

الاعتلال

بالجهاز البصري

دراسة فاصلية تحليلية مقارنة



13135
346.2115.1 E
م. م.

تأليف

المستشار

محمد وعبد الوهاب

رئيس محكمة النقض



الإعتماد بالحوصل بالاق



GN:13135

346.2115.1 E

الطبعة الثانية

١٩٨٧

(إِنِّي أَعْظُكَ أَنْ تَكُونَ مِنَ الْجَاهِلِينَ)

قرآن کریم

إهداء

إلى المنادين بسيادة القانون ، العاملين على مطانة .

إلى المتحكين بكرامتهم ، العنصيين يبابهم ، المؤمنين بأد رفعة

شخص على أكتاف الذل ، هي منزة أمط من الذل فقه .

محمد وجدى عبد الصمد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الطبعة الثانية

مضى على ظهور الطبعة الأولى من هذا الكتاب خمسة عشر عاماً ، أصدرت فيها محكمة النقض عدداً من المبادئ التي تتصل بموضوعه في مختلف نواحيه ، فكان لزاماً أن تتضمن هذه الطبعة تلك المبادئ ، ما نشر منها وما لم ينشر حتى نهاية عام ١٩٨٦ .

ولعل من المناسب أن نتوه في هذا المقام ؛ بمضى محكمتنا العليا في أعمال رقابتها على دستورية القوانين ، وهو ما نهجته قبل إنشاء المحكمة الدستورية ، فاستمرّ قضاؤها يجرى بوجوب إهدار مواد القانون التي تتعارض مع نصوص الدستور ، سابقة كانت أم لاحقة على صدوره ، باعتبار أن الحكم المخالف يكون قد نسخ حتى بقوة الدستور ، وهو القانون الأسمى صاحب الصدارة .

وتخفيفاً من مبدأ افتراض العلم بالقانون من تاريخ نشره ، قررت محكمتنا العليا أن هذا الافتراض رهين بعدم قيام أسباب تحول حتماً دون قيام ذلك العلم ؛ فإذا كانت الجريدة الرسمية لم تعد للتوزيع إلا بعد فترة من التاريخ الذي تحمله ، فإنه يكون قد استحال العلم بالقانون المنشور بها في تاريخ نشره ؛ بينما اعتبرت القرارات الإدارية التنظيمية (اللوائح) نافذة في حق الجهة الإدارية التي أصدرتها من تاريخ صدورها لافتراض علمها بها ، ولم تقبل منها التحدى بعدم نفاذها في حقها إلا بنشرها .

وعلى الرغم من تواتر الأحكام على أن العلم بالقانون الجنائي والقوانين العقابية المكتملة له ، مفترض في حق الكافة ، ومن ثم فإنه لا يقبل الدفع بالجهل بها أو الغلط فيها ، كذريعة لنفي القصد الجنائي ؛ فقد اعتدت محكمتنا العليا ، بتأول المتهم لنصوص قانون العمل ، وما إذا كان قرار اللجنة الثلاثية يلزمه بإعادة العامل أو لا يلزمه ، وهل يترتب على مخالفته البطان أو يستوجب العقوبة ، واعتبرته دعوى بجهل مركب من جهل بقاعدة مقررّة في قانون العمل وبالواقع في وقت واحد ، مما يجب قانوناً في المسائل الجنائية اعتباره في جملته جهلاً بالواقع ، من شأنه أن ينفي القصد الجنائي .

إن محكمة النقض ، إذ تعمل على توحيد القضاء مراعاة للمصلحة العامة ، إنما تسهم في تدعيم استقلال القضاء ، لأنه يفترض وحدة كلمة القانون التي يقضى بها القضاء ، وذلك اعتباراً بأن الضمير القضائي الحر ، لا يقضى بغير هذه الكلمة .

أسأل الله أن أكون قد نفعت بقدر ما جهّدت .

محمد وجدى عبد الصمد

١٤ من ذي القعدة ١٤٠٧ هـ
١٠ من يوليو ١٩٨٧ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الأستاذ الدكتور عبد السلام مرسى بليغ
رئيس محكمة النقض السابق

لعلّ هذا الكتاب فيما أعلم ، هو الأول في العربية الذي حصر حالات الاعتذار بالجهل بالقانون وبمجتها في سفر مستقل بذاته . وحسب القارئ أن يتابع قراءته ليقدر مدى ما يحمل إليه من فائدة . ذلك أنه من نوع المؤلفات التي تتميز بالتسلسل الرقيق الشيق الذي ما يكاد يرتشف منه القارئ قطرة حتى يستعذبه فلا يتركه حتى يصل إلى نهايته . وهو من ناحية أخرى مما يجب اقتناؤه ليكون ذخراً لكل باحث لما يتضمن من حلول لكل صعب وعسير في العديد من المسائل العلمية والعملية . ويمتاز المؤلف فوق هذا وذاك بالدقة في البحث والعناية في الإخراج وبالإحاطة بالموضوع من مختلف نواحيه ، وهو ما يدل على وعي مؤلّفه بالمشكلات التي واجهته وتفهمه الواضح لكل فكر عالجه فيه .

ولذا قدّر المؤلف أهمية مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون » من حيث وجوب انطباقه على القاعدة القانونية سواء كان مصدرها شريعة دينية أو تشريعاً وضعياً أو غيرهما من المصادر ، وكانت أحكام الشريعة الإسلامية منذ انبثق نور النبوة على سيد المرسلين ، مناراً يهتدى بها وقبلة لكل إصلاح ، وتعتبر في القانون المصري مصدراً أصلياً في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين المسلمين جميعاً وغير المسلمين إذا اختلفوا طائفة أو ملّة ، ومصدراً احتياطياً يكمل نقص التشريع بعد العرف في جميع مسائل القانون الخاص الأخرى ، فقد عمد المؤلف إلى تخصيص الكتاب الأول من مؤلّفه لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولم يكتب بذلك بل عمد إلى مواجهة القانون الوضعي بها في أكثر من موقع من الكتاب الثاني كما جدت له

الفرصة ، فقارن وقارب بينهما وأبدى الرأي مدعماً بالحجة والدليل فأجاد في مسانده .

ولم ينح المؤلف بمؤلفه هذا المنحى السديد إلا لإحساسه ووعيه بالمشكلة التي يعاني منها المجتمع الإسلامي والتي أدت إلى تمزقه بسبب اختلاف النظم القانونية السائدة فيه ، فقد دعاه الافتتاح بقيام هذه المشكلة بعد قفل باب الاجتهاد ونزعة الجُمود التي سادت منذ القرن الرابع الهجري حتى الآن ، إلى الخوض في أحكام الشريعة الإسلامية المتصلة بموضوع مؤلفه ، يدعو إلى إحيائها بمفهومها الحقيقي الذي كان ولا يزال معتبراً من خصائصها اللصيقة بها ، وهو مفهوم المرونة والتجديد ومراعاة مقتضيات الصالح العام المتطورة . وقد كان لهذا الذي استشعره المؤلف صداه في مؤلفه ، إذ مهد للأحكام الشرعية ببيان ماهيتها وأهدافها وخصائصها وطبيعتها ، ثم حدد مصادرها وما اتفق فقهاء المسلمين على الاستدلال به وما اختلفوا عليه منها . ويعنيها من أدلة الأحكام الشرعية الدليل المستمد من المصالح المرسله لما يترتب عليه من بث المرونة في الأحكام الشرعية ذاتها ، ولأن هذا الدليل يُعدُّ حجر الزاوية الذي يُبنى عليه كل تشريع وضعي متطور يستند إلى تلك الأحكام . وإنه وإن اعترض بعض الفقهاء على المصالح المرسله بدعوى أن فتح باب الاجتهاد عن طريقها قد يؤدي إلى تسرب بعض الأحكام المغرضه من ذوى الأهواء ، وهو ما قد يسىء إلى الأحكام الشرعية في مجموعها ، إلا أن الغالبية من أهل الفقه تؤيد اعتبار المصالح المرسله دليلاً من أدلة الأحكام الشرعية ومورداً للتشريع الوضعي ما دامت تتم عن مصالح يقينية عامة وفي مرتبة الضرورات والحاجات للمجتمع ، ويرون أن هذه الشروط فيها ما يكفل درء المخاوف الموجهة لها من معارضتها . ومع ذلك فإن هذا الدليل من أدلة الأحكام الشرعية وإن استحق أن يقوم على تغذية كل مجتمع إسلامي معاصر بالفكر الجديد المتطور ، إلا أنه يجب أن يراعى عند الأخذ به عدم تحميله بأكثر مما يحتمل . فإذا وجد بصدد مسألة معينة حكم شرعي من الأصول العامة وثبت هذا الحكم بالنص في القرآن أو السنة ، فإنه وإن ذهب رأى إلى أن الحكم الشرعي المستمد من النص إن هو إلا تأكيد لمصالح

الناس وقت صدوره ، وأن المصلحة التي تقوم في وقت لاحق تعبّر عن دليل شرعي آخر وقت قيامها ، وأنه إذا اختلف الدليلان وجب تقديم الدليل المستمد من المصلحة الحديثة على الدليل المستمد من المصلحة التي كان النص صدق لها ، إلا أن هذا القول هو مما قد يتعذر الأخذ به على إطلاقه لما قد يترتب عليه أحياناً من تغليب المصلحة المرسله على النص ، على أن أعمال النص وعدم قبول الادعاء بالجهل به أو بمعناه الحقيقي لا يمنع من الهيمنة على تطبيقه بما يُؤاظم بين المصلحة فيه عند وجوده والمصلحة المعاصرة عند تطبيقه ، ويمنع التعسف في استعماله إن كان حقاً ويجعل الأصل في ممارسته حسن النية ويضمن للمجتمع سلامته على أساس من التضامن الاجتماعي .

أما إذا لم يكن موجوداً في المسألة المطروحة نص من الأصول العامة يحكمها ، وكان الأخذ بأراء الفقهاء وأصحاب المذاهب يؤدي إلى الوقوع في الحرج ، فإن الراجح هو الأخذ بالمصلحة المرسله دفعاً للحرج وعملاً بما أنزل الله في محكم كتابه « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .

هذا وقد تناول المؤلف أثر الجهل بالحكم الشرعي في نطاق العبادات والمعاملات ، وفي الجرائم والحدود حيث لا يقبل من إنسان أن يدفع بجهل الأحكام ولا سيما في الجرائم المعاقب عليها في جميع الأديان ، وهو ما أخذ به المؤلف حين حظر الاعتذار بجهل الأحكام الوضعية العقابية .

أما بالنسبة للقوانين الوضعية - وهي موضوع الكتاب الثاني من المؤلف - فإنه مما لا شك فيه أن جمهور الناس ممن لا يتصلون بالقانون إلا عرضاً وبقدر ، بل وخصتهم ممن تدخل دراسة القانون في عملهم ، أصبحوا بضيقون بحالة السيولة الزائدة التي تصدر بها القوانين في الكثير من الدول في وقتنا المعاصر ، ومن تشعب المواد التي تصدر فيها وما يترتب على ذلك من قيام الصعوبة لدى أولئك وهؤلاء في ملاحظتها والتعرف على أحكامها وما هو نافذ وغير نافذ منها . وقد دعت تلك الحالة الشاذة الكثير من الفقهاء إلى التول بقصر العمل بمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على القواعد القانونية الآمرة ، وذهب بعضهم إلى المناداة بقصر العمل به على القوانين

الجنائية ، واستندوا في ذلك إلى نص المادة ١٢٢ من القانون المدني التي تقضى ببطال العقد لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع . ويقولون إن إبطال العقد فيه خروج على المبدأ وترخيص من المشرع بإثبات عكس القرينة المستمدة منه . واستندوا كذلك إلى الزواج الظني السائد في الشرائع المسيحية جميعها تقريباً والذي استقرت أحكامه في الكثير من القوانين الوضعية بما يترتب عليه من تحقيق آثار الزواج الباطل الناشئة قبل تقرير بطلانه ، سواء أكان سبب البطلان يرجع إلى غلط في الواقع أم في القانون ما دامت قد ثبتت حسن نية الزوج الذي أضفيت صفة المشروعية على آثار الزواج السابقة على البطلان في حقه ، وهو ذلك الزواج الذي يقرب في آثاره من الزواج الفاسد بعد الدخول في الشريعة الإسلامية إذا كان قد افتقد شرطاً من شروط صحته ولو لغلط في القانون ، كما إذا تزوج شخص أخته من الرضاة وهو لا يعلم أنها محرمة عليه قانوناً ، إذ يرى بعض الفقهاء أن إحياء آثار العقد الباطل أو الفاسد لغلط في القانون مؤداه إهدار حجة قرينة العلم بالقانون .

وقد أفاض المؤلف في شأن بطلان العقد لغلط في القانون وانتهى سديداً إلى أنه ليس في نص المادة ١٢٢ من التقنين المدني أو غيره ما يؤدي إلى إقامة أي استثناء من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون وإثبات عكس القرينة المستمدة منه . وما قاله في هذا الشأن ينصرف كذلك إلى الزواج الظني والزواج الفاسد بعد الدخول ، ذلك أنه في كل منهما لا تتحقق الآثار إلا بالنسبة لما نشأ عن الزواج قبل تقرير بطلانه أو فساده ، أما الزواج فيزول قطعاً بالنسبة للمستقبل ولا يمكن أن تترتب عليه آثاره في حق أي من الزوجين : وليس في تحقيق الآثار التي نشأت قبل تقرير بطلان الزواج أو فساده إلا مجرد ضرورة إنسانية قُصد بها التخفيف من أحكام البطلان أو الفساد لمفاداة النتائج القاسية التي تترتب عليهما ، ولا تعد في ذاتها استثناء من المبدأ والقرينة المستمدة منه .

والعلة في وجوب التمسك بمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون هو ارتباطه بالقانون ذاته ولزومه لوجوده لزوم القانون له ، وهو فوق هذا صمام الأمان

الذي يتصبط بموجبه كل مجتمع يخضع لسيادة القانون وذلك على أساس أن المساواة في معاملة المخاطبين بالقواعد القانونية تستوجب المساواة في العلم بأحكامها وعدم جواز الاعتذار بالجهل بها . وعلى ذلك فإنه أياً كان الوضع الذي يترتب على التمسك بهذا المبدأ ، ومهما بلغت شدة النتائج التي تنجم عنه في بعض الظروف ، فإن الإصلاح لا يأتي عن طريق إقامة الاستثناءات عليه والإشادة بوجودها واستساغة ورودها بما قد يؤدي إلى إهدار المبدأ في ذاته ، وإنما الطريق إلى الإصلاح هو التشريع ذاته باعتبار المصدر الأول للقواعد القانونية ، وذلك بالتخفيف من تعاقبه على الموضوع الواحد وعدم تشيته والعمل على تجميعه وتثبيت الفكر بشأنه بما يقيم أسباب العلم به لدى المواطنين جميعاً ، وقد ساق المؤلف في هذا السبيل الكثير من الآراء والمقترحات المفيدة والبناءة .

• • •

ومما نلاحظه في ثنايا صفحات هذا المؤلف منذ بداية الكتاب الثاني منه المتعلق بالقانون الوضعي ، أن حالات الاعتذار بالجهل بالقانون تتغلغل خافية في الكثير من قواعده ، وتلعب دوراً خطيراً في مدى انطباق هذه القواعد على الواقعة . وقد تعقبها المؤلف بعين يقظة في جميع مظانها المبعثرة في مختلف فروع القانون ، وبين أحكامها مستمدة من جذورها التاريخية في التشريع المصري والتشريعات المقارنة إلى أن استوت في شكلها الحالي ، مشيراً في ذلك إلى أقوال الفقهاء وأحكام المحاكم في إحاطة كاملة ، مناقشاً إياها كلماً لزم الأمر في فطنة .

وكم كان المجهود شاقاً أن تقتضيه طبيعة البحث أن يلقى نظرة شاملة على كافة القوانين يستخرج منها المسائل المعنية ببحثه ، فكاد الكتاب بذلك أن يكون تلخيصاً للقانون كله في الكثير من أمهاته .

فتلاً في مجال القانون الدولي العام ، تناول أهلية الدولة لإبرام المعاهدات ، ومدى التزامها بالمعاهدة التي يبرمها شخص أو جهاز غير مختص أو لم يراع في إبرامها المتطلبات الدستورية ، وحق الدولة التي تنازع في مشروعية معاهدة أبرمت باسمها في الدفع بالنصوص الدستورية التي

تحدد الاختصاص بإبرام المعاهدات أو بالشكل الذي صيغت فيه المعاهدة ، إذا كانت المخالفة صارخة أو كان يمكن التعرف عليها بمجرد الاستفسار ، ومدى مسئولية الدولة إذا أكد وزير خارجيتها - المختص بمباشرة المفاوضات الدولية - لحكومة أجنبية أن معاهدة بعينها تنفق والمتطلبات الدستورية ثم نازعت الدولة في مشروعية المعاهدة دستورياً .

في مجال القانون المدني ساوى المؤلف بين القواعد الكاملة أو المفسرة والقواعد الآمرة من حيث امتناع الاعتذار بجهلها ، وتناول أثر الغلط في القانون وفي الباعث على العقود مقارناً بالتقنين المدني الفرنسي والألماني وبالفرق الإسلامية .

وفي تمهين الإثبات عرض للفرقة بين الواقع والقانون ودور القاضي في الدعوى المدنية وسلطاته في تطبيق القانون في مصر وفي الدول الغربية والعربية . وأثر جهل الخصوم وغلطهم في الواقع والقانون على الإقرار والعين . وفي مجال القانون الدولي الخاص تناول تطبيق أحكام القانون الأجنبي وما إذا كان يعد مسألة قانون أو واقع ، والأحوال التي يتعين على القاضي الوطني فيها أن يلتفت عن تطبيق تلك الأحكام ، وقابلية حكمه للنقض إذا بناه على ما يخالف أحكام القانون الأجنبي في الأحوال التي تكون فيها هذه الأحكام واجبة التطبيق .

وفي مجال تمهين المرافعات تناول مبدأ امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون بالنسبة للقواعد التي ترسم طرق رفع الدعوى والطعن فيها ومواعيد الطعن ، والدفع ، وأثر الجهل بالقاعدة التي تحدد البطلان ونوعه وطريق التمسك به ، وكيف أن المشرع يفترض علم الشخص بمواطن البطلان في التشريع وبكيفية التمسك به لأن هذا وذاك من القانون الذي لا يعثر أحد بجهله .

وفي مجال القانون الإداري تناول خضوع السلطة الإدارية للقانون ، والرقابة القضائية على القوانين ، وجهل الإدارة بالقاعدة القانونية وإتيانها عملاً تحرمه تلك القاعدة أو امتناعها عن القيام بعمل توجبه ، وانحراف السلطة ، ومخالفة القانون في قرار السحب ، والتمييز بين الخطأ المصلحي والخطأ الشخصي ، وخطأ الإدارة في تفسير القاعدة القانونية ، وخطأها في تطبيق

القاعدة القانونية على الوقائع ، وإعمال مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون في الصلح في المجال الإداري في شأن الحقوق المالية التي لا تمس مراكز لأمنية ، والصلح على الضرائب .

وقد كان للمؤلف فضل السبق في شرح أحكام دستور جمهورية مصر العربية ، ودستور دولة الاتحاد ، والمحكمة الدستورية الاتحادية . كما شرح قانون المحكمة العليا وأورد العديد من أحكامها وأدلى باقتراحات جليلة الفائدة بشأن قانون إنشاء المحكمة الدستورية التي نص عليها دستور سبتمبر ١٩٧١ . وتكلم على اتجاهات القضاء الإداري في دستورية التشريعات المانعة من التقاضي وبرز برأيه في العديد من المسائل في هذا المجال .

وفي مجال الجريمة التأديبية ، تكلم على مبدأ الشرعية في تلك الجريمة ، والخلاف حول مبدأ الشرعية في المجال التأديبي وفي العقوبات التأديبية ، وخطأ الموظف العام في تفسير القوانين واللوائح أو التعليمات ، والأخطاء المرفقية التابعة عن قصور أو سوء تنظيم المرفق في ذاته ، والأخطاء التي لا تبلغ حداً من الجسامة سواء من الناحية المادية أو الأدبية ، بحيث تستوجب الزجر ، ودور السلطة في تحديد الجريمة التأديبية ، ووجه الاختلاف بين العقوبة الجنائية والجزاء التأديبي ، والعلاقة بين الذنب التأديبي والجريمة الجنائية .

وفي مجال قانون العقوبات تناول خصائص القاعدة الجنائية ووضع غير المسئول جنائياً منها والفرق بينه وبين الجاهل بالقانون الجنائي ، والجهل والغلط في القاعدة الجنائية على المسئولية الجنائية . وعرض للأصل التاريخي لمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون والنظريات التي قام عليها . وأقر بصدد المساءلة الجنائية ، والفرقة بين الجهل والغلط في قاعدة من قواعد قانون العقوبات والجهل والغلط في قواعد القوانين الأخرى ولكنه لم يقمها على اعتبار الغلط في القوانين الأخيرة بمثابة غلط في الواقع وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية وجانب كبير من الفقه ، وإنما أقامها على فكرة التطبيق المباشر وغير المباشر للقاعدة القانونية فكان موقفاً فيها غاية التوفيق ولا سيما أنه جعل من هذه الفكرة مبدأ عاماً لا يقتصر تطبيقه على الحالات التي تكون

القاعدة الأصلية المطلوب تطبيقها فيها قاعدة عقابية وإنما يمتد ليشمل القواعد القانونية الأخرى .

ومن المسائل ذات الخطر التي نبه إليها المؤلف في هذا المجال ، ما نص عليه دستورنا الحالي من أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا « بناء على قانون » ، وهو ما يعني أن السلطة التنفيذية تستطيع إصدار لوائح تتضمن تحديد جرائم وتقرير عقوبات ، في حين أوجب دستور دولة الاتحاد أن تكفل صلاحيات الجمهوريات وقوانينها كحد أدنى مبادئ وحقوقاً منها أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا « بقانون » . ومعنى هذا أن وضع القواعد القانونية التي تتضمن تحديد الجريمة والعقوبة مقصور على مجلس الشعب دون السلطة التنفيذية . وطالب المؤلف برفع هذا التناقض بتعديل المادة ٦٦ من دستورنا بما يتماشى مع دستور دولة الاتحاد في هذا الخصوص ضماناً لأقصى حد من الشرعية . ونبه إلى أن جهة الإدارة لم يعد لها الحق في مصادرة الأشياء المملوكة للأفراد سواء أكانت حيازتها جريمة أم لم تكن ، بعد أن حظر الدستور المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي ، ولو استندت إلى قرارات أو قوانين سابقة كانت تخولها هذا الحق .

ونبه المؤلف أيضاً إلى أنه لم يعد لمأمور الضبط القضائي ، وفقاً للدستور الجديد ، الحق في أن يقبض على المتهم في غير حالة التلبس ، كما لم يعد له الحق في تفتيش مسكن المتهم ولو في حالة التلبس بجنحة أو جنحة لأن الدستور الجديد أوجب صدور أمر قضائي مسبب في جميع الأحوال . وطالب المؤلف بتقرير حق الأفراد في رفع دعوى دستورية أصلية بطلب الإلغاء أمام المحكمة الدستورية حتى لا يستمر قائماً قانون غير دستوري . وأن يخول القانون محكمة الموضوع ذاتها سلطة الإحالة على المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها وبدون دفع حتى لا يجد القاضي الجنائي نفسه مرغماً على إدانة متهم بموجب قانون غير دستوري لجرد أن الخصوم لم يدفعوا بعدم دستوريته .

• • •

هذا الذي عرضنا له ليس إلا قليلاً من كثير مما حوته متون وحواشي صفحات هذا المؤلف العزيز بمادته والحافل بالأراء والأفكار . وقد ساق المؤلف كل المسائل المعنوية يبحثه - على تشعبها وتناثرها في مجالات القانون -

في تسلسل وترتيب يحفظ على القارئ تركيز ذهنه ويهديه إلى متابعتها في يسر ، وبأسلوب غاية في الوضوح والقوة والنقاء .

والجميل في هذا الكتاب هو أنه لما كان القانون ينبع من أصول فلسفية أملت طبيعتها الجماعات المعقدة ، وصحته منذ نشأته وإبناؤه تطوره على مدى الحقب ، فإن المؤلف لم يفتنه في كل مناسبة سنحت استيحاء تلك الأصول وردة إليها ، فأليس بذلك ثوب التاريخ وبث فيه من روح عراقته ، مما يشير إلى أن المؤلف كان يساير بروحه فكره ويشيعها دافقة فيه . وكانت في الحق روحاً نابضة واكبت ذهنه المتوقد وعلمه الغزير ، وجعلت من المؤلف مفخرة لصاحبه وعوناً للمشتغلين بالقانون .

عبد السلام مرسى بلبع

رئيس محكمة النقض السابق

أول أغسطس ١٩٧٢

وقد وضعت محكمة النقض المصرية شرطاً لقبول الاعتذار بالقانون غير العقابي هو أن يقيم الشخص «الدليل القاطع على أنه تمحى تحمياً كافياً وأن اعتقاده الذي اعتقده بأنه يباشر عملاً مشروعاً كانت له أسباب مقبولة» - وليس المعيار الذي وضعه القرافي المالكى إلا هذا ،

ولا أخفى أنى تهيبت الكتابة في موضوع هذا المؤلف مرات عديدة ، فقد كنت أعرف ما يتطلبه تعقبُ المبدأ موضوع الدراسة منذ نشأته إلى الآن في مختلف الشرائع والقوانين من جهد قد لا يفسح له وقتي . بيد أن صعوبة الموضوع ذاتها هي التي استنفرت عزيمتي إلى مواصلة البحث حتى استوى كتاباً يمشی على استحياء ليتخذ لنفسه في المكتبة القانونية مكاناً متواضعاً .

وقد التزمت في كل قانون تعقبت المبدأ موضوع الدراسة فيه ، أن أبدأ ببيان مصادر قواعده وطرق تفسيرها ، ثم أستطرد إلى بيان حكم الجهل بهذه القواعد أو الغلط فيها . والتزمت ذات النهج فيما يتعلق بالشرعية الإسلامية التي أفردت لها الكتاب الأول من هذا المؤلف ، فبدأت ببيان مصادر أو أدلة الأحكام الشرعية ، وهي تقابل القواعد القانونية في الفقه الوضعي ، ثم تناولت طرق تفسيرها وأسباب اختلاف الفقهاء في هذا التفسير ، فأثر الجهل بها في العبادات والمعاملات والجرائم والحدود .

وقد حرصت كل الحرص على أن يكون هذا المؤلف صالحاً للمشتغلين من رجال القانون بالعلم أو بالعمل . فهو إذا كان صالحاً لرجوع المشتغل بالعلم يجد فيه النظريات العلمية ملخصة في إيجاز أجهدني أكثر من الإسهاب ، فإنه لم يغفل الناحية العملية متابعاً بوجه خاص القضاء المصري ومسائراً إياه فيما وضعه من مبادئ وأحكام . واتسع بعد ذلك ليطرق مواضيع وتشريعات شتى حديثة العهد في بلادنا ، كما اتسع في حاشيته لمقابلة بين نصوص التقنين المصري ونصوص التقنينات العربية والغربية . ولم تقتصر أحكام الشريعة الإسلامية على الكتاب الأول من هذا المؤلف الذي بلغ البحث فيه أمدته بالنقول والمذاهب الفكرية والموازنات التي تفرق بين مسالك بعض الفقهاء وبعض ، وإنما انتشرت في أكثر من

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُفْتَدِمَةٌ

عرف الرومان مبدأ «امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون» وطبقوه بالنسبة لقانون الشعوب الذي كان تطبيقه مقصوراً على الأجانب دون الوطنيين . وقد توسل «سيسرون» ، ابتغاء تطبيقه على الرومان أيضاً ، بفكرة «القانون الطبيعي» الذي بدأ فلسفة عند اليونان وأحله الرومان في قانونهم مستلهمين أحكامه من عقولهم على تقدير أنه مجموعة المبادئ المطابقة للعقل والتي لا يمكن أن يفترض في أحد جهله بها ، ولا يعذر أحد إذا ادعى هذا الجهل لأنه يستطيع أن يدركها ويهتدى إليها تلقائياً بذلك العقل الإلهي العالمي الذي ينعم كل فرد بجزء منه يُودع في نفسه . ثم ورثت المسيحية ورجال الكنيسة ذلك القانون في العصور الوسطى فجعلوه القانون الإلهي وإن كان يتوصل إليه من طريق الوحي لا العقل . وعرفه الإسلام ، وزاد أحد المذاهب الإسلامية أن ميز بين القانون الطبيعي والدين ، وجعل العقل ، لا الوحي ، هو الكاشف لهذا القانون .

وقد عرف الفقه الإسلامي مبدأ «امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون» ، ووضع القرافي المالكى ضابطاً لما يصلح عذراً فقال إنه ما يتعذر الاحتراز عنه عادة ، وقال إنه معفو عنه . وضبط ما لا يصح عذراً بأنه ما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق ، وقال إنه لا يرفع التكليف . وقال الشافعي في الرسالة إن هناك من الأحكام ما لا يسع بالغاً غير مغاوب على عقله في دار الإسلام جهله مثل تحريم القتل والسرقة وغيرها مما لا يجوز التنازع فيه ، وهناك من الأحكام ما يحتمل التأويل وهذا درجة من العلم ليس تبلغها العامة . وهكذا يكون قول الفقهاء «لا عذر بالجهل في دار الإسلام» ليس على عمومه ، فقد توجد بعض جزئيات في دار الإسلام يعذر الجاهل بجهلها .

موضع في الكتاب الثاني الذي أفردناه للأحكام الوضعية لتسهيل الموازنة بين فقه القانون وفقه الشريعة توصلنا إلى المقارنة السليمة والوقوف على أوجه الشبه والاختلاف بين هذا وذاك .

•••

وبعد ؛ فهذا المؤلف يصبح بدايةً لطالب القانون عموماً ، وللباحث في مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون » بوجه خاص ، يحصل ما هو في حاجة إلى الوقوف عليه من الأحكام الشرعية والقواعد الأساسية في مختلف فروع القوانين الوضعية ، دون أن يزحم نفسه بالتفصيلات التي يمكن ردها إلى هذه القواعد في غير مشقة ؛ ويصحُّ نهايةً للباحث يريد في نظرة عجل أن يستوعب جماع القول في المسألة التي يبحثها . فهو - كما يقول الفقيه ابن رشد في عنوان كتابه المعروف - « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » .

أسأل الله أن أكون قد وفقت في تحقيق ما ابتغيت .

محمد وهدي عبد الصمد

القاهرة في يوليو ١٩٧٢

الكتاب الأول في الشرعية الإسلامية

تمهيد

نشأة القانون ونشأة الشريعة

١ - حين يتحدث علماء القانون الوضعي عن النشأة الأولى للقانون يقولون إنه بدأ يتكون مع تكوين الأسرة والقبيلة ، وإنه ظل يتطور مع الجماعة حتى تكونت الدولة ، وإن قانون كل دولة لم يكن يتفق في الغالب مع قوانين الدول الأخرى ، وإن هذا التباين استمر حتى بدأت المرحلة الأخيرة من التطور القانوني في أعقاب القرن الثامن عشر على هدى النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية فأصبح قائماً على نظريات لم يكن لها وجود في العهود السابقة ، وهذه النظريات الحديثة أسماها العدالة والمساواة والرحمة والإنسانية . وقد أدى شيوع هذه النظريات إلى توحيد معظم القواعد القانونية في كثير من دول العالم وإن كان قد بقي لكل دولة قانونها الذي يختلف عن غيره من القوانين في كثير من الدقائق والتفاصيل . ويبين من ذلك أن القانون حين نشأ كان شيئاً يختلف كل الاختلاف عن القانون الآن ، وأنه ظل يتبدل ويتطور حتى وصل إلى شكله الحالي ، وأنه لم يصل إلى ما هو عليه الآن إلا بعد تطور طويل بطيء استمر آلاف السنين . وإذا كانت هذه هي نشأة القانون ، فإن الشريعة الإسلامية لم تنبأ هذه النشأة ولم تسر في هذا الطريق . لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت ، ولا نظريات أولية ثم تهذبت . ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سارت تطورها ونمت بنموها ، وإنما ولدت يافعة مكتملة ونزلت من عند الله جامعة مانعة لا ترى فيها عوجاً ، ولا تشهد فيها نقصاً ، في فترة قصيرة لا تجاوز المدة اللازمة لنزولها . ولم تأت الشريعة لجماعة دون جماعة ، أو لقوم دون قوم ، أو لدولة دون دولة ، وإنما جاءت للناس كافة على اختلاف مشاربهم وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم ، بل هي

الشريعة العالمية التي استطاع علماء القانون الوضعي أن يتخيلوها ، ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجدوها . وأساس الفرق بين الشريعة والقانون هو أن الشريعة لا تبلى جديتها ، ونصوصها غير قابلة للتغيير والتبديل كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتتبدل ، ذلك أنها من عند الله جل شأنه وهو يقول « لا تبدل لكلمات الله » ، وهو عالم الغيب القادر على أن يضع للناس نصوصاً تبقى صالحة على مر الزمان ، أما القوانين فمن صنع البشر ، فهي توضع بقدر ما يسد حاجتهم الوقتية ، وبقدر قصور البشر عن علم الغيب تأتي النصوص القانونية التي يضعونها قاصرة عن حكم ما لم يتوقعوه .

المقصود بتعبير الشريعة الإسلامية وخصائصها

٢ - نبادر هنا إلى القول بأننا نقصد بتعبير « الشريعة الإسلامية » في هذا الكتاب معناه القانوني ، كمرادف للفقهاء الإسلامي وليس مرادفاً لما شرعه الله في كتابه الكريم وأكملته السنة الصحيحة فحسب^(١) ، فبالاجتهاد انفتح الفقه الإسلامي على المستقبل وصار أداة للتطور :

أبو بكر هو الصديق الدقيق في اتباعه ، لكنه بعد النبي المجتهد الأول ، لا تعرف له مخالفة نص أبداً . وعمر هو الفاروق بين الحق والباطل ، يشتهر في التاريخ الفقهي بأنه المجتهد الأكبر ، لكنه يشتهر في التاريخ العالمي « بعدل عمر » .

يقول الأوربيون : أنظر كيف تصدر الأحكام في الأمة تعرف مقدار

(١) وهذا هو ما ذكره المرحوم الدكتور محمد يوسف موسى أستاذ الشريعة الإسلامية حين قال : جرى العمل في كليات الحقوق بالجامعات المصرية على إطلاق كلمة الشريعة الإسلامية على الفقه الإسلامي على أنها مرادفة - أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي طبعاً ١٩٥٦ ص ٩ .

ويؤيد ذلك أن الأحكام في المنازعات التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية لا تزال تصدر طبقاً لأرجح الآراء في مذهب أبي حنيفة عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة .

حضارتها . والذين عرفوا كيف تصدر الأحكام في الإسلام ، كالذين عرفوا فقه هذه الأحكام ، يدركون بيقين كيف صارت الحضارة الإسلامية أعلى وأجل . . . النبي نفسه يقضي للحجة ، ولعل أحد الخصمين يكون ألحن بحجته ، وأبو بكر يقضي ضد عمر ، وعمر يقضي بغير رأيه ، ويعتمد آراء المجلس الدائم للشورى في الأحكام ، وكذلك على عثمان يضربان الأمثال للذين جاءوا بعدهما على الاجتهاد للمسلمين ، مع التناهي في النزاهة والنصفية بخصائص الشريعة من العالمية ، والأبدية ، والسمو ، واجتهاد الرأي .

- العالمية هي التي طوعت للفقهاء الإسلامي أن يحكم بنجاح مختلف الحضارات في ربوع الأرض ، فهنا وهناك تعام القساوسة والعلماء الفكر الإسلامي ومنهاج الحرية التي تقوم عليها العقيدة وتنعكس في شتى الأبواب فتصير أصولاً للفقهاء الإسلامي تسمى الاجتهاد والقياس ، وللعلوم التطبيقية تسمى التجربة والاستخلاص ، وما هي إلا المنهج القرآني من الاعتبار والتأمل لمعرفة الحقائق والانتهاج بها إلى الإيمان المسيب .

وهو هو المنهج الذي أطلق الفكر الأوربي من قيوده التي قيدته بها عصور القهر الكنسي ، من الابتداء بالمسلّمات لا الانتهاج إليها . فمنهج التجربة والاستخلاص المنسوب إلى الفيلسوف الإنجليزي « فرنسيس بيكون » والذي نشأت على قواعده الحضارة العلمية المعاصرة ، منقول من قبل ذلك بقرنين في معاهد أنشئت خصيصاً لترجمة المؤلفات الإسلامية . . . وروجير بيكون إنجائزي من أوائل مترجميها^(١) .

- والأبدية هي التي جعلت الفقه الإسلامي عصرياً في كل عصر قادراً على التمهيد للتطور ، من القرن المجري الأول أو الميلادي السابع ، حتى ظهرت حضارة الآلات . ولما تخلّفت دول الإسلام لتبدأ العلوم

(١) أنظر مقال « الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع » للأستاذ المستشار عبد الحليم الحندي ، مجلة قضايا الحكومة ، السنة الخامسة عشرة ، العدد الرابع ص ٧٩٣ وما بعدها

الأوربية صعودها من حيث توقفت الابتكارات من عقول المسلمين ، كان الفقه الإسلامي يزداد صعوداً ، ولم تعرف أوروبا قتهاً ذا بال إلا في مطلع القرن التاسع عشر للميلاد عندما صدرت تشريعات نابليون ، وبنى الفقه الإسلامي في سماء لا تطاولها سماء .

— والسمو هو الذي قدر للفقه الإسلامي أن يكون ممثلاً أولاً للشرعية ، لأنه نابع من الفضيلة . . الرباني فيه ميسر يدفع الحرج ، والإنساني فيه محلّق يتجه إلى أعلى ، وهو اجتماعي الطابع ، يبني المدينة الفاضلة والمدينة الدائمة : هو غير فردي أو أناني كقوانين أوروبا المعاصرة ، وغير وثني كمثل مواريث الوثنية الرومانية أو اليونانية التي توارثتها أوروبا عن آباؤها الرومان وأجدادها اليونان .

ومن أجل ذلك يسدّ الذرائع إلى الشرّ ، ويبيح دفع المفاسد ، ويقوم على حسن النية ، ولا يتقيد بالأشكال ، ويعان الاتجاه الأصيل إلى الحرية في التعاقد ، ويعلى سلطان الإرادة .

— واجتهاد الرأي تعبير قانوني عن أصل حرية الرأي ، وحرية العقيدة ، والحرية الشخصية ، والشورى (١) .

وينهج التشريع نهج التقليل من نصوص الأحكام ليعلمنا منهج الإسلام ، وهو وضع الناس في المجال الصحيح مع إطلاق الحرية لهم والتيسير

(١) يقول الرسول « إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران ، فإذا اجتهد ثم أخطأ فله أجر » ويقول عن الأمر ليس فيه نص « إجماعوا له العالمين » ويقول أبو حنيفة « إذا كان التابعي رجلاً فأنا رجل » . أما مالك فقيل إنه خالف أبا بكر في حصة مسائل وقيل خالف عمر في ثلاثين . والشافعي ينهى عن التقليد حتى تقليده ويقول « وإذا قاس من له القياس فاختلفوا وسع كلا منهم أن يقول بمبلغ اجتهاده ولم يسمه اتباع غيره فيما أدى إليه اجتهاده بخلافه » . وأحمد بن حنبل يخالف سبعين ألف مسألة فيها اجتهاداته ، والنسائي عن التقليد يعلم من معالم مذهبه : يقول « ينبغي النظر إلى القول لا إلى القائل » . وإجماع العلماء على أن التقليد ليس من العلماء .

عليهم وإيجاب الاجتهاد منهم . فالاجتهاد بالاستناد إلى نصوص الكتاب والسنة استعمال مستمر للنصوص في حدود المقاصد الجامعة لكل مصلحة إسلامية ، وفيه سعة واقتدار على الحركة ، ومسايرة للعصر لتحقيق التقدم الإسلامي ، في أمانة ويسر .

السبق الفقهي ومعناه

٣ — بدأ تدوين الفقه منذ أوائل القرن الثاني للهجرة (١) ، بينما لا نجد بين أيدينا كتاباً في أصول الفقه أسبق تاريخاً من رسالة الإمام الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ . وإن هذا ليلو متسقاً مع السنة التي نشأت عليها كافة العلوم التعيدية والأصولية ، إذ تولف كتب الضوابط عند ظهور الدواعي إليها ، ولعل من أهم هذه الدواعي فيما أرى ، اختلاف وجهات النظر ، ونشوء المذهب الفقهي (٢) ، وضرورة وجود أسس يبنى عليها الفقيه مذهب ، ليكون له ولأتباعه سند جدال وقاعدة حجاج ، ولتكون قواعد هذا العلم مرجعاً عند النزاع (٣)

(١) الشيخ مصطفى عبد الرازق ، تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية ص ١٩٨ وما بعدها - الدكتور طه حسين عبد القادر ، نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي ص ١٨١ (مطبعة السعادة ١٩٦٥) - الشيخ محمد الحضري ، أصول الفقه ص ١٣ (مطبعة السعادة ١٩٦٢) .

(٢) الدهلوي ، حجة الله البالغة ١٥٢ / ١ (الطبعة الميرية سنة ١٣٥٢ هـ) .

(٣) يقول ابن خلدون « وفيما كان الكلام ملكة لم تكن هذه علوماً ولا قوانين ، ولم يكن الفقيه يحتاج إليها ، لأنها جبلية وملكة ، فلما فسدت الملكة في لسان العرب قيدها الجهابذة المتجردون لذلك بنقل صحيح ومقاييس مستنبطة صحيحة ، وصارت علوماً يحتاج إليها الفقيه في معرفة أحكام الله تعالى - المقصد ص ٣٩٦ (المطبعة البية) .

ويقول كذلك « ثم نظرنا في طرق استدلال الصحابة والسلف بالكتاب والسنة ، فإذا هم يقيسون الأشياء بالأشياء منها ، وينظرون الأمثال بالأمثال بإجماع منهم وتسليم بعضهم لبعض في ذلك ، فإن كثيراً من الراءعات بعده صلوات الله وسلامه =

وفيها بلى أمثال من معالنه وأمهاة الأبواب فيه ، تنطق بأنه فقه
الديمقراطية والاشتراكية ، وفقه التضامن الاجتماعي والتقدم العلمي ، وهو
أولاً وبالذات فقه الحرية :

١ - المساواة أصل من الأصول في الشريعة بين المسلم والذي ، والعربي
والعجمي ، بل ومع العدو ما دام لا يحارب المسلمين .

٢ - والبيعة العامة أصل لانتخاب الإمام (١) ، وهي تعدل حق

= عليه لم تندرج في النصوص الثابتة فقاوسها بما ثبت ، وألحقها بما نص عليه
بشروط في ذلك الإلحاق . . « - ص ٣٩٥ .

ويقول أيضاً « وكان أول من كتب فيه (أى في أصول الفقه) الشافعي ،
أمل فيه رسالته المشهورة » - ص ٣٩٧ .

وقال كارل بروكلمان « ويعتد الشافعي مؤسس علم أصول الفقه ، الذي يرسم
المنهج وينظمها لاستخراج الأحكام من أدلتها ، ويحدد طرق الاجتهاد والاستنباط » -
تاريخ الأدب العربي ٢٩٣ / ٣ ترجمة الدكتور عبد الخليم النجار (دار المعارف
سنة ١٩٦١) .

وقال السيوطي « وأول من ابتكر هذا العلم الإمام الشافعي رضي الله عنه
بالإجماع وألف فيه كتاب الرسالة الذي أرسل به إلى ابن مهدي ، وهو مقدمة كتاب
الأم » - إتمام الدراية لقراء النفاية ص ٧٧ (المطبعة الميمنية - مصر سنة
١٣١٨ هـ) .

ومن أجل هذا نجد أن اسم أصول الفقه غداً مقروناً باسم الإمام الشافعي ،
حتى قال فخر الدين الرازي « واعلم أن نسبة الشافعي إلى علم الأصول ، كنسبة
أرسطاطاليس إلى علم المنطق ، وكنسبة الخليل بن أحمد إلى علم العروض . . » -
مناقب الإمام الشافعي ص ٥٦ - ٥٧ (المكتبة العلمية بمصر) .

(١) وفقاً للراجح في الفكر الإسلامي ، أن السلطان يلى السلطة فتدججة مبايعة هي بمثابة
عقد بين الحكوميين والحاكم ، وأن طاعة الحاكم واجبة ما دام لم يخرج على حدود
ذلك العقد ، فإن هو خرج عليه وأصبح حاكماً ظالماً فإنه لا تجب له طاعة .

وفي هذا الشأن يقول الإمام الغزالي « إن السلطان الظالم عليه أن يكف عن
ولايته . وهو إما معزول أو واجب العزل ، وهو حل التحقيق ليس بسلطان » -
أبو حامد الغزالي ، إحياء علوم الدين ج ٢ ص ١١١ .

الانتخاب ، ولا تتجاني مع أشكال الاقتراع وتطورات هذه
الأشكال تبعاً لتطورات النظم الإدارية ووسائل المواصلات وتقاليدها
المجتمعات .

٣ - والشورى أصل يقترن مكانه بالصلاة ويجعله الله من صفات المؤمنين (١)
ويأمر رسوله المسدّد بالوحي بأن يشاور المسلمين فيما يحزب له من أمور (٢) ،
لحلل موضعه من النظام الإسلامي كله . وإنما لتتجلى في السياسة والحكم ،
بالمجلس الدائم للشورى في العصور الأولى ، وباستشارة النبي للصحابة .
يقول لصاحبيه أبي بكر وعمر : قولاً فإن في فيما لا يوحى إلى مثلكما .

وكان عمر يحول بين أعضاء مجلس الشورى وبين ولاية الأعمال الإدارية ،
أى يفصل بين السلطات .

٤ - وولاية المظالم وتعيين محتسب للمطالبة بحقوق الهيئة الاجتماعية يكمل
التضامن الاجتماعي وسلامة السلوك ، حتى فيما لا يمثل جريمة يعاقب
عليها بالحدود . ويعتبر خروجاً على القانون ويؤثم ، مجرد منافاة
الفعل للمصلحة العامة ، فيعاقب عليه (٣) .

(١) يقول الحق تبارك وتعالى « والذين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وأمرهم
شورى بينهم » .

(٢) يقول تعالى « . . فاعف عنهم ، واستغفر لهم ، وشاورهم في الأمر . . » .

(٣) نشأت ولاية أو وظيفة « الحسبة » في النظم الإدارية للمجتمع الإسلامي بعد صدر
الإسلام ناسياً على مبدأ « الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر » ، أحد المبادئ الكلية
التي يقوم عليها الإسلام ، قال تعالى « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون
بالمعروف وينهون عن المنكر » ، ويقول تعالى في أن هذه الدعوة أمر والتزام لكل
مؤمن « كنتم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر » .

وهناك صورتان في أشكال التطبيق العمل لهذا المبدأ : التطوع بالحسبة من
الأفراد ، أو شغل ولاية أو وظيفة الحسبة من يكلفهم الحاكم باله ، وفي هاتين
الصورتين يتحمل معنى « الرقابة الدائمة » من الشعب على نفسه وعلى حكامه في مجالين
متكاملين ، الأول : إقامة المعروف إذا ظهر تركه ، والثاني : النهي عن المنكر
وإزالته إذا ظهر فعله ، وكلتا الصورتين تنبئ عن المجتمع صفة « اللامبالاة »
الخطرة على وعيه السياسي ، والتزامه الاجتماعي .

٥ - ونظام العقوبات هو النظام الأمثل : الحدّ يمثل العقاب على الجرائم التي يفسد بها المجتمع فساداً لاصلاح بعده ، والتعزير يسع كل القوانين الجنائية المعمول بها في الفقه المعاصر ، ثم يزداد شمولاً وسهواً فيسح الهنات والفرطات ، ويعاقب عليها لتصلح أخلاق العباد ، وهكذا سما المجتمع الإسلامي وسمي بالحفاظ على روح الشريعة .

٦ - والعمل حق وواجب ، بل كسبه أفضل الكسب ، يقول عليه الصلاة والسلام « أفضل الكسب بيع مبرور وعمل الرجل بيده » .

٧ - وطلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة ، وبهذه الفريضة انفتحت المساجد والجموع للتعليم إلى جوار العبادة ، فجموع الإسلام الكبرى هي جامعاته التاريخية .

= وكان على المحتسب واجب البحث والاستقصاء ، كما أنه مكلف بمراجعة كل شكوى تتعلق بمهامه ، وله أن يتخذ مساعدين ، ولكن ليس له أن يجاوز عمله فيدخل في اختصاص غيره كالتضامن مثلاً .

ولم تعرف ولاية الحسبة بذاتها في العصر الأول للخلفاء الراشدين ، وإنما عرف القضاء من بادئ الأمر « فريضة محكمة وستة متبعة » .

ثم دعا تنظيم الدولة الإدارية مع ازدهار الحضارة ، وضعف الوازع مع غلبة الأهواء ، إلى استحداث جملة وظائف منها الحسبة .

وقى كتب الفقه التي دونت في القرن الخامس الهجري ، مثل كتاب الأحكام السلطانية للماوردي ، وكذلك في الكتب التي عنيت ببيان أحكام الإمامة والإمارة وما تسميه اليوم « القانون العام » نجد بياناً واضحاً عن أحكام ولاية الحسبة ، وكل ما يتعلق بها من التفاصيل التي تدل على أهميتها في نظام الدولة .

ولقد كان العصر الذهبي للحسبة والمحتسب هو عصر حكومة المماليك (٦٤٨ - ٩٢٣ هـ) وهو عصر زاهر من عصور مصر والدولة الإسلامية ، فقد اتسع يوازع السلطان عمل والى الحسبة فشمط ضبط الأسواق والمكاييل والموازين ومنع الغش والتلاعب ، كما كان له في ذلك حق إصدار الأوامر .

وأيا كان الأمر في شأن الحسبة ، فإن أساسها يكن في هذا المبدأ القويم ، وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، كما يؤكد سلامة وأصالة الأساس الذي تملكه في ديقنا وشرمتنا عن مصدر القاعدة القانونية التي تحكم المجتمع وتنظم علاقة الأفراد والحكام فوق كل هذه الخلافات التحكيمية العقيمة التي تحفل بها نظريات الغرب عن الفكر السياسي وشرعية القوانين .

٨ - والفقه الإسلامي عموماً يجعل « الحق منحة من الشارع » فلا يسوغ أن يستعمل الناس منحة من بها عليهم إلا فيما يرضاه الله .

وبهذا الفهم العميق لنظرية الحق استغرق الفقه الإسلامي ، كل الاستغراق ، محاولات أهل القانون المعاصر في الشرق والغرب من جراء « إطلاق » الحقوق أو « تخصيصها » أو « اتعسف في استعمالها » وأصبح الأصل حسن النية ، وأحكمت قاعدة المسؤولية ، وأرسى المجتمع على أساس التضامن الاجتماعي .

٩ - والفقه الإسلامي الذي رسي قواعد « التضامن الاجتماعي » هو الذي جعل الإنسان « مستخلفاً في مال الله » سبحانه ، فيحلّ المشاكل التي أقضت مضاجع السياسيين والمشرعين والثوار منذ القرن الثامن عشر . إنه يأمر بإحسان الأداء لا بمجرد الوفاء ، ويوجب دفع الزكاة إلى مستحقها ، كما تدفع الضرائب ، لا أن تدفع إلى من يهواه دافعها ولا إلى من له مصاحبة معه . ويوجب دية القتل على العاقلة من العائلة فيضيف ضمان الأسرة كلها لدفع المال للمضور ، ويجعلها على الديوان في بعض الأحيان . ويخصّص جزءاً من المستحق على الناس لسداد ديون الغارمين ، ويبيح التضامن بين أبناء الحرفة الواحدة ، ويحمل الدولة مسؤولية قساد القضاء والإقتاء . وهو الذي يعامل معاملة القاتل من يمتنع عن إطعام محتاج فيموت . وهو الذي يجعل للضعيف حقاً وإن لا مأوى له حقاً لدى من لديه فسحة ، ثم يمدّ التضامن الاجتماعي لكل مخلوق .

١٠ - الفقه الإسلامي الذي يرى الإباحة هي الأصل والحرية هي الأصل (١) ، يبيح للناس أن ينشئوا ما يرون من العقود والشروط ، إلا أن يحلوا

(١) كان الأوربيون في انتظار الدورة الفرنسية في سنة ١٧٩٨ لتقرير الحرية والإخاء والمساواة ، في حين تقررت هذه المبادئ للمجتمع الإسلامي في نصوص القرآن وأحاديث الرسول في عمله وعمل من جاءوا على أثره ، وما هي إلا عناصر مبدئية المشروعية والعدالة اللذين تريد لتبلغهما النظريات القانونية المعاصرة ، في حين تنهى الفقه الإسلامي في تطبيقها حتى يبلغ الدورة - الأستاذ عبد الحلیم الجندي في مقاله السابق .

حراماً أو محرماً حلالاً، وأن القصد هو روح العقد ومحرره ومبطله، وهذا يقابل في الفقه الغربي مبدأ سلطان الإرادة وعدم التقيد بالأشكال والإجراءات الذي لم تبلغه أوروبا إلا في القرن التاسع عشر. وبهذا انضبط شكل التعاقد إلى جوارسيه، وأحكمت الأحكام المترتبة عليه، وصارت الدائرة العقدية « دائرة فاضلة »، تستخدم المجتمع الفاضل.

أهم أهداف الشريعة الإسلامية

٤ - كان أهم هدف للشريعة الإسلامية هو تحرير الإنسان، ورفع شأنه، وتوفير أسباب العزة والكرامة والشرف له، امتداداً لتكريم الله - سبحانه - الذي أعلن تكريمه وتفضيله لجميع أفراد النوع الإنساني، في قوله تعالى: « ولقد كرمتنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً » (١).

أقول: إن أهم غاية للشرع الإسلامي هي تكريم الإنسان وتحريره، وتحقيق العدل والخير والسعادة له في الدنيا والآخرة، وفي ذلك يقول الله

(١) الآية ٧٠ سورة الإسراء.

وكان من مظاهر تكريم الله سبحانه للإنسان خلقه له في أحسن تقويم في صورته المادية والمعنوية « لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم » - الآية ٤ من سورة البين. كما شرفه فاختاره خليفة في الأرض، وأسجد له الملائكة « وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة، قالوا: أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك، قال: إني أعلم ما لا تعلمون، وعلم آدم الأسماء كلها ثم عرضهم على الملائكة فقال: أنبئوني بأسماء هؤلاء إن كنتم صادقين، قالوا: سبحانك، لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم، قال: يا آدم أنبئهم بأسمائهم، فلما أنبأهم بأسمائهم، قال ألم أقل لكم إني أعلم غيب السموات والأرض وأعلم ما تبدون وما كنتم تكتمون، وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس أبى واستكبر وكان من الكافرين » - الآيات ٣٠ - ٣٤ من سورة البقرة. كما سخر له ما في السموات والأرض وأتم عليه النعم « ألم ترأوا أن الله سخر لكم ما في السموات وما في الأرض وأسبح عليكم نعمه ظاهرة وباطنة، - الآية ٢٠ من سورة لقمان. « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً، وآتاكم من كل ما سألتموه وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها... الآية ٣٤ من سورة إبراهيم.

تعالى: « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين »، بهذا الأسلوب الذي يفيد، كما يقرر علماء البلاغة، حصر الرسالة الإسلامية في تحقيق الرحمة العامة الشاملة للعالمين جميعاً، على اختلاف أجناسهم وألوانهم، وعلى امتداد ماكنهم ومكانهم، حين يستجيبون لها ويستضيئون بنورها (١).

وتحقيق هذه الرحمة السابقة لا يكون إلا بتحقيق العدل والمساواة والكرامة والحرية للناس جميعاً، في ظل من الشعور بالأخوة الإنسانية والنسب الواحد، ذلك الشعور الذي يجعل هذه الحقوق الإنسانية أمراً فطرياً طبيعياً، وقدرأً مشتركاً بين جميع أفراد السلالة البشرية، يستند إلى وحدة الأصل والمنشأ، وتساوي الأخوة في الحقوق والواجبات، ولذلك يذكر القرآن بذلك ويلفت الأنظار إليه، فينادي « يا بني آدم » في آيات كثيرة (٢)، تنبهاً إلى هذه الرابطة النسبية المشتركة التي تقتضي التعارف والتعاطف، وأن يجب الأخ لأخيه ما يجب لنفسه من كرامة وحرية (٣).

(١) كما يقول سبحانه « ونزل من القرآن ما هو شفاء ورحمة للمؤمنين » ويقول « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين » - الآية ٨٩ من سورة النحل.

(٢) « يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين » « يا بني آدم إما يأذنكم رسل منكم يقصون عليكم آياتي... »، ويوضح ذلك فيقول « يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً » « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا » - الآية ١٣ من سورة الحجرات.

(٣) ويقول الأستاذ الشيخ زكريا البري إن الإسلام، كشرعية سماوية جاءت لهداية البشرية، وإخراجها من ظلمات الجهل والبنى والتمصب والاستبداد، إلى نور العلم والعدل والسباحة والحرية، لا يؤخذ ولا تعرف أحكامه من السلوك للعمل لبعض المسلمين، وبخاصة في عصور الجهل والضعف والتفريق، والتأثر بمعاملة أعدائهم ومحاربتهم لهم حرباً تخرجهم عن صواب وآداب دينهم - أنظر مقاله الإسلام وحقوق الإنسان، المجلد الأول، العدد الرابع من عالم الفكر ص ٢٠٥.

وفي مثل هذا يقول الإمام محمد عبده « ولست أبالي إذا انحرف بعض المسلمين عن هذه الأحكام عندما بدأ الضعف في صفوفهم، وضيق الصدر من طبع الضعيف، فذلك مما لا يلصق بطبيعته، ولا يخلط بطيبته » - الإسلام والتصانيف ص ٢٠ =

وتتفرع شجرة الحرية إلى : حرية دينية ، وحرية فكرية ، وحرية مدنية ، وحرية سياسية .

الحرية الدينية

٥ - وهي الحرية التي تقتضي أن يكون لكل إنسان اختيار كامل للعقيدة التي يعتنقها ويؤمن بها ، من غير ضغط ولا إكراه خارجي .

وفي هذا الجانب من الحرية يقرر القرآن الكريم ، في سور وآيات كثيرة^(١) ، أن كل إنسان حر في دينه وعقيدته ، لا سلطان لأحد عليه فيها ،

والصحابة رضوان الله عليهم ، مع علمهم وفضلهم ، لم تكن أفعال أحدهم أو أفعاله ، عند المحققين ، حجة إسلامية في ذاتها ، ودليلاً شرعياً يعتمد عليه في معرفة هذه الأحكام . وفي ذلك يقول الشوكاني « إن الله سبحانه وتعالى لم يبعث إلى هذه الأمة إلا نبينا محمداً - صلى الله عليه وسلم - والأمة كلها مأمورة باتباع الكتاب والسنة ، لا فرق بين الصحابة ومن بعدهم . . . ولا شك أن مقام الصحبة مقام عظيم ، ولكن في الفضيلة وارتفاع الدرجة وعظم الشأن ، ولا تلازم بين هذا وجعل الواحد منهم مشرعاً كالرسول . . . » - إرشاد الفحول ص ٢١٤ - وانظر أعلام الموقعين ج ٤ ص ١٠٢ - ١٢٦ للفقير ابن القيم الذي استدلل على حجية قول الصحابي بأدلة متعددة - وانظر الأحكام للامدني ج ٣ ص ١٠٣ .

لما وافق أحكام الشريعة من الأقوال والأفعال كان استجابة وتطبيقاً لها والتقاء معها ، وما خالفها كان خروجاً عليها ومخادة لها ومردوداً في وجه صاحبه . والرسول يقول « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » .

(١) ينق القرآن الكريم الإكراه في الدين بلا التافية للجنس ، نفيًا شاملاً مستغرقاً لجميع أنواعه وصوره وأفراده ، ويترتب على ذلك النهي عنه وترتيب العقاب عليه ، فيقول سبحانه « لا إكراه في الدين ، قد تبين الرشد من الغي ، فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله ، فقد استمسك بالعروة الوثقى لا انفصام لها ، والله سميع عليم » .

ويقول « فإن أسلموا فقد اهتدوا ، وإن تولوا فإنما عليك البلاغ » كذلك فعل الذين من قبلهم ، فهل حل الرسل إلا البلاغ المبين » .

ويتكرر هذا القصر لمهمة الرسول على إبلاغ رسالته أكثر من عشر مرات في القرآن الكريم ، محددًا موقفه من المكذابين والمعرضين ، بما يؤصل المبدأ الإسلامي في حرية الاعتقاد وإلزاماً لكل إنسان بما يعتقد « فإن عرضوا فما أرسلناك

فالعقيدة اقتناع داخلي ، وعمل باطني^(١) ، لا يجدي فيها الإكراه ولا يحقق غرضاً صحيحاً .

حرية المرتد

والمرتد هو المسلم الذي ينكر أمراً ثابتاً ثبوتاً قطعياً يقينياً في الدين الإسلامي ، كأن ينكر افتراض الصلاة أو الصوم أو الزكاة أو الحج ،

- عليهم حفيظاً ، إن عليك إلا البلاغ » . . . وإن كان كبير عليك إمرانهم فإن استطعت أن تبتنى نفقا في الأرض أو سلما في السماء فتأتهم بآية ولو شاء الله لجمعهم على الهدى فلا تكونن من الجاهلين » .

يقول الزمخشري : لم يجر الله أمر الإيمان على الإيجاب والقسر ، ولكن على التمكين والاختيار .

ويقول الجلال في تفسيره : (لا إكراه في الدين) أي على الدخول فيه (قد تبين الرشد من الغي) أي ظهر بالآيات البينات أن الإيمان رشد والكفر غي .

ويقول الزمخشري في تفسير الآية « وقل الحق من ربكم ، فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر » والمعنى جاء الحق وزاقت العليل فلم يبق إلا اختياركم لأنفسكم ما شئتم من الأخذ في طريق النجاة أو في طريق الهلاك . وجيء بلفظ الأمر والتخيير لأنه لما سئل من اختيار أيهما شاء فكأنه غير مأدور بأن يتخير ما شاء من التجدين » - وانظر تفسير الجلالين وحاشية الصاوي .

(١) يقول الإمام محمد عبده « إن الدين معاملة بين العبد وربيه ، والعقيدة طور من أطوار القلوب ، يجب أن يكون أمرها بيد حلام القلوب ، فهو الذي يحاسب عليها ، وأما الخلق فلا تطول يده إليها ، وغاية ما يكون من العارف بالحق أن يفبه الغافل ، ويدلم الجاهل ، وينصح الغاوي ، ويرشد الضال » - الإسلام والنصرانية مع العلم والمدنية ص ٦٩ ط دار المنار .

- وعمل هذا المعنى استقرت أحكام محكمة النقض التي تجرى بأن « الاعتقاد الديني مسألة نفسانية ، ولا يجوز لقاضي الدعوى أن يبحث في جديتها ولا في بواعثها ودواعيها » - نقض مدني في ١٤ يناير سنة ١٩٧٠ ، ص ٢١ ص ٩٦ .

- فلا يتوهم أحد إذن أن نص دستور جمهورية مصر العربية في المادة ٤٦ حل أن « تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية » ، التزاماً بوثيقة حقوق الإنسان التي أعلنتها الأمم المتحدة ، منذ أقل من ربع قرن ، ذلك أنها في الحق أصل من أصول العقيدة الإسلامية كما رأينا .

أو ينكر حرمة شرب الخمر. ويرى الفقهاء أنه إن كانت له شبهة فيما ذهب إليه ، أزالها له العلماء وبينوا له الصواب ، ثم يجهل للبحث والبرهان ، فإن تاب ورجع قبلت توبته ، وإن أصر على رأيه قتل إن كان رجلاً باتفاق الفقهاء (١) مستدلّين بقول الرسول « من بدل دينه فاقتلوه » .

(١) ويبدو أن الإمام الأكبر الشيخ عمود شلتوت شيخ الجامع الأزهر لا يرى هذا الرأي ، حيث يقول : وقد يتغير وجه النظر في هذه المسألة إذا لوحظ أن كثيراً من العلماء يرى أن الحدود لا تثبت بغير الإجماع ، وأن الكفر بنفسه ليس مبيحاً للدم ، وإنما المبيح للدم هو محاربة المسلمين والعدوان عليهم ، ومحاولة فتحهم عن دينهم - الإسلام عقيدة وشريعة من ٢٨٨ - ٢٨٩ .

وانظر تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ محمد الخضرى ص ٩٧ وما بعدها حيث أورد العقوبات الدنيوية الثابتة بالقرآن ، ثم قال : وليس في القرآن من الأجزرية غير ذلك ، وقد بينت السنة حداً سادساً وهو حد شرب الخمر ، ولم يذكر حد الردة .

وانظر الفقه الإسلامي في توبة الحديد للأستاذ مصطفى الزرقا ج ٢ ص ٦١٥ حيث لم يذكر حد الردة بين الحدود .

ونحن نرى أن القول بقتل المرتد لا يمكن أن يكون عقوبة على الفكر ذاته ، بدليل أن غير المسلمين من اليهود والمسيحيين الأصليين قد كفّل لهم الإسلام حرية العقيدة من غير إكراه ولا تضييق ، وإنما يكون عقوبة على الخيانة الكبرى التي قام بها المرتد حين ادعى الدخول في الإسلام زوراً وبهتاناً ثم أعلن خروجه منه قصداً للإساءة إليه ، وانضم إلى صفوف أعدائه لمحاربه والكيد له . ي زيد هذا النظر قول أبي حنيفة بعدم قتل المرأة المرتدة استناداً منه إلى القياس ، وهو أحد الأدلة الشرعية ، حيث قاس المرتدة التي طرأ عليها الكفر على الكافرة الأصلية ، وقد نهى الرسول عن قتل النساء ، لما رأى امرأة مقتولة ، وقال : ما كانت هذه لتقاتل . ومعنى هذا أن باحنيفة لا يعتبر قتل المرتد بسبب كفره ، ولهذا اقتصر على قتل الرجل المحارب .

- هذا ولا تتورق قضايا الردة في العصر الحاضر ، إلا بالنسبة لصورة أخرى من صور الخداع والتحايل ، فقد لوحظ في بعض البلاد الإسلامية أن بعض الناس يملكون إسلامهم ، لأنيا يصيبونها ، أو امرأة يتزوجونها ، أو يطلقونها ، أو جرياً وراءه ، حيث يعتبر اختلاف الدين مانعاً من موافقة بين المسلمين وغيرهم - أنظر في ذلك الوسيط في أحكام التركات والموارث ، للأستاذ الشيخ زكريا البري .

وهؤلاء يتخفون الأديان هزواً ولعباً إذ يمشرون على ولائهم لدينهم الأصل ، -

الحرية الفكرية

٦ - العقل خاصة الإنسان وامتيازته وشرفه ، وهو مناط التكليف والخطاب الإلهي ، فبالعقل كان الإنسان إنساناً ، وكان امتيازته وتفضيله على غيره (١) .

- ثم يملنون العودة إليه بمجرد تحقيق أغراضهم وشهواتهم ، أو يأبهم من تحققها ، آمنين من العقاب على هذا العبث والتحايل .

ولا علاج لذلك إلا في أحد أمرين : أولهما عدم الاعتداد بإسلام هؤلاء ، مادام يقترون به ما يدل على التحايل والولاء لدينهم الأول ، وهو ما يراه بعض الفقهاء ، وما اتجه إليه مشروع قانون الأحوال الشخصية الجديد في جمهورية مصر العربية ، إذ قرر في المادة ٤٥٨ « إن الشخص يكون مسلماً إذا نطق بالشهادتين على وجه قاطع بالدخول في الإسلام غير محتمل للتحايل ولا مقترن بما يناق الإسلام . . . » ، وحينئذ تنقطع حوادث الردة . وثانيهما : العمل برأى جمهور الفقهاء في عقوبة المرتد حماية للعقيدة الدينية الإسلامية ، من عبث العابثين ، وحينئذ لن يملن الدخول في الإسلام إلا صادقاً المقيدة والإيمان ، وحينئذ تنقطع حوادث الردة أيضاً - أنظر فلسفة العقوبة في الإسلام للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٩٢ وما بعدها - إجماعاً والعقوبة في الفقه الإسلامي ص ٦٨١ وما بعدها .

ومن أظهر الأدلة على سماحة الإسلام وكفالاته لحرية العقيدة ، ما شرعه من إباحة الزواج بالمرأة الكتابية غير المسلمة ، يقول الشيخ محمد عبده « أباح الإسلام للمسلم أن يتزوج الكتابية ، نصرانية كانت أو يهودية ، وجعل من حقوق الزوجة الكتابية على زوجها المسلم أن تتمتع بالبقاء على عقيدتها ، والمقيام بفروض عبادتها ، والذهاب إلى كنيسها أو بيئتها . . . أيغيب ذلك ما يستحکم من ربط الألفة بين المسلم وغير المسلم بأشكال هذا التسامح الذي لم يظهر عند من سبق ولا فيمن لحق من أهل الدينين السابقين عليه . . . الإسلام والتصرانية ص ١٣١ .

هذا وينبغي على حرية العقيدة الدينية إطلاق الحرية لصاحبها في القيام بعباداتها وممارسة شعائرها ، والعمل بشريعتها ، فقد « أمرنا بتوكلهم وما يدينون » .

(١) يقول القرطبي في تفسير قوله تعالى « ولقد كرمنا بني آدم . . . وفضلناهم على كثير من خلقنا تفضيلاً . . . » والصحيح الذي يعول عليه أن التفضيل إنما كان بالعقل ، الذي هو عمدة التكليف ، وبه يعرف الله ، ويفهم كلامه ، وفي هذا المعنى يقول الغزالي « إن للعقل كالأساس والشرع كالبناء ، ولن يبنى أساس ما لم يكن بناء ، ولن يثبت بناء ما لم يكن أساس ، والعقل كالبرص ، والشرع كالشمع ، ولن يبنى برص ما لم يكن شمع من خارج ، ولن يبنى شمع ما لم يكن برص . . . » والعقل كالسراج ، والشرع كالزيت الذي يمدد ، فلما لم يكن زيت لم يحصل السراج ، وما لم يكن سراج لم يقض زيت . - معارج القدس ص ٥٩ .

(الاحتمار بالجهل بالقانون - ٢)

والتفكير فطرة الإنسان وعمل العقل ورسالته ، حتى إن المناطقة يعرفون الإنسان بأنه حيوان ناطق ، أى مفكر ، والتفكير بعد ذلك فريضة إسلامية ، أمر القرآن بها وحض عليها (١) .

ولهذا ذهب العلماء إلى أن الإيمان عن تقليد محض لا اعتماد به . يقول الإمام محمد عبده : « إن التقليد بغير عقل ولا هداية شأن الكافرين ، وإن المرء لا يكون مؤمناً إلا إذا عقل دينه وعرفه بنفسه ، حتى اقتنع به ، فن ربي على التسليم بغير عقل ، وعلى العمل ولو صالحاً بغير فقه ، فهو غير مؤمن . فليس القصد من الإيمان أن يذلل الإنسان للخير كما يذلل الحيوان ، بل إن القصد أن يرتقى عقله وترتقى نفسه بالعلم ، فيعمل الخير

(١) يقول الله سبحانه « قل سيروا في الأرض ثم انظروا كيف كان عاقبة المكذبين » « ألم يسيروا في الأرض فتكون لهم قلوب يعقلون بها أو آذان يسمعون بها ، فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التي في الصدور » « قل إنما أعظكم بواحدة إن فعلتموها أسبتم الحق ، وهي أن تقوموا لوجه الله خالصاً متفرقين اثنين اثنين وواحداً واحداً ، ثم تفكروا في أمر محمد وما جاء به . أما الاثنان فيفكران ويعرض كل واحد منهما لمحصل فكره على صاحبه ، وينظران فيه نظر متصادقين متناصفين لا يميل بهما أتباع الأولى . . . حتى يهجم بهما الفكر الصالح والنظر الصحيح على جادة الحق وسننه ، وكذلك الفرد يفكر في نفسه بعدل ونصفه من غير أن يكابرها ، ويعرض فكره على عقله وذمته . »

ويسأل إبراهيم عليه السلام ، وهو خليل الرحمن ، ربه كيف يحيى الموتى ليطمئن قلبه ؛ فلا ينكر عليه ذلك ويستجيب له « وإذا قال إبراهيم ربي أرى كيف يحيى الموتى ؟ قال أو لم تؤمن ؟ قال : بلى ، ولكن ليطمئن قلبي ، قال : فخذ أربعة من الطير فصرهن إليك ، ثم اجعل على كل جبل منهن جزءاً ثم ادعهن يأتينك سعياً ، واعلم أن الله عزيز حكيم . »

ويروى مراحل البحث التي مر بها عليه السلام حتى وصل إلى الإيمان واليقين عن استفهام وتفكير ، لنقتدى ونهتدى « وكذلك نرى إبراهيم ملكوت السموات وليكون من الموقنين ، فلما جن عليه الليل رأى كوكباً قال هذا ربي فلما أفل قال : لا أحب الآفلين . . . » الآيات ٧٥ - ٧٨ من سورة الأنعام - يقول الزمخشري : (ملكوت السموات والأرض) يعنى الربوبية والألوهية ونوقفه لمعرفة ونرشده بما شرحنا صدره وسدنا نظره وهديناه لطريق الاستدلال .

وهو يفقه أنه الخير النافع المرضي لله ، ويترك الشر وهو يفهم سوء عاقبته ودرجة مضرتة (١) .

وإذا كان هذا هو البحث الحر في جانب العقيدة ، وهي أساس الدين ، فإن الشريعة ، وهي الجانب العملي منه ، يطالب الإسلام فيها الاجتهاد والتفكير واستنفاد الوسع والطاقة من كل قادر على معرفة الحكم المقصود من القرآن الكريم أو السنة النبوية ، ثم يطلق للعقل استنباط الأحكام غير المنصوص عليها ، قياساً على ما جاءت به النصوص ، أو بناء على ما يراه في الحكم من مصلحة جاءت الشريعة لتحقيقها ، أو مفسدة جاءت لمنعها ، أو تطبيقاً للقواعد الشرعية ، ونحو ذلك . فإذا أصاب المجتهد في اجتهاده كان مأجوراً على الاجتهاد وعلى الصواب ، وإن أخطأ كان معذوراً مأجوراً على الاجتهاد (٢) .

وقد كانت الحرية الفكرية أساساً لوجود المذاهب الفقهية ، وتعددتها . ثم لم يكن أحد من الفقهاء يرى أن أقواله تازم أحداً ، ولا أن رأيه الحق الذي لا يأتيه الباطل ، بل كان كل منهم يرى مذهبه صواباً يحتمل الخطأ ، ومذهب مخالفه خطأ يحتمل الصواب (٣) .

وكان أبو حنيفة يقول : هذا رأى أبي حنيفة وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فن جاءنا بخير منه فهو أولى بالصواب .

(١) كما يقول : « إن الإيمان يعتمد اليقين ، ولا يجوز الأخذ فيه بالظن ، وإن العقل هو ينبوع اليقين في الإيمان بالله وعلمه وقدرته - الإسلام والتمراتية ص ١١٢ . »

(٢) لما سئل أبو بكر عن ميراث الكلاب قال : أقول فيها برأى ، فإن يكن صواباً فن الله ، وإن يكن خطأ فن الشيطان .

يقول الفراء : الكلاب ما عدا الولد والولد ، سموا كلاباً لاستدارتهم بنفسب الميت ، من تكلمه الشيء إذا استدار به . ويقول ابن الأثير : الأب والابن طرفان ، فإذا مات الشخص ولم يخلفهما فقد مات عن ذهاب طرفيه ، فسعى الملك كلاباً من الكلال وهو الضعف ، فالكلالة تطلق على الوارث والمورث (أنظر تفسير القرطبي ج ٥ ص ٧٦ ولسان العرب والمصباح المنير .

(٣) أنظر الفقه الإسلامي في ماضيه وحاضره ومستقبله ص ١٤ .

ثم كان الإمام مالك يقول : أنا بشر أخطئ وأصيب ، فانظروا في رأيي ، فما وافق الكتاب والسنة فخذوا به ، وما لم يوافق فتركوه .

ويقول الفقيه الزني صاحب الشافعي وتلميذه : ههنا ما سمعته من الشافعي ، بعد أن نهاني عن تقليده أو تقليد غيره^(١) .

ثم يقول الإمام أحمد بن حنبل : لا تقلدني ولا تقلد مالكاً ، ولا تقلد الليث ولا الأوزاعي ، وخذ من حيث أخذوا .

والاجتهاد يعني بذل الجهد في معرفة أحكام الشرع الإسلامي ، حق ثابت لكل من منحه الله سبحانه أهلية النظر والبحث ، بل إنه من الواجبات الكفائية التي يتوجه فيها الطلب إلى الجماعة ، وتأثم الأمة كلها إذا قصرت في القيام به ، ولم تقم بإعداد القادرين عليه^(٢) .

وليس معنى فتح باب الاجتهاد في الشريعة الإسلامية في حرية فكرية ، أن يتصدى له من لم يتأهل له ، ولا يكون في هذا حجر على هذه الحرية الفكرية ، وإنما هو الحماية لها ، وليس في هذا كهنتية إسلامية ، وإنما هو التخصص والأهلية ، والقول بنسب ذلك يؤدي إلى التوضي والبلبلية الفكرية .

والعقل والنقل في ميدان النظر والبحث والتفكير صنوان لا يفترقان ، ولا يستغني أحدهما عن الآخر ، وقد اتفق علماء الإسلام ، إلا قليلاً ممن لا ينظر إليه ، على أنه إذا تعارض العقل والنقل أخذ بما دل عليه العقل ، وبقي في النقل طريقان : طريق التسليم بصحة المنقول مع الاعتراف بالعجز

(١) أنظر الإمام الشافعي ، ناصر السنة وواضع الأصول ، للمستشار عبد الحليم الجندی ط ١٩٦٧ .

(٢) يقول الأستاذ الأكبر الشيخ المراغي « ليس الاجتهاد ممكناً عملاً فقط ، بل هو ممكن عادة ، وطرقه أيسر مما كانت في الأزمنة الماضية . . . وإن الزمن لم يغير من خلقة الإنسان ، وإن العقول لم تضمر ، وإن الطبيعة باقية في الإنسان كما كانت في المصور الماضية - بحوث في التشريع الإسلامي ص ٢٠ .

عن فهمه ، وتفويض الأمر لله في علمه ، وطريق تأويل النقل على المحافظة على قوانين اللغة ، حتى يتعين معناه مع ما أثبتته العقل^(١) .

الحرية المدنية

٧ - ويراد بها أن يكون للإنسان حرية التصرف في أموره الشخصية والمالية .

وقد أرسى الإسلام دعائم هذه الحرية ، وجعل لكل فرد سيادة ذاتية : يملك ويرث ويبيع ويرهن ويشترى ويقف ويتصدق ويوصي ويتزوج ، ويتصرف بما يحقق المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية . وإذا كان قد حجر في بعض التصرفات المالية على السفه وذى الغفلة ، فإن الأساس والمهدف هو صيانتها والمحافظة على ماله والحرص على مصاحته^(٢) .

الحرية السياسية

ويراد بها أن يكون لكل إنسان ذى أهلية الحق في الاشتراك في توجيه سياسة الدولة في الداخل والخارج وفي إدارتها ومراقبة السلطة التنفيذية . وقد تبينا موقف الإسلام وحرصه عليها ، حين وجدناه يرسي دعائم الحكم على أساس من الشورى لجميع المسلمين^(٣) .

(١) الإسلام والتضاريف مع العلم والمدنية ص ٥٢ .

ويقول الإمام الغزالي . . . إن الرجل الذي يقبل على القرآن دون أن يستخدم عقله في فهمه شيء بمن يغمض عينيه حتى لا يرى هذا الضياء ، وعندئذ لا يفترق عن فقد بصره على سبيل الحقيقة . . . - أنظر معارج القدس ص ٥٩ - ٦١ .

(٢) بل إن الإمام أباح حنيفة لا يرى السفه ، وهو عدم الإحسان في التصرفات المالية ، وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع ، موجياً للحجر على السفه ، إذ في الحجر عليه إهدار لأدميته وكرامته ، محافظة على ماله ، وآدميته وحرمة وكرامته أهم من ماله ، فلا يضيع الأعلى بسبب الأدنى .

أنظر « أبو حنيفة بطل الحرية » الأستاذ عبد الحليم الجندی ص ٢٧٢ حيث يقول : إن ما يقول به أبو حنيفة من عدم الحجر على السفه يتفرد به الإنجليز اليوم في شرائعهم .

(٣) أنظر ص ٢٥ .

وهذه الشورى المحققة للحرية السياسية واجبة في الشريعة الإسلامية ، ورأى أهل الشورى ملزم للحاكم . وقد ذهب الإمام محمد عبده إلى أن قول الله تعالى « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون » أول دليل على أن الحكومة الإسلامية تقوم على الشورى ، وأنها أقوى في دلالتها على ذلك من قول الله تعالى « وشاورهم في الأمر » وقوله تعالى « وأمرهم شورى بينهم » لأن أمر الرئيس بالمشاورة وإن كان يقتضى وجوبها عليه ، إلا أنه لا يوجد ضمان لامتناع هذا الأمر . أما قوله تعالى « ولتكن منكم أمة . . . » فيفرض على المسلمين أن يكون منهم جماعة متحلون أقباء يتولون الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهم أهل الشورى^(١).

وهذا أبو بكر يرى قتال المرتدين الذين امتنعوا عن أداء الزكاة بعد وفاة الرسول ، دون أن يجد من الصحابة موافقة تامة على ذلك ، فيستمر في الدفاع عن رأيه حتى يقتنع أهل الشورى به ، ويعبر عن ذلك عمر بقوله : « والله ما هو إلا أن رأيت الله قد شرح صدر أبي بكر للقتال فعرفت أنه الحق » وهذا عمل لا يتنافى مع الديمقراطية والحرية السياسية^(٢).

وخير للجاعات أن تخطيء وهي حرة الإرادة في أمر نفسها وأن تتعلم من تجاربها ، من أن يفرض عليها رأى ولو كان صواباً ، فإن ضغط الإرادة وما يترتب عليه من الضيق والإعنات والإرهاق النفسى ، أشد ضرراً في حياة الأمة ، حاضرها ومستقبلها^(٣).

(١) ويرى السيد رشيد رضا وجوب الشورى والعمل بتبجيلها - تفسير المنارج ٤ ص ١٩٨ وما بعدها .

(٢) الديمقراطية الإسلامية للأستاذ الدكتور عثمان خليل ص ٢٨ .

(٣) أنظر المجتمع الإنساني في ظل الإسلام للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة (من بحوث مجمع البحوث الإسلامية سنة ١٩٦٦) .

ويقول الإمام محمد عبده « الخليفة عند المسلمين ليس بالمعصوم ، ولا هو مهبط الوحي ، ولا من حقه الاستشارة بتفسير الكتاب والسنة ، وهو على هذا لا يخصه الدين بمزية في فهم الكتاب والعلم بالأحكام » ويرتفع به إلى منزلة خاصة ، بل هو وسائر طلاب العلم سواء ، إنما يتفاضلون بصفاء العقل وكثرة الإصابتة في الحكم . =

الشريعة وسيلة النهضة

٩ - في ختام هذا التمهيد ، نستطيع أن نقول بحق إن الشريعة تختلف في طبيعتها تماماً عن طبيعة القانون ، وإن القانون لا يساومها كما لا يصح إجراء القياس بينهما كما سنرى . إن شهادة التاريخ الرائعة والدامغة معاً لتقف في جانب الشريعة الإسلامية ، فلقد مرّ عليها قرابة أربعة عشر قرناً ، تطوّرت فيها الأفكار والآراء وتغيرت قواعد القانون الوضعى ونصوصه ومرات ومرات لتتلاءم مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة ، بينما ظلت قواعد الشريعة ونصوصها أسبغى من مستوى الجماعات وأكفل بتنظيمهم وسدّ حاجاتهم ، وأحفظ لأمنهم وطمأنينتهم .

والأمة الإسلامية تعرف بفطرتها أن صلاح حالها لا يكون إلا بالعودة إلى الشريعة ، أى إلى قوانين الشريعة ، لا مجرد العبادات ، وكلما رامت إصلاحاً ولّت وجهها شطر الشريعة^(١) ، كالناس الذين ياجتئون إلى الله كلما حزبتهم الأمور ، عالمة أن باب الاجتهاد لمواجهة التطور مفتوح على مصراعيه بل مأمور به .

ولما نهدت لمواجهة مشاكلها في أخريات القرن الماضى ، بالالتجاء إلى الشريعة ، واتت فروع الفقه الإسلامى في كتب السلف الصالح ، وثبت لها أن الفقه الإسلامى قد سبق الثورة الفرنسية قدراً سبق المسلمون أهل أوروبا بأكثر من ألف عام .

وليس أظهر في التقدم من تقدم القانون في إحدى الحضارات عنه في الأخرى ، فالقوانين فحوى الحضارات وضوابطها .

= ثم هو مطاع مادام على المحجة ونهج الكتاب والسنة ، والمسلمون له بالمرصاد ، فإذا انحرف عن النهج أقاموه عليه ، وإذا اعوج قوهوه بالنصيحة والإعذار إليه . فالأمة هى التى تنصبه ، وهى صاحبة الحق في السيطرة عليه .

وليس في الإسلام سلطة دينية سوى سلطة الموصظة الحسة ، والدعوة إلى الخير ، والتنقيح من الشر ، وهى سلطة خوطا الله لأذى المسلمين يقرع بها أنف أعلام ، كما خوطا لأعلام يتناول بها أدنام - الإسلام والنصرانية ص ٥٨ - ٦١

(١) نص دستور جمهورية مصر العربية في المادة الثاقبة على أن « مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى لتشريع » ، وعلى هذا أيضاً نص دستور دولة الكويت .

وهذه الشورى المحققة للحرية السياسية واجبة في الشريعة الإسلامية ، ورأى أهل الشورى ملزم للحاكم . وقد ذهب الإمام محمد عبده إلى أن قول الله تعالى « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون » أول دليل على أن الحكومة الإسلامية تقوم على الشورى ، وأنها أقوى في دلالتها على ذلك من قول الله تعالى « وشاورهم في الأمر » وقوله تعالى « وأمرهم شورى بينهم » لأن أمر الرئيس بالمشاورة وإن كان يقتضى وجوبها عليه ، إلا أنه لا يوجد ضمان لامثال هذا الأمر . أما قوله تعالى « ولتكن منكم أمة . . . » فيفرض على المسلمين أن يكون منهم جماعة متحلون أقوياء يتولون الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهم أهل الشورى^(١) .

وهذا أبو بكر يرى قتال المرتدين الذين امتنعوا عن أداء الزكاة بعد وفاة الرسول ، دون أن يجد من الصحابة موافقة تامة على ذلك ، فيستمر في الدفاع عن رأيه حتى يقتنع أهل الشورى به ، ويعبر عن ذلك عمر بقوله : « والله ما هو إلا أن رأيت الله قد شرح صدر أبي بكر للقتال فعرفت أنه الحق » وهذا عمل لا يتنافى مع الديمقراطية والحرية السياسية^(٢) .

وخير للجاعات أن تخطيء وهي حرة الإرادة في أمر نفسها وأن تتعام من تجاربها ، من أن يفرض عليها رأى ولو كان صواباً ، فإن ضغط الإرادة وما يترتب عليه من الضيق والإعنات والإرهاق النفسى ، أشد ضرراً في حياة الأمة ، حاضرها ومستقبلها^(٣) .

(١) ويرى السيد رشيد رضا وجوب الشورى والعمل بتبجيلها - تفسير المنار ج ٤ ص ١٩٨ وما بعدها .

(٢) الديمقراطية الإسلامية للأستاذ الدكتور عثمان خليل ص ٢٨ .

(٣) أنظر المجتمع الإنسانى في ظل الإسلام للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة (من بحوث مجمع البحوث الإسلامية سنة ١٩٦٦) .

ويقول الإمام محمد عبده « الخليفة عند المسلمين ليس بالمعصوم ، ولا هو مهبط الوحي ، ولا من حقه الاستشارة بتفسير الكتاب والسنة ، وهو على هذا لا يخصه الدين بمزية في نهم الكتاب والعلم بالأحكام ، ويرتفع به إلى منزلة خاصة ، بل هو وسائر طلاب العلم سواء ، إنما يتفاضلون بصفاء العقل وكثرة الإصاغة في الحكم . -

الشريعة وسيلة النهضة

٩ - في ختام هذا التمهيد ، نستطيع أن نقول بحق إن الشريعة تختلف في طبيعتها تماماً عن طبيعة القانون ، وإن القانون لا يساويها كما لا يصح إجراء القياس بينهما كما سنرى . إن شهادة التاريخ الرائعة والدائمة معاً لتقف في جانب الشريعة الإسلامية ، فلقد مرّ عليها قرابة أربعة عشر قرناً ، تطوّرت فيها الأفكار والآراء وتغيرت قواعد القانون الوضعى ونصوصه مرات ومرات لتتلاءم مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة ، بينما ظلت قواعد الشريعة ونصوصها أسبغى من مستوى الجماعات وأكثر بتنظيمهم وسدّ حاجاتهم ، وأحفظ لأمنهم وطمأنينتهم .

والأمة الإسلامية تعرف بفطرتها أن صلاح حالها لا يكون إلا بالعودة إلى الشريعة ، أى إلى قوانين الشريعة ، لا مجرد العبادات ، وكلما رامت إصلاحاً ولّت وجهها شطر الشريعة^(١) ، كالتناس الذين ياجتئون إلى الله كلما حزبتهم الأمور ، عالمة أن باب الاجتهاد لمواجهة التطور مفتوح على مصراعيه بل مأمور به .

ولما نهدت لمواجهة مشاكلها في آخريات القرن الماضى ، بالالتجاء إلى الشريعة ، وانتها فروع الفقه الإسلامى في كتب السلف الصالح ، وثبت لها أن الفقه الإسلامى قد سبق الثورة الفرنسية قدراً سبق المسلمون أهل أوروبا بأكثر من ألف عام .

وليس أظهر في التقدم من تقدم القانون في إحدى الحضارات عنه في الأخرى ، فالقوانين فحوى الحضارات وضوابطها .

ثم هو مطاع مادام على المحجة ونهج الكتاب والسنة ، والمسلمون له المرصاد ، فإذا انحرف عن النهج أقاموه عليه ، وإذا اعوج قوموه بالنصيحة والإعذار إليه . فالأمة هى التى تنصبه ، وهى صاحبة الحق في السيطرة عليه .

وليس في الإسلام سلطة دينية سوى سلطة للموظفة الحسنة ، والدعوة إلى الخير ، والتغيير من الشر ، وهى سلطة خولها الله لأدنى المسلمين يقرع بها أنف أعلام ، كما خولها لأعلام يتناول بها أدنام - الإسلام والتصرانية ص ٥٨ - ٦١ .

(١) نص دستور جمهورية مصر العربية في المادة الثانية على أن « مرادى الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع » ، وعلى هذا أيضاً نص دستور دولة الكويت .

وضعية تقتضى جعل شيء سبباً لشيء أو شرطاً أو مانعاً ، ونظرة في مواد القوانين الإجرائية أو القانون المدنى أو التجارى أو قانون العقوبات توقفنا على أمثلة عديدة لكلا النوعين .

ويقول الإمام ابن تيمية في الجزء الثالث من فتاويه ما ملخصه :

ان الاحكام الشرعية نوعان

النوع الاول : مرجعه إلى بيان العبادات ووسائل التقرب إلى الله تعالى ، من صلاة وزكاة وحج وما إلى ذلك .

والنوع الثانى : مرجعه إلى تدبير الأمور فى الدنيا وشئون الناس من أعمال ومعاملات .

فما كان مرجعه العبادة والتقرب إلى الله تعالى ، فالواجب الوقوف به عند النصوص الواردة فيه ، وعدم التجاوز لحدودها ، فإن التقرب إليه سبحانه وتعالى يجب أن يكون على وفق ما طلب وأمر ، لأن ذلك حقه ولا يعلم إلا من جهته . وأما ما كان مرجعه إلى بيان شئون الناس وتدبير أمورهم فى هذه الحياة وتنظيم روابطهم القانونية ، ذكنا الله صرح فى أن أساسه رعاية مصالح الناس ، وإقامتها على أساس من العدالة الشاملة والمساواة الحكيمة والنظام المستقر مع دفع الضرر والحرص عنهم ، يدل على ذلك قول الله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وقوله : « ما جعل عليكم فى الدين من حرج » وقوله : « لا يكلف الله نفساً إلاّ

- وفق تقديرى أن الواجب والمحرم هما مناط فكرة النظام العام فى النظرية الإسلامية ، ذلك أن القواعد التى تفرض واجباً أو تستلزم الكف عن فعل هى من القواعد التى لا يجوز للمكلف مخالفتها أو الاتفاق على ما يعارضها .

- والواجب شرعاً هو ما طلب فعله من المكلف طلباً ملزماً بأن اقترن طلبه بما يدل على تحريم فعله ، كما إذا كان فى صيغة الطلب نفسها ما دل على التحريم والإلزام ، أو دل عليه فرض العقوبة على ترك الفعل أو أية قرينة شرعية . والمحرم أو الحرام هو ما أشعر بالعقوبة على فعله ، أو بمعنى آخر هو ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلباً حتماً بأن تكون صيغة طلب الكف نفسها دالة على أنه حرم ، أو قد يكون النهى عن الفعل مقترناً بما يدل على أنه حرم .

الفصل الأول

الأحكام الشرعية

يختلف تعريف الحكم الشرعى فى اصطلاح الأصوليين عنه فى اصطلاح الفقهاء ، وفيما يلى بيان ذلك .

تعريف الحكم الشرعى

١٠ - الحكم الشرعى فى اصطلاح الأصوليين هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تحبيراً أو وضعاً ، وأما فى اصطلاح الفقهاء فهو الأثر الذى يقتضيه خطاب الشارع فى الفعل . فقوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا » هذا النص نفسه هو الحكم فى اصطلاح الأصوليين ، وحرمة قربان الزنا هو الحكم فى اصطلاح الفقهاء . والحكم الشرعى ليس مقصوراً على النصوص ، بل لأنه يشمل الأدلة الشرعية الأخرى من إجماع أو قياس أو غيرها ، لأن سائر الأدلة الشرعية غير النصوص ترجع عند التحقيق إلى النصوص ، فهى فى الحقيقة خطاب من الشارع ولكنه غير مباشر ، فكل دليل شرعى تعلق بفعل من أفعال المكلفين طلباً أو تحبيراً أو وضعاً فهو حكم شرعى فى اصطلاح الأصوليين^(١) . وأحكام القانون الوضعى كالأحكام الشرعية فى أن منها ما هو أحكام تكليفية تقتضى تكليف المكلف بفعل أو كفه عن فعل أو تحبيره بين فعل والكف عنه^(٢) ، ومنها ما هو أحكام

(١) الأستاذ عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه الطبعة الثالثة ص ١٠٧ وما بعدها .

(٢) والمطلوب فعله بمقتضى نص الحكم الشرعى ينقسم قسمين : الواجب والمندوب . والمطلوب الكف عن فعله ينقسم قسمين أيضاً : المحرم والمكروه . والمخير بين فعله وتركه هو المباح .

وسعها ، وقوله في صفة النبي عليه الصلاة والسلام : « يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحلّ لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم » وقوله : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » وقول الرسول : « لا ضرر ولا ضرار » .

شروط الفعل الذي يصح شرعاً التكليف به

١١ - يشترط في الفعل الذي يصح شرعاً التكليف به ثلاثة شروط :

أولها : أن يكون معلوماً للمكلف علماً تاماً حتى يستطيع المكلف القيام به كما طلب منه ، وتفريعاً على هذا فإن نصوص القرآن المجملة ، أي التي لم يبين المراد منها ، لا يصح تكليف المكلف بها إلا بعد أن يلحق بها بيان الرسول عليه الصلاة والسلام ، ولهذا أعطى الله رسوله سلطة التبيين بقوله : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » وقد بين الرسول بسننه القولية والفعلية ما أجمل في القرآن^(١).

وثانيها : أن يكون معلوماً أن التكليف به صادر ممن له سلطان التكليف وممن يجب على المكلف اتباع أحكامه ، لأنه بهذا العلم تنبج إرادته إلى امتثاله ، ومن هنا كان أول بحث في الدليل الشرعي هو حججته على المكلفين ، أي أن الأحكام التي يدل عليها أحكام واجب على المكلفين تنفيذها . كما أن هذا هو السبب أيضاً في أن كل قانون وضعي يتوج بالدباجة الخاصة التي تدل على أن رئيس الدولة أصدر القانون بناءً على موافقة مجلس الأمة ليعلم المكلفون أن القانون صادر ممن لهم سلطان التشريع وممن يجب عليهم امتثال تكاليفهم فيسبجون للتنفيذ .

وثالثها : أن يكون الفعل المكلف به ممكناً للمكلف وفي قدرته أن يفعله وأن يكف عنه .

(١) الأستاذ عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ص ١٤١ .

حكم المسكوت عنه

١٢ - الأصل فيما سكوت عنه الشارع الإباحة ، ومن الأدلة العقلية الدالة على ذلك أنه انتفاع بما لا ضرر فيه على المالك قطعاً ولا على المنتفع فوجب ألا يمنع . ولا يرد عليه أن الانتفاع قد يكون فيه ضرر على الغير وهو محذور لأننا بصدده ما لا نص فيه ، وأما ما فيه ضرر فهو محذور بنصوص شرعية دالة على المنع^(١) . كما أن الله خلق الأشياء لحكمة ، ولا بد أن تكون هي الانتفاع . ويقول المرحوم الشيخ الخضري : والحق أصالة الإباحة فيما ليس فيه نص من الأفعال النافعة ، وهو الذي يطلقون عليه إباحة أصلية . واستدل من جهة العقل ، بالإضافة إلى ما تقدم ، بأن التكليف بدون بيان ، تكليف بما لا يطاق وهو قبيح ، تعالى الله عنه . واستدل من جهة الشرع بقوله تعالى : « وما كان ليضل قوماً بعد إذ هداهم حتى يبين لهم ما يتقون » على معنى أن الله لا يدخل قوماً في الضلالة والمعصية بعد التوحيد والإسلام حتى يبين لهم المعاصي وموجبات الضلال .

ولما كانت نظرة الشارع متجهة إلى أن المسكوت عنه يبقى مباحاً ، كان النبي عليه السلام يكره السؤال وينهى عنه حرصاً على قلّة التكاليف على الأمة ، وقد أورد الشاطبي^(٢) فصلاً حافلاً بما يجلي روح الشريعة في الحرص على عدم الأسئلة فيما لم يرد فيه نص ليحول الشارع دون ورود تكاليف قد يشق على الناس امتثالها والإتيان بها لأن عدم ورود لا يقتضي التكليف فيبقى المسكوت عنه مباحاً دون تكليف . ومن ثم فن القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية أنه « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص »^(٣) وأن « الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة » وهاتان القاعدتان تفيدان أن الركن الشرعي للجريمة هو وجود النص المحرم ، فإذا لم يوجد نص يحرم الفعل أو الترك كان ذلك الفعل مباحاً لا إثم فيه ، كما أن ما جاء

(١) الحكم التخييري للأستاذ سلام المذكور ص ٥٦ .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ١٨٤ .

(٣) أنظر ما سبق ، عند تحدثنا عن أفعال العباد قبل بعثة الرسل .

النص بتحريمه إنما يعتبر جريمة بتقرير عقوبة عليها ، حداً كانت العقوبة أو تعزيراً ، وفي ذلك يقول الماوردي (١) « الجرائم محظورات شرعية زجر الله عنها بحداً أو تعزيراً ، ولم تكن هذه القاعدة ، قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ، معروفة في مصر في قانون وضعي قبل عام ١٨٨٣ ، على أن الشريعة الإسلامية جاءت بها قبل ذلك بقرون عديدة ، وقد كانت أحكام هذه الشريعة هي المطبقة في مصر قبل سنة ١٨٨٣ ، ومعنى هذا أن القاعدة المذكورة كانت معمولاً بها قبل أن تعرف مصر القوانين والقوانين بصفة عامة ، بل وقبل أن تعرف القوانين الوضعية ، في مختلف الأمصار ، تلك القاعدة (٢) » .

بيد أن الشريعة الإسلامية لا تلزم الفقهاء بنصوص معينة محددة بحيث لا يمكن أن يخرجوا عن نطاقها فيما يقع من الأحداث غير منصوص عليه ولا مبيّن حكمه صراحة ، بل لأنها أفسحت لهم المجال في الاجتهاد والاستنباط تحت إشراف قواعد معينة من الشريعة ذاتها ، فتمّ أمران : أشياء منصوصة محددة معينة مبيّنة ، وهذه لا يجوز تخطيها ولا مجاوزتها ، ومنها القصاص والحدود والكفارات وغيرها ، وأشياء لم تحدد ولم تعين أحكامها صراحة وإن كانت داخلة تحت نطاق الاجتهاد والنظر الفقهي الإسلامي ، وهذه هي التي أوجدت مجالاً للفقهاء أن يتصرف ويعطى حكم بعض هذه الأشياء لبعض الأشياء وتحت إشراف القواعد .

وتفريعاً على هذا ، فإن الفقيه يستطيع أن يحكم بالإباحة فيما لم ينص على إباحته الشرع صراحةً ، كما يستطيع أن يحكم بالحظر كذلك . والقانون الجنائي يختلف في هذا مع الشريعة الإسلامية ، فهو يحظر على القضاة أن يحكموا في جرائم أو يوقعوا عقوبات بموجب قياس أو غيره مما أفسحت الشريعة المجال فيه لأهل الفقه (٣) .

(١) الاستحكام السلطانية ص ٢١١ .

(٢) المدخل لفقه الإسلام للأستاذ سلام مذكور طبعة ١٩٦٠ ص ٧٥٠ وما بعدها .

(٣) علاج الإسلام الجريمة بأسلوب يختلف من معالجة المشرع الحديث لها ، وفلسفة العقوبة =

وكان لا بد أن يكون هذا في الشريعة لأنها خالدة ، ولا يمكن استنصاف جزئيات الأحكام إلا في تلك القواعد التي يستنبط الفقهاء على ضوءها أحكام ما يحدث من الوقائع من غير أن يشمله نص صريح .

فالمحصلة أن الشريعة تقول : ما لم ينص عليه صراحة ولا دلالة فهو مباح ، وأما القانون الجنائي فإنه يقضي بأن ما لم ينص عليه صراحة يخرج عن نطاق التأنيم .

في الإسلام لما تظفر بما تستحقه من عناية في تقريرها للأفهام ، وأول عناصر فلسفة الإسلام في الجريمة والعقاب ، أن العقاب وحده لا ينفع في ردع المجرمين ولا في قمع الجريمة . فلا بد من توافر أمرين ليصل المجتمع الإنساني إلى ما يحتاجه من أمن واستقرار : الأول : إحساس شديد بالواجب ، وضيمير يقظ غاية اليقظة كاره للرزيلة والخطيئة ، والثاني : مجتمع تظل فيه بواعث الجريمة ودواعيها ، مثل قيام أجهزة العقاب والحساب ، والشرطة والحاكم ، مجتمع خال من أسباب الحرمان والفاقة ، ومن دواعي الكراهية والحقد ، يجد فيه الفقير حاجته ، ويجد فيه الضعيف السبيل إلى رفع الصوت بالشكوى .

وقد نجح القرآن ، بتأكيد المسلمين أن الله معهم في كل مكان وكل زمان ، في إيقاظ ضمائرهم حين قال لهم (ما يكون من نجوى ثلاثة إلا هو رابِعهم) . أما العنصر الثاني فقد تكفلت الشريعة الإسلامية كلها بخناق المجتمع الذي تتضائل فيه أسباب الجريمة فإذا جاء العقاب في الشريعة الإسلامية بعد ذلك . كان بمثابة خط للدفاع الأخير . فالعقوبات في الحدود ، هي عقوبات منصوص عليها ولا سبيل للمفارقة ولا التخفيف منها ، بيد أنها قليلة ومحدودة لا تزيد عن ستة هي : حد السرقة ، وحد الزنا ، وحد الشرب ، وحد القذف ، وحد قطع الطريق ورفع السلاح .

وقطع يد السارق الذي يبدو للناس مسرفاً في الشقة ، أرحم من عقوبة السرقة بالحبس في القوانين الوضعية وأنجح في معالجة الجريمة . ذلك أن الإسلام يفرق بين سارق جائع وسارق شبع ولكنه مع شبعه يمتد على أرزاق الناس وأموالهم ، ذلك أنه إذا كان القرآن قد نص على أن السارق تقطع يده ، فإن هذا النص ليس عاماً . فإن السنة النبوية أوضحت أن من سرق دون التصاب لم تقطع يده ، فالعبد الدماري شروط بينها النبي - صلى الله عليه وسلم - وفهها الصحابة ومن بينهم عمر الذي أوقف حد السرقة في عام الهجرة حين اشتدت حاجة الناس إلى الأقرات ، كما أوقفه في حالة غلمان عبد الرحمن بن حاطب لما أحس أنه سيدهم بجمعهم ولا يعطيهم حقوقهم قائلاً : أما لولا أنني أظنكم تستملوهم وتجيئوهم حتى لو وجدوا ما حرم الله أكلوه لقطعتهم . فعمر لم يقطع يد جائع سرق لعدم اكتمال شروط إقامة الحد ، ولا يقال إن =

المصلحة اقتضت عدم تطبيق النص ، لأنه ليس لعمر ولا لغيره من البشر أن يعمل بالعمل بالنص .

أما حد الزنا ، فلا ينفذ إلا في جان أو جانية أحرافاً حل نفسيهما باللقب ، وطلباً العقاب تكفيراً وتوبة ، أو بشهادة أربعة رجال ليس فيهم امرأة وأربعة رجال عدول ، يشهدون أنهم رأوا فعل الزنا كاملاً ، بينما يقضى القانون الجنائي للوضعي بشهادة واحد أو بالقرائن التي يقتنع فيها القاضي بوقوع الجريمة . وعقول القضاة كمقول سائر البشر تتفاوت في التقدير ووزن الدليل ، فعقوبة الزنا في الإسلام هي في الواقع حد لمنع نشر الرذيلة ، والتصدي بالفحشاء ، وإلى جانب هذا الحد يقوم أيضاً حديث رسول الله : أجهل الناس من ارتكب شيئاً من هذه القاذورات فاستتر فهو في ستر الله . وهذا تأكيد لكرهية الشريعة الإسلامية للدهوى الزنا بالتشدد في طلب الدليل عليها .

وجدير بالتنويه أنه وإن كانت الشريعة تقضي بأن طلب توقيع الحد يملكه كل فرد من الناس ، حالة أن للقانون الجنائي المصري قد منع الكفاية من الطلب وجرى النيابة العمومية منه ، وحصره في شخص الزوج ، فإن هذا يدل على أن هذا يجري في طريق الشريعة لمنع الدهوى بقدر الاستطاعة ، والشواهد على ذلك كثيرة ، فهو عند ما يتحدث عن الدليل المستمد من المكاتيب أو الأوراق نجده يشترط أن تكون صريحة في أن الزنا قد وقع ، والذي يأخذ تحفز الشهوة - مهما ظرت قوتها - دليلاً على أن الفعل قد وقع ، لا يقف عند تحكيم الظنون ، بل ينكر الطبيعة البشرية ، إذ يختار لتنفيذ فزعات الشهوة المؤكدة بطريقة خاصة غير تلك التي يعاقب عليها القانون ، والشهوة طرق كثيرة لا تحق . أذكر قول تلك المرأة للماشية وقد خرجت في الجبل أو الصحراء الخاوية ، لا تتخفى على حياتها ، تجلس مع عشيقها ، وتتبع بلمة التحدث ، فلما هم بها كان جوابها :

لنا صاحب لا ينبغي أن نخونه وأنت لأخرى صاحب وعلميل

أما حد الشرب فلا يثبت إلا باعتراف الشارب ، أو إذا حضر إلى مجلس القاضى ووجد منه الأخير رائحة الخمر ، ولا تكفي القرائن في إثبات الجريمة ، ولا شك أن هذا الحد لا يقوم إلا بعد أن تحرم الحكومة تعاطي الخمر ، ومن ابن عمر أن النبي قال : « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجه وفي رواية مسلم « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » ولكن لا يوجد نص قرآني في حد شارب الخمر ، وإنما تم هذا الحد باتفاق الصحابة ، ومع ذلك لم يجلد عمر شارب الخمر في زمن الكرب .

أما حد التذوف وهو الجلد ثمانين جلدة فلا ينفذ إلا قيدين أتهم رجل أو امرأة بالزنا والوطأة ، ولم يقدم شهوداً أربعة على صحة دعواه ، ولا أحسب أن أحداً يستنكر هذا العقاب . وقد عرفت الشريعة مبدأ عدم تعدد العقوبات - أنظر كتاب الخراج للإمام أبي يوسف ص ١٠٠ حيث جاء فيه : من قذف أم رجل وأباه وهما مسلمان يضرب الحد ، وإن لم يكن هذا التذوف ضرباً للأول حتى قذف آخر فإنه يضرب لهما جميعاً حداً واحداً -

أما حد قطع الطريق ومخاربة الحكومة ورفع السلاح عليها ، فهو جزاء تنفذه جميع الدول ، وهو في الإسلام الصلب أو قطع الأيدي والأرجل من خلاف أو النقي .

أما قتل من يرتد عن الإسلام فيقول فيه الشيخ عبد العزيز جاويش : وخلاصة رأينا في ذلك أن القرآن لم يصر في آية ما حل قتل المرتدين عن دين الإسلام ، وأما الأحاديث التي سردتها البخاري ، فليس شيء منها فيما ترى جاء نصاً في القتل بالقتل . كما يقول الشيخ شلتوت : إن الكفر بنفسه ليس سبباً للدم ، وإنما الميخ للدم هو مخاربة المسلمين ، وأن طوائف القرآن الكرم في كثير من الآيات تأتي الإكراه . وبهذه المناسبة يقول الشيخ حل عبد الرازق في كتابه الإسلام وأصول الحكم عن حروب الردة في عهد أبي بكر : ولعل جميعهم لم يكونوا في الواقع مرتدين ، كقروا بالله ورسوله ، بل كان فيهم من بقى على إسلامه ، ولكنه رفض أن ينضم إلى وحدة أبي بكر ، لسبب ما ، من غير أن يرى في ذلك حرباً عليه ، ولا غضاضة في دينه ، وما كان هؤلاء من غير شك مرتدين ، وما كانت مخاربتهم لتكون باسم الدين ، فإن كان ولا بد من حربهم فإنما هي للسياسة ، والدفاع عن وحدة العرب ، وللذود عن دولتهم . وقد وجدنا أن بعض من رفض بيعة أبي بكر ، بعد أن تمت له البيعة من المسلمين ، كعمل بن أبي طالب ، وسعد بن حبيدة ، لم يماثلوا معاملة المرتدين ، ولا قيل ذلك عنهم .

وتقول الدكتورة بنت الشاطيء : ولقد كان من أشق الأمور على المصطفى وللذين آمنوا معه ، أن يأخذهم الإسلام بالإحراض عن لا يريد أن يدخل في دينهم ، وهم يؤمنون أنه الدين الحق ، وقد يدغمهم هذا الإيمان إلى تجاوز ما أمروا به من بلاغ ودعوة ، إلى شيء من قسر وإكراه ، ومن هنا كان تحديد القرآن لمهمة الرسول ، أن ليس عليه إلا أن يبلغ رسالته « فإن أسلموا فقد اعتدوا ، وإن تولوا فإنما عليك البلاغ » .

- فإذا انتقلنا إلى الباب الثاني من العقوبات في الإسلام ، وهو باب القصاص ، وسنده قول الله تعالى « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف . . » وقوله تعالى « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » وجدنا للغاية منه أن يصاب الجناني بأذى مماثل لما لحق بالمجني عليه . وقد يصعب إنزال المخرج أو القطع أو الكسر بالجناني على وجه مماثل لما وقع بالمجني عليه ، لذلك أجاز الشرع أن يحل محل القصاص للفعل ، معنى وصورة ، قصاص (مقتى فقط) ، أي بلفظ التعويض الذي تعرفه الشريعة اصطلاحاً بالدية ، والمعنى عليه ، ولأولياء الدم إذا قتل المصاب ، العفو والنزول عن القصاص مقابل الدية أو غيرها استناداً إلى قوله تعالى « فمن عني له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان » . وبمقتضى السنة للمجني عليه أن يقتصر أو يعفو أو يأخذ الدية ، وقد قال خادم الرسول أنس بن مالك رضي الله عنه : ما رفع إلى الرسول أمر فيه قصاص إلا طلب فيه =

« وفي العقوبات الجنائية ، الحدود والقصاص في النفس والأطراف والعقوبات الأخرى المالية والبدنية غير المقدره والنيات حل النفس والأطراف كذلك .

« وفي تنظيم العلاقات الدولية ، دعا القرآن الكريم إلى السلم « وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله » وفرض الحرب الدفاعية « فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » وحث على إعداد القوة المسلحة لإرهاب الأعداء « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم » . وأمر بالصالح بين الفريقين المتنازعين وقتال المعتدى منهما « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بنت إحدىهما حل الأخرى فقاتلوا حتى تبنى حتى تبنى إلى أمر الله . . . » .

« وفي نظام القضاء « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » ، « يأبى الناس الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين » ، « وأشهدوا شهودين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » « إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله » .

« وفي المسائل الاقتصادية والتكافل الاجتماعي المأدى ، فرض الزكاة ، وأمر بالإففاق في وجوه الخير والبر في عديد من الآيات .

« هذا ويقول الأستاذ حل عبد الرازق في كتابه الإسلام وأصول الحكم : « إن كل ما جاء به الإسلام من عقائد ومعاملات وآداب وعقوبات ، فإنما هو شرع ديني خالص لله تعالى ومصالحه البشر الدينية لا غير ، وسبب أن تتضح تلك المصالح الدينية أو تحقق علينا ، وسبب أن يكون منها البشر مصلحة مدنية أولاً ، فذلك ما ينظر الشرع السامى إليه ولا ينظر إليه الرسول » وهو يسوق في مجال الاستدلال حديثين « لو كانت الدنيا تزن عند الله جناح بعوضة لما منع الكافر منها بشربة ماء » و« أنتم أعلم بأمور دنياكم » .

كما يقول في صفحة ٧٦ وما بعدها « النفس بين دفتي المصحف الكريم أثراً ظاهراً أو خفياً لما يرهون أن يمدوا من صفة سياسية للدين الإسلامي ، ثم التمس ذلك مبالغ جهلك بين أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم . . . فإذك لن نجد عليها برهاناً إلا ظناً ، وإن الظن لا يلقى من الحق شيئاً . . . الإسلام دعوة دينية إلى الله تعالى ومذهب من مذاهب الإصلاح لهذا النوع لبشرى وهدايته إلى ما يدينه من الله جل شأنه ، ويفتح له سبيل السعادة الأبدية التي أعدها الله لعباده الصالحين . هو وحدة دينية أراد الله جل شأنه أن يربط بها البشر أجمعين وأن يحوط بها أقطار الأرض كلها . . . تلك رحمة السماء بالأرض وفضل الله على العالمين . . . لدعوة العالم كله إلى التآخي في الدين . . . بلى ، ولقد وعد الله جل شأنه طلاء الدعوة أن تم « ولا تحسبن الله يخلف وعده رسوله » . « وعد الله الذين آمنوا منكم وهملوا الصالحات ليستخلفنهم في الأرض كما استخلف الذين من قبلهم ويمكّن لهم دينهم الذي ارتضى لهم ، وليبدلنهم من بعد خوفهم أمناً ، يمبدلون لا يشركون في شيئاً ، ومن كفر بعد ذلك فأرسلناهم الم فاسقون » .

مقول أن يؤخذ العالم كله بدين واحد ، وأن تنظم البشرية كلها وحدة دينية ، فأما أخذ العالم كله بحكومة واحدة وجمعه تحت وحدة سياسية مشتركة ، فذلك مما يوشك أن يكون =

« خارجاً عن الطبيعة البشرية ، ولا تتعلق به إرادة الله ، حل أن ذلك إنما هو من الأغراض الدنيوية التي خلق الله سبحانه وتعالى بينها وبين عقولنا ، ترك الناس أحراراً في تدبيرها على ما تهديهم عقولهم وعلومهم ومصالحهم وأهواؤهم وتزواتهم . . . حكمة الله في ذلك بالغة ليبقى الناس مختلفين « ولو شاء ربكم لجلد الناس أمة واحدة ، ولا يزالون مختلفين إلا من رحم ربك ولذلك خلقهم » وليبقى بين الناس ذلك التوافق الذي أراد الله أن يتم العمران « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض ولكن الله ذو فضل على العالمين » .

ويقول في صفحة ٥٧ وما بعدها « إذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أسس دولة سياسية أو شرع في تأسيسها ، فلماذا خلقت دولته إذن من كثير من أركان الدولة ودعائم الحكم ؟ ولماذا لم يعرف نظامه في تعيين القضاة والولاة ؟ ولماذا لم يتحدث إلى رعيته في نظام الملك وقواعد الشورى ؟ . . . » .

ويقول في صفحة ٨٣ وما بعدها . « تلك الوحدة العربية التي وجدت زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، لم تكن وحدة سياسية بل هي من الوجوه ولا كان فيها معنى من معاني الدولة والحكومة ، بل لم تعد أبداً أن تكون وحدة دينية خالصة من شوائب السياسة ، وحدة الإيمان والمذهب الديني ، لا وحدة الدولة ومذاهب الملك . . . » .

ويقول في صفحة ٩١ وما بعدها . « لم يكن خافياً على العرب أن الله تعالى قد هباً لهم مقدماتها ، وحين قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذوا يتشاورون في أمر تلك الدولة السياسية التي لم يكن لهم مناص من أن يبنوها على أساس وحدتهم الدينية التي خلفها فيهم النبي . . . كانوا يومئذ إنما يتشاورون في أمر مملكة تقام وحكومة تنشأ بإنشاء ، ولذلك جرى على لسانهم يومئذ الإمارة والأمراء والوزارة والوزراء . . . وما كان كل ذلك إلا خوفاً في الملك وقياماً للدولة حتى تمت البيعة لأبي بكر وكان هو أول ملك في الإسلام » .

« ويقول الدكتور طه حسين ، الفتنة الكبرى ص ٢٥ :

« ربما كان من أصدق الأدلة وأقلمها على ما نذهب إليه أن القرآن لم ينظم شؤون السياسة تنظيمًا مجملًا أو مفصلاً ، وإنما أمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى ، ونهى عن الفحشاء والمنكر والبغى ، ورسوم حدوداً عامة ثم ترك لهم تدبير أمورهم كما يحبون ، على ألا يتعدوا هذه الحدود ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرسم بسنته نظاماً معيناً للحكم ولا السياسة ، ولم يستخلف على المسلمين أحداً من أصحابه بهذه مكتوب أو غير مكتوب - بين أثقل حايه المرض ، وإنما أمر أبا بكر أن يصلى بالناس ، فقال المسلمون : رضيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لأمر ديننا ، فإيتمنا أن نرضاه لأمر دنيانا ؟ واو قد كان للمسلمين نظام سياسي منزل من السماء لرسوله القرآن وبين الرسول أصوله ، ولقرض على المسلمين الإيمان به والإذعان له » .

وردنا على ما أورده الأستاذ على عبد الرازق ، فضلاً عما سبق أن أوردناه من آيات تنظم الأحكام المدنية والجنائية والدستورية والاقتصادية والدولية وغيرها ، وهي بعض من كل ، فإن القرآن لم يزد الدنيا ولم يلفن الناس عن التمتع بها ، كيف وهو يقول « وأبغ =

« فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا » ويقول « قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق ، قل هي للذين آمنوا في الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة » ويقول « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا » .

— هذا والنظام السياسي الإسلامي لا يتعرف عليه من صور الحكم وأساليب السياسة التي اتبعها المسلمون من عهد بني أمية حتى نهاية عهد بني عثمان وما جرى عليه أكثر الخلفاء والأمراء في هذه الحقبة التاريخية الكبيرة ، لا يتفق في مجلته مع مبادئ الدين ولا تقره أحكامه وتعاليمه ، فإن ذلك إنما يمثل تاريخ الحكم الإسلامي في تطورات وأوضاعه لمصور مختلفة ، وإنما يتعرف على هذه النظم من المنابع الأصلية والمصادر الأولى لتشريع الإسلام : كتاب الله تعالى وستة رسوله صلى الله عليه وسلم مع التسليم بأن القرآن لم يضع نظاماً سياسياً مفصلاً للمسلمين وأن السنة لم ترسم الخطوط الدقيقة لهذا النظام ، وإنما وضع القرآن والسنة المبادئ الأساسية العامة لنظام يستهدف صالح الأمة ويكفل إقامة أوضاع الحكم فيها على خير مثال وأقوم نهج .

— فقرر الإسلام مبدأ العدل بين الناس في الحكم وفي المعاملة دون تخصيص لنوع ولا لطائفة « ولا يجرمكم شأن قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا ، هو أقرب للتقوى . . . » . « إن الله يامر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » « وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى ، وبعهد الله أوفوا ، ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون » .

— وقرر الإسلام المساواة بين الناس جميعاً في أحكامه مهما اختلفت أجناسهم وألوانهم ومنازلهم ، قررها على المستوى الإنساني العام والشامل لجميع الناس والأديان والأجناس والمعتقدات « يا أيها الناس إنما خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم » . وقررها على مستوى الإيمان والمقيدة الإسلامية بين المسلمين تمكيناً لروابط التراحم وإقامة للمجتمع على أمن الأسس . « إنما المؤمنون أخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون » .

— وقرر الإسلام مبدأ الشورى وأمر نبيه المسد بالوصى بأن يشاور أصحابه « فيما رحمة من الله لنت لهم ، ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك ، فاعف عنهم ، واستغفر لهم ، وشاورهم في الأمر ، فإذا عزمت فتوكل على الله ، إن الله يحب المتوكلين » . وفي آية أخرى جعل الله الشورى من أوصاف المسلمين الثابتة كأنها من مقتضيات الإسلام وشئون الإيمان « والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ، وما رزقناهم ينفقون » — راجع ص ٢٥ .

— وأرشد الإسلام للهيئة التي ترجع إليها الأمة في مشاكل التشريع والتنظيم ، فقد جعل القرآن المرجع فيما يشكل من المسائل الاجتهادية النظرية إلى « أولى الأمر » وهم قادة الرأي والفكر في مختلف شؤون الأمة وأمور البلاد ، كل بحسب اختصاصه وتخصصه ، وأوجب على الناس إطاعتهم وقرنها بإطاعة الله والرسول : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون —

— بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً » « وإذا جاهدكم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ، ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعله يستنبطونه منهم » .

— وقرر الإسلام مبدأ المسئولية ، مسئولية الحكام عن سياستهم وتصرفاتهم في مصالح الأمة وشؤونها ، والمسئولية في نظام الحكم الإسلامي ذات شقين ، تتلاءم بهما مع منزلة أحكام الشريعة الإسلامية ذات المعنيين الروحي والديني ، فالحكام في النظام الإسلامي مسئولون أمام الله تعالى الذي يعلم السر وأخفى ، ويجزى بالخير خيراً ، وبالسوء سوءاً .

« فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ، ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره » . وهم مسئولون أيضاً أمام الأمة صاحبة الرأي والحق في إقامتهم ومراقبة أعمالهم وتمهيدهم بالنصح وتقويمهم إذا اعوجوا وعزلهم إذا هم ظاوا سادرين في اعوجاجهم واستبدادهم .

يقول الرسول عليه السلام « إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه ، أوشك أن يعمهم الله بعقاب من عنده » وقوله « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » وقوله « من رأى منكم منكراً فليقومه بيده ، فإن لم يستطع فليسانه ، فإن لم يستطع فليقلبه وذلك أضعف الإيمان » .

وفي الشؤون المالية والاقتصادية ، نظم الرسول الموارد المالية وحددها فوضع على المسلمين وغيرهم ، وعلى الأرضين والثمار والمأشئة أموالاً بين الله تعالى في القرآن الكريم أصنافها ووجوه إنفاقها فقال : « ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم » « واعلموا أن ما غنمتم من شئ فإن لله خمسة وللرسول ولذئ القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » « يسألونك عن الأنفال ، قل الأنفال لله والرسول ، فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم ، وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول إن كنتم مؤمنين » « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل ، فريضة من الله والله عليم حكيم » .

ومن ثم فالقول بأن الإسلام دين روح ورسالة إصلاح وتهذيب ، ولا شأن له بالشؤون المادية ولا بالمصالح الدنيوية هو قول يقوم على حجة داحضة ، فعنصر الدين أو الجانب الروحي في الأحكام التي أتى بها الشرع الإسلامي ، هو التكليف من الشارع والمضوع والامتثال من المكلفين ، وعنصر الدنيا أو الجانب المادى فيها هو تنظيم أمور الناس ورعاية أحوالهم بالأحكام الإسلامية من جانب الشارع ، والانتفاع العمل وتحقيق المصالح من جانب الأمة ، فقد امتزج الأمران واختلط الجانبان ، وصعب التفريق في أحكام الإسلام بين ما هو دين وما هو دنيا ، وظهر أن الإسلام دين ودنيا معاً ، وبقي القرآن منار وجودنا ودليل صرانا على مد قرون أربعة عشر .

— يقرر الإمام الشاطبي أحد علماء أصول الفقه الإسلامي في كتابه « الموافقات » في تقسيم الأحكام الشرعية باعتبار الحق المحكوم فيه ، وهل هو حق خالص لله أو حق خالص للعبد ، أو حق مشترك : « إن كل حكم شرعى لا يخلو من حق الله وهو جهة التبعيد ، حق الله على عباده أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً ، وعبادته امتثال أوامره واجتناب نواهيه . كما لا يخلو من حق العبد —

= لأن الشريعة إنما وضعت لصالح العباد : فالحقان متلازمان ، لا ينفك أحدهما عن الآخر وقد يكون أحدهما غالباً .

ويعلق الأستاذ الشيخ فرج السهوري على هذا الرأي بقوله : « ونظرة الشاطبي نظرة صادقة متزعة من مزية الأحكام الإسلامية العظمى التي لا تدانيها مزية . فالأحكام الشرعية الإسلامية تقوم على المعنى التعبدي الروحي وعلى المعنى القانوني النافع للإنسانية . فالعبادات شرعت لتكون عبادة الله وإيقاظ لقلبه على عبادته ، وهي في الوقت نفسه تمود أولاً على صاحبها وعلى المجتمع الذي يعيش فيه بخير التهذيب وغرس الفضائل في النفوس . وعقد البيع يكون حلالاً إذا استكمل أركانه وشرائطه ، فإذا أدى على هذا الوجه كان أداءه لخلق الله بامتثال أوامره . . . وهو أيضاً عقد قانوني صحيح ترتب عليه آثاره بين المتعاقدين . ويكون باطلاً لا يفيد سكناً ولا ترتب عليه آثار بين المتعاقدين ، وهو مع هذا معصية خولفت بها أوامر الله تعالى وانتهكت عمارته واستحق مرتكبها عقوبة الدنيوية والأخروية . . . وهكذا كلما نظرت إلى حكم من أحكام الشريعة الإسلامية وجدت فيه المنعني للدنيوي والروحي على السواء . . . وعلى هذا يكون الوازع الديني أعظم وازع يكفل إطاعة القوانين وتطبيقها على الوجه المستطاع في السر والعلن . . . فادامت الأحكام لا تقتصر على آثارها الدنيوية ، ولها ناحية أخرى يتولاها المسيح البصير الذي لا تخفى عليه خافية ، وهو لا بد من ملاقية ومحاسب لديه على ما اقترف وما عمل . وكان الوازع على إطاعتها وازماً لا يعدله أي وازع ولا تقاس القوانين الوضعية بهذه الأحكام . فنخرج على أحكام القوانين الوضعية وأثارت من الوقوف على حقيقته لا يخفى وراء ذلك شيئاً . » أنظر محاضرات الأستاذ فرج السهوري لعم الدكتوراه جامعة القاهرة في تاريخ الفقه الإسلامي عام ١٩٦٤ .

ومن هنا نجد الفقهاء ، إذا ما عرضوا لأفعال المكلف التي هي عقود ، ذكروا أحكامها الدنيوية التي هي الآثار التي ترتب عليها ، وذكروا أيضاً أحكامها الأخروية التي هي الأوصاف الشرعية التي يتصلق بها الثواب في الآخرة ، من حرمة وإباحة ووجوب .

هذا وقد نص دستور دولة الكويت على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع . وقد أشارت المذكرة التفسيرية لهذا الدستور في ذلك إلى أن « وضع النص بهذه الصيغة توجيه للشرع وجهة إسلامية أساسية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكماً لها ، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها تماثياً مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن ، وكل ذلك ما كان يستقيم لوقيل « والشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع » ، إذ مقتضى هذا النص عدم جواز الأخذ من مصدر آخر في أي أمر واجهته الشريعة بحكم بما قد يوقع المشرع في حرج بالغ إذا ما حلت الضرورات العملية على التمهّل في التزام رأي الفقه للشرعي في بعض الأمور وبخاصة في مثل نظم الشركات ، والتأمين ، والبنوك ، والقروض ، والحدود ، وما إليها .

- ولولا تزعجه الحدود التي سادت المجتمع الإسلامي منذ القرن الرابع الهجري في العصر العباسي والتي أدت إلى إغلاق باب الاجتهاد الذي كان قد أقام نظاماً قانونياً حاقلاً بالحدة والإبداع وقوة المعارضة ودقة الصياغة ، لاستمر الفقهاء في إثراء الفقه الإسلامي بحيث =

= كان في مكنته الآن أن يواجه مجتمع القرن العشرين بمشكلاته المتعددة وثورته العلمية في كل مجال من المجالات ، وفي علاقات الدول المختلفة والالتزامات الدولية اتجاه بعضها البعض .

- وقد نبه إلى ذلك الدكتور عبد الرزاق السهوري والدكتور عبد الحيد متولى في كتابه « مبادئ نظام الحكم في الإسلام » . ولا مرأه في أنه يتعين على المشرع المصري أن يستهدى ، وهو بسبيل تقنين الثورة وتطوير القوانين القائمة بما يتماشى مع المبادئ التي استحدثتها الثورة في مجتمعاتنا ، مبادئ الشريعة الإسلامية بحسبانها جزءاً غالباً ثرياً من تراثنا القومي ، ولأن جوهر الأديان عامة يؤكد حق الإنسان في الحياة وفي الحرية ولا يصادم تطورات المجتمعات وحقائق الحياة ، وإنما ينتج للتصادم في بعض الظروف من محاولات الرجعية أن تستغل الدين ضد طبيعته وروحه لعرقلة التقدم وذلك بافتعال تفسيرات تتصادم مع حكته الإلهية السامية . فمبادئ الشريعة الإسلامية واحدة لا تتغير بتغير المذاهب ، وهي أصول عامة صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان . أما الشريعة الإسلامية ذاتها فإنها تشمل كذلك « الاجتهاد » الذي واجهه الاحتياجات الماسة للطائفة المجتمع الإسلامي ، ومن ثم فقد تنوع الفقه الإسلامي نفسه تبعاً لظروف الحال ، وتنوعت المدارس وتشعبت الآراء ، فاختلقت مثلاً مدرسة « أهل الرأي » التي نشأت في العراق عن مدرسة « أهل الحديث » التي نشأت في الحجاز . وقد لا تصلح آراء الفقهاء الذين اجتهدوا في زمانهم للتطبيق في مجتمعات العصر ، وفي هذه الحالة يكون واجباً ، كما يقول الإمام المراغي في كتابه « الاجتهاد في الإسلام » ألا تطبق للنصوص الخاصة على المسألة التي تثار اليوم متى كان تطبيقها يؤدي إلى الوقوع في الحرج ، وإنما يطبق النص العام الموجب لتفي الحرج « وما جعل عليكم في الدين من حرج » .

- ونحن نعلم أن الخليفة عمر بن الخطاب كان له موقف واضح في حرمان « المؤلف » قلوبهم « من الصدقات ، فقد رأى أن المسلمين ، بعد أن قويت شوكتهم ، لم يعودوا في حاجة إلى المضنين من تلك الطائفة التي ورد ذكرها في القرآن بقوله تعالى « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم » ، أي أنه استند في إهمال النص إلى تخلف شرط إهماله .

- وذهب الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم إلى أن المصلحة الراجحة قد توجب التعميم ، وأنه لا يرى في التعميم أي مانع ديني لأنه عملية يراود بها دفع الولد بمنع علته الموجبة لوجوده بحكم العادة ، وليس في هذا جناية على شيء وجد ، لا على نفس حية قد تهبأت للترويج إلى عالم الوجود ، ولا على ما هو مهياً لأن يكون نفساً حية . (أنظر تقديم فضيلته لرسالة الدكتور السيد مصطفى السيد عام ١٩٣٢) .

وكم أتنبى لو ظهر من بين علمائنا مجتهد جديد أو مجتهدون جدد ، وباب الاجتهاد مفتوح ، يبذلون وسعهم في استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية بما يوفق بين المذاهب وينتشى مع تطور العصر . إن الدين الإسلامي ينشر ألوته في إفريقيا وآسيا ، ونريد أن نراها منشورة في أوروبا وأمريكا ، وهذا يستتبع استمرار اجتهاد العلماء لمواكبة التطور ، ومواجهة متطلبات العصر : فنلا ذهب رأي إلى أن تنظيم النسل حرام ، وذهب رأي إلى أنه حلال . وصمنا أن التأمين يشي صورته حرام ، وصمنا أنه حلال ، بل صمنا =

- دلالة نصوصه

٢٢ - نصوص القرآن من جهة دلالتها على ما تضمنته من الأحكام تنقسم إلى قسمين : نص قطعي الدلالة على حكمه ، ونص ظني الدلالة على حكمه . فالنص القطعي الدلالة هو ما دل على معنى متعين فهمه منه ولا يحتمل تأويلاً ولا مجال لفهم معنى غيره منه مثل قوله تعالى « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد . . . » فهو قطعي الدلالة على أن فرض الزوج في هذه الحال النصف لا غير ، وكذا كل نص دل على فرض في الإرث مقدر أوحد في العقوبة معين أو نصاب محدد .

وأما النص الظني الدلالة فهو ما دل على معنى ولكن يحتمل أن يوؤل ويصرف عن هذا المعنى ويراد منه معنى غيره ، مثل قوله تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم » فلفظ الميتة عام ، والنص يحتمل الدلالة على تحريم كل

= أن إقامة التماثيل من المحرمات . وأقبح فريق من رجال الدين بأن تعدد الزوجات وضربهن حقان لا يجوز لمن يمارسها أن يسمى استعمالهما ، في حين اتجه آخرون إلى أنها رخصتان مطلقتان . كما أفتى بعض رجال الدين بأن المرأة لا يجوز لها أن تسفر عن شعرها أو أظفارها وإلا ارتكبت محرماً ، في حين اتجه البعض الآخر إلى أن الهدف هو عدم إثارة الفتنة ، فالفلاحة التي تكشف عن وجهها وساعديها وهي تعمل بالمحراث لا ترتكب إثماً ، ولكن التي تهز نفسها في الطريق العام بتقصيد الإثارة ترتكب محرماً ولو كانت متدثرة .

- وهناك أمور استحدثت في النصف الأخير من هذا القرن كركوب الطائرات ، إن في الطائرات ماء ولكن الوضوء فيها غير ممكن ، وليس فيها تراب فالتيمم غير ممكن ، فكيف تكون الصلاة ؟ كان السفر على الجمال لعدد قليل من الأميال يجيز الإططار في رمضان ، لأن هذه المسافة كانت تستغرق بضع ساعات ، فأصبحت تستغرق بالطائرات وبالقطارات السريعة بضع دقائق ، فهل يجوز الصائم مع ذلك أن يفطر ؟

والفدية للمضطر كانت قدراً صغيراً من البر ، فهل لا يزال هذا المقدار يكفي في عام ١٩٧٢ ، أو يحسن النظر في دفعه عيئاً أو تقدماً رعاية لارتفاع مستوى الدخل ؟

إننا نعرض هذه المسائل الخلافية دون إفتاء فيها فليس هنا مجاله ، وإنما ندمو مع الداعين إلى مؤتمر إسلامي كهذا الذي عقد أخيراً في طرابلس الغرب فيقول كلمته في كل منها وفي كثير غيرها . ولا سيما ما يتعلق منها بقانون الأحوال الشخصية الذي لا يزال مشروعه مطروحاً للبحث ، وعمل الأخص تقييد الطلاق وجعله في يد القاضي ، وحضانة الأولاد وما إذا كان يمكن أن تكون للأصلح ، وحكم الشرع في اختلاط الشاب والفتاة في سن المراهقة بالمدراس والجامعات ، وبعد ذلك في العمل في كافة مواقفه . ولعله يكون مفيداً أن يلتقي علماء الإسلام في بلادنا في مؤتمرات دورية ليبدوا رأيهم فيما سبق وغيره مما يطرا ويجب تجديد الحياة وتطورها ، كذلك المؤتمر الذي ينعقد كل عامين في المغرب ، والذي انعقد مؤخراً في شهر ديسمبر عام ١٩٧١ ، وكؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الذي لم يعقد سوى أربعة مؤتمرات كان أولها في مارس ١٩٦٤ ، حتى يسير المسلمون على هدى من دينهم الخفيف .

ميتة ويحتمل أن يخصص التحريم بما عدا ميتة البحر ، فالنص الذي فيه لفظ مشترك أو لفظ عام أو لفظ مطلق أو نحو هذا يكون ظني الدلالة لأنه يدل على معنى ويحتمل الدلالة على غيره .

المبحث الثاني

السنة (١)

تعريفها

٢٣ - السنة في الاصطلاح الشرعي هي ما صدر عن الرسول ﷺ من قول ، أو فعل ، أو تقرير .

فالسنة القولية هي أحاديثه التي قالها في مختلف الأغراض والمناسبات مثل قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وقوله « في السائمة زكاة » وقوله عن البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » وغير ذلك .

والسنة الفعلية هي أفعاله ﷺ مثل أدائه الصلوات الخمس بهيئاتها وأركانها وأدائه مناسك الحج ، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعى .

والسنة التقريرية هي ما أقره الرسول ﷺ مما صدر عن بعض أصحابه من أقوال وأفعال بسكوته وعدم إنكاره أو بموافقته وإظهار استحسانه ، فيعتبر بهذا الإقرار والموافقة عليه صادراً عن الرسول نفسه ، مثل ما روي أنه ﷺ لما بعث معاذ بن جبل إلى اليمن قال له : بم تقضي ؟ قال أقضي بكتاب الله ، فإن لم أجد في سنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيي ، فأقره الرسول وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله .

(١) لفظ السنة معناه في اللغة العربية الطريقة ومنه قوله تعالى « ولن نجد لسنة الله تبديلاً » وكما تطلق على الطريقة المحمودة تطلق على الطريقة المذمومة وقد جاء في الحديث : من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة ، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة .

- وقد ظل الإمام أحمد بن حنبل يجمع الأحاديث حتى سجل في كتابه « المسند » أربعين ألفاً ، ومن تلاميذ حلقة البخاري ومسلم بن الحاج وأبو داود ، ولا يوجد حديث في كتب المهديين ليس له أصل في هذا المسند . وكان يضيف إلى أصول فقهاء أقوال الصحابة والتابعين لهم لأنها في جملة أمرها اتباع السنة ، والصحابة هم خير الأجيال ثم الذين يلونهم ، وأتاه سبحانه وتعالى يقول فيهم « محمد رسول الله والذين معه » .

واعتمد أحمد الإجماع إن وجد ، ولم يقبل التماس إلا اضطراراً ، وإن كان علمه بأعظم قدر من النصوص والآثار عن النبي والذين معه ، وكذلك بأصل الحرية والإباحة وبأصل المصلحة ، قد صير فقهاء أوسع المذاهب .

حجيتها

٢٤ - أجمع المسلمون على أن ما صدر عن رسول الله من قول أو فعل أو تقرير ، وكان مقصوداً به التشريع والافتداء ، وتقل - إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح بصدقه يكون حجة على المسلمين ومصدراً تشريعياً يستنبط منه المجتهدون الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين ، أى أن الأحكام الواردة في هذه السنن تكون مع الأحكام الواردة في القرآن قانوناً واجب الاتباع .

والبراهين على حجيتها المنن عديدة

أولها : نصوص القرآن ، فإن الله سبحانه في كثير من آي الكتاب الكريم أمر بإطاعة رسوله ، وجعل طاعة رسوله طاعة له . وأمر المسلمين إذا تنازعوا في شيء أن يردوه إلى الله وإلى الرسول . ولم يجعل للمؤمن خياراً إذا قضى الله ورسوله أمراً . ونفى الإيمان عن من لم يطع الله إلى قضاء الرسول ولم يسلم له . وفي هذا كله برهان من الله على أن تشريع الرسول هو تشريع إلهي واجب اتباعه . قال تعالى : « قل أطيعوا الله والرسول » وقال سبحانه « من يطع الرسول فقد أطاع الله » (١) . فهذه الآيات تدل باجماعها وتساندها دلالة قاطعة على أن الله يوجب اتباع الرسول فيما شرعه .

وثانيها : إجماع الصحابة رضوان الله عليهم في حياته ﷺ وبعد وفاته على وجوب اتباع سننه . فكانوا في حياته يمشون بأحكامه ويمثلون أوامره ونواهيه وتحليله وتحريمه ولا يفرقون في وجوب الاتباع بين حكم أوحى إليه في القرآن وحكم صدر عن الرسول نفسه ولهذا قال معاذ بن جبل : « إن لم أجد في كتاب الله ما أفضى به قضيت بسنة رسول الله » وكانوا بعد وفاته إذا لم يجدوا في كتاب الله حكم ما نزل بهم رجعوا إلى سنة رسول الله . فأبو بكر كان إذا لم يحفظ في الواقعة سنة خرج فسأل المسلمين هل فيكم من يحفظ في هذا الأمر سنة عن نبينا ؟ وكذلك كان يفعل عمر وغيره من كل من تصدى للفتيا والقضاء من الصحابة ، ومن سلك سبيلهم من تابعيهم وتابعيهم بمثل ما

(١) وقال تعالى « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم » وقال « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » .

يعلم أن أحداً منهم يعتد به خالف في أن سنة رسول الله إذا صح نقلها وجب اتباعها .

وثالثها : أن القرآن فرض الله فيه على الناس عدة فرائض مجملة غير مبينة ولم تفصل في القرآن أحكامها ولا كيفية أدائها . فقال تعالى : أقيموا الصلاة . وآتوا الزكاة ، وكتب عليكم الصيام . وقله على الناس حج البيت . ولم يبين كيف تقام الصلاة وتؤتى الزكاة ويؤدى الصوم والحج . وقد بين الرسول هذا الإجمال بسننه القولية والعملية لأن الله سبحانه منحه سلطة هذا التبيين بقوله عز شأنه « وأزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » .

فلو لم تكن هذه السنن البيانية حجة على المسلمين وقانوناً واجباً اتباعه ما أمكن تنفيذ فرائض القرآن ولا اتباع أحكامه . وهذه السنن البيانية إنما وجب اتباعها من جهة أنها صادرة عن الرسول ورويت عنه بطريق يفيد القطع بورودها عنه أو الظن الراجح بورودها . فكل سنة تشريعية صح صلورها عن الرسول فهي حجة واجبة الاتباع سواء أكانت مبينة حكماً في القرآن أم منسأة حكماً سكوت عنه القرآن ، لأنها كلها مصدرها المعصوم الذي منحه الله سلطة التبيين والتشريع .

نسبتها إلى القرآن

٢٥ - أما نسبة السنة إلى القرآن من جهة الاحتجاج بها والرجوع إليها لاستنباط الأحكام الشرعية فهي في المرتبة التالية له بحيث إن المجتهد لا يرجع إلى السنة للبحث عن حكم واقعة إلا إذا لم يجد في القرآن حكم ما أراد معرفة حكمه ، لأن القرآن أصل التشريع ومصدره الأول . فإذا نص على حكم اتبع . وإذا لم ينص على حكم الواقعة رجع إلى السنة فإن وجد فيها حكمها اتبع . وأما نسبة السنة إلى القرآن من جهة ما ورد فيها من الأحكام فلإنها لا تعدو واحداً من ثلاثة :

١ - إما أن تكون سنة مقررة ومؤكدة حكماً جاء في القرآن ، فيكون الحكم له مصدران وعليه دليلان : دليل مثبت من آي القرآن ، ودليل مؤيد من سنة الرسول . ومن هذه الأحكام الأمر بإقامة الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان ، وحج البيت ، والنهي عن الشرك

بألفه وشهادة الزور ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس بغير حق ، وغير ذلك من المأمورات والمنهيات التي دلت عليها آيات القرآن وأيدتها سنن الرسول ويقام الدليل عليها منهما .

٢ - وإما أن تكون سنة مفصلة ومفسرة ما جاء في القرآن مجملاً ، أو مقيدة ما جاء فيه مطلقاً ، أو مخصصة ما جاء فيه عاماً ، فيكون هذا التفسير أو التقييد أو التخصيص الذي وردت به السنة تبييناً للمراد من الذي جاء في القرآن ، لأن الله سبحانه منح رسوله حق التبيين لنصوص القرآن بقوله عز شأنه (وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم) . ومن هذه السنن التي فصلت إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة وحج البيت ، لأن القرآن أمر بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة ولم يفصل عدد ركعات الصلاة ، ولا مقادير الزكاة ولا منسك الحج . والسنن العملية والقولية التي بينت هذا الإجمال . وكذلك أحل الله البيع وحرم الربا ، والسنة هي التي بينت صحيح البيع وقلمه ، وأنواع الربا المحرم ، والله حرم الميتة ، والسنة هي التي بينت أن المراد منها ما عدا ميتة البحر ، وغير ذلك من السنن التي بينت المراد من مجمل القرآن ومطلقه وعامه وتعتبر مكملة له وملحقة به .

٣ - وإما أن تكون سنة مثبتة ومنشئة حكماً سكت عنه القرآن فيكون هذا الحكم ثابتاً بالسنة ولا يدل عليه نص في القرآن . ومن هنا تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، وتحريم كل ذى ناب من السباع ومغلب من الطيور ، وتحريم ليس الحرير والتختم بالنهب على الرجال ، وما جاء في الحديث : يحرم من الرضاع ما يحرم بالنسب ، وغير ذلك من الأحكام التي شرعت بالسنة وحدها ومصدرها إمام الله لرسوله ، أو اجتهاد الرسول نفسه (١) .

(١) قال الإمام الشافعي في رسالته الأصولية : « لم أعلم من أهل العلم عالماً بأن سنن النبي صلى الله عليه وسلم من ثلاثة وجوه - أحدها : ما أنزل الله عز وجل فيه نص كتاب فمن رسول الله مثل ما نص الكتاب . والآخر : ما أنزل الله عز وجل فيه جملة فينب من الله مني ما أراد : والوجه الثالث : ما من رسول الله مما ليس فيه نص كتاب . »

وما ينبغي التنبه له أن اجتهاد الرسول في التشريع أساسه القرآن وما به في نفسه من روح التشريع ومبادئه ، فهو يستند في تشريعه الأحكام إلى القياس على ما جاء في القرآن ، أو إلى تطبيق المبادئ العامة لتشريع القرآن ، فرجع أحكام السنة إلى أحكام القرآن .

وخلاصة ما قدمنا أن الأحكام التي وردت في السنة ، إما أحكام مقررة لأحكام القرآن ، أو أحكام مبيته لها أو أحكام سكت عنها مستمدة بالقياس على ما جاء فيه أو بتطبيق أصوله ومبادئه العامة . ومن هذا يتبين أنه لا يمكن أن يقع بين أحكام القرآن والسنة تخالف أو تعارض .

اقسامها باعتبار مستنداتها (١) :

٢٦ - تنقسم السنة باعتبار روايتها عن الرسول إلى ثلاثة أقسام : سنة متواترة . وسنة مشهورة وسنة آحاد .

فالسنة المتواترة هي ما رواها عن رسول الله جمع يمتنع عادة أن يتواطأ أفراد على كذب لكثرتهم وأمانتهم واختلاف وجهاتهم وبيئاتهم . ورواها عن هذا الجمع جمع مثله ، وعن هذا الجمع جمع مثله حتى وصلت إلينا بسند كل طبقة من روايته جمع لا يتفقون على كذب من مبدأ التلقي عن الرسول إلى نهاية الوصول إلينا . ومن هذا القسم السنن العملية في أداء الصلاة وفي الصوم والحج والأذان وغير ذلك من شعائر الدين التي تلقاها المسلمون عن الرسول بالمشاهدة أو السماع ، جموع عن جموع ، من غير اختلاف في عصر عن عصر أو قطر عن قطر ، وقل أن يوجد في السنن القولية حديث متواتر .

والسنة المشهورة هي ما رواها عن رسول الله صحابي أو اثنان أو جمع لم يبلغ جمع التواتر ، ثم رواها عن هذا الراوي أو الرواة جمع من جموع التواتر ، ورواها عن هذا الجمع جمع مثله ، وعن هذا الجمع جمع مثله ، حتى وصلت إلينا بسند أول طبقة فيه معموا من الرسول قوله أو شاهدوا فعله فرد أو فردان أو أفراد لم يصلوا إلى جمع التواتر ، وسائر طبقاته جموع التواتر ، ومن هذا

(١) المراد بسنة السنة سلسلة الرواة الذين نقلوها عن الرسول إلينا . والمراد بسنة السنة نفس الحديث المروي .

القسم بعض الأحاديث التي رواها عن الرسول عمر بن الخطاب أو عبد الله ابن مسعود أو أبو بكر الصديق ، ثم رواها عن أحد هؤلاء جمع لا يتفق أفراده على كذب مثل حديث إنما الأعمال بالنيات ، وحديث بنى الإسلام على خمس ، وحديث لا ضرر ولا ضرار .

فالفرق بين السنة المتواترة والسنة المشهورة : أن السنة المتواترة كل حلقة في سلسلة سندها جمع التواتر من مبدأ التلقي عن الرسول إلى وصولها إلينا . وأما السنة المشهورة فالحلقة الأولى في سندها ليست جمعاً من جموع التواتر بل تلقاها عن الرسول واحد أو اثنان أو جمع لم يبلغ جمع التواتر ، وسائر الحلقات جموع التواتر .

وسنة الآحاد هي ما رواها عن الرسول آحاد لم تبلغ جموع التواتر بأن رواها عن الرسول واحد أو اثنان أو جمع لم يبلغ حد التواتر ، ورواها عن هذا الراوي مثله وهكذا حتى وصلت إلينا بسند طبقاته آحاد لا جموع التواتر ، ومن هنا القسم أكثر الأحاديث التي جمعت في كتب السنة وتسمى خبر الواحد .

قطعيًا وقضيًا

٢٧ - أما من جهة الورد فالسنة المتواترة قطعية الورد عن الرسول لأن تواتر النقل يفيد الجزم والقطع بصحة الخبر كما قلنا . والسنة المشهورة قطعية الورد عن الصحابي أو الصحابة الذين تلقوها عن الرسول لتواتر النقل عنهم . ولكنها ليست قطعية الورد عن الرسول لأن أول من تلقى عنه ليس جمع التواتر ، ولهذا جعلها فقهاء الحنفية في حكم السنة المتواترة فيخصص بها عام القرآن ويقيد بها مطلقه لأنها مقطوع بورودها عن الصحابي والصحابي حجة وثقة في نقله عن الرسول ، فمن أجل هذا كانت مرتبتها في مذهبهم بين المتواتر وخبر الواحد .

وسنة الآحاد ظنية الورد عن الرسول لأن سندها لا يفيد القطع .

وأما من جهة الدلالة فكل سنة من هذه الأقسام الثلاثة قد تكون قطعية الدلالة إذا كان نصها لا يحتمل تأويلاً ، وقد تكون ظنية الدلالة إذا كان نصها يحتمل تأويلاً .

ومن المقارنة بين نصوص القرآن ونصوص السنة من جهة القطعية والظنية ينتج أن نصوص القرآن الكريم كلها قطعية الورد ، ومنها ما هو قطعي الدلالة ومنها ما هو ظني الدلالة . وأما السنة فمنها ما هو قطعي الورد ، ومنها ما هو ظني الورد . وكل واحد منهما قد يكون قطعي الدلالة وقد يكون ظني الدلالة .

وكل سنة من أقسام السنن الثلاثة المتواترة والمشهورة وسنن الآحاد حجة واجب اتباعها والعمل بها : أما المتواتر فلأنها مقطوع بصحتها وورودها عن رسول الله . وأما المشهورة أو سنة الآحاد فلأنها وإن كانت ظنية الورد عن رسول الله إلا أن هذا الظن ترجح بما توافر في الرواية من العدالة وتمام الضبط والإتقان ، ورجحان الظن كاف في وجوب العمل ولهذا يقضي القاضي بشهادة الشاهد وهي إنما تفيد رجحان الظن بالمشهود به ، ونصح الصلاة بالتحري في استقبال الكعبة وهو إنما يفيد غلبة الظن ، وكثير من الأحكام مبنية على الظن ، ولو ألزم القطع واليقين في أمر لنال الناس الحرج .

ما ليس تشريعاً من أقوال الرسول وأفعاله

٢٨ - ما صدر عن رسول الله ﷺ من أقوال وأفعال إنما يكون حجة على المسلمين واجباً اتباعه إذا صدر عنه بوصف أنه رسول وكان مقصوداً به التشريع العام والافتداء .

وذلك أن الرسول ﷺ إنسان كسائر الناس ، اصطفاه الله رسولا إليهم ، كما قال تعالى (قل إنما أنا بشر مثلكم يوحى إلي) .

فما صدر عنه بمقتضى طبيعته الإنسانية من قيام وقعود ومشى ونوم وأكل وشرب فليس تشريعاً ، لأن هذا ليس مصدره رسالته ولكن مصدره إنسانيته ، لكن إذا صدر منه فعل إنساني ودل دليل على أن المقصود من فعله الافتداء به كان تشريعاً بهذا الدليل .

وما صدر عنه بمقتضى الخبرة الإنسانية والحذق والتجارب في الشؤون الدنيوية من أبحار أو زراعة أو تنظيم جيش ، أو تدبير حربى ، أو أمثال هذا

فليس تشريعاً أيضاً ، لأنه ليس صادراً عن رساله ، وإنما هو صادر عن خبرته النبوية وتقديره الشخصي ، ولما رأى في بعض غزواته أن ينزل الجند في مكان معين قال له بعض صحابه : أهنا منزل أنزلك الله أم هو الرأي والحرب والمكيدة ؟ فقال : بل هو الرأي والحرب والمكيدة . قال الصوفي ليس هذا بمنزل وأشار بإزالة الجند في مكان آخر لأسباب حرية بيتها للرسول . ولما رأى الرسول أهل المدينة يؤثرون النخل أشار عليهم أن لا يؤثروا فثركوا التأبير وتلف الثمر فقال لهم : أتبروا أنتم أعلم بأموال دنياكم . وما صدر عن رسول الله ودلّ الدليل الشرعي على أنه خاص به وأنه ليس أسوة فيه فليس تشريعاً عاماً كزوجته بأكثر من أربع زوجات لأن قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » دلّ على أن الحد الأعلى لعدد الزوجات أربع ، واكتفائه في إثبات الدعوى بشهادة خزيمة وحده لأن النصوص صريحة في أن البيعة شاهنان . ونشر هنا إلى أن قضاء الرسول في خصومه يشتمل على أمرين أحدهما إثباته وقائع ، وثانيهما حكمه على تقدير ثبوت الوقائع . فإثباته الوقائع أمر تقديري له وليس تشريعاً ، وحكمه على تقدير ثبوت الوقائع تشريع (١) .

والخلاصة أن ما صدر عن رسول الله من أقوال وأفعال في حال من الحالات الثلاث التي بيناها فهو من سنته ولكنه ليس تشريعاً ولا قانوناً واجباً اتباعه . وأما ما صدر عنه من أقوال وأفعال بوصف أنه رسول ومقصود به التشريع العام واقتداء المسلمين به فيه فهو حجة على المسلمين وقانون واجب اتباعه .

فالسنة إن أريد بها طريقة الرسول وما كان عليه في حياته فهي كل ما صدر عنه من قول أو فعل أو تقرير ، وإن أريد بها المصدر التشريعي الذي هو حجة على المسلمين وقانون واجب اتباعه فهي ما صدر عن الرسول

(١) ولهذا روى البخاري ومسلم عن أم سلمة أن رسول الله سمع غصوة ينادي حبرته فخرج إليهم فقال : إنما أنا بشر وإني لأتقى المصوم فلعل بعضكم يكون ألحن من بعض فأحسب أنه صادق فأقضى له بذلك ، فن قضيت له بحق مسلم وإنما هي كلمة من الشعر فليأخذها أو ليتركها .

بوصف أنه رسول من قول أو فعل أو تقرير مقصود به التشريع واقتداء الناس به لا هتائهم (١) .

المبحث الثالث

أسباب اختلاف الفقهاء في تفسير الكتاب والسنة

نبادر إلى القول بأن الذي يمكن أن يكون محل اختلاف بين الفقهاء هو عدا ما كان قطعي الثبوت قطعي الدلالة . وقد عنى العلماء قديماً وحديثاً ببيان أسباب الاختلاف ، فكتب في ذلك ابن حزم في الأحكام ، وابن تيمية في إحدى رسائله وهي رسالة رفع الملام ، وكل منهما عدها عشرة . وإذا قورن ما عده أحدها وبينه بما ذكره الآخر كان فيها اختلاف كما يكون فيها وفاق . وقال الشاطبي في الموافقات أن ابن السيد ألف كتاباً في أسباب الخلاف الواقع بين حملة الشريعة وحصرها في ثمانية أسباب :

(١) لا يختلف اثنان من المسلمين في أن كتاب البخاري وكتاب مسلم أصح ما ألف في حديث رسول الله ، غير أن جماعة من الناس فضلوا البخاري ، وهم أكثرية أهل المشرق ، وجماعة آخرون فضلوا مسلماً وهم جماعة من أهل المغرب وذلك يرجع إلى اختلاف أقطار الناس الذين يريدون أن يفيدوا من الصحيحين . فجماعة يريدون أن يفيدوا من الصحيحين ثمرة الرواية وهو الفقه الإسلامي . هؤلاء رأوا البخاري ، رضي الله تعالى عنه ، يني بالاستنباط والتفريق فيه .

وجماعة كانوا يريدون أن يصلوا إلى الأحاديث الصحاح في سهولة ويسر ، ويصلوا مع ذلك إلى الأحاديث المتعددة في الباب الواحد وفي المسألة الواحدة .

فأما الأولون فضلوا صحيح البخاري لما ذكرنا من أنه كان رجلاً دقيقاً للنظر كبير الاستنباط . وأما الآخرون فضلوا صحيح مسلم لأنه يروى الحديث الواحد بالطرق المتعددة في مكان واحد .

وقد أورد الإمام الترمذي ، رضي الله تعالى عنه ، أن يقرب الحديث إلى المكان الذي يظن منه ، وأن يستنبط منه ما استنبط البخاري ، فجميع بين طريقي البخاري ومسلم : طريقة البخاري حيث يني بالفقه ، وطريقة مسلم حيث يقع الحديث في موضعه الذي يظن أنه فيه ، وحيث يني بالفوائد الإسنادية فيجميع الروايات المتعددة ، إن أمكنه ذلك ، أو كان ذلك من مقصده ، في صيد واحد . وتوسع الترمذي ما لم يتوسع البخاري ولا مسلم ، وتكلم عن أحاديث كتابه حديثاً حديثاً ، وتفرّد في كتابه بمصطلحات ومسائل علمية في الحديث وقتحه لم يشاركه فيها غيره (أنظر الإمام الترمذي والموازنة بين جامعيه وبين الصحيحين رسالة دكتوراه للدكتور نور الدين عتر ، ومقدمة الأستاذ الشيخ محمد عيسى الدين عبد الحميد المشرف على الرسالة) .

أحدها الاشتراك الواقع في الألفاظ واحتمالها للتأويلات .
والثاني دوران اللفظ بين الحقيقة والحجاز .

والثالث دوران الدليل بين الاستقلال بالحكم وعلمه .

والرابع دورانه بين العموم والخصوص . والخامس اختلاف الرواية .
والسادس جهات الاجتهاد والقياس . والسابع دعوى النسخ ودعوى عدمه (١) .

والثامن ورود الأدلة على وجوه تحمل الإباحة وغيرها .

وهذا الاختلاف بين الفقهاء كان عاملاً من أهم العوامل في ثروتنا الفقهية
في مختلف العصور ، وقد قال فيه عمر بن عبد العزيز : ما يسرفني أن لي
باختلافهم حمر التعم .

ويرجع اختلاف الفقهاء إلى ثلاثة أسس رئيسية :

أ - الاختلاف في الأصل التشريعي من حيث ثبوته ، أو كونه أصلاً تشريعياً

ب - الاختلاف في فهم المراد من النص .

ج - الاختلاف في التعارض بين النصوص .

٢٩ - ونحن إذا نظرنا إلى الكتاب والسنة من جهة ثبوتها نجد أن
القرآن مقطوع بثبوته تواتراً . أما السنة فمنها ما هو مقطوع بثبوته ، ومنها
ما لا يكون كذلك وهو خبر الآحاد . ومنها ما لم يثبت عند المجتهد إما لعدم
العلم به ، أو لتسايته بعد العلم به ، أو لوجود طعن فيه ، وذلك يمنع من
التسليم به ، وحينئذ لا يكون هناك مجال للاختلاف في القرآن من هذه الجهة .
أما السنة فتتوزع على ثلاث فئات : فإما ما يكون محلاً للاختلاف أيضاً
لأنه ما يكون غير متواتر فإنه هو الذي يكون محلاً للاختلاف

سبح في القرآن مناقشات كثيرة في الفكر الإسلامي . فذهب البعض
بآيات أخرى وفقاً للتدرج التشريعي الذي يلي حاجة البشر .
في القرآن ، وأن الآيات التي نزلت متأخرة ليست إلا أحكاماً
إعداد النفس الإنسانية لتلق التشريعات السماوية بالتدرج .
حزم وأبو جعفر النحاس والمقرئ الجندابي
ي . ونحتاج هذه الكتب لعملية تحقيق ومراجعة
من الدراسات المنهجية في التشريع ، وتصلح أساساً
لدراسات المقارنة في فترات الإسلام .

حجراته فحسب
بعض فأحسب أنه
غلبت أو ليركها .

٣٠ - أما من ناحية فهم المراد من نصوصها فإنها يكونان مجالا
للاختلاف ، وذلك نظراً لوجود المشترك (١) فهما ، ووجود العام الذي قد
يدخله التخصيص (٢) ، والمطلق الذي قد يلحقه التقييد ، وغير المحكم الذي

(١) المشترك هو اللفظ الموضوع لمعنيين مختلفين ، أو معان مختلفة بأوضاع متعددة ،
وإذا كان الاشتراك بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحى شرعى يراد به المعنى الاصطلاحى .
أما إذا كان اللفظ مشتركاً بين معان لغوية ، فلا بد من وجود قرينة تبين المراد منه ،
ويبذل المجتهد جهده لمعرفة المراد من المشترك .

(٢) العام ، في اصطلاح الأصوليين ، لفظ وضع وضماً واحداً لكثير غير محصور
مستغرق لجميع ما يصلح له من الأفراد التي يصدق عليها معناه .

ومعنى تخصيص العام : صرفه عن عمومته ، وإخراج بعض ما كان داخلاً في العموم ،
وقصره على بعض الأفراد ابتداءً ، هل معنى أن الحكم الذي يتضمنه النص العام لا يتعلق بكل
الأفراد بل بما بقي من أفراد بعد التخصيص . وملعب الجمهور أنه يجوز أن يتأخر التخصيص
لكن بشرط ألا يكون هذا التأخر متأخراً عن وقت العمل ، فإن تأخر عن وقت العمل كان
نسخاً . أما إن أريد بالعام جميع أفراد ابتداءً ثم ظهرت مصلحة انتزعت قصر العام على
بعض أفراد كان ذلك نسخاً جزئياً لا تخصيصاً للعام ، ووجه ذلك أنه إبطال العمل بحكم
العام بالنسبة لبعض أفراد .

والعام قبل التخصيص ببعض أفراد دلالة ، وله بعد التخصيص دلالة ، فيرى البعض
أن دلالة العام ظنية ، وهل هذا فلا يكاد يوجد لفظ عام قطعي للدلالة على العموم ، والراجح
أن دلالة العام الذي لم يخص ظنية . أما دلالة العام بعد التخصيص فلم يختلف في
كونها ظنية .

أما الخاص فهو ما وضع وضماً واحداً للدلالة على أفراد متعددة محصورة ، كاللفظ خمسة
وعشرة ، أو وضع وضماً واحداً للدلالة على فرد ، كأحد وسين وزجل وإنسان .
وإذا ورد اللفظ الخاص في نص شرعى دل دلالة قاطعة على معناه الخاص به ، والذي
وضع له حقيقة ما لم يوجد دليل صرفه عن معناه ، وهل زيادة معنى آخر .
والخاص أنواع كثيرة ، لأنه قد يرد مطلقاً عن التقييد ، وقد يرد مقيداً ، وقد يرد
بصيغة الأمر ، وقد يرد بصيغة النهي .

وقد يرد اللفظ مطلقاً في نص ويرد اللفظ حينه مقيداً في نص آخر .
فإذا كان الإطلاق والتقييد في سبب الحكم ، وكانت الحادثة والحكم متحدين ، أو إذا
كان الإطلاق والتقييد في الحكم ، وكان الحكم متحداً والسبب مختلفاً ، فقد اختلفت كلمة
الفقهاء في الخالفين على حل المطلق على المقيد ، وأما إذا كان الإطلاق والتقييد في الحكم لا في
السبب ، وكان الحكم والسبب متحدين ، فقد اتفق الفقهاء على حل المطلق على المقيد ، وينقسم
اللفظ باعتبار استعماله في المعنى الموضوع له ، أو في غير الموضوع له ، إلى حقيقة ومجاز .
فالحقيقة : اللفظ المستعمل في المعنى الذي وضع في اصطلاح المتخاطبين .

أحدهما الاشتراك الواقع في الألفاظ واحتمالها للتأويلات .
والثاني دوران اللفظ بين الحقيقة والحجاز .

والثالث دوران الدليل بين الاستقلال بالحكم وعدمه .

والرابع دورانه بين العموم والخصوص . والخامس اختلاف الرواية .
والسادس جهات الاجتهاد والقياس . والسابع دعوى النسخ ودعوى عدمه (١) .

والثامن ورود الأدلة على وجوه تختلف الإباحة وغيرها .

وهذا الاختلاف بين الفقهاء كان عاملاً من أهم العوامل في ثروتنا الفقهية في مختلف العصور ، وقد قال فيه عمر بن عبد العزيز « ما يسرفني أن لي باختلافهم حمر النعم » .

ويرجع اختلاف الفقهاء إلى ثلاثة أسس رئيسية :

أ - الاختلاف في الأصل التشريعي من حيث ثبوته ، أو كونه أصلاً تشريعياً

ب - الاختلاف في فهم المراد من النص .

ج - الاختلاف في التعارض بين النصوص .

٢٩ - ونحن إذا نظرنا إلى الكتاب والسنة من جهة ثبوتها نجد أن القرآن مقطوع بثبوته تواتراً . أما السنة فمنها ما هو مقطوع بثبوته ، ومنها ما لا يكون كذلك وهو خبر الآحاد . ومنها ما لم يثبت عند المجتهد إما لعدم العلم به ، أو لتسببه بعد العلم به ، أو لوجود طعن فيه ، وذلك يمنع من التسليم به ، وحينئذ لا يكون هناك مجال للاختلاف في القرآن من هذه الجهة . أما السنة فما يكون متواتراً وعلمه المجتهد فإنه لا يكون محلاً للاختلاف أيضاً من هذه الجهة ، أما ما يكون غير متواتر فإنه هو الذي يكون محلاً للاختلاف من الجهة المذكورة .

(١) أثار موضوع النسخ في القرآن مناقشات كثيرة في الفكر الإسلامي . فذهب البعض إلى أن من آيات القرآن ما نسخ بآيات أخرى وفقاً للتدرج التشريعي الذي يلبي حاجة البشر . وذهب البعض الآخر إلى أنه لا نسخ في القرآن ، وأن الآيات التي نزلت متأخرة ليست إلا أحكاماً جديدة تضاف للأحكام السابقة بنية إبعاد النفس الإنسانية لتلقى التشريع الساري بالتدرج . - وقد كتب في هذا الموضوع ابن حزم وأبو جعفر النحاس والمقرئ الهنداوي والأجهوري والأسفراييني والعمري والحضري . وتحتاج هذه الكتب لعملية تحقيق ومراجعة حتى يمكن الاستفادة منها بحسبانها تعالج نوعاً من الدراسات المنهجية في التشريع ، وتصلح أساساً لدراسة لقانون المقارن ، وتعتبر أصلاً من أصول الدراسات المقارنة في التراث الإسلامي .

٣٠ - أما من ناحية فهم المراد من نصوصهما فإنهما يكونان مجالاً للاختلاف ، وذلك نظراً لوجود المشترك (١) فيهما ، ووجود العام الذي قد يدخله التخصيص (٢) ، والمطلق الذي قد يلحقه التقييد ، وغير المحكم الذي

(١) المشترك هو اللفظ الموضوع لمعنيين مختلفين ، أو معان مختلفة بأوضاع متعددة ، وإذا كان الاشتراك بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحى شرعى يراد به المعنى الاصطلاحى . أما إذا كان اللفظ مشتركاً بين معان لغوية ، فلا بد من وجود قرينة تبين المراد منه ، ويبدل المجتهد جهده لمعرفة المراد من المشترك .

(٢) العام ، في اصطلاح الأصوليين ، لفظ وضع وضماً واحداً لكثير غير محصور مستغرق لجميع ما يصلح له من الأفراد التي يصدق عليها معناه .

ومعنى تخصيص العام : صرفه عن عموم ، وإخراج بعض ما كان داخلاً في العموم ، وقصره على بعض الأفراد ابتداءً ، على معنى أن الحكم الذي يتضمنه النص العام لا يتعلق بكل الأفراد بل بما بقي من أفرادها بعد التخصيص . ومذهب الجمهور أنه يجوز أن يتأخر التخصيص لكن بشرط ألا يكون هذا التأخر متأخراً عن وقت العمل ، فإن تأخر عن وقت العمل كان نسخاً . أما إن أريد بالعام جميع أفراد ابتداءً ثم ظهرت مصلحة اقتضت قصر العام على بعض أفرادها كان ذلك نسخاً جزئياً لا تخصيصاً لتمام ، ووجه ذلك أنه إبطال العمل بحكم العام بالنسبة لبعض أفرادها .

والعام قبل التخصيص ببعض أفراد دلالة ، وله بعد التخصيص دلالة ، فيرى البعض أن دلالة العام ظنية ، وهل هذا فلا يكاد يوجد لفظ عام تغطي الدلالة على العموم ، والراجح أن دلالة العام للذي لم يخص ظنية . أما دلالة العام بعد التخصيص فلم يختلف في كونها ظنية .

أما الخاص فهو ما وضع وضماً واحداً للدلالة على أفراد متعددة محصورة ، كلفظ خمسة وعشرة ، أو وضع وضماً واحداً للدلالة على فرد ، كأحد وحسين ورجل وإنسان . وإذا ورد اللفظ الخاص في نص شرعى دل دلالة قاطعة على معناه الخاص به ، والذي وضع له حقيقة ما لم يوجد دليل صرفه عن معناه ، وهل إرادة معنى آخر . والخاص أنواع كثيرة ، لأنه قد يرد مطلقاً عن التقييد ، وقد يرد مقيداً ، وقد يرد بصيغة الأمر ، وقد يرد بصيغة النهي .

وقد يرد اللفظ مطلقاً في نص ويورد اللفظ عينه مقيداً في نص آخر . فإذا كان الإطلاق والتقييد في سبب الحكم ، وكانت الحادثة والحكم متحدتين ، أو إذا كان الإطلاق والتقييد في الحكم ، وكان الحكم متحداً والسبب مختلفاً ، فقد اختلقت كلمة للفقهاء في الحالتين على حل المطلق على المقيد ، وأما إذا كان الإطلاق والتقييد في الحكم لا في السبب ، وكان الحكم والسبب متحدتين ، فقد اتفق الفقهاء على حل المطلق على المقيد ، وينقسم اللفظ باعتبار استعماله في المعنى الموضوع له ، أو في غير الموضوع له ، إلى حقيقة وحجاز . فالحقيقة : اللفظ المستعمل في المعنى الذي وضع في اصطلاح المتخاطبين .

أحدهما الاشتراك الواقع في الألفاظ واحتمالها للتأويلات .

والثاني دوران اللفظ بين الحقيقة والمجاز .

والثالث دوران الدليل بين الاستقلال بالحكم وعدمه .

والرابع دورانه بين العموم والخصوص . والخامس اختلاف الرواية .

والسادس جهات الاجتهاد والقياس . والسابع دعوى النسخ ودعوى عدمه (١) .

والثامن ورود الأدلة على وجوه تختلف الإباحة وغيرها .

وهذا الاختلاف بين الفقهاء كان عاملاً من أهم العوامل في ثروتنا الفقهية

في مختلف العصور ، وقد قال فيه عمر بن عبد العزيز « ما يسرفني أن لي

باختلافهم حمر النعم » .

ويرجع اختلاف الفقهاء إلى ثلاثة أسس رئيسية :

١ - الاختلاف في الأصل التشريعي من حيث ثبوته ، أو كونه أصلاً تشريعياً

ب - الاختلاف في فهم المراد من النص .

ج - الاختلاف في التعارض بين النصوص .

٢٩ - ونحن إذا نظرنا إلى الكتاب والسنة من جهة ثبوتها نجد أن

القرآن مقطوع بثبوته متواتراً . أما السنة فبها ما هو مقطوع بثبوته ، ومنها

ما لا يكون كذلك وهو خبر الآحاد . ومنها ما لم يثبت عند المجتهد إما لعدم

العلم به ، أو لتسايته بعد العلم به ، أو لوجود طعن فيه ، وذلك يمنع من

التسليم به ، وحينئذ لا يكون هناك مجال للاختلاف في القرآن من هذه الجهة .

أما السنة فما يكون متواتراً وعلمه المجتهد فإنه لا يكون محلاً للاختلاف أيضاً

من هذه الجهة ، أما ما يكون غير متواتر فإنه هو الذي يكون محلاً للاختلاف

من الجهة المذكورة .

(١) أثار موضوع النسخ في القرآن مناقشات كثيرة في الفكر الإسلامي . فذهب البعض

إلى أن من آيات القرآن ما نسخ بآيات أخرى وفقاً لتدرج التشريع الذي يلبي حاجة البشر .

وذهب البعض الآخر إلى أنه لا نسخ في القرآن ، وأن الآيات التي نزلت متأخرة ليست إلا أحكاماً

جديدة تضاف للأحكام السابقة بنية إمداد النفس الإنسانية لتلق التشريع السابغ بالتدرج .

- وقد كتب في هذا الموضوع ابن حزم وأبو جعفر النحاس والمقرئ البغدادي

والأجهوري والأسفرايني والعمري والحضري . وتحتاج هذه الكتب لعملية تحقيق ومراجعة

حتى يمكن الاستفادة منها بحسبانها تعاليج نوماً من الدراسات المنهجية في التشريع ، وتصلح أساساً

لدراسة القانون المقارن ، وتعتبر أصلاً من أصول الدراسات المقارنة في التراث الإسلامي .

٣٠ - أما من ناحية فهم المراد من نصوصهما فإنهما يكوئان مجالاً

للاختلاف ، وذلك نظراً لوجود المشترك (١) فيهما ، ووجود العام الذي قد

يدخله التخصيص (٢) ، والمطلق الذي قد يلحقه التقييد ، وغير المحكم الذي

(١) المشترك هو اللفظ الموضوع لمعنيين مختلفين ، أو معان مختلفة بأوضاع متعددة ،

وإذا كان الاشتراك بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحى شرعى يراد به المعنى الاصطلاحى .

أما إذا كان اللفظ مشتركاً بين معان لغوية ، فلا يد من وجود قرينة تدل على المراد منه ،

ويبذل المجتهد جهده لمعرفة المراد من المشترك .

(٢) العام ، في اصطلاح الأصوليين ، لفظ وضع واحداً لكثير غير محصور

مستغرق لجميع ما يصلح له من الأفراد التي يصدق عليها معناه .

ومعنى تخصيص العام : صرفه عن عمومه ، وإخراج بعض ما كان داخلاً في العموم ،

وقصره على بعض الأفراد ابتداءً ، على معنى أن الحكم الذي يتضمنه النص العام لا يتعلق بكل

الأفراد بل بما بقي من أفراد بعد التخصيص . ومنهيب الجمهور أنه يجوز أن يتأخر التخصيص

لكن بشرط ألا يكون هذا التأخر متأخراً عن وقت العمل ، فإن تأخر عن وقت العمل كان

نسخاً . أما إن أريد بالعام جميع أفراد ابتداءً ثم ظهرت مصلحة اقتضت قصر العام على

بعض أفراد كان ذلك نسخاً جزئياً لا تخصيصاً للعام ، ووجه ذلك أنه إبطال العمل بحكم

العام بالنسبة لبعض أفراد .

والعام قبل التخصيص ببعض أفراد دلالة ، وله بعد التخصيص دلالة ، فيرى البعض

أن دلالة العام ظنية ، وعلى هذا فلا يكاد يوجد لفظ عام قطعي للدلالة على العموم ، والراجح

أن دلالة العام الذي لم يخص ظنية . أما دلالة العام بعد التخصيص فلم يختلف في

كونها ظنية .

أما الخاص فهو ما وضع واحداً لدلالة على أفراد متعددة محصورة ، كاللفظ خمسة

وعشرة ، أو وضع واحداً للدلالة على فرد ، كأحمد وحسين ورجل وإنسان .

وإذا ورد اللفظ الخاص في نص شرعى دل دلالة قاطعة على معناه الخاص به ، والذي

وضع له حقيقة ما لم يوجد دليل صرفه عن معناه ، وعلى إرادة معنى آخر .

والخاص أنواع كثيرة ، لأنه قد يرد مطلقاً عن المقيد ، وقد يرد مقيداً ، وقد يرد

بصيغة الأمر ، وقد يرد بصيغة النهي .

وقد يرد اللفظ مطلقاً في نص ويورد اللفظ عينه مقيداً في نص آخر .

فإذا كان الإطلاق والتقييد في سبب الحكم ، وكانت الحادثة والحكم متحدتين ، أو إذا

كان الإطلاق والتقييد في الحكم ، وكان الحكم متحداً والسبب مختلفاً ، فقد اختلفت كلمة

الفقهاء في الحاليتين على حل المطلق على المقيد ، وأما إذا كان الإطلاق والتقييد في الحكم لا في

السبب ، وكان الحكم والسبب متحدتين ، فقد اتفق الفقهاء على حل المطلق على المقيد ، وينقسم

اللفظ باعتبار استعماله في المعنى الموضوع له ، أو في غير الموضوع له ، إلى حقيقة ومجاز .

فالحقيقة : اللفظ المستعمل في المعنى الذي وضع في اصطلاح المتخاطبين .

= والمجاز : اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلقة بينه وبين المعنى الذي وضع له مع قرينة مانعة من إرادة المعنى الحقيقي الذي وضع له اللفظ .

ويتنقسم اللفظ بالنسبة إلى ظهور المعنى المراد منه وخفائه إلى : واضح الدلالة ، وغير واضح الدلالة أي غنى الدلالة .

فواضح الدلالة : اللفظ الذي لا يفهم منه المعنى المراد لغموضه وخفائه إلا بأمر خارجي . ويتنقسم اللفظ ، باعتبار دلالاته على المعنى المراد ، إلى أربعة أقسام : عبارة النص ، إشارة النص ، دلالة النص ، اقتضاء النص .

دلالة عبارة النص : هي دلالة اللفظ على المعنى المتبادر منه سواء قصد هذا المعنى أصالة من السياق أو كان مقصوداً تبعاً .

دلالة إشارة النص : هي دلالة اللفظ على المعنى الذي لم يقصد أصالة ولا تبعاً ، ولكنه لازم للمعنى المتبادر فهمه في النص والمقصود من السياق .

ودلالة إشارة النص كدلالة عبارة النص في إفادة القطعية إلا إذا وجد ما يصرف الحكم عن القطعية إلى الظن .

دلالة النص : هي دلالة اللفظ على ثبوت الحكم المنطوق به المنصوص عليه للمسكوت عنه لاشتراكهما في حلة الحكم التي يمكن فهمها بمجرد فهم اللفظ من غير حاجة إلى الرأي والاجتهاد . ووجه تسمية تلك الدلالة بدلالة النص ، كون الحكم الثابت بها لا يفهم من اللفظ وحده كما في الدالتين السابقتين ، بل يفهم من اللفظ ، وأمر آخر هو علته ومناطه .

وقد سمي بعض العلماء هذه الدلالة فدوى الخطاب ، أي مقصده ومرماه ، ويسمونها آخرون القياس الجلي . وأكثر العلماء يفرقون بين القياس ودلالة النص ويقولون بالمغايرة بينهما .

دلالة الاقتضاء : هي دلالة الكلام على مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام واستقامة معناه أو صحته شرعاً على تقديره في الكلام ، والذي يثبت بهذه الدلالة يفيد القطع ، لأن الثابت بها أمر ضروري لصحة الكلام وصدقه .

هذا ولا يختلف الأصوليون في صحة الاحتجاج بمفهوم الموافقة ، أما المفهوم المخالف فقد اختلفوا فيه ، فذهب بعضهم إلى الاحتجاج بمفهوم المخالفة على معنى أن النص الشرعي إذا دل على حكم في محل مقيد بقيد ، فإنه يدل على ثبوت نقيض هذا الحكم لإقرار مقيد عند انتفاء القيد ، ومقتضاه أن يكون النص دالاً على حكمين : أحدهما منطوق ، والثاني مفهوم ، وذهب أكثرهم إلى عدم جواز الاحتجاج بمفهوم المخالفة ، فلا يدل النص على حكم للمسكوت ، بل حكمه مسكوت عنه يستفاد من دليل شرعي آخر أو أصل مقرر آخر ، كالإباحة الأصلية مثلاً .

ويبين مما تقدم أن تفسير النص هو في حاجة مستمرة إلى قرائن تعين على فهمه الفهم الصحيح ، ومن ثم كان ما أنف بيانه من ضوابط لا يكفي وحده للاعتداء في التفسير ، لأننا لا نزال مع ذلك في حاجة إلى ضوابط أخرى مساعدة في تفسير القواعد القانونية سنعرض لها عند التحدث عن تفسير هذه القواعد . وذلك الضوابط قد تكون خارجة عن النص ولكنها مرتبطة به برباطة ما ، وقد تكون مجموعة من القواعد العامة ، بالنسبة لبعض القواعد القانونية ، كتلك التي توصل إليها فقهاء القانون الدولي نتاج الجهد الفقهي والقضائي خلال =

يقبل النسخ في حياة الرسول ، إلى غير ذلك مما يجعلها غير نص في المراد ، لأن كلا منهما يرد عليه ما ذكرنا .

٣١ - وأما من ناحية التعارض ، فليس في كل منهما تعارض حقيقي

يمنع من العمل ، ولكن قد يكون هناك تعارض ظاهري يزول بالفهم الصحيح عالم يكن ذلك التعارض نسخاً لحكم سابق كان مؤقتاً وإن كان قد خفي علينا توقيته قبل العلم بالتأخر الذي يكون ناسخاً ، فإذا علم زال التعارض . غير أن السنة قد يرد فيها - ما لم تكن متواترة وضح تواترها عند جميع الفقهاء - ما يراه المجتهد تعارضاً حقيقياً يستحيل معه العمل بمقتضى النصين فيقضى يتساقطهما ، لأنه يرى عدم صحتهما ، في حين أن غيره لا يراها كذلك ، ويقضى بترجيح أحدهما ، أو بالجمع بينهما ، أو يقضى بنسخ أحد النصين للأخر لثبوتيه بالتأخر . وسنعرف كل ذلك عند الكلام التفصيلي على هذا الموضوع .

وبناء على ما تقدم يتضح أن هذا الموضوع ينقسم في بحثه إلى ثلاثة مطالب :

مطلب خاص بالسنة ، وهو ثبوت ورودها عن الرسول مع العلم بها ، ومطلبان يشترك فيهما الكتاب والسنة ، وهما فهم المراد منهما ، والتعارض

= للقرون الأربعة الماضية ، وإن لم تكن هذه القواعد قواعد قانونية بالمعنى الدقيق ، وإنما هي أصول وضوابط للهداية والإرشاد .

ويخلص عما سبق أن الفقه الإسلامي نهج في تفسير النصوص الشرعية نهجاً منطقياً دقيقاً غاية الدقة ، سديداً إلى أبعد مدى ، فالنصوص لا تقتصر دلالتها على مجرد مفهوم الألفاظ والعبارات ، وإنما تتجاوز ذلك إلى روح التشريع ومبادئه الأساسية وما يتفق مع العقل ، وهكذا رأينا كيف تنقسم دلالة النص إلى دلالة المنطوق ودلالة المفهوم ، ودلالة المنطوق إلى دلالة العبارة ودلالة الإشارة ، ودلالة المفهوم إلى الحكم المرافق والحكم المخالف .

هذا والقواعد والضوابط التي قررها علماء أصول الفقه الإسلامي في طرق دلالة الألفاظ على المعاني ، وفيما يفيد العموم من الصيغ ، وفيما يدل عليه اللفظ والمطلق والمشارك ، وفيما يختص بالتأويل وما لا يحتمل التأويل ، وفي أن العبارة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، وفي أن العطف يقتضي المغايرة ، وأن الأمر المطلق يقتضي الإيجاب وغير ذلك من ضوابط فهم النصوص واستثمار الأحكام منها كما تراعى في فهم النصوص الشرعية تراعى في فهم نصوص القانون المدني والتجاري وقانون المرافعات والعقوبات وغيرها من قوانين الدولة الموضوعات باللغة العربية طبقاً للمادة الثانية من دستورنا الحالي « الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع » .

الظاهرى الذى قد يبدو فيهما . ومن هنا استفرد السنة بالكلام عليها من حيث ثبوت ورودها والعلم بها ، ثم تكلم عليها وعلى الكتاب من حيث فهم المراد من نصوصها ، ثم من حيث تعارض نصوصها .

المطلب الأول

أسباب الاختلاف في السنة من حيث ثبوتها والعمل بها

قد علمنا أن السنة المتواترة لا مجال للاختلاف فيها - من حيث ثبوتها - بعد علمها . أما غير المتواترة فقد كان الصحابة والتابعون ومن بعدهم يختلفون فيها من النواحي الآتية :

- (أ) العلم بها .
- (ب) استمرار العلم بها .
- (ج) ثبوت صحتها .
- (د) مدى العمل بأنواعها .

٣٢ - العلم بها : إن الصحابة رضوان الله عليهم ما كانوا يكتبون السنة ، بل كانوا يعولون في ذلك على حافظتهم ، اللهم إلا ما كان من نفر قليل منهم في بعض الأحيان كعبد الله بن عمرو . ولذا وجد بينهم اختلاف في العلم بها ، لأنهم لم يكن فيهم من يحيط بها علماً ، حتى من كان منهم أكثر ملازمة للرسول ﷺ كأبي بكر وعمر وابن مسعود وعبد الله بن عمرو وأبي هريرة ، ذلك أن من البدهي أن سنن رسول الله لا تعزب عن عامة المسلمين وقد تعزب عن بعضهم . يدل على ذلك أن الجدة سألت أبا بكر رضى الله عنه نصيبها في المراث ، فقال : لا أجدر لك في كتاب الله شيئاً ، ولا أعلم أن رسول الله ﷺ ذكر لك شيئاً ، وكان لا يعلم السنة التي وردت في ذلك . فلما صلى الظهر سأل الناس : أيكم سمع عن رسول الله ﷺ في الجدة شيئاً ؟ فقال المغيرة بن شعبه : حضرت رسول الله ﷺ أعطاه السلس . فقال أبو بكر هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصارى فقال ما قال المغيرة ، فأنفذه لها أبو بكر .

ولا شك أن الذى كان لا يصله الحديث ربما كان يفتى الناس على غير مقتضى هذا الحديث بناء على اجتهاد برأيه ، أو بناء على دليل آخر كان عنده . أما من وصله الحديث فإنه كان يفتى بمقتضاه . ومن هنا ينشأ الاختلاف في الحكم . ومن أمثال ذلك أن عثمان رضى الله عنه كان يرى أن من توفى عنها زوجها لا يلزمها أن تعتد في بيت الوفاة ، إلى أن أخبرته القرية بنت مالك (أخت أبي سعيد الخدرى) أنها لما قتل زوجها سألت رسول الله ﷺ أن يرجع إلى أهلها لأن زوجها لم يترك لها منزلاً يملكه ولا نفقة . فقال رسول الله ﷺ : نعم . فقالت : فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة ، أو في المسجد (شك من الراوى) دعاني ، أو أمرني فدعيت (شك من الراوى) فقال : كيف قلت ؟ قالت : فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي . فقال : أمكئ في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله . فقالت : فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً . قالت : فلما كان عثمان رضى الله عنه أرسل إلى فسألتني عن ذلك فأخبرته فتابعه وقضى به ، وقد روى هذا الحديث أحمد وأصحاب السنن (١) .

ولكن بعض الصحابة قد خالف عثمان في هذا ، إما لعدم اطمئنانه لصحة الحديث ، وإما لعدم العلم به . ومن هؤلاء عائشة وابن عباس رضى الله عنهما .

٣٣ - استمرار العلم بها : قد علمنا أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا لا يكتبون السنة إلا من ندر منهم ، وكانوا يعتمدون على حفظهم . وهذا قد يؤدي إلى أن ينسى الصحابي بعض ما كان قد حفظ فيفتى في المسألة التي تعرض له - وهي مما يتعلق بهذه السنة - بناء على اجتهاده إن لم يتذكرها أما إذا تذكرها فإنه يفتى فيها بما يتفق مع هذه السنة . ومن عدم تذكرها - ولو ذكره مذكراً - ينشأ بين الفقهاء الاختلاف في الحكم في هذه المسألة .

ومن ذلك ما روى : أن عمر رضى الله عنه كان يرى أن الجنب الذى

(١) أنظر الروضة الندية ٢٢٦ طبعة بولاق - تفسير القرطبي ج ٤ ص ١٧٦ - ١٧٧ طبعة دار الكتب .

لا يجد ماء لا يجزئه التطهر بالتييم . ومثل هذا الرأي قد روى عن عبد الله ابن مسعود أيضاً . ولكن عمار بن ياسر كان يرى كفاية ذلك . والذي يشهد لهذا الاختلاف ما روى مسلم في صحيحه : « أن رجلاً أتى عمر فقال : إني أجنب فلم أجد ماء فقال عمر : لا تصل . فقال عمار بن ياسر : أما تذكر يا أمير المؤمنين إذ أنا وأنت في سرية فأجنبنا فلم نجد ماء ، فأما أنت فلم تصل ، وأما أنا فتممكت (أى تمرغت) في التراب ، فقال النبي ﷺ : إنما كان يكتيك أن تضرب الأرض بيدك ثم تنفخه ، ثم تمسح بهما على وجهك وكفيك ؟ فقال عمر : اتق الله يا عمار : قال عمار : إن شئت لم أحدث به » وقد جاء في رواية أن عمر قال له : « نولك ما توليت (١) » وفي هذه الجملة الأخيرة إذن من عمر لعمار برواية هذا الحديث على عهدته كما هو ظاهر ، وظاهر هذا الحديث أن عمر استمر على رأيه ولم يقنع بقول عمار . وكان على ابن أبي طالب وأبو موسى الأشعري وغيرهما من الصحابة على ما روى عمار فيما تقدم .

وقد بقي الخلاف في هذه المسألة وأمثالها بعد عصر الصحابة ، لأن التابعين كانوا يأخذون عن الصحابة ، وكل جماعة منهم كانت تتلمذ لصحابي ، ومعروف أن كل تلميذ يأخذ برأى أستاذه ، ويتعصب له ، فكان التابعون ومن بعدهم على هذا المبدأ ، بل وكانوا أشد من غيرهم فيه . فقد كان الواحد منهم يتمسك برأى إمامه اعتقاداً منه أن إمامه لم يأخذ به إلا عن دليل وليس هناك - بحسب رأيه - دليل في المسألة سواه .

ثبوت صحتها

٣٤ - قد عرفنا أن رواة السنة كانوا يعتمدون على حافظتهم ، فإذا أضفنا إلى هذا أن السنة لم تدون إلا في القرن الثاني الهجري ، على ما هو المشهور ، وأن الناس بفطرتهم يختلفون في قوة الحفظ واستدامته ، كما أنهم يختلفون في ثبوتهم فيما ينقلونه عن غيرهم ، وكذا في مقدار ضبطهم وفهمهم لما ينقلون ، كما أن بعضهم ربما يحدث عن شخص مع أنه لم يسمع منه ،

(١) انظر صحيح مسلم في باب التيمم - مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذرى ج ١ ص ٢٠٣ طبعة أنصار السنة المحمدية .

ولإنما سمع ما حدث به عنه من شخص كان قد سمعه منه . إذا علمنا ذلك أمكننا أن ندرك أن الفقهاء من صحابة ومن غيرهم كان يدخل عليهم عدم الاطمئنان إلى صحة الحديث الذي ينقل إليهم في بعض الأحيان تبعاً لحال من يرويه ، وتبعاً لحال الحديث نفسه من حيث موافقته للقرآن والسنة المشهورة ، وعدم موافقته .

فالراوي الذي يكون واهي الثبوت - قد يروى الحديث عن من لم يسمعه منه ، لأنه قد يكتب بروايته عنه بناء على السماع بأنه قاله . كما أنه قد يكون للراوي حالتان : حالة استقامة يحسن فيها الضبط : أي حفظه لما سمعه بحيث يمكنه استحضاره متى أراد ، وحالة اختلاط في العقل يرتفع فيها الأمان عما يرويه ، ولا نعلم في أي من الحالتين يروى الحديث . أضف إلى ذلك ما قد يكون من الأمور التي تجعل حديث الراوي موضع شك ، كأن يكون مخالفاً في حكمه لظاهر القرآن أو لسنة مشهورة ، أو يكون ضعيف السند . فمن وصله الحديث من طريق صحيحة في رأيه ولم يكن موضع شك عنده - وثق به وعمل بمقتضاه . ومن وصله هذا الحديث من طريق ضعيفة أو كان موضع شك عنده فإنه لا يثق به ولا يعمل بمقتضاه ، ومن هنا كانوا يختلفون ، ومن أمثلة ذلك .

١ - روى البخاري ومسلم في صحيحهما أن عمر لما أشكل عليه ميراث الجدد سأل الناس فقال : « هل منكم من يعلم من رسول الله في الجدد شيئاً ؟ فقال معقل بن يسار المزني : أعطاه السدس . قال عمر مع من ؟ قال : لا أدري . قال : لا دريت . فما تغني إذن » وظاهر من الحديث أن عمر أهمل الأخذ به ، لعدم ثبوت صحته عنده .

وقد كان عمر يرى - اجتهاداً منه - أن يشارك الجدد الأخوة والأخوات بشرط ألا يتقص عن السدس . ثم عاد فرأى أن يشاركهم بشرط ألا يتقص عن الثلث . ولكن ابن عباس وأبا موسى الأشعري وعائشة وغيرهم كانوا يرون - اجتهاداً منهم أيضاً - أن الجدد يحجب الأخوة كما يحجبهم الأب ، لأن القرآن سماه أبا كما جاء في قوله تعالى : « ملة أبيكم إبراهيم » وقوله حكاية عن يوسف عليه السلام « واتبع ملة آباءي إبراهيم وإسحاق ويعقوب »

فيكون الحجب بمقتضى النص عندهم لأن المراد بالأب هو الأصل لا الأب المباشر خاصة حسب المعارف .

٢ - روى في الصحيحين وغيرهما عن فاطمة بنت قيس أنها قالت : طلقني زوجي ثلاثاً فلم يجعل لي رسول الله ﷺ لا نفقة ولا سكنى مع العلم بأنها لم تكن حاملاً ، وقد أنكر عمر عليها قولها . وقال : « لا نترك كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، لقول امرأة لا ندري : لعلها حفظت أو نسيت . لها النفقة والسكنى » ويشير بقوله « لا نترك كتاب ربنا » إلى قوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وقوله تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن » وقد جاء هذا عاماً في المطلقات كيفما كان الطلاق . ومن حيث إنه وجب عليها الإقامة في بيت مطلقها أثناء العدة كان لها النفقة ضرورة احتباسها ، إذ لو لم يكن لها نفقة في هذه الحال لكان في ذلك أعظم الضرر ، والله يقول في هذه الآية نفسها : « ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن » . ويشير بقوله « سنة نبينا » إلى السنة التي رواها عمر نفسه : سمعت رسول الله ﷺ أنه قال : وللمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة » .

وهكذا بين من قول عمر السابق أنه لا يثق بهذا الحديث ، لأنه لا يثق بضبط الراوى ، حيث قال : لعلها حفظت أو نسيت . ولا سيما أنها خالفت مطلق القرآن ، والسنة المشهورة التي يعرفها عمر نفسه ، وكان أسامة ابن زيد يرى رأى عمر . أما ابن عباس ومعه بعض الصحابة فإنهم كانوا يرون أنها لا نفقة لها ولا سكنى : لأن الحديث صح عندهم . ويظهر أنهم كانوا يرون أن الآيات السابقة إنما هي في المطلقة رجعيّاً .

وقد اختلف من كان بعد الصحابة تبعاً لاختلاف الصحابة ، فمن كان يرى رأى عمر في عدم صحة الحديث أخذ بما أخذ به عمر ، ومن كان يرى رأى ابن عباس ومن معه في قبول الحديث أخذ برأيهم . فقد ذهب أبو حنيفة إلى الأول ، وذهب أحمد إلى الثاني . أما الشافعي ومالك فقد ذهبا إلى التفريق بين النفقة والسكنى فقالا : لا نفقة لها ما لم تكن حاملاً واكن لها السكنى ، واعتمدا في السكنى على الآيتين السابقتين ، إذ أنهما بمنطوقهما تدلان على أن لها السكنى ، وأما النفقة فقد اعتمدا في عدم إيجابها على المفهوم من آية

أخرى جعلت النفقة للحوامل فقط وهي قوله تعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن » (١) . فاشتراط الحمل على الإنفاق يدل على عدم الإنفاق إذا لم تكن حاملاً ، ومن ذلك نجد أنهما لم يأخذا برواية فاطمة بنت قيس ، لأن حديثها يخالف القرآن في بعض ما جاء فيه ، وهو السكنى .

ومما ذكر يتبين أن الفقهاء من الصحابة وغيرهم يختلفون في الأخذ بالحديث لاختلافهم في حفظ الراوى ، أو تثبته ، أو لأن الحديث جاء فيه ما يخالف القرآن ، فن صح عنده الحديث أخذ به ووفق بينه وبين ما جاء في القرآن ، ومن لم يصح عنده رده وأفتى بما يؤديه إليه اجتهاده .

مدى العمل بأنواعها

٣٥ - قد عرفنا أن الحديث متواتر وغير متواتر . وأن غير المتواتر هو خبر الآحاد . وقد كان خبر الآحاد ينقسم عند العلماء فيما قبل عصر الترمذى (٢٠٩ - ٢٧٩ هـ) إلى قسمين : صحيح وضعيف . وكان الضعيف ينقسم إلى قسمين : متروك وغير متروك . ولما جاء الترمذى قسم خبر الآحاد إلى صحيح وحسن وضعيف فصار خبر الآحاد منذ عصر الترمذى ثلاثة أقسام . وغير المتروك عند الأقدمين هو الذي سماه الترمذى حسناً . وفي هذا يقول ابن تيمية (٢) : كان الحديث (برید غير المتواتر) في اصطلاح من قبل الترمذى : إما صحيح ، وإما ضعيف . والضعيف نوعان : ضعيف متروك ، وضعيف ليس بمتروك .

وقد عرفنا أن المتواتر : ما رواه جمع يؤمنونواطوهم على الكذب عن مثلهم حتى يصل إلى الرسول ﷺ . أما خبر الآحاد الصحيح فهو الحديث الذي اتصل سنده إلى الرسول ﷺ ، وكان كل من في سنده معروفاً بالعدالة والضبط ، ولم يكن شاذاً ولا معلولاً بعلّة تقدح فيه . والمراد بكونه غير شاذ ألا ينفرد راويه الثقة الضابط مما يرويه الرواة الآخرون . والمراد بكونه

(١) انظر صحيح مسلم ج ١٠ ص ٩٩ طبعة المطبعة المصرية - تفسير القرطبي ج ١٨ ص ١٦٦ - ١٦٧ .

(٢) في كتابه منهاج السنة .

غير معلول بعلّة قادحة - ألا يكون فيه سبب يورث الشك فيه ، وهذه الأسباب كثيرة يعرفها من تبحر في علم الحديث . ومنها أن يكون راويه متهما بعدم الثقاته بمن روى عنه ، أو عدم تثبه من ثقة من روى عنه ، أو ابتناعه في الدين ، أو الاختلاط في العقل . . . إلى غير ذلك مما يقدح في الحديث . وأما الحديث الحسن فهو : ما كان راويه غير متهم بالكذب مع مجيئه من أكثر من طريق ، على أن يكون خالياً من الشنوذ . فهو حينئذ يكون أنزل درجة من الصحيح ، لأن الصحيح يشترط فيه ثبوت العدالة ، فيلزم أن يكون راويه معروفاً بالصدق ، لا غير متهم بالكذب فحسب . وأما الضعيف فهو الذي لا تتوفر فيه شروط الصحة ، ولا شروط الحسن . ومن ذلك المرسل ، والمنقطع ، والموقوف . . . إلى غير ذلك مما ذكر في كتب علوم الحديث .

غير أن بعض العلماء - وهم الحنفية - قد قسموا الحديث غير المتواتر إلى مشهور ، وخبر آحاد . ثم عرفوا المشهور بأنه ما لم يكن متواتراً في عصر الصحابة ثم تواتر في القرن الثاني والثالث : أي بعد عصر الصحابة ، أما خبر الآحاد فهو ما لم يتوافر في عصر من العصور الثلاثة وإن تواتر بعد ذلك . وليس معنى تقديم الأحناف للحديث هذا التقسيم أن المشهور يخرج عن دائرة الآحاد في الاصطلاح العام ، لأن كل ما هو غير متواتر خبر آحاد وإن كان مشهوراً . إلا أن الأحناف رتبوا على كونه مشهوراً أحكاماً لا ترتب على غير المشهور من خبر الآحاد فجعلوه قسماً مستقلاً .

وتعويلاً على ما تقدم فقد اتفقت كلمة العلماء على أن للتواتر يفيد العلم القطعي بوروده عن الرسول . فهو قطعي الثبوت كالقرآن . فيجب العمل به . ولا مجال للاختلاف في الأحكام التي تؤخذ منه إذا كان قطعي اللبنة . مثله في ذلك مثل القرآن ، حتى أنه يجوز نسخ القرآن به .

أما غير المتواتر : سواء منه الصحيح المشهور ، والصحيح غير المشهور فهو أنزل درجة عن المتواتر ، وإذن يكون أنزل من القرآن . وعلى هذا لا يصح أن ينسخه - عند الجمهور - وإن كان يصح أن يخص عامه ، ويقيد مطلقه ، ويبين مبهمه ، ويفسر مجمله . أما الأحناف فقد جعلوا

للمشهور - حسب ما عرفناه عندهم - ميزة فوق غيره من أخبار الآحاد ، لأنه يعطى ظناً قريباً من اليقين ، فهو قريب جداً من المتواتر . ومن هنا قالوا : يصح أن ينسخ به القرآن كما أنه يخص عامه ، ويقيد مطلقه أيضاً دون غيره من أخبار الآحاد .

ولكن يجب التنبيه إلى أن الأحناف لا يجعلون غير المشهور مخصصاً أو مقيداً إلا إذا كان مقارناً للعام أو المطلق ، لأنه إذا لم يكن مقارناً لها يكون ناسخاً تسكياً بمبدئهم في أن التراخي يكون ناسخاً .

ويرى بعض المعتزلة ، ومعهم الخوارج : أن المشهور لا يعدو أن يكون خبر آحاد فلا يفيد إلا مجرد الظن حتى ولو كان قطعي اللبنة ، ضرورة أنه ظني الثبوت ، وعلى ذلك لا يصح أن يكون حاكماً على الكتاب : فلا ينسخه ولا يخص عامه ، ولا يقيد مطلقه ، لأن ما يفيد الظن لا يكون حاكماً على ما يفيد القطع .

وينتج مما تقدم أن أخبار الآحاد يجب العمل بها عند من صححت عنده : فتخصص عام القرآن ، وتقيد مطلقه ولكن لا تنسخه . واكتفاء بهل العمل بها عند من لم تصح عنده ، بل كانت عنده في مرتبة الضعيف . غير أن الحنفية ذهبوا إلى النسخ بالمشهور من أخبار الآحاد ، لأنه في قوة المتواتر .

وإهمال العمل بما يكون ضعيفاً في نظر الفقيه إنما يكون إذا لم ينجر ضعفه . فإذا انجر ضعفه عمل به . وذلك يكون بوروده من طرق أخرى ، أو ورود سنة أخرى صحيحة تدل على معناه . . . إلى غير ذلك مما قرره العلماء . ومن الضعيف ما سموه المرسل ، ولكنهم اختلفوا في العمل به - كما سنبين عند الكلام الخاص به .

٣٦ - ومما تقدم نرى أن العلماء قد يختلفون في الأحكام إذا ما ورد حديث يكون فيه زيادة على الكتاب من ناحية كونه مخصصاً لعامه ، أو مقيداً لمطلقه ، أو ناسخاً لبعض أحكامه ، وذلك ناشئ من اختلافهم في مبادئهم المتعلقة بالحديث كما قد بينا . ومن أمثلة ذلك ما يأتي :

ورد في القرآن الكريم آيتان تفيدان حد الزاني ، إحداهما سابقة على

الأخرى في النزول . أما السابقة فهي قوله تعالى : « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ، فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سيلاً » (١) .

ثم نزلت آية أخرى بعد السابقة خلصت من الإمساك في البيوت إلى حين الوفاة ، وجعلت حد من الجلد مائة جلدة . وهي قوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ، ولا تأخذكم بهما رافة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عندهما طائفة من المؤمنين » (٢) ، فهذه الآية قد بينت حد الزاني وهو الجلد على النحو المذكور في الآية ، فتكون بالنسبة للنساء ناسخة لإمساكهن في البيوت التي قضت به الآية الأولى (٣) وكان مقتضى الحد المذكور في الآية الثانية أن كل زان وكل زانية يتخذ فيه حد الجلد : سواء أكانا محصنين : أي متزوجين ، أم لم يكونا كذلك ، نظراً إلى العموم الذي يفيد لفظ « الزانية والزاني » .

ولكنه قد وردت أحاديث كثيرة تدل على أن هذا الحد المذكور في الآية الثانية خاص بالذي لم يحصن . أما الذي أحصن فإنه يرجم بالحجارة حتى يموت . وفيما يلي بعض هذه الأحاديث .

١ - قد روى مسلم وأبو داود والترمذي عن عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال : « خذوا عني . قد جعل الله لهن سيلاً . البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة . والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » (٤) . وهذا اللفظ لمسلم . فهنا الحد يدل على أن الجلد يكون لغير المحصن مع زيادة هي التغريب منه ، وعلى أن المحصن يجلد ويرجم ، فيكون حد المحصن مغايراً لحد غير المحصن .

٢ - قد روى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه « أن رسول الله ﷺ

(١) آية ١٥ - النساء .

(٢) آية ٢ - التور .

(٣) يرى بعضهم أن هذه الآية غير ناسخة للأولى لأن الأولى ليست في الزنا ، وإنما

هي في السحاق الذي يكون بين المرأتين .

(٤) أنظر صحيح مسلم ج ١١ ص ١٨٨ - ١٩٠ طبعة المطبعة المصرية .

قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام ، وإقامة الحد عليه . وتقييد الحديث بإقامة الحد - وهو الجلد - على من لم يحصن يفيد أن للمحصن حداً آخر ، وهو ما دل عليه الحديث السابق ، كما أنه زاد التغريب عاماً عن الجلد المذكور في الآية .

٣ - وروى البخاري أيضاً عدة أحاديث لم يجيء فيها أكثر من الرجم للمحصن : أي لم يرد فيها الجلد . منها حديث ماعز الذي رواه ابن عباس ، وهو الذي يقول فيه الرسول لما عز بعد أن أخبره أنه زنى لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت . فقال ماعز : لا ، ثم استمر على إقراره . قال ابن عباس فعند ذلك أمر برجمه . ومنها ما روى عن أبي هريرة أن رجلاً أتى النبي ﷺ وهو في المسجد فقال : إني زنيت . فأعرض عنه الرسول حتى كرر ذلك أربع مرات فدعاه الرسول وقال له أباك جنون ؟ قال : لا . قال : فهل أحصنت ؟ قال : نعم . قال النبي ﷺ : اذهبوا به فارجموه إلى غير ذلك من الأحاديث التي اقتصر فيها على الرجم (١) .

وكذلك روى مسلم - في حادثة ماعز - عن جابر بن سمرة أنه قال : رأيت ماعز بن مالك حين جيء به إلى النبي ﷺ رجل قصير أعضل ليس عليه رداء فشهد على نفسه أربع مرات أنه زنى فقال رسول الله ﷺ : فلعلك . قال : لا والله . إنه قد زنى الآخر . قال : فرجمه . ولكن البخاري - كما تقدم - رواه بمعناه عن ابن عباس . وفيه يقول لعلك غمزت ... الخ .

٥ - وقد روى مسلم أيضاً عن بريدة أن امرأة من غامد من الأزدي جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت « يا رسول الله إني قد زنيت فظهرني ، وأنه ردها . فلما كان الغد قالت يا رسول الله لم تردني ؟ لعلك إن تردني كما رددت ماعزا . فوالله إني لحبلى ، قال : إما لا فاذهي حتى تلدى . فلما ولدت أتته بالصبي في خرقة ، قالت هذا قد ولدته . قال إذهي فأرضعيه حتى تظلميه . فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز ، فقالت : هذا يا نبي الله قد فطمته ، وقد أكل الطعام . فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ، ثم أمر بها فحضر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها » .

(١) أنظر صحيح البخاري ج ٨ ص ١٦٥ - ١٦٧ طبعة المطبعة الأميرية .

وقوله ﷺ في الحديث : « إِمَالاً فَادْهَبِي حَتَّى تَلْدِي » معناه إن لا ترجعي عن عزمك ، وأبيت إلا التطهير دون الستر على نفسك والتوبة فادْهَبِي حَتَّى تَلْدِي (١) .

٦ - وكذلك روى مسلم عن عمر بن حصين « أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنى فقالت يا نبي الله أصبت حداً فأفقه علي . فدعا نبي الله ﷺ ولها ، فقال : أحسن إليها فإذا وضعت فاتتني بها ففعل . فأمر بها نبي الله ﷺ فشكت عليها ثيابها ، ثم أمر بها فرجعت .

٧ - وقد روى البخارى ومسلم والترمذى وغيرهم - واللفظ هنا لمسلم - أن أبا هريرة وزيد بن خالد الجهني قالا : إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ ، فقال يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لى بكتاب الله . فقال الخصم الآخر - وهو أفقه منه - : نعم فاقض بيننا بكتاب الله ، واثذن لى . فقال رسول الله ﷺ : قل . قال : إن ابني كان عسيفاً (أجييراً) على هذا ، فزنى بامرأته . وإنى أخبرت أن على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة (جارية) . فسألت أهل العلم فأخبروني أنما على ابني جسد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم . فقال رسول الله ﷺ : والذي نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله . الوليدة والغنم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام . واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها . قال : فغدا عليها فاعترفت . فأمر بها رسول ﷺ فرجعت (٢) .

٣٧ - ومن هنا حصل خلاف بين الفقهاء - بعد الصحابة - في الرجم . فقد أجمع الفقهاء - غير الخوارج وبعض المعتزلة - على وجوب جلد الزانى البكر ، ورجم المحصن . أما الخوارج وبعض المعتزلة فقد رأوا

(١) كلمة (إِمَالاً) ترد في المحاورات . وأصلها : إِمَالاً . و (ما) هنا زائدة ، وأدغمت النون في (ما) . والمعنى : إن لا تفعل هذا فليكن هذا .
(٢) أنظر في هذه الأحاديث صحيح البخارى في كتاب المحارِبِينَ من أهل الكفر والردة ، وصحيح مسلم ج ١١ ص ٢٠٦ - المطبعة المصرية . وأنيس الذى ذكر في الحديث الأخير هو أنيس بن الضحاك صحابى مشهور .

أن المحصن لا يرمم ، لأن الآية الثانية - التى هى ناسخة للأولى - لم تذكر إلا الجلد . أما الأحاديث فهى أخبار آحاد وليس فيها متواتر ، فلا يجوز تخصيص القرآن بها ، بناء على مبدئهم الذى قدمناه . وأما غيرهم من الفقهاء الذين أجمعوا على تغاير الحد بين المحصن وغيره ، فجعلوه في المحصن الرجم ، وفي غيره الجلد - وإن كان بعضهم قد زاد في غير المحصن النقي كما أن بعضاً آخر زاد للمحصن الجلد مع الرجم - فإنهم اختلفوا في طريق تخصيص الآية بهذه الأحاديث . فمنهم من رأى أن بعض هذه الأحاديث مشهور ، فيخصص بها القرآن أو يلسخ ، ومن هؤلاء الحنفية . ومنهم من رأى - تمشياً مع مبدئه الذى قدمناه - أنها كلها أخبار آحاد صحيحة ، وحينئذ يخصص بها القرآن ما لم تعارض بما يضعفها ، وهى هنا كذلك .

ولكننا حينما نستعرض الأحاديث التى ذكرناها سابقاً نجد أن بعضها قد ذكرت التغريب مع الجلد في عقوبة غير المحصن . وذكرت الجلد مع الرجم في عقوبة المحصن . ومقتضى هذا أن الحد لغير المحصن كان الجلد مع النقي مدة عام ، وأنه كان للمحصن الجلد والرجم جميعاً ، مع أن آية النور - وهى التى ذكر فيها الحد ، وقد اتفقوا على أنها ناسخة لآية النساء - ليس فيها عقاب للزانى إلا الجلد . وعلى هذا يجب أن نبحت في شأن هذه الزيادة التى جاءت بها الأحاديث المذكورة ولم تنبئ في الآية . وهى : الرجم للمحصن مع الجمع بينه وبين الجلد له ، والجلد لغير المحصن مع الجمع بينه وبين التغريب له .

أما الرجم للمحصن فقد جاءت به أحاديث كثيرة بلغت - على ما يقول بعضهم - حد الشهرة . وقد قرر جمهور العلماء - ومنهم الشافعية - أن أخبار الآحاد يعمل بها متى صححت وإن لم تشتهر . وتكون حينئذ مخصصاً لعام الكتاب . أما الحنفية فإن التخصيص عندهم لا يكون إلا بكلام مستقل متصل . أما إذا كان مستقلاً منفصلاً : أى مترخياً فإنه يكون ناسخاً . وعلى ذلك لا يصح إخراج بعض أفراد العام بكلام مستقل منفصل أو الزيادة عليه إلا بقرآن أو سنة متواترة أو مشهورة ، بناء على مذهبهم أن النسخ للكتاب لا يكون إلا بواحد مما ذكر .

٣٨ - وبناء على اختلاف الفقهاء في المبدأ الذي ذكرناه نجد أن الفقهاء - من حيث الرجم للمحصن - قد اختلفوا : فرأى غير الحنفية أن آية النور التي ذكر فيها الجلد ولم يذكر غيره قد خصت بهذه الأحاديث فصارت خاصة بغير المحصن ، أما المحصن فحده يؤخذ من الأحاديث : أي أنه ليس كل الزناة يجلدون كما هو مقتضى الآية ، بل يخرج منهم المحصنون عن طريق تخصيص عموم الآية بهذه الأحاديث . ويكون حد المحصن مأخوذاً من هذه الأحاديث ، وهو الرجم حتى الموت .

٣٩ - أما الحنفية فقد سلكوا طريقاً آخر في إخراج المحصن ، وذلك أنهم قالوا : إن العموم باق على حاله في الآية . ولكنه صار يقصد منه بعض ما تناوله : إما لأنه قد نسخ حكم بعض ما تناوله بقوله ﷺ : « والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » وما روى بمعناه من الأحاديث ، لأنها مشهورة ، وتتعارض مع الآية في بعض أفراد العام . وهي كلام مستعمل منفصل . فيصح النسخ بها . وإما لأنه من باب إطلاق العام على بعض أفراده تجوزاً ، ويصير الحديث السابق قرينة على إرادة هذا المعنى ، لأنه لما نزلت آية الجلد للزاني في سورة النور قال الرسول : « خلوا عنى . قد جعل الله لمن سبىلاً : البكر بالبكر جلد مائة ونقى سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » . والنتيجة العملية بين الفريقين هنا واحدة ، إذ أنهم متفقون على رجم المحصن .

٤٠ - أما الخوارج وبعض المعتزلة ، وهم يجيزون تخصيص القرآن بأخبار الآحاد ، وعندهم أن المشهور ليس إلا خبر آحاد ، لأنه غير متواتر ، فإنهم لا يقولون برجم المحصن كما قدمنا .

٤١ - وأما من حيث الجمع بين التغريب والجلد لغير المحصن ، والجمع بين الجلد والرجم للمحصن ، وهي الزيادة التي جاءت في بعض الأحاديث ، فلم يكن الفقهاء فيه على رأي واحد : فمنهم من رأى الجمع بين الجلد والتغريب لغير المحصن والجمع بين الجلد والرجم للمحصن ، ومن هؤلاء الإمام أحمد . وهو مذهب علي رضي الله عنه ، وأبي بن كعب ، وداود الظاهري وغيرهم ، وقد أخذوا في ذلك بمجموع الكتاب والسنة فأعملوها جميعاً إذ لا تعارض

بين القرآن والسنة في هذا ، لأن ما جاء في السنة زيادة لم يحىء القرآن بما يناقضها ، ولذا روى عن الإمام علي أنه لما رفع إليه أمر شراحه الهمدانية - وكانت قد زنت وهي ثيب - جلدها يوم خميس ، ورجمها يوم الجمعة . ولما سئل عن ذلك قال : « جلدها بكتاب الله ورجمها بسنة رسول الله » . وهذا يدل على أنه يرى بقاء العموم في آية النور ، والعمل بالزيادة التي جاءت في الأحاديث لأنه يرى عدم التعارض بينهما .

ومنهم من رأى الجمع بين الجلد والتغريب لغير المحصن ذكراً أو أنثى ولم ير الجمع بين الجلد والرجم للمحصن . وهو مروى عن عمر وعثمان رضي الله عنهما ، وبه أخذ الإمام الشافعي وأبو ثور . ووجه هؤلاء أن الأحاديث التي دلت على رجم المحصن دون جلده صحيحة ، وكثرتها - عندهم - تجعلها أرجح ، وهي الأحاديث التي رويت عن غير عبادة بن الصامت - وقد جاء فيها رجم فاعز والغامدية والجهنية وصاحبة العسيف - ولم يذكر فيها مع الرجم جلد ، فضلاً عن أن حديث عبادة - الذي ذكر فيه الجلد مع الرجم - كان أول الأحاديث التي ذكر فيها حد للمحصن ، والأحاديث الأخرى كانت آخر الأمرين من رسول الله ﷺ ، فاعتبرت ناسخة للجلد مع الرجم الذي جاء في حديث عبادة^(١) . فضلاً عن ذلك فإن القياس يؤيده ؛ لأن الغرض من الرجم القتل . فالجلد معه عبث ، ولأن الحدود المختلفة إذا اجتمعت ومنها قتل يسقط ما عداه . ومن هنا ضعفوا ما روى عن علي ، أو أولوه بأنه لما جلدها كان لا يعلم بأنها محصنة . فلما علم رجمها في اليوم التالي . واكن هذا التأويل يضعفه قول علي : جلدها بكتاب الله ، ورجمها بسنة رسول الله مع ملاحظة أن الإمام لا يقدم على إقامة الحد إلا بعد أن يستوثق من حال من سيقم عليه الحد ، ولذلك كان الرسول يسأل من يقر بالزنى : هل أحصنت ؟ كما فعل مع الرجل الذي أقر بالزنى في المسجد .

وأما التغريب لغير الثيب مع جلده فلأن حديث صاحبة العسيف - وقد قيل إنه متأخر عن حديث عبادة - جاء فيه التغريب لهذا العسيف مع الجلد .

(١) أنظر المفتي لابن قدامة ج ١٠ ص ١٢٥ .

٤٢ - وقد يقال هنا إن التغريب كان تعزيراً بتخله الإمام للمصلحة، فإذا تغيرت المصلحة وكانت في عدم التغريب يرجع عنه ، لأنه ليس من جملة الحد ولو كان من جملة الحد لذكر في آية النور التي قلنا إنها أصبحت دالة على حد غير المحصن بعد التوفيق بينها وبين الأحاديث التي دلت على ضرورة رجم المحصن .

ومنهم من رأى التغريب للرجل وعدم التغريب للأنثى ، ووجهه ظاهر بعد الذي قدمنا : من أنه يصلح أن يكون للتعزير ، لأنه يرى أن تعزير الأنثى بالتغريب فيه إغراء لها على الفاحشة ، لعدم وجودها بين من تخاف بطشهم : من أهلها وعشيرتها . وبهذا قال مالك والأوزاعي .

وهناك طائفة أخرى رأت أن الحد في البكر هو الجلد فقط ، وفي المحصن هو الرجم فقط ، وقد أخذ بهذا الرأي الحنفية ، وهو رأى ابن مسعود والنخعي ، والزهرى .

وقد نظر أصحاب هذا الرأى إلى أن الحد المذكور في القرآن الخاص بالبكر هو الجلد فقط وأن الأحاديث التي دلت على التغريب مع الجلد إما منسوخة ، وإما ضعيفة فلا تقوى على الزيادة على الكتاب . وكون بعض الأحاديث الدالة على التغريب مشهورة فتصح الزيادة بها على الكتاب غير ملزم لهم لأن محل ذلك إذا كان فيها زيادة تثبت ما سكت عنه القرآن . أما إذا كانت الزيادة معارضة للقرآن فهي ممنوعة . وهذه الأحاديث المشهورة اقتضت النوع الثاني لأن آية « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » تتضمن شرطاً وجزاء . أما الشرط فهو من (ال) في الزانية والزاني . وأما الجزاء ، فهو من قوله فاجلدوا ، ومثل هذا يدل على أن الحد كله هو الجلد المذكور فقط ، ضرورة أن جزاء الشرط لا يكون متحققاً إلا إذا وقع كله (١) ، وحينئذ تكون الأحاديث الدالة على أن الحد هو مجموع التغريب والجلد معارضة لنص القرآن لا آتية بأزيد منه . ومثل ذلك ممنوع .

٤٣ - ولكن الأستاذ الشيخ الزفزاف يرى (٢) اعتراضاً على ما قالوا ، وهو

(١) أنظر فتح القدير ج ٤ ص ١٣٤ .

(٢) أنظر محاضراته في الفقه المقارن لقسم الدكتوراه جامعة القاهرة عام ١٩٦٥ .

أنهم يقولون : إن الأحاديث المشهورة تنسخ القرآن . ونحن نعرف أنه لا نسخ إلا عند التعارض . فكيف يقولون : إن التعارض هنا ممنوع ، فلا تقبل هذه الأحاديث بعد ادعاء شهرتها .

٤٤ - وأما الافتصار على الرجم في المحصن فقد بينا أن الأحاديث الدالة على الجلد مع الرجم كانت متقدمة على الأحاديث التي دلت على الاكتفاء بالرجم ، وإذن تكون منسوخة . وبعضهم يدعى أن الاكتفاء بالرجم ثبت بالإجماع . وهو متقوض بأن الصحابة والتابعين ومن بعدهم قد اختلفوا في هذا . فأين هذا الإجماع ؟ ويظهر أن الإجماع كثيراً ما كان تكأة من لا تكأة له .

ويكفينا هذا في التمثيل لأخبار الآحاد الصحيحة ، وقد تبينا أن اختلاف الأئمة في الأحكام التي تؤخذ منها راجع إلى اختلاف نظرهم إليها من حيث الزيادة بها مطلقاً . أو الزيادة بها إن اشتهرت ، أو النسخ بها . والآن نتكلم على نوع من الضعيف كثر اختلافهم فيه فاختلفوا في الأحكام التي تؤخذ منه ، وهو الحديث المرسل .

الحديث المرسل

٤٥ - قد ذكرنا فيما تقدم أن الحديث المرسل من أنواع الحديث الضعيف . وقد اختلف المحدثون والفقهاء في المراد بالحديث المرسل فقال المحدثون : هو الحديث الذي لم يذكر فيه اسم الصحابي الذي سمعه من الرسول ﷺ . فالسلسلة فيه تامة ما عدا اسم الصحابي أما الفقهاء فقد قالوا : إنه ما ترك فيه ذكر راو أو أكثر من أى موضع كان . وعلى ذلك لو قال التابعي : قال رسول الله ﷺ كذا - يكون مرسلًا عند المحدثين والفقهاء جميعاً . وإذا قال من بعد التابعين من أى عصر : قال رسول الله ﷺ كذا - كان مرسلًا عند الفقهاء ، ومنقطعاً عند المحدثين إن كان المتروك واسطة واحدة ومعضلاً إن كان المتروك أكثر من واحد .

والمرسل على اصطلاح الفقهاء منه ما هو مرسل من الصحابي ومنه ما هو مرسل من غيره . فرسل الصحابي كأن يقول الصحابي : قيل لى : إن رسول الله فعل كذا ، أو قال كذا ، أو يخبر عن شيء فعله الرسول أو أقره ،

وكان مما يعلم أنه لم يحضره لصغر سنه ، أو لتأخر إسلامه ، أو غير ذلك ، كسفر في ذلك الحين مثلاً ، بل إن بعض العلماء يقول : لو قال الصحابي : قال رسول الله كذا ، دون أن يقول : سمعته قال كذا - يكون من مرسل الصحابي ، وهذا خلاف الظاهر ، لأن الظاهر يقضي بأنه لو قال ذلك يكون قد سمعه من الرسول بنفسه .

وقد اختلف الفقهاء في الأخذ بالمرسل ، فقال الظاهرية ، لا يؤخذ به مطلقاً ، أما غيرهم فعلى التفصيل الآتي :

أما مرسل الصحابي فقد اتفقت كلمة الفقهاء - غير الظاهرية - على الأخذ به ، نظراً إلى أن الظاهر أنه مروى عن صحابي آخر ، والصحابة بحسب الظاهر كلهم عدول ما لم يظهر مطعن ، فلا محل للطعن فيه ، ولكن وردت رواية عن الشافعي تدل على الاحتياط في هذا أيضاً ، فإنه قد حكى عنه أنه قال : « إذا قال الصحابي : قال رسول الله ﷺ كذا وكذا قبلت ، إلا أن أعلم أنه أرسله (١) » فهذه العبارة تدل على أن الشافعي لا يأخذ بمرسل الصحابي إذا تبين له أنه أرسله ، ولكن المعروف عن مذهبه هو الأول .

وأما مراسيل الصحابة فمنها ما هو مرسل من التابعين أو تابعيهم ، ومنها ما هو مرسل ممن بعد هذين القرنين . وقد اختلف الفقهاء في الأخذ بهذا النوع من المرسل . فقال الشافعي ، لا يقبل إلا إذا اقترن به ما يقويه . وذلك بأن يتأيد بآية ، أو حديث مشهور ، أو يوافق قياساً ، أو قول صحابي أو تلقته الأمة بالقبول ، أو عرف من حال من أرسله أنه لا يروى إلا عن مسلم من العلل ، إلى غير ذلك من المقويات الأخرى ، كثبوت اتصاله من طريق آخر . ولهذا قال الشافعي : « أقبل مراسيل ابن المسيب لأنني اتبعتها فوجدتها مسانيد » وقال الحنفية ومالك ، وأحمد في رواية عنه : تقبل مراسيل التابعين وتابعيهم ، اعتماداً على أن الرسول ﷺ قد شهد لهم بالعدالة ، فقد روى أنه قال : « خير القرون قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، والآخرون أراذل (٢) » وقد استدلوا لهذا بعدة أدلة أخرى

(١) أنظر ص ٢٥ ج ٢ من شرح عبد العزيز البخاري لأصول البردوي .

(٢) أنظر الجامع الصغير حرف الخاء للسيوطي .

مدونة في كتب الأصول . أما من بعد تابعي التابعين فلا يقبل مرسلهم إلا إذا ثبت قوته بمرجح .

٤٦ - ومن هنا حصل اختلاف بين العلماء في الأحكام التي يدل عليها الحديث المرسل . ومن أمثال ذلك اختلافهم فيما يكون على المتطوع إذا أفسد صومه ، فمنهم من قال : يلزمه القضاء ، ومن هؤلاء الحنفية والمالكية . ومنهم من قال : لا يجب عليه القضاء . ومنهم الشافعية والحنابلة . وذلك لما روى عن عائشة رضي الله عنها من طريق الزهري قال « بلغني أن عائشة وحفصة أصبحتا صائمتين متطوعتين فأهدى لها طعام فأفطرتا عليه ، فدخل عليهما النبي ﷺ . قالت عائشة : فقالت حفصة : يا رسول الله إني أصبحت أنا وعائشة صائمتين متطوعتين وقد أهدى لنا هدية فأفطرتنا عليهما » فقال رسول الله ﷺ : « إقضيا مكانه يوماً آخر » وقد قال البيهقي : « هذا الحديث رواه الحفاظ من أصحاب الزهري عنه هكذا ، منقطعاً بينه وبين عائشة وحفصة » ثم ذكر رواته عن الزهري ، وهم مالك وأبو جريح وبيحي ابن سعيد وسفيان بن عيينة ، وغيرهم . ثم رواه البيهقي من طريق آخر عن الزهري عن عروة بن الزبير عن عائشة أنها قالت : « كنت أنا وحفصة صائمتين ، فعرض لنا طعام فاشتبهنا فأكلنا ، فدخل علينا رسول الله ﷺ فبدرته حفصة - وكانت بنت أبيها حقاً - فقصت عليه القصة فقال رسول الله ﷺ إقضيا يوماً مكانه (١) .

فالحديث في الرواية الأولى ظاهر الإرسال ، لأن الزهري - وهو تابعي - يقول فيه : بلغني أن عائشة وحفصة . . . الخ ومعنى هذا أنه لم يسمعه من عائشة ولا من حفصة ، ولم يذكر اسم الصحابي أو التابعي الذي رواه عن عائشة . أما الرواية الثانية فظاهرة الاتصال ، ولكن قد أعلها العلماء بأن الزهري سأله بعض التابعين : هل سمع ذلك من عروة ؟ فقال : لم أسمع من عروة في هذا شيئاً ، ولكن ، حدثني ناس في خلافة سليمان ابن عبد الملك عن بعض من كان يدخل على عائشة أنها قالت : أصبحت أنا وحفصة صائمتين . . . الخ الحديث » وحيث لا يكون الزهري قد

(١) أنظر نصب الرواية ج ٢ ص ٤٦٦ - ٤٦٧ .

رواه عن عروة ، بل رواه عن بعض الناس ولم يُسمه ، كما أنه لم يسمعه من عائشة . فيكون مرسلًا في هذه الرواية أيضاً .

وعلى هذا فقد اختلف الفقهاء في الحكم تبعاً لاختلافهم في الأخذ بالمرسل فقال الحنفية : يجب القضاء على من أفسد صوم التطوع ، وذلك لأخذهم بهذا الحديث . وقال الشافعية بعدم وجوب القضاء ، لأن هذا الحديث لم يتأيد عندهم بما يقويه من المقويات التي ذكرناها سابقاً (١) .

العمل بالحديث الضعيف غير المرسل :

٤٧ - مقتضى القواعد أن الحديث الضعيف لا يعمل به ، ولكن هذا ليس على إطلاقه ، فإن الحديث الضعيف قد يتقوى ، وذلك بأن تعدد طرقه . بشرط ألا يكون الضعف ناشئاً من أن أحد رواه كذاب أو فاسق . وألا تكون الطرق المتعددة مثله في ذلك ، لأنه حينئذ لا ينجبر بتعدد هذه الطرق ، لدخول الطعن عليها كلها من ناحية كذب راويها أو فسقه . وكذلك إذا كثرت الشواهد التي ترفعه إلى درجة القبول ، بأن يروى معناه من طرق أخرى ، أو أن يوافق القياس . وحينئذ يبيح الاختلاف بين العلماء من ناحية صحة هذه المقويات عندهم أو عدم صحتها .

ومن أمثلة ذلك ما رواه معقل بن سنان في بروع بنت واشق ، أن زوجها هلال بن مرة مات عنها قبل أن يدخل بها ، ولم يكن سمى لها مهراً ، فقضى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بمهر مثل نساها ، وأن لها الميراث ، وعليها العدة . وما يستأنس به لضعفه أن علياً رضي الله عنه رد هذا الحديث وقال : « ما نضع بقول أعرابي يؤول على عقبيه » .

٤٨ - وقد أخذ الحنفية بهذا الحديث على ضعفه ، لأنه وافق القياس عندهم ، إذ أنهم يعتبرون الموت مثل الدخول بالزوجة في تأكيد المهر وثبوته ، قياساً على تساويهما من حيث وجوب العدة بكل منهما . وإلى هذا الرأي كان

(١) ينبغي التنبيه إلى أن الذين رأوا الأخذ بالمرسل لم يقولوا : يجب الأخذ به دائماً ، بل كثيراً ما يتركون العمل به ، أو يتركه بعضهم ، وذلك إذا وجدوا في بعض رجال السند علة تفتح فيه ، في حين أن يتقبله آخرون لأنهم يرون أن العلة المذكورة لم تصح ، أو أنها علة غير قاطعة فيه .

يذهب ابن مسعود والثوري وإسحاق بن راهويه ، وبه أخذ أحد أيضاً . ولكن الشافعية لم يعملوا به لضعفه وعدم وجود ما يقويه ، ولأنه يعارض قياساً آخر عندهم . وهو أن المعقود عليه إذا عاد سالماً إلى صاحبه لا يستوجب عوضاً ، وأن المهر لا يجب إلا بناء عن تراض على قدر معين ، أو بفرض القاضي ، أو استيفاء المعقود عليه ، وكل هذا لم يحصل هنا .

٤٩ - ونحن إذا نظرنا نجد أن هذا الحديث قد رواه الترمذي والنسائي وأبو داود وابن ماجه ، ورواه البيهقي في سننه . وقد روى من عدة طرق وعلى هذا يكون تعدد الطرق مقوياً له كما قدمنا . ولكن يظهر أن أئمة الحنفية لم يكونوا يعلمون أن له هذه الطرق فقوموه بموافقته للقياس . ووجه ضعفه عند الشافعية اختلاف الرواة في معقل بن سنان ، فمرة قال الراوي : معقل بن سنان ، ومرة قال راو آخر : معقل بن يسار . ومرة قال راو ثالث : عن بعض أشجع . ولكننا إذا نظرنا نجد أن مثل هذا الاختلاف لا يطعن في الحديث ويجعله ضعيفاً لا يؤخذ به لأن جميع هذه الروايات إسنادهما صحيح ، وفي بعضها ما دل على أن جماعة من أشجع شهدوا بذلك (١) . وحسبنا أن يشهد جماعة بذلك . أما اختلاف الرواة فلا يضر ، لأن بعضهم قد يسمى راوياً ، وبعضهم يسمى آخر ، وبعضهم لا يسمى . ومثل هذا لا يرد به الحديث .

المطلب الثاني

اختلاف الفقهاء في فهم المراد من النصوص

نريد من النصوص الكتاب والسنة . والسنة منها ما هو فعلي ، ومنها ما هو قولي . وقد كان لا بد أن يختلف الفقهاء أحياناً في المراد من النص القرآني ، ومن السنة جميعاً ، لأن الناس تختلف أنظارتهم وثقافتهم وعلمهم باللغة ، ويتباينون في البيئات التي تكون فيهم العرف والعادة . وهذا يؤدي إلى اختلافهم في فهم المراد من النص ، ومتى اختلفوا في فهم المراد منه اختلفوا في الأحكام التي تستنبط من هذا النص :

(١) أنظر كتاب نصب الرأية ج ٣ ص ٢٠١ - ٢٠٢

ونظراً إلى أن القرآن قولى فقط ، وأن السنة فعلية وقولية ، ودلالة الأفعال ليست كدلالة الأقوال فى الوضوح - كان الخلاف فى السنة الفعلية أكثر وأشد من الاختلاف فى النصوص القولية ، كتاباً أو سنة ، وسنكلم على اختلافهم فى كل من الفعلى والقولى فيما يلى :

اختلافهم فى المراد من النصوص الفعلية

٥٠ - إذا استعرضنا أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم نجدها ترجع إلى أمرين ، أفعال جاءت بعد نص قولى من كتاب أو سنة قولية ، أو جاءت غير مسبقة بذلك .

أما التى سبقت بنص قولى فهى مبينة لهذا النص ، فىكون حكمها كحكم هذا النص ، فإن كان النص دالاً على الوجوب كانت هى كذلك ، ومثال ذلك أن الله قد أمر رسوله بقطع يد السارق فى قوله « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » وقد نفذ الرسول هذا الأمر فى السارق فقطع يده من عند الكوع ، وكذلك أمر الله بإقامة الصلاة : فقال : « أقيموا الصلاة » ، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » ، وكان قد صلى أمام أصحابه ثم صلى بعد ذلك المرة بعد المرة أمامهم . وما دام القطع واجباً بنص القرآن ، والصلاة واجبة كذلك ، وقد فعل الرسول كلا الأمرين كان فعله هذا واجباً ، لأن المبيّن يأخذ حكم القول المبيّن .

٥١ - وكان مقتضى ما تقدم ألا ينشأ خلاف بين الفقهاء فى ذلك . ولكن الأفعال التى يأتىها الرسول لبيان نص متعددة النواحي ، فمنها ما قد يكون إتيانه بحكم العادة ، ومنها ما يكون الرسول قد أثناه تطوعاً للتقرب من الله ، ومنها ما يكون قد دعت الضرورة إليه حتى يتم الواجب على الوجه الذى لا مرية فيه . ومن هنا كانت هذه الأفعال ماثراً للخلاف بين الفقهاء ، فمنهم من يعتبرها أفعالاً عادية ، ومنهم من يجعلها من القربات ، ومنهم من يجعلها واجباً ، ومنهم من يجعلها سنة يتم الفرض - الذى هى بعض أعماله - بدونها . وذلك لورود آثار فهم منها كل منهم ما يتفق مع رأيه ، أو لوجود قرائن عنده تدل على ذلك ، وأوضح الأفعال فى اقتضاء هذا الاختلاف أفعال الحج وغيره من العبادات . وإليك أمثلة توضح ما ذكرنا .

طاف الرسول صلى الله عليه وسلم طواف القدوم^(١) حين دخل مكة ففهم مالك وأبو ثور وبعض الشافعية أن هذا فرض ، وقد اعتمدوا فى ذلك على قوله تعالى « وليطوفوا بالبيت العتيق » ويقوله صلى الله عليه وسلم « خذوا عني مناسككم » وما دامت الآية قد أمرت بالطواف ، والرسول قد قال : خذوا عني مناسككم ، وكلاهما يدل بمقتضى الأمر على الوجوب ، والرسول قد طاف طواف القدوم . فإن هذا الطواف يكون واجباً ، لأنه بيان لنص . ولكن الحنفية وبعض الشافعية رأوا أن هذا سنة ، وقد اعتمدوا فى ذلك على أن الآية نزلت فى طواف الزيارة^(٢) لا طواف القدوم . والحديث لودل على الوجوب - بمقتضى الأمر الذى فيه - لاقتضى أن يكون كل عمل من أعمال الحج واجباً ، ضرورة أن المناسك تشمل كل أعمال الحج . والفقهاء متفقون على أن منها ما ليس بواجب ، وعلى هذا سقط الاستدلال على الفرضية بالآية والحديث معاً .

٥١ - وهذا ما يتعلق بالأفعال التى جاءت بصدد تنفيذ نص . أما الأفعال التى جاءت غير مسبقة بنص فبجال الخلاف فيها كان أوسع . فبعضهم جعلها واجبة ، وبعضهم جعلها سنة ، وبعضهم جعلها مباحة ، وذلك مثل طريقته فى الأكل والشرب واللباس والنوم وغير ذلك من الأمور العادية .

ويظهر أن منشأ الخلاف هنا هو تشدد بعضهم فى التأسى به ﷺ ، واتجاه بعض آخر إلى أن هذا نوع من القربات التى لا دليل على وجوبها ، واتجاه بعض ثالث إلى أن هذا من الأمور العادية التى لا شأن لها بالتشريع .

هذا ما كان من أمر هذا الاختلاف مع أن الواجب فى المسائل التشريعية أن ينظر الفقهاء إلى أفعاله ﷺ من حيث ما يحوطها من قرائن تدل على

(١) طواف القدوم هو : الطواف بالبيت سبعة أشواط لمن قدم مكة ، ويسمى أيضاً طواف التحية .

(٢) طواف الزيارة هو : الطواف بالبيت فى أول أيام النحر أو الثانى أو الثالث بعد رمى الجمار . وهو سبعة أشواط كذلك ، ويسمى أيضاً طواف الإفاضة .

أنها من الأمور التشريعية . فقد كان الرسول لا يأكل بعض الأشياء لأنه يعافه فقط ، فهل نقول : إن أكله حرام ؟ هذا ما لا يصح أن يكون .

اختلافهم في المراد من النصوص القولية

٥٢ - قد بينا فيما تقدم اختلافهم في فهم المراد من فعله بالتحريك ، وأثر ذلك في اختلافهم في الأحكام . والآن نوضح اختلافهم في المراد من النص القولي : سواء أكان كتاباً أم سنة ، وأثر ذلك في اختلافهم في الأحكام .

لو كانت اللغة العربية لغة قبيلة واحدة لكانت مفرداتها نصاً في المراد إذا كانت تعبيراتها كلها حقيقية لا مجاز فيها ، وكان طريق فهمها واحداً ، بحيث تدل بوضعها دلالة قطعية على أن العام يقصد منه جميع أفرادها إذا لم يوجد ما يخصه ببعض الأفراد ، وكذلك يدل قطعاً على الباقي بعد خروج ما دل عليه المخصص . لو كان كل ذلك متحققاً لكان النص صريحاً في المراد ، ولا كان هناك اختلاف في فهم المراد منه . ولكن كل ذلك لم يكن ، لأن العربية لما دونت جمعت من قبائل متعددة ، ولكل قبيلة مدلولات خاصة للألفاظ المتحدة ، كما في لفظ القرء ، فإنه عند قبيلة بمعنى الطهر ، وعند أخرى بمعنى الحيض . وبها الحقيقة والمجاز ، وطريق فهم المراد من مفرداتها وتعبيراتها تختلف فيه أنظار المفسرين . ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء في المراد من النصوص التي ليست قطعية الدلالة . وبناء على ذلك اختلفوا في الأحكام التي استنبطوها من هذه النصوص . ولكل منهم وجه في ترجيح ما يراه مراداً . وسنورد فيما يأتي أهم ما اختلفوا في المراد منه فاختلفوا في الأحكام تبعاً لذلك ، مع ذكر أمثلة له . وهي : المشترك ، والعام ، والمقتضى ، والطلب ، والنهي . . . وغيرها مما سنبينه .

المراد من المشترك (١)

٥٣ - المشترك لفظ مفرد جاء في اللغة دالاً على أكثر من معنى ، ولكنه وضع لكل معنى بوضع خاص . وذلك كلفظ القرء ، فإنه وضع دالاً على الطهر ، بوضع خاص . كما أنه قد جاء في اللغة بوضع آخر دالاً على الحيض . وقد ورد هذا اللفظ في القرآن والسنة . فاختلفوا في المراد منه

كما في قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فذهبت عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والزهرى وغيرهم ، وكذلك مالك والشافعى وأبو ثور وداود الظاهري إلى أن المراد منه الطهر . وقد استدلوا بقوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن » أي في عدتهن ، فاللام للتوقيت : أي وقت عدتهن . ووجه استدلالهم بهذا أنه لا خلاف في أن الرسول أمر بأن يكون الطلاق في الطهر حينما قال لعمر - لما طلق ابنته عبد الله امرأته في الحيض - « مره فابراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس . فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء (١) . فهذا الحديث يدل على أن الطهر هو الذي يسمى عدة ، لأنه لا خلاف في أن الحيضة التي حصل فيها الطلاق لا تحسب من العدة ، ولكن إذا طلق في طهر لم يمس فيه فإن ما بقي من الطهر يحسب ولو كان لحظة ، كما هو رأى جمهور القائلين ، إن القرء هو الطهر .

ثم إن على رأيهم هذا يكون الطهر الثاني هو الذي جاء بعد الحيضة التي تلت الطهر المطلق فيه ، وهذه الحيضة هي الأولى . ثم يكون الطهر الثالث بعد الحيضة الثانية ويستمر الطهر الثالث من العدة فإذا رأت الدم في الحيضة الثالثة انتهت عدتها وحلت للأزواج . ويستدلون أيضاً - زيادة على ما سبق - بأن لفظ ثلاثة عدد مؤنث ، وهذا إنما يكون إذا كان المعدود مذكراً ، والمذكر هو القرء إذا كان بمعنى الطهر ، لأنه إذا كان بمعنى الحيض كان مؤنثاً ، لأن الحيضة مؤنثة .

وذهب الخلفاء الراشدون إلى أن المراد بالقرء الحيض ، وكذلك عبد الله ابن عمرو وعبد الله بن مسعود وكثير من الصحابة والتابعين ، وإليه ذهب الحنفية وأحمد في رواية .

وقد استدلوا على ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبي حبيش - وكانت قد سألته عن الصلاة لأنها كانت لا تطهر من الحيض -

(١) رواه البخارى ومسلم ومالك وأبو داود والترمذى والنسائى . انظر جامع الأصول للجزرى ج ٨ ص ٣٧٥ - ٣٨٠ طبعة مطبعة أنصار السنة المحمدية .

(١) انظر هامش (١) ص ٨٥ .

« فانظري ، فإذا أتاك قروك فلا تصلي ، وإذا مر قروك فتطهري ثم صلي ما بين القراء إلى القراء^(١) » فقد استعمل القراء في الحيض . واستعماله ^{بالتالي} فيه يدل على أن الشارع قد خصصه في عرف الشرع بالحيض دون الطهر ، ومن المعروف أن الألفاظ الشرعية تدل على ما خصصها به الشارع . وكذلك استدلوا بقوله تعالى « واللأئي يتسنن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعلتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن » ، فالذي يكون ميثوساً منه ويستعاض عنه بالأشهر هو الحيض . فضلاً عن أن العدة إنما شرعت في الأصل لتعرف براءة الرحم من الحمل ، وذلك إنما يكون بالحيض .

وهكذا نرى أنهم اختلفوا في الحكم بسبب اختلافهم في المراد بالمشترك هنا وهو القراء .

٥٤ - ومن ذلك أيضاً لفظ اليد ، فإنه مشترك بين عدة معان : الكف إلى الرسغين ، واليد من أطراف الأصابع إلى المرفق ، واليد من أطراف الأصابع إلى الكتف . ونظراً إلى اشتراكها في هذا فقد اختلفوا في المراد بها في آية السرقة « فاقطعوا أيديهما » وهي تطلق على الكفين اتفاقاً . وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية وغيرهم إلى أن المراد من اليد هو من أطراف الأصابع إلى المرفقين .

وذهب الزهري إلى أن المراد بها ما كان إلى الإبطين ، وكل فريق رجح المراد بما صح عنده من الآثار .

مدلول العام (٢)

٥٥ - معروف أن العام لفظ وضع للدلالة على أفراد غير محصورين على سبيل الشمول والاستغراق ، والمراد بكون أفراده غير محصورين ، ألا تكون في اللفظ دلالة على أفراد معينين محصورين ، وإن كانت أفرادها في بعض الأحيان محصورة بحسب الواقع مصادفة ، كلفظ السموات ، فإنه عام ،

(١) رواه أبو داود والنسائي . أنظر جامع الأصول للجزري .

(٢) انظر هامش (٢) ص ٨٥ .

مع أن السموات محصورة . ومثال العام : الرجال والنساء والرهط والقوم ومن وما . . . إلى غير ذلك مما يدل على ما ذكرنا .

وقد اختلف الفقهاء في حجبية العام من حيث كونها قطعية أو ظنية . فقال الجمهور : إن دلالة على جميع أفرادها ظنية ، وكذلك دلالة على ما بقي منها بعد خروج بعض أفرادها بدليل اقتضى ذلك . وذلك لأن أكثر ألفاظ العام قد وجد بالاستقراء أنه يراد منه بعض أفرادها فيما ورد من النصوص : شرعية أو غيرها حتى لقد شاع بين العلماء : « ما من عام إلا وخصص » . وذهب أكثر الأحناف إلى أن العام قطعي الدلالة على جميع أفرادها ما لم يدخله التخصيص . والتخصيص عندهم لا يكون إلا بأن يقصر العام على بعض أفرادها بكلام مستقل متصل : أي غير مترسخ . فإذا قصر بغير ذلك : كأن يكون القصر بكلام مستقل منفصل ، أو بكلام غير مستقل كالأستثناء وبدل البعض من الكل ، أو بالعقل ، فإن ذلك كله لا يكون تخصيصاً ، لأن القصر بكلام مستقل منفصل يعتبر نسخاً ، والقصر بكلام غير مستقل أو بالعقل - يعتبر معه القاصر والمقصود كلاماً واحداً . وليس لشيء من هذه الثلاثة أثر في كون العام قطعي الدلالة على جميع أفرادها ، بل يبقى قطعياً في كل ما اشتمل عليه بعد خروج ما خرج بواحد من هذه الثلاثة .

وكان طبيعياً أن يختلفوا - بناء على اختلافهم السابق - في حالتين :

الأولى : ما إذا جاء لفظ عام في نص قطعي الثبوت دالاً على حكم ، وجاء لفظ خاص ظني الثبوت يخرج بعض أفراد هذا العام من هذا الحكم . فقد قال الجمهور : إن هذا الخاص يخص العام ، وإن لم يظهر لنا أنه قد تخصص قبل ذلك . وهم في هذا يسيرون على مبدئهم : من أن دلالة العام ظنية فيقوى الخاص الظني على تخصيصه . وأما مخالفتهم - ومنهم أكثر الحنفية - فقد قالوا : إن العام قطعي الدلالة ، وما دام كذلك فإن الظني لا يقوى على تخصيصه . فمحور الخلاف هو : هل العام قطعي الدلالة على جميع أفرادها أو ظنيها على نحو ما عرفنا سابقاً ؟ .

الثانية : ما إذا ورد نصان متساويان : بأن كانا قطعيين أو ظنيين وكان أحدهما عاماً والآخر خاصاً - هل يخص العام بالخاص ؟ وحيث لا يعمل

بالعام إلا فيما بقي فيه ، ويعمل بالخاص فيما دل عليه ؟ أو يحكم بالتعارض بينهما ويسار فيهما على قاعدة التعارض ؟

أما الجمهور فقد قالوا : يتخصص العام بالخاص . وعلى هذا يعملون بالخاص فيما دل عليه ، ويعملون بالعام فيما بقي فيه من الأفراد . وأما أكثر الحنفية فيقولون : إن بين النصين تعارضاً في الظاهر لتساويهما . وإنما كان التعارض ظاهرياً لأن التعارض حقيقة لا يمكن أن يكون بين التصوص الشرعية ، سواء أكانت قطعية أم ظنية ، لأن الشريعة الواحدة الصادرة عن المعصوم لا يمكن أن تتناقض . وإنما يكون التعارض راجعاً إلى فهمنا ومداركنا ، وعدم العلم بالناسخ منها بلهنا بتاريخ تشريعها الذي لو علمناه لعرفنا أن المتأخر ناسخ فيزول التعارض . ولا يخفى عليك أن التعارض الذي قالوا به لا يكون إلا في الأفراد التي دل عليها الخاص ، وعلى رأيهم هذا إذا كان الخاص قد جاء متصلاً بالعام - وكان كلاماً مستقلاً كما عرفنا - فإنه يكون مخصصاً للعام ومبيناً له . وإن جاء منفصلاً عنه : بأن كان متأخر الزمن في التشريع فإنه يكون ناسخاً لحكم العام في الأفراد التي قد دل عليها الخاص . فإن لم يعلم تأخره رجح حكم أحد النصين إن وجد مرجح عند المجتهد ، ككون أحد النصين يقتضي الحظر والآخر يقتضي الإباحة ، فإنه يؤخذ بالحظر ، لأنه أحوط في السلامة من المؤاخذه . وإذا لم يهتد المجتهد إلى مرجح يلجأ إلى الجمع بينهما إن أمكن ذلك . وذلك بأن يعمل بالخاص في موضع وروده ، ويعمل بالعام فيما وراء ذلك من الأفراد ، كما هو معروف في الأصول . وإن لم يمكن الجمع أهمل الاستدلال بكل من النصين ولجأ إلى الاستدلال بما يليهما في الرتبة . فإن كانا قرآناً لجأ إلى السنة ، وإن كانا سنة لجأ إلى الإجماع ثم القياس . وهكذا .

وغير الحنفية يلجأ عند تعارض المتساويين في القطعية ثبوتاً ودلالة إلى الجمع دون الترجيح إذا لم يعرف المتأخر ، فإن لم يمكن أهمل الاستدلال بهما وانتقل إلى ما يليهما في الرتبة . . ولكل دليله على ما ذهب إليه - كما هو مبين في علم الأصول .

وأما الخوارج فإنهم لا يعملون بالدليل الظني في مقابلة القطعي كيفما كان ،

لأن الظني لا يقوى على معارضة القطعي ، فلا يأخذون بالحديث إذا عارض النص القرآني ، بل يعتبرونه كأن لم يكن ، حتى ولو كان مشهوراً .

وقد اتبني على خلاف العلماء في الحالة الأولى : اختلافهم في بعض الأحكام . ومن ذلك أنهم اختلفوا فيما يأتي :

إن الله يقول « وأحل لكم ما وراء ذلكم » بعد أن ذكر المحرمات . وهذه الآية فيها لفظ يدل على حل جميع الأفراد التي لم يذكر تحريمها وهو « ما » وبناء عليه يحل للإنسان أن يتزوج المرأة على عمتها أو خالتها ، ولكن ورد عن الرسول أنه قال : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها » فإنكم إن فعلتم قطعتم أرحامكم . وهذا يدل على تحريم بعض الأفراد التي أحلت بالعموم المذكور في الآية ، وهو بنت أخ الزوجة وبنت أختها في حالة بقاء زوجيتها .

فالجمهور سار على أن الحديث خصص العام في الآية ، بناء على مبداهم من أن العام ظني الدلالة ، فيخصص بالظني وهو الحديث .

أما الحنفية فلا مخلص لهم من هذا إلا بأحد أمرين : أن يكون الحديث مشهوراً فيخصص العام ، لأن المشهور عندهم في حكم القطعي . ومن هنا يقوى على تخصيص القطعي ونسخه . أو أن هذا العام قد دخله التخصيص قبل ذلك بدليل قطعي ، وهذا يورث العام ظنية الدلالة على العموم . وقد انقسم الحنفية أمام هذين الأمرين : فرأى بعضهم شهرة الحديث (١) ، فخصص العام به . وقال بعض آخر : إن العام خصص بدليل قطعي مستقل غير هذا الحديث . وهو قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » وقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » فحرم بالأولى نكاح المشركات مع أنهن داخلات في المحلات بذلك العام الذي في

(١) هذا الحديث رواه مسلم وابن حبان في صحيحهما ، وأبو داود والترمذي والنسائي في سننهم . وقد رواه الجهم الغفيري من الصحابة ، منهم أبو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو سعيد الخدري .

وقد تلقاه الصحابة والتابعون ومن بعدهم بالتبوت . فهل يكون بهد هذا أقل من المشهور ؟ .

قوله « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ، وحرم بالثانية الجمع بين خمس ، مع أنه داخل في المحللات بذلك العام أيضاً . ومثل هذا يكفي في جعل دلالة العام ظنية ، فيجوز تخصيصه بخبر الآحاد وإن لم يكن مشهوراً ، فتخصص آية التحليل بهذا الحديث .

أما الخواج فقد قالوا : يجوز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها ، وذلك بناء على مبدئهم ، وهو عدم الأخذ بالدليل الظني في مقابلة الدليل القطعي .

نظرة في توجيه الأحناف

٥٦ - هنا يحق لنا أن ننظر إلى قواعد الأحناف ، ومدى انطباق

تخريجهم هنا على هذه القواعد .

أما الذين قالوا : إن الحديث هنا مشهور ، فالظاهر أنهم قد اطمأنوا إلى شهرته فساروا على مبدئهم . غير أنه يعترض عليهم بأن الحديث المشهور - وإن سلمنا تخصيصه للآية - لا يكون ذلك سليماً إلا إذا ثبت اتصاله بالآية ، فما الدليل على ذلك ؟ والذي يظهر لنا أنهم يريدون من قولهم : خصص الآية - أنه ناسخ ، فإنهم قد يطلقون التخصيص على النسخ تجوزاً .

وأما الذين قالوا : إن العام قد خصص بدليل قطعي فأصبح ظنياً ، فلنا

معهم كلام يتصل بمبدأين :

الأول : أن الأحناف قرروا أن العام قطعي الدلالة على أفراده ، ولا يصير ظنياً إلا إذا خصص بكلام مستقل متصل . ما عدا قليل منهم فإنهم ساروا مع الجمهور على كونه ظنياً في هذه الدلالة .

الثاني : أن العام يستمر على قطعيته هذه فيما بقي إذا ورد عليه ناسخ لحكمه في بعض أفراده . وإن كانوا يسمونه في بعض عباراتهم (تخصيصاً) على سبيل التجوز . والناسخ لا بد أن يعلم تراخيه عن المنسوخ .

فهل هم ساروا هنا على أن الآيات التي ذكروا أنها خصصت آية التحليل ، التي هي « وأحل لكم ما وراء ذلكم » نزلت مقارنة لها ، فيكون ذلك تخصيصاً لها بمعناه الاصطلاحي عندهم ؟ إن كان ذلك يصير العام ظنياً

حقاً على مبدئهم ، فيصير الحديث المذكور - وهو خبر آحاد غير مشهور في نظرهم - صالحاً لتخصيصهما .

ولكن إذا نظرنا نجد أن الآيتين اللتين قالوا : إنهما خصصتا آية التحليل

- إحداهما من سورة البقرة ، وهي « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن »

والأخرى من سورة النساء ، وهي « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى

وثلاث ورباع » وكلتاهما لم يوجد دليل على نزولها مقارنة لآية التحليل

وشرط التخصيص عند الحنفية المقارنة^(١) . وإذا لم تعلم المقارنة لا يحكم

بالتخصيص . وحينئذ لا يصح أن يجعل الحديث الذي هو خبر آحاد غير

مشهور مخصصاً ، بل قد وجد فيما روى عن أوقات نزول السور ما يدل على

أن سورة النساء قد نزلت بعد سورة البقرة . فليست آية البقرة التي ادعوا

أنها خصصت آية التحليل الموجودة في سورة النساء مقارنة . وعلى هذا

لا تكون مخصصة لآية التحليل . وقد اختير أنهما ناسختان ، ومتى كانتا

ناسختين استمر العام في آية التحليل قطعي الدلالة على ما بقي فيه من الأفراد .

والنسخ هو الذي اختاره الكمال ابن المهام^(٢) . وعلى هذا لا يقوى الحديث

- مع فرض أنه غير مشهور - على تخصيص الآية ، لأنه ظني . ومن هنا

يكون ما ساروا عليه غير متفق مع مبدئهم .

ولكن قد يقال : لعلمهم لما لم يتيقنوا التراخي - لعدم عثورهم على دليل

يدل على ذلك - استظهروا أن الآيات الثلاث صارت في حكم المتصلة وحينئذ

تخصص الآيات المحرمتان آية التحليل ، مع هذا الاتصال المفروض ، نظراً

إلى استوائهما معها في القطعية .

غير أن هذا أيضاً لا يتفق مع مبدئهم ، وهو أنه إذا لم يعلم المترخي

يصار إلى ما يقضي به التعارض بين الآيات . والذي يقضي به التعارض

- عندهم - هو ترجيح بعض الآيات من حيث الحكم الذي يؤخذ منها ،

فيبقى حكمها في جميع الأفراد الذين انتظمهم عمومها ، حتى الأفراد الذين

دخلوا في الآيات الأخرى المتعارضة معها - إذا كان الحكم مختلفاً . وكان

(١) أنظر النهاية على هامش فتح القدير ج ٣ ص ٣٦٣ .

(٢) أنظر فتح القدير ج ٢ ص ٣٦٣ .

عليهم حينئذ أن يقولوا : إن آية التحليل بما فيها من العموم في لفظ « ما وراء ذلكم » تدل على حل كل من عدا المذكورات من المحرمات في هذه الآية . وذلك يدخل فيه الشركات ، والكتائب ، والجمع بين أكثر من أربع من الزوجات . وقد جاء قوله : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » وقوله : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » فحرم بالأولى الشركات ، وحرم بالثانية الجمع بين أكثر من أربع ، وهذا مما أحل بآية التحليل . فوجد التعارض بين آية التحليل وهاتين الآيتين ، فيلزم الترجيح ، ومن المرجحات التحريم الذي يكون في أحد النصوص ، فيؤخذ به ، لأنه الأحوط . ولا سيما فيما يتعلق بالفروج ، إذ الأصل فيها عدم الحل إلا بدليل من الشارع .

لكن هذا وإن حل إشكال التعارض فإنه لا يجوز تخصيص الحديث لآية التحليل ما لم تدع شهرته ويثبت اتصاله ، لأن دفع التعارض لا يخرج المسألة عن أن تكون من باب النسخ ، فيبقى العام في آية التحليل قطعياً في الدلالة على ما بقي فيه . ولا يقوى خبر الآحاد على تخصيصه . فهم لا يزالون في إشكال .

اللهم إلا إذا كان القائلون بهذا التخريج - من الحنفية - هم الذين يقولون بأن الظني يخص العام نظراً إلى أن دلالة على عموم أفراده ظنية كما هو عند الجمهور^(١) .

وأما الحالة الثانية - فقد أدى اختلافهم فيها إلى اختلافهم في بعض الأحكام ، ومثال ذلك :

(١) والذي يراه الأستاذ الشيخ الزفراف ، ونحن معه ، مبدأ سلما هو أنه بعد انقطاع الوحي ووفاء الرسول واستقرار الشريعة صارت النصوص كلها في حقنا كقانون واحد صدر في وقت واحد . فيكون كل من الخاص المتصل والخاص المنفصل موبناً لما يراد من العام متى لم يعلم لنا التراخي ، لأنها يعتبران مقارنين للعام ، وهو ما يقول به الشافعية ومعهم الجمهور من حيث تخصيص العام بكل خاص . وإنما اعتبر كذلك ولم يعتبر أحدهما متراخياً عن الآخر ، لأن اعتبار التراخي يؤدي إلى النسخ ، والنسخ خلاف الأصل ، فاعتباره يلزم أن يكون عن بينة ، لأن ادعاء خلاف الأصل يحتاج إلى دليل ولا بينة هنا . وعليه لا يكون الخاص ناسخاً إلا إذا ثبت بالدليل أنه نزل متأخراً ، فحينئذ يكون العام قطعياً في شموله لما يقى فيه من الأفراد ، ما لم يوجد خاص آخر يخرج بعض الأفراد الباقية في هذا العام ولا يقوم دليل على تأخره فإنه يعتبر متصلاً ، فيصير مخصوصاً له في هذه الأفراد الأخرى .

١ - قال الله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً^(١) » وقال تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن أن يضعن حملهن^(٢) » وقد اختلف الفقهاء من صحابة وغيرهم في عدة الحامل التي توفي عنها زوجها ، إذ هي موضع التعارض بين الآيتين . فقال جمهور الفقهاء ، ومنهم الحنفية : إنها تعتد بوضع الحمل : أما الحنفية فقد اعتمدوا على أن آية الطلاق نزلت متأخرة عن آية البقرة فكانت ناسخة لها في الحامل التي توفي زوجها . ولو كان وضعها بعد الوفاة بزمن يسير . وبهذا يأخذ عبد الله بن مسعود ويقول : من شاء باهله^(٣) أن سورة النساء القصوى نزلت بعد سورة النساء الطولى . وأيدوا رأيهم هذا بحديث سبعة الأسلمية الذي رواه عبد الله بن الأرقم أنها أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وتوفي عنها زوجها في حجة الوداع وهي حامل فلم تلبث أن وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلت^(٤) من نفاسها تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو النابلي بن بعكك فقال لها : مالي أراك متجملة ؟ لعلك ترجين النكاح ؟ فلما قال لي ذلك جمعت على ثيابي حين أمسيت فأتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك ، فأفتاني بأنني قد حللت حين وضعت حملي فأمرني بالتزوج إن بدا لي .

وأما غيرهم من الجمهور فقد اعتمدوا على أن الآية الثانية مخصصة للآية الأولى نظراً إلى أنها جاءت في بعض أفراد العام التي في الآية الأولى لا في كل الأفراد . والمآل العملي واحد .

ولكن الإمامية ، ومالكاً - في رواية عنه - على أنها تعتد بأبعد الأجلين ، وبذلك كان يقول على وابن عباس وبعض الصحابة الآخرين ، وذلك لأنهم - على ما يقال - لم يروا بين الآيتين تعارضاً يمتنع معه العمل بهما جميعاً . والنسخ أو التخصيص إنما يصار إليه عند التعارض الذي يمنع العمل بالنصين .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٤ - وتسمى سورة النساء الطولى .

(٢) آية ٤ من سورة الطلاق ، وتسمى سورة النساء القصوى .

(٣) من المباهلة ، وهي الاسترسال في الدعاء إلى الله أن يجزي من يقول غير الحق بما يستحق من عقاب .

(٤) تعلت : بتشديد اللام . ومعناه : برئت وطهرت . ويروى : تعلت : يفتح اللام بدون تشديد .

وهي إذا اعتدت بأبعد الأجلين تكون قد مكثت بعد وفاة زوجها أربعة أشهر وعشراً ، ووضعت الحمل أيضاً ، فيتم العمل بآية البقرة وآية الطلاق جميعها .

ولكننا إذا نظرنا نجد أن بين الآيتين تعارضاً ، لأن آية البقرة بعمومها تحرم زواج من وضعت قبل أربعة أشهر وعشراً ، وآية الطلاق تبيح ذلك فاجتمع معنا محرم ومبيح . وهذا عين التعارض . ولذا يكون الظاهر أن علياً ومن معه لجئوا إلى الترجيح ، لا إلى الجمع ، والترجيح هنا يكون بالتحريم لأنه أحوط . ولم يأخذوا بحديث سيعة ، لأنه لم يصح عندهم . ولجأ غيرهم إلى التحليل ، لحديث سيعة ، ولأنه أيسر . فضلاً عن أن الأصل هو الحل .

عموم المقتضى

٥٧ - اللفظ العام قد يكون مذكوراً في النص ، وقد اختلفوا في مدلوله على نحو ما تقدم ، وقد لا يكون مذكوراً في النص ، ولكن فهم النص لا يمكن إلا بتقديره ، نحو قوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » فنفس الخطأ لا يمكن أن يرفع ، لأنه وقع فعلاً . وحينئذ لا بد من تقدير شيء في الكلام يكون مما يمكن رفعه ، والتقدير : رفع حكم الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه . ولفظ (حكم) عام يشمل الدنيوي والأخروي . وقد سموا هذا المقدر بالمقتضى .

وقد اختلف الفقهاء في المراد من هذا المقتضى ، فاختلّفوا في الأحكام تبعاً لذلك . فقد ذهب فريق منهم إلى أنه يبيّن على عمومه كما لو كان ملفوظاً به وحجتهم في ذلك أنه إن كان ملفوظاً كان عاماً . والمقدر قائم مقام الملفوظ ، فيكون مثله ، ومن هؤلاء الشافعية .

وذهب فريق آخر - ومنهم الحنفية - إلى أنه لا يراد منه إلا بعض أفرادها ، وهو ما يكفي لصحة الكلام . وقد احتجوا لذلك بأن المقدر ليس كالملفوظ ، لأنه إنما قدر ضرورة تصحيح الكلام ، والضرورة تقدر بقدرها وبناء على ذلك :

قال الأولون إن المراد من الحديث كل أفراد حكم الخطأ . . . والحكم

عام في الدنيوي والأخروي . وعلى ذلك لا تبطل صلاة من تكلم خطأ أو ناسياً ، ولا إثم عليه . وقد كان ذلك مذهب ابن مسعود وعبيد الله بن الزبير وقتاده وقد أخذ به مالك وأحمد .

وأما الآخرون فقد قالوا : إن المراد من الحديث الحكم الأخروي فقط وهو الإثم ، لأن به ترتفع ضرورة الكلام ، وعلى ذلك تبطل الصلاة بالتكلم خطأ أو نسياناً ، كما يبطل صوم من أكل خطأ ، وكان اللازم أن يبطل من أكل ناسياً بناء على مذهبهم هذا ، ولكنهم لم يبطلوا صومه ، لحديث خاص اقتضى ذلك مخالفاً مقتضى القاعدة السابقة ، وهو قوله **« لا إثم من أكل أو شرب ناسياً فليتم صومه ، فإنما أطعمه الله وسقاه »** ودلالة هذا النص ، أقوى من دلالة ما اقتضاه صحة الكلام ، فأخذ به ، وأهمل اضطراد القاعدة .

مدلول الطلب

٥٨ - جاءت آيات وأحاديث كثيرة تدل على طلب فعل من المكلف ، سواء أكان الطلب بصيغة الأمر ، أم بالفعل المضارع المقترن باللام كقوله تعالى : « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » أو جملة مضارعية في صورة الخبر ولكن يراد منها الطلب كقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . فما الذي يقتضيه الطلب في هذه الأوامر ؟

إن الفقهاء اختلفوا فيما تقتضيه هذه الأوامر إذا تجردت عن القرائن ، فمنهم من ذهب إلى أنها تدل على الإيجاب ولا تخرج عن ذلك إلا بدليل ، وقد يختلفون في وجود هذا الدليل فيختلفون في الحكم . ومنهم من ذهب إلى أنها إنما تدل على الندب ولا تفيد الإيجاب إلا بدليل . ومنهم من ذهب إلى أنها للإرشاد ولا تخرج عن ذلك إلا بقريئة . ومنهم من ذهب إلى التوقف في فهم المراد حتى يجيء ما يعينه ، لأنها من قبيل المشترك .

وقد كان اختلافهم ذلك سبباً لاختلافهم في كثير من الأحكام . ومن ذلك ما يأتي :

إن الله تعالى قال : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى

فاكتبوه « فالآية جاء فيها الأمر بكتابة الدين . وقد ذهب الجمهور إلى أن الأمر هنا للإرشاد ، لأنه قد حصلت مديونات في عهد الرسول ولم تكتب . وذهب آخرون إلى أنه للوجوب . ومن قال بذلك الطبري وابن جرير (١) .

وكذلك اختلفوا في المراد من الطلب في الحديث الذي رواه ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها . والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها » : فقوله : « والبكر تستأذن في نفسها » جملة خبرية لفظاً طلبية معنى .

فالشافعية قالوا : إن الأمر هنا للندب ، فلو زوجها أبوها دون إذنها لم يتوقف نفاذ العقد على إذنها ، بل يلزمها ذلك العقد ، مع أنهم ممن يقولون : إن الأمر للوجوب . ولكنهم رأوا هنا قرينة تدل على خروجه عن الوجوب . وذلك أن رسول الله ﷺ قد فرق في الحديث المذكور بين الثيب والبكر في الحكم ، إذ يقول : « الثيب أحق بنفسها من وليها » ثم قفى على ذلك بقوله : « والبكر تستأذن في . . . الخ » . فقد جعل الثيب أحق بنفسها ، وجعل للبكر الحق في أن تستأذن في نفسها . وهذا التفريق يدل على اختلافهما في الحكم . ونظراً إلى اختلاف الحكم الذي انبنى على التفريق بينهما ، لزم - بناء على جعله الثيب أحق بنفسها من وليها - أن تكون البكر غير أحق بنفسها من وليها . وعلى هذا يثبت لوليها الحق في أن يزوجها ، ولكن يستحب أن يأخذ رأيها .

أما الحنفية فإنهم قالوا : إن الأمر لا يزال دالاً على الوجوب . فإذا زوج البكر البالغة أبوها كان الزواج متوقفاً على إذنها . وقد دعموا ذلك بأنه قد روى عن ابن عباس أيضاً « أن النبي جاءته بجارة بكر ، فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم » فكان

(١) وكذلك اختلفوا في قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تباعتم » فقال بعضهم الأمر هنا للوجوب ، ومن قال بهذا أبو موسى الأشعري ، وسعيد بن المسيب ، ومجاهد ، وداود الظاهري . وقال بعض آخر إنه للندب ، ومن ذهب إلى هذا الحسن البصري ، وأبو حنيفة ، ومالك والشافعي - اعتماداً على أن النبي صلى الله عليه وسلم باع واشترى ولم يشهد ، وهذا قرينة على أن الأمر خرج من الإيجاب إلى الندب .

هذا دليلاً على أن الأمر بالاستئذان لا يزال للوجوب ، ولولا ذلك لمسا خيرها الرسول .

وليس في الحديث الأول اختلاف في الحكم ، وإنما هو اختلاف في التعبير بصدد كل منهما حسب مقتضى الحال .

مدلول النهي

٥٩ - كذلك اختلفوا في دلالة النهي . فقال الجمهور إنه يدل على ترك المنهى عنه على سبيل الحتم ، وحيث يكون للتحريم ، ولا يخرج عن ذلك إلا بقريته . وقال بعضهم : إنه للتأديب ، وإذن يدل على ترك المنهى عنه على سبيل الاستحسان ، وحيث يكون للكرهية ، ولا يدل على التحريم إلا بقريته . وقال بعض آخر : إنما يدل على مطلق الترك ، ولا تستفاد الحرمة أو الكراهة إلا بقريته . وتبعاً لذلك اختلفوا في بعض الأحكام . ومن أمثلة ذلك :

ما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يبيع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له » . فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن النهي هنا يدل على تحتم ترك المنهى عنه ، فهو للتحريم ، فإذا فعله كان آثماً ، وعلى ذلك يكون البيع على بيع أخيه والخطبة على خطبة أخيه حراماً .

ولكن أصحاب هذا المذهب اختلفوا في الأثر المترتب على هذا التحريم ، فرتب بعضهم على ذلك حكماً آخر هو : عدم صحة العقد في البيع أو الزواج ، لأن التحريم يقتضى عدم نفاذ العقود المترتبة على ما حرم . ومن قال بذلك داود الظاهري وابن حزم . وقد روى كذلك عن بعض الحنابلة ، وعن المالكية في قول . وعند المالكية قول آخر في عقد المخطوبة : وهو أنه يجب فسخ العقد الذي تم على هذا النحو بالمخطوبة إن لم يدخل بها ، فإن دخل بها لا يفسخ .

أما الجمهور - ومنهم الحنفية - فإنه يرى أن النهي وإن كان للتحريم فإنه لا يترتب عليه فساد المنهى عنه . ولذلك قالوا بصحة عقد البيع من البائع الثاني ، وعقد الزواج من الخاطب الثاني . وعللوا ذلك بأن النهي ليس

لذات العقد ، ولكنه لأمر خارج عنه ، كحلول الشحاء بين الناس ، ومثل هذا يترتب عليه حرمة العقد لا غير .

وكذلك جمهور الحنابلة تبعاً لإمامهم ، فإنهم يرون أن عقد الزواج غير فاسد ، ولكنهم سلكوا في ذلك تعليلاً غير تعليل الحنفية ، فقد قالوا : إن المحرم لم يقارن العقد ، إذ هو الخطبة ، وهي لم تقارن العقد ، فتألف في ذلك مثل التصريح بالخطبة في العدة ، فإنها محرمة ومع ذلك لا يفسد عقد الزواج بعد العدة بناء على هذه الخطبة .

وذهب فريق آخر إلى أن النهي هنا على سبيل الاستحسان . فيكون فعل النهي عنه مكروهاً فقط . وبني على هذا أن العقد حينئذ يكون صحيحاً ، وترتب عليه آثاره .

إرادة الحقيقة أو المجاز أو هما معا

٦٠ - يلزمنا هنا أن نبين معنى الحقيقة ومعنى المجاز قبل التكلم فيما يراد مما ذكرنا . فالحقيقة استعمال اللفظ فيما وضع له . والوضع قد يكون وضعاً لغوياً كوضع الصلاة للدعاء ، وقد يكون وضعاً شرعياً كوضع الصلاة نفسها للأفعال المفتحة بالتكبير الختمة بالتسليم ، وقد يكون وضعاً عرفياً كتعارف بعض البلاد على إطلاق الدابة على الفرس ، أو على ذات الأربع : فرساً أو غيرها ، مع أنها في اللغة موضوعة لكل ما دب على وجه الأرض من كل الحيوان حتى العقرب . وعلى ذلك تكون الحقيقة إما لغوية وإما شرعية وإما عرفية . أما المجاز فهو استعمال اللفظ في غير ما وضع له لعلاقة مع قرينة مانعة من إرادة المعنى الحقيقي . وبناء على ذلك يكون المجاز إما مجازاً لغوياً أو شرعياً أو عرفياً ، فهو لغوي إذا استعمل اللفظ بين اللغويين في غير ما وضع له لغة ، وشرعي إذا استعمله الشارع في غير ما وضع له في لسان الشرع ، وعرفي إذا استعمله أهل عرف في غير ما وضع له في عرفهم . ومن هنا عرف بعضهم الحقيقة بأنها استعمال اللفظ فيما وضع له عند المتخاطبين ، وكذلك عرفوا المجاز بأنه استعمال اللفظ في غير ما وضع له عند المتخاطبين . وبهذا شمل التعريف كل الحقائق والمجازات التي ذكرناها .

وكل من الحقيقة والمجاز طريق من طرق أداء المعنى ، وعلى هذا يكون

للمجاز ما للحقيقة في إفادة الحكم ، فيثبت له العموم والخصوص ، فإذا استعير لفظ لمعنى ثبت به المعنى الذي استعير له ، فلما قال الله تعالى « وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجلوا ماء فتيتموا صعيداً طيباً » كان قد عبر عن الحدث الأصغر بقوله « أو جاء أحد منكم من الغائط » فيكون المعنى الذي يراد باللفظ الغائط : هو الحدث الأصغر . مع أنه في أصل اللغة يطلق على المطمئن الواسع من الأرض ، ولكن استعمل مجازاً في الخارج المستقدر من الإنسان ، ثم فشا استعماله فيه .

ومن المعروف عند العلماء أن الحقيقة هي التي تراد من اللفظ متى أطلق ، ولا ينصرف هذا اللفظ إلى المجاز إلا إذا استحالت الحقيقة . وقد يبدو في بادئ الرأي أنه لا مجال للاختلاف حينئذ . ولكن الواقع أنه ينشأ بينهم الخلاف من حيث اختلاف وجهة النظر في الحقيقة : هل هي ممكنة في النص الوارد أولاً ؟ وإذا كانت ممكنة فهل يصح أن يراد معها المعنى المجازي أولاً ؟ وإذا كانت غير ممكنة فهل يكون اللفظ المجازي عموم كالحقيقة أولاً ؟ تلك وجهات نظر مختلفة لهم وقد ترتب على اختلافهم هذا اختلافهم في الأحكام . ومثال ذلك :

قال رسول الله ﷺ « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » وحقيقة النكاح هنا عقد الزواج ، لأنه يراد به في لسان الشرع ذلك . فبعض الفقهاء قال هنا : إن الحقيقة من النكاح - وهي مطلق الزواج - ممكنة ، وعلى ذلك لا يصح الزواج إلا إذا تولاه ولي الزوجة . ومن هؤلاء المالكية والشافعية والحنابلة . ولكن الحنفية قالوا : إن الحقيقة هنا غير ممكنة ، لأنه قد ورد من الآثار ما يدل على عدم إرادتها ، لأنه قد روى عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : الثيب أحق بنفسها من وليها » وأنه قال : « ليس للولي مع الثيب أمر » وهذا يدل على صحة عقد الزواج إذا باشرته الثيب بنفسها ، ويكون نافذاً . وحينئذ يكون قوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بولي » غير دال على نفي صحة النكاح تمسكاً ببنى المعنى الحقيقي لفظ النكاح المذكور في الحديث : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ، بل يكون المراد هنا نفي المعنى المجازي لهذا اللفظ ، وهو كمال النكاح واستحسانه : أي لا نكاح كامل ، أو مستحسن إلا بولي .

وكذلك ورد قوله ﷺ « من شرب الخمر فاجلدوه » والخمر حقيقة فيما اتخذ من العنب ، ومجاز فيما يسكر من غير العنب .

وقد قال الشافعية : إن الأمر بالجلد - وهو الحد المطلوب شرعاً - يقع على من شرب قليلاً أو كثيراً من الخمر أو غيرها من الأشربة التي شأنها الإسكار بمقتضى هذا الحديث ، استعمالاً للفظ الخمر في حقيقته ومجازه . لكن الحنفية قالوا : إن من شرب الخمر ولو قليلاً يقام عليه حد الجلد . أما من شرب من الأشربة الأخرى فالأصل ألا يجرد ، لأن اللفظ لا يستعمل في حقيقته ومجازه . ولكن وردت أدلة أخرى تدل على جلده إذا سكر فعلاً ، والعادة ألا يكون السكر إلا من شرب الكثير . وقد ثبت الحكم فيمن سكر فعلاً بالإجماع ، وبقوله عليه السلام : « والمسكر من كل شراب » .

المطلب الثالث

تعارض النصوص

هذا هو المطلب الثالث الخاص بالكتاب والسنة ، وهو يشملهما جميعاً . وهذه العبارة قد يفهم منها بادئ ذي بدء أنه قد يكون بين النصوص الشرعية : من كتاب أو سنة تعارض ، وهذا في الحقيقة غير ممكن ، لأن أدلة الشريعة التي هي نصوص من كتاب أو سنة صحيحة كلها من عند الله سبحانه وتعالى ، ولا يمكن أن تتعارض نصوص جاءت من عند الله سبحانه ، فالله يقول في شأن الكتاب : « أفلا يتدبرون القرآن : ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً » وقد شهد للسنة بأنها من عنده حيث يقول « ما ينطق عن الهوى . إن هو إلا وحى يوحى » . . .

٦١ - والتعارض الحقيقي في النصوص - وكلها من مشرع واحد هو الله - لا يمكن أن يحدث إلا إذا اتحد المحكوم عليه ، واتحد الحكم ، واتحد زمان ورود النصين المتعارضين في الحكم ، ولا شك في أن الشارع سبحانه منزه عن أن يكلفنا بما في نصين متناقضين لأمر واحد في وقت واحد ، لأن هذا منشؤه الجهل ، والله مقدس عن هذا . وحينئذ إذا وجد عندنا نصان متعارضان في أمر فلا بد أن يكون أحدهما سابقاً والآخر متأخراً عنه لإنهاء

الحكم الأول بعد أن استوفى أغراضه . ولكننا لما جهلنا السابق منهما واللاحق لعدم نقل ذلك إلينا عن عرفه من الصحابة ظننا أنهما متعارضان ، وكذلك قد يكون ظننا التعارض ناشئاً من عدم علمنا بما يراد بكل منهما صراحة ، أو عدم علمنا بالملابسات التي أحاطت بكل منهما مما لو علم لا تندفع هذا التعارض الظاهري ، كوصف الله الخمر بأنها رجس في قوله : « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » ثم يقول في آية أخرى : « ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا والله يحب المحسنين » فالآية الثانية تعطينا بمقتضى نفي الجناح عن المؤمنين فيما طعموا وبظاهر العموم في قوله « فيما طعموا » أن الخمر ليس برجس ، وذلك يعارض الآية الأولى ، لأنها كانت أفادت أن الخمر رجس على الإطلاق . وفيما يلي حادثة طريفة تبين الملابسات التي اقتضت نزول الآية الثانية . . .

روى أن قدامة بن مظعون كان عاملاً لعمر في البحرين وكان يشرب الخمر . فقال له عمر : إني جالدك . فقال والله لو شربت كما يقولون ما كان لك أن تجلدني ، لأن الله يقول « ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا . . . الخ الآية . وأنا من هؤلاء ، لأنني شهدت مع رسول الله ﷺ بدمراً واحداً والخندق . فقال عمر : ألا تردون عليه ؟ فقال ابن عباس إن هذه الآية نزلت عذراً للماضين ، وحجة على الباقين ، لأن الله يقول : « إنما الخمر والميسر . . . الخ الآية » فقال عمر : صدقت . وإنما كانت عذراً للماضين وحجة على الباقين لأنه لما نزلت آية الخمر السابقة - قال ناس كيف بمن قتلوا في سبيل الله ، وماتوا ، وكانوا يشربون الخمر وهي رجس ، فنزلت آية « ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح . . . الآية » : يريد سبحانه أن الذين آمنوا وعملوا الصالحات ليس عليهم لثم في شرب الخمر متى ماتوا قبل تحريمها .

فعدم علم ابن مظعون بالملابسات التي نزلت فيها الآية أوقعه فيما وقع

فيه^(١) . . . وهناك غير ما ذكرنا من الأمور ما يرتفع به التعارض ، ويعرف من تدبج كتب الفقه والأصول .

ومن حيث إننا نجعل هذه الأشياء يجب علينا أن نجتمع بين النصين المتساويين عند هذا التعارض أو نرجح حكم أحدهما على الآخر متى لمنا مسوغاً لذلك . وقد تحقق التعارض بين النصين ، وهو يقتضى ما ذكرنا - وعدم تعارضهما مثار اختلاف بين العلماء لاختلافهم في الأسباب التي تقتضيه : ومن هنا يختلفون في الأحكام تبعاً لاختلاف أنظارهم في ذلك . وفيما يلي تفصيل الأمر :

إنا نجد هذا التعارض الظاهري الذي ذكرناه قد يكون بين آيتين ، وقد يكون بين سنتين ، وقد يكون بين آية وسنة :

٦٢ - ويمثل الاختلاف بين آيتين رجحت إحداهما - قوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم »^(٢) مع قوله تعالى : « وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف »^(٣) فالآية الأولى تفيد حل الجمع وقاعاً بين الأختين بملك أيمن ، لأنه يحكم فيها بالفلاح لكل من حفظ فرجه من غير أزواجه وكل ما ملكت يمينه : أي ولو كن أخوات ، والآية الثانية تقضى بجرمة الجمع بين الأختين ، لأنها سبقت معطوفة على المحرمات في آية النساء . والجمع بين الأختين فيها مطلق فيشمل الجمع بزواج أو وطأ بملك يمين . ومن هنا قال الإمام علي أحلتها آية ، وحرمتها آية . وكذلك قال عثمان ، رضي الله عنهما .

وقد اختلف الصحابة في المخلص من هذا التعارض الظاهري ، فرأى عليّ الترجيح بالأخذ بالأحوط منهما ، وهو الذي يقتضى التحريم . ورأى عثمان أن يرجح الحكم الذي افتضته آية التحليل ، وهي آية المؤمنين - على الرغم من أنه كان يقول : أحلتها آية وحرمتها آية ، كما كان يقول علي - ، لأنه

(١) ونحن نرى أن هذا الجهل بالمعنى الحقيقي للنص ، أو الخطأ في تفسيره ، لا يصلح حذراً ، ولا ترتفع به ، تبعاً ، المسئولية

(٢) سورة المؤمنين آية ١

(٣) سورة النساء آية ٢٣

كان يرى أن التحليل هو الأصل ، إذ الأصل هو الحل والتحريم طارئ ، لأن الشارع لما أباح التعدد بالتزوج وبملك أيمن صار الوقاع حلالاً ، فيكون مقتضى هذا ألا يفرق بين أختين أو غيرهما ، ولكن ورد ما دل على حرمة الجمع بين الأختين زواجاً ، ولم يرد ما يدل على حرمة وطأ بملك أيمن . وما كان هذا الاتجاه منهما في رفع التعارض إلا لعدم علمهما بما نزل أولاً ، وما نزل ثانياً ، حتى يحكما بنسخ الثاني للأول . والدال على حرمة الجمع زواجاً هو الإجماع على أنه المراد في آية النساء .

٦٣ - أما الاختلاف بين سنتين : فيمثلها ما روى عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه قال : « إن النبي ﷺ صلى صلاة الكسوف كما تصلون ، ركعة ومجدتين » (أي في كل ركعة) مع ما روى عن عائشة رضي الله عنها « أنه صلاها ركعتين بأربع ركعات وأربع مجدات » فالحديث الأول يدل على أن الركعة من صلاة الكسوف - ليس فيها إلا ركوع واحد ، وسجودان ، كما هو المعتاد في كل صلاة . أما الحديث الثاني فيدل على أن كل ركعة فيها ركوعان ، وسجدتان ، على غير المعتاد في الصلاة بالنسبة إلى الركوع .

وقد أخذ أئمة الحنفية بالحديث الأول . أما الشافعية فقد أخذوا بالحديث الثاني ؛ وذلك لأن الحنفية رجحوا الحديث الأول بأنه هو الموافق للقياس ، وبأنه يتفق مع ما رواه ابن عمرو أيضاً . ورواية الرجال في مثل هذا أقوى ، لأنه مما ينكشف للرجال أكثر من النساء ، ضرورة أن النساء كثيراً ما يغبن عن مثل هذه المشاهد . أما الشافعية فيرون أن حديث عائشة أقوى سنداً فيرجح بناء على ذلك .

٦٤ - وأما الاختلاف بين كتاب وسنة ، فيمثلها قوله تعالى « فاقراءوا ما تيسر منه^(١) » مع ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » فإن الآية جاءت في شأن الصلاة . وهي تعطى بالعموم المفهوم من « ما » عدم وجوب قراءة الفاتحة في الصلاة . أما الحديث فهو ينفي الصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب .

(١) المزمل آية ٢٠ .

وقد أخذ الحنفية بعدم فرضيتها ، وكفاية غيرها من الآيات عنها . وذلك اعتماداً على تأويل الحديث بأن المنقح معنى مجازي هو عدم الفضيلة : أى لاصلاة فاضلة لمن لم يقرأ بها . أما الشافعية فقد رأوا فرضيتها ، فيلزم عدم صحة الصلاة بغير الفاتحة اعتماداً على أن (لا) التى فى قوله (صلاة) لنفى الجس ، وهذا يقتضى نفي أصل الصلاة . .

المبحث الرابع الإجماع^(١)

تعريفه

٦٥ - الإجماع فى اصطلاح الأصوليين هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول على حكم شرعى فى واقعة ، فإذا وقعت حادثة وعرضت على جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية فى وقت حدوثها وانفقوا على حكم فيها سمي اتفاقهم إجماعاً وكان إجماعهم على حكم واحد فيها دليلاً على أن هذا هو الحكم الشرعى فى الواقعة . وإنما قيل فى التعريف بعد وفاة الرسول لأنه فى حياة الرسول هو المرجع التشريعى وحده فلا يتصور اختلاف فى حكم شرعى ولا اتفاق إذ الاتفاق لا يتحقق إلا من عدد .

أركانه

٦٦ - مما ورد فى تعريف الإجماع من أنه اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين فى عصر على حكم شرعى يؤخذ أن أركان الإجماع التى لا يتعد شرعاً إلا بتحققها أربعة :

الأول : أن يوجد فى عصر وقوع الحادثة عدد من المجتهدين لأن الاتفاق لا يتصور إلا فى عدة آراء يوافق كل رأى منها سائرهما . فلو خلا وقت من وجود عدد من المجتهدين ، بأن لم يوجد فيه مجتهد أصلاً أو وجد مجتهد واحد ، لا يتعد فيه شرعاً إجماع ومن هذا لا إجماع فى عهد الرسول .

(١) لفظ الإجماع معناه فى اللغة العربية العزم ومنه قوله تعالى : « فأجمعوا أمركم وشركائكم » أى اعزموا عليه . وسمى اتفاق المجتهدين إجماعاً لأن من اتفقوا على رأى فقد عزموا عليه .

الثانى : أن يتفق على الحكم الشرعى فى الواقعة جميع المجتهدين من المسلمين فى وقت وقوعها بصرف النظر عن بلدهم أو جنسهم أو طائفاتهم . فلو اتفق على الحكم الشرعى فى الواقعة مجتهدو الحرمين فقط ، أو مجتهدو العراق فقط ، أو مجتهدو الحجاز أو مجتهدو آل البيت أو مجتهدو أهل السنة دون مجتهدى الشيعة ، لا يتعد شرعاً بهذا الاتفاق الخاص إجماع ، لأن الإجماع لا يتعد إلا بالاتفاق العام من جميع مجتهدى العالم الإسلامى فى عهد الحادثة ولا عبرة بغير المجتهدين .

الثالث : أن يكون اتفاقهم بإبداء كل واحد منهم رأيه صريحاً فى الواقعة سواء أكان إبداء الواحد منهم رأيه قولاً بأن أفتى فى الواقعة بفتوى ، أو فعلاً بأن قضى فيها بقضاء . وسواء أبدى كل منهم رأيه على انفراد وبعد جمع الآراء تبيين اتفاقها ، أو أبدوا آراءهم مجتمعين بأن جمع مجتهدو العالم الإسلامى فى عصر حدوث الواقعة وعرضت عليهم وبعد تبادلهم وجهات النظر اتفقوا جميعاً على حكم واحد فيها^(١) .

الرابع : أن تتفق آراء جميع المجتهدين على الحكم ، فلو اتفق أكثرهم لا يتعد باتفاق الأكثر إجماع مهما قل عدد المخالفين وكثر عدد المتفقين ، لأنه ما دام قد وجد اختلاف وجد احتمال انصواب فى جانب والخطأ فى جانب فلا يكون اتفاق الأكثر حجة شرعية قطعية ملزمة .

حجته

٦٧ - إذا تحققت أركان الإجماع الأربعة بأن أحصى فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول جميع من فيه من مجتهدى المسلمين على اختلاف

(١) قال النظام وبعض الشذاذ : إن الإجماع لا يتصور وقوعه . ونحن نرى أن الكلام فى إجماع من عدا الصحابة ليس إلا جدلاً نظرياً ، إذ لم يستطع أحد أن يأتى بحكم ثبت بالإجماع بعد عصر الصحابة . أما أصحاب الرسول فقد اجتهدوا واختلفوا واجتهدوا وأجحدوا ودون العلماء مسائل إجماعهم . وينى الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف انقراض الإجماع فى عهد الصحابة أنفسهم ، وهو يقول إن ما وقع فى عصرهم لم يخرج عن كونه اتفاقاً من الحاضرين من أولى العلم على حكم فى الحادثة المعروضة ، فهو فى الحقيقة حكم صادر عن شورى الجماعة لا عن رأى الفرد ، وقد وجد أيضاً فى بعض عصور الأمويين بالاندلس حين كونوا فى القرن الثانى الهجرى جماعة يستشارون فى التشريع ، أما بعد ذلك فقد استقل كل فرد من المجتهدين باجتهاده فى بلده وفى بيئته - أنظر المرجع السابق ص ٥٠ وما بعدها .

بلادهم وأجناسهم وطوائفهم ، وعرضت عليهم واقعة لمعرفة حكمها الشرعي وأبدى كل مجتهد منهم رأيه ضراحة في حكمها بالقول أو بالفعل مجتمعين أو منفردين ، وانفقت آراؤهم على حكم واحد في هذه الواقعة ، كان هذا الحكم المتفق عليه قانوناً شرعياً واجباً اتباعه ولا تجوز مخالفته ، وليس للمجتهدين في عصر تال أن يجعلوا هذه الواقعة موضع اجتهاد لأن الحكم الثابت فيها بهذا الإجماع حكم شرعي قطعي لا مجال لمخالفته ولا لنسخه .
والبرهان على حجية الإجماع ما يأتي : -

أولاً : أن الله سبحانه في القرآن الكريم كما أمر المسلمين بطاعته وطاعة رسوله أمرهم بطاعة أولى الأمر منهم فقال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم) ولفظ الأمر عام يشمل الأمر الديني ، والأمر الدنيوي . وأولو الأمر الدنيوي هم الملوك والأمراء والولاة ، وأولو الأمر الديني هم المجتهدون وأهل الفتيا ، وقد فسّر بعض المفسرين وعلى رأسهم ابن عباس أولى الأمر في هذه الآية بالعلماء ، وفسرهم آخرون بالأمراء والولاة ، والظاهر التفسير بما يشمل الجميع وما يوجب طاعة كل فريق فيما هوشأته . فإذا أجمع أوأو الأمر في التشريع وهم المجتهدون على حكم وجب اتباعه وتنفيذ حكمهم بنص القرآن . ولذا قال تعالى : (ولو ردّوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم) . وتوعد سبحانه من يشاقق الرسول ويتبع غير سبيل المؤمنين ، فقال عز شأنه : (ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً) فجعل من يخالف سبيل المؤمنين قرين من يشاقق الرسول .

وثانياً : أن الحكم الذي انفقت عليه جميع آراء المجتهدين في الأمة الإسلامية هو في الحقيقة حكم الأمة ممثلة في مجتهديا . وقد وردت عدة أحاديث عن الرسول وآثار عن الصحابة تدل على عصمة الأمة من الخطأ ، منها قوله صلى الله عليه وسلم « لا تجتمع أمتي على خطأ » وقوله « لم يكن الله ليجمع أمتي على الضلالة » وقوله « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ، وذلك لأن اتفاق جميع هؤلاء المجتهدين على حكم واحد في الواقعة

مع اختلاف أنظارتهم والبيئات المحيطة بهم وتوافر عدة أسباب لاختلافهم دليل على أن وحدة الحق والصواب هي التي جمعت كالتهم وغلبت عوامل اختلافهم

وثالثاً : أن الإجماع على حكم شرعي لا بد أن يكون قد بني على مستند شرعي لأن المجتهد الإسلامي له حدود في اجتهاده لا يسوغ له أن يتعداها ، فإذا كان في الواقعة نص فاجتهاده لا يتعدى تفهم النص ومعرفة ما يدل عليه ، وإذا لم يكن في الواقعة نص فاجتهاده لا يتعدى استنباط حكمه بواسطة قياسه على ما فيه نص أو تطبيق قواعد الشريعة ومبادئها العامة ، أو الاستدلال بما أقامته الشريعة من دلائل كالاستحسان ، أو الاستصحاب ، أو مراعاة العرف أو المصالح المرسله . وإذا كان اجتهاد المجتهد لا بد أن يستند إلى دليل شرعي فاتفق المجتهدين جميعاً على حكم واحد في الواقعة دليل على وجود مستند شرعي يدل قطعاً على هذا الحكم لأنه لو كان ما استندوا إليه دليلاً ظنياً لاستحال عادة أن يصدر عنه اتفاق ، لأن الظني مجال لاختلاف العقول .

وكما يكون الإجماع على حكم في واقعة ، يكون عل تأويل نص أو تفسيره ، وعلى تعليل حكم النص وبيان النص المنوط به .

امكان انعقاده

٦٨ - قالت طائفة من العلماء ، منهم النظام وبعض الشيعة ، إن هذا الإجماع الذي تبيّننا أركانه ، لا يمكن انعقاده عادة ، لأنه يتعذر تحقق أركانه ، وذلك أنه لا يوجد مقياس يعرف به إذا كان الشخص بلغ مرتبة الاجتهاد أو لم يبلغها ، ولا يوجد حكم يرجع إليه في الحكم بأن هذا مجتهد أو غير مجتهد ، فعرفة أشخاص المجتهدين متعذرة .

ولو فرض أن أشخاص المجتهدين في العالم الإسلامي وقت حدوث الواقعة معروفون ، فالوقوف على آرائهم جميعاً في الواقعة بطريق يفيد اليقين أو القريب منه متعذر ، لأنهم متفرقون في قارات مختلفة ، وفي بلاد متباعدة ، ومختلفو الجنسية والتبعية ، فلا يتيسر سبيل إلى جمعهم وأخذ آرائهم مجتمعين ، ولا إلى نقل رأي كل واحد منهم بطريق يوثق به .

ولو فرض أن أشخاص المجتهدين عرفوا ، وأمكن الوقوف على آرائهم بطريق يوثق به ، فما الذي يكفل أن المجتهد الذي أبدى رأيه في الواقعة يبقى مصراً عليه حتى تؤخذ آراء الباقيين ، وما الذي يمنع أن تعرض له شبهة فيرجع عن رأيه قبل أخذ آراء الباقيين ، والشرط لانعقاد الإجماع أن يثبت اتفاق المجتهدين جميعاً في وقت واحد على حكم واحد في واقعة .

ومما يؤيد أن الإجماع لا يمكن انعقاده ، أنه لو انعقد كان لا بد مستنداً إلى دليل ، لأن المجتهد الشرعي لا بد أن يستند في اجتهاده إلى دليل . والدليل الذي يستند إليه المجمعون إن كان دليلاً قطعياً فمن المستحيل عادة أن يخفى لأن المسلمين لا يخفى عليهم دليل شرعي قطعي حتى يحتاجوا معه إلى الرجوع إلى المجتهدين وإجماعهم ، وإن كان دليلاً ظنياً فمن المستحيل عادة أن يصدر عن الدليل الظني إجماع لأن الدليل الظني لا بد أن يكون مثاراً للاختلاف (١) .

أنواعه

٦٩ - الإجماع من جهة كيفية حصوله نوعان : أحدهما الإجماع الصريح وهو أن يتفق جميع مجتهدي العصر على حكم في واقعة بإبداء كل منهم رأيه

(١) وقد نقل ابن حزم في كتابه الأحكام عن عبد الله بن أحمد بن حنبل قوله : سمعت أبي يقول « ما يدعى فيه رجل الإجماع هو الكذب . من ادعى الإجماع فهو كذاب . لعل الناس قد اختلفوا - ما يدريه - ولم ينته إليه فليقل : لا تعلم الناس اختلفوا » وذهب جمهور العلماء إلى أن الإجماع يمكن انعقاده عادة . وقالوا إن ما ذكره منكره إمكانية لا يخرج عن أنه تشكيك في أمر واقع ، وإن أظهر دليل على إمكانية انعقاده فعلاً ، وذكروا عدة أمثلة لما ثبت انعقاد الإجماع عليه مثل خلافة أبي بكر ، وتحريم شحم الخنزير ، وتوريث الجدات السدس ، وحجب ابن الابن من الإرث بالابن ، وغير ذلك من أحكام جزئية ومبادئ كلية . ويرى الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف أن الرجوع إلى الإجماع بتعريفه وأركانه التي بينها لا يمكن عادة انعقاده إذا وكل أمره إلى أفراد الأمم الإسلامية وشعوبها ، ويمكن انعقاده إذا تولت أمره الحكومات الإسلامية على اختلافها . فكل حكومة تستطيع أن تعين الشروط التي بتوافرها يبلغ الشخص مرتبة الاجتهاد وأن تمنح الإجازة الاجتهادية لمن توافرت فيه هذه الشروط ، وبهذا تستطيع كل حكومة أن تعرف آراء مجتهديها في أية واقعة ، فإذا اتفقت آراء المجتهدين جميعهم في كل حكومة على حكم واحد في هذه الواقعة كان إجماعاً ، وكان الحكم المجمع عليه حكماً شرعياً واجباً اتباعه على المسلمين جميعهم .

بفتوى أو قضاء ، أي أن كل مجتهد يصدر منه قول أو فعل يعبر صراحة عن رأيه ، وثانيهما الإجماع السكوتي وهو أن يبدي بعض مجتهدي العصور رأيهم صراحة في الواقعة بفتوى أو قضاء ويسكت باقيهم عن إبداء رأيهم فيها بموافقة ما أبدى فيها أو مخالفته .

أما النوع الأول وهو الإجماع الصريح فهو الإجماع الحقيقي ، وهو حجة شرعية في مذهب الجمهور ، وأما النوع الثاني وهو الإجماع السكوتي فهو إجماع اعتباري لأن الساكت لا جزم بأنه موافق ، فلا جزم بتحقيق الاتفاق وانعقاد الإجماع ، ولهذا اختلف في حجتيه ، فذهب الجمهور إلى أنه ليس حجة ، وأنه لا يخرج عن كونه رأى بعض أفراد من المجتهدين ، وذهب علماء الحنفية إلى أنه حجة إذا ثبت أن المجتهد عرضت عليه الحادثة وعرض عليه الرأي الذي أبدى فيها ومضت عليه فترة كافية للبحث وتكوين الرأي وسكت ولم توجد شبهة في أنه سكت خوفاً أو ملقاً أو عياً أو استهزاءً ، لأن سكوت المجتهد في مقام البيان والتشريع بعد فترة البحث والدرس مع انقضاء ما يمنعه من إبداء رأيه لو كان مخالفاً ، دليل على موافقته الرأي الذي أبدى إذ لو كان مخالفاً ما وسعه السكوت .

والذي يراه أغلب الفقهاء راجحاً مذهب الجمهور ، لأن الساكت من المجتهدين تحيط بسكوته عدة ظروف وملابسات منها النفسى ومنها غير النفسى ولا يمكن استقصاء كل هذه الظروف والملابسات والجزم بأنه سكت موافقة ورضا بالرأى ، فالساكت لا رأى له ولا ينسب إليه قول موافق أو مخالف ، وأكثر ما وقع مما سمي إجماعاً هو من الإجماع السكوتي .

