذلك .

- تعريف المصنف : كل عمل مبتكر أدبي أو فنى أو علمي أيا كان نوعه أو طريقة التعبير عنه .

- نطاق الحماية المقررة لحق المؤلف :

أولا : نطاق الحماية من حيث الأشخاص : تشمل المصريين والأجانب من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين

ثانيا: نطاق الحماية الموضوعية لحق المؤلف :

تتمتع بهذه الحماية حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية

وخاصة :

١- الكتب والكتيبات والمقالات والنشرات .

٢- برامج الحاسب الآلي .

٣- قواعد البيانات سواء كانت مقروءة من الحاسب أو من غيره.

٤- المحاضرات والخطب والمواعظ .

٥- المصنفات السمعية البصرية .

٦- مصنفات العمارة .

٧- مصنفات الرسم بالخطوط والألوان والنحت .

- ثالثا: الأشياء التي تخرج عن نطاق حماية حق المؤلف :

١- الوثائق الرسمية أيا كانت لغتها مثل نصوص القوانين .

٢- أخبار الحوادث والوقائع الجارية التي تكون مجرد أخبار صحفية .

- عناصر حق المؤلف: يتكون من عنصرين

أولاً: الحق الأدبي : يتمتع المؤلف وخلفه بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم

أو التنازل وهي :

١- الحق في إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة .

٢- الحق في نسبة المصنف لمؤلفه .

٣- الحق في منع التعديل للمصنف .

٤- الحق في السحب بعد النشر .

ثانياً: الحق المالي :

فحق استغلال المصنف من الناحية المالية تكون للمؤلف وحده ويجوز التنازل

عنها للغير سواء بمقابل أو بدون مقابل ، كما أنه ينتقل للورثة بعد الوفاة مدة لا

تزيد عن خمسين سنة .

- جزاء الاعتداء على حق المؤلف

أولاً : الجزاء المدني :

يحمى القانون حق المؤلف إذا اعتدى عليه بوقف هذا الاعتداء ، وإزالة اثره ،

كما يحق له المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر .

ثانياً : الجزاء الجنائي : بجانب الجزاء المدني قرر القانون جزاء جنائي توقع

على المعتدى تتمثل في الغرامة التي لا تقل عن عشرة جنيهاً ولا تزيد عن

مائة جنيه ، وقد نص القانون على تشديد العقوبة في حالة العود فيحكم على

الجانى بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور ، وبغرامة لا تزيد على ٣٠٠

جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كما يجوز للمحكمة في حالة العودة أن تقضى

بعقوبات أخرى كغلق المؤسسة التي استغلها المقلدون أو شركاؤهم في ارتكاب

فعلهم لمدة معينة أو بصفة نهائية ، كما يجوز للمحكمة أن تقضى بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع التي لا تصلح إلا لهذا النشر ، كذلك مصادرة جميع النسخ المقلدة ، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم الصادر فى جريدة واحدة ، أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

الفصل الثانى

أركان الحق

شخص الحق - محل الحق

سبق أن أشرنا إلى أن الحق يفترض شخصاً يسند إليه ، وأن هذا الشخص قد يكون انساناً ، وقد يكون كياناً آخر اقتضت الضرورة الاعتراف له بالشخصية القانونية ، أي بالقدرة على مباشرة الحياة القانونية ، وهو ما يسمى بالشخص الاعتباري أو المعنوي ،

فالحق لا يمكن تصويره إلا منسوباً إلى شخص من الأشخاص كما أن الواجب الذي يقابل الحق لابد أن يقع هو الآخر على عاتق شخص من الأشخاص فالحق يفترق إذن لوجود أشخاص من ناحية السلبية والإيجابية .

والشخص فى المعنى القانوني هو من يتمتع بالشخصية القانونية أي من يكون صالحاً لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات والشخصية القانونية قد تتعدى الشخص فى ذاته إلى مجموعة أشخاص أو أموال مثل الجمعيات والمؤسسات وهو ما يطلق عليه الشخص الإعتباري حيث إن القانون قدر لهذه التجمعات قيمة اجتماعية واقتصادية يلزم معها الاعتراف لها بالصلاحيات لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات وعليه فهل يتمتع الشخص الإعتباري بالحقوق ويتحمل ويلتزم بالواجبات كالشخص الطبيعي

وسنتعرض لكل من النوعين :

أولاً : الشخص الطبيعي

يتمتع الشخص الطبيعي بالشخصية القانونية منذ وجوده ، ومعنى ذلك قابليته لاكتساب الحقوق ، وتحمل الالتزامات ، ووجود الانسان في مجتمع يعج بأمثاله ، وافترض قيامه بممارسة النشاط القانوني توجب أن تقترن شخصيته بما يميزها عن غيره من ناحية ، وأن توضع لها من ناحية أخرى الأحكام المنظمة لمدى القدرة على التصرف بما ينتج آثاراً قانونياً معترفاً ، وسنعرض في الآتي : لبدء الشخصية القانونية ، وانتهائها بالنسبة للشخص الطبيعي ، ومميزات الشخصية ، وهي الاسم ، والحالة ، والموطن ، والذمة المالية ، والأهلية .

ونتعرف على كل ذلك من خلال الآتي :

المبحث الأول

بدء الشخصية القانونية ، وانتهائها

- بدء الشخصية القانونية :

تبدأ شخصية الإنسان في الأصل بتمام ولادته حيا ، أي يشترط لبدء الشخصية تمام الولادة من ناحية مع تحقيق حياته عند الولادة من ناحية ثانية .
أولاً- تمام الولادة : يقصد بذلك خروج المولود كله وإنفصاله عن أمه إنفصالاً تاماً ، وهذا هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد بن حنبل وهو أيضاً ما قرره قانون المواريث والوصية وأكده القانون المدني بنصه على أن تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا .

ثانياً- تحقيق الحياة عند تمام الولادة : فلا يكفي تمام إنفصال المولود عن أمه وخروجه خروجاً كاملاً حتى تثبت له الشخصية وإنما يلزم تحقيق حياته فعلاً عند تمام الإنفصال حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة على ذلك فإن العبرة في

إبتداء الشخصية تكون بتوافر الحياة في المولود لحظة واحدة هي لحظة تمام الإنفصال دون توقف على إستمرار الحياة بعد هذه اللحظة ويتم التثبيت من حياة المولود في هذه اللحظة من الأعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية وتحققها كالبكاء والصراخ والشهيق فإن لم يتوافر شيء من ذلك كان للقاضي الإستهداء برأي أهل الخبرة وتثبت واقعة الميلاد بالقيود في السجلات الرسمية .

ثالثا- مركز الحمل والجنين : إذا كان الأصل هو إبتداء شخصية الإنسان بولادته حيا (إلا أن القانون خرج عن هذا الأصل واعترف للحمل والجنين قبل ولادته ببعض الحقوق فيثبت له فضلا عن النسب الحق في الإرث وفي الوصية والحق في الإفادة من الاشتراط لمصلحته وبذلك تكون للحمل قبل ولادته شخصية ،خروجا على الأصل ولكنها شخصية لا تعطيه أهلية وجوب ناقصة أو محدودة وذلك لاقتصار صلاحيته أصلا على اكتساب ما ينفعه نفعاً محصناً من حقوق وتشمل كذلك ما قد يتفرع من إلتزامات نتيجة ثبوت هذه الحقوق له كتلك الناشئة عن إرادة أمواله أو بسببها غير أن هذه الشخصية باتة لتوقف إستقرارها على ولادته حيا بحيث إذا ولد حيا أعتبر شخصا وصاحباً لهذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل فإذا ولد ميتا فكأنه لم يكن ولم تتقرر له حقوق قط فيرد الموقوف له من الإرث والوصية إلى أصله من التركة ويقسم بين المورث الأصلي ويرد كذلك الشيء الموهوب إلى الواهب .

إذن شخص الحق : هو من يتمتع بالشخصية القانونية وهي الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات سواء كان شخص طبيعى وهو الإنسان ، أو اعتباري كالجمعيات والنقابات.

- تبدأ الشخصية القانونية للإنسان: منذ لحظة ولادته حياً ، وتنتهى بالوفاة .

إذن يشترط شرطين لثبوت الشخصية القانونية للإنسان

١- تمام الولادة .

٢- أن يكون المولود حيا لحظة الولادة ولو للحظة واحدة .

ويرجع تقرير ذلك بظهور مظاهر الحياة الطبيعية كالنبكاء والحركة فإن خفي

ذلك فيرجع في تحديد ذلك لأهل الخبرة من الأطباء

- انتهاء الشخصية :

تنتهي الشخصية القانونية بالوفاة الطبيعية أو الوفاة الحكيمة

أولا- الوفاة الطبيعية : تثبت واقعة الوفاة بالسجلات المعدة لذلك كما يمكن

إثباتها بكافة الطرق الأخرى

ويترتب على الوفاة أن تعدد الزوجة عدة الوفاة وهي اربعة أشهر وعشرة أيام

تبدأ من تاريخ الوفاة وبعد إنقضائها تستطيع أن تتزوج غيره .

- وتنقضي الشخصية القانونية بالوفاة فتنتقل حقوق المتوفي المالية إلى ورثته

وذلك بعد سداد ما عليه من ديون وفقا للقاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الديون)

ثانيا- الموت الحكي : تنتهي الشخصية القانونية بالموت الحكي وليس موتا

فعليا ولكنه موت تقررته المحكمة في أحوال معينة ، ويسبق الحكم بالفقدان أولا

يليه الحكم بالوفاة ، لهذا سنتعرض لهما معا مبينين الآثار المترتبة على كل

منهما .

١/ الحكم بالفقدان :

أ/ التفرقة بين الغائب والمفقود : فالغائب والمفقود يصدر لكل منهما حكما

بالفقدان فالغائب هو شخص حاضر في محل إقامته وليس له موطن معلوم فإذا

صدر حكم بفقدانه أخذ حكم المفقود ولا يصدر الحكم إلا بعد مرور سنة من

الغياب .