وأما الإجماع من جهة أنه قطعي الدلالة على حكمه أو ظني فهو نوعان أيضاً : أحدهما إجماع قطعي الدلالة على حكمه وهو الإجماع الصريح ، بمعنى أن حكمه مقطوع به ولا سبيل إلى الحكم في واقعته بخلافه ، ولا مجال للاجتهاد في واقعة بعد انعقاد إجماع صريح على حكم شرعي فيها ، وثانيهما إجماع ظني الدلالة على حكمه وهو الإجماع السكوتي بمعنى أن حكمه مظنون ظناً راجحاً ولا يخرج الواقعة عن أن تكون مجالاً للاجتهاد . لأنه عبارة عن

رأى جماعة من المجتهدين لا جميعهم^(١).

المبحث الخامس

الاختلاف المتعلق بالإجماع

٧٠ - اختلف العلماء في الإجماع من عدة جهات تجمل فيما يلي :

- ١ - هل الإجماع حجة أولاً ؟
- ٢ - ثبوت الإجماع في المسألة عند بعض القائلين بكونه حجة ، دون بعض آخر .
- ٣ - صحة إجماع في مسألة عند بعضهم ، وصحة إجماع آخر عند بعض آخر .

من هذه الجهات نشأ اختلاف العلماء في الإجماع . وترتب على اختلافهم في ذلك اختلافهم في بعض الأحكام .

أما الناحية الأولى : فالذين لا يرون الإجماع حجة - وهم الخوارج وبعض الشيعة ، والنظام من المعتزلة ، والظاهرية في غير إجماع الصحابة - يرون أن كل حكم لا يرد به كتاب أو سنة صحيحة بحل أو حرمة يكون محمولاً على الإباحة . وينبغي على ذلك اختلافهم مع القائلين بحجية الإجماع في كل الأحكام التي لا نص عليها وادعى الآخرون الإجماع فيها . فهم يقولون بالإباحة . وغيرهم - وهو الجمهور - يعطيها الحكم الذي ادعى الإجماع عليه . ومثل هذا كثير .

وأما الناحية الثانية - وهي ثبوت الإجماع عند بعضهم دون الآخر - فإن اختلافهم في الأحكام المترتبة عليه بمثله ما يأتي :

الأرض الخراجية التي تحت يد المسلمين : بأن يكونوا قد أسلموا بعد أن فرض عليهم الخراج فيها قبل أن يسلموا ، أو انتقلت من أيدي الذميين الذين فرض عليهم الخراج فيها إلى أيدي المسلمين بسبب انتقال الملكية ، أو أحيا بعض المسلمين أرضاً مواتاً بسقيها من ماء الخراج .

(١) الأستاذ عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ص ٥٢ .

فالحنفية يقولون ليس في هذه الأرض عشر ، لأنه لا يجتمع عشر وخراج : ويدعون أن الإجماع قد انعقد على هذا بين الصحابة . وقد حكى هذا الإجماع الكمال بن الهمام إذ يقول : « ولإجماع الصحابة ، إذ قد فتحوا السواد ولم ينقل عنهم قط جمعهما (أي العشر والخراج) على مالك^(١) » ثم قاله في موضع آخر : فالذي يغلب على الظن أن الراشدين : من عمر وعثمان وعلى رضوان الله عليهم أجمعين لم يأخذوا عشرأ من أرض الخراج ، وإلا لنقل إلينا . . . ثم قال : وإذا كان الظن عدم أخذ الثلاثة صحح دليلاً بفعل الصحابة خصوصاً الخلفاء الراشدين ، ويكون إجماعاً^(٢) .

وهنا ننظر كيف يكون هذا إجماعاً ؟ فنجد أنه لم يكن فيما نقلناه عن الكمال ما يدل على أنه كان من جميع الصحابة المجتهدين ، بل نجد عبارته الثانية تدل على أنه قد حصل من عمر وعثمان وعلى « وأن تحققه مظهر فقط ، لأنه لم ينقل عن هؤلاء الخلفاء الراشدين أنهم جمعوا بين العشر والخراج مع أنه مما تنافر الدواعي على نقله ، فعدم نقل ذلك عنهم يعتبر بمثابة اتفاقهم على عدم هذا الجمع . ثم عدم نقل إنكار الصحابة على ذلك يعتبر موافقة . فهو نوع من الإجماع السكوتي الذي يقول باعتباره الأحناف . أما الشافعية ومن معهم فلم يعتبروا هذا إجماعاً من الصحابة لعدم ورود النقل له ، فلا يوجد ما يدل على انعقاد هذا الإجماع : وفضلاً عن ذلك فقد صح عندهم ما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه قد جمع بين العشر والخراج . وسئل : المسلم تكون في يده أرض الخراج ، أفيطلب منه العشر أيضاً ؟ فقال : « إنما الخراج على الأرض ، والعشر على الحب » . فهل يجوز لعمر بن عبد العزيز أن يجحد عن الإجماع الذي ادعى الأحناف أنه تم بين الصحابة ؟ مع أن هؤلاء الأحناف يقولون : الإجماع حجة بعد انعقاده ، ولا ينسخ . ولكنهم لعلمهم بضعف هذه الرواية عنه .

ويقول مالك والشافعي : وهو رأي عمر بن عبد العزيز والزهري والوزاعي وغيرهم - يجمع بين العشر والخراج ، أما الخراج فعن رقبتهما ،

(١) فتح القدير : ج ٢ ص ١٤ .

(٢) فتح القدير : ج ٤ ص ٣٦٧ .

وأما العشر فعن غلتها ، ولا يوجد تناف بينهما إذا فرضنا ، لأن الحراج والعشر حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين . وعلى هذا يمكن فرضهما . أما كونهما حقين مختلفين فلأن العشر مؤونة فيها معنى العبادة . والحراج مؤونة فيها معنى العقوبة . وأما كونهما محلين مختلفين ، فلأن العشر وجب في الحراج من الأرض ، والحراج وجب في النعمة ، لأنه مقدار معين ربط على الأرض ، فصار دينا على زارعها . وأما أنهما بسببين مختلفين فلأن سبب العشر الأرض النامية بالحراج تحقيقاً ، وسبب الحراج الأرض النامية بالحراج تقديراً : أى أنها صالحة للإنبات وإن لم تثبت لإهمال صاحبها . وحيداً لا يتنافيان . وليس هناك دليل آخر يمنع اجتماعهما ، لأنهم لا يسلّمون بأن الإجماع الذى ادعاه خصومهم صحيح ، لأنه على فرض حصوله فهو إجماع سكوتى . وهم لا يقولون بأنه صحيح يثبت به الحكم الشرعى .

فنحن نرى من هذا الذى ذكرناه أنهم اختلفوا في الحكم بسبب اختلافهم في ثبوت الإجماع ، واختلافهم في اعتبار الإجماع السكوتى .
وأما الناحية الثالثة : وهى - ما إذا اختلفوا بسبب اختلافهم في إجماعين يدعى كل فريق أن إجماعه هو الصحيح دون إجماع خصمه - فيمثله حد الشرب . فإن الحنفية يدعون أن الإجماع قد انعقد في زمن عمر على أنه ثمانون جلدة . والشافعية يقولون : إن الإجماع إنما انعقد بين الصحابة في زمن على رضى الله عنه على أنه أربعون . وقد كان كذلك زمن أبى بكر . وأنكروا انعقاده في زمن عمر على أنه ثمانون . .

نظرة

٧١ - ونحن إذا نظرنا نجد أن الروايات التى نقلت عن على تدل على أنه كان يجلد أحياناً أربعين وأحياناً ثمانين . وذلك فيما يظهر كان منه على حسب قوة التحمل فى الشخص الذى يقام عليه الحد . وما كان ذلك على أنه إجماع ، بل على أنه سنة ، فإن عثمان رضى الله عنه جىء إليه بشارب خمر ، فطلب من على أن يضربه ، فقال على لعبد الله بن جعفر : إجلده . فلما جلده ووصل إلى الأربعين قال له على : أمسك . جلد رسول

الله أربعين ، وجلد أبو بكر أربعين ، وجلد عثمان ثمانين ، وكل سنة ، وهذا أحب إلى . وقد سئل البخارى عن هذا الحديث فصحه . وقال فيه ابن عبد البر : إنه أثبت شىء فى هذا الباب (١) . وعلى كل حال فأين الإجماع الذى انعقد هنا على أنه أربعون كما يرى الشافعية ؟ إن قالوا : إن الصحابة قد علموا به ولم يعترضوا عليه فهو إجماع سكوتى . والشافعية لا يقولون به . وإن قالوا : إن الصحابة قد أقروه صراحة فأين الروايات التى تدلنا على ذلك ؟ وغير معقول أن يقولوا : إن المجتهدين من فقهاء الصحابة كانوا حاضرين جميعاً ، مع أننا نعلم أنهم كانوا متفرقين فى الأمصار آنذاك (٢) .

المبحث السادس

القياس (٣)

تعريفه

٧٢ - القياس فى اصطلاح الأصوليين هو إلحاق واقعة لاص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها فى الحكم الذى ورد به النص لتساوى الواقعتين فى علته هذا الحكم .

فإذا دل نص على حكم فى واقعة وعرفت علته هذا الحكم بطريق من الطرق التى تعرف بها علل الأحكام ، ثم وجدت واقعة أخرى تساوى واقعة النص فى تحقق علته الحكم فيها فإنها تسوى بواقعة النص فى حكمها بناء على تساويهما فى علته ، لأن الحكم يوجد حيث توجد علته .

وهذه أمثلة من الأقيسة الشرعية والوضعية توضح هذا التعريف : -

١ - شرب الخمر واقعة ثبت بالنص حكمها ، وهو التحريم الذى دل عليه قوله سبحانه وتعالى : « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس

(١) أنظر نيل الأوطار ج ٧ ص ٣١٤ - ٣٢٠ طبعة إدارة الطباعة المتيرية .

(٢) أنظر الأستاذ الشيخ الزفراف ، المرجع السابق .

(٣) القياس معناه فى اللغة العربية التقدير لشيء بما يماثله ، يقال قاس الثوب بالمتر أى قدر أجزاءه به ، ويطلق القياس على التسوية لأن تقدير الشيء بما يماثله تسوية بينهما ، ومنه فلان لا يقاس بفلان أى لا يسوى به .

وكان للأصوليين طرائق مختلفة فى تقسيم القياس ، وبيان كل قسم منها ، والقسم المتفق عليه من القائلين بالقياس ، هو قياس العلة .

من عمل الشيطان فاجتنبوه» لعلة هي الإسكار ، فكل نبيذ توجد فيه هذه العلة يسوى بالخمر في حكمه ويحرم شربه (١) .

٢ - قتل الوارث مورثه واقعة ثبت بالنص حكمها ، وهو منع القاتل من الإرث الذي دل عليه قوله ﷺ : « لا يرث القاتل » لعلة هي أن قتله فيه استعجال للشئ قبل أو انه فردد عليه قصده ويعاقب بجرماته ، وقتل الموصى له للموصى توجد فيه هذه العلة فيقاس بقتل الوارث مورثه ويمنع القاتل للموصى من استحقاق الموصى به له .

ففي كلا المثالين موثوق واقعة لا نص على حكمها بواقعة نص على حكمها في الحكم المنصوص عليه بناء على تساويهما في علة هذا الحكم ، وهذه التسوية بين الواقعتين في الحكم بناء على تساويهما في علة هي القياس في اصطلاح الأصوليين ، وقولهم تسوية واقعة بواقعة وإلحاق واقعة بواقعة أو تعدية الحكم من واقعة إلى واقعة هي عبارات مترادفة مدلولها واحد .

حجية

٧٣ - مذهب جمهور العلماء المسلمين أن القياس حجة شرعية على الأحكام العملية وأنه في المرتبة الرابعة من الحجج الشرعية ، بحيث إذا لم يوجد

(١) ذهب أحد علماء المسلمين في إحدى محاضراته إلى أن «أبا حنيفة النعمان» أتى بأن الخمر هو ما استخلص من عصير العنب ، وهو الذي يصدق فيه أن ما أسكر كثيره فقليله حرام ، والويسكى في الاصطلاح الشرعي نبيذ لأنه ليس مستخرجاً من عصير العنب ، فشاربه إذا انتشى لا يرتكب محرماً ، وإنما يرتكب المحرم إذا سكر .

- ونحن لا نقر هذا النظر ، ذلك أن أبا حنيفة مثل إن كان يقبل شراب النبيذ فقال ما معناه إنه لا يرضى ذلك لنفسه ، ويفرض أن أبا حنيفة اعتنق هذا النظر فإن الشيخين لم يقولوا به كما لم يقل به أحد آخر . وقد جاء في كتاب «فتاوى شرعية وبحوث إسلامية» لفضيحة الأستاذ الشيخ حسين محمد مخلوف مفتي الديار المصرية السابق ج ١ - ٢ فيما يتعلق بالمسكو والخمر :

« عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجه ، وفي رواية مسلم « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » .

وجاء فيه أيضاً : وعن أبي أمامة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تذهب الكيال والأيام حتى تشرب طائفة من أمي الخمر ويسمونها بغير إسماها » رواه ابن ماجه .
- أنظر في هذا الموضوع ما سياتي في المتن عند تكلمنا عن أركان القياس .

في الواقعة حكم ينص أو إجماع وثبت أنها تساوى واقعة نص على حكمها في علة هذا الحكم فإنها تقاس بها ، ويحكم فيها بحكمها ويكون هذا حكمها شرعاً ، ويسع المكلف اتباعه والعمل به ، وهو لا يطلق عليهم مثبتو القياس ومذهب النظامية والظاهرية وبعض فرق الشيعة أن القياس ليس حجة شرعية على الأحكام وهو لا يطلق عليهم نفاة القياس .

أدلة مثبتى القياس

٧٤ - استدلال مثبتو القياس بالقرآن ، وبالسنة وبأقوال الصحابة وأفعالهم وبالمعقول :

١ - أما القرآن فأظهر ما استدلوا به من آياته قوله تعالى في سورة النساء « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول ذلك خير وأحسن تأويلاً » ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه أمر المؤمنين إن تنازعوا واختلفوا في شئ ليس لله ولا لرسوله ولا لأولى الأمر منهم فيه حكم ، أن يردوه إلى الله والرسول ، وردّه وإرجاعه إلى الله وإلى الرسول يشمل كل ما يصدق عليه أنه ردّ إليهما . ولا شك أن إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص لتساويهما في علة حكم النص هو رد ما لا نص فيه إلى الله وإلى الرسول ومتابعة لله ولرسوله في حكمه (١) .

(١) كما استدلوا بقوله تعالى في سورة الحشر « هو الذي أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب من ديارهم لأول الحشر ما ظننتم أن يخرجوا ، وظنوا أنهم مانعتهم حصونهم من الله ، فأتاهم الله من حيث لم يحتسبوا وقذف في قلوبهم الرعب يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المسلمين ، فاعتبروا يا أولي الأبصار » وموضع الاستدلال قوله سبحانه « فاعتبروا » ووجه الاستدلال أن الله سبحانه بعد أن قص ما كان من بني النضير الذين كفروا وبين ما حاق بهم من حيث لم يحتسبوا ، قال : فاعتبروا يا أولي الأبصار ، أي فقيسوا أنفسكم بهم لأنكم أناس مثلهم إن فعلتم مثل فعلهم حاق بكم مثل ما حاق بهم .

وهذا يدل على أن سنة الله في كونه أن نعمة ونقمة وجميع أحكامه هي نتائج لمقدمات أنتجتها ومسببات لأسباب ترتبت عليها ، وأنه حيث وجدت المقدمات نتجت عنها نتائجها وحيث وجدت الأسباب ترتبت عليها مسبباتها ، وما القياس إلا السير على هذا السنن الإلهي وترتيب المسبب على سببه في أي محل وجد فيه ، وهذا هو الذي يدل عليه قوله سبحانه فاعتبروا . وقوله « إن في ذلك لعبرة » وقوله : « لقد كان في قصصهم عبرة » فسواء =

٢ - وأما السنة فأظهر ما استدلووا به منها دليلان : الأول حديث معاذ ابن جبل الذي رواه أحمد وأبو داود أن رسول الله لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال له كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيي ولا آلو ، فضرب رسول الله على صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول لما رضى رسول الله . ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن رسول الله أقر معاذاً على أن يجتهد إذا لم يجد نصاً يقضى به في الكتاب والسنة . والاجتهاد بذل الجهد للوصول إلى الحكم وهو يشمل القياس لأنه نوع من الاجتهاد والاستدلال والرسول لم يقره على نوع من الاستدلال دون نوع .

والثاني ما ثبت في صحاح السنة من أن رسول الله في كثير من الوقائع التي عرضت عليه ولم يوح إليه بحكمها استدلل على حكمها بطريق القياس ، وفعل الرسول في هذا الأمر العام تشريع لأمة ولم يقم دليل على اختصاصه به ، فالقياس فيما لا نص فيه من سنن الرسول ولأمة فيه أسوة (١) .

= فسر الاعتبار بالمعنى أي المرور أو فسر بالانماض فهو تقرير لسنة من سنن الله في خلقه وهي أن ما جرى على النظر يجري على نظيره .

واستدلوا كذلك بقوله تعالى في سورة يس « قل يعجبنا الذي أنشأنا أول مرة » جواباً لمن قال من يعجب العظام وهي رميم . ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه استدلل بالقياس على ما أنكره منكرو البعث ، فإن الله سبحانه قاس إعادة المخلوقات بعد فناءها على بدء خلقها وإنشائها أول مرة لإقناع الملحدين بأن من قدر على بدء خلق الشيء وإنشائه أول مرة قادر على أن يعيده بل هذا أهون عليه فهذا الاستدلال بالقياس إقراراً لحجية القياس وصحة الاستدلال به .

وهذه الآيات الدالة على حجية القياس أيدها في دلالتها أن الله سبحانه في عدة آيات من آيات الأحكام قرن الحكم بعلته مثل قوله سبحانه في المحيض « قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض » وقوله في إباحة التيمم « ما يريد الله عليكم من حرج » فإن في هذا إرشاداً إلى أن الأحكام مبنية على المصالح ومرتبطة بالأسباب وإشارة إلى أن الحكم يوجد مع سببه وما ينشأ عنه .

(١) ورد أن جارية خثمية قالت : يا رسول الله : إن أبي أدركته فريضة الحج شيئاً زمناً لا يستطيع أن يحج ، إن حججت عنه أينفذه ذلك ؟ فقال لها : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضىته أكان ينفذه ذلك ؟ قالت نعم ، قال : فدين الله أحق بالقضاء . وورد أن عمر سأل الرسول عن قبلة الصائم من غير إنزال ، فقال له الرسول : أرأيت لو تمسقت من الماء وأنت صائم ، قال عمر : قلت لا بأس بذلك ؟ قال له .

٣ - وأما أفعال الصحابة وأقوالهم فهي ناطقة بأن القياس حجة شرعية فقد كانوا يجتهدون في الوقائع التي لا نص فيها ، ويقيسون ما لا نص فيه على ما فيه نص . ويعتبرون النظر بنظيره ، قاسوا الخلافة على إمامة الصلاة وبابعوا أبا بكر وبيتوا أساس القياس بقولهم : رضيه رسول الله لديننا ، أفلا نرضاه لديننا ؟ وقاسوا خليفة الرسول على الرسول ، وحاربوا مانعي الزكاة الذين منعوها استناداً إلى أنها كان يأخذها الرسول ، لأن صلواته سكن لهم لقوله عز شأنه « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها وصلِّ عليهم إن صلواتك سكن لهم » وقال عمر بن الخطاب في عهده لى أبي موسى الأشعري : ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس فيه قرآن ولا سنة ، ثم قاييس بين الأمور عند ذلك ، واعرف الأمثال ، ثم اعلم فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق . وقال علي بن أبي طالب : ويعرف الحق بالمقاييس عند ذوى الألباب . ولما روى لابن عباس أن الرسول نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض قال لا أحسب كل شيء إلا مثله . وقد نقل ابن القيم عدة فتاوى لأصحاب رسول الله أفنوا فيها باجتهادهم بطريق القياس (١) ، وما أنكر الرسول في حياته على من اجتهد من صحابته ، وما أنكر بعض الصحابة على بعض اجتهاد الرأي وقياس الأشباه بالأشباه ، فإنكار حججة القياس تخطئة لما سار عليه الصحابة في اجتهادهم وما قرروه بأفعالهم وأقوالهم .

٤ - وأما المعقول فأظهر أدلتهم منه أننا نرى أن الله سبحانه ما شرع حكماً إلا لمصلحة ، وأن مصالح العباد هي الغاية المقصودة من تشريع الأحكام ، فإذا ساوت الواقعة التي لا نص فيها الواقعة المنصوص عليها في علة الحكم التي هي مظنة المصلحة قضت الحكمة والعدالة أن تساويها في الحكم تحقيقاً للمصلحة التي هي مقصود الشارع من التشريع ، ولا يتفق وعدل الله وحكمته أن يحرم

= وورد أن رجلاً من نزار أنكر ولده لما جاءت به امرأته أسود فقال له الرسول : هل لك من إبل قال نعم . قال : ما ألوانها ؟ قال حمر ، قال هل فيها من أورك ؟ قال : نعم قال : فن أين ؟ قال : لعله نزع عرق ، قال : وهذا لعله نزع عرق .

- أنظر أمثلة كثيرة لأقيسة الرسول في الجزء الأول من أعلام الموقعين .

(١) أنظر الجزء الثاني من أعلام الموقعين ص ٢٤٤ وما بعدها .

شرب الخمر لإسكاره محافظة على عقول عباده ، ويبيح نبيذاً آخر فيه خاصية الخمر وهي الإسكار ، لأن ما ل هذا المحافظة على العقول من مسكر وتركها عرضة للذهاب بمسكر آخر .

وكذلك نرى أن نصوص القرآن والسنة محدودة ومتناهية ، ووقائع الناس وأفضيتهم غير محدودة ولا متناهية ، فلا يمكن أن تكون النصوص المتناهية وحدها هي المصدر التشريعي لما لا يتناهي ، فالقياس هو المصدر التشريعي الذي يسائر الوقائع المتجددة ، ويكشف حكم الشريعة فيما يقع من الحوادث ويوفق بين التشريع والمصالح ، وكذلك نرى أن القياس دليل تؤيده الفطرة السليمة والمنطق الصحيح فإن من نهى عن شراب لأنه سام يقيس بهذا الشراب كل شراب سام ، ومن حرم عليه تصرف لأن فيه اعتداء وظلماً لغيره يقيس بهذا كل تصرف فيه اعتداء وظلم لغيره ، ولا يعرف بين الناس اختلاف في أن ما جرى على المثاليين يجرى على الآخر ما دام لا فارق بينهما .

بعض شبه نفاة القياس

٧٥ - من أظهر شبههم قولهم إن القياس مبني على الظن بأن علة حكم النص هي كذا والمبني على الظن ظن ، والله سبحانه نعى على من يتبعون الظن وقال سبحانه « ولا تقف ما ليس لك به علم » فلا يصح الحكم بالقياس لأنه اتباع للظن .

وهذه شبهة واهية لأن المنهى عنه هو اتباع الظن في العقيدة ، وأما في الأحكام العملية فأكثر أدلتها ظنية ، ولو اعتبرت هذه الشبهة لا يعمل بالنصوص الظنية الدلالة لأنه اتباع للظن ، وهذا باطل بالاتفاق لأن أكثر النصوص ظنية الدلالة .

ومن أظهر شبههم قولهم إن القياس مبني على اختلاف الأنظار في تعليل الأحكام فهو مثار اختلاف الأحكام وتناقضها والشرع الحكيم لا تناقض بين أحكامه . وهذه شبهة أوهى من سابقة لأن الاختلاف بناء على القياس ليس اختلافاً في العقيدة أو في أصل من أصول الدين ، وإنما هو اختلاف في أحكام جزئية عملية لا يؤدي الاختلاف فيها إلى أية مفسدة ، بل ربما كان رحمة بالناس وفيه مصلحتهم . ومن أظهر شبههم عبارات نقلوها عن

بعض الصحابة ذموا فيها الرأي والقول في الأحكام بالرأي مثل قول عمر . . « لناكم وأصحاب الرأي فإنهم أعداء السنن ، أعييتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأي فضلوا وأضلوا » .

وهذه الآثار فوق أنها غير موثوق بها ، ليس المراد منها إنكار القياس أو الاحتجاج به وإنما المراد منها النهي عن اتباع الهوى والرأي الذي ليس له مرجع من النصوص .

أركانها

٧٦ - كل قياس يتكون من أحكام أربعة :

(الأصل) وهو ما ورد بحكمه نص ، ويسمى المقيس عليه ، والمحمول عليه ، والمشبه به .

(والفرع) وهو ما لم يرد بحكمه نص ، ويراد تسويته بالأصل في حكمه ويسمى : المقيس ، والمحمول ، والمشبه .

(وحكم الأصل) وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص بالأصل ويراد أن يكون حكماً في الفرع .

(والعلة) وهي الوصف الذي بني عليه حكم الأصل وبناء على وجوده في الفرع يسوى بالأصل في حكمه .

فشرب الخمر أصل لأنه ورد نص بحكمه وهو قوله تعالى : (فاجتنبوه) الدال على تحريم شربه لعلة هي الإسكار ، ونبيذ النمر فرع لأنه لم يرد نص

وقد ساوى الخمر في أن كلا منهما مسكر فسوى به في أن يحرم . والأشياء الستة : الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح ، أصل لأنه ورد النص

بتحريم ربا الفضل والنسيئة فيها إذا بيع كل واحد منها بجنسه لعلة هي أنها مقدرات مضبوط قدرها بالوزن أو الكيل مع اتحاد الجنس ، والذرة والأرز

والقول فرع لأنه لم يرد نص بحكمها ، وقد ساوت الأشياء الواردة بالنص في أنها مقدرات فسويت بها في حكمها حين المبادلة بجنسها . أما الركنان

الأولان من هذه الأركان الأربعة وهما : الأصل والفرع فهما واقعتان أو محلان أو أمران ، أحدهما دل على حكمه نص والآخر لم يدل على حكمه نص

ويراد معرفة حكمه ، ولا تشترط فيهما شروط سوى أن الأصل ثبت حكمه (الإعتدال بالجهل بالقانون - ١٠)

بنص والفرع لم يثبت حكمه بنص ولا إجماع ولا فارق يمنع من تساويهما في الحكم .

وأما الركن الثالث : وهو حكم الأصل فتشترط لتعديته إلى الفرع شروط لأنه ليس كل حكم شرعي ثبت بالنص في واقعة يصح أن يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى بل يشترط في الحكم الذي يعدى إلى الفرع بالقياس شروط :

الأول أن يكون حكماً شرعياً عملياً ثبت بالنص ، فأما الحكم الشرعي الذي ثبت بالإجماع ففي تعديته بواسطة القياس رأيان أحدهما أنه لا يصح تعديته وهذا هو الرأي الراجح في نظرنا ، لأن الإجماع كما هو مقرر لا يلزم فيه أن يذكر مع الحكم المجمع عليه مستنده ومن غير ذلك المستند لا سبيل إلى إدراك علة الحكم فلا يمكن القياس على الحكم المجمع عليه ، وهذا على فرض وجود حكم أجمع عليه بمعنى الإجماع في اصطلاح الأصوليين ، وثانيهما أنه يصح ، وقال الشوكاني هذا أصح القولين . وأما الحكم الشرعي الذي ثبت بالقياس فلا يصح تعديته أصلاً لأن الفرع إن كان يساوي ما ثبت فيه الحكم بالقياس في العلة فهو يساوي واقعة النص في نفس العلة ويكون الحكم المعدى بالقياس هو حكم النص ، وإن كان لا يساويه في العلة فلا يصح أن يساويه في الحكم ، وعلى هذا لا يصح أن يقال حرم نبيذ التفاح قياساً على نبيذ التمر لأنه إن كان يساويه في الإسكار فهو يساوي الخمر ، ويكون تحريمه بالقياس على الخمر لا على نبيذ التمر ، وإن كان لا يساويه في الإسكار فلا يساويه في التحريم .

الثاني - أن حكم الأصل مما للعقل سبيل إلى إدراك علقته ، لأنه إذا كان لا سبيل للعقل إلى إدراك علقته لا يمكن أن يعدى بواسطة القياس لأن أساس القياس إدراك علة حكم الأصل ، وإدراك تحققها في الفرع . وتفصيل هذا الشرط أن الأحكام الشرعية العملية جميعها إنما شرعت لمصالح الناس ولعلل بنيت عليها ، وما شرع حكم منها عبثاً لغير علة ، غير أن الأحكام نوعان : أحكام استأثر الله بعلم عللها ولم يمهد السبيل إلى إدراك هذه العلل ليلو عباده ويختبرهم هل يمتثلون وينفذون ولو لم يدركوا ما بنى

عليه الحكم من علة ، وتسمى هذه الأحكام التعبدية أو غير المعقولة المعنى ، ومثالها تحديد أعداد الركعات في الصلوات الخمس وتحديد مقادير الأنصبة في الأموال التي تجب فيها الزكاة ومقادير ما يجب فيها ومقادير الحدود والكفارات وفروض أصحاب الفروض في الإرث ، وأحكام لم يستأثر الله بعلم عللها بل أرشد العقول إلى عللها بنصوص أو بدلائل أخرى أقامها للاهتمام بها ، وهذه تسمى الأحكام المعقولة المعنى ، وهذه هي التي يمكن أن تعدى من الأصل إلى غيره بواسطة القياس (١) ، سواء أكانت أحكاماً مبتدأة أي ليست استثناء من أحكام كلية كتحرим شرب الخمر الذي عدى بالقياس إلى شرب أي نبيذ مسكر ، ونحریم الربا في القمح والشعير الذي عدى بالقياس إلى الذرة والأرز ، أو كانت أحكاماً مستثناة من أحكام

(١) الناس بطبيعتهم جد مختلفين فيما يتناولون من الأمور وما يسلكون من طرق البحث والاستنباط . ففريق منهم لا يبغض الألفاظ ودلالاتها ما لها من حق ، ولكنه يتنقل في معانيها ويسير أغوارها ويتحرى مراميقها . وفريق آخر لا يضيع عنده حق المعاني ولكنه يرضى ذلك بقدر وهاب التنقل في التعليل والقياس ، ويقف عندما تدل عليه الألفاظ . وهكذا كان شأن المجتهدين الفقهاء الذين يرون التعليل والاعتداد على القياس في تناولهم للأحكام الفقهية واجتهادهم في استنباطها ، كلهم يعطى الألفاظ أتم الرعاية وكلهم يقيس الأشياء بنظائرها ، ولكنهم مختلفون في المعنى الذي ذكرت . ففريق منهم يسمي إلى فهم روح التشريع وتذوق معانيه والنوص على علقه وحكمه ، وشوطه في هذه الناحية أبعد من شوط الفريق الآخر الذي يحرص على ما ظهر من المعاني ، ولا يريد الاعتماد عنه بالمقدار الذي يبتدئ به للفريق الأول الذي من طبيعته أن يحتمل صاحبه ، متى اطمان إلى غزارة علمه وقوة إدراكه ، على البحث والنظر فيما ورد بالكتاب والسنة من جهة دلالة اللفظ ودلالة المعنى مع النوص والتحقق ، ثم الإقدام على الفتيا وعدم التهيّب . وكان من هذا الفريق أم المؤمنين عائشة وعمر وعلي وابن مسعود وزيد وابن عباس ، كما كان عليه فقهاء المدينة النبوية وبخاصة ابن المسيب الذي كان يسمى سعيداً الجري ، وأبو حنيفة وأصحابه والأوزاعي والشافعي والمزني وأبو ثور وغيرهم . وكان من الفريق الثاني أبو الدرداء وابن سيرين وأحمد بن حنبل وبعض فقهاء الأمصار . ثم انتهت نزعة التهيّب ولم يبق لها أثر ضئيل حتى في طور التقليد . أما أهل الظاهر فإنهم يتكرونها ما للمعاني من دلالة ، ولا يقولون بتعليل ولا قياس ، ولا يعتمدون إلا على ظاهر النص ، ويرون أنه لا حاجة إلى القول بالتعليل والقياس ، والنصوص تنق بالأحكام ما دامت هذه الحياة . فأوجب الله تعالى من طريق الوحي بدلالة لفظه الظاهرة فهو واجب ، وما نهى عنه من هذا الطريق فهو الحرام ، وما عدا ذلك فيباح ومنه المكروه والمندوب . فلا اجتهاد إلا للوصول إلى حكم الوحي وفي تفهم المراد من لفظه ، وليس هناك اجتهاد آخر لعدم الحاجة إليه .

كلية كالترخيص في العرايا استثناء من بيع الجنس بجنسه متفاضلاً الذي عدى بالقياس إلى الترخيص ببيع العنب على الكرم بالزبيب ، وبقاء الصوم مع أكل الصائم ناسياً استثناء من فساد الصوم بوصول غذاء إلى معدة الصائم الذي قيس به بقاء الصوم مع أكل الصائم خطأ أو مكرها ، وبقاء الصلاة مع تكلم المصلي ناسياً . فالشرط لصحة تعدية حكم الأصل أن يكون معقول المعنى بلا فرق بين كونه حكماً مبتدأ ليس استثناء من حكم آخر وكونه حكماً استثنائياً من حكم آخر ، وأما إذا كان غير معقول المعنى فلا يصح تعديته سواء أكان حكماً أصلياً أم استثنائياً ، وعلى هذا لا قياس في العبادات والعقوبات .

الثالث - أن يكون حكم الأصل غير مختص به ، وأما إذا كان حكم الأصل مختصاً به فلا يعدى بالقياس إلى غيره ، ويكون حكم الأصل مختصاً به في حالتين ، الأولى : إذا كانت علة الحكم لا يتصور وجودها في غير الأصل ، كقصر الصلاة للمسافر فهذا حكم معقول المعنى لأن فيه دفع مشقة ، واكن علة السفر ، والسفر لا يتصور وجوده في غير المسافر ، والثانية : إذا دل دليل على تخصيص حكم الأصل به ، مثل الأحكام التي دل الدليل على أنها مختصة بالرسول ، كتزوجه بأكثر من أربع زوجات ، وتحريم الزواج بإحدى زوجاته بعد موته ، ومثل الاكتفاء في القضاء بشهادة خزيمة ابن ثابت وحده بقول الرسول : من شهد له خزيمة فهو حسبه . فإن النصوص التي وردت في القرآن والسنة دالة على أنه لا يباح التزوج بأكثر من أربع ، وعلى أن المتوفى عنها زوجها بعد انقضاء عدتها يحل لها أن تزوج ، وعلى أنه لا بد في الشهادة من رجلين أو رجل وامرأتين .

وأما الركن الرابع - وهو علة القياس فهذا هو أهم الأركان لأن علة القياس هي أساسه ، وبحوثها أهم بحوث القياس ، وهي كثيرة تقتصر منها على أربعة : تعريفها ، وشروطها ، وأقسامها ، ومساكنها .

تعريف العلة

٧٧ - العلة هي وصف في الأصل بني عليه حكمه ويعرف به وجوده في الفرع ، فالإسكار وصف في الخمر بني عليه تحريمه ، ويعرف به وجود

التحريم في كل نبيذ مسكر ، وهذا مراد الأصويين بقولهم العلة هي المعرف للحكم ، وتسمى العلة مناط الحكم ، وسببه ، وأمارته .

ومن المتفق عليه بين جمهور علماء المسلمين أن الله سبحانه ما شرع حكماً إلا للمصلحة عباده ، وأن هذه المصلحة إما جلب نفع لهم أو دفع ضرر عنهم ، وهذا الباعث على تشريع الحكم هو الغاية المقصودة من تشريعه ، وهو حكمة الحكم ، فاستحقاق الشفعة للشريك أو الجار حكته دفع الضرر عنه ، وإيجاب القصاص من القاتل عمداً عدواناً حكته حفظ حياة الناس .

وكان المتبادر أن يبني كل حكم على حكته وأن يرتبط وجوده بوجودها وعدمه بعدمها لأنها هي الباعث على تشريعه ، ولكن رثى بالاستقراء أن الحكمة في تشريع بعض الأحكام قد تكون أمراً خفياً غير ظاهر أي لا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة فلا يمكن التحقق من وجوده ولا من عدم وجوده ، ولا يمكن بناء الحكم عليه ولا ربط وجوده بعدمه بعدمه .

فاستحقاق الشفعة بالشركة أو الجوار حكته دفع الضرر عن الشريك أو الجار ، وهذه العلة أمر تقديري غير منضبط ، فاعتبرت الشركة أو الجوار مناط الحكم لأن كلا منها أمر ظاهر منضبط ، وفي جعله مناطاً للحكم مظنة تحقيق حكته ، إذ الشأن أن الضرر ينال الشريك أو الجار فحكمة استحقاق الشفعة دفع الضرر ، وعلته الشركة أو الجوار .

وما دام الحكم الشرعي يبني على علته لا على حكته فعلى المجتهد حين القياس أن يتحقق من تساوى الأصل والفرع في العلة لا في الحكمة ، وعلى القاضي أن يقضى بالحكم حيث توجد العلة بصرف النظر عن الحكمة ، فإذا قضى بالشفعة لغير شريك ولا جار بناء على أنه يناله الضرر من شراء هذا المشتري فهو خاطئ ، وإذا رفض الحكم باستحقاق الشفعة لشريك أو جار بناء على أنه لا ضرر عليه من شراء هذا المشتري فهو خاطئ .

ولكن في بعض الأحكام رثى أن الحكم قد تخالف عن علته ، فقد قرر الفقهاء أن بيع المكره باطل ، فالعلة وهي صيغة العقد وجدت ولم يوجد الحكم وهو نقل الملكية . ونصت المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه لا تسمع دعوى النسب عند الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقق بينها

وبين زوجها من حين عقد العقد ، فالزواج وجد ولم يوجد ثبوت النسب .
والقاصر إذا بلغ إحدى وعشرين سنة ودلت القرائن على أنه غير رشيد
لا تنتهي الولاية عليه ، مع وجود علة انتهائها وهو بلوغه سن الرشد .
والحقيقة أن هذه الأحكام وأمثالها لا منافاة بينها وبين ما تقدم لأننا قدمنا أن
العلل الظاهرة المنضبطة إنما تبنى الأحكام عليها على أساس أنها مظان لحكمها ،
وأن المظنة أقيمت مقام المثبتة ، لكن إذا قام الدليل على نفي أن يكون هذا
الظاهر المنضبط ليس مظنة لحكمة الحكم فقد دل على أنه فقد أساس العلية
ولم يبق علة ، فالإكراه على البيع نفي أن تكون الصيغة مظنة التراضي الذي
هو دليل الحاجة ، فالصيغة من المكروه ليست علة : والزوجية التي ثبت فيها
أن الزوجين لم يلتقيا من حين العقد لم تبق مظنة لأن الزوجة حملت من زوجها
فليست علة لثبوت النسب ، وبلوغ إحدى وعشرين سنة لم يبق مظنة لحسن
التصرف المالي مع دلائل عدم الرشد^(١) .

المبحث السابع

الاختلاف المتعلق بالقياس

اختلف الفقهاء في الأحكام بسبب اختلافهم في أمور تتعلق بالقياس
من ناحيتين :

١ - كونه حجة شرعية .

٢ - العلة في المقيس عليه .

٧٨ - أما من الناحية الأولى : فقد قال الشيعة : إن كتاب الله فيه
بيان كل شيء وإن السنة تبين ما أجهل منه ، فإن لم يوجد فيها ما يبينه فالإمام
المعصوم يبين ذلك ، لأنه معصوم من الخطأ في زعمهم ، وقد دعاهم
هذا الزعم إلى أن يقولوا : إذا خالف المجتهدون الإمام المعصوم كان قوله هو
الفصل وما سواه خطأ . أما أهل الظاهر فقد قالوا : إن الله قد أنزل شريعته

(١) أنظر بحث شروط العلة وأقسامها ومساكنها ، الأستاذ عبد الوهاب خلاف ،

كاملة كما أخبر بذلك ، فإنه قد أنزل في حجة الوداع : « اليوم أكملت لكم دينكم
وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً » وعلى ذلك لا محل للقياس .
وفضلاً عن ذلك فإنهم يرون أن النصوص الشرعية لا تقبل التعليل ، وإذا
كانت لا تقبل التعليل فلا قياس ، لأن التعليل هو دعامة القياس .

ومن هنا قالت هاتان الطائفتان : إن القياس ليس حجة شرعية . فما وجد
حكمه في كتاب الله وبينته السنة فهو كما ذكرت . وما لم يوجد له بيان فيها
فالشيعة يقولون : الإمام المعصوم بيئته . وأهل الظاهر يقولون : هو مباح
بحسب الأصل .

وقد خالف جمهور المسلمين هاتين الطائفتين . فقالوا : إن القياس
حجة شرعية .

وقد كان من أثر هذا الاختلاف أن حصل بين هاتين الطائفتين والجمهور
اختلاف في بعض الأحكام ، فالمسألة التي لم يرد فيها نص في كتاب ولا سنة
يعطيها أهل الظاهر الإباحة ، ويعطيها الشيعة الإباحة كذلك إذا لم يرد بيان
من إمامهم المعصوم . وذلك بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة ، وهي
قاعدة مسلمة عند الجمهور كما هي مسلمة عندهم . أما الجمهور فيعطيها الحكم
الذي ثبت للمقيس عليه ، وكون الأصل في الأشياء الإباحة لا يمنع من ذلك ،
لأن العمل بهذا الأصل إنما يكون إذا انتفت الأدلة التي تدل على الحكم ،
ومنها القياس .

ومن أمثال ذلك أن الفريق الأول لا يحكم بالربا إلا فيما ورد فيه النص ،
وأن الآخرين أعطوا حكم الربا لبعض الأشياء التي لم يرد فيها النص قياساً على
ما ورد فيه النص ، وإن اختلفوا فيما بينهم في هذه الأشياء ، تبعاً لاختلافهم
في استنباط العلة . فقد روى أن الرسول ﷺ قال « الذهب بالذهب ، والفضة
بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح . مثلاً
بمثل يبدأ بيد . فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إن كان يبدأ
بيد » رواه مسلم وأحمد .

فالشيعة والظاهرية قالوا : لا ربا إلا في هذه الأشياء الستة . فلا ربا في
النرة ولا في الأرز ، ولا في المشمش ، ولا في العنب . . ولا في غير ذلك من
المطعمات وإن كانت مكيلة أو موزونة .

أما الجمهور فإنه يرى أن الربا كما يكون في الأشياء المذكورة في الحديث فإنه يكون في كل ما تحققت فيه العلة التي اقتضت التحريم فيها . ولكنهم مع هذا قد اختلفوا فيما بينهم في هذه العلة .

فقال الحنفية : العلة هي اتحاد الجنس وكونه مقترراً : أي مكيلاً أو موزناً ومتى وجد الأمران حرم الفضل ، والنساء . وإذا انتفى أحدهما حل الفضل وحرم النساء ، وإذا انتفيا معاً حل الفضل والنساء جميعاً .

وقال الشافعية : العلة في الذهب والفضة كونهما أثماً بشرط اتحاد الجنس . أما في باقي المذكورات في الحديث فالعلة كونهما مطعوماً بشرط اتحاد الجنس . ومتى وجدت العلة ومكملها - وهو الشرط - في شيء ما ولو كان من غير المذكور في الحديث حرم التفاضل والنساء . وإذا فقد الشرط وبقيت العلة حل التفاضل وحرم النساء . وإذا فقدت العلة والشرط جميعاً حل التفاضل والنساء . وكذا إذا كان البدلان مختلفين في العلة كبيع حنطة بذهب أو فضة ، فالعلة في الحنطة كونها مطعومة ، وفي الذهب والفضة هي الثمنية .

وقال المالكية : العلة في الذهب والفضة اتحاد الجنس وكونهما أثماً . أما غيرهما مما ذكر في الحديث فالعلة فيه - على المشهور عندهم - هي اتحاد الجنس مع كونه قوتاً ومدخراً ، فتنى تحققت هذه العلة فيما لم يذكر في الحديث حرم كل من الفضل والنساء . أما حرمة النساء مع حل التفاضل فالعلة فيها هي كون التبادل فيه مطعوماً لغير التداوي ، ولا يقتات به ويدخر . فبيع تفاحة بتفاحتين جائز إذا كان يبدأ بيد ، لأن هذا لا يحصل به الاقتيات ، إذ الاقتيات هو ما يكون به صلاح الجسم إذا اقتصر على تناوله . وهذا ليس كذلك . وإذا لم يكن البدلان مما تقدم حل التفاضل والنساء . كبيع الحديد بالحديد ، والخشب بالخشب والرصاص بالرصاص ، فإنه يجوز مع التفاضل والنساء .

أما الحنابلة : فالعلة عندهم - على المشهور - اتحاد الجنس مع الوزن في الذهب والفضة . أما في الأصناف الأخرى التي ذكرت في الحديث فهي اتحاد الجنس مع الكيل أو الوزن ، فيحرم في كل ما عدا الذهب والفضة التفاضل والنساء متى اتحد الجنس وكان مكيلاً أو موزوناً . وإذا اختلف الجنس يحرم النساء ويحل التفاضل . ويحل التفاضل والنساء إذا اختلف

الجنسان ولم يكونا من المكيل أو الموزون . فهم كالحنفية لم يخصصوا العلة في الذهب والفضة بالوزن ، لأنه نوع مما يوزن ، وعندهم أن كل ما يوزن أو يكال يكون فيه الربا .

٧٩ - وأما من الناحية الثانية : وهي العلة في المقيس عليه ، فقد كانت مثار خلاف دعا بدوره إلى الاختلاف في الأحكام . ويمثل هذا ما يأتي :

روى أن النبي ﷺ تزوج عائشة وهي بنت ست سنين ، وفي رواية أخرى وهي بنت سبع سنين ، وزفت إليه وهي بنت تسع سنين . فهذا الحديث يدل على أن أبا بكر زوج ابنته وهي صغيرة لا رأى لها . ومتى كان كذلك كان مقتضاه أن للأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر دون رأيها .

وقد بحث الفقهاء عن العلة في جواز هذا الزواج . فرأى الحنفية أن العلة هي الصغر . ورأى الشافعية والحنابلة وجمهور المالكية أنها البكارة .

وبنى الحنفية رأيهم على أن الصغر هو مظنة جهلها بأمر الزواج وما يكون له من عواقب ، فيكون هو العلة . أما البكارة فليست مظنة الجهل بالزواج وعاقبته ، فالبكر البالغة كثيراً ما تعرف ذلك مما تسمعه وتراه في بيتها . أما الصغيرة فإنها لا تستطيع أن تعرف ذلك لقصور عقلها ، ولذا نجد الشارع قد ناط الولاية المالية على الصغير بصغره . وعلى هذا لا يصح أن تزوج البالغة ولو كانت بكرأ إلا بإذنها ورضاها . وتزوج الصغيرة ولو كانت ثيباً بدون رضاها . ويكون زواج الثيب الصغيرة مقيساً على زواج الصغيرة البكر ، لأن علة الحكم قد تحققت فيها ، وهي الصغر . وقد أيدوا رأيهم هذا بأنه قد ورد كثير من الآثار الصحيحة يدل على وجوب استئذان البكر ومنع تزويجها بغير رضاها . فقد روى عن ابن عباس أن جارية بكرأ أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباهاً زوجها وهي كارهة فخيرها رسول الله ﷺ . وكذا روى أبو هريرة عن الرسول ﷺ : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا البكر حتى تستأذن . قالوا : يا رسول الله ، وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت » .

وقال الشافعية ومن معهم إن الدليل على أن العلة في الحكم السابق - وهو ولاية التزويج جبراً - هي البكارة أن البكر تجهل أمر الزواج وعاقبته ، ولا يصح أن يكون لها رأى فيما تجهله ، ولأنها أيضاً تستحى عادة أن تصرح برأيها

في مثل ذلك . ومن هنا جعل الشارع أمر زواجها إلى من يعنيه مصلحتها وهو الأب والجد . فالطرفان وإن اتفقا على أن العلة الحقيقية هي الجهل بأمر الزواج وعاقبته فإنهما اختلفا فيما يتحقق به هذا الجهل ، فقال الحنفية : إنه الصغر ، وقال الشافعية : إنه البكارة .

ومن حيث إنه قد ظهر لم أن العلة في تزويج أبي بكر للسيدة عائشة إنما هو البكارة ، فقد قاسوا عليها في الحكم البكر البالغة فيكون للأب ولاية إجبار البكر البالغة على الزواج ، وليس له إجبار الثيب الصغيرة عليه لعدم تحقق العلة فيها . وأبدوا رأيهم هذا بما رواه ابن عباس - أيضا - قال : قال رسول الله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها » فهذا الحديث يعطى أنه قد فرق في الحكم بين الثيب والبكر ، فجعل الثيب أحق بنفسها من وليها ، والمقابلة بينها وبين البكر في الحديث تقضى أن يكون الولي أحق بالبكر من نفسها . وقد روى أيضاً أنه ﷺ قال : « ليس للولي مع الثيب أمر » وهذا يقتضى بمفهومه - والشافعية ممن يقولون بمفهوم المخالفة - أن له مع البكر أمراً ، وكونه ذا أمر معها يقتضى أنه هو الذي يزوجه .

الراجع

٨٠ - والراجع في نظرنا هو مذهب الحنفية ، لأن الأدلة التي استدلوا بها صريحة في أن الرسول قد جعل للجارية البكر كل الحق في الاختيار ، فلو كانت البكارة هي العلة في ولاية الإيجاب ما خيّر الرسول هذه الجارية . أما ما استدل به الشافعية من أنه قابل بين الثيب والبكر ، وجعل الثيب أحق بنفسها من وليها ، وجعل البكر تستأذن فيكون مقتضى المقابلة أن البكر يكون وليها أحق بنفسها منها - فهو مردود ، لأن أفراد كل منهما بتعبير في الحديث ، ومقابلته بالآخر لا يستلزم تغاير الحكم بينهما ، وإنما يستلزم أن يكون بينهما اختلاف فيما يتعلق بأمر الزواج ، وهذا الاختلاف آت من ناحية أن سكوت البكر يعتبر إذناً بخلاف الثيب . فإنه لا بد من إفصاحها . ومن هنا جاء الحديث بعبارتين متقابلتين : إحداهما خاص بالثيب . وهو وجوب استئذنها ، لأنها أحق بنفسها ، وضرورة تصريحها ، لأنه لما جعل إذن البكر هو صماتها - في العبارة المقابلة للكلام عن الثيب - كان ذلك دليلاً

على ضرورة إفصاح الثيب . أما العبارة الثانية - وهي الخاصة بالبكر - فقد جاء فيها الأمر باستئذنها بالجملة الخبرية لفظاً الإنشائية معنى « والبكر تستأذن » والأمر يقتضى الوجوب . وقد دل على هذا الوجوب ما كان من تخييره ﷺ للجارية البكر . وقوله : « ولا تنكح البكر حتى تستأذن » وهذا النهي يقتضى تحريم التزويج إلا بإذنها . وقد جعل إذنها أن تسكت ، كما هو صريح من الحديث . ولم يوجد من القرائن ما يصرف النهي عن التحريم ، بل حديث الجارية التي خبرها يؤكد هذا التحريم .

المبحث التاسع

الاستحسان

تعريفه

٨١ - الاستحسان في اللغة عد الشيء حسناً ، وفي اصطلاح الأصوليين هو دليل يتقدح في عقل المجتهد يقتضى ترجيح قياس خفي على قياس جلي ، أو استثناء جزئي من حكم كلي . فإذا عرضت واقعة ولم يرد نص بحكمها وللنظر فيها وجهتان مختلفتان إحداهما ظاهرة تقتضى حكماً والأخرى خفية تقتضى حكماً آخر ، وقام بنفس المجتهد دليل رجح وجهه النظر الخفية على وجهة النظر الظاهرة ، فهذا يسمى شرعاً الاستحسان . وكذلك إذا كان الحكم كلياً وقام بنفس المجتهد دليل يقتضى استثناء جزئية من هذا الحكم الكلي والحكم عليها بحكم آخر ، فهذا أيضاً يسمى شرعاً الاستحسان (١) .

أنواعه

٨٢ - من تعريف الاستحسان شرعاً يتبين أنه نوعان : أحدهما ترجيح قياس خفي على قياس جلي بدليل ، وثانيهما استثناء جزئية من حكم كلي بدليل . ومن أمثلة النوع الأول ما نص عليه فقهاء الحنفية من أنه إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن قبل قبض المبيع ، فادعى البائع أن الثمن مائة جنيه ، وادعى المشتري أنه تسعون ، يتحالفان استحساناً ، والقياس ألا يحلف

(١) وكان الإمام مالك بن أنس يقول « الاستحسان تسمية أعشار العلم » فاصداً بذلك العمل بمقاصد الشرع في تحقيق مصالح الناس فيصيره فريضة . والاستحسان في حقيقته من أنواع القياس .

البائع : وجه القياس أن البائع يدعى الزيادة ، وهي عشرة ، والمشتري ينكرها ، والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر فلا يمين على البائع ، ووجه الاستحسان أن البائع مدع ظاهراً بالنسبة إلى الزيادة ومنكر حق المشتري في تسلّم المبيع بعد دفع التسعين ، والمشتري منكر ظاهراً الزيادة التي ادعاها البائع وهي العشرة ، ومدع حق تسلّمه المبيع بعد دفع التسعين ، فكل واحد منهما مدع من جهة ومنكر من جهة أخرى فيتحالفان .

فالقياس الظاهر إلحاق هذه الواقعة بكل واقعة بين مدع ومنكر ، فالبينة على من ادعى واليمين على من أنكر .

والقياس الخفي إلحاق هذه الواقعة بكل واقعة بين متداعيين كل واحد منهما يعتبر في آن واحد مدعياً ومنكراً فيتحالفان .

ومن أمثلة النوع الثاني نص الفقهاء على أن الأمين يضمن بموته مجهلاً ، لأن التجهيل نوع من التعدي ، واستثنى استحساناً موت الأب أو الجد أو الوصي مجهلاً . ووجه الاستحسان أن الأب والجد والوصي لكل منهم أن يفتق على الصغير ويصرف ما يحتاج إليه ، فلعل ما جهله كان قد صرفه في وجهه .

ونصوا على أن الأمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ ، واستثنى استحساناً الأجير المشترك فإنه يضمن إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة . ووجه الاستحسان تأمين المستأجرين .

ونصوا على أن المحجور عليه للسفه لا تصح تبرعاته ، واستثنى استحساناً وقفه على نفسه مدة حياته . ووجه الاستحسان أن وقفه على نفسه فيه تأمين عقاراته من الضياع ، وهذا يتفق والغرض من الحجر عليه .

ونهى الشارع عن بيع المعلوم والتعاقد على المعلوم ، ورتخص استحساناً في السلم والإجارة والمزارعة والمساقاة والاستصناع ، وهي كلها عقود المعقود عليه فيها معلوم وقت التعاقد . ووجه الاستحسان حاجة الناس وتعارفهم .

حجيت

٨٣ - من تعريف الاستحسان وبيان نوعيه يتبين أنه في الحقيقة ليس مصدراً تشريعياً مستقلاً ، لأن أحكام النوع الأول من نوعيه دليلها هو القياس الخفي الذي ترجح على القياس الجلي بما اطمأن له قلب المجتهد من المرجحات ،

وهو وجه الاستحسان . وأحكام النوع الثاني من نوعيه دليلها هو المصلحة التي اقتضت استثناء الجزئية من الحكم الكلي وهي التي يعبر عنها بوجه الاستحسان . فمن احتجوا بالاستحسان ، وهم أكثر الحنفية ، دليلهم على حجيتهم أن الاستدلال بالاستحسان إنما هو استدلال بقياس خفي برجح على قياس جلي ، أو هو ترجيح قياس على قياس يعارضه بدليل يقتضي هذا الترجيح ، أو هو استدلال بالمصلحة المرسله على استثناء جزئي من حكم كلي ، وكل هذا استدلال صحيح .

شبه من لا يفتنون به

٨٤ - أنكر فريق من المجتهدين الاستحسان واعتبروه استنباطاً للأحكام الشرعية بالهوى والتلذذ ، وعلى رأس هذا الفريق الإمام الشافعي فقد نقل عنه أنه قال : من استحسّن فقد شرع ، أي ابتداءً من عنده شرعاً .

٨٥ - والظاهر أن الفريقين المختلفين في الاستحسان لم يتفقا في تحديد معناه ، فالمحتجون به يريدون منه معنى غير الذي يريد به من لا يفتنون به ، ولو اتفقوا على تحديد معناه ما اختلفوا في الاحتجاج به لأن الاستحسان هو عند التحقيق عدول عن دليل ظاهر أو عن حكم كلي للدليل اقتضى هذا العدول وليس مجرد تشريع بالهوى^(١) . وكل قاضٍ قد يتمدح في عقله في

(١) ومن أمثلة التشريع بالهوى ، القول بسقوط الحق بالتقدم ، فإنه قول لا دليل عليه من أي نوع من أنواع الأدلة . وهذا هو الرأي المذموم الذي أفاض العلماء في رده ، وفرقوا بينه وبين الرأي الحمود . أما الأقوال الضعيفة المنقولة في المذاهب الفقهية ، فإن كان ضعفها ناشئاً عما يدخلها في الأنواع السابقة ، فهي من الخلاف وليست من قبيل الاختلاف . ومن ذلك القول بأن المسلم أن يجمع بين تسع زوجات ، بحمل قوله تعالى « ثلث وربع » على معنى اثنين وثلث وأربع ، فتكون الجملة تسماً ، وهو حمل لا تسيه لفة ، ولا يقره فهم سليم . ومنه أيضاً القول بحل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول إذا تزوجها آخر بعقد صحيح ولم يدخل بها ثم طلقها ، لأنه رد لحديث المسيلة المعروف . أما إذا كان القول بضعفها ناشئاً عن الموازنة بين دليلها ودليل ما يخالفها من ناحية القوة والضعف ، فإنها تدخل في دائرة اختلاف الفقهاء ، وما مثلها إلا مثل مذاهب الأئمة المجتهدين ، ومثل الأقوال المختلفة في المذهب الواحد . والحكم في كل ذلك مرجعه إلى للرأي العام الفقهي . أما آراء المشتغلين بالفقه الماصرين التي تخالف المعروف في الفقه ، أو التي لا دواية فيها ، أو التي ترجح مذهباً على آخر ، فإن الرأي العام الفقهي لم يصدر حكمه فيها . أما تحريرهم المنقول وتحقيقه فالحكم فيه ما يكون عليه .

كثير من الوقائع أن المصلحة تقتضي العدول في هذه الجزئية عما يقضى به ظاهر القانون ، وما هذا إلا نوع من الاستحسان ، ولهذا قال الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات « من استحسّن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه ، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الحملة في أمثال تلك الأشياء المعروضة ، كالمسائل التي يقتضى فيها القياس أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى تفويت مصلحة من جهة أو جلب مفسدة كذلك » .

المبحث التاسع

الاختلاف المتعلق بالاستحسان

ذكرنا أن الاستحسان عند الفقهاء ، هو استثناء حكم جزئي من أصل كلي بناء على دليل خاص اقتضى ذلك ، أو ترجيح قياس خفي على قياس جلي في مسألة ، نظراً إلى قوة هذا القياس الخفي . وفي كلتا الحالتين تتحقق الحكمة من الاستحسان وهي رفع الخرج عن الناس . والفقهاء يختلفون في الأخذ بالاستحسان ، ومرد هذا الاختلاف بالنسبة للمعنى الأول هو الاختلاف في تحقق التعارض بين الدليلين . فمن رأى أن بين الدليلين تعارضاً يقول بالاستحسان . ومن رأى عدم التعارض لا يقول به . وينشأ من هذا الاختلاف اختلاف في الأحكام . أما إذا اتفقوا على عدم المعارضة لاستثناء ما دل عليه الدليل الخاص فلا يكون هناك مجال للاختلاف في الحكم . وأما الاختلاف بالنظر إلى المعنى الثاني ، وهو ترجيح أحد القياسين ، فأساسه اختلاف نظرهم في القياس الذي يكون راجحاً . وفيما يلي أمثلة تبين ما ذكرنا :

ورد أن النبي ﷺ نهى عن بيع المعلوم ، فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال : « لا يجل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك » (١)

(١) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه . قال الترمذي : حسن صحيح . والمراد بالسلف والبيع الذي ذكر في الحديث عدم حله ، هو : أن يقرض شخص شخصاً آخر مائة ، ويبيعه ما يساوي خمسين بمائة ، وهذه حيلة لأخذ فائدة المائة القرض ، فهي وسيلة إلى الربا فتكون حراماً . والمراد بالشرطين في البيع هو : أن تحصل صفقتان في بيع واحد ، وإطلاق الشرط على الصفقة معروف عند الفقهاء . وذلك كأن يبيع محتاج إلى مؤس سلعة بعشرة نقداً ، وفي الوقت نفسه يشتريها نفسها منه بعشرين نسيئة . فهاتان صفقتان =

فالنهي عن بيع ما ليس عنده هو النهي عن بيع المعلوم ؛ ولكن قد ورد ما يدل على جواز بيع ما ليس عند الإنسان وهو بيع السلم ؛ فقد روى أنه قال « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » رواه الستة . وقد اتفق الفقهاء على استثناء بيع السلم من بيع المعلوم المنهي عنه ، للدليل الذي ذكرناه استحساناً . وإنما اتفقوا في هذا لأنهم اتفقوا على أن بين النصين تعارضاً ، فالذي استثنى من الحكم العام جزئية من الجزئيات يخصصه أو ينسخه في هذه الجزئية التي استثناه .

٨٦ - أما ما قد يكون فيه اختلاف في وجهة النظر من حيث التعارض فيؤدي إلى اختلاف في الحكم فيمثل ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اشتراء التمر بالرطب . فقال لمن حوله : أبتقص الرطب إذا بيس ؟ فقالوا نعم . فنهى عن ذلك . وقد ورد هذا النهي في كثير من الآثار . وورد أنه صل الله عليه وسلم قد رخص في بيع العرايا . وذلك أن يشتري رجل ثمار نخلات معينة لا تزال رطباً بمقدار من التمر يقدرون تخميناً أنه يساوي رطبها إذا صار تمراً . فقد أجاز جمهور الفقهاء هذا النوع من البيع وخصصوا به الحديث السابق في النهي عن بيع الرطب بالتمر لتعارضهما . ولكن الأحناف قالوا : إنه لا يصر إلى التخصيص أو النسخ إلا عند التعارض ، ولا تعارض هنا لأن المراد بالعرايا التي رخص فيها ما كان يعطيه صاحب البستان من رطب نخله هدية لرجل يأخذه بعد أن يصير تمراً . ثم يتأذى من دخوله بستانه وفيه أهله وعياله فيعطى هذا الواهب للموهوب له تمراً حالاً يعادل تخميناً ما في هذه الرطب . فالمبادلة هنا صورية ، إذ الحقيقة أنها هبة ومنحة ، والحنفية هنا مركزهم ضعيف ، لأنه قد وردت للعرايا صور عديدة صريحة في البيع (١) .

= في بيعة واحدة ، وهما تتضمنان شرطين . شرط البيع بعشرة نقداً ، وشرط الشراء بعشرين نسيئة . والمراد بربح ما لم يضمن هو : أن يبيع الإنسان سلعة قد اشتراها ولكنه لم يقبضها ، فإنها في هذه الحال ليست مضمونة على هذا البائع الثاني ، ولكنها لا تزال في ضمان البائع الأول . فلا يجوز للبائع الثاني أن يبيعها حتى يقبضها فتصبح في ضمانه هو . (١) من ذلك أنه كان يقول الرجل لصاحبه بعتي تمر هذه النخلات بخربها تمراً ، =

فالحثية رجحوا أن تبقى الآثار العامة على عمومها لتواترها معنى ما دام قد أمكن الجمع بين عمومها وبين ما ورد في الترخيص في مبادلة العرايا . وغيرهم قد رجح التخصيص . وهذا ضرب من الاستحسان ، لأنه إخراج بعض صور الدليل العام بدليل آخر دل على هذا الإخراج .

٨٧- أما اختلافهم الناشئ من اختلافهم في ترجيح قياس على آخر فيمثله : إذا وكل شخص آخر بأن يشتري له شاتين معينتين بعشرين جنياً على أن تكون قيمتهما سواء ، فاشترى إحداهما بعشرة جنيات أو أقل نفذ العقد على الموكل . أما إذا اشتراها بأكثر فإنه لا ينفذ على الموكل مهما كانت هذه الزيادة ، وسبب ذلك أنه في الحالة الأولى لم يتعد حد الوكالة ، لأن الموكل لما وكله بالشراء قابل بين الشاتين والعشرين جنياً وجعل قيمتهما سواء ، فتقسم نصفين عليهما دلالة ، فتكون قيمة كل تساوي الأخرى . فهو بهذا يكون قد وكله بأن يشتري كل شاة من الشاتين بعشرة جنيات ، فيعتبر موافقاً إذا اشترى الوكيل بعشرة أو بأقل ، لأن مخالفة الوكيل إلى الأقل خير للموكل . ولكنه لو اشترى الشاة الثانية بما بقي من العشرين نفذ العقدان عند أبي حنيفة استحساناً ، بشرط أن يكون الشراء للشاة الثانية قد تم قبل أن يتخاصم الموكل والوكيل إلى القاضي بخصوص نفاذ العقد الأول على الموكل : ومخالف في ذلك مالك والشافعي وأحمد فقالوا : إن العقدين لا ينفذان على الموكل ، لأن الوكيل خالف ما وكل فيه في العقدين .

ووجه الاستحسان عند أبي حنيفة أن الغاية التي يقصد إليها الموكل قد تحققت بإتمام العقدين . والعبارة التي صدرت من الموكل تحتمل نفاذهما لأن غرض الموكل شراء الشاتين بعشرين جنياً ، وعبارة خلت من النص على أن يكون ذلك بعقد واحد ، فهي مطلقة : والوكيل قد قام بتحقيق غرض الموكل ، ولم يخالف تصرفه حدود عبارة الموكل الصريحة . وحينئذ يكون عمله متفقاً مع المقصود من التوكيل وعبارة ، فينفذ شراؤه على الموكل .

فيخرسها : أي يقدر ما فيها بعد جفافها وصيرورتها تمراً تخميناً ثم يبيعها له بقدر ما ضمن ، ويقبضه منه ويسلم النخلات فينتفع برطبها . ومنها أن يكون لرجل نخلات معدودات في بستان مثلاً ويكون الباقي لآخر ، فيتضرر صاحب الكثير من دخول صاحب القليل في بستانه ، فيشتري صاحب الكثير من صاحب القليل ثم هذه النخلات بمقداره تخميناً من التمر . وقد ورد إجازة الرسول لهذا .

أما الأئمة الثلاثة فقد قالوا : إن العقد الأول حينما وقع إنما وقع مخالفاً للوكالة ، لأنه اشترى شاة واحدة بأكثر من عشرة ، وعلى هذا يقع على الوكيل لا على الموكل ، ومتى وقع نافذاً على الوكيل لا ينقلب بعد هذا نافذاً على الموكل . وهذا قياس جلي ، ولكنه يقابله قياس آخر خفي أقوى منه فيرجح عليه ، وهو الاستحسان الذي سار عليه أبو حنيفة ، لأن الأصل العام ألا يخالف الوكيل توكيل الموكل . وقد تبين أنه لا مخالفة (١) . وأمثلة هذا كثيرة في الفقه فليرجع إليها من أراد الاستزادة (٢) .

المبحث العاشر

المصلحة المرسله

تعريفها :

٨٨- المصلحة المرسله، أي المطلقة، هي في اصطلاح الأصوليين المصلحة التي لم يشرع الشارع حكماً لتحقيقها ، ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها . وسميت مطلقة لأنها لم تقتيد بدليل اعتبار أو دليل إلغاء . وتوضيح هذا التعريف أن تشريع الأحكام ما قصد به إلا تحقيق مصالح الناس ، أي جلب نفع لم أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم ، وأن مصالح الناس لا تنحصر جزئياتها ، ولا تنتهي أفرادها ، وأنها تتجدد بتجدد أحوال الناس وتتطور باختلاف البيئات .

فالمصالح التي شرع الشارع أحكاماً لتحقيقها ودل على اعتبارها أسباباً لما شرعه تسمى في اصطلاح الأصوليين المصالح المعتبرة من الشارع ، مثل حفظ حياة الناس الذي شرع له إيجاب القصاص من القاتل العائد ، وحفظ ما لهم الذي شرع له حد السارق والسارقة ، وحفظ عرضهم الذي شرع له حد القاذف والزاني ، فكل من القتل العمد ، والسرقه ، والقذف ، والزنا ، وصف مناسب ، أي أن في تشريع الحكم بناء عليه تحقيق مصلحة ، وقد شرع الحكم بناء عليه فهو معتبر من الشارع ، وهذا المناسب المعتبر من

(١) أنظر فتح القدير ج ٦ ص ٥٢ من التكملة ، الزيلعي ج ٤ ص ٢٦٦ .

(٢) أنظر كتاب الإنصاف للبطلوسي ، وكتاب أسباب اختلاف الفقهاء للأستاذ الجليل الشيخ علي الحنيف ، ومحاضرات الفقه المقارن للأستاذ الشيخ الزفراف ، المرجع السابق .

الشارع إما مناسب مؤثر وإما مناسب ملائم على حسب نوع اعتبار الشارع له ، ولا خلاف في التشريع بناء عليه .

وأما المصالح التي اقتضتها البيئات بعد انقطاع الوحي ، ولم يشرع الشارع أحكاماً لتحقيقها ، ولم يتم دليل منه على اعتبارها أو إلغائها ، فهذه تسمى المناسب المرسل ، أو بعبارة أخرى المصلحة المرسلية ، مثل المصلحة التي اقتضت في زمننا أن عقد البيع الذي لا يسجل لا ينقل الملكية ، والمصلحة التي اقتضت أن الزواج الذي لا يثبت بوثيقة رسمية لا تسمع الدعوى به عند الإنكار ، فهذه مصالح لم يشرع الشارع أحكاماً لها ، ولم يدل دليل منه على اعتبارها أو إلغائها ، فهي مصالح مرسلية .

أدلة من يحتاجون بها

٨٩ - ذهب جمهور علماء المسلمين إلى أن المصلحة المرسلية حجة شرعية يبنى عليها تشريع الأحكام ، وأن الواقعة التي لا حكم فيها بنص أو إجماع أو قياس أو استحسان يشرع فيها الحكم الذي تقتضيه المصلحة المطلقة^(١) ، ولا يتوقف تشريع الحكم بناء على هذه المصلحة على وجود شاهد من الشرع باعتبارها .

ودليلهم على هذا أمران : أولهما أن مصالح الناس تتجدد ولا تنتهي ، فلولا تشريع الأحكام لما يتجدد من مصالح الناس ولما يقتضيه تطورها ، واقتصر التشريع على المصالح التي اعتبرها الشارع فقط ، لعطلت كثير من مصالح الناس في مختلف الأزمنة والأمكنة ، ووقف التشريع عن مسابرة تطورات الناس ومصالحهم ، وهذا لا يتفق وما قصد إليه الشارع بالتشريع من تحقيق مصالح الناس .

وثانيهما أن من استقرأ تشريع الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين يقيناً أنهم شرعوا أحكاماً كثيرة لتحقيق مطلق المصلحة لا لقيام شاهد باعتبارها . وأبو بكر جمع الصحف المتفرقة التي كانت مدوناً فيها القرآن ، وحارب ما نعى

(١) وقد غلب نجم الدين الطوفي المصلحة على سائر أدلة الشرع بما في ذلك النص والإجماع ، ولا يعتبر ذلك اقتضائاً على هذين المصدرين للتشريع الإسلامي في نظره وإنما تخصيص وبيان لها - أنظر « المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي » لمصطفى زيد ص ١١٦ ، وانظر أيضاً المجلد التاسع من مجلة المنار ص ٧٤٥ تحت عنوان « أدلة الشرع وتقديم المصلحة في المعاملات على النص » وجاء فيه ما يلي :

١- أعلم أن أدلة الشرع تسمة عشر باباً ، وهذه الأدلة التسمة عشر أقواها النص والإجماع ، ثم هما إما أن يوافقا رعاية المصلحة أو يخالفها ، فإن وافقاها فيها ونهت ولا تنازع ، إذ قد انفقت الأدلة الثلاثة على الحكم وهي : النص ، والإجماع ، ورعاية المصلحة ، وإن خالفها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما .

٢- وما يدل على تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع حل الوجه الذي ذكرناه وجوه :

أ- أن منكرى الإجماع كالنظام ، وبعض الشيعة والخوارج والظاهرية ، قالوا برعاية المصلحة ، فهي إذن محل وفاق والإجماع محل خلاف .
والتمسك بما اتفقوا عليه أولى من التمسك بما اختلفوا فيه .

ب- أن النصوص مختلفة متعارضة ، فهي سبب الخلاف في الأحكام ، والخلاف فيها ممنوم ، ورعاية المصلحة أمر متفق في نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق ، والاتفاق مطلوب شرعاً ، فكان اتباعه أولى .

٣- فإن قيل : الشرع أعلم بمصالح الناس وقد أودعها أدلة للشرع وجعلها معلوماً عليها يعرف بها ، فترك أدلته لغيرها مراعاة . قلنا : أما كون الشرع أعلم بمصالح المكلفين فنعم . وأما كون ما ذكرناه من رعاية المصلحة تركاً لأدلة الشرع بغيره فمنوع . إنما ترك أدلته بدليل شرعي راجح عليها .

٤- إن تعذر الجمع بين الأدلة قدمت المصلحة على غيرها ، لأن المصلحة هي المقصودة من سياسة المكلفين بإثبات الأحكام وبإثبات الأدلة كالوسائل ، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل .

٥- لا شك عند كل ذي عقل صحيح أن الله عز وجل راعى مصلحة خلقه هموماً وخصوصاً .
- هذا ويساير نجم الدين الطوفي في رأيه ، الأمدى الذي يرى الموازنة بين النص والمصلحة فيحكم بها إذا كانت واجبة ومقطوعاً بها ، وإليه ذهب الغزالي من قبله .

- ويقول الأستاذ أحمد أمين في كتابه « فجر الإسلام » ص ٢٩٢ :

بل يظهر لي أن عمر كان يستعمل للرأي في أوسع من المعنى الذي ذكرناه وهو استعماله حيث لا نص ولا سنة ، ولكننا نرى عمر سار أبعد من ذلك فكان يجتهد في تعرف المصلحة التي لأجلها كانت الآية أو الحديث ثم يسترشد بتلك المصلحة في أحكامه .

- ونحن لا نرى تغليب المصلحة ولو خالفت النص ، وإنما يتعين إعمال النص الذي لا يستطيع أحد ، مهما كان قدره ، أن يخالف عنه . ومهمة المحقق من الحكم الشرعي لما جد من أمور ليست بالمهمة الميسورة ، فلا يزال مجمع البحوث الإسلامية يبحث منذ سنوات في حل أو حرمة عقد التأمين مثلاً ، ولا يزال اقتراح تقييد الطلاق ومنع تعدد الزوجات موضع اختلاف العلماء ، والاجتهاد يجب ألا يكون منافياً لأصول الشريعة ومبادئها ، وقد أجمع المسلمون أنه لا اجتهاد مع النص ، كما أجمعوا على أن القرآن كما تضمن قواعد عامة تضمن كذلك نصوصاً محددة . فنظام الموارث يقوم على نصوص لا صلة لها بظروف الزمان والمكان ، وكذلك سائر الأحكام المقررة على نصوص خاصة بها واضحة فيها . أما قاعدة الشورى أو العدالة أو غيرها من المبادئ ، فإن صور التطبيق يمكن أن تتطور وتتكاثر وفق

ما ترى الأمم لمصلحتها . والخلافة ذاتها لم تكن مبدأ من المبادئ الدستورية العامة، بل صورة من صور أنظمة الحكم في تنظيم رئاسة الدولة (الدكتور عبد الحميد متولي في كتابه مبادئ نظام الحكم في الإسلام) ، بل إن تعرض الفقه الإسلامي للمشكلات الدستورية والسياسية كان ضيقاً على حد ما لا حظ بحق الأستاذ الدكتور السنهوري في رسالته عن الخلافة التي قال بها الدكتور عام ١٩٢٦ ، وإنما كانت عناية الفقه الإسلامي منصرفة أساساً إلى أحكام العبادات والمعاملات المدنية ، وقد بلغ في ذلك شأواً عظيماً كما أسلفنا .

- ونحن قد لا نجد في الشريعة الإسلامية أحكاماً ماثلة لتلك التي اقتضاهما التطور الاجتماعي والاقتصادي في بلادنا ، مثل التحول الاشتراكي والتأميم والإصلاح الزراعي وتنظيم المصارف والتأمين ، إذ هي ظواهر لم تكن معروفة حينما ظهر الإسلام ، ولكننا مع ذلك نجد أحكام التحول الاشتراكي متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية . وقد ذهب الأستاذ الشيخ علي الحنيف في مقاله عن « الملكية » المنشور عام ١٩٦٦ إلى أن « لولي الأمر الحق في أن يأخذ الأموال من أصحابها إذا ما دعت إلى ذلك مصلحة عامة لا سبيل إلى تحقيقها إلا بذلك ، وإنما يأخذها بقيمتها إلا أن تدمر الضرورة إلى فرض ضريبة يأخذها من القادر عليها ، فعند ذلك يأخذها ضريبة من غير عوض » .

كما ذهب إلى أنه ليس ما يمنع من تحديد الملكية تحديداً عاماً أو خاصاً في نوع من الأنواع كملكية الأرض مثلاً إذا ما اقتضت المصلحة والضرورة ذلك قولاً إن تحديدها في مقدارها كتحديدها في آثارها بل ربما كان تحديدها في آثارها أقرب سيلاً لأن تحديد الآثار يستلزم أن تسلب الشرعية أثره فلا يصير سبباً - أنظر مقاله « الملكية الفردية وتحديدها في الإسلام » من بحوث مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية ج ١ ص ٤٣ . وانظر عكس هذا الرأي الأستاذ عبد الله بن كنون في مقاله « الملكية الفردية في الإسلام » المرجع السابق ص ١٠٩ وما بعدها .

فبادئ الشريعة الإسلامية واحدة لا تتغير بتغير المذاهب ، وهي أصول عامة صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان . أما الشريعة الإسلامية ذاتها فمعظمها آراء فقهاء ، اجتهادوا في زمانهم ، وقد لا يصلح اجتهادهم اليوم .

- هذا ويذهب الإمام المراغي في كتابه « الاجتهاد في الإسلام » إلى أننا إذا وجدنا أن العمل بالنصوص الخاصة بمسألة من المسائل من شأنه أن يؤدي إلى الوقوع في الخرج ، كان واجباً ألا تطبق النصوص الخاصة على تلك المسألة ، وإنما يطبق النص العام الموجب لنفي الخرج « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وما جعل عليكم في الدين من حرج » .

- وقد تقدم أننا لا نقر إهدار النص لأنه متى وجد نص في مسألة معينة تحتم إنزال حكمه عليها ، إلا أن يكون مقصود الأستاذ الإمام من « النص » هو اجتهاد الفقهاء في هذه المسألة وليس نص القرآن أو السنة ، ذلك الاجتهاد الذي تجدد منذ القرن الرابع الهجري في العصر العباسي حتى تصدى له في زمننا علماء أجلاء في مقدمتهم الأستاذ الإمام محمد عبده والأستاذ علي عبد الرازقي ، ثم الإمام محمد مصطفى المراغي والسيد محمد رشيد رضا ، ثم جيل من أساتذة الشريعة منهم الشيخ أحمد إبراهيم والشيخ علي الحنيف .

الزكاة ، واستخلف عمر بن الخطاب . وعمر أمضى الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة ، ووضع الخراج ، ودون الدواوين ، واتخذ السجن (١) ، ومنع الناس من أكل اللحوم يومين متتاليين من كل أسبوع لقلّة في اللحوم وآهافلم تكن تكفي جميع الناس في المدينة ، وكان إذا رأى من خرج عن هذا الجمع ضربه بالدرّة وقال له : هلا طويت بطنك يومين (٢) . كما منع أصحاب الرسول من تزوج الكتابيات مع حلّ ذلك بنص الكتاب وقال إنى لا أحرمه ولكنى أخشى الإعراض عن الزواج بالمسلمات (٣) . وعثمان جمع المسلمين على مصحف واحد ونشره وحرق ما عداه ، وورث زوجة من طلق زوجته للفرار من إرثها . وعلى حرق الغلاة من الشيعة الروافض . والحنفية حجروا على المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفسد . والمالكية أباحوا حبس المتهم وتعزيره توصلاً إلى إقراره (٤) . والشافعية أوجبوا القصاص من الجماعة إذا قتلوا الواحد . وجميع هذه المصالح هي مصالح مرسلّة وقد شرعوا بناء عليها لأنها مصلحة ولأنها لا دليل من الشارع على إلغائها ، وما وقفوا عن التشريع لمصلحة حتى يشهد شاهد شرعي باعتبارها (٥) .

(١) وكان الأقارب والجيران يسمح لهم في عهد علي بن أبي طالب بقضاء بعض الوقت مع الخبوس في سجنه ، ويسمح له كذلك أن يختل زوجته ، كما كان يسمح له بالخروج بكفيل لخنازة أصوله وفروعه ، وإذا مرض مرضاً أضناه خرج يكفيل كذلك (أنظر ابن عابدين ج ٤ هامش ص ٢٢٦) . وكان لنداء سجن مستقل منهما من الفتنة .

- وهذه المبادئ تتفق في أساليب العقاب مع مذهب المدرسة الوضعية سواء فيما يتعلق بتفريد العقوبة من حيث مراعاة ظروف المجرم الخاصة ، أو من حيث الغاية النفعية للعقوبة ، وليس أدل على ذلك من أن أول سجن في الإسلام كان في المسجد ، وهو مكان العبادة ، وتسمية علي بن أبي طالب للسجن بالنافع والتيس ينهض دلالة على الفرض منه ، وهو المنفعة والإصلاح .

(٢) أنظر ترجمة عمر لأبي الفرج الجوزي .

(٣) أنظر القرطبي ص ٣ .

(٤) ونحن لا نقر هذا النظر لأن الإقرار حينئذ يكون مشوباً بعيب الإكراه - أنظر

ما سبقه بند ١٢٢ هامش (٢) .

(٥) ولهذا قال القرافي « إن الصحابة عملوا أموراً مطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار » وقال ابن عقيل « السياسة كل فعل تكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى ، من قال لا سياسة إلا بما نطق به الشرع فقد غلط وغلط الصحابة في شريعتهم » .

شروط الاحتجاج بها

٩٠ - من يحتاجون بالمصلحة المرسله احتاطوا للاحتجاج بها حتى لا تكون باباً للتشريع بالهوى والتشهي، ولهذا اشترطوا في المصلحة المرسله التي يبني عليها التشريع شروطاً ثلاثة :

أولها : أن تكون مصلحة حقيقية وليست مصلحة وهمية ، والمراد بهذا أن يتحقق من أن تشريع الحكم في الواقعة يجلب نفعاً أو ضرراً ، وأما مجرد توهم أن التشريع يجلب نفعاً من غير موازنة بين ما يجلبه من ضرر فهذا بناء على مصلحة وهمية (١) .

وثانيها : أن تكون مصلحة عامة وليست مصلحة شخصية، والمراد بهذا أن يتحقق من أن تشريع الحكم في الواقعة يجلب نفعاً لا كبر عدد من الناس، أو يدفع ضرراً عنهم ، وليس لمصلحة فرد أو أفراد قلائل منهم .

وثالثها : ألا يعارض التشريع لهذه المصلحة تشريعاً ثبت بالنص أو الإجماع . فلا يصح اعتبار المصلحة التي تقتضي مساواة الابن والبنت في الإرث ، لأن هذه مصلحة ملغاة لمعارضتها تشريع القرآن .

ومن هذا يتبين أن المصلحة ، وبعبارة أخرى الوصف المناسب ، إذا دلّ شاهد شرعي على اعتباره بنوع من أنواع الاعتبار ، فهو المناسب المعتبر من الشارع ، وهو إما المناسب المؤثر أو المناسب الملائم . وإذا دلّ شاهد شرعي على إلغاء اعتباره فهو المناسب الملغى ، وإذا لم يدل شاهد شرعي على اعتباره ولا على إلغائه فهو المناسب المرسل وبعبارة أخرى المصلحة المرسله .

أظهر شبه من لا يحتاجون بها

٩١ - ذهب بعض علماء المسلمين إلى أن المصلحة المرسله التي لم يشهد شاهد شرعي باعتبارها لا يبني عليها تشريع ، ودليلهم أمران :

الأول : أن الشريعة راعت كل مصالح الناس بنصوصها وبما أرشدت إليه من القياس ، والشارع لم يترك الناس سلبى ولم يهمل أية مصلحة من غير إرشاد إلى التشريع لها ، فلا مصلحة إلاّ ولها شاهد من الشارع باعتبارها ،

(١) ويضرب الأستاذ عبد الوهاب خلاف مثالا لذلك ، المصلحة التي تنوهم في سلب الزوج حق تطليق زوجته وجعل حق التطليق للقاضي - أنظر المرجع السابق ص ٩٢ .

والمصلحة التي لا شاهد من الشارع باعتبارها ليست في الحقيقة مصلحة ، وما هي إلاّ مصلحة وهمية لا يصح بناء التشريع عليها .

والثاني : أن التشريع بناء على مطلق المصلحة فيه فتح باب لأهواء ذوى الأهواء من الولاة والأمراء ورجال الإفتاء ، فبعض هؤلاء قد يغلب عليهم الهوى والغرض فيتخيلون المفساد مصالح ، والمصالح أمور تقديرية تختلف باختلاف الآراء والبيئات ، ففتح باب التشريع بناء على مطلق المصلحة فتح الشر واتباع الأهواء وكثرة الاختلاف .

بيد أن الراجح رأى من يحتاجون بالمصلحة المرسله ، لأنه إذا لم تراعى المصلحة المرسله في التشريع حمد التشريع الإسلامي ووقف عن مسابرة الأزمان والبيئات ، والقول بأن جميع جزئيات مصالح الناس في أي زمن وفي أية بيئة قد راعاها الشارع بنصوصه أو بما أحقّه بالنصوص ، وأنه لا توجد مصلحة لم يدل الشارع على اعتبارها ، قول يعارضه الحسن والمشاهد (١) . والخوف من اتباع الهوى وإلباس المفساد ثوب المصالح يتلاني بما شرط في المصلحة المرسله من الشروط ، فليس الخطر في مراعاة المصلحة المرسله ، وإنما الخطر في عدم الاحتياط في مراعاة شروطها ، ولهذا قال ابن القيم في كتابه الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية « من المسلمين من فرطوا

(١) لا شك أن اقتطاع جزء من رأس المال يتجاوز الدخل السنوي الناتج منه ، قيد ثقيل على حق الملكية الفردية ، ولكنه بالرغم من ذلك حق ثابت لولى الأمر إذا قضت به مصلحة المجتمع ، وقد أشار إليه وأيده كثيرون من أعلام الفقه الإسلامي . قال القرطبي « وافق العلماء أنه إذا نزلت بالمسلمين حاجة بعد أداء الزكاة يجب صرف المال إليها . قال مالك رحمه الله : يجب على الناس فداء أسراهم وإن استغرق ذلك أموالهم . وهذا إجماع أيضاً » - أنظر جامع أحكام القرآن ص ٢٢٣ .

وقال الغزالي « إذا خلت الأيدي (أي أيدي الجنود) من الأموال ، ولم يكن من مال المصالح (أي خزينة الدولة) ما يفي بخراجات المسكر (أي نفقات الجيش) ، وخيف من ذلك دخول العدو بلاد الإسلام ، أو ثوران الفتنة من قبل أهل الشر (أي حدوث الفتن الداخلية) جاز للإمام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند ، لأننا نعلم أنه إذا تعارض شران أو ضرران دفع أشد الضررين وأعظم الشرين ، وما يؤديه كل واحد منهم (الأغنياء) قليل بالإضافة إلى ما يخاطر به من نفسه وماله لو خلت شوكة الإسلام (أي البلاد) من ذى شوكة (أي الجيش) يحفظ نظام الأمور ويقطع مادة الشرور . . » - أنظر المستصفى ج ١ ص ٣٠٣ - ٣٠٤ .

وقال الشاطبي « إنا إذا قررنا إماماً مطاعاً ، مفتقراً إلى تكثير الجنود لسد حاجة الثغور وحماية الملك المتسع الأقطار ، وخلا بيت المال ، وارتفعت حاجات الجند في الحال ، =

٩٣ - وواضح مما تقدم أن النوع الأول والثاني ليس مجالاً للاختلاف أما مجال الاختلاف فهو النوع الثالث. فمن الفقهاء من قال بعدم اعتبار مصاحبة لم يشهد لها أصل معين بالاعتبار. وعلى ذلك لا يعد مثل هذا أصلاً تشريع الأحكام للمحافظة عليه. ومنهم من رأى اعتبار هذا النوع، وقالوا يجوز جعلها أصلاً مستقلاً تبنى عليه الأحكام، ومعنى بناء الأحكام عليها هو اعتبارها مقصداً تشريع أحكام تقوم بتحقيقها والمحافظة عليها. وهؤلاء انقسموا إلى ثلاث فرق: فريق لا يشترط شيئاً معها، وروى هذا عن الإمام مالك^(١). وفريق يشترط قربها من الأصول العامة: بأن تكون ملائمة للمصالح التي شهدت أصول الشرع ومبادئه باعتبارها، ويحكي هذا عن الشافعي. وفريق ثالث يشدد أكثر من ذلك، ومنهم الغزالي، فإنه يشترط أن تكون ضرورية قطعية كلية.

وبناء على اختلافهم في اعتبار هذا النوع من المصالح أصلاً للتشريع اختلفوا في الأحكام التي تبنى على النظر إلى هذه المصالح. وهذه هي التي سمي بالمصالح المرسلة.

وفيما يلي مثال على ذلك:

اختلف الفقهاء في تعزير المتهمة بالضرب أو السجن ليحملوه على الإقرار، فرأى مالك أنه يجوز سجنه، ورأى بعض أصحابه أنه يجوز ضربه ضرباً غير مبرح. واعتمدوا في هذا على أنه إذا لم يفعل ذلك يتعدى استرجاع أموال الناس من السارقين والغاصبين، وأن ذلك كثيراً ما أدى إلى استرجاع هذه الأموال، فدعت المصلحة إلى تعذيبهم لكي يعترفوا نظراً إلى عدم وجود بينة في مثل هذه الحال، ولا من يدلنا على مكان الأموال المسروقة أو المغتصبة.

وخالف كثير من الفقهاء هذا الرأي اعتماداً على أن هذا تعذيب لمن هو بريء ولم يثبت عليه ما يستوجب عقابه بعد، فضلاً عن أن هذا التعذيب ليس بمقطوع أنه يوصل إلى ما يرجى منه من نتيجة.

(١) أنظر إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٢٥ طبعة الخانجي.

المبحث الثاني عشر العرف

تعريفه

٩٤ - العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من فعل أو قول أو ترك. والعرف الفعلي كتعارف الناس البيع بالتعاطي من غير صيغة لفظية، والعرف القولي كتعارفهم ألا يطلقوا لفظ اللحم على السمك، أو لفظ الولد على الأثني، وتعارف الخبازين الآن على إطلاق لفظ «الألف» على كل ٢٥ رغيفاً. والعرف يتكون من تعارف الناس مطلقاً علمائهم وعوامهم، بخلاف الإجماع فإنه لا يتكون إلا من مجتهدي الأمة.

أنواعه

العرف نوعان: عرف صحيح وهو ما لا يعارض دليلاً شرعياً ولا يخالف أصلاً من أصول الإسلام، ولا يبطل واجباً ولا يحل محرماً، كتعارف الناس تعجيل مقدار من المهر وتأجيل مقدار منه، وتعارفهم أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا إذا قبضت جزءاً من مهرها، وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب لمخطوبته من حلي وثياب وحلوى يعتبر هدية لا من المهر.

وعرف فاسد وهو ما يعارض دليلاً شرعياً ويبطل الواجب أو يحل المحرم، كتعارف الناس التعامل بالربا أو المقامرة أو تبرج النساء وغير ذلك من المنكرات التي اعتادها الناس^(١).

حكمه

العرف الصحيح يجب شرعاً مراعاته في التشريع وفي القضاء، فعلى المجتهد أن يراعيه في استنباطه، وعلى القاضي أن يراعيه في قضائه، لأن الله سبحانه راعى في تشريع الأحكام ما كان صحيحاً من عرف العرب، ففرض الدية على العاقلة^(٢)، وشرط الكفاءة في الزواج، واعتبر مبدأ العصبية في الإرث والولاية

(١) ومن حيث الخصوص والعموم: يتنوع العرف إلى عام وخاص. فالعام هو الذي اعتاده الناس في الأقاليم والأمصار، كاستصناع الصناعات لعل ما يريد من الناس منهم، وهذا النوع يسمى استحسان العرف. وأما الخاص فهو الذي يتعارف عليه في بلد دون بلد، أو إقليم دون إقليم، أو طائفة من الناس دون طائفة.

هذا والعرف والعادة لفظان مترادفان في اصطلاح الأصوليين.

(٢) الغالب أن الإنسان لا يحرز في أفعاله إذا كان قوياً، وتلك القوة تحصل بأنصاره غالباً وهم قد أخطئوا بنصرتهم له وقصروا عن حفظه فكانوا أولي بالقسم إليه في دفع الدية - أنظر الزيلعي ج ٦ ص ١٧٧.

وغير ذلك . ولأن قوله **عنه** « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » يدل من بعض الوجوه على اعتبار العرف ، لأن المقصود من التشريع تدبير شؤون الناس بما يكفل مصلحتهم والعدل بينهم . وفي هذا العرف قال العلماء « العادة شريعة محكمة » .

والإمام مالك بن أنس بن كثير من أحكامه على عرف أهل المدينة ، ومن مقولاته : تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا . والإمام أبو حنيفة وأصحابه اختلفوا في عدة أحكام بناء على اختلاف العرف ، والإمام الشافعي لما هبط مصر غير كثير من أحكامه حين رأى عرف أهل مصر يتغير عرف أهل العراق والحجاز ، وفي أحكام المجتهدين كثير من المبادئ والحزبيات المبينة على العرف : فإذا اختلف المتداعيان ولا بيعة لأحدهما فالقول لمن يشهد له العرف ، والدعوى لا تسمع إذا كان العرف يكذبها ، والمعتبر في عبارات الواقفين والمتعاقدين عرفهم في استعمال الألفاظ لا العرف اللغوي^(١) . ومن العبارات الذائعة : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، والثابت بالعرف كالثابت بالنص^(٢) .

وأما العرف الفاسد فلا يجب مراعاته لأن في مراعاته معارضة دليل شرعي أو إبطال حكم شرعي ، فإذا تعارف الناس عقداً من العقود الفاسدة كعقد ربوي أو عقد فيه غرر وخطر فلا يكون لهذا العرف أثر في إباحة هذا العقد^(٣) وإنما ينظر في مثل هذا العقد من جهة أخرى وهي ما إذا كان هذا العقد يعد من ضرورات الناس أو حاجياتهم بحيث إذا أبطل يختل نظام حياتهم أو ينالهم حرج أو ضيق أولاً ، فإن كان من ضرورياتهم أو حاجياتهم يباح لأن الضرورات تبيح المحظورات والحاجات تنزل منزلتها في هذا ، وإن لم يكن من ضرورياتهم ولا من حاجياتهم يحكم ببطلانه ولا عبرة لجريان العرف به . والأحكام المبينة على العرف تتغير بتغيره زماناً ومكاناً لأن الفرع يتغير

(١) وإذا لم يتفق الزوجان على مقدار ما يعجل ومقدار ما يؤجل يقضى بما جرى عليه العرف ، ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لا يحنث بناء على العرف ، والمنقول يصح وقفه إذا جرى به العرف . والشرط في العقد يكون صحيحاً إذا ورد به الشرع أو اقتضاء العقد أو جرى به العرف .

(٢) أنظر رسالة ابن عابدين « نشر العرف فيما بين من الأحكام على العرف » .

(٣) ولهذا لا يعتبر في القوانين الوضعية عرف يخالف الدستور أو النظام العام .

يتغير أصله ، ولهذا يقول الزيلعي في مثل هذا الاختلاف إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان .

٩٧ - والعرف عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً ، وهو في الغالب مراعاة المصلحة المرسلة^(١) . فالعرف لا يقوم باعتباره أمانة على حكم الشارع

(١) بل إننا نرى أن العرف والعادة كليهما قاعدتان فقهيان ، شأنهما في ذلك ، هل ما نرى أيضاً ، شأن المصلحة المرسلة والاستصحاب والبراهمة الأصلية وسد الذرائع ، فكلها ليست دليلاً يستند إليه في استنباط حكم شرعي .

أما شرائع من قبلنا ، فهي إن كانت شريعة لنا فهي من الكتاب والسنة . وثمة طائفة أخرى من القواعد الشرعية المجمع عليها ، والمستقاة من هدى القرآن والسنة ، يمكن الاعتماد بها في تحديد رسالة ولي الأمر ، منها : لا ضرر ولا ضرار . ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . درء المفاسد مقدم على جلب المصالح . الضرورات تبيح المحظورات . يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام . يتحمل الضرر الأدنى لدفع الأعلى . المشقة تجلب التيسير . التصرف على الرعية منوط بالمصلحة . لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان . الأمور بمصادرها . الغرم بالغنم . الضرورة تقدر بقدرها .

- وفي قاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان يقول ابن عابدين « كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان ، بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولاً ، لزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبينة على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد . ولهذا ترى مشايخ المذهب يخالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه ، فلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه » - أنظر مجموعة رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٥ .

- هذا وتتفرع بعض هذه القواعد إلى قواعد فرعية ، فثلا قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » وهي نص حديث نبوي حسن (رواه مالك في الموطأ) ، وأخرجه ابن ماجه والدارقطني في سننهما) تتفرع إلى قاعدة: الضرر يدفع بقدر الإمكان . وهي تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل بما يدخل في نطاق المصالح المرسلة والدياسة الشرعية ، لأن الوقاية خير من العلاج . وبناء على ذلك شرع الجهاد لدفع شر الأعداء ، ووجوب سد ذرائع الفساد وأبوابه من جميع أنواعه ، إلى غير ذلك من التدابير اللازمة لدفع الشر والحيولة دونه . وإلى قاعدة : الضرر يزال . وهي تعبر عن وجوب دفع الضرر وترويم آثاره بعد الوقوع ، فإذا تعدى إنسان على الطريق وشنلته بأي شيء فإنه يزال . وإلى قاعدة : الضرر لا يزال بمثله . وهذه القاعدة تضع قيداً يقيدها ، فإن إزالة الضرر لا يجوز أن تكون بإحداث ضرر مثله ، لأن هذا ليس إزالة ، ولا بضرر أهم منه بحكم الأولوية . وعلى هذا ، لو لم يجد الإنسان المحتاج إلى دفع المسلاك عن نفسه جوعاً إلا مال محتاج مثله لا يجوز له أخذه . ولا تفرض النفقة للفقير على قريبه إذا كان فقيراً مثله . وإلى قاعدة : الضرر الأشد بالضرر الأخف . وهذه القاعدة تصريح بعدم المخالفة المستفاد من سابقها ، فتفرض النفقة للفقراء =

— على الأغنياء من الأقارب لأن ضرر الأختياء يفرضها أخف من ضرر الفقراء بعده . وإلى قاعدة : يختار أهون الشرين . وقاعدة : إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما . وقاعدة : يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام . فيحجر على الطبيب الجاهل ، والمفتي الماجن ، والمكاري المفلس وإن تضرروا بذلك دفماً لضررهم عن الجماعة في أرواحها ودينها وأموالها . ويبيع القاضى على المحتكرين أموالهم المحتكرة ، وإن أضرهم ذلك ، دفماً لضرر الاحتكار عن العامة . ويجوز التسخير ، أى تحديد الأسعار على البراعة عند تجاوزهم وظلومهم فيها . وقاعدة : درء المفسد أولى من جلب المصالح . لأن للمفسد سرياناً وتوسماً كالوباء والحريق ، فن الحزم القضاء عليها في مهدها ، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها . ومن ثم كان حرص الشارع على منع المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق المأموريات ، وقد روى عن النبي عليه السلام أنه قال « وما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم » — رواه الإمام النووي في الأربعين . وعلى هذا يجب شرعاً منع كل جار من أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بجيرانه كالتخاذ قرن بؤذيه بالرائحة أو الدخان ، ويمنع الاحتكار والمبالغة في الأسعار كما سبق بيانه . وقاعدة : إذا تعارضت المنافع والمقتضى يقدم المنافع . فإذا كان الشيء أو العمل محاذير تتلزم منه . ودواعي تقتضى تسويفه يرجح منه ، لأن درء المفسد مقدم على جلب المصالح على ما أنف ذكره . وقاعدة : القديم يترك على قدمه . والقديم في هذا المقام هو ما لا يوجد وقت التنازع فيه من أدرك مبدأه . والمراد بهذه القاعدة أن ما كان في أيدي الناس وتصرفاتهم من أشياء ومنافع ومرافق مفروعة في أصلها ، يبقى كما هو ، ويعتبر قدمه دليلاً على أنه حق موضوع بطريق مشروع . وقاعدة : الضرر لا يكون قديماً . أى لا يجتج بتقدمه . وهذه القاعدة قيد لسابقتها . أى أن المنافع والمرافق التي يحترم قدمها هي التي لا تكون ضرراً ممنوعاً شرعاً ، فإذا كانت كذلك فإنها تزال دون التفتات لقبها .

وقاعدة « المشقة تجلب التيسير » تفرعت إلى قاعدة : إذا ضاق الأمر اتسع ، وإذا اتسع ضاق . أى إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة ، أو طراً ظرف استثنائي أصبح معه الحكم الأصلي المشروع للحالات العادية محرراً للمكلفين ومرفقاً لهم حتى يجملهم في ضيق من التطبيق ، فإنه يخفف ويوسع عليهم حتى يسهل ، ما دامت تلك الضرورة قائمة ، فإذا انقضت وزالت عاد الحكم إلى أصله ، وهذا معنى أنه إذا اتسع ضاق . وقاعدة : الضرورات تبيح المحظورات . ولا يشترط تحقق الهلاك بالامتناع عن المحظور ، بل يكفي أن يكون الامتناع مقيضاً إلى وهن لا يمتثل ، أو آفة صحية . والميزان في ذلك أن يكون ما يترتب على الامتناع أعظم محظوراً من إتيان المحظور : فصيانة النفس عن الهلاك أعظم وأوجب من صيانة مال الغير أو من أكل الخنزير أو الميتة . وقاعدة : الضرورات تقدر بقدرها . وهذه قيد لسابقتها . فلا يباح بالضرورة محظور أعظم محظوراً من الصبر عليها ، كما أن الاضطرار يبيح من المحظورات مقدار ما يدفع من الصبر عليها ، ولا يجوز الاسترسال ، متى زال الخطر عاد المحظور . وقاعدة : الاضطرار لا يظل حق الغير . وإنما يعد الاضطرار معذرة تسقط الإثم وتمنى من عقوبة التجاوز على حق الغير ، ولا ضرورة لإبطال الحق . —

إلا بما يكون فيه من مصلحة تحمل الناس على اعتياده والأخذ به ، وتكون هذه المصلحة التي دعيتهم إلى الأخذ به معتبرة في نظر الشرع ، ولا تكون كذلك إلا إذا كانت لا تصادم نصاً ، ولا حكماً ثابتاً من أحكام الشريعة التي لا تبدل . والعرف كما راعى في تشريع الأحكام راعى في تفسير النصوص ، فيخصص به العام ويقيده المطلق . وقد يترك القياس بالعرف ولهذا صح سداد الاستصناع بخريان العرف به وإن كان قياساً لا يصح لأنه عقد على معلوم .

المبحث الثالث عشر

الاختلاف المتعلق بالعرف

٩٨ — قدما أن العرف لا يقوم باعتباره أمارة على حكم الشارع إلا بما يكون فيه من مصلحة معتبرة دعيت الناس إلى الأخذ به . وهذا يجعلنا نفهم أن بناء الأحكام على العرف إنما هو في الحقيقة بناء لها على هذه المصلحة ، فالذين اختلفوا في بناء الأحكام على المصلحة يختلفون في بنائها على العرف ، والذين قالوا بجواز بنائها على العرف لم تفتق كلمتهم على العرف الذي يأخذون به . فمنهم من قال : المعتبر هو العرف العام ، ومنهم من قال : يعتبر العرف مطلقاً خاصاً كان أو عاماً . والجمهور على أن المعتبر هو العرف العام ، إذ هو الذي يترك به القياس استحساناً في الأمور التي لم يرد فيها نص يخصص القياس نحو تضمين الصناع ، والاستصناع نفسه ، والكفاءة في الزوج ، وملكية أثاث المنزل ، هل هو للزوجة أو للزوج ؟

— فمن اضطر لدفع الهلاك عن نفسه أن يأكل طعام غيره ، فإن عليه ضمان قيمته . أما من أكره بملجئ على إتلاف مال الغير فإن ضمان قيمة المال على من باشر الإكراه ، لأنه أولى بتحمل النتيجة من الفاعل . وقاعدة : الحاجة تنزل منزل للضرورة ، عامة كانت أو خاصة . والحاجة هي ما يترتب على عدم الاستجابة إليها عسر وصعوبة . والمراد بكونها عامة أن يكون الاحتياج إليها شاملاً لجميع الأمة ، وبكونها خاصة أن يكون الاحتياج لطائفة منهم كأهل بلد أو حرقة ، وليس المراد بخصوصها أن تكون فردية . ومعنى القاعدة أن التسهيلات التشريعية الاستثنائية لا تقتصر على حالات الضرورة الملحجة ، بل حاجات الجماعة بما دون الضرورة توجب التسهيلات الاستثنائية أيضاً . ومثالها الترخيص في السلم مع أنه بيع المعدوم المنهى عنه شرعاً ، وما هذا إلا نظر لحاجة كثير من الناس إلى بيع منتجاتهم واستلاف أثمانها قبل إنتاجها للاستمانة على الإنتاج .

واعتبار العرف عاماً كان أو خاصاً ، وتحكيه في الأحكام ، إنما هو استجابة لداعى الحاجة .

وبعض العلماء يرى اعتبار العرف مطلقاً : خاصاً كان أو عاماً ؛ لأنهم يرون أن المقصود إنما هو تحقق المصلحة التي دل عليها العرف ؛ فإذا تحققت المصلحة بعرف ما نيط الحكم بها ، دون نظر إلى خصوصه أو عمومه .
وإذ كان من طبيعة العرف أن يتغير بحسب الزمان والمكان كما قدمنا ، فإن الأحكام المبنية عليه تتغير تبعاً لتغير الأعراف بحسب زمانها ومكانها ، ومن هنا فقد تغير بعض آراء الإمام الشافعي فصار له مذهب قديم ومذهب جديد بسبب تغير البيئة والمكان الذي عاش فيه ينتقله من العراق إلى مصر . وكذلك تغيرت بعض آراء أبي حنيفة لتغير العرف بحسب الزمان أو المكان ، فقد كان يرى أن من حلف لا يأكل رأساً يحنث بأكل رأس الإبل والبقر والغنم ، ثم عدل عنه وخصه بمن يأكل رأس البقر أو الغنم تبعاً لتغير العرف بين البصرة والكوفة ، ومحمد وأبو يوسف قصروها على رأس الغنم ؛ لتغير زمانها ومكانها عنه .

ومما يشهد لتغير الحكم بتغير الزمن ما روى عن السيدة عائشة ؓ لو أدرك النبي ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن من المساجد كما منع نساء بني إسرائيل (١) ، وذلك لأن النساء كنّ يحضرن إلى المساجد للصلاة مع الرسول والأخذ من تعاليم الإسلام والطهر والإيمان يملأ قلوبهن ، والتستر والاحتشام يغشى أجسامهن .

المبحث الرابع عشر

الاستصحاب والاختلاف المتعلق به

تعريف الاستصحاب

٩٩ - الاستصحاب في اللغة اعتبار المصاحبة ، وفي اصطلاح الأصوليين هو الحكم على الشيء بالحال التي كان عليها من قبل حتى يقوم دليل على تغير تلك الحال أو هو جعل الحكم الذي كان ثابتاً في الماضي باقياً في الحال حتى يقوم دليل على تغيره ، فنتيجته : إبقاء ما كان على ما كان عليه ، ومن ثم فهو لا ينشئ حكماً جديداً .

حجتيه

١٠٠ - الاستصحاب آخر دليل شرعي يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم ما عرض له ،

(١) رواه البخاري وغيره .

ولهذا قال الأصوليون إنه آخر مدار الفتوى . فإذا سئل المجتهد عن حكم عقد أو تصرف ولم يجد نصاً في القرآن أو السنة ، ولا دليلاً شرعياً يدل على حكمه ، حكم بإباحة هذا العقد أو التصرف بناء على أن هذه الإباحة هي الأصل في الأشياء ، وهي الحال التي خلق الله عليها ما في الأرض جميعه ، فالجزم دليل على تغيرها فالشيء على إباحته الأصلية (١) .

وقد درج على هذا القضاء ، فالملك الثابت لأي إنسان بسبب من أسباب الملك يعتبر قائماً حتى يثبت ما يزيله ، والحل الثابت للزوجين بعقد الزواج يعتبر قائماً حتى يثبت ما يزيله ، والذمة المشغولة بدين أو بأى التزام تعتبر مشغولة به حتى يثبت ما يخلها منه (٢) ، والذمة البريئة من شغلها بدين أو التزام تعتبر بريئة حتى يثبت ما يشغلها ، فالأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره .

أوجه الاختلاف فيه

١٠١ - قد بينا أن نتيجة الاستصحاب هو : إبقاء ما كان على ما كان عليه . وقد نشأ عن هذا اختلاف بين الفقهاء ، وبخاصة بين الشافعية والحنفية ، فقال الشافعية إنه يصلح للدفع والإثبات ، وقال الحنفية إنه يصلح للدفع دون الإثبات . وقد ترتب على هذا الاختلاف اختلاف في بعض الأحكام :
فإذا فقد شخص ولا يدري أحد مكانه ، ولا يعرف أحي هو أم ميت ، فإنه يعتبر حياً ، استصحاباً لحاله قبل فقده . فإذا ما أراد ورثته تقسيم تركته ، أو أريد إنهاء زواجه لا يجاب هذا الطلب ، لأنه لا يعتبر ميتاً ، بل يعتبر حياً استصحاباً لحاله قبل فقده .

ولكنه مع ذلك يرى الحنفية أنه لا يصح أن يرث هو ممن توفي وكان من حقه أن يرثه لو كان غير مفقود ، لأن ذلك إثبات حق جديد ، واستصحاب الحال يصلح للدفع دون الإثبات ، إذ أنه يبنى ما كان على ما كان ، والذي كان

(١) وإنما كان الأصل في الأشياء الإباحة لأن الله سبحانه قال في كتابه الكريم « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً » وصرح في عدة آيات بأنه سخر للناس ما في السموات وما في الأرض ، ولا يكون ما في الأرض مخلوقاً للناس ومسخراً لهم إلا إذا كان مباحاً لهم لأنه لو كان محظوراً عليهم ما كان لهم .

(٢) وعلى الاستصحاب بنيت المادة ١٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : تكفى الشهادة بالدين وإن لم يصرح ببقائه في ذمة المدين .

له هو حوزته للملكه ، وإبقاء الزوجية ، أما إرثه ممن توفي حال فقده فهو إثبات لشيء جديد لم يكن ثابتاً له .

أما الشافعية ومعهم بعض الفقهاء فقد قالوا : إنه يرث من مات بعد فقده وكان من حقه أن يرثه لو لم يفقد ما دام لم يحكم بوفاته هو ، لأن المفقود ما دام يعتبر حياً فإنه يأخذ حكم الأحياء استصحاباً لحاله ، لأن الاستصحاب حجة لتقرير الحكم الثابت حتى يقوم الدليل على تغييره ؛ والحكم الثابت للمفقود هو الحياة فيأخذ كل الأحكام التي تتعلق بالحياة ، وذلك لا ينافي إبقاء ما كان على ما كان ، بل هو مقتضاه .

ونحن نميل إلى رأى الشافعية ، لأن معنى استصحاب حال المفقود هو العمل بمقتضى أنه حي ، ومما تقتضيه حياته ، إلى أن يحكم القاضي بوفاته ، أن يرث . أما ما ذهب إليه الحنفية من أن الميراث إثبات لشيء جديد لم يقم عليه دليل ، فإنه يقوم على حجة داحضة ، لأننا لم تثبت له الميراث لأنه ميراث يبنى على حكم جديد بوجوده حياً ، بل لأنه يبنى على الحكم بوجوده الذى كان ثابتاً له قبل فقده ، فهو لا يزال من باب إبقاء ما كان على ما كان ، لأننا هنا نبقى ما كان له من حياة على ما كان عليه قبل فقده ، وهو الحياة نفسها ، ثم نفرغ على ذلك توريثه . ويمكن أن يحتفظولى الأمر بما ورثه إلى أن يعود فيأخذه ؛ أو يحكم بوفاته فيرد إلى باقى الورثة . وهذا عين ما احتاط به الحنفية فى تقسيم تركة المفقود إذا حكم القاضي بوفاته بناء على قرائن غير قطعية .

الفصل الرابع

أفعال العباد قبل بعثة الرسل

اختلفت المذاهب فيما إذا كان للأفعال جهات حسن يدركها العقل ، وإذا أدركها فهل لا بد أن يطابقها حكم الشرع ، وإذا طابقها فهل يطبق فيما يتعلق بالعقائد والأعمال ؟ وقد ترتب على هذا الخلاف اختلاف المذاهب فيمن لم تبلغه دعوة الرسول ولم يؤمن من نفسه بالله حتى مات ، هل هو محاسب على هذا أولاً ؟

مذهب المعتزلة (١) فى الأفعال

١٠٢ - ذهب المعتزلة إلى أن الحسن والقبح (أى المأمور به والمنهى عنه) يدركهما العقل ، والشرع جاء كاشفاً عما أدركه العقل قبل وروده ، وأنه يتعلق له تعالى حكم بما أدرك العقل فيه صفة حسن أو قبح لذاته أو لصفته

(١) نشأ المعتزلة فى العصر الأموى ، وأبرز ما يروى عنهم وما شغلوا به الفكر الإسلامى كان فى العصر العباسى ، فإليه يعزى تأييد القول بخلق القرآن . وأكثر المؤرخين للفكر الإسلامى على أن رأس المعتزلة هو « واصل بن عطاء » وأنه كان من محضرون مجلس « الحسن البصرى » للمذاكرة الدلم فثارت مسألة الحكم هل من يرتكب « الكبيرة » أمؤمن هو أم كافر . قال واصل بخلاف رأى الحسن « ليس بمؤمن مطلقاً ، بل هو فى منزلة بين المنزلتين » يعنى بين الإيمان والكفر . ثم اعتزل مجلس الحسن ، واتخذ له حلقة أخرى فى المسجد . ولم يستطع المعتزلة على طول ما شغلوا المسلمين وأضجروهم بالكلام أن يسموا لهم هذه « المنزلة بين المنزلتين » أو أن يقربوها من أذهانهم ، وساروا على ترفيعهم واعتزاهم الجماعة ، وجعلوا الإيمان برأيهم فيها أصلاً من أصول مذهبهم الخمسة ، أى مع التوحيد ، والعدل ، والوحد ، والوعيد ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . ولكن بعض العلماء لهم فى تسميتهم بالمعتزلة قول آخر ، فقد ذكر المقرئى فى خطبه أنه كان منتشراً فى عصر ظهور المعتزلة طائفة من اليهود اسمهم « الفروشم » ومعناه « المعتزلة » ، وأن هذه الطائفة تشبه فى بعض أقوالها أقوال المعتزلة ، فلا يبعد أن يكون بعض من أسلموا من اليهود قد أطلقوا هذا الإسم عليهم لوجوه الشبه . ولقد كان حقاً أن من أوجه الشبه بين الطائفتين أن معتزلة اليهود كانوا يفسرون التوراة على مقتضى منطى الفلاسفة ، وكان المعتزلون كذلك يتناولون كل ما فى القرآن من أوصاف على مقتضى منطى الفلاسفة .

أو لوجوه واعتبارات ، على اختلاف بينهم في ذلك ، وقالت الأشعرية لا يتعاق له سبحانه حكم بأفعال المكلفين ، فلا يحرم كفر ولا يجب إيمان . ومحل النزاع بينهم (الأشعرية والمعتزلة) هو كون الفعل متعلق المدح والثواب والذم والعقاب أجلاً أو عاجلاً ، فعند الأشعرية ومن وافقهم أن ذلك لا يثبت إلا بالشرع ، وعند المعتزلة ومن وافقهم أن ذلك ليس إلا لكون الفعل واقعاً على وجه مخصوص لأجله يستحق فاعله الذم^(١) . فالعقل عند المعتزلة حاكم مطلق بالحسن والقبیح على الله تعالى وعلى العباد . أما على الله فلأن الأصلح للعباد واجب على الله بالعقل فيكون تركه حراماً على الله ، والحكم بالوجوب والحرمة يكون حكماً بالحسن والقبیح ضرورة . وأما على العباد فلأن العقل عندهم يوجب الأفعال عليهم ، ويبيحها ويحرمها ، من غير أن يحكم الله له فيها بشيء من ذلك . وعند الأشعرية الحاكم بالحسن والقبیح هو الله ، وهو متعال عن أن يحكم عليه غيره ، وعن أن يجب عليه شيء ، وهو خالق أفعال العباد ، جاعل بعضها حسناً وبعضها قبيحاً ، له في كل قضية كلية أو جزئية حكم معين ، وقضاء معين ، وإحاطة بظواهرها وبواطنها ، وقد وضع فيها ما وضع من خير أو شر ، ومن نفع أو ضرر ، ومن حسن أو قبيح^(٢) .

وأساس مذهب الأشاعرة^(٣) أن الحسن من أفعال المكلفين هو ما دلّ الشارع على أنه حسن بطلبه فعله ، والقبیح من أفعال المكلفين هو ما دلّ الشارع على أنه قبيح بطلب تركه ، وليس الحسن ما رآه العقل حسناً ، ولا القبیح ما رآه العقل قبيحاً ، فقياس الحسن والقبیح في هذا المذهب هو الشرع لا العقل ، وهذا يتفق وما ذهب إليه بعض علماء الأخلاق من أن مقياس الخير والشر هو القانون ، فما أوجبه القانون أو أباحه فهو خير ، وما حظره فهو شر .

وعلى هذا المذهب ، مذهب الأشاعرة ، لا يكون الإنسان مكلفاً من الله بفعل شيء أو ترك شيء إلا إذا بلغته دعوة الرسول وما شرعه الله ، ولا يثاب أحد على فعل شيء ولا يعاقب على ترك أو فعل إلا إذا علم من

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٧ .

(٢) التوضيح على التنقيح .

(٣) الأشاعرة هم أتباع أبي الحسن الأشعري .

طريق رسل الله ما يجب عليه فعله وما يجب عليه تركه . فمن عاش في عزلة تامة بحيث لم تبلغه دعوة رسول ولا شرعه فهو غير مكلف من الله بشيء ولا يستحق ثواباً ولا عقاباً . وأهل الفترة ، وهم من عاشوا بعد موت رسول وقبل مبعث رسول ، غير مكلفين بشيء ولا يستحقون ثواباً ولا عقاباً ، ويؤيد هذا المذهب قوله سبحانه « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » .

أما على مذهب المعتزلة ، فمن لم تبلغهم دعوة الرسل ولا شرائعهم منهم مكلفون من الله بفعل ما يهديهم عقولهم إلى أنه حسن ويثابون من الله على فعله ، وبترك ما يهديهم عقولهم إلى أنه قبيح ويعاقبون من الله على فعله ، فمن لم يؤمن من نفسه قبل أن تبلغه دعوة الرسول حتى مات فإنه يحاسب . وما استوى فعله في النفع والضرر مما حسنه العقل هو المباح ، وما ترجح فعله على تركه فإن ألحق الذم بتركه كان واجباً ، وإلا فهو مندوب . وما قبحه العقل وألحق الذم بفعله كان حراماً ، وإلا فمكروه ، وما لم يقض العقل فيه بحسن ولا قبيح فقد اختلفوا فيه ، فمنهم من حظره ومنهم من أباحه ومنهم من وقف عن الأمرين^(١) . وأصحاب هذا المذهب يؤيدونه بأنه لا يستطيع عاقل أن ينكر أن كل فعل فيه خواص وله آثار تجعله حسناً أو قبيحاً . ومن الذي لا يدرك بعقله أن الشكر على النعمة والصدق والوفاء والأمانة كل منها حسن ، وأن ضد كل منها قبيح : ولا يستطيع عاقل أن ينكر أن الله ما شرع أحكامه في أفعال المكلفين إلا بناء على ما فيها من نفع أو ضرر ، ويقولون إن من بلغتهم شرائع الله مكلفون من الله بما تقضى به هذه الشرائع ، ومن لم تبلغهم شرائع الله مكلفون من الله بما تهديهم إليه عقولهم ، فعليهم أن يفعلوا ما تستحسسه عقولهم وأن يتركوا ما تستقبحه عقولهم .

وهذا المذهب يتفق وما ذهب إليه أكثر علماء الأخلاق من أن مقياس الخير والشر هو ما في الفعل من نفع أو ضرر لأكثر مجموعة من الناس يصل إليها أثر الفعل .

مذهب الماتريدي^(٢)

١٠٣ - هذا المذهب وسط ، وحاصله أن أفعال المكلفين فيها خواص

(١) الأحكام للآمدي ج ١ ص ١٣٠ .

(٢) هم أتباع أبي منصور الماتريدي ، وهم من الأحناف ، وكان أبو منصور هذا -

ولها آثار تقتضي حسنها أو قبحها ، وأن العقل بناء على هذه الخواص والآثار يستطيع الحكم بأن هذا الفعل حسن وهذا الفعل قبيح ، وما رآه العقل السليم حسناً فهو حسن ، وما رآه العقل السليم قبيحاً فهو قبيح . ولكن لا يلزم أن تكون أحكام الله في أفعال المكلفين على وفق ما تدركه عقولنا فيها من حسن أو قبح ، لأن العقول مهما نضجت قد تخطيء ، ولأن بعض الأفعال مما تشبه فيه العقول ، فلا تلازم بين أحكام الله وما تدركه العقول ، وعلى هذا لا سبيل إلى معرفة حكم الله إلا بواسطة رسله . فهؤلاء وافقوا المعتزلة في أن حسن الأفعال وقبحها مما تدركه العقول بناءً على ما تدركه من نفعها أو ضررها ، وخالفوهم في أن حكم الله لا بد أن يكون على وفق حكم العقل ، وفي أن ما أدرك العقل حسنة فهو مطلوب لله فعله ، وما أدرك العقل قبحه فهو مطلوب لله تركه . ووافقوا الأشاعرة في أنه لا يعرف حكم الله إلا بواسطة رسله وكتبه وخالفوهم في أن الحسن والقبح للأفعال شرعيان لا عقليان ، وفي أن الفعل لا يكون حسناً إلا بطلب الله فعله ، ولا يكون قبيحاً إلا بطلب الله تركه ، لأن هذا ظاهر البطلان ، فإن أمهات الفضائل يدرك العقل حسناتها لما فيها من نفع ، وأمهات الرذائل يدرك العقل قبحها لما فيها من ضرر ولولم يرد بهذا شرع .

خلاصة

١٠٤ - واضح مما قدمناه أن المعتزلة تذهب إلى أن العقل هو الحاكم بالحسن والقبح ، ومعنى ذلك أن مصدر القانون هو العقل لا الشرع ، فهي تقول إذن بقانون العقل ، أي بالقانون الطبيعي ، وهو حاكم على الله وعلى العباد ، فالله واجب عليه الأصلح للعباد ، والعباد يلجأون إلى العقل في معرفة القانون ، وهذا صريح في أن هناك قانوناً طبيعياً يستقل العقل البشري بكشفه ،

على المذهب الحق . وأظهر الآراء بين الفقهاء آراء أهل السنة ، وهي مذاهب من عدا الخوارج والشيعة - أشعرية وماتريدية - والمعتزلة والقدرية والمشبهة . والخوارج وكانوا يسمون أيضاً بالحرورية ، وكانوا هم يسمون أنفسهم الشراة ، فهم طوائف متعددة ولا يعرف لهم مذاهب فقهية سوى مذهب الإباضية الذي بقي حتى اليوم . ومذاهب شيعة على رضى الله عنه ، وهم بدورهم طوائف كثيرة أشهرها الزيدية ، والإمامية وهم فرق أشهرها الشيعية الإمامية الاثنا عشرية (الجعفرية) والإسماعيلية أو الباطنية ومنهم الببيديون أو الفاطميون الذين ظهروا بالمغرب ثم استولوا على مصر وماجاورها . والمذاهب الثلاثة لا تزال قائمة ، وإن كان الغموض حليف فقه الإسماعيلية منذ ظهورها حتى اليوم .

ولا حاجة بنا إلى مشروع ، حتى لو كان هذا المشرع هو الله . وهكذا فإن القانون الطبيعي الذي بدأ فلسفة عند اليونان ، وأحله الرومان في قانونهم (١) مستلهمين أحكامه من عقولهم ، ثم ورثته المسيحية ورجال الكنيسة في العصور الوسطى فجعلوه القانون الإلهي ، وإن كان يتوصل إليه من طريق الوحي لا من العقل ، عرفه الإسلام ، وزاد أحد المذاهب الإسلامية (٢) أن ميز بين القانون الطبيعي والدين ، وجعل العقل ، لا الوحي ، هو الكاشف لهذا القانون (٣) .

وبينا يذهب متأخرو الماتريدية إلى أنه لا ارتباط بين حكم العقل في التحسين والتقصير وحكم الشرع فيهما مطلقاً ، يستوى في ذلك مسائل الأصول - العقائد - ومسائل الفروع ، ويوافقون في ذلك الأشاعرة في أن حكم الله في جميع صورته غير مرتب على حكم العقل ، يرى متقدمو الماتريدية أن الإيمان وكل ما يتعلق بالعقائد يتطابق فيه حكم الشرع مع العقل لا محالة ، ويثاب المرء على فعل الحسن منه وترك القبيح ، ولولم يكن هناك رسول ولا كتاب . ويرى بعض الأصوليين (٤) أن هذا أقرب المذاهب إلى الصواب ، وينبئ عليه أن أهل الفترة محاسبون على ضلالهم في العقائد ، وغير محاسبين على أحكامهم (٥) المسائل

(١) قانون الشعوب .

(٢) المعتزلة على ما سلف إيضاحه .

(٣) أنظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، أصول القانون ص ٤٣ .

(٤) الأستاذ عبد الرهاب خلاف ، المرجع السابق ص ١٠٦ - وهو يرى أن مذهب الماتريدية وسط معتدل وهو الراجح في رأيه .

(٥) ينقسم الحكم التكليفي إلى خمسة أقسام : الإيجاب ، والندب ، والتحريم ، والكراهة ، والإباحة .

وينقسم الحكم الوضعي إلى خمسة أقسام كذلك : إما أن يقتضى جعل شيء سبباً لشيء ، أو شرطاً ، أو مانعاً ، أو مسوغاً لرخصة بدل العزيمة ، أو صحيحاً أو غير صحيح .

والمقصد العام للشارع من تشريعه الأحكام هو تحقيق مصالح الناس بحفظ ضرورياتهم ، وتوفير حاجياتهم ، وتحسينياتهم .

ولا يراعى تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بحاجي ، ولا يراعى حاجي ولا تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بضروري .

وقد كفل الإسلام حفظ الضروريات كلها بأن أباح المحظورات للضرورات .

وفي العبادات شرع الرخص تخفيفاً عن المكلفين إذا كان في العزيمة مشقة عليهم ، فأباح الفطر في رمضان لمن كان مريضاً أو على سفر .

الفرعية ، ونقلوا عن أبي حنيفة أنه قال « لا عذر لأحد في الجهل بخالقه لما يرى من خلق السماوات والأرض » وأنه « لو لم يبعث الله رسولا لوجب على الخلق معرفته بعمولهم » .

هذا والنصوص تؤيد هذا المذهب الأخير ، فمن الكتاب قول الله تعالى « إن الله لا يأمر بالفحشاء » ، ويصف الله سبحانه رسوله بقوله « يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » فهذه الآيات وأمثالها تدل على أن الله تعالى إنما يكلف عباده بكل ما يجلب الخير ويرفع الضر ، فإذا أحل فإنما يحل ما هو طيب ، وإذا حرم فإنما يحرم ما هو خبيث . وهذه الأوصاف التي تثبت للأفعال المأمور بها والمنهي عنها ثابتة في الأفعال قبل ورود الشرع ، وهذا دليل على أن الأفعال فيها صفات ذاتية قبل بعثة الرسول ويتركها العقل دون واسطة^(١) . والذي يدل على وجوب الإيمان وحرمة الكفر ولو قبل إرسال الرسل ، الأخبار التي جاءت بها السنة دالة على تعذيب أهل الفترة كحديث « امرؤ القيس قائد الشعراء إلى النار » . وهذا دليل أيضاً على أن من لم يهتد بعقله إلى الإيمان وإن لم يرد شرع فهو معذب ، ولا عذاب إلا بناء على تكليف ، ولم يكن التكليف لهؤلاء بكتاب أو رسول وإنما مصدر التكليف بالنسبة لهم في هذا هو العقل بإدراكه حكم الإيمان وعدمه وإلا لكانت بعثة الرسل سبب العذاب بالنسبة لمن كفر بالله ، وقد كان آمناً قبلها وهذا باطل لقوله تعالى : « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » .

ونحن نرى أن الأدلة الشرعية والعقلية تدعو إلى القول بأنه لا تكليف

وفي المعاملات شرع كثيراً من أنواع العقود والتصرفات التي تقتضيها حاجات الناس ، ورخص في عقود لا تنطبق على القياس ، وشرع الطلاق للخلاص من الزوجية عند الحاجة ، وجعل الحاجات مثل الضرورات في إباحة المحظورات .
وفي العقوبات درأ الحدود بالشبهات ، وجعل لولي المقتول حق العفو عن القصاص من القاتل .

وفي الأمور التحسينية في العبادات ، شرع الطهارة للبدن والثوب المكان ، وفي المعاملات حرم النش والتدليس والتغريب والإصراف كما حرم التعامل في بخس وضار ، وفي العقوبات حرم في الجهاد قتل الرهبان والصبيان والنساء .

(١) مباحث الحكم عند الأصوليين للأستاذ محمد سلام مذكور ، طبعة ثانية ص ٧٤

وما بعدها .

قبل الشرع^(١) ، ولا حكم قبل إرسال الرسل إلا بالنسبة إلى من بلغته دعوة الرسل السابقين وما جاءوا به من تشريع وإصلاح . فتكون أفعال العباد الاختيارية قبل بعثة الرسل بالنسبة إلى من لم توجه إليهم الدعوة غير محكوم عليها من الشارع فلا تنصف بوجوب ولا حظر ولا بالإباحة التي هي تخيير الشارع بين الفعل والترك ، وإنما تنصف بالإباحة العقلية التي يطلق عليها الأصوليون اسم الإباحة الأصلية أو البراءة الأصلية^(٢) .

(١) وهو ما عليه جمهور أهل السنة .

(٢) الحكم التخييري للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٤٤٧ .

وعدم معرفة الحكم قد تكون لعدم الدليل الدال عليه ، وهذا وصف للمجتهد الذي يبحث عن الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين ، وبعبارة أخرى فإنه وصف لمن هو بصدد تعرف الحكم الشرعي لفعل المكلف ، والجهل بهذا المعنى ليس موضوع هذا البحث ، وينحصر الكلام هنا فيما دلّ الدليل الشرعي على حكمه ووجب على كل مكلف أن يعرفه ، ولكن مكلفاً من المكلفين جهل حكم الشارع فيه فلم يمثل فعلاً أو كفاً ، فهل عدم امتثاله قبل التعرف على حكمه على الوجه الصحيح يكون عذراً في عدم الامتثال سواء اعتقد أن عمله صواب على خلاف الواقع أو لم يعتقد ذلك ؟

المراد بعلم المكلف

١٠٦ - نبادر إلى القول بأن المراد بعلم المكلف بما كلف به إمكان علمه به لا علمه به فعلاً ، فتنى بلغ الإنسان عاقلاً قادراً على أن يعرف الأحكام الشرعية بنفسه أو بسؤال أهل الذكر عنها اعتبر عالماً بما كلف به وتنفذت عليه الأحكام وألزم بآثارها ولا يقبل منه الاعتذار بجهلها ، ولهذا قال الفقهاء لا يقبل في دار الإسلام عذر الجهل بالحكم الشرعي ، لأنه لو شرط لصحة التكليف علم المكلف فعلاً بما كلف به ما استقام التكليف واتسع المجال للاعتذار بجهل الأحكام . وعلى هذا التقنين الوضعي فالناس يعتبرون عالماً بالقانون بتيسير إمكان علمهم به وذلك بنشره بالطريق القانوني بعد إصداره ، ولا اعتبار بأن كل فرد من المكلفين علم به فعلاً أولاً ، وكذلك المراد بعلم المكلف بأن تكليفه بما كلف به صادر ممن يجب عليه امتثال أحكامه ، إمكان علمه بهذا لا علمه به فعلاً . فكل حكم شرعي يمكن المكلف أن يعرف دليله ، وأن يعرف أن دليله حجة شرعية على المكلفين اتباع ما يستمد منه ، سواء أمكنه هذا بنفسه أو بواسطة سؤال أهل الذكر عنه (١) . هذه هي القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية ولا استثناء لها . وإذا كان الفقهاء يرون قبول الاحتجاج بجهل الأحكام ممن عاش في بادية لا يختلط بمسلمين أو ممن أسلم حديثاً ولم يكن مقياً بين المسلمين ، فإن هذا ليس استثناء في الواقع وإنما هو تطبيق للقاعدة الأصلية التي تمنع مواخذة من يجهل التحريم حتى يصبح العلم ميسراً له فمثل هؤلاء لم يكن العلم ميسراً لهم ولا يعتبرون عالماً بأحكام الشريعة . أما

(١) علم أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ١٤٢ .

التصنيف الخامس

أفعال المكلفين بعد بعثة الرسل

١٠٥ - أوضحنا فيما تقدم الحكم على أفعال العباد قبل بعثة الرسل ، أما أفعال المكلفين بعد بعثة الرسل فهي خاضعة لأحكام الشرائع عليها وفق الأدلة التي تبين وصفها من وجوب أو نذوب أو تحريم أو كراهة أو إباحة ، وعلماء الكلام والأصوليون متفقون في أن مصدر الأحكام جميعها هو الله ، سواء في ذلك الأحكام التكليفية أو الوضعية ، يستوى في ذلك الأحكام التي ورد بها نص في الكتاب والسنة ، والتي لم يرد فيها نص وأجمع عليها فقهاء المسلمين في عصر من العصور واهتدى إليها المجتهدون بواسطة ما وضعه الشارع من دلائل وأمارات توصل إلى التعرف على أحكام الشرع ، ولذا اشتهر عن الأصوليين قولهم إنه « لا حكم إلا لله » اتباعاً من قوله تعالى « إن الحكم إلا لله » ، فالحكم عند علماء المسلمين كافة هو الشرع دون العقل ، ولا حكم إلا ما حكم به الله تعالى (١) . فن بلغتهم شرائع الرسل فقياس الحسن والقبح للأفعال بالنسبة لهم ما ورد في شريعتهم لا ما تدركه عقولهم .

ما يعيننا في هذا المجال إنما هو الجهل بالحكم الشرعي أي كان ، واجباً أو محظوراً أو مباحاً ، مما يترتب عليه عدم امتثال المكلف للحكم فعلاً أو كفاً ، على أن المقصود بالجهل هنا هو عدم العلم بالحكم الشرعي ، ويقسم الأصوليون الجهل قسمين :

جهل بصيغ : وهو عدم العلم بالشيء سواء كان مع عدم الشعور به أو مع

الشعور به ، ويدخل في الأول خلو الذهن وفي الثاني الشك والوهم .

وجهل مركب : وهو الحكم غير المطابق للواقع مع اعتقاد مطابقته كاعتقاد

الكفار ما يدينون به (٢) .

(١) الفرائد في المستصفي ج ١ ص ٨٢ .

(٢) التقرير والتحجير ج ١ ص ٤٢ ، ج ٣ ص ٣١٢ ، وتيسير التحرير ج ١

إذا كان الجهل ناشئاً بين المسلمين أو أهل العلم فلا يقبل منه الادعاء بالجهل .

الجهل بمعنى النص الحقيقي

١٠٧ - ويلحق الجهل بمعنى النصوص الحقيقي بالجهل بذات النصوص ، فحكمها واحد ، فلو ادعى الجاني أن النص لا يدل على التحريم أو أن نصاً آخر أباح الفعل المحرم فإن جهله بالمعنى الحقيقي للنصوص لا يرفع عنه المسؤولية الجنائية^(١) . وهذا هو الخطأ في التفسير كما نسيه في لغة القانون . ومن الأمثلة المشهورة في الشريعة على الخطأ في التفسير ما ذكرنا من أن جماعة من المسلمين شربوا الخمر في الشام مستحلين لها مستدلين بقوله تعالى « ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا » فأقيم عليهم حد الخمر .

المسلمون خارج دار الإسلام

١٠٨ - نبادر هنا إلى القول بأن المسلم تطبق عليه الشريعة الإسلامية في دار الإسلام وفي غير دار الإسلام ، وغير المسلم لا تطبق عليه الشريعة الإسلامية إلا إذا كان مقيماً في دار الإسلام^(٢) .

فإذا أسلم شخص في غير دار الإسلام وترك بها صلوات جاهلاً لزومها في الإسلام ، فلا قضاء عليه بعد ذلك لأنه غير مقصر في طلب الدليل ، وإنما جاء الجهل من قبل خفاء الدليل في نفسه لعدم اشتغاره في الدار التي يقيم فيها لانقطاع ولاية التبليغ عنه فانتفى سماع الخطاب في حقه حقيقة وتقديراً . وكل خطاب ترك ولم ينتشر فجعله عذراً لانتهاء التقصير عن جاهله ، بخلاف الخطاب بعد الانتشار فإن جهله ليس بعذر لما فيه من التقصير في التعرف على الحكم . وظاهر هذا الإطلاق يتناول ما إذا كان الانتشار في بلد المكلف أو في غيرها ، ويؤكد هذا النظر عموم قاعدة « لا عذر بالجهل في دار الإسلام » ، على أن الذي يقتضيه التحقيق العلمي هو أن يكون الانتشار في بلد المكلف ، لأن ذلك هو الذي يرفع العذر وإلا لكان إعناتنا ووقع الحرج ، إذ لا وجه لإقامة الاستفاضة في غير بلده مقام العلم^(٣) . وغنى عن البيان أن هذا الخلاف لا محل له بشأن من يقيم في غير ديار الإسلام لعدم صلاحية القاعدة المشار

(١) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي «القدم العام» للأستاذ عبد القادر حوده ص ٤٣٩ .

(٢) م ١٢٩ من الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا .

(٣) تيسير التحرير ج ٤ ص ٢٢٥ .

إليها في التحدى بها قبله على أى وجه . وقد ترخص البعض^(١) في الجهل الذي يعتبر عذراً في دار الإسلام إذا كان مرده إلى اشتغال الجاهل بعمله أو غيره مما يصرفه عن التعليم ، ولا سيما في المسائل الدقيقة التي ينذر أن يعرفها غير المشتغلين بالعلم ، فإن جهله في هذه الحال يكون عذراً في عدم الامتثال ومسقطاً لما يترتب عليه ، فأولى أن يكون عذراً لدى أولئك الذين وجدوا في بيئات وأجواء لا تسمح لهم بالتعرف على حقائق الإسلام ودقائقه ، ويرد في مقدمة هؤلاء من يقيمون خارج دار الإسلام ، وإذا كان الجهل بالأحكام ليس مطلقاً عذراً رافعاً للإثم والحرج في ترك امتثال أمر الشارع ، فهو على التحقيق عذر في حال واحدة ضبطها البعض^(٢) بقولهم « هو ما يتعذر الإحتراز عنه عادة » وذلك كالجزيئات التي يكون الجاهل بها معذوراً بجهله لأنه لا يتيسر له تعرف حكم الله فيها نتيجة عدم انتشاره كما تقدم إيراده ، ويدخل في الضابط المشار إليه ، وفي القاعدة المتقدمة الذكر ، الجهل في خارج دار الإسلام بالنسبة إلى غير المسلمين أنفسهم في عصورنا الحاضرة ، أما في قاعدة الفقهاء فظاهر لأنهم خصوصاً بدار الإسلام ، وأما في الضابط الذي وضعه القرافي « ما يتعذر الإحتراز عنه عادة » ، - فلأنه يتعذر على هؤلاء ، في بيئاتهم ومدنيتهم واتجاههم إلى شئون الحياة ونظرتهم إلى الإسلام وأهله في الحملة نظرة لا تليق بالمستوى الحقيقي للمسلمين ، دفع إليها تقصير المسلمين أنفسهم في تطبيق أحكام الإسلام وآدابه وإظهارها في مظهرها السامى الرفيع في وجه الدعايات المتلاحقة ضد الإسلام ، وما يقذف به حوله من الشبهات تشويهاً لحاسنه ، أقول يتعذر عليهم في بيئاتهم تلك الإمام بعقائد الإسلام وأحكامه وآدابه مما ينبغي معه التوسع في الإعتذار بجهلهم بها ورفع الإثم عنهم لعدم الامتثال لها ، فإن الله لا يكلف نفساً إلا وسعها ، وما جعل الله في الدين من حرج في أية ناحية من نواحيه ، وإذا كانت الأمة في دار الإسلام تعذر بجهل أحكام الشريعة لتشاغلها بخدمة سيدها ، وقد يكون عن علماء المسلمين ، فأولى أن يعذر بجهلهم بها أولئك الذين شغلهم فوق ما شغل تلك الأمة من العدو وراء

(١) تيسير التحرير ج ٤ ص ٢١١ وما بعدها ، والتقرير والتجسير ج ٣ ص ٣١٢ وما بعدها .

(٢) الفروق القرافي ج ٢ ص ١٤٩ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

مطالب الحياة التي لا تنقطع ، وبعدهم عن موجّهات الدين واللوازم التي لا يمكن
الكتب والعلماء ، ومن عدم إلمامهم بلغته التي لا غنى عنها للتعرف على أحكامه
والوقوف على أوامره ونواهيه .

من يجهلون اللغة العربية

١٠٩ - من لا يعرفون اللغة العربية ولا يستطيعون فهم أدلة التكليف
الشرعية من القرآن والسنة ، كاليابانيين والهنود والجاويين وغيرهم ، لا يصح
تكليفهم شرعاً إلا إذا تعلموا اللغة العربية واستطاعوا أن يفهموا نصوصها ،
أو ترجحت أدلة التكليف الشرعية إلى لغتهم بحيث يستطيعون أن يجدوا كتاباً
دينيّاً بلغتهم يبين لهم ما يكافهم به الإسلام ، أو قامت طائفة يتعلم لغات هذه
الأمم التي لا تعرف اللغة العربية ونشرت بينهم تعاليم الإسلام وأدلة تكليفه
مخاطبة لهم بلغتهم . وهذا الطريق الأخير هو الطريق القويم ، لأن الرسول
ﷺ في خطبته يوم حجة الوداع أشهد الله أنه بلغ رسالته ، وأمر المسلمين
أن يبلغ منهم الشاهد الغائب ، والشاهد يشمل كل من اهتدى إلى الإسلام
وعرف أحكامه ، والغائب يشمل كل من لم يعرف لغة القرآن ولم يستطع فهم
آياته . فأما إذا ترك هذا الغائب على حاله لا يعرف لغة القرآن ولا يستطيع
أن يفهم دلالته ، ولا ترجحت آياته إلى لغته ؛ ولا قام أحد يعرف لغة القرآن
بتعليمه ما يكلفه باللغة التي يفهمها ؛ فهو شرعاً غير مكلف لأن الله لا يكلف
نفساً إلا وسعها ؛ ولهذا قال الله تعالى في سورة إبراهيم : وما أرسلنا من رسول
إلا بلسان قومه ليبيّن لهم (١) .

من يكون الجهل عذراً عند الأحناف

١١٠ - تناول الأحناف من الأصوليين وصف الجهل في مبحث
عوارض الأهلية . وقد اختلفت مسالكهم في تقسيم الجهل في هذا المقام ؛
فالكامل ومن نما نحوه يقسمونه ثلاثة أقسام (٢) :

القسم الأول : جهل لا يصلح عذراً ولا شبهة ؛ ومن ذلك جهل الكافر
بذات الله وصفاته .

القسم الثاني : جهل يصلح شبهة تدراً الحذر والكفارات ونحوها ،

(١) علم أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٢) تيسير التحرير ج ٤ ص ٢١١ - ٢٢٧ والتقارير والتجديد ج ٢ ص ٢١٢ - ٢٣٠

كالخريبي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فشرب الخمر جاهلاً بالحرمة فإنه لا يحد
لشبهة عدم علمه بتحريمها في الإسلام لحداثة عهده به ، لأن تحريمها ليس
في جميع الأديان ، وهذا بخلاف ما لو أسلم الذي وشرب الخمر مدعياً جهله
بتحريمها إذ لا يعتبر هذا الجهل عذراً يندرس به الحذر لشيوع تحريمها في
دار الإسلام وهو منها ، وبخلاف ما لو دخل الخريبي دار الإسلام فأسلم وزنى
جاهلاً بالتحريم فإنه لا يكون عذراً لحرمة الزنا في جميع الأديان .

وواضح أن صلاحية الوصف لدرء الشبهة لا يقتضي رفع الإثم ، ولهذا
اعتبروه دارئاً للحد أو مسقطاً للكفارة ولم يجعلوا الوصف عذراً مسقطاً للإثم
كما هو مقتضى تعبيرهم بكلمة العذر الذي جعلوه موضعاً للقسم الثالث .

القسم الثالث : جهل يصلح عذراً كمن أسلم في دار الحرب فترك بها
صلوات جاهلاً لزومها في الإسلام فلا قضاء عليه بعد ذلك ، ومن ذلك جهل
الشفيع بالبيع فإن الشفيع لو باع الدار المشفوع بها غير عالم ببيع بداره
قبل ذلك ، لا يكون بيع الشفيع تسليماً للشفعة وإسقاطاً لحقه . أما الحرّة إذا
زوّجها غير الأب والجد وهي صغيرة فبلغت جاهلة بثبوت حق الفسخ ، فإنه
لا يعتبر عذراً لأن دار الإسلام دار العلم ، وليس للحرّة ما يشغلها عن التعلم
فكان جهلها عن تقصير . ومقتضى هذا التعليل الأخير أنه حينما وجدت
شئون تشغل عن التعليم ، ولا سيما في المسائل الدقيقة التي يندر أن يعرفها غير
المشتغلين بالعلم ، فإن جهل هؤلاء يكون عذراً في عدم الامتثال ، ومسقطاً
لما يترتب عليه .

وقد وضع القراني ، كما ذكرنا ، ضابطاً لما يصلح عذراً فقال إنه
ما يتعدّر الاحتراز عنه عادة ، وقال إنه معفو عنه ، وضبط ما لا يصلح
عذراً بأنه ما لا يتعدّر الاحتراز عنه ولا يشق ، وقال إنه لا يرفع التكليف ،
ومن أقدم مع الجهل به فقد أتم خصوصاً في الاعتقادات بحيث إن الانسان
لو بذل جهده في رفع الجهل عنه في صفة من صفات الله أو في شيء يجب
اعتقاده فإنه آثم كافر على المشهور من المذاهب ، وقال إن الفروع دون
الأصول قد عفا صاحب الشرع عنها إذا أخطأ بعد الاجتهاد والبحث .

ويشبه هذا في الجملة ما قاله الشافعي في الرسالة من أن هناك من الأحكام
ما لا يسع بالغا غير مغلوب على عقله في دار الإسلام جهله ، مثل الصلوات

وصوم رمضان والزكاة والحج ، وتحريم القتل والزنا والخمر والسرفه وغير ذلك مما لا يجوز التنازع فيه ، وهناك من الأحكام ما يحتمل التأويل وهذا درجة من العلم ليس تبلغها العامة .

ويبين مما أنف بيانه أن الجهل بالأحكام ليس مطلقاً عذراً رافعاً للإثم والخرج في ترك امتثال أمر الشارع ، وإنما يكون عذراً في حالة واحدة ، هي التي ضبطها القرآني بقوله : هو ما يتعدى الاحتراز عنه عادة . ومنه يتبين أن قولهم لا عذر بالجهل في دار الإسلام ليس على عمومه ، فقد توجد بعض جزئيات في دار الإسلام ، ومع ذلك يكون الجاهل فيها معذوراً بجهله لأنه لا يتيسر له تعرف حكم الله .

الفصل السادس جهل القاضي بالأحكام

إن للقضاء في التشريع الإسلامي منزلة كبيرة^(١) . ولم يكن القضاء في عهد الإسلام الأول مستقلاً عن الولاية ، فقد كانت السلطان القضائية والتنفيذية بيد الخليفة حيث كان النبي والخلفاء من بعده يقضون بين الناس بأنفسهم ، وكان الخليفة هو الذي يعين القضاة ويعزلهم . فلما اتسعت شؤون للدولة ، صار الخلفاء يعينون القضاة في الأقاليم ، وأخذت السلطة القضائية تنفصل شيئاً فشيئاً ، حتى أصبح لها وجود متميز عن السلطة التنفيذية .

وكان لقضاء النبي صفتان : إحداهما تشريعية ، بمعنى أن القواعد التي يقررها تعتبر تشريعاً ملزماً باعتبارها جزءاً من السنة النبوية ، والثانية صفة قضائية محضة ، بمعنى أنه يطبق الأحكام على الوقائع محل النزاع .

وللقاضي في الشريعة الإسلامية أن يجتهد ، واجتهاده هنا في حقيقته مصدر من مصادر الفقه الإسلامي^(٢) ، فهو يلعب دوراً كبيراً في تفسير الأحكام الشرعية الواجب تطبيقها من الكتاب والسنة . ولكن التسليم بحق القاضي في الاجتهاد ليس إقراراً بمبدأ السوابق القضائية المعروفة في الشريعة الإنكليزية لأن القاضي في الشريعة الإسلامية غير مقيد بسابق اجتهاداته ، وما كتب الخليفة عمر إلى أبي موسى الأشعري إلا تأكيد على ذلك « . . . ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك ، فهديت فيه لرشدك ، أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من

(١) الأستاذ ضياء شيت خطاب ، مبادئ التنظيم القضائي في العراق ص ٨ - ١٠ .
(٢) يقول الشهرستاني « نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ، ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً ، والنصوص إذا كانت متناهية ، والوقائع غير متناهية ، فإن ما لا يقناه لا يضبطه ما يقناه ، وإن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد » .

التمادى في الباطل . . . » . ومن واجب الفقيه أن ينتقد أحكام القضاة بقصد تصويب ما عساه يكون فيها من خطأ في تفسير نصوص القانون ، بمعنى أن دراسة الفقيه لنصوص القانون تأتي من خلال دراسته لأحكام القضاة ، وهذا ما يؤكد عليه الفقيه كايبتان بقوله (١) « ليس للقضاء ، بوصفه مصدر ثراء للقانون ، ما يلزم الفقيه بدراسته وحسب . فالقضاء إنما يقدم للفقيه فائدة ثمينة أخرى حين يسمح له بأن يدرك بإنقاف كيفية تطورات العلاقات القانونية ، ويرى كيف تتقارب المصالح بصورة عملية ، وكيف تتشابك العلاقات بين الناس ، كما أن الوقائع التي يثيرها الخصوم في قضية ما ، ليست بأقل فائدة من صواب الحل الذي ينتهي إليه القضاء فيها » ولذا فلن يستطيع أحد أن يفهم القاعدة القانونية فهما جيداً ، أو يعرف مدى خطورتها ، ما لم يحقق جميع القرارات التي تصدر بمناسبة تطبيقها ، وهكذا فإن القضاء والفقه كليهما بالإضافة إلى دورهما كمصدرين تفسيريين للقانون ، فإنهما يلعبان دوراً كبيراً في تطويره .

هذا وقد تكلمنا في الفصل السابق عن جهل المكاتب بالأحكام الشرعية عامة . ونتكلم في المطلب الأول من هذا الفصل عن جهل القاضى بهذه الأحكام ، وأثر هذا الجهل في قضائه . ثم نتكلم في المطلب الثاني عن خطأ القاضى في تطبيق الأحكام الشرعية . ونقف على هذا بالمطلب الثالث ونتكلم فيه عن جهل الخصوم ببعض أحكام الشريعة .

المطلب الأول

جهل القاضى بالأحكام

١١١ - ينقسم جهل القاضى (٢) إلى نوعين : جهل بالوقائع التي يطرحها

(١) H. Capitant فقيه لأمع من فقهاء القانون المدني الفرنسي وصاحب النظرية الشهيرة في « السبب » . أنظر مقدمة كتابه « الأحكام الكبرى في القانون المدني » ترجمة الدكتور عباس الصراف ص ٢١٦ .

(٢) عنيت الشريعة الإسلامية بتحديد صفة القاضى ، فلا تقوم هذه الصفة إلا بإسنادها من رئيس الدولة الإسلامية لشخص معين وقبوله ذلك . وعرف التاريخ الإسلامى ما يسمى بالقاضى الفضولى ، وهو القاضى الذى يتصدى لقضية لا تدخل في اختصاصه ، ولا يجوز إنفاذ قضائه في هذه الحالة إلا إذا أجازها القاضى المختص . والشريعة الإسلامية بوجه عام تتخفف من قيود التقاضى وشكلياته ما أمكن ، وهى تسير أحدث النظم القانونية التى تتجه إلى =

= الإقلال من الشكليات وتبسيطها . ومن المبادئ الأساسية في الإسلام أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى إلا بحجة صدرت أمامه هو لا أمام غيره ، وقد حرص الإسلام على مبدأ المساواة أمام القضاء في المظهر والجوهر جميعاً ، وفي ذلك يقول الرسول لعل بن أبي طالب حين ولاء قضاء اليمن « فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع كلام الآخر كما سمعت كلام الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء » فتنظرية الإثبات متكافئة بين الطرفين ، ولا يكفل لخصم ما لا يكفل للآخر ، ويمضى الرسول فيحذر من إغفال هذه المساواة بين الناس ، ويضع عدم العدل بينهم في مرتبة الإثم والعدوان فيقول « إن أعنى الناس على الله ، وأبغض الناس إلى الله ، وأبعد الناس من الله ، رجل ولاء الله من أمر أمة محمد شيئاً ثم لم يعدل بينهم » ويروى عن أبي يوسف أنه قال عند موته « اللهم إنك تعلم أنى ما تركت العدل بين الخصمين إلا في حادثة واحدة فاغفرها لى » فلما سئل عن تلك الحادثة قال « ادعى نصراني على الرشيد (الخليفة) دعوى فلم يمكن أن أمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمخازاة مع خصمه ، ولكنى رفعت التصرف إلى جانب البساط بقدر ما أمكننى ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوى بينهما في المجلس فكان هذا جورى وإن كنت قضيت على الرشيد » .

والأصل في القضاء أن يعلم القاضى الحادثة موضوع النزاع من أطرافها في مجلس القضاء ، والترجيح عند القضاء إنما يكون للحجة الظاهرة ، فإذا كان القاضى شاهد هذه الحجة استوجب ذلك قضاءه بها دون تمكين الخصم الآخر من إبداء حجة ، وهكذا ينقلب الشاهد قاضياً وهو ما لا يجوز . ويقسم الفقهاء علم القاضى بالحادثة إلى ثلاث حالات : أولاً - أن يقضى بعلم استفاده في زمن قضائه ومكانه ، وهذا العلم بطبيعة الحال لا يؤثر على القضاء بل هو يتفق وطبيعته . ثانياً - أن يقضى بعلم استفاده قيل توليته القضاء ، ويرى أبو حنيفة في هذه الحالة أن قضاءه غير جائز ، ويخالفه في ذلك الصحاحيان ويجوزان القضاء في هذه الحالة في غير الحدود . ثالثاً - أن يقضى بعلم استفاده في زمان قضائه ولكن في غير مكانه ، ورأى أبو حنيفة والصحاحيين في هذه الحالة كراهيم في الحالة السابقة . ويرى البعض جواز قضاء القاضى بعلمه في القتل العمد وحد القذف لكونهما من حقوق العباد (أنظر الأصول القضائية في المرافعات الشرعية للشيخ على قراة ص ٢٧٤ - ابن عابدين ج ٤ ص ٣١٦) .

ونحن نعتنق النظر الذى يذهب إليه الإمام أبو حنيفة وهو تحريم قضاء القاضى إذا كان علمه بالحادثة عن غير طريق مجلس القضاء ، وفي غير حضرة الخصمين .

هذا والقاضى بتأخير الحكم ، يأثم ويمزر ويمزى إلا في ثلاث حالات : لرؤية ولرجاء صلح ، وإذا استمهل المدعى . والمقصود بالرؤية هو استراية القاضى في الأدلة المطروحة ، والصلح مبدأ أساسى في قضاء الإسلام ، والمقصود برجاء الصلح ، الحالات التى يجوز فيها التصالح ، وهى لا تتضمن مخالفة الأحكام الشرعية الملزمة ، والتي نعرف بحدود الله . وعرض الصلح واجب على القاضى وعليه أن يتأني في قضائه طالما كان الأمل في الصلح قائماً لقول عمر بن الخطاب « والصلح جائز بين المسلمين » . بيده أنه يجب أن يفاضل القاضى بين رجاء الصلح وما يستتبع إتمامه من إعادة الوثام بين الخصوم ، وبين الضرر الذى يحمق بأحدهم من جراء تأخير الفصل في دعواه ، فإن كان الضرر غالباً لم يجوز للقاضى تأخير الحكم .

الخصوم ، وجهل بالأحكام الشرعية الواجبة التطبيق على الواقعة المعروضة عليه . ويأثم القاضي في كلتا الحالتين لأنه ينبغي عليه أن يمحس الوقائع تمحيصاً دقيقاً وأن يعين فيها النظر ويحيط بجوانبها كافة ، ثم ينزل عليها الحكم الشرعي الواجب التطبيق بعد موازنة حجج طرفي الخصوم وترجيح حجة أحدهما على الآخر على هدى الأسس الشرعية : فإذا أصم القاضي أذنيه عن سماع الأدلة كاملة عن إهمال ، أو لم يحط بتلك الأدلة إحاطة واعية عن بصر وبصيرة ، كان قضاؤه على جهل^(١) ، وكذلك إذا أنزل على الواقعة غير الحكم الشرعي الصحيح .

١١٢ - ونظام تسبب الأحكام معروف في الفقه الإسلامي ، وحكمته هو إقناع المحكوم عليه بالحكم من ناحية ، وإقناع الكافة بسلامة القضاء من ناحية أخرى^(٢) . وضوابط التسبب الشرعية هي ما يأتي :

١ - وأما استمهال المدعي ، فصورته أن يطلب أجلاً لإحضار بينته . والمقصود بالمدعي من يسعى أمراً من الخصوم ولو كان هو المدعي المدعى عليه إذا ادعى الوفاء ، فطلب التأجيل بذلك لا يقتصر على المدعي وحده وإنما يتناول كل طرف في الدعوى بشأن ما يدعيه (راجع في ذلك الفصل الأول من جامع الفصولين ، وابن عابدين المرجع السابق ص ٣٥٩) . وينقسم القضاء في الإسلام من حيث وضوحه إلى قضاء قصدي وقضاء ظني . والقضاء القصدى هو الذي يشترط فيه قيام دعوى صحيحة مبنيّة على خصومة ، وينصب القضاء القصدى على الحق المتنازع عليه . وأما القضاء الظني فلا تشترط له الدعوى أو الخصومة المباشرة ، وإنما يرد بصفة عرضية في قضاء قصدي ، وهذا القضاء الظني لا حجج له إلا إذا كان القضاء القصدى لا يقوم إلا على ثبوته ، وقد جاء في « الأشباه » أن الشهود إذا شهدوا بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلاناً وقضى بتفاد الوكالة كان قضاء بالزوجية بينهما .

(١) إذا تعدد القاضي عدم سماع الأدلة واستكاملها كان جائراً ، ويجرى عليه حكم القاضي الجائر ، وهو القاضي الذي يتحيز لأحد الخصوم ، والقاضي الجائر في الإسلام يلزمه الضمان في ماله ويعزر ويعزل عن القضاء - أنظر ابن عابدين ، المرجع السابق ص ٣٥٥ . ويقول الرسول عليه الصلاة والسلام « من حكم بين اثنين تحاكما إليه وارتضياه فلم يقض بينهما بالحق فعليه لعنة الله » ويقول أيضاً « إن الله مع القاضي ما لم يجر ، فإذا تحل عنه لزمه الشيطان » .

(٢) جاء في الميسوط لشمس الدين السرخسي أنه « ينبغي على القاضي أن يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ، ويبين له أنه فهم حجته ، ولكن الحكم في الشرع يقتضى القضاء عليه فلم يكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ، ونسبته إلى أنه جار عليه . . . » .

أولاً : وضوح الحكم بحيث لا يشوبه اللبس أو الغموض .
ثانياً : بيان فهم القاضي لحجج المحكوم عليه وإلامه بكل عناصرها إلاماً تاماً ، وعدم إغفاله جانباً منها في حكمه .

ثالثاً : بيان الحكم الشرعي لواقعة النزاع ومخالفة ما يدعيه المحكوم عليه لأحكام الشريعة . ومن الأحكام الشرعية ما يتصل بالموضوع ، ومنها ما يتعلق بالإجراءات ، وعلى القاضي بيان ما يعرض له الخصوم منها في أسباب قضائه والإشارة إلى مصادرها المحددة في التشريع الإسلامي^(١) .

١٢٣ - ويذهب بعض فقهاء الشريعة^(٢) إلى عدم جواز نقض القاضي لحكمه إذا ارتأى رأياً آخر نتيجة علمه بالحكم الشرعي المناسب للواقعة التي قضى فيها ، والذي كان يجهله حين قضائه ، قولاً إن ذلك من شأنه أن يضعف ثقة الناس في القضاء^(٣) ، ويجوز للإمام مالك ، على عكس ذلك ، رجوع القاضي عن قضائه إذا ارتأى ما هو أحسن منه .

ويذهب الحنفية عموماً إلى أنه لا يصح رجوع القاضي عن قضائه إلا في ثلاث : لو بعلمه^(٤) أو ظهر خطؤه ، أو بخلاف مذهبه^(٥) .

والإجماع على أنه لا يحل لقاض أن ينقض حكم قاضٍ آخر إذا رفع إليه

(١) عرفت كتابة الأحكام فجر ظهور الإسلام ، حيناً أنشأ عمر بن الخطاب الدواوين . والديوان هو المكان الذي كانت تودع فيه الصحف بما فيها السجلات . والسجل في اللغة هو كتاب القاضي . والحجة هي الحكم ، وتوضع في أعلاها علامة القاضي ، وتظل في حوزته لاحتجاج الخصوم بها عند اللزوم . ويبين من ذلك أن الشريعة الغراء عرفت التسبب الكتابي للأحكام ، ولا شك أن ذلك يتفق مع قدسية القضاء ، فلا يقوم الحكم على هوى القاضي وغرضه ، وإنما يقوم على التزام الأحكام الشرعية التي تهدف إلى رعاية مصالح الناس وتأمينهم على حقوقهم بأيسر سبيل وأسرع وقت .

وإذا تأملنا في ضوابط تسبب الأحكام الشرعية لوجدناها تتفق مع ضوابط تسبب الأحكام التي تضعها القوانين والتشريعات الحديثة التي تعد الحكم باطلاً إذا أغفل أى عنصر من العناصر الثلاثة الواردة بالمتن أو عراه قصور .

(٢) ومنهم سحنون وأصعب .

(٣) أنظر تبصرة ابن فرحون ج ١ ص ٥٥ .

(٤) وقد جاء في كتاب المراج للإمام أبي يوسف المتوفى سنة ١٨٢ هـ أنه « إذا رأى الإمام أو الحاكم رجلاً قد مرق أو شرب خمرًا أو زنى فلا ينبغي أن يقيم عليه الحد برؤيته لذلك حتى يقوم به عنده بيته » - ص ١٠٩ .

(٥) راجع ابن عابدين ، المرجع السابق ص ٣٥٩ .

وكان في مسألة اجتهادية وكان الاجتهاد معتبراً (١) ، وكان لا يرى الرأي الذي انبنى عليه .

والقضاء على جهل يقع فيه الغرم على المقتضى له ، فهو الذي يلتزم بالتعويض دون القاضي ، ويعزل القاضي إذا اشتهر عنه الجهل وذلك متى غلبت الأخطاء على أحكامه .

الطلب الثاني

الخطأ في تطبيق الأحكام (٢)

١١٤ - يفرق فقهاء الشريعة بين الخطأ في تطبيق أحكام القرآن الكريم والسنة والإجماع ، وبين الخطأ في تطبيق الأحكام المبنى على الاجتهاد . ولا خلاف بينهم فيما يتعلق بالخطأ في تطبيق القرآن والسنة (النص) والإجماع فالقضاء على خلافهما باطل ، لأن القضاء لا يحل حراماً ، ولا يحرم حلالاً . فكل حكم ينطوي على مخالفة للقرآن والسنة والإجماع حكم باطل لا حجية له بين ذات الخصوم ، وبأثم من يقوم بتنفيذ مثل هذا الحكم ، وليس للمحكوم له أن يحتج به أو يستند إليه .

١١٥ - أما بالنسبة للأحكام التي لا تستند إلى نص أو إجماع ، وإنما تكون مبنية على الاجتهاد ، فيقول « الأمدى » في شأنها إن القضاء نافذ لا يجوز نقضه ، والقول بغير ذلك يتأدى منه اضطراب الأحكام وعدم الوثوق بها . ويستثنى الفقهاء من المسائل الاجتهادية حالة القياس الجلي ، وهي التي تكون العلة فيها منصوصة ، فإذا اتحدت علة الحادتين المقيسة والمقيس عليها ، وكانت العلتان منصوصتين أي واضحتين ، فإنه لا يجوز للقاضي مخالفة حكم القياس في هذه الحالة ، فإن خالفه كان حكمه مستوجب النقض ، شأنه في ذلك شأن الحكم المخالف للنص والإجماع .

ويقول « ابن قدامة » إن الحكم ينقض عند أحمد والشافعي إذا خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع ، إلا أنه يشترط أن يكون النص جلياً . وأما إذا

(١) الأستاذ الشيخ فرج السهري ، محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي ، قسم الدكتوراة جامعة القاهرة عام ١٩٦٤ ، موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي ج ١ ص ١٤ .

(٢) وهو ما يطلق عليه في اصطلاح التشريعات الوضعية « الخطأ في تطبيق القانون » .

إذا خالف القاضي نصاً له دلالة ظنية فلا ينقض الحكم لأنه يعتبر من قبيل الاجتهاد .

ويفرق المالكية ، في القضاء الاجتهادي ، بين قاض وآخر ، فإذا عُرِف عن القاضي الاجتهاد والعدل لا ينقض حكمه ، وأما إذا اشتهر بغير ذلك فيجب الثبوت من أنه لم يكن جائزاً في حكمه ، ويعتبر كذلك في رأي البعض إذا لم يكن قد شاور العلماء في اجتهاده ، وفي هذه الحالة ينقض حكمه . وأما إذا كان قد شاور العلماء وأخذ الرأي الصحيح منهم نفذ قضاؤه . والقاضي الذي لا يعرف عنه الاجتهاد ليس هو القاضي الجاهل ، والمالكية لا يجوزون تولية الجاهل القضاء ، وقد حذر الرسول عليه السلام من توليته حين قال « من قضى للناس على جهل فهو في النار » وهذا اشتراط واضح لعلم القاضي وثقافته قبل التصدي للقضاء ، ومن هنا كان انصراف الإمام أبي حنيفة (١) وغيره

(١) عندما يذكر فضل تدوين الفقه الإسلامي ، إلى جوار تدوين الأحاديث والسنة ، أو تدوين الكتاب العزيز ، يذكر اسم أبي حنيفة بين كبار الرجال الذين خلدوا شريعة الإسلام .

وأبو حنيفة يرفع المرأة إلى مستواها الذي لا تكاد تلبسه في أمم الغرب في القرن العشرين ، فهو يبيح للمرأة أن تجلس للقضاء قاضية فيما تقبل فيه شهادتها .

وأبو حنيفة يجتهد رأيه بالقياس فيما ليس فيه نص ، ويخرج عن السلف للذين يقولون (لا أدري) فيما لم يسبق فيه نص . ذكر ذاكر أمامه قول الإمام الشيباني : لا أدري تصف العلم . فرشقه أبو حنيفة بكلمة لاذعة قال : فليقلها مرتين ليكون له كل العلم .

وأبو حنيفة يفرع الفروع ويفترض الفروض التي قد تقع أو لا تقع ، ويضع أحكامها على أساس القياس وتقدير عطل الأحكام ، ويسأل : إذا كان قول الصحابي يخالف قولك ، فيقول : أتراك قولك يقول الصحابي . ثم يسأل : فإذا كان قول التابعي يخالف قولك ؟ فيجيب : إذا كان التابعي رجلاً فأنا رجل . ومع ذلك يرفض أن يبلى القضاء مع تعرضه للأذى والموت من الولاة الذين رفض أن يبلى القضاء لهم ، أو أن يعمل في التوقيع على أحكامهم مؤثراً حياد الفقيه واستقلاله ، مشفقاً من هول رسالة القاضي وقداستها .

وما يجدر التنويه به أنه يرى أن الإيمان يتم بالتصديق بالقلب والإقرار باللسان بإفقه وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ، فلا بأس على الإيمان (من حيث الوجود) إذا لم يقم المسلم بالواجبات الدينية أو الأعمال الصالحة ، لأن الإقرار بالإيمان كاف لإثبات إيمانه . ولو ارتكب المؤمن كبيرة فهو لا يفقد الأمل في عفو الله ولا أحد يتيقن أن الله لن ينفقها له ، بل إن الأهل بالناس أن يستغفروا له . أما الشرك فظلم عظيم لا يفره الله ، وهو نقض الإيمان .

من العلماء عن ولاية القضاء ، لازهداً فيه ، وإنما استشعاراً لثقل الأمانة ، وتوجساً من عظم المهمة (١) .

ويختلف فقهاء الحنفية بالنسبة للقاضي غير المجتهد (٢) ، فقد جاء في «البرازية» أنه إذا لم يكن القاضي مجتهداً وقضى بالفقوى على خلاف مذهبه نفذ ، وليس لغيره نقضه ، ويرى محمد عكس ذلك (٣) .

ويقيد بعض الفقهاء في الإسلام المسائل الاجتهادية التي يجوز للقاضي المجتهد أن يقول كلمته فيها ، ويستبعدون منها الحالات المختلف عليها في المذاهب فلا يجوز الحنفية مثلاً القضاء على غير مذهبهم في المسائل الاجتهادية ، ويعدد الفقهاء الحالات الاجتهادية التي لا يجوز القضاء فيها على غير مذهبهم ، ومن ذلك ما جاء في «الأشباه» حيث تبلغ هذه المسائل أربعين مسألة (٤) .

خلاصة

١١٦ - يخلص لنا مما تقدم أنه لا خلاف في أن المقصود بالخطأ في تطبيق الأحكام الشرعية الذي يفقد الحكم حجتيه وقوته ، إنما هو الخطأ في تطبيق أحكام القرآن والسنة والإجماع والقياس الجلي ، وأما بالنسبة للمسائل الاجتهادية عدا ذلك فهناك خلاف واضح بين الفقهاء ، فمنهم من يرجح نفاذها على إطلاقها ومنهم من لا يجوز الخطأ إطلاقاً (٥) ، ومنهم من لا يجوز الخروج في المسائل الاجتهادية عن مذهبه ، وهناك من يقصر الحالات التي لا يجوز الخروج فيها على عدد محدود (٦) .

(١) ونحن نعتقد أن عدم إجازة انتخاب القاضي في الإسلام إنما مرده إلى الخوف من انتخاب القاضي الجاهل أو المنحرف . وإذا كان الأصل في انتخاب رئيس الدولة في صدر الإسلام هو البيعة أي الانتخاب بواسطة أهل الحل والعقد ، فإنه هو الذي يقع عليه بعد ذلك عبء اختيار القضاة وتوليهم .

(٢) ويفرق العلامة « قاسم » بين القاضي المقلد ، أي الذي يقلد غيره ، وبين القاضي المجتهد ، ويقول إنه ليس للقاضي المقلد أن يحكم بالضعيف لأنه من أهل الترجيح ، فلا يعدل عن الصحيح إلا لقصده غير جليل ، ولو حكم لا ينفذ لأن قضاؤه قضاء بغير الحق ، لأن الحق هو الصحيح . وأما ما يقال من أن القول الضعيف يتقوى بالقضاء ، فالمراد بذلك قضاء المجتهد . ويقول صاحب البحر في ذلك إن القاضي المقلد ليس له الحكم إلا بالصحيح الملقى به في مذهبه ، ولا ينفذ قضاؤه بالقول الضعيف .

(٣) أنظر ابن عابدين ، المرجع السابق ص ٤٣٨ .

(٤) راجع ابن عابدين ، الجزء الثالث ص ٤٩٣ .

(٥) ويلعب إلى ذلك « أبو ثور وداود » .

(٦) أنظر القضاء في الإسلام للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٦٤ .

وغنى عن البيان أنه إذا صدر الحكم صحيحاً دون أن تعاق به شائبة من شوائب البطلان ، أصبحت له حججة الأمر المقضى به ، فيلتزم به الخصوم ولو خالف آراءهم . وقد أشار « المصنف » إلى أن قضاء القاضي يحل ما كان حراماً في معتقد المقضى له . ويرى أبو حنيفة ومحمد أن القاضي إذا اعتبر الطلقة رجعية فيجب اتباع رأى القاضي ، ويخالفهما في ذلك أبو يوسف (١) . والهادي من رأى أن حنيفة أن قضاء القاضي يصحح مفهوم الحرام في معتقد المقضى له دون أن يعنى بطبيعة الحال أن القاضي يقبل الحلال حراماً . وأما الحكم الذي يناله المحكوم له بغير حق ، أي غير مستند في ذلك إلى أمانة الحججة ، فلا يكتسب حججة ، ولا يسوغ للمحكوم له لإعماله هدياً بقول الرسول « فن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار .

المطلب الثالث

جهل الخصوم بالأحكام

تكلمنا في الفصل الخامس عن جهل المكلّفين بالأحكام الشرعية ، وما قلناه هناك يصدق هنا ، بيد أنه يجمل في هذا المقام نتحدث عن بعض الأحكام الشرعية ، سواء أكانت إجرائية أم موضوعية ، وأثر جهل المتداعين بهذه الأحكام على حقوقهم أثناء نظر دعاوهم أمام القضاء ، وهو ما يقتضينا البدء بتعريف كل من الدعوى والخصومة الشرعية ، ثم طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية ، وأثر الجهل والخطأ في بعض هذه الطرق على المسئولية الجنائية وعلى الحدود وغيرها ، وسنتناول هذه المباحث في أربعة فروع على التوالي .

الفرع الأول

الدعوى والخصومة الشرعية

١١٧ - ذهب الفقه الإسلامي في تعريف الدعوى إلى أدق مما وصل إليه فقه القانون الوضعي الحديث ، وكان أول من فرق بين الدعوى والخصومة وهو ما يتعرف فيه الفقه الوضعي إلى اليوم ، ويعرف الفقه الإسلامي الدعوى بأنها « قول يقصد به قائله إيجاب حق لنفسه على غيره مطلقاً ، سواء كان ذلك حال المنازعة أو حال المسألة (٢) » .

(١) ابن عابدين ، الجزء الرابع ص ٣٤٨ .

(٢) أنظر الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، المرجع السابق ص ٣ - ابن

عابدين ، الجزء الرابع ص ٤٣٧ - الفواكه البديرة لابن القوس .

وهذا التعريف يفرق بين الدعوى وبين الحق الذي تحميه، ولكنه لا يفصلها عنه، فالدعوى وإن لم تكن هي ذات الحق، إلا أنها حق يولد مع مولد الحق الذي تحميه، ويقاؤها رهين ببقاء الحق الأصيل. وبين من التعريف الفرق بين الدعوى والخصومة، فالمقصود بـ « حال المسألة » أن الدعوى توجد سواء استعملها صاحبها أو لم يستعملها. والدعوى تفترق عن الشهادة التي تعتبر إخباراً بحق لا غير على الغير، كما تختلف عن الإقرار الذي يعتبر إخباراً بحق لا غير على النفس.

والخصومة هي مجموعة الإجراءات التي تتخذ أمام القضاء بصدد الدعوى بغية الفصل في موضوعها. ويعرف فقهاء الشريعة القضية بأنها الحادثة التي يقع فيها التخاصم. وإذا كانت الدعوى تنشأ مع الحق الذي تحميه، فإن الخصومة لا تنشأ إلا بافتتاح المدعى الإجراءات القضائية، ودعوة المدعى عليه إلى مجلس القضاء. وقد تصدى فقهاء الشريعة لبحث شروط الخصومة التي تجمل في خمسة شروط، تندرج تحتها سائر الشروط الفرعية التي تبلغ في رأى البعض أربعين شرطاً، وهذه الشروط الخمسة هي:

- أولاً: مجلس القضاء، فلا تعقد الخصومة إلا في مجلس القضاء.
- ثانياً: أهلية المتداعين، فلا بد أن يكونوا عاقلين، فلا تصح دعوى الصبي أو المجنون.
- ثالثاً: حضور الخصوم شخصياً.
- رابعاً: المصلحة في الخصومة.
- خامساً: جدية الخصومة.

ويقول « الحصاف » إن القاضي إذا وجد أن دعوى المدعى فاسدة، بمعنى أنها لم تستكمل الشروط الشرعية للخصومة، تعين على القاضي أن يطلب منه تصحيح دعواه.

الفرع الثاني

طرق الإثبات الشرعية

١١٨ - يقول الرسول الكريم: « لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على من ادعى، ومن ثم كانت

البينة ضرورية لإثبات الادعاء، إذ الادعاء المجرد من الإثبات لا قيمة له، بغض النظر عن انتهائه للحق أو خروجه عن الباطل. وطرق الإثبات هي التي يتقوى بها الادعاء، فيبدو واضحاً أمام القضاء فيلزم به الخصم.

والبينة لاسم له مدلول واسع، يشمل طرق الإثبات كافة. ويقول ابن القيم (١) إنها في كتاب الله لاسم لكل ما يبين الحق، كما قال تعالى « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات » وقال « وما أرسلنا من قبلك إلاّ رجلاً نوحى إليهم، فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون بالبينات (٢) »، ويخرج ابن القيم من ذلك إلى أن البينة هي إظهار الحق بكل دليل (٣).

ويذهب بعض رجال الفقه الإسلامي مذهب تقييد الإثبات *Systeme légal* ويرى هؤلاء حصر الحجج الشرعية وضرورة التزامها، وأنصار هذا المذهب كثيرون، ومن ثم لا يجوز هذا الفريق اعتبار القرينة القاطعة طريقاً من طرق القضاء، ويختلف بعد ذلك أنصار حصر طرق الإثبات، فيما يعتبر منها محصوراً بتعين التزامه، وما يجوز التحلل منه أو الترخيص فيه عند الضرورة مثل شهادة الواحد على ما يحق على غير صاحبه، وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال، وشهادة غير المسلم على المسلم عند الضرورة.

تقسيم طرق الإثبات الشرعية

- ١١٩ - يقسم بعض الفقهاء (٤) طرق الإثبات الشرعية إلى ما يأتي:
- ١ - البينة (٥) . ٢ - الإقرار . ٣ - اليمين . ٤ - النكول .
 - ٥ - القسامة (٦) . ٦ - علم القاضي . ٧ - القرينة القاطعة .

- (١) أنظر أعلام الموقعين لابن القيم.
- (٢) وقال تعالى: « وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة » وقال: « إن على بينة من ربى » وقال « أمن كان على بينة من ربه » وقال « أم آتيناهم كتاباً فهم على بينة منه » وقال « أو لم تأتكم بينة ما في الصحف الأولى ».
- (٣) وهذا الاتجاه هو ما يعبر عنه في الفقه الحديث، بالمذهب المطلق أو الحرقي الإثبات *Systeme libre* وهو ما يأخذ به القاتون الألمان والسويسري والأمريكي والإنجليزى - راجع الوسيط للدكتور السهوى، الجزء الثاني ص ٢٨.
- (٤) أنظر الدر وتكلمته رد المختار.
- (٥) المقصود بالبينة هنا في اصطلاح الفقهاء: شهادة الشهود - أنظر أعلام الموقعين لابن القيم.
- (٦) كانت القسامة طريقاً من طرق الإثبات في الجاهلية، وأقرها الرسول بعد الإسلام. وهي طريق للإثبات تختص به جريمة القتل فحسب، فإذا كان القاتل مجهولاً، -

ويقصر بعض الفقهاء الشرعيين طرق الإثبات الشرعية على ثلاثة :
الإقرار ، والبينة بمعنى الشهادة ، والنكول (١) .

ويستبعد البعض الإقرار من طرق الإثبات الشرعية قولا إن القاضى لا يحكم به وإنما يأمر به المقر ، لأن الحق يثبت بالإقرار دون الحكم : بيد أن هذا القول مردود بأن الإقرار لا يعدو أن يكون دليلا يأخذ به القاضى أو يطرحه إذا كان ثم دليل أقوى منه يناقضه . ويرى البعض أن اليمين ليست من طرق الإثبات ، لأنه إذا عجز المدعى عن تقديم بينته وحلف المدعى عليه ، لا يترتب على ذلك قضاء ، ويستطيع المدعى متى ظهرت له بينته أن يلجأ إلى القضاء الذى عليه أن يقضى بما يدعيه متى أقام عليه الحججة الظاهرة القوية ، وهكذا تكون اليمين بمثابة تجميد للدعوى دون أن تحسم النزاع قضاء ، وتظل الحال على ما كانت عليه قبل التداعى .

وستتكم فيما يلي عن الإقرار ، واليمين ، والنكول ، بحسبانها من طرق الإثبات ، ثم نتكلم عن الصالح وأثر جهل الخصوم بأحكام كل منها .

فيكون على القوم الذين يعض على جثة القتيل بينهم أن يقدم منهم خسون رجلا « بالله ما قتلناه ، ولا علمنا له قاتلا » ثم يغرمون الدية - أنظر المبسوط ، المرجع السابق ص ١٠٦ .

- والدية إنما تدفع كنوع من العقوبة الجماعية على القوم ، لتراخيهم في حفظ الأمن في المكان الذى يقيمون فيه ، ولقيام الاحتمال في أن يكون القاتل منهم ، أو أنه ما تمكن من القتل إلا بمؤازرتهم له ، أو على الأقل تهاونهم في حماية القتيل الذى قتل بين ظهرانيهم . ويقول في ذلك شمس الدين السرخسى « فإثما وقعت الحادثة لتفريط كان منهم في الحفظ حيث تغافلوا عن الأخذ على أيدي السفهاء منهم أو من غيرهم » .

- ويذهب مالك إلى أن القسامة تستوجب القود أو الحد ، ولا يجوز الخفية القود بالقسامة . ويروى عن الزهرى أن « القود في القسامة من أمور الجاهلية » .

ويوافق بعض الفقهاء على اتخاذ طريق شبيهة بالقسامة في شأن جرائم السرقة ، ويقول عبد القادر الشافعى المغربى إنه في المغرب كان الشخص إذا بات بناحية وسرق في الليل أو غضب بالنهار يذهب إلى الحاكم ويحلف لقد غضب أو سرق منه كذا ويقبض ماله من خزانة الدولة ، ويلتزم بأداءه سكان الجهة التى وقعت فيها الحادثة جميعاً - راجع كتاب شمس الهداية . وقد اندثرت القسامة كطريق من طرق الإثبات الشرعية لأن استتباب الأمن لم يعد واجباً قليلاً وإنما تنهض به الدولة .

(١) هذا التقسيم أخذت به لائحة المحاكم الشرعية في المادة ١٢٤ التى ألغيت بالقانون

رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

أولاً : الإقرار

تعريف الإقرار

١٢٠ - يعرف البعض الإقرار بأنه الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ، ولو في المستقبل ، باللفظ أو ما في حكمه ، سواء كان الحق إيجابياً أو سلبياً (١) . ويذهب البعض الآخر إلى أن الإقرار إخبار من وجه ، وإنشاء من وجه آخر (٢) .

وتقوم مشروعية الإقرار على قوله : « وليلم الذى عليه الحق ، وليتق الله ربه ، ولا يبخس منه شيئاً » وكان النبي يأخذ بالإقرار ، ومن ذلك قضاؤه بالرجم عند الإقرار بالزنا . والإجماع على أن الإقرار حجة .

الإقرار القضائى وغير القضائى

١٢١ - لا يشترط الفقهاء عامة أن يكون الإقرار في مجلس القضاء ، فهو جائز في غيره ، إلا أنه إذا كان الإقرار قضائياً لا يحتاج لإثباته إلى بيينة ، بينما الإقرار غير القضائى تلزم لإثباته البيينة . وللمدعى أن يستحلف

(١) طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص ١١٧ - الأصول القضائى ، المرجع السابق ص ٦٢ .

(٢) أنظر التنوير وتكلمة رد المختار .

- والذين يرونه من الفقهاء إنشاء يستندون في ذلك إلى عدم صحة الإقرار بدين لو ارث ، وعدم صحة إقرار المريض بتبرع لو ارث ، وذلك كله دون إجازة الورثة ، وعدم صحة قبول المقر له للإقرار بعد رده .

وأما الذين يرونه إخباراً ، وهم الأغلب الأعم من الفقهاء ، فيشتدلون بصحة إقرار المريض ، الذى لا دين له ، بجميع أمواله للأجنبي دون توقف على إجازة الورثة ، وصحة الإقرار بعين لا يملكها المقر بحيث إذا تملكها بعد ذلك نفذ إقراره . وهم يردون على حجة الفريق الآخر فيقولون إن إقرار المريض لبعض ورثته بدين أو تبرع لا يخرج عن كونه إخباراً ، وأما عدم نفاذه فيرجع إلى تهمة إقرار بعض الورثة على البعض ، على خلاف الإقرار للأجنبي ، فإذا أجاز باقى الورثة إقرار المورث صار نافذاً لانتهاء التهمة ، وتأكيد بذلك كون الإقرار إخباراً . وأما عدم صحة قبول المقر له للإقرار بعد رده ، فليس كل إقرار يرتد بالرد ، وإنما يرتد ما كان الحق فيه خالصاً للمقر له وحده . ولا يقبل الرد الإقرار بحق مشترك بين المقر والمقر له ، وكذلك إذا تعلق بحق من حقوق الله ، كل ذلك لا يملك له المقر له رداً . فالإقرار بالشرء والبيع يظل قائماً ولو أنكره المقر له ، وكذلك الإقرار بالنكاح والطلاق . وجاء في « تنمة الفتاوى » أن الإقرار يكون صحيحاً من غير قبول بوجه عام . فالملك يثبت من غير تصديق وقبول ، وعلى ذلك يكون الإقرار الغائب صحيحاً .

بشأنه المدى عليه اليمين ، ويستلزم بعض الفقهاء الإشهاد على الإقرار غير القضائي (١) .

ويشترط الفقهاء في جرائم الزنا والسرقه وشرب الخمر أن يكون الإقرار الذي يستوجب الحد إقراراً قضائياً ، وأما في غير ذلك فيما يكون حقاً مشتركاً لله وللعبد كحدّ القذف ، أو فيما يكون حقاً للعبد وحده ، فكل ذلك يجوز فيه الإقرار غير القضائي (٢) .

شروط الأقرار وأثر الجهل بها :

١٢٢ - ينبغي أن يكون الإقرار مقبولاً عقلاً وشرعاً ، فن أقر بواقعة مقطوع بعدم صحتها يستحيل عقلاً نفاذ إقراره ، وبذلك يخرج كلامه عن الإقرار . وكذلك الإقرار بشيء مخالف لأحكام الشريعة ، فإنه يخرج كذلك عن طبيعة الإقرار لاستحالة إنفاذه . والقاعدة أن الذي يعتبره الشرع باطلاً لا يصح الإقرار به لعدم الالتزام به . فن أقر لزوجه بمهرها الذي أرأته منه أو وهبته له كان إقراره باطلاً ولا يلتزم به . والإقرار بنفقة ناشز باطل .

ويجب التحري عن مقصود المقر بإقراره ، فإن كان هدفت إلى مخالفة أحكام الشريعة لا يصح إقراره ، وإن كان يرمى إلى هدف آخر فيجب

(١) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

(٢) ورجوع السارق عن إقراره يسقط الحد إذا لم يكن دليل إلا الإقرار ، وإن كان ليس ثم ما يمنع من تعزيره متى اقتنع القاضي بثبوت التهمة . وإذا اشترك في السرقة شخصان فأقرا بالسرقة وعدل أحدهما عن إقراره دون الآخر ، سقط القطع عن عدل دون غيره عند مالك والشافعي وأحمد ، وعند أبي حنيفة يدرك القطع عن الآخر لأن السرقة واحدة وشركتها ثابتة ، ورجوع أحدهما يورث شبهة في حق الشريك الآخر . وإذا كذب المسروق منه السارق في إقراره بالسرقة بطل الإقرار ، ويترتب على بطلانه سقوط القطع ، وهذا هو الرأي في مذهب الحنفية ، ويستوى عندهم أن يكون التكذيب مبتدأ أو بعد المخاصمة والادعاء بالسرقة . أما في فقه الإمام مالك ، الذي لا يشترط المخاصمة ، فإنه لا يرمى في تكذيب المجنى عليه لإقرار الخاني أو للشهود ما يسقط الحد مادام يثبت أن التكذيب قصد به مساعدة الخاني ولا يتفق مع الحقيقة . أما عند الشافعي وأحمد ، فإنهم يفرقون بين التكذيب السابق على المخاصمة واللاحق لها - أنظر في تفصيل ذلك بين الجرائم والحدود في الشريعة الإسلامية والقانون - للمستشار أحمد موافق ، ص ٢١٣ .

وبرى مالك وأبو حنيفة والشافعي أنه يمكن أن يقر السارق بجريته مرة واحدة ، أما الإمام أحمد فيرى أن يكون الإقرار مرتين على الأقل ، فإن أقر الخاني مرتين فإنه يعزى .

حينئذ التحقق من مرامه ، فإن كان يتفق مع أحد الأصول الشرعية صحح وإلا كان إقراراً باطلاً على إطلاقه .

ولا يعتد بالإقرار المبني على خطأ إذا عدل عنه صاحبه ، فإذا أقر شخص بالطلاق استناداً إلى فتوى خاطئة لا يقع الطلاق (١) .

هذا ويجب أن يكون المقر عاقلاً بالغاً في التصرفات التي يشترط فيها البلوغ ، وأن يكون بوجه عام أهلاً للالتزام ، ويصح إقرار المحجور عليه في الحدود ، كما يجب أن تخلو إرادة المقر من العيوب المفسدة للإرادة (٢) ، فيتعين أن يصدر الإقرار عن رضا وفي حالة اليقظة ، إلا أنه بالنسبة للسكران تصح بعض إقراراته زجراً ، وصحة الإقرار في هذه الحالة نوع من العقاب والمواخذة على السكر . ويتحتم ألا يكون تمت غلط أفسد إرادة المقر أو يكون وقع عليه تدليس أو غش .

جواز تجزئة الأقرار :

يرى فقهاء الشريعة أن الإقرار بالدين حجة على المقر ، فإذا تضمن هذا الأقرار شفاً آخر مثل تأجيل الدين أو الوفاء به ، تعين على المقر أن يقيم عليه البينة (٣) .

(١) أنوار تكملة الدر .

(٢) وقد جاء في كتاب الخراج للإمام أبي يوسف ص ١٠٧ ما يأتي :

« ومن ظن به أو توهم عليه سرقة أو غير ذلك فلا ينبغي أن يعزر بالضرب والتوعد والتخويف ، فإن من أقر بسرقة أو بحد أو بقتل وقد قبل ذلك به فليس إقراره ذلك بشيء ولا يحل قطعه ولا أخذه بما أقر به » .

وقد أيد ذلك بشواهد كثيرة . وذكر أنه كان يبلغ من توق أصحاب الرسول الحدود في غير مواضعها وما كانوا يرون من الفضل في درئها بالشبهات أن يقولوا لمن أتى به سارقاً « أسرقت ؟ قل لا » ، وهذا يخالف ما أباحه المالكية من حبس المتهم وتعزيره توصلاً إلى إقراره ، وهو ما لا نسل للمالكية به لصعور الإقرار حينئذ مؤثراً بعيب الإكراه ، والشواهد العديدة التي أيد بها الإمام أبو يوسف الرأي العكسي ومنها أن طارقاً بالشام أتى برجل قد أخذ في تهمة سرقة فضربه فأقر فيبعث به إلى عبد الله ابن عمر يسأله عن ذلك فقال ابن عمر : لا يقطع فإنه إنما أقر بعد ضربه إياه .

(٣) يذهب الفقه الوضعي الحديث إلى أن الأصل في الإقرار عدم التجزئة ، فلما أن يأخذ به المقر له برمته أو يطرحه برمته . وقرئ أن الفقه الإسلامي أكثر دقة وعدالة بإجازة تجزئة الإقرار ، إذ القول بالتأجيل أو الوفاء بالدين لا يعد من قبيل الإقرار ، ولأنها هو دعوى جديدة يفسها ملصها إلى صاحب الدين ، وحينئذ لا يخرج الأمر عن احتمالين :

هذا والإقرار حجة على المقر وحده ، لأن الإنسان تكون ولايته على نفسه وحدها دون غيره . ويستثنى الفقهاء من هذه القاعدة حالة ما إذا أقرت بجهولة النسب بأنها ابنة أب الزوج وصدقها الأب في ذلك ، فهنا يفسخ الزواج ، ويتعدى بذلك أثر الإقرار فيتجاوز المقررة إلى زوجها :

ويتميز الإقرار بالنسب عن غيره من الأقارير بسبب خاصية ، وإن كان شأنه شأن غيره منها فيلزم المقر في نفسه ولا يحمله على غيره ، فهو يصح في حال الصحة والمرض ، ولو كان مرض الموت ، لأن حق الغرماء لا يتعلق به ، ولا يؤثر التناقض في الإقرار بالنسب ، ويصح الإقرار بالنسب بعد نفيه ، كما أنه لا يصح الرجوع فيه بعد ثبوته ، لأنه لا يحتمل النقض بعد الثبوت . ويصح إقرار كل من الرجل والمرأة بالزوجية ، ويشترط لذلك خلو المرأة من موانع الزواج ، كما يشترط تصديق المقر له . ويختلف الفقهاء في شأن جواز تصديق الزوج بعد وفاة المرأة التي أقرت بالزواج ، ويرى أبو حنيفة عدم صحة تصديق الزوج بعد وفاتها .

ثانياً : اليمين

مشروعية اليمين وأقسامها :

١٢٤ - تقوم مشروعية اليمين على قول رسول الله « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » . ويقسمها الفقهاء إلى أقسام عديدة تختلف من حيث زمانها (١) ، وإلزام الخالف بحقيقة الحادثة (٢) ، وطبيعة ما ترد عليه (٣) ،

فإذا أن يقر صاحب الدين بالتأجيل أو الوفاء ، وإما أن ينكر فيكون على مدعي التأجيل أو الوفاء عبء إثبات ذلك .

(١) فهي من حيث زمانها تنقسم إلى ثلاثة أقسام : ١ - اليمين المنعقدة ، وهي اليمين على المستقبل ، ويلزم الخالف الكفارة عند الحنث فيها ، ٢ و ٣ - يمين الماضي والحال ، وهي ترد على واقعة سابقة أو حالة ، وهو المقصود باليمين في طرق الإثبات ، وهذه لا كفارة فيها لأنها من الكيثرات متى تعمد الخالف الكذب ، وتسمى يمين الغموس لأنها تفسس صاحبها في الإثم وجزاؤها جهنم .

(٢) وتنقسم إلى قسمين : ١ - يمين على البتات ، وهي التي ترد على ما تفعله نفس الخالف . ٢ - يمين على العلم ، وهي التي ترد على ما يعلمه الخالف من غير فعل نفسه .

(٣) وتنقسم كذلك إلى قسمين : يمين على الحاصل ، ويمين على السبب - أنظر طرق القضاء ، المرجع السابق .

ومن حيث وجوبها على المدعى أو المدعى عليه ، وهي بالنظر إلى هذا الوجوب تنقسم إلى قسمين :

(أ) يمين المدعى عليه : وهي الأصل في اليمين لأن المدعى عليه يجب عليه أدائها إذا أنكر ما يدعيه عليه المدعى .

(ب) يمين الاستظهار (١) : وهي التي يوجهها القاضي إلى المدعى . والحالات التي تستوجب يمين الاستظهار تجمعها ضرورة واحدة ، وهي تعذر الوصول إلى بعض جوانب حقيقة شيء مدعى به من غير طريق المدعى . ويتفق أبو حنيفة وصحابه على وجوب يمين الاستظهار إذا ادعى أحد حقاً في التركة وأثبتته ، فيحلف المدعى يمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بأي وجه من الوجوه ، ولا أبراه منه ، ولا أحاله على غيره ، ولا استوفى دينه من الغير ، وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن .

ويضيف أبو يوسف للحالات التي يستحلف فيها المدعى يمين الاستظهار أربع حالات أخرى :

١ - إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه ، يستحلفه القاضي على أنه لم يبيع هذا المال ، ولم يهبه لأحد ، وأنه لا زال على ملكه ولم يخرج منه بأي وجه .

٢ - يستحلف القاضي المشتري إذا أراد رد المبيع لعيب ، وعليه أن يحلف بأنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة .

٣ - إذا طالب الشفيع بالشفعة يستحلفه القاضي بأنه لم يسقط حق الشفعة بأي وجه من الوجوه .

٤ - تستحلف الزوجة طالبة النفقة من زوجها الغائب على أنه لم يطلقها ولم يترك لها نفقة ولم تكن نائزته (٢) .

(١) تنص المادة ٤٨٤ من القانون المدني العراقي على يمين الاستظهار ، كما تنص عليها كذلك المادة ١٢٣ من قانون البيئات السورية .

(٢) ونحن نرى أن هذه الحالات إنما أوردتها الفقهاء على سبيل المثال لا الحصر ، ومن ثم يسوغ توجيهها في كافة الحالات التي تكون حجة المدعى فيها ظاهرة ولكنها تفتقر إلى تقوية تنق الشبهة فيما يتعذر التحقق به من غير طريق الاحتكام إلى ضميره وأمانته .

هذا وتنقسم اليمين ، من حيث استقلالها أو إضافتها إلى دليل آخر ، إلى قسمين :

- (أ) يمين الإنكار : وتوجه إلى الخصم المنكر في الدعوى ، وتستقل بكيانها كطريق من طرق الإثبات ، ولا تكون إلا إذا عجز المدعى عن بيئته .
 (ب) اليمين المعززة : وهي التي يخلفها المدعى ليعزز بها دعواه إذا أقام عليها شاهداً واحداً ولم يكن له شاهد آخر ، ويجزها الشافعي ومالك وأحمد بالتعويل على ما روى عن الرسول من أنه قضى بشاهد ويمين . ولا يجوز الحنيفة هذه اليمين (١) .

صيغة اليمين :

يقول الرسول « لا تحلفوا إلا بالله ، ولا تحلفوا إلا وأنتم صادقون » ويبين من ذلك أن الحلف لا يكون إلا بالله عز وجل . وذهب بعض الفقهاء إلى جواز الحلف بالطلاق والعناق ، وهو رأي مرجوح ، ويقول « قاضي خان » (٢) إذا أراد المدعى تحليف المدعى عليه بالطلاق والعناق لا يجيبه القاضي إلى ذلك لأنه حرام .
 والراجح في آراء الفقهاء أن يحلف المتداعي بالله بغض النظر عن ديانته ، ويجوز البعض الحلف وفق ديانة الحالف وهو قول مرجوح .

عدم جواز اليمين فيما خالف الشرع :

١٢٦ - اليمين ، كطريق من طرق الإثبات ، ليست سبيلاً مطلقاً في كافة الدعاوى ، ويعبر عن ذلك « شمس الدين السرخسي » بقوله « اليمين مشروعة لإبقاء ما كان على ما كان ، فلا يستحق بها ما لم يكن مستحقاً » (٣) ، ويقصد من ذلك أن اليمين ، وهي في الأصل توجه للمدعى عليه ، يقصد بها إبقاء الشيء المتنازع عليه في يده على ما هو عليه ، فلا تجعله مستحقاً له طالما كان الاستحقاق له أصلاً .

= - ويمين الاستظهار يقابلها ، في الفقه الوضعي ، يمين الاستيثاق التي توجه إلى المدعى عليه بحسبانه مدعياً في حال الوفاء وعدمه ، وكذلك يمين التقييم **le serment sur la Valeur** التي توجه إلى المدعى لتحديد قيمة المدعى به التي يتعذر تحديدها بأية وسيلة أخرى .

- (١) ويقابل اليمين للمعززة في الفقه الوضعي اليمين المتممة **Serment Supplétif** (٢) أنظر في ذلك الهداية .
 (٣) أنظر المبسوط ، ج ٢٦ ص ١٠٨ .

وشترط الفقهاء في اليمين ما يأتي :

أولاً : أهلية الحالف ، فلا تجوز اليمين من الصبي إلا إذا كان مأثوماً في التجارة :

ثانياً : لا تجوز اليمين فيما خالف الشرع ، فلا يجوز الحلف على شيء يخالف المسائل الشرعية الثابتة .

ثالثاً : المصاحبة في اليمين ، فلا يرد الحلف إلا على ما يصاح إقراراً .

رابعاً : اليمين على من أنكرك ، فلا يلتزم باليمين أصلاً غير المذكر .

خامساً : لا يجوز الحلف إلا على المعامر ، بيد أن الفقهاء يجوزون يمين الاستيثاق للتوصل إلى المجهول الذي لا يعرفه غير صاحبه .

سادساً : لا يحلف المرء على البتات إلا فيما يقع على فعله أو يحيط به علمه إحاطة كاملة واعية .

ويختلف الفقهاء بعد ذلك في بعض المسائل من حيث جواز اليمين فيها ، فيذهب أبو حنيفة إلى عدم جوازها بوجه عام فيما لا يحتمل البسذل أي ترك المنازعة ، ويخالفه الصاحبان اللذان يجوزانها في حالات النسب الذي يصح فيه إقرار المدعى عليه ، وفي الاستيلاء (١) وفي النكاح والرجعة وغير ذلك .

وفي حالة الرجوع في الإقرار ، يجز أبو يوسف للراجع عن إقراره تحليف خصمه على ذلك ، من قبيل الاستحسان ، ولا يجزئه غيره .

افتداء اليمين

١٢٧ - يجعل الإسلام الحنث في اليمين إنمأ عظيماً ، والتزام المنكر باليمين هو مهمة ثقيلة ، فذاكرة الإنسان يردعها النسيان ، وبعض الحوادث يثير اللبس والاشتباه ، فيراها شخص من وجه ، ويراهها آخر من وجه مختلف ، ومن ثم كان التورع عن اليمين وتجويز الفقه الإسلامي افتدائها ، بمعنى أن يعطى المنكر الشيء المتنازع عليه أو جانباً منه للمدعى ، لا على أساس التسليم له بطلباته ، وإنما على أساس افتداء اليمين (٢) .

وبدهى أنه يجب في الافتداء أن تكون اليمين في الحالات التي يجوز فيها

- (١) الاستيلاء هو أن تدعى الأمة أنها أم ولد مولاهمته .
 (٢) يقوم نظام الافتداء على ما روى عن عثمان بن عفان من أنه ادعى عليه بأربعين درهماً فأنكر ، ولما وجهت إليه اليمين امتنع عنها وقال : أخاف أن يوافقها قضاء ، فيقال إن عثمان حلف كاذباً . وافندى يمينه بجانب من المال المتنازع عليه .

ذلك وأن تتوافر شرائطها ، وهذا إلى أن المدعى لا يُسجَر على قبول الافتداء (١) .

كفارة اليمين

١٢٨ - يقول الله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » ويقول « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة .

الاختلاف بين آيتين

فاللغو في الآية الأولى جاء مقابلاً لكسب القلب ، وفي الآية الثانية جاء مقابلاً لعقد الأيمان . وقد اختلف الفقهاء في التعارض بين الآيتين فاختلَفوا في الحكم (٢) .

فالشافعية قالوا : لا تعارض بين الآيتين ، لأن اللغو في الآيتين هو السهو وكسب القلب في الآية الأولى هو نفس عقد الأيمان في الآية الثانية ، لأن كسب القلب عبارة عن القصد والتصميم ، وعقد اليمين كذلك ، فهما يشملان اليمين على الماضي والمستقبل متى كان عن قصد . وعلى ذلك تتنفي المؤاخذه في حالة السهو ، وتبقى في حالة الكسب أو عقد اليمين . والمؤاخذه المذكورة في الآيتين يقصد منها المؤاخذه في الدنيا ، وهي الكفارة . ونظراً إلى أن اليمين الغموس - وهي ما كانت على شيء مضي وكانت كاذبة - فيها كسب القلب فإنه يجب فيها الكفارة ، لأن نفي المؤاخذه مقصور على حالة اللغو الذي هو السهو .

أما الحنفية فقد قالوا : إن بين الآيتين تعارضاً . ووجه التعارض عندهم هو أن اللغو كما يطلق على السهو يطلق أيضاً على ما لا فائدة فيه . وعلى هذا لو نظرنا إلى الآية الأولى نجد أنها تشمل في المؤاخذه اليمين الغموس ، لأنها من كسب القلب ، في حين أنها تجرد الآية الثانية تخرجها من المؤاخذه ، لأنها ليست مما عقدت عليها اليمين ، لأن العقد لا يكون إلا قولاً له حكم في المستقبل كعقد البيع وغيره ، ويؤيد هذا قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » أي الأقوال التي تعاهدتم على تنفيذ مضمونها بعد تمام العهد . وعلى

(١) ولذلك نرى أن الافتداء في حقيقته إنما هو نوع من أنواع الصلح يترضى عليه الخصمان .

(٢) راجع ما قلناه عن اختلاف الفقهاء في فهم المراد من النصوص . وهذا المثال يوضح الاختلاف بين آيتين يمكن الجمع بينهما - أنظر ص ١٢٦ - ١٢٩ .

هذا يلزم الجمع بين النصين لدفع هذا التعارض : بأن نغاير في معنى المؤاخذه فنجعلها في الآية الأولى بمعنى المؤاخذه في الآخرة ، ويكون اللغو فيها بمعنى السهو : أي لا يؤاخذكم الله في الآخرة بالسهو . وتكون في الثانية بمعنى المؤاخذه في الدنيا ، وهي الكفارة ، ويكون اللغو فيها بمعنى : ما لا فائدة فيه ، فيكون المراد : لا يؤاخذكم الله في الدنيا بإيجاب الكفارة على الأيمان التي لا فائدة منها ، فتدخل في ذلك اليمين الغموس ، إذ فائدة اليمين المشروعة تحقيق البر بها ، وهذا لا يتصور في الغموس ، إذ العمل قد وقع فعلاً . وتعويلاً على كلام الأحناف يكون قد وجد التعارض ، ولكنه قد اندفع بالجمع بين الآيتين نتيجة لتغاير الحكم فيهما ، وهو المؤاخذه في الآخرة ، أو المؤاخذه في الدنيا بسبب جعلهم اللغو في الآية الأولى بمعنى السهو ، وفي الثانية بمعنى الخالي من الفائدة .

أما الشافعية فقد جعلوا الحكم واحداً ، وهو المؤاخذه في الدنيا ، فلا تعارض .

ثالثاً : النكول

النكول هو تهيب الإقدام على شيء ، وهو في حقيقته لا يعدو أن يكون من قبيل القرينة القاطعة على ثبوت حق المدعى . وهذه القرينة تقوم على أن المدعى عليه لو كان جاداً في أحقيته للشيء المتنازع عليه ، لقبيل أن يؤكد ذلك بيمينته ، بيد أنه بقعوده عن الحلف يتخذ موقفاً سلبياً يفصح عن تسليمه الضحى بما يدعيه عليه المدعى . فالنكول يتخذ بذلك صورة قريبة من الإقرار السلبي الذي يحمل فيه السكوت محمل الإقرار .

ويقسم الفقهاء النكول إلى قسمين : نكول حقيقي ونكول حكيم .

والنكول الحقيقي هو التعبير صراحة برفض الحلف . والمقصود بذلك هو الامتناع الصريح عن حلف اليمين في حالة وجوبها . ولا يعد نكولاً حقيقياً مجرد المنازعة في وجوب اليمين ، ولكن القاضي متى حسم هذه المنازعة وألزم المنكر اليمين ثم رفض يكون نكولاً . وهكذا يشترط للنكول أن تكون اليمين واجبة أصلاً ، وتوافرت في الدعوى شرائطها شرعاً ، وأن يوافق القاضي على توجيهها في مجلس القضاء .

أما النكول الحكيم فإنه يكون في حالتين: إما سكوت من وجبت عليه اليمين شرعاً دون أن يصرح بالامتناع عنها ، ويعتبر كذلك في رأى البعض إذا عرضت عليه ثلاثاً ورفض ، وإما أن يدعى الشخص لمجلس القضاء للحلف فيمتنع عن الحضور^(١)

طبيعة النكول

١٢٩ - يذهب أبو حنيفة إلى أن النكول بذل فهو يفيد ترك المنازعة . والنكول بهذه المثابة يقطع الخصومة دون تكذيب المتخاصمين . فالأمر في ذلك لا ينطوي على إقرار بالكذب وإنما هو مجرد ترك المنازعة ، والإعراض عنها . ويرى أبو يوسف ومحمد أن النكول إقرار ، لأنه يدل على الكذب في الإنكار فإنه لو لم يكن كاذباً لأقدم على اليمين إقامة للواجب ، ودفعاً للضرر عن نفسه ، وفيها تحصيل الثواب بإجراء اسم الله تعالى تعظيماً له ، ودفع تهمة الكذب عن نفسه ، وإبقاء ماله على ملكه ، فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث^(٢) . ويعزز الصاحبان رأيهما في أن النكول لا يحمل على البذل بأنه يصح ممن لا يصح منه البذل ، وتختلف بعض حالاته عن حالات البذل .

على أن اعتبار النكول مجرد قرينة قاطعة يغني عن الجدل حول طبيعته . والواقع أن النكول بحسبانه موقفاً سلبياً ، وإنما ينهض قرينة على عدم ثبوت الحق المتنازع عليه في جانب الموجهة إليه اليمين . واعتبار النكول بذلاً ، على ما يذهب إليه الإمام أبو حنيفة ، فيه تحميل لطبيعته على أكثر مما يحتمل ، وربما لا يدور في ذهن الناكل ، فالخصم الناكل لا يهدف من نكوله إلى البذل . ولا يمكن اعتبار الناكل من ناحية أخرى مقراً ، على ما يذهب إليه الصاحبان ، لأن الخصم لو قصد إلى الإقرار لصرح بذلك ، ولكن اللجاجة في الخصومة ، بالإنكار في بادئ الأمر ، ثم رفض الحلف صراحة أو السكوت عنه ، كل ذلك ينبئ عن عدم الرغبة في الإقرار ، ولا سيما أن النكول قد يرجع في حقيقته إلى التشكك في موضوع النزاع ، أو مجرد الترفع عن اليمين بما ينبئ اعتبار النكول من قبيل الإنكار .

(١) كانت المادة ٢٠٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تستوجب لاعتبار الشخص ناكلاً إعلانه للحلف مرتين ثم امتناعه عن الحضور دون عذر شرعي .
(٢) أنظر تكملة فتح القدير ص ١٦٣ وما بعدها .

ويذهب ابن فرحون^(١) إلى أن القضاء بالنكول واعتباره في الأحكام إنما هو رجوع إلى القرينة الظاهرة .

رد اليمين وشروطه :

١٣٠ - رد اليمين هو توجيهها ممن وجهت إليه على خصمه .

ويذهب الحنفية إلى عدم جواز رد اليمين ، ويدعمون ذلك بأن الرسول حينما قال « البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر » ، إنما قسم بذلك طرق الإثبات إلى قسمين : قسم البينة وهو من نصيب المدعى ، والقسم الآخر وهو اليمين ، وهو وسيلة إثبات المدعى عليه ، وعلى ذلك ليس للموجهة إليه اليمين سوى أن يحلف أو ينكل ، وليس له أن يرد اليمين على المدعى . ويعتمد الحنفية بوجه عام على قضاء النبي بالنكول وقضاء الصحابة به من بعده^(٢) .

ويرى الشافعية والمالكية جواز رد اليمين ، ويستندون في ذلك إلى حديث ابن عمر بأن رسول الله رد اليمين على طالب الحق ، وأن عمر بن الخطاب وعليا بن أبي طالب كليهما أجازا رد اليمين .

(١) أنظر تبصرة ابن فرحون ، المرجع السابق .

(٢) يلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية المعمول به الآن إنما يقوم على أساس الراجح في منعب أبي حنيفة ، والراجح من آراء هذا المذهب لا يتيسر للوقوف عليه لأن الآراء منشورة في الكتب القديمة وغير مهترسة ولا مصنفة بحيث يضحى اقتراض علم الأفراد بها نوعاً من العنت ولا سيما أن الآراء التي قنفت في نصوص تشريعية من أحكام الأحوال الشخصية جد قليلة ولا تخرج عما تضمنته نصوص القانونين رقمي ٢٥ لسنة ١٩٢٠ و ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ومنها عدم وقوع طلاق المكره ، أما كيفية وقوع الطلاق ذاته فإنه لم ينظم . ونحن نرى ضرورة تطوير قوانين الأحوال الشخصية بما لا يصادم النصوص التشريعية ويساير مقتضيات البيئة والحالات المستجدة ويتلاءم مع الحالة الاجتماعية السائدة . ولعل أبرز الأمثلة التي تدعو إلى هذا التطوير « قواعد الإثبات » التي تختلف في قوانين الأحوال الشخصية هنا في القانون المدق مع أنها في الواقع جزء منه . فقوانين الأحوال الشخصية تعتمد في المقام الأول على شهادة الشهود ولا تحفل بالمكاتب مع أن ثمة حالات يكون فيها الاستناد إلى الأوراق المكتوبة أجدى من الشهود الذين قد يجاملون أو يكذبون أو ينسون ، على عكس القانون المدق الذي يعول على الإثباتات الكتابية . والقوانين السابقة كانت تعتمد على ذمة للشاهد وأنها أجدى وأثبت على الاطمشان من الكتابة ، لكن النظرة الاجتماعية السائدة الآن تنادي بعكس ذلك ، فقد تطلق الزوجة دون أن تعرف أنها طلقت وذلك نتيجة عدم توثيق الطلاق ، ومن ثم نرى ضرورة أن يتم الطلاق بورقة رسمية أمام موثق ، وأن تكون الرجعة مام موثق أيضاً ، وبهذا يفتى وضع غريب وهو تطليق الزوج زوجته بإلقاء اليمين عليها .

ويقول ابن تيمية (٢) « ليس المنقول عن الصحابة رضي الله عنهم في النكول ورد اليمين بمختلف ، بل هذا له موضع ، وهذا له موضع . ففي كل موضع أمكن المدعى معرفة المدعى والعلم به ، فردت عليه اليمين من

ثم يراجعها قبل انتهاء العدة ، وهو وإن كان حلالاً شرعاً إلا أنه يجب حماية المرأة من غلبة حصوله دون علمها في الحالين .

ونحن نرى أن لولي الأمر ، بل عليه ، أن يعالج هذه الأحوال وأشغالها دفناً للضرر . فإذا لم يجد علاجاً مشكلة تعدد الزوجات الآن سوى اشتراط موافقة الزوجة الأولى مثلاً ، وأن يكون من حقها طلب الطلاق إذا رفضت قبول الزوجة الثانية ، كان له ذلك بما له من ولاية شرعية تخول له إيجاب ما فيه مصالح الأمة ، كما له تقييد التعدد بمرض الزوجة الأولى أو عقمها مثلاً . كما أن له تقييد الطلاق وعدم إتمامه إلا أمام القاضي ، على أنه إذا طلق الزوج بعيداً عن القاضي وقع الطلاق صحيحاً شرعاً ، ولكن توقع عليه عقوبة ينص عليها ولي الأمر استناداً إلى حقه في التمييز على مخالفة أوامره . والطلاق وتعدد الزوجات من المباحات ولم يرد فيها نص يجعل الحد منها خلافاً عنه ، وفي مثل هذا يرى الفقهاء أن لولي الأمر أن ينهى هذه الإباحة بحظر يصدر منه لمصلحة تقتضيه فيصبح ما تجاوزه أمراً محظوراً ، وفي رأينا أن له كذلك ، من باب أولى ، أن يجد من استعمال الحقوق بما ينتج معه التصرف ويرتفع الضرر ، عملاً بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » ذلك أن طاعة ولي الأمر واجبة بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم » . والمراد بأولي الأمر الأمراء والولاة ، وهذا مروى عن ابن عباس وأبي هريرة . ويقول الطبري إنه أولى الأقوال بالصواب لكثرة ما ورد عن النبي من إيجاب طاعتهم إلا في معصية ، وهذا الإيجاب يتناول ما يأمر به من إيجاب مباح أو تحريمه وإطلاق حق أو تقييده ، لمصلحة تقتضيه ذلك . وقد اشترط العلماء أن يكون من يصدر منه ذلك من الأمراء والولاة مجتهداً أو قد رجح فيه إلى رأي مجتهد حتى يكون أمره هذا مستنداً إلى دليل شرعي . ومن الأدلة الشرعية المصلحة المعتبرة شرعاً . وتقدير هذه المصلحة وضرورتها مرجعه إلى ولي الأمر لأنه المنوط به إقامة الحدود وتأمين السبل وجهاد العدو وتنفيذ الأحكام والإشراف على شؤون الرعية وتوفير المصلحة لهم ، وفي هذه الحال يكون ما أمر به حكماً شرعياً يجب اتباعه شرعاً . أما إذا لم يكن مجتهداً ولم يرجع في أمره إلى رأي مجتهد ، فإن طاعته حينئذ يجب باعتبار أمره أمراً يقوم عليه النظام وتضطرب بمخالفته الأحوال ويعرض لمخالفه للمقاب .

— هذا وبشأن حضنة الصغير ، فإننا نرى أن تكون للأصلح حتى يبلغ الصغير ، ولذا كان أو بنتاً ، سن الرشد فيخير بين الأبوين ، لأن الولاية على النفس لا تقل شأنًا عن الولاية على المال إن لم تزد . كما أننا نرى أنه لا ينبغي أن يمنع من إسنادها للأم زواجها بأجنبي قد يكون أحمق على الصغير من أبيه نفسه في بعض الأحيان ، وهي مسألة تقديرية للقاضي بحسب ظروف كل دعوى .

(٢) راجع الطرق الخفية ، المرجع السابق .

المدعى عليه ، فإنه إن حلف استحق ، وإن لم يحلف لم يحكم له بنكول المدعى عليه .

وهكذا يشترط لرد اليمين في الفقه الإسلامي أن يكون الخصم المردودة عليه اليمين على علم وبينه بما يحلف عليه ، أو بتعبير آخر ينبغي أن تتوافر فيه الشروط العامة في وجوب اليمين ، فلا يحلف فيما لا يحيط به سوى علم المكلف باليمين أصلاً ، كما يشترط أن يرد على ذات اليمين الموجهة إلى الخصم فلا تجوز إضافة شيء إليها .

والحكم بيمين المدعى المردودة عليه لا يرجع إلى الحجة التي يضعها المدعى لنفسه بهذه اليمين ، وإنما يرجع إلى رضاه الموجهة إليه اليمين بذلك عوضاً عن اليمين التي عليه ، ذلك أنه يجوز للمرأة أن يلزم نفسه بما لم يكن ملتزماً به أصلاً ، والقضاء للمدعى بيمينه المردودة عليه إنمّا يرجع إلى التزامه الأصلي بالحلف والتزامه البدلي برد اليمين في حالة عدم الحلف .

ومتى كان رد اليمين جائزاً ترتب عليه الأثر الشرعي ، فلما أن يحلف المردودة عليه اليمين ، فيكسب دعواه ، وإما أن ينكل فيخسرها . ولا يجوز التسلسل في رد اليمين ، بمعنى أن المردودة عليه ليس له إلا أن يحلف أو يعتبر ناكلاً ، فلا يجوز له أن يرد اليمين عن نفسه .

الفرع الثالث

الصلح

من المبادئ الأساسية في قضاء الإسلام ، الصلح . وفي ذلك يقول عمر ابن الخطاب « والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً وأحل حراماً » ، فالصلح أساساً لا يجوز إلا إذا كانت أحكامه تتفق مع مبادئ الإسلام ، فلا يجوز الصلح بين الخصوم على مخالفتها .

وجوب عرض الصلح على الخصوم

١٣١ — عرض الصلح واجب في الإسلام ، وفي ذلك يقول الله تعالى في سورة النساء « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما ، إن الله كان عليماً خبيراً » ، ويقول تعالى « وإن طائفتان من المؤمنين اختلفتا فاصلحا بينهما » ، ومؤدى هذه النصوص القاطعة وجوب عرض الصلح على المتخاصمين ، ولا سيما في حالة

الزوجين إذا نشب بينهما شقاق ، أو بين الناس إذا تقاتلوا .

وواجب القاضي في عرض الصلح يظل قائماً ما استمرت الدعوى متداولة أمامه ، ويستحسن أن يبادر إلى عرض الصلح على الطرفين قبل ولوغهما في إثبات مدعاهم حتى لا يستبد صاحب الحججة الظاهرة ويعرض عن الصلح . وحكمة عرض الصلح هي الحد من تفاقم الضغينة في نفوس الخصوم تبعاً لاستمرار الخصومة ، ومتى انتهت بثبوت حق أحد الطرفين أو انتقاص مدعى أحدهما ، خرج من مجلس القضاء وقد زادت ضغينته وشرست عداوته ، حالة أن الصلح يبلم الجراح ويشفي ما في الصدور ، لاتباعه عن رضاً واختيار وليس عن قصر وإجبار . وهكذا ينبغي أن يبدأ القاضي مهمته بمحاولة التوفيق بين طرفي الخصوم ، على أن يجسر القطع برأى في حجة أيتهما ، أو أن يصدر عنه ما يفصح عن هذا الرأى ، وألا ينحاز إلى أحدهما حتى يخلص الصلح من كل شوائب القهر فلا يستشعر الخصم أن حقه لا محالة ضائع إذا لم يقبل الصلح .

وليس عرض القاضي للصلح عملاً شكلياً بحتاً ، وإنما يلتزم به القاضي لالتزامه بالحكم في الدعوى ، فهو عماد أساسي من عماد القضاء الإسلامي ، ولا جناح عليه بعد ذلك إذا لم يتم الصلح ، وحسبه أن تكون محاولة الصلح قد كشفت له عن لدد أحد المتداعين وعنته بما يمهد له طريق الفصل في النزاع ، ويهدى خطاه إلى سبيل الحق .

عدم جواز مخالفة الصلح للأحكام الشرعية الملزمة

١٣٢ - يجب على القاضي أن يتحرز تماماً من وقوع الصلح مخالفاً للأحكام الملزمة في الشريعة الإسلامية^(١) . فلا يجوز الصلح أساساً ، ولا يجوز عرضه بالتالي إذا كانت المنازعة تقوم على وجود أحد الطرفين لحق من حقوق الله ، إلا أن يسلم الجاحد بهذه الحقوق ، ولا يسوغ قيام الصلح أيضاً على التفريط في حقوق الله بأية صورة من الصور ، ولا ينفذ مثل هذا الصلح حتى ولو أقره القضاء ، والمتصود بحقوق الله في الفقه الوضعي هو أحكام

(١) فإذا صالح إنسان آخر على أن يسقى أرضه من نهره أو عينه مدة ولز معينة لم يصح لعدم ملكه الماء ، وإن صالحه على سهم منها كثلث ونحوه جاز وكان يوماً للقرار والماء تابع له . ويصح أن يشتري مراً في ملك غيره أو موضعاً في حائط يفتحه باباً - أنظر كشاف القناع ج ٢ ص ١٩٧ .

القانون التي لا يحل للخصوم أن يتفقوا على مخالفتها على تقدير أنها أحكام ملزمة ، وتلك التي يكون التصالح عليها أمراً غير مشروع لمخالفته للنظام العام أو الآداب .

أما غير ذلك من التواعد القانونية الوضعية ، فليس ثمة ما يمنع من الاتفاق على مخالفتها ، وهذه وحدها التي برد عليها الصلح بين الخصوم . وتعويلاً على ما تقدم ، فإن بناء الحكم على صلح ارتضاه أحد للخصوم لجهله بالأحكام الشرعية الملزمة ، أو نتيجة خطأ القاضي ذاته ، وليس الخصم فحسب ، في تطبيق هذه الأحكام ، يبطل الحكم في الإسلام ، ويجوز للخصم ولوج باب التقاضي مرة أخرى . ويجوز للقاضي أن يعدل عن قضائه ذاك الباطل ، ذلك أن القضاء في الإسلام يربط بين سلامة الحكم وبين حجيته وقوته ، ويجعل الأولى مناط الثانية ، فالحكم الصحيح هو الذي يتحصن بالحجية^(١) التي تتجاوز الخصوم إلى الكافة في أربع حالات : الحرية والنسب والنكاح والولاء .

الفرع الرابع الجرائم والحدود

١٣٣ - من القواعد المستقرة في التشريع الجنائي ، قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات ، وهي ذات شقين : أولها أنه لا جريمة إلا بنص ، والثاني أنه لا عقوبة إلا بنص ، ومن مقتضى ذلك أنه لا يمكن العقاب على فعل مهما كان شائماً ما دام الشرع لم يجرمه ويقرر له عقوبة . والمشعر الوضعي ، وهو يحدد الجرائم ويقرر العقوبات ، غير منزّه عن الهوى أو الميل ، وهو فوق ذلك يفترق إلى الكمال ، ومن المقرر في القواعد الأصولية أن فاقد الشيء

(١) والحججة تنصب على الحق محل النزاع وسببه ، فلا تجوز اللجاجة أمام القضاء في ذات النزاع مرة أخرى . وتبطل الأحكام في الفقه الإسلامي إذا صدرت من قاض لا ولاية له أصلاً ، أو إذا كان الحكم مبنيًا على الجور أو الجهل أو الخطأ في تطبيق الأحكام الشرعية . وأوجه البطلان هذه تختلف عن تباين الاجتهاد عند القضاة ، فإذا كان الحكم مبنيًا على الاجتهاد المحض دون أن يشوبه وجه من وجوه البطلان ، ثبتت له حجيته حتى ولو عدل القاضي عن اجتهاده الأول إلى اجتهاد آخر يخالفه . ويروي عن عمر بن الخطاب أنه قضى في حادثة ثم عاد فقضى فيها بخلاف ما سبق . فمثل عن ذلك فقال : « تلك كما قضينا ، وهذه كما نقضى » ، ويروي عنه كذلك قوله « لا يملك قضاء قضيتك بالأمس أن تراجع فيه الحق » .

لا يعطيه ، ومن ثم لا يمكن أن يكون التشريع الذى يضعه الإنسان كاملاً . ولعل خير مثال لقصور التشريع الوضعى ، جريمة الزنا . فهى فى الدين كل اتصال محرم بين رجل وامرأة سواء كان أحدهما أو كلاهما متزوجاً أو غير متزوج ، حالة أنها فى القانون خيانة العلاقة الزوجية ، ومن ثم فلا يتصور وقوع الزنا إلا مع قيام الزواج . وبعض القوانين اعتبر الزنا جريمة معاقبا عليها دون أن يفرق بين جريمة الزوج وجريمة الزوجة ، سواء من حيث الأركان المكونة للجريمة أو من حيث العقوبة المقررة لها ، كالقانون الألمانى ، واعتبرها البعض الآخر جريمة مع التفرقة بين الزوجة والزوج ، سواء من حيث العناصر التى تتم بها الجريمة أو من حيث العقوبة المقررة لكل منهما ، كما فعل كلا القانونين الفرنسى والمصرى . بينما اعتبرت بعض القوانين الخيانة الزوجية عملاً غير مؤتم ، شأنه شأن العلاقات الأخرى الآثمة التى تقع من غير المتزوجين ، ومن القوانين التى نحت هذا النحو ، القانون الإنجليزى والقانون الروسى .

ولم يقتصر عيب التشريع فى جرائم الأخلاق على جريمة الزنا ، وإنما تمت حالات أخرى نكتفى منها فى هذه المقالة بالإشارة إلى جريمتين أخريين . الجريمة الأولى : جريمة هتك العرض إذا وقعت بالرضا ، فهى لا تعتبر فى القانون عملاً مؤثماً إلا إذا وقع على قاصرة لم تتجاوز الثامنة عشرة ، فإن تجاوزت هذه السن فلا تؤم على فاعله . وفى عبارة أخرى فرض القانون حماية الأعراض حتى بلوغ الثامنة عشرة ، أما بعد بلوغها فيكون الشخص حراً فى عرضه ، مع أنه يعتبر قاصراً بالنسبة لتصرفاته المالية التى لا تتعدى صحبة "إلا" ببلوغه الحادية والعشرين ، وهى مفارقة عجيبة من القانون تظهره ؛ بما وضعه من أحكام ، أحرص على المال منه على العرض .

الجريمة الثانية : جريمة الاعتداء على ممارسة الدعارة التى يحكمها القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٠ ، وهى الجريمة التى تقوم بالنسبة للمرأة ، لا على أساس الرغبة فى إشباع اشتهاها الجسمى ، وإنما تقوم على أساس السعى وراء الكسب ، فتقدم نفسها من الناحية العرضية لكل من يطلبها دون تمييز بين شخص وآخر . وهذه الجريمة لا تكتمل أركانها فى القانون إلا بالاعتداء على ممارستها (المادة ٩ فقرة ٥) . والاعتداء قانوناً يتوافر بإباحة الجسد مرتين

على الأقل مع تكرار المقابلة أو المناسبة (١) ، فلا يتوافر إذا أرضت امرأة شخصاً واحداً أكثر من مرة فى مقابلة واحدة ، حتى ولو طالت فترة تلك المقابلة أياماً . ورغم أن الدعارة ظاهرة تخضع للعرض والطلب ، فقد عالجها القانون من جانب واحد فقط هو جانب العرض دون جانب الطلب ، مع أن الدعارة مرض اجتماعى ، إذا أريد القضاء عليه ، وجب مقاومته من الجانبين معاً ، وهذا عيب يضاف إلى عيب اشتراط التكرار واشتراط أن يكون البذل بمقابل ، وهى شروط لا محل لها إذا كان الغرض من تأميم الدعارة هو حماية المجتمع وصيانة الفضيلة .

وإذا كان لم يعد مستساغاً أن يختلف جريمة زنا الزوج عن جريمة زنا الزوجة ، كما لم يعد مقبولاً أن ينظر القانون إلى المال نظرة أعلى من العرض (٢) ، فإنه لم يعد مستساغاً ولا مقبولاً كذلك أن تقوم الدعارة على التكرار والكسب والعرض دون الطلب .

(١) قضت محكمة النقض بأن « . . . تكرار الفعل من تأنى الدعارة فى مسرح واحد للإثم لا يكتفى لتكوين العادة ولو ضم المجلس أكثر من رجل ، ذلك أن الاعتقاد إنما يتميز بتكرار المناسبة أو الطرف » - نقض جنائى فى ٧ مايو سنة ١٩٦٢ من ١٣ ص ٤٢٧ .

(٢) اختص القانون الزوج دون غيره بعدد الاستفزاز المنصوص عليه فى المادة ٢٣٧ عقوبات التى تنص على أن « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبة المقررة للقتل العمد » ، فلا يستطع أب أن يدفع المنكر عن ابنته ، ولا ولد عن والدته ، ولا أخ عن أخته إذا شاء القدر ويمكن أيا منهم من رؤية العلاقة المحرمة ، وليس لأحدهم أن يثدع بقيام حالة الدفاع الشرعى عن العرض ، لأن العلاقة الآثمة فى تلك الصور جميعاً لا تعتبر جريمة فى نظر القانون ما دامت وقعت بالرضا من تجاوزوا سن الثامنة عشرة . هذا إلى أن القانون اعتبر استفزاز الزوج عذراً مخففاً ولم يعتبره استعمالاً لحق مشروع ، الأمر الذى يؤدي إلى مسامحة الزوج القاتل عن الجريمة مهما كانت عيوبها مخففة ، أما اعتباره استعمالاً لحق مشروع فينبغى عن الفعل صفة الجريمة ويجعله عملاً مباحاً لا عقاب عليه ، وهو ما فعله القانون فى حالات كثيرة منها ما هو أقل أهمية وخطورة من الاستفزاز ، كالدخول إيلاً فى منزل مسكون أو أحد ملحقاته الذى يشفع فى القتل إن رأى صاحب المنزل ضرورة لذلك ، وشتان بين اقتحام منزل وبين انتهاك العرض ، فالأول دفاع عن المال والثانى دفاع عن العرض ، والأخير أولى بالدفاع وأجدر بالرعاية من المال ، ذلك أن استقراء الأحكام الشرعية دل على أن المصالح التى قصدتها الشارع بأحكامه ترجع إلى ثلاثة أنواع : ضرورى وحاجى وتحسينى . والضروريات هى التى لا تقوم حياة الناس إلا بها ، وهى بحسب ترتيب أهميتها : الدين والنفس والعرض والمال والامتل . فالعرض كما يبدو من الترتيب مقدم على المال .

١٣٤ - وحين يستجيب القانون إلى دعوة المجتمع فسوى بين المتزوج وغير المتزوج ، وبين جريمة المرأة وجريمة الرجل في جريمة الزنا ، وبين الصغيرة والكبيرة في جرائم هتك العرض ، وبين المخترفة بأجر وغيرها ، وبين من يعرض الرذيلة ومن يطلبها في جرائم الدعارة ، يكون قد استجاب إلى تقرير الحكم المثالي في الشريعة الإسلامية ، ذلك الحكم الذي وضع القاعدة في كلمتين هما « الزانية والزاني » فسوى في سبيل حماية الفضيلة وبناء المجتمع تسوية مثالية بين الجميع : الرجل والمرأة ، والمتزوج وغير المتزوج ، والمخترف وغير المخترف . والقانون إذ يستجيب إلى ذلك كله ، يكون في الوقت الذي حقق فيه المثالية ، كما جرت بها الشريعة الإسلامية ، قد بلغ نهاية الطريق الذي يسير فيه تدريجياً نحو أحكام الشريعة الغراء ، فقد سبق أن أُلغى في جريمة زنا الزوجة شرط الخلية الذي كان عليه حكم القانون قبل تعديل ١٩٣٧ ، وشرط تكرار الفعل ، وحين همى الخنفي عليها في جرائم هتك العرض برفع سنّها من السادسة عشرة إلى الثامنة عشرة ، وحين وضع المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ ، ثم القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٠ لتأيم بعض أفعال الدعارة .

درء الحد بالشبهة :

١٣٥ - القاعدة في الشريعة الإسلامية أن الحدود تدرأ بالشبهات . وسند هذه القاعدة قوله ﷺ « إدرعوا الحدود بالشبهات » . وليس في فقهاء المسلمين من ينكر هذه القاعدة إلا أصحاب الفقه الظاهري ، إذ يرون أن الحد لا يدرأ بالشبهة ، ولا يسلمون بصحة ما روى عن الرسول في ذلك . والشبهة عند فقهاء المسلمين هي وجود المبيع صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته . والشبهة قد تكون موضوعية متصلة بأركان الجريمة ، أو شكلية

أما الشريعة فقد أقامت أحكامها على أسس سليمة وقواعد مستقيمة ، فجدلت الدفاع عن العوض كالدفاع عن النفس حقاً للكافة ، بل إن بعض الفقهاء اعتبر للدفاع عن العوض واجباً وليس مجرد حق ، وفرق في الشريعة بين الحق والواجب : فالحق هو الذي يتضمن التخيير بين الفعل وتركه ولا يعتبر صاحبه آثماً بالفعل أو الترك ، أما الواجب فهو الذي لا تخيير منه ويعتبر تاركه آثماً شرعاً بتركه . وبذلك يكون من يتخلى عن الدفاع عن العوض آثماً عند من يقول بأزه واجب . والدفاع على هذا النحو أمر مقرر للزوج ولغيره من سائر العباد - أنظر المستشار أحمد موفى ، المرجع السابق ص ٩٥ .

متصلة بإقامة الدليل على الجريمة ، ومن الأمثلة على النوع الأول ، شبهة الملك في سرقة المال المشترك ، وشبهة الملك في سرقة الأب من ابنه لقول الرسول ﷺ « أنت ومالك لأبيك » ومن الأمثلة على النوع الثاني ، العلول عن الإقرار إذا لم يكن من دليل سواه ، أو عدول الشهود إذا لم يكن ثمت دليل غير شهادتهم .

وقد اهتم الفقهاء بتقسيم الشبهة وبيان أنواعها من حيث الشبهة في المحل ، والشبهة في الفاعل ، والشبهة في الجهة ، والشبهة في الفعل وأذكر على سبيل المثال ما قيل عن الشبهة في المحل في خصوص جريمة السرقة : يقول الفقهاء إنه يشترط في هذه الشبهة أن تكون ناشئة عند حكم من أحكام الشريعة ، فالسرقة محرمة بنص القرآن بقوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » والرسول ﷺ يقول « أنت ومالك لأبيك » والحديث يقوم بذاته شبهة على تطبيق حكم الآية التي تحرم السرقة وتعاقب عليها بالقطع ، لأن الحديث يجعل الولد وماله ملكاً للأب ، فإذا سرق الأب مال ولده فقد سرق ماله حكماً ، فالشبهة في المحل تتحقق بقيام دليل شرعي ينفي الحرمة ولا عبرة بظن الفاعل .

أما الشبهة في الفاعل فنأخذ من يطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته ، فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده .

ويقصد بالشبهة في الجهة الاشتباه في حل الفعل وحرمة ، فكل ما اختلف الفقهاء في جوارحه يقوم الاختلاف فيه شبهة ويدرأ به الحد كالزواج بلا شهود حيث أجازته مالك ولم يجزه غيره .

وتثبت الشبهة في الفعل في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثم دليل سمعي يفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلاً ، كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثاً في عدتها .

ما يقرب على درء الحدود بالشبهات :

١٣٦ - يرتب على درء الحدود بالشبهة أحد أمرين : إما تبرئة المتهم ، وإما إحلال عقوبة التعزير محل الحد . أما تبرئة المتهم فتكون في حالات ثلاث :

١ - إذا كانت الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة .

٢- أن تكون الشبهة قائمة في انطباق النص على الفعل ، وهذه هي التي تعيننا في موضوع البحث ، ومثالها الزواج بلا شهود . فلا عقاب على الزوج باعتباره زانياً لأن العلماء قد اختلفوا في أمر هذا الزواج فأحله البعض وحرمه البعض الآخر ، وهذا الاختلاف معناه الشك في انطباق النص (١) .

٣- أن تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة . ومثالها أن ينسب إلى شخص مجنون جنوناً متقطعاً أنه سرق ، ولم يعلم إن كان قد ارتكب الجريمة وقت الإفاقة أو وقت الجنون ، فيدراً عنه الحد لشبهة عدم التكليف .

وفيما عدا الحالات الثلاث السابقة ، فإن تطبيق القاعدة إذا أدى لدرء الحد فإنه يؤدي في الوقت ذاته إلى استبدال التعزير بالحد أياً كان مصدر الشبهة . فالأب يدراً عنه الحد في سرقة مال ولده ولكنه يعزر لأن الدرء كان لشبهة في المحل ، ومن سرق مالاً مباحاً أو تافها يعزر عند أبي حنيفة لشبهة الضاهة والإباحة ، ومن أقر بالسرقة ولا دليل عليه إلا إقراره ثم عدل كان عدوله شبهة تدرأ الحد ويعزر ما لم يتبين عدم صحة الإقرار من أوله ، كأن كان نتيجة إكراه ، فإن المتهم يحكم ببراءته .

عذر صغر السن

١٣٧ - فرقت الشريعة الإسلامية بين مراحل ثلاث :

المرحلة الأولى : وينعدم فيها الإدراك : وهي من الولادة حتى السابعة ، ويسمى فيها الإنسان بالصبي غير المميز . وقد اعتبر الفقهاء بلوغ هذه السن شرطاً للتمييز لأنه وصف منضبط ، فإذا ارتكب الصغير أية جريمة قبل بلوغ السابعة لا يسأل جنائياً ، فلا يقام عليه حد ولا يقتص منه ولا يعزر . ولكنه يسأل في ماله عن تعويض أي ضرر يصيب به غيره ، لأن القاعدة في الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أي غير مباحة ، وأن الأعذار الشرعية لا تنافي العصمة ، بمعنى أن الأعذار لا تهدر الضمان ولا تسقط ولو أسقطت بالعقوبة .

والمرحلة الثانية : وهي تبدأ من السابعة وتنتهي بالبلوغ الذي يحدده الفقهاء بخمسة عشر عاماً ، ويسمى الصغير فيها بالصبي المميز . وفي هذه المرحلة لا توقع على الصبي عقوبات جنائية ، وإنما يسأل مسئولية تأديبية . فلا يقام

(١) سرى أن التفسير الصحيح الذي يفترض العلم به ، في القوانين الوضعية ، هو ما يتناول به القاضي المعروضة عليه الدعوى .

عليه حد ولا يقتص منه ولا يعزر إلا بما يعتبر تأديباً كالتوبيخ والضرب (١) .

الباعث وتأثيره على المسئولية الجنائية

١٣٨ - سلكت الشريعة الإسلامية مسالكاً يختلف عن مسلك القانون حين قررت حدوداً لجرائم معينة روعي أنها بالغة الخطر في كل زمان ومكان . والتقصص في النفس مثل الحدود يعتبر عقوبة ذات حد واحد ، بمعنى أن العقوبات في الحدود والفعال واحدة بالنسبة للجميع لا تزيد ولا تنقص ، وذلك على عكس جرائم التعازير التي يجوز أن تتغير العقوبات المقررة لها بتغير الظروف والزمان والبيئة .

وقد فرقت الشريعة الإسلامية بين جرائم الحدود والقصاص والتعازير بالنسبة للبواعث ، وقبل أن نعرض لأحكامها نتصدى لشبهة ربما تثير التساؤل وهي أن البواعث الطيبة قد تعتبر من مبيحات الجرائم استناداً إلى أمرين : أولهما ما ورد في قصة الخضر مع موسى عليه السلام ، وثانيهما ما ورد في الحديث الشريف « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » . أما قصة الخضر مع موسى عليه السلام فقد أجلتها الآيات الكريمة « فانطلقا حتى إذا ركبا في السفينة خرقها ، قال أخرقتها لتغرق أهلها لقد جئت شيئاً إمرأ . قال ألم أقل إنك لن تستطيع معي صبرا ، قال لا تؤاخذني بما نسيت ولا ترهقني من أمري عسراً . فانطلقا حتى إذا لقيا غلاما فقتله قال أقتلت نفساً زكية بغير نفس لقد جئت شيئاً نكراً ، قال ألم أقل لك إنك لن تستطيع معي صبرا » .

وخرق السفينة جريمة إتلاف تستوجب التعزير ، وقتل الغلام جريمة تستوجب القصاص ، ومع ذلك حملت باعث الإتلاف المبرر له بقوله « أما السفينة

(١) أخذ قانون العقوبات المصري بفكرة المسئولية الأدبية ولظنها في صورة تدابير هي التسليم إلى الوالدين أو لمن له حق الولاية على النفس ، أو الإرسال إلى مدرسة إصلاحية ، أو التوبيخ . وكان الضرب من وسائل التأديب والتي منذ عام ١٩٢٧ عند تعديل قانون العقوبات . كما أخذ القانون أيضاً بفكرة عدم توقيع عقوبة الإعدام في مرحلة للصبي المميز واعتبرها تنهى بالمائة عشرة .

هذا ولم تجز الشريعة الإسلامية توقيع أية عقوبة جنائية في مرحلة الصبي المميز ، وأجازت تأديبه فقط ، فهي بذلك تسو على توقيع عقوبة الحبس من الثانية عشرة والسجن من الخامسة عشرة - أنظر المواد ٦٤ و ٦٥ و ٦٦ و ٧٢ من قانون العقوبات .

فكانت لمساكين يعملون في البحر فأردت أن أعيها وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا . وعلل باعث القتل المبرر له بقوله « وأما الغلام فكان أبواه مؤمنين فخشينا أن يرهتهما طغيانا وكفرا ، فأردنا أن يبدلنا ربهما خيرا منه زكاة وأقرب رحما » .

فتنى شرف الباعث في الحالتين صفة الجريمة ، بل وجعلها عملاً صالحاً . والرأى عندي أن هذه حالة خاصة لا يقاس عليها بالنسبة لسائر البشر ، وأن هذا كان علم الله للخضر وحكم الله فيهما بدليل قوله تعالى « فوجدنا عبداً من عبادنا آتيناها رحمة من عندنا وعلمناه من لدنا علماً » وقوله « وما فعلته عن أمري ذلك تأويل ما لم تسطع عليه صبراً » .

وأما قول الرسول ﷺ « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » فيمكن تفسيره في ضوء التفرقة بين ما قاله الفقهاء عن العصيان وقصد العصيان ، فالعصيان عندهم هو فعل المعصية ، أي إتيان الفعل المحرم دون قصد من الجاني ، فمن يلتقي حجراً من نافذة ليتخلص منه فيصيب به ماراً في الشارع ، يعتبر فاعلاً لمعصية هي إصابة غيره دون أن يكون لديه قصد العصيان . أما قصد العصيان فهو اتجاه نية الجاني إلى الفعل مع علمه بأنه محرم ، أو بعبارة أخرى هو فعل المعصية بقصد العصيان ، كما في الحجر من النافذة إذا أراد أن يصيب به شخصاً ماراً في الطريق .

وفي ضوء هذه التفرقة بين العصيان وقصد العصيان ، يمكن حمل النية في الحديث الشريف في محيط الجرائم على أنها قصد العصيان ، أي قصد ارتكاب جريمة عمدية ، فإذا لم يقصد العصيان ، فإن الجاني يكون مسئولاً عن جريمة غير عمدية ، لأن الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى .

أما عن تأثير الباعث على المسئولية ، في الشريعة الإسلامية ، فقد فرقت الشريعة بين التعازير والقصاص والحدود . فأخذت في التعازير بفكرة الظروف القضائية المخففة والمشددة ، وفي القصاص بفكرة العذر القانوني المخفف عند العقوم من ولى الدم ، وفي الحدود استبعدت فكرة الباعث أصلاً من التأثير على العقوبة لأنها محددة بالنص لا تزيد ولا تنقص وفتح فيها باب التوبة الذي يعتبر أصلاً لنظام الاختيار القضائي في علم العقاب .

وغنى عن البيان أن ثم فارقا بين القصد الجنائي (١) كعنصر من عناصر

(١) القصد الجنائي نوعان : عام وخاص . وثمة رأى في الفقه القانوني يقول إنه لا يوجد سند في القانون لاشتراط نية إزهاق الروح لأن كلمة « عمداً » التي وردت في النص لا تدل على أن القصد في جريمة القتل قصد خاص . فلم الجاني يقيناً أو بالأحرى تصوره النتيجة التي ستترتب على فعله ، ومضيه في الفعل وهو عالم بها ، تقوم به جريمة القتل العمد مع انعدام نية إزهاق الروح لديه وذلك بالنظر إلى مجرد فعل الاعتداء العام المجرد من نية إزهاق الروح ، أي بالنظر إلى القصد العام دون القصد الخاص ، لارتباط النتيجة بما أقدم عليه من حدوان . وفي ذلك يقول الدكتور عبد المهين بكر في كتابه « شرح قانون العقوبات » : الغرض ليس أمراً يرف إلى الجنائي أو يلصق به من طريق أعمال قواعد المنطق والرياضة ، ولكنه حقيقة واقعة تقوم على شعور نفسى بأن هذا الشيء أو هذه النتيجة تشع حاجة للجاني ، ومن المألوف أن يبحث الشخص من بين النتائج المتلازمة عما يشبع حاجته دون ما عدها ما يرتبط به .

وفي الفقه القانوني تشعبت الآراء حول فكرة الباعث ويمكن ردها إلى ثلاثة مذاهب : الأول ويرى أن البواعث مسألة قضائية يترك أمرها للقاضي ، فهو يستعمل الرأفة مع المتهم أو يقسو عليه حسبما يرى من ظروف القضية المطروحة عليه مع وضع ضوابط قانونية لذلك ، وهذا هو مذهب القانون المصري الذي ترك للقاضي في معظم الأحوال أن يختار عقوبة بين عقوبتين ، وأن يعين مقدارها من بين حدين ، كما وضع نظاماً عاماً لتخفيف في المادة ١٧ من قانون العقوبات ينزل القاضي بمقتضاء بالعقوبة درجة أو درجتين .

والمذهب الثاني : لا يرى ترك الأمر بيد القاضي إلا إذا أراد أخذ المتهم بالشدة في نطاق العقوبة المقررة بالنص . أما إن وجدت بواعث شريفة فلها اعتباراً قانونياً يلتزم بها القاضي ويتميز عليه تخفيف العقوبة بمقتضاها . وقد نهج هذا المنهج قانون العقوبات الإيطالي فنص في المادة ٦٢ على أن تخفف العقوبة على من تصرف مدوفاً ببواعث ذات قيمة أخلاقية أو اجتماعية . كما نهجه كذلك قانون العقوبات السويسري في المادة ٦٣ ، وقانون العقوبات الأسباني في المادة ٩ ، وقانون العقوبات اليوناني في المادة ٨٤ . أما قانون العقوبات المصري فقد نهج هذا النهج في حالتين أوجب فيهما أخذ المتهم بالرأفة ، وهما حالة من يقتل زوجته هي ومن معها إذا فاجأها متلبسة بجريمة الزنا ، وكذلك من يتجاوز حدود حق الدفاع الشرعي بحسن نية ، فأوجب الحكم في هاتين الحالتين بعقوبة الجس بدلا من العقوبة المقررة للجريمة القتل العمد .

والمذهب الثالث : ويرى أن البواعث الاجتماعية أو الشريفة تدخل في نطاق البواعث المشروعة وتعتبر سبباً للإعفاء من العقاب كلية ، وهو اتجاه على إطلاقه غير سليم ، لأنه خلط بين البواعث الشريفة والبواعث المشروعة التي تدخل في دائرة استمهال الحق والذي ينحصر فيه عن مرتكب الجريمة كل مسئولية جنائية لأن الفعل إذا حمل على ارتكابه باعث مشروع يعتبر مباحاً ، كما استمهال حق الدفاع الشرعي أو حق التأديب أو مزاولة الحق المقرر للأطباء في إجراء العمليات الجراحية ، فن يزاول حقاً من هذه الحقوق لا مسئولية عليه متى توافرت شروط الحق المأمور له قانوناً .

ارتكاب الجريمة وبين الباعث على ارتكابها . فالقصد هو انصراف الإرادة إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بارتكابها وبأنها محرمة شرعاً ومعاقبٌ عليها . ففي القتل يعلم أنه يُرهبق روح إنسان حي وأن الشرع يعاقب على ذلك .

وعدم العلم بالواقعة ينفي القصد الجنائي ، أما عدم العلم بالحكم الشرعي فإنه لا ينفية كقاعدة عامة لأنه لا يقبل من إنسان أن يدفع بالجهل بالأحكام ، ولا سيما في الجرائم المعاقب عليها في جميع الأديان .

الكتاب الثاني في القوانين الوضعية

تمهيد

نظرة في القانون ومصطلحاته وقلمه ومداهبه

١٣٩ - القانون هو مجموعة القواعد العامة التي تنظم الروابط الاجتماعية، والتي تلزم الساطة العامة الأفراد باحترامها ، بالقوة عند الاقتضاء ، وذلك بتوقيع الجزاء على من يخالفها(١) . وقد قلنا في التمهيد للكتاب الأول إن القانون حين نشأ كان شيئاً يختلف كل الاختلاف عن القانون الآن ، وأنه ظل يتبدل ويتطور حتى وصل إلى شكله الحالي ، وأنه لم يصل إلى ما هو عليه حالياً إلا بعد تطور طويل عبر آلاف السنين . وقيل أن نستطرد ، في عجالة ، إلى بحث علاقة قواعد القانون بالقواعد الاجتماعية الأخرى ، نرى من المناسب تحديد بعض المصطلحات القانونية تحديداً يمهّد طريق هذا البحث .

فالقاعدة القانونية *Regle Juridique* هي الوحدة القانونية التي تضع حلاً لعلاقة قانونية معينة أو لجانب من هذه العلاقة ، وهي بالنسبة للنظام القانوني كالفرد بالنسبة للمجتمع . فقيام الأسرة مثلاً يتطلب أن يقوم زواج بين شخصين . فمتى يعتبر هذا الزواج تاماً ، وما آثاره ، ومتى ينقضي ؟ هذه الروابط العديدة التي تنشأ بين الزوج وزوجته في هذا الإطار ، يرد حكم كل رابطة منها في القاعدة القانونية .

أما النظام القانوني *institution Juridique* فيقصد به مجموعة القواعد التي تحكم روابط قانونية من نوع واحد ، أي يتكون من مجموع القواعد القانونية التي تساهم في تنظيم ناحية معينة من نواحي الحياة في المجتمع كنظام الأسرة ونظام المعاملات ونظام المحاكم .

أما الشريعة القانونية(٢) *Systeme Juridique* فهي مجموعة الأنظمة القانونية

(١) رأينا في الكتاب أن الأحكام الشرعية تمتاز بالمعنى التعبدى الروحي الذي يكفل تربية الضمير الروحي ، كما يلازمها الوازع الديني ، وفيهما أعظم كفيل بإطاعة القانون ، وليس للشرائع الوضعية من ذلك شيء .

(٢) الأحكام الشرعية أوسع نطاقاً من الشرائع الوضعية وبخاصة فيما يرجع إلى الفضائل والردائل ، فجميع الفضائل مأمور بها في الشريعة ، فهي واجبة ، والردائل جبهها -

التي تجمعها رابطة مشتركة واتجاه متجانس ، وتحكم في الغالب مجموعة من البشر متجانسة أو تقع تحت حكم واحد . وقد نادى الأستاذ دافيد بتقسيم رباعي رئيسي للشرائع القانونية الحديثة التي سماها بالعوائل القانونية وهي : (١)

١ - الشريعة الرومانية *La famille Romano-Germanique* التي تهيمن على الأنظمة القانونية في معظم الدول الأوروبية ، وتعدى أثرها حدود الإمبراطورية الرومانية القديمة وشمل جميع أنظمة دول أمريكا اللاتينية وبعض دول إفريقيا ودول الشرق الأوسط واليابان وأندونيسيا . وهي الشريعة التي تعتمد فيها مصادر القانون على التشريع كمصدر أساسي ، ثم العرف والقضاء والفقه والمبادئ العامة للقانون .

٢ - الشريعة الاشتراكية *Les droits socialistes* وهي النظام القانوني المطبق في الاتحاد السوفيتي ، وأنظمة الدول الديمقراطية الشعبية .

٣ - الشريعة الأنكلوسكسونية *The systeme of the common law* وهي النظام القانوني الذي نشأ في إنجلترا عن طريق « محاكم العدل الملكية » منذ الفتح النورماندي . وتضم هذه الشريعة ، بجانب القانون الإنجليزي ، معظم الأنظمة القانونية في البلاد التي تتكلم الإنجليزية ، كما أن لها بعض الأثر في أنظمة بعض الدول التي خضعت لإنجلترا من الناحية السياسية ، بيد أن هذه الشريعة تتبلور أحكامها بصفة خاصة في النظام الإنجليزي والنظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية ، وإن كان هذا الأخير يختلف إلى حد كبير عن القانون الإنجليزي .

٤ - الشرائع الدينية والتقليدية *Droits religieux et traditionnels* كالقانون الإسلامي والقانون الهندي وقوانين الشرق الأقصى وبعض الدول الإفريقية التي لاتزال هذه الشرائع تلعب دوراً مهماً في قوانينها الوضعية . ويبدو ومن هذا التقسيم أنه أقيم على أساس الغاية التي تحققها النظم القانونية لكل مجتمع من المجتمعات ، وكذلك الأفكار السياسية والاجتماعية والحلقية

= منهي عنها ، فهي محرمة ، وفي أحكام كل من الدوعين المعنى الخلق والمعنى التعبدى الروحي فلها قوتها وشمولها ، بخلاف الشرائع الوضعية فإنها مع جفافها لا تنظر إلى الفضائل والردائل إلا النظرة المادية المجردة .

(١) Rene David " Les grands Systemes de droits Contem-porains " Dalloz 1964.

والاقتصادية والدينية التي تسود المجتمع ذاته . ويقسم البعض (١) الشرائع القانونية على أساس الخلاف في صياغتها إلى : (أ) النظم القانونية المتأثرة بالقانون الروماني أو بمعنى أدق بالصياغة القانونية الرومانية . وتسمى هذه المجموعة أحياناً بأقطار القانون المدني *Civil law countries* وتشمل إلى جانب القانون الفرنسي ، والقوانين اللاتينية جملة ، القانون الألماني والقانون السويسري ، وقوانين الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية وغيرها من القوانين الحديثة التي اقتفت أثر التقنين الفرنسي الحديث ، من ناحيتي الشكل والصياغة على الأقل . (ب) النظم القانونية غير المكتوبة أو ما يسمى ببلاد القانون الأنجلوسكسوني ، أو أقطار القانون العمومي *Common law countries* ، وتشمل إنجلترا وممتلكاتها والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الأقطار الأخرى ، ولهذا النظام طريقته من حيث الصياغة ، ومصادر القانون ، والاصطلاحات الخاصة به . (ج) ويشمل القسم الثالث الشريعة الإسلامية التي تتميز بصياغة قانونية خاصة منبثة الصلة بكلتا الشريعتين الرومانية والإنجليزية ، ولها طابعها الخاص ومنطقها القانوني وسماتها المميزة التي سبق الإشارة إليها (٢) .

وإذا كان القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية ، فإن الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية هي التي تملئ كيفية تحقيق التوازن بين مصالح الأفراد الذين تنظم روابطهم قواعدهم . ومهما تباينت المبادئ التي تنزع بالبلاد المختلفة إلى تحقيق التوازن بين مصالح أفرادها المتعارضة داخل الجماعة بالطريقة التي تقتضيها ظروفها ، فإنه يمكن ردّها إلى مذهبين أساسيين ما فتتا يتنازعان الغلبة إلى الآن هما المذهب الفردي ، والمذهب الاشتراكي .

المذهب الفردي (٣)

١٤٠ - ظهرت النزعة الفردية خلال القرن السابع عشر ، وبلغت

(١) أنظر « مبادئ القانون المقارن » للأستاذ عبد الرحمن البراز ، ١٩٦٧ ص ٤٨ .

(٢) راجع ص ٢٠ - ٣٩ من الكتاب الأول .

(٣) هذا المذهب هو الذي أقام الحرية الفردية صرحاً شامخاً أدى إلى ارتباطه بما يسمى

« بالليبرالية » . *Liberalism* في الفكر السياسي . وهو وإن كان لم يكتمل نضجه إلا خلال القرون الثلاثة الماضية ، بيد أنه يمكننا أن نلمس جذوره لدى أبيقور *Epicure* وبركليسي من الإغريق ، ثم عند الرواقيين *Stoics* على نحو أقل إيفالاً في الفردية ولكن أكثر انتشاراً .

ثم جاءت المسيحية ، وهي تملئ قدر الإنسان في ذاته ، وتدعو إلى المساواة بين بني البشر ، =

ذروتها خلال القرن الثامن عشر على يد فلاسفة الثورة الفرنسية الذين أسسوا هذا المذهب على فكرة العقد الاجتماعي، تلك الفكرة التي تقوم على أن الإنسان إنما ولد وأنه اتفق مع غيره من الأفراد على أن يتنازل كل واحد منهم عن جزء من حريته بالقدر اللازم والضروري لقيام الجماعة. أما القدر الذي بقي له من الحرية، فهو حق مطلق له، لا سبيل إلى المساس به. ويتأدى من ذلك أن الفرد هو الهدف الأسمى، فما وجد القانون إلا لحماية حقوق الأفراد وتمكينهم من التمتع بها، فالفرد ليس موجوداً لخدمة الجماعة وإنما الجماعة هي الموجودة لخدمة الفرد. فالقانون في نظر أصحاب هذا المذهب لا يتضمن إلا قواعد سلبية

تكون أحد الأسس الأولى التي قام عليها المذهب. فلما كانت القرون الوسطى، واجتاح الصراع الديني المرير أوروبا المسيحية، لاذ المفكرون بالقيم الفردية، ورفعوا شعارات الحرية الفكرية للخلاص من هذا الصراع. وظهرت بعد ذلك أفكار جون لوك لتكون إلهاماً لما قال به من جاء بعده من آراء حول قيمة الإنسان وحرية الإنسان، كما كان تصوير جان جاك روسو لحالة الفطرة وما كان يتمتع فيها الناس من سعادة وحرية، سبباً لدعاة المذهب في دعاوهم وأخصها أن السلطة ضرورية، والضرورة تقدر بقدرها لا تعدوها، ومن ثم يجب تقييدها ووضعها في أضيق نطاق ممكن بحيث لا تحول دون الفرد واستعمال كامل حريته وإمكانياته من أجل تأكيد ذاته والتعبير عن ذاته وتنمية ذاته. وإذا جاز لنا أن نورد بعض المحدثين من مثلي المذهب، فيحضرنا، في الجانب السياسي ألكسيس دو توكفيل **Tocqueville** (1805 - 1859) وجون ستيوارت مل **J.S. Mill** (1806 - 1873) وفي الجانب الاقتصادي آدم سميث **A. Smith** (1723 - 1790)، وجميعهم ينتمون إلى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وهما القرنان اللذان بلغ فيهما المذهب أوج اكتماله كيما يبدأ بعد ذلك في الانحسار في أخريات القرن التاسع عشر وخلال القرن العشرين.

— وتوكفيل هو الذي نحت كلمة «**Individualism**» — أنظر دائرة المعارف البريطانية

ط 1967 ج 12 ص 162.

— وجون ستيوارت مل هو الذي ذهب إلى إطلاق حرية التعبير عن الرأي من كل قيد إذ يقول «ليس للجنس البشري كله أن يقيد حرية فرد في أن يعبر عن رأيه إلا بنفس القدر الذي يكون فيه لذلك الإنسان الفرد الحق في تقييد حرية الجنس البشري كله إذا استطاع إلى ذلك من سبيل» — أنظر رسالته عن الحرية. **Mill ; on liberty, London 1859. Suoted in Messages of Freedom, edited by B. H. Zaidi, 1963, P. 53.**

— وآدم سميث هو أشهر الاقتصاديين المدافعين عن الحرية الرأسمالية وأبدهم أثراً. وكتابه الأساسيان هما: المشاعر الأخلاقية **The Theory of Moral Sentiments**، وبحث في طبيعة وأسباب ثروة الأمم **An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.**

تنتهي كل فرد عن تجاوز دائرة نشاطه، ومن الاعتداء على دائرة نشاط غيره من الناس. أما القواعد الإيجابية التي تلزم الأفراد بالعمل على ما فيه صالح الجماعة، فإن القانون خلوه منها. وتأسيساً على ذلك يذهب دعاة المذهب الفردي، في المجال السياسي، إلى أن حق الحرية وحق المساواة بين الأفراد هما حقان طبيعيان لصيقتان بالشخصية الإنسانية لا يجوز النيل منهما أو تقييدهما إلا بغية الحفاظ عليهما عندما تقتضي بذلك الضرورة. أما في المجال الاقتصادي فيدعو المذهب إلى حرية اقتصادية كاملة لا تجيز للسلطة أن تتدخل في النشاط الاقتصادي الفردي أو أن تضع عليه القيود. إن من حق كل إنسان أن يعمل العمل الذي يريد وأن يترك ما لا يريد، كما أن من حقه أن يمتلك ما يستطيع تملكه ما دام لا يعتدى على غيره في التملك، فحق الملكية هو حق طبيعي مقدس لا يجوز تقييده. كذلك فإن سلطان الإرادة، تعبيراً عن حرية الفرد، يجب أن يسود العلاقات التعاقدية بين الأفراد، وإذا اقتربت السلطة من هذا الميدان، فإنما لتحمي ما للإرادة الفردية من سلطان وتعمل على إنفاذ مشيئتها. ودعاة هذا المذهب يقولون إنهم بذلك، وبإعلاء قيمة الإنسان الفرد، إنما يبنون المجتمع البناء السليم الذي ينبغي أن يكون عليه، ذلك أن المصلحة الفردية عندهم تؤدي إلى تحقيق مصلحة الجماعة التي ليست إلا جماع المصالح الفردية، فالفرد حين يسعى إلى تحقيق مصلحته الخاصة إنما يحقق في الوقت نفسه مصلحة المجموع دون أن يشعر.

المذهب الاشتراكي

١٤١ — كان شيوع المذهب الفردي، في القرن الثامن عشر خاصة، نتيجة حتمية لاستبداد الملوك وطمع الحكومات. وقد كان له شأن كبير في كفاح الاستبداد وتحقيق الحرية الشخصية. بيد أن مزايا ذلك المذهب استحالت إلى مساوئ في القرن للتاسع عشر، ولا سيما بعد الثورة الصناعية التي بدأت في إنجلترا ثم في أوروبا الغربية، وما صحبها من استغلال الرأسماليين الصناعيين للعامل الصناعيين استغلالاً بشعاً زاد من ثراء الأولين وفقر الآخرين، الأمر الذي استرعى انتباه الكثيرين من دعاة العدل الاجتماعي، وأوجد في الفكر الإنساني — على نحو أكثر راديكالية وعمقاً — تياراً يناهض الرأسمالية والمذهب الفردي بحسبانها مصدر الآلام التي عانتها البشرية خلال القرنين

- الثامن عشر والتاسع عشر ، وهذا التيار هو الذى تبلور بعد ذلك فى المذاهب الاشتراكية .

والحق أن الدعوة إلى الاشتراكية أو إلى مفهوم العدل الاجتماعى بمعناه الواسع دعوة قديمة ، بيد أن تحول هذه الدعوة من أصوات فردية تدعو إلى تحقيق الخير ، إلى تجمع قوى عنيف يثيرها قضية قائمة على أساس عامى ، لم يتحقق بصورة حاسمة إلا خلال القرن التاسع عشر . ونقطة البداية فى المذهب الاشتراكى هى رفض اعتبار الفرد هو المحور الذى تدور فى فلكه الحياة الإنسانية ، واعتبار الجماعة هى الحقيقة الأساسية ، وأن حقوق الأفراد لا معنى لها إلا فى ظل التنظيم الجماعى ، وذلك كله يقوم على اقتلاع للمذهب الفردى من جذوره . وتلتقى المذاهب الاشتراكية فى مجموعها عند نظرية مؤداه أن كل محاولة لتغيير صورة المجتمع من مجتمع استغلالي إلى مجتمع عادل لا يمكن تحقيقها مع بقاء الملكية الفردية التى ينبغى تنحيتها وإفساح الطريق إلى ملكية الجماعة لكل وسائل الإنتاج .

وفى ظل هذه الدعوة لا تُتصور الحرية بالمعنى التقليدى الذى يقوم عليه المذهب الفردى إلا مهبطية الجناح ، كما لا تُتصور السطة إلا أخطبوطاً مادياً أذرعته يطوق بها كل جوانب الحياة^(١) .

(١) وهذا يعنى بطليمة الحال ، عند أنصار المذاهب الاشتراكية ، أن تختفى حرية القلة المستغلة فى ظل النظام الرأسمالى لتتأكد حرية الغالبية التى تحررت من قيود القهر لتشارك فى بناء المجتمع من ناحية ، وفى التمتع بثرواته ، التى كانت محرومة منها ، من ناحية أخرى .

ولا مرأ أن الماركسية أقوى المذاهب الاشتراكية ، وهى نظرية متعددة الجوانب ، وأساسها الفلسفى يتمثل فى المادية الجدلية التى ترى أن المادة أسبق فى الوجود من الفكر وأنها هى الموجودة له ، وأن تاريخ المجتمعات كلها حتى يومنا هذا ليس إلا تاريخ الصراع بين الطبقات . وهى تميز بين فترتين : الفترة التى تقوم فى أعقاب اندحار النظام الرأسمالى وهنا لا بد من وجود السلطة . واتساع نطاقها إلى أبعد مدى ممكن . والفترة الثانية التى يقوم فيها المجتمع الشيوعى ، وهنا تؤذن السلطة بالزوال لتحل محلها مؤسسات تلقائية لا تملك وسائل القهر لأنها لن تكون فى حاجة إليها - أنظر الأعمال المختارة لكارل ماركس فى جزئين ، وتاريخ الفكر الاشتراكى لكول ، والأنظمة السياسية المعاصرة للدكتور يحيى الجمل والمراجع المشار إليها ، والماركسية والثورة البلشفية للدكتور عبد الحميد حشيش . وانظر كذلك : **Essential Writings of Karl Marx, Edited by David Caute, Alondon Panther London, 1967.**

والمذهب الاشتراكى لا يقتصر على أن يترك الفرد يسعد ، بل هو يلزمه - إذا نال السعادة - بالعمل على إسعاد الآخرين . ومن هنا يفتى تسخير الأفراد لخدمة الجماعة ، فيسهم كل منهم بنصيبه فى تحقيق الصالح العام المشترك ، أى يسهم كل فرد بقدر طاقته فيما يعود على الجميع بالخير ، فنقطة الابتداء إذا كانت عند المذهب الفردى ، هى الفرد وصالحه الخاص على تقدير أن خير الفرد يكون فى نهايته خير المجموع وصالحه ، تصبح عند المذهب الاشتراكى هى الجماعة وصالحها باعتبار أن خير المجموع سيبتعه خير الفرد وصالحه^(١) . وهذا يؤدى إلى توسيع دائرة القانون ، فيحتشد بالقواعد الإيجابية التى تلزم الفرد بواجبات كثيرة تستهدف تحقيق سعادة المجموع وهنائه وتنهى فى النهاية إلى تحقيق التضامن الاجتماعى Solidarité Sociale بين الأفراد ، ومن ثم تطورت وظيفة الدولة وتنوعت مع الأفراد علاقاتها ، وامتد القانون إلى مختلف آفاق النشاط فى الجماعة ، الأمر الذى تقلص معه كلا مبدأى سلطان الإرادة وحرية التعاقد . فالمذهب الاشتراكى أو الاجتماعى لا يؤمن بالعدل التبادلى بين الأفراد ، ولكنه ينادى بالعدل التوزيعى الذى تسيطر الجماعة ، أى الدولة ، على تحقيقه ، أى ينساب العدل من سلطة عليا تقيض به على الناس ، ومن هنا يرتفع هذا المذهب بكيان الجماعة إلى قمة التنظيم القانونى ، ويضحى الفرد خادماً لها ومسخرأ لتحقيق الصالح العام فيها .

القانون وصلته بالعلوم الاجتماعية الأخرى

١٤٢ - يحتاج المشتغل بالقانون فى سبيل اكتمال ثقافته القانونية إلى أن يدعمها بقسط من معرفة بعض العلوم الاجتماعية . فالدراسات التاريخية مثلاً تلقى الضوء على التشريعات القديمة ، وتكفل للمشرع عند وضع قاعدة جديدة أن يستفيد من تجارب الماضى . كما أن الدراسة التاريخية قد تعين على تفهم القواعد القانونية المطبقة فى الحاضر ، إذ كثيراً ما تكون القاعدة القانونية وليدة تطور طويل . ويتركز اهتمام المؤرخين اليوم بالأخص حول تاريخ النظم القانونية والسياسية فى القرن التاسع عشر .

وتؤثر دراسة الفلسفة تأثيراً كبيراً على العلوم الإنسانية كافة ، ففى مجال

(١) الدكتور حسن كبره ، الموجز فى المدخل للقانون ١٩٦١ ص ٩٠ - الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ١٩٦٥ ص ٣٢ .

القانون لا يمكن تأصيل الاتجاه القانوني للمجتمع إلا عن طريق الدراسات الفلسفية التي تُعنى مثلاً على المفاضلة بين المذهب الاشتراكي والمذهب الفردي والأخذ بأيهما أو الجمع بينهما . كما أن الدراسات المتعلقة بعلم النفس تؤثر كذلك على قواعد القانون بوجه عام ، والقانون الجنائي بوجه خاص . وتنبير أصول المنطق الطريق إلى إدراك مضمون القاعدة القانونية ، وتمهده إلى تفسيرها واستكناه الغرض منها .

وتلعب العوامل الاقتصادية دوراً جوهرياً في نشأة القاعدة القانونية . فذهب الاقتصاد الحر يُفضي إلى إطلاق حق الملكية وحرية تداول الأموال ، بينما يمتضي مذهب الاقتصاد الموجه التصديق من حق الملكية وفرض قواعد آمرة تحكم تداول الأموال وتبادلها ، وإذ يتأثر مضمون القواعد القانونية بالسياسة الاقتصادية للدولة على هذا النحو ، فإنه لا يحل للفكر القانوني أن يعيش بمعزل عن الفكر الاقتصادي ، وإلا ناقضت قواعد القانون الأسس الاقتصادية المراد تطبيقها في المجتمع .

ولا يجوز للباحث في القانون أن يغفل علم السياسة ، بل يتعين عليه أن يجعل عمله القانوني ترجمة للفكر السيامي الذي اعتنقته الجماعة ، وأن يناهض التيارات الفكرية المعارضة للديمقراطية :

ويعني علم الاجتماع القانوني^(١) بدراسة سلوك الناس إزاء القاعدة القانونية المطلقة ، واستخلاص النتائج الاجتماعية من تطبيق تشريع أو تعديله . ويعتبر هذا العلم خير دليل على نجاح السياسة التشريعية أو إخفاقها في الدولة . فهو يستخلص الحقائق الثابتة في المجتمع من خلال مراقبة تطبيق قاعدة قانونية معينة ، وبالتالي يقدم للمشروع تجارب واقعية يمكن على ضوءها صياغة قواعد جديدة أكثر ملاءمة ، فعلم الاجتماع يبحث مثلاً في ظاهرة تزايد عدد السكان فإذا انتهى إلى أن التزايد بات نذير خطر ، تعين على المشرع أن يبادر إلى التدخل بقواعد قانونية تحد من هذا التزايد . ومن ثمة كانت مناداة البعض

(١) أنظر في مجلة JUS ١٩٥٧ ، الدراسات التي كتبها : ن . بويو ، ر ١٠ وريستانون ، م جيانيني ، عن العلاقة بين علم الاجتماع والقانون . وانظر أيضاً مقال سيزاريني سفورزا في المجموعة الممبأة : *Vecchie e Nuove Pagine di Filosofia, Storia, e Diritto, Milano, Giuffrè, 1967.*

بإباحة تحديد النسل بالطرق الطبية المأمونة والمستقرة ، ومناداة البعض الآخر برفع سن الزواج بالنسبة للفتى والفتاة . ويتكفل علم الاجتماع القانوني بجمع المعلومات ودراسة الشواهد ثم استخلاص نتائج تطبيق القانون بما يكشف عن حاجة تشريع معين إلى التعديل أو الإلغاء^(١) .

القاعدة القانونية والقواعد الاجتماعية الأخرى

١٤٣ - يخضع الإنسان في المجتمع ، فضلاً عن خضوعه للقواعد القانونية ، لقواعد إجتماعية متعددة هي في مجموعها قواعد عامة مجردة تفرض السلوك أيضاً في صرورة تكليف ، وتمثل هذه القواعد في قواعد خلقية ، وقواعد دينية ، وقواعد مجاملات .

أما القواعد الدينية فقد سبق أن ذكرنا في الكتاب الأول أن الشرع الإسلامي في مفهومه الواسع يشمل مبحثين متميزين هما : علم الكلام أو التوحيد ، ويختص بالبحث في العقائد ، والشرعية الإسلامية في مفهومها التقني ، ويقصد بها ما

(١) والمثل العليا الأيديولوجية والقومية والأخلاقية والدينية وغيرها ينظر إليها باعتبارها مؤثرات اجتماعية من بين مؤثرات أخرى عديدة ، والعلاقة متبادلة بين حقائق الحياة الاجتماعية والقانون فالمجتمع يكيف القانون ، والقانون - باعتباره ظاهرة من ظواهر الحياة الاجتماعية - هو بدوره عامل مؤثر في سواه . ومن المهام التي شغلت مكانة بارزة في أمريكا ، مهمة توسيع نطاق حقوق الإنسان والحقوق المدنية الأساسية للجميع ، وخاصة الزنوج والأقليات العنصرية والدينية . فقد ظهر في المجتمع الأمريكي تحليل انتقادي فعال لعمل المحاكم العليا للولايات المتحدة ، كما حظيت حماية المهتمين من المعاملة غير العادلة خلال المراحل الإجرائية من وقت القبض عليهم باهتمام كبير من رجال القانون وغيرهم . كما أن هناك الكثيرين من تناولوا بالبحث مشكلة كيفية حماية الحياة الخاصة من تطفل الأجهزة الإلكترونية وغيرها من الوسائل الفنية . وبما أثار مناقشات حامية مشكلة التوفيق بين مبدأ حرية الصحافة ، وضرورة الحيلولة دون التأثير في مجرى العدالة بمناقشة الصحف للمحاكمات . ويجري الآن بحث المسائل القانونية التي نجمت عن تطور وسائل منع الحمل ، والتلقيح الصناعي ، وتجارب فصائل الدم ، وزرع أعضاء الجسد ، وتحديد لحظة الوفاة ، ومخض الأدوية ، ومنع إساءة استخدام العقاقير المؤثرة في المخ والعقاقير التي يسهل الاعتماد عليها وإدمانها . وثمة أبحاث عن طرق جديدة لتصدى للضرر الذي قد ياحق الشخص قبل ميلاده أو حتى قبل الحمل به - أنظر مقال « اتجاهات علم القانون في الولايات المتحدة الأمريكية » بقلم الأستاذ ماكس راينشتين ، ترجمة الدكتور جلال أمين بالمجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، العدد الرابع .

هذا وفكرة « علم الإنسان الاجتماعي » إنما هو فرع من علم الاجتماع هو « علم الاجتماع القانوني » . وينظر اليوم إلى « الأثنولوجيا القانونية » باعتبارها فرعاً وصفاً محضاً ، وقد ابتلعها أخيراً علم الإنسان الحضاري .

شرعه الإسلام من قواعد قانونية . ومن المعروف كذلك أن الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين : العبادات ، وهي مجموعة القواعد المنظمة للالتزامات العبد في مواجهة الرب . والمعاملات ، وهي مجموعة القواعد المنظمة لما ينشأ بين العباد من علاقات . ومن المسلم به أن علم القانون عند الشرعيين على اختلاف مدارسهم واتجاهاتهم يشمل المعاملات والعبادات على السواء . والأديان ترسم طريق الفضيلة وتتضمن ما يمليه حسن السلوك والآداب . ومن هنا نجد القواعد الدينية أوسع رحاباً من قواعد القانون ، فالأولى تضع ضوابط للحياة الدنيوية وحياة الآخرة ، بينما لا تعنى الثانية إلا بالقواعد الدنيوية فحسب . ولئن جاز تلاقى قواعد الدين مع قواعد القانون فإن ذلك لا يتحقق إلا في نطاق القواعد التي تنظم معلات الناس فيما بينهم دون غيرها من القواعد الدينية ، وفي هذا النطاق سبق أن ذكرنا أن مخالفة القواعد الدينية ذات جزاء مزدوج ، بينما مخالفة القاعدة القانونية جزاؤها واحد تفرضه السلطة العامة في الدولة . وسنرى في دراستنا لمصادر القانون أن القاعدة الدينية قد تكون في الوقت ذاته قاعدة قانونية تتولى السلطة العامة فرض الجزاء الدنيوي عند مخالفتها - وفق أحكام الدين .

أما قواعد المعاملات فلإنها تشير على الإنسان باتباع أصول معينة في علاقاته بالغير ، مثل الحديث بأسلوب لائق ومراعاة المواعيد ، وهذه الأصول تتنوع في الزمان والمكان ، وتختلف من مجتمع إلى آخر ، ولا ترقى في خطورتها الاجتماعية إلى مرتبة القواعد القانونية ، وهي لا تقترن إلا بجزاء معنوي هو استنكار الناس لسلوك من يخالفها ، بينما رأينا أن القواعد القانونية تتميز بقوة الإيجاب واقترانها بالجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة . بيد أنه قد يحدث أن تتطور قاعدة المعاملة عند تزايد أهميتها الاجتماعية لتصبح من قواعد القانون المقررة بالجزاء المادي المفروض من السلطة العامة ، مثل تخصيص مكان للسيدات في عربات المواصلات عندما يفرض المشرع جزاءً على من يشغله من الرجال بعد أن كان ترك هذا المكان لمن مجرد مجاملة لا ترقى مخالفتها إلى درجة التأنيب .

أما قواعد الأخلاق فلإنها ترسم سلوك الإنسان نحو الله ونحو نفسه ونحو الغير ، حالة أن القانون لا يعنى إلا بسلوك الإنسان المتصل بغيره والمتعلق

بواجبات العدل دون واجبات البر أو الإحسان . بيد أن التصديق من دائرة القانون على هذا النحو لا يواكب الفكر القانوني المعاصر ، فالقواعد القانونية تتداخل الآن حتى بالنسبة لواجب الإنسان نحو نفسه حتى ليرى بعض التشريعات يجرم محاولة قتل الإنسان نفسه بالانتحار ، كما لم تعد قواعد القانون تمنع بتقريب واجبات العدل ، وإنما امتدت لتشمل واجبات خلقية بحجة كواجب المساعدة في بعض الأحيان . ومن هذا يظهر أن تمييز قواعد الأخلاق عن القواعد القانونية برسم دائرة لكل منهما لا يقوم على أساس منضبط : فالدائرة قد تضيق حيث تلتقي قواعد القانون بقواعد الأخلاق ، ويكون ذلك بصفة خاصة في مجال واجبات الإنسان نحو الغير التي يملها العدل في الجماعة . وقد تتسع دائرة الأخلاق لتشمل نطاقاً بعيداً عن دائرة القانون ، مثل قواعد سلوك الإنسان نحو ربه أو نحو نفسه ، أو نحو الغير حين تتعلق بالبر أو الإحسان . وقد يخلق القانون في مجالات تقصر عنها قواعد الأخلاق ، مثل القواعد الخاصة بضبط النظام في المجتمع ، بل وقد يأتي بقواعد تناقض قواعد الأخلاق ، تغليظاً لاعتبارات الاستقرار ، كما هو الحال في نظام التقادم بنوعيه : المكسب والمسقط في القانون المدني ، فيحرم صاحب الحق من حقه على خلاف ما تمليه قواعد الأخلاق . وأياً كان القول في شأن الفصل بين القانون والأخلاق فإنه لا شك أن القانون الذي يستجيب إلى قواعد الأخلاق يلقي في نفوس الناس ارتياحاً ، بينما نجدهم ينفرون من القانون الذي يسمى هذه القواعد . هذا والقاعدة الخلقية المجردة ليس لها من جزاء مخالفتها سوى تأنيب الضمير واستنكار المجتمع ، وهو جزاء بطبيعته لا يقبل التنفيذ المادي ، بينما تلتقى مخالفة القاعدة القانونية جزاء مادياً تفرضه السلطة العامة كما ذكرنا ، وهو على النقيض من سابقه قابل بطبيعته للتنفيذ المادي . ويقول « أوستن » إن هناك أموراً تصدق على تفاصيل النظام القانوني وقواعده الجزئية ، ولكنها لا تكون كذلك إذا ما نظرنا إلى النظام القانوني ككل . فعلاقة النظام القانوني بفكرة الجزاء لا تجوز مناقشتها إلا إذا نظرنا إلى النظام القانوني ككل . فثمة قواعد قانونية جرى العرف على مخالفتها ، ومن هذا القبيل أيضاً العلاقة بين القانون والأخلاق ، أو بين القانون كما هو كائن Law as it is وكما ينبغي أن يكون Law as it is ought to be . فرغم أن الفصل بين القانون

والأخلاق هو فصل صحيح إذا ما طبق على جزئيات النظام القانوني ، فهو لا يجوز تطبيقه على القانون أو فكرة القانون . وقد عبر « أوستن » عن هذه الأفكار عندما قرر أن كل نظام قانوني متقدم يحتوي على بعض الأفكار الأساسية التي تكن في صميم الطبيعة الإنسانية ^(١) . ويقول سير ويليام بلاكستون William Blackstone « ما القوانين الإلهية سوى قواعد عليا ملزمة لكل القوانين الأخرى . إن القوانين الإنسانية تنفد سلامتها بمجرد تعارضها مع القوانين الإلهية ^(٢) » .

النظام القانوني السائد في العالم العربي الإسلامي .

١٤٤ - كان النظام القانوني السائد في دول العالم العربي الإسلامي - لقرون عديدة - هو الشريعة الإسلامية ، وهي كما رأينا قانون يتميز بالبساطة واليسر والقابلية المذهلة للتطور ومجارية مختلف الظروف والوقائع التي تطرأ . ثم أدى انهيار الحضارة الإسلامية ، وما تلاه من استعمار الأوربيين لأغلب البلاد الإسلامية ، إلى أزمة قانونية حادة عزلت الشريعة الإسلامية وخاصيتها الأصلية للتجدد ، عن مجارية الحديد من الظروف . وكان من نتيجة ذلك أن هجرت بعض الدول الإسلامية الشريعة القراء هجراً كلياً ، وتبنت الفن القانوني الأوربي ، بينما احتفظت دول أخرى بالشريعة الإسلامية ، ولكن في صورة جامدة منفصلة إلى حد بعيد عن الحقائق الاجتماعية لعالمنا المعاصر . وبالنظر إلى النتائج المؤسفة التي أدت إليها اتباع كلا المسلكين ، بدأ المفكرون في العالم الإسلامي في السنوات الأخيرة يبحثون عن مسلك ثالث ، هو لدى البعض الماركسية ، ولدى البعض الآخر محاولة إحياء الشريعة الإسلامية في مفهومها الصحيح . وفي ظل هذه الظروف ، وبالنظر إلى أن أياً من هذه المدارس لمّا تكتب له الغلبة ، تتفاوت الاتجاهات الأساسية المسيطرة على البحث القانوني

(١) أنظر Austin : «Uses of the study of jurisprudence» in the province of jurisprudence Determined 365, 373, 691 (Library of ideas ed. 1954)

وراجع أيضاً د. ل. أ. هارت في « الفصل بين القانون والأخلاق » Harvard Law Review, Volume 71, 1957-1958 p. 593.

(٢) وقد تبيننا أن القوانين الإلهية تتمتع دائرتها لتشمل قواعد الأخلاق وحسن السلوك .

في العالم الإسلامي في الآونة الراهنة ، إذ أن هذه الاتجاهات تتباين من بلد إلى آخر ، وفقاً لظروف كل بلد وللمدرسة الأكثر رواجاً فيه . على أنه يمكن القول إن معظم البلاد الإسلامية ، ومنها جمهورية مصر العربية وإيران وباكستان ، تأخذ بالفن القانوني الغربي ، إما نتيجة فرض من الدول الأوروبية التي كانت تستعمرها ، وإما نتيجة اختيار حر راجع إلى ارتباط هذا الفن (التكنيك) ، في أذهان البعض ، بما تتطوع إليه هذه الدول من تنمية وتقدم في مجال الحضارة . ومع ذلك فلا تزال الحلول الجزئية في معظمها متأثرة إلى حد بعيد بالشريعة الإسلامية التي تشكل ، فضلاً عن وضعها التاريخي ، عرف هذه البلاد وتقاليدها .

وقد أدت هذه السيطرة الفعلية للتراث القانوني الإسلامي ، على الرغم من تبني « التكنيك الغربي » ، إلى أن تستبدل بعض الدول بتقنياتها ، المنقولة نقلاً حرفياً أو شبه حرفياً عن التقنيات الأوربية ، تقنيات جديدة أكثر تمشياً مع أحكام الشرع الإسلامي الخفيف ^(١) . كما أدت هذه السيطرة الواقعية

(١) مثال ذلك : استبدال مصر التقنين المدني الجديد الصادر في عام ١٩٤٨ بالتقنينين الأهلي والمختلط اللذين كانا معمولاً بهما قبله وللصادر في النصف الثاني من القرن التاسع عشر .

- هذا وقد كانت الشريعة الإسلامية : منذ الفتح الإسلامي للدول العربية وحتى القرن التاسع عشر ، هي القانون المطبق في مصر وكثير غيرها دون مزاحم . كما كانت المصدر الرئيسي ، بل والوحيد ، للقانون العراقي مثلاً بكل فروعها . وفي أواخر عهد الدولة العثمانية ، خضع العراق ومصر وغيرها إلى قوانين اعتمدت على الشرائع الغربية ، وخاصة الفرنسية ، ومنها قوانين التجارة في العراق ، وأصول المرافعات ، وقوانين تنظيم أحكام المرافعات ، كما صدر قانون الجزاء العثماني لتنظيم العقوبات على أساس جديد . أما القسم الآخر من أحكام القواعد القانونية فبقى مستمداً من الشريعة الإسلامية . وكانت الدولة العثمانية قد حرصت على الإبقاء على الشريعة الإسلامية ، مصدراً وحيداً للقانون المدني ، مع محاولتها إسباغ حلقة جديدة عليه ، فألفت لذلك لجنة أناطت بها مهمة صياغة الأحكام الفقهية على نمط مواد القوانين المدنية . وقد وضعت اللجنة « مجلة الأحكام العدلية » التي جمعت من مختلف كتب الفقه الحنفي ، وتناولت أحكام المعاملات فقط ولم تتناول أحكام النكاح والطلاق والنسب والولاية على النفس والمال ، كما لم تتناول أحكام الوصايا والموارث ، وصيغت أحكامها في مواد على غرار مواد القوانين الوضعية ، وقد بلغت ثلاثاً وخمسين وأربعمئة وألف مادة تقع في ستة عشر كتاباً . وكان الباعث الأول على وضع هذه المجلة أن الدولة العثمانية أنشأت محاكم تجارية وضع لها قانون خاص كالقوانين التجارية الأوربية ، وهي تحيل على القوانين المدنية في

للشريعة الإسلامية إلى تطبيق الحلول الإسلامية من خلال « فن القانون الإنجليزي » في المستعمرات الإنجليزية السابقة المتبينة لهذا القانون ، مثل السودان ونيجيريا وباكستان وماليزيا . فن المعروف أن المصدر الأساسي للقانون في ظل هذا الاتجاه هو ما يخلق القضاة من سوابق ، وكان من الطبيعي أن يتأثر قضاة هذه الدول الإسلامية في إرسائهم للسوابق بما نشأوا في ظله من تقاليد وأعراف نابعة عن الشريعة الإسلامية السمحة ، الأمر الذي أدى بالقوانين الداخلية لهذه الدول إلى أن تصبح إسلامية في حقيقتها ، برغم مظهرها الخارجي الإنجليزي سكسوني . وإلى جانب هذين الاتجاهين - اتجاه تطبيق الشريعة الإسلامية من خلال نظام السوابق القضائية ، واتجاه استبدال تقنينات أكثر تشبهاً مع الشرع الإسلامي بالتقنينات القديمة المنقولة حرفياً من الدول الاستعمارية السابقة - نجد أن الشريعة الإسلامية ما برحت تطبق تطبيقاً كاملاً بأصولها وفروعها وتكنيكها وأساليب البحث فيها في معظم الدول الواقعة في شبه الجزيرة العربية^(١) . ولا يشذ عن هذا التأثير الواضح للشريعة الإسلامية على القوانين الحديثة للدول الإسلامية المختلفة غير تركيا الكمالية ، فقد أجبرها مصطفى كمال أتاتورك خلال فترة حكمه الدكتاتورية على الانفصال انفصلاً كلياً وتاماً عن كل ما يمت للإسلام بصلة دون ما استثناء للعقيدة ذاتها وما نشأ في كنفها من

= بلادها ولا سبيل لذلك في الدولة العلية، فالإحالة فيها تكون على ما يقابل القوانين المدنية وهو الأحكام الشرعية . كما أنه أنشئت بالدولة العثمانية محكمة للتمييز ، ورجال كل من المحاكم التجارية ومحكمة التمييز لا يسهل عليهم معرفة الأحكام الشرعية من مراجعتها ، فيسيراً عليهم وضعت هذه المجلة . وقد بدأ كل كتاب من كتب المجلة الستة عشر بالتواعد والقواعد الملائمة ، وأكثرها مأخوذ من كتاب « الأشباه والنظائر » لابن نجيم . وقد بقيت « المجلة » نافذة ، وبقيت سارية المفعول حتى حل محلها القانون المدني العراقي المعمول به في الوقت الحالي ، والذي رأى واضعه أن يجعل منه مزاجاً يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الإسلامية ، وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية ، فوق بين وجهات النظر المختلفة مقارناً بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي ، مما يسر جمع كثير من التطبيقات من مجلة الأحكام العدلية ومن آثار فقهاء المسلمين بوجه عام ، ومن التقنينات الغربية على حد سواء - أنظر الأسباب الموجبة للمجلة القانون المدني العراقي، الأستاذ عبد الرحمن البراز ، مبادئ أصول القانون ١٩٥٨ ص ١٠٩ ، الاتجاهات المعاصرة لبحث القانوني في العالم العربي الإسلامي ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، العدد الرابع ص ٦ للدكتور محمد سامي عبد الحميد والأستاذ يس محمد تاج الدين .

(١) أنظر مقال الأستاذ علي سالم « نظام القضاء والتشريع في المملكة العربية السعودية »

مجلة مصر المعاصرة ١٩٥٩ .

حضارة وثقافة ، وهي تطبق الآن مجموعة من التقنينات المنقولة نقلاً شبه حرفي عن التقنينات السويسرية الخالية بطبيعة الحال من أي أثر من آثار الشريعة الإسلامية ، مع أن الدول العثمانية هي التي كانت كانت في النصف الثاني من القرن الماضي لجنة من علماء الشريعة لوضع تقنين شرعي مدني يعمل به في أنحاءها ، وأتمت اللجنة تقنينها في المعاملات المدنية وحمل اسم « مجلة الأحكام العدلية » في آخر القرن التاسع عشر ، في مقابل اسم « مجموعة قانون نابليون » التي عمل بها من فاتحة القرن ذاته ، وذلك بعد أن عانت الإمبراطورية العثمانية « الرجل المريض » من تفاقم النفوذ الأوربي فيها وتسرب التشريعات الأجنبية إليها ، واستعلاء الأوربيين عليها بالامتيازات الأجنبية .

وقد ورثت مصر من « الرجل المريض » وباء الامتيازات الأجنبية ، وتسربت من جرائها التشريعات الفرنسية إلى قوانين البلاد ومحاكمها من عهد محمد علي حتى رزئت بنظام المحاكم المختلطة عام ١٨٧٥ في عهد اسماعيل ، واستعير لها « قانون نابليون » ذاته وسمى « القانون المختلط » . ولما قامت الثورة العراقية لتقاوم التدخل الأجنبي كان من قرارات الوزارة الوطنية ، وضع قانون مدني مطابق للشريعة الغراء ، نيط إنجازها بمحمد قلدري باشا وزير الحقانية حينذاك .

وكرثت مصر كارثة الاحتلال البريطاني عام ١٨٨٢ ، فطوى سجل التشريع الإسلامي طياً ، ونقل التشريع المختلط نقلاً ، وفرض على الأمة فرضاً في العام التالي دون إمهال . بيد أن قلدري باشا كان قد خلف وراءه أربعة مخطوطات هي : « مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان^(١) » و « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية » و « قانون العدل والإنصاف للقضاء في مشكلات الأوقاف » و « تطبيق ما وجد في القانون الفرنسي موافقاً لمذاهب أبي حنيفة » ، وجاء في مقدمة الكتاب الأخير أنه بيان المسائل الشرعية التي وجدت في القانون المدني مناسبة وموافقة لمذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة . هذا وتخضع الأحوال الشخصية وروابط الأسرة في معظم البلاد العربية لأحكام الشريعة الإسلامية . والقانون المدني العراقي ، شأنه في ذلك شأن

(١) يقع مرشد الخيران في ٩٤٦ مادة ، وهو أحكم صياغة من المجلة العدلية ، بيد أنه مثلها مقصور على فقه المعاملات في مذهب واحد كان مذهباً رسمياً في مصر وتركيا ، مع أن في تعدد المذاهب غناء وسعة .

القانون المدني المصري ، لم يتناول بالبحث الأحوال الشخصية وتركها للخضوع للأحكام الشرعية ، فصدر قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ (١) مشتملاً على أهم أبواب الفقه في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الجامعة لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والفقه والوصية والميراث (٢) . وهكذا تبنى الشريعة الإسلامية مصدرها أصلياً للقانون العراقي في مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالعراقيين المسلمين (٣) .

وثمة أحكام تميّزتها لجنة بوزارة العدل المصرية وصدرها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهي أحكام تُخبرت من المذاهب الأربعة في بعض مسائل الأحوال الشخصية .
وثمة أحكام أخرى تميّزتها لجنة الأحوال الشخصية بمصر من المذاهب الأربعة ، ومذاهب الصحابة والتابعين ، ومذهب الطبري ، ومذهب ابن حزم ومذهب الزيدية ، وأخذت فيها بمبدأ التلفيق ، ووضعها في مواد صدر بها قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

القانون والمجتمع العربي

١٤٥ - يهتم فقهاء العالم الإسلامي ، على اختلاف نزعاتهم ، بدراسة الخلفيات الاجتماعية للقانون الوضعي وما قد يمارسه على المجتمع من تأثير .
فبينما يؤمن بعض فقهاء القانون ذوي النزعة الماركسية بأن القانون كعبير عن إرادة الطبقة المسيطرة في المجتمع ، ليس في حقيقته سوى نتاج لظروفه المادية والاقتصادية المنعكسة على صراع الطبقات ، يهتم الفقهاء ذوو النزعة الإسلامية بدراسة الوظيفة الاجتماعية للقانون في ضوء سنة الرسول الكريم ، وما أثر عن فقهاء الشريعة في عصرها الذهبي من تعاليم تتلخّص في النظر إلى القانون

(١) عدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٣ .

(٢) الأستاذ علاء الدين خروقة ، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة

١٩٥٩ ، ج ١ عام ١٩٦٢ وج ٢ عام ١٩٦٣ .

(٣) وإذا كان المسلمون يخضعون في أحوالهم الشخصية ، للشريعة الإسلامية ، فغير مسلمين يخضعون في أحوالهم الشخصية لقوانين الدين الذي ينتمون إليه . أما الذين ليس لهم تعاليم خاصة فتطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية - أنظر ما سيأتي عند تكلمنا عن الدين كصدر رسمي أصلي للقانون في مسائل الأحوال الشخصية .

باعتباره وسيلة الوصول إلى مجتمع مثالي تسوده الرفاهية والعدالة على النحو الذي يتشده الإسلام . وتتفق المدرستان على أية حال في اعتبار التشريع وسيلة ناجمة من وسائل التغيير الاجتماعي الفعالة ، وقد التجأ إليه المشرع في جمهورية مصر العربية مراراً لتطوير هيكل المجتمع المصري استهدافاً للاشتراكية .

وتواجه معظم الدول العربية الإسلامية الكثير من المشاكل الناجمة من عدم تماشي قوانينها الوضعية مع ظروف مجتمعاتها الداخلية المعاصرة ، لا فرق في ذلك بين الدول التي احتفظت بالشريعة الإسلامية ، وتلك التي نقلت عن الدولة التي كانت تستعمرها تشريعاتها غير المتمشية مع ظروفها الخاصة . وإذا كان من الواضح أن القوانين المستوردة من أوروبا لا يمكن أن تسدّ حاجات مجتمع يختلف اختلافاً تاماً عن مجتمع الدولة المصدرة ، فإنه من الإنصاف أيضاً تقرير أنه على الرغم مما شهده المجتمع الإسلامي من التطورات العديدة خلال القرون الأخيرة ، فقد أبقى فقهاء الشريعة الإسلامية شريعتهم على حالها دون محاولة الاجتهاد في مواجهة الظروف الجديدة المتغيرة . والحق أن الشريعة الإسلامية بطبيعتها هي أكثر النظم القانونية مرونة وقابلية للتطور ، ولا يرجع ما أصابها من جمود إلى عيب ذاتي فيها ، ولكنه أحد مظاهر الانهيار في العالم الإسلامي والحضارة الإسلامية ، وتفرق المسلمين أحزاباً وشعباً بسبب الحكم والإمامة والسياسة ، مما أورثهم الوهن والخللان وتسلط أعدائهم عليهم وعلى ديارهم وأخذهم بنواصيهم ، فأمانوا فيهم أحكام ربهم وفرضوا عليهم شرائعهم التي لا تلائم فطرتهم ولا تقاليدهم ، هذا بالإضافة إلى هلاك أكثر التراث من المؤلفات الفقهية لعوامل وأسباب كثيرة ، والبقية الباقية منه إما حبيسة أو مكدّسة في أقبية المكتبات ودور الكتب ، مع أن فيها من المبسوطات والمختصرات ما له أرفع القيمة وعظيم النفع ، وإما منشورة بالطريقة البدائية التي تخلق الصعوبات لأهل هذا الفقه وغيرهم لبعدها عما وصل إليه العالم من طرق التحقيق والنشر . فالفقه الإسلامي أخرج ما يكون إلى بعث المقبور ، ومسيرة أحدث أساليب النشر ليصبح ميسوراً يسهل الوصول إليه لكل من يبتغيه .

وقد أدّى هذا الانفصال بين ظروف المجتمع الواقعية والقانون الوضعي المفروض عليه نتيجة الظروف الاستعمارية ، إلى أزمة قانونية تفرض على

المشروع والفقهاء تكريس الجهود لإعادة العالم العربي والإسلامي إلى وضع التوازن القانوني الذي افتقده طيلة عصور الانهيار والاستعمار . ويرتبط تحقيق هذه الغاية ، في رأينا ، بوجود مراعاة ظروف المجتمع الإسلامي الواقعية المتغيرة ، وبوجود الاحتفاظ بروح الإسلام وبالقيم الأساسية المرتبطة بحضارته ، والعمل على إحياء تراثه الفقهي المهدد من جميع نواحيه ، وتنقيته ونشره وفق أحدث أساليب النشر ليكون في متناول الفقهاء والمشتغلين وغيرهم^(١) ، ينهون من موارد ، ويثرونه باجتهاداتهم وبحوثهم ، يواجهون بها المحدثات من الوقائع والنوازل فيستنبطوا لها أحكامها مما أنزل الله وسنن رسوله واهتدى إليه أئمة الدين ، وليتخيروا من هذا كله أصول المسائل والقواعد الكلية التي يمكن أن تكون مصدراً أساسياً لأي تشريع يصدر في بلد إسلامي ، تحقيقاً لما نص عليه الميثاق من « تجلية مبادئ الشريعة الإسلامية لتكون مصدراً أساسياً للتقنين » . ومن التجلية والتوضيح صياغة المضامين في نصوص تجاري والقوانين ليعتمد عليها أو يعتمدها المشرعون والقضاة والمحامون ورجال القانون والمتعاملون كافة . وفي سبيل تحقيق هذا الهدف ، تألفت في المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية لجنة « تجلية مبادئ الشريعة لتكون مصدراً أساسياً للتقنين » ، واشترك فيها جماعة من أساتذة الشريعة والقانون ، وقبلها تألفت لجنة لموسوعة الفقه الإسلامي بُيّنت أهدافها وجميع ما يتعلق بها في المواد (٢٩ - ٣٣) من القرار الوزاري رقم ١ لسنة ١٩٦١ ، ثم تألفت في مجمع البحوث الإسلامية جماعة لتقنين الفقه ، وإنا نرجوا أن تعيد صياغته من شتى المذاهب ، مع وزن المعاملات المستحدثة بتوازن العرف الصحيح والمصلحة الإسلامية وأصل الإباحة أو الحرية ، وحيث تدخل جمهورية مصر عالم القانون المعاصر بتراث الفقه الإسلامي الزخار بالكنوز ، فلا تدخله شريكاً محدد

(١) قامت بحيدر آباد جمعية إحياء المعارف النهائية ونشرت سلسلة من مؤلفات محمد بن الحسن والصدر الشهيد والسرخسي . وقام بعض العلماء والموسرين من أهل نجد والحجاز بإحياء طاقة قيمة من المؤلفات الفقهية في مذهب أحمد ونشر بعض العثمانيين شيئاً من مؤلفات الفقه الزيدي ، كما نشر المرحوم الشيخ محمد بن يوسف اطفيش شرحه لكتاب النيل في فقه الإباضية .

أما جامعة القاهرة فكان حظها من ذلك أنها عنيت بإحياء كتاب الأصل لمحمد بن الحسن ، فأخرج الدكتور شفيق شحاته قسماً مشتملاً على البيع والسلم يقول إنه حققه وعلق عليه .

النصيب ، بل هي تتقدم والأمم جميعاً من ورائها ، نتقدم بالنهر الجاري الذي تسقى منه الحضارة بضعة عشر قرناً وستسقى منه كل القرون . أما الذين يعملون في حقوق القانون فطالّبون بأن يحرقوا الحقل الحصيد الذي هم فيه أصلاء لا دخلاء ، ليروا كم يستطيعون أن يكونوا تقديمين وعصريين بل سباقين في شتى الميادين^(١) .

خطة البحث

١٤٦ - نستفتح هذا الكتاب ببيان ماهية القاعدة القانونية بوجه عام ، ويقابلها في الشريعة الإسلامية كما ذكرنا ، الحكم الشرعي ، ثم نعرض لمصادرها وطرق تفسيرها ، ودور كل مصدر منها في القوانين المصرية وغيرها من القوانين الوضعية وننتهي ببيان أثر الجهل بالقاعدة القانونية أو الغلط فيها ، في مختلف التقنيات ، مع تخصيص موضعين مستقائين أحدهما للقاعدة الجنائية وأثر الجهل بها أو الغلط فيها على المسؤولية الجنائية ، وثانيهما للجريمة التأديبية .

(١) يقول المستشرق جب « إن اقتدار الثقافة الإسلامية الغنية على إضعاف ذكرى الثقافات الموروثة ومحوها في بعض الأحيان ظاهرة صحبت الإسلام ، فهي تكاد تلقى الناس ماضيهم كالمصريين ينسون القراعة ، والأتراك يذنون خاقاناتهم ويرجعون إلى العرب والخلفاء المسلمين الأولين يتخذون منهم أسلافاً روحيين » .

ويقول الدكتور محمد حسين هيكل « حاولت أن أنقل لأبناء لذي ثقافة الغرب المعنوية وحياتها الروحية لتتخذها جميعاً هدى ونبراساً ، لكنني أدركت بعد لأي أنني أضع البذر في غير منبتة فرأيت أن تاريخنا الإسلامي هو وحده الذي يثبت ويشعر » .

يقول ذلك عن التاريخ الإسلامي الذي صنعه الأمة ، فأباك بالفقه الإسلامي الذي صنع الأمة ، ومن صميمه انبثق تفكيرها كله وطرز حياتها ! لقد دانت أوروبا المعاصرة لليونان بالقليل الذي انحدر إليها من فلسفتهم ، ومدت أسيابها إلى الرومان بالفردية التي تسيطر على قانونها ، والروح الوثنية التي تتحكم في مجتمعاتها . لكنها إذا أخذت بأسباب الفقه الإسلامي ستحل مشاكل التطور التي عصفت رياحها بالعالم القريب منذ قرنين ، وما تزال تعصف . ويومئذ يكون بليلنا فضله : إنه مد الأسباب من الإسلام إلى تقدم البشرية ، وأقام الجسور بين المستقبل المأمول للحضارة العالمية وبين فقه الشريعة .

الباب الأول

القاعدة القانونية

رأينا أن القانون عبارة عن مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في الجماعة ، وأن هذه القواعد تختلف عن غيرها من القواعد الاجتماعية التي تحكم سلوك البشر مثل قواعد الأخلاق والدين ، وإن كانت هذه القواعد الأخيرة ذات أثر فعال في نشوء القواعد القانونية وتطبيقها لأن القانون هو من خلق الإنسان ، والإنسان يتأثر دائماً بما يمليه الدين الذي يسود المجتمع الذي يعيش فيه ، وبما تقتضيه الأخلاق السائدة في هذا المجتمع .

ونتكلم في هذا الباب عن القاعدة القانونية وخصائصها وأنواعها ومصادرها بصفة عامة ، مرجئين تفصيل بعض المصادر وطرق التفسير لحين التحدث عن أثر الجهل بالقاعدة القانونية في المسؤولية الجنائية ، وذلك تفادياً للتكرار .

ومن ثم فإن هذا الباب ينقسم إلى الفصول التالية :

الفصل الأول : خصائص القاعدة القانونية وأنواعها .

الفصل الثاني : مصادر القاعدة القانونية .

الفصل الثالث : مصادر القانون الدولي .

الفصل الأول

القاعدة القانونية وأنواعها

تعريف القانون (١)

١٤٧ - إن لفظ القانون ، في لغة الفلسفة ، معنى معيناً يشير إلى النظام الذي تسير عليه أمور الكون على نمط رتيب مطرد ، والذي يحتم أن يحدث أمر معين كلما توافرت ظروف خاصة . وفي هذا المصطلح يقال : قانون الجاذبية ، وقانون البقاء للأصلح . ولكل شيء ، في هذا المجال ، قانونه الذي يحكمه . فقانون الطبيعة هو القوة ، وقانون الأخلاق هو الخير ، وقانون المنطق هو الحق ، وقانون العدالة هو أن نحكم بين الناس بالقسط .

بيد أن لفظ القانون ، في لغة رجاله ، معنى آخر هو الذي يعنينا في هذا المقام ، فيعرف القانون في لغة رجال القانون بأنه « مجموعة القواعد التي تنظم العيش في الجماعة ، والتي يجب على الكافة احترامها ، احتراماً تكفله السلطة العامة ، بالقوة عند الضرورة » ، وهو التعريف الذي أوردناه في صدر التمهيد لهذا الكتاب .

ولكن كثيراً ما يضاف إلى هذا اللفظ صفة تُضيّق من معناه ، فلا يفيد القانون الموصوف بتلك الصفة مجموعة القواعد التي تلزم السلطة العامة

(١) حلل الأستاذ جيني **Geny** القانون إلى عنصرين أساسيين هما العلم والفن . فالعلم **Science** بالمعنى الواسع الذي يريد جيني ، هو المادة التي يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة . ووسيلة الكشف عن هذه المادة الأولية التي تتكون من حقائق الحياة ، هو العلم . أما الفن **Technique** فهو صياغة هذه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي ، أي معرفة إعداد القانون وتطبيقه . والفن القانوني بهذا المعنى إما أن يكون فناً تشريعياً أي وضع التشريعات الصالحة ، ويخضع هذا النوع من الفن القانوني إلى السياسة التشريعية ، وهي عبارة عن الهدف الذي يراد تحقيقه من كل تشريع . وإما أن يكون فناً تطبيقياً ، أي معرفة حقيقة الوقائع والمراكز وتكييفها ، وتطبيق القواعد القانونية المنطبقة عليها . ويلاحظ أن علم القانون هو من العلوم الاجتماعية التوجيهية **Sciences normatives** وليس من العلوم الاجتماعية الوصفية **Sciences descriptives** ، ذلك لأن علم القانون لا يفت عند دراسة ما هو كائن ، وإنما يجاوز ذلك إلى دراسة ما يجب أن يكون .

الأفراد باتباعها : وإنما جزءاً محدداً من هذا المجموع وفرعاً معيناً منه . فإذا قلنا « القانون الدستوري » مثلاً ، قصدنا به ذلك الجزء من القواعد القانونية الذي يحدد أسس نظام الحكم .

و« القانون الإداري » هو ذلك الفرع من القانون الذي يحكم علاقات الدولة ، بوصفها صاحبة السلطة ، بالأفراد .

وإذا ذكرنا « القانون الجنائي » عتينا به ذلك الجزء من أحكام القانون الذي يحدد الجريمة والعقاب .

بيد أن المعنى الأول ليس هو المعنى الوحيد للقانون ، لأن هذا اللفظ قد يفيد معنى آخر أخص . فكثيراً ما يقصد به بعض القواعد القانونية « بالمعنى الأول » التي تتميز بصدورها من السلطة التشريعية العادية ، أي تنشأ عن طريق التشريع العادي الذي هو أهم مصادر القانون على ما سيأتي . وفي هذا المعنى يُذكر قانون نزع الملكية للمنفعة العامة ، وقانون الإصلاح الزراعي ، وقانون الجامعات والمعاهد العليا ، وقانون العاملين المدنيين بالدولة .

تعريف القاعدة القانونية وخصائصها

١٤٨ - القاعدة القانونية هي قاعدة سلوك إجبارية تضبط النظام في المجتمع وتحكم الروابط بين الأشخاص . وأول ما يُستفاد من هذا التعريف أن القاعدة القانونية تفرض سلوكاً معيناً ، وأنها قاعدة اجتماعية . ومن هنا توصف بأنها قاعدة اجتماعية للسلوك . وقد يستفاد معنى السلوك من القاعدة القانونية صراحة ، إذا تضمنت إباحةً أو أمراً أو نهياً . من ذلك مثلاً القواعد التي توفر للأفراد الحريات العامة في المجتمع ، أو القواعد التي تجبر المدين على أداء ما التزم به ؛ أو القواعد التي تنهى عن القتل أو السرقة في صورة تقرير عقوبة على القاتل أو السارق .

وقد يُستخلص معنى السلوك من القاعدة القانونية ضمناً دون أن يوحى ظاهراً بأنها تفرض سلوكاً واجب الاتباع . ذلك أن بعض القواعد قد لا تتضمن إباحةً أو أمراً أو نهياً كما هو الحال في الأمثلة السابقة ، وإنما قد تقنع بتقرير أحكام معينة إذا توافرت الشروط المطلوبة . ومن ذلك القاعدة التي تقرر أن سن الرشد لكمال الأهلية هو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ، أو القاعدة التي تُحدد اختصاص المحاكم وتوزعه فيما بينها .

القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة (١) .

١٤٩ - كل قاعدة قانونية تستهدف غاية معينة ، وهي غاية عامة ومجردة : فلا تعنى بواقعة مقصودة لذاتها ، ولا تعنى بشخص معين بالذات ويتم تحقيق تلك الغاية بواسطة أداة قانونية ملائمة . وكلما كانت الأداة صالحة لإدراك الغاية ، يستقيم تطبيق القاعدة القانونية .

الفرض والحكم في القاعدة القانونية

١٥٠ - تتحامل القاعدة القانونية دائماً إلى فرض وحكم . والفرض هو المركز أو الوضع المجرد الذي تعالجه القاعدة القانونية . والحكم هو الحل الملائم الذي يتقرر لمواجهة الفرض عند تحققه في العمل . ففي المثال المتقدم بشأن الأهلية ، نجد الفرض في بلوغ الشخص إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ، والحكم هو اعتباره كامل الأهلية .

ومثل هذا التحامل قد لا يظهر بوضوح في بعض القواعد القانونية ، وبصفة خاصة تلك التي تقنع بوضع تعريف لنظام قانوني معين . فمثلاً النص القانوني الذي يتولى تعريف عقد البيع أو عقد الإيجار قد لا يُستخلص منه لأول وهلة فكرة الفرض والحكم .

ولكن التأمل فيه يفيد أن المقصود بالتعريف هو تقرير المشرع في نفس الوقت بأن كل وضع يصدق عليه وصف البيع أو الإيجار وفقاً للتعريف الوارد في النص ، يخضع لحكم القواعد الخاصة بهذه العقود . وكما سبق البيان يجب أن تكون الغاية عامة ومجردة ، كما يجب أن يكون الفرض عاماً ومجرداً .

والأصل أن صفة العموم في القاعدة القانونية هي ضمان ضد الانحراف والتحكم . فتجريد القاعدة من إشارتها شخصاً معيناً ، أو حماية وضع معين ، دليل على أنها منزّهة عن الهوى .

وهذه الصفة تميز القاعدة القانونية عن القرارات الفردية التي تنتج آثارها وتنقضي فور صدورها ، مثل قرار تعيين الموظف ، أو منح الجنسية لأجنبي ، أو إسقاطها عن أحد المواطنين . مثل هذه القرارات تنحسر عنها صفة القاعدة القانونية لأنها تخص شخصاً معيناً بالذات ، ولكنها تصدر تطبيقاً لقاعدة عامة

(١) الدكتور حسن كبره ، الموجز في المدخل للقانون ، ١٩٦١ ص ٩ .

غير شخصية . فتعيين الموظف يستند إلى قانون الوظيفة العامة ، ومنح الجنسية أو إسقاطها يكون وفقاً لقانون الجنسية .

ويكفل هذا التجرد والعموم الحد من إطلاق يد السلطة العامة في إصدار القرارات الفردية ، إذ المفروض أن تلتزم هذه السلطة فيما يصدر عنها ، حدود القواعد القانونية العامة والمجردة ، وفي هذا كله أوفر الضمان لتأكيد مبدأ سيادة القانون وتعزيز مبدأ شرعية السلطة .

ومن الواضح أن القاعدة القانونية العامة والمجردة توفر المساواة بين الناس أمام القانون . ومن هنا يرتبط وصف العموم والتجريد بفكرة العدل . وبذلك أيضاً يمثل وصف العموم والتجريد انتصاراً للأخلاق في إطار القانون . هذا ووصف العمومية في القاعدة القانونية ، لا يمنع من أن يكون خطابها مقصوراً على فئة معينة من الأشخاص^(١) ، أو مقيداً في الزمان^(٢) أو المكان^(٣) .

تنوع الجزاء المقترن بالقاعدة القانونية :

١٥١ - يختلف هذا الجزاء في قاعدة عنه في أخرى . وعلّة هذا الاختلاف أن الجزاء إن هو إلا وسيلة يُستهدف بها تحقيق غاية معينة ، هي ضمان احترام قاعدة القانون ، وقواعد القانون تتباين فيما تأمر به . وإذا اختلف الجزاء باختلاف القواعد القانونية ، فإن هذا الاختلاف يتركز في طبيعته وفي قوته^(٤) . فالخلاف في طبيعة الجزاء يأتي من اختلاف مضمون القواعد القانونية ، ومن وجوب أن يتناسب الجزاء مع ما تأمر به كل قاعدة . ولهذا يختلف جزاء قواعد القانون الجنائي عن جزاء قواعد القانون المدني . فجزاء القاعدة التي تحرم السرقة مثلاً هو الحبس ، حالة أن جزاء

(١) من ذلك القواعد القانونية التي تخص مهنة أو حرفة معينة كالمحاميين والأطباء والمعالج ، والقواعد التي تنظم مركز رئيس الدولة أو الوزراء ، لأن القاعدة في هذه الحالة تسرى على كل من يصبح رئيساً للدولة أو الوزراء . وينظر في هذه الحالات إلى الفرد بصفته لا بذاته .

(٢) من ذلك القوانين التي تصدر خلال فترة إعلان الأحكام العرفية والأحكام الانتقالية التي ترد في تشريع معين لمعالجة أوضاع مؤقتة أو زائلة .

(٣) من ذلك التشريعات التي كانت سارية في الجمهورية العربية المتحدة في أحد إقليمها دون الآخر .

(٤) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ١٩٦٥ ص ١٧ .

القاعدة المدنية التي تأمر المدين بأن يفي بالمدين المستحق عليه هو إمكان الحجز على أمواله واستيفاء الدين من ثمنها رهنماً عنه .

أما الخلاف في قوة الجزاء ، فردّه إلى اختلاف القواعد في أهميتها من حيث اتصالها بكيان المجتمع . فالقاعدة التي تحرم القتل أكثر خطورة من تلك التي تحرم السرقة ، ولذلك نرى جزاء الأولى يصل أحياناً إلى الإعدام . وإذا كان الجزاء يختلف في طبيعته وقوته باختلاف القاعدة القانونية التي تتضمنه ، إلا أنه يمكن رد كافة أنواعه بحسب وقت توقيعه والغاية التي يستهدفها إلى نوعين :

١ - جزاء يوقع قبل أن تقع مخالفة القاعدة القانونية ، ويسمى بالجزاء المانع Sanction preventive ، ومثاله محاولة رجال الشرطة بين الأفراد وبين مخالفة قواعد المرور أو التجمهر . وهذا النوع من الجزاء نادر في العمل .

٢ - الجزاء الذي يفرض بعد مخالفة القاعدة القانونية ، وتكون الغاية الأساسية من هذا الجزاء هي تأديب المخالف زجراً له وردعاً لغيره ، ولذا يسمى هذا النوع من الجزاء بالجزاء التأديبي Sanction repressive ، ومثاله الحبس الذي يوقع على السارق .

والجزاء أخيراً ينقسم إلى قسمين ، فإما أن يكون جزاء جنائياً أو مدنياً . فالجزاء الجنائي ، يأخذ صورة العقوبة ، مثل العقوبات الأصلية الواردة في قانون العقوبات ومنها الإعدام والأشغال الشاقة والحبس والغرامة .

والجزاء المدني يتعلّق بالذمة المالية للفرد ، والأمثلة عليه متعددة : فقد يكون الجزاء على الإخلال بالقواعد القانونية المدنية الحكم بالتعويض ، أي أن يلزم من أحدث ضرراً بالغير أن يدفع مبلغاً من المال لإصلاح هذا الضرر . وقد يتخذ الجزاء المدني أشكالاً أخرى غير الحكم بالتعويضات ، فالعقد الباطل لا ينعقد وعندئذ يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد . والمدين يُجبر على تنفيذ التزامه الذي تعهد به ، وإذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للمحكمة إلزامه بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن ظل على امتناعه^(١) .

(١) فالجزاء يتنوع وفقاً لطبيعة القاعدة القانونية وانتمائها إلى فروع القانون المختلفة ، فمثلاً يوجد ، إلى جانب الجزامين المدني والجنائي ، الجزاء الإداري الذي يتقرر عند الانحراف عن قواعد القانون الإداري .

القاعدة القانونية تحكم السلوك الخارجي للإنسان :

١٥٢ - رأينا أن القانون ينظم الروابط الاجتماعية بين الأفراد في المجتمع . ولكي يتدخل القانون لتنظيم تلك الروابط ، لا بد أن يكون ثمة مظهر خارجي . فالإنسان ما دام محترماً للقانون في سلوكه الظاهر فلا شأن للقانون به . ذلك أن القاعدة القانونية لا تُعنى بالمشاعر والأحاسيس التي لا تخرج عن مكونات النفس وموتمن التفاتات ، ولا تعرج حينئذ النية أو الضمير (١) . ولكن إذا صحب النية المجردة سلوكاً خارجياً ، تدخل القانون . ويخضع القانون بالنية المبيتة في بعض الأحيان ، فنراه يعاقب بالإعدام على جريمة القتل العمد مع سبق الإصرار ، فإذا لم تتوافر نية القتل أصلاً ، كأن دهم شخص بسيارته شخصاً آخر فقتله ، عوقب مرتكب الحادث بالحبس أو الغرامة عن جريمة القتل الخطأ .

أنواع القاعدة القانونية :

١٥٣ - رأينا أن القانون عبارة عن مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في الجماعة . والقواعد التي يتكوّن منها القانون ليست كلها من صنف واحد ، ولكنها تنقسم إلى أصناف متعددة . وقد جرى علماء القانون على تقسيمها إلى قواعد تتبع القانون العام وأخرى تتبع القانون الخاص ، وإلى قواعد أمرة أو ناهية وأخرى مقررّة أو مكثّلة أو مفسّرة ، وإلى قواعد مكتوبة وغير مكتوبة ، وإلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية .

القانون العام والقانون الخاص :

١٥٤ - إن وظيفة القواعد القانونية هي تنظيم العلاقات التي تقوم في

- واقتران القاعدة القانونية بالجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة هو الذي يميزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى كما ذكرنا في موضع سابق .

- ويجدر التنويه بأن احترام الناس للقانون لا يكون دائماً منبثقاً من خوفهم من العقاب ، بل قد يرجع إلى عوامل نفسية واجتماعية أخرى . ولا شك أن أفضل المجتمعات هي التي يخضع الأفراد فيها لحكم القانون بشعور ذاتي منبثق عن حب للنظام ، ووازع نفسي ينفر من الفوضى .

(١) وذلك على عكس الأخلاق ، فهي تعنى بالنوايا والبواصت ولو لم يصحبها سلوك خارجي ، وكذلك قواعد الدين التي تقرّر أن الأعمال بالنيات .

- وهذا الاختلاف بين القانون والأخلاق يؤدي إلى اختلافهما في النطاق ، فدائرة الأخلاق أوسع شمولاً من دائرة القانون ، وإن تداخلت الدائرتان في جزء كبير من محيطها - انظر الدكتور توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ١٩٦١ ص ١٩ .

المجتمع . وهذه العلاقات تتنوع بالنسبة للأشخاص الذين تقوم بينهم . فن تلك العلاقات ما يقوم بين فرد وآخر ، ومنها ما يقوم بين الدولة ودول أخرى ، أو بين الدولة وأحد الأفراد من رعايا الدول الأخرى . ووجود الدولة طرفاً في تلك العلاقات القانونية هو الأساس الذي تقوم عليه هذه التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص . فالقاعدة القانونية التي وُضعت لتحكم العلاقة التي تكون الدولة طرفاً فيها ، باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ، تدخل في القانون العام ، الذي يسميه البعض بالقانون الذي يستند إلى القوة Droit autoritaire أما القاعدة التي تحكم علاقة لا توجد الدولة طرفاً فيها ، أو وجدت الدولة فيها ولكن ليس بصفتها صاحبة السلطة والسيادة والسلطان ، فهي تتبع القانون الخاص الذي يسمى حينئذ بالقانون الذي يستند إلى المساواة Droit égalitaire .

وإذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مستقرة في الفقه ، فإن أهميتها ليست نظرية محضة ، بل هي عملية كذلك (١) . فالقانون العام ، وهو يحكم المسائل المتعلقة بالسيادة ، يضع تحت تصرف الدولة في العمل من الوسائل ما لا يخولها القانون الخاص للأفراد . ففرض تكاليف عامة على الأفراد ، أو الالتجاء إلى وسائل استثنائية قهرية تعيينها على تنفيذ ما تأمر به ، مما يدخل في اختصاص وظيفتها التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للجماعة ، كالتنفيذ المباشر دون الالتجاء إلى القضاء ، ونزع ملكية الأفراد جبراً عنهم للمنفعة العامة ، وغير ذلك من الامتيازات التي لا يستطيع الأفراد العاديون ممارستها .

ويرتب على ذلك أن علاقة الدولة بموظفيها تحكمها قواعد خاصة تختلف عن القواعد التي تحكم رب العمل بعالمه . كما تخضع العقود التي تعقدتها الإدارة ، غالباً ، لقواعد استثنائية ، تخالف القواعد العادية المقررة للعقود في القانون الخاص (٢) .

(١) الدكتور حسن تيمر ، المرجع السابق ص ٥١ - الدكتور حسن فرج ، المرجع

السابق ص ٢٥ .

(٢) تظهر فائدة التفريق بين القانون العام والقانون الخاص كذلك في الدول التي

يوجد فيها نوعان من المحاكم ، العادية والإدارية أو القضاء الإداري . ففي فرنسا مثلاً توجد =

هذا ويشمل كلا القانونين العام والخاص فروعاً عديدة . فالقانون العام ينقسم إلى قانون عام خارجي ويشمل القانون الدولي العام^(١) ، وقانون عام داخلي ويشمل القانون الدستوري والقانون الإداري ويلحق به القانون المالي ، والقانون الجنائي الذي يشمل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية . ويشمل القانون الخاص فروعاً أساسية خمسة هي : القانون المدني والقانون التجاري ، ويلحق به قانون التجارة البحري ، وقانون العمل وقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولي الخاص .

القانون الدستوري :

١٥٥ - القانون الدستوري هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يحدد نظام الحكم في الدولة ويبيّن السلطات العامة فيها ، ويوزع الاختصاصات فيما بينها ، ويحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين بعضها

محاكم إدارية على رأسها مجلس الدولة الفرنسي إلى جانب المحاكم العادية وتختص بالفصل في الخصومات الإدارية الناتجة عن مسؤولية الدولة والأشخاص الإدارية العامة الأخرى ، وتطبق على هذه المسؤولية قواعد القانون العام ، وبصورة خاصة قواعد القانون الإداري لا قواعد القانون الخاص .

(١) يسم القانون الدولي العام ، بصورة أساسية ، بتنظيم العلاقات بين الدول ، أو بالأحرى هو ذلك القانون الذي ينظم العلاقات بين أشخاص **Sujets** القانون الدولي - أنظر **Ch. Rousseau «Droit International Public» Sirey 1953 p. 7.** وينكر كثير من الباحثين على قواعد القانون الدولي العام اتصافها بصفة القانون ، ومنهم « أوستن » صاحب النظرية الوضعية في أساس القانون ، والتي تكفي باعتبار تلك القواعد من « الأخلاق الإيجابية » **Positive moral** . وهم يستندون في دعم مذهبهم إلى عدم وجود سلطة عليا فوق الدول تضع قواعد ذلك القانون ، ثم تتولى تنفيذها وتوقيع الجزاء على الدولة التي لا تحترمها . ومن أنصار هذا الرأي أيضاً ، **جلينك لاسون Jellinek-Lasson** في ألمانيا ، و**فيرنديير Ferrandiere** في فرنسا ، و**إدموند Edmunde** في الولايات المتحدة الأمريكية .

ويرد الفريق الذي ينادى بالصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام بأن وجود السلطة العليا لا يلزم لنشوء كل أنواع القواعد القانونية ، لأن التشريع ، كما سرى عند دراستنا لمصادر القانون ، ليس هو المصدر الوحيد للقانون . فالمعرف وسوابق القضاء برمادي العدالة ، كلها مصادر قانونية لها قيمتها . بل إن بعض النظم القانونية ، كالنظام الإنجليزي ، لا يزال يعتبر السابقة القضائية أهم مصادر القانون البريطاني . واتعدام القضاء لا يؤثر على وجود القانون ، فضلاً عن قيام محكمة العدل الدولية عام ١٩٤٥ ، وقراراتها القضائية واجبة التنفيذ ، شأنها شأن الأحكام الصادرة من المحاكم الداخلية .

البعض ، وينص على ما للأفراد من حقوق وحرريات عامة قبل الدولة والواجبات الأساسية التي تقع عليهم . وهو ، من حيث موضوعه ، يتضمن شكل الدولة : موحدة أو متحدة . جمهورية أو ملكية . وكذلك نوع الحكومة : برلمانية أو رئاسية .

ويبين القانون الدستوري كذلك توزيع السلطات في الدولة والعلاقة بينها ، وهي السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية^(١) .

وتنقسم الدساتير من حيث طريقة تعديلها إلى نوعين : دستور مرن ، وهو الذي يمكن تعديل أحكامه بنفس الإجراءات اللازمة لتعديل القوانين العادية ، أي دون اللجوء إلى إجراءات استثنائية^(٢) ، ودستور جامد ، وهو الذي يستلزم لتعديله إجراءات خاصة ، ولا يكفي لذلك صدور قانون عادي^(٣) .

القانون الإداري^(٤) :

١٥٦ - القانون الإداري هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي

(١) ويلاحظ أن مبدأ الفصل بين السلطات هو الذي يسود دساتير الدولة الحديثة .
(٢) وأكثر الدساتير مرونة هي الدساتير العرفية ، والدستور الإنجليزي ذو أكل نموذج للدساتير المرنة .

(٣) وينكر البعض على القانون الدستوري اعتباره قانوناً بالمعنى الصحيح ، لعدم وجود سلطة منظمة تكفل احترام قواعده وتوقيع الجزاء على من يخالف أحكامه - أنظر الدكتور سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٥٧ ص ٥٨ - الدكتور محمود جمال الدين زكي « دروس في مقدمة الدراسات القانونية » ١٩٦٤ ص ١٧١ .

ونحن نرى أن القانون الدستوري يستكمل كل مقومات القانون ، فمخالفة قواعد الدستور لا تخلو من رد فعل مادي يعتبر جزاء لها . بل إن هذا الجزاء يفوق في خطورته أي جزاء آخر يمكن أن يكفل احترام النظم والقواعد القانونية ، فحسب ثقة البرلمان من الحكومة التي تنتهك حرمة الدستور ، وإسقاطها ، أو ثورة الشعب التي تطيح بهذه الحكومة ، هو غير دليل على قوة الجزاء المرسل الذي تتمتع به قواعد القانون الدستوري - أنظر الدكتور علي محمد بدير ، المدخل لدراسة القانون ١٩٧٠ ص ٦٣ حيث يعتقد هذا النظر .

(٤) القانون الإداري وثيق الصلة بالقانون الدستوري ، فهذا القانون الأخير هو الذي ينظم السلطة التنفيذية من حيث تكوينها ووظيفتها ، ثم يأتي القانون الإداري بعد ذلك ليحدد كيفية سير تلك السلطة في أداء وظيفتها . ويصور الفقيه **بارتيلمي Barthelme** ، العلاقة بينهما بقوله : « إن القانون الدستوري يرينا كيف شيدت الأداة الحكومية وكيف ركبت أجزاؤها ، أما القانون الإداري فيبين لنا كيف تعمل تلك الأداة وكيف يشترك كل جزء من تلك الأجزاء » .

الذي ينظم الإدارة العامة والأشخاص الإدارية التي تتولاها ، ويحدد السلطات والحقوق التي لتمتع بها وتمارسها هذه الأشخاص الإدارية بقصد تسيير المرافق العامة ، وبعبارة أخرى فإنه يتكون من مجموعة القواعد والأحكام التي تهيم على تنظيم السلطة التنفيذية وأدائها الإدارية ، وتعيين اختصاصاتها وحدود شرعية تصرفاتها .

ويمكن إرجاع القواعد التي يتضمنها القانون الإداري ، من حيث الموضوع ، إلى تلك التي تتعلق بالأمور الآتية :

١ - تنظيم الأداة الحكومية من حيث نوع الخدمات التي تؤديها للأمة والتي تقوم بأداء كل منها إدارة خاصة ، مثل القضاء والدفاع والتعليم والصحة والمواصلات .

٢ - المرافق العامة القومية ، كمرافق الدفاع والأمن ، والمرافق العامة المحلية التي تهتم سكان منطقة معينة دون سواهم ، كتزويد سكان مدينة معينة بالماء وإنارة قرية بالكهرباء . ويسير بعض الدول في هذا الخصوص على نظام المركزية الإدارية ، بينما يتبنى البعض الآخر نظام اللامركزية الإدارية .

٣ - تنظيم العلاقة بين الإدارات المختلفة وبين موظفيها من حيث تعيينهم وترقيتهم وعزلهم ، وبصورة عامة من حيث حقوقهم قبل الإدارة وواجباتهم نحوها .

٤ - دراسة مسئولية الدولة عن أعمالها الإدارية ، أي الفصل في المنازعات التي تقوم بين الإدارة والأفراد .

٥ - دراسة الامتيازات والوسائل التي تسهل للإدارة أداء مهمتها لتحقيق المصلحة العامة ، فنظرية القرارات الإدارية والعقود الإدارية تحتل مركزاً مرموقاً في القانون الإداري .

٦ - القواعد التي تحدد أموال الدولة الخاصة ، أو الدومين الخاص ، وهي التي تملكها الدولة كما يملك الأفراد أموالهم وتنصرف فيها كما يتصرفون ، وتلك التي تحدد أموالها العامة أو الدومين العام ، وهي تلك المخصصة للمنفعة العامة والتي يحق للجمهور أن يستفيد منها في حدود ما يقضى به القانون .

القانون المالي

١٥٧ - ويسمى أحياناً التشريع المالي ، ويتضمن القواعد التي تنظم

مالية الدولة ، أي تلك التي تبين موارد الدولة - وأهمها الضرائب من مباشرة وغير مباشرة ، وكذلك ما تحصل عليه الدولة من أجور الخدمات التي تؤديها للأفراد ، أو ما يعود عليها من إيرادات أملاكها التي تستغلها كما يستغل الأفراد أملاكهم ، وطرق جباية هذه الموارد ، ثم تحديد أوجه الإنفاق وطريقته .

القانون الجنائي (١)

١٥٨ - هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يتكون من مجموعة القواعد الموضوعية التي تحدد ما يعتبر جرائم من الأفعال ، والعقوبة المقررة لكل منها ، والإجراءات التي تتبع في توقيع العقاب على المتهم إذا ثبت جرمه . ومن هذا يظهر لنا أن القانون الجنائي يتضمن قواعد موضوعية وقواعد إجرائية أو شكلية . فالقواعد الموضوعية تحدد الجرائم وتبين العقوبة لكل جريمة ، وقد استقرت تسمية هذه القواعد بقانون العقوبات . والقواعد الشكلية تنظم القضاء الجنائي واختصاصه ، وتبين كيفية تعقب المجرم والتحقيق معه ومحاكمته وتنفيذ العقوبة عليه ، وتسمى بقانون الإجراءات الجنائية .

القانون المدني

١٥٩ - يراد به مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة بين الأشخاص ، إلا ما يتناوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص ، أو بعبارة أدق ، هو الأصل الذي تنفرع عنه فروع القانون الخاص ، وخاصة القانون التجاري وقانون المرافعات . ويُطلق على القانون المدني الشريعة الأصلية أو الغالبة أو

(١) يرى بعض الفقهاء ، وخاصة فقهاء الألمان ، أن القانون الجنائي يدخل في نطاق دائرة القانون الخاص لا القانون العام . وحجتهم في ذلك أن معظم الجرائم تقع على الأفراد ، وتعدت بالدرجة الأولى ضرراً فردياً ، ويكون من شأن الشخص المتضرر المطالبة بحقوقه نتيجة التعدي الواقع عليه . ويرد على ذلك بأن الجريمة التي ينشأ عنها ضرر بأحد الأفراد ، يترتب عليه حق مطالبة المضرور للجاني بالتعويض الذي يخضع لأحكام القانون المدني ، ينشأ عنها أيضاً علاقة أخرى بين الجاني والدولة ، انطلاقاً من أن الجريمة التي تمس الفرد ، تمس في ذات الوقت الدولة نفسها التي من واجبها الأساسي استتباب الأمن والنظام ، وهذه العلاقة الأخيرة ، دون الأولى ، هي التي يدخل تنظيمها في القانون الجنائي . ولا أدل على أن القانون الجنائي من فروع القانون العام ، من أن المجنى عليه لا يملك الصفع عن الجاني بمجرد تنازله ، وإن نصت بعض مواد قوانين الإجراءات الجنائية على جرائم يصح التنازل عنها ، بيد أن الجريمة ، مع ذلك ، باقية وإن أسقط المجنى عليه حقه الشخصي .

العامة في الدولة . ويرتب على ذلك أن القواعد الأساسية للقانون الخاص التي تحكم كافة فروعها ، تُوضع عادة في المجموعات المدنية ، دون مجموعات الفروع الأخرى (١) . وإذا كانت قواعد فرع معين من القلة ، بحيث لا تدعو الحاجة إلى تجميعها في مجموعة مستقلة ، فإنها ترد عادة في القانون المدني (٢) . كما أنه إذا خلت فروع القانون الخاص الأخرى من قاعدة قانونية واجبة التطبيق ، أو تضمن حكماً لمسألة معينة ، وجب الرجوع إلى القانون المدني وتطبيق الحكم الذي يقضى به ، ما لم يتعارض هذا الحكم مع طبيعة القواعد التي يتضمنها الفرع الخالي من القاعدة القانونية التي تواجه النزاع أو الحالة المعروضة (٣) .

والعلاقات التي يهتم القانون المدني بتنظيمها بين الأفراد ، تنقسم إلى قسمين :
١ - العلاقات المتعلقة بالأسرة ، وتسمى الأحوال الشخصية Statut personnel لأنها تدور حول شخص الإنسان نفسه . والأصل أن القانون المدني هو الذي ينظم الأحوال الشخصية ، وهذا ما سارت عليه أغلب الدول . بيد أننا نجد في مصر أن ثمة قوانين خاصة بالأحوال الشخصية قنت خارج نطاق القانون المدني ، وقد سبق الإشارة إليها في التمهيد لهذا الكتاب . كما نجد في العراق القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٣ ، المسمى بقانون الأحوال الشخصية ، قد تناول بالبحث ، خارج نطاق القانون المدني أيضاً ، الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الجامعة

(١) فنجد القانون المدني العراقي مثلاً يتضمن باباً تمهيدياً ، خصص فصله الأول لتطبيق القانون ، والثاني للأشخاص : طبيعية ومعنوية ، والثالث للأشياء والأموال والحقوق . وتعتبر جميع هذه الأحكام مبادئ أساسية تسري على كل فرع من فروع القانون الخاص ، وقد فتتدها إلى فرع أو أكثر من فروع القانون العام .

(٢) وعلى هذا الأساس نجد القانون المدني العراقي يتضمن النصوص الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان والمكان (م ١٤ - ٢٣) ، كما يتضمنها القانون المدني المصري (م ٦ - ٢٨) وهي تعتبر من المبادئ الأساسية للقانون الدولي الخاص .

(٣) وهكذا نجد المادة الثالثة من قانون التجارة العراقي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ تنص على أن « يفصل في القضايا التجارية بموجب المنازلات المتغيرة قانوناً ، وعند عدم وجود مقابلة فبمقتضى قانون التجارة أو دلالته ، وفي حالة عدم إمكانية فصلها ، وفق ما تقدم ، فتراعى في ذلك المادة التجارية ، على أن ترجع للعادة المحلية أو الخاصة على العادة العامة ، وإذا لم توجد عادة تجارية فتطبق أحكام القانون المدني » .

لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والمراث . ونشير هنا إلى أن القواعد التي تتعلق بالأحوال الشخصية ، تستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ومن الفقه الإسلامي بالنسبة للمسلمين ، أما قضايا الأحوال الشخصية لغيرهم ، فتختص بالفصل فيها مجالس خاصة تطبق قواعد دياناتهم .

٢ - العلاقات المالية ، وتسمى بالأحوال العينية Statut réel وهي تضم كل ما يتصل بالمعاملات المالية بين الأفراد . وتشمل القواعد الخاصة بتحديد الأموال أنواعها وبيان الحقوق التي ترد عليها ، وهي الحقوق العينية ، والحقوق الشخصية ، والحقوق الأدبية .

القانون التجاري

١٦٠ - وهو ذلك الفرع من فروع القانون الخاص الذي ينظم العلاقات بين طائفة التجار والناشئة عن الأعمال التجارية . وهو يبين متى يعتبر الشخص تاجراً ، سواء كان فرداً أو شركة ، كما يبين الأعمال التجارية التي تسري عليها أحكام القانون التجاري . وينظم كذلك الشركات والعقود التجارية والأوراق التجارية التي غالباً ما تتخذ وسيلة للوفاء بالديون المترتبة على أعمال التجارة كالكمبيالات والشيكات والسندات ، وحالات توقف التجار عن دفع ديونهم ، وما قد يتبع ذلك من إشهار إفلاسهم .

القانون التجاري البحري (١)

١٦١ - وهو مجموعة القواعد التي تنظم التجارة عبر البحار . وهذا الفرع من فروع القانون كان إلى وقت قريب ، ولا يزال في بعض الدول ، يُلحق بالقانون التجاري . ولكن نظراً لاتساع أهمية نشاط التجارة البحرية ، فقد ظهرت مبادئ أساسية يلزم اتباعها لتنظيم هذا النوع من التجارة . وقد اتسع نطاق تطبيق هذه المبادئ والأسس ، وأضحت « السفينة » ذاتها هي المحور الذي تهدف إلى تنظيمه تلك القواعد والأسس فتراها تهتم بدراسة طبيعتها القانونية وجنسياتها وملكيته وتسجيلها وكيفية الحجز عليها . وكون تلك السفينة معرضة لأخطار جسيمة ، وكذلك وجودها في أغلب الأوقات بعيدة عن

(١) الدكتور ثروت عبد الرحيم « مبادئ القانون البحري العراقي » ١٩٦٩ .

صاحبها ، أدت إلى انفصال القانون البحري عن القانون التجاري العادي أو البري .

ويهتم القانون البحري أيضاً بدراسة أشخاص الملاحة البحرية ، مثل مسئولية مالك السفينة والربان وبجارة السفينة ، وبال عقود التي تتعلق بالتجارة البحرية ، كعقد الشحن وعقد التمثل البحري والقرض البحري والتأمين على السفن والبضائع (١) .

قانون العمل (٢)

١٦٢ - وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات والروابط التي تنشأ بين العمال وأصحاب الأعمال ، بمعنى أن موضوع قانون العمل هو العلاقات القانونية التي تنشأ عن العمل التابع ، أي العمل الذي يكون الملزم بأدائه ، وهو العامل ، في أثناء تأديته ، تابعاً لصاحب الحق فيه ، وهو رب العمل ، وخاضعاً لإشرافه . وقانون العمل ، كفرع مستقل عن فروع القانون ، حديث النشأة ، فقد خلقت الثورة الصناعية التي حدثت في العالم عقب استعمال الآلات الحديثة ، طبقة جديدة في المجتمع هي طبقة العمال ، وأدت ظهور الإنتاج الكبير ، الذي ضاعف من قوة صاحب العمل ، بقدر ما زاد

(١) من الجدير بالذكر أن تشير إلى أنه لا توجد في العراق محاكم خاصة تسمى « المحاكم التجارية » لتفكر شئون التجارة والمعاملات التجارية ، وإنما ينظر القضاء المدني العادي في المسائل التجارية الناشئة عن الدين التجاري والتأمين البحري وغير ذلك من العقود والتصرفات التجارية ، بينما تنظر هذه المسائل في مصر محاكم تجارية أنشئت بقرار من وزير العدل .

(٢) قانون العمل المعمول به حالياً في جمهورية مصر هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، وقبله القانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥٢ . أما في العراق فقد صدر قانون العمل رقم ١ لسنة ١٩٥٨ ، وقبله كانت علاقات العمل خاضعة لبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد . ثم عدل ذلك القانون بالقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٦٤ الذي قرر مبدأ مساهمة العمال والموظفين في أرباح الشركات والمشاريع الصناعية ، والقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٦٤ المتعلق بمشاركة العمال في مجالس إدارة الشركات الصناعية المساهمة والمشاريع الصناعية التابعة للمؤسسة الاقتصادية ، ثم قانون المؤسسة الثقافية العمالية رقم ٩٦٢ لسنة ١٩٦٤ . وإلى جانب ذلك صدر في العراق أيضاً قانون إلزام أصحاب المشاريع الصناعية ببناء مساكن العمال ، وهو برقم ٨٤ لسنة ١٩٥٨ ، كما صدرت في العراق ومصر قوانين للتأمينات الاجتماعية ، الأمر الذي أدى إلى استقلال قانون العمل ، وتدريبه ككافة مستقلة .

في ضعف العامل ، إلى ظهور قانون خاص لتنظيم علاقات العمل ، يحمل طابع الحماية للطبقة العاملة .

وقد أدت تطوّر قانون العمل إلى أن يحتل القانون العام مكاناً هاماً فيه بسبب تزايد تدخل الدولة في تنظيم علاقات العمل ، بما لها من سلطة أمره من جهة : كما في تنظيم العمل ، والتحكيم في منازعات العمل الجماعية ، وإنشاء مكاتب حكومية لتشغيل العمال ، أو عن طريق تقرير عقوبات جنائية على مخالفة أحكام قانون العمل ، وبسبب تأثير نظريات القانون العام ومبادئه في نظم قانون العمل من جهة أخرى : كما في عقد العمل المشترك الذي تأثر تكييفه بنظرية المركز القانوني المعروفة في القانون الإداري ، كما أوحى قواعد الوظيفة العامة بالأخذ ببعض أحكامها في قانون العمل : كعدم جواز الحجز على الأجور إلا في حدود شروط معينة . وبالإضافة إلى هذه النتائج التي ظهرت كأثر لتدخل الدولة ، فتمت ظاهرة أخرى برزت إلى السطح ، تلك هي إعطاء بعض الجماعات الخاصة صفة الهيئات العامة . فالتقابات العمالية أخذت تساهم في تنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية (١) :

وقد كان موقف الفقه الأجنبي ، ولا يزال ، غير حاسم في تحديد معنى تطور قانون العمل . فبينما يذهب البعض ، وعلى الأخص الفقهاء الإيطاليون ، إلى أن قانون العمل ، بالرغم من ذلك التطور ، ما برح فرعاً من فروع القانون الخاص : إذا بالفقهاء الألمان والفرنسيين يميلون إلى اعتبار قانون العمل فرعاً من القانون العام . وذهب فريق آخر إلى القول بأن قانون العمل قد أدت إلى ضعفة الأسس التي يقوم عليها التقسيم التقليدي للقانون إلى عام وخاص ، وأن ثمة قسماً ثالثاً للقانون أطلقوا عليه اسم « القانون الاجتماعي » (٢) .

(١) أنظر الدكتور علي محمد بديو ، المرجع السابق ص ٨١ - الدكتور محمد جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص ١٨٤ - الدكتور حسن كبره ، المرجع السابق ص ٦١ .
(٢) يقصد بعض الفقهاء بالقانون الاجتماعي تلك القواعد التي تهدف إلى تنظيم الحياة الاقتصادية والمهنية ، أي التجارة والصناعة والعمل . وهم يقررون أن لهذا القانون خصائص منها أنه حديث النشأة ، وجماعي الطابع ، وأنه تضامني . ويشمل الفروع التالية :
١ - التشريع الاقتصادي : ويعرف بأنه مجموعة النصوص القانونية التي تحكم تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية من أجل الحفاظ على مصالح الاقتصاد القومي . ٢ - قانون العمل : وهو -

قانون المرافعات المدنية والتجارية :

١٦٣ - من المبادئ الأساسية التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم في المجتمعات الحديثة ، مبدأ عدم جواز أن يتقاضى الفرد حقه بنفسه ، إذا ما قرر القانون له حقاً ونازعه فيه فرد ، بل يجب عليه الالتجاء إلى السلطة العامة لحماية هذا الحق ، كما يتعين عليه أن يسلك سبيلاً معيناً عندما يطلب عون السلطات العامة لتحقيق غايته ، ويكون ذلك برفع الدعوى إلى القضاء . وكيفية رفع الدعوى ، وبيان المحكمة المختصة ، وكيفية سير المرافعة ، وإصدار الأحكام والظعن فيها ، ثم اتخاذ إجراءات تنفيذها ، كل ذلك يبيته قانون المرافعات المدنية والتجارية الذي يمكن تعريفه بأنه « مجموعة القواعد التي تنظم الإجراءات اللازم اتباعها لتطبيق أحكام القانون المدني والقانون التجاري » . فهو ينطوي على قواعد شكلية ، شأنه في ذلك بالنسبة إلى القانون المدني والتجاري ، شأن قانون الإجراءات الجنائية بالنسبة إلى قانون العقوبات (١) .

القانون الدولي الخاص :

١٦٤ - في كل نزاع يثور ، بشأن علاقات ذات عنصر أجنبي ، يتحتم علينا ، ونحن بسبيل الفصل فيه ، أن نعرف أولاً المحكمة المختصة بنظر مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التي تنشأ بين المشروع وأصحاب الأجور الذين يملكون فيه . ٣ - قانون الضمان الاجتماعي : وهو مجموعة القواعد التي تهدف إلى تنظيم حماية الفرد ضد جميع المخاطر التي قد يتعرض إليها الإنسان ، عن طريق تضامن عام وإجباري .

أنظر حول هذا الموضوع "Introduction à La Science du Droit" Pascatore P. 20-25 Luxembourg 1960.

(١) تحتل القواعد الإجرائية بوجه عام ، والقواعد الإجرائية في المواد المدنية والتجارية بوجه خاص ، أهمية قصوى في الفكر القانوني وفي العمل القضائي على وجه الخصوص باعتبارها التي تتولى تحديد وسيلة اتصال القضاء بالمنازعات وسبيله إلى تحرى الحق ثم إقراره ، وهو غاية ما يستهدفه كل قانون .

- والقانون المعمول به الآن في جمهورية مصر هو القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، ويقابله في العراق القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ ، وإن كان المشرع العراقي قد أدرج بعض أحكام التنفيذ في قانون خاص ، يسمى بقانون التنفيذ ، وهو القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٧ . أما البعض الآخر من القواعد والأحكام التنفيذية ، فقد نص عليها المشرع العراقي في قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية . وعلى ذلك فإذا لم يوجد نص في قانون التنفيذ في موضوع معين ، وجب الرجوع إلى أحكام أصول المرافعات المدنية والتجارية .

هذا النزاع ، هل هي المحكمة الوطنية أو الأجنبية ؟ ثم يتعين بعد ذلك أن نعرف القانون الذي يحكم هذا النزاع ، هل هو القانون الوطني أو القانون الأجنبي . والقواعد التي ترشدنا إلى المحكمة المختصة ، وتلك التي تهدينا إلى القانون الواجب التطبيق ، هي التي يتكون من مجموعها القانون الدولي الخاص الذي هو قانون وطني برغم ما تشعر به تسميته من كونه دولياً . والأحكام التي تدخل في صميم دائرة هذا القانون لا تحسم النزاع الذي يثور بشأن العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، وإنما مهمتها مقصورة على بيان ما إذا كان الاختصاص بنظر النزاع معقوداً للمحكمة الوطنية أولاً ، ثم ما إذا كان محكوماً بقواعد القانون الوطني أو تحكمه قواعد قانون دولة أخرى . فقواعد القانون الدولي الخاص أقرب إلى القواعد الشكلية منها إلى القواعد الموضوعية .

القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

١٦٥ - يضع القانون ، في تنظيمه للمجتمع ، قيوداً على حريات الأفراد ونشاطهم . بيد أنه لا يسلك هذا السبيل بصورة مطلقة ، بل يترك لهم قدراً من الحرية في تنظيم علاقاتهم بالغير . وهكذا تنقسم القواعد القانونية ، من حيث قوة عنصر الإلزام فيها ، إلى قسمين : قواعد أمرة Régles impératives أو ناهية Prohibitives وقواعد مكملة أو مقررة déclaratives أو مفسرة Interpretatives أو متممة .

ويقصد بالقاعدة القانونية الآمرة كل قاعدة يمنع الاتفاق على خلاف ما جاء فيها من أحكام ، فهي قاعدة مطلقة التطبيق ، وخطابها إلى الأفراد مطلق ، وحريةهم في استبعاد تطبيقها منعدمة ، مثل القواعد الخاصة بتحديد سعر الفائدة ، وتلك التي تحدد المحرمات من النساء ، أي تمنع الأفراد من مخالفتها بالزواج من إحداهن .

أما القاعدة القانونية المكملة ، فهي القاعدة التي يترخص فيها للأفراد استبعاد تطبيق أحكامها والاتفاق على عكس ما جاء فيها ، فإن حصل مثل هذا الاتفاق استبعد حكمها ، فهي قاعدة نسبية التطبيق ، وخطابها إلى الأفراد نسبي ، وحريةهم في استبعاد تطبيقها موفورة . فالقاعدة القانونية التي تلزم المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية في العين المؤجرة أثناء عقد

الإيجار ، تعتبر قاعدة مكتملة لإرادة الأفراد ، وهي لا تنطبق إلا إذا لم يكن ثم اتفاق مخالف بين المتعاقدين اللذين يحمل لهما استبعاد تطبيقها ، والاتفاق على تحميل المستأجر مسئولية هذه الترميمات (١) .

ولا شك أن القواعد القانونية المتصلة بالنظام العام هي كلها قواعد أمرة ، وتتصل أكثر قواعد القانون العام ، بحكم طبيعتها ، بالنظام العام ، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على استبعاد أحكامها بإرادة الأفراد .

وتزايد القواعد القانونية المتصلة بالنظام العام في نطاق القانون الخاص في ظل النظام الاشتراكي ، وتبعاً تكثر القواعد القانونية الأمرة . بيد أن ذلك لا يبرر اعتبارها من قواعد القانون العام ، بل تظل في نطاق القانون الخاص ما دامت تحكم حالة الأشخاص وتنظم الروابط بينهم ، وما دامت الدولة بوصفها سلطة عامة تظل بمنأى عنها ولا تكون طرفاً فيها .

التمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكتملة أو المقررة

١٦٦ - معيار التفرقة بين نوعي القواعد هو معيار مزدوج ، أولها مادي أو شكلي أو لفظي ، وثانيهما معنوي . أما المعيار المادي فإنه يمكننا من الاهداء إلى نوع القاعدة بالرجوع إلى مادة القاعدة القانونية ذاتها ، فإذا تبيّن من عبارة النص عدم جواز الاتفاق على مخالفة حكمه ، كانت القاعدة أمرة (٢) ، أما إذا أفادت صحة هذا الاتفاق ، كانت مكتملة أو مقررة . وقد لا تسعفنا صياغة النص في استخلاص الصفة الأمرة أو المكتملة للقاعدة القانونية ، وحينئذ لا مناص من استكناه معنى النص أو مضمونه ، لا لفظه ، ومن هنا كانت تسمية هذا المعيار بالمعيار المعنوي . فإذا أفاد معنى نص معين أن القاعدة التي يتضمنها لا

(١) ومثال ذلك في القانون المدني العراقي ، وجوب أداء الثمن في المكان الذي يسلم به المبيع ، فيصح أن يتفق البائع والمشتري على أداء الثمن في المكان المشروط في العقد (م ٥٧٣) ، ووجوب تسليم المشتري الثمن معجلاً ، أي قبل استلامه المبيع ، فيجوز اتفاق البائع والمشتري على أن يكون الوفاء بالثمن مؤجلاً بعد استلام المبيع ، كما يجوز اشتراط تقسيط الثمن (م ٥٧٤ ، ٥٧٥) . ويطلق على هذا النوع اسم القواعد المفسرة ، على أساس أن سكوت الأفراد عن النص على حكم مخالف لها ، يفسر على أن نية المتعاقدين انصرفت إلى تطبيق حكم القاعدة .

(٢) ويبرر المشرع عن ذلك بأي لفظ يؤدي إليه ، كأن يفصح عن أن الخروج عن القاعدة يعتبر باطلاً ، أو يضع الله وص في صيغة الأمر أو النهي .

يصح الاتفاق على خلافها ، كانت القاعدة أمرة ، وإن أفاد العكس كانت القاعدة مقررة أو مكتملة . وهذا المعيار وإن كان ليس حاسماً كالمعيار المادي ، بل هو تقديري ومرن ، إلا أنه يساعد إلى حد بعيد على تحديد نوع القاعدة . فإذا أفاد معنى النص أن حكمه ينظم علاقة تمس كيان الجماعة أو مصلحة من مصالحها الأساسية ، لم يصح الاتفاق على مخالفة القاعدة التي يتضمنها ، وكانت هذه القاعدة بالتالي أمرة . أما إذا أفاد معنى النص تنظيم علاقة خاصة بالأفراد ، بما ليس فيه مساس بكيان الجماعة أو بإحدى مصالحها الأساسية ، صح الاتفاق على خلاف حكمه ، وكانت القاعدة التي يتضمنها هي قاعدة مقررة أو مكتملة . وما يتصل بكيان الجماعة أو بكيان الدولة أو بمصلحة من مصالحها الأساسية ، يطلق عليه «النظام العام والآداب» . وعلى ذلك فكل ما لا يتصل من القواعد بالنظام العام وبمحسن الآداب ، قواعد مكتملة أو مقررة .

النظام العام L'ordre Public

١٦٧ - هو كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها التي يلزم تحقيقها حتى تسرف في طريق التقدم والرفق ، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية . وفكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف من بلد إلى آخر ، كما تختلف في البلد الواحد باختلاف الأمكنة والأزمان . فتعدد الزوجات ، مثلاً ، يقع مخالفاً للنظام العام في البلاد الأوربية ، ومن ثم يقع باطلاً كل اتفاق يستهدف هذا التعدد . ولكن تعدد الزوجات مسموح به في كثير من الدول الإسلامية بالنسبة للمسلمين . ونظام الرق كان مسموحاً به إلى وقت ليس بعيد في كثير من الدول ، في حين أنه محرم اليوم في أغلبها .

ويمكن القول بأن جميع القواعد القانونية التي تدخل في نطاق القانون العام ، تتعلق بالنظام العام . وكذلك قواعد القانون الخاص التي تنظم الأحوال الشخصية ، لأن الفرد والأسرة يكونان الأساس الذي يقوم عليه كيان المجتمع ، أما قواعد القانون الخاص التي تنظم الأحوال العينية أو المعاملات ، فإن معظمها يخرج عن نطاق النظام العام ، ومن ثم فهي قواعد مقررة تجوز مخالفتها . وما هو جدير بالملاحظة ، أن نطاق النظام العام آخذ في التوسع . ولعل

مرجع ذلك هو توغل المبادئ الاشتراكية في أرجاء المعمورة ، مما تآدى عنه بالضرورة ضعف المذهب الفردي الذي كان سائدا حتى القرن التاسع عشر ، وهكذا أصبحت اليوم أشياء كثيرة ، كانت حتى الأمس القريب في مجال سلطان الإرادة ، معدودة من مقومات كيان الجماعة الأساسية . والقضاء في كل بلد هو الذي يحدد ، في القضايا التي تطرح عليه ، ما يُعد من النظام العام وما لا يُعد^(١) .

حسن الآداب Bonnes moeurs

١٦٨ - ويقصد بها قواعد الأخلاق التي تسود في أمة معينة في وقت معين . فهي مجموعة من القواعد ، وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها ، طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس ، وللدين تأثير كبير في تكييفه^(٢) .

القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية

١٦٩ - تنقسم القواعد القانونية بحسب موضوعها ، إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية . والقواعد الموضوعية هي التي تحدد الحقوق والواجبات ، كأغلب قواعد القانون الدولي العام والقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي وقانون العقوبات والقانون المدني والقانون التجاري . أما القواعد الشكلية فإنها تبيّن الإجراءات التي يجب التوسّل بها ، إما لحصول الشخص على حقه ، كما هو الحال بالنسبة إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وإما لعقاب المجرم ، كما هو الحال بالنسبة إلى قانون الإجراءات الجنائية ، وإما لتعيين المحكمة التي تنظر النزاع المشوب بعنصر أجنبي ، أو لتحديد القانون

(١) يلاحظ انعدام القواعد المنضبطة التي يمكن الاستدعاء بها في تقرير ما يصح اعتباره من النظام العام وما هو خارج عن نطاقه .

(٢) الدكتور السهوري « الوسيط في شرح القانون المدني » ج ١ ، ١٩٥٢ ص ٤٠٠ . وانظر في هذا المرجع تفصيلاً ، الاتفاقات المخالفة للنظام العام والآداب .

- وقد نصت الفقرة (أ) من المادة ١٣٢ من القانون المدني العراقي على أنه « يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام والآداب » .

الواجب التطبيق على هذا النزاع ، كما هو الحال بالنسبة إلى قواعد القانون الدولي الخاص .

القواعد المكتوبة وغير المكتوبة

١٧٠ - تنقسم القواعد القانونية بحسب ما إذا أفرغت في محررات تتضمنها إلى قواعد مكتوبة أو مسطورة ، وقواعد غير مكتوبة أو غير مسطورة ، ويطلق على مجموع القواعد الأولى « القانون المكتوب Droit écrit » كما يطلق على مجموع القواعد الثانية « القانون غير المكتوب Droit non écrit » . ومثال الأولى قواعد التشريع ، ومثال الثانية قواعد العرف وقواعد القانون الطبيعي^(١) .

وأهمية التفرقة بين هذين النوعين من القواعد إنما تظهر ، بصورة خاصة ، بالنسبة إلى تفسير القانون : فالتفسير لا يمكن أن يُتصور إلا في القواعد المكتوبة ، لأنه يقوم على استخلاص المعنى من بين طيات الألفاظ التي أريد بها التعبير عنه ، أما القواعد غير المكتوبة فلا تعدو أن تكون مجرد معنى يستقر في الأذهان ، دون أن يرد في عبارات خاصة^(٢) .

(١) على أنه يجب ألا يفهم من هذا أن قواعد العرف مثلا ، وهي قواعد غير مكتوبة ، لم تفرغ في محرر أبداً ، وإنما المراد أن السلطة التي خلقتها ، وهي المجتمع ، لم توردها لنا في الشكل الكتابي .

(٢) كانت فرنسا ، حتى مطلع القرن التاسع عشر ، مقسمة إلى أجزاء أو أقاليم من الناحية القانونية ، ويخص كل منها إلى قانون خاص به . فكانت الأقاليم الشمالية تخضع لقوانين مستمدة من العرف ، ولذلك أطلق عليها بلاد العرف Pays de coutume ، أما الأقاليم الجنوبية فكانت ، بسبب قربها من روما ، تخضع لقانون مستمد من القانون الروماني ، لذلك سميت ببلاد القانون المكتوب . وفي عام ١٨٠٤ ، وحد نابليون القانون المدني في فرنسا كلها ، وجمع أحكامه في مجموعة أطلق عليها مجموعة نابليون Code Napoleon .

ومنها جمهورية مصر العربية بطبيعة الحال ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني المصري على أنه « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

وبين من هذا النص أن التشريع هو الدليل الأول من أدلة القواعد القانونية ، يليه العرف كمصدر عام احتياطي لا يلجأ إليه إلا حيث يوجد فراغ تشريعي ، فإذا تخلف كلا التشريع والعرف ، تعين الالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، وعند عدم وجودها يحكم القاضي بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وهو إذ يرجع إلى تلك القواعد وهذه المبادئ ، يقتصر عمله على سد الفراغ في الأدلة أو المصادر ، ولا يمتد سلطانه لغبر النزاع المعروض عليه ، ذلك أن القضاء ، على ما ذكرنا ، لا يملك في مصر تقرير القواعد القانونية كما هو الحال في البلاد التي تأخذ بنظام السوابق القضائية .

١٧٢ - ونشير في هذا المقام إلى أن القانون المدني في مصر ، لظروف تاريخية خاصة سبق أن ألحنا إليها ، اقتصر على وضع القواعد القانونية التي تخص المعاملات المالية ، بينما ظلت قواعد الأحوال الشخصية بمأى عن القانون المدني ، على خلاف السائد في الدول الأجنبية . وكانت الشريعة الإسلامية الغراء أهم مصادر القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وإذا تجاوزنا عن بعض ما يخص غير المسلمين من هذه القواعد التي كانت تتنوع ، ليس وفق أديان الخصوم فقط ، بل أيضاً حسب الملل التي يعتنقونها . ثم أخذت أهمية الشريعة الإسلامية ، والأديان الأخرى ، في التضاؤل بعد أن بدأ التشريع يتدخل لوضع قواعد قانونية في بعض مسائل الأحوال الشخصية ، ومن ثم أصبح نطاق الدين مقصوراً على ما تبقى من مسائل الأحوال الشخصية بلا تنظيم تشريعي ، ففي هذا النطاق الوحيد والمحدود ، لا يزال الدين مصدراً مباشراً أصلياً للقاعدة القانونية .

ونتكلّم فيما يلي عن الأدلة العامة للقانون المصري ، وفق تدرج أهميتها ،

الفصل الثاني

مصادر القاعدة القانونية

١٧١ - نقصد بالمصادر هنا وسيلة التعبير القادرة على إكساب القاعدة القانونية قوتها الملزمة للجماعة ، وهذا المصطلح هو الدارج في الفقه القانوني ، وإن كنا نفضل أن نستبدل به « أدلة الأحكام القانونية » (١) . ونبادر إلى القول بأن الفقه لا يعتبر بوجه عام مصدراً للقاعدة القانونية ، كما لا يعتبر القضاء مصدراً كذلك في الدول التي لا تأخذ بنظام السوابق القضائية (٢) ،

(١) وهذه التسمية مستمدة من أصول الفقه ، بدءاً عن استعمال عبارات المجازية ، لأن استعمال تعبير مصدر في هذا المقام هو من قبيل المجاز . وقد ذكرنا في الكتاب الأول أن الدليل الشرعي في اصطلاح الأصوليين هو ما يستدل بصحيح النظر فيه على حكم شرعي على - أنظر بدران أبو العنين بدران ، أصول الفقه ١٩٦٢ ، ص ٣٤ - د . محمد طلعت الفينسي ، الأحكام العامة في قانون الأمم ص ٣٥٢ .

(٢) يقوم القانون الإنجليزي بصفة أصلية على القواعد المستخلصة من السوابق القضائية . فالقضاء يهض مصدراً هاماً من مصادر هذا القانون . ومن المعلوم أن القانون الإنجليزي يستقى بعض قواعده في حدود قليلة من التشريع ، وهذا هو القانون المكتوب ، ويستمد الأغلب الأعم من قواعده مما يسمى بالقانون الشائع Common Law الذي يتكون بصفة خاصة من السوابق القضائية .

- وكل ما يمكن أن يقوم به القضاء في مصر هو أن يكون مرجعاً تفسيريّاً ، وإن كان يحدث في العمل أن المحاكم تتأثر هادة بالمبادئ التي تقررها محكمة النقض ، ومرد ذلك إلى منزلة هذه المحاكم الأدبية من ناحية ، وإلى سلطتها في نقض الحكم المخالف لتطبيق الصحيح لقواعد القانون من ناحية أخرى . ونحن إذا نظرنا إلى سلطة محكمة النقض في إلزام محكمة الموضوع ، نجد أن هذا الإلزام نسبي يقتصر على النزاع الذي طرح أمامها فقط ولا يمتد إلى المنازعات المستقبلية . ويظهر ذلك من نص المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام النقض التي تقضى بأنه في حالة نقض الحكم وإحالة القضية إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيها من جديد ، يتحم على هذه المحكمة أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة الأخيرة . فهو بهذه المثابة يعتبر إلزاماً نسبياً لا يرقى برأى محكمة النقض إلى القاعدة القانونية الملزمة التي يجبه اتباعها في المنازعات المستقبلية .

وهي التشريع والعرف ومبادئ الشريعة ، ثم الدين فيما بقي له من ولاية ، ثم مبادئ القانون الطبيعي . وقواعد العدالة ونفرد فصلاً أخيراً في أدلة الأحكام القانونية الدولية لتمييزها عن أدلة القانون عموماً ، ولاختلاف الفقهاء حيالها تبعاً لاختلافهم في تحديد مصدر القانون الدولي^(١)

١ - التشريع La Législation^(٢)

١٧٣ - التشريع هو المصدر الرسمي في الدولة الذي يعبر عن القواعد القانونية

(١) عبد العزيز محمد سرحان ، القانون الدولي العام ١٩٦٩ ، ص ٥٧ - ٦٣ .

(٢) يمثل التشريع مكان الصدارة في العصر الحديث بين بقية المصادر القانونية الأخرى ، ويرجع ذلك إلى أن التنظيم السياسي للدول ، في الوقت الحاضر ، وتطور النزعة الاشتراكية ونفاذها إلى نطاق القانون في المجتمعات الحديثة ، أدى إلى إصدار قوانين متعددة لإقامة العدل الاجتماعي في مختلف نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، ومن ثم تعددت القوانين بحيث أصبحت تواجه أوجه النشاط المختلفة في المجتمعات الحديثة ، وغدت الدولة تتدخل في حياة الأفراد من لحظة الميلاد حتى الوفاة . فالفرد ، كما قيل بهذا الصدد ، يدخل الحياة بمقتضى شهادة ميلاد من الدولة ، وينادر الحياة بمقتضى شهادة وفاة منها أيضاً . وقد تقلص ظل المصادر الأخرى ، وعلى رأسها العرف ، إلى درجة أن أصبحت أهميتها العملية ضئيلة ، واقتصر دورها على أن تسد النقص الذي عساه يوجد في التشريع في الأحوال القليلة النادرة التي يسكت فيها عن حكم النزاع المعروض على القاضي . وليس هذا هو الحال في جمهورية مصر وسائر الدول العربية فحسب ، بل أيضاً حال معظم الدول الحديثة ، عدا البلاد الأنجلوسكسونية ، حيث لا يزال العرف والقضاء يسودان فيها - د . عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق .

- والتفتين **La Codification** هو جمع القواعد القانونية التي تحكم المسائل المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في كتاب واحد يطلق عليه « مجموعة أو مدونة Code » وذلك بعد تفتين تلك القواعد ورفع ما يكون بينها من تناقض ، ثم إيرادها مرتبة مبررة بحسب المسائل التي تنظمها ، في شكل مواد تأتي متسلسلة . ويمارة أخرى يقصد بالتفتين مجموع التصور التشريعية التي تصدر بشكل قانون من السلطة التشريعية والتي تحكم النظام القانونية المتعلقة بأحد فروع القانون . وتأتي أهمية التفتين ملازمة في الواقع لأهمية التشريع ، ونتيجة تشعب التشريعات المختلفة التي تنظم حياة المجتمع . وازدادت أهمية التفتين بعد انتشار تطبيق المذهب الاشتراكي حيث تدعو الضرورة ، كما ذكرنا ، إلى إصدار تشريعات كثيرة ومختلفة تجمل من الصعب على كلا القاضي والفقهاء معرفة القواعد القانونية التي تنطبق على المنازعات والفروض ، كما يستحيل على الأفراد أن يستبينوا ، على وجه دقيق ، القواعد التي يخضع نشاطهم لأحكامها ، وتنظم ، على وجه الإلزام ، سلوكهم - د . جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص ٩٤ .

في صورة مكتوبة^(١) . كما يطلق كذلك على القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية ، مثل تشريع إيجار الأماكن وتشريع الإصلاح الزراعي . وتأتي القواعد الأساسية أو الدستورية في مقدمة القواعد التشريعية في الدولة ، تليها القواعد الرئيسية وهي القوانين ، ثم القوانين الفرعية التي يعهد عادة إلى السلطة التنفيذية بإصدارها . ونوجز القول في هذه القواعد وفق الترتيب المتقدم .

القواعد الأساسية أو الدستورية

١٧٤ - تتولى هذه القواعد التنظيم السياسي للدولة ، وذلك ببيان شكل

= - هذا وتعتبر المجموعة المدنية الفرنسية التي سميت بمجموعة نابليون **Code Napoleon** الحدث الأول من نوعه في هذا المضمار . ثم صدر التفتين النمساوي عام ١٩١١ والإيطالي عام ١٨٦٥ والألماني عام ١٩٠٠ ، والسويسري عام ١٩١٢ .

(١) في اليابان ، كما في غيرها من بلاد القانون المدني ، تتفاوت الأهمية النسبية للتشريعات وقوتها كصدر من مصادر القانون تفاوتاً كبيراً بين فرع وآخر من فروع القانون ، وفي بعض فروع القانون الخاص مثلاً بدأ يصحح السابقة القضائية وزنها المشابه لوزن التشريعات ، رغم أن الأولى لا تزال تعتبر من وجهة النظر الشكلية المحضة مصدراً ثانوياً ومكلاً فقط للثانية . وثمة عوامل مختلفة تفسر الأهمية المتزايدة السابقة القضائية كصدر من مصادر القانون يرجع بعضها إلى فترة ما قبل الحرب ، وبعضها الآخر إلى العقدين الأخيرين اللذين أصبح من الملامح المميزة للنظام القانوني الياباني فيهما ، الدور الكبير نسبياً الذي باتت تؤديه السلطة القضائية في الحياة القومية ، وقد يفسر ذلك بإدماج نظام أمريكي الأصل ، هو نظام المراجعة ، في الدستور الياباني الجديد .

- هذا وقد ثارت في اليابان مسائل تتعلق بدستورية التشريع ، خاصة فيما يتعلق بالمادة التاسعة من دستور اليابان التي ينص على استمرار تفرع السلاح في اليابان . كما ثار الجدل حول « موضوعية علم القانون » وانقسم المشركون في هذا الجدل إلى مدارس عدة هي : الحدية ، والطبيعية ، والانفعالية ، وهذه الأخيرة تقارب ما يسميه البروفسور أرنولد بريخت « النسبية العلمية لقيمة **Arnold Brecht, Political Science, 1959** »

- وفي الولايات المتحدة الأمريكية ، ليس هناك تمييز تام بين القانون الفيدرالي والقانون المحلي . فلكل من الولايات الخمسين ، قانونها الوصفي الخاص بها ، علاوة على قانون الحكومة الفيدرالية . والطابع الذي يتميز به القانون الأمريكي ، هو طابع « قانون للقضايا » ، إذ أن معايير مثل هذا القانون ليست محددة تحديداً دقيقاً . ومنى أخضع تشريع للتفسير القانوني ، فقد يفرق نصح في بحر من الشروح والتفسيرات القضائية ، الأمر الذي قد يؤدي إلى تناوُلها تناوُلًا يشبه طريقة تفسير القانون غير المكتوب ، وهكذا يظهر القانون الأمريكي بطابع ديناميكي

الحكم فيها وتوزيع الاختصاص بين السلطات المختلفة ، وكفالة حقوق الأفراد^(١) ، وعلاقتهم بالدولة ، ومن مجموع هذه القواعد يتكون دستور الدولة .

(١) قد يكون من المفيد أن نذكر في هذا الموضوع نصاً يعتبر من المميزات المهمة للدستور الإيطالي ، وهو الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور التي تنص على أنه « من واجب الجمهور التغلب على العقبات الاقتصادية والاجتماعية التي تعود من حرية المواطنين وتحد من المساواة بينهم ، فتعرقل بذلك النمو الكامل للشخصية الإنسانية والمساهمة الفعالة من جانب كافة العاملين في التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي للبلاد » . ويفسر ورود هذا النص الفريد كثرة الدراسات حول موضوع حماية الشخصية الإنسانية وقبيل القواعد الإنسانية للمساواة ، وذلك منذ عام ١٩٤٨ حين صدق على ذلك الدستور . وقد نتج بالفعل عن هذه الدراسات تبنى قوانين جديدة خاصة فيما قد يسمى بالميادين الأكثر تقليدية للرفاهة الاجتماعية والمساعدات الاجتماعية والخدمات الصحية والتعليمية والثقافية . كما نتج عنها تعديل مجموعة أخرى من القوانين تتعلق بالجوانب « الحضرية » المتعلقة بحماية الشخصية . ومن أهم هذه القوانين الإجراءات الخاصة بتخطيط المدن وحماية الريف وتنظيم ما يمارس من أنشطة في وقت الفراغ . كما أن مشكلات كنتك التي تتعلق بإعادة تنظيم الإذاعة والتلفزيون ، والأنماط والمستويات المختلفة للتعليم ، وحماية الشخصية الإنسانية من الأخطار الناتجة عن التقدم التكنولوجي ، ما زالت تدرس وتجري مناقشتها على نطاق واسع حتى على مستوى الجمهور العام . ويؤدى رجال القانون دوراً نشيطاً في كل هذه للبحوث باعتبارهم خبراء في السياسة التشريعية .

ويصور الدستور الإيطالي « حقوق الإنسان » باعتبارها حقوقاً شخصية بمعنى الكلمة ، ويمدها الفقهاء في هذا الموضوع من بين حقوق الفرد . ويضمن الدستور ممارسة هذه الحقوق ، وهو لا يميز بين الوطنيين والأجانب فيما يتعلق بممارسة الحقوق المدنية وحمايتها . كذلك يتمتع الأجانب بالعديد من الحقوق العامة عدا حق الاشتراك في الانتخابات . ويجدر التنبيه إلى أن ما يعتبر طبقاً للدستور الإيطالي من الحقوق الأساسية ، لا يشمل تلك المعترف بها في التقاليد الليبرالية فحسب (كالحق في الحرية ، وفي اختيار مكان الإقامة وفي الحماية من أى تدخل في مراسلات الفرد ، وفي التنقل والاجتماع ، وحرية الدين والعبادة والتعبير) ، وإنما يشمل أيضاً تلك الحقوق التي يطلق عليها الاصطلاح الأحدث عهداً : الحقوق الاجتماعية (كالحق في الدفاع القانوني ، والمساواة بين الرجل وزوجته ، والمساواة بين الأولاد ، والحق في مستوى معيشي يكفي للحفاظ على الصحة ، والحق في التعبير العلمي والأدبي ، وفي التعليم ، وفي العمل ، وفي مكافأة عادلة عن العمل ، وفي المساعدات الاجتماعية ، وفي حرية تكوين نقابات العمل ، والاستفادة من شتى الخدمات) .

— ويعلن الدستور الجديد في اليابان ضد ورة « المساواة بين الجنسين » ، ومن ثم فقد فتح القسم الرابع والخامس من المجموعة المدنية والخاصين بالأحوال الشخصية والميراث ،

ويكون التعبير عنه شعبياً إذا قامت بوضعه جمعية تأسيسية ينتخبها الشعب . وقد يتم إعدادُه ويُعرض على الشعب لإبداء الرأي فيه عن طريق الاستفتاء . وقد يتأكد التعبير الشعبي على أوسع نطاق إذا أعدته جمعية تأسيسية منتخبة وعرضته للاستفتاء بعد ذلك .

وتتنوع اللساتير عادة بين المرونة والجمود . فالدستور المرن يمكن تعديل قواعده بنفس الوسيلة التي يصدر بها أى قانون عادى في الدولة . والدستور الجامد لا يجوز تعديله إلا بتابع إجراءات خاصة . وغنى عن البيان أن الجمود في الدستور من هذه الوجهة يوفر الهبة والثبات لقواعده^(١) .

القواعد الرئيسية والعادية

١٧٥ — وهى القواعد التي تصدر عن السلطة التشريعية في الدولة وفقاً للاختصاص المحدد لها بنص الدستور . وتصدر في شكل ما يسمى في الاصطلاح الشائع بالقوانين . فالقانون في هذا النطاق الضيق يقصد به القواعد التشريعية المكتوبة التي تصدر عن سلطة التشريع في الدولة^(٢) .

— تنقياً كاملاً حتى يقضى تنفيذ النص الدستوري على المساواة بين النساء والرجال . كما نخلت المجموعة المدنية المعدلة عن نظام حق الولد البكر في الإرث كله ، وهو النظام التقليدي ، وتبنت نظام المساواة في الميراث — أنظر مقال « اتجاهات علم القانون في اليابان بقلم جونيتشي أومي ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، المراجع السابق ص ٦٠ .

— وينص دستور جمهورية مصر على أن المواطنين لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة (م ٤٠) ، وعلى أن الحرية الشخصية حق طبيعي وهى مصونة لا تمس (م ٤١) ، ولحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون (م ٤٥) وتكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية وحرية الرأي والصحافة والبحث العلمي (م ٤١ - ٤٩) ، ويحظر الدستور كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة ، ويجعل من هذا الاعتداء جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء (م ٥٧) .

(١) كان دستور مصر الصادر عام ١٩٥٦ من اللساتير الجامدة التي يلزم لتعديلها إجراءات خاصة ، كما أن دستورها الحالي من اللساتير الجمدة كذلك ، وقد بينت المادة (١٨٩) منه طريقة تعديل مادة أو أكثر من موادها .

(٢) إن الفكرة السائدة في إيطاليا هي أن القانون أداة في خدمة الإنسان . وترجع هذه الفكرة إلى مفكرى القرن الثامن عشر ، واستمرت قائمة حتى في أحلك ساعات الفاشية —

القواعد التشريعية الفرعية

١٧٦ - ويقصد بها القواعد التي تصدر عن السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص محدود في هذا الشأن ، ويتم ذلك بإصدار قرار إداري يسمى بالقرار التنظيمي (١) .

ويطلق اسم اللائحة على مجموع القواعد التشريعية الفرعية الواردة بشأن موضوع معين . وتنقسم اللوائح إلى أنواع ثلاثة : تنفيذية وتنظيمية ولوائح الضبط والأمن . وتتضمن اللوائح التنفيذية القواعد التفصيلية والجزئية اللازمة لتنفيذ القواعد التشريعية الرئيسية . فالقانون يغفل عادة التفاصيل والجزئيات ، ويقتصر على وضع القواعد الكلية تاركاً القواعد الجزئية الضرورية عند التنفيذ للسلطة التنفيذية (٢) .

وغنى عن البيان أن اللائحة التنفيذية لا ينبغي أن تتجاوز حدود القواعد الرئيسية الواردة في القانون . فهي لا تملك تقرير قاعدة تؤدي إلى تعديل

التي كان أساس نظريتها السياسية فكرة خضوع الفرد للدولة ، غير أن القانونيين أدخلوا ظلالاً من التفسير لهذا المفهوم السياسي ، حتى فقد الكثير من أهميته العملية . وتجدر الإشارة إلى أن أحكام المحاكم في هذا الصدد أظهرت بعض الشجاعة ، كما هو الحال حين رفضت تطبيق القواعد التي تنقض بالحرمات من حق الضمان الاجتماعي والمعاشات في مواجهة الأفراد المحكوم عليهم لأسباب سياسية أو عنصرية .

- ويجد الاتجاه الإنساني في علم القانون الإيطالي تمييزاً عنه ، خاصة في الوقت الحاضر . في بحوث كثيرة حول موضوع « القانون الخارج عن الدولة » ، أي تلك النظم والقواعد القانونية التي يرجع مصدرها إلى هيئات بحماية ، سواء كانت موضع اعتراف قانوني بها أولاً ، أعطت لنفسها حق سن القوانين ، مثل : الهيئات المحلية ، ونقابات العمال ، واتحادات المستخدمين الوطنية والدولية ، والاتحادات الرياضية ، والهيئات الدينية فوق مستوى الأمة . وقد نهضت بعض الجهات المشتغلة في هذا الميدان بإجراء بحوث مشتركة حل نطاق واسع ، فنذكر مثلاً بحوثها عن تطور قانون العمل خارج السلطة التشريعية ، أي التطور الذي يطرأ على نقابات العمال ، وبحوثها في شأن ما تصدره المشروعات العامة من « قوانين » وهكذا .

(١) وهو يتميز عن القرار الفردي الذي لا يضع قاعدة قانونية .

(٢) كانت المادة (١٣٨) من دستور مصر سنة ١٩٥٦ تنص على حق رئيس الجمهورية في إصدار هذه اللوائح ، كما أن له أن يفوض غيره في ذلك ، وعلى هذا أيضاً تنص المادة (١٤٤) من الدستور الحالي ، وكثيراً ما تتضمن نصوص القانون تفويض للوزير المختص بإصدار اللوائح التنفيذية اللازمة لتطبيقه .

القاعدة الرئيسية أو إلغائها . كما يلاحظ أن تنفيذ القانون لا يتوقف على إصدار اللائحة التنفيذية إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك أو كان تنفيذه متعلماً بدونها (١) .

أما اللوائح التنظيمية فهي التي تتكفل بتنظيم المرافق العامة وتنسيق سير العمل في المصالح والإدارات الحكومية ، مثل اللائحة التي تحدد اختصاص وزارة جديدة ، أو توزع الاختصاصات بين الوزارات المختلفة منعاً لتداخلها (٢) .

أما لوائح الضبط أو الأمن ، وتسمى أيضاً لوائح البوليس ، فهي تضع القواعد اللازمة لحفظ الأمن وضمان السكينة العامة وحماية الصحة العامة ، مثل لوائح المرور واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية والباعة المتجولين ، ولوائح المحال المقلقة للراحة . وهي قد تصدر استقلالاً عن أي قانون ، فهي لا تصدر تنفيذاً لقانون معين ولا بمقتضى نص في قانون يجيز إصدارها (٣) .

هذا ويجدر التنويه في هذا المقام بأن تدرج القواعد التشريعية على النحو سالف البيان ، يقتضى تقرير مبدأ أساسي وهو عدم جواز مخالفة القاعدة التشريعية الأدنى في المرتبة للقاعدة التي تعلوها . وإذا وقع التعارض وجب تغليب القاعدة الأعلى في المرتبة (٤) .

نشر القواعد التشريعية La publication :

١٧٧ - تكسب القواعد التشريعية صفة الإلزام بإتمام عملية الإصدار La Promulgation . لكن هذه القواعد لا تصير واجبة التطبيق في حق

(١) راجع الدكتور محمد فؤاد مهنا « القانون الإداري العربي » المجلد الثاني ١٩٦٧ ص ١١١١ والمراجع التي يشير إليها في هامش (١) وأحكام القضاء المصري التي يشير إليها في هامش (٢) .

(٢) نص الدستور الحالي في المادة (١٤٦) على حق رئيس الجمهورية في إصدار القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة ، كما نص في المادة (١٤٥) على حقه في إصدار لوائح الضبط .

(٣) الدكتور فؤاد مهنا ، المرجع السابق ص ١١١٢ .

(٤) تتناول هذه المبادئ والبحث مؤلفات القانون الدستوري والإداري عند بحث رقابة القضاء على شرعية اللوائح ودستورية القوانين .

المخاطبين بها إلا بنشرها وحلول التاريخ المحدد لنفاذها . فالنشر هو الإجراء الرسمي الذي يفترض به علم الأفراد بالقانون الذي تم إصداره . ويتحقق ذلك في بلدنا بنشر نصوص القانون في الجريدة الرسمية للدولة ، وهي جريدة يومية تنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ونوابه ، وكذلك الاتفاقات الدولية التي تكون الجمهورية طرفاً فيها . أما القرارات الوزارية فتُنشر في ملحق خاص يحمل اسم الوقائع المصرية .

نفاذ القواعد التشريعية :

١٧٨ - حدد الدستور مهلة للسلطة التنفيذية يجب أن تنشر القوانين خلالها . ففرضي بأن القوانين تنشر في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من تاريخ إصدارها من رئيس الجمهورية . بيد أن نشر القانون لا يقتضي العمل به فوراً . فقد قضى دستور جمهورية مصر (١) بأن القوانين يعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر . وموئدي ذلك أن مدة الشهر ليست واجبة الاتباع على سبيل الإلزام ، بل يصح إطالة هذه المدة أو تقصيرها بنص خاص في القانون . فيجوز أن ينص القانون على نفاذه فور نشره ، أو بعد مدة تزيد على شهر . ويختلف الأمر تبعاً لحرص المشرع على المبادرة بالعمل بقانون معين أو رغبته في إرجاء نفاذه .

أهمية النشر وأثره :

١٧٩ - يترتب على نشر القانون في الجريدة قيام افتراض قاطع على العلم به ، بل ويعتبر النشر وسيلة العلم الوحيدة التي يعتد بها دون غيرها كما سيبيح ، فلا يصح التذرع بالعلم الفعلي بصدور القانون ما دام لم يتم نشره . وبعبارة أخرى فإن عدم نشر القانون في الجريدة الرسمية يعني الفرد من الالتزام بقواعده ، ولا يصح إثبات أنه علم به فعلاً بأية وسيلة أخرى من وسائل الإعلام العادية كالصحافة أو الإذاعة . فإذا تم النشر في الجريدة الرسمية ، قام افتراض قاطع على علم الأفراد به ، ولا يقبل من شخص

(١) وتنص المادة ٩١ من الدستور المؤقت المرقى الصادر في عام ١٩٦٨ على العمل بالقوانين من تاريخ نشرها إلا إذا نص على خلاف ذلك . وتسمى الجريدة الرسمية في العراق « الوقائع العراقية » .

الاحتجاج بأنه لم يعلم شخصياً ، إذ لا يجوز الاعتذارُ بجهل القانون ، أو بعبارة أخرى لا يفترض في أحد الجهلُ بالقانون *Nul n'est censé ignorer la loi* وهو المبدأ الذي سنتاح لنا دراسته تفصيلاً في فروع القانون المختلفة في هذا الكتاب .

٢ - العرف *La Coutume* (١)

١٨٠ - العرف مصدر ينشئ القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على اتباع سلوك معين (٢) ، واستقرار الإيمان في نفوسهم بأن هذا السلوك

(١) يمكن القول بأن العلاقة بين العرف والقانون ، هي كالعلاقة بين التقاليد والعقل . فالعرف يستمد أساساً من التقاليد ، في حين يستمد القانون أساساً من العقل . ويمكننا أن نقول إن العرف هو القانون « التلقائي » والقانون المكتوب هو نتيجة للتفكير والتأمل . ويمثل العرف جزءاً لا يتجزأ من المضمون الثقافي ، فهو ليس أمراً غير محسوس ، كما أنه ليس بالضرورة شفوياً وليس موحداً . وعلى الرغم من أن العرف يمثل جزءاً من النموذج الثقافي المستمر الذي تمثل له الجماعة فإنه من الممكن أيضاً أن يكون ابتكاراً مستمراً للجماعة .

ويلاحظ أن طبيعة السلطة التي يؤسس عليها كل من القانون والعرف ليست واحدة . فالعرف يمثل سلوكاً تلقائياً للناس قد يمثلون باقتناع له أكثر مما يمثلون للقانون الذي يمثل سلوكاً مفروضاً . ويتحقق الضبط الاجتماعي بصورة أفضل إذا بني على النظام أكثر مما لو بني على السلطة . ولكن ذلك لا يفي عن أهمية السلطة الحاكمة ، لأن الجزاءات المترتبة على مخالفة قواعد القانون هي من صنع هذه السلطة .

ولو تصورنا أنه في أحد المجتمعات لم يفتأ عرف مستمر ، ولم يتوافر أي عمل للسلطة العامة لتنفيذ قواعد العرف ، فإنه يمكن القول بأن هذا المجتمع لا يتوافر فيه أي نظام قانوني . والعرف في ذاته يشق الطريق تدريجياً نحو القوانين المكتوبة . وإذا لاحظنا أن القوانين المكتوبة في الأمم التي أنشأت نفسها نظماً قانونية جديدة أو أعادت وضع نظمها القانونية (مثل جمهورية الصين الشعبية ، وأثيوبيا ، والدول الإفريقية المستقلة حديثاً) لا تخضع من الناحية العملية غير جزء صغير من مجموع السكان ، وأن جماهير سكان الريف ما زالت تخضع لأعرافها الخاصة ، إذا لاحظنا ذلك وجب أن نسل بأن العرف مازال يحكم البشرية . وأكثر من هذا فإن العرف ما زال يحتفظ بأهميته الكاملة في القانون الدبلوماسي ، والقانون الدولي العام ، والقانون الزراعي ، والقانون التجاري .

(٢) قد تنشأ القاعدة العرفية من اعتياد شخص واحد غير معين بذاته على مسلك معين ، كما لو اعتاد رئيس الدولة أو أي شخص يشغل منصباً رئيسياً على إصدار قرارات من نوع خاص وتكرار الاعتياد على إصدار هذه القرارات .

قد صار ملزماً^(١) . عندئذ تنشأ القاعدة القانونية العرفية ، ويقال إن مصدرها العرف .

والعرف مصدر بطيء التكوين ، وبالتالي بطيء التعبير . فالقاعدة العرفية لا تنشأ عادة في فترة وجيزة ، وإنما يجب أن يتكاثر الاعتياد على متابعة سلوك معين . وهي لا يتم التعبير عنها فجأة ، وإنما يجب أن يستقر الإيمان في نفوس الناس بأن هذا السلوك قد اكتسب صفة الإلزام في الجماعة من حيث إنه يمثل ضرورة قانونية . والعرف لا يستطيع أن يحتل مكان الصدارة في جماعة تؤمن بالفكر الاشتراكي أو الاجتماعي ، ذلك أن تطبيق هذا الفكر يتطلب مزيداً من النشاط والسرعة في إنتاج القواعد القانونية التي يكون التشريع أكثر طواعية في تليتها^(٢) .

(١) يرى كوادري Quadri أن اشتراط هذا الركن المعنوي في القاعدة العرفية ينبىء عن أحد أمرين كلاهما سيء . فاشتراط الاعتقاد بإلزامية القاعدة العرفية إما أن يوحى أنه في أصل تطبيقه قام على غلط *erreur* حيث طبق أول مرة على أنه ملزم ، رغم أنه لم يكن كذلك في البداية ، فالتناس ألزموا أنفسهم على جهل منهم بقيمتها الحقيقية ، وإما أن نكون بصدد قاعدة ملزمة منذ البداية وبالتالي يكون اشتراط الاعتقاد في إلزاميتها نوعاً من العبث . أنظر محاضراته في أكاديمية لاهاي سنة ١٩٦٤ تحت عنوان *Droit International public* منشورة في *Recueil des Cours, 1964 vol 111, tome 113 de la Collection, p. 324.*

(٢) ويجب أن نسلّم بأنه من طريق الأخذ بالتقاليد الأوربية فإن الأمم ذات الثقافات والأجناس المتباينة استطاعت أن تتجنب الاختيار الصعب بين النظم المختلفة للعرف . ومن أهم أمثلة ذلك دولة ساحل العاج ، فهي تضم مجموعات من الناس كل منها لها تقاليد معينة ونظام قانوني يختلف جذرياً عن المجموعات الأخرى ، حتى في الأمور الجوهرية التي تتعلق بالأنساب والوراثة .

وقد بذل مجهود ضخم في جمهورية داهومي في عملية لتجميع المنظم للقوانين العرفية تحت إشراف وزير العدل ، فجمعت وثائق عديدة تغطي هذا المجال قامت بجمعها لجان شكلت من السكان المحليين . ولكن لم تكن المادة المتضمنة للقواعد العرفية ذات قيمة فعالة . فعمل الرغم من أنه قد أمكن في هذا المجال الاحتفاظ بالأصول القانونية التقليدية الموروثة ، وهو ما يعتبر المحاولة الوحيدة لعمل مثل هذا التجميع المنظم على النطاق القومي، فإن حكومة داهومي والمسئولين عن وضع مشروع القانون المدني قد اضطروا إلى التحول عن قواعد القانون العرفي .

والواقع أنه من الصعوبة بمكان التغلب على التأثيرات المترابطة الناجمة عن التعارض الداخلي بين القوانين العرفية وعدم كفايتها لمواجهة احتياجات التطور . وتحاول الحكومات غالباً أن تتخذ مجموعة قوانين حديثة مبنية على خطوط جديدة من أساسها ، ولكن في هذه -

وصفة العموم التي ينبغي توافرها في الاعتياد لا ينبغي فهمها على أنها تشمل اعتياد جميع الناس على متابعة السلوك . فالقاعدة العرفية قد تخصص في مهنة أو طائفة معينة *Professionnels* كما أنها قد تتركز في منطقة محددة من الدولة *usages locaux* .

وبيان ذلك أن القاعدة العرفية قد تنشأ عما يسمى بالعرف المهني ، ومثل ذلك اعتياد التجار أو الصناع أو الزراع على سلوك معين غير مألوف في المدن الأخرى .

ويشترط في الاعتياد أيضاً أن يكون قديماً ، ويستفاد القدم من متابعة السلوك خلال فترة زمنية ، ممتدة في الماضي . والحكمة من هذا الشرط هي الرغبة في الاطمئنان إلى أن هذا السلوك قد صار مستقراً ، وعلى ضوء هذه الحكمة يترك تقرير الأمر للقاضي . فهو الذي يستطيع أن يقدر ، إذا كانت الفترة الماضية من الزمن كانت كافية لاستقرار القاعدة العرفية .

كما يشترط أن يكون الاعتياد مطرداً ، والاطراد معناه متابعة السلوك بصفة متكررة ومنتظمة . ومعنى ذلك أنه يجب أن يتأكد القدم بالاطراد . فالاطراد هو الذي يفيد المتابعة ، وبالتالي يستخلص منه الاعتياد والاستقرار .

التمييز بين القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية *Usage conventionnel*

الحالة تنشأ صعوبات من نوع آخر . وغير مثال لذلك مجموعة القانون المدني لإمبراطورية أنيوبيا ، فقد أعد ثلاثة من أساتذة القانون الذين تلقوا تعليمهم في جامعات باريس مشروعاً متازاً يساير القوانين الأوربية المستمدة منها ، وبعد إدخال مجموعة من التعديلات الطفيفة تمت الموافقة عليه . وهذا المشروع على الرغم من تقدمه من الناحية الفنية لا يصلح للتطبيق إلا بالنسبة لقطاع الفئة المتعلمة فقط ، أما بقى القطاعات فهو يعلو عليها وعلى احتياجاتها ومقدرتها . ولذلك فإنه يعتبر موجهاً إلى الأجيال المقبلة أكثر من كونه موجهاً للجيل الحالي . وقد ثار الجدل أيد هذا القانون حاملاً من عوامل تقدم الدولة أم لا ؟ ويلاحظ أن أنيوبيا لديها في الوقت الحالي قانون من أحسن مجموعات القانون المدني وأكثرها تقدماً وأكثرها كلالاً من الناحية الفنية . ولكن هذا القانون لم يأخذ شيئاً من القانون العرفي ، بل إنه لم يتضمن شيئاً من التقاليد القانونية الأنثوية ، ولذلك فهو يطبق بصورة غير متكاملة ويحذر شديد . وفي الوقت الحالي تم معظم إجراءات القانون المدني بعيداً عنه ، وهذا ما يبدو أنه سوف يستمر لمدة طويلة - أنظر مقال « علم الأجناس القانوني » بقلم جان بواريه ترجمة الدكتور فتحي سرور ، المجلة الدولية ، المرجع السابق ص ٢٢ .

١٨١ - القاعدة الاتفاقية هي قاعدة عرفية ناقصة النمو ، إذ يكتمل فيها العنصر المادى ويتخلف العنصر النفساني . وهي تنشأ في الروابط القانونية عندما يعتاد الناس على متابعة سلوك معين دون أن يرقى هذا الاعتقاد إلى مرتبة الإيمان بأنه صار سلوكاً ملزماً .

وتظهر أهمية القاعدة الاتفاقية في نطاق الروابط العقدية^(١) . ويلتزم المتعاقدان بها في حالتين : الحالة الأولى هي تأكيد العمل بها صراحة فيما بينهما . والثانية هي علم المتعاقدين بوجودها وعدم الاتفاق على استبعادها ، فعندئذ يمكن القول بأن إرادتهما الضمنية انصرفت إلى الخضوع لها .

الفرق بين القاعدة القانونية المكتملة والقاعدة الاتفاقية

١٨٢ - القاعدة القانونية المكتملة واجبة الاتباع ما دام المتعاقدان لم يتفقا صراحة على استبعاد تطبيقها ، حتى ولو لم يكن لهما علم بوجودها ، إذ لا يجوز التحدي بجهل القاعدة القانونية المكتملة تهرباً من إعمال حكمها .

أما القاعدة الاتفاقية ، وهي ليست من قواعد القانون ، فإنها لا تكون ملزمة للمتعاقدين إلاً باتفاق صريح على العمل بها ، أو باتفاق ضمني يستخلص من العلم بوجودها والقعود عن إبداء الرغبة في استبعاد حكمها^(٢) .

تتبع الاختلاف بين القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية^(٣)

(١) من ذلك ما جرت عليه العادة في بعض مناطق الريف المصري من تقدير مساحة الفدان عند الإيجار بعشرين قيراطاً بدلاً من أربعة وعشرين .

(٢) يحدث أحياناً أن يضع المشرع العادة الاتفاقية في منزلة تعلو على منزلتها العادية . ويتحقق ذلك عندما يحول النص التشريعي إلى العادة الاتفاقية ، ويقضى باستبعاد القاعدة القانونية التشريعية إذا ما وجدت عادة اتفاقية مخالفة .

- ويرى البعض أن العرف التجاري قد يلحق حكم القانون أحياناً ، أما العادة ، ولو تجارية ، فلا يترتب عليها هذا الأثر - الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٣٠٠ .

(٣) يرى الدكتور برهام عطا الله أن الأساس الحقيقي للقواعد العرفية هو القضاء . فالقواعد العرفية ليست سوى مادة أولية يستمد منها القضاء أحكامه . وهو ينشأ بوجود قواعد عرفية تكون ملزمة بذاتها للمواطنين وقيل أي تدخل من السلطات ، ويؤسس على ذلك عدم وجود أي فارق بين العادات الاتفاقية والعرف وذلك على خلاف الرأي الغالب في الفقه - أنظر مؤلفه في « أساسيات القانون الوضعي » ١٩٦٨ ص ٧٣ .

١٨٣ - ترتب على التفرقة المتقدمة آنفاً بين القاعدة العرفية والعادة الاتفاقية^(١) ، نتائج هامة تجمل فيما يأتي :

أولاً - يطبق القاضي القاعدة العرفية من تلقاء نفسه ودون أن يطلب منه ذلك ، حالة أن العادة الاتفاقية لا يلتزم القاضي بتطبيقها إلاً إذا تمسك بها صاحب المصلحة من المتعاقدين .

ثانياً - لما كان المقروض في القاضي أنه يعلم بقواعد القانون ، ويقوم بتطبيقها تلقائياً دون طلب ، فإن الأفراد لا يطالبون بإثبات وجود القاعدة القانونية العرفية أمام المحكمة .

أما العادة الاتفاقية ، وهي ليست من قواعد القانونية ، وإنما هي مجرد شرط من شروط العقد التي لا يفرض علم القاضي بها ، فإنه يجب على صاحب المصلحة أن يثبت وجودها ، وأن يكشف عن الظروف التي يستخلص منها انصراف نية المتعاقدين إلى الخضوع لها .

ثالثاً - من المقرر أن القاعدة القانونية بصفة عامة واجبة للتطبيق على الناس سواء كانوا يعلمونها أو يجهلون وجودها ، إذ لا يجوز للشخص ، كما سيأتي ، أن يتذرع بجهل القانون بقصد استبعاد تطبيق قاعدة معينة .

(١) ذكرنا عند الكلام عن العرف في الكتاب الأول أن الفقه الإسلامي جرى على عدم التفرقة بين العرف والعادة . والواقع أن فريقاً قليلاً من الفقه ميز بينهما فقال إن العادة هي التكرار . وواضح أن من يميز بين العرف والعادة إنما يأخذ بالنظرية الثنائية في تعريف للعرف ، فيجعل الركن المادى هو العادة . وقد جاء في المجموعة الإسلامية الموجزة أن العادة هي الحق الذي يكتب عن طريق التكرار . وقد دعت القيمة العملية لهذا الحق من حيث إنه كثيراً ما يكون غير متفق مع التفسير اللاهوتي ، إلى تقسمة القضاء في كثير من البلاد الإسلامية إلى قضاء دني وقضاء قسبي .

Sborter Encyclopaedia of Islam, Leyden 1963, p. 13.

- وقد قصر الكمال بن الهمام العادة على نوع من العرف وهو العرف العملي فقط - محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الإسلامي ١٩٦٦ ، ص ٢٢٨ .

والعرف ، كما قدمنا ، ليس دليلاً من الأدلة الشرعية المستقلة ، وإنما يرجع عند الخنقية إلى العمل بالقاعدة العامة « المشقة تجلب التيسير » - عباس متولى حمادة ، أصول الفقه ١٩٦٨ ، ص ٢٣٩ .

- كما ذكرنا أنه إذا كان الشيء المتعارف عليه ورد النص بتممه ، لا يعتبر ، وقريب من هذا قول الفقهاء السوفييت إن العرف لا يعتبر إذا خالف الضمير القانوني الاشتراكي . - والعرف العام في الشريعة ، يقابله العرف العالمي في الفكر الغربي .

وينطبق مبدأ امتناع العذر بجهل القانون على القواعد القانونية كافة أيا كان مصدرها ، ومن ثم فلا يقبل من شخص أن يحتج أمام القضاء بجهل قاعدة قانونية عرفية .

أما العادة الاتفاقية ، فهي مجرد شرط في التعاقد يفترض انصراف إرادة المتعاقدين إلى الخضوع له ، وتبعاً لذلك يجوز للشخص أن يتمسك أمام القضاء بجهله بها . وإذا توصل إلى إثبات جهله بالقاعدة الاتفاقية ، امتنع تطبيقها عليه . وقد تقدم القول بأن الجهل بالعادة الاتفاقية يقتضى استبعاد تطبيقها ، فهي تستمد قوتها الملزمة من الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين ، ولا يتصور أن تنصرف إرادة أيهما إلى الالتزام بعادة كان يجهل وجودها .

رابعا - يُعتبر خطأ القاضي في تطبيق القاعدة العرفية من قبيل الخطأ في تطبيق القانون الذي يخضع لرقابة محكمة النقض . أما تقدير وجود العادة الاتفاقية فهو من قبيل الوقائع التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع دون معقب .

تعول العادة الاتفاقية الى قاعدة عرفية

١٨٤ - على أن التفرقة المتقدمة الذكر لا تمنع من تطور العادة الاتفاقية وتحوّلها إلى قاعدة عرفية . ويتحقق ذلك إذا توافرها العنصر النسائي ، وهو استقرار الإيمان في الجماعة بأن الاعتياد على سلوك معين ، وهو العنصر المادى ، قد صار ملزماً دون حاجة إلى الاتفاق على هذا السلوك صراحة أو ضمناً .

دور العرف في القانون العام

١٨٥ - يعتبر العرف مصدراً هاماً من مصادر القانون الدولي العام حيث تتضاءل القواعد المكتوبة التي تحكم العلاقات بين الدول ، فيما عدا المعاهدات والاتفاقات الدولية التي ترتبط بها الدول بمحض إرادتها . وسيظل للعرف مكان الصدارة في القانون الدولي العام ، ما دامت المجموعة الدولية غير خاضعة لقواعد تشريعية مكتوبة تفرضها سلطة تسمو على الدول وتملك فرض كلمتها . وستكلم تفصيلاً عن دور العرف في هذا المجال عند بحث أدلة الأحكام القانونية الدولية .

في القانون الدستوري

١٨٦ - تفاوت أهمية العرف في القانون الدستوري باختلاف الدول ،

ففي إنجلترا مثلاً يعتبر العرف مصدراً أساسياً للقواعد الدستورية ، بينما تكون الدساتير في غالبية الدول مكتوبة ، وعندئذ يتضاءل دور العرف دون أن ينعدم ، فهو يبيح بين المصادر الرسمية ولكن في حدود ضيقة (١) . ومن أمثلة

(١) نصت المادة (١٧٠) من دستور جمهورية مصر العربية القائم على أن « يحسم للشعب في إقامة العدالة على الوجه وفي الحدود المبيحة في القانون » . وقد سبق أن عرف القضاء في بلادنا نظام المحلفين في المحاكم المختلطة عند إنشائها عام ١٨٧٥ ، وكان مقصوراً على القضايا التجارية ، وما هو معروف من أمر أهمية دور العرف والمعاهدات في تلك المعاملات ، مما قد يخفى أمرها على رجال القضاء . وقد ظل الحال كذلك حتى ألغيت المحاكم المختلطة عام ١٩٤٩ بمقتضى معاهدة مونترو التي نصت مادتها الخامسة على أنه « في المواد التجارية يجوز أن يضم للقضاة الثلاثة بمقتضى قانون ، اثنان من المحلفين يكون رأيهم استشارياً » . بيد أن الحكومة المصرية لم تصدر للقانون المشار إليه في ذلك النص ، وبذلك أصبح القانون لا يدخلون في تشكيل المحاكم التجارية منذ معاهدة مونترو - الدكتور مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ج ١ ط ١٩٥٦ ص ٤٣ .

- والواقع أن نظام المحلفين في القضاء العجاري مثار نقد شديد في البلاد التي طبقت كفرنسا . فالجهة التي تذكر تبريراً لهذا النظام ، وهي الرغبة في إرشاد القضاة إلى العرف العجاري ، يمكن الرد عليها بأن العاقر من المحلفين تقتصر معرفته على مهنته دون صائر المهنة التجارية ، وقد يكون بعضهم من منافسيه في التجارة ، وفي مقدور المحكمة الوقوف على العرف بالرجوع إلى العرف التجارية وأهل الخبرة دون الحاجة إلى محلفين - المرجع السابق ، ص ٤٣ .

- وقد عرفت مصر القضاء الشعبي في بعض صوره كانت سيرته فيها أسوأ السير - فمحاكم الأخطاط ، التي أريد بها ، كما يقول الدكتور عبد الحميد أبو حيف في كتابه « المرافعات المدنية والتجارية ط ١٩٢١ ص ١٨٠ و ١٨١ » زيادة تقريب القضاء من الفلاح ، كما أريد بها جعل التقاضي مهلاً عليه قتل المصاريف ، أسفرت تجربتها ، وكانت تؤلف من خمسة من الأعيان يرأسها أحدهم ، لك إلغاء هذا النظام ، وكانت الحكومة تصادف صعوبات أخرى هلمية أساسها فقدان الوسائل الفعالة التي تستطيع بها إرغامهم على المشاركة في المهام وتنفيذ القانون تنفيذاً موعهاً - الدكتور عبد الفتاح السيد ، الوجيز في المرافعات المصرية ١٩٢٤ ص ٦٢ . ويزيد الأستاذ محمد العشماوي في مؤلفه « قواعد المرافعات في القانون الأهلى والمختلط ١٩٢٨ ج ١ ص ١٥٥ » أنه لا معنى لأن يعهد بوظيفة القضاء للأشخاص ليس لهم علم بأصوله وتنقصهم القدرة اللغوية والعلم بالقانون ، كما أن يقوم بهذه الوظيفة أشخاص يبيدون عن الاعتلاط بالأهال والاشتبك بمصالحهم ليأمن المتقاضون نتائج التحيز وشهوات الانتقام ، ويكون القضاء موضع ثقة والاحترام . والتجيب في أمر هذه المساوي والانتقادات أننا نجد ما يوجه إلى نظام المحلفين في الدول الغربية من الانتقادات -

(الإعتذار بالجهل بالقانون - ١٩)

— ولا عبرة بما قد يعترض به البعض من أن جهل المحلفين بالقانون لا يمنع أن يعد في عداد الانتقادات التي توجه إلى هذا النظام ، لأنه من الأمور المقررة أن الاحتكام إلى المحلفين إنما يكون في المسائل المتعلقة بالوقائع والمسائل المادية لا القانونية ، ولكنه تبين من الناحية العملية ، كما يقول الدكتور بهنام في بحثه عن « نظام المحلفين في مجال القضاء الجنائي » صعوبة التفريق بين ما هو من مشاكل الواقع ، وما هو من مشاكل القانون ، وصار من المتعذر الفصل بين الواقع والقانون في صياغة ما يوجه إلى المحلفين من أسئلة .

هذا ولجان الفصل في المنازعات الزراعية التي ينظمها القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ ، وتتكون من المشرف الزراعي رئيساً ، وأحد أعضاء لجنة الاتحاد الاشتراكي في القرية ، وأحد أعضاء مجلس إدارة الجمعية التعاونية الزراعية ، وصراف القرية أعضاء ، شأنها شأن محاكم الأخطاط ، تخلو من أي عنصر قضائي . والشكوى من سير أعمال هذه اللجان شكوى عامة ، والمساوي التي تنسب إليها معروفة وقد أشار إلى بعضها الدكتور أحمد سلامة في كتابه « القانون الزراعي ١٩٧٠ » ص ٣٤٥ و ٣٤٦ .

وسحبنا أن تشير إلى المؤتمر العلمي الذي عقد في جامعة لوفان L'ouvain البلجيكية عام ١٩٦٧ واتخذت آراء كافة المشتركين فيه من أساتذة القانون ومستشاري محاكم الجنائيات في دول أوروبا الغربية ، على ضرورة تبذ ذلك النظام لمناقشته لروح العصر والتطور العلمي المستمر في مجال القانون الجنائي ولأن ضمير العدالة لا يطيقه .

— ويقول الدكتور عبد الحميد معولي في إحدى مذكراته المقدمة للجنة الدستور : « إن اتفاق دول الكتلة الشرقية مع بلادنا في سياستها الخارجية لا يصح بداهة أن يعد مسوغاً لأن نقبس منها هذا النظام لا سيما أنها ذات صبغة دكتاتورية وهي تدين بمذهب كارل ماركس ، وتم الآن بالمرحلة التي يصفها ماركس « بدكتاتورية البروليتاريا » ، وأنه ليس القضاء في تلك الدول ذلك المكان اللائق به من الإجلال والتوقير ، ويكفي أن دستاير تلك الدول لا تحدث عن « السلطة القضائية » وإنما عن « إدارة العدالة » أو تثيرها تحت عنوان « المحاكم والنيابة العامة » . فهي تعد القضاء مجرد إدارة لا سلطة من سلطات الدولة العليا كما هو شأن دستاير البلاد الأخرى ومنها بلادنا .

— هذا ولم ينظم دستور الصين الشعبية نظام المحلفين ، بل ترك ذلك إلى القانون حيث نص في المادة (٧٥) على أن « يُلَبِّق نظام محلّي الشعب وفقاً للقانون » .

هذا ونحن نرى عدم التصرّح في إصدار القانون المنظم لإسهام الشعب في العدالة وفق نص المادة (١٧٠) من دستورنا القائم قبل الدراسة الجادة والمثابرة ، فإن أخطر ما تبطل به الأمم أن يختل ميزان العدل فيها . ولعل من المفيد أن نذكر أن مجالس الصلح المشار إليها في المادة ٦٤ من قانون المرافعات ، والتي يرأسها أحد وكلاء النائب العام ، لما يصدر بتنظيمها وبيان الإجراءات التي تتبع أمامها ، قرار رئيس الجمهورية ، كما لم يحدد وزير العدل حتى الآن ، بطبيعته الحال ، المحاكم الجزئية التي تشكل مجالس الصلح بدائلها وفق ما نصت عليه المادة سالفة الذكر ، على الرغم من العمل بقانون المرافعات الحال الذي استحدث نظام تلك المجالس ، اعتباراً من ١٠ نوفمبر سنة ١٩٦٨ ، أي رغم مرور ما يزيد على ثلاث سنوات منذ بدء العمل به .

ذلك أن دستور سنة ١٩٢٣ لم يكن يرخص للسلطة التنفيذية إصدار ما يسمى بلوائح الضبط والأمن ، ولكنها جرت على إصدار مثل هذه اللوائح على نحو ما كان سائداً قبل الدستور . وقد ذهب فقه القانون العام إلى أن هناك قاعدة عرفية تجيز للسلطة التنفيذية الاستمرار في إصدار هذه اللوائح . أما دستور جمهورية مصر العربية فقد ناط رئيس الجمهورية بإصدارها (م ١٤٥) .

في القانون الإداري

١٨٧ — يُعتبر العرف مصدراً هاماً في هذا القانون نظراً لأن قواعده لم تكتمل عن طريق التشريع . وسيأتي بيان ذلك عند بحث حكم جهل القاعدة العرفية في تقنين الإثبات .

في قانون العقوبات

من المبادئ المسلمة في القانون الجنائي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون . وهو مبدأ يقرره الدستور صراحة حرصاً على حماية الفرد (م ٦٦ من الدستور المصري) فإذا لم يجد القاضي قاعدة تشريعية تعاقب على الفعل المنسوب إلى المتهم تعين عليه أن يقضي بالبراءة .

وعلى هذا النحو لا يكون العرف مصدراً منشئاً للقواعد القانونية في القانون الجنائي (١) . ولكن ليس ثم ما يمنع من الالتجاء إلى العرف لتحديد مضمون

(١) كانت المادة (٤١) من قانون العقوبات البغدادي ، الملقاة بالمادة الأولى من القانون ٩ لسنة ١٩٦١ ، تنص على أنه « إذا اقتضت المحكمة أو المحاكم الذي ينظر في الدعوى أن المتهم هو أحد أفراد قبيلة اعتادت أن تفصل في خصوماتها طبقاً لعرف القبائل ، وكان من المصلحة العامة ، وما يتفق مع العدالة ، أن يفصل في الدعوى طبقاً لعرف القبائل ، واقتضت المحكمة أو المحاكم بشيوت الجريمة على المتهم ، فالمحكمة أو المحاكم الحكم عليه طبقاً للعقوبات المنصوص عليها في هذا القانون أو في أي قانون آخر ، إذا رأت أو رأى ضرورة لذلك . كما يجوز لها أو له إذا وجد ذلك مناسباً - لتحرى عن عرف القبيلة - إحالة القضية على خبير أو خبراء بعرف القبائل » . فالعرف القبلي كان بمقتضى هذه المادة ، مصدراً من مصادر القانون العقابي ، بمعنى أنه يجوز فرض العقوبة التي يقرها العرف القبلي بدلاً من العقوبة التي ينص عليها قانون العقوبات . وكذلك كان نظام دعاوى العائش والمدنية والجزائية الملغى ينص في المادة السابعة منه على أنه « . . . إذا ظهر للمحاكم . . . أن أحد الخصمين في إحدى الدعاوى فرد من العشائر ، وترامى له أن حسم الدعوى وفق العادات البدوية أقرب إلى رضا الطرفين . . . فله أن يقوم بفصل النزاع على الطريقة المبينة في هذا النظام ، سواء أقيمت الدعوى في المحاكم المدنية أو الجزائية أو لم تقم » . وكان هذا النص صريحاً في اعتبار العادات العشائرية مصدراً قانونياً ملزماً ، لا في القضايا المدنية فحسب ، بل وفي القضايا =

بعض المعايير المرنة التي يرد ذكرها في جريمة تقررها قاعدة تشريعية^(١) .
وستتناول هذا الموضوع تفصيلاً عند بحث أثر الجهل بالقاعدة الجنائية
على المسؤولية .

دور العرف في القانون الخاص

١٨٨ - يلعب العرف دوراً ضئيلاً في نطاق القانون الخاص بعد أن
صارت السيادة للتشريع ، ووضعت قواعده في تقنينات أحاطت بالقدر الأكبر
من موضوعاته^(٢) .

ويبدو ذلك بوضوح في القانون المدني حيث تقل القواعد العرفية فيه ،
حالة أن العرف ما يبرح يلعب دوراً هاماً في القانون التجاري ، في حدود
الفراغ التشريعي الذي تركته القواعد المكتوبة ، وإزاء تجسّد حاجات
التجارة وتطورها .

ونعرض فيما يلي بإيجاز لدور العرف في القانون المدني ، ثم في القانون
التجاري ، مع سرد بعض الأمثلة .

العرف في القانون المدني

١٨٩ - يلعب العرف دوره في هذا القانون في ناحيتين : فهو تارة

- الجزائية . ومعنى ذلك أن أفراد المجتمع العراقي كانوا يقسمون قسمين : قسم يخضع للقوانين
المكتوبة ، وقسم آخر يخضع لأحكام القانون غير المكتوب (العرف والعادة) - الأستاذ
عبد الرحمن البراز ، مبادئ أصول القانون ص ٦٠ .

(١) من قبيل ذلك ما نصت عليه لائحة السيارات من عدم جواز قيادة السيارات
بسرعة أو بكيفية ينتج عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور أو ممتلكاته .
وقد قضت محكمة النقض بأن العرف جرى بأن يلتزم سائق السيارة الجانب الأيمن من الطريق
دائماً ، ومخالفة هذا العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات وتعريض حياة الجمهور للخطر .
ولا محل للقول بأنه لا يوجد نص يلزم السائق بالسير على اليمين ، إذ أن العرف جرى على
ذلك ، وهو يكفي لتوفير عنصر الخطر في الجريمة .

(٢) فني إفريقية نشطت الحركة لجمع وتنسيق القوانين العرفية كقاعدة ضرورية لوضع
مجموعات القوانين . وقد كانت الحكومات قلقة بشأن إيجاد أساس من القوانين في أفصر وقت
يمكن ، وقد ترتب على ذلك أن أعدت القوانين بدون الرجوع إلى العرف ، بل بدون إجراء
أي تنسيق أولي بين مجموعات القوانين التي وضعت على غرار النماذج الغربية فجاءت بعيدة عن
روح الأصل المشتقة منه . والسبب في ذلك أنهم لتجنب العناء أخفوا النماذج المعدة بالفعل دون
النظر إلى أن ما هو مناسب للدول الأوروبية لا يتلاءم غالباً مع الدول الإفريقية - أنظر
هامش (٢) ص ٢٨٤ و٢٨٥ .

يسد الفراغ التشريعي في النصوص ، ودوره في هذه الحالة أصلي ، وهو
تارة أخرى ينطبق بتوجيه من القاعدة التشريعية ، وعندئذ يكون دوره تابعاً
للتشريع . ومثال الحالة الأولى ، القاعدة العرفية التي تضع قربنة
بالنسبة للزوجين المسلمين ، على اعتبار أثاث المنزل مملوكاً للزوجة حتى
يقدم الدليل على العكس .

وقد يفوض المشرع العرف في أداء دور أصيل لاستكمال النقص في
القواعد التشريعية ، ومن ذلك ما تقضى به المادة ٩٥ من التقنين المدني من
أنه : « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا
بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم
الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم
يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام
القانون والعرف والعدالة » .

ويبين من هذا النص أن العرف هنا قادر على تقرير القواعد القانونية
التي تحكم المسائل التفصيلية بين المتعاقدين ، ما دام الاتفاق قد تم على المسائل
الجوهرية ، وما دام المتعاقدان لم يشترطاً أن العقد لا يتم بسبب عدم الاتفاق
على هذه المسائل التفصيلية .

ومثال الحالة الثانية ، معاونة العرف القاعدة التشريعية في ضبط معيار
مرن ورد بها ، أوفى الكشف عن نية المتعاقدين عند غموض الإرادة الظاهرة ،
وحيثئذ يكون دوره تابعاً للقاعدة التشريعية كما ذكرنا .

ومن أمثلة معاونة العرف في ضبط معيار مرن نص المادة (١٤٨) مدني التي
تقضى بأن إلزام المتعاقدين بمضمون العقد لا يقتصر على ما ورد فيه ،
ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته . وتتحدد هذه المستلزمات ، كما
يقضى النص ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .
فالعرف إذن يعاون القاعدة التشريعية في تحديد المقصود بمستلزمات عقد
من العقود .

ومن قبيل معاونة العرف في تحديد المعايير المرنة ، ما جرى به نص المادة

٤٣٢ مدني^(١) من أنه « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ». وما جرى به نص المادة ٤٣٣ : « إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك . . . » .

ومن أمثلة العرف الذي يؤدي دوراً تابعاً للكشف عن نية المتعاقدين الغامضة ، نص المادة ١٥٠ الذي يقضى بأنه « إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات » ويتضح من هذا النص أن القاضي يستهدي بالقواعد العرفية للتوصل إلى النية المشتركة للمتعاقدین .

العرف في القانون التجاري

١٩٠ - يحظى العرف بنصيب موفور في مجال القانون التجاري ، نظراً لسكوت المشرع في كثير من المسائل الهامة ، ولتزايد حاجات التجارة . وفي مقدمة هذه المسائل العمليات المصرفية التي تخضع بصفة أصيلة لقواعد عرفية^(٢) .

(١) تقابل هذه المادة في التشريع التونسي المادة ٦١٧ وفي التشريع اللبناني المادة ٤٢٠ ، وهذه المواد كلها مأخوذة عن الشريعة الإسلامية - مرشد الحيران م ٤٧٠ - ٤٧٧ والمجلة م ٢٣٠ - ٢٣٥ .

- ولم يفرق القانون المدني العراقي بين العرف والعادة ، ومثال ذلك نص المادة (٣١) في فقرتها الأولى على أنه « يجوز أن يقتن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة » . ونجده يستعمل أحياناً العادة بدلاً من العرف كما فعل في الفقرة الأولى من المادة (٩٠٣) التي تنص على أن « يفرض في أداء الخدمة أن يكون بأجر ، إذا كان قوام هذه الخدمة عملاً ليس مما جرت العادة بالتبرع به » . ونصت المادة (١٦٤) على أن « المادة محكمة ، عامة أو خاصة ، واستعمال للناس حجة يجب العمل بها » كما نصت المادة (١٦٣) على أن « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص ، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم ، والممتنع عادة كالممتنع حقيقة » . وبالرجوع إلى المادة الأولى نراها تنص على العرف ، في المرتبة التالية للتشريع ، بين المصادر الرسمية للقانون المدني العراقي - ونظر المواد ١٦٣ - ١٦٥ من هذا القانون .

(٢) في دراسة القانون التجاري ما يؤكد ذلك بمزيد من التفصيل .

ومن قبيل القواعد العرفية التجارية القاعدة التي تقضى بأن التصامن يفترض بين المدينين ، ومودى ذلك أن الدين لا ينقسم على المدينين في المعاملات التجارية عند مطالبة الدائن لهم . ومن ذلك أيضاً القاعدة التي تجب المطالبة بفوائد على متجمد الفوائد ، والتي تجب تقاضي فوائد تزيد في مجموعها على رأس المال . وهذا كله على خلاف ما تقضى به قواعد القانون المدني في العلاقات المدنية^(١) .

كذلك قد يشير العرف التجاري بأن السكوت يدل على الرضاء ، كما إذا أرسل المصرف بياناً للعميل عن حسابه الجاري في المصرف ، وذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له . وهذا أيضاً على خلاف للقاعدة المدنية التي تقضى أصلاً بأن السكوت لا يعد تعبيراً عن الإرادة .

مدى سلطان القاعدة العرفية في مخالفه القاعدة التشريعية

١٩١ - ذكرنا سابقاً أنه يشترط لتطبيق القاعدة التشريعية المكاملة ألا يتفق الأفراد على خلاف الحكم الوارد فيها . وقد تنص القاعدة التشريعية على عدم انطباق حكمها إذا وجد عرف يخالف هذا الحكم ، وعندئذ يمكن القول بأن القاعدة التشريعية نفسها هي التي ترخص للقاعدة العرفية أن تخالفها . وهذا الترخيص وحده هو الذي يسمح للعرف بمخالفة التشريع .

وتنتشر هذه الظاهرة بصفة خاصة في القواعد المكاملة التي تحكم العقود . ومثال ذلك في عقد البيع أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان والوقت الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك (المادتان ٤٥٦ و ٤٥٧ مدني) .

(١) يرى بعض الفقهاء أن العرف التجاري يجوز له أن يخالف القواعد التشريعية الآمرة ويسوق لذلك هذا المثال ، وهو على خلاف القاعدة الآمرة التي تنص عليها المادة ٢٣٢ مدني - أنظر في ذلك الدكتور حسن كيرة ، الموجز في المدخل ص ١٥٩ وما بعدها - للدكتور همام الدين الوكيل ، مبادئ القانون ١٩٦٨ ص ١٩٨ .

- وتنص المادة الثالثة من القانون التجاري العراقي على أن « يفصل في القضايا التجارية بموجب المقاولات المتبررة قانوناً ، وعند عدم وجود مقابلة فبمقتضى صراحة قانون التجارة أو دلالة ، وفي حالة عدم إمكان فصلها وفق ما تقدم فتراعى في ذلك العادة التجارية . . . » ونجد لهذا النص العام تطبيقات نصت عليها المادتان (٩٤) و (١٦٠) من القانون التجاري العراقي .

ففي هذه الحالة يتعين الرجوع ابتداءً إلى إرادة المتعاقدين لتحديد مكان الوفاء بالتأمن وزمانه . فإذا لم يتفقا ، يُعتمد بالقواعد العرفية إن وجدت فإذا لم توجد سرى حكم القاعدة التشريعية المكملة سالفه البيان .
ونشير هنا إلى أن وجود القاعدة العرفية لا يترتب عليه بالضرورة تعطيل تطبيق القاعدة التشريعية ، ومن باب أولى لا يؤدي إلى إلغائها .
فالقاعدة العرفية ، لا تملك إلغاء القاعدة التشريعية لأنها ليست في نفس مرتبتها ، بل هي دونها ، وتبقى القاعدة الأخيرة وتنطبق في حالة زوال القاعدة العرفية . وفضلاً عن ذلك فإن القاعدة العرفية قد تركز في جهة معينة أو تقتصر على مهنة معينة فقط . وهنا تبقى القاعدة التشريعية صالحة للتطبيق في غير الجهة أو المهنة التي استقرت فيها القاعدة العرفية .

دور العرف في المجتمعات الحديثة

١٩٢ - الدور الذي يلعبه العرف في المجتمعات الحديثة في انكماش مستمر . وإنه وإن ظلت له بعض القيمة فيما يتعلق بالقانون التجاري حيث لا تزال بعض الأعراف التجارية مطبقة وترقى في بعض الأحيان إلى مرتبة المبادئ العامة^(١) ، إلا أن بعض فروع القانون الأخرى تكاد لا تعرف العرف أو القواعد العرفية .

والواقع أنه بانتهاء نظام الإقطاع والطوائف ، ودخول الدولة الحديثة في مرحلة الثورة الصناعية ، تقلص دور العرف نتيجة لاضطرار المشرع للتدخل لتنظيم الحياة الاجتماعية طبقاً لمقتضيات الثورة التقنية التكنولوجية^(٢) ، مما أدى إلى إلغاء كثير من العادات الملزمة أو تقنينها في نصوص مكتوبة متى ثبتت صلاحيتها للمجتمع الجديد .

(١) كما هو الشأن بالقسبة لمبدأ عدم الاحتجاج بالدفع .

(٢) كان التغيير الاجتماعي في مصر يستهدف التحول مما كنا عليه من مجتمع إقطاعي وأعمال ، إلى مجتمع اشتراكي ، وما يتطلبه ذلك من تحول من مجتمع زراعي في أساسه إلى مجتمع صناعي بمعنى الكلمة . ولكن الاشتراكية التي كان يستهدفها التغيير الاجتماعي عندنا ليست باشتراكية عربية ، أو تطبيق عربي للاشتراكية ، على نحو ما دار الجدل حينذاك . كانت بالحري واحدة من هذه الاشتراكيات التي حاولها القرن العشرون ابتداءً بين القوميين . وذلك على وجه الدقة ما كان يقصد إليه « ديوجول » بحديثه عن أمل العالم في حل ثالث . -

- وكان لا بد ، لنجاح هذا التحول الاجتماعي ، كما هو الحال بالقسبة لكل انتظام عضوي اجتماعي ، من حركة مزدوجة تتمثل في الذهاب والمجيء بين القمة والقاعدة : تمضي الإرادات الجماهيرية في تأثيراتها المتبادلة ، إرادة مشتركة إلى أعلى فتعود من القمة قرارات تجسد هذه الإرادة المشتركة ، تمضي بها ومعها إلى حيز التنفيذ . ومن هنا فلم يكن هيباً أن حرص « لينين » على إقامة هذا التنظيم الشبكي الذي يتيح حركة متواصلة بين القمة والقاعدة . بل إن هذا التنظيم لشبكة الاتصالات يعتبر بمثابة حجر الأساس للانتظام الاشتراكي ، بحيث تشيد فوقه كل الجنبات الأخرى من الحياة . وإذا كان هذا هو الحال في الاشتراكية الماركسية على نحو ما تجسدت في روسيا « السوفيتية » ، فقد كان حرياً بنا ، ما أردنا لاشتراكيتنا مزيداً من العضوية يتيح للإرادات الجماهيرية أن تتواصل إرادة زعامية - أن تحرص كل الحرص على إقامة هذه الشبكة متميحين لها بلغة « لينين » أقصى ما يمكن من سيولة الاتصالات . فبذلك وحده كنا نضمن الانتظام العضوي المميز للجشطلات الاشتراكية بمعنى الكلمة . فقد لقي الملمدون أرضاً زراعية يفلحونها ، ولقى أناس كان من المحتم أن يكونوا عاطلين ، عدداً هائلاً من المصانع ، ولقى الكل كثرة من الامتيازات أتاحها مجانية التعليم وتشريعات الضمانات الاجتماعية ، وغيرها ، بيد أن أعداداً هائلة من الطبقة الوسطى قد انطلقت مع الثورة بتطلعاتها الطبقيّة ، واستغلت وحدانية الاتجاه في شبكة الاتصالات ، من القمة إلى القاعدة فحسب ، فأعملت رماديتها نفاقاً من الحماسة مكثها من الوصول إلى بعض مواقع القيادات التنفيذية ، تسد الطريق على القاعدة ، وتتحول بما يتيح لها امتيازات مواقعها إلى برجوازيات صغيرة . وإذا كنا في مجال الإحباطات قد نجحنا إلى حد كبير في تخليص الغالبية من الإحباطات في مجال الحاجات الفسيولوجية الضرورية ، فإننا بأمانة العلم نقرر بأننا قد وقعنا في مجال إحباط الحاجات المعنوية ، هذا الذي وقعت فيه ، وما تزال ، مجتمعات الاشتراكية الماركسية . وهكذا لا مندوحة من ضرورة البحث عن حل ثالث لهذه الإنسانية يتيح لها أن تبيد تشكيل الحياة وفق أمنيتها ، بحيث تستطيع أن تزواج بين إشباع حاجاتها الفسيولوجية ، ومتطلباتها المعنوية الإنسانية .

- هذا وإن تغيير علاقات الإنتاج ، حيث كان لقانون تحديد الملكية الدور الحاسم في القضاء على الإقطاع في الريف المصري ، إنما تم بإجراءات قانونية وتشريعية ، بيد أن تغيير البناء العلوي ، وبخاصة تغيير الموقف من الحياة والآخرين مثلاً في القيم والعادات والاتجاهات والأعراف والأخلاق ، أو بعبارة أخرى فلسفة الحياة بعمامة ، فلا يمكن تغييرها بإجراءات قانونية أو تشريعية . وليس أدل على ذلك من أن تصفية الإقطاع طبقياً ، أي في مستوى علاقات الإنتاج ، لم يؤد إلى القضاء على البناء الفوقي الذي تكون في ظل الإقطاع . فالعقليات الإقطاعية تظل ، لا بين الإقطاعيين السابقين فحسب ، بل وتبقى آثارها بين الفسلاحين المدممين ، وانهار ، وسكان المدن من بين أبناء البورجوازية الوطنية والصغيرة . والمشكلة هنا هي كيف يمكن تقصير تلك الفترة بين التغيير التكنوولوجي والاجتماعي من جانب ، والتغيير النفسي من جانب آخر ؟ الإجابة أنه لا بد من حدوث التغيير التكنوولوجي والاجتماعي أولاً ، وبالضرورة ، لكي يصبح التغيير النفسي ممكناً ، ويظل البناء النفسي مع ذلك ، بوصفه جانباً من جوانب البناء العلوي ، عاجزاً عن ملاحظة التغيير الاجتماعي الذي تم في -

الجوانب التكنولوجية والمادية ، والذي انعكس بعد ذلك عن طريق الثورة الاجتماعية في البناء الاجتماعي ، فكيف يمكننا تفسير ذلك ؟ إن مدارس التحليل النفسي الحديثة ، وبخاصة التيارات الوجودية ، وبالذات أريك فروم (في كتابه **Escape from Freedom, The Sane Society**) قد أوضحت لنا كيف أن أسلوب التربية يستهدف تكوين الشخصية المطلوبة في مجتمع معين ، فأسلوب التربية في المجتمع الزراعي يستهدف تكوين شخصية زراعية ، بينما يستهدف أسلوب التربية في المجتمع الصناعي تكوين الشخصية القادرة على مواجهة متطلبات الحياة في مجتمع صناعي . ويطلق ابراهام كاردينر على هذا التكوين الشخصي اصطلاح **Basic Personality** الذي يقترب من مفهوم الطابع القوي .

إن المجتمع الصناعي يحتاج إلى تكوين شخصي مختلف تماماً عن التكوين الذي يحتاجه المجتمع الزراعي ، ليس هذا فحسب ، بل إن المجتمع الصناعي الاشتراكي يحتاج لتكوين شخصي يختلف تماماً عن ذلك التكوين الذي يحتاجه المجتمع الصناعي الرأسمالي . وعلى هذا فالتغيير المطلوب تغيير مزدوج ، تغيير في الاتجاه المادي التكنولوجي ، وتغيير آخر ملازم له في الاتجاه الاشتراكي . ذلك أن التكوين النفسي في المجتمع الرأسمالي تكوين فردي نفسي ، أما التكوين النفسي الذي يتطلبه المجتمع الاشتراكي فهو التكوين المتميز بالوعي الاجتماعي ، بالانتماء إلى المجتمع والارتباط بالآخرين ومشاركتهم في المسؤولية . فثلاً نجد المجتمع الاشتراكي ، بما يتيح للمرأة من التعليم واستعادة حقها الإنساني في العمل ، يؤدي إلى تحول في موقف المرأة من دورها في المجتمع ، وإلى تنمية وتحقيق إمكاناتها الإنسانية التي حالت عزلتها دون تحقيقها ، ومن ثم تزول الحفوة التي كانت تشوب علاقتها بالرجل ، وتتخلص من تبعيتها له ، كما تتخلص من قيود الجنس المتعطل في ذلك القدر من الشهوية **Erotism** الذي يشتم به جسمها ، وتأخذ في تنمية إمكاناتها وقدراتها الإنسانية . وهكذا لا تصبح مجرد كائن جنسي ، بل كائناً إنسانياً كاملاً له مطالبه الجنسية المشروعة وله كذلك مطالبه الإنسانية الاجتماعية والذهنية . إن المجتمع الاشتراكي يضع الجنس في مكانه الصحيح من حياة المرأة دون ابتلاعه لحياتها كلها .

— ويقودنا هذا إلى ضرورة التخطيط لدور المرأة في المجتمع الاشتراكي . إن خروج المرأة للعمل يقتضي تغيير موقفها ، القديم ، من ذاتها ومن العالم ، ومن الآخرين . ومن ثم لابد من محاربة كل مظاهر التفرقة بينها وبين الرجل ، وهي عديمة ، مثل إقامة مؤسسات لتعليم البنات ، أو حرمان المرأة من وظائف معينة ، كما في ولاية القضاء التي أجاز لها أبو حنيفة تقلدها فيما تسمح فيه شهادتها ، وهو ما عدا الحدود والقصاص إذ لا شهادة لها فيها ، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة وجوداً وهدماً . على أنها لو قضت في حد فرغ ذلك إلى قاض آخر يرى جوازه فأقضاه ، فليس لغيره إبطاله . بل إن بعض فقهاء الحنفية المجتهدين ، مثل « الكمال بن الهمام » يرى أن الشريعة الإسلامية لم تسلب المرأة ولايتها لقضاء . فالمرأة تصلح لأن تكون شاهدة وناظرة وقت وصية حل اليتامى ، فإذا قضت قضاء موافقاً لدين الله نفذ قضاؤها ولا يبطل . وقال « ابن جرير الطبري » إن المرأة يصح أن تلي القضاء في كل شيء . كذلك فإن مقتضى ما ذهب إليه الفقهاء « شريح » من جواز جمع شهادة المرأة في الحدود والقصاص أن يكون قضاؤها جائزاً في كل شيء صدمه — أنظر في —

٣ - مبادئ الشريعة الإسلامية

١٩٣ - مر بنا أن القانون المدني المصري نص في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على أنه « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » (١) ، وهكذا تكون مبادئ الشريعة مصدراً رسمياً ملزماً للقاعدة القانونية ، تلي في الترتيب قبل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي لا تزال فكرتها ، بصورة

= تفصيل ذلك كله : د - نجيم ، دراسة نقدية للتفسير الاجتماعي من زاوية علم النفس ، مجلة الفكر المعاصر ، العدد ٧٧ ، نظرية الوعي في الاشتراكية العربية ، مجلة « الكاتب » العدد ٤٤ ، الطريق العربي والماركسية التقليدية ، العدد ٥٠ ، مفهومنا الجديد للثورة الاشتراكية ، العدد ٦٣ ، علم نفس الحشطلت لبول جيوم ، ترجمة د. صلاح نجيم وعبد مينايل رزق ، مجموعة الألف كتاب ، سجل العرب ١٩٦٢ ، الفصل الثالث من الدعابة السياسية للوميناك ، دراسات في الفوقية مع هيكل نظرية تفسيرية في القومية العربية ، د. صلاح نجيم وعبد رزق ١٩٦٢ ، نحو نظرية ثورية في التربية ، د. صلاح نجيم ص ٩٦ ، التطور الاجتماعي وآثاره النفسية في مصر ، د. فرج أحمد فرج ، مجلة الفكر المعاصر ، العدد ٧٧ ، الأستاذ طه أبو الخير ، حرية الدفاع ١٩٧١ .

(١) ويقابلها في القانون المدني العراقي ، المادة الأولى التي تنص على أن « ١-١- تسمى النصوص التشريعية . . . ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكمت المحكمة بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون ، دون التقييد بمذهب معين ، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة . . . » . ويجدير بالذكر أن المشرع المصري حذف عبارة « الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون » التي وردت في المشروع التمهيدي ، وكان الدكتور السهري يرى إبقاها لاحتيالاً أن تتعارض مبادئ الشريعة مع القانون ، فلا يؤخذ منها في هذه الحالة إلا ما كان أكثر ملاءمة للقانون ، وكان الرد على هذا النص أن تتعارض لن يحدث لأن الشريعة لن تطبق إلا حيث لا يوجد نص ، ولن يطبق منها إلا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية — أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ص ١٩١ - ١٩٢ .

— وحسنا فعل المشرع المصري بحذف العبارة المشار إليها ، لأن جوهر مبادئ الشريعة ، كما ذكرنا في الكتاب الأول ، لا خلاف فيه ، وهو يختلف عن الفقه الإسلامي الذي هو اجتهادات الفقهاء في استنباط الأحكام ، ولأن تقريب مبادئ الشريعة من أحكام القانون من اجتهاد القاضي حتى يكون الانسجام تاماً بين القانون المدني وتلك المبادئ . هذا إلى أن المادة تتكلم عن مصادر القانون ، فكيف يقيد الأخذ بالشريعة مع إطلاق الأخذ بالعرف ؟

عامة ، غير واضحة ولا محددة ، حالة أن مبادئ الشريعة الإسلامية ترتكز على أسس ثابتة في كتب الفقه (١) . والمراد بمبادئ الشريعة في هذا الخصوص ، هو المبادئ العامة للشريعة الإسلامية ، أي القواعد الأساسية التي تقوم عليها ، أما الأحكام التفصيلية لتلك الشريعة فلا تعتبر مصدراً رسمياً . فالقضاء المصري في أحكامه غير ملزم بالتحديد بمذهب معين من المذاهب الإسلامية ، بل تعتبر جميعها مرجعاً لاستنباط الأحكام القانونية الصحيحة ، فيجوز له أن يرجع إلى جميع المذاهب الفقهية الإسلامية ، كالجعفرى والزيدى والحنبلية والمالكية والشافعية والحنفية وغيرها ، ذلك أن الرجوع إنما سيكون إلى مبادئ الشريعة ، أي كلياتها ، وهي ليست محل خلاف بين الفقهاء ، وبالتالي لا تختلف باختلاف المذاهب . وهي ، كمصدر رسمي للقانون ، تطبق بالنسبة لجميع الأفراد ، سواء أكانوا مسلمين أم غير مسلمين ، وفي جميع المسائل ، عدا ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية ، حيث يطبق الدين ، بحسبانه مصدراً رسمياً أصلياً (٢) ، كما سنرى حالاً .

أما مواد القانون المدني ، المنقولة من الفقه الإسلامي مباشرة ، فهي نصوص تشريعية ، بُرأى في تفسيرها مصدرها التاريخي الذي نقلت منه ، وتفسر على ضوء أحكامه (٣) .

والقاضي المصري لا يلجأ إلى الشريعة الإسلامية إلا حين لا يجد قاعدة قانونية تنطبق على النزاع المطروح عليه ، لا في نص تشريعي وضعي

(١) الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٣٤٥ - ولعل هذا لفقيه يقصد بهذا سهولة التوصل إلى معرفة مبادئ الشريعة من طريق الكتب الفقهية العديدة التي كتبها أئمة المذاهب المختلفة وتابعوهم ، لأننا قلنا إن الفقهاء يختلفون في استنباط الأحكام من أدلتها الشرعية ، وأوردنا في الكتاب الأول أسباب اختلافهم ، وأمثلة عديدة على هذا الاختلاف ، وأنهم ليسوا سوى مجتهدين اجتهدوا في زمانهم ، وقد لا يصلح اجتهادهم اليوم لمواجهة الحالات التي استجدت ، والتي يمين على مواجهتها التواعد الشرعية العامة ، مع الاعتدال بالروح السمحة التي يرميها الدين الإسلامي ، دون التقييد في ذلك بغير مراعاة عدم مصادمة الحلول لنصوص القرآن الكريم والسنة الشريفة - أنظر في أن الفقه هو المصدر الشكل الأساسي للشريعة الإسلامية Y. Linant de Bellefonds, *Traité de Droit Musulman Comparé*. Paris 1965 T. IP, 20.

(٢) بمعنى أن غير المسلمين تطبق عليهم أحكام دياناتهم المتعلقة بالأحوال الشخصية ، أو بتعبير أدق ، المتعلقة بمائل الأسرة .

(٣) الدكتور السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج ١ ط ١٩٥٢ ص ٤٩ .

مكتوب ، ولا في صورة قاعدة عرفية ، فحينئذ يُيسم القاضي وجهه شطر الشريعة الغراء ، يستوحى قواعدها العامة حكمه دون التقييد بمذهب معين (١) .

٤ - الدين

١٩٤ - إن أهمية الدين ، بصنفة عامة ، كبيرة . وقد عرف الإنسان قواعد الدين قبل أن يعرف قواعد القانون بمفهومها الحديث ، بل إن قواعد القانون كانت في بدء نشأتها قواعد دينية . وكان القانون في كل مجتمع ينشأ معتمداً على الدين ومرتجلاً به ، حتى أن رجال الدين كانوا هم أنفسهم رجال القانون . وكانوا يستعينون في فرض احترام القواعد القانونية على الناس بإسنادها إلى إرادة الآلهة وإلى فكرة الحلال والحرام (٢) . ولا عجب إذا ما اعتمدت المجتمعات القديمة اعتماداً كلياً على قواعد الدين والعرف كمصدرين للقانون .

ويراد بالدين هنا ، مجموعة العقائد والأحكام والفرائض التي تقرها شريعة من الشرائع وتلزم معتنقيها بها . وتنظم قواعد الدين غالباً علاقة الإنسان بربه أو وجاهه نحوه ، وواجب الإنسان نحوه نفسه ، وواجبه نحو غيره من الناس . وإذا كان القانون لا يهتم إلا بتنظيم العلاقات بين الناس ، فإننا نجد علاقته بالدين مقصورة على تنظيم المعاملات بينهم .

(١) كانت ثمة اتجاهات ثلاثة حاولت التأثير في موقف القانون المدني من الشريعة الإسلامية : مذهب يعبر عن اتجاه علماني *Laïque* يرى أنه لا يجب الإشارة إلى الشريعة الإسلامية ، إذ أن تطور الحياة العصرية لم يعد يحتمل معه أن يكون في الرجوع إليها أي عون للقاضي في حل المنازعات التي تعرض عليه . ورأى يعبر عن اتجاه إسلامي يذهب على العكس من ذلك ، إلى ضرورة وضع قانون مدني تستق أحكامه كلياً من أحكام الشريعة الإسلامية ، وقدم فعلاً مشروعاً للالتزامات على أنه تقنين للشريعة الإسلامية في هذا الموضوع . أما الرأي الثالث ، وهو الرأي الوسط الذي انتصر في النهاية ، فهو الرأي الذي نادى به الدكتور السهوري ، واضع مشروع القانون ، وهو النص على الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي ، يأتي بعد التشريع والعرف ، مع مراعاة أن تكون الأحكام الموضوعية للقانون المدني منسجمة مع روح الأحكام العامة في الشريعة الإسلامية وما يساير تطورات العصر - أنظر الجزء الأول من الأعمال التحضيرية للقانون المدني .

(٢) الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٣٣٥ .

١٩٥ - وتسارع إلى القول بأننا لا نقصد بالدين ، كصدر أصلي من مصادر القاعدة القانونية في مصر ، الشريعة الإسلامية فحسب ، وإنما ينصرف مدلوله إلى الأديان السماوية الأخرى كافة (١) . والقواعد الدينية تتنوع في

(١) فلا شأن لنا بالأديان غير السماوية ، مثل الهندوسية واليهودية والبوذية ، وهي أديان الهند الكبرى . ففي الهندوسية مجموعة كبيرة من الآلهة ، وأتكرت اليهنية الإله ، ورفضت البوذية الحديث عنه . ولكن هذه الهوة لم يطل عمرها ، فسرعان ما أنه اليهنيون مهاويرا والبوذيون بوذا . وهيات أن تجد هندوسيا لا يعبد حداً من الآلهة ، حتى أنه يصل للشمس الذي يقرس أنعاماً ، والبسر الخط الحديدي الذي يصنعه الأوربي ، وللأوربي نفسه عند الاقتضاء - جوستاف لوبون ، حضارة الهند ص ٣٦٨ .

- والهندوسية هي الدين الأم ، وتتشعب منه الأديان ثم تعود إليه غالباً في صورة أو أخرى ، وهكذا تلتق أديان الهند في الاعتقاد بالكارما وإن اختلفت في تفسيرها ، وتلتق تيمناً لذلك في القول بالتناسخ ، وفي محاولة لتخلص من تكرار المولد بقتل للرغبات والجرمان . والكارما ، أو قانون الجزاء وما يترتب عليه من تناسخ للأزواج أو تكرار المولد ، أهم المبادئ التي تعتبر محورياً لفكر الهندي . وقد تردد بوذا في الخوض فيها ، وقال في ذلك : هل تكلم ميت قط ؟ والمقل يقر أنه لا بد من جزاء لما يرتكبه الإنسان من أخطائه ، وقد اتخذ الإسلام طريقاً رائماً حيال هذا الموضوع ، فجعل الجزاء يتم أحياناً في الدنيا وأحياناً في الآخرة ، وكان القرآن الكريم مرشد المسلمين إلى هذا الفكر ، قال تعالى « وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم » ، « فأما من ثقلت موازينه فهو في عيشة راضية ، وأما من خفت موازينه فأهه هاوية » .

- وتورد بعض نماذج الفقه الهندوسي : المرأة تعيش وليس لها خيار ، البنت في خيار أبيها ، والمتزوجة في خيار بعلها ، والأرملة في خيار أبنائها ، وعلى المرأة أن ترضى بمن ارتضاه لها والدها بعلها فتخدمه طول حياته ولا تفكر في رجل آخر بعد وفاته . وإن وجدت زوجها لا يعتنى بها ويحب امرأة غيرها ، فلا تحقد عليه ، ولا تقصر في خدمته وتبذل مرضاته فقد تبطل جنة المرأة برضا بعلها . وفي المسائل الاقتصادية : لا يجوز أكل الربا الفاحش ، ولصاحب المال أن يأخذ روية وربع روية رباً عن مائة روية في كل شهر . وإذا وجدت لقطعة في مكان ، أمر الملك بحفظها حتى يوجد صاحبها ، والذي يسرق مثل هذا المال يلقى أنام قبل ليدوسه نكالا بلخائيه . ويجب على الملك أن يكتفى بالقليل من الضرائب على رعيته ، فيأخذ من الحبوب الثمن أو السدس ، ومن أرباح الفضة أو الذهب النصف . والولد الأكبر هو الذي يرث والديه ، لأنه بمنزلة الأب .

- ولا تعتبر البوذية إضافة في صميم العقائد الدينية ، بل إضافة في آداب السلوك وفلسفة الحياة ، وإضافة في عرض الآراء على يد غير المستأثرين بها قديماً من سدنة الهيكل والمحراب . ومن أهم ميزاتها ، التسامح إلى حد كبير ، وكان بوذا يحذر أتباعه من التعصب المذهبي ، ويقرر لهم أن التعصب يعنى عن الحق . والبوذية تسمى لإنقاذ الجماهير ، بينما اليهنية تسمى لإنقاذ الفرد - أنظر في كل ما تقدم Berry : Religions of the

اتساعها وفقساً لاختلاف الأديان ، فبعضها يقتصر على العبادات والعقائد والأخلاق ، ولا يعنى بالمعاملات وتنظيم شئون الحياة إلا في أضيق الحدود (١) . ومثل هذه الأديان لا تقوى على أن تكون مصدراً مباشراً للقواعد القانونية ، وإن كانت تستطيع بتعاليمها أن تؤثر على تكوين هذه القواعد وتشكيل جوهرها . بينما لا يقتصر بعض الأديان الأخرى على العقائد والفرائض ، بل يتدخل في تنظيم معاملات الناس ، ويضع الجزاء الديني لمخالفة القواعد التي يقرها . ومثل هذه الأديان يمكن أن يعتبر مصدراً مباشراً للقواعد القانونية ، وبذلك تستمد القاعدة القانونية قوتها الإلزامية من الدين مباشرة ، وتتولى الدولة بما تملكه من سلطة عامة توقيع الجزاء الذي تفرضه القاعدة القانونية كما أشار بها الدين . ويعتبر الدين الإسلامي نموذجاً واضحاً على تنظيم أمور الدنيا وفرض الولاية على المعاملات (٢) ، بينما يعتبر الدين المسيحي مثلاً حياً للأديان التي اقتصرت عنايتها على العبادة والأخلاق . ونوجز القول في كل من هذين الدينين من حيث دور كل منهما في فرض القواعد القانونية بصفة عامة ، ثم ننظر في مركز الدين بين مصادر القاعدة القانونية في مصر وغيرها من البلاد العربية .

الدين المسيحي :

١٩٦ - قامت الفلسفة المسيحية على نوع من ازدواج الولاء لدى المسيحي ، فهناك ولاء للسلطة الزمنية المتمثلة في الإمبراطور ، وولاء للسلطة الروحية المتمثلة في الكنيسة . وهذا الازدواج في الولاء يتمثل في العبارة التي تُنسب أحياناً للسيد المسيح ، عليه السلام ، وتُنسب أحياناً أخرى ، وهو

- world p. 43 ، الأستاذ العقاد في « حقائق الإسلام وأباطيل خصومه » ، وفي « الله » ، الدكتور أحمد شلبي في « مقارنة الأديان - أربعة أجزاء » وفي « التاريخ الإسلامي والحضارة الإسلامية - ٢ » ، بروفيسور أتربا في « ثقافة الهند وحياتها الروحية والأخلاقية والاجتماعية ص ٥٥ » ، Wells : Ashort History of the World p. 123 .

(١) ويسى الفيلسوف Bertrand Russell هذه الأديان بالديانات الفردية - أنظر كتابه Education and the Social order .

(٢) ومن ذلك أيضاً الشريعة الموسوية ، ومن الأديان غير السماوية الكونفوشيوسية . وهذه هي الأديان السياسية أو الجماعية - أنظر للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص ٢٠٩ .

الراجح ، إلى القديس بولس والتي تقول « إعط ما لقيصر لقيصر ، وما لله لله » . وقد عبر القديس بولس عن تلك الفلسفة التي تدعو المسيحيين إلى طاعة الأباطرة في أمور الدنيا طاعة كاملة بقوله « فلتخضع كل نفس للسلطات العليا ، فما للسلطان إلا لله ، والسلطات القائمة في الأرض إنما هي من أمره ، فمن يعصى السلطات الشرعية إنما يعصى الرب ، ومن يعصها حلت عليه اللعنة ... » (١) . وفي ظل هذا التفكير ، الذي يقوم على أن الحاكم يحكم بمقتضى حق إلهي مقدس ، تعلو السلطة فوق الحرية ، ويستند الاستبداد إلى أساس متين : ومن ثم ، ورغم دعوة المسيحية إلى الحرية والمساواة بين البشر ، فإن تلك الحرية والمساواة فسرت تفسيراً روحياً خالصاً « يعلو فوق مطالب الحياة ومقتضياتها » على تقدير أن هذه المطالب إنما هي من قبيل الأعراض الزائلة ، وأن المهم في « مدينة الرب » هو الخير الباقي بعد هذه الحياة (٢) . بيد أنه حدث تطور في الفكر المسيحي في أعقاب انهيار سلطان الأباطرة الرومان من ناحية ، وزيادة سلطان الكنيسة من ناحية ثانية ، كان مدعاة لبعض الحرية ، ووضع الاستبداد السياسي للسلطات الزمنية في إطار محدود ، وإن ظلت الفلسفة المسيحية تركز على الأمور النفسية الباطنية أكثر من تركيزها على العلاقات الاجتماعية الخارجية ، ومن ثم كان اهتمامها بقضايا التطهر النفسي والسمو الروحي ، أكثر من اهتمامها بقضايا الحرية والسلطة .

التشريع والمسيحية :

١٩٧ - تعتبر المسيحية التوراة وأسفار الأنبياء السابقين كتاباً مقدسة ، ويطلقون عليها « العهد القديم » ، وكان المسيحيون لذلك في عهودهم الأولى يتبعون شرعة اليهود والوصايا العشر عندهم ، ومن أجل هذا لم يأت عيسى بتشريع جديد ، وكل ما اهتم به هو الوعظ والوصية والتسامح . وأهم

(١) جورج سواين : تطور الفكر السياسي - ٢ ، الترجمة العربية ص ٢٦٥ .

(٢) أنظر بخصوص ذلك وبخصوص مدينة الرب التي تصورها القديس أوجستين :

ما يروى عنه عظة الجبل (١) التي يرى المسيحيون أنها ، وما مائلها ، نقلت التشريع في المسيحية إلى طور جديد يخالف الشرعة القديمة (اليهودية) . وأورد الكتاب للمسيحيون أمثلة لذلك منها أن شرعة موسى نهت عن القتل ، أما المسيح فقد ذهب إلى أبعد من ذلك ، فنهى عن التفكير في الإساءة على العموم ، ورد ذلك الغضب والبغض واحتقار الغير فقال « قد سمعتم أنه قيل للأولين لا تقتل فإن من قتل يستوجب الدينونة . أما أنا فأقول لكم إن كل من غضب على أخيه يستوجب الدينونة » . ونهت شرعة موسى عن الزنى ، أما المسيح فقد نهى عن كل فكرة دلس تداعب الحس والحيال فقال « قد سمعتم أنه قيل للأولين لا تزني ، أما أنا فأقول لكم : إن كل من نظر إلى امرأة لكي يشتهيها فقد زنى بها في قلبه » . وأباح شرعة موسى الطلاق ، أما المسيح فأرجع الزواج إلى صرامته ونقاؤه ، فألغى الطلاق الذي ما سمح به موسى إلا لقساوة قلوب قومه ، وما سمح المسيح إلا بالهجر بشرط ألا يعقبه زواج جديد . وتساهلت شرعة موسى فغضت النظر عن الانتقام وسلمت بسنة العين بالعين ، أما المسيح فنصح بقبول الإهانة برياسة جأش ، فن الحقم أن ترد الكيل بالكيل ، وإنما الحكمة أن تبادل بالشر الخير ، فقال « سمعتم أنه قيل العين بالعين والسن بالسن ، أما أنا فأقول لكم : لا تقاوموا الشرير بل من لطمك على خدك الأيمن فحوّل له الأيسر (٢) » . ونصت شرعة موسى على محبة الأحياء وبغض الأعداء ، أما المسيح فأضاف قوله « قد سمعتم أنه قيل . أحب قريبك وأبغض عدوك . أما أنا فأقول لكم أحبوا أعداءكم ، وأحسنوا إلى من يبغضكم ، وصلّوا لأجل من يعتكم

(١) هالك مقتطفات منها : طوبى للمسكين بالروح فإن لهم ملكوت السموات - طوبى للودعاء فإنهم يرثون الأرض - طوبى للحزان فإنهم يمزون - طوبى للجياع والعطاش إلى البر فإنهم يشبعون - طوبى لأتقياء القلوب فإنهم يعميتون الله .

(٢) وقال أيضاً « من سخرك ميلاً فامش معه ميلين » و « من أراد أن يخاصمك ويأخذ ثوبك ، فاترك له الرداء أيضاً » . وقال لتلاميذه « من أراد فيكم أن يكون أولاً ، فليكن آخر الكل . . . ومن أراد فيكم أن يكون سيداً ، فليكن عبداً للكل . . . » و « من أراد أن يتبعني ، فليترك ذاته ، ويحمل صليبه ويتبعني » . أنظر في كل ما تقدم في المتن والهامش ، إنجيل متى ٥ : ٢١ و ٢٧ و ٢٢ - ٢٣ و ٢٧ و ٢٩ و ٤٣ - ٤٤ . ومرقس ١٠ - ١٩ . ولوقا ١٦ : ١٩ - ٢٠ . وانظر الأب بولس إلياس ص ٢٢٥ - ٢٢٦ .

ويضطهدكم ، لتكونوا بنى أبيكم الذى فى السموات لأنه يطلع شمس على الأشرار والصالحين ويمطر على الأبرار والظالمين . واكتفى الإسرائيليون بإتمام واجبات العدل لينال الإنسان النجاة ، أما المسيح فأفهم الناس أن العدل وحده يُحجّر القلوب إن لم تمازجه دفقة من محبة .

ومن الواضح أن هذا ليس تشريعاً جديداً عما كان فى شريعة موسى ، ولكنه تهذيب وتسامح ، وليس به تعديل فى التشريع إلا فى الطلاق . وقد اتضح لقادة المسيحيين : بعد عيسى بفترة قصيرة ، أن التشريع اليهودى شق على الأتباع الجدد وبخاصة من غير بنى إسرائيل ، وكان الختان من أهم ما شق على هؤلاء ، فأخذ المسيحيون يقللون من التكاليف والحرمات ، وحصروها فى الزنا ، وأكل الخنوق ، وأكل الدم ، وأكل ما ذبح للأوثان ، وأباحوا الخمر ولحم الخنزير والربا ، وهى محرمة فى التوراة . وتسلم الرؤساء الروحانيون تراث التشريع من الرسل ومن بولس ، الذى كان تارة يشرح ما روى عن عيسى ، وتارة يقترح من عنده هو^(١) ، وظلوا يباشرونه حتى تم الاعتراف بالمسيحية ، فانتقل حق التشريع إلى المجامع التى لم تكثف بالتقنين حول أمور الدنيا ، بل راحت تخلق الآلهة وتقرر حق الغفران . ثم كان أن قرر مجمع رومة عام ١٨٦٩ عصمة البابا ، فانتقل حق التشريع إليه كرأس للكنيسة ، وعن طريقه نعتت الكنيسة بهذا الحق^(٢) . وهكذا فإن المسيحيين عندما أثبتوا عصمة البابا ، انتقلت كل السلطة فى إصدار القرارات وتعيين المعتقدات والأحكام إلى جبر رومية الأعظم الجالس على كرسي الخلافة^(٣) ، وأصبح حكمه قطعياً . وهكذا باشرت الكنيسة سلطاتها التشريعية ، ولا تزال تباشرها^(٤) .

- (١) وكان الختان من أهم ما عني بولس بإيقافه ، وطالما صرخ فى رسائله بقوله : ما هو نفع الختان ؟ أنظر مثلاً رسالته إلى أهل رومية ٣ : ١ .
(٢) وقد نسب المسيحيون عصمة الكنيسة إلى عيسى . يقول الأب بولس إلياس ولقد تحول السيد للمسيح كنيسته حين السلطان الذى تلقاه من أبيه السماوى حينما قال لتلاميذه : كما أرسلنى الأب ، هكذا أنا أرسلكم - أنظر يسوع المسيح ص ١٨٨ و ١٩٠ .
(٣) أنظر الإنجيل والصليب للأستاذ عبد الأحد داود ص ٢٢ .
(٤) ومن القرارات الهامة التى اتخذتها حديثاً ، تبرئة اليهود من دم المسيح ، وهو قرار ثبت السياسة دوراً كبيراً لاقتضاه ، ويرى كثير من الباحثين أن عدداً من الكرادلة =

نماذج من التشريع المسيحى

١٩٨ - أهم العبادات عند المسيحيين الصوم والصلاة ، وتحديدتها ليس متفقاً عليه . ويرى كثيرون من المسيحيين أن الانتظام فى الصوم والصلاة توجيه اختياري لا إجباري . ومن التشريعات حول الأسرة أن الأصل أن يترهب الناس رجالاً ونساءً ، ولكن لما كان ذلك غير ممكن ، أجاز الزواج ، وكان تعدد الزوجات معمولاً به فى مطلع المسيحية تبعاً للتعدد الذى قالت به اليهودية ، بيد أنه لا يجمع بين اتجاه المسيحية للرهبة^(١) ، وبين ضرورة الزواج خوف الزنا ، أصبح الزواج مباحاً من واحدة فقط ، ولا يجوز الطلاق إلا فى حالة الزنا ، فإذا تم طلاق بسبب الزنا ، لا يجوز لأى من هذين الزوجين أن يتزوج مرة أخرى ، أما إذا كان الفراق بالموت فإن الحى يجوز له أن يتزوج . وهم فى مسألة الطلاق يخالفون اليهودية التى تجزئه بدون زنا . وهناك

من الذين اشتركوا فى تأييد هذا القرار ، ينحدرون من أصل يهودى ، وأنهم اعتنقوا المسيحية لغرض خدمة اليهودية .

- وقد يقال إن المسلمين يرون أن الله أنجى عيسى من اليهود ، فهم بذلك لم يقتلوه . وهذا القول مردود ، ذلك أن اليهود لا يترفون بأن شيئاً لعيسى حل محله ، وعدم اعترافهم بذلك يتضمن اعترافهم بقتله أى يقتلهم له ، لأن هناك شخصاً قتل يقيناً ، ولكنه دأب اليهود يؤمنون ببعض الكتاب ويكفرون ببعض ، كما نص على ذلك الذكر الحكيم - سورة البقرة الآية ٨٥ .

- ويهتم المسيحيون بالنسل وبخاريون تحديده ، وما ينسب إلى البابا بيوس الثانى عشر قوله : إن خصب الزواج شرط لسلامة الشعوب المسيحية ودليل على الإيمان بالله والثقة بعنايته الإلهية ومجلبة للأفراح العائلية - أنظر مجلة الوثائق الكاثوليكية العدد ١٢٧١ سنة ١٩٥٨ .

(١) نظام الرهبة لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس معترف به فى مصر .

وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى الرهبة من غير طريق الميراث أو الوصية يعتبر ملكاً للبيعة التى كرس سوانه لخدمتها ، وأن ذلك لا يرجع إلى انعدام شخصية أو أهلية الراهب وإنما إلى أنه يعتبر طبقاً لقوانين الكنيسة نائباً عن البيعة التى تملكه لهذه الأموال ، وعلى ذلك يكون الراهب الحق فى أن يتعاقد باسمه أو باسم البيعة التى ينتمى إليها ، ويكون للبيعة فى الحالة الأولى أن تتمسك بانصراف أثر العقد إليها ، ولا يكون للمتاقد مع الراهب شأن فى ذلك مادام العقد قد انعقد صحيحاً مرتباً لكل آثاره - نقض ٢٠ يونيو ١٩٦٨ من ١٩ من ١٢٠٢ ، نقض ٣١ مايو ١٩٦٦ من ١٧ من ١٢٩١ ، نقض ٤ مايو ١٩٤٢ بمجموعة القواعد القانونية التى أصدرتها محكمة النقض فى ربيع قرن ج ١ ص ٣٤٢ .

حالة أخرى غير الزنا يجوز فيها الطلاق في المسيحية ، وتلك إذا كان أحد الزوجين غير مسيحي فيصح التفريق عند تهاجرهما وعدم الألفة بينهما .

اثر الدين في قوانين البلاد الغربية

١٩٩ - يخلص لنا مما سبق أن الدين المسيحي لم يُعن في أصله بمسائل التشريع اللهم إلا في النادر القليل مثل مسألة الزواج والطلاق التي قال فيها الإنجيل إن ما يجمعه الله فلا يفرقه الإنسان ، ومن تزوج بمطلقة أخيه فقد زنا . وإنما عني هذا الدين بالروحانيات ، ولم يهتم بشئون الدنيا^(١) . وإذا كان الدين المسيحي هو الذي يسود في الدول الغربية ، فلا غرو أن يكون أثر الدين ضئيلاً في قوانينها ، وإن كانت الكنيسة ، متهزة فرصة ضعف الحكومة أو ما يسمى بالسلطة الزمنية ، قد عمدت فيما بعد ، إلى تنظيم نفسها تنظيمًا كاملاً كما ذكرنا ، بغتها ويعني أتباعها عن الالتجاء إلى سلطة الدولة . فأصدرت إلى الناس عدة مراسيم **Canons**^(٢) تنظم بها أمورهم . وقد تكون من مجموع تلك المراسيم الكنسية ما يسمى بالقانون الكنسي **Droit Canonique** الذي لم يقتصر على تنظيم علاقات الأسرة ، وإنما تناول أيضاً القواعد التي تحكم الخلافة بعد الموت عن طريق الميراث والوصية ، كما شمل المبادئ الأساسية التي تخضع لها العقود^(٣) . وقد كان القانون الكنسي يعتمد في مصادره على القانون الروماني والتشريع البابوي وفقه رجال الكنيسة ، ثم قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

٢٠٠ - ومنذ اعتراف الدولة الرومانية رسمياً بالدين المسيحي ، أخذ القانون الكنسي ينافس القانون الروماني ، فلما بدأ نفوذ الكنيسة يضمحل ،

(١) وهذا يؤكد أن المسيحية تكلمت لأديان بني إسرائيل ، فقد تركت لهذه الأديان كل مسائل التشريع أو أكثرها ، وفتحت بتوجيه كل العناية إلى الجانب الذي أحمله اليهود ، وهو جانب التسامح والزهدي في الدنيا والمسألة والصلح وشراء حجة الناس بأي ثمن . كما أدخل المسيح مبدأ الاتضاع ، وانسحاق القلب ، قال : إن دعيت إلى وجمعة ، فاجلس في المتكأ الأخير - أنظر مقال البابا شنودة الثالث ، جريدة الأهرام ، عدد ٧ يناير ١٩٧٢ .

(٢) لفظ « قانون » في اللغة العربية انتقل إلينا من اللفظ الفرنسي **Canon** الذي هو بدوره مشتق من الكلمة اليونانية **Κανον** - الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص ٢١٠ .

(٣) الدكتور شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ١٩٦٨ ص ١١٦ .

ضعف تبعاً لذلك القانون الكنسي بصورة تدريجية وذلك بازدياد نفوذ الساطة المدنية أو الحكومة التي أخذت قوانينها تحمل محل القانون الكنسي حتى انتهى الأمر بفصل الكنيسة عن الدولة وزوال كل ما لها من أثر في خلق القانون . ولكن تلك القوانين تأثرت بالقانون الكنسي إلى حد كبير ، ونقلت عنه الشيء الكثير ، فتأثر به القانون الفرنسي القديم ، ونفذ التأثير من خلاله إلى التقنينات الفرنسية الحالية . وهكذا يمكن القول بأن القانون الكنسي يعتبر من المصادر التاريخية فقط للقانون الفرنسي الحديث^(١) .

أما في مصر ، فسرى حالاً أن القواعد القانونية المستخلصة من رجال الكنيسة ، لا تزال مطبقة بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية . ومن ثمة يعتبر الدين المسيحي ، أو بعبارة أدق ، الاجتهاد الذي بذل على هدى من تعاليمه ، مصدراً أصلياً مباشراً للقواعد القانونية المتصلة ببعض مسائل الأحوال الشخصية ، وذلك بالنسبة للمسيحيين المتحدين في الملة .

الدين الاسلامي

٢٠١ - من المعروف أن الشرع الإسلامي ، في مفهومه الواسع ، يشمل مهيتين متميزتين تميزاً واضحاً : أ - علم الكلام أو التوحيد . ب - الشريعة الإسلامية في مفهومها التقني ، ويقصد بها ما شرعه الإسلام من قواعد قانونية .

ومن المعروف كذلك أن الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين : أ - العبادات ، وهي مجموعة القواعد المنظمة لالتزامات العبد في مواجهة الرب . ب - المعاملات ، وهي مجموعة القواعد المنظمة لما ينشأ بين العباد من علاقات . أما دراسة النظرية العامة للدولة ، فلا تشكل مبحثاً من مباحث الشريعة عند علماء القانون المسلمين ، وإنما يتعرض لها علماء السنة عادة بمناسبة البحث في علم السياسة ، في حين يعتبر الشيعة البحث في الدولة الإسلامية ونظامها مبحثاً كلامياً من مباحث علم التوحيد ، لأن الإمامة عندهم ركن من أركان العقيدة الإسلامية يلي في الأهمية ركن الألوهية والنبوة .

(١) الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٢٢٧ .

- ومن ذلك بعض القواعد التي لا تزال سائدة في نظام الزواج ، وبعض القواعد التي لا تزال تحكم العقود ، مثل مبدأ رضائية التعاقد ومبدأ المقدم شرعية المتماقين . فقد كان للقانون الكنسي أبعاد الأثر في تخليص نشأة العقود من الطقوس والشكليات .

٢٠٢ - وقد اشتقت أحكام الشريعة من القرآن الكريم ومن سنة الرسول بقوله أو بفعله ، ثم أخذت هذه الأحكام والقواعد طريقها إلى النمو والاكتمال عن طريق الإجماع والقياس ، بحيث استطاعت لشمولها وكفايتها ، أن تسد حاجة البلاد الإسلامية خلال قرون طويلة ، فكانت الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي الوحيد للقواعد القانونية في القانون العام والقانون الخاص على السواء ، في عهد الرسول والخلفاء الراشدين . ولما تجدد الاجتهاد ، اتجهت أغلب البلاد الإسلامية إلى النظم الغربية الوضعية تستقي منها قواعد القانون ، ومن ثم احتل التشريع مكان الصدارة بين مصادر القواعد القانونية في كثر الدول الإسلامية ، ومن بينها مصر ، بعد أن ظلت الشريعة الإسلامية ، المصدر الرئيسي ، إن لم نقل الوحيد ، للقانون المصري بكل فروع حتى القرن التاسع عشر ، كما بقيت أيضاً المصدر الرئيسي والوحيد بالنسبة للقانون العراقي بكل فروع منذ الفتح الإسلامي وحتى ذلك القرن . وقد بذل واضعو القانون المدني العراقي جهداً في التنسيق بين الأحكام التي استقاها القانون من مصدره الأساسيين : الشريعة الإسلامية ، والقوانين الغربية . ففي نظرية التعسف في استعمال الحق وغيرها من النظريات العامة ، قرب القانون المدني بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي ، ووفق بين وجهات النظر المختلفة ، مما يسر جمع كثير من التطبيقات من مجلة الأحكام العدلية ومن آثار فقهاء المسلمين بوجه عام ، ومن التقنينات الغربية على حد سواء^(١) ، ومن قبل ذلك نهج المشرع المصري هذا النهج في القانون المدني الحالي^(٢) .

٢٠٣ - وإنه وإن توارت قواعد الشريعة الإسلامية ، في مصر والعراق وغيرها ، عن المشاركة في تكوين جوهر بعض القواعد القانونية ، فإن هذا الدور لا يزال رئيسياً في بعض هذه القواعد مثل قواعد الميراث والوصية التي استقيت كلها من الشريعة الإسلامية^(٣) ، بينما كان أقل شأناً في قواعد المعاملات المالية ،

(١) الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي .

(٢) أنظر ما قلناه تفصيلاً عن الشريعة الإسلامية في التمهيد للكتاب الأول ، ص ٢٠ وما بعدها ، وراجع كذلك التمهيد للكتاب الثاني - ص ٢٤٠ وما بعدها .

(٣) هذا ولا تزال الشريعة الإسلامية في مصر مصدراً أصلياً ، كما ذكرنا ، في بعض مسائل الأحوال الشخصية مثل الزواج . وقد مضت الإشارة إلى أن مبادئ الشريعة =

ومنعدماً ، أو يكاد ، في قواعد القانون الجنائي بصفة خاصة . هذا وتوجد قلة من الدول ، مثل العربية السعودية واليمن ، تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً مباشراً أصلياً لمختلف قواعد القانون العام والقانون الخاص .

وقبل أن نحدد دور الدين كمصدر أصلي وخاص^(١) في بعض مسائل الأحوال الشخصية ، لعلنا من المفيد أن نعرض لمذلول اصطلاح « الأحوال الشخصية » الذي يشمل ، في الاصطلاح الدارج ، ثلاث طوائف من المسائل وهي المتعلقة بالحالة^(٢) والأهلية والولاية على المال ، والمسائل المتصلة بالأسرة ، وأخيراً مسائل الميراث والوصايا .

المقصود بالأحوال الشخصية

١٠٤ - يذهب الدكتور أحمد سلامة^(٣) إلى أنه يمكن تحديد الأحوال الشخصية للوطنين بأنها مجموعة المسائل التي تعدد القواعد القانونية بالنسبة لها ، أو مجموعة المسائل التي يترك المشرع حكمها لقانون ديانة المتنازعين ، أي لقانونهم الشخصي . وهو يؤكد أن هذا التحديد أمر مرحلي ، بمعنى أنه سيختفي متى وسجد المشرع القواعد القانونية التي تحكم جميع العلاقات الوطنية

- الإسلامية تأتي في المرتبة الثالثة من مصادر القانون المدني المصري والعراق ، وذلك بعد العرف ، فلا شك أن حظ الرجوع إليها يكون في العمل أكثر تواضعاً من العرف ، بل وإن إضاقها بين المصادر العامة قد أدت في المرحلة النهائية لإعداد مشروع القانون المدني المصري - أنظر الأعمال التحضيرية ، الجزء الأول .

(١) المصدر الأصلي هو الذي تلجأ إليه مباشرة قول غيره لبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق . والمصدر الخاص هو الذي يرجع إليه فقط في خصوص طائفة معينة من المسائل ، ولكن لا يعتمد عليه بالنسبة لسائر فروع القانون ، كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية ، والدين عموماً ، بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية ، كما سنوضح في المتن . (٢) قضت محكمة النقض بأن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية لا تكون إلا للأحكام التي تنشئ الحالة المدنية لا الأحكام التي تقررها والتي لا تكون لها إلا الحجية النسبية - نقض ٧ فبراير ١٩٦٨ ص ١٩ ص ٢١٤ .

(٣) في مقاله « مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين » تعليقاً على مقال الدكتور صبير تناغو « اصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء » . وقد نشر المقال الأخير في مجلة مصر المعاصرة ، السنة الثامنة والخمسون ، العدد ٣٣٠ ص ١٨٧ وما بعدها . ونشر المقال الأول في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة العاشرة ، العدد الأول ص ٥٥ وما بعدها .

غير المالية ، وحيث أن يكون لتحديد الأحوال الشخصية أي فائدة في نظام العلاقات الوطنية ، وإنما سيكون لهذا التحديد ، كما هو كائن ، كل الفائدة في نظام العلاقات الأجنبية^(١) .

ويرى الدكتور سمير عبد السيد تناغواً أن تحديد الأحوال الشخصية على النحو السابق يمثل جزءاً من الحقيقة^(٢) . ولكن الحقيقة كلها هي أن الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب هي المنازعات التي كانت تختص بها المحاكم القنصلية دون المحاكم المختلطة وذلك قبل توقيع اتفاقية مونثرو عام ١٩٣٧ ، وبالنسبة للمصريين هي المنازعات التي كانت تختص بها المحاكم الشرعية فيما يتعلق بالمسلمين ، والمجالس الملّية فيما يتعلق بغير المسلمين وتسرى عليها الشريعة الدينية لأطراف النزاع .

وبعد إلغاء الامتيازات الأجنبية وتوحيد جهات القضاء ، وتوحيد القانون في معظم المسائل التي كان يصدق عليها هذا الاصطلاح ، لم يعد له مدلول في القانون المصري الحديث ، كما لم تعد له أية فائدة عملية ، بل إن استعماله كفكرة مستندة في النزاع الداخلي للشرائح قد يؤدي إلى مخالفة النظام القانوني في مجموعه . ويصدق هذا القول بالنسبة للأجانب والمصريين على السواء :

(أ) بالنسبة للأجانب كان مدلول اصطلاح الأحوال الشخصية في ظل الامتيازات الأجنبية هو الذي يحدد اختصاص المحاكم القنصلية بنظر هذه المنازعات . وبعد توقيع اتفاقية مونثرو لعام ١٩٣٧ أصبحت المحاكم المختلطة محتصة بنظر هذه المنازعات بالنسبة للأجانب ، إلا بالنسبة لأولئك الذين نصت دولهم عند التوقيع على الاتفاقية المذكورة على بقاء اختصاص محاكمهم القنصلية بنظر منازعاتهم الشخصية . وقد ألغيت في الوقت الحاضر المحاكم القنصلية والمحاكم المختلطة بإلغاء الامتيازات الأجنبية ، وأصبح الأجانب خاضعين للمحاكم الوطنية كالمصريين تماماً ، ولم يعد لهذا الاصطلاح أدنى أهمية لتحديد الاختصاص القضائي بالنسبة للأجانب ، فسواء تعلق النزاع

(١) مقال الدكتور أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٦١ .

(٢) أنظر مقاله « مرة أخرى اصطلاح الأحوال الشخصية » مجلة العلوم القانونية

والاقتصادية ص ٧٨٢ .

بالمال أو بالشخص فإن المحكمة الوطنية تكون هي المختصة طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي .

وبالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات ذات العنصر الأجنبي ، فإن فكرة الأحوال الشخصية لم يستعملها المشرع المصري كفكرة مسندة في أي قاعدة من قواعد الإسناد يكون المشرع قد استخدم فيها الأحوال الشخصية كفكرة مسندة^(١) .

(ب) وبالنسبة للمصريين فإنه لم تعد للاصطلاح أية قيمة فيما يتعلق بتحديد الاختصاص القضائي .

وبالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على المصريين ، فإنه من غير المفيد استخدام اصطلاح الأحوال الشخصية كفكرة مسندة في حل النزاع الداخلي بين الشرائع ، لأن هذا الاصطلاح بحسب مدلوله الذي كان معروفاً في مصر خلال تجربة قانونية وقضائية مدتها حوالي ثلاثة أرباع قرن من الزمان ، كان يشمل مسائل أصبح القانون فيها موحداً في الوقت الحاضر . ولذلك إذا عرضت مسألة من هذه المسائل وقلنا إنها من الأحوال الشخصية ، وإنها لهذا السبب تخضع للقانون الديني لأطراف النزاع ، فإننا نكون قد وصلنا إلى نتيجة مخالفة لحكم القانون إذا كانت هذه المسألة قد خضعت لقانون موحد بالنسبة للمصريين جميعاً كمسائل الأهلية والميراث والولاية على المال^(٢) .

وأينما

٢٠٥ - ونحن نذهب مع الدكتور سمير تناغوا في القول بأن القانون

(١) يكتب الدكتور أحمد سلامة في مقاله السابق بالقول بأن لهذا الاصطلاح أهمية كبيرة لتحديد الاختصاص التشريعي من حيث تكييف العلاقة المعروضة . ولكن التكيف كما هو معروف يكون بإدخال العلاقة المعروضة في فكرة مسندة من الأفكار التي وضعها المشرع في قواعد الإسناد .

(٢) ويدعو كاتب المقال إلى إلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات الصادر في سنة ١٩٤٩ والذي نصت المادة الأولى من قانون إصدار قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على عدم إلغائه ، وذلك حتى لا تبقى نافذة في تشريعنا في الوقت الحاضر ، أحكام منقولة من الكتاب الخامس من قانون المرافعات المختلط بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملّية عفتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وتوحيد إجراءات التقاضي وجهات التقاضي بالنسبة للمصريين جميعاً ، مما كان يتعين معه إخضاع الأجانب لنفس الإجراءات .

الدينى لأطراف النزاع ينطبق ، لا على الأحوال الشخصية ، ولكن على المسائل التى لم يصدر بشأنها قانون موحد والتي أضحت مقصورة على علاقات الأسرة ، وذلك لأن فى استخدام اصطلاح الأحوال الشخصية كفكرة مسندة فى التنازع الداخلى ، ما قد يؤدي إلى نتائج مضللة تخالف أحكام القانون ، ولعل فى إلغاء المادة ١٣ من قانون نظام القضاء لعام ١٩٤٩ (١) التى كانت تحدد مدلول اصطلاح الأحوال الشخصية ، خير دليل على أن هذا الاصطلاح أصبح مهجوراً من المشرع نفسه .

ولذلك فإننا فننادى بأن القانون الذى سيصدر بتنظيم الأسرة ، يجدر أن يسمى « قانون الأسرة » ، وليس « قانون الأحوال الشخصية » .

دور الدين كمصدر أصل و خاص فى مسائل الأحوال الشخصية

٢٠٦ - أشرنا فيما سبق إلى أن التشريع تدخل فى غير القليل من مسائل الأحوال الشخصية ، فأصبح هو المصدر الأصلى بشأنها ، وفيما يلي بيان ذلك .

أولاً - مسائل الأهلية والولاية على المال

كان يرجع فى هذه المسائل إلى القواعد الدينية التى تختلف وفقاً لديانة الشخص . فالمسلم يخضع للشريعة الإسلامية ، وغيره يخضع لشريعة الدين الذى يعتنقه .

ثم توحدت قواعد الأهلية بالنسبة للمصريين كافة دون تفرقة بينهم بسبب الدين ، وذلك بموجب قواعد تشريعية انتظمها القانون المدنى .

كما توحدت كذلك قواعد الولاية على المال فى عدة قوانين متعاقبة آخرها القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهو المعمول به حالياً .

وقد استمدت هذه القواعد التشريعية من الشريعة الإسلامية بما يمكن معه القول بأن هذه الشريعة هى الأصل التاريخى لقواعد الأهلية والولاية على المال .

(١) ومن العجيب أن محكمة النقض فى الوقت الذى أوردت فيه المادة ١٣ من قانون نظام القضاء ، الدوطة من بين المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية - تكيفها بأنها اتفاق ذو طابع مالى يخضع لحكم القواعد العامة ولما تصرف إليه إرادة عاقدية والعرف الجارى بين أفراد الطائفة التى ينتسبون إليها فيما لا يخالفه فى لنظام العام (نقض ١٢ يونيو سنة ١٩٥٢ ص ٣ ص ١١٨٧) .

قواعد الأهلية (١)

٢٠٧ - كان من العيوب البارزة فى التقنين المدنى المصرى الملقى ، أنه تقنين غير كامل . فقد خلا من قانون الأحوال الشخصية ، وهذا جزء هام فى كل تقنين مدنى . وقد قضت الظروف ألا يبرأ القانون المدنى الحالى من هذا العيب ، فلا يزال تقنين الأحوال الشخصية غير مستكمل لكل مسائله ، ثم هو لا يزال منفصلاً عن التقنين المدنى . وقد كان من الضرورى ، بعد أن خلا هذا الأخير من قانون الأحوال الشخصية ، أن يشتمل على بعض النصوص التى تتناول الشخص الطبيعى من حيث ابتداء الشخصية وانتهائها ، ومن حيث الخصائص التى تميز الشخصية الطبيعية ، ومن حيث الوسائل التى يتدرج بها القانون لحماية الشخصية . وقد استحدث التقنين المدنى هذه النصوص ، ووجدت بنوع خاص فى ناحيتين ، إذ أوجب أن يتخذ كل شخص لنفسه لقباً يميزه ، ونص على حماية الحقوق الملازمة للشخصية حماية كاملة ، وإذ لم يكن ممكناً سد ثغرة الأحوال الشخصية كاملة وقت وضع التقنين المدنى المصرى ، فقد كان مستطاعاً أن يقتصر منها على الجزء الخاص بالأهلية والولاية والوصاية والقوامة ، وهو الجزء الذى كان يدخل فى اختصاص المجالس الحسبية ، فتراجع لأئمة هذه المجالس ، وتفصل منها النصوص الموضوعية لتندمج فى هذا التقنين ، أما النصوص الخاصة بالإجراءات فتبقى منفصلة أو تندمج فى الأخرى فى تقنين المرافعات (٢) .

(١) قضت محكمة النقض بأن النزاع حول بلوغ الخصم من الرشد وقت تمثيله فى الدعوى أمام محكمة أول درجة بالول الشرى عنه هو مما يتعلق بانتماء صفة أحد الخصوم فى الدعوى وهو أمر لا شأن له بالنظام العام . وإذ لم يتمسك الخصم بالنزاع حول صفة خصمه أمام محكمة الموضوع وكان تحقيقه يخالفه واقع ، فإنه يكون سبباً جديداً لا تقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض - نقض ٥ مارس ١٩٦٨ من ١٩ من ٩٥١ ، نقض ٢١ فبراير ١٩٦٧ من ١٨ من ٤١٨ ، نقض ٢٣ مايو ١٩٦٧ من ١٨ من ١٠٨٤ .

- كما قضت بأن « الأصل فى صحة انتقاد الخصومة أن يكون طرفاً أملاً للتقاضى وإلا قام مقامهم من يمثلهم قانوناً » ، ومن واجب الخصم أن يراقب ما يطرأ على خصمه من وفاة أو تنوير فى الصفة أو الحالة حتى تأخذ الخصومة مجراها القانونى الصحيح ، - نقض ١٩ يونيو ١٩٦٢ من ١٤ من ٨٢٣ .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ص ٣١٩ .

وقد قُنت قواعدُ الأهلية وحدها ، وتوحدت حتى تطبق على جميع المصريين من مسلمين وغير مسلمين ، بمقتضى قواعد تشريعية تضمنتها القانون المدني^(١) . ومن أمثلة استمداد هذه القواعد من الشريعة الإسلامية ، النصُّ في المادة (٣٠) على أن « تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى » . فالأصل أن شهادة الميلاد وشهادة الوفاة كافيان للإثبات حتى يقيم ذو الشأن الدليل على عدم صحة ما أدرج في السجلات ، فعندئذ يجوز إثبات الولادة والوفاة بجميع طرق الإثبات . كذلك يجوز إثباتهما بجميع الطرق إذا لم توجد شهادة الميلاد أو شهادة الوفاة لأى سبب من الأسباب . وليس من الضروري إثبات أن هاتين الشهادتين قد فقدتا ، بل يكفي ألا يوجد حتى يُسمح لذى الشأن أن يثبت الولادة أو الوفاة بجميع الطرق . على أنه يلاحظ في إباحة إثبات الولادة أو الوفاة بجميع الطرق ، أن قانون الأحوال الشخصية هو الذى يحدد قوة الإثبات للطرق المختلفة ، فتنبع أحكام الشريعة الإسلامية في ثبوت النسب^(٢) ، ومن أحكامها

(١) وذلك في المواد من ٢٩ إلى ٥١ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن « الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه - بالعين أو بالسمع - بنفسه ، واستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مواضع ، منها النسب والنكاح ، أجازوا فيها الشهادة بالتسامح استحساناً ، إلا أنهم اختلفوا في شروط تحمل الشهادة بها . فمن أبى حنيفة لا يشهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتر ويتقيض وتتواتر به الأخبار . وعلى هذا إذا « أخبره » رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول لا تحمل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر ويقع في قلبه صدق الخبر . وعند اصحابين إذا أخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول يكفي وتحمل له الشهادة والفتوى على قولها ، واشترطوا في الإخبار ، هنا وعن المدلين ، أن يكون بلفظ « أشهد » كما قضت بأن « العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلاً شرعياً على قيام الزوجية والفراش ، وإنما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح وإن لم يعاينه متى اشتهر عنده ذلك بأحد نوى الشهرة الشرعية الحقيقية أو الحكيمة . فمن شهد رجلاً وامرأة يسكنان في موضع أو بينهما انبساط الأزواج وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته ، حل له أن يشهد بالنكاح وإن لم يحضر وقت العقد ، وهذا عند الصاحبين . أما عند أبى حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامح إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية وهي ما تكون بالتواتر - نقض ٢٧ مارس ١٩٦٨ من ١٩ ص ٦١٤ .

في ثبوت النسب ، القاعدةُ التى تقضى بأنه إذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولداً لتمام ستة أشهر فصاعداً من حين عقده ، ثبت نسبه من الزوج ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا تثبت نسبه منه إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من الزنا (م ٣٣٣ من قانون الأحوال الشخصية) ، ومن أحكامها أيضاً اللعان وما يتصل به من القواعد (م ٣٣٤ - ٤٤٠ من قانون الأحوال الشخصية) ، وكذلك القاعدة التى تقضى بأنه إذا ادعت الزوجة المنكوحه الولادة وجعلها الزوج ، تثبت بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة ، كما لو أنكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر^(١) (م ٣٤٨ من قانون الأحوال الشخصية) . والنص في المادة (٤٠) على أن « الموطن هو الذى يقيم فيه الشخص عادة . ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما » فالمرشح اختار في شأن الموطن التصوير الذى يتمشى مع الحياة العملية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، فقد عرفت المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الموطن مستلهمه أحكام الفقه الإسلامى فذكرت أنه « البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقماً فيه عادة » .

قواعد الولاية على المال :

٢٠٨ - الولاية على المال عبارة عن سلطة أعطها الشارع لأقرب الناس إلى المولى عليه يتصرف بمقتضاها في مال الصغير ومن في حكمه ناظراً لمصلحته ، وهو الأب ووصيه ووصى وصيه والجد ووصيه ووصى وصيه ، دون غيرهم . وقد ذكرنا في الكتاب الأول أن الولاية على الصغير ومن في حكمه إنما شرعت محافظةً على حقوقهم على الناس ، وحقوق الناس عليهم ، لأنهم غير مخاطبين بأحكام الشريعة ، فلا بد من وجود ولى يتولى

(١) ومن طرق الإثبات التى تسمح بها القواعد العامة ، ما يعرف في القانون الفرنسى بـ *Possession d'état* فيعرف الولد أمام الناس وبين أفراد الأسرة منسوباً لأمه وأبيه فعترفاً له بهذا النسب من الجميع ، فهذه قرينة كافية لإثبات النسب ما لم يقم ذو الشأن الدليل على العكس . وفي التقنين الفرنسى (م ٣٢٢) إذا تأيدت شهادة الميلاد بجملة من الدلائل صارت القرينة قاطعة لا يقبل الدليل على عكسها .

عنهم المحافظة على حقوقهم ، وأداء حقوق الناس التي تلزمهم ، وهذا أمر ضروري لاستقرار النظام في المجتمع .

والأموال قد جعلها الله للناس قواماً ، وقد نبه الله سبحانه إلى هذا بقوله « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً » ، ومن هنا كان لا منلوحة من الولاية على المال لمن لم يكن رشيداً ، فإذا رشد ، ارتفعت الولاية عن المال كما ترتفع عن النفس ، لأنه بذلك يكون قد وصل إلى مرتبة التكليف (١) .

٢٠٩ - وقد بينت المادة (٦٥) من قانون الولاية على المال الصادر في سنة ١٩٥٢ برقم ١١٩ أنواع المحجور عليهم إذ قالت « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للسفه أو للغفلة » (٢) ، وبذلك تكون قد جرت على

(١) ولحاكم الأحوال الشخصية في مواد الحساب بين عديم الأهلية والنائب عنه اختصاص أصيل في نظر الحساب تنفرد به ، مانع لأي جهة أخرى من نظره ، فلها في سبيل الفصل في الحساب الذي يقدمه النائب عن عديم الأهلية ما لأي محكمة مدنية عند النظر في حساب يقدمه وكيل عن موكله ، وأنه متى بلغ القاصر سن الرشد فلا يكون لمحكمة الأحوال الشخصية ولاية إلا في بحث ما قلم لها من حساب عن مدة سابقة على انتهاء الوصاية . هذا والقرار الصادر بحفظ مادة الحساب المبروزة على المحكمة لعدم وجود قصر - لبلوغهم سن الرشد - لا يعد قضاء فاصلاً في الحساب المقدم من الطاعن عن مدة وصايته على القاصر يمنع من العودة إلى الفصل في تلك المادة ، بل هو قرار ولائي لا يمس الحساب الذي بقي معلقاً لم يقض فيه ، وهو بهذه المثابة يجوز العدول عنه . وإذا عدلت المحكمة عنه عندما أعلنت نص المادة ٩٧٠ من قانون المرافعات وعادت إلى نظر الحساب بناء على طلب ذوى الشأن ، وأصدرت قرارها بنتيجة فحصه وبإسليم الأموال التي كانت تحت يد الطاعن إلى القاصر الذين بلغوا سن الرشد ، فإن القرار يكون قد صدر من محكمة في حدود ولايتها - نقض ١٤ فبراير ١٩٦٨ من ١٩ من ٢٩٧ .

(٢) إلفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل .

وقد قضت محكمة النقض بأن « تصرف الإنسان في كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار سواء كان هذا التصرف بموضوع أو بغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل ، بل هو تصرف تخليع الرغبة في تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم ، وليس من شأن مثل هذا التصرف إتلاف المال في مقسدة ، بل إن فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف أنهم أحق أهله به ، إذ الشرع لا يحرم على الإنسان الخروج عن ماله حال حياته كلاً أو بعضاً لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، وأو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول إليهم » وأنه « ليس في خروج الإنسان عن ماله لزوجته وأولاده الصغار ما يبيح عن استئثار =

المختار من مذهب الخفية ، كما نصت على عدم عودة الولاية إلا إذا عاد السبب إذ قالت « ولا يرفع الحجر إلا بحكم » ، ثم بينت من الذي يكون قياً فقالت « وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قياً لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون » . فالقانون هنا يرى رأى الجمهور بالنسبة لعودة الولاية على من عرض له الجنون أو السفه أو الغفلة أو العتة (١) ، ولكنه جعلها لمن تقيم المحكمة . ومن حيث إن القانون جعل الحكم هكذا إذا انتهت الولاية ، يلزمنا أن نعرف متى تنتهي الولاية ؟ قد نصت (المادة ١٨) على أن انتهاء الولاية يكون ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة - قبل بلوغه هذه السن - باستمرار الولاية عليه . ومن المعلوم أنها إنما تقضي باستمرار هذه الولاية عليه إذا باغ هذه السن مجنوناً أو معتوهاً ، لأن المحكمة إنما تنظر في هذا الأمر وتحكم فيه إذا رفع إليها خوفاً من انتهاء الولاية وهو بهذه الحال فيترتب على انتهائها إضرار به . وما من شك في أن هذا يرفع إليها إذا لحظ أولياؤه عليه هذا الاوجاج قبيل سن الحادية والعشرين . واستمرار الولاية للولى - وهو بهذه الحال - هو ما قال به جميع الفقهاء في المجنون والمعتوه ، وأكثرهم في السفه والغفل . وإن كانوا يجعلون السن التي ينظر فيها ذلك هو سن البلوغ ، مع اختلافهم في هذه السن وأكثرهم على أنها خمس عشرة سنة ، وبعضهم جعلها سبع عشرة سنة ، ولم يجعلها إحدى وعشرين سنة أحد ، وإن كان بعض أصحاب داود الظاهري جعلها ثمانى عشرة سنة . والجارية مثل الغلام في ذلك إلا فيما روى عن أبي

- أو تسلط لأن تصرفه لم أمر تخليه العاطفة وتلغغ إليه الفريضة . كما أن تصرفاته التبرعية لم لا يمكن أن يوصف . معها بالغفلة ، لأن الغفلة هي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يفهم في معاملاته مع الغير - نقض ٢٠ يونيو ١٩٥٧ من ٨ من ٦١٩ .

- هذا وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن قرارات الحجر للسفه لا تسرى إلا من وقت صدورهما ولا تنعطف على التصرفات السابقة إلا إذا كانت قد حصلت بطريق التواطؤ والغش - نقض ٢٥ يناير ١٩٥٦ من ٧ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن صدور التصرف قبل تسجيل قرار الحجر لا يمنع طبقاً العادة (١١٤) من القانون المدنى من الحكم بطلانه إذا كانت حالة العتة شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر من بيته منها - نقض ٧ نوفمبر ١٩٦٣ من ١٤ من ١٠٢٣ .

حينفة أنه جيلها . الغلام سبع عشرة سنة ، وفي الجارية ثمانى عشرة سنة .
فهو الذى خالف بينهما في هذه الرواية عنه .

أما قانون الولاية على المال الصادر في سنة ١٩٥٢ برقم ١١٩ فإنه قد جعل الولاية للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد أوصى إلى أحد ، أما إذا كان قد أوصى لأحد فإنه يكون مقدماً على الجد متى ثبتت المحكمة في الوصاية ، فالقانون هنا أخذ برأى الأحناف من حيث تقديم وصى الأب على الجد ، لأن واضعيه قد رأوا كما رأى الأحناف أن الأب أعلم بمصالح ابنه ، وبما ينتظر له إذا ولّى جده عليه ، ولولا أنه يرى في الوصى الذى اختاره لإصلاحاً لحال ابنه أكثر من الجد ما اختاره . ولكن واضعى القانون لم يأخذوا برأى الأحناف من كل وجه ، لأنهم اشترطوا في جعل الوصى مقدماً على الجد أن تثبت المحكمة . أما إذا لم تثبت فإن الولاية حينئذ تكون للجد ، ولا يكون للمحكمة في هذه الحال أن تعين وصياً يتقدم على الجد ، اللهم إلا إذا كان الجد فاقد الأهلية للولاية . وهذا هو ما تقضى به المادة ٣٢ من هذا القانون ، فإنها اشترطت في تعيين الوصى المؤقت الذى يعين عند الحكم بوقف الولاية ألا يكون للقاصر ولى آخر . وهذا يفيد أن ولاية الولى - ولو كان جدياً - مقدمة على ولاية الوصى الذى تعينه المحكمة ، وعلى هذا لو كان الجد موجوداً حينما تحكم المحكمة بوقف ولاية الأب تنتقل الولاية للجد ، ولا تعين المحكمة وصياً مؤقتاً على القاصر . ومما يؤيد هذا المعنى ما نصت عليه المادة ٤٧ من أن الولاية للوصى الذى تعينه المحكمة تنتهى بعودة الولاية للولى .

٢١٠ - ومن حيث عموم الولاية لجميع أموال المولى عليه فإن أحكام الفقه الإسلامى يجعلها عامة في جميع أموال المولى عليه . فلا يخرج مال له عن ولايته ، وليس في هذا خلاف بين الفقهاء على اختلاف مذاهبهم . أما قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فقد فصل في ذلك ، فإن المادة (٣) منه قد أخرجت من ذلك ما يمتلكه القاصر بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك ، وقد لاحظ القانون في هذا تنفيذ إرادة المتبرع التى ربما يكون هدفه منها هو جعل المال المتبرع به بعيداً عن ولاية الولى لاعتبارات رآها ، وجعلها أساساً لتبرعه ، وليس من مصلحة المولى عليه إهمال هذه الإرادة ،

لأن إهمالها يجعل ولاية الولى عامة ، وهذا ربما يترتب عليه حرمان الصغير من مثل هذا التبرع الذى ربما يتبرع به شخص آخر لو لم تهلل لإرادة من يتبرع للمولى عليه .

٢١١ - وقد نصت المادة (٧) من القانون على أنه « ١ - لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ٣٠٠ جنيه إلا بإذن من المحكمة .

٢ - ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » .

وإذا نظرنا إلى هذا النص نجد أنه قد سلب - في الفقرة الأولى - الأب الحق الذى أعطته له الأحكام الفقهية من حرية التصرف في العقار كما هو في المنقول ، وكذا حرية التصرف في التجارة لموليه بإنهائها أو بيعها ، وفي الأوراق المالية ببيع ونحوه ، متى كانت القيمة تزيد على ٣٠٠ جنيه . وهنا نسأل ، هل عبارة الفقرة ، « إذا زادت قيمتها عن ٣٠٠ جنيه » راجعة للأوراق المالية فقط ، فيكون مقضى هذا أنه ممنوع من التصرف في العقار والمحل التجارى مهما كانت قيمتها . أما الأوراق المالية فإنه لا يمنع من التصرف فيها إلا إذا بلغت قيمتها ٣٠٠ جنيه . أو أن هذا الشرط راجع إلى الجميع فيكون منع التصرف قاصراً على ما إذا بلغت قيمة كل من هذه الأشياء ٣٠٠ جنيه ؟ والذى نراه تفسيراً صحيحاً هو المعنى الثانى فيكون مبيناً لما أتهم في المادة . ولكن الفقرة الثانية من المادة قد جبرت النقص الذى أدخل على الأب في الفقرة الأولى بجعل تصرفه مقيداً بهذا الحد فألزمت المحكمة بأن تصرح له بما يطلب من الإذن في التصرف إلا في حالتين :

الأولى - أن يكون ذلك التصرف الذى يطلبه الأب يجعل مال القاصر في خطر ، وتقدير هذا لم ترسم الفقرة طريقه ، ومعنى هذا أنه مفوض للمحكمة .

الثانية - أن يكون ذلك فيه غبن يزيد على خمس القيمة . ومعنى هذا أن المشرع جعل الغبن الفاحش يتحدد بما هو أكثر من خمس القيمة . وكان الأفضل أن يترك هذا التقدير إلى الخبراء الموثوق بهم ، ربما يكون الخمس

في بعض الأحيان يمكن التجاوز عنه بحسب حال اقتصادية سائدة ، في حين أنه يعد كثيراً لا يهمل أمره في حال أخرى . والظاهر أن تحديد قيمة الغبن بالخمس لا يزيد منه بسط سلطانه على التشريع الوضعي بما اقتنع به المقتنون الوضعيون . فقد جاء في المادة ٤٢٥ من القانون المدني ما نصه :

١- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

٢- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيماً على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

ونحن إذا نظرنا إلى هذا النص نجد أنه ينظر إلى أن بيع العقار قد ارتكب فيه غبن لا يتسامح فيه . وهذا هو شأن الغبن الفاحش ، كما أنه لم يحدد البائع ، فاستوى أن يكون أباً للقاصر ، أو من فقدت أهليته من البالغين ، ولم يكن البائع عارفاً بهذا الغبن ، أو عارفاً ولكنه تصرف لغرض خفي قد يكون في غير مصلحة فاقد الأهلية ، واحتياطاً لمصلحة فاقد الأهلية قد جعل المشرع للبائع أن يطلب هذه التكملة إذا لم يتقدم العهد على البيع ، وقد حددت المادة ٤٢٦ هذا التقادم مع رعاية عدم الإنسداد بالغير . فقد جاء نصها كما يلي :

١- تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية ، أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار .

٢- ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع .

وهنا يجب النظر في ناحيتين :

الأولى - جعل قانون الولاية رفع الدعوى من البائع ، فالقاصر لا يرفعها بعد الأهلية لأنه ليس ببائع .

الثانية - هل يلزم تجديد عقد البيع بعد تكميل ثمن المثل : أو يكفي العقد الأول . ومقارنة ذلك بأحكام الفقه الإسلامي .

أما من الناحية الأولى ، فإن القول بأن القانون وقد جعل في المادة ٤٢٥ رفع الدعوى من البائع ، مقتضاه أن فاقد الأهلية الذي باع عنه أبوه إذا

تحققت أهليته قبل ثلاث سنوات لا يصح له أن يرفع هذه الدعوى ، مردوداً ، لأن البائع في الحقيقة هو فاقد الأهلية وإن كان الأب هو الذي باع ، لأن الأب نائب عنه ويبيع باسمه ، ولو أنه لم يذكر عند عقد البيع أنه باع باسمه أو ما يدل على ذلك يكون ملزماً بالخسارة . فالبائع في الحقيقة هو القاصر أو من في حكمه . وما دام بائعاً فإن له أن يرفع الدعوى بعد توافر الأهلية في حدود الزمن المذكور في المادة ٤٢٦ .

أما الناحية الثانية - فإن قانون الولاية على المال في المادة ٧ التي ذكرناها سابقاً يقول : « لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري .. » ، ومعنى عدم الجواز هو عدم الصحة . وكان مقتضى هذا أنه إذا حصل البيع كان فاسداً ، وعليه يلزم أن يوجد عقد جديد عند تكميل الثمن إلى ثمن المثل . ولكن بمقارنة هذه المادة بما جاء في القانون المدني : من أنه إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وفيه غبن أكثر من الخمس يكون للبائع المطالبة بتكميل الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ، يقتضى أن العقد يكون صحيحاً ، ولكنه لا يكون نافذاً حتى يكمل إلى الأربعة الأخماس . فإذا كمل الثمن أجازته المحكمة دون الحاجة إلى تجديد العقد .

ومقارنة هذا بأحكام الفقه الإسلامي تعطينا أنه لا يتفق معها ، لأنها تقضى بأن يجدد العقد ، إلا عند الشيعة الإمامية ، فإنهم ذهبوا إلى جواز العقد وتوقف نفاذه على إجازة الصغير بعد توافر الأهلية بالبلوغ والرشد .

٢١٢- وإذا نظرنا إلى ما جاء في قانون الولاية على المال كذلك ، نجد أنه قد جعل للولي حق إدارة أموال الصغير ومن في حكمه واستثمارها ورعايتها والتصرف فيها مع تقييده بما قرره القانون من أحكام وقبوض . ومن هنا يتبين لنا أنه يكون للولي كل التصرفات التي أجازها له الفقهاء ما لم يمنعه منها القانون . والقانون قد منعه من بعض هذه التصرفات ما لم تأذنه المحكمة به . وهذا ما يؤخذ من نص المواد ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ .

ونص المادة (٦) هو : « لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه » . فهذه المادة كما نرى قيدته في بيع العقار بأن يكون لغير أقاربه الأدينين إلى الدرجة الرابعة ولا أن يكون لزوجه مع أنه كان

مطلق التصرف في هذا على رأى بعض الفقهاء دون بعضهم الآخر كالشافعية ما لم تكن هناك حاجة ملحة . ولم تحس بيع المتقول بشيء ، وكذلك منعه من رهن عقار الصغير لدين على نفسه (١) ، مع أنه كان جائزاً له على مذهب بعض الفقهاء ، وغير جائز على مذهب أبي يوسف وزفر وبعض آخر من الفقهاء . والفتوى على الأول ، فكان له أن يفعل ذلك ، ولكن القانون منعه منه .

أما نص المادة (٧) فهو « لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة » ،

(١) قضت محكمة النقض بأنه « إذ أورد المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الذى نظم أحكام الولاية على المال في المواد ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ قيوداً يرد بعضها على حق الولي في التصرف في مال القاصر ، ويرد البعض الآخر على حقه في إدارة هذا المال وذلك حماية لمصالح الصغير ، وكانت المادة السادسة قد نصت على أنه « لا يجوز . . . » ونصت المادة الثالثة عشرة على أنه « لا تسرى القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً . ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال » ، وكان قد جاء بالمذكورة الإيضاحية لهذا المرسوم بقانون تعليماً على هذه المادة أنه « قد رؤى من الإشراف إخضاع الولي للقيود المتقدم ذكرها فيما يتعلق بالتصرف في المال الذى يكون الولي نفسه قد تبرع به للقاصر سواء أكان التبرع سافراً أم مستتراً ، فنصت المادة الثالثة عشرة على أن القيود المنصوص عليها في هذا القانون لا تسرى على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التصرف أو مستتراً ، وأن الأب لا يلزم بتقديم حساب عن هذا المال . والمقصود بهذا النص إعفاء الولي من إجراءات الحصول على إذن من المحكمة حيث تشترط الإذن لجواز التصرف وإعفاؤه كذلك من الأحكام الخاصة بالالتزام بالجرد وبتقديم الحساب والمسئولية عند التجهيل » ، وإذ ورد نص المادة الثالثة عشرة سالف البيان عاماً مطلقاً من أى تحديد ولم يخص القيود التى نص على عدم سريانها ولم يقصرها على قيود الإشراف والرقابة وأعطى الأب - على ما ورد في المذكورة الإيضاحية في تفسيرها هذا النص - من الالتزام بتقديم الحساب ومن الالتزام بالجرد في الحالة التى يكون فيها المال قد آل إلى القاصر بطريق التبرع من أبيه ، فإن مفاد ذلك كله أن جميع القيود الواردة في المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على حق الولي في التصرف في مال القاصر أو في إدارة هذا المال سواء كانت هذه القيود قيود إشراف ورقابة أو قيود حظر موضوعية ، لا تسرى على ما يكون الولي الأب قد تبرع به من مال للقاصر صريحاً كان هذا التبرع أو مستتراً ، ويكون للولي التصرف في هذا المال بجميع التصرفات ومنها رهنه في دين على الولي نفسه وذلك دون أى قيد على سلطته في هذا الخصوص» نقض ٣١ ديسمبر ١٩٦٨

فمنعته من كل هذه التصرفات إذا زادت القيمة على المبلغ المذكور إلا بإذن المحكمة ، مع أنه كان له ذلك دون استئذان من الحاكم ما دامت مصالحة الصغير في ذلك ، على المعتمد من آراء الفقهاء ، ولكن القانون ، مع هذا ، قد ألزم المحكمة بموافقة طلبه في ذلك ما لم يظهر لها تعرض مال الصغير للخطر ، وهذا متروك لتقدير المحكمة . وكذلك منع منه إذا كان فيه غبن يزيد على الخمس .

وأما نص المادة (٨) فهو « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في المال الموروث ، فلا يجوز للولي أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها » . فهذه المادة تحد من سلطة الأب إذا آل إلى ابنه القاصر مال من مورث قريب له كأم ، أو أخ لأم متى أوصى هذا المتوفى بعدم تصريف ولي الصغير فيما يرثه منه . مع أنه كان له سلطة مطلقة في التصرف المشروع في هذا المال ، ولكن القانون حد من هذه السلطة إجابة لرغبة المورث ، إذ ربما كان يعلم من شأن هذا الولي ما يجعله يوصى بما أوصى به ، كما راعى القانون إجابة لرغبة المتبرع في عدم ولاية الأب على ما تبرع به .

وأما نص المادة (٩) فهو « لا يجوز للولي إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة » . وهو في هذا يتفق مع رأى بعض الفقهاء ، ولكن القانون في المادة ٤٣ منه أوجب على الولي إيداع أموال القاصر في إحدى خزائن المحكمة ، أو أحد المصارف . والظاهر من ذلك أنه اعتبر هذا إيداعاً لا قرضاً ، وقد بين أنه في الحقيقة قرض لا إيداع ، نظراً إلى تصرف المصارف في هذا المال وعدم الاحتفاظ بعينه ، ورد مثله عند الطلب .

وأما نص المادة (٢٠) فهو « لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة » ، وقد كان له ذلك ، مع جواز أن يفسخ الصغير العقد عند بلوغه إذا كانت المصلحة في ذلك .

وأما نص المادة (١١) « فهو لا يجوز للولي أن يستمر في تجارة آلت للقاصر إلا بإذن المحكمة ، وفي حدود هذا الأذن » ، وقد كان ذلك غير ممنوع منه .

ومن هنا نعلم أن القانون قد قيد تصرفات الأب بقيود ومنعه من بعض التصرفات بتاتا كالإقراض ، وقد كان في المنوعات متفقاً مع آراء بعض

الفقهاء ، أما التقييد فليس فيما قيّد فيه متفقاً مع رأى من آراء الفقهاء ، اللهم إلا إذا قلنا إن بعض هذه الآراء منعها ما لم تدع الحاجة إلى ذلك أو تدعو المصلحة إليه ، فأراد المشرعون أن تتحقق هذه الحاجة أو هذه المصلحة ، وأن يشترك القاضى فى وزن مقدار تحققها أو صلاح التصرف . على أن للأب التصرف فى مال الصغير - بعد استثناء ما ورد به التقييد أو المنع فى القانون - بما أجازته له فقهاء الشريعة الإسلامية دون التقييد بمذهب خاص ما دامت المصلحة فى ذلك ، لأن المناط عندهم جميعاً تحقق المصلحة ، وغاية الأمر أنهم قد يختلفون فى بعض التصرفات بناء على تحقق المصلحة فيه أولاً ، أو فى الأخذ بالقياس والاستحسان تبعاً لتحقيق المصلحة .

٢١٣ - وقد مرّ بنا أن الأساس فى تصرف الولى فى مال موليه لا بد أن يتحقق فيه النظر له ، ورعاية مصلحته . وعلى هذا لا يصح له أن يتبرع بشيء من مال موليه ، لأن التبرع انتقاص من ماله دون مقابل ، وفى هذا ضرر له ، وليس للولى ولاية فيما هو ضار بالمولى عليه . وكذلك لا يجوز له أن يهب شيئاً من ماله دون عوض باتفاق الفقهاء ، للأساس المتقدم . أما إذا كانت الهبة بعوض فقد حصل فيها خلاف . فقال بعضهم لا تجوز ، لأنها تبرع ابتداء وإن كانت معاوضة انتهاء ، وكونها فى الابتداء تبرعاً يمنع من إتمام العقد من الولى ، وهذا أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف . وقال بعضهم تجوز ، لأنها فى الواقع مبادلة مال بمال ، وهى مع هذا إما مبادلة انتهاء كما هو رأى محمد وأبي حنيفة وأبي يوسف وإما مبادلة ابتداء وانتهاء كما هو رأى زفر . ومادامت المبادلة قد تحققت بعد تمام العقد فلا ضرر على المولى عليه . ولكنه يلزم أن يكون العوض مساوياً ، حتى يتحقق بذلك حظ القاصر . وهذا هو الراجح . وكذلك لا يجوز ما كان فى معنى الهبة كالتنازل عن حق أو دين له كلاً أو بعضاً ، إلا إذا كان هذا الدين قد لزم نتيجة لعقد عقده الأب ، فإنه يصح عند بعضهم ، ويكون الأب ضامناً شأنه شأن الوكيل فى بيع إذا أبرأ المشتري من الثمن ، فإن العقد وجد ما ينفذ عليه وهو الوكيل ، ويكون الوكيل ضامناً للموكل فيما أبرأه ، لأن الوكيل من الموكل بمنزلة المشتري من البائع ، فيكون كأنه التزم بالثمن له ، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء منه .

وكذلك لا يجوز له إعارتها ، لأن الإعارة تتضمن التبرع بمنافع العين المعارة فضلاً عن أن فيها تعريض العين المعارة للضياع ، كالوديعة ، وذلك بخروجها من يد حافظة لها مأمونة عليها - لا يخشى منها ضياع مال القاصر إلى يد لا ضمان عليها إلا إذا هلكت بالتعدى أو التقصير فى الحفظ ، ولكن بعض الفقهاء أجازها استحساناً ، وقد نظر فى هذا إلى أن المنافع ليست بمال ، فالتبرع بها ليس فيه نقص لمال الصغير ، وقد تدعو إليها الحاجة ، والحاجة أمر يتناول كل الناس ومنهم الصغير ، فقد تدعو حاجة القاصر إلى استعارة مال لغيره ، ولا يعبره هذا الغير إلا إذا كان هو يعبره أيضاً . وفى جواز هذا تبادل المنافع المتدوب إليه فى قوله « وتعاونوا على البر والتقوى » .

ومما تقدم يتضح أن التبرع الذى يؤدي إلى ضياع شيء من مال الصغير على أى وجه كان لا يجوز ، ولو كان لعمل خيرى ، ولكن قانون الولاية على المال قد أجاز التبرع من مال الصغير فى بعض الأحوال ، وهو فى هذا يخالف ما عليه جميع الفقهاء . فقد نصت المادة (٥) منه على ما يأتى : « لا يجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى ، أو عائلى وبإذن المحكمة » . فهذه المادة جمعت أمرين يصح التبرع فيهما : واجب إنسانى ، وواجب عائلى . والذى يظهر فيه التبرع هنا هو الواجب الإنسانى . أما الواجب العائلى فإنه يكون واجباً فقهيّاً إذا كان أداء نفقة من يجب على الصغير نفقته كنفقة أمه الفقيرة ، أو أبيه الفقير . وهذا ليس من باب التبرعات . أما إذا كان معاونة لبعض أفراد عائلته فيما نزل به من كارثة فإن هذا هو الذى يعتبر تبرعاً ، وليس للولى - فقهاً - أن يساهم فيه من مال الصغير ، لأن ولايته ولاية أداء ، وهو لا يؤدي إلا ما يجب على الصغير .

ولكن النظر إلى مصلحة الصغير ، وإن كان فى الماضى - يقتضى توفير مال الصغير - فإنه يجب أن يتطور هذه النظر الآن فيتسع لما هو أجدى على الصغير من توفير المال ، فيحسن أن نقول : إن التعاون بين أفراد المجتمع يتطلب أموراً تكون أشبه بالحقوق التى تلزم كل فرد منها بالتبرعات . وإذا كانت الضرائب وغيرها تلزم فى مال الصغير لأنها تنفق فى صالح المجتمع فينبغى أن يكون العمل الإنسانى مما يصح مساهمة مال الصغير فيه . وفى تقييد ذلك بإذن القضاء ضماناً لعدم الحيف بالصغير واستغلاله . وإذا كان الصغير يتمتع

بما يدفعه غيره من مال ، فالواجب أن يساهم فيما يحتاج إليه المجتمع من ماله . وليس مما يلائم الحال الاجتماعية في مجتمع يسير في طريق الرقي أن يتمتع الصغير بما يعطيه غيره من مال في سبيل هذا التطور دون أن يساهم هو فيه أيضاً بشيء من ماله ، وهذا المعنى كما بينا لا يجافي روح الشريعة ، فجزر الصغير للإسهام في ذلك تطويراً للمجتمع ليلحق بمبادئ الشريعة . ولا سيما أن في هذا تمريناً للصغير على البذل والعطاء المشروع ، وقد حثت الشريعة تعويد الصغار على الأخذ بمبادئها ، فقد روي في شأن تعويدهم على الصلاة : « مروهم بها لسبع ، واضربوهم عليها لعشر » . مع أنهم لم يصلوا لسن التكليف بعد .

٢١٤ - وتعرض قانون الولاية على المال إلى إقامة وصيتين في المادة (٣٠) ونصها : « يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي واحد^(١) ، وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً لكل منهم في قرار تعيينه ، أو في قرار لاحق ، ومع ذلك لكل من الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمحضة لنفع القاصر . وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع » .

فيؤخذ من هذه المادة أن كلا من الوصيين أو الأوصياء له أن يفرد بما يتمحض نفعاً للقاصر ، وبما تقضى الضرورة بإنفاذه بصفة عاجلة كتجهيز الميت ، وكذلك بما يخشى من تأخير الضرر كبيع ما يوشك أن يتلف كقمح ظهر فيه مبدأ التسوس ، أو شتل خضروات يخشى فوات أوان زرعها ، إلى غير ذلك مما يخشى عليه من التأخير . وهو في هذا يتفق مع رأى أبي حنيفة ومن ذهب مذهبه . وعند اختلافهما - والحال الأضرورية - يرفع الأمر إلى المحكمة لتقضى فيما بينهما من خلاف .

٢١٥ - وقد تعرض أيضاً لتعيين وصي خاص في المواد : ٣١ ، ٣٢ ،

(١) لا يجوز إعمال أثر اليمين الحاسمة التي يحلفها الوصي في حق القاصر إذا ن أداء اليمين الحاسمة عمل من أعمال التصرف التي لا يجوز له مباشرتها - نقض ١٢ أبريل ١٩١٢ ص ١٣ ص ٤٥٥ .

- هذا والتصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر - مثل التصرف بالبيع - قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، كما هو حكم المادة (١١١) مدني . ومن ثم فإن للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً . كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه في كل ما له وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق -

٣٣ فنصت المادة ٣١ على ما يأتي : « وتقيم المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته ، وذلك في الأحوال الآتية :

أ - إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي ، أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته .

ب - إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعهم أو مع من يمثله الوصي .

ج - إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر والوصي أو أحد من المذكورين في البند (ب) .

د - إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولي إدارة المال .

هـ - إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال .

و - إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

ونصت المادة (٣٢) على أن : « تقيم المحكمة وصياً مؤقتاً إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولي آخر . وكذلك إذا وقف الوصي أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته » .

ونصت المادة (٣٣) على أن : « يجوز للمحكمة أن تقيم وصي خصومة ولو لم يكن للقاصر مال » .

والقانون في هذه الأحوال التي ذكرت في هذه المواد يأخذ بمذهب مما ذهب إليه الفقهاء ، ولا سيما فقهاء الحنفية ، فقد نص الفقهاء على أنه إذا كان الوصي عدلاً غير كاف لا ينبغي للقاضي عزله ، ويضم إليه مشرفاً مرضى السيرة مهتدياً في التجارة ، أو يضم إليه وصياً آخر عدلاً كافياً ،

- التي كانت السلفه . وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث يتمتع على الخلف العام مباشرته - نقض ٢٧ فبراير ١٩٥٨ ص ٩ ص ١٦١ .

- وما ورد في المادتين (٣٩ و ١٣) من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من وجوب استئذانه الوصي بحكمة الأحوال الشخصية في رفع الدعاوى والظمن على الأحكام بطرق الظمن العادية وغير العادية ليس شرطاً لقبول الدعوى أو الظمن ، إنما هو إجراء مقرر لمصلحة ناقص الأهلية . ولا يحل لخصومه التمسك بهذا الإجراء . وتسرى هذه القامدة على وصي الخصومة الذي أطلق قرار تنصيبه - نقض ١٨ مايو ١٩٥٧ ص ٨ ص ١٠٥٤ .

وعلاوة على ذلك بأن تمام النظر فيه^(١) . وعلة تمام النظر للصغير تتحقق في كل ما جاء في هذه المواد ، فتكون المواد قد أثبتت على ما جعله الفقهاء علة لإقامة مثل هذا الوصي ، أو بمبدأ لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية كتنعينه وصيا لما تبرع به متبرع شرط أن يكون له وصي غير الولي وإن كان أباً ، لأن من مبادئ الشريعة : ألا ضرر . والطفل يضار بعدم إجابة المتبرع إلى طلبه .

وتنتهي مهمة الوصي الخاص والوصي الموقت ووصي الخصومة بانتهاء العمل الذي عين لمباشرته ، أو بانتهاء المدة التي حددت لوصايته . ومن المقرر أن الوصي يصبح تخصيصه بالزمان ونوع العمل والأعيان .

٢١٦ - بقي أن نتكلم عن نوع من الأوصياء هو وصي الوصي . والفقهاء حيايل هذا اختلفوا : فقال الأحناف إن وصي الوصي المختار يصير وصيا في تركة هذا الوصي المختار وتركته من كان الوصي المختار وصيا له . وإذا خصصه الوصي المختار بتركة نفسه كان أمره على الخلاف السابق في تخصيص الوصي المختار ، وهو الذي اختاره الولي أباً أو جدّاً ، فهو وصي على التركتين - إذا لم يذكر في إيصائه أنه وصي على التركتين ، على رأي أبي حنيفة ، لأن هذا الوصي الثاني قائم مقام الوصي الأول . والأول كان يملك التصرف في ماله هو باعتباره أصيلاً ، وفي تركة الوصي الأول باعتباره خليفة عنه ، فيملك هذا الوصي الثاني التصرف في التركتين باعتباره خليفة للوصي الأول فيما كان يملك من تصرفات ، وهي تصرفاته في ماله ومال من أوصاه . وينبغي على هذا أنه إذا أوصى شخص إلى آخر وللوصي أولاد كبار وصغار فتوفي أحد الأولاد الكبار وترك صغاراً فإن الوصاية التي تكون لوصي جدهم تشملهم ، إذا لم يكن لأبيهم وصي ، لأنهم مشمولون بولاية الجد ، فينتقل ذلك إلى وصاية وصي الجد .

أما الشافعي فإنه يذهب إلى أن وصي الوصي المختار لا يكون وصيا إلا في تركة الوصي المختار ، وليس للوصي المختار أن يقيم وصيا على تركة الوصي إلا إذا جعل له الوصي ذلك ، كما لا يصح أن يوكل غيره في تصرف عهد إليه

(١) أنظر كتاب آداب الأوصياء على هامش جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٥٦ الطبعة

به الوصي في تركة إلا فيما لم تجر العادة بأن يتولاه بنفسه أو عاجز عن مباشرته ، لأنه هنا من باب الضرورة . وأحد مثل الشافعي في رواية عنه ، وفي رواية أخرى خالف الشافعي وقال : يجوز أن يعين الوصي وصيا في التركتين ، وقد خالف أحمد في هذه الرواية الثانية مبدأه في التوكيل حيث قال : « لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره . وفرق بين الإيصاء والتوكيل بأن الوكيل يستطيع أن يستأذن الموكل ، لأنه حي . أما الوصي فلا يستطيع استئذان الموصي لوفاته فيصح له أن يوكل وأن يوصي وإن لم يجعل الموصي له ذلك .

أما وصي القاضي فإنه إذا أوصى إلى آخر ففي المسألة تفصيل ، لأنه إن كانت وصاية وصي القاضي عامة ، فالحكم في وصاية وصيه أنها تكون عامة فيشمل وصاية وصيه التركتين ، أما إذا كانت وصاية خاصة فإن وصيه يكون وصيا في تركته فقط .

٢١٧ - ومما يتصل بموضوع الوصي تعيين مشرف ، فإن الفقهاء نصوا على جواز أن يعين القاضي مشرفاً مع الوصي ، كما يجوز له أن يعين وصيا آخر معه إذا دعت الحاجة إلى ذلك . ومهمة المشرف أن يراقب الوصي في تصرفاته ويجب على الوصي أن يستشيريه فيما يريد من تصرف ، لأنه بمنزلة وصي ثان لا يصح له أن يتصرف بدون رأيه . وليس له مباشرة التصرفات ولا حفظ الأموال . وقد نص الفقهاء على أنه لو تصرف الوصي بدون استشارة المشرف وترتب على ذلك هلاك عين من أعيان التركة أو هلاك بعضها كان ضامناً لما هلك .

وقانون الولاية على المال قد تعرض لهذا بما يتفق مع كلام الفقهاء . فقد جاء في المادة (٨٠) منه ما نصه : « يجوز تعيين مشرف مع الوصي ولو كان مختاراً ، وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب » ، وفي المادة (٨١) الفقرة الأولى : « يراقب المشرف النائب عن عديم الأهلية ، أو الوكيل عن الغائب في إدارته ، وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضي المصلحة رفعه إليها » .

وقد أوجبت هذه المادة على الوصي لإجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة الأموال وغيرها مما يتعلق بالمحافظة على أموال الصغير ، كما أوجبت على المشرف عند وفاة الوصي إبلاغ المحكمة ، وأن يقوم بكل

الأعمال التي يخشى الضرر من تأخيرها . فقد جاء في هذه المادة - بعد الفقرة السابقة ما نصه : « وعلى النائب أو الوكيل إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه : من إيضاح عن إدارة الأموال ، وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال . »

ويجب على المشرف إذا خلا مكان النائب أو الوكيل أن يطلب إلى المحكمة إقامة نائب أو وكيل جديد . وإلى أن يباشر هذا عماله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرراً .

وقتهى مهمة المشرف بقرار المحكمة بانتهاء إشرافه إذا ما رأته انتهاء الداعي إليه كما نصت المادة (٨٣) .

إلى هنا انتهينا من الكلام على قواعد الولاية على المال ، وأوضحنا ، بشيء من التفصيل ، كيف أن هذه القواعد التشريعية مستمدة من الشريعة الإسلامية ، بحيث يمكن أن يقال إن الأصل التاريخي لتلك .

ثانياً - المسائل المتصلة بالأسرة :

٢١٨ - سبق أن ذكرنا أن هذه المسائل تركزت بمجملها من القانون المدني ، فلم تخضع لأي تنظيم تشريعي عند صدور التقنينات في أعقاب الإصلاح القضائي . والمرجع فيها بالنسبة للمسلمين هو الشريعة الإسلامية . أما بالنسبة لغير المسلمين فتجب التفرقة بين فرضين : إذا كان الخصوم متحدين في الديانة والملة ، فعندئذ يخضعون للقواعد الدينية المستمدة من الديانة والملة ، أما إذا اختلفوا في الديانة أو الملة فيلتزمون للشريعة الإسلامية (١) .

(١) قضت محكمة النقض بأن العبرة في تغيير الديانة أو الملة هي بتاريخ الانضمام إلى الكنيسة الجديدة لا بتاريخ تحرير الشهادة الدالة على ذلك والتصديق عليها - نقض أول مايو ١٩٦٨ من ١٩ ص ٨٩٥ .

- وقررت أن « القول بأن انضمام المظنون عليه إلى طائفة السريان الأرثوذكس لا يعتبر تغييراً للملة والطائفة ، لأن السريان والأقباط الأرثوذكس يتبعان مذهباً واحداً هو المذهب المسيحي الأرثوذكسي مردود بأن طائفة السريان الأرثوذكس تختلف عن طائفة الأقباط الأرثوذكس ، ولكل منها مجلسها الملي الخاص بها » - نقض ٣١ يناير ١٩٦٨ من ١٩ ص ١٧٩ .

- وقضت بأن « تغيير الطائفة أو الملة أمر يتصل بحرية العقيدة ومن ثم فهو ينتج أثره بمجرد الدخول فيه وإتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية ولا يتوقف على إخطار الطائفة القديمة أو موافقتها » - الحكم السابق .

- وقضت أيضاً بأن « مؤدى ما نصت عليه المادة السابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، أن الشارع أراد أن يتخذ من « سير الدعوى » و « انعقاد الخصومة فيها » وهو وصف ظاهر منضبط ، لا من مجرد قيام النزاع ، مناطاً يتحدد به الاختصاص والقانون الواجب للتطبيق على أمراتها » نقض ٣١ يناير ١٩٦٨ من ١٩ ص ١٧٩ ، نقض ١٠ إبريل ١٩٦٨ من ١٩ ص ٧٥٠ ، نقض ٢ إبريل ١٩٦٦ من ١٧ ص ٨٨٩ .

- وقد جرى قضاء النقض بأن « للشخص أن يغير دينه أو مذهبه أو طائفته ، وهو في هذا مطلق الإرادة تحتيقاً لمبدأ حرية العقيدة طالما قد توافرت له أهلية الأداء . والاعتقاد الديني مسألة نفسانية فلا يمكن لأي جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المنظر الخارجية الرسمية فقط ، ومن وقت هذا التفسير لا يستبرخ خاضعاً إلا لأحكام الدين أو المذهب الجديد » - نقض ١٩ يناير ١٩٦٦ من ١٧ ص ١٧٤ ، نقض ٢١ إبريل ١٩٦٥ من ١٦ ص ٤٩٦ .

- كما جرى بأن « مؤدى نص الفقرة السابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أن دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، أي أن يكون الطلاق مشروعاً في ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضي إذ أن الملة الوحيدة التي لا تميز التطلق هي ملة الكاثوليك ، وهذا النص يؤكد قصد الشارع من أنه لا يرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما في الطائفة أو الملة إلا لبحث دينوتيهما بوقوع الطلاق فقط لا الطلاق المدعى به » - نقض ١٤ فبراير ١٩٦٨ من ١٩ ص ٢٩٣ ، نقض ٦ فبراير ١٩٦٢ من ١٤ ص ٢١٨ .

وجرى بأن الشريعة الإسلامية « تبيح للزوج بأن يطلق زوجته بإرادته المنفردة ، وهي القانون العام الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلئين الطائفة أو الملة ، وتصدر الأحكام فيها طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية » - نقض ١٤ فبراير ١٩٦٨ من ١٩ ص ٢٩٣ ، نقض ٣٠ مارس ١٩٦٦ من ١٧ ص ٧٨٢ .

- وقضت كذلك بأنه « لا وجه لتطبيق أحكام المادة ٨٩٦ مرافعات الخاصة بمحاولة التوفيق بين الزوجين متى كان الزوج قد أشهر إسلامه وطلق زوجته طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية قبل أن يرفع أي من الطرفين دعواه » ، وأن « تمسك الزوج - المظنون ضده الذي اعتنق الإسلام - بطلاق زواجه من الطائفة لعدم توافر أركانه المقررة في شريعة اليهود الربانيين التي انعقد طبقاً لأحكامها وقت أن كان موسوي الديانة لا يجعله مرقداً عن الإسلام الذي اعتنقه بإشهار إسلامه » وأن « العبارة الدالة بلفظها الصريح على حل رباط الزوجية متى صدرت من زوج هو أهل لإيقاع الطلاق وصادقت محلاً ، يقع بها الطلاق فور صدورها ، ويكون طلاقاً مستقلاً قائماً بذاته ، ولا يغير من ذلك ما اقترن بها من أنها تأييد لطلاق سابق إذ ليس من شأن هذه الإضافة أن تحول دون تحقيق الأثر الفوري المترتب عليها شرعاً » - نقض ٧ مايو ١٩٦٩ من ٢٠ ص ٧٥١ .

- وقضت بأن « الاعتقاد الديني من الأمور التي تبنى الأحكام فيها على ظاهر اللسان دون بحث جديتها أو بواهبها ودواعيها » - الحكم السابق .

هذا وقد خضعت بعض مسائل الأسرة لتنظيمات تشريعية ، وذلك بالنسبة للمسلمين وغيرهم المختلفين في الديانة والملة ، فقد صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ و ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في شأن المهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتفريق (١) ، وبذلك أصبح التشريع هو المصدر الأصلي المباشر في هذه

— هذا واستخلاص قاضي الموضوع تفسير الإنسان لدينه أو منعه أو طائفته من مسألة واقع يستقل بها ما دام استخلاصه قد جاء سابقاً له أصله الثابت في الأوراق .

(١) قضت محكمة النقض بأن « النسي بمخالفة الحكم المطعون فيه القانون والخطأ في تطبيقه لأنه قبل الدعوى بشهادة شاهد واحد مع أنها دعوى تطلق لعدم الإنفاق تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية والرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة تطبيقاً للمادة السادسة من القانون ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ ومن قبلها المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية ، وأن القول للوحيد فيه في مرتبة الشهادة على الزواج والطلاق هو أن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان ، وأنه لا يوجد في مذهب الأحناف من يقول بكفاية شاهد واحد مردود ، ذلك أنه لما كان التطلاق للنيابة ولعلم الإنفاق لا يقوم أصلاً على رأي في مذهب أبي حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطلاق لأي من هذين السببين وإنما يقوم هذا للتطلاق على رأي الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التطلاق لعدم الإنفاق أو الغيبة ، فإنه يكون من غير المقبول التحدي برأي الإمام أبي حنيفة في إثبات أمر لا يجيزه ، ومن ثم يكون هذا النسي في غير محله متعين الرفض » - نقض ١٨ فبراير ١٩٦٠ من ١١ من ١٨١ .

— كما قضت بأن « نص المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة ، يشمل الطلاق المتتابع في مجلس واحد ، لأنه مقترن بالعدد في المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد . يؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية من أن الطلاق شرع عن أن يوقع على دفعات متتالية وأن الآية الكريمة « الطلاق مرتان فإسناك بمعروف أو تسريح بإحسان » تكاد تكون صريحة في أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة ، وأن دفعات الطلاق جملت ثلاثاً ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتساب ، ولتجرب المرأة نفسها أيضاً حتى إذا لم تعد للتجارب ووقعت المطلقة الثالثة علم أنه ليس في البقاء خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى » - نقض ٢٣ يونيو ١٩٦٠ من ١١ من ٤٧١ .

— وقضت كذلك بأنه « متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت الضرر الحاصل من الضرب والإيذاء والهجر فإنه لا يكون قد خالف القانون في تطبيقه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي تنص على أن الطلاق مع إضرار الزوج بزوجه يكون بطلقة بالغة » - نقض ١٠ إبريل ١٩٦٣ من ١٤ من ٥١٥ .

— وبأنه « متى كان الثابت في الدعوى أن الطلاق حصل نظير الإجراء من مؤخر المصداق وبنفقة المدة ، فإنه يكون طلاقاً بائناً طبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي تنص على أن « كل طلاق يقع رجعيّاً إلا المكل ثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال . . . »

المسائل ، وتراجعت الشريعة الإسلامية لتبني مجرد أصل تاريخي لهذه القواعد التشريعية . وعند وجود فراغ في التشريع يرجع إلى الشريعة الإسلامية بوصفها مصدراً احتياطياً . أما بالنسبة لغير المسلمين المتحدين في الديانة والملة ، فلا توجد لهم إلى الآن قواعد تشريعية ، ومن ثم لا تزال شرائعهم الدينية هي المصدر الأصلي المباشر في مسائل الأسرة (٢) .

— وبأن « من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن « الولد للفراش » وقد فرغ الفقهاء على هذا الأصل أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح وملك العين وما يلحق به وهو الخاطلة بناء على عقد فاسد أو شبهه ، كما فرغوا عليه أن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة لأن ثبوت الحكم ينشئ على ثبوت السبب ، ورتبوا على ذلك أن الزنا لا يثبت نسباً ، واختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشاً على ثلاثة أقوال : أحدها أنه نفس العقد وإن لم يجتمع بها بل ولو طلقها عقبيه في المجلس ، والثاني أنه العقد مع إمكان الوطء ، والثالث أنه العقد مع الدخول المحقق لإمكانه المشكوك فيه ، وكانت المادة (١٥) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد نصت على أنه « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقق بينها وبين زوجها من حين العقد » وهو مذهب وسط ، وكان ما قرره شاهد الإثبات من أنه لا يعلم أن الطاعن قد عاشر المطمون عليها إثر الزواج العرفي معاشرته الأزواج لا يفيد ثبوت عدم التلاقق بينهما فإن الحكم المطعون فيه - إذ لم يخالف هذا النظر - لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون » - نقض ٢١ نوفمبر ١٩٦٢ من ١٣ من ١٠٤٦ .

— وبأن « التناقض فيما هو محل خفاء ، ومنه للنسب ، فهو معتبر ، ولا يعتبر كذلك التناقض في دعوى الفراش الصحيح لأنه ليس محل خفاء » - نقض ١٧ يناير ١٩٦٢ من ١٣ من ٧٢ .

— وبأنه « من المقرر شرعاً أن الوعد والاستيلاء لا يتعد به زواج ، وأن الزواج لا يصح تعليقه بالشرط ولا إضافته إلى المستقبل » - الحكم السابق .

(١) قضت محكمة النقض بأن « الزوج - طبقاً للشريعة الموسوية لطائفة القرانيين - أن يطلق زوجته إذا ما عرضت نفسها للإبتذال في الطرق والأسواق والمجتمعات ، أو خالطت غير أهل الحشمة والوقار أو أنت أمرأ مريباً ، وتقدير ذلك مرجعه إلى محكمة الموضوع . أما ما قال به بعض الفقهاء الإسرائيليين من أنه يشترط في الرية المبررة للطلاق أن يصدق الزوج ما يبلغه من ريبة عن زوجته وأن يكون التصديق خلوفاً له عادة ، فالمقصود به أن يكون الزوج مصدقاً لما بلغه عن زوجته وأن اتهامها لريبة لم يكن تجنياً » وأنه « إذا كان الحكم القاضي بتطلاق الزوج من زوجته الريبة طبقاً للشريعة الموسوية لطائفة القرانيين قد أحال الدعوى إلى التحقيق لتثبت من أهلية المطلقة للحضانة ، فإن إحالة الدعوى إلى التحقيق لا تتعارض مع ما انتهت إليه المحكمة من قيام مبرر الطلاق إذ أن الأم لا تحرم من حضانة ولدها إلا إذا كانت لا تؤمن =

٢١٩ - وقد تدخل المشرع وألغى الجهات القضائية المليية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومنها جهة القضاء الملي للأقباط الأرثوذكس (١) ، وانتقل الاختصاص بمسائل الأحوال الشخصية من المجالس المليية إلى المحاكم الوطنية التي أصبحت وحدها صاحبة الولاية بالنسبة لكافة منازعات الأحوال الشخصية للمصريين جميعاً مسلمين أو غير مسلمين . وهكذا يكون المشرع قد وحد الاختصاص القضائي فقط دون أن يخضع المصريين جميعاً لقواعد موحدة في المسائل المتصلة بالأسرة ، وإن كان البادى من نص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أن الأصل هو الخضوع للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تُحيل على أرجح الآراء في المذهب الحنفي ، غير أنه أجاز تطبيق الشرائع غير الإسلامية بالشروط الواردة في الفقرة الثانية منه ، وهي الاتحاد في الطائفة والملة ، ووجود قضاء ملي منظم (٢) ،

على أخلاقه ونفسه بسبب احوجاج سلوكها وهو ما أرادت المحكمة تحقيقه « نفى ١٠ يناير ١٩٥٧ من ٨ ص ٦٠ .

كما قضت بأن « للزوج الإسرائيلي أن يطلق زوجته إذا ظهر له أنها ليست بكرراً وأن يرد لها حقوقها المالية المنصوص عليها في العقد بعد خصم المهر طبقاً لما نصت عليه المادة (١٥٢) من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإسرائيليين » وأن أحكام الشريعة الموسوية « توجب أن يدفع الزوج مهراً لزوجته - على ما نصت عليه المادتان ٩٨ و ٩٩ من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإسرائيليين ومفهومهما أن دفع المهر شرط لصحة عقد الزواج وأنه مقدر بمائتي محبوب ليكر ، فإذا ادعت الزوجة بأنها لم تقبض مهراً فإن القرينة القانونية تقوم على عكس هذا القول » وأنه « متى كانت المحصومة بين الزوجين الإسرائيليين تقوم على تصفية الحقوق المالية التي لكل منهما قبل الآخر نتيجة لانفصام حرى الزوجية بينهما ، فإن المهر والمطالبة برده أو خصمه هو مما تناوله هذه الحقوق وهو يتدرج في عموم دفع الزوج للدعوى . فإذا كان الحكم قد قضى بخصم المهر بما قضى به للزوجة ، فإن لا محل للاعتداء بما تقول به الزوجة من أن الزوج لم يطالب برده وأن القضاء به قضاء في أمر لم يكن مطروحاً في المحصومة » - نفى ٢٧ يونيو ١٩٥٧ من ٨ ص ٦٥٣ -

(١) تعتبر شريعة الأقباط الأرثوذكس في مصر من أهم شرائع غير المسلمين نظراً لكثرة العدديّة التي يتمتع بها الأقباط الأرثوذكس ، ونظراً لقدم الكنيسة القبطية الأرثوذكسية التي ليس لها رياسة دنيوية خارج جمهورية مصر العربية - أنظر في تطور نظام القضاء الملي للأقباط الأرثوذكس : أحمد صفوت في « تنظيم الأقضية للطوائف غير الإسلامية » والشيخ حسين مخلوف في « القضاء في الأحوال الشخصية والامتياز للطوائف غير الإسلامية » - مجلة المحاماة الشرعية من ١٤ ص ٣ و ١٨ -

(٢) كانت طائفة الروم الكاثوليك من الطوائف التي كان معترفاً بجلسها الملي - في =

وعدم التعارض مع النظام العام (١) . فللمادة السادسة بوضعها الراهن تعتبر ضابطة الإسناد الداخلي في منازعات الأحوال الشخصية (٢) . ولم يتغير هذا

عهد السيادة العثمانية على مصر بولاية القضاء في المنازعات الخاصة بالأحوال الشخصية التي تقوم بين أبناء هذه الطائفة . وقد نص القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ في مادته الأولى على استمرار السلطات القضائية الاستثنائية المعترف بها حتى الآن في الديار المصرية إلى حين الإقرار على أمر آخر ، بالتمتع بما كان لها من الحقوق عند زوال السيادة العثمانية ، وأن يكون لهذه السلطات القضائية والمؤسسات التي بواسطتها تمارس تلك السلطات أعمالها بصفة مؤقتة ، جميع الاختصاصات والحقوق التي كانت تستند لغاية الآن من المعاهدات والقرارات والبرامات العثمانية . ومن ثم قضت محكمة النقض بأن « المجلس الملي لطائفة الروم الكاثوليك أصبح معتمداً ويستند ولاية القضاء في الأحوال الشخصية لهذه الطائفة من القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ ، حالة أن المحاكم الشرعية إنما تختص بالفصل في منازعات الأحوال الشخصية بين غير المسلمين إذا اختلف الطرفان مذهباً ، أما إذا اتحد في المذهب فلا تكون لها ولاية الفصل في هذه المنازعات وإنما يختص بها المجلس الملي لهذه الطائفة ، وهو اختصاص ولائى متعلق بالنظام العام » - نفى ٢٠ مارس ١٩٦٩ من ٢٠ ص ٤٦٣ .

- هذا وقد كان لمحكمة الموضوع ، إذا احتج لديها بحكم شرعى نهائى ، أن تبحث ما إذا كان هذا الحكم قد صدر في حدود ولاية المحاكم الشرعية فتثبت له الحجية ، أو لم يصدر في حدود هذه الولاية فيكون معدوم الحجية . وهذا بطبيعة الحال إنما كان قبل إلغاء المحاكم الشرعية والجهات القضائية المليية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(١) ينبغى عدم الخلط ، في محيط الأحوال الشخصية ، بين قواعد النظام العام وبين قواعد الشريعة الإسلامية . فالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية يشمل من القواعد ما قد يختلف عن قواعد الشريعة الإسلامية .

- ويذهب البعض إلى ضرورة نظر مسائل الأحوال الشخصية على ضوء الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة الغالبة - بحيل الشرقاوى ، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ص ٢٦٧ . بيد أنه ليس معنى هذا اعتبار كل قواعد الشريعة الإسلامية من النظام العام الذى يلزم المسلمين وغير المسلمين ، بل ينبغى الجرى وراء القواعد التي تحقق مصلحة عامة علياً بنقض النظر عن الاعتبار الدينى ، لأن الدستور كفيل لجميع حرية الاعتقاد . وقد أخذت المحاكم بهذه التفرقة في العديد من أحكامها - قارن د . توفيق فرج ص ٢٢٨ وما بعدها .

(٢) قضت محكمة النقض بأن المشرع « وضع في المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قاعدة الإسناد في قضايا الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، وجعل المناط فيها هو اتفاق الزوجين أو اختلافهما في الطائفة والملة ، فنص على القاعدة الأصلية وهي أن تطبق بصفة عامة شريعة البلاد على جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية وللوقت التي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية ، ولم يستثن من هذه القاعدة إلا حالة ما إذا كان الزوجان متحدى الملة والطائفة ولهما جهة قضائية عليية منتزعة وقت صدور القانون المذكور فتطبق عليهما أحكام شريعتهما الخاصة ما لم تتعارض مع قواعد النظام العام ، وإذا =

الوضع بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية ، ذلك أن المحاكم العادية الآن ، وهي تفصل في منازعات الزواج والطلاق والنسب والحضانة والنفقة وغيرها من مسائل الأسرة ، إنما تنزل على هذه المنازعات أحكام الشريعة الإسلامية أو الشرائع الدينية الأخرى على التفصيل المتقدم .

ثالثاً - الوصايا والمواريث

٢٢٠ - كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الأصلي المباشر الذي يرجع إليه في مسائل الإرث والوصية ، وذلك بالنسبة للمصريين مسلمين وغير مسلمين ، ولكن أبيع لغير المسلمين أن يحتكموا إلى شرائعهم الدينية بشرطين : أولهما هو اتحاد الخصوم في الديانة والملة ، وثانيهما اتفاق ذوي الشأن الذين يعتبرون ورثة في نظر الشريعة الإسلامية على الخضوع لشريعتهم الدينية .

ثم خضع الميراث والوصية لتواعد تشريعية ، فصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الوصايا ، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية ، وأصبح التشريع هو المصدر الرسمي المباشر لهذه المسائل ، وأضحت الشريعة أصلاً تاريخياً للقواعد التشريعية ، كما ظلت مصدراً احتياطياً يرجع إليه في

لم تتوافر هذه الشروط جميعها في الزوجين فإن هذا الاستثناء لا يقوم ويتمين تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية . فإذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن الزوجين مختلفان في الطائفة وديتان بوقوع الطلاق ، فإن التمس على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون إذ طبق الشريعة الإسلامية يكون على غير أساس ، ولا وجه لتحدي في هذا الصدد بأن الدين المسيحي على اختلاف مذاهبه لا يعرف الطلاق بالإرادة المنفردة - نقض ٦ فبراير ١٩٦٣ س ١٤ ص ٢١٠ - وانظر « انحلال الزواج في شريعة الأقباط الأرثوذكس » رسالة دكتوراه ، إهاب حسين إسماعيل ص ١١ .

كما قضت محكمة النقض بأنه « لم يقصد بالمواد ٥٤ و ٥٥ و ١٣٠ من القانون المدني الملغى - على ما جاء بالمذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ - مواجهة حالة التعارض الداخلي في دعاوى المصريين بين الشريعة الإسلامية والشرائع السارية على المصريين غير المسلمين من غير مختلف الملل في أحوالهم الشخصية ، بل إن المواد المذكورة هي مواد إستناد إلى القوانين الأجنبية التي يجوز تطبيقها في مصر في المسائل التي أشير إليها فيها ، ومن أجل ذلك عدلت تلك المواد بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ لتصحيح صيغتها العربية بحيث تنفق مع الأصل الفرنسي لها ، وليس في هذا التصحيح إضافة لحكم جديد في التشريع المصري بل هو ضبط لعبارة العربية بيزيل كل أثر لخطأ الترجمة ويحقق غرض المشرع من هذه المواد - نقض ٢٩ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ص ٤٧٥ .

المسائل التي لم يتناولها القانونان المذكوران اللذان يسريان الآن على جميع المصريين مهما اختلفت دياناتهم ، لا فرق بين مسلم ومسيحي ويهودي (١) .

المواريث

٢٢١ - أبادر إلى لفت النظر إلى أساسين ينبغي مراعاتهما في تطبيق قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقد وردا في مذكرته الإيضاحية : أولهما أن أحكام هذا القانون مستقاة من الشريعة الإسلامية ، وعلى هذا لا يسوغ أن يفهم من إحدى موادها بأى طريق من طرق الدلالة ما يخالف نصاً في القرآن أو السنة الصحيحة ، أو حكماً اتفق عليه فقهاء المسلمين ، وثانيهما أنه في حالة عدم وجود حكم في القانون ينطبق على المنازعة المتعلقة بالمواريث ، تطبق المحاكم القول الأرجح من مذهب أبي حنيفة ، إعمالاً لنص المادة (٢٨٠) من لائحة المحاكم الشرعية .

هذا وغنى عن البيان أنه يشترط لاستحقاق الإرث شرطان : أحدهما في المورث ، والثاني في الوارث . فأما ما يشترط في المورث ليورث فهو أن يتحقق موته ، أو يعتبر ميتاً بحكم القاضي ، لأنه إذا تحقق موته انقطعت حاجته إلى ماله وصار عاجزاً عن التصرف فيه والانتفاع به ، فنتهى ملكيته له ويستحق أن يورث عنه ، وإذا اعتبر ميتاً بحكم القاضي اعتبر كذلك . ويتحقق موت المورث إذا انتهى أجله وفاضت روحه ، ويثبت هذا بالمشاهدة أو بالبينة المتصل بها القضاء . ويعتبر المورث ميتاً بحكم القاضي إذا صدر حكم بموته بناء على تحريات وقرائن واعتبارات يرجح القضاء معها اعتباره ميتاً لا بناء على مستندات وبينة أثبتت موته حقيقة ، كالمفقود الذي غاب ولم يعرف

(١) قضت محكمة النقض بأن « دعاوى الإرث بالنسبة لغير المسلمين المصريين كانت من اختصاص المحاكم الشرعية تجري فيها وفق أحكام الشريعة الإسلامية » وأن « تعيين الورثة وتحديد أوصياتهم في الإرث وانتقال التركة إليهم تحكّم الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » - نقض ١٩ يونيو ١٩٦٣ س ١٤ ص ٨٤١ .

كما قضت بأن « الشريعة الإسلامية هي القانون العام الواجب التطبيق في مسائل مواريث المصريين غير المسلمين ومنها الوصايا ، وكانت تختص بنظرها المحاكم الشرعية (الملغاة) ذات الولاية العامة إلا إذا تراضى الورثة الذين تعترف للشريعة الإسلامية بوراثتهم على الإحتكام إلى مجالس المليية (الملغاة) ، فحينئذ فقط كان لهذه المجالس ولاية نظرهما عملاً باتفاقهم مادامت لهم أهلية التصرف في حقوقهم » نقض ٢٩ فبراير ١٩٦٨ س ٩٩ ص ٤٧٥ .

مكانه ولم تعلم حياته ولا وفاته ، إذا حكم القاضي بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده في حال غلبة الهلاك عايه ، أو بعد أية مدة رآها في غير ذلك من الأحوال ، فيستحق حينئذ أن يورث من هذا الوقت فقط وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم ، لأن الحكم باعتبار المورث ميتاً في هذه الحال حكم مثبت وملشىء حالاً اعتبارية جديدة ، لا مظهر أمراً وقع ، ولهذا لا يصح أن يسند هذا الحكم إلى زمن سابق على تاريخ صدوره . ويتفرع عن هذا الشرط أن موت المورث تقديراً (١) لا يستحق أن يورث به ، لأنه لم يتحقق موته ولم يعتبر ميتاً بحكم القضاء ، وهذا هو مذهب ربيعة بن عبد الرحمن والليث بن سعد من كبار الأئمة المجتهدين (٢) ، وهو

(١) والموت تقديراً أوضحه الفقهاء في الصورة الآتية : إذا ضرب إنسان امرأة ضربة أسقطت جنينها ميتاً فإن موت هذا الجنين ليس موتاً حقيقياً لأن الموت الحقيقي إنما يكون بفقد الحياة الحقيقية ، والجنين في بطن أمه وقت الجناية غير محقق حياته . وليس موتاً اعتبارياً لأنه لم يصدر حكم باعتباره ميتاً بسبب هذه الجناية . ولكن الشارع قد أوجب على الخاني ، بإسقاط هذا الجنين ، تعويضاً مالياً هو المسمى بالفرقة . وهو مقدر ، على رأى جمهور الفقهاء ، بواحد من عشرين من دية النفس ، أي خمسين ديناراً أو خمسمائة درهم . والتعويض إنما يجب بالجناية على حي ، فإيجاب التعويض عن هذا الجنين دل على أن الشارع قدره حياً وقت الجناية ، وقدر أنه مات بسبب هذه الجناية ، ولهذا أوجب على الخاني تعويضاً عنه . وإذا دل حكم الشارع بإيجاب التعويض عن هذا الجنين على تقدير حياته وقت الجناية ، وتقدير موته بسببها ، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذا الجنين : هل يستحق أن يورث تمويلاً على أنه مات تقديراً بسبب الجناية ، ويستحق أن يرث بناء على أنه قدر حياً وقتها ، أو لا يستحق أن يورث ولا يستحق أن يرث ؟

(٢) ذهب الإمام أبو حنيفة ، على العكس من ذلك ، إلى أن الجنين في الصورة السابقة يستحق أن يورث لأن الشارع قدر أنه مات بسبب الجناية بدليل أنه أوجب على الخاني التعويض عنه . ويستحق أن يرث لأن تقدير الشارع موته بسبب الجناية هو تقدير حياته وقتها إذ الموت إنما هو فقد الحياة . وعلى هذا يستحق هذا الجنين ما وقف له من تركته مورثاً وما أوصى له به ويتملك الفرقة التي أوجبت على الخاني تعويضاً عنه . وكل ما تملكه بالإرث أو الوصية أو التعويض يورث عنه ويقسم بين ورثته الشرعيين .

ومذهب الإمام أحمد والشافعي ومالك في قوله الأخير أنه لا يستحق أن يرث لأنه لم يتحقق حياته فلم يتحقق أهليته لتملكه بالإرث ، ولا يستحق أن يورث عنه سوى الفرقة . هذا ويستند رأى ربيعة بن عبد الرحمن ، الذي اعتنقه القانون ، إلى أنه لم يتحقق من موته بسبب الجناية ، ولا من حياته وقتها ، وإيجاب التعويض على الخاني بإسقاطه إنما هو جزاء الاعتداء على أمه ، ولهذا تستحق هي وحدها الفرقة الواجبة على الخاني لأنها هي المتجنى عليها ، وإسقاط جنينها كإتلاف أي جزء من أجزائها .

المذهب الذي اختير للقانون في المادة الأولى منه (١) .
وأما ما يشترط في الوارث لكي يستحق أن يرث ، فهو أن تتحقق حياته وقت موت مورثه أو وقت اعتباره ميتاً بحكم القاضي ، لأن تحقق حياته في هذا الوقت يحقق أهليته للتملك ، ولأن يخلف المورث في ملكية تركته وقت زوال ملكه عنها .

٢٢٢ - وقد نص القانون في المادتين الخامسة والسادسة على ثلاثة موانع للإرث : القتل ، واختلاف الدين ، واختلاف الدارين بين غير المسلمين إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها . أما المانع الأول فلما رواه النسائي من قول الرسول « ليس للقاتل ميراث » ، ولهذا اتفق الأئمة الأربعة وجمهور المجتهدين من المسلمين على أن القتل من موانع الإرث ، ولكنهم اختلفوا في نوع القتل الذي يمنع منه ، والذي اختير من مذاهبهم وأخذ به القانون أن القتل لا يمنع من الإرث إلا إذا كان عمداً عدوانياً ، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة هلالية . أما المانع الثاني فالمراد به أن المسلم وغير المسلم لا يتوارثان بأي سبب من أسباب الإرث ، فالزوج المسلم إذا كانت زوجته غير مسلمة لا يرثها إذا ماتت ولا ترثه إذا مات (٢) ، والقريبان إذا كان أحدهما مسلماً والآخر غير مسلم لا يتوارثان إذا مات أحدهما . ودليله قول الرسول « لا يتوارث أهل ملتين » .
وأما المانع الثالث فالمراد به اختلاف الدولتين اللتين يتبعهما المورث والمورث في المنعة والرياسة العليا (٣) . وقد اتفق فقهاء المسلمين على أن بلاد الإسلام

(١) تنص هذه المادة على أن « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي » . وتنص المادة الثالثة على أنه « إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً فلا استحقاق لأحدهما في تركته الآخر سواء كان موتهما في حادث واحد أولاً » .

(٢) أما اختلاف الدين بين غير المسلمين بعضهم وبعض فلا يمنع من توارثهم ، فالزوج المسيحي وزوجته اليهودية يتوارثان . والقريب اليهودي وقريبه الوثني يتوارثان . وكذلك اختلافهم الطائفي لا يمنع أيضاً من توارثهم ، فالكاثوليكي والأرثوذكسي من المسيحيين يتوارثان . والفرائي والريائي من اليهود يتوارثان ، وهذا مذهب أكثر الأئمة المجتهدين ، وهو نص الفقرة الثانية من المادة السادسة « ويتوارث غير المسلمين » .

(٣) يقول ابن عابدين ، ج ٥ ص ٤٤٢ « اختلاف الدارين باختلاف المنعة ، أي السكر ، واختلاف الملك . أما إذا كان بينهما تناصر وتعاون على أعدائهما كانت الدار واحدة والوراثة ثابتة » .

تعتبر كلها داراً واحدة وإن تعددت مما لكها وتغايرت ماوكها ، وعلى أن المسلمين لا يمنع اختلاف الدارين بينهم من التوارث ، لأن وحدة الإسلام تغلب اختلاف الجنسية أو الرعوية بالنسبة إلى التوارث^(١) . وأما غير المسلمين ، فقد ذهب الإمامان مالك وأحمد إلى أن اختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بينهم ، كما لا يمنع من الإرث بين المسلمين ، لأن المنع من الإرث عقوبة ولا عقوبة إلا بنص .

(١) يقول ابن عابدين ، نفس المرجع ص ٥٤٣ « وأما قول الثنابي أن من أسلم ولم يهاجر إلينا لا يرث من المسلم الأصلي في دارنا ولا المسلم الأصلي من أسلم ولم يهاجر إلينا ، فمدفوع بأن هذا كان في بدء الإسلام حين كانت الهجرة فريضة والولاية منتفية بين من هاجر ومن لم يهاجر ، والتوارث مبني على الولاية ، فأما اليوم فيرث أحدهما من الآخر . - وهذا هو نص الفقرة الثالثة من المادة السادسة « واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين » .

- وعن من البيان أن التصرفات المنجزة الصادرة من شخص كامل الأهلية في حالة صحته تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها في المستقبل حرمان بعض ورثته أو تعديل أنصوبهم في الميراث ، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته ، أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه - نقض ١٤ نوفمبر ١٩٦٨ من ١٩ ص ١٣٦٢ .

- وثمة قاعدة شرعية تقضي بأن الوارث ينتصب خصماً عن باقي الورثة في الدعاوى التي ترفع من التركة أو حلها . وهذه القاعدة قد تكون صحيحة ويمكن الأخذ بها لو أن الوارث قد خاسم أو خوصم طالبا المحكم للتركة نفسها بكل حقها ، أو مطلوباً في مواجهته المحكم على التركة نفسها بكل ما حلها - نقض ١٣ فبراير ١٩٦٨ من ١٩ ص ٢٥٥ ، نقض ٦ فبراير ١٩٦٤ من ١٥ ص ١٩٩ .

- وقد قضت محكمة النقض بأن الوارث ، بحكم كونه خلفاً عاماً لمورثه ، لا يعد من الغير في حكم المادة ٣٩٥ مدني ، بل حكمه بالقسبة إلى المحررات غير الرسمية التي يكون المورث طرفاً فيها هو حكم مورثه ، ويكون تاريخها بحسب الأصل حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، سواء كانت الورقة صادرة إلى وارث أو غير وارث ما لم يقم الدليل على عدم صحته - نقض ١١ مارس ١٩٦٩ من ٢٠ ص ٤٠٤ .

كما قضت بأن « مؤدى أحكام الشريعة الإسلامية التي تحكم الميراث هو أنه حين يرث الدائن المدين فإنه لا يرث الدين الذي على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد المدين كما هو مقروء في الشريعة من أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون ، مما يقتضاه أن تبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد الديون التي عليها ومن بينها دينها ، وبعد ذلك يرث الدائن وحده أو مع غيره من الورثة ما يتبقى من التركة فلا ينتقض دينه باتحاد الذمة بالنسبة لنصيبه الميراثي » - نقض ١٣ مايو ١٩٦٩ من ٢٠ ص ٧٦٩ .

ولم يرد نص على أن اختلاف الدارين من موانع الإرث . وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن اختلاف الدارين يمنع من الإرث بين غير المسلمين لأنهم ما داموا لم يجمعهم الإسلام ولم تتحد رعويتهم فالشأن فيهم ألا يتناصروا ، والتوارث مبني على التناصر .

وقد سار القانون على مذهب الإمامين مالك وأحمد ، فنص على أن اختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين غير المسلمين ، واستثنى حالة واحدة سار فيها على مذهب أبي حنيفة وهي ما إذا كان المورث والوارث من غير المسلمين تابعين لدولتين مختلفتين ، وشريعة الدولة التي يتبعها أحدهما تمنع من توريث الأجنبي عنها ، فعاملته بالمثل يمنع التابع لها من إرث الأجنبي^(١) .

الوصية

٢٢٣ - عرف القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الوصية ، بأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت (م ١/٢) ، غير أن هذا التعريف لا يتناول فيما يبدو ، الوصية بتعيين وصي ، وهي ما عرفت باسم الإيصاء ، وهو وصاية بالولاية وليس بالمال ، ولذا فقد يكون تعريفها بأنها تصرف يستوجب

(١) فإذا رفعت إلى محكمة مصرية دعوى من فرنسي غير مسلم ، يطلب فيها المحكم بإرث أبيه المصري غير المسلم ، وكانت شريعة الدولة الفرنسية تمنع من توريث الأجنبي عنها ، يمنع هذا الإبن الفرنسي من إرث أبيه المصري .

- هذا وكلمة غير المسلمين التي وردت في فقرة « ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض » لا تتناول المرتد عن الإسلام ، لأن المرتد عن الإسلام باتفاق الفقهاء لا يرث من غيره ، لا من مسلم ولا من غير مسلم ولا من مرتد مثله ، لأن الإسلام لا يقر المرتد منه حل رذته ويعد رذته جناية يعاقب عليها بحرمانه من إرث غيره أياً كان . بيد أن إرث المرتد من غيره وإرث غيره منه ، لم يعرض لحكهما قانون الموارث ، فتطبق فيها المحاكم أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة طبقاً للمادة (٢٨٠) من لائحة المحاكم الشرعية - أنظر مناقشة لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، وراجع « شرح قانون الموارث الجديد » للأستاذ عبد الوهاب خلاف ، الطبعة الثانية ١٩٤٦ .

- وقد أخذت بهذا النظر محكمة النقض حين قررت أن « الردة من موانع الإرث ، وإجماع الفقهاء على أن المرتد لا يرث من مسلم ولا من غير مسلم ولا من مرتد مثله ... وهو ما لا يجوز معه القول بأن سكوت القانون أو خلوه من النص حل محكم في مسألة من هذه المسائل ، ومنها إرث المرتد من غيره ، إنما أراد به الشارع أن يخالف نصاً في القرآن أو السنة الصحيحة أو حكماً اتفق عليه فقهاء المسلمين » - نقض ١٩ يناير ١٩٦٦ من ١٢ ص ١٧٤ .

في التركة ابتداءً حقاً بعد الوفاة أشمل من ذلك التعريف . وهي على الجملة ، كما يدل عليها تعريفها ، تبرع مضاف إلى ما بعد وفاة المتبرع ، فلا يترتب عليها أثرها وهو ثبوت الحق الملزم به في التركة ، أو ثبوت الملك للموصى له إن كان من أهل الملك إلا بعد الموت ، وهذا لا خلاف فيه . وإنما الخلاف بين الفقهاء في أنها هل تتم ويترتب عليها أثرها بعد موت الموصى بعبارة وحدها دون أن يتوقف ذلك على شيء آخر من قبول يصدر من الموصى له أو ممن له الولاية عليه أو من تحقق اليأس من ردها منه ، أولاً يترتب عليها أثرها إلا إذا قبلها الموصى له أو تحقق اليأس من ردها إياها ؟ .

٢٢٤ - نحن نرى أن الرأي الفقهي القاضي بأن الوصية تتحقق بالإيجاب المضاف إلى وقت الموت ، ويترتب عليها أثرها بمجرد وفاة الموصى مصراً عليها ، وبأن القبول ليس شرطاً في إفادتها الملك ولا ركناً لها ولكنه شرط لزوم ، هو الرأي الصحيح الذي ينسق مع حقيقتها بخلاف غيره من الآراء . ويرى جمهور الفقهاء أن الموصى له إذا رد الوصية بعد موت الموصى بطل الإيجاب ولم يجوز له أن يقبلها بعد ذلك ، وإذا قبلها بعد موته لم يكن له أن يردّها (١) ، وهذا الرأي أخذ قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ إلا في حال واحدة هي ما إذا قبل منه بعض ورثة الموصى هذا الرد ، فقد عد القانون هذه الحال حال فسخ (م ٢/٢٤) .

هذا ويلاحظ أن لزوم الوصية في المال إنما يكون في ثلث التركة فقط ولا تتجاوزه إلا بإجازة الورثة .

والوصية كما تنشأ بالإرادة المنفردة ، كذلك يتم رجوع الموصى

(١) ووجه ما ذهب إليه الجمهور أن الموصى له إذا قبل أورد حال حياة الموصى ، فقد قبل ما لا وجود له وهو ثبوت الملك وما قد لا يثبت أبداً ، وعلى ذلك لم يكن للقبول ولا للرد اعتبار .

- وذهب زفر إلى أن الموصى له إذا رد الوصية حال حياة الموصى ، لا يبطل الإيجاب إلا إذا علم به الموصى ، أما إذا توفي قبل أن يعلم ، كان الإيجاب قائماً وكان للموصى له القبول بعد ذلك .

- ويرى الأباضية أن رد الوصية حال حياة الموصى لا يبطل الإيجاب إلا إذا علم به الموصى ، أما إذا توفي قبل أن يعلم كان الإيجاب قائماً وكان للموصى له القبول بعد ذلك - أظن « التصرف الإنفرادي والإرادة المنفردة » للأستاذ علي الخفيف ، ١٩٦٤ ص ١٤٠ .

عنها بإرادته المنفردة ، وليس يضير ذلك أن تكون غير لازمة حال حياة الموصى وأن له أن يعدل عنها . كما لا يضير كذلك أن للموصى له ردها . وليس في نشأة الوصية بالإرادة المنفردة خلاف بين الفقهاء الشرعي والوضعي ، كما أن الرجوع فيها من الموصى بإرادته المنفردة لا خلاف فيه كذلك بين الفقهاء .

ومما يلاحظ أنه قد جاء في المادة (١٧) مدني أنه يسرى على الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته (١) . وكذلك يلاحظ أن قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ قانون عام يسرى على جميع المصريين مهما اختلفت دياناتهم ، لا فرق بين مسلم ومسيحي ويهودي (٢) .

(١) تخضع الوصية للقانون الساري وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الوصية منه ، فيسرى القانون ٧١ لسنة ١٩٤٦ على كل وصية صدرت من موصى توفي بعد العمل بأحكام هذا القانون ولو كان تاريخ صدورهما سابقاً عليه ، فتصح وتنفذ في ثلث التركة من غير إجازة الورثة وذلك بالتطبيق لنص المادة ٣٧ من قانون الوصية سالف الذكر - نفق ٢٠ مارس ١٩٦٩ ص ٢٠ .

(٢) الطعن من الوارث في عقد البيع الصادر من المورث بأنه في حقيقته وصية وأنه لم يدفع فيه ثمن خلافاً لما ذكر فيه ، إنما يعد طعناً منه بصورية هذا العقد صورية نسبة بطريق التستر ، ومن حقه كوارث أن يثبت هذا الدفاع بجميع طرق الإثبات بما فيها البيعة ، لأن التصرف يكون في هذه الحالة قد صدر إضراراً بحقه في الإرث الذي تتعلق أحكامه بالنظام العام فيكون تحايلاً على القانون - نفق ٢ يناير ١٩٦٩ ص ٢٠ .

- ولا تستطيع محكمة الموضوع البت في أمر صحة ونفاذ العقد الصادر من المورث سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره وصية إلا بعد أن تحدد نوعه ، إذ يتوقف على هذا التحديد معرفة الأحكام القانونية التي تنطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ ، ولا يجوز للمحكمة - حتى بفرض أن التركة تقسم لنفاذ التصرف في الحالين ، أن تقضى بنفاذه قبل أن تبت في أمر تكييفه وهل هو بيع أو وصية - الحكم السابق .

- والدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصفت بأنها دعوى بطلان ، إلا أنها في حقيقتها وبموجب المقصود منها إنما هي دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبة بطريق التستر ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده الثماقدان ، ترتيب الآثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لها واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصوري صحيحاً مهما طال الزمن - نفق ٢٠ مارس ١٩٦٩ ص ٢٠ .

الوقف (١)

٢٢٥ - نشير في النهاية إلى مسائل الوقف ، رغم كونها من مسائل الأحوال العينية لا الشخصية ، على تقدير أن التقنينات المصرية أغفلت تنظيم أحكامها . فكانت خاضعة للشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين .

- ويشترط لاعتبار العقد سائراً لوصية أن يثبت اتجاه قصد المتصرف إلى التبرع وإضافة التملك إلى ما بعد موته - نقض ٢٢ إبريل ١٩٦٩ من ٢٠ ص ٦٤٩ .

- وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذ خص الحكم المطعون عليها ، ابنة المورث ، بطش التركة بعد استئصال ما اعتبر وصية وما خص الزوجة ، وهو الثمن ، مع أن الثابت من مدونات الحكم أن المورث ثلاث بنات ، وكان لا يجوز أن يخصن طبقاً لقواعد الميراث أكثر من ثلثي التركة مهما تعددن ليستحق العاصب ، إن وجد ، الثلث الباقي ، وإذا لم يبحث الحكم وجود العاصب من عدمه ، وكان هذا البحث لازماً لتوزيع الأنصبة الشرعية بين الورثة ، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون » - الحكم السابق .

- كما قضت بأنه « متى كان الثابت من حكم المجلس الملي الإنجيلي الصادر في دعوى يطلب اعتماد وصية أن المدعى عليها لم تقبل الاحتكام إلى المجلس ودفعت بعدم اختصاصه بنظر الدعوى إلا أنه رفض الدفع وحكم باعتماد الوصية ، فإن قضاءه هذا يكون قد صدر من جهة ليس لها ولاية الفصل في النزاع وبالتالي لا تكون له قوة الشيء المحكوم فيه ولا يصح الاحتجاج به لدى المحكمة ذات الولاية العامة وهي المحكمة الوطنية منذ إلغاء المحاكم الشرعية ابتداء من أول يناير ١٩٥٦ بالقانون رقم ٤٣٢ لسنة ١٩٥٥ » - نقض ٢٩ فبراير ١٩٦٨ ص ١٩ - ٤٧٥ .

- وقضت بأن القاعدة في الشريعة الإسلامية ، التي تحكم النزاع قبل العمل بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ : أن وصية غير المسلم كوصية المسلم لا تجوز لو ارثت إلا بإجازة باق الورثة . فإذا قضى الحكم المطعون فيه بعدم نفاذ الوصية في حق من لم يجزها من الورثة فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً - الحكم السابق .

(١) الوقف لغة الحبس ، وهو مصدر وقف يقف . وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف بمنفعتها إلى من أحب . فإذا وقفها الواقف على جهة بر كان ذلك تصدقاً بمنفعتها ، وإذا وقفها على معينين ليس الوقف عليهم برأ كان ذلك صرفاً لمنفعتها إلى من أحب من الناس . وهو غير لازم عنده ، فلو وقف أن يرجع عنه في أي وقت شاء ، وينتهي بوفاته فتكون الأعيان الموقوفة مورثة لورثته من بعده . وذهب أصحابه إلى أنه حبس العين عن أن تملك لأحد من العباد ، والتصدق بمنفعتها ابتداء وانتهاء ، وإذا وقفت على الذرية ثم على جهة بر كان ذلك تصدقاً بمنفعتها انتهاء ، والأول هو المعروف الآن بالوقف الخيري . ويلزم الوقف عند أبي يوسف بمجرد الإيجاب الصادر من الواقف ، ويلزم عند محمد ويتم بتسليمه إلى متوليه ، أما قبل التسليم فيكون غير تام فلو وقف ألا يمضي فيه ويرجع عنه ، لأنه تبرع وتمليك للمنافع فلا يتم ولا يلزم إلا بالتسليم بعد الإفراز فيما يحتمل القسمة .

ثم صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف ، واستمد من الشريعة قواعده ، فصارت هذه المثابة أصلاً تاريخياً للقواعد التشريعية ، كما بقيت أيضاً مصدراً احتياطياً يرجع إليه عند وجود فراغ تشريعي ، والعبارة في هذا الشأن بالراجع من مذهب أبي حنيفة ، على ما ورد بالملذكرة الإيضاحية لقانون الوقف .

٢٢٦ - وأثر الوقف عند أبي حنيفة ثبوت حق الموقوف عليه في الانتفاع بالعين الموقوفة ، فيملك به منفعة العين ملكاً غير لازم مع بقاء العين الموقوفة على ملك واقفها . وأثره عند الصاحبين سقوط ملكية الموقوف وصبرورته ملكاً لله تعالى لا ملك فيه لأحد ، وهو أصح القولين عند الشافعي وأحمد . وعند مالك ، يبقى على ملك الواقف فلا يزول ملكه ، ولكنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث . وهو أيضاً قول عند الشافعية والحنابلة . وهذا أحسن الأقوال إذ ملك الواقف متيقن الثبوت فلا يرتفع إلا بيقين . ويشترط أن يكون مؤيداً عند الصاحبين والشافعي وأحمد ، وأجاز مالك فيه التوقيت .

٢٢٧ - والأصل في الوقف أن يكون منجزاً ، ويجوز مع الإضافة ، فيلزم عند مجيء الوقت الذي أضيف إليه ، أما قبله فهو غير لازم كما في الوقف الذي أخرج مخرج الوصية . وأما تعليقه ففيه روايتان أحدهما عدم صحته مع التعليق ، وهذا عند الحنفية . وذهب الشافعي وأحمد إلى أنه لا يجوز تعليق الوقف . ويرى مالك صحته مع التعليق ، وإذا صح مع التعليق صح مع الإضافة من باب أولى .

وحاصل القول أن الوقف تصرف أو تبرع ينشأ بإرادة منفردة من الواقف باتفاق جميع أئمة المذاهب ، فهو ينشأ بالإيجاب الصادر من الواقف ، أما لزومه أو عدم لزومه فذلك حكم آخر يبنى عليه وصفه بأنه التزام أو ليس بالتزام على ما يراد بهذا الوصف من معنى في الفقه الغربي أو في الفقه الإسلامي : فالفقه الغربي لا يسمي التصرف التزاماً إلا إذا كان لازماً للمتصرف فيما يراه الفقه الغربي بحيث لا يجوز له الرجوع فيه ولا العدول عنه : أما الفقه الإسلامي فلم يستعمل هذا الاسم استعمالاً اصطلاحياً بهذا المعنى .

٢٢٨ - وإذا كان الوقف لا تتوقف نشأته على قبول من أحد باتفاق

بين الأئمة ، فما موضع القبول منه ؟ في ذلك اختلف الفقهاء : فالمالكية يرون أن الموقوف عليه إذا كان غير محصور كالفقراء ، أو غير موجود كمن سيولد أو كان مما لا يتأتى منه القبول كالمسجد ، فإن الوقف يلزم ويمشى على شروطه بدون توقف على قبول من أحد متى استوفى جميع شروطه الواجب توافرها للزومه . وإن كان معيناً اشترط لاستحقاقه ما جعل له من ريع الوقف قبوله إن كان أهلاً للقبول بأن كان بالغاً رشيداً ، وإلا ناب عنه وليه (١) ، فإن رد الوقف كان ما جعل له من الريع لغير من رده من الموقوف عليهم في قول مالك ، وهو ما أخذ به قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ (٢) ، وقيل يرجع حسباً على الفقراء والمساكين ، وهو ما يتفق مع قول الحنفية ، وقيل يرجع ملكاً للواقف ، بمعنى أن الوقف يبطل في حصة الراد ، والقول الأول هو الراجح في المذهب (٣) .

وقد جاء في المادة (٩) من القانون أن القبول لا يشترط لصحة الوقف ، وكذلك لا يشترط في الاستحقاق إلا إذا كان الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانوناً ، فعند ذلك يشترط لاستحقاقها قبول من يمثلها ، فإن لم يقبله انتقل الاستحقاق إلى من يليها .

٢٢٩ - وقد أجاز ذلك القانون للواقف أن يرجع في وقفه كله أو بعضه ، كما أجاز له أن يغير في مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك . ولا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيما وقفه قبل العمل بالقانون المشار إليه ، وجعل استحقاقه لغيره إذا كان قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له ، أو ثبت أن هذا الاستحقاق كان بعوض مالي ، أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف ، ولا يجوز الرجوع ولا التغيير في وقف المسجد ابتداءً ولا فيما وقف عليه ابتداءً . ولا يصح الرجوع إلا إذا كان صريحاً وبإشهاد أمام الجهة القضائية المختصة (م ١١) .

وقد بينى الرجوع في الوقف على ما ذهب إليه أبو حنيفة من أنه كالعارية

لا تخرج به العين الموقوفة عن ملك واقفها ، وأن غلبها كخلة عين مملوكة له يوجهها كما يشاء . بيد أن القانون لم يمش في ذلك إلى غايته ، بل قيده بقيود دعت إليها المصلحة واستند فيها إلى المذاهب الأخرى ، فكان الرأي الذي ذهب إليه القانون مذهباً ملفقاً من المذاهب .

ويبين من هذا الذي خلصنا إليه أن الوقف ينشأ بإرادة منفردة على جميع المذاهب بلا خلاف ، كما يكون الرجوع فيه بإرادة منفردة . كما يكون التغيير في مصارفه من إخراج وإدخال وحرمان وزيادة ونقص وتفضيل وتخصيص بإرادة منفردة .

٢٣٠ - وقد جرى قضاء محكمة النقض بأن الوقف ، بحكم كونه شخصاً اعتبارياً ، له أن يفتع بأحكام القانون المدني في خصوص التقادم المكسب للملك ، إذ ليس في القانون ما يحرمه من ذلك ، ولأن التقادم المكسب هو في حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد كائناً من كان . والقول بأن العين لا تعتبر موقوفة إلا إذا صدر بوقفها إشهاد شرعي ، لا محل للتحدى به إلا عند قيام النزاع في وقف العين المدعى بها وإنكار الوقف من جانب واضع اليد عليها (١) . كما أن الوقف ، باعتباره شخصاً اعتبارياً ، مستول قبل الغير عن الخطأ الذي يقع من ممثله ويضر بهذا الغير (٢) .

وإذا قصر ناظر الوقف نحو أعيان الوقف أو غلاته ، كان ضامناً دائماً لما ينشأ من تقصيره الجسيم ، أما ما ينشأ عن تقصيره اليسير فلا يضمه إلا إذا كان له أجر على النظر ، وهو ما نصت عليه المادة ٥٠ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ (٣) .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما إذا كان متولى الوقف يضمن الغبن الفاحش إذا أجر عقار الوقف بأقل من أجر المثل أو لا يضمه ، فقال بعض المتقدمين إنه لا يضمه وإنما يلزم المستأجر أجر المثل ، وقال البعض من هؤلاء إن المتولى يلزمه تمام أجر المثل ، وذهب البعض في رأي ثالث إلى أن المتولى يضمن نصفه ونصفه الآخر يضمه المستأجر ، بينما ذهب غالبية

(١) نقض ٢١ مارس ١٩٦٨ من ١٩ من ٥٨٠ .

(٢) نقض ٢٤ أكتوبر ١٩٦٨ من ١٩ من ١٢٦٧ .

(٣) نقض ٢٤ إبريل ١٩٦٨ من ١٩ من ٨٧٥ .

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٦٩ .

(٢) أنظر المادتين ٣٤ و ٣٣ من القانون .

(٣) أنظر حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٨٨ .

المتأخرين إلى أن المتولى يضمن الغبن الفاحش ولو كان متعمداً وعلى قول البعض عالماً به لأن ذلك منه يكون جناية تستوجب عزله . وهذا الرأي الأخير هو ما تأخذ به محكمة النقض لو كان الناظر بغير أجر ، إذ يعتبر تأجره أعيان الوقف بالغبن الفاحش وهو متعمد أو عالم به تقصيراً جسيماً فيسأل عنه دائماً (١) .

٢٣١ - هذا ونشر أخيراً إلى أن المرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وإن كان قد أنهى الوقف على غير الخيرات وجعل ما ينتهي فيه الوقف ملكاً للمستحقين على التفصيل الوارد في المادة الثالثة منه ، إلا أنه أتى في المادة الخامسة منه ، المعدلة بالقانون ٣٩٩ لسنة ١٩٥٣ ، على اختصاص المحاكم الشرعية بنظر دعاوى الاستحقاق التي ترفع بشأن الأوقاف التي أصبحت منتهية بمقتضاه ، ثم صار هذا الاختصاص للمحاكم العادية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية (٢) .

نظرة

٢٣٢ - خلص لنا مما تقدم أن دور الدين قد انكشف عما كان عليه بسبب تكاثر القواعد التشريعية وإخضاع الكثير من مسائل الأحوال الشخصية

(١) راجع الحكم السابق . وقد اقتضت المادة ٦٣١ مدني حل تقرير أن إجارة الوقف بالغبن الفاحش لا تصح ، دون أن تبين مسئولية ناظر الوقف عن هذا الغبن ، كما خلت المواد الأخرى الواردة في القانون المدني في الباب الخاص بإيجار الوقف من تحديد هذه المسئولية لأن موضعها خارج عن نطاق هذا الباب .

(٢) فإذا كانت ثمة دعوى لا يمكن الفصل فيها قبل الفصل في النزاع على الاستحقاق الذي أتى فيها ، فإنه يجب تدخل النيابة فيها وإلا كان الحكم باطلاً ، لأن الدعوى حل هذه الصورة تكون من القضايا المتعلقة بالوقف بالمعنى المقصود في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ - نقض ١١ إبريل ١٩٦٨ س ١٩ ص ٧٥٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف في الأوقاف بالإستبدال أو بغيره مما هو متصور عليه في المادة ٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعتبر من قبيل القضاء الفلج ، وهو أقرب إلى العمل للولاة منه إلى العمل للقضاة ، يباشره القاضي بما له من الولاية العامة وبصفته ولياً من لا ولي له ويحل فيه محل صاحبه الأصلي عند عدم وجوده وهو الواقف ، وفعله وتصرفه لا يكون حكماً ولا يسمى قضاءً إلا تجوزاً ، وقد نص الفقهاء على أن ما يباشره القاضي من التصرفات - هيئة التصرفات بالمحكمة - مقيد بالمصلحة ويدور معها من حيث الصحة والبطالان ، كما نصوا على أن للقاضي بصفته القضائية - المحكمة القضائية - الذي يرفع إليه هذا التصرف بدعوى مبتدأة ، أن ينظر فيه وأن يبطله أو يلغيه إذا لم يجد خيراً فيه .

لما تقضى به هذه القواعد . أما المسائل التي لم يتناولها التشريع حتى الآن ، فلا تزال خاضعة للدين بحسبانه مصدرأ أصلياً وخاصاً . ويختلف مدلول الدين في هذا الصدد ، فيقصد به الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين وغيرهم مني اختلفوا في الديانة والملة . ويقتصر المقصود منه على الشرائع الدينية الأخرى بالنسبة لغير المسلمين المتحدين في الديانة والملة . وقد مر بنا ، بالنسبة لغير المسلمين المتحدين في الديانة والملة ، أن الرجوع إلى شرائعهم الدينية يتحقق في طائفتين من المسائل : الأولى هي المسائل الروحية ، مثل الزواج والطلاق والحضانة والنسب . والثانية هي مسائل الميراث والوصية بشرط اعتبارهم وورثة في نظر الشريعة الإسلامية ، وشرط اتفاقهم جميعاً على الإحتكام إلى شريعتهم الدينية .

٥ - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

٢٣٣ - تقوم مدرسة القانون الطبيعي على التفرقة بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي ، وترى الثاني أساساً للأول . ويقصد بالقانون الوضعي Droit positif مجموعة القواعد القانونية النافذة فعلاً في دولة معينة ، في زمن معلوم ، دون اعتبار لمصدر تلك القواعد . أما القانون الطبيعي Droit Naturel فيقصد به مجموعة القواعد العامة الأبدية السرمدية الخالدة ، التي يكشف عنها العقل البشري ، ويستخلصها من طبيعة العلاقات الاجتماعية ، والتي ترنو في مجموعها إلى تحقيق فكرة العدل . وتختلط هذه القواعد بقواعد العدالة التي يمكن تعريفها بأنها مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة المحسوسة (١) .

القانون الطبيعي عند فلاسفة القرون الوسطى

٢٣٤ - بعد سقوط الإمبراطورية الرومانية في الغرب واتساع نفوذ الكنيسة في هذه الفترة من الزمن ، اصطبغت فكرة القانون الطبيعي بصيغة دينية عند أغلب فلاسفة القرون الوسطى ، وأصبح القانون الطبيعي هو ذلك القانون الإلهي الأزلي ، وأنه من وضع الله ، باعتباره خالق الطبيعة ، وهو بذلك يسمو على القانون الوضعي . ويفرق القديس «توماس الأكويني»

(١) أنظر برهام عطا الله ، عبد الفتاح عبد الباق ، توفيق حسن نرج ، محمود جمال الدين زكي في المراجع السابقة .

Saint Thomas d' Aquin بين أنواع ثلاثة من القوانين : الإلهي والطبيعي والوضعي . فالقانون الإلهي هو مشيئة الله وهو القانون الأبدي Lex Aeterna يصل إلينا عن طريق الوحي والشعور ، ونؤمن به إيماناً ، ولا يستطيع العقل أن يدركه على حقيقته ، فهو مسألة إيمان واعتقاد ، لا مسألة عقل واستدلال . والقانون الطبيعي Lex naturalis يشتمل على القواعد التي يمكن للعقل إدراكها من القانون الإلهي الأبدي . أما القانون الوضعي أو الإنساني Lex Humana فهو من خلق الإنسان ، ويجب أن تستلهم فيه قواعد القانون الطبيعي وأن يطابق مبادئه ، فإذا خالف القانون الوضعي القانون الطبيعي ، كان الفرد في حل من أن يحترمه ، ما لم يكن من شأن مقاومته أن تسبب الفضيحة أو الفوضى ، لأن النفع الذي يعود من الطاعة أكبر من الضرر الذي ينتج عن العصيان ، وفي ذلك تغليب الصالح العام على الصالح الخاص ، وهو ما يتفق وأصول القانون الطبيعي . أما إذا خالف القانون الوضعي القانون الإلهي فمن حق الإنسان مخالفته في كل الأحوال (١) .

(١) تجدر الإشارة هنا إلى أن الخلفاء الراشدين سبق أن قرروا هذا المبدأ وأعلنوه فأبو بكر الصديق يخاطب في الناس غداة توليه الخلافة فيقول « يا أيها الناس ، قد وليت عليكم ولست بخيركم ، فإن أحسنت فأعينوني ، وإن صدمت فقوموني » ثم يقول « أطيعوني ما أطعت الله ورسوله ، فإذا عصيت فلا طاعة لي عليكم » . وعمر بن الخطاب يقول للمسلمين « أطيعوني ما أطعت الله فيكم ، فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم » ثم يقول « إن رأيتم في أمورنا ما أهديتم » . والله سبحانه يقول « يا أيها الذين آمنوا آمنوا علينا أنفسكم لا يضركم من عمل إذا « فقاتلوا التي تبغى حتى تفيء إلى أمر الله » . والرسول الكريم يقول « هل المسلم السمع والطاعة فيما أحب أو كره ما لم يؤمر بمعصية ، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة » ويقول لا طاعة لمخلوق في معصية الله . وإذا تأملت في هذه النصوص وجدت فيها ، ليس فقط الحض على عدم الاستئثار لما يخالف القانون الإلهي بل ما يدعو إلى مقاومة الانحراف والوقوف في وجه المتحرف ، وإن كان الفقهاء اختلفوا في عزل الخليفة إذا أساء السيرة وبدأ منه ما يستوجب العزل تمكيناً لمبدأ المسئولية وحرصاً على مصالح الأمة . يقول الإمام أبو الحسن الأشعري في مقالات الإسلاميين الجزء الثاني ص ٤٥١ - ٤٥٢ : « واختلف الناس في السيف - أي الخروج على الإمام - على أربعة أقاويل ، فقالت المعتزلة والزيدية والخوارج وكثير من المرجئة : ذلك واجب إذا أمكننا أن نزيل بالسيف أهل البغي ونقيم الحق . واحتجوا بقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » وقوله « فقاتلوا التي تبغى حتى تفيء إلى أمر الله » وقوله « لا ينال عهدى الظالمين » . وقال أبو بكر الأصبغ ومن تبعه . السيف واجب . وقال قائلون .

القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر

٢٣٥ - بعد زوال وحدة الدولة في أوروبا بزوال الإمبراطورية الرومانية ،

- السيف باطل ولو قتلت الرجال أو سببت الذرية ، وأن الإمام قد يكون عادلاً ، وقد يكون غير عادل . وليس لنا إزالته وإن كان فاسقاً . وهذا قول أصحاب الحديث . ويقول ابن حزم في كتابه الفصل في الملل والنحل الجزء الرابع ص ١٧١ - ١٧٤ « إن الأمة على اتفاق في وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ولكنهم يختلفون في طريقة القيام بهذا الواجب الديني : فذهب أكثر أهل السنة وهو رأي الإمام أحمد وبعض الفقهاء إلى أن هذا لا يكون باليد ولا بسيف أصلاً ، وإنما يكون بالنصح والتوجيه والصبر . وهؤلاء يقتدون بالإمام الثالث عثمان بن عفان ومن رأى رأيه وقدم معه من الصحابة . وذهب بعض من أهل السنة والمعتزلة والخوارج والزيدية إلى أن سل السيف واجب إذا لم يدفع المنكر إلا بذلك . ويقول هؤلاء إن أهل الحق إذا استطاعوا الدفع ورجوا الظفر فرض عليهم ذلك . وإن لم يستطيعوا ولم يرجوا الظفر لقاتلهم وضعفهم كانوا في سعة من ترك التغيير باليد .

وعند ابن حزم من أصحاب هذا الرأي كل من اشترك في القتال في فتنة الخلافة ويخرج حل الخليفة من الصحابة . ثم قال « وهو الذي تدل عليه أقوال الفقهاء كأبي حنيفة ومالك والشافعي وداود الظاهري وأصحابهم » .

- ويسوق ابن حزم الاحتجاج للفريقين من الآيات والأحاديث التي أشرنا إليها . ويقول أن هناك تعارضاً وتناقضاً بين النصوص وينتهي إلى القول بنسخ الأحاديث التي تدعو إلى الصبر والمسائلة بالآيات والأحاديث التي تدعو إلى الخروج على الإمام الذي استحق العزل ومقاومته بقوة السلاح ، لأن هذه أتت بشرعية زائدة وهي القتال فيعمل بها .

- وأحسب أن القول بنسخ الدليل ليس من السهولة بالقدر الذي يقرره الإمام ابن حزم . فإن من القواعد المقررة في الأصول - كما ذكرنا في الكتاب الأول - أنه إذا أمكن الجمع بين الأدلة المتعارضة فلا يصار إلى النسخ ولا يقبل القول به . والجمع هنا ممكن وواقع فعلاً فإن الآية الكريمة « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأول الأمر منكم ، فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلاً » ، قد وضعت الأساس للعريض لحل الخلاف والتنازع بين المسلمين في أي أمر من الأمور التي تهم المسلمين وتتصل بمصالحهم العامة ، وذلك برد موضوع الخلاف إلى الله والرسول ، أي إلى كتاب الله وسنة رسول الله ، وفيهما البيان الساطع لمن يريد . والحكم الفاصل لمن يطعن إليه . والحديث الشريف « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » قد رسم الطريق واضحاً محدداً لعلاج المشكلة التي بين أيدينا . فقد جعل الرسول الأمر من باب تغيير المنكر ، وبذلك أدخله في نطاق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . وإذا تجاوزنا في نظرنا إلى الموضوع من القول بأن الأمر والنهي في الحديث ليس حل سبيل الإلزام وإنما هو من باب النصح والتوجيه لأن المسألة أكبر من أن يلجأ في حلها إلى مثل هذا التوجيه - إذا تجاوزنا عن مثل هذا القول ، فإننا نجد الحديث صريحاً -

ولصدح وحدة المجتمع المتمثلة في وحدة الكنيسة الكاثولوليكية، حيث صعدت سلطة البابا إثر انشقاق البروتستانت عليه وعدم رضوخهم لأوامره، ازدهرت فكرة القانون الطبيعي ازدهاراً كبيراً خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر، ويعزى ذلك إلى تكوين الدول الأوروبية بشكلها الحديث، ونمو العلاقات بينها، وما استلزمه تفكك الكنيسة والدولة الرومانية كلتاهما من البحث عن قواعد تحكم تلك العلاقات المطردة النمو، ومن ثم كانت مناداة بعض الفلاسفة بوجود الرجوع في حكم تلك العلاقات إلى قواعد القانون الطبيعي^(١). هذا إلى أن نمو قوى الشعوب التي نهضت لكفاح استبداد الملوك وطغيانهم، والدفاع عن حقوق الفرد وحرية، وإثبات فكرة العقد الاجتماعي^(٢).

— وقاطعاً في إنفاذ الدعوة إلى تغيير المنكر بالأصليب التي رسمها — بالاستطاعة والقدرة. ولن يكون التغيير مستطاعاً ولا داخلاً في مقدور الأمة إلا حيث يكون الوثوق الكامل بالنصر والوصول إلى الهدف، وإلا حيث يكون الضرر مأثوماً وإثارة الفتنة والفرقة والدخول في حرب أهلية داخلية غير متوقعة ولا محتمل. ودون الوثوق بالنصر وعند احتمال الضرر الأثمد لا يمكن الإقدام على المقاومة باليد ويكتفى بالنصح والتوجيه أو بالصبر والمسالمة... وفي ضوء هذا التوجيه يمكن حل الأحاديث والنصوص الداجية إلى المقاومة على الحالة الأولى وحل الأحاديث والنصوص الداعية إلى المسالمة على الحالة الثانية. ويبقى كل من الطريقتين مفتوحاً يمكن سلوكه إذا أمكن الوصول منه إلى تحقيق غاية الشارع أو صيانة مصالح الأمة.

(١) تزعم تلك الفكرة الفقيه الهولندي **Grotius** حيث عرف قاعدة القانون الطبيعي في كتابه «الحرب والسلام» الذي أصدره عام ١٦٢٥ بأنها «قاعدة يكشف لنا فيها العقل السليم، ويتحتم علينا بمقتضاها أن نحكم على عمل ما بأنه ظالم أو عادل على حسب اتفاقه مع العقل».

(٢) نادى بهذه الفكرة هوبز **Hobbes** والفقيه الإنجليزي **Locke** والفيلسوف الفرنسي جان جاك روسو **J. Rousseau**، وهم وإن كانوا اتفقوا على الأساس الذي بنيت عليه فكرة العقد الاجتماعي، إلا أنهم اختلفوا عند تحديد أطراف العقد وأثره. فيرى هوبز أن العقد أبرم بين أفراد الناس جميعاً دون أن يكون السلطان طرفاً فيه، حيث تنازلوا عن حرياتهم جميعها ووضعوها بين يدي السلطان لكي يحل على استقباب النظام والأمن بينهم، ومن ثم كان له أن يستبد بهم لأن الاستبداد خير من الرجوع إلى حالة الفطرة **État de nature**. وليس للأفراد أن يتذمروا من أي عمل يأتيه السلطان، لأنهم عاهدوه على احترام ما يفعل بهم، والقانون الطبيعي يلزمهم باحترام العهد.

ولكن لو كان على عكس ذلك كان مقسماً بالآراء الحرة، وكان قد اتخذ من فكرة العقد الاجتماعي أساساً لمنافسة طغيان الملك واستبداده، والدفاع عن الثورة، ومن ثم نجد يرى أن العقد أبرم بين الشعب والسلطان على أن يتنازل أفراد الشعب عن جزء من حرياتهم الطبيعية،

Contrat Social تغذى هذه القوى المكافحة، وصل بمذهب القانون الطبيعي إلى ذروة مجده في أوائل القرن التاسع عشر، حتى لقد تأثر به بعض القوانين الوضعية التي صدرت في تلك الفترة.

٢٣٦ — بيد أن مذهب القانون الطبيعي بدأ يتهار إثر الانتقادات التي وجهت إليه، وأهمها تضمنه شيئاً من التناقض لقوله بأن قواعد هذا القانون هي قواعد أزلية عامة ثابتة في الزمان والمكان، مع قوله في ذات الوقت إن عقل الإنسان وتفكيره الذي يكشف هذه القواعد، مع أن تفكير الإنسان يختلف في طريقته ومداه من شخص لآخر، كما يختلف باختلاف الزمان والمكان. وكان من نتيجة تلك الانتقادات أن برزت فكرة جديدة لا تخرج عن مفهوم القانون الطبيعي ولكنها تنصب على تطوير فكرة، وسمي هذا المذهب الجديد بمذهب «القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة» **Droit naturel a la contenu variable**. ويقول أصحاب هذا المذهب إن القانون لا شك، متطور غير ثابت، ولكن من العيب أن تقرر أن لكل أمة قانونها دون أن ندرك القدر المشترك من الأفكار والمبادئ والأسس القانونية بين جميع الشعوب المتعدية قديماً وحديثاً، وعلى هذا أقام **Stamler** في

— ليتبعوا بالجزء الباقي. فإذا أخل السلطان بعهده من تمكين الناس من التمتع بالجزء الممكن من حرياتهم الطبيعية، جاز للشعب أن يفسخ العقد الذي أبرمه مع السلطان، وتكون الثورة عليه حينئذ مشروعة — أنظر **John Locke on Politics And Education. Introduction** by **Howard R. Penniman**.

ولا سيما الفصل المعنون **The Second Treatise on Civil Government p. 71** أما روسو فلم يعترف بسلطان إلا للشعب. فالعقد أبرمه أفراد الشعب جميعاً وتنازلوا بمقتضاه عن حرياتهم الفطرية الطبيعية للشعب نفسه لا للسلطان، إذ لا يوجد سلطان غير الشعب، واستماضوا عن تلك الحريات الفطرية بحريات مدنية محدودة، وأقاموا السلطان وكلاء عنهم لتنظيم أمورهم والإشراف على حماية حرياتهم على الوجه الذي يضمن لكل فرد أن يتمتع بما يبق له من الحرية، فإذا أخل السلطان بواجبه، كان للشعب أن يعزله كما يعزل الموكل وكهله إذا أخل بواجب الوكالة. وقد أثرت فكرة روسو تأثيراً كبيراً في نفوس رجال الثورة الفرنسية لا يتسع هنا مجال الإفاضة في تبيانه — أنظر في كل ما تقدم عن القانون الطبيعي **Natural Law And The Theory of Society 1800 To 1800 By otto Clerke. Translated With An Introduction By Ernest Barker 1968.** لا سيما الفصل المعنون

The Natural-law Conception of The State p. 53 والفصل المعنون **The Natural-law Theory of Associations p. 62.**

ألمانيا نظريته القائمة على التمييز بين فكرة القانون ومعنى العدالة *The Concept of law, the idea of justice* ، وفكرة القانون الطبيعي في هذا المذهب الحديث ، ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمعنى العدالة . وبعبارة أخرى ، أصبح القانون الطبيعي بهذا المعنى « مثلاً أعلى » يتطلع إليه أفراد كل مجتمع ، في كل زمان ، وينهد المشرع إلى أن يصوغ القوانين الوضعية ، ما وسعه الجهد ، على غراره .

نظرية القانون الطبيعي في إيطاليا

٢٣٧ - نسارع إلى القول بأن كثيراً من الفقهاء المعاصرين قد عادوا إلى القانون الطبيعي في شكله التقليدي ، وقد بدأت هذه الحركة في أوائل القرن الحالي ، وأنصارها آخذون في التزايد . ففي إيطاليا مدارس فكرية - أتباعها ممن قد يسمون بالكاثوليك الأرثوذكسيين - تؤمن بشدة بوجود القانون الطبيعي ، وتقتبس المفاهيم التقليدية للفلسفة المدرسية والقانون الكنسي ، وإن يكن اقتباسها من وجهة نظر حديثة ، بل إنها تذهب إلى أن هناك ، فضلاً عن القانون الطبيعي ، قانوناً إلهياً ، وذلك حسب التقليد الكنسي أيضاً .

ومن ناحية أخرى نجد أن ما قد يسمى بالمدرسة المدنية « غير الإكليريكية » التي يتبعها معظم الخراء في العلوم القانونية ، والسياسية ، ترفض كلية فكرة القانون الطبيعي . وبعض ممثلي هذه المدرسة ، وأشهرهم ن . بويو (١) ، يذهبون إلى أبعد من هذا ، ويشنون حملة جدلية نشيطة مدعومة بالمنطق ضد دعاء القانون الطبيعي . وحجتهم الأساسية هي أن القانون الطبيعي ، من الناحية التاريخية ، استخدم لتبرير كل شيء ، ويصدق هذا بالأخص على إيطاليا ، فقد حدث في القرن التاسع عشر أن كلا من الحركات المؤيدة للوحدة التومية ، والنزعات العنصرية ، وتلك المؤيدة لبقاء الدويلات المستقلة المختلفة والنزعات المحافظة ، استشهدت بحجج القانون الطبيعي . ومع ذلك فإن بعض هؤلاء الذين لا يؤمنون بوجود القانون الطبيعي ، يتأثرون أحياناً

(١) جمعت كتابات ن . بويو ضد نظرية القانون الطبيعي الجديدة في مجلد بعنوان : *Giuridismo e Positivismo Giuridico, Milano, Edizioni Comunita, 1965* p. 241 وهو يحوي قائمة ضخمة بالمراجع في هذا الموضوع في العالم بأكمله . وانظر أيضاً *Piovani, Giuridismo ed Etica Moderna Bari, Laterza, 1961*

بالتيارات الفكرية المرتبطة بالمثالية الفلسفية ، فهناك مثلاً جماعات من الباحثين الذين يؤمنون - بالرغم من عدم قبولهم لفكرة القانون الطبيعي - بأن وراء كل التجارب القانونية مثلاً بعض ضوابط دائمة معينة للعدالة . وقد تبني هذا الرأي في السنوات الأخيرة وعلى وجه خاص ، فلاسفة القانون الذين يعلنون لإيمانهم بالوجودية .