أما المفقود فهو الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته من مماته ولا

يعتبر الشخص مفقودا إلا بعد صدور حكم بالفقدان بشأنه .

المفقود هو : من تغيب عن موطنه وانقطعت أخباره بحيث لا تعلم حياته من مماته فلذوي الشأن حق الحصول على حكم بوفاته
فإذا حكم بوفاته انتهت شخصيته من تاريخ الحكم وتوزع تركته وتنتهى رابطة الزوجية .

ب/ الآثار المترتبة على الحكم بالفقدان : إذا صدر حكم بفقدان الشخص فإنه يعتبر مازال حيا سواء بالنسبة لأمواله أو زوجته طالما لم يصدر حكم بوفاته .
* بالنسبة لأمواله : لا تقسم أمواله بين الورثة
فلا يعتبر المفقود ميتا إلا من تاريخ الحكم بالوفاة وليس من تاريخ الحكم بالفقدان فالمفقود يرث من مات قبل الحكم بالوفاة .

بالنسبة لزوجته : تبقى الزوجة على ذمة زوجها لأنه يعتبر حيا إلا أنه يكون لها أن تطلب التطلاق حيث يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية
- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة "

- الحكم بالوفاة :

أ/ حالات الحكم بالوفاة : تختلف المدة التي يجب أن يصدر بعدها الحكم بالوفاة بحسب الحالة التي فقد فيها الشخص .

- يحكم القاضي بوفاة المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة ونفرق في ذلك بين حالتين :

* الحالة الأولى : الحالة التي يغلب فيها الهلاك كحالة الحرب والحالات الإستثنائية كزلازل أو حريق أو كمن يخرج من بيته لقضاء حاجة ولم يعد ، فالقاضي يحكم بالموت بعد مرور ٤ سنوات من غيابه ، ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي مدة خمسة عشر يوما على الأقل من تاريخ فقدته حالة إذا ثبت أنه

كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت ، وبعد مضي سنة إذا كان من أفراد القوات المسلحة اثناء العمليات الحربية .

* الحالة الثانية : الحالة التي لا يغلب فيها الهلاك كالمسافر أو كالذي يذهب للدراسة في الخارج ولم ترد عنه أخبار فهي حالات لا يغلب فيها احتمال هلاك الشخص لذلك تكون للقاضي السلطة التقديرية لتحديد المدة المطلوبة التي يتم بعدها الحكم بالموت ويجب في جميع الأحوال أن لا تقل المدة عن ٤ سنوات ب/ الآثار المترتبة على الحكم بالوفاة :

* بالنسبة لأمواله : يعتبر المفقود بعد الحكم بوفاته ميتا فتوزع أمواله بين الورثة من تاريخ الحكم بالوفاة ، فمن مات من الورثة قبل صدور الحكم لا يرث منه لأنه يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا وقت موت المورث .
* بالنسبة للزوجة : فإنها تعدد عدة الوفاة ويجوز لها بعدها أن تتزوج بغيره وعدة الوفاة هي ٤ أشهر و ١٠ أيام تحسب من يوم صدور الحكم بالوفاة .

ج/ ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته : قد يحدث وأن يظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته وإذا حدث ذلك فعلا فإن له أن يسترجع ما تبقى من أمواله عينا أو يسترجع قيمة ما بيع منها

إذا يرد إليه ما تبقى من أمواله في يد ورثته ولا يسأل عما تصرفوا فيه بحسن نية .

- أما بالنسبة للزوجة فلم يضع المشرع حكما لها إلا أن فقهاء المسلمين أجمعوا على أنه إذا ظهر المفقود قبل دخول الزوج الثاني بالزوجة فهي لزوجها الأول لأن الزوج الثاني صحيح في الظاهر لا في الباطن فإذا ظهر المفقود كان الزواج باطلا ، أما إذا كانت تزوجت وتم الدخول بها والزوج الثاني حسن النية فهي له ، أما إذ كان سئ النية وثبت ذلك في لأول .

إذن حاصل القول :

– الحكم باعتبار المفقود ميتا :نفرق بين ثلاثة فروض

أولاً:الفقد في الظروف العادية:أي ظروف لا تغلب فيها الهلاك كمن سافر لطلب العلم وانقطعت أخباره تماما بحيث لا تعلم حياته من مماته فإن تحديد المدة التي يعتبر فيها ميتا تترك لتقدير القاضي بشرط ألا تقل عن أربع سنوات.

ثانياً: الفقد في ظروف تغلب فيها الهلاك:وذلك كمن فقد في زلزال أو حرب أو فيضان فللقاضي أن يحكم بموته بعد مرور أربع سنوات

ثالثاً: الفقد في حالة الحرب أو حادث طائرة أو سفينة :

ويشترط للحكم باعتباره مفقوداً

١- أن يكون على ظهر سفينة غرقت أو طائره سقطت أو فقد أثناء عمليات القوات المسلحة وهو أحد أفرادها .

٢- أن يمر ١٥ يوم من تاريخ الفقد إذا كان على ظهر سفينة غرقت أو طائره سقطت وبعد مضي سنة إذا كان من أفراد القوات المسلحة .

٣- أن يتم التحري بجميع الطرق لبيان حياته من مماته .

٣- أن يصدر رئيس الوزراء أو وزير الدفاع قرار بالمفقودين بعد مرور المدة السابقة ويعتبر القرار بمثابة شهادة وفاة للمفقود ولا يحتاج لحكم قضائي ويترتب على ذلك انتهاء شخصيته من تاريخ الحكم وتوزع تركته وتنتهي رابطة الزوجية .

المبحث الثاني

مميزات الشخص الطبيعي

(خصائص الشخص الطبيعي)

تتمتع شخصية الإنسان بسمات وعلامات تميزه عن غيره سواء في داخل الدولة الواحدة أو في خارجها ومن أهم هذه المميزات حالة الشخص أي التي تحدد مركزه الأساسي بالنسبة إلى الدولة والأسرة وأحياناً إلى الدين والإسم وهو وسيلة التعرف عليه والموطن تحديد القانون للمكان الذي يقيم فيه الشخص وهي :

١- الاسم ٢- الحالة ٣- المواطن ٤- الذمة المالية ٥- الأهلية

١- الاسم : يجب أن يتمتع الإنسان باسم كي يتميز عن باقي الأفراد ولا يقصد بالاسم الاسم الحقيقي فقط إنما يشمل الحقيقي والشهرة والمستعار والتجاري والقانون يحمي جميعها من أي اعتداء وكل ما يشترط في الاسم ألا يكون منافياً للنظام العام أو الآداب العامة أو العقائد الدينية .

أ- مصادر الاسم : يعد ١- النسب أقوى الأسباب التي يكتسب الشخص من خلالها اسمه وهناك مصادر أخرى مثل ٢- التبني فيحمل الشخص اسم متبنيه ٣- واللقب تسميه جهة الإدارة ٤- والتغيير يحمل الشخص الاسم الجديد ٥- والزواج حيث تحمل الزوجة لقب زوجها .

ب_ خصائص الاسم : ١- لا يسقط بالتقادم أي : لا يسقط بعدم الاستعمال .
٢- الحماية القانونية لاسم : فالقانون يحميه من أي اعتداء مع تعويض صاحبه عن الضرر .

٣- عدم قابليته التغيير بالارادة المنفردة : حيث فرض القانون إجراءات معينه حماية لحقوق الغير .

٤- عدم قابلية الاسم للتصرف فيه : أي لا يجوز أن يكون محل لعقد بيع والا كان العقد باطلاً لمخالفته للنظام العام .

ج- أنواع الاسم : الاسم الحقيقي ويلحق بالاسم الحقيقي اسم الشهرة والمستعار والتجاري والقانون يحمى جميعها من أى اعتداء

وتتخذ الحماية صورتين :

الصورة الأولى : رد الاعتداء على الحق في الاسم .

الصورة الثانية : الحصول على تعويض طبقا لمقدار الضرر المادي أو الأدبي .

٢- الحالة : هي صفة أو مجموعه من الصفات تلحق بالشخص الطبيعي فتتأثر بها مجموعه الحقوق والواجبات المقررة له أو عليه باعتباره منتسبا إلى أسرته معينة أو دوله معينة أو دين معين .

أ- الحالة المدنية (العائلية) : هي القرابة اى انتماء الشخص لأسرة معينة وتتحدد على أساسها حقوقه وواجباته العائلية ، مثل حق الطاعة للزوج على الزوجة .

١/ قرابة النسب : يقصد بها الصلة القائمة بين الأشخاص بناءا على دم واصل مشترك وقرابة النسب قد تكون قرابة مباشرة أو قرابة حواشي والقرابة المباشرة هي التي تقوم تسلسل عمودي بين من تجمعهم وحدة الدم أي هي الصلة بين الأصول والفروع كقرابة الشخص لأبيه وجده وإن علا وكذلك قرابته لأمه وأبي أمه ،الأصل هو من نزل أو إنحدر منه الفرع كالأب والأم بالنسبة إلى الإبن ،البنات والفرع هو من إنحدر من أصل كالإبن ،والبنات بالنسبة للأب أم الم وقرابة الحواشي فهي الصلة التي تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودي بينهم أي دون أن يكون أصلهم فرعا للآخر كقرابة الأخ لأخيه إذ لا ينحدر أحدهما من الآخر ولكن يجمعهما أصل مشترك هو الأب وبالمثال القرابة بين الشخص وعمه أو عمته أو أبناء عمه أو أبناء عمته أو بين

الشخص وخاله أو خالته أو أبناء أخواله وخالاته فإنه وإن كان هناك أصل مشترك يجمعهم إلا أن ليس أحدهم فرعاً أو أصلاً للآخر وقد بين القانون كيفية احتساب درجات القرابة وذلك لماله من أهمية في بعض الأحوال في تعيين الحقوق فبالنسبة للقرابة المباشرة يعتبر كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل على ذلك يعتبر الإبن في الدرجة الأولى من القرابة بالنسبة لأبيه أو أمه لأن الإبن فرع وهذه درجة الأب والأم أصل فلا يحسب درجة وكذلك ابن الإبن يعتبر في الدرجة الثانية من جده أو جدته أو يحسب ابن الإبن والإبن درجة باعتبارهما فرعين فتلك درجتين. أما بالنسبة لقرابة الحواشي فإن الدرجات تعد صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر.