نظرية القانون الطبيعي في اليابان

٢٣٨ - إن إلقاء نظرة سريعة على التطورات التي طرأت على فلسفة القانون اليابانية خلال العقدين الماضيين ، تكشف عن تعدد غريب في مسالكها . على أن الذي يهمني في هذا المجال هو الدور الصغير نسبياً للمدارس الفكرية اليابانية التقليدية النابعة إما من البوذية أو الكونفوشيوسية أو الشنتوية ، وما إذا كانت بعض المدارس الفكرية الكونفوشيوسية بالذات ، والتي كانت لها الهيمنة في عهد أسرة توكوجاوا ، تشبه نظرية القانون الطبيعي الحديثة أو تشبه الفكر الماركسي ، وهل مهدت بذلك الطريق لهما ؟

الواقع أن الصورة تبدو لأول وهلة من العموض لدرجة أن يجيل للمرء أنه يستحيل وصفها ووصفاً منطقياً ، غير أن التحليل الأدق يوضح أنه ليس من الصعب جداً التعرف على بعض الخطوط الفكرية الرئيسية التي تشكل الاتجاهات الحالية للفلسفة القانونية في اليابان ، رغم كل تشعباتها الدقيقة . فهناك أولاً وقبل كل شيء نظرية القانون الطبيعي التي تعتبر الصورة التومية (١) لها ، كما هو الحال في كثير من البلدان الغربية ، أكثر فروعها تأثيراً . وإذا كان كوتارو تاناكا (٢) - على سبيل المثال - يعتبر واحداً من أبرز دعاة نظرية القانون الطبيعي التومية ، فإن لهذه النظرية أنصاراً يشكلون حلقة واسعة جداً من الباحثين والمشتغلين بالقانون . كذلك فإن نظريات القانون الطبيعي ذات الأنماط الأخرى ، خاصة تلك السائدة الآن بين الباحثين القانونيين غير الكاثوليك في جمهورية ألمانيا الاتحادية ، تجذب أشياء لها من بين الفقهاء الأحدث سناً في اليابان . ومن الظواهر التي تتميز بها كتاباتهم ، الاهتمام الخاص الذي

(١) نسبة إلى توما الأكويني .

(٢) الأستاذ السابق للقانون التجاري في جامعة طوكيو ، وكبير قضاة المحكمة العليا ، ويعمل الآن قاضياً بمحكمة العدل الدولية بلاهاي .

بولونه للافتراضات الأخلاقية . أما مراجعهم المفضلة - فكتابات نيكولاى هارتمان ، وماكس شيلر ، وجوستاف وادروج ، وعدد من المؤلفين الألمان المعاصرين الذين يحاولون بناء علم قيم قانونية جديد على أساس من الأخلاقيات المادية . والعنصر الأساسى الثانى من مكونات الفلسفة القانونية الراهنة فى اليابان هو الماركسية . فالواقع أن العلوم الاجتماعية والإنسانية اليابانية ، تفرد فى عالم اليوم بأن النظريات الماركسية لاتزال تؤثر فيها بدرجة أكبر منها فى أى مكان آخر باستثناء البلاد التى تشكل هذه النظريات المذهب الرسمى لها . وإد يعارض معظم الباحثين القانونيين الماركسيين فى اليابان مجرد فكرة الفلسفة القانونية أو الفقهية ، سواء كانت وفق عرف المثالية الألمانية ، أو نظريات عدالة من نمط القانون الطبيعى ، فإنهم يظهرون اهتماماً أكبر بما يعتبرونه علوماً قانونية ، وخاصة الأبحاث الاجتماعية والتاريخية لتطور القانون ، وبالوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للقانون . وبعتبر آخر فإنهم مهتمون بالفلسفة القانونية اهتماماً يمكن وصفه بأنه اهتمام سلبي ، إذ يعتبرونها مجرد شكل آخر للأيدولوجية ، وبناء فوقياً يستند إلى الأسس الاقتصادية المتينة للمجتمع ويتغير بتغيرها . غير أنه بالرغم من أن الباحثين الماركسيين سلبوا الاتجاه بهذا المعنى ، فقد كان لهم تأثير قوى جداً فى التطور الذى طرأ بعد الحرب على الفلسفة القانونية اليابانية ، وخاصة عن طريق تقديم نظريات القانون الطبيعى التقليدى من جانب ، ومواقفهم المهمة بالفلسفة التحليلية من جانب آخر (١) .

القانون الطبيعى فى المذاهب الإسلامية

٢٣٩ - ذكرنا فى الكتاب الأول أن المعزلة تذهب إلى أن العقل هو الحاكم على الأفعال بالحسن والقبح ، ومعنى ذلك أن مصدر القانون هو العقل لا الشرع ، فهى تقول إذن بقانون العقل ، أى بالقانون الطبيعى ، ولا حاجة بنا إلى مشرع ، حتى لو كان هذا المشرع هو الله . وقلنا إنه يبين من هذا أن القانون الطبيعى الذى بدأ فلسفة عند اليونان ، وأحله الرومان فى قانونهم مستلهمين أحكامه من عقولهم ، ثم ورثته المسيحية ورجال الكنيسة فى العصور

(١) أنظر مقال « اتجاهات علم القانون فى اليابان » بقلم جونيتشى أوى ، المجلة

الوسطى فجعلوه القانون الإلهى ، وإن كان يتوصل إليه من طريق الوحي لا من العقل ، عرفه الإسلام ، وزاد المعزلة أن ميزوا بين القانون الطبيعى والدين ، وجعلوا العقل ، لا الوحي ، هو الكاشف لهذا القانون (٢) .

وإذا نحينا العقائد جانباً ونظرنا فى فقه المعاملات ، تجلت لنا فكرة القانون الطبيعى واضحة فى القول بالاستحسان (٣) ، وهو كما ذكرنا ، استنباط الأحكام بطريق ترجيح القياس الخفى على القياس الجلى ، بما يطمئن إليه قلب المحمّد من المرجحات ، دفعاً للحرص الذى يحققه الحكم المستخلص عن طريق هذا القياس الخفى ، فيعدل عنه إلى مبدأ آخر عن طريق القياس الخفى ، يكون أرفق بالناس ، وأقرب للعدل والحسن . وهكذا نرى أن الاستحسان يوصل أيضاً إلى فكرة القانون الطبيعى ، بمعنى أنه القانون المثالى العادل الذى يجب أن يتغياه كل قانون وضعى .

القانون الطبيعى فى مصر

٢٤٠ - القاضى المصرى لا يلجأ إلى استقرار مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، إلا حين لا يجد حلاً للنزاع المطروح عليه ، لا فى التشريع ولا فى العرف ولا فى الشريعة الإسلامية (٤) . وثم فريق من الفقه المصرى (٥) يرى

(١) راجع ص ١٨٢ - ١٨٣ . أما الأشعرية الذين يرون أن الحسن والقبح نسبيان ومن ثم فليس فى مقدور العقل البشرى إدراكهما ، ولا بد من تحديدهما بالشرع ، فاجعله المشرع حسناً فهو حسن ، وما جعله قبيحاً فهو قبيح ، فإن مذهبهم يشبه إلى حد كبير المذهب الوضعى فى الفقه الغربى الذى لا يرى مصدراً للتشريع فى غير إرادة السلطان ، كما هو الشأن فى مذهب أوستن *Austin* ومدرسة تفسير النصوص أو الشرح على المتن *Ecole de L'Exegese* .
(٢) مررنا أن الاستحسان ليس فى الحقيقة مصدراً تشريعياً مستقلاً ، لأن أحكامه إما دليلها القياس الخفى الذى ترجح على القياس الجلى ، أو المصلحة المرسله التى انتضت استثناء الجزئية من الحكم الكلى - راجع ص ١٥٥ - ١٥٧ .

(٣) أنظر المادة الأولى من القانون المدنى المصرى والقانون المدنى العراقى .

(٤) يشبه الدكتور عبد المنعم البدر أوى إحالة القانون المصرى للقاضى على مبادئ القانون الطبيعى ، بما يقضى به القانون السويسرى من أن القاضى عليه حين لا يجد نصاً فى التشريع ، أن يطبق القاعدة التى كان ليضمها لو عهد إليه أمر التشريع - مبادئ القانون

أن إحالة القاضي على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يجعل منها مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية بالمعنى الاصطلاحي الدقيق ، إذ لا تعدو هذه الإحالة أن تكون رجوعاً بالقاضي إلى جوهر القانون . أى أن هذه الإحالة لا يقصد بها سوى السماح للقاضي بأن يجتهد رأيه ، فإذا لم تسعفه المصادر السابقة بحكم النزاع المعروض عليه ، وجب عليه أن يفصل فيه مستنبطاً القاعدة التي يراها أقرب إلى تحقيق العدالة .

الفصل الثالث

أدلة الأحكام القانونية الدولية

في الفقه الغربي

٢٤م - اختلف الفقهاء حيال أدلة الأحكام القانونية الدولية ، اختلفوا في تحديد مصدر القانون الدولي (١) . ويدور خلاف الفقهاء ، حول ما يسمونه بالمصادر ، على تقسيم وحصر هذه المصادر . فتم من يقسمها إلى مصادر أساسية أو أصلية ومصادر ثانوية أو احتياطية ، ومنهم من لا يأخذ بهذا التقسيم . كذلك بالنسبة لحصر المصادر يحوم الفقهاء ، في نطاق المصادر الأصلية ، حول ثلاثة هي : العرف والمعاهدات والمبادئ العامة للقانون ، فريق يأخذ بها جميعاً كمصادر للقانون الدولي ، وفريق يكتفي منها بمصدر أو مصدرين . والذين يأخذون بأكثر من مصدر ليسوا على رأى واحد إزاء القوة الملزمة لما يقرونه من مصادر : أمي جميعاً على قدم المساواة أم أن بعضها يتقدم على الآخر ويتمتع بقوة لازمة يفوق بها على غيره ؟ وخلاف الفقهاء هنا لا يفسره خلافهم حول ما يطلقون عليه المصادر المادية أو الرسمية للقانون فحسب (٢) ، بل كذلك إلى الخلط بين المفاهيم المختلفة لكلمة « مصدر » ، ولو أنهم انتقوا لكل مدلول لفظه المناسب لأغنوا أنفسهم من هذا العناء ولتجنبوا التفرع في الخلاف . ويرى الدكتور محمد طلعت الغنيمي (٣) أنه لما كان المصدر هو المنبع والأساس المنشئ للقانون الدولي ، وقد انتهى فيه إلى أنه الإرادة الشارعة ، فإن القوالب التي تفرغ فيها هذه الإرادة الشارعة تعتبر أدلة عليها ، وليس ثم مبرر لحصر هذه القوالب في صور معينة ما دام

(١) عبد العزيز محمد سرحان ، القانون الدولي العام ، ١٩٦٩ ص ٥٧ - ٦٣ .

(٢) وهذه هي التي يطلق عليها الدكتور طلعت الغنيمي « المصادر » بمعنى الأساس المنشئ . أما « المصادر » في معنى الأدلة المثبتة أو المحققة فهو يفضل أن يطلق عليها « أدلة الأحكام » أخذاً بعبارة أكثر انطباقاً على موضع الدراسة ، وهو ما نفضله بدورنا لما أسلفنا من أن الدليل الشرعي في اصطلاح الأصوليين هو ما يستدل بصحيح النظر فيه على حكم شرعي على .

(٣) الأحكام العامة في قانون الأمم ص ٣٥٣ .

أنها تعبير الإرادة الشارعة ، ثم إن هذه الأدلة ، كما قال علماء الأصول ، تنقسم إلى : أصل مطلق وهو ما يستقل بإثبات الحكم في غير حاجة إلى شيء آخر وراءه ، وأصل مقيد لا يستقل بإثبات الحكم ، بل يحتاج إلى شيء آخر غيره ، فهو أصل من جهة إسناد الحكم إليه ظاهراً ، وفرع من وجه لاحتياجه إلى دليل آخر (١) . وقد نصت المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل على أن «وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي وهي تطبق في هذا الشأن :

(أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد تقر بها الدول دون المنازعة صراحة .

(ب) العرف الدولي المقبول بمثابة قانون كما دل عليه التواتر .

(ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدينة .

(د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف

الأمم ، ويعتبر هذا أو ذلك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون . . . » .

وهكذا نجد المادة أخذت بتقسيم الأدلة إلى أصول مطلقة وأصول مقيدة ، فجعلت المعاهدات والعرف ومبادئ القانون العامة أصولاً مطلقة ، واعتبرت أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين أصولاً مقيدة (٢) . وقبل أن نتوخى التفصيل في عرض أدلة الأحكام القانونية الدولية ، نعرض لهذه الأدلة في الفقه الشيوعي .

في الفقه الشيوعي

٢٤١ - يفرق الفقه السوفييتي بين المصادر المادية والمصادر الرسمية . ويقصد

بالمصادر المادية الأسباب الحقيقية التي تؤدي إلى نشوء وتطور كل النظم القانونية . ويعزو الفقهاء السوفييت المصادر الحقيقية للقانون إلى التنظيم الاقتصادي للمجتمع (٣) . وهم تمسباً مع مصالح السياسة السوفييتية ، يضعون

(١) بدران أبو العنين بدران ، المرجع السابق ص ٤٢ .

(٢) يقتب رأي إلى أن المادة (٣٨) لا تعدو أن تكون نصاً اتفاقياً ومن ثم فلا قيمة لها في تعداد مصادر القانون على أساس أنه لا يجوز لقاعدة اتفاقية أن تحدد ما هو القانون ، في حين أن هذا القانون يتكون من قواعد غير اتفاقية تعلو على التواعد الاتفاقية - أنظر

Quadr, R: Cours général du droit international public

مجموعة محاضرات لاهاي ١٩٦٤ ، عدد ٣ ، ص ١١٣ من ٢٢٥ .

(٣) عبد العزيز مرحان ، المرجع السابق ص ٦٣ .

المعاهدات في مكان الأفضلية بالنسبة للعرف . بيد أن فريقاً منهم يضيف إليها التشريع الداخلي (١) ، وقد تكلم المعجم أندبلوماسي عن مصدر رابع سماه المبادئ العامة أو الأساسية للقانون شارحاً ذلك بأن ثمة مبادئ تحدد الأسس الجوهرية للعلاقات الدولية في حقبة من التاريخ لها قوة إلزامية غير مستمدة من المعاهدات ولا من العرف . وتوسع بعض الفقهاء السوفييت في تعداد المصادر الشكلية . فذهب كريلوف ودورديفسكي إلى أن هذه المصادر خمسة هي : الاتفاق ، والعرف (٢) ، وقرارات الأجهزة الدولية مثل أجهزة الأمم المتحدة ، والتشريع والعمل المعترف به من قبل الدول ، والمبادئ العامة للقانون (٣) .

١ - العرف Coutume

٢٤٢ - لم يتفق فقهاء القانون الدولي على العناصر التي يتكون منها العرف (٤)

(١) كان كورفين من القائلين بأن القانون الداخلي أساس للقانون الدولي ، ومع ذلك فإنه لم يذكر التشريع الداخلي بين المصادر التي عددها القانون الدولي .

(٢) وهما يفرقان بين العرف والعادة ، فيعتبران العرف مكوناً للقاعدة القانونية في حين أن العادة ذات صفة إدارية أي غير ملزمة .

(٣) ويقول بعض الفقهاء السوفييت إن المبادئ العامة للقانون ليست مصدراً مستقلاً بذاته إذ أن المقصود بها هو المبادئ المستمدة من العمل الدولي والعرف والتي تتحدد على وجه الخصوص بالأحكام القضائية . ورغم هذه الآراء فقد لخص كورفين ، في أحدث كتبه عام ١٩٥١ ، موقف الفقه السوفييتي من المصادر الشكلية في أنها هي الاتفاق والعرف .

- هذا ونشير هنا إلى أن فكرة الجزاء في القانون الدولي ليست من الأفكار المتنازع عليها لدى الفقهاء الشيوعيين الذين يقرون للقانون الدولي بصفة المشروعية . كما أن الفقه الإسلامي يعترف للقانون في كافة صورته بالمشروعية التي يحجبها الجزاء لأن أساسه ديني سماوي .

أما في الفقه الغربي فتم فريق يربط بين واقعية القانون الدولي وبين تعريف القانون المجرد ، مثل أوستن وكلسن ، وعند أصحاب هذا الرأي أن الجزاء عنصر جوهري للقاعدة القانونية ، وتباً

فإن القانون الدولي لا يمكن أن يكون قانوناً واقعياً إلا إذا زود بجزئات . وتتصورها كلسن في الحرب وأعمال القمع مبرراً ذلك بأن الدول هي الساهرة على تنفيذ أحكام القانون الدولي في مجتمع دولي لم يتجهز بعد بالأعضاء الوظيفية الملائمة .

Kelsen, Hans : Principles of

الإسلامي يعترف للقانون في كافة صورته بالمشروعية التي يحجبها الجزاء لأن أساسه ديني سماوي .

أما في الفقه الغربي فتم فريق يربط بين واقعية القانون الدولي وبين تعريف القانون المجرد ، مثل أوستن وكلسن ، وعند أصحاب هذا الرأي أن الجزاء عنصر جوهري للقاعدة القانونية ، وتباً

فإن القانون الدولي لا يمكن أن يكون قانوناً واقعياً إلا إذا زود بجزئات . وتتصورها كلسن في الحرب وأعمال القمع مبرراً ذلك بأن الدول هي الساهرة على تنفيذ أحكام القانون الدولي في مجتمع دولي لم يتجهز بعد بالأعضاء الوظيفية الملائمة .

Kelsen, Hans : Principles of

الإسلامي يعترف للقانون في كافة صورته بالمشروعية التي يحجبها الجزاء لأن أساسه ديني سماوي .

أما في الفقه الغربي فتم فريق يربط بين واقعية القانون الدولي وبين تعريف القانون المجرد ، مثل أوستن وكلسن ، وعند أصحاب هذا الرأي أن الجزاء عنصر جوهري للقاعدة القانونية ، وتباً

فإن القانون الدولي لا يمكن أن يكون قانوناً واقعياً إلا إذا زود بجزئات . وتتصورها كلسن في الحرب وأعمال القمع مبرراً ذلك بأن الدول هي الساهرة على تنفيذ أحكام القانون الدولي في مجتمع دولي لم يتجهز بعد بالأعضاء الوظيفية الملائمة .

Kelsen, Hans : Principles of

الإسلامي يعترف للقانون في كافة صورته بالمشروعية التي يحجبها الجزاء لأن أساسه ديني سماوي .

أما في الفقه الغربي فتم فريق يربط بين واقعية القانون الدولي وبين تعريف القانون المجرد ، مثل أوستن وكلسن ، وعند أصحاب هذا الرأي أن الجزاء عنصر جوهري للقاعدة القانونية ، وتباً

فإن القانون الدولي لا يمكن أن يكون قانوناً واقعياً إلا إذا زود بجزئات . وتتصورها كلسن في الحرب وأعمال القمع مبرراً ذلك بأن الدول هي الساهرة على تنفيذ أحكام القانون الدولي في مجتمع دولي لم يتجهز بعد بالأعضاء الوظيفية الملائمة .

Kelsen, Hans : Principles of

الإسلامي يعترف للقانون في كافة صورته بالمشروعية التي يحجبها الجزاء لأن أساسه ديني سماوي .

أما في الفقه الغربي فتم فريق يربط بين واقعية القانون الدولي وبين تعريف القانون المجرد ، مثل أوستن وكلسن ، وعند أصحاب هذا الرأي أن الجزاء عنصر جوهري للقاعدة القانونية ، وتباً

فإن القانون الدولي لا يمكن أن يكون قانوناً واقعياً إلا إذا زود بجزئات . وتتصورها كلسن في الحرب وأعمال القمع مبرراً ذلك بأن الدول هي الساهرة على تنفيذ أحكام القانون الدولي في مجتمع دولي لم يتجهز بعد بالأعضاء الوظيفية الملائمة .

Custom ويرجع اختلافهم إلى عدم قبولهم لتعريف موحد للعرف . ويجمع أغلب الفقهاء على أن العرف هو « مجموعة من الأحكام القانونية نشأت من تكرار التزام الدول لها في تصرفاتها مع غيرها في حالات معينة بوصفها قواعد ثبتت لها في اعتقاد غالبية الدول المتحضرة وصف الإلزام القانوني (١) » ، وقد اختلف الفقهاء حول تكييف العرف ، فالقائلون بأن المصدر المنشئ للقانون مصدر طبيعي يرون أن العرف ليس إلا إفصاحاً عن قاعدة قانونية قائمة فعلاً وسابقة في الوجود على العرف ، على خلاف بينهم في طبيعة تلك القاعدة . فأنصار المذهب الطبيعي يرونها قاعدة من قواعد القانون الطبيعي (٢) وأنصار المذاهب الغرائزية (٣) ، يرونها قاعدة يوحى بها التضامن أو توحى بها البيولوجية البشرية . وقريب من هذا التكييف للعرف ، الفريق من فقهاء المصدر الوضعي الذي يجعل إرادة الدولة هي مصدر القانون ، فقد ذهب إلى أن العرف هو تعبير عن الرضاء الضمني للدول (٤) *tacite convention* وهم بذلك يقابلون بين العرف وبين المعاهدات لأنها تعتبر في رأيهم تعبيراً عن الرضاء الصريح للدول .

وقد أخذت محكمة العدل الدولية في بعض أحكامها بقاعدة عرفية إقليمية ، ومن ذلك حكمها في قضية « حق المرور على الإقليم الهندي » *Right of Passage on Indian Territory* حيث قالت : « ... The Court »

(١) وفي معرض تعريف العرف قال *Negulesco* القاضي السابق بمحكمة العدل ، في الرأي الاستشاري رقم ١٤ بشأن اختصاص اللجنة الدولية الدائرية ما نصه *La Coutume internationale... n'a pu se produire car il n'y a ni faite -epétée depuis un temps immémorial, ni conscience juridique commune.*

(٢) راجع *Le Fur : Le droit naturel ou objectif s'étend-il aux rapports internationaux*

— مجلة القانون الدولي والتشريع المقارن ١٩٢٥ ص ٥٩ .

(٣) يقصد بالمذاهب الغرائزية ، المذاهب التي تقيم الأساس الملزم للقانون على الغريزة سواء كانت اجتماعية عند ديجي أو بيولوجية عند سيل ، وهي التي يطلق عليها الدكتور الفتيحي « المدارس الاجتماعية » — المرجع السابق ص ٣٧٦ .

(٤) راجع *Despagnet : Cours de droit international public, 1910.* وقد

اعتنقت محكمة العدل هذا الرأي في منازعة اللوتس *Série A. No. 10, p. 28* وهي بصدد بحث اختصاص النظام القانوني للدولة حيث قالت :

« Les règles de droit liant les Etats procèdent de la volonté de Ceux-ci »

in view of all the circumstances of the case, satisfied that the practice was accepted as law by the parties and has given rise to a right and a correlative obligation » (١) .

٢٤٣ — وقد يكون القضاء الدولي هو نفسه مرجعاً لإثبات العرف الدولي ، ومثال ذلك حكم محكمة العدل الدولي الدائمة في منازعة اللوتس ، والذي اعترف للنظام القانوني الداخلي بالاختصاص الخالص في نطاقه الإقليمي . وكذلك يعتبر حكم المحكمة (٢) الذي قرر أن مبدأ حرية البحار هو إفصاح عن قاعدة قانونية دولية ، من قبيل الأحكام التي يرجع إليها لإثبات قيام قاعدة عرفية في ذلك الخصوص .

وقد نجد العرف في صورة قاعدة من قواعد القانون الداخلي ، ومثل ذلك الكثير من القواعد المتعلقة بالبحر العام والبحر الإقليمي والموانئ البحرية .

كذلك يمكن أن نجد في أحكام القضاء الداخلي تطبيقاً لقواعد عرفية دولية ، ومثال ذلك رأى مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٠ نوفمبر ١٨٠٦ المتعلق بممارسة الدولة لاختصاصها الجزائي حيال الجرائم التي ترتكب على ظهر السفينة الأجنبية في المياه الإقليمية الفرنسية .

ويجوز أيضاً أن يكون الفقه وسيلة لإثبات العرف كما قالت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في المنازعة المعروفة باسم *Paquette Habana* حيث ذكرت المحكمة أن المحاكم إنما تستعين بأقوال الفقهاء ليس فقط لكي تتعرف على الآراء النظرية التي يعلق بها هؤلاء الفقهاء على ما يجب أن يكون عليه القانون الدولي بل كذلك لكي تتعرف على ما فيها من إفصاح عن القانون القائم .

٢٤٤ — ونحن إذا أنعمنا النظر في الأمر نجد أن مشكلة إثبات القانون مشكلة عملية وليست قانونية ، لأن المفروض أن المحكمة تعلم القانون وعليها أن تطبقه حتى ولو سكت أطراف المنازعة أو لم يقدموا أى دليل بالمعنى العادي للدليل ، وإن كان الأفضل لصالح طرف المنازعة أن يساعد المحكمة على التعرف على القانون

(١) I.C.J. Reports, 1960, p. 61.

(٢) Série A. N 10, p. 2.

ولا سيما إذا كان الأمر يتعلق بقاعدة عرفية إقليمية . وقد قالت محكمة العدل في قضية الملجأ ما نصه : « The party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other party » .

٢ - المعاهدات

Treaties -- Traités

٢٤٥ - ننزع المعاهدة الدولية : بصورة مزايدة . مكانة العرف كدليل لأحكام القانون الدولي : بعد أن كانت تتوارى في زوايا القانون قبل القرن التاسع عشر . وتقف من وراء هذه الأهمية المتصاعدة : الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر التي تطلبت تنظيماً دولياً شهدنا مظاهره في ذلك العدد المتزايد ، كما وكيفاً ، من المنظمات الدولية ، مثل الأمم المتحدة ومنظمة العمل الدولية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير والجماعات الأوربية : وغير ذلك كثير ، فقد غدت المعاهدة - بوصفها أقرب دليل في الحياة الدولية للتشريع الداخلي - أداة لا غنى عنها لتحقيق علاقات التعاون الدولي وما يتطلبه من ترتيب وتنظيم يصعب على العرف الدولي أن يواليه بالملاءمة المرجوة ، فاستثمار الموارد الطبيعية وتحقيق حد أدنى من ظروف العمل المناسبة وتنظيم وسائل المواصلات - هذا وغيره مما يضيق عنه الحصر - لا توأمه إلا المعاهدة ، بل إن مجالات كان العرف الدولي التقليدي يحتكرها ، مثل قيود الحرية في البحار والمياه الإقليمية والجرف القاري وحتى المطاردة hot pursuit ، أصبحت تنحو إلى تنظيم بطريق الاتفاقات الدولية (١) .

(١) يستعمل الفقه عدة تعبيرات كرادف لتعريف « معاهدة » أو مشتق منه . والتعبيرات اللذان يستحقان بعض البيان هما : تعبير بروتوكول Protocol ويستخدم أحياناً للإشارة إلى وجيز مفاوضات أجريت بشأن معاهدة ما ، ولكنه يستخدم في الأغلب الأعم للتدليل على وثيقة ملحقه مكملة لمعاهدة تسجل تمس الطرفين بشروط المعاهدة أو تمد نطاق وتفسير المعاهدة . وتعريف الوفاق البابوي Concordat وهو وفاق يبرم بين البابا وبين رئيس دولة بهدف حماية مصالح الكنيسة البابوية في الدولة المعنية . كذلك من التعبيرات التي ترد في لغة السياسة تعبير gentleman agreement وهو اتفاق يتم بين القائمين بالشئون الخارجية لدولتين أو أكثر يثبتون فيه المنهج الذي يرون أن تنهجه دولهم بالنسبة لأمر دولي معين ، لكن دون أي ارتباط قانوني بينهم . وظاهر أن مثل هذه الاتفاقات ، لعلها من الصفة الإلزامية ، لا تعتبر من قبيل المعاهدات ولا تخضع لحكمها - أبو هيف ص ٥٨٠ .

وتتمثل تلك المكانة البالغة للمعاهدات في الإرادة الصلدة التي تلذعت بها الجماعة الدولية لتسلك مسلكاً ميثاقياً حتى تقنن المبادئ العامة للمعاهدات ، وبموجب الإيجاز عن إيراد الجهد الذي بذلته الجماعة الدولية في هذا المجال (١) .

٢٤٦ - والمعاهدة هي وفاق ذو طبيعة اتفاقية بين أشخاص القانون الدولي بقصد خلق حقوق والتزامات ، دون أن يشترط فيه ، لإحداث هذه الآثار القانونية ، أن يصرغ في شكل معين (٢) . وقد تحوى الاتفاقات الدولية القواعد العرفية ، مثل تصريح باريس في ١٢ أبريل سنة ١٨٥٦ عن الحرب البحرية ، والتسويات التي عقدت بين سويسرا من جهة وبين عصبة الأمم عام ١٩٢١ و عام ١٩٢٦ ، والأمم المتحدة ومنظمة العمل الدولية عام ١٩٤٦ من ناحية أخرى ، وذلك فيما يتعلق بما للمنظمات الدولية ، وما لكبار موظفيها من مزايا وحصانات . هذا ومراعاة الدول لأحكام دستورها أو قانونها الداخلي في إصدار التصديق أو عدم مراعاتها لذلك ، أمر لا يؤثر على سريان المعاهدة في المجال الدولي ، ولا يقلل من التزام الدولة بها طبقاً للقانون الدولي ، ومن ثم لا يقبل من الدولة التي لم تراع تلك الأحكام أن تتحدى بجهلها بها للتحلل من الالتزامات التي تفرضها عليها المعاهدة

ونظراً لأن المعاهدة ذات طبيعة تعاقدية ، فإننا يجب أن نحذر من الخلط بينها وبين وثائق أخرى قد تكون قريبة منها ولكنها ليست معاهدة ، ولا سيما أن الفقهاء يستعملون عدة تعبيرات في تسمية المعاهدة مثل العهد والوفاق والميثاق (٣)

(١) انظر قصة هذا الجهد في « الأحكام العامة في قانون الأمم » للدكتور النجيمي ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ .

(٢) انظر في المراحل الشكلية التي تمر بها المعاهدة قبل إبرامها وفي أقسامها من حيث التحرير - حامد سلطان ، القانون الدولي العام ص ٢٠٨ - ٢١٣ .

(٣) عرف وفاق فيما المعاهدة - في مقصود أحكامه - بأنها « An international agreement concluded between states in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation » .

- والذي عليه العمل الأنجلوسكسوني هو أن الوفاق لا يكون معاهدة إلا إذا أبرم من طرف وزارة الخارجية ، وإذن فما يعقده وزير التجارة مثلاً لا يعتبر معاهدة بل يخضع لقانونه الخاص ، اللهم إلا إذا كان وزير التجارة قد خول من طريق وزارة الخارجية سلطة إبرام المعاهدة . وهناك الوعد بالتعاقد ، وهو لا يجرم أطرافه من سلطتهم التقديرية في التصديق على المعاهدة المزمرة ، لأنه إلى ذلك الأوان إنما يخول حقوقاً مجردة فحسب . وهناك الوفاق الشفوي ، وهو لا يعتبر بمثابة معاهدة ، وإن كان هذا لا يعني أنه مجرد -

ويجدر التنبيه إلى أن أحكام الاتفاقية كلها أحكام مفسرة ومكتملة لإرادة المتعاقدين ، بمعنى أن للطرفين أن يستبعدا تطبيقها في علاقتهما المتبادلة . وثمة أحكام خاصة ببطان المعاهدة للخطأ أو الغش أو فساد ممثل الدولة ، وثمة أحكام أخرى خاصة بقواعد النظام العام ، يحتاج شرحها إلى الاستفاضة التي يضييق عنها نطاق هذا المؤلف ، ومن ثم فإننا سنوجز الكلام عنها بعد حين .

التصريحات Declarations

٢٤٧- قد تصدر حكومة ما تصريحاً بإرادتها المنفردة بدلاً من أن ترم وفاقاً ثنائية أو جماعية. والتصريح قد يكون شفاهة وقد يكون مكتوباً . كما أنه قد يكون انفرادياً وقد يكون ثنائياً أو جماعياً . ومثل هذا التصريح الموجه إلى دولة أخرى يمكن سحبه قبل أن تقبله الدولة الموجه إليها . وثم رأيان

= من كل معنى قانوني . فقد ذهبت محكمة العدل إلى أن وزير الخارجية يمكن أن يلزم دولة بمعاهدة عن طريق الألفاظ فحسب أي بتصريح شفوي ، ولو من جانب واحد - أنظر قضية *The Ihlen Declaration in the Eastern Greenland, P.C.I.J. Ser. A/B, No 53 p. 70.*

- ويبدو أن الذي ساعد المحكمة على اعتناق هذا النظر ، هو أن الدستور النرويجي يسمح باعتبار التصريح الذي يناقش في مجلس الوزراء بمثابة معاهدة . بيد أن هذا لا يستتبع النظر إلى الارتباطات الشفوية - حتى ولو كانت من رئيس الدولة - على أنها معاهدات ملزمة .

وهناك أيضاً العقود ذات الطبيعة الخاصة الظاهرة ، وهو اتفاق تعقده الدولة مع هيئة خاصة يجري التفاوض عليه في ظروف تجعل من هذا الاتفاق ، القانون الذي ينظم علاقة الدولة بهذه الهيئة الخاصة ، وبهاها عقود الامتياز البترولي ، إذ تسمى شركات البترول جهادة لتطبيق أحكام القانون الدولي على هذه العقود حماية لأنفسها من احتمالات الخضوع للقانون الوطني . ولذلك نجد بمض هذه العقود ينص على أن الذي يطبق عليها هو مبادئ القانون الدولي ، ومن هنا كان التساؤل حول طبيعة هذه العقود . وإذا استثنينا الحالات التي يختار فيها الأطراف تطبيق القانون الدولي كقانون أساسي أو كقانون احتياطي يطبق على العقد ، فليس ثمة أساس للقول بأن العقد الذي يبرم بين الدولة والفرد أو الهيئة المعنوية يجب أن يخضع للقانون الدولي . وقد رفضت محكمة التحكيم ، في النزاع الذي ثار بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو ، ادعاء الشركة بأن عقد الامتياز البترولي يتناول مع المعاهدة الدولية ويحكمه قانون الشعوب ، وقررت المحكمة أنه طالما أن العقد أبرم بين الدولة وشركة أمريكية خاصة ولم يبرم بين دولتين ، فإن القانون الدولي لا ينظمه - أنظر في تفصيل هذا الموضوع الدكتور القنيمي ، المرجع السابق ص ٤٠٢ - ونص حيثيات الأحكام التي أوردها في الهوامش .

آخران : رأى بأن التصريح الانفرادي يعتبر ملزماً بمجرد صدوره بغض النظر عن سلوك أية دولة أخرى ، وآخر بأنه لا يصبح ملزماً إلا بعد أن يبلغ للدولة الأخرى : بيد أن حسن النية هو الذي يحكم مثل هذه التصريحات في جميع الأحوال . والملاحظ أن التصريحات أصبحت ، في السنوات الأخيرة ، صورة غير مباشرة للاتفاق على التزام ضمن إطار قانون المعاهدات الجاري ، ومثلها التصريحات الخاصة بقبول الاختصاص الإلزامي لمحكمة العدل ، فهي تخلق التزامات قانونية بين الدول التي تصدر عنها ولو أنها ليست موجهة من أي منها إلى الدول الأخرى مباشرة . وقد ذهبت اللجنة الرابعة في مؤتمر سان فرانسيسكو عام ١٩٤٥ ، إلى أن الوفاقات التي تجرى بإرادة منفردة وتكون ذات طبيعة دولية ، تعتبر بمثابة معاهدات صالحة للتسجيل إذا قبلتها الدول التي صدرت التصريحات لصالحها .

نظرية المعاهدة في الفقه الاسلامي

٢٤٨- تذهب النظرية التقليدية في الفقه الإسلامي إلى أن الجهاد المقدس هو الذي يحكم علاقة المسلمين بغير المسلمين ، ولكنها لا تتابع منطلقها إلى نهايته إذ تقر بمكة إبرام معاهدات مع العدو إذا دعا إلى ذلك تغليب مصلحة الأمة الإسلامية . وتأذن بذلك الآية الكريمة « كيف يكون للمشركين عهد عند الله وعند رسوله إلا الذين عاهدتهم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم إن الله يحب المتقين » . وتؤيد السوابق حكم هذه الآية ، فقد سن الرسول السابقة التقليدية بإبرام صلح الحديبية الذي اتخذ منه فقهاء المسلمين نموذجاً يحتذى وأساساً لسن أحكام المعاهدة .

وفي حديث رواه الطبري (١) عن الرسول الكريم أنه قال : « إن المسلمين سيبرمون معاهدة مع الروم » . ومن ثم فقد استند الفقهاء إلى القرآن والسنة في إجازة عقد معاهدة سلام مع العدو إذا كان ذلك يخدم مصالح المسلمين . وبهذا الاتفاق ، وبما جرى عليه عمل الخلفاء الراشدين ، أصبحت نظرية المعاهدة (٢) جزءاً من النظرية الإسلامية في القانون الدولي .

(١) كتاب الجهاد وكتاب الجزية وأحكام المحاربين من كتاب اختلاف الفقهاء ص ١٥ .

(٢) والمعاهدة عند فقهاء المسلمين هي وفاق على تصرف معين يخلق آثار قانونية ،

فهي عبارة عن تلاقى عرض وقبول . وهم يضمنون - على خلاف المنهج الحديث - سميات -

٢٤٩- وإذا تم إبرام المعاهدة مستوفية لشروطها فلها تلزم الدولة الإسلامية وتكون واجبة الوفاء . ويشهد التاريخ الإسلامي بدقة المسلمين في مراعاة عهودهم وتنفيذها بأمانة وحسن نية ، ذلك أن الوفاء بالمعاهدة ليس واجباً قانونياً وسياسياً فحسب ، بل هو كذلك واجب ديني « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مستولاً » . « وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً » ، والعهد لا يجوز نقضه إلا إذا بدرت بوادر الخيانة من الطرف الآخر أو نكل عن التزامه . ويذهب الفقهاء إلى أن الإمام الذي يبرم معاهدة تضر بالمسلمين يعتبر أنه قد خرج عن سلطته الدستورية ، ومن ثم فإن المعاهدة تصبح باطلة (١) .

وتنتهي المعاهدة ، في النظرية الإسلامية ، بأسباب كذلك التي تنتهي بها المعاهدة في الفقه الدولي الحديث ، عدا معاهدة النظيمين فلها دأمة بطبيعتها ولذلك تظل معمولاً بها حتى ولو انتهك الذي التزاماته لأنها عهود أمان ذات طبيعة دستورية ، ومن ثم فإن الذي ينكل عن القيام بالتزاماته يعاقب ، وتبقى المعاهدة نافذة (٢) .

وإذا كان الإمام مأموراً بأن يحترم عهوده ، فإن هذا لا يعني أن عليه أن يحترم العقد الذي يبرمه ولو تغيرت ظروفه الجوهرية تغيراً أساسياً ، بل إن عليه في هذه الحالة أن يرضى المصاححة العامة ، وهذا هو الإنباز الذي

محدودة للأشكال المختلفة من المعاهدات ، منها المراضة وهي وفاق مؤقت لتسوية نقاط أولية ، والمواصلة وهي وفاق سلام يتعهد عقده بأن يكفوا عن أي عمل من أعمال العدوان أو الاستتار ضد بعضهم البعض ، والمهادنة ومثالها صلح الحديبية ، والأمان وهو عهد يؤمن الحربي على حياته وماله لفترة معلومة ، ويقتصر حق منح الأمان للجماعات على إمام المسلمين - والحلف وهو معاهدة بين تدين تنظم العلاقات بينهما تنظيمياً شاملاً ، والمساندة وهي تماثل الأسلاف العسكرية المعاصرة ، والقداء وهي معاهدات عرفت في العصر العباسي بقصد الإفراج عن أسرى الحرب - أنظر فيما تقدم : صبح الأضنى لقلقشندی ، والغنيمي ، المرجع السابق ص ٤٩٣ - ٤٩٧ و Patal, Antoine : Le statut Légal des Non - Musulmans en Pays d'islam, Beyrouth 1958, pp. 18 et seq.

(١) ابن قدامة ، المغني ، القاهرة ١٣٧٦ هـ ، ج ٣ ص ٤٥٩ - ٤٦٠ .

- وقد أخذ مؤخراً وفاق قانون المعاهدات - بالرأي الذي تبنته النظرية الإسلامية في هذا

المحصر .

(٢) Khudhari, Majid : War and Peace in the Law of Islam, Baltimore (٢) 1956, pp 221-22.

قال فيه تبارك وتعالى « وإما نخافن من قوم خيانة فانبد إليهم على سواء » . وكل ما على الإمام في هذه الحالة أن يخطر الطرف الآخر برغبته في إنهاء العقد ، ثم يترك له مهلة يستطيع فيها أن ينقل هذا الخبر إلى مختلف أرجاء الدولة ، وكأن النظرية الإسلامية تأخذ - في صدد شرط بقاء الأوضاع على حالها - بالرأي الذي يسمح لأي من الطرفين ، إذا تحققت أوصاف الشرط - أن ينهي المعاهدة بإرادة منفردة بعد مهلة معقولة من إخطاره الطرف الآخر بذلك (١) .

أثر المعاهدات في الفقه الوضعي

٢٥٠- المعاهدات ملزمة لأطرافها إلى أن تنقضي بسبب من أسباب الانقضاء (٢) ، ولذا فإن على أطرافها مراعاة أحكامها في العمل ، ثم إن المحكمة الدولية لا بد أن تأخذها بعين الاعتبار في تحديد القانون الذي يحكم علاقة الطرفين . وتفرض المعاهدة التزاماً على أطرافها بتنفيذها بحسن نية ، وتنصرف آثارها - ما لم يوجد نص مخالف - إلى أنحاء الدولة كافة (المادة ٢٩ من وفاق قانون المعاهدات) .

أما بالنسبة لغير أطراف المعاهدات ، فإن النظرة إليها على أنها ارتباطات عقدية ، أدى إل تطبيق المبدأ المعمول به في القانون الداخلي والذي يقضي بأن العقد لا يمكن أن يضر الغير أو يفيد . وأخذاً بهذا المبدأ قالت محكمة العدل في قضية « بعض المصالح الألمانية في سيليزيا العليا البولندية » إن المعاهدة تخلي قانوناً بين الدول الأطراف ، ولا يمكن أن نستنبط منها - في حالة الشك - أية حقوق لمصالح دولة غير (٣) A treaty only creates

(١) الغنيمي ، المرجع السابق ص ٥٠١ . وهذا الفقيه يرى أن الآيات التي يستند إليها الفقهاء في الزعم بأن المعاهدات يجب أن تكون مؤقتة ، وهي التي نزلت في سورة التوبة ، لم تأت بحكم يتعلق بتوقيت المعاهدات ، وإنما جاءت تطبيقاً لفكرة تغير الظروف ، وأن للتطبيق الإسلامي للآيات ، مع التسليم الجدل بتفسير الفقهاء ، قد أخذ بنظرة أن المعاهدات التي يجوز أن يرد عليها مبدأ تغير الأوضاع هي المعاهدات غير المحددة بأجل معين .

(٢) قد تنقضي المعاهدة بسبب زوال الشخصية القانونية للدولة ، كما قد يكون لقطع العلاقات الدبلوماسية والقنصلية أثر على المعاهدات - أنظر المادة ٦٣ من وفاق قانون المعاهدات .

(٣) وثمة معاهدات تحتوي شرطاً لمصلحة الغير كافة ، مثل المعاهدات الخاصة =

law as between the states which are parties to it ; in case of doubt, no right can be deduced from it in favour of third states» P.C.T.J, ser- A, No. 7, 1926, p. 29.

شروط اعتبار المعاهدة

٢٥١ - يعالج الفقهاء شروط اعتبار المعاهدة عادة تحت عنوان عيوب الإرادة أو أسباب عدم مشروعية المعاهدة . والكلام عن عيوب الإرادة في نظرية المعاهدة يشهد بحقيقتين : الأولى ، أن المعاهدة ليست مصدرأً خلاقاً للقانون ، لأن المصدر الذي يخلق القانون يملك إرادة إنشائية ، وتبعاً فلا محل للكلام عما يعتور إرادته من عيوب . والثانية ، أن فقهاء القانون الدولي لا زالوا متأثرين بأفكار القانون الخاص من نظرهم إلى المعاهدة على أنها عقد ، فهم يستعيرون من القانون الداخلي - في خصوص المعاهدة - الأفكار الرئيسية التي تحكم نظرية الالتزام المدني ، فتراهم يشترطون لاعتبار المعاهدة ما يلي :

= بالمواصلات والمنظمات الدولية ، وأخرى تتضمن اشتراطاً لمصلحة فئة محددة ، ومثلها المعاهدات التي تضع نظاماً خاصاً بالإقليم ، والمعاهدات التي تقر حصانات وامتيازات لبعض المنظمات الدولية .

- ويرى الدكتور الغنيمي أن الذين يرون في المعاهدة عقداً تكبر على أنفسهم فكرة انصراف آثارها إلى غير أطرافها ، وأولئك الذين يرون فيها تشريعاً يعجبون من قول التقاديين ، والحال أن المعاهدة ليست عقداً وليست تشريعاً وإنما هي دليل من أدلة الأحكام أو أصل من الأصول الشرعية ، ومن ثم فإن اقتصار حكمها على أطرافها أو انصراف هذا الحكم إلى الغير لا تحكمه أفكار القانون الخاص التي يتشبث بها الفقهاء فتحيدهم عن جادة الصواب ، لأن الدور الذي تؤديه المعاهدة في المجتمع الدولي يختلف من الدور الذي يؤديه كل من العقد والتشريع في القانون الداخلي . وما دام أن المعاهدة دليل من أدلة الحكم القانوني فإن أمر انصراف أثرها إلى غير أطرافها هو مسألة تفسيرية لا ترجع إلى طبيعة المعاهدة وإنما ترجع إلى ما دلت عليه المعاهدة ، بمعنى أن الأمر في المعاهدة ونطاق تطبيقها هو من المسائل التي تحمل على هدى من فكرة جزئية - أي إقليمية - القانون الدولي وعاليته . فإن دلت المعاهدة على أن أحكامها جزئية أو إقليمية التطبيق فإن هذه الأحكام تقتصر على العاقدين ، وإن دلت على أن أحكامها عالمية التطبيق فإن هذه الأحكام تمتد إلى المعنويين . ونحن في الحالين أمام قاعدة قانونية خلفتها الإرادة الشارعة ولم تخلقها المعاهدة ، ونحن في الحالين نستمد من المعاهدة الدليل على قصد الإرادة الشارعة ، ونحن في الحالين لا نتكلم عن عقد أو تشريع وإنما نتكلم عن النطاق الشخصي للمعاهدة لا عن أثر المعاهدة حتى نضع بذلك المشكلة في إطارها الصحيح . وعندئذ نقول إن من المعاهدات ما ينحصر نطاقها في عاقدتها ومن المعاهدات ما يمتد نطاقها إلى غير عاقدتها - المرجع السابق ص ٤٩١ - ٤٩٣ .

١ - أن يخاو الوفاق من الخطأ والغش ، فقد اتفق الفقهاء على أن المعاهدة التي تبرم كنتيجة لخطأ فاحش ، سواء تسبب في هذا الخطأ ظروف لا تنبئ عن إهمال - قبيل الطرف المغشوش ، أو تسبب فيها غش الطرف الآخر fraud - تصبح لاغية . إن الخطأ الذي يسبب بطلان المعاهدة هو الخطأ الذي عمس جذور المعاهدة ذاتها ، ويكون من الجسامة بحيث إن الطرف المغشوش ما كان يبرم المعاهدة لولا وقوعه في هذا الخطأ (١) . وقد لمست محكمة العدل الدولية الدائمة مسألة الخطأ في قضية المركز القانوني لبحرين لاند الشرقية ، وناقش القاضي أنزيبولتي - في رأيه المعارض - فكرة الخطأ ، وانتهى إلى عدم توافر خطأ ، وأنه حتى لو كان هناك خطأ فإنه ليس من الجسامة بحيث يرتب بطلان الوفاق (٢) .

٢ - ألا يتم الوفاق تحت تأثير الإكراه . وفي ذلك يقول الفقهاء إن استخدام القوة ضد مفوض الدولة يفسد المعاهدة . والمثل الذي يضربونه لذلك هو معاهدة مارس سنة ١٩٤٩ بين ألمانيا وتشيكوسلوفاكيا (٣) . وقد استندت الباكستان إلى الإكراه كأساس لإنهاء اتفاق ٤ مايو سنة ١٩٤٨ بشأن نهر الهندوس . كذلك فإن معاهدات السلام التي تملى تحت سيف المنتصر هي معاهدات مؤوفاة بالبطلان . وفي تعليل ذلك يقول الفقهاء إن الحرب كانت مشروعاً من قبل ، ومن ثم فإن معاهدات السلام التي تترتب على

(١) قال اللورد سمر Sumner في قضية *The Blonde* إن الرضا ذاته جوهرى للوفاق الدولي كما هو الحال بالنسبة للعرض والقبول في القانون الداخلي . وقد أشير إلى أثر الخطأ في حكمي تحكيم كانت بريطانيا طرفاً فيهما منشورين في *Hertslets : Map of Africa by Treaty, 31 ed. 19, p.p. 895-898 and 907.*

- هذا وتنص المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية على أن « رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ، ويبلغها مجلس الشعب مشقوقة بما يناسب من البيان ، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة .

عل أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة ، أو التي تتعلق بحقوق السيادة ، أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الموازنة ، يجب موافقة مجلس الشعب عليها .

(٢) عالج وفاق قانون المعاهدات الخطأ والغش في مادتي ٤٨ : ٤٩ .

(٣) هذه المعاهدة أبرمت في ظل الاحتلال الألماني للفنل لتشيكوسلوفاكيا ، فإن صح الكلام عن إبطالها فإنها يستند ذلك إلى عدم مشروعية هذا الاحتلال وليس إلى الإكراه الذي قيل إنه تحقق ضد رئيس الدولة .

هذه الحرب كانت مشروعة بدورها ، أما الآن وقد أصبحت الحرب غير مشروعة فإن النظرة إلى معاهدات السلام يجب أن تختلف (١) .

٣ - أهلية الدولة لإبرام المعاهدات . ذلك أن الدولة شخص معنوي ، فطبيعي أن يكون أول ما يثور في الذهن هو التساؤل عن له حق الاختصاص بإبرام المعاهدات باسم الدولة ، وهل القانون الدولي هو الذي يحوى القواعد التي تحدد ذلك الاختصاص أو أنه يحيل في هذا الأمر إلى القانون الداخلي للدولة المعنية .

يقول تشيلي Chailley إن القانون الدولي لا يحتوي على قاعدة عامة في هذا الخصوص وإنما يحيل الأمر - في تحديد الاختصاص بإبرام المعاهدات - إلى دساتير الدول المختلفة (٢) . فإذا ما أرادت دولة أن تبرم معاهدة مع دولة أخرى فعليها أن تتعرف على السلطات المختصة دستورياً في الدولة المعنية بإبرام المعاهدات . وهذا معناه - في تعبير آخر - أن هناك مبدأ في القانون الدولي يحيل في تحديد الجهاز المختص بالمعاهدات ، إلى القانون الدستوري . ورغم اختلاف الفقهاء حول فحوى قاعدة القانون الدولي التي تعين السلطات المختصة بإبرام المعاهدات ، فإن هناك شبه إجماع على توافق قاعدة دولية بهذا المعنى . كما أن معظم الفقهاء الآن يرون أن دستور الدولة أو نظامها الداخلي ، هو الذي يحدد ، كسألة من مسائل القانون الدولي ، السلطة المختصة بإبرام المعاهدات . ويمكن ، على هدى من هذا ، تقرير المبادئ الآتية :

١ - المعاهدة التي يبرمها جهاز غير مختص بإبرام المعاهدات ، أو بإبرام هذا النوع من المعاهدات ، أو جهاز لا يراعى المتطلبات الدستورية ، كعدم الحصول على موافقة الجهاز التشريعي - لا تكون ملزمة للدولة ،

(١) يرى الدكتور النعيمي أن ما يقول به الفقهاء من العيوب - أخذاً عن نظرية العقد - هو قول بعيد عن أن يعالج مسائل واقعية ، فضلاً عن تناقضه مع المفهوم الصحيح لنظرية المعاهدة - المرجع السابق ص ٤٤٢ .

- هذا ونشير إلى أن وفاق قانون المعاهدات اعتنق الرأي الغالب فأخذ بفكرة إبطال المعاهدة للإكراه الذي يمارس ضد المفوض أو ضد الدولة ذاتها وذلك في مادتيه ٥١ ، ٥٢ .

(٢) Chailley, p. : La nature Juridique des traités internationaux (٢) Selon le droit contemporain, paris 1932, p. 180.

وذلك مع مراعاة أنه يكفي أن يكون الجهاز الذي أبرم المعاهدة مختصاً بإبرام المعاهدات ، أو هذا النوع من المعاهدات ، وأن يدعى أن هذه المعاهدة تتمشى مع أية متطلبات دستورية تتعلق بالموضوع ، حتى يعنى الطرف الآخر من بحث ما إذا كان الجهاز مخولاً حقاً بإبرام المعاهدة المعنية ، أو ما إذا كانت المتطلبات الدستورية قد روعيت .

٢ - الدولة التي تنازع في مشروعية معاهدة أبرمت باسمها ، يمكنها أن تدفع بالنصوص الدستورية التي تتعلق بالاختصاص بإبرام المعاهدات ، أو بالشكل الذي صيغت فيه المعاهدة ، ، إذا كانت المخالفة صريحة أو كان يمكن التعرف عليها بمجرد الاستفسار .

٣ - تسأل الدول عن خطأ دولي إذا أكد وزير خارجيتها ، المختص مباشرة المفاوضات الدولية ، لحكومة دولة أجنبية أن معاهدة بعينها تقابل المتطلبات الدستورية ، ثم بعد ذلك نازعت هذه الدول في مشروعية المعاهدة دستورياً (١) .

بقي أن نتكلم ، في صدد من له أهلية إبرام المعاهدات ، عن صورتين تستحقان الإشارة ، ألا وهما : حكومة الثورة وحكومة المنفى .

حكومة الثورة Revolutionary Government

٢٥٢ - بدهي أن الفوضى إذا سيطرت فإنه يتعذر التوصل إلى جهاز له - طبقاً للقانون الدولي - حق إبرام المعاهدات ، ذلك أنه لا بد من توافق حد أدنى من الظروف للسلطة التي يمكن قانوناً أن تتحمل الالتزامات الوفاقية باسم دولة ما .

ولذلك فإن الدول عادة لا تبرم المعاهدات مع حكومات الثورة إلا إذا اطمأنت إلى أن حكومة الثورة قادرة فعلاً على أن تمثل الدولة التي تتعاقد باسمها ، لأن الشخص لا يكون عضواً ممثلاً للدولة قانوناً إلا إذا كانت تصرفاته يمكن أن تبقى محترمة حتى ولو اختفى هذا الشخص بذاته بعد ذلك .

(١) أذكر هنا أن المادة السابعة من وفاق قانون المعاهدات تعرضت لموضوع السلطات الكاملة ومن له حق أن يمثل الدولة .

- هذا وبشأن حق الدولة في الاستفسار فإن الاتجاه هو أن ثمة قاعدة عامة ، وليست مجرد جمالية ، تمنع من الاستفسار ولو أن الأغلب عملاً هو أن نقاط القانون الدستوري لم تصل في الأهمية إلى الحد الذي دعا إلى أن يصبح هذا الاستفسار قاعدة .

إننا لا نستطيع أن نقول إن القانون الدولي يصف شكلاً معيناً للحكومة . ولكن هذا لا يعني أن القانون الدولي يغض البصر كلية عن أنواع الحكومات أو الدساتير التي توجد في البلاد المختلفة . والعكس هو الصحيح ، فالقانون الدولي يهتم اهتماماً متزايداً بهذه الأوضاع ، ولكن هذا الاهتمام لم يصل من القوة إلى الحد الذي ينتج فيه جزاءات تترجم نفسها إلى قانون . وأخذاً بما عرفه العمل الدولي من سوابق ، يمكن أن نقرر أن القاعدة التي تحدد ما إذا كانت حكومة الثورة مختصة بإبرام المعاهدات يجب أن توفق بين اعتبارين : حاجة كل دولة في أن يكون لها دائماً جهاز يمثلها في العلاقات الدولية ، وحاجة المجتمع الدولي لأن يكون قادراً على التعامل مع جهاز يمثل الدولة . وإزاء هذين الاعتبارين يبدو أن معيار الفعالية هو المعيار الذي يتصدر المتطلبات اللازمة بالنسبة لحكومة الثورة . وفي هذا الشأن ، يذهب رأي بأن هذه الفعالية تتحقق إذا استمرت السلطة فترة ممتدة من الزمن ، ذلك أن الفترة الأولى من حياة حكومة الثورة كثيراً ما تكون فترة حرجة . وثم رأي آخر حاصله أن الاعتراف بحكومة الثورة يثبت اختصاصها الدولي بإبرام المعاهدات . ويلاحظ على هذا الرأي أن الاعتراف ليس شرطاً مطلق الأثر في توافر الاختصاص الدولي ، وإنما هو دليل على توافر الشروط اللازمة لذلك الاختصاص . وتعتبر الموافقة الشعبية من الأمور التي كثيراً ما يستدل منها على الفعالية ، ذلك أنه لا شك أن دعم الرأي العام للحكومة ما يقوى من مركزها ويثبت من كيانها ، ولكننا نخطئ إذا قلنا إن مثل هذه الموافقة تعتبر شرطاً أولياً لازماً لفعالية حكومة أو لتوافر الاختصاص لها ، لأن العمل الدولي يظهر أن كل ما هو مطلوب لاعتبار تلك الموافقة هو عدم مقاومة الشعب للحكومة بغض النظر عن الوسيلة التي حققت بها الحكومة المذكورة هذا الإخضاع . ولذلك يكتفي البعض في حكومة الثورة بأن تكون قد فرضت احترامها . إن قدرة حكومة الثورة واستعدادها للقيام بتعهداتها يكفي لكي تصبح قادرة على أن تكون طرفاً في معاهدة ، ومن ثم فإن الساطة التي لا تتوافر فيها هذه الأوصاف لا تكون حكومة ذات اختصاص .

حكومة المنفى Government in exile

٢٥٣ - عرفت الجماعة الدولية أثناء الحروب - ولاسيما الحرب العالمية

الثانية - علاقات دولية بين جماعات من الأشخاص أضفت على نفسها صفة الحكومة لإقليم لا تقيم هي عليه بسبب احتلاله عسكرياً بقوات أجنبية . وقد تعاملت الحكومات العادية مع هذه الجماعات ، في عديد من الحالات ، رغم أنها محرومة من ممارسة الإشراف الإداري على إقليمها الذي تدعى أنها حكومتها . وفي حالات أخرى لم تزعم هذه الجماعات أنها حكومة ، ومع ذلك فقد عوملت على أنها - على الأقل - تمثل نوعاً من أشخاص القانون الدولي ، وهذه هي الجماعات التي يطلق عليها عادة مصطلح سلطة المنفى (١) .

authority in exile . وقد أُرمت هذه السلطات كذلك معاهدات مع حكومات عادية ، وهي لا تحتاج إلى كيان دستوري طبقاً لدستور دولتها ، فهي غالباً ما تكون جهازاً ثورياً عفويّاً يستمد أهليته من القانون الدولي فحسب ، ولذا يبدو منطقياً أن تتساءل عن الأساس القانوني لأهلية حكومات وسلطات المنفى لإبرام المعاهدات الدولية .

٢٥٤ - إن الإجابة عن هذا التساؤل لا يمكن فصلها من الموضوع الأعم ، وهو الأساس العام لأهلية كل من حكومات وسلطات المنفى . إن سبب قيام هذه الحكومات والسلطات يعود إلى نفور الجماعة الدولية من أن تضيق حقاً على إقليم أخضع عن طريق الاحتلال الحربي . ويفسر هذا النفور بالعزوف عن إقرار أوضاع تحققت بتصرفات مخالفة للقانون الدولي ، والشعور بأن الاحتلال الحربي ليس أساساً آمناً لإقامة حكومة إقليمية . ويعتمد كيان حكومة أو سلطة المنفى ، التي تستهدف تحرير الإقليم المحتل الذي جاءت منه ، على السماح لها بأن تمارس وظائفها في إقليم دولة صديقة

(١) ومثال سلطة المنفى ، جبهة التحرير الفلسطينية . والبادئ أن الأحداث السياسية تطور هذه السلطة تدريجياً إلى حكومة منقبة . ويتراءى لي أن إسرائيل تحاول حرقلة هذا التطور عن طريق إجراء انتخابات في الضفة الغربية وغزة - اللتين تحتلهما - بغية خلق ممثلين فلسطينيين العرب تزعّم أمام الرأي العام العالمي ، أن لهم ، دون غيرهم من منظمات التحرير ، حق التمييز عن شعب فلسطين وحق تقرير مصيره ، وهو ما ينبغي أن تتصدى له هذه المنظمات بتوصية العرب المقيمين داخل الأراضي المحتلة سياسياً عن طريق الإعلام ، وعسكرياً عن طريق التصاعد بالمقاومة . ويلزم لفعالية التوصية السياسية والعمل العسكري ، تضامن الدول العربية كافة مع جبهة التحرير ، ودعمها بالفكر والجهد والسلاح والمال ، لتكون القوة المسلحة ، حل الأخص ، كافية لإقلاق سلطات الاحتلال وحرمانها من أن تستقر على الإقليم المحتل بطريقة هادئة ، وبذلك تكتسب سلطة أو حكومة المنفى الفلسطينية أهليتها لتوافر شرط الفعالية .

تستضيفها . ولكن هذا السماح وحده لا يضمن حقوقاً أو واجبات على هذه الوحدات طبقاً للقانون الدولي ، وإنما تصبح هذه الوحدة ، منذ اللحظة التي تبدى فيها حداً أدنى من الفعالية في تحرير إقليمها ، ذات أهلية دولية لتحمل بعض الحقوق والواجبات في صورة وفاقا ترميها باسم التنظيم الذي ترأسه . ولا يلزم ، لممارسة هذه الاتفاقات دولياً ، أن يسبقها اعتراف بهذه للوحدات (١) . وتنحصر سلطة هذه الوحدات ، بالنسبة لإبرام الوفاقا الدولية ، في الأمور التي تدخل ضمن نطاق قدرتها على التنفيذ ، لأن قدرتها في المستقبل على أن تتحمل المسؤولية كاملة عن إقليمها تبدو أمراً غير مؤكد . وإذا كان القانون الدولي لا يشترط في الحكومة العادية أن تكون حكومة دستورية ، فأولى ألا تتطلب الدستورية في حكومة أو سلطة المنق (٢) ، وإن كان توافر عنصر الدستورية ، يمكن أن ينهض دليلاً على فعالية الوحدة وتزكية الصفة التمثيلية لها (٣) . وغنى عن البيان أن تعدد الوحدات في المنق للتحديث باسم الدولة الأم قد يكون من الأمور التي تضعف صلاحية وحدة المنق لأن تمارس أهلية دولية ، بوصفها هذا ، ولا سيما أن من العناصر الهامة في تقدير مدى توافر هذه الصلاحية ، أن تكون وحدة المنق متمتعة بالمناصرة الشعبية وولاء المقاومة الوطنية .

قواعد النظام العام (٤)

٢٥٥- يمكن اعتبار قواعد النظام العام من شروط اعتبار المعاهدة وقواعد النظام العام هي قواعد ملزمة لا تغيرها إرادة أو رضاء أشخاص القانون ، فهي ذات طبيعة دستورية في المعنى الموضوعي للتعبير . وتعرف القوانين الداخلية ، كما قدمنا ، قواعد من هذا القبيل ، وهذه لا تتغير إلا بتشريع

(١) من ذلك مسارعة تشرشل إلى تحويل الوفاقا التي سبق له أن أبرمها مع ديغول إلى جهة التحرير الوطنية الفرنسية C.F.I.N. قبل أن يعترف بهذه الجهة .

(٢) من حكومات المنق التي لم تتوافر لها شروط الدستورية ، حكومة المنق التشيكوسلوفاكية .

(٣) ومثال ذلك الحكومة التي تتأدر الإقليم الأم بسبب احتلال عسكري كمن تمارس سلطاتها من داخل إقليم آخر .

(٤) راجع في نطاق فكرة النظام العام في الفقه الإسلامي ، الكتاب الأول من هذا

المؤلف .

أو بتصرف ثوري . ولكن الأمر لا يجري بهذه البساطة في القانون الدولي لأن من العسير أن نجد في القانون الدولي التقليدي رداً يشفي العلة في هذا الخصوص . فتم فريق من الفقهاء يرى أن الدول تملك حرية شبه مطلقة في إبرام ما تشاء من معاهدات ، وآخر يذهب إلى أن المعاهدة التي تخالف المبادئ العامة الدولية المعترف بها تعتبر معاهدة باطلة . بيد أن هذا الفريق الثاني ليس على وفاق فيما يتعلق بتعداد المبادئ الدولية العامة التي تعتبر من النظام الدولي العام ، أي التي لا يمكن استبعاد تطبيقها بمعاهدة (١) . وقد تمثلت محاولة الفقهاء - لتحديد قواعد النظام العام - في عدة أفكار ، فهم مثلاً يختارون بعض القواعد ويصفونها بأنها قواعد أساسية أو حقوق أصلية أو غير قابلة للتصرف . هذه المحاولة التي اتجهت في السنوات الأخيرة نحو المناداة بأن هناك مبادئ علوية في القانون الدولي تكون مجموعة قواعد النظام العام ، ويقترح الفقهاء ، كموضوع لهذه القواعد ، المسائل التالية (٢) :

القواعد التي تمنع الحرب العدوانية ، قانون لإبادة الجنس البشري ، الإتجار في الرقيق ، القرصنة ، كافة الجرائم المعادية للإنسان ، ومبدأ تقرير المصير . ويمكن أن نضيف إلى هذه القائمة ، تصريح الأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية ووافق الأمم المتحدة الخاص بالتمييز العنصري . ويرى المؤيدون لفكرة النظام العام الدولي أن هذه القواعد الملزمة لا تتطلب لتطبيقها الاحتجاج على مخالفة أحكامها ، أو الاعتراف بقوتها الملزمة أو الإذعان لما تقضي به ، فهي تتمتع بهذه القوة الملزمة تلقائياً ، ولا يسقط التقادم ما يترتب على مخالفتها من عدم المشروعية (٣) . على أن تطبيق أحكام هذه

(١) يبدو أن فكرة قواعد النظام العام الدولي ليست فكرة جديدة ، فقد ساق كلن

فقرة عن فاتيل يتكلم فيها عما أسماه قانون الشعوب اللازم يقول فيها : « We use the term necessary law of nations for that law which results from applying the natural law to nations. It is necessary because Nations are absolutely bound to observe it... » .

— أنظر في قواعد النظام العام ، الدكتور الغنيمي ، المرجع السابق ص ٥٢٢ وهامش

ص ٥٢٣ .

(٢) Browile : Principles, op. cit., p. 417.

(٣) معنى هذا أن قواعد النظام العام قد تكون قواعد عرفية وقد تكون قواعد رضائية

Consensual. وتنص المادة ١٠٣ من ميثاق الأمم المتحدة على أنه « إذا تعارضت الالتزامات -

القواعد لا يحرم المخالف من المزايا الأخرى التي يربتها القانون الدولي (١) .
 ٢٥٦ - وقد انحازت لجنة القانون الدولي ، في المشروع الذي قننت فيه أحكام المعاهدات ، إلى فكرة النظام العام الدولي فضمنت مشروعها نصاً بهذا المعنى ، واستجاب نص المادة ٦٤ من وفاق المعاهدات إلى هذا الاتجاه فقرر أنه « إذا نشأ مبدأ جديد من مبادئ القانون الدولي الشامل ، فإن أية معاهدة قائمة تتعارض مع ذلك المبدأ تعتبر غير قائمة ومنقضية » . وقد اتضح من المناقشات السابقة على صياغة وفاق قانون المعاهدات أن فقهاء الدول النامية ودول أوروبا الشرقية يعتقدون أهمية كبرى على مبدأ إبطال المعاهدة وانعدام آثارها إذا خالفت قاعدة من قواعد النظام العام ، في حين أبدى فقهاء الغرب كثيراً من الشكوك حول هذه الفكرة التي وصفوها بالغموض وعدم التحديد . إن الخلاف الفقهي لا يقتصر على محتوى النظام العام ، بل يمتد كذلك إلى أساس الفكرة ذاته . فقد أكد البعض (٢) أن فكرة النظام العام لا يمكن أن توجد على مستوى المجتمع الدولي بصورته الراهنة غير المنظمة ، وهو يقول إن تمحيص الاستشارات التي قدمها أنصار فكرة النظام العام يكشف عن أنها تنطوي على مغالطة . إن كل ما تطهره هو أنها تشير إلى قيود واقعية ومنطقية على حرية أشخاص القانون الدولي ، تلك الحرية التي تتضمن مكتة أشخاص القانون الدولي في أن ترسي - عن طريق الرضاء - قواعد فيما بينها تعتبر من قبيل النظام العام الدولي في المعنى الدقيق للتعبير . فالأطراف وحدهم هم الذين يعود إليهم حرية تحديد أي من القواعد العرفية والاتفاقية التي يمكن أن تعتبر بمثابة نظام عام ، أي أن الأطراف هم الذين يقررون هذا النظام العام .

= التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقاً لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به ، فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق » . ووصف هذه القواعد الرضائية بأنها من النظام العام يثير تساؤلاً من حيث المبدأ وفلسفة الفكرة ذاتها .

(١) فلو أن دولة شنت حرباً عدوانية فإنها تخالف بذلك قاعدة من قواعد النظام العام الدولي الملزمة ، ولكن هذا لا يفقدها حقها في أن تدفع بقاعدة عدم مسؤولية المحارب عما يصيب رعايا الدول المحايدة من أضرار نتيجة العاصيات الحربية . بيد أن هذا الرأي محل نقاش من بعض أنصار هذا المبدأ .

(٢) أنظر شوارزنبيرجر : *International Jus Cogens*, Texas Law Review, 1962.

وفي ضوء هذا ، يمكن أن ننظر في القواعد الأساسية التي تدرج في المعاهدات الجماعية ، مثل ميثاق الأمم المتحدة . ويقوم عدد الأطراف المشتركين في هذه المعاهدات بدور هام ، ذلك أنه كلما كثر عدد هذه الدول ، كلما ازداد احتمال أن تحترم الدول الغير هذه القواعد . وذهب فريق آخر (١) إلى أن قواعد القانون الدولي الشامل كافة ، والتي تستهدف أغراضاً إنسانية ، وكذا المادة ٢ من ميثاق الأمم المتحدة تعتبر من قبيل النظام العام الدولي .
 ٢٥٧ - وهكذا نرى أنه على الرغم من أن الاتجاه ينحو الآن منحى تقييد أهلية الدول في إبرام المعاهدات ، فإن فكرة وجود نظام عام دولي لازالت فكرة في المهد لما تتزعزع ، ولا يزال الخلاف دائراً حول مصادر هذه الفكرة ونطاقها وفحواها . فلا غرو إذن أن تلتجى الجهود التي بذلت في مؤتمر تقنين أحكام المعاهدات ، لتعريف فكرة النظام العام أولتحيدها ، مصاعب جمة إلى أن توصل المؤتمر إلى إقرار تعريف ورد في المادة ٥٣ من الوفاق التي تقول « تعتبر المعاهدة باطلة إذا تعارضت ، وقت إبرامها ، مع نص مبدأ من مبادئ القانون الدولي الشامل ، ومبدأ القانون الدولي الشامل الملزم - في أغراض هذا الوفاق ، هو المبدأ الذي تقبله وتقره الجماعة الدولية للدول ككل مبدأ لا يسمح بالخروج عليه ولا يمكن تعديله إلا بمبدأ قانون دولي شامل لاحق تكون له السمة ذاتها » . وإذا جمعنا بين حكمي المادتين ٥٣ و ٦٤ من وفاق المعاهدات ، خلص إلينا أنه لا يجوز أن تعارض المعاهدة قاعدة من قواعد النظام العام سواء وجدت هذه القاعدة قبل إبرام المعاهدة أو بعد إبرامها . ويقوم هذا الحكم على أن قواعد النظام العام قواعد جوهرية ملزمة ، ومن ثم فإن المعاهدة التي تتعارض مع هذه القواعد ، ولو في جزء منها فحسب ، تعتبر بأكملها معاهدة باطلة . وقد حاولت بعض الدول (٢) - أثناء المؤتمر - أن تجزئ المعاهدة من حيث البطلان موضحة أن بعض المعاهدات ذات النطاق المتسع ، مثل المعاهدات التجارية ومعاهدات تسليم المجرمين ، قد تتعارض في جزء ضئيل منها مع قواعد النظام العام ، ولذا فإن

(١) راجع فردروس : *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, A.J.I.L., 1966, 60.

(٢) مثل فنلندا وانجلترا - أنظر الدكتور الفينسي ، المرجع السابق ص ٥٣٦ - ٥٣٨ .

من الأفضل أن يقتصر بطلان هذه المعاهدات على الشرط منها الذي يتعارض مع هذه القواعد ، ولكن هذه المحاولة باءت بالفشل ، إذ لم تحز الأغلبية المطاوية لإقرارها ؛ ومن الطلي أن نشر هنا إلى أن الدول الآسيوية والإفريقية ودول أمريكا اللاتينية ربطت بين قبول فكرة النظام العام وبين طريقة تسوية المنازعات التي تثار بشأنها ، وكاد هذا الموقف يحطم جهود المؤتمر بسبب تعنت بعض الدول الأخرى لولا توصل المؤتمرين إلى حل وسط تضمنته المادة ٦٦ من الوفاق . ويتلخص هذا الحل في أنه إذا لم يتوصل المتنازعون إلى تسوية النزاع ، فإن أيأ منهم يستطيع عرض الأمر على محكمة العدل الدولية بطلب مكتوب ، ما لم يتفق الطرفان على عرض النزاع على التحكيم .

علاقة العرف بالمعاهدة

٢٥٨- في بحث علاقة العرف بالمعاهدة يكون المقصود - بطبيعة الحال - بحث علاقة العرف بالمعاهدة الشارعة وليس بالمعاهدة العقد . وهنا نجد ثلاث نظريات : الأولى تجعل العلوية للمعاهدات على العرف حيث قدمته المادة ٣٨ عليها ، هذا فضلاً عن أن العرف تعبير عن إرادة ضمنية حالة أن المعاهدة تعبير عن إرادة صريحة ، والمفروض أن الإرادة الصريحة هي المرجع الأول بحيث إذا وجدت لا يعدل عنها إلى إرادة ضمنية ، وتبعاً فعند التعارض تكون العلوية للإرادة الصريحة على الإرادة الضمنية . ويدافع الفقهاء السوفيت عن هذا الرأي بحماس على أساس أن القانون الدولي العرفي يعتبر في مجموعه عندهم أفكاراً وتطبيقات تفرضها الإمبريالية الرأسمالية على الدول الضعيفة ، ولذلك فإنهم يزكون فكرة السيادة كضمان ضد ضغط الدول الإمبريالية الرأسمالية على الدول الضعيفة ، ويعتبرون أن المعاهدة هي الأساس الحقيقي للعلاقات الدولية بوصف أنها إفصاح حر عن الإرادة (١) ، وهذا هو الذي يفسر الموقف السلبي الذي وقفه الاتحاد السوفيتي في مؤتمر سان فرانسيسكو حيال كل اقتراح يهدف إلى إدخال نص في ميثاق الأمم المتحدة يكرر المادة ١٩ من عهد عصبة الأمم فيما يتعلق بمراجعة المعاهدات الدولية (٢) .

S. Krylov : Les notions principales du droit des gens. La doctrine (١) soviétique du droit international.

مجموعة محاضرات لاهاي سنة ١٩٤٧ عدد ٧٠ ص ٤٤١ - ٤٤٢ .

(٢) والمذهب السوفيتي في هذا إنما يتابع منطق فلسفته الماركسية في نظره للعرف .

٢٥٩- والنظرية الثانية تقابل الأولى تماماً لأنها تجعل العلوية للعرف على المعاهدة ، بينما تسوى النظرية الثالثة بين العرف والمعاهدة استناداً إلى أن كليهما إفصاح عن الإرادة ومن ثم فإن العلاقة بينهما تحكمها القواعد الأصولية العامة التي تنظم العلاقة بين مصدرين متعادلين من مصادر القانون ، بمعنى أن الخاص منهما يخصص العام واللاحق ينسخ السابق فيما يتعارض فيه . وعلى ذلك فالعرف الذي ينظم حالة جزئية يمكن أن يخصص أحكاماً عامة وردت بها نصوص معاهدة من المعاهدات ، والعكس صحيح ، أي أن نصاً يتعلق بحالة خاصة ورد في معاهدة قد يخصص حكم قاعدة عرفية تنظم حالة عامة . وكذلك المعاهدة التي تلحق في الظهور عرفاً قد تنسخ ذلك العرف في نطاق تعارضهما ، كما أن العرف اللاحق لإبرام معاهدة قد ينسخ نصوص تلك المعاهدة في مجال التعارض .

٢٦٠- ويأخذ الدكتور الغنيمي (١) على هذا الرأي عدم دقته في التعرف على التكييف الصحيح للمسألة ، ذلك أنه وإن كان كل من العرف والمعاهدات يعتبر مصدراً إثباتياً للإرادة الشارعة ، إلا أننا لا يمكن أن نسوى بينهما من حيث القوة ، لأن القواعد التي يثبتهما العرف ذات قوة وطبيعة إلزامية مختلفة عن القواعد التي تثبتها المعاهدات ، وربما كان سبب خطأ أصحاب هذه النظرية هو عدم أخذهم بعين الاعتبار أن التفرقة بين المعاهدات على أساس معاهدات شارعة ومعاهدات عقود ، هي تفرقة غير مقبولة . ذلك أن الإفصاح عن الإرادة الذي يتخذ صورة اتفاقية يكون له دائماً مضمون واحد وإن اختلفت الدوافع ، إذ يجب أن تميز بين الدافع للإرادة وبين الإرادة ذاتها . ثم إننا إذا استقرنا ما يسمونه بالمعاهدات العقود ، نجد أنها في الحقيقة كثيراً ما تقرر قواعد قانونية دولية بالنسبة للدول المتعاقدة تحكم علاقات هذه الدول خصوصاً ما هو متفق عليه في المعاهدة ، الأمر الذي لا بد أن تعرف معه بوجود عدد من النظم القانونية الخاصة تتعدد بتعدد هذه المعاهدات وتباين موضوعاتها . هذا فضلاً عن أن المعاهدات المسماة بالشارعة لا تلزم غير أطرافها ، أي أن ما تحويه من قواعد تقتصر إلى صفتي العمومية والتجريد وهما الصفتان الجوهريتان في القاعدة القانونية وذلك لعدم وجود معاهدة شارعة

(١) المرجع السابق ص ٢٥٦ وما بعدها .

عالمية بالمعنى الشامل . ولذا فإن احترام دول غير أطراف قواعد تتضمنها معاهدة لا يرجع إلى التزام الدول باحترام تلك القواعد على أساس اتفاق ، فاليابان مثلاً لم توقع على اتفاقية بروكسل سنة ١٨٧٤ التي تنظم بعض قوانين وعادات الحرب ، ولكنها احترمت الأحكام التي تضمنتها الاتفاقية في الحملة التي وجهتها ضد الصين سنة ١٨٩٤ بوصفها قواعد اكتسبت الصفة العرفية . وعلى ذلك فإن القواعد القانونية التي تشبه المعاهدات إنما تماثل مع القواعد القانونية التي يمكن أن يشتملها العقد في القانون الداخلي ، ذلك أن لأعضاء الجماعة الداخلية ، في غير ما يتعارض مع النظام العام ، أن يخلقوا بإرادتهم ما يشاؤون من قواعد لتنظيم علاقاتهم المتبادلة ، والنظام العام يمكن أن يستند في الداخل إلى قواعد عرفية أحياناً (١) . كذلك الحال في النطاق الدولي فإن المعاهدات بين أعضاء الجماعة الدولية تقوم بذات الدور الذي يقوم به العقد في النطاق الداخلي مع فارق واحد هو أن فكرة النظام العام في المجال الدولي فكرة لا زالت باهتة ولما تتأكد ملامحها . ولذلك نلاحظ أن نطاق حرية الإرادة في تنظيم علاقات أشخاص القانون الدولي عن طريق الاتفاقات ، أي المعاهدات ، أوسع بكثير في المحيط الدولي عنه في المحيط الداخلي بالنسبة لأشخاص القانون الداخلي . ويقوم العرف بدور قريب من دور القانون في النطاق الداخلي ، وهو في ذلك أقرب إلى القانون من المعاهدة ، ومن هنا يجيء الاختلاف بين القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية في قوة الإلزام ، فالقاعدة العرفية لیس لها أطراف تنحصر فيهم قوتها الإلزامية بل إن حكمها ينصرف إلى العموم ، فإن كان العرف عالمياً التزم به الجماعة الدولية ، وإن كان إقليمياً التزم به أشخاص القانون الدولي العام القائمون في ذلك الإقليم ويستوى في ذلك أشخاص القانون وقت نشوء العرف والذين يقومون بعده ، ثم هو غير مقيد بزمن مستقبل من حيث التطبيق في حين أن القواعد الاتفاقية مقصورة على أطراف المعاهدة ومن يقبلون أحكامها وذلك لفترة نفاذ المعاهدة

(١) أنظر Jennings, R.Y. : Recent Developments in the International Law commission ; its relation to the Sources of international Law, I.C.L. Q, 1964, vol. 13, Part 2, pp 385—97.

فتحسب (١) . ومن هنا يوجب الدكتور الغنيمي التفرقة بين وضعين عند الكلام عن علاقة العرف بالمعاهدات :

- ١- إذا كانت ثمة قواعد عرفية تعتبر من النظام العام فإنها تعلق على القواعد الاتفاقية ، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف تلك القواعد الآمرة وإلا كان الاتفاق باطلاً . وفي هذا المعنى يمكن القول بأن القانون العرفي يعتبر بمثابة الحد الأدنى للأخلاق الدولية الذي لا غنى عنه لوجود الجماعة الدولية .
- ٢- أما إذا تعلق الأمر بتسوية حالة لا تنظمها قواعد عرفية آمرة ، فهنا يمكن أن نقول بتبادل العرف والمعاهدات من حيث قوتها الاستدلالية ، وتبعاً فإن العلاقة بين العرف والمعاهدة تحكمها القواعد الأصولية العامة التي تقضي بأن الخاص يخصص العام واللاحق ينسخ السابق عند التعارض . ومثال إبطال العرف اللاحق معاهدة سابقة ، القواعد العرفية فيما يتعلق بامتيازات الأجانب ، فقد عدلت تلك القواعد التي استقرت من أحكام المعاهدات السابقة الخاصة بامتيازات الأجانب ، وطالما شهدنا أمثلة لذلك في مصر قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية ، وكذلك إهمال غالبية الدول المتحاربة - أثناء الحرب العالمية والأخيرة - للقواعد الاتفاقية التي كانت تحرم مهاجمة الغواصات المتحاربة للسفن التجارية دون إنذار سابق . ومن أمثلة إلغاء عرف سابق بمعاهدة لاحقة ، تصريح باريس سنة ١٨٥٦ بشأن الحرب البحرية ، إذ ألغى ما كان يجري عليه العمل الدولي بشأن المطاردة ، وعلى هذا الأساس رفض اللورد ستويل Stowell أن يستجيب لطلب البرتغال بتطبيق المعاهدة الأجنبيو برتغالية التي أبرمت سنة ١٦٥٤ وفيها اتفق المتعاقدان على أن يقبضوا على غنائم من يحارب أحدهما ولو كان الآخر في حالة حياد ، وطبق الفكرة الحديثة في قانون الشعوب التي تحرم انتزاع الغنائم من المحارب ما دام أنه قد غنمها قانوناً .

دور المعاهدات في تكوين العرف

٢٦١- تؤدى المعاهدات دوراً هاماً في تكوين العرف ، فهى وإن كانت في بعض الأحيان مصدراً ثانوياً لإثبات القانون الدولي العام ، إلا أنها

(١) ولذا فإن الغالب في المعاهدات أن تسجل ما سبق أن استقر عن طريق العرف ولكن بطريقة أكثر وضوحاً .

كثيراً ما تساعد على خلق قواعد عرفية ، ذلك أن تكرار ذكر قواعد مستحدثة في معاهدات قد يصل بالعالم إلى خلق قواعد عرفية بذات الفحوى عندما يستقر الضمير العالمي عليها فتنشط الإرادة الشارعة لإرسائها . ومن أمثلة ذلك معاهدة واشنطن التي أبرمت بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية في ٨ مايو سنة ١٨٧١ لتسوية بعض نقاط النزاع التي نشأت من الحرب الأهلية الأمريكية وذلك عن طريق التحكيم . وقد برزت من بين هذه النقاط منازعة الألاباما (١) . وتضمنت تلك المعاهدة مبادئ القانون التي تطبق بحثاً عن حكم القانون الدولي بشأن المسألتين التاليتين :

- ١- هل الدول المحايدة ملزمة بأن تراعى الحرص الكامل لمنع تجهيز أو تسليح سفينة في إقليمها يعتقد لأسباب مقبولة أنها ستستخدم في محاربة دولة تربطها بها علاقات سلمية ؟
- ٢- هل يجب على الدول المحايدة ألا تسمح لدولة متحاربة بأن تتخذ من موانئها أو من مياهاها الإقليمية قاعدة لأعمال حربية بحرية ؟

وقد أعلنت بريطانيا وقتئذ أنها لا تنقيد بالقواعد التي تضمنتها معاهدة واشنطن بدعوى أن القواعد لا تعتبر من القانون الدولي العام المطبق آنئذ ، ولكنها مع ذلك قبلتها كأساس للتحكيم واعتبرتها ملزمة للمستقبل (٢) . والحق أن قواعد واشنطن لم تكن عند الاتفاق عليها مستحدثة تماماً ، فقد وردت من قبل ذلك في كثير من تصريحات الدول المحايدة ولكنها استقرت كقواعد دولية بحكم الألاباما في ١٤ سبتمبر سنة ١٨٧٢ ، ولذلك أدرجت ضمن المواد ١ ، ٢ ، ٩ من الاتفاق الثالث عشر المتعلق بحقوق وواجبات الدول المحايدة في حالة الحرب البحرية الذي عقد في مؤتمر السلام الثاني سنة ١٩٠٧ ، وهذا مثل لعرف دولي كان الدافع إلى قيامه معاهدة بين دولتين كبيرتين : (١) الألاباما سفينة شيدت في ميناء نيويورك أثناء الحرب الأمريكية وذلك لحساب ولايات الجنوب ، وقد طلبت ولايات الشمال إلى إنجلترا عدم تسليح تلك السفينة ، ولكنها مع ذلك جهزت خارج الإقليم الإنجليزي وحاربت السفن التجارية التابعة لولايات الشمال ، فاعتبرت الولايات المتحدة أن بناء هذه السفينة انتهاك للحياد البريطاني . وقد انتهت المنازعة بالحكم على بريطانيا بقرامة قدرها (١٥٥٠٠٠٠٠) دولار - أنظر الغنيمي ، المرجع السابق ص ٥٣٠ .

(٢) Moore : History and Digest of international Arbitrations .

مجموعة التحكيم الدولي ، ج ٢ ص ٧٠٣ وما بعدها .

علاقة العرف بعرف آخر

٢٦٢- القواعد العرفية في مستوى متعادل من حيث قوتها الإثباتية (١) ، ومن ثم فإن علاقتها ببعضها البعض تخضع للقواعد الأصولية التي أوردناها في الكتاب الأول ، أي أن الخاص ينحصر العام واللاحق ينسخ السابق عند التعارض . وقد أقر فريق من الفقه إمكانية تحول القواعد العرفية ، ويحصل هذا التحول تحت تأثير أفكار جديدة أو تفسر جديد لضرورات عملية ، ومثال ذلك الحق في حطام السفينة الذي كانت تثبته قاعدة عرفية فيما مضى ثم ألغى تدريجياً بظهور أدلة إثباتية جديدة على ذلك الإلغاء ، وكذلك الحال بالنسبة لما كانت تدعيه الدول البحرية الكبرى من حق الإشراف على البحار أو الشرف الخاص الذي يمنح لعلمها . وبدهي أنه يجب أن تتوافر في القاعدة الجديدة ذات الشروط التي تلزم لتحقيق القاعدة العرفية . ويجدر التنبيه هنا إلى أن العرف الإقليمي يمكن أن ينحصر عرفاً عالمياً إعمالاً لمبدأ أن الخاص ينحصر العام . وهذا هو ما أخذت به محكمة العدل الدولية في قضية حق المرور على الإقليم الهندي (١٩٦٠) حيث رأت المحكمة أنه لا داعي لبحث القاعدة العرفية العامة الخاصة بالأقاليم المحصورة إزاء وجود قاعدة عرفية محلية معترف بها .

علاقة المعاهدة بمعاهدة أخرى

٢٦٣- تخضع المعاهدات في علاقتها ببعضها البعض الآخر ، شأنها في ذلك شأن العرف ، لقاعدتي اللاحق ينسخ السابق ، والخاص ينحصر العام . بيد أن هاتين القاعدتين تتقيدان بقيدتين هما ألا يكون النص السابق نصاً خاصاً بمعنى أن النص اللاحق لم يكن مقصوداً به أن يحل محله ، وألا يكون النص السابق نصاً من النظام العام .

ضوابط تفسير المعاهدات (٢)

٢٦٤- يمكن القول بأن هذه الضوابط كافة تبلور في مبدأ عام هو

(١) حكم القاضي مارشال ، في منازعة *The Antelope* بأن مبدأ المساواة بين الدول هو من المبادئ الأساسية في القانون الدولي ، وتنبأ فلا يجوز إلغاء عرف معترف به إلا بالرضاء . ولذا فإن تجارة الرقيق ، مثلاً ، تعتبر مشروعة بالنسبة للدول التي لم تتكلم عنها . ونضرب مثلاً لذلك بالملكمة العربية للسعودية ، فقد ظلت تجارة الرقيق مشروعة على إقليمها إلى عهد قريب .

(٢) لم نتكلم عن ضوابط التفسير في القانون الخاص اكتفاء بما أوردناه في الكتاب =

البحث عن نية العاقدين كما أعربوا عنها في الألفاظ التي استخدموها ، وذلك على ضوء الظروف المحيطة . ونبادر إلى القول بأن مشكلة التفسير إنما تثور بالنسبة للمعاهدات الغامضة ، فإذا كانت المعاهدة جلية العبارة فإن الأمر يتعلق عندئذ بالتطبيق وليس بالتفسير . كما أن نية العاقدين - في الواقع - هي في حقيقتها من صناعة المفسر وليست أمراً مادياً ملموساً ، ذلك أن المفسر إنما يبرز ما يعتقد هو ، بمنطقه الخاص ، أنه نية العاقدين .

ضوابط من ذات النص Intrinsic-Intrinsèque

٢٦٥ - أول ضابط يهتدى به في التفسير هو المعنى الذي يستفاد من عبارة النص أو من ألفاظه ، فتي كان النص واضحاً فإن المعنى يستخلص من ألفاظه وعباراته ويسمى هذا بالمعنى الحرفي أو منطوق النص . والمراد عما يفهم من عبارة النص ، المعنى الذي يتبادر إلى الذهن من صيغته ، ويكون هو المقصود من سياقه ، وفي هذا الصدد لا يجب التقييد بالألفاظ لفظاً لفظاً ، وإنما العبرة بالمعنى الذي يستفاد من مجموع عباراته على هدى قصد المشرع (١) . وهذا هو ما أكدته محكمة العدل الدولية عند ما ذهبت إلى أن مفهوم العبارة هو أول ما يلجأ إليه القاضي لاستنباط الحكم ، فإذا كان المفهوم واضحاً أغنى عن الرجوع إلى غيره من ضوابط التفسير ، لأن العبارة هي الظاهر الخارجي لإرادة العاقدين (٢) .

= الأول ، وهو يسرى على تفسير القواعد القانونية الوضعية ، وما سنورده عن ضوابط تفسير القاعدة الجنائية - وذلك متعاً من التكرار .

- هذا ولا يعتبر تفسير المعاهدات من الأمور التي تدخل في الاختصاص الداخلي للدولة وفق مفهوم المادة ٧/٢ من ميثاق الأمم المتحدة . وهذا هو ما قرره محكمة العدل الدولية في فتواها الخاصة بقضية Peace treaties التي جاء فيها : «The interpretation of the terms of a treaty for this purpose could not be considered as a question essentially within the domestic jurisdiction of a state. It is a question of international law which, by its very nature, lies within the competence of the court» I.C.J. Reports, 1950, p. 70.

(١) الدكتور توفيق حسن فرج ، المدخل للمعلوم القانونية ١٩٧٠ ص ٢١٨ .

(٢) قالت المحكمة « La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir d'un tribunal appelé à interpréter et appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte, si les mots pertinents...»

٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ . Recueil 1950, p. 8.

هذا ويستمد الدوليون ضوابطهم في التفسير من القانون الخاص ، ولما كان الأصوليون هم خير من عالج مثل هذه المسائل ، فإنني أحيل إلى ما ورد في الكتاب الأول في هذا الخصوص : (١) من انقسام اللفظ باعتبار وصفه إلى خاص وعمام ومشارك (٢) ، وباعتبار استعماله في المعنى الموضوع له ، أو في غير الموضوع له ، إلى حقيقة ومجاز ، وباعتبار دلالة اللفظ على المعنى المراد منه إلى أربعة أقسام ، لأن للفظ في دلالاته على المعنى المراد منه أربع طرق هي : عبارة النص وإشارته ودلالته واقتضاؤه ، وقوتها متفاوتة على الترتيب المتقدم . وقد سبق أن ذكرت أن ضوابط التفسير قد تكون خارجة عن النص ولكنها مرتبطة به برباط ما ، وأزيد هنا أنها قد تكون مجموعة من القواعد العامة التي توصل إليها فقه القانون الدولي نتاج الجهد الفقهي والقضائي خلال القرون الأربعة الماضية ، وهي ليست قواعد قانونية بالمعنى الدقيق ، ومن ثم ليست من أحكام القانون الدولي الملزمة التي يجب علينا اتباعها ، وإنما هي أصول وضوابط للإرشاد والهداية ، وقد أطلق عليها وفاق قانون المعاهدات مسمى « الطرق المساعدة أو المكملة في التفسير » وأتاولها فيما يلي بكلمة عاجلة .

ضوابط من خارج النص Extrinsic-Extrinsèque

١ - الأعمال التحضيرية (٣) : ويمكن أن تلجأ إليها لفهم نص المعاهدة

(١) راجع ص ١١٠ وما بعدها .

(٢) سبق أن ذكرنا أنه إذا كان الاشتراك بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحى شرعى يراد به المعنى الاصطلاحى . ويرى أوبنهايم أنه إذا حررت معاهدة بأكثر من لغة - وكانت كلها صينياً رسمية - وكان ثم خلاف بين النصوص ، فإن كل طرف يلتزم بالمعنى الذي يؤدي إليه النص المكتوب بلفته هو . بيد أن محكمة العدل لم تتحمس لهذا الرأي في قضية مافروماتس عندما ووجهت بالخلاف في المعنى بين النص الإنجليزي **Public Control** والنص الفرنسى **Contrôle Public** ، حيث كان مؤدى النص الأخير أضيق من النص الأول . وقد قبلت المحكمة المعنى الذي يعنيه النص الإنجليزي بوصف أنه يشمل النص الفرنسى ولا يلغيه .

- أنظر الغنيمي ، المرجع السابق ص ٥٥٤ - ٥٦٤ . وراجع نص المادة ٢٣ من وفاق قانون المعاهدات .

(٣) كان الفقه الأنجلوسكسونى متحيزاً ضد هذا الضابط في التفسير ، متأثراً في ذلك باتجاهه في تفسير التشريعات الداخلية ، بيد أن دائرة الخلاف بشأن الاستفادة بالأعمال التحضيرية في تفسير المعاهدة قد ضاقت بعد أن تبنت محكمة العدل هذه المشكلة لقرابة نصف قرن .

من حيث إنها هي التي تكشف عن الجهد البناء في تخيير نصوص المعاهدة ، وهي المقدمة التي سبقت تحرير المعاهدة ، ومن ثم فإنها حرية بأن تعين على تفهم قصد العاقدين وأهدافهم ، والاتجاه إليها في التفسير يحد من السلطة التقديرية للقاضي ، فهي كثيراً ما تكون بديلاً عن طرق أخرى للتفسير ، وهي أيضاً مُعَيَّنَةٌ على أن يكون التفسير أكثر موضوعية . إن المعاهدة غالباً ما تكون توفيقاً بين مصالح حيوية وسياسية ، ولذا فمن المفيد أن نرجع إلى الأعمال التي تجلج كيف تصارعت الأفكار حتى وصلت إلى هذا التوفيق ، إن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية يعني إيجاد التوازن بين النص النهائي للمعاهدات وبين الوثائق التي تجمعها تحت اسم الأعمال التحضيرية *Travaux Préparatoires* ، وليس معنى هذا أننا يجب دائماً أن نرجع إلى هذه الأعمال . كذلك ليس الرجوع إليها بمفيد دائماً . وقد وضعت محكمة العدل الدولية قيوداً واحداً على الاستعانة بالأعمال التحضيرية ، وذلك في حالة ما إذا كانت المفاوضات قد جرت سرية ، أو كانت بين دول غير تلك الأطراف في المنازعة .

٢- ديباجة المعاهدة : *Preamble* ، وهي تتضمن عادة أهداف المعاهدة ومبادئها ، ولا سيما إذا كانت معاهدة تنشئ منظمة دولية ، ولذلك تهتم المحاكم الدولية بالرجوع إلى هذه الديباجة في كثير من الأحيان .

٣- قواعد العرف الدولي : ويفترض منهج التفسير أن الطرفين لم يقصدا إلى الاتفاق على ما يخالف قواعد العرف الدولي . كذلك يستند هذا الضابط على فكرة هي أساس كل تفسير للمعاهدة حاصلها أن النص لا يدور في فضاء ، بل هو جزء من الإطار العام للقانون الدولي في شموله .

إن العلاقة بين نص المعاهدة وبين القانون الدولي العرفي يمكن أن تتمثل في عدة مظاهر . فقد يسكت نص المعاهدة عن حكم ما ، فيفسر ذلك على أنه إحالة إلى أحكام القانون الدولي العرفي . كذلك قد يشير النص إلى معنيين : أحدهما يتفق مع أحكام العرف الدولي ، والآخر يخالف تلك الأحكام ، فإذا تساوت الحججة فضل المعنى الذي يساير أحكام العرف الدولي . لذلك يحسن ، عند عدم وجود قرينة تفيد العكس ، أن يحمل مفهوم النص على ما يتمشى مع قواعد العرف الدولي المستقرة . وقد ناز هذا البحث بشكل عملي في

خصوص شرط الدولة الأكثر رعاية . فشرط الدولة الأكثر رعاية لا يستجلب قواعد العرف الدولي إلا إذا وجد نص صريح بذلك ، وإلا فإن القرينة تنهض على العكس . وقد ناقشت محكمة العدل الدولية هذه المشكلة في قضية شركة الزيت الأنجلو إيرانية دون أن تنهى فيها إلى رأي . ومن القضايا التي فسرت فيها نصوص المعاهدة على خلاف ما يقضى به العرف الدولي ، الاستخلاف الدولي . فقد افترضت المحكمة أن المعاهدات التي تقر بالاستخلاف في الحقوق والالتزامات إنما تنسق مع نظرية الحقوق المكتسبة . فالفرض أن الدول تتعاقد بقصد المحافظة على المساواة القانونية ، ولكن هذه القرينة لا تستبعد إلا إذا قام الدليل على أن نية العاقدين قد انصرفت إلى العكس (١)

٤- تفسير المعاهدات الشارعة : فقد سبق أن ذكرنا أن فريقاً من الفقه يقسم المعاهدات إلى معاهدات شارعة ومعاهدات عقود . وهو يرى أن الأولى تحوى قواعد يحتج بها على الكافة ، ومن ثم يجب أن تفسر على أنها تضع قواعد عامة واجبة الاحترام . ففي قضية ويمبلدون دفع وكيل الحكومة الفرنسية بأن المادة ٣٨٠ من معاهدة فرساي المتعلقة بقناة كييل لا تقيم ميزة لصالح الدول الحلفاء فحسب ، بل إنها تضع قاعدة موضوعية تقرر حرية المرور لصالح العالم أجمع . وقد أخذت غالبية المحكمة بهذا النظر . وهذا ، على ما يبدو ، هو ما تبنته فتوى محكمة العدل في قضية التحفظات الخاصة بوفاق منع جريمة إبادة الجنس البشري والعقاب عليها .

٢٦٦- هذا ويفرد الفقه لمجموعة معينة من المعاهدات ، مثل المعاهدات السياسية ومعاهدات التكامل ، دراسة خاصة فيما يتعلق بالتفسير ويتسع مجال الكلام فيها بما يضيق عنه المقام هنا ، ويكفي أن أقول إن قضاء محكمة العدل الدولية ومحكمة العدل الخاصة بالجماعات الأوربية يجري - فيما يتعلق بتفسير ميثاق الأمم المتحدة ومواثيق الجماعات الأوربية ، وهي كلها من معاهدات التكامل - على عدم التقييد بقواعد التفسير التقليدية ، إذ هو أكثر ميلاً إلى التأثر بفكرة الاتحاد بين الدول أطراف هذه المعاهدات . كذلك نجد أقل أخذاً بالنظريات ذات النطاق العام منه بالنسبة لمتطلبات الحلول التي يستوحها

(١) أنظر حكم محكمة العدل في قضية *Exchange of Greek and Turkish population*, P.C.I.J., Ser. B, No. 10, p. 20 (1926).

من النظرة الشاملة لنصوص المعاهدة . وهو إذ يختار بين طرق التفسير وبين السلطات المضمرة ، ينحاز إلى فكرة السلطات المضمرة للمنظمة المعنية .

تفسير التصرفات التي تتم بإرادة منفردة

٢٦٧ - من الأمور التي يهتم بها الفقه ، في مجال التفسير ، تفسير التصرفات التي تتم بإرادة منفردة . ذلك أن الضوابط تختلف هنا عنها في تفسير المعاهدات لأن القاعدة العامة التي تحكم التفسير - بالنسبة لهذه التصرفات - هي حسن النية . ولعل أقرب هذه التصرفات صلة بالمعاهدات هي التصرفات القانونية التي تصدر عن إرادة واحدة ، وهي التصرفات التي تصدر عن شخص من أشخاص القانون موجهة إلى شخص قانون آخر ، دون أن يسهم هذا الأخير في صدورها ، وذلك بقصد إحداث آثار قانونية .

ومن الأمور التي تستأهل الاهتمام في هذا المجال ، تفسير التصرفات التي تعاقبها الدول قبولها للاختصاص الإلزامي لمحكمة العدل الدولية (١) .

تفسير المعاهدات في الفقه السوفيتي (٢)

٢٦٨ - يأخذ الفقه السوفيتي ، في تفسير المعاهدات ، بالقواعد اللغوية والنحوية ، شأنه في ذلك شأن علماء الأصول المسلمين . كذلك يلجأ إلى التاريخ والمنطق في تفهم أحكام النصوص ، ويرفض بقوة أي تفسير ملزم يقوم به جهاز دولي إذ يرفض الإقرار بهذا الاختصاص لأي جهاز أياً كان ، باستثناء محكمة العدل الدولية . أما فيما يتعلق بميثاق الأمم المتحدة فإن الفقه السوفيتي يرى أن أجهزة المنظمة هي وحدها التي تملك تفسير هذا الميثاق ، فإذا اختلفت الأجهزة كان لمحكمة العدل أن تقوم بمهمة التفسير . ولكن المحكمة لا تملك - حتى في هذه الحالة - سلطة إصدار الفتاوى الملزمة .

ضوابط تفسير القواعد العرفية (٣)

٢٦٩ - إذا سلمنا بأن العرف ، وهو واقعة اجتماعية بأصلها تولد عفواً مستقلة عن شكل محدد ، يتكون من الركنين المادى والمعنوى ، فإن تفسير

(١) راجع في ذلك دي فيشر عن مشكلة التفسير ص ١٩٩ - ٢١٣ .

(٢) النيمى ، المرجع السابق ص ٥٦٥ .

(٣) دي فيشر ، المرجع السابق ص ٢١٩ وما بعدها .

- وأنه إلى أن الكلام هنا ينصرف إلى العرف بشقيه ، العالمى والإقليمى ، إذ تنطبق

ذات القواعد على الصفتين كليهما .

العرف ينطوى على عمليتين : إحداهما هي ملاحظة الوقائع ، والثانية هي تقويم هذه الوقائع . فالملاحظة تستهدف التحقق من توافر أو عدم توافر الركن المادى . أما التقويم فيتحرى مدى تحقق الركن المعنوى . فالأمر إذن يتعلق بتحديد الطريق التي تربط بها الفكر الإنسانى ، فكرة الالتزام بالواقعة الاجتماعية ، لأن العرف لا يقوم إلا عند ما ينتهى تفسير قاعدة على أنها مرغوبة اجتماعياً من حيث إنها تمثل ضرورة قانونية ، ولذلك فإن تفسير العرف يتضمن لزاماً جانباً شخصياً ، ومن هنا نجد الخلاف الذى يدور حول توافر القاعدة العرفية ، ومن هنا أيضاً تنجم الصعوبة فيما يتعلق بتحديد اللحظة التي يولد فيها العرف ، ومن ثم فإن الكلام عن ضوابط الاجتهاد في العرف يقتضى مناقشة هذه الضوابط بالنسبة لكل ركبي العرف على حدة .

السوابق : تقريرها وإباتها

٢٧٠ - إن مهمة المفسر هنا هي انتقاء السوابق ، من بين ما جرى عليه العمل ، التي تؤيد توافر الركن المادى للعرف ، أى أن الأمر يتعلق بالوقائع المادية دون الركن المعنوى . ومن ثم فإن على المفسر أن يستبعد من بين السوابق تلك الوقائع التي كانت تستهدف القيام بعمل خيرى أو التي حصلت بقصد المجاملة ، أو التي دعت إليها علاقات حسن الجوار وأملتها الرغبة في الإبقاء على الصلات الطيبة . لذلك رفضت محكمة العدل ، في قضية الملجأ ، أن تعتمد بعض المظاهر على أنها سوابق لأنها رأت أن الذى دعا إليها كان الحرص على اعتبارات حسن الجوار والملازمة ، فخرجت بذلك عن أى تنظيم قانونى في معناه الصحيح . إن انتقاء القواعد على أنها سوابق إنما يتحدد بأوصاف معينة كامة في هذه القواعد ، وكذا بمدى استجابة المجتمع لهذه القواعد ، والذى يهم في هذه القواعد هو ألا يقطعها عمل يشهد بعكس ما تقتضيه . بيد أن هذا لا يعنى أن اختيار القواعد يتم بعناية حسابية ، لأن تفسير هذه القواعد لا يقتصر على تعدادها بل يتطلب أيضاً تدبرها ووزن مغزاها . ولكن محكمة العدل ، على ما يبدو ، لم ترع هذا القيد ، فقد ذهبت في قضية اللوتس إلى أن فرنسا سكنت مرتين ولم تعرض على إجراء محاكمات جنائية قامت بها محاكم جنائية في دول غير دولة العلم ، فكانت المحكمة بذلك

من النظرة الشاملة لتصوص المعاهدة . وهو إذ يختار بين طرق التفسير وبين السلطات المضرة ، ينحاز إلى فكرة السلطات المضرة للمنظمة المعنية .

تفسير التصرفات التي تتم بإرادة منفردة

٢٦٧ - من الأمور التي يهتم بها الفقه ، في مجال التفسير ، تفسير التصرفات التي تتم بإرادة منفردة . ذلك أن الضوابط تختلف هنا عنها في تفسير المعاهدات لأن القاعدة العامة التي تحكم التفسير - بالنسبة لهذه التصرفات - هي حسن النية . ولعل أقرب هذه التصرفات صلة بالمعاهدات هي التصرفات القانونية التي تصدر عن إرادة واحدة ، وهي التصرفات التي تصدر عن شخص من أشخاص القانون موجهة إلى شخص قانون آخر ، دون أن يسهم هذا الأخير في صدورها ، وذلك بقصد إحداث آثار قانونية .

ومن الأمور التي تستأهل الاهتمام في هذا المجال ، تفسير التصرفات التي تعاقبها الدول قبولها للاختصاص الإلزامي لمحكمة العدل الدولية (١) .

تفسير المعاهدات في الفقه السوفيتي (٢)

٢٦٨ - يأخذ الفقه السوفيتي ، في تفسير المعاهدات ، بالقواعد اللغوية والنحوية ، شأنه في ذلك شأن علماء الأصول المسلمين . كذلك يلجأ إلى التاريخ والمنطق في تفهم أحكام النصوص ، ويرفض بقوة أي تفسير ملزم يقوم به جهاز دولي إذ يرفض الإقرار بهذا الاختصاص لأي جهاز أبداً كان ، باستثناء محكمة العدل الدولية . أما فيما يتعلق بميثاق الأمم المتحدة فإن الفقه السوفيتي يرى أن أجهزة المنظمة هي وحدها التي تملك تفسير هذا الميثاق ، فإذا اختلفت الأجهزة كان لمحكمة العدل أن تقوم بمهمة التفسير . ولكن المحكمة لا تملك - حتى في هذه الحالة - سلطة إصدار الفتاوى الملزمة .

ضوابط تفسير القواعد العرفية (٣)

٢٦٩ - إذا سلمنا بأن العرف ، وهو واقعة اجتماعية بأصلها تولد عفواً مستقلة عن شكل محدد ، يتكون من الركنين المادى والمعنوى ، فإن تفسير

(١) راجع في ذلك دي فيشر عن مشكلة التفسير ص ١٩٩ - ٢١٣ .

(٢) اللغوي ، المرجع السابق ص ٥٦٥ .

(٣) دي فيشر ، المرجع السابق ص ٢١٩ وما بعدها .

- وأنه إلى أن الكلام هنا ينصرف إلى العرف بشقيه ، العالمى والإقليمي ، إذ تنطبق

ذات القواعد على الصنفين كليهما .

العرف ينطوي على عمليتين : إحداهما هي ملاحظة الوقائع ، والثانية هي تقويم هذه الوقائع . فالملاحظة تستهدف التحقق من توافر أو عدم توافر الركن المادى . أما التقويم فيتحرى مدى تحقق الركن المعنوى . فالأمر إذن يتعلق بتحديد الطريق التي يربط بها الفكر الإنسانى ، فكرة الالتزام بالواقعة الاجتماعية ، لأن العرف لا يقوم إلا عند ما ينتهى تفسير قاعدة على أنها مرغوبة اجتماعياً من حيث إنها تمثل ضرورة قانونية ، ولذلك فإن تفسير العرف يتضمن لزاماً جانباً شخصياً ، ومن هنا نجد الخلاف الذى يدور حول توافر القاعدة العرفية ، ومن هنا أيضاً تنجم الصعوبة فيما يتعلق بتحديد اللحظة التي يولد فيها العرف ، ومن ثم فإن الكلام عن ضوابط الاجتهاد في العرف يقتضى مناقشة هذه الضوابط بالنسبة لكلا ركني العرف على حدة .

السوابق : تقريرها وأبوابها

٢٧٠ - إن مهمة المفسر هنا هي انتقاء السوابق ، من بين ما جرى عليه العمل ، التي تؤيد توافر الركن المادى للعرف ، أى أن الأمر يتعلق بالوقائع المادية دون الركن المعنوى . ومن ثم فإن على المفسر أن يستبعد من بين السوابق تلك الوقائع التي كانت تستهدف القيام بعمل خيرى أو التي حصلت بقصد الجمالة ، أو التي دعت إليها علاقات حسن الجوار وأملها الرغبة في الإبقاء على الصلات الطيبة . لذلك رفضت محكمة العدل ، في قضية الملجأ ، أن تعتمد بعض المظاهر على أنها سوابق لأنها رأت أن الذى دعا إليها كان الحرص على اعتبارات حسن الجوار والملازمة ، فخرجت بذلك عن أى تنظيم قانونى في معناه الصحيح . إن انتقاء القواعد على أنها سوابق إنما يتحدد بأوصاف معينة كاملة في هذه القواعد ، وكذا بمدى استجابة المجتمع لهذه القواعد ، والذى يهم في هذه القواعد هو ألا يقطعها عمل يشهد بعكس ما تقتضيه . بيد أن هذا لا يعنى أن اختيار القواعد يتم بعمالية حسابية ، لأن تفسير هذه القواعد لا يقتصر على تعدادها بل يتطلب أيضاً تدبرها ووزن مغزاها . ولكن محكمة العدل ، على ما يبدو ، لم ترع هذا القيد ، فقد ذهبت في قضية اللوتس الى أن فرنسا سكنت مرتين ولم تعترض على إجراء محاكمات جنائية قامت بها محاكم جنائية في دول غير دولة العلم ، فكأن المحكمة بذلك

تستنبط من السكوت وعدم الاحتجاج توافر الركن المادى للعرف ، وهو منطقي منتقد لأنه لا يميز بين التعرف على الوقائع والتعرف على القانون .

التعرف على النية

٢٧١ - أبادر إلى القول بأن الركن المعنوي في العرف لا يمكن أن يكون محل إثبات مباشر . بيد أنه - كما قالت محكمة العدل في النزاع الخاص بحق المرور على الإقليم الهندي - فإن العمل الذي استمر قرابة قرن وربع القرن دون أن يتأثر بما طرأ من تغير على نظام الإقليم المعنى عندما حصلت الهند على استقلالها ، وقبول الطرفين لهذا العمل على أنه قانون . هو الذي ولدت قانوناً ملزماً في هذا الخصوص . وقد استنتجت المحكمة ، في ذات النزاع ، الركن المعنوي عن طريق تحليل مقارن للمراكز الواقعية . فقد قابلت المحكمة بين المرور لأغراض مدنية والذي سكت عنه بسبب السماح ، وبين الصور الأخرى للمرور ، كمرور القوات المسلحة الذي يقتضي الإذن المسبق . وجدير بالذكر أن القضاء لا يستبعد الركن المعنوي إلا إذا استبان أن الركن المادى غير مؤكّد . وهذا هو ما جرت عليه محكمة العدل في قضيتي اللوتس والملجأ ، أما إذا تأكد العنصر المادى للمحكمة فإنها تربط به العنصر المعنوي .

٢٧٢ - هذا وليس من الميسور أن تقوم الدور الذي يابعه السلوك السلبي في تكوين القواعد العرفية ، ذلك أن السكوت ، من حيث هو ، محل خلاف من حيث دلالة . وقد اعتبرته محكمة العدل كافياً في قضية اللوتس - لتكوين القاعدة العرفية . إننا لانستطيع أن ننكر أن العديد من القواعد العرفية المستقرة قد تكونت عن طريق السلوك السلبي ، بيد أن هذه السلبية لم تعد لها ذات فعالية التي كانت من قبل . فالمشكلة يحكمها الآن اعتباران : الأول هو سهولة المواصلات والاتصالات بحيث أصبح في استطاعة كل دولة أن تكون على علم سريع بمجريات الأمور الدولية التي يمكن أن تكتسب صفة القاعدة . والثاني هو ذلك الاتجاه المنحوظ في تصرف الحكومات بشأن الاحتفاظ بسلطة تقديرية حيال التصرفات التي تأتيها الدول الأخرى ورفض التفسيرات التي تزعمها تلك الدول الأخرى لسكوتها . ومن ثم فإنه يلزم أن نوازن بين هذين الاعتبارين عند تقويم الركن المعنوي ، وربما كانت القاعدة الأولية التي

تحقق هذا التوازن هي أنه إذا امتد السكوت لفترة طويلة كافية رغم تكرار السوابق ، فإن الركن المعنوي يفترض توافره في هذه الحالة .

٢٧٣ - وأخيراً فتحن لا يمكن أن نجد تفسير القواعد العرفية من مشكلة التطبيق المكاني لبعض هذه القواعد . فثمة مذاهب متعارضة تفرق بين الفكر الرأسمالي والفكر الاشتراكي . ففي البلاد الاشتراكية نلاحظ عداء للقواعد العرفية التقليدية التي ترعرت في ظل البرجوازية ، الأمر الذي دعا إلى تزايد أهمية المعاهدة كدليل على أحكام القانون الدولي . ويعتبر تطور الجرف القارى مثلاً موضعاً لهذه الحقيقة ، فهو يشهد بأن القاعدة قد أرسيت عن طريق التوافق الدولي ، وتبعاً فهو يشير إلى تغلب المعاهدة كأساس لتكوين العرف ، على نظرية الأساس الرضائي للعرف .

٣ - مبادئ القانون العامة

General Principles of Law Principes Généraux du Droit

٢٧٤ - كانت المعاهدات والعرف هما الأصلان الشرعيان لأحكام القانون الدولي ، وكان العرف - إلى بدايات القرن العشرين - هو صاحب الغلبة على المعاهدات كدليل على الأحكام الدولية . وإزاء عدم وضوح العرف الذي تدعى به دولة من الدول في بعض الأحيان ، فقد تكرر التجاء الحكومات للمبادئ العامة ، وقد انعكست هذه الحقيقة على ذهن واضعي نظام محكمة العدل فوجدوا أن المعاهدات والعرف لا يكفيان وحدهما لتكوين مدونة للقانون الدولي ، فأضافوا إليها « مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة » . وأول ما يتبادر إلى الذهن عند شرح مدلول هذا الأصل الشرعي ، هو أن هذه المبادئ هي أصلاً مبادئ القانون الداخلي للدول ، وأنها مبادئ لقيت قبولا عاماً كقاعدة جوهرية من قواعد العدالة ، ومن ثم فإن اعتبارها بهذه الشروط - قاعدة من قواعد القانون الدولي يبدو أمراً مبرراً . ولكن الوضع المتسلك بوضعيتها يرفض أن تلتزم الدول آلياً بمبادئ عامة مستوحاة من نظم القوانين الداخلية ، فهو لا يقبل ضمن قواعد القانون الدولي سوى ما يجد له تأييداً صحيحاً في عمل الدول . أما فقيه القانون الطبيعي

الذي يعطى للقانون مدلولاً عالمياً، والذي يرى أن كلا من القانون الدولي والقانون الداخلي قد انبثقا من نظام قانوني واحد لكي يوائم كل منهما مستويات عمل مختلفة - فإنه يقبل وحدة المبدأ الأساسي في كل من النظامين كما هو موحد في طبيعة الأشياء .

٢٧٥- وبجانب هاتين النظريتين ، توجد نظرية ثالثة ترى في المبادئ العامة قانوناً مشتركاً للشعوب جميعها ، وقانوناً بين الشعوب كذلك بوصف أن كلا القانونين هو انعكاس للآخر . وفي هذا المجال ، مجال تماثل القواعد ، يمكن أن يثور الخلاف ، فيمكن مثلاً أن نقول إن مبدأ قدسية المعاهدات مبدأ عالمي ويجب أن يكون أساساً في كل من القانون الداخلي والقانون الدولي ، ولكن ليس مطلوباً منا أن نقبل القول بأن ثمة قاعدة في النظامين تختم تعادل منافع الطرفين في حالة إبطال المعاهدة .

٢٧٦- ويقول الدكتور الغنيمي (١) إن النظرة الوضعية للمبادئ العامة نظرة غير شافية ، فهي تهدف إلى التقليل من خطر صرف وصف « المبادئ العامة » إلى العمل والأنظمة التي ليست جوهرية في الواقع ولكنها نسبية ومخفية ، فهذه قد تكون مناسبة لتصديرها إلى القانون الدولي ولكنها ليست جزءاً منه . ومن ثم نستطيع أن نقول إن هناك ، عملاً ، درجتين من المبادئ العامة : تلك التي تعتبر ، بسبب حجيتها الذاتية ، أساسية للنظم القانونية عموماً ، وتبعاً فهي جزء من قانون الشعوب بمعناه الدقيق ، وتلك التي تمتد ، بمقتضى القياس أو بغير ذلك من الأساليب القانونية ، من نظام أو نظم قانونية داخلية إلى القانون الدولي لأنها يمكن أن تزودنا بالحل العادل ، وإن لم يكن الحل الوحيد .

ومثل النوع الأول من المبادئ العامة : مبدأ « الملتزم عبد التزامه » ، وإساءة استعمال الحق ، والقواعد المنطقية في الإثبات . ومثل النوع الثاني من المبادئ العامة : التقادم ، والارتفاق ، وأوصاف الأثر بلا سبب ، وهذه يمكن أن تدخل في قواعد النظام العام التي أنف بيانها . بجانب هذا توجد مبادئ عامة خاصة بالقانون الدولي نفسه مثل : حق البقاء ، وحق

(١) المرجع السابق ص ٥٠٢ - ٥١٢ والمراجع المشار إليها بالهوامش .

الاستقلال ، وحق المساواة ، وحق الاحترام ، وحق ممارسة التجارة الدولية (١) .

٢٧٧- ونشير هنا إلى أنه ليس كل مبدأ قانوني عام معترف به في قوانين الدول المتمدينة يمكن نقله إلى القانون الدولي . فهناك مثلاً القاعدة التي تقرر أنه لا عقوبة بدون نص سابق ، فقد فشلت هذه القاعدة ، على الرغم من عموميتها في القوانين الداخلية ، في أن تصبح من المبادئ العامة الدولية . كذلك فإن هناك رأياً يقول إن تبنى المبادئ العامة ، من الصنف الثاني ، أي المستعار من القانون الداخلي ، هو أمر يلزم محكمة العدل وحدها ولكنه لا يلزم غيرها من الأجهزة القضائية الدولية .

نظرة عملية في مبادئ القانون العامة كأصل شرعي

٢٧٨- على الرغم من أن نظام محكمة العدل جعل من مبادئ القانون العامة دليلاً من أدلة الأحكام ، فإن أحكام القضاء الدولي قد استفادت بهذا الدليل في نطاق محدود ، ولعل مرد ذلك إلى أن القانون الدولي التقليدي كان يهتم أساساً بالعلاقات الدبلوماسية بين الدول فلم يكن في حاجة ماسة إلى هذا الدليل . هذا فضلاً عن أن جهات القضاء الدولي ، ومنها محكمة العدل الدولية ، تعتمد في قبول أحكامها على رضا الدول ، ومن ثم فإن هذه الجهات يجب أن تحرص كل الحرص في تطبيق مبادئ القانون العامة حتى لا تتهم بأنها تقوم بدور المشرع الدولي دون رخصة بذلك ، وإن كان الاتجاه إلى الاعتماد عليها قد بدأ يزداد الآن (٢) .

(١) ويختصر بعض الفقهاء هذه الحقوق إلى حقين هما حق السيادة وحق ممارسة التجارة الدولية ، ويكتفي آخرون بحق واحد هو حق البقاء الذي تفرغ منه باقي الحقوق ، ويضيف فريق ثالث إلى هذه الحقوق الخمسة حقاً سادساً هو توازن القوى . ويسمى ردسلوب Redlob هذه الحقوق « المبادئ الأساسية في القانون الدولي » وهو التعبير الذي أوردناه في المتن ، وهو يعددها في أربعة هي : مبدأ القوة الملزمة للاتفاقات ، مبدأ حرية الدولة ، مبدأ المساواة ، ومبدأ التضامن . راجع Redlob, Robert : Histoire des Grands principes du Droit des Gens. Paris, 1923.

- ويذهب آخرون ، مثل روسو وحافظ غانم ، إلى إطلاق تعبير « اختصاصات » بدلا من « حقوق وواجبات » .

(٢) فقد استهدفت محكمة العدل الدولية هذه المبادئ في حكم مضيق كورفو (٩ إبريل ١٩٤٩) إذ أخذت بوسائل الإثبات غير المباشرة المقبولة في جميع النظم القانونية عند تعذر الالتجاء لوسائل الإثبات المباشرة بسبب الرقابة التي تفرضها الدولة على إقليمها .

انواع مبادئ القانون العامة

٢٩٧ - يمكن تصنيف مبادئ القانون العامة في ثلاثة:

١ - مبادئ تعالج وتفسر أنواع العلاقات القانونية كافة:

لعل أوسع مبدأ من مبادئ تفسير القانون الدولي ، هو مبدأ الإنصاف . وقد نثار النقاش حول ما إذا كان هذا الإنصاف *equity* هو جزء من القانون ، أو أنه طبق *Contitithesis* للقانون في المعنى الذي تكلمت فيه المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية على قواعد العدل والإنصاف . ومن ثم فإننا يجب أن نفرق بين الإنصاف في الفكر الروماني والإنصاف في الفكر الأنجلوسكسوني وكذا الإنصاف كبدأ من مبادئ التفسير . إن الإنصاف - كبدأ تفسري - هو بلا شك من المبادئ العامة التي تأخذ بها التقنينات الحديثة كافة تحت مسميات مختلفة مثل : « العدالة » و « المنطق » و « العدالة الطبيعية » ، وبهذا المعنى طبق المبدأ في بعض القضايا الدولية (١) .

إن التفرقة بين هذه المبادئ العامة التفسيرية وبين تلك التي تشكل المادة الخام لتطور فروع القانون الدولي ، مسألة لها أهميتها في هذا العالم الذي تفرقه المذاهب الفكرية المختلفة ، ذلك أن تطبيق هذه المبادئ لا يتأثر بالخلافات المذهبية ولا يدخل في مدركها ، ومن هنا تستطيع هذه المبادئ أن تسهم مساهمة حميدة في تطور القانون الدولي .

٢ - مبادئ تضمن الحد الأدنى من العدالة :

لعبت هذه الفئة من المبادئ دوراً ملحوظاً في ضبط المبادئ المتعلقة بمسئولية الدولة . ومن هذه المبادئ : المبدأ الذي يمنع القبض على شخص أو احتجازه لمدة غير محددة دون محاكمة قضائية ، ومبدأ أن المرء لا يمكن أن يكون قاضي قضيته ، ومبدأ عدم جواز القضاء في دعوى دون إفساح المجال للخصم لإبداء دفاعه ، وقد ألح الميثاق العالمي لحقوق الإنسان إلى طائفة من هذه المبادئ في بعض مواده (٢) .

(١) من ذلك قضية *Cayuga Indians* . لقد بنى الكابوجا بعد تقسيمهم بين بريطانيا وأمريكا إثر حرب ١٨٦٢ - على الجانب الكندي ، ولذا رأى أن لهم حقاً - طبقاً للقانون الدولي والعدالة - في أن يحصلوا على نصيب من الممتلكات المحتوية التي تؤذيها الولايات المتحدة طبقاً لعاهدة بينها وبين بريطانيا .

(٢) مثل المواد ٩ - ١٢ .

٣ - مبادئ موضوعية ترشحها حججها في القوانين الداخلية لأن تصدر

لقانون الدولي :

وهذه هي أكثر المبادئ إثارة للجدل بسبب غموض نطاقها وميوعة حدودها ، ولذا فإن لعلم القانون المقارن ، في هذا المجال ، أهميته الخاصة . ومثال هذه المبادئ ، مبدأ الإثراء بلا سبب *unjust enrichment* . وهو من المبادئ التي تبتها التقنينات الحديثة (١) . وتقوم فلسفة هذا المبدأ على أنه لا يجوز لأحد أن يثرى نفسه على حساب الغير دون سبب قانوني ، وهي فلسفة تصلح لأن تصدر إلى القانون الدولي . بيد أن مفهوم التعبير « دون وجه حق » يحتاج إلى أن يستعير نظرة في القانون الدولي تختلف عنها في القانون الداخلي ، ليتكيف المبدأ المذكور مع متطلبات العلاقات الدولية ، ذلك أن العدالة في علاقات الدول أمر يبدو أكثر تعقيداً وتضليلاً من نظرية السبب في القانون الداخلي : فتقدير ما إذا كانت الدولة قد أثرت على حساب دولة أخرى أو على حساب مصالح أجنبية هو من المسائل المعقدة التي تتطلب - بجانب بحث أسانيد الحق - دراسة تاريخ العلاقات السياسية والاقتصادية بين الدول . وثمة حالات مبسطة في العلاقات الدولية للإثراء بلا سبب . وذلك كان الوضع في قضية *Lena Goldfields* التي تتلخص وقائعها في أن الحكومة السوفيتية اتفقت مع هيئة أجنبية على تطوير مناجم للذهب في روسيا ، ولكنها استولت على هذه المناجم فيما بعد ضمن حركة التأميم التي قامت بها . وقد حكمت محكمة التحكيم بأن الاتحاد السوفيتي أرى بلا سبب باستيلائه على هذه المناجم دون دفع مقابل الموجودات والخبرات التي استخدمت في العمل (٢) .

٢٨٠ - بيد أن الأمر لا يرد بهذا اليسر في العلاقات الدولية ، وربما كان مبلغ المقابل الذي يدفع لقاء تأميم مصالح أجنبية هو من أكثر الأمور الخلافية في الفقه بما لا يتسع المجال هنا لمناقشته . ويرى الدكتور الغنيمي أن مبدأ الإثراء بلا سبب هو من المبادئ التي يمكن أن ترقى الفتق بين المذاهب الفكرية التي ينقسم إليها عالم اليوم . كذلك فإننا يمكن أن نستفيد من هذا

(١) عرفت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ ، كما أقرته القانون المدني المصري .

(٢) *Lena Goldfields Arbitration, 1929-30, Annual Digest, Case No. 1.*

المبدأ لتنسيق العلاقات بين الدول الراية والدول النامية . فليس خافياً على أحد أن الدول الراية استطاعت ، خلال حقبة ممتدة من الاستعمار ، أن تحصل على مزايا ومنافع اقتصادية ما كان يتيسر لها أن تحصل عليها لو أن مبادئ المساواة المقبولة كانت هي التي تحكم علاقة هذه الدول الراية بمستعمراتها . فلو أننا نظرنا إلى عقود الامتياز التي منحت لرعايا بريطانيا في الشرق العربي أثناء السيطرة البريطانية على المنطقة ، لماننا انثراء غير المشروع الذي عاد على بريطانيا من جراء هذه العقود على حساب دول المنطقة . وهذا يصدق على وضع هولندا في أندونيسيا ، والولايات المتحدة في المنطقة الأمريكية وكثير غيرها . صحيح أن المصالح العامة والخاصة للبلاد المستعمرة قد استفادت نتيجة هذا الاستغلال ، بيد أن موازنة الوضعين تسفر عن أن الأمر لم يكن عادلاً ، وأن ما كسبته الدول الراية قد فاق بكثير ما حققته الأقاليم النامية (١) .

٤- أقوال كبار الفقهاء (٢)

٢٨١- أورد نظام محكمة العدل أقوال كبار الفقهاء كأصل احتياطي لأحكام القانون الدولي ، مسوياً بينها في المرتبة وبين أحكام المحاكم ، فكلاهما ليس دليلاً أصلياً على الأحكام . بيد أن أقوال كبار الفقهاء كثيراً ما تمارس سلطة أدبية لها قيمتها في تفهم أحكام القانون الدولي (٣) ، بيد أنه لا ينبغي

(١) لهذا طالب الدكتور النعيمي في مؤلفه « نظرات في العلاقات الدولية العربية » للدول الغربية بأن تقدم المساعدة الاقتصادية للدول الفقيرة ، وأن هذا الالتزام يكون قاعدة من قواعد القانون الدولي المعاصر .

(٢) يقابل أقوال كبار الفقهاء في القانون الدولي الحديث ، قول الصحابي كأصل شرعي . والصحابي عند جمهور الأصوليين في الشريعة الإسلامية ، مسلم طالت صحبته مع النبي . . متبهاً إياه كالحلفاء الراشدين . وقال بعض الأصوليين : الصحابي من آمن برسول الله قبل الحديبية ، وكانت الملكة الفقهية متوافرة لديه . . وعند جمهور المحدثين : الصحابي من لقي النبي مسلماً ومات على إسلامه ولو تجللت ذلك ردة . وينقل الأمدى أن الجميع على وفاق في أن قول الصحابي في مسائل الاجتهاد ليس بحجة على غيره من الصحابة المجتهدين ، أما قول الصحابي الذي يضاف إلى زمن النبي فهو حجة اتفاقاً لأنه يعتبر سنة مروية عن الصحابي - أنظر بدران أبو العيين بدران ، المرجع السابق ص ٣٧٢ - ٣٧٥ . ومن ثم فإن قول الصحابي فيما يدرك بالقياس والرأي ، وهو المادال لأقوال كبار الفقهاء ، محل خلاف : فالبعض يأخذ به والبعض يلتفت عنه ، شأن الحال في الفقه الدولي المعاصر .

(٣) ففقيه مثل جيدل كان له أثر خلاق فيما يتعلق بتطوير أحكام قانون البحر . وقد كسب فقهاء آخرون سمعة عالمية تؤهلهم للقيام بدور مماثل .

الإغضاء عن العوامل الشخصية التي تؤثر على الفقيه في إبداء آرائه ، فكثيراً ما يعكس الرأي الفقهي تحيزاً وطنياً أو شخصياً ، فبعض الفقهاء الإنجليز تسيطر عليهم فكرة الإمبراطورية البريطانية وسيادة إنجلترا على البحار . كما تأثر كثير من فقهاء إيطاليا بفكرة الجلسية والقومية ، إذ هي التي قامت عليها وحدة إيطاليا . ومعظم فقهاء القانون الدولي في أوروبا الغربية متأثرون في كتاباتهم بنظرية سيادة الأخلاق الدينية المسيحية : ونقول إن أمثل المبادئ للقانونية في هذا الصدد واردة في الشريعة الإسلامية ، وقوامها التسامح وعدم التعصب والسمو ، ولا عجب فهي شريعة عامة للناس كافة ، لا فرق بين عربي ولا أعجمي ولا أسود ولا أصفر ولا بين شعب وآخر . ومع ذلك فإن الاستناد إلى آراء الفقهاء لتأييد مفهوم معين يشكل عملاً واسع الانتشار ، وكثيراً ما أخذت محكمة العدل بهذه الآراء دون أن تشير إليها في أحكامها التي تحرر مسودتها بطريقة جماعية (١) .

٥- أحكام المحاكم Judicial Decisions

٢٨٢- ذكرنا أن أحكام المحاكم لا تعتبر دليلاً أصلياً على أحكام القانون الدولي ، وأن نظام محكمة العدل جعل منها أصلاً احتياطياً (٢) : بيد أن ثمة حالات ينظر فيها إلى هذه الأحكام على أنها دليل له حججته لبيان حكم القانون ، ولا شك أن تواتر الأحكام على معنى معين لا بد أن يكون له معقبات هامة في القانون .

وأحكام المحاكم على أنواع ، فمنها أحكام هيئات التحكيم (٣) Arbitral tribunals التي تحتوى مادة القانون الدولي على جمع ضخم منها ،

(١) ومن الأدلة التي يمكن القول بأنها تشبه آراء الفقهاء ، مشروعات المواد التي تعدها لجنة القانون الدولي ، وتقارير تلك اللجنة ، ومشروعات هارفارد ، وقرارات معهد القانون الدولي ، وغير ذلك من الجهات العلمية .

(٢) نشير هنا إلى أن الفقه الإسلامي لم يعتمد كثيراً في تشكيل نظرياته وصياغة مبادئه على أحكام المحاكم ، وإن كان هذا الفقه لا ينكر قيمة تلك الأحكام التي لعبت دوراً ضئيلاً كأصل شرعي للأحكام الإسلامية .

(٣) أنظر مقالا بالفرنسية عن « اللجوء إلى التحكيم الدولي » للدكتور إبراهيم محمد العناني ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني من السنة الثانية عشرة . وقد جاء هذا المقال أن محكمة العدل الدولية أفتت بأن هيئة الأمم المتحدة شخصيتها الدولية ، الأمر =

وأشارت محكمة العدل إلى بعضها في قليل من أحكامها ، ومنها أحكام محكمة العدل الدولية في عهدها . إن مهمة هذه المحكمة ، في المقام الأول ، هي تطبيق القانون وليس خلقه ، ومع ذلك فإن الحكم الذي تصدره يجمع آراء قضائها ، لا بد أن يكون له أثره على تطور القانون الدولي . ولعل خير مثال على ذلك ، الآثار الحاسمة التي كانت لأحكام وفتاوى محكمة العدل الدولية منذ عام ١٩٤٧ ، في خصوص التعويضات التي تحق للأمم المتحدة أن تقتضيها ، وجرمة إبادة الجنس البشري ، والمصائد - على القانون الدولي العام . وقد كانت هذه الأحكام أساساً لاجتهاد لجنة القانون الدولي في تقنين الأحكام الخاصة بالموضوعات المقابلة ، وإن لم تأخذ اللجنة ببعض ما انتهت إليه المحكمة من رأى .

٢٨٣ - وقد جاءت عبارة المادة ٣٨ - التي اعتبرت أحكام المحاكم دليلاً احتياطياً - مطلقة ، ومن ثم فإنها تنصرف إلى أحكام المحاكم الداخلية بقدر ما تنصرف إلى أحكام المحاكم الدولية . ولذا نجد كثيراً من الفقهاء يشيرون ، في دراستهم لموضوع يعينه من مواضيع القانون الدولي ، إلى أحكام المحاكم الداخلية . وقد ساهمت هذه الأحكام في توضيح بعض الأفكار الدولية مثل الاعتراف بحالة الحرب وبالحكومات والدول والاستخلاف الدولي والحصانة الدبلوماسية وتسليم المجرمين وجرائم الحرب والاحتلال الحربي وقانون الغنيمة ، بيد أنه يجب ألا يغرب عن البال أن قيمة هذه الأحكام في الاستدلال تختلف من محكمة إلى أخرى وفق إمكانيات المحكمة وتعمقها في دراسة الموضوع (١) .

الذي يتأى إلى القول بأهليتها لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات ، وأن لها أن تطالب بحقوقها من طريق الادعاء الدولي . كما جاء به أن اللجوء إلى التحكيم هو « acte juridique international fondé sur un acte conventionnel antérieur entre les parties. Cet acte est l'engagement de recourir à l'arbitrage. Les parties sont les personnes juridiques internationales. »

(١) يرى القائلون بثنائية عناصر العرف أن أحكام القضاء الدولي والداخلي تعد من عوامل تكوين العرف بوصفها من الوسائل التي تدل على وجود العنصر المعنوي اللازم لتكوين الحكم المستند من العرف - حامد سلطان ، المرجع السابق ص ٥٦ .
- هذا ومن الأحكام التي لها أهميتها في النطاق الدولي ، أحكام المحاكم العليا في الدول الاتحادية ، مثل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية والمحكمة الاتحادية السويسرية ، حيث يوضح المجال أمامها للفصل في المنازعات التي تنور بين الولايات . وهذا النوع من المنازعات له طابعه الذي يمكن أن يستفاد به في المنازعات الدولية بسبب توافر العنصر الدولي فيها إلى درجة لا بأس بها .

ويمكن أن ندرج ضمن المحاكم التي يعتد بأحكامها كأصل ثانوي ، أحكام المحاكم العسكرية ، وتأتي في القمة منها محكمة نورمبرج وطوكيو اللتان كان لأحكامهما مغزى عميق الأثر في القانون الدولي .

وأحكام المحاكم وما لها من حجة الشيء المقضي فيه بالنسبة للنزاع الذي فصلت فيه ، ومحاولة المحاكم أن تسير على ما سبق لها أن قررت من مبادئ في منازعات سابقة ، كثيراً ما يدفع أشخاص القانون الدولي العام ذوى الإرادة الشارعة إلى إضفاء صفة القانون على تلك المبادئ .

٢٨٤ - ويعتبر رجوع محكمة العدل إلى أحكامها السابقة من أظهر مميزات نشاط تلك المحكمة ، فكثيراً ما تقول في حكم أو رأى لاحق إنها قررت مبدأ ما أو تبنت نظرية بعينها في حكم أو رأى سابق . ومثال ذلك قضية اللجنة الأوروبية للدانوب (١) . بل إن المحكمة ذهبت إلى أكثر من هذا فنجدها تقول إنه ليس من شيء استجد كشيء تغير ما سبق أن أخذت به من آراء . وفي قضية ما فروماتس ترددت المحكمة في أن تكون بتطبيقها شروط الانتداب على فلسطين قد تناقضت مع الرأى الذي أبدته في فتواها الخاصة بمراسيم الجنسية في تونس ومراكش . كما خصصت المحكمة جزءاً كبيراً من حكمها في قضية الرهون الصربية لبيان أن ما أحاله إليها اتفاق التحكيم بعيد عن المبادئ التي قررت في أحكامها السالفة في هذا الموضوع وأحالت الطرفين إلى ما سبق أن قالته في تلك الأحكام . بيد أنه يجب ألا يفهم من ذلك أن المحكمة سارت على الفكرة الأنجلوسكسونية التي تعطى للسوابق حجية فيما يلي من منازعات ، إذ أن المحكمة لم تذهب إلى أنها ملزمة باتباع المبادئ التي تضمنتها أحكامها السابقة ، وإنما جرت على احترام تلك المبادئ .

٢٨٥ - هذا ويرتبط الكلام على أحكام المحاكم كدليل من أدلة أحكام القانون الدولي ، بقضية الفراغ في أحكام هذا القانون **Lacune** .

ويقصد بالفراغ في القانون الدولي ، قصور المعاهدات والعرف عن تقديم الحل المطلوب للمشكلة المطروحة أو النزاع المعروض (٢) . ويمثل (١) وهي المنازعة التي ثارت بعد إعادة تنظيم الريخ موحداً فقد أصرت ألمانيا مع ذلك على أن يبقى لها مثلان في اللجنة .

(٢) Siorat, Lucien : Le Problème des Lacunes en Droit International, Paris 1958, p. 23.

النزاع مشكلة من المشاكل التي يمكن أن يقابلها القاضي عند الفصل في نزاع ما (١). والذين يقرون فكرة الفراغ في القانون الدولي يفرقون - في موقف القاضي من هذه المشكلة - بين ما إذا كان القاضي قد اكتسب اختصاصه من القانون العام **Compétence de droit commun** أو من اتفاق الطرفين **Compétence d'attribution**. ففي الحالة الأولى تعود إلى القاضي سلطة تحديد نطاق اختصاصه وطبيعة الوظيفة التي يؤديها. أما في الحالة الثانية فإنه لا يقوم بدور القاضي في مفهومه الدقيق، بل يطلب إليه أن يحكم في الدعوى طبقاً لقواعد العدل والإنصاف (٢)، ولذا فإن الاختصاص العادي للقاضي هو تنظيم أحد النظم الدولية العامة، حالة أن الاختصاص الاستثنائي للقاضي هو أحد النظم الدولية الخاصة. وإذا كان الفراغ يعني قيام حالة لا يتضمن العرف ولا تتضمن المعاهدات لها حلاً، فإن القاضي يملك ملء هذا الفراغ استناداً إلى أن ذلك هو اختصاص ضمنى لازم له لممارسة وظيفته القضائية، ومن ثم فهو ليس في حاجة إلى نص صريح يخوله هذا الاختصاص. وهنا تكون مهمة القاضي تطوير التنظيم القائم طبقاً لمتطلبات المنطق والعدالة مستعيناً بضوابط الاستنباط أو التفسير. وتجب التفرقة بين مشكلة الفراغ وبين مشكلة أخرى ترتبط بها، هي واجب القاضي أن يفصل في نزاع لا يجد له حكماً في القانون. وإذن فإن مشكلة موقف القاضي من النزاع الذي لا يجد له حلاً في القانون تثير ما إذا كان على القاضي، في هذه الحالة، أن يحكم لمصلحة الدولة المدعى عليها أو أن يملأ الفراغ بطريقة من طرق الاستنباط القانونية، أو أن يمتنع عن الحكم في الدعوى، وهو ما يمكن أن يعتبر إنكاراً للعدالة **dénie de justice**. وبدهي أن هذه

(١) من المشاكل الأخرى التي يمكن أن يقابلها القاضي، مشكلة غموض القاعدة القانونية وعدم انسجام مفهومها منطقياً أو اجتماعياً.

(٢) تنص المادة ٢/٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية على أنه لا يترتب على النص على أن وظيفة المحكمة هي أن تفصل في المنازعات وفقاً لأحكام القانون الدولي «أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متى واثق أطراف الدعوى على ذلك»، وهذا معناه تفويض القاضي سلطة الفصل في الدعوى طبقاً لما يقدره عادلاً، وهذا في رأي الكثيرين يعتبر مهمة خلاقة شبيهة بالدور الذي تؤديه الدول أنفسها في خلق قواعد القانون، لأن القاضي لا يتقيد في هذا الشأن بالقانون القائم. وواضح أي هذه السلطة الاستثنائية لا يملكها القاضي إلا بناء على اتفاق صريح بين طرفي المنازعة.

المشكلة تثار في حالة ما إذا لم يتفق الطرفان على إجلاء القاضي أن يحكم في الدعوى طبقاً لقواعد العدل والإنصاف.

٢٨٦- ولكن فريقاً من الفقهاء ينكرون وجود مشكلة الفراغ في القانون الدولي ويرى أن القائلين بهذه الفكرة قد أساءوا فهم الأمور (١). ذلك أن قاعدة القانون الدولي لا تعدو أن تكون واحدة من اثنتين: قاعدة تلتزم الدولة بواجب ما، وقاعدة تضمن حرية الدول في تصرف ما، ومن ثم فليس هناك فراغ بالمعنى الصحيح حتى في النظام القانوني البدائي. ومع ذلك فإن القانون الدولي الوفاقي، ومع القضاة الدوليين، يتكلم عن وجود فراغ أصيل، فنجد مثلاً أن معاهدة التحكيم والتوفيق الألمانية السويسرية، التي أبرمت في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣، تنص في مادتها الأولى على أنه للمحكمة - في حالة وجود فراغ قانوني - أن تحكم في الدعوى طبقاً للمبادئ القانونية التي يرى أنها يجب أن تكون من بين قواعد القانون الدولي، مستوحية في ذلك الحلول التي يقول بها الفقه والقضاء. والقول بوجود فراغ قانوني يضع، من الناحية السياسية القانونية، قيداً على السلطة التقديرية للدول ذات السيادة، في الوقت الذي تعتبر فيه هذه السلطة سمة من سمات القانون الدولي. هذا فضلاً عن أنه يزعم مبدأ شرعية التنفيذ، وهو المبدأ الذي يقرر أن تنفيذ المبادئ الفرنسية في نطاق القواعد العامة التي تخضع لها. على أنه يمكن القول بأن نوعاً من الفراغ القانوني غير الأصيل **non authentique**؛ وذلك عند ما يخلو الوفاق الدولي من تنظيم موضوع كان يجب أن ينظمه، مثل سكوت عهد عصبة الأمم عن كيفية إنهاء نظام الانتداب، وسكوت ميثاق الأمم المتحدة عن أحكام الانسحاب من العضوية. ولكن هذا لا يثير مشكلة الفراغ القانوني في المفهوم الذي يقول به الفقه، لأن الأمر هنا يقتضي وضع قاعدة جديدة لتنظيم ما جرى السكوت عنه وليس ملء فراغ قانوني. وهذا مثلاً ما فعله مجلس عصبة الأمم المتحدة - بالنسبة للانتداب - بمناسبة حصول العراق على استقلالها.

(١) **Paul Guggenheim : Les principes de l'ordre juridique en droit international.**

مجموعة محاضرات لداي ١٩٥٢، ص ١٢٩.

٢٨٧ - والصحيح أن مشكلة الفراغ القانوني ليست مشكلة أصيلة في القانون الدولي لأن الأصل في الأشياء هو الإباحة ، فكل ما سكت عن حكمه يعتبر مباحاً طبقاً لهذا الأصل . والإباحة هنا إباحة قانونية تستند إلى مبدأ قانوني (١) ، وهذا هو المبدأ الذي تأخذ به النظرية الإسلامية . وثبتت الإباحة - في الفقه الإسلامي - بالنص الشرعي على إباحتها ، كما ثبتت بالإباحة الأصلية ، فالأصل في الأشياء ، كما ذكرنا في الكتاب الأول ، هو الإباحة ، فإذا لم يدل دليل شرعي على حكم معين في فعل من الأفعال فحكمه الإباحة بالبراءة الأصلية .

سلطة القضاء في مواجهة النقص في قواعد القانون الدولي

٢٨٨ - يذهب رأي (٢) إلى أنه ينبغي رفض كل فكرة تؤكد أن النظام القانوني الدولي هو نظام كامل لا يعنونه نقص ولا يوجد فيه فراغ . ذلك أن هذا النظام ، شأنه شأن كل مجموعة قواعد تنظم روابط معينة ، هو بالضرورة غير كاف لمواجهة كل العلاقات الدولية المتميزة بتطورها الدائم والتي تفرز الكثير من الحالات التي تفتقر إلى قواعد قانونية تحكمها ، ذلك أن القواعد القانونية التي يشتمل عليها النظام القانوني الدولي إلى الآن إنما هي القواعد التي فرضها الدول بإرادتها في شكل اتفاقات تحكم علاقات معينة ومحدودة ، وهي بهذه المثابة قاصرة عن مواجهة الحالات الجديدة التي نشأت بين الدول كآثر لنمو روح التعاون بينها ولا سيما في الأعوام الأخيرة . ومحكمة العدل الدولية ، بوصفها هيئة من هيئات القانون الدولي ، عليها تبيان حكم القانون في كل حالة تعرض عليها ، فإذا وجدت صعوبة في الكشف عن قاعدة وضعية لمواجهة حالة من الحالات ، فإنها لا تملك التخلي عن الحكم بحجة عدم وجود قاعدة مكتوبة أو قاعدة عرفية ، لأنها - وهي المنوط بها سلطة الفصل في المنازعات وسلطة إعطاء الفتاوى الاستشارية - منوط بها كذلك ، بحكم دورها ، سلطة خلق القواعد الجديدة . وهذه السلطة هي

(١) الدكتور حامد سلطان ، أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ، المرجع

السابق ص ٥٣ .

(٢) الدكتور مفيد شهاب ، دور محكمة العدل الدولية في تفسير وخلق قواعد القانون الدولي ، رسالة دكتوراه بالفرنسية ، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر ، القاهرة ١٩٦٧ ص ٢٩٥ .

جانبا من وظيفتها القضائية : ذلك أن رسالتها وحقوقها وواجباتها ، على ما يبين من نص المادة ٣٨ من نظامها الأساسي ومن الأعمال التحضيرية لهذا النص من ناحية ، ومن قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٤٧ من ناحية أخرى ، إنما تركز على الطبيعة الإنشائية لوظيفتها والدور المنوط بها في « تطوير القانون الدولي » . إن المحكمة تستطيع إذن ، طبقاً لهذا الرأي ، علاج النقص الذي تجده في النظام القانوني الدولي عن طريق خلق القواعد القانونية اللازمة لسد هذا النقص . وليس هذا مجرد رخصة للمحكمة ، بل إنه تكليف والتزام . فهي لا ترخص في إعلان « نقص القانون » ، ولا تستطيع أن تمتنع عن الحكم أو عن الإفتاء ، شأنها في ذلك شأن كل محكمة أخرى ، إذ تلزم جميعاً بمبدأ مفاده أنه متى طرح على المحكمة نزاع فإنه لا بد أن يجد له حلاً ، ومن ثم فإذا خذلت محكمة العدل ، الدول المتداعية برفضها الحكم ، أو فروع الأمم المتحدة برفضها إعطاء الفتوى ، متذرة بعدم وجود قاعدة قانونية ، فإنها تكون قد تنكرت لرسالتها في حل منازعات الدول وفي تطوير قواعد القانون الدولي .

الوسائل التي تتبعها محكمة العدل في خلق القواعد القانونية

٢٨٩ - استطاعت محكمة العدل الدولية أن تضيف للنظام القانوني الدولي قواعد جديدة عن طريق تفسير هذا النظام نفسه ، فقد رأت أن هذه الإضافة تتم بصورة أفضل إذا هي استندت إلى النظام القائم ذاته وتستررت وراء تفسير القواعد الموجودة . وهكذا اتبعت المحكمة ما كان يقول به Saleilles من ضرورة تجاوز حدود التشريع ولكن بواسطة التشريع نفسه . وقد حققت ذلك ، دون أن تفصح ، بفضل التجاها للمبادئ العامة للقانون ، سواء مبادئ القانون الدولي أو مبادئ القوانين الداخلية ، وبواسطة بعض وسائل التفسير المنطقية : التفسير بالافتراض (نظرية الاختصاصات الضمنية) أو التفسير بالقياس ، وغير ذلك من وسائل التفسير التي استطاعت بها أن تجد حلولاً لحالات غير متوقعة ولا يوجد لها حل في القواعد الموجودة ، محققة بذلك عملاً إنشائياً بالدرجة الأولى ، لا يتم بطريقة آلية ، ولا يعتمد على نظرة شخصية للمحكمة ، وإنما يراعى - في المقام الأول - اعتبارات موضوعية

تجعل القاعدة صالحة بصفة عامة ، وليست مقصورة على مواجهة الحالة المعروضة فحسب (١) .

أمثلة لاتجاه المحكمة لنظرية الاختصاصات الضمنية (٢)

٢٩٠ - في رأي محكمة العدل الاستشاري الصادر في ١١ إبريل سنة ١٩٤٩ الخاص بالشخصية القانونية للأمم المتحدة وحق الأمم المتحدة في طلب التعويض عن الضرر الذي يلحق موظفيها أثناء تأدية أعمالهم - قالت المحكمة «*Selon le droit international l'organisation doit être considérée comme possédant des Pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des Conférés à l'organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des Fonctions de celle-ci.*» (٣)

فيهذا التفسير الواسع ، وبالاتجاه على نظرية الاختصاص الضمني *Pouvoir implicite* استطاعت المحكمة أن تعترف للأمم المتحدة بسلطة المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق موظفيها (الكونت برنادوت) أثناء تأدية عمله في فلسطين ، على الرغم من أن هذه السلطة لم يرد لها ذكر سواء في الميثاق أو في أعماله التحضيرية (٤) . كما استندت المحكمة للنظرية ذاتها في رأيها الاستشاري الصادر في ١٣ يولييه ١٩٥٤ بشأن آثار أحكام المحكمة الإدارية للأمم المتحدة ، فقد قررت في هذا الرأي أن سلطة الجمعية العامة في إنشاء محكمة إدارية لموظفي الأمم المتحدة هو اختصاص ضمني لها رغم عدم ورود صراحة أو ضمناً في الميثاق أو في أعماله التحضيرية (٥) . «*Il n'ya aucune disposition expresse.*»

(١) مفيد شهاب ، المرجع السابق ص ٣٥٧ - ٣٥٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٥ وما بعدها .

(٣) وترجمة ذلك أنه « طبقاً لأحكام القانون الدولي يجب أن نعترف للأمم المتحدة بكل السلطات - التي وإن لم ينص عليها الميثاق صراحة - تعتبر ضرورية ولازمة لمباشرة المنظمة لوظائفها » .

(٤) بسبب هذا الدور الإنشائي للمحكمة ، اختلفت بعض قضائياتها مع الأغلبية التي اعتنقت هذا الرأي - أنظر الرأي المخالف للقاضي *Hackworth* ، مجلد المحكمة سنة ١٩٤٩ ص ١٩٨ - ورأي القاضي « كريلوف » ص ٢١٧ .

(٥) صدر هذا الرأي رداً على سؤال كما قد وجه للمحكمة عن إمكان عدم تنفيذ حكم صدر من المحكمة الإدارية لموظفي الأمم المتحدة مقررراً تعويضاً عن فصل تسمى لأحد موظفيها ، -

en vue de la création de corps ou d'organes judiciaires, ni d'indication contraire ... (mais) la Capacité de ce faire est nécessairement impliquée par la Charte».

التحكيم في الإسلام

٢٩١ - التحكيم ، وسيلة قديمة عند العرب لفض المنازعات بطريقة سلمية ، فالمنازعات التي بين أفراد القبيلة كان يحكم فيها شيخها ، والمنازعات التي بين قبيلة وقبيلة كان يحكم فيها أجنبي عنهما كشيخ قبيلة أخرى أو هيئة مشتركة يختارها الطرفان المتنازعان ، وهو مثيل لما يحدث اليوم من التحكيم بين دولتين إذ كانت القبيلة وحدة دولية إذ ذاك ، ومن أمثله قبل بعثة الرسول وقبل ظهور الإسلام ، التحكيم الذي حصل بين حاتم الطائي وبين زيد الخيل في بداية القرن السابع للميلاد (١) .

٢٩٢ - تحكيم النبي محمد في كل ما يجد من نزاع بين المسلمين كأمة وبين اليهود كأمة في معاهدة مكتوبة :

وذلك أن النبي لما هاجر من مكة إلى المدينة وآخى بين المهاجرين والأنصار ونظم أمور المؤمنين تحت إمرته ، بدأ ينظم ما بين هذه الأمة الإسلامية وبين غيرها من الأمم المجاورة . وبدأ باليهود الذين كانوا حول المدينة ، وذلك لما كان بينهم وبين بقية أهل المدينة ممن أسلموا ، وهم الأنصار ، من احتكاك قد يودي إلى منازعات ، وكان الفريق الأول في المعاهدة ، المهاجرون والأنصار كأمة ودولة ، والفريق الثاني اليهود كأمة ودولة ، وقد أقرتهم المعاهدة على دينهم وأموالهم لا يجبرون على الإسلام شريطة ألا يحاربوا المسلمين ولا يعينوا أحداً عليهم ، وشرط كل طرف لنفسه كما اشترط عليها ، بل تضمنت المعاهدة السياسة الداخلية والخارجية لدولة الإسلام فكأنها القانون العام بشقيه الداخلي والخارجي . والذي يعيننا من نصوصها ما كان خاصاً بالاتفاق مقدماً على التحكيم في كل نزاع يطرأ بين المسلمين واليهود ، واختيار النبي صلى الله عليه وسلم كحكم بين الطرفين على أن يقضى بما أمر

= ودفع بعدم قانونية إنشاء المحكمة الإدارية لموظفي الأمم المتحدة نفسها - أنظر *C.I.J., Rec. 1954, p. 87* . وأنظر كذلك فتوى المحكمة الصادرة في ١١ يولييه ١٩٥٠ بخصوص جنوب غرب إفريقيا ، مجلد أحكام وفتاوى المحكمة سنة ١٩٥٠ ص ١٢٨ .

(١) أنظر في هذا التحكيم ، سيدو ، خلاصة تاريخ العرب ص ٣٧ و ٣٨ .

الله من حق وعدل ، وبما يراه رسول الله ، فقد ورد في الكتاب أي في العهد أي المعاهدة ما يأتي : « وأنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حديث أو اشتجار يخاف فساده فإن مرده إلى الله وإلى الرسول » .

٢٩٣- ولما كانت هذه أول معاهدة مكتوبة في الإسلام بين الأمة الإسلامية وبين غيرها من الأمم اليهودية والنصرانية ، فقد سارت على نهجها المعاهدات التي عقدها خلفاء الرسول من بعده وقواد جيوش المسلمين ، وهي دالة على عدم صحة ما يذهب إليه بعض الفقهاء ، مسلمين أو غير مسلمين ، من أن الإسلام لا يعرف صلة تربط دولته أو دوله بالدول الأخرى إلا على أساس الحرب ، وأنه يقسم العالم إلى دار إسلام ودار حرب فقط (١) .

٢٩٤- إن هذه المعاهدة السياسية قد جاءت في الواقع ميثاقاً جمع السياسة الداخلية والخارجية للإسلام ، أي جاءت قانوناً عاماً بشقيه الداخلي والخارجي وتفوقت على كل ميثاق وكل قانون وكل سياسة إنشائية سمت حتى اليوم ، وكونت بإطلاق نصوصها عصبية من الأمم الإسلامية والأمم المسيحية واليهودية ، لم يصل إلى تحقيقها الرسل والأنبياء السابقون ولا الساسة والفقهاء اللاحقون ، وضمنت للأقليات حقوقها والتمتع بأداء شعائرها وواجبات دينها . وحققت نظرية الحرب المشروعة وحددت التدخل في غير حالة الحرب المنصوص عليها في المادة ١٦ من ميثاق عصبية الأمم واشترطت له الاستنصار وإذن أهل الحرمة . ولقد جاءت هذه المعاهدة أنموذجاً سارت على أسسه ومبادئه السامية بقية المعاهدات التي عقدها النبي والخلفاء الراشدون ومن تلى الخلافة بعدهم (٢) .

تحكيم النبي محمد فيما بين المؤمنين كأمة وبين نصارى نجران كأمة :
٢٩٥- قدم وفد نجران على الرسول بالمدينة ، وعلى رأسهم شرحبيل بن وداعة الحمداني وكانوا يمثلون ثلاثاً وسبعين قرية ومائة وعشرين ألف مقاتل على ما ذكره ابن إسحاق في سيرة ابن هشام ، وسألوه ما تقول في عيسى

(١) التفرقة بين دار الحرب ودار الإسلام وردت في كتب الفقه وبعضها أضاف إليها دار المعاهدين ، وهذا التقسيم إنما قرره الفقهاء بحكم الواقع لا بحكم الشرع .

(٢) المستشار على بن منصور ، الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ، ص ٢٠٩ وما بعدها . وانظر نص المعاهدة المشار إليها ص ٢١٣ - ٢١٤ .

فاستمهلهم حتى نزل الوحي بالآيات « إن مثل عيسى عند الله كمثل آدم خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون ، الحق من ربك فلا تكن من الممترين ، فمن حاجك فيه من بعد ما جاءك من العلم فقل تعالوا ندع أبناءنا وأبناءكم ونساءنا ونساءكم وأنفسنا وأنفسكم ثم نبهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين » فأبوا أن يقرؤا بذلك . فلما دعاهم للمباهلة والملاعبة أبوا . وقال شرحبيل إني رأيت خيراً من ملاعنتك قال ، وما هو ، قال أحكمك اليوم والليلة فهما حكمت فهو جائر . وأراد الرسول أن يستوثق من وكالة شرحبيل عن أهل نجران ، فسأل باقي أعضاء الوفد فقالوا ما علمنا في نجران من يخالف أمر شرحبيل ، ونحن وفدكم لديك وشرحبيل رئيسنا . فكأنه حكم الرسول فيما بين نصارى نجران كأمة ، وفيما بين المسلمين كأمة . وكتب الرسول كتاباً تضمن الحكم إلى أسقف أهل نجران ، ولو تأملنا فصوص هذا الحكم أو القرار لوجدناه بين وحدتين دوليتين ؛ بين أمة من المؤمنين بالمدينة وبين أمة النصارى بنجران ، وأنه ضمن لهم حرية العقيدة وبالغ في التعبير عن ذلك بمترادفات بغية تأكيد هذا المعنى ، وأنه أبى على سلطانهم ودولتهم . وقد يدل سياق القول أيضاً على أن هذا العهد دائم غير موقوت بمدة لقوله « على ذلك جوار الله ورسوله أبداً » وما داموا ناصحين مصلحين غير منحازين لظالم ولا متلبسين لظلم (١) .

نظرة في القانون الدولي

٢٩١- القانون الدولي هو نظام جزائي (٢) ، أي مجموعة من القواعد

(١) أنظر نص هذا العهد بالمرجع السابق ص ٢١٦ ، وقد روى مثله البيهقي بإسناد صحيح إلى ابن مسعود .

- وفي هذا العهد أقطع دليل على أن الإسلام لم يقم بحد السيف وأنه لم يفرض شريعته على أصحاب الأديان السابوية الأخرى بل تركهم وما يدينون - راجع ص ٣٠ - ٣١ .

(٢) الجزاء مسألة نسبية ، وليس من المتصور أن يتأثر الجزاء الذي تزود به إعادة تطبيق على الأفراد مع الجزاء الذي تستقل به قاعدة تخاطب دولاً ذات سيادة إن مهمة القانون الدولي التقليدي هي تنسيق قواعد التمايش بين الدول ، فتراه يحرم التدخل في سيادة الدولة على إقليمها ويمنع الطغيان على حقها في استثمار مواردها الطبيعية . وفي هذا النطاق من التواهي يبدو الجزاء العقابي الوسيلة اللائقة لفرض الأحكام . فإذا لم توجد سيادة عنياً تملك سلطة الجزاء ، فإن الجزاءات الأساسية التي تمارسها الدول حيال بعضها البعض تكون هي الحرب وأعمال القمع reprisals وتقع عند آخرين =

مزودة بجرائم اجتماعية منظمة يمكن تطبيقها كرد فعل لما يرتكب من مخالفات فهو إذن ، والثانون الداخلي ، من طبيعة فلسفية واحدة ، ولذلك تنور في العمل مشكلة تحديد نطاق تطبيق كل من القانونين ، وتزداد هذه المشكلة أهمية بسبب النزاع حول تحديد دائرة النشاط المحفوظ لمطلق تصرف الدول والذي أشارت إليه المادة ٧ / ٢ من ميثاق هيئة الأمم المتحدة بقولها « ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تعد من صميم السطان الداخلي لدولة ما ، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن محل بحكم هذا الميثاق ، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع » .

نظرية ثنائية القانونين Dualism : La Théorie Dualiste

٢٩٢ - يذهب أخصار هذه النظرية إلى أن القانون الدولي والقانون الداخلي نظامان قانونيان متساويان ، مستقل أحدهما عن الآخر غير متداخل = لتشمل صوراً أخرى أهمها المعاملة بالمثل *retorsion* ونعني بها أعمال التار *retaliation* والحصر السلمي *pacific blockade* والتدخل *intervention* ، وأعمال القمع ، وهي عادة أعمال غير مشروعة ، يؤذن بها استثناء لرد بها الدولة على انتهاك دولة أخرى لحقوقها . فهي صورة من صور المساعدة الذاتية *self-help* تجرى عن طريق تدخل محدود في مصالح دولة جزاء انتهاكها لمصالح الدولة المتدخلة . وهي تمن مصالح محدودة فحسب ولا تتوفر فيها نية الحرب . وحق الدول في إتيان أعمال القمع قد تأثر بالمواد ٣ / ٢ و ٤ / ٢ و ١ / ٢٣ من ميثاق الأمم المتحدة التي تفرض على الدول أن يفضوا منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية . هذا والدولة العضو في منظمة الطيران المدني الدولية يمكن أن تعاقب بجرمانها من مزايا تنظيم الملاحة الجوية ، وهذا له أهميته وتأثيره . ومن الجزاءات الفعالة الحرمان من المساعدات التي يمكن أن يقدمها البنك الدولي للإقراض والتمويل والمنظمات المنتسبة إليه أو المرتبطة به . - على أننا لا يمكن أن ننكر الحاجة إلى تطوير الجزاء في معناه التقليدي ، فياحينذا لو استطاعت الجماعة الدولية أن تجهز نفسها بقواتها العسكرية التي تمكنها من فرض إرادتها على الدول الأعضاء كبيرها وصغيرها .

- هذا وقاعدة التبادل أي المبادلة والمعاملة بالمثل مبدأ دول سبق الإسلام به القانون الدول الحديث بقرون طويلة . وأصل هذه القاعدة في الإسلام قول الله تعالى « والحرمان قصاص فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فن منع تجارتك لمنع تجارتهم ومن حاربك بسلاح كالغازات السامة مثلاً ، فحاربه بالسلاح نفسه والبادي أظلم . ويقول الإمام محمد عبده في تفسير الآية : الحرمان هي ما يجب احترامه ويجب أن يجرى فيه ، للقصاص والمساواة - تفسير المنار ج ٢ ص ٢١٢ . وقد استدل الشافعي بالآية على وجوب قتل القتال بمثل ما قتل به فإن ذبح يذبح وإن خنق يخنق .

فيه (١) . ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أن تنظم العلاقة بين كلا القانونين الدولي والداخلي على نمط العلاقة بين أي نظامين قانونيين مستقلين الواحد منهما عن الآخر . ففي الشؤون الدولية ، وهي محل تطبيق القانون الدولي العام ، ليس لأي قانون داخلي بصفته داخلياً أي سلطاناً ، ولا يمكن اعتبار قواعده بصفته هذه من قواعد النظام العام ، ولا هو ينظم التصرفات الدولية أو يرتب عليها آثارها . ولا يمكن كذلك أن يسمع من دولة في شأن دولي عذر عن إخلال بواجب دولي أو عدم إطاعة لنص من نصوص القانون الدولي العام بزعم أن قواعد قانونها تختلف عن قواعد القانون الدولي العام في هذا الموضوع ولا تسمح لها ، من ثم ، بالقيام بما عليها من واجب دولي .

نظرية وحدة القانونين Monism : La théorie moniste

٢٩٣ - ينظر أصحاب هذه النظرية (٢) ، على عكس سابقها ، إلى القانون على أنه وحدة متكاملة من قواعد ملزمة سواء أكانت ملزمة للدولة أم للأفراد أم لوحدات أخرى . فعندهم أن علم القانون هو حقل واحد من المعرفة ، والنقطة الحاسمة إنما هي معرفة ما إذا كان القانون الدولي قانوناً بالمعنى الحقيقي أولاً . فإذا تابعنا فرض أن القانون الدولي له صفة القانون فإنه يستحيل في رأيهم إنكار أن القانونين يكونان جزءاً من تلك الوحدة التي تقابل وحدة العلم القانوني ، ومن ثم فإن أية نظرية ، عدا التوحيد ولا سيما النظرية الثنائية ، إنما تعادل إنكار صفة القانون على القانون الدولي . وإذا قلنا بوحدة القانونين فطبعي أن يلي ذلك التساؤل عن أي القانونين هو الذي يعلو على الآخر ، أهو القانون الدولي أم القانون الداخلي ؟

لا يجيد البعض علوية القانون الدولي على القانون الداخلي . وعنده أن مسألة العاوية تتحكم فيها اعتبارات ليست قانونية خالصة ، بينما يؤكد البعض الآخر علوية القانون الدولي حتى في النطاق الداخلي ، الأمر الذي يزكيه الإقرار للفرد بالشخصية الدولية .

ولقد وجد بجانب هذه النظرية نظرية أخرى هي النظرية الطبيعية في وحدة

(١) حامد سلطان ، القانون الدولي العام في وقت السلم ، ١٩٦٢ ص ٢٧ .

(٢) أنظر

Kelsen : General Theory, op. Cit., 369.

Lauterpacht : The Functions of Law in the international Community 1933, p. 431.

القانونين . وعند أصحاب هذه النظرية يعتبر كل من القانون الدولي والقانون الداخلي تابعاً وفي مرتبة أدنى لنظام قانوني ثالث ، يعرف عادة بالقانون الطبيعي أو المبادئ العامة للقانون ، يعلو على القانونين وقادر على أن يحدد لكلهما نطاق مشروعيته (١) .

نظرية التنسيق Coordination

٢٩٤- تجنب أنصار هذه النظرية الخلاف الناشئ عن انقسام الرأي حول ثنائية ووحدة القانونين الدولي والمحلي ، قولا إن النتائج المنطقية لثابتين النظريتين تتعارض مع السلوك الذي تسلكه الأجهزة والمحاكم الدولية والوطنية ، إن كلتا النظريتين تفترض أن ثمة حقلاً مشتركاً يمكن فيه لقواعد القانونين الدولي والداخلي أن تعمل في وقت واحد ، ومن هنا ينتقد البعض النظريتين تعويلاً على أن النظامين لا يمكن أن يتصارعا كنظامين طالما أنهما يعملان في مجالين مختلفين ، وكلاهما يعلو في مجاله . ومع ذلك فقد يوجد التنازع بين الالتزامات كعجز الدولة على المستوى المحلي في أن تتصرف على النحو الذي يتطلبه القانون الدولي ، وعندئذ لا يفقد القانون المحلي مشروعيته وإنما تترتب المسؤولية على الدول في الحقل الدولي . وقد نادى روسو بمثل هذه الآراء واصفاً القانون الدولي بأنه قانون تنسيق وتعايش ، فهو لا يرتب الإلغاء الآلي للقواعد الداخلية التي تتناقض مع قواعده . إن هؤلاء الفقهاء يفضلون الواقع العملي على النظريات وهو ما يستأهل أن نعرض له في عجالة .

نظرة في العمل الدولي

٢٩٥- إذا أردنا أن ندين مدى تطبيق المحاكم المحلية لقواعد القانون الدولي ، فيجب أن نفرق بين القواعد العرفية والقواعد الاتفاقية الدولية من ناحية ، وبين القانون التشريعي والقانون الذي يصنعه القضاء من ناحية أخرى ، يفرق العمل البريطاني الحالي ، في الرأي الراجح ، بين القواعد العرفية الدولية والقواعد الاتفاقية الدولية ، فيعتبر الأولى جزءاً من قانون البلاد وتطبيقها المحاكم المحلية بهذا الوصف مقيدة بقيدتين : - (أ) ألا تخالف القواعد التشريعية سواء أكانت هذه القواعد التشريعية سابقة أم لاحقة على القاعدة العرفية المعنية .

(١) Rousseau, Charles : Droit international public, paris 1969, pp.

(ب) إذا حددت المحاكم البريطانية العليا فحوى القاعدة العرفية فإن على المحاكم البريطانية الأخرى أن تنقيد بهذا التفسير .

ويجري القضاء البريطاني ، في تفسيره للقاعدة القانونية ، على محاولة تفسير النصوص التشريعية تفسيراً يتفق مع أحكام القانون الدولي ، هذا ما لم يكن النص صريح المخالفة لأحكام هذا القانون . كذلك فإنه لا يعامل القانون الدولي ، من حيث الإثبات ، معاملة القانون الأجنبي بمعنى أنه يتطلب إثبات هذا القانون بطريقة رسمية ، بل يتحرى أحكامه من مصادر الاستدلالية المختلفة .

بيد أن أوضاع تختلف بالنسبة لمحكمة الغنائم البريطانية لأنها محاكم أقيمت خصيصاً لكي تطبق أحكام القانون الدولي . فقد قررت هذه المحاكم في حكمها الصادر في القضية المعروفة باسم قضية زامورا *The Zamora* أن محاكم الغنائم لا تتنيد باللوائح التي تخالف أو تغير من أحكام القانون الدولي ، ولكنها بطبيعة الحال تلتزم بتطبيق القوانين التشريعية ولو خالفت أحكام القانون الدولي .

٢٩٦- هذا عن القواعد العرفية ، أما بالنسبة للقواعد الاتفاقية الدولية فإن القضاء يضع في اعتباره المبادئ الدستورية التي تحكم العلاقة بين السلطة التنفيذية وبين البرلمان ، ولذلك استقر على القواعد التالية :

المعاهدات التي تمس الحقوق الخاصة للرعايا البريطانيين ، أو التي تتضمن تعديلاً للقانون العام ، أو التشريع ، أو غير ذلك من النصوص ، أو التي تضمن سلطات إضافية على التاج ، أو التي تلتقي أعباء مالية إضافية على الحكومة البريطانية ، وكذا المعاهدات التي ينص فيها صراحة على ضرورة تصديق البرلمان عليها ، والمعاهدات التي تتضمن تنازلاً عن الإقليم البريطاني - كل هذه يجب أن تمهر بموافقة البرلمان .

وطبقاً لقرار أصدره مجلس اللوردات فإن المعاهدة التي تصدر بتشريع تعلو على ما سبقها من تشريعات محلية خالصة .

٢٩٧- ويتفق العمل الأمريكي تقريباً ، بالنسبة للقواعد العرفية ، مع العمل البريطاني ، ولكنه يختلف معه اختلافاً جذرياً فيما يتعلق بالقواعد الاتفاقية ، ويرجع ذلك إلى نص الدستور الأمريكي الذي يقرر أن

المعاهدات تعتبر القانون الأعلى في البلاد . فإذا كانت المعاهدة متفقة مع أحكام الدستور ولا تقتضي استصدار تشريع لإعمالها لأنها قابلة للتنفيذ بذاتها **executing** فإنها تعتبر ، طبقاً للدستور ، جزءاً من قانون الولايات المتحدة الأمريكية ، أما المعاهدات التي يتطلب تنفيذها إصدار تشريع أي أنها **non-self-executing** فإن المحاكم الأمريكية لا تعتبر نفسها ملزمة بها إلا بعد صدور التشريع اللازم لإعمالها .

٢٩٨ - وإذا خرجنا عن النطاق الأنجلوسكسوني ، نجد أن العمل الدولي يتباين تبايناً جوهرياً ، ويمكن مع الاعتراف بعدم دقة التعميم في هذا المجال . القول بأن العمل الدولي ينتجى الاتجاهات العامة التالية (١) :

١ - تطبق القواعد العرفية الدولية ، في معظم البلاد ، على أنها من قوانين البلاد دون حاجة إلى إجراء معين يدمجها . شريطة ألا تخالف القانون المحلي الجاري العمل به . والقلة من الدول هي التي تتطلب : لإدماج هذه القواعد ضمن القانون المحلي . اتخاذ إجراءات معينة .

٢ - ليس هناك اتفاق بين الدول فيما يتعلق بأحكام المعاهدات ، فكل دولة نظامها في شأن الأخذ بأحكام المعاهدات ضمن القانون الداخلي . فإذا ما أصبحت المعاهدات تشريعاً داخلياً طبقاً لما يرسمه القانون الداخلي من قواعد لذلك ، فإن القلة من الدول هي التي تقدم قواعد المعاهدة على أحكام التشريعات المحلية السابقة أو اللاحقة على صدور هذه القواعد (٢) ، والغالبية من الدول لا تقر للمعاهدة نفسها بعلوية على تشريع الدولة وإنما تخضع المعاهدة في ذلك لقواعد التفسير التي تحكم التشريع عموماً .

موقف القضاء الدولي من القانون المحلي

٢٩٩ - إن القول بأن المحاكم الوطنية يجب أن تولي اهتمامها الأول إلى القانون المحلي لا يعنى إعفاء الدولة المعنية من مسؤوليتها عن تنفيذ التزاماتها الدولية ، ولذلك فإن المحكمة الوطنية التي تطبق قاعدة محلية تخالف القانون الدولي إنما تنهك بحكمها أحكام القانون الدولي ، وتبعاً فإنها تثير مسؤولية

(١) الغنيمى ، المرجع السابق ص ٢١٨ - ٢٢٤ .

(٢) تعتبر فرنسا مثلاً واضحاً للدول التي تقرر لأحكام المعاهدات ، بعد أن تصحح تشريعاً داخلياً ، بالعلوية على كافة ما يسبقها أو يلحقها من أحكام تشريعية محلية .

حولتها دولياً . ومن ثم فإن الدولة لا تستطيع - أمام القضاء الدولي - أن تصحح بقانونها المحلي لإعفاؤها من المسؤولية حتى ولو كان هذا القانون هو دستورها المحلي . وقد أكد هذه النقطة بجلاء حكم التحكيم الذي صدر في قضية السفن الفنلندية ، ولذلك فإن على الدولة التزاماً بأن تستصدر التشريعات اللازمة إنفاذاً لالتزاماتها الدولية سواء كانت تلك الالتزامات عرفية أو اتفاقية .

٣٠٠ - وهكذا نجد أن علوية القانون الدولي واضحة في العلاقات الدولية ، فهو يسمو على القانون الداخلي في هذا المجال . بيد أن هذا لا يتأدى منه القول بأن القانون الداخلي منعدم القيمة كلية أمام القضاء الدولي ، فكثيراً ما ترى المحكمة الدولية أن الفصل في نزاع دولي يقتضى منها بداءة أن تتعرف على أحكام القانون الداخلي في دولة ما ، فلو أن النزاع يدور حول ادعاء الدولة المدعية بأن مواطنها قد أنكرت عليه العدالة المحلية في الدولة المدعى عليها ، فإن هذا يتطلب بداءة النظر في أحكام القانون المحلي للدولة المدعى عليها ، وهذا هو ما يسمى بالإحالة دول الاستقبال **reference without reception** . كذلك يلجأ القضاء الدولي كثيراً إلى القوانين المحلية في الدول المختلفة لكي يتحرى تكوين قاعدة عرفية دولية ، بل قد تستعين بمحكمة دولية بالقوانين المحلية لاستيضاح إحدى النقاط الغامضة في القانون الدولي مستعملة في ذلك القياس . وقد تواجه المحكمة الدولية أحياناً بمهمة الفصل في النزاع طبقاً لأحكام القانون المحلي في دولة ما ، وطبقاً لهذه الأحكام وحدها ، والمثل البارز على ذلك هو قضية الديون الصربية التي عرضت على محكمة العدل وموضوعها النزاع الذي ثار بين بعض الفرنسيين من حملة سندات القرض الصربي ، والحكومة الصربية الكرواتية السلافية ، فقد طلب حملة السندات الفرنسيون أن تدفع لهم خدمات القرض اعتباراً من سنة ١٩٢٤ على أساس قاعدة الذهب ، بينما ذهبت الحكومة إلى أن الدفع بالعملة الفرنسية يتفق مع أحكام العقود . ولم تكن هذه مشكلة من المشاكل التي يبحث عن حلها في القانون الدولي ، ولكن الحكومة الفرنسية ، بمقتضى ما لها من حق الحماية الدبلوماسية لرعاياها ثبتت قضية حملة السندات الفرنسية ، ورفع الأمر إلى محكمة العدل الدولية بموجب اتفاق خاص أبرم بين الحكومتين ، وقد بحثت المحكمة فيما إذا كانت تختص بنظر دعوى يكون الفصل في النزاع الدائر

(الإحتذار بالجهل بالقانون - ٢٧)

فيها مقصوراً على تطبيق القانون المحلي ، وانتهت المحكمة إلى اختصاصها بها بسبب عمومية الحكم الذي تضمنته المادة ١ / ٣٦ من نظامها .
والنظرة السائدة هي أن القضاء الدولي يعتبر القانون الداخلي مجرد واقعة ولا يعطيه اعتباراً قانونياً . بيد أن ما جرى عليه عمل محكمة العدل الدولية الدائمة ، ومن بعدها محكمة العدل الدولية الحالية ، يبدو أنه لا يتفق دائماً مع هذه النظرة ، ومثال ذلك حكم المحكمة الأولى في قضية القروض الصربية (١) *Serbian Loans Case* ، وحكم المحكمة الثانية الصادر عام ١٩٥٨ في قضية *Guardianship of infants* وهي القضية التي عرض فيها على المحكمة أن تنظر في مدى اتفاق القانون السويدي الصادر في ٦ يونيو سنة ١٩٢٤ لحماية الأطفال الصغار ، مع معاهدة سنة ١٩٠٢ الخاصة بالوصاية ، حيث أخذت المحكمة بفكرة النظام العام كما هي مطبقة داخلياً واستندت إلى أحكام القضاء الدولي فيها ذهبت إليه .

القانون الدولي في الفكر الشيوعي

٣٠١ - نبادر إلى القول بأن أ.اركس وأنجلز كليهما لم يوليا القانون أهمية كبيرة ولم يخلقا أبحاثاً تتميز بالدقة في النظرية القانونية ، وإنما نلتقي في أعمالهما بين حين وآخر بفقرات تعالج القانون ، ومع ذلك فإن النظرية السوفيتية في القانون الدولي لا بد أن تتأسس على المفهوم الماركسي . ويمكن القول بأن التفسير الغالب للمذهب الماركسي يربط القانون بالدولة ، فليس من قانون بدون دولة وليس من دولة بدون قانون ، والدولة في الفكر الماركسي توند عندما يتقسم المجتمع البدائي اللاتطبق إلى طبقات متعادية : طبقة مهيمنة وطبقة مستغلة . وانطلاقاً من هذا التعريف الماركسي للقانون يمكن القول بأن ما يسمى بالقانون الدولي لا يعتبر قانوناً بالمعنى الفني إذ لا توجد طبقات في المجتمع الدولي ، كما أن القانون الدولي يقف موقف الحياد من الصراع الطبقي

(١) قالت المحكمة في هذا الحكم : *All that can be said in this respect is that the Court may possibly be obliged to obtain knowledge regarding the municipal law which has to be applied. And this it must do, either by means of evidence furnished by the parties or by means of any researches, which the court may think fit to undertake or to Cause to be undertaken.*—(1929), P.C.I.J., Ser. A, No 20.

داخل الدول بوصفها أشخاص القانون الدولي (١) . بيد أن المصالح السياسية للدول الشيوعية تدفعها لأن تعترف بالقانون الدولي كمجموعة من القواعد الملزمة التي تنظم علاقاتها مع غيرها من الدول (٢) . وحاصل القول في هذا الموضوع أن النظرية السوفيتية تؤكد دائماً وجود نظامين اقتصاديين على الصعيد العالمي على طرفي نقيض هما : الشيوعية والرأسمالية . وينبني على ذلك أن ثم أساسين اقتصاديين مختلفين الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة وجود ظاهرتين متميزتين من البنية العلوية القانونية . فإذا كان القانون الدولي جزءاً من القانون عموماً ، وهو الأمر الذي يعترف به المذهب السوفيتي الرسمي ، فلا بد أن يوجد نظامان منفصلان من القانون الدولي ، أو بعبارة أخرى لا بد من وجود قانونين دوليين يختلفان اختلافاً جوهرياً . وهذا هو ما جرت عليه المحاولات المبكرة التي تلت ثورة أكتوبر ، الأمر الذي حدا ببعض فقهاء المرحلة الأولى إلى إنكار صفة القانون على القانون الدولي . بيد أن النظرية السوفيتية أخذت تتبلور على هدى من المصالح السياسية للدولة ، فرأى البعض - في سبيل تحقيق الانسجام بين المفهوم الماركسي للقانون وبين القانون الدولي - أن يغير من الأساس الاقتصادي ، فيستعوض بالعلاقات الاقتصادية عموماً عن علاقات الإنتاج . وذهب آخرون إلى الكلام عن مصالح الطبقات المسيطرة لا عن الطبقات المسيطرة نفسها . وانتهى فريق ثالث إلى أن للقانون الدولي خصائص ذاتية تفرق به عن القانون الوطني . ويبدو أن هذه المحاولات جميعها لم تنجح في أن تزوج بين النظرية الماركسية وبين تعريف مقبول للقانون الدولي ، ولذا فإننا يجب أن نقبل هذه الجهود على أنها تطوير للنظرية وليس تقييداً جامداً بها .

القانون الدولي في الفقه الإسلامي (٣)

٣٠٢ - عرف المجتمع الإسلامي قواعد تحكم علاقته بالدول الأخرى ، تلك القواعد المستوحاة من الشريعة الغراء والتي نظمت العلاقات الدولية في

(١) Kelsen : The Communist Theory, op. Cit., pp. 148-149.

(٢) أنظر تفصيلاً المراحل التي مرت بها النظرية السوفيتية في تطوير تعريف القانون الدولي - اللينيني ، المرجع السابق ص ٢٦ وما بعدها .

(٣) راجع هامش ص ٦٨ .

عهد السلم الإسلامى ، وهى التى تكون القانون الدولى الإسلامى . وقد اختلف الفقهاء حول إعطاء تعريف موحد للقانون الدولى الإسلامى وهو اختلاف وقع بين المحدثين (١) لأن فقهاء العصر الأول لم يشغلوا بالهم كثيراً بوضع تعريف للقانون الدولى الإسلامى .

ولست أريد أن أعرض لقواعد القانون الدولى العام فى الشريعة الإسلامية فليس هنا مجال هذا البحث ، وإنما سأتكلم فى عجالة يستلزمها مقتضى الحال عما كان للتعالم الإسلامية من أثر فى القانون الدولى العام الأوروبى ، ذلك القانون الذى لا ترجع المبادئ الأساسية لقواعده لأكثر من القرون الأربعة الأخيرة حيث بدأ اهتمام الدول الأوربية فى تنظيم علاقاتها على أساس من القواعد القانونية الثابتة (٢) .

٣٠٣ - والصحيح أن جل هذه المبادئ وغيرها مما لم يتعرض له القانون الدولى الحديث ، واردة فى أحكام الشريعة الإسلامية ، نزل بها القرآن الكريم منذ أربعة عشر قرناً . ولعل لكتاب الغرب بعض العذر لما كان عليه بعضهم من جهل بأحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد ، ولما كان عليه البعض الآخر من عقيدة بأن القانون الدولى يجب ألا يمتد نظامه إلى ما عدا الدول الأوربية ومن شايعها من الدول المسيحية المتمدينة (٣) . فلم يدخلوا الدول الإسلامية ضمن جماعة الدول المتمدينة إلا أخيراً :

(١) أنظر هؤلاء الفقهاء المحدثين Hamidullah, Mohammad : The Muslim Conduct of state, Lahore 1953. p. 2.
Armanazi, Najib : Les Principes Islamiques et les Rapports Internationaux en Temps de Paix et de Guerre, Paris 1929, p. 40.
Khadduri, Majid : War and peace in the Law of Islam, Baltimore 1965, p. 47.

(٢) الدكتور محمد سامى جنيبة ، القانون الدولى العام ص ٦٠ - الدكتور على صادق أبو هيف ، المرجع السابق ص ٣٥ .

(٣) من الإنصاف أن نشير إلى أن الدين المسيحى قد قرب بين دول أوروبا وساعد من ناحيته على وجود قواعد دولية عامة تحكم صلات الدول ، وإن كان قد تعارض ، من الناحية الأخرى ، مع استقلال هذه الدول وسيادتها فى العصور الوسطى ، بما كان للباباوات من سلطة روحية دينية على جميع الدول المسيحية تطورت إلى التدخل فى شؤونها مما حد من استقلالها . فلما تقلصت سلطة الكنيسة ، قام ما كيا فيلالي بإيطاليا يدعو إلى توحيد إماراتها المختلفة قائلاً إن الوسيلة الوحيدة لذلك هى أن يخضع الأمير الأكبر قوة ، باقى الإمارات -

ففكرة إنشاء الهيئات والمنظمات الدولية لتنظيم صلات الدول بعضها ببعض وفض المنازعات بينها بالحسنى وإلا بالقوة ، لم تفكر فيها الدول المتمدينة إلا فى القرن الحالى ، فكانت عصبة الأمم ، وكانت هيئة الأمم المتحدة وليدة النصف الأول من القرن العشرين الميلادى والرابع عشر الهجرى ، ولكن القرآن الكريم سبق منذ أربعة عشر قرناً إلى هذه الدعوة فى أحكامه ببيان « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلتا التى تبغى حتى تنبىء إلى أمر الله ، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين . إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون » ، كما سبق القرآن إلى دعوة الأمم والشعوب إلى التقارب والتآلف لا إلى التنابذ والتنافر مع التساوى فى الحقوق والواجبات « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم » ، وهذا التعارف وسيلة انضواء شعوب العالم تحت لواء أمة واحدة تعبد إلهاً واحداً وهى الدعوة العامة والأخيرة فى الإسلام « وإن هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » .

وصلات المسلمين ودولهم بغيرهم من الشعوب والدول : إسلامية وغير إسلامية ، فى حالى السلم والحرب ، كانت تخضع لقواعد مفصلة مستمدة من القرآن والسنة ، واطرد اتباعها فى جميع العصور الإسلامية ، وقد أفاض فقهاء الشريعة الإسلامية فى كتب السير وكتب الجهاد وكتب التفسير ، فيما أتى به الإسلام من قواعد تحكم الصلات بين جميع الدول كما أسلفنا ، من ذلك أن الإسلام مشتق من انسلام ، وهو الأصل فى صلات الدول والشعوب ، والحرب وإن كانت ظاهرة طبيعية ، إلا أنه لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى ، ويجب إعلانها وعدم أخذ الناس على غرة . فإذا قامت الحرب ، فلا يصح قتل الشيوخ ولا الأطفال ولا النساء ولا المحارب إذا انهزم وأدبر ،

= بالنسبة والحرب وبجميع الوسائل ، غير متفيد بقواعد الحرب والأخلاق ، إذ الحق للقوة والغاية تبرر الوسيلة . وكتب فى ذلك كتابه « الأمير » عام ١٥١٣م وجاء فيه « لا يحل للأخذ بقواعد الأخلاق فى أمور الدولة » . وأبجج للأمير أن يتظاهر بالرحمة والإنسانية والشفقة والتدين ، ويفعل عكس ذلك متى دعت المصلحة إليه ، إذ أن العامة والدعاه فى رأيه تخدعهم المظاهر لأن عقولهم وأفكارهم محدودة - أنظر الدكتور أحمد سويلم العمري ، أصول العلاقات السياسية الدولية ، القاهرة ١٩٥٥ ص ٥٢ .

ولا قتل الأسرى بل أجاز الإسلام الفداء وأجاز المنّ ، ويدخل تحتهما جواز تبادل الأسرى . وحرم الإسلام المثلة « التمثيل بحيث القتل » . ولم تكن الحرب في الإسلام لشهوة الفتح والتوسع « تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علواً في الأرض ولا فساداً » . والرأي الغالب أن القرآن لم يسمح للمسلمين بمقاتلة أعدائهم إلا بعد أن بدأهم بالعدوان وبعد أن تكرر منهم هذا العدوان ، فالإسلام لم يبيح الحرب الهجومية وإنما أباح الحرب الدفاعية (١) . وأول آيات القتال نزولاً من الله على رسوله « أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وإن الله على نصرهم لقدير . الذين أخرجوا من ديارهم بغير حق إلا أن يقولوا ربنا الله » . « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين » . « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين » . وليس بصحيح ما اتهم به الإسلام من أنه قام بحد السيف (٢) ، وآيات الكتاب في ذلك كثيرة « أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن » . « لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي » . « ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعاً أفأنت تكفره الناس حتى يكونوا مؤمنين » . « إن هو إلا ذكر للعالمين لمن شاء منكم أن يستقيم » .

وأمر المسلمون بعد رسولهم بإبلاغ الدعوة ونشرها بما للناس جميعاً من حق حرية إبداء الرأي ، فمن قاوم الدعوة ، جماعة كان أو دولة ، فقد أخل بحق من أقدس الحقوق ، وبدأ بالاعتداء ، فوجب محاربتة حتى يكف عن عدوانه عليها ومحاربتة لها . فإن كانت للمسلمين الغلبة ، فللدولة المغنوبة أحد أمرين : إما أن تدخل في الإسلام فيكون لها ما للمسلمين وعليها ما عليهم من حقوق وواجبات في مساواة تامة ، وإما أن تؤثر البقاء على دينها فيكون لها ذلك شريطة أن تدفع الجزية مقابل ما تقوم به الدولة الإسلامية من النود عن رعاياها وإسهاماً منها في المصروفات العامة للدولة ، وهؤلاء هم أهل الذمة من الشعوب والأفراد متى كانوا غير وثنيين ، أي

(١) الدكتور محمد عبد الله دراز ، نظرات في الإسلام ، طبعة المكتب الفني للنشر

(٢) أنظر رسالة فضيلة الأستاذ الشيخ محمود شلتوت في الحرب والسلام ص ٢١-٢٤ .

متى كانوا أهل دين سماوي نزل بكتاب معين على رسول معين ولو حرقوه ، أو متى كانت لهم شبهة كتاب ، ومثل هؤلاء الجوس . فرغم أنهم يعبدون الشمس ، فقد ورد في حديث علي بن أبي طالب أنه كان لهم كتاب ، وروى عن الرسول الكريم قوله « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » .

٣٠٤- هذا وقاعدة تأمين المبعوثين على أنفسهم حتى يعودوا سالمين إلى من بعثهم من أمرائهم أو دولتهم ، واحترام حرية السفراء ، سبق الإسلام بها القانون الدولي الأوربي « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون » ، ومغاد الآية أن من خرج من بلاده من المشركين وجاء رسول الله ، على الرغم من قيام الحرب ونشوب القتال ، فلا تقتله وأسمعه يا محمد كلام الله ، أي دعوة الإيمان ، فإن آمن فيها وإلا فنه عليك وعلى المسلمين أن ترده إلى وطنه سالماً حيث يأمن على نفسه ، وهناك أيضاً تكون نه حرية الدين الذي يتبعه (١) . وقد اتبع صلاح الدين الأيوبي ذلك في حربه مع الصليبيين ، إذ بالرغم من انتصاره كانوا إذا أوفدوا من يفاوضه في شروط الصلح أمهم ورددتهم سالمين ، على عكس ما كان يفعل إذ ذاك أمراء الصليبيين وملوكهم مع رسل المسلمين ومبعوثيهم ، إذ كانوا يقتلونهم ويقاتلون أسرى المسلمين (٢) .

٣٠٥- هذا ولا يقوتنا ، ونحن في صدد الكلام عن أثر الإسلام في القانون الدولي العام وأثر الحروب الصليبية فيه ، أن نشير إلى ما ألمح إليه جوستاف أوبون في كتابه حضارة العرب ، من دور الدين في تكوين الحضارات حيث قال « كانت المبادئ الدينية على الدوام أهم عنصر في حياة الأمم ، فأكبر حوادث التاريخ التي أنتجت أعظم الآثار هي قيام الديانات وسقوطها . وإن جميع الأنظمة السياسية والتدابير الاجتماعية قامت منذ بداية التاريخ على معتقدات دينية ، والدين أسرع مؤثر في الأخلاق ، ولا يدانيه في ذلك إلا الحب ، والحب دين ذاتي غير دائم » :

(١) أنظر تفسير العلامة أبي السعود ج ٣ في تفسير هذه الآية وما أورده عن الإمام علي في هذا الشأن إذ سأله أحد المشركين « إذا أراد الرجل منا أن يأتي محمداً بعد انقضاء الأجل لساع كلام الله أو لحاجة هل يقتل ؟ فقال علي رضي الله عنه : لا ، لقول الله وإن أحد من المشركين استجارك فأجره . . . » وأنظر أيضاً تفسير الشيخ حجازي للآية .

(٢) الدكتور أحمد سويلم العمري ، المرجع السابق ص ٤٩ .

ويذهب كسر لنج إلى أن دورة الحضارة تبدأ حينما تدخل التاريخ فكرة دينية معينة أو مبدأ أخلاقي . وقد سبق ابن خلدون كل هؤلاء في الكشف عن قانون الدورة التاريخية والحضارية .

٣٠٦ - ولئن كانت الحضارة في رأى الفلاسفة (١) هي ذلك الكل المركب الذى يشتمل على المعرفة والمعاند والفن والأخلاق والقانون والعرف وكل القدرات والعادات التى يتجلى بها الإنسان من حيث هو عنصر في المجتمع ، فإن الحضارة الإسلامية وسعت كل هذه العناصر جميعاً ، ويشهد بذلك نكلسون حيث يقول « وما المكتشفات اليوم فتحسب شيئاً مذكوراً بجانب ما نحن مدينون به للرواد العرب الذين كانوا مشعلا وضاء في القرون الوسطى ، قرون الظلام بالنسبة لأوروبا » .

على أنه وإن كان فقهاء القانون الدولي العام الأوروبيون ينكرون على الحضارة الإسلامية فضلها في القانون الدولي ، فإن الكثيرين من فقهاء وكتاب القنون الأخرى شهدوا لها بالفضل في دقة وصراحة وأمانة ، وفي هذا أبلغ دليل على تأثير القانون الدولي بالحضارة الإسلامية ، شأنه في ذلك شأن باقي نواحي المعرفة (٢) . ومن أقر بفضل الحضارة الإسلامية ، جوستاف لوبون في كتابه سالف البيان إذ يقول « كان تأثير العرب في الغرب عظيماً ، وإلهم يرجع الفضل في حضارة أوروبا ، ولم يكن نفوذهم في الغرب أقل منه في الشرق وحين ازدهرت المدينة الإسلامية في الأندلس في القرنين التاسع والعاشر للميلاد ، كانت المراكز العنمية في عامة بلاد الغرب عبارة عن مجموعة أبراج يسكنها سادة نصف متوحشين يفاخرون بأنهم أميون لا يقرأون ولا يكتبون . وكانت الطبقة العالية المستنيرة في النصرانية عبارة عن رهبان فقراء جهلة وفي القرن الحادى عشر شعرت بعض دول أوروبا بالحاجة إلى نفص كفن الجهل ، فطرقوا أبواب العرب إذ كانوا وحدهم سادة العلم ، ودخل العلم أوروبا بواسطة الأندلس وصقلية ، وإيطاليا ، وأنشئت في عام ١١٣٠ م مدرسة للترجمة في طليطلة بعناية ريموند ريتسن الأساقفة ونقلت إلى اللاتينية أشهر مؤلفات العرب خلال القرن الثاني عشر والثالث عشر والرابع

(١) أنظر العالم الأنتروبيولوجى إدوارد بيرنت تايلور في كتابه « الثقافة البدائية » .

(٢) المستشار على منصور ، الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ص ٤١ .

عشر ، ولم يقتصر الترجمة على نقل كتب الفخر الرازى وابن سينا وأبي القاسم وابن رشد وغيرهم من علماء الإسلام ، بل نقلوا أيضا كتب اليونان التى كان المسلمون قد ترجموها إلى لسانهم (١) .

مبدأ الفعالية في القانون الدولى :

٣١٢ - تختتم هذا الفصل بالكلام عن مبدأ الفعالية ومدى صحة الأخذ

(١) هذا وللككتور على سامى النشار والأستاذ مصطفى نظيف بحوث قيمة في إثبات أن المسلمين أول من كشف منهج البحث التجريبي - أنظر لأولها كتاب نشأة التفكير الفلسفى في الإسلام ، وكتاب مناهج البحث عند مفكرى الإسلام ، ولثانيتها دراسته لكتاب « المناظر » لابن الهيثم في كتاب له اسمه البصريات ، وكتاب آخر اسمه تراث الإسلام - وكان لابن الهيثم وحده مائتا كتاب في علوم مختلفة - من رياضة وطبيعة وفلك وغيرها .

- ويقرر روجر بيكون في « الكتاب الأكبر » أن فلسفة ابن رشد نالت إجماع أصوات الحكماء . ويشهد ريتان بأن القديس توما الأكوينى كفيلسوف ، مدين بكل شيء لابن رشد ، ومثل ذلك قيل في ابن سينا من يولس البندقي والدومنيكى والعالم اليهودى ابن ديمس الأشبيل ، وقد ترجموا الكثير من كتبه في كلية المترجمين بطليطلة .

ويقول العلاقة دراير في كتابه « المنازعة : بين العلم والدين » إن اشتغال المسلمين بالعلوم يرجع إلى احتلالهم الإسكندرية سنة ٦٤٨ م .

- وقال سيديو في كتابه تاريخ العرب « كان المسلمون في القرون الوسطى منفردين بالعلم والفلسفة والقنون ، ونشرها أينما حلت أقدامهم ، وتسربت عنهم إلى أوروبا فكانوا سبباً لهضمتها وارتقاؤها » .

- وقال السير وليم أوسلر في كتابه تطور الطب « إن العرب أشعلوا سراجهم من القناديل اليونانية ، وبلغت مهنة الطب عندهم من القرن الثامن إلى الحادى عشر مكانة وأهمية لا تكاد نجد لها مثيلا في التاريخ .

- ويعدد لالاند عشرين من علماء الفلك الأوائل ويزكر بينهم محمد بن جابر الذى أصلح أخطاء بطليموس . ويرجع اهتمام علماء الإسلام بالفلك إلى ما تتطلبه الشريعة الإسلامية من معرفة سمت القبلة (الكعبة) بالنسبة لجميع الأقطار والجهات ، وكذا التأكد من ظهور الهلال وتحديد أوقات الصلاة التى تختلف باختلاف الأماكن وموقعها الجغرافى .

- ويقول ثابت بن قره عن قانون الجاذبية قبل نيوتن بمئات السنين « إن المدرة تمود إلى الأسفل لأن بينها وبين الأرض مشاهبة في كل الأعراض أى في البرودة والكثافة ، والشئ ينجذب إلى ما هو أعظم منه » .

- وابن يونس اخترع ينول الساعة ، وأشار لملك سيديو وسارتون ويكر وصيحت من علماء الغرب .

- والمسلمين في عالم الصوت والموسيقى مؤلفات : كتاب مروج الذهب للمسعودى ، وكتاب الموسيقى الكبير وأنصيرى للسرخسى ، وكتاب الإيقاعات للفارابى الذى يقول عنه سارتون « إنه أهم كتاب ظهر في الشرق يبحث في نظرية الموسيقى » .

بهذا المبدأ في القانون الدولي بعد أن أفردت له الدراسات النظرية في هذه الأيام مكاناً فسيحاً من الاهتمام .

إن قبول فكرة الفعالية كبدأ من مبادئ القانون الدولي يتوقف على المفهوم الذي نعطيه للفكرة . فإذا كان المقصود بالفعالية تلك اللمة السحرية التي تسود الوقائع القاسية على المراكز القانونية القائمة وتغير مقدرتها الذاتية من القانون السارى ، فإن هذا يعني اقتلاع القانون الدولي من جنوره ، وتغليف سلسلة لا نهاية لها من الأخطاء والمخالفات بغلاف من الشرعية الذاتية ، بمعنى أن تصبح الفعالية مقابل أو بديل المشروعية ؛ **Effectiveness Versus Legality**.

بيد أن هذا لا ينبغي أن يؤدي إلى إغفال فكرة اتخذت لها مكاناً في أذهان الفقهاء ولقيت بعض الترحيب في العمل ، ولذا يرى الدكتور الغنيمي (١) أن الصحيح في موقف كهذا هو أن تقبل الفكرة في حدود معقولة يمكن أن تتحقق - في تقديره - في الصور الآتية :-

(أ) إن سريان بعض القواعد القانونية ، معلق على وجود أو تعاصر وقائع معينة . وفي قول آخر فإن هناك متطلبات واقعية تعتبر شرطاً لسريان بعض القواعد القانونية ، بمعنى أن ثمة شروطاً معينة من الواقع يأخذ بها القانون الوضعي . مثال ذلك أن تملك الإقليم الذي لا سيد له يقتضى تواجب عنصرين هما الحيازة **Corpus** والنية **animus** أى الحيازة الفعلية وممارسة السيادة ؛ كذلك لكي يؤدي الحصر البحري في وقت الحرب أثره لا بد أن يكون فعالاً أى تؤديه قوة قادرة على منع الوصول إلى شاطئ العدو . ولهذا الظاهرة قرين في القانون الداخلي ، وإنه لإفلاس قانوني أن تقول إن مثل هذه الحالات المتناثرة تفترض قيام مبدأ قانوني ، يسمى مبدأ الفعالية ، في القانون الدولي .

(ب) هناك حالات لا يمكن فيها أن نضني على وضع قانوني مشروعية دائمة أبدية حيال دليل واقعي مضاد طال أمده .

وليس مؤدى هذا القول أن الفعالية تغير أو تبدل من قواعد قانونية قائمة ، وإنما المقصود أن هناك حالات تنهك فيها قواعد القانون الدولي وينجح من يتهكها في أن يحصل على اعتراف نتيجة تصرفه غير المشروع ، وهذه الصورة الواقعية البائسة لا تركزى قيام مبدأ عام للفعالية وإنما تكشف عن عدم

(١) المرجع السابق ص ٢٨٩ - ٢٩١ .

ولاء الحكومات والشعوب - في بعض الوقائع المعينة - لأحكام القانون الدولي الصادقة وتبرز ، في هذه الوقائع ، استسلام القانون وأشخاصه لهذا الانتهاك . ولذا فإننا لا نستطيع أن نبرر الخروج على القانون ، في أوضاع كهذه ، بأنه يستند إلى مبدأ قانوني عام هو مبدأ الفعالية ، بل إن العكس صحيح وهو عدم مشروعية هذه التصرفات . ولذا نشهد ، مقابل هذا ، أمثلة في الواقع العملي لأوضاع تمت بتحدى القانون ولكنها عورضت بقوة فأعيدت الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل المخالفة ، من ذلك استيلاء إيطاليا على الحبشة عنوة سنة ١٩٣٦ واعتراف بعض الحكومات بذلك الوضع وإنكار بعضها له إلى أن أعيد الاستقلال للحبشة بعد الحرب العالمية الثانية .

وقد رفضت محكمة العدل الدولية أن تغلب الفعالية على الشرعية في عدة قضايا لعل أوضحها دلالة في الموضوع هي القضية التي ثارت بين بلجيكا وهولندا عام ١٩٥٩ ، حيث رفضت المحكمة أن تقيم وزناً لوضع يد هولندا فترة طويلة وممارستها السيادة خلال حقبة ممتدة - أمام المركز القانوني الذي ثبت لبلجيكا .

(ج) يظهر تاريخ القانون الدولي أن بعض القواعد الدولية قد تغيرت تحت تأثير تطورات واقعية ، أى أن هناك قواعد وضعية غلبت قواعد أخرى عن طريق الانتهاك المستمر ، وهذا هو ما يمكن أن يدخل في نطاق العرف الدولي كركن مكون له ، كما حصل في قانون الغنيمية (١) . كذلك ينصرف الكلام هنا إلى سقوط أحكام المعاهدات عن طريق إغفال تطبيقها فترة مستديمة أو بسبب تفسير خاطيء يجرى العمل عليه . وهذا مؤداه في إيجاز أن مصير القانون الدولي كنظام ملزم يعتمد بغير حق على مجرد عناصر واقعية أو تطورات فعلية ، ومع ذلك فإن القانون الداخلي يتقاسم القانون الدولي شرطاً من هذه الظاهرة .

خلاصة

٣١٣ - يخلص لنا من كل ما تقدم أنه ليس ثمة بين قواعد القانون الدولي

(١) ونسعى النظر إلى أننا نجد أحياناً خلافاً قوياً حول توافر القاعدة العرفية ، فالآراء التي تؤيد وجودها تكاد تعادل مع الآراء التي تنكر وجودها حتى أنه قد يصعب القول بتوافر الركن المنوي اللازم لقيام العرف .

قاعدة عامة باسم مبدأ الفعالية يمكن أن نعارض به ، كدرك عام ، فكرة مشروعية *légalité* . وإنما يمكن الاستفادة بفكرة الفعالية في ظروف معينة حيث يتعلق الأمر بتأكيد توافر حيازة فعلية منافسة . أما حيث تتغلب الفعالية على المشروعية فإن ذلك يكون من قبيل إساءة استخدام السلطة أو بسبب الالتجاء إلى العنف في حالات يكون فيها المخالف قادراً على إبقاء مخالفته مستمرة ، وهنا يستسلم القانون في جزئية معينة دون أن يكون ثم مبرر من مبدأ قانوني عن الفعالية . وأسوق مثالا لذلك قيام « دولة » بنجالاديش في إقليم باكستان الشرقية بمعاونة الغزو العسكري الهندي ، واعتراف عديد من الدول بتلك الدولة ، كما أن الجرائم التي ارتكبتها قوات الطوارئ الدولية التابعة للأمم المتحدة في الكونغو ، وإعراض إسرائيل عن تنفيذ قرارات الأمم المتحدة ومجلس الأمن في خصوص قضية الشرق الأوسط ، ومضيها في ضم القدس العربية إليها ، واستمرار التحدي الصهيوني - الإسرائيلي للمنطقة في الأراضي المحتلة بعد الخامس من يونيو عام ١٩٦٧ ، على الرغم من تأكيد المجتمع الدولي ، في قرار مجلس الأمن رقم ٢٤٢ بوجه خاص ، رفضه لمبدأ تحقيق « المكاسب الإقليمية » ، أي ضم الأراضي بالقوة ، ومجاهرة ساسة إسرائيل ، مع ذلك ، بضرورة تعديل الحدود الدولية لصالحها ، وتصريحات التوسع السافرة التي يطلقونها بنبرة عالية تنتمي إلى عصور الغزو التتري أكثر مما تنتمي لعصر الأمم المتحدة والسيادة الوطنية للدول وللقانون الدولي - كل ذلك من الأمثلة المخزنة لعدم فعالية الأمم المتحدة في ردع المعتدى وإعمال قواعد القانون الدولي . إن الشعب الفلسطيني بأوضاعه الثلاثة : التشرذم واللجوء والأسر ، صاحب حق في العودة إلى وطنه ، وتبعاً هو صاحب حق في تحرير وطنه . وهذا الحق سلمت به الأمة العربية ، ووصل هذا التسليم إلى حد الالتزام القومي به . والالتزام يفترض بطبيعة الأمور ، المشاركة العضوية في مسئولية التحرير ، وإن تنوعت مرحلياً سبل ممارسة هذه المسئولية . كما أن المجتمع العالمي ، وفي الأمم المتحدة بالذات ، أضفى بدوره على هذا الحق تدرجياً وعلى مر السنين ، مشروعية دولية من حيث الاعتراف به ، وبحق النضال بكل الوسائل من أجل تأمين هذا الحق كما ظهر من القرارات الواضحة التي أصدرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الأخيرة عام ١٩٧١ . هذا

الالتزام القومي ، والمشروعية الدولية لنضال الشعب الفلسطيني ، ينطلق من حقيقة بديهية هي أن الشعب الفلسطيني بكل قطاعاته رافض لواقعه ومصم على تغييره بما يتماشى مع تأمين حقوقه الأساسية في التحرير والعودة ، ومن هنا تستمد المقاومة الفلسطينية أهليتها في قيادة وتمثيل الشعب الفلسطيني كله كما سبق أن ألقينا . أقول المقاومة لأن المقاومة هي الحالة القصوى من الاستعداد الذهني والمسلكي لترجمة الرفض الشامل إلى واقع يجري عملية الاصطدام مع ما هو مرفوض . وهناك حقيقة لا ينبغي أن تغفل عنها تتمثل في أن القطاع الفلسطيني الرازح تحت نير الاحتلال - في الضفة الغربية وفي قطاع غزة - لا يملك بالضرورة كل مقومات القدرة على تقرير المصير ، رغم امتلاكه ، أسوة بكل قطاعات الشعب الفلسطيني ، الحق في تقرير المصير ، ومن ثم فالجزء من الشعب الذي فقد بموجب الظروف المادية والتاريخية ، القدرة على إنزال العقوبات الكافية بالاحتلال ، يسلم بقيادة المقاومة الفلسطينية لنضاله وتمرده وثورته . هذا التسليم لا يعني مطلقاً ولا يمكن أن يعني ، أن المتوفر والموجود من الكفاءات القيادية ، أقل جدارة أو أقل التزاماً بأهداف الثورة التحريرية ، ولعل ملاحم البطولة اليومية في قطاع غزة خير شاهد على ذلك . إلا أن ما وصفته « بالظروف الموضوعية » إنما يتحدد بمدى المشاركة أو المساهمة في حالة التعبئة القصوى . لذا فسلطات الاحتلال الإسرائيلي تعتمد إلى أن تنفذ من خلال هذا التباين بغية إنزال الوهن وإيجاد حالة تلاشي في تلقائية تلاحم الشعب مع المقاومة . ومن هذه الزاوية يجب أن ننظر إلى موضوع « انتخابات البلديات » التي تعترم إسرائيل إجراؤها في إبريل سنة ١٩٧٢ في الضفة الغربية ، فالفلسطينيون في الضفة الغربية هم بطبيعة الرزوح تحت وطأة الاحتلال - في حالة الأسر *Captive* وبالتالي فإن معطيات تبلور الإرادة وتكاملها مفقودة ، ناهيك عن فقدان معطيات قدرة التعبير عنها ، الأمر الذي يتأدى منه أن ما ينبثق من هذه الانتخابات شكلي مفرغ من أي مدلول سياسي أو أي مفهوم عقائدي أو نتيجة تؤثر في جوهر العلاقة بين هذا القطاع من الشعب الفلسطيني والمقاومة أو حتى في شكل هذه العلاقة . إذن « فالانتخابات » المحلية مفرغة - من حيث ظروف القهر التي تجري فيها ، ومن حيث الحدود الإدارية الضيقة التي تهدف إليها - من أي قيمة سياسية

أو مغزى تاريخي ، على الرغم مما ستحاول السلطات الإسرائيلية أن تصوره من أن ما فعلته يعتبر مقدمة لما سوف يتبع من عمليات ابتلاع للأرض المحتلة ، ومن ستفرزهم مثل هذه الانتخابات التي تجري في ظل الاحتلال ، لن يكونوا أبداً وبأى معيار قانوني أو جماهيري « ممثلين » لشعب فلسطين .

٣١٤- وهذا أمر لا يحتمل الجدل ، وإن كانت الحججة « القانونية » هنا غير ذات قيمة إزاء « الأمر الواقع » ، ذلك أن الاحتلال نفسه غير قانوني ولكنه « واقع » ، ثم إن إسرائيل لا يهملها بالطبع ، وهذه بديهة أخرى ، أن تخرج بما يمكن أن يكون « قيادات حقيقية » أو « ممثلين حقيقيين » للشعب الفلسطيني ، إنها على العكس تطارد كل من يحمل لائحة من هذه الأوصاف . إن ما يهملها هو الشكل تواجهه به العالم قائلة « هذا هو الشعب الفلسطيني ، وهؤلاء « ممثلوه » الذين انتخبهم ، وهم يوافقون على هذا الأمر أو ذلك ، وهم لا شأن لهم بقيادات وممثلي « الخارج » . يريدون أمثال أولئك العرب الذين جعلوهم نواباً للوزراء في إسرائيل من باب الدعاية ، مع طحن مجموع الشعب الفلسطيني طحناً سياسياً واقتصادياً واجتماعياً حتى تهضمه المعدة الإسرائيلية هضمًا سهلاً .

القضية المطروحة ليست قضية دفع قانونية أو شرعية إذن ، فالشرعية معنا منذ ربع قرن ولكن الأمر الواقع أو « الفعالية » معهم دائماً . فالمطابوإذن أن ينظر العرب ، وتنظر القيادات الفلسطينية بالذات ، إلى « واقع » وجود مليون فلسطيني تحت الاحتلال الجديد ونصف مليون تحت الاحتلال القديم وأن تسأل نفسها : ماذا تفعل بهذا « الواقع » لتجعله مؤثراً على الأحداث عبر مراحل المواجهة الطويلة ؟ .

٣١٥- لا مناص ، في رأيي ، من المبادرة إلى استخدام هذا « الواقع » في إطار خطة تستهدف بها الأمة العربية عامة ، والمقاومة الفلسطينية خاصة ، الإدانة السياسية المستمرة ، والضغط الدولي ، والقتال المسلح من الداخل . كما أن مواجهة « واقع » الاحتلال كله - غير الانتخابات - يحتاج إلى خطة أكثر شمولاً لا ندعى أننا نستطيع أن ندلى بالطريقة المثلى فيها ، وإنما يكفي أن نشير في هذا المجال إلى أن أحد مؤتمرات القمة العربية اعتمد مبلغ سبعة

عشر مليوناً من الخنفيات لتدعيم الصمود في الأراضي المحتلة ، ولا أحسب أن هذا البند قد نفذ منه شيء ، أو دفع منه شيء ، كما لا أحسب أن تدبير المال بكليات كافية من أطراف هذه الأمة العربية لإقامة مشروعات عربية في الضفة الغربية ، كالمدارس والمستشفيات والمساكن ، لحساب سكان الأراضي المحتلة ، يجد فيها العامل الفلسطيني الذي يعمل في إسرائيل ، وفي بناء مساكن المهاجرين اليهود الجدد بالذات (١) ، مجالاً يرتزق منه مع زوجته وأبنائه ، بدلاً من الموت جوعاً إذا توقف عن العمل في تعمير إسرائيل .

(١) إن الغزوة الصهيونية لم تمد تكتلي بإرساء قواعدها ومفاتيحها في الأراضي العربية وعلى أنقاض الوجود العربي المشروع ، بل أصبحت الصهيونية تسمى إلى القيام بغزوة عقائدية فاشية تستهدف فك انتماء المواطنين اليهود بلذهم إلى إسرائيل بنية تحقيق أهدافها التوسعية . وهذا التحدي يفرض على القيادات العربية والسوفيتية دراسة الأوجه العقائدية من التحدي الصهيوني لكل القيم الاشتراكية والديمقراطية والحضارية .

- ومن الطريف أنه في الوقت الذي لا تكف فيه إسرائيل عن دعوة اليهود في أنحاء العالم للهجرة إلى إسرائيل على تقدير أنها دولة كل اليهود ، دون أن تحدد صيغة معقولة لتعريف اليهودي ، وجدت أعلى هيئة قضائية إسرائيلية نفسها قبل قرابة ثلاث سنوات ، مضطرة إلى تحديد هذا التعريف الذي لا يبدو من السهولة بحيث يمكن الركون إلى قرار محكمة يتولد . وسيبقى هذا التعريف ، في رأينا ، يثير تحدياً ما دامت الفلسفة الإسرائيلية مصرة على عدم الاكتفاء بصيغة « الإسرائيلي » وتركها مرفقة بحيث تستوعب كل يهودي ، وما دامت مصرة على الإيمان بأن الدين اليهودي هو القومية اليهودية . وقد انتهى الأمر بالعقيدة الإسرائيلية إلى أن وجدت نفسها عاجزة عن تحقيق الانسجام بين السيادة ومفاجآت الواقع ، وبين ما تدعو إليه اليهود وما يفاجئها به بعض اليهود . ففي أوج الدعوى الإسرائيلية للهجرة اليهودية إلى إسرائيل لاستكمال عملية « البعث التاريخي » للأمة اليهودية « في أرض أجدادها » ، ومنح الجنسية الإسرائيلية الأوتوماتيكية لكل يهودي يدخل المياه أو الأحواض الإقليمية الإسرائيلية - في هذا الوقت بالذات ، وجدت نفسها تتنكر لبعض اليهود وتطردهم ، وتعرض نفسها لتهمة العنصرية الصارخة . ولست أشير هنا إلى انفجار الصراع الاجتماعي الذي أخذ شكل احتدام التناقض بين اليهود الشرقيين الفقراء وبين اليهود الغربيين الأغنياء ، إنما إلى ذلك الصراع الذي يدور هذه المرة بين اليهودي الأبيض وبين اليهودي الأسود ، والذي وصل إلى حد حرمان الزوج في إسرائيل من شهادة الميلاد ، ومن التعليم في المدارس .

قال أحد السياسيين يوماً « إن أمريكا إسرائيل كبيرة ، وإن إسرائيل أمريكا صغيرة » ، وأمريكا الصغرى تحمل خصائص الكبرى . وفي اعتقادي أنه لم يخطر على بال الإسرائيليين يوماً أن يحاوا ، بهذا الشكل الصارخ ، أفدح أمراض نموذجهم الأمريكي الأعلى . فهل نحتاج إلى بحث طويل لقول إن إسرائيل ليست دولة اليهود ، وإن الصهيونية ليست حركة اليهود ، وإنما هي حركة الرأسمالي اليهودي في أبعاده وعلاقاته المتشابكة : السياسية والاقتصادية ؟ -

٣١٦ - ولا بد كذلك ، من تنظيم نشاط سياسي غير عسكري في الأراضي المحتلة . إن العمل العسكري له دوره الذي لا يحيد عنه ، ولكن حيث يكون العمل العسكري متاحاً وحيث لا يكون ، نجد أن المنظمات والنشاطات السياسية التي تستطيع أن تنظم أشكالاً أخرى من المقاومة السلبية أو المدنية أو الاقتصادية ذات الطابع السلمى ، هامة جداً . إنها سوار يحيط بالعمل المسلح ، وهى قاعدة لتغذية جذوة الاحتجاج المستمر أمام المحتل وأمام العالم ، وهى قادرة على إحراج إسرائيل ومنازعتها سواء فى عقرب دارها أو فى الأراضي المحتلة بعد الخامس من يونيو : أو فى الساحات الدولية .

إن الشعب الفلسطينى يواجه الآن أياماً بالغة الخطورة . فإزاء التفكك العربى ، والتمزق الفلسطينى ، وعمليات الهضم والاستيعاب وتثبيت « الأمر الواقع » التى تم بسرعة فائقة ، والعجز عن إيجاد منطلقات أساسية جديدة توجه النضال الفلسطينى وتحركه فى جوانبه كافة : العسكرية والسياسية والفكرية والاقتصادية والثقافية ، إزاء هذا كله بات الفلسطينيون معرضين للعودة إلى الشتات النفسى الذى يهون دونه الشتات المادى فى أنحاء الأرض ولا مفر من أن تلتقى القيادات الفلسطينة فى إطار جديد يضم طاقات هذا الشعب العسكرية والمادية والفكرية والسياسية ، يكون قادراً على خوض النضال من هذه الوجوه المتعددة الجبهات . إن المقاومة الفلسطينة لا يمكن ، على الرغم مما واجهته من نكسات ونكبات - إلا أن تلتقى ماتزمة بوضوح هدف التحرير . فالشعب الفلسطينى ، وطلبعته المقاومة ، لا يمكنها مبدئياً التفريق بين ما اغتصبته الحركة الصهيونية ، وبين ما احتلته دولة إسرائيل ، لأن التفريق فى هذا الصدد يودى بطبيعة الحال إلى تفريط فى حقوق طبيعية وبدهية معترف بصوابها ، بله عدالتها ، فإذا ما تزحزحت المقاومة عن هذا الالتزام هدرت أهليتها لقيادة مصير الشعب الفلسطينى . كما أنها مطالبة بتحقيق الوحدة العضوية بين فصائلها الرئيسية ، حتى لا يكون فقدان هذه الوحدة

- مرة أخرى يتفجر السؤال الغريب : من هو اليهودى ؟ ونضيف إليه سؤالاً آخر : ما هى حقيقة النظرة الإسرائيلية إلى الشعوب السوداء من خلال نظرتها إلى الجلد الأسود حتى لو كان منحدرًا من أصل إبراهيم وإسحق ويعقوب ؟ وهل يختلف دور إسرائيل فى إفريقيا اليوم عن دور ذلك الرجل الذى جاء يحمل « الحضارة » إلى الشعوب النائمة ؟!

مدخلاً لانسباب عوامل الضعف والخلل فى وضوح توجهاتها المرحلية والاستراتيجية ، ذلك أن الإبهام فى تحديد الموقف يودى إلى ارتباك فى سلوك الجماهير ، كما يفقد هذه الجماهير القدرة على التمييز بين توجهات عناصر المقاومة المختلفة . فإذا كانت المقاومة هى الحالة القصوى من التعبئة ، فلا بد أن تكون التعبئة بحالة قصوى من التماسك . والشعب الفلسطينى مطالب بأن يترجم شعار الاستراتيجية العام إلى برامج عمل متعددة المراحل متعددة الجبهات ، تستقطب كل إمكانيات النضال الفلسطينى على جميع مستوياته ، ولو توحد الفلسطينيون فسيعاملهم العرب ، والنظم ، معاملة أخرى ، ولو وضعوا هذا البرنامج ، فسوف يضعون كل هؤلاء أمام مسئولياتهم بوضوح .

والدول العربية ، بالإضافة إلى ما تقدم ، من الممكن أن تلعب ، على البحر الأبيض المتوسط ، دوراً هاملاً فى تشكيل الموقف الأوروبى من مسألة الشرق الأوسط إذا ما قدرت الانفتاح على أوروبا - البحر المتوسط ، ذلك أن داخل أوروبا الموحدة هناك أكثر من مركز للاستقطاب : هناك فرنسا ودورها التقليدى فى أوروبا وفى السوق المشتركة ، وهناك ألمانيا وإنجلترا وقوتهما الاقتصادية الرهيبية وعلاقتهما الخاصة بالولايات المتحدة الأمريكية . وانفتاح الدول العربية على أوروبا قد يكون من شأنه تدعيم مركز فرنسا ومن ثم توجيه أوروبا المستقبل إلى البحر المتوسط أكثر من الأطلسى . والموقف الآن قد يشبه ما ذكره أرنولد توينبى عن روسيا فى مرحلة معينة من تطورها حين كان يتجاذبها مركزان للاستقطاب ، بخار وسمرقند بوجهها الآسيوى ، وموسكو بوجهها الأوروبى . ونتيجة لحروب تيمورلنك فى الشرق ، ضعف وجه روسيا الآسيوى وتحققت السيطرة لوجهها الأوروبى . ولعل الظروف التاريخية تتكرر اليوم بالنسبة لأوروبا ، فهناك اتجاه البحر المتوسط ونجده لدى فرنسا وإيطاليا أساساً ، وهناك اتجاه الأطلسى ونجده لدى إنجلترا ودول الشمال . وقد تكون سياسة الدول العربية ، وفى مقدمتها جمهورية مصر العربية ، نقطة تحول فى اتجاه أوروبا كما كانت حروب تيمورلنك فى اتجاه روسيا .

ولعل الأحداث الجارية تؤكد وجود هذا الاتجاه فى أوروبا حيث إنها صوتت لأول مرة جميعاً لمصاحبة العرب أمام هيئة الأمم المتحدة تحت التأثير الفرنسى ، فلماذا لا تكون سياستنا الخارجية وسياسة فى تدعيم قوى دولية تتجه

بطبيعتها لدعم مصالحنا ولا سيما أن أوروبا عادت ، اقتصادياً وسياسياً ، إلى وضعها الطبيعي أو كادت . وفي نفس الوقت بدأت قوى النمو في الصين تظهر ، وحقت معدلات طيبة للغاية من النمو الاقتصادي بالإضافة إلى الاستقرار السياسي الكبير الذي عرفته ، وقد أضفى ذلك عليها ، بالنظر إلى حجم سكانها ومواردها ووضعها في الشرق الأقصى ، دوراً متزايداً ما أحرانا بأن نحاول ما وسعنا الجهد الاستفادة منه في نزاعنا مع إسرائيل ، ولا سيما أن الاتحاد السوفيتي ، وهو قوة سياسية كبيرة وديناميكية^(١) ، يقف وراء حقنا بدعمه ويؤيده . ومن يدري فقد يكون في كل هذا الذي ذكرت ، مفتاح لحل نزاعنا مع إسرائيل .

الخلاصة

٣١٧- يخلص لنا مما سبق أن الاعتراف بفكرة الفعالية إنما يكون مبدأ عاماً من مبادئ القانون الدولي يتساوى مع تحطيم القانون الدولي تحطيماً كلياً . فالفعالية ، في رأينا ، هي قانون القوة ، حالة أن المشروعية هي قوة القانون . وعلينا أن نعلم أن الأمم المتحدة ليست حكومة عالمية ، إنما هي محاولة لخلق نظام عالمي جديد للسلام وحقوق الإنسان ، وحياة أفضل للشعوب . وفي اعتقادي أن ذلك النظام الجديد لن يستطيع أن يتطور أو أن يكون له تأثير فعال بدون فهم وتأييد شعوب العالم . ويحضرني هنا أن ميثاق الأمم المتحدة يبدأ بقوله « نحن شعوب الأمم المتحدة » ولذا فإن مشولية هائلة تقع على عاتق جميع الشعوب في أن تتابع وتراقب التزام حكوماتها بمبادئ الميثاق ، وأن تدفعها ، ما وسعها الجهد ، إلى تنفيذ قراراته وبرامجه ،

الباب الأول

في

القانون الخاص

(١) من الغريب أن الفرنسي توكفيل *Agexis de Tocqueville* قد تنبأ منذ أكثر

من قرن من الزمان بأن العالم يتجه لسيطر عليه قوتنا أمريكا وروسيا .

الفضل الأول التقنين المدني

تهييد

٣١٨- لم ينص القانون الفرنسي على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، بيد أن الإجماع منعقد في فرنسا على وجوب العمل بها . ومن المقرر عندهم أنها تنطبق على القوانين الجنائية وغيرها من القوانين المتعلقة بالنظام العام ، أما غير ذلك من القوانين فيجوز الاعتذار بجهله ويصاح الغلط في شأنه أن يعتبر عيباً من عيوب الرضا في العقود ، وهو الغلط في القانون (١) .

٣١٩- أما في مصر ، فقد كانت المادة ٢٦ من دستور سنة ١٩٢٣ تنص في فقرتها الثالثة على أن « يعتبر إصدار تلك القوانين معلوماً في جميع القطر المصري بعد نشرها بثلاثين يوماً . . . » ، واختصر الدستور المؤقت تلك المدة إلى عشرة أيام (م ٦٦) مع إمكان مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص في القانون ، ومن ثم يصح النص على نفاذه من وقت نشره في الجريدة الرسمية (٢) ، وعلى الرغم من ورود النص المشار إليه مطلقاً دون تقييد لهذه القاعدة بالقوانين المتعلقة بالنظام العام ، فإن أغلبية الفقه حذت حذو الفقه الفرنسي وقالت بقصر تطبيق هذه القاعدة على القوانين المتعلقة بالنظام العام (٣) . ولم يرد في دستور سنة ١٩٦٤ ولا في الدستور القائم الصادر في ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١

(١) بودري لانكتنري ج ١٢ نبذة ٦٩ ص ١٠٩ - لوران ج ٢٥ ص ٥٨١

نبذة ٥٠٧ .

(٢) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ص ١٣٤ - ١٣٨ .

(٣) السهورى ، نظرية العقد ص ٣٨٧ وما بعدها - بهجت يدوى ، أصول

الالتزامات ص ١٩٧ - محمد علي عرفه ، مبادئ العلوم القانونية ، ط ٢ ص ٩٤ .

- وانظر الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٢ ص ١٦٤ حيث ورد على لسان الدكتور السهورى أمام لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أنه « يجب التفرقة بين الجهل بالقانون الجنائي والجهل بالقانون المدني ، وأن نطاق تطبيق قاعدة عدم الجهل بالقانون لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه التخصيص ما يتعلق بالمسائل الجنائية » .

ما يقتضى العدول عن هذا الرأي . وقد نصت المادة ١٨٨ من الدستور الأخير على أن « تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك مياعداً آخر » .

٣٢٠- بيد أن فكرة النظام العام في هذا المجال تختلف عنها في مجال التفرقة بين القواعد التى يجوز الاتفاق على ما يخالفها وغيرها من القواعد ، كما يظهر ذلك من الأمثلة التى أوردها الدكتور السهورى في نظرية العقد باعتبارها من الأحوال التى يقبل فيها الاعتذار بجهل القانون وبالتالى يجوز فيها التمسك بالغلط في القانون لإبطال العقود^(١) ، وهو ما سنعرض له تفصيلاً ، مع أنه لا نزاع في أن هذه القوانين قوانين متعاقبة بالنظام العام الذى يجعل منها قوانين آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن الأمثلة المذكورة أن يتعاقد شخص مع آخر بلغ الثامنة عشرة وهو يعتقد أنه قد بلغ سن الرشد ، جاهلاً صدور قانون جديد برفع هذه السن إلى الحادية والعشرين (غلط في القانون بشأن صفة جوهرية في الشخص) ، أو أن يصطلح الوارث مع الموصى له ، وهو وارث آخر ، على جزء من العين الموصى بها وهو يعتقد أن الوصية لو ارث تصح دون إجازة من الورثة (فالغلط في القانون هنا واقع في الباعث motif) ، وتضاف إلى ذلك أمثلة أخرى في غير العقود ، فإذا صدر قانون بتخفيض قيمة الإيجارات ، ودفع المستأجر قيمة الإيجار كاملة دون أن يعلم بصدور هذا القانون ، جاز له أن يعتذر بجهله بإنه وأن يسترد القدر الذى دفعه زيادة عما يجب^(٢) . ومن ذلك يتضح أن فكرة النظام العام التى تقتضى برفض الاعتذار بجهل القانون فكرة ضيقة جداً حتى

(١) أنظر ما سيجيء عند كلامنا على نقد التفرقة بين القواعد الآمرة وغيرها في البحث الثالث من هذا الفصل .

- وقد كان اعتبار أن الغلط في القانون يتعارض مع قاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون هو الذى دعا كثيرين من الفقهاء إلى القول بأن الغلط في القانون لا يجوز إلا إذا تعلق الأمر بقواعد قانونية مكللة . أما بالنسبة للقواعد القانونية الآمرة ، فلا يجوز الإدعاء بالغلط في القانون - في هذا المعنى : السهورى ، الوسيط ج ١ بند ١٧٤ - أحمد حشمت أبو سبيت ، نظرية الالتزام في القانون المدنى الجديد ، مصادر الالتزام ، ط ٢ فقرة ١٦٨ - أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج ١ ط ١٩٦٤ بند ١٢٠ . (٢) المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس طبعة ١٩٥٧ ص ١٢٨ - ١٢١ .

تمكاد ألا تشمل على غير القوانين الجنائية والقوانين التى تنظم السلطات العامة والقوانين التى تفرض التزامات أو تحدد مواعيد معينة لمباشرة بعض الإجراءات أو استعمال بعض الحقوق^(٣) .

٣٢١- على أن تطبيق هذه القاعدة ، حتى في هذا المجال الضيق ، مبنى على افتراض إمكان وصول الجريدة الرسمية إلى جميع الناس ، أما في حالة امتناع ذلك بقوة القاهرة كغرق أو حرب أو انقطاع السكك الحديدية ، فلا يطبق التشريع الجديد إلا بعد زوال القوة القاهرة وإمكان وصول الجريدة^(٤) . ويعتبر النشر في الجريدة الرسمية هو الطريق القانونى لشهر التشريع الجديد ، ولا يقوم غيره مقامه ، ولو ثبت أنه أنجع في إحاطة الناس علماً بهذا التشريع كالإذاعة بالراديو أو التليفزيون مثلاً . ولا يغنى عن نشر التشريع أن يكون المخاطب به قد علم بإصداره علماً حقيقياً يقينياً^(٥) .

٣٢٢- وقاعدة عدم قبول العذر بالجهل بالقانون هى الأصل حتى يقوم سند على استثناء عليها^(٦) . ويستوى في ذلك ما إذا كان الجهل بذات القانون أو بمعناه الحقيقى بأن ادعى الخطأ في فهمه وتفسيره . ونتكلم فيما يلى على أثر الجهل والغلط في التقنين المدنى المصرى مقارناً بالتقنين الفرنسى والألمانى والفقهاء الإسلامى .

المبحث الأول

أثر الغلط على العقود

الغلط في التقنين المدنى المصرى

٣٢٣- الغلط L'erreur عيب من عيوب الإرادة أو الرضاء . وقد استحدثت التقنين المدنى الحالى أحكاماً جزيلة الفائدة بشأن ما يشوب الرضاء من عيوب ، فواجه مسائل عديدة أغفلها التقنين المصرى القديم ، كالغلط

(١) بريسول Bressoles في بحث في الغلط في القانون بمجلة Bulletin de legislation ج ١٧ و ١٨ . وديكوتينيس Decottignis في الغلط في القانون بالمجلة الفصلية لقانون المدنى ١٩٥١ ص ٣٠٩ وما بعدها .

(٢) بلانبول ج ١ نوبة ٢٢٧ و ٢٣٨ حيث يقول إن هذه القاعدة لها استثناءان هما حالة القوة القاهرة وحالة الغلط في العقود .

- وبطبيعة الحال فإن النشر في عدد محدود جداً من الجريدة يبنى افتراض العلم .

(٣) مجلس الدولة ٣ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام مجلس الدولة ٤ - ١٤٧ - ٤٤ .

(٤) شرح قانون العقوبات للدكتور محمود مصطفى ص ٣٢٥ .

المشترك والغلط في القانون وغير ذلك . ولا بد في هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة . فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره . وإرادته تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة ، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة . أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم أنها موجودة ، ولكنه في الواقع من الأمر لا ينطوي على إرادة تعلقت بمحلها . وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحداً من هؤلاء لا يميز ما يفعل . ويترتب على هذا التمييز الجوهري أن العقد الذي يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود أو هو عقد باطل . أما العقد الذي يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة ، ولكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله ، فهو عقد قابل للإبطال .

٣٢٤ - والغلط حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع ، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . والغلط المعنى هنا هو ذلك الذي يصيب الإرادة ، فتستبعد من دائرة البحث ما يطابق عليه الغلط المانع *erreur-obstacle* وهو غلط يقع في ماهية العقد ، كما إذا أعطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة ، أو في ذاتية المحل ، أو في السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصى لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع يعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها ، ففي الأمثلة السابقة لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية : ماهية العقد أو المحل أو السبب . فالتراضي إذن غير موجود ، والعقد باطل أي منعدم .

الغلط في النقل أو في التفسير

٣٢٥ - هذا الغلط هو الذي يعيننا في هذا المقام بحثه ، وهو الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة *erreur sur la formation de la volonté* .

فهو من جهة غلط يقع في تكون الإرادة لا في نقلها (١) *transmission* ولا في تفسيرها *interprétation* ، إذ الغلط الذي يقع في النقل أو التفسير هو حالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة ، بحالة أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة .

والغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد ، لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر (٢) .

معيار الغلط الجوهري في القانون الفرنسي

٣٢٦ - ورث الفقه الفرنسي التقليدي من القانون الفرنسي القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره في صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلاً وهو الغلط المانع الذي سبقت الإشارة إليه ، وغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة التعاقد الذي وقع في الغلط ، وغلط لا يؤثر في صحة العقد . وقد سبق بيان الحالات التي يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلاً . أما الغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال فيكون في حالتين : غلط يقع في مادة الشيء محل الالتزام الناشئ من العقد ، وهو ما تعبر عنه المادة ١١١٠ من من التقنين المدني الفرنسي بالغلط الواقع في مادة الشيء ذاتها *substance même de la chose* ، وغلط يقع في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد .

(١) ومن قبيل الغلط في النقل مجرد الغلط في الحساب وغلطات القلم . وهذا الغلط لا يؤثر في انعقاد العقد ولا في صحته . وقد نصت المادة ١٢٣ مدني على أنه « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » . وانظر نقض مدني في ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ مجموعة عمرا رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ ، وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣ ، وقد ورد بهذا الحكم الأخير « متى كانت محكمة الموضوع قد تبينت من واقع الدعوى أن التبايع الذي هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاقت عندئذ إرادة المشتري مع إرادة البائع ، وأن ما جاء في العقد خاصاً بمحدود هذه العين قد شابته غلط في حين من تحددها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون مخطئة إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادي الواقع حال تحرير المحرر المبيت لتعاقد لا الغلط المعنوي الواقع حال تكوين الإرادة المفسد للرضاء .

(٢) وثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع بتقدير الأدلة فيها - نقض مدني أول إبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦ .

٣٢٧- والغلط الذي لا يؤثر في صحة العقد يكون في أحوال أربع :
 (١) غلط في وصف لا يتعلق بمادة الشيء محل الالتزام . (٢) غلط في قيمة
 الشيء محل الالتزام . (٣) غلط في شخص التعاقد إذا لم تكن شخصيته محل
 اعتبار في العقد . (٤) غلط في الباعث على التعاقد .

ولكن القضاء في فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية ، وجرى الفقه
 الحديث القضاء في ذلك ، فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثي للغلط ، إذ استبعد النوع
 الأول وهو الغلط الذي يجعل العقد باطلا ، لأنه يتصل بوجود التراضي
 لا بصحته ، وهدم الحاجز ما بين النوعين الثاني والثالث ، فإن التمييز ما بين
 هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تضيق بما تقتضيه الحياة العملية ،
 وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فمن الغلط ما يقع
 في قيمة الشيء أو في الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر في صحة العقد لأنه كان
 هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع في مادة الشيء ومع ذلك لا يؤثر
 في صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالعبرة إذن ليست بأن الغلط وقع في
 مادة الشيء أو في قيمته ، بل العبرة بأن الغلط كان جوهرياً *essentielle* ،
 أي بأنه كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد *la raison principale*
et déterminante . فلا تكون هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط في
 صحة العقد وحالات أخرى محددة كذلك لا يؤثر فيها الغلط ، بل تهدم هذه
 القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى ، ويستبدل معيار
 بقاعدة ، ويصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد
 وذلك في جميع الحالات ، تبعاً لملاسات كل حالة وظروفها الخاصة .

٣٢٨- وتطور الفقه الفرنسي من الأخذ بمعيار موضوعي إلى الأخذ
 بمعيار ذاتي يبدو واضحاً في تفسير عبارة « الغلط في مادة الشيء ذاتها »
 الواردة في المادة ١١١٠ من القانون الفرنسي . فقد بدأ الفقهاء الفرنسيون
 في العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً ، ويذهبون إلى أن المراد
 بذلك الغلط الذي يتعلق بالمادة التي يتكون منها الشيء ، ومادة الشيء هي
 مجموعة الخصائص التي تدخله في جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى ،
 ويقدمون عادة المثل الذي أتى به پوتيه : شخص اشترى شمعداناً من نحاس

مطلب بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة (١) . ثم أخذ الفقهاء في عهد
 ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتي في تحديد هذا
 النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء في هذا الطريق هما الأستاذان
 أوبري ورو (٢) ، فقد أخذوا في الأصل بالمذهب الموضوعي كقاعدة عامة ،
 فذهبوا إلى أن المراد بمادة الشيء هي العناصر المادية التي تكونه والخواص
 التي تميزه من الأشياء الأخرى طبقاً للمعارف بين الناس ، ولكنها أضافا
 إلى ذلك جواز أن يتفق المتعاقدان على توافر صفة معينة في الشيء فتصبح
 هذه الصفة جوهرية بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشيء
 من حيث هي . ثم هجر الأستاذ لوران ، في عهد ثالث ، المعيار الموضوعي
 وأخذ بالمعيار الذاتي جملة واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هي
 التي تحدد مادة الشيء والأوصاف المعتبرة فيه (٣) . واقتنى سائر الفقهاء أثر
 لوران في هذا المنحى ، فذهب الأستاذان بودري وبارد إلى أن المراد بمادة
 الشيء هي الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء
 والتي ما كان التعاقد يتم بدونها (٤) ، وذهب بلانيول وكولان وكايتان
 وجوسران إلى هذا الرأي (٥) .

٣٢٩- فالعبرة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتي ، بالأوصاف المعتبرة في
 نظر المتعاقدين لا بالخصائص التي تكون مادة الشيء في ذاته ، فقد يشتري
 شخص شيئاً على أنه أثر تاريخي ويعتقد في الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب
 فيتضح أنه مصنوع من البرونز ، فهذا غلط في مادة الشيء ، ولكنه بحسب
 نية المشتري ليس غلطاً في الصفة المعتبرة عنده ، فإدام الشيء الذي اشتراه
 هو الأثر التاريخي الذي يقصده ، فلا يعنيه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من
 معدن آخر . وقد استبدل الفقه والقضاء في فرنسا بعبارة « مادة الشيء »

(١) أنظر في هذا المعنى ديرانتون ١٠ فقرة ١١٤ - ١١٦ وماركاديه ٤ فقرة ٤٠٧ .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٣ مكررة ص ٤٩٠ و ٤٩٢ .

(٣) لوران ١٥ فقرة ٤٨٨ .

(٤) بودري وبارد ١ فقرة ٥٤ .

(٥) بلانيول ٢ فقرة ١٠٥٣ - كولان وكايتان ٢ ص ٢٨١ - جوسران ٢ فقرة

substance de la chose عبارة أخرى اشتقاها من الكلمة ذاتها هي الصفة الجوهرية **qualité substantielle** ، أي الصفة التي اعتبرها المتعاقد في الشيء . والمعيار الذاتي ما هو في الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فما دامت إرادة العاقد هي التي تنشئ الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة في حقيقتها وعلى وجهها الصحيح ، لا معيبة بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب (١) .

معيار الغلط الجوهرى في القانون المصرى

٣٣٠- أخذ الفقه والقضاء في مصر بالمعيار الذاتي منذ عهد التقنين القديم ، وقد أسعفهما في ذلك نصوص هذا التقنين ذاتها ، فقد كانت المادة ١٣٤ تنص على أن « الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد » ، وجاء في النص الفرنسى « متى كان واقعاً في الناحية الرئيسية التي كانت محل اعتبار في الشيء عند التعاقد **le rapport principal** » **sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat** ، وقد نقل هذا النص لا عن نصوص التقنين الفرنسى بل عن القضاء والفقه في فرنسا بعد التطور الذي أنف ذكره (٢) .

٣٣١- وجاء التقنين الجديد مؤيداً للمعيار الذاتي وصرحاً في وجوب الأخذ به . فقد نصت المادة ١٢٠ على أنه « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد . . . » ثم نصت المادة ١٢١ على أنه « ١ - يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . ٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك

(١) دى باج ج ١ بند ٣١ ص ٤٧ . وانظر في كل ما تقدم السهورى ، الوسيط ج ١ ط ٢ ، البنود ١٦٢ - ١٦٧ ص ٣١١ - ٣١٧ .
(٢) أنظر في الفقه المصرى دى هلتس ج ١ لفظ **convention** فقرة ٥٦ - نظرية العقد للسهورى فقرة ٣٥٧ وما بعدها .
- وانظر في القضاء المصرى نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٢٢ .

للذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى في التعاقد (٣) .
فالغلط الجوهرى ، في عهد التقنين الحالى ، هو الذى يبلغ ، في نظر المتعاقد الذى وقع في الغلط ، حداً من الجسامه بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط . فهو إذا وقع في صفة للشيء ، ويجب أن تكون هذه الصفة جوهرية في اعتبار المتعاقدين (٤) ، وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ويجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى في التعاقد (٥) .

(١) أنظر في تاريخ النص مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٥٥ - ١٥٨ .
- ويقابل هذا النص في القانون المدنى العراقى ، نص المادة ١١٨ ويقضى بأن العقد لا ينفذ : ٢ - إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . ٢ - إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى في التعاقد . ٣ - إذا وقع غلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد .

(٢) تشترط المادة (١٢٠) أن تكون الصفة « جوهرية في اعتبار العاقدين » ، مع أن الأخذ بالمعيار الذاتي في تحديد جوهرية الصفة يقتضى أن تكون العبرة في ذلك بوجهة نظر المتعاقد الذى وقع في غلط . ولذلك فقد تكون هذه الصفة جوهرية في نظر هذا المتعاقد رغم أنها ليست كذلك في نظر المتعاقد الآخر . فقد يشترى شخص مجموعة من طوابع البريد للدولة معينة خلال فترة معينة ليكمل بها مجموعة طوابع البريد التي أصدرتها هذه الدولة خلال حين سابقاً . فاعتبار هذه المجموعة صادرة خلال فترة معينة يعتبر صفة جوهرية فيها بالنسبة للمشتري ، في حين أن هذه الصفة قد لا تعتبر جوهرية بالنسبة للتاجر الذى باعها له . ولا يمكن القول بأنها تنقلب جوهرية بالنسبة لهذا التاجر بمجرد علمه بأنها كذلك عند المشتري . وفي هذا الفرض إذا وقفنا عند عبارة المادة ١٢١ / ٢ أ ، التي تتطلب أن تكون الصفة « جوهرية في اعتبار المتعاقدين » ، لما أمكن الإبطال ، في حين أن الأخذ بالمعيار الذاتي في جوهرية الصفة يميز الإبطال في هذه الحالة - أنظر الدكتور عبد الودود يحيى ، نظرية الغلط في القانون المدنى الألمانى ١٩٦٩ ص ٣٧ هامش (٢) ، وقارن الدكتور إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام (العقد والإرادة المنفردة) ١٩٦٦ ص ١٩٤ هامش (٢) -

(٣) لم تضاف المادة ١٢١ / ٢ ب ، وهي تحدد الصفة الجوهرية في الشخص ، للضابط الموضوعى الذى أورده المادة بالنسبة للصفة الجوهرية للشيء ، مع أن الحاجة إلى إضافتها عند تحديد الصفة الجوهرية في الشخص ، ليست بأقل عند تحديد هذه الصفة بالنسبة للشيء . وإذا كان المشرع قد أراد أن يعطى أمثلة للغلط الجوهرى في صفة الشيء أو في الشخص ، فكان يجب أن يوحدها بينهما في الصياغة ، أو أن يجمعهما في نص واحد بحيث =

٣٣٢ - على أن الأخذ بالمعيار الذاتي يقتضى أن يكون المعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الكشف عنها في بعض الأحيان . لذلك اتخذ القانون الجديد قرينة موضوعية لنتم عن هذه الحالة النفسية ، فقضى بأن صفة الشيء تكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتها بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبرها جوهرية وفقاً لما لايس العقد من ظروف ولما يبغي في التعامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهيدان ، إذا لم نهد من طريق آخر ، إلى تعرف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر في الآثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح أنها ليست كذلك ، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر في الآثار قرينة عن نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلاً على نية المتعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشتراها من تاجر الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

عل أي شيء يقع الغلط

٣٣٣ - يصح أن يقع الغلط الجوهري الذي أنف بيانه ، لا في صفة الشيء وفي الشخص فحسب ، بل أيضاً في القيمة وفي الباعث (١) ، والعبارة بأنه غلط جوهري ، لا بأنه وقع في هذا أو وقع في ذاك .

الغلط في صفة جوهرية في الشيء

٣٣٤ - لا يؤثر الغلط الجوهري في هذه الحالة في صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد كما قدمنا . وفي القضاء المصري في ظل القانون القديم ، والقانون الجديد أتى مؤكداً للقانون القديم كما أسلفنا ، أمثلة كثيرة على ذلك . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن يبيع قماش على أنه قابل لأن يغسل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية

= ينصرف الضابط الموضوعي إليهما معاً . فليس هناك ما يبرر تعبيره عن الصفة التي تعطى الحق في الإبطال مرة بأنها يجب أن تكون « جوهرية في اعتبار المتعاقدين » ومرة بأنها يجب أن تكون « السبب الرئيسي في التعاقد » . والصفة التي تعتبر السبب الرئيسي في التعاقد ، هي لا شك صفة جوهرية في نظر المتعاقدين - قارن اسماعيل غانم ، الموضوع المشار إليه بالهامش السابق - (١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٤٣ .

في الشيء (١) . وقضت بأن يبيع شيء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع ، ولا يلتزم المشتري برفع دعوى الإبطال في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى في ضمان العيوب الخفية ، أما هنا فالدعوى دعوى إبطال للغلط (٢) .

وقضت بأنه يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء قبول حوالة حتى مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن ، ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قبده وأن العقار المرهون يبيع إلى الغير ، فشرط عدم ضمان المحيل يبطل في هذه الحالة (٣) . ولكن لا يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء المبيع يجعل العقد قابلاً للإبطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك (٤) ، ولا أن يقع خطأ في حدود الأرض المبيعة ما دامت نكرة الأرض في خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك (٥) .

الغلط في شخص المتعاقد

٣٣٥ - لا يؤثر هذا الغلط في صحة العقد إلا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد كما هو نص المادة ١٢١ ، ومثل هذا الغلط إنما يقع في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة . وهو يقع في ذات المتعاقد إذا كانت هي محل الاعتبار ، كالغلط في شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع في صفة جوهرية من صفات المتعاقد كانت هي الدافع إلى التعاقد كأن يهب شخص لآخر مالا

(١) ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ .

(٢) ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٩ - وانظر في التمييز ما بين الغلط في الشيء والغيب الحق في نظرية العقد للسبب في فقرة ٣٥٨ . وقد جعل للقانون الجديد دعوى الغيب تتقدم بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢) . أما القانون القديم فقد كان يوجب رفع الدعوى في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة (م ٣٢٤) .

(٣) ٧ إبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٣ .

(٤) ١٨ إبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط - و ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٧ .

(٥) ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ .

معتاداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك ، وكان يتعاقد شخص مع أحد الفنيين وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر في فنه (١) . هذا وقد قضت محكمة النقض بأن الغلط في شخصية المتعاقد أو صفته لا يتوافر لمجرد عدم إدراج اسمه وقت التعاقد في تقابة المهن الهندسية ، ما دام قد ثبت أنه كان مصرحاً له بمزاولة مهنة مهندس معماري (٢) . وتقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت هي محل الاعتبار وهي التي دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين ، فقد قضت محكمة النقض بأن تقرير الحكم المطعون فيه بأن الصفة التي اتخذها أمين النقل في التعاقد من أنه مالك لسيارات وعربات أجرة لم تكن صفة جوهرية يترتب على تخلفها إبطال العقد ، هو تقرير موضوعي (٣) .

الغلط في القيمة

٣٣٦ - تقدم القول بأن النظرية التقليدية لا تقيم لهذا الغلط وزناً فلا تجعله يؤثر في صحة العقد . أما إذا سارنا النظرية الحديثة ، وهي التي أخذ بها القانون المصري ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط في القيمة ، وجب أن نقول إن الغلط في قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد يجعل العقد قابلاً للإبطال . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط في قيمة الشيء الذى باعه (٤) .

(١) انظر في هذه الأمثلة وفي غيرها : نظرية العقد السهوى فقرة ٢٦٠ - ٣١٢ .

(٢) نقض مدني ٦ مايو ١٩٥٤ م ٥ ص ٨٤٠ .

(٣) نقض مدني ٢٩ أكتوبر ١٩٥٣ م ٥ ص ١٠٨ .

(٤) السهوى في الوسيط ج ١ ط ٧ بند ١٧٢ ص ٢٢٣ - ٢٢٤ .

- ووفقاً لقضاء ثابت من المحكمة العليا الألمانية ، لا تعتبر القيمة الاقتصادية (سعر السوق) لشيء صفة جوهرية يعطى الغلط فيها الحق في الإبطال وفقاً للمادة ١١٩ / ٢ من القانون المدني الألماني . وسند المحكمة العليا في ذلك أن القيمة ليست صفة ، وإنما هي نتيجة لعدة عوامل ، هذه العوامل التي تؤثر في القيمة هي التي تعتبر صفات ، ويمكن أن يكون الغلط فيها سبباً للإبطال ، كما لو وقع الغلط في مادة الشيء مثلاً - عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٤٧ .

- والواقع أنه ليس من السهل أن ننكر أن قيمة الشيء تعتبر صفة . ولذلك فإن رفض -

هذا ويلاحظ أن الفرق ما بين الغلط في القيمة والغبين يقوم على أنه ليس من الضروري أن المتعاقد المغبون يكون قد وقع في غلط بالنسبة إلى قيمة الشيء الذى يتعاقد عليه ، فقد يكون على بينة من قيمة الشيء الحقيقية ويقبل الغبن بالرغم من ذلك .

الغلط في الباعث

٣٣٧ - تميز النظرية التقليدية بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ، فتجعل الأول يبطل العقد بطلاناً مطلقاً ، وتجعل الثانى لا أثر له في صحة العقد . والنظرية التقليدية عند ما تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب في نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فإذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطلة أو أنها سقطت بعدول الموصى ، كان هناك غلط في السبب بمعناه التقليدى ، فإن الورثة قصدوا من التزامهم بعقد القسمة غرضاً مباشراً هو إفراز نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصصاً في العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط في السبب (١) .

- الإبطاء لغلط في القيمة ، ليس سببه أنها لا تعتبر صفة ، وإنما يرجع إلى أن النظام القانونى يترك تحديد الثمن للاتفاق بين المتعاقدين ، ولذلك فن يخطئ التقدير يجب أن يتحمل نتيجة خطئه ، لأنه سيكون غير مقبول أن يسمح له بالتخلص من التزامه عن طريق الإبطال . ويترتب على ذلك أنه إذا كان للسلطة سعر إجبارى فإن هذا السعر يعتبر صفة في السلعة ، والغلط فيه يعتبر غلطاً في صفة جوهرية يعطى الحق في الإبطال .

(١) السهوى ، المرجع السابق بند ١٧٢ ص ٢٢٤ - ٢٢٥ .

- وانظر ما جاء في نظرية العقد لذات المؤلف فقرة ٣٦٤ حيث ذكر من الأمثلة على الغلط في الباعث أن مصطاح الوارث مع الموصى له على أن يسلم الأول للثانى جزءاً من الشيء الموصى به دون الباقي ، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد الوارث أن الوصية قائمة وقت موت الموصى ، ويتضح بعد ذلك أن الموصى كان قد عدل عنها . والفرق ظاهر بين هذا المثل ومثل قسمة الوارث مع الموصى له . ففي الحالة الأولى ينازع الوارث في الوصية وينتهى بالمصالحة عليها وقد دفعه إلى ذلك اعتقاده أن الموصى لم يعدل عنها ، ولكن أثر النزاع بقى في أن الوارث لم يسلم الموصى له إلا جزءاً من الشيء الموصى به . فالغلط هنا يقع في الباعث . أما في قسمة الوارث مع الموصى له ، فالوارث يسلم بالوصية ولا ينازع فيها ، لذلك اقتسم مع الموصى له العين الشائعة ، وأعطاه نصيبه ، وهو القدر الموصى به كاملاً بمقتضى عقد القسمة . فالغلط هنا يقع في السبب بمعناه التقليدى .

- وانظر بيدان جزء ٨ بند ٢٢٤ و ٢٢٥ حيث يقرر أن الغلط في السبب قد يكون غلطاً -

أما الغلط في الباعث ، وهو الذي لا يؤثر في صحة العقد طبقاً للنظرية التقليدية ، فثله أن يبيع شخص عيناً وهو مريض ويعتقد أنه في مرض الموت ، ثم يشفى من المرض ، فهو لا يستطيع أن يطعن في البيع بدعوى أنه صدر منه وهو في مرض الموت لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة ويشترط أن ينتهي المرض بالموت ، ولا يستطيع أن يطعن في البيع بالغلط في الباعث ولو أن الدافع له إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وطبقنا معيار الغلط الجوهري ، كان الغلط في الباعث في هذا المثل غلطاً جوهرياً يحجز للبائع أن يطلب إبطال البيع (١) .

٣٣٨- ويبين من ذلك أن التمييز يبقى قائماً بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ما دمنا نحفظ بالنظرية التقليدية في السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية في الغلط ، فلا يزال الغلط في السبب بمعناه التقليدي يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فيجعل العقد قابلاً للإبطال وفقاً للنظرية الحديثة في الغلط ، ولا يؤثر في صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية (٢) .

= في الواقع كما لو تمهد شخص بسداد ديون قريب له توفي اعتقاداً منه بأنه سيرثه ثم اتضح أنه ليس من ورثته . وقد يكون غلطاً في القانون كما لو اعتقد الوارث أنه ملزم بسداد ديون مورثه فتعهد بوفائها مع أن القانون لا يلزمه بذلك .

(١) ويقول الأستاذ السهوري إن من أمثلة الغلط في الباعث ما يظهر فيه لأول وهلة أن الغلط ينبغي ألا يؤثر في صحة العقد . فلو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك ، أو استأجر موظف منزلاً في مدينة معتقداً أنه سينقل إليها ثم يتبين بعد ذلك أنه لم ينقل ، كان هذا غلطاً في الباعث ، وينبغي ألا يؤثر في صحة العقد وإلا تمرض التعامل لخطر التزعزع وعدم الاستقرار . ولكن هذه النظرة الأولى غير دقيقة ، فإن الذي يمرض التعامل للتزعزع في مثل هاتين الحالتين ليس هو أن الغلط في الباعث يكون غلطاً جوهرياً ، بل إن المتعاقد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط . إذ الغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال يجب أن يشترك فيه المتعاقد الآخر ، أو أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . فلا يزعزع التعامل في شيء أن يطلب مشتري السيارة أو مستأجر المنزل ، في المثليين المتقدمين ، إبطال العقد ، ما دام المستأجر في المثل الثاني ، يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أنه نقل إلى المدينة التي استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع إلى الاستئجار ، أو أن المؤجر كان على علم بأن النقل الذي دفع الموظف إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك - السهوري ، المرجع السابق هامش (٢) ص ٣٢٥ و ٣٢٦ .

(٢) أنظر كايبتان في السبب بند ١٠٢ وما بعده - وقض فرنسي ١٦ نوفمبر ١٩٣٢ -

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية في السبب إلى النظرية الحديثة ، فإن الغلط في السبب يختلط بالغلط في الباعث ، ويصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمة محل للقول بأن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً والغلط في الباعث يجعل العقد قابلاً للإبطال . ويتعين الأخذ بأحد الأمرين : إما أن يكون الغلط في كل من السبب والباعث ، فهما شيء واحد في النظرية الحديثة في السبب ، من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، وإما أن يكون هذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يجوز التفريق بينهما في الحكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، يتحسسونها ولكن لا يجروون على قول حاسم فيها . فهم يقولون بالنظرية الحديثة في السبب ويخاطونه بالباعث ، ويقولون بالنظرية الحديثة في الغلط ويجعلون معياره الغلط الجوهري ولو وقع في الباعث ، ولكنهم يقفون عند هذا ويقفون على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط في السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، والغلط في الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . فيترتب على هذا التناقض خاطر عجيب ما بين منطقتي السبب والغلط ، إذ تبتى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعهما كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالسبب المغلوط *cause erronée* كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث *erreur sur le motif* كان العقد قابلاً للإبطال (١) .

= سيرى ١٩٣٤ - ١ - ١ . وقارن بيدان ج ٨ بند ١١٧ ص ٧٩ حيث يفرق بين البواعث العرضية *motifs occasionnels* التي لا تؤثر في صحة العقد ، والباعث الدافع إلى التعاقد الذي يؤدي الغلط فيه إلى تخلف الرضا ، لأنه غلط في السبب .

(١) أنظر في التوفيق بين الغلط في السبب والغلط في الباعث بلانيول وريبير وبولانجي سنة ١٩٤٩ ج ٢ فقرة ٢٠٥ و فقرة ٢٩٩ و ٣٠٣ و ٨٢٤ - قارن نظرية العقد للأستاذ السهوري ص ٣٧٥ هامش رقم (٢) . ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى الغلط في الباعث (في ظل القانون القديم) لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهريّة في الشيء أو في الشخص (الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٩) . ومنهم من يتبين أن نظرية الغلط هي نظرية السبب غير الصحيح ، ولكنه يلحق تلك بهذه فيجعل الغلط جزءاً من نظرية السبب ، ثم يعود بعد ذلك فيجعل الجزء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبي (قابلية العقد للإبطال) لا البطلان المطلق .

- الدكتور حلمي بهجت بدوى ص ١٧٣ و ١٧٩ و ١٩٨ و ص ٢٣٢ - ٢٣٤ . وانظر أيضاً في هذا الموضوع مؤلفاً بالفرنسية للدكتور شفيق شحاته في الالتزامات ص ٤٢ - ٤٣ .

٣٣٩- هذا التناقض المعيب توقعه القانون المصري الجديد . فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة في كل من الغلط والسبب ، وانبنى على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة ، فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هي التي تنطبق أحكامها على هذه المنطقة ، فيكون الغلط في كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال ، ولا يكون هناك محل للقول بأن السبب المغلوط يجعل العقد باطلاً . فالسبب الذي يجعل العقد باطلاً في القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده (١) .

الغلط في الواقع والغلط في القانون

٣٤٠- نبادر إلى القول بأن كل ما تقدم من تطبيقات لمعيار الغلط الجوهري ، سواء وقع الغلط في الشيء أو الشخص أو القيمة أو الباعث ، ينطبق على الغلط سواء كان الغلط في الواقع أو في القانون . فما دام جوهرياً ، أى ما دام هو الذى دفع إلى التعاقد ، فإنه يجعل العقد قابلاً للإبطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٢٢ من التقنين المدنى الجديد إذ تنص

- ويرى الأستاذ السهورى أن الذى دعا إلى حيرة الفقه في هذه المسألة الدقيقة هو تطور النظريات القانونية وتداخلها بعضها في بعض ، فبقى الحاول القديمة قائمة بالرغم من أنها تنص عن مسابقة هذا التطور . فقد كان مسلماً في ظل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث ، وانبنى على ذلك أن الغلط في السبب يجعل باطلاً ، أما الغلط في الباعث فلا يؤثر في صحة العقد : ومنذ تطورت النظرية التقليدية في الغلط ، واستبدل بالمعيار الموضوعى معيار ذاتي ، أصبح الغلط في الباعث يؤثر في صحة العقد . ولكن هذا التطور لم يززع سلامة التمييز ما بين الغلط في السبب بمعناه التقليدى والغلط في الباعث ، فلا زال الغلط في الحالة الأولى يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الحالة الأخرى فأنثره ببق مختلفاً عن أثره في الحالة الأولى وإن كان قد تطور فأصبح يجعل العقد قابلاً للإبطال . إلى هنا بقي التمييز سليماً ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث . ولكن منذ تطورت نظرية السبب هي أيضاً ، كما تطورت نظرية الغلط ، واختلط السبب بالباعث في النظرية الحديثة ، وصار متعيناً أن تجعل حكم الغلط في السبب هو حكم الغلط في الباعث دون تمييز بين الحالتين ، ومع ذلك بقي الفقه إلى حد كبير محتفظاً بهذا التمييز ، ولم يلق بالآ إلى ما حدث من التطور السهورى ، الوسيط ج ١ ط ٢ هامش ٣٢٧ .

(١) وقد أخرج القانون الجديد السبب المغلوط ، أو السبب غير الصحيح ، من منطقة السبب ، واقتصر على ذكر السبب غير المشروع ، فقد نصت المادة ١٣٦ على أنه « إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » . وجاء في المادة ١٣٧ « كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك » .

بما يأتي : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » (١) . هذا ولم يكن القانون القديم يشتمل على نص في هذه المسألة ، ولكن القضاء والفقه في مصر سارا على أن الغلط في القانون كالغلط في الواقع يجعل العقد قابلاً للإبطال (٢) . فقد قضت محكمة الاستئناف المختاطة بأن الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء يفسد الرضاء ، لا فرق في ذلك بين غلط في القانون وغلط في الواقع (٣) .

وقضت كذلك بأن الاعتراف بصفة الخائر لعقار لا يكون صحيحاً إذا كان مبنيّاً على غلط في القانون (٤) . وبأن إمضاء الورثة على محضر جرد التركة ، وقد ذكر فيه بيع صادر من المورث في مرض الموت لأحد الورثة ، لا يعتبر إجازة لهذا البيع إذا كانت الورثة التي أمضت محضر الجرد تجهل حكم القانون في بيع المريض مرض الموت وأنه يتوقف على إجازة الورثة (٥) .

٣٤١- ويقول الأستاذ السهورى (٦) إن الذى كان يلبس الأمر في هذه المسألة وقت قيام التقنين القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو كما يقولون « لا يفرض في أحد أنه يجهل القانون Nul n'est censé ignorer la loi » ، ولكن مجال

(١) ورد هذا النص في المادة ١٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى « الغلط في القانون كالغلط في الوقائع ، يجعل العقد قابلاً للإبطال ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وترددت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ طويلاً في استبقاء المادة أو حذفها اكتفاءً بالقواعد العامة ، واستقر رأيها أخيراً على استبقائها على الوجه الوارد في القانون وأصبح رقمها ١٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٥٩ - ١٦٤ . ويتناول النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢٣ (مطابق) - الليبى م ١٢٢ (مطابق) - الليباني م ٢٠٦ - العراق لا مقابل .

(٢) نظرية العقد للأستاذ السهورى فقرة ٣٧٢ - الدكتور حلى بهجت بدوى فقرة ١٢٣ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٦٥ .
(٣) ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤ .
(٤) ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢ .
(٥) ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١ .
(٦) الوسيط ج ١ ص ٣٢٩ بند ١٧٤ .

تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخجل بها بدعوى أنه يجهلها ، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر في ذلك . ويدخل في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهي التي تعتبر من النظام العام . مثل ذلك أن يفرض شخص آخر بفائدة تزيد على ٧ في المائة وهو يجهل أن الحد الأقصى للفوائد هو ٧ في المائة ، فليس للمقرض في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط في القانون وأنه ما كان يفرض نقوده لو علم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على ٧ في المائة ، بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى ٧ في المائة . أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام ، فلا شك أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط والتمسك به لطلب إبطال العقد ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل في عقد الصلح حيث تنص المادة ٥٥٦ مدني على أنه « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون » (١) .

٣٤٢- ويلاحظ أن المراد بالغلط في القانون ، الغلط في القواعد القانونية التي ليست محل الخلاف ، فهذا هو الذي يحتج به . أما الغلط في المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له في صحة العقد (٢) . ولكن

(١) ولكن يجوز الطعن في الصلح لغلط في الواقع كما سيبيء ، كما إذا صلح الدائن المدين على مبلغ معين وكان الدافع لهذا الصلح توهم الدائن يسار المدين - استئناف محتلط في ٢٨ إبريل سنة ١٩٣٨ م ٥ ص ٢٦١ .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في صدد المادة ١٢٢ ما يأتي : « قصد المشروع . . . إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط في القانون . فكثيراً ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبي استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا تجاوز الأمر هذا النطاق فيكون الغلط في القانون ، متى ثبت أنه جوهري ، شأن الغلط في الوقائع من حيث ترتيب البطلان النسبي . . . - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٥٩ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ مايو ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٢ - وفي ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٤ .

يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فعلاً ، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم ، فإن الشخص إذا رجح رأياً على رأي خطأ منه عد هذا غلطاً في القانون (١) . وقد يتفق أن مسألة قانونية يبت فيها القضاء على نحو معين ، ويجرى تعامل الناس على مقتضى الرأي الذي سار عليه القضاء ، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى رأي آخر ، ففي مثل هذه الحالة يجدر اعتبار الغلط في القانون مؤثراً في صحة العقد (٢) .

٣٤٣- وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك بأنه بني على حصول غلط في القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع في حكم منصوص عليه صراحة في القانون أو مجمع عليه من القضاء . فإذا حرر أحد منكبوي حريق حدث بقطار سكة حديد الحكومة إقراراً بأنه تسلم من خزانة المديرية مائة وخمسين جنياً بصفة إحسان ، وأنه ليس له بعد إحسان الحكومة وعطفها هذا أي حق في مطالبها بشيء ما ، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بغلط في القانون . والحكم الذي يعتبره كذلك مستنداً إلى أن المقر كان حين الإقرار يعتقد أن مصلحة السكة الحديد غير مسئولة عن الحادث ، وأنه إذن يكون تنازل عما كان يعتقد أنه لا حق له فيه ، هو حكم مخالف للقانون متعين نقضه . وذلك لأن الأمر الذي يحتمل أن صاحب الإقرار كان يجهله هو المسؤولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل في تنظيم المصالح الحكومية أو سوء إدارتها ، وهذه المسؤولية لا يقطع بها في القانون المصري نص صريح فيه أو إجماع من جهة القضاء ، فجهلها إذن لا يشوب الإقرار بالغلط المستوجب لفساد رضاء المقر ، ويتعين إذن إعمال الإقرار وأخذ صاحبه به (٣) .

أمثلة للغلط في القانون

٣٤٤- الغلط في القانون الذي ينصب على صفة جوهرية في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم مدنياً ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد . ومثل الغلط في القانون

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٦ .

(٢) أنظر في تحليل القضاء الفرنسي في هذا الموضوع رسالة الدكتور فهمي نور ص

٧١ - ٧٦ .

(٣) نقض مدني في ٣ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٧ ص ٣٩٤ .

الذى ينصب على شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقة مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعى يتقلب بائناً بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد . ومثل الغلط في القانون الذى يقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في الشركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف (١) . ومثل الغلط في القانون ، الواقع في الباعث ، ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق الغير في الشركة معتقداً أن القانون الوطنى هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإبطالى هو الذى يطبق ، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاه الوارث يكون مشوباً بغلط في القانون (٢) .

كيفية اتصال المتعاقد الآخر بالغلط

٣٤٥ - الغلط المشترك :

عرضنا فيما تقدم للمتعاقد الذى وقع في الغلط والذى يطبق في شأنه المعيار الذاتى ، معيار الغلط الجوهري . ولكن هل يبقى المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط ، غير متصل به على وجه من الوجوه ، والمعيار كما قدمنا ذاتى ، وكثيراً ما يكون جاهلاً بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له ؟ إن القول بذلك يزعزع التعامل ، ولن يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر ، وهو بعد لم يدخل في سريره فيعلم إن كان رضاؤه قد صدر عن غلط .

من أجل ذلك نادى كثير من الفقهاء بأن الغلط الفردى لا يكفي ، بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين *erreur commune* . ذلك أن المتعاقد إذا وقع في غلط جوهري واشترك معه المتعاقد الآخر في هذا الغلط ، ثم تبينت الحقيقة وطلب المتعاقد الأول إبطال العقد ، فن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه ، ولا يعود هناك وجه للتذمر من تقلقل المعاملات وعدم استقرارها . فإذا فرضنا مثلاً

(١) السهورى ، المرجع السابق ص ٣٣١ .

(٢) ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٠٤ - جازيت ٨ رقم ١٩٣ ص ٧٩ .
- وانظر دى باج ج ١ فقرة ٤٢ حيث يعطى مثالا قريباً من ذلك وهو أن يكون الدافع إلى التعاقد هو الاعتقاد بوجود قانون غير قائم أو كان موجوداً وألغى .

أن شخصاً باع لآخر صورة على أنها من صنع مصور مشهور ، وجب أن يكون كل من البائع والمشتري يعتقد أن الصورة هي من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشتري وحده هو الذى يعتقد ذلك دون البائع ، فلا يكون هذا الغلط مشتركاً ، ولا يجعل البيع قابلاً للإبطال حتى لا يفاجأ البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الغلط الذى وقع فيه المشتري .

٣٤٦ - ويقول الدكتور السهورى (١) إن نظرية الغلط المشترك ، بالرغم من الحجج التى يقدمها أنصارها للتدليل على صحة نظرهم ، لا تتمشى مع المنطق ، ولا تتفق مع العدالة ، ثم هي ليست ضرورية لتحقيق الغرض العملى المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر . أما أن النظرية لا تتمشى مع المنطق فظاهر ، لأن الغلط يفسد رضاه من وقع فيه ، ولا يمنع فساد هذا الرضاء كون المتعاقد الآخر لم يشترك في الغلط (٢) ، فيجب منطقياً إبطال العقد إذا شاب رضاه أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، سواء وقع المتعاقد الآخر في هذا الغلط أو لم يقع . وأما أن النظرية لا تتفق مع العدالة ، فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركاً ، ولكن المتعاقد الذى صدر منه رضاه صحيح كان يعلم بالغلط الذى وقع فيه المتعاقد الآخر ، وتركه مسترسلاً في غلظه دون أن ينهبه إلى ذلك . فالغلط في مثل هذه الحالة يكون فردياً ، وليس من شأنه أن يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك . ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من المتعاقد الأول ، ولنفرض أنه وقف موقفاً سلبياً محضاً ، فإن العقد يكون صحيحاً لا مطعن فيه . وبدسئى أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، فإنه إذا كان عدلاً أن يبطل العقد في حالة اشتراك الطرفين في الغلط ، فالأولى

(١) المرجع السابق ص ٣٣١ وما بعدها .

(٢) أنظر دى باج ج ١ بند ٤٣ حيث يضيف حجة أخرى مؤداها أن الغلط قد يشوب ويعيب التصرف للقانون الحاصل بإرادة منفردة مع أنه ليس ثمة متعاقد آخر حتى يشترك في هذا الغلط . ولهذا يرى أن القول بالغلط المشترك هو وضع خاطئ للمسألة . وانظر بيدان ج ٨ ص ٨٢ والهامش حيث يذكر أن القانون لا يستلزم أن يكون الغلط متبادلاً بين المتعاقدين .

أن يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينهه إليه (١).

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستمرار التعامل ، فإن ذلك يظهر في وضوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردي ، واقتصرنا على اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بهذا الغلط على الوجه التالي .

الغلط الفردي الذي يتصل به المتعاقد الآخر

٣٤٧- يمكن إذن أن يكون الغلط فردياً . ولكن إذا كان المتعاقد الآخر لم يشترك في هذا الغلط وجب ، حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط ، أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه .

وهذا ما تقضى به المادة ١٢٠ من التقنين الحالي ، فهي تنص على أنه « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري ، جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » (٢) . وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركاً ،

(١) أنظر دي باج ج ١ ص ٤٩ وهامش (٦) بها - وهو يرى أن الوضع الصحيح للمسألة هو أن اشتراك المتعاقدين يجب أن يتحقق بالنسبة للصفة الجوهرية التي دفعت إلى التعاقد ، فإن الطرفين يجب أن يشتركا في اعتبارها كذلك . فالشترك إذن ليس هو الغلط بل هو اتجاه الإرادة إلى الاهتمام بتلك الصفة في دائرة التعاقد .

(٢) قالت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ في تقريرها عن هذه المادة ما يلي :
اقترح الإعراض عن نظرية الغلط المشترك كما تقررها المادة ١٢٠ من المشروع ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن فكرة الغلط الفردي في إطلاقها تخل باستقرار المعاملات وتفسح المجال لضروب من الادعاءات والمفاجآت اتمقد الاجماع غل وجوب توقيها . ونص المشروع في الغلط يتماشى مع النظرية التقليدية ، ولا تزال هذه النظرية صالحة للعمل بها ، فهي تؤدي إلى تحصيل نفس النتائج التي يصل إليها الفقه الآن عن طريق نظريات أخرى ، هذا إلى أنها تتنازع بالوضوح ، وهي بعد تستعرض فروصاً مختلفة في الغلط ، وإذا كانت تشترك جيمياً في أن الغلط فيها يبطل للعقد فإنها تختلف في بقية الأحكام ، فالغلط إذا كان مشتركاً بين البائع والمشتري كان البائع حسن النية ولا يتعرض إلا إلى إبطال العقد ، أما إذا انفرد المشتري بالغلط ، فالبايع إما أن يكون على علم بذلك ويكون سبباً لنيته ويلزم فوق إبطال العقد التعويض وهذه حالة أدنى ما تكون إلى التدليس ، وإما أن يكون من السهل عليه أن يتبين غلط المشتري وقد يكون في الظروف في هذه الحالة ما يبيح اعتباره مقصراً وإلزامه بالتعويض بسبب هذا التصير - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٤٥ - ١٥٤ .

- ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٢١ (مطابق) - الليبي م ١٢٠ (مطابق) - العراقي م ١١٩ (موافق) اللبناني م ٢٠٧ (مقارب) .

وفاجأ المتعاقد الذي وقع في الغلط المتعاقد الآخر بدعوى الغلط ، ولزم أن يبطل العقد ، فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له في ذلك ، والمخطيء هو المتعاقد الأول الذي أهمل في كشف نيته ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من غلط . فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض في هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً . ذلك أن العقد هنا لم يقدّم على إرادة المتعاقدين الحقيقية ، لأن إرادة أحدهما غير صحيحة ، وهو يتمسك بإبطال العقد ، بل قام العقد على أساس اعتبارات عملية ترجع لوجوب استقرار المعاملات (١) . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر لا علم له به بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه . أما إذا كان عالماً بالغلط وأنه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون سبباً لنيته . وإذا لم يكن عالماً بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه وأن يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد ، فلا حق له كذلك في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً (٢) .

ويخلص من كل ذلك أن الغلط الجوهري لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً ، أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه .

(١) وأشلة هذا النوع ، العقد الذي تختلف فيه الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، والعقد الذي لا يقترن فيه القبول بالإيجاب إلا حكماً ، فلا يقوم العقد في كل هذه الأحوال حل توافق الإرادتين ، بل على الثقة المشروعة . وواضح أن المقصود بالإرادة ، الإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولو اعتدنا بالإرادة الظاهرة لقام العقد على توافق الإرادتين ، ومن ثم يصح القول بأن القانون المدني الحالي قد أخذ في الحالات المتقدمة الذكر بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، تحقيقاً لاستقرار التعامل - أنظر رسالة الدكتور أكثم الحلوي ، التعويض العيني في القانون الفرنسي والقانون المصري ، من مطبوعات جامعة القاهرة باللغة الفرنسية ١٩٥٧ ص ١٩٣ بند ١٩٥ وما بعده .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الفردي كاف لإبطال العقد حتى ولو لم يعلم به المتعاقد الآخر ما دام أنه كان يستطيع أن يعلم به . فقد اصطلح سنديك تاجر مفلس على دين للمفلس في ذمة إحدى الشركات ، وكان هذا السنديك مجهول أن هذا الدين مضمون برهن ، ولو علم بذلك لما رضى بهذا الصلح . وثبت من جهة أخرى أن الشركة التي اصطلحت مع السنديك ، ولو أنها كانت لا تعلم بمجهول السنديك بوجود الرهن ، إلا أنها كانت تستطيع أن تعلم ذلك من ظروف تعاملها مع هذا السنديك . فأبطلت المحكمة العقد للغلط - ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٠ .

فإذا تحددت نظرية الغلط على هذا النحو فإنها لا تتنافى مع استقرار التعامل ، ذلك لأن المتعاقد الذى وقع فى الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سيلا للزعم بأنه فوجيء بطلب إبطال العقد . فقد ثبت (١) أن هذا المتعاقد الآخر كان مشتركاً فى الغلط ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو فى الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد ، وهو فى الثانية سىء النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو فى الثالثة مقصر وتعويض التقصير الإبطال (٢) .

(١) والذى يدعى الوقوع فى الغلط هو الذى ينهض بسبب الإثبات . ويثبت وقوعه فى الغلط واتصال المتعاقد الآخر بذلك بجميع طرق الإثبات ، لأنه يثبت وقائع مادية . وما يجعل هذا الإثبات صيماً أن يكون الغلط الذى وقع فيه غلطاً لا يعذر من أجله ، فإن مثل هذا الغلط يعمد أن يكون المتعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . ومن هنا وجد معيار آخر هو الغلط المعتذر *erreur excusable* والغلط غير المعتذر *erreur inexcusable* . فالغلط المعتذر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يسهل عليه أن يتبينه . أما الغلط غير المعتذر فيفرض فيه أن المتعاقد الآخر لم يكن من السهل عليه أن يتبينه إذ لا يتصور أن يقع أحد فيه . ويجوز إذن القول بأن الغلط إذا كان غير معتذر كان هذا قرينة قضائية على جهل المتعاقد الآخر به وعلى أنه لم يكن من السهل عليه أن يتبينه - السهورى ، الوسيط ، المرجع السابق هامش (١) ص ٣٣٦ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « كان من واجب المشرع أن يقطع برأى نعين فى مسألة المفاضلة بين اشتراط الغلط المشترك ، وهو مما يقوم بذهن العقادين معا ، والاجتزاء بالغلط الفردى ، وقد اكتفى المشروع بالغلط الفردى بوجه عام . بيد أنه اشترط لترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفى التعاقد فيه ، أن يكون أحدهما قد جر الآخر إليه بموقفه ، أو أن يكون عالماً بوقوعه ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . ويلاحظ أن المتعاقد الآخر فى هذه الفروض الثلاثة ينسب إليه أمر يرتب مسئولية ، وهذا ما يبرر طلب البطلان . أما إذا بقي بمنزلة عن ظروف الناظر ، بأن وقف موقفاً لا يجر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به وتبينه ، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد إلا إذا سلم بوجود تعويض المتعاقد ، عملاً بنظرية الخطأ فى تكوين العقد ، وهذا هو ما اتبعه التقنين الألماني . . . أما المشروع فقد ذهب إلى ما هو أيسر من ذلك ، فبدلاً من أن يخول من وقع فى الغلط حق التمسك بالبطلان ، ثم يلزمه فى ذات الوقت بتعويض ما يصيب التعاقد الآخر من خسارة ، جعل للعقد حكم الصحة وهياً بذلك أجندى تعويض لهذا التعاقد . وليس هذا إلا تطبيقاً تشريعياً خاصاً لنظرية الخطأ فى تكوين العقد . . . هذا ويتبين التنويه بأمرين : (أولهما) أن الغلط الذى يبرر إبطال العقد ، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان ، أو يتسبب فيه أحدهما ، أو يعلم به ، أو يكون فى مقدوره أن يعلم به ، قد يلقب اصطلاحاً « بالغلط المعتذر » . ويصبح الغلط « غير معتذر » ، ولا يؤدي بذلك إلى إبطال العقد ، =

وغنى عن البيان أن اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلًا بالغلط على النحو المتقدم ، فإن ذلك يعنى أن يكون على بينة أيضاً من أن هذا الغلط الجوهرى هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول (١) . ونص القانون واضح فى أن المطلوب إثباته هو أن يكون المتعاقد الآخر واقعاً فى ذات الغلط الجوهرى الذى وقع فيه المتعاقد الأول ، أو أن يكون على علم بهذا الغلط الجوهرى ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبين أن هذا الغلط الجوهرى هو الذى ساق إلى إبرام العقد . وهذا معناه أن الغلط الجوهرى يجب أن يقع فى دائرة التعاقد *dans le champ contractuel* .

٣٤٨ - ويتبين مما تقدم أنه لا تبنى ، طبقاً لنظرية الغلط تلك ، إلا حالة واحدة لا يكفى فيها الغلط الفردى لإبطال العقد ، هى ألا يتمكن المتعاقد الذى وقع فى الغلط من إثبات أن المتعاقد الآخر كان مشتركاً فى هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (٢) .

- إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه المتعاقد الآخر ، أو يجره إليه ، أو يعلم به ، أو يستطيع العلم به . (والثانى) أنه لا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبيته واقعة الغلط فحسب ، بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعاً إلى إبرام العقد « - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٤٢ - ١٤٣ .

هذا ويلاحظ أن القانون الجديد باشتراطه اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، وباتخاذ قرائن موضوعية لإثبات الغلط فى ذاته ، قد تخفف من النزعة النفسية المغرقة التى تميز نظرية الغلط فى المدرسة اللاتينية ، ولكنه ابتعاد تبرره الرغبة فى استقرار التعامل ، وهو حل كل حال ليس ابتعاداً عن تقاليد الفقه والقضاء فى مصر . والصلة ظاهرة بين القرائن الموضوعية التى تثبت الغلط وبين اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، فإن هذه القرائن الموضوعية كثيراً ما تثبت الغلط وتثبت اتصال المتعاقد الآخر به فى وقت واحد .

(١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠ - السهورى ، المرجع السابق هامش (١) ص ٣٣٧ .

- هذا ، وحتى يتيسر للمتعاقد الذى وقع فى الغلط أن يثبت ما يجب عليه إثباته ، يلجأ فى أكثر الأحيان إلى أن يبين فى العقد صراحة ما قام فى ذهنه من الاعتبارات التى دفعته إلى التعاقد ، كأن يذكر الوصف الذى اعتبره فى الشيء أو فى الشخص أو الباعث الذى جعله على أن يتعاقد أو القيمة التى يقدرها للشيء ، حتى يثبت بذلك علم المتعاقد الآخر بالدوافع التى ساقته إلى التعاقد ، فإذا تبين بعد ذلك أنه كان واهماً فيما قدره ، ثبت فى الوقت ذاته أن المتعاقد الآخر كان عالماً بما وقع فيه من الغلط . والقضاء الفرنسى يلجأ فى كثير من أحوال الغلط إلى الاستناد إلى أن الشيء الذى وقع فيه الغلط كان محل بيان فى العقد .

(٢) ومن ذلك يتبين أن محكمة استئناف مصر كان فى استطاعتها أن تلجأ إلى هذا المبدأ =

وقد اعتنقت محكمة النقض عندنا هذه النظرية ، فاعتنفت بأن يكون الغلط فردياً حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية ، وأجازت الحكم له بتعويض تطبيقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . فقضت بأنه إذا أثبت المتعاقد أنه كان واقعاً في غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط ما كان عقد المشاركة ، حكم له ببطلانها ولو كان المتعاقد الآخر حسن النية غير عالم بغلط صاحبه ، إذ أن حسن نيته ليس من شأنه أن يقيم مشاركة باطلة ، وإنما هو قد يجعل له على الغلط حقاً في تعويض إن كان يستحقه طبقاً لقواعد المسؤولية . فإذا قضى الحكم ببطلان الإقرار الموقع من الممول بموافقة على تقدير مصلحة الضرائب لأرباحه بناء على أن موافقته كانت عن غلط وقع فيه ، فإنه لا يكون بحاجة إلى تحري علم مصلحة الضرائب بغلظه (١) .

لتبرير حكم أصدرته على الوجه الآتي : « إذا باع شخص عقاراً لتسديد دين مورثه ، وظهر له بعد ذلك أنه ليس مديناً فلا يجوز له أن يرفع دعوى بطلان البيع للغلط لأنه كان يجهل برامة مورثه من الدين ، وذلك لأن الغلط في هذه الحالة يكون في الباعث له على التعاقد لا في سببه . والغلط في الباعث لا أثر له في صحة العقد أخذاً بالنظرية التقليدية للغلط الذي يعيب الإرادة . أما إذا أخذ بما استحدثته الفقه والقضاء من أن الغلط المؤثر في صحة العقد هو الحاصل في الدافع الرئيسي إلى التعاقد ، ومن ثم لا يعود هناك محل للفرقة بين السبب والباعث ، فإنه إذا تبين من ظروف الأحوال أن الدائن قد خاسم هذا الوارث بعد وفاة المورث من أجل هذا الدين ، وأنه أخذ في تسديده فعلاً ، وأنه في سبيل هذا التسديد باع عقاره أخيراً لیسد ما اعتقد أنه باق من الدين في ذمته ، دون أن يعنى بتحقيق هذه المسألة ومحاسبة الدائن ، وكأنه قبل التعاقد وهو في دخيلة نفسه يتحمل تبعه ما ينتج عنه الواقع ، في هذه الصورة لا يعتبر العقد باطلاً للغلط إذا أخلف الواقع ظنه ، لأن الدافع لم يخالف إرادته الفعلية بل هو خيب مجرد الأمل الذي يجول في خاطره دون أن يرقى إلى منطقة الإرادة (٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٩ رقم ١٠٤ ص ١٥٠) . ولو أن المحكمة قالت إن المشتري من الوارث لم يشترك في هذا الغلط الدافع ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه لوصلت إلى حين النتيجة عن طريق قانوني سليم .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت أكثر توفيقاً في إبراز المعنى الصحيح حين قالت : « لا يجوز للقضاء أن يبطل عقداً بمجرد أن أحد المتعاقدين قد وقع في غلط ما دام المتعاقد الآخر كان حسن النية وكان يجهل بهذا الغلط ولم يكن واجباً عليه أن يتحقق من وجوده » - أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧١ و ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦ .

(١) نقض مدني أول إبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ج ١ بند ٨ ص ٨٢٢ .

ويلاحظ هنا أن مصلحة الضرائب لما وضعت المتعاقد العادي ، فهي إذا لم تعلم بغلط الممول كان كل ما أصابها من ضرر هو أن فوات عليها ربح غير مشروع ، وهو ما لا يصح أن يكون محلاً للشكوى .

تطبيق الغلط الذي يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال الغلط المختلفة (١) :

٣٤٩ - إذا كان الغلط في الشيء ، وكان في صفة اعتبرها أحد المتعاقدين ، ولتكن مثلاً أن الشيء الذي اشتراه أرى ، وجب على المشتري إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشيء الذي ظنه أرى ليس إلا مجرد تقليد وأنه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن البائع كان يظن مثله أن الشيء أرى وأن هذه الصفة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء غير أرى ، وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء أرى . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عنى المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أرى . فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتناً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التي اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار في الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط في الشخص ، كمن يهب لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعي ، ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فالواجب أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعي له وأن هذا كان الدافع إلى الهبة ، وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذي قام في ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذي دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط في القيمة ، كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمة الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط ، ولكن عليه أن يثبت أن المشتري كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة ، أو أن هذا المشتري مع علمه بربح الجائزة ، كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، يجهل البائع لذلك . ولا شك في أن مجرد بيع السهم بقيمة الفعلية دون حساب للجائزة كافٍ وحده ليكون قرينة على أن المشتري

(١) أنظر الدكتور السهوري ، المرجع السابق بند ١٧٧ ص ٢٢٩ - ٢٤٠ .

كان إما مشتركاً في الغلط ، وإما عالمياً به ، وإما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط في الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه في مرض الموت ثم شفى ، كان للبائع في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشتري كان يعتقد هو أيضاً أن البائع في مرض الموت ، أو أن المشتري يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه في مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذي دفع المريض إلى البيع . وقد تقوم تفاهة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية

٣٥٠- إشماع التقنين الحالي على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتي في الغلط . فقضت المادة ١٢٤ منه بما يأتي : « ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ العقد » (١) . ويتبين من هذا النص أن أي تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز . فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أن لها منفذاً إلى الطريق العام ، ثم يتضح أنها محصورة ، فيعرض عليه البائع النفقات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التي قصد إليها ، فيأبى إلا إبطال البيع ، جاز أن يكون التمسك

(١) يبين من مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن النص يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٦٦ - ١٧٠ . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية : السوري م ١٢٥ (مطابق) - الليبي م ١٢٤ (مطابق) - العراق والبناني لا مقابل .

- وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادة ١٢٤ ما يأتي : « أبيع لمن وقع في الغلط أن يطلب بطلان العقد لأنه ما كان ليتعاقد لو أنه تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً معقولاً . تلك هي علة حق التمسك بالبطلان ، وهي بذاتها مرجع حدوده . فحق كان من المحقق أن التعاقد قد أراد أن يبرم عقداً ، فن الواجب أن يلتزم بهذا العقد ، بصرف النظر عن الغلط ، مادام أن التعاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه . وعلى ذلك يظل من يشترى شيئاً معتقداً خطأ أن له قيمة أثرية ، مرتبطة بعقد البيع ، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء الذي انصرفت فيه إلى شرائه . ويقارب هذا الوضع ما يتبع في تحويل العقود . . . » - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٦٧ .

بالغلط في هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضى به حسن النية ، فلا يجاب المشتري إلى طلبه .

وقد أورد الشق الثاني من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات مبدأ التعسف في استعمال الحق ، فقضى بأن المتعاقد الذي وقع في الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقبضته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كجيرة ، يبقى مع ذلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشتري من هذه الجائزة . وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد ، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصي العقد ، وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثنى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثري الذي قصد شراؤه (١) .

احكام الغلط في القانون الألماني

٣٥١- من أهم العوامل التي تأثرت بها فكرة الغلط في ألمانيا ، آراء سافيني Savigny التي عرضها في الجزء الثالث من كتابه « نظم القانون الروماني » ، ونقطة البداية في فقه سافيني أن الغلط - وهو عدم التطابق بين الإرادة والإعلان عنها - يحول دون صدور إعلان صحيح للإرادة ، لأنه يؤدي إلى أن إعلان الإرادة الذي يصدر ، لا تكون وراءه إرادة تصرف حقيقية ، فواقعة إعلان الإرادة من ثم معيبة . ويترتب على هذا أن الغلط الذي يعتد به ، يؤدي منطقياً إلى بطلان إعلان الإرادة .

٣٥٢- ويفرق سافيني بين الغلط في الباعث *Motivirrtum* ، والغلط في الإعلان . فالغلط في الباعث - على عكس الغلط في الإعلان - لا يعتد به أصلاً ، لأنه لا يؤدي إلى غلط في واقعة إعلان الإرادة على النحو الذي يقول به . ثم هو يميز بين الغلط في صفة في الشيء الذي يعتد به ، والغلط الذي لا يعتد به . فالغلط في الصفة يعتد به إذا كان تخالف هذه الصفة يؤدي إلى أن يصبح الشيء معتبراً كشيء آخر غير الذي ينتمي إليه حقيقة مع توافر هذه الصفة ، وذلك وفقاً للمعنى السائد في المعاملات .

(١) الدكتور السهورى ، المرجع السابق بند ١٧٨ ص ٣٤٠ - ٣٤١ .

(الإعتذار بالجهل بالقانون - ٣٠)

٣٥٣ - وعلى أساس فقه سافيني ، وضع Zitelman مؤلفه « الغلط والتصرف القانوني » في سنة ١٨٧٩ ، ولكنه لم يبق الغلط في صفة في الشيء كما كان مفهوماً عند سافيني ، وإنما اعتبر أن الغلط في الصفة ، ليس أصلاً إلا غلطاً في الباعث ، وبالتالي لا يعتد به .

وقد كانت آراء سافيني و Zitelman في فكرة الغلط هي السائدة في ألمانيا قبل وضع القانون المدني ، وقد تأثر بها واضعوا المشروع الأول لهذا القانون . بيد أنه يمكن إجمال أحكام الغلط في القانون المدني الألماني القائم حالياً فيما يتعلق بالشروط ، في أن الغلط يجب أن يكون هاماً ، وأن يكون دافعاً ، وبالنسبة لأهمية الغلط ، لم يضع القانون الألماني معياراً عاماً يطبق على كل حالات الغلط ، وإنما حدد حالات الغلط الذي يعتد به في المادتين ١١٩ ، ١٢٠ من القانون المدني وهي الغلط في إعلان الإرادة ، والغلط في الصفة .

الغلط في إعلان الإرادة

٣٥٤ - ويتحقق هذا الغلط إذا كان ثمة اختلاف بين الإرادة والإعلان عنها ، وهذه هي الحالة الرئيسية للغلط في القانون الألماني ، ويندرج تحته ثلاث صور مختلفة :

أ - الغلط في واقعة إعلان الإرادة (المادة ١/١١٩ مدني) ، وتتحقق هذه الصورة إذا كان هناك اختلاف بين إعلان الإرادة إذا صدر من المعلن ، والإعلان الذي أراد أن يصدره ، كأن يحدث خطأ في التعبير أو خطأ في الكتابة .

ب - النقل غير الصحيح لإعلان الإرادة (المادة ١٢٠ مدني) ، ويتحقق في حالة ما إذا كان من صدر منه إعلان الإرادة قد عهد به إلى رسول أو منشأة لنقله إلى الموجه إليه فحدث تغيير أو تحريف فيه . ويميز هذه الحالة أن من وجه إليه إعلان الإرادة ، لا يتلقاه مباشرة من صدر منه . ويدخل الرأي السائد في الفقه الألماني تحت هذه الصورة ، كل تغيير يحدث في إعلان الإرادة أثناء نقله ، حتى لو أدى التغيير إلى أن يصبح إعلان الإرادة مختلفاً تماماً عن الإعلان الذي صدر من صاحبه ، فطالما أن التغيير لم يحدث قصداً من نقل إعلان الإرادة ، فإنه يحسب على صاحبه ، ولكنه يكون واقعاً في غلط يعطيه الحق في الإبطال .

ج - الغلط في مضمون الإعلان ، وفي هذه الصورة يريد من صدر منه إعلان الإرادة ، إعلاناً في نفس الشكل الذي صدر به ، يريد نفس العبارات ونفس الألفاظ ، ولكنه يكون واقعاً في غلط في مضمونه ، أي في المعنى الذي يفهم منه ، والذي يؤدي إليه التفسير الموضوعي له . والغلط في مضمون الإعلان ، يختلف عن الغلط في واقعة الإعلان أو في شكله ، في أنه في الصورة الأولى يقول من صدر منه إعلان الإرادة شيئاً غير الذي أراده ، وأما في الثانية فهو يقول شيئاً غير الذي أراد أن يقوله . وثم خلاف أثر بشأن هذه الصورة في الفقه الألماني يحتاج إلى استفاضة لا يسمح بها نطاق هذا المؤلف (١) .

الغلط في صفة جوهرية في الشخص أو الشيء

٣٥٥ - كان المشروع الأول للقانون المدني الألماني ينظر إلى الغلط في الصفة باعتباره غلطاً في الباعث لا يعتد به ، ولكن اللجنة الثانية هي التي أضافت الغلط في الصفة ، ووسعت بذلك في حالات الغلط الذي يعتد به على عكس ما كان يقصده واضعوا المشروع الأول . وتعتبر الصفة الجوهرية ، وفق الراجح في الفقه الألماني ، إذا كان وجودها قد جعل محلاً للتصرف ، بالاتفاق في حالة معينة ، أو كان التعامل يعتبر وجود هذه الصفة متفقاً عليه ، حتى ولو لم يوجد اتفاق خاص على ذلك (٢) . ففي شراء مواد غذائية ، يعتبر صفة جوهرية كون المواد نظيفة وغير تالفة ، وليس كونها تصلح لشخص يتناول نوعاً معيناً من الطعام (٣) .

ومن التطبيقات العملية للغلط في صفة في الشخص أو في الشيء ، فإن السن والعقيدة والإمام بعلم أو فن ، ويسار المتعاقد بالنسبة لبعض التصرفات ،

(١) أنظر في تفصيل هذا الخلاف وفي التطبيقات العملية لهذه الصورة ، الدكتور

عبد الودود يحيى ، نظرية الغلط في القانون المدني الألماني ١٩٦٩ ص ٢٦ - ٣٠ .

- وهذه الصورة تختلف عن الغلط في واقعة الإعلان في أنه في الغلط في مضمون الإعلان يريد من صدر منه إعلان الإرادة شيئاً غير الذي قاله ، وأما في واقعة الإعلان فإن من صدر عنه إعلان الإرادة يقول شيئاً غير الذي أراد أن يقوله .

(٢) تعتبر المادة ٢/١١٩ معيار جوهرية الصفة ، هو ما يراه التعامل ، والأعمال التحضيرية للقانون ليس فيها ما يزيد الأمر وضوحاً .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك Staudinger, Ann. 18 Zuss 119 - عبد الودود يحيى ،

المرجع السابق ص ٣٢ - ٣٦ .

يمكن أن يعتبر صفات جوهرية في الشخص في معنى المادة ١١٩ / ٢ من القانون المدني . ويرتب على اعتبار السن صفة جوهرية أن من يتعاقد مع ناقص الأهلية وهو لا يعلم بنقص أهليته ، يستطيع أن يبطل العقد دون أن يكون هذا متعارضاً مع الحماية التي قررها القانون لناقص الأهلية . كما أن نص المادة المذكورة يسمح بالقول بأن الغلط كما يكون في صفة جوهرية في الطرف الآخر في التصرف ، يمكن أن يكون في صفة في ذات شخص من وقع في الغلط إذا كانت هذه الصفة لها أهمية خاصة بالنسبة لموضوع التصرف والغرض منه ، وذلك على الرأي السائد في الفقه . فمن يشتري نظارة على أنه « قصير النظر » ثم يتبين أنه طويل النظر ، يكون واقعاً في صفة جوهرية في شخصه هو (١) . كما يمكن أن يكون الغلط في صفة شخص آخر غير المتعاقدين ، ومثاله غلط الكفيل في صفة جوهرية في شخص المدين الذي يكفله ، ففي هذه الحالة يكون الكفيل واقعاً في غلط جوهرى يجوز له إبطال عقد الكفالة ، وهذا على خلاف النص المقابل في القانون المصرى (المادة ١٢١ / ٢ ب) ، ذلك أن النص في القانون الألماني يتكلم عن « الغلط في صفات الشخص » دون تحديد ، حالة أن النص في القانون المصرى كما سئى إنما يتكلم عن الغلط في « ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته » ، وعبارة « ذات المتعاقد » لا يمكن أن تنصرف إلا إلى المتعاقد الآخر ، والعبارة الثانية معطوفة على الأولى ، ومن ثم لا يمكن تفسير « صفة من صفاته » إلا على أنها تتعلق بالمتعاقد الآخر .

وفيما يتعلق بالغلط في صفة في الشيء ، فإن المقصود به الغلط في محل التصرف ، حتى ولو لم يكن شيئاً (٢) . وقد اعترفت المحكمة العليا الألمانية صفة جوهرية في الشيء ، كل ما يؤثر في قيمته من وجه معين أو من جميع الوجوه ، وذلك وفقاً لما يراه التعامل .

(١) الواقع أن هذا ليس إلا غلطاً في الباحث يتطابق عليه ما يقوله الرأي السائد في الفقه من أن الغلط في الصفة هو في حقيقته غلط في الباحث يعطى بصفة استثنائية الحق في الإبطال .

(٢) فيجب أن تقرأ كلمة شيء *Sachb* على أن المقصود بها كلمة محل *Objekt* وإلا كانت هناك تفرقة لا مبرر لها بين التصرفات القانونية التي يكون محلها شيئاً ، وتلك التي يكون محلها حقاً مثلاً .

الغلط في الصفة وضمان عيوب المبيع

٣٥٦- إذا تعلق الأمر بعقد بيع ، وكان المشتري واقعاً في غلط في صفة المبيع ، فإن هذه الصفة قد تعتبر في نفس الوقت عيباً في المبيع يعطى المشتري الحق في الرجوع على البائع بالضمان وفقاً للمادة ٤٥٩ وما بعدها من القانون المدني الألماني . في مثل هذه الحالات ، هل يحتفظ المشتري بحقه في الإبطال ، إلى جانب الحق في الرجوع بالضمان ، أو أن الحق في الإبطال يزول ولا يبقى للمشتري إلا الرجوع بالضمان ؟ .

الرأي السائد في الفقه الألماني ، على عكس الرأي السائد في القانون المصرى ، أن المشتري لا يستطيع أن يبطل العقد لغلط في صفة جوهرية في المبيع وفقاً للمادة ١١٩ / ٢ مدنى طالما أنه يمكن تطبيق النصوص الخاصة بضمان العيوب . وهذا ما يجرى عليه القضاء بصفة مطردة ، وحجتهم في ذلك أن النصوص الخاصة بالضمان هي تنظيم خاص بعقد البيع ، فكلما توافرت شروط تطبيقها فإنها هي التي تطبق دون غيرها من النصوص العامة ، هذا إلى أن الحق في الإبطال والحق في الضمان يختلفان من عدة وجوه : فالإبطال هدفه حل الرابطة العقدية وإزالة آثار العقد ، وأما دعوى ضمان العيب فتهدف إلى التمسح أو إنقاص الثمن مع التعويض . ويسقط الحق في ضمان العيوب إذا كان عدم اكتشاف المشتري للعيب وقت البيع نتيجة خطأ جسم منه (المادة ٤٦٠ مدنى) ، حالة أن الحق في الإبطال لا يسقط إذا كان الغلط نتيجة خطأ جسم ممن وقع فيه . كما أن الحق في الضمان يتقدم بوقت قصير ، بينما الحق في الإبطال لا يسقط إلا بعد ثلاثين سنة (١) .

الغلط في الواقع والغلط في القانون

٣٥٧- لا يفرق القانون الألماني بين غلط في الواقع وغلط في القانون (٢) ، وقد كان هذا منصوباً عليه في المادة ١٤٦ من المشروع الأول ثم حذفته اللجنة الثانية ، لا بقصد مخالفة حكمه ولكن لإمكان الاستغناء عنه . والحق في الإبطال لا يتأثر بما إذا كان الغلط مغتفراً *entschuldbar* أو غير

(١) المادتان ٤٧٧ و ٢/١٢١ مدنى .

(٢) عبد المنعم البدرأوى ، عقد البيع في القانون المدني ط ١ بند ٣٤٧ - أنور

سلطان ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، ط ١ بند ٥٠ .

مغتفر ، ولمعرفة ما إذا كان الغلط في القانون يعطى الحق في الإبطال أولاً ، يفرق الفقهاء الألمان بين ما إذا كان الغلط يتعلق بحالة قانونية قائمة ، أو يتعلق بالآثار القانونية التي تترتب على إعلان الإرادة ؛ فإذا تعلق الغلط بحالة قانونية يمكن أن تعتبر صفة في الشخص أو الشيء فإن هذا الغلط يعطى الحق في الإبطال . فإذا تصرف شخص في شيء آله بالبراث معتقداً أنه كان مملوكاً لمورثه ، ثم تبين له فيما بعد أن هذا الشيء كان وديعة عند مورثه ، كان له أن يطلب إبطال التصرف الذي ترتب على هذا الغلط ، لأن نسبة ملكية الشيء للمتصرف تعتبر صفة جوهرية يعتد بها . وأما الغلط في الآثار القانونية ، فيتحقق إذا كان من صدر عنه إعلان الإرادة ، كان يتصور آثاراً أخرى غير الآثار التي ترتبت على الإعلان . وفي هذا ذهب المحكمة العليا الألمانية إلى أن الغلط في الآثار القانونية يعتبر غلطاً غير هام ولا يعتد به على الإطلاق . فإذا قبل دائن حوالة الدين الذي له على آخر وهو يعتبر أن الكفاله التي تضمن هذا الدين ستظل باقية ، وأنه يمكن الرجوع على الكفيل بعد الحوالة ، فإنه يكون واقعاً في غلط في الآثار القانونية التي تترتب على حوالة الدين ، لأن المادة ٤١٨ مدني ترتب على الحوالة سقوط التأمينات ، وهو غلط لا يعتد به (١) .

والواقع أن القانون لا يفرق بين الغلط في الواقع والغلط في القانون ، ومن ثم فغير صحيح ألا نعتد بالغلط في الآثار القانونية في جميع الأحوال . فإذا كان هذا الغلط يعتبر غلطاً في مضمون الإعلان ، أو في صفة جوهرية ، أي يأخذ في نفس الوقت إحدى صور الغلط التي يعتد بها القانون ، فإنه حينئذ يعتبر غلطاً هاماً ويعطى الحق في الإبطال ، وفي هذا الصدد تطبق قواعد التفسير المنصوص عليها في المادة ١٣٣ مدني لمعرفة الآثار القانونية التي تترتب على إعلان الإرادة ، ثم نقارن بينها وبين الآثار التي تصورها من صدر منه إعلان الإرادة ، فإذا كان بينهما اختلاف ، فإن من صدر منه إعلان الإرادة

(١) والواقع أن رفض الإبطال في هذه الحالة ليس سببه أن الغلط غير هام ، وإنما سببه أن قبول الإبطال يساوي في هذه الحالة ، قبول الاعتذار بالجهل بالقانون ، ويبيح السبيل لمن صدر منه إعلان الإرادة أن يتخلص منه ، ويستبد بالتالي الآثار التي يرتبها القانون على هذا الإعلان .

يستطيع أن يبطله إذا توافرت شروط المادة ١١٩ مدني (١) . بيد أنه تجب ملاحظة أنه لكي يرتب الإبطال آثاره ، فإنه يتعين أن يثبت من صدر منه إعلان الإرادة أنه كان يتصور آثاراً قانونية أخرى للإعلان غير التي ترتبت فعلاً ، وهو أمر لا يستطيعه من وقع في غلط إلا أن يكون قد أشير عليه قانوناً بذلك ، كأن يكون التصرف قد تم على يد موثق مثلاً ، فإذا لم يثبت ذلك فإنه لا يستطيع الإبطال ، لأنه يكون قد قبل التنظيم القانوني وهو يعلم أنه لا يعرف آثاره ، ويجب أن يعامل معاملة من يوقع على إعلان للإرادة دون قراءته ، ودون أن يكون لديه أي تصور عن مضمون هذا الإعلان .

الغلط وعدم العلم

٣٥٨ - لا يفرق القانون الألماني بين التصور الغير صحيح لواقعة أو ظرف معين ، والجهل بهذه الواقعة أو هذا الظرف ، ولذلك يمكن القول بأن الغلط بالمعنى الضيق ، وهو الاختلاف بين التصور والحقيقة ، يتساوى في الحكم مع عدم العلم *unkennntnis* . بيد أن إيمان النظر في هذه المسألة يؤدي إلى نتيجة مخالفة ، فالغلط عيب لا يعلمه من صدر منه إعلان الإرادة ، بمعنى أن من يتمسك بالغلط يجب أن يثبت أنه لم يكن يعلم بسببه ، فمن يصدر منه إعلان للإرادة وهو يعلم ما به من عيب ، فإنه لا يكون واقعاً في غلط ، ولا يكون له حق الإبطال . وإذا طبقنا هذا على عدم العلم ، فإنه يترتب عليه القول بأن من يصدر منه إعلان للإرادة ، وهو على بينة من أنه لا يعلم بمضمونه ، لا يكون واقعاً في غلط ولا يستطيع الإبطال ، لأن إرادته الحقيقية لم تختلف عن الإعلان الذي صدر منه . فمن يصدر منه إعلان للإرادة وهو غير متأكد من مضمون هذا الإعلان ، أو كان في حالة شك بالنسبة لظرف معين ، لا يكون واقعاً في غلط ، ولا يستطيع أن يبطل إعلان الإرادة على أساس المادة ١١٩ مدني . ويتأدى من ذلك أن استقرار المعاملات يقتضي أن من يوقع على سند يتضمن إعلاناً للإرادة دون أن يقرأه ، لا يستطيع

(١) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٥٥ حيث يشير إلى أن من التطبيقات القضائية في هذا الشأن ، أن شخصاً رفض تركة مورثه معتقداً أن الرفض سيؤدي إلى أن يؤول الحق في الميراث إلى شخص معين ، فإذا تبين أن التركة ستؤول إلى شخص آخر ، فإنه يكون واقعاً في غلط في الآثار القانونية التي تترتب على الرفض ويجوز له الإبطال - أنظر هامش (٣) .

بصفة عامة أن يدعى فما بعد بأنه لم يقرأ هذا السند أو أن السند لم يقرأ عليه ، لأنه بهذا يكون قد وقع على سند . يعلم سلفاً مضمونه ، وعدم العلم المعروف سلفاً ليس سبباً للإبطال . ويختلف الأمر إذا أثبت من وقع على السند أنه كان يعتقد أن مضمونه شيء آخر ، كما لو كان يعتقد أنه يحتوى الشروط التي سبق أن تم التعاقد على أساسها ، إذ في مثل هذه الحالة يستطيع الإبطال للغايط في مضمون إعلان الإرادة وفقاً للمادة ١١٩ مدني ، وتبدو أهمية هذه المسألة من الناحية العملية في العقود التي يحال فيها إلى الشروط العامة في التعاقد . فكثيراً ما تضع الشركات الكبرى شروطاً عامة للتعاقد معها ، كقائمة شروط البيع التي تضعها بعض الشركات الصناعية لشراء منتجاتها ، أو شركات تقسيم الأراضي وبيعها ، ففي مثل هذه الحالات يتم التعاقد ويذكر في العقد أنه تم على أساس الشروط العامة للتعاقد التي وضعها الطرف الآخر ، وغالباً ما يوقع المتعاقد على هذه العقود دون أن يعنى بقراءة هذه الشروط لمعرفة المضمون الحقيقي لها ، إما لمجرد الإهمال ، وإما لأنه يعلم أنه لن يستطيع أن يعدل شيئاً فيها . ففي مثل هذه الحالات يتمكن القول بصفة عامة أن التوقيع على هذه العقود يعتبر بمثابة موافقة على الشروط العامة ، وبالتالي لا يستطيع من وقع أن يبطل التصرف بحجة أنه لم يكن لديه تصور حقيقي لمضمون شروط التصرف . ولكن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه يجافي العدالة في بعض الحالات ، وبالذات إذا تضمنت هذه الشروط العامة أحكاماً غير مألوفة ، فيحسن أن يسمح لمن وقع عليها دون قراءتها أن يبطل العقد للغايط في مضمون إعلان الإرادة ، ومن يقول برفض الإبطال ، يجب أن يضع في حسابه أن هذه الشروط ينبغي أن تكون مألوفة ، وإلا فإن الإبطال يكون جائزاً ، مع حق الطرف الآخر في التعويض وفقاً للمادة ١٢٢ مدني (١) .

إبطال التصرف

٣٥٩ - يتم إبطال التصرف في القانون الألماني بإعلان الإرادة بوجهه من له الحق في الإبطال ، إلى الخصم في الإبطال ، فلا يحتاج إلى اتفاق أو حكم

(١) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ٥٧ - ٥٩ .

قضائي كما هو الشأن في غالبية التشريعات (١) . ويجب أن يصدر دون إبطاء غير مغتفر بمجرد أن يعلم من صدر منه إعلان الإرادة بسبب الإبطال ، وإذا صدر الإبطال في الوقت المناسب فإنه يؤدي إلى إزالة آثار التصرف بأثر رجعي . ويسقط الحق في الإبطال إذا مضت ثلاثون سنة من الوقت الذي صدر فيه إعلان الإرادة المبني على الغايط . وهذه المدة هي مدة سقوط لا تقبل القطع ولا الإيقاف .

تعويض الضرر الناشئ عن الإبطال

٣٦٠ - تلزم المادة ١٢٢ من القانون المدني ، من أعلن الإبطال بتعويض أضرار الثقة التي أدى إليها الإبطال . ولا يستند التعويض إلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد (٢) ، بل يستند إلى نص القانون ، فكأما وجدت علاقة سببية بين إبطال إعلان الإرادة والضرر الذي أصاب الطرف الآخر ، التزم من أعلن الإبطال بالتعويض ، حتى لو كان الغايط الذي سبب الإبطال قد حدث نتيجة قوة قاهرة أو سبب أجنبي . فالعبرة في تقدير الحق في التعويض ، ليست بما يمكن أن ينسب من خطأ إلى من صدر منه إعلان الإرادة ، وإنما العبرة بوجود علاقة سببية بين إبطال إعلان الإرادة ، والأضرار التي نزلت بالطرف الآخر .

٣٦١ - وإذا كان الخصم في الإبطال يعلم العيب الذي يشوب إعلان الإرادة ، فلا ينشأ له حق في التعويض . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٢٢ مدني في فقرتها الثانية وتوسعت في هذا ، فلم تقصر حرمان المضرور من التعويض على حالة عامه بسبب الإبطال ، وإنما مدت هذا الحكم أيضاً إلى الحالة التي كان يجب أن يعلم فيها بهذا السبب . ووجوب العلم ، هو عدم

(١) كانت فكرة إعلان الإبطال بإرادة منفردة هي التي أخذ بها واضعو المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري . فقد كانت المادة ١٩٦ من المشروع تجرى بأنه « يكفي في تقرير البطلان النسبي إعلان الطرف الآخر به إعلاناً رسمياً » - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٢٥ - ٢٤٠ .

(٢) يرى الأستاذ السهري أن المادة ١٢٢ من القانون المدني الألماني تطبق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد - نظرية العقد بند ٥١٠ ، بينما الرأي السائد في الفقه الألماني الآن هو أن التعويض الذي نصت عليه تلك المادة إنما يقوم على مبدأ السببية ولا يستند إلى أي خطأ يمكن نسبه إلى من صدر منه إعلان الإرادة - أنظر عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، هامش (٢) ص ٨٣ .

العلم الذي يستند إلى إهمال ، ولا يشترط أن يكون الإهمال جسيماً بل يكفي الإهمال البسيط ، وهو وفقاً لما تقرره المادة ٢٧٦ مدني ترك العناية التي تتطلبها التعامل ، فلا يقاس وجوب العلم بمقياس شخصي ، وإنما وفقاً لما كان يجب أن يعلمه شخص عادي في الظروف المماثلة .

٣٦٢ - ولم يرد في القانون المصري تنظيم مماثل لما ورد في المادة ١٢٢ سائلة البيان ، فطرف العقد الذي وقع في غلط وتمسك بالإبطال وحكم له به ، لا يطالب بتعويض الطرف الآخر عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب الإبطال . والذي يبدو لأول وهلة ، هو أن هناك اختلافاً كبيراً بين القانونين ، مع أن الواقع غير ذلك . فالقانون الألماني يعتد بالغلط الفردي ، ويميز لمن وقع في غلط أن يبطل التصرف حتى ولو لم يكن الطرف الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا أبطل التصرف التزم من أعلن الإبطال بتعويض الطرف الآخر عن أضرار الثقة التي أدى إليها الإبطال . وإذا لم يكن الغلط فردياً ، بأن كان الطرف الآخر يعلم أو كان يجب أن يعلم به ، فلن يكون له حق في التعويض . وبالمقابلة إذا كان الغلط فردياً في القانون المصري ، فإنه يعيب الإرادة ، وكان يجب أن يبطل العقد إذا طلب من وقع في غلط ذلك . بيد أنه إذا أبطل العقد ، فإن الطرف الآخر الذي اطمان إلى صحة التصرف يكون له الحق في التعويض ، لأنه كان حسن النية ولم يعلم ، ولم يكن باستطاعته أن يعلم بالغلط . وقد رأى المشرع المصري أن خير تعويض ما كان عينياً ، فأبقى العقد في هذه الحالة على أساس التعويض لا على أساس الإرادة الحقيقية (١) . فالغلط الفردي يترتب عليه التعويض في كلا القانونين الألماني والمصري : في الأول تعويض نقدي ، وفي الثاني تعويض عيني يتمثل في بقاء العقد (٢) .

وأما إذا اتصل الطرف الآخر بالغلط ، بأن كان يعلم أو يستطيع أن يعلم به ، فإن الحق في التعويض لا ينشأ في القانون الألماني ، ويتساوى الإبطال للغلط في هذه الحالة مع الإبطال كما نظمه القانون المصري .

(١) السهوري ، الوسيط ج ١ فقرة ١٧٦ - نظرية العقد فقرة ٢٦٩ .

(٢) ومع ذلك يبقى الاختلاف بين القانونين في أن العقد في القانون الألماني تزول آثاره ، بينما يبقى العقد في القانون المصري قائماً ومنتجاً لآثاره .

الغلط في الباعث

٣٦٣ - لا يعتد القانون المدني الألماني بالباعث ، فالغلط فيه غلط خارج نطاق التصرف ، ولو سمح بالإبطال لغلط في الباعث لأدى إلى عدم استقرار المعاملات ، ولترتب على الإبطال ، أن خطر العقد لا يقع على من وقع في غلط ، وإنما على الطرف الآخر . ولكن ما يتصوره أو يتوقعه المتعاقدان ، عند عدم تحققه ، قد يعتد به القانون ويرتب عليه أثراً إذا كان يكون ما يسمى أساس التصرف القانوني ، وهذا معترف به في الفقه وفي القضاء . ومع ذلك يوجد خلاف حول تحديد الشروط التي يجب توافرها ليصبح ما يتصوره أو يتوقعه المتعاقدان أساساً للتصرف القانوني . وبصفة خاصة حول التمييز بين الباعث الذي لا يعتد به ، وأساس التصرف . وإذا استطعنا أن نميز بينهما ، فما هي الآثار التي تترتب على عدم تحقق ما تصوره أو توقعه المتعاقدان ؟

أساس التصرف القانوني (١)

٣٦٤ - لا يوجد اتفاق في الفقه حول تحديد ما يعتبر أساساً للتصرف القانوني . وقد اعتبرت المحكمة العليا الألمانية أن الباعث الذي يوجد عند أحد المتعاقدين ، والذي يعرفه الطرف الآخر ، أو البواعث المشتركة عند المتعاقدين بالنسبة للتصرف ، يعتبر أساساً للتصرف القانوني . فإذا كانت البواعث التي دفعت كلا من المتعاقدين لإعلان إرادته ، بواعث مشتركة بين الطرفين ، فإنها تعتبر أساساً لهذا العقد والغلط فيها يعتبر غلطاً في أساس التصرف . وتكون البواعث المشتركة أساساً للتصرف ، إذا أمكن التسليم بأن إعلانات الإرادة التي صدرت من العاقدين ، ما كانت لتصدر ، أو على الأقل ما كانت لتصدر بهذا المضمون لو أنهما كانا يعلمان بالحقيقة (٢) .

(١) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٦٠ - ٦٤ .

(٢) وليس ضرورياً أن تكون هذه البواعث قد نوقشت صراحة بين الطرفين حتى يمكن القول بأنها بواعث مشتركة . فإذا علم شخص ، بناء على إعلان غير صحيح في الصحف ، أن مهرجاناً سيمر في يوم معين من شارع معين ، فاستأجر حجرة من أحد قاطني هذا الشارع لمدة يوم واحد بسعر مرتفع ليتمكن من مشاهدة هذا المهرجان ، ثم تبين بعد ذلك أن الخبر غير صحيح ، فإننا نكون بصدد غلط في أساس التصرف ، لأن إعلانات الإرادة ما كانت لتصدر من العاقدين لو علموا بالحقيقة . ولكن الأمر يختلف وتكون بصدد غلط في الباعث لو أن هذا الشخص ، استأجر لنفسه الفرض ، حجرة في فندق يقع في نفس الشارع -

٣٦٥ - ويترتب على صدور إعلانات الإرادة من العاقدين على أساس تصور غير صحيح ، فقدان العقد وظيفته كوسيلة لتحقيق مصالح الطرفين ، ولا يمكن القول ببقائه كما في حالة الغلط الفردي في الباعث . ويكون متعارضاً مع مبدأ الإخلاص والثقة أن يتمسك أحد العاقدين ببقاء العقد ، لأنه يحصل على مزايا من هذا الغلط المشترك ، ولذلك فإن العقد في هذه الحالة يكون غير نافذ ، وذلك على أساس تطبيق مبادئ المحكم الذي ورد في المادة ٧٧٩ مدني بأن الصالح يكون غير نافذ إذا تبين من العقد أن الوقائع التي كانت أساساً للصالح لا تطابق الحقيقة ، وأن النزاع ما كان لينشأ لو كانت هذه الوقائع معروفة . فالمادة ٧٧٩ تعتبر بذلك إحدى صور الغلط في أساس التصرف .

٣٦٦ - ونسترعى النظر إلى أن عدم نفاذ العقد لا يترتب بقوة القانون ، وإعما يجب أن يترك للعاقدين بصفة عامة أن يقررا ما إذا كانا يريدان أن يرتبا آثاراً على غلطهما المشترك في الباعث أولاً . ووسيلة التحلل من هذا العقد هي الفسخ Rueckritt الذي ينتج آثاره بأثر رجعي extunc ولا تطبق المادة ١٢٢ الخاصة بالتعويض . والذي دعا إلى القول بعدم نفاذ العقد في هذه الحالة ، هو أن تنظيم الإبطال للغلط في المادة ١١٩ مدني وما بعدها ، يؤدي إلى أن من يستعمل حقه في الإبطال يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن المصلحة السلبية ، وهو ما يبدو غير عادل إذا سمح به في حالة الغلط في أساس التصرف ، لأن التعويض سيلتزم به من يستعمل حقه في الإبطال أولاً ، لذلك فإن المحكمة العليا عدلت عن رأيها الذي كان يذهب إلى أن الغلط في أساس التصرف هو غلط في مضمون الإعلان يعطي الحق في الإبطال ، وبحث عن الحل في المادة ٢٤٢ التي تقضي بأنه يجب على المدعي أن ينفذ التزامه وفقاً لما يتطلبه الإخلاص والثقة ، مع مراعاة مقتضيات التعامل ، إذ مما يتعارض مع ما تقرره هذه المادة أن يتمسك أحد العاقدين بهذا العقد . وقد يستبعد الحق في التمسك بعدم نفاذ العقد رغم الغلط في أساس التصرف إذا كان ذلك يتعارض مع مبدأ الإخلاص والثقة . ويكون ذلك مكنياً إذا كان

بالسر العادي : فتصور الشخص هنا بأن المهرجان سير من الشارع يعتبر أساساً لإعلان الإرادة الذي صدر منه ، ولكنه ليس أساساً للتصرف .

الطرف الآخر في العقد قد أظهر استعداده أن يعمل حساباً للغلط ، بمعنى أنه يقبل أن ينفذ التصرف وفقاً للمضمون الذي كان يمكن أن يكون له ، لو لم يوجد الغلط المشترك في الباعث . فإذا كان ثمة اتفاق على النفقة بين الملتزم بها والمستحق لها ، وذلك على أساس دخل معين للأول ، ثم تبين أن الدخل يقل عن ذلك بكثير ، فإن الملتزم بالنفقة لا يستطيع أن يتخلص من العقد إذا قبل المستحق إنقاص النفقة بالقدر الذي يجعلها تناسب مع الدخل الحقيقي .

٣٦٧ - ومع أن الغلط المشترك الذي يقع فيه المتعاقدان ، سواء في الإعلان أو في صفة جوهرية ، لا يعتبر غلطاً في أساس التصرف القانوني ، إلا أنه مع ذلك لا يعتبر غلطاً يعطي الحق في الإبطال ، فلا تطبق المادة ١١٩ وما بعدها ، لأن هذه المواد تنظم الغلط الفردي فقط . والسبب في عدم تطبيق المادة ١١٩ وما بعدها على هذه الحالة هو أن من يطلب الإبطال أولاً سيلتزم بتعويض الطرف الآخر عن المصلحة السلبية وفقاً للمادة ١٢٢ ، مع أن هذا الأخير قد تكون له نفس المصلحة في الإبطال ، ومع ذلك يتقاضى تعويضاً ، لذلك فإن العقد في هذه الحالة يكون غير نافذ ويكون لكل من العاقدين أن يتحلل منه على أساس المادة ٢٤٢ ، إلا إذا تبين من العقد أن المتعاقدين يجب أن يلتزما بمضمونه . ويختلف الوضع ، بطبيعة الحال ، لو أن كلا من المتعاقدين وقع في غلط مختلف عن الغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر ، إذ يكون لكلهما الحق في الإبطال إذا توافرت شروطه مع تعويض الطرف الآخر ، إعمالاً لقواعد الإبطال المنصوص عليها بالمادة ١١٩ مدني .

الغلط في الباعث في القانون المصري والغلط في أساس التصرف في القانون الألماني

٣٦٨ - تقدم القول إن الرأي السائد في الفقه يذهب إلى أن القانون المصري يعتد بالغلط في الباعث ، إذا كان جوهرياً ، على عكس ما كانت تذهب إليه النظرية التقليدية وما يذهب إليه الرأي السائد في القانون الألماني ، من أن الغلط في الباعث لا يعتد به ، على تقدير أنه إنما يتعلق بأمر ذهني خارج نطاق التعاقد . والواقع أنه ، في القانون المصري ، بعد أن وضع المشرع معياراً لجوهرية الغلط واشترط أن يكون الغلط مشتركاً في معنى المادة ١٢٠

مدنى ، لم يعد ثم مبرر لعدم الاعتداد بالغلط في الباعث . ولا خوف من أن يؤدي هذا إلى عدم استقرار المعاملات طالما أن الإبطال للغلط في الباعث لن يقبل إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد اتصل بهذا الغلط . وتعويلا على ذلك ، فإذا استأجر شخص منزلا في مدينة معتقداً أنه نقل إليها ثم تبين بعد ذلك أنه لم ينقل ، كان واقعاً في غلط في الباعث يميز له إبطال عقد الإيجار . وإذا اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته سرقت ، ثم اتضح غير ذلك ، كان واقعاً في غلط في الباعث يعطيه الحق في الإبطال ، شريطة أن يكون المتعاقد الآخر في الحالتين قد اتصل بهذا الغلط .

٣٦٩ - والواقع أن الاعتداد بالغلط في الباعث في جميع الأحوال ، قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات ، ويؤدي في نفس الوقت إلى الإضرار بمصلحة الطرف الآخر في العقد . فهو يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات لأن مصير العقد ، في المثالين السابقين ، يظل معلقاً فترة من الوقت لا يستطيع المتعاقد الآخر فيها أن يعرف ما إذا كان المستأجر قد نقل حقيقة ، أو ما إذا كانت السيارة قد سرقت بالفعل . وهو يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الطرف الآخر في العقد الذي قد تفوته فرصة أفضل لإيجار المنزل ، أو لبيع السيارة . ولا يمكن تبرير هذه الأضرار بحجة أنه كان يعلم الباعث على التعاقد . فالإبطال في هذه الحالات يأتي خطر الغلط على عاتق المتعاقد الآخر ، وكان أولى أن يقع على عاتق من وقع في الغلط ، إذ كان حربياً به أن يتأكد من النقل ، أو من سرقة السيارة قبل الإقدام على التعاقد . لذلك فإن الغلط في الباعث يجب ألا يكون سبباً للإبطال (١) ، وإلا فإن التساؤل يثور عما إذا كان من الممكن أن يطالب من أبطل العقد بتعويض الأضرار التي سببها الإبطال للمتعاقد الآخر .

٣٧٠ - وبشأن ما يسميه القانون الألماني غلطاً في أساس التصرف ، وهو الغلط المشترك في الباعث ، فليس إلا غلطاً في الباعث في القانون المصري يعطى الحق - وفقاً للرأي السائد - في الإبطال ، ولا يجعل التصرف غير نافذ كما هو الحكم في القانون الألماني . فالغلط في القانون الألماني الذي

(١) أنظر عبد الوود يحيى ، المرجع السابق بند ٣٤ - اسماعيل غانم ، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) ١٩٦٦ بند ١٠٠ .

تطبق عليه المواد ١١٩ وما بعدها هو الغلط الفردي ، وأما الغلط المشترك فلا تطبق عليه هذه المواد وإنما يؤدي إلى أن يكون التصرف غير نافذ . هذه التفرقة لا مبرر لها في القانون المصري ، لأن الغلط الفردي الذي لا يتصل به المتعاقد الآخر ، هو غلط لا يعتد به القانون . وأما الغلط المشترك فهو إحدى صور اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، ويعطى من وقع فيه الحق في الإبطال . وهكذا نرى أن الغلط الفردي في الباعث في القانون الألماني - والباعث هو كل تصور سابق على إبرام التصرف ، ولا يظهر في إعلان الإرادة ، وإنما يؤثر في تكوينها - لا يعتد به ، بينما يثير الغلط المشترك في الباعث ، مسألة هامة في القانون الألماني هي مسألة أساس التصرف القانوني التي تثير خلافاً كبيراً في الفقه والقضاء في ألمانيا . ولا يكتفى أن نكون بصدد حالة من حالات الغلط التي حددها القانون ، وإنما يجب ، بالإضافة إلى ذلك ، توافر علاقة السببية بين الغلط وإعلان الإرادة ، أي أن يكون الغلط دافعاً . ويتوافر هذا الشرط إذا أمكن القول بأن إعلان الإرادة ما كان ليصدر لو علم من أصدره بالحقيقة ، وكان قد قدر الأمور تقديراً معقولاً (المادة ١/١١٩ مدنى) . واشترط أن يكون من وقع في غلط قد قدر الأمور تقديراً معقولاً ، لا يعنى أن القانون يضيف إلى المعيار الشخصي معياراً موضوعياً آخر (٢) ، وإنما هو معيار واحد مرده وجهة نظر من وقع في غلط بشرط أن يكون قد قدر الأمور تقديراً معقولاً . ومن ثم فإنه لمعرفة متى يكون الغلط دافعاً ، لا تكون العبرة بما إذا كان الغلط من شأنه أن يدفع رجلاً عاقلاً إلى التعاقد (٣) ، وإنما تنظر إلى ما إذا كان الغلط من شأنه أن يدفع من صدر منه إعلان الإرادة ، منظوراً إليه كشخص عاقل . وفي الحالة الثانية يجب أن ندخل في الاعتبار كل الظروف الشخصية الخاصة بمن وقع في غلط (٤) .

(١) عبد الوود يحيى ، المرجع السابق ص ٩٤ - وعكس ذلك السهرى ، نظرية العقد ص ٣٥٩ ، هامش (٤) . فهو يرى أن معيار الغلط الدافع في القانون الألماني ؛ معيار مادي لا يعبأ القانون فيه بنية المتعاقد .

(٢) السهرى ، المشار إليه بالهامش السابق .

(٣) عبد الوود يحيى ، المرجع السابق بند ٣٥ .

مقارنة بين نظرية الغلط في القانون الألماني والقانون المصري

٣٧١ - يمكن في النهاية أن نوجز أهم مميزات نظرية الغلط في القانون الألماني ، مع المقارنة بالقانون المصري ، فيما يلي :

أ - الغلط الذي يعتد به القانون هو الذي يؤدي إلى الاختلاف بين الإرادة والإعلان عنها ، فإذا لم يوجد هذا الاختلاف ، فإن من صدر منه إعلان الإرادة لا يكون واقعاً في غلط . ولذلك فالصور الرئيسية للغلط ، وهي الغلط في شكل الإعلان أو في نقله أو في مضمونه ، تعتبر غلطاً في إعلان الإرادة ، وليست غلطاً في تكوين الإرادة . وأما الغلط في صفة جوهرية ، فلا يؤدي إلى اختلاف بين الإرادة والإعلان عنها ، ولذلك فهو لا يعتبر غلطاً في إعلان الإرادة ، وإنما يعتبر غلطاً في تكوينها . وفي هذا النطاق يشترك الغلط في القانون الألماني مع الغلط في القانون المصري ، على خلاف في التفاصيل .

ب - سلك القانون الألماني مسلكاً وسطاً بين نظرية الإرادة (الإرادة الباطنة) ، ونظرية الإعلان (الإرادة الظاهرة) . فهو لم يأخذ بنظرية الإرادة كما كان يعتنقها واضعوا المشروع الأول للقانون ، حيث كانوا يجعلون جزاء الغلط هو البطلان . ولم يأخذ بنظرية الإعلان فيقف عنده ويقرر الصحة المطلقة للتصرف ، رغم ما يشوب الإرادة من عيب ، وإنما اعتبر التصرف صحيحاً بصفة مؤقتة ، ولمن شاب إرادته عيب أن يضع إرادته الحقيقية موضع التنفيذ عن طريق استعمال حقه في الإبطال .

ج - إذا كان القانون الألماني قد غلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة في بعض الحالات حيث اقتضى استقرار المعاملات ذلك (١) ، إلا أنه قد رجح الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة فيما يتعاق بنظرية الغلط (٢) . بل إنه في هذا الصدد قد اعتد بالإرادة الحقيقية أكثر من القانون المصري . فهو يعتد بالغلط الفردي ، ويعطى من وقع فيه الحق في الإبطال دائماً ، إذا كان الغلط دافعاً . ولا يقدح في ذلك أن التصرف يعتبر صحيحاً بصفة

(١) من ذلك ما تنص به المادة ١١٦ مدني من عدم بطلان إعلان الإرادة لمجرد أن من أعلنه كان يحتفظ سرا بأنه لا يريد ما أعلن (إعلان الإرادة المصحوب بتحفظ مري) .
(٢) عبد الوودود يحيى ، المرجع السابق ص ٩٦ .

مؤقتة ، لأن من وقع في غلط يستطيع دائماً أن يغلب الإرادة الحقيقية عن طريق استعمال حقه في الإبطال ، لذلك يمكن القول إنه إذا كان القانون الألماني لا يقيم التصرف على أساس من الإرادة الحقيقية دائماً ، إلا أن الإرادة الحقيقية تستطيع دائماً أن تزيل آثار أي تصرف لا ترغب فيه ، ولن يكون الالتزام بالتعويض حائلاً دون تغليب الإرادة الحقيقية في النهاية ، وذلك على عكس القانون المصري الذي يقيم العقد في حالات كثيرة على الإرادة الظاهرة ، حيث لا يستطيع من وقع في غلط أن يثبت أن المتعاقد الآخر قد اتصل بالغلط على النحو الذي حددته المادة ١٢٠ من القانون المدني ، ولا سبيل أمامه لتغليب إرادته الحقيقية بأية حال . وقد رأينا أن ذلك ممكن في القانون الألماني مع التزام بتعويض أضرار الثقة التي يسببها الإبطال .

د - يقال عادة إن مجال الغلط في القانون الألماني أضيق منه في القوانين اللاتينية ، وقد يبدو أن السبب في هذا هو ما يقال من أن القانون الألماني أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة (١) ، وأنه حدد حالات الغلط التي يعتد بها ، إلا أن الواقع غير ذلك . فبعد أن أخذ القانون الألماني بالغلط في الصفة (٢) ، وبعد أن توسعت المحكمة العليا في فهم معنى الصفة ، اتسع نطاق الغلط بدرجة كبيرة لدرجة أنه يمكن القول إنه يندر أن توجد حالة يكون التصرف فيها قابلاً للإبطال في القانون المصري ، ولا يكون كذلك في القانون الألماني .

هذا إلى أن القانون الألماني لا يعرف الغلط المانع ، ولا الغلط الذي لا يؤثر على صحة التصرف في القانون المصري ، كالغلط في الحساب وغلطات القلم (المادة ١٢٣ مدني مصري) ، فهذه كلها صور لغلط يعطى الحق في الإبطال في القانون الألماني . فإذا أضفنا إلى هذا أن القانون الألماني يعتد بالغلط الفردي ، ولا يتطلب أن يكون الطرف الآخر قد اتصل بالغلط ، أمكن القول بأن حالات الإبطال للغلط في القانون المصري ، أقل بكثير منها في القانون الألماني (٣) .

ز - إن عدم الاعتداد بالغلط في الباعث في القانون الألماني ، لا يعني

(١) السهورى ، نظرية العقد ص ٣٥٩ هامش ٤ .

(٢) على خلاف ما كان موجوداً في المشروع الأول للقانون .

(٣) عبد الوودود يحيى ، المرجع السابق ص ٩٧ .

تضييقاً لنطاق الغلط . فالغلط في الباعث الذي لا يعتد به هو الغلط الفردي الذي لا يظهر بطريق أو بآخر في إعلانات الإرادة التي صدرت من العاقدين ، وفي هذا الفرض لا يعتد بالغلط في الباعث أيضاً في القانون المصري .

ص - إن عدم جواز الإبطال للغلط في القانون الألماني ، إذا كان الغلط مشتركاً ، لا يعني أن التصرف يكون صحيحاً . فالتصرف في هذه الحالة يكون غير نافذ ، وبسبب رفض الإبطال في هذه الحالة ، هو أن الإبطال يترتب عليه الالتزام بتعويض الطرف الآخر عن المصلحة السلبية ، فلو قيل بجواز الإبطال لترتب على ذلك نتائج غير عادلة ، لأن من يعلن الإبطال أولاً سيكون ملزماً بتعويض الطرف الآخر الذي قد تكون له نفس المصلحة في الإبطال .

ط - وأخيراً فإن الإبطال للغلط بإرادة منفردة قد فتح باباً لاستعمال الإبطال في حالات قد لا يكون من السهل فيها معرفة ما إذا كانت شروط الإبطال للغلط متوافرة ، فينازع الخصم في صحة الإبطال ويعرض الأمر على القضاء ، وحتى في الحالات التي يسلم فيها الخصم بالإبطال ، فإن النزاع يعرض على القضاء بمناسبة دعوى التعويض ، ولذلك فإنه على الرغم من أن الإبطال يتقرر بإرادة منفردة ، إلا أن النزاع يعرض على القضاء لسبب أو لآخر ، الأمر الذي يضحى معه القول بأن القانون الألماني قد اقتصد في المنازعات التي تثار بسبب الإبطال عن القوانين التي لا تجيز الإبطال إلا بالاتفاق أو بحكم القضاء - محل نظر .

السبب في الفقه اللاتيني

٣٧١م - يستعمل السبب في الفقه اللاتيني في ثلاثة معان :
أ - السبب المنشئ : ويراد به مصدر الالتزام ، أي الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام كالعقد والإيجاب المنفرد المستقل - في الإرادة المنفردة - وهذا المعنى هو المقصود من السبب في عبارة « الإبراء بلا سبب » وهو ما يطلق عليه اسم السبب في الفقه الإسلامي .

ب - السبب القصدى أو الفنى : ويراد به الغرض المباشر الذي يبغى العاقد أن يحصل عليه من عقده ، فهو في عقد البيع مثلاً بالنسبة إلى التزام البائع حصوله على الثمن من المشتري ، وبالنسبة إلى التزام المشتري حصوله على ملكية

البيع ، وهو واحد في جميع صور البيع لا يختلف ، ويتضمنه العقد ، ومن ثم لا يبحث عنه خارجاً ، كما هو واحد في جميع عقود التبرع .

ج - السبب الدافع أو المصلحي : ويراد به الباعث الذي دفع الملتزم إلى التزامه ، ففي عقد البيع بالنسبة إلى البائع رغبته في أن يقوم بوفاء ما عليه من الدين من الثمن أو في أن يشتري به عيناً أخرى أو يتفقه في شأن من شئونه ، وبالنسبة إلى المشتري رغبته في الحصول على متجر أو سيارة للركوب أو للنقل أو نحو ذلك . وفي عقود التبرع رغبة المتبرع في إسداء يد إلى المتبرع له أو في مكافأته على ما قدمه إليه من خدمة أو في إعانته على دفع حاجة من حوائجه ، أو رغبته في المساهمة في مشروع خيري أو نحو ذلك . فهو يختلف باختلاف الملتزمين ولا يبحث عنه في ثنايا العبارة الدالة على الالتزام ، وإنما يبحث عنه بين النوايا الباطنية والدوافع النفسية بواسطة القرائن والملازمات .

والنظرية التقليدية في الفقه الغربي تقضي بأنه لا تأثير للباعث الدافع على الالتزام في وجود العقد ولا في قيام الالتزام : فالعقد إذا كان له سبب قصدى مباشر كان صحيحاً والالتزام قائماً سواء أكان الباعث عليه شريفاً أم غير شريف ، متفقاً مع النظام العام أم مخالفاً له ، لأنه لا يمكن ضبطه على وجه التحديد ، إذ البواعث متعددة مختلفة لدى كل ملتزم ، ويشترط لصحة هذا السبب أن يكون موجوداً وأن يكون مشروعاً . وقد بينا فيما سبق كيف نجحت هذه النظرية عن وضعها هذا وحلت محلها النظرية الحديثة التي ذهبت

إلى وجوب الاعتداد بالسبب بمعنى الباعث على الالتزام مع مراعاة السبب القصدى ، وكان ذلك اتجاه الفقه والقضاء لمواجهة الحياة العملية ، وما شاب النظرية التقليدية من قصور أمام بعض العقود الواجبة الإعلان ، مثل عقد الهبة الذي يكون الباعث فيه على الالتزام غير مشروع كأن يكون إيجاد علاقة غير شريفة ، إذ أن نية التبرع وهي السبب القصدى في هذا العقد يعد أمراً مشروعاً ولكن الباعث عليه هو الذي يعد غير مشروع وهو انقصد إلى إيجاد علاقة جنسية غير شريفة . فهذا العقد ، بناء على النظرية التقليدية ، يكون صحيحاً لوجود سببه مستوفياً بشرائطه ، ويكون باطلاً بناء على النظرية الحديثة التي توجب لصحة الالتزام أن يكون الدافع إليه مشروعاً .

هذا وقد أوضحنا آنفاً مسلك القضاء المصري في هذا الشأن .

السبب في الفقه الإسلامي

٣٧٢- لعله من المستحسن، وقد انتهى البحث في نظرية السبب أخيراً إلى الاعتداد بكل من السببين : القصدى أو الفنى ، والمصلحى وهو الباعث الدافع إلى الالتزام ، أن نبحت السبب في الفقه الإسلامى في هذين المعنيين . السبب القصدى أو الفنى :

يعتد الفقه الإسلامى بالإرادة الظاهرة التى تدل عليها عبارة الالتزام الصادرة من الملتزم ، ولها فى هذا الفقه الأهمية القصوى فى إنشاء العقد وفى ترتب آثاره الشرعية عليه ، ولا يحفل كثيراً بالإرادة الباطنة ما دامت مستترة فى النفس ولم يفصح عنها الملتزم بوسيلة من وسائل الإفصاح ، ذلك لأنها أمر باطنى لا سبيل إلى معرفته إلا من جهة صاحبها بما يصدر عنه كاشفاً عنها . لهذا لم يكن من المستطاع الاعتماد عليها فى إنشاء الالتزام والحكم بآثاره ، ووجب لذلك أن يكون المرجع فى ذلك والمناط ما تتكشف به هذه الإرادة بما يصدره صاحبها عند التزامه مفصلاً عنها ، كما وجب أن يعتبر هذا فى العقد دليلاً على الإرادة ، فى انحرافه انحرافاً وفى استقامته وصلاحيته صلاحها واستقامتها ، وهذا أصل كلى شرعى .

ولما كان السبب القصدى أمراً موضوعياً ليس خارجاً عن العقد بل تدل عليه عبارته المنشئة له ، وكان موضوع العقد ومحلّه فى نظر هذا الفقه هو مادلت عليه عبارته ، فقد استغنى الفقه الإسلامى ببيانه لمعنى العقد وأركانه ومحلّه ، مدلولاً على ذلك بعبارته المنشئة له ، عن ذكر ذلك السبب القصدى والاحتفال له تحت هذا الاسم ، ذلك أنه عند ما عرض لبيان ماهية العقود التى تم بين طرفين ، أوجب أن تكون هذه العقود مكونة من عبارتين دالتين على التزامين متوافقين مرتبطتين أحدهما بالآخر ارتباطاً يجعل وجود أحدهما معلقاً على وجود الآخر ، فإذا لم يتحقق هذا الارتباط لم ينشأ العقد .

وما من شك فى أن هذا البيان يشير إلى أن كلا الالتزامين يعد سبباً للآخر ، وأن التزام أحد العاقدين مقصود للآخر منهما ومطلوب له ، فكان التزام كل من العاقدين سبباً لالتزام صاحبه ، وهذا هو السبب الفنى فى إصلاح القانون الوضعى .

٣٧٣- وتعويلاً على ما تقدم بين أن الفقه الإسلامى ، ولو أنه لم يحفل بإبراز هذا الموضوع تحت إسم خاص ، فإنه لم يهمله بل شرحه ودل عليه فى ثوب آخر . وكذلك الحال فى عقود التبرع أو الالتزام الانفرادى ، فقد عنى الفقه الإسلامى أيضاً عناية تامة بما تدل عليه عبارة هذا الالتزام فى وضعها وظروفها من نية التبرع ، وذكر أن التبرع والالتزام لا ينشآن إلا إذا دلت العبارة على هذه النية . وعلى أن التبرع أمر مقصود للملتزم يريد تحقيقه ابتداء بعبارته دون غيره من الأسباب . وليس السبب القصدى للمتبرع فى الفقه اللاتينى إلا هذا ، لأنه السبب المقصود تحقيقه ابتداء من المتبرع ، ومن ثم يكون موضوع التبرع الذى عنى به الفقه الإسلامى ، وهو التبرع بالعين المسماة فيه ، مغنياً عن ذكر ذلك السبب لاشتماله عليه ، ولم يكن من حاجة إلى جعله ركناً مستقلاً فى الالتزام بعد أن ظهر أنه من مشتملات العبارة ومدلولاتها وقد جعلها الفقه الإسلامى ركناً له .

٣٧٤- وإذا كان السبب القصدى فى الفقه اللاتينى يقوم بدور فى الشرائع التى تمسكت به من ناحية وفائه بتعليل بعض الأحكام ، فما الذى قام بهذا الدور فى الفقه الإسلامى ؟ وما الذى تعوض به هذا الفقه عن « السبب » الذى لم يعقد له باباً يجعله أصلاً من أصوله ولا نظرية من نظرياته ؟ .

فى سبيل الإجابة على ذلك نقرر أنه إذا كان أنصار نظرية السبب القصدى من علماء الفقه الغربى قد تمسكوا بها لصلاحيتها وفائدتها فى إبطال التزامات صدرت من جانب مستوفية لشرائطها ، وذلك لارتباطها بالتزامات أخرى من جانب آخر محلها غير موجود أو غير مشروع أو مستحيل ، فإن الفقه الإسلامى قد استطاع بوسائله وصنعتة الخاصة به أن يصل إلى ذلك ، لا عن طريق القول بالسبب القصدى ، بل من طريق ما اشترطه من الشروط فى محل العقد المكون من التزامين متقابلين . فقد اشترط فى محله ألا يكون محظوراً ، فأبطل الإجارة على السبب والضرب والقتل وما إلى ذلك من العقود التى يكون موضوعها أمراً محظوراً محرماً ، بينما يبطلها فقه القانون الوضعى لأن السبب فيها غير مشروع - واشترط أيضاً أن يكون المحل مقدوراً وغير مستحيل ، فأبطل الإجارة على الأعمال غير المقدورة فى ذاتها والالتزامات

بأعمال غير مقدورة في العادة ، بينما أبطلها الفقه القانوني بناء على أن السبب القصدى غير ممكن .

واشترط كذلك أن يكون موضوع العقد محققاً لطرفيه جميعاً فائدة ، فأبطل المبادلة بين شيئين متماثلين من جميع الوجوه ، وأبطل الإجارة على الأعمال الواجبة شرعاً كالإجارة على الصلاة ، وأبطل الفقه القانوني هذه الالتزامات بناء على أن السبب غير موجود في الحقيقة ، إذا السبب لا بد أن يكون في عقود المعاوضات مصلحة مالية تبغى من العقد .

أما في الالتزام الفردي أو في التبرع ، فإن السبب قد يكون الحصول على عمل كما في الوعد بجائزة ، أو التبرع كما في التبرعات ، وفي الحالين لا يستدل على ذلك إلا بالعبارة المنشئة للالتزام المفصحة عما استكن في النفس من ذلك والتي تعتبر دليلاً على وجوده ، وذلك ما يحقق وجود السبب القصدى في الفقه الوضعي ، وما يحقق شرط الرضا والاختيار في الفقه الإسلامي ، فكان اشتراط الرضا في هذا النوع مغنياً عن القول بالسبب القصدى مؤدياً نتائجه ، مضافاً إلى ذلك دلالة العبارة على موضوع الالتزام ، كما في الوعد بجائزة ، لأن إرادة العمل المجاز عليه هو الباعث على الالتزام بالمال .

ومن ذلك يتبين أن من الخطأ أن يحاول إنسان فرض نظرية السبب القصدى على الفقه الإسلامي فرضاً قسرياً لا يقوم إلا على محاولات وتأويلات لا سند لها ولا ضرورة إلى فرضها ، إذ لكل فقه أصوله وصنعتة (١) .

السبب المصلحة أو الباعث

٣٧٥ - أشرنا فيما سبق إلى أن النظرية الحديثة للسبب بمعنى الباعث تستوجب ألا يكتفى في سبيل الحكم بصحة الالتزام بأن تكون أركانه وشروطه سليمة من الناحية الفنية الاصطلاحية ، بل يجب مع ذلك أن نبحت عن البواعث والدوافع التي دفعت صاحبه إليه ، حتى إذا وجدت مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب كان الالتزام صحيحاً ، إذ كثيراً ما يستخدم الالتزام للوصول إلى أغراض وغايات محرمة أو مخالفة للنظام العام والآداب ، وفي هذه الحال يتعين على المشرع أن يبطله ولا يقره .

(١) الأستاذ هل الخفيف ، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ١٩٦٤ ص

وإذا نظرنا إلى الفقه الإسلامي وجدنا أن له منزعين مختلفين في النتيجة ، فهو من ناحية ذو نزعة موضوعية بارزة ، إذ تبني أحكامه في مجال الالتزام على الاعتداد بالعبارة واعتبارها المظهر الكاشف عن الإرادة التي تتوقف عليها نشأة الالتزام ، إلا إذا قام دليل مادي ينفي عنها تلك الدلالة ويحول بينها وبين ذلك الإفصاح ، كالصغر والجنون والإكراه والاتفاق السابق على الهزل . أما ادعاء ما ينفي عنها ذلك مما ليس له مظهر وجودي في الخارج ، كادعاء الخطأ أو النسيان أو نية الهزل فلا يلتفت إليه وإن دلت على ذلك القرائن المصلحية ، إذ من الجائز أن يكون الملتزم غير مسير لها ولا متفق معها ، وذلك ما ذهب إليه جمع كبير من الفقهاء وعلى رأسهم الحنفية ، خلافاً لما ذهب إليه آخرون كبعض الشافعية . وهذا هو مظهر اعتماد الفقه الإسلامي على الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

٣٧٦ - ومن هذه الناحية يقرب الفقه الإسلامي كثيراً من الفقه الألماني ذي النزعة الموضوعية ، ويكون من نتائج ذلك أن تكون نشأة الالتزام أو صحته منوطة بكيانه الفني التعبيري دون نظر إلى ما توصل به إليه من أغراض وغايات خارجة عن موضوع العقد أو الالتزام على العموم ، مما لم يشرع العقد ليكون وسيلة إليه . ومن ثم لا يكون لنظرية السبب بمعنى الباعث فيه مجال واسع ، بل تكون ضامرة ضمورها في الفقه الألماني .

وهو من ناحية أخرى يقوم ويؤسس على القيم الأخلاقية والآداب الدينية ، فالله تعالى يقول : « قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق » ، كما يقول في وصف الرسول الكريم « يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم » . وذلك ما يقتضيه أن يباحث عن البواعث والنوايا التي دفعت الملتزم إلى التزامه ، فيجعل ما كان منها شريفاً طيباً أساساً صالحاً لنشأة الالتزام ، وما كان خبيثاً فاسداً مبطلاً له ، وعلى ذلك الأساس تجد هذه النظرية في الفقه الإسلامي مجالاً فسيحاً تزدهر فيه ازدهارها في الفقه اللاتيني أو تزيد ، فيكون للسبب بمعنى الباعث أثر ظاهر في صحة الالتزام وفساده ، فيكون فاسداً ما كان الباعث أمراً محظوراً شرعاً .

٣٧٧ - وقد كان لهذين المنزعين أثرهما الواضح فيما ذهب إليه أرباب

المذاهب المختلفة في الفقه الإسلامي من ناحية أن فريقاً منهم مال إلى النزعة الأولى ميلاً ظاهراً وإن لم يغفل النزعة الثانية إغفالا تاماً ، ومنهم الحنفية والشافعية ، بينما مال فريق آخر إلى النزعة الثانية ميلاً واضحاً وإن لم يغفل النزعة الأولى ، ومنهم الحنابلة . فنرى فيما ذهب إليه الأولون أن نظرية السبب بمعنى الباعث تختفي تحت ستار من صيغة العقد التي اعتبرت فيه مظهراً للإرادة وكاشفة عنها ، فلا يعتد فيها بالباعث على الالتزام إلا حيث يتضمنه ويدل عليه التعبير عن الإرادة ، فإن لم يتضمنه التعبير عنها لم يعتد به إلا في حالات قليلة ولأسباب معينة . وذلك قريب جداً مما ذهب إليه الفقه الألماني ، إذ ذهب إلى أنه لا يعتد إلا بما دلت عليه عبارة العقد من زيادة ، فالعبارة عنده صورة الإرادة أو هي الإرادة ، فإذا تضمنت الباعث كانت عنصراً من عناصر العقد بالقدر الذي تدل عليه العبارة ، وإذا لم تتضمنه كان الالتزام مجرداً فلا نبحث عنه فيما وراء العبارة ودلالاتها ، وعلى ذلك يكون السبب في هذا الفقه أمراً موضوعياً لا أمراً نفسياً وبهذا يستقر التعامل بين الناس .

وليس يراد بدلالة عبارة العقد في هذا المذهب دلالتها بمعناها الضيق المقصور على دلالتها اللغوية الوضعية . بل يراد بها دلالتها مع ملاحظة ما انضم إليها وما صاحبها من القرائن وما لا يسها من ظروف وما ألف واعتيد في مثل هذا الالتزام ونحو ذلك مما يتبين منه القصد وتنجلي به الإرادة . وعند هذا يجب أن يكون ذلك الباعث أمراً مشروعاً لا يخل بالآداب العامة حتى يكون الالتزام صحيحاً .

٣٧٨ - ونرى فيما ذهب إليه الآخرون أن العوامل الدينية والخلقية والأدبية لها الغلبة ، فيعتد بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة . ويكون الالتزام فاسداً أو باطلاً بعد سلامة كيانه الفنى الذى يتمثل في العبارة المنشئة له تبعاً لما تبين من مشروعية الباعث أو عدم مشروعيته ، مما أنف بيانه في الفقه اللاتيني .

وجملة القول إن الفقه الإسلامي لم يتجه اتجاه الفقه الغربي فيجعل السبب الباعث البعيد غير المباشر ركناً من أركان الالتزام ، ذلك لأنه أمر باطنى نفسى فلا يصح أن يكون ركناً على أى اصطلاح في الركن في عرف فقهاء

الشريعة ، فليس جزءاً من الالتزام نفسه على ما يرى الحنفية في معنى الركن ، ولا يتوقف تصوره عليه على ما يرى غيرهم فيه . وكذلك لا يصلح عند الحنفية ولا عند غيرهم أن يكون وجوده شرطاً في الالتزام ، إذ لا يتوقف صدور عبارة الالتزام ودلالاتها عليه والاعتداد بها على وجود باعث نفسى خارج عنها دفع إليها وإن قضت العادة بذلك . وإنما تبط وجود الالتزام شرعاً ووجوب تنفيذه بصدور العبارة الصحيحة في صورتها الدالة عليها من أهلها . وذلك ما يدل عليه نصوص الكتاب والسنة بل وعامة أحكام الشريعة ، إذ تضافرت جميعها على أن العقود تنشأ وتلزم بعباراتها الدالة عليها .

أما ما يدفع إليها من غرض وقصد فخلاصة ما وصل إليه الفقهاء في هذا : أن الملتزم إذا اتجهت إرادته من إنشاء التزامه إلى جعله وسيلة لتحقيق غرض لم يكن مقصوداً للشارع من شرعه ، فقد يكون هذا الغرض مباحاً غير محظور ، وقد يكون محظوراً حرمه الشارع .

فإذا كان مباحاً لم يؤثر ذلك في صحة الالتزام اتفاقاً ، ذلك بأن الغرض في هذه الحال حاجبة للملتزم غير محظور عليه تحقيقها ، وفي تحقيقها سداد لعوزه ومنفعة له وتوسعة عليه دون ضرر بأحد ، وذلك مطلوب وجائز له شرعاً . وقد رأى التزامه طريقاً إلى ذلك فجعله وسيلة إلى تحصيله فلا حرج عليه في ذلك ، ولمثل هذا شرعت الالتزامات والمعاملات على العموم .

وإذا كان غرضاً محظوراً حرمه الشارع ، فإن ضمن عبارته ما يدل عليه كان التزم فاسداً باتفاق بين جميع الفقهاء ، لاقرانه بشرط محظور محرم . إذ يصير بذلك هذا الالتزام أمراً محظوراً حرمه الشارع ، وكل محرم باطل فاسد . وإن لم يضمن الملتزم عبارته ما يدل عليه فقد اختلف رأى الأئمة في ذلك ، فمنهم من سوى بين هذه الحال والتي قبلها ، وهم الحنابلة ، فأبطلوا الالتزام ولم يرتب عليه أثراً . ومنهم من لم يسو بينهما فصحح الالتزام ، ذاهباً إلى أن العقود والالتزامات لا تؤثر فيها نيات المتعاقدين ، فإذا عقدت في الظاهر على وضع صحيح كانت صحيحة ولا تفسد لتوهم أو ظن يقوم بأن عاقدتها قد قصد بها أمراً محرماً ، ذلك لأن صدور عبارة على وضعها الصحيح

من أهل لإصدارها يدل ظاهراً على أن إرادة صاحبها ونيتها قد اتجهت إلى تحقيق الغرض الشرعي الذي قصده الشارع من شرعها ، إذ أن إقدام الإنسان على مباشرة ما جعله الشارع سبباً ووسيلة إلى مسبب معين ، دليل على إرادة تحقيق ذلك المسبب ، فلا يحكم عليه بأنه أراد خلافه إلا إذا تضمنت عبارته ما يدل على ذلك ، وعندئذ يكون ما تضمنه شرطاً في العقد وجزءاً من الالتزام فيفسد به . وعلى رأس هذا الفريق كما تقدم الشافعية والحنفية .

ومما ينبغي التنبيه إليه أن اعتدادهم بالبائع المحذور ليس مقصوداً على ما يكون مصرحاً به في عبارة الالتزام ، بل يتجاوز ذلك إلى الحالات التي يكون فيها محل الالتزام أو العقد دالاً عليه معيناً له ، فإذا كانت طبيعة المحل تدل على أن السبب الذي دفع إلى الالتزام غير مشروع ، كان العقد باطلاً .

مذهب أبي حنيفة

٣٧٩ - في هذا المذهب فروع كثيرة تدل على ما سبق بيانه منها : لا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح والملاهي (١) ، لأن المعصية (٢) لا يتصور استحقاقها بالعقد ، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الآخر شيئاً ، إذا المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما بدلاً ، ولو استحق المستأجر على أجره الغناء أو النوح أو قيامه بلهو ، استحق عليه معصية ، وكان هذا الاستحقاق مضافاً إلى الشارع من حيث إنه شرع عقداً موجباً للمعصية ، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً .

وفي كتاب الاستحسان : إذا أخذ من قام بالغناء أو بالنوح المال من غير عقد أو شرط جاز ، ويباح ذلك لأن إعطاء المال حيثل كان عن طوع من غير عقد (٣) ولم يكن عن التزام نظير محذور (٤) .

وفي الفتاوى الحنافية : رجل استأجر فحلالين به (٥) لا يجوز ذلك ، ولا أجر فيه . وكذا النائحة والمغنية ، أي إذا استأجرها لتنوح أو لتغني . أما الزنا فلنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن عيب الفحل ، أي أخذ الأجر

(١) الزيلعي ج ٥ ص ١٢٥ .

(٢) لا يباح صماع الغناء من الفساد ، والغناء عموماً هو ، أما النوح فهو معصية .

(٣) الزيلعي ، المرجع السابق نفس الموضع .

(٤) بما أنه كان عطية أو معة .

(٥) أي لأجل الزنا على النوق وطرقها .

عليه ، وهو طرق الناقة فقد روى عنه : إن من السحت عيب التيس ومهر (١) البغي وكسب الحجام ، وذلك لأن طرق الناقة قد لا يلقح ، فكانت ثمرته غير مقدور عليها ، فلا يجوز لذلك أخذ الأجر عليه ، لما في ذلك من الضرر ، فكان أخذ المال في مقابل ماء مهين لا قيمة له . وأما النوح والغناء فكلاهما معصية كما تقدم .

وإن استأجر المسلم ذمياً لبيع له الخمر أو الميتة أو الدم لم يجز (٢) ، لورود النهي عن ذلك .

وفي البدائع : ولا تجوز إجارة الإمام للزنا لأنها إجارة على المعصية (٣) ، وفيها : لو اشترى ديكاً على أنه مقاتل ، أو قمرية على أنها تصوت ، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهي إحدى الروايتين عن محمد ، لأن هذه صفات يتلهمي بها عادة والتلهمي محذور ، فكان ذلك شرطاً محظوراً ، فيوجب فساد البيع . ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد لأن الغناء صفة محظورة ، لكونه لهواً ، فشرطه في البيع يوجب فساداً ، ولكن إذا اشترط ذلك إظهاراً لعيها قصداً إلى البراءة منه جاز البيع ولا خيار له ، وجدت كذلك أم لا (٤) . فهذه الفروع كلها تدل على أن محل العقد يجب أن يكون مشروعاً وذلك في معنى ما يذكره القانونيون من أن السبب القصدى يجب ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو للآداب .

وجاء في مختصر الطحاوي (٥) : ومن كان له عصير فلا بأس عليه في بيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخله خراً دون من يخاف ذلك عليه ، لأن العصير حلال في بيعه حلال ، كبيع ما سواه من الأشياء الحلال ، مما ليس على بائعها الكشف عما سيفعله المشتري فيها ، وإنما جاز هذا العقد إذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمناً أن يتخله المشتري خراً ، فالبيع في هذه الحال صحيح ولو اتخذ المشتري بعد ذلك خراً (٦) .

(١) أجر .

(٢) الفتاوى الحنافية ج ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) البدائع ج ٤ ص ١٩٠ .

(٤) البدائع ج ٥ ص ١٦٩ .

(٥) ص ٢٨٠ .

(٦) وقياساً على هذا نرى أن إيداع المال في المصرف يكون محظوراً إذا قصد المودع -

وقد يرى أن فيما ذهب إليه الإمام من القول بصحة زواج المحلل عند تضمن الصيغة ما يدل على الغرض منه ، وهو إحلال الزوجة لزوجها السابق الذي طلقها البتة ، مناقضة للمبدأ السابق ، فقد ذهب إلى أن النكاح صحيح ويفسد ما اقترن به من شرط ، بناء على أن النكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة ، وإلى هذا ذهب أيضاً محمد وإن رأى أن هذا النكاح لا يترتب عليه مع ذلك حل المرأة لطلقها ، معاملة للزوج الثاني بتقيض قصده ، خلافاً لأبي يوسف الذي جرى على الأصل فأفسد النكاح في هذه الحال ، وهو قول عند الشافعية . كما أفسده المالك والحنبلة وإن لم تتضمن صيغته ما يدل على الغرض منه .

٢٨٠ - ولكن قد يدفع هذا أن أبا حنيفة حين ذهب إلى صحة زواج المحلل أبطل الشرط وما دل عليه ، وجعله كأن لم يكن ، وصار العقد كالحالي منه ، وبذلك لم يصر العقد وسيلة إلى محذور ، ثم قيل إلى هذا إن العاقد لم يقصد فيه محظوراً قصداً مباشراً ، لأن الذي قصد إليه قصداً مباشراً هو حل الزوجة لطلقها ، وهذا أثر من آثار العقد ومن مقتضياته شرعاً ، وهو في ذاته غير محذور ، فلا يكون مجرد القصد إليه محظوراً ، ولكن الحظر جاء من ناحية دلالة على إرادة الفرقة وعدم استدامة النكاح ، وهذا هو المحذور ، ولم يقصد إليه المتزوج مباشرة وقد يقدم عليه فلا يفارق ، فلم يتمحض العقد وسيلة إلى الحرام ، وإن كان العقد لما ذكر عقداً مكروهاً لذلك ، ولما وصف به الرسول صاحبه ، إذ وصفه بأنه التيس المستعار . غير أنه إذا قيل إن إرادة المحذور من العقد لا تؤثر في العقد إذا احتمل ألا يجعله العاقد وسيلة إليه للزم القول بصحة عقود تضمنت عباراتها ما يدل على الغرض المحذور منها لجواز أن العاقد قد يعرض بعد تمامها عن هذا الأمر المحذور أو لا يقدم عليه (١) .

مذهب الشافعي

٣٨١ - أما الشافعية فقد كانوا في ذهابهم إلى هذا الأصل أوضح بياناً وأشد عارضة وأقوى احتجاجاً ، ولعل من أوضح ما يدل على ذلك ما جاء - إلى إقراضه بالربا . أما إذا كان القصد هو استقلال المصرف المبلغ المودع في أعمال تجارية فإنه لا يكون محظوراً لأنه ليس إهانة على المحذور ، وليس المودع مكلفاً بتجريبه وجوه لاستئصال .

(١) الأستاذ حل الخفيف ، المرجع السابق ص ٩٨ .

في الأم (١) : أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعبادة بين المتبايعين ، وأجزته لصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أن يقتل به ظلماً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أن يعصره خمرأ ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ، لأنه باعه حلالاً ، وقد يمكن ألا يجعله خمرأ أبداً ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً ، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد عليه النكاح ، وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد (٢) .

ويحزو ابن القيم إلى الشافعي في كتابه أعلام الموقعين (٣) أن هذه العقود التي لم يشترط المحرم في صلها ، عقود صدرت من أهلها في محلها مقرونة بشروطها ، فيجب الحكم بصحتها ، لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحل العقد قابل للحكمه ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد ولا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة . وقد جرى الشافعي في فروعه وتطبيقاته على أصله هذا (٤) .

مذهب أحمد

٣٨٢ - ذهب الحنبلة إلى إبطال كل عقد تبين أن الباعث عليه أمر محذور محرم ، سواء تضمنت صيغته ما يدل عليه أو لم تتضمنه وكان أمراً باطنياً معنوياً وإن جاز ألا يكون أو أن يتبدل . ذلك لأنه قد اتخذ وسيلة إلى أمر غير مشروع ولم يجعله الشارع وسيلة إلى محذور ، وفي تصحيحه إعانة على المعصية ، والإعانة عليها بأي طريق أمر محذور . ولا يحتاج بسلامة العبارة وخلوها مما يدل عليها ، فإن الوصول إليها بطريق الغش والخديعة وعلى وجه الخفاء قد يكون أشد نكراً وأعظم إثماً من الوصول إليها بطريق ظاهر علني ،

(١) ج ٢ ص ٧٥ .

(٢) أي في عبارته .

(٣) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٧٢ وما بعدها .

(٤) وهو أنه لا يستطيع مخلوق بالنية والإرادة أن ينير ما رتبته الشارع وما عقد

للملازمة فيه بين شيء وشيء .

لأن الأمر المعلن الظاهر قد يمكن تداركه وتلافيه والحلبر منه ، بخلاف الأمر الخفي . وقد تضافرت أدلة الشريعة وقواعدها على أن القصد في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة ، كما أثيرت في الفعل الذي ليس بعقد ولا إلزام فيكون حلالاً أو حراماً تبعاً لاختلاف النية والقصد منه ، كما قد يعد صحيحاً تارة وفساداً تارة أخرى بناء على ذلك ، كذبح الحيوان يكون حلالاً إذا ذبح باسم الله ويحرم إذا ذبح باسم الصنم ، وغير ذلك مما يماثله كثير . وقد قال الرسول : « وإنما لكل امرئ ما نوى » . وهذا عام يعم العبادات والمعاملات والأقوال والأفعال . وهو دليل على أن من نوى بالبيع رباً فقد قارف الربا ، وليس يعصمه منه صورة البيع . ومن نوى بالزواج التحليل كان تيسراً مستعاراً كما دل على ذلك الحديث ، ولا يبعده من ذلك صورة عقيد الزواج . إذ ليس الشأن للأسماء وصور العقود ، وإنما الشأن لحقائقها ومقاصدها وما عقدت له . وما مثل من وقف عند الظواهر والصور والألفاظ ولم يراع المقاصد والمعاني ، إلا كمثل رجل أمر بالألا يسلم على صاحب بلعة فذهب إليه فقبل يده ورجله ولم يسلم عليه (١) .

مذهب مالك

٣٨٣- مذهب المالكية أقرب إلى مذهب الحنفية والشافعية من ناحية الصناعة الفقهية ، إذ أنهم يرون رأي هؤلاء في صحة الالتزام إذا لم تتضمن عبارته ما به يفسد ، وإن كانوا لا يجوزون استدامة آثاره لما يترتب عليه من آثام ومفاسد ، فيجبر المتطلق في مذهبهم على أن يخرج من ماله ما تمامه أو ينقض العقد ويفسخ على الخلاف في ذلك عندهم (٢) . جاء في المدونة (٣) : قال مالك : لا يعجبي . . . أن يبيع الرجل شاته من المشركين إذا علم أنهم إنما يشترونها ليذبحوها لأعيادهم ، ولا أن يكرى دابته منهم إذا علم أنهم يكرونها ليركبوها إلى أعيادهم . وإذا أجز المسلم نفسه أو غلامه أو دابته

(١) أعلام الموقعين مع تصرف .

(٢) ثمة رأي غير مشهور يفسخ العقد في جميع العقود سواء أكانت منتزعة أم لا - ويقول ابن رشد إنه إذا لم يكن البائع يعلم لم يفسخ العقد ، وإن كان يعلم فسح .
(٣) المدونة ١١ ص ٦٣ و ص ٦٦ - ٦٧ (يتصرف)

أو داره أو شيئاً مما يملكه في شيء من الخمر كحماها أو عملها أو حفظها ، كانت الإجارة باطلة . والإجارة على القتل أو على الضرب أو على ما لا يجوز ، غير جائزة . وفي مواهب الجليل لأبي عبد الله محمد الخطاب : ويحرم بيع الحربين آلة الحرب من سلاح وكراع أو سروج أو غيرها مما يتقنون به في الحرب من نحاس وغيره . قال أبو إسحق : فإن بيع منهم (١) ذلك بيع عليهم جبراً على قياس قول ابن القاسم في بيع المصحف من الكافر : وكلنا يحرم بيع الدار وكراؤها لمن يجعل فيها الخمر .

وفي المدونة : وكذا بيع العنب لمن يعصره خمراً على أحد قولين ، كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد به قطع الطريق على المسلمين وإثارة الفتنة بينهم . كما لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتسامحون في الفساد وعدم الغيرة وهم آكلون للحرام ويطعمونها منه (٢) . وفي الحرشي : ويلحق بمنع بيعه . . . كل شيء يعلم أن المشتري قصده بشرائه أمراً لا يجوز . . . والحكم في الجميع الخبر على الإخراج من غير فسح على مذهب المدونة . وإذا كان العقد إجارة فسخت (٣) .

وفي الشرح الكبير للدردير والدرسي عليه (٤) : ويمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصده به أمراً لا يجوز . . . ويجبر على إخراج ذلك من ملكه ولا يفسخ البيع ، وهذا هو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب المدونة ، ومقابله أن يفسخ البيع إذا كان المبيع قائماً .

وقال ابن رشد : والخلاف في هذا مقيد بما إذا علم البائع أن المشتري يفعل ذلك ، أما إذا لم يعلم ثم ظهر أنه يفعل ذلك فإن البيع لا يفسخ بخلاف . ولكن يجبر المشتري على إخراجه من ملكه ببيع ونحوه .

خلاصة

٣٨٤- خلاصة محصل ما تقدم أنه إذا كانت دلالة القرائن تساعد دلالة العبارة وتفصح عنها ، يحتفل بها الحنفية والشافعية ، أما إذا لم تكن فإنهم لا يحتفلون بها . أما الحنابلة فيعتنون بدلالة الملابس والظروف وإن كانت

(١) أي لم .

(٢) ج ٤ ص ٢٥٢ - ٢٥٤ .

(٣) ج ٥ ص ١١ .

(٤) ج ٢ ص ٧ .

مستقلة عن دلالة العبارة ، وذلك لمعرفة ما قد يستتر في النفس ويخفى من وجود باعث محذور ، فيبطل الالتزام حينئذ . ووقف المالكية مذهباً وسطاً يقربهم من مذهب الحنفية والشافعية وإن اختلفوا معهم في النتائج ، فهم يحتفلون بالعبارة ودلالاتها مثل الحنفية والشافعية ، ولكنهم لا يكتفون بأن العبارة لا تتضمن أمراً محظوراً ، وإنما يتقنون عن الظروف والملابسات ، لا لإبطال الالتزام ، وإنما لقطع آثاره ، فإذا كان الالتزام مستمراً كالإجارة ، يهون العقد ويبطلونه ، وإن كان يفيد الملك أجزء المتملك على إخراج ما تملكه ، ولا يفسخ العقد على المشهور من مذهب مالك ، وهو مذهب المدونة .

وما لا شك فيه أن الحكم بالإيجاب على الإخراج من ملك المتملك يدل على أن أصحاب هذا الرأي يرون أن العقد وقع صحيحاً مع عدم مشروعية الباعث عليه ، وذلك ما ذهب إليه الشافعية وأبو حنيفة بدليل ما ذكروه من إيجاب المتملك على بيعه أو هبته ، وذلك لا يكون إلا عن ملك ثبت له بذلك العقد الذي كان الباعث عليه غير مشروع ، وهذا بخلاف ما ذهب إليه الحنابلة من عدم صحة هذا العقد .

وعلى هذا يكون مذهب المالكية متفقاً مع مذهب الشافعية وأبي حنيفة في القول بصحة هذه العقود لسلامة عبارتها على القول المشهور . أما الإيجاب على الإخراج فلمنع فساد يترتب عليها وهو عند المالكية من باب سد الذريعة ولا صلة له بصحة العقد ولا يبطلانه .

أما الحكم بفسخ هذه العقود فهو محل نظر ، فقد عبرت المدونة في بعضها ، وهو عقد الإجارة ، بأن الإجارة باطلة ، كما عبرت أيضاً فيها وفي غيرها بأنها غير جائزة ، وعبر غيرها في مثل ذلك بأنه يفسخ ، فإن قصد بعدم الجواز في هذه المواضع الفسخ (١) ، فإن الفسخ لا يكون إلا في إجارة منعقدة ، وذلك يدل على أن المالكية يرون أن العقود التي دفع إليها أمر غير مشروع عقود صحيحة منعقدة ، وإن وصفت بالكراهة والجريمة من ناحية أنها عمل محذور صدر من مكلف ، أما آثارها فقد ترتبت على أسبابها .

(١) أي الإبطال وليس البطلان .

ومن هذا بين أن المالكية يرون رأي-الشافعية في هذه العقود ، لا كما ذهب إلى خلاف ذلك بعض الكاتبين الذين أشبهه عليهم ما جاء على لسان الشاطبي مما يدل على أنهم يرون بطلان ما دعا إليه أمر غير مشروع ، فإن ذلك خاص بالعبادات لا بالعقود ، وقد أحقوا عقد الزواج بالعبادات لما يترتب عليه من الحلل والحرم بالنسبة للوقاع ، فنصوا على أن تكاح المحلل فاسد ، وهو من قصد التحليل لغيره ، وفرعوا على ذلك بأن من تزوج امرأة ينية إحلالها لمن بت طلاقها ولو نوى مع ذلك إمساكها إن أعجبته فإن تكاحه يفسد ولا يترتب عليه حل (١) .

علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور في العقد

٣٨٥ - علمنا أن السبب غير المشروع إذا لم يذكر في العقد لا صراحة ولا ضمناً فإن الحنابلة يعتقدون به ولكن بشرط أن يكون معلوماً من الطرف الآخر ، كما يتبين ذلك من النصوص المنقولة عن الحنابلة من أنهم لا يرون فسخ العقد عند ما يكون سببه المحذور غير مذكور فيه إلا إذا كان الطرف الآخر على علم بذلك . ففي المعنى في بيع العصير ممن يتخذة محرراً باطل ، وبيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذة محرراً محرم وكرهه الشافعي ، وذكر أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها محرراً فهو محرم ، وإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع أن قصد المشتري ذلك ، إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك كما قدمنا . فإذا كان الأمر مجهولاً مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله فالبيع جائز . والنصوص الدالة على هذا عديدة (٢) ويكفي في ذلك أن يكون الطرف الآخر بحيث ينبغي أن يعلم بذلك الباعث حتى ولو لم يكن عالماً به فعلاً ، وهذا ما يستفاد من بعض المسائل والقرويع ، وأكثر ما يقع ذلك في التبرعات ، فإذا أهدي المقرض إلى المقرض شيئاً قبل الوفاء حمل ذلك على الربا فلا يصح الإهداء ، وإذا أهدي العمال لروئسهم أو المتخاصمون للقضاة هدية حمل ذلك على الرشوة ، فقد جاء في قواعد ابن رجب الحنبلي (٣) : هدية المقرض

(١) الشرح الكبير للدروري ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٢) وهذا هو معنى الفقه الوهمي الحديث في نظرية النيب .

(٣) ص ٢٢١ - ٢٢٢ .

للمقرض قبل الأداء لا يجوز قبولها ممن لم تجر له منه عادة بذلك ، ومن ذلك هدايا العمال للأمير والهدية للقاضي ممن لم تجر له عادة بالإهداء إليه .

السبب في الإرادة المنفردة في الفقه الاسلامي

٣٨٦- إذا كان الالتزام انفرادياً ، فالعبرة أيضاً بعبارة عند فقهاء الإسلام ، فهو صحيح سليم ما كانت عبارته سليمة لم تتضمن ما يدل على غرض محظور بعث عليه ، وذلك هو ما ذهب إليه جمهورهم على ما قدمنا في العقود ، أما ما نحى من البواعث والأغراض المحظورة مما لم تتضمن عبارته ما يدل عليها فلا ينظر إليه ، ولا يبحث عنها في محيط القرائن والظروف لما قدمنا .

ويقتضى ما ذهب إليه بعض الخنابلة من أصول ومبادئ في هذا الصدد ، كابن تيمية وابن القيم ، الاعتداد بالبواعث المحرمة المحظورة التي تدل عليها القرائن والملابسات . فلا يجوز أن ينعقد معها الالتزام لأنه سعى إلى محرم ووسيلة إلى اقرار محظور ، فيكون محرماً محظوراً ، لأن ما يؤدي إلى المحرم محرم أو محظور ، وكل محرم أو محظور باطل لا يقره الشارع .

وذلك ما أخذ به قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ في الفقرة الأولى من مادته الثالثة التي تجرى بأن « يشترط في الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث (١) عليها منافياً لمقاصد الشرع » . وتعويلاً على ذلك إذا ما صدرت وصية وجب البحث فيها عن العوامل النفسية التي دفعت الموصي إلى الإيصاء بما أوصى به ، وذلك بالنظر فيما اشترطه فيها الموصي ، وفيما صدر عنه من أقوال ، وما إلى ذلك مما تنكشف به نواياه وأغراضه . فإذا تبين أن السبب الذي دفعه إلى الإيصاء غير مشروع ومناف لمقاصد الشارع كانت الوصية باطلة ، والمعول عليه هو الباعث الرئيسي الذي كان له التأثير ابتداء دون البواعث التبعية الثانوية ، إذ قد تعدد البواعث والدواعي . فإذا أوصى شخص إلى خلية وتبين أن الباعث على الوصية هو إيجاد علاقة غير شريفة بينهما أو استدامتها أو إعادتها بعد انقطاعها ، كانت الوصية باطلة ، لأن الباعث عليها محظور . وكذلك إذا تبين أن الموصي لا يبغي بوصيته إلا الإضرار

(١) والمراد بالباعث كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ، السبب الذي دعا الموصي ودفعه إلى إصدار وصيته « السبب الرئيسي » .

بورثته فإن وصيته تبطل لأن الإضرار بالورثة أمر محرم محظور . وقد استمد الشارع المصري هذا الحكم مما ذهب إليه بعض الخنابلة على ما أوضحنا . ٣٨٧- أما إذا تضمنت عبارة التبرع والالتزام ما دل على أن الباعث عليه أمر محظور ، فقد يكون مقتضى ذلك أن يتمحض الالتزام شراً فيكون محظوراً بجميع أجزائه ، وفي هذه الحال لا ينشأ الالتزام اتفاقاً ، ويكون التزاماً باطلاً ، لأنه التزام محرم وكل محرم باطل ، وعلى ذلك كانت اليمين على اقرار حرام غير ملزمة ، كمن حلف ليقتلن فلاناً أو ليحرقن داره ، ويحرم على الخالف أن يبر بها ، ويجب عليه الحنث ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفرن عن يمينه » (١) ، وإذا كان هذا هو الحكم عند ما يرى الخالف أن ما حلف عليه غيره خير منه ، فكيف إذا كان ما حلف على فعله شراً محضاً ؟ .

وكذلك النذر يكون باطلاً إذا كان بمعصية أو تصدقاً بمال الغير لحديث « لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم » (٢) . وكذلك الوقف على أندية القمار فهو وقف باطل لأنه وقف على معصية (٣) ، ومثله الوصية بلحمة محظورة كالوصية للبيع (٤) ومعابد الوثنيين والوصية بمال ليشتري به خوراً (٥) . والجماعة على فعل محرم كالقتل أو شرب الخمر ، كأن يقول ، من قتل فلاناً فله كذا ، أو من شرب هذه للكأس من الخمر فله كذا أو نحو ذلك . فهذه كلها التزامات ينهى عنها الشارع ويكرهها ولا يقرها لأنها شر محض ليس فيها للخير جانب ينظر إليه فكانت باطلة اتفاقاً لا يترتب عليها أثر .

(١) رواه البخاري ومسلم - متفق عليه .

(٢) أنظر ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠ و ٦٨ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٧٠ - كشف القناع ج ٤ من كتاب النذر .

(٣) أحكام الأوقاف للأستاذ عشوب ص ٢٧ .

(٤) البيع هي معابد اليهود .

(٥) المفتى ج ٦ ص ٢٢١ - نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤١ - الدردير ج ٤ ص

٤٢٧ - تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٩٢ - البحر ج ٨ ص ٦١٧ .

٣٨٨- أما إذا تضمنت عبارة الالتزام أمراً محظوراً بجانب أمر ليس بمحظور فكان التزاماً مشوباً بالخطر في بعض نواحيه دون بعضها الآخر وذلك بسبب إشراك جهة محظورة مع أخرى غير محظورة ، أو بسبب اشتراط شرط محظور ينهى عنه الشارع ، ففي مثل هذه تختلف آراء الفقهاء . فإذا جمع إنسان في وصيته بين من تصح له الوصية ومن حرم الشارع أن يوصى له ، صححت الوصية بالنسبة إلى من تصح الوصية له ، وبطلت بالنسبة لمن لا تصح له الوصية ، إذ لا يضير تجزئتها لأن الوصية لها تعد كالوصيتين لكل من الجهتين وصية ، ولا يضير فيها تفريق الصفقة . ومن الخنابلة من ذهب إلى أن الوصية لهما جميعاً تبطل ، وذلك لعدم صحة الوصية لمن لا تصح له الوصية وعدم صحة الوصية للجهة الأخرى حينئذ لتفريق الصفقة .

وإذا شرط في الوصية شرطاً محظوراً بطلت عند الخنابلة والمالكية والشافعية فلا يترتب عليها أثر متى توفي الموصي مصراً عليها . وذهب الحنفية إلى أن الشرط يبطل ويلغو وتصح الوصية بمجردة عن الشرط .

فإذا أوصى بغلة داره لفلان على ألا يتزوج أبداً صححت الوصية ، وكان له كل الغلة ولا تبطل وإن تزوج ، وقد أخذ بذلك قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ مشروطاً ألا يكون هذا الشرط قد دل على أن الباعث على الوصية أمر محظور ، فإن دل على ذلك بطلت الوصية (١) .

وكذلك إذا شرط في وقفه شرطاً محظوراً فإن الشرط يبطل ويصح الوقف إذا كان للوقف مصرف معتبر شرعاً بعد إبطال ذلك الشرط ، كأن وقف على فلان بشرط ألا يتزوج ، فإن الوقف يصح ويبطل الشرط عند الخنابلة (٢) .

ومن الفقهاء من يصحح الشرط بناء على أنه جعل الاستحقاق عند تحقق هذا الشرط ، فإذا لم يتحقق لم يستحق لعدم تحقق سبب الاستحقاق ، إذ لا يقدح في سببته بعد أن جعل سبباً كونه محظوراً ما دام أن الاستحقاق الباعث على الالتزام غير محظور ، وإلى هذا ذهب الحنفية .

(١) م ٣ و ٤ من القانون .

(٢) بهذا أخذ قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ .

خلاصة

٣٨٩- من هذا يظهر أن رأي الفقهاء في الالتزام الانفرادي (١) كرايمهم

(١) اعتد الفقه الإسلامي منذ نشأ بالإرادة المنفردة واعتبرها مصدراً للالتزام ، حالة أن هذا المبدأ لم يعرفه أو لم يقره الفقه الغربي إلا في عصوره المتأخرة ، ولم يكن هذا التطور مع ذلك إقراراً إجماعياً بين علمائه كما حدث في الفقه الإسلامي منذ البداية ، ومجالها في الفقه الإسلامي أوسع منه في القوانين الوضعية ، فقد جعلها الفقه الإسلامي مصدراً للالتزام بالإسقاط كما في إسقاط حق الشفعة وحق الخيار والحقوق الشخصية بما فيها الديون ، وإسقاط الملكية كما في الوقف والعتق والتنازل عن الملكية عند بعض الفقهاء أو عن حقوق الارتفاق . كما اعتبرها مصدراً للالتزام في غير هذه الحالات مثل النذر والكفالة والحوالة في بعض صورها واليمين والطلاق والإجازة والرجعة والتفويض في الطلاق .

ويلاحظ أن الالتزام الذي ينشأ بالإرادة المنفردة في الفقه الغربي ، التزام لا يقبل الفسخ ولا الرجوع فيه . أما الالتزام في الفقه الإسلامي فلا يراد به إلا إيجاب الإنسان على نفسه عمل شيء أو إتيان معروف أو الكف عن عمل أو التنازل عن حق سواء كان ذلك أمراً باتاً لا يملك الملتزم أن يعدل عنه ، أو غير بات بحيث يصح له الرجوع فيه ، فالجبة والوصية كلاهما ضرب من الالتزام بهذا المعنى فيصح للملتزم بهما أن يعدل عن الوصية وأن يرجع في هبته في بعض الأحوال ، وكذلك كل من العارية والرهن والجماعة على تفصيل في ذلك واختلاف فيه .

أما النذر والكفالة والحوالة والعتق والإبراء وغيره من الإسقاطات فهي التزامات لا يملك الملتزم بها أن يرجع فيها .

وأكثر المالكية يعتبرون الإرادة المنفردة حل الجملة مصدراً للالتزام في الأموال وإسقاط الحقوق . أما غيرهم من الفقهاء فلا يعتبرونها مصدراً للالتزام إلا فيما نص عليه الشارع ، وهل ذلك يكون هذا المذهب متفقاً في المبدأ مع ما جرى عليه التشريع والقضاء حديثاً ، وإن اختلف معه في التطبيق والتفريع .

فإذا سحب إنسان سنداً من مصرف حامله ، فإن لحامله الحق في استيفاء قيمته من صاحبه وليس للزامه مصدر حينئذ إلا إرادته المنفردة ، فإرادته المنفردة صار مديناً لحامل السند بقيمته تؤخذ منه أو من تركته بعد وفاته .

- وقد جاء في نظرية العقيد الدكتور السهوري أن المادة ٧٩٤ من القانون الألماني قد نصت على أن من يصدر منه سند لحامله يلتزم به حتى لو سرق أو ضاع أو تبادله الأيدي رغم إرادته بأي شكل كان ، فإن ذلك لا يحل بالالتزام ويبقى السند حاقلاً لقوته القانونية ولو مات من صدر منه السند أو فقد أهليته قبل التعامل به .

ورد هذا إلى قاعدة من قواعد الفقه الإسلامي يحول دونه عدم تعيين حامل السند عند عدم تعيينه . أما عند تعيينه فليس ما يبعد أن يكون هذا الالتزام من قبيل العدة التي يراها بعض المالكية ملزمة لصاحبها فيكون سحب السند وعداً ملزماً للساحب بأن يوفى حامله ما التزم به فيه وليس له أن يعدل عن ذلك .

في العقد على الحملة بالنسبة إلى الباعث ، غير أنه يلاحظ أن ما أشاروا إليه في العقد من وجوب علم الطرف الآخر بالباعث على الوضع الذي أنف ذكره لا يشترط أولاً يتصور اشتراطه في الالتزام الانفرادي ، لأنه إنما يكون من طرف واحد وليس له طرف آخر تتوقف عليه نشأته . ولكن يلاحظ على ذلك أن هذا الالتزام إذا ما كان موجهاً إلى شخص معلوم لزم أن يكون ذلك الشخص بحيث يستطيع أن يعلم بذلك الباعث وإن لم يكن هالماً به فعلاً كما قدمنا ، وذلك بناء على ما يصاحب هذا الالتزام من ظروف وملابسات ، كالإهداء من عامل إلى رئيسه أو من مقترض إلى مقرضه بدون سابقة عادة بذلك . كما يرى أن المالكية لم يخالفوا الحنابلة في إبطال الالتزام الانفرادي إذا كان الباعث عليه محظوراً وإن لم يكن في العبارة ما يدل عليه وذلك على خلاف رأيهم في العقد ، لأنهم رأوا أن الالتزام في هذه الحال يتبع الباعث عليه في الحظر فيكون كذلك محظوراً والالتزام بالمحظور باطل .

العقد في الفقه الإسلامي

٣٩٠- العقد في الفقه الإسلامي هو الربط بين الإيجاب والقبول ، وإذا وجدت الأركان والمحل الصالح وتحقق معنى العقد ، تحقق الارتباط (الانعقاد) بين العاقدین بتوافق إرادتهما وعبارتهما . وذهب الحنفية إلى أن العقد ، من جهة ما يكون له من وصف يرجع إلى ما للعقد من وجود ترتب عليه آثاره أو لا ترتب ، أو من قوة مازمة لعاقديه أو غير ملزمة ، ينقسم ثلاثة أقسام : صحيح ، وفاسد ، وباطل . ويمرّدون بالعقد الصحيح ، ما كان سببه صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه ، وهو إنما يكون كذلك إذا تحقق معناه وسلم محله وركنه ، وذلك بأن يكون بصيغة سليمة واضحة الدلالة على إرادة إنشائه ، وصادرة من أهل له ، في محل قابل لحكمه ، ولم يعرض له من الأوصاف ما يجعله منهيّاً عنه شرعاً . فإن كان العقد بيعاً لزم لصنوره صحيحاً أن يباشره شخصان مميّزان بإيجاب وقبول متوافقين ، دالّين على إنشائه ، في محل قابل لحكمه ، وهو المال المتقوم ، ولم يقترن به توقيت ولا جهالة في المبيع ولا عدم تقويم في الثمن ، ولم تلابسه جهالة فاحشة ، ولم يصاحبه ما يوجب غرراً أو يقضي إلى نزاع ، أو يؤدي إلى فقد شرط من شروط صحته ، ولا غير ذلك مما جعله الشارع سبباً للنهي عنه .

ومن هذا يبين أن العقد لا يكون صحيحاً لسبب من سببين :
الأول : عدم وجوده شرعاً لعدم وجود بعض أركانه ، أو لعدم وجود محله ، أو لانتفاء معناه .

الثاني : عدم سلامته من صفة كرهها الشارع فيه فنهى عنه لأجلها .

العقد الباطل

٣٩١- فإذا كان السبب الأول كان العقد باطلاً عند الحنفية ، وإذن فهم يعنون بالباطل غير المنعقد ، والبطلان أو عدم الانعقاد شرعاً لا ينافي أن يكون للعقد صورة في الخارج ، وهو ما يسمى بالوجود الحسي ، ولذا لا يصلح لأن يترتب عليه أثر لأنه معدوم شرعاً ، والعلة إذا انعدمت لم يكن لها أثر .

العقد الفاسد

٣٩٢- وإذا كان السبب الثاني كان العقد فاسداً عند الحنفية ، وهو عندهم عقد موجود في الخارج بوجود أركانه ومحله ، وتحقق معناه وإرادة إنشائه والرغبة في آثاره ، ولكن لزمه وصف منهي عنه ، كتأجيل الثمن في عقد البيع إلى أجل مجهول مما يؤدي إلى النزاع ، ومن ثم كان العقد على هذا الوجه منهيّاً عنه من الشارع ولا يقرب لوجود هذا الوصف فيه ، ولهذا أمر بعدم إنفاذه ، وجعل إنفاذه معصية تستوجب الإثم ، وأوجب على المتعاقدين رفعه وقسخته وإلا قام بذلك القضاء جبراً عنهما إذا ما رفع إليه الأمر . وإذن ففي العقد الفاسد ناحيتان : إحداهما صحيحة مشروعة معترف بها من الشارع ، وهي ناحية أصله « أركانه ومحله » ، وثانيتهما معيبة غير مشروعة للنهي عنها ، وهي ناحية صفته التي وجد عليها ، ولذلك قيل في تعريف الفاسد : ما شرع بأصله دون وصفه . وقيل في تعريف الباطل : ما لم يشرع أصلاً لا بأصله ولا بوصفه . وقيل في تعريف الصحيح : ما شرع بأصله ووصفه .

اقسام العقد عند الجمهور

٣٩٣- ذهب الجمهور من غير الحنفية إلى أن العقد ينقسم قسمين فقط : صحيح وباطل ، أو صحيح وفاسد ، فلا فرق في المعنى بين الباطل والفاسد فهما عندهم مترادفان . ويعنون بالصحيح ما استكمل جميع أركانه وشروطه على

وجه ترتب عليه آثاره الشرعية إثر تمامه فعلا ، وبالباطل أو الفاسد ما عداه مما لا يرتب الشارع عليه آثاره لسبب من الأسباب ، سواء أكان ذلك السبب راجعاً إلى أركانه أم إلى أوصافه ، فهو على الجملة ما لم يستوف أركانه وشروطه الشرعية ، ولم يرتب الشارع عليه آثاره بسبب ذلك ، كبيع الصبي المميز وصيته وبيع الفضولي والسفيه ، فكلها عقود باطلة أو فاسدة ، على معنى الفساد عندهم لا تصححها إجازة صاحب الولاية عليهم .

الغلط في العقد

٣٩٤ - الغلط إما أن يكون باطلياً ، بأن يكون فكرة خاطئة قامت بنفس العاقد ، وعليها أنشأ عقده ، ولكنه لم يضمن الصيغة شيئاً يدل على قيامها بنفسه وأنه إنما أنشأ العقد على افتراض تحققها . وإما أن يكون مادياً ، وذلك بأن تحوى صيغة العقد ما يدل على وجود تلك الفكرة ، وعلى أن العقد نشأ بناء عليها .

والغلط الباطني لا اعتداد به عند فقهاء الإسلام ، على التفصيل الذي أوضحناه عند الكلام عن الباعث والسبب في الفقه الإسلامي ، لأن العبرة في العقود عندهم بالعبرة دون النوايا التي لم يدل عليها دليل كما قدمنا . والغلط المادي إذا خالط العقد أثر في الرضا بوجه عام لأن العقد قد تم على وضع خاص ارتضاه العاقدان ، فإذا لم يتحقق هذا الوضع لم يتبين توافر الرضا عنه ، لأن العاقدين قد ارتضيا وضعاً خاصاً هو الذي دلت عليه الصيغة لا ما وجد ، وهذا النوع من الغلط قد يرتب عليه ضياع حقيقة العقد فلا توجد معه إلا صورته ، وحينئذ يكون عقداً باطلاً ، لا يرتب عليه أي أثر . وقد لا يرتب عليه ضياع الحقيقة ولكن زوال بعض أحكامه ، وعند ذلك يكون صحيحاً .

فإذا حصل الغلط في محل العقد نفسه ، ترتب عليه بطلان العقد ، لأنه غلط تبين منه أن محل العقد معدوم ، وإذا انعدم المحل بطل العقد ولم يوجد عقد محله الشيء المغلوط فيه . وإذا حصل الغلط في أوصاف المحل ، كان العقد صحيحاً لأن العقد الذي نشأ محله موجود ولكنه على خلاف ما وصف به ، فكان ذلك غير لازم وكان للمشتري حق فسخه لفوات الوصف إذا كان العقد يقبل الفسخ كالبيع ، أما إذا كان لا يقبل الفسخ كالنكاح ، لم يكن

لمن حصل الغلط في ناحيته حق الفسخ لوقوعه صحيحاً لازماً عند الحنفية ، كما إذا تزوج هذه المرأة البكر فظهر أنها ثيب . وقال أحمد بن حنبل : له في هذا حق الفسخ أيضاً (١) .

٣٩٥ - ومن ذلك يبين أن تأثير الغلط في العقد ، يرجع إلى ما يرتب عليه من فقد محل أو شرط أو وصف ، وعلى حسب ما يرتب عليه من ذلك يكون الحكم على العقد فيحكم عليه بالبطلان إن فات به المحل أو شرط يرجع إلى الانعقاد ، ويحكم عليه بغيره كعدم اللزوم (٢) إن فات به من الشروط والأوصاف (٣) ما لا يقتضي زواله البطلان وإنما يقتضي عدم لزومه مثلاً .

(١) أنظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية « العقد » للأستاذ علي الخفيف ١٩٥٤

ص ١١٧ - ١١٨ .

(٢) ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية إلى موقوف وفاقد ومعنى نفاذه أنه يستتبع آثاره فتترتب عليه ، ومعنى وقفه أنه لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يقر الشارع وجوده ، بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته عن له حق مباشرته . والعقد النافذ ينقسم إلى لازم وغير لازم ، وهو المبرر عنه عند غير الحنفية بالعقد الجائز . ويراد بالعقد اللازم ما لا يستقل بنفسه أحد طرفيه ، كالبيع والإجارة والنكاح والخلع والحوالة . وهواد بغير اللازم أو الجائز ما يستقل أحد طرفيه بنفسه ، كالشركة والوكالة والقرض والوصية والإيصاء والعارية والوديعة .

وهذا النوع قد يكون غير لازم لذاته بالنسبة لطرفيه ، كالشركة والوكالة والعارية والوديعة ، وقد يكون غير لازم بالنسبة لأحدهما لازماً بالنسبة إلى الآخر كالرهن فإنه لازم بالنسبة إلى الرهن غير لازم بالنسبة إلى المرتهن الذي له أن يستقل بفسخه ، وكالكفالة فإنها لازمة بالنسبة إلى الكفيل غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له فله أن يبرئ منها .

ومن العقود اللازمة ما لا يقبل الرفع على أية حال كالخلع ، ومنها ما يقبل الفسخ بتراضي طرفيه ، وهذه هي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ، ومنها ما يصير غير لازم بالشرط .

(٣) قضت محكمة النقض بأنه وإن كان المشرع قد ألحق حالة تخلف الصفة التي كفلها البائع للمشتري بالميب الخفي ، إلا أنه لم يشترط في حالة فوات الصفة ما اشترطه في الميب الذي يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثراً وخفياً ، بل إنه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجباً لفمان البائع متى قام المشتري بإخطاره سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو كان لا يعلم ، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أو كان لا يستطيع - نقض منق ١٩ مارس سنة ١٩٧٠ من ٢١ ص ٧٩٦ - ونقض ١٥ مايو سنة ١٩٦٩ من ٢٠ ص ٧٩٦ .

وجه ترتب عليه آثاره الشرعية إثر تمامه فعلاً ، وبالباطل أو الفاسد ما عداه مما لا يرتب الشارع عليه آثاره لسبب من الأسباب ، سواء أكان ذلك السبب راجعاً إلى أركانه أم إلى أوصافه ، فهو على الجملة ما لم يستوف أركانه وشروطه الشرعية ، ولم يرتب الشارع عليه آثاره بسبب ذلك ، كبيع الصبي المميز وصيته وبيع الفضولي والسفيه ، فكلها عقود باطلة أو فاسدة ، على معنى الفساد عندهم لا تصححها إجازة صاحب الولاية عليهم .

الغلط في العقد

٣٩٤ - الغلط إما أن يكون باطلياً ، بأن يكون فكرة خاطئة قامت بنفس العاقد ، وعليها أنشأ عقده ، ولكنه لم يضمن الصيغة شيئاً يدل على قيامها بنفسه وأنه إنما أنشأ العقد على افتراض تحققها . وإما أن يكون مادياً ، وذلك بأن تحوى صيغة العقد ما يدل على وجود تلك الفكرة ، وعلى أن العقد نشأ بناء عليها .

والغلط الباطلي لا اعتداد به عند فقهاء الإسلام ، على التفصيل الذي أوضحناه عند الكلام عن الباعث والسبب في الفقه الإسلامي ، لأن العبرة في العقود عندهم بالعبارة دون النوايا التي لم يدل عليها دليل كما قدمنا . والغلط المادي إذا خالط العقد أثر في الرضا بوجه عام لأن العقد قد تم على وضع خاص ارتضاه العاقدان ، فإذا لم يتحقق هذا الوضع لم يتبين توافر الرضا عنه ، لأن العاقدين قد ارتضيا وضعاً خاصاً هو الذي دلت عليه الصيغة لا ما وجد ، وهذا النوع من الغلط قد يرتب عليه ضياع حقيقة العقد فلا توجد معه إلا صورته ، وحينئذ يكون عقداً باطلاً ، لا يرتب عليه أي أثر . وقد لا يرتب عليه ضياع الحقيقة ولكن زوال بعض أحكامه ، وعند ذلك يكون صحيحاً .

فإذا حصل الغلط في محل العقد نفسه ، ترتب عليه بطلان العقد ، لأنه غلط تبين منه أن محل العقد معدوم ، وإذا انعدم محل العقد ولم يوجد عقد محله الشيء المغلوط فيه . وإذا حصل الغلط في أوصاف المحل ، كان العقد صحيحاً لأن العقد الذي نشأ محله موجود ولكنه على خلاف ما وصف به ، فكان ذلك غير لازم وكان للمشتري حق فسخه لفوات الوصف إذا كان العقد يقبل الفسخ كالبيع ، أما إذا كان لا يقبل الفسخ كالنكاح ، لم يكن

لمن حصل الغلط في ناحيته حق الفسخ لوقوعه صحيحاً لازماً عند الحنفية ، كما إذا تزوج هذه المرأة البكر فظهر أنها ثيب . وقال أحمد بن حنبل : له في هذا حق الفسخ أيضاً (١) .

٣٩٥ - ومن ذلك بين أن تأثير الغلط في العقد ، يرجع إلى ما يرتب عليه من فقد محل أو شرط أو وصف ، وعلى حسب ما يرتب عليه من ذلك يكون الحكم على العقد فيحكم عليه بالبطلان إن فات به المحل أو شرط يرجع إلى الانعقاد ، ويحكم عليه بغيره كعدم اللزوم (٢) إن فات به من الشروط والأوصاف (٣) ما لا يقتضى زواله البطلان وإنما يقتضى عدم لزومه مثلاً .

(١) أنظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية « العقد » للأستاذ علي الخفيف ١٩٥٤ ص ١١٧ - ١١٨ .

(٢) ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية إلى موقوف وفائد ، ومعنى فواده أنه يستتبع آثاره فتترتب عليه ، ومعنى وقفه أنه لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يقر الشارع وجوده ، بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته من له حق مباشرته . والعقد النافذ ينقسم إلى لازم وغير لازم ، وهو المعبر عنه عند غير الحنفية بالعقد الجائز . ويراد بالعقد اللازم ما لا يستقل بفسخه أحد طرفيه ، كالبيع والإجارة والنكاح والخلع والحوالة . ويراد بغير اللازم أو الجائز ما يستقل أحد طرفيه بفسخه ، كالشركة والوكالة والقرض والوصية والإيصاء والعارية والوديعة .

وهذا النوع قد يكون غير لازم لذاته بالنسبة لطرفيه ، كالشركة والوكالة والعارية والوديعة ، وقد يكون غير لازم بالنسبة لأحدهما لازماً بالنسبة إلى الآخر كالرهن فإنه لازم بالنسبة إلى الرهن غير لازم بالنسبة إلى المرتهن الذي له أن يستقل بفسخه ، وكالكفالة فإنها لازمة بالنسبة إلى الكفيل غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له فله أن يبرئ منها . ومن العقود اللازمة ما لا يقبل الرفع على أية حال كالخلع ، ومنها ما يقبل الفسخ بتراضى طرفيه ، وهذه هي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ، ومنها ما يصير غير لازم بالشرط .

(٣) قضت محكمة النقض بأنه وإن كان المشرع قد ألحق حالة تخلف الصفة التي كفلها البائع للمشتري بالميب الخفي ، إلا أنه لم يشترط في حالة فوات الصفة ما اشترطه في الميب الذي يضمه البائع من وجوب كونه مؤثراً وخفياً ، بل إنه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجباً لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو كان لا يعلم ، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أو كان لا يستطيع - نقض ملق ١٩ مارس سنة ١٩٧٠ من ٢١ ص ٧٩٦ - ونقض ١٥ مايو سنة ١٩٦٩ من ٢٠ ص ٧٩٦ .

المبحث الثاني عقد الصلح

٣٩٦- تنص المادة ٥٤٩ من التقنين المدني على أن « الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه » . وأول مقومات الصلح هو أن يكون هناك نزاع بين المتصالحين قائم أو محتمل . فإذا لم يكن هناك نزاع قائم ، أو في القليل نزاع محتمل ، لم يكن العقد صلحاً ، كما إذا نزل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة غير المتنازع فيها حتى يتمكن المستأجر من دفع الباقي ، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحاً (١) .

فإذا كان هناك نزاع قائم مطروح على القضاء ، وحسمه الطرفان بالصلح كان هذا الصلح قضائياً judiciaire . ولكن يشترط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع ، وإلا انحسم النزاع بالحكم لا بالصلح (٢) .
وليس من الضروري أن يكون هناك نزاع قائم مطروح على القضاء ، بل يكفي أن يكون وقوع النزاع محتملاً بين الطرفين ، فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع ، ويكون في هذه الحالة صلحاً غير قضائياً extrajudiciaire .

٣٩٧- وقد يكون النزاع في القانون ، كما إذا وقع نزاع بين الطرفين على القيمة القانونية لسند يتمسك به أحدهما ، فيتصالحان لحسم هذا النزاع القانوني . والصلح في هذه الحالة يكون صحيحاً ، حتى لو كان السند في نظر رجل القانون ظاهر الصحة أو ظاهر البطلان ، فالعبرة بما يقوم في ذهن الطرفين ، حتى لو قام صلح على غلط في القانون وقع فيه أحد الطرفين .

والقاضي هو الذي يكتيف الاتفاق بأنه صلح أو بأنه عقد آخر ، ولا يتقيد في ذلك بتكليف الخصوم ، فقد يسمى الخصوم الصلح باسم عقد آخر أو يسمون عقداً آخر باسم الصلح ، فيبت قاضي الموضوع في وجود عناصر

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤٠ .

(٢) كانت المادة ٧٥٠ من المشروع التمهيدي للقانون المدني تنص على أن « يكون الصلح قابلاً للبطلان إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائي ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم » . فهنا انعدم النزاع لحسمه بالحكم النهائي ، فلا يقوم الصلح بعد ذلك .

الصلح من حيث الواقع ، فيقرر ما إذا كان هناك نزاع قائم أو محتمل ، وما إذا كانت نية الطرفين حسم النزاع ، وما إذا كانت هناك تضحية من الجانبين ، فتتوافر بذلك عناصر الصلح ، ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض . أما وجوب توافر هذه العناصر جميعاً ليكون العقد صلحاً فهذه مسألة قانون لا يستقل بها قاضي الموضوع بل تخضع لرقابة محكمة النقض ، فإذا لم يستظهر قاضي الموضوع عناصر الصلح على النحو المتقدم ، أو استظهرها ولكنه أخطأ في تكيفها القانوني ، فإن حكمه يكون قابلاً للنقض (١) .

ولا بد من وكالة خاصة في الصلح (٢) ، فلا يجوز للمحامي أن يصالح على حقوق موكله ما لم يكن الصلح منصوصاً عليه في عقد التوكيل . على أنه إذا كان هناك توكيل عام في أعمال الإرادة ، جاز أن يشمل هذا التوكيل الصلح المتعلق بأعمال الإدارة دون غيرها .

الصلح القضائي

٣٩٨- يقع هذا الصلح بين الخصوم في دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء ، وتصدق عليه المحكمة . وقد نصت المادة ١٠٣ من تقنين المرافعات في هذا الصدد على ما يأتي :

« للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٦٩ - وإذا ظهر أن الصلح يستر مقدماً آخر ، فأحكام هذا العقد الآخر هي الواجبة التطبيق (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر ١٩٣٧ - ٥٠ ص ٥٧) . وقد يقبل المضرور من المتسبب في الضرر عطية على سبيل الإحسان أو على سبيل التخفيف من مصابه ، فلا يكون هذا صلحاً ويبقى الباب مفتوحاً لمسألة التسبب في الضرر ، ولا يستطيع هذا أن يمتنع بأنه تصالح مع المضرور ، كما لا يستطيع المضرور أن يمتنع بأن المتسبب في الضرر قد أقر بمسئوليته - أنسيكلويدى ه لفظ transaction فقرة ٤٧ .

(٢) المادة ٧٠٢ مدني ، ونقض ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ج ٤ ص ٢١٩ - وقد قضت أيضاً محكمة النقض بأنه لا يشترط في الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئاً لما ينزل عنه الطرف الآخر ، وأن الحكم المطعون فيه إذ قرر أن الوكيل لم يراع في الصلح حدود وكالته ، أقام قضاءه على أن الصلح الذي عقده فيه عين على موكله ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون . ذلك لأن العين على فرض ثبوته لا يؤدي إلى اعتبار الوكيل مجاوزاً حدود وكالته ، وإنما عمل ببحث هذا العين يكون في صدد علاقة الوكيل بموكله لا في علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل في حدود الوكالة - نقض ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ ص ٥ ص ٨٥ .

ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم . فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه . ويكون لمحضر الجلسة في الحالين قوة السند التنفيذي . وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صورة الأحكام . ولا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح إلا بحضور الخصمين ، لأن القاضي إنما يقوم بمهمة الموثق ، ولا يجوز توثيق عقد إلا بحضور الطرفين . فإذا غاب أحد الطرفين ، امتنع على القاضي التصديق على الصلح ، حتى لو كان الطرف الغائب قد قبل التصديق على الصلح في غيبته ، ولكن ذلك لا يمنع من اعتبار محضر الصلح الموقع عليه من الطرف الغائب سنداً يصح الحكم بمقتضاه . وإذا حضر الطرفان وعدل أحدهما عن الصلح ، لم يجز للقاضي التصديق عليه ، ويعتبر القاضي الصالح الذي عدل عنه أحد الطرفين ورقة من أوراق الدعوى يقدر قيمتها بحسب الظروف (١) . ويعتبر هذا الصلح القضائي ، أو الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، بمثابة ورقة رسمية ، أي بمثابة سند واجب التنفيذ لتصديق القاضي عليه . ولكنه لا يعتبر حكماً ، فهو لا يخرج عن كونه عقداً تم بين الخصمين (٢) . ويجوز لكل منهما الطعن فيه ، ولكن ذلك لا يكون بالطرق المقررة للطعن في الأحكام ، وإنما يكون طريق الطعن فيه بدعوى أصلية (٣) .

(١) نقض مدني ٢٨ مايو ١٩٣٨ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧١ ص ١١٣٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفته للفصل في خصومة ، لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق ، وإذن فهذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليست له حجية الشيء المحكوم فيه ، وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته - نقض مدني ١٩ إبريل سنة ١٩٥١ ص ٢ من ٧٢١ . كما قضت بأن الصلح المصدق عليه يكون قابلاً للفسخ كسائر العقود ، ويكون تفسيره طبقاً للقواعد المتبعة في تفسير العقود لا في تفسير الأحكام - نقض مدني ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٧٦ .

(٣) لكن إذا قبل الخصم الحكم الابتدائي صلحاً وتنازل بهذا الصلح عن استئنافه ، ثم استأنفه ، وقدم المستأنف عليه إلى محكمة الاستئناف عقد الصلح محتجاً به على خصمه في قبوله الحكم الابتدائي وتنازله عن الحق في استئنافه ، وطلب مؤاخذته به ، فلا شك أن من حق هذا الخصم (المستأنف) أن يطعن في هذا العقد ويدفع حججته منه ، ومن واجب المحكمة أن تتعرض له وتفصل في النزاع القائم بشأنه بين الطرفين ، فإن هذا العقد حكاه حكم كل دليل يقدم إلى المحكمة فتقول كلمتها فيه أخذاً به أو إطراحاً له ، ولا يجب عليها وقف =

فيجوز لكل من الطرفين أن يطلب في دعوى أصلية إبطال الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح لنقص في الأهلية ، أو لغلط في الواقع ، أو للتدليس ، أو لغير ذلك من أسباب البطلان .

الر الصلح

٣٩٩ - عقد الصلح يحسم بين طرفيه المنازعات التي تناولها ويفرض على

الاستئناف حتى يفصل في الدعوى المقامة لصحة عقد الصلح ونفاذه - نقض مدني ٥ يونيو ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢١١ ص ٤٥٠ . وإذا تمسك المتدخلون في دعوى صحة التعاقد بأنهم هم المالكون للأطيان المبيعة فإن هذا يعد تدخلاً اختصاصياً يطلب به المتدخلون حقاً ذاتياً لأنفسهم ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم باعتباره مرتبطاً بالدعوى الأصلية ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في موضوع طلبهم وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل في صميم الدعوى المطروحة عليها ، وعلى أساس أن الحكم الذي تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخلين . فإذا كانت محكمة أول درجة قد كيفت طلب التدخل موضوع الشق الثاني من الدعوى بأنه طلب انضامى وقضت في الشق الأول منها بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه ، وفي الشق الثاني منها بعدم قبول طلب التدخل وذلك باعتبار أن التدخل الانضامى يقتصر على تأييد أحد طرق الخصومة فينتهي بالتصالح مع الطرفين ، فإن محكمة أول درجة تكون قد استنفدت ولايتها في النزاع القائم وقالت كلمتها في موضوع الدعوى بشقيها ، وإذا كانت محكمة الاستئناف قد اعتبرت تدخل المتطعون عليهم تدخلاً اختصاصياً وقضت بإلغاء حكم محكمة أول درجة وبقبول التدخل ، فإنه يتعين عليها ألا تقف عند هذا الحد بل تفضي في الفصل في موضوع طلب التدخل وتحقيق دفاع الخصوم في الدعوى الأصلية ودفاع المتدخلين بشأنها باعتبار أن الاستئناف ينقل الدعوى برمتها إلى المحكمة الاستئنافية ، ولا يحق لها أن تتدخل في الفصل في هذا الطلب إلى محكمة أول درجة لأن الفصل في موضوع طلب التدخل لا يعد منها تصدياً وإنما هو فصل في طلب استنفدت محكمة أول درجة ولايتها بشأنه - نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٧٠ ص ٢١ من ٢٢١ .

كما قضت بأن الغير الذي أضر الصلح بحقوقه من طريق النشر أن يرفع دعوى أصلية وبطلانه أو يبدى الدفع بالبطلان بالتدخل في الدعوى التي حصل فيها الصلح ، فإذا تدخل الغير في دعوى منظورة مدنياً أن الصلح أضر بحقوقه ، ودفع الغير في مواجهته بإنهاء الدعوى صلحاً ، كان في مكنته الرد على هذا الدفع بإبطال الصلح ، ولا يجوز رفض التدخل إلا تأسيساً على أن الصلح قد أنهى الدعوى ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان صلحاً صحيحاً . ومن ثم فلا سبيل إلى رفض طلب التدخل إلا بحكم يقضى بصحة الصلح . وإذا كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وقبل تدخل الخصم الثالث في الدعوى ورفض التصديق على محضر الصلح بناء على أنه باطل لو روده على عقد بيع صوري صورية مطلقة وأضر بمقوق المتدخل ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون - نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٧٠ في الملحق ١٤٦ سنة ٣٦ ق (لم ينشر بعد) .

كل منهما التزاماً بعدم تجديد المنازعة قبل الطرف الآخر فيما تم التصالح عليه ، إلا أن الدفع بانقضاء المنازعة بالصالح هو حق مقرر لمصلحة كل من الطرفين ، يجوز له أن يتمسك به إذا جدد الطرف الآخر المنازعة في الحق المتصالح فيه ، كما يجوز التنازل عن الدفع صراحة أو ضمناً . فإذا لم يقم أحدهما بما التزم به في عقد الصالح ، وجدد المنازعة في الأمر المتصالح عليه بأن استمر بعد الصالح في إجراءات الدعوى ولم يكن الطرف الآخر قد تمسك بالدفع بحسم المنازعة بالصالح حتى صدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فإنه لا يكون في استطاعة الطرف الذي أسقط حقه في هذا الدفع الاحتجاج بعقد الصالح الذي كان يجوز له تقديمه في المنازعة التي صدر فيها الحكم ، ولا يجوز الاستناد إليه في دعوى مستقلة كدليل لنقض الحكم الذي حاز قوة الأمر المقضي . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الطاعن استمر بعد الصالح في السير في طعنه السابق بالنقض ، ولم يقدم المطعون عليه دفاعه في الميعاد المحدد قانوناً ، فإنه يكون قد أسقط حقه في التمسك بالصالح ولا يجوز له أن يعدل إلى التمسك به أمام أية جهة أخرى بعد أن أصدرت محكمة النقض حكمها في الطعن وأنه لا وجه للقول بأن إخفاء عقد الصالح على محكمة النقض يعتبر غشاً من جانب الطاعن يجرمه من الإفادة من حكمها ، لأنه فضلاً عن أن المطعون عليه هو الذي أسقط حقه في الدفع بالصالح ، فإن الغش بفرض وقوعه لا يعتبر سبباً لإلغاء الأحكام الانتهائية عن طريق رفع دعوى مستقلة أو في صورة دفع دعوى مبتدأة وإنما هو سبب لالتماس إعادة النظر فيها ، وهذا الطريق لا يقبل في أحكام محكمة النقض التي لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن وهي نهاية المطاف في الخصومة (١) .

(١) نقض منقذ ١١ يونيو ١٩٧٠ في الطعن ٢٩٠ سنة ٢٥ ق والطعن ٢٠٢ سنة ٢٥ ق

(لم ينشر بعد) .

وقد ورد في هذا الحكم أن عقد الصالح يعتبر كاشفاً للحق الذي تناوله ولا يعتبر نكالا له ومن ثم فهو لا يصلح سبباً لبقاء هذا الحق بعد زواله ولا مع استرداد غير المستحق ، ويكون الحكم المطعون فيه إذ عول على عقد الصالح في قضائه برفض دعوى الطاعن باسترداد ما دفعه بغير حق قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه .

وقارن حكم محكمة القضاء الإداري الذي قضى بأنه « لا ممتنع فيما ساقته الوزارة المدعية في مذكرة دفاعها من أن الصالح المذكور لم يحسم النزاع يدلل أنه لم يمنع المحكمة من =

الغلط في القانون في عقد الصالح

٥٠٠ - استنص المادة ٥٥٦ من الترتيب المدني على أنه « لا يجوز الطعن في الصالح بسبب غلط في القانون » (١) . وهذا النص استثناء صريح من القواعد العامة ، فإن هذه القواعد تقضي بأن الغلط في القانون كالغلط في الواقع يجعل العقد

- أن تصدر حكمها في الدعوى رقم ٧١٨ لسنة ١٣ قضائية ، كما لم يمنع المدعى عليه من الطعن في هذا الحكم ، فضلاً عن أن النزاع لازال قائماً بهذه الدعوى - لا ممتنع في هذا إذ أن الثابت في الأوراق أن الوزارة المدعية تقدمت بطلب إلى المحكمة مؤرخ ٧ فبراير ١٩٦٠ طلبت فيه فتح باب المرافعة مستندة في ذلك إلى التنازل عن الدعوى المذكورة ومصرفاتها ، غير أن هذا الطلب قدم في اليوم الذي صدر فيه حكم المحكمة ، ولو كان هذا التنازل قد قدم إلى المحكمة قبل ذلك لكان له وجه آخر . كذلك فإن الطعن في هذا الحكم من جانب المدعى عليه أمر لا يؤثر في الصالح ولا فيما يجب أن يترتب عليه من أثر حاسم للنزاع ، فهو إجراء خاطئ من جانب المدعى عليه بحسبان أن الطعن في الحكم المذكور يعتبر سبباً في النزاع الذي حسمه الصالح ، وقد استقر القضاء على أنه لا يصح بعد الصالح المضي في الدعوى التي كانت مرفوعة ، ولا تجديد هذه الدعوى ، ويستطيع المتصالح الآخر أن يدفع بالصالح للدعوى المقامة أو المطلوب المضي فيها أو المجددة ، إذ أنه بالصالح تنقضي ولاية المحكمة على الخصومة ، وبالتالي لا يصح أن تحكم فيها حتى بالمصرفات . وإذا كان الحكم الصادر في الدعوى رقم ٧١٨ لسنة ١٣ قضائية السابق الإشارة إليه صدر في حقيقة الأمر في نزاع انتهى وانحسم ، غاية ما في الأمر أن طرفي الدعوى لم يقدموا إلى المحكمة في الوقت المناسب ما يملها بذلك . أما القول بأن النزاع لا زال قائماً أمام هذه المحكمة عند نظرها الدعوى الحالية ، فهذا القول من قبيل احتجاج الشخص بتصرفه ، فالنزاع القائم أقيمت بشأنه الدعوى من الوزارة المدعية ، وقد دفعه المدعى عليه بالصالح ، ومن ثم فلا يسوغ اتخاذ هذا النزاع سبباً للطعن على الصالح الذي تم في هذا الخصوص .

ولكل ما تقدم يبين أن النزاع بين الوزارة المدعية والمدعى عليه سبق أن انحسم بالصالح المبرم بينهما ، ويتعين أن تستقر حقوق كل منهما بهذا الصالح ، ولا يسوغ من أيهما أن يعاود النزاع ذاته ، لما في ذلك من إهدار لعقد قائم وتم تنفيذه .

ولما كانت هذه الدعوى تتعارض تماماً مع الصالح المبرم بين طرفي النزاع وتعيد إلى ساحة القضاء نزاعاً سبق فضه ورضاه ، فإنه يتعين الحكم برفض الدعوى - ٢٠ يونيو ١٩٦٥ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمس سنوات ، المكتب الفني رقم ٢٩٨ ص ٥٧٥ .

(١) كان القضاء في عهد الترتيب السابق يفسر النص المقابل بأنه يستبعد لغلط في القانون كسبب لإبطال العقد . ويقابل النص الحالي في الترتيبات العربية الأخرى : الترتيب المدني السوري ، م ٥٢٤ (مطابق) والترتيب المدني الليبي ، م ٥٥٤ (لا يجوز الطعن في الصالح بسبب غلط في القانون . ويكون باطلاً . . . الصالح الذي انصب على خصومة تم الفصل فيها بحكم واجب التنفيذ وجهل ذلك أحد المتعاقدين . . . تقنين الموجبات والعهود البنائية ، =

قابلاً للإبطال ، وقد سبق أن أوردنا المادة ١٢٢ مدني التي تنص على أن « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وقد قضى القانون فعلاً في المادة ٥٥٦ مدني السالفة الذكر ، بغير ما تقتضي به القواعد العامة ، وبأن الغلط في القانون في عقد الصلح لا يجعل الصلح قابلاً للإبطال (١) .

٤٠١- وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في تعليل هذا الاستثناء ما يأتي : « يجب التمييز ما بين الغلط في فهم القانون ، وهذا لا يؤثر في الصلح على خلاف القاعدة العامة ، والغلط في الوقائع ، وهذا يؤثر في الصلح سواء وقع في الشخص أو في صفته أو في الشيء محل النزاع أو في الباعث . . . إلخ . ، ما دام الغلط جوهرياً . والسبب في أن الغلط في فهم القانون لا يؤثر في الصلح ، أن المتصلحين كانا وهما في معرض المناقشة في حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع على هذه الحقوق . بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر ، فلا يسمع من أحدهما بعد ذلك أنه غلط في فهم القانون » (٢) .

وقد سار القضاء المصرى في عهد التقنين المدنى السابق على أن الغلط في القانون لا يكون سبباً في إبطال عقد الصلح (٣) . وأكد التقنين المدنى الحالى هذا الحكم بنص المادة ٥٥٦ السالفة الذكر .

١٠٤٨ م : لا يجوز الطعن في المصالحة بسبب غلط قانونى أو بسبب النيب . (وأحكام هذا التقنين تتفق وأحكام التقنين المصرى) . التقنين المدنى للمراقى - لا مقابل . ويقول الأستاذ السهورى إنه يبدو أنه يجوز الطعن في الصلح لغلط في القانون كما يجوز الطعن فيه لغلط في الواقع ، ولكن الأستاذ حسن الذنون (فقرة ٢٦٨) يذهب إلى أن الأصل في التقنين المراقى أنه لا يجوز الطعن في العقد لغلط في القانون ، ويدخل الصلح في هذه القاعدة العامة .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمتصلح أن يظن في الصلح بخلط في القانون وقع فيه بشأن مقاصة ، ولو كان هذا الغلط هو الدافع له على الصلح - استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩١ .

(٣) م ٦٥٧/٥٣٥ من التقنين المدنى السابق : لا يجوز الطعن في الصلح إلا بسبب قلة أو غلط محسوس واقع في الشخص أو في الشيء أو بسبب تزوير التماسات التي عمل بموجبها صار الصلح وثيقين بعده تزويرها .

الفقه فى فرنسا

٤٠٢- يتردد التعليل التقليدى الذى أوردته المذكرة الإيضاحية كثيراً فى الفقه الفرنسى (١) ، فلا شيء يبرر الخروج على القواعد العامة فى الغلط فى الصلح وجعل الغلط فى القانون لا يؤثر فى صحة العقد . بالإضافة إلى تعليقات أخرى منها أنه لا يجوز إبطال الصلح لغلط فى القانون بموجب حكم فى الوقت الذى أريد فيه بالصلح أن يقوم مقام الحكم (٢) ، ومنها أنه أريد بالصلح حسم النزاع ، فلو أجزنا إبطاله لغلط فى القانون وهو أمر نحى ، لانفتح الباب واسعاً للنزاع وهو ما أريد بالصلح أن يحسمه . بيد أن هذا التعليل تصدى له الفقه الحديث بالنقد (٣) ، فلا شيء يبرر الخروج على القواعد العامة فى الغلط فى الصلح وجعل الغلط فى القانون لا يؤثر فى صحة العقد (٤) . ويرد على هذه التعليقات بأنها لو كانت كافية ، لوجب أن يغلط الباب دون الطعن فى الصلح بأى غلط ، فى القانون أو فى الواقع ، وبأى وجه من وجوه البطلان الأخرى (٥) . والقول بأن المتصلحين كانا وهما فى معرض المناقشة فى حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع ، بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر ، لا يمنع من أنهما بالرغم من هذا التثبت يقعان فى غلط فى القانون . وإذا كان لا بد من تعليل لهذا الحكم ، فالظاهر أن أقرب تعليل هو أن المتصلحين ، مادام أعلى بيئة من الواقع ولم يقعا فى غلط فيه ، إنما يتصلحان على حكم القانون فى النزاع الذى بينهما ، وسواء علما حكم القانون فى هذا النزاع أو لم يعلماه ، فهما قد قبلتا حسم النزاع بينهما على الوجه الذى اتفقا عليه مهما كان حكم القانون ، فلو أن

(١) لوران ٢٨ فقرة ٤٠٥ - بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٥٧ - پلاتيول وريبير وبولانجيه فقرة ٢٢٢١ .

(٢) لارومبيير م ١١١٠ فقرة ٢٦ .

(٣) بيدان فقرة ٣٦٥ - جومران ٢ فقرة ١٤٥٦ - پلاتيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٠ .

(٤) وفى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى قيل إن الغلط فى القانون لا يجعل للعقد قابلاً للإبطال فى الصلح وفى غيره من العقود - فقيه ١٥ ص ١٠٨ . ويقول الأستاذ السهورى إن هذا خطأ ظاهر فإن الغلط فى القانون يجعل فى الأصل العقد قابلاً للإبطال كالغلط فى الواقع - أنظر هامش ص ٥٣٩ من المجلد الثانى من الجزء الخامس من الوسيط .

(٥) بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٥٧ .

أحدهما كان في غلط في حكم القانون وتبين غلطه قبل أن يبرم الصلح ، لما منعه تبيينه للغلط من أن يفضي في الصلح الذي ارتضاه . هذا هو ما افترضه المشرع فجعل الغلط في القانون ليس بالغلط الجوهرى في عقد الصلح ، وليس من شأنه إذا علمه من وقع فيه أن يمنع من التعاقد (١) .

القضاء في فرنسا

٤٠٣ - يتوسع القضاء الفرنسى في استبعاد الغلط في القانون كسبب لإبطال الصلح . من ذلك أنه إذا اختلط الغلط في القانون بغلط في الواقع ، ومن ثم كان ينبغي أن يكون الغلط في الواقع كافياً وحده لإبطال الصلح ، فإن القضاء الفرنسى يستظهر الغلط في القانون ويجعله يجب الغلط في الواقع إذا كان هذا الغلط غير مغتفر ، ومن ثم لا يبطل الصلح إذ يقف عند الغلط في القانون وحده . فإذا اصططح شخصان في شأن سند باطل ، وكانا واقعين في غلط في الواقع وغلط في القانون ، في شأن هذا البطلان ، فإن الصلح مع ذلك لا يبطل للغلط إذا ظهر أنه كان ينبغي أن يدرك المتصلحان بطلان السند (٢) . وإذا غلط أحد المتعاقدين في جنسية التعاقد معه ، فاختلط الغلط في الواقع بالغلط في القانون ، لم يعتد القضاء الفرنسى بالغلط في الواقع ووقف عند الغلط في القانون فلا يبطل الصلح (٣) . وينتقد بعض الفقهاء هذا التوسع ، ويذهبون إلى أنه لو أن القضاء فسر حكم الغلط في القانون تفسيراً ضيقاً كما ينبغي باعتباره استثناء من القواعد العامة ، ولم يجعله يجب الغلط في الواقع إذا خالطه ، لصعب في العمل أن يوجد غلط في القانون دون أن يخالطه غلط في الواقع ، ولضاق دائرة الاستثناء إلى حد كبير (٤) .

(١) بوايه في الصلح ص ٧١ - أنسيكلوبيدى دالوز ه لفظ transaction فقرة ١٦١ - السهورى المرجع السابق ص ٥٤٠ - أكم الخولى فقرة ١١ ص ٢٢ .

(٢) نقض فرنسى ١٩ ديسمبر ١٨٦٥ دالوز ١٨٦٦ - ١ - ١٨٢ .

(٣) نقض فرنسى ٢٥ أكتوبر ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ - ١ - ١٧ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٠ - أكم الخولى فقرة ١٢ .

وينهب بعض الفقهاء ، في سبيل الإمعان من التضييق في هذا الاستثناء ، إلى أن الغلط في القانون إذا كان لا ينصب على ذات النزاع كما تصوره الطرفان ، فلا محل لحرمان من وقع فيه من التمسك به لإبطال الصلح . فإذا تنازع الراهب مع الموهوب له في جواز رجوع الراهب في هبته ، وحسب النزاع بالصلح ، ثم تبين أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة لم يحكم سترها بمقد آخر ، فالغلط في القانون هنا يكون سبباً في إبطال الصلح لأن هذا الصلح لم يحسم نزاعاً -

الغلط في الحساب

٤٠٤ - كانت المادة ٦٥٨/٥٣٦ من التقنين المدنى السابق تنص على أنه « يجب تصحيح الغلط في أرقام الحساب » . ولم يحتفظ التقنين المدنى الجديد بهذا النص اكتفاء بالنص الوارد في القواعد العامة ، وهو نص المادة ١٢٣ مدنى ويجرى على الوجه الآتى : « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » .

فإذا وقع في الصلح غلط في الحساب ، وكان هذا الغلط مشتركاً بين المتصلحين ، وجب تصحيح الخطأ ولم يجوز لمن كان هذا الخطأ لصالحه أن يحتج به ، كما لا يبطل الصلح لهذا الخطأ . ويشترط أن يكون الغلط المطلوب تصحيحه ظاهراً في الأرقام الثابتة بالكشوف المعتمدة بالصلح ، أو أن تكون هذه الأرقام قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً (١) . أما إذا انفرد بالغلط أحد المتصلحين وبنى قبوله للصلح على هذا الغلط ، مقدراً مزايا الصلح على أساس حسابه الخاطيء ، كان هذا غلطاً في الواقع إذا أثبتته من يدعيه جاز له أن يطلب إبطال الصلح (٢) .

الغلط في الواقع

٤٠٥ - يخضع الغلط في الواقع في عقد الصلح للقواعد العامة ، ويكون سبباً لإبطال الصلح إذا كان جوهرياً أى بلغ حداً من الجسامه بحيث يمنع معه التعاقد عن إبرام الصلح لو لم يقع في هذا الغلط ، وكان التعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ - ١٢١ مدنى) .

فإذا تسبب شخص في إصابة شخص آخر ، وتصلح المضرور مع المسئول أو مع شركة التأمين التى أمنتته ضد الإصابة أو مع شركة التأمين التى أمنت

= في هذه المسألة - بوايه في الصلح ص ٧٢ - ٧٣ و محمود جمال الدين زكى في العقود ١٩٥٣ فقرة ١٥ ص ٣٠ - أكم الخولى في العقود المدنية ١٩٥٧ فقرة ١٢ ص ٢٥ .

(١) نقض مدنى ٧ نوفمبر ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ رقم ٥ ص

٢٦ - محمد هل عرفه ص ٤٢١ ر ٤٢٢ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠٥ .

المستول إذا كان للمضور دعوى مباشرة ضد هذه الشركة (١) ، فقد يقع المضور في غلط في جسامته الإصابة وقت الصلح ، فيرضى بمبلغ قليل من المال معتقداً أن الإصابة يسيرة ، ثم يتبين بعد ذلك أن الإصابة من الجسامته بحيث تركت عنده عاهة مستديمة ، بل قد تفضي الإصابة إلى موته . ففي مثل هذه الأحوال يجوز للمضور أو ورثته أن يطلب إبطال الصلح لغلط جوهرى وقع فيه ، وهذا الغلط في محل التعاقد ، فقد تصالح على إصابة ظن أنها يسيرة ، فإذا بها بلغت من الجسامته حدّاً كبيراً . ويجب أن تكون هذه الجسامته قد تكشفت عن ضرر يختلف في طبيعته عن الضرر الذى كان موجوداً وقت الصلح كحلوثة عاهة مستديمة أو موت المصاب ، أما مجرد تفاقم الضرر الذى كان موجوداً وقت الصلح فلا يعدو أن ينتج غيباً والغيب لا يؤثر في الصلح (٢) . وقد درجت شركات التأمين ، توكيلاً لإبطال الصلح ، على وضع شروط تفضى بأن المضور قد قبل الصلح على المبلغ الذى ارتضاه متنازلاً عن المطالبة بأى مبلغ إضافى عن أى ضرر آخر تتكشف عنه الإصابة فيما بعد . فأذعن القضاء الفرنسى لهذه الشروط ، وقضى بأن المضور لا يستطيع معها أن يطلب إبطال الصلح للغلط (٣) . بيد أن الفقه ينتقد بحق هذا القضاء ، فتنازل المضور عن المطالبة بأى تعويض إضافى لا يمنع من أن المضور قد وقع في غلط وقت هذا التنازل ، ولا يكتفى لافتراض إجازته لتنتائج هذا الغلط أن

(١) أتت المشرع للمضور قبل المؤمن دعوى مباشرة بمقتضى المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات . وهذه الدعوى تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ منق و الذى تبدأ مدته من وقت وقوع الفعل غير المشروع الذى سبب الضرر - تقضى منق ٨ يناير ١٩٧٠ من ٢١ ص ٤٣ ، وقد قضى هذا الحكم بوقف سريان التقادم طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية إذا كان الفعل غير المشروع يكون جريمة وكانت الدعوى الجنائية قد رفعت على مقارقتها سواء كان هو المؤمن له أو غيره من يعتبر مسئولاً عن الحقوق المدنية المترتبة على فعلهم ، ولا يعود للتقادم إلى السريان إلا منذ صدور الحكم الجنائى أو انتهاء المحاكمة الجنائية لسبب آخر ، وذلك على أساس أن رفع الدعوى الجنائية يكون في هذه الحالة مانعاً قانونياً في معنى المادة ١/٣٨٢ منق يتعذر منه على المضور مطالبة المؤمن بحقه .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٢١ ص ٢٥٤ - بودرى وقال ٢٤ فقرة ١٢٨٧ .

(٣) نقض فرنسى ٢٣ فبراير ١٨٩١ دالوز ١٨٩٢ - ١ - ١٥٠ و ١٩ ديسمبر

١٩٢٣ جازيت دى پاليه ١٩٢٣ - ١ - ٤٠٦ .

يكون قد تنازل مقدماً عن أى تعويض إضافى في ورقة مطبوعة قدمها له شركة التأمين فوقها دون تدبر ، ولا تصح الإجازة الصادرة ممن وقع في غلط قبل أن يكشف عن هذا الغلط (١) .

اصابات العمل

٤٠٦ - حدد القانون فئات للتعويض عن إصابات العمل تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز من ثم الاتفاق على ما يخالفها . هذا وإذا أفضت الإصابة إلى موت المصاب ، فإن تنازله عن المطالبة بأى تعويض إضافى لا يسرى بدهاة على حق زوجته وأولاده وأقاربه في التعويض عما أصابهم من الضرر بسبب موته ، فإن هذا حقهم الشخصى ولا يمكن أن يتناوله تنازل المضور (٢) .

امثلة للغلط في الواقع

٤٠٧ - إذا تصالح شخص مع آخر على أساس سند باطل يتمسك به هذا الأخير - وصية عدل عنها الموصى مثلاً أو حق اختراع انقضت مدته فوقع في الملك العام - فإن المفروض أن الشخص الأول كان يجهل بطلان السند ، ولو علم لما أقدم على الصلح . فهو قد وقع في غلط جوهرى ، إما في الشيء وإما في الباعث ، ومن ثم يجوز إبطال الصلح للغلط . لكن لو كان اعتقاده بصحة السند راجعاً إلى غلط في القانون ، فلا يعتد بهذا الغلط ولا يجوز له طالب إبطال الصلح كما قدمنا (٣) . أما إذا كان بطلان السند هو ذاته محل الصلح ، بأن كان أحد الطرفين يتمسك بصحة السند والآخر يتمسك ببطلانه فتصلحاً ، فإن الصلح يكون صحيحاً (٤) .

٤٠٨ - وقد كانت المادة ٧٥٠ من المشروع التمهيدى تنص على أن

« يكون الصلح قابلاً للبطلان إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم (٥) » . ذلك أن

(١) بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠١ - وانظر عكس ذلك أنسيكلوبيدى

دالوز ٥ لفظ transaction فقرة ١٨٢ - أكرم الخولى فقرة ١٤ - وقارن محمود جمال الدين زكى ص ٥٢ هامش رقم ٤ .

(٢) بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٦٠١ .

(٣) قارن كولان وكابيتان ودى لامور أنديير طبعة عاشره جزء ٢ فقرة ١٣٨٢ .

(٤) أنظر السهورى ، المرجع السابق فقرة ٣٦٦ ص ٥٤٥ - ٥٤٦ .

(٥) جاء في المادة ٧١٨ عراقى « يكون الصلح موقوفاً . . . (ب) إذا حسم نزاعاً

سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم » .

الصلح إنما جعل لحسم النزاع ، والنزاع سبق حسمه بالحكم النهائي الذي صدر فيه . فوقع الطرف الذي يجهل ذلك في غلط جوهرى في الباعث ، ومن ثم جاز له أن يطلب إبطال الصلح للغلط (١) . والأدق أن يقال في هذا الصدد إن الصلح باطل ، وليس قابلاً للإبطال فحسب ، لأن أحد مقومات الصلح وهو النزاع قد انعدم ، فلا يكون الصلح قائماً . وهذا الحكم مستفاد من القواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة إلى النص المحذوف .

عدم تجزئة الصلح عند بطلانه

٤١٠ - تنص المادة ٥٥٧ من التقنين المدني على ما يأتي : ١ - الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله . ٢ - على أن هذا الحكم لا يسرى إذا تبين من عبارات العقد ، أو من الظروف ، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض .

وعدم تجزئة الصلح عند بطلانه ليس مقصوداً على البطلان بسبب الغلط ، بل هو يشمل جميع وجوه البطلان . فقد يكون الصلح قابلاً للإبطال لنقص الأهلية أو للتدليس أو للإكراه أو للاستتال ، وقد يكون الصلح باطلا لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب . فأياً كان سبب الإبطال أو البطلان فإن الصلح إذا أبطل أو قضى ببطلانه (٢) ، وكان يشتمل على أكثر من أمر واحد ، فالأصل أن بطلان جزء منه يقتضى بطلان جميع الأجزاء (٣) . ولكن هذه القاعدة ليست من النظام العام ، فيجوز أن تتجه نية المتعاقدين ، صراحة أو ضمناً ، إلى اعتبار أجزاء الصلح بعضها مستقلة عن بعض ، فإذا

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٤ هامش ص ٤٦١ .

(٢) يجوز طلب بطلان الصلح بدعوى مستقلة ، كما يجوز أن يكون ذلك بطريق الدفع ، بأن يجحد من يتمسك ببطلان الصلح النزاع ويرفع به دعوى ، فيرد الطرف الآخر على هذه الدعوى متمسكاً بالصلح ، فيدفع الطرف الأول ببطلان هذا الصلح . ويجوز أن يتصلح شخصان في الدعوى القائمة بينهما ، فيتدخل شخص ثالث في الدعوى متمسكاً ببطلان هذا الصلح لإضراره بحقوقه - أنظر محمد على عرفة ص ٤٢٥ ، وحكم النقض الصادر في ٣ فبراير سنة ١٩٧٠ المشار إليه بهامش ٣ ص ٥٠٩ . كما يجوز لهذا الشخص الثالث ، الذي أضر الصلح بحقوقه عن طريق الفسح ، أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه - راجع حكم النقض في الطعن ١٤٦ سنة ٢٦ ق المشار إليه بنهاية الهامش ذاته والذي لما ينشر .

(٣) هذا بخلاف الحكم فإنه يتجزأ ، فيجوز مثلاً عند استئنائه أن تزيد محكمة الاستئناف جزءاً منه وتلغى جزءاً آخر .

يبطل جزء منه ، بقيت الأجزاء الأخرى قائمة لأنها مستقلة عن الجزء الباطل ، وبذلك يتجزأ الصلح طبقاً لإرادة المتعاقدين (١) .

فإذا تم الصلح بين عدة أطراف بينهم قاصر ، وطلب القاصر لإبطال الصلح لنقص الأهلية فأبطل ، فإن الصلح يبطل أيضاً بالنسبة إلى من بلغوا سن الرشد (٢) ، ما لم يكن هؤلاء قد قصدوا أن يكون الصلح بالنسبة إليهم مستقلاً عنه بالنسبة إلى القاصر ، فيسقط الصلح بالنسبة إلى القاصر ويبقى قائماً بالنسبة إليهم (٣) .

بطلان الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية

٤١١ - لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالأهلية لأيهما من النظام العام . ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التي ترتب على الحالة الشخصية ، فيجوز لمن له حق النفقة على غيره أن ينزل عما يستحقه من نفقة مدة معينة ، لا أن ينزل عن حق النفقة ذاته ، كما يجوز الصلح على

(١) السهوري ، المرجع السابق بند ٣٦٧ ص ٥٤٩ - ٥٥٤ - محمد على عرفة ص ٤٢٢ - ٤٢٥ - محمود جمال الدين زكي فقرة ١٨ - أكم المحل فقرة ٢٣ .

(٢) ولكن ناقص الأهلية وحده هو الذي يجوز له أن يتمسك بالبطلان ، فإذا لم يتمسك به بقي الصلح قائماً بالنسبة للجميع ، أما إذا تمسك به فأبطل بالنسبة إليه ، فإنه يبطل أيضاً بالنسبة إلى الباقي ، ويكون هذا استثناء من قاعدة قصر حجبة الأحكام على من كان طرفاً فيها ، لأن هذه هي النتيجة الطبيعية لعدم التجزئة . ويجوز أن يكون الصلح حل منازعات متعددة وبعقود مستقلة وحدة متماسكة فيحكم ببطلانها جميعاً إذا أبطل أحدها - محمد على عرفة ص ٤٢٥ - السهوري هامش ص ٥٥١ و ٥٥٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بتجزئة الصلح المعقود بين جانب متعدد الأطراف فيهم قصر وبين شخص آخر في دعوى تزوير عقد موضوعه ملكية قطعة أرض مملوكة للجانب الأول على الشيوخ ، ولم يحز المجلس المحسبي الصلح بالنسبة إلى القاصر . فأيدت محكمة النقض الصلح قائماً بالنسبة إلى غير القاصر « لأن الصلح صحيح بالنسبة إليهم من جهة ، ومن جهة أخرى فإن التجزئة في الحقوق المالية أمر جائز ولا يحول حائل دون حصوله ، إذ من الجائز في عقد واحد مطعون فيه بالتزوير أن يتصلح بعض ذوى الشأن فيه ويبطل الباقي متمسكين بمطلبهم عليه ، ثم يقضى ببطلانه . ومثل هذا القضاء غير مؤثر في الصلح الذي تم ، والقول بغير ذلك يتعارض مع القاعدة التي تقصر حجبة الأحكام على من كان طرفاً فيها - نقض مدني ٢٠ مايو ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٤ . وينتقد الأستاذ محمد على عرفة هذا الحكم وينسب إلى عدم جواز تجزئة الصلح في هذه القضية - المرجع السابق ص ٤٢٣ و ٤٢٤ - محمود جمال الدين زكي ص ٢٨ هامش رقم ٢ .

المصالح المالية التي تترتب على الأهلية . فيجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يصالح من تعاقد معه وهو قاصر على إجازة العقد بشروط معينة .

بطلان الصلح على الجريمة

٤١٢- لا يجوز لمن يرتكب جريمة أن يصالح عليها ، لامع النيابة العامة ولا مع المحجى عليه ، لأن الدعوى الجنائية من حق المجتمع وهي من النظام العام فلا يجوز الصلح عليها .

ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التي تنشأ عن ارتكاب الجريمة ، فيجوز الصلح على حق التعويض المدني بين المسئول والمحجى عليه ، ولكن لا يجوز الصلح فيما بين المسئولين المتعددين على تحديد مسئولية كل منهم في مواجهة المحجى عليه ، فتحدد هذه المسئولية من النظام العام ولا يجوز الصلح عليها .

بطلان الصلح على مسائل أخرى من النظام العام

٤١٣- لا يجوز الصلح على الضرائب والرسوم المستحقة إذا كان الحق في تحصيلها مقررأ بصفة نهائية وليس محلاً للزراع (١) .

ولا يجوز الصلح على الأحكام المتعلقة بإيجار الأماكن ، فلا يجوز أن يتفق المستأجر مع المؤجر صلحاً على أن يدفع له أجرة أكثر من الحد الأقصى المقرر قانوناً للأماكن ، وله أن يسترد ما دفعه زائداً . ولا يجوز الصلح على المسائل المتعلقة بقانون الإصلاح الزراعي فيما يتعلق بتعيين الحد الأقصى لأجرة الأراضي الزراعية (٢) .

ولا يجوز الصلح على أحكام القانون المتعلق بإصابات العمل . كذلك لا يجوز الصلح في كثير من المسائل المتعلقة بعقد العمل الفردي ، وهي المسائل التي تعتبر من النظام العام .

ولا يجوز الصلح على الفوائد الربوية ، فإذا تصالح المدين مع الدائن على

(١) يمترض بعض الفقهاء على عدم جواز الصلح على الضرائب ، ويميزون بين التزام الممول بدفع الضريبة وهذا لا يجوز الصلح عليه ، وبين المبلغ المستحق عليه دفعه كضريبة وهذا كسائر الديون يجوز الصلح عليها - أنظر ما سيبيء عند الكلام على الصلح في المجال الإداري .

(٢) السهوري ، المرجع السابق ص ٥٥٩ .

أن يدفع فوائد أكثر من الحد الأقصى المسموح به ، كان هذا الصلح باطلاً وجاز للمدين أن يسترد ما دفعه زائداً .

ولا يجوز الصلح على بطلان التصرفات الراجع إلى النظام العام ، فلا يجوز الصلح على دين قمار أو دين سببه مخالف للآداب أو تعامل في تركة مستقبلية . ولكن يجوز الصلح على إجازة عقد قابل للإبطال .

الدفع بالصلح

٤١٤- إذا كانت الدعوى مرفوعة بين خصمين ، واصطلحا ، انتهت الدعوى بالصلح . ولا يصح الاستمرار في إجراءات الدعوى بعد الصلح ، وتنقضي ولاية المحكمة على الخصومة . ولا يجوز بعد الصلح وانقضاء الدعوى أن يتدخل خصم ثالث أضر الصلح بحقوقه ، وليس له إلا أن يرفع دعوى مستقلة بذلك (١) .

ولما كان الدفع بالصلح لا يعتبر من النظام العام ، فإنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولكن يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .

فإذا انقضت الدعوى بالصلح ، لم يبق أمام الخصم الذي له مطعن على هذا الصلح إلا أن يرفع دعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة كما ذكرنا يطعن بها في الصلح ، كأن يطلب إبطاله لغلط في الواقع أو التبدليس أو الإكراه ، أو يطلب بطلانه لعدم مشروعية المحل أو لعدم مشروعية السبب . ويجوز لدائن المتصالح أن يطعن في الصلح بالدعوى البوليصة ، وذلك بدعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة ، إذا أثبت أن الصلح إنما وقع بين المتصالحين إضراراً بحقوقه

(١) لكن إذا تدخل خصم ثالث أضر الصلح بحقوقه في الدعوى ، وطعن في الصلح بالبطلان ، فالظاهر أنه لا يجوز رفض تدخله إلا على أساس أن الصلح صحيح وأنه قضى الدعوى ، فيجب إذن على المحكمة بإدائه ذي بدء أن تقبل تدخله وتنظر في صحة الصلح ، فإذا حكمت بصحته انقضت الدعوى . وإذا تم الصلح بين الخصمين بعد صدور حكم من محكمة أول درجة ، واستؤنف الحكم ، فحكمة الاستئناف تنظر في صحة الصلح إذا طعن فيه ، فإن قضت بصحته حكمت بعدم قبول الاستئناف - أنسيكلوبيدي دالوز . لفظ transaction فقرة ١٠٣ - السهوري ، المرجع السابق هامش ص ٥٧٣ . وهذا النظر هو ما اعتنقه حكم النقض الذي أوردناه بنهاية هامش ٣ ص ٥٠٩ .

ولا بد من التواطؤ لأن الصلح من عقود المعاوضة (١) .

المبحث الثالث

نقد التفرقة بين القواعد الآمرة والمقررة

مر بنا في دراستنا تقسيمات القانون أن قواعده تنقسم إلى قواعد أمرة نلتزم باحترامها ولا نستطيع أن نتحلل من الخضوع لها ولو كان ذلك عن طريق الاتفاق ، وإلى قواعد مكملة أو مفسرة يلتزم الأفراد باحترامها ما لم يتفقوا على خلافها ، فما هو نطاق تطبيق مبدأ عدم العذر بجهل القانون في هذا المجال ؟ .

٤١٥ - أجمع الفقهاء على أن الجهل بالقاعدة القانونية الآمرة لا يعتبر عذراً ، أما القاعدة المقررة فبإحدى البعض جواز الاعتذار بجهلها . ويذهب هذا البعض إلى أن نطاق المبدأ مقصور على القوانين الجنائية ، فلا يجوز لهم بارتكاب جريمة أن يؤسس دفاعه على عدم علمه بالقانون الذي يخالف أحكامه (٢) ، وذلك للإفلات من العقوبة . أما في دائرة العلاقات المدنية فيفرون بين القواعد والنصوص الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، والقواعد والنصوص المفسرة التي يجوز لهم الاتفاق على ما يخالفها ، ويقصرون مبدأ عدم العذر بجهل القانون على النوع الأول دون الثاني ، فحصل الرأي بالنسبة لهذا الفريق من الفقه أن مبدأ عدم العذر بالجهل بالقانون إنما ينطبق على القوانين الجنائية وغيرها من القوانين المتعلقة بالنظام العام ، أما غير ذلك من القوانين فيجوز للأفراد الاعتذار بجهلها (٣) .

(١) فالدائن في الدعوى البوليسية يطعن في الصلح الذي عقده مدينه ، لا على أنه عقد كاشف لحق المتصلح مع مدينه فلا يكون الصلح في هذه الحالة مفقراً للدين ، بل على أنه عقد تواطؤ فيه المدين والمتصلح معه على الإضرار بحقوقه فنقل المدين حقاً له للمتصلح الآخر تحت ستار الصلح .

(٢) أنظر ما سيجيء في الباب الثاني عندما نتكلم عن الجهل والغلط في قانون غير قانون العقوبات .

(٣) من المفيد أن ننقل هنا ما ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني بشأن المادة ١٢٢ ، فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يلي : « قصد المشروع من نص المادة ١٦٩ إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط في القانون ، فكثيراً ما يستبعد هذا =

٤١٦ - ويرى فريق آخر ، ونؤيد ما يذهب إليه ، أنه ليس ثم ما يبرر هذه التفرقة ، وأن المبدأ يسرى على القواعد القانونية كافة أياً كان نوعها ،

= الغلط من بين أسباب البطلان النسبى استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا تجاوز الأمر هذا النطاق ، فيكون الغلط في القانون ، متى ثبت أنه جوهرى ، شأن الغلط في الواقع ، من حيث ترتيب البطلان النسبى ما لم يقض القانون بغير ذلك ، كما هو الحال مثلاً في عقد الصلح . وقد جرى القضاء المصرى على ذلك .

وفي لجنة المراجعة عارض الأستاذ الشوربجي في أن يكون هناك تماثل كامل ما بين الغلط في القانون والغلط في الوقائع ، ومن رأيه أن يكون الغلط في القانون سبباً للإبطال ولو لم تتوافر شروط الغلط في الوقائع . فقال الأستاذ السهورى إن الغلط في القانون كالغلط في الوقائع في الشروط ، فإذا فرض مثلاً أن الزوج وهو يرث في بعض الحالات نصف التركة اعتقد خطأ أنه لا يرث إلا ربع التركة وباع نصيبه في الميراث دون تحديد لمقداره بثمن معين ، فهنا يكون قد وقع في غلط في القانون ولا يكون هذا الغلط سبباً في إبطال العقد إلا إذا كان المشترى واقفاً في نفس الغلط أو حالماً بالغلط أو يستطيع العلم به ، أما إذا لم يكن واقفاً في الغلط ولم يعلم به ، ولم يكن يستطيع أن يعلم به فلا محل لإبطال العقد .

وفي مجلس الشيوخ تليت المادة ١٢٦ ، وكان هذا قد أصبح رقمها في المشروع النهائي ، وهذا نصها « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافر فيه شروط الغلط في الوقائع هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره » . فقال الأستاذ المشاوي إن المشرع أراد بهذه المادة أن يسوى في الحكم بين الغلط في الوقائع والغلط في القانون ، والاتجاه الجديد حتى في مشروع قانون المرافعات هو الأخذ بهذه النظرية وذلك لحماية الناس العاديين من استغلال جهلهم للقانون ، واستطرد شرحاً لهذه المادة فقلا عن المذكرة الإيضاحية المطولة ما يأتي « قصد المشرع من نص المادة ١٢٦ إل القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط في القانون ، فكثيراً ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبى استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية ، أما إذا تجاوز الأمر هذا النطاق فيكون الغلط في القانون متى ثبت أنه جوهرى شأن الغلط في الوقائع من حيث ترتيب البطلان النسبى ما لم يقض القانون بغير ذلك كما هو الحال مثلاً في عقد الصلح وقد جرى القضاء المصرى على ذلك .

ثم قال الأستاذ صبه محرم إن الغلط في القانون الجنائى لا يترتب عليه عدم العقاب وهذه القاعدة سارية في جميع القوانين الآمرة ، وأما في القانون المدني فالقواعد المفسرة تعتبر ترجمة لإرادة المتعاقدين فيجوز لها الاتفاق على ما يخالفها .

وأضاف الدكتور بغدادى إلى ذلك أن كل قاعدة في القانون تنقسم إلى شقين : شق فيه =

فما دامت القاعدة القانونية قاعدة ملزمة ، فلا يذنب الاحتجاج بجهلها للإفلات من الخضوع لحكمها لأن عنصر الالتزام بمضمون القاعدة القانونية ، أمره

معنى التقرير ، وشق فيه معنى الخطاب . فقيماً يتعلق بالتقرير قد يقع الغلط في أحكامه ويكون شأنه شأن أي غلط .

وقال رئيس اللجنة إنه غير مرتاح إلى كلمة « وقائع » الواردة في المادة واقترح أن يكون النص كما يأتي « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا كان هذا الغلط جوهرياً حل الوجه المبين في المادة السابقة ما لم يقض القانون بغير ذلك » . وقد وافقت أغلبية اللجنة على هذا النص المقترح ، وامتنع الأستاذ علوية عن إبداء رأيه لأنه غير مقتنع بنظرية الغلط في القانون ، ولم يوافق عليه الأستاذ حلمي عيسى الذي قال إنه لو عدنا هذه المادة بقولنا « لغلط في حكم القانون » أو « لغلط مبني على حكم القانون » فإنه يوافق على المادة لأن الذي يقع في غلط في القانون إنما يقع في الواقع في غلط في حكم في القانون ويعتقد أن العبارة التي يقترحها تؤدي المعنى الذي تريده اللجنة من الأمثلة التي أثيرت في الجلسة الماضية .

فقال رئيس اللجنة إنه بما لا شك فيه أن الغلط في القانون موجب للبطلان ولكن لا يجب أخذ هذه المساعدة على إطلاقها لأنه قد تختلف المحاكم في مسألة قانونية فلا يقبل من أحد المتعاقدين الادعاء بأنه وقع في غلط في القانون إذا كان هذا الغلط لا يتفق مع حكم من أحكام هذه المحاكم . واستطرد قائلاً إن مثل هذا الغلط لا يمكن أن يؤدي إلى البطلان . وهناك بعض الشراح لا يفرقون بين الغلط في القانون المدني والغلط في القانون الجنائي ، ومن ثم فإنه يجوز لشخص أن يحتج بالجهل بالقانون إذا أثبت أنه لم يكن في استطاعته العلم بقانون العقوبات مثلاً . لذلك فقد تضمن القانون استثناء من القاعدة العامة وهما: الاعتراف القضائي والصلح ، فالغلط فيهما غير موجب للبطلان . وما دامت المحاكم قد وصفت في تطبيق هذه القاعدة إلى نتائج معينة فيحسن عدم تقيدها بنص لأن ذلك يؤدي إلى التوسع في تطبيقه وهذا يستتبع عدم الاستقرار في المعاملات والارتباك في العمل ، ولذلك فإنه يعدل من موافقته على هذه المادة ويقترح حذفها . وقد شاركه في رأيه كل من حضري الشبخين المحترمين الأستاذين علوية وحلمي عيسى .

وقد أصرض على حذف المادة الدكتور حسن بغدادى فقال إن المقصود بنظرية الغلط في القانون بوجه خاص أن يقع الغلط في وجود القاعدة القانونية المقررة لأمر من الأمور ، فعبارة **Erreur de Droit** أصبحت اصطلاحاً له معنى محدد . وضرب مثلاً بالغلط في القانون الواجب للتطبيق على الوصية . ووجه النظر إلى أنه ليست هناك حاجة ملحة للنص على هذه النظرية اكتفاء بالقواعد العامة التي استقر عليها القضاء ، ولكن الذي حدا بالمشروع إلى النص عليها في صلب هذا المشروع أنه وجد من أساطين الفقهاء من رفض تطبيقها لتعارضها مع القاعدة الأخرى التي لا تسلم باعتبار الجهل بالقانون عدراً ، وهذا التفرقة لا يفرق بين الغلط في القانون المدني والقانون الجنائي . وقد ترددت المحاكم كثيراً في بادئ الأمر في الأخذ بنظرية الغلط في القانون ، فقطماً لهذا التردد لم ير المشرع بداً من إيرادها في المشروع .

كانت أو مفسرة ، ينطوى على معنى الالتزام بالعلم بهذا المضمون . وقد سبق أن ذكرنا أن صفة الإلزام متوافرة للقواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء ، فالعلم بها يكون واجباً لا يمكن التحلل منه بالنسبة إليها جميعاً دون تفرقة . ولا يقدح في ذلك أنه يسوغ للأفراد أن يتفقوا على عكس ما تقضي به القاعدة المكملة ، ذلك أنها تبقى مع هذا ملزمة واجبة الاتباع حتى يحدث مثل ذلك الاتفاق ، أو يفصح المتعاقدان صراحة على استبعاد تطبيقها . وقد مر بنا أنه حتى لو لم يكن للمتعاقدين علم بوجودها فإنه يتعين تطبيقها إذ لا يجوز التحدى بجهل القاعدة القانونية المكملة تهرباً من أعمال حكمها (١) . ولو قيل يجوز استبعادها عند الجهل بها لترتب على ذلك قيام فراغ في العلاقة بين المتعاقدين ، وقد وضعت القواعد المكملة على وجه الخصوص لسد الفراغ الناشئ عن سكوت المتعاقدين على الاتفاق على قواعد مخالفة لها ،

لم تقتنع اللجنة بهذه الحجج وقالت على لسان رئيسها إن نظرية الغلط في القانون نظرية لا يشك فيها إنسان لأنها من الذبوع والنيات بحيث لا يتصور عدم الأخذ بها فهي قاعدة قديمة من أيام الرومان ، بل هي قاعدة أساسية مجمع عليها ويخشى أن تعميم النص عليها يدخل حالات ليست داخلية في الإجماع وقد قصد بها أن يكون الغلط واقعاً في الحقائق القانونية **Facts of Law** فعدم موافقة اللجنة على هذه المادة لا يمنع من إقرارها إذا اقتنعت بها .

وقد عملت مقارنة بين هذا النص والنصوص المقابلة له في التشريعات الأجنبية الأخرى فوجد مطابقاً لها ما عدا القانون الأرجنتيني .

وفي جلسة تالية ، تليت المادة ١٢٦ وتناقشت اللجنة في نظرية الغلط في القانون ، وقال الأستاذ حلمي عيسى إن الجهل بالقانون ليس عدراً .

فأجاب الأستاذ السهموري بأنه يجب التفرقة بين الجهل بالقانون الجنائي والجهل بالقانون المدني ، وأن نطاق تطبيق قاعدة عدم الجهل بالقانون لا تتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه التخصيص ما يتعلق منها بالمسائل الجنائية ، أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق فيكون الغلط في القانون متى ثبت أنه جوهرى شأن الغلط في الوقائع من حيث ترتيب البطلان النسبي ما لم يقض القانون بغير ذلك . ثم قال إن القضاء جرى على ذلك .

قرار اللجنة : وافقت اللجنة على مبدأ الغلط في القانون ، كما وافقت على المادة ١٢٦ معدلة كالآتي « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للأدتين السابقتين هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وأصبح رقم المادة ١٢٢ - راجع بمجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٢ ص ١٥٩ - ١٦٤ .

- وراجع ص ٤٣٧ وهامش (٣) .

(١) راجع ص ٢٨٦ .

فمجرد هذا السكوت يجعل القواعد المكتملة واجبة الاتباع دون أن يكون لأي متعاقد الحق في الاحتجاج بجهلها (١).

٤١٧ - ونرى أن مرد هذه التفرقة هو الخلط بين مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، والغلط في القانون ، فالغلط في القانون وإن كان يتضمن في حقيقته الجهل به إلا أن له فوق ذلك شرطين : أولهما . على ما مر بنا ، أن يكون هذا الغلط جوهرياً أي دافعاً إلى التعاقد ، وثانيهما ، أن يكون هذا الغلط مشتركاً بمعنى أن يقع فيه المتعاقد الآخر أو يعلم بوقوع صاحبه فيه أو يكون من السهل عليه أن يتبين ذلك ، ويكون أثر الغلط في القانون في هذه الحالة هو جعل التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع فيه (٢). ثم إن أثر قابلية التصرف للإبطال وفق شروط المواد ١٢٠ - ١٢٢ مدني تمتد إلى القاعدة الآمرة متى وقع الغلط فيها ، فقد رأينا أن للمتعاقد الذي كان يجهل وقت التعاقد صدور قانون يرفع سن الرشد إلى الحادية والعشرين مثلاً ، أن يطلب إبطال العقد الذي أبرمه مع بالغ من الرشد طبقاً للقانون القديم الذي كان يحدد سن الرشد بالثامنة عشرة من العمر ، مع أن تحديد سن الرشد متعلق بالنظام العام . ولو سلمنا بجواز الاعتذار بجهل القانون ، بالنسبة للقواعد المقررة ، لوجب استبعاد حكمها بمجرد أن يثبت الشخص جهله بها ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون المتعاقد مع هذا الشخص قد جهلها بدوره أو لم يجهلها ، كما يستوى أن يكون عالماً بوقوع التعاقد معه في هذا الجهل أو غير عالم به ، الأمر الذي يؤدي إلى تضيق نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بحيث يقتصر على القوانين المتعاقبة بالنظام العام ، وعلى وجه التخصيص ،

(١) وهذا يميز القاعدة المكتملة كما ذكرنا عن العادة الاتفاقية . فالأولى قاعدة قانونية ملزمة واجبة الاتباع مادام المتعاقدان لم يتفقا على عكس أحكامها ، بينما الثانية يفترض فيها رضا المتعاقد الضمني بها . فإذا أثبت المتعاقد جهله بالعادة الاتفاقية وجب استبعادها حل خلاف القاعدة القانونية .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ص ٣٩ - حسن كيره ، محاضرات في المدخل للقانون ص ٢٦٤ - جمال زكي ، دروس في نظرية القاعدة القانونية بند ٣٩ - وراجع ص ٤٣٨ هامش (١) .

ما يتعلق بالمسائل الجزائية (١) ، وهو ما لا نسلم به لما يترتب عليه من إفراغ المبدأ من قيمته ومحتواه :

فعدم العذر بجهل القانون شيء والغلط في القانون شيء آخر ، وإذا كان الغلط في القانون يؤدي ، إذا توافرت شروطه ، إلى منح من وقع فيه وسيلة قانونية للخلاص من آثاره ، فلا يسوغ مطلقاً الاستناد إلى مجرد الجهل بالقانون للتنصل من تطبيق حكمه ، ولا فرق في هذا بين القواعد الآمرة وغيرها من القواعد المقررة أو المفسرة أو المكتملة ، كما أن المبدأ ينطبق على القواعد القانونية كافة أيأ كان مصدرها ، ومكتوبة أو غير مكتوبة ، ومن ثم فلا يقبل من شخص أن يحتج أمام القضاء بجهل قاعدة قانونية عرفية ، ويعتبر خطأ القاضي في تطبيق القاعدة العرفية من قبيل الخطأ في تطبيق القانون الذي يخضع لرقابة محكمة النقض (٢) .

(١) وهذا ما يذهب إليه جانب كبير من الفقه في فرنسا وفي مصر - وراجع ص

٤٣٧ - ٤٣٩ .

(٢) وراجع ص ٢٨٨ .

جائزاً قبولها» ، وفي المادة ٢٤٦ على أن «رأى الخبير لا يقيد المحكمة» ،
وفي المادة ٢٦٠ على أن «للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو
والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات
أو إنقاصها» ، وأجازت المادة ٢٩٠ للمحكمة أن تحكم برد أية ورقة وببطلانها
إذا ظهر لها بجلاء أنها مزورة ولو لم يدع أمامها بالتزوير (١) .

٤٢٠ - ثم كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات
في المواد المدنية والتجارية ، شاملاً للقواعد الموضوعية والإجرائية في
الإثبات ، وفي ذلك تيسير على صاحب الحق في التعرف على ما يسند حقه من
دليل وطريق تقديمه للقضاء ، وتجنب الصعوبات التي تنجم عن تشتت مواد
الإثبات بين القانون المدني وقانون المرافعات مع الصلة الوثيقة التي تجمع بينها
حتى ليتعذر في كثير من الصور تحديد ما هو منها موضوعي خالص أو
إجرائي خالص (٢) .

٤٢١ - والمعنى القانوني للإثبات هو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني
بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق ، لأن الشارع لم يبح التمسك
بأى دليل وحتم توفر أدلة معينة دون أخرى لإثبات بعض الحقوق ، فمثلاً
لا يسمح القانون بالإثبات بشهادة الشهود فيما تجاوزت قيمته عشرين مجتنباً
بل أوجب الإثبات بالكتابة إلا في المواد التجارية وحيث يوجد اتفاق أو نص
طبقاً للمادة ٦٠ من قانون الإثبات ، ومهما كان اعتقاد القاضي بصحة الدليل
غير الجائز قانوناً فإنه لا يمكنه الأخذ به ، بل لا يصح له أن يقضى بعلمه
هو ، ولذلك يجب عليه أن يقتضي عن نظر قضية له فيها معلومات شخصية

(١) أنظر أحمد نشأت : رسالة الإثبات ١٩٧٢ ج ١ ص ٩ - وقارن السهوري ،
الوسيط ج ٢ ص ١٨ وهامش (٣) إذ يقول إنه «ما كان باليسير على واضع تقنين المرافعات
أن يفكروا ما أورده من هذه القواعد الموضوعية فهي متصلة اتصالاً وثيقاً بما تفهم من قواعد
الإجراءات ، هذا إذا استثنينا المادة ١٥٦» .
(٢) والإثبات لغة ، هو تأكيد الحق بالبينة ، والبينة الدليل أو الحجة .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات «إن قواعد الإثبات لها أهمية خاصة
إذ أن الحق - وهو موضوع التقاضي - يتجرد من كل قيمة إذ لم يقدّم الدليل على الحادث الذي
يستند إليه ، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه ، حتى صدق القول بأن الحق مجرداً عن
دليله يصبح عند المنازعة فيه والمدم سواء» .

الفصل الثاني تقنين الإثبات

تهيد

٤١٨ - اختلفت الشرائع في وضع «قواعد الإثبات» في موضعها من
التقنين ، ومرد ذلك أن هذه القواعد تقنن إلى فئتين : فئة تتعلق بالتنظيم
الموضوعي ، وهي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وقيمة كل طريقة وأحوال
إعمالها ، وبيان من يقع عليه عبء الإثبات ، وفئة تختص بالإجراءات الشكلية
التي يتعين اتباعها في صدد تقديم كل دليل . وانقسمت الشرائع مذاهب
ثلاثة : الأول يجمع بين قواعد الإثبات بقسميها الشكلي والموضوعي في
تشريع مستقل ، يسمى في التشريعين الإنجليزي والأمريكي *Law of evidence* .
وقد اتبعت الجمهورية السورية ذات الأسلوب فأصدرت المشرع
السوري القانون رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ خاصاً بالإثبات أسماه قانون «البيانات
في المواد المدنية والتجارية» . أما المذهب الثاني فيجمع قواعد الإثبات من
ناحيتهما الموضوعية والشكلية إلا أنه يفرد لها مكاناً في تقنين المرافعات ، وذلك
ما فعلته التشريعات الجرمانية والقانون السويسري . والمذهب الثالث يفرق
بين القواعد الموضوعية ، إذ يوردها في القانون المدني ، وبين القواعد الشكلية
إذ يفرد لها مكاناً في تقنين المرافعات ، وقد أخذت أكثر الشرائع اللاتينية ،
ومنها القانون الفرنسي ، بهذا المذهب .

٤١٩ - أما المشرع المصري ، فقد كان متأثراً بالقانون الفرنسي عند
وضع القانون المدني الحالي ، وقانون المرافعات الملغى ، فضمن القانون المدني
القواعد المتعلقة بموضوع الإثبات *règles de fond* في الباب السادس من
الكتاب الأول من القسم الأول منه ، أما القواعد المتعلقة بالإجراءات فقد
اختص ببيانها قانون المرافعات الملغى في المواد من ١٥٦ - ٢٩١ ، وإن كان
هذا للقانون قد تعرض مع ذلك لبعض القواعد الموضوعية مثل النص في المادة
١٥٦ على أنه «يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى منتجة فيها

علم بها خارج مجلس القضاء ، وهذا هو الرأي المعول عليه ، كما سبق أن ذكرنا ، في الشريعة الغراء (١) . وقد أجمع علماء القانون والقضاء في فرنسا على أنه لا يجوز للقاضي أن يقضى بعلمه الشخصي ، كما أنه وفقاً للقانون الإنجليزي لا يستطيع القاضي الجالس لنظر دعوى أن يكون شاهداً فيها ، وإذا ترك مجلس القضاء وشهد لا يمكنه أن يعود إلى مجلسه أو يشترك في أي عمل يتعلق بالدعوى (٢) . وكانت المادة الثانية من مشروع قانون الإثبات الموحد بين مصر وسوريا تنص صراحة على أنه لا يجوز للقاضي أن يقضى بعلمه الشخصي ، ولكن ليس من قبيل قضاء القاضي بعلمه ما يحصله من خبرته بالشئون العامة المفروض علم الكافة بها . وقد قررت محكمة النقض أنه ليس من قبيل قضاء القاضي بعلمه أن تقول المحكمة في حكمها إن ثمن القطن في السنين المقدم عنها الحساب كان ثلاثة أضعاف ثمنه في سنة لاحقة ، فإن هذا القول لم يكن صدوره منها عن علم قضائها الشخصي ، وإنما هو من

(١) أنظر هاش (٢) ص ١٩٤ - ١٩٥ . وتضيف هنا ما جاء في كتاب « طرق القضاء » للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٣٥ حيث يقول « إن المتقدمين والمتأخرين من المشايخ اتفقت كلمتهم على أن القاضي لا يقضى بعلمه في الحدود الخالصة قد تعال ، غير أنه إذا أتى بالسبكران ينبغي أن يميزه لأجل التهمة لما قام به من أمارات السكر ولا يكون ذلك حداً . وأما حد القذف والنقصان وجميع حقوق العباد - كالتكاح والطلاق والقتل والسرقة - فذهب المتقدمين أن القاضي يجوز له أن يقضى في ذلك بعلمه ومذهب المتأخرين عدم جواز ذلك . استدلل المتقدمون على ما ذهبوا إليه بأن القضاء بالبينه جائز بالإجماع ، فيجوز القضاء بعلم القاضي بطريق الأولى لأن المقصود بالبينه ليس عينها بل حصول العلم للقاضي بالحادثة ، وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لأن الحاصل بالشهادة علم غالب الرأي وأكبر الظن ، والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى ، إلا أنه لا يقضى به في الحدود الخالصة لأن الحدود يحتاج في درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ، ولأن كل واحد من المسلمين يساوي القاضي في هذا العلم لو اطلع على ما يوجب حداً خالصاً ، ولكن غير القاضي إذا علم لا تمكنه إقامة الحد فكذا هو . وفي نيل الأوطار من أبي علي الكرابي ما نصه « لا يقضى القاضي بما علم لوجود التهمة . إن هذا الباب لو فتح لوجد كل قاضي السبيل إلى قتل عدوه وتقسيمه والتفريق بينه وبين من يجب ، ومن ثم قال الشافعي لولا قضاة السوء لقلت إن للحاكم أن يحكم بعلمه » .

(٢) أنظر هالزبري Halsbury's Laws of England وقد جاء به أنه يصح للقاضي أن يحكم بمقتضى ما هو معروف للناس عموماً *universal notoriety* - ص ٦٢٢ رقم ٦٩٢ .

التحصيل المستقى من الخبرة بالشئون العامة المفروض إلمام الكافة بها . ومن هذا القبيل قضاء المحكمة في شأن تحديد ما ينضم مقابل طعام عمال المؤسسة « بأنه ليس صحيحاً أن يقدم للخدم ما يقدم للعملاء من طعام بل يجهز لهم طعام قليل التكاليف » . وقضاؤها بأن وقوع الحادث في منتصف الشهر العرفي قرينة على أن القمر في مثل هذه الليلة يكون في العادة ساطعاً ، وذلك في سبيل التدليل على إمكان الروية . وقضاؤها بأن العرف قد جرى في الريف على حدوث منازعات بين الجيران بسبب التنازع على مياه الري أو أجران المدرس (١) .

بيد أنه لا يجوز القضاء في المسائل الفنية بعلم القاضي بل يجب الرجوع إلى أهل الخبرة (٢) .

عبء الإثبات

٤٢٢ - على الدائن إثبات الإلزام وعلى المدين إثبات التخلص منه (٣) ،

(١) مجموعة النوازل القانونية في ربيع قرن ، ص ٥٦٥ بند ١٨٨ - مجموعات الأحكام الجنائية ص ٨ ص ٥٩٥ ، ص ١٧ ص ٢٦٦ ، ص ١٩ ص ١١٠٣ .
(٢) أنظر مجموعة الأحكام المدنية ص ١٥ ص ٣٩٥ ، ومجموعات الأحكام الجنائية ص ١٠ ص ٢٢٢ و ٢٢١ ، ص ١١ ص ٢٣١ و ٨٤٨ و ٨٥٤ و ٩١٨ ، ص ١٣ ص ٣٢٦ ، ص ١٥ ص ٩٢ و ١٢٦ ، ص ١٨ ص ٦٩٠ و ٧٢٦ و ٨٨٧ و ١١١٠ ، ص ١٩ ص ٣٣ و ٥٤٦ و ٨٥٠ ، ص ٢٠ ص ٨٢٨ .
- هذا وقول المحكمة إن الضرب على قبة الرأس يمكن حدوثه من ضارب يقف أمام المجنى عليه أو خلفه لا يحتاج إلى خبرة - نقض جنائي ص ٢٠ ص ٣٢٢ .
(٣) المادة الأولى من قانون الإثبات المصري .

- وقضت محكمة النقض بأنه « إذا نازع المحكوم عليه في فقد الصورة التنفيذية الأولى فلا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية للخصم الذي يطلبها إلا إذا أثبت هو فقد الصورة الأولى منه لأنه هو الذي يدعي واقعة الفقد فيتحمل عبء إثبات ما يدعيه وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات لأنه إنما يثبت واقعة مادية وشأنه في ذلك شأن الدائن الذي يطلب إثبات دينه بغير الكتابة لفقد سنده الكتابي وإن كان المشرع لا يشترط في حالة فقد الصورة التنفيذية ما اشترطه في حالة فقد السند الكتابي من وجوب إثبات أن الفقد كان بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه . وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يتحقق من فقد الصورة التنفيذية الأولى واعتبر فقدتها ثابتاً بما قرره المدعي نفسه في صحيفة دعواه من ضياعها وعدم قيام دليل ينقض هذا الادعاء ، فإنه يكون قد خالف القانون بمخالفة قواعد الإثبات » - نقض ١٥ مايو ١٩٦٩ ص ٢٠ ص ٧٩١ .

ذلك أن الأصل عدم المديونية أو براءة الذمة . وهذا الأصل متفق عليه في جميع الشرائع وفي الشريعة الإسلامية على ما ذكرنا في الكتاب الأول . ويصح القول بأن عدم المديونية أمر ثابت أصلاً ، والدين الثابت قانوناً بسند مثلاً أمر ثابت عرضاً ، لأنه ليس ثابتاً أصلاً كعدم المديونية وإنما عرضاً بسبب الدين . فالمكلف بالإثبات إذاً هو من يدعى بخلاف الثابت أصلاً أو عرضاً . وظاهر من ذلك أن عبء الإثبات كما يقع على المدعى لإثبات دينه مثلاً ، كذلك قد يقع على المدعى عليه لإثبات تخلصه من الدين . وإذا كان ثم تعاقد بين شخصين ينشئ التزامات متقابلة التزم بها كل منهما للآخر ، يجب على كل منهما إثبات التزام الآخر له والتخلص من التزامه للآخر بغض النظر عن كان المدعى أصلاً في الدعوى ومن كان المدعى عليه (١) . ويجب على مدعى الإلتزام أن يثبت الدعوى حتى ولو عجز المدعى عليه عن إثبات دفعها (٢) ، وإن كان يصح في بعض الأحوال اعتبار عجز المدعى عليه عن الإثبات قرينة قضائية لصالح المدعى ضمن أدلة أخرى كما هو الشأن إذا كان كلا المدعى والمدعى عليه يتمسك بالتقدم لأن القاضي يمكنه استنباط القرينة القضائية من أي طريق ولو من تحقيقات باطلة .

٤٢٣ - كذلك جعل الشارع من بعض الأمور قرينة قانونية على اكتساب بعض الحقوق ، وهذه القرينة نوعان : قاطعة أي لا يصح إثبات ما يخالفها كقوة الشيء المحكوم فيه ، وغير قاطعة وهي ما يصح إثبات ما ينقضها كالقرينة المنصوص عليها في المادة ١٣٧ مدني التي تنص على أن « كل إلتزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقيم الدليل على غير ذلك » .

وقد ينشأ عبء الإثبات عن قرينة قضائية ، فقد قررت محكمة النقض أنه إذا لم يوجه المرسل إليه إلى الناقل البحري أو وكيله بميناء التفريغ

(١) نقض ١٨ ديسمبر ١٩٥٢ من ٤ ص ٢٠٧ .

(٢) فلا يصح أن تقام المساواة التقصيرية مثلاً على خطأ لم يدعه المدعى متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته ، إذ أن عبء إثبات الخطأ يقع في هذه الحالة على عاتق المدعى المضرور ، فلا يصح المحكمة أن تطوع بإثبات ما لم يثبته ، ومن باب أولى ما لم يدعه من الخطأ . كما لا يجوز لها أن تتحمل ضرراً لم يقل به لأنه هو الملزم أيضاً بإثبات الضرر .

« إحتجاجاً » بشأن عجز أو تلف البضاعة وقت استلام الرسالة ، فإن هذا يعد قرينة على أن الناقل قد سلم البضاعة بالمطابقة لجميع الشروط والأوصاف المبينة في سند الشحن ، فتقديم صورة مطبوعة من خطاب يتضمن احتجاجاً لا يكفي ، بل يجب على المرسل إليه إثبات إرسال هذا الخطاب للناقل (١) .
ومما تقدم يبين أن المكلف بالإثبات هو من يدعى بخلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو خلاف الظاهر ، أو خلاف قرينة قانونية غير قاطعة ، أو خلاف قرينة قضائية .

والقاعدة الشرعية أن البينة على من ادعى . والمدعى ، أي المكلف بالإثبات لا من رفع الدعوى ، هو من يروم إثبات أمر خفي يريد به إثبات أمر جلي (٢) . وقيل إن المدعى من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه . وقال صاحب تكملة ابن عابدين إن هذا أحسن التعاريف وأصحها (٣) .

والقاعدة الإنجليزية أن من يدعى حقاً أو يدفعه أي يدعى التخلص منه ، عليه الإثبات (٤) .

أما القاعدة الفرنسية فهي ، كما جاء في المادة ١٣١٥ من القانون المدني الفرنسي « من يطالب بتنفيذ تعهد وجب عليه إثباته ، ومن ادعى التخلّص وجب عليه إثبات الدفع الذي انتضى به ذلك التعهد » . ويقول الشراح إنه يلزم بالإثبات أيضاً من أراد إثبات أمر ضد الحالة الطبيعية أو العادية للأشياء ، أو ضد مركز حازه شخص (٥) ، أو من ادعى شيئاً ضد الواقع أو حالة الأشياء التي هي عليها (٦) .

(١) نقض مدني ٥ يناير ١٩٦٧ س ١٨ ص ٧٨ .

(٢) الدكتور عبد السلام ذهني ، المداينات ج ١ ص ١٠٣ .

(٣) الشيخ علي قراة ، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ص ٥ ، ٦ .

- وراجع ما ذكرناه بالكتاب الأول عن طرق الإثبات الشرعية ، ص ٢٠٢ وما بعدها .

(٤) He who asserts must prove

(٥) Contraire à l'état normal ou habituel des choses ou bien à une situation acquise.

(٦) دمولومب Demolombe ج ٢٩ رقم ١٨٧ - لارومبيير Larombière ،

تعليق على المادة ١٣١٥ رقم ١٦ .

— هذا وتجب ملاحظة أن عجز المدعى عليه عن الإثبات لا يفيد المدعى متى كان هو المكلف بالإثبات أصلاً ، فنلا إذا ادعى شخص ملكية عقار في حيازة آخر كان عليه إثبات ذلك ولا يصح له أن يستفيد من عجز المدعى عليه عن إثبات ملكيته بالتقادم . كما تجب ملاحظة أن قواعد عبء الإثبات ليست من النظام العام في شيء لأنها وضعت لحماية الخصوم فقط لا لإرشاد القضاة ، ويمكن تعديلها وجعل عبء الإثبات على عاتق أحد الطرفين بدل الآخر باتفاقهما ، كما أن صاحب تلك الحماية يمكنه التنازل عنها أثناء سير الدعوى (١) .

الإثبات في الاتحاد السوفيتي (٢)

٤٢٤ — المبدأ الأساسي الذي يحكم الإثبات في الخصومة المدنية في الاتحاد السوفيتي ، هو مبدأ بحث القاضي عن الحقيقة الموضوعية بأية وسيلة . ويستند

(١) قررت محكمة النقض أنه لا يصح النفي على المحكمة بأنها قلبت قواعد الإثبات إذا استندت في قضائها إلى دليل قدمه الخصم غير المكلف بالإثبات ، لأن الذي بذلك لا يصح إلا إذا كانت الدعوى غير ثابتة وتقول هي بثبوتها على أساس أن المدعى عليه هو الذي عجز عن إثبات مدعاه . أما إذا كانت الأدلة قد قدمت للمحكمة وأصبحت الدعوى ثابتة أمامها فلا يلتفت إلى من قدمها ، فإن الخصم إذا تبرع بإثبات دعوى خصمه لا يتعين اطراح دليله وعلم الأخذ به - نقض ٢٥ مايو ١٩٦٧ من ١٨ ص ١١٠٥ و ١١٣٥ .

— كما قررت أيضاً أن القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وإذن متى كان الطامن قد طلب من المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه فليس له أن ينفي بذلك على الحكم إجابته إلى ما طلب ، حتى ولو كان فيما طلب مطلوباً لإثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه - ٢٦ نوفمبر ١٩٥٣ من ٥ ص ٢٠٣ .

(٢) تتأثر نظرية الدعوى في القانون السوفيتي بالاتجاه الذي يأخذ به هذا القانون بالنسبة لحقوق الموضوعية ، فالقانون المدني السوفيتي يأخذ بمبدأ الملكية العامة وبمبدأ إدخال جميع أعمال الإنتاج والتعامل - حتى ما تعلق منها بالملكية الخاصة - في نطاق هيكل التخطيط الاقتصادي . فتحقيق الخطة يجب أن يكون هدفاً لكل نشاط اقتصادي في المجتمع الاشتراكي ، والعقود جميعاً سواء ما تعلق منها بالملكية العامة أو بالملكية الشخصية التي للمواطنين الأفراد بالنسبة لسلع الاستهلاك المباشر ليس لها سوى هذا الهدف . وقد أدى هذا الاتجاه إلى تحول الحق الموضوعي من « حق خاص » أي من رابطة قانونية بين شخصين تتميز بقابليتها للتصرف فيها ، سواء في جانبها الإيجابي أو السلبي ، إلى « مال عام » يتكون من مركز status قانوني أحد أطرافه الدولة باعتبارها مثله للشعب ، وهي بهذه الصفة صاحبة كل ملكية وكل دين - وطرفه الآخر هو الطرف السلبي الخاضع لسلطة للدولة . وليس معنى هذا إلغاء فكرة المصلحة =

هذا المبدأ إلى الحل الذي تعطيه الفلسفة الماركسية اللينينية لمشكلة الحقيقة ، فالإنسان - وفقاً لهذه الفلسفة - في مقدوره أن يعرف الحقيقة الموضوعية ،

الخاصة للشخص ، وإمكانية وجود تنازع بين هذه المصالح الفردية الخاصة ، ولكن الحماية القضائية لا تمنح لهذه المصالح الخاصة إلا إذا بدت كوسائل مفيدة في سبيل تحقيق المركز القانوني المطلوب في المجتمع الاشتراكي ، فهذا المركز القانوني هو المحل الأول للحماية القضائية . ونتيجة لهذا فإن استعمال الدعوى في الاتحاد السوفيتي يعتبر ، شأنه شأن استعمال الحقوق الموضوعية ، وظيفة اجتماعية ، وتعتبر الخصومة مجرد الشكل اللازم للقيام بهذه الوظيفة ، وإعمالاً لهذه المبادئ تنص المادة الخامسة من المجموعة الفنية الأساسية للاتحاد السوفيتي على أن « يحمي القانون الحقوق المدنية ما لم تستعمل لهدف يتعارض مع هدفها في المجتمع الاشتراكي » . ويقوم القاضي في هذا الشأن برقابة اجتماعية وسياسية لاستعمال حقوق ، وهو إذا رفض منح الحماية القضائية في إحدى الحالات يجعل الحق مجرد مصلحة بغير حماية ، وهو بهذا يحمل الحماية القضائية لا في خدمة المصالح الخاصة وإنما في خدمة أهداف الدولة الاجتماعية كانت أو سياسية . والفقهاء السوفييت عندما يتكلمون عن عناصر الدعوى يستمدون الكلام من أي عنصر شخصي ، فالدعوى ترمى إلى تحقيق هدف عام هو تطبيق القانون ضمن الإطار الاشتراكي ، ومستوى أن يطبق القانون بواسطة طلب من صاحب الحق الموضوعي أو من أي شخص آخر . ولهذا فإن الفقه السوفيتي لا يهتم بفكرة الصفة في الدعوى سواء تعلق الأمر بصفة المدعى أو صفة المدعى عليه . وهذا ينعكس آثاراً أهمها : ١ - أنه يمكن رفع الدعوى من غير صاحب الحق أو المصلحة المعتدى عليها . ٢ - لا يجوز النزول عن الدعوى إلا بموافقة المحكمة ، ووفقاً لإرادة ٢٤ من قانون المرافعات الأساسي لا يجوز للمحكمة أن توافق على نزول المدعى عن دعواه إذا كان هذا النزول مخالفاً للقانون أو ماساً بالحقوق والمصالح المشروعة للآخرين . ٣ - قبول المدعى عليه لتطبيقات المدعى لا ينتج أثره إلا بموافقة المحكمة . فهنا تجري المحكمة رقابته في سبيل التأكد من عدم مخالفة هذا القبول للقانون أو عدم انتهاكه للحقوق والمصالح المشروعة لأحد الطرفين . ٤ - الحلول محل المدعى أو المدعى عليه . فوفقاً لما تنص عليه المادة ٢٦ / ١ في مرافعات أساسي « إذا تبينت المحكمة أثناء سير الدعوى أن المطالبة القضائية قد قدمت من طرف ليس هو صاحب الحق في الدعوى أو ضد طرف غير من يجب أن ترفع ضده ، فإن لها - دون أن ترفض الدعوى - أن تأذن بحل المدعى أو المدعى عليه الحقيقي محل المدعى أو المدعى عليه فيها » . ومفاد هذا النص أنه متى رأت المحكمة أن المدعى أو المدعى عليه ليس له صفة في الدعوى ، فإنها تأمر بإخراجه وإدخال ذي الصفة الحقيقي محله . ونظام الحلول في القانون السوفيتي يؤدي في العمل إلى آثار هامة ، ويضرب الأستاف كلينديريه ، نقلاً عن Maurach ، مثالا لتطبيق قضائي لهذا النظام : رفضت دعوى نفقة من أم ضد شخص تزعم أنه والد طفلها . رفضت المحكمة للدعوى على أساس أن المدعى عليه لم يتحدث بيته وبين المدعية أي اتصال . فرفضت المحكمة العليا بإلغاء هذا الحكم وقررت أنه كان من واجب محكمة أول درجة ، أن تبحث من تلقاء نفسها من يكون الرجل والد الطفل وأن تدخله في الدعوى على عليه محل المدعى عليه فيها - Calamendrei : op. Cit. p. 327 - وانظر الدكتور قضي وال ، قانون القضاء المدني في الاتحاد السوفيتي ص ٢٢ - ٣٠ .

ولهذا فإن ما تنهى إليه المحكمة بالنسبة لوقائع القضية والعلاقات القانونية بين الخصوم يجب أن يتصل بالوقائع الحقيقية وبال حقوق والواجبات الحقيقية للخصوم .

محل الإثبات

٤٢٥ - يعتبر محلاً للإثبات ، وفق نص المادة ١/١٧ من قانون المرافعات الأساسى للاتحاد السوفيتى ، الوقائع facts التى على أساسها تتأكد المحكمة بالوسيلة التى ينص عليها القانون من وجود أو عدم وجود الظروف ، Circumstances المثبتة لادعاءات ودفاع الخصوم أو الظروف المنتجة لحكم صحيح فى القضية . ويتميز محل الإثبات فى القانون السوفيتى ، نتيجة لمبدأ البحث عن الحقيقة الموضوعية ، بتخصيصتين :

١ - أن من واجب المحكمة - وبغير أن تقيد نفسها بالمرافعات والأدلة المقامة - أن تطلب إيضاحاً كاملاً وصحيحاً للوقائع الحقيقية فى القضية (م ١ / ١٦ مرافعات أساسى) . ومعنى هذا أن الإثبات قد يرد على وقائع غير مشار إليها فى ادعاءات الخصوم أو دفاعهم ما دامت هذه الوقائع ، فى رأى المحكمة ، لازمة لتكوين اقتناعها ولتحديد حقوق الخصوم والتزاماتهم .

٢ - أن الإثبات يرد على الوقائع ولو كانت غير متنازع عليها بين الخصوم . فليس هناك « وقائع غير متنازع عليها » تلزم القاضى ببناء حكمه عليها ، فإذا اتفق الخصوم على واقعة معينة ، فإن للقاضى أن يأمر بإثبات هذه الواقعة بحثاً عن الحقيقة ، فالقاضى وحده هو الذى يحدد الوقائع التى تحتاج إلى إثبات .

عبء الإثبات

٤٢٦ - وفقاً للمادة ١/١٨ مرافعات أساسى « على كل خصم أن يثبت الوقائع التى يستند إليها فى ادعاءاته أو دفاعه » ، فعبء الإثبات إذن يقع على الخصم الذى عليه أن يثبت ما يستند إليه من وقائع . وفضلاً عن المدعى والمدعى عليه ، فإن أدلة الإثبات يمكن أن تقدم من غيرهما من المشتركين فى الخصومة ، فيمكن أن يقدم الدليل من المتدخلين أو المختصين فى الدعوى كما يمكن أن يقدم من النيابة العامة ومن بعض الهيئات الجماعية التى يسمح لها القانون بالاشتراك فى الخصومة . وهذه القاعدة تنص عليها أيضاً مجموعة

المرافعات لبعض الجمهوريات ، وليس فيها خروج عما نعرفه فى مصر ، أو بعض الدول التى نعرف قوانينها مثل فرنسا وإيطاليا .

دور القاضى فى الإثبات

٤٢٧ - من الجلى أن الأخذ بمبدأ أن عبء الإثبات على الخصوم لا يتفق مع الفلسفة التى يصدر عنها تنظيم موضوع الإثبات فى القانون السوفيتى ، ولهذا فإن هذا المبدأ لا يطبق وحده هناك إلا فى حالات نادرة ، والأغلب الأعم من القضايا تصدر فيها الأحكام ، لا وفقاً لتوزيع عبء الإثبات بين الخصوم ، ولكن على أساس « الحقيقة الموضوعية » التى يتوصل إليها القاضى بموجب سلطته . فالقاضى يلتزم بالبحث عن الحقيقة الموضوعية ، وهو لا يتقيد بالوقائع التى يثبته الخصوم ، ولكنه يسعى إلى البحث عن الوقائع الحقيقية اللازمة لتحديد الحقوق والالتزامات الحقيقية للخصوم . وهذا الوضع فى الاتحاد السوفيتى يمليه اعتباران : وجوب تحقيق العدالة الحقيقية ، لا العدالة الشكلية ، على تقدير أن الحكم الذى يصدر على أساس توزيع عبء الإثبات بين الخصوم بغير دور إيجابى من القاضى يؤدى إلى عدالة شكلية ، وهى عدالة تكون دائماً فى مصلحة الطبقة البورجوازية القادرة دائماً على القيام بهذا العبء (١) . والاعتبار الثانى ، أن الوظيفة التعليمية للقضاء المدنى تتعارض مع إصدار أحكام تقوم على وقائع لا تتفق مع الحقيقة الموضوعية . إن كل قضية ، حتى القضايا المدنية ، تتجاوز فى أثرها أطرافها ويكون لها صدى فى المجتمع . ولن يكون القضاء دوره فى غرس احترام القانون بين أفراد المجتمع ، ولن يكون لأحكام القضاء صدى طيب بين الناس ، إلا إذا صدر الحكيم على أساس الوقائع الحقيقية (٢) .

(١) وفى هذا يقول لينين « كيف يمكن أن يقف العامل فى نزاع مع رب العمل ،

أو الخادم مع صاحب الأرض . وبصفة عامة الفقير مع الغنى » .

(٢) ووفقاً للمادة ٨٠ من مجموعة المرافعات الروسية مثلاً ، ولها نظير فى مجموعات

المرافعات لكثير من جمهوريات الاتحاد السوفيتى ، للقاضى أن يطلب من المدعى عليه أو من

أى شخص خارج الخصومة مستندات أو معلومات ، وله أن يتأكد ، بواسطة استجواب

المدعى ، بما يمكن أن يثيره المدعى عليه من اعتراضات ، ويطلب من المدعى تقديم أدلة

الإثبات اللازمة لدحضها . وهكذا يضع القانون السوفيتى تحت تصرف القاضى وسيلة فعالة

هى استجواب الخصوم . والاستجواب هنا ليس له وظيفة الاستجواب فى القانون المصرى =

الجهل بالقانون في الاتحاد السوفيتي

٤٢٨ - يصعب أن نتصور إزاء هذا الدور الإيجابي الذي يضطلع به القاضي السوفيتي عند نظر الدعوى ، وتدخله غير المحدود في سيرها ، وتعاونه إلى أبعد مدى مع الخصوم في البحث عن الحقيقة ، أن يقع هؤلاء فريسة الجهل بالقانون أثناء سير الخصومة ، أو أن تضيع ، نتيجة هذا الجهل ، حقوقهم الناشئة عن العلاقات القانونية التي تقوم بين بعضهم البعض . بل إننا نجد المادة الخامسة من مجموعة المرافعات الروسية تنص على أنه « على المحكمة أن تتأكد بأية وسيلة من الحقوق والروابط القانونية الفعلية بين الخصوم المتنازعين ، ولهذا - وبغير التقيد بما يقدمه الخصوم من أدلة أو طلبات إثبات - على المحكمة عن طريق استجواب الخصوم ، العمل على أن تتضح جميع الظروف الواقعية الجوهرية المتعلقة بالقضية ، فتقدم بهذه الوسيلة للعمال الذين لجأوا إلى المحكمة مساعدة فعالة لحماية حقوقهم ومصالحهم المشروعة ، وتمنع من أن يضار هؤلاء من جراء جهلهم بالقانون أو بسبب مستواهم الثقافي أو غير ذلك من الظروف . . . » .

أدلة الإثبات

٤٢٩ - أدلة الإثبات التي ينص عليها القانون السوفيتي هي ذات الأدلة المعروفة في القانون المصري عدا حلف اليمين الذي لا يعتبر هناك دليلاً للإثبات . بيد أن مبدأ « البحث عن الحقيقة الموضوعية » بالطرق كافة ، يخيم على قوة أدلة الإثبات هناك . والقاعدة البارزة في هذا الصدد هي حرية اقتناع المحكمة

= حيث يرى إلى الحصول على إقرار من الخصوم بوقائع قانونية مدعى بها ، ولكنه يعتبر وسيلة يوسع بها القاضي نطاق بحثه حول وقائع القضية ، وبالتالي يعتبر وسيلة بمقتضاها يبنى القاضي حكمه على جميع الوقائع الحقيقية المنتجة في الدعوى ولو لم تكن مدعى بها من الخصوم - Cappelletti : op. Cit. p.p. 60-61 - وانظر فتحي والى ، المرجع السابق ص ٩٦-٩٧ والمراجع المشار إليها بالهامش - رمزي سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٦٢ ص ٦٥٢ .

- وقارن حكم محكمة النقض المصرية الذي جاء فيه أن « الحكم متى أصبح نهائياً وباتاً صار عنوان حقيقة هي أقوى من الحقيقة نفسها ما لا يصح معه النيل منها بمجرد دعوى غير سامة ، والقول بتبر ذلك مضيعة لوقت القضاء وهيئة ومجلية لتناقض أحكامه ما بقى الأمر معلقاً بمشيشة المحكوم عليهم كلما حل لهم تجديد النزاع وإعادة طرحه على القضاء - نقض جنائي ٣١ يناير ١٩٦٧ ص ١٨ ص ١٤٢ .

التي تعبر عنها المادة ١٩ من قانون المرافعات الأساسي بقولها « تقدر المحكمة أدلة الإثبات وفقاً لعقيدها الداخلية التي تستند إلى الفحص الكامل والشامل والعاقل لكل وقائع القضية في مجموعها ، مسترشدة بالقانون وبالفكرة الاشتراكية للعدالة . وليس لأي دليل إثبات قيمة في ذاته أمام المحكمة » . وإعمالاً لهذه القاعدة ، من المقرر في القانون السوفيتي أن للمحكمة أن تعتبر واقعة ما ثابتة استناداً إلى العلم الشخصي بالواقعة من جانب أحد أعضاء المحكمة (المادة ١٥٢ مرافعات روسي) وهي نتيجة تخالف ما يأخذ به القانون المصري وكثير غيره من القوانين التي سبق لنا ذكرها ، من عدم جواز قضاء القاضي بعلمه تحقيقاً لحياذله ، كما تخالف الراجح في الفكر الإسلامي في هذا الشأن .

كما لا يؤخذ في القانون السوفيتي بقوة الإقرار كدليل للإثبات ، فالإقرار شأنه شأن أي دليل إثبات آخر يخضع لتقدير المحكمة التي تقوم بفحص الإقرار لكي تمنح الخصوم من التوصل به إلى نتائج غير مشروعة أو إلى إخفاء الحقيقة عنها .

حجية الأمر المقضي

٤٣٠ - يحوز الحكم حجيته في حدود الرابطة القانونية التي أكدها الحكم وبالنسبة للوقائع القانونية التي استند إليها (١) ، وهو ما يعني أن الحجية لا تقتصر على المنطوق بل تمتد أيضاً إلى أسباب الحكم . بيد أن حجية الأمر المقضي لا تلحق الحكم بمجرد صدوره ، وإنما بصيرورته نهائياً ، وهو ما يعني أن القانون السوفيتي لا يعرف التفرقة التي نعرفها بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي (٢) . ومن ثم تنص المادة ٣٩ / ٣ من قانون المرافعات

(١) المادة ٢/٣٩ مرافعات أساسي . ووفقاً للمادة ٢١ يحوز الحكم الجنائي النهائي حجية أمام القضاء المدني فيما يتعلق بوجود الجريمة وتحديد مرتكبها . والحجية مقصورة على أطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم ، سواء كانوا خصوماً من اشتركوا فيها أو لم يشتركوا . ولا يعرف التشريع الروسي طريق اعتراض الخارج من الخصومة ، وإنما يكون للغير الذي عس الحكم حقاً له أن يرفع دعوى لتقرير حقه - فتحي والى ، المرجع السابق ص ١١٤ .

(٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن « القضاء النهائي يحوز قوة الأمر المقضي فيما يفصل فيه بصفة صريحة أو ضمنية حتمية ، سواء في المنطوق أو في الأسباب المتصلة به اتصالاً وثيقاً بحيث لا يقوم بدونها » - نقض مدني ١٩ مايو ١٩٦٦ ص ١٧ ص ١١٨٩ -

الأساسي على أنه « إذا أصبح الحكم نهائياً ، فلا يجوز للخصوم وغيرهم من المشتركين في القضية أو خلفائهم رفع نفس الدعوى استناداً إلى نفس الأسباب ، أو أن ينكروا في قضية أخرى الوقائع والروابط القانونية التي أكدتها المحكمة » .

كما قضت بأن « الأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً بحيث لا تقوم له قائمة إلا بها تكون معه وحدة لا تتجزأ وبذلك يرد عليها ما يرد عليه من قوة الأمر المقضي » - نقض ٢٠ يونيو ١٩٦٨ من ١٩ ص ١١٩٠ . وقررت كذلك أن المنع من إعادة النزاع في المسألة المقضى فيها شرطه وحدة المسألة في الدعويين ، وقوام هذه الوحدة أن تكون المسألة أساسية تناقش فيها الطرفان في الدعوى الأولى واستقرت بينهما حقيقتها بالحكم الأول ، وتكون هي بذاتها الأساس فيما يدعيه أي الطرفين قبل الآخر في الدعوى الثانية من حقوق متفرعة عنها - نقض مدني ٢٨ نوفمبر ١٩٦٣ من ١٤ ص ١١١٩ . ومن شأن هذا المنع أن تمتنع العودة إلى مناقشة هذه المسألة ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في تلك الدعوى أو أيبرت ولم يجتهد ذلك الحكم - نقض ٦ يونيو ١٩٦٣ من ١٤ ص ٧٨٦ .

- وقضت محكمة النقض مؤخراً بأن « لكل حكم قضائي قطبي حجبية الشيء المحكوم فيه من يوم صدوره ولو كان قابلاً للظن فيه ، إلا أن هذه الحجبية مؤقتة وتقف بمجرد رفع الاستئناف ، فإذا تأيد الحكم عادت إليه حجبيته ، وإذا أُلغيت زالت عنه هذه الحجبية . ويرتب على وقف حجبية الحكم نتيجة لرفع الاستئناف منه أن المحكمة التي يرفع إليها نزاع فصل فيه هذا الحكم لا تنقيد بهذه الحجبية طالما لم يقضى برفض هذا الاستئناف قبل أن تصدر حكمها في الدعوى - نقض مدني ١٨ إبريل ١٩٦٨ من ١٩ ص ٧٩٥ .

ونحن نرى أن هذا القضاء محل نظر ، ذلك أن الحجبية لا تنفك عن الحكم إلا أن يقضى بإلغائه ، والقول بأن مجرد الظن في الحكم يقف حجبيته هو قول يقتضي إلى الأساس للقانوني ونهياً فإن حجبية الحكم الصادر في نزاع معين تمنع من إعادة طرح النزاع نفسه على محكمة أخرى ، وإذا حدث وطرح على محكمة أخرى تبين عليها أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالحكم الذي حاز حجبية الشيء المقضى فيه ولو كان مطعوناً عليه بالاستئناف . وإذا كان الحكم صادراً من محكمة الموضوع ، فإنه لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يقيم حكمه بالإجراء التوقي على أساس يغير ما قضت به محكمة الموضوع ولو كان حكمها قد ظن فيه ، دفناً للمساس بالمركز القانوني الناشئ عن الحكم . هذا وإنه وإن كان الأصل في الأحكام المستعجلة أنها لا تجوز حجبية الأمر المقضى ، إلا أن هذا ، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض نفسها ، لا يمتنع جواز إثارة النزاع الذي فصل فيه القاضي المستعجل من جديد متى كان مركز الخصوم هو ، والظروف التي انتهت بالحكم هي بينهما لم يطرأ عليها تغيير - نقض ٧ فبراير ١٩٦٨ من ١٩ ص ٢١٠ .

- ويجدر أن أشير بهذه المناسبة إلى أن الإعلام الشرعي تدفع حجبيته وفقاً لنص المادة ٢٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم من الحكمة الخاصة ، ذلك أن الإعلام الشرعي يعدد بناء على إجراءات تقوم في جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم -

بذلك نكون قد عرضنا في عجالة لأهم سمات قواعد الإثبات في الاتحاد السوفيتي ، والدور الذي يقوم به القاضي هناك في الإثبات ، وقاعدة الاعتذار بالجهل في القانون السوفيتي .

ونتكلم الآن على سلطات القاضي المصري في تطبيق القانون ، مع الإشارة إلى أوجه الخلاف والاتفاق في هذا الشأن بين القانون المصري وكل من القانونين الفرنسي والسوفيتي ، ثم نشي بيان بعض أدلة الإثبات وأثر الجهل بالقانون فيها ، مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الفرنسي ، ونثقت بالتحديث عن تطبيق القاضي للعرف بحسبانه - في رأينا - يأخذ حكم القاعدة القانونية ، ثم نفرد مبحثاً آخر نجلو فيه أحكام تطبيق القاضي للقانون الأجنبي .

المبحث الأول

سلطات القاضي في تطبيق القانون

٤٣١ - نسارع إلى القول بأن الإثبات لا يرد على أحكام القانون ، لأن تطبيق القانون على واقعة النزاع هو من عمل القاضي وحده (١) ، وليس على الخصوم إلا أن يثبتوا أمام القضاء ما يدعونه من تصرفات قانونية أو وقائع مادية ، ولا يكلفون بإثبات القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ، ذلك أنهم بطرحهم النزاع أمام القضاء إنما يطلبون الفصل في الدعوى طبقاً لأحكام القانون ، ومن واجب القاضي بعد بحث الواقع في الدعوى أن ينزل من تلقاء نفسه حكم القانون على هذا الواقع ، لأن المفروض في القاضي العلم بالقانون . وينبغي على ذلك أنه إذا قام خلاف بين

= به السلطة القضائية المختصة في صورة حكم في دعوى أصلية أو دفع أبدي في الدعوى التي يراد الاحتجاج فيها بالإعلام الشرعي . وهذا القضاء هو الذي يعول عليه ولو خالف ما ورد بالإعلام دون أن يعد إهداراً لحجبيته لأن الشارع أجاز هذا القضاء وحده به من حجبية الإعلام الشرعي - نقض مدني ٧ فبراير ١٩٦٨ من ١٩ ص ٢١٤ ، ٢٩ يونيو ١٩٦٦ من ١٧ ص ١٤٨٠ ، ١١ مارس ١٩٦٤ من ١٥ ص ٣٤٠ ، ٩ مايو ١٩٦٢ من ١٣ ص ٦١٩ .

(١) في الفقه الفرنسي قاعدة مشهورة *Avocat passe au fait la Cour suit le droit.*

- وراجع نقض ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٥ من ٥ ص ٦٣ ، نقض ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ مجموعة ص ١ رقم ١٤٢ من ٢٦٠ ، وانظر بلانول وريبير وجابولد ج ٧ رقم ١٤٠٩ .

طرفي الخصومة بشأن تفسير قاعدة قانونية معينة تتعلق بموضوع النزاع ، فإن القاضي هو المكلف بالبحث والاجتهاد وإنزال صحيح حكم القانون على واقعة الدعوى ، ومن واجبه أن يتقصى حكمة التشريع ودواعيه والاهتداء بأراء الشراح وأحكام القضاء ، وهو لا يعتمد في ذلك إلا على فهمه الشخصي لأحكام القانون ، وإنزال هذا الفهم على واقعة الدعوى يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض .

الترقية بين الواقع والقانون ودور القاضي في الدعوى المدنية

٤٣٢ - يبين مما تقدم أن تطبيق القاضي للتقاضي للقاعدة القانونية على وقائع النزاع هو التزام تقضي به طبيعة وظيفته ، والالتزام على هذا النحو مقيد بداهة بحدود النزاع المطروح أمامه ، ومن هنا كانت التفرقة بين الواقع والقانون كأساس لتحديد دور كل من القاضي والخصوم في الدعوى المدنية (١) . وعلى هدى ذلك يمكن فهم مبدأ حياد القاضي في الدعوى المدنية والذي يردده فقهاء المرافعات في مؤلفاته (٢) . فالقصد بهذا المبدأ هو حياد القاضي في مجال الوقائع ، فلا يستطيع أن يضيف إلى نطاق الدعوى عناصر واقعية لم يتمسك بها الخصوم ، على الأقل ما لم يتعاقد الأمر بالنظام العام (٣) .

(١) وهو ما عبر عنه فقهاء الرومان بقولهم : أعطى للواقعة أعطك القانون .

Da mihi factum dabo tibi jus

(٢) راجع *Planol et Ripert : par Esmein, traité pratique de droit français.* ج ٧ ط ٢ ، باريس ١٩٥٤ رقم ١٤١٦ ص ٨٣٩ .

Glasson, Tissier et morel, Traité élémentaire de procédure civile.

ج ٢ ط ٣ ، باريس ١٩٢٦ رقم ٥٩٣ ص ٦٥٦ وما بعدها .

- وانظر في الفقه المصري ، السنهوري ج ٢ من الوسيط ص ٣٠ - محمد وعبد الوهاب العشماوي ، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ج ٢ ص ٦٣ .

(٣) أنظر *Motulsky, le rôle respectif du juge et des parties dans les allégations des faits - étude de droit contemporain.*

باريس ١٩٥٩ ص ٣٥٥ وما بعدها . ونقض فرنسي (الدائرة التجارية) ٣٠ يناير سنة ١٩٥٠ *Dalloz* ١٩٥٠ ص ٧١٨ ، (الدائرة الاجتماعية) ١٣ مارس ١٩٥١ *Bull. Civ* رقم ٣٢٣ ، (الدائرة المدنية) أول ديسمبر سنة ١٩٥٢ *Bull. Civ* رقم ٣٤٧ .

- وانظر في القضاء المصري نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ ص ١٥ ص ٦٨٥ . مع ملاحظة حق القاضي في الاستناد إلى الوقائع التي لم يتمسك بها الخصوم بصفة أصلية وإنما أثيرت عرضاً في الدعوى لتوصل إلى تطبيق نصوص القانون الآمرة .

ومع ذلك فإن تطور القانون الوضعي ، سواء في فرنسا أو في مصر ، قد أدى إلى منح القاضي حق التدخل الإيجابي في مجال الوقائع في حالات معينة ، كالأمر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق من تلقاء نفسه ، وما خولته المادة ١١٨ من قانون المرافعات القائم للمحكمة ، ولو من تلقاء نفسها ، من حق إدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة .

سلطات القاضي في تطبيق القانون

٤٣٣ - في هذا المجال يبدو بوضوح الدور الإيجابي للقاضي في الدعوى المدنية دون التقيد بإرادة الخصوم أو رغباتهم ، إلا في حدود حقهم في الاستبعاد الصريح للقواعد القانونية المكلمة التي لا تتعاقد بالنظام العام (١) ، فلا يتقيد بالنصوص القانونية التي يتمسكون بها تأييداً لطلباتهم ، أو بالتكييف الذي أسبغوه على وقائع النزاع (٢) ، فللقاضي دائماً أن يعطى للواقعة وصفها الحق وتكييفها السليم دون أن يتقيد بالتكييف الذي تمسك به الخصوم في مذكراتهم أو مرافعاتهم أمام المحكمة . وقد قضت محكمة النقض بأن « استناد المطعون ضده في دعواه إلى الخطأ العقدي لا يمنع المحكمة الاستثنائية من أن تبني حكمها بالتعويض على الخطأ التقصيري متى ثبت لها توافر هذا الخطأ ، إذ أن استنادها إليه لا يعتبر منها تغييراً لسبب الدعوى مما لا تماكح المحكمة من تلقاء نفسها ، وإنما هو استناد إلى وسيلة دفاع جديدة » (٣) . ثم أكدت هذا

(١) يلاحظ أن حق الخصوم في استبعاد القواعد القانونية المكلمة لا يعنى تعليق التزام القاضي بتطبيق هذه القواعد على شرط تمسك الخصوم بها . فالالتزام القاضي بتطبيق القاعدة المكلمة من تلقاء نفسه قائم ابتداء ، باعتبارها قاعدة ملزمة أسوة بغيرها من قواعد القانون ، لا فارق في ذلك بينها وبين القاعدة الآمرة . وعلى هذا النحو لا يصح للقاضي أن يستخلص استبعاد الخصوم للقاعدة المكلمة من مجرد عدم تمسكهم بها ، ولهذا يستلزم القضاء أن يكون تحلل الخصوم عن القاعدة المكلمة صريحاً بأن يقرروا استبعادها والاتفاق على عكس ما جاء بها من أحكام ، أو أن يظهر على الأقل من ظروف الدعوى ما يستشف منه رغبتهم في هذا الاستبعاد - راجع في ذلك رسالة دكتوراه في مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني رقم ٢٠ للدكتور هشام علي صادق - وانظر في فرنسا *Motulsky, L'évolution récente de la Condition de la loi étrangère, Paris 1956, p 688 ets.*

(٢) نقض مدني ٢١ مارس ١٩٥٦ و ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة القواعد القانونية

ج ١ ص ٦٢٨ . بيد أنه ملزم بعدم الخروج على الوقائع المطروحة عليه من الخصوم - نقض

٢٢ يونيو ١٩٦٧ ص ١٨ ص ١٨٢ .

(٣) نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٦٦ ص ١٧ ص ١٨٢ .

المبدأ في حكم لاحق حين قررت « أن حق المضرور في التعويض إنما ينشأ إذا كان من أحدث الضرر أو تسبب فيه قد أخل بمصلحة مشروعة للمضرور في شخصه أو ماله مهما تنوعت الوسائل التي يستند إليها في تأييد طلب التعويض، فيجوز للمضرور رغم استناده إلى الخطأ التقصيري الثابت أو المفترض أن يستند إلى الخطأ العقدي ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، كما يجوز لمحكمة الموضوع رغم ذلك أن تستند في حكمها بالتعويض إلى الخطأ العقدي متى ثبت لها توافره لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع في دعوى التعويض ولا يعتبر تغييراً لسبب الدعوى أو لموضوعها مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها » (١).

ويتضح من هذين الحكمين أن لمحكمة الموضوع الحق في القضاء في الدعوى استناداً إلى نصوص القانون الواجبة التطبيق دون التقييد بالنصوص التي تمسك بها الخصوم تأييداً لطلباتهم، ودون اعتداد بالوصف القانوني الذي ألحقه هؤلاء بوقائع النزاع.

٤٣٤ - وكانت محكمة النقض قد اعتنقت قبل ذلك نظراً مخالفاً في عدد غير قليل من أحكامها، فقد حكمت بأنه « متى رفعت الدعوى المدنية إلى المحكمة على أساس مساءلة من رفعت عليه عن فعله الشخصي فلا يجوز لها أن تغير سبب الدعوى وتحكم من تلقاء نفسها على أساس مساءلته عن فعل تابعه » (٢) فاعتبرت بذلك قضاء محكمة الموضوع بالتعويض على أساس المادة ١٧٤ مدني، حالة أن سبب الطلب الذي استند إليه المدعي في دعواه هو المادة ١٦٣ مدني، تغييراً لسبب الدعوى وهو ممتنع عليها قانوناً.

(١) نقض مدني ٢ إبريل سنة ١٩٦٨ من ١٩ ص ٦٨٩. وقد ورد بهذا الحكم أيضاً « من المقرر في قضاء محكمة النقض أن محكمة الموضوع ملزمة بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح دون أن تتقيد في ذلك بتكييف الخصوم لها، وإذا حصل الحكم المطعون فيه بما له من سلطة فهم الواقع في الدعوى أن اكتتاب المؤسسين كان سوريا وأنهم تخلفوا عن تنظية رأس المال ووصف هذا الخطأ بأنه خطأ تماقدي فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ».

(٢) نقض مدني نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١٢٩٩ - وراجع نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٤٢ من ذات المجموعة، ونقض ١٧ ديسمبر ١٩٤٥ منشور بذات الصفحة.

٤٣٥ - فتمسك الخصوم بقاعدة قانونية معينة أو بتكييف معين لوقائع النزاع لا يجعل من هذه القاعدة ولا من ذلك التكييف أحد العناصر المكونة للسبب الممتنع على القاضي تغييره (١). وتطبيقاً لهذا المبدأ حكمت كلتا محكمتي النقض الفرنسية والمصرية بحقهما في تبديل الأسباب الخاطئة التي استند إليها الحكم المطعون فيه بأسباب أخرى « قانونية بحت » لتبقياً على منطوق هذا الحكم الذي انتهى سديداً في نتيجه (٢). وفي ذلك دلالة على أنه كان في استطاعة قاضي الموضوع أن يلجأ إلى هذا التبرير القانوني من تلقاء نفسه، وأن يطبق قواعد القانون الواجبة التطبيق على النزاع دون التقييد بما سبق للخصوم أن تمسكوا به أمامه من أسانيد قانونية (٣).

ومن هنا جاء مبدأ عدم قبول وسائل الدفاع الجديدة التي يثرها المتقاضون لأول مرة أمام محكمة النقض (٤)، إذ لا يمكن في هذه الحالة أن تنعى المحكمة على قضاة الموضوع تجاهلهم لوسيلة دفاعية لم تثر أمامهم (٥).

٤٣٦ - ومع ذلك فقد خرجت محكمة النقض على هذا القضاء بالنسبة

(١) *Motulsky, la Cause de la demande*، المرجع السابق ص ٢٢٧.
وراجع نقض ٤ يولية ١٩٦٩ من ٢٠ ص ٨٦٨ وقد وود به « إن سبب الدعوى هو الواقعة التي يستند منها المدعي الحق في الطلب. وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يستند إليها الخصوم ».

كما قضت محكمة النقض بأن لها أن تراقب محكمة الموضوع في تكييف المستندات التي أسست عليها حكمها وذلك لتعرف ما إذا كان هذا التكييف قد جاء موافقاً للقانون أو مخالفاً له - نقض ٣ فبراير سنة ١٩٧٠ في الطعن ٣٥/٥٢٠ ق - لم ينشر.

(٢) نقض فرنسي ١٨ فبراير ١٩٥٢ *Bull. Civ.* ص ٦٣، ٦ فبراير ١٩٦٤ ص ٨٨ - ونقض مصري ٢٨ إبريل ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٥٥٠، وقد جاء في هذا الحكم « لا يبطل الحكم إذا وقع في أسبابه خطأ في القانون ما دامت أسبابه الواقعية وافية والنتيجة التي انتهى إليها سليمة، وإنما لمحكمة النقض مع رفضها للطعن أن تصحح ما وقع في الحكم من خطأ ».

(٣) *Motulsky*، المرجع السابق ص ٢٤٠.

(٤) نقض مدني ١٦ يولية ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١١٢٥ - نقض فرنسي ٣١ يولية ١٩٢٨ *Gazpal*، ١٩٢٨ ج ٢ ص ٦٦٨ - وراجع *Olasson Tissier et morel*، مطول المرافعات المدنية ج ٣ باريس ١٩٢٩ ص ٤٨٦.

(٥) نقض مدني ١٧ مارس و ٢١ إبريل ١٩٦٠ و ١٩ مايو سنة ١٩٦٠ من ١١ ص ٢٢٠ و ١٨٤ و ٣٩١ و ٤١٢.

لوسائل القانون البحث والتي لم تعتبرها جديدة في أي حال من الأحوال ،
فقضت يجوز قبولها حتى لو أثرت أمامها لأول مرة (١) . فتدخل محكمة
النقض بالرقابة في هذه الحالة يعني أن قضاء الموضوع قد أخطأوا في عدم
تطبيقهم لوسيلة القانون البحث من تلقاء أنفسهم لأن الجزء لا يقع إلا في
حالة الخطأ (٢) ، الأمر الذي يفهم منه أن تطبيقهم التلقائي لقاعدة القانون
ليس مجرد حق لم يل التزام يقع على عاتقهم . وليس في قضاء محكمة النقض
بالنسبة لوسائل الدفاع التي يمزج فيها الواقع بالقانون ، والذي استقرت فيه
على عدم قبولها إذا أثرت أمامها لأول مرة ، ما يتعارض مع النتيجة التي
أنف ذكرها ، في التمسك بهذه الوسيلة لأول مرة أمام محكمة النقض إثارة
لوقائع لم يسبق عرضها على قضاء الموضوع (٣) . وقبول المحكمة للوسيلة يعني
أن قضاء الموضوع قد أخطأوا في عدم إثارتهم للوقائع التي تتضمنها من تلقاء
أنفسهم ، وهو ما يتعارض مع مبدأ حيادهم في مجال الوقائع ، كما يتنافى مع
اختصاص محكمة النقض الذي يتحدد - كبدأ - بمسائل القانون (٤) .

اتساع سلطة القاضي في تطبيق القواعد الآمرة

٤٣٧ - يتضح مما سبق أن سلطة القاضي في تطبيق القانون تنقيد بالضرورة

(١) نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ من ١٥ ص ٢٥٤ - نقض فرنسي ٢١ فبراير
١٩٤٩ Dalloz, A ١٩٤٤ ص ٥٨ ، وقد قرر الحكم « إن وسيلة القانون البحث لا تعتبر
جديدة مجال من الأحوال » .

(٢) وهذا هو ما دفع البعض إلى انتقاد الأحكام التي اعتبرت قبول وسائل القانون
البحث عند إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض استثناء من قضائها بشأن عدم قبول وسائل
الدفاع الجديدة . إذ أن القاضي يفترض فيه العلم بالقانون ، ومن ثم فإن الوسيلة القانونية
البحث لا تعتبر جديدة حتى يقال إن التمسك بها أمام النقض استثناء من هذا القضاء - أنظر
Glasson, Tissier et More ، المرجع السابق ص ٤٩٠ .

(٣) نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية - ٢ ص ١١٤٨ ،
وجاء في الحكم « إذا كان سبب الطعن قائماً على اعتبارات مختلط فيها الواقع بالقانون لم يسبق
عرضها على محكمة الموضوع ، فلا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض » - وانظر
أيضاً نقض أول يونيو ١٩٦١ و ١٤ ديسمبر ١٩٦١ من ١٢ ص ٥١٧ و ٧٩١ .
ونقض فرنسي ٢٥ نوفمبر ١٩٤٨ Rev. de Dr. Int. Privé ١٩٤٨ ص ٣٠٨ مع
تعليق Monnery .

(٤) أنظر Joly, De la loi dont la Violation Peut Constituer un moyen
de Cassation en matière civile

رسالة مقدمة إلى جامعة Nancy ١٩٠٣ ص ١ .

بالبيان الواقعي للدعوى كما حدده الخصوم . ومن هنا كان مبدأ حياد القاضي
في مجال الوقائع ، ومنعه بالتالي من تغيير سبب الدعوى ، مفهوماً على أنه
مجموع الوقائع التي تمسك بها الخصوم تأييداً للحق المدعى به (١) . وتأيداً
لذلك قضت محكمة النقض (٢) بأن محكمة الموضوع « لا تملك تغيير سبب
الدعوى من تلقاء نفسها في المواد المدنية ويجب عليها أن تقصر بحثها على السبب
الذي أقيمت عليه الدعوى . فإذا كان الواقع في الدعوى أنها رفعت على البنك
يطلب فروق العملة الناتجة عن عملية تحويله الاستمارات الخاصة بشحن البضاعة
التي استوردها للمدعى إلى عميل للبنك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام
مسئولية الطاعن (مدير عام البنك) على وقوع خطأ شخصي منه هو إغفاله
تدوين العملية مثار النزاع في دفاتر البنك وأن هذا الخطأ قد أضر بمصلحة
المطعون ضده رافع الدعوى وبجقه الصريح في تتبع أعماله التجارية وهو
ما يفيد أن الحكم اعتبر مسؤولية الطاعن مسؤولية تقصيرية وأن الدعوى المرفوعة
عليه هي دعوى تعويض ، فإنه يكون قد غير أساس الدعوى وأخطأ في
تكييفها وخرج على وقائعها بواقع جديد من عنده ومن ثم يكون مخالفاً
للقانون ، وأنه « ليس لمحكمة الموضوع أن تقيم المسؤولية التقصيرية على خطأ
لم يدعه المدعى متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته إذ أن عبء إثبات الخطأ
يقع في هذه الحالة على عاتق المدعى المضرور فلا يصح للمحكمة أن تتطوع
بإثبات ما لم يثبت ، ومن باب أولى ما لم يدعه من الخطأ ، كما لا يجوز لها أن
تنتحل ضرراً لم يقل به لأنه هو الملتزم أيضاً بإثبات الضرر » . كما قضت بأن
طلب إبطال عقد البيع تأسيساً على أن الطاعن باع أرضاً مملوكة للغير ، لا تملك
المحكمة معه تأسيساً قضائياً بطلان ذلك العقد على سبب آخر هو وقوع
المطعون ضدهما في غلط في العين المبيعة (٣) .

(١) راجع بحثاً في « المقصود بسبب الدعوى الممتنع حل للقاضي تغييره » للدكتور هشام
على صادق ، المحاضرة للسنة ٥٠ العدد الرابع ص ٧٦ وما بعدها .

(٢) نقض ٢٢ يونيو ١٩٦٧ من ١٨ ص ١٣١٦ .

(٣) نقض ٢ يونيو ١٩٧٠ في الطعن ٣٦/١٣٤ ق (لم ينشر بعد) . وقد ورد بهذا
الحكم أنه وقد خلت أوراق الدعوى بما يدل على أن الطاعن قد اعترض أمام محكمة الاستئناف
على قضاء محكمة أول درجة في هذا الخصوص ، فإن حقه في إبداء هذا للدفاع أمام محكمة
النقض يكون قد سقط بما لا يقبل معه التمسك على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون .

ويرد على قاعدة منع القاضي من تغيير السبب على هذا النحو استثناء هام تمليه اعتبارات النظام العام وما تقتضيه من تحويل القاضي سلطات أكثر إيجابية ليتمكن من تطبيق القواعد الآمرة . فإذا كان الخصوم لا يستطيعون بإرادتهم الاتفاق على استبعاد هذه القواعد ، فن غير المقبول أن يمنع القاضي من تطبيقها رغم توافر العناصر الواقعية التي تسمح بذلك بمقولة إن الخصوم لم يتمسكوا بهذه العناصر بصفة أساسية لتأييد مطالبهم . ولهذا استقر الفقه على تحتم استناد القاضي على العناصر الواقعية التي أثرت عرضاً أمام المحكمة أو في مذكرات الخصوم ليتوصل إلى تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام . ويفهم من قضاء محكمة النقض الفرنسية والمصرية كليهما (١) أن التزام قضاة الموضوع بتطبيق القاعدة القانونية من تلقاء أنفسهم مشروط بسبق تمسك الخصوم بالعناصر الواقعية اللازمة لهذا التطبيق أمامهم ، بل إنه يكفي أن تكون هذه العناصر الواقعية قد أثرت عرضاً أمام محكمة الموضوع حتى تعلم بها وينعقد التزامها ، تبعاً لذلك ، بتطبيقها (٢) . ومن ناحية أخرى ، فإنه لا يجوز للقاضي بحال من الأحوال أن يترك في تطبيقه للقاعدة الآمرة على وقائع لم ترد على الإطلاق بمسندات الخصوم أو دفاعهم أمام المحكمة ، لأنه إن فعل فقد قضى بعلمه الشخصي وهو ما لا يجوز (٣) .

٤٣٨ - هذا وسلطة القاضي في تطبيق القاعدة الآمرة على النحو السالف لا تفلت من أي قيد . فلا يصح أن يكون في تطبيق قواعد القانون ، حتى لو تعلقت بالنظام العام ، مفاجأة للخصوم ، ومن ثم فعلى القاضي أن ينبه هؤلاء

(١) نقض فرنسي ١٢ فبراير ١٩٦٤ Bull. Civ. ١٩٦٤ ص ٩٧ - ونقض مدني ٥ مارس سنة ١٩٦٤ ص ١٥ ص ٢٨٩ ، وجاء في الحكم « يشترط لجواز التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بأي سبب من الأسباب القانونية المتعلقة بالنظام العام أن يكون تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم في الدعوى جميع العناصر التي تمكنها من الإلمام بهذا السبب والحكم في الدعوى على موجه » - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٥ ص ١٦ ص ٥٩٤ .

(٢) راجع مقال الدكتور هشام حل صادق سالف الذكر ص ٩٠ وما يبعثها .

(٣) راجع J. Chevallier, remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles, Revue trimestrielle de droit civil 1962, p. 1.

- راجع نقض مدني ١٥ فبراير ١٩٤٠ و ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة القواعد القانونية جزء ١ ص ٥٦٥ .

إلى القاعدة الآمرة التي ينبغي تطبيقها من تلقاء نفسه والتي لم يسبق لهم التمسك أمامه بالوقائع اللازمة لإمكان إعمالها ، حتى لا يصطدم بمبدأ احترام حقوق الدفاع ، ويتعرض حكمه ، تبعاً ، للنقض (١) .

سبب الدعوى في القانون السوفيتي

٤٣٩ - لم يكن يسمح للمدعي حتى وقت قريب ، وفقاً لقوانين المرافعات في الاتحاد السوفيتي - باستثناء قانون المرافعات الأوكراني - بتغيير أساس دعواه أو بإحلال طلب محل طلبه الذي تقدم به أصلاً . ولكن مجموعة المرافعات الروسية أخذت بحكم مخالف بنصها في المادة الثانية منها على أنه « يجوز للمدعي في أية حالة كانت عليها الإجراءات أن يغير أساس دعواه أو أن يزيد أو ينقص ادعاءه » ، وهذا الحكم الأخير هو الذي اتجهت إليه مجموعة المرافعات الأساسية للاتحاد السوفيتي ، فنصت المادة ٢٤ / ٥ منه على أن « للمدعي الحق في تعديل سبب أو محل ادعائه ، وفي أن يزيد أو ينقص مقدار هذا الادعاء . . . » . ويلاحظ أن الأمر يتعلق دائماً بنفس الرابطة القانونية محل النزاع ، ولكن للمدعي أن يستند إلى وقائع مختلفة أو أن يغير محل الرابطة من حيث مقدارها (٢) .

ويرى الفقهاء في الاتحاد السوفيتي أن هذا الحق المحول للمدعي في تعديل سبب الدعوى أو محل الادعاء أو في زيادة أو إنقاص مقدار هذا الادعاء ، يتضمن تقدماً كبيراً إذ يسمح للمحكمة بأن تضيح حياية قانونية للحقوق المتهاكة للمواطنين والمؤسسات ، فلا تضطر إلى رفض الدعوى أو إلى التصرف على نحو يزيد في مصاريف التقاضي أو يطيلها .

٤٤٠ - والواقع أن هذا الحل الذي توصل إليه القانون السوفيتي لا يختلف

(١) نقض فرنسي ١٥ أكتوبر ١٩٥٨ Bull. Civ. ١٩٥٨ ص ٣٤٧ .

- ويتفق هذا القضاء مع ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض المصرية في شأن احترام

حقوق الدفاع - راجع نقض مدني ١١ ديسمبر ١٩٥٢ ص ٤ ص ١٩٤ .

(٢) ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد : مؤسسة تجارية رفعت دعوى تمويل ضد مصلحة السكة الحديد بسبب عدم قيام هذه الأخيرة بتسليم بضائع نقلتها ، واستندت المؤسسة إلى شروط عقد النقل ، وأثناء نظر الدعوى ذهبت المؤسسة إلى أن البضائع قد فقدت بسبب شرارة تصاعدت من القاطرة فأحرقتها ، وبالتالي فإن المسؤولية ليست عقدية وإنما تقصيرية - فتحي والي ، المرجع السابق ص ٣١ .

عما يقرره كل من القانون المصري والقانون الفرنسي وغيرهما من قوانين بعض الدول ، ذلك أنه على الرغم مما قد يوحي به النص السوفيتي من إمكان تغيير محل الدعوى ، فإن الرأي مستقر ، كما ذكرنا ، على وجوب تعلق الأمر بنفس الرابطة القانونية محل النزاع . فتغيير سبب الدعوى إنما يكون ، كما هو الحال في القانون المصري ، مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله (م ١٢٤ مرافعات) . بيد أنه وفقاً لما تقضى به المادة ٣٧ / ٣ من قانون المرافعات الأساسي ، وهو نفس ما تقضى به المادة ١٧٩ مرافعات روسي ، للمحكمة بعد أن تبين الظروف الحقيقية في الدعوى ، أن « تتجاوز حدود الطلب الذي ادعاه المدعى ، إذا كان هذا التجاوز ضرورياً لحماية الحقوق والمصالح المشروعة لمؤسسات الدولة أو للمنشآت أو للمزارع الجماعية وغيرها من التنظيمات التعاونية أو الجماعية أو للمواطنين » (١) . وإعمالاً لهذا النص ، إذا طلب المدعى الحكم له بدين ، فإن للمحكمة أن تقضى له بالدين وبفوائده . وإذا رفع شخص دعوى تعويض ضد شخص آخر أو مؤسسة مطالباً بمبلغ معين ، ورأت المحكمة من تحقيقها لوقائع الدعوى أنه يستحق مبلغاً أكبر فإن لها أن تحكم بهذا المبلغ متجاوزة بذلك ما طلبه الخصم ، الأمر الذي يخالف مبدأ أصولياً من المبادئ التي نعرفها في القانون المصري ، وإن كان يمتنع على المحكمة أن تقضى بشيء يخالف لما طلبه المدعى ، إذ يكون

(١) ومن هنا أيضاً كان عدم اقتضار دور القاضي في الاتهام السوفيتي على « إثبات ما اتفق عليه الخصوم في محضر الجلسة » عند ما يتوصل الخصوم إلى صلح أمام المحكمة ، ولكنه يراقب هذا الصلح ولا يقره إذا كان مخالفاً للقانون أو كان يتهك الحقوق والمصالح المشروعة لأحد الطرفين (م ٢٤٤ مرافعات أساسي) ، وهذا على عكس ما هو متبع في قوانين كثير من الدول - أنظر على سبيل المثال المادة ١٠٣ من قانون المرافعات المصري . - وإعمالاً لذات المبدأ ، إذا تبين أن دعوى المدعى على غير أساس ، فإن القاضي السوفيتي لا يقبل الترك ، وإنما يفضي في نظر الدعوى بلوغاً لغاية الأمر فيها ، حالة أنه في القانون المصري لا يتم الترك بعد إبداء المدعى عليه طلباته إلا بقبوله ، ومع ذلك لا يلتفت لامراضه هل الترك إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى ، أو ببطلان صحيفة الدعوى أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من المضي في سماع الدعوى (م ١٤٢ مرافعات مصري) . أما إذا لم يكن المدعى عليه قد أبدى طلبات ما ، فإنه يجب على المحكمة أن تقبل ترك المدعى للخصومة في جميع الأحوال .

تجاوزها دائماً في نطاق الادعاء المقدم (١) .

المبحث الثاني الإقرار

٤٤١ - الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر ، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد (٢) . والاعتراف تقرير *déclaration* لواقعة معينة على اعتبار أنها حصلت . وهو في أصله عمل مادي ، أي واقعة قانونية *fait juridique* ، وليس بتصرف قانوني (٣) . بيد أن الإقرار من جهة أخرى ينطوي على نزول من جانب المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه ، والنزول *renonciation* تصرف قانوني من جانب واحد *acte juridique unilatéral* فيكون التكييف الصحيح للإقرار إذن هو أنه واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني (٤) . فهو واقعة مختلطة *fait mixte* .

(١) يجدر التنبيه إلى أن القانون السوفيتي لا يقتصر أثره على البلد الذي يطبق فيه ، وإنما امتد هذا الأثر إلى كثير من الدول الاشتراكية وخاصة دول أوروبا الشرقية ، ومن هذه الدول من كانت لها تقاليد قانونية سابقة ومختلفة عن تلك التي كانت سائدة في الاتحاد السوفيتي - أنظر في تأثير قانون المرافعات السوفيتي على قانون ألمانيا الشرقية : *Capelletti : Interrogatorio della parte e principi generali nel processo civile della germania orientale e della Unione Sovietica. riv. pvoc. 1959-p.p. 53-54.*

- وانظر فيما تقدم ، فتحي والي ، المرجع السابق ص ١ و ٢٢ و ٢٣ .
(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٣ ص ٤٢١ - ٤٣٢ .
- وكان الأستاذ السجوري قد عرف الإقرار بأنه اعتراف شخص لآخر بواقعة تكسب حقاً مع قصد المقر أن يلزم نفسه بهذا الإقرار - راجع الموجز في الالتزامات ١٩٣٧ ص ٦٨٢ . بيد أنه عدل عن هذا التعريف إلى التعريف الوارد في المتن - أنظر الوسيط ج ٢ ط ١٩٥٢ ص ٧٤١ .
(٣) قارن فلانويول وريبير وبولانجيه ، فقرة ٢٢٨٨ ص ٧٢١ هامش (١) .
(٤) قارن أوبري ورو ١٢ ص ١١٣ - دي هاج ٣ ص ١٠٢٨ - ١٠٣٢ - الأستاذ سليمان مرقس ، أصول الإثبات فقرة ١٠٤ و ١٠٥ .
- ونفى عن البيان أن نشير إلى الفرق بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني . فالمقر مثلاً تصرف قانوني ، والخطأ الذي يقع من أحد المتعاقدين عند التعاقد ، واقعة قانونية . وقد =

الإقرار في الفقه الإسلامي

٤٤٢ - قلنا في الكتاب الأول إن الفقهاء يعرفون الإقرار بأنه إخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه ، فهو في هذا يتفق مع تعريف الفقه الوضعي . ونضيف هنا أن الإقرار في الفقه الإسلامي لا يتوقف على القبول ، وما فيه تملك مال من وجهه يرتد بالرد وإلا فلا ، كإبطال شفعة وطلاق وعناق (١) . وهو يبطل بعد وجوده بتكذيب المقر له للمقر في حقوق العباد ، ويرجع المقر عن الإقرار في حقوق الله تعالى . جاء في البدائع « الإقرار بعد وجوده يبطل بشيئين : أحدهما تكذيب المقر له في أحد نوعي الإقرار ، وهو الإقرار بحق العباد ، لأن إقرار المقر دليل لزوم المقر به ، وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم ، واللزوم لم يعرف بثبوته ، فلا يثبت مع الشك . والثاني رجوع المقر عن إقراره فيما يحتمل الرجوع في أحد نوعي الإقرار بحق الله تبارك وتعالى خالصاً كحد الزنا ، لأنه يحتمل أن يكون صادقاً في الإنكار ، فيكون كاذباً في الإقرار ضرورة ، فيورث شبهة في وجوب الحد » (٢) . ويشترط لصحة الإقرار فيما يتعلق بالمقر به ألا يكون محالاً شرعاً أي يعده الشرع باطلاً ، فإن كان باطلاً شرعاً لم يعامل المقر بمقتضاه ، والإقرار به يكون باطلاً غير معتبر شرعاً ، حتى إذا أخذ المقر له من المال المقر به كان للمقر أن يسترده منه ثانية لأنه أخذه منه بغير وجه شرعي .

تقدم القول بأنه يجوز القضاء بطلان العقد إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه كان رافقاً في غلط ثم أثبت أنه لو لا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد ، وأنه يجوز مع القضاء بطلان العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه إضرار بأحد المتعاقدين . فهذا التعويض يكون لا على اعتبار أنه عقد بل باعتباره واقعة مادية متى توافرت عند تكوينه شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخلطه في هذا الإبطال . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه « إذا كان ما قرره الحكم من مساهلة الطاعن عن الضرر الذي لحق بالمطعون ضدهما لم يكن على أساس العقد وإنما على أساس الواقعة القانونية التي تتمثل في خطأ الطاعن عند التعاقد إذ قرر أنه يبيعهما أرضاً معدة للبناء وتطل على طريق عام ثم ظهر أنها محبوسة عنه فإنه يكون قسماً صحيحاً في القانون » - نقض ٢ يونيو ١٩٧٠ في الطعن ١٣٤ سنة ٣٦ ق (لم ينشر بعد) .

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم ، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١١٨ - ١٣٠ - الفتاوى الهندية ج ٤ ص ١٥٦ - تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٧٨ - ٨٢ .
(٢) البدائع ج ٧ ص ٢٢٢ - ٢٢٣ .

ومثال الإقرار بالمحال الشرعي أن يقر إنسان بقدر من السهام لو ارث أكثر مما هو مقرر له شرعاً ، فمثل هذا الإقرار باطل في نظر الشرع ، وإقرار المورث لأحد الورثة بدين إيثراً له على بقية الورثة ولو كتبت به وثيقة لأنه إقرار بشيء محال شرعاً (١) ، ومن قبيل إقرار الرجل لزوجه بنفقة مدة ماضية هي فيها ناشز من غير سبق قضاء أو رضاه مع اعترافها بذلك ، فمثل هذه الإقرارات جميعها باطلة شرعاً لأنها إقرارات بأشياء يحكم الشرع ببطلانها بطلاناً كلياً .

٤٤٣ - هذا وسبق أن ذكرنا (٢) أن الإقرار في الفقه الإسلامي حجة قاصرة

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأن الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لمورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها . وإذا كان القانون قد أغنى من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الكتابي في حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها في حقيقتها وصية قصد بها إيثار بعض الورثة ، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفي لإهدار حجة هذه الإقرارات ، بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات - نقض مدني ١٨ يناير ١٩٥١ ص ٢ ص ٢٤٩ .

وقضت أيضاً بأن الوارث لا يعتبر من طبقة النير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث ، ومن ثم فإنها تسرى عليه ، غير أن له أن يثبت بأي طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة إضراراً به - نقض ١٩ إبريل سنة ١٩٥١ ص ٢ ص ٦٩٣ .

كما قضت بأن « التحايل المنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتمدة شرعاً ، كاعتبار شخص وارثاً وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع من هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلية كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية . ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم في الميراث ، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلقه المورث وقت وفاته ، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه » ، وأنه « إذا كان التصرف منجزاً فإنه لا يتعارض مع تنجزه عدم استطاعة المتصرف إليه دفع الثمن المبين بالعقد ، لأن التصرف الناجز يعتبر صحيحاً سواء أكان العقد في حقيقته بيمناً أم هبة مستمرة في عقد بيع استوفى شكله القانوني » - نقض ٣١ مارس ١٩٧٠ ص ٢١ ص ٥٣١ . وانظر نقض ٩ يناير ١٩٦٤ ص ١٥ ص ٤٣ .

(٢) راجع ما قلناه على الإقرار في الكتاب الأول ص ٢٠٥ - ٢٠٨ .

على المقر (١) . لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه لا على غيره لأنه على غيره شهادة أو دعوى (٢) ، ولذلك أجاز الفقهاء سماع البيعة بعد الإقرار ، لأن الإقرار قاصر والبيعة متعدية ، فإذا أقر الوارث للموصى له تسمع عليه البيعة مع إقراره كى يتعدى الحكم إلى غيره (٣) .

الإقرار في القانون المصري

٤٤٤ - لم يكن المشرع المصري يخص الإقرار في التقنين المدني الملغى بأكثر من مادة واحدة عني فيها بأحد أحكام الإقرار القضائي وهو حكم عدم قابليته للتجزئة . وقد نص في التقنين المدني القائم على الإقرار القضائي في المادتين ٤٠٨ ، ٤٠٩ ، فعرقه في الأولى منهما وبين أحكامه في الثانية ، ثم ألغيت هاتان المادتان وأورد قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ مضمونهما في المادتين ١٠٣ ، ١٠٤ منه (٤) .

شروط الإقرار

٤٤٥ - يشترط في الإقرار ما يشترط في الأعمال القانونية من وجود للإرادة ومحل تتعقد عليه (٥) . فيجب بادئ بدء أن تتجه إرادة المقر نحو

(١) وهذا هو الشأن أيضاً في القانون المصري ، فقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده ، فلا يجوز إعمال أثره على من عداهم - نقض ٣ يناير ١٩٥٢ ص ٣١٧ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ص ٣٢٨ .

(٣) أنظر أمثلة عديدة لذلك في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص ٢٢٤ - ٢٢٥ .

وانظر في إقرار المريض مرض الموت نفس المرجع ص ١٨٥ - ٢٢٥ - البدائع ، المرجع السابق ص ٢٢٤ - ٢٢٨ . وراجع ما قلناه عن شروط الإقرار وأثر الجهل بها ، للكتاب الأول ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .

(٤) وتطابق أولها المادة ٣٩٦ مدني لبيي وتقابلها المادتان ٩٣ و ٩٤ بينات سوري والمادة ٢١٠ أصول لبتاني والمادة ٤٦١ مدني عراق والمادة ٤٢٨ / ٤٠٥ للالتزامات تونسي ومغربي . وتطابق ثانيتهما المادتان ١٠٠ و ١٠١ بينات سوري وتقابلها المادة ٣٩٧ مدني لبيي والمواد ٤٦٨ - ٤٧٠ مدني عراق والمادتان ٢٢٤ و ٢٢٧ أصول لبتاني والمادتان ٤٣٤ / ٤٦٠ و ٤٢٨ / ٤١٤ للالتزامات تونسي ومغربي .

(٥) أما السبب فهو ركن في الإرادة التي تشيء التزاماً في ذمة صاحبها ، أي في الأعمال القانونية الإنشائية لا في الأعمال القانونية الإختيارية كما هو شأن الإقرار - سليمان مرقس ، المدخل للمعلوم القانونية ١٩٦٧ فقرة ٣٧٨ - الالتزامات فقرة ١٤٢ وما بعدها . ولذلك نصت المادة ٤٦٧ من التقنين المدني العراقي على أنه « إذا اختلف المقر والمقر له ، فلا يكون اختلافاً هذا ماداماً من صحة الإقرار » .

اعتبار الحق المقر به ثابتاً في ذمته وتمكين خصمه من التمسك بهذا الإقرار ، فلا يعتبر من قبيل الإقرار الملزم ما يرد على لسان الشخص تأييداً لادعاءاته من أقوال فيها مصلحة لخصمه ، ما دام لم يقصد من إدلائه بهذه الأقوال أن يتخذها خصمه دليلاً عليه (١) ، كما لا يعتبر أيضاً من قبيل الإقرار قيام من تسبب في حادث بالعناية بمن أصيب فيه وتضميد جراحه ، ولا عرضه مبلغاً على سبيل الصلح (٢) ، ولا إبدائه الرغبة في تسوية النزاع (٣) .

٤٤٦ - ويجب ثانياً أن تكون إرادة المقر معبراً عنها ، والتعبير إما أن يكون صريحاً وهو لا يشترط فيه لفظ معين (٤) ، وإما أن يكون ضمناً كالإقرار بعدم ملكية الشيء يستفاد ضمناً من استنجاره أو من استعارته ، والإقرار بعدم وفاء الدين يستفاد ضمناً من التمسك بتقادمه أو بالإبراء منه (٥) . والإقرار بصحة توقيع السند يستفاد ضمناً من عدم إنكاره بمجرد المواجهة به ومن مناقشة موضوعه (٦) . وقد يستفاد التعبير الضمني من مجرد السكوت كما إذا ادعى

(١) نقض مدني ٣٠ مارس ١٩٣٣ ، المحاماة ص ١٣ ص ١١٠١ .

(٢) أوبري وروط ٦ ج ١٢ ص ١٠٨ - السهورى ج ٢ ص ٤٧٣ .

(٣) نقض مدني ١٧ يناير ١٩٦٧ ص ١٨ ص ١٢٠ حيث ورد به أن « إبداء الخصم رغبته في تسوية النزاع لا يفيد حتماً وبطريق القزوم استمرار هذه الرغبة في كل الأوقات ، كما لا يفيد إقراره بحق خصمه » .

(٤) وفي الفقه الحنفي يجوز إقرار الأخرس بإشارته المفهومة ، ولو أنه لا تجوز منه الشهادة - أنظر المادتين ٤٣٤ / ٤٦٠ و ٤٣٨ / ٤١٤ للالتزامات تونسي ومغربي .

فرانسوا مارنير في نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي ، باريس ١٩١٠ ص ٧٢ .

(٥) فإذا تبين بعد ذلك أن التقادم لم يتم أو أن المقاصة أو الإبراء لم يحصل ، التزم المدين بإقراره الضمني بعدم الوفاء ولم يجوز له الرجوع عنه والتمسك بإيفاء الدين - إدوار ميد ج ١ ص ٢٥٣ .

(٦) نقض مدني ٤ إبريل ١٩٦٧ ص ١٨ ص ٧٦٠ . كما قضت محكمة النقض بأن عدم منازعة المدين في دعوى الحراسة في صحة الدين المرفوعة بسببه تلك الدعوى ووضع أمواله تحت يد الحارس والترخيص له في اقتضاء حق الدائن من ريعها لا ينطوي على إقرار ضمني بالحق لأن المدين لا يترك أمواله بإرادته تحت يد الحارس حتى ينسب إليه ما يتضمنه هذا الإقرار ، وإنما هو يلتزم بذلك تنفيذاً لحكم الحراسة ، كما أن مطالبة الحارس بتقديم كشف الحساب لا يمكن اعتبارها بالنكاح ونتيجة لما تقدم إقراراً ضمناً بالحق قاطماً للتقادم - نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٦٦ ص ١٧ ص ١٧٠٥ .

- وحكم في لبنان بأنه إذا حدد المدعي قيمة العقار بثلاثمائة ليرة لبنانية لأجل دفع الرسم ولم يطلب المستأنف عليه رد الاستئناف شكلاً لعدم قابلية الحكم البدائي للاستئناف . . . فإن

على شخص بواقعتين فأذكر إحداهما صراحة وسكت عن الأخرى (١) .
 وكانت المادة ١٦٦ / ١٨١ مرافعات مصرية قديم تنص على أنه « إذا
 امتنع المستول (في استجواب الخصوم) عن الإجابة على أسئلة مبدئية
 على وقائع متعلقة بالدعوى وجائزة القبول أو تخلف عن الحضور لاستجوابه ،
 فللمحكمة النظر في ذلك » ، أي أنها كانت تخول المحكمة أن تعتبر ذلك تسليماً
 من الخصم أو إقراراً بالحق المدعى به أو أن تعتبره دون الإقرار قيمة أي
 بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة فترتب عليه قبول الإثبات بالبينة والقرائن في
 الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك . ولكن المادة ١٧٣ مرافعات مصرية
 لسنة ١٩٤٩ عدلت عن تحويل المحكمة سلطة اعتبار الامتناع عن الإجابة بغير
 مبرر قانوني بمثابة إقرار ، واكتفت بأن خولتها أن ترتب على هذا الامتناع
 إجازة الإثبات بالبينة والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك ،
 أي أن تعتبر له قيمة مبدأ الثبوت بالكتابة . وقد نصت على ذلك المادة ١١٣
 من قانون الإثبات المصري الجديد الصادر برقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ (٢) .

سكوته إقرار ضمنى بأن قيمة العقار تزيد عن الثلاثمائة ليرة لبنانية - تمييز لبنان ١٥
 تشرين الأول ١٩٦٢ ، النشرة القضائية اللبنانية ٢٠ سنة ١٩٦٤ ص ١٣٢ .
 (١) نقض ٤ مايو ١٩٦١ ص ١٢ من ٤٣٧ - نشأت ط ٦ ج ٢ ص ٤ - إيدوار
 عيد ج ١ ص ٣٥٣ - وحكم بأن تفويض الأمر إلى المحكمة لا يعتبر إقراراً ، وبأن إهمال
 المحامي تقديم عقد الرهن في التوزيع لا يعتبر إقراراً بانعدام الرهن - استئناف مختلط ٣٠
 أبريل ١٨٩٦ و ٤ ديسمبر ١٩٢٨ .

(٢) وقد أخذ بذلك أيضاً القانون العراقي حيث نصت المادة ٥٤ / ٢ من تقنين أصول
 المرافعات المدنية والتجارية على أنه « إذا لم يحضر الخصم ولم يقدم عذراً مشروعاً فإن للمحكمة
 أن تستخلص من ذلك قرينة تساعد على حسم الدعوى » . أما القانون اللبناني ، فقد أخذ
 في المادة ٢١٨ من أصول المرافعات المدنية بحكم القانون المصري القديم حيث نصت تلك المادة
 على أنه « إذا دعى الخصمان للاستجواب وتخلف أحدهما عن الحضور دون عذر مشروع ، جاز
 اعتبار موقفه هذا بمثابة الإقرار الضمني بصحة الوقائع التي تكون مداراً للاستجواب .
 كما نصت المادة ٢١٩ على أن يكون الأمر كذلك إذا رفض أحد الخصمين على وجه صريح
 أو ملتبس إعطاء الجواب على الأسئلة الملقاة عليه من القاضي . غير أنه أخذ بحكم القانون
 المصري الجديد في الحالة التي يقتصر فيها المتدعون على ادعاء الجهل والنسيان لدى طرح
 الأسئلة عليهم من قبل القاضي دون أن يظهر أنهم اتخذوا موقف الرفض ، فأجاز للقاضي عندئذ
 قبول الشهادة والقرائن في الإثبات (المادة ٢٢٠) .

هذا والتعبير الصريح إما أن يكون شفوياً يدلى به الخصم من تلقاء
 نفسه أو على أثر استجواب ، وإما أن يكون مكتوباً في ورقة يسلمها المقر للمقر
 المقر له (١) ، أو في مذكرة يقدمها إلى القضاء ، أو في إعلان يوجه إلى
 الخصم . ولا بد في جميع الأحوال من إفادة صيغة الإقرار ثبوت الحق المقر به
 على سبيل اليقين والجزم (٢) ، وللمحكمة الموضوع في جميع الأحوال تفسير

(١) يلاحظ أن النوع الثاني تسرى عليه أحكام الدليل الكتابي فحسب ، حالة أن
 النوع الأول تسرى عليه أحكام الإقرارات - السهوى ، الوسيط ج ٢ ص ٤٧١ - إيدوار
 عيد ، قواعد الإثبات ، بيروت ١٩٦١ ج ١ ص ٣٤٤ . فالإقرار حجة قاصرة في حين أن
 الدليل الكتابي حجة متعدية . والإقرار لا يجوز فيه السماح للمقر بإثبات عدم صحته ولا يجوز
 للمقر له تجزئته . وإذا كان محل الإقرار حقاً عينياً عقارياً فإن الإقرار ينتج أثره بالنسبة إلى
 المقر وإلى ورثته من بعده دون حاجة إلى تسجيله - نقض ٢ فبراير ١٩٥٦ ص ٧ ص
 ١٤٨ - نقض ٧ فبراير ١٩٥٧ ص ٨ ص ١٢٦ . ولا يحتاج إلى تسجيل إلا عند التمسك به
 على الغير . وإذا صدر إقرار بعد صدور قانون موضوعي معين عن واقعة سابقة ، فإن هذه
 الواقعة لا تخضع للقانون الموضوعي المعمول به وقت الإقرار بل للقانون الذي كان سارياً
 وقت حدوثها - نقض ٦ مارس ١٩٥٢ ص ٣ ص ٦٠٥ .

- ويفضي التفرقة أيضاً بين الإقرار المكتوب وبين السند المؤيد لسند أصل سابق ، وهو
 السند الذي يحرر في حالة تصياح السند الأصلي أو تقادم العهد عليه ليقوم مقام ذلك السند
 الأصلي أو ليكسبه جدة ، وهذا تكون له حجية السند الأصلي ما دام موقفاً عليه من طرفيه ،
 ولكن حجيته هذه تقوم على أساس افتراض مطابقتها لذلك السند الأصلي إلى أن يثبت للعكس
 بإبراز ذلك السند - سليمان مرقس ، الأدلة الخفية وإجراءاتها ص ٢٣٩ - السهوى ،
 الوسيط ج ٢ ص ٢٥٣ .

(٢) نقض ٦ يونيو ١٩٦٧ ص ١٨ ص ١٢٠٣ ، نقض ٣ يونيو ١٩٦٥ ص ١٦
 ص ٦٧٨ . وقد جاء في هذا الحكم الأخير أنه لا يعتبر إقراراً ما يسلم به الخصم اضطراراً
 واحتياطاً لما صي أن تتجه إليه المحكمة من إجابة خصمه إلى طلباته . فإذا كان المظنون ضد
 قد انتهوا في مذكرتهم إلى طلب رفض الدعوى على أساس أن العقد مزور ، فإن ثبتت صحته فعلى
 أساس أنه وصية باطللة لصدوره في اللحظات الأخيرة من حياة مورثهم ، فإن القول بالأساس
 الثاني لا يعتبر بمثابة إقرار من المظنون ضد خصمه بصحة العقد ، كما أن هذا التسليم لا يتطوى على
 نزول من جانب صاحبه من حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه .

وفي هذا المعنى أيضاً ما قرره محكمة النقض من أنه « إذا طلب المدعى عليه بصفة أصلية
 رفض دعوى المدعى ومن باب الاحتياط تخفيض مبلغ التمويض المطلوب ، فإن هذا للطلب
 الاحتياطي لا يعد بمثابة إقرار من المدعى عليه بصحة دعوى خصمه » - نقض ٣ مايو ١٩٦٢
 ص ١٣ ص ٥٧١ . ونحن نرى ، بالتحويل على ذلك ، أنه إجابة الخصم إلى طلبه الاحتياطي
 لا تمنعه من الطعن على الحكم بالاستئناف بنية القضاء له بطله الأصل .

الإقرار بما لا يخرج عن مدلول عبارته^(١).

ويجب ثالثاً أن يكون المقر شخصاً متمسكاً وأهلاً للإقرار الذي يعتبر بمثابة عمل من أعمال التصرف ، فيشترط في المقر أن تتوافر له أهلية التصرف في الحق المقر به أو أهلية الالتزام بالواقعة المقر بها .

٤٤٧ - ويجب أخيراً أن يكون تعبير المقر تعبيراً عن إرادة جديية حقيقية^(٢) لا يشوبها عيب من عيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال^(٣) . وقد نصت على ذلك صراحة المادتان ٤٣٢ من قانون الالتزامات الثونسي و ٤٠٩ من قانون الالتزامات المغربي حيث اشترطتا في صحة الإقرار « أن يكون عن اختيار وتبصر والأسباب المفسدة للرضا تقصد الإقرار أيضاً »^(٤) . فإذا كان المقر مازحاً انتفى قصده الارتباط

(١) نقض ٣ يناير ١٩٥٢ - ٣ ص ٣١٧ - نقض ٢ يناير ١٩٦٢ ص ١٤ ص ٤١ - نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٦٦ ص ١٧ ص ١٩٨٥ .

وتقدير كون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر إقراراً منه أولاً مسألة قانونية تدخل تحت رقابة محكمة النقض - نقض ١٩ يناير و ٣١ أكتوبر ١٩٦٧ ص ١٨ ص ١٥٦ و ١٥٨٤ . - وقضت محكمة النقض بأنه « متى كان الحكم المطعون فيه إذ تقي صدور إقرار من البائتين قد استند إلى أن الإقرار الصادر من وكيلهما والمثبت بحضور انتقال القاضي المنتدب للمعينة لا يصلح للاحتجاج به على الموكلين لأنه لم يصدر بتوكيل خاص أو ضمن توكيل هام يبيع الإقرار بالملكية ، فإن هذا القول لا مخالفة فيه للقانون - نقض ١٤ فبراير ١٩٥٢ ص ٣ ص ٤٧٤ .

(٢) فالإقرار الصوري لا قيمة له ، وقد يلجأ إليه بالتواطؤ بين المقر والمقر له إضراراً بحقوق الغير كالدائنين والخلف ، فيجوز لحولاء إثبات صورته بكافة الطرق وحتى تمكنوا من ذلك أبطلوا كل أثر له في حقهم - السهوي ج ٢ ص ٤٨٩ - نقض مدق ١٥ مايو ١٩٥٢ ص ٣ ص ١٠٧٢ .

- وقضت محكمة النقض بأن الإقرار الصوري إذا أضر بالغير يعتبر تزويراً ويقع تحت طائلة العقاب - نقض جنائي ٢٠ يناير ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ١٨٨ - محمود إبراهيم اسماعيل ، جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم التزوير ١٩٤٧ هامش ص ٢٢٨ .

(٣) سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ج ٢ في الالتزامات ١٩٦٤ ص ١٩٥٢ وما بعدها . وقد حكم بأن الإقرار الذي يصدر من سيده متقدمة في السن وضحيقة الإرادة تحت تأثير رجل دين وتسلطه يكون باطلاً لانعدام الرضا وسلب الإرادة - استئناف مصر ٨ مايو ١٩٢٩ ، الهاماة ص ٩ ص ٨٦٧ .

(٤) وهذا نصهما الفرنسي *L'aveu doit être libre et éclairé ; les Causes qui vicent le Consentement vicent l'aveu*

بالإقرار ، وكذلك إذا كان تعبيره صورياً صورية مطلقاً ، فإنه لا يعول عليه^(١) سواء كانت الصورية بتواطؤ بين المقر والمقر له إضراراً بحقوق الدائنين أو الخلف أو دون توافق^(٢) . وإذا أقر الشخص تحت تأثير إكراه أو غلط أو تدليس جاز له إبطال إقراره ويكون ذلك بعدوله عنه بعد إثبات ما شاب رضاه من عيب^(٣) ، ولو كان ذلك بعد صدور الحكم بناء على هذا الإقرار فيبطل الحكم تبعاً لبطلان الإقرار الذي انبنى هو عليه^(٤) .

محل الإقرار

٤٤٨ - أما محل الإقرار فهو الحق المراد إثباته للخصم ، سواء كان الإقرار بالحق مباشرة أو كان من طريق الإقرار بالواقعة القانونية التي ترتب عليها هذا الحق . ويشترط في المقر به أن يكون عملاً مشروعاً^(٥) وألا يمنع المشرع إثباته من طريق الإقرار^(٦) أو أن يكون حقاً مما يجوز النزول عنه أو مما لم يمنع المشرع الإقرار به ، فالإقرار برضا فاحش أو بدين قمار أو ببيع بركة مستقبلية لا يعول عليه ، وكذلك الإقرار المخالف لمحتويات

(١) أنظر أحمد إبراهيم في طرق القضاء ص ١٢٩ وما نقله في الهامش من شرح المجلة لقاعدة ١٥٧٥ حيث قال : إذا ادعى أن ما صدر بينهما كان بطريق التلجئة والمواضعة وفسرها وأقام بيته على وفق مدماه تقبل بيته بطريقها الشرعي . وكما لا يجوز بيع التلجئة بأن يقول لآخر إنني أترك في العلانية بمال وتواضعا على فساد الإقرار لا يصح إقراره ، وإن ادعى أحدهما أن هذا الإقرار هزل وتلجئة وادعى الآخر أنه جد ، فالقول لمدي الجدل وعلى الآخر البيته كافي للتاريخانية ، وذلك لأن الأصل في العقود الصحة ، فدعيا متصك بالأصل وخصمه متصك بما يخالفه .

(٢) السهوي ج ٢ ص ٤٨٩ - أوبري ورو ج ١٢ ص ١١٠ .

(٣) أحمد إبراهيم ، المرجع السابق - نشأت ج ٢ فقرة ٤٩٨ و ٤٩٩ .

- وانظر فيما يتعلق بجواز الرجوع في الإقرار المشوب بالتدليس بعد إثبات التدليس - نقض مدق ٥ مايو ١٩٦٦ ص ١٧ ص ١٠١٩ . وفيما يتعلق بإبطال الإقرار لغلط فيه - نقض ١٩ يناير ١٩٦٧ ص ١٨ ص ١٥٦ ، نقض ٥ مايو ١٩٦٦ ص ١٧ ص ١٠١٩ .

(٤) أنظر فيما يتعلق بالفقه الإسلامي في هذا الشأن - فرائسوا مارنير ، المرجع السابق ص ٧٤ .

(٥) راجع ما ذكرناه من الفقه الإسلامي في هذا الخصوص ، البنود ١٢٠ - ١٢٢ و ٤٤٢ .

(٦) ولا يعتبر متناً من الإثبات بطريق الإقرار ، المنع من الإثبات بطريق البيته والقرائن ، فيجوز الإقرار بتصرف قانوني مما لا يجوز إثباته بالبيته والقرائن - السهوي ج ٢ ص ٤٩٢ .

الورقة الرسمية التي لا تدحض حججتها إلا من طريق الطعن بالتزوير ، أو المخالف لقريئة قانونية قاطعة تتعلق بالنظام العام^(١) . ويشترط أيضاً أن يكون المقر به معيناً أو قابلاً للتعين^(٢) ، وإلا فلا يصح الإقرار ولا يرتب في ذمة المقر التزاماً^(٣) . ويشترط أخيراً ألا يكذب ظاهر الحال الإقرار^(٤) ،

(١) سليمان مرقس ، أصول الإثبات المرجع السابق فقرة ٢٧٥ .

(٢) نصت على هذا الشرط صراحة المادتان ٤٣١ / ٤٠٨ من القانونين التونسي والمغربي حيث جاء فيهما أنه يجب أن « يكون الشيء المقر به معيناً أو قابلاً للتعين » .

(٣) السهوري ، المرجع السابق ص ٤٩٠ فقرة ٢٥٠ . وقد نصت المادة ٤٦٢ / ١ مدني عراق على أن « يشترط ألا يكون المقر به مجهولاً جهالة فاحشة . أما الجهالة فلا تكون مانعة من صحة الإقرار » . ونصت المادة ٤٦٤ منه على أنه « كما يصح الإقرار بالمعلوم يصح الإقرار بالمجهول إلا في العقود التي لا تصح مع الجهالة . فلو أقر أحد بأمانة أو سرقة أو غصب صح إقراره ويطلب منه تعيين الأمانة المجهولة أو المال المسروق أو المنصوب . أما إذ أقر ببيع أو استئجار شيء غير معلوم فلا يصح إقراره » . والمقصود بذلك أن التصرفات التي لا تكون صحيحة مع الجهالة وهي كثرة التصرفات كالبيع والإجارة يشترط في حجية إقرار بها أن يكون المقر به معلوماً . أما في التصرفات التي تكون صحيحة مع الجهالة كالغصب والوديعة فلا يشترط ذلك . أنظر سليمان مرقس ، الإقرار واليمين وإجراءاتهما هامش (٦) ص ١٧١٦ .

– وينقل الأستاذ أحمد إبراهيم عن تكملة الفتح مانعه « كل تصرف لا يشترط لصحة تحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف بالإقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فإن الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة . . . وكل تصرف يشترط لصحته وتحقيقه إعلام ما صادفه ذلك التصرف بالإقرار به مع الجهالة لا يصح ، وذلك كالبيع والإجارة . فإن من أقر أنه باع من فلان شيئاً أو أجر من فلان شيئاً أو اشترى من فلان كذا لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسداً ، فكذا إذا ثبت بالإقرار . ولو عايننا أنه غصب شيئاً مجهولاً في كسب يجبر على الرد فكذا إذا ثبت بالإقرار . وإذا صح الإقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقاً للمقر له ، كذا في الكافي والمحيط البرهاني » ثم أضاف « وإذا مات المقر قبل البيان قال الشربلالي ينبغي أن يرجع فيه إلى الورقة » ، وأشار إلى المادة ١٥٧٩ من المجلة وشرحها .

(٤) نقض ٢٥ مارس ١٩٦٧ ص ١٨ من ٦٥٥ ونقض ٢٣ مايو ١٩٦٢ ص ١٣ من ٦٢٧ وقد جاء فيه أن كل إقرار تكذيب الأوراق الرسمية أو يكذبه الظاهر يكون غير مقبول ، وطبق ذلك على إقرار الزوجية بقيام الزوجية مع وجود إلهام طلاق رسمي يكذبها في ذلك .

قلو أقر شخص ببذرة آخر أكبر منه في السن لا يصح إقراره^(١) . ويعود للمحكمة تقدير مطابقة الإقرار لظاهر الحال على ما يبدو لها من وقائع الدعوى^(٢) .

عدم جواز أن يكون محل الإقرار حكماً أو وصفاً قانونياً

٤٤٩ – لا يجوز أن يكون محل الإقرار حكماً قانونياً في ذاته لأن الإقرار لا يرد إلا على مسألة من مسائل الواقع فإذا أقر شخص بأن نصاً معيناً من نصوص القانون ينطبق عليه ، فلا يلزم القاضي بتطبيق هذا النص عليه لأن تطبيق القانون موكول إليه وهو الذي يتحرى شروط انطباقه بقطع النظر عن إقرار الخصوم بذلك^(٣) ، وكذلك لا يكون محل الإقرار وصفاً قانونياً لفعل أو تكييفاً لعقد ، لأن التكييف القانوني من عمل القاضي إذ هو إنزال حكم القانون على الفعل أو العقد موضوع التداعي^(٤) ، فلا يكون لإقرار الخصم بتكييف قانوني معين أي أثر ، ويملك القاضي الأخذ في شأن العقد المذكور بتكييف آخر حسبما يراه من توافر شروط معينة في العقد . فإذا أقر المدعي بأن العقد الصادر منه في ذاته عقد بيع وقائي فإن إقراره بذلك لا يمنع القاضي من تكييف العقد بأنه رهن^(٥) ، بل لا يمنع المقر نفسه من العدول

(١) في هذا المعنى المادة ٤٦٥ مدني عراق والمادة ٩٧ من قانون البينات السوري والمادة ١٢٧٧ من المجلة .

وانظر إدوار عيد ، المرجع السابق ص ٣٥٠ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري .

(٣) قضت محكمة النقض بأنه لكي ينتج الإقرار أثره القانوني يجب أن يكون مصحفاً بواقعة لا بالتطبيق القانوني لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم . وإذن فإن إقرار المظنون عليهما بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة بشيء – نقض ١٢ أكتوبر ١٩٥٣ ص ٥ من ٦٢ .

(٤) قضت محكمة النقض بأنه « وإن كان التعرف على ما عناء الطرفان من المحرز موضوع الدعوى هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع ، إلا أنه متى استخلصت المحكمة فإن التكييف القانوني الصحيح لما قضت المتناقدان وإنزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض – ٢ يونيو ١٩٧٠ في الطعن ٥١٦ سنة ٢٥ ق (لم ينشر بعد) .

(٥) لأن الإقرار هنا ليس إقراراً بذمة وإنما هو إقرار بوصف عقد من الوجهة القانونية ، وهذا الوصف لم يغير شيئاً من حقيقته ولا يقيد المحكمة مادام أنه غير =

عن هذا التكليف إلى غيره (١) ، وإذا أقر المصاب في حادث تصادم بأنه المخطئ ، فلا يقيد إقراره المحكمة إذا رأت أن مساكته كان مطابقاً لقواعد المرور (٢) .

السبب في الإقرار

٤٥٠ - يكون الإقرار صحيحاً ولو خلا من ذكر سببه السابق عليه لأنه عمل إخباري وليس إنشائياً (٣) ، ولأن السبب ليس ركناً إلا في الإرادة التي يلتزم بها صاحبها أي في العمل المنشئ لالتزام (٤) ، وإذا ذكر في الإقرار سبب للحق المقر به وكان هذا السبب مختلفاً عما ادعاه المدعى المقر له ، فإن هذا الاختلاف لا يؤثر في صحة الإقرار (٥) ، إلا أن يكون السبب

للأركان التي اشترط القانون وجوب توافرها - استئناف مصر ٣٠ إبريل ١٩٣٤ ، المعاماة ١٥ من ٢ من ٣١٤ . وانظر أيضاً تمييز لبناني ٢٢ فبراير ١٩٤٠ وقد جاء فيه أنه لا يصح إقرار الشخص بأنه تاجر تنطبق عليه أحكام التجار إذا لم تتوافر فيه فعلاً الشروط التي يتطلبها القانون فيمن يعتبر تاجراً - مجموعة الاجتهادات المختلطة ١ من ٥٤٨ والأحكام التي أشار إليها إدوار عيد في المرجع السابق من ٣٤٩ .

(١) نشأت ط ٦ ج ٢ فقرة ٤٨٨ من ٥ .

(٢) أنظر سليمان مرقس ، الأدلة الخلقية وإجراءاتها ١٩٦٧ هامش من ٥٩ وراجع ما جاء فيه من إثبات القاعدة القانونية التي تستمد من أحكام المحاكم أو التي تنشأ من عادة اتفاقية .

(٣) وهو ما عليه أغلب الفقه الإسلامي حل ما ذكرنا في الكتاب الأول .

(٤) سليمان مرقس ، نظرية العقد ١٩٥٦ فقرة ١٥٧ . وقد قصت محكمة النقض بأن الإقرار يعتبر دليلاً تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق فيكون صحيحاً ولو كان خالياً من ذكر سببه السابق عليه . . . ولذا كان حكمه ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداء - نقض ٦ فبراير ١٩٣٦ ، المعاماة من ١٦ من ٨٥٧ .

(٥) وقد نصت المادة ٤٦٧ مدق عراق على أنه « إذا اختلف المقر والمقر له في سبب المقر به ، فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً من صحة الإقرار » . وهذا للنص مقتبس من نص المادة ١٥٨١ من المجلة ومن المادة ١٢٦ من لائحة المحاكم الشرعية القديمة والمادة ١٢٥ من اللائحة الأخيرة .

وقارن مع ذلك نقض ١٩ إبريل ١٩٥١ من ٢ من ٦٩٣ حيث تميزت المحكمة بين سبب الإقرار بالدين وحل الاستدانة ويبدو أنها تشترط صحة السبب حاله أن الخلاف المعروض عليها كان خلافاً في حلة الاستدانة دون أي منازعة في سبب الإقرار بالدين فقالت « إن للدائن لا شأن له بهادة استدانة مدينه صحيحة كانت أم غير صحيحة وليست هذه العلة هي السبب القانوني لدين المظنون عليها بل إن سببه هو استيلاء المورثة على صافي ريع أملاكها وهو السبب الذي يعتمد عليه الحكم في قضائه بصحة الإقرار » .

الذي ذكر في الإقرار مستحيلاً أو غير مشروع كما لو أقر بدين قال عنه إنه نتيجة قرض اقترضه من شخص كان لا يزال حياً مستكيناً (١) .

٤٥١ - ويعتبر تحصيل صدور أقوال معينة من الخصوم والظروف التي صدرت فيها وجديتها ودلائلها مسألة موضوعية متروكة تقديرها لمحكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض (٢) . أما تكليف هذه الأقوال بأنها إقرار قضائي أولاً فيعتبر مسألة قانونية تخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض (٣) ، وإذا رأت المحكمة في قول الخصم إقراراً بكل معنى الكلمة رتبته عليه آثاره ، وإلا جاز لها اعتبار ثبوته في محضر الجلسة أو المذكرة أو الورقة المقدمة من الخصم في الدعوى مبدأ ثبوت بالكتابة إذا توافرت فيه شروط ذلك أو مجرد قرينة قضائية .

أهلية المقر

٤٥٢ - قلنا إنه يشترط في الإقرار ما يشترط في التصرف في الحق المقر به من أهلية في المتصرف (٤) أو من ولاية له على مال غيره . وقد نصت كثير من الشرائع صراحة على ذلك (٥) . ولأن الغالب في الإقرار أن يكون

(١) أنظر فيما يتعلق بالفقه الإسلامي في هذا الشأن ، ما تيسر في المرجع السابق من ٧٧ .

(٢) نقض ٢٨ يناير ١٩٦٥ من ١٦ من ١١٤ وقد جاء فيه أنه إذا كانت محكمة الموضوع بما حصلت من الإقرار لم تخرج في تفسيرها له من المعنى الظاهر لعبارة ، فإنه لا يكون لمحكمة النقض سبيل عليها في ذلك .

وانظر أيضاً نقض ٣١ أكتوبر ١٩٦٧ من ١٨ من ١٥٨٤ .

(٣) نقض ٣٠ مارس ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ج ١ من ٢٠٣ .

(٤) ذلك أنه وإن كان الإقرار إخبارياً وليس إنشائياً ، إلا أنه يثبت به عمل المقر حق لم يكن من قبل ثابتاً ، ومعلوم أن الحق دون دليله لا قيمة له ، فأصطاه دليل الحق غير الثابت يعدل من الناحية العملية إنشاء هذا الحق - في هذا المعنى السهوي ، المرجع السابق من ٤٨٦ - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ من ٤٣٣ .

(٥) نشأت المرجع السابق من ٦ فقرة ٤٩١ - السهوي ، المرجع السابق من ٤٨٥ - سليمان مرقس ، الإقرار واليمين وإجراءاتهما من ٢٧ . وقد كانت المادة ١٢٤ من لائحة المحاكم الشرعية تنص على أنه « يشترط في صحة الإقرار أن يكون المقر عاقلاً بالغاً مختاراً غير مجبور عليه ولا يشترط شيء من ذلك في المقر له . ويقبل إقرار المجبور عليه لسفه في كل ما لا يمد مجبوراً عليه فيه شرعاً كالطلاق ونحوه » . ونصت المادة ٤٦٢ مدق عراق على أنه « يشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغاً غير مجبور عليه ، فلا يصح إقرار الصغير =

عن واقعة تنشئ للمقر له حقاً في ذمة المقر أو تنقل إليه حقاً من حقوق المقر ، أمكن للمقر بأنه يشترط في المقر أن يكون متمتعاً بأهلية التصرف في الحقوق وأنه لا يصح إقرار ناقص الأهلية قاصراً كان أو محجوراً بل يقع قابلاً للإبطال . غير أنه إذا كان موضوع الإقرار عملاً قانونياً من أعمال الإدارة أو من أعمال الاغتناء ، فتكفي في الإقرار به الأهلية اللازمة لمباشرة هذا التصرف ابتداءً وهي أهلية الإدارة أو أهلية الاغتناء . أما إذا كان تبرعاً فإن أهلية التصرف لا تكفي في الإقرار به بل يجب أن يكون المقر أهلاً للتبرع وإلا وقع إقراره باطلاً بطلاناً مطلقاً . ولأن القاصر المأذون له يعتبر كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه (المادة ٥٦ من قانون الولاية على المال) ، فإنه يصح إقراره في الأمور المأذون فيها . وإذا كان الإقرار يستر تصرفاً غير الذي ورد ذكره فيه ، تعين أن يكون للمقر الأهلية اللازمة لمباشرة التصرف الحقيقي الذي أريد ستره بالإقرار (١) .

٤٥٣ - ولا يجوز إقرار الوصي أو القيم عن يكون تحت ولايته إلا إذا حصل على إذن به من المحكمة المختصة في الحدود التي يقررها القانون (٢) ، ويجوز إقرارها بما يكونان قد أبرماه من أعمال الإدارة التي تدخل قانوناً في ولايتهما . أما الوقائع القانونية - التي ليست تصرفات - فليس للوصي أو القيم أن يقر بها ما لم تكن تدخل في أعمال الإدارة المخولة له بمقتضى القانون ، وإلا فإن إقراره بها تقتصر حجته على شخصه فحسب (٣) .

= والمجنون والمعتوه والسفيه . ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم والقوام عليهم . ولكن الصغير المميز المأذون يكون لإقراره حكم إقرار البالغ في الأمور المأذون فيها . ونصت على مثل ذلك المادة ٩٦ من قانون البيئات السورى .

وقررت المادة ٢٢٣ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية أن الإقرار يكون باطلاً إذا لم يكن المقر حائزاً الأهلية أو الصلاحية الكافية .

(١) عبد المنعم الصدة ، الإثبات في المواد المدنية ط ١٩٥٥ ص ٢٨٨ .

(٢) راجع التصرفات التي لا يجوز للولي مباشرتها إلا بإذن المحكمة في المادة ٣٩ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وهي كلها لا يجوز الإقرار بها أيضاً - وانظر في بيان هذه التصرفات ص ٢١٧ - ٢٢٢ من هذا المؤلف .

(٣) السهورى ، الوسيط ج ٢ ص ٤٨٨ . وقد اشترطت المادة ٩٤ من قانون =

٤٥٤ - ولا يجوز للوكيل الإقرار عن تصرف صدر من موكله إلا إذا كان مفوضاً في ذلك بنص خاص في التوكيل العام أو بتوكيل خاص (١) ، وذلك لأن التوكيل العام لا ينحول الوكيل سوى مباشرة أعمال الإدارة وليس الإقرار داخلاً فيها . ويكفي أن يذكر في التوكيل أن الوكيل مفوض في الإقرار ولا يشترط أن يعين فيه المقر به ، أى أنه تكفي في الإقرار الوكالة الخاصة ولا يلزم أن تكون الوكالة محددة (٢) . وإذا كانت الوكالة خاصة بتصرف معين ولم يذكر فيها الإقرار فيصح إقرار الوكيل بواقعة صدرت منه شخصياً بمقتضى تلك الوكالة وفي حدودها (٣) . وتعيلاً على ذلك لا يصح الإقرار الصادر من محام عن موكله ما لم يكن توكيله منصوصاً فيه على تفويضه في الإقرار (٤) . وكذلك ليس لناظر الوقف أن يقر بدين على الوقف لأنه لا يملك غير الإدارة . وإذا أقر ممثل الشخص المعنوى بصفته بأمر يتعلق بذلك الشخص المعنوى ، فإن إقراره يلزم ذلك الشخص طالما كان صدوره منه في حدود سلطته واختصاصه . وتستلزم محكمة النقض أن يبين المحكم الذى يقوم على إقرار صدر من وكيل ، ما إذا كان الإقرار يدخل في حدود الوكالة وإلا تعين نقضه لقصوره في التسيب (٥) .

= البيئات السورى في إقرار النائب أن تكون لديه نيابة خاصة في الإقرار ، وكذلك فعلت المادة ٤٢٨ من قانون الالتزامات والعقود التونسى والمادة ٤٠٥ من القانون المغربى .

(١) أنظر المادة ٧٠٢ منى مصرى - ونقض ١٤ فبراير ١٩٥٢ من ٣ ص ٤٧٤ ، ونقض ١٥ نوفمبر ١٩٦٦ من ١٧ ص ١٩٦٢ . وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٤٢٣ .

(٢) السهورى ، المرجع السابق ص ٤٨٧ .

(٣) الصدة ، المرجع السابق ص ٢٩٥ .

(٤) نقض ١٤ فبراير ١٩٥٢ من ٣ ص ٤٧٤ - نقض ٣١ أكتوبر ١٩٦٧ من ١٨ ص ١٥٨٤ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية أنه يشترط توقيع الموكلين أنفسهم على المذكرات التي تقدم من محاميهم إذا كانت تتضمن إقراراً ، إلا أن يكون المحامون مفوضين في الإقرار بتوكيل خاص - مجموعة الأعمال التحضيرية ، المرجع السابق - نفس الموضوع .

(٥) نقض ٢٤ ديسمبر ١٩٥٣ من ٥ ص ٥٩١ - نقض أول ديسمبر ١٩٤٩ من ١ ص ٦٢ .

هذا وإقرار المريض مرض الموت يأخذ حكم تصرفه أى حكم الوصية ، فلا ينفذ إلا في ثلث ماله ما لم يجره الورثة (١) ، أما الإقرار في حال الصحة فينتج أثره كاملاً ولو كان بستر تبرعاً .

قوة الإقرار

٤٥٥ - قلنا إن الإقرار بمثابة عمل من أعمال التصرف ، ويترتب على ذلك أنه لا يقيد إلا المقر وخلفاءه ودائتيه وإن كانت حججته تختلف في مداها بالنسبة إلى كل منهم (٢) . وهو حجة على المقر بلا حاجة إلى

(١) وفي الفقه الحنفي يسرى إقرار المريض بالدين في حق ورثته في حدود ثلث تركته ، ولكن للدائن المقر له يتأخر حتى في هذه الحدود عن سائر دائتي المقر حتى لا يضار هؤلاء بالإقرار الصادر في مرض المقر . ويجوز تعدد إقرارات المريض فينفذ كل منها في حدود ثلث أموال المقر وقت صدوره ، لأن الإقرار يختلف عن الوصية في أنه يخرج المال المقر به فوراً وليس مضافاً إلى ما بعد الموت - أنظر قرانسوا مارتير ، المرجع السابق ص ٧٣ .

(٢) ترجع حجية الإقرار على المقر بوجه عام إلى أن صدوره من شخص ضد مصلحة نفسه يجعل احتمال صدقه يرجح على احتمال كذبه . وحججته تنعدي إلى ورثة المقر - نقض مدق ٢٠ إبريل ١٩٥٠ ص ١ ص ٤٤٠ ، ونقض ٨ مارس ١٩٦٧ ص ١٨ ص ٥٨٩ وقد جاء فيه أن إقرار المورث بقسب شخص منه يسرى في حق ورثته الآخرين - غير أنه إذا كان المورث ولداً ثابتاً نسباً بالفراش فلا يحتج عليه بالإقرار الصادر من والديه أو من أحدهما بنى نسبة لأن الولد يكون ذا حق خاص في ثبوت نسبة فلا تسرى عليه في هذا الخصوص حجية الإقرار بالنسبة لورثة المقر - نقض مدق ١٥ مارس ١٩٦٧ ص ١٨ ص ٦٥٥ وقد جاء فيه أن النسب حق الولد فلا يصدق الزوجان في إبطاله ولو تعاونوا على أنه لم يحصل وطء ومن ثم فإن إقرارهما أو أحدهما بعدم الدخول والخلو لا ينعدي إليه ولا يبطل حقه .

- أما للدائنون فيختلفون عن الورثة في أن لهم حقوقاً شخصية خاصة بهم تتأثر بتصرفات مدينهم ومنها إقراراته ، فيحتج عليهم بهذه الإقرارات ولكن يكون لهم في جميع الأحوال إثبات عدم صحتها بكافة الطرق ، سواء بالتدخل في الدعوى التي صدر فيها الإقرار أو من طريق اعتراض الخارج عن الخصومة بعد صدور الحكم وذلك في الشرائع التي تنظم هذا الطريق من طرق الطعن في الأحكام (كالتشريع السوري والراقي والتونسي والمغربي ، كما كان تقنين المرافعات المصرية الصادر في سنة ١٩٤٩ ينص على هذا الطريق من الطعن في المادة ٤٥٠ وما بعدها) ، أو من طريق الطعن في الإقرار وفي الحكم الذي صدر بناء عليه بدعوى التصورية أو بدعوى عدم نفاذ التصرف في الأحوال التي تتوافر فيها شروط أى من هاتين الدعويتين ، أى أن حجية الإقرار لا تكون قاطعة بالنسبة لدائتي المقر .

- أما الخلف الخاص فيحتج عليه بالإقرار الصادر من سلفه قبل تلقيه حقه من ذلك السلف ، ولا يحتج عليه بالإقرار الصادر بعد ذلك - نقض ٢٥ أكتوبر ١٩٥٦ ص ٧ -

تسجيل (١) ، ولكن يجب تسجيله ليكون حجة على الغير طبقاً للمادة (١٠) من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

الإقرار القضائي

٤٥٦ - الإقرار نوعان : قضائي وغير قضائي . والإقرار القضائي كما عرفته المادة ١٠٣ من قانون الإثبات هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة (٢) .

- من ٨٤٧ وقد جاء فيه : لا هل المحكمة إذا من أخذت بإقرار زوجة المحجور عليه فقضت بصورية عقد البيع الصادر إليها من زوجها دون أن يتمدى أثر ذلك إلى غيرها من المتعاقدين معها الذين تلقوا الحق منها .

أما إقرار الوارث فلا ينعدي إلى سائر الوراثين معه - نقض ١٠ نوفمبر ١٩٦٤ ص ١٥ ص ١٠٥٠ وقد جاء فيه أن إقرار الوارث حجة قاصرة على المقر ، فلا يترتب عليه قطع التقادم بالنسبة للورثة الآخرين . وكذلك إقرار الشريك بالنسبة إلى سائر شركائه ، وإقرار الدائن المتضامن أو المدين المتضامن بالنسبة لسائر المتضامين معه - نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٦٦ ص ١٧ ص ١٧٠٥ والمادتان ٢٨٢ و ٢٩٥ مدق مصرى .

(١) قضت محكمة النقض بأنه متى كان مفاد إقرار صادر من المورث أن الأطلاق التي اشتراها باسمه هي في حقيقتها ملك لوالده وثمنها مدفوع من ماله الخاص ، فإن هذا الإقرار ليس إلا تصرفاً مقررراً للملكية لا منشئاً لها ويكون حجة على ورثة هذا المورث بغير حاجة إلى تسجيل وفقاً للمادة الثانية من القانون ١٨ لسنة ١٩٢٣ (وتقابلها المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري القائم) .

(٢) وتطابقها المادة ٣٩٦ مدق ليبسى . وعرفته كل من المادتين ٩٣ من قانون البيينات السوري و ٤٦١ مدق عراق بأنه : إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر .

- والإقرار يكون قضائياً ولو صدر أمام قاضي التحضير أو القاضي المنتدب للتحقيق أو للاستجواب - السجورى ، المرجع السابق ص ٤٩٣ . ويعتبر كذلك أيضاً الإقرار الذي يصدر أمام هيئة المحكمين - نقض مدق في الطعن ١٨٥ سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ ص ٦٥١ . ولكن لا يعتبر كذلك الإقرار الذي يصدر أمام النيابة العامة أو الإدارية أو الحسبية أو الجهات الإدارية أو حتى أمام خبير معين من قبل المحكمة - نقض ٦ يونيو ١٩٦٧ ص ١٨ ص ١٢٠٣ . أما الاعتراف الذي يصدر في المسائل الجنائية فلا يعتبر إثباتاً تاماً ما لم تمززه ظروف أخرى ولا يمكن أن تكون له أمام المحكمة المدنية أهمية أكثر من اعتباره مجرد قرينة تتعلق بالوقائع . أما الإقرار الذي يصدر في الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحكمة الجنائية فإنه يكون إقراراً قضائياً .

ونسرى النظر إلى أنه يشترط أن تكون المحكمة أو الهيئة التي يصدر أمامها الإقرار مختصة اختصاصاً نوعياً دون اعتبار للاختصاص المجل . بيد أنه إذا كان عدم اختصاص المحكمة لا يتعلق بالنظام العام ، يصح الإقرار أمامها لأن الدفع بعدم الاختصاص في هذه الحالة يزول بالإقرار .

فإذا صدر الإقرار في قضية سابقة فلا يعتبر إقراراً قضائياً في الدعوى المنظورة (١) ، ولكن ذلك لا يمنع من اعتباره إقراراً غير قضائي (٢) أو الاستدلال به بحسبانه قرينة على ما ورد فيه (٣) . ومتى صدر الإقرار القضائي مستوفياً شرائطه وأركانه المتقدمة يعتبر حجة قاطعة على صاحبه ويجب على القاضي الأخذ به وعدم إجراء أى بحث في موضوعه بعد حصوله (٤) . وقد نصت المادة ١٠٤ من قانون الإثبات على أن « الإقرار حجة قاطعة على المقر . ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى (٥) » . ويمكن القول بأنه يترتب على الإقرار القضائي في القانون المصري ،

(١) نقض ٢٣ يونيو ١٩٦٦ من ١٧ ص ١٤٤٢ . وقضت محكمة استئناف مصر بأن إقرار الخصم في قضية وضع اليد لا يصح التمسك به في قضية الملك - استئناف ٧ يونيو ١٩٣٢ المحاماة من ١٣ ص ٥٣٨ .

(٢) نقض ٢٣ يونيو ١٩٦٦ من ١٧ ص ١٤٤٢ . ولا يمنع من اعتبار الإقرار الصادر في قضية أخرى أن يكون قد حكم بسقوط الخصومة فيها لأن سقوط الخصومة لا يستتبع سقوط الإقرارات الصادرة من الخصوم - نقض ٩ مارس ١٩٦٧ من ١٨ ص ٥٩٩ .

(٣) نقض ٥ مارس ١٩٥٩ من ١٠ ص ٢٠٤ .

(٤) نقض ٢٤ يناير ١٩٦٧ من ١٨ ص ١٧٦ .

(٥) وهذه المادة تقابل المادة ٤٠٩ مدني مصري الملغاة والتي كان قد ورد خطأ فيها عند طبع القانون الملغى في الوقائع الرسمية حيث استبدلت كلمة « قاصرة » بكلمة « قاطعة » ثم صحح هذا الخطأ بحسبانه خطأ مادياً ، في مجموعة القوانين وأعماله التحضيرية ج ٣ ص ٤٣٥ . ولم يكن للفقرة الأولى من المادة ٤٠٩ مقابل في القانون المدني السابق ولكن الفقه والقضاء قررا ذلك . فقد قررت محكمة النقض أن « القايون يكلف المدعي بإقامة الدليل على دعواه إلا إذا سلم له خصمه بها أو بيدها فإنه يعفيه من إقامة الدليل على ما اعترف به . فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ولكنه تملكها بالتقادم ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لمده الأرض وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية فقد خالفت القانون باقتضائها دليلاً على أمر معترف به » - مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٢٦٠ .

- ويقابل هذه المادة في التقنين المدني الليبي ، المادة ٣٩٧ . أما التقنين المدني العراقي في المادة ٤٦٩ منه ، وقانون البينات السوري في المادة ١٠٠ منه ، فقد أخذوا بنص التقنين المصري الذي و في الخطأ المشار إليه ونما على أن الإقرار حجة قاصرة على المقر .

كما في القانون الفرنسي وسائر القوانين العربية ، آثار ثلاثة (١) : حجية كاملة على المقر *pleine foi* وعدم جواز العدول عنه *irrévocabilité* وعدم جواز تجزئته *indivisibilité* .

قوة الإقرار القضائي

٤٥٧ - قلنا إن الإقرار القضائي يعتبر حجة قاطعة على صاحبه ويجب على القاضي الأخذ به دون أن تكون له أية سلطة في تقديره (٢) إلا إذا كان المقر به غير مشروع أو حقاً لا يجوز النزول عنه أو يمنع القانون الإقرار به . ويشبه الإقرار القضائي الدليل الكتابي من حيث قيمته في الإثبات ، فكلاهما له حجية ملزمة للقاضي وحجية ملزمة لمن صدر منه ، ولذلك يجوز للقاضي ، كما يجوز له أن يطرح الدليل الكتابي إذا بدا له ظاهر التزوير ، أن يطرح الإقرار إذا كان ظاهر الحال يكذبه . ويجوز لكل ذي مصلحة غير المقر نفسه أن يثبت ما يخالف الإقرار كما يجوز له أن يثبت ما يخالف الكتابة . ويكون إثبات العكس طبقاً للقواعد العامة أي بالكتابة فيما يتعاقى بالأعمال القانونية التي تجاوز قيمتها عشرين جنياً وفق قانون الإثبات الجديد ، وبكافة الطرق فيما عدا ذلك . بيد أنه في الحالات التي يتعين فيها إثبات العكس بالكتابة فإنه يجوز إثباته بالبينة والقرائن إذا وجد أحد المسوغات التي تجيز الإثبات بها استثناء ومنها قيام المانع من الحصول على دليل كتابي . ويعتبر هذا المانع موجوداً بالنسبة إلى كل شخص لم يكن طرفاً في العقد المقر به ، ومنها أيضاً الاحتيال على أحكام القانون (٣) .

(١) سليمان مرقس ، الإقرار واليمين وإجراءهما ١٩٧٠ ص ٤٣ .

(٢) فإذا اعترف الخصم لدى القاضي المدني بتزوير ورقة وجب عليه أن يحكم بتزويرها بناء على هذا الاعتراف بقطع النظر عن اعتقاده الشخصي وذلك خلافاً للقاضي الجنائي فإنه ليس له أن يعاقب المتهم في جريمة تزوير هذه الورقة إلا إذا اقتنع هو بشيوت الواقعة عليه بقطع النظر عن أقواله ومسلكه في دفاعه - نقض جنائي ٢٣ أبريل ١٩٤٥ المحاماة من ٢٧ ص ٥٢٦ . وإذا أقر أحد الورثة بدين على المورث فإنه لا يجوز بعد ذلك توجيه اليمين إليه في خصوص قيام هذا الدين ، فإذا وجهت إليه وحلفها فأهدرت المحكمة إقراره أخذاً بنتيجة اليمين التي حلفها على خلاف ما أقر به ، فإن حكمها يكون قد خالف القانون بإهدار حجية الإقرار - نقض مدني ١٢ أبريل ١٩٦٢ من ١٣ ص ٤٥٥ .

(٣) نقض ٢٤ يونيو ١٩٦٥ من ١٦ ص ٨٠٨ وقد جاء فيه أن الوارث الذي يضار -

ويبقى الإقرار قائماً إلى أن يثبت للمحكمة كذبه ، ومتى صدر الحكم بناء على إقرار الخصم فإنه يكون غير قابل للاستئناف لأن المقر به إنما يثبت بالإقرار لا بحكم القاضي ، ولأن الإقرار يجعل المقر به غير متنازع فيه ، ولأن الحكم يصدر في هذه الحالة لمجرد إثبات انقطاع المنازعة ، فلا يكون ثم محل للطعن فيه بالاستئناف .

عدم جواز العدول عن الإقرار

٤٥٨ - متى صدر الإقرار القضائي فلا يمكن العدول عنه إذ قد تعلق به حق الخصم . وهو عمل فردي يتم بالإيجاب دون حاجة إلى قبول (١) . على أن كون الإقرار حجة قاطعة لا يمنع المقر من أن يثبت أنه صدر منه غلط أو بسبب غش أو تدليس أو إكراه أو كان صورياً . ونشير هنا إلى أن المقر يكون في هذه الحالة مدعياً ولذلك يقع عليه عبء إثبات سبب البطلان الذي يميز له التخلص من إقراره ، لا باعتبار ذلك رجوعاً في الإقرار أو عدولا عنه ، بل نتيجة لوقوع الإقرار باطلاً أو لإبطاله قضاءً (٢) .

٤٥٩ - وإذا بني الإقرار على غلط ، فالغلط إما أن يكون في الوقائع وإما أن يكون في القانون . فالغلط في الوقائع يجعل الإقرار على غير أساس . وقد نص المشرع الفرنسي على الحالة التي يغلب وقوعها في العمل ، وهي حالة الغلط ، فاعتبر صدور الإقرار عن غلط في الوقائع سبباً يميز لإبطاله . أما الغلط في القانون فقد نص على أنه لا يصلح سبباً لإبطال الإقرار (٣) .

التفرقة بين الغلط في الوقائع والغلط في القانون

٤٦١ - ترجع هذه التفرقة إلى أصول بعيدة في القانون الروماني وفي

= بإقرارات المورث يجوز له أن يثبت بكافة الطرق أن حقيقة هذه الإقرارات وصية قصد بها الاحتيال على أحكام الإرث .

وانظر أيضاً نقض ٢٥ إبريل ١٩٦٣ ص ١٤ من ٥٧٩ .

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٤٤٠ حيث ورد أن المادة ١٣٥٦ من التقنين الفرنسي والمادة ١٩٦٣ من التقنين الإيطالي والمادة ٣٠٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي قد تناولت خصيصاً لزوم الإقرار .

(٢) السهوري ، المرجع السابق ص ٤٩٩ .

(٣) المادة ١٣٥٤ مدني فرنسي . وتنص المادة ٢٢٤ أصول محاكمات لينياني على أنه

« لا يجوز للمقر الرجوع عن إقراره بحجة أنه لم يفقه نتائجه القانونية » .

القانون الفرنسي القديم . وقد جاء في القانون الروماني أن من يعترف عن غلط لا يعد مقراً *non fatatur qui errat* . وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني (١) أن موثدي اعتبار الإقرار تصرفاً ينعقد بإرادة واحدة أنه لا يجوز العدول عنه إلا لسبب خطأ في الوقائع وفقاً لما قرره القضاء ، لأن الإقرار يخضع للأحكام العامة في عيوب الرضا باعتباره تعبيراً عن إرادة المقر . فإذا اعترف وارث بإيجار عقد مع مورثه ثم وجد عقداً بفسخ الإيجار بين أوراق مورثه ، أو أقر وارث بدين استدانه مورثه ثم وجد مخالصة به ، فإنه لا يعمل بالإقرار أي يمكن للمقر العدول عنه والرجوع فيه لأنه اعترف بأمر لم يكن موجوداً في الواقع . أما إذا أراد المقر العدول عن إقراره بحجة أنه كان يجهل النتيجة القانونية لحكم القانون في الأمر المعترف به ، فلا يقبل ذلك منه لأن الجهل بالقانون ليس عذراً عملاً بقاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون (٢) *nisi jus ignoravit* . فإذا أقر شخص بدين لم يجز له أن يعدل عن إقراره بحجة أن الدين كانت قد مضت عليه المدة القانونية اللازمة لسقوطه وأنه ما كان يعلم أن ذلك مسقط للدين بحكم القانون (٣) . وإقرار الوارث بوصية صدرت لوارث آخر لا يعيبه أن يكون الوارث المقر قد صدر منه الإقرار وهو يعتقد خطأ أن الوصية لوارث لا تزال غير جائزة فإذا تمسك المقر بهذا الغلط في القانون لا يجاب إلى طلبه في الرجوع عن إقراره . ويتأدى من هذا أنه لا يشترط في الإقرار قصد المقر إلى النتائج التي ترتب على الإقرار وجواز ترتب هذه النتائج على الإقرار ولو لم يتجه إليها قصد المقر ، بل ولو كان المقر يجهل أن هذه النتائج ترتب على الإقرار . وتعويلاً على ذلك فإذا أقر الخصم من طريق استجوابه ، بناء على طلب خصمه أو من تلقاء المحكمة نفسها ، بأمر معين إقراراً واضحاً لا لبس فيه ، فإن

(١) ج ٣ ص ٤٤٠ .