٢/ قرابة المصاهرة : تكون بين أحد الزوجين وأفراد عائلة الزوج الآخر فتحسب على أساس أن الزوجين هما الأصل المشترك في قرابة المصاهرة بحيث لا يحتسب الزوجين درجتين وتحتسب الدرجات على أساس علاقة كل فرد من أسرة أحد الزوجين بهذا الزوج وتضاف إليها علاقات كل فرد من أقارب الزوج الآخر به وتفسير ذلك أن والد الزوجة المباشرة لأبيها تماماً، كما يعتبر أخ الزوج قريباً قرابة المصاهرة من الدرجة الثانية لزوجة أخيه ويعتبر ابن عم الزوجة قريباً قرابة مصاهرة من الدرجة الرابعة لزوجها .

٣/ آثار القرابة : للقرابة سواء كانت مباشرة (الحواشي) أو المصاهرة (النسب) آثار قانونية، الرابطة الزوجية ينشأ عنها حق الزوج في طاعة زوجته له وحق الزوجة في النفقة وحق كل منهما في أن يرث الآخر وغير ذلك، وتكون للقرابة المباشرة وغير المباشرة آثاراً قانونية أخرى كحق الإبن في حمل لقب أبيه وحقه في جنسيته لرابطة الدم ويكون للأب حق تأديب ابنه وحق الولاية عليه ويكون للأقارب حق الميراث فيما بينهم والأفضلية في الوصاية وعدم جواز شهادة الأصول والفروع والأزواج للفرع أو الأصل أو الزوج الآخر سياسية : بمعنى انتماء الشخص لدولة معينة وتتحدد على أساسها حقوقه

وواجباته السياسية ، مثل حق تولى الوظائف العامة وواجب أداء الخدمة العسكرية

إذن تتحدد الحالة السياسية للشخص بتحديد جنسيته أي إنتمائه إلى دولة معينة وللحالة السياسية أهمية كبرى من حيث الشخص وواجباته ونشاطه القانوني ولذلك فهناك تفرقة بين الوطنيين والاجانب في كل الدول من حيث نطاق ما يتمتع به كل من الوطنيين والجانب من حقوق وواجبات ويحدد القانون في كل دولة الشروط الواجب توافرها لكي تثبت جنسيتها للأفراد الذين ينتمون إليها والجنسية قد تثبت للشخص على أساس الميلاد على أرض الإقليم فيعتبر المولود في بلد تابعاً لجنسية هذا البلد وهذا ما يسمى بحق الإقليم والقانون المصري بأخذ بثبوت الجنسية على أساس حق الدم كأصل عام وهناك حالات خاصة يأخذ فيها المشرع بحق الإقليم .

وفي بعض الدول قد تكتسب الجنسية بطريق الزواج فتأخذ الزوجة جنسية زوجها أو يأخذ الزوج جنسية زوجته وقد تكون الجنسية مكتسبة أي طارئة وهي التي يكتسبها الشخص في تاريخ لاحق على ميلاده وذلك طبقاً للشروط التي يضعها قانون الدولة وهذا ما يسمى بالتجنيس .

ج- الحالة الدينية : الأصل أنه لا تأثير للحالة الدينية على صلاحية الشخص في اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات .

٣- الموطن : هو : المقر القانوني للشخص .

من السمات الهامة للشخصية القانونية الموطن من حيث أنه يتيح العثور على مقر الشخص ومكانه

أولاً- أهميته : الموطن وثيقة الصلة بالشخصية إذ يمكن من العثور على مقر الشخص وتحديد مكانه القانوني بالنسبة لمن يريد التعامل معه وأهميته بالنسبة للشخص تتجلى في أن الأوراق القضائية تعلن إلى الشخص في موطنه

والدعاوي الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعي عليه وشهر الإفلاس ويكون من اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها الذي يوجد فيه موطن المدين والوفاء بالالتزامات التي ليس محلها شيئا معينا بالذات يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وغير ذلك من أمور يتطلب فيها القانون تحديد موطن الشخص .

وبذا تظهر أهميته :

أولاً : الأهمية المعنوية : يضىف الموطن على شخصية الفرد التحديد

والوضوح مما يمثل عاملاً معنوياً طيباً له بين أفراد المجتمع .

ثانياً : الأهمية القانونية :

١- عقد الزواج : يجب أن يتم أمام المأذون في دائرة محل إقامة الزوجة

والطلاق في موطن الزوج .

٢- الاختصاص القضائي يكون للمحكمة الواقع في دائرة موطن المدعي عليه .

٣- الوفاء بالالتزامات لا يكون إلا في الموطن .

٤- المطالبات القضائية والإعلانات لا تكون إلا في موطن الشخص .

٥- شهر إفسار المدين يكون بموجب حكم المحكمة التي يتبعها موطن المدين .

ثالثاً: موقف المشرع المصري من تحديد الموطن : ذهب إلى أن الموطن هو

المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة

وبذا يشترط أن تكون الإقامة : أ- فعلية ب- على وجه الاستقرار .

أنواع الموطن :

أ- الموطن العام : هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة .

ب- الموطن الخاص : هو المكان الذي تباشر فيه التجارة أو الحرفة .

جـ الموطن القانوني : هو الذى يحدده القانون لبعض الأشخاص دون أن يكون لهم حق تغييره إلا مع زوال السبب .

د- الموطن المختار : هو الذى يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين .
كما لو اختار موطناً له مكتب أحد المحامين لكى يعلنه بكل ما يتعلق حول قضيته

٤- الذمة المالية : هى مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية .

- طبيعة الذمة المالية : تعتبر وحدة قانونية ويترتب على ذلك

١- الضمان العام للدائنين على جميع أموال المدينين ٢- انتقال الذمة المالية بالوفاة من المورث إلى الوارث .

- خصائص الذمة المالية :

١- لا تشمل إلا الحقوق والالتزامات ذات القيمة المالية .

٢- لا تثبت إلا للأشخاص . ٣- لكل شخص ذمة مالية .

٤- ملازمة للشخصية فهو واحد لا تتجزأ ولا تتعدد

- عناصر الذمة المالية :

١- العنصر الايجابي (الأصول) وهى مجموع الحقوق المالية مثل الحقوق العينية والشخصية والذهنية .

٢- العنصر السلبي (الخصوم) وهى مجموع الواجبات المالية مثل التكاليف العينية على أمواله المادية والمعنوية .

- أهمية الذمة المالية :

١- تحدد مال الدائنين من حقوق على أموال دائنيهم .

٢- لها دور كبير في مجال سداد ديون التركة بعد موت المورث .

٥- الأهلية : تعنى الصلاحية لأن يكون الشخص محلاً مشروعاً للحقوق والالتزامات وتختلف عن الولاية فالولاية هي صلاحية شخص للقيام بالأعمال القانونية باسم شخص آخر يكون هو نائباً عنه بحكم القانون ولحساب هذا الشخص وتنقسم إلى :-

أ- أهلية الوجوب : صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وتثبت بمجرد الولادة وتزول بالوفاة وزوال الشخصية

ب - أهلية الأداء : صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي تكسبه الحق أو تحمله الالتزام .

أهلية الأداء : صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي تكسبه الحق أو تحمله الالتزام .

- الأهلية والتصرفات القانونية :-

١- تصرف نافع نفعاً محضاً : كما في قبول الهبة أو الوصية

٢- تصرف ضار ضرراً محضاً : كما في الإيهاب أو الإيذاء .

٣ - تصرف دائر بين النفع والضرر : كما في أغلبية العقود مثل البيع والإيجار

الأهلية والسن : يمر الشخص من حيث أهليته من وقت الولادة إلى الوفاة بمراحل ثلاثة هي :-

المرحلة الأولى : من لحظة الولادة إلى بلوغ الشخص سبع سنوات يكون الشخص في هذه المرحلة (عديم الأهلية)

بمعنى أن جميع تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً .

المرحلة الثانية : من سن ٧ سنوات إلى ٢١ سنة أى لم يبلغ الواحد والعشرين بعد يكون الشخص (ناقص الأهلية) .

بمعنى أن تصرفاته : أ- النافعة صحيحة ب- الضارة : باطلة

ج- الدائر بين والضرر : قابلة للإبطال لمصلحته .

ويوجد حالات أجاز المشرع لناقص الأهلية القيام بها :-

١ (يستطيع إبرام عقد العمل الفردى منذ بلوغه السابعة . ٢) يستطيع ان يتصرف فيما يكسبه من عمله منذ بلوغ السادسة عشر.

٣ (يستطيع أن يدير أمواله بإذن من وليه أو المحكمة منذ بلوغه الثانية عشر .

المرحلة الثالثة : من ٢١ إلى الموت يكون الشخص كامل الأهلية .

بمعنى أن جميع تصرفاته صحيحة بشرط أن يكون متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه فإذا كان مصاباً بعارض من عوارض الأهلية كان عديم أو ناقص الأهلية بحسب الأحوال .

عوارض الأهلية : هي عاهات تؤدي إلى انعدام التمييز أو تجعله في حكم المعدم مثل الجنون والعتة وبعضها يؤدي إلى نقصان الأهلية مثل السفه والغفلة ، وهي :-

١- الجنون : ذهاب العقل وفقده فيؤدي إلى فقد التمييز .

٢- العتة : الخلل الذي يعترى العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم .

حكم تصرفات المجنون والمعتوه : هذان المرضان يؤديان إلى انعدام الأهلية .

فرق المشرع بين التصرفات كالتالى : أ- بعد صدور قرار الحجر : جميع التصرفات باطلة مطلقاً .

ب- قبل الحجر : فيكون التصرف صحيحاً إلا فى حالتين :-
* إذا كان المتعاقد الآخر على علم بحالة الجنون أو العته .
* إذا كان الجنون والعته شائعاً .