(٢) وقد كانت المادة الثانية من لائحة ترتب المحاكم الأهلية السابقة تنص على أنه لا يقبل من أحد اعتذاره بعدم العلم بما تضمنته القوانين أو الأوامر من يوم وجوب العمل بمقتضاها . وهذا النص يحل الحقيقى للدستور لأنه مبدأ أساسي يسرى على كل القوانين ، ولا يخفى أن الدستور هو القانون الأساسي بالنسبة لجميع القوانين الأخرى ولذلك سمى أيضاً بالقانون الأساسي . وقد تقدم نص الدستور المصري الحالي في هذا الشأن .

(٣) أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ج ٢ ط ١٩٧٢ ص ٢٩ .

ظروف صدور هذا الإقرار أمام المحكمة تقطع بقصدته اعتبار المقر به ثابتاً في ذمته ولو لم يكن قد أقر به من قبل ، ولو كان يجهل النتائج القانونية التي تنبئ على إقراره الصادر منه أثناء الاستجواب (١) . والظاهر أن عدم إجازة إبطال الإقرار بناء على الغلط في القانون يرجع إلى طبيعة الإقرار الإخباري ، فإن من يقر بواقعة قانونية مضت يلزم بإقراره ولو لم يتبين حقيقة الآثار القانونية التي تترتب على هذه الواقعة لأنه إنما يقرر حقيقة وقعت ولا يسمح له أن يعدل عن تقريرها إذا ما تبين غلطه فيما يرتبه القانون عليها من آثار ، إذ الحق أولى أن يتبع . أما في التصرفات الإنشائية فإن الغلط في القانون يجيز إبطال التصرف لأن التصرف ما كان يتم لو كشف المتصرف هذا الغلط قبل إبرامه (٢) .

٤٦١ - وقد أخذت المحاكم المصرية بهذه التفرقة رغم عدم النص عليها في التقنين المدني الملغى ، فقضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان القانون المصري لم يأت بنص صريح كالذي جاء في الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥٦ مدني فرنسي التي تقرر أنه لا يجوز الرجوع في الإقرار إلا إذا ثبت أنه ناشئ من خطأ في الأمر الواقع ، إلا أن القواعد القانونية العامة توجب العمل بهذا المبدأ فهي لا تسمح لأي إنسان بأن يثرى على حساب غيره بدون وجه حق ، وتسمح فضلاً عن ذلك بتصحيح الأخطاء المادية في الحساب الناشئة عن السهو والنسيان (٣) .

(١) أما إذا راوغ الخصم في إجابته عن الواقعة محل الاستجواب أو أدلى في شأنها بإجابة متضاربة وخلصت المحكمة من سلكه في الاستجواب إلى ثبوت الواقعة محل الاستجواب ، فإن هذا الثبوت لا يعتبر حاصلًا من طريق الإقرار لعدم اتجاه إرادة المقر إليه ، ولكن يمكن اعتبار مراوغته أو تضاربه في إجاباته امتناعاً عن الإجابة يجيز للمحكمة وفقاً للمادة ١٧٣ مراقبات مصري والمادة ١١٣ من قانون الإثبات المصري الجديد التي حلت محلها أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن بدلا من الكتابة وما يقوم مقامها ، وبالتالي يجيز للمحكمة أن تتخذ من تضارب الخصم في أقواله قرينة قضائية على ثبوت الواقعة القانونية محل الإثبات ، فتحكم المحكمة ضد الخصم المستجوب بناء على نتيجة استجوابه ، ولكن لا باعتباره مقراً بموضوع الاستجواب ، وإنما باعتبار هذا الموضوع ثابتاً من طريق القرائن القضائية في حالة إجازة فيها القانون الإثبات بهذا الطريق فيما تقضى فيه القواعد العامة بوجوب إثباته بالكتابة .

(٢) سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٢٨ - ٤٩ بند ١٨٩ .

(٣) استئناف مصر ٣ فبراير ١٩٣٥ ، الجدول العشري الثاني للمحاماة ص ١٩ رقم ٨٧ . وانظر أيضاً مجموعة التشريع والقضاء المختلط ١٩ ص ٣٠٩ .

ولم يرد في التقنين المدني الحالي نص على ذلك ، غير أنه يخلص من الأعمال التحضيرية أنه كان في ذهن واضعي مشروع التمهيدى الأخذ بهذه التفرقة وعدم إجازة إبطال الإقرار للغلط في القانون (١) . ولكن لما كان الأخذ بهذه التفرقة في شأن الإقرار يعتبر استثناء من القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٢٢ مدني التي تسوي بين الغلط في القانون والغلط في الواقع ، ولما كان الاستثناء لا يكون بغير نص واضح من القانون ، فيبدو إزاء عدم النص على هذا الاستثناء في باب الإقرار من التقنين المدني ثم من قانون الإثبات الجديد أنه لا يمكن الأخذ به اعتماداً على إرادة المشرع المستفادة من الأعمال التحضيرية .

(١) يبين ذلك من عبارة المذكرة الإيضاحية حيث جاء بها أن « للإقرار خصيصة ثانية هي اللزوم . . . وهي نتيجة لاعتبار الإقرار تصرفاً يتعمد بإرادة واحدة لا ضرورة للقبول في ترتيب حكمها . ومؤدى هذا أنه لا يجوز المدول عن الإقرار إلا بسبب غلط في الواقع وفقاً لما قرره القضاء لأن الإقرار يخضع للأحكام العامة في عيوب الرضا باعتباره تمبيراً عن إرادة المقر - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٤٤٠ .

غير أنه يلاحظ أن هذه العبارة افترضت أن القاعدة العامة في عيوب الرضا لا تجيز إبطال العقود بسبب غلط في القانون ، حالة أننا رأينا المادة ١٢٢ من التقنين المدني تنص على أن « يكون العقد قابلاً للإبطال للغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . ويقول الدكتور سليمان مرقس (المرجع السابق ص ٥٠ هامش ٢) إنه يفسر عبارة المذكرة الإيضاحية على أنها منقولة من المذكرة التي وضعها القاضي استنوت الذي قام بوضع المشروع الأول لأحكام الإثبات مستقلاً عن سائر مواد المشروع ، وأنه كان يعتقد أن القاعدة العامة في باب العقود عدم الاعتداد بالغلط في القانون فلم ير داعياً للنص على ذلك في باب الإقرار اكتفاء منه ببيان قصده في المذكرة . ولو علم أن القاعدة العامة التي اعتمدت في باب العقد بوجه عام هي غير ذلك لنص صراحة على استثناء الإقرار منها . وما يؤيد هذا الاستنتاج أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عندما ناقشت نص المادة ١٢٢ من القانون وأقرته كانت تعتقد أن القانون يتضمن كما في القانون الفرنسي استثناءين من حكمها هما الاعتراف القضائي والصلح . وقد ورد على لسان رئيسها في محضر جلستها التاسعة « أن بعض الشراح لا يفرقون بين الغلط في القانون المدني والغلط في القانون الجنائي ، ومن ثم فإنه يجوز للشخص أن يحتج بالجهل بالقانون إذا أثبت أنه لم يكن في استطاعته العلم بقانون العقوبات مثلاً ، لذلك فقد تضمن القانون استثناءين من القاعدة العامة وهما : الاعتراف القضائي والصلح ، فالغلط فيهما غير موجب للإبطال . . . » - أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٦٢ . كل ذلك يؤيد اتجاه واضعي القانون المدني إلى عدم إجازة إبطال الإقرار للغلط في القانون ولو أنهم لم ينصوا على ذلك صراحة في باب الإقرار ، غير أن عموم المادة ١٢٢ مدني وعدم ورود استثناء منها فيما يتعلق بالإقرار يحمل من المتعين تطبيق نصها على الإقرار وغيره .

وبناء على ذلك نرى أنه يجوز في هذين القانونين إبطال الإقرار للغلط سواء في ذلك الغلط في القانون والغلط في الواقع (١) . على أن الغلط في القانون الذي يعتد به في الإقرار في القانون المصري ، وكذلك في القانون الفرنسي ، هو الغلط الذي يقع ، لا في النتائج القانونية للإقرار (٢) ، بل في العناصر القانونية التي يقوم عليها ، وذلك كالغلط في حكم من أحكام القانون انبني عليه صدور الإقرار .

فالغلط الجوهرى في القانون ، بهذا المعنى ، يبطل الإقرار ويكون للمقر الرجوع فيه . فإذا أقر وارث بملكية الموصى له للعين الموصى بها وهي تزيد على ثلث التركة معتقداً وقت صدور الإقرار أن الوصية تجوز حتى لو تجاوز

(١) أنظر نقض ٩ مارس ١٩٦٦ من ١٧ ص ٥١٥ .

- والأمر كذلك أيضاً في كل من القانون العراقى والقانون الليبى . أما قانون البينات السورى فينص صراحة على أنه لا يصح الرجوع عن الإقرار إلا لخطأ في الواقع على أن يثبت المقر ذلك (المادة ٢/٩٩ بينات سورى) ، أى أنه لا يبيح إبطال الإقرار لغلط في القانون . وكذلك فعل القانون اللبناي حيث نص في المادة ٢٢٤ من أصول المحاكمات المدنية على أنه « لا يجوز لمقر الرجوع عن إقراره بحجة أنه لم يفقه نتائجه القانونية » وفي المادة ٢٢٥ منه على أنه يصح الرجوع عن الإقرار في حالة الخطأ المادى الواقع على قائل ما ، وإنما يشترط حل من يريد الرجوع عن إقراره أن يثبت هذا الخطأ . أما المشرعان التونسى والمغربى ، فقد اتخذوا من هذه المسألة موقفاً وسطاً ، فأجازوا إبطال الإقرار لغلط في القانون في حالات وبشروط معينة فقط ، حيث نصا في المادة ٤٣٨ / ٤١٤ من تقنين الالتزامات والعقود على أن الغلط في القانون لا يكتفى للسماح بالرجوع في الإقرار ما لم يكن مما يقبل فيه العذر أو نتج عن تدليس للطرف الآخر . ولكن يلاحظ أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مقصورة على القوانين الجنائية والقوانين المتعلقة بالنظام العام . فيجوز في هذين القانونين إبطال الإقرار لغلط في قانون غير جنائى أو في قانون غير متعلق بالنظام العام بل حتى لغلط في قانون جنائى أو متعلق بالنظام متى كان الغلط ناتجاً عن تدليس المقر له - سليمان مرقس ، الموجع السابق ص ٥٢ - شرح القانون المدنى ج ١ فى المدخل ١٩٦٧ ص ١٥١ .

(٢) مثال ذلك ما قرره محكمة النقض من أن « الإقرار الناشئ عن خطأ في فهم شرط الواقع لا عبرة به ولا يعول عليه ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى في قضائه على أن عدم المطالبة بالاستحقاق لا يعتبر رداً له وأن المطعون عليه كان يجهل ما يقتضيه شرط الوقف في شأن نصيب المقيم ، ولما تبين له وجه استحقاقه بادر إلى المطالبة به ، وجهه بما يقضى به القانون في شأن ما ورد في حجة الوقف يعتبر خطأ في القانون لا يعتد به فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه » - نقض ٩ مارس ١٩٦٦ من ١٧ ص ٥١٥ .

الموصى به ثلث التركة ، فإن له الرجوع في إقراره إذا أثبت هذا الغلط في القانون الذى وقع فيه (٣) . وإذا كان القانون يسمح بفسخ تصرف أو إلغائه وأقر به المتصرف جهلاً منه بالقانون فإن له أن يعدل عن إقراره (٤) . ويصح العدول عن الإقرار أيضاً بسبب غلط في القانون يخالف النظام العام ، كالاقرار بربا فاحش أو بدين سببه القمار ، ولو كان المقر يجهل وقت إقراره حكم القانون في ذلك ، أى يجهل أن القانون يحرم الربا الفاحش ولا يلزمه بدين سببه القمار ، لأن قواعد النظام العام يمكن التسكك بها في أى وقت بل ويجب على القاضى تطبيقها من تلقاء نفسه بمجرد وقوفه على حقيقة الأمر (٥) . ولما كان الوارث تسرى عليه إقرارات المورث كتصرفاته ، فإنه يكون له أن يطعن في إقرارات المورث بما كان يصح للمورث أن يطعن عليها في حياته ،

(١) السهورى ، الوسيط ج ٢ هامش ص ٤٨٥ . وانظر عكس ذلك ، الصدة ، المرجع السابق ص ٣٩٩ فقرة ٢٧٦ - جمال الدين اللبان ، فى الإقرار ، مجلة إدارة قضايا الحكومة من ٣ عدد ٤ ص ٦٧ . وقارن فى نقد التفرة فى شأن الإقرار بين الغلط فى القانون والغلط فى الواقع فى القانون الفرنسى تعليق بارتان على أوبرى وروط ٥ ج ١٢ ص ١١٨ فقرة ٧٥١ والهامش ٢٠ .

(٢) أوبرى ٧٥١ ص ١١٩ وأشار إلى لارومبير وبوتيه - هذا ولو أن المادة ١٣٥٦ من القانون المدنى الفرنسى ، كما رأينا ، نصت على أنه لا يمكن الرجوع فى الإقرار إذا كان الخطأ فى القانون .

- وقد اعتنق الأستاذ أحمد نشأت مؤخراً الرأى الذى يبطل الإقرار لغلط فى القانون بالمعنى الذى شرحناه فى المتن - أنظر رسالة الإثبات ط ٧ ج ٢ ص ٢٠ - ٣١ بند ٤٩٨ مكرر حيث يقول إن المادة ٥٥٦ من القانون المدنى القائم نصت على أنه لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون ، ولكن لا يوجد نص كهذا فيما يتعلق بالإقرار ، وأن الظاهر مما جاء فى المذكرة الإيضاحية عن المادة ٤٠٩ فيما يتعلق بالإقرار أن ذلك وقع سهواً من واضع القانون المدنى بعد أن استحدثوا المادة ١٢٢ التى لم يكن لها مقابل فى القانون المدنى السابق - هذا وكان هذا الفقيه يذهب إلى عكس هذا النظر - أنظر رسالة الإثبات ط ٦ بند ٤٩٨ ، إلا أن يكون ما كان يذهب إليه من عدم جواز العدول عن الإقرار للجهل بالقانون ، إنما لا لقاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون ، مقصوداً على الجهل بالنتيجة القانونية للإقرار دون الجهل بالعناصر القانونية التى يقوم عليها الإقرار أو الغلط فيها .

(٣) سبق أن قلنا إن الفقه الإسلامى يشترط لصحة الإقرار فيما يتعلق بالمقر به ألا يكون محالاً شرعاً أى لا يمدد المشرع باطلاً فإن كان باطلاً شرعاً لم يعامل المقر بمقتضاه .

قله أن يثبت أن الإقرار حصل من المورث غلطاً أو بسبب غش أو تدليس أو إكراه أو لعدم الأهلية ، أو كان صورياً .

تجزئة الإقرار

٤٦٢ - تنص المادة ١٠٤ / ٢ من قانون الإثبات على أنه « لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى » (١) ، ومعنى هذا أن الإقرار القضائي غير قابل للتجزئة *indivisible* كقاعدة عامة ، فيما أن يؤخذ به كله وإما أن يترك كله .

بيد أن هذه القاعدة ليست مطردة في جميع الأحوال إذ يرد عليها استثناء في الحالة التي نص عليها القانون . فالإقرار ، فيما يتعاقب بقاعدة عدم تجزئته ، ينقسم إلى ثلاثة أنواع : إقرار بسيط *aveu pur et simple* وإقرار موصوف هو الاعتراف بكل الحق المدعى به أو بملاحقته . والإقرار المركب *complexe* . والإقرار البسيط أو التام ، هو عدم الاعتراف بالأمر المدعى به كما هو ، وإنما الاعتراف به موصوفاً أو معدلاً ، كما إذا ادعى الدائن ديناً حالاً فاعترف به المدين مؤجلاً أو مقسطاً أو معلقاً على شرط . ويجب لا اعتبار الإقرار موصوفاً أن ينصب على وصف اقترن بالدين من وقت نشوئه ، لا على وصف استحدث بعد ذلك . مثل هذا الاعتراف غير قابل للتجزئة عدلاً وقانوناً ، فيمنع المقر له من تجزئة الإقرار

(١) وهذه المادة مطابقة للمادة ٤٠٩ / ٢ مدق مصرى الملقاة ، وتطابقها تماماً المادة ١٠١ بينات سورى و ٤٧٠ مدق عراقى . وكانت المادة ٢٣٣ / ٢٩٨ مدق مصرى قديم تنص على أنه « لا يتجزأ الإقرار الحاصل من الخصم بالمحكمة سواء كان من تلقاء نفسه أو بعد استجوابه بمعنى أنه لا يؤخذ الضار منه بالمقر ويترك الصالح له » . ولتقصير هذه المادة عن التمييز الدقيق أورد المشرع النص القائم في قانون الإثبات والمطابق للمادة ٤٠٩ مدق التي ألغيت بصدور قانون الإثبات ، وبذلك وضع الشارع قاعدة عادلة لأنه مادام ليس هناك دليل على الخصم سوى إقراره وجب عدلاً أخذه بحالته أو تركه إلا في الأحوال التي تشير إليها المادة . وإذا أخذنا بما يضر المقر وأطرحنا ما ينفعه فقد خالفنا شرطاً جوهرياً هو قصد المقر من إقراره . وقد سبق أن ذكرنا أنه يجب أن يدرك المقر مرمى إقراره وأن يقصد به إلزام نفسه وأنه بذلك يبنى خصمه من الإثبات .

- وتقابل المادة نصوص المواد ٣٩٧ مدق لیبی ، ٢٢٦ و ٢٢٧ أصول محاكمات مدنية لبناني ، ٤٣٨ التزامات تونسي ، ٤١٤ التزامات مغربي .

ونفرض عليه إما أن يأخذ به كله وإما أن يرده كله ، ويجوز للمقر أن يتمسك بعدم التجزئة (١) ، وإذا أقر الدائن بعدم صحة السبب المشروع الوارد في سند الدين وذكر في الوقت ذاته سبباً مشروعاً آخر ، كان الإقرار في هذه الحالة غير قابل للتجزئة أيضاً وكان الالتزام صحيحاً قائماً حتى يثبت المدين أن هذا السبب الآخر ليس صحيحاً (٢) . أما الإقرار المركب فهو الإقرار بالواقعة المدعى بها غير معدلة ولا موصوفة وإنما مصحوبة بواقعة أخرى منفصلة عنها تحدث بعد حصولها وتترتب عليها نتائج تؤثر في نتائج الواقعة الأولى ، وهذه الواقعة الأخرى إما أن تكون مرتبطة بالواقعة الأصلية ويصح أن تكون دفعاً لها ، وإما لا (٣) . فإن كانت مرتبطة بها بحيث تؤثر على كيانها ووجودها القانوني فالإقرار لا يتجزأ ، كما إذا أقر المدعى عليه بالدين وزاد أنه وفاه أو جزءاً منه . أما إذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية بحيث إن حصولها لا يتحتم معه وجود هذه الواقعة الأصلية ، فليس هناك ما يمنع من تجزئة الاعتراف ، كالاقرار بالدين وادعاء المقاصة فيه ، فإنه في هذه الحالة يلزم بإثبات الدين الذي له بالطرق المعتادة إذاً كلاً من

(١) السهورى ، المرجع السابق فقرة ٢٦٦ - نشأت ، المرجع السابق بند ٥٠٨ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٥٧ بند ١٩٠ - وانظر نقض ٣٠ مايو ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٢٢٧ .

(٢) نقض ١٥ إبريل ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١٥٠ . وفي هذا المعنى ذاته ، نقض ٧ يناير ١٩٦٠ ص ١١ ص ٣٤ مع فارق واحد هو أنه في هذه القضية كان ثابتاً من ظروف الدعوى صورية سند الدين صورية مطلقة فلم يكن ثمة محل لإعمال الإقرار أصلاً .

- وقضت محكمة تمييز لبنان بأن إقرار المدعى عليه باستلام الشيء لمصاحبة الذير يعتبر إقراراً مركباً وهو غير قابل للتجزئة لأن الفعل الجديد وهو كون الشيء تسلماً لمصاحبة الغير يقدر معه وجود الفعل الأصلي وهو تسليم الشيء من قبل المدعى عليه - تمييز لبنان ٦ آذار ١٩٦٤ ، النشرة القضائية اللبنانية ٢٠ سنة ١٩٦٤ ص ٥٥٨ . ونصت المادة ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن « يسمى الإقرار موصوفاً عندما يقتصر على الفعل الذى صرح به الفريق الآخر ، إلا أنه يفسد نتائجه القانونية بما يشتمل عليه من البيانات الإضافية ، فتعد ثابتة إلى أن يثبت عكسها » .

(٣) نشأت ص ٤٣ - سليمان مرقس ص ٥٩ - السهورى ص ٥٠٧ - الصدة ص ٤٠٣ - جمال الدين اللبناني في بحته المشار إليه ص ٢٥ - إدوار عيد ج ١ ص ٣٧٤ .

الدين مستقل عن الآخر (١) . وذهب فريق قليل من الفقهاء إلى أن عدم التجزئة أصوب وأولى بالاتباع في جميع الصور قولاً إن من المحقق أن من أقر بالدين وبالمقاصة أو به وبالتجديد لم تتجه إرادته مطلقاً إلى اعتبار الدين ثابتاً في ذمته ، بل إن الإقرار على هذه الصورة إن هو في الواقع إلا إنكار للمديونية وقت المطالبة (٢) .

٤٦٣ - وليس المقصود بالقول بعدم تجزئة الإقرار ، سواء كان موصوفاً أو مركباً ، أن المقر له إذا اختار أن يتمسك بالإقرار يكون مسلماً بكل ما ورد فيه زائداً عن دعواه وقابلاً للحكم بموجبه ، إذ أن من شأن ذلك أن يؤدي إلى ضياع حق المقر له ، كما إذا تضمن الإقرار الموصوف تعليق الدين على شرط ثم تخلف الشرط ، أو تضمن الإقرار المركب إضافة واقعة الوفاء إلى واقعة المديونية . وإنما المقصود هو أن الوصف المقر به أو الواقعة المضافة يعتبر ثابتاً لمصلحة المقر ويعني هذا من إقامة الدليل عليه ، ولكن يجوز

(١) ويرى الأستاذ أحمد نشأت أنه إذا كان دين المقاصة لاحقاً للدين موضوع النزاع وكان ثابتاً أن هذا الدين لم يكتب به سند ولم يتعد دين المقاصة قيمته ، لا تصح التجزئة لأن مركز المدين لا يسمح له أدبياً بطلب سند كذلك ، بل يصح اعتباره موفياً دينه - المرجع السابق ص ٤٥ بند ٥١١ .

(٢) في هذا المعنى دى باج ج ٣ ص ١٠٤٧ - ١٠٥٧ - بلانيول وريير وجابولد ج ٧ فقرة ١٥٧٠ .

وبهذا أخذت المادة ١٢٦ من لائحة المحاكم الشرعية حيث نصت على أن لا يتجزأ الإقرار الصادر من المدعى عليه بمجلس القضاء ، فلا يؤخذ منه الضار به ويترك الصالح له ، بل يؤخذ جملة واحدة ويعتبر إنكاراً للدموى . وانظر في عدم تجزئة الإقرار في الفقه الإسلامي ، أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ١٩٢٨ ص ١٣٥ - ١٣٧ ، طرق الإثبات الشرعية ١٩٣٩ ص ٣٣١ ، ٣٣٦ وما بعدها وص ٤٠٧ ، فرانسوا مارنيير F. Marneur في نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي *Théorie de la preuve en droit musulman* ، باريس سيري ١٩١٠ ص ٩٩ وما بعدها . وراجع ما ذكرناه عن عدم تجزئة الإقرار في الكتاب الأول .

وقد أخذت بقاعدة عدم تجزئة الإقرار أيضاً المادة ٤٣٨ والمادة ٤١٤ من قانون الالتزامات والعقود التونسي والمغربي على التوالي - سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٦٣ . بينما جاء نص المادة ١٠١ من قانون الكيانات السوري مطابقاً لنص القانون المصري . وإن كانت تكفلت المذكرة الإيضاحية للقانون الأول ببيان حقيقة المقصود من النص . أما المشرع الليبي فقد رأى أنه إذا وافق المقر له المقر على إقراره المركب ، كانت لهذا الإقرار بكامله حجة غير قابلة للتجزئة . فإذا نازع المقر له في الواقعة المضافة ، كان لقاضي سلطة تقدير قوة الإقرار في الإثبات (المادة ٣٩٧ مدني ليبي) .

للمقر له الذي يتمسك بالإقرار أن يثبت عدم صحة هذا الوصف أو هذه الواقعة المضافة طبقاً لقواعد الإثبات العامة ، أي بالكتابة فيما يجاوز عشرين جنهماً من التصرفات المدنية ، وبكافة الطرق فيما عدا ذلك ، ولا يجوز للمقر أن يتمسك بعدم تجزئة أقواله إلا إذا كان المقر له يستند إليها باعتبارها إقراراً قانونياً معنياً له من كل إثبات . أما إذا كان لديه دليل آخر على دعواه ، وكان هذا الدليل يحتاج إلى ما يعززه أو ما يجعله جائز القبول ، كالقرائن والبينة في الأحوال التي تجب فيها الكتابة ، جاز له التمسك بأقوال المقر لا باعتبارها إقراراً قانونياً وإنما باعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة (١) ، وحينئذ لا يكون ثمة محل لتطبيق قواعد الإقرار - بما فيها قاعدة عدم التجزئة - على هذه الأقوال (٢) .

ونسترعى النظر إلى أن عدم تجزئة الاعتراف لا محل للقول به في المواد الجنائية لأن الإقرار ليس حجة بذاته في هذه المواد ، وإنما يتوقف أثره على اقتناع القاضي الذي يجوز له أن يأخذ به كله أو بعضه أو أن يرفضه بأكمله (٣) .

(١) السهوري ، المرجع السابق ص ٥٠٦ هامش ١ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٧٠ .

(٢) في هذا المعنى ، نقض جنائي ٥ فبراير ١٩٤٥ ، المحاماة ص ٢٧ ص ٣١٥ ، نقض جنائي ٢١ يونيو ١٩٤٢ ، المحاماة ص ٢٦ ص ٢٢٠ وقد جاء فيه « إن القول بعدم تجزئة الإقرار محله ألا يكون في الدعوى أدلة غير الإقرار ، أما إذا كانت هناك أدلة أخرى غيره فإن المحكمة يكون لها أن تقضي فيها بناء على هذه الأدلة متى اقتضت بها » وانظر أيضاً نقض مدني ٥ ديسمبر ١٩٤٠ (وموضوعه إقرار ببيع موصوف بشروط وتحتفظات) ، مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٢٧٩ ، نقض مدني ٩ يونيو ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ ص ٧٩٧ . ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا أقر شخص بتبديد وأقر بعدم صحة السبب الوارد في عبارة التحويل . . . الخ حيث يظهر من هذا الحكم أن قابلية الإقرار للتجزئة عند الاستناد إليه كبدأً ثبوت بالكتابة متروك تقديرها لقاضي الموضوع بحيث يكون له أن يقبل التجزئة أو يرفضها حسبما تقتضيه ظروف الدعوى - نقض جنائي أول فبراير ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٣٤٧ . وانظر في هذا المعنى ، السهوري ج ٢ هامش ص ٥٠٧ .

(٣) نقض جنائي ٣ مايو ١٩٤٣ ، المحاماة ص ٢٦ ص ٦ ، نقض جنائي ٦ يناير ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ص ١ ص ٢٠ .

الإقرار غير القضائي

٤٦٤ - أشار التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٥٤ منه إلى أن الإقرار الذي يمتنع به على الخصم إما أن يكون خارج القضاء وإما أن يكون أمام القضاء ، ثم نص في المادة ١٣٥٥ على أن الادعاء بصدور إقرار شفوي محض خارج القضاء *aveu extrajudiciaire purement verbal* لا يجدي في جميع الأحوال التي لا يجوز فيها إثبات الدعوى بالبينة ، ثم بين في المادة ١٣٥٦ أحكام الإقرار القضائي فذكر أنه حجة كاملة على المقر ، وأنه لا تصح تجزئته ولا يجوز الرجوع فيه إلا لغلط في الواقع ، وسكت عن الإقرار غير القضائي . ولم يعرض التشريع المصري للإقرار غير القضائي لا في التقنين المدني الملغى ولا في التقنين القائم ولا في قانون الإثبات الجديد ، حيث اقتصرت هذه القوانين على تنظيم الإقرار القضائي فقط ، فاعتبر أمر الإقرار غير القضائي متروكاً للقواعد العامة والاجتهاد (١) .

والإقرار غير القضائي يشترك مع الإقرار القضائي في طبيعته من حيث إنه عمل قانوني إخباري من جانب واحد وأنه يعتبر بمثابة عمل من أعمال التصرف وأنه حجة قاصرة . ويختلف عنه في أنه لا يصدر في مجلس القضاء في القضية ذاتها المتعلقة بالمقر به .

قوة الإقرار غير القضائي

٤٦٥ - يرى فريق من الفقهاء في فرنسا أن أمر تقدير الإقرار غير القضائي

(١) السهوري ، المرجع السابق ص ٤٧٦ فقرة ٢٤٦ .

وكذلك فعل التقنين المدني العراقي في المواد ٤٦١ وما بعدها . أما تقنين الالتزامات والمعقود التونسي فقد عرض لنوع الإقرار في المواد ٤٢٨ - ٤٣٠ ونص على كيفية إثبات الإقرار غير القضائي في المادة ٤٣٧ . وكذلك فعل تقنين الالتزامات والمعقود المغربي في المادة ٤٠٥ وما بعدها . وتناول تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني إثبات الإقرار غير القضائي في المادة ٢٢٢ . وعرف قانون البينات السوري كلا من الإقرار القضائي وغير القضائي في المادتين ٩٤ و ٩٥ ثم أورد حكم الإقرار غير القضائي في المادة ١٠٢ . أما القانون المدني الليبي فإنه ينص في المادة ٣٩٨ من حيث أن « الإقرار الذي يقضى به للخصم أو لمن يمثله خارج مجلس القضاء يعد إقراراً قضائياً في نفس الدرجة والمفعول . وإذا أُنقض بالإقرار لشخص ثالث أو وجد الإقرار في وصية فترك حرية البت فيه لتقدير القاضي . ولا يجوز إثبات الإقرار المدعى به خارج مجلس القضاء عن طريق شهود إذا كان منصباً على موضوع لا يسمح القانون لإثباته بشهود » . وهذا النص مطابق لنص المادة ٢٧٣٥ من التقنين المدني الإيطالي الحال .

متروك للقضاء لأنه لا يكون محوطاً بالضمانات الكافية لتوفير الشروط اللازمة (١) . ويبنون على ذلك أن للقاضي أن يأخذ به أو يطرحه ، وليس من المحتم على القاضي دائماً أن يخضع لقاعدة عدم التجزئة ، ويمكن للقاضي أن يقبل عدول المقر عن إقراره ولو لم يكن سبب الإقرار خطأ في الوقائع ، وأنه لا رقابة لمحكمة النقض في كل ذلك على قاضي الموضوع .

وقد أخذت بعض المحاكم المصرية بذلك أيضاً ، وأيدها فيه بعض الفقهاء ، ثم اعتنقت محكمة النقض حين قضت بأن الإقرار غير القضائي يخضع لتقدير القاضي الذي يجوز له تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض ، كما أن له مع تقدير الظروف التي صدر فيها أن يعتبره دليلاً كاملاً أو مبدأً ثبوتاً بالكتابة أو مجرد قرينة أو ألا يأخذ به أصلاً (٢) . بينما نادى فريق من الفقهاء بالتسوية بين نوعي الإقرار في أحكامهما تأسيساً على أن الفرق بينهما لا يمس طبيعتهما في شيء وإنما يتعلق بظروف صدور الإقرار في مجلس القضاء أو في غيره ، ولما كان ظرف صدور الإقرار في مجلس القضاء ليس من شأنه سوى توفير

(١) أوبري ج ١٢ ص ١٣١ - ١٣٢ وماش ٤١ وقد أشار إلى الحكم المنشور في

سيرى ١٩٠١ - ١ - ١٧٣ وقد ورد فيه : *Mais Comme, à la différence de l'aveu judiciaire les aveux extrajudiciaires faits dans des circonstances moins solennelles ne présentent pas par eux mêmes des garanties suffisantes de l'existence de ces conditions, le législateur a dû s'en apporter aux tribunaux pour l'appréciation de la force probante de ces aveux.*

(٢) نقض مدني ١٩ ديسمبر ١٩٦٣ ص ١٤ من ١١٨٧ - نقض ٢٨ يونيو ١٩٦٢

ص ١٣ من ٨٦٤ .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن « الإقرار الوارد بإحدى الشكاوى الإدارية يعد إقراراً غير قضائي ويخضع لهذه المثابة لتقدير القاضي الذي له مطلق الحرية في تقدير قوته في الإثبات وفي أن يجزئته فيأخذ ببعضه دون البعض الآخر تأسيساً على أن الأمر بشأنه متروك للقواعد العامة ، إذ لم يعرض له القانون المدني بنص يعين حججه في الإثبات أسوة بما أوردته المادة ٤٠٩ من شأن الإقرار القضائي » - نقض مدني ٣ فبراير ١٩٧٠ ص ٢١ من ٢٣٢ .

بيد أنه مع ذلك يبدو أن محكمة النقض ترى أن الإقرار المستفاد من دفاتر التاجر المنتظمة هو بطبيعته إقرار غير قضائي لا تجوز تجزئته - نقض مدني ٢٢ مايو ١٩٦٣ ص ١٤ من ٦٩٣ وقد جاء فيه أنه « وإذا كان الثابت أن الحكم المطعون فيه قد حول على بعض بيانات هذه الدفاتر واعتبرها إقراراً مركزياً لا تجوز تجزئته بينما لم يكن قد تحقق من انتظام هذه الدفاتر وقضى بتعيين خبير لبحثها وبيان ما إذا كانت منتظمة وتمثل الحقيقة أو لا ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه » .

الثقة في ثبوت الإقرار وجديته ، كان من الصعب التسليم باختلاف آثار الإقرار غير القضائي - متى ثبت وجوده وجديته - عن آثار الإقرار القضائي (١).

٤٦٦ - هذا ولا يصح قبول عدول المقر عن إقراره إذا لم يكن هناك خطأ في الوقائع أو في القانون ، ذلك لأن الإقرار عقد فردي متى صدر تم العقد وليس عقداً تبادلياً يحتاج إلى قبول ، وما قلناه في هذا الشأن عن الإقرار القضائي يسرى على الإقرار غير القضائي .

الإقرار الجنائي

٤٦٧ - ذكرنا أن الإقرار الجنائي لا يقيد المحكمة وتجاوز تجزئته مع أنه قد يبنى عليه الحكم بتعويض مدني . غير أنه إذا كان موضوع الإقرار عقداً مدنياً كالوديعة أو العارية وأتهم شخص بتبديد الشيء المودع أو المعار وجب إثبات عقد الوديعة أو العارية أولاً بالطرق المدنية . وكذلك إذا اتهم شخص بحلف يمين كاذبة على أنه ليس في ذمته دين يجب أن يثبت الدين أولاً طبقاً للقواعد العامة . ويرتب على ذلك أن إقرار المتهم بالوديعة أو العارية أو الدين يجب أن يخضع للقواعد المدنية من حيث التجزئة وعدمها (٢).

(١) سليمان مرقس ، الإقرار واليمين وإجراءاتهما ص ٨٦ و ٨٧ . وهذا الفقيه يرى أن الإقرار غير القضائي كالإقرار القضائي حجة قاطنة لازمة لا تتجزأ - نفس المرجع ص ٨٨ و ٨٩ .

- هذا وقد قضت محكمة النقض بأن ثبوت الإقرار غير القضائي بورقة عرفية موقع عليها من المقر يجعله حجة على من صدرت منه تلك الورقة ولا يجوز لهذا الأخير أن يتصل من هذا الإقرار الوارد فيها بمحض إرادته إلا بعبور قانوني - نقض مدني ٢٠ فبراير ١٩٦٤ ص ١٥ ص ٢٦٣ .

(٢) نشأت ، المرجع السابق ص ٦٢ بند ٥٢٥ مكرراً (أ) وهامش (٢) ص ٦٣ حيث أورد حكماً لمحكمة طنطا قالت فيه إن الاعتراف الجنائي يكون غير قابل للتجزئة إذا كان موضوعه عقداً من العقود المدنية تتوقف عليه الجزية وكان الاعتراف هو الطريق الوحيد لإثباتها طبقاً لأحكام القانون المدني . وإنما أجاز المشرع تجزئة الإقرار الجنائي لكي يترك للقاضي الجنائي الحرية في تكوين عقيدته للحكم في الدعوى الجنائية وفي سبيل الحكم فيها ولا يمكن أن يؤخذ بهذه التجزئة للفصل في دعوى مدنية تكون مرتبطة بها أي تكون أساساً لها .

المبحث الثالث

اليمين (١)

٤٦٨ - اليمين هي استشهاد الله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة الخوف به وجلاله والخوف من بطشه وعقابه (٢) . وهي إما أن تكون يميناً قضائية *serment judiciaire* تؤدي أمام القضاء ، أو غير قضائية *serment extrajudiciaire* تؤدي أو يتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء . وإذا وقفنا عند اليمين القضائية ، وهي اليمين الغالبة ، وجدناها نوعين : (١) اليمين الحاسمة *serment décisoire* وهي يمين يوجهها الخصم إلى خصمه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع . (٢) اليمين المتممة *serment supplétoire* وهي يمين يوجهها القاضي إلى أي من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التي قدمها هذا الخصم .

وتلحق باليمين الحاسمة يمين الاستيثاق *serment libératoire* ويمين العلم *serment de crédulité, de crédibilité* وتلحق باليمين المتممة يمين التقوم *serment estimatoire* .

وتوجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانوني *acte juridique* إذ هو إرادة الخصم الذي يوجه اليمين في أن يحتكم إلى ضمير خصمه بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية . والاحتكام على هذا النحو يعتبر تصرفاً قانونياً يتم بإرادة منفردة *acte juridique unilatéral* ، إذ هو ينتج أثره بمجرد توجيه اليمين . هذا إلى أن توجيه اليمين تصرف شرطي *acte-condition* ، لأن الخصم إنما يعلن إرادته في أن ينتفع بنظام استقل القانون بتقرير أحكامه ، ولا يستطيع الخصم لهذه الأحكام تبديلاً (٣) .

واليمين الحاسمة لا يجوز أن توجه إلا في واقعة قانونية ، أي في مسألة من مسائل الواقع ، لا في مسألة من مسائل القانون . ذلك أن استخلاص حكم

(١) أنظر نشأت ط ١٩٧٢ ص ٦٩ - ٨٥ - سليمان مرقس ، الإقرار واليمين ط ٧٠ ص ١١٣ - ٢٢١ ، السهوري ج ٢ ص ٥٤٠ .

(٢) أنظر المادة ١٢٧ من قانون الإثبات المصري و ١٢٩ من قانون البيئات السوري و ٩٢ من قانون المرافعات العراق و ٧١ مرافعات كويتي .

(٣) سليمان مرقس ، أصول الإثبات ص ١٩٧ هامش رقم ١ .

القانون من شأن القاضي وحده لا من شأن الخصوم الذين لا يكلفون بإثبات مسائل القانون ، فحكمها من هذا الوجه حكم الإقرار (١) .

وإنما يجوز أن يكون موضوع اليمين أمراً يخالف قرينة قضائية أو قرينة قانونية غير قاطعة أو قرينة قانونية قاطعة إلا أنها غير متعلقة بالنظام العام كقرينة الوفاء التي بنى عليها تقادم بعض الديون بالمدد القصيرة والمنصوص عليها في المادة ٢٧١ مدني وما بعدها .

عدم مخالفة الواقعة للنظام العام

٤٦٩ - ويجب أن تكون الواقعة التي يطلب الحلف عليها غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب (٢) . ذلك أن توجيه اليمين تحكيم ، وهو والإقرار في هذا بيان . ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين في وصية تزيد على الثلث ولا في هبة عقار لم تكتب في ورقة رسمية لأن الواقعة تخالف القانون . ولا يجوز توجيه اليمين في النسب ولا في الجنسية لأن هذا يخالف النظام العام . ولا يجوز توجيه اليمين في إيجار منزل للعهارة أو للمقامرة لأن هذا يخالف الآداب . ويقاس على ذلك عدم جواز توجيه اليمين في دعوى يدفع فيها بالتقادم إذا لم يكن مبنياً على افتراض الوفاء ، أو يدفع بعدم جواز سماعها لحجية الأمر المقضي ، أو يطلب فيها لإثبات التزام طبيعي مع الحكم بتنفيذه ، أو لإثبات اتفاق على ربا فاحش (٣) . كما لا يجوز توجيه اليمين في دعوى جنائية ولا في دعوى مدنية مرفوعة أمام محكمة جنائية سواء من المحجبي عليه إلى المتهم أو من هذا الأخير إلى المحجبي عليه . ولا يجوز توجيه اليمين كذلك على أحد شقي الإقرار المركب الغير قابل للتجزئة . ويمكن إجمال ذلك بالإحالة إلى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩ .

(٢) أنظر المادة ١١٥ من قانون الإثبات المصري ٤٧٢ مدني عراق و ١١٤ بينات سوري و ٤٠٠ مدني ليبي و ٢٢٩ أصول محاكمات مدنية لبناني و ٥٠٠ التزامات ومقود تونسي و ٦٧ مرافعات كويتي .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة لو صحت كانت جريمة ، لأنه لا يصح أن يكون النكول عن اليمين دليلاً على ارتكاب الجريمة - ١٧ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ١٠ ص ٢٠ . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية بأنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة لإثبات الربا الفاحش (أي واقعة فردية) لأن ذلك وإن كان يؤدي إلى إثبات ركن من أركان جريمة الربا الفاحش إلا أنه لا يمس النظام العام في شيء - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٨٨ ص ٢٧٩ .

ما ذكرناه في الإقرار ، فكل ما يجوز إقرار الخصم به يجوز فيه توجيه اليمين إليه عند إنكاره ، والعكس صحيح .

ولكن إذا وجهت اليمين من الشخص الذي كان ضحية الواقعة غير المشروعة لإثبات هذه الواقعة وترتب حكم القانون عليها ، فإن هذا يجوز ، فيجوز للمقترض أن يوجه اليمين إلى المقرض ليحلف على أن مبلغ القرض الذي يطالب به لا يشتمل على فوائد ربوية فاحشة ، ويجوز للمدين بسند أن يوجه اليمين إلى الدائن ليحلف على أن سبب الدين ليس سبباً غير مشروع كقامرة أو رهان (١) .

الغلط في الواقع والغلط في القانون

٤٧٠ - وإذا كان توجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانوني ، فإنه يشترط أن يكون غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه . ويكون توجيه اليمين مشوباً بالغلط في الواقع إذا أخفى الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن الخصم الذي وجه اليمين مستنداً صالحاً لإثبات دعوى الخصم الثاني ، فيعتقد هذا ، عن غلط ، ألا سبيل أمامه إلا توجيه اليمين . وقد يكون الغلط في القانون ، كما إذا اعتقد الخصم الذي وجه اليمين أن البيئة ممنوعة قانوناً ، وليست معه كتابة تثبت ما يدعيه ، فوجه اليمين إلى خصمه ، ثم تبين بعد توجيه اليمين أن القانون يجيز البيئة .

٤٧١ - وقد يكون الخصم الذي وجه اليمين إنما وجهها بسبب تدليس وقع عليه من خصمه ، بأن أوهمه هذا مثلاً أن القانون لا يجيز له الإثبات بالبيئة فليس أمامه من سبيل غير توجيه اليمين . وقد يكون توجيه اليمين عن إكراه وقع على الخصم خارج مجلس القضاء ، فلم ير بدأ من توجيه اليمين إلى خصمه ، ولا يعد إكراهاً أن يجد الخصم نفسه مجرداً من أي دليل على حقه فيضطر إلى توجيه اليمين ثم يستجد بعد ذلك دليل يحصل عليه . وفي جميع الأحوال التي يكون فيها توجيه اليمين مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه ، يعتبر توجيه اليمين غير صحيح بصفته تصرفاً قانونياً ، ويجوز لمن وجه اليمين أن يبطله ، حتى بعد أن يقبل الخصم الآخر الحلف ، وحتى بعد أن يحلف (٢) .

(١) السهوري في الوسيط ج ٢ ص ٥٤٢ فقرة ٢٨٣ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٢٣ فقرة ٢٧٢ - أحد نشأت ، المرجع السابق رقم ٤٦٦ ص ٣٢٢ .

شروط رد اليمين

٤٧٢ - يشترط في رد اليمين ما يشترط في توجيهها ، إذ رد اليمين كتوجيهها تصرف قانوني بإرادة منفردة ، فيشترط في الرد إذن كمال أهلية التصرف ، والخلو من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه ، والخلو من التواطؤ والصوربة ، وصدور توكيل خاص إذا فوض الخصم غيره في الرد (١) .

وغنى عن البيان أنه لا يجوز التوكيل أصلاً في حلف اليمين لأن النيابة تجرى في الاستحلاف ولا تجرى في الحلف . كما لا يجوز إعمال أثر اليمين الحاسمة التي يحلفها الوصي في حق القاصر إذ أن أداء اليمين الحاسمة عمل من أعمال التصرف التي لا يجوز له مباشرتها (٢) .

وإذا أعلن الخصم الذي وجهت إليه اليمين أو ردت عليه أنه مستعد للحلف امتنع على الخصم الذي وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك ، فإن رجع رفضت دعواه لأنه ترك بتوجيه اليمين أو ردها ما عداه من طرق الإثبات وذلك ما لم يكن توجيه اليمين أو ردها قد شابه غلط في القانون أو تدليس أو إكراه (٣) .

(١) وفي الفقه الإسلامي خلاف في جواز رد اليمين : الحنفية لا يجيزون الرد ، والمالكية والشافعية يوجبونه إذا نكل المدعي ، وابن تيمية لا يجيز الرد إلا فيما يقع تحت علم المدعي - طرق القضاء للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٦٣ - ٢٦٩ . وجاء في البدائع ، في الخلاف ما بين الحنفية والشافعية في هذه المسألة ، ما يأتي « فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثاً فإن القاضي يقضى عليه عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين إلى المدعي فيحلف فيأخذ حقه » .

(٢) نقض مدني ١٢ إبريل سنة ١٩٦٢ من ١٣ ص ٤٥٥ .

(٣) وفي الفقه الإسلامي لا تجوز البيعة بعد حلف اليمين إلا لعذر على قول خليل في المذهب المالكي . جاء في الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل : « وإن أنكر المدعي عليه أي أجاب بالإنتكار ، قال القاضي للمدعي أنك بيعة ، فإن قال نعم أمره بإحضارها وأعتر للمدعي عليه فيها كما يأتي . فإن نفاها بأن قال لا بيعة لي واستحلفه أي طلب المدعي تحليفه ، وحلف ، فلا بيعة تقبل للمدعي بعد ذلك إلا لعذر كفسيان حين تحليفه خصمه وحلف أنه نسيها ، وأدخلت الكاف عدم علمه بها ثم علم ، كذا إذا ظن أنها لا تشهد له ، أو أنها ماتت ، فله القيام بها إن حلف على ذلك . فلو شرط المدعي عليه على المدعي عدم القيام بيعة يدعي نسيانها أو عدم علمه بها وفي له بشرطه » - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ ص ١٤٦ . ولكن جمهور الفقهاء على أن البيعة تجوز بعد حلف اليمين ، وقد جاء في -

اليمين المتممة وآثارها

٤٧٣ - اليمين المتممة لإجراء من إجراءات التحقيق يستتبر به القاضي وليست دليلاً قائماً بذاته . ويترتب على ذلك عكس النتائج التي تترتب على اليمين الحاسمة وأهمها أنه يجوز توجيهها في أمر غير حاسم في الدعوى ، وفي بعض الطلبات دون البعض الآخر ، ولا يجوز للخصم الذي يكلف بها أن يردها إلى الخصم الآخر (المادة ١٣٠ إثبات) (١) ، وذلك لأنها ليست موجّهة إليه من خصمه لحسم موضوع النزاع بينهما ، بل من القاضي باعتبارها وسيلة لاستكمال قناعته بمبدأ الثبوت الموجود في الدعوى (٢) . وهي ليست حجة ملزمة للقاضي الذي له أن يأخذ بها بعد أن يؤدبها الخصم أو لا يأخذ (٣) ، ولا يتحتم عليه أن يحكم على الخصم الذي نكل عنها ، بل يجوز له بعد نكول هذا الأخير أن يوجهها إلى الخصم الآخر ، بل إن للقاضي أن يعدل عنها بعد توجيهها إذا وجد أدلة أخرى كافية (٤) .

= البدائع في هذا المعنى « وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً ، بل مؤقتاً إلى غاية إحضار البيعة عند عامة العلماء . وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الإطلاق ، حتى لو أقام البيعة بعد يمين المدعي عليه قبلت بيئته عند العامة ، وعند بعضهم لا تقبل لأنه لو أقام البيعة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكنا إذا استحلف لا يبقى له ولاية إقامة البيعة والجامع أن حقه في أحدهما فلا يملك الجمع بينهما . والصحيح قول العامة ، لأن البيعة هي الأصل في الحجة لأنها كلام الأجنبي ، فأما اليمين فكالحلف عن البيعة لأنها كلام الخصم صير إليها للضرورة ، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الحلف فكأنه لم يوجد أصلاً البدائع ج ٦ ص ٢٢٩ . وانظر ما ذكرناه عن اليمين في الفقه الإسلامي بالكتاب الأول ص ٢٠٨ - ٢١٧ .

(١) وتقابلها المادة ٤٨٥ مدني عراق والمادة ٤١٦ مدني مصري الملقاة .

وتشترط المادة ١٣٦٧ مدني فرنسي في توجيه اليمين المتممة ألا تكون الدعوى ثابتة بأدلة كاملة وألا تكون خالية من كل دليل ، أي أن يكون فيها دليل ناقص لا يكفي وحده لاعتبار الواقعة المدعى بها ثابتة .

(٢) السهوري ، المرجع السابق فقرة ٣١٢ - الصدة ، المرجع السابق ص ٤٦٦ .

(٣) نقض مدني ٣ مايو ١٩٦٢ من ١٣ ص ٥٧١ ، نقض ١٣ يناير ١٩٥٥ ص ٦ ص ٤٧٣ . وقد جاء فيه أن محكمة الاستئناف لا تقيد بما رتبته محكمة أول درجة على اليمين المتممة لأنها لا تصمم النزاع ولا تحول دون استئناف الحكم المؤسس عليها . كما جاء في الأول أنه يجوز لمحكمة الاستئناف إذا ألفت حكم محكمة أول درجة المبنى على نتيجة اليمين المتممة أن تبني قضاها على أطراف نتيجة تلك اليمين دون حاجة إلى إلغاء حكم توجيهها .

(٤) السهوري ، المرجع السابق ص ٥٨١ . وانظر حكماً صادراً من محكمة استئناف

حلب (غرفة مدنية ثانية) ٢٦ كانون الثاني ١٩٥٥ مجلة نقابة المحامين بدمشق مجلد ١٩ ص ١١٩ =

هذا ولا تشترط أهلية خاصة فيمن توجه إليه هذه اليمين لما تقدم من أنها لا تعتبر تصرفاً قانونياً بل مجرد إجراء من إجراءات التحقيق ، فتكتفي فيها أهلية التقاضي عموماً ، ويجب أن يكون توجيهها إلى خصم أصلي في الدعوى ، فلا يجوز توجيهها إلى وكيل الخصم ولا إلى خصم ليس أصيلاً في الدعوى كالدائن رافع الدعوى غير المباشرة .

يمين التقويم

٤٧٤ - تنص المادة ١٢١ لإثبات على أنه « لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى . ويحدد القاضي حتى في هذه الحالة حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعى بيمينته » . وهذه اليمين تسمى يمين التقويم ، وهي نوع من اليمين المتممة لأنها تدرج تحت نص المادة ١١٩ / ١ لإثبات (١) المتعلق باليمين المتممة بوجه عام والذي يميز للقاضي أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو « في قيمة ما يحكم به » . ومحل هذه اليمين أن يكون موضوع الدعوى استرداد شيء أصبح رده بعينه مستحيلاً فيجب الحكم بقيمته ، ولا تكون ثمة وسيلة لتقدير قيمته غير التعويل على قول أحد الخصمين ، فيتعين أن يكلف القاضي المدعى بحلف اليمين على صحة تقويمه لهذا الشيء (٢) . ومثل ذلك دعوى استرداد الشيء المسروق أو المودع عند عدم إمكان العثور عليه ورده عيناً . ويؤخذ من النص أن المدعى لا يستطيع رد يمين التقويم التي توجه إليه على خصمه ، كما يؤخذ منه أنه يشترط لتوجيهها أن يعين القاضي حداً أقصى

وقد جاء فيه أن القرار المتضمن تحليف اليمين التكميلية إلى أحد الفريقين لا ينبىء من وجهة نظر المحكمة ، وفي إمكانها أن تحكم بالنال لمصلحة الخالف أو لمصلحة الشخص الآخر الذي لم يجر تحليفه أو لمصلحة المطلوب تحليفه في حال رفضه ، وعليه يجوز للمحكمة أن ترجع عن قرارها المتضمن تحليف أحد الطرفين اليمين التكميلية وذلك لأي سبب كان .

(١) وهي تقابل المادة ١٣٦٩ مدني فرنسي وتطابقها المادة ٤٨٣ مدني عراقي و ١٢٢ ميزات سوري و ٤٠٦ مدني ليبي - وتقابلها المادة ٦١٢ تونسي و ٢٤٠ مرافعات لبناني . ولم يكن لها مقابل في التقنين المصري الملغى .

(٢) فإذا قضى القاضي في هذه الحالة للمدعى بالقيمة التي طلبها دون تحليفه يمين التقويم ، كان قضاؤه باطلاً متعيناً نقضه - في هذا المعنى تمييز بغداد في ١٠ أغسطس ١٩٦٤ مجموعة قضاة تمييز العراق ج ٢ ص ٢٨٢ .

لقيمة الشيء الذي صار رده بعينه مستحيلاً وليس من وسيلة أخرى لتقدير قيمته التي يمكن أن يصدق فيها المدعى بيمينته (١) . أما فيما يتعلق بالحجية فإن يمين التقويم ، وهي لا تعدو كونها نوعاً من اليمين المتممة ، لا تقيد القاضي ، فيجوز له أن يقضى بمبلغ أقل من المبلغ المحلوف عليه إذا أنس مبالغة في تقديره ، وكذلك يجوز للمحكمة الاستثنائية أن تزيد أو تنقص المبلغ الذي قضت به المحكمة الابتدائية .

يمين الاستظهار ويمين الاستحقاق ويمين العيب ويمين الكذب بالافرار

٤٧٥ - من أنواع اليمين المعروفة في الفقه الإسلامي ، يمين الاستظهار والاستحقاق والعيب . وقد سبق أن تكلمنا على يمين الاستظهار في الكتاب الأول فنحيل على ما ذكرناه بشأنها هناك منعاً من التكرار (٢) . أما يمين الاستحقاق فيوجهها القاضي لمن يدعى استحقاق مال ويقم البينة على صحة دعواه ، فيحلفه القاضي على أنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرج من ملكه بوجه ما . . . والثالثة يوجهها القاضي إلى المشتري الذي يريد أن يرد المبيع لعيب فيه ، فيحلفه القاضي على أنه لم يرض بالعيب قولاً أو دلالة ولا تصرف فيه تصرف المالك (٣) .

وقد نص المشرع العراقي على هذه الصور الثلاث من اليمين في المادة ٤٨٤ من التقنين المدني التي تجرى بأن « تحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية : (أ) إذا ادعى أحد في التركة حقاً وأثبتته فتحلفه المحكمة يمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ولا أبراه ولا أحاله على غيره ، ولا استوفى دينه من الغير ، وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن . (ب) إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه حلفته

(١) وعلة هذا التحديد أن القاضي يركن إلى ذمة المدعى لتقدير قيمة مصلحة شخصية له - أنظر المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٤٦٦ .

(٢) راجع ص ٢٠٩ بند ١٢٤ . وانظر أحد ابراهيم في طرق القضاء ص ٢٣٨ حيث يشير إلى أن في الشريعة الإسلامية نوعاً من اليمين يشبه اليمين المتممة ويسمى يمين الاستظهار ، وأن توجيهها محصور في مسائل خمس من بينها ما يعرف بيمين الاستحقاق ويمين العيب . وهو لا يرى معنى لحصر هذه اليمين في مسائل معينة بل كلما وجد المعنى الذي من أجله توجه اليمين في هذه المسائل في مواضع أخرى كان للقاضي توجيهها لوجود مقتضى لها .

(٣) المادة ١٧٤٦ من المجلة . أحد ابراهيم ، المرجع السابق ص ٤٣٤ .

المحكمة على أنه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه (١). (ج) إذا أراد المشتري رد المبيع لعيب ، حلفته المحكمة على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة (٢).

ونص قانون البيئات السوري على هذه الصور وأضاف إليها رابعة هي صورة ما إذا طالب الشفيع بالشفقة حلفته المحكمة بأنه لم يسقط حق شفيعته بأى وجه من الوجوه (المادة ١٢٣).

أما يمين الكذب بالإقرار فإنها تفترض إقراراً صدر من المدعى عليه بورقة أبرزها المدعى ، ثم منازعة من المدعى عليه في حقيقة ما دون هذه الورقة ، أى أنها تفترض أن المدعى عليه معترف بصدور الورقة منه أو من الشخص المنسوبة إليه ولكنه منكر أن ما تضمنته الورقة يطابق حقيقة الواقع وهذا أشبه ما يكون بالظن بالصورية . وقد تساءل أئمة الفقه الإسلامي عما إذا كانت تقبل اليمين لإثبات عدم حقيقة ما ورد في الورقة المعترف بصدورها ممن نسبت إليه ، وأجاب على ذلك أبو يوسف - دون غيره من أئمة الأحناف - بالإيجاب . وبقوله أخذت المجلة في المادة ١٥٨٩ حيث قضت بأنه « إذا ادعى أحد كونه كاذباً في إقراره الذي وقع ، يحلف المقر له على عدم كونه المقر كاذباً . » (٣) . وتنص المادة ١١١ مرافعات عراقى على أنه « إذا أقر المدعى عليه بالسند المبرز العادى أو المصادق من الكاتب العدل وادعى الكذب بالإقرار ، جاز له أن يطلب تحليف المدعى اليمين بعدم الكذب بالإقرار ، ولا يسمع هذا الادعاء على السندات المنظمة رأساً من الكاتب العدل ولا على الإقرار الواقع بحضور المراجع الرسمية ذات الاختصاص إذا صرح في السند بحصول الواقعة بمشاهدة من الموظف المختص » . ومؤدى

(١) فإذا قضى للمدعى بما ادعاه على التركة دون تحليفه اليمين ، وكذلك إذا قضى للمدعى بالاستحقاق دون تحليفه ، كان الحكم باطلاً متعيناً نقضه - تمييز العراق ٧ نوفمبر ١٩٦٥ و ٢٩ أكتوبر ١٩٦٥ مجموعة قضاء تمييز العراق ج ٣ ص ١٤٠ و ١٤١ .

(٢) كذلك تنص المادة ٥١٠ التزامات وعقود تونس على أنه إذا تعلق الدعوى بفائب أو بتركة المدين أو بصغير وغيره ممن ليس بأهل للتصرف أو بجانب وقف ، كان على الحاكم توجيه يمين الاستيفاء على الطالب وإلا بطل الحكم . لكن يسوغ التصالح في هاته اليمين .

(٣) أنظر في شرح هذا النص ، حسين المومن ، نظرية الإثبات ، بغداد ١٩٤٨ ص ٢٠١ .

هذا النص أن موقع السند العرفى أو السند الرسمى المعترف بتوقيعه يجوز له مع ذلك أن ينكر حقيقة الواقعة المدونة في هذا السند ، أى أن يدعى كذب ما أقر به في السند المذكور بشرط ألا تكون الواقعة التى ينكر حقيقة إقراره فى شأنها مما شهد بحصوله أمام الموظف العام الذى قام بتحرير السند الرسمى أو الذى تم ذلك السند بحضوره . وفى هذه الحالة يجوز له تحليف المدعى بعدم الكذب فى الإقرار المذكور ، فإن حلف حكم له ، وإلا رفضت دعواه (١) .

هل توجه اليمين الحاسمة من باب الاحتياط

٤٧٦ - لم يرد فى القانون الفرنسى نص على ذلك ، وأما القانون الألمانى فقد نص صراحة على جواز توجيه اليمين الحاسمة بصفة احتياطية (المادتين ٤١٨ ، ٤١٩) . أما فى القانون المصرى فقد كانت المادة ١٦٦ / ١٨٧ مرافعات قديم تنص على عدم جواز التكليف باليمين الحاسمة لأن التكليف بتلك اليمين يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلاف عليها (٢) . وقد روئى عند تنقيح قانون المرافعات عام ١٩٤٩ أن يستبعد منه نص المادة ١٦٦ / ١٨٧ باعتبار أن حكمها حكم موضوعى ليس محل قانون المرافعات ، ومن جهة أخرى لم يرد على هذا الحكم نص فى التقنين المدنى فكان ذلك دليلاً على أن المشرع أخذ بالتكليف بالحديد لليمين ، فلم يعتبرها صلحاً يتعين بموجبه على موجه اليمين أن ينزل عما يكون لديه من أدلة أخرى ، بل اعتبرها وسيلة أخيرة يلجأ إليها المدعى عند ما يعوزه الدليل ، فيجوز له أن يلجأ إليها على سبيل الاحتياط إذا كان لا يطمئن كلى الاطمئنان إلى ما لديه من أدلة ، فيكون على المحكمة أن تبحث أدلة الخصم لتقضى بموجبها إن وجدتها كافية ، فإن لم تقتنع بها تعين عليها أعمال طلب توجيه اليمين ، أى ألا تلجأ إلى هذه الوسيلة الأخيرة إلا بعد أن تقتنع بعدم كفاية الأدلة الأخرى (٣) .

(١) ضياء شيت خطاب ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقى ، بغداد ١٩٦٨ ص ٣٢٣ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٢١٣ والحكم المشار إليه بهامش (٢) .

(٢) أنظر فى نقد هذا النص وفى تفسيره بأنه يشترط فقط أن تكون اليمين حاسمة وبأن توجيهها على سبيل الاحتياط لا يخل بهذا الشرط - الصدة ، المرجع السابق ص ٤٧٦ .

(٣) الصدة فقرة ٣٠٢ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٥٩ فقرة ٢١٩ - نشأت فقرة ٥٨١ .

ولأن قانون الإثبات المصري أيضاً لم يعرض لهذه المسألة ، فيمكن القول بأنه أقر ضمناً الرأي السابق وهو الراجح في الفقه والقضاء (١) .

الاتفاق مقدماً على عدم توجيه اليمين

٤٧٧ - قد لا يرضى الشخص أن توجه إليه اليمين ، فيحتاط لذلك بالاتفاق مع من يتعاقد معه على عدم توجيه اليمين إليه في أى نزاع ينشأ بينهما في المستقبل بسبب تنفيذ العقد ، فهل يكون هذا الاتفاق صحيحاً ويترتب عليه عدم جواز توجيه اليمين أو يعتبر باطلاً ولا يمنع بالتالي من توجيهها ؟
قضت بالرأى الثاني محكمة الاستئناف المختلطة وبنت حكمها على أن الاتفاق في هذه الحالة يكون حاصلًا قبل وجود أية خصومة ، أى في وقت لا يستطيع المتعهد فيه أن يقدر مدى تعهده (٢) . أما المحكمة الوطنية فقد أجازت هذا الاتفاق ورتبت على ذلك امتناع توجيه اليمين ، وأقامت قضاءها على أنه ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام والآداب وأنه جائز قانوناً إذ قد يتردد بعض الأشخاص كثيراً في الحلف بسبب العقيدة الدينية وتأنيب الضمير إذا ما ظهر له الحق بعد الحلف . وهذا الرأى الأخير هو الراجح في الفقه (٣) .

يمين الاستيثاق ويمين العلم

٤٧٨ - نصت المادة ٢٠١/١٩٣ تجارى على أن الأوراق المحررة لأعمال

(١) السهورى ، الوسيط ج ٢ ص ٥٢٧ - نشأت ج ٢ فقرة ٥٨١ .

وقد كانت المادة ١١٧ من مشروع قانون الإثبات تقضى بأنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط ولا يجوز التوكيل في تأديتها ، وحذف هذا النص عند مراجعة المشروع المراجعة النهائية ولم يبين سبب الحذف في المذكرة الإيضاحية ، الأمر الذى يعود بنا إلى اجتهاد الفقه والقضاء في ظل أحكام التمتين المدنى الحال المتعلقة بالإثبات قبل إلغائها .
- على أن القانون العراقى لم يأخذ بالرأى الراجح المشار إليه بالمتن حيث نص صراحة في المادة ٩٧ مرافعات على أن طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات بالنسبة إلى الواقعة التى ترد عليها ، ولا يقبل توجيه اليمين بصيغة احتياطية . فربط بذلك ريباً تاماً بين توجيه اليمين وبين النزول عما عداها من أدلة .

(٢) انتقد الأستاذ نشأت بحق هذا الحكم لأن السبب الذى يهمل عليه لا يكتفى لبطان

الاتفاق - نشأت ج ٢ فقرة ٢٨٥ .

(٣) السهورى ، المرجع السابق ص ٥١٦ هامش (١) - الصفة ، المرجع السابق

ص ٤٢٨ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٦١ و ١٦٢ .

تجارية يسقط الحق في إقامة الدعوى بها بمضى خمس سنوات ؛ وإنما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بخلفهم اليمين على أنه لم يكن في ذمتهم شيء من الدين إذا دعوا للحلف . وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يخلفوا يميناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين . ونصت المادة ٣٧٨ / ٢ من القانون المدنى على أن « يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة (١) أن يخلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً . وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه . وتوجه إلى ورثة المدين أو أوصياهم إن كانوا قسراً ، بأنهم لا يعملون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » .

ويبين من هذه المواد أن يمين الاستيثاق يمين استثنائية شرعت لتعزيز قرينة الوفاء في حالتين خاصتين لا يجوز القياس عليهما ، وهى تلحق باليمين الحاسمة من حيث إنها تحسم النزاع (٢) ، ولا يجوز لمن حكم ضده بناء عليها أن يجدد النزاع ارتكناً على أدلة أخرى لإثبات حقه أو إثبات كذب اليمين (٣) ويختلف توجيه يمين الاستيثاق في كل من هاتين الحالتين عنه في الأخرى فهو في الديون المدنية يكون واجباً على القاضى بحكم القانون فلا يتوقف على إرادة المدعى ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٣٧٨ / ٢ مدنى أخذاً بما ذهب إليه الفقه والقضاء في هذا الشأن في ظل التمتين الملغى (٤) ، وقد رتب بعض الشراح على ذلك إلحاق هذه اليمين باليمين المتسمة ولو أنها تختلف عنها في نيتها ، أما في الديون التجارية فيكون توجيهها بناء على طلب المدعى .

أما يمين العلم فتتميز بأن موضوعها ليس الأمر الذى يدور عليه النزاع ذاته بل هو علم من توجه إليه بصدور هذا الأمر أو بعدم صدوره من شخص آخر أو عدم علمه بذلك . ولذلك فهى بطبيعتها ليس فيها ما يحتم أن تكون يميناً حاسمة بل يجوز أن تكون متممة في الحالات التى يرى القاضى

(١) والمفروق التى تتقدم بسنة هى التى نصت عليها الفقرة الأولى من المادة وتشمل

حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم وحقوق العمال والخدم والأجراء .

(٢) نقض جتأى ١٧ نوفمبر ١٩٤١ ، الهامة ص ٢٢ ص ٤٧٦ .

(٣) نشأت ط ٦ فقرة ٥٩٠ مكرر .

(٤) السهورى في الموجز فقرة ٦١٠ ، كامل مرسى في التقادم فقرة ٥٦٦ ، نشأت

فقرة ٥٩٠ مكرر .

فيها توجيه اليمين المتممة إلى شخص عن واقعة ليست خاصة به فيمكنني منه أن يحلف على علمه أو عدم علمه بهذه الواقعة .

ولم يكن التقنين المدني الملغى ينص على يمين العلم إلا بمناسبة يمين الاستيثاق وهي حاسمة كما تقدم ، ولكن ذلك لم يمنع أن يوجه القاضى يمين العلم في غير الحالات المنصوص عليها إلى ورثة من كان يجوز توجيه اليمين الحاسمة أو اليمين المتممة إليه باعتبار أن قصر اليمين على العلم ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضى بأن يكون موضوع اليمين متعلقاً بالشخص المطلوب تخليفه^(١) . وقد جرى القضاء فعلاً على توجيه يمين العلم إلى الورثة أو الخلف في جميع المنازعات المتعلقة بالمورث أو السلف ، ولم يقصر ذلك على الديون التجارية أو المدنية التي تقضى بمدد قصيرة . أما التقنين الحالي فقد خطا خطوة في سبيل تعميم يمين العلم ، إذ لم يكتب بالنص عليها في حالتى يمين الاستيثاق ، بل نص في المادة ٤١١ / ١ التي انتقل نصها إلى المادة ١١٥ / ٢ من قانون الإثبات على أنه يجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين الحاسمة متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية له انصببت اليمين على مجرد علمه بها ، فدل بذلك على أن اليمين الحاسمة قد لا تكون إلا يمين العلم ، ولكن ذلك لا يقطع بأن يمين العلم لا تكون إلا حاسمة ، ولا يمنع القاضى من توجيهها إلى ورثة من كان يرى توجيه اليمين المتممة إليه لو بقي حياً . ونحن نجد التقنين المدني القائم يستحدث بالفعل حالة نص فيها على يمين العلم دون أن تكون تلك اليمين حاسمة ، فقد نص في المادة ٣٩٤ منه على أن « تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم يذكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط

(١) وليس في يمين العلم التي نصت عليها المادة ٣٧٨ / ٢ مدني من استثناء إلا ما يتعلق بتخليف الأوصياء ، فإن فيه خروجاً على قاعدة وجوب توجيه اليمين إلى نفس الخصم في الدعوى لا إلى نائبه . ولذلك نرى قصره على الحالة المنصوص عليها في هذه المادة وعدم تعديته بالقياس إلى حالات أخرى .

(٢) سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٩٤ . وانظر حكم محكمة استئناف أسبوط الذي اعتبر يمين العلم يميناً حاسمة وليست هي يمين الاستيثاق المنصوص عليها في المادة ٢١٣ مدني ، لأن المدعى ذو صاحب الحق في توجيهها وهو بطبيعة الأمور لا يلجأ إليها إلا إذا عجز عن إقامة الدليل على دعواه ومن ثم فإنه يلزم بنتيجة توجيهها - استئناف أسبوط ١٥ مارس ١٩٤٩ المحاماة ص ٢٩ ص ٦٢٥ .

أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ويمكن أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلتى عنه الحق . ويبين من ذلك أن الورثة أو الخلف يجوز لهم إنكار صدور الورقة من المورث أو السلف ، ولكن يجوز لهم الاكتفاء بتقرير عدم علمهم بصدورها منه على أن يعزوا تقريرهم ذلك باليمين . ولا يترتب على حلفهم هذه اليمين حسم النزاع بشأن الورقة ، بل يفصل في هذا النزاع وفق القواعد والإجراءات التي كانت تتبع لو أن المورث أو السلف بقي حياً وأنكر صدور الورقة منه . ويظهر من ذلك أن هذه اليمين هي أقرب إلى أن تكون يميناً متممة من نوع خاص يفرضها القانون نفسه على الورثة أو الخلف في حالة لم يكن يقتضى الأمر فيها توجيه أى يمين إلى المورث أو السلف .

هل يمكن اثبات كذب اليمين

٤٧٩ - لم يرد عن ذلك نص في القانون المدني السابق . وقد قررت محكمة النقض أن الخصم الذي يوجه لخصمه اليمين الحاسمة في دعوى مدنية يعتبر متنازلاً عن حقوقه إذا حلف خصمه اليمين سواء كان صادقاً أو كاذباً ، ولا يجوز حينئذ لمن وجه اليمين أن يرفع مباشرة دعوى اليمين الكاذبة على خصمه . والنيابة التي لها وحدها الحق في رفع الدعوى في هذه الحالة لا يمكنها أن تبدى طلبات البتة في الدعوى المرفوعة مباشرة بغير حق وإنما لها فقط أن ترفع دعوى مخصوصة^(١) . وقد تقرر أيضاً - في ظل القانون المدني السابق - أنه حتى إذا ثبت كذب اليمين أمام المحكمة الجنائية لا يمكن للخصم أن يرفع الدعوى المدنية مرة أخرى مطالباً بما حلف عليه أو مطالباً بتعويضات^(٢) ، وذلك بناء على أن موجه اليمين يعتبر متنازلاً عن كل حق له إذا أدبت ، ولا يملك في حالة كذب اليمين سوى تبليغ النيابة العمومية بصفته أحد أفراد الهيئة الاجتماعية ، لأن من حق كل إنسان التبليغ عن الجرائم ، بل من واجبه في بعض الأحيان . وقد قررت محكمة النقض أن كون موجه اليمين الحاسمة ممنوعاً بعد حلفها من المطالبة بأى حق من الحقوق - ذلك لا يمنع المحكمة من أن تعول على أقواله في جريمة اليمين الكاذبة^(٣) ، إذ لا يمكن

(١) المجموعة الرسمية ١٩١٢ ص ١٣٩ رقم ٦٩ .

(٢) أبو هيف ، مراجعات ص ٦٤٣ وقد أشار إلى جارسونيه ج ٢ رقم ٢٩٨ .

(٣) مجموعة القواعد القانونية ج ٧ جنائي ص ٨١٧ رقم ٨٩٧ .

إثبات كذب اليمين بشهادة الشهود إذا كانت قيمة المخلوف عليه تتجاوز عشرة جنهات (عشرين جنهما حالياً) لأنه للحكم بأن اليمين كاذبة يجب أن تثبت أولاً الواقعة المدنية التي أدبت اليمين عنها ، وهي لا تثبت هنا بشهادة الشهود ، ويجب الإثبات بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مكلاً بالشهود والقرائن ، أو بالشهود والقرائن إذا كان هناك مانع قانوني . وقد يكون هذا ممكناً في بعض الأحيان ، كما لو كان لشخص على الآخر دين بسند بحث عنه فلم يجده ، فوجه إليه اليمين الحاسمة فحلفها ثم وجد الدائن السند أو وجد خطاباً من المدين يدل على انشغال ذمته بالدين الذي أنكره باليمين . وقيل إنه إذا وجه شخص اليمين الحاسمة لآخر على صحة عقد يتمسك به فحلفها نيابة فإنه لا يمكنه أن يظعن فيه بالتزوير ليتوصل إلى الحكم برده وبطلانه حيث انحصم النزاع في شأن العقد باليمين (١) .

بيد أن المادة ٤١٣ من القانون المدني القائم ، التي حلت محلها المادة ١١٧ إثبات بعد أن قالت : لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤدبها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه ، قالت : « على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده » . ويراعى أن الضرر الحادث من جراء رفض الدعوى ليس سببه توجيه اليمين كما ذهب إلى ذلك فريق من الفقه ما دام أن من وجه اليمين إنما استعمل حقاً أثبتته له القانون .

الخلاصة

٤٨٠ - يخلص لنا مما تقدم أنه سواء كانت اليمين نوعاً من الصلح أو التنازل أو التحكيم على ما يراه الفقه والقضاء إلى الآن ، أو نوعاً خاصاً من التصرفات ، فهي بحسبانها تصرفاً قانونياً تكون باطلة إذا نشأت عن غش أو إكراه أو غلط أو كان موجهها أو رادها ناقص الأهلية (٢) . فإذا اعتقد

(١) نشأت ج ٢ ط ٧ ص ١٠٠ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن « اليمين الحاسمة لا توجه إلا إلى الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات ويجب أن تتوافر في هذا الخصم أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه اليمين وأن يملك التصرف في هذا الحق وقت حلف اليمين ، ذلك أن كل خصم توجه إليه

من وجه اليمين مثلاً أن البيعة ممنوعة قانوناً فوجه اليمين ثم تبين غلظه بعد ذلك ، كان توجيه اليمين مشوباً بغلط ، فإذا كان خصمه هو الذي أوقعه في هذا الغلط كان توجيه اليمين مشوباً بتدليس ، وفي هذه الأحوال يعتبر توجيه اليمين غير صحيح بصفته تصرفاً قانونياً ، ويجوز لمن وجه اليمين أن يبطله حتى بعد أن يقبل الخصم الآخر الحلف وحتى بعد أن حلف ، كما يكون له أن يطعن في الحكم الذي صدر بناء على اليمين بطريق الاستئناف أو التماس إعادة النظر حسب الأحوال (١) .

ولا يجوز أن يكون موضوع اليمين حكماً قانونياً لأن تطبيق حكم القانون من عمل القاضي الذي لا يتقيد فيه بتكييف الخصوم للواقعة القانونية . وإنما يجوز أن يكون موضوعها أمراً يخالف قرينة قضائية أو قرينة قانونية غير قاطعة أو قرينة قانونية قاطعة إلا أنها غير متعلقة بالنظام العام كقرينة الوفاء التي بنى عليها تقادم بعض الديون بالمدد القصيرة .

ولا يجوز كذلك التوكيل أصلاً في حلف اليمين لأن النيابة تجري في الاستحلاف ولا تجري في الحلف (٢) . كما لا يجوز إعمال أثر اليمين الحاسمة التي يحلفها الوصي في حق القاصر إذ أن أداء اليمين الحاسمة عمل من أعمال

اليمين يجب أن يكون قادراً على الخيار بين الحلف والرد والتكول . ورد اليمين كتوجيهها تشترط فيه أهلية التصرف والتكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق . وأنه متى كان الدائت أن الشركة (الدائنة الأصلية) قد اندمجت قبل رفع الدعوى في الشركة للمطعون ضدها اندماجاً كلياً وكان يترتب على هذا الاندماج انقضاء الشركة المنديجة وزوال شخصيتها وبالتالي انتهاء سلطة مديرها وزوال كل صفة له في تمثيلها وفي التصرف في حقوقها ، فإن توجيه اليمين الحاسمة إليه عن واقعة الوفاء بالدين الذي لها في ذمة الطامن (المدين) بعد أن زالت صفته في تمثيلها وأصبح لا يملك التصرف في حقوقها ومن بينها الحق المطالب به ولم يعد له حق المطالبة بإثبات الوفاء المدعى به من الطامن - يكون غير جائز قانوناً - .
نقض ٧ ديسمبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٨٥١ .

(١) وفيما عدا أحطال الغلط والإكراه والتدليس وعدم الأهلية ، ومخالفة شروط صحة توجيه اليمين وصحة أدائها ، لا يصح مطلقاً الطعن في الحكم بأي وجه لا بطريق الاستئناف ولا بطريق التماس ، إذ هو حاسم للنزاع نهائياً كما سبق أن ذكرت لأن توجيه اليمين يفيد التنازل عما عداها من أوجه الثبوت .

(٢) وأرى جواز توجيه اليمين إلى مثل الشخص المعنوي ، كرئيس مجلس إدارة الشركة أو مديرها مثلاً ، لأن اليمين هنا تكون موجهة في الحقيقة إلى الخصم الأصل نفسه .

التصرف التي لا يجوز له مباشرتها (١).

وإذا ما أعلن الخصم الذي وجهت إليه اليمين أو ردت عليه أنه مستعد للحلف ، امتنع على الخصم الذي وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك ، فإن رجوع رفضت دعواه لأنه ترك بتوجيه اليمين أو ردها ما عداه من طرق الإثبات وذلك ما لم يكن توجيه اليمين أو ردها قد شابه غلط في القانون أو تدليس أو إكراه على ما أوضحنا .

ولم يكن القانون المدني السابق يسمح لمن وجه اليمين إلا بتبليغ النيابة ، وحتى إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي لم يكن له أن يطالب بتعويض أو يطعن في الحكم المدني . أما القانون القائم فإنه يسمح للمضروب برفع دعوى تعويض بعد الحكم الجنائي النهائي ، أو بأن يطعن في الحكم المدني إن كان الطعن ممكناً . وهذا عدل كان مطلوباً .

المبحث الرابع العرف (٢)

٤٨١ - يعتبر العرف مصدراً من مصادر القانون (٣) ، والمقصود

(١) نقض مدني ١٢ إبريل ١٩٦٢ س ١٣ ص ٤٥٥ .

- ويشترط فيمن يوجه إليه اليمين ما يشترط فيمن يوجهها من أهلية ، أي أن يكون أهلاً للتصرف في موضوعها أو له ولاية في ذلك ، فلا يجوز توجيهها إلى الفاسر أو المحجور عليه ولا إلى وصيه أو القيم عليه ، لأن توجيه اليمين يرتب عليه تغيير الخصم بين الحلف وبين الرد أو التكول - نقض مدني ٧ ديسمبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٨٥١ . وفي الرد والتكول تعريض حقه للضياع لأن الرد يعتبر بمثابة توجيه لليمين والتكول إما بذلك وفداء حتى لا يحلف المدعي عليه ، وإما إقرار ضمن بصحة دعوى المدعي ، وهؤلاء جميعاً لا يملكون أيًا من البذل أو الإقرار .

وقد نصت المادة ١/٣٠٩ مدني ليس على أنه لا يجوز توجيه اليمين ولا ردها لحسم قضية تتعلق بحقوق ليس للخصوم حق التصرف فيها .

(٢) راجع ص ٢٨٣ - ٢٩٨ و ص ٣٦٤ - ٣٦٥ . ونقصر الكلام على العرف هنا من ناحية الإثبات فحسب .

(٣) تنص المادة الأولى من التقنين المدني على أنه « ١ - ٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . وورد بمذكرة المشروع التمهيدي « . . . وتعرض الفقرة الثانية لحالة نقص التشريع فتحيل القاضي =

بالعرف كما قدمنا هو القواعد الثابتة التي اعتاد الناس استعمالها زمنًا طويلاً تحديداً لعلاقاتهم في التعامل ، فتصبح مرجعية في العمل ، ويطلق على العرف أحياناً « العلاقات القانونية » *usages légales* ، وذلك تمييزاً له عن العادات الاتفاقية *usages conventionnelles* المصطلح عليها في المعاملات المدنية أو التجارية أو بين أصحاب العمل والعمال في جهة معينة من جهات البلد أو القطر فهذه تعد في مرتبة الاتفاقات التي تجرى بين الأفراد ولا تأخذ بحكم القانون .

وإذا كان العرف يعتبر في مرتبة القانون ، فهل يأخذ بحكم القاعدة القانونية ، فيكون على القاضي البحث عن العرف وتطبيقه من تلقاء نفسه على واقعة الدعوى ، أو أنه يتعين على الخصم الذي يتمسك بالعرف أن يثبت وجوده ؟ .

يرى بعض الشراح أن العرف يتساوى مع القانون فيفترض علم القاضي به ولا يكلف الخصم بالتمسك به أو إثباته ، ويجب على القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه وهو في كل هذا يخضع لرقابة محكمة النقض (٤) .

ويذهب رأي آخر إلى أن القاضي غير مكلف إطلاقاً بتطبيق العرف من تلقاء نفسه ، وأن من واجب الخصم الذي يتمسك به أن يقيم الدليل على

= مبتدئاً إلى العرف وهي في ذلك تتفق مع الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني السويسري . والواقع أن العرف هو المصدر الذي يملأ الفراغ في التشريع في المرتبة التي الواجب أن يلجأ إليه القاضي مباشرة إن اقتضت النصوص . وإذا كانت المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية قد اقتضت حل ذكر « العادات التجارية » فأكبر الظن أنها قصدت بذلك إلى استظهار ما للعرف من أهمية خاصة في المعاملات التجارية لا إلى قصر نطاق تطبيق نوع من أنواع القواعد العرفية حل هذه المعاملات دون غيرها ، فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلة الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استصالتها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكليفاً خصياً لا يفتقر إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسرى في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام حل سواء (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ١٨٨) .

(١) أسكارا الموجز رقم ٧٣ ص ٤١ - أوبري ورو جزء ١٢ فقرة ٧١٩ - الوسيط السنهوري جزء ٢ رقم ٢٨ ص ٥٢ - أصول القانون التجاري حل الزيني بند ٤٢ ص ٥١ - ٥٧ . وتنص المادة ٢٧١ من قانون الموجبات والعقود الجنائي على أنه « يجب على القاضي أن يمتد من تلقاء نفسه باليتود المرجحة عرفاً وإن كانت لم تذكر صراحة في العقد » .

وجوده ، فإذا لم يحصل التمسك به أمام قاضي الموضوع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (١) .

٤٨٢ - ونحن نؤيد هذا النظر ، ذلك أنه وإن كان العرف يعتبر في مرتبة القانون ، إلا أنه يختلف عنه في أنه لا ينشر في مدونات مكتوبة يمكن الرجوع إليها مما يصعب على القاضي الإلمام به ، وإذا ترك وشأنه في التحري عن العرف وتفصي أحكامه لأضاع وقتاً وبذل جهداً هو في أشد الحاجة إليهما ، ولهذا فإن الاعتبارات العملية تقتضي - تيسيراً لمهمة القاضي - أن يكلف الخصم الذي يتمسك بالعرف أن يثبت وجوده (٢) . وقد أيدت محكمة النقض هذا النظر حين قضت بأن « تحري العرف في ذاته والتثبت من قيامه من أمور الموضوع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا حيث يجيد قاضي الموضوع عن تطبيق عرف ثبت لديه وجوده ، وهذا يقتضي التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيامه ، فإذا لم يحصل التمسك به فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض » (٣) . كما قضت في حكم آخر (٤) بأنه « متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على وجود عرف يقضي بأن يكون تاريخ استحقاق الأجرة سابقاً على تاريخ انتهاء الإيجار دون أن تثبت المحكمة من قيام ذلك العرف أو تبين مصدره ، وذلك على الرغم من تمسك الطاعن بوجود عرف يقضي باستحقاق الأجرة عند انتهاء الإيجار وبعد جمع المحصول ، فإن الحكم المعطون فيه يكون صحيحاً مما يوجب نقضه » (٥) .

(١) ليون كان ورينو جزء رقم ٨٠ ص ٩٢ - وراجع أيضاً حامد فهمي ومحمد حامد فهمي في النقض في المواد المدنية والتجارية رقم ١٦ ص ٨٦ فقد قررا « يترك للقاضي أمر التثبت من قيام العرف ، لا لأنه واقعة من وقائع الدعوى ، بل لأن العرف أكثره محل لا إقليمي والمصلحة التي تعود على أهل العرف من عرض أمر التثبت من قيامه وعدم قيامه على محكمة النقض هي مصلحة قليلة الأهمية ، ولو فتح لهم الباب فيه لكثرت طعونهم وأضاعوا حل المحكمة وقتاً كبيراً لعلها شديدة الحاجة إليه . أما كون العرف القائم قد طبق أو لم يطبق فالأولى إخضاع الحكم في ذلك لرقابة محكمة النقض » .

(٢) قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٨ - ١٩ .

(٣) نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ ص ١٥ ص ١١٢٠ .

(٤) نقض ٢١ أبريل سنة ١٩٦٦ ص ١٧ ص ٨٩٤ .

(٥) وقضت محكمة النقض بأنه وإن كان التثبت من قيام العرف متروكاً للقاضي -

ويجوز إثبات وجود العرف بطرق الإثبات كافة بما في ذلك شهادة الشهود . ولا يفوتنا أن نشير في هذا المقام إلى أن قضاء كلتا محكمتي النقض الفرنسية والمصرية قد جرى على ترك التثبت من قيام العرف لقاضي الموضوع (١) .

جواز اتفاق العاقدین على ما يخالف العرف التجاري

٤٨٣ - لا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف للتحلل من التزامات يفرضها عليه التعاقد الذي تم بينه وبين الطرف الآخر في العقد ، إذ لا يوجد ما يمنع من أن يتفق العاقدان على ما يخالف العرف التجاري ويكون اتفاقهما ملزماً (٢) لهما ، كما لا يجوز التحدي بالعرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعي (٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن « المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٣١٨ لسنة ١٩٥٢ إذ نصت على أن تطبق هيئة التحكيم القوانين واللوائح المعمول بها ، وعلى أن لها أن تستند إلى العرف ومبادئ العدالة وفقاً للحالة الاقتصادية والاجتماعية العامة في المنطقة - قد قصدت إلى أن هيئة التحكيم ملزمة أصلاً بتطبيق أحكام القوانين واللوائح فيما يعرض لها من منازعات بين أرباب العمل وعمالهم ، وأن لها بجانب هذا الأصل الذي يجب اتباعه رخصة أجازتها لها هذه المادة هي أن تستند إلى العرف ومبادئ العدالة في إجابة العمال إلى بعض مطالبهم التي لا ترتكن إلى حقوق مقررة لهم في القانون وذلك وفقاً للحالة الاقتصادية والاجتماعية العامة في المنطقة ، فتمت ألزمت هيئة التحكيم الأصل المقرر لها وهو تطبيق القانون على النزاع المعروض عليها ، ورأت فيما قرره للعمال

الموضوع إلا أنه لا يمتنع من بيان دليله على قيامه والمصدر الذي استقى منه ذلك إذا نازع أحد الخصوم في وجوده ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قرر وجود عرف يقضي بأن يكون المؤجل من أتعاب المحامين معادلاً للمعجل منها دون أن يذكر دليله على وجوده أو المصدر الذي استقى منه ذلك رغم أن الطاعن قد أنكر وجود هذا العرف - يكون قد خالف القانون - نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٦٩ ص ٢٠ ص ١٣٥٦ .

(١) نقض فرنسي ١٢ يونيو ١٩٠٣ دالوز ٩٠٣ - ١ - ١١١ - وراجع الأحكام المشار إليها في هامش رقم ٤ ص ٨٤ من كتاب النقض في المواد المدنية والتجارية للأستاذين

حامد فهمي ومحمد حامد فهمي - ونقض مدني ١٨ أبريل ١٩٥٧ ص ٨ ص ٤٢٦ .

(٢) نقض ١٢ يونيو ١٩٦٩ ص ٢٠ ص ٩٢١ .

(٣) نقض ١٩ يونيو ١٩٦٩ ص ٢٠ ص ١٠١٧ .

من حقوق ما يعنى عن التزيت فيها ، فلا سبيل إلى التزامها باختيار العمل بالرخصة المتاحة لها ولا تزيب عليها في عدم الأخذ بها ، وهي في الحالتين غير مكلفة ببيان أسباب اختيارها لأحد وجهي الرأي فيها (١) . كما قضت بأنه « لا تزيب على محكمة الموضوع إذا هي رفضت الاستجابة إلى ما طلب الطاعن من إحالة الدعوى إلى التحقيق لثبت ما ادعاه من قيام عرف تجارى مبناه أن التعامل في سوق البصل في الإسكندرية يجرى على أساس معاينة المبيع وأن البيع لا يتم على مقتضى عينة خاصة - ذلك أن دفاع الطاعن في هذا الخصوص لم يكن مبناه أن تمت عرفاً تجارياً يناهض نصاً مفسراً ، وإنما كان مبناه أن هذا العرف هو الذي يتحدد به مراد الشارع من نص المادة ٣٤ من القرار الوزاري رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢ ، وإذا كان هذا هو ما استهدفه الطاعن بطلب الإحالة إلى التحقيق ، فإنه لا حرج على محكمة الموضوع إذا هي التفتت عنه وأخذت في تفسير ذلك النص بما تدل عليه عبارته الواضحة (٢) » . وقضت بأن « الرهينة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية في مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية . . . والقانون في المادة ١٤ من الأمر العالي الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب واختصاصات المجلس الملي لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن للرهينة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له ، ومن هذه الأحكام أن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه في سلك الرهينة ملك للبيعة التي كرس حياته لخدمتها . ولما كان هذا الذي جرى العرف الكنسي عليه ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام ، فإن الحكم الذي يعد المطران مالكا لنفسه لا للكنيسة ما يشتره وقت شغله منصبه الديني على أساس أن عقود الشراء صدرت له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة يكون مخطئاً في ذلك لعدم تطبيقه القواعد الكنسية المحددة لعلاقة الرهبان بالكنيسة في ملكية الأموال ، باعتبارها قانون العقد الواجب الأخذ به (٣) » .

(١) نقض ٢٠ يونيو ١٩٥٧ ص ٨ من ٦٠٤ .

(٢) نقض ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ ص ١٠ من ٥٦٧ .

(٣) نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض ج ١ ص ٣٢٤ .

العادات الاتفاقية (١)

٤٨٤ - أما العادات الاتفاقية ، وهي المصطلح عليها في المعاملات المدنية أو التجارية أو بين أصحاب العمل والعمال ، فهذه ليست في منزلة القانون ، بل تعتبر في حكم الشروط والاتفاقات التي تجرى بين المتعاقدين فيترك للقاضي الموضوع أمر التثبت من قيامها وتفسيرها وتطبيقها شأنها في ذلك شأن أية واقعة يدعيها أحد الخصوم وينكرها الخصم الآخر ، فيقع عبء إثباتها على عاتق المتمسك بها ، ولقاضي الموضوع سلطة تقدير ما إذا كان الطرفان قصدا وقت التعاقد اتباع العادة الاتفاقية أولاً ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك متى كانت الأسباب التي بني عليها قضاءه سالفة عقلاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا ادعى العامل قيام العادة الاتفاقية على سماح رب العمل لعماله أداء عمل آخر في الخارج في غير أوقات العمل لديه ، فإن عليه هو لا على رب العمل إثبات وجود هذه العادة ، وإثبات أن المتعاقدين كليهما قد قصدا الالتزام بها واتباعها (٢) » .

٤٨٥ - بيد أننا نرى أن العادة تشبه الواقعة القانونية من حيث إنه يجب على من يتمسك بها أن يثبت وجودها ، وذلك فقط في الحالة التي لا يكون فيها للقاضي علم بوجود العادة . أما إن كان القاضي على علم بها ، فلا يحتاج الأمر إلى إثباتها إذ يجوز للقاضي أن يحكم في شأنها بعلمه خلافاً للحال فيما يتعلق بالوقائع القانونية حيث لا يجوز للقاضي أن يقضى فيها بعلمه . ويأخذ حكم العادة في هذا الشأن العرف المحلي إذ لا يبلغ حد الشهرة الذي يسمح بافتراض علم القاضي به فيتعين على من يتمسك به أن يثبته إن كان القاضي لا يعلم

(١) راجع من ٢٨٧ و ٢٨٨ .

(٢) نقض ٢٣ مايو ١٩٦٢ ص ١٣ من ٦٥٢ . وراجع نقض ١٢ أبريل ١٩٦٤ ص ١٥ من ٤٩٩ وقد قرر أن العادات التجارية تعتبر من مسائل الواقع التي يترك أمر التثبت من قيامها وتفسيرها لقاضي الموضوع . وانظر كذلك نقض ٢٢ فبراير ١٩٦٦ ص ١٧ من ٣٥٧ .

وراجع السجورى ، الوسيط ج ٢ ص ٥١ - سليمان مرقس ، المدخل للمعلوم القانونية ط ١٩٦٧ ص ٢٢٣ .

بوجوده (١) . ولكنه بعد ثبوته يأخذ حكم العرف العام فيطبقه القاضي من تلقاء نفسه (٢) .

(١) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي في كتاب النقض ص ٨٦ وما بعدها - الصدة

ص ٢٦ .

(٢) أما في الفقه الإسلامي فلا يعرف أن أحداً ذهب إلى أن الأحكام التي ينشأ العرف تكون مكملة للأحكام الشرعية أو تحل محلها أو محل بعضها في بعض الأحوال أو الظروف أو في بعض بلاد الدول الواحدة . وأقصى ما يصل إليه العرف في نظر فقهاء الشريعة هو أن يكون قاعدة أصولية مختلفة عليها ومعيناً يدين القاضي والمفتي على تطبيق الأحكام الفقهية المدونة . وليس في كل هذا استناد أو إحالة إلى أحكام أخرى غير الأحكام الشرعية ، وقد سبق أن ذكرنا أنه لا يمكن اعتباره دليلاً من أدلة الأحكام الشرعية الإجمالية . ومن اعتمد من الفقهاء على العرف العمل قال إنه لا يقضى على النص ولا يترك به ولكنه قد يكون مخصصاً للنص (فقد رأينا الحنفية يجيزون الاستصناع نظراً للتعامل مع ورود النص بالنهي عن أن يبيع الإنسان ما ليس عنده وقالوا إن هذا تخصيص للنص يعرف التعامل وليس تركاً له بالكلية لأننا نعمل بالنص في غير الاستصناع) كما يترك به القياس (فقد أجاز مشايخ بلخ من الحنفية للإنسان أن يستأجر من ينسج غزلاً له بأجرة هي جزء من هذا النزل نظراً للتعامل في بلادهم رغم ورود النهي عن قفيز الطحان ، أي استئجار الشخص من يطحن له حبه نظير بعض هذا الحب ، والقياس على هذا يقضى بعدم جواز استئجار من ينسج النزل بأجرة هي جزء منه ، وقالوا إنهم إنما تركوا في هذا الأخذ بالقياس لعرف ولكنهم لم يتركوا النص لأنه إنما ورد في قفيز الطحان لا في أجرة الحائك من النزل نظير نسجه حتى إنه لو تعارف قوم الإجارة بقفيز الطحان لم يجز ذلك لأنه ترك للنص أصلاً .

كما يترك بالعرف الحكم الاجتهادي إذا كان مبنيًا على عرف ثم تغير هذا العرف . ومن أصل مذهب الحنفية أن قول الزوج « على الحرام » ونحوه من الكنايات لا يقع به الطلاق إلا بالنية أو قرينة الحال ، ولكنه في البلاد التي تعارف أهلها أنه لا يقصد منه إلا الطلاق اعتبر من الألفاظ الصريحة التي يقع بها الطلاق من غير حاجة إلى نية . وظاهر هذا كثيرة جداً في جميع المذاهب الفكرية .

على أن العرف يقسمه القول والعمل ، ويعتمد عليه في معرفة ما يراد من كلام المتعاقدين والواقفين والخالفين والناذرين ، والألفاظ التي يستحق قائلها العقوبة أو لا يستحقها . ويعتمد عليه كذلك في معرفة ما يعتبر من العيوب أو لا يعتبر منها كميوب الميومات ، وفيما إذا كانت معاشررة الزوجين مما يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما أولاً ، وفي معرفة قيم التلقيات وأشياء ذلك ، وفي كون المعروف حرقاً كالمشروط شرطاً في كلام المتعاقدين أو عبارة المتصرف وما هو من هذا القبيل - أنظر القواعد لعز الدين عبد السلام الشافعي ، وللغزالي للفروق للملكي ، والقواعد الكبرى لابن رجب الحنبل ، والأشياء والنظائر لابن نجيم ، ودرهم المفتي وبشر العرف لابن هابدين .

المبحث الخامس القانون الأجنبي

٤٨٦ - قد تشير قواعد الإسناد إلى تطبيق أحكام قانون أجنبي (١) ، فهل يطبق القاضي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، إعمالاً لقاعدة الإسناد ، أو يتعين على الخصم المتمسك بالقانون الأجنبي إثباته ؟ .
اختلف الفقه والقضاء في ذلك ، فيذهب رأي (٢) إلى أن تطبيق أحكام القانون الأجنبي هي مسألة قانون لا مسألة واقع ، لأن المشرع عندما يقر تطبيق قانون أجنبي معين على واقعة الدعوى يعتبر هذا القانون جزءاً من القانون الوطني ، ويكون من واجب القاضي بعد بحث الواقع أن يثبت من تلقاء نفسه من نص القانون الأجنبي الواجب التطبيق على واقعة النزاع ، ولا يصح أن يكون عدم إتمام القاضي الوطني بأحكام القانون الأجنبي ما يجعل هذا القانون مجرد مسألة واقع ، لأن من واجبه أن يسعى إلى التعرف إلى أحكام القانون الأجنبي ، وأن ينتشر المجاميع القانونية الأجنبية ومجالات التشريع المقارن وما تنشره من الأحكام الصادرة في مختلف بلاد العالم قد ينسر مهمة القاضي في التعرف على أحكام القوانين الأجنبية ، وأنه لا حرج عليه إن شاء أن يستعين بمجهود الخصوم ، فيكلفهم بتقديم المراجع والأبحاث المتعلقة بالقانون

(١) مثال ذلك ما تنص عليه ١٧ من القانون المدني من أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه لتصرف وقت موته . ومع ذلك يسرى على شكل الوصية ، قانون الموصى وقت الإيصاء ، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

(٢) الوسيط لسهبوي ج ٢ ص ٥٥ - الإثبات للدكتور الصدة ص ٢٩ و ٣٠ - النقض في المواد المدنية والتجارية للأستاذين حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٢٧ و ٢٨ ص ١١٧ - ١٢٤ - الدكتور على الزيني ، مذكرات في القانون الدولي الخامس سنة ١٩٢٩ ص ٢١١ و ٢١٢ .

- ويبدو أن قول بلانويول (الموجز ج ٢ رقم ٦ ط ٥) إن من يتمسك بقانون أجنبي يجب عليه إثباته ، جاد وقال إنه في الأئمة الحديثة كثرت وسائل الأختار وأصبح قادراً أن تقوم صعوبات في معرفة قانون أجنبي .

الواجب التطبيق دون أن يكون معنى ذلك لإحجام القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي حتى يطلبه الخصوم ويثبتوا وجوده وأحكامه .

ويذهب رأى آخر^(١) إلى أن التثبت من القانون الأجنبي وتفسيره وتطبيقه هي من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك ، فليس على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، بل يجب على الخصوم أنفسهم التمسك به ، ويقع عليهم عبء إثباته ، شأنه في ذلك شأن أية واقعة يدعيها أحد الخصوم وينكرها الآخر ، لأن قاعدة « لا يعذر أحد في الجهل بالقانون » هي قاعدة لا تنطبق إلا على القانون الوطني ، فليس في استطاعة القاضي الإلمام بكل القوانين الأجنبية حتى يطبقها من تلقاء نفسه ، كما أن وظيفة محكمة النقض هي تقرير القواعد الصحيحة

(١) القانون الدولي الخاص المصري للدكتور عز الدين عبد الله ط ١٩٥٥ ص ٤٢٥ - ٤٣٥ . ونقض فرنسي ١٩ مارس ١٩١٨ سيري ١٩١٨ - ٨٣ وراجع أيضاً الأحكام العديدة التي أوردها مارتى في رسالته « التمييز بين مسائل الواقع والقانون » هامش ص ١٢٢ . وتنص المادة ١٣٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه « لا تطلب البيئة على وجود القانون اللبناني ، ولكن يجب إقامة البيئة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانون أجنبي » وانظر تمييز لبنان ٧ يونيو ١٩٦٣ مجلة المحامي (اللبنانية) ص ١٦٦ . ويجوز إثبات القانون الأجنبي بكافة الطرق بما فيها نصوص القانون الأجنبي وكتب الفقه - تمييز لبناني ٣٠ إبريل ١٩٥٨ مجلة المحامي ١٩٥٨ ص ١٣٤ (مشار إليه في إدوار عيد بالمرجع السابق ص ٣٥ هامش ٢) . ولا يخضع القاضي في تحصيله وتطبيقه لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسي (عرائض) ٢٩ يولييه ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ ص ٤٥٧ ، وانظر عكس ذلك بارتان ج ١ فقرة ١٠٧ - السهوري ج ٢ ص ٥٥) اللهم إلا فيما يتعلق بكفاية تسببيه وسلامته - نقض فرنسي ٢٥ مايو ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ - ١ - ٣٥٧ - سيرييه ١٩٤٩ - ١ - ٢١ وأيضاً ٢٦ إبريل ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ ص ٣٦١ .

أما محكمة النقض المصرية فمع اعتبارها القانون الأجنبي مجرد واقعة من حيث وجوب إقامة الدليل عليه ، استقر قضاؤها على إخضاع قاضي الموضوع لرقابتها فيما يتصل بتطبيقه القانون الأجنبي - نقض ١٤ يناير و ٢٥ فبراير و ١٠ يونيو ١٩٥٤ ص ٥ ص ٤٢٦ و ٥٦١ و ٩٥٠ . وانظر عز الدين عبد الله في القانون والاقتصاد ص ٢٥ ص ٤٢٠ وما بعدها .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلفة بأن الوارث إذا اعترف بحق الغير في التركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالي هو الذي يطبق ، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاه الوارث يكون مشوباً بالناط في القانون - راجع ص ٤٥٦ .

في القانون الوطني وتثبيت القضاء بشأنها ، ولا رقابة لها على تطبيق القوانين الأجنبية وتقويم المعوج منها ، ولأنه من الناحية العملية يصعب أن يلتقي على كاهلها عبء القيام بمثل هذه الوظيفة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية . أما قواعد الإسناد فلا تتعلق بالنظام العام ، وليس من شأنها إدماج قواعد القانون الأجنبي في النظام القضائي الوطني ، بل يظل القانون الأجنبي محتفظاً بصفته ، والقاضي الوطني وهو يطبق القانون لا يأتمر بأمر المشرع الأجنبي ، بل هو يطبقه بأمر من المشرع الوطني باعتباره عنصراً من عناصر الواقع ، وإذا كانت المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات (الملغى) قد أجازت الطعن بالنقض إذا كان الحكم المعطون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله ، دون أن تصرح بالمقصود من كلمة القانون وهو القانون المصري وحده أم هو غيره من القوانين ، إلا أن المفهوم بداهة اقتضار معناها على القانون المصري^(١) .

وقد اعتنقت محكمة النقض المصرية هذا النظر ، فقضت بأن الإسناد إلى قانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة وهو يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه ، ولا يعنى في إثباتها تقديم صورة عرفية تحوى أحكام هذا التشريع^(٢) . كما قضت^(٣) بأنه إذا كان الطاعنون لم يبينوا القانون اللبناني

(١) عز الدين عياد الله المرجع السابق - وقارن عبد الحميد أبو هيف ، القانون الدولي الخاص بند ٣٠٢ وما بعده حيث يقول إن المجمع العلمي للقانون الدولي أيد الرأي الأول ، ونظم الإجراءات اللازمة التي يستطيع بها القاضي معرفة القواعد الحقيقية للقانون الأجنبي المراد تطبيقه وذلك بواسطة الطرق السياسية - وانظر مجموعة التشريع والقضاء المختلط ص ٤ ص ٢٥٥ - أوبري ورو ج ١٢ ص ٧٠ بند ٤٧٩ ، Aubry et Rau XII § 749 p. 700, 5e édition وبودري المطول في التمهيدات Bandry Lacantiaarie et L. Barde .

(٢) نقض في ٧ يولييه سنة ١٩٥٥ مجموعة المكاتب الفنى السنة السادسة ص ١٣٤٧ ، ونقض ١٤ إبريل سنة ١٩٧٠ في الطاعنين رقمي ٥١ و ٥٢ لسنة ٣٦ ق « لم ينشر بعد » وقد قضت محكمة النقض فيهما بأن التمسك بالقانون الأجنبي لأول مرة أمامها يكون سبباً جديداً لا يجوز التحدى به .

(٣) نقض ٢٦ يولييه ١٩٦٧ سنة ١٨ ص ١٤٩٧ . - وقضت محكمة النقض بأنه « يمد تحصيل الحكم لما ورد بسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبي بما يؤدي إلى إنقاس أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين ٢٨٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة البحري أو لا يفيد ذلك ، من قبيل فهم الواقع في الدعوى »

الذى يتمسكون به اكتفاء بقولهم إنه « القانون اللبناني الأخير الخاص بالوصية وأنه لا يجوز الإيصال للزوجة بكل التركة إلا إذا توفى الموصى دون أن يترك لياً أو أمماً أو إخوة أو أخوات » ولم يقدموا دليلاً على هذا القانون ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه - إذ قضى بصحة الوصية ونفاذها في حق شقيق المورث - يكون غير مقبول .
هذا وتعتنق محكمة النقض الفرنسية أيضاً هذا النظر (١) .

مضى يلتفت عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي

٤٨٧ - إذا أشارت قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي فإن هذه الأحكام تكون - كما قدمنا - واجبة التطبيق إلا أن تكون مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة (٢) .

ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني أو مجرد التفضيل بينهما وكون القانون الوطني أكثر فائدة (٣) .

١٠ ما يستدل به قاضي الموضوع مادام قد أقام قضاءه في هذا الخصوص على أسباب تحمله -
نقض ١٩ مايو ١٩٧٠ في الطعن ١٨٦ / ٢٤ ق (لم ينشر بعد) .
(١) سبى - ٨٢ - ١ - ٢٤٦ - ٩١ - ١ - ٥٠٩ .
(٢) المادة ٢٨ مدني . وانظر نقض مدني ٢٧ مايو ١٩٦٤ و ٢٥ يونيو ١٩٦٤
س ١٥ ص ٧٢٧ وص ٨٦٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا كان هدف المشرع في تقرير مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة هو سلامة العلاقات في المجتمع بما يهد من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ اعتبر القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشروعة من المسائل المتعلقة بالنظام العام في معنى المادة ٢٨ من القانون المدني ورتب على ذلك استبعاد تطبيق القانون الوطني الذي لا تعرف نصوصه هذه المسئولية وتطبق أحكام القانون المصري في هذا الخصوص » - نقض ٧ نوفمبر ١٩٦٧ من ١٨ ص ١٦١٤ .

- ولا يدخل في نطاق المسائل المتعلقة بالنظام العام في معنى المادة ٢٨ مدني ، اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين - راجع نقض ٢٦ يوليو ١٩٦٧ من ١٨ ص ١٤٩٣ .
(٣) نقض مدني ٥ إبريل سنة ١٩٦٧ من ١٨ ص ٧٩٨ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « إذا كان طوقاً للنزاع أمريكيين وتم التعاقد بينهما في أمريكا والقانون الذي يحكم علاقة -

٤٨٨ - وفي كل حالة يجب أن يطبق فيها قانون أجنبي ، يتعين على القاضي أن يراعى أحكام هذا القانون ، فإذا نبى حكمه على ما يخالف هذه الأحكام أو قبل أن يتثبت منها كان حكمه معيباً قابلاً للنقض ، وقد طبقت محكمة النقض ذلك في قضية طلاق حين قررت أنه « لما كان يبين من الحكم أنه أقام قضاءه بتطبيق الطاعنة من المطعون عليه وعلى ما ورد في مذكرات الطاعنة وخطاباتها رغم ما أثبتت من أنها طلبت رفض الدعوى ودفعت بعدم قبول الخطابات والمذكرات كدليل لإثبات فيها لحصول الزوج عليها من طريق غير مشروع وهو السرقة بأن كسر في غيبها الدرج المخصص لها ، وكان الحكم إذ أطرح هذا الدفع قد قرر « بأنه مهما يكن من أمر تلك الرسائل والمفكرات والطريقة التي قيل إن المدعى (المطعون عليه) حصل بها عليها فإنها كدليل لإثبات لها قيمتها في مثل هذا النزاع » ، وكان هذا الذي قاله الحكم يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا من أن الخطابات الخاصة المتبادلة بين الزوج والغير وإن كانت بحسب الأصل لا يجوز التمسك بها إلا بإذن المرسل إليه ، فإنه في دعوى الزنا ودعوى الطلاق أو التفريق يجوز استثناء للمدعى من الزوجين أن يتمسك بها في الإثبات بشرط أن يكون قد حصل عليها بطريق مشروع ، ولما كان طرفاً الدعوى فرنسيين والقانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هو القانون الفرنسي سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو الدليل المقبول فيها ، وكان ما قرره الحكم من قبول هذه الخطابات والمفكرات كدليل لإثبات أياً كانت الوسيلة التي حصل بها الزوج عليها مع تمسك الزوجة بأن حصوله عليها كان بطريق السرقة ، هو تقرير غير صحيح انبنى عليه القضاء في الدعوى ، وكان الواجب على المحكمة تمحيص دفاع الطاعنة لتقول ما إذا كانت وسيلة الزوج في الحصول على هذه المحررات مشروعة فتقبلها

هو العمل بينهما هو القانون الأمريكي واستبعد الحكم المطعون فيه تطبيقه بحجة أن قانون عقد العمل الفردي المصري من النظام العام في مصر وهو ينقض بحق العامل في مكافأة نهاية الخدمة ، وأنه لا يجوز تطبيق القانون الأمريكي على موضوع النزاع مادام ذلك القانون كما هو متفق عليه بين الطرفين لا ينص على استحقاق العامل لمكافأة نهاية مدة الخدمة . . . في حين أن فكرة النظام العام لا تتصل بالمقارنة التي يقدمها قاضي الدعوى - ومن هنا - بين للقانونين الوطني والأجنبي وما يراه - هو - من أوجه المناخلة والتفضيل بينهما ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

كدليل في الإثبات أو غير مشروعة فلا تقبلها ثم تؤسس حكمها على ما يظهر لها من نتيجة هذا الفحص ، لما كان ذلك فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ويتعين نقضه ، (١) .

٤٨٩ - هذا وأشير في النهاية إلى أن المادة ٢٢ من القانون المدني مفادها أنه يسرى على قواعد المرافعات ، سواء ما تعلق منها بالاختصاص أو بإجراءات التقاضي ، قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات ، والأساس الذي تقوم عليه هذه القاعدة هو أن القضاء وظيفة تباشرها الدولة وفقاً لقواعد المرافعات المقررة في قانونها ، وهذه القواعد تعد من قواعد القانون العام اللازمة لتشغيل هذه الوظيفة شأنها شأن القواعد اللازمة لتشغيل وظائف الدولة الأخرى حتى وإن كانت الغاية منها هي حماية الحقوق الخاصة . وهي بهذه المثابة تعد قواعد إقليمية تسرى على كافة المنازعات سواء كانت وطنية في جميع عناصرها أو مشتملة على عنصر أو أكثر من العناصر الأجنبية . وهذا الأساس يتنافر مع أي أساس آخر يقوم على فكرة النظام العام لتبريرها قاعدة خضوع قواعد الإجراءات لقانون القاضي ، ذلك أن تطبيق القانون الوطني بناء على فكرة النظام العام مجاله أن يكون الاختصاص معقوداً أصلاً لقانون أجنبي واستبعد هذا القانون بالدفع بالنظام العام لاختلاف حكمه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الوطني ، أما حيث يكون القانون الوطني طبقاً لقاعدة الإسناد الواردة به هو

(١) نقض ٨ يناير ١٩٥٢ ص ٤ ص ٢٤٩ .

- ويرى الأستاذ أحمد نشأت (رسالة الإثبات ج ١ ط ١٩٧٢ ص ٤٠ بند ٢٠ مكرر) أن النتيجة التي انتهى إليها الحكم محل الطعن كانت سليمة طبقاً لأحكام القانون الفرنسي ، لأن كل ما قالته الطاعنة هو أن كسر الدرج المخصص لها في غيبتها يعتبر سرقة ، وهذا القول ليس من شأنه حسبما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسيان أن يجعل الحكم خاطئاً في نتيجته إذ أبيض للزوج حق تفتيش متاع زوجته الحصول على أدلة الزنا ، وحق تفتيش متاع الزوجة كما يكون بالنسبة للأدراج المفتوحة كذلك يكون بالنسبة للأدراج المغلقة شأن حق التفتيش على الصوم .

- ويقرر لأستاذ أحمد نشأت (المرجع السابق ص ٤٢) أن من الخطأ اعتبار القانون الأجنبي من الوقائع التي يجب إثباتها أمام محكمة الموضوع لأنه متى ظهر أن القاضي قد أخطأ في تطبيقه يكون الحكم قابلاً للنقض كما لو أخطأ في تطبيق قانون بلاده ، لأن القانون جملة يدل على قانون بلاده فيجب عليه تطبيقه تطبيقاً صحيحاً كما يجب عليه ذلك بالنسبة لقانون بلاده .

صاحب الاختصاص العادي والواجب التطبيق على قواعد المرافعات باعتباره قانون القاضي ، فلا محل لإثارة النظام العام كأساس يقوم عليه تطبيقه ، ومؤدى ذلك هو عدم الاعتداد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٢٢ مدني بشأن تحديد الأساس الذي تقوم عليه قاعدة خضوع قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي لقانون القاضي بقولها « إن هذا الحكم يقوم على اتصال تلك القواعد وهذه الإجراءات بالنظام العام » إذ أن من قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي ما لا يتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها ولا يجوز ذلك دون اعتبارها من قواعد المرافعات التي تخضع لقانون القاضي أسوة بتلك التي تتعلق بالنظام العام وذلك إعمالاً للمادة ٢٢ المشار إليها التي تنص على سريان قانون القاضي على قواعد المرافعات جميعها بغير تخصيص بتلك التي تتعلق بالنظام العام (١) .

٤٩٠ - كما أشرنا أخيراً إلى ما سبق أن ذكرت عند الكلام على أدلة الأحكام الدولية من أن محكمة العدل الدولية كثيراً ما يقتضيها الفصل في النزاع أن تتعرف بأدى ذي بدء على أحكام القانون الداخلي في دولة ما ، وأن النظرة السائدة في القضاء الدولي هي اعتباره القانون الداخلي مجرد واقعة أما بالنسبة

(١) راجع نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٧٠ في الطعن ١٨٦ سنة ٣٤ ق (لم ينشر بعد) وقد جاء بهذا الحكم أن « المستفاد من المادتين ٢٧٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة البحري المصري أنهما متعلقان بالدعوى لا يلحق المراد حمايته بمقتضاها ، ذلك أنهما وردتا دون سواهما في الفصل الرابع عشر من قانون التجارة البحري تحت عنوان « في عدم سماح الدعوى » . . . وأنها انطويتا على إجراءات محددة قوامها أن يوجه المرسل إليه أو الشاحن احتجاجاً إلى الناقل في ظرف ثمان وأربعين ساعة من تاريخ استلام البضاعة على أن يعقب ذلك رفع الدعوى خلال واحد وثلاثين يوماً من تاريخ الاحتجاج ، وأن المشرع استهدف من هاتين المادتين تنظيم إجراءات التقاضي ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق في إقامة الدعوى دون أن يمتد السقوط إلى الحق ذاته ، وذلك بقصد إضفاء حامية على الناقل فلا يطالب بالتنويض عن الضرر اللاحق بالبضاعة في وقت متأخر قد يعتمد فيه إثبات قيامه بتنفيذ التزاماته مما يسبغ عليها صفة الإجراءات التي لا تمس موضوع الحقوق المتنازع عليها ، فتخضع بذلك لقانون القاضي في معنى المادة ٢٢ من القانون المدني . ولا يفتح في ذلك أنه يجوز للطرفين عند إبرام عقد النقل إنفاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين ٢٧٤ و ٢٧٥ بتحديد مواعيد أخرى به أو بالاتفاق فيه على المواعيد الواردة في هذا الخصوص بقانون أجنبي أو أنه يجوز التنازل صراحة أو ضمناً عن الدفع المقرر بموجب هاتين المادتين لدى تسليم البضاعة أو بعد ذلك باعتبار هذه المواعيد غير متعلقة بالنظام العام ويجوز الاتفاق على ما يخالفها » .

للقانون الدولي ، فقد تقدم القول بأن القضاء البريطاني لا يعامل القانون الدولي ، من حيث الإثبات ، معاملة القانون الأجنبي ، بل يتحرى أحكامه من مصادره الاستدلالية ، كما أنه يجرى - في تفسيره للقاعدة القانونية - على محاولة تفسير النصوص التشريعية الداخلية تفسيراً يتفق مع أحكام القانون الدولي ما لم يكن النص صريح المخالفة لأحكام هذا القانون (١) .

الفصل الثالث

تقنين المرافعات

٤٩١ - يتضمن تقنين المرافعات مجموعة القواعد التي تنظم الإجراءات اللازم اتباعها لتطبيق أحكام القانون المدني والقانون التجاري . فهو ينطوي على قواعد شكلية ، شأنه في ذلك بالنسبة إلى القانون المدني والتجاري ، شأن قانون الإجراءات الجنائية بالنسبة إلى قانون العقوبات (١) . ونبادر إلى القول بأن القواعد التي ترسم طرق رفع الدعوى والطعن فيها ومواعيد الطعن ، لا يقبل الاعتذار بالجهل بها .

فإذا أقام شخص طعناً في قرار صادر من لجنة الطعن بمصلحة الضرائب مثلاً بطريقة تخالف ما رسمه القانون لرفعها ، فإن لمصلحة الضرائب أن تدفع بعدم قبول الطعن لرفعه بغير الطريق المقرر في القانون ، وللمحكمة ، بل عليها ، أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن شكلاً لما هو مقرر من أن طرق رفع الدعوى من النظام العام ، ولا يستطيع رافعها أن يتذرع بجهله بالقاعدة التي تنظم طريق رفعها ليتفادى الحكم بعدم قبولها . ونحن لا نقر ما ذهب إليه الدكتور أحمد أبو الوفا من أن المشرع لم ينص على جزاء في حالة مخالفة الطريقة التي رسمها في رفع التظلم من قرارات لجان الطعن ، ذلك أن البطلان يترتب على مخالفة الطريقة التي رسمها المشرع لرفع الدعوى المبتدأة دون حاجة إلى نص يقضى بالبطلان اعتباراً بأنه بطلان متعلق بشكل الإجراءات ويفترض الضرر . أما القول بأن « ما يتطلبه المشرع من الطاعن هو أن يعلن طعنه إلى المطعون عليه في ميعاد الطعن ، ومتى تم هذا فإن الوظيفة الإجرائية التي رسمها القانون للإجراء تكون قد تحققت ، أي تكون الغاية من الشكل قد تحققت (٢) » فإن هذا لا يصدق على مخالفة طريقة رفع الدعوى على الوجه المحدد في

(١) راجع ص ٢٦٨ .

(٢) أنظر مقال الدكتور أبو الوفا « طريقا الطعن في قرارات لجان الطعن بمصلحة الضرائب » ، الحماسة ص ٥٠ العدد الرابع .

القانون ، وإلا لجاز رفع الدعوى بطريقة التكليف بالحضور بدلا من إبداع صيغتها قلم كتاب المحكمة على ما تقضى به المادة ٦٣ من قانون المرافعات ، فضلا عن تعارضه مع ما اطرذت عليه أحكام محكمة النقض من أن مخالفة طريق رفع الطعن توجب الحكم بالبطلان رغم عدم النص عليه . والقول بأنه يتعين ألا يحكم ببطلان الطعن إلا بتحقيق شرطين حددتهما المادة ٢٥ من قانون المرافعات السابق - هما العيب الجوهرى والضرر - مؤداه أن تنأحي التفرقة التي كان ينص عليها قانون المرافعات السابق والقوانين الخاصة في طريقة رفع الدعوى المبتدأة (١) كما تتلأشى هذه التفرقة في ظل قانون المرافعات القائم أيضا كلما تحقق حكم الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من هذا القانون (٢) ، وهو ما لا يمكن التسليم به وإلا لانطبق كذلك على مخالفة طريق الاستئناف الواجب الاتباع (٣) .

(١) قضت محكمة النقض بأنه وإن كان التعديل الذى صدر به القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ والقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٥١ يحمل مظنة اعتبار الطعن في قرار لجنة الطعن استئنافا إلا أنه في حقيقته طعن « من نوع خاص » يتميز بإجراءات معينة ومواعيد محددة . وانتهت إلى أن الطعن على قرار اللجنة لا يعتبر استئنافا وبالتالي لا يرد عليه الاستئناف المقابل من قبل المصلحة ، وأن نطاق الطعن من الممول على قرار اللجنة لا يتسع للطعن الفرعى أو المقابل من جانب مصلحة الضرائب في صورة طلبات عارضة ومن ثم يكون على المصلحة أن تسلك الطريق الذى رسمه القانون للطعن على قرار اللجنة لا عن طريق إبدائه بالجلسة وإلا كان طعنها غير مقبول - نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٦١ من ١٢ ص ٨٠١ .

(٢) تطبيقا لهذه المادة قضت محكمة النقض بأنه « إذا كان الثابت أن شركة الشرق للتأمين قضت في الميعاد القانونى مذكرة بدفعاها باعتبارها الشركة الداخلة لشركة النيل (المطمون عليها) والتي خلفتها بعد انقضاءها ، فإنه لا يقبل منها والحال كذلك التمسك ببطلان الطعن بدعوى أن إعلان التقرير بالطعن وجه إلى الشركة المندججة ولم يوجه إليها هي بحسبها الشركة الداخلة . . . كما نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون المرافعات الحالى على أنه لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء ، وإذ كان الثابت أن شركة الشرق للتأمين الداخلة لشركة النيل للتأمين (المطمون عليها) قد حلت بالظن المقرر به في الميعاد وقدمت بصفتها الشركة الداخلة مذكرة في الميعاد القانونى بالرد على أسباب الطعن ، فن ثم فقد تحققت الغاية التي كان يعتقدها المشرع من إعلانها ولا محل بعد ذلك للحكم ببطلان الطعن لهذا السبب » - نقض ١٩ يونيو ١٩٦٩ - من ٢٠ ص ١٠٢٦ .

(٣) ثار الخلاف في الفقه والقضاء حول طريقة رفع الطعن الضريبي وما إذا كان ما استحدثه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، الذى تناول بالتعديل بعض أحكام قانون المرافعات الملقى ، ومنها نص المادة ١١٨ ، يمتد إلى الدعوى التي يفرها تطبيق القوانين -

الدفع

٤٩٢ - تنص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات على أن « الدفع بعدم

الخاصة ومنها القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ يفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنتقلة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل ، أو أن أحكامه مقصورة على الدعوى التي يرسمها قانون المرافعات قسب ، أو بميزة أخرى هل يمتد حكم النصوص المعدلة إلى الدعوى التي تتطلب القوانين الخاصة لها شكلا معينا في رفعها أو في طرق الطعن فيها ومواعيده أولا ؟

وقد ذهب الدكتور أبو الوفا إلى أن المادة ١١٨ معدلة لم يقصد بها إلا تقرير قاعدة عامة مقتضاها أنه بالنسبة للدعوى التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة تتبع بصدها القواعد العامة في رفع الدعوى دون أن تمس في هذا الصدد أى نص خاص يقرر قواعد استثنائية في رفع الدعوى أو ميعاد الطعن في الحكم بمقولة إنه لا يتصور أن ينسخ القانون العام قاعدة خاصة في قانون خاص - أنظر كتابه « الإختصاص والإجراءات في منازعات إيجار الأماكن » هامش ص ٣٧ .

وذهب الأستاذ فتحي عبد الصبور إلى أنه ليس ثم ما يمنع من أن يصرح المشرع في النص العام بما ليس النص الخاص فيتميد من إطلاقه أو يخصص من حكمه . فإذا كانت المادة ١١٨ مرافعات معدلة قد أوجبت سريان القواعد العامة في رفع الدعوى ونظرها وإجراءات الطعن في الحكم ومواعيده على الدعوى التي يوجب قانون المرافعات أو غيره من القوانين الفصل فيها على وجه السرعة ، فإن تعبير « أو غيره من القوانين » من شأنه أن يجعل حكم هذه المادة حكما عاما يمتد - متى تحقق شرط انطباقها - إلى ما رسمته القوانين الخاصة دون اعتداد بالقاعدة الأصولية التي تقضى بأن النص العام لا يفسخ النص الخاص - أنظر مقالته « طرق رفع الدعوى ومواعيد الطعن بالاستئناف في القوانين الخاصة » - المجموعة الرسمية ص ٦٠ ص ٨٨١ .

واعترضت بعض المحاكم نظرا ثانياً حاصله أن الطعن الضريبي في الأرباح التجارية والصناعية سواء رفع بالطريق الذى رسمته المادة ٥٤ مكرر من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ أو وفق القواعد العامة في قانون المرافعات فإنه يكون صحيحاً في الحالى قولاً إن الفقرات الأولى من المادة ٥٤ مكرراً من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ تشابه ما نصت عليه المادتان ٧٥ و ٧٧ مرافعات المعدلتان بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

وحيث لا نسل بهذا الرأى الأخير لتباين الأحكام المنصوص عليها في المادة ٥٤ مكرراً عن الأحكام الواردة بالمادتين ٧٥ و ٧٧ مرافعات ، سواء في الإجراء أو المواعيد ، تبايناً ظاهراً ، كما أننا نرى أن الرأى الثانى هو الأدق إلى الصواب . ولعل بما يرشح نصحة هذا الرأى قضاء محكمة النقض في خصوص ميعاد استئناف الأحكام الصادرة في الدعوى العمالية التي ترفع بالطريق الذى رسمته المادة ٧٥ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ إذ طبقت في شأنها الميعاد الخاص المنصوص عليه في هذه المادة مقررة أن « ميعاد العشرة الأيام المنصوص عليه بالمادة ٧٥ من القانون ٩١ لسنة ١٩٥٩ هو ميعاد خاص مقصود لذاته لا محمولاً على وصف -

الاختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبدائها معاً قبل إبداء أى طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ، ويسقط حق الطعن في هذه الدفوع إذا لم يبدى في صحيفة الطعن . . . ويجب إبداء جميع الوجوه التي يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها . . . ويبين من هذا النص أنه يتعين إبداء الدفوع الشكلية معاً وقبل التكلم في الموضوع مع إبداء أوجه الدفوع معاً أيضاً . وإذا قدمت جميع الدفوع الشكلية معاً في مذكرة أو صحيفة أو مشافهة فيستوى بطبيعة الحال أن يتقدم بعضها الآخر ، وكل ما يتطلبه القانون أن يدلى بها الخصم معاً في مناسبة واحدة ، بمعنى أنه لا يجوز له أن يقتصر على إبداء دفع في مذكرة ويدلى بآخر في مذكرة أخرى ، أو أن يقتصر في مرافعته الشفوية على إبداء دفع ثم في جلسة أخرى يبدى دفعاً آخر، وإنما يملك إبداء دفع في أول مرافعته الشفوية ويملك إبداء آخر في نهايتها . وعلى ذلك لا يجوز للمدعى عليه أن يتمسك ببطلان صحيفة الدعوى لأنها تجهل بالملبوس ثم في جلسة أخرى يتمسك ببطلانها لأنها تجهل بالمدعى مثلاً . . . والمقصود من نص المادة ١٠٨ أن يدلى الخصم بكل دفعه الشكلية معاً وبكل أسبابها أيضاً معاً وقبل التكلم في الموضوع بقصد سرعة إنجاز الفصل في

السرعة المنصوص عليه فيها أو في المادة السابعة من القانون وإلا لما كانت هناك حاجة للنص عليه ولترك تحديد المواعيد المقررة في قانون المرافعات لاستئناف هذا النوع من الأحكام ، وقد راعى المشرع في تقصيره أن يتمشى جنباً إلى جنب مع المواعيد القصيرة التي اختص بها هذا النوع من الدعاوى إذ ليس من المستساغ أن يوجب الفصل فيها وفي الاستئناف خلال شهر ويترك تحديد ميعاد الاستئناف للقواعد العامة - نقض ٣ إبريل ١٩٦٨ من ١٩ ص ٧٢٢ . وهو ما يمكن أن يتأدى منه - بمفهوم المخالفة - أنه متى كان الملاحظ في طريق رفع الدعوى أو الطعن هو وصف السرعة ، تعين إززال حكم المادة ١١٨ مرافعات معدلة عليها .

هذا ونسترعى النظر إلى أن الخلاف حول طريقة رفع الطعن الضريبي ، وما إذا كان يرفع بطريق التكليف بالحضور أو بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، لم يعد له محل في ظل قانون المرافعات المعمول به الآن ، ومن ثم فيتبع في الطعون التي ترفع في ظل قانون المرافعات الحالي ، أحكام المادة ٥٤ مكرر من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ في الحالات التي تسرى فيها - أنظر كتابنا قضاء الضرائب ١٩٧٠ ص ١٦٠ - ١٦٣ .

الدعوى^(١) ، فإذا اقتصر الخصم على إبداء دفع شكلي ثم تراخى في إبداء دفع شكلي آخر لجلسة تالية ، ولو قبل التكلم في الموضوع ، فإن حقه في إبداء هذا الدفع الثاني يكون قد سقط ، ولا يقبل منه الاحتجاج بجهله نص المادة ١٠٨ سالفه البيان .

٤٩٣ - هذا وننبه إلى أن الدفوع الشكلية غير محصورة في القانون القائم^(٢) ، وهي تختلف في أحكامها عن الدفوع الموضوعية المتعلقة بأصل الحق التي تبدى في أية حالة تكون عليها الإجراءات ، وعن الدفوع بعدم القبول الموجهة إلى سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء والتي تبدى أيضاً في أية حالة تكون عليها الإجراءات عملاً بالمادة ١١٥ / ١ . والدفوع المتعلقة بالنظام العام تبدى في أية حالة تكون عليها الإجراءات ولو لأول مرة في النقض كالدفع بعدم الاختصاص الوظيفي أو النوعي أو القيمي . والاختصاص المتعلق بالنظام العام يعتبر مطروحاً على المحكمة دائماً مما يعتبر معه حكمها في الموضوع منطوياً على قضاء ضمني بالاختصاص^(٣) . كما أن الدفوع التي ينشأ الحق في التمسك بها بعد التكلم في الموضوع تبدى أثناء نظر الدعوى ، وإنما قبل التكلم في الموضوع من جديد ، كالدفع بسقوط الخصومة بسبب وقف السير فيها مدة ستة ، أو الدفع باعتبار الخصومة كأن لم تكن بسبب بقائها مشطوبة ستين يوماً .

أما التمسك بانعدام الإجراء فإنه يبدى في أية حالة تكون عليها الإجراءات لأن المدوم لا تلحقه أية حصانة ولو بالرد على الإجراء بما يدل على اعتباره صحيحاً لأن المدوم لا يرتب أى أثر قانوني .

كذلك يجوز التمسك بعدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى في أية حالة تكون عليها الإجراءات .

٤٩٤ - وإذا طعن الخصم بالاستئناف على أساس بطلان الحكم أو على

(١) أبو الوفا ، نظرية الدفوع ط ٤ بند ١٧٨ وما يليه - وراجع نقض أول مايو ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية - ج ٥ ص ٤٢٤ وتعليق الدكتور محمد حامد فهمي .

(٢) كذا في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

(٣) نقض مدني ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ ص ١٠ ص ٨٤٠ ، نقض ١٩ نوفمبر ١٩٥٩

أساس بنائه على إجراءات باطلة عملاً بالمادة ٢٢١ فن الواجب أيضاً أن يضمن صحيفة الطعن تمسكه بكل الدفوع الشكلية ، ويسقط حقه في إبداء ما يغفله في صحيفة الطعن منها سواء قصد النزول عنه أو لم يقصد ، وسواء تنبه إلى حقه فيه أو كان يجهل هذا الحق (١) .

٤٩٥ - هذا ونسترعى النظر إلى أن التعرض للموضوع يسقط الحق في التمسك بالدفوع الشكلية ولو تم في عمل باطل ، كما أنه يؤدي إلى ذلك ولو صحبته تحفظات عامة لا تتعلق بطريقة محددة بالتمسك بالدفوع . بيد أن ذلك مقصور على الخصم الذي يتمسك بالدفوع بمعنى أن تعرض أحد الخصوم للموضوع لا يسقط حق غيره في التمسك بالدفوع ، بل إن تعرض الخصم للموضوع في مواجهة خصم معين لا يسقط حقه في التمسك بالدفوع في مواجهة خصم ثالث . كما أن القاعدة التي استحدثها القانون الحالي في الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها مستقلة عن القاعدة الواردة في المادة الأولى ، فيسقط الحق في التمسك بالوجه الذي لم يبد عند التمسك بالدفوع ولو لم يكن قد خاض بعد في الموضوع (٢) . ويسقط الحق فيما لم يبد من أوجهه ولو لم يكن قد صدر حكم برفض الدفوع على أساس ما سبق لإدائه منها (٣) :

البطلان

٤٩٦ - تنص المادة ٢٠ من قانون المرافعات (٤) على أن « يكون الإجراء

(١) كمال عبد العزيز ، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء ص ١٥٨ .

(٢) التكلم في الموضوع يكون بإبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى بمس الموضوع أو مسألة فرعية فيها أو ينطوي على التسليم بصحتها . وكل ذلك يسقط الحق في التمسك بالدفوع وبالأوجه ، طلب رفض طلبات الخصم أو مجرد مناقشتها أو عرض أدائها أو بعضها أو تفويض الأمر للمحكمة في شأنها أو إبداء طلب عارض أو طلب التأجيل لإدخال ضمان أو تقديم مستند لإثبات يراءة اللزمة أو للاطلاع على مستندات الخصم ، أو الصلح ، أو طلب وقف الدعوى اتفاقاً أو لحين الفصل في مسألة أولية أو طلب ضم الدعوى لدعوى أخرى . وعلى العكس من ذلك لا يعتبر تعرضاً للموضوع مجرد طلب التأجيل للاستعداد ، وطلب رد القضايا أو المنازعة في سلطة الوكيل في الحضور عن الخصم أو الطعن بالتزوير في العمل الإجرائي بقصد إثبات تعييه .

(٣) أنظر في ذلك كله فتحي والي ، نظرية البطلان البنود ٣١٢ - ٣٢٦ - المشاوي في البندين ٧٢٩ و ٧٣٠ - أبو الوفا في المرافعات بند ٧١٢ .

(٤) كانت المادة ٢٥ / ١ من قانون المرافعات الملغى تنص على أن « يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم » .

باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء . ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء » . ويبين من هذا النص أن القانون جعل المناط في الحكم بالبطلان سواء كان منصوصاً عليه أو غير منصوص عليه ، عدم تحقق الغاية من الشكل المعيب ، والمقصود بالغاية هو الغاية الموضوعية أي الوظيفة الإجرائية التي استهدف الشارع من تقرير الشكل توافرها . ويقوم موجب البطلان بأن يثبت التمسك بالبطلان المنصوص عليه أن عيباً لحق أحد أشكال العمل الإجرائي الذي قام به خصمه فتقوم لصالحه قرينة بسيطة على تخلف الغاية من الشكل المعيب ، أو أن يثبت التمسك بالبطلان غير المنصوص عليه أن عيباً قد لحق بأحد أشكال العمل الإجرائي الذي قام به خصمه وأن مثل هذا العيب ترتب عليه في الخصومة المجردة - بغض النظر عن الواقعة المعروضة - تخلف الغاية من هذا الشكل . بيد أن من قام بالعمل الإجرائي يملك في الحالين تجنب الحكم بالبطلان بإثبات قيام سبب التصحيح ، وذلك بأن يثبت أنه رغم تعيب الشكل ، سواء كان البطلان منصوصاً عليه أو لا ، فقد تحققت في خصوص الواقعة المعروضة الغاية الموضوعية التي يستهدفها الشارع من تقرير ذلك الشكل . ويتضح من ذلك عدم دقة إطلاق القول بأن كل الفارق بين البطلان المنصوص عليه والبطلان غير المنصوص عليه يتحدد في عبء إثبات تخلف أو تحقق الغاية ، والتصحيح أن الفارق يتحدد في مدى هذا العبء ، إذ أن كل ما على من يتمسك بالبطلان غير المنصوص عليه - زيادة على حالة البطلان المنصوص عليه - أن يثبت أن الغاية تتحقق في الخصومة المجردة بسبب ما أثبتته من تعيب الشكل .

٤٩٧ - هذا ولا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع لمصلحته (١) ، كما لا يجوز أن يتمسك به من تسبب فيه . ويستوى أن يكون من تسبب في البطلان هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه (٢) . كما أنه لا يشترط

(١) فلا يكون لغير من شرع البطلان لمصلحته ولا لتأييد العامة للتمسك به ، كما لا يكون لقاضي إثارته من تلقاء نفسه . وهو ما جرى عليه القضاء في ظل القانون الملغى - نقص ٥ يناير ١٩٦٧ ص ١٨ ص ٩٢ .

(٢) كالحامي أو المحضر أو النائب القانوني .

أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ (١) بل تكفي مجرد الواقعة التي تؤكد نسبة البطلان إلى الخصم أو من يعمل باسمه . ومن ناحية أخرى فإنه لا يقصد بعبارة « من تسبب » أن يكون فعل الخصم هو السبب الرئيسي أو الوحيد أو السبب العادي لوجود العيب في الإجراء ، كما لا يشترط أن يكون هو السبب المباشر .

وقد حرصت المادة ٢١ على استثناء البطلان المتعلق بالنظام العام إذ أن هذا البطلان لا يقتصر التمسك به على من شرع لمصلحته ، ويجوز التمسك به حتى من الخصم الذي تسبب فيه رعاية للمصلحة العامة التي تعلقو أي اعتبار آخر (٢) :

البطلان والانعدام (٣)

٤٩٨ - لعل أهم ما يترتب على التفرقة بين البطلان والانعدام أن الإجراء المعلوم لا تزول عنه حالة الانعدام بالرد عليه بما يفيد اعتباره صحيحاً أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك ، لأن المعلوم لا يخفى من جديد يمثل هذه التصرفات ، كما لا يصحح بالحضور أو بحجية الشيء المحكوم به ، فالمعلوم لا تلحقه أية حصانة . بينما الحضور مثلا يسقط الحق في التمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور وإعلان صحيفة الدعوى في الأحوال التي يكون فيها البطلان ناشئاً عن عيب في الإعلان أو في بيان المحكمة أو تاريخ

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمادة ٢١ من قانون المرافعات .

(٢) فيجوز للنيابة العامة التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام سواء كانت طرفاً أصلياً أو منضماً ، كما يجوز ذلك لكل ذي مصلحة ولو كان هو الذي قام بالعمل الباطل ، كما يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

(٣) نستعرض النظر إلى أن البطلان المتعلق بالنظام العام لا يعدم الإجراء ولا يفقده كيانه ، وإذن لا يعد ضابطاً للتفرقة بين حالة الانعدام وحالة البطلان كون البطلان الذي يشوب الإجراء متعلقاً بالنظام العام أو غير متعلق به . فالانعدام يكون إذا فقد الإجراء ركناً من أركانه الأساسية ، إذ يفقد صفته كإجراء ، كذلك يفقد هذه الصفة إذا أصاب كيانه عيب جوهري . إنما إذا كان العيب الذي يمتريه ليس من شأنه أن يفقده طبيعته ، ولا يبدو أن يكون شائبة تصيب صحته دون أن تمتد إلى انعقاده وكيانه فإنه يكون باطلاً وليس معدوماً . ولعل أهم ما يترتب على التفرقة المتقدمة أن الإجراء المعلوم لا تزول عنه حالة الانعدام بالرد عليه بما يفيد اعتباره صحيحاً أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك ، لأن المعلوم - كما قلنا في المتن - لا يتخلق من جديد يمثل هذه التصرفات .

الجلسة (١) . وإذا أودع المدعى عليه مذكرة بدفاعه دون أن يحضر ، سقط أيضاً حقه في التمسك بالبطلان المذكور كما هو صريح نص المادة ١١٤ مرافعات ، ولا يقبل من المدعى عليه حينئذ بطبيعة الحال أن يعتذر بجهله هذه القاعدة ، كما لا يمنع من سقوط حقه أن يكون أدلى في مذكرته بالدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور للأسباب المقررة في المادة ١١٤ سالفه الذكر .

أثر الفس على الأجراء الصحيح

٤٩٩ - يبطل إعلان الحكم إذا تعمد المعلن إخفاء موطنه الحقيقي في الإعلان ليفوت على الخصم ميعاد الطعن . كذلك حكم ببطلان الإعلان في الموطن الأصلي للمعلن إليه دون الموطن المختار إذا ثبت علم طالب الإعلان بأن خصمه نزيرل المستشفى لمرضه وكان مجرد ما يقصده هذا هو تفويت حق الاستئناف على خصمه (٢) . وقد يحصل أن يتسلم الصورة المعلنه ذات طالب الإعلان أو من ينتمي إليه فتعارض مصلحته مع مصلحة المطلوب إعلانته ، فإذا أثبت هذا عدم تسلمه الصورة فلا يعتد بالإعلان . وقد يتمسك أحد

(١) قررت محكمة النقض أن البطلان الناشئ عن عدم مراعاة إجراءات الإعلان هو بطلان نسبي لا يعدم الحكم بل يبطل قائماً موجوداً وإن كان مشوباً بالبطلان فينتج كل آثاره ما لم يقض ببطلانه بالطعن عليه بإحدى طرق الطعن المقررة قانوناً ، فإن انقضت مواعيد الطعن أو كان غير قابل لهذا الطعن فقد أصبح بمنحى من الإلغاء حائزاً لقوة الشيء المقضي دالا بذاته على صحة إجراءاته - نقض ٢٣ أبريل ١٩٧٠ في الطعن ٦٩ لسنة ٣٦ ق (لم ينشر بعد) .

(٢) استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٣٥ ، الحاماة ١٦ ص ٧١٠ . ويشترط لإعلان الطعن في المحل المختار وفقاً للمادة ٣٨٠ مرافعات ملغى - المقابلة للمادة ٢١٤ من القانون الحال - أن يكون الخصم قد اتخذ هذا المحل في ورقة إعلان الحكم لما في تعيين هذا المحل من قيام قرينة قانونية على قبول إعلانته بالطعن فيه ولو لم يصرح بذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت في الدعوى أن المظنون عليهم لم يعلنوا الشركة الطاعنة بالحكم المستأنف وبالتالي لم يفصحوا عن رغبتهم في اتخاذ محل مختار لهم ، وكانت الشركة قد أعلنتهم مع ذلك بصحيفة استئنافها في مكتب المحامي الذي كان يمثلهم أمام محكمة أول درجة ، فإن هذا الإعلان يكون قد وقع باطلاً . ولا يغير من ذلك أن يكون المظنون عليهم قد أعلنوا الطاعنة باستئناف مقابل بعد أن رفعت استئنافها متخذين مكتب هذا المحامي محلاً مختاراً لهم ، ذلك أن اتخاذهم المحل المختار في هذه الحالة لا يتحقق به ما اشترطه الشارع لصحة إعلان الطعن من وجوب اتخاذ المحل في ورقة إعلان الحكم ولا يعتبر قرينة قانونية على قبول الإعلان فيه وإنما يدل فقط على رغبة المظنون عليهم في إعلانهم بالأوراق القضائية المتعلقة باستئنافهم المقابل في المحل المذكور - نقض ٢٨ مايو ١٩٧٠ في الطعن ١٦٤ لسنة ٣٦ ق (لم ينشر بعد) .

رجال القوات المسلحة ببطلان إعلانه في موطنه عملاً بالمادة ١٣ دون أن يكون قد ذكر صفته لخصمه ، تلك الصفة التي تستوجب إعلانه إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة بوساطة النيابة العامة على ما تقضى به المادة ١٣ / ٦ ، وفي هذه الحالة يكون الإعلان صحيحاً على الرغم من أن المعلن إليه من رجال القوات المسلحة ، ولو كان إغفال الصفة جاء سهواً ولم يأت عن عمد إلا أن يثبت أن المعلن لا يمكن بحال أن يجهل صفة خصمه .

الاعتذار بالجهل بالقاعدة التي تحدد البطلان ونوعه وطريق التمسك به
٥٠٠ - يشترط لإعمال الجزاء في قانون المرافعات ، أياً كان نوعه ، أن ترتكب ذات المخالفة التي من أجلها حدد المشرع الجزاء ، وأن تقع هذه المخالفة بإرادة الخصم سواء عن قصد منه أو عن إهمال (١) . ولا يعتد بالجهل بالقانون الذي يحدد المخالفة والجزاء على ارتكابها ، أي القواعد القانونية التي تحدد مواطن البطلان في التشريع ونوعه وكيفية التمسك به ، لأن أحداً لا يعذر بجهله القانون في هذا الخصوص .

فإعلان الطعن في الميعاد إجراء حتمي يترتب على إغفاله البطلان . وإذا كان الموضوع الذي صدر فيه الحكم المطعون فيه غير قابل للتجزئة فإن إغفال إعلان بعض ورثة المطعون عليه يستتبع بطلان الطعن بالنسبة لم جميعاً ، يستوى أن يكون الطاعن كان يعلم حكم القانون في هذا الشأن أو لا يعلم . وعلى الطاعن أن يراقب ما يطرأ على خصمه من وفاة أو تغيير في الصفة قبل إجراء الإعلان ليعلن بالطعن من يجب إعلانه به قانوناً (٢) . فإذا كان الخصم قد توفي تعين إعلان الطعن إلى جميع ورثته في الميعاد بعد أن يقوم بالتحري عنهم ، وإذا كان من بينهم قاصر تعين توجيه الإعلان إلى وصيه . فإذا أعلن القاصر بالطعن جاهلاً عدم بلوغه سن الرشد ، كان الطعن باطلاً بالنسبة لجميع الورثة إذا كان الموضوع الصادر فيه الحكم المطعون فيه غير قابل للتجزئة ، ولا يقبل من الطاعن الاعتذار بجهله حكم القانون من ضرورة إعلان الوصي على القاصر في هذه الحالة .

(١) وتمتد القوة القاهرة عذراً يبرر عدم احترام الميعاد كما يبرر عدم مراعاة الشكل الذي يوجب القانون .

(٢) نقض مدق ١٣ يونيو ١٩٦٢ من ١٤ من ٨١٠ .

كما يشترط أن يتمسك بإعمال الجزاء صاحب الصفة في التمسك به ، أي ذات الخصم الذي شرع الجزاء لمصلحته أو من يقوم مقامه أو دائته بطريق الدعوى غير المباشرة . وإذا أوجب القانون أن ترفع دعوى معينة على أشخاص معينين ، وكانت هذه القاعدة من النظام العام ، فن الجائز أن يتمسك أي خصم في الدعوى بعدم قبولها إذا رفعت على بعضهم دون البعض الآخر . إنما إذا رفعت عليهم جميعاً وكانت صحيفة الدعوى باطلة بالنسبة لأحدهم فقط كان لهذا الأخير وحده التمسك بالبطلان ، لأن الأصل أن الإجراء يعتبر صحيحاً إلى أن يحكم بطلانه ، ولا يحكم بهذا البطلان إلا بناء على تمسك صاحب الصفة ، ومتى حكم به جاز لأي خصم آخر أن يتمسك بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها على كل من يوجب القانون اختصاصهم (١) .

ويشترط أيضاً أن يكون التمسك بالجزاء في الوقت الذي قرره المشرع لذلك ، ويتعين أن يكون هذا التمسك واضحاً صريحاً ، ولا ينزل عنه صراحة أو ضمناً حتى يحكم بالجزاء . ويجب في النزول الضمني أن يقطع في الدلالة عليه ، أما إذا تعلق الجزاء بالنظام العام فن الواجب أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها . وقد يجيز المشرع التمسك بالجزاء في أية حالة تكون عليها الإجراءات ، كما هو الحال في عدم مباشرة الدعوى في الميعاد المقرر في

(١) قارن نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٢ من ٥ ص ٩١ حيث قرر أن الخصوم الحاضرين أن يتمسكوا ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى متى كانت الدعوى لا تقوم لها قائمة إلا بإعلان الخصم للثابت ، الذي لم يصح إعلانه ، كما هو الحال في دعوى الشفعة . ولا يسقط حقهم فيه عدم سبق تمسكهم به لدى محكمة أول درجة ولا عدم إيداعه في صحيفة الاستئناف ، لأن اللغز في هذه الصورة لا يعتبر من الدفوع المنصوص عليها في المادة ١٢٢ من قانون المرافعات (وتقابلها المادة ١٠٨ من القانون القائم) التي تسقط إذا لم تبد قبل التكلم في الموضوع ، بل هو دفع متعلق بصحة انعقاد الخصومة بين أطرافها الواجب اختصاصهم قانوناً .

وأقررت بهته المناسبة أن القانون لم يشترط اختصاص أصحاب المال الشائع جميعهم في دعوى الحراسة وإلا كانت الدعوى غير مقبولة ، ومن ثم فإن ما جرى عليه قضاء الأمور المستعجلة من الحكم بعدم قبول دعوى الحراسة عند إغفال اختصاص بعض الملاك لا يكون قائماً على سند من القانون . وكذلك الشأن في دعوى استبدال الحارس القضائي أو عزله وإن كان من الأوفق في دعوى الاستبدال أو النزول أن تأمر المحكمة باختصاص ذوي الشأن الذين سبق اختصاصهم في دعوى الحراسة حتى تقف على رأيهم في طلب استبدال الحارس أو عزله وفيمن يقوم مقامه في حالة إجابة هذا الطلب .

القانون ، فيكون التمسك بالجزء في صورة دفع بعدم القبول يبدى في أية حالة تكون عليها الإجراءات :

ويشترط أخيراً ألا يكون قد بدر من الخصم قبول أو فعل أسقط حقه في التمسك بالجزء عملاً بنص القانون . وحتى يسقط هذا الحق يتعين توافر ما يلي :

(أ) أن يبدى ذات القول أو الفعل الذى باتخاذها يقرر المشرع سقوط حق الخصم في التمسك بالجزء ، وأن يبدى هذا القول أو الفعل من جانب ذات الخصم المقرر الجزاء لمصلحته وقبل التمسك بالجزء .

(ب) أن يتم القول أو الفعل إجابة لذات الإجراء الباطل . وحتى يتحقق هذا الشرط يتعين ، بداهة ، أن يتم الفعل أو القول بعد اتخاذ الإجراء الباطل ، وأن يكون الخصم على علم بحصول الإجراء ، لأن القول أو الفعل الذى يتم قبل اتخاذ الإجراء الباطل لا يعد إجابة له ، ولأن القول أو الفعل الذى يبدى من خصم يجهل حصول الإجراء لا يمكن أن يعد إجابة له . ومن ثم فالتكلم في الموضوع لا يسقط الحق في التمسك ببطلان صحيفة الطلب العارض (من المدعى) إذا ما حصل قبل الإدلاء بهذا الطلب ، والتكلم في الموضوع لا يسقط الحق في التمسك ببطلان تقرير الخبير متى حصل قبل إيداع التقرير ، أو قبل علمه بإيداعه .

ويفترض المشرع علم الشخص بالإجراء وبكل مضمونه بمجرد اتخاذها صحيحاً في مواجهته وفقاً لما هو مرسوم في القانون ، فالإعلان يعد صحيحاً نافذاً بمجرد اتخاذ الشكليات التى يتطلبها القانون ولو لم يصل بالفعل إلى المراد إعلانه (١) . والمشرع أيضاً يفترض علم الخصم بمواطن البطلان في التشريع وبكيفية التمسك به ، لأن هذا وذاك ، كما ذكرنا ، من القانون الذى لا يعدر أحد بجهله (٢) .

(١) قررت محكمة النقض أنه متى انتقل المحضر إلى موطن الشخص المراد إعلانه وذكر أنه سلم صورة الإعلان إلى أحد أقارب أو أصدقاء المعلن إليه المقيمين معه فإنه لا يكون مكلفاً بالتحقق من صحة من تسلّم منه الإعلان ، ويكون - تبعاً - الطعن بالتزوير في صفة مستلم الإعلان غير منتج - نقض ٢٣ إبريل ١٩٧٠ في الطعن ٦٩ سنة ٣٦ ق (لم ينشر بعد) .

(٢) وننبه إلى أن حضور الخصم الذى يسقط حقه في التمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور هو حضوره هو أمام المحكمة في اليوم المحدد في الورقة الباطلة وبناء عليها هي ذاتها .

الباب الثانى

فى

القانون العام

الفضل الأقل

القانون الإداري

القانون الإداري والنظام الإداري^(١)

٥٠١ - قلنا إن القانون الإداري هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي الذي ينظم الإدارة العامة **Administration Publique** (٢) . ولا يعترف البعض بوجود القانون الإداري بمعنى الكلمة ، إلا حيث تكون القواعد القانونية التي تحكم النشاط الإداري مختلفة اختلافاً جذرياً وأساسياً عن القواعد القانونية التي تحكم النشاط الخاص ومنازعات الأفراد (٣) . بيد أن كل ما يعنيه وجود قانون إداري بهذا المعنى الخاص أو الضيق ، هو أن الدولة التي يوجد فيها تأخذ بنظام الإزدواج القانوني وتطبق على المنازعات الإدارية قانوناً خاصاً مغايراً للقانون الذي يحكم المنازعات الخاصة بين الأفراد . ولا يعني تخلف القانون الإداري بهذا المعنى الضيق في دولة من الدول ، أن الدولة ليست قانونية ، أو أنها لا تخضع السلطات الإدارية لقواعد قانونية تسمو عليها وتقيدها في تصرفاتها (٤) ، فاللدولة الحديثة التي تتمتع بقدر من المدنية والتحرر لا تطلق سلطان الإدارة دون حدود ، وإنما تضع القواعد المنظمة لسلطات الإدارة ، وتبين الأحكام المحددة لاختصاصاتها ، كما تقر الضمانات التي تكفل احترام الإدارة لقواعد اختصاصها وحدود سلطاتها ،

(١) راجع ص ٢٦١ و ٢٦٢ .

(٢) وتعرف مادة « الإدارة العامة » في الكتب الأمريكية باسم **public Administration** . بيد أن هذه الأخيرة تختلف في مضمونها وفي موضوعاتها عن مادة القانون الإداري **Administrative law** سواء في مفهومه الفرنسي أو حسب الطريقة التي يدرسون بها في الجامعات الأمريكية . وقد أفرد مادة « الإدارة العامة » مقور مستقل في السنة الرابعة بقسم الليسانس بعد أن كانت تدرس عندنا في قسم الدراسات العليا بكلية الحقوق منذ عدة سنوات .

(٣) أنظر جورج فيدل ، القانون الإداري ط ٣ ص ٤٧ .

(٤) ثروت يدوي ، مبادئ القانون الإداري ، المجلد الأول ١٩٦٦ ص ٤٧ .

Georges Vedel, Droit Administratif 3e édition, p. 47.

وهذا هو ما يعرف بمبدأ المشروعية الذي سنتكلم عنه بعد قليل . ولكن الأخذ بمبدأ المشروعية وإخضاع الإدارة للقانون لا يؤدي حتماً إلى الأخذ بالنظام الإداري *le régime administratif* ، ذلك النظام الذي لا يتحقق إلا حيث يتوافر أمران : أولهما ، وجود محاكم تختص بالفصل في المنازعات الإدارية وتكون مستقلة عن المحاكم العادية ، ومعنى ذلك ضرورة وجود ازدواج قضائي يتحقق به الفصل بين الإدارة العامة والقضاء العادي . وقد قام هذا الفصل في فرنسا أصلاً لأسباب وظروف تاريخية خاصة بها ، ثم نحت بعض الدول على نهجها هذا النحو . أما الأمر الثاني الذي يلزم توافره فهو ضرورة وجود قواعد وأحكام خاصة تنظم النشاط الإداري بحيث تكون مغارة للقواعد والأحكام التي تنظم النشاط الخاص ، كما يجب أن يكون من شأنها تمتع الإدارة بسلطات أوسع وامتيازات استثنائية لا يتمتع بها الأفراد في ممارستهم لنشاطهم أو في علاقاتهم ببعضهم البعض (١) ، مثل امتيازها في التنفيذ المباشر وفي التنفيذ الجبري (٢) الذي يعطيها الحق في أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات تكون نافذة في مواجهة الأفراد وملزمة لهم رغماً عنهم وباستخدام القوة المادية عند الاقتضاء . فهذا الامتياز الخطير يجعل

(١) راجع في ذلك هوريو *M. Haurion, précis élémentaire de droit administratif 4e édition par André Haurion, Paris, Sirey, 1938—André de Laubadère, Traité de droit administratif, 3e éd., t. 1, 1963, p. 27 et s.*

(٢) يستخدم البعض اصطلاح التنفيذ المباشر واصطلاح التنفيذ الجبري على أنهما مترادفان - أنظر توفيق شحاته ، مبادئ القانون الإداري ط ١ ص ٩٨٢ وما بعدها - سليمان الطاهوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ١٩٥٧ ص ٤٤٩ . ولكن الدكتور محمد قواد مهنا يفرق بين الاصطلاحين - أنظر القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي للديمقراطية التعاونية ، المجلد الثاني ، ١٩٦٤ ص ١٢٤٥ .

والواقع أن القضاء الفرنسي والجاناب الأكبر من الفقه الفرنسي أيضاً يستخدم اصطلاح *Exécution d'office* واصطلاح *Exécution forcée* دون تمييز بينهما - ريفيرو ، القانون الإداري ط ٣ ، دالوز ، باريس ١٩٦٥ ص ٩١ - ثروت بدوي ، المرجع السابق ص ٤٩ . بيد أننا نفضل أن نقصر اصطلاح التنفيذ الجبري على الحالات التي تلجأ فيها الإدارة إلى استخدام القوة المادية في تنفيذ قراراتها . أما اصطلاح « التنفيذ المباشر » فنقصد به حق الإدارة في اتخاذ قرارات بإرادتها المنفردة ، وأن تكون هذه القرارات نافذة قانوناً وملزمة للأفراد دون توقف على رضائهم . ويسمى الفقه الفرنسي هذا الامتياز الذي تتمتع به الإدارة *Privlège du préalable*.

الإدارة في غنى عن اللجوء إلى القضاء لتقرير حقوقها قبل الأفراد ، فتقوم بتقرير هذه الحقوق بقرارات تصدرها هي دون حاجة إلى تدخل القضاء أو حتى اللجوء إليه . وهذا الامتياز يعد من أهم ما يميز النظام الإداري الفرنسي عن النظم الأنجلوسكسونية ، ففي إنجلترا أو أمريكا لا يجوز للإدارة أن تقتضي حقها بنفسها ، بل يلزم أن تلجأ إلى القضاء أولاً ، ولا يجوز للإدارة أن تصدر من جانبها قرارات تكون ملزمة للأفراد ونافذة عليهم إلا بمقتضى نص في القانون يعطيها هذا الحق .

٥٠٢ - ولما كنا قد تأثرنا في مصر ، إلى حد بعيد ، بالأنظمة القانونية الفرنسية ، فقد نهجنا نهج فرنسا في تخصيص قضاء إداري (مجلس الدولة) بجانب هام من منازعات الإدارة ، وأخضعنا هذه المنازعات لقواعد وأحكام مستقلة عن قواعد القانون المدني . ومن ثم نتكلم عن القانون الإداري والشرعية في الفكر الاشتراكي ، وعلى الأخص في الاتحاد السوفيتي ، ثم عن الشرعية عندنا وفي العالم الغربي .

المبحث الأول

في الاتحاد السوفيتي

قبل أن نتكلم عن القانون الإداري في الاتحاد السوفيتي ، بمعنى وجود أو عدم وجود قواعد خاصة تنطبق على الروابط القانونية بين الأفراد والدولة ، وما إذا كان القانون السوفيتي يعرف قضاء إدارياً يفصل في المنازعات بين الأفراد والدولة ، يحسن أن نعهد لهذا البحث بعجالة عن نشوء الماركسية وعلاقتها بالحرية .

نشأة الماركسية (١)

٥٠٣ - ترتب على الثورة الصناعية التي حدثت في صدر القرن التاسع عشر وما صاحبها من اندفاق سيل الهجرة من الزراعة إلى الصناعة ومن الريف إلى المدن ، أن ضمت المصانع والمدن الصناعية مآسى بشعة وصوراً من القسوة عز أن يكون لها من قبل نظير ، فبرزت مشكلة الفقر نتيجة تكديس

(١) أنظر *Georges Videl* شرح القانون الدستوري ١٩٤٩ ص ٢٠٢ .

حشود الفقراء من العمال في مناطق معينة ، ونجم عن ذلك الصعوبات الهائلة المتعلقة بالإسكان housing وبالصحة hygiene وبالبطالة unempolyment . ولا شك أن احتشاد العمال وما يلزمه من يسر التجمع والشعور بوحدة الحال في الحرمان أو الشكوى وسهولة الاتصال بين أفراد هذه الجموع لا يبطيء في خلق إحساس مشترك بينهم يلزمه شيء من الشعور بقوتهم الممكنة لا الفعلية مبنى على شعورهم بكثرتهم . ولم تلبث هذه الكتل التي شعرت بوجودها أن أحست بالحاجة إلى القيادة والتوجيه الفكري . في هذا الجو تراءت صور من الاشتراكية وعدد من الأسماء (١) مترددة تتلمس طريقها إلى أن ظهر ماركس (٢) فأفلح بفضل ما أوتي من خصوبة الخيال وقوة التعبير والقدرة على التصوير في أن ينشئ من هذه المشكاة ولها ، ديناً جديداً فيه كثير من خصائص الحركات الدينية وأساليبها وإن كان ماركس وأتباعه يتفون بشدة عن أنفسهم كل ما له علاقة بالدين ولا يدعون الاتصال بغير العلم وحقائقه (٣) . وقد ذهب ماركس إلى تلقين العمال أو الكادحين Proletariat أن العمال — بمنطق العلم — شعب واحد في كل بقاع الأرض وأن هذا الشعب هو وحده الذي له قيمة والذي في يده أو ينبغي أن يكون في يده مصائر المجتمع بحكم

(١) من أهم الأسماء التي ظهرت في تلك الحقبة سان سيمون وفوريير وكونسيدران ولويس بلان وبيرودون . وفي ذلك العهد وضعت لفظة الاشتراكية Socialisme وضعها بيير لوروا أحد أتباع سان سيمون وقابل بها كلمة الفردية individualisme . ومعظم هؤلاء يعتمدون على الدولة سواء في تنظيم الإنتاج أو إلغاء الملكية الفردية أو تقييدها أو تمويل الصناعة .

(٢) بدأت الشيوعية بين العمال بفريق منهم ينشئ من السياسة والسياسيين ولم يعد يؤمل في تغيير أساس شامل للمجتمع ، وكانت هذه البداية على صورة جمعيات سرية جعلت تتآمر أو تشتبك في المؤامرات على آل بوريون سنة ١٨١٥ ثم بعد سنة ١٨٣٠ على لويس فيليب . (٣) كان ماركس قد كتب في عام ١٨٤٦ إلى بيرودون يعرض عليه التعاون معه فرد عليه بيرودون بكتاب في ١٧ مايو ١٨٤٦ قال له فيه هذه العبارات التي ينبغي ألا تفوت معانيها من يدرس حرية الفكر وسيادة القانون ، لنبحث معاً إذا أردت عن القوانين التي تحكم المجتمع . ولكن باق عليك لا تدعنا بعد أن هلمنا كل الاعتقادات تفكر في تلقينها للشعب مرة أخرى وهل يدنا نحن ، لا ينبغي أن نكون أئمة لتعصب جديد ، ولا أن نجعل من أنفسنا رسلاً وكهنة لديانة جديدة ولو كانت ديانة المنطق أو ديانة العقل — أنظر محمد عبد الله محمد ، في جرائم النشر ١٩٥١ ص ٣٦ و ٣٧ وقرأ نص هذه العبارات في المؤلفات السياسية الكبرى لجان جالك شيفاليه ص ٢٥٩ و ٢٦٠ .

التطور التاريخي والاقتصادي أو بعبارة أخرى أن العمال هم الشعب المختار وأن هذا الشعب المختار يستمد حقه في السيادة من أنه هو وحده المنتج لأن العمل عند ماركس هو وحده أصل الإنتاج وكل سلعة أو مال أو أداة من أدوات الإنتاج ليست إلا طاقة عمل تباورت وتكدست وتجمدت فهي حق للكادحين لأنها عملهم أو جزء من عملهم في الماضي والحاضر ، وأن هذا الشعب الواحد بحكم وحدته ينبغي ألا يتغير بالأوطان والأديان ، وأن هذا الشعب له عدو أصلي ينبغي أن يستشعر قبله العداوة كاملة — هو الطبقة المتوسطة (١) التي في يدها وسائل الإنتاج في العصر الحاضر ، وأن هذه العداوة أصلية قديمة عمرها عمر التاريخ وأن هذا الشعب أمامه مهام عاجلة هي الاستيلاء على الدولة وسلطانها للاستيلاء على وسائل الإنتاج وللقضاء على الكافرين به وبحقوقه أي الطبقة المتوسطة حتى تكون الدنيا كلها للماركسية (٢) . هذه المهام العاجلة تقابلها آمال آجلة أو تقابلها آخرة يعد بها الماركسيون غير واضحة المعالم (٣) .

العقيدة الماركسية

٥٠٤ — العقيدة الماركسية جزءان : جزء عملي مغرق في الواقعية يحتاج إلى جهد إيجابي دائب مباشر هو تحقيق الثورة الشيوعية أي إزالة النظام الإجماعي الموجود والنظم السياسية المرتكزة عليه ، وجزء نظري لا يحوج إلى جهد إيجابي لأنه يتم — عند أصحابها — بقوة القوانين الطبيعية والقوى التاريخية وكتيجة منطوية لتحقيق الثورة . والثورة هي لب الماركسية والخطاب الحلي منها ، وما نظريات ماركس وآراؤه عن العمل والأجور والقيمة والثمن

(١) وهي في نظر ماركس كبار أصحاب رؤوس الأموال .

(٢) محمد عبد الله محمد ، المرجع السابق ص ٣٧ .

(٣) ولكنها في بعدها وفي الضباب الوردي الذي يحيط بها تبدو كما قال ماركس في الصورة الآتية « سيأتي وقت يحتج خضوع الأفراد المذل للعمل وإلى تقسيمه بينهم ويزول التعارض البغيض بين العمل العقل والعمل اليدوي ويصبح العمل لا مجرد وسيلة للعيش بل ضرورة حيوية للكائن ، وعندئذ تفتق الثروة العامة وافرة دافقة وعندئذ فقط نكون قد تجاوزنا أفق البرجوازية الضيق ويتيسر للمجتمع أن يسطر على أريته عبارة « من كل بحسب قدرته ولكل حسب حاجته » ماركس ، نقد البرامج ص ٢٥٢ و ٢٥٣ مذكور بنصه في كتاب لينين « الدولة للثورة » ط ١٩٤٦ .

ورأس المال وتركيز الإنتاج وأزماته إلا حجج في خدمة الثورة ومرايا تجمع أنظار العمال إليها وتركز التفاهم العقلي والعاطفي حولها . وقد فهم لينين الماركسية على هذا الوضع فظل دؤوباً حتى نفذ الانقلاب الروسي . بيد أن الثورة الماركسية ليست حركة وقتية تم بطرد الحكام الموجودين في زمن بعينه بمكان بعينه أو باستيلاء الماركسية على مقاليد الحكم قوة وقسراً ، بل إن هذا الاستيلاء العنيف ليس إلا بداية تحقيق الثورة التي يستغرق تحقيقها عشرات السنين ويحتاج بطبيعة الحال إلى بسط الحكم الديكتاتوري على المجتمع زمناً طويلاً يتم فيه الإستيلاء على وسائل الإنتاج والفضله التام على الطبقات المعادية واستئصال العناصر والعقائد المناوئة للماركسية وترويض أفراد المجتمع على مبادئها والسير على نهجها وتصنيع البلاد لأن الماركسية لا تعيش إلا في الوسط الصناعي وتحويل المجتمع كله إلى صورة مكبرة للمصنع الحديث تتجلى فيه الدقة الآلية والنظام والإنتاج . وستقف قليلاً بالمادية الماركسية وبالذولة الماركسية لأنها مما لا يستغنى عن الوقوف بهما الباحث في الشرعية وسيادة القانون .

المادية الماركسية

٥٠٥ - سبق أن ذكرنا أن عقيدة الحرية قد أسسها أهل القرن الثامن عشر على تقديس العقل البشري . وقد ذهب هيغل في تقديس العقل إلى حد أنه اعتبر الكون كله فكرة أو تحقيقاً لفكرة ، وأن تطور البشر والحياة هو إلى إحكام هذا التحقيق أي إلى بسط سلطان العقل وتجلى حقيقته في الماديات تجليها في المعقولات . هذه الروحية التي ارتفع إليها هيغل لا تقيم وزناً كبيراً للفوارق المادية بين البشر لأنها توجه قضية الإنسانية ومستقبلها هذا الاتجاه الفكري أو الروحي وتجعل تحقيقه التام غاية لتطور النوع الإنساني عموماً منظوراً إليه نظرة كلية شاملة تخفى فيها التقاسيم الدولية والاجتماعية وتستغرق الأمم والطوائف والطبقات جميعاً . وقد ثار ماركس على فكرة هيغل كما ثار على كل مذهب يرتكز على أساس روحي أو فكري ، فإذا قال هيغل في البدء كانت الفكرة ثم تجلت الفكرة في الطبيعة المادية صاح ماركس في البدء كانت الطبيعة المادية المحسوسة ثم كان الفكر صدى لهذه الطبيعة . فنقطة الابتداء عنده أن الفكر ترجمة للماديات التي تدر كها الحواس ، أو أن الناس

حين يأكلون ويعيشون على نحو معين يفكرون على نحو معين وأن تاريخ البشر العقلي وتراثهم الروحي ليس إلا صدى لتاريخهم المادي أو الاجتماعي ، وأن الذي يتحكم في الماديات يتحكم في المعنويات سواء أكانت فنوناً أم علوماً أم آداباً أم أخلاقاً أم سياسة ، وأن حياة الناس ومصائرهم رهن بإنتاج السلع فهم يعانون الضيق ويشعرون بالسعة ويشقون ويسعدون وتغلظ حياتهم وتخشن أو تترف وتزدان بالفنون على قدر ما ينتجون من لوازم الحياة المادية لطعامهم وشرابهم وملبسهم ومسكنهم وعلى قدر ما يصيب كل منهم من توزيعها - هي مادية تنكر الروح والبعث والآخرة والجزاء الأخروي بل تنكر العناية الإلهية نفسها . ثم هي مادية تستغرق أطوار البشرية جميعاً لأنها تحاول فهم ما مر من تاريخ البشر في الماضي وما ينتظر في المستقبل بهذا المناط المادي وحده غير ملتفتة إلا إلى القوى التي تنتج السلع المادية وروابط هذا الإنتاج ، غير آبهة لآمال عظماء الرجال وأحلامهم ، فهي مادية تاريخية تسير في طريقها المحتوم مطبقة كالتقدير لا يدفعه لإرادة فرد أو أفراد (١) . ثم هي مادية جدلية (٢) لأنها تنظر إلى تاريخ البشر المادي

(١) تاريخ الحزب الشيوعي في روسيا الذي وضع بموافقة اللجنة المركزية للحزب في روسيا طبعة ١٩٤٦ ترجمة فرنسية ص ٩٢ - ١١٣ وترجمة عربية للأستاذ محمد عبد الله محمد بالمرجع السابق ص ٢٩ وما بعدها .

(٢) كان الأقدمون يقصدون بكلمة الجدال أو الجدلية *dialectique* فن الوصول إلى الحقيقة عن طريق الكشف عن وجوه التناقض في حجة الخصم واستدلاله وتجنب هذا التناقض . أما هيغل ومنه أخذ ماركس جدليته بمد أن أفرغ منها مضمونها الروحي وقصرها على عالم المادة والطبيعة ، فيريد بالجدلية أو المنهج الجدلي خاصية في الأفكار والأشياء بها تتداخل الفكرة حتماً في غيرها وتنتقل إلى نقيضها نتيجة اتصال كل شيء في الوجود بسائر الأشياء . فإنكار فكرة معينة أو نفيها معناه أن فكرة جديدة بدأت تظهر وتعمل عملها . وعلى هذا النحو يرى هيغل أن الفكر أو العقل يكل نفسه في سلسلة متوالية لا تنقطع ولا يتدخل في تواليها وتسلسلها عنصر خارجي عن الفكر نفسه . ويتكون هذا التسلسل الهجلى من ثلاثيات : فكرة مثبتة *thèse* وفكرة تنفيها *antithèse* واتلاف الإثبات والنفي في فكرة أهم *synthèse* تعتبر هي بدورها إثباتاً جديداً *thèse* يتمرر للنفي ثم للاتلاف وهكذا يغير انقطاع . هذه الجدلية الدائبة في نظر هيغل تعبير الوجود عن نموه الذاتي أو نبض الوجود في تفكيرنا ، فكل ظاهرة محدودة تشير بحكم تحديدها إلى ما وراء ذاتها وهي ليست إلا لحظة في الكون . وقد التقط ماركس هذه القطعة من فلسفة هيغل لأنه وجد فيها دورة ثورة هائلة فهي تصور الوجود كله في حركته الدائبة على صورة صراع هائل طبيعي ليس منه مقر وتبرز تقدم العالم =

لا باعتباره مجرى يطرد سيره ويتطور في معظم أحواله على نحو تدريجي هادئ متجهاً نحو التقدم ، بل تنظر إليه باعتباره سلسلة طفرات وثورات ، وأن تقدم الجماعة الإنسانية من الوجهة المادية في نظر الماركسية ليس مجرد عملية نحو بسيطة هادئة ، وهو لا يجري على سنة التطور المتسق بين الظواهر ، وإنما يجري دائماً وحتماً على قفزات مفاجئة سريعة نتيجة انضاح وجوه التناقض الكامنة بين الأشياء أو الظواهر التي تتألف منها الظروف المادية للمجتمع — يجري ذلك على سنة التطاحن والصراع بين الميول المتعارضة للقوى الاجتماعية التي تعمل على أساس متناقضاتها . هذه الجدلية تصور صراع العناصر التي يتألف منها المجتمع الحالي كأنه حقيقة علمية طبيعية حتمية من العيب مقاومتها بالتحاس أسباب الهدنة بين هذه العناصر ، ثم هي كذلك تمثل ثورة الطبقات المقهورة باعتبارها ظاهرة طبيعية حتمية ليس عنها محيص ولذلك لا يحل للماركسية اعتقاد إمكان خلاص العمال من ربكة الرأسماليين بتغييرات بطيئة أو بإصلاحات هادئة لأن ذلك الخلاص لا يقع على مقتضى المنهج الجدلي المادي إلا بالثورة التي تقضي على وجوه التناقض في المجتمع ، ولذا ينبغي ألا يكون الماركسي داعية إصلاح هادئ بل ثورياً لا يقبل المصالحة ولا الهدنة ولا التوفيق بين مطالب طبقتهم ومصالحها وبين مطالب ومصالح غيرها (١) :

الدولة الماركسية والحرية

٥٠٦ — الدولة عند الماركسية (٢) ليست إلا وسيلة قمع نتيجة لتناقض في تكوين المجتمع أي نتيجة لتعارض الطبقات وتعاديتها فيه ، إذ المجتمع الذي تتعادي طبقاته وتتعارض مصالحه محتاج للدولة بحكم احتياجه لقوة قامعة تكون

= المادي والفكري على أنه تفاعلات وعمليات مستمرة لا نهاية لها في العدد ولا في التعقيد أساسها للتطاحن والتناحر والحرب بين القديم والجديد والذابل واليانع والقوى والضعيف .

(١) تاريخ الحزب الشيوعي ، المرجع السابق ص ٩٦ و ٩٧ .

(٢) آثار كتاب لينين ، الدولة والثورة ص ١٠٩ وما بعدها . وقرأ في انتقاد انجلز لعبادة الألمان للدولة ص ٧٤ من هذا الكتاب . وراجع كتاب انجلز ، أصول الأسرة والملكية الفردية والدولة .

هذا ويرى هيجل وأتباعه في الدولة أسمى مظاهر تطور الوجود الاجتماعي ويتجلى فيها أعظم صور التركيب والتعضية والوعي ، وأنه يجتمع فيها وعندها كمال العقل والحرية .

الطبقة التي تستغل غيرها من المحافظة على الظروف والأحوال التي تمكنها من هذا الاستغلال ، أو بعبارة أخرى أن الدولة في نظر الماركسيين ليست إلا نظاماً يضمن بقاء الطبقات المستغلة في حالة الخضوع والقهر التي يستلزمها نظام الإنتاج السائد سواء أكان هذا النظام يقوم على الاسترقاق كما هو الحال في العصور القديمة أو على العمل المأجور كما هو الحال في النظام الحالي . فالدولة عند الماركسيين هي دولة الطبقة التي تمثل في زمنها المجتمع أو التي تسود المجتمع — دولة ملاك الرقيق في العهد القديم ، ودولة الأشراف الإقطاعيين في العصور الوسطى ، ودولة الطبقة المتوسطة في العهد الحالي . وعندهم أن الدولة لا يمكن أن تكون في نظام غير النظام الماركسي دولة المجتمع كله ، لأن الدولة حين تصبح دولة المجتمع كله لا يكون لوجودها ما يبرره لأنه حيث لا توجد طبقة اجتماعية مقهورة يراد بقاؤها على حالها من القهر والخضوع وحيث لا يوجد أفراد يضطرون من أجل العيش نتيجة لفوضى الإنتاج ويتصادمون ويتعدى بعضهم على بعض ، حيث لا يوجد شيء من ذلك لا يبقى شيء يستحق القمع فلا يكون لسلطة القمع مبرر يقتضي أن توجد . وإذا مثلت الدولة المجموع على هذا المعنى فإن أول عمل تأتبه وهي بهذه الصفة ينبغي أن يكون هو الإستيلاء على كل وسائل الإنتاج باسم المجتمع ، فإذا تم ذلك كان هذا العمل آخر عمل يمكن أن يصدر منها بصفتها دولة لأن كل تدخل بعد ذلك في العلاقات الاجتماعية يفقد معناه تدريجياً ، وعندئذ يحل محل حكومة الأشخاص إدارة الأشياء وتوجيه الإنتاج . فالدولة لا تلغى وإنما تزول وتسقط من نفسها بعدم الاستعمال . وعلى الرغم من أن فكرة الماركسيين عن الدولة خالية من السمو ، إلا أنهم يدعون للطبقة الكادحة حينما تستولي على الحكم سلطانياً مطلقاً أي أن دولة العمال عند الماركسيين لا يمكن أن تكون إلا دكتاتورية مطلقة السلطة وهم يسمونها تارة ديكتاتورية العمال ، وتارة الدولة (٣) الشعبية الحرة .

(١) وقد كان تأليه الدولة من دأب العسكريين والقوميين الذين يعارضون المنعبر الحر والنظام البرلماني ويمافون الحكومة الشعبية والنظم البرلمانية لأنها في رأيهم لا تتفق مع سياسة قومية قوية ، وهم يميلون إلى العسكرية وإل تمجيد للنظام وغيره من فضائل الخندية . وقد وضع الفاشيون يدعهم على هذا الرصيد من الآراء والتقاليد والاتجاهات وتبنوها فقالوا =

٥٠٧ - ومن خصائص الماركسية إنكارها الحريات وحرمة الحقوق الفردية ارتكائاً إلى فلسفتها التي تقوم على ازدياد الحرية ، والاعتماد في الحكم اعتماداً أساسياً على البوليس ، ونظام الحزب الواحد والاعتماد على

في تأليه الأمة والدولة وخلعوا عليهما من المعاني الصوفية ما جعلهما مصداقاً لكل قيمة أو فضيلة ، كذلك غالوا في تمجيد الحرب والروح العسكرية زعماً بأن القوة السياسية تخلق الثروة كما قال موسوايني وأن المحراث الألماني يسير وراء السيف الألماني كما قال هتلر . إلا أن الفاشية لم تستطع بدورها أن تساير التراث الهجلى إلى نهاية الشوط لأنها شديدة الواع بالمتناقضات ، حرصت على إبراز دور الزعماء والقادة في تقرير مصائر الأمة وعلى الإشادة بوحى المقول العظيمة النادرة ، وهذا الوضع يتعارض مع فكرة الضرورة التاريخية ، أو منطق التاريخ ، التي قرر هيجل حكمها في البشر والتي يبدو إلى جانبها نصيب الأفراد ولو كانوا من عظماء الرجال شيئاً تافهاً في التأثير على مصائر الشعوب ومسار الحضارات . فتزودت الفاشية لإشباع حاجتها إلى البطولة وعبادة الأبطال بتراث المذاهب اللامعقولية التي لمع فيها شوبنهاور ونييتشه - فإن هذه المذاهب مع ما بينها من خلاف تتفق في إنكار الإيمان الكلي بالمقل ، ذلك الإيمان الذي كان يستغرق هيجل والذي كان عاماً في القرن الثامن عشر كما تتفق في عبادة الميقرية أو البطولة . وقد حيا ذلك لموسوايني أن يقول : الإنسان كائن روهي يعرف القانون الأخلاقي الذي يفتح له آفاقاً من الحياة تتجاوز حدود الزمان والمكان . إنه كائن قادر على التضحية والبطولة يهدف إلى أبعد من الجري وراء السعادة والراحة المادية . كما قال في إحدى خطبه « لقد خلقنا أسطورتنا ألا وإن الأسطورة حقيقة وإيمان أو إنها عاطفة عارمة لا يلزم أن تكون في الأصل حقيقة في ذاتها . يكفيننا أنها أصبحت حقيقة بحكم كونها واقعاً وأملاً وإيماناً بحكم كونها شجاعة ، إن أسطورتنا هي الأمة ، هي عظمة الأمة » . كذلك قال هتلر في كتابه « كفاحي » إن فلسفة الحزب كالدين لا تقبل التسامح ، إنها تشترط القبول التام الذي لا شرك فيه . إنها معصومة تحمل على أنصارتها معصوميتها . إنها تقاوم أعداءها بكل وسيلة في مقدورها . إنها في حاجة إلى التنظيم من قيادة صغيرة العدد ذكية تخدعها كتل ضخمة مشبوبة العاطفة . إن قيمة الفكرة هي في أن تجعلنا نتغلب على الشفقة والإشفاق وأن تقوى فينا الإرادة وتجعلها صلبة صلبة مستعدة للمعركة . إن إيمان الحزب أو الشعب برسائله وبضرورة نجاحه هو كل ما يحتاج إليه لتبرير تصرفاته في استعمال أشد الوسائل غلظة » .

فاللغة الفاشية ليست إذن وسيلة فهم ولا تفسير وإنما هي وسيلة لإثارة المشاعر وتحريضها وتقوية الإرادة . ولقد ربط الفاشيون الإيطاليون أسطورتهم بروما القديمة واعتبر بعض مفكرهم أن الثورة الفرنسية كانت الذروة في موجة الانحطاط التي بدأت بسقوط روما القديمة وأن المذهب الحر وتقرير حقوق الفرد هما نهاية النهاية في العهد عن الفكرة الرومانية التي تقوم على حق الدولة وسلطانها . أما الألمان فقد ربطوا أسطورتهم بالجنس الآري باعتباره سيد الأجناس ودعامة الحضارة دعوى منهم أن تاريخ الحضارة هو صراع بين هذا الجنس وبين الفوضى الجنسية أو الخلاسية الجنسية التي نخرت أوروبا الجنوبية وآسيا وإفريقيا ، وأن هذا الصراع هو أساس الصراع بين الكاثوليكية والديمقراطية والماركسية وبين المثل الجرمانية العليا -

الشباب واستهوائه ، وهي وجوه متشابهة مترتبة بعضها على بعض متفرعة كلها على كون الحكم مطلقاً استبدادياً (١) . وهذا لا يمنع من أن الماركسية حركة شعبية أي تستند إلى الكتل ويدعى القاعون بها خدمة الكتل . على أنه ليست كل حركة شعبية حركة حرة ، فإن خدمة الشعب قد يدعيها ويستهدفها النظام المطلق كما يدعيها ويستهدفها النظام الذي يقوم على الحرية . وقد تتحقق خدمة الشعب في ظل الدكتاتورية كما تتحقق خدمة الشعب في ظل النظم التي تقوم على التعاون الحر وحرية المناقشة ولذلك لا ينبغي أن نفهم من كلمة (شعبي) أنها مرادفة لكلمة (حر) لأن كلمة شعبي إنما تشير إلى غاية معينة هي خدمة الكتل بينما كلمة حر تشير إلى أسلوب من الأساليب وطريقة من الطرق المختلفة لتحقيق هذه الغاية المعينة (٢) .

المطلقة بالشرف والخلق والاستقلال والمسئولية - راجع فيما تقدم جان جاك شفالير ، المرجع السابق ص ٢٥٠ - ٢٧٠ ونيتشه في كتابه *Humain, par trop humain* وفردريك شومان ، السياسة الدولية *International Politics* ١٩٤١ ص ٣٠٠ وما بعدها وجنتول *Gentile* في كتابه ما هي الفاشية وبارتلمى ودويز ص ٢٥٧ وما بعدها وإسمان ط ٢ ص ٦٩ وما بعدها وكتاب فرميل *Vermail* أئمة الثورة الألمانية *Doctrinaires de la révolution* وانظر في العربية الأستاذ محمد عبد الله محمد ، المرجع السابق ص ٥٠ وما بعدها . وراجع كتاب هتلر « كفاحي » ولا سيما ما جاء فيه من أن « الدعاية الخاصة بشعب يكافح من أجل وجوده ينبغي ألا تلقى بالآراء أو اعتباراً للإنسانية ولا التواضع الأدبية أو حسن النية . . . وماذا يكون احترام الحقيقة ؟ إن أقوى ما يحرك الكتل والمجاهير إلى الثورة هو التحصب الذي يضرب روحها بالسياسات ويندمعها دفماً إلى الأمام وهذا لا يكون إلا بالتمسك المشدود لا بالمعارف الموضوعية والحقائق العلمية . أما السؤال الثاني فهو إلى من تتجه الدعاية ؟ إلى الكتل أو إلى رجل الكتل *l'homme masse* أو رجل الجماهير *l'homme foule* لصياغة عقائد تستقر في وجدانه المظلم - لا إلى الفرد *l'homme individu* ولذلك ينبغي أن تكون كل دعاية شعبية وأن تكون برايتها ملائمة لأبسط عناصر الجمهور وأكثرها سداجة ، وكلما أريد أن يتسع نطاقها كلما لزم أن يهبط مستواها الفكري » .

(١) وهذه هي أيضاً خصائص الأسلوب الفاشي رغم أن الفاشية تعارض كل صور الماركسية معارضة تامة من حيث العقيدة أو من حيث الفلسفة بل وتعاديتها عداء مريراً . ومن ذلك نرى أن المذاهب المتطرفة يمينية أو يسارية تلتقي في نهاية الأمر كأنما كروية الكوكب الذي تعيش عليه تتحكم أيضاً في سير الأفكار والمعتقدات . وقد اعترف موسوايني نفسه بالتشابه في الوسائل بين الفاشية والبشيفية حين قال « إن ثورتنا تشابه في أهدافها العامة الثورة الروسية ولكن على صورة أخرى » - إسمان ، المرجع السابق ص ٦٩ حاشية ١٩٩ .

(٢) وأصحاب هذه المذاهب ، فاشية وسمجالية ، يقولون إن الحرية لا يطلبها -

هل يوجد قانون ادارى فى الاتحاد السوفيتى

٥٠٨ - من المبادئ الأساسية فى الاتحاد السوفيتى مبدأ وحدة القضاء . والمحاكم هناك لا تقتصر على نظر المنازعات بين الأفراد ، وإنما تنظر أيضاً المنازعات التى تثور بين الأفراد وجهات الإدارة . وفكرة وجود قانون ادارى يشتمل على قواعد خاصة تنطبق على الروابط القانونية بين الأفراد وجهة الإدارة أو بين جهات الإدارة بعضها ببعض لا وجود لها فى الاتحاد السوفيتى ، كذلك فإن القانون السوفيتى لا يعرف قضاء ادارياً منظماً للفصل فى المنازعات بين الأفراد والدولة ، فهذه المنازعات تطرح على المحاكم شأنها شأن المنازعات بين الأفراد . وقد نصت المادة (٤) من قانون المرافعات الأساسى على أنه « . . . للمحاكم ولاية الفصل فى الدعاوى الناشئة عن الشكاوى المتعلقة بالخطأ فى القيد بمداول الانتخاب ، وأعمال الهيئات الإدارية

= الإنسان إلا حين يشعر بجرماته منها وهو لا يشعر إلا حين يشع من بعد جوع ويكسى من بعد عرى ويسلم من بعد مرض ويتلم من بعد جهل ويأمن من بعد خوف ، وأن الغذاء والكساء والصحة والتعليم والأمن كل أولئك يأتى قبل الحرية مقدماً عليها سابقاً لها .

ويقول الأستاذ محمد عبد الله فى مؤلفه سابق الذكر ص ٦١ رداً على هذا القول ما يلى « ولنا أن نسأل ونسأل كل من يقول قولهم هل هذه المقومات الحيوية التى ينبغى ألا يستغنى عنها إنسان فى هذا الزمان - هل هى صدقة عليه يستجديها ويلتمسها أو هى حق لادى لا يلتمس ولا يستجديه ؟ إن كانت صدقة فوسيلتها الالتماس والاستجداء ونحن نعلم بالأحاجة المستجدي للتمس إلى الحرية بل حاجته إلى تقييدها أس إذ هو فى حاجة إلى المداجاة والرياء والمسايرة والتفاني واللق . وأما إن كانت هذه المقومات الحيوية حقاً للإنسان بمحض كونه إنساناً فيجب أن يطلب الناس حقهم هذا وأن يمكن الناس من طلب حقهم هذا ويجب أن يراقب الناس سير حقهم حتى يصل إليهم ويجب أن يراقب الناس استمرار وصول حقهم إليهم ويجب أن يكون من حق الناس إبعاد من يتعرض لهذا الحق بالتضييع أو التمهيق أو التفریط . يجب أن يكون الناس أحراراً ليطالبوا ويأخذوا حقهم من الغذاء والكساء ويجب أن يكونوا أحراراً ليطالبوا ويأخذوا حقهم من الصحة ومن التعليم ومن الأمن ويجب أن يكونوا أحراراً ليراقبوا أداء حقهم واستمرار أدائه وليراقبوا كيفية أدائه ومن يقوم بأدائه . فالحرية حق لازم للحق فى الغذاء والكساء والصحة والتعليم والأمن . والحرية يمكن أن تكسب هذه الحقوق وبدونها تضيق هذه الحقوق أى تضيق حرمتها وقداستها وبدونها . بدون الحرية تنعزى هذه الحقوق من صفة الحق الأساسى الذى يلزم الدولة والمجتمع والمهيمنين على الدولة والمجتمع من المسئولين من حكمه ، تنعزى هذه الحقوق من صفة الحق إذا لم تلازمها الحرية وتسقط إلى مرتبة الصدقة وتتصدق على هذا الحيوان الناطق الذى يسمى إنساناً .

المتصلة بفرض الغرامات وغير هذه من القضايا الناشئة عن الروابط القانونية الإدارية والتى يقرر القانون أنها من اختصاص هيئات قضائية . . . وتطبيقاً لهذا من المقرر أنه يدخل فى ولاية القضاء المنازعات ذات الطبيعة الخاصة بين إدارات الدولة أو إدارات الهيئات التعاونية والاشتراكية ، كما يدخل فى ولاية القضاء المنازعات الناشئة عن عمليات بنك الدولة أو عقود النقل أو الاتفاقات المتعلقة باستعمال المرافق العامة أو العقود المالية بين المزارع الجماعية أو بين المزارع الجماعية والهيئات العامة ، كذلك يدخل فى ولاية القضاء الدعاوى المتعلقة بالتأمينات الاجتماعية فى مواجهة المؤسسات العامة (١) .

منازعات تخرج عن ولاية المحاكم

٥٠٩ - ثمة منازعات تخرج من ولاية المحاكم فى الاتحاد السوفيتى ورد تنظيمها فى نصوص متفرقة ، وبعض هذه المنازعات تخصص بنظرها جهة إدارية ، مثل طرد العمال من المساكن العمالية عند نهاية عقد العمل ، والطرد من المساكن المملوكة لإدارات الدولة وخاصة العسكرية ، وإخراج شاغلى الأماكن الصالحة للسكن بغير سند ، والطرد من المساكن الآيلة للسقوط ، وفى هذه الحالات جميعها لا يتم الطرد بدعوى قضائية وإنما يتم بالطريق الإدارى بقرار من النيابة ، فإذا لم تصدر النيابة قرارها بالطرد (٢) ، فإن للمؤسسة المعنية أن تلجأ إلى المحكمة الشعبية بالإجراءات العادية . كذلك فإنه بالنسبة للمنازعات الزراعية لا تمتد ولاية القضاء إلى رفض الدولة منح امتياز الانتفاع بالأرض المملوكة لها أو إلغاء الامتياز ، وإنما يكون الأمر

(١) ويسمى هوريو Haurion مثل هذه الدول ، الدول بغير نظام إدارى . أما الدول التى تتميز الإدارة بقواعد خاصة وتمنحها سلطات واسعة ، وتخصصها لمحاكم خاصة مختلفة عن المحاكم العادية التى يخضع لها الأفراد ، فقد أطلق عليها اسم « البلاد ذات النظام الإدارى Les pays à regime administratif » . وراجع فى هذا الموضوع دراسة مقارنة للنظامين الإنجليزى والفرنسى ، ماركوس ليفيير ، سلطة الإدارة فى التصرف من جانب واحد فى القانونين الإنجليزى والفرنسى ، باريس ١٩٦١ ، تقديم الأستاذ جان ريفيرو Marcus lefebure, le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français.

(٢) . ويسمى هذا القرار Sankziya - أنظر فتحى والى ، المرجع السابق ص ١٥ .

مطلقاً للجهة الإدارية المختصة . ويعمل هذا بأنه في الاتحاد السوفيتي يوجد حق أى مصلحة يحميها القانون للمواطن في مواجهة غيره من المواطنين ، ولكن لا يوجد حق له في مواجهة الدولة .

منازعات تختص بها هيئات تحكيم عامة

٥١٠ - جل المنازعات المالية التي تثور بين المؤسسات العامة أو الهيئات التعاونية - باستثناء المزارع الجماعية ، لا تخضع لولاية القضاء ، وإنما تعرض هذه المنازعات ويفصل فيها بإجراءات خاصة بواسطة هيئات التحكيم العام (١) . ودعا الدولة إلى اتباع طريق التحكيم اعتباراً من : الأول هو الطبيعة الفنية المعقدة للمنازعات التي تقوم بين المؤسسات والهيئات العامة . وهذه الطبيعة الفنية تجعل من غير المناسب نظر هذه المنازعات بواسطة المحاكم الشعبية المكونة من قضاة منتخبين والتي يشترك فيها قضاة شعبيون ، وهم قضاة هواة عرضيون لا يقوون على الفصل في مثل هذه المنازعات التي تحتاج إلى خبراء . والأمر الثاني أن ثم ارتباطاً وثيقاً بين هذه المنازعات والخطة . والسلطات الإدارية التي وضعت الخطة ، والتي تقوم - عند الضرورة - بتعديلها أثناء تنفيذها لتتلاءم مع الظروف ، أقدر من المحاكم على نظر هذه المنازعات .

النزاع أمام هيئة التحكيم (٢)

٥١١ - لا يجوز لهيئة التحكيم أن تنظر النزاع إلا بناء على طلب من

(١) وهذه الهيئات لا تعتبر محاكم بمعنى الكلمة ولا تعتبر قراراتها قضاء ، ولهذا لم ينص الدستور السوفيتي عليها في المادة ١٠٢ التي تحدد المحاكم كما لم ينص عليها قانون التنظيم القضائي . وتشكل كل هيئة من هيئات تحكيم الدولة من عدد من الخبراء والفنيين أو رجال القانون ويشرف رئيس الهيئة على نشاطها ويختار الخبير الذي يكون محكماً بالنسبة للنزاع المروض . والخبراء الفنيون أعضاء هيئات التحكيم يعينون بواسطة السلطات الإدارية وذلك على خلاف القضاة في روسيا الذين يختارون بالانتخاب . وتنقسم هيئات التحكيم إلى نوعين أساسيين : تحكيم الدولة وينظر في المنازعات بين المؤسسات أو الهيئات التابعة لوزارات مختلفة ، والتحكيم الوزاري ويتعلق بالمنازعات بين مؤسسات أو هيئات تابعة لنفس الوزارة - فتحتى والى ، المرجع السابق ص ١١٦ وما بعدها .

(٢) لعل من المفيد أن نعرض بهذه المناسبة لقواعد التحكيم العام في مصر ونبادر إلى القول بأن المشرع المصري أصدر القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ (المواد من ٦٦ إلى ٧٨) على نحو لا يمكن أن يؤدي إلى الأهداف التي يمكن أن يحققها نظام صحيح للتحكيم العام =

المؤسسة ذات الشأن والقاعدة أن يجتمع المحكم المختار للنزاع المعين مع ممثلين للمؤسستين المتنازعتين ، وإذا لم يصلوا إلى تسوية للنزاع قام المحكم وحده بالفصل فيه . وتلتزم هيئة التحكيم باتباع قواعد قانون المرافعات ، وعليها أن تطبق قواعد القانون المدني وغيره من القوانين الموضوعية وأن تسبب قرارها استناداً إلى هذه القواعد .

هذا وقرار الهيئة لا يقبل الطعن بأى طريق ، وإن كان يجوز لرئيس هيئة التحكيم أن يأمر بإعادة نظر النزاع ، كما أن من سلطة رئيس هيئة تحكيم الدولة للاتحاد السوفيتي أن يباشر إشرافاً على جميع هيئات التحكيم وأن يلغى

= في مصر ليس سوى « قضاء » منظم على نحو خاص يرمى إلى الفصل في خصومة بإجراءات مبسطة ، وأن البون شاسع بينه وبين التحكيم العام كما ينبغي أن يكون ، فوفقاً للقانون المصري ، تشكل هيئة تحكيم لكل نزاع من مستشار من القضاء المادى أو مجلس الدولة ومن أعضاء بقدر عدد الخصوم (م ٦٧) ، وتتبع الهيئة وزارة العدل . ومفاد هذا أن الأمر لا يبدو أن يكون فصلاً في نزاع يقوم به مستشار يتغير من نزاع إلى آخر ، إذ من الطبيعي أن يمثل كل خصم سيئ بصوته لمصلحة من يمثله ولا يمكن اعتباره محكماً بمعنى الكلمة ، وهو ما يعنى أن الاعتبارين اللذين أديا بنظام التحكيم العام في الاتحاد السوفيتي وهما الطبيعة الفنية للمنازعات ، والارتباط بين هذه المنازعات وخطة الدولة لم يكونا في ذهن المشرع المصري عند تنظيمه للتحكيم العام . هذا إلى أن هيئات التحكيم العام في الاتحاد السوفيتي لا تختص بجميع المنازعات التي تقوم بين المؤسسات أو الهيئات العامة ، إذ تختص فقط بما لا تقل قيمته منها عن ألف روبيل ، وهذا نتيجة اهتمام تلك الهيئات بالمنازعات المرتبطة بالخطة ، حالة أن هيئات التحكيم في مصر تختص ، وفق المادة ٦٦ من القانون بكافة المنازعات بين شركات القطاع العام ، أو بين شركة قطاع عام وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو مؤسسة عامة ، وذلك مهما تناهت قيمة بعض هذه المنازعات في البساطة من الناحية الاقتصادية . وهيئات التحكيم عندنا لا يعرض عليها سوى « المنازعات » بالمعنى الدقيق ، حالة أن هيئات التحكيم في الاتحاد السوفيتي تقوم بحل مشاكل الإنتاج حتى بالنسبة لمشاكل « ما قبل التعاقد » والتي لا تعتبر منازعات بالمعنى الصحيح ، كما أن أبرز ما تقوم به هو توجيه الهيئات والمؤسسات العامة اقتصادياً ، والإرشاد إلى تعديل الخطة لمواجهة صعوبات تنفيذها ، تلك الصعوبات التي تكشف عنها بمناسبة ما يثار أمامها من مشاكل أو منازعات ، بالإضافة إلى ضرورة أن تضع نصب أعينها تحقيق الخطة ولو أدى هذا إلى عدم تطبيق القواعد القانونية تطبيقاً دقيقاً . وواضح أن هيئة التحكيم في مصر لا تفعل سوى تطبيق القانون دون اعتبار لخطة الدولة ، إن كان للدولة خطة ، كما أنها لا يمكن أن تقوم بمثل الوظائف الهامة التي تقوم بها هيئة التحكيم في الاتحاد السوفيتي لقصور دورها وطريقة تشكيلها الموضحين بالقانون ٣٢ لسنة ١٩٦٦ والذي حل محله القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ .

أى قرار أصدرته أية هيئة من هيئات تحكم الدولة ، وذلك لمصلحة القانون كما أن له أن يصدر توجيهات إلى جميع هذه الهيئات تشبه تلك التي تصدرها الدوائر المختصة للمحكمة العليا إلى القضاة والتي سنتكلم عنها بعد قليل .

مصادر التشريع في الاتحاد السوفيتي

٥١٢ - قلنا إنه لا توجد قواعد خاصة تحكم الروابط القانونية بين الأفراد وجهة الإدارة أو بين جهات الإدارة بعضها البعض الآخر ، وأن القضاء المدني في الاتحاد السوفيتي يختص بنظر ما يثور بين الأفراد وجهات الإدارة من منازعات ، وهذا يستتبع أن نعرض في إيجاز إلى مصادر الشرعية في الاتحاد السوفيتي .

٥١٣ - ونبادر إلى القول بأن النظام السوفيتي لا يعترف - كقاعدة عامة - بمصادر غير القانون المكتوب ، فهو لا يعترف بالقانون الطبيعي والعرف والعدالة إلا في حدود ضيقة وفي إطار التشريعات القائمة . ومرد هذا أن النظام البلشفي ينهد إلى التجديد الشامل للمجتمع اقتصادياً واجتماعياً ، وهو أمر لا تقوى المصادر الأخرى للقانون على القيام به . وسيادة القانون المكتوب وهيمنته تؤدي إلى استبعاد الفقه والقضاء والعرف من مصادر القانون^(١) . فالفقه تسيطر عليه الدولة وتوجهه بطريقة تضمن سيادة التشريع . والقضاء كذلك لا يقوى على منافسة التشريع ، فالسلطة القضائية لا تتمتع باستقلال ذاتي وإنما تخضع فيما تصدره من أحكام لأوامر وتوجيهات .

٥١٤ - وثمة أنواع متعددة من التشريعات : الدستور^(٢) ثم القوانين

(١) والقانون في الاتحاد السوفيتي ليس شيئاً مقدساً في ذاته ، وليس تعبيراً عن عدالة مثل أو نظام طبيعي الأشياء ، وإنما هو أداة مسخرة لخدمة الأيديولوجية الماركسية ، بمعنى أنه وسيلة تستخدمها البروليتاريا لتحقيق البناء الاشتراكي وصولاً للشيوعية الكاملة . فالقانون ذو صفة سياسية ، هو تعبير عن سياسة القادة السوفيت . وقد أكد لينين هذا المنى بقوله « القانون هو إجراء سياسي ، إنه السياسة » . ونظراً لارتباط القانون بالدولة في النظرية الماركسية ، يصحب الحديث عن قانون عرفي إلا إذا تبنته الدولة فمماقت على مخالفة قاعدة عرفية . ولا شك أن القواعد العرفية ترجع في روسيا إلى العهد الإقطاعي ، فن غير المقبول أن تطبق في ظل النظام الاشتراكي .

(٢) ودستور الاتحاد السوفيتي هو الصادر في ٥ ديسمبر ١٩٣٦ - أنظر ترجمته الفرنسية ، مع تعديلاته حتى ١٩٥٢ في : David : Le droit soviétique, t. 1-op. =

التي يصدرها السوفيت الأعلى وفي القمة منها قوانين الخطة الخمسية وقوانين تنفيذها ، ثم المراسيم الصادرة من رئاسة السوفيت وهي تستطيع تعديل هذه القوانين دون قيد ، ثم الأوامر والقرارات التي يصدرها مجلس الوزراء واللوائح^(١) .

دور المحكمة العليا في الاتحاد السوفيتي

٥١٥ - الدوائر المختصة بالمحكمة العليا للاتحاد السوفيتي لها أن تصدر توجيهات ملزمة للمحاكم . وهذه التوجيهات تنقسم إلى قسمين : الأول توجيهات مفسرة للقوانين القائمة وترمي بها المحكمة إلى إرشاد القضاة إلى التفسير الصحيح للقانون إذا وجدت أنه قد فسر على نحو خاطيء ، أو إلى بيان كيفية تفسير قانون بالقياس على قانون آخر . والثاني توجيهات تعدل بها المحكمة العليا القانون القائم أو تنشئ مبدءاً قانونياً جديداً . وهذا النوع الثاني من التوجيهات من المصادر الهامة للتشريع في الاتحاد السوفيتي^(٢) . وهذا الدور التشريعي الذي تقوم به المحكمة العليا لا تقوم به محكمة النقض عندنا أو في الدول اللاتينية أو الأنجلو أمريكية . ومن ناحية أخرى ، فإنه من الناحية العملية يصبح الحكم الذي تصدره المحكمة العليا بمناسبة الطعن أمامها مؤثراً ليس فقط بالنسبة للقضية المعروضة ، بل أيضاً بالنسبة لجميع القضايا المماثلة في المستقبل^(٣) .

— cit. p.p. 329-351 وتقتضى الفقرة ١٤ من المادة ١٤ منه بأنه يدخل في اختصاص الهيئات العليا في الاتحاد السوفيتي « التشريع في التنظيم القضائي والإجراءات القضائية . . . وخصص للدستور الفصل التاسع منه للقضاء والنيابة العامة (للمواد ١٠٢ - ١١٧) . ولكل جمهورية في الاتحاد السوفيتي دستوراً الخاص بها .

(١) وثمة قرارات وأوامر يصدرها مجلس وزراء الاتحاد أو مجلس وزراء الجمهورية وتسمى القرارات postanovlenie ويطلق على الأوامر اسم rasporyajenie . وهذه القرارات والأوامر وفق نص المادة ٦٦ من الدستور الاتحادي مجال تشريعي واسع .

(٢) ويحدث تدخل الدوائر المختصة لإصدار هذه التوجيهات عادة بمناسبة الطعن في حكم صادر من المحكمة الدنيا ، وإن كان يحدث في أحيان كثيرة بناء على طلب من وزارة العدل أو من أية وزارة أخرى لتحديد كيفية تنفيذ قرار أصدرته المحكمة العليا - دافيد (ريفيه) ، المرجع السابق ص ٢٣٦ . هذا والدوائر المختصة بالمحاكم العليا بجمهورية الاتحاد سلطة إعطاء توجيهات تتعلق بتشريعات الجمهورية على النحو الذي تفعله الدوائر المختصة للمحكمة العليا للاتحاد بالنسبة لتشريعات الاتحاد .

(٣) والمحكمة العليا في الاتحاد السوفيتي وظيفتها قضائية تقوم بها على صور مختلفة =

والمحكمة العليا للإتحاد السوفيتي هي أعلى محكمة به ، وتشكل - شأنها شأن سائر التشكيلات القضائية - من قضاة وقضاة شعيين . ويختار قضاة المحكمة بواسطة مجلس السوفيت الأعلى لمدة خمس سنوات . بيد أن المحكمة لا تشكل من قضاتها المختارين على هذا النحو فحسب ، وإنما يعتبر من أعضائها كذلك رؤساء المحاكم العليا في جمهوريات الإتحاد وذلك بحكم وظائفهم ، *ex-officio* وتؤدي هذه العضوية إلى تقوية الصلة بين المحكمة العليا للإتحاد والمحاكم العليا للجمهوريات ، وإلى توحيد الحلول القانونية في جميع أنحاء الإتحاد . وتشرف المحكمة العليا للإتحاد على جميع المحاكم بالإتحاد السوفيتي (م ١٠٤ من دستور الإتحاد) ، ولكن ليس لها أى إشراف على هيئات التحكيم العام التي لا تعتبر - كما قدمنا - قضاء بمعنى الكلمة .

٥١٦ - وقد كان للمحكمة العليا عند إنشائها وفقاً للدستور السوفيتي عام ١٩٢٤ سلطة الرقابة على دستورية القرارات التي تصدرها مجالس السوفيت والحكومات في جمهوريات الإتحاد ، ولكنها فقدت هذه السلطة بموجب دستور عام ١٩٣٦ وبقيت لها الوظائف الأساسية اللتان تكلمنا عنهما وهما الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية (١) .

= أهمها « طريق المراجعة » وهو طريق خاص لا يشبه إعادة النظر عندنا إذ لا يتقيد بأسباب خاصة ويكون طلبه من النائب العام للإتحاد السوفيتي أو من رئيس المحكمة العليا للإتحاد السوفيتي ، فلا يها دون غيرها أن يمرض أى حكم صدر من أية محكمة على المحكمة العليا للإتحاد طلباً مراجعته إذا ارتأى أن الحكم يخالف القانون ، وليس للخصوم الحق في طلب مراجعة الحكم وإنما لهم تقديم ملتمس للمحكمة العليا لتقرر ما إذا كان ثمة وجه لإعادة فحص القضية . وحين تمنع المحكمة العليا كمحكمة مراجعة أو طعن لا يكون للقضاة الشعيين أن يجلسوا أعضاء فيها ، وإنما هم يشتركون في نظر القضايا ذات الأهمية الاستثنائية التي تختص بنظرها المحكمة العليا ، سواء القضايا المدنية والجنائية ، إلى جانب القضاة المستخين ، شأنها في ذلك شأن سائر التشكيلات القضائية .

(١) وفي الإتحاد السوفيتي توجد محاكم أول درجة ذات الاختصاص العام بالنسبة للقضايا المدنية والجنائية ، وتشكل من دائرة أو أكثر ، كل دائرة من قاضٍ منتخب ومن قاضيين شعيين ، ذلك أن التنظيم القضائي السوفيتي لا يعرف نظام القاضى الفرد . وهو لا تمنع دائماً في مقرها ، بل تعقد جلساتها في القرى والمصانع والمزارع الجماعية حيث يكون الاهتمام بالقضية المروضة ، وهو ما يؤدي - في القضايا الجنائية - إلى جعل الأحكام الصادرة أكثر ردماً .

تدرج القواعد القانونية

٥١٧ - لا يعترف النظام السوفيتي بفكرة الفصل بين السلطات وإنما يقوم على وحدتها . فالسلطة العليا يمارسها مجلس السوفيت الأعلى كما تمارسها رياسته في فترات عدم انعقاده . ويترتب على وحدة السلطات الثلاث : التشريعية والتنفيذية والقضائية صعوبة ترتيب القواعد التي تصدر عن الجهات المختلفة ما دامت كلها تنبع من سلطة واحدة . وإذا قام تدرج فلا يبنى على فكرة حماية الحريات ، كما هو الحال في نظام الفصل بين السلطات حيث تحل السلطة السلطة ، وإنما مبنى التدرج أهمية القاعدة القانونية والشكل الذي تصدر فيه . والحقيقة أنه في ظل هذا النظام يصعب الحديث عن سمو قاعدة على أخرى نظراً للتفويضات المختلفة التي تتمتع بها بعض السلطات في الخروج على القواعد الموضوعية من السلطات العليا ، بل لقد رأى البعض أن الدستور السوفيتي لا يمثل سمواً في مراتب القواعد القانونية (١) .

الرقابة على الشرعية

٥١٨ - تسود الغاية الشيوعية كافة النظم وتعلو على القانون ، والحكم على مدى ملاءمة إجراء ما يكون للحكومة السوفيتية تحت رقابة مجالس السوفيت

- وتوجد في جميع جمهوريات الإتحاد - باستثناء بعض الجمهوريات الصغيرة كجمهوريتي أرمينيا وأستونيا - المحاكم الإقليمية ومحاكم المحافظات ، وتشكل المحكمة من قضاة يختارون بواسطة مجلس السوفيت من الحاصلين على شهادة قانونية عالية للإقليم أو المحافظة لمدة خمس سنوات (م ١٠٨ من دستور الإتحاد) ومن قضاة شعيين . وهي تقوم بوظيفتها القضائية على وجهين : الأولى كمحكمة نقض وهذه هي وظيفتها الأساسية ، وتنظر الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من المحاكم الشعبية ، وفي هذه الحالة تشكل من ثلاثة قضاة دون اشتراك قضاة شعيين . والثانية : كمحكمة أول درجة وذلك في القضايا المدنية في حالات محددة وفي الدعاوى التي ترى هي نظرها لأهميتها ، وفي هذه الحالة تشكل من قاضٍ ومن قاضيين شعيين . وإلى جانب المحاكم العادية ، توجد محاكم خاصة تختص ببعض الجرائم أشار إليها الدستور السوفيتي في المادة ١٠٢ وهي ثلاث : محاكم النقل بالسكة الحديد ومحاكم النقل المائي والمحاكم العسكرية وهي محاكم القوات المسلحة السوفيتية ويقوم اختصاصها أحياناً على معيار شخصي (الجرائم التي يرتكبها أفراد للقوات المسلحة) وأحياناً على معيار موضوعي (بعض الجرائم ولو ارتكبها مدني مثل الجاسوسية والخيانة . الخ) . أنظر فتحى والى ، المرجع السابق ص ٦٢ - ٦٨ .

(١) دكتور محمد مصفور ، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع ص ٣٧١ .

الأعلى ورياسته^(١) . ولا يدخل في اختصاص القضاء أن يحكم بعدم مشروعية أى إجراء يتخذه مجلس السوفيت مهما بلغت جسامة مخالفته للشرعية^(٢) ، فالقادة هم الذين يحتكرون وضع السياسة العامة ، وهم الذين يقدررون دون معقب عليهم مصالح الطبقة العاملة ومستلزمات البناء الاشتراكي ، فإذا اقتضت هذه السياسة العليا أمراً فلا يمكن معارضته بحجة مخالفته لأى قاعدة قانونية ولو تضمنها الدستور^(٣) . فالقاعدة العامة أنه ليست القضاء سلطة الرقابة على أعمال الإدارة لأنه لا يتمتع باستقلال ذاتي يرفعه إلى مرتبة سلطات الدولة . فهو لا يستطيع إلغاء الأعمال الإدارية غير المشروعة ، وإنما كل ما يملكه هو توقيع الجزاءات الصارمة على الموظفين الخارجين على القانون ، حماية لنظم الدولة وأموالها .

والمدعى العام ، وفقاً للدستور ، هو صاحب السلطة العليا في الرقابة القانونية ، ويمارس اختصاصه في كل الدعاوى على الإدارة والقضاء والأشخاص المعنوية العامة ، بل وعلى المواطنين ؛ ولكن لا تمتد رقابته إلى القرارات الصادرة من مجلس الوزراء إذ يختص بها مجلس السوفيت الأعلى ورياسته في فترات عدم انعقاده^(٤) .

ويقوم المدعى العام *prokuratoura* ومكتبه برقابة شرعية الأعمال الصادرة من الإدارة بواسطة اعتراض يقدم خلال مدة معينة للجهة مصدرة القرار ، التي تقوم بفحص الاعتراض والفصل فيه^(٥) ، فإذا لم تر وجهاً لهذا الاعتراض ، طرحته على الجهة الرقابية لها ، ثم يظل يتدرج حتى يصل إلى مجلس الوزراء . ويراقب المدعى العام كذلك السلطة القضائية ، ولكنه لا يتخذ

(١) دكتور مصطفي كمال وصفي ، المشروعية في الدولة الاشتراكية ، مقال منشور بمجلة العلوم الإدارية ، العدد الثالث ١٩٦٦ ص ٣٤ .

(٢) وستكمل عن الشرعية الاشتراكية حالاً أما الشرعية في الفكر الاشتراكي العربي فهي موضوع المبحث الثالث .

(٣) دكتور عبد الحميد حشيش ، مذكرات لقسم الدكتوراه جامعة القاهرة ١٩٧١ في « مبادئ القضاء الإداري » ص ٧٤ .

(٤) سبق أن ذكرنا أن رقابة التحكيم تمارسها هيئة التحكيم *Gosarbitray* ، وهي تختص بالمنازعات الناشئة بين أجهزة الدولة ومشروعاتها المختلفة في المجال الاقتصادي .

بنفسه قراراً في جميع الأحوال ، وإنما يعرض الأمر على السلطات المختصة^(١) .

الشرعية في الفكر الاشتراكي^(٢)

٥٩١ - عند ما كتب لينين يقول « نحن لم نعد نعرف بعد قانوناً خاصاً ،

(١) أنظر *Henri Chambre, Le Pouvoir Soviétique, Introduction à l'étude de ses Institutions* .

مشار إليه بهامش المرجع السابق ص ٧٩ .

(٢) ترتبط فكرة « القانون » و « الدولة » ارتباطاً وثيقاً بالفلسفة الماركسية ، وتوجد أسماها بصفة خاصة في المادية التاريخية عماد الماركسية . فالقانون ليس عاملاً قاعدياً أو اجتماعياً حقيقياً له ذاته المستقلة ، بل هو عامل مشتق من نظام الإنتاج ، وفي هذا يقول ماركس « الروابط القانونية مثل أشكال الدولة لا يمكن تفسيرها في حد ذاتها ، أو في النمو العالمي المدعى به للضمير الإنساني ، وإنما لها جذورها في ظروف الحياة المادية ، ويجب أن تبحث عن تحليل المجتمع المادي في الاقتصاد السياسي » . وهذه العبارة تعد أحد تطبيقات فكرة الأساس *infrastructure* والبناء الفوق *Superstructure* . فأساس كل مجتمع هو نظام الإنتاج الذي يتكون من قوى الإنتاج (وسائل الإنتاج + الأفراد) ، وهلاقات الإنتاج المترتبة على هذه القوى . ويشمل البناء العلوي كافة الأفكار والنظريات السائدة في المجتمع ، فضلاً عن النظم المقابلة لها مثل الدولة والقانون والأحزاب السياسية . ويقوم البناء العلوي - ومن مشتقاته القانون - على الأساس الاقتصادي ويتحدد به في تكوينه وتشكيله ويتأثر به في تغيره وتطوره . فإذا كان نظام الإنتاج قائماً على الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج ، فإن العلاقات الاجتماعية المتولدة عنها ستكون علاقات خضوع وسيطرة واستغلال وعدم مساواة وهذا يؤدي إلى ميلاد القاعدة القانونية ونظام للدولة ، كانهكاس وترجمة قانونية للأساس الاقتصادي . فقواعد القانون هي أوامر موجهة من قلة قوية اقتصادياً واجتماعياً لأغلبية كبيرة العدد أضعف منها اقتصادياً واجتماعياً . والدولة هي جهاز تحكم وإكراه موجه من القلة المسيطرة ضد الكثرة الضعيفة ، فهما تعبيران عن القوة الاقتصادية للأميرين والضعف الاقتصادي للخاصين - *La philosophie du droit en U. R. S. S.* لمؤلفه *K. Stoyanovitch* مشار إليه بهامش ص ٧٢ من المرجع السابق للدكتور عبد الحميد حشيش .

وبعد نجاح الثورة البروليتارية وقيام نظام الإنتاج على أساس الملكية العامة لوسائله ، فإن الروابط الاجتماعية تصبح روابط مساواة في الظروف بين الأفراد تستبعد كل نوع من أنواع الاستغلال . في هذا النوع من المجتمعات تفقد القاعدة القانونية مقومات وجودها بحسبانها وسيلة لسيطرة الطبقة المستقلة اقتصادياً على سائر الطبقات الكادحة . كما أن الدولة وهي أداة إكراه وقهر سوف تتلاشى كذلك . وبين فرديريك أنجلز هذه الفكرة بقوله « إن الطبقات ستختفي بنفس الحتمية التي ظهرت بها ومع اختفاء الطبقات ستختفي الدولة حتماً » . إن المجتمع الذي سيعيد تنظيم الإنتاج على أساس المشاركة الحرة والمساوية بين المنتجين سيرى بكل آلة للدولة إلى المكان الذي سيكون إليه مآلها ، إلى متحف الآثار القديمة إلى جانب المغزل والقلم البرونزي « - رانكوفيش وبيوفتش وباسيتش بتشوليتش ، الاشتراكية والدولة أو دور =

وإنما غدا القانون كله عاماً ، فإنه كان يقصد بذلك أن القانون السوفيتي يهدف إلى إنشاء نظام اجتماعي جديد ، وأن أي انتهاك للقانون يمس ، بغض النظر عن يكون ضحيته المباشرة ، السلطات العامة والدولة .

وإذا كانت الشرعية الحقة تجد تبررها في الاشتراكية ، فإنها تجد فيها كذلك تقييدها . ففي نظام اشتراكي لا بد وأن يخضع القانون لسياسة إنشاء الاشتراكية وتدعيمها . ويرتب الفقه السوفيتي على ذلك ما يراه أمراً طبيعياً هو أنه لا يجوز أن يجعل من القانون سحراً وإنما قيمة القانون فحسب هي قيمته بوصفه قانوناً اشتراكياً ، لأنه عندئذ يستخدم من أجل مصالح الدولة الاشتراكية ، وهو تبعاً لذلك يخضع لهذه المصالح التي يوكل تقديرها المطلق لأعلى سلطة في الاتحاد السوفيتي ، وهي مجلس السوفيت الأعلى . فيجب على المواطنين السوفيت أن يطيعوا القوانين السوفيتية لأنها عادلة ، وهي عادلة لأن الدولة الاشتراكية موجودة لمصلحة الجميع لا لمصلحة طبقة ممتازة ؛ ولهذا السبب قبل إن عدم مراعاة القانون في الاتحاد السوفيتي لا يعتبر ماساً بمصالح شخص ما أو آخر أو حتى امتهاً للقاعدة الخلقية ، وإنما هو تهديد لنجاح سياسة الموجهين .

٥٢٠ - وفي مقابل هذا الخضوع الكامل من جانب المواطنين للقوانين ، ترخص كامل من جانب سلطة الحكم حيال هذه القوانين ، ذلك أن عبارة مبدأ الشرعية الاشتراكية تعبر عن هذا الخضوع من جانب القانون لسياسة

= العنف في التاريخ ، تعريب جورج طرابيشي ، دار الطليعة بيروت ١٩٦٥ ص ٦ .
بيد أن هذا النوع من المجتمعات الذي تختفي فيه القاعدة القانونية وتلاشي الدولة لن يتحقق إلا في المرحلة العليا من الشيوعية عند قيام الثورة الشيوعية العالمية ، وحتى يتحقق هذا الأمل فإن الدولة القائمة على دكتاتورية البروليتاريا لا بد أن يقوى ويستمر تدعيمها حتى تستطيع القيام بمهامها الجسام ، وكذلك فإن القانون يستمر في الحياة وإن تغير جوهره وضمونه عن صنوه في الدول الرأسمالية لاختلاف الأساس الاقتصادي في النظامين . حقيقة سيظل القانون - كدأته دائماً - تعبيراً عن مصالح الطبقة المسيطرة أي مصلحة البروليتاريا ، وإنما مصلحة البروليتاريا بسبب عالميتها وكثرتها ستكون قريبة من مصلحة المجتمع برمته - عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ص ٧١ - ٧٣ . وانظر René David في مقاله *Garanties des libertés individuelles et contrôle de légalité des actes administratifs dans L'U.R.S.S.*

مجلة مجلس الدولة الفرنسي ١٩٥٣ ص ١٤٠ .

إنشاء الاشتراكية ، فلا قيمة للقانون ، بل ولا طاعة له ، إلا بوصفه قانوناً اشتراكياً ، لأنه عندئذ يستخدم من أجل مصالح الدولة الاشتراكية ، وهو تبعاً لذلك يخضع لهذه المصالح التي يوكل تقديرها المطلق لأعلى سلطة في الاتحاد السوفيتي وهي مجلس السوفيت الأعلى .

وهكذا فإن وصف « الاشتراكية » الذي يقرون « بالشرعية » في الشرعية الاشتراكية يعني أمرين متباعين في نتيجتهما تبعاً لما إذا كان موجهاً إلى المحكومين أو الحكام : فهو يعني ضرورة خضوع الجميع للقوانين السوفيتية ، لأن هذه القوانين هي قوانين دولة اشتراكية ، وبالتالي مطابقة لمصلحة الجماعة بأسرها .

وهو يعني في نفس الوقت تحل السلطة العليا في الدولة من هذا القانون حسب تقديرها ، لأن القانون يخضع حتماً لسياسة إنشاء الاشتراكية ، وأنه لذلك لا قيمة له في ذاته ، ولا يجب أن يتعبد أو يؤثّر .

وقد أشار الأستاذ « رينيه دافيد » (١) إلى ما واجه النظام السوفيتي من صعوبات في سبيل التوفيق بين هذين الاتجاهين المتعارضين ، وهو يقول إنه كان من الضروري أن يمضي بعض الوقت حتى يستطيع الفقه السوفيتي أن يحل التناقض الكامن في هاتين الفكرتين : أولاهما فكرة قانون يجب الخضوع له لأنه قانون عادل مقدماً . وثانيتها هي فكرة قانون لا يستأهل سوى احترام مشروط ، يخضع لظروف يخدم فيها مصالح السياسة الاشتراكية .

٥٢١ - وفيما يتعلق بالحكام أنفسهم فإن الضعف يتهدد مبدأ الشرعية نفسه بسبب واقعة إعلان خضوع القانون للمصالح الاقتصادية والسياسية . فأمثال هذه العبارات تمس ، كأمر لا يحصى عنه ، باحترام القانون الذي يكف عن أن يكون قيمة مطلقة . وإنه وإن كان مبدأ الشرعية معلناً اليوم ويسود الاتحاد السوفيتي دون منازعة ، إلا أنه لا يجوز إغفال أن هذا المبدأ ، كما هو الشأن بالنسبة لتكوين الدولة الاشتراكية ذاتها ، لا يرتبط في هذه الدولة إلا بضرورات فترة الانتقال . فالغاية منه هي إقامة مجتمع شيوعي لن تكون فيه دولة أو قانون ، وتبعاً لذلك لن يكون فيه مبدأ للشرعية .

(١) René David في مؤلفه « النظم القانونية الكبرى المعاصرة » ص ١٨٨-١٩٤ .

٥٢٢ - هذا وقد أثرت الأسس الإيديولوجية للنظام السياسي السوفيتي ، المستمدة بدون شك من الماركسية اللينينية ، في نظامه القانوني ، فظهرت فيه اتجاهات أخطرها تقبل مبدأ القياس في تفسير القوانين الجنائية ، وهو مبدأ يصعب الموازنة بينه وبين مبادئ استقرار القانون . كما أن أخطر الأسس الإيديولوجية آثاراً في تفويض مبدأ « سيادة القانون » هي فكرة العنف والثورة ، فليس يخفى أن النظام القانوني السوفيتي ، والنظم القانونية الاشتراكية عموماً ، نظم ذات طبيعة ثورية ، ولذلك كان أساس القانون السوفيتي العنف بل والثورة التي لا مناص من قيامها لإعادة إنشاء نظام قانوني جديد ، إذ تتغلغل فكرة الثورة في كيان كافة النظم السياسية والقانونية التي يتكون من مجموعها نظام الحكم السوفيتي ، فمن الطبيعي أن تخلع عليها طابعها المميز ، ومن أهم آثار الثورة هو نشوء قانون جديد يقوم على أنقاض قانون قديم ، وإذا كانت الشرعية الاشتراكية شرعية ثورية ، وكانت الشرعية الثورية ، في مفهوم السوفيت ، غير منفصلة عن الاشتراكية ، فإنه لا يكون هناك فارق كبير بين التعبيرين لأنهما يؤكدان أمرين أساسيين :

أولهما : تأكيد تسخير النظام القانوني للأهداف السياسية الاشتراكية .

وثانيهما : وهو نتيجة حتمية للأمر الأول ، تأكيد الطبيعة المتغيرة دائماً لنظام قانوني مسخر للسياسة .

ولهذا فإنه لا يكون من المبالغة أن يقال إن « الشرعية الاشتراكية » تظل أقرب إلى أن تكون شعاراً سياسياً غير محدد ، من أن تكون مبدأ سليماً لإرشاد المحاكم والهيئات القانونية ، ذلك أنها لم تتطلب أبداً مساءلة لشرعية أو عدالة القانون الذي يصدر ، وإنما رعاية مخلصه للتشريع الصادر^(١) .

(١) محمد عصفور ، المرجع السابق ص ٤٠ و ٤١ .

ونحن نرى أن مفهوم الشرعية الاشتراكية في النظام السوفيتي لا يرتبط حتماً بالاشتراكية ، وأنه وليد الظروف التاريخية للمجتمع السوفيتي والثورة البلشفية وله جذوره العميقة في العقيدة الماركسية ، وتقاليدنا وراثتنا وقيمنا وأدياننا ونظمتنا القانونية تأتي الأخذ بهذا المفهوم : فقد انعكست تقاليد روسيا القيصرية على كثير من نظمها القانونية والسياسية الحديثة ، ذلك أنها عرفت ظلت تزوج قرونًا طويلة تحت نير القياصرة ولم تعرف في تاريخها فكرة الحقوق الفردية والمذهب الحر ، كانت تهد دائماً إلى حكومة دكتاتورية مطلقة تسمى إلى تحقيق العدالة وتكون ملكة -

٥٢٣ - والنظم الشرقية عموماً في استخدامها لتعبير الشرعية الاشتراكية لا تقصد بدورها الفصل بين هذه الشرعية وبين « الثورية » ، أي التغيير الثوري لأسس المجتمع وتوجيهه نحو الشيوعية ، ولهذا يستخدم التعبيران بالتناوب دون أي تفریق بينهما .

٥٢٤ - فالماركسية تذيب شخصية الفرد في طبقته ، وهي أبداً على حرب مطلقة à outrance وتعبئة للحرب سواء حكمها غيرها أو حكمت هي غيرها من الفرق والطبقات على حد تعبيرها ، وهي لذلك تأخذ أنصارها وأعداءها بسنن الحرب فلا حرية للأنصار وإنما نظام تام وطاعة مطلقة ، ولا راحة للأعداء وإنما تصفية كاملة واستئصال لا هوادة فيه . لا مجال في المجتمع الماركسي لحرية الرأي وإنما يجب أن يحرص الماركسيون في المجتمع الديمقراطي على المطالبة بحرية الرأي والانتفاع بها كوسيلة لا غنى عنها لنشر الدعوة . لا مجال في الماركسية لحرية الرأي أولاً لأنها ذات طابع اعتقادي لا تسمح بالمناقشة في أسسها ، وثانياً لأنها تستلزم وتهدف إيجاد دولة مطلقة السلطات ديكتاتورية التصرف في رعاياها يذوب فيها صوت الفرد وشخصه في دعوى مصلحة الطبقة العاملة وسلطان الطبقة العاملة ، ولا تسمح بقيام معارضة أو

الله في أرضه . وقد قامت الثورة البلشفية في مجتمع متخلف يسمى لبناء الاشتراكية معتمداً على موارده الخاصة ومحاطاً بسوار من الدول الرأسمالية الممادية التي تتحين الفرص للانقضاض عليه ، فكان من اللازم لتحقيق أهدافه فرض نظام صارم للسلطة ، وبداية فإن هذه الظروف لا تحيط بالضرورة بكل بناء للإشتراكية في دولة أخرى . هذا فضلاً عن أن الماركسية تقوم على أساس أنه لا يمكن الوصول للمرحلة العليا للشيوعية إلا بالمرور بمرحلة استبدادية تتركز فيها السلطة في يد طليعة الطبقة العاملة ، وهي مرحلة دكتاتورية البروليتاريا ، كما أن الحرية التي تشد الوصول إليها ليست هي حرية اليوم وإنما حرية الغد مما يمكن معه التفاوض مؤقتاً عن حريات الفرد وحقوقه خلال هذه المرحلة المؤقتة . ودكتاتورية البروليتاريا سلطة ثورية تمارس الاستبداد ضد خصومها وتعتبر القانون مجرد وسيلة في الصراع الطبقي ، وما على القاضي إلا أن يكون أداة لتقمع أي انحراف وإخلال بالسلطة ، وبذلك وقع الخلط بين الشرعية الاشتراكية والشرعية الثورية . وفي هذا يقول ستالين « إن من الخطأ البالغ أن يقال إن الشرعية الاشتراكية لوقتنا الحاضر لا تختلف عن شرعية السياسة الاقتصادية الجديدة الأولى . . . والشرعية الثورية في زماننا مختلفة تماماً . . . فهي موجهة ضد اللصوص والتخريب وضد المستغلين للملكية العامة . إن المهمة الرئيسية للشرعية الثورية الآن هي أساساً الملكية العامة ولا شيء آخر » أنظر محمد عصفور ، المرجع السابق ص ٤٠ - عبد الحميد حشيش ، الماركسية والثورة البلشفية ١٩٦٨ ص ٣٧٤ .

رأى عام معارض ولا بقيام أحزاب إلا حزب واحد هو الحزب الشيوعي .
وثالثاً : لأن من عقائدها الحكم القطعي على طوائف من الناس بالأحق لها في
الوجود وعلى طوائف من العقائد والآراء بالأحق لها في البقاء فضلاً عن الإذاعة
أو الإعراب عن نفسها (١) .

٥٢٥ - وقد تقدم أن الماركسيين يسمون دولتهم تارة ديكتاتورية
العمال (٢) وتارة الدولة الشعبية الحرة . وقد فسر إنجلز ، حوارى ماركس ،
معنى كلمة حرة بأنها الدولة الحرة من كل قيد قبل رعاياها ، المطلقة السلطة

(١) وقد صادفت الماركسية ما صادفته الحركات المماثلة ذات الخصائص الدينية من
الانقسام الفروق على تفسير النصوص وبخاصة ما نقل عن ماركس وإنجلز ، وشجر بين هذه
الفروق من العداوة والبغضاء ما يعرف مثله بين الفرق الدينية فإنها لتقسو على مخالفتها في المنحى
أكثر من قسوتها على الأجانب . ويقرب جداً من الماركسية ، للتقاربة الثورية ويتضوى تحت
رايتها معظم عمال فرنسا غير الماركسيين فهي قريبة الرحم جداً من البلشفية من جهة الأهداف
والوسائل وإن كانت تختلف عنها من جهة الأساس الفلسفي . وهي تستوجب أن تكون النقابة
أداة هدم للجماعة الرأسمالية لكي تعمل محلها الاشتراكية الكاملة ، وألا تحصر النقابة نشاطها في
دائرة المصالح المهنية بل يجب أن تبتنى السلطان السياسي لأنه مستقر السيادة الفعلية أو أن
تتحقق سلطانها لا عن طريق البرلمان كما تفعل الأحزاب الاشتراكية ، بل عن طريق الإضراب
العام والثورة . وهي تعتبر الحريات الديمقراطية من العقائد البائدة . وهذا النوع من النقابية
يتعارض مع الديمقراطية تعارضاً أساسياً كما قال برتلمي لأنه يعتبر الدولة مجرد تطور اقتصادي
اجتماعي لا دخل فيه للحرية ولا ينظر فيه إلى حرية الأفراد السياسية ولأنه يميز العمال بالسلطة
كلها أو بالأغلبية الأكبر منها ، ولأنه حين يمنح العامل ما يمنحه من السيادة أو السلطة التي
يتمتع بها ، لا يمنحها له باعتباره فرداً أو إنساناً وإنما باعتباره عضواً في النقابة - برتلمي
ودويز ص ٢٧٤ - ٢٧٨ - كيت - ٢ ص ٤١٦ - برودون ، الأهلية السياسية لطبقات
العمال ص ١٥٣ . ومن أشهر دعاة النقابية الثورية سوريل ، وهو شديد الإيمان بتحقيق الثورة
عن طريق الإضراب العام الذي يعطل كافة مرافق الحياة في المجتمع وقد جعله أساساً لنظريته في
الأسطورة الاجتماعية الدافعة التي شرحها في كتابه « تأملات في العنف » *Réflexions sur*
la violence

(٢) في هذا المعنى يقول ماركس في خطاب له عام ١٨٥٢ « أنا لم أكتشف حرب
الطبقات ولا تعادها فيما بينها بل لقد كشف ذلك ونبه إليه غيري من أصحاب علم الاجتماع وعلم
الاقتصاد والمؤرخون ، وإنما كنت أول من لفت الناس إلى أن وجود الطبقات متصل بتاريخ
الإنتاج وأن حرب الطبقات مؤدية حتماً إلى ديكتاتورية العمال وأن هذه الديكتاتورية ليست
إلا مرحلة انتقال لإلغاء الطبقات والوصول إلى مجتمع لا طبقات فيه - كتاب لينين الدولة
والثورة ص ٢٦ .

في شأنهم *despotique* لا الدولة التي رعاياها أحرار (١) . وهم يقولون
إن هذه الدولة الديكتاتورية المطلقة السلطة ضرورة لا غنى عنها لتحقيق الثورة
وتثبيتها والقضاء على الطبقات التي تناهض العمال وعلى العناصر والعقبات
التي يمكن أن تعوق أو تهدد وجود النظام الجديد أو بقاءه أو نماءه (٢) . فهم
يؤمنون بقدرة الدولة الحارقة على تحقيق أمنهم وخلق المجتمع الذي يحملون
به وإن كانوا يتشوقون إلى اليوم الذي يتخلصون فيه منها (٣) .

(١) من خطاب لإنجلز كان قد أرسله لبيبل في مارس ١٨٧٥ : *L'Etat populaire est devenu un Etat libre. D'après le sens grammatical de ces termes, un Etat libre est un Etat qui est libre à l'égard de ses citoyens, c'est à dire un Etat à gouvernement despotique.*

كتاب لينين ، المرجع السابق ص ٦٢ .

(٢) كتاب لينين ، المرجع السابق ص ٥٩ و ٧٢ و ٧٩ وقد أورد قول ماركس
« بين المجتمع الرأسمالي والمجتمع الشيوعي توجد فترة انتقال ثورية يقابلها فترة انتقال
سياسية لا تكون فيها للدولة شيئاً إلا للديكتاتورية الثورية للعمال » .

(٣) ويلاحظ أن الماركسيين والفوضويين يشتركون في تصور إلغاء الدولة وإن كان
الفارق بينهم كبير لأن الفوضويين يطلبون إلغائها حالا وفوراً والماركسيين لا يرجون إلغائها
إلا بعد تحقيق الثورة والقضاء على كافة العناصر التي تقاومها . والماركسية فيها كثير من
خصائص الحركات الدينية ، ومن ذلك أن الماركسيين يعتقدون أن المجتمع الماركسي هو خاتمة
المجتمعات ونهاية التطور وكأله ، وأن التناقض الملازم لكل مجتمع لن يلزم مجتمعهم أو
بعبارة أخرى أن عقيدتهم هي أكمل العقائد وأفضلها وهي صحيحة صحة علمية في الحال وفي
المآل أي في كل زمان ومكان . بيد أن المادية الماركسية تطرح قواعد الأخلاق المتعارفة من
الإيثار والقناعة والمروءة وكف الأذى وصلة الرحم إلى غير ذلك - تطرحها لأنها في نظرها
ترجع من بعيد أو قريب إلى أصل ديني أو روحي ، والماركسية لا تعترف إلا بما هو
بشري ، ثم لأنها - أي قواعد الأخلاق - تنحى الصراع الدائر بين طبقات المجتمع ، وأخيراً
لأنها وسيلة فعالة لازمة لاحتفاظ طبقة بسلطانها على باقي طبقات المجتمع ، والمجتمع الماركسي
مجتمع يؤمل أصحابه أن يكون خالياً من الطبقات فلا حاجة به إلى مثل هذه القواعد - يراجع
البيان الشيوعي لماركس وخطاب لينين في الشيوعية في ٢ أكتوبر ١٩٢٠ وجاء فيه
« إننا نرفض هذا النوع من الأخلاق التي ترجع إلى مصدر أجنبي عن الطبقات الاجتماعية .
فهي ليست إلا أكاذيب وخداع تحشى بها رؤوس الفلاحين والعمال في مصلحة الملاك وأصحاب
الأموال ، إن أخلاقنا ثابتة تبعية مطلقة للصراع الطبقي الذي تقوم به البرولتاريا - أنظر
روجيه جارودي ، الشيوعية والأخلاق ص ١١٨ .

المبحث الثاني

الشرعية في الفكر الغربي^(١)

٥٢٦ - لهذا المبدأ أكثر من معنى في النظم الديمقراطية الغربية ، فسيادة القانون في النظام الإنجليزي Rule of law تعني سيادة البرلمان بحسبانه الجهة التشريعية المنتخبة من الشعب ، كما تعني سيادة القانون غير المكتوب (القضائي) وما يصطلح على تسميته Common Law أو الشريعة العامة ، وهذا يعني أن سيادة القانون بمعناها الخاص Rule of law تعبير عن نظام قانوني بذاته هو النظام الأنجلو سكسوني .

والحكومة في ظل القانون Government under law تعبير عن نظام دستوري متميز حتى داخل المجموعة الأنجلو سكسونية ، فهي تعني في النظام الأمريكي شيئاً مختلف تماماً عما تعنيه في النظام الإنجليزي ، حيث تصور الحقوق الدستورية ، التي تحميها التعديلات الدستورية Amendments ، حقوقاً جوهرية تقيّد سلطات الدولة كافة ولا سيما المشرع ، وترعاها محكمة دستورية تستطيع ألا تطبق أي قانون يخالف الدستور .

٥٢٧ - والدولة القانونية Rechtsstaat تعبير عن فكر قانوني آخر هو الفكر الألماني الذي أقام صورة خاصة من صور الدولة على أساس من القانون ، وأراد به معارضة الدولة البوليسية .

٥٢٨ - والشرعية Légalité تعبير عن نظام فرنسي بحت^(٢) يفرض حكم القانون في العلاقات التي تقوم بين الأفراد والإدارة ولا يفرض الدستور على القانون ، فالتشريع هو مصدر الشرعية كلها وليس هناك قيد على سلطة الهيئة التشريعية فيما عدا ما تقرره اللجنة الدستورية التي زاد بروزها

(١) للدراسة المفصلة راجع محمد عصفور ، سيادة القانون ١٩٦٧ - طبعته الجوف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ١٩٦٢ . وبالفرنسية Georges Vedel ، La soumission de l'administration à la loi القاهرة ١٩٥٢ .

(٢) يعرف الأستاذان بارتيلمي ودويز فكرة الشرعية في دولة القانون بأنها « حكم القانون ، وإعلان سيادة القانون ، ونيل التحكم ورقض مبدأ تحمل السلطة من حكم القانون .

في دستور سنة ١٩٥٨ ، وإن كان هناك من الفقه من ينادى بشرعية دستورية بل وبشرعية فوق دستورية .

٥٢٩ - وقد انتهت اللجنة الدولية لرجال القانون إلى قرارات اتخذتها في مؤتمر « نيودلهي » يمكن تلخيصها فيما يلي : ١ - إن حقوق الإنسان^(١)

(١) كانت الجمعية العمومية للأمم المتحدة قد وافقت في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وقد جاء في صدره « لما كان الاعتراف بكرامة الأدميين كآدميين وبحقوقهم المتساوية بينهم والتي لا يجوز التنازل عنها هو الدعامة التي تقوم عليها الحرية والعدالة والسلام في العالم ، وكان إنتكار حقوق الإنسان واحتقارها قد أدى إلى وقوع أفعال وحشية يثور لها ضمير الإنسانية ، وكان من أمسي أمانى البشر أن يصيروا إلى عالم يكون فيه البشر أحراراً فيما يقولون وما يعتقدون آسئين من الخوف ومن الفاقة ، وكان من الضروري كفالة حقوق الإنسان بنظام قانوني حتى لا يلجأ الناس إلى الثورة كوسيلة أخيرة لمقاومة الظلم والظلم . وكانت الأمم المشتركة في الهيئة قد تعهدت بالتعاون مع هيئة الأمم على ضمان الاحترام العالمي والفعل لحقوق الإنسان والحريات الأساسية ، وكان تنفيذ هذا التمهيد يتوقف على تحديد مفهوم واحد مشترك لهذه الحقوق والحريات فإن الجمعية العمومية تملن ما يأتي :

« إعلان الحقوق الآتي نصه هو المثل الأعلى المشترك الذي تهدف للوصول إليه كل الشعوب والأمم . . . مادة ١ - كل البشر يولدون أحراراً متساوين في الحقوق والكرامة حياهم الله بالعقل والضمير وينبغي أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الأخوة . مادة ٢ - (١) لكل إنسان أن يستعمل الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الإعلان بغير تمييز في ذلك بسبب الجنس أو اللون أو الذكورة أو الأوثنة أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر يرجع إلى أساس قومي أو اجتماعي أو بسبب الثروة أو الجاه أو أي موقف أو ظرف آخر . (ب) كذلك لا تمييز بسبب المركز القانوني أو الإداري أو الدولي للبلد أو الإقليم سواء أكان الإقليم مستقلاً أو تحت الوصاية أو غير مستقل أو خاضعاً من حيث السيادة لأي قيد من القيود . مادة ٣ - لكل فرد الحق في الحياة والحرية والأمن على شخصه . مادة ١٨ - لكل فرد الحق في حرية الفكر والضمير والاعتقاد ، وهذا الحق يتضمن الحق في تغيير الدين أو العقيدة والحق في إظهار دينه أو عقيدته منفرداً أو بالاشتراك مع غيره علناً أو في غير علانية سواء بالمعادة أو بالتعليم . مادة ١٩ - لكل فرد الحق في حرية الرأي والتعبير عنه ، وهذا الحق يتضمن الحق في ألا يزجج بسبب آرائه والحق في البحث عن الأنباء والآراء ومعرفة نشرها بكل وسائل النشر بغير تقييد بحدود الإقليم . . . »

هذا ولم يكن يعلم الناس أن من يعصف بحرية الفرد في بلده قد يعصف بحرية الشعوب في العالم كله إذا تهيأت له الظروف والوسائل ، وأن قضية الحرية لا تنجز في الداخل أو الخارج ، وسواء أكان طرفها فرداً واحداً أو أمة أو أمماً - حتى وقعت الحرب العالمية الأخيرة فدفعتهم الفاجعة إلى تعرف الأسباب والعلل فوجدوا في صدرها التفریط في الحريات وفقهوا أن سلام العالم يقوم على أكتاف الحرية الفردية ، وقد سجل أغلب أمم العالم هذه -

١- إن مبدأ الشرعية ، أو سيادة القانون ، هو تعبير مناسب أو ملائم لتعريف من جهة بالمثل العليا ، ومن جهة أخرى بالخبرة القانونية العملية التي يتفق عليها رأى جميع رجال القانون في جزء كبير من العالم ، وإن كان هذا الاتفاق لا يزال جديداً وغير متميز نوعاً .

٢- ويرتكز مبدأ الشرعية على مثل أعلى مزدوج ، فأياً كان مضمون القانون يفترض المبدأ من جهة أن كل سلطة في الدولة تتبع من القانون وتمارس وفقاً للقانون . وهو يفترض من جهة أخرى أن القانون نفسه يرتكز على مبدأ أسمى هو احترام شخص الإنسان .

٣- تظهر خبرة رجال الفقه أن مبادئ معينة ونظماً معينة وإجراءات معينة ، ضرورية لتحقيق المثل العليا التي تكون أساس مبدأ الشرعية . غير أن الفقهاء يعترفون مع ذلك بأن هذه المبادئ والنظم والإجراءات لا تكون مجموعاً جامداً ، وأن أهميتها النسبية يمكن أن تتغير من دولة إلى أخرى .

٤- إن مبدأ الشرعية بالمعنى الذي أعطى له في هذا التقرير يمكن أن يعرف على أنه يعبر عن المبادئ والنظم والإجراءات التي لا تتطابق دائماً وإن تشابهت في عديد من النقاط ، وهي التي تكشف ضرورتها الحيوية في تقليد وخبرة فقهاء دول العالم التي تختلف في تراكيبها السياسية وظروفها الاقتصادية - لحماية الفرد ضد استبداد الحكومة والسماح له بأن يتمتع بكرامته الإنسانية^(١) .

المبحث الثالث

الشرعية في الفكر الاشتراكي العربي

تكلمنا في المبحث الأول عن الشرعية في الفكر الاشتراكي^(٢) ، ثم

(١) Le principe de la légalité dans une Société libre - Rapport sur les travaux du congrès International de Juristes tenu à New Delhi (janvier 1959) p. 200-207.

وانظر في نقد المفهوم الغربي لمبدأ سيادة القانون الدكتور محمد حصفور ، المرجع السابق

ص ١٢ - ٢٠ .

(٢) يبين من بحثنا المتقدم عن الشرعية في الفكر الماركسي أننا لا نعي بها سيادة قانون

ذي مضمون اشتراكي ، بالمقابلة لسيادة قانون ذي صبغة رأسمالية في النظم التقليدية . =

ألمحنا في عجالة في المبحث الثاني إلى الشرعية في الفكر الغربي مرجعين مزيداً من الكلام عنها إلى المبحث التالي الذي نتعرض فيه لمبدأ المشروعية ورقابة القضاء لأعمال الإدارة ، ونتكلم في هذا المبحث عن مفهوم الشرعية في الفكر الاشتراكي العربي .

تمهيد

٥٣٠- لو أننا رجعنا إلى السنوات القليلة السابقة على ثورة ١٩٥٢ ، وهي أخريات القومية المصرية والديمقراطية الليبرالية ، لوجدنا أن الحرب العالمية الثانية تلتها سبع سنوات من الفوضى السياسية والقلق وانتفاء الرغبة في تفهيم الأوضاع الجديدة التي خلفتها الحرب : فقد رفض البريطانيون في عناد جلاء جيش الاحتلال رغم أن انتصارهم في الحرب جعل استمرار الوجود البريطاني بدعوى الدفاع عن النفس فاقد السبب ، في الوقت الذي بلغ الشعور الوطني المصري نقطة الانفجار . كذلك بلغت الحزازات الطبقية قممها عند ما رفضت طبقة «الباشوات» في عناد كل محاولة للتصالح الطبيعي عن طريق الإصلاح الزراعي وإصدار تشريعات عمالية توازن في عدالة بين حقوق العمال وأرباب الأعمال . أما رأس المال الأجنبي في مصر ، وقد تمتع فيها خلال مائة عام بمركز ممتاز وبامتيازات خاصة ، فقد رفض بدوره أن يتخلى عن امتيازاته الخاصة تلك أو أن ينزل عن مركزه الممتاز ذاك وأن يصل إلى اتفاق مع البورجوازية المصرية ومع التكنوقراطية المصرية الناميةين أبدأ . ومع رأس المال الأجنبي كان هناك ثلاثة أرباع المليون من الأجانب المحليين الذين تشبهوا في عناد باعتقادهم في تفوق أصلهم الأوربي وآثروا الخروج من مصر جماعة على أن يستسلموا في إذعان لمصير المواطن المصري المتجنس . ولكي تم السيطرة على كل هذه التوترات ناط الملك فاروق أمر

= فالمشروعية في الفكر الحر ، على ما رأينا في المبحث الثاني وحل ما سنرى في المبحث الرابع ، هي ضمان لحقوق وحرريات الأفراد من عدوان السلطة عليهم . أما الشرعية الاشتراكية فليست مقررة بالدرجة الأولى لمجرد صيانة الحقوق والمحافظة على حرريات الأفراد ، وإنما هي أداة لتحقيق المذهب الاشتراكي وصولاً إلى الشيوعية . فهي مشروطة بهذه الغاية ومن هنا كانت تسميتها بالشرعية الاشتراكية .

تشكيل الحكومة إلى خمسة من السياسيين^(١) تداعت حكوماتهم في تعاقب سريع ، ثم أضافت الدراما الفلسطينية الإسرائيلية اللسة الأخيرة في هذه الصورة حين تطورت في الخلفية في سرعة لا هتة . وكان من نتيجة ذلك كله أن ولد نقيض الموضوع ، وهو الثورة ، من الموضوع ، وهو العهد البائد . وأخيراً استجدت للبلاد الناطقة بالعربية قضية مشتركة تلتف من حولها ، أعطى الإحساس بالمصير المشترك معنى ودفعة لفكرة القومية العربية .

الاشتراكية العربية

٥٣١ - والحق إن الثورة حاولت ما وسعها الجهد أن تعطى حلولاً ناجحة لكل هذه التوترات ، ويهنا في هذا المجال الإلماح إلى أنها عابجت ما يسمى تنويب الفوارق بين الطبقات عن طريق تطبيق اشتراكية عربية أوضح الميثاق عدم التزامها بقوالب مذهبية مستوردة بحيث يكون من الخطأ محاولة كشف ماهيتها في ضوء أى مذهب اشتراكي آخر ، ومن هنا تبلو صعوبة الكلام عن الشرعية في الاشتراكية العربية لأنه يلزم بادئ ذي بدء استكناه فكرة هذه الاشتراكية نظرياً وفي التطبيق بعد أن تركت ثورة ١٩٥٢ معلقاً بغير إجابة موضوع شكل الاشتراكية المصرية وفحواها ، أو على الأصح مبدأ تأميم وسائل الإنتاج الذى فهمه البعض على أنه رأسمالية الدولة ، بينما تمنى له غيرهم أن يتطور إلى ملكية الشعب لفوائض القيمة ملكية حقيقية ، على حين أراد له فريق ثالث أن يساير الاشتراكية كما يسمح بها الإسلام^(٢) ، أو يطابق الفكرة الدينية عن ملكوت المؤمنين على الأرض . كل هذه الأفكار المتناقضة عن الاشتراكية وغيرها^(٣) ، سمحت لها الثورة أن تتعايش تعايشاً

(١) هم النقراشي وصدق والنقراشي وعبد الهادي وسرى .

(٢) من الطريف هنا أن نذكر أن بعض الماركسيين المصريين ودعاة الاشتراكية العربية ، رغبة منهم في استمالة المتأدين بالاشتراكية الإسلامية ، كانوا يحتجون بأن الدين هو ينبوع الذى نبعث منه اشتراكيقتنا مستلدين تارة ببعض آيات من القرآن الكريم التى تخص حل الرحة بالفقراء ، ومستشهدين تارة أخرى بأبي ذر النقراشي الذى كان يدهو إلى العدل في توزيع الغنائم في صدر الإسلام .

(٣) فقد تركت الثورة كذلك فكرة القومية العربية والوحدة العربية لتأرجح بشدة من شخص لآخر ومن حزب لحزب ومن أمة لأمة بحيث اشتمل مدلولها على كل شيء من العنصرية السافرة إلى الجامعة الإسلامية إلى التأليه الرومانتيكي للثقافة المشتركة إلى مجرد التضامن الخالي =

سلمياً في السنوات العشرين الماضية ، بينما مضت الثورة تشق طريقها بمنهج التجربة والخطأ رافضة أن تلتزم بنظرية محددة ، فبدت وكأنها تطبق نوعاً من الحياض الإيجائى على كل هذه النظريات التى سمحت لها أن تبرز إلى السطح شرط ألا تحاول أن تجسد نفسها في سياسات وبرامج تطبيقية أو حتى أن تكتسب من القوة الذاتية ما يجعلها تشكل ضغطاً على الدولة . وبعبارة أخرى فقد احتملت هذه النظريات في سماحة ما بقيت نظريات ، فلم تسمح الثورة بالاستقطاب ولم يكن « التجمع » الإيديولوجى موضع رضا . وقد حلت صيغة الاتحاد القومى أولاً ثم الاتحاد الاشتراكي ثانياً بوصفه « تحالفاً » بين الطبقات مشكلة الصراع الطبقي والتناحر الحزبي^(١) ، كما مكن هذا النقص في النظرية ثورة ١٩٥٢ من أن تتجنب الوقوع في صدامات دموية مع أعدائها وهو ما تميز به غيرها من الثورات الأخرى^(٢) . بيد أن امتناع الثورة عن تنظير اشتراكيها لا يمنعنا من محاولة استخلاص مفهوم الشرعية في هذه الاشتراكية في ضوء المقارنة بينها وبين الشرعية التى سبق أن تكلمنا عنها في مفهومها الماركسي .

= من الرومانتيكية في سبيل المصلحة المشتركة ، بل إن الموقف الرسمي من هذا الموضوع قد تأرجح بدوره بين ثلاثة اتجاهات كانت تسمى يوماً بوحدة الهدف ووحدة العمل ووحدة الصف . كما تركت الثورة معلقاً دون إجابة موضوع التيروقراطية والعلمانية كأساس للدولة في مصر ، وتركت كذلك القديم والحديد يمشان ويتمايشان ولم تمن إلا بإقامة توازن حرج بينهما كثيراً ما قام على الإعتماد على القديم لاستحداث الجديد .

(١) بيد أن الإصرار على رفض مبدأ قيام الاتحاد القومى ومن بعده الاتحاد الاشتراكي بوظيفة الحزب في دولة تقوم على مبدأ الحزب الواحد ، جعل التنظيم السياسى غير قادر على مباشرة مهامه مما أضعف فاعليته وجعله عاجزاً أمام الدولة ، وقلل بالتالى من إمكانات الحوار في المجتمع المصرى . وفي هذه النظرة التوحيدية للدولة تصيح إرادة « الشعب » هى مجموع إرادات الأفراد ، فكل فرد يقف وحده مع الدولة أو عليها .

(٢) غير أن هذا النقص ذاته في النظرية ، وهذه الرغبة في التوفيق بين النقااض بقصد تجنب الصدامات ، هما اللذان أفضيا إلى عجز الثورة المصرية عن أن تهيم « للشعب المصرى فلسفة ثورية متجانسة وأسلوباً في الحياة متجانساً . فهى قد تركت المصريين يؤمنون بما يريدون الإيمان به بشرط ألا يعتدوا على الخطوط العريضة التى أرسنها الثورة ، وعلى الأقل حتى دستور ١٩٧١ كان يمكن للمواطن المصرى أن يكون ماركسياً أو شيوعياً صينياً أو أياً مسلماً شرط ألا ينتمى إلى جماعة منظمة وأن يتعاون مع النظام . وقد تركت ثورة ١٩٥٢ أكثر الأشياء الطبيعية واعتمدت فقط على قوانين التحول الاقتصادى الصارمة . صحيح أن الناس فقدوا عقلياً للعمل بمبدأ « دعه يفكر » حين فتدوا اقتصادياً العمل بمبدأ « دعه يعمل » ، ولكن صحيح =

رابعا

٥٣٢ - ذهب البعض إلى أن الاشتراكية واحدة في كل مكان ، وأنه ليس ثمة اشتراكية عربية وأخرى يوغوسلافية وثالثة روسية . . . إلخ ، وإنما هناك فقط « طريق » عربي أو يوغوسلافي أو روسي إلى الاشتراكية (١) . ولكننا نرى أن الاشتراكية التي استهدفتها التغيير الاجتماعي عندنا ليست باشتراكية عربية أو مصرية كما أنها ليست تطبيقاً عربياً للاشتراكية ، إنما هي واحدة من هذه الاشتراكيات التي حاولها القرن العشرون ابتداءً بين التقيضين ، وذلك على وجه الدقة ما كان يقصد إليه « ديجول » بجديته عن أمل العالم في حل ثالث . وكان لا بد ، كما سبق أن ذكرنا ، لنجاح هذا التحول الاجتماعي من حركة مزدوجة تتمثل في الذهاب والمجيء بين القمة والقاعدة : تمضي الإرادات الجماهيرية في تأثيراتها المتبادلة ، إرادة مشتركة إلى أعلى فتعود من القمة قرارات تجسد هذه الإرادة المشتركة تمضي بها ومعها

كما أيضاً أن الفلاح المصري الذي أفاده الإصلاح الزراعي والعامل المصري الذي مه التصنيع لا يملكان أية عقيدة ثورية متميزة أو أي أسلوب ثوري مميز في الحياة . وصحيح أيضاً أن مئات الآلاف من النساء المصريات قد تحررن في عهد الثورة « بقوة الواقع » بسبب تعليم المرأة وتشغيل المرأة ، ولكنهن لم يتحررن بعد بقوة القانون بل ولم ينلن أدنى اعتراف بالمساواة في مجتمع قائم على سيادة الذكور رغم أن الميثاق والدستور معاً قد حرصا على إعطاء المرأة المصرية وضع المواطنة الكاملة . وكان مما قلل أيضاً من إمكانية الحوار الصادق في المجتمع المصري ثقافياً كان أو غير ذلك ، قيام نظرية الوحدة الوطنية على أساس من نظرية الوحدة الاجتماعية وهي ما يسمى أحياناً « تلويب الفوارق بين الطبقات » . حل أنه بعد عام ١٩٦٧ دار بيننا التفتيش في أعماق النفس على أوسع نطاق بعد كارثة حرب الستة أيام ، وأدرك الكثيرون أن مواجهتنا مع إسرائيل ليست مواجهة عسكرية ولكنها مواجهة بين شكلين من أشكال الحضارة . ومن هنا كان اعترافنا على كل مستوى بأن علينا أن ندعم أسس الدولة المصرية في مصر ، وأن نقيم الحوار المشر بيننا وبين بقية بلاد العالم لا من الناحية السياسية فقط ولكن من الناحية الإقتصادية كذلك . والظروف الآن تبدو مناسبة لإجراء هذا الحوار الثقافي الصادق مع الغير ودخل المجتمع المصري نفسه . ومع ذلك فالمستقبل وحده هو الذي سيكشف إن كان الفلق الحال الذي يميته المثقفون المصريون سيفضي إلى منهج جدلي إيجابي في الفكر والسلوك أو أنه سيكشف فينا شعور المارد الهامج المحاصر ، ففي اعتقادي أن الكثير يتوقف على بلوغ حل عادل لمحتننا الراهنة ، فالتاس في قمة الغضب عاجزون عن الحوار المنطوق والصادق والصريح .

(١) ولقد قاتل الماركسيون المصريون وخاصوا معركة ضارية لإثبات صحة هذا النظر .

إلى حيز التنفيذ . وإذا كان هذا هو الحال في الاشتراكية الماركسية على نحو ما تجسدت في روسيا « السوفيتية » ، فقد كان حرياً بنا ما أردنا لاشتراكيتنا مزيداً من العضوية يتيح للإرادات الجماهيرية أن تتواصل لإرادة زعامية ، أن نحرص كل الحرص على إقامة هذه الشبكة متيحين لها بلغة « لينين » أقصى ما يمكن من سبولة الاتصالات ، فبدلك وحده كنا نضمن الانتظام العضوي المميز للجشطلت الاشتراكية بمعنى الكلمة . فقد لقي المعدمون أرضاً زراعية يفلحونها ، ولقي أناس كان من المحتم أن يكونوا عاطلين عدداً هائلاً من المصانع ، ولقي الكل كثرة من الامتيازات أتاحتها تشريعات الضمانات الإجتماعية ومجانبة التعليم ، بيد أن أعداداً هائلة من الطبقة الوسطى قد انطلقت مع الثورة بتطلعاتها الطبقيّة واستغلت وحدانية الاتجاه في شبكة الاتصالات ، من القمة إلى القاعدة فحسب ، فأعملت رماديتها نفاقاً من الحماسة مكنتها من الوصول إلى بعض مواقع القيادات التنفيذية تسد الطريق على القاعدة وتتحول ، بما تتيحه لها امتيازات مواقعها ، إلى برجوازيات صغيرة (١) .

بيد أن جوهر التراث الاشتراكي الذي توشك أن تلتقي عليه كل تياراته يغير خلاف جذري بينها إنما هو ، في بساطة ووضوح ، إلغاء استغلال الإنسان للإنسان أياً كانت صورة ذلك الاستغلال . وهذا الجوهر يقوم على دعمتين لازمتين تختلطان اختلاطاً عضوياً وتؤديان إليه ، تتصل أولاهما بطريقة توزيع العائد الإنتاجي في المجتمع ، وتتصل ثانيتهما بكيفية ملكية وسائل الإنتاج . وطريقة التوزيع التي يلتقي عليها الفكر الاشتراكي في مجموعه هي تلك التي ترى أن يكون التوزيع معياره الأساسي المشاركة في الإنتاج : على قدر المشاركة في الإنتاج يكون قدر العائد ، وبغير مشاركة في الإنتاج - مع المقدرة عليها وإتاحة الفرصة لها - لا يكون ثمة نصيب من عائد الإنتاج . وهذه الدعامة التي تتعلق بالتوزيع تحتم بالضرورة قيام الدعامة الثانية المتعلقة

(١) راجع هامش (٢) ص ٢٩٦ و ٢٩٧ و ٢٩٨ وما ذكرناه بشأن دور قانون تحييد الملكية في القضاء على الإقطاع في الريف المصري دون أن يؤدي ذلك إلى القضاء على البناء الفوق الذي تكون في ظل الإقطاع ، وكيف أن العقلة الإقطاعية ظلت لا بين الإقطاعيين فحسب بل وبقيت آثارها بين الفلاحين المعتمدين والمالك وسكان المدن من أبناء البرجوازية الوطنية والصغيرة .

بكيفية ملكية وسائل الإنتاج . إن ترك ملكية وسائل الإنتاج في نطاق الملكية الخاصة بغير حدود لا بد وأن يعطل قيام الدعامة الأولى ويؤدي إلى أن يكون معيار التوزيع شيئاً آخر غير العمل المنتج والمشاركة في العملية الإنتاجية ، ومن هنا كان حتماً أن تقع ملكية وسائل الإنتاج الأساسية في نطاق الملكية العامة للشعب العامل في مجموعه بوجهها الوجهة التي تحقق الصالح العام لذلك المجموع . فلا شبهة في أن من يرى معياراً للتوزيع غير العمل لا يكون اشتراكياً ، ولا شك أن من يرى إطلاق الملكية الخاصة ينتهي إلى أن يقبل معياراً للتوزيع غير العمل فلا يمكن لذلك أن يكون اشتراكياً لأنه ينتهي بالضرورة إلى إقرار استغلال الإنسان للإنسان . هذا الجوهر الذي يمثل الأرضية الواحدة التي يقف عليها الاشتراكيون والتي توحد بينهم في مواجهة جميع القوى والأفراد الذين يستغلون الإنسان أو يرضون باستغلاله (١) . ولا مرء في أن الجوهر عنصر أساسي في اشتراكيتنا العربية أو المصرية كما أنه عنصر أساسي في أية اشتراكية أخرى يعتنقها صينيون أو أوروبيون غربيين كانوا أو شرقيين أو غيرهم من نبي البشر الذين يقطنون هذا الكوكب ، وإن كانت التصورات بعد ذلك للأمال الواعدة والغايات المرتقبة تتشعب وتختلف ، ومن هنا فقط يكون تمايزها وتباينها .

٥٣٣ - على أن كل ما تقدم لا يمنع من القول بأن اشتراكيتنا إضافة لإيجابية للنظرية الاقتصادية السياسية مستوحاة مائة في المائة من الظروف والأحوال العربية ، ومن ثم فإن بناء الاشتراكية في مجتمعنا لا ينبغي أن يرتبط حتماً بمفهوم الشرعية الاشتراكية الذي عرضنا له في المبحث الأول وذلك لما يلي :

١ - رأينا أن الماركسية تقوم على أساس استحالة الوصول للمرحلة العليا للشيوعية بغير المرور بمرحلة استبدادية تتركز فيها السلطة في يد طليعة الطبقة العاملة ، وهي مرحلة دكتاتورية البروليتاريا ، كما أن الحرية التي تنشأ الوصول إليها ليست هي حرية اليوم وإنما حرية الغد ، ومن ثم يمكن التفاوض مؤقتاً عن حقوق الفرد وحرياته خلال هذه المرحلة المؤقتة ، بينما لا تأخذ

(١) يحيى الجمل ، الاشتراكية العربية ١٩٦٦ ص ١٨٦ و١٨٧ .

اشتراكيتنا العربية بمنطق دكتاتورية البروليتاريا ولا بالصراع الطبقي وإنما تؤمن بتحالف قوى الشعب العاملة وهو ما ينتهي معه الأساس المنطقي للأخذ بالشرعية الاشتراكية في نظامنا القانوني والسياسي والوطني (٢) .

٢ - دكتاتورية البروليتاريا سلطة ثورية تمارس الاستبداد ضد خصومها وتعتبر القانون مجرد وسيلة في الصراع الطبقي ، وما على القاضي إلا أن يكون أداة لقمع أي انحراف أو إخلال بالسلطة ، وبذلك وقع الخلط بين الشرعية الاشتراكية والشرعية الثورية في قول ستالين « إنه من الخطأ البالغ أن يقال إن الشرعية الاشتراكية لوقتنا الحاضر لا تختلف عن شرعية السياسة الاقتصادية الجديدة الأولى . . . والشرعية الثورية في زماننا مختلفة تماماً . . . إن المهمة الرئيسية للشرعية الثورية الآن هي أساساً الملكية العامة ولا شيء آخر » (٣) ، بينما يقدر الميثاق الحريات ويعلى من سيادة القانون ويعلم استقلال القضاء ويعترف برقايته على احترام الشرعية (٤) ، وعلى ذلك نصت الدساتير المؤقتة التي صدرت في عهد الثورة كما نص دستور ١٩٧١ .

(١) وقد جاء في الميثاق ما نصه « إن الديمقراطية السياسية لا يمكن أن تتحقق في ظل سيطرة طبقة من الطبقات . إن الديمقراطية حتى بمعناها الحرفي هي سلطة الشعب ، سلطة مجموع للشعب وسيادته » . كما جاء في تقرير الميثاق في هذا الخصوص « وجدير بالذكر أنه لا يصح في مفهومنا أن نحاول تفسير تجربتنا الديمقراطية على ضوء نظريات ونظم سياسية أخرى ، فنحن إذا كنا قد أسقطنا حكم طبقة الإقطاع ورأس المال المستغل فإننا نرفض لزوماً وقطعاً أن نفسر مفاهيمنا على صورة تفتح الباب لديكتاتورية جديدة أياً كان وضعها الاجتماعي » . وهكذا فإنه إذا كان ما تدعب إليه الماركسية يؤكد ضرورة وجود ديكتاتورية الطبقة فإن الميثاق وتقريره يدهوان إلى ممارسة السلطة ديمقراطياً عن طريق تحالف كل قوى الشعب العاملة ويرفضان دكتاتورية الطبقة أياً كان وضعها الاجتماعي . وكون التطبيق لم يساير في كثير من الأوقات هذا الذي أرسى دعائمه الميثاق فهذا شيء آخر وإن كنت لا أخفي عدم موافقتي على إلغاء حريات الأفراد وإهدار ضماناتهم باسم التحول الثوري لأن هذا هو الدكتاتورية بمعناها وهي لا تجلب غير الكوارث والنكبات . والحق إن السلطة بدأت تمارس الآن ديمقراطياً في عهد سيادة القانون الذي تروج مزيداً من العمل على مكانته .

(٢) محمد مصفور ، المرجع السابق ص ٤٠ .

(٣) أوضح تقرير الميثاق ضرورة قيام كافة الضمانات الكفيلة بصيانة القانون بحيث يصدر طبقاً للدستور وأوصى بإنشاء محكمة دستورية ملية يحدد الدستور الجديد طريقة تشكيلها واختصاصاتها (وهو ما نص عليه دستور ١٩٧١) وأوجب دعم « السلطة » القضائية ، وأكد على ضرورة سقوط كل الموانع الحاجبة لحق التفاوض (وهو ما قرره المحكمة العليا عندنا مؤخراً كما سيحيى) مع ضمان تنفيذ الأحكام القضائية النهائية .

٥٣٤ - وقد سبق أن ذكرنا في المبحث الأول أن الشرعية في مفهومها الماركسي غير مرتبطة بالبناء الاشتراكي في مجتمعنا ، إذ هي نابعة في النظام السوفيتي من تاريخ روسيا وظروف ثورتها وعقيدتها ، وعرضنا في هذا المبحث للطبيعة الذاتية لاشتراكيتنا العربية (١) ، ومن هذا وذاك يتضح أن

(١) ونضيف هنا أن من أوجه التباين بين اشتراكيتنا والاشتراكية الماركسية أن الثانية مادية لا تؤمن بالغيبيات ولا بالروحانيات وتقرى أن الدين أفيون الشعوب ، كما أنها لا تعترف بالملكية الفردية حالة أن اشتراكيتنا لا تعارض مع الدين الذي أعلى من قدره الميثاق والدساتير المتعاقبة كما أنها تعترف بالرأسمالية الوطنية وبالملكية الفردية حتى إن الدولة ملكت الفلاحين الأراضي التي وزعتها عليهم نتيجة انطباق قوانين الإصلاح الزراعي ولم تحتفظ هي بملكيتها وهي بصدد إجراء تجربة لنضم الملكيات الزراعية الصغيرة المنتشرة بأن يبيها أصحابها إلى جيرانهم من أصحاب الملكيات الأكبر نوعاً على أن يعوضوا مساحات تتراوح بين ٣ و٥ أفدنة من الأراضي الجديدة المستصلحة وذلك ابتغاء التخلص من الملكيات الضئيلة التي تمثل حوالى ٨٠٪ من جملة الملكيات الزراعية في مصر .

والإحصاءات تشير إلى أن القطاع الخاص ما زال هو المهيمن في الزراعة وأغنياء الفلاحين لا يزالون المسيطرين على التعاونيات . وقد نص قانون التعاونيات الجديد الصادر في ١٩٦٩ على حرمان الأميين من مجالس إدارة الوحدات المحلية رغم أنهم يشكلون ٩٥٪ من المشاركين في هذه التعاونيات . وما زال يترأس القطاع العام صعوبات بالغة في الإدارة والتنظيم . وأشير هنا إلى أنه يوجد في مصر ٤٩٣ ألف منشأة اقتصادية منها ٩ آلاف فقط في القطاع العام وإن كانت هي التي تشكل المنشآت الكبيرة التي تقسم ٥١٪ من العال ، وبقاى المنشآت مملوكة للقطاع الخاص ومنها ٢٣٦ ألف منشأة تجارية رغم أن الإحصاءات الرسمية تشير إلى أن عدد العاملين بالتجارة ٤٥٠ ألفاً ، والفرق يتجسد في هؤلاء الذين ليس لهم سجلات تجارية وفي الباعة المتجولين أساساً . هذا بالإضافة إلى مئات الآلاف من الموظفين وقطاعات من الطلبة الذين يفتنون في أصولهم الطبقية إلى هذه الفئات ويمززون الوزن الإجمالي للبرجوازية الصغيرة . وقد أشار جمال عبد الناصر ، وهو يحلل عوامل هزيمة ١٩٦٧ ، إلى وجود طبقة جديدة في مصر نشأت في أعقاب الثورة ودعا الشعب والحكومة إلى ضرورة القضاء على القوى الرجعية التي تبرز هذه الطبقة . وتأكيداً على ضرورة تعميق الديمقراطية ، أصدر بيان ٣٠ مارس الذي لم ينفذ منه شيء ذو بال في عهده ثم أنجزت منه أشياء بعد ذلك وإن كان وضع الأفكار الرئيسية التي ينطوي عليها البيان موضع التنفيذ ، يشكل أساس الصراع بين جناحين داخل الثورة المصرية : جناح « اليسار الوطني » بكل أقسامه التي تتسع للاشتراكيين الناصريين حتى الماركسيين ، وجناح يميني يتطلع إلى تجسيد التحولات الاقتصادية والاجتماعية بأمل دعم امتيازات البرجوازية الوطنية على حساب الطبقات الشعبية الأخرى . وأياً كان وجه الرأي في ذلك كله ، ففي تقديري أن الحوار الذي اختفى زمنياً داخل المجتمع المصري ، والذي كان هو السبب الرئيسي - في رأيي - فيما حدث عام ١٩٦٧ كان يقيني أن يعود إلى الظهور قبل ذلك العام . وإذا كان من النصف أن نقول إن اختفاء الحوار ظاهرة تتميز بها كل الثورات في بدايتها لا الثورة المصرية -

التنظيم القانوني لدينا يقوم على مبدأ سيادة القانون بالمعنى التقليدي ، ذلك المبدأ الذي لا يرتبط ، كما قد يتبادر إلى الذهن بطريق اللبس أو الخطأ ، بالمذهب الفردي وبالملكية الخاصة ، فلا يمكن رفض هذا المبدأ بمعناه التقليدي

وحداه ، إلا أنه بعد أن استتب للثورة الأمر تماماً بعد مرور خمس سنوات على صدور القوانين الاشتراكية في يوليو ١٩٦١ وبعد انقضاء قرابة خمس عشرة سنة على قيام الثورة كان ينبغي على الثورة أن تنظر للأمر من جميع الزوايا لا من زاوية واحدة ، وأن تفتح الباب للحوار المثمر بوصفه منجياً في الحياة ، فيقوم له وجود مؤسس يضمن التأمل والتخاطب بلغة الحقائق ، كما يضمن التسامح . بيد أن الدولة ذهبت إلى أن الحوار هو بداية التشاتم الذي هو نذير الحرب الداخلية التي ما جاءت الثورة إلا لتجنبها . وقد نفت قيادة الثورة شرعيتها على مبدأ واحد هو أنها لا تمثل طبقة واحدة ولا تمثل مجموعة واحدة من المصالح ولا من الأفراد ، وإنما تمثل الأمة « كلها » ومن أجل ذلك كان لزاماً عليها أن تكون فوق الطبقات وفوق مجموعات المصالح ، ولهذا فقد اقتصر حق كل مواطن على أن يعبر عن نفسه بالمونولوج الصغير المتصل بشخصه وأن يعزب عن معتقداته وشكاواه واحتياجاته داخل الإطار العام للأشياء .

وكان يتعين على الثورة أيضاً - وهي تبحث عن طريقة للتعبير عن مصالح القوى المختلفة - أن تولي اهتماماً كبيراً للتنظيمات الجماهيرية : نقابات العمال منبر طبيعي لإحدى قوى التحالف وهي العمال والعمال الزراعيون ، التعاونيات الزراعية منبر طبيعي للفلاحين ، الغرف التجارية والغرف الصناعية منبر للرأسمالية الوطنية ، النقابات المهنية والجمعيات منبر للمثقفين . وكان يجب ضمان التمثيل المستقل لهذه النقابات - بحسبانها منظمات جماهيرية - في المؤتمر القوي وفي اللجنة المركزية ، وضمان أن تصح هذه المنظمات معبرة حقيقة عن رأي جماهيرها لا عن الرأي الذي يراد لها أن تعبر عنه ، وفي نفس الوقت لا بد من ضمان تمثيل مستقل للقوى الشعبية . إن المؤتمر الوطني الذي أقر الميثاق كان منتخباً على أساس تمثيل « القوى » . إن ثمة مفاهيم مختلفة موجودة فعلاً في المجتمع ، مجتمع الاتحاد الاشتراكي ، ويجب أن نسلّم بوجودها . ومن ثمة كان من المتعين أن يحرص الاتحاد الاشتراكي دون عقد أو حسابات أفكار القوى المتحالفة ، والفكرة التي لا تجهد المجال الشرعي الذي تعلن فيه عن نفسها ، ستلتبس لا محالة طريقاً غير شرعي ، ومن الخطأ أن نتوهم أننا نتقدم إلى الاتحاد الاشتراكي بفكر موحد تماماً . حقيقة ثم قدر معين متفق عليه من الفكر : تحقيق التنمية الاقتصادية ، الدور القائد للقطاع العام ، التحالف بين الطبقات ، ربط الحرية الاجتماعية بالحرية السياسية ، عدم الانحياز ، الإنهاء العربي ، ويبقى الأمر مع ذلك مختلفاً في الوسيلة . كما أني أشك أن القول باستمرار التطور على الطريق الاشتراكي وتعميق الخط الاشتراكي مثلاً محل اتفاق حول مفهومه ومداه ، كذلك الأمر عندما نتكلم عن الملكية غير المستغلة جزياً على تعبير الميثاق : ما مناطها ومعايير تحديدها وهل هو معيار تجريبي ؟ فرة كانت ملكية المائتي فدان غير مستغلة ثم انتهى بنا التحديد إلى أنها ملكية ما لا يزيد على خمسين فداناً ، وهل تفضي التجربة في تطورها أو أن هناك حداً يمكن أن نتوقف عنده ؟ أو تراه يكون معياراً موضوعياً قوامه عدم حصول المالك على فائض القيمة نتيجة استخدام أجرا في ملكه وهل ما يزال هذا المعيار صالحاً في زمن التكنولوجيا والميكنة -

بمقولة إنه نشأ في ظلال الفلسفة الفردية والملكية الخاصة . فهذا المبدأ - بصرف النظر عن نشأته - يعد أسلوباً فنياً لصياغة حقوق وحرريات المواطنين وتنظيم

الحديثة ؟ وسحين ينادى البعض بتطبيق اشتراكية نائمة من الإسلام ، فإنه حين يقدم الإسلام بديلاً للإيديولوجيات والسياسات التي تتصادم على منطقتنا وفي أمتنا إنما يقدم الإسلام مجهولاً ، بمعنى أنه لا يدري ما فهم المسلمون للإسلام . فالكل يتكلم في منطقتنا العربية باسم الإسلام دون أن يوجد نمطان متشابهان في التفكير والعقيدة والرواية والموقف من الكون والحياة نتيجة قفل باب الإجهاد منذ قرون عديدة . ومن يقرأ التاريخ الإسلامي يجد أن عصور ازدهار الإسلام حفلت بالمذاهب والصراعات الاجتماعية فكان هناك الخوارج والمستزلة والقرامطة وثورة الزنج . فالإسلام دين يحض على قيم تتجه إلى ضمير الإنسان أساساً وهو أحد منابع الأصالة عندنا أما ما هذا ذلك فإن الإسلام ترك مجال الاجتهادات الاقتصادية والاجتماعية إلى حد كبير . فعمرو بن الخطاب حين فتح أرض السواد بالعراق جعل نصف إيراداتها لبيت المال بمعنى أنه « أمم » نصف العراق إذ بدأ يواجه مهمة تحمل مسؤولية اجتماعية وبناء دولة فتراه يقول « والله لو أن أميراً ند في أقصى العراق غشيت أن يسألني الله عنه يوم القيامة » . والحق إنه رغم انتكاسات مؤتمة وعابرة في الطريق ، فإن عصرنا يتحول لصالح الاشتراكية ، فهو عصر الانتقال من الرأسمالية إلى الاشتراكية ، ذلك أن الاستثمار لم يعد يستطيع أن يسحق حركات التحرر أو يعوق تقدمها إذا توافرت لها « الظروف الذاتية » لتتطور . وقد توافرت في عصرنا ظروف موضوعية لتحويل « حركة التحرر السياسي » إلى عملية « تحرر وتقدم اجتماعي » وتحويل مضمون حركة التحرر من حركة « معادية للاستثمار والإمبريالية » إلى حركة « معادية للرأسمالية والاستغلال » وإن كان النزاع السوفيتي الصيني قد انعكس أثره على مواقف الأحزاب الشيوعية من الاستثمار والإمبريالية ، بما في ذلك الأحزاب الشيوعية الحاكمة في أسرة الدول الاشتراكية ذاتها ، ولعل رومانيا وموقفها المتميز من أزمة الشرق الأوسط وإسرائيل خير شاهد على ذلك . وفي إفريقيا وقعت انقسامات داخل الأحزاب حاكمة كما حدث في مالي وكوتنغو برازافيل ، واستغل الحلاف الإيديولوجي لتفطية الأسباب الحقيقية ، وترتب على هذه الخلافات سقوط النظم التقدمية الحاكمة في هذه البلدان ، كما ترتب من الناحية الأخرى عليها تنافس وتسايق في تقديم المساعدات للدول في إفريقيا بما في ذلك بعض الدول الرجعية . ويمكن القول إن الصين لا يمكن اعتبارها الآن عضواً في الأسرة الاشتراكية بعد أن نبذت القيادة الصينية الماركسية اللينينية ابتداء من ١٩٥٩ ثم قامت بتصفية الكادر الماركسي اللينيني في الحزب الشيوعي الصيني عن طريق الثورة الثقافية ، ثم وقفت أخيراً إلى جانب أمريكا مؤيدة باكستان في مواجهة الاتحاد السوفيتي الذي وقف إلى جانب الهند في النزاع حول قيام دولة بنجلاديش في باكستان الشرقية .

ولعل من المفيد في هذا المقام أن أشير إلى أن الزعيم المصري محمد فريد كان نموذجاً للقادة الوطنيين الذين لم يكتفوا بالمطالبة بالاستقلال ، بل ربطوا النضال من أجله باتجاهات اجتماعية تدافع عن مصالح المثقفين والحرفيين والعمال والفلاحين ، وقد وجد محمد فريد في القوى الاشتراكية وقوى الطبقة العاملة الحليف الطبيعي لحركة الوطنية المصرية وإن كان هذا الاتجاه الراديكالي لم يقدر له أن يقتصر وقتذاك لأسباب داخلية أهمها هيمنة تحالف البرجوازية وكبار الملاك على الحركة الوطنية ، وأسباب خارجية أهمها هيمنة الإمبريالية على النطاق العالمي .

علاقاتهم بحكامهم ، ويستهدف في المقام الأول كرامة الإنسان التي تنهد الاشتراكية إلى صونها والحفاظ عليها . وما دام القانون من صنع الشعب ، مصدر كل سلطة ، فهو فريضة على أجهزة الحكم وعلى المحكومين على حد سواء ، وإلا فإننا نضع السلطة الحاكمة في مرتبة أعلى من الشعب ، فهو مبدأ محايد لا علاقة له بمضمون القانون الاجتماعي والاقتصادي ، فاحترام الحاكم في النظم الرأسمالية للقانون لا يفيد تحلله من الالتزام به متى أصبح مضمونه اشتراكياً (١) .

ونستطرد الآن إلى بحث الرقابة على مبدأ الشرعية في مصر وفرنسا لوحدة هذا البحث بعد أن خطت مصر خطوة هامة في تاريخها القضائي حين أصدرت القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة فانضمت بذلك إلى مجموعة النظم اللاتينية التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج (٢) .

المبحث الرابع الرقابة على مبدأ الشرعية

٥٣٥ - تقوم الدولة الحديثة على مبدأ المشروعية *Principe de la légalité* وهو سيادة حكم القانون . ومقتضى هذا المبدأ أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم ، وأن يمكن الأفراد ، بوسائل مشروعة ، من رقابة الدولة في أداؤها لوظيفتها ، بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عن لها أن تخرج على حدود القانون عن عمد أو إهمال . ونحن إذ نتكلم عن الجانب الإداري من وظيفة الدولة فإنما نعني القانون

(١) عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ص ٨٠ - ٨٣ .

(٢) ألحنا في المبحث الأول إلى المبادئ الأساسية للنظام الأنجلوسكسوني المطبق أساساً في بريطانيا وأمريكا وقلنا إنه لا يأخذ بنظام القضاء المزدوج . ونضيف هنا أن من تلك المبادئ أنه لا يمكن مساءلة الدولة عن أعمالها مادية كانت أو قانونية إعمالاً لمبدأ أن الملك لا يخفى *The King can do no wrong* ولذلك توجه الدماوى ضد الموظفين شخصياً ويمنع القاضي بسلطة واسعة في هذا الصدد ، فهو إما أن يحكم بتعويض مالي على الموظف شخصياً أو أن يصدر أمراً إليه لقيام بعمل أو للامتناع عن عمل أو بتعديل قرار أو إعادة الشيء إلى أصله . والحكمة لا تراقب فقط شرعية القرارات وإنما تراقب عدم معقوليتها ومن هنا يبدو القاضي كرئيس إداري للموظف ، وهذا يتماشى مع الطبيعة الإنجليزية المخترقة في نزعتها الفردية .

بمدلوله العام ، أى جميع القواعد الملزمة فى الدولة سواء أكانت مكتوبة أم غير مكتوبة ، وأياً كان مصدرها مع مراعاة التدرج فى قوتها (١) .

(١) القانون الدستورى فالعادى فاللائحة فالقرار الفردى . وقد يضاف إليها درجة خامسة إذا وجد فى الدولة قواعد تسمو على الدستور فثلاً يلعب غالبية فقهاء القانون العام فى مصر إلى أن « الميثاق » له طابع قانونى إلزامى قولاً إنه صدر عن المؤتمر الوطنى للقوى الشعبية ولا يمكن تبعاً لذلك إنكار صفة الإلزام للقانونى لعمل هيئة منتخبة من الشعب وتعد تجميعاً لكافة قواه ، فضلاً عن الدلالة القاطعة لبعض عبارات تقرير الميثاق على قوته الإلزامية - أنظر أحمد فهمى هبة ، موضع الميثاق بين القواعد القانونية ، مقال بمجلة مصر المعاصرة عدد ٣٣٤ ص ٩٢١ - فؤاد الطار ، القضاء الإدارى ١٩٦٧ ص ٣٥ - أحمد كمال أبو المجد ، الميثاق الوطنى أهدافه ومضمونه وقيمه ، مقال بالمجلة المصرية للعلوم السياسية مارس ١٩٦٢ ص ١٠٥ . ويتجه الرأى الغالب إلى إعطاء الميثاق وتقريره منزلة أسمى من الدستور على تقدير أنه يعتبر تعبيراً عن المبادئ والقيم والأهداف المستقرة فى ضمير الإنسانية والشعب العربى ، وأنه يرسم الإطار السياسى والاقتصادى والاجتماعى والعقائدى للدولة ثم يقوم الدستور بوضع القواعد التفصيلية المنظمة لسلطات الدولة فى حدود هذا الإطار ، ومن ثم فإن مضمون الميثاق أوسع وأشمل من الدستور فيسبو عليه ، وأن تقرير الميثاق أوضح مكانته بالنسبة للدستور فى عبارة قاطعة حين قرر أنه يعتبر أساساً لوضع الدستور والقوانين وأنه ينزل من الدستور منزلة الأوبة - أنظر محمود حافظ ، القضاء الإدارى ط ٣ ص ٢٣ - أحمد فهمى مصطفى هبة ، المقال السابق ص ٩٥٧ .

وبعض الفقهاء لا يتزولون الميثاق منزلة تسمو على الدستور فى جميع الأحوال ، فهم يقررون أن الأمر يتوقف على الإرادة الشعبية التى يصدر عنها كل منهما وعلى الإجراءات المتبعة فى إصدارهما : فإذا وضع الدستور أداة تمثل الشعب على نفس مستوى الأداة الشعبية التى وضعت الميثاق ، ثم طرح بعد ذلك على الشعب فى استفتاء عام ، فلا شك أنهما يكونان فى نفس المرتبة ، والنتيجة المنطقية أن المشرع الدستورى لا يفقيد فى هذه الحالة بمبادئ الميثاق - أنظر محمود حافظ ، المرجع السابق ص ٣٠ - أحمد كمال أبو المجد ، المقال السابق ص ١٠٦ . هذا وكان الفقه الفرنسى قد ذهب فى بداية الأمر إلى أن إعلانات الحقوق ليست إلا إفصاحاً عن مبادئ فلسفية وأخلاقية مفرغة من أية قيمة قانونية ، وأن هذه المبادئ يضمن تنفيذها النصوص الدستورية والتشريعية - أنظر **André Hauriou, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques** ١٩٧٠ ص ١٩٣ وما بعدها . ولكن الرأى المارضى ، وهو الذى تميل إليه كفة الفقه حديثاً ، يضى على إعلانات الحقوق قيمة قانونية . وقد وقع كذلك خلاف فى الفقه الفرنسى حول مرتبة إعلانات الحقوق فى سلم تدرج القواعد القانونية : فن الفقهاء من خلع على إعلانات الحقوق قيمة تسمو على الدستور **Supra - Constitutionnelle** باعتبارها ترجمة للمبادئ والقيم المستقرة فى ضمير الإنسانية والتي لا تسقط بسقوط الدساتير ، ومنهم من هبط بها ليجعلها فى نفس مرتبة التشريعات العادية ، فهى بذلك لا تفقد المشرع العادى الذى يستطيع أن يتناولها بالتعديل كلما تراءى له ذلك . أنظر **Manuel de Droit**

وأياً كان نوع تصرف الإدارة ، أى سواء كان عملياً قانونياً **acte juridique** أو مادياً **acte materiel** . أما إذا أهدر هذا المبدأ ، صارت الدولة بوليسية **Etat de police** .

جزاء مبدأ المشروعية : Les sanctions du principe de la légalité : ٥٣٦ - يترتب على مخالفة الإدارة لمبدأ المشروعية بطلان التصرف الذى خالفت به القانون **La nullité de l'acte** وهذا البطلان يتفاوت فى جسامته وفى آثاره وفقاً لدرجة المخالفة كما سيبحث .

موازنة مبدأ المشروعية Les Contreponds du principe de la légalité : ٥٣٧ - والمشروعية تقوم على أساس وجود قواعد صارمة تلزم الإدارة باحترامها ومراعاتها فى تصرفاتها ، فهى تفرض على الإدارة قيوداً لصالح الأفراد . غير أن حماية الحرية الفردية يجب ألا تحجب عن الأبصار حاجة الإدارة إلى قدر من الحرية تضمن به حسن الإدارة ، ذلك أنه إذا كان من اللازم تجنب استبداد الإدارة **L'arbitraire administratif** فيجب ألا يودى بنا ذلك إلى أن نسم الإدارة بطابع الآلية والروتين **L'automatisme administratif** بأن نغفل أيدي رجالها ، ونكبت فيهم روح الابتكار . ولهذا يقر الفقه والقضاء بل والمشرع للإدارة ببعض امتيازات ، تستهدف موازنة مبدأ المشروعية ، بمنح الإدارة قدرأ من الحرية يتفاوت ضيقاً واتساعاً بحسب الظروف . وقد تبلورت هذه الامتيازات فى صور ثلاث هى :

Julien La Ferrière, Constitutionnel سنة ١٩٤٧ ص ٩٦٢ وما بعدها .

يبد أن الراجح فى الفقه الفرنسى هو التسوية بينها وبين التشريع الدستورى ويؤيد ذلك بأسباب تاريخية حيث إن تلك الإعلانات قد اعتبرت منذ الحركة الدستورية الكبيرة فى القرن الثامن عشر ، جزءاً لا يتجزأ من التنظيم الدستورى . وقد ماير القضاء الأمريكى هذا الاتجاه عندما نظر فى دستورية التعديلات التشريعية عام ١٧٩١ .

وإلى أرى أن ثمة بتوداً فى الميثاق تنفر بطبيعتها من أن تكون محلاً لإلزام قانونى مثل استمرار تاريخ النضال العربى ومراحل وضع الجمهورية فى المجتمع الدولى ومشاكل التنمية الاقتصادية والتطبيق الاشتراكى وما إلى ذلك من الموضوعات التى تنأى عن أن تكون قواعد قانونية ملزمة ، أما ما يصلح فيه لأن يكون كذلك ، فإنه لما كان دستور جمهورية مصر العربية الصادر فى سبتمبر ١٩٧١ قد وضعه أعضاء مجلس الشعب بالاشتراك مع أفراد عديدين من مختلف طوائفه ، وهم بهذه المثابة لا يقلون عن مستوى الأداة الشعبية التى وضعت الميثاق ، وقد طرح الدستور على الشعب فى استفتاء عام ، فإن الميثاق والدستور كليهما يكونان فى مرتبة واحدة ، فلا يفقد المشرع الدستورى فى هذه الحالة بمبادئ الميثاق .

١- السلطة التقديرية **Le pouvoir discretionnaire** وهي تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل من الأفراد والقضاء لتختار ، في حدود الصالح العام ، وقت تدخلها ، ووسيلة التدخل ، وتقدير خطورة بعض الحالات (١).

٢- سلطات الحرب والظروف الاستثنائية **Théorie des circonstances exceptionnelles** ، وهي ظروف تؤدي إلى توسيع نطاق قواعد المشروعية العادية ، بحيث تصبح التصرفات غير المشروعة في الأوقات العادية ، تصرفات مشروعة في الظروف الاستثنائية (٢).

٣- أعمال الحكومة أو السيادة **Actes de gouvernement ou de souveraineté** ، وهذه هي أخطر امتيازات الإدارة على الإطلاق ، لأنها تخولها إصدار قرارات إدارية لا تسأل عنها أمام أي جهة قضائية ، فهي في الحقيقة ثغرة في نطاق المشروعية .

الشرعية الادارية

٥٣٨- لما كان موضوع دراستنا ينصب على رقابة القضاء على أعمال الإدارة ، فسوف نقصر بحثنا على خضوع السلطة الإدارية للقانون ، دون أن نعرض لسائر السلطات الأخرى. ونسارع إلى القول بأنه لا توجد في الدول العصرية إدارة تحكيمية كلية ، لا تخضع إرادتها لأي نوع من القيود والقواعد . ولكن ليست كل قاعدة تحمل صفات القاعدة القانونية ، فخضوع الإدارة لقواعد داخلية محضة ، تلزم عملها تجاه رؤسائهم فقط ، ولا تلزمهم في مواجهة المحكومين ، لا يعد خضوعاً منها للقانون ، إذ أن مخالفة هذه القواعد لا ترتب أي حق في شكوى للأفراد المضرورين ، وإنما تؤدي فقط إلى توقيع جزاء تأديبي من الرؤساء على رجال الإدارة المخالفين (٣).

(١) أنظر في السلطة التقديرية والسلطة المقيدة « نظرية التصف في استعمال السلطة » و « النظرية العامة لقرارات الإدارة » للدكتور سليمان الطماوي .

(٢) أنظر في هذا الموضوع « مبادئ القانون الإداري » للدكتور الطماوي .

(٣) أنظر **Jean Rivero ، Droit administratif** ، طبعة رابعة سنة ١٩٧٠ ،

مجموعة **Précis Dalloz** ؛ ص ١٤ .

٥٣٩- وتعني الشرعية الإدارية التزام كافة الأجهزة الإدارية فيما تقوم به من أنشطة وأعمال بالقانون . وبعبارة أدق بالشرعية ، أي بمجموعة القواعد القانونية المطبقة في الدولة . ونعرض فيما يلي لمطالب ثلاثة هي : ما الذي يخضع للقانون ، وما معنى الخضوع للقانون ، وما هو المقصود بالقانون أو ما هي مصادر الشرعية ورقابة القضاء لأعمال الإدارة في مصر وفي فرنسا .

المطلب الأول

ما الذي يخضع للقانون

٥٤٠- يطبق مبدأ المشروعية على الإدارة في كافة مظاهرها ، في اختصاصاتها وفي أعمالها . وفكرة الإختصاص من أهم علامات خضوع الإدارة للقانون ، ومن أوضح شواهد دولة القانون . ذلك لأن مضمون الإختصاص ليس إلا تحديد المهام التي تلزم الأجهزة الإدارية بالقيام بها ، وهو بذلك ينشئ التزام تلك الأجهزة بالتصرف في حدود وظائفها فقط . فلا يستطيع أي عامل من عمال الإدارة اتخاذ أي قرار أو القيام بأي عمل يلزم الأفراد ، ما لم يكن بخولا هذا الإختصاص من قاعدة قانونية مكتوبة أو غير مكتوبة ، وأن يباشره بالأوضاع المحددة في تلك القاعدة . فالنظرة الحديثة السائدة الآن أن ما تتمتع به الإدارة من اختصاصات ليس امتيازات وسلطات ، وأن القانون الإداري ليس قانون امتيازات ، إنما هو قانون خضوع . إذ قبل نشأة هذا القانون كانت تملك الإدارة من السلطات بقدر ما تملك من أسباب القوة المادية . ثم ولد القانون الإداري واضطرد في النمو ، واضعاً الضوابط والقيود على سلطات الإدارة وامتيازاتها السابقة . ففكرة الإختصاص إذن لصيقة الصلة بمبدأ المشروعية (١) .

٥٤١- ويخضع لقواعد الشرعية كافة ما يصدر عن الإدارة من أنشطة وتصرفات وأعمال ، ما اندرج منها تحت لواء القانون الخاص ، وما دخل في مجالات القانون العام (٢) .

(١) أنظر **François - Paul Benoit ، Le Droit Administratif Français** مكتبة

دالوز باريس سنة ١٩٧٠ ، ص ٧٦ و ٧٧ .

(٢) عبد الحميد حشيش في مذكراته لقسم الدكتوراه صالفة الذكر .

وتنقسم أعمال الإدارة (١) إلى قسمين كبيرين :- الأعمال المادية ، *actes matériels* والأعمال القانونية *actes juridiques* . فالأعمال المادية هي ما يصدر عن الإدارة من أعمال ، دون أن تتجه إرادتها إلى إحداث أثر قانوني معين ، أي تغيير في المراكز القانونية القائمة . فقيام الإدارة بشق ترعة أو هدم منزل أو وضع تقرير أو إدارة مصنع ، يعتبر من الأعمال المادية ، حيث إن الإدارة لم تقصد تحقيق أي نتائج قانونية من وراء هذه الأعمال ، وإنما اتجهت نيتها إلى إشباع حاجات الأفراد مباشرة . بيد أنه لا يفهم من هذا ، أن الأعمال المادية لا ترتب أي نتائج قانونية ، وإنما غاية ما في الأمر أن إرادة الإدارة لم تتجه عند قيامها بهذه الأعمال إلى تحقيق تلك النتائج . فهدم منزل آيل للسقوط أو شق ترعة قد يؤديان إلى الإضرار بحياة وحقوق المواطنين ، مما يترتب المسؤولية القانونية للإدارة ، ولكن لم تنصرف نية الإدارة ، عند قيامها بهدم المنزل أو شق الترع ، إلى إحداث هذا الأثر القانوني .

والأعمال القانونية ، على خلاف سابقها ، تعد من مظاهر إرادة الإدارة المتجهة نحو إحداث آثار قانونية ، أي تغيير في المراكز القانونية ، سواء بإنشاء مراكز قانونية جديدة أو بتعديل المراكز القائمة . ومن أمثلة ذلك : إبرام عقد ، إصدار قرار بتعيين موظف أو فصله ، إصدار لأشحة . فصدور قرار بتعيين موظف أو فصله ، هو عمل قانوني اتجهت فيه إرادة الإدارة نحو تغيير مركز شخص معين ، سواء بإنشاء رابطة وظيفية بينه وبينها أو إنهاء الرابطة القائمة (٢) .

(١) أنظر في التقسيمات المختلفة للأعمال ، *Michel D. Stassinopoulos Traité des Actes Administratifs* ، أثينا ١٩٥٢ ، ص ٧٩ وما بعدها .

(٢) فرقت المحكمة الإدارية العليا بين العمل المادي والقرار الإداري ، وهو من صور العمل القانوني ، بقولها : . . . ويبين من هذا للنص أن ما قامت به وزارة المعارف في حق المعلمين عليه لم يكن في حقيقته عملاً مادياً هو مجرد الإمتناع عن تسليم شهادة الكفاءة المطلوبة كما ذهب إلى ذلك بغير حق الحكم المعلمون فيه وإنما هو تصرف إرادي في حدود سلطة الوزير التقديرية أريد به إنشاء مركز قانوني ضار به بمد أن تديرت الوزارة أمره واطلمت على حاله في التدريس فوجدته غير جدير باستحقاق مؤهل الكفاءة للتعليم الأولي ، المحكمة الإدارية العليا ، ٢٩ فبراير ١٩٦٤ الجزم الثاني ، ص ١٧٣٥ وما بعدها .

أنواع الأعمال القانونية

٥٤٢ - لا تنتمي الأعمال القانونية إلى فصيلة واحدة ، بل يمكن تقسيمها من الناحية الشكلية ومن الزاوية المادية . ويقوم التقسيم الشكلي على أساس الأوضاع التي تظهر فيها الإرادة التي يعد العمل تعبيراً عنها ، ونميز هنا بين :
١ - الأعمال الصادرة من الإدارة وحدها *actes unilatéraux* ومثلها الظاهر القرارات الإدارية . ٢ - الأعمال الصادرة من جانبين *actes bilatéraux* ، وهي تستلزم لإنتاجها لآثارها توافق إرادتين : إرادة الإدارة وإرادة شخص آخر ، وصورتها العقود على اختلاف أنواعها . ٣ - الأعمال المتعددة الأطراف *actes plurelatéraux* ، وهي التي يستلزم القانون لصحة انعقادها توافق عدة إرادات ، ومن آيات ذلك القرارات التي تصدر بناء على مداولة من بعض المجالس واللجان . ويرتكز التقسيم المادي للأعمال القانونية كما بينته مدرسة بورديو بزعامة دييجي ، على الأثر الذي تحدثه في المراكز القانونية . ونجد من هذه الزاوية ثلاث صور للأعمال القانونية (١) :

١ - الأعمال المشرعة *actes réglementaires* : وهي تلك التي تتضمن قواعد تنسم بالعمومية والتجريد . وبذلك تعد قانوناً من الناحية الموضوعية . وأثر الأعمال المشرعة يؤدي إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية عامة غير شخصية ، أي مماثلة بالنسبة لكافة الأفراد الموجودين في نفس الظروف . ولا عبرة في ذلك بعدد الأشخاص الذين تطبق عليهم تلك الأعمال (. . .) . فكثرة الحالات وقلتها لا يغير من طبيعة القرار التنظيمي موضوع الطعن ما دام القرار قد حوى قاعدة عامة موضوعية تطبق على أشخاص معينين بأوصافهم لا بذواتهم فكل من توافرت فيه الأوصاف القانونية التي ألبانها القرار له حق الإنتفاع به . . . (٢) . ومن صور الأعمال المشرعة اللوائح المختلفة التي تختص الإدارة بإصدارها . فلائحة المرور

(١) راجع ميشيل ستاسينوبولوس ، المرجع السابق ص ٨١ وما بعدها - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دراسة مقارنة ١٩٥٢ ص ٣١١ وما بعدها .

(٢) محكمة القضاء الإداري ، ٤ يونيو ١٩٥٢ ، المجموعة السنة السابعة ، المجلد الثالث ، ١٤٦٠ و ١٤٦١ .

مثلا تحدد الحقوق والالتزامات الخاصة بالأشخاص الذين يستعملون الطرق العمومية وتطبق عليهم على نمط مماثل .

٢ - الأعمال الفردية أو الذاتية : *actes individuels ou subjectifs* : وهي المجال الخصب لنشاط الإدارة ، ذلك لأن الوظيفة الأصلية للإدارة ليست في وضع قواعد عامة مجردة ، وإنما في تطبيق تلك القواعد بقرارات فردية على الأفراد . وتؤدي هذه الأعمال ، على خلاف سابقها ، إلى المساس بمركز قانوني ذاتي أو شخصي أي متعلق بفرد معين بالذات . فهي ذات أثر منشئ مولد لحالة قانونية جديدة ، لمركز فردي شخصي ، أي محدد بطريقة خاصة تجاه الشخص المخاطب بالعمل ، سواء كان ذلك لصالحه أو في مواجهته (١) . فالقرار الذي تصدره الإدارة بنزع ملكية عقار معين ، وكذلك العقد الذي تبرمه مع أحد الأشخاص يعد من الأعمال الذاتية أو الشخصية (٢) .

٣ - الأعمال الشرطية *actes-conditions* : وهي لا تنشئ مراكز قانونية جديدة بالمعنى الصحيح ، وإنما يترتب عليها وضع شخص معين في مركز قانوني عام غير شخصي ، أي تطبيق نص قانوني سابق الوجود على هذا الشخص . فالمراكز القانونية العامة والموضوعية ، المتولدة عن الأعمال المشرعة ، لا تطبق تلقائياً على الأشخاص والحالات المجردة ، وإنما يلزم لتطبيقها تدخل عمل قانوني آخر ، هذا العمل الوسيط هو الشرط لتطبيق القاعدة العامة ، ومن أجل هذا حملت تسمية العمل الشرطي . فبعد أعمالاً شرطية تعيين موظف ، ومنح جنسية لأجنبي ، والاشتراك في جمعية .

(١) بنوا ، المرجع السابق ، ص ٥٢٤ .

(٢) بينت المحكمة الإدارية العليا الفارق بين القرار الفردي والقرار التنظيمي العام في العبارة التالية : « إن القرار التنظيمي العام يولد مراكز قانونية عامة أو مجردة يعكس القرار الفردي الذي ينشئ مركزاً قانونياً خاصاً لفرد معين ، وإذا كان صحيحاً أن القرار الفردي تطبيق أو تنفيذ للقانون فإنه في الوقت ذاته مصدر لمركز قانوني فردي أو خاص متميز عن المركز القانوني العام مجرد المتولد عن القانون ومن ثم فلا يمكن القول بأن العمل الإداري الذي يكون تطبيقاً لنص عام مفيد لا ينشئ أو يعدل مركزاً قانونياً ، لأن كل قرار إداري منشئ لمركز قانوني هو في الوقت ذاته تطبيق تنفيذي لقاعدة قانونية أعلى » - ٥ - ٨ يونيو ١٩٦٥ مجموعة أبو شادي - ٢ ص ١٧٢٣ وما بعدها .

والعمل في كل هذه الحالات لم ينشئ مركز الموظف أو الوطني أو عضو الجمعية ، وإنما وضع شخصاً محدداً في نطاق تطبيق النظم السابق وجودها . وهو من هذه الناحية يفترق عن القرار الفردي ، الذي ينشئ مركزاً قانونياً جديداً (١) .

٥٤٣ - هذا ولا تخلو التقسيمات السابقة لأنشطة الإدارة من فائدة عملية في خصوص دراستنا لمبدأ المشروعية ، ذلك أنه يتوقف على تقسيم أعمال الإدارة إلى مادية وقانونية ، تحديد الجهة القضائية التي تمارس الرقابة على هذه الأعمال ، فن المعروف أن القضاء الإداري في مصر لا يختص - كقاعدة عامة - بنظر دعاوى المسؤولية الناجمة عن أعمال الإدارة المادية . كما أن جزاء خروج العمل على القواعد الشرعية يختلف باختلاف نوعه . فالأعمال القانونية ، المتخذة شكل قرارات إدارية ، تخضع للإلغاء ، بينما لا يتصور توقيع هذا الجزاء في حالة الأعمال المادية التي يقتصر الجزاء فيها على إلزام الإدارة بتدارك آثارها وإعادة الحال إلى ما كان عليه ، فضلاً عن التعويض عما سببته من أضرار .

٥٤٤ - وتقسيم الأعمال القانونية ، سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية المادية ، عظيم الأهمية : فن حيث التقسيم الشكلي نجد أن تعديل أو إنهاء الأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد أو من إرادتين أو عدة إرادات ، لا بد حتى يكون مشروعاً ، أن يتم كقاعدة عامة بإرادة مماثلة لتلك التي أنشأتها . فلا تستطيع الإدارة مثلاً إنهاء أحد عقودها أو تعديلها ، بإرادتها المنفردة ، خارج الامتيازات التي تخولها لها نظرية العقد الإداري . كما أنه يلزم لإدخال أي تعديل على الأعمال المتعددة الأطراف ، مثل قرارات المجالس واللجان ، من توافق نفس الإرادات التي أنشأت العمل على هذا التعديل .

ولا يخلو تصنيف الأعمال من الزاوية المادية إلى شخصية فردية وتنظيمية لأهمية وشرطية ، من فوائد كبيرة . فن حيث الإختصاص نجد أن القضاء الإداري ، خاصة في فرنسا ، قد استقر على اعتبار القرارات التنظيمية أي اللوائح من مجالات القانون العام ، ولو تعلقت بمراكز قانونية تابعة للقانون

(١) راجع نقد ستاسينو بولوس لهذه التفرقة ، مؤلفه السابق ، ص ٨١ و ٨٢ .

الخاص ، أو ورد نص خاص بخضوعها لرقابة المحاكم القضائية . وعلى ذلك يعتقد الإختصاص في فحصها للقضاء الإداري ، مع مراعاة سلطة القاضي العادي في تفسيرها أو تقدير صحتها في بعض الحالات (١) .

ومن ناحية أخرى فإن نتائج عدم الشرعية تختلف باختلاف نوع العمل . فالأعمال المشرعة يمكن الدفع بعدم شرعيتها في كل وقت ، حتى بعد فوات ميعاد الطعن بالإلغاء ، بينما الأعمال الفردية لا يمكن - كقاعدة عامة - إثارة هذا الدفع بعد فوات ذلك الميعاد (٢) . هذا فضلاً عن أن إمكانية تعديل المراكز القانونية المتولدة عن تلك الأعمال ، سواء عن طريق السحب أو الإلغاء ، يتوقف على نوع العمل نفسه . فثلا الأعمال المشرعة يجوز إلغاؤها ، إذ هي تنشئ فقط مراكز عامة أو موضوعية . أما الأعمال الذاتية أو الشخصية فالمبدأ العام أنه لا يجوز إلغاؤها بحكم ترتيبها لمراكز شخصية أو ذاتية .

وبالنسبة للأعمال الشرطية فإن كانت ذات محمول فردي فإنه لا يجوز إلغاؤها ، إذ قد تحولت الشخص صفة في اقتضاء احترام النظم المقررة . أما الأعمال الشرطية ذات المحمول العام فحكمها حكم الأعمال المشرعة (٣) . وبذلك يبين أن الإدارة في اختصاصاتها وفي كافة مظاهر نشاطها تخضع لمبدأ المشروعية . ولكن ما المقصود بخضوع الإدارة للقانون ؟ .

المطلب الثاني

معنى الخضوع للقانون

٥٤٥ - يثور هنا تساؤل هام عن كيفية تحديد مبدأ الشرعية لأنشطة الإدارة وعن ماهية الالتزامات التي يفرضها على الإدارة . وللإجابة على هذه التساؤلات يحسن أن نفرص بين أعمال الإدارة الإيجابية وأعمالها السلبية ، فالإدارة قد يصدر عنها نشاط معين أي تتخذ موقفاً إيجابياً ، كما أنها قد تمتنع

(١) أنظر André de Laubadere, Traité Élémentaire de Droit Admin-

istratif سنة ١٩٦٧ ، المجلد الأول ص ٢٠٤ و ٢٠٥ .

(٢) ستاسينوبولوس ؛ المرجع السابق ، ص ٦٤ .

(٣) بنوا ، المرجع السابق ، ص ٥٦٨ و ٥٦٩ .

عن اتخاذ موقف معين ، وهي في ذلك كله تخضع للقانون ، فما المقصود بخضوعها للقانون في الحالتين ؟

١ - الأعمال الإيجابية : تشمل الأعمال الإيجابية كافة أعمال الإدارة من مادية إلى قانونية ، على النحو الذي سبق بيانه . وقد أبان الفقيه أيزنمان (١) أن الخضوع للقانون يأخذ أحد معنيين : المعنى الأدنى وهو عدم التعارض مع القانون non-contrariété ، والمعنى الأقصى وهو التوافق أي التشابه مع القانون conformité .

المعنى الأدنى : يكون عمل الإدارة مشروعاً - وفقاً لهذا المفهوم - إذا لم يكن هناك تعارض أو تضاد بينه وبين نص القانون . ويقوم التضاد بين القواعد الصادرة من الإدارة (العمل الإداري) والقانون سواء في عملية سننها أو في مضمونها . فقد يقع التعارض عند وضع القاعدة أي عند سننها ، كأن تصدر من سلطة إدارية غير مختصة أو وفقاً لإجراءات وأشكال غير قانونية . كما قد يقع التناظر بين مضمون العمل الإداري وبين قاعدة تشريعية ، كأن يصطدم نص لائحي مع نص تشريعي بأن يخضع مثلاً طائفة من الناس للترام معين بينما لا يدرجها القانون في طوائف الخاضعين .

المعنى الأقصى : وفي هذه الحالة لا يكفي مجرد عدم التعارض ، وإنما لا بد من التشابه والتطابق بين عمل الإدارة وبين التنظيم التشريعي . أي يجب أن يتخذ عمل الإدارة من التنظيم التشريعي نموذجاً له . فبالنسبة لعملية وضع القواعد الإدارية (العمل الإداري) ، يجب أن تتم مطابقة للإجراءات المحددة في التشريع ، فتصدر من أعمال الإدارة المنصوص عليهم في القانون ، ويقوم كل منهم بالعمل الذي تنيطه به النصوص دون أن يتجاوزها أو يخرج عليها . ولا يكون مضمون العمل الإداري مشروعاً ، وفقاً لهذا المعنى ، إلا

(١) Charles Eisenmann ، محاضراته في القانون الإداري لقسم الدكتوراه

بجامعة باريس سنة ١٩٥٧ و ١٩٥٨ ، ص ٧١ - ١٠٧ . وكذلك مقاله المعنون :

Le droit administratif et le principe de la légalité

والمشور بمجلة مجلس الدولة الفرنسي سنة ١٩٥٧ ، ص ٢٥ وما بعدها .

وأنظر عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ص ٢٤ وما بعدها .

إذا سار على نموذج التشريع . فمثلا تصدر القرارات الإدارية الخاصة بترقية الموظفين وتأديبهم وفقاً للشروط التي تحددها نصوص التشريعات . ولا يعنى وجود هذين المفهومين لفكرة خضوع الإدارة للقانون ، أنهما لا يتحدان أبداً ، فثمة حالات تتوافق فيها الفكرتان وتختلطان بصفة مطلقة . فعندما يحتم القانون على الإدارة اتخاذ موقف محدد بالذات في ظروف معينة ، ولا يبيح لها اتخاذ موقف آخر ، في هذه الحالة يكون كل سلوك مغاير تتخذه الإدارة ، على خلاف ما هو مبين بالقانون ، متعارضاً معه وغير متوافق في نفس الوقت . وهناك حالات أخرى لا يختلط فيها المعنيان الأدنى والأقصى للشرعية ، فيكون العمل الإداري غير متعارض مع القانون ، (المعنى الأدنى) ولكنه لا يكون متوافقاً معه (المعنى الأقصى) ، وعندئذ يقع الخلاف حول مشروعية العمل الإداري بين أنصار المذهبين . فعندما يتخلف التنظيم التشريعي في مسألة من المسائل ، لا يمكن تصور التعارض والتصادم بين تصرف الإدارة وبين القانون ، طالما أن المشرع لم يسن تنظيمياً يعتبر نموذجاً يتحتم على الإدارة السير على منواله . ولكن في هذه الحالة لا يكون تصرف الإدارة متوافقاً أى متشابهاً مع التشريع .

ومن ذلك يبين أن فكرة عدم التعارض فكرة سلبية ، بينما المعنى الأقصى للخضوع للقانون يتضمن رابطة إيجابية (١) .

موقف القانون الوضعي

٥٤٦ - بعد هذا العرض لمفهوم مخالفة القانون ، يتعين علينا بيان موقف القانون الوضعي في هذا الصدد .

بما لا شك فيه أن نشاط الإدارة ، حتى يكون مشروعاً ، يتبغى ألا يكون متعارضاً أو متصادماً (المعنى الأدنى) مع القانون ، وإلا أهدرنا كل قيمة للقاعدة القانونية . ولكن هل يلزم لاكتساب العمل صفة الشرعية أن يكون متوافقاً أو متشابهاً مع القانون ؟

نفرد هنا بين حالة التنظيم التشريعي المفصل الذي يحدد للإدارة مسلكاً واحداً لا تستطيع الحيدة عنه ، وبين الحالة التي يترك فيها القانون للإدارة

(١) أيزنمان ، محاضرات قسم الدكتوراه سالفه الذكر ص ٧٥ و ٧٦ .

حرية التصرف . ففي الحالة الأولى يختلط مفهوم الشرعية ، ويصبح التصرف المشروع هو المطابق للقانون . أما في الحالة الثانية فنرى أنه يكفي ألا يكون العمل الإداري متعارضاً مع القانون حتى يكون مشروعاً . وبذلك يبين أن المعنى الأدنى للشرعية يكون قاعدة عامة في القانون الإداري ، بينما المعنى الأقصى يرد كاستثناء على القاعدة العامة (١) ، يطبق في حالة التنظيم التشريعي المفصل . وما يؤكد هذا المعنى أن السلطة الإدارية أصبحت تتمتع بسلطات واسعة شاملة لكافة النواحي الاقتصادية والاجتماعية ، فضلاً عن اختصاصاتها التقليدية في حفظ الأمن وإقامة شعائر العدالة . كما أن الدساتير والتشريعات الحديثة ، خاصة في الدول ذات النزعات الاشتراكية ، قد أغدقت على الجهات الإدارية كثيراً من السلطات والاختصاصات ، في عبارات ذات محمول عام واسع ، مما يجعل من السهولة عليها أن تجد سنداً شرعياً لأنشطتها (٢) . فمثلا المادة ١٣٣ من دستور مارس ١٩٦٤ تنص على أن « تتولى الحكومة تنظيم وتنفيذ المهام الاقتصادية والثقافية الخاصة بالبناء الاشتراكي ، ورفع معيشة الشعب العامل ، وانهاج سياسة خارجية سليمة » . فالمهام التي أناطتها هذه المادة بالحكومة من السعة والشمول ، بحيث يتعذر القيام بها ، إذا استلزمنا لشرعيتها أن تكون مطابقة أى مشابهة للقانون بالمعنى الذي شرحناه (٣) .

٢ - الأعمال السلبية : هل تخضع الإدارة في أعمالها السلبية لمبدأ المشروعية ؟ أى هل تخلف الإدارة وامتناعها عن ممارسة اختصاصاتها الإدارية يمكن أن يكون عدم مشروعية ؟

الأصل أن مبدأ الشرعية يقضى ، ليس فقط بإلزام الإدارة باحترام الشرعية في أعمالها الإيجابية ، وإنما أيضاً في مواقفها السلبية أى في امتناعاتها ،

(١) مؤلف R. Drago و J. M. Auby ، العنوان *Traité du Contentieux Administratif* ، باريس سنة ١٩٦٢ ، المجلد الثالث ، ص ٥ .

(٢) راجع على سبيل المثال المواد ١٢١ و ١٢٢ و ١٢٣ ، و ١٢٢ و ١٢٤ و ١٣٥ و ١٥١ من دستور الجمهورية العربية المتحدة الصادر في مارس سنة ١٩٦٤ .

(٣) راجع الآراء المخالفة : د. محمد فؤاد مهنا ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ١٩٥٦ ص ٥ وما بعدها .

فهو قد يؤدي إلى إلزامها بالتصرف في بعض الحالات وفي حدود معينة .

والقاعدة العامة أنه إذا وجد نص يلزم الإدارة اتخاذ إجراء معين ، فإن امتناعها عند توافر الحالة الميينة بالنصوص يكون مخالفة للقانون . ويكون هذا عادة في أعمالها الفردية ، في حالة الاختصاص المقيد بطلب من ذوى الشأن أو بسبب حلول أجل معين^(١) . وتمتع الإدارة بسلطة واسعة في تقدير الوقت الملائم لتدخلها ، في عملها اللائحي ، بحيث لا يكون امتناعها مخالفة للقانون . إلا أنه يرد على هذا الأصل العام عدة استثناءات أهمها : وجوب تدخل الإدارة خلال مدة معقولة في حالة الإجراءات اللائحية الضرورية لتنفيذ التشريعات وإلا كان امتناعها خروجاً على القانون^(٢) . والاستثناء الثاني يتمثل في التنظيم اللائحي في مسائل الضبط ، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بوجوب تدخل الإدارة عن طريق التنظيم اللائحي لوقف الخطر الجسيم الذي يهدد النظام والسكينة العامة والأمن^(٣) .

وبعد أن انتهينا من دراسة ماهية النشاط الإداري الذي يخضع للقانون ، ومعنى خضوع الإدارة للقانون ، نفرغ إلى دراسة مصادر القاعدة القانونية التي تلزم الإدارة باحترامها ، ونبدأ بالمصادر غير المكتوبة وهي مبادئ القانون العام والعرف ، ثم ننتهي بالمصادر المكتوبة وهي القضاء والقرارات الإدارية السابقة والعقود^(٤) ، ثم نتكلم عن أهم هذه المصادر : الدستور والتشريع واللوائح ، ونعرض بعد ذلك لأهم التشريعات المانعة من التقاضي ومدى دستورتها ، ثم نتحدث عن كلتا المحكمتين العليا والدستورية والمبادئ التي قررتها أولهما في شأن تلك التشريعات . ونختتم في النهاية هذا الفصل ببيان أثر الجهل بالقاعدة القانونية والخطأ في تفسيرها وفي تطبيقها على الوقائع .

(١) عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ص ٢٧ .

(٢) مجلس الدولة الفرنسي ٢٧ نوفمبر ١٩٦٤ قضية Dame V. Benard مجموعة أحكام المجلس ص ٥٩٠ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسي ٢٣ أكتوبر ١٩٥٩ قضية Doublet ، مجموعة أحكام المجلس ص ٥٤٠ .

(٤) ونحن في هذا نذهب مع العميد فيدل في توسعه في مصادر الشرعية دون أن نقصرها على القواعد العامة التنظيمية ، ذلك أن للقرارات الإدارية الفردية والعقود هي في حقيقتها قواعد فردية *normes particulières* والمعروف أن القاعدة القانونية تنصف بالعمومية والتجريد ، والقواعد الفردية ليست ملزمة في حد ذاتها وإنما بحسبانها تطبيقاً للقاعدة عامة ومجردة .

١ - مبادئ القانون العام

٥٤٧ - يرى البعض ضرورة تقنين القانون الإداري ، وأن نشوء فكرة « المبادئ العامة للقانون » التي كثيراً ما يلجأ إليها القضاء الإداري في أحكامه ، ويشير إليها الفقه ويقوم بدراستها اعتباراً بأنها تكون نظرية عامة ، من شأنه أن يسهل عملية التقنين تلك . وقد قامت محاولات مماثلة للمحاولة المصرية في بعض الدول مثل فرنسا وإيطاليا وأسبانيا ، ولكنها جميعاً لم تصل من الطموح إلى درجة العمل على إصدار مجموعة إدارية على غرار المجموعة المدنية ، وإنما اقتصر على مجرد التجميع والتنسيق بين القوانين الإدارية المختلفة . وقد أصبح أمراً مفروغاً منه ، أن القانون الإداري سيبقى إلى حد كبير معتمداً على القضاء في وضع الحلول الملائمة للمشاكل المتجددة والمتنوعة والمتغيرة التي تثيرها الحياة الإدارية ، ولذلك سيظل محتفظاً بطابعه القضائي الواضح^(١) .

٥٤٨ - وتعد المبادئ العامة للقانون *Les principes généraux du droit* من المصادر الهامة غير المدونة للشرعية ، ويقوم القاضي باستخلاصها من معطيات مختلفة بعضها مدون في نصوص والبعض الآخر غير مكتوب ، ففي كل دولة يوجد ما يسمى بالمدينة القانونية ، تقوم على عدد من المبادئ والقيم ، بعضها يترجم في نصوص ، وبعضها الآخر يقوم القاضي باستظهاره في أحكامه . وقد قام الفقيه رينير بتصنيف المبادئ العامة إلى أربعة أقسام : المبادئ المستوحاة من إعلان الحقوق سنة ١٧٨٩ والمبادئ المستمدة من القانون الخاص وقانون المرافعات المدنية ، والمبادئ النابعة من طبيعة الأشياء والمبادئ المقررة للعدالة الخالصة .

٥٤٩ - والواقع أن التشريع يقوم في الدولة الحديثة على عدد من القواعد الأساسية ترددها الدساتير وإعلانات الحقوق ، ولهذا فإنها تعتبر الأساس الذي تقوم عليه التشريعات والقواعد القانونية المختلفة . وقد جرى مجلس الدولة الفرنسي على الرجوع إلى تلك القواعد واعتبارها الأساس في رقابته لمشروعية

(١) ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، المجلد الأول ١٩٦٦ ص ٩٤ و٩٣ .

أعمال الإدارة ما دام المشرع لم يظهر نيتسه الصريحة في الخروج عليها (١) بحسبانها ضرورة لتكملة الصرح القانوني الذي يتعين أن تتطور الأمة في نطاقه بمراعاة المنظمات السياسية والاقتصادية للدولة ، وأن مخالفة هذه المبادئ تستتبع ذات اجزاء المقرر لمخالفة القانون المكتوب ، أي إلغاء القرار الذي يصدر بالمخالفة لها ، وتقرير مسئولية السلطة التي تصدر القرار .

٥٥٥ - وفيما يلي بعض القواعد التي استخلصها مجلس الدولة الفرنسي وترددت أصدائها في قضاء مجلس الدولة المصري (٢) :

١ - مبدأ وجود حريات فردية لا يملك غير المشرع تقييدها . فقد تنص الدساتير على مختلف هذه الحريات ، وقد تدرجها الدولة في إعلان للحقوق منفصل عن الدستور (٣) ، وهذا يسهل رقابة القضاء الإداري . ويكون لمبادئ القانون العام أهميتها التامة في حالة إغفال الدستور النص على الحريات العامة ، أو اقتصار الدستور على ذكر بعض الحريات الرئيسية على سبيل المثال ، فحينئذ يكون القول الفصل في مدى هذه الحريات وأوضاعها لمبادئ القانون العام كما يستخلصها القانون الإداري .

وقد أقر مجلس الدولة المصري هذه المبادئ ، ومن ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا (٤) الذي تقرر فيه أنه « . . . لا تترتب على الموظف في إبداء رأيه إن كان معتداً بنفسه ، واثقاً من سلامة نظره ، شجاعاً في إبداء رأيه ،

(١) وكان مجلس الدولة الفرنسي يتحاشى استعمال اصطلاح المبادئ العامة للقانون في أحكامه حتى نهاية الحرب العالمية الثانية ، إلا أنه اضطر بعد ذلك إلى الاعتراف بها صراحة إزاء كثرة اعتداء الإدارة على الحريات والحقوق بسبب ظروف الحرب . أما القضاء الإداري العربي فقد دأب على اعتبار المبادئ العامة للقانون من مصادر المشروعية دون تردد ، وهو يستخدم في ذلك تعبيرات متعددة مثل : المبادئ العليا الدستورية وأوليات المبادئ القانونية المسلمة ، والعدالة المجردة وضمير الإنصاف .

(٢) راجع الدكتور الطاهوي في المرجع السابق ص ٨٤٥ - ٨٥٧ - وانظر Benoit Jeaneau : "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative" 1954 .

(٣) على نحو ما فعلت فرنسا في بعض مراحلها الدستورية . وانظر ما ذكرناه من الميثاق عندنا هامش ص ٦٧٠ و٦٧١ .

(٤) ١٥ مايو سنة ١٩٦٥ ، مجموعة أبوشادي ص ٢٧٩ . وراجع حكمها الصادر في ٢٣ يناير سنة ١٩٦٥ ص ٢٧٧ من ذات المجموعة .

صريحاً في ذلك أمام رئيسه لا يداور ولا يرائي ، ما دام هو لم يجانب ماتقتضيه وظيفته من تحفظ ووقار . ذلك . . أن الصراحة في إبداء الرأي بما فيه وجه المصلحة العامة مطلوبة وخصوصاً في الدولة الاشتراكية حتى لا تضيق تلك المصلحة العامة في تلافيف المصانعة والرياء وتتلأشى بعوامل الجبن والاستخفاء . . . إذ الحقيقة دائماً هي وليدة اختلاف الرأي لا يجلبها إلا قرع الحجج بالحجة ، ومناقشة البرهان بالبرهان»

٢ - مبدأ مساواة المواطنين : **Principe d'égalité des citoyens** فساواة المواطنين أمام القانون بما يخوله من مزايا وما يفرضه من أعباء من أهم الأسس التي تقوم عليها الدولة الحديثة . . وإذا كان هذا المبدأ مفروضاً في معظم الحالات بنص ، فإن رقابة القضاء هي التي تبيّن حدوده وأوضاعه . فترى مجلس الدولة الفرنسي يردد « مبدأ المساواة أمام المرافق العامة » (١) . ويبلغى قرار الإدارة الذي صدر بالمخالفة لهذا المبدأ (٢) .

كما أقر مبدأ مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة **Les Charges publiques** ، وفي الانتفاع بالخدمات العامة (٣) ، وفي استعمال المال العام (٤) ، ومساواة المتساويين للحصول على وظيفة معينة ، أو للحصول على درجة علمية معينة (٥) ، والمساواة بين الجنسين (٦) . وقد أقر مجلس الدولة المصري بدوره أيضاً مبدأ المساواة السابق . ومن ذلك ما قرره من أنه « لا مشاحة في أن المبادئ العليا الدستورية تقضي بمساواة

(١) **Principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics** .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٩ مارس سنة ١٩٥١ في قضية **Société des concerts du conservatoire** مجموعة سيرى سنة ١٩٥١ القسم الثالث ص ٨١ .

(٣) ٧ فبراير سنة ١٩٥٨ في قضية **Syndicat des propriétaires des forêts de chênes - lièges d'Algérie** المجموعة ص ٧٤ .

(٤) أول إبريل سنة ١٩٣٨ في قضية **Société L'alcool dematuré** المجموعة ص ٣٣٧ .

(٥) ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٦ « **Biberon** » المجموعة ص ٤٠٣ .

(٦) ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٦٢ **Jourde et Malville** المجموعة ص ٥٠٨ .

(٧) ٣ يوليو سنة ١٩٣٦ **Dalle Bobard** .

المرأة بالرجل في الحقوق والواجبات ، ومقتضى هذه المساواة عند تطبيقها على الوظائف والأعمال العامة ، هو عدم جواز حرمان المرأة على وجه مطلق من توتُّى هذه الوظائف والأعمال ، وإلا كان في ذلك تعارض مع مبدأ المساواة ، وإخلال بهذا المبدأ الجوهرى من المبادئ العليا الدستورية (١) .

٣- وجود حقوق للدفاع *Existence des droits de la défense*
إن مبادئ القانون العام الحديث تفرض هذه الحقوق ، بحيث يكون إخلال الإدارة بها موجباً للبطلان ومستتباً للحكم بالإلغاء ، ومن ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الذى قرر أن « إغفال إيراد قاعدة تنظيمية عامة لما يجب أن يراعى من أوضاع ، ويتبع من إجراءات في شأن التحقيق والمحاكمة التأديبية ، لا يعنى أن سلطة المجلس التأديبي في هذا الصدد مطلقة لا تخضع لقيود ولا تعرف لمداها حداً ، وأن سير المحاكمة يجرى على غير أصول أو ضوابط ، إذ أن ثمّ قدرأ من الضمانات الجوهرية يجب أن يتوافر كحد أدنى في كل محاكمة تأديبية ، وهذا القدر تملبه العدالة المجردة وضمير الإنصاف والأصول العامة في المحاكمات وإن لم يرد عليه نص ، ويستلهم من المبادئ الأولية المقررة في القوانين الخاصة بالإجراءات . . . ومن هذه الضمانات تمكن المتهم من الدفاع عن نفسه ، وتحقيق دفاعه ، وحيدة الهيئة التى تتولى المحاكمة ، وتسبب القرار الصادر بالجزاء التأديبي بما يكفل الاطمئنان إلى صحة وثبوت الوقائع المستوجبة لهذا الجزاء ، واستظهار الحقائق وأدلة الإدانة . . . » (٢) .

٤- الأصل هو الإباحة : طبقت محكمة القضاء الإدارى المصرية هذا المبدأ حين قالت « . . . إن القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم المدارس الحرة لم يشترط فيمن يعمل ناظراً بمدرسة حرة أن يكون مصرياً ، ومفهوم ذلك أن القانون لم يمنع الأجانب من العمل بالمدارس الحرة ، ومن ثم فلا يجوز حرمان غير المصريين من العمل في هذه المدارس . وما دام القانون لم ينص على هذا الحرمان ، إذ الأصل في حرية العمل هنا هو الإطلاق ما لم يقيد الإطلاق ينص صريح يحد من حرية العمل ، ويمنع التمتع بها ، كما أنه لا يجوز

(١) ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة مجلس للدولة من ٨ ص ٣٠٤ .

(٢) ٢١ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أبو شاد من ٢٨٨ .

الخروج على ما يقرره القانون في هذا الشأن بوضع قواعد لا تتفق وأحكامه أو تعطّلها أو تضع قيداً جديداً عليها . والقول بوجود الحصول على إذن من وزارة المعارف بتعيين الأجنبي ناظراً أو مدرساً بمدرسة حرة ينطوى في واقع الأمر على قيد وارد على حق أباحه القانون .

٥- منع الجمع بين العقوبات : *Interdiction du cumul des peines*
فإذا ارتكب أحد الأفراد خطأ يستوجب توقيع جزاء إدارى ، فيجب ألا يكون الفعل الواحد سبباً في تعدد العقوبات ، بل يكتفى بعقوبة واحدة *une seule sanction* ، فإذا وقعت الإدارة عقوبتين أو عدة عقوبات متتابعة بخصوص خطأ واحد ، كان تصرفها باطلاً (١) . هذا ما لم ينص القانون صراحة على الجمع ، أو أن تكون إحدى العقوبات الموقعة ذات صبغة تبعية أو تكميلية *accessoire ou complémentaire* (٢) .

وقد طبق مجلس الدولة المصرى هذه القاعدة في دعوى تتلخص وقائعها في أن المدير أوقع جزاء تأديبياً على أحد العمدة في الحدود التى يملكها ، وبعد فترة أحاله إلى سلخنة الشياخات لتوقع عليه عقوبة أشد عن ذات الفعل ، فألغت المحكمة العقوبة الثانية تأسيساً على أنها مكررة مما يبطل القرار المطعون فيه من ناحية مخالفة القانون (٣) .

وقد اعتنقت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ حين قالت « إذا وقع جزاء على الموظف عن فعل ارتكبه ، فلا وجه بعد ذلك لتكرار الجزاء عليه عن السلوك ذاته ، ما دام هو عن عين الجريمة التأديبية » (٤) . كما قالت في حكم آخر (٥) « لا يجوز معاقبة الموظف عن الذنب الواحد مرتين . وهذا

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى في ٥ مارس سنة ١٩٥٤ في قضية *Banque Alsacienne privée* .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى في ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٨ في قضية *Dame Fond-ville* المجموعة ص ٩٣ .

(٣) ٢٧ مايو سنة ١٩٥٢ من ٦ ص ١٠٨٤ .

(٤) ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٧ من ٣ ص ٢٨٣ - ٢١ سبتمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أبو شادى

ص ٢٢٢ .

(٥) ١٢ يناير سنة ١٩٦٢ من ٨ ص ٤٢٩ .

من البدايات التي تقتضيها العدالة الطبيعية ، ومن الأصول المسلمة في القوانين الجزائية ، وأياً كانت طبيعة الجزاء التأديبي الذي وقع أولاً ، فإنه يجب ما عداه ما دام قد وقع بالفعل طبقاً للأوضاع القانونية الصحيحة .

ولإعمالاً لمبدأ مقارب قضت المحكمة الإدارية العليا بأن الذنب يجب ألا يتابع صاحبه أبد الدهر ، ويجب أن يقف أثره عند حد معقول ، وذلك لإسراف الإدارة في تحطى بعض الموظفين عند الترقية بالأقدمية لارتكابهم أخطاء في تواريخ متقدمة . فقضت بأنه إذا نسبت أخطاء قديمة إلى موظف ، فلإدارة أن تدخلها في اعتبارها عند الترقية على « . . . أن يقف تحطيه المتجدد في الحركات المتعاقبة عند الحدود المعقولة حتى لا تصبح الجرائر غير المقصودة عيوباً دائمة تشوب صلاحية الموظف الموزور . . . وأنه من الاعتساف في التقدير وإبعاد الشوط في المحاسبة أن يظل التقصير الفارط من الموظف في عام ١٩٤٧ عيباً لصيقاً بصلاحيته أبد الدهر ، بحيث يعوقه عن الترقية على أساس الأقدمية سنة ١٩٥٢ » (١) .

٦ - قاعدة عدم الرجعية *La règle de la non-retroactivité*
فالقاعدة المسلم بها في مختلف الدساتير هي عدم رجعية القوانين ، ولذلك قرر القضاء الإداري في فرنسا وفي مصر عدم رجعية القرارات الإدارية (٢) . فقد حكم مجلس الدولة المصري بأنه (٣) « لا تسري أحكام القرارات الإدارية واللوائح إلا على ما يقع من تاريخ صدورهما ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله إلا في حالتين : الأولى أن تكون هذه القرارات واللوائح صادرة تنفيذاً لقوانين ذات أثر رجعي ، والثانية أن تكون القرارات واللوائح صادرة تنفيذاً لأحكام صادرة من مجلس الدولة بإلغاء قرارات إدارية وقعت مخالفة للقانون ، لما يترتب على الإلغاء من أثره في الحوادث السابقة » .
وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن « الأصل الدستوري هو أن القوانين

(١) ١٠ يونيو ١٩٦٢ أبو شادي ص ٥٨٩ .

ومن أجل هذا أدخل المشرع في نظم التوظيف وخمسة محو الجزاءات - أنظر في تفصيل ذلك « مبادئ القانون الإداري » للدكتور الطماوي .

(٢) أنظر في هذا الموضوع « النظرية العامة للقرارات الإدارية » للدكتور الطماوي .

(٣) السنة الثانية ص ٤٤٠ .

لا يعمل بها إلا من تاريخ العلم بها ، وأن هذا العلم يفترض من واقعة نشرها في الجريدة الرسمية أو بعد فوات ميعاد محدد من هذا النشر » (١) .

٧ - وجود قضاء لرقابة مشروعية أعمال الإدارة *L'existence d'un contentieux de légalité*

وأخيراً توج مجلس الدولة الفرنسي هذه المبادئ التي أشرنا إلى بعضها بتقرير أن حق اللجوء إلى القضاء هو حق أساسي لا يمكن إنكاره . ومن ثم فقد قبل دعوى الإلغاء ضد قرارات نص المشرع صراحة على عدم قابليتها للطعن بأي طريق من الطرق *ne sont susceptibles d'aucun recours* .

وقد رددت محكمة القضاء الإداري هذا المبدأ في بعض أحكامها حين قالت « إنه من المسلم به كأصل غير قابل لأي جدل أن لكل إنسان الحق في المطالبة بحقه والدفاع عنه والتقاضى بشأنه ، وهذا الحق مستمد من المبادئ العليا للجماعات منذ وجدت ، وأنه لم يخل دستور من دساتير العالم من النص عليه وتوكيده . وكل مصادرة لهذا الحق على إطلاقه تقع باطله ، ومنافية للمبادئ العليا المتعارف عليها وللأصول الدستورية الشرعية . غير أن ذلك لا يغفل يد المشرع عن تنظيم وسائل المطالبة وتحديدتها بما يحفظ لصاحب الحق حقه مع مراعاة الروابط الاجتماعية ومقتضيات صالح الجماعة (٢) . كما أن المحكمة الإدارية العليا تؤكد في كثير من أحكامها « . . . أن الأصل الموصل في بلد يقدر ضميره العام مبدأ المشروعية هو تسليط رقابة الإلغاء على كافة القرارات الإدارية دعماً للضمانة الأصلية التي يحققها قضاء الإلغاء لمن تحيقت بهم تلك القرارات » (٣) .

٨ - الأجر مقابل العمل .

من المبادئ التي سلمت بها مجلس الدولة المصري ، أن الأجر مقابل العمل ، وأن النصوص التي تتضمن هذا الحكم « . . . إنما تردد أصلاً عاماً يقوم على حكمة تشريعية يستوجبها حسن سير العمل في الدولاب الحكومي ، مردّها

(١) ٢١ مارس ١٩٥٩ ص ٤ ص ٩٦٦ .

(٢) ١٥ مارس ١٩٥٤ ص ٨ ص ٩٦٩ - ٢٣ نوفمبر ١٩٥٤ ص ٩ ص ٤٣ -

حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٧ إبريل ١٩٥٧ ص ٢ ص ٩٧٥ .

(٣) ٢١ فبراير ١٩٦٥ مجموعة أبو شادي ص ٥٧ .

إلى أصل طبيعي ، وهو أن يحرم الموظف الذي يتقطع عن عمله بلون مبرر من راتبه مدة غيابه ، لأن الأصل أن الأجر مقابل العمل ٥٥٥ (١) .

٩ - التزام الإدارة باحترام القواعد المنطقية في تصرفاتها .
 فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه : (أ) لا يجوز أن تخالف الإدارة حكماً تتضمنه قاعدة معينة إلا إذا ورد حكم في قاعدة لاحقة من قوة القاعدة الأولى أو أقوى منها (٢) . (ب) لا يجوز للموظف الأحدث أن يتخطى الموظف الأقدم إلا إذا كان أكفأ منه (٣) . (ج) لا يجوز لمجلس ما أن ينظر إلا في المسائل الواردة في جدول الأعمال (٤) .

٢ - العرف

٣٥٥٠ - يعتبر العرف ، إلى جانب التشريع وهو الدستور والقوانين الصادرة من السلطة التشريعية واللوائح ، مصدراً من مصادر القواعد القانونية ، شأنه في ذلك شأن مبادئ القانون العام . فلم يعد عيب مخالفة القانون *La violation de la loi* الذي عبرت عنه المادة الثامنة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بقولها : «... أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها » ، مقصوداً على مخالفة القانون باعتباره قاعدة عامة وبمجردة *Loi générale, impersonnelle* وإنما اتسع مدلوله بحيث أصبح شاملاً للمراكر

(١) ٩ أبريل ١٩٦٠ مجموعة أبو شادي ص ١٦ . كما أن قسم الرأي يطبق ذات المبدأ ، ومن ذلك فتواه رقم ٢٥٧ في ٧ سبتمبر ١٩٥٧ ص ١١ من ١٢٤ حيث تقول « إن الأصل المستقر عليه قنناً وقضاء في شأن المرتب أنه مقابل العمل . ويترب على ذلك أن الجهة التي يعمل بها الموظف هي التي تلتزم بأداء مرتبه ، سواء كان يقوم بالعمل فيها من طريق التندب كل الوقت أو من طريق الإجارة » .

(٢) ١٠ نوفمبر ١٩٥٦ مجموعة أبو شادي ص ٨١٨ .

(٣) ٣٠ يناير ١٩٦٠ مجموعة أبو شادي ص ٩٣٦ حيث قالت « استقر قضاء هذه المحكمة على أنه ... لا يجوز تخطي الأقدم بالأحدث إلا إذا كان الأحدث هو الأكفأ . فإذا كانا يتساويان في درجة الكفاية ، وجب ترقية الأقدم كما تمل ذلك طبائع الأشياء والمعادلة الطبيعية ... » .

(٤) ٥ نوفمبر ١٩٦٠ مجموعة أبو شادي ص ٨٥٥ « إنه وإن خلا القانون الأساس للجمعية القبطية الكاثوليكية بالإسكندرية من نص يحظر فيه على الجمعية العمومية النظر في أية مسألة تكون غير واردة في جدول أعمال الاجتماع ، إلا أن هذا الحظر من القواعد المسلمة » .

القانونية التي تترتب عليها آثار قانونية « *route situation juridique de nature à produire des effets de droit* وعلى هذا الأساس تكون رقابة القضاء الإداري فيما يتعلق « بمخالفة القواعد القانونية » رقابة موضوعية تستهدف مطابقة محل القرار الإداري لأحكام القانون العام ، وللأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه ، وللقرارات الإدارية السابقة ، وللعقود (١) .

٥٥١ - والعرف الإداري ، هو أن تسير الإدارة على نحو معين ، في مواجهة حالة معينة ، بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها مختارة بمثابة القانون المكتوب . وقد قررت محكمة القضاء الإداري المصري « إنه وإن كان العرف الإداري هو بمنزلة القاعدة القانونية بحيث تعتبر مخالفة هذا العرف مخالفة للقانون ، إلا أنه يجب أن يكون العرف الإداري ثابتاً مستقراً ، كأن تكون الإدارة قد سارت على سنن معين باطراد المدة الكافية والتزمت به دائماً وطبقته في جميع الحالات الفردية » (٢) .

العرف الناشئ عن خطأ القانون

٥٥٢ - ويجب ألا يخالف العرف قاعدة مكتوبة ، فهو من حيث تدرج القاعدة القانونية يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع . ومن ثم فلا يجوز للعرف أن يخالف نصاً قائماً ، ويندرج تحت ذلك أن العرف الناشئ عن خطأ في فهم القانون لا يمكن التحويل عليه (٣) .

اطراد العمل على مخالفة القانون لا ينشئ عرفاً

٥٥٣ - إن اطراد العمل على مخالفة القانون لا يسبغ الشرعية على هذه المخالفة ، بل تظل رغم ذلك انحرافاً يذم تقويمه . كما أن المسلم به أن العرف ، وإن جاز أن يعدل أو يغير من القواعد القانونية المفسرة أو المكلمة لإرادة الطرفين ، فإنه لا يجوز أن يخالف نصاً آمراً ، والنصوص الإدارية جميعها قواعد أمرة لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها .

(١) راجع في تفصيل التشريع كمصدر للقواعد القانونية العامي ، قضاء الإلغاء ١٩٦٧

ص ٨٣٦ - ٨٥٧ .

(٢) ٢٤ يونيو ١٩٥٣ ص ٧ من ١٧٨١ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا في ٢٤ فبراير ١٩٦٢ ص ٧ من ٧٥٧ .

والقول بغير ذلك يجعل اطراد الإهمال في مجال الوظيفة عرفاً يحول دون مجازاة من ارتكبه ، وهذه نتيجة ظاهرة الفساد . (١) ولهذا ينبغي التمييز بين التسامح العارض الذي يصدر من الإدارة في حالة معينة ، وبين وضع قاعدة عامة والتزامها بحيث يصبح الأمر عرفاً مستقراً بمثابة القاعدة التنظيمية المكتوبة ، وتطبيقاً لهذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه « . . . وعلى مقتضى ما تقدم يكون نشاط صياغة البحر والمدينة مجافياً للقانون ، ويعد الترخيص به مخالفاً لأحكام قانون النقد . فإذا كانت الإدارة قد تساحت في تنفيذ القانون ، فسمحت لهؤلاء الصيارفة بالعمل رحمة بهم ورغبة في عدم تشريدهم ، مستهدفة بذلك التيسر على أهالي بور سعيد نظراً لظروف العدوان التي أحاطت بهم وبناء على ما أشارت به لجنة إنعاش بور سعيد ، فليس من شأن هذا التسامح أن يكسب هؤلاء الصيارفة حقاً في الاستمرار في مزاوله أعمالهم لما في ذلك من تعطيل لقانون النقد ومخالفة لأحكامه » (٢) .

هذا وقد يكون للعرف الإداري أصل كتابي ، ومثال ذلك أن تضع الإدارة مشروع لائحة ، ثم تلزمها فتصبح القاعدة بمثابة عرف حتى تصدر اللائحة . وهذا ما يقرره مجلس الدولة حيث يقول « إذا كانت اللائحة . . . لم يصدر بها حتى الآن تشريع ، إذ أنها لا تزال مشروعاً غير مقتن ، ورغم ذلك التزمها الجامعة وطبقها باطراد وأصبحت قاعدة تنظيمية عامة ، فإن مخالفتها تعتبر مخالفة قانونية ، ذلك أن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص في قانون أو في لائحة ، بل هي تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة والتزمها واتخذتها منهجاً لها » (٣) .

٣ - القضاء^(٤) La jurisprudence

٥٥٤ - تلزم الإدارة أيضاً في ممارسة نشاطها الإداري ، إلى جانب

(١) المحكمة الإدارية العليا في ٨ مايو ١٩٦٥ مجموعة أبو شادي ص ٢٦٤ .

(٢) ٢٥ سبتمبر ١٩٦٤ مجموعة أبو شادي ص ٤٥٦ .

(٣) ٤ مايو ١٩٥٠ ص ٤ ص ٦٩٧ . وبذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في

٢٦ مارس ١٩٦٠ ص ٥ ص ٥٧٠ .

(٤) سبق أن ذكرنا أن القضاء يعد في النظام الأنجلوسكسوني مصدراً أساسياً من مصادر

القانون ، فالسوابق القضائية تلزم المحاكم والإدارة على حد سواء . وكل محكمة تتقيد بأحكام

التشريع ومبادئ القانون العام والعرف ، باحترام حجية الأحكام القضائية ، سواء صدرت من جهة القضاء العادي أو الإداري ، وتعتبر مخالفتها لتلك الأحكام مخالفة للقانون . بل على الإدارة أيضاً أن تراعى الأعمال ذات الصبغة القضائية ولو لم تكن أحكاماً بالمعنى الفني . أو كما يقول مجلس الدولة في بعض أحكامه « إن المهتم المحبوس احتياطياً يكون شأنه موكولاً إلى النيابة العامة ما دامت القضية في يدها . . . وأمرها بالنسبة له واجب النفاذ بصفته صادراً من سلطة قضائية مختصة ، ووجب على الجهة التي يكون المهتم محبوساً فيها تنفيذه . فإذا أذنت النيابة العمومية لمثل هذا المهتم في أداء الامتحان ، وكلفت الحكماء تنفيذه فامتنع ، كان عمله منطوياً على إخلال بما يجب أن يكون لأمر النيابة العمومية من حجية ونفاذ بوصفه صادراً من سلطة قضائية مختصة ، والإخلال بذلك هو مخالفة للقانون » (١) .

الأحكام القضائية

٥٥٥ - تنتمي الأحكام القضائية إلى نوعين من القضاء : القضاء الشخصي

Le contentieux subjectif والقضاء العيني أو الموضوعي **Le contentieux objectif** . والنوع الأول من الأحكام حجيته نسبية مقصورة على الموضوع وأطراف النزاع . والغالب في شأنها أن ينحصر واجب الإدارة قبلها على المعاونة على تنفيذها بالقوة الجبرية إذا طلب إليها ذلك ، وحينئذ يتعين عليها التنفيذ ما لم يكن من شأنه أن يؤدي إلى اختلال في الأمن أو هياج شعبي خطير ، فحينئذ رجح مجلس الدولة الفرنسي اعتبارات المحافظة على الأمن على قاعدة حجية الشيء للمقتضى به واستقرار المعاملات (٢) . أما النوع الثاني من الأحكام ، ويقوم أساساً على الأحكام الجنائية ورقابة المشروعية عموماً ، فإن الحجية فيه مطلقة قبل الكافة (٣) ، وبالتالي تلزم

المحاكم الأعلى منها درجة ، وتتقيد الجهة القضائية العليا بما سبق أن حكمت به في القضايا المماثلة . أما في النظام المصري والنظم اللاتينية فليس للسوابق القضائية هذه القوة الإلزامية .

(١) المجموعة ص ٢ ص ٦٠١ .

(٢) الدكتور الطماوي ، المرجع السابق ص ٨٦٢ و ٨٦٣ - حكم مجلس الدولة

الفرنسي الصادر في ١٢ مارس ١٩٤٨ في قضية **Association du Grand Cercle de**

Saint Etienne ، المجموعة ص ٢٢٨ - وفي ٢٦ يوليو ١٩٤٧ في قضية **Ouyader** ،

المجموعة ص ٣٦٦ .

(٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٣ يونيو ١٩٥٩ ص ٤ ص ١٤٩١ .

الإدارة بمراعاته في تصرفاتها . فإذا صدر حكم على موظف بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة (١) فإنه يتعين فصله . وإذا حكم القضاء الإداري بإلغاء قرار ما فإن الإدارة تلتزم بإعادة الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدور هذا القرار وكأنه لم يصدر إطلاقاً . ويعتبر إصدار الإدارة للقرار الملغى من جديد متضمناً لذات العيب الذي من أجله حكم بإلغاء القرار الأول ، مخالفة صارخة لحجية القضاء ومبطله للقرار الجديد . كما أن تجاهل الإدارة لحكم صادر بإلغاء قرار إداري ومحاولتها تنفيذ القرار الذي سبق إلغاؤه مجرد عملها عن صفته الشرعية ، ويجعله من قبيل الاعتداء المادى Voie de fait ، وغنى عن البيان أن الإدارة تستطيع إعادة القرار مع تصحيح ما لحقه من عيب .

٥٥٦ - وللأحكام الصادرة من القضاء الإداري ، وعلى رأسه المحكمة الإدارية العليا ، أهمية خاصة نظراً لأن معظم قواعد القانون الإداري هي قواعد قضائية (٢) . ولهذا قرر مجلس الدولة الفرنسي أن عدول القضاء عن تفسير معين كان يعتنقه يؤدي إلى فتح مدة جديدة للطعن في القرارات التي صدرت في ظل التفسير الأول ، لاحتمال عدم طعن الأفراد فيها احتراماً لقضاء مجلس الدولة . وبهذا يكون مجلس الدولة الفرنسي قد ساوى بين تغيير القضاء وتغيير التشريع ، وجعل أحكامه والمبادئ التي تخلقها تلك الأحكام ، في منزلة التشريع .

(١) الفقرة السابعة من المادة ٧٠ من القرار بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ بإصدار نظام العاملين المدنيين بالدولة وكانت تقابلها المادة ٧٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ الملغى .
(٢) لذلك نجد القاضي الإداري الفرنسي يحتفظ بحريته كاملة في المستقبل ، فلا يقرر مبادئ عامة أو قواعد يمتزم السير عليها فيما يقضى به وإنما يوجب في أحكامه قدر المستطاع وبذلك أمكن للقانون الإداري أن يتطور في سهولة ويسر . وحل عكس القضاء الفرنسي ، يعتمد القضاء الإداري في مصر إلى الإطناب في تسيب الأحكام والحرص على تضمينها مبادئ وقواعد نظرية عامة . وعلّة ذلك أن قضاءنا الإداري حديث ويحاول الاعتماد على الفقه والقضاء الفرنسيين في إرساء دعائم القانون الإداري عندنا ، فمبادئ ونظريات القانون الإداري لم تكن معروفة في مصر قبل إنشاء مجلس الدولة . بيد أنه عندنا ، كما في فرنسا ، حيث لا يجد القاضي الإداري تصماً يعتمد عليه في تقرير القاعدة الواجبة التطبيق ، يتعين عليه خلق هذه القاعدة بنفسه ، ويحدث هذا بوجه خاص تحت ستار احتياجات سير المرافق العامة بانتظام واستمرار ومساواة المنتفعين أمام المرافق العامة .

وقد سلمت المشعر المصري بهذا المعنى في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ .

ع - القرارات الإدارية السابقة

٥٥٧ - من المقرر في فقه القانون العام ، أن الإدارة إذا أصدرت قرارات إدارية وترتب عليها مراكز قانونية ذاتية ، أو حقوق مكتسبة وفقاً للاصطلاح الدارج ، فإن الإدارة لا تملك المساس بتلك المراكز بقرارات لاحقة ، وإلا اعتبرت قراراتها الجديدة مخالفة للقانون متعينة للإلغاء (١) . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «القرار الصادر من الجهة الإدارية بالترخيص للطالب بمطحنة متقلة ، قد صدر منها بناءً على سلطتها التقديرية ، ومن ثم يكون القرار المذكور قد صدر صحيحاً من سلطة مختصة في حدود اختصاصها ويصبح حقاً مكتسباً لصاحبه لا يجوز المساس به إلا في الحالات المحددة ، أما في غيرها فإن المساس به يعتبر اعتداء غير مشروع على حق مكتسب» (٢) . وإذا كان هذا هو الوضع بالنسبة للمراكز الذاتية (الشخصية) التي تترتب عليها حقوق مكتسبة ، فإن الوضع مختلف بالنسبة للمراكز العامة التي تتولد عن القواعد العامة (القوانين واللوائح) ، فبينما يجوز تغيير هذه الأخيرة (المراكز العامة) في أي وقت بحيث يسرى عليها القانون أو القرار التنظيمي الجديد ، فإنه لا يجوز المساس بالأولى (المراكز القانونية الذاتية) إلا بقانون ينص فيه على ذلك بنص خاص (٣) .

وعلى هذا الأساس بنيت أحكام قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية ، وأحكام نظرية سحب القرارات الإدارية (٤) التي سنعرض لها في نهاية هذا الفصل .

ه - العقود (٥)

٥٥٨ - تولد العقود الإدارية حقوقاً يترتب على المساس بها بطلان القرار

(١) راجع في تفصيل هذا الموضوع النظرية العامة لقرارات الإدارية ، قدكتور الطهاوى .

(٢) ١٣ مايو ١٩٦١ مجموعة أبو شادي ص ٤٦٧ .

(٣) حكم مجلس الدولة في ١٨ فبراير ١٩٥٣ ص ٧ ص ٥١٣ .

(٤) أنظر في دراسة هذه النظرية الطهاوى ، المرجع السابق ١٩٦٦ .

(٥) يحسن أن نحيل في تعريف العقود الإدارية إلى حكم محكمة القاهرة الابتدائية الذي -

الإدارى . فللمتعاقدين مع الإدارة أن يطلب إلغاء أى قرار إدارى يشاء إذا استوفى

« ورد فيه ما يلى » ومن حيث إنه وإن لم يعرف القانون العقود الإدارية ولم يبين الخصائص التى تميزها والتي يهتدى بها فى القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولخصائصها من تفرغ السلطة القضائية لها بالتعطيل أو بالتأويل ، إلا أن إعطاء العقود التى تبرمها جهات الإدارة وصفها القانونى الصحيح باعتبارها عقوداً إدارية أو مدنية يتم على هدى ما يجرى تحصيله منها ويكون مطابقاً للحكمة من إبرامها ، ولما كانت العقود التى تكون الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها طرفاً فيها لا تعتبر ، على ما جرى به قضاء النقض ، عقوداً إدارية إلا إذا تعلق بتسيير مرفق عام أو بتنظيمه واستهدفت جهة الإدارة بها تحقيق نفع عام وليس مجرد غرض مالى (نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٧ س ١٨ ص ٦٨٤) كما أنه يشترط لإسباغ هذه الصفة عليها أن تكون إدارية بطبيعتها وخصائصها الذاتية وأن تحتوى على شروط استثنائية غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص ، وهى الشروط التى يتسم بها العقد الإدارى ويجب توافرها لتكون مفصلة عن نية الإدارة فى الأخذ بأسلوب القانون العام فى التعاقد (نقض ١٩ أكتوبر ١٩٦٥ س ١٦ ص ٨٩٣) ، ومن هنا كانت العقود المتعلقة بأعمال الدولة الخاصة عقوداً خاضعة للقانون الخاص ولاختصاص القضاء العادى ولو تضمنت شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ، ذلك أن هذه العقود لا تتعلق بمرفق عام . ومن هنا أيضاً كان استقرار أحكام محكمة القضاء الإدارى على أن المعيار المميز للعقود الإدارية ليس فى صفة التعاقد بل فى موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق وتسييره واستقلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه ، مشتركاً فى ذلك ، وعلى درجة متساوية ، بظهور نية الشخص المعنوى العام فى أن يأخذ فى العقد بأسلوب القانون العام وأحكامه (راجع حكماً فى ٢٤ فبراير و ٢ يونيو ١٩٥٧ س ١١ ص ٢٢٨ و ٤٩٣) ، كما جرت أحكامها بأن العقود الإدارية تكون كعقود المتعاقدين فيها غير متكافئة إذ يجب أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد ، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين فى تطبيقه وتفسيره وفى إنجازه . ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوى الحق فى مراقبة تنفيذ العقد وفى تغيير شروطه بالإضافة والحذف والتعديل وفى إنجازه فى أى وقت طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك . وقد استقر الرأى فى هذا المجال على أن علاقة المتعاقدين فى العقود الإدارية لا تستند إلى شروط هذه العقود فقط ، وإنما أيضاً إلى القواعد التنظيمية والقانونية الخاصة بالمرفق العام وهى بذلك تخضع للسلطة العامة فى توجيه المرفق وتنظيمه . . وهذا جميعه بخلاف العقود المدنية (محكمة القضاء الإدارى ٢ ديسمبر ١٩٥٢ س ٧ ص ٧٦ و ٩ ديسمبر ١٩٥٦ س ١١ ص ٧٧) .

« ومن حيث إن إنزال حكم المبادئ القانونية سالفة الذكر على المتبادر من ظاهر عقد إيجار المستأنف لا يتأدى منه القول بأنه عقد إدارى ، ذلك أن هذا العقد الذى تمحض حقوقاً للمستأنف والتزامات عليه قد خلا من أية شروط استثنائية غير مألوفة ، وكافة الشروط التى انتظمها لا يبدو منها أن الإدارة (محافظة القاهرة) كانت ذا سلطان قاهر على المستأنف أو أن كفة هذا الأخير فيها غير متكافئة مع كفة الإدارة ، بل إن هذه الشروط جميعها هى -

شرط المصلحة - كسائر المواطنين . ولكن يتمتع عليه أن يستند إلى حقوقه التعاقدية توصلنا إلى هذا الإلغاء^(١) . أما بالنسبة إلى غير المتعاقدين *les tiers* فإنهم لا يستطيعون أن يلجأوا إلى قاضى العقد ، ولهذا فإن مجلس الدولة الفرنسى يسمح لهم برفع دعوى الإلغاء مع الاستناد فى طلب الإلغاء إلى الشروط الواردة فى العقود الإدارية .

وليس المقصود هنا حق الأفراد فى طلب إلغاء القرارات الإدارية التى تسهم فى تكوين العقد الإدارى ، ولكن المراد أن يستند بعض الأفراد - من غير المتعاقدين - إلى شروط واردة فى عقد إدارى توصلنا إلى إلغاء قرار معين . وهذا لا يثور إلا بالنسبة للشروط اللائحية *les clauses réglementaires* التى ترد فى العقود الإدارية كعقد الامتياز ، والتي تبين كيفية أداء الخدمة .

٦ - الدستور La Constitution^(٢)

٥٥٩ - يعرف الدستور من الناحية الموضوعية ، أى من حيث موضوعه ومضمونه ، بأنه مجموعة القواعد القانونية الأكثر أهمية داخل الدولة . فهى

« من شروط العقود الخاصة بين الأفراد . . . ومن ثم يكون هذا العقد عقداً مدنياً محكوماً بأحكام القانون الخاص . . . ولا يحل للمحافظ أن يستقل بنفسه بإرادته المنفردة ، أما والى بادى أنه استبد بإنجازه فإنه يكون قد افتات على القانون إذ نصب نفسه ، وهو الخصم ، حكماً . . . ويكون المحافظ حين أصدر قراره بإلغاء عقد المستأنف ، وحين أصدر قراره بتأجير العين موضوع هذا العقد للمستأنف عليه ، لا يعدو شأن الموجز العادى من أفراد الناس ، فما يستطيعه ذلك فى هذا المجال يستطيعه هذا ، والقواعد القانونية الخاصة التى تحكم تصرفات هذا هى بذاتها التى تحكم تصرفات ذلك ، لا فضل لأحدهما على الآخر إلا بالقانون . ومسايرة المستأنف عليه فى دفاعه يتأدى إلى أن جهة الإدارة مستظمة دائماً تحصىن إخلالها بالتزاماتها التعاقدية فى مجال القانون الخاص بقوات تصدرها ، لا يستطيع المتعاقد الآخر حيالها شيئاً ، ولو لم تستند فى إصدارها إلى السلطة العامة . . . - حكم محكمة القاهرة الابتدائية ، الدائرة الأولى فى الاستئناف رقم ١٥٩٢ سنة ١٩٧٠ مستعجل مصر بتاريخ ٧ نوفمبر ١٩٧٠ برئاسة رئيس المحكمة وجدى عبد الصمد .

(١) راجع فى تفصيل ذلك الطاوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية .

(٢) راجع ص ٢٧٧ - ٢٧٩ .

تبين طبيعة الدولة ونظام الحكم والسلطات الحاكمة وتحدد اختصاصاتها وعلاقات بعضها ببعض وعلاقتها بالأفراد موضحة حقوقهم وحررياتهم . أما من الناحية الشكلية فإنه يعرف بأنه مجموعة القواعد التي تتضمنها الوثيقة القانونية المسماة بالدستور ، والصادرة من السلطة التأسيسية (١) ، وإجماع الفقه على أن الدستور يترجم على قمة الهرم القانوني ، ويعتبر أساساً لمبدأ المشروعية ، سواء بمعناه الشكلي أو بمعناه المادى والموضوعي . فن الناحية الشكلية الدستور من عمل السلطة المؤسسة *pouvoir constituant* أما سائر أعمال السلطات الأخرى من تشريعية إلى تنفيذية إلى قضائية ، فهي صادرة من سلطات مؤسّسة ، تستمد وجودها من السلطة الأولى . وإذا نظرنا إلى الدستور من حيث مدلوله الموضوعي لوجدنا أنه يحدد سلطات الحكم ويبين اختصاصاتها ووظائفها ، وعلى ذلك فكافة الأعمال الصادرة من هذه السلطات ، يجب أن تكون في الإطار المرسوم لها دستورياً إذ هي تستمد صلاحيتها وسلطاتها من الدستور (٢) ، وإلا كانت غير مشروعة .

٥٦٠ - ومخالفة العمل الإداري للدستور تأخذ إحدى صورتين : المخالفة المباشرة وهي التي يخالف فيها العمل الإداري قاعدة دستورية مباشرة ، والمخالفة غير المباشرة وصورتها أن يكون العمل الإداري قد صدر بناء على تشريع يكون مخالفاً للدستور . ولم تكن لهذه التفرقة أهمية عملية في القانون المصري حتى صدور القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا . ذلك أنه قبل إنشاء المحكمة العليا كان القضاء لدينا يعترف بحقه في الرقابة على دستورية القوانين ، فكان يلغى العمل الإداري المخالف للدستور مباشرة أو الصادر تطبيقاً لتشريع غير دستوري (٣) . أما بعد إنشاء المحكمة

(١) أنظر *Georges Ve de ، Manuel Elémentaire de Droit Constitutionnel*

٥٦ - باريس ١٩٤٩ ص ١١٧ وما بعدها .

(٢) فيدل ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ و ١٢٩ - أحمد كمال أبو المجد ، رقابة القضاء على أعمال الإدارة ، ١٩٦٢ ، الجزء الأول ، ص ١٧ - طعيمة الجرف ، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في ج . ع . م ، القاهرة ١٩٦٤ ص ١٢٧ .

(٣) وذلك بخلاف النظام الفرنسي الذي لا يمارس فيه القضاء هذه الرقابة على دستورية القوانين وإنما يمارسها فقط على أعمال الإدارة إذا كانت مخالفتها للدستور مباشرة فيقوم =

العليا فقد حظرت على جهات القضاء المختلفة النظر في دستورية عمل إداري صدر بناء على نص تشريعي مخالف للدستور وإنما تختص بذلك تلك المحكمة دون غيرها . وسنتكلم في مبحث مستقل عن المحكمة العليا والرقابة على دستورية القوانين ، أما الآن فنتكلم في إيجاز عن دستور دولة اتحاد الجمهوريات العربية ثم عن دستور جمهورية مصر العربية وما يمثله من تقدم واضح في مجال الشرعية بجزئياً بما سبق أن أوردته بشأنه عند الكلام عن مصادر القاعدة القانونية (١) .

١ - دستور دولة الاتحاد

٥٦١ - تضمن دستور دولة اتحاد الجمهوريات العربية مبادئ تعتبر تحولاً في مفهوم القومية العربية ، ويظهر هذا التحول في تركيز الدستور على حقوق الإنسان وحقوق المواطن وسيادة القانون . هذا التركيز نجده في ديباجة الدستور التي تقول في فقرتها الأولى عن القومية العربية « إنها طريق العرب إلى الوحدة الشاملة (٢) وبناء نظام ديمقراطي واشتراكي يحمي حقوق

= بإلغاء العمل الإداري غير الدستوري حيث إنه لا يتعرض هنا لدستورية التشريع - أنظر عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ص ٢٩ والمرجع الفرنسي المشار إليه بالأعلى .

(١) راجع هامش ٢٧٨ و ٢٧٩ .

(٢) وقد أكد ميشاق جامعة الدول العربية الذي وضع منذ أكثر من ربع قرن ، مبدأ للوحدات الجزئية داخل الوحدة الشاملة المنشودة التي تربط - حين تقوم - بين جميع أقطار الأمة العربية ، إذ ورد في مادته التاسعة « لدول الجامعة العربية الراغبة فيما بينها في تعاون أوثق وروابط أقوى مما نص عليه هذا الميثاق ، أن تمقد بينها من الاتفاقات ما تشاء لتحقيق هذه الأغراض » وجاء بعد هذا ميثاق العمل الوطني المصري يؤكد هذا الاتجاه ، فقد ورد في الفصل التاسع « إن أي وحدة جزئية في العالم العربي تمثل إرادة شعبين أو أكثر من شعوب الأمة العربية ، هي خطوة وحدوية متقدمة تقرب من يوم الوحدة الشاملة وتمهد لها وتمهد جذورها في أعماق الأرض العربية . إن مثل هذه الظروف تمهد الطريق لدعوة إلى الوحدة الشاملة » .

هذا ومجلس رئاسة الاتحاد هو السلطة العليا فيه ويتكون من رؤساء الجمهوريات الأعضاء (١٥ م) ويختص بوضع أسس السياسة الخارجية للاتحاد ، وتوحيد السياسات التي تتبعها الجمهوريات في علاقاتها الدولية ومسائل السلم والحرب ، وتسيق العمل الدبلوماسي والتنسيق مع الدول الأجنبية وإبرام المعاهدات والاتفاقات بين دول الاتحاد والدول الأجنبية والمنظمات الدولية . ونصت المادة (٦٤) على أنه إذا وقعت اضطرابات من الداخل =

المواطن ويصون حرياته الأساسية ويدعم سيادة القانون» . وتؤكد المادة

أو الخارج في إحدى الجمهوريات تهدد أمن الاتحاد ، تقوم هذه الجمهورية بإخطار السلطات الاتحادية لتتخذ الإجراءات الضرورية لحفظ الأمن والنظام ، وهذه السلطات ، في حالة تعذر طلب العون من الاتحاد ، أن تتدخل بدون طلب لإعادة الأمور إلى نصابها . ومجلس الرياسة سلطات واسعة في المجال الاقتصادي لوضع خطط مشتركة للتنمية العامة ، وفي مجال التربية والتعليم والثقافة وفي مجال تسيق التشريعات والأنظمة في الجمهوريات الأعضاء . ويتبع مجلس الرياسة مجلس وزاري اتحادي يعين مجلس الرياسة رئيسه (وهو حالياً السيد أحمد الخطيب من سوريا) ولا يجوز الجمع بين منصب الوزير الاتحادي ومنصب عام أو وظيفة عامة في إحدى الجمهوريات (م ٢٣) . إلا أن الدستور عاد وفتح باب الاستثناءات بقوله «إلا في حالات استثنائية يوافق عليها مجلس رياسة الاتحاد» . وفي رأي أنه كان من الأوفق ألا يفتح الدستور باب هذه الاستثناءات ليشتم الفصل بين العاملين في المؤسسات الاتحادية والعاملين في المؤسسات الوطنية ، تاركين الجمع بين العاملين لرؤساء الجمهوريات فحسب . ويختص المجلس الوزاري الاتحادي بإعداد مشروعات القوانين والقرارات الاتحادية ومتابعة تنفيذها ، وإعداد الدراسات التي يقتضيها العمل الموحد ، ومشروع موازنة الاتحاد .

وقد تم تشكيل المجالس الاتحادية المتخصصة وعددها سبعة كان آخرها المجلس الاتحادي لشئون البحث العلمي الذي أصدر السيد أحمد الخطيب رئيس المجلس الوزاري الاتحادي بتاريخ ٤ أبريل ١٩٧٢ قراراً بتشكيله برئاسة السيد صلاح هدايت وعضوية الوزراء الاتحاديين للاقتصاد والتخطيط والنقل والمواصلات والثقافة والتعليم والخدمات ووزير التعليم العالي في كل من مصر وسوريا ووزير التربية والإرشاد القومي في ليبيا ووزراء الصناعة في الدول الثلاث ورئيس أكاديمية البحث العلمي في مصر . أما المجالس الأخرى فهي مجالس شئون الإعلام والنقل والمواصلات وشئون الاقتصاد والتخطيط والشئون السياسية الخارجية وشئون الثقافة والتعليم وشئون الخدمات .

ولاتحاد الجمهوريات العربية برلمان اتحادي نصت عليه المادة ٢٩ من الدستور ويتكون من ستين عضواً ، منهم عشرون من كل دولة عضو في الاتحاد ، وهم لا ينتخبون بالاقتراع العام في كل دولة من دول الاتحاد ولكن ينتخبون من بين أعضاء البرلمانات الوطنية في كل جمهورية . وبعد أن يتم انتخاب النائب يفقد عضويته في البرلمان الوطني ليتفرغ لعضويته في البرلمان الاتحادي على أن تعود عضويته في البرلمان الوطني إذا انتهت عضويته في المجلس الاتحادي لأي سبب (ويرأس هذا المجلس الآن الدكتور خيرى الصغير من ليبيا) ويعقد مجلس الأمة الاتحادي دورتين في العام بناء على دعوة من رئيس مجلس رياسة الاتحاد . ويدخل في اختصاصه اقتراح القوانين الاتحادية ومناقشتها وإقرارها ، ومناقشة وإقرار موازنة الاتحاد التي تتكون من أنصبة ذات قيمة متساوية تسهم بها كل جمهورية من الجمهوريات الأعضاء . كما يدخل في اختصاصه أيضاً مناقشة وإقرار المهادنات والاتفاقات التي يبرمها الاتحاد ، ومناقشة السياسة العامة لدولة الاتحاد وتوجيه الأسئلة والاستفسارات إلى الوزراء الاتحاديين . تلك أهم أحكام دستور الاتحاد ، ولي عليه ملاحظات في مقدمتها أنه أكثر من المؤسسات التي تشرف على العمل الموحد والتي يصل عددها إلى زهاء خمس عشرة مؤسسة . وأرى ضرورة التأنى في إنشاء هذه المؤسسات كافة ، فلا يقوم منها إلا ما تقتضيه الضرورة .

الثانية عشرة من الدستور على هذا المعنى حين تطلب إلى الجمهوريات الأعضاء في الاتحاد أن تكفل دساتيرها وقوانينها كحد أدنى ، مبادئ وحقوقاً تتمثل في أن المواطنين أمام القانون والقضاء متساوون لا تميز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين ، وتشير إلى حرمة المسكن وعدم جواز القبض على المواطنين إلا في حدود القانون ، وحرية التقاضي ، وسلوك سبيل الطعن والدفاع أمام جهات القضاء وحرية التنقل واختيار محل الإقامة وحظر الإبعاد عن الوطن ، وحرية الاعتقاد وإقامة الشعائر الدينية ، وحرية البحث العلمي ، وحرية الرأي والصحافة والنشر ، وحرية الاجتماع وسرية المراسلات ، وحرمة الملكية الخاصة في حدود القانون ، وحق العمل وحق التعليم والحق في الضمان الاجتماعي والتأمينات الاجتماعية ، والحق في الرعاية الصحية ، وغير ذلك .

المحكمة الدستورية في دولة الاتحاد (١)

٥٦٢ - إن تأكيد سيادة القانون ليست مقصورة على النطاق القومي لكل دولة من دول الاتحاد بل تمتد أيضاً إلى العلاقات بين الدول ، فوفقاً للمادة ٤٦ من دستور الاتحاد تشكل محكمة دستورية تختص بالفصل في الطعون التي تقدم في دستورية القوانين الاتحادية وفي مدى مطابقة قوانين الجمهوريات لدستور الاتحاد وقوانينه ، وفي المنازعات ذات الطابع القانوني التي تقوم بين سلطات الاتحاد وسلطات الجمهوريات ، أو فيما بين جمهورية وأخرى عضو في الاتحاد ، أو في الطعون الموجهة ضد القرارات الإدارية الاتحادية . والحق إن إنشاء محكمة دستورية بين مؤسسات الاتحاد كان أمراً لازماً ، وإذا كان ثم رأى ينكر أن يكون للقضاء سلطة التصدي للحكم على دستورية القوانين

(١) صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٦٧٩ لسنة ١٩٧١ بالموافقة على الأحكام الأساسية لاتحاد الجمهوريات العربية الموقعة في بني غازي في ١٧ إبريل ١٩٧١ ، وقد أشارت تلك الأحكام إلى المحكمة الدستورية بين المؤسسات الدستورية للاتحاد ونصت على أنها تعين بقرار من مجلس رياسة الاتحاد وتتكون من عضوين عن كل جمهورية وتختص بالفصل في المسائل التي يحددها دستور الاتحاد . وتضمن دستور دولة الاتحاد الذي وافق عليه الشعب العربي في كل من مصر وسوريا وليبيا في أول سبتمبر ١٩٧١ ، تفصيلاً أوفى لأحكام المحكمة الدستورية في المواد من ٤٦ إلى ٥٢ وإن كان قد أحال إلى قانون اتحادي يصدر ببيان مهام المحكمة لإجراءاتها والشروط التي يجب توافرها فيمن يعين عضواً فيها ، والخصائص والمزايا المادية التي يتمتع بها أعضاء المحكمة والعاملون فيها .

في دولة موحدة قولاً إن السلطة الشعبية هي أعلى سلطة في الدولة وهي التي تملك هذه الرقابة ، فلا يجوز لمحكمة أن تفرد بتقرير مخالفة قانون أصدره ممثلو الشعب للدستور لما في ذلك من إخضاع إرادة الشعب لسلطة القضاة التقديرية (١) ، فإن رقابة الدستورية في الدول الاتحادية - فيما عدا بعض استثناءات في مقدمتها الاتحاد السوفيتي - عن طريق محكمة دستورية تبدو هامة وضرورية . فالدولة الاتحادية تتكون من عدة دول أو ولايات تندمج في دولة واحدة تنقل إليها السيادة ، بينما تحتفظ الدول أو الولايات الداخلة في هذا الاتحاد بقدر من السيادة يزيد أو يقل وفق ظروف الاتحاد ومراحل تطوره ، ومن ثم فإن العلاقة التي تنظم الاتحاد بالجمهوريات أو الولايات هي علاقة مركبة ينظمها الدستور الاتحادي الذي يلزم أن تتوافق معه أحكام دساتير الجمهوريات أو الولايات وأن تطابق قوانينها القوانين الاتحادية ، وهو ما يستتبع إيجاد طريق لحسم المنازعات التي قد تنشأ بين الحكومة الاتحادية والحكومات المحلية ، أو بين الولايات أو الجمهوريات فيما بينها ، ومن هنا كان ازدهار نظام المحاكم الدستورية بصفة خاصة في الدول الاتحادية ، وهي التي تتمتع فيها الولايات أو الجمهوريات بنوع من الاستقلال المحلي في الحكم ، ويكون لها دساتيرها وبرلماناتها الخاصة (٢)

(١) وهو رأي امتنفته إنجلترا دائماً .

(٢) وأظهر مثال لذلك في دولة فيدرالية هو المحكمة العليا الأمريكية التي وإن كانت لم تنشأ كمحكمة دستورية ، إلا أنها انتزعت لنفسها سلطة رقابة دستورية القوانين في حكم مشهور لها أصدره القاضي مارشال عام ١٨٠٣ في قضية ماربوري ضد ماديسون مقررأ فيه لأول مرة سلطة هذه المحكمة في مراقبة دستورية القوانين . وتجدر أشارة كثيرة للمحاكم الدستورية في معظم الدول الاتحادية وإن كان بعضها ينشئ محكمة دستورية عليا إلى جانب المحكمة العليا لقطائية مثل يوغوسلافيا وألمانيا الاتحادية ، كما أن بعضها يعهد إلى المحكمة العليا باختصاصات المحكمة الدستورية مثل سويسرا والولايات المتحدة كما أسلفنا . وفي نطاق الدول العربية ذاتها فإن أول تجربة للمحكمة الدستورية كانت في ظل النظام الاتحادي الذي عاشته ليبيا قبل تعديل دستورها الصادر عام ١٩٥١ والذي أصبحت بعده دولة موحدة طبقاً لتعديل دستوري صدر عام ١٩٦٣ إذ كانت قبل ذلك اتحاداً بين ولايات برقة وطرابلس الغرب وفزان . ومن أحدث التجارب في الدول العربية ، تجربة اتحاد الإمارات العربية الذي يضم ست إمارات من إمارات الخليج في دولة اتحادية وتضمن دستوره إنشاء محكمة عليا تتولى اختصاصات دستورية تتعلق ببحث دستورية القوانين الاتحادية ودستورية التشريعات الصادرة من الإمارات وتمويل =

طبيعة المحكمة الدستورية الاتحادية

٥٦٣ - من الخطأ أن يظن أن المحكمة الدستورية الاتحادية التي تنشأ تطبيقاً للدستور اتحاد الجمهوريات العربية ، هي إنشاء لجهاز قضائي اتحادي . فهذه المحكمة تختلف عن المحاكم العليا الاتحادية التي تكون على قمة تنظيم قضائي اتحادي متكامل ، والتي قد يعهد إليها باختصاصات الرقابة الدستورية أيضاً ، كما هو الأمر بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا في اتحاد الإمارات العربية ، وهي تملك اختصاصات قضائية صرفة ، علاوة على الاختصاصات الدستورية: فهي تختص مثلا بنظر الجرائم التي لها مساس مباشرة بمصالح الاتحاد ، كما أنها جهة استئنافية تستأنف أمامها أحكام المحاكم الابتدائية الاتحادية وهي تعتبر في نفس الوقت المحكمة المختصة بمساءلة الوزراء .

وبلى هذه المحكمة محاكم ابتدائية اتحادية تختص بنظر المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد ، وتختص بنظر الجرائم التي ترتكب داخل حدود العاصمة الاتحادية الدائمة ، وبنظر قضايا الأحوال الشخصية والقضايا المدنية والتجارية وغيرها بين الأفراد التي تنشأ في العاصمة الاتحادية . أما المحكمة الدستورية الاتحادية في نظامنا ، فهي ليست على قمة جهاز قضائي عادي اتحادي . وعلى هذا فإن جميع المنازعات التي قد تنشأ بين أفراد ينتمون إلى دول مختلفة من أعضاء في الاتحاد تجرى بشأنها الأحكام العامة المتعلقة بتنازع الاختصاص كما أن الجريمة التي ترتكب في إقليم أية دولة أياً كانت طبيعتها تخضع للاختصاص الإقليمي لهذه الدولة .

فالأصل في هذه المحكمة أنها مؤسسة دستورية أشارت إليها الأحكام الأساسية بهذا الوصف ، وإن وصفت في الدستور الاتحادي بأنها السلطة القضائية للاتحاد .

اختصاصات المحكمة الدستورية الاتحادية

٥٦٤ - وتؤكد هذه الصفة للمحكمة إذا نظرنا إلى اختصاصاتها التي نص عليها الدستور الاتحادي .

فهي تختص أولاً ، كما أسلفنا ، بالفصل في الطعون التي تقدم في دستورية القوانين الاتحادية . فمن المعروف أن مجلس الأمة الاتحادي يملك سلطة التشريع

= الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الإمارات أو بينها وبين حكومة الاتحاد .

في كل ما يدخل في اختصاص الاتحاد ، ويجب أن نلاحظ هنا أن اختصاصات الاتحاد محددة بالدستور ، وأن ما عداها تختص به الجمهوريات الأعضاء (مادة ٥٨) . وهي تختص كذلك بالفصل في مدى مطابقة قوانين الجمهوريات لدستور الاتحاد وقوانينه . ذلك أن الدستور الاتحادي ينص في مادته الحادية عشرة على أن تلتزم كل جمهورية من جمهوريات الاتحاد بالأحكام الدستورية مع أحكام الدستور الاتحادي . فالدستور الاتحادي أعلى مرتبة من الدساتير الجمهورية . كما أن المادة ٣٧ من الدستور الاتحادي تنص على أن للقوانين الاتحادية الأولوية على قوانين الجمهوريات فيما يتعلق باختصاص الاتحاد ، ومن ثم فهي أعلى مرتبة منها ، وعلى سبيل المثال فقد تضمن الدستور الاتحادي نص المادة الثانية عشرة التي تقضي بأن تكفل دساتير الجمهوريات وقوانينها ، كحد أدنى ، مجموعة من المبادئ والحقوق مثل المساواة والحريات وحق العمل أو التقاضي وغير ذلك . فلو فرضنا أن دستوراً جمهورياً أو قانوناً جمهورياً ، صدر مناقياً لهذه المبادئ ، فإنه يقبل المراجعة أمام المحكمة الدستورية الاتحادية .

وتختص المحكمة أيضاً بالفصل في المنازعات ذات الطابع القانوني التي تقوم بين سلطات الاتحاد وسلطات الجمهوريات ، أو فيما بين جمهورية وأخرى عضو في الاتحاد . ويلاحظ على هذا الاختصاص أنه خاص بالمنازعات ذات الطابع القانوني ، أما غيرها من المنازعات ذات الطابع السياسي فإنها تخرج عن اختصاص المحكمة ، وتكون من اختصاص مجلس رئاسة الاتحاد . كما أن المنازعات التي تختص بها المحكمة هي منازعات بين سلطات اتحادية وجمهورية أو سلطات جمهورية فيما بينها ، ولكن المحكمة لا تختص بأي منازعات بين أفراد ينتمون إلى جمهوريات مختلفة .

٥٦٥ - وقد عهد الدستور بعد ذلك إلى المحكمة باختصاص الفصل في الطعون الموجهة ضد القرارات الإدارية الاتحادية . وهي على هذا تعد محكمة ذات طبيعة مزدوجة ، فهي محكمة دستورية وهي محكمة إدارية أيضاً . وشأنها في ذلك شأن المحكمة العليا الليبية . بل إن هذه المحكمة تختص - على غرار ما هو متبع في محكمة العدل الدولية - بإبداء الرأي الاستشاري في أية مسألة

دستورية أو قانونية تطلب من مجلس رئاسة الاتحاد أو الوزراء الاتحاديين (١) أو إحدى الجمهوريات الأعضاء ، ولم يورد الدستور اختصاصات هذه المحكمة على سبيل الحصر ، بل نص على أن تتولى أية اختصاصات أخرى يصدر بها قانون اتحادى ، فمن المتصور مثلاً أن تكون مستقبلاً محكمة تنازع اختصاص بين محاكم الجمهوريات ، كما أنها يمكن أن تتحول إلى محكمة قضائية عالياً إذا أنشئ جهاز قضائى اتحادى (٢) . وبطبيعة الحال ، فإن تحديد اختصاصات المحكمة على هذا النحو يجب أن يكمله تنظيم متكامل يصدر به قانون . وعلى سبيل المثال يجب أن يصدر قانون بين كيفية رفع إجراءات الطعن بعدم الدستورية ، ويحدد أثر الحكم بعدم الدستورية وهل يترتب عليه عدم نفاذ القانون . ثم ما الذى يقصده الدستور باختصاص المحكمة بالفصل في مدى مطابقة قوانين الجمهوريات لدستور الاتحاد وقوانينه ، فهو هنا يستعمل تعبير « مدى مطابقة » وهو تعبير مغاير لتعبير « الفصل في الطعون » الذى استعمله بالنسبة للدستورية القوانين الاتحادية . وهذا ما يجب أن يبينه القانون ، وفق ما أشارت إليه المادة ٥٢ من الدستور .

٥٦٦ - كذلك تنص المادة ٥٠ من الدستور الاتحادي على أن قرارات المحكمة الدستورية تكون واجبة النفاذ في جميع أراضي الجمهوريات الأعضاء في الاتحاد ، فهل يعنى هذا أنها لا تحتاج إلى وضع صيغة تنفيذية عليها من كل جمهورية لتنفيذها ؟ ويلاحظ أن الدستور قد نص بالنسبة للقوانين التي يصدرها مجلس الأمة الاتحادي على أن السلطات المختصة في كل جمهورية هي التي تقوم بتنفيذها . ومن البديهي أيضاً أن تتولى السلطات القضائية المختصة في كل جمهورية تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية ، وهو أمر يجب أن يتناوله القانون بالتنظيم . غير أن هناك صعوبة بالنسبة لما إذا صدر قرار من المحكمة بعدم مطابقة دستور أو قانون جمهورى لأحكام الدستور الاتحادي أو قانون اتحادى ، فما هي الطريقة التي يصحح بها قرار المحكمة الدستورية واجب النفاذ في الجمهورية

(١) وأرى أن يقصر هذا الحق على مجلس الوزراء الاتحادي وليس لكل وزير على انفراد . وتلك الآراء الاستشارية غير ملزمة ولكنها ذات قيمة أدبية وفقهية لا يستهان بها .
(٢) عمال المطبق ، نظام المحكمة الدستورية في دولة الاتحاد ، مجلة السياسة الدولية ، أكتوبر ١٠٥ ص ١ وما بعدها .

المعنية ؟ أيكون على السلطات الدستورية الجمهورية أن تعمل على مطابقة دستورها أو قانونها لحكم الدستور أو القانون الاتحادي خلال مدة معينة ، وإلا بطل العمل بها ، أو أنه يترتب على مجرد صدور قرار المحكمة الدستورية ، عدم نفاذ النص المخالف للدستور أو القانون الاتحادي ، بحيث يتعين على المحاكم المختصة في الجمهورية أن تمتنع عن تطبيقه ؟ ثم إن الدستور لم يشر إلى كيفية نشر قرارات المحكمة الدستورية حتى تنتج أثرها ، وبطبيعة الحال فإن القانون يمكن أن يعالج ذلك بأن ينص على نشرها في الجريدة الرسمية الاتحادية ، وهي التي أشارت المادة ٦٦ من الدستور إلى أن مجلس الرياسة هو الذي ينشأ لتنشر فيها القوانين والقرارات واللوائح الاتحادية .

تشكيل المحكمة الدستورية الاتحادية

٥٦٧ - نصت المادة ٤٦ من الدستور على أن هذه المحكمة تشكل من عضوين عن كل جمهورية ، وتصدر قراراتها بالأغلبية ويكون صوت رئيسها مرجحاً . ومعنى هذا أن عدد أعضاء المحكمة في الوقت الحاضر ستة . ولكن حينما تنضم جمهورية السودان أو أية جمهورية أخرى إلى الاتحاد مستقبلاً ، يكون لكل منها عضوان في المحكمة . ويجوز زيادة عدد أعضاء المحكمة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك بشرط مراعاة مبدأ التساوي بين الجمهوريات وهو نفس المبدأ الذي اتبعه الدستور في تشكيل مجلس الأمة الاتحادي .

٥٦٨ - وقد نص الدستور أيضاً على أن مدة العضوية بالمحكمة أربع سنوات قابلة للتجديد ، ولكنه لم يتضمن تنظيمياً لكيفية اختيار أعضاء المحكمة ، واقتصر على النص على أن مجلس رياسة الاتحاد هو الذي يشكل هذه المحكمة ، وأنه هو الذي يختار رئيسها من بين أعضائها (١) فهل يكون لمجلس الرياسة رأى في ترشيحات الأعضاء التي تتقدم بها كل جمهورية ؟ ثم إن الدستور قد أحال إلى قانون يصدر بتحديد الشروط التي يجب توافرها فيمن يعين عضواً في هذه المحكمة . وأعتقد أن هذه الشروط يمكن أن تكون هي نفس الشروط اللازم توافرها وفق قوانين كل جمهورية ، للتعين في الوظائف القضائية العليا . وبطبيعة الحال فإن القانون الذي يصدر بشأن تنظيم اختيار أعضاء هذه

(١) وكان من الأفضل أن ينتخبه أعضاء المحكمة .

المحكمة ، سيتضمن تنظيمياً لحصانات أعضائها - وأهم هذه الحصانات هي عدم قابلية عضو المحكمة للعزل طوال مدة عضويته بالمحكمة ، وهي أربع سنوات كما أسلفنا ، وكان من الأوفق - في رأبي - عدم توقيت مدة العضوية (١) .

ب - دستور جمهورية مصر العربية

٥٦٩ - أسارع إلى القول بأن دستور جمهورية مصر العربية الصادر في الحادي عشر من سبتمبر عام ١٩٧١ بعد موافقة الشعب عليه في الاستفتاء الذي أجري في نفس اليوم ، يمثل تقدماً واضحاً في مجال الشرعية من حيث اعتباره مبدأ سيادة القانون مبدأ دستورياً بالنص في المادة ٦٤ منه على أن « سيادة القانون أساس الحكم في الدولة » ، ومن حيث النص في المادة ١٧٤ على أن « المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها . . . مسبقاً بذلك حصانة قضائية على هذا القضاء المستحدث (٢) . وأعرض الآن في

(١) ولا سيما أنها مدة قصيرة قياساً إلى مدد العضوية في المحاكم الاتحادية والدولية .
(٢) نص الدستور أيضاً في المادة ١٧٢ على أن « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة . . . » وفي رأبي أن هذا النص لا يغير شيئاً من إلحاق مجلس الدولة بوزير العدل وهو ما يقضى به القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٦٨ « يكون مجلس الدولة هيئة مستقلة وتلحق بوزير العدل » . على أن إلحاق المجلس بوزير العدل ، وليس بوزارة العدل ، لا يعد معه المجلس فرعاً من فروع تلك الوزارة وإنما غاية ما هناك أنه يلحق مباشرة بالوزير الذي يتم اتصال المجلس عن طريقه بسائر الجهات الأخرى ، فيقوم الوزير بتمثيل المجلس أمام السلطة التشريعية مثلاً كما يقوم عنه يبحث ميزانيته فضلاً عن الاتصال بسائر فروع السلطات الحاكمة . فهذا الإلحاق إذن لا يخول وزير العدل أي مقوم من مقومات السلطة الرئاسية . على مجلس الدولة وعلى أعضائه وموظفيه . بيد أن الدستور نص في المادة ١٧٣ على أن « يقوم على شئون الهيئات القضائية مجلس أعلى يرأسه رئيس الجمهورية . . . » ، وكان القرار بالقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ قد أنشأ مجلساً أعلى للهيئات القضائية برئاسة رئيس الجمهورية يشكل طبقاً للمادة الثالثة منه على الوجه الآتي « وزير العدل نائباً للرئيس وعضوية رئيس المحكمة العليا ورئيس محكمة النقض ورئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام ورئيس إدارة قضايا الحكومة ومدير النيابة الإدارية وأقدم نواب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة القاهرة الابتدائية » . ومهمة هذا المجلس كما نصت عليها المادة الأولى من القانون هي « . . . يتولى المجلس الإشراف على الهيئات القضائية والتنسيق فيما بينها ، ويبدى رأيه في جميع المسائل المتعلقة بهذه الهيئات ، كما يتولى دراسة واقتراح التشريعات الخاصة بتطوير النظم القضائية » .

عجالة لأحكام هذا الدستور مرجحاً الحديث عن المحكمة الدستورية إلى ما بعد الكلام عن المحكمة العليا التي أفردت لها مبحثاً مستقلاً .

— وأضافت المادة ٢/٢ أن هذا المجلس يباشر « الاختصاصات المقررة للمجلس الخاص للشئون الإدارية بمجلس الدولة أو للجمعية العمومية للمجلس فيما يتعلق بشئون أعضائه بموجب قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه أو أى قانون آخر » .
والحق إن هذا القانون قد أفقد مجلس الدولة ، إلى حد كبير ، استقلاله في تصريف أموره الإدارية إذ نقل اختصاصات المجلس الأعلى للشئون الإدارية والجمعية العمومية ، للمجلس الأعلى للهيئات القضائية . وأهم هذه الاختصاصات ما يتعلق بشئون الأعضاء من تعيين إلى ترقية إلى تحديد أقدمية إلى إلحاق بالأقسام المختلفة فضلاً عن الندب والإعارة . ولا شك أن هذا التمازج بين مجلس الدولة والهيئات القضائية الأخرى من شأنه أن يقلل من استقلاله الذاتي ، وهو الأمر الذي يحرص عليه أنصار القضاء المزدوج ، كما أن ازدياد تبعيته لوزير العدل ، الذي جرى العمل بأن يرأس المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، سيجعل ارتباطه به أوثق وأعمق عما كان عليه الحال فيما مضى ، الأمر الذي لا يحقق له الاستقلال المنشود عن الحكومة بحسبانها القاضي الذي يفصل في الخصومات التي تكون الإدارة طرفاً فيها . والحق إنه وإن كان تشكيل المجلس يتكون من تسعة أعضاء في القمة من مختلف الهيئات القضائية ، إلا أن العمل أثبت أن كلا منهم لا يكاد يتم إلا بما يتعلق بالهيئة التي يتبعها ، بل إنه حتى فيما يتصل بالهيئة التي يتبعها فإن اهتمامه بما يعرض من شئونها ليس كاهتمامه قبل إنشاء المجلس الأعلى ، ولعل ذلك لا يرجع إلى عيب في القانون ذاته قدر ما يرجع إلى تعاون من أعضاء المجلس الذي جرى العمل على أن يرأسه وزير العدل . وقد احتل أحد وزراء العدل مؤخراً فرصة رئاسة السيد رئيس الجمهورية لأول مرة المجلس الأعلى للهيئات القضائية وعرض على المجلس ، فيما عرضه عليه ، حركة ترقيات وتنقلات رجال القضاء دون عرضها على أعضاء المجلس ، كما لم يعرضها قبل انعقاده على اللجنة الخماسية المنبثقة عنه وذلك طبقاً لما تقضى به المادة السادسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ ، على الرغم من أن هذه المادة هي ضمانات أكيدة لرجال القضاء ولكل هيئة أخرى من الهيئات القضائية بحسبانها أقدّر من غيرها على دراسة التعميمات والترقيات والتنقلات المتعلقة بها تمييزاً من حال رجالها بالتمحيص والبحث قبل الفصل في أمرهم في الحركات القضائية ، وبصرف النظر عن أن مخالفة هذا النص وتخطي اللجنة يترتب عليه بطلان القرار الذي يصدر بالحركة أولاً ، فإنه لا مراء أن مخالفة ما يقضى به نص المادة السادسة ينطوي على إخلال بحقوق القضاء وإهدار لضماناتهم ويتيح لوزير العدل أن يجرى الحركات القضائية على أهوائه وشهواته . هذا وقد رفع رئيس محكمة القاهرة الابتدائية في ذلك الوقت ، وهو عضو بالمجلس الأعلى للهيئات القضائية ، إلى السيد رئيس الجمهورية بصفته رئيس هذا المجلس شكوى بعض رجال القضاء الذين أضيروا في الحركة القضائية التي نفذت في أول مارس ١٩٧٦ مسجلاً أن وزير العدل لم يعرض على اللجنة الخماسية مشروع تلك الحركة قبل عرضها على المجلس الأعلى الذي لم يتعرض في اجتماعه لبحثها ودراسة حالة من تناولتهم من رجال القضاء ، وكان معذوراً إذ لم يدرك بخلد أحد من —

الملاحظة التنفيذية : رئيس الجمهورية

٥٧٠ — ثمّ طريقان لانتخاب رئيس الجمهورية ، أحدهما أن يكون انتخابه بواسطة البرلمان ، وثانيهما أن يكون انتخابه بواسطة الشعب مباشرة . وقد اختار الدستور في المادة ٧٦ طريقاً وسطاً ، أو بعبارة أخرى أنه مزج بين الطريقتين ، فنص على أن يرشح مجلس الشعب رئيس الجمهورية ويعرض الترشيح على المواطنين لاستفتائهم فيه . ويتم الترشيح في مجلس الشعب بناء على اقتراح ثلث أعضائه على الأقل . وإذا لم يحصل المرشح على أغلبية ثلثي أعضاء المجلس أعيد الترشيح مرة أخرى بعد يومين من تاريخ نتيجة التصويت الأول ، ويعرض المرشح الحاصل على الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس على المواطنين لاستفتائهم فيه . ويعتبر المرشح رئيساً للجمهورية بحصوله على الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم في الاستفتاء ، فإن لم يحصل المرشح على هذه الأغلبية رشح المجلس غيره ، وتنتج في شأن ترشيحه وانتخابه الإجراءات ذاتها . ومدة الرئاسة ست سنوات ويجوز إعادة الانتخاب لمدة تالية ومتصلة . وكنائود أن يباشر رئيس الجمهورية مسئولية الحكم بواسطة الوزراء ، وهذا ما أكدته بيان ٣٠ مارس عند ما تكلم عن الخطوط الأساسية العامة التي يقترحها للدستور الجديد . وقد نهج الدستور المصري نهج معظم دساتير البلاد الجمهورية ، فلم يستحدث مسئولية رئيس الجمهورية السياسية (أمام مجلس الشعب) ، أي مسئوليته عن تصرفاته المتعلقة بممارسة سلطاته مما ينطوي على انتهاك لحرمة الدستور أو سوء استعمال السلطة أو أي تصرف آخر مما يتصل بشئون الحكم ، مع أن هذه المسئولية تنفق والأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية حيث يعد رئيس الدولة — الخليفة أو الإمام — مسئولاً عن أعماله جميعها بحسبانها وكيلاً للأمة تملك عزله (١) ، واكتفى الدستور بالنص في

— أعضائه أن يجرؤ الوزير على عرض حركة مغايرة لتلك التي سبق أن أقرتها اللجنة الخماسية في عهد الوزير الأسبق ، وقد استبان السيد رئيس الجمهورية صحة ما نسب إلى وزير العدل فأمر مشكوراً بإعفائه من منصبه بعد شهور قليلة . وقد شجع الوزير رئيس تحرير صحيفة يومية كبرى في اليوم التالي بالعبارة التالية « إن تغيير وزير العدل أعاد إلى الناس ثقهم في عدالة الأرض » .
(١) أنظر عبد الحميد متولى ، مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة ص ٩١٤ - ٩١٨ والمراجع الشرعية المشار إليها فيه .

المادة ٨٥ على مسئولية رئيس الجمهورية الجنائية في حالة الخيانة للعظمى أو ارتكاب جريمة جنائية ، ويكون اتهامه بناء على اقتراح مقدم من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل ، ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس ، وتجرى المحاكمة أمام محكمة خاصة ينظم القانون تشكيلها وإجراءات المحاكمة أمامها ويحدد العقاب . وجدير بالذكر أن دستورنا المؤقت كان ينص على المسئولية السياسية لرئيس الجمهورية في حالة واحدة أوردتها المادة ١١٢ وهي « عدم الولاء للنظام الجمهوري » ، كما أن بعض الدساتير الحديثة تأخذ بهذه المسئولية السياسية في حالة انتهاك حرمة الدستور فقط (١) .

اختصاصات رئيس الجمهورية

٥٧١ - لرئيس الجمهورية حق اقتراح القوانين وإصدارها أو الاعتراض عليها ، وهو الذي يعين رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم وبعضهم من مناصبهم ، وله حق دعوة مجلس الوزراء للانعقاد وحضور جاساته وتكون له رئاسة الجلسات التي يحضرها كما يكون له حق طلب تقارير من الوزراء ، وهو يعين الموظفين المدنيين والعسكريين والممثلين السياسيين ويعزلم على الوجه المبين في القانون . ويصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وله أن يفوض غيره في إصدارها ، كما يصدر لوائح الضبط والقرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة . وإذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً ، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف

(١) من ذلك دستور كل من الجمهورية الإيطالية الصادر عام ١٩٤٧ والجمهورية اللبنانية الصادر عام ١٩٢٦ والمعدل عام ١٩٤٧ والجمهورية الأسبانية ١٩٣١ والألمانية ١٩١٩ - راجع عبد الحميد متول ، الوسيط في القانون الدستوري ط ١٩٥٦ ص ٢٥٤ . أما دستور جمهورية تشيكوسلوفاكيا الصادر عام ١٩٦٠ فقد ذهب إلى أبعد من ذلك إذ نص على أن رئيس الجمهورية مسئول أمام الجمعية الوطنية عن جميع أعمال وظيفته ، كما أن دستور جمهورية ألمانيا الديمقراطية الصادر عام ١٩٤٩ يجيز إقالة الرئيس ونوابه بقرار من مجلس الشعب (المادة ١٠٨) .

جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك . وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو نسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر .

ويعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون ، ويجب أن يكون إعلانها لمدة محددة لا يجوز مدها إلا بموافقة مجلس الشعب الذي يجب عرض هذا الإعلان عليه خلال خمسة عشر يوماً التالية ليقرر ما يراه بشأنه .

ولرئيس الجمهورية حق العفو عن العقوبة أو تخفيفها ، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون . وهو الذي يعلن الحرب بعد موافقة مجلس الشعب ، ويبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان . وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة . على أن معاهدات الصلح والتحالف وتلك التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة تجب موافقة مجلس الشعب عليها . ولرئيس الجمهورية أيضاً أن يستفتي الشعب في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا (٢) .

٥٧٢ - هذا ولا يفوتنا أن نشير إلى أن المواد التي تكلمت عن رئيس الدولة في الدستور جاءت في الفصل الأول من الباب الخامس المعنون « نظام الحكم » ، واصطلاح « نظام الحكم » في رأي لا يصلح أن يكون عنواناً لباب من أبواب الدستور لأنه مرادف لاصطلاح « الدستور » نفسه ، إذ الدستور إنما يقصد به بيان نظام الحكم للدولة من الدول ، ولعل ذلك مرده إلى أن دستور ١٩٢٣ وقع في هذا الخطأ واقتنى أثره دستور عام ١٩٣٠ ثم الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ . ونظرة في دساتير الدول الغربية أو الاشتراكية أو الشيوعية كقيلة بتأكيد هذا النظر ، ذلك أن أيًا منها لم يجعل لباب فيه عنوان « نظام الحكم » (٣) .

(١) أجرى للرئيس ديغول أربعة استفتاءات أثناء فترة رئاسته كان آخرها حول مشروع الإصلاح الإقليمي ومجلس الشيوخ الذي طرحه عام ١٩٦٩ وكانت إجابة الشعب الفرنسي عليه بلا ، فاستقال ديغول . ثم أجرى خلفه للرئيس بومبيدو استفتاء حول توسيع السوق الأوروبية المشتركة في إبريل من هذا العام جاءت الإجابة منه بنعم .

(٢) عبد الحميد متول ، الوسيط في القانون الدستوري ١٩٥٦ ص ٦٨٢ - ٦٨٤ . وأشير بهذه المناسبة إلى أن كثيراً من دساتير البلاد العربية قد اقتضت أثرنا في خطأ -

الحكومة (١)

٥٧٣ - الحكومة هي الهيئة التنفيذية والإدارة العليا للدولة ، وتتكون من رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ويشرف رئيس مجلس الوزراء على أعمالها . ويشترك مجلس الوزراء مع رئيس الجمهورية - الذي يتولى السلطة التنفيذية - في وضع السياسة العامة للدولة والإشراف على تنفيذها وفقاً للقوانين والقرارات الجمهورية ، ويوجه ويتابع وينسق أعمال الوزارات والجهات التابعة لها والهيئات والمؤسسات العامة ، كما أنه يصدر القرارات الإدارية والتنفيذية ويعد مشروعات القوانين والقرارات ومشروع الموازنة العامة للدولة ومشروع الخطة العامة . ويعقد مجلس الوزراء القروض ويمنحها وفقاً للدستور ، ويلاحظ تنفيذ القوانين ويحافظ على أمن الدولة ويحمي حقوق المواطنين ومصالح الدولة . والوزير هو الرئيس الإداري الأعلى لوزارته ، يتولى رسم سياسة الوزارة في حدود السياسة العامة للدولة ويقوم بتنفيذها .

مسئولية الوزراء

٥٧٤ - لرئيس الجمهورية ومجلس الشعب حق إحالة الوزير إلى المحاكمة عما يقع منه من جرائم أثناء تأدية أعمال وظيفته أو بسببها . ويكون قرار مجلس

استعمال عنوان « نظام الحكم » كدستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة ١٩٥٢ ودولة الكويت لسنة ١٩٦٢ والمملكة الليبية لسنة ١٩٦٣ والدستور المؤقت للمغرب لعام ١٩٦٤ . وقد تطرف دستور المملكة المغربية لعام ١٩٦٢ في التأثير بنا إلى حد أنه جعل من العنوان المذكور نصاً لمادة من مواد وهي المادة الأولى من الباب الأول التي تجرى بأن « نظام الحكم بالمغرب نظام ملكية دستورية ديمقراطية اجتماعية » ، فاستعمل هذا الدستور اصطلاح « نظام الحكم » فيما يطلق عليه فقهاء القانون الدستوري « شكل الحكومة » .

(١) كنا نؤثر على اصطلاح « الحكومة » اصطلاح « الوزارة » لما للاصطلاح الأول من دلالات مختلفة . والمقصود هنا بهذا الاصطلاح : رئيس الوزارة ونوابه والوزراء . وحسباً فعل واضعوا الدستور إذ لم يحددوا مدة للوزراء لأن ذلك مما يؤدي إلى عدم الاستقرار الوزاري وهو في مقدمة العيوب التي تسبب لنظام الحكم في بلد من البلاد لفقدان روح الاستقرار في الحياة السياسية والإدارية وهو ما يؤدي إلى اضطراب العمل وسير أداة الحكم ، كما يؤدي إلى إحاطة مراكز الحكم وهيبتها بإطار من عدم الاحترام . ولا محل هنا للقياس هل مناصب رئيس الجمهورية طالما أن لهذا الأخير ومجلس الشعب حق سحب الثقة من الوزراء في سهولة ويسر .

الشعب باتهام الوزير بناء على اقتراح يقدم من خمس أعضائه على الأقل ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس . ولا يحول انتهاء خدمة الوزير دون إقامة الدعوى عليه أو الاستمرار فيها . وتكون محاكمته وإجراءات المحاكمة وضماناتها والعقاب على الوجه المبين بالقانون (١) . وتسرى هذه الأحكام على نواب الوزراء .

السلطة التشريعية

٥٧٥ - يتولى سلطة التشريع في الدستور المصري مجلس الشعب ، ويقر السياسة العامة للدولة ، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والموازنة العامة للدولة ، كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية . ونصت المادة (٨٧) على ألا يقل عدد أعضائه عن ثلاثمائة وخمسين عضواً نصفهم على الأقل من العمال والفلاحين (٢) يكون انتخابهم عن طريق الانتخاب المباشر السري العام . ويجوز لرئيس الجمهورية أن يعين في مجلس الشعب عدداً من الأعضاء لا يزيد على عشرة . ومدة مجلس الشعب خمس سنوات ميلادية من تاريخ أول اجتماع له ، ويجرى الانتخاب لتجديده خلال ستين يوماً السابقة على انتهاء مدته . ومجلس الشعب هو الذي يقبل استقالة أعضائه الذين لا يؤخذون عما يدون من الأفكار والآراء في أداء عملهم في المجلس أو في بلجانه ، كما لا يجوز في غير حالة التلبس بالجرمة اتخاذ أية إجراءات جنائية ضد عضو مجلس الشعب إلا بإذن سابق من المجلس ، وفي غير دور انعقاد المجلس يتعين أخذ إذن رئيس المجلس . ولرئيس الجمهورية ولكل

(١) والقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ في شأن محاكمة الوزراء لا يزال قائماً ، ويتكون الباب الأول من أربعة مواد وعنوانه « الهيئة المختصة بمحاكمة الوزراء » ، ويتكون الباب الثاني من ثلاث مواد وعنوانه « في مسؤولية الوزراء » والباب الثالث من اثني عشرة مادة وعنوانه « إجراءات الاتهام والمحاكمة » ، أما الباب الرابع فتعنوانه « أحكام عامة » ويتكون من ستة مواد .

(٢) ثم مشروع قانون جديد لمجلس الشعب معروض الآن على بلنته التشريعية يعرف الفلاح بأنه من لا يجوز هو وأسرته أكثر من عشرة أفدنة على أن تكون الزراعة مصدر رزقه وعمله الوحيد وأن يكون مقيماً في الريف . ويعرف العامل بأنه من يعمل يدوياً أو ذهنياً في الصناعة أو للزراعة أو الخدمات ويعيش من دخله الناتج من هذا العمل ولا يحق له الانضمام إلى نقابة مهنية ولا يكون من شريحة الجامعات أو المعاهد العليا .

عضو من أعضاء مجلس الشعب حتى اقتراح القوانين (م ١٠٩) ، كما أن لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون (م ١٠٨) .

٥٧٦ - ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب أن يوجه إلى رئيس مجلس الوزراء أو أحد نوابه أو أحد الوزراء أو نوابهم أسئلة في أي موضوع يدخل في اختصاصاتهم ، كما أن له حق توجيه استجابات إليهم لمحاسبتهم في الشؤون التي تدخل في اختصاصاتهم . وقد نصت المادة ١٢٦ على مسئولية الوزراء أمام مجلس الشعب عن السياسة العامة للدولة ، وأن كل وزير مسئول عن أعمال وزارته .

ومجلس الشعب أن يقرر سحب الثقة من أحد نواب رئيس مجلس الوزراء أو أحد الوزراء أو نوابهم ، ولا يجوز عرض طلب سحب الثقة إلا بعد استجواب وبناء على اقتراح عشر أعضاء المجلس . ويكون سحب الثقة بأغلبية الأعضاء . كما نصت المادة ١٢٧ على أن لمجلس الشعب أن يقرر بناء على طلب عشر أعضائه مسئولية رئيس مجلس الوزراء ، ويصدر القرار بأغلبية أعضاء المجلس بعد استجواب موجه إلى الحكومة . وفي حالة تقرير المسئولية يعد المجلس تقريراً يرفعه إلى رئيس الجمهورية متضمناً عناصر الموضوع وما انتهى إليه من رأى في هذا الشأن وأسبابه . ولرئيس الجمهورية أن يرد التقرير إلى المجلس خلال عشرة أيام ، فإذا عاد المجلس إلى قراره من جديد جاز لرئيس الجمهورية أن يعرض موضوع النزاع بين المجلس والحكومة على الاستفتاء الشعبي الذي يجب أن يجري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإقرار الأخير للمجلس ، فإذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة اعتبر المجلس منحلًا وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة . وإذا تقرر مسئولية رئيس مجلس الوزراء أمام مجلس الشعب ، قدم استقالته إلى رئيس الجمهورية . ومجلس الشعب أن يكون لجنة خاصة أو يكلف لجنة من لجانة بفحص نشاط

لإحدى المصالح الإدارية أو المؤسسات العامة أو أي جهاز تنفيذي أو إداري أو أي مشروع من المشروعات العامة وذلك من أجل تقصي الحقائق وإبلاغ المجلس بحقيقة الأوضاع المالية أو الإدارية أو الاقتصادية أو إجراء تحقیقات في أي موضوع يتعلق بعمل من الأعمال السابقة . وللجنة في سبيل القيام بمهمتها أن تجمع ما تراه من أدلة ، وأن تطلب سماع من ترى سماع أقواله ، وعلى جميع الجهات التنفيذية والإدارية أن تستجيب إلى طلبها وأن تضع تحت تصرفها لهذا الغرض ما تطلبه من وثائق أو مستندات أو غير ذلك (١) .

(١) ولهذا ، ولأن رقابة السلطة التشريعية لأعمال السلطة التنفيذية تستتبع الفصل بين السلطين ، فإننا نرى ضرورة عدم استثناء رؤساء بعض المؤسسات وغيرهم من العاملين في القطاع العام أو الحكومة من شرط تفرغ عضو مجلس الشعب لعضوية المجلس .

والذي يبدو من مراجعة المادة ١٣١ من الدستور أن اختصاص المجلس يتناول فحص نشاط الأجهزة التنفيذية إلى جانب القطاع العام وأن هذا الاختصاص ، قد يكون اختصاصاً بالفحص من أجل « تقصي الحقائق » وإبلاغ المجلس « بحقيقة الأوضاع المالية أو الإدارية أو الاقتصادية » وقد يكون اختصاصاً بالتحقيق في موضوع من هذه الموضوعات وفي سبيل ذلك يمكن اللجنة أن تجمع الأدلة وأن تسمع الأقوال وأن تطلب المستندات . غير أن نصوص اللائحة الداخلية في ظاهرها قد تبدو متناقضة : فهي قد نقلت في مادتها ٥٩ حكم المادة الواردة في الدستور بحذفها بشأن « التقصي والتحقيق » ، ولكن المادة ١٦ من نفس اللائحة ، تقرر لمكتب المجلس الحق في أن يحدد لجان موضوعات معينة « لدراستها » وأن يحدد أسلوب هذه الدراسة . ومن ذلك تكليف اللجنة المختصة أو لجنة خاصة « باستظهار الحقائق في موضوع معين » . هنا تستعمل اللائحة تمييزاً مختلفاً هو تمييز « استظهار الحقائق » لا « تقصي الحقائق » ومع ذلك فإني أعتقد أننا أمام فرضين مختلفين : فرض يتعلق فيه الأمر بدراسة « موضوع عام » مثل دراسة « الخدمة الصحية » ، وهذه للدراسة قد تتم بأية وسيلة : قد تتم بعقد جلسات استطلاع أو بتكليف اللجنة المختصة أو لجنة خاصة « لاستظهار الحقيقة » في هذا الموضوع . وفرض يتعلق فيه الأمر بفحص نشاط « مصلحة حكومية معينة » أو نشاط شركة قطاع عام معينة أو مشروع من المشروعات العامة أو موضوع معين ، وهذا الفحص قد يتطلب للتحقيق أيضاً ، مثل أن يراد إجراء تقصي وتحقيق في مستشفى قصر العيني مثلاً . والفرضان غير منفصلين مع ذلك ، فقد تنهى دراسة « الاستظهار » في الموضوع العام إلى وجوب إجراء تقصي أو تحقيق في نشاط معين متصل بهذا الموضوع العام . غير أنه لا الدستور ولا اللائحة الداخلية للمجلس قد تناولا موضوع إنشاء لجنة دائمة لمتابعة ورقابة نشاط القطاع العام ، وأعتقد أن في الإمكان أن تنشأ مثل هذه اللجنة عند مراجعة اللائحة الداخلية ، أو تتولى هذا الاختصاص لجنة برنامج العمل الوطني والخطة والموازنة والحسابات الختامية ، وهي التي تعهد إليها اللائحة الداخلية بفحص التقارير السنوية عن المركز المالي للهيئات =

٥٧٧ - وأخيراً فإنه لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة وبعد استفتاء الشعب ، ويصدر رئيس الجمهورية قراراً بوقف

والمؤسسات العامة وفحص الحسابات الختامية والتقارير السنوية للجهاز المركزي للحسابات . ذلك أن الدستور الجديد قد أوجب عرض الحساب الختامي لميزانية الدولة على مجلس الشعب في مدة لا تزيد على ستة من تاريخ انتهاء السنة المالية كما أوجب عرض التقرير السنوي للجهاز المركزي للحسابات وملاحظاته . والذي أتصوره أنه يحسن بالمجلس أن يبدأ بممارسة اختصاصه العام في فحص تقارير الجهاز المركزي للحسابات عن طريق لجنة المختصة ، وأن يبدأ بممارسة اختصاصه العام في مناقشة ودراسة واستظهار الحقيقة في بعض الموضوعات العامة التي تتعلق بنشاط القطاع العام أو أجهزة الدولة عن طريق لجانته المختصة ومن خلال ذلك قد يقترح معالجة تشريعية كما أنه قد يرى أن يسلط الضوء على الواقع أو الحالات التي تقتضي « التقصي والتحقيق » فينشئ لها لجاناً خاصة لهذا الغرض ، على أن تمارس هذه الإجراءات بمجرد ، فلا تتحول إلى تحقيق جنائي ولا تنزل إلى التدخل في أعمال الإدارة اليومية للمشروعات بما يشل حركتها ، ولا تنصرف إلى الوقائع الفردية التي تدخل معالجتها في مسئولية الوزراء ، ولا تتحول إلى نوع من الرقابة الإدارية أو النيابة الإدارية بل تكون مهمتها أساساً « فحص » النتائج وتبين أوجه « القصور » واقتراح « العلاج » أو تحريك « المحاسبة السياسية » للحكومة التي يفيط بها الدستور توجيهه وتفسيقه ومتابعة أعمال الوزارات والجهات التابعة لها والهيئات والمؤسسات العامة . هذا هو الأسلوب الذي يجب أن نفكر فيه حتى نتحقق جدية الرقابة وفعاليتها وحتى لا يحيط بالتجربة مع أصالتها ما أحاط بها حينما شكلت لجان مماثلة عام ١٩٦٦ كان لها أقوى دوى وفي نفس الوقت لم تكن أكثر من صوت إثارة لا أداة تصحيح ومحاسبة » من مقال للدكتور جمال الدين العليق بجريدة الأهرام في إبريل ١٩٧٢ . هذا ويبدو من استقراء تجربة التحقيق في نظام يقوم على الفصل التام بين السلطات مثل النظام الأمريكي ، أن لجان التحقيق لا ترتبط بسلطة الرقابة ، بل ترتبط بسلطة التشريع . فقد أجازت هذه اللجان على أساس أن ما يجريه الكونجرس من تحقيقات قد يعاونه في إصدار القوانين اللازمة . غير أن الوضع يختلف بالنسبة للتحقيق أو التقصي الذي يقوم به المجلس ليمس رقابته على سير القطاع العام ، باعتبار أن هذا التحقيق والتقصي جزء أساسي من وظيفته في الرقابة ، فهو هنا اختصاص يتصل بالرقابة قبلما يتصل بالتشريع ، وإن كان قد يؤدي في نتيجته إما إلى تحريك المسئولية السياسية أو إلى إصدار تشريع لسد القصور الذي قد يكشف عنه التقصي . أما في فرنسا فقد شكلت لجان استهدفت لتتقدم بحجة أنها تتعارض مع السلطة الرئاسية للوزراء وأنها تتدخل في صميم سير الآداة الحكومية . وانتهت التجربة بهذه الرقابة إلى أنها أصبحت تمارس عن طريق فحص الميزانيات وتقارير مراقبي الحسابات ، وأنه لا يجوز طلب المعلومات مباشرة من المشروعات العامة نفسها ، بل يتعين طلبها عن طريق الوزراء المختصين ، وهو ما كان وزير المالية الفرنسي « شومان » قد تمسك به عند مناقشة قانون ١٩٤٨ حيث قال إنه لا يجوز سماع أقوال أي موظف بغير إذن الوزير المختص ، كما أن مجلس الدولة قد انتهى إلى أن حق استدعاء موظفي المشروعات العامة يقتصر على المديرين =

جلسات المجلس وإجراء الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً ، فإذا أقرت الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم الحل ، أصدر رئيس الجمهورية قراراً به .

المستولين ، كذلك انتهت الممارسة إلى أن هناك من المعلومات ما يمكن حسمه عن هذه اللجان ولا سيما ما يتعلق منها بالأمن القومي مثلاً ، أو ما يمكن أن يحسم الأمر الصناعي والتجارية حماية للمشروعات من المنافسة . ولما صدر دستور ديجول عام ١٩٥٨ واتجه نحو التوسع في سلطة الحكومة على حساب سلطة البرلمان ، تغير وضع هذه اللجان ، فأصبح البرلمان يعرف نوعين من اللجان : لجان تحقيق بالمعنى التقليدي ولجان رقابة . أما لجان التحقيق فإن الغرض منها هو جمع عناصر المعلومات عن وقائع معينة ، ثم عرض النتائج على المجلس الذي قرر إنشاء هذه اللجان . فهي لجان تنشأ خصيصاً لكل مسألة ، وشأنها شأن لجان التحقيق المعروفة من قبل والتي كانت تتصدى لفضائح السياسة أو المالية الخطيرة . أما لجان الرقابة ، فهي التي خلفت اللجان النوعية الخاصة برقابة المشروعات المؤتممة . ولكن في ظل دستور ديجول أصبح لهذه اللجان صفة مؤقتة لا دائمة . فهمتها تنهت بإيداع تقريرها ، بل إن مدتها لا يجوز أن تتجاوز أربعة شهور من تاريخ صدور قرار المجلس بتشكيلها ، ولا يجوز إعادة تشكيلها لنفس الغرض قبل انقضاء سنة على انتهاء مدتها الأولى وهذه اللجان تعتمد أساساً على فحص حسابات المشروعات العامة ، وهي تستعين عادة « بمحكمة المحاسبات » ومن مهمتها أن تساعد البرلمان والحكومة معاً في الرقابة على تنفيذ القوانين المالية للبرلمان أن يطلب من هذه المحكمة أن تقوم بتحقيق أو دراسة لوضع من أوضاع هذه المشروعات العامة . بيد أن هذه اللجان لم تؤد دوراً هاماً في فرنسا ، وقيل في تقرير ذلك إن اللجان ليست الجهة الملائمة لإجراء مثل هذه الرقابة لعدم توافر الخبرات الفنية في أعضائها ، وبحسب البرلمان أن يجري رقابة عامة أساسها مناقشة السياسة العامة لا الدخول في تفصيلات التسيير اليومي للإدارة الحكومية . كذلك عرفت انجلترا نفس التجربة بعد نهاية الحرب العالمية الثانية بعد قيام حكومة العمال بتأميم بعض المشروعات فأنشأ مجلس العموم في عام ١٩٥٥ لجاناً لفحص حسابات المشروعات المؤتممة وهي لجان مختارة **Selected** وقد أصبحت لجاناً دائمة **Standing** ولكن هذه اللجان قد قيدت بقيود جديدة : من ناحية استبعاد من اختصاصها كل مسألة يكون الوزير المختص قد اتخذ قراراً فيها ، وتلك التي تدخل في نطاق مسئولية الوزارية ، كما استبعدت المسائل التي تختص جهات أخرى بنظرها بموجب تشريعات خاصة ، مثل شكاوى المستهلكين التي تختص بها لجان المستهلكين كما استبعدت المسائل المتعلقة بالإدارة اليومية للمشروعات التي يجوز لها أن تتولى فحصها بحيث لا تمتد إلى ما يتعلق بالأمن القومي مثل حراسة الطاقة الذرية . كما أنه بصفة عامة لا يجوز لهذه اللجان أن تتدخل في التفصيلات . واقتصر الأمر في النهاية على دراسة النتائج المالية للمشروعات وأساليب فعاليتها الإدارية ولذلك سميت هذه اللجان « لجان التقارير والحسابات **Reports, Accounts** » . وقد قدمت تقارير هامة إلى مجلس العموم ونشرت على الرأي العام مثل تقرير لجنة بيغودج التي شكلت للإذاعة ولجنة « شيرز » التي شكلت لمشروع نقل لندن ولجنة « فليك » لتنظيم الفهم ولجنة « هوبرت » للاستثمار في صناعة توريد الكهرباء . ومع هذا فقد اقترح أن يكون هذا =

ويجب أن يشمل القرار على دعوة الناخبين لإجراء انتخابات جديدة لمجلس الشعب في ميغاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء . ويجتمع المجلس الجديد خلال الأيام العشرة التالية لإتمام الانتخاب .

السلطة القضائية POUVOIR JUDICIAIRE

٥٧٨ - أبرز الدستور المصري في المادة ١٦٥ ، حقيقة استقلال السلطة القضائية عن كلتا السلطتين التشريعية والتنفيذية ولم يناقها (١) ، فن طبيعة القضاء أن يكون مستقلاً - والأصل فيه أن يكون كذلك - وكل مساس بهذا الأصل من شأنه أن يعيب مجال القضاء ، وكل تدخل في عمل القضاء من جانب أية سلطة من السلطتين يخل بميزان العدل ويقوض دعائم الحكم ، فليس ثمة شبهة في أن وجود قضاء مستقل هو الضمان الأساسي لدولة القانون (٢) . والنص في المادة ١٦٦ على أن « القضاء مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون . . » معناه « استقلال القضاء » فحسب ، وهو شعار قاصر عن استيعاب كل المعاني الخالدة التي يمثلها القضاء ، ذلك أنه لا جدوى من وراء هذا الاستقلال إذا لم يكن القضاء ساطة أولم يكن له كيان وإنما اندمج في إرادة الحكم أو صار مغوراً بغير المتخصصين (٣) ، ومن

الفحص الدوري لنتائج المشروعات مرة كل سبع سنوات ، بحجة أن مثل هذا الفحص يشغل وقت الموظفين ، بل اقترح أن يكون ذلك كل عشر سنوات . ومن التريب أن حكومة الهالك في عام ١٩٥٠ هي التي اقترحت ذلك - يراجع في ذلك كتاب الورد موريسون زعيم حزب الهالك وعتوانه : الحكومة والبرلمان طبعة ١٩٥٤ وآخر طبعة له عام ١٩٦٦ . والواقع أن مجلس العموم البريطاني لا يزال يعتمد أساساً على الرقابة التي يجرها المراجع والمراتب العام وهو شخصية هامة تتمتع باستقلال من الحكومة ويقدم تقاريره إلى المجلس .

(١) ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون استقلال القضاء الصادر عام ١٩٤٣ هذه العبارة « يقوم القضاء بجانب السلطتين التشريعية والتنفيذية بأداء رسالة هي بطبيعتها مستقلة عن هاتين السلطتين » . وانظر مقال الدكتور محمد عصفور « استقلال السلطة القضائية » مجلة القضاء ١٩٦٨ ص ٢٠٩ وما بعدها .

(٢) وتلك حقيقة أبرزها كبير القضاة الأمريكيين Story منذ عشرات السنين حيث قال « إنه لا توجد في الحكومات البشرية سوى قوتين ضابطين : قوة السلاح وقوة القوانين . وإذا لم يتول قوة القوانين قضاة فوق الخوف وفوق كل ملامة ، فإن قوة السلاح هي التي ستسود حتماً ، وبذلك تؤدي إلى سيطرة النظم العسكرية على المدنية » .

(٣) ويقول الدكتور محمد عصفور في مقاله سالف الذكر « إذا لم يترف بالقضاء -

ثمة كان النص في المادة ١٦٥ على أن « السلطة القضائية » مستقلة . بيد أن واضعي الدستور عادوا فنالوا من استقلال السلطة القضائية بالنص في المادة ١٧٠ على إسهام الشعب في إقامة العدالة ، ذلك أن مؤدى الاعتراف باستقلال القضاء كسلطة ، أن يكون القضاء جهة متخصصة فلا يقحم عليه أفراد عاديون لا يحملون مؤهلاً ولم يكتسبوا خبرة تمكنهم من ممارسة عمل فني متخصص غاية التخصص ، فضلاً عن سهولة التأثير عليهم عن طريق الوعد أو الوعيد نتيجة قابليتهم للعزل حتى من أعمالهم الأصلية من ناحية ، والاختلاط بالأهالي والاشتبك بمصالحهم من ناحية أخرى . وقد سبق لنا نقد هذا النص وعرضنا لبعض صور القضاء الشعبي التي عرفتها مصر في تاريخها القضائي وبيننا كيف أن سيرته فيها كانت أسوأ السير ، وطالبنا بعدم التسرع في إصدار القانون المنظم لإسهام الشعب في العدالة قبل الدراسة الجادة والمتأنية ، وأشرنا إلى أن مجالس الصلح التي نصت عليها المادة ٦٤ من قانون المرافعات لما يصدر بتنظيمها وبيان الإجراءات التي تتبع أمامها إلى الآن قرار رئيس الجمهورية على الرغم من سريان قانون المرافعات الذي استحدثها من ١٠ نوفمبر عام ١٩٦٨ (١) . ويكفي أن أشير إلى أن آراء كافة المشتركين من رجال

كسلطة تنبسط حتماً ولزماً على كل نزاع قانوني يثور ، فلن يكون هناك حاصم يعصم الفرد من الاضطهاد إذ يستطيع الحاكم أن يمنع صوته عن القضاء بتحسين بعض التصرفات أو حظر سماع بعض الدعاوى . ليس هذا فحسب ، بل إنه لن يكون هناك سند قانوني يحول بين قيام محاكم خاصة - عسكرية أو غيرها - إلا بالتسليم بأن القضاء سلطة وأن محاكم العادية هي التي وحدها تملك المحاكمة وأنه لا تشاركها في هذا السلطان محاكم أخرى . . وما جدوى استقلال القضاء إذا أفندنا القضاء نفسه فأقحمنا عليه غير المتخصصين من غير القضاء بدعوى السيادة الشعبية التي تجعل من حق الشعب المشاركة في أعمال القضاء ؟ وهل صلحت هذه السيادة الشعبية سنداً لإقحام أفراد عاديين من عامة الشعب لكي يشاركوا موظفي الإدارة في أعمال التشريع أو لكي يشاركوا موظفي الإدارة في الاضطلاع بمهام الإدارة ؟ وهل عمل القضاء أقل « فنية » من عمل المشرع أو عمل رجل الإدارة حتى يصبح نهياً مستباحاً لمن لا يحمل مؤهلاً وخبرة يمكنه من ممارسة عمل فني متخصص غاية التخصص ؟ وما جدوى استقلال القضاء إذا اعتدينا على حيده القضاء وأقحمناه في السياسة فنضيع حياده كجهة تحافظ على احترام القانون ؟ وهل يمكن أن تسمى جهة غير محايدة « قضاء » والحيدة هي جوهر القضاء ؟ .

(١) راجع هامش ص ٢٨٩ و ٢٩٠ . وانظر أيضاً ما ذكرناه عن الدستور الإيطالي

والدستور الجديد في اليابان هامش ص ٢٧٨ و ٢٧٩ .

القانون ومستشارى محاكم الجنايات في دول أوروبا الغربية في المؤتمر العلمي الذي عقد في جامعة لوفان Louvain البلجيكية عام ١٩٦٧ - قد انعقد على ضرورة نبد نظام المحلفين لثقافته لروح العصر والتطور العلمي المستمر في مجال القانون الجنائي ولأن ضمير العدالة لا يطيقه .

وضع القضاء كسلطة في الدساتير المختلفة

٥٧٩ - يأخذ الأغلب الأعم من دساتير العالم - باستثناء دساتير دول الكتلة الشرقية - بأن القضاء سلطة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية (١) ه ودساتير الدول العربية كلها سواء في ذلك دساتير المالكيات أو الجمهوريات تكاد تؤكد هذا المبدأ (٢) . وتقف في الجانب الآخر دساتير دول الكتلة الشرقية فهي لا تعترف بأن القضاء سلطة من سلطات الدولة الثلاث لأنها لا تعترف بمبدأ الفصل بين السلطات . وإنه وإن نصت المادة ١٩٢ من دستور اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية على أن « القضاء مستقلون وغير خاضعين إلا للقانون » إلا أن وصف الاستقلال ينصرف فحسب إلى أشخاص القضاء لا إلى القضاء نفسه ، وقد سبق أن أوردت نص المادة ١٠٢ التي لم تنص على أن القضاء سلطة من السلطات وإنما اكتفت بتقرير أن المحاكم المختلفة - ومن بينها المحاكم الشعبية - تتولى تحقيق العدالة في الاتحاد السوفيتي ، وكذلك فعل دستور كل من جمهورية بولندا الشعبية الصادر عام ١٩٥٢ والجمهورية الاشتراكية التشيكوسلوفاكية الصادر عام ١٩٦٠ ويوغوسلافيا الاشتراكية الفيدرالية الصادر عام ١٩٦٣ حيث يتحدث دستورها صراحة عن « الوظيفة

(١) فقد نص دستور جمهورية ألمانيا الاتحادية في المادة ٩٢ على أن « يهد بالسلطة القضائية إلى القضاء . وخصص الدستور الإيطالي الباب الرابع منه للقضاء ونصت المادة ١٠٤ منه على أن « القضاء نظام قائم بذاته مستقل عن كل سلطة أخرى » . ونصت المادة ٧ من الباب الأول من دستور الجمهورية التركية على أن « تتولى محاكم مستقلة ممارسة السلطة القضائية باسم الأمة التركية » كما تنص على السلطة القضائية صراحة في للدول الإفريقية دساتير جمهوريات إفريقيا الوسطى والسنغال والكاميرون والنيجر وجابون وساحل العاج وغينيا وفولتا العليا . كما تأخذ معظم دساتير الدول الآسيوية بأن القضاء سلطة مستقلة ومن ذلك الهند واليابان وأفغانستان .

(٢) من ذلك دساتير المغرب والكويت والمملكة الأردنية الهاشمية والجمهوريات التونسية والبنانية والعراق وسوريا ومصر .

القضائية» (١) . أما جمهوريات الصين الشعبية فإنه على الرغم مما قد يتبادر من ظاهر بعض نصوص دستورها أن القضاء سلطة تظلم بها المحاكم الشعبية ، فإن سيطرة الهيئات النقابية والحزب على أعمال المحاكم لا يترك شكاً في أن القضاء لا يعد سلطة على أى وجه (٢) .

المدعى العام الاشتراكي

٥٨٠ - نص دستور جمهورية مصر العربية لأول مرة في الفصل السادس من الباب الخامس على وظيفة « المدعى العام الاشتراكي » وناط به مسئولية

(١) المبدأ العام في دول الكتلة الشرقية كافة مع تفاوت بسيط في التفاصيل - هو اختيار القضاة بطريق الانتخاب . ولا يقف دور غير المتخصصين في هذه الدول عند حد انتخاب القضاة وإنما يتجاوزهم إلى المساهمة في أعمال القضاء . وقد اعتبرت هذه المساهمة مظهراً من مظاهر « الوظيفة التثقيفية للقضاء » educational function . وتتحول التجمعات الانتخابية في الاتحاد السوفيتي electoral colleges حق إلغاء تمييزات القضاة قبل انتهاء مدد وظائفهم . وفي ألمانيا الشرقية تلزم المحاكم بأن ترد على نقد الممثلين المحليين للشعب خلال أربعة أسابيع . وهذا الانتقاص من استقلال القضاء أمر مستخلص من فكرة إمكان محاسبة المحاكم أمام الشعب answerability to the people - الدكتور محمد عصفور في مقاله السابق .

(٢) ووجهة نظر الماركسية والمشايبين لها كما سبق أن ذكرت ، سواء في الاتحاد السوفيتي أو أوروبا الشرقية أو الصين - توجب النظر إلى القانون والسياسة كوجهين لعملة واحدة لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر وأنه يجب على القانون أن يخدم السياسة ، ونأسيماً على هذا يمتين أيضاً أن يعتبر القضاء هو الآخر سياسياً ، فلا يكفي بأن يكون رجال القضاء من الحزب وإنما يجب أن يخضع القضاء كله لتوجيهات الحزب . وزيادة في الاطمئنان يجب أن يكون تشكيل المحاكم من الشعب العامل إذ لا يهم انخفاض مستوى الكفاية الفنية ل هؤلاء العاملين بالقضاء طالما أنهم يتخذون موقفاً صلباً وحاسماً . وهذا هو السبب في المنحى الذي اتخذه الإصلاح القضائي في الصين الذي أجرى عام ١٩٥٢ حيث أكره معظم رجال القانون التقدمي على أن يعملوا في مجالات غير قانونية بل وأكره بعضهم على أن يعملوا سائقين بحرون العربات . ولقد قال لينين منذ زمن بعيد « إن المحكمة هي أداة البروليتاريا والطبقات العاملة » . وما كان يجري في الاتحاد السوفيتي يجري اليوم في جمهورية ألمانيا الديمقراطية ، فقد أكد النائب العام السابق ضرورة التزام المحاكم بمبدأ الحزبية Partyness فقال « يجب أن تعكس الأحكام القضائية الرغبة في تنفيذ أوامر حزب الطبقة العاملة والحكومة . ولم تعتبر وزيرة العدل « هيلدا بنيامين » مبدأ الشرعية حقبة في تفسير القوانين على أساس الحزبية لأن الشرعية والحزبية يتحدان عندئذ في وحدة دياكتيكية - أنظر في تفصيل هذا الموضوع ، محمد عصفور ، سيادة القانون ١٩٦٧ ص ١٦٧ - ١٨٠ وراجع ما قلناه عن الشرعية في الفكر الاشتراكي ص ٦٤٧ - ٦٥٢ .

اتخاذ الإجراءات التي تكفل تأمين حقوق الشعب وسلامة المجتمع ونظامه السياسي والحفاظ على المكاسب الاشتراكية والزام السلوك الاشتراكي ثم لحال إلى القانون في بيان اختصاصاته الأخرى وفي خضوعه لرقابة مجلس الشعب (م ١٧٩) . وكان قد صدر في ١٠ يونيو ١٩٧١ ، القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب (١) ونص في مادته الخامسة على أن « يتولى الادعاء في قضايا فرض الحراسة مدع عام بدرجة وزير ويكون تعيينه وإعفاؤه بقرار من رئيس الجمهورية » (٢) . وواضح من صياغة أحكام قانون تنظيم فرض الحراسة أنه لم يوضع من أجل الترخيص في فرض الحراسة وتوسيع نطاقها ، ولكنه وضع لمواجهة الحالات التي تلتفت أنظار الناس بضخامة المال الحرام فيها وندرة المخاطر الجسيمة التي تحيق بأمن الوطن وسلامته . واتصالاً بهذا المعنى ، ولحسامة الفعل أو الأفعال التي حددها المشرع وأجاز فيها فرض الحراسة على المال ، ولخطورة الحراسة على المال وما قد تستتبعه من مصادرة المال لصالح الشعب ، فقد ناط في المادة الخامسة الادعاء في قضايا فرض الحراسة إلى مدع عام في درجة وزير يكون تعيينه وإعفاؤه بقرار من رئيس الجمهورية (٣) . وتقول المذكرة

(١) وقد نشر بالعدد ٢٤ من الجريدة الرسمية في ١٧ يونيو ١٩٧١ .

(٢) وكان قد صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٩١٨ لسنة ١٩٧١ في ٨ يونيو ١٩٧١ بتعيين السيد الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي مدعياً عاماً بدرجة وزير وهو أول من يشغل هذا المنصب ، ونشر هذا القرار في العدد السابق من الجريدة الرسمية .

وأشير بهذه المناسبة إلى أن أول قضية قام المدعي العام الاشتراكي بتحقيقها والمراقبة فيها كانت القضية رقم ١ لسنة ١٩٧١ أمن دولة عليا التي اتهم فيها بعض الوزراء بجرمة الخيانة العظمى كما اتهم آخرون منهم نائب رئيس جمهورية سابق بالاشتراك معهم في ارتكابها وحوكوا أمام محكمة ثورة برياسة السيد / حافظ بدوي رئيس مجلس الشعب وعضوية المستشار بدوي حمودة رئيس المحكمة العليا والسيد / حسن التهامي مستشار رئيس الجمهورية وصدر الحكم بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٧١ . كما أن أول قضية حراسة قدمت لمحكمة برياسة نائب رئيس محكمة النقض بطلب فرض الحراسة على أموال أحد عشر متهماً من أذانتهم محكمة الثورة وترافع فيها المدعي العام الاشتراكي ولما يصدر الحكم فيها .

(٣) والمدعي العام يمكن تسميته بأنه « محامي الشعب » - فتمتع تصرفات وأفعالها بأنها بعض الأفراد قد لا تندرج تحت طائلة القانون العام . مثل هذه التصرفات والأفعال لو تركت بوضعها الحال قد لا يستطيع النائب العام أن يجد لها حلاً ، وهي في نفس الوقت تمس مصلحة

الإيضاحية في هذا الشأن ما يلي « والمشروع بهذا يضيف إلى الضمانات القانونية والقضائية التي استنها ليحقق بها التوازن بين حماية الوطن وأمنه السياسي والاجتماعي والاقتصادي ومكاسب المجتمع الثورية والاشتراكية ، وبين حرية المواطن وأمنه . . . ويضيف إلى هذه الضمانات ضماناً آخر في شخص من يتولى الادعاء في مثل هذه القضايا . ولقد رأى المشروع أن وجود مثل هذا الشخص ليسهر على حماية مكاسب الشعب الاشتراكية ودفع كل افتئات عليها وعلى أمن الوطن وندرة المخاطر عنه ، أمر تفرضه ضرورة استمرار الثورة وتعميق قيمها ومفاهيمها وحماية مقدراتها ومكاسبها ويفتح الطريق لإمكان تقنين سليم للثورة يستمد أصوله من الواقع والحياة » . ويبين من القانون أن المدعي العام الاشتراكي يمارس كافة صلاحيات النائب العام في حدود اختصاصاته الواردة في الدستور وفي القانون وما قد يرد منها في القانون الذي أحال إليه الدستور في بيان اختصاصاته الأخرى ، وأدل أن تقدم الحكومة في أقرب وقت إلى مجلس الشعب بمشروع قانون متكامل ينظم ويحدد مهام المدعي العام وطبيعة منصبه بحسبانه « محامي الشعب » كما يبين طريقة خضوعه لرقابة مجلس الشعب لاتساع نطاق الاختصاصات الموكولة إليه وخطورة تلك الاختصاصات لمساسها بأمن المواطنين وحياتهم وأموالهم (١) .

= جوهرية من مصالح الشعب ، وقد تمس مبدأ من مبادئنا السياسية أو الاقتصادية وفي هذه الحالة فإن المدعي العام أو محامي الشعب هو الذي يتولى الادعاء في هذه المسائل ويتصرف فيها . وكان يتعين - في رأيي - أن يثبت ارتكاب الشخص أياً من هذه التصرفات أو الأفعال لتفرض الحراسة عليه ولا يكفي بقيام دلائل جديده على ارتكابه إيها ، كما أستصوب أن يختار المدعي العام الاشتراكي من كبار رجال القضاء الذين اکتسبوا خبرة من التحقيقات وتمرسوا بوزن الدليل لضمان تحقيق العدالة بصورة أوفى بين المواطنين وخطورة السلطات الموكولة إليه على الحريات والأموال .

(١) تنص المادة ٨ من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ على أن والمدعي العام أن يأمر بالتحفظ في مكان أمين على الأشخاص المشار إليهم في المادة الثانية من هذا القانون . . . وهؤلاء الأشخاص هم الذين يجوز فرض الحراسة على أموالهم كلها أو بعضها لدره خطرهم على المجتمع إذا قامت دلائل جديده على إتيانهم أفعالاً من شأنها الإضرار بأمن البلاد من الخارج أو الداخل أو بالمصالح الاقتصادية للمجتمع الاشتراكي أو بالمكاسب الاشتراكية للفلاحين والعمال أو إفساد الحياة السياسية في البلاد أو تعريض الوحدة الوطنية للخطر . وتنص المادة ٦ على أن يتولى المدعي العام إجراءات التحقيق السابقة على تقديم الدعوى إلى المحكمة المختصة بفرض الحراسة ويكون له في سبيل ذلك كافة الاختصاصات المقررة لسلطات التحقيق في قانون الإجراءات الجنائية كما له أن يكلف مأورى الضبط القضائي أو أية جهة أخرى بجمع =

الحراسة قبل صدور القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١

٥٨١ - كانت الحراسة قبل صدور القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ تفرض

- الاستدلالات وأن يطلب من النيابة العامة أو أية جهة أخرى إجراء تحقيق في واقعة معينة تتعلق أو تتعلق بالادعاء وموافاته بنتيجة التحقيق فيها . وعلى المدعى العام تقسيم النحرى إلى المحكمة المختصة بفرض الحراسة في ميعاد لا يتجاوز ستين يوماً من تاريخ أمره بمنع الشخص من التصرف في أمواله وإدارتها وإلا اعتبر الأمر كأن لم يكن (م ٧) . والمحكمة المختصة بالفصل في دعوى فرض الحراسة تشكل بقرار من رئيس الجمهورية برئاسة أحد نواب رئيس محكمة النقض وعضوية ثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف وثلاثة من المواطنين المشتغلين بالمهنة أو الصناعة أو العمل الأساسى الذى يعول عليه المطلوب فرض الحراسة عليه يختارون من كشوف تعدها مقدماً جهات يحددها وزير العدل وتعتمد تلك الكشوف بقرار من . وينص في الحكم الصادر بفرض الحراسة على تقرير نفقة المفروضة عليه الحراسة وأسرته ومن يعولهم فعلا ولو كانوا بالتبني ويجوز بدلا من تقرير النفقة استثناء بعض الأموال من الخضوع للحراسة تترك للخاضع حرية استغلالها والتصرف فيها (م ١٧) . ويتربط على الحكم بفرض الحراسة رفع يد الخاضع عن إدارة المال المفروضة عليه أو التصرف فيه ، ويقع بإطلا كل تصرف يجريه الخاضع بعد صدور الحكم بشأن المال الذى فرضت عليه الحراسة أو خلال مدة المنع من التصرف المنصوص عليها في المادة (٧) . والأحكام التى تصدرها المحكمة نهائية ولا يقبل الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن ، ومع ذلك يجوز لمن فرضت الحراسة على أمواله ولكل ذى شأن يمد مرور سنة من تاريخ صدور الحكم بفرض الحراسة أن يتظلم منه أو من إجراءات تنفيذه بطلب يقدم إلى المدعى العام الذى عليه أن يقدم هذا التظلم للمحكمة مشفوعاً برأيه كتابة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه إليه . وتفصل المحكمة في التظلم إما برفضه واستمرار الحراسة ، وإما برفع الحراسة عن كل أو بعض المال المفروضة عليه . والمفروض عليه الحراسة ولكل ذى شأن ، إذا رفض تظلمه ، أن يتقدم بطلب جديد كلما انقضت سنة من تاريخ الحكم بالرفض . وتنقضى الحراسة في جميع الأحوال بانقضاء خمس سنوات على تاريخ صدور الحكم بفرضها كما تنقضى بوفاة الشخص المفروضة عليه الحراسة . والمدعى العام بعد صدور الحكم بفرض الحراسة وخلال المدة المنصوص عليها في الفقرة السابقة أن يطلب من المحكمة الحكم برفع الحراسة أو بأن تصدر لصالح الشعب كل أو بعض الأموال التى آلت إلى الشخص المفروضة عليه الحراسة بسبب من الأسباب المنصوص عليها في المادتين الثانية والثالثة من القانون (م ٢٢) . ويجوز لرئيس الجمهورية إلغاء الحكم بالمصادرة بناء على طلب المدعى العام أو ذوى الشأن إذا قامت ظروف تبرر ذلك (م ٢٣) .

وغنى عن البيان أن أنهى إلى أن القانون المذكور لا ينظم الحراسة بصفة عامة لأن الحراسة منتظمة في القانون المدنى ولها معناها وضوابطها في القانون الخاص ، وإنما موضوع هذا القانون هو الحراسة التى كانت تفرض بقرار من السلطة التنفيذية وعلى أساس من السلطات المخولة لها بمقتضى قانون الطوارئ والقوانين التى تتناول بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة لهنتقل بهذا النوع من الحراسات من مجال السلطات الإدارية ليضسه في أمانة القضاء داخل ضوابط قانونية تعطيه الصلاحية لكونه يحول للتطبيق من جانب هيئة قضائية وإن كنت أرد -

بقرار من السلطة التنفيذية بموجب السلطات المخولة لها في قانون الطوارئ والقوانين التى تتناول بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة . والكلام عن الحراسة الإدارية يتجاوز نطاق هذا البحث إلا أننى أجد من المناسب هنا أن أعرض في إيجاز للخطوط العامة لتلك الحراسة لتبيان أوجه الشبه والاختلاف بين أحكامها وأحكام الحراسة التى تضمنها القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ .

ولعل أهم ما استحدثته هذا القانون هو عدم جواز إخضاع أموال الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين لتدابير الحراسة إلا بحكم قضائى وفى الحالات الواردة به ووفقاً للضوابط المنصوص عليها فيه ، وإلغاء إجراءات فرض الحراسة التى كانت مخولة لرئيس الجمهورية في قانون أمن الدولة رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ و ٥٠ لسنة ١٩٦٥ وغيرها من القوانين الاستثنائية وأضحى فرض الحراسة طبقاً للقانون الجديد من اختصاص المحكمة التى تشكل لهذا الغرض (م ٢٦) . ومن الجلى أن هذا القانون لا يشمل حالات الحراسة السابقة على صدوره وسريانه لأنه ليس بذى أثر رجعى (١) .

هذا وكانت المادة الثالثة من القانون ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن التدابير الخاصة بأمن الدولة ، والمُلغاة بالقانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ ، تجزئ لرئيس الجمهورية أن يفرض الحراسة بقرار من على أموال وممتلكات الأشخاص الذين

- لو لم تدخل في تشكيلها عناصر غير قضائية لما سبق أن أوردته بشأن مساوى القضاء الشعبى ولهتان القول بوجود توفير نوع من الرقابة الشعبية على القضاء بوجود ممثلين للشعب داخل الجهاز القضائى لأن هذا النظام يتعارض مع ظروفنا وبيئتنا وتقاليدنا ومع استقلال القضاء كسلطة على ما أسلفت .

(١) وقد طالب بعض أعضاء مجلس الشعب بضرورة القضاء فوراً على التفرقة في المعاملة بين فريقين من المواطنين ، وتمشياً مع مبدأ تكافؤ الفرص . وقد وافق مجلس الوزراء بمجلسه ٢٢ يونيو ١٩٧١ على مشروع قانون يقضى بتصفية الحراسات القديمة خلال سنة من تاريخ صدوره . وبما حذا لو أعادت الدولة إلى الأشخاص الذين لم توزع أراضيهم الزراعية على الفلاحين حتى الآن خمسين فداناً وهو الحد الذى يسمح به قانون الإصلاح الزراعى ولا سيما إذا لم تكن لهؤلاء الأشخاص موارد أخرى يتمشون منها وخصوصاً أن الحراسة فرضت عليهم من السلطة التنفيذية في ظروف بالغة القسوة ودون اتهامات جديّة ولم يواجهوا بما نسب إليهم بله أن يمكنوا من الدفاع عن أنفسهم . هذا فضلاً عن أن اشتراكنا أصمى من أن يكون سلب المال أسلوباً من أساليب تطبيقها . وقد اشتد عود القوانين الاشتراكية وأصبحت قادرة على حماية نفسها بنفسها دون أى إجراء استثنائى كالحراسة التى لا تستخدم إلا كإجراء وقائى ضد الأعداء في حالة الحرب ، وكان حرياً بالضرورة أن تلجأ إلى التأميم لإحداث التغييرات الاجتماعية إذ به يصدر قانون يتضمن قواعد عامة ومجردة وتتحقق به المساواة بين من تتوافر فيهم الشروط الموضوعية التى يقرها القانون .

يأتون أعمالاً بقصد إيقاف العمل بالمنشآت أو الإضرار بمصالح العمال ، أو تتعارض مع المصالح القومية للدولة . ومن ثمة كان لرئيس الجمهورية حتى فرض الحراسة استناداً إلى تلك المادة ولو لم تعلن حالة الطوارئ بمقتضى القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون ٦٠ لسنة ١٩٦٨ . وبتاريخ ٢٤ مارس ١٩٦٤ صدر القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ منياً الحراسة التي فرضت على الأشخاص الطبيعيين وأقرن رفع الحراسة بتأميم أموال هؤلاء الأشخاص نظراً تعويض حدده القانون بحد أقصى قدره ثلاثون ألفاً من الجنيهات (١) . ثم صدر القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٥ ونص في مادته الأولى على أن لرئيس الجمهورية استخدام الحق المخول له في المادة الأولى من القانون ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بالنسبة إلى أى شخص من الذين سبق لسلطات الضبط والتحقيق ضبطهم أو التتبع عليهم في جرائم التآمر ضد أمن الدولة والجرائم المرتبطة بها والتي تم اكتشافها في الفترة ما بين أول مايو ١٩٦٥ إلى آخر سبتمبر ١٩٦٥ ، وله أن يطبق في شأنهم التدابير الخاصة بوضع أملاكهم وأموالهم تحت الحراسة . ويبين من ذلك أن الحراسات التي فرضت قبل صدور القانون الجديد بتنظيم فرضها قامت كلها على قانون الأحكام العرفية وقانون الطوارئ وقوانين الأمن . فالمادة ٤/٣ من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون ٦٠ لسنة ١٩٦٨ بشأن حالة الطوارئ (وهي لا تزال قائمة لم يلغها القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١) تنص على أن « لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يتخذ بأمر كتابي أو شفوي إجراءات الاستيلاء على أى منقول أو عقار والأمر بفرض الحراسة على الشركات والمؤسسات ، وكذلك تأجيل الديون والالتزامات المستحقة والتي تستحق على ما تستولى عليه أو على ما تفرض عليه الحراسة » (٢) . وغنى عن البيان أن أشير إلى أن

(١) من الغريب أنه في الوقت الذي طبق فيه هذا القانون على المصريين من أبناء هذا الوطن واعتبرت أملاكهم آلت إلى الدولة حولت الدولة إلى الرعايا البريطانيين والفرنسيين والاسرائيليين الذين اشتركوا في عدوان ١٩٥٦ أموالهم بالسعر الرسمي وبالعملة الصعبة بواقع ٦٥ ٪ أي ما يوازي ١٣٠ ٪ من قيمتها بالعملة المصرية ، كما فعلت نفس الشيء بالنسبة للبلجيكين والبنانيين والسعوديين والإيطاليين وكذلك اليهود من رعايا دول أجنبية .

(٢) ومن الواضح أن هذه المادة نصت على حق رئيس الجمهورية في فرض الحراسة على الشركات والمؤسسات ولكنها لم تنص على حقه في فرض الحراسة على الأفراد أو الأشخاص =

الأغلب الأعم من إجراءات فرض الحراسة منذ عام ١٩٥٦ وحتى صدور القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ إنما نجمت عن نزوات أو وشايات شخصية أو اعتبارات تعسفية خرجت بها عن نطاق دواعيها والحكمة منها بل عن دائرة العدالة الاجتماعية ومجال الشرعية الاشتراكية ذاتها (١) .

الرفع الخاضع للحراسة من التصرف في أمواله

٥٨٢ - يترتب على الحكم بفرض الحراسة رفع يد الخاضع عن إدارة

= الطبيعيين وهكذا يكون الأمر ١٣٨ لسنة ١٩٦١ الصادر بفرض الحراسة قد تجاوز ما نص عليه القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ ومن ثم فإنه يعتبر باطلاً . وحينما صدر دستور ١٩٦٤ كان من المتعين تصفية نظام الحراسات وردد الأموال والممتلكات إلى أصحابها في حدود ما نص عليه الميثاق ، غير أن مراكز القوى في ذلك الوقت رأت أن غير تصفية للحراسات هي مصادرة الأموال بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ الذي صدر قبل انعقاد مجلس الأمة مباشرة وأرى أن هذا القانون قد جاء مخالفاً للدستور بل لجميع المبادئ الدستورية التي أجمت على حماية الملكية الخاصة . وإذ ينص دستور مصر الدائم على حماية الملكية الخاصة مسترشداً في ذلك بالميثاق الذي سبق صدور هذا القانون ، فإنه أرى أن هذا القانون يكون قد صدر باطلاً ويتعين إلغاؤه وإلغاء كل ما ترتب عليه من آثار وأوامر أو قرارات . ولقد أباح هذا القانون مبدأ استثناء البعض من أحكامه دون أن يكون لهذا الاستثناء قاعدة عامة ، وقد صدرت بناء على ذلك عدة قرارات استثنيت عدداً كبيراً من المواطنين من الخضوع لأحكامه ، ومنها على سبيل المثال القرارات ٨٩ ، ١٩٠ ، ٣٣١ ، ٥٢٩ ، ٦٤٥ ، ٩٢٩ ، ٩٣٠ ، ٩٩٨ ، ١٦٦٣ ، ١٧٨٦ ، ٤٧٧٢ لسنة ١٩٦٦ ، القرار ٩٢٩ لسنة ١٩٦٧ والقرارات ٩٦ ، ١٤٣ ، ٧٠٠ ، ٧٠١ ، ٩٦٩ لسنة ١٩٦٨ والقرار ١٧٩ لسنة ١٩٧٠ والقرار ١٥٦ لسنة ١٩٧١ . وقد تضمنت هذه القرارات التي ذكرت على سبيل المثال عدداً كبيراً من الأسماء مما يجعل مثل هذا القانون فاقداً لشرط أساسي من الشروط العامة للقوانين وهي أن تكون عامة وشاملة . كذلك فإن القرار ٩٣٠ لسنة ١٩٦٧ الذي قرر رفع الحراسة عن الخاضعين بالتبعية وردد أموالهم حدد ردها حيناً ما لم يكن قد تم التصرف فيها وما لم يكونوا قد تلقوها عن الخاضع الأصلي . وقد أثار هذا القرار إشكالات وتناقضات لا حصر لها سواء من ناحية إثبات تلقى الأموال عن الخاضع الأصلي أو من حيث احتساب القيمة أو من حيث الاعتماد بالتصرف وهل هو تصرف ناقل للملكية أو غير ناقل لها ؟

هذا وكانت المادة ٣ مكرراً تجيز لمن فرضت الحراسة على أمواله طبقاً للمادة الثالثة ولكل ذي شأن أن يتظلم من أمر فرض الحراسة أو من إجراءات تنفيذه إلى محكمة أمن الدولة العليا التي تفصل في التظلم بتأييد الأمر أو إلغاؤه أو تعديله . ولا يكون قرار المحكمة نافذاً إلا بعد التصديق عليه من رئيس الجمهورية . ويجوز لمن رفض تظلمه أن يتقدم بتظلم جديد كلما اقتضت ستة أشهر من تاريخ الرفض .

(١) وليس بعيداً عن الأذهان الإجراءات التي اتبعتها لجنة تصفية الإقطاع في فرض الحراسة والتي تنمى عن كل عدالة أو قانون وهو ما يستتبع إعادة النظر فيها بمعرفة القضاء .

المال المفروضة عليه أو التصرف فيه . ويقع باطلا كل تصرف يجريه الخاضع بعد صدور الحكم بشأن المال الذي فرضت عليه الحراسة أو خلال مدة المنع من التصرف المنصوص عليها في المادة السابعة من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ (م ٢١) ، وكان هذا هو الشأن أيضاً في الحراسة الإدارية قبل صدور هذا القانون . وهذا الحظر وذلك المنع لا يتضمنان سلباً لأهلية الخاضع للحراسة أو نقصاً بها ، وإنما هو منع له من مباشرة الأعمال المشار إليها ومنها حق التقاضي لأسباب اقتضتها مصلحة الدولة ، وهو حجز على أمواله مقيّد من سلطته عليها فيباشرها نيابة عنه الحارس المعين طبقاً للقانون (١) .

وقد عهد القانون في المادة ١٩ بالإشراف على أعمال الحراسة إلى أحد الوزراء يصدر بتعيينه قرار من رئيس الجمهورية وله أن يستعين في إدارة الأموال المفروضة عليها الحراسة بإحدى الوزارات أو المصالح أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو الوحدات التابعة لها . ويلتزم الوزير المعهود إليه بالحراسة بواجبات الحارس المنصوص عليها في القانون المدني وكذلك الواجبات الخاصة التي يقررها الحكم الصادر بفرض الحراسة في كل حالة على حدة . ومن ثم يتعين على الحارس مأجوراً كان أو غير مأجور ، طبقاً للمادة ١/٧٣٤ مدني ، أن يبذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على أموال الحراسة وفي إدارتها . وبهذا النص أناب المشرع الحارس نيابة قانونية في إدارة أموال الأشخاص الخاضعين للحراسة والموضوعة في حراستهم وما يستتبع ذلك من حق التقاضي فيما ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات . ويعود حق التقاضي للأشخاص الطبيعيين بمجرد رفع الحراسة عن أموالهم وممتلكاتهم إعمالاً للقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ من يوم العمل به في ٢٤ مارس ١٩٦٤ دون أن يؤثر في ذلك أيلولة ملكية هذه الأموال والممتلكات إلى الدولة مقابل التعويض الإجمالي المقرر في المادة الثانية منه ، ولا ما تقرره المادة الأولى من القرار الجمهوري رقم ١٨٧٦ لسنة ١٩٦٤ من استئزال جميع الديون من صفاتي قيمتها .

(١) نقض ٢٧ مايو ١٩٦٥ من ١٦ من ٦٣٣ ونقض أول فبراير ١٩٦٦ من ١٧

ذلك أن المادة الثانية من القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ إذ تحدد لمن كان خاضعاً للحراسة التعويض عن أمواله وممتلكاته وقت فرضها بمبلغ إجمالي قدره ثلاثون ألف جنيه ما لم تكن أقل قيمة ، فإن لازم ذلك قيام صفة من كان خاضعاً للحراسة في الدفاع عن حقه في الدعوى المقامة ضده بطلب دين عليه ، ومدير الأموال والممتلكات التي آلت إلى الدولة لا يمثل بل يمثل الدولة ولا شأن له بهذا النزاع فلا يجوز اختصامه في الدعوى المرفوعة بالمطالبة بالدين وإنما يكون للدائن أن يتقدم بدينه لذلك المدير ليصدر قراراً بشأن قبول أدائه أو رفضه (١) على ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القرار الجمهوري رقم ١٨٧٦ لسنة ١٩٦٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه « متى كان التوكيل قد صدر صحيحاً من الحارس على الشركة بما له من صفة في تمثيلها وقت صدوره ، فإن انتهاء الحراسة وزوال صفة الحارس في مرحلة لاحقة لصدور ذلك التوكيل لا يؤثر في صحته لأنه يعتبر صادراً للتوكيل من الشركة باعتبارها شخصاً معنوياً . ولا يبطل الإعلان كونه قد تضمن اسم الحارس كمثل الشركة طالبة الإعلان بعد زوال صفة في تمثيلها برفع الحراسة عنها ذلك أن الإعلان متى وجه من الشركة فإنه لا يعيبه ما وقع فيه من خطأ في اسم الممثل الحقيقي لها وقت إجرائه » (٢) .

٧ - التشريع La loi

٥٨٣ - يعرف العمل التشريعي من الزاوية المادية الموضوعية ، بأنه العمل الذي يتسم بطابع العمومية ، بالمقابلة للعمل الإداري ذي الطابع الفردي .

(١) نقض ١٥ يناير ١٩٧٠ من ٢١ من ١٠١ .

(٢) توجب المادة ٢٠ / ٥ من القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ على دائي الخاضع للحراسة إخطار الجهة القائمة على الحراسة بدينه مقداراً وسبباً وأن يقدم سنداً خلال ستين يوماً من تاريخ نشر الحكم بفرض الحراسة في الجريدة الرسمية وإحدى الجرائد اليومية وإلا سقط حقه في المطالبة بالجهة القائمة على الحراسة به .

(٣) نقض ٤ يناير ١٩٦٢ من ١٣ من ٤٢ ونقض ٢٣ مايو ١٩٦٣ من ١٤ من ٧٣٦ .

وقد ينظر إليه من الزاوية الشكلية والعضوية ، فيعرف بأنه العمل الصادر من السلطات التي خولها الدستور حق التشريع ، وفقاً للإجراءات والأشكال المبينة به . ويعول الفقه والقضاء ، بصفة أساسية ، على الضوابط الشكلية والعضوية في تعريف التشريع ، بعد أن كان الرجحان فيما مضى للمعيار الموضوعي .

ويعتبر من قبيل التشريع ، القوانين الصادرة من مجلس الشعب بناء على سلطته التشريعية المخولة له في المادة ٨٦ من دستور سبتمبر ١٩٧١ ، وذلك وفقاً للإجراءات المبينة بالمواد ١٠٩ و ١١٠ و ١١١ من الدستور ، سواء تعلق القانون بحالات عامة أو نظم حالة فردية بالذات . كما أن السلطة التنفيذية كثيراً ما تتولى في أوقات إدماج السلطات ، صلاحية التشريع . وقد تمنح الدساتير السلطة التنفيذية ، في غير حالات إدماج السلطات ، الحق في إصدار القوانين العادية . من ذلك ما نصت عليه المادة ١٢٠ من دستور مارس ١٩٦٤ والمادة ١٠٨ من الدستور القائم من أن لرئيس الجمهورية في الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة (الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه) أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة ، وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها . وتعد هذه القرارات بقانون ، التي يصدرها رئيس الجمهورية بتفويض من المجلس النيابي ، من قبيل التشريعات ولو أنها غير صادرة من السلطة التشريعية .

٥٨٤ - وتعتبر المعاهدات من مصادر الشرعية ، إذ أنها بعد التصديق عليها تصبح جزءاً من القانون الداخلي للدولة . وقد نصت المادة ١٥١ من دستورنا الجديد على أن « رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان ، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة . على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الموازنة ، تجب موافقة مجلس الشعب عليها » . ومرتبة المعاهدات مماثلة للتشريع وفقاً للدستور المصري ، وإن كانت

بعض الدساتير ، مثل الدستور الفرنسي ، تضعها في مرتبة تسمو على التشريع (١) .

٥٨٥ - ويوضع التشريع ، بالمعنى المتقدم ، في مرتبة أدنى من الدستور ، ويعلو على كافة أعمال السلطة التنفيذية . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن « القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف دستوراً قائماً أو خرج عن روحه ومقتضاه ، ومرد ذلك إلى أن الدستور - وهو القانون الأعلى فيما يقرره - لا يجوز أن يهدره قانون أو أداة أدنى » (٢) .

الرقابة على دستورية القوانين

٥٨٦ - استقر القضاء المصري على حقه في فحص دستورية القوانين في حالة مخالفتها للدستور نصاً أو روحاً ، ولكنه لا يحكم بإلغاء القانون إذا ما طلب منه ذلك في دعوى أصلية ، وإنما ينحصر دور القضاء ، إذا ما دفع أمامه بعدم دستورية قانون بمناسبة نزاع معروض عليه ، في الامتناع عن تطبيق التشريع غير الدستوري ، وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا « وغنى عن البيان أنه ليس في القانون المصري ما يمنع القضاء من التصدي لبحث دستورية القوانين ما دامت رقابته لهذه الدستورية تجد حدها في نطاق تطبيق أو استبعاد تطبيق القانون دون الحكم بإلغائه أو وقف تنفيذه » (٣) . ثم انتقل حق الرقابة على دستورية القوانين للمحكمة العليا الصادر بها قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ على الوجه الذي سنيته تفصيلاً عند الكلام عن هذه المحكمة .

ولا يدخل في مفهوم الرقابة على دستورية القوانين ، تحقق المحاكم من استيفاء التشريع لشروطه الشكلية وإجراءاته المبينة بالدستور ، كأن تتحقق المحاكم من موافقة مجلس الشعب على القانون ، أو من إصدار رئيس الجمهورية له . فالأمر هنا يتصل بالوجود المادي للتشريع ، وليس بدستوريته . ونرى أنه ما زالت جهات القضاء المختلفة مختصة بالتحقق من هذه الشروط ، ولها أن تمتنع عن تطبيق التشريع غير المستوفى لها ، دون حاجة إلى تدخل المحكمة العليا .

(١) محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص ٣١ و ٢٢ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ، ١٢ يولي ١٩٥٨ ، ص ٢ من ١٣٣٥ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا ، ١١ إبريل ١٩٦٤ ، مجموعة أبو شادي ، ص ٢٢٣ .

٨ - اللوائح ^(١) Les règlements

٥٨٧ - القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية قد تكون قرارات تنظيمية تضع قواعد عامة مجردة ، وقد تكون قرارات فردية تخص حالة معينة بالذات ، ويطلق على القرارات الأولى اصطلاح اللوائح . وأنواع اللوائح مختلفة متعددة نذكر من بينها لوائح الضرورة واللوائح التنفيذية ^(٢) واللوائح المستقلة ^(٣) . وتعد اللوائح وفقاً للمعيار العضوي أو الشكلي من قبيل الأعمال الإدارية نظراً لصدورها من سلطة إدارية . ولكنها تعتبر من الأعمال المشرعة **actes-règles** ، حسب المعيار المادى الموضوعى إذ تتضمن قواعد عامة مجردة ، شأنها في ذلك شأن التشريع .

واللوائح مصدر من مصادر المشروعية ، سواء تلك الصادرة من السلطة المركزية لتطبق في كافة أنحاء الدولة ، أو تلك التي تصدرها الهيئات اللامركزية محلية كانت أو مصلحة .

(١) راجع ما قلناه عن اللوائح التنفيذية والتنظيمية ولوائح الضبط والأمن عند الكلام عن القواعد التشريعية الفرعية ص ٢٨٠ و ٢٨١ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن « إلغاء نظام قانونى معين ليستبدل به نظام قانونى جديد وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التي لا تتعارض مع النظام القانونى الجديد ، إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذاً للقانون القديم وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التي تتوافق مع القانون الجديد فإنها تبقى نافذة المفعول إلى ما بعد صدور القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغاء مثل هذه اللوائح . وإذ كان القانون الجديد لبلدية الإسكندرية رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ قد استبقى لبلدية الإسكندرية شخصيتها الاعتبارية العامة واختصاصها في تسيير النظام المالى للبلدية وحققها في تحصيل الإيرادات لمواجهة ما تؤديه من خدمات عامة للجهاير والإنفاق على المرافق العامة المنوط بها إدارتها وإلهاز الإدارى للمدينة ، فإن إلغاء الأمر العالى الصادر في سنة ١٨٩٠ بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ والمعدل بالقانون رقم ٢٤٠ لسنة ١٩٥٦ لا يستتبع إلغاء لوائح الإدارة العامة السابق صدورها في ظل الأمر العالى الملغى ومنها القرار بقرض رسوم بلدية على محل بيع الخمر الصادر في ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٢ إذ لا تنطوى أحكام القرار المشار إليه على ما لا يتوافق مع أحكام القانون الجديد ومن ثم يبقى قائماً حتى صدور قرار جديد بتعديله أو إلغائه » نقض ٢ يونيو ١٩٧٠ في الطعن ٥٢٣ سنة ٣٥ ق (لم ينشر بعد) .

(٣) أنظر Marcel Waline ، **Droit Administratif** ط ٨ سنة ١٩٥٩ ص ١١١

وما بعدها .

٥٨٨ - وتقع قرارات السلطة التنفيذية (تنظيمية كانت أو فردية) في مرتبة أدنى من التشريع في سلم التدرج الهرمى للقواعد القانونية . ومرد ذلك أن التشريع بحسبانه من عمل البرلمان التابع مباشرة من ضمير الأمة ، يعد تعبيراً مباشراً عن الإرادة العامة ^(١) . وبذلك يكون القاعدة العليا صاحبة السلطان ، التي يخضع لها الجميع والتي تستطيع أن تفعل ما تريد . اللائحة يجب إذن ألا تخالف التشريع ، سواء كانت المخالفة لنص من النصوص أو لأحد المبادئ الأساسية التي تعد أساساً للنصوص التشريعية ^(٢) . وقد قررت المحكمة الإدارية العليا ، بصدد قرار إدارى مخالف لقاعدة تشريعية ، أنه « لا يسوغ بقاعدة تنظيمية أدنى من الأداة التشريعية التي صدر بها هذا القانون الحد من إطلاق حكم نص المادة الأولى منه - فيما يتعلق بالمدة الباقية للموظف لبلوغ سن الإحالة إلى المعاش - بإضافة قيد لم يورده المشرع ذاته . . إذ أن هذا يكون حكماً تشريعياً جديداً لا تملكه الجهة الإدارية وينطوى على مخالفة مقصد الشارع » ^(٣) .

٥٨٩ - وتدرج القرارات الإدارية فيما بينها تدرجاً تسلسلياً ، فيخضع القرار الأدنى للقرار الذى يعلوه ، وإلا كان باطلاً . والتدرج قد ينظر إليه من زاويتين ^(٤) : فمن ناحية تنقيد القرارات الصادرة من سلطة معينة بالقرارات الصادرة من السلطات التي تعلوها . فتنقيد قرارات رئيس الوزراء بقرارات رئيس الجمهورية ، كما أن الأولى تنقيد قرارات الوزراء وهكذا . وهذه

(١) ريفيرو ، المرجع السابق ، ص ٥٥ .

(٢) عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ص ٤٤ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا ٢٣ مارس ١٩٦٣ ص ٨٨٥ ، وقد بين المفوض **Ettari** في تقريره في قضية **Union des voies ferrées et transports automobiles** أن اللائحة لا تستطيع إضافة شيء إلى التشريع ، ولكن هذا الإلزام يجب أن يفهم بصورة مقولة فكلمة هبطنا في تدرج القواعد القانونية كلما قلت درجة تجريد القواعد ، ومن هنا فإن اللائحة تفسيف بالضرورة إلى التشريع ويكون ذلك مشروعاً ولو تضمنت علاوة على المبادئ المنصوص عليها صراحة في التشريع ، تلك التي يحتمل بذورها ، حكم مجلس الدولة الفرنسى ٢٦ أبريل ١٩٢٩ - مجموعة سيرى سنة ١٩٣٠ ج ٢ ص ٥٠ .

(٤) ثروت بدوى ، تدرج للقرارات الإدارية ومبدأ الشرعية ١٩٦٨ - ١٩٦٩

ص ٢٩ وما بعدها .

القاعدة مستفزة في قضائنا الإداري . . . من المسلمات في فقه القانون أنه إذا صدرت قاعدة تنظيمية عامة بأداة من درجة معينة ، فلا يجوز إلغاؤها أو تعديلها إلا بأداة من ذات الدرجة أو من درجة أعلى ، (١) . وهذه القاعدة لا يرد عليها غير استثناء واحد يتعلق بالحقوق المكتسبة . فإذا صدر قرار فردي تولد عنه مركز قانوني ذاتي ، فلا تستطيع أي سلطة تعلو السلطة الأولى المساس بهذا المركز ، إذ لا يجوز المساس بالحقوق المكتسبة إلا بقانون على ما سبق أن ذكرنا . ومن ناحية ثانية تنقيد القرارات الفردية بالقرارات التنظيمية العامة السابقة عليها ، وذلك تنفيذاً للمبدأ القانوني الذي يقضي بمطابقة الإجراء الفردي للقواعد الموضوعية المجردة السابق وضعها (٢) . فإذا كانت القاعدة التنظيمية صادرة من سلطة أعلى من تلك التي صدر عنها الإجراء الفردي فمن الطبيعي التزام جهة الإدارة الدنيا باحترامها (٣) . ويسرى نفس المبدأ لو كان القرار الفردي صادراً عن نفس السلطة التي وضعت القرار التنظيمي ، وذلك وفقاً للقاعدة التي تقول « إلزم القانون الذي وضعته بنفسك souffre de la loi que tu as faite toi - même » . وتقرر المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد أن « القواعد التنظيمية العامة التي تصدر من يملكها كل مدير العام للمصنحة ، متسمة بطابع العمومية والتجريد ، تكون بمثابة اللائحة أو القاعدة العامة الواجبة الاتباع في صدد ما صدرت بشأنه ، فيلتزم بمراعاتها لا المرءوسون وحدهم ، بل الرئيس هو نفسه كذلك في التطبيق على الحالات الفردية ، طالما لم يصدر منه تعديل أو إلغاء لها بنفس الأداة ، أي بقرار تنظيمي عام مماثل » (٤) .

- (١) المحكمة الإدارية العليا ، ١٠ نوفمبر ١٩٥٦ - أبو شادي ص ٨١٨ و ٨١٩ .
 ونفس المعنى محكمة القضاء الإداري ١٦ يونيو ١٩٥٢ - مجموعة المجلس ، ص ٦ ص ٩٨٤ .
 (٢) دي لوبادير ، المرجع السابق ص ٢٠٦ و ٢٠٧ .
 (٣) أحكام محكمة القضاء الإداري : ٥ مايو ١٩٥٣ مجموعة المجلس ص ٧ - ٢ ص ١٠٥٤ و ١٣ مارس ١٩٥٣ نفس المجموعة ص ١١٥٧ وراجع الأحكام المبينة بهامش ١ و ٢ و ٣ مؤلف ثروت بدوي سالف الذكر ص ٨٤ .
 (٤) المحكمة الإدارية العليا ٥ نوفمبر ١٩٥٥ و ٢١ يونيو ١٩٥٨ مجموعة أبو شادي ص ٥٠١ و ٥٠٢ .

وتقيّد القرارات الفردية بالقرارات التنظيمية مبدأ عام يسرى ولو كان الإجراء الفردي صادراً من سلطة إدارية أعلى من الجهة التي وضعت القرار التنظيمي ، طالما أنها قد تصرفت في حدود اختصاصها القانوني (١) .

الرقابة على القرارات التنظيمية

٥٩٠ - رقابة القضاء على مشروعية القرارات التنظيمية تعطيه الحق في إلغاء القرارات الباطلة ، ولا يقتصر اختصاصه هنا على مجرد الامتناع عن تطبيقها ، كما هو الحال في رقابته على دستورية القوانين . ويكون إلغاء اللائحة بناء على طعن مباشر في شرعيتها يقدم في الميعاد القانوني ، فإذا انقضى الموعد دون طعن فلصاحب المصلحة أن ينتظر حتى تطبق عليه اللائحة بقرار فردي وعندئذ يطعن في القرار الأخير لا بقرانه على قرار تنظيمي غير مشروع (٢) .

(١) دي لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ - ثروت بدوي ، المرجع السابق ص ٩١ وما بعدها .

(٢) وعنى عن البيان أن القرار الإداري الذي لا تختص جهة القضاء العادي بإلغائه أو تأويله أو تعديله هو ذلك القرار الذي تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباطل عليه مصلحة عامة . « فإذا كانت دعوى الطاعن (مرشد) إنما تدور حول حلافة من علاقات القانون الخاص بينه وبين المطعون عليها بشأن ما يستحقه من أجر مقابل المساعدة التي يقوم بتقديمها للسفينة ، فإن القرار الذي أصدره مدير عام المصلحة بتقدير الأجر الذي يستحقه الطاعن عن هذه العلاقة لا يعد قراراً إدارياً يباشر به عملاً من أعمال السلطة العامة وليس من شأنه إنشاء مركز قانوني وكل ما يهدف إليه المشرع بالقانون ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ من تحويل مدير عام مصلحة الموانئ والمناظر إصدار هذا القرار هو مجرد إقامة وسيطاً بين المرشد والسفينة لتيسير النزاع بينهما في علاقة من علاقات القانون الخاص . ولذا تختص جهة القضاء العادي بنظر جميع المنازعات المتعلقة بالعلاقات التي يحكمها القانون الخاص ما لم يرد نص بانزاع هذا الاختصاص ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر قرار مدير عام المصلحة بتقدير أجر الطاعن عن مساعدة السفينة قراراً إدارياً ورتب على ذلك عدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه » - نقض ١٦ يونيو ١٩٧٠ في الطعن ١١٧ سنة ٢٧ ق (لم ينشر بعد) .

المبحث الخامس

التشريعات المانعة من التقاضي

٥٩١ - إختصاص القضاء الإداري في طعون الموظفين - شأنه في ذلك شأن كافة اختصاصاته - وإن كان محددًا في القانون على سبيل الحصر ، إلا أن النصوص التشريعية وتفسيرات القضاء لها جعلت المجلس يختص بمعظم تلك الطعون فلا يخرج عن ولايته إلا قدر ضئيل منها .

وكان من المفروض أن يزداد اختصاص القضاء لإداري اتساعاً بحيث يصبح صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية ، إلا أنه على عكس ذلك توالت الاستثناءات التشريعية لتورد قيوداً على اختصاص المجلس إما عن طريق إخراج بعض المسائل من اختصاص القضاء الإداري وإحالتها إلى جهات قضائية أخرى ، أو إخراجها كلية عن رقابة أية جهة قضائية ، ولا شك أن النوع الثاني من الاستثناءات هو أخطرهما وأشدها انتقاصاً لحق التقاضي ، حتى ولو رسم القانون طريقاً لتنظيم الإداري يمكن الالتجاء إليه ، لأن الضمانات التي تحققها الرقابة القضائية لا تتوافر في الرقابة الإدارية (١) ، وأعرض فيما يلي لبعض المسائل التي أخرجها المشرع كلية عن رقابة القضاء عموماً لأنها هي التي تهمننا في هذا البحث .

قوانين التطهير الصادرة في بداية الثورة

٥٩٢ - حينما قامت الثورة أرادت تثبيتاً لأقدامها في مستقبل عهدها ، أن تبعد عن مجال الخدمة العامة كل من تحوم حوله شبهات الانتماء إلى العهد السابق حتى لا يشكل عقبة في مسيرة الثورة . فسنت السلطة الثورية عدة قوانين لتحصين القرارات الصادرة بفصل طوائف معينة من الموظفين ضد الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ نذكر منها على سبيل المثال : المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ في شأن فصل الموظفين بغير الطريق التأديبي ، المادة ٣ من المرسوم بقانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن فصل رجال القضاء

(١) د . فزاد العطار ، مقال معنون « كفاءة حق التقاضي » مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العام الأول ص ٦٢١ وما بعدها .

الشرعي بغير الطريق التأديبي ، المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٥٢ بشأن فصل رجال إدارة قضايا الحكومة بغير الطريق التأديبي . وقد جاء نص المواد السابقة واحداً إذ قرر استثناء من أحكام المادتين ٣ و ١٠ من قانون مجلس الدولة لا يجوز الطعن بالإلغاء أو وقف تنفيذ القرارات الصادرة بالتطبيق لأحكام هذا القانون . وقد فسر القضاء هذا النص بأنه يحصن قرارات التطهير من الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ ولكن هذه الحصانة لا تشمل دعاوى التعويض (١) .

القرارات الجمهورية الصادرة بالأحالة إلى المعاش أو الاستبعاد أو الفصل من غير الطريق التأديبي (٢)

٥٩٢ - أدخل القرار بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ تعديلاً على نص المادة

(١) المحكمة الإدارية العليا ، ٣ نوفمبر ١٩٥٦ ، مجموعة أبو شادي ص ١٤٩٩ .
(٢) القاعدة العامة أن الفصل يوقع كعقوبة تأديبية إلا أن المادة ٧٠ / ٦ من القرار بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ بإصدار نظام العاملين المدنيين بالدولة حولت رئيس الجمهورية حق فصلهم في الأحوال التي يحددها القانون الخاص بذلك ولم يصدر هذا القانون بعد . ومثمة حالة نصت عليها المادة ١٦ من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ تتمثل في أنه « إذا أسفر التحقيق عن وجود شبهات قوية تمس كرامة الوظيفة أو النزاهة أو الشرف أو حسن السمعة جاز لمدير النيابة الإدارية إقتراح فصل الموظف بغير الطريق التأديبي ويكون الفصل في هذه الحالة بقرار من رئيس الجمهورية بناء على عرض الوزير أو الرئيس المختص » ويلاحظ أن هذا النص وإن حرم الموظف من ضمانات الفصل التأديبي إلا أنه استلزم عدة إجراءات قبل الإقدام على الفصل يؤدي عدم اتباعها إلى بطلان القرار ، كما أن الأمر كان يخضع في جميع الأحوال لرقابة القضاء حتى صدر القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ ليحصن قرارات رئيس الجمهورية بالفصل من غير الطريق التأديبي ضد الطعن عليها أقام القضاء قولاً إنها تعتبر من أعمال السيادة . ويلاحظ أن المشرع لم يخضع وصف أعمال السيادة على قرارات الفصل من غير الطريق التأديبي أيًا كانت السلطة التي تصدرها وإنما خص بهذا الوصف القانوني القرارات التي ينشئها رئيس الجمهورية ذاته لا القرارات التي ينشئها غيره - المحكمة الإدارية العليا في ٨ فبراير ١٩٦٤ مجموعة أبو شادي ص ٦١ - ٦٣ . ونسعى النظر إلى أن الفصل من غير الطريق التأديبي كما يكون صريحاً قد يكون مقنناً كأن تحمل الإدارة بسلكها المتمنت الموظف على تقديم استقالته . وقد توسع القضاء في مفهوم الفصل فجعل رقابته تمتد إلى الاستقالة ولبنة الإكراه وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا « إن طلب الاستقالة باعتباره مظهراً من مظاهر إرادة الموظف في اعتزال الخدمة يجب أن يصدر برضا صحيح فيفسده ما يفسد الرضا من عيوب ومنها الإكراه إذا توافرت عناصره . . . فالإكراه يشتمل على عنصرين : عنصر موضوعي هو الوسائل التي تولد الإيحاء بخاطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال ، وعنصر نفسي هو الرهبة التي تهبها تلك الوسائل في النفس فتتحمل »

(١٢) من قانون مجلس الدولة فأصبح يجرى بما يلي « لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة ويعتبر من قبل أعمال السيادة قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم من غير الطريق التأديبي . . . » .

اتجاهات القضاء الإدارى فى دستورية التشريعات المانعة من التقاضى

٥٩٣ - عرض هذا الموضوع على بساط البحث أمام القضاء الإدارى وقد حدث تطور فى اتجاهات الأحكام القضائية بشأنه يتمثل فى مرحلتين متميزتين :

أولاً - المرحلة الأولى : التفرقة بين الحظر الكلى والحظر الجزئى :
أرسى قواعد هذه المرحلة حكمان شهران صدرا من محكمة القضاء الإدارى عام ١٩٥٢ (١) ، ونهجت الأحكام بعد ذلك نهجها حتى عدلت المحكمة الإدارية العليا عن الاتجاه السابق منذ عامى ١٩٥٧ و ١٩٥٨ . فى هذه المرحلة فرقت محكمة القضاء الإدارى بين نوعين من الحظر على حرية التقاضى : الحظر الكلى والحظر الجزئى . فبالنسبة للتشريعات التى تغاق باب التقاضى أمام الأفراد إلغاء وتعويضاً فهى تشريعات غير دستورية لسببين أساسيين : حاصل أولهما أن « إعفاء سلطة عامة إعفاء مطلقاً من كل مسئولية تحققت فعلا فى جانبها من شأنه أن يخل إخلالاً تاماً بحقوق الأفراد فى الحرية وفى المساواة وفى التكاليف الأساسية التى نص عليها الباب الثانى من دستور سنة ١٩٢٣ . . . كما نصت عليها المبادئ العامة فى . . . الإعلان الدستورى » (٢) . ويرتكز السبب الثانى على « أن رقابة القضاء هى دون غيرها الرقابة الفعالة التى تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وحررياتهم العامة . . . وبها يبقى النظام فى حدوده الدستورية المشروعة . وكل نظام أرسى الدستور أساسه ووضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته مهما يكن نظاماً استثنائياً لمبدأ سيادة

- المرغف هل تقديم الاستقالة - ٥ نوفمبر ١٩٥٥ و ١٦ يونيو ١٩٥٦ مجموعة أبو شادى ص ١٦٢٩ .

(١) محكمة القضاء الإدارى ٣٠ يونيو ١٩٥٢ ، المجموعة ص ٦ ص ١٢٦٦ و ٢١ يونيو ، المجموعة السابقة ص ١٣٥٧ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى ٣٠ مايو ١٩٥٦ ، ص ١٠ ص ٣٢٤ .

القانون ، ومن ثم لرقابة القضاء » (١) . وقد استقر القضاء تعويلاً على هذه المبادئ على أن منع سماع دعوى التعويض بالإضافة إلى قفل باب الطعن بالإلغاء حكم مناف للأصول الدستورية العامة إذ لا يجوز مصادرة الحقوق وحرمان أصحابها فى الوقت ذاته من تعويض عادل (٢) . كما استقر على دستورية التشريعات التى تقرر الحظر الجزئى لحق التقاضى ، أى التى تمنع الطعن بالإلغاء وتترك باب القضاء مفتوحاً لما عدا ذلك ، وبنت المحاكم قضاءها على الحجج التالية :

١ - إنه وإن كانت مصادرة حق التقاضى على إطلاقه تقع باطله غير مشروعة لمخالفتها للمبادئ العليا للجماعات « غير أن ذلك لا يغفل يد المشرع عن تنظيم وسائل المطالبة به وتحديدتها بما يحفظ لصاحب الحق حقه مع مراعاة الروابط الاجتماعية ومقتضيات صالح الجماعة » (٣) .

٢ - إن قصر المنع على قضاء الإلغاء دون التعويض « لا ينطوى على مصادرة مطلقة للحقوق بدون تعويض عادل أو تحريم لاقتضاؤها فى أية صورة بل ينظم استعمالها » .

٣ - وطالما أن المنع مقرر فى تشريعات تنسم بالعمومية والتجريد فلا وجه للنعى عليه بعدم دستوريته بحجة إخلاله بمبدأ المساواة أمام القانون » .

٤ - إن قضاء الإلغاء قد استحدث بإنشاء مجلس الدولة ، وعلى ذلك فإن المشرع الذى أوجده يستطيع أن يورد عليه بعض الاستثناءات . وقد كان فى تصور القضاء فى ذلك الوقت أن هذه الاستثناءات موقوتة . وفى هذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا « وقد كانت المحاكم المصرية قبل إنشاء مجلس الدولة ممنوعة من التعرض للقرارات الإدارية بالإلغاء أو وقف التنفيذ أو التعديل أو التأويل ، وكان اختصاصها مقصوراً على نظر دعوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن هذه القرارات ، فإذا استحدث قانون مجلس الدولة دعوى الإلغاء ، فليس ما يمنع دستورياً من تعطيل هذا التشريع جزئياً فى وقت ما

(١) محكمة القضاء الإدارى ٣٠ يونيو ١٩٥٢ ، ص ٦ ص ١٢٦٦ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى ٣٠ يناير ١٩٥٧ ، ص ١١ ص ١٩٠ .

(٣) محكمة القضاء الإدارى ١٥ مارس ١٩٥٤ ، ص ٨ ص ٩٦٩ .

ولفترة محددة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ولا سيما أن ولاية الإلغاء التي للقضاء الإداري حالياً ليست ولاية عامة كاملة بل محددة بالنص (١).

وعلى الرغم من سمة الاعتدال التي اتسمت بها أحكام القضاء الإداري في هذه المرحلة ، حيث أقرت بمشروعية الحظر الجزئي دون الكلي فضلاً عما كان يساورها من تصور أن هذه التشريعات لها صفة إستثنائية مؤقتة - فإنها لم تسلم من نقد الفقه (٢) ؛ فمن ناحية نجد أن قضاء الإلغاء مستقل تماماً عن قضاء التعويض وهو يحق من المزايا والضمانات ما لا نجده في النوع الثاني . فكل تعطيل له يتعارض مع ما قرره الأحكام من أن حق التقاضي من المبادئ الدستورية العامة . ومن ناحية ثانية لا يستقيم القول بأن قضاء الإلغاء من خلق المشرع ومن ثم فإنه يستطيع تقييده أو إلغائه حسبما يترأى له مع قول الحكم إنه « من المسلم به كأصل غير قابل لأي جدل أن لكل إنسان المطالبة بحقه والدفاع عنه والتقاضى بشأنه » ، هذا بالإضافة إلى أن حق الطعن بالإلغاء قد استقر في ضمير الجماعة وأصبح جزءاً لا يتجزأ من مدينتها القانونية . ولا وجه لاستناد المحكمة ، في تبريرها لمشروعية التشريعات المانعة من الطعن بالإلغاء بأنها لا تخل بمبدأ المساواة ، إلى أنها قد وردت في نصوص تسم بالعمومية والتجريد « لأن الحرمان إذا ثبتت عدم مشروعيتها ، فإن تعميمه لا يمكن أن يجعله مشروعاً » (٣) .

ثانياً - المرحلة الثانية : التفرقة بين المصادرة الشاملة لحق التقاضي وتحديد دوائر اختصاص القضاء :

تبدأ هذه المرحلة بأحكام ثلاثة للمحكمة الإدارية العليا صدرت في عامي ١٩٥٧ و ١٩٥٨ (٤) سجلت فيها اتجاهات جديدة فرقت فيه بين « المصادرة المطلقة لحق التقاضي عموماً وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء » وانتهت إلى القول بأن التشريعات التي تحضن بعض أعمال السلطة التنفيذية ضد كافة أنواع الطعون القضائية هي تشريعات دستورية ، طالما لم تصل إلى مرتبة

(١) المحكمة الإدارية العليا ٢٧ إبريل ١٩٥٧ ، أبو شادي ص ٦٥١ .

(٢) محمد سليمان الطاهري ، النظرية العامة لقرارات الإدارية ص ٢٦٧ .

(٣) سليمان الطاهري ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ص ٢٦٨ .

(٤) المحكمة الإدارية العليا في ٢٨ يونيو ١٩٥٧ ، ص ٢ من ١١١٥ و ٢٩ يونيو

١٩٥٢ ، المجموعة السابقة ص ١٢٢٥ و ١٢ يوليو ١٩٥٨ ، مجموعة أبو شادي ص ٦٤٦ .

المصادرة المطلقة لحق التقاضي بالنسبة للناس كافة . أما التشريعات التي تقرر المصادرة المطلقة لحق التقاضي فهي غير دستورية إذ أنه « لا يجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من اللجوء إلى القضاء للإنتصاف ، لأن في ذلك مصادرة مطلقة لحق التقاضي وهو حق كفل الدستور أصله ، إذ تكون مثل هذه المصادرة المطلقة بمثابة تعطيل وظيفة السلطة القضائية ، وهي سلطة أنشأها الدستور لتمارس وظيفتها في أداء العدالة مستقلة عن السلطات الأخرى » . وأقامت المحكمة الإدارية العليا قضاءها ذلك الذي ظلت متمسكة به على المبادئ التالية (١) :

١ - لا يحق أن نصم قانوناً بعدم الدستورية إلا إذا تضمن الاعتداء على حق كفله الدستور ونظم طريقة اقتضائه ، وأن تقليد الموظف للوظيفة العامة وبقائه فيها لا يرتفع إلى مرتبة الحقوق الدستورية التي لا يستطيع القانون المساس بها ، فهذا الحق ينشئه القانون ويلغيه .

٢ - إلغاء الوسيلة القضائية ليس معناه إلغاء أصل الحق ذاته ، إذ أن الحق شيء ووسيلة المطالبة به شيء آخر .

٣ - لا شبهة في دستورية قوانين الحظر الكلي (الإلغاء والتعويض) إذ أن القانون هو الأداة التي تملك بحكم الدستور ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصاتها ، ومن ثم فله أن يضيّقها أو يوسعها بالشروط والأوضاع التي يقررها .

٤ - لا وجه للنعي على هذه التشريعات بأنها تنطوي على إخلال بمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء إذ أن « المقصود في هذا الشأن هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكرم القانونية » (٢) .

٥ - كذلك لا مجال للاحتجاج بما يقرره الدستور من أن حق الدفاع أصالة أو وكالة يكفله القانون ، فإعمال هذا النص مجاله أن يكون التقاضي مباحاً قانوناً ، أما إذا امتنع اختصاص القضاء بنظر الدعوى فلا يكون ثمة مجال لإعمال النص السابق .

(١) أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة

الأمريكية والإقليم المصري ١٩٦٠ ص ٦٠٨ وما بعدها .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٩ يونيو ١٩٥٧ سالف الإشارة .

موقف الفقه من مسك المحكمة الادارية العليا

٥٩٤ - هذا التحول في قضائنا الإداري كان محل هجوم شديد من الفقه العربي (١) الذي رأى فيه تراجعاً كبيراً في الحماية القانونية للحقوق والحريات العامة وفي صيانة مبدأ الشرعية . وقد ساق في معرض انتقاده هذا الاتجاه الجديد الحجج التالية :

(١) إن اتجاه المحكمة في التفرقة بين المصادرة المطلقة الشاملة لحق التقاضي وبين المصادرة الجزئية هو اتجاه غريب إذ أنه لا يتصور أن يصدر تشريع يقرر حرمان الناس كافة وفي جميع الأحوال من مباشرة حقهم في التقاضي ، ولو صدر هذا التشريع فإنه لا يتضمن فقط مصادرة لحق التقاضي وإنما يكون عدواناً على استقلال السلطة القضائية ومبدأ الفصل بين السلطات . وما دام هذا الفرض بعيد الاحتمال في الدول المتعدنية ، فإن الحماية التي يحتاج إليها المتقاضون هي الحماية ضد الإلغاء التدريجي للسلطة القضائية .

(٢) وبالنسبة للمبدأ الذي قالت به المحكمة من أن قوانين الحظر لا تكون غير دستورية إلا إذا اعتدت على حق قام الدستور بكفالاته وتنظيم طريقة اقتضائه فإنه قول لا يقل غرابة عن سابقه . حقيقة قد ينص الدستور على بعض الحقوق والحريات ، ولكنه لا يبين أبداً طريقة اقتضاها ، ومن هنا يتبين أن المشرع يملك دائماً من الناحية العملية ، وفقاً لمفهوم المحكمة ، الاعتداء على الحقوق التي يتضمنها الدستور بالحيلولة بين الناس وبين الالتجاء للقضاء للمطالبة بحقوقهم ، ويكون مسلكه مشروعاً في جميع الأحوال .

(٣) وإذا كانت التفرقة بين الحق ووسيلة المطالبة به مبررة وسليمة من ناحية الفن القانوني ، إلا أنها تؤدي إلى نتائج بالغة الخطورة من الناحية العملية ، إذ أننا لو أبحنا للمشرع حق تجريد الحقوق والحريات الواردة في

(١) أنظر على سبيل المثال : عثمان خليل عثمان ، مقال بعنوان « تطور القضاء الإداري في الجمهورية العربية المتحدة » مجلة العلوم الإدارية ١٩٥٩ ص ٣٣ - فؤاد الطيار ، مقال بعنوان « كفالة حق التقاضي » ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٥٩ ص ٦٢١ - محمد سليمان الطهاوي ، مقاله عن « مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء الإداري » ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦١ - أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري ص ٦٠٥ وما بعدها - كامل ليلة ، المرجع السابق ص ٤٤٨ وما بعدها .

الدساتير وإعلانات الحقوق من الوسيلة الفعالة لحمايتها ، وهي المطالبة القضائية ، لأصبح النص عليها في المواثيق الدستورية مجرد عبث لا فائدة منه .

(٤) حقيقة إن القانون هو الأداة التي أوكل لها الدستور مهمة تنظيم السلطة القضائية ، ولكن ينبغي ألا يذهب هذا التنظيم إلى حد الإهدار والمصادرة . إن الغرض من تنظيم السلطة القضائية إنما هو تمكين الأفراد من ممارسة حقوقهم وحررياتهم ، والدستور لم يخول المشرع اختصاص تعطيل عمل السلطة القضائية ، إذ أن السلطة القضائية سلطة مستقلة تقف على قدم المساواة مع السلطتين الأخريين ، فهي ليست منحة من المشرع يستطيع إلغائها كلياً أو جزئياً .

(٥) لا يقتصر مبدأ المساواة على مجرد عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية ، وإنما يتحقق الإخلال بالمساواة إذا فرقنا كذلك في المعاملة بين أبناء طائفة وأبناء طائفة أخرى . ومثال ذلك أن يكون لبعض فئات الموظفين مثلاً حق الطعن القضائي فيما يمس حياتهم الوظيفية تعويضاً وإلغاء ، ولا يكون لفئات أخرى مثل هذا الحق .

هدم دستورية الحظر الكلي والحظر الجزئي

٥٩٥ - نمة بشارة جديدة كانت إرهاباً بمراجعة قضائنا الإداري للمبادئ التي استقرت عليها المحكمة الإدارية العليا وإن كانت لم ترق إلى درجة يمكن معها القول بحدوث تحول في اتجاه القضاء ، ذلك أنه لا تكفي سابقة واحدة بل يجب أن تتوالى السوابق القضائية في اتجاه واحد وأن تكون صادرة من المحكمة الإدارية العليا وإن كانت أحكام المحكمة العليا التي صدرت عام ١٩٧١ قد وضعت حداً لهذا الاختلاف حين قضت بعدم دستورية التشريعات المانعة من التقاضي كما سيجيء عند كلامنا عن تلك المحكمة . وتمثل السابقة في نزاع أثير حول دستورية القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ الذي اعتبر من أعمال السيادة قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين للمعاش أو الاستيداع أو الفصل بغير الطريق التأديبي . فقد تقدم أحد الموظفين طالباً بإلغاء قرار صادر من رئيس الجمهورية بفصله من غير الطريق التأديبي ، فدفعت ممثل الحكومة بعدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بنظر الدعوى تأسيساً على القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ الذي اعتبر مثل هذه القرارات من

أعمال السيادة ، إلا أن المحكمة الإدارية لوزارة الخزانة والاقتصاد والصناعة والزراعة والتموين قضت في أول يوليو ١٩٦٨ برفض الدفع وحكمت باختصاصها بنظر قرار طلب إلغاء الفصل مقرر أن كل حظر على حق التقاضي ولو كان جزئياً يتنافى مع المبادئ الدستورية . ونجمل الحجج التي استند إليها الحكم فيما يلي :

(١) إن الحكومة القانونية يجب أن تخضع لسيادة القانون ولتحقيق ذلك ولبيان مطابقة التصرفات الإدارية لنص القانون وروحه لزم أن تخضع الإدارة لرقابة القضاء . ولا يستثنى من مبدأ الشرعية سوى حالات ثلاث : السلطة التقديرية - حالة الحرب - أعمال السيادة .

(٢) إن إضفاء صفة أعمال السيادة على بعض تصرفات الإدارة أو قراراتها بمعرفة المشرع لا يمنع القضاء من بحث التكييف القانوني لهذه التصرفات لمعرفة ما إذا كانت من أعمال السيادة من عدمه « ذلك أنه لا يكفي أن ينص المشرع على خروج بعض الأعمال من اختصاص القضاء لكي تعتبر من أعمال السيادة ما لم تكن بذاتها منها » وينبني على ذلك « أن قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم من غير الطريق التأديبي إنما تعد طبقاً للتكييف القانوني السليم لقرارات إدارية تصدر من السلطة التنفيذية طبقاً للقوانين واللوائح المنظمة لها ولا تتصل بهذا الوصف بالسياسة العليا للدولة أو سلامة أمنها أو كيانها الداخلي أو الخارجي » .

(٣) إن مصادرة حق التقاضي ترتطم مع المبادئ والأصول الدستورية العليا التي لا يجوز الخروج عنها ولو لم ينص عليها الدستور . هذا بالإضافة إلى أن المادة ٢٨ من دستور ١٩٦٤ تنص على أن « حق الدفاع أصالة أو بالوكالة يكفله القانون » . وعرفت المحكمة مفهومها في المصادرة المطلقة لحق التقاضي مقرر « إن قفل باب الطعن بالإلغاء أو التعويض لا يمكن أن يصدق عليه إلا أنه مصادرة لحق التقاضي ، فحرمان الأفراد من اللجوء إلى القضاء بأية وسيلة من شأنه الإخلال بحقوقهم في الحرية والمساواة وفي التكليف والواجبات وهي حقوق طبيعية كفلهما الدستور ورقابة القضاء هي دون غيرها الرقابة الفعالة التي تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وحررياتهم العامة » .

وبذلك نجد أن المحكمة لم تفرق بين الحظر الكلي والحظر الجزئي لحق التقاضي واعتبرت الأمرين كليهما لا يتمشيان مع المبادئ الدستورية :

(٤) بعد تقرير الأصول السابقة ، خلصت المحكمة إلى أن القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ يتعارض مع مبادئ دستورية هامة هي :

أ - حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي .
ب - مبدأ المساواة في الحقوق بين الأفراد وهو الذي نص عليه الدستور في مادته الرابعة والعشرين . وشرحت المحكمة مضمون مبدأ المساواة ، منسجمة في ذلك مع التفسيرات الفقهية السابق الإشارة إليها ، فقالت إنه « يستلزم أن يكون لجميع الأفراد حق التقاضي على قدم المساواة ، فحق طلب إلغاء القرارات الإدارية هو حق ثابت للجميع على قدم المساواة طبقاً لقانون مجلس الدولة » .

ج - مبدأ استقلال السلطة القضائية وولايتها الشاملة المقرر في الفصل الرابع من الدستور . وفي هذا يقول الحكم إنه « لا يجوز حرمان أي شخص من اللجوء إلى القضاء وإلا كان ذلك اعتداء على مبدأ استقلال القضاء وولايته الشاملة لجميع المنازعات » .

د - وأضاف الحكم حجة مستقاة من الخطوط الأساسية لبيان ٣٠ مارس ١٩٦٨ الذي جاء فيه « أن يكفل حق التقاضي وألا ينص في أي إجراء للسلطة على عدم جواز الطعن فيه أمام القضاء ذلك أن القضاء هو الميزان الذي يحقق العدل ويعطي لكل ذي حق حقه ويرد أي اعتداء على الحقوق والحريات » واستطرد الحكم إلى القوة الإلزامية لبيان ٣٠ مارس قولاً إن مصادقة الشعب - مصدر السلطات وفقاً للمادة الثانية من الدستور - على البيان إنما هي إقرار من مصدر جميع السلطات للمبادئ الدستورية العليا التي تحكمها إرادة التغيير الثوري مما يتعين معه إغفال كل قانون يتعارض مع هذه المبادئ (١) .

(١) هذا الحكم غير منشور ونحن نتفق معه في النتيجة التي انتهى إليها بعدم دستورية جميع القيود التي ترد على حق التقاضي وكان حرياً بالمحكمة أن تستند كذلك إلى ميثاق العمل الوطني وتقريره وهما حافظان للمبادئ والقيم التي تدعم قضاها ولا سيما أننا سبق أن ذكرنا أن البعض يرى فيها قوة قانونية تسمو على الدستور حالة أن بيان ٣٠ مارس هو برنامج عمل حكومي لا يحمل بدهامة أي إلزام قانوني وإن كان ذا قيمة سياسية كبرى ، بمعنى أن =

المبحث السادس المحكمة العليا

٥٩٦ - قلنا فيما سبق إنه قبل إنشاء المحكمة العليا كان القضاء عندنا يقر بحقه في الرقابة على دستورية القوانين ، فكان بلغى العمل الإدارى المخالف للدستور مباشرة أو الصادر تطبيقاً لتشريع غير دستوري . وعلى العكس من ذلك النظام الفرنسى الذى لا يمارس فيه القضاء هذه الرقابة على دستورية القوانين وإنما يعترف بحقه في الرقابة على أعمال الإدارة فحسب متى كانت مخالفتها للدستور مباشرة ، ففي هذه الحالة يقوم بإلغاء العمل الإدارى غير الدستوري إذ هو لا يتعرض هنا للدستورية التشريع . ولما صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا (١) ،

الحقوق والحريات المعلنة فيه لا تصلح سداً لمطالبة قانونية إلا إذا تأيدت بنصوص دستورية أو تشريعية .

ويكفى أن نطالع هذه الفقرة من تقرير الميثاق « إذا كانت الحريات العامة هي قوام فكرة الحرية عموماً ، فإن سيادة القانون هي الضمان النهائي لها ولذلك : (أ) يجب أن تقام كل الضمانات الكفيلة بصيانة القانون بحيث يصدر طبقاً للدستور ومن ثم فقد أصبح ملائماً الآن ، تأكيداً للحرية ودعماً لها ، أن يتقرر إنشاء محكمة دستورية عليا يحدد الدستور الجديد طريقة تشكيلها واختصاصها (وهو ما نص عليه الدستور الجديد كما أسلفنا) .

(ب) وكذلك فإن القضاء الحر يمثل بدوره ضماناً أساسياً للحرية ومن ثم يجب دعم السلطة القضائية بما يضمن وصول العدل سريعاً ومن أيسر سبيل إلى أصحابه .

(ج) كذلك فقد يجب أن يذنب لكل خصومة قاض ، ومن ثم فقد أصبح لازماً الآن أن تسقط كل الموانع الحاجبة لحق التقاضى مع ضمان تنفيذ الأحكام القضائية النهائية . - وقد ظلت الموانع الحاجبة للتقاضى حتى صدرت أحكام المحكمة العليا التي سنوردها في المبحث التالي ، ولم يصدر حتى الآن القانون الذى يسقط تلك الموانع . أما الأحكام القضائية النهائية فقد رأينا بعض المحافظين يمتنعون عليها ويمطلون تنفيذها فلا يسألهم أحد ولا يطولهم قانون ، بل إن أحدهم أعطى القانون إجازة وظل يشغل مع ذلك منصبه حتى عين وزيراً مكافأه له .

(١) صدر هذا القرار بقانون بتاريخ ٣١ أغسطس ١٩٦٩ ونصت المادة الثانية من قانون الإصدار على أن يصدر أول تشكيل للمحكمة العليا بقرار من رئيس الجمهورية الذى أصدر بالفعل القرار رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٧٠ بتاريخ ٧ فبراير ١٩٧٠ ويقضى بتشكيل المحكمة العليا من المستشارين بدوى حمودة رئيساً ومحمد عبد الوهاب خليل وعادل عزيز زخارى نائبيين للرئيس ثم ستة مستشارين آخرين أعضاء . ونصت المادة الثالثة على أن تتبع في إجراءات رفع الدعوى وتقديم الطلبات إلى المحكمة والفصل فيها وتحديد الرسوم المستحقة عليها الأحكام المعمول

امتنع على جهات القضاء كافة أن تنظر في دستورية عمل إدارى صدر بناء على نص تشريعى مخالف للدستور ، وإنما تختص بذلك المحكمة العليا وحدها إذ

سبها أمام مجلس الدولة إلى أن يصدر قانون خاص بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا ، وقد صدر هذا القانون برقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ونشر في الجريدة الرسمية في ٢٧ أغسطس ١٩٧٠ وجاء بمذكرته الإيضاحية « إن المشرع إذ أنشأ المحكمة العليا وأنزلها من الهيئات القضائية مقاماً علياً ، فأراد لها أن تستوى على القمة منها وعقد لها الاختصاص بأدق المسائل وأكثرها أهمية ، إنما تغيا من وراء ذلك قيام جهة قضائية تفسر النصوص القانونية بما يحركها من جوهرها ويجلو إرادة المشرع ، وتراقب دستورية القوانين فيما يعرض عليها من الدعاوى إثر الدفع بعدم دستورية قانون ما ، وتدفع عن الخطأ الاقتصادية الإضرار بأهدافها وعن المرافق العامة الإخلال بسيورها ، وتعين لذوى الشأن الجهة المختصة حينما تتنازع الدعوى جهات قضائية متعددة . وإذا كان هذا هو هدف المشرع من إنشاء المحكمة العليا وتلك هي نظرتة إليها التي أفصح عنها في قانون إنشائها ومذكرته الإيضاحية ، فإن الإجراءات التي تتبع أمام هذه المحكمة ينبغي أن تتحاذى مع هذا الهدف بما ييسر السبيل إلى بلوغه وتحقيقه على أمثل وجه ، ومن ثم فإن هذه الإجراءات يجب أن تنقسم بالسبل العامة الآتية . . . وثالثاً - أن يفسح المجال أمام المحكمة العليا لابتكار النظريات وابتداع الحلول المناسبة في خصوص سير الإجراءات أمامها فلا تقيد بنصوص جامدة تلزمها بل تطلق لها حرية إرساء القواعد وتقرير الإجراءات الملائمة لطبيعة الأوضاع التي تحكم المسائل الداخلة في ولايتها بوصف أن قضاءها ليس مجرد قضاء تطبيقي بل يتميز بأنه قضاء إنشائي مسهدي في ذلك بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد في شأنه نص في قانون المحكمة على اعتبار أن هذه الأحكام إن هي إلا مجرد تطبيق لقواعد العدالة والمنطق المجرد في سير الإجراءات القضائية بوجه عام » . وتولف المحكمة العليا وفق المادة ٣ من قانونها من رئيس ومن نائب أو أكثر للرئيس وعدد كاف من المستشارين وتصدر أحكامها من سبعة مستشارين (ونصت المادة ٢٢ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على أن تصدر الأحكام وقرارات التفسير من سبعة مستشارين بعد أن تجرى المداولة فيها سرّاً بين أعضاء المحكمة مجتمعين) . وتولف هيئة المفوضى الدولة أمام المحكمة العليا من عدد كاف من المستشارين والمستشارين المساعدين (م ٣ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠) ، وينتدب رئيس المحكمة أحد نوابه لرئاسة هيئة المفوضين ويجوز تدب أعضاء من الهيئات القضائية للعمل بالهيئة من درجة نائب أو ما يعادلها على الأقل . ويكون تعيين رئيس المحكمة العليا ونوابه والمستشارين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد . أما مفوضو الدولة أمام المحكمة العليا فلا يتقيدون بذلك وإنما تسرى في شأنهم القواعد الخاصة بأقرانهم من أعضاء مجلس الدولة على ما تقتضى به المادة ٢ / ٣ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، وهنا يشور تساؤل عن الجهة التي يحلف أمامها هؤلاء المفوضون الذين قبل أداء عملهم حيث لم يتعرض قانون إنشاء المحكمة العليا أو قانون إصدار الإجراءات والرسوم أمامها للجهة التي يحلفون أمامها حالة أن المادة ٨ من قانون المحكمة العليا نصت على أن يحلف رئيس المحكمة الذين أمام رئيس الجمهورية ، ويحلف نواب رئيس المحكمة ومستشاروها أمام رئيس المحكمة ، فهل يحلف

تنص المادة الرابعة من القرار بقانون المشار إليه على أن « تختص المحكمة العليا بما يأتي : (١) الفصل دون غيرها في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم

مفوضوها إيمان أمام رئيس مجلس الدولة إعمالاً للمادة ٣ / ٢ سالفه البيان ؟ لا يتصور - في رأيي - أن يكون قصد الشارع قد انصرف إلى ذلك ، والأحرى أن ينص على أن يكون حلفهم إيمان أمام رئيس المحكمة العليا أسوة بمشاريها . ويثور تساؤل آخر بشأن مفوضي الدولة أمام المحكمة العليا في خصوص تأديتهم وعزلهم حيث سكت القانون عن بيان ما يتبع في هذا الشأن معهم واقتصر على بيان ما يتبع مع أعضاء المحكمة العليا ، والقول بأن تنص على « أعضاء المحكمة » في قانون المحكمة العليا يشمل مفوضي الدولة أمامها مردود ، ذلك أن هذا القانون لم ترد به أية إشارة « إلى مفوضي الدولة » اللهم إلا ما جرت به المادة ٥ من أنه « تقع في شأن الموايد والإجراءات الخاصة بتحضير الدعوى وتبنيها للمرافعة الأحكام الواردة في هذا الخصوص في قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ » وكانت المرة الأولى التي تحدث فيها المشرع عن « مفوضي الدولة » في القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، وعسى أن يتدارك المشرع ذلك عند إصدار القانون الذي ينظم كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا والمشار إليه بالمادة ١٧٦ من الدستور ، فيفرد فيه أحكاماً خاصة بمفوضي الدولة أمام المحكمة الدستورية يكل فيها أمورهم إلى رئيس تلك المحكمة أو إلى هيئة تتبثق منها فيسوى بذلك بينهم وبين أقرانهم في الجهات القضائية الأخرى .

رئمة ملاحظة على تشكيل المحكمة العليا الحال تتمثل في عدد أعضائها الذين لا يتجاوزون تسعة بما فيهم الرئيس ونائبه وأحدهما رئيس هيئة المفوضين ، فيكون الباقي ثمانية منهم الرئيس ونائبه هم الذين يشكلون أعضاء المحكمة أي بزيادة عضو واحد عن السبعة الذين يتطلب القانون صدور أحكامها منهم ، فإذا طرأ على اثنين من الأعضاء الثمانية طارئ استتبع تخلفهما تعطل انعقاد المحكمة وهو أمر يجب تداركه بزيادة عدد الأعضاء أو بسرعة إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا لما نص عليه الدستور في المادة ١٩٢ من استمرار ممارسة المحكمة العليا اختصاصاتها حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها فيه . هذا وكانت المادة ٢١ من مشروع قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة تنص على أن « تسرى في شأن عدم صلاحية أعضاء المحكمة العليا وردهم وتنحيهم الأحكام والإجراءات المقررة بالنسبة إلى مستشاري محكمة النقض ، وتفصل المحكمة العليا في طلب الرد بكامل أعضائها - عدا العضو المطلوب رده - ولا يقبل طلب رد جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم بحيث يقل عدد الباقين من أعضائها عن سبعة » . وقد حذف هذا النص بناء على رأي لجنة الشؤون التشريعية بمجلس الأمة لعدم اتساق حكمه مع نطاق المحكمة العليا . وفي اعتقادي أن المقصود بذلك أن التشكيل الحالي للمحكمة العليا لا يتسع لتطبيق أحكام عدم الصلاحية والرد لما ذكرته آنفاً من أن أعضائها ثمانية بما فيهم الرئيس ونائبه . ومن ثم فإني أرى أن يتضمن قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا مثل هذا النص على تقدير أنه من الأصول العامة التي يقوم عليها التقاضي ، والأقل عدد أعضائها من خمسة عشر عضواً . وعلى أية حال فإنه يمتنع الآن رد أعضاء المحكمة العليا أو تنحيهم ولو توافرت فيهم شروط عدم الصلاحية ، كما لا يجوز محاصرتهم .

دستورية قانون أمام إحدى المحاكم . وتحدد المحكمة التي أثير أمامها الدفع ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ويوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع . فإذا لم ترفع في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن » . بيد أن جهات القضاء الإداري لا تزال مختصة مع ذلك بمراقبة مشروعية الأعمال الإدارية التي تنطوي على مخالفة مباشرة للدستور .

أحكام المحكمة العليا وقراراتها

٥٩٧ - لا تسرى على الدعوى أو الطلب أمام المحكمة العليا قواعد الحضور أو الشطب ولا يوصف حكمها بأنه حضوري أو غيابي (م ٢٠ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بشأن الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا) ، وتنظر المحكمة الدعوى ولو تخلف ممثل الحكومة أو النيابة العامة وتصدر الأحكام وقرارات التفسير بأغلبية الآراء . ويجب أن يحضر أعضاء المحكمة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم أو قرار التفسير فإذا حصل لأحدهم مانع وجب أن يوقع مسودة الحكم أو القرار (م ٢٣) وموئدي ذلك أن القانون لا يستلزم حضور جميع أعضاء المحكمة الذين أصدروا الحكم أو القرار عند النطق به وإنما يتعين أن يوقعوا على مسودتهما . ويجب أن تشمل الأحكام وقرارات التفسير على أسباب موجزة لما بنيت عليه وأن تودع عند النطق بالأحكام أو القرارات (م ٢٤ و ٢٥) . وأحكام المحكمة العليا وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن (م ١٣ من قانون المحكمة العليا) .

حجية حكم المحكمة العليا

٥٩٨ - توجب المادة ٣١ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا نشر منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين ، وتقضى بأن تكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء (١) ، وعلى ذلك فإن لهذه الأحكام حجية أمام جهات القضاء ولا تقتصر على الدعوى

(١) ولذلك قصر الشارع وضع الصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانون الإجراءات والرسوم على الأحكام الصادرة في طلبات وقف تنفيذ أحكام هيئات التحكيم والفصل في مسائل تنازع الاختصاص دون الأحكام الصادرة في شأن للدستورية .

التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية ، وتلتزم المحاكم ، تبعاً ، بما تقرره المحكمة العليا في شأن قانون معين من دستوريته أو عدم دستوريته . ولا يسوغ للمحاكم أن توقف أية دعوى أثير فيها دفع سبق للمحكمة العليا أن قالت كلمتها فيه وحسبت النزاع المردد بشأن دستوريته . وإذا صدر حكم من المحكمة العليا أثناء فترة وقف دعوى مطروحة على محكمة الموضوع بسبب دفع أثير فيها بعدم دستورية قانون معين ، وكان حكم المحكمة العليا قد صدر بمناسبة دفع أثير في دعوى أخرى عن ذات القانون ، جاز للخصوم ، بل وجب عليهم ، أن يعجلوا دعواهم بمجرد نشر الحكم في الجريدة الرسمية على تقدير أن حجية حكم المحكمة العليا تنسحب على دعواهم ، ولأن هذه المحكمة ستقضي لا محالة في طلبهم بعدم جواز نظره لسابقة الفصل فيه . ولما كان المشرع قد وكل للمحكمة العليا دون غيرها مهمة الفصل في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم (م ١/٤) فإن قضاءها بعدم دستورية قانون معين يجعل هذا القانون كأن لم يصدر وتلتزم الهيئة التنفيذية بهذا القضاء بحسبانه قضاء إلغاء تـحاج به جهات القضاء وجهات الإدارة على السواء . أما فيما يتعلق بالسلطة التشريعية فإنه إذا كانت المحكمة العليا قد قضت بعدم دستورية القانون لعيب في الشكل أو لصدوره ممن لا يملك إصداره ، فإن مجلس الشعب يستطيع تصحيح هذا العيب الشكلي كما تملك الهيئة التشريعية تصويب الوضع الخاطيء ، ولكن ليس لها إصدار قانون جديد موثوق بذات المخالفة الدستورية التي شابت القانون المقضى بعدم دستوريته ، فإن هي فعلت تعرض القانون الجديد لما تعرض له سابقه إذا ما دفع بعدم دستوريته .

رقابة المحكمة العليا على التشريعات الفرعية الصادرة من السلطة التنفيذية

٥٩٩ - ثار النزاع أمام المحكمة العليا حول اختصاصها أو عدم اختصاصها بنظر أنواع معينة من اللوائح . وقد أكدت المحكمة (١) حقها في بسط رقابتها

(١) أنظر حكمها الصادر في ٣ يوليو ١٩٧١ في الدعوى رقم ٤ لسنة ١ القضائية « دستورية » وكان قد دفع أمامها بعدم قبولها استناداً إلى أن القرار الجمهوري رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقرار الجمهوري ٨٠٢ لسنة ١٩٦٧ هو الذي ينظم جزاءات العاملين بالقطاع العام والمحكمة العليا لا تختص إلا بالفصل في دستورية القوانين دون غيرها من القرارات =

على كافة التشريعات الفرعية الصادرة من السلطة التنفيذية مقرر « رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه

ـ واللوائح . وبشأن الموضوع أثارته الحكومة أن لائحة العاملين صدرت من رئيس الجمهورية بمقتضى الحق المخول له دستورياً وأن القرار الجمهوري لا يتضمن أحكاماً مخالفة للدستور وأن المحاكم التأديبية ليست جهات قضاء وردت المحكمة على ذلك بأن « ما أثارته الحكومة حول طبيعة المحاكم التأديبية مردود بأن المشرع في قانون العاملين المدنيين الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ أو في القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية أو غيرها من التشريعات التي تناولت موضوع تأديب العاملين قد عالج هذا الموضوع علاجاً تشريعياً مستهدياً في ذلك بالتشريعات الجنائية واستبدل بمقتضى القانون الأخير مجالس التأديب التي كانت تتولى تأديب العاملين ويغلب على تشكيلها العنصر الإداري محاكم تأديبية نظماً تنظيمياً قضائياً يغلب فيها العنصر القضائي لتوفير الثقة والضمانات للعاملين عند محاكمتهم تأديبياً وقد كان هذا هو الهدف الأصيل من إصدار القانون المذكور لإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية ونظراً لهذا الطابع القضائي الذي أضفاه المشرع على هذه المحاكم التي أخضع أحكامها للظن أمام المحكمة الإدارية العليا فقد أصبحت ملحقة بالقسم القضائي بمجلس الدولة الذي يتولى اليوم كافة شئونها ومن ثم تعتبر المحاكم التأديبية جهات قضائية في مفهوم المادة ١٥٣ من الدستور . ومن حيث إن المادة ١٥٣ من الدستور الحال تنص على أن : « يرتب القانون جهات القضاء ويعين اختصاصها ، وقد نقل هذا النص عن المادة ١٧٦ من دستور سنة ١٩٥٦ والمادة ٢١ من دستور سنة ١٩٥٨ ومؤداه ومقتضاه أن يكون ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصها بتشريع صادر من السلطة التشريعية وليس بأداة أدنى من ذلك وليس من شك في أن الأمور التي احتجزها الدستور بنص صريح ليكون التشريع فيها بقانون صادر من السلطة التشريعية لا يجوز تنظيمها أو تعديل أحكامها أو إلغاؤها بأداة تشريعية أدنى من القانون وإلا كانت مخالفة للدستور .

ـ ومن حيث إنه في ظل هذا النص في الدساتير المتعاقبة صدر قانون العمل رقم ٩١ سنة ١٩٥٩ وخول العاملين الخاصين له حق الظن أمام المحاكم العادية في الجزاءات التي يوقعها أرباب الأعمال عليهم وهذه المحاكم تختص ببحث شروط الجزاء وتراقب سلطة رب العمل في توقيمه وكافة ما تنبئ عليه صحته وإعمال أثره أو تجاوزه لحدوده ورده إليها أو بطلانه ومحوه وغير صحيح بعد ذلك القول بأن اختصاص هذا القضاء يقتصر على المنازعة في الحقوق المالية المترتبة على هذا الجزاء لأن تلك المنازعة لا تكون إلا في الجزاءات المالية والفصل فيها يستلزم وجوباً الفصل أولاً في ماهية الجزاء وكنهه وحدوده حتى يمكن تحديد ما يترتب عليه من آثار مالية تصبى على أساسها حقوق الطرفين هذا بالإضافة إلى اختصاص هذا القضاء صراحة بإلغاء جزاء الفصل من العمل إن ثبت أنه كان بسبب النشاط النقابي .

ـ ومن حيث إن المشرع نظم بعد ذلك بالقوانين أرقام ١١٧ سنة ١٩٥٨ و ١٩ و سنة ١٩٥٩ و ٥٥ سنة ١٩٥٩ جهات القضاء المختصة بتوقيع الجزاءات على العاملين في الهيئات والمؤسسات العامة وموظفي الجمعيات والهيئات الخاصة التي يصدر بتحديد قرار من رئيس =

باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم ، ولما كان هذا الهدف لا يتحقق على الوجه الذي يعنيه

الجمهورية وموظفي الشركات التي تسام فيها الحكومة بنسبة لا تقل عن ٢٥ ٪ من رأسمالها أو تضمن لها حداً أدنى من الأرباح وذلك في الأحوال المبينة في تلك القوانين وأجاز لمؤلفي العاملين الطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية أمام المحكمة الإدارية العليا . هذا بالإضافة إلى ما هو مقرر للعاملين في المؤسسات والمهيات العامة من حق الطعن أمام القضاء الإداري في الجزاءات التي توقع عليهم من الجهات الإدارية في غير تلك الأحوال .

ومن حيث إن لائحة نظام العاملين بالقطاع العام صدرت بعد ذلك بالقرار الجمهوري رقم ٣٣٠٩ سنة ١٩٦٦ الذي عدل بالقرار الجمهوري رقم ٨٠٢ سنة ١٩٦٧ ونصت في المادة ٦٠ منها على ما يأتي ويبين من مقارنة هذه النصوص بالنصوص المتعلقة بموضوع تأديب العاملين الواردة في القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكم التأديبية المعدل بالقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وينص على قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ما يأتي :

أولاً : أنه طبقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ يسريان قانون النيابة الإدارية المشار إليه على موظفي المؤسسات العامة والشركات والجمعيات والمهيات الخاصة كان اختصاص الجهات الرئاسية بالمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها مقصوراً على توقيع عقوبات الإنذار والنقص من المرتب مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً وذلك بالنسبة إلى العاملين الذين تجاوز مرتباتهم خمسة عشر جنيهاً ، أما العقوبات الأشد فإنها تدخل في اختصاص المحاكم التأديبية دون غيرها ، وقد عدلت اللائحة من اختصاص المحاكم في هذا الصدد بأن نقلت هذا الاختصاص إلى السلطة الرئاسية في الحدود المبينة بالمادة ٦٠ المشار إليها .

ثانياً : أسندت المادة ٦٠ من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام إلى المحاكم التأديبية الاختصاص بنظر الطعون في بعض القرارات التأديبية المتبادرة من السلطات الرئاسية بالنسبة إلى هؤلاء العاملين وقد كان هذا الاختصاص منوطاً بمجهتي القضاء العادي والإداري ، وأياً كان للرأي في شأن الجهة القضائية المختصة بنظر تلك الطعون فإن تعديل اختصاص الجهات القضائية يجب أن يكون بقانون .

ثالثاً : منح البند « رابعاً » من المادة ٦٠ سالف الذكر الطعن في القرارات الصادرة بالبت في تظلمات العاملين وفي أحكام المحاكم التأديبية (هذا الأحكام الصادرة بعقوبة الفصل) وبذلك تكون قد أذنت اختصاص جهات القضاء بنظر الطعون في القرارات التأديبية النهائية للسلطات الرئاسية كما ألفت اختصاص المحكمة الإدارية العليا بنظر الطعون في أحكام المحاكم التأديبية في هذا الخصوص وهو الاختصاص الممنوح لها طبقاً لنص المادة ٣ من قانون النيابة الإدارية والمحاكم التأديبية الصادر بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ والمادة ١٥ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ .

ومن حيث إنه يبين مما سلف أن المادة ٦٠ من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام قد عدلت اختصاص جهات القضاء سالف الذكر بقرار جمهوري ولما كان هذا التعديل لا يجوز -

المشرع في المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا وفي مذكرته الإيضاحية إلا إذا اتسقت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها سواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أم كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري ، ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً بل إن هذه المظنة أقوى في التشريعات الفرعية منها في التشريعات الأصلية التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتحقيق في جميع مراحل إعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية التي تمثل الكثرة بين التشريعات ، كما أن منها ما ينظم حرية المواطنين وأمورهم اليومية مثل لوائح الضبط . يؤيد هذا النظر أن التشريعات الفرعية (كاللوائح) تعتبر قوانين من حيث الموضوع وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية . وهذه الوسيلة أكثر ملاءمة لمقتضيات أعمال السلطة التنفيذية وتطورها المستمر ، ولو انحسرت ولاية المحكمة عن رقابة التشريعات الفرعية لعاد أمرها كما كان إلى المحاكم تقضي في الدفوع التي تقدم إليها بعدم دستوريتها بأحكام قاصرة غير ملزمة يناقض بعضها بعضاً وأهدرت الحكمة التي تغياها المشرع بإنشاء المحكمة العليا والتي أفصحت عنها المذكرة الإيضاحية لقانون إنشائها كي تحمل دون سواها رسالة الفصل في دستورية القوانين .

موقف المحكمة العليا من اعتبار حالة الموظفين الى المعاش أو الاستبعاد أو فصلهم بغير الطريق التأديبي من أعمال السيادة

٦٠٠ - الأصل أن كل قرار إداري يصدر من السلطة التنفيذية يخضع لرقابة القضاء ، على ما أسلفنا ، إعمالاً لمبدأ الشرعية وسيادة القانون . بيد أنه يستثنى من هذا الأصل قرارات تتصل بسيادة الدولة الداخلية والخارجية لأنها لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لدعوى قضائية ومن ثم تخرج عن ولاية القضاء . وتقوم نظرية أعمال السيادة على أن السلطة التنفيذية تتولى وظيفتين إحداهما بوصفها سلطة حكم والأخرى بوصفها سلطة إدارة ، وتعتبر الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم من قبيل أعمال السيادة والأعمال

- لإجراؤه بنظر القانون تطبيقاً للمادة ١٥٢ من الدستور . ومن ثم يكون نص المادة ٦٠ من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام سالف الذكر مخالفاً للدستور على الوجه المتقدم بيانه .

التي تقوم بها بوصفها سلطة إدارة أعمالاً إدارية . والعبرة في تجديد التكليف القانوني لأي عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان من أعمال السيادة أو عملاً إدارياً هي بطبيعة العمل ذاته، فلا تنفيد المحكمة وهي بصدد أعمال رقابتها على دستورية التشريعات بالوصف الذي يخلعه الشارع على تصرفات الحكومة وأعمالها متى كانت بطبيعتها تنافي مع هذا الوصف وتنطوي على إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور . وعلى هدى ما تقدم قررت محكمتنا العليا « إن القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة الثانية عشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ إذ يقضى باعتبار قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستبداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي من أعمال السيادة إنما يحصن هذه القرارات وذلك بسلب جهات القضاء ولاية النظر في الطعون التي توجه إليها بينما هي بطبيعتها من صميم الأعمال الإدارية التي تجريها الحكومة في إشرافها على المرافق العامة ، فقد تضمنت الدساتير المتعاقبة منذ سنة ١٩٥٦ حتى عام ١٩٧١ نصوصاً على أن رئيس الجمهورية يعين الموظفين ويعزلهم على الوجه المبين بالقانون مما يؤيد وصف قرارات تعيين الموظفين وعزلهم بأنها أعمال إدارية تتم وفقاً للقانون وليست من أعمال السيادة .. والمادة ٦٨ من الدستور القائم تنص على أن « التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي . . . ويحظر النص في القوانين على تخصيص أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء » وظاهر من هذا النص أن المشرع الدستوري لم يقف عند حد تقرير حق التقاضي للناس كافة كهدأ دستوري أصيل بل جاوز ذلك إلى تقرير مبدأ حظر النص في القوانين على تخصيص أي عمل أو قرار إداري ضد رقابة القضاء وقد خص المشرع الدستوري هذا المبدأ بالذكر رغم أنه يدخل في عموم المبدأ الأول الذي يقرر حق التقاضي للناس كافة وذلك تأكيداً للرقابة القضائية على القرارات الإدارية وحسب لما نثار من خلاف في شأن عدم دستورية التشريعات التي تحظر حق الطعن في هذه القرارات وقد ردد النص المشار إليه ما أقرته الدساتير السابقة ضمناً من كفاءة حق التقاضي للأفراد وذلك حين حولتهم حقوقاً لا تقوم ولا توثق ثمارها إلا بقيام هذا الحق باعتباره الوسيلة التي تكفل حمايتها والتمتع بها ورد العدوان عليها . وثمت وجه آخر

لمخالفة النص المطعون فيه للدستور ذلك أن الدساتير سالفة الذكر قد تضمنت كل منها نصاً على أن المواطنين لدى القانون سواء وأنهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة (المادة ٣١ من دستور سنة ١٩٥٦ و ٧ من دستور سنة ١٩٥٨ و ٢٤ من دستور سنة ١٩٦٤) كما ردد الدستور القائم هذا النص في المادة ٤٠ منه ولما كان حق التقاضي من الحقوق العامة التي كفلت الدساتير المساواة بين المواطنين فيها فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق مع تحقق مناطه وهو قيام المنازعة في حق من حقوق أفرادها ينطوي على إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرروا هذا الحق . . . ودفاع الحكومة القائم على أن النص المطعون فيه يقضي بنقل الاختصاص بنظر المنازعات الخاصة بالقرارات المشار إليها من جهات القضاء إلى لجنة تتوافر فيها أقوى الضمانات ومن ثم فهو لا يعدو أن يكون تشريعاً معدلاً لاختصاص القضاء مما يملكه المشرع طبقاً لأحكام الدستور - هذا الدفاع مردود :

أولاً : بأن الدستور إذ ينص في المادة ١٦٥ على أن « الساطة القضائية مستقلة تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها » وإذ ينص في المادة ١٦٧ على أن « يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها . . . » فإنه يعهد إلى المحاكم بولاية الفصل في المنازعات كاملة كما يفوض المشرع العادي في تحديد الهيئات القضائية وتوزيع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة لممارسة هذه الولاية دون مساس بها بحيث لا يتخذ ذلك وسيلة لعزل المحاكم عن نظر منازعات معينة مما تختص به، ذلك أن المشرع الدستوري إنما يفوض المشرع العادي في تنظيم الهيئات القضائية وتحديد اختصاص كل منها لا في إهدار هذا الاختصاص أو الانتقاص منه وإلا كان متجاوزاً حدود التفويض مخالفاً للدستور .

ثانياً : بأن اللجنة التي آل إليها الاختصاص بنظر المنازعات الخاصة بالقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستبداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي قد أنشئت ابتداء بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٦٣ الذي نص على تشكيلها من بعض أعضاء مجلس الرياسة ثم عدل هذا التشكيل بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٩١ لسنة ١٩٦٥ الذي قضى بتشكيلها من بعض أعضاء اللجنة التنفيذية العليا

للإتحاد الاشتراكي العربي وأخيراً صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ١٧٢٤ لسنة ١٩٦٦ بتشكيلها من وزير العدل رئيساً ورئيس مجلس الدولة ورئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة عضوين . وقد كان صدور هذه القرارات الثلاثة تعديلاً لقرار مجلس الوزراء الصادر في ٦ من إبريل سنة ١٩٥٥ ببيان إجراءات التظلم الإداري وطريقة الفصل فيه ، ويستفاد من ذلك أن هذه اللجنة كانت تشكل تشكيلاً إدارياً محضاً في مرحلتها الأولى والثانية ولم يمثل فيها العنصر القضائي إلا في مرحلتها الأخيرة وظلت الأغلبية للعنصر الإداري ومن ثم فإن طابع تشكيلها لم يكن قضائياً في أي مرحلة من تلك المراحل بل نشأت وظلت ذات طابع إداري ولا تتبع الإجراءات القضائية في نظر التظلمات التي تعرض عليها كما أن قراراتها لم تكن واجبة التنفيذ بذاتها لأنها لم تعد أن تكون مجرد توصيات ترفع إلى رئيس الجمهورية مصدر القرارات المتظلم منها للبت نهائياً في التظلم حسبما يرى . وقد كان ذلك مسaire لمنطق القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ المطعون فيه الذي اعتبر تلك القرارات من أعمال السيادة التي لا تخضع للطعن أمام جهات القضاء ، وعلى مقتضى ذلك فلا يسوغ اعتبار التظلم أمام تلك اللجنة الإدارية بديلاً لحق الموظفين في الالتجاء إلى قاضيهم الطبيعي للطعن في القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي حيث تنظر الدعوى طبقاً لإجراءات قضائية مقرر قانوناً لحماية الحقوق وكفالة الدفاع عنها ثم تصدر فيها أحكام واجبة التنفيذ بذاتها .

« ومن حيث إنه يخلص من ذلك أن القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة الثانية عشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ إذ يقضى باعتبار قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي من أعمال السيادة بينما هي بطبيعتها أعمال إدارية فإنه ينطوي على مصادرة لحق هؤلاء الموظفين في الطعن في تلك القرارات أو التقاضي بشأنها فضلاً عن إهدار مبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق مما يخالف المادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور وكذلك الدساتير السابقة على النحو المتقدم ذكره ولا يظهره من هذا العيب ما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن كل ما قرره القوانين

والوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً وناظراً ، ذلك أن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة ومن ثم فإن ذلك النص لا يعنى سوى مجرد استمرار نفاذ هذه القوانين واللوائح دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تخصيصها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل الدستور القائم فليس معقولاً أن تكون تلك التشريعات بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل هذا الدستور ونظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستورها أولى وأوجب .

« ومن حيث إنه لما تقدم يكون القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ مخالفاً للدستور فيما نصت عليه هذه المادة من اعتبار قرارات رئيس الجمهورية بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي من أعمال السيادة ومن ثم يتعين الحكم بعدم دستوريته (١) . »

موقف المحكمة العليا من القوانين الائمة من التقاضي عموماً

٦٠١ - حكمت المحكمة العليا (٢) بعدم دستورية المادة الخامسة من القانون

(١) حكم المحكمة العليا الصادر في ٦ نوفمبر ١٩٧١ في الدعوى رقم ٢ لسنة ١ القضائية « عدم دستورية » والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٤ نوفمبر ١٩٧١ .

(٢) أنظر حكمها الصادر بتاريخ ٤ ديسمبر ١٩٧١ في الدعوى رقم ٥ لسنة ١ القضائية « عدم دستورية » وقد جاء فيه « إنه وإن كانت المادة ٤٧ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ قد تضمنت إلغاء النص المطعون فيه ، غير أن هذا الإلغاء لا يحول دون النظر والفصل في الطعن بعدم دستوريته ، ذلك لأن الأصل في تطبيق القاعدة القانونية أنها تسرى على الوقائع القانونية التي تتم في ظلها ، أي خلال الفترة من تاريخ العمل بها حتى تاريخ إلغائها ، فإذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية جديدة فإن القاعدة الجديدة تسرى من الوقت المحدد لتفادها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من القاعدتين القانونيتين ، ومن ثم فإن المراكز القانونية التي نشأت وترتبت آثارها في ظل أي من القانونين - القديم أو الجديد - تخضع لحكمه ، فأنشأ منها وترتبت آثاره في ظل القانون القديم يظل خاضعاً له ، وما نشأ من مراكز قانونية وترتبت آثاره في ظل القانون الجديد يخضع لهذا القانون وحده وبتطبيق هذه القواعد حل واقعة الدعوى يبين أن قرار مجلس المراجعة المطعون فيه أمام محكمة القضاء الإداري قد صدر وترتبت آثاره =

رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بتحديد إيجار الأباكن ، المعدلة بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٣ ، فيما نصت عليه من عدم جواز الطعن في قرارات مجلس المراجعة الصادرة بالفصل في التظلم من قرارات لجنة التقدير - وهي قرارات إدارية - قولا إنها وقد نصت على عدم جواز الطعن تكون منظوية على مصادرة لحق ملك ومستأجرى المباني الخاضعة لأحكام ذلك القانون في الطعن في تلك القرارات أو التقاضي بشأنها ، فضلا عن إهدارها لمبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق مما يخالف المادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور القائم وكذلك الدساتير السابقة .

مبدأ الشرعية واستقرار العلاقات القانونية

٦٠٢ - يثير مثل هذا الحكم الذي يقضى بعدم دستورية قانون مضت عليه عدة سنوات تولدت خلالها مراكز قانونية عديدة تساؤلات عن مصير هذه المراكز هل تهدم نتيجة منطقية للحكم بعدم دستورية القانون الذي قامت هذه المراكز عليه لأن ما بني على الباطل باطل ، أو تبقى احتراماً لاستقرار الأوضاع على الرغم مما شاب هذه المراكز من عدم مشروعية ؟ واضح أن المشكلة هي مشكلة التوفيق بين التزام مبدأ الشرعية التزاماً مطلقاً وبين التهاون نوعاً في هذا الالتزام إبقاء على استقرار العلاقات القانونية . أما من يمثل القانون عندهم مظهراً للاستقرار ، فإنهم لا يترددون في قصر آثار الحكم بعدم الدستورية على المستقبل دون المساس بما تولد من مراكز قانونية ولو كانت غير مشروعة . أما من يخضعون القانون لاعتبارات الشرعية فإنهم لا يباليون بما تولد من مراكز بطريقة غير مشروعة . وقد تصور البعض أن مصدر المشكلة هو الرقابة القضائية التالية لنشر القانون حيث عيب عليها عدم إمكان إلزام بصحة أى نص تشريعي بصفة نهائية إلا بمناسبة دعوى مستقبلية غير متوقعة ، وأن من شأن هذا الاحتمال وجود عنصر من عناصر عدم الاستقرار القانوني ، ولهذا فقد اقترح البعض أن تجرى الرقابة قبل أن يغدو القانون نهائياً ونافذاً وذلك بإلحاح إخضاع القوانين آلياً بمجرد التصويت عليها لرقابة المحكمة

بالنسبة إلى المدعين في ظل القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ومن ثم يكون المركز القانوني الذي توتب على هذا القرار خاضعاً لذلك القانون . وتكون للمدعين مصلحة شخصية مباشرة في الطعن بعدم دستورية ذلك النص الذي يحول دون نظر دعواهم أمام محكمة القضاء الإداري .

الدستورية ، غير أن مثل هذا الاقتراح أبعد من أن يؤخذ به في التطبيق . وإذا جاز أن يفرض نوع من الرقابة داخل المجلس التشريعي نفسه أو خارجه قبل نشر القانون ، فإنه ليس من شأن هذا الأسلوب أن يقضي عن رقابة قضائية على دستورية القانون بعد نشره . وإذا كان البعض يرى - توكيداً للاضطراب في المراكز القانونية المستقرة - النص صراحة على عدم مساس الحكم الصادر بعدم الدستورية بهذه المراكز ، فإننا نرى أن مثل هذا النص مناهض للعدالة لما نطوى عليه من الإبقاء على مراكز تمت استناداً إلى أساس غير مشروع ، ومن قبل ذلك تخصيص قرارات تمت بالاستناد إلى قانون يحظر حق الطعن في تلك القرارات حالة أن الطعن حق مسلم به بالنسبة لسائر القرارات الإدارية ، ولا تتميز القرارات التي حصنت من حيث طبيعتها عن سائر القرارات الإدارية على نحو يجيز إفرادها بنظام قانوني متميز . قد يقال إن من شأن سريان الحكم بعدم الدستورية على الماضي سريان الحكم بأثر رجعي والرجعية أمر مكروه في مجال القانون ولا سيما لمساسها بمراكز قائمة . بيد أن هذا القول يقرم على حجة داحضة ، فالحكم بعدم الدستورية هو حكم بطبيعته كاشف عن عيب كامن في القانون ، والمساس ببعض المراكز القائمة وإن كان أمراً مكروهاً إلا أن أبلغ منه في الكراهية الإخلال بالمساواة بين أصحاب المراكز القانونية المتأثرة ، إذ ليس من المقبول أن يكون القانون غير دستوري بالنسبة للمستقبل وأن يكون متفقاً مع المبادئ الدستورية بالنسبة للماضي (١) . وما قالته المحكمة العليا سنداً لعدم دستورية القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ الذي يحصن بعض القرارات الجمهورية في شأن العاملين ، وعدم دستورية المادة الخامسة من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٢ التي تحظر الطعن في قرارات مجالس المراجعة ، يصلح سنداً لاعتبار الحكم بعدم الدستورية كاشفاً عن حقوق كافة المضروبين من ذلك القرار بقانون ومن تلك المادة (٢)

(١) ولعل ما يخفف هذا العيب ، فتح أبواب الطعن بعدم الدستورية على مصاريمها أمام المواطنين بطريق الشكوى الدستورية أو الدعوى الأصلية ويعلن رسوم وهو ما تقترح أن يتخذ منه قانون إنشاء المحكمة الدستورية على ما سيحيى عند كلامنا على هذه المحكمة واقترحاتنا بشأنها .

(٢) فقد رأينا أن محكمتنا العليا لم تستند في حكمها إلى المادة ٦٨ من الدستور

على نحو لا يميز قصر أثر الحكم على المستقبل لأن معناه إخلال بمبدأ المساواة ولئن بدا رأينا في هذا الشأن مزعزعا لبعض المراكز التي استقرت ، فإنه لما يبرر هذه الزعزعة أن تلك المراكز إنما بنيت على قانون قضى بعدم دستوريته .

موقف المحكمة العليا من الطعن في دستورية التشريعات السابقة على صدور الدستور

٦٠٣ - عرضت المحكمة العليا لهذه المسألة بمناسبة ما أثير أمامها من عدم دستورية الحالة الثانية من الفقرة هـ من المادة ٩٣٦ من القانون المدني القائم إستناداً إلى أن نظام الشفعة الذي يخول الشفيع دون سواه حق شراء الأرض المبيعة إلى غيره بطريقة مشروعة يؤدي إلى الاحتكار والاستغلال عن طريق جمع الأراضي الزراعية مما يتعارض مع النظام الاشتراكي الذي جعل منه الدستور في مادتيه الأولى والتاسعة أساساً للنظام الاقتصادي في الدولة ويهدر مبدأ تكافؤ الفرص الذي كفلته الدولة لجميع المصريين في المادة الثامنة من الدستور ومن ثم تكون نصوص القانون المدني التي تنظم الشفعة مخالفة للدستور ولا يحصنها نص المادة ١٦٦ منه لأن هذا النص يقصر حصانته على القوانين الصادرة منذ قيام الثورة في ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ حتى تاريخ صدور الدستور في ٢٥ من مارس سنة ١٩٦٤ دون سواها من القوانين السابقة ومنها القانون المدني . وقد دفع المدعى عليه الدعوى بعدم جواز الطعن بعدم دستورية التشريعات السابقة على صدور الدستور ومنها النصوص المنظمة لحق الشفعة (١) ،

فحسب ، ولو فعلت لا يمكن حل أسباب حكمها على أنها تنصرف إلى اعتبار عدم الدستورية واجماً إلى نص الدستور القائم وحده ، ولكننا رأيناها تؤكد أن المادة ٦٨ من الدستور إنما رددت ما أقرته الدساتير السابقة ضمننا من كفالة حق التقاضي للأفراد وذلك حين خولتهم حقوقاً لا تقوم ولا توثق ثمارها إلا بقيام هذا الحق . . . - وانظر في هذا الشأن مقالاً للدكتور محمد عصفور في جريدة الأهرام بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٧١ بعنوان « نحو تنظيم جديد لرقابة دستورية القوانين » .

(١) قضت محكمة النقض بأن القرار رقم ١٤ لسنة ١٩٦٣ - الصادر من رئيس المجلس التنفيذي ورئيس لجنة الحراسات المشكلة بمقتضى الأمر رقم ٢١٠ لسنة ١٩٦٢ - لإدخول الحارس العام على أموال الخاضعين لأحكام الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ والأوامر اللاحقة له سلطة بيع العقارات المبيعة للملوك الخاضعين للحراسة المذكورة إلى شركات التأمين وذلك .

ومبنى هذا الدفع أن المادة ١٦٦ من الدستور تقضى باستمرار نفاذ التشريعات السابقة على صدوره حتى تلغىها أو تعدلها السلطة التشريعية ، ومن ثم يظل حق الشفعة قائماً كوسيلة مشروعة للتملك في الحدود التي يميزها القانون . وردت المحكمة العليا على هذا الدفع بقولها « إن المادة ١٦٦ من الدستور التي يستند إليها المدعى عليه الأول والحكومة في تأييد هذا الدفع تنص على أن « كل ما قرره القوانين والقرارات والأوامر واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى نافذاً ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور » . وقد تردد هذا النص في مدلوله ومعناه مع اختلاف يسير في صيغته في الدساتير المتعاقبة منذ سنة ١٩٢٣ ومنها الدستور الصادر في عام ١٩٥٦ الذي تضمن نصين لكل منهما مجال يختلف عن مجال الآخر أولها نص المادة ١٩٠ وهو مطابق لنص المادة ١٦٦ من الدستور الذي تقدم ذكره والثاني نص المادة ١٩١ الذي يقضى بأن « جميع القرارات التي صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التي تتصل بها وصدرت مكاملة أو منفذة لها وكذلك كل ما صدر من الهيئات التي أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات أو أحكام وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التي

وفقاً ل نموذج العقد المرفق بالقرار المذكور والذي يتضمن أن البيع يصدر من الحارس العام يصفته إلى إحدى شركات التأمين بشمن يقدر وفقاً لحكم المادة ٣٦ من القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٤٤ أي اثني عشر ضعفاً للقيمة الإيجارية المتخذة أساساً لربط الدوائد يدفع منه مقدماً ٥ ٪ والباقي يقسط على اثني عشر قسطاً سنوياً متساوية وبفائدة قدرها ٤ ٪ سنوياً ويستحق القسط الأول منها بمضى ستة على تاريخ توقيع هذا العقد . وظاهر من هذا أن الدولة إنما قصدت قصر هذه البيوع على شركات التأمين التابعة للمؤسسة العامة لتأمين بشمن محدد مقداره وكيفية دفعه بطريقة خاصة ، والتصرف على هذا النحو يعتبر تصرفاً ذا طبيعة خاصة ووعيت فيه اعتبارات تتعلق بشخص المنصرف إليه وبمصالح عليا اجتماعية واقتصادية هي تمكين شركات التأمين بعد تأمينها من النهوض بوظيفتها ، وهو على هذا الأساس لا يعتبر بيعاً عادياً مما تجوز الشفعة فيه ، بل إن تجوز الشفعة في هذه الحالة يتناقض مع طبيعة تلك التصرفات ويفوت الأغراض المنشودة منها ، وعدم إيراد نص خاص يمنع الأخذ بالشفعة في هذه الحالة على غرار النصوص الواردة في قانون الإصلاح الزراعي والقانون ٣ لسنة ١٩٦٣ لا يؤدي إلى إباحة الشفعة في الميادين التي يحصل التصرف فيها تنفيذاً للقرار ١٤ لسنة ١٩٦٣ مادام لا يتوافر في هذه التصرفات الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة طبقاً لأحكام القانون المدني - نقض ١٢ يونيو ١٩٦٩ من ٢٠ ص ٩٤٦ .

صدرت من هذه الهيئات أو من أى هيئة أخرى من الهيئات التي أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أى هيئة كانت». وظهر من هذين النصين أن لكل منهما مجالاً يختلف عن مجال الآخر وأن المشرع لم يلتزم في دستور سنة ١٩٥٦ موقفاً واحداً من التشريعات السابقة على تاريخ العمل به. بل غاير بينهما فيما أسبغها عليها من الحماية فاتخذ بالنسبة إلى بعضها موقفاً اقتضته ضرورة تحصين التشريعات والتدابير والإجراءات الثورية الاستثنائية التي اتخذت في ظروف لا تقاس فيها الأمور بالمقياس العادى وذلك بالنص على عدم جواز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أى هيئة كانت - بينما اتخذ بالنسبة إلى سائر التشريعات الأخرى أسلوباً آخر ينطوى على حماية أدنى من تلك التي أسبغها على التشريعات الثورية الاستثنائية المتقدم ذكرها وذلك بالنص على بقائها نافذة مع إجازة إلغائها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في الدستور - وهذه المغايرة التي قصد إليها المشرع عند تحديد موقفه من التشريعات السابقة على الدستور قاطعة في الدلالة على أنه إذ تناول موضوع التشريعات السابقة على الدستور في نصين مختلفين في دستور واحد فإن كلا منهما يقرر حكماً يختلف عما يقرره الآخر وأنه إنما يستهدف تحصين التشريعات التي حددها على سبيل الحصر في المادة ١٩١ منه دون غيرها من التشريعات التي وقف بالنسبة إليها عند حد النص على استمرار نفاذها وذلك تجنباً لحدوث فراغ تشريعى يؤدي إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المرافق العامة والعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة للدستور فور صدوره - ولو أن المشرع أراد تحصين التشريعات السابقة على الدستور ضد الطعون القضائية لأفصح عن ذلك في نص واحد عام يتناولها كافة ولم يكن في حاجة إلى إيراد نص آخر يفيد ذات المعنى في موضوع واحد.

«ومن حيث إن المشرع اجتزأ بنقل المادة ١٩٠ من دستور سنة ١٩٥٦ إلى المادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ ولم ينقل المادة ١٩١ من ذلك الدستور التي استنفدت أغراضها إذ أسبغت على التشريعات الثورية الاستثنائية التي صدرت منذ قيام الثورة حتى عام ١٩٥٦ حصانة نهائية لا مبرر ولا مسوغ

لتكرار النص عليها - ولا ريب أنه لا يعنى بنص المادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ غير ما عناه بأصله الوارد في المادة ١٩٠ من دستور سنة ١٩٥٦ وهو مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تخصيصها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل الدستور القائم فليس معقولا أن تكون التشريعات التي صدرت قبل الدستور وعلى الخصوص التشريعات الصادرة قبل قيام الثورة في ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغايرة في أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التي استحدثها الدستور - ليس معقولا أن تكون هذه التشريعات بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل الدستور وفي ظل نظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستوريها أولى وأوجب.

«ومن حيث إن الحكومة تقول في مذكرتها التكميلية بعد إثارة الدفع بعدم جواز الطعن على النحو المتقدم ذكره إن ولاية المحكمة العليا لا تتناول التشريعات السابقة على الدستور إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة عند صدورها وتكون رقابتها لهذه التشريعات على أساس تلك الأوضاع دون أحكام الدستور القائم وأوضاعه - وهذا القول مردود بأن رقابة دستورية القوانين منذ عرفت في الدول ذات الدساتير الجامدة تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه - ذلك أن نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة.

«ومن حيث إنه على مقتضى ما تقدم يكون الدفع بعدم جواز الطعن في دستورية الفقرة ٥ من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى غير قائم على أساس سليم من القانون ومن ثم يتعين رفضه» (١).

(١) حكم المحكمة العليا الصادر في ٦ مارس ١٩٧١ في الدعوى رقم ٣ لسنة ١ قضائية «دستورية» وعن الموضوع قالت المحكمة «ومن حيث إنه بالنسبة إلى الوجه الأول من وجهي الطعن المبني على مخالفة الحالة الثانية من الفقرة ٥ من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى لأحكام =

مدى اختصاص المحكمة العليا بالنظر في دستورية القرارات بقوانين الصادرة بناء على التفويض التشريعي

٦٠٤ - نصت المادة ١/٤ من قانون المحكمة العليا على اختصاصها دون

المادتين الأولى والثامنة من الدستور فإن المادة الأولى من الدستور تنص على أن «الجمهورية العربية المتحدة دولة ديمقراطية اشتراكية» - كما تنص المادة الثامنة منه على أن «الأساس الاقتصادي للدولة هو النظام الاشتراكي الذي يحظر أي شكل من أشكال الاستغلال بما يضمن بناء المجتمع الاشتراكي بدمائه من الكفاية والعدل» - وفي خصوص تنظيم الملكية الزراعية في ظل النظام الاشتراكي الذي جعل منه الدستور أساساً اقتصادياً للدولة أرسى الدستور في المادة السابعة عشرة مبدأ تحديد الملكية الزراعية كأصل من الأصول التي يقوم عليها هذا النظام وأحال إلى القانون في تعيين الحد الأقصى لهذه الملكية وقد صدرت قوانين الإصلاح الزراعي المتعاقبة التي قيدت الملكية الزراعية بحد أقصى لا تجاوزه وقضت بتوزيع ما يزيد عن هذا الحد من الأراضي الزراعية على العاملين في الزراعة تحقيقاً لأهداف المشرع من توسيع قاعدة الملكية الزراعية وتطبيقاً للنظام الاشتراكي الذي يقر الملكية الفردية في مجال الزراعة في حدود لا تسمح بالإقطاع ولم يعرض المشرع وهو بصدد سن هذه التشريعات الاشتراكية لحق الشفعة إلا حيث اقتضى ذلك تحقيق أهداف الإصلاح الزراعي فحظر الشفعة في التصرفات الناقلة للملكية التي تتناول ما لم يستول عليه من الأرض الزراعية الزائدة عن الحد الأقصى (المادة ٤ مكررة من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعي المضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣١١ لسنة ١٩٥٢) كما حظرها في توزيع الأراضي على صغار المزارعين تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعي (الفقرة الأخيرة من المادة ٩ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ سالف الذكر) وكذلك منح الشفعة في بيع العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة (الفقرة الأخيرة من المادة ٥٨ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها) وفيما عدا تلك الحالات الاستثنائية التي ألتى فيها المشرع حق الشفعة تحقيقاً لأهداف الإصلاح الزراعي لا زال هذا الحق قائماً بسبب مشروع من أسباب كسب الملكية في الحدود المقررة قانوناً.

«ومن حيث إن الأصل في سلطة التشريع في موضوع تنظيم الحقوق أن تكون سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بقيود محددة ولما كان الدستور لم يعرض لأسباب كسب الملكية ومنها حق الشفعة ولم يقيد سلطة المشرع في تحديدها وتنظيمها اكتفاء بتعيين حد أقصى للملكية الزراعية يحول دون قيام الإقطاع فن ثم تكون سلطته في هذا الصدد سلطة تقديرية في نطاق الحد الأقصى المشار إليه - ولا ريب أن ترجيح نظام الشفعة عند قيام أسبابها ومنها الجوار والاشتراك في حقوق الارتفاق على مبدأ حرية التصرف استناداً إلى أن الشفعة إذ تجمع بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به في ملكية الشفيع وحده في نطاق الحد الأقصى للملكية الزراعية فإنها تؤدي إلى تطهير الأرض من هذه الحقوق فضلاً عما يترتب عليها من دفع الضرر عن الجار وتجنب مشكلات المشاركة في حقوق الارتفاق وكافة منازعات الجوار - لا ريب أن ذلك الترجيح مما يدخل في حدود سلطة المشرع التقديرية التي لم يقيد بها الدستور في هذا الصدد -

غيرها بالفصل في دستورية القوانين . ونصت المادة ١٧٥ من دستورنا الحالي على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح . . .» . ولم يتعرض أي من هذين النصين للرقابة على دستورية القرارات بقوانين ، فهل تنبسط رقابة المحكمة العليا مع ذلك عليها ؟ . نرى أن المحكمة العليا تختص بالفصل في دستورية القرارات بقوانين رغم عدم النص عليها . وقد رأيناها تقول بحقها في بسط رقابتها على التشريعات الفرعية كافة ، ومنها اللوائح ، على الرغم من عدم النص عليها في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون إنشائها . ولا يقدح في ذلك أن يكون المشرع الدستوري قد استعمل عبارة «قرارات لها قوة القانون» (١) مما يحمل على القول بأن «القرارات بقوانين» تختلف عن «القوانين» كما تختلف عن

«ومن حيث إنه عن الوجه الثاني من أوجه الظعن فإن المدعى يتبعى على النص المطعون فيه أنه مخالف للعادة الثامنة من الدستور ويقول في بيان ذلك أن الشفعة تخل بمبدأ تكافؤ الفرص لأنها تحول الشفيع وحده دون سواه رخصة تجعل منه المحتكر الوحيد لشراء الأرض المشفوع فيها - وهذا النقي مردود بأن المساواة التي يوجبها إعمال مبدأ تكافؤ الفرص تتحقق بتوافر شرطي العموم والتجريد في التشريعات المنظمة للحقوق ولكنها ليست مساواة حسابية ذلك لأن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية وإذا اختلفت هذه الظروف بأن توافرت الشروط في البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم وكان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التي كفلها المشرع لهم - والتجاء المشرع إلى هذا الأسلوب في تحديد شروط موضوعية يقتضيها الصالح العام للتمتع بالحقوق - لا يخل بشرطي العموم والتجريد في القاعدة القانونية ذلك لأن المشرع إنما يخاطب الكافة من خلال هذه الشروط .

«ومن حيث إن شأن حق الشفعة كشأن غيره من الحقوق في هذا الصدد ذلك لأن استعماله منوط بتوافر أسباب حددها المشرع على سبيل الحصر تنظيمياً لموضوع كسب الملكية عن طريق الشفعة بحيث إذا توافر سبب من أسبابها في فرد من الأفراد أصبح في مركز قانوني يتحوله رخصة الشفعة في العقار ولا يقاس به غيره من لم يتوافر فيه سبب من هذه الأسباب إذ يكون في مركز قانوني مغاير - ولم يعد المشرع في تنظيم موضوع كسب الملكية بسبب الشفعة على الوجه المتقدم جانب المساواة أمام القانون ولم يخالف مبدأ تكافؤ الفرص الذي أقره الدستور في المادة الثامنة .

(١) راجع على سبيل المثال المادتين ١٠٨ و ١٤٧ من دستورنا الحالي .

« اللوائح » التي أوردتها المشرع في المادة ١٧٥ من الدستور ، ذلك أن رقابة دستورية القوانين لا تنتج أثرها المرجو إلا إذا امتدت إلى التشريعات كافة الأصلية منها والفرعية الصادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري ، ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور — كما قالت المحكمة العليا بحق — قائمة بالنسبة إليها جميعاً ، بل إن هذه المظنة أقوى في التشريعات الفرعية منها في التشريعات الأصلية ، وإن كنا نحبّد أن ينص المشرع صراحة على أن تتولى المحكمة الدستورية ، في القانون الذي يصدر بإنشائها ، الرقابة على دستورية القرارات بقوانين حسماً لأي خلاف قد ينشأ حول اختصاصها بالنظر في دستورتها مستقبلاً .

رأينا في القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ باعادة تشكيل الهيئات القضائية

٦٠٥ - صدر القرار الجمهوري بالقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بناء على التفويض التشريعي الصادر به القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ تعويلاً على المادة ١٢٠ من الدستور السابق (وتقابلها المادة ١٠٨ من الدستور الحالي) ، فما هو التكييف القانوني لهذا القرار بقانون ؟

ثمة رأي يذهب إلى أن القرارات الجمهورية بالقوانين والصادرة بناء على قوانين التفويض تعتبر أعمالاً إدارية وإن كان لها نفس قوة القانون من حيث إمكان تعديل أو إلغاء التشريعات القائمة (١) . ويقر الدستور المصري الحالي الطبيعة القانونية للقرارات الجمهورية بقوانين — الصادرة بناء على تفويض مجلس الشعب — ويعتبرها مجرد قرارات لها قوة القانون ، فقد سماها ، شأنه في ذلك شأن الدستور السابق الصادر عام ١٩٦٤ ، قرارات ولم يسمها قوانين وإن كان سوى بينها وبين القوانين من ناحية الأثر القانوني فحسب مع تمايزهما في الطبيعة القانونية وفي خضوع كل منها لنظام قانوني مختلف عن الآخر .

وإني أرى أن القرارات بقوانين التي أصدرها رئيس الجمهورية بالتطبيق للمادة ١٢٠ من دستور ١٩٦٤ تعتبر ، من حيث الشكل ، قرارات إدارية

(١) الدكتور محمود حافظ ، التفويض التشريعي في فرنسا وفي مصر ، رسالة دكتوراه ١٩٥٦ ص ٤٠٢ وما بعدها .

على الرغم من أنها تضم قواعد عامة مجردة تعتبر بها قانوناً من الناحية الموضوعية ؛ وبشأن القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بالذات فإني أرى أنه لا يعدو كونه قراراً إدارياً فردياً سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع لعدم اشتماله على أية قواعد عامة مجردة وذلك لما يلي :

أولاً : نصت المادة ١٢٠ من دستور ١٩٦٤ على أن « لرئيس الجمهورية في الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التعويض لمدة محددة وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها » . وإعمالاً لهذا النص لا يحل لمجلس الأمة أن يفوض رئيس الجمهورية في إصدار ما يسمى «قرارات بقوانين» ما لم تتوافر الشروط الآتية : ١ - أن يصدر التفويض في وقت تمر فيه البلاد بحالة استثنائية . ٢ - أن يعين قانون التفويض الذي يصدره مجلس الأمة الموضوعات التي يجوز لرئيس الجمهورية أن ينظمها بقرارات بقوانين إذ لا يصح وفق أحكام الدستور أن يكون التفويض عاماً وشاملاً لأن هذا معناه تنازل مجلس الأمة عن كامل اختصاصاته ، بمعنى أنه يحكم على نفسه بالموت وعدم الفاعلية . ٣ - أن يعين قانون التفويض الوجهة والخطوط الرئيسية التي يسير على هديها رئيس الجمهورية . ٤ - أن تكون مدة التفويض محددة تحديداً دقيقاً في قانون التفويض ، ولا مانع من مدها إذا استمرت الحالة الاستثنائية قائمة . بيد أنه لا يمكن دستورياً أن يكون التفويض مطلقاً أو أن يعلق على انتهاء الحالة الاستثنائية إذ يتأدى ذلك إلى ترك تحديد انتهاء الحالة الاستثنائية للسلطة التنفيذية ذاتها بدون ضابط ولا رقيب ، الأمر الذي قد ينجم عنه عزل المجلس التشريعي عن مزاوله اختصاصاته الأساسية مدة طويلة .

وقد نص القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ (١) على أن « يفوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتصل بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني وبصفة

(١) صدر هذا القانون عن مجلس الأمة في ٣١ مايو ١٩٦٧ ونشر بالعدد ٦٣ من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ أول يونيو ١٩٦٧ .

عامة في كل ما يراه ضرورياً لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية . وبين للوهلة الأولى أن هذا القانون لا يتوافق فيه شرط واحد من الشروط التي أسلفناها ، الأمر الذي يكون معه قانون التفويض باطلاً بطلاناً مطلقاً مخالفته نص المادة ١٢٠ من دستور ١٩٦٤ (١) . فالتفويض جاء عاماً غير محدد شاملاً لكل شيء خالياً من النص على مدة معينة ولو استطلت إلى سنة أو حتى سنتين ، وإذا كان القانون ١٥ لسنة ١٩٦٧ سالف الذكر باطلاً فإن جميع القرارات بقوانين الصادرة استناداً إليه تكون باطلة كذلك لأن كل ما يترتب على الباطل باطل ، ومنها القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

ثانياً : أن القرار بقانون سالف الذكر لم يتضمن أية قواعد عامة منظمة لحالات عزل القضاة ، ولم ينص على تشكيل لجان مستقلة من بينهم للاطلاع على ملفاتهم وتحقيق دفاعهم فيما عساه يكون منسوباً إليهم وذلك بغض النظر عن عدم قابلية القضاة للعزل بغير الطريق المرسوم في قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، كما لم يرسم طريقاً للتثبيت من أن أحكام بعضهم لا تتجانس مع أحكام الدستور والميثاق ، على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقرار . وقد صدر بعد ذلك قرار إعادة تعيين رجال القضاء رقم ١٦٣ لسنة ١٩٦٩ خالياً من أسماء مائة وسبعة وعشرين شخصاً من القضاة

(١) هذه المادة تماثل تماماً المادة ١٣٦ من دستور ١٩٥٦ وتقابلها المادة ١٠٨ من الدستور القائم وقد سبق إيراد نصها . ومن المفيد هنا أن نورد رأي الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي في مؤلفه « الدستور المصري » في شأن القرارات بقوانين التفويضية إذ يقول في الصفحة ٢٧٣ عن القرارات بقوانين تفويضية ، وهي ما يسميها الفقه في مصر بالوائح التفويضية إنها « عبارة عن قرارات بقوانين تصدرها السلطة التنفيذية استناداً على تفويض من السلطة التشريعية وتعالج بها أموراً لا تعالج إلا بقانون ، وما كان للسلطة التنفيذية أن تعالجها بقرارات بقوانين لولا تفويض السلطة التشريعية . واللائحة التفويضية إنما تعد في قوة القانون ويمكنها بهذا أن تعدل أو تلغي بعض التشريعات القائمة ولكنها باعتبار مصدرها إنما تعد لوائح إدارية يجوز الطعن فيها ، كسائر اللوائح الإدارية ، بالإلغاء لدى مجلس الدولة . . . ولم فر التفويض التشريعي في مصر إلا مرة واحدة سنة ١٩٣٠ عندما صدر القانون رقم ٢ لسنة ١٩٣٠ بشأن التعريفات الجمركية وفوض الحكومة في تعديل التعريفات الجمركية بمراسيم بقوانين بشرط عرضها على البرلمان في الدورة نفسها . وكذلك الحال بالنسبة للقانون رقم ٣ لسنة ١٩٣٠ الخاص برسم الإنتاج وقد جرى العمل إلى الآن على ذلك » - السيد صبرى ، القانون الدستوري ص ٤٩٦ - عبد الحميد متولى ، الوسيط ص ٤٥٥ .

وأعضاء النيابة كان يستهدفهم القرار بقانون بنواتهم ، فهو ذو أثر منشئ مولد لحالة قانونية جديدة لمراكز فردية شخصية الأمر الذي يجعل هذا القرار بقانون قراراً إدارياً فردياً لا تنظيمياً ، ذلك أن المستقر فقهاً وقضاء عند تحديد طبيعة العمل القانوني ، أنه يجب الرجوع إلى المركز القائم به والسلطة التي أصدرته ، وأنه لا عبرة بعدد الأشخاص الذين تناولهم القرار وإن كثروا ما دام لم يشتمل على قاعدة عامة موضوعية تطبق على أشخاص معينين بأوصافهم لا بنواتهم . وحيث يكون العمل القانوني صادراً من السلطة التنفيذية سواء بناء على تفويض من السلطة التشريعية أو فيما بين أدوار الانعقاد أو في فترة حل المجلس النيابي فإنه يعتبر قراراً إدارياً (١) . والملاحظ في تحديد ما إذا كان القرار صحيحاً أو لا هو بوقت صدوره ولا يسوغ في مقام الحكم على مشروعية القرار وسلامته جعل أثر الظروف اللاحقة المستجدة تعطف على الماضي لإبطال قرار صدر صحيحاً أو تصحيح قرار صدر باطلاً في حينه (٢) . وفي مجال القانون العام تهدف القواعد القانونية المقررة لمشروعية أعمال الإدارة في أغلبها إلى حماية المصلحة العامة ، فالبطالان النسبي لا يكون في روابط القانون العام إلا في مجال العقود الإدارية . أما بالنسبة للقرارات الإدارية فلا محل لفكرة البطلان النسبي (٣) . وإذا كان القضاء العادي ليست له ولاية النظر في القرارات الإدارية ولا يختص بطلب إلغائها إلا أنه يختص بالنظر في أمر هذه القرارات المنعقدة التي تعتبر من الناحية القانونية البحتة غير موجودة .

وقد انتقلت فكرة الانعدام إلى القانون العام حين لوحظ أن بعض القرارات تصدر عن جهة ليس لها ولاية في إصدار القرار موضوع البحث أو ليست لها ولاية إصدار القرارات الإدارية إطلاقاً ولذا كان من الملائم التمييز في شأن عيب عدم الاختصاص الذي يعيب القرار الإداري ، بين حالة

(١) القضاء الإداري في ٢٧ إبريل ١٩٥٢ ص ٧ من ١٠٠٠ وفي ٤ يونيو ١٩٥٧ من ١١ ص ٥٨٢ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا في ١٠ نوفمبر ١٩٦٢ ص ٨ من ٢٢ .

(٣) الدكتور محمود حلمي ، عيوب القرار الإداري ، مجلة العلوم الإدارية ص ١٢

اغتنصاب السلطة وحالة عدم الاختصاص البسيط . والمخالفة القانونية في الحالة الأولى تقضى على الصفة الإدارية في القرار وتعدمه . وهكذا كانت فكرة اغتنصاب السلطة أولى المحاولات الفقهية لصياغة نظرية الانعدام في القانون العام . ويتحقق اغتنصاب السلطة حين يصل عيب عدم الاختصاص إلى الحد الذي يعتدى فيه مصدر القرار على سلطة عامة ليست من طبيعة اختصاصه^(١) . والحق إن القضاء لم يضع معياراً واضحاً يمكن أن تتحدد على أساسه أحوال عدم المشروعية الجسيمة التي تصل بالقرار إلى حد الانعدام وإنما يخضع الأمر في كل حالة لتقدير كامل من جانب القاضي لقاعدة المشروعية ونوع المصالح التي تحميها . وقد حاولت محكمة التنازع الفرنسية وضع معيار عام للانعدام فقررت في كثير من أحكامها أن القرار المعلوم هو القرار المخالف للقانون مخالفة صارخة لا تسمح باعتباره مظهراً لممارسة اختصاص تملكه الإدارة . وحاول الدكتور طعيمة الجرف تجميع كل المحاولات حول تعريف مشترك لفكرة الانعدام وحاصله أنه في كل مرة يصاب فيها القرار الإداري بعيب جسيم وواضح تخرج بسببه الإدارة بصفة نهائية عن نطاق وظيفتها المخصصة لها دستورياً وقانونياً ، فإنه لا بد وأن يتجرد اقرار من صفته الإدارية ويخرج بالتالي عن نطاق القانون الإداري ، أي يكون بمثابة التصرف المنعدم في مفهوم أحكام هذا القانون^(٢) . وهو يرى أن ذلك الوضع في القرارات الإدارية يتحقق حين يكون القرار المدعى به وإن تحقق فيه ركن الإرادة بحكم أن الإدارة تكون قد تصرفت فعلاً إلا أنه يمثل اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات ، وتلك هي الصورة الأولى والأصلية لفكرة اغتنصاب السلطة . ثم يربط بين فكرة الانعدام وفكرة الوظيفة الإدارية فالفارق بين العمل الإداري المعلوم والعمل الإداري الباطل مرجعه فكرة الوظيفة فكل عمل منبث الصلة بالوظيفة الإدارية — كما يحددها القضاء على ضوء المبادئ الدستورية العامة في الدولة — بحيث لا يمكن اعتباره تنفيذاً مباشراً أو غير

(١) المرجع السابق ص ٩٩ - طعيمة الجرف ، نظرية انعدام التصرفات القانونية

مجلة العلوم الإدارية ص ٣ ع ١ ص ٧٢ .

(٢) انظر مقاله سالف الذكر ص ٧٢ وما بعدها .

مباشر للوظيفة الإدارية هو عمل معدوم^(١) . و بإنزال المبادئ المتقدمة على القرار بقانون المشار إليه والذي صدر من رئيس الجمهورية استناداً إلى قانون التفويض رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ الصادر من مجلس الأمة قبيل أحداث النكسة التي منيت بها مصر في ٥ من يونيو سنة ١٩٦٧ بين منها بجلاء أن موضوع هذا القرار بقانون قد جاء ناشراً على معالم قانون التفويض خارجاً عن الموضوع الذي حدده إن كان ثمة موضوع محدد ، وبصرف النظر عما يثار بشأن دستوريته . فلم يقل أحد إن الهيئة القضائية أو بعض رجالها كانوا حجر عثرة في دعم كل إمكانيات الدولة البشرية والمادية أو في دعم المجهود الحربي أو كانوا معاول هدم للاقتصاد القومي ولن يقول أحد إنهم كانوا سبباً في هزيمة ٥ يونيو سنة ١٩٦٧ فهم منها ومن أسبابها براء . ولا يتصور أن يقال إن مواجهة العدوان الإسرائيلي واسترداد الأرض السليبية وحماية أمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني يكون بالاعتداء الصارخ على استقلال القضاء ، ذلك الاستقلال الذي فانحرت به مصر العالم أجمع ردهاً طويلاً من الزمان .

لا يمكن أن يقال ذلك ، إنما الذي يمكن أن يقال هو أن مثل هذه القرارات هي التي تسبب النكسات لما يترتب عليها من تشرذم القوى وتفكك الجبهة الداخلية ودفع الناس إلى أن يبلسوا من عدالة الأرض بل أكاد أقول ومن عدالة السماء أيضاً .

ثالثاً : الأصل أن القضاء الإداري يختص بإلغاء القرارات الإدارية ويترتب على هذا الأصل أنه لا يختص بالنظر في القرارات الإدارية المنعقدة فيحكم بعدم قبول الدعوى لعدم تعلقها بقرار إداري . وإذا كانت المحكمة الإدارية العليا قد ذهبت إلى أن القرار المعلوم لا يعدو أن يكون مجرد عقبة مادية في سبيل استعمال ذوي الشأن لمراكزهم القانونية المشروعة ، فإن الفقه

(١) الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ١٩٥٧ ص ١٠ .

ويرى الدكتور محمود حلمي أنه إذا صدر القرار من جهة ليست ذات ولاية كان

القرار معدوماً - المرجع السابق ص ١٠٥ .

يرى أن يكون الحكم في حالة القرارات الإدارية المدعومة بإعلان انعدامها وليس بإلغائها لأن الحكم بالإلغاء لا يرد إلا على موجود .
وترتيباً على هذا يرى الفقه أن المحاكم القضائية العادية تملك الحكم بإعلان هذا الانعدام ووقف تنفيذ القرارات المدعومة والتعويض عنها على تقدير أنها لا تعدو أن تكون عائقاً مادياً فحسب .

الخلاصة

٦٠٦ - محصل ما سبق أن القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ قرار إداري تضمن اعتداء صارخاً على اختصاص السلطة التشريعية واعتداء أصرخ على استقلال السلطة القضائية وقد صدر من لا ولاية له في إصداره ومن ثم فهو كقرار إداري لا وجود له قانوناً لأنه معدوم لا أثر له من الناحية القانونية وينحدر إلى مرتبة العمل المادي الذي يمثل عدوان الحكومة على استقلال القضاء ومنعها بقوتها المادية من عزلتهم منهم عن مباشرة وأداء رسالتهم . وإذا كان القرار ١٦٠٣ لسنة ١٩٦٩ قد صدر مؤسساً على القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، وكان قرار وزير العدل رقم ٩٢٧ لسنة ١٩٦٩ قد صدر تنفيذاً للقرارين سالف الذكر وكان أساسهما المشترك معدوماً فإن العدم يلحقهما بدوره . ومتى انتهينا إلى انعدام تلك القرارات من الناحية القانونية وكان انعدامها ظاهراً لا يحتمل الشك فإن الاختصاص بتقرير هذا الانعدام يضحى من اختصاص أية محكمة مطروح عليها موضوع النزاع ومن اختصاص محكمة النقض بصدد الطلب الذي يتقدم به أحد القضاة الذين أحيوا إلى المعاش بموجب تلك القرارات ، لأن المحكمة كما أسلفنا لا تفعل أكثر من اطراح تلك القرارات جانباً لأنه لا مجال للقضاء بإلغائها إذ الإلغاء لا يرد على معدوم . وينبغي على ذلك أنه لا محل للبحث في دستورية تلك القرارات والقول بوقف الدعوى التي تطرح على محكمة النقض والالتجاء إلى المحكمة العليا (١) لأن

(١) ولعلنا يانزال الأحكام التي ذكرناها بشأن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ لا تعدو الحقيقة ولا تنجني على القانون إذا قلنا بأن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا هو بدوره قرار معدوم لأنه إنما صدر استناداً إلى القانون ١٥ لسنة ١٩٦٧ سالف الذكر ، وإن كان وضع هذه المحكمة بات سليماً يصدر الدستور لما قضى به في المادة ١٩٢ من استمرار ممارسة المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر =

البحث في الدستورية لا يكون إلا حيث يكون القرار موجوداً فتبحث أحكامه لبيان مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها لأحكام الدستور (١) .

حق المحاكم في التحقق من جدية الدفع بعدم الدستورية

٦٠٧ - لا تنظر المحكمة العليا في دستورية القوانين إلا إذا دفع أمام المحاكم العادية بعدم دستورتها ، وقد كان إطلاق المادة ١/٤ يوجب على المحاكم أن توقف الدعوى ولو استظهرت فساد الدفع وذلك حتى تقول المحكمة العليا كلمتها بشأن القانون الطعين . ولكن المشرع تدارك هذا الوضع في قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا والرقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ حين أوجب على المحكمة التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية بحث مدى جديته إذ نص في المادة الأولى منه على أن « ترفع طلبات الفصل في دستورية القوانين إذا قدرت المحكمة المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية جديته هذا الدفع » . وهكذا يكون لمحكمة الموضوع في رأينا ، بل عليها ، إذا ما دفع أمامها بعدم دستورية قانون معين أن تبحث الدفع من وجوهه القانونية كافة ، لا بحثاً سطحيّاً كما يفعل القاضي المستعجل حين يتحسس وجه الجدل في المنازعة

= بإنشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا . وغنى عن البيان أن محكمة النقض تختص دون غيرها بنظر موضوع الطلب الذي يطرحه عليها أحد القضاة الذين لم يشاؤهم قرار إعادة التعيين بحسبانه عزلاً من ولاية القضاء أو فصلاً بنير الطريق التأديبي الذي رسمه القانون ، وذلك بصريح نص المادة ٩٠ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ إذ المهدف من الطلب إنما هو التوصل إلى أن صفة القاضي لم تزد له ، حتى في الحالة التي يتوسل فيها بعدم دستورية القرار بقانون المشار إليه لأن الاختصاص يتحدد بطلبات المدعي وليس بوسائل الدفاع فيه .
(١) والقول بغير انعدام القرارات المشار إليها بالمتن يعني أمراً خطيراً ذلك أن مضمون هذه القرارات أن الحكومة عزلت قضاة مصر جميعاً في ٣١ أغسطس سنة ١٩٦٩ وأعادت تعيين بعضهم في ٤ من سبتمبر سنة ١٩٦٩ ومن ثم فإن الأحكام التي صدرت خلال تلك الأيام الأربعة شاهداً البطلان والانعدام لأن من أصدرها لم يكونوا في ذلك التاريخ قضاة وهو قول غير سائغ وكذلك فإن على كل قاض لم يحلف اليمين بعد ٣١ أغسطس ١٩٦٩ أن يرفع قلمه وأن يحجب نفسه عن كل دعوى حتى يحلف اليمين القانونية ذلك أن حلف اليمين شرط أساسي لمباشرة عمله ومن ثم فإن كل من لم يحلف اليمين بعد إعادة التعيين في ٤ من سبتمبر سنة ١٩٦٩ لا يحق له الجلوس في مجلس القضاء والتصديق للحكم في المنازعات وهو أمر لا يمكن التسليم به ولو أنه النتيجة الحتمية في منطق القانون عند القول بوجود هذه القرارات من الناحية القانونية وهو أمر غير صحيح لأن تلك القرارات معدومة منذ لحظة صدورها على ما أوضحنا .

المعروضة عليه من ظاهر الأوراق ، وإنما بحثاً مستفيضاً وعميقاً ، لا لتقضى بدستورية القانون الطعين أو عدم دستوريته ، وإنما استظهاراً لوجه الجدل في الدفع بعدم الدستورية ، فإذا انتهت من بحثها إلى أن الدفع ظاهر الفساد وأن صاحبه لم يتقدم به إلا ابتغاء عرقلة الفصل في النزاع ، اطرحته وشقت طريقها نحو الفصل في الموضوع ، أما إذا رأت عكس ذلك وانتهت من بحثها القانوني إلى أن الدفع بعدم الدستورية جدي ، أمرت بوقف الدعوى حتى تقضى المحكمة العليا في الدفع بعدم الدستورية (١) .

٦٠٨ - ولكن ما الحكم إذا وجدت إحدى المحاكم أن القانون المطلوب منها تطبيقه غير دستوري ولم يدفع أمامها بعدم دستوريته ، هل تطبقه رغم أن عدم الدستورية من النظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، أو تراها مستطبعة - مع قيام المحكمة العليا - الامتناع عن تطبيقه ؟ إن المشرع وإن ناط بالمحكمة العليا مهمة الفصل ، دون غيرها ، في دستورية القوانين إلا أنه علق اختصاصها في هذا الصدد على الدفع بعدم دستورتها أمام إحدى المحاكم ، وأن يرفع صاحب الشأن الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا في الميعاد الذي تحدده له المحكمة التي أثار الدفع أمامها ، فإذا لم يرفع دعواه في الميعاد المحدد اعتبر

(١) وفي هذا يقول تقرير لجنة الشئون التشريعية لمجلس الأمة « أتى مشروع القانون المرافق ليقرر في عبارة واضحة حق المحكمة التي يثار لديها الدفع في تقدير جديته وإصدار قرارها بوقف الدعوى المطروحة عليها من عدمه - على ضوء تقديرها بخديفة هذا الدفع - وهو أمر طبيعي حتى لا يتخذ الدفع بعدم دستورية القانون وسيلة للكيد ولتعطيل الفصل في القضايا لدى محكمة الموضوع التي تنظره . والأمثلة على ذلك كثيرة كأن يثار دفع بشأن عدم دستورية قانون لا يحكم الخصومة في الدعوى المطروحة ، أو الدفع بعدم دستورية قانون سبق للمحكمة العليا أن أصدرت في شأنه حكماً ، أو الدفع بعدم دستورية قانون مقرر لنصوص واردة في الدستور ذاته ، فترك ولاية تقدير جديته الدفع للمحكمة التي يثار أمامها أمر يوجب حسن تطبيق للقانون وقواعد حسن سير العدالة » . ولا مراد أن الأمثلة التي ساقها تقرير اللجنة لم ترد على سبيل الحصر وهو ما يدغم ما ذكرناه في المتن من أن بحث الدستورية للتأكد من جدية الدفع هو واجب على المحاكم وليس حقاً لها بمعنى أنها لا تستطيع أن تنقض يدها من الدفع بمجرد إبدائه وتأمير بوقف الدعوى وإنما يتعين عليها أن تنصده له وأن تهدره إذا استبان عدم جديته دون أن يقال إنها اغتصبت سلطة المحكمة العليا في هذا الشأن . ومن أمثلة الدواع غير الحادة - في رأي - الحالات التي يحيل فيها الدستور إلى القانون في تحديد نطاق الحق الدستوري ويعبر عنها الدستور عادة بعبارة « بناء على قانون » أو « في الأحوال المبينة في القانون » أو « على الوجه المبين في القانون » أو « ينظم أو يحدد أو يبين القانون »

الدفع كأن لم يكن (١) ، ويسمى هذا الأسلوب من أساليب الرقابة القضائية « أسلوب الدفع » ويعبئه أنه يؤدي إلى وقوع كثير من التصادم بين القضاة

(١) ويرفع الطلب ، وفق القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، بعريضة تودع قلم كتاب المحكمة العليا موقعة من محام مقبول أمامها . وأشير هنا إلى أن المشرع لم ينظم طريقة رفع الطلب من النيابة العامة إذا كانت هي التي دفعت بعدم الدستورية ، ولا سيما أنه قد يعين لها أن تثير مثل هذا الدفع في المواد الجزائية وفي المواد المدنية التي يوجب أو يجيز لها القانون أن تتدخل فيها وكذلك في مواد الأحوال الشخصية ، ذلك أن المادة ٣ من القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ اقتصر نصها على أن « تعتبر النيابة من ذوى الشأن متى كان الطلب متعلقاً بالفصل في دستورية قانون حقابي . . » وورد هذا النص في بيان وجوب إعلان عريضة طلب الفصل في الدستورية إلى النيابة العامة مما قد يحمل البعض على القول إن النيابة العامة ليس لها حق تقديم طلب الفصل في الدستورية للمحكمة العليا . بيد أني أرى أنه ليس ثم في قانون المحكمة العليا أو قانون الإجراءات والرسوم أمامها ما يسلب النيابة هذا الحق ، وإذا كان هذا القانون الأخير قد خلا من بيان الإجراءات التي تتبعها النيابة العامة في تقديم طلب الفصل في عدم الدستورية للمحكمة العليا إذا كانت هي التي أثار الدفع به ، فإن القانون المذكور لم يستثن النيابة العامة من اتباع الإجراءات التي نظمها لسائر الخصوم ، وإذا كان بعض هذه الإجراءات لا يتصور سريانه على النيابة العامة مثل اشتراط توقيع محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة العليا على عريضة الطلب وسداد رسم ثابت وكفالة عند إيداع الطلب قلم الكتاب فإنه يمكن التغاضي عن هذه الشروط التي لا تتفق وطبيعة النيابة العامة وإلا كان معنى ذلك أن تقف النيابة العامة عاجزة عن تقديم الطلب للمحكمة العليا في الميعاد الذي تحدده لها المحاكم التي يثار الدفع بعدم الدستورية أمامها وبعد أن تأمر تلك المحاكم بوقف الدعوى حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع وهو ما يستتبع اعتبار الدفع كأن لم يكن وإن كنا نحب أن يتدارك المشرع هذا النقص فيتنظم الإجراءات التي تتبعها النيابة العامة والتي تتفق مع طبيعتها كأن يقصر حق تقديم الطلب على النائب العام والمحامين العامين ويعفيها من سداد الرسم وإيداع الكفالة وإن كان يمكن الاستغناء عن هذا كله إزاء نص المادة الأولى من قانون الإصدار رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الذي يجرى بأن « يستهدى فيما لم يرد في شأنه نص في قانون المحكمة العليا أو في هذا القانون (قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا) بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض مع طبيعة الأوضاع أمام المحكمة العليا وروحها » ، وقد نصت المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن « للنائب العام أن يظن بطريق النقص لمصلحة القانون في الأحكام النهائية أياً كانت المحكمة التي أصدرتها إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله وذلك في الأحوال الآتية . . . ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام . . . » وقد أوجبت المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات على الطاعن أن يودع خزانة المحكمة التي تقدم إليها صحيفة الطعن مبالغ على سبيل الكفالة تختلف بحسب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه . ومن المسلم أن الكفالة واجبة على الطاعن فرداً أو مصلحة أو وزارة أو جمعية خيرية أو شركة أو مؤسسة ، ولم يقل أحد مع ذلك بأن النص الذي يحول النيابة حتى الطعن بالنقض معطل لأن

المعروضة عليه من ظاهر الأوراق ، وإنما بحثاً مستفيضاً وعميقاً ، لا لتقضى -
بلستورية القانون الطعين أو عدم دستوريته ، وإنما استظهاراً لوجه الجدل في
الدفع بعدم الدستورية ، فإذا انتهت من بحثها إلى أن الدفع ظاهر الفساد وأن
صاحبه لم يتقدم به إلا ابتغاء عرقلة الفصل في النزاع ، اطرحته وشقت طريقها
نحو الفصل في الموضوع ، أما إذا رأت عكس ذلك وانتهت من بحثها القانوني
إلى أن الدفع بعدم الدستورية جدي ، أمرت بوقف الدعوى حتى تقضى
المحكمة العليا في الدفع بعدم الدستورية (١) .

٦٠٨ - ولكن ما الحكم إذا وجدت إحدى المحاكم أن القانون المطلوب
منها تطبيقه غير دستوري ولم يدفع أمامها بعدم دستوريته ، هل تطبقه رغم
أن عدم الدستورية من النظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، أو تراها
مستطيعه - مع قيام المحكمة العليا - الامتناع عن تطبيقه ؟ إن المشرع وإن ناط
بالمحكمة العليا مهمة الفصل ، دون غيرها ، في دستورية القوانين إلا أنه علق
اختصاصها في هذا الصدد على الدفع بعدم دستوريته أمام إحدى المحاكم ،
وأن يرفع صاحب الشأن الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا في الميعاد الذي تحدده
له المحكمة التي أثار الدفع أمامها ، فإذا لم يرفع دعواه في الميعاد المحدد اعتبر

(١) وفي هذا يقول تقرير لجنة الشؤون التشريعية لمجلس الأمة « أقر مشروع القانون
الموافق لقرار في عبارة واضحة حق المحكمة التي يثار لديها الدفع في تقدير جديته وإصدار
قرارها بوقف الدعوى المطروحة عليها من عدمه - على ضوء تقديرها الجدي هذا الدفع - وهو
أمر طبيعي حتى لا يتخذ الدفع بعدم دستورية القانون وسيلة للكيد ولتعطيل الفصل في القضايا
التي يحكم الموضوع التي تنظره . والأمثلة على ذلك كثيرة كأن يثار دفع بشأن عدم دستورية
قانون لا يحكم الخصومة في الدعوى المطروحة ، أو الدفع بعدم دستورية قانون مقرر لنصوص واردة في
الدستور ذاته ، فتترك ولاية تقدير جديته الدفع المحكمة التي يثار أمامها أمر يوجب حسن تطبيق
القانون وقواعد حسن سير العدالة » . ولا مراء أن الأمثلة التي ساقها تقرير اللجنة لم ترد على
سبيل الحصر وهو ما يدغم ما ذكرناه في المتن من أن بحث الدستورية للتأكد من جدية الدفع
هو واجب على المحاكم وليس حقاً لها بمعنى أنها لا تستطيع أن تنقض بها من الدفع بمجرد
إيداعه وتأمير بوقف الدعوى وإنما يتعين عليها أن تنص على له وأن تهده إذا استبان عدم
جديته دون أن يقال إنها اغتصبت سلطة المحكمة العليا في هذا الشأن . ومن أمثلة الدفع غير
الجادة - في رأيي - الحالات التي يحيل فيها الدستور إلى القانون في تحديد نطاق الحق الدستوري
ويعبّر عنها الدستور عادة بعبارة « بناء على قانون » أو « في الأحوال المبينة في القانون »
أو « على الوجه المبين في القانون » أو « ينظم أو يحدد أو يبين القانون »

الدفع كأن لم يكن (١) ، ويسمى هذا الأسلوب من أساليب الرقابة القضائية
« أسلوب الدفع » ويعبئه أنه يؤدي إلى وقوع كثير من التصادم بين القضاءين

(١) ويرفع الطلب ، وفق القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، بمرسمة تودع قلم كتاب المحكمة
العليا موقعة من محام مقبول أمامها . وأشير هنا إلى أن المشرع لم ينظم طريقة رفع الطلب من
النيابة العامة إذا كانت هي التي دفعت بعدم الدستورية ، ولا سيما أنه قد يمن لها أن تثير مثل
هذا الدفع في المواد الجزائية وفي المواد المدنية التي يوجب أو يجيز لها القانون أن تتدخل فيها
وكذلك في مواد الأحوال الشخصية ، ذلك أن المادة ٣ من القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ اقتصر
نصها على أن « تعتبر النيابة من ذوي الشأن متى كان الطلب متعلقاً بالفصل في دستورية قانون
عقابي . . . » وورد هذا النص في بيان وجوب إعلان عريضة طلب للفصل في الدستورية إلى
النيابة العامة بما قد يحمل البعض على القول إن النيابة العامة ليس لها حق تقديم طلب الفصل في
الدستورية للمحكمة العليا . بيد أني أرى أنه ليس ثم في قانون المحكمة العليا أو قانون الإجراءات
والرسوم أمامها ما يسلب النيابة هذا الحق ، وإذا كان هذا القانون الأخير قد خلا من بيان
الإجراءات التي تتبعها النيابة العامة في تقديم طلب الفصل في عدم الدستورية للمحكمة العليا إذا
كانت هي التي أثار الدفع به ، فإن القانون المذكور لم يستثن النيابة العامة من اتباع الإجراءات
التي نظمتها لسائر الخصوم ، وإذا كان بعض هذه الإجراءات لا يتصور سريانه على النيابة
العامة مثل اشتراط توقيع محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة العليا على عريضة الطلب وسداد
رسم ثابت وكفالة عند إيداع الطلب قلم الكتاب فإنه يمكن التغاضي عن هذه الشروط التي
لا تتفق وطبيعة النيابة العامة وإلا كان معنى ذلك أن تقف النيابة العامة عاجزة عن تقديم الطلب
للمحكمة العليا في الميعاد الذي تحدده لها المحاكم التي يثار الدفع بعدم الدستورية أمامها وبعد أن
تأمر تلك المحاكم بوقف الدهاري حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع وهو ما يستتبع احتياد
الدفع كأن لم يكن وإن كنا نحب أن يتدارك المشرع هذا النقص فينظم الإجراءات التي تتبعها
النيابة العامة والتي تتفق مع طبيعتها كأن يقصر حق تقديم الطلب على النائب العام والمحامين
العامين ويعفيها من سداد الرسم وإيداع الكفالة وإن كان يمكن الاستغناء عن هذا كله إزاء نص
المادة الأولى من قانون الإصدار رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الذي يجري بأن « يستهدى فيما لم يرد
في شأنه نص في قانون المحكمة العليا أو في هذا القانون (قانون الإجراءات والرسوم أمام
المحكمة العليا) بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض مع طبيعة الأوضاع
أمام المحكمة العليا وروحها » ، وقد نصت المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية
على أن « للنائب العام أن يظن بطريق التقاضي المصلحة العامة في الأحكام النهائية أيما كانت
المحكمة التي أصدرتها إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة لقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله
وذلك في الأحوال الآتية . . . ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام . . . » وقد
أوجبت المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات على الطاعن أن يودع خزنة المحكمة التي تقدم إليها
صحيفة الطعن مبالغ على سبيل الكفالة تختلف بحسب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه .
ومن المسلم أن الكفالة واجبة على الطاعن فرداً أو مصلحة أو وزارة أو جمعية خيرية أو شركة
أو مؤسسة ، ولم يقل أحد مع ذلك بأن النص الذي يخول النيابة حق الطعن بالتقاضي معطل لأن =

المبادئ والدستوري ، وإلى التراخي سنوات عديدة في إجراء هذه الرقابة حالة أنه ليس من المصلحة في شيء أن يبقى في الوجود قانون غير دستوري يوماً أو بعض يوم . وينتج عن هذا الأسلوب أن المحاكم لا تستطيع أن تحيل من تلقاء نفسها إلى المحكمة العليا قانوناً تظنت في دستوريته ، كما أن الخصوم لا يستطيعون الطعن أمام المحكمة العليا مباشرة بطريق الدعوى الأصلية^(١) . ويذهب رأى إلى أنه ليس ثمة ما يمنع المحاكم المختلفة من أن تقول كلمتها في دستورية القوانين متى استلزم الفصل في النزاع المعروف عليها ذلك ولم يدفع أحد الخصوم بعدم الدستورية ، فإذا وجدت أن القانون غير دستوري امتنعت عن تطبيقه^(٢) .

وقف الدعوى وطريقة تعجيلها

٦٠٩ - قلنا إن المحاكم تأمر بوقف الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع ، وإذا كان تعليق أمر الفصل في الدعوى على إجراء آخر ترى المحكمة ضرورة اتخاذها أو استيفائه والحكم بوقف الدعوى لهذا السبب حتى

القانون سكت من بيان التزامها بالكفالة أو الرسوم . هذا وإيجاب القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ إعلان النيابة العامة بالطلب الذي يقدم بالفصل في الدستورية لا يفهم منه بالضرورة أن المشرع يقصر حق طلب الفصل في دستورية القوانين على غير النيابة العامة ، وإنما غاية ما هنالك أن المشرع يوجب إعلان النيابة العامة بالطلب الذي يقدمه غيرها من الخصوم دون أن يحرمها من هذا الحق الذي منحه لغيرها . أما القول بأن الدفع المبدئي من النيابة العامة بعدم الدستورية لا يترتب عليه وقف الدعوى الأصلية لمجرد أن قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة لم يوضح إجراءات تقديم النيابة العامة طلب الفصل في الدستورية فهو لا يكفي بذاته سنداً لحرماتها من حق تقديم هذا الطلب لما سقناه آنفاً ولا سيما أن المشرع أطلق كلمة « الخصوم » الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٤ من قانون المحكمة العليا في صياغة « . . . » . والمحكمة التي أثير أمامها الدفع ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا . . . » .

(١) وهو ما يطلق عليه بعض نظم الرقابة « الشكوى الدستورية » .

(٢) ويبدو هذا الرأي غريباً إذ ينبغي عليه أن يكون للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستوري دون أن يدفع أمامها بعدم دستوريته ولا يكون لها ذلك إذا دفع بعدم دستوريته ، ولا يرد على هذا بأنه نتيجة حتمية لما هو مسلم به من أن عدم الدستورية من النظام العام من جهة ، واختصاص المحكمة العليا بالفصل في الدستورية متى دفع بها أمام المحاكم من جهة أخرى ، وأنه لا يتصور أن المشرع وقد قصد من إنشاء المحكمة العليا تأكيد حق الرقابة القضائية على دستورية القوانين أن يفرض على المحاكم العادية تطبيق قوانين غير دستورية . ذلك أن التفات المحاكم عن تطبيق هذه القوانين هو نوع من الرقابة على دستوريتهما خصص به المشرع المحكمة العليا وحدها .