٣- السفية : هو الشخص الذى يبذر أمواله على غير مقتضى العقل ولو كان ذلك فى وجوه الخير .

٤- ذو الغفلة : هو الشخص الذى يغيب فى المعاملات أى أنه طيب القلب لدرجة أنه يغش فى المعاملات .

لذا : اعتبر القانون كلاً من السفية و ذى الغفلة : ناقص الأهلية .
* حكم تصرفات السفية و ذى الغفلة :-

١- بعد صدور قرار الحجر : فيأخذ حكم تصرفات ناقص الأهلية بمعنى :-

- أ- إذا كان التصرف نافع كقبول الهبة يكون التصرف صحيح .
ب- إذا كان التصرف ضار كالإيهاب يكون التصرف باطل .
ج- إذا كان التصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع يكون قابلاً للإبطال لمصلحة السفية أو ذى الغفلة .

٢- أما تصرفات السفية و ذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر فهى صحيحة إلا فى حالتين :-

- أ- إذا كان هناك توافق بين السفية أو ذى الغفلة وبين من يتعامل معه بقصد تهريب أمواله قبل الحجر .
ب- إذا كان من يتعامل مع السفية أو ذى الغفلة سئ النية .

موانع الأهلية :- هي : ظروف مادية أو طبيعية أو قانونية تمنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية ولا تؤثر في أهليته .

وهي ثلاثة أنواع :- ١- مانع مادي (الغيبة) الغائب وهو الشخص الذي تغيب عن موطنه ولا تعرف حياته من مماته أو تكون حياته محققة وتعطلت مصالحه

فللمحكمة أن تقيم وكيلاً منه متى انقضت سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه .

٢- المانع القانوني : بمعنى أن كل من حكم عليه بعقوبة جنائية لا يجوز له أن يتولى إدارة أمواله طوال مدة اعتقاله ويعين قيماً لهذه الإدارة تقره المحكمة .
وجميع تصرفات المحكوم عليه طول مدة اعتقاله تكون باطلة إلا إذا أذنت له المحكمة .

٣- المانع الجسماني (الطبيعي) :-

يقصد به : العاهة المزدوجة كإصابة الشخص من ثلاث (أصم – أكم – أعمى) والعجز الجسماني الشديد كالشلل النصفى والضعف الشديد

- فيجيز القانون إقامة معاون قضائي يعاون المصاب في التصرفات القانونية .

- وأى تصرف يصدر من الشخص دون المساعد القضائي يكون قابلاً للإبطال متى صدر بعد تسجيل قرار المساعدة .

المبحث الثالث

تقسيمات الأشياء

الأشياء محل الحقوق العينية

تنقسم إلى أقسام عديدة نتعرف على بعضها منها

- تنقسم إلى : - الأشياء المادية ، والأشياء المعنوية .
- الأشياء المثلية ، والأشياء القيمة .
- الأشياء القابلة للاستهلاك ، والأشياء غير القابلة .
- العقارات، والمنقولات .

أولاً : - الأشياء المادية ، والأشياء المعنوية :

الأشياء المادية :

هي التي تدرك بالحواس ويكون لها وجود ملموس مثل الملابس والنقود .

الأشياء المعنوية :

هي الأشياء التي لا تدرك بالمس وإنما تدرك بالحس مثل حق المؤلف والاسم

التجاري .

أهمية التفرقة بينهما :

- الأشياء المادية هي التي تكون محلاً للحق العيني وبالتالي لا يجوز أن يكون

الشيء المعنوي محلاً للحق العيني كما أن لا تنطبق عليه قاعدة الحيازة في

المنقول سند الحائز .

ثانياً : - الأشياء المثلية ، والأشياء القيمة .

الأشياء المثلية : هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ويمتنع على

الدائن أن يرفض وهي التي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو الكيل أو

الوزن . مثل : الغلال والفواكه واللحوم .

الأشياء القيمة :- هي التي لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء . مثل :
الحيوانات – العقارات .

أهمية التفرقة بينهما :-

١- الحق العيني لا يرد الا على الأشياء القيمة أما الحق الشخصي يجوز ان
يكون محله الأشياء المثلية أو القيمة

2- بالنسبة لانتقال الملكية : في المنقول تنتقل ملكية الشئ القيمي بمجرد
التعاقد أما المثلي لا ينتقل إلا بالإفراز أما العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل

٣- من حيث الوفاء : لا يكون الوفاء فى الأشياء القيمة إلا بذات الشئ أما فى
الأشياء المثلية يجوز الوفاء بتقديم شئ آخر من نفس النوع والمقدار المحدد
فى العقد .

4- من حيث الهلاك : إذا هلك الشئ المثلي لا تبرأ ذمة المدين وعليه أن
يقدم مثله أما إذا هلك الشئ القيمي تبرأ ذمة المدين لاستحالة التنفيذ .

ثالثاً : - الأشياء القابلة للاستهلاك ، والأشياء غير القابلة .

الأشياء القابلة للاستهلاك :

هي التي لا يمكن استعمالها إلا باستهلاكها ماديا كالأطعمة أو قانونيا بنقل
لكيتها كالبيع

- الأشياء الغير قابلة للاستهلاك : فهي التي ينتفع بها دون أن تستهلك
كالمنازل والأثاث فهي لا تستهلك بمجرد الاستعمال وإنما تبقى ذاتيتها .

أهمية التفرقة بينهما :

١- لا يتصور وقوع بعض الحقوق إلا على شئ غير قابل للاستهلاك كحق
الانتفاع والاتفاق .

٣ ٢- يمكن تأجير أو إعاره الأشياء القابلة للاستهلاك حيث تستهلك بالاستعمال ولا يمكن ردها .

ابعداً :- العقارات ، والمنقولات :

العقار : كل شئ ثابت مكانه ولا ينتقل من مكان لآخر إلا بتلفه مثل الأرض والمباني .

أنواع العقارات :

نوعان ١- عقار بطبيعة : وهو كل شئ ثابت مكانه ولا ينتقل من مكان لآخر إلا بتلفه .

إذا يشترط فيه أ- أن يحوز صفة الاستقرار ب- أن يكون من المستحيل نقله دون تغير ذاتيته

٢- عقار بالتخصيص : هو المنقول الذي يخصصه صاحبه لخدمة عقار يملكه مثل : الآلات المخصصة لخدمة الأرض والحيوانات المخصصة للزراعة

* شروط اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص :-

١- أن يكون الشئ منقولاً بطبيعته .

٢- أن يكون المنقول مملوكاً لمالك العقار .

٣- تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله .

٤- ان يكون التخصيص مستمرا .

فمثلاً : لو كان لشخص قطعة أرض فهي عقارات بطبيعتها ثم وضع آلات لخدمة

هذه الأراضي كآلات الري فهي منقولات لازمة لاستخدام الأرض ومادامت

لمالك الأرض يلحقها القانون بالعقارات مفترضاً أنها الأخرى عقارات .

- المنقول هو : كل شئ ينتقل من مكان لآخر دون تلف مثل السيارات .

المنقولات : نوعان :-

١- منقول بطبيعته : وهو كل شيء ينتقل من مكان لآخر دون تلف مثل السيارات والطائرات .

ويشمل : أ- المنقولات المادية مثل الآلات ب- المنقولات المعنوية مثل الاسم التجاري .

٢- منقول بحسب المآل : هو فى الأصل عقار لكنه بحسب ما سيكون يعتبر منقول مثل : الأشجار المعدة للقلع – المباني المعدة للهدم .

شروط اعتبار العقار منقولاً بحسب المآل :

١- أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى احتساب الشيء باعتبار ما سيؤول إليه .

٢- أن يكون مصير الشيء هو الانفصال فى وقت قريب وليس محتملاً

أهمية التفرقة بين العقارات والمنقولات :-

١- بعض الحقوق لا ترد إلا على العقارات دون المنقولات مثل حق الارتفاق وحق الرهن الرسمي والاختصاص والحكر .

٢- الشفعة لا ترد إلا على العقارات :- وهى رخصة تجيز للجار والشريك الحلول محل مشترى العقار إذا توافرت شروط معينة .

٣- إجراءات التنفيذ على العقارات ضماناته أكثر من إجراءات التنفيذ على المنقولات .

٤- تصفية التركة : عند تصفية التركة لسداد الديون يجب البدء ببيع المنقول أولاً فإذا لم يكفى للسداد يتم بيع العقار .

٥- انتقال الملكية : تنتقل الملكية فى المنقولات بمجرد العقد أما فى العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل .

٦- دعاوى الحيازة : مقررّة لحماية حائز العقار فقط دون المنقول حيث أن الحيازة في المنقول سند الحائز .

٧- الاختصاص القضائي في الحقوق العقارية: يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار مع أن الأصل يكون في محكمة موطن المدعى عليه .

المبحث الرابع

مصادر الحقوق الشخصية

وتتمثل في الآتي :

أولاً : مصادر إرادية : ومنها العقد وهو ما نتعرض له بالتفصيل .

ثانياً: مصادر غير إرادية : ومنها الإرادة المنفردة العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون نتعرض له إجمالاً .

العقد : هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

- تعريف العقد في القانون هو : (توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام كما في عقد البيع، أو نقله كما في الحوالة، أو تعديله كما في الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام، أو إنهاؤه كما في الوفاء الذي ينقضى به الدين)^(١)

وتقسم العقود باعتبار التسمية إلى عقود مسماة وغير مسماة :

(١) د/عبدالرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ١/ ١٧ ، ط: دار النهضة العربية ١٩٨١، د / أنور عبدالله: مدخل القانون ص ٢٧١ ، ط : مكتبة عين شمس .

- العقود المسماة: هي العقود التي وضع لها الشارع اسم خاص بها وتكفل ببيان أحكامها ، وهذا النوع يشتمل على العقود التي أنشأها الشارع ابتداء كعقد البيع

....

- العقود غير المسماة: وهي العقود المستحدثة والتي لم يضع لها الشارع اسما خاصا بها وإنما استحدثها الناس تبعا لحاجتهم اليها، كعقد الاعتماد المستندي...، وهذا النوع لا يمكننا حصره، بل يخضع لحاجة الناس في كل زمان ، ومكان، فحاجات الناس متجددة دائما، وقد ينشأ منها أنواع في الزمن المستقبل طالما لا تخالف نصا أو قاعدة من القواعد العامة ، وتخضع في تكوينها ، وآثارها للقواعد العامة.^(١)

أنواع العقود :

- مسماه : وهي التي نظمها القانون كعقد البيع
- غير مسماه : وهي التي لم ينص عليها قانوناً كعقد الفندقة .
- عقود رضائية : هي التي يكفي فيها التراضي بين طرفيها ولم يشترط المشرع لها شكلاً خاصاً كعقد الإيجار.
- عقود شكلية : هي التي لا يكفي فيها التراضي بل تحتاج لاتخاذ شكل معين كعقد الرهن الرسمي .
- عقود ملزمة للجانبين : هي التي ترتب التزامات على عاتق كل من طرفيها كعقد البيع .
- عقود ملزمة من لجانب واحد : وهي التي ترتب التزامات على عاتق أحد الطرفين فقط كعقد الهبة .

(١) د/ أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام ٤١/١ ، ٤٢ .

- عقود فورية : هي التي يمكن أن تنفذ في الحال دون أن تحتاج إلى مضي زمن معين مثل عقد البيع .

- عقود زمنية : هي التي لا تنفذ في الحال ولكن على مر الزمن مثل عقد الإيجار .

- عقود مدنية : هي التي ينظمها القانون المدني وتخضع لأحكامه مثل عقد البيع والإيجار .

- عقود تجارية : هي التي ينظمها القانون التجارى وتخضع لأحكامه مثل عقد السمسرة .

- عقود إدارية : هي التي ينظمها القانون الإدارى وتخضع لأحكامه مثل عقد الأشغال العامة .

أركان العقد :- التراضي - المحل - السبب

الركن الأول : التراضي : وهو توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانونى

ويعتبر الرضا موجود أ- بصور إيجاب من أحد المتعاقدين واقتراانه بقبول من الآخر .

الإيجاب : هو تعبير عن إرادة المتعاقد يدل على أنه يقبل التعاقد وفقاً لشروط معينة .

القبول : هو تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على الإيجاب .

ب- بسلامة الإرادة بمعنى أن تكون الإرادة خالية من العيوب وعيوب الإرادة هي ١- الغلط ٢- التدليس ٣- الإكراه ٤- الاستغلال

١- الغلط هو : الوهم الذى يقع فيه الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته .

- مثل : من يظن أنه يشتري منزل معيناً والحقيقة أن البائع يبيعه منزلاً آخر .
- شروط الغلط : ١- أن يكون الغلط جوهرياً ويكون كذلك إذا كان جسيماً لو علمه من وقع فيه كالغلط في شخص المتعاقد .
- ٢- أن يتصل الغلط بعلم المتعاقد وإلا فإن المشرع قد قرر عدم إمكان التمسك بالغلط مع وجود حسن النية للطرف الآخر .
- ٢- التدليس : هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد .

- شروطه : ١- استعمال طرق احتيالية وهي : ما يستخدمه المتعاقد لتضليل المتعاقد الآخر حتى يدفعه إلى التعاقد وتتكون الطرق الاحتيالية من عنصرين :-
- مادي : أى الوسائل المادية التى تولد فى ذهن المتعاقد صورة تخالف الواقع معنوي : وهو نية التضليل للمتعاقد الآخر .
- ٢- أن يكون التدليس دافعاً للتعاقد : بمعنى أن تدفع المتعاقد إلى إبرام العقد .
- ٣- أن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر أو يكون على علم به .
- والحكم إذا صدر التدليس من وكيل المتعاقد أو نائبه : فيعتبر أنه صادر عن الأصل وبذا يؤدي إلى إبطال العقد .

- ٣- الإكراه : ضغط يقع على الشخص فيولد فى نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد .
- شروط الإكراه :-

- ١- أن يصدر ضغط غير مشروع يولد رهبة فى نفس المتعاقد .
- ٢- أن تكون الرهبة هى سبب التعاقد .
- ٣- أن يصدر الضغط من المتعاقد الآخر أو على الأقل على علم به .

فإذا كان الإكراه من شخص أجنبي عن العقد فلا يؤثر ذلك على صحة العقد إلا إذا ثبت أن الطرف الآخر على علم به .

٤- الاستغلال : هو عدم التعادل الجسيم بين ما أخذ المتعاقد وما أعطى ، كما لو باع بئمن قليل أو اشترى بئمن كبير ، لأن هذا يدل على عيب فى رضاء الطرف المغبون " وتقدير ذلك للقضاء "

شروطه : ١- عدم التعادل الجسيم بين التزامات المتعاقدين .

٢- أن يكون هناك طيش ظاهر أو هوى جامح يؤدي إلى سوء تقدير الأمور

٣- استغلال الطرف الآخر للطيش البين أو الهوى الجامح .

الركن الثاني : المحل : وهو الأداء الذى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن .

شروطه :- ١- أن يكون ممكناً ٢ - معيناً أو قابلاً للتعين ٣- مشروعاً

الركن الثالث : السبب : وهو الغرض الذى يقصد إليه الملتزم من وراء التزامه

شروطه : ١- أن يكون موجوداً ٢- أن يكون مشروعاً .ويترتب على تخلف ركن من أركان العقد إبطال العقد إما بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً

حكم البطلان المطلق والنسبى

أولاً : البطلان المطلق : ويتحقق : ١- إذا انعدم ركن من أركان العقد وهى الرضا والمحل والسبب .

٢- إذا تخلف شرط من شروط كل ركن كالإمكان والوجود والمشروعية والتعيين فيكون العقد باطلاً مطلقاً بمعنى يعتبر التصرف كأن لم يكن .

ثانياً : البطلان النسبى : (القابلية للإبطال) :-

ويتحقق إذا تخلف شرط من شروط الصحة وهي الأهلية وخلو الإرادة من العيوب وعيوب الإرادة هي الغلط – التدليس – الاستغلال ويترتب عليه قابلية العقد للإبطال لمصلحة معيب الإرادة .

ثانياً: المصادر غير الإرادية

أولاً: العمل غير المشروع (الفعل الضار): وهو مصدر للالتزام بالتعويض أى التزام يقع على عاتق من يسبب ضرر للغير سواء في شخصه أو في ماله مثل التزام قائد العربة بتعويض المصاب عما أصابه من أضرار جراء الحادث .

ثانياً: الإثراء بلا سبب (الفعل النافع): وهو التزام كل شخص أثرى على حساب شخص آخر دون سبب مشروع بتعويض الأخير في حدود ما أثرى به. ثالثاً: الإرادة المنفردة : ويقصد بها التزام شخص بإرادته المنفردة دون اتفاق مع إرادة أخرى مثل الوعد بجائزة

رابعاً: القانون: فإذا كانت المصادر السابقة العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع هي مصادر مباشرة للالتزامات إلا أنه في نفس الوقت يعتبر القانون المصدر غير المباشر للالتزام الذي لا دخل للشخص فيه كالميلاد وما ينشأ من قرابة بين الأفراد فنسب الولد إلى الوالد ينشأ التزاماً بالنفقة.

الفصل الثالث

نظرية التعسف ، الاثبات

التعسف في استعمال الحق

تمهيد وتقسيم :

تعد نظرية التعسف نظرية قديمة ، لها أصولها التاريخية ، عرفها القانون الروماني فعمد فقهاء الرومان إلى تقييد استعمال الحقوق بما يحافظ على الأخلاق ويحقق العدالة ، و انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم ، الذي ذهب إلى أنّ الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير و لم تكن له مصلحة في استعماله ، كما عرفتھا الشريعة الإسلامية كنظرية عامة تنصرف إلى كافة الحقوق ، وبما أن التعسف في استعمال الحق يوجب التعويض ، فهو يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية ، فيكون بذلك التعسف في استعمال الحق : هو أن يستعمل الإنسان حقه على وجه غير مشروع ، وبذلك ما دام الإنسان يمارس حقه داخل الإطار القانوني الذي نص عليه المشرع فلا مجال للتعسف في ذلك ، إلا أنه لا بد وأن يلتزم الإنسان عند استعماله لحقه باحترام حقوق الآخرين، وذلك يتخذ صورتين :

الأولى : عدم مجاوزته لحدود حقه .

الثانية : عدم التعسف في استعمال حقه داخل الإطار القانوني ..

، نتعرف على ذلك من خلال الآتي :

المبحث الأول

التعسف في استعمال الحق

أولاً : ماهية التعسف في استعمال الحق :

- التعريف القانوني للتعسف : هو عدم الاعتدال في استعمال الحق

أو هو : (التجاوز في استعمال الحق وإلحاق ضرر بالغير) .

ومثال ذلك : حق الملكية يعطى لصاحبه سلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه بشرط ألا يكون متعسفاً في استعماله

- معيار التعسف في استعمال الحق : يتمثل في استعمال الحق استعمالاً غير مشروع وفيه تجاوز وبذا يكون المتعسف مسؤولاً عما ينشأ من ضرر بخلاف من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً .

، فلقد بين المقتن مفهوم التعسف في استعمال الحق بنص المادة الخامسة من التقنيين المدني الحالي فقد نص المشرع المصري على عدم التعسف في استعمال الحق ، فقد نصت المادة الرابعة من القانون المدني المصري على أن :

" من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " ، ثم أضافت المادة الخامسة من ذات القانون :

" يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) إذا كان المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

نستنتج من ذلك ، أن القانون لا يحمي الحق و مستعمله إلا إذا احترم حدود حقه ولم يصل استعماله حد الإضرار بالغير، كما يتضح من خلال نص المادة أن المشرع لم يعرف التعسف وإنما أشار إلى المعايير التي يقوم عليها ، ويتضح من هذا أن المقتن قد فرض على استعمال الحقوق قيودا يتعين على صاحب الحق مراعاتها في استعماله إياه وإلا اعتبر مخطئا وجازت مساءلته على الضرر الذي يسببه للغير متى قامت رابطة السببية بين الخطأ الذي وقع فيه صاحب الحق وبين الضرر الذي لحق بالغير .

- حكم التعسف في استعمال الحق :

التعسف في استعمال الحق غير مشروع في الفقه ، والقانون ، فقد أجمع العلماء في الفقه والقانون على عدم جواز التعسف في استعمال الحق لأن الدين يسر .

- صور التعسف في استعمال الحق :

لقد جاء التقنين المدني المصري الحالي والتقنينات العربية التي استمدت قواعدها من الفقه ، ونص في المادة الخامسة من القانون المدني المصري على منع استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، ونص على هذه الصور، وهي على التفصيل الآتي : - قصد الإضرار بالغير :

- أن تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها لا تتناسب مع ضرر الغير .

- أن تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروع .

وبمقتضى هذا النص يكون المقتن المصري قد حدد الحالات التي يعتبر استعمال الحق فيها غير مشروع ، وذلك على الرغم من أن صاحب الحق في هذه الحالات يستعمل حقه في النطاق الخاص به ، ولم يتجاوز حدوده ، وهذه الحالات هي :

١- قصد الإضرار بالغير : يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه إذا كان لم يستعمل حقه إلا بقصد الإضرار بالغير ، ويستخلص قصد الإضرار من انتفاء كل مصلحة في استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك^(١) ، حيث إن استعمال الحق دون منفعة، قرينة ، على أن - مستعمل الحق - لم يقصد سوى الإضرار بغيره ، ذلك كالذي يهدم جداره الذي كان ساتراً لجاره وليس له غرض إلا الإضرار بجاره، فهو في هذه الحالة متعسف في استعمال حقه، فنية الإضرار مفترضة في هذه الحال " ، والذي يظهر لى أنه لا يلزم لزوماً مطلقاً من انتفاء المصلحة أو المنفعة في استعمال الحق توفر نية قصد الإضرار بالغير؛ فقد يستعمل صاحب الحق حقه على وجه غير وجه تحقيق المنفعة له، ولا يقصد من ذلك إلحاق الضرر بالغير، كمن يتلف طعاما له أو بعض ملبسه، فلا يلزم من ذلك إلحاق الضرر بالغير ، لكن قصد الإضرار بالغير نية خاصة، فمثلا لا بد للدائن (المضروب) من إثباتها.

ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي هو مسلك الرجل المعتاد في هذا الموقف، إذ إن مجرد نية الإضرار، بمعنى الإضرار العمد لا يكفي بذاته للقول بوجود انحراف في السلوك، فالشخص قد يستعمل حقه ويتعمد الإضرار بغيره، ومع ذلك لا يعتبر منحرفا إذا كان استعمال حقه على هذا النحو يحقق له نفعاً كبيراً يفوق بكثير الضرر الذي سيبعث بالغير، أما إذا انطوى استعمال الحق على قصد الإضرار بالغير، دون أن يقترن ذلك بتحقيق أية مصلحة لصاحب الحق، أو بتحقيق مصلحة ثانوية، أو تحققت مصلحة له

(١) د: أحمد النجدي زهو، التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، ط : جامعة القاهرة، ١٩٩١م، ص٤٨ ، سمير تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص٣٩٩ .

بطريقة عرضية غير مقصودة، فإنه يكون متعسفا في استعمال حقه طبقا لمسلك الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف (١) .

ومما تقدم أيضا يمكننا وضع شرطين لتحقيق هذه الصورة هما:

١. أن يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير.

٢. أن يثبت قصده لذلك، بحيث لا يصحبه قصد إلى شيء آخر من وراء هذا الفعل، كالقصد إلى تحقيق منفعة ولو ضئيلة منه. (٢)

فإن انعدام المصلحة من الفعل يعتبر قرينة في القضاء على قصد الإضرار بالغير، إذ الأصل أن أفعال العقلاء لا تخلو من المصلحة، فإذا لم يحقق الفعل مصلحة ما ولو ضئيلة كان ذلك قرينة على قصد الإضرار بالغير، فيكون الفاعل مسيئا في هذا الاستعمال .

ويجب أن يثبت المتضرر أن صاحب الحق، وهو يستعمل حقه قصد إلى إلحاق الضرر به، وله إثبات هذا القصد بجميع طرق الإثبات

فإذا أقام المتضرر الدليل على نية الإضرار، اعتبر مستعمل الحق متعسفا في استعماله ومسؤولاً عن الأضرار التي وقعت بموجب أحكام ضمان الفعل الضار، وعلى المدعى عليه أن يثبت العكس لينجو من المسؤولية (٣) .

ويرى د: السنهوري في باب الإثبات أنه لو لم يقدّم الدليل القاطع على وجود القصد في إحداث الضرر، ولكن الضرر وقع فعلاً وتبين أنه لم يكن لصاحب الحق أية مصلحة في استعمال حقه على الوجه الذي أضر فيه بالغير، فإنه يرى

(١) د: سليمان مرقص، شرح القانون المدني في الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٤م، ج٢، ص ٣٥٤ ،
سمير تناغو، نظرية الالتزام، ص ٣٠٠ .

(٢) د: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٤، ١٤٠٨هـ/
١٩٨٨م، ص ٢٥٣ .

(٣) د: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٣٢٠ .

أن انعدام المصلحة هنا انعداماً تاماً قرينة على قيام القصد بإحداث الضرر، كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية ، وهذه القرينة بالضرورة هي بسيطة قابلة لإثبات العكس^(١) .

٢- أن تكون المصالح التي يرمى إلى تحقيقها لا تتناسب مع ضرر الغير .

فإذا استعمل الشخص حقه لإبتغاء مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير، فيعد استعماله غير مشروع ، ومن تطبيقاته إذا قام مالك أرض وهو يقيم عليها بناء جار بحسن نية على جزء من أرض جاره، فرفض صاحبها التعويض الذي عرضه الباني وطالب بهدم البناء رغم أنّ الجزء المشغول بالبناء في أرضه كان جزءاً مستترا لا يبهر هذا الإضرار من جانبه ، فإنه يكون متعسفاً في استعمال الحق، فلا يقبل هدم البناء، بل يجوز للمحكمة أن تجبره على أن يترك لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك بمقابل تعويضه بقيمة ذلك ...

وبذا فإن مثل هذه الأعمال لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير، إذ تكون الفائدة قليلة بالنسبة للضرر، كمن يغرس أشجار قصد توفير الرطوبة ويحجب بذلك الهواء عن جاره و يمنع من استعمال شرفته استعمالاً مألوفاً، فيكون متعسفاً

في استعمال حقه لأنّ المصلحة التي يسعى إليها الحصول على الرطوبة قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير وهو عدم استعمال الشباك^(٢)

- وقد طبق المقتن المصري هذا المعيار في صور كثيرة منها :

- تنص المادة ٢/٨١٨ مدنى على أنه " ليس لمالك الحائط أن يهدمه

(١) د: عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، تنقيح: المستشار أحمد المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ٧٠٦ / ١ .

(٢) د: النجدي زهو أحمد ، التعسف في استعمال الحق ص ٦٦ .

مختارا دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذي يستند ملكه بالحائط " ،
وذلك لأن الحائط الفاصل ما دام مملوكا ملكية خاصة لأحد الجارين فلما ملكه
سلطة هدمه غير أنه لما كان بناء الجار مستندا بهذا الحائط فيجب حتى يعتبر
الهدم مشروعاً ، أن يوجد تناسب بين المنفعة التي تعود على مالك الحائط من
هدمه ، وبين الضرر الذي يلحق بالجار نتيجة لذلك وهذا التناسب يقوم إذا وجد
باعث ولكنه ليس قويا بحيث يبرره ، فيعتبر ذلك قرينة على التعسف في
استعمال حق الملكية بابتغاء تحقيق مصلحة ضئيلة وتافهة لا تستأهل حماية
القانون أمام ما يصيب الجار من أضرار جسيمة فادحة (١) .

- وتنص المادة ٩٢٨ مدنى على أنه "إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها
بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت
محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء
المشغول بالبناء وذلك في نظير تعويض عادل " .

وذلك لأن إصرار صاحب الأرض على هدم البناء الذى جار به البانى على جزء
صغير من ملكه يعتبر فى الواقع تعسفا فى استعمال حقه حيث لا تتعادل البتة
مصلحته فى الهدم ، مع ما يصيب مالك البناء من ضرر من جراء هذا الهدم
خاصة وأنه لن ينزل عم ملكية هذا الجزء من أرضه الذى شغله البناء إلا فى
مقابل تعويض عادل .

٣- أن تكون المصالح التي يرمى إلي تحقيقها غير مشروعاً (٢) :

مثل : قيام صاحب عمل بفصل عامل لديه بسبب نشاطه النقابي.

وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في المصلحة غير المشروعة.

(١) د: حسن كيره ص ٧٧٥ .

(٢) د: أنور طلبية، التعليق على نصوص القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، (ط٢)، ١٩٨٣م، ١ / ١٤

ومقتضى هذا المعيار أنه لا يكفي أن تكون المصلحة التي ينشدها صاحب الحق من وراء استعماله لحقه ذات نفع له، بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة أيضاً، لأن الحقوق إنما شرعت لتحقيق غايات نبيلة، ومصالح عامة، أو خاصة، ولم تشرع عبثاً، أو لمجرد التلهي بها، أو لقصد الإفساد وإلحاق الأذى بالغير، فينبغي أن يستعمل الحق في الغايات المشروعة التي منح الحق من أجلها، ولا يجوز أن يستعمل الحق فيما لم يشرع ذلك الحق من أجله^(١)، ومن ذلك على سبيل المثال استعمال الشخص منزله للأغراض المنافية للنظام العام أو الآداب كمن يدير مسكنه للدعارة أو لتزيف العملة، ويعتبر متعسفا في استعمال حقه كذلك، المالك الذي يطالب المستأجر بإخلاء العين المؤجرة له بحجة احتياجه إلى السكن فيها، بعد محاولته زيادة الأجرة فوق ما يسمح به القانون وفشله في ذلك^(٢)،

ومنه استعمال الشخص حقه لا لمجرد الإضرار بالغير، بل لمصلحة شخصية له لا تتناسب مع الضرر الذي يسببه للغير؛ وذلك لأن الحقوق إنما تقررت لأصحابها ليحققوا بها مصالح يحميها القانون، لا لتحقيق مصالح غير مشروعة، فمن يستعمل حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة مهما عظمت هذه المصلحة، يسيء استعمال حقه ويعد مخطئاً خطأً يوجب مسؤوليته عما يسببه ذلك من ضرر بالغير^(٣)، وبذا يتصور البعض أن القانون المصري ذهب إلى عدم اعتبار صاحب الحق متعسفاً إذا كان عمله لا يندرج تحت أي من الصور الثلاث السابقة^(٤)، إلا أنني أرى أن هذه الصور ليست على سبيل الحصر، بل على سبيل المثال، وذلك لأنه لا يوجد في صياغة المادة الخامسة من القانون

(١) د: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٢٥٢ .

(٢) د/ حسن كيره : ص ٧٧٦ .

(٣) د: سليمان مرقص، شرح القانون المدني ٢/ ٣٥٦ .

(٤) السنهوري : ص ٧٠٥ .

المدني ما يدل على الحصر، حيث إنها تشير إلى أن استعمال الحق إذا اندرج تحت أحد هذه المعايير يكون صاحبه متعسفا، ولم تقل ما دون ذلك يعد مشروعا ، ونستدل على ذلك بما ورد في الأعمال التحضيرية لهذا النص^(١) من أنه :

... "من المحقق أن تفصيل الضوابط على هذا النحو يهيئ للقاضي عناصر نافعة للاسترشاد، فليس لهذه المعايير قيمة إلا أنها تهيئ للقاضي عناصر نافعة للاسترشاد." وعلى ذلك إذا ثبت للقاضي وجود تعسف فله أن يقضي بالتعويض العيني للمضور طبقا للقواعد العامة، أو التعويض العيني حسب الحالة المعروضة عليه .

المبحث الثاني

جزاء التعسف في استعمال الحق ، والاثبات

تمهيد :

إذا ثبت التعسف يلتزم المسئول عنه بتعويض الأضرار التي تحصل للغير من هذا التعسف ، وقد يكون التعويض نقدي ، وهو الغالب ، وقد يكون التعويض عيني بإزالة الضرر ، كما أنه قد يكون وقائي بوقفه من البداية .

ظهر لنا أنه لا يجوز للإنسان أن يتعسف في استعمال حقه حتى لا يترتب على ذلك إلحاق الغير بالضرر ومن هنا إذا تعسف صاحب الحق في استعمال حقه وترتب على هذا التعسف إلحاق الضرر بالآخرين ، أو كان الاستعمال غير مشروع فإنه يترتب على ذلك جزاء ، ونتعرف على ذلك من خلال الآتي :

إذا تعسف صاحب الحق في استعمال حقه مما أدى إلى إصابة الغير بالضرر فإنه يسأل عن الإضرار التي لحقت بالغير، حيث تم تكييفه على أساس أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، المجلد الأول، ص ٢٠٩ .

التعسف فى استعمال الحق ما هو إلا صورة من تطبيقات نظرية المسؤولية التقصيرية (١) ،

فقد نصت ١٦٣ من التقنين المدنى " : كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " ، فإذا تحقق الضرر بسبب التعسف أعطى القانون للمتضرر من جراء ذلك ، أن يطلب تعويض ، لكن يجب أولاً إثبات التعسف ، بعد ذلك يترتب عليه الجزاء ونتعرف على ذلك من خلال الآتى :

أولاً : إثبات التعسف (الإثبات) :

تعريف الإثبات : هو إقامة الدليل أمام القضاء بإحدى الطرق التى حددها القانون على صحة واقعة قانونية يؤكدها أحد طرفى الخصومة وينكرها الطرف الآخر .

أركان الإثبات :

- ١- أن يرد الإثبات على واقعة قانونية : بمعنى ان يعترف بها القانون
- ٢- أن يرد الإثبات على واقعه منتجة فى الدعوى بما أن يكون لها اثر قانوني للفصل فى الدعوى .
- ٣- أن يتم الإثبات بوسائل قانونية وهى الكتابة والإقرار واليمين وشهادة الشهود والقرائن

أهمية الإثبات : للإثبات أهمية كبيرة فى وجود الحق لأن الحق بدون دليل يكون هو والعدم سواء .

عبء الإثبات : القاعدة أن الإثبات دائماً يقع على عاتق المدعى . حيث أن (البينة على المدعى واليمين على من أنكر) فيقع الإثبات وفقاً للقواعد العامة على المدعى ، فمن يطالب غيره بحق، عليه إثبات ذلك فالإثبات يقع على

(١) د: حسن كبره : ص ٧١٥ .

المدعى، ويقع إثبات التعسف أيضا على المدعى طبقا لقاعدة "البينة على من ادعى" لأن الأصل افتراض أن صاحب الحق استعمل حقه استعمالا عاديا ، بحسب الغرض منه وبحسن نية، فإذا ادعى المالك مثلا أن أعمال الحفر التي يقوم بها جاره قصد الإضرار به ، فعليه إثبات ذلك ، ويثبت التعسف أمام القضاء بجميع الطرق المثبتة للحق غير أن تكييفه يتوقف إلى حد كبير على الظروف المحيطة بالقضية، وعلى عرف الجماعات؛ فقد يكون استعمال الحق تعسفاً في بيئة دون أخرى، وضرراً في حال دون حال، وذلك كرفع صوت المذياع إذا كان في السوق العامة أو في الأحياء الآهلة بالسكان وبين سكان البادية أو الحاضرة.

ولما كان سوء النية والتحايل لتحصيل المفساد والأضرار هما أكثر أسباب التعسف وجب على القاضي أن تكون له خبرة واسعة بقرائن الأحوال وفقه نافذ بأحوال الناس الاجتماعية؛ ليجمع منها أدلة قصد الإضرار ويكتشف التحايل باستعمال المباحات على الوصول إلى المحرمات والأغراض غير المشروعة، نعم، هناك حالات نصب الشارع عليها علامات ظاهرة؛ كالطلاق في مرض الموت لأجل الفرار من ميراث الزوجة ، ويكون إثبات التعسف طبقا لطرق الإثبات المنصوص عليها تتمثل في :

أولاً: وسائل الإثبات الكاملة وهي ملزمة للقاضي :

١- الكتابة ٢- الإقرار ٣- اليمين الحاسمة

١ - الكتابة : وتعد أقوى وسائل الإثبات وقد تكون في صورة :

أ - محرر رسمي : وذلك إذا قام بتحريره موظف مختص كالعقود التي يتم تحريرها في الشهر العقارى .

ب) محرر عرفى : وهى الورقة الموقع عليها من شخص دون أن تكون صادرة من موظف عام ، ويعد كلاً منهما حجة بما ورد فيه ما لم يثبت خلاف ذلك .

٢ - الإقرار (الاعتراف) وهو إما :

أ - إقرار قضائى : وهو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وهو ملزم للقاضى .

ب- إقرار غير قضائى : وهو اعتراف الخصم خارج قاعة المحكمة ويترك للقاضى أمر تقييمه وفقاً لاقتناعه .

٣- اليمين الحاسمة : هى اليمين التى يوجهها الخصم إلى خصمه لحسم النزاع عندما لا يوجد لدى المدعى دليل فى الدعوى يثبت به حقه ، فإذا نكل الخصم عن اليمين اعتبر دليلاً على صحة إدعاء خصمه وإن حلف خسر المدعى دعواه .

ثانياً : وسائل الإثبات الناقصة : وهى أدلة غير ملزمة للقاضى وتخضع لتقديره

وهى : ١ - شهادة الشهود ٢ - القرينة ٣ - اليمين المتممة

١ - شهادة الشهود : إخبار الشاهد بما رآه أو سمعه أمام مجلس القضاء بعد الحلف

حكمها : ترك المشرع أمر تقييمها للقاضى فيجوز له أن يأخذ بها أو يرفضها .

٢ - القرينة : هى ما يستنتجه القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول

حكمها : تخضع للسلطة التقديرية للقاضى أيضاً .

٣- اليمين المتممة : وهى التى يوجهها القاضى من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم لكى يستنبط من حلفه أو نكوله قرينه على صحة إدعائه أو لا .

حكمها : تخضع للسلطة التقديرية للقاضى فله أن يأخذ بها أو لا .

ثانياً : جزاء التعسف :

يكون جزاء التعسف فى استعمال الحق إما جزاء وقائى وذلك إذا ظهر التعسف فى استعمال الحق بصفة واضحة قبل تمامه ، أما حالة حدوث التعسف فعلاً فإنه يحكم على المتعسف بالتعويض لصالح المضرور، وذلك إذا أدى إلى إتلاف مال أو نفس كمن حفر فى ملكه بجوار حائط جاره فانهدمت، وإما الإبطال إذا كان فى التعاقد كوصية الضرار ، وإما رفع الضرر؛ كبناء المالك ملاصقاً لجاره فسدَّ عليه نوافذ الضوء والهواء، وإما التعزير؛ كما فى دعاوى التشهير، وإما المنع من ممارسة الحق المتعسف فى استعماله؛ كما فى منع الزوج من السفر بزوجه إذا قصد به إيذاءها، والمفتى المحتال على المحرمات، والطبيب الجاهل ، ونتعرف على ذلك من خلال :

أولاً / جزاء التعسف فى استعمال الحق :

- الجزاء الوقائى :

يعتبر الجزاء الوقائى جزاء يمنع ابتداء الاستعمال التعسفى للحق و يحول دون وقوع الضرر أصلاً .

- الجزاء التعويضى :

هو الحكم بمبلغ مالى يدفع للمضرور نتيجة الضرر الذى لحق به وهو ما نصت عليه المادة ١٦٣ من التقنين المدنى " : كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " .

مادة ١٦٤ : ١ - (يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .

٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم بالتعويض."

، يعتبر التعويض صورة علاجية للتعسف بعد وقوعه ، ويتمثل في إزالة الضرر بعد وقوعه وذلك بأن يحكم على المتعسف بالتعويض بإعطائه مبلغ مالي للمتضرر

وينقسم التعويض حسب القواعد العامة إلى التعويض العيني، والتعويض النقدي بمقابل، حيث يعتبر التعويض العيني أفضل طرق التعويض إذ يؤدي إلى إصلاح الضرر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه كالحكم بإزالة العمل الضار كهدم الحائط أو المدخنة التي بنيت بقصد حرمان الجار من الضوء والهواء النقي ، والجزاء العيني قد يحكم به مع التعويض النقدي و يكون الغرض منه التعويض عن الضرر السابق و تلافى الضرر اللاحق معاً كالحكم على المالك بهدم المدخنة التي أقامها لمضايقة الجار وبتعويض الجار عن الخسارة التي لحقته - أما التعويض النقدي بمقابل هو الأصل ، وهو عبارة عن مبلغ من المال يدفع دفعة واحدة للمضرور كما يجوز للقاضي أن يجعله على أقساط ، وبذا فإذا تعسف المالك في استعمال حق ملكيته فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي تصيب جيرانه نتيجة ذلك، فالمالك الذي يغرس أشجاراً في أرضه بقصد حجب النور عن جاره، يكون قد أساء استعمال حقه ، و يسأل عن الأضرار التي تلحق جاره نتيجة ذلك ، فمصلحة الجار أولى بالرعاية من المصلحة التي يتوخاها صاحب الحق من استعمال حقه ، وبذا إذا تعسف

صاحب الحق فى استعمال حقه مما أدى إلى إصابة الغير بالضرر فإنه يسأل عن الإضرار التى لحقت بالغير ، ومسئولية صاحب الحق الذى تعسف فى استعمال حقه تجاه الغير الذى أصيب بالضرر ، قد تكون محكمة فى الأصل بنفس القواعد التى تحكم مسؤولية أى شخص يرتكب خطأ تقصيرياً ، مما يلزم بالتعويض ، وذلك وفق ما تقضى به المادة ١٦٣ مدنى والتى تنص على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" "وهذا التعويض يقدر القاضى مداه على أساس الضرر الذى لحق المضرور" م ١٧٠ مدنى .

وتطبيقاً لذلك قد يأمر القاضى من تعسف فى استعمال حقه أن يزيل مظهر هذا التعسف ، وذلك كان يأمر القاضى بهدم البناء الذى أقامه مالك الأرض على أرضه ليحجب النور عن بيت جاره ، وتلك صورة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه وقد يأمر القاضى بإزالة مظهر التعسف وبالزام صاحب الحق المتعسف فى استعمال حقه بالإضافة إلى ذلك بدفع مبلغ نقدى لقاء الأضرار التى وقعت منذ حدوث التعسف حتى الإزالة (١)

- وحاصل القول : أن إذا ثبت التعسف يلتزم المسئول عنه بتعويض الأضرار التى تحصل للغير من هذا التعسف ، وقد يكون التعويض نقدى ، وهو الغالب ، وقد يكون التعويض عيني بإزالة الضرر ، كما أنه قد يكون وقائي بوقفه من البداية .

تم بحمد الله ، وتوفيقه .

(١)

قائمة المراجع

- د: أحمد النجدي زهو، التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، ط
: جامعة القاهرة، ١٩٩١ م .
- د: أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، دار النهضة العربية ، بيروت
، ط ٣ - ١٩٨١ م
- د: أنور طلبه، التعليق على نصوص القانون المدني، دار المطبوعات
الجامعية، ط ٢ / ١٩٨٣ م .
- د: جميل الشرقاوى ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، ط ٢ -
١٩٧٢ م .
- د: حمدى عبدالرحمن ، المدخل للعلوم القانونية ، المدخل للعلوم القانونية ،
جامعة عين الشمس ، ط ٣ - ١٩٩٥ م
- د: سليمان مرقص، شرح القانون المدني في الالتزامات، المطبعة العالمية،
القاهرة، ١٩٦٤ م .
- سمير تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية .
- د. عبدالحميد الشواربي ، مصادر القانون، التعسف في استعمال الحق، ط
: الإسكندرية ، 200٠ .
- د/ عبدالرازق السنهوري: الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، ط:
منشأة المعارف ، الاسكندرية ٢٠٠٤ م ، د/ السنهوري، مصادر الحق فى
الفقه الإسلامى ، ط١: دار إحياء التراث العربى، ١٩٥٤م.
- د/ عبدالمنعم فرج الصدة : مبادئ القانون ١٩٧٠ ، ط: دار النهضة
العربية بيروت ، نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ١٩٥٠ م .

- د/ عبدالناصر توفيق العطار: مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ، ١٩٧٩ م .
- د/ عيسوي أحمد عيسوي : ، نظرية التعسف في استعمال الحق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة، جامعة عين شمس، ١٩٦٣م.
- د: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٤ ، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م .
- د/ محمد سامي مذكور: نظرية الحق ط: دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٥٣م
- د: محمد شكري سرور ، النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي ، القاهرة - ١٩٧٩م
- د: مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت .
- د : نبيلة رسلان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية" أحكامها ومصادرها"، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 1995
- د: نعمان خليل جمعة ، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٩م ،
- د: همام محمد زهران ، المدخل للقانون ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ط ٢٠٠٤ م .
- مجلة المحاماة:(نصوصالقانونالمدني)،ط: دارالطباعةالإسلامية ١٩٩٠م
- مَجَلَّةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ : لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ، وشرحها لعلی حيدر ط :مكتبة النهضة - بغداد ، ط : نور محمد وهى القانون التركي المقنن حسب المذهب الحنفي .

- مجموعة القانون المدني المصري الحالي رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م .
- د/ أحمد سلامة، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية، بدون رقم طبعة، بدون دار نشر، بدون تاريخ نشر.
- د/ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية/ الاسكندرية، بدون رقم طبعة، ١٩٩٢م.
- د/ جميل الشرفاوي، دروس في أصول القانون "نظرية الحق"، دار النهضة العربية/ القاهرة، ١٩٦٦م، بدون رقم طبعة.
- د/ حسن كيره، المدخل إلى القانون، دار النهضة العربية/ بيروت، لبنان، بدون رقم طبعة، ١٩٦٧م.
- د/ خالد بن عبد العزيز الرويس ، ورزق بن مقبول الرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة الشقري/ الرياض، الطبعة الرابعة، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بدون دار نشر، بدون رقم طبعة، بدون تاريخ نشر.
- د/ محمد سامي مدكور، نظرية الحق، دار الفكر العربي/ القاهرة، مصر، بدون رقم طبعة، بدون تاريخ نشر.
- د/ مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، دار القلم/ دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية ،ج١، القانون.
- د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ،ج١، في انعقاد العقد، ١٩٦٨.

- د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١، في انعقاد العقد، ١٩٦٨ . سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ١٩٧٣.

فهرس المحتويات

م	المحتويات	رقم الصفحة
١	المقدمة :	٣
٢	القسم الأول " نظرية القانون	٦
٣	الفصل الأول : القانون - أهميته - تعريفه	٧
٤	المبحث الأول: لقانون ، أهميته خصائص القاعدة القانونية	٨
٥	الجزء	١٦
٦	المبحث الثاني :التفرقة بين قواعد القانون ، والقواعد الاجتماعية الأخرى (الدين - الأخلاق - المجاملات)	٢٣
٧	الفصل الثاني :القانون - أنواعه - مصادره	٢٩
٨	المبحث الأول : أنواع القوانين	٣٠
٩	المبحث الثاني : مصادر القوانين	٥٢
١٠	المطلب الأول : التشريع	٥٤
١١	المطلب الثاني :انواع التشريعات	٥٧

م	المحتويات	رقم الصفحة
١٢	المطلب الثالث: سن التشريع	٦٣
١٣	ثانياً: العرف	٧٤
١٤	ثالثاً: الدين ، مبادئ الشريعة الإسلامية	٨٧
١٥	رابعاً: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة	٨٩
١٦	خامساً: الفقه ، والقضا	٩٢
١٧	الفصل الثالث: مجال تطبيق القانون	٩٨
١٨	المبحث الأول: السلطة القائمة على تطبيق القانون .	١٠٠
١٩	المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث الأشخاص .	١٠٨
٢٠	المبحث الثالث: تطبيق القانون من حيث المكان .	١١٢
٢١	المبحث الرابع: تطبيق القانون من حيث الزمان . أسئلة للتدريب ١٢٧	١١٩
٢٢	القسم الثاني " نظرية الحق "	١٣٤
٢٣	الفصل الأول: تعريف الحق ، أنواع الحقوق	١٣٥
٢٤	المبحث الأول: تعريف الحق ، خصائصه	١٣٦

رقم الصفحة	المحتويات	م
١٣٩	المبحث الثاني : أنواع الحقوق المالية	٢٥
١٤٠	المطلب الأول : الحقوق العينية	٢٦
١٥٢	المطلب الثاني : الحقوق الشخصية	٢٧
١٥٥	المطلب الثالث : الحقوق الأدبية (الذهنية)	٢٨
١٥٩	الفصل الثاني : أركان الحق .	٢٩
٢٦١	المبحث الأول : بدء الشخصية القانونية ، وانتهائها	٣٠
١٦٨	المبحث الثاني : خصائص الشخص الطبيعي	٣١
١٨١	المبحث الثالث : تقسيمات الأشياء	٣٢
١٨٧	المبحث الثالث : مصادر الحقوق الشخصية الفصل الثالث : التعسف في استعمال الحق ، الإثبات ١٩٤ المبحث الأول : التعسف في استعمال الحق ١٩٥ المبحث الثاني : جزاء التعسف في استعمال الحق ،	٣٣

تم بحمد الله تعالى ،،

رقم الإيداع : ٢٠٢٣/١٤٣٨٣
الترقيم الدولي ٣-٤٣٤٦-٩٤-٩٧٧-٩٧٨