يتخذ هذا الإجراء أو يتم ، يجعل حكم الوقف حكماً قطعياً فيما تضمنه من عدم جواز الفصل في موضوع الدعوى قبل تنفيذ مقتضاه بحيث يمتنع على المحكمة معاودة النظر في الموضوع دون أن يقدم لها الدليل على تنفيذ ذلك الحكم ، فإن المحاكم لا تستطيع أن تعدل عن الحكم أو القرار الذي تصدره بوقف السير في الدعوى وتقضى في موضوعها حتى يفصل من المحكمة العليا في الدفع بعدم الدستورية ، فإن هي فعلت كان عدولها إهداراً للحجية حكم الوقف مما يعيب قضاءها في الموضوع بمخالفة القانون ويستوجب لذلك نقضه . ولا يحل للخصوم ، بطبيعة الحال ، تعجيل الدعوى أثناء الميعاد الذي تحدده المحاكم للخصوم لرفع الطلب بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا ، كما لا يحل لهم تعجيلها بعد انتهاء هذا الميعاد ما لم يقدم طالب التعجيل شهادة من قلم كتاب المحكمة العليا تفيد أن الخصم لم يرفع طلبه بعدم الدستورية أمام تلك المحكمة في الميعاد المحدد .

ولم يحدد المشرع في قانون المحكمة العليا أو في قانون الإجراءات والرسوم أمامها طريقة تعجيل الدعوى كما لم يبين من يلتزم من الخصوم بالتعجيل إذا لم يرفع طلب عدم الدستورية في الميعاد المحدد ، وبالرجوع إلى المادة ١٢٩ مرافعات نجدتها تقضى بأنه « في غير الأحوال التي نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها . . . » . وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصوم تعجيل الدعوى ، ومؤدى ذلك أن الخصم الذي يتضرر من الوقف هو الذي يتعين عليه تعجيل الدعوى بعد الحصول على شهادة من قلم كتاب المحكمة العليا كما ذكرنا .

اختصاص المحكمة العليا بطلبات تفسير النصوص القانونية

٦١٠ - نصت المادة ٢/٤ من قانون المحكمة العليا على اختصاصها بتفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمناً لوحدة التطبيق القضائي وذلك بناء على طلب وزير العدل^(١) . والتفسير الذي تباشره

(١) ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ في هذا الخصوص ما يلي . . . وقد اقتضت هذه الصورة في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية ثورة تشريعية حتى يمكن للقانون وهو صورة من صور الحرية أن يسايرها في توثيقها إلى التقدم وحتى لا تكون مواده =

المحكمة العليا في هذا الصدد وإن كان لا يخرج عن نطاق التفسير القضائي إلا أنه يتميز عنه بصفته الإلزامية بمعنى أن له قوة التفسير التشريعي وإن كان لا يقيد المشرع صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع . وتنتشر قرارات التفسير في الجريدة الرسمية ، شأنها في ذلك شأن القوانين ذاتها ، وهو ما توجهه المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، وتنفيذ المحاكم على اختلاف درجاتها ، بما في ذلك المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض ، بما تصدره المحكمة العليا من تفسيرات اعتباراً من تاريخ نشرها ، وفي رأي أن هذه المحكمة الأخيرة تنفيذ بدورها بما تكون أصدرته منها بحيث يمنع عليها العدول عنها . وقد عهد المشرع بهذه المهمة الجليلية إلى المحكمة العليا اعتباراً بأن التشريع لا يستطيع ملاحقة التغييرات التي تطرأ على المجتمع ، وقد يبدو للوهلة الأولى أن ثمة خلطاً بين الوظيفتين القضائية والتشريعية ، بيد أن النظرة الفاحصة كفيلاً بدحض ذلك لأن ما تباشره المحكمة العليا في التفسير ليس تشريعاً ولا هو من قبيله كما أوضحنا وإن كانت له صفة الإلزام ، فضلاً عن أن تفسير المحكمة العليا للنصوص القانونية لا يمنع المشرع من الإغضاء عنها وإصدار تشريع

قيوداً تصد القيم الجديدة في المجتمع . ولما كان القضاء هو جهاز سلطة الدولة الذي يحمل أمانة صيانة هذه القيم فإن من أوجب الأمور حتى يحقق التشريع أهدافه الاجتماعية المتمكن للقضاء من أن يؤدي دوره في تطبيق التشريع على نحو يكفل سلامته . وإذا كان القاضي لا يخضع في تقدير الوقائع التي تطرح عليه إلا لسلطان ضميره ، إلا أنه ملتزم بمبادئ المجتمع من خلال التزامه بالقانون في نصوصه وفي روحه أي في مبادئه العامة التي منها تتكون قيم المجتمع الذي يعيش فيه . . . غير أنه بدأ في كثير من الحالات أن أحكام القضاة لم تستطع اللحاق بركب التطور الذي طرأ على العلاقات الاجتماعية والاقتصادية نتيجة قصور في التشريع ، إلا أن مهمة القاضي في التفسير والتطبيق هي التي تحرك النصوص الجامدة وهي التي يتوقف عليها تحقيق إرادة المشرع أو إعاتها وذلك وفق ما يعطى من تفسير للنصوص فضلاً عن أن المشرع لا يستطيع دائماً ملاحقة التغييرات التي تطرأ على المجتمع بالمرعة اللازمة . . . وإن استقلال القاضي ليس ميزة خلصها عليه المجتمع بل إنه مقرر لصالح العدالة والشعب (والفريب أن قانون إعادة تشكيل الهيئات القضائية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ والذي ترتب عليه فصل القضاة صدر مع قانون المحكمة العليا الذي تعدد مذكرته الإيضاحية عن استقلال القاضي على هذا النحو في يوم واحد) . واستطردت المذكرة الإيضاحية تقول إن المشرع جعل تفسير المحكمة العليا ملزماً حتى لا تكون ثمة حاجة إلى اللجوء إلى إصدار تشريعات تفسيرية أو إنشاء لجان لهذا الغرض . وراجع ما ذكرته في هذا الصدد المذكرة الإيضاحية لقانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ .

مخالف ، فيد المشرع فوق يد المحكمة العليا تعلق مشيئته على كل تفسير . وقد خول المشرع وزير العدل دون غيره حق طلب تفسير النصوص القانونية ، فليس لغیره من الوزراء أو الجهات التقدم بهذا الطلب إلا عن طريقه ، وهو صاحب الكلمة الأولى في تحديد النصوص التي تحتاج بسبب طبيعتها أو أهميتها تفسيراً تلتزمه جهات القضاء جميعاً .

وقد تقدم وزير العدل بتاريخ ١٦ مارس سنة ١٩٧١ بطلب تفسير يتعلق بلائحة نظام العاملين بالشركات الصادرة بالقرار الجمهوري الرقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ وقيد الطلب برقم ٣ لسنة ٢ ق عليا « تفسير » وأصدرت فيه المحكمة العليا بتاريخ أول إبريل ١٩٧٢ قرارها ويقضى :

أولاً : تعتبر أحكام لائحة نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ نافذة منذ ٢٩ من ديسمبر ١٩٦٢ عدا ما تعلق منها بتسوية حالات العاملين وفتح العلاوات الدورية والترقيات فإن تنفيذها معلق على إتمام التوصيف والتعميم والتصنيف والتعادل .

ثانياً : لا تسرى القواعد والنظم الخاصة بإعانة غلاء المعيشة (١) على من

(١) كانت محكمة النقض قد قضت في ٢٧ مايو ١٩٧٠ بأن « قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ بلائحة نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة والممول به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية في ٢٩ ديسمبر ١٩٦٢ ، والنص في المادة الأولى من قانون إصداره على أن « تسرى أحكام النظام المرافق على جميع العاملين في الشركات التي تتبع المؤسسات العامة » والنص في الفقرة الثانية من المادة الثانية على أن « ولا تسرى القواعد والنظم الخاصة بإعانة غلاء المعيشة على العاملين بأحكام هذا النظام » والنص في المادة ٦٤ من نظام العاملين في الباب الخاص بأحكام انتقالية وختمية على أن « تعادل وظائف الشركة بالوظائف الواردة في الجدول المشار إليه بالمادة السابقة خلال مدة لا تتجاوز ستة شهور من تاريخ العمل بهذا القرار . ولا يرتب على حصول العامل على الأجر الذي يمنح له بالتطبيق لأحكام هذه اللائحة الإخلال بالترتيب الراسي للوظائف طبقاً للنظام الإداري في كل شركة . ويصدر بهذا التعادل قرار من مجلس إدارة المؤسسة المختصة بنسب على اقتراح مجلس إدارة الشركة . ولا يسرى هذا القرار إلا بعد التصديق عليه من المجلس التنفيذي . ويمنح العاملون المرتبات التي يحددها القرار الصادر بتسوية حالاتهم طبقاً للتعادل المنصوص عليه اعتباراً من أول السنة المالية التالية . ومع ذلك يستمر العاملون في تقاضي مرتباتهم الحالية بما فيها إعانة الغلاء وذلك بصفة شخصية حتى تتم تسوية حالاتهم طبقاً للأحكام السابقة . على أنه بالنسبة -

يقيد بالشركات التابعة للمؤسسات العامة من تاريخ نفاذ قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه .

ثالثاً : لا تجوز تسوية حالة عامل على فئة وظيفة لم يستوف شروط شغلها المحددة بقواعد التوظيف والتقييم والتصنيف المعتمدة وفقاً لأحكام النظام الصادر به قرار رئيس الجمهورية المشار إليه فإذا عهدت الشركة إلى عامل بالقيام بأعمال وظيفة أعلى لم يستوف شروط شغلها فإنه لا يستحق بداية مربوط فئة هذه الوظيفة .

العاملين الذين يتقاضون مرتبات تزيد على المرتبات المقررة لهم بمقتضى التعادل المشار إليه فيمنحون مرتباتهم التي يتقاضونها فعلاً بصفة شخصية على أن تستهلك الزيادة مما يحصل عليه العامل في المستقبل من البدلات أو علاوات الترقية ، يدل على أن هذا القرار أوقف سريان القواعد والنظم الخاصة بإعانة الغلاء بالنسبة للعاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة من تاريخ العمل به حتى تتم تسوية حالاتهم بمقتضى قرار التعادل المنصوص عليه فيه ومنحهم الحق في تقاضي ما كانوا يتقاضونه من مرتبات بما فيها إعانة الغلاء ومنع الزيادة في المرتب أو الإعانة ولم يشترط لمنحها انقضاء الأجل المحدد لصدور قرار التعادل وإنما أجاز منحهم المرتبات التي يتقاضونها زيادة على المرتبات المقررة في التعادل ليتقاضوها بصفة شخصية على أن تستهلك من البدلات أو علاوات الترقية التي يحصلون عليها في المستقبل حتى لا يدع مجالاً للشك في حرمانهم من الزيادة في المرتب أو العلاوة قبل صدور قرار التعادل ويتأكد بذلك الأصل الذي وضعه بوقف هذه الزيادة من تاريخ العمل بالقرار الجمهوري . ولا وجه لتحدى مبدأ المساواة بين جميع العاملين أو بمبادئ العدالة للخروج على الأصل الذي قرره المشرع بنص صريح « - نقص في الطعن رقم ١٤٠ سنة ٣٥ ق (غير منشور) .

وهذا الحكم في رأي محل نظر فيما قرره من أن قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ أوقف سريان القواعد والنظم الخاصة بإعانة الغلاء بالنسبة للعاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة من تاريخ العمل به حتى تتم تسوية حالاتهم بمقتضى قرار التعادل المنصوص عليه فيه - ذلك أن أيّاً من نصوص المواد التي أوردها هذا الحكم ، سواء المادتين الأولى والثانية من قانون الإصدار أو المادة ٦٤ من القرار الجمهوري الصادر بلائحة نظام العاملين أو غيرها من المواد ، لم يتضمن صراحة أو دلالة ما يمكن أن يؤدي إلى ما خلص إليه الحكم في شأن وقف القواعد الخاصة بإعانة الغلاء من تاريخ العمل بالقرار المذكور بل إن النص في المادة ٦٤ على أنه « ومع ذلك يستمر العاملون في تقاضي مرتباتهم الحالية بما فيها إعانة الغلاء وذلك بصفة شخصية حتى تتم تسوية حالاتهم طبقاً للأحكام السابقة » مفاده أن المشرع لم يوقف إعانة الغلاء من تاريخ العمل به على خلاف ما ذهب إليه الحكم وأنه جاء صريحاً على العكس من ذلك في استمرار تقاضي العاملين مرتباتهم شاملة إعانة الغلاء حتى تتم تسوية حالاتهم طبقاً لأحكام التوظيف والتقييم والتعادل التي نص عليها القرار .

رابعاً : يستحق العامل بداية مربوط الفئة التي عودت إليها وظيفته دون اعتداد بما يترتب على ذلك من زيادة في النسبة المئوية للمصاريف الإدارية للشركة .

الفصل في طلبات وقف تنفيذ أحكام هيئات التحكيم

٦١١ - تنص المادة ٦٩ من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ على أن تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية ونافاذة وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من وجوه الطعن (١) . بيد أن المشرع عهد إلى المحكمة العليا الفصل في طلبات وقف تنفيذ تلك الأحكام إذا كان تنفيذ الحكم من شأنه الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة ، وأوجب عليها في المادة ٣/٤ من قانون إنشائها إذا أمرت بوقف تنفيذ الحكم أن تتصدى للفصل في موضوع النزاع . وبدهي أن يتوافر للمحكمة العليا هذا الاختصاص أيضاً في حالة التحكيم في المنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام وبين الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية إذا قبل هؤلاء الأشخاص بعد وقوع النزاع إحالته إلى التحكيم (المادة ٢/٦٠ من القانون ٦٠ لسنة ١٩٧١) وذلك لأن النص على اختصاص المحكمة العليا بالفصل في طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم جاء مطلقاً والتاعدة أن المطلق يجري على إطلاقه حتى يرد ما يقيدده . ويقدم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة العليا من النائب العام بناء على طلب الوزير المختص ، فليس للنائب العام أن يقدم الطلب من تلقاء نفسه ، كما أنه لا يملك تقدير طلب الوزير المختص ليقدمه أو لا يقدمه إلى رئيس المحكمة العليا . وتنص المادة ٢/١١ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا صراحة على أنه يتعين « على النائب العام تقديم الطلب في جميع الأحوال كلما طلب إليه ذلك الوزير المختص » . وكان حرياً بالمشرع ، وقد سلب النائب العام كل سلطة في تقدير طلب وقف التنفيذ ، أن يخلى بين الوزير المختص وبين تقديم طلبه مباشرة إلى رئيس المحكمة العليا . ولم يبين المشرع المقصود بالوزير « المختص » ، وكان الأوفق أن يناط تقديم الطلب برئيس مجلس الوزراء أو الوزير الموكل إليه أمر الإشراف على الخطة

(١) كانت تنص على هذا أيضاً المادة ٧٥ من القانون ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الملغى .

الاقتصادية وهو وزير التخطيط أو وزير يعهد إليه بذلك من وزراء الدولة حتى يكون معيار الضرر الذي قد يحدث بالخطأ واحداً وضابط الإخلال بسير المرافق العامة واحداً كذلك ، وإلى أن يجلو المشرع قصده من « الوزير المختص » لا ندحة من التسليم بأنه هو الوزير الذي تتبعه الجهة المتضررة من تنفيذ حكم هيئة التحكيم . وبطبيعة الحال لا يتصور أن يكون للأشخاص الطبيعيين الذين يقبلون اختصاص هيئات التحكيم أن يتقدموا بطلب وقف تنفيذ الحكم الذي يصدر ضدهم والذي يعتبر بالنسبة لهم نهائياً ، كما لا يجوز في جميع الأحوال للنائب العام أن يتقدم بطلب وقف التنفيذ إذا كان الحكم قد تم تنفيذه لانعدام الجدوى من تقديمه في هذه الحالة ، أما إذا قدم الطلب قبل التنفيذ فإن التنفيذ يقف مؤقتاً إلى أن تقضى المحكمة في الطلب ، فإن قضت برفضه عادت إلى الجهة الصادرة لصالحها الحكم حرية اتخاذ إجراءات تنفيذه ، أما إذا أمرت بوقف التنفيذ فإن عليها أن تتصدى للفصل في موضوع النزاع . وتملك المحكمة ، بدلا من هذا وذاك ، أن تأمر بتعديل طريقة التنفيذ .

٦١٢ - ويجب على النائب العام تقديم طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ البدء في تنفيذ الحكم (م ١/١١ ق ٦٦ لسنة ١٩٧٠) ويتأدى من ذلك أنه لا يجوز تقديم الطلب إلا عند البدء في تنفيذ الحكم . وفي رأي أن إعلان حكم هيئة التحكيم إلى الجهة الصادرة ضدها مع التنبيه عليها بالوفاء بما قضى عليها به يعتبر بدءاً في التنفيذ لما ينطوي عليه من إفصاح الجهة التي صدر الحكم لصالحها عن اعترافها باتخاذ إجراءات تنفيذه جبراً إذ لم تتم المحكوم عليها بالوفاء اختياراً . ويثور هنا التساؤل عما عساه يكون الحال إذا اتخذت إجراءات التنفيذ في ميعاد الستين يوماً التي أعطى القانون النائب العام خلالها حق تقديم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة العليا ثم قدم النائب العام الطلب في اليوم الأخير من الميعاد المحدد وبعد تمام التنفيذ . لا شك أن المحكمة تقضى في هذه الحالة بعدم قبول الطلب شكلاً لتقدمه بعد تمام التنفيذ ، وكان حرياً بالمشرع أن ينص على عدم جواز المضي في إجراءات التنفيذ بعد إعلان الحكم قبل انقضاء الستين يوماً دون أن يقدم النائب العام خلالها طلب وقف التنفيذ ، ذلك أن المشرع لم ينص على عدم جواز التنفيذ إلا من وقت

تقديم الطلب الذي قد يترأخى إلى نهاية مدة الستين يوماً ، ولذلك لا بد من أن يبادر الوزير المختص فيطلب من النائب العام سرعة تقديم الطلب فور إعلان الحكم سند التنفيذ إلى الجهة المطلوب التنفيذ ضدها حتى يحدث الطلب أثره في وقف التنفيذ الوتقي حتى تبت المحكمة فيه .

طبيعة طلب وقف التنفيذ المقدم إلى المحكمة العليا

٦١٣ - طلب وقف تنفيذ الأحكام عموماً ، وهو ما يسمى بالإشكال في تنفيذها ، ينبغي أن يؤسس على سبب لا يمس حجج الحكم المستشكل في تنفيذه ، فليس للمحكوم عليه أو أى شخص يعتبر الحكم حجة عليه أن يجعل قوام اعتراضه على التنفيذ سبباً سابقاً على صدور الحكم موضوع الإشكال لأن هذا السبب السابق يكون قد اندرج ضمن الدفوع في الدعوى وأصبح في غير استطاعة المستشكل التحدى به على خصمه سواء كان قد دفع به أم لم يدفع . وسلطة محكمة الإشكال ، تبعاً ، محدد نطاقها بطبيعة الإشكال ذاته الذي لا يرد إلا على تنفيذ حكم بطلب وقفه مؤقتاً حتى يفصل في النزاع ، فهو نعى على التنفيذ لا على الحكم ولا يجوز فيه لذلك الاستناد إلى أمور سابقة على الحكم لما في ذلك من إهدار لحججه . أما طلب وقف التنفيذ الذي يقدم إلى المحكمة العليا فهو في حقيقته وسيلة طعن في الحكم الصادر من هيئة التحكيم لأن اختصاص المحكمة العليا عند نظر طلب وقف تنفيذه لا يقتصر على رفضه والاستمرار في التنفيذ ، أو قبوله والأمر بوقف تنفيذ الحكم ، وإنما يتعدى ذلك إلى طريقة تنفيذه بل والتصدي للفصل في موضوع النزاع إذا هي أمرت بوقف التنفيذ . والمحكمة العليا حين يقدم إليها طلب وقف تنفيذ حكم صادر من هيئة التحكيم على الوجه المتقدم تسلب هيئة التحكيم التي أصدرته حقها في نظر جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذه ، ذلك الحق المنصوص عليه في المادة ٧٠ من القانون ٦٠ لسنة ١٩٧١ والذي كانت تنص عليه المادة ٦٦ من القانون ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الملغى . وإذا كانت منازعة التنفيذ معروضة على هيئة التحكيم (١)

(١) تنص المادة ٧٠ من القانون ٦٠ لسنة ١٩٧١ على أن ترفع جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ الحكم إلى هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم ، وعلى هذا أيضاً كانت تنص المادة ٧٦ من القانون ٣٢ لسنة ١٩٦٦ . والنص على اختصاص هيئة التحكيم بنظر جميع المنازعات المتعلقة =

ثم قدم النائب العام طلب وقف تنفيذ الحكم إلى رئيس المحكمة العليا تعين على هيئة التحكيم التي تنظر المنازعة في التنفيذ أن تأمر بوقف نظر المنازعة حتى تفصل المحكمة العليا في طلب وقف التنفيذ المقدم إليها ، فإذا أصدرت هذه الأخيرة أمراً برفض الطلب استعادت هيئة التحكيم ولايتها واستأنفت نظر المنازعة التي كانت قررت وقفها بعد تعجيلها بواسطة رافعها أو من عساه تكون له مصلحة في استئناف نظرها من الخصوم ، ذلك أن اختصاص المحكمة العليا بالفصل في طلبات وقف تنفيذ الأحكام المشار إليها مقصور على الحالة التي يكون فيها تنفيذها من شأنه الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة (١) ، ومن ثم فقضاؤها برفض الطلب = بتنفيذ الحكم الذي أصدرته مفاده سلب اختصاص قاضي التنفيذ بنظر هذه المنازعات ، الوقتية منها والموضوعية ، ذلك الاختصاص الذي استحدثه المشرع في قانون المرافعات القائم حين أنشأ نظام قاضي التنفيذ .

(١) حكمت المحكمة العليا في الطلب رقم ١٣ لسنة ١٩٧٢ ق « تحكيم » بتاريخ أول يناير ١٩٧٢ برفضه استناداً إلى أن تنفيذ حكم هيئة التحكيم الذي قضى بفسخ عقد إيجار صادر من بنك الإسكندرية لشركة النيل العامة لتوبيس : بجهة التبلي من قطعة أرض فضاء ليستعملها فرعها في بني سويف في إيداع سيارته - ليس من شأنه الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة وهو ما يجب أن يقدم الدليل عليه لوقف تنفيذه إعمالاً لحكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا ، واستندت في قضائها إلى كتاب صادر من وزير التخطيط إلى النائب العام - الذي كان قد استظلمه الرأي في الطلب المقدم إليه من وزير النقل - جاء فيه أن تنفيذ الحكم لا يترتب عليه الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة وأنه ليس في دفاع الشركة ومستنداتها ما يغير ذلك . وقضت كذلك في ٤ مارس ١٩٧٢ برفض الطلب المقيم برقم ٤ لسنة ٢ ق « تحكيم » والمقدم من النائب العام بناء على طلب نائب رئيس الوزراء للإنتاج والتجارة ووزير الصناعة وشركة النصر للدخان والسجائر ضد رئيس مجلس مدينة طنطا لوقف تنفيذ الحكم الصادر برفض نظم الشركة المذكورة من فرض رسوم محلية على ستة مخازن تستأجرها لتعمير عملاتها بمحافظة الغربية . وكافت الشركة قد استندت في طلب وقف التنفيذ إلى أن الحكم أخطأ في تطبيق القانون وعدم الالتفات إلى الخطأ الذي وقع فيه مجلس مدينة طنطا باستناده في فرض الرسم إلى قرار صادر من جهة غير مختصة هي اللجنة الوزارية للخدمات وأن الحكم شابه القصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع . وردت المحكمة بأن هذه الأسباب لا تصلح أساساً لطلب وقف التنفيذ أمام المحكمة العليا لأن المشرع حين استحدث هذا الطريق من طرق النظم من أحكام هيئات التحكيم فإنه لم يطلقه بل قيده بسببين هما أن يكون من شأن تنفيذ الحكم الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة بحيث إذا لم يقم طلب وقف التنفيذ على سبب منها فقد أسسه القانوني .

لعدم قيام الدليل على أن التنفيذ سيرتب عليه الإضرار بأهداف الخطة أو الإخلال بسير المرافق العامة ليست له أدنى حجية أمام هيئة التحكيم التي تملك الأمر بوقف تنفيذ الحكم متى توافرت لديها مبررات هذا الوقف في أوجه النعي على التنفيذ شأنها في ذلك شأن قاضي التنفيذ حين يفصل في منازعة تتعلق به بموجب ولايته العامة المنصوص عليها في المادة ٢٧٥ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . أما إذا أصدرت المحكمة العليا أمراً بتعديل طريقة تنفيذ الحكم أو بوقف تنفيذه وحكمت في الموضوع فليس ثم ما يمنع من الاستشكال في تنفيذ حكم المحكمة العليا الذي يصدر في الحالين أمام قاضي التنفيذ صاحب الولاية العامة في نظر منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية على السواء ، ذلك أن القانونين رقمي ٨١ لسنة ١٩٦٩ و ٦٦ لسنة ١٩٧٠ كليهما لم يحددوا الجهة المختصة بنظر منازعات التنفيذ التي تثار بصدده تنفيذ حكم المحكمة العليا الذي يصدر في الموضوع أو بتعديل طريقة التنفيذ ، كما أن هيئة التحكيم لا تختص بغير المنازعات المتعلقة بتنفيذ الحكم الذي تصدره وفق صريح نص المادة ٧٠ من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ .

مسائل تنازع الاختصاص

٦١٤ - تختص المحكمة العليا بموجب المادة ٤/٤ من قانون إنشائها بالفصل في مسائل تنازع الاختصاص وفق أحكام المواد ١٧ و ١٩ و ٢٠ و ٢١ من قانون السلطة القضائية . وتقضي المادة ١٧ من هذا القانون بأنه « إذا رفعت دعوى عن موضوع واحد أمام جهة القضاء العادي وأمام جهة القضاء الإداري أو أية هيئة أخرى ذات اختصاص قضائي ولم تتخل إحداها عن نظرها أو تخلت كليهما عنها ، يرفع طلب تعيين الجهة المختصة إلى محكمة تنازع الاختصاص (المحكمة العليا حالياً) . وتختص هذه المحكمة كذلك بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة القضاء العادي والآخر من جهة القضاء الإداري أو أية هيئة أخرى ذات اختصاص قضائي (١) . وثمة صورتان لتنازع الاختصاص : التنازع الإيجابي

(١) ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء المحكمة العليا أن المشرع عهد هذه المحكمة الفصل في مسائل تنازع الاختصاص التي كانت تنظرها محكمة التنازع المشكلة طبقاً لقانون =

Conflit positif ويكون في حالة إصرار أكثر من محكمة على نظر نزاع واحد ، والتنازع السلبي **Conflit négatif** ، وهو الذي تتخلى فيه الجهات القضائية عن نظر النزاع قولاً إنه يخرج عن اختصاصها .

مناط اختصاص المحكمة العليا

٦١٥ - يبين مما سبق أن مناط قبول طلب الفصل في تنازع الاختصاص أمام المحكمة العليا تطبيقاً للمادة ١/١٧ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ في شأن السلطة القضائية التي أحالت إليها المادة ٤/٤ من قانون المحكمة العليا ، أن تطرح الدعوى عن موضوع واحد أمام جهة القضاء العادي وأمام جهة القضاء الإداري أو أية هيئة أخرى ذات اختصاص قضائي ولا تتخلى إحداها عن نظرها أو تتخلى كليهما عنها . ويشترط في حالة التنازع الإيجابي أن تكون الخصومة قائمة أمام كل من الجهتين المتنازعتين عند رفع الأمر إلى المحكمة العليا ، والهيئة ذات الاختصاص القضائي في تطبيق هذه المادة هي كل هيئة خولها المشرع سلطة الفصل في خصومة بحكم تصدره بعد اتباع الإجراءات القضائية . كما يشترط لتطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٥ سالف الذكر التي أحالت إليها المادة ٤/٤ من قانون المحكمة العليا وكذلك المادة ٣/١ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ في شأن النزاع على تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين أن يكون هذان الحكمان صادر أحدهما من جهة القضاء العادي والآخر من جهة القضاء الإداري أو أية هيئة أخرى ذات اختصاص قضائي

- السلطة القضائية وذلك يفي عن الإبقاء على محكمة لتظر مسائل تنازع الاختصاص . وكانت محكمة تنازع الاختصاص تشكل طبقاً للمادة ١٨ من قانون السلطة القضائية من رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه عند الضرورة رئيساً ومن ثلاثة من مستشاري محكمة النقض تختارهم جمعيتها العمومية سنوياً ومن ثلاثة من مستشاري المحكمة الإدارية العليا تختارهم جمعيتها العمومية سنوياً . ومحكمة تنازع الاختصاص **Tribunal de conflit** لها مثل في التشريع الفرنسي . وتنص المادة ٣٦٣ من قانون المرافعات الفرنسي إلى جانب ذلك على دعوى «تحميد الاختصاص» **Réglement de juges** إذا قام نزاع واحد أمام محكمتين أو أكثر في جهة واحدة من جهات القضاء وقبل أن تفصل إحداها باختصاصها ، وتوقع هذه الدعوى إلى المحكمة الأعلى درجة .

وأن يكون الحكمان المطلوب وقف تنفيذهما قد حسم النزاع في موضوعه وتناقضا تناقضاً من شأنه أن يجعل تنفيذهما معاً متعذراً . فالقرار الصادر من مجلس المراجعة في الطعن في قرار لجنة تقدير الإيجارات ليس حكماً صادراً من جهة قضائية ، وإنما من هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي إذ يغلب في تشكيله العنصر الإداري ولا يتبع الإجراءات القضائية في نظر التظلمات التي يختص بنظرها ، فهو قرار إداري يخضع للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة ، فإذا تناقض هذا القرار مع حكم نهائي صادر من جهة القضاء العادي حسم النزاع على الأجرة فإن هذا الحكم هو وحده القابل للتنفيذ ولا يكون ثمة تناقض بين حكمين بالمعنى الذي يقصده المشرع في الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية كما ينتفى شرط التنازع على الاختصاص على تقدير قابلية القرار الإداري الصادر من مجلس المراجعة للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة كما تقدم (١) .

(١) أنظر حكم المحكمة العليا بتاريخ ٤ مارس ١٩٧٢ في الطلب ٢ لسنة ٢ ق و تنازع اختصاص - غير منشور . وتنازع الاختصاص داخل جهة قضائية واحدة لا يدخل من ثم في ولاية المحكمة العليا . ويحكم تنازع الاختصاص في المواد الجنائية مواد الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات الجنائية الذي تقضى المادة ٢٢٦ منه بأنه « إذا قدمت دعوى عن جريمة واحدة أو عدة جرائم مرتبطة إلى جهتين من جهات التحقيق أو الحكم تابعتين كثة ابتدائية واحدة وقررت كل منهما نهائياً اختصاصها وكان الاختصاص منحصرأ فيهما يرفع طلب تعيين الجهة التي تفصل فيها إلى دائرة الجناح المستأنفة بالمحكمة الابتدائية » . وتنص المادة ٢٢٧ على أنه « إذا صدر حكمان بالاختصاص أو بعدم الاختصاص من جهتين تابعتين لمحكمتين ابتدائيتين أو من محكمتين من محاكم الجنايات أو من محكمة عادية ومحكمة استئنائية يرفع طلب تعيين المحكمة المختصة إلى محكمة النقض » . والمقصود بالمحاكم الاستئنائية تلك التي تنظر بعض المواد الجنائية التي تخضع أصلاً للمحاكم العادية كحاكم أمن الدولة . ومحكمة النقض هي الجهة صاحبة الولاية العامة بموجب المادة ٢٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية في تعيين الجهة المختصة بالفصل في التنازع الإيجابي والسلبي ولو كان بين محكمتين إحداها استئنائية والأخرى عادية ولكن يشترط ألا يكون الحكم في الموضوع قد صدر من أيهما . والطعن في الأحكام الموضوعية المتعارضة يخضع للقواعد العامة في الطعون ولا يعد من قبيل تنازع الاختصاص - أنظر نقض جنائي ٢٥ نوفمبر ١٩٥٧ س ٨ ص ٩٩٣ . والتنازع السلبي الذي يقوم بين غرفة الاتهام والمحكمة الجزئية ينمذ الاختصاص بنظره لمحكمة النقض على أساس أنها هي الدرجة التي يعطى أمامها في قرارات الغرفة عندما يصح الطعن قانوناً - نقض جنائي ١٦ مارس ١٩٦٤ س ١٥ ص ١٩٧ -

المبحث السابع

المحكمة الدستورية العليا

٦١٦ - قلنا إن الدستور الحالي يمثل تقدماً واضحاً في مجال الشرعية من حيث اعتباره مبدأ سيادة القانون مبدأ دستورياً ومن حيث النص صراحة على المحكمة الدستورية مضمياً بذلك حصانة دستورية على هذا القضاء المستحدث . وكنا قد وعدنا عند الكلام على المحكمة العليا بالإدلاء باقتراحاتنا في شأن القانون الذي ستصدر باختصاصات المحكمة الدستورية وبيان الإجراءات التي تتبع أمامها وكيفية تشكيلها ، وقبل أن نفنى بما وعدنا به نلمح في عجالة إلى الرقابة السياسية ومنحى الدول المختلفة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين .

الرقابة السياسية على القوانين

٦١٧ - يختلف دور الرقابة السياسية عن دور الرقابة القضائية ، فبينما الأولى تستهدف حماية نظام الدولة وتطويره ولو عن طريق استطلاع الإرادة الشعبية في تغيير الدستور ذاته ، لا تعدو الثانية محاولة التحقق من الشرعية القانونية من خلال الوظيفة القضائية . ودساتير الدول الاشتراكية ، باستثناء يوغوسلافيا ، تفضل الرقابة السياسية على القضائية ، فنجد المادة ٣٢ من الدستور السوفيتي الصادر عام ١٩٣٦ تنص على أن مجلس السوفيت الأعلى

- ومحكمة النقض هي صاحبة الولاية أيضاً في تعيين المحكمة المختصة بالفصل في الدعاوى عند قيام النزاع بين محكمة ابتدائية وأخرى استئنافية على أساس أنها الدرجة التي يطعن أمامها في أحكام محكمة الجنح المستأنفة عندما يصح الطعن قانوناً - نقض جنائي ٢ أكتوبر ١٩٦٧ ص ١٨ . والظعن المقدم من النيابة العامة في قرار الإحالة الخاطيء بإحالة المطعون ضده إلى محكمة الأحداث يعتبر طلباً بتعيين الجهة المختصة بنظر الدعوى لأنه سيقابل حتماً بحكم من محكمة الأحداث بعدم اختصاصها لما ثبت من أن من المهم كانت تزيد وقت ارتكابه الحادث على خمس عشرة سنة - نقض جنائي ٧ يونيو ١٩٦٦ ص ١٧ ص ٧٧٥ . وواضح أن النزاع هنا بين مستشار الإحالة كجهة تحقيق وبين محكمة الأحداث كجهة قضاء وقد عدلت محكمة النقض بذلك عن قضائها السابق الذي كان يحتم لتقيام النزاع صدور حكمين متعارضين فعلا - انظر نقض جنائي ١٢ أكتوبر ١٩٥٩ ص ١٠ ص ٧٩٠ .

هو الذي يمارس الوظيفة التشريعية ، كما تنص المادة ٤٩ ب على أنه هو الذي يختص بتفسير قوانين الاتحاد السوفيتي وإصدار المراسيم بقوانين . وتقضى الفقرة هو من ذات المادة بأن مجلس السوفيت الأعلى يلغى القرارات والأوامر التي تصدرها مجالس قوميسارية الشعب في الاتحاد السوفيتي وفي الجمهوريات الاتحادية إذا تعارضت مع القانون . ونجد دستور ألمانيا الديمقراطية يعهد بالرقابة السياسية ، لا إلى المجلس الشعبي ذاته كما فعل الدستور السوفيتي ، وإنما إلى جهاز آخر بناء على تكليف منه إذ تنص المادة ٧١ من الدستور الصادر عام ١٩٦٨ على أن « ينظم مجلس الدولة عن طريق إصدار مراسيم جميع المهام الأساسية الناتجة عن قوانين وقرارات مجلس الشعب للمصادقة عليها . وتعتبر قرارات ومراسيم مجلس الدولة ملزمة قانوناً ويقوم مجلس الدولة بتفسير الدستور والقوانين بصورة ملزمة إذا لم يتم ذلك من قبل مجلس الشعب نفسه » . ومجلس الدولة في دستور ألمانيا الديمقراطية هو الجهاز الذي يتولى مقاليد الحكم في الدولة ويتكون من رئيس مجلس الدولة وهو بمثابة رئيس الجمهورية ومن نوابه والأعضاء والسكرتير . وهو يقوم بموجب المادة ٧٤ من الدستور ، بتكليف من مجلس الشعب ، بالإشراف على دستورية وقانونية أعمال المحكمة العليا والمدعى العام . وتعتبر المحكمة العليا مسؤولة أمام مجلس الشعب وأمام مجلس الدولة في الفترات الواقعة بين اجتماعات مجلس الشعب . أما دستور رومانيا فإنه يجعل الرقابة السياسية من اختصاص لجنة غالبيتها من أعضاء المجلس الشعبي ويشترك فيها بعض المتخصصين من خارجه من أعضاء المحكمة العليا وأساتذة القانون . أما الدساتير الغربية : فقد عهد دستور فرنسا الصادر عام ١٧٩٩ بالرقابة السياسية إلى مجلس الشيوخ ، بينما يعهد بها دستورها الحالي الصادر عام ١٩٥٧ إلى مجلس دستوري يشترك في تعيين أعضائه كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ، وتعرض عليه القوانين الأساسية قبل إصدارها ليقرر مدى مطابقتها للدستور . أما إنجلترا فإنها لا تجيز للمحاكم أن تتصدى للحكم على قانون أصدره ممثلو الشعب وأن تنفرد بتقدير مخالفته للدستور لأن ذلك يعنى إخضاع إرادة الشعب لسلطة تقديرية للقضاة ، وفي أمريكا لم تنل المحكمة العليا الأمريكية ما نالته

من هبة ومكانة في نفوس الشعب الأمريكي بحكمتها واعتدالها وتراجعها عن التصدي للمشاكل الدقيقة الحساسة ، وإنما نالت ذلك كله بإقدامها ومواقفها المشهودة في الدفاع عن سيادة القانون (١) .

الرقابة السياسية في مصر

٦١٨ - يستطيع الاتحاد الاشتراكي عندنا أن يباشر الرقابة السياسية على مشروعات القوانين عن طريق تطلب عرضها عليه قبل إقرارها من مجلس الشعب ، وهو ما يسمى بالرقابة السياسية السابقة ، فقد جاء بين أهدافه التي أوردها قانونه الصادر في ٨ ديسمبر ١٩٦٢ « إن الاتحاد الاشتراكي العربي يقوم بالعمل القيادي والتوجيهي وبالرقابة التي يمارسها باسم الشعب ، بينما يقوم مجلس الأمة بتنفيذ السياسة التي يرسمها الاتحاد الاشتراكي (٢) . ويؤكد حق الاتحاد الاشتراكي في الرقابة السابقة على القوانين أن أعضائه يجتمعون في صورة هيئة برلمانية له لمناقشة ما يطرحه من موضوعات .

٦١٩ - أما الرقابة السياسية اللاحقة فيمارسها رئيس الجمهورية عن طريق الاعتراض على القوانين ، وتقضى المادة ١١٣ من دستورنا الصادر عام ١٩٧١ بأنه « إذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الشعب رده إليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه ، فإذا لم يرد مشروع القانون في هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصدر . وإذا رد في الميعاد المتقدم إلى المجلس وأقره ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه اعتبر قانوناً وأصدر » . فحق

(١) أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ص ٦٢٢ وهو يقول « إن زوار مدينة واشنطن إذ يحجون إلى معبدهم العليا مصطحبين معهم أطفالهم الصغار إنما يفعلون ذلك لهمهم أن تلك الساحة حرم آمن تصان فيه الحقوق والحريات وتعلو كلمة القانون هل كل كلمة مهما بلغت سطوتها ونفوذها » .

(٢) وتنص المادة ١٣ / ١ من قانون الاتحاد الاشتراكي على أن يعتبر المؤتمر القومي العام أعلى سلطة بالاتحاد الاشتراكي العربي ويختص بدراسة سياسة الاتحاد وخطه العامة وإصدارها . ويقول الميثاق « إن المفاهيم الثورية الجديدة للديمقراطية لا بد لها أن تفرض نفسها على الحدود التي تؤثر في تكوين المواطن وفي مقدمتها التعليم والقوانين والقوانين الإدارية » ويقول « إن الحاجة ماسة إلى خلق جهاز سياسي جديد داخل إطار الاتحاد الاشتراكي يجند العناصر الصالحة للقيادة وينظم جهودها ويبلور الحوافز الثورية الجماهيرية ويحسن احتياجاتها ويساعد على إيجاد الحلول الصحيحة لهذه الاحتياجات » .

الاعتراض **Droit de veto** ليس حقاً تشريعياً لرئيس الجمهورية وإنما هو حق منع محدود **Faculté d'empêcher** لا تتحقق به الرقابة الكاملة لأن مجلس الشعب يملك إصدار القانون المعترض عليه بإقراره ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه .

الرقابة القضائية على القوانين في مصر

٦٢٠ - مر بنا كيف تمارس محكمتنا العليا رقابتها على القوانين ، وقد نص الدستور على أن تظل هذه المحكمة تمارس اختصاصاتها المبنية في القانون الصادر بإنشائها حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا طبقاً للقانون الذي يصدر بتنظيم كيفية تشكيلها وبين الشروط الواجب توافرها في أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم . وأسارع هنا إلى التأكيد على ضرورة أن يجيء قانون إنشاء المحكمة الدستورية خلواً من نص يوقت مدة عضوية رئيسها ونوابه والمستشارين وهو ما تضمنته المادة ٥/٧ من قانون إنشاء المحكمة العليا حين جعلت مدة العضوية في تلك المحكمة ثلاث سنوات قابلة للتجديد لمنافاة تأقيت مدة العضوية للاستقلال الواجب توافره للمحكمة الدستورية التي أورد الدستور في المادة ١٧٧ منه أن أعضائها غير قابلين للعزل . كذلك ، وتوفيراً لأكبر قدر من الضمانات لها ، يتعين النص في القانون على أن تتمتع المحكمة باستقلال في إدارتها وميزانيتها (١) .

(١) يكاد يتعمد الإجماع في الدول التي تأخذ بمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين على أن القضاء الدستوري يعتبر عضواً دستورياً شأنه شأن أجهزة السلطة والحكم ، ويعتبر مستشاراً والمحكمة الاتحادية العليا في ألمانيا في وضع دستوري متميز عن سائر رجال القضاء - أنظر مقالاً للدكتور محمد عصفور في جريدة الأهرام بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٧١ بعنوان « نحو تنظيم جديد لرقابة دستورية القوانين » . وكانت المحاكم عندنا قد فرضت حقها في رقابة دستورية القوانين **La garantie juridictionnelle de la justice Constitutionnelle** على الرغم من خلو الدساتير والنشريات من إضفاء حق الرقابة عليها - أنظر على سبيل المثال نقض جنائي في ٢١ فبراير ١٩٥٦ و ٦ مارس ١٩٥٦ ص ٢١٩ و ٢٩٧ وفي ٣٠ مارس ١٩٥٩ ص ١٠ و ٣٧٧ و ٢٩ نوفمبر ١٩٦٦ ص ١٧ و ١١٦٨ و ٩ أكتوبر ١٩٦٧ ص ١٨ و ٩٤٦ و ٢٩ يناير ١٩٦٨ ص ١٩ و ١١٥ و ١٧ مارس ١٩٦٩ ص ٢٠ و ٣٢٧ . وفي القضاء المدني أنظر نقض ١٢ يونيو ١٩٥٨ ص ٩ و ٥٥٠ و ٢١ مايو ١٩٥٩ ص ١٠ و ٤٤١ و ٨ فبراير ١٩٦٨ ص ١٩ و ٢٤٣ و ٥ مارس -

٦٢١ - وقد أحسن الدستور صنباً إذ نص في المادة ١٧٥ على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، إذ حسم بهذا النص النزاع الذي أثير أمام محكمتنا العليا في شأن اختصاصها بنظر اللوائح نتيجة قصر اختصاصها على الفصل في دستورية القوانين في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون إنشائها ، فجاء الدستور قاطعاً في أن اختصاص القضاء الدستوري يتسع لرقابة اللوائح بجانب اختصاصه الأصيل في رقابة القوانين . ويحسن ، تبعاً ، أن ينص قانون المحكمة الدستورية العليا صراحة على اختصاصها بالرقابة القضائية على دستورية القرارات بقوانين التي أغفلتها المادة ١٧٥ من الدستور لأنها وإن كانت لا تعدو أن تكون نوعاً من اللوائح إلا أن الدستور نص على « قرارات تكون لها قوة القانون » في المادتين ١٠٨ و ١٤٧ مما قد يحمل على القول بأن لكل من « القوانين » و « القرارات بقوانين » و « اللوائح » مفهوماً محدداً متمايزاً وأن إغفال النص في المادة ١٧٥ ، التي تكلمت عن اختصاصات المحكمة الدستورية العليا ، على القرارات بقوانين إنما جاء عن عمد بهدف إخراجها من رقابة تلك المحكمة وهو ما لا نعتقد أن المشرع قصد إليه اعتباراً بأن رقابة دستورية القوانين إنما تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه وهو ما لا يتحقق إلا إذا انبسطت رقابة القضاء الدستوري على التشريعات كافة على اختلاف

١٩٦٨ ص ١٩ ص ٥٠١ . وقد أثار موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين اهتمام المؤتمر الدولي العام المنعقد في باريس في ٢٠ أكتوبر ١٩٢٨ وذهب هديد من الفقهاء إلى أن يترك للمحاكم العادية وحدها النظر في دستورية القوانين في صورة دفع وعارضوا إنشاء محكمة دستورية خاصة وقال في ذلك العميد ديجي إن تخصيص محكمة خاصة للدستورية من شأنه أن يخرجها من وظيفتها القضائية إلى هيئة سياسية .

ولعل أول تأصيل لحق القضاء في مراقبة دستورية القوانين هو حكم المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة عام ١٨٠٣ في قضية *Marbury ضد Madison* فقد أرسى المحكمة هذا الحق بقولها « إن القاضي وهو يطبق القانون يتبين عليه بآدى ذى بدء أن يتحقق من أن هذا القانون يتفق والدستور الذى يمثل إرادة الشعب صاحب السلطة العليا ، ولا يعمد القضاء حدود وظيفته في ذلك ، فهو إنما يطبق بذلك القانون - إنظر

Gidel, Droit constitutionnel comparé, cours de doctorat, 1926 p. 129.

أنواعها سواء أكانت أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أم فرعية صادرة من السلطة التنفيذية ، بل إن مظنة الخروج على أحكام الدستور - كما قالت محكمتنا العليا بحق - أقوى في التشريعات الفرعية منها في التشريعات الأصلية التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتحقيق في جميع مراحل إعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية التي تمثل الكثرة من التشريعات . وبهذه المناسبة لم تعد حاجة بالقانون الذى يصدر بإنشاء المحكمة الدستورية لأن يحسم أمراً هو الآن - في رأينا - محل خلاف وهو الحد الفاصل بين اختصاص مجلس الدولة - بهيئة قضاء إدارى - بنظر اللوائح وهى قرارات إدارية بحسب مصدرها ، واختصاص المحكمة الدستورية في هذا الصدد ، ذلك أن هذا الأمر قد انحسم بالنص في الدستور على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا « دون غيرها » الرقابة القضائية على دستورية اللوائح مما يمتنع معه على جهات القضاء الأخرى مشاركتها في تلك الرقابة . ولا يرد على ذلك بأن الدستور أحال في بيان اختصاص المحكمة الدستورية في هذا الشأن إلى القانون ، ذلك أن إسناد القانون الرقابة على دستورية اللوائح إلى القضاء الإدارى يتعارض مع نص المادة ١٧٥ من الدستور الذى ناط بالمحكمة الدستورية « دون غيرها » الرقابة على اللوائح كافة دون تخصيص . وكنت أود أن تقتصر رقابة المحكمة الدستورية على أنواع معينة من اللوائح ، كالقرارات بالقوانين بناء على تفويض أو في حالات الضرورة ، فإنه ليس من السائغ أن نحجب القضاء الإدارى عن رقابة اللوائح الأخرى مثل لوائح البوليس واللوائح التنفيذية .

٦٢٢ - هذا ولا يجيز المشرع المصرى رفع دعوى دستورية أصلية *Voie d'action* وإنما يقصر حق الطعن في دستورية القانون على أسلوب الدفع *Voie d'exception* الذى يعنيه أنه لا يكون من سبيل للطعن في دستورية قانون ما إلا إذا قامت منازعة أمام جهة قضائية يتطلب الفصل فيها تطبيق هذا القانون عليها ، ويثار بهذه المناسبة الطعن بعدم الدستورية ، وبهذا يمكن أن يستمر قائماً قانون غير دستوري ما دام لم تقم منازعة يتطلب حسمها تطبيقه أو قامت ولم يدفع أحد الخصوم بعدم الدستورية ، ومن ثم فإنه من الأوفق أن يأخذ المشرع المصرى بطريق الطعن بالدعوى الأصلية إلى جانب الطعن بعدم الدستورية بطريق الدفع ، وأن تكون الدعوى الأصلية

بغير رسوم تحقيقاً لمشاركة فعالة من جانب المواطنين في إلزام المشرع حدود الدستور (١) ، وأن يخول القانون محكمة الموضوع ذاتها سلطة الإحالة على المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها وبدون دفع على غرار ما هو متبع في النظام الإيطالي (٢) حتى لا يستطيل في الوجود بقاء قانون غير دستوري تتولد في ظله مراكز قانونية عديدة يزعزعها الحكم الذي يصدر بعد ذلك بعدم دستوريته ، وهو ما يبدو بالغ الخطر في المسائل الجنائية إذ يجد القاضي نفسه مرغماً على إدانة المتهم بموجب قانون غير دستوري لمجرد أن الخصوم لم يدفعوا بذلك .

٦٢٣- وأخيراً فإننا نرى ضرورة النص في القانون الجديد على أن تكون حجية الحكم الذي يصدر بعدم الدستورية كاملة بحيث تفسح على الماضي تحقيقاً لأقصى حد للشرعية ، وأن يقتصر اختصاص المحكمة الدستورية على الرقابة القضائية على الدستورية وتفسير النصوص التشريعية دون النظر في طلبات وقف تنفيذ أحكام هيئات التحكيم التي يمكن إسناد الفصل فيها إلى محاكم الاستئناف ثبت فيها على ضوء ما تقدره من أهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة ، ودون النظر أيضاً في مسائل تنازع الاختصاص حتى يتفرغ القضاء الدستوري لاختصاصه الأصيل (٣) .

(١) ولا يقال إن اتباع أسلوب الدعوى الأصلية من شأنه أن يفرق المحكمة الدستورية بسيل من الدعاوى غير الجدية التي تحركها روح اللدد في الخصومة وعدم تقدير المسئولية ، ذلك أنه ليس من شأن إساءة استخدام المواطنين لحق أصيل كحق التقاضي في شأن دستورية أو عدم دستورية القوانين ، حرمانهم بصفة مطلقة من هذا الحق .

(٢) وبذلك تضطلع المحكمة الدستورية - كحارس الدستور - بمهمتها دون إبطاء ودون انتظار مرور الخصومة الدستورية « بصالة الانتظار » *Salle d'attente* على نحو ما يقول الشراح الإيطاليون مهكين على ضرورة قيام منازعة أمام القضاء العادي لإمكان اتصال الخصومة بالمحكمة الدستورية .

(٣) من مفاخر المحكمة العليا الليبية حكما في طعن أحد رجال القضاء الذين عزلتهم الحكومة الليبية بموجب مرسوم بقانون إعادة تشكيل الهيئات القضائية وهو مماثل عندنا للقرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ إذ قررت ما يلي « إن هذا المرسوم . . صدر بهدف إرهاب القضاء وإفهامهم أن سلطة الرزق والمن بلفظة العيش في يد تحالف قوى السلطين التشريعية والتعينية ، وإذ صدر في غيبة البرلمان فإنه يكون في حقيقته قراراً صادراً من السلطة التنفيذية مفتصلاً حقوق السلطة التشريعية في لطفة ظاهرة . . تحقيقاً لما أراد ذوو السلطان من إعادة تعيين وإعادة تشكيل ونشريد ونقل . . » وانتهت المحكمة إلى القضاء بعدم دستورية المرسوم فيما =

هذا ونحيل فيما عدا ذلك على اقتراحاتنا التي أوردناها عند كلامنا عن المحكمة العليا بخصوص عدد أعضائها وتنظيم كيفية المفوضين أمامها ودفع النيابة العامة بعدم الدستورية وإجراءاته وغير ذلك مما لا نرى داعياً لتكراره .

المبحث الثامن

أوضاع مخالفة القاعدة القانونية

٦٢٤- تتخذ مخالفة القاعدة القانونية في العمل أوضاعاً ثلاثة ، أشار إليها حكم مجلس الدولة المصري (١) حين قال إن مدلول مخالفة القوانين واللوائح يشمل كل مخالفة للقاعدة القانونية بمعناها الواسع ، فيدخل في ذلك : أولاً - مخالفة نصوص القوانين واللوائح . وثانياً - الخطأ في تفسير القوانين واللوائح

= قضى به من إهدار الحصانة القضائية - مجلة المحكمة العليا الليبية ص ٧ ع ١ ص ٩ - ٢٦ . وفي اليونان عزلت الحكومة العسكرية الحالية القضاء فطعنوا على قرار العزل وألغى القضاء القرار ونزلت الحكومة على حكم القضاء . وفي الأرجنتين أصدرت الحكومة في ٢٤ يونيو ١٩٦٨ قانوناً أجاز لها التدخل في أعمال السلطة القضائية فاستقال في اليوم التالي جميع أعضاء المحكمة العليا احتجاجاً على هذا الاعتداء الصارخ على استقلال القضاء - مجلة اللجنة الدولية لرجال القضاء « المدوان على السلطة القضائية بالأرجنتين » سبتمبر ١٩٦٨ ص ١٥ - ١٧ . وفي فرنسا عزلت الحكومة منذ زمن بعيد المستشار الأول لمجلس الدولة وكان لا يتمتع بالحصانة ونصبت نائبه خلفاً له فطعن المستشار المعزول في قرار عزله أمام ذات المجلس ف قضى برياسة المستشار الجديد بإلغاء القرار وما ترتب عليه من آثار بما فيها إلغاء ترقية المستشار الجديد نفسه ، واستأنف المجلس نظر القضايا الأخرى برياسة المستشار الذي صدر الحكم بإلغاء قرار عزله .

وبهذه المناسبة أشير إلى ما سبق أن ذكرت من أن مجلس الدولة الفرنسي قرر أن عدول القضاء عن تفسير معين كان يعتقه يؤدي إلى فتح مدة جديدة للطعن في القرارات التي صدرت في ظل التفسير الأول لاحتمال عدم طعن الأفراد فيها احتراماً لقضاء مجلس الدولة . وبهذا يكون مجلس الدولة قد ساوى بين تغير القضاء وتغير التشريع وجعل أحكامه والمبادئ التي تخلفها تلك الأحكام في منزلة التشريع . وعلى هذا فإن قضاء المحكمة العليا عندنا بعدم دستورية التشريعات المانعة من التقاضي بعد استقرار قضاء المحكمة الإدارية العليا على دستورتها ولا سيما ما تعلق منها بفصل الموظفين بتغير الطريق التأديبي ، يفتح مدة جديدة للطعن في القرارات التي صدرت في ظل تلك الأحكام وأرى أن مريان هذه المدة يبدأ من تاريخ نشر حكم المحكمة العليا في الجريدة الرسمية إذ بهذا النشر وحده يتحقق علم الكفاية به .

(١) ١٤ أبريل ١٩٤٨ ص ٢ ص ٥٢٨ .

أو في تطبيقها ، وهو ما يعبر عنه رجال الفقه الإداري بالخطأ القانوني .
وثالثاً - الخطأ في تطبيق القوانين واللوائح التي بنى عليها القرار الإداري .
وهو ما يعبر عنه بالخطأ في تقدير الوقائع . وتتناول هذه الحالات بالتفصيل
في مطالب ثلاثة .

المطلب الأول

المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية

٦٢٥ - ليس على طالب الإلغاء هنا إلا أن يثبت قيام القاعدة القانونية
التي يستند إليها ، وأن الإدارة قد تجاهلت هذه القاعدة تجاهلاً كلياً أو جزئياً ،
فأنت عملاً تحرمه تلك القاعدة أو امتنعت عن القيام بعمل توجبه . ويكون
الزاع هنا غالباً حول وجود القاعدة القانونية ، كمنازعة الإدارة في وجود
عرف قانوني يتمسك به أحد الأفراد ، أو في رجعية يدعى بها ، أو إلغاء
جزئي للقاعدة القانونية ، ذلك أن القرار الإداري تحكم مشروعيته القواعد
النافذة وقت صدوره ، مع مراعاة التدرج في تلك القواعد ، وخضوع
القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى ، وبشرط أن تكون تلك القواعد نافذة في حق
الأفراد (١) . وتصبح مهمة القضاء الإداري محصورة في تحديد القاعدة

(١) حدث المحكمة الإدارية العليا هذه القواعد في حكمها الصادر في ١٢ يوليو
١٩٥٨ من ٣ ص ١٩٦١ حيث قررت « . . والمراد بالقانون هو مفهومه العام ، أي كل
قاعدة عامة مجردة أيما كان مصدرها ، سواء أكان هذا المصدر نصاً دستورياً أم تشريعياً
تقرره السلطة التشريعية المختصة بذلك ، أم قراراً إدارياً تنظيمياً ، وسواء أكان القرار
الإداري التنظيمي صدر في شكل قرار جمهوري أم قرار وزاري عن يمينه ، أم كان قد صدر
فيما سبق بمرسوم أو بقرار من مجلس الوزراء أو بقرار وزاري ، يطبق القضاء كل القواعد
التنظيمية العامة المجردة على اختلاف ما بينها في المصدر ، وعلى تفاوت ما بينها في المرتبة ،
ولكن بمراعاة أن القانون يشوبه عدم الدستورية إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج
على روحه ومقتضاه ، بينما يشوب القرار الإداري العام عيب عدم المشروعية إذا خالف
قاعدة تنظيمية صدرت بأداة أعلى مرتبة . فإذا تزامنت في التطبيق هذه التشريعات أو التنظيمات
جميعاً وقام بينها التعارض وجب على القضاء أن يطبق القاعدة الأعلى في المرتبة ، فيطلب الدستور
على القانون ، ويطلب القانون على القرار الإداري أيما كان مرتبته ، ويطلب القرار الإداري
للعام الأعلى مرتبة على ما هو أدنى منه مرتبة ، وذلك لأن المناط في الفصل عند التعارض هو
أن الأعلى يسود الأدنى » .

واجبة التطبيق . وبالنظر إلى التطور السريع للتشريع في الوقت الحالي ، فإن
معظم تطبيقات هذه الصور من صور مخالفة القانون ، تتعلق بالجهل بالنافذ
والمغنى من الأحكام القديمة ، نتيجة لصدور تشريع جديد (١) .

(١) ومثال ذلك صدور القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ وما تضمنه في صلبه من
عقوبات تأديبية توقع على الموظفين الخاضعين لأحكامه ، فقد صدر بصدده القانون رقم ١١٧
لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية ، ونسخ بعض الأحكام الواردة في القانون ٢١٠
لسنة ١٩٥١ والمتعلقة بالتأديب . وأخيراً صدر القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ الذي ألغى
القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ (وقد ألغى أولهما مؤخراً بالقرار بقانون رقم ٥٨ لسنة
١٩٧١ بإصدار نظام المدنيين العاملين بالدولة) وتضمن في صلبه مرة أخرى العقوبات التي
يجوز توقيعها على المدنيين العاملين بالدولة والخاضعين لأحكامه . فثار لبس حول مدى نفاذ
الأحكام الواردة في القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ ، حسسته المحكمة الإدارية العليا ،
بحكمها الصادر في ١٥ مايو ١٩٦٥ بمجموعة أبو شادي ص ٦٦٩ حين قررت « ومن حيث
إن القانون الأخير (قانون العاملين المدنيين) قد حدد في المادة ٦١ منه الجزاءات التأديبية
التي يجوز توقيعها على العاملين شاغلين الدرجات دون الثالثة في ستة بنود (بادئاً بأخفها وطأة)
وهي : ١ - الإنذار . ٢ - الخصم من المرتب لمدة لا تتجاوز شهرين في السنة . ٣ - تأجيل
موعد استحقاق العلاوة لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر . ٤ - الحرمان من العلاوة . ٥ - الوقف
عن العمل بغير مرتب أو بمرتب مخفض لمدة لا تتجاوز ستة شهور . ٦ - الفصل من الوظيفة .
وبذلك يكون القانون قد ألغى ثلاثة جزاءات كان يجوز توقيعها وفقاً لأحكام القانون رقم
٢١٠ لسنة ١٩٥١ وهي : ١ - خفض المرتب . ٢ - خفض الدرجة . ٣ - خفض
المرتب والدرجة .

« ومن حيث إنه لا محل للقول بأن الجزاءات الثلاثة المذكورة لا زالت قائمة ويجوز
توقيعها على العاملين المدنيين بالدولة لورود النص عليها في المادة ٣١ من القانون رقم ١١٧
لسنة ١٩٥٨ ، ذلك أنه بالإضافة إلى أن القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ قد أشار في ديباجته إلى
القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ وقضى في مادته الثانية بأن يلغى كل حكم يخالف أحكامه ،
فإن المادة الثانية من القانون المنقح إذ قضت بأنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع
لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم
من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » ، إنما قصدت في ضوء المذكرة
التفسيرية لذلك القانون إلى تقرير صورتين للنسخ التشريعي ، وهما النسخ الصريح والنسخ
الضمني ، وأن للنسخ الضمني صورتين : فإما أن يصدر تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض
تماماً مع نص التشريع القديم ، وفي هذه الحالة يقتصر النسخ على الحدود التي يتحقق فيها
التعارض ، وإما أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيمياً كاملاً وضماً من الأوضاع أفرد له
تشريع سابق . وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً إذا تعلق التعارض
بين التشريع السابق والتشريع اللاحق بالمبدأ الذي أسس عليه التشريع السابق . وفي غير هذه

مخالفة القانون وانحراف السلطة

٦٢٦ - وقد سهل من أمر التوسع في مبدأ مخالفة القانون أن من بين حالات إلغاء القرارات الإدارية ، حالة انحراف السلطة التي هي في الحقيقة مخالفة الحدود المفروضة - ضمناً - بواسطة التشريع على السلطة التقديرية منظوراً إليها من حيث الهدف الذي يهدى القرار إلى تحقيقه ، وهو ما يدل على أن المشرع لا يرضى ، من حيث المبدأ ، بأن يفلت استعمال السلطة التقديرية من كل رقابة قضائية . والقواعد القانونية التي تعين حدود السلطة التقديرية إنما تنتمي إلى فئة المبادئ العامة التي لم تتقرر صراحةً بالتشريع ولكن تستخلص عن طريق التفسير لنصوص أو روح التشريعات الإدارية عامة ، فالعمل التقديرى لا يمكن أن يعنى - شأنه شأن أى عمل إدارى - من الالتزام بحدود القانون ، الضيقة أو الواسعة حسب الظروف ، ولا ينبغي أن يدخل أبداً في المجال التعسقى . إن تجاوز هذه الحدود هو مخالفة للتشريع ذاته ، وهكذا فإن مبدأ الشرعية يساعدنا على إكمال نقص القوانين المانحة للسلطة التقديرية ويصبح مصدرراً للقيود المفروضة على وجه الاستمرار بواسطة القضاء (١) . ويقول

الحالة لا يتناول النسخ إلا النصوص التي تتعارض تعارضاً مطلقاً مع نصوص التشريع الجديد . . . وبتطبيق هذه المبادئ على الحالة المعروضة قالت المحكمة « وكانت المادة ٦١ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ قد تضمنت في شأن العاملين المدنيين بالدولة أحكاماً خاصة بالجزاءات التي يجوز توقيعها عليهم تتعارض مع أحكام المادة ٣١ من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ ، فإن هذه المادة الأخيرة تعتبر منسوخة في الحدود التي يتحقق فيها التعارض بين حكمها وحكم المادة ٦١ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ ، ومن ثم لا يسوغ الاستناد إليها للقول بأنه يجوز توقيع جزاءات تخفض المرتب وتخفيض الدرجة على العاملين المدنيين بالدولة الحاضرين لهذا القانون » .

هذا ويندرج تحت صورة المخالفة المباشرة للقانون ، امتناع الإدارة بصفة آلية وبغير ما سبب مشروع عن تنفيذ قانون من القوانين - أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسى في ٢٤ يولييه ١٩٣٦ في قضية Syndicat de défense des grands vins de la Côte d'or دالوز ١٩٣٧ القسم الثالث ص ٤١ .

(١) انظر ميشيل د . ساسينوبولس ، الوسيط في الأعمال الإدارية ١٩٥٤ ص ١٧٣ و ١٧٤ وهناك نص عباراته : «.. tout acte administratif doit être conforme à la loi. L'acte discrétionnaire ne saurait être exempt de cette obligation et ne peut donc dépasser les limites de la loi restreintes ou élargies selon les circonstances ... Le Principe constitutionnel selon

بنوا إن السلطة الإدارية عند ما تتصرف دون سند من النصوص أو عند ما تخالف نصاً محدداً أو أحد المبادئ العامة للقانون العام ، التي يسوى القضاء بينها وبين التشريع ، فإن مخالفتها للقانون في هذه الحالات تقترب من عيب عدم الاختصاص ويمكن في النهاية أن تختلط به عند ما لا يجد قرارها أى تبرير ولو جزئى في نص ينحوها اختصاصاً في إصداره . ومن هنا يكتب القضاء الإدارى بتقرير أن مثل هذا القرار ينطوى على « مجاوزة السلطة » دون تحديد ما إذا كان هناك « عيب عدم اختصاص » أو « خطأ في القانون (١) » .

وقد توسعت المحاكم الإدارية الألمانية في مبدأ مخالفة القانون ليمتد إلى انحراف السلطة التقديرية رغم أن القانون لا يسمح صراحةً بمثل هذه الرقابة (٢) .

lequel l'acte administratif est soumis à la loi nous oblige à rechercher les limites fixées par celle - ci, même si elles ne sont pas imposées d'une manière formelle. Dépasser ces limites, c'est violer la loi elle-même. Ainsi le principe de la légalité nous sert à compléter les lois qui accordent le pouvoir discrétionnaire et devient la source des restrictions imposées, de manière constante, par la jurisprudence» .

وهذا الفقيه يستطرد قائلاً « علينا أن نعلم بأن القواعد التي تعين حدود السلطة التقديرية هي قوانين بمعنى الكلمة تستتبع مخالفتها ، ليس فقط المسئولية التأديبية للموظف ، ولكن أيضاً بطلان عمله . فلنتفرض مثلاً أن القانون ينص على أن ترقية الموظفين التي تتم بالاختيار يجب أن تكون مسببة ، فهذه قاعدة تفتىء قيدا على السلطة التقديرية . هذه القاعدة لا تتعلق فقط بالهيئة المختصة بإجراء الترقية ولكن أيضاً بأصحاب الشأن الذين يستطيعون طلب إلغاء ترقية قد تكون مجردة من أسباب صحيحة عن طريق تحريك الرقابة القضائية على استعمال السلطة التقديرية » .

(١) انظر Bénéoit, Francis-Paul. Le droit Administratif français, Paris, Daloz 1968 p. 548 - 549 . «.. Ceci ne peut surprendre si l'on songe à l'unité du problème compétence-acte, et l'on comprend pourquoi, sagement les juges administratifs se bornent à déclarer que telle décision entachée est "d'excès de pouvoir" sans spécifier s'il s'agit d'incompétence ou d'erreur de droit» .

(٢) انظر Jellenik, Gesetz, ٢٢٤-٢٢٤-٢٢٤ Verw. R - ٢٢٧ Walz, Orenzen D. Jur. Zeitung في ١٩٢٧ ص ١٩٥ وكلها مشار إليها في : Michel. D. Sassinopoulos, Traité des actes administratifs, الفصل المعنون Justification du contrôle du pouvoir discrétionnaire.

مخالفة القانون في قرار السحب

٦٢٧ - إذا وجدت الإدارة أنها تجاهلت بعض قواعد القانون التي كان من الواجب عليها مراعاتها والالتزام بها ، فإنها تقوم بالرجوع فيما أصدرته من قرارات ، وذلك بمحو القرار الذي تبينته فيما بعد عدم ملاءمته ، أو سحب القرار الإداري الذي يتضح لها بعد ذلك مخالفته لمبدأ الشرعية . ونظرية سحب القرارات الإدارية ، شأنها شأن معظم نظريات القانون الإداري ، نظرية قضائية ، اضطر إليها القضاء الإداري . فالقرار الإداري المخالف للقانون يحتمل إلغاؤه قضائياً لتجاوز السلطة ، لذلك يجوز للإدارة سحب ما بقي ممكناً ، وذلك لأنه ما دام القرار يكون عرضة للإلغاء القضائي في خلال المدة المحددة للطعن ثم يستقر نهائياً بعد ذلك ، فإن النتيجة الحتمية هي أن يسمح للإدارة بسحب قراراتها في الميعاد المحدد للطعن في ذلك القرار ممن لهم مصلحة في ذلك (١) . وقد قضى مجلس الدولة المصري بأن الشارع لا أقام إلى جانب هذا الطريق القضائي (أي الطعن في القرارات الإدارية بدعوى الإلغاء) حق التظلم إلى السلطة الإدارية لترجع عن قرارها ، فتكتفي الطاعن موثونه التقاضي في شأنه (٢) .

٦٢٨ - ولا يستتبع القول بأن السحب وسيلة لتفادي الإلغاء القضائي أنه يجب لإمكان السحب أن يكون القرار مهدداً بإلغاء قضائي ، وإن كان الأستاذ فالين قد قال بذلك ، فهو يذهب إلى أن سحب الإدارة للقرار يكون ممكناً إذا كان وسيلة لتجنب إلغائه قضائياً ، وأنه يجب لإمكان السحب أن يكون القرار مهدداً بإلغاء قضائي ، وأنه يكون كذلك إذا كان ميعاد الطعن مفتوحاً أو كان الطعن قد رفع فعلاً (٣) . بيد أن هذا الرأي يقوم على حجة

(١) المستشار عبده محرم في « سحب القرارات الإدارية الفردية » مجلة مجلس الدولة

من ١ ص ١٠٩ .

(٢) ٤ نوفمبر ١٩٤٧ من ٢ ص ٢٩ .

(٣) Walline : Traité élémentaire de droit administratif 1950, 6 éme

édition, 4 og : "Le retrait d' un acte que l'administration reconnaît elle-même illégale est donc possible quand il permet d'éviter une annulation pour excès de pouvoir. Il faut qu' il y ait danger d'annulation, le danger doit résulter :

داحضة ، ذلك أن جواز سحب الإدارة القرار الإداري لا يستند إلى توفير إجراءات التقاضي ومصرفاته على الإدارة في دعوى خامسة فحسب ، بل هو إجراء يقصد به إلى احترام حكم القانون بالقدر الذي يمكن التوفيق فيه بين الاحترام وبين استقرار الأوضاع التي ترتبت على هذا القرار الإداري ، وأن فترة الطعن القضائي إنما اعتبرت فترة يكسب القرار الإداري بعد انقضائها حصانة تحميه من السحب ، لا لأن القرار قد صدر ضاراً بشخص يكون له في هذه الفترة حق الطعن فيه فقط ، ولكن لأن المشرع اعتبر انقضاء هذه الفترة زمناً لاستقرار الحقوق التي نشأت من القرارات الإدارية وأكسبها حصانة ضد الطعن القضائي (١) .

٦٢٩ - ولا تنفقد الإدارة في السحب بحدود الطعن القضائي ، بمعنى أنها لا تسحب قراراتها فقط بسبب مخالفتها للقانون ، بل قد ترى سحبها لمجرد عدم ملاءمتها inopportunité . أما بالنسبة للرقابة القضائية فإن القاضي يراقب قانونية القرار Légalité ويبتل القرار الإداري لعدم قانونيته دون عدم ملاءمته (٢) . فسحب القرار الإداري إذن قد يكون في بعض صورته الجزاء الحقيقي لعدم شرعيته ، جزاء يمكن العضو الإداري من أن ينزل به ما سوف ينزله قاضي الإلغاء إذا ما حانت الفرصة وتصدى له . ولكن هذا لا يعني أن القرارات التي يمتنع إلغاؤها قضائياً لسبب أو لآخر لا يجوز مع ذلك سحبها ، ذلك أن القضاء قد استقر على استقلال قابلية القرار للسحب عن قابليته للإلغاء ، وأن غلق باب الطعن القضائي أمام الأفراد في قرار إداري غير مشروع ، لا يمنع الإدارة من إنزال الجزاء القانوني على المخالفة القانونية التي ارتكبتها في قرارها بسحبها .

عناصر قرار السحب

٦٣٠ - تجمل عناصر قرار السحب في : ١ - الباعث motif ويسمى

- Soit de ce que les délais de recours ne sont pas expirés ;
- Soit de ce qu' un recours est effectivement en instance, mais alors seulement dans les limites de la requête .

(١) المستشار عبده محرم في مقاله السابق ص ١١٠ .

(٢) الدكتور عثمان خليل ، مجلة مجلس الدولة ١٩٥٠ ص ٦٠٩ .

أيضاً بالسبب . ٢ - الغاية أو الغرض Le but . ٣ - الإعلان عن الإرادة في الشكل الذي يحدده القانون la déclaration de volonté dans les formes légales . ٤ - الاختصاص Competence . ٥ - المحل objet .

وتبادر هنا إلى القول بأن بعض هذه العناصر ، كالسبب والغرض ، ليسا من العناصر الأساسية éléments essentiels في قرار السحب ، ولا يترتب على تخلفهما بطلان قرار السحب nullité أى انعدامه (١) من الناحية القانونية . وكل ما يترتب على تخلفهما أو اختلالهما هو جعل قرار السحب قابلاً للإبطال فحسب . أما العناصر الثلاثة الأخرى وهى : ركن الإرادة والإعلان عنها في الشكل القانوني ، وركن الاختصاص ، وركن المحل أو الموضوع ، فلإنها تعتبر من العناصر الأساسية لا في قرار السحب فحسب ولكن في كل قرار إداري ، وتختلف أيها يترتب عليه بطلان قرار السحب أى انعدامه من الناحية القانونية (٢) . فإذا وجدت هذه الأركان الثلاثة واكتملت شاب أحدها عيب كعدم الاختصاص فيما يتعلق بركن الاختصاص ، أو مخالفة القانون فيما يتعلق بركن الإرادة ، كان قرار السحب قابلاً للإبطال فحسب annulable . فعيوب القرارات الإدارية عموماً ، وقرار السحب على وجه الخصوص ، إنما تقع في أحد هذه الأركان الثلاثة .

(١) راجع مقالاً للدكتور مصطفى كمال وصفي عن « انعدام القرارات الإدارية » بمجلة مجلس الدولة السنة السابعة ص ٢٦١ حيث يرى أن انعدام أحد الأركان الثلاثة : الإرادة والمحل والسبب هو الذي يؤدي إلى انعدام القرار .

وراجع الدكتور مصطفى أبو زيد « القضاء الإداري ومجلس الدولة » ص ٢٥٦ . (٢) وقد قضت المحكمة الإدارية بأن القرار الإداري هو إفصاح الجهة الإدارية المختصة ، في الشكل الذي يتطلبه القانون ، عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح المقصد لإحداث أثر قانوني معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً ابتداءً مصلحة عامة - أنظر حكمها الصادر في ٢٨ إبريل ١٩٥٦ المكتب الفني ص ١ ص ٦٩٨ . فن شرائط انعقاد القرار الإداري إذن أن يكون صادراً من سلطة إدارية ، وأن يكون محله إحداث أثر قانوني لا أثر مادي ، وأن يكون صادراً في المجال الإداري . وتختلف ركن من هذه الأركان يؤدي إلى عدم انعقاد القرار كلية الأمر الذي تختص منه جهة القضاء العادي ينظر دعوى إلغائه والتعويض عنه على تقدير أنه لا يعدو كونه عائقاً مادياً فحسب ، ويختص قاضي التنفيذ ، تبعاً ، بإزالته من طريق التنفيذ بالأمر بالاستمرار فيه ، كما تهدر المحاكم المختلفة إذا دنع أمامها بعدم دستوريته دون أن توقف الدعوى وتحدد الخصم أجلاً للاتجاه للمحكمة العليا .

٦٣٠ - أما القول بأن السبب أو الغرض ركن في القرارات فهو قول غير صحيح ، لأن تخلف السبب أو الباعث أو تعييبه ما هو إلا عيب يشوب إرادة السلطة الإدارية Volonté (غلط أو تدليس أو إكراه) ، وهو عيب في الإرادة لا يترتب عليه انعدام القرار وإنما جعله قابلاً للإبطال فقط (١) .

(١) الخطأ في السبب يمكن أن يظهر في كلا مجال الواقع والقانون ، وهو قد يرد على الوقائع كأن توقع سلطة إدارية جزءاً على موظف عام لأفعال لم يرتكبها . ويمكن أن يرد الخطأ بعد ذلك على تكييف الوقائع وفي هذه الحالة يكون الموظف قد ارتكب الواقعة فعلاً ولكن تخطى السلطة الإدارية في اختيارها تلك الواقعة مكونة خطأ تأديبي يبرر العقوبة . ويعتبر القرار مشوباً وخطأً في القانون « حين نشئ السلطة الإدارية التزاماً أو تعترف بحق اعتقاداً منها أن قانوناً معيناً يبيح لها ذلك على خلاف التفسير السليم لهذا القانون . هذا الخطأ يحدث أو لا عندما تخطى السلطة الإدارية في اختيار النصوص التي قدرت أنها متعلقة بتحديد أوضاع ممارسة اختصاصها أو من يادب أولى عندما تتصرف دون سند من النصوص . وقد تكون السلطة الإدارية ، في حالات أخرى ، قد استندت على النص المناسب ولكنها لم تفهمه تفسيراً سليماً أى أنها لم تفهم الطبيعة الصحيحة للإجراءات التي يسمح لها هذا النص باتخاذها ، فيدفعها ذلك إلى اتخاذ إجراءات غير تلك التي كانت متاحة لها لو أنها فهمت النص على الوجه الصحيح - راجع بنوا ، القانون الإداري الفرنسي ، باريس دالوز ١٩٦٨ ص ٥٤٩ . وقد تكون مخالفة التشريع ناتجة عن انعدام السبب القانوني لعدم صحة الوقائع إذ كثيراً ما يحدث أن تكون القرارات التنفيذية قد صدرت على أساس الوقائع غير الصحيحة سواء لوجود خطأ في الوقائع من جانب السلطة الإدارية أو لوجود - وهو الأكثر خطورة - ادعاء كاذب للوقائع . في هذه الحالات كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض إلغاء القرارات إذ لم تبد في نظره من حالات انحراف السلطة أو مخالفة التشريع ذلك أن التطبيق الخاطئ للتشريع يستلزم خطأ في القانون وقد كان يبدو له مستحيلاً أن يجر الخطأ في الوقائع إلى الخطأ في القانون - أنظر مورييس هوريو Maurice Hauriou, Précis de Droit Administratif et de droit public, p 450-452 : «... parce que la fausse application de la loi implique une erreur de droit et qu'il lui paraissait impossible de ramener l'erreur de droit » .

وأنظر في تحول مجلس الدولة الفرنسي عن هذا الرأي J. Appleton ، التطور الحديث لظن بالتصنيف في استعمال السلطة ١٩١٧ ص ٤٢ - Chabon-Demersay ، بحث في الوقائع بواسطة مجلس الدولة ، رسالة دكتوراه باريس ١٩٢٢ فقد استعان القضاء الإداري الفرنسي بالنظرية القانونية الخاصة بالسبب في تبرير تحول الخطأ في الوقائع إلى خطأ في القانون واعتبار « تزييف » الوقائع مخالفة للتشريع . فسبب القرار عنصر واقعي وقانوني في آن واحد لأنه هو الذي يحدد الطبيعة القانونية للقرار ، ففي وجد أمر مادي غير صحيح وكان هو السبب القانوني للقرار فتمة مخالفة للقانون لأن السبب القانوني غير موجود - أنظر الأحكام التي اعتنقت هذا النظر والمشار إليها بمؤلف مورييس هوريو ، الوجيز في القانون الإداري والقانون العام ، =

ونفس الحكم يرد أيضاً على الغرض ، فتختلف الغرض أو تعيبه ما هو إلا عيب من عيوب الإرادة يشوب إرادة السلطة الإدارية الساحبة ، وهذا العيب هو ما يعرف بالتعسف في استعمال السلطة *detournement de pouvoir* ، ويترتب عليه جعل قرار السحب قابلاً للإبطال فقط .

الباعث أو السبب

٦٣١ - نتكلم هنا عن النظرية المسماة في فقه القانون العام بنظرية السبب الباعث الدافع *théorie cause - motif déterminant* . فالعميد دوجي يرى أن الباعث الدافع *motif impulsif* هو تلك الحالة الخارجية *Le fait extérieur* التي تولد في نفس السلطة الإدارية إرادة عمل معين . ومن أبرز الأمثلة على البواعث الدافعة إلى استصدار قرار السحب هو مخالفة شروط الترخيص ، ومن ذلك رخص إشغال الطريق . فهذه الرخصة تعد مؤقتة يجوز سحبها في أي وقت إذا دعت إلى ذلك المصلحة العامة . فإذا رخصت السلطة الإدارية لمقهي بشغل أرصفة أحد الطرق العامة ، ثم اشتدت حركة المرور في هذا الطريق مما دعا السلطة الإدارية إلى التفكير في تضيق الأرصفة ليتسع الطريق إلى أكبر درجة ممكنة ، فهذه الواقعة ، ازدياد حركة المرور والتفكير في تضيق الأرصفة ، هي الباعث الدافع إلى سحب ترخيص شغل الطريق *permission de voirie* .

الجزاء القانوني المترتب على اختلال الباعث أو تخلفه

أولاً : الحالات التي ينص فيها المشرع أو القرار الإداري على اختلاله أو تخلفه :

في بعض الحالات ينص المشرع أو قرار منح الرخصة على البواعث أو الأسباب التي توجب سحب الرخصة . ففي مثل هذه الحالات لا صعوبة ، إذ لا شك في أن سحب الترخيص لسبب غير الأسباب الموضحة في القانون أو الرخصة يعتبر معيباً *irrégulier* وقابلاً للإبطال ، وذلك لأن الإدارة إنما تتدخل في هذه الأحوال بناء على سلطة مقيدة بتلك النصوص المعينة وتكون مخالفتها مخالفة للقانون *Violation de loi* .

= المرجع سالف الذكر ، الفصل الرابع . وهذا الفقيه يقرر أن مخالفة الشيء المحكوم به تعتبر مخالفة للقانون .

ثانياً : الحالات التي لا ينص المشرع أو القرار الإداري فيها على بواعث السحب :

تنور الصعوبة بالنسبة للحالات التي لا ينص فيها المشرع أو القرار الإداري على البواعث والأسباب التي تجيز سحب القرار ، فهل يترتب على اختلال ركن الباعث بطلان قرار السحب ؟

يؤيد الأستاذ سليمان الطماوي رأي العميد بونار في أنه بالرغم من أن الباعث أمر خارج عن إرادة السلطة التنفيذية وسابق على قرارها ، فإن هذا لا ينفي كل أثر له على القرار الإداري الذي دفع إليه . فإدام من غير المتصور عملاً أن يصدر قرار إداري دون باعث معقول دفع إليه ، فإن هذا يؤدي إلى قول إن الباعث أمر جوهرى لوجود العمل الإداري وصحته^(١) . ويسلم الدكتور عبد القادر خليل مع العميد دوجي بأن الباعث ليس ركناً في العمل الإداري ، ذلك أنه ما دام لا يمكن تصور قرار إداري بدون باعث ، فمن العبث إذن القول بأن تخلف ركن الباعث بعدم العمل الإداري ، ما دام من المستحيل أن يتخلف الباعث إطلاقاً ، وإلا لما تولد القرار الإداري ، أو هو كما يقول العميد بونار سبب وجوده *constitue sa raison d'être* ، فمن اللغو إذن القول بأن تخلفه يؤدي إلى بطلان القرار الإداري . بل إن تعريف الشراح للباعث بأنه حالة مستقلة عن رجل الإدارة وخارجة عن القرار الإداري ، أكبر دليل على أن الباعث ليس ركناً في العمل الإداري ، لأن الركن يقتضى كونه جزءاً داخلياً في العمل الإداري *intrinsèque*^(٢) .

تعيب الباعث وعبوب الإرادة

٦٣٢ - إذا قصد باختلال الباعث تعيبه ، فإن الإدارة قد تغلط في الباعث فتسحب رخصة سلاح لاعتقادها بوجود حالة خطيرة من استبقاء هذا الترخيص . ففي هذه الحالة يكون قرار السحب باطلاً لا لعيب في الباعث ، باعتباره ركناً ، وإنما لعيب في الإرادة هو الغلط . كما أن العيب قد يكون هو الغش والتدليس *dol* . والإدارة إذا أوضحت بواعث معينة لقرارها ثم تبين مجلس الدولة أن هذه البواعث ليست صحيحة ، فإن الأمر يعتبر غلطاً

(١) الدكتور الطماوي « التعسف في استعمال السلطة » ١٩٥٠ ص ١٩ .

(٢) الدكتور عبد القادر خليل « نظرية القرارات الإدارية » ١٩٦٤ ص ٨٢ .

في الواقع *erreur de fait* إذا كان الباعث حالة واقعية ، ويعتبر غلطاً في القانون *erreur de droit* إذا كان الباعث حالة قانونية (١) .

سحب القرار الصحيح

٦٣٣ - نجتزئ هنا بالقول بأن مخالفة القانون في قرار السحب إنما تظهر في الأغلب الأعم من الحالات في شكل سحب قرار إداري صحيح ، فيكون قرار السحب معيياً بمخالفة القواعد القانونية التي بنت عليها الإدارة القرار المسحوب ، كأن يعين موظف تعييناً صحيحاً ثم تقوم الإدارة بسحب هذا القرار *retrait - annulation* ، فيكون مثل هذا الإبطال الإداري مخالفاً للقانون مما يجزئ لصاحب الشأن الطعن فيه أمام مجلس الدولة للتوصل إلى الحكم له بالإبطال القضائي (٢) . وقد قضت محكمة القضاء الإداري بأنه من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للجهة الإدارية سحب قرارها مادام قد صدر مطابقاً للقانون ، وأن حقها في السحب في الميعاد القانوني لا يكون له محل إلا إذا كان القرار مخالفاً للقانون (٣) . كما يظهر عيب مخالفة القانون كذلك ، طبقاً لأحكام القضاء الإداري والفرنسي ، بسبب قيام الإدارة بسحب القرار المغيب بعد الميعاد وذلك عدا استثناءات معينة ، ففي هذه الحالة يعتبر سحب القرار مخالفاً للقانون توجب الحكم بالإبطال (٤) .

مسئولية الإدارة بالنسبة لقرارات السحب المعيبة

٦٣٤ - إن الأصل العام المستقر عليه في القضاء الإداري المصري ، أن الإدارة لا تسأل عن القرارات التي تصدر منها إلا في حالة وقوع خطأ من جانبها ، بأن تكون القرارات غير مشروعة ، أي مشوية بعيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة وهو عدم الاختصاص ووجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها أو إساءة استعمال السلطة ، وبشرط أن يتحقق الضرر الناجم عنها ، وأن

(١) André De Laubadère. *Traité élémentaire de droit administratif* (١)

1951 p 113.

(٢) محكمة القضاء الإداري في ٢٢ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة ٥ ص ١٩٥ حيث أفتت المحكمة سحب قرار تعيين صحيح في الدرجة السادسة .

(٣) ٧ يونيو ١٩٥١ مجموعة ٥ ص ١٠٠٨ .

(٤) راجع في تفصيل ذلك الدكتور عبد القادر خليل في المرجع السابق .

تقوم رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، فإذا برأت من هذه العيوب كانت منليمة ومشروعة ومطابقة للقانون ، فلا تسأل الإدارة عن نتائجها مهما بلغت جسامة الضرر المترتب عليها لانتهاء ركن الخطأ ، إذ لا ندحة من أن يتحمل الأفراد في سبيل المصلحة العامة نتائج نشاط الإدارة المشروع أي المطابق للقانون (١) .

التمييز بين الخطأ المصلي والخطأ الشخصي

٦٣٥ - القاعدة التقليدية في مجال مسئولية الإدارة على أساس ركن الخطأ *faute de service* تفرص على التمييز بين الخطأ المصلي أو المرفقي *faute de service* الذي ينسب فيه الإهمال أو التقصير إلى المرفق العام ذاته ، وبين الخطأ الشخصي *faute personnelle* الذي ينسب إلى الموظف . ففي الحالة الأولى تقع المسئولية على عاتق الإدارة وحدها ، ولا يسأل الموظف عن أخطائه المصليية ، والإدارة هي التي تدفع التعويض . وفي الحالة الثانية تقع المسئولية على عاتق الموظف شخصياً ، فيسأل عن خطئه الشخصي ، وينفذ الحكم على أمواله الخاصة . ويعتبر الخطأ شخصياً إذا كان الضرر الناتج عن القرار الإداري مصطبغاً بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه ونزواته وعدم تبصره . أما إذا كان الضرر الناتج عن القرار غير مصطبغ بطابع شخصي ويتم فحسب عن الموظف المعرض للخطأ والصواب ، فإن الخطأ في هذه الحالة يكون مصلياً (٢) . فالعبرة إذن بالقصد الذي ينطوي عليه الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته ، فكلما قصد النكابة أو الإضرار أو سعى وراء منفعة الذاتية من وراء سحب القرار الإداري كان خطوه شخصياً . والخطأ المصلي في سحب القرار يكون بالبحث وراء نية الموظف أيضاً ، فإذا كان بهدف من سحب القرار الإداري إلى تحقيق الصالح العام أو تحقيق أحد الأهداف المنوط بالإدارة تحقيقها والتي تدخل في وظيفتها الإدارية ، فإن خطأه يندمج في أعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها ويعتبر من الأخطاء المنسوبة إلى المرفق العام ، ويكون خطأ الموظف مصلياً . أما إذا تبين أن الموظف وهو يسحب

(١) المحكمة الإدارية العليا في ٢٧ إبريل ١٩٥٧ و ١٥ ديسمبر ١٩٥٦ مجموعة ٢

ص ٩٧٥ و ٢١٥ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا في ٦ يونيو ١٩٥٩ مجموعة ٤ ص ١٤٣٥ .

القرار الإداري لم يكن يعمل للصالح العام ، أو كان يعمل مدفوعاً بعوامل شخصية ، أو كان خطؤه جسيماً ، فإن الخطأ في هذه الحالة يعتبر شخصياً ويسأل عنه الموظف الذي وقع منه هذا الخطأ في سبب القرار الإداري على هذا النحو من ماله الخاص .

خطأ الإدارة في فهم الواقع أو القانون

٦٣٦ - القاعدة العامة أن الخطأ هو قاعدة مجردة قائمة بذاتها متى تحققت أوجبت مسؤولية الإدارة عن تعويض الضرر الناشئ عنها بغض النظر عن البواعث على الوقوع في هذا الخطأ ، إذ لا يتبدل تكييف الخطأ بحسب فهم مرتكبه للقاعدة القانونية وإدراكه فحواها . فالخطأ في فهم الواقع أو القانون ليس عذراً دافعاً للمسئولية . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه لا يشفع في إعفاء الإدارة من المسئولية وقوعها في خطأ فني أو قانوني في تفسير بعض المواد (١) . إلا أنه من المقرر من ناحية أخرى أن مسؤولية الإدارة لا ترتب إلا على خطأ ثابت محقق يسيراً كان أو جسيماً . فإذا كان الأمر في التأويل القانوني مما تفرق فيه وجوه الرأي وتختلف فيه وجهات النظر ، وكان لكل رأى ما يبرره بحيث لا يمكن القطع بأي الآراء أصح ، أو على الأقل الأرجح قبولاً عند جمهرة رجال القانون (٢) فإن الإدارة لا تعتبر قد ارتكبت خطأ ولا تترتب بالتالي مسئوليتها .

وعلى ذلك إذا سحبت الإدارة قراراً إدارياً بالخالف لأحد قواعد السحب الغير مستقرة ، فإنها لا تعتبر بذلك قد ارتكبت خطأ يوجب مسئوليتها ، لأن المسئولية تستلزم مخالفة ما استقر عليه الرأي واتضح فيه الحكم القانوني ، حيث يبدو الخروج على هذا الرأي المستقر خطأ يرتب المسئولية ، جسيماً كان هذا الخروج أو يسيراً ، وذلك إذا كان عيب قرار السحب متعلقاً بأحد قواعد السحب ذاتها كالميعاد (٣) واستثناءات هذا الميعاد مثلاً . أما إذا كان ما ينمى على قرار السحب هو سبب قرار إداري بالخالف لأحكام

(١) ١٢ يوليو ١٩٥٨ مجموعة ٣ ص ١٥٧٤ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا في ٢١ مايو ١٩٦٠ مجموعة ٥ ص ٩٤٦ .

(٣) محكمة القضاء الإداري في ٢٧ فبراير ١٩٥١ مجموعة ٥ ص ٦٦٧ حيث رفضت

المحكمة الحكم بتعويض عن سبب قرار مخالف للقانون وقع خلال الميعاد .

القانون ، كسحب قرار صحيح دون الالتجاء إلى الوسائل التي سنها القانون لذلك ، كسحب قرار تعيين دون الالتجاء إلى الإجراءات اللازمة للفصل ، كان قرار السحب واضح العيب مما يرتب بالتالي مسئولية الإدارة (١) .

المطلب الثاني

الخطأ في تفسير القاعدة القانونية

٦٣٧ - لا تنكر الإدارة ، في هذه الصورة ، للقاعدة القانونية أو أو تتجاهلها كما في حالة المخالفة المباشرة ، وإنما يعطى القاعدة القانونية معنى غير المقصود قانوناً . ويطلق على هذه المخالفة أحياناً ، الخطأ القانوني *erreur de droit* ، ولما كان مجلس الدولة هو الذي يراقب مشروعية أعمال الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء ، فقد ترتب على ذلك أن الإدارة ملزمة بالتفسير الذي يقول به القضاء الإداري ، وفي قمته المحكمة الإدارية العليا ، حتى ولو كان هذا التفسير لا يتفق مع حرفية النص .

٦٣٨ - وخطأ الإدارة في التفسير قد يكون مغتفراً إذا كانت القاعدة القانونية غير واضحة ، وتحتل التأويل ، وهذا هو الغالب . ولكن قد يكون الخطأ مقصوداً إذا ما حاولت الإدارة أن تخرج على أحكام القاعدة القانونية عن طريق التفسير المتعمد ، أو احترام حرفية القواعد مع مخالفة روحها مما يندرج تحت عيب الانحراف بالسلطة . ومثال ذلك أن تعمد الإدارة ، في سبيل التغلب على قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية ، إلى إصدار قرار بتاريخ سابق على تاريخ صدوره الفعلي بحجة أنه قرار تفسيري لقرار سبق صدوره في التاريخ الأول ، وحينئذ يتصدى القضاء لمثل هذه المحاولة . ومن ذلك حكم مجلس الدولة المصري الذي يقرر فيه أن القرار المطلوب إلغاؤه لا يعتبر مفسراً للقرار الأول إذ لا وجه للتفسير إلا حيث يكون ثمة غموض يدعو إليه . وقد جاءت عبارة المذكورة التي انبنى عليها القرار الأول من الوضوح والجليء بما لا محل معه لأية شبهة قد تستوجب مثل هذا التفسير . . . (٢)

(١) الدكتور عبد القادر خليل ، المرجع السابق ص ٥٨٢ - ٥٨٥ .

(٢) ٢١ أكتوبر ١٩٤٧ ص ٢ ص ١٧ .

٦٣٩ - وقد تخطى الإدارة في مدى نطاق القاعدة القانونية ، فتسحبها إلى حالات لا تشملها ، ومثال ذلك أن يحدد المشرع عقوبات معينة لتوقع على الموظف الذي يرتكب جريمة تأديبية ، فتضيف الإدارة إلى هذه العقوبات عقوبة جديدة ، وأكثر حالات هذه الصورة شيوعاً في العمل أن تحاول الإدارة إقحام أحكام جديدة لم ترد في القانون ، فالمسلم به مثلاً أن الإدارة إذا كان من حتمها أن تصدر لوائح لتنفيذ القانون ، فليس لها أن تضيف جديداً إلى أحكامه ، بل تقتصر سلطتها على وضع الشروط اللازمة لتنفيذ الأحكام الواردة في صلب القانون ، وكل زيادة أو تجديد يعد غير مشروع (١) . ومن ذلك أيضاً أن يحدد القانون أو اللائحة الشروط اللازمة للحصول على ترخيص معين ، فتضيف الإدارة من عندياتها شروطاً جديدة إلى الشروط الواردة في القانون . ومن تطبيقات ذلك في قضاء مجلس الدولة المصري (٢) ، حكم محكمة القضاء الإداري الذي يقول « إن للمدعى بعد أن استأجر العين من مالكها الحق في اتخاذ الإجراءات اللازمة لاستصدار ترخيص جديد ، وذلك بعد أن أصبح صاحب الحق في فتح المحل واستغلاله وهو الشرط الواجب توافره بالتطبيق لأحكام المواد ١ و ٩ و ١٨ من لائحة التياترات ، ولا يتأني للبلدية أن تضيف إلى تلك الأحكام حكماً جديداً لم تتضمنه قواعد الترخيص ، وهو التحقق من عدم وجود أي نزاع يثيره مستغل سابق » (٣) .

(١) أنظر تفصيل ذلك في « النظرية العامة لقرارات الإدارية » للدكتور الطاوي .
(٢) ومن أمثلة ذلك في قضاء مجلس الدولة الفرنسي حكمه الصادر في ١٩ سبتمبر سنة ١٩٤٥ في قضية « Soc. an. des sucrerie et distilleries de Francières » المجموعة ص ٢٥٣ ، وحكمه في ٦ مايو ١٩٥٥ في قضية « Nerson » دالوز ١٩٥٦ ص ٥١ .
هذا وحل القاضي الإداري أن يقدر ما إذا كانت الإجراءات التي اتخذت تبدو مطابقة أو غير مطابقة لروح التشريع . ويقول بنوا في المرجع السابق إن القضاء الإداري الفرنسي فعل ذلك عندما قرر حدود الالتزامات التي يمكن تقريرها على الأفراد بواسطة سلطات البلديات . وفي هذا يبرز الدور الإنشائي للقاضي الإداري فيما يتعلق بالأسباب القانونية *Il ya eu pareil cas création prétericane du droit quant au motif de droit.*
(٣) ٢١ يناير ١٩٥٦ ص ١٠ ص ١٨٠ .

المطلب الثالث

الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع

٦٤٠ - إذا كان تطبيق القاعدة القانونية مرهوناً بتحقيق حالة واقعية على نحو معين ، فإن تخالف الوقائع التي يقوم عليها القرار ، أو عدم استيفائها للشروط التي يتطلبها المشرع ، يؤدي إلى بطلان القرار الصادر على أساسها ، ولمجلس الدولة أن يراقب الوقائع ويتحقق من سلامتها توصيلاً للقول بمشروعية القرار أو عدم مشروعيتها . وقد كان يظن كثيرون أن رقابة مجلس الدولة في قضاء الإلغاء هي رقابة قانونية لا تمتد إلى الوقائع ، ومن قبيل الرقابة في حالة الطعن بالنقض . ولكن هذه الفكرة الخاطئة لا محل لها الآن . والمسلم به عندنا وفي فرنسا في الوقت الحاضر ، أن للقضاء الإداري أن يفحص الوقائع بالمقدر الذي يمكنه من الحكم على سلامة تطبيق القاعدة القانونية (١) . وأحكام مجلس الدولة في مصر مستقرة على ذلك ومنها حكمه الذي ورد فيه « : إنه وإن كان لا يجوز لمحكمة القضاء الإداري تقدير ملاءمة إصدار القرار الإداري أو عدم ملاءمة ذلك ، إلا أن لها الحق في بحث الوقائع التي بني عليها القرار بقصد التحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون ، وحقها في ذلك لا يقف عند حد التحقق من صحة الوقائع المادية التي انبنى عليها القرار ، بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع إذا ارتبطت بالقانون باعتبارها من العناصر التي يبنى عليها القرار ، وللمحكمة في حدود رقابتها للقرار أن تقدر تلك العناصر التقدير الصحيح لتنزل حكم القانون على مقتضاه » (٢) .

ما تناوله رقابة مجلس الدولة

٦٤١ - وعلى هذا الأساس تناول رقابة مجلس الدولة :

أولاً : التحقق من حدوث الوقائع المادية التي استندت إليها الإدارة في إصدار القرار المطعون فيه . ذلك أن القرار الإداري يكون مخالفاً للقانون ، إذا استندت الإدارة في إصداره إلى وقائع لم تحدث إطلاقاً : « فإذا ثبت عدم صحة الوقائع التي استندت إليها القرار التأديبي في توقيع الجزاء ، فإنه يكون

(١) الدكتور الطاوي في « قضاء الإلغاء » ١٩٦٧ ص ٨٧٥ - ٨٧٩ .

(٢) ٢٤ فبراير ١٩٤٨ ص ٣ ص ٣٧٨ .

منظوياً على مخالفة للقانون لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه ، وللخطأ في فهم القانون وتطبيقه عن طريق الخطأ في فهم الوقائع (١) . وكذلك الحال إذا أصدرت الإدارة قراراً بإحالة الموظف إلى المعاش بناء على طلبه إذا ثبت أن هذا الطلب لم يقدم إطلافاً ، أو سحبه الموظف قبل البت فيه فأصبح معدوماً (٢) .

ثانياً : تقدير الوقائع الثابت حدوثها للتأكد مما إذا كانت تبرر إصدار القرار . ذلك أنه لا يكفي أن تكون الوقائع التي استندت إليها الإدارة لإصدار القرار الإداري سليمة في ذاتها ، وإنما يجب أيضاً أن تكون مستوفية للشروط القانونية التي تجعلها مبررة للقرار . فإذا نسبت الإدارة إلى موظف أموراً معينة وعاقبته على أساسها ، فإنه لا يكفي أن تكون تلك الوقائع صحيحة ، بل يجب أن تكون مكونة للجريمة التأديبية التي تستوجب توقيع العقاب . ومن هذا القبيل حكم المجلس الذي جاء فيه : « . . . للمحكمة البحث في الوقائع المنسوبة إلى المدعى ومعرفة ما إذا كانت تكفي لتكوين أخطاء إدارية تمنع من ترقيته في حدود النسب المقررة للأقدمية المطلقة ، ذلك أن للمحكمة التحري عن صحة الوقائع المنسوبة إلى المدعى ومعرفة ما إذا كانت تكون أخطاء إدارية . . . فإذا استبان من أوراق الدعوى ومن التحقيق الذي أجرى مع المدعى أن المخالفات التي نسبت إليه بعضها غير صحيح والبعض الآخر تافه بدرجة أنه لم يستوجب توقيع جزاء عليه ، فهي والحالة هذه لا تكفي لتركه في الترقية » (٣) .

(١) س ٢ ص ٤٢١ .

(٢) حكم المجلس في ٥ مايو ١٩٤٨ س ٢ ص ٦٥١ - وراجع من أحكامه الأخرى في هذا الصدد حكمه الصادر في ٢٢ مارس ١٩٥٣ الذي ورد فيه « . . . إذا كان القرار خطأ في استظهار بعض الوقائع واستخلص من بعضها ثبوت الاتهام في حق المدعى مع أنه غير مقطوع بصحتها ، بل إن منها ما لا سند له في أوراق الدعوى ، ومنها ما هو حاطل من الدليل . . . لذلك يكون القرار غير قائم على أساس من القانون » - س ٧ ص ٧١٧ .

(٣) س ٣ ص ٤٣ - وهذا يعني أن القرار الإداري في هذه الحالة معيب في محله ، لأن صحة هذا المحل مرهونة بقيام الحالة الواقعية أو القانونية (السبب) فإذا لم تتوافر يكون المحل مخالفاً للقانون لانعدام أسبابه القانونية *L'absence des motifs légaux* ولهذا ذكرنا من صور مخالفة القاعدة القانونية ، الخطأ من حيث الوقائع . وإذا كان الإلغاء في حانة =

وإذا كان للإدارة أن تقدر « . . . قرب المحال العمومية أو بعدها عن أماكن معدة لإقامة الشعائر الدينية عند الترخيص ، إلا أن سلطتها في ذلك ليست مطلقة بل يجب أن يقوم قرارها على أساس من الوقائع المادية الصحيحة . وأن يكون تقديرها سليماً » . وعلى هذا الأساس للمحكمة أن تعقب على تقدير الإدارة للمسافات الواقعة بين سينتا يراود فتحتها وبين إحدى الكنائس وأن تقرر « أن دار السينتا تعتبر بحكم الأبعاد والمسافات المتقدمة بعيدة عن مدخل الكنيسة وعن هيكلها المعد للعبادة وأن الترخيص في إدارتها لا يؤثر في حركة المرور » ، وأن تستنتج من ذلك بالتالي « أن القرار المطعون فيه لم يقدر الوقائع الثابتة في الدعوى تقديراً سليماً فيكون والحالة هذه قد جاء مخالفاً للقانون » (١) . بل لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في هذا المنحى إلى مدى بعيد إذ أقام من نفسه حكماً فنياً ، فقد كانت الإدارة رفضت التصريح لأحد الأفراد بالبناء في ميدان « Beauveau » متذرة بأن البناء المزمع إقامته سيثبوه مكاناً أثرياً ، فلما فحص المجلس الدعوى انتهى إلى أن ذلك الميدان ليس من الأماكن الأثرية ومن ثم قضى بإلغاء القرار مقررراً أن محافظ « السين » قد أخطأ في تطبيق المادة ١١٨ من قانون ١٣ يوليو سنة ١٩١١ .

ثالثاً : ليس للقضاء الإداري أن يراقب ملاءمة القرار من حيث مطابقته للوقائع . فإذا ما ثبت صحة الوقائع التي اتخذتها الإدارة سنداً لإصدار القرار وكان تقدير الإدارة لها سليماً ، فإنها تتمتع بحرية اختيار الوسيلة المناسبة لمواجهة الحالة . وعلى هذا فليس للقضاء الإداري مثلاً أن يعقب على مدى ملاءمة العقوبة للجريمة التأديبية ، ولا على رفض الإدارة الترخيص لأحد الأفراد باستعمال المال العام استعمالاً خاصاً إذا قررت أن ذلك سيؤدي إلى تعطيل الغرض الذي من أجله خصص المال ، كل ذلك في حدود فكرة

= انعدام الأسباب التي تدعيها الإدارة تبريراً لتصرفاتها *L'inexistence des motifs* ، فإن الإلغاء يرجع إما إلى عيب « مخالفة القاعدة القانونية » على ما أوضحناه آنفاً ، أو إلى عيب الانحراف الذي يجعل في طياته حكماً مشياً على مصدره ، الأمر الذي يبرر كثرة الأحكام في مجال الأسباب وتدرتها في نطاق الانحراف أو إساءة استعمال السلطة .

(١) ٢٤ فبراير ١٩٤٨ س ٣ ص ٣٧٨ .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٤ أبريل سنة ١٩١٤ *Gomel, R. p. 488*

ومجموعة سيرى سنة ١٩١٧ القسم الثالث ص ٢٥ .

الصالح العام . وقد اعتنقت المحكمة الإدارية العليا هذه المبادئ في قضائها ، ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الذي يقول « والقضاء الإدارى أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع ، وصحة تكييفها القانونى ، إلا أن للإدارة حرية تقدير أهمية هذه الحالة والخطورة الناجمة عنها (١) » .

٦٤٢ - بيد أن سلطة المحكمة قد تمتد أيضاً إلى جانب الملاءمة في حالات نادرة إذا كانت شرعية القرار متوقعة على ملاءمته للحالة الواقعية أو القانونية التي صدر على أساسها . وأغلب ما يكرن ذلك في حالات استعمال الإدارة لسلطات البوليس الإدارى في تقييد الحرية الفردية (٢) . وهذا ما قرره مجلس الدولة المصرى حين قرر « إنه وإن تكن الإدارة في الأصل تملك حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على انواقائع الثابت قيامها والتي من أجلها تتدخل لإصدار قرارها ، إلا أنه حيث تختلط مناسبة العمل الإدارى بشرعيته ، ومتى كانت هذه الشرعية تتوقف على حسن تقدير الأمور ، خصوصاً فيما يتصل بالحرىات العامة ، ويجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره ، فلا يكون العمل الإدارى عندئذ مشروعاً إلا إذا كان لازماً ، وهو في ذلك أيضاً يخضع لرقابة المحكمة . فإذا اتضح أن هذه الأسباب لم تكن لها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحرىات العامة كان القرار باطلاً (٣) ، ولقد ثبتت المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء أيضاً (٤) .

المبحث التاسع

الصلح في المجال الإدارى

٦٤٣ - ينطبق ما قلناه عن الصلح في مجال القانون الخاص على الصلح في المجال الإدارى ، فلا يقبل فيه التحدى بالجهل بالقانون أو في الخطأ في

(١) ١٤ إبريل ١٩٥٦ ص ١ ، ٦٨٧ ، ٩ نوفمبر ١٩٥٧ ص ٣ من ٦٦ .

(٢) انظر في بحث هذا الموضوع « مبادئ القانون الإدارى » للدكتور الطهاوى .

(٣) ٩ إبريل ١٩٥٣ ص ٧ من ١٠٢٧ - وراجع حكمه الصادر في ١٦ يونيو

١٩٤٩ ص ٣ من ١٠٢١ .

(٤) ١٣ إبريل ١٩٥٧ ص ٢ من ٨٨٦ .

فهو . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن إيفاد موظفة في دراسات تدريبية وفق برنامج التقطة الرابعة المعقود بين حكومة مصر والولايات المتحدة لا يخضع لأحكام بدل السفر أو مصروفات الانتقال المنصوص عليها في المادة ٥٥ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ ، ومن ثم فإن الجهة الإدارية إذا ما سحبت ترشيح المدعية على أساس من سلطتها التقديرية التي تمارسها في هذا الشأن وفق مقتضيات المصلحة العامة ، فإن هذا العدول يكون مستنداً إلى سبب صحيح من الواقع يبرره بحيث إذا تقدمت المدعية بعد ذلك مائة في إجابة ملتتمسها بالسفر مع تحملها بنفقاته وتعهدتها بعدم الرجوع على الحكومة بشيء منه فوافقت جهة الإدارة على هذا الطلب المشروط بهذا التعهد السافع ، فإنه يتعين أخذها به ولا يجوز لها بعد ذلك أن تنقض من جانبها ما تم صحيحاً على يديها . ولا يغير من هذا الوضع ما أثاره الحكم المطعون فيه من أن التعهد المشار إليه لا ينتج أثره القانونى لما شابه من عيب الغلط في الواقع أساسه تحقيق وفر لإجمالى في بند السفر وأجور الانتقال ما دام هذا الوفر لم تكشف عنه الأوراق إلا في نهاية السنة المالية وبعد صدور القرار الإدارى بسحب الترشيح مستنداً إلى السبب الصحيح القائم وقت إصداره . . كالأوجه لتتصل المدعية من تعهدتها الصريح بتحملها مصروفات الانتقال بحجة أن تنازلها هذا غير جائز باعتبار أن تلك المصروفات تعد جزءاً من ميزات الوظيفة أو توزيعها ، ذلك أن هذا الوصف غير متحقق بالنسبة للمبالغ المشار إليها ، فضلاً عن أن مثل هذه المصروفات على فرض استحقاقها هي من قبيل الحقوق المالية التي يستطيع الموظف بإرادته التصرف فيها بكافة التصرفات القانونية في مواجهة الجهة الإدارية ذاتها خاصة إذا ما كانت غير معتبرة فيما يتعلق بالإجازات الدراسية التدريبية - كالحالة المعروضة - من مستلزمات الوظيفة (١) .

وقضت بأنه ليس لوزارة الأوقاف التعلل بعدم أحقية من تصالحت معهم من خدم المساجد ومؤذنيها لما تم التصالح عليه في صدد مطالبهم المالية المتعاقبة بالإنصاف وفق قرار مجلس الوزراء الصادر في ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٤ ، بسبب عدم فتح الاعتماد المالى لإنصاف المؤذنين والخدم إلا في ٢٠ يونيو سنة

(١) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات

(١٩٥٥ - ١٩٦٥) للأستاذ أحمد صبير أبو شادى ج ١ بند ١٨٠ ص ١٩١ - ١٩٢ .

١٩٥٢ ، إثر الحكم الصادر لصالحهم في ٧ من فبراير سنة ١٩٥٢ ، ذلك أن مثل هذه العلة هي ضرب من ضروب الادعاء بالغلط في فهم القانون الذي نصت المادة ٥٥٦ من القانون المدني على عدم جواز الدفع به (١) . وقضت محكمة القضاء الإداري بأنه « إذا خلصت المحكمة إلى أن ثمة عقد صلح تناول أساس المحاسبة على صنف الحلاوة الطحينية ، فإنه لا يجوز الرجوع فيه والقول بوقوع الوزارة المدعية في غلط في أساس المحاسبة بعد ما كشف حكم محكمة القضاء الإداري عن حكم القانون في هذا الصدد ، ومرد ذلك ما نصت عليه المادة ٥٥٦ من القانون المدني من أنه « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون » ، وهذا النص يتضمن قاعدة عامة تقوم على طبيعة التصالح باعتباره تنازلاً من كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه ومن ثم تنطبق في المجال الإداري . . ولا جدال في أن أساس المحاسب عن صنف الحلاوة الطحينية وما إذا كان يتم طبقاً لكشف الوحدة أو طبقاً للتسعير الجبري هي مسألة قانونية تتصل بتفسير عمق التوريد وتحديد حقوق المدعى عليه حيثما يستقر عليه هذا التفسير ، فإذا تم صلح على هذه المسألة ، فإن المنازعة فيها بعد ذلك بناء على أساس المحاسبة هي من أبرز وجوه الادعاء بوقوع غلط في القانون ، إذ ليست المسألة في هذا المجال مجرد غلطة حسابية ناتجة عن خطأ مادي بعد أن استقرت أسس الحساب ، ولكنها طعن في أسس الحساب ذاتها وفي تحديد حق المدعى عليه على هذه الأسس وهو ما لا يجوز قانوناً ، لأن المفروض في المتصلحين أنهما تثبتا من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع ، فلا يسمح من أحدهما بعد ذلك التعلل بعدم فهم القانون (٢) .

الاهلية المشترطة لعقد الصلح

٦٤٤ - قضت محكمة القضاء الإداري بأنه « إذا كان ما ساقته الوزارة المدعية من اعتراض على الصلح مضمونه أنه ليس من حق الموظف أياً كانت درجته المساس بحقوق الخزانة العامة أو بأي حق مالي للدولة - هذا الاعتراض يصدر عن لبس في تفهم طبيعة عقد الصلح ، ذلك أن الصلح عقد من عقود

(١) المرجع السابق ج ٢ بند ١٨٩٦ ص ١٩٧٠ .

(٢) ٢٠ يونيو ١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفني لمبادئ محكمة القضاء الإداري في خمس

سنوات من أول أكتوبر ١٩٦١ إلى آخر سبتمبر ١٩٦٦ ، بند ٢٩٧ ص ٥٧٥ .

المعاوضة فلا يتبرع أحد من المتصلحين للآخر ، وإنما ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه بمقابل هو نزول الآخر عن جزء مما يدعيه ، ومن ثم لا يحمل الصلح معنى التنازل من جانب واحد أو التبرع أو التصرف دون مقابل وإنما هو معاوضة يقصد بها حسم النزاع القائم أو توفيق نزاع محتمل ، ومن ثم فليس فيه مساس بحق مالي للدولة أو بحقوق الخزانة العامة طالما أن ما نزلت عنه الدولة من حق كان له ما يقابله مما نزل عنه الطرف الآخر ، ولذلك كانت الأهلية المشترطة لعقد الصلح هي أهلية التصرف بعوض في الحقوق التي يشملها الصلح وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة ٥٥٠ من القانون المدني (١) .

الأخذ بالقاعدة في المجال الإداري في شأن الحقوق المالية التي لا تمس مراكز لانحية

٦٤٥ - قضت المحكمة الإدارية العليا بأن « المادة ٥٥٦ من القانون المدني رددت أصلاً عاماً يقوم على طبيعة التصالح باعتباره تنازلاً عن كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه إذ نصت على أنه « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب الغلط في القانون » ، ومرد ذلك إلى أن المتصلحين كانا وهما في معرض المناقشة في حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع على هذه الحقوق ، بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر ، فلا يسمع من أحد منهما بعد ذلك أنه غلط في فهم القانون ، ويتعين الأخذ بهذا الأصل الطبيعي في المجال الإداري في شأن الحقوق المالية لدوى الشأن ما دامت لا تمس مراكزهم اللانحية (٢) .

الصلح على الضرائب

٦٤٦ - يعترض بعض الفقهاء على عدم جواز الصلح على الضرائب ، ويميزون بين التزام الممول بدفع الضريبة وهذا لا يجوز الصلح عليه ، وبين المبلغ المستحق عليه دفعه كضريبة وهذا كسائر الديون يجوز الصلح عليه (٣) . ونحن نعتقد هذا النظر مع تحفظ محصله عدم جواز الصلح على الضرائب والرسوم المستحقة متى كان الحق في تحصيلها قد تقرر بصفة

(١) ٢٠ يونيو ١٩٦٥ ، المرجع السابق بند ٢٩٧ ص ٥٧٥ .

(٢) وراجع بند ٣٤٣ ص ٤٥٥ وحكم النقض الذي أشرنا إليه بهامش (٣) ، وبند

٣٤٨ ص ٤٦٢ وحكم النقض الوارد في المتن .

(٣) بودري وقال ٢٤ فقرة ١٢٦٥ .

نهائية ولم يعد محلاً لأي نزاع ، إذ ليس ثم شيء ينزل عنه الممول في هذه الحالة مقابل نزول مصلحة الضرائب عن جانب من مستحققاتها التي ثبتت في حقه بصورة نهائية ، فيكون نزولها حينئذ نزولاً من جانب واحد ومنظوياً ، تبعاً ، على أساس بمحقوق الخزينة العامة . أما إذا كانت الضريبة لا تزال محل منازعة ، فلا مراء في جواز الصلح ، وإذا كان الصلح كاشفاً للحقوق فإن الاتفاق الذي يتم بين الممول ومصلحة الضرائب بمقتضى أى من قوانين التصالح (١) ، لا يكون له من أثر سوى أن يكون للمأمورية الضرائب المختصة الحق في تعديل ربط الضريبة وتسويتها وفقاً لما تم عليه الاتفاق بين المصلحة والممول ، ولا يعتبر سنداً تنفيذياً جديداً ، وإنما يعتبر السند التنفيذي الذي بموجبه توقع الحجز على الممول ما زال قائماً ومنتجاً لآثاره القانونية في حدود ما انتهى إليه الصلح .

الفصل الثاني الجرمة التأديبية

مبدأ التصرية في الجريمة التأديبية

٦٤٧ - لم ينتهج المشرع في نظم العاملين المدنيين - سواء نظام العاملين في الدولة أو القطاع العام - مسلك قانون العقوبات والقوانين الجنائية الأخرى في حصر الأفعال المؤتممة وتحديد أركانها ونوع العقوبة المقررة لكل منها وقدارها (١) ، وإنما سرد أمثلة من واجبات العاملين والأعمال المحرمة عليهم كما فعل في المواد ٥٢ إلى ٥٤ من نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ ، والمادتين ٤٤ و ٤٥ من نظام العاملين في القطاع العام الصادر به القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ ، ثم أتى بنص عام هو نص المادة ٥٥ من قانون العاملين المدنيين بالدولة ، المقابل لنص المادة ٤٦ من نظام العاملين في القطاع العام ، وقضى فيه بأن كل عامل يخالف الواجبات المنصوص عليها في هذا القانون أو النظام أو يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته أو يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة ، يعاقب تأديبياً وذلك مع عدم الإخلال بإقامة الدعوى المدنية أو الجنائية عند الاقتضاء .

هذا إلى أن بعض الواجبات الوظيفية ، وبالتالي الجرائم التأديبية الناشئة عن مخالفتها ، منصوص عليها في قوانين أخرى ، أو في قرارات وتعليمات ، ومنها ما تقتضيه طبيعة الوظيفة دون نص عليها . وقد تنشأ الجريمة التأديبية من مخالفة العامل أوامر رؤسائه الصادرة في حدود القانون (٢) ، كما قد تقوم

(١) صدرت في جمهورية مصر قوانين بشأن إعادة النظر في المنازعات القائمة بين مصلحة الضرائب والممولين ، هي القوانين أرقام ٦٩٠ سنة ١٩٥٤ و ١٠٤ سنة ١٩٥٨ و ١٤ سنة ١٩٦٢ و ٥١ سنة ١٩٦٧ و ٧٤ سنة ١٩٦٩ . وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون ١٤ لسنة ١٩٦٢ مصلحة الضرائب إعادة النظر أيضاً في الدعاوى المروضة أمام محكمة النقض في الحالات التي تتلاقى فيها وجهة نظر المصلحة والممول على تفسير القانون أو تأويله .

(١) المحكمة الإدارية العليا في ٩ ديسمبر ١٩٦٧ من ١٣ ص ٢١٥ .

(٢) تقابل هذه المواد في القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ الملقى ، المواد ٥٢ إلى ٥٨ والمادة ٥٩ ، وفي القرار رقم ٣٢٠٩ لسنة ١٩٦٦ الملقى ، المواد ٥٥ و ٥٦ و ٥٧ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا في ١١ فبراير سنة ١٩٦١ من ٦ ص ٦٨٠ ونقض ١٢ يونيو ١٩٦٩ من ٢٠ رقم ١٤٦ ص ٩١٤ وقد ورد في هذا الحكم من المقرر أن كل ما يكلف به الموظف من قبل رؤسائه من أعمال لا تتعارض مع مقتضيات وظيفته يعتبر من -

لمخالفة عرف إداري ، ذلك أن الواجب الوظيفي قد يكون مصدره العرف الإداري ، وهو تعبير اصطلاح على إطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على اتباعها في مزاوله نشاط معين لها ، وينشأ من استمرار التزامها لهذه الأوضاع والسير على سننها في مباشرة هذا النشاط ، أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة . ويشترط لاعتبار العرف ملزماً للإدارة أن يتوافر شرطان (١) :

أولاً : أن يكون العرف عاماً ، وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة وبصورة منتظمة ، فإذا تخلف هذا الشرط فلا يرتفع العمل الذي جرت عليه الإدارة إلى مستوى العرف الملزم للإدارة .
ثانياً : ألا يكون العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم .

٦٤٨ - وقد ذكرنا فيما سبق أن الشارع نص على العرف كمصدر رسمي للقانون ، وأنه من حيث تدرج القاعدة القانونية يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع ، وأنه لا يجوز للعرف أن يصادم نصاً قائماً . ويندرج تحت ذلك أن العرف الناشئ عن جهل بالقانون أو خطأ في فهمه لا يمكن التعويل عليه (٢) .

المخالف حول مبدأ الشرعية في المجال التأديبي

٦٤٩ - جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن الذنب التأديبي يختلف

- أعمال الوظيفة التي يجوز مساءله عن الإخلال بها . كما ورد فيه أن « إخلال الموظف بالالتزامات التي تفرضها عليه وظيفته - إذا أضر بالدولة - يستوجب مسؤوليته المدنية طبقاً للقواعد العامة وبغير حاجة أيضاً إلى نص خاص يقرر هذه المسؤولية » وأن « علاقة الموظف بالدولة هي رابطة قانونية تحكمها القوانين والقواعد المعمول بها بشأن الوظيفة ، وتمت قواعد أساسية عامة تحكم واجبات الموظف تقوم على وجوب أدائه العمل المنوط به بعناية ودقة الرجل الحريص المتبصر ، وهذه القواعد الأساسية قد ترد في القانون مع ضوابطها وقد تخلو منها القانون دون أن يؤثر ذلك في وجوب التزام الموظف بها ، ويعتبر مصدر التزام الموظف بتلك القواعد هو القانون مباشرة ، فيسأل الموظف عن إخلاله بهذا الالتزام ، وقد فنن المشرع هذه القواعد في القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفي الدولة فحدد في الفصل السادس منه واجبات الموظفين والأعمال المحرمة عليهم . »

(١) راجع مقالاً للمستشار عبد الوهاب البنداري في أركان الجريمة التأديبية ، المحاماة ص ٥٠ وما بعدها .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ٢٤ فبراير ١٩٦٢ ص ٧ ص ٢٥٥ .

من الجريمة الجنائية في أنه لا يخضع لقاعدة « لا جريمة بغير نص » (١) ، وإنما يجوز لمن يملك قانوناً سلطة التأديب أن يبرى في عمل إيجابي أو سلبى يقع من الموظف عند ممارسته أعمال وظيفته ذنباً تأديبياً إذا كان ذلك لا يتفق وواجبات الوظيفة . ومن ثم فلا يمكن حصر الذنوب التأديبية مقدماً ، وذلك على خلاف ما يجري في مجال الجرائم الجنائية وقانون العقوبات (٢) . فالأفعال المكونة للذنب الإداري ، ليست محددة حصراً ونوعاً ، وإنما مردها بوجه عام إلى الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضياتها (٣) . ومن ثم فقد اتجه رأى إلى القول بأن الجريمة التأديبية لا تخضع لمبدأ شرعية الجرائم ، والصحيح أن الركن الشرعي متوافر ولازم في الجريمة التأديبية كما هو الشأن في الجريمة الجنائية ، وإن اختلفت صورة أعمال هذا المبدأ في كليهما (٤) . فبالنظر إلى حداثة النظام التأديبي وتنوع النظم والوظائف وتعدد الواجبات الوظيفية ، لم يسع المشرع أن يحصر الأفعال التي تعتبر مخالفاً لهذه الواجبات ، بل اكتفى بالنص على بعض أنواع الجرائم التأديبية كأمثلة لها ، ثم أتى بنص عام قضى فيه بأن يعتبر مخالفاً كل خروج على الواجبات الوظيفية أو على مقتضاها . ومن ثم فإن هذا النص والنصوص الأخرى ، هي الركن الشرعي للجريمة التأديبية (٥) .

وفضلاً عن هذا ، فإن المشرع فوض الإدارة ، وفقاً للمادة ٦٣ من نظام العاملين المدنيين بالدولة (السابق) والمادة ٥٠ من نظام العاملين في القطاع العام الصادر به القرار بقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ ، في وضع لوائح

(١) المحكمة الإدارية العليا ١١ فبراير ١٩٦١ ص ٦ ص ٦٨٠ و ٢٥ يناير ١٩٥٨ ص ٣ ص ٦٣٥ وأول ديسمبر ١٩٦٢ ص ٨ ص ٦٦ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ٤ يناير ١٩٦٤ ص ٩ ص ٣٦٢ و ٢٢ نوفمبر ١٩٦٣ ص ٩ ص ٧٠ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا ٩ ديسمبر ١٩٦٧ ص ١٣ ص ٢١٥ .

(٤) الأستاذ عبد الوهاب البنداري في مقاله السابق .

(٥) وحتى بالنسبة لمبدأ عدم الرجعية فإنه يطبق أيضاً في نطاق التأديب بالقدر الضروري ولذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي - في بعض أحكامه - بأن الإجراء التأديبي نفسه لا يجوز أن يسرى بأثر رجعي وإن كان قد قضى بعكس ذلك في ١٦ أكتوبر ١٩٢٦ سيرى ١٩٢٧ -

٢ - ٨٩ ودالوز ١٩٢٨ - ٣ - ٢٣ .

تتضمن أنواع المخالفات والجزاءات المقررة لها . وهذه اللوائح تمثل أيضاً الركن الشرعي للجريمة وفقاً لمبدأ المشروعية في المخالفات التأديبية . ولهذا فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن واجبات الوظيفة مصدرها المباشر القانون ، وأن التزامات الموظف في نطاق هذه العلاقة مصدرها القانون مباشرة (١) .

مبدأ اشترعية في العقوبات التأديبية

٦٥٠ - نص المشرع على العقوبات التأديبية حصراً في المادة ٥٧ من قانون العاملين المدنيين بالدولة وفي المادة ٤٨ من نظام العاملين في القطاع العام (٢) المعمول بهما حالياً . ومن ثم فلا يجوز توقيع عقوبة لم ينص عليها (٣) . ولا محل لإعمال أدوات القياس لاستنباط عقوبات تأديبية غير منصوص عليها وإلا لو جاز ذلك فإنه لا يوجد حد يمكن الوقوف عنده (٤) . وإذا أخذ بفكرة الشرعية في تحديد الجريمة التأديبية فلا يكون ذلك إلا إلى المدى الذي لا يهدر سلطة جهة التأديب التقديرية في تحديد أوصاف الإثم ، وحتى إذا اتحدت أوصاف الجريمتين الجنائية والتأديبية فإن ذلك لا يخل باستقلال فكرة العقاب التأديبي عن العقاب الجنائي ، ويتمثل ذلك في سريان كل من العقابين في فلكه الخاص ، سواء بالنسبة لتكليف الفعل محل المواخذة وتوجيه الإجراءات أو توقيع الجزاءات ، فلا ينظر إلى الجريمة التأديبية من زاوية جنائية ، أو يحاسب عليها من حيث أركانها في ضوء التكليف الجنائي . وتحريك أي من الدعويين الجنائية والتأديبية لا يغفل في الأصل تحريك الدعوى الأخرى ، وصدور حكم من أي الجهتين التأديبية والجنائية لا يقيد الأخرى ، ولهذا لا يعتبر تعدد في العقوبة توقيع جزاء تأديبي بجانب العقوبة الجنائية التي يكون قد صدر بها حكم . وإذا أخذ ببعض الضوابط الجنائية في إجراءات المحاكمة وتوقيع الجزاءات ، فإن هذا لا يعني تطبيق هذه الضوابط تطبيقاً مطلقاً وبكافة جزئياتها على الخصومة التأديبية ، إذ فضلاً عن أنه يقتضي مثل هذا التطبيق

(١) المحكمة الإدارية العليا ١٥ نوفمبر ١٩٦٤ من ١٠ ص ٤٠ .

(٢) وبالنسبة للعاملين ذوي الكادرات الخاصة ، فقد حدد المشرع في التشريعات المنظمة لهم ، العقوبات التي يجوز توقيعها عليهم كقانون الشرطة والسلك السياسي ورجال القضاء والنيابة .

(٣) المحكمة الإدارية العليا ١٢ مارس ١٩٦٦ من ١١ ص ٥٢٢ .

(٤) المحكمة الإدارية العليا ١٣ مارس ١٩٦٣ من ٨ ص ٤٧٧ .

نص صريح من جانب المشرع ، فإن ما يستوحى من الإجراءات هو فحسب ما تنوافر به ضمانات محاكمة عادلة ، وإذا أخضع الجزاء التأديبي لكثير من ضوابط العقوبة الجنائية ، فإن تطبيق هذه الضوابط لا يصل إلى نفس المدى الذي تبلغه في التطبيق في شأن العقوبة الجنائية ، فضلاً عن أن كل نظام طائفي لا يكتفي بسلطة عقاب تأديبية ، وإنما هو يمارس بجانب هذه السلطة سلطة عقاب غير تأديبية ، وهو ما يعني في الحقيقة اتساع مدى سلطة العقاب في غير النطاق الجنائي عنها في النطاق الجنائي .

دور فكرة العقاب في تحديد معنى الجريمة التأديبية

٦٥١ - يقرر الشراح أن القضاء ، في نطاق الوظيفة العامة ، يبسط رقابته ليرى ما إذا كانت الوقائع المنسوبة إلى الموظف العام تكون خطأ تأديبياً طبقاً لنص قانوني ما أو طبقاً للمبادئ العامة في القانون التأديبي . وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا النظر في أكثر من حكم (١) . بل وأكثر من هذا يجب على المحكمة أن تبحث قبل أي شيء ما إذا كان النص اللائحي أو القرار الفردي - الذي يحاسب الموظف على الخروج عليه على أنه جريمة تأديبية - قراراً مشروعاً ، فإذا لم يكن كذلك بأن كان مشوباً بتجاوز السلطة أو بالانحراف ، فإنه لا يمكن اعتبار مخالفة هذا القرار غير المشروع خطأ تأديبياً (٢) .

وبالنسبة لتأديب العمال أكد الفقه والقضاء حتى القضاء في رقابة شرعية القاعدة التي يقال إنه تحقق بانتهاكها الخطأ التأديبي . كما تنصب الرقابة على مادية الوقائع والوجود المادي للخطأ .

وبالنسبة لتأديب المهنيين قضت محكمة النقض الفرنسية أنه يدخل في ولايتها التحقق مما إذا كانت الأفعال المنحرفة المنسوبة إلى واحد من المشتغلين بالمهن الحرة تناهض في ذاتها (أي بطبيعتها) أو في الظروف التي صاحبها الالتزامات المهنية . وهذا لا يعني تسلط القضاء على تكليف الأخطاء فحسب وإنما هو ينصب على مرحلة سابقة على التكليف هي التحقق من الطبيعة الآتمة

(١) انظر مقال ذاتية نظام التأديب للدكتور محمد مصفور ، مجلة إدارة قضايا الحكومة من ٧ ع ٢ ص ٣٥ والأحكام المشار إليها بالهامش .

(٢) يراجع في هذا المقال الأستاذ *Dela gressays* الموسوعة الجنائية نبذة ٨٩ من ٨٠٨ ومقال ذاتية نظام التأديب للدكتور محمد مصفور المرجع السابق من ٣٥ .

للأفعال ذاتها . ليس هذا فحسب ، بل إنه من المبادئ المقررة والمؤكدّة اليوم ، وجوب التحقق من عنصر الإثم في الجريمة التأديبية ، فلا يحاسب على المخالفة في ذاتها ما لم تنسب إلى إرادة حرة ، وهو ما يعنى انفعال فكرة المسئولية التأديبية بالأفكار الأساسية في مجال المسئولية الجنائية ، ولهذا نجد في مجال التأديب أعذاراً قانونية معفية من المسئولية على غرار تلك التي نجدها في مجال التجريم ، بل ونجد ظروفاً مشددة ومخففة كما هو الشأن بالنسبة للجريمة الجنائية .

٦٥٢ - فالخطأ التأديبي لا يتمحض مخالفة قانونية ، وليس هو من قبيل الأفعال الضارة أو المهددة بوقوع ضرر فحسب ، وإنما هو دائماً نوع من الإثم أو الذنب ، ولهذا كانت المسئولية التأديبية - كالمسئولية الجنائية - مسئولية أدبية ، وفي عبارة أخرى أنه لا يكفى أن تمثل المخالفة عدواناً على إحدى مصالح المجتمع الصغير الذي تخضع له طائفة بذاتها ، وإنما يجب أن تنطوي بجانب ذلك على معنى الإثم والخطيئة ، وهذه هي السمة المميزة للجريمة التأديبية ، وهي أمر يستفاد حتماً من فكرة «العقاب التأديبي» ، ومن اشتراط الإدراك في توقيع العقاب . وتترتب على هذا التصوير نتيجة هامة ، هي أنه لا يجوز المحاسبة تأديبياً على كثير من المخالفات أو الانحرافات لتجردها من معنى الإثم أو الذنب ، ولئن بدا في هذا النظر شيء من التجوز أو المبالغة ، إلا أنه تؤكد شواهد كثيرة في مجالات التأديب المختلفة :

فن المقرر في نطاق العلاقات العمالية أنه لا تتحقق جريمة تأديبية بسبب أية مخالفة للقواعد المنظمة للعمل سواء كان مصدرها القانون أو عقد العمل أو لوائح المصنع . وإنما هناك حالات تتحرك فيها المسئولية المدنية أو الجنائية دون المسئولية التأديبية ، وهو ما يعنى أنه لا يترتب على كل ارتكاب لفعل غير مشروع ، ولو كان ماساً بمصالح رب العمل أو المشروع الخاص ، مسئولية تأديبية .

ومن المقرر أيضاً في نطاق التأديب المهني أنه لا تترتب على كل مخالفة للوائح المهنية أو للعقود التي تبرم بين المهنيين وعمالهم مسئولية تأديبية ، وإنما لا بد وأن تنطوي المخالفة على وصف من الأوصاف المشينة ، أو في عبارة أخرى أن ينطوي الانحراف على معنى الإثم أو الذنب أو الخطيئة .

الخطأ في تفسير القوانين واللوائح

٦٥٣ - هذا النظر المتقدم يجد أوسع تطبيقاته في مجال الوظيفة العامة ، حيث نجد الكثير من المخالفات الإدارية التي يرتكبها الموظف العام والتي لا تؤدي إلى مساءلة مرتكبها تأديبياً ، نذكر منها على سبيل المثال :

١ - الأخطاء التي يكون مصدرها الخطأ في التقدير ، سواء لأنها تنصب على خطأ في تفسير القوانين أو اللوائح أو التعليمات ، أو لأنها تقع في نطاق فني بحث ، أو لأنها أخطاء مصلحية بحثة من حيث اتصالها فحسب بالتنظيم الإداري الداخلي .

٢ - الأخطاء المرفقية التابعة عن قصور أو سوء تنظيم في المرفق ذاته .

٣ - الأخطاء التي لا تبلغ حداً من الجسامه ، سواء من الناحية المادية أو الأدبية ، بحيث تستوجب الزجر .

٦٥٤ - وعدم العقاب في حالة الأخطاء التي يكون مصدرها الغلط في تفسير القوانين أو اللوائح أو التعليمات مرده - في رأينا (١) - إلى امتناع المسئولية في هذه الحالة ، بينما هو في الحالات الأخرى يرجع إلى أنها لا تنطوي على معنى الإثم أو الذنب .

دور السلطة في تحديد الجريمة التأديبية

٦٥٥ - إن فكرة السلطة هي جوهر نظام التأديب ، ولقد قيل بحق إن النظام هو روح كل تنظيم ، وأنه فكرة لا غنى عنها في الوظيفة العامة التي لا تعدو أن تكون تنظيمياً رياسياً hiérarchique بدون التنظيم لا تقوم للوظيفة العامة قائمة . ولقد رد بعض الشراح الفرنسيين معظم الجرائم التأديبية - في نطاق الوظيفة العامة - إلى هذا المصدر ، فأشاروا إلى ضرورة فهم واجب الطاعة على أوسع مدى ، فلا يقتصر واجب الطاعة على احترام قرار فردي يصدره الرئيس ، أو احترام قرارات جماعية تصدر من السلطات الرياسية (٢) ، أو احترام نص تشريعي أو لائحي ، وإنما هو يمتد أحياناً إلى احترام قاعدة خلقية . فواجب الطاعة يمكن أن يقوم حتى خارج نطاق

(١) قارن الدكتور محمد عصفور في مقاله السابق ص ٣٨ .

(٢) وهو ما يسمى بالأوامر المصلحية ordres de service .

الأوامر الشفوية أو الكتابية ، وخارج نطاق القرارات الفردية أو الجماعية ، أو خارج نطاق القوانين أو اللوائح المكتوبة حيث يتقيد الموظف العام باحترام مبادئ غير مكتوبة ولا سيما المبادئ الخلقية منها . وهذه الطاعة مفروضة حتى في مجال الحياة الخاصة للموظف العام وإن كان ذلك بشيء من الاحتياط والحكمة بحيث يراعى مبدأ عدم « تجاوز السور الذي يحيط بالحياة الخاصة » ، ولهذا السبب كان العقاب التأديبي منصرفاً أساساً إلى الفضيحة ، أى أن التأييم أقل انصباباً على الانحراف الشخصى وأكثر انصباباً على شيوعه وذيوعه ، وهو في الحالين نتيجة انتهاك قاعدة خلقية أو المساس بحسن سمعة الإدارة (١) .

٦٥٦ - بيد أن السلطة وإن كانت مصدرأ لكثير من المخالفات التأديبية في حدود الجماعة الصغيرة التي تقوم عليها ، إلا أنها لا تحمي لذاتها وإنما ترضى على أوامرها الاحترام بسبب رعاية السلطة لمصالح الجماعة الصغيرة وقيمتها ، وهذا يعنى بدهة تقيد السلطة بتلك المصالح والقيم وأنها لا تكون مشروعة إلا إذا استهدفت رعايتها ، ومن ثم يختلف الإثم الجنائى والتأديبي في طبيعة الإثم ذاته ، ففي حين أن الذنب الجنائى انحراف اجتماعى وخروج على نظام المجتمع كله واعتداء على إحدى قيمه والمساس مساساً إجرامياً بمصالحه ، نجد أن الإثم التأديبي انحراف طائفي فحسب يتمثل في الخروج على شريعة الجماعة الصغيرة التي ينتمى إليها المخالف أو الاعتداء على إحدى مصالحها ، وإلى تلك الصفة الطائفية وما تفرضه على المنتمين للجماعة الصغيرة من التزامات أدبية لا وجود لأغلبها في المجتمع الكبير ، تعزى التوسعة في المدى الذي تبلغه الجريمة التأديبية وهذا هو السبب في إمكان محاسبة الشخص تأديبياً عن أفعال ينادى المنطق القانوني بمجرد بعدم جواز العقاب عليها ، ويتمثل ذلك في طائفتين كبيرتين : أولاهما طائفة من الأخطاء يحاسب الشخص عليها على الرغم من وقوعها في وقت لم تقم فيه رابطة بالطائفة أو حيث تكون الرابطة قد انتهت ، بل وهو لا يستطيع أن ينجو من المساءلة عن ذنوب اقترفها بقطعه الاختيارى للرابطة التي تقوم بينه وبين الطائفة . وثانيتها طائفة

(١) يراجع في هذا مؤلف الأستاذ Chavabov عن الموظف العام ج ٢ ص ١٢٦ - ١٢٨ .

من التصرفات بعيدة عن صفته الطائفية ، يرتكبها بوصفه فرداً من أفراد الناس ، وقد تكون تصرفات شخصية محضة أو منقطعة الصلة بواجباته ورغم ذلك يحاسب عليها تأديبياً ، وتشمل هذه الطائفة من الأخطاء بعض الجرائم الجنائية التي لا تتصل بعمله ، والانحرافات الشخصية التي تؤثر على مركزه الطائفي أو تمس اعتبار الطائفة (١) .

وجه الاختلاف بين العقوبة الجنائية والجزاء التأديبي

٦٥٧ - أشار الشراح إلى أن الجزاءين الجنائى والتأديبي يختلفان اختلافاً كبيراً من حيث النظام القانوني ، فلئن خضعا ظاهرياً لنفس المبدأ ، وهو مبدأ شرعية العقوبة ، إلا أنهما يختلفان في مداه . فقد قيل بالنسبة للموظفين العاملين إنه لا يلزم أن تكون الجزاءات التأديبية مقرررة بنصوص قانونية ، لأنه لا يشترط أن تتقرر الجزاءات الإدارية بقانون ، وإنما يكفي أن ينص عليها في اللوائح التنظيمية بعكس الحال بالنسبة للجرائم والعقوبات فلإنها تقرر وتحدد بنص القانون تطبيقاً للقاعدة الدستورية العامة « لا عقوبة ولا جريمة بدون نص » (٢) . كما أن مبدأ شرعية العقوبة الموجه إلى القاضى الجنائى ، ومفاده أن هذا القاضى لا يستطيع أن يختار في حرية بين العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات إذ أن كل جريمة معاقب عليها بالعقوبات المنصوص عليها فيه ، هذا المبدأ لم يأخذ به النظام التأديبي الذي يقوم في صورته التقليدية على أساس التسليم للسلطة التأديبية باختصاص تقديري واسع في شأن اختيار أكثر العقوبات ملائمة من بين مراتب العقوبات التأديبية المتفاوتة ، وهي تستطيع أن توقع أية عقوبة من تلك العقوبات مهما بلغت شدتها بالنسبة لأى خطأ تأديبي مهما كان خفيفاً . ومع ذلك فإن هوة الخلاف الواسعة ظاهرياً بين شرعية الجزاء التأديبي وشرعية العقوبة الجنائية يضيق منها كثيراً من الناحية العملية أمر يتصل بواقع نظام التأديب ، ذلك أن شعور جهة الإدارة أو سلطة التأديب بقيام رقابة قضائية يدفعها إلى أن تتحرز من الغلو والإسراف ، وحتى في فرنسا حيث استقر القضاء الإدارى على عدم

(١) انظر المقال السابق للدكتور محمد صفور ص ص ٤١ - ٤٢ .

(٢) الدكتور محمد فؤاد مهنا ، القانون الإدارى المصرى والمقارن ١٩٥٢ ص ٢٩٢ .

رقابته على التناسب بين المخالفة التأديبية وبين الجزاء التأديبي ، باعتباره داخلاً في سلطة الملائمة ولا يخضع لرقابة المشروعية ، يفرض القضاء رقابة أشد بالنسبة لمشروعية قرار العزل أكثر من تلك التي يفرضها على مشروعية جزاء أخف مثل اللوم . بيد أن اعتبارات العدالة ، لا القانون ، هي التي تملئ عليه هذا الاتجاه . أما محكمتنا الإدارية العليا فقد أخذت بغير هذا النظر ، فاعتبرت في أحكامها الحديثة عدم التناسب بين الجريمة التأديبية والجزاء التأديبي مخالفة قانونية تعيب الجزاء التأديبي بسبب عدم المشروعية^(١) . كما استقرت أحكامها على أن مناط مشروعية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب في ذلك على السلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية ، ألا يشوب استعمالها غلو ، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرية بين درجة خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره ، ففي هذه الحالة يخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ، ومن ثم يخضع لرقابتها التي يخضع لها أيضاً تعيين الحد الفاصل بين النطاقين . فقضت بأن خلوة المتهم (مدرس) في غرفة بأحد الفنادق بزميلة له وإن كان يعد خروجاً على تعاليم الدين وتقاليد المجتمع التي لا يمكن أن تسمح بمثل هذه الخلوة بين رجل غير محرم وأنثى ، إلا أنه لا يبلغ حداً من الجسامة بحيث يستأهل عقوبة العزل^(٢) .

العلاقة بين الذنب التأديبي والجريمة الجنائية

٦٥٨ - تستقل الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية ، ولا يخل بهذا الاستقلال قيام ارتباط بين الجريمتين^(٣) . كما أن صدور حكم البراءة ، في جريمة جنائية نسبت إلى موظف لا يمنع من مساءلته عن الفعل الذي وقع منه إذا كان لا يتفق ومقتضيات الساوك الوظيفي فيكون ذنباً يجوز مساءلته عنه بطريقة المحاكمة التأديبية^(٤) . وحتى إذا بني الحكم الصادر من المحكمة

(١) الدكتور محمد صغفور في مقاله السابق ص ٩٢ .

(٢) ٦ فبراير ١٩٦٥ رقم ٢٩٢ م ص ٢٩٨ من مجموعة للقواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات (١٩٥٥ - ١٩٦٥) ج ١ الأستاذ أحمد هبيل أبو شادي .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٧ ديسمبر ١٩٥٨ ، المرجع السابق رقم ٢٩٦

ص ٣٠٢ .

(٤) ٢٤ يناير ١٩٥٩ وفي ١٨ يناير ١٩٦٤ المرجع السابق رقم ٢٩٨ ص ٣٠٤ .

الجنائية على الشك وعدم كفاية الأدلة ، ولم يستند إلى عدم صحة الواقعة أو عدم الجنائية ، فهذا لا يرفع الشبهة عن الموظف نهائياً ولا يحول دون محاكمته تأديبياً وإدانة سلوكه الإداري من أجل هذه التهمة عينها على الرغم من حكم البراءة^(١) . والحكم بالعقوبة الجنائية لا يمنع الجهة الإدارية من محاسبة الموظف على المخالفات الإدارية التي ينطوي عليها الفعل الجنائي^(٢) . وشيوع التهمة وإن كان يعتبر سبباً للبراءة من العقوبة الجنائية إلا أنه لا ينهض على الدوام مانعاً من المواخذة التأديبية^(٣) . والقرار الصادر من النيابة العامة بحفظ التهمة الجنائية لعدم كفاية الأدلة لا يمنع من المواخذة التأديبية متى قام موجبها^(٤) . وللإدارة حتى توقيع الجزاء التأديبي دون انتظار نتيجة المحاكمة الجنائية أو إرجاء النظر في المحاكمة التأديبية إلى أن يفصل في المحاكمة الجنائية حسبما تراه ملائماً^(٥) . ولا مانع يمنع النيابة الإدارية كذلك من تحديد المسئولية الإدارية الناتجة عن الواقعة الجنائية والسير في إجراءات محاكمة الموظف تأديبياً دون انتظار التصرف النهائي في الدعوى الجنائية^(٦) . هذا وغنى عن البيان أنه لا يجوز للقرار التأديبي أن يعود للمجادلة في إثبات واقعة بذاتها سبق لحكم جنائي حاز قوة الأمر المقضي أن نفي وقوعها ، فلا يجوز للمجلس التأديبي أن يصدر قراراً بالإدانة على أساسها ، إلا أن هذا لا يمنع من محاكمة الموظف تأديبياً عن الأخطاء المسلكية الأخرى عند ثبوتها ما دام ليس ثمة تعارض بين الإدانة في تلك الأخطاء وبين الحكم الجنائي القاضي بالبراءة فيما أقام عليه قضاءه^(٧) .

(١) ٨ مارس ١٩٥٨ المرجع السابق رقم ٢٠٠ ص ٢٠٥ .

(٢) ٢٢ ديسمبر ١٩٦٢ المرجع السابق رقم ٢٠١ ص ٢٠٥ .

(٣) ٢٨ ديسمبر ١٩٦٢ المرجع السابق رقم ٢٠٤ ص ٢٠٧ .

(٤) أول مارس ١٩٥٨ و ٢١ أبريل ١٩٦٢ رقم ٢٠٧ و ٢٠٨ ص ٢٠٨ -

٢٠٩ من المرجع السابق . وانظر حكماً آخر للمحكمة الإدارية العليا قضت فيه بسلامة جزاء

عزل الموظف رغم حفظ النيابة التحقيق الجنائي لتفاهة المبلغ المختلس - ١١ مايو ١٩٦٢

رقم ٢٠٩ ص ٢١٠ من ذات المرجع .

(٥) ١٨ يناير ١٩٦٤ رقم ٢١٢ ص ٢١٢ من المرجع السابق .

(٦) ٢٠ فبراير ١٩٦٥ رقم ٢١٢ م ص ٢١٢ - ٢١٤ من المرجع السابق .

(٧) ٢١ سبتمبر سنة ١٩٦٠ رقم ٢١٥ ص ٢١٦ من المرجع السابق .

على هذه المادة أن ما فعله المشرع لا يخرج عن تعيين درجات العقوبة التي لأولياء الأمر تقريرها شرعاً ، وهذا يعنى أن قانون العقوبات لا يمس العقوبات المحددة بنص القرآن الكريم وهي قليلة ، وإنما يتناول تحديد العقوبات في جرائم التعزير وهو ما ترك لتقدير أولى الأمر بما يتناسب وظروف الزمان والمكان . وإذا أضيف إلى هذا أن الشريعة الإسلامية تطلبت شروطاً لتطبيق العقوبات المحددة في القرآن قلما تتوافر ، الأمر الذي يستتبع تطبيق العقوبات التعزيرية المنصوص عليها في قانون العقوبات ، فإنه يخلص لنا أن أحكام قانون العقوبات لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية (١) .

ويتكون قانون العقوبات من مجموعة القواعد التي تسنها الدولة لتبين ما يعد جريمة وما يفرض لها من عقوبة . والتعبير عن هذه القواعد بقانون العقوبات يبرره أن هذا القانون يتميز عن فروع القانون الأخرى بما يقرره من عقوبات .

قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية

٦٦٠ - قانون الإجراءات الجنائية هو مجرد أداة تطبيق قانون العقوبات ، وهو لا يحتوى على مجرد شكليات معينة وإنما ينظم الأعمال الإجرائية التي يتعين مباشرتها للوصول إلى توقيع الجزاء الجنائي على مرتكب الجريمة وهو ما يتسع لكافة الشروط الموضوعية والشكائية لهذه الأعمال سواء بسواء . وثمة اصطلاح شائع هو إطلاق « القواعد الموضوعية » على قواعد قانون العقوبات ، وهذا الاصطلاح يصدق على الجانب الموضوعي منه الذي يحدد الجرائم والعقوبات وما ينصل بها من حيث تعيين مجال تطبيقها وأسباب الإباحة وموانع المسؤولية والعقوبات . ومن الأهمية بمكان أن نفرق بين قواعد العقوبات وقواعد الإجراءات الجنائية (٢) ، ذلك أن القياس لا يجوز في

= من قانون الإجراءات الجنائية اللبية . وهذا الإجراء يدخل في روع المهتم المطبئناً إلى أن الحكم صدر أيضاً وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية . وقبلها يختلف رأى المنق من رأى المحكمة فإن اختلف فإن محكمة الجنائيات لا تتقيد برأى المنق وليست مكلفة بالرد عليه - نقض جنائى ٢١ مايو ١٩٥١ من ٢ ص ١١٢٠ و ١٥ مارس ١٩٦٠ من ١١ ص ٢٤٢ .

(١) عبد العزيز عامر ، التعزير في الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه .

(٢) والتعبير بقانون الإجراءات الجنائية هو الآخر غير دقيق إذ لا يشمل على مجرد =

الفصل الثالث قانون العقوبات

تمهيد

٦٥٩ - رأينا فيما سبق كيف أن تأثير الدين على التشريع الجنائي يكاد يكون معدوماً في غالبية الدول ، وعلى العكس من ذلك فلا تزال الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسى لأحكام القانون الجنائي (١) في بعض الدول العربية كالمملكة السعودية والجمهورية اليمنية . أما الدول العربية الأخرى فعلى الرغم من أنها أخذت تشريعها الجنائي عن قوانين الدول الأوروبية إلا أنه بقيت فيه آثار من الشريعة الإسلامية ، فالمادة السابعة من قانون العقوبات المصرى تقضى بأنه « لا تخل أحكام هذا القانون في أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء » (٢) . وقد جاء في التعليقات

(١) يستعمل اصطلاح « القانون الجنائي » نسبة إلى الجنائية وهي أخطر الجرائم . وقد نشأ هذا الاصطلاح لدى الرومان حيث كانت الجنائيات وحدها من جرائم القانون العام أما الجنح فكانت من جرائم القانون الخاص أما الآن فالإجماع منقسم على أن الجنح والمخالفات شأنها شأن الجنائيات كلها تسمى الصالح العام . وغنى عن البيان أن الاصطلاح المذكور ليس له أى مدلول في الدول التي استعاضت عن التقسيم الثلاثى للجرائم بتقسيم ثنائى مثل القانون الإيطالى الذى يقسم الجرائم إلى جنح ومخالفات - انظر **Tulbio Delogu, la loi pénale et son application, La Cairo 1956-1957 p. 241.**

وقد اعترض على التعبير بقانون العقوبات بأنه لا يشمل التدابير الاحترازية كالوضع في ملجأ أو إصلاحية أو تسليم للصغير لولى أمره ، وقد أخذت بهذا النظر لجنة توحيد قانون العقوبات فأطلقت على مشروعها « القانون الجزائى » - انظر ملاحظات الدكتور محمود مصطفى على هذا المشروع ، مجلة القانون والاقتصاد من ٣٠ .

(٢) وتقابلها في قانون العقوبات العراقى م ٣ والليبيى م ١٤ . ومن آثار الشريعة الإسلامية في التشريع الجنائى كذلك ما نصت عليه م ٢٨١ / ٢ من قانون الإجراءات الجنائية مندنا من أنه لا يجوز لمحكمة الجنائيات أن تصدر حكماً بالإعدام إلا بإجماع آراء أعضائها قبل أن تصدر هذا الحكم أن تأخذ رأى مفتى الجمهورية ويجب عليها قبل أن تصدر هذا الحكم أن تأخذ رأى مفتى الجمهورية ويجب إرسال أوراق القضية إليه فإذا لم يصل رأيه إلى المحكمة خلال عشرة الأيام التالية لإرسال الأوراق إليه حكمت المحكمة في الدعوى . وتقابلها م ٢/٢٤٥ =

الأولى ويجوز في الثانية^(١) . وفي حالة تتابع القوانين يطبق القانون الأصح

إجراءات بل قواعد لا تتعلق بالجنايات وحدها وقد درجت التشريعات الحديثة على تسميته بقانون خصومة العقاب ثم تحدد بأنه هو القانون الذي يتولى تنظيم الخصومة الجنائية وما ينشأ فيها من علاقات إجرائية مدنية تبعية والإجراءات اللازمة لتنفيذ حق الدولة في العقاب . وإذا نظرنا إليه من وجهة موضوعية تبين أنه يشتمل على قواعد مقرر لها جزاءات إجرائية كالإعلان والسقوط وعدم القبول . ومن وجهة النظر الشخصية ، تنشأ نصوص قانون الإجراءات روابط قانونية بين القاضى والنيابة والمتهم على مسرح الدعوى العمومية ، وهذا النوع من الروابط يستقل عما تنشئه قواعد قانون العقوبات ، ولا تلازم بين النوصين : فقد تقع الجريمة وتنشأ سلطة العقاب ولا ترفع الدعوى ، وقد ترفع الدعوى ويقضى بالبراءة لعدم نشوء سلطة العقاب - دى لوجو ، قانون العقوبات وتطبيقه ، المرجع السابق ص ١٢١ . والقواعد الإجرائية الجنائية هي قواعد قانونية تتوافر فيها عناصر العمومية والتجريد والإلزام ومثاله جواز ضبط المتهم وإحضاره بالقوة أمام المحقق إذا رفض الحضور وقد يترتب على مخالفة القاعدة الإجرائية جزاء عقابي ومثال ذلك القواعد التي تعاقب الشاهد على امتناعه عن الإدلاء بشهادته وفي هذه الحالة تنصف هذه القواعد بالخصيصة المقابية فضلا عن خصيستها الإجرائية . وقد يترتب على المخالفة جزاء مدني مثل الحكم بمصادرة الكفالة التي يودعها الطاعن بطريق النقض إذا لم يقبل طعنه أو قضى برفضه أو بدمم جوارزه أو بسقوطه (م ٣٦ من قانون النقض) . وقد يترتب على المخالفة جزاء تأديبي كما هو الحال في القواعد التي تخاطب موظفي الدولة المكلفين بواجبات في الوظيفة الجنائية كالقاضى ومساعديه وأعضاء النيابة ومساعدتهم . وثمة جزاءات إجرائية تتمثل في إهدار الأثر القانوني للإجراء المخالف للقاعدة الإجرائية - د . فتحى سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ١٩٧٠ ص ٥ ويذهب البعض إلى أن للقواعد الإجرائية الجنائية هي قواعد أمرية - د . سيد النجاشي ، تأصيل الإجراءات الجنائية ١٩٦٩ ص ٢٢ . ويعتمد هذا الرأي على أن صفة « الأمر » في القاعدة الإجرائية الجنائية تنبثق من التزام الشخص الإجرائي باحترام ما تتضمنه القاعدة الإجرائية الجنائية موضوعاً وشكلاً . بيد أنه يلاحظ أن الإلزام من أركان القاعدة القانونية بجميع أنواعها وليس القواعد الأمرية وحدها .

(١) من أمثلة تفسير قانون الإجراءات الجنائية بطريق القياس ما حكم به في فرنسا من إبطال الاعتراف الذي حصل عليه البوليس بطريق التليفون قياساً على المبادئ العامة لحقوق الدفاع . Crim, 12 juil 1952, n. 1954-1-69 .

وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا الليبية بالحكم بسقوط الطعن المرفوع من المتهم الذي يهرب من السجن بمد بدء التنفيذ عليه وقبل أن تفصل المحكمة في طلبه وذلك قياساً على المادة ٢٩٥ إجراءات لبيس التي نصت على سقوط الطعن المرفوع من المتهم المحكوم عليه بمقربة مقيدة للحرية إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة ، كما قررت محكمة النقض جواز تفسير قانون الإجراءات الجنائية بطريق القياس حين قضت بوجوب تقديم شكوى من المني عليه في جريمة النصب وخيانة الأمانة إذا وقتنا من الجنائي إضراراً بزوجه أو زوجته =

إذا كان من قوانين العقوبات بينما تسرى قوانين الإجراءات بأثر مباشر ، وهكذا . وإذا كان قانون العقوبات يتميز بطابع خاص سواء في تجريم الأفعال أو في تقدير العقاب عليها فليس معنى هذا أنه يستقل عن غيره من فروع القانون ، فكلها تعمل متعاونة لحماية المصالح المشتركة للمجموع ، ومن مظاهر هذا التعاون أن قانون العقوبات يدعم بعض أحكام القوانين الأخرى بالجزاء ، كما أنه يعتمد على القوانين الأخرى - في حالة نحاوه من النص - في حل المسائل الفرعية التي يتوقف عليها قيام الجريمة أو عدم قيامها^(٢) : ففي تطبيق نصوص الرشوة واختلاس الأموال يرجع إلى تعريف الموظف العمومي في القانون الإداري ، وفي تطبيق المادتين ٣٢٣ و ٣٤٢ يرجع في قيام الحجز إلى قانون المرافعات ، وفي إعمال المادة ٣٣٧ يرجع إلى القانون التجاري لمعرفة ما إذا كانت الورقة التجارية شيكاً أو كبيالة ، وهكذا يبين أن قانون العقوبات فرع في النظام القانوني له مجاله الخاص يتعاون به مع الفروع الأخرى على تحقيق المصلحة العامة^(٣) .

= أو أصوله وذلك قياساً على نص المادة ٣١٢ عقوبات بشأن تقييد سلطة النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية في جريمة السرقة بشكوى من المني عليه إذا وقتت من الجنائي إضراراً بأحد هؤلاء - نقض ١٠ نوفمبر ١٩٥٨ ص ٩ ص ٨٩١ .

(١) أنظر نقض جنائي ٤ نوفمبر ١٩٤٧ مجموعت القوانين القانونية ج ٧ ص ٧٨٠ و ٢٢ ديسمبر ١٩٥٢ ص ٤ ص ٢٧٣ و ٦ يناير ١٩٥٦ ص ٧ ص ٣٢٩ و ١٤ إبريل ١٩٥٩ ص ١٠ ص ٤٢٧ . وتعتبر محكمة النقض قواعد التقادم متعلقة بقانون العقوبات تعويلاً على أنه إذا صدر قانون جديد يقصر مدة التقادم فإنه يسرى من يوم صدوره إذا اكتمل بناء عليه تقادم الدعوى عملاً بالمادة ٥ / ٢ من قانون العقوبات لأن العمل عندئذ يصبح غير معاقب عليه - نقض ٢٥ مارس ١٩٥٢ ص ٣ ص ٦٢٨ و ١١ يناير ١٩٥٤ ص ٥ ص ٢٣٩ . ومؤدى هذا أن قواعد التقادم ترتب أثراً سلبياً فتشجع تطبيق العقوبة شأنها في ذلك شأن قاعدة القانون الأصح وهي قاعدة من قواعد العقوبات ولا شبهة . كذلك الشأن بالنسبة لتأثير وفاة المتهم أو المحكوم عليه أو العفو ، فتأثير كل منهما على الدعوى والعقوبة هو تأثير غير مباشر . وكذلك أحكام الشكوى والتنازل عنها والإفراج الشرطي ورد الاعتبار كلها تتعلق بقانون العقوبات فسرى عليها قواعد ومنها تطبيقها بأثر رجعي متى كانت أصح للمتهم أو المحكوم عليه ، ذلك أنها جميعها تؤثر في سلطة الدولة في العقاب .

(٢) والصحيح أن قانون العقوبات فرع من القوانين العام سواء بالنظر إلى طبيعة المصالح التي يحميها أو بالنظر إلى صفة الأشخاص الذين يرتب بينهم روابط قانونية . =

قانون العقوبات والقانون الدولي العام

٦٦١ - قد تعترض القاضي مسألة فرعية تتعلق بأحكام القانون الدولي. كتعريف حالة الحرب أو سلطة الدولة المحاربة في الاستيلاء على أموال الأفراد وما إلى ذلك ، فهل يتقيد القاضي بالعرف الدولي ولو خالف حكماً في القانون الداخلي ؟ ثمة رأى بأن أحكام القانون الداخلي تعلق على أحكام القانون الدولي ، فما لم ينص في القانون الداخلي على أعمال القاعدة الدولية لا يلزم بها الأفراد . وهو رأى متعصب لفكرة سيادة الدولة على إقليمها . وقد قررت محكمة النقض عندنا أن القانون الجنائي قانون جزائي له نظام قانوني مستقل عن غيره . من النظم القانونية الأخرى وله أهدافه الذاتية إذ يرمى من وراء العقاب إلى الدفاع عن أمن الدولة وحماية المصالح الجوهرية فيها ، وعلى المحكمة عند تطبيقه في جريمة منصوص عليها فيه وتوافرت أركانها وشروطها أن تتقيد بإرادة الشارع في هذا القانون الداخلي ومراعاة أحكامه التي خاطب بها المشرع القاضي الجنائي فهي الأولى في الاعتبار بغض النظر عما يفرضه القانون الدولي من قواعد أو مبادئ يخاطب بها الدول الأعضاء في الجماعة الدولية^(١) . بيد أن الراجح لدى الفقهاء أن القانون الدولي يعلو على القانون الداخلي فله السيادة كما أن للدستور سيادة على فروع القانون الداخلي ، ذلك أن للدول هدفاً مشتركاً في تحقيق الأمن والطمأنينة وهذا لا يتأتى إلا بتعاونها على ذلك بمكافحة الجرائم . ويتأدى من ذلك أن على الدولة أن تجعل قانونها الداخلي متسقاً مع أحكام القانون الدولي إما بالنص على هذه الأحكام أو الإحالة عليها . وبدهى أنه لا يسوغ لدولة أن تتضمن قانونها الداخلي أحكاماً

فقانون العقوبات لا يقصد بتجريم السرقة والإتلاف حماية مصلحة فردية لصاحب المال ولا يهدف بتجريم القتل والضرب إلى حماية القتل أو المضرور وإنما يرمى إلى حماية حق الملكية وحق الحياة وحق الإنسان في سلامة جسده تأميناً للمجتمع ، ولو كان قانون العقوبات يحسب حقوقاً خاصة لا ينبئ عليه أن يكون لصاحب الحق أن يتصرف فيه وأن يتنازل بالتالي عن حماية القانون له ، وهو غير جائز . ولا يجوز لنيابة أيضاً أن تتنازل عن الدعوى العمومية أو تتصالح فيها ولا يجوز للقاضي أن يرتب على ذلك أثراً بل ينظر الدعوى ويحكم فيها على مقتضى أحكام القانون شكلية ومادية .

(١) نقض جنائي ١٣ مايو ١٩٥٨ ص ٩ ص ٥٠٥ . ومع ذلك قارن نقض ١٩ فبراير ١٩٥٩ ص ١٠ ص ١٦٩ .

متعارضة مع أحكام القانون الدولي ، فإذا خلا القانون الداخلي من نص أو إحالة وجب لإعمال أحكام القانون الدولي^(١) .
وننتقل الآن بعد أن فرغنا من هذا التمهيد إلى دراسة المبدأ موضوع البحث في قانون العقوبات وفق المنهج الذي التزمناه في فروع القانون السابقة ، فنبدأ بالقاعدة الجنائية ومصادرها وطرق تفسيرها ، ثم نخرج على أثر الجهل بها وبغيرها من القواعد القانونية الأخرى في المسؤولية الجنائية .

المبحث الأول

القاعدة الجنائية

٦٦٢ - يتكون قانون العقوبات من مجموعة من القواعد الجنائية الموضوعية ، بعضها يجرم السلوك في حالات معينة ، ويبيح البعض الآخر السلوك المكون للجريمة إذا ارتكب في حالات أخرى حددها القانون . وأياً كان مضمون القاعدة الجنائية فإن لها خصائص كل قاعدة قانونية : التعميم والتجريد وكونها صادرة من سلطة تملك إصدارها وكونها ذات شقين ، تكليف وجزاء .

الخصائص الذاتية للقاعدة الجنائية

٦٦٣ - وإلى جانب تلك الخصائص العامة ، تتميز القاعدة الجنائية بخصائص ذاتية أخرى هي : ١ - أنها من قواعد القانون العام لا الخاص . ٢ - وأنها من قبيل القواعد الآمرة لا تقبل الاتفاق على مخالفتها وذلك على العكس من القواعد المفسرة أو المكتملة لإرادة المتعاقدين في مجال القواعد المدنية ، فقواعد القانون الجنائي جميعها مازمة للسلطة العامة بأن تعمل بموجبها وملزمة للمخاطب بها بأن يمثل لما تتضمنه من تكاليف وإلا حق عليه الخضوع لما تتضمنه من جزاء . ٣ - وأنها من قبيل القواعد « المقومة » لساوك الإنسان ،

(١) دى لوجو ، المرجع السابق فقرة ١٣ . وقد تقدم القانون الجنائي على غيره من القوانين فأفرد فصلاً للجرائم الماسة بالجماعات كجرائم إبادة الجنس والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب ضد المدنيين واللاجئين في الحرب إلى وسائل غير مشروعة والاعتداء على الأسرى (المواد ٢٨١ - ٢٩٥) - انظر محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ط ٦ ص ١٢ .

ويتحقق التكوين عند ما نجد القاعدة أن هذا السلوك كان قميناً أن يكون على نحو آخر أفضل ، وهو ما يترتب عليه المساس بالحياة المشتركة بين من صدر عنه السلوك وبين الجماعة التي هو فرد من أعضائها . ٤ - وأنها صادرة عن الدولة ، تضعها السلطة التشريعية أو تفوض السلطة التنفيذية في وضع بعضها في حدود معينة . وسرى عند معالجتنا لمبدأ الشرعية أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقاعدة قانونية وضعتها الدولة على هذا النحو ، ولهذا حق القول بأن القاعدة الجنائية قاعدة مكتوبة إذ لا سبيل للعرف إلى التجريم .

القاعدة الجنائية والنص الجنائي

٦٦٤ - عند ما يريد الشارع إخضاع مركز معين لقانون العقوبات سواء بتجريمه أو بإباحته بعد أن كان مجرمًا ، فإنه يعتمد إلى « النصوص » أو « المواد » يودعها « القواعد الجنائية التي تعبر عن إرادتها . وقد يتضمن النص الواحد قاعدة قانونية أو أكثر من القواعد الجنائية وفي هذه الحالة يوصف النص بأنه « كامل » أو « تام » ، ومن أمثلة ذلك المادة ٢٣٣ عقوبات مصرى التي تعاقب بالإعدام القتل بالسلم . ومن جهة أخرى فقد لا يستوعب النص القاعدة الجنائية بأكملها ، وحينئذ تنوزع القاعدة الجنائية بين أكثر من نص يطلق عليه وصف النص « غير الكامل » أو « غير المستوعب للقاعدة » ، ومن أمثلة ذلك المادة ١٦٦ عقوبات التي تجرم إتلاف الخطوط التليفونية التي تنشأ الحكومة أو ترخص بإنشائها لمنفعة عامة . تضمنت هذه المادة شق التكليف بينا أحالت إلى المواد الثلاث السابقة عليها لتحديد الجزاء المقرر لهذه الجريمة . هنا توزعت القاعدة الجنائية على أكثر من نص استأثر أحدها بتحديد التكليف وتكفلت نصوص ثلاثة أخرى بتحديد الجزاء .

أنواع القاعدة الجنائية

٦٦٥ - تنقسم القواعد الجنائية إلى عدة أقسام تختلف باختلاف الأساس الذي يقوم عليه كل تقسيم ، فمن حيث مضمونها يمكن تقسيمها إلى فئتين :

(١) ويؤثر الدكتور عبد الفتاح الصيق تسمية القاعدة الجنائية التي لا يستوعبها نص واحد بالقاعدة الجنائية الموزعة وهي غير القاعدة الجنائية على بياض *Norma in bianco* - انظر القاعدة الجنائية ١٩٦٧ ص ٢٨ - ٤٠ .

١ - قواعد « مجرمة » ويطلق عليها بعض الفقهاء الألمان تسمية القواعد « المانحة » ، ومن أمثلتها كل قاعدة تنشئ الجريمة كالقواعد التي تجرم القتل والمعرفة وتلك التي تجرم إنكار القاضى للعدالة بامتناعه عن إصدار حكم في الدعوى المطروحة أمامه . ٢ - وقواعد « مبيحة » أو « مبررة » وهي التي تبيح الفعل أو تبرره ، ويسمىها الفقه الألماني بالقواعد « المانحة » ، ومن أمثلتها القواعد التي تعالج الدفاع الشرعى وممارسة الحق واستعمال السلطة (١) .

٦٦٦ - ومن حيث اعتماد القاعدة الجنائية على نفسها أو على غيرها تنقسم إلى : ١ - قواعد جنائية مستقلة أو من الدرجة الأولى ، ومن أمثلتها القواعد التي يتضمنها القسم الخاص من قانون العقوبات كالقواعد التي تجرم القتل والإيذاء والسرقة والنصب . ٢ - وقواعد جنائية تابعة لقواعد جنائية غيرها أو قواعد الدرجة الثانية ، وهي قواعد لا تنطبق إلا إذا انكأ على قواعد جنائية غيرها ، ومن أمثلتها قواعد القسم العام من قانون العقوبات ، كالقواعد الخاصة بالمساهمة الجنائية . فإذا أسهم شخصان في جريمة سرقة مثلا فإنهما يخضعان لقاعدتين جنائيتين أولاهما مستقلة وهي الخاصة بجريمة السرقة ، والأخرى تابعة وهي الخاصة بالمساهمة الجنائية . ويتجه المشرع في القواعد التابعة بالخطاب إلى السلطة المكلفة بتطبيق القواعد المستقلة حتى تضع في تقديرها القاعدتين معاً ، أى يخاطب بها القاضى حتى يعمل القاعدتين معاً . وتنقسم القواعد التابعة إلى (٢) :

١ - قواعد موجهة ، وهي القواعد التي تضع مبدأ أو معياراً ينبغي تطبيقه عند التصدى لمركز قانونى معين . فالقاعدة الجنائية التي تشير إلى أن

(١) المرجع السابق ص ٤١ . ويطلق البعض على هذا التقسيم قواعد إيجابية تحدد الجريمة والعقوبة وأخرى سلبية تحدد أسباب الإباحة . ونحن مع الدكتور الصيق في أن هذين المصطلحين يشيران لليس بينهما وبين مضمون التكليف الذي قد يكون إيجابياً « تكليفاً يعمل » كما قد يكون سلبياً « تكليفاً بامتناع عن عمل » ولهذا فؤثر معه وصف هذه القواعد بأنها مجرمة أو مانحة من جهة ، ومبيحة أو مانحة من جهة أخرى .

(٢) انظر الدكتور عبد الفتاح الصيق في « الاشتراك بالتحريض ووضعه من النظرية العامة للمساهمة الجنائية » رسالة دكتوراه ١٩٥٨ فقرة ١٠٢ - وانظر أيضاً : Delogu, les Causes de justification, Cours de doctorat, Alexandria 1952, p. 35.

عقوبة الحبس في الجنح تبدأ ، في القانون الجنائي المصري ، من يوم (١) حتى ثلاث سنوات ، هذه القاعدة توجيهية لأنها تنطوي على توجيه يجب الأخذ به عند تطبيق أية قاعدة جنائية يرتب لها المشرع عقوبة الحبس دون أن يحدد حدية الأدنى والأقصى .

٢ - قواعد معلنة أو موضحة أو شارحة لغيرها ، ومن أمثلتها القواعد التي تحدد المقصود بعبارة معينة استخدمها المشرع في قاعدة جنائية أخرى . فالمادة ١٠٣ عقوبات (٢) وما بعدها تجرم فعل الارتشاء إذا صدر عن « موظف عمومي » . ولم يشأ المشرع أن يترك تعريف الموظف العمومي لقواعد القانون الإداري فتصدى له صراحة في المادة ١١١ عقوبات وشرح المقصود في هذا المصطلح بقوله « يعد في حكم الموظفين في تطبيق نصوص هذا الفصل : المستخدمون وأعضاء المجلس النيابي وكل شخص مكلف بخدمة عامة » (٣) .

٣ - قواعد موسعة من مجال تطبيق غيرها ، وهي قواعد تسحب حكم القاعدة المستقلة أو القاعدة الأم ، إلى مجال ما كانت لتصل إليه وحدها ، ومن أمثلتها تذكر تلك التي تعالج المساهمة الجنائية . فالمساهمة في السرقة مثلا من شأنها أن تمد من مجال القواعد الخاصة بجريمة السرقة إلى صور هي في جوهرها لا تدخل تحت النموذج القانوني لجريمة السرقة ، وهي التحريض على السرقة أو الاتفاق عليها أو المساعدة في ارتكابها .

٤ - قواعد مضيقه من مجال تطبيق غيرها أو محددة له ، ومن أمثلتها القواعد التي تعالج سريان القواعد الجنائية من حيث الزمان إذ تحدد المجال الزمني لتطبيقها .

٥ - قواعد إحالة ، وهي قواعد تحيل إلى قواعد أخرى غيرها ، ومن أمثلتها المادة ٣ عقوبات مصري التي تحيل إلى « قانون البلد التي ارتكبت فيه الجريمة خارج الدولة » ليحدد ما إذا كان الفعل معاقباً عليه حيث وقع أو غير معاقب عليه .

(١) في القانون الجنائي اللبناني تبدأ من عشرة أيام .

(٢) تقابل المادة ٣٥١ من قانون العقوبات اللبناني .

(٣) المادتان ٣٤٠ سوري ، ١٦٩ أردني .

٦ - قواعد فاصلة في النزاع في الاختصاص بين قاعدتين أخريين أو أكثر ، ومن أمثلتها المادة ٣٢ عقوبات مصري التي تحسم تنازعا بين قاعدتين : أولاهما خاصة بالجريمة ذات العقوبة الأقل جسامة ، وثانيتهما خاصة بالجريمة ذات العقوبة الأشد جسامة ، فتشير هذه المادة إلى تطبيق القاعدة الثانية وحدها .

٧ - قواعد مفسرة لغيرها ، ومن أمثلتها المادة ٤٨ عقوبات التي تفسر معنى الاتفاق الجنائي بأنه « اتحاد شخصين فأكثر على ارتكاب جنابة أو جنحة . . . » .

ذاتية القاعدة الجنائية

٦٦٧ - ذكرنا عند الكلام عن القاعدة القانونية ، أن هناك قواعد قانونية تتبع القانون المدني وأخرى تتبع القانون التجاري أو الإداري أو الدستوري أو الجنائي ، وهكذا . وقد تستأثر قاعدة من قواعد فرع من الفروع سالفة الذكر بحماية مصلحة من المصالح . مثال ذلك انفراد القواعد المدنية بتعريف العقد والإرادة المنفردة ، والقانون التجاري بتعريف الأوراق التجارية ولا سيما الشيك ، والقانون الإداري بتعريف فكرة المرفق العام والأموال العامة والقرار الإداري ، وقانون الأحوال الشخصية بتحديد فكرة الزواج وما يترتب عليه من آثار خاصة بالنفقة والبنوة . ومن جهة أخرى قد تزوج الحماية القانونية لنفس المال ، بل قد تعدد هذه الحماية ، ومن أمثلة ذلك أن تحمي قواعد القانون المدني موضوع الشركة فيشترك القانون التجاري معها في بعض أحكام هذا الموضوع . ومن أمثلة ازدواج في الحماية ما يحدث بالنسبة لعقود الائتمان حيث يتولى حمايتها القانون المدني والجنائي ، وما يحدث بالنسبة لرصيد الشيك حيث يتولى حمايته من أن يعبث به كل من القانونين التجاري والجنائي .

٦٦٨ - وفي حالة ازدواج الحماية القانونية لمال أو تعددها ، يشير الفقه المقارن مشكلة تنصل بتحديد أي فرع من فروع القوانين المتراحة يتبع قواعد الآخر ، وتحديد الطبيعة للقواعد التي تشترك مع غيرها في حماية مال واحد . وتثار هذه المشكلة بصورة أساسية في الحالة التي تكون فيها القواعد الجنائية إحدى القواعد المتراحة على حماية نفس المال . هنا تثار ذاتية القواعد

الجناية : هل هي مستقلة بالنسبة لغيرها أو أنها تابعة لها ؟ وإذا كانت تابعة لغيرها فما هو مدى التبعية ؟ وفي عبارة عامة ما هي طبيعة القانون الجنائي بصفة عامة وقواعد القسم الخاص منه بصفة خاصة ؟

وعندما تتعدد الحماية القانونية لمال واحد على نحو ما أسلفنا ، ينبغي ألا يغيب عن الذهن أن لكل قاعدة قانونية مصالحة من المصالح تنبعث عن المال وتكون محلاً لحماية هذه القاعدة ، وعلى قدر تعدد القواعد القانونية تتعدد المصالح المحمية قانوناً إذ لا تحمي القاعدة الواحدة إلا مصالحة واحدة ولايضاح هذا فنضرب المثل التالي : الجريمة كقاعدة عامة ، تنطوي على إهدار لمصلحة المجتمع ، ويعتبر نفس الفعل المكون للجريمة ، منظوراً إليه من زاوية القواعد المدنية ، إهداراً لمصلحة فرد معين بذاته . وتختلف المصالحة الأولى عن الثانية ، ولكلتيهما كيانها المستقل . ويترتب على هذا الاستقلال اختلافهما في الطبيعة القانونية وفي وسيلة حماية كل منهما إذ يحمي الحق الخاص دعوى خاصة بينما يحمي الحق العام الدعوى العامة . وهنا يحق لنا أن نتساءل ما الحكم إذا تعددت الحماية القانونية لمال واحد وكانت القاعدة الجنائية إحدي القواعد التي تتزاحم لحماية هذا المال ؟ هل تفقد القاعدة الجنائية استقلالها فتتبع غيرها من القواعد أو أنها تظل مع ذلك مستقلة في مواجهة غيرها من القواعد ؟

أهمية مشكلة ازدواج الحماية الجنائية لمال واحد

٦٦٩ - الصلة وثيقة ، على ما قدمنا ، بين القواعد الجنائية وغيرها من القواعد القانونية . وتتجلى هذه الصلة في مواطن عديدة من القانون الجنائي نذكر منها المصطلحات القانونية . ففي جريمة السرقة مثلاً تثير معالجتها فكرة الحيازة والملكية وانتقال كليتهما ، كما تثير فكرة المنقول والعقار وفكرة الغير وفكرة الاستعمال . وهذه الأفكار جميعها ، بمصطلحاتها وموضوعاتها ، قد نبئت في بيئة القانون المدني ونقلت إلى مجال القانون الجنائي حيث بسطت عليه قواعده وحمايته . وفي جريمة الرشوة تثار فكرة الموظف العمومي وفكرة الاختصاص النوعي والمكاني للموظف العام . وفي جريمة الاختلاس تثار فكرة الأموال العامة ، وهذه كلها أفكار نبئت في ظل القانون الإداري حيث استعارها المشرع وأضفى عليها حمايته الجنائية . وفي جريمة تبديد الأموال المحجوز عليها قضائياً فإن قانون المرافعات المدنية هو الذي يحدد معنى المحجوز

القضائي . وفي جريمة إصدار شيك غير ممول برصيد ، تثار فكرة الشيك من حيث شكله وموضوعه ورصيده ووظيفته ، وهي فكرة استمدتها المشرع الجنائي من مجال القانون التجاري ليخلع عليها الحماية الجنائية . وفي بعض الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الخارج فإن القانون الدولي العام هو الذي يحدد لنا معنى « الحرب » بالنسبة لكونه ظرفاً مشدداً للعقاب في بعض هذه الجرائم ، بل إن ثمة جرائم لا تقع إلا في زمن الحرب ، بمعنى أنها في زمن السلم تعد أفعالاً مشروعة ومثال ذلك جريمة الإخلال بالالتزامات التي يفرضها عقد توريد مع الحكومة لحاجات القوات المسلحة إذا وقع الإخلال في زمن الحرب (م ٨١ عقوبات مصرى) .

٦٧٠ - وإلى جانب الخلاف الفقهي المتقدم ، فإن لحسم مشكلة ازدواج الحماية لمال واحد أهمية العملية فضلاً عن الأهمية النظرية ، إذ يتوقف على حل هذه المشكلة الحكم على القاعدة الجنائية . وفي هذا الصدد تتباين آراء الفقه ويعكس هذا التباين في الآراء تبايناً في الحلول العملية لدرجة متفاوتة تفاوتاً واضحاً بين القول بقيام الجريمة والقول بمشروعية الفعل جنائياً . كذلك تجد هذه المشكلة صداها بالنسبة لتحديد معنى « المصطلحات » القانونية ، كما هو الشأن بالنسبة لمصطلحات « الحيازة » و « الملكية » و « الغير » و « الموظف العمومي » و « العقد » ولا سيما عقود الائتمان . كما تجد المشكلة صداها أيضاً بالنسبة للتكييف القانوني ، كتكييف عقد ما بأنه عارية أو ودیعة . وتجد صداها كذلك في مجالات عديدة أخرى تجمعها فكرة « الظاهر » ومن تطبيقاتها الوارث الظاهر وهل يعتبر مالاً أو مرتكباً لإحدى الجرائم التي تقع على مال الغير ، والزواج الظاهر أو الظني وهل يعتبر من تزوج على أساسه جنائياً في جريمة الزنا التي يشترط لقيامها أن يكون الجنائي متزوجاً (١) ، وشركات الواقع بالنسبة للجرائم الضريبية : إذا أخل المسئول عنها بالالتزامات الضريبية التي تقع على كاهل الشركة والتي رتب المشرع عقوبة على مخالفتها أو أخل بالالتزامات الشركة للغير حتى أدى إهماله إلى إفلاسها ، والموظف الفعلي وما إذا كان يصاح لأن تنسب إليه جريمة الرشوة (٢) .

(١) وقانون الأحوال الشخصية هو الذي يبين لنا متى يقوم عقد الزواج .

(٢) عبد الفتاح الصبيح ، المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها .

معنى الاستقلال والتبعية في هذا المجال

٦٧١ - المقصود من مصطلحي الاستقلال والتبعية هنا هو ذلك الاستقلال القاعدي والتبعية القاعدية ، بمعنى أن القاعدة الجنائية تستقل في بنائها القاعدي اللدائي عن غيرها أو أن تتبع غيرها في ذلك . هل قواعد القانون الجنائي كافية في حد ذاتها وبمفردها لمعالجة الأحوال التي تحميها فيكون لها استقلال قاعدي ، أو أنها في حاجة إلى غيرها بحيث لا توجد إلا إذا وجدت قواعد أخرى غيرها تسبقها بحيث تعتبر القواعد الجنائية مكتملة لها أو ثانوية أو تابعة بالنسبة لها ؟ هذا هو مثار الخلف ، فما مدى الاستقلال والتبعية إذن ؟

تتنازع الإجابة على هذا السؤال ثلاثة اتجاهات فقهية ، اثنان منها على التقيض من الآخر حيث يرى أحدهما التبعية المطلقة بينما يرى الثاني الاستقلال الذاتي . ويتوسط الاتجاه الثالث بينهما فيراها تبعية مقيدة أو استقلالا نسبياً .

خلاصة موقفنا من طبيعة القاعدة الجنائية

٦٧٢ - ليس هنا مجال تفصيل الاتجاهات الفقهية التي تتنازع مشكلة تحديد الطبيعة القانونية للقاعدة الجنائية^(١) . وموقفنا من هذه المشكلة هو موقف الدكتور عبد الفتاح الصيني منها^(٢) ، حيث يحصله في النقاط التالية :
١ - كل قاعدة قانونية ، جنائية كانت أم غير جنائية ، تتكون من شقين : تكليف وجزاء ، ويختلف هذان الشقان من قاعدة لأخرى بمعنى أنه إذا تصادف أن بدت إحداها تشبه الأخرى بالنسبة لشق التكليف فإن هذا من حيث الظاهر وحده دون الجوهر ، وذلك لأن المشرع لا يتجه إلى الكافة

(١) قرر روسو ، في إطار نظريته عن العقد الاجتماعي ، أن القانون الجنائي تقتصر وظيفته على خلع الجزاء الجنائي على كل من يخرق قواعد غير جنائية . ومن بعده اتجه Vidal et Magnol إلى إعلان صفة الجزائية للقانون الجنائي تأسيساً على أنه لا ينشئ حقوقاً ولا يقررها وإنما يصح ما تقرره القوانين الأخرى غير الجنائية . Cours de droit criminel en sc. pénitentiaire, T1 1947, p. 66, كما أعلن ذلك Carraud في الجزء الأول من مطوله - Traité théorique et pratique du droit pénal français, T1, p. 203. في تفصيل هذه الاتجاهات الفقهية 218-114 Delogu, op. cit.

(٢) المرجع السابق ص ٧٦ - ٧٩ .

بتكليف واحد يحميه جزاءان مختلفان ، إذ أن كل جزاء إنما يتبع تكليفاً خاصاً به .

٢ - الفعل الواحد قد ينطوي على إهدار لأكثر من مصلحة قانونية وفي هذه الحالة ينطوي الفعل على خرق لمضمون أكثر من قاعدة قانونية ، قد تكون إحداها جنائية . فن يسرق مال غيره يهدر مصليحين مصلحة الجماعة التي يتمثل في وجوب الحفاظ على الحق في الملكية مجرداً عن صاحبه ، ومصلحة المخني عليه التي تتمثل في التقود أو الملابس التي سرقت منه ، وعلى هذا الأساس فإن القاعدة الجنائية تحمي مصلحة قانونية ، وذلك لأن المصلحة الواحدة لا تحميها أكثر من قاعدة قانونية واحدة^(١) .

٣ - يختلف شق الجزاء من قاعدة لأخرى . فالجزاء الجنائي يختلف عن غيره من حيث الكم والكيف ، كما يختلف من حيث الغاية والهدف عن غيره من الجزاءات . فهو من حيث الكم أقسى - عادة - من غيره ، كما أنه من حيث الكيف يختلف عن غيره ، فقد يكون الإعدام أو الأشغال الشاقة بنوعها أو الحبس أو الغرامة . بل إن الغرامة وإن كانت إنقاصاً للذمة المالية للجاني إلا أنها تختلف من حيث جوهرها ووظيفتها عن التعويض المدني وعن التنفيذ الجبري على أموال المدين في حالة امتناعه عن الوفاء بما عليه من التزام . أما الجزاء غير الجنائي فيكون عادة من نفس نوع التكليف حتى يستطيع أن يعيد التوازن إلى المصالح التي أهدرها من صدر عنه الفعل غير المشروع . فالتنفيذ العيني والتعويض والبطلان ، كلها جزاءات غير جنائية تكفي لإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل غير المشروع مدنياً ، فهي إذن وسيلة لإعادة التوازن الذي اختل إلى نصابه . أما الجزاء الجنائي فتتعدد غاياته : فقد يقصده المشرع لأنه لا يجد جزاء آخر يستطيع إعادة التوازن إلى المصلحة التي اختلت كما هو الشأن بالنسبة للمصادرة ونشر الحكم أو لصقه . وقد يقصده المشرع اكتفاء به لإعادة التوازن الذي اختل إلى نصابه رغم أن غيره في استطاعته أن يحقق ذلك كما هو الشأن بالنسبة للغرامة النسبية التي تنص عليها عادة قواعد قانون العقوبات الضريبي^(٢) . وقد يلجأ المشرع

(١) عكس هذا الرأي Crispigni, op. cit. p. 236, note 172.

(٢) من أمثلة ذلك المادة ٨٥ من القانون ١٤ لسنة ١٩٢٩ حيث تعاقب كل مخالفة -

إلى الجزء الجنائي لأن جزء آخر لا يستطيع ، أو في عبارة أدق لا يناسب ، حماية المصلحة كما هو الشأن بالنسبة للجانب الغالب من المخالفات حيث لا يصلح الجزء غير الجزائي لحماية المصالح التي تشملها القاعدة الجنائية بحمايتها ، أو حيث لا يكون الجزء غير الجنائي كامل العناصر كما هو الشأن بالنسبة للشروع في الجريمة حيث يتوفر ، بالنسبة لجزء المدنى ، عنصر الخطأ دون الضرر ودون رابطة السببية ، وذلك لأن الجزء الأخير يحمى دائماً مركز « ضرر » بينما يحمى الجزء الجنائي مركز « الضرر » و « الخطر » .

٤ - إزاء ما تقدم لا يخلو موقف المشرع من أحد أمرين : إما أن يحدد مضمون التكليف بطريقة لا يختلف فيها عن غيره من القواعد الأخرى ، وهنا تكون بصدد تعدد ظاهرى للحماية القانونية ، وذلك لأنه على الرغم من تطابق التكليفين فإن هناك اختلافاً بين القاعدتين من حيث طرفيها : الدولة والمجنى عليه بالنسبة للقاعدة الجنائية ، والدولة بصفتها نظاماً قانونياً ومرتكب الفعل غير المشروع ، أو أحد الأفراد وهذا الأخير بالنسبة للقاعدة غير الجنائية . وإما أن يحدد المشرع هذا المضمون بطريقة مستقلة ، وفي هذه الحالة تسرد القاعدة الجنائية استقلالها ، ويأجأ القاضي إلى غايات القانون الجنائي وأهدافه يستوحىها تحديد هذا المضمون . وتطبيقاً لهذا يستطيع القاضي أن يسحب حكم القاعدة الجنائية التي تحمى عقود الأمانة من الإخلال بها على عقد الوديعة الاضطرارية ، كما يسحب حكم القاعدة التي تحمى الوظيفة العامة من أن يعيث بها القائم على أمرها فيسحب حكم الرشوة على الموظف الفعلى ، وهكذا . ولا يقال والحالة هذه إن القاضي قد تجاوز نطاق مبدأ الشرعية ، فالمسألة في جوهرها لا تعدو أن تكون كشفاً عن إرادة المشرع على ضوء الغاية التي يتوخاها من التجريم ، وهذا هو التفسير المستمد من الطبيعة الذاتية

= لأحكام بعض مواد هذا القانون بترامة لا تزيد على خمسين جنيهاً « ويقضى بتعويض لا يقل عن ٢٥ ٪ منه ولا يزيد على ثلاثة أمثال ما لم يؤد من الضريبة » . فالتعويض المشار إليه في هذه المادة ليس تعويضاً مدنياً ، إذ التعويض المدنى لا يتجاوز ما لحق بالمتضرر من خسارة وما فاتته من كسب . وهنا حدد المشرع الضريبي ما أسماه بالتعويض تعديداً جزائياً لا يتفق والتعويض المدنى . إذن فهذا التعويض لا يعدو أن يكون « غرامة نسبية » أى عقوبة جنائية تستطيع إعادة التوازن إلى المصلحة الضريبية المختلة - انظر في أحكام محكمة النقض الصادرة في شأن هذه المادة مؤلفنا « قضاء الضرائب » ص ٢١٩ وما بعدها .

المستقلة للقاعدة الجنائية ، تلك الطبيعة التي تعكس بوضوح ما يسود المجتمع من حقائق واقعية ملموسة يعمد المشرع إلى حمايتها فيستخدم للتعبير عن إرادته قواعد جنائية تحمى من أن تستهدف للضرر أو أن تتعرض للخطر .

تطبيقات

٦٧٣ - وعلى ضوء ما سبق نشير في إيجاز إلى بعض المراكز القانونية التي جابها الطبيعة القانونية للقاعدة الجنائية :

١ - في مجال جريمة إصدار شيك بدون رصيد (١) : قضت محكمة النقض الفرنسية بقيام جريمة إصدار شيك بدون رصيد رغم أن الورقة التي حررها المتهم لا تعتبر « شيكاً » في نظر القانون التجارى لعدم استيفائها القواعد الشكلية التي يستلزمها هذا القانون في الشيك كإثبات التاريخ ومكان الوفاء والأمر بالدفع لدى الاطلاع . الخ (٢) ، كما قضت المحاكم المختلطة الملغاة بأن المحرر إذا تضمن تاريخين فإنه يظل رغم هذا خاضعاً للقانون الجنائي (٣) . في هذين الحكمين يتجه القضاء إلى منح القاعدة الجنائية استقلالها في مواجهة القاعدة التجارية (٤) .

٢ - في مجال العقود الباطلة والقابلة للإبطال : تتمتع القاعدة الجنائية باستقلال ملحوظ تجاه القاعدة المدنية في مجال العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً وتلك القابلة للإبطال ، وفي هذا الصدد تقرر محكمة النقض المصرية بالنسبة لجريمة خيانة الأمانة أنه لا يؤثر في قيام هذه الجريمة أن يكون

(١) المادة ٢٣٧ عقوبات مصرى - ٦٦٦ لبنانى - ٦٥٢ سورى - ٤٢١ أردنى .
(٢) انظر في هذا الموضوع مقالاً للدكتور أمين بدر فى « معنى الشيك فى خصوص المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات » منشوراً فى مجلة مصر المعاصرة العدد ٢٧٥ ص ٢٢ .
(٣) ٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ مشار إليه فى مؤلف الأستاذ محمد عطية راضب « جريمة إصدار الشيك بدون رصيد فى التشريع المصرى » ١٩٥٦ ص ٩٤ هامش رقم ٦ .
(٤) انظر عكس هذا الاتجاه القضائى أحكاماً تتجاع صفة التبعية على القاعدة الجنائية : نقض ١٥ يناير سنة ١٩٤٤ ، قضاء النقض ص ٥١٣ بند ٩٢٢ حيث يخلص إلى أنه « إذا كانت الورقة قد صدرت فى تاريخ معين على أن تكون مستحقة الدفع فى تاريخ آخر فلا يمكن عدّها شيكاً بالمعنى المتصوّد وذلك لأنها ليست إلا أداة اثبات » ونقض ٦ يناير سنة ١٩٥٢ ص ٤ ص ٢٢٩ - وانظر فى الفقه المصرى : محمود مصطفى ، القسم الخاص ، ص ٤٢٩ - حسن المرصفاوى ، جرائم المال ص ٢١٤ .

العقد الذي سلم الشيء بمقتضاه قد وقع باطلا لأن القانون لا يعاقب على الإخلال بتنفيذ العقد في ذاته وإنما يعاقب على العبث بما كية الشيء المسلم (١). ويستوى في هذا أن يكون البطلان راجعا إلى عيب شكلي أو إلى انعدام الأهلية للتعاقد أو إلى عيب من عيوب الرضا أو لعدم مشروعية السبب ، ومن ثم قضت محكمة النقض الفرنسية بقيام جريمة خيانة الأمانة رغم أن المال المسلم إلى المؤمن كان وليد ممارسة المودع للقمار (٢).

٣- في مجال القانون الإداري بالنسبة لفكرة « الموظف العمومي » : يعرف القانون الجنائي الموظف العمومي في مجال جريمة الرشوة تعريفاً أوسع من تعريف القانون الإداري له ، بل إن القضاء الفرنسي درج على التوسع في تفسير مصطلح « الموظف العمومي » على رغم أن النص يشير فقط إلى الموظفين والمستخدمين وأموري المصالح العامة ، فسحب حكم جريمة الرشوة على كل من له صفة في الوكالة العامة سواء بطريق الانتداب أو بواسطة تفويض من السلطة التنفيذية ، بل وعلى كل مستخدم في المصالح العادية (٣).

٤- في مجال فكرة « الحالة الواقعية » : هنا نجد للقاعدة الجنائية استقلالها أيضاً. ومن تطبيقات هذه النظرية نذكر الموظف الفعلي ، وهو كل من يباشر عملاً من أعمال الوظيفة العامة دون أن تكون له صفة رسمية تخوله ممارستها ، أو في عبارة أخرى هو من يتصدى لأعمال الوظيفة العامة في حالات خاصة دون أن تسند إليه الإدارة العامة مهمة القيام بهذه الأعمال ، مثل هذا الموظف يخضع لحكم جريمة الرشوة إذا أخل بأعمال الوظيفة على نحو يعتبر رشوة رغم أنه في نظر القانون الإداري لا يعتبر موظفاً عاماً.

موقف القضاء اللبناني من مشكلة ذاتية القاعدة الجنائية

٦٧٤- تتجه محكمة التمييز اللبنانية إلى نزع وصف « الاستقلال » على القواعد الجنائية بالنسبة لغيرها من القواعد ، وفي ذلك تقرر أنه « إذا كان

(١) نقض ٢١ مارس سنة ١٩٣٨ ، قضاء النقض ص ٢٤٢ بند ٤٤٥ - وانظر في

بحث عن التصرفات الباطلة التي تنتج رغم ذلك آثاراً جنائية *Stefani op cit. P.V, preface*.

(٢) نقض فرنسي ١٢ نوفمبر ١٩٠٩ سيرى ١٩١٢ - ١ - ٢٨٥ .

(٣) المادة ١٠٦ عقوبات مصري - وانظر في هذا الموضوع الدكتور أحمد زقوت

خفاجي في « جرائم الرشوة » والمراجع التي أشار إليها في ص ١٨٥ هامش رقم ٩ .

المستند لا يشكل بنظر قانون التجارة شيكاً لنقص في صيغته كما تنص المادة ٤٠٩ من قانون التجارة البرية ، فليس ما يحول دون اعتباره شيكاً من قبل القضاء الجزائي (١). وأضاف الحكم في حثياته أن ذاتية واستقلال القضاء الجزائي يجعلانه مستقلاً تمام الاستقلال عن القضاء المدني والتجاري (٢).

المبحث الثاني

مصادر قانون العقوبات

يمكن تقسيم المصادر إلى ثلاثة أنواع : مصدر مباشر ومصادر غير مباشرة (٣) ومصادر مساعدة أو موجهة ، وهي مصادر غير مباشرة تتولى توجيه القانون ومساعدته في أداء رسالته . وتتكلم عن كل نوع من هذه الأنواع الثلاثة على التوالي .

المطلب الأول

المصدر المباشر

القانون المكتوب وحده مصدر التجريم والعقاب

٦٧٥- من أهم النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية أن يقتصر التجريم والعقاب على القانون المكتوب . ويعتبر قانوناً مكتوباً كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قواعد عامة ومجردة وملزمة ، كما يعتبر في حكم القانون المكتوب في هذا المقام ما يصدر عن السلطة التنفيذية من قرارات بقوانين

(١) تمييز جزائي ٢١ تشرين الثاني ١٩٥٧ منشور في مجموعة قرارات واجتهادات

محكمة التمييز الجزئية في الجمهورية اللبنانية ١٩٥٧ ص ١٥٨ .

(٢) أنظر كذلك تمييز ١١ كانون الأول ١٩٥٧ ، المرجع السابق ص ١٦٣ حيث

يقضى بأنه لا تأثير لصحة الشيك أو عدمه ولا لانطباقه على المواد ٤٢٦ و ٤٣٨ من قانون

التجارة على الدعوى الجزائية التي تقام بشأنه إذا أعطى بدون مؤونة نظراً لاستقلال القضاء

الجزائي عن القضاء المدني أو التجاري .

هذا ونسترعى النظر إلى أن الاستقلال والتبعية إنما ينصرفان أصلاً إلى القاعدة لا إلى

القاضي . فاستقلال القاعدة يسبق استقلال القاضي - وراجع في تقرير هذا الاتجاه القضائي

الدكتور الصبيح المرجع السابق ص ٨٢ .

(٣) ويسمى الدكتور الصبيح في مجال التجريم بالمصادر المحال إليها لأنها لا تقوم

بدورها كمصدر لتجريم إلا إذا أحال المشرع إليها - المرجع السابق ص ٢٢٢ .

أو مراسيم أو لوائح . ويقتصر التجريم والعقاب على التشريع لأنه يعبر مباشرة عن إرادة الدولة في أن تلقى على عاتق المخاطب به تكليفاً جنائياً قد يتمثل في أمر كما قد يتمثل في نهي . وقد سبق أن تناولنا التشريع عند الكلام عن القاعدة القانونية عموماً ، ثم عدنا إليه في الفصل السابق عند الكلام عن مصادر القانون الإداري ، ومن ثم نحيل على ما أوردناه آنفاً في هذا الخصوص . وأهم التشريعات الجنائية قانون العقوبات القائم ، وتكملة قوانين سابقة وأخرى لاحقة عليه . وقد تتضمن بعض القوانين الأخرى قواعد جنائية تنشئ بها جرائم وتحدد العقوبات المقررة لها ، ومن هذا القبيل قانون الإجراءات الجنائية^(١) ، والقانون التجاري الذي يجرم عدم قيد التاجر اسمه في السجل التجاري ، وقانون العمل الذي يجرم الإخلال بالتزامات معينة ، والقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بشأن الضريبة على القيم المتقولة وكسب العمل والأرباح التجارية والصناعية . ونعود هنا إلى التأكيد على أن مرحلة إصدار التشريع لا تغني عن مرحلة نشره بالجريدة الرسمية فقد قضت محكمة النقض^(٢) بأن « الدستور قد نص في المادة ٢٢٦ على أن « تكون القوانين نافذة في جميع التطر المصري بإصدارها ، ويستفاد هذا الإصدار من نشرها في الجريدة الرسمية » فالإصدار لا يستفاد إلا من النشر ومهما قيل من نتائج تحكم السلطة التنفيذية في تعطيل النشر فإن المحاكم لا تستطيع أن تطبق قانوناً لم ينشر ما دام الدستور يقضي بأن الإصدار إنما يستفاد من النشر . وإذن فالتحدي بحكم من أحكام قانون الإجراءات الجنائية الذي لم ينشر بالجريدة الرسمية لا يقبل ، إذ ما دام هذا النشر لم يحصل فلا يمكن القول بأنه صدر وبالتالي لا يمكن إعمال أحكامه » .

ما يصدر عن السلطة التنفيذية من قواعد جنائية

٦٧٦ - عرضنا عند التحدث عن القاعدة القانونية وفي الفصل السابق عند الكلام على مصادر القانون الإداري لأنواع القواعد التشريعية سواء أكانت دستورية تسمى بالتشريعات الأساسية ، أم قواعد تشريعية عادية وهي ما يطلق

(١) المواد ١١٧ و ١١٩ و ٢٠٨ و ٢٧٩ على سبيل المثال .

(٢) ٢٠ مارس سنة ١٩٥١ ص ٢ من ٧٩٥ .

عليها « القانون » بالمعنى الضيق ، ثم عرضنا للقواعد التشريعية الفرعية أو اللوائح . وعرفنا السلطات المختصة بإصدار كل نوع من هذه القواعد وقلنا إن السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الجمهورية هي التي تختص بإصدار اللوائح المختلفة ، وإن هذه السلطة يقوى سلطانها في حالة وجود ظروف استثنائية تهدد أمن الدولة سواء في الداخل أو الخارج ، ومن هنا تضمن الدستور بعض الضوابط التي تسمح للسلطة التنفيذية بمباشرة مهمتها طبقاً لما تقتضيه الظروف مع وضعها تحت رقابة السلطين الآخرين : التشريعية ، والقضائية . فقد يفوض الدستور السلطة التنفيذية أو يخولها صلاحية وضع قواعد قانونية تتضمن تحديد الجرائم وتقرير العقوبات ، كما قد تستمد هذه الصلاحية من التفويض من نص تشريعي^(١) . ومن جهة أخرى قد تكون الصلاحية

(١) نص دستورنا الحالي في المادة ٦٦ على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا « بناء على قانون » ومؤدى هذا أن السلطة التنفيذية تستطيع ، كما ذكرنا في المتن ، إصدار لوائح تتضمن تحديد جرائم وتقرير عقوبات ، بينما أوجب دستور دولة الاتحاد في المادة ١٢ منه أن تكفل دساتير الجمهوريات وقوانينها كحد أدنى مبادئ وحقوقاً منها أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا « بقانون » ومؤدى هذا أنه لا يجوز للسلطة التنفيذية تقرير جرائم وعقوبات وأن وضع القواعد القانونية التي تتضمن تحديد الجريمة والعقوبة مقصور على مجلس الشعب المنوط به وحده سلطة التشريع ، وهكذا يكون ثم تعارض بين كل من دستور دولة الاتحاد ودستور إحدى جمهوريات الاتحاد ، وهي جمهورية مصر العربية . وهنا يجوز لنا أن نقاسم عن أثر هذا التعارض بين كلا الدستورين في ضوء نص المادة ١١ من دستور دولة الاتحاد الذي يلزم كل جمهورية من جمهوريات الاتحاد بالألا يتعارض دستورها مع أحكامه . نبادر إلى القول إن هذا التعارض لا أثر له على نفاذ حكم المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية لأن دستور دولة الاتحاد لم يرتب أي أثر على الحالة التي يتعارض فيها دستور إحدى جمهوريات الاتحاد مع أحكامه . وكنا نود لو أن المادة ٦٦ من دستورنا جاءت متفقة في هذا الخصوص مع حكم المادة ١٢ من دستور دولة الاتحاد ضماناً لاتصاحبه من الشرعية وإن كانت المادة ٦٦ عنيت بتأكيد ضمان عام هو أنه لا عقوبة إلا « بحكم قضائي » ومؤدى هذا الضمان للدستور أن العقوبة بوصفها حقاً للدولة لا تقرر إلا من خلال دعوى عمومية تحرك باسم المجتمع ويفصل فيها حكم جنائي . ولا يؤثر هذا الضمان على شرعية العقوبات التيجية والتي تقدر بقوة القانون تبعاً للحكم بعقوبة أصلية ، ذلك أن تقرير هذا النوع من العقوبات يستند إلى الحكم الجنائي الصادر بالعقوبة الأصلية . ولكن هذا الضمان يثير التساؤل عن مدى شرعية نظام الأوامر الجنائية ، ذلك أنه لا خلاف في أن الأمر الجنائي الصادر من وكيل النيابة لا يعتبر حكماً سواء من الناحية الشكلية لأنه ليس قاضياً ، أو من الناحية الموضوعية لأن هذا الأمر صدر في غير خصوصية جنائية . ولذلك نرى على ضوء الضمان الدستوري الجديد =

أصلاً من اختصاص رئيس الجمهورية كما قد تكون للسلطة التنفيذية بصفة عامة : المركزي منها والمحلي . ونشير فيما يلي إلى أن ثم نوعاً من اللوائح التي

= ضرورة العدول عن نظام الأوامر الجنائية الصادرة من النيابة العامة واستبدال نظام الصلح بها . فالمبالغ التي يدفعها المتهم مقابل الصلح الذي يمرض عليه لا تتوافر فيها معنى العقوبة . أما الأمر الجنائي الصادر من القاضي ، فإن تكييفه القانوني محل خلاف . ويرى الدكتور فتحى سرور أنه لا يعتبر حكماً وذلك لأن الخصومة الجنائية لا تنمقد في إجراءات الأمر الجنائي لأن الدعوى الجنائية لم تتحرك قانوناً قبل المتهم مما يستحيل معه الشكول أمام المحكمة لمواجهة بالتهمة المسندة إليه وإبداء دفاعه ، ولما كان الحكم لا يصدر قانوناً إلا في خصومة جنائية فإن القرار الذي يصدر في غير خصومة جنائية والمسعى بالأمر الجنائي لا يعتبر حكماً - راجع مؤلفه ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ١٩٧٠ ص ٨٣٩ .

ويشور البحث أيضاً عن شرعية المصادرة الإدارية التي تقوم بها جهة الإدارة بالنسبة للأشياء التي تعد حيازتها أو استعمالها جريمة . ويذهب البعض إلى أن هذه المصادرة ليست عقوبة بالمعنى الدقيق بل هي تدبير احترازي يواجه خطورة معينة وليست جزاء يقابل ارتكاب الجريمة . ولذلك فإن إيجاب صدور حكم بالعقوبة لا يغفل يد الإدارة في المصادرة الإدارية كتدبير احترازي يرد على الأشياء التي تعد حيازتها أو استعمالها جريمة . بيد أن هذا الرأي يصادم نص المادة ٣٦ من الدستور الذي يحظر المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي ، فقد وردت فيه كلمة « المصادرة » مطلقة دون تخصيص بالأشياء التي لا تعد حيازتها جريمة ومن ثم فإن جهة الإدارة ليس لها الآن حق المصادرة سواء كانت الأشياء تعد حيازتها جريمة أولاً تعد كذلك ولو بالاستناد في المصادرة إلى قرارات أو قوانين سابقة كانت تخولها هذا الحق .

ومن ناحية أخرى ، فيجب إعادة النظر في القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٠ في شأن وضع بعض المشتبه بهم تحت مراقبة الشرطة بناء على حالة الاشتباه إذا كان صدر أمر باعتقالهم لأسباب متعلقة بالأمن العام ، فقد أجاز هذا القانون لوزير الداخلية وضع الممتقل تحت مراقبة البوليس لمدة سنتين بعد الإفراج عنه إذا توافرت في شأنه حالة الاشتباه مع إعطائه حق التظلم أمام القضاء . ولما كان الوضع تحت مراقبة البوليس يعتبر كالحبس طبقاً للمادة الماثرة من قانون التشرذ والاشتباه ، فإن مراقبة البوليس تعتبر عقوبة ، ولذا لا يجوز فرضها إلا بحكم قضائي .

ونسترعى النظر إلى أن المادة ٧١ من الدستور قد فتحت باب التظلم إلى القضاء من القبض أو الاعتقال غير القانوني . والاعتقال إجراء لا يعرفه القانون العام وقد نص عليه القانون ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن تدابير أمن الدولة فهو إجراء استثنائي لا يعرفه غير قانون الطوارئ ، فما الذي عناه المشرع بالاعتقال في هذا الصدد ؟ لقد قصد المشرع توفير ضمان هام للحرية الشخصية في حالة الطوارئ ، وهو فتح باب التظلم أمام القضاء في إجراء الاعتقال . فن المسلم أن مبدأ المشروعية الذي يلزم الدولة باحترام الدستور والقانون يرد عليه استثناء يسي بالمشروعية غير العادية لمواجهة الظروف الاستثنائية التي ينطبق عليها اسم حالة الطوارئ ، في هذه الظروف يحق للسلطة التنفيذية اتخاذ بعض الإجراءات لمواجهة الظروف -

تصدرها السلطة التنفيذية لم يسبق لنا الكلام عنه هو لوائح الضرورة التي تصدر استناداً إلى نص المادة ١٤٧ من الدستور ، وتنص على أنه « إذا حدث

= الاستثنائية التي تتعرض لها البلاد . ولكنه حتى في هذه الظروف الاستثنائية يجب التسليم دوماً بسيادة القانون في جميع الأوقات والظروف سواء كانت هذه الظروف عادية أو استثنائية . وإعمالاً لهذا المبدأ حرص الدستور في باب سيادة القانون أن ينص في المادة ٧١ على فتح باب التظلم أمام القضاء من ذلك الإجراء الاستثنائي المقصود على حالة الطوارئ وهو الاعتقال - من محاضرة للدكتور فتحى سرور بعنوان « الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية » ألقىتها جمعية الاقتصاد السياسي والتشريع في ٢٣ إبريل ١٩٧٢ .

ونحن نرى أن يكون لمن تحدد إقامته في منزله أو في أي مكان آخر أن يتظلم من هذا الأمر رغم قصر التظلم في المادة ٧١ على من يقبض عليه أو يعتقل لأن تحديد الإقامة لا يعدو أن يكون تقييداً للحرية شأنه شأن القبض والاعتقال ، وقد نصت المادة ٥٠ من الدستور على أنه لا يجوز أن تحظر على أي مواطن الإقامة في جهة معينة ولا أن يلزم بالإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون . ويترتب على التسوية بين تحديد الإقامة والقبض أو الاعتقال وجوب صدور حكم قضائي به .

هذا وتقتضي قرينة الأصل في المتهم البراءة عدم جواز المساس بحريته إلا عند ما يهدم هذا الأصل بأدلة قاطعة تتمثل في الحكم الصادر بالإدانة . على أنه قد تتوافر أدلة قوية لا تهدم هذا الأصل وتقتصر على التشكيك فيه مما يبرر المساس بحرية الإنسان ببعض الإجراءات الاحتياطية . وهنا يدق الأمر وتثور الحشية على الحرية الشخصية من خطر المساس بها دون وجه حق مما يجب معه تقييد الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية بضمانات معينة ، وقد عني الدستور الجديد بتحديد الأسباب الموضوعية لبعض الإجراءات ، وهي القبض والتفتيش (المادة ٤١) . وقد كان قانون الإجراءات الجنائية يسمح لمأمور الضبط القضائي بالقبض على المتهم في غير حالة التلبس في جرائم معينة ، ولكن المادة ٤١ من الدستور الجديد ألغت هذا الحق عندما قصرته على القاضي أو النيابة العامة . وبالنسبة إلى المساكن ، فقد كان قانون الإجراءات الجنائية يبيح لمأمور الضبط القضائي حق تفتيشها في حالة التلبس بجناية أو جنحة (المادة ٤٧) . وقد ألغت المادة ٤٤ من الدستور الجديد ضمننا هذا الحق عندما اشترطت أن يكون هذا النوع من التفتيش بأمر قضائي (مسيب) . وقد خلقت هذه المادة من إباحة تفتيش المساكن في حالة التلبس بخلاف ما نصت عليه المادة ٤١ بشأن تفتيش الأشخاص . ويشور البحث في هذه الحالة عما إذا كان إغفال حالة التلبس كبرر لتفتيش المساكن بغير أمر قضائي لا يحول دون هذا التفتيش بناء على نظرية الضرورة ؟ فقد أقامت محكمة النقض نظرية للضرورة في الإجراءات الجنائية وسمحت تطبيقاً لها لمأمور الضبط القضائي بدخول المنازل بقصد تعقب شخص صدر أمر بالقبض عليه من الجهة المختصة - انظر نقض ٣١ مارس ١٩٥٩ من ١٠ ص ٢٩١ ، ١٣ يناير ١٩٦٤ من ١٥ ص ٥٢ ، ٣ أكتوبر ١٩٦٧ من ١٨ ص ١٠٤٧ . ونقضت أيضاً بأنه يجوز نذب غير كاتب التحقيق المختص في حالة الضرورة - انظر نقض ٢٢ مارس ١٩٥٥ من ٦ ص ٦٩٢ ، ٢٦ إبريل ١٩٥٥ من ٦ ص ٨٨٦ ، ١١ مارس ١٩٥٨ من ٩ ص ٢٨٠ ، ١٨ مايو سنة ١٩٥٩ من ١٠ ص ٥٣٥ ، ٢٩ مايو =

في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير
 جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون .
 ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من
 تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً ، وتعرض في أول اجتماع له في حالة
 الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون
 بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال
 بأثر رجعي ما كان لها من قون القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في
 الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر »

وهذا النص يجد له شبيهاً في دستور سنة ١٩٢٣ (١) والدساتير التي جاءت
 بعده ، وهو يعتبر تطبيقاً لنظرية الضرورة في حالة معينة ومن هنا تسمى
 التشريعات التي تصدر طبقاً له بتشريعات الضرورة . والقرارات بقوانين
 التي يصدرها رئيس الجمهورية بالتطبيق للمادة ١٤٧ من الدستور ، والتي
 كانت تسمى مراسيم بقوانين في دستور ١٩٢٣ ، تعتبر قرارات إدارية من
 حيث الشكل رغم أنها تضم قواعد عامة مجردة وتعتبر قانوناً من الناحية

= سنة ١٩٦١ من ١٢ ص ٦٢٢ . وانظر تعليقا على هذا القضاء في مقال من اتجاهات محكمة
 النقض في تطبيق نظرية الضرورة على الإجراءات الجنائية ، المجلة الجنائية القومية ، يولييه
 سنة ١٩٦٠ ، العدد الثاني من المجلد الثالث ص ١٤٥ وما بعدها للدكتور أحمد فتحي سرور .
 وتطبيق نظرية الضرورة في الإجراءات الجنائية محل نظر ، وذلك لأن المشرع يوازن بين حق
 الدولة في العقاب والحق في الحرية الشخصية ، ولا يهتم القانون بتحقيق الغاية من الإجراء
 بقدر ما يهتم توفير الضمانات التي شرعها القانون من أجل حماية الحرية الشخصية ، فهي
 المصلحة الأجدر بالرعاية في نظر القانون . ولا يجوز الوصول إلى الحقيقة من خلال إجراءات
 باطلة تهدر فيها الضمانات أو تفكك فيها الحريات - راجع فتحي سرور ، الوسيط في قانون
 الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ص ٤٧٢ . ومن ناحية أخرى فإن نظرية الضرورة
 تفترض أن يكون الفعل الضروري هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر ، وهو شرط لا يتوافر
 عند تفتيش المسكن في حالة التلبس بدون أمر قضائي ، إذ يمكن تحقيق ذلك باستصدار هذا
 الأمر أي بعد مراعاة الضمان الذي أوجبه القانون . ويخلص لنا مما سبق أن اشتراط الدستور
 صدور أمر قضائي مسبب لتفتيش المساكن لا يبيح لمأمور الضبط القضائي هذا التفتيش
 ولو في حالة التلبس ، ولا يصلح الالتجاء إلى التفتيش في هذه الحالة بناء على نظرية الضرورة
 لأنه لا مجال للضرورة في الإجراءات الجنائية .

(١) كان دستور ١٩٢٣ يضيئ من الحالات التي يجوز فيها الالتجاء إلى تشريعات
 للضرورة كما كان ينص على ضرورة عدم مخالفتها للدستور (١ / ٤١ م) .

الموضوعية ، ومعنى هذا أن لها طبيعة مزدوجة تظهر نتائجها فيما يلي :
 ١ - لما كان القرار بقانون الذي يصدر في حالة الاستعجال طبقاً للمادة
 ١٤٧ قراراً إدارياً يصدر من السلطة التنفيذية ، فإنه يجوز الطعن فيه أمام
 محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بإلغائه
 إذا كان باطلاً (١) . ويكون الأمر كذلك إذا أصدر رئيس الجمهورية قراراً
 بقانون رغم أن مجلس الأمة قائم ، والطعن في قرار رئيس الجمهورية هنا
 يكون عن طريق أنه صدر من جهة غير مختصة طبقاً للدستور . وقد يكون
 الطعن في القرار بقانون عن طريق أنه يتوافر في شأنه عيب الانحراف في
 استعمال السلطة ، كما إذا أصدر رئيس الجمهورية القرار بقانون رغم عدم
 وجود ضرورة تختمه أو عدم توافر الاستعجال اللازم لإصداره (٢) ، فرغم
 أن تقدير الضرورة متروك للسلطة التنفيذية إذ أن رئيس الجمهورية هو الذي
 يقدر قيام حالة الاستعجال وحالة الضرورة التي تقتضي اتخاذ تدابير لا تحتل
 التأخير ، إلا أن هذه السلطة التقديرية تخضع هنا لرقابة القضاء .

٢ - إذا صدر القرار بقانون مستوفياً للشروط التي نص عليها الدستور ،
 فإنه يعتبر من الناحية الموضوعية في نفس قوة القانون ، وبالتالي يجوز للقرار
 بقانون الذي يصدر بالتطبيق للمادة ١٤٧ من الدستور أن يلغى قانوناً سبق
 أن أصدره مجلس الشعب . كما أنه لا يجوز تعديل هذا القرار بقانون إلا
 بقانون صادر من مجلس الشعب أو بقرار بقانون مثله في ظروف مشابهة .

(١) إذ العبرة في اختصاص هذه المحكمة بالمعيار الشكلي لا الموضوعي ، ذلك أن رقابتها
 لا تنبسط على القرارات الإدارية الفردية فحسب ، بل على السلطة التنفيذية ذاتها بجميع ما يصدر
 منها من أعمال سواء كانت هذه الأعمال إدارية أو تشريعية . فتتقضى المحكمة في هذه الأعمال
 بالإلغاء ، ولو كانت تشريعات بحسب موضوعها - راجع مقال الدكتور السهوري « مخالفة
 التشريع للدستور » المنشور بمجلة مجلس الدولة من ٣ ص ١١ . ولاحظ ما ذكرناه من
 اختصاص المحكمة العليا حالياً في هذا الشأن . ووفقاً للدستور الجديد فإن المحكمة الدستورية
 العليا وحدها هي التي تتولى الرقابة القضائية على دستورية اللوائح - راجع بند ٥٩٩ و ٦٢١ .
 (٢) وقد يكون الطعن فيه عن طريق مخالفته للدستور إذا تجاوز القرار بقانون مدى
 قوته القانونية ولم تتبع إجراءات عرضه على مجلس الأمة في مدة معينة إذ يعتبر القرار بقانون
 كأنه تشريع غير موجود « والطعن فيه إذا هو طبق بعد ذلك يكون عن طريق مخالفة الدستور »
 انظر السهوري في مقاله السابق .

٦٧٧ - ويلاحظ أن قوة القرار بقانون قلقه ومؤقتة وتتوقف طبقاً لنص الدستور على بعض الإجراءات التي يجب إتمامها بعد إصداره وإلا زالت كل آثارها . فطبقاً لنص المادة ١٤٧ سالفه الذكر يجب عرض القرارات بقوانين التي تصدر بالتطبيق لحكمها على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً ، أو في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته . ومعنى ذلك أنه إذا كان المجلس في أجازة فيما بين أدوار الانعقاد فيجب أن يدعى للانعقاد وأن تعرض عليه القرارات بقوانين التي يصدرها رئيس الجمهورية .

وإذا كان المجلس محلولا وجب عرض هذه القرارات بقوانين عليه في أول اجتماع له ، ولما كان الدستور يقضى في المادة ١٣٦ بالألا تطول المدة بين حل المجلس واجتماع المجلس الجديد عن سبعين يوماً ، فإن مؤدى ذلك أنه في أسوأ الظروف يجب عرض هذه القرارات بقوانين على المجلس خلال هذه المدة . ولكن ما هو الجزاء الذي يترتب على عدم عرض هذه القرارات بقوانين على مجلس الأمة في هذه المواعيد ؟ إن الفقرة الأخيرة من المادة ١٤٧ تكفلت ببيان هذا الجزاء : فقضت بأنه « إذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك » . فإذا أهملت السلطة التنفيذية عرض هذه القرارات بقوانين على مجلس الأمة في خلال المدة التي سبق بيانها زال ما كان لهذه القرارات من قوة واعتبرت كأن لم تكن . فكأنها تسقط بحكم الدستور من تلقاء نفسها . وإذا كانت قد انطبقت في الماضي فيعتبر انطباقها غير مشروع ويزول كل ما ترتب عليها من آثار . ولكن ما هو الحكم إذا عرضت على مجلس الأمة في الميعاد فلم يوافق عليها ؟ هنا أتى دستور ١٩٧١ بحكم مؤداه أنه « إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر » ، أي أن تطبيقها في هذه الحالة الأخيرة يكون تطبيقاً سليماً في الفترة منذ اعتماد نفاذها ، أما في حالة عدم إقرارها فإن زوال آثارها يكون بأثر رجعي وهذا عكس ما كانت تنص عليه المادة

١١٩ من دستور ١٩٦٤ إذ كان زوال آثارها لا يكون إلا من تاريخ الأثرراض عليها (١) .

الوائج الصادرة بناء على قانون حالة الطوارئ .

٦٧٨ - نصت المادة ١٤٨ من الدستور على أن « يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون ، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوماً التالية ليقرر ما يراه بشأنه . وإذا كان مجلس الشعب منحلًا يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له . . . » . ويحكم حالة الطوارئ القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ واستناداً إلى المادة الخامسة منه فإن لرئيس الجمهورية أن يصدر أوامر متضمنة تحديد العقوبة المستحقة على مخالفتها بشرط ألا تزيد هذه العقوبة على الأشغال الشاقة المؤقتة ولا على غرامة قدرها أربعة آلاف جنيه ، فإن لم تكن الأوامر قد بينت العقوبة على مخالفة أحكامها فيعاقب على مخالفتها بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنياً أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وهذا كله مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين المعمول بها . كما تنص المادة التاسعة من قانون الطوارئ على أن كل جريمة تقع ضد تلك الأوامر يكون الاختصاص بها لمحكمة أمن الدولة ، وتختص هذه المحكمة كذلك بما يحال إليها من جرائم عادية بمقتضى أوامر صادرة من رئيس الجمهورية .

(١) ونحوه في شأن التراجع التفرضي على ما ذكرناه بشأنها في الفصل السابق ونسرى النظر إلى أن ما قلناه هناك من بطلان القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ يتأدى منه أن القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية بناء على التفويض الذي تضمنه ذلك القانون هي قرارات باطللة بطلاناً مطلقاً وغير واجبة التطبيق لانعدامها وليس لعدم دستوريته فحسب ، بما في ذلك تلك التي تضمنت أحكاماً وجزاءات جنائية ، للأسباب التي أوردناها آنفاً .

هذا ويلاحظ أنه بالنسبة لقرارات رئيس الجمهورية التي تصدر صحيحة طبقاً لتفويض دستوري سليم في الحالات الاستثنائية ، لم يكن يتحتم عرضها على مجلس الأمة في ظل دستور ١٩٦٤ وإن كان بعض الفقه نادى بذلك . أما الآن في ظل دستور ١٩٧١ فإنه يجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون . وهذه القرارات بقوانين لا يمكن تعديلها بإصدار قرار عادي من رئيس الجمهورية ذلك أن رئيس الجمهورية حين يمارس سلطة إصدار القرارات بقانون إنما يحل محل مجلس الشعب وينوب عنه ، أي أنه يمثل السلطة التشريعية في البلاد فتكون للقرارات بقوانين التي يصدرها نفس قوة القوانين التي يصدرها مجلس الشعب .

لوائح الضبط

٦٧٩ - هذه اللوائح يصدرها رئيس الجمهورية استناداً إلى المادة ١٤٥ من الدستور وهي قد تتضمن قواعد مجرمة وذلك على العكس من اللوائح التنفيذية ، فهذه تدور في فلك قواعد قانونية سابقة ولا تتجاوز تنفيذها دون أن تنشئ قواعد قانونية جديدة .

اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية المركزية والمحلية

٦٨٠ - تصدر هذه اللوائح استناداً إلى نص المادة ٣٩٥ عقوبات التي تنص على أن « من خالف أحكام اللوائح العمومية أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العمومية أو البلدية أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على العقوبات المقررة للمخالفات ، فإن كانت العقوبة المقررة في اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتماً إنزالها إليها ، فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين قرشاً مصرياً » .

المطلب الثاني

المصادر غير المباشرة

٦٨١ - يعتبر مصدراً غير مباشر للتجريم والعقاب كل قاعدة غير جنائية ، قانونية كانت أو مجرد قاعدة اجتماعية ، بل وقاعدة كانت أو غير قاعدة ، تحيل إليها صراحة أو ضمناً قاعدة جنائية مجرمة أو مبررة ، بحيث يتوقف وجود القاعدة الجنائية ، وبعبارة مفصلة يتوقف وجود شق التكليف الجنائي أحياناً وشق الجزاء أحياناً أخرى ، على وجود القاعدة الجنائية وما إليها (١) . ومن هذا التعريف للمصادر غير المباشرة للتجريم والعقاب يتضح لنا أن بعضها قد يتمثل في قاعدة قانونية تنتمي إلى فرع آخر من فروع القانون غير الجنائي ، كما أن بعضها الآخر قد لا يرقى إلى مرتبة القاعدة القانونية في عمومها وتجريدها ، فتقف به خصوصيته وتجسيمه لدى مجرد القرار أو الأمر الإداريين أو لدى مجرد التصرف القانوني أو الواقعة القانونية ، وقد يتصل

(١) الصيغ ، المرجع السابق ص ٣٣٢ والمراجع الأجنبية المشار إليها بالهاش .

بعضها بقانون أجنبي أو بحكم صادر من محكمة أجنبية . كما يتضح من هذا التعريف ، من جهة أخرى ، أن بعض المصادر غير المباشرة يتصل بشق التكليف الجنائي بحيث يتوقف وجود هذا التكليف على وجود المصدر المذكور ، بينما يتصل البعض الآخر بشق الجزاء بحيث يعلق حق الدولة في توقيع العقوبة على وجود هذا المصدر . هذه المصادر غير المباشرة هي العرف ، والقواعد غير الجنائية ، والقرارات والأوامر الإدارية ، والقانون الأجنبي والأحكام الصادرة من محكمة أجنبية ، والقانون الدولي العام ، وقواعد الدين ، والأخلاق ، ونتكلم عليها تباعاً .

١ - العرف

٦٨٢ - سبق أن ذكرنا أن فقهاء القانون الخاص يعرفون العرف بأنه تواتر العمل بقاعدة معينة تواتراً تمليه العقيدة في ضرورة اتباع هذه القاعدة ، وأن للعرف ركنين : أحدهما مادي يتمثل في اطراد العمل بسنة أو بقاعدة معينة ، وثانيهما معنوي ويتمثل في الاعتقاد في إلزام هذه السنة أو هذه القاعدة كقاعدة قانونية يجب اتباعها . كما رأينا أن للعرف ذاتية تجعل منه مصدراً احتياطياً يقف وراء التشريع ليسد ما يعنونه من قصور أو نقص ، ويرتب الفقهاء على ذاتيته هذه افتراض علم أطراف العلاقة القانونية به ، والتزام القاضى بتطبيقه تلقائياً على الدعاوى المطروحة أمامه بوصفه قاعدة قانونية ملزمة .

٦٨٣ - وعلى ضوء التعريف السابق وما يترتب عليه من نتائج قانونية يبرز في هذا المجال ، مجال التأنيم والعقاب ، عنصر الاعتقاد في العرف كقاعدة « قانونية » ملزمة . ويقول الدكتور عبد الفتاح الصيني (١) « إن في إضافة عنصر القانونية إلى العرف مسألة تدعو إلى التأمل ، فالعرف كائن ente يتكون في بيئة غير « قانونية » ، قد تكون بيئة اجتماعية وقد تكون اقتصادية أو سياسية أو علمية أو فنية أو غير ذلك إلى أن يبلغ درجة اعتقاد الجماعة بأنه « ملزم » إلزاماً غير قانوني ، اجتماعياً أو سياسياً أو اقتصادياً ، وفي عبارة أخرى يبدأ العرف عادة لا تلبث أن تستقر في وجدان الوسط الاجتماعي أو

(١) المرجع السابق ص ٣٣٤ .

الاقتصادي أو السياسي على أنها قاعدة « غير قانونية » ملزمة . في هذه المرحلة من مراحل تكوّن القاعدة العرفية نكون بصدد قاعدة غير قانونية ذات شقين : أولهما التكليف ويتمثل في أمر أو نهى ينبغي عدم الخروج عليهما ، وثانيهما الجزاء وهو جزاء « غير قانوني » قد يكون اجتماعياً أو اقتصادياً أو سياسياً أو غير ذلك . وفي مرحلة ثانية من مراحل تكوّن العرف يتدخل المشرع الوضعي بوسيلته الحديثة للتعبير عن إرادة الجماعة وهي التشريع ، فيضفي على القاعدة العرفية إلزاماً « قانونياً » إلى جانب إلزامها سالف الذكر ، فتستحيل من قاعدة غير قانونية إلى قاعدة من قواعد القانون الوضعي . ومن هذا يتضح لنا أن في إضافة عنصر « القانونية » إلى القاعدة العرفية مزجاً بين مرحلتين من مراحل تكوّن القاعدة العرفية من شأنه أن يجيب عن فقهاء القانون الجنائي حقيقة دور العرف في مجال التجريم والعقاب (١) .

وعلى ضوء هذه الملاحظة فإن الدكتور الصبغى لا يقر من يعترف من فقهاء القانون الجنائي (٢) للعرف بذاتية مستقلة تمكنه من أن يقف أمام التشريع الجنائي دون حاجة منه لأن ينتظر اعتراف الأخير به بل ودون انتظار منه لأن يعترف التشريع بجزائه ، قولا إنه مستقل عن التشريع بتكليفه استقلاله بجزائه على نحو يجعل منه مصدراً مستقلاً للقانون الوضعي يمكنه من أن يكمل من التشريع ما نقصه ، ومن أن يعدله ، بل ومن أن يلغيه ، سواء رضى التشريع بذلك أو لم يرض . لا يقر هذا الاتجاه الفقهي على ما خلص إليه استناداً إلى أن العرف لا يعدو أن يكون قاعدة غير قانونية ، تكونت بتكليفها وجزائها خارج إطار القانون الوضعي ، ثم جاء التشريع في مرحلة لاحقة على تكوينها فاعترف بها اعترافاً يتمثل في الإحالة إليها صراحة أو ضمناً .

(١) أغفل الدكتور شمس الدين الوكيل وصف « القانونية » من عنصر الإلزام في العرف ، فقد عرفه بأنه استقرار الإيمان في نفوس الناس بأن هذا الاعتقاد قد صار ملزماً لهم وأن مخالفته توجب توقيع جزاء مادي هل المخالف - الموجز في المدخل لدراسة القانون ص ١٨٣ . ولهذا الإغفال أهمية في إبراز حقيقة كنه العرف وفي وضع فاصل بين مرحلتين : غير القانونية ، والقانونية .

(٢) يقول الفقيه الألماني Von Thur إن للعرف قوة تعادل قوة القانون المكتوب لدرجة يستطيع معها إلغاء حدوده ، ويخلص إلى الاعتراف للعرف بقوة مكملة للقانون المكتوب ، بل ويعترف له بإمكانية مخالفة أحياناً للقانون ، ونحن بدورنا لا نقر هذا النظر .

ويتجه جانب من الفقهاء إلى ما خلص إليه الدكتور الصبغى آنفاً ، سالكين في تعليل رأيهم مسلكاً آخر لا يقوم على تحليل مرحلتين تكوّن العرف ، وإنما يقوم على مبدأ الشرعية (١) . وإعمالاً لحجة هؤلاء الفقهاء في ظل قانون العقوبات المصري ، تتضمن المواد ١ و ٢ و ٣ من هذا القانون ما يفيد أن التجريم مقصور على التشريع معبرة عن ذلك بقولها « هذا القانون » ، الأمر الذي لا يتسق معه الاعتراف للعرف بدور مستقل عن التشريع الجنائي . ونخلص مما تقدم إلى أن دور العرف في مجال القانون الجنائي مقصور على الحالات التي يحيل فيها التشريع إليه صراحة أو ضمناً ، دون غيرها من الحالات .

٦٨٤ - ويمكن رد الدور الذي يقوم به العرف في مجال القانون الجنائي إلى وجوه ثلاثة : ١ - فقد يسهم العرف في بناء شق التكليف في القاعدة الجزئية . ٢ - وقد يمتد أثره إلى هذه القاعدة بشقيها فيبيح التكليف ويبطل بالتالي مفعول الجزاء الجنائي ، فيسهم بذلك في تكوين شق التكليف في القاعدة المبررة أو المانحة . ٣ - أو يمتد إلى القاعدة الجزئية بشقيها فيوقف تطبيقها دون أن يلغيا . وسنعالج كلا من هذه الوجوه على التوالي .

إسهام العرف في بناء التكليف الجنائي

٦٨٥ - يسهم العرف في تكوين شق التكليف الخاص بالقاعدة الجنائية على نحو تملبه طبيعة التكليف ذاته ، فقد يرد التكليف في قاعدة جنائية على بياض ، وقد يصاغ في قالب حر .

أ - بالنسبة للتكليف الذي تتضمنه قاعدة جنائية على بياض :

في القاعدة على بياض يكتفي المشرع بتحديد شق الجزاء في القاعدة الجنائية ويحيل في نفس الوقت ، وهو في صدد تحديد شق التكليف الجنائي ، إلى قاعدة قانونية غير جنائية لتتولى تحديد هذا الشق الذي لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض . من أمثلة القاعدة على بياض الجريمة الإيجابية التي ترتكب بطريق سلبى ، إذ يشترط لتحقيق النموذج القانوني لهذه الجريمة أن يحل

(١) من هذا الرأي جرسيني ، المرجع السابق ، ص ٣١٥ فقرة ٤ - بتأين

pankain ، المرجع السابق ، ص ٨٠ فقرة ٤٩ .

الجاني بالتزام قانوني يلقى على عاتقه أن يتدخل ليحول دون تحقق نتيجة معينة . بهذه الإحالة إذن تتولى قاعدة غير جنائية تجديد الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به أحد مقومات السلوك النموذجي . ومن المسلم به أن العرف قد يكون مصدراً لمثل هذا الالتزام ، كما هو الشأن بالنسبة للالتزام القانوني الذي يلزم الصيادين بإتخاذ من تشرف سفينته منهم على العرق ، وهو التزام مصدره العرف في بعض الدول (١) .

ب - وبالنسبة للتكليف الذي يصبه المشرع في قالب حر .

الجريمة ذات القالب الحر هي الجريمة التي فيها يتعذر على المشرع أن يحيط بالوصف الدقيق للفعل المكون لها نظراً لأن طبيعته لا تسمح بذلك ، الأمر الذي لا يجد معه المشرع ندحة من الركون إلى النتيجة الإجرامية فيحدددها ، وإلى رابطة السببية فيعيتها ، إذ بتحديدته للنتيجة والسببية يتحدد الفعل الذي عنه تثبت السببية فتربط بينه وبين النتيجة . من أمثلة هذه الجريمة نذكر « السب » الذي يتضمن بأى وجه من الوجوه « خدشاً للشرف أو الاعتبار » ، كما نذكر « القذف بأمر لو كان صادقاً لأوجب عقاب من أسند إليه » ، ونذكر « استعمال الموظف العمومي القسوة مع الناس اعتماداً على وظيفته بحيث إنه أخل بشرفهم » (٢) . وفي الجريمة ذات القالب الحر قد يترك المشرع لقاضي الموضوع سلطة تحديد ما يطابق من الأفعال النموذج القانوني المجرد ، ومن قبيل ذلك ما تضمنته المادة ٧٧ عقوبات مصري من تحريم كل فعل « يؤدي إلى المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامة أراضيها » (٣) ، كما قد يكل إلى العرف تحديد الفعل الذي يجسم النموذج القانوني المجرد ، ومن أمثلة ذلك ما أشرنا إليه الآن بصدد المواد ١٢٩ و ٣٠٢ و ٣٠٦ عقوبات مصري في جرائم السب والقذف واستعمال القسوة .

(١) راجع في تفصيل هذا الموضوع ، الدكتور الصيق ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ١٩٦٧ ، ص ٦٨ فقرة ٣٧ - وإلى هذا الرأي يتجه الراجح في الفقهين المصري والمقارن .

(٢) انظر المواد ٣٠٦ و ٣٠٢ و ١٢٩ عقوبات مصري على التوالي .

(٣) راجع الدكتور الصيق ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الخارج ص ١٧ فقرة ٢٠ .

ويعمد المشرع إلى الإحالة إلى العرف بالنسبة للأفعال ذات المضمون المتغير المتطور الذي يستمد تغيره من ضمير الجماعة وتطوره من تطور مفاهيمها الاجتماعية . فالمادة ٢٧٨ عقوبات مصري تجرم كل من فعل علانية فعلاً فاضحاً مخلاً بالحياء ، ولما كان اعتبار فعل ما مخلاً بالحياء مسألة نسبية تختلف باختلاف المكان داخل الدولة الواحدة اختلافها من حيث الزمان ، فقد آثر المشرع أن يترك للعرف الاجتماعي مهمة الإسهام في تحديد شق التكليف في قاعدة جنائية صيغ تكليفها على نحو مرن أو حر أو غير مقيد . وقد يتولى العرف تحديد المقصود بنتيجة جنائية معينة ، وفي هذه الحالة ينصب دور العرف على تكوين القاعدة الجنائية لا على تفسيرها ، وذلك لأن النتيجة عنصر من العناصر التي منها يتكون الركن المادي للجريمة (١) .

اسهام العرف في اباحة التكليف الجنائي

٦٨٦ - قد يتدخل العرف فيعدل من الظروف الاجتماعية ، التي في إطارها يرتكب الفعل في ظروف معينة ، أمراً يتعارض مع مصلحة اجتماعية على جانب مرموق من الأهمية أحس بها أفراد الجماعة وأعلوها في نظرهم على المصلحة التي اقتضت في الأصل تجريم الفعل . ومن ثم لا يجد المشرع مناصاً من أن يقر هذا العرف صراحة أو ضمناً ، وما الإقرار في مقامنا هذا سوى إحالة من المشرع إلى العرف . ومن أمثلة ذلك في مجال جرائم الإيذاء ما جرى عليه العرف من تبرير تأديب الولي على النفس للصبى الذي في ولايته ، وتأديب المعلم للصبية ، ومعلم المهنة لمن يدرهم من صبية ، وبعض الألعاب الرياضية ولا سيما الملاكمة . هذه الأفعال جميعها تحقق مصلحة اجتماعية عليا

(١) ويضرب الدكتور الصيق مثالا طريفاً لذلك يتحصل فيما نشرته الصحف من أن أكاديمية العلوم الفرنسية أعلنت أن المريض يعتبر ميتاً ، من الناحية الطبية لا القوية ، إذا أصبح نحوه في حالة عجز مطلق وأبدى عن أن يؤدي أية وظيفة من وظائفه العسوية أو العصبية . فهذا رأى صادر من إحدى الهيئات العلمية لم يتأيد بعد من سائر الهيئات الطبية . وإذا قدر له أن يصبح عرفاً طبيياً ملزماً فلا شك في أن أثره على جريمة القتل سيكون جوهرياً . فالقتل ، حتى الآن ، هو إزهاق لروح إنسان حي ، ويشتمل الإزهاق في تعطيل جميع أعضاء الجسم عن أدائها لوظائفها تعطيلاً أديماً ، وقد يتغير معنى القتل مستقبلاً بحيث تضاف إليه الحالة التي أعلنتها أكاديمية العلوم الفرنسية سالفة الذكر - إذا أصبح مضمونها عرفاً طبيياً مسلماً به ومقرناً بالاعتقاد في إلزامه - القاعدة الجنائية ص ٣٢٨ فقرة ١٠١ .

تربو على مصلحة آحاد الناس في سلامة أجسامهم ، لهذا فقد أصبحت أفعالاً مبررة يادر المشرع إلى الاعتراف بتبرير بعضها صراحة وأقر البعض الآخر منها ضمناً . وفي مجال الشرف والاعتبار وأسرار المهنة نشأ عرف في الوسط الصحافي والمهني بتبرير نشر بعض المعلومات والأخبار والأبناء التي تنطوي على مساس بإحدى هذه المصالح الحمية جنائياً في حدود معينة وبالنسبة لظروف حددها هذا العرف (١) .

دور العرف في « وقف » تطبيق القاعدة الجنائية الجرمية

٦٨٧ - قد يتغير المناخ السياسي الذي تطبق فيه القاعدة الجنائية بحيث يتعارض تطبيقها مع غاية النظام القانوني وهي الصالح العام . ويرجع هذا التغيير إلى أحد عاملين : إما أن يتدخل المشرع في مجال قانون غير جنائي فيحدث به تعديلاً يؤثر على المناخ السياسي للنظام القانوني بأسره ، ودون أن يقابل هذا التدخل مثيل له في مجال القانون الجنائي بحيث يتعذر التوفيق بين تطبيق إحدى القواعد الجنائية وبين ما ينشده النظام القانوني من صالح عام ، وإما أن يكون هذا التغيير وليد عرف سياسي أو اقتصادي يعبر تعبيراً صادقاً عن ضمير الجماعة إلى حد تعتقد معه بإلزامه قانوناً وعلى الرغم من ذلك يتعارض تطبيق إحدى القواعد الجنائية مع هذا العرف ، مما يهدر معه الصالح العام بصفته هدفاً أسمى للنظام القانوني . لا مناص إذن في هاتين الحالتين لكي نتفادى النتائج الخطيرة المترتبة على هذا التعارض من أن « نوقف » تطبيق القواعد الجنائية التي تتعارض مع المناخ السياسي الجديد (٢) .

ما لا يستطيع العرف أن يحققه

٦٨٨ - يجمع الفقه على أن العرف لا يستطيع أن ينشئ جريمة أو

(١) جرسيني ، المرجع السابق ص ٣١٦ ، الصيق ، المرجع السابق ص ٣٣٩ .
(٢) يشير الدكتور الصيق إلى قانون صدر في لبنان « يعلق » تطبيق أحكام بعض مواد قانون العقوبات الواردة بالنسبة الخاصة بالقتل قصداً وترتب عقوبة له دون الإعدام . وقد صدر هذا القانون في ١٥ شباط (فبراير) ١٩٥٩ لمواجهة الثورة الأهلية التي اجتاحت لبنان عام ١٩٥٨ . وقد أعاد المشرع هذه النصوص فعاليتها بعد أن استقرت الأمور في لبنان بما يفهم منه أن التعليق تعطيل وتوقي لتطبيق القواعد الجنائية - للقاعدة الجنائية ص ٣٤٥ والهامش .

عقوبة (١) ، بل ولا أن يخفف من العقوبة المقررة قانوناً أو أن يشدد منها ، فمثل هذا العرف ، ولا يتصور إلا أن يكون عرفاً قضائياً ، لا يقيد قاضي الموضوع عند تقديره للعقوبة داخل حدها الأدنى والأقصى .
ومن جهة أخرى فليس في مقدور العرف السلب ، أو في عبارة أخرى عدم تطبيق النص ، أن يلغي القاعدة الجنائية المجرمة ، وإن جاز له أن يعطل من تطبيقها في حالات معينة بذاتها يصبح فيها الفعل مبرراً ، ما لم يتغير المناخ السياسي الذي في جوه تطبق القاعدة لدرجة يترتب على تطبيق القاعدة معها تصدع النظام القانوني وعجزه عن تحقيق الصالح العام (٢) .

متى يفترض العلم بالعرف

٦٨٩ - يصبح العرف جزءاً من القانون الجنائي متى أحال هذا الأخير إليه أو اعترف به صراحة أو ضمناً . ويترتب على ذلك افتراض علم المخاطب بالقاعدة الجنائية بالعرف افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، شأنه في ذلك شأن القانون الجنائي نفسه . وعلى القاضي الجنائي أن يعمل حكم العرف سواء طلب منه أطراف الدعوى العامة إعماله أو لم يطلبوا . وإذا اعتور العرف شك حول وجوده ، كان للقاضي أن يتوسل بكافة طرق الإثبات ومن بينها أن يكلف من يتمسك به بإثباته (٣) . أما إذا اعتوره غموض أو لبس حول مدلوله أو مداه ، فللقاضي أن يتصدى لتفسيره مستعيناً في ذلك بكافة طرق التفسير

(١) ومع ذلك فقد كان العرف القبلي ، بموجب المادة ٤١ عقوبات عراق الملغاة بالقانون ٩ لسنة ١٩٦١ ، مصدراً من مصادر القانون العقابي إذ كان يجوز توقيع العقوبة التي يقرها هذا العرف بدلا من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات . كذلك كان نظام دعاوى المشائر المدنية والجزائية الملغى صريحاً في مادته السابعة في اعتبار العادات العشائرية مصدراً قانونياً ملازماً لا في القضايا المدنية فقط بل في القضايا الجزائية كذلك - راجع ما ذكرناه في هذا الخصوص هامش (١) ص ٢٩١ و ٢٩٢ .

(٢) وتأسيساً على ذلك : فإن عدم تطبيق النية العامة للقاعدة الجنائية التي تتضمنها المادة ٢/٣٨٠ عقوبات مصري التي تعاقب كل من وقع منه في الجنازات عويل أو واوله بما يكدر راحة السكان لا يسلب القاعدة وجودها ، ولا النص الذي يتضمنها قوته ، إذ لا يمكن أن يستهدف النص المقرر للقاعدة الجنائية للإلغاء إلا بنص آخر في مستواه أو أعلى منه . ومن ثم فإن كل عرف يسلب النية العامة سلطتها في تحريك الدعوى العامة المنبثقة عن الجريمة في حالتنا هذه يعتبر عرفاً باطلاً لا يعتد به ولا أثر له .

(٣) مانسيني ، المطول سالف الذكر ص ٢٥٩ هامش رقم ٣ .

التي تخضع لها القاعدة الجنائية . ولحكمة التقض أن تراقب قاضي الموضوع فيما يقضى به من وجود العرف أو من تطبيقه ، فالعرف يأخذ حكم القاعدة الجنائية لأنه أسهم في بنائها ولا يعتبر واقعة مادية تترك لتقدير قاضي الموضوع (١) .

دور العرف في تفسير القاعدة الجنائية المجرمة

٦٩٠ - حددنا الدور الذي يمكن أن يقوم به العرف في مجال التجريم والعقاب ، في مجال إعمال القاعدة الجنائية أو إبطال مفعولها أو وقف تطبيقها في حالات معينة بذاتها . ونبادر إلى القول في مقام بيان دور العرف في تفسير القاعدة الجنائية المجرمة ، إن الرأي السائد في الفقهاء المصريين والمقارن يعترف للعرف بدور في « تفسير » القاعدة الجنائية . ويذهب الدكتور الصيني (٢) إلى إنكار أي دور للعرف في هذا المجال ، وهو ينجح لوجهة نظره هذه بما هو معلوم من أن التفسير إنما يأتي لاحقاً على القاعدة الجنائية ، وهذه لا تكون قد وجدت بعد ، لأن وجودها يتوقف بداهة على توافر شقيها من تكليف وجزاء ، لهذا فإن دور العرف إنما ينصرف إلى بناء القاعدة الجنائية لا إلى تفسيرها .

ونحن مع الدكتور الصيني في هذا الرأي ، ذلك أن الأمثلة التي يسوقها الفقه المصري والمقارن تدليلاً على أن للعرف دوراً في « تفسير » القاعدة الجنائية إنما ترجع كلها إلى جوهر التكليف الجنائي لا إلى تفسير القانون الجنائي ، ذلك التفسير الذي يتولاه مصدر آخر غير ذات العرف الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي الذي أسهم في تكوين القاعدة ، وقد يكون هذا المصدر عادة صناعية أو تجارية ، أو فكرة أو نظرية علمية ، أو معنى لغوياً درج عليه اللغويون . وثم فارق بين عرف أسهم في تكوين التكليف الجنائي ، وبين عادة أو فكرة أو مصطلح أو نظرية أسهمت في تفسير القاعدة الجنائية ، ولكن لا توجد حالة يتصور فيها قيام عرف يسهم في تفسير القاعدة الجنائية .

(١) يعتقد فقهاء القانون الخاص هذا النظر - راجع ما سبق أن قلناه عن العرف

ص ٢٨٧ وص ٥٩٨ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ص ٣٤١ و ٣٤٢ بند ١٠٥ .

٢ - القواعد غير الجنائية والقرارات والأوامر الإدارية

٦٩١ - قد نحيل القاعدة الجنائية إلى قاعدة قانونية غير جنائية ، كما قد نحيل إلى قرار أو أمر إداري . في هذه الحالات تسهم القاعدة أو القرار أو الأمر في تكوين شق التكليف الجنائي . ومن أمثلة ذلك المادة ٣٤١ عقوبات مصرى التي تعالج جريمة خيانة الأمانة ، محيلة إلى قواعد القانون المدني بشأن تكليف العقود التي يعتبر الإخلال بها مكوئناً لهذه الجريمة . والمادة ٨١ عقوبات التي تجرم الإخلال بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عقد توريد أو أشغال ارتبط به الجنائي مع الحكومة ، محيلة بذلك إلى قواعد القانون الإداري لتحديد طبيعة العقد ومضمون الالتزام المترتبة عليه ومدى الإخلال بها . والمادة ٣٢٨ عقوبات التي تجرم التفالس بالتدليس ، محيلة إلى قواعد القانون التجاري لتحديد متى يعتبر التاجر متوقفاً عن دفع ديونه . ومن أمثلة الإحالة إلى قرار أو أمر إداري نذكر المادة ١٢٣ عقوبات التي تعاقب كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة . والمادة ١٢٠ عقوبات التي تجرم إحراز المفرقات وصنعها واستيرادها قبل الحصول على ترخيص بذلك يصدره وزير الداخلية وتكل لهذا الوزير سلطة تحديد ما يعتبر مفرقات حكماً بموجب قرار صادر منه . وتتولى القاعدة على بياض عادة الإحالة إلى قواعد غير جنائية أو إلى قرارات أو أوامر إدارية . وقد تدخل هذه جميعاً في تكوين النموذج القانوني للساوك المعاقب عليه ، كما قد تمثل الجانب المفترض في الجريمة . فعقود الائتمان (١) مثلا تمثل الجانب المفترض لجريمة خيانة الأمانة ، بينما يعتبر توقف التاجر عن دفع ديونه بالالتجاء إلى التدليس سلوكاً إجرامياً معاقباً عليه .

٦٩٢ - وبدخول القاعدة غير الجنائية أو القرار أو الأمر الإداري مجال القاعدة الجنائية ، نزلت تلك جميعاً من القاعدة الجنائية منزلة الواقع ، لا القانون . ويرتب على هذا ضرورة انصراف علم الجنائي إليها إذا كانت الجريمة

(١) ويؤثر الدكتور الصيني تسميتها بالمركز الائتماني - المرجع السابق ص ٢٤٤ .

عمدية ، لأنها تعتبر من الوقائع الجوهرية التي ينفي الجهل بها وجود القصد الجنائي (١) .

٣ - القوانين والأحكام الأجنبية (٢)

٦٩٣ - قد تحيل القاعدة الجنائية إلى قانون أجنبي ، كما قد تحيل إلى حكم صادر من محكمة أجنبية ، وقد تكون الإحالة صريحة ، كما قد تكون ضمنية . من أمثلة الإحالة صراحة إلى القانون الأجنبي نذكر المادة الثالثة من قانون العقوبات المصري التي تشترط لإمكانية معاقبة المصري عن جريمة ارتكبتها في الخارج ، أن تكون الجريمة معاقباً عليها كذلك طبقاً لقانون البلد الأجنبي الذي وقعت فيه (٣) . ومن أمثلة الإحالة الضمنية إلى قانون أجنبي ما تنص

(١) سيأتي عرض هذا الموضوع تفصيلاً عند بحثنا أثر الجهل بالقاعدة القانونية غير الجنائية على المسئولية الجنائية .

(٢) القانون الدولي الخاص هو القانون الذي يشتمل على القواعد القانونية التي تعين المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه في علاقة قانونية مشوبة بمنصر أجنبي وتحكم الموطن والجنسية والمركز القانوني للأجانب في الدولة . وقد سبق أن ذكرنا أن بعض قواعد هذا القانون ، حل ما يظهر من هذا التعريف ، ليست موضوعية بل هي قواعد إستناد أو إحالة تقتصر على إرشادنا إلى المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه عند تنازع القوانين وتنازع الاختصاص في علاقة قانونية خاصة وتتصل بدولة أجنبية ومشوبة بمنصر أجنبي إما بسبب أشخاصها أو مكان انعقادها أو موضوعها ولكنها ليست بين أفراد ينتمون بجنسياتهم إلى دول مختلفة فحسب بل بين أفراد ينتمون إلى دولة واحدة أيضاً كعلاقة زواج أو طلاق قانونية بين يوناني ويونانية في مصر . وسبب عدم تجميع أحكام هذا القانون في مجموعة واحدة مستقلة يعود إلى حداثة نشأته نسبياً إذ يرجع ظهور قواعده إلى أيام الثورة الفرنسية وقبل ذلك لم يكن له وجود بسبب تطرف الدول في الأخذ بفكرة السيادة وعدم إمكان تطبيق قانون آخر في الدولة غير قانونها الوطني *Lex Fori* وعدم الاعتراف بالاختصاص القضائي لغير المحاكم الوطنية وضعف العلاقات الثقافية والاقتصادية بين الدول وصعوبة المواصلات - د . غالب الداودي ، حلول بعض المسائل في القانون الدولي الخاص السعودي ، مقال بمجلة كلية التجارة جامعة الرياض ص ٢١ .

(٣) تجري غالبية قوانين الدول العربية حل منوال القوانين الأخرى فلا تنص على تطبيق القانون الإقليمي الأجنبي بطريق مباشر ، فكل ما فيها أنه يرجع إلى هذا القانون عند النظر في تطبيق مبدأ الشخصية الإيجابية *Le principe de la personnalité active* لمعرفة ما إذا كان الفعل الذي ارتكبه المواطن معاقباً عليه في الخارج . وقد انفرد القانونان اللبناني والسوري بالنص في المادة ٢٦ من كل منهما على ما يأتي « فيما خص الجرائم المقررة في لبنان - أو -

عليه المادة ٦٠ عقوبات مصري من أنه لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة (١) . ولا شك أن هذا المصطلح كما ينصرف إلى القانون الوطني ، ينصرف كذلك إلى القانون الأجنبي .

١ - سورية - أو في الخارج تراعى شريعة المدعى عليه الشخصية لأجل تجريمه : ١ - عندما يكون أحد العناصر المؤلفة للجرم خاضعاً لشريعة خاصة بالأحوال الشخصية أو بالأهلية . ٢ - عندما يكون أحد أسباب التشديد أو الأضرار الشرعية - القانونية - ما عدا القصر الجزائي ناشئاً عن شريعة خاصة بالأحوال الشخصية أو بالأهلية . وظاهر أن مراد الشارع هو الإحالة على قانون الأحوال الشخصية أو الأهلية الخاص بالمتهم للتحقق من توافر عنصر في الجريمة أو سبب لتشديد عقوبتها أو عذر يقترب بها ، وسواء وقعت الجريمة في الداخل أو في الخارج وسواء أدى هذا البحث إلى إفادة المتهم أو عدم إفادته « ولم يحط القانون اللبناني بسبب الإباحة الذي قد ينص عليه قانون الأحوال الشخصية كحق الزوج في تأديب زوجته ومنطق المشرع اللبناني يؤدي إلى إفادة الفاعل من هذا السبب الذي تقضي به شريعته . والأمر لا يخرج بذلك عن تعرض القاضى لمسألة فرعية يحكمها القانون الخاص بها وليس هذا هو مفهوم تطبيق القاضى الوطني لقانون أجنبي على ما عرض له مؤتمر بوخارست سنة ١٩٢٩ ومؤتمر لشبونة سنة ١٩٦١ من التوصية بتطبيق القانون الأجنبي متى كان أصح ولم يكن مخالفاً لتنظيم العام في دواة القاضى . وربما كان أقرب إلى هذه الفكرة ما نصت عليه المادة ٢٥ من القانونين اللبناني والسوري على ما تقدم .

وغنى عن البيان أنه يمنع تطبيق القانون الأجنبي إذا كان في تطبيقه مخالفة صريحة للأداب أو النظام العام أو الأديان كما هو الحال بالنسبة لجريمة تعدد الزوجات مثلاً - راجع *J. M. Bammelen* في تقريره المقدم إلى المؤتمر الثامن لقانون العقوبات المنعقد في لشبونة ١٩٦١ ، *Rev. Intern. Dr. Pén, 1960, p. 962* - وانظر الدكتور كمال أنور محمد ، تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان ص ٢١٣ وما بعدها .

(١) السائد في الفقه المصري أن المقصود بمصطلح الشريعة هنا هو « القانون » فيشمل الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ولقد ذهب البعض إلى أن فكرة القانون الذي يخول الحق قد تتسع بحيث تشمل المرفوع وعندئذ يكون من قبيل الحق المقرر بمقتضى القانون والذي يستتبع الإباحة ، حق السيد في تأديب الخادم أو حق رب العمل في تأديب العبيد - الدكتور حل راشد ج ١ ص ٤٣٤ . وقد قضت محكمة النقض بأن الضرب الذي يقع من زوج على زوجته إذا تجاوز حدود التأديب بأن يحدث أذى يجسم الزوجة كان معاقباً عليه - نقض ٣ مارس ١٩٣٤ ، المحاماة ص ٥ ص ١٠٧ . كما قضت بأن « حق الزوج في تأديب زوجته مبين بالمادة ٢٠٩ من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية التي نصها « بإباح الزوج تأديب زوجته تأديباً خفيفاً على كل مصيبة لم يرد في شأنها حد مقرر ، ولا يجوز له أصلاً أن يضربها ضرباً فاحشاً ولو بحق » . وقد قالوا إن حد الضرب الفاحش الذي تشير إليه المادة -

فإذا فرضنا أن شخصاً يقيم بمصر تزوج من يونانية طبقاً لقانون الأحوال الشخصية اليوناني ثم عمد إلى ضرب زوجته بقصد تأديبها ، وجب الرجوع إلى أحكام هذا القانون لا إلى أحكام القانون المصري لنعرف ما إذا كان هذا حقاً يخوله له قانون الأحوال الشخصية اليوناني أو أنه ليس حقاً له . فإذا كان هذا القانون يميز للزوج الحق في تأديب زوجته كان فعله مباحاً ، وإلا مثل جنائياً عن جريمة الضرب متى وقعت بالإقليم المصري على تقدير أن حق التأديب لا يعتبر من النظام العام في الشريعة الإسلامية بحسبانه لا يحقق مصلحة عامة عليا ولا يعتبر من المبادئ الأساسية في الشريعة ولأن الدستور كفل للجميع حرية الاعتقاد ، ومن المعروف أن مناط تطبيق أحكام القانون الأجنبي هو ألا يكون في تطبيقه مخالفة صريحة للأديان أو الآداب في مصر .

أمثلة احالة القاعدة الجنائية الى الحكم الأجنبي

٦٩٤ - نذكر في هذا الصدد المادة ٢٩ من قانون العقوبات اللبناني التي تنص على أن الأحكام الجزائية الصادرة عن قضاء أجنبي بشأن أفعال تصفها الشريعة اللبنانية بالجنائيات أو الجنح يمكن الاستناد إليها لأجل تطبيق أحكام الشريعة اللبنانية^(١) بشأن التكرار ، واعتبار الإجماع ، واجتماع الجرائم ،

= هو الذي يؤثر في الجسم ويغير لون الجلد ، فإذا ضرب زوج زوجته فأحدث بها سحجين في ظاهر الصدر وسحباً آخر في الصدر ، فهذا القدر كاف لاعتبار ما وقع منه خارجياً عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة ومستوجباً للعقاب - نقض ١٨ ديسمبر ١٩٣٣ ، المحاماة ص ١٥ ص ١٦٦ .

وقفت كذلك بأنه لا صحة للاعتماد بأن النظام في الجامعة الأزهرية يسمح بالتأديب الجسدي ، لأن المادة ٣٧ من المرسوم بقانون الصادر في ٢٧ إبريل ١٩٣١ باعتبار اللائحة الداخلية للمعهد الديني نصت على منع العقوبات البدنية قطعياً ، فلا يصح مع قيام هذا النص الصريح التمسك بأحكام الشريعة في هذا الصدد - نقض ٥ يناير ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ص ٤٣ ص ٨٠ .

(١) يقصد المشرع قانون العقوبات اللبناني . والمادة تكفل للقاضي اللبناني أن يتثبت من كون الحكم الأجنبي منطبقاً على القانون من حيث الشكل والأساس وذلك برجوعه إلى وثائق للقضية . والتثبت من صحة أساس الحكم مخالف لتوصية مؤتمر لاهاي ١٩٦٤ التي تقتضي بالاعتماد على عدالة القضاء الأجنبي فلا يكون التثبت من صحة الحكم إلا من الناحية الإجرائية دون النظر في الموضوع . هذا ووفقاً للمادة ٢٩ عقوبات لبناني وسوري يمكن كذلك الاستناد إلى الأحكام الجزائية الصادرة عن قضاة أجنبي لأجل تنفيذ ما ينجم عنها من تدابير -

ووقف التنفيذ ، ووقف الحكم النافذ^(١) ، وإعادة الاعتبار .

وقد تبني هذا الاتجاه مشروع قانون العقوبات المصري في المادة ١٣ منه وتنص على أنه « يجوز الاستناد إلى الأحكام الجنائية الباتة الصادرة من المحاكم الأجنبية العادية في جرائم منصوص عليها في هذا القانون وقعت في الخارج :
١ - لتنفيذ العقوبات الفرعية والتدابير متى كانت متفقة مع أحكام هذا القانون ولإجراء الرد والتعويض وغير ذلك من الآثار المدنية . ٢ - لتوقيع العقوبات الفرعية والتدابير المنصوص عليها في هذا القانون أو الحكم بالرد والتعويض . ٣ - لتطبيق أحكام هذا القانون فيما يختص بالعود والاعتقاد على الإجماع وتعدد الجرائم والإفراج تحت شرط . ويجب للاستناد إلى حكم أجنبي التثبت من صحته واعتماده أمام المحكمة المطلوب التنفيذ في دائرتها والختصة بنوع الجريمة المقضى فيها ، ومع ذلك إذا رفعت الدعوى واستند فيها إلى الحكم الأجنبي فيكون اعتماده من اختصاص المحكمة التي تنظر أمامها الدعوى » .

وقد يشير المشرع إلى الحكم الصادر من محكمة أجنبية كشرط سلبى لإمكانية تطبيق القاعدة الجنائية . من ذلك المادة ٤ عقوبات مصرى التي تقرر أن الحكم الأجنبي بالإدانة عن جريمة يسرى عليها القانون المصري يحول بعد تنفيذه دون إعادة المحاكمة عن هذه الجريمة مرة أخرى في مصر . ومفهوم مخالفة هذا النص أن الاختصاص ينعقد للقضاء المصري عن هذه الجريمة إذا لم يكن الحكم الأجنبي قد نفذ فعلاً^(٢) .

= احترازية وفقدان الأهلية والإسقاط من الحقوق ما دامت متفقة والشريعة اللبنانية ، وتنفيذ الردود والتعويضات والنتائج المدنية الأخرى .

(١) انظر المواد ١٧٤ لبناني و ١٧٢ سوري وما بعدها .

(٢) وأخيراً تجيز المادة ١٧ من اتفاقية تسليم المجرمين بين دول الجامعة العربية تنفيذ الأحكام القضائية يعقوبة مقيدة للحرية كالحبس أو السجن أو الأشغال الشاقة في الدولة الموجود بها المحكوم عليه بناء على طلب الدولة التي أصدرت الحكم ، على أنه يشترط لذلك موافقة الدولة المطلوب منها التنفيذ . وقد وقعت الاتفاقية المذكورة في ٩ يونيو ١٩٥٣ واعتبرت نافذة في مصر من ٢٨ أغسطس ١٩٥٤ وصدق عليها العراق بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٥٦ وانضمت لها ليبيا في ١٩ مايو ١٩٥٧ .

٤ - قواعد القانون الدولي العام

٦٩٥ - قد تحيل القاعدة الجنائية إلى إحدى قواعد القانون الدولي العام بحيث تسهم هذه الأخيرة في بناء شق التكييف أو في نطاق تطبيق القاعدة من حيث الزمان . من ذلك ما تضمنته بعض الجرائم الماسة بأمن الدولة من الخارج من استلزام وقوع الجريمة في زمن الحرب (١) ، وما أشارت إليه من ارتكاب الجنائي لأعمال عدائية ضد مصر (م ٧٧ ب) ، وما أشارت إليه من قطع للعلاقات السياسية بين مصر ودولة أجنبية ، وما أشارت إليه المادة ١٨٥ من مصطلحات « دولة شريكة أو حليفة أو صديقة » (٢) .

المطلب الثالث

المصادر الموجهة أو المرشدة

٦٩٦ - المصادر الموجهة أو المرشدة هي مصادر لا تدخل في تكوين القاعدة الجنائية وإنما يقتصر دورها على مجرد توجيه المشرع عند وصفه لهذه القاعدة حتى يتوخى فيها الوضوح والإحكام ، وترشد القاضي عند تطبيقه لها ليحقق العدل ويتجنب العسف . هذه المصادر هي : الفقه والعرف القضائي والدين والعدالة والمبادئ العامة للقانون والقانون الطبيعي والقانون الدولي العام . وتتناول بإيجاز كلا من هذه المصادر .
أولاً - الفقه :

الفقه القانوني بصفة عامة هو استظهار إرادة القانون والإحاطة بها في عمق واستيعاب (٣) . والفقه الجنائي فرع من الفقه القانوني ، وهو علم يهدف إلى استيعاب أحكام فرع معين من فروع القانون هو القانون الجنائي . والفقه القانوني بصفة عامة علم ، لا فن . وهو علم نظري لا عملي ، لأن دوره قاصر على الاستيعاب والإلمام دون العمل والممارسة . أو بعبارة أخرى فالفقه علم تنظيمي موضوعه سلوك ما يجب أن يؤدي ، وليس موضوعه

(١) المواد ٧٧ ب ، و ٧٧ ج و ٧٨ ب و ٧٨ ج و ٧٨ د عقوبات مصرى .

(٢) المصنف ، المرجع السابق ص ٣٤٣ - ٣٤٦ .

(٣) جرسيني ، المرجع السابق ص ٥ وما بعدها .

للبحث عن السبب الذي من أجله وقع هذا السلوك فعلاً (١) .

الفقه الجنائي

٦٩٧ - الفقه الجنائي إذن علم نظري تنظيمي ، لهذا فإن موضوعه هو القاعدة الجنائية ذاتها لا الأشخاص ولا الوقائع التي يدور حولها ما تضمنته هذه القواعد من تكليف ، فهذه كلها تخضع لعلوم أخرى تتعدد بتعدد الزاوية التي تنظر منها إلى هذه الوقائع أو هؤلاء الأشخاص ، وهي في الغالب علوم واصفة للشيئية . وينبثق عن كون الفقه الجنائي علماً تنظيمياً موضوعه القواعد الجنائية ذاتها ، أنه لا يعتبر مصدراً للقاعدة الجنائية ، فهذه توجد قبل أن يقوم الفقه بدوره في استيعاب هذه القواعد والإلمام بها . كما ينبثق عن كون الفقه علماً نظرياً أنه ينبغي عدم الخلط بينه وبين القضاء ، فالفقه يتولى استيعاب القاعدة الجنائية والإحاطة بها واستظهار إرادة القانون بشأنها ، بينما يتولى القضاء التطبيق العملي للقاعدة ذاتها على ضوء من الوقائع المعينة بذاتها التي تطرح بين يدي القاضي . وينبثق ، أخيراً ، عن كون موضوع الفقه الجنائي هو القاعدة الجنائية ذاتها ، لا ما يخضع لحكمها من وقائع وأشخاص ، أن على الفقيه حينما يعمل علمه في القاعدة الجنائية ويجد ألا مناص من مواجهة هذه الوقائع أو الأشخاص أن يبرزها كما تراها القاعدة الجنائية ذاتها لا كما هي في عالم الطبيعة (٢) . ويلعب الفقه دوراً هاماً في توجيه المشرع وإرشاد

(١) فهو ليس بعلم واصف للشيئية .

(٢) يقول الفقيه جرسيني إن من الممكن ، لكل ما تقدم ، المفاهيم القانونية أن تختلف عن المفاهيم الكونية أو الطبيعية ، وتفسر ذلك أنه إذا كانت المفاهيم الطبيعية مرتبطة بالحقائق الموضوعية ، فإن المفاهيم القانونية مفاهيم حرة غير مرتبطة بهذه الحقائق ، بل إنها مفاهيم تخيكية ، لهذا فهي مفاهيم اصطلاحية *convenzionale* . والأسلوب الذي يستخدمه الفقه القانوني ليقوم بدوره في استظهار إرادة القانون الكامنة في القاعدة القانونية هو المنطق التجريبي . وبهذا الأسلوب يجتاز الفقيه مراحل ثلاث : في المرحلة الأولى يبدأ الفقيه استخلاص المعاني المختلفة التي تتضمنها القاعدة القانونية ، ويتولى تحليل هذه القاعدة ، ويكرر نفس الشيء بالنسبة لكل قاعدة على حدة حتى ينكشف أمامه ما يربط بين قاعدة قانونية وأخرى أو أخريات من روابط كانت خافية عليه أول الأمر ، وتسمى هذه بالطريقة للكشفية . وفي المرحلة الثانية يعتمد الفقيه على تنظيم نتائج المرحلة الأولى فينسق بينها ويستخدمها في إقامة بناء متكامل يسمى بالمنظمة القانونية ، حيث يحدد موضوع الرابطة القانونية وأطرافها والسبب الملتزم أو المعدل لها أو القاضي عليها ، وآثارها . وفي المرحلة الثالثة يعتمد الفقيه على

القاضي . فالفضل يرجع إلى الفقه فيما حققته التقنيات الحديثة من تقدم في الصياغة ، وفي الالتجاء إلى توزيع المواد في أبواب وفصول لكل منها مجاله الخاص به . كما أن للفقه دوره في تبصير القاضي بالجانب النظري للقاعدة الجنائية حتى يكون على بينة من أمرها حينما يواجهها في التطبيق .

ثانياً - العرف القضائي

٦٩٨ - نقصد بالعرف القضائي استقرار القضاء على تحديد معين لبعض الأفكار والمبادئ القانونية التي لم يتصدّقها المشرع لتحديدتها أو لتعريفها . ومن شأن هذا الاتجاه القضائي أن يكشف عما يعثور النصوص من نقص أو غموض ، فيعمد المشرع إلى التدخل لمعالجتها . من أمثلة ذلك أن قانون العقوبات المصري الصادر عام ١٨٨٣ ، وذلك الصادر عام ١٩٠٤ أغفلا اعتبار بصمة الأصبع كالإمضاء في باب التزوير . وأمام سكوت المشرع اختلف القضاء حول ما إذا كانت نسبة بصمة الأصبع إلى شخص ما على غير الحقيقة يعتبر تزويراً أولاً .

اتجهت محكمة النقض أول الأمر إلى انتفاء التزوير قولاً إن المشرع حصر طرق التزوير في وضع إمضاءات أو أختام مزورة أو تغيير المحررات وغير ذلك دون أن يشير إلى بصمة الأصبع من بينها ، ثم عدلت بعد ذلك عن رأيها ذلك واعتبرت الفعل تزويراً لأن من يبصم بأصبعه أو أصبع غيره على محرر وينسب البصمة لشخص آخر إنما ينتحل شخصية ذلك الآخر ، والانتحال مع التوقيع طريقة من طرق التزوير المأدى . وقد أفاد المشرع من هذا الاتجاه القضائي عند تعديله قانون العقوبات عام ١٩٣٧ ، فأضاف مادة جديدة برقم ١٢٥ سوى فيها بصمة الأصبع بالإمضاء في تطبيق أحكام التزوير .

ثالثاً - القانون الطبيعي

٦٩٩ - القانون الطبيعي هو القانون المثالي أو الفطري الذي يتولى تنظيم

المصمود من الجزئيات إلى الأهميات ، ومن الخصوصيات إلى العموميات ، وهي مرحلة تحتاج إلى تركيز منه وتأميل ، فيحدد ما يعتبر خاصاً من المنظمات وما يعتبر عاماً منها ، ويبين ما يعتبر أصلاً منها أو استثناء ، ثم يتولى توزيع المنظمات على أبواب وأصول وفروع حتى ينتهي إلى أن ينشئ من مجموعها ما يسمى بالنظام القانوني - الصيقي ، المرجع السابق ص ١٤ وما بعدها - رمسيس جهنم ص ٦٦ وما بعدها .

شئون البشر على نحو يتسق ومتطلباتهم الطبيعية ، متمتماً في ذلك بالعمومية والثبات . ومن شأن القانون الطبيعي أن يهدي المشرع عند وضعه للقاعدة الجنائية ، ومن شأنه كذلك أن يتيح الفرصة لنقد هذه القاعدة إذا تعارضت مع مبادئه المثالية ، كما أن من شأنه أن يرشد القاضي حينما يتصدى لتطبيق القاعدة الجنائية أو لتفسيرها أو لاستخدام سلطته التقديرية . ونحيل إلى ما سبق أن ذكرناه بشأنه منعاً للتكرار .

رابعاً - العدالة

٧٠٠ - يهدف القانون الجنائي إلى تحقيق العدل بواسطة ما يقرر من عقوبات يراعى في تقديرها الملاءمة بينها وبين الجرم ، كما يراعى في تطبيقها كون الجاني آدمياً . لهذا تطورت العقوبة ، فبعد أن كان المقصود من توقيعها الإيلاء ، تكفيراً عن خطيئة الجاني ، أصبحت أصلاً وسيلة تقويم . وبهذا أصبحت العقوبة قائمة على فكرة النفع التي تتمثل في منع المجرم من العودة إلى الإجرام مستقبلاً ، وهذا هو المنع الخاص ، كما تتمثل في منع الآخرين غير الجاني من ارتكاب جرائم مماثلة تقليداً منهم للجاني ، أو انتقاماً منه كرد فعل لجرمته أو طلباً للثأر ، وهذا هو المنع العام^(١) . وخلاصة القول في هذا الشأن أن القانون الجنائي يهدف من وراء قواعده إلى تدعيم أسس يقوم عليها النظام القانوني هي : حماية المصالح القانونية من أن تستهدف لضرر أو لخطر من مصالح أخرى غير قانونية ، وتوفير أكبر قدر من الطمأنينة للمواطنين لدرجة أعلن البعض معها أنه لا يوجد فرع آخر من فرع القانون يوفر لهم مثل هذه الطمأنينة .

خامساً - الدين

٧٠١ - نشأ القانون الجنائي لدى جانب من الأمم في ظل أحكام الدين ، فكان يستقى أحكامه من قواعد دينية . وكانت هذه النشأة واضحة في فجر الأمم الإسلامية حيث كانت تنطبق أحكام الشريعة الإسلامية بما تتضمنه من تحديد للجرائم ذات الحدود وجرائم التعزير . وثمة قواعد جنائية تنسق وأحكام

(١) Delogu, op. cit. no. 20 p 46 - محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ،

- الدين ، كتحريم القتل والاعتداء على الأعراض والسرقة والنصب وخيانة الأمانة . وثمة قواعد لا تستقيم وأحكام الدين ، كاشتراط شكوى المجني عليه في جريمة الزنا لكي تتمكن النيابة العامة من تحريك الدعوى العامة لجريمة الزنا ، بل إن القانون الجنائي يتضمن عقوبات للجرائم ذات الحدود تختلف عن الحد المقرر لها في الشريعة الإسلامية . والمشرع الجنائي لا يجرم شرب المسكر إلا إذا وجد شاربه بحالة سكر يبين في الطرق العمومية أو في المحلات العامة (م ٣٨٥ عقوبات مصرى) .

٧٠٢ - وعلى الرغم من استقلال القانون الجنائي في العصر الحديث عن الأديان ، فإن هذا القانون يحوى بين طياته نصوصاً تحمى الأديان . فقانون العقوبات المصرى يعاقب كل من شوش على إقامة شعائر ملة أو احتفال ديني خاص بها أو عطلها بالعنف أو التهديد . كما يعاقب كل من خرب أو دنس مباني معدة لإقامة شعائر دين (م ١٦٠) . كما يجرم طبع أو نشر كتاب مقدس في نظر أهل دين من الأديان التي تؤدى شعائرها علناً إذا حرق عمداً نص هذا الكتاب بما يغير من معناه . ويحرم تقليد احتفال ديني في مكان عام أو مجتمع عموى بقصد السخرية به أو ليتفرج عليه الحضور (م ١٦١) . ويحمى المشرع اللبناني اسم الله من أن يمس علانية (م ٤٧٣ عقوبات لبناني) كما يحمى تغيير المذهب (م ٤٧٦) . وتشدد التشريعات الحديثة عقوبة السرقة إذا وقعت في محل عبادة . وإلى جانب هذا كله ، فقد تكون ممارسة حق مصدره الدين سبباً من أسباب إبادة الفعل (م ٦٠ عقوبات مصرى) .

المبحث الثالث

تفسير القاعدة الجنائية

التعريف بالتفسير^(١) وأنواعه

٧٠٣ - التفسير هو استظهار إرادة النص من ثبايا الألفاظ والعبارات

(١) لا شك أن تطبيق القاعدة القانونية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتفسيرها وإن كان التطبيق أسراً يختلف من التفسير ، فالطبيق يجرى مادة دون إثارة للشك الذى يهدو إلى الانتفاء أى الذى يفتح الباب للتفسير أما التفسير فيجرى - على العكس - بالنسبة لتطبيق فعل-

التي منها يتكون ، توطئة لتطبيقه على نحو يلائم تطور الحياة ويحقق غاية النظام القانوني ، دون مساس بألفاظه أو عباراته ، ودون صرف إرادته عن مقصدها . فقد يعتبر ألفاظ النص أو عبارته لبس أو غموض ، وفي هذه الحالة ينحصر دور التفسير في إزالة اللبس والغموض ، استخلاصاً لإرادة النص . وقد تكون عبارة النص واضحة المعنى وألفاظه ظاهرة الدلالة ، ومع ذلك قد يصل بنا تطبيق النص على حالته هذه إلى نتائج يأبأها المنطق وتتعارض مع غاية النظام القانوني ، وعندئذ ينبغى علينا ألا نتمسك بحرفية النص وألا نتوقف عند معناه اللغوي ، بل يجب علينا أن نتجاوزهما إلى ما يوحى به المنطق ويحقق للنظام القانوني غايته ، فهجر بذلك الأسلوب اللغوي في التفسير ، إلى أسلوبه المنطقي . وللتفسير أنواع متعددة يمكن ردها إلى ثلاث فئات كل منها يتوقف على الزاوية التي نتناول منها التفسير :

- ١- فبالنظر إلى مصدر التفسير ، يمكن تقسيم التفسير إلى تفسير رسمي يتناوله المشرع ، وتفسير فقهي ، وتفسير قضائي .
- ٢- وبالنظر إلى أسلوب التفسير ، يمكن رده إلى تفسير لغوي وآخر منطقي ، وأولهما يعتمد على اللفظ والعبارة (المبنى) ، والآخر يعتمد على المعنى والقصد .
- ٣- وبالنظر إلى النتيجة التي تتمحض عنها أعمال التفسير يمكن رده إلى تفسير كاشف أو مقرر يتطابق فيه المعنى مع المبنى ، وتفسير موسع من مجال تطبيق نص آخر ، وثالث مضيق من هذا المجال .

التفسير الرسمي أو التشريعي

٧٠٤ - يتكون هذا النوع من قواعد قانونية ، وظيفتها أن تتولى شرح غيرها من القواعد القانونية ، وهي قواعد تصدرها نفس السلطة التي أصدرت القاعدة محل التفسير أو سلطة أعلى منها تملك إصدارها . وقد تصدرها جهة أخرى بموجب تفويض ينحولها سلطة إصدارها ، وكقاعدة عامة إذا فوضت

- أو مفسر . ويلعب القضاء والفقهاء ، بالإضافة إلى دورهما كمصدرين تفسيريين للقانون ، دوراً كبيراً في تطويره وهذا ما يوضحه H. Capitant في مقدمة كتابه « الأحكام الكبرى في القانون المدني » .

جهة معينة بإصدار قانون ما ، فإنها لا تملك بعد إصداره أن تصدر قانوناً لاحقاً يفسر الأول إذ تكون قد استنفدت السلطة الاستثنائية المخولة لها بموجب هذا التفويض ، ما لم يكن التفويض يتضمن صراحة أو ضمناً سلطة إصدار مثل هذا القانون المفسر^(١) . وقد تصدر القاعدة المفسرة معاصرة للقاعدة محل التفسير^(٢) كما قد تصدر في تاريخ لاحق عليها ، وفي هذه الحالة الأخيرة يسرى مفعول القاعدة الأولى على الثانية بأثر رجعي طالما لم يصدر حكم تنتهي به المنازعة حول الواقعة محل التفسير ولو كانت تضيف إلى الأولى معنى لم تكن هذه مقصده . فإذا كان قد صدر حكم بات فإنه يجوز قوة الشيء المقضي فيه رغم ما كشفت عنه القاعدة المفسرة اللاحقة من أنه حكم بني على تفسير خاطئ للقاعدة محل التفسير .

أسلوبا التفسير : أولا : الأسلوب اللغوي

٧٠٥ - يهدف هذا الأسلوب إلى الكشف عن إرادة النص التشريعي بالاعتماد على الألفاظ والعبارات التي يتكون منها . فقد يختلف معنى اللفظ الواحد من نص لآخر^(٣) . وقد يستعمل المشرع لفظين ومع ذلك يقصد من ورائهما معنى فنياً واحداً يستخلص من مقارنة النصين اللذين تضمننا اللفظين^(٤) . وقد يستعمل المشرع لفظاً معيناً ويقصد من ورائه الإشارة

(١) محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٢ ص ٩٤ .

(٢) من قبيل ذلك المادة ٨٥ عقوبات مصرى التي تحدد معنى السر ، وقد وردت ضمن الجرائم الماسة بأمن الدولة من الخارج ، وقد صدرت من المشرع في نفس الوقت الذي عدل فيه هذه الفئة من الجرائم بموجب القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٧ الصادر في ١٩ مايو سنة ١٩٥٧ .

(٣) من هذا القبيل لفظ «الاختلاس» ، فعناه في المادة ٣١١ عقوبات مصرى التي تعرف السرقة بقولها « كل من اختلس متقولاً بملوكاً لغير فهو سارق » يختلف عن معناه في المادة ٣٤١ عقوبات التي تجرم خيانة الأمانة معبرة عن ركنها المادة بقولها « اختلس أو استعمل أو يبد » . فالاختلاس المكون للسرقة معناه إنهاء السارق لحيازة المالك المعتدى عليه وإنشاء حيازة جديدة ومستقلة عن الأولى له أو لغيره بدون رضاه المحي عليه . أما الاختلاس المكون خيانة الأمانة فعناه كل فعل يدل على تغيير حيازة المالك المؤمن عليه من حيازة ناقصة لحساب الغير إلى حيازة كاملة مفترقة بنية التملك - انظر محمود مصطفى ، القسم الخاص ص ٥٥٥ .

(٤) من أمثلة ذلك أن المشرع أشار في المادتين ١٧٨ ، ٧٨ ب إلى لفظ « تدخل » في المادة الأولى نص على معاقبة كل من تدخل لمصلحة العدو في تدبير لزهزحة لإخلاص =

إلى معنى فني يختلف عن معناه اللغوي^(١) . وقد يؤدي الفحص الدقيق لعبارة المشرع إلى الكشف عن إرادة له مستترة في العبارة ، من أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ٣٤١ عقوبات مصرى التي تجرم خيانة الأمانة من عبارة « أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيلاً بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع . . . » . فقد فسر بعض الفقهاء المصريين هذه العبارة على أنها تتضمن دلالة عقدين (سوى الوديعة والإجارة وعارية الاستعمال والرهن والوكالة التي أشار إليها النص صراحة) هما عقد الاستصناع ، أى إجارة العمل ، وعقد آخر غير مسمى بموجبه يقوم شخص بعمل مادي يتصل بشيء مملوك للغير بدون مقابل ، أى عقد خدمات مجانية^(٢) ، ومنهم من فسرها على أنها تتضمن عقد المقاول ، لا العمل ، وعقد تقديم خدمات مجانية . وفسرها البعض^(٣) بأنها تتضمن ثلاثة عقود هي : عقد عمل إذا كانت ثمة علاقة تبعية تربط العامل برب العمل ، وعقد مقاول إذا انتفت هذه التبعية وكان الجاني يتقاضى أجراً عن العمل الذي يقوم به ، وعقد تقديم خدمات مجانية إذا انتفت التبعية وكان العمل دون مقابل ، وبذلك تصبح عقود الائتمان التي أشارت إليها هذه المادة ثمانية^(٤) ، لا خمسة كما يرى البعض ، ولا سبعة كما يرى البعض الآخر .

القوات المسلحة ، وفي المادة الثانية على معاقبة كل من « حرض الجند في زمن الحرب . . . أو سهل لهم ذلك وكل من تدخل عمداً بأية كيفية » فمصطلح « تدخل » في هذا المقام لا يبدو أن يكون مرادفاً لمصطلح « أسهم » في الجريمة سواء بصفته فاعلاً أصلياً أو مجرد شريك بالتحريض أو بالاتفاق أو بالمساعدة - انظر الصني ، القسم الخاص ، في الجرائم الماسة بأمن الدولة من الخارج ص ٣٧ .

(١) مثل لفظ « أخى » الوارد في المادة ٤٤ مكرر « كل من أخى أشياء مسروقة أو متحصلة من جنابة أو جنحة . . . » فالإخفاء هنا ليس معناه أن يبعد الجاني الشيء عن أنظار الناس كما هو مفهوم الكلمة لغة ، بل المقصود به في هذا المقام معنى فني هو فقط الاحتياز لشيء المذكور أو الاتصال المادي به مهما كانت صفته ، أى ولو كان علناً وعلى مرأى من الكافة - محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٢٢٩ .

(٢) روف عبيد ، القسم الخاص ص ٤٩١ .

(٣) محمود نجيب حسني ، القسم الخاص .

(٤) الصني ، النظرية العامة لجرائم المال ص ١٢٧ وما بعدها .

الأصل التقليد في تفسير اللفظ النص الجنائي بينما الفنى الذى استعمله المتبرع فى فرع آخر من فروع القانون

٧٠٦ - تعدد فروع القانون التى تعمل داخل نظام قانونى واحد وتهدف كلها إلى أن تتعاون معاً فى تحقيق الصالح العام بصفته غاية النظام القانونى . ويقتضى هذا التعاون إزالة عوامل التعارض والتطاحن بين هذه الفروع (١) . لهذا فالأصل عند تفسيرنا للفظ استخدمه المشرع فى تشريع جنائى وكان قد سبق له أن استخدمه فى فرع آخر من فروع القانون ، أن يخلع على اللفظ الأول المعنى الفنى الذى استخدمه المشرع للفظ الثانى ، ما لم تكن هناك مبررات كافية للخروج على هذا المعنى وبشرط ألا يترتب على ذلك الحيلولة دون تحقيق النظام القانونى لغايته الأسمى وهى الصالح العام . وتعويلاً على ذلك فإن المعنى الفنى لمصطلح الملكية ، والانتفاع ، والاستعمال ، وتكليف عقود الأمانة ، تخضع كلها فى مجال النص الجنائى لما خلعه عليها المشرع المدنى من معنى فنى ، بينما يختلف مصطلح المنقول فى مجال جريمة السرقة عنه فى مجال القانون الخاص ، فيعتبر منقولاً الحجر الذى يتزعه السارق من جدار الغير رغم أن الجدار يعتبر عقاراً فى ظل القانون الخاص ، كما يعتبر العقار بالتخصيص منقولاً فى نظر القاعدة الجنائية التى تجرم السرقة (٢) . ومن جهة أخرى يعتبر عقاراً فى نظر المادة ٣٦٩ عقوبات (٣) ، العقار المعد للهدم رغم أنه يعتبر منقولاً بحسب المآل فى نظر القانون المدنى . وفى نظر المادة ٣٣٧ عقوبات التى تجرم إصدار شيك بدون رصيد ، يعتبر شيكاً كل ورقة لها مظهر الشيك ولو كانت لا تعد كذلك فى نظر القانون التجارى (٤) .

(١) Delogu, la loi pénale

- (٢) كما اعتبرت محكمة النقض « العوامة » عقاراً تقدر قيمتها وفق المادة ٢/٣٦ من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات أى بما يعادل اثني عشر مثلاً من القيمة الإيجارية السنوية المتخذة أساساً لربط العوائد تأسيساً على أنها تخضع لحكم المادة الأولى من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ فى شأن ضريبة المقارنات المبينة ولو لم تكن عقاراً فى حكم القانون المدنى - نقض ١٧ فبراير ١٩٧١ فى الطعن ١٤٤ سنة ٣٢ ق لم يقشر بعد .
ولا شك أنها لا تعتبر عقاراً أيضاً فى نظر القاعدة الجنائية التى تجرم السرقة .
(٣) أن تجرم دخول عقار فى حيازة الغير بقصد منع حيازته بالقوة .
(٤) صدرت أحكام من القضاء بأن الورقة التى تتخذ مظهر الشيك ومع هذا تحمل =

العبرة بالنص عند اختلافه مع المذكرة الإيضاحية

٧٠٧ - فى حالة اختلاف النص مع المذكرة الإيضاحية تكون العبرة بالأول دون الثانية . وتبرير ذلك أن النص هو المجال الأساسى الذى يفصح به المشرع عن إرادته على نحو ملزم للمفسر وفيه تكمن ، على حد تعبير محكمة النقض ، كل القيمة القانونية (١) .

الأصل هو التقليد بحدى نطاق النص سعة أو تضيقاً (٢)

٧٠٨ - ومؤدى هذه القاعدة ألا مجال للتضييق من نطاق النص فى حالة

= تاريخين تعبر شيكاً فى نظر المادة ٣٣٧ عقوبات - استأنف مختلط ٢٠ نوفمبر ١٩٣٩ مشار إليه فى « جرائم الشيك » ١٩٦٣ ص ٦٩ حاشية رقم ١ . ويؤيد مؤلف هذا الكتاب ذلك الاتجاه القضائى ذاكراً أن المشرع هدف بتجريم بعض صور التعامل بالشيكات إلى إزجاء الثقة بها ، وفى المواد الجنائية يهتم دائماً بالحقائق الواقعية دون المسائل الافتراضية ، ومن ثم فإذا كان للورقة مظاهر الشيك وهى فى يد المستفيد على هذا الأساس فلا عمل للكلام عن كونها أداة ائتمان لا أداة وفاء إذا كانت تحمل تاريخين لأنه برغم هذا إذا قدمت فى تاريخ الاستحقاق وجب سداد قيمتها فوراً مهما تداولت بعد هذا التاريخ .

ثم يضيف أنه فضلاً عن هذا فإن الناحية العملية توجب ذلك التفسير أى الاعتداد بحقيقة الواقع . فبلا الكيالية الفورية تشبه للشيك فى بعض الوجوه ولكنها مع ذلك لا تتمتع بمثل حايته ، والعبرة فى تفرقتها بالأمر الواقع ، وإذن فهذه الحقيقة هى الواجبة الحماية دون المظاهر التى قد توقع الفرد فى الخطأ . ومن هذا للرأى أيضاً الدكتور عبد الفتاح الصيق وهو يبرر هذا الخروج ، فى هذه الحالة ، على معنى مصطلح الشيك الوارد بالقانون التجارى ، بأن لتجريم الشيك غايته التى تختلف عن الغاية التى يستهدفها القانون التجارى من وراء تنظيمه لأحكام الشيك ، فضلاً عن أن اختلاف المنتين فى مقامنا هذا لا يعارض غاية النظام القانونى فى تحقيق الصالح العام ، بل على العكس من ذلك فهو يدعمه - انظر القاعدة الجنائية ، المرجع السابق ص ٣٦٨ - وراجع فى هذا المرجع موضوع تفسير القاعدة الجنائية ص ٣٥٥ - ٣٩٣ .

(١) نقض جنائى ٩ يونيو سنة ١٩٥٩ ص ١٠ ص ٦٢٩ .

(٢) والأصل المقرر هنا هو أنه لا مسأغ للاجتهاد فى مورد النص . ومن الأمثلة على ذلك ما قضت به محكمة النقض من ضرورة إعمال حكم المادة ٣١٧ / ٨ فى شأن السرقة التى تحدث من المحترفين بنقل الأشياء وإن كانت هذه الحالة بالذات يمكن أن تشملها جريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها فى المادة ٣٤٠ عقوبات مادام المشرع قد اختص الحالة المذكورة بالمادة ٣١٧ / ٨ فى باب السرقة نقض ٢١ ديسمبر ١٩٣١ مجموعة القواعد ج ٢ ص ٣٧٢ ونقض ٢٢ مايو ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ص ٤١ ص ١٣٨ . وما قضت به أيضاً بالنسبة لجرمة فك الأختام الموضوعية بناء على أمر صادر من جهات الحكومة أو إحدى المحاكم بقولها « إن نص هذه المادة واضح فى أن العقاب إنما هو على كسر الأختام ذاتها فكل طريقة أخرى غير هذا الكسر أو غير العبث بالأختام ذاتها يتوصل بها إلى النفوذ إلى داخل المكان لا يعاقب =

وضوحه وكشفه عن إرادته حتى ولو كان الباعث على التضييق تحقيق مصلحة للمتهم . كما أنه لا مجال للتوسع في نطاق النص في حالة وضوحه جريماً وراء التوسع في الحماية الجنائية حتى ولو كان الباعث هو الصالح العام لأن في هذا مخالفة لإرادة النص وخروجاً على مبدأ الشرعية .

في رقابة محكمة النقض على التفسير^(١)

٧٠٩ - إنه إذا كان لا يصح مراقبة قاضي الموضوع فيما يقرره متعلقاً بثبوت الوقائع أو عدم ثبوتها فإنه يصح الطعن بخطئه في تكييف ما أثبتته من تلك الوقائع . وذهبت محكمة النقض الفرنسية ، فيما يتعلق بجرائم النشر ، إلى أن حقها في الرقابة على تطبيق حكم القانون على الواقع يمتد إلى المقال نفسه من ناحية تحديد معانيه وتبين علاقته بالقانون ، ذلك لأن من الاجتهاد في القانون أن تتحقق محكمة النقض باطلاعها على المقال ومراجعتها إياه مما إذا كانت محكمة الموضوع وهي في صدد تحديد معانيه وعلاقتها بالتهمة قد أخطأت في التفسير فسخت المقال وخالفت القانون أو أخطأت في تطبيقه . بيد أن محكمة النقض لا تتدخل في التفسير إلا إذا كان قائماً على عناصر المقال المكونة له *éléments intrinsèques* أما إذا كان تفسير قاضي الموضوع

= عليها بمقتضى المادة المذكورة مهما يكن من مخالفة هذه الطريقة للفرض المقصود من وضع الاختصاص ذلك بأن نصوص قانون العقوبات هي مما لا يجوز التوسع في تفسيره وإخراج معناه عن دلالة الألفاظ - نقض ١٨ يناير ١٩٢١ مجموعة القواعد ج ٢ ص ٢١٥ .

هذا ولا يوجد في علم القانون من طرق البحث ما يوصل إلى معرفة أغراض الشارع وتحديدنا بالذمة أولى من الرجوع إلى حكم المادة المختلف عليها وماذا كانت في القوانين السابقة من أول عهد التشريع فيها ، بهذه الطريقة يظهر حكم القوانين السابقة ، إن وجدت ، أو القانون السابق على النص الحال وتظهر سلسلة التشريع التي تربط كلا من هذه القوانين المتوالية ويبين هل استمر القانون الجديد هل هذا التسلسل بين القديم والجديد أو قطع الصلة به ووضع قاعدة جديدة لمصلحة رأها استرشاداً من قانون أجنبي أو عملاً بشرة التجارب وفقه الأحكام أو سبباً وراء غرض أرق أو تحقيقاً لمصلحة قابت عن القانون الماضي . وإذا كان هناك اختلاف بين النص المرعي وترجمته الفرنسية مثلاً فلا يجوز الانحراف عن المعنى المتبادر من النص المرعي إلى المعنى المتبادر من الترجمة الفرنسية ولو كان النص أو القانون في جلته مأخوذاً عن القانون الفرنسي يدعى أن المشرع لم يقصد المعنى المتبادر من ذلك النص لأنه منزّه عن الجهل والخطأ والجهل .

(١) يراجع في الرقابة على التفسير كتاب النقض في المواد المدنية والتجارية للمرحومين

حامد فهمي ومحمد حامد فهمي ص ٢٥٠ وما بعدها .

مستنداً إلى ظروف خارجة عن المقال *extrinsèques* من شأنها أن تحدد وجهة المقال أو الكلام أو تكسبه معنى مؤذياً أو شائناً ولولاها ما كفت عبارات المقال أو الكلام وحدها لتحديد تلك الوجهة أو لترجيح ذلك المعنى المؤذى فإن محكمة النقض لا تتدخل في التفسير . ومحكمة النقض الفرنسية تشرف على تفسير المقال سواء أكان واضح العبارة أم غامضها وسواء أكان التفسير الذي ارتضاه قاضي الموضوع محتماً أم سائغاً أم غير محتتمل ولا سائغ^(١) . ولم تتجاوز محكمة النقض المصرية ، في تبياتها القانوني لحقها في مراقبة التفسير ، ما رددته أحكام محكمة النقض الفرنسية^(٢) . ويؤخذ على مذهب كلتا المحكمتين الذي تفصح عنه أحكامهما في هذا الشأن أنه يخالف مذهبهما العام في الرقابة على تفسير المحررات والأوراق عموماً سواء في المواد المدنية أو التجارية إذ من المقرر في فرنسا ومصر أن محكمة النقض لا رقابة لها على تفسير الأوراق بصفة عامة إلا إذا كان قاضي الموضوع قد عدل عن معنى الورقة الظاهر دون أن يبين لذلك علة معقولة من ظروف الدعوى ، أما إذا كان قد فسر تفسيراً معقولاً أو محتماً فلا سبيل لمحكمة النقض عليه ولو كانت هي ترى تفسيراً للورقة أولى من تفسيره وأفضل لأن سلطة التفسير معهود بها أصلاً لقاضي الموضوع بغير معقب إلا في ذينك الموضعين أي حين يطرح المعنى الظاهر للمحرر بغير موجب يذكره في حكمه وحين يحمل المحرر على معنى غير معقول أو غير محتتمل^(٣) .

(١) كتاب النقض ، المرجع السابق ص ٢١٣ - محمد عبد الله ، المرجع السابق ص ١٨٣ والأحكام العديدة المشار إليها بالهامش .

(٢) فتجدها تقرر أن لها في الجرائم التي تقع بطريق النشر أن تراقب محكمة الموضوع فيما ترتبه من النتائج القانونية على المقال موضوع المحاكمة وذلك لا يكون إلا بأن تبحث في المقال لتبين مناحيه وتظهر مرامي ثم تطبق القانون على وجهه الصحيح على أساس ما يبين من حقيقة الأمر فيه - نقض ١٤ مارس ١٩٢٢ مجموعة القواعد ج ٢ ص ٢٢٢ .

(٣) كتاب النقض ، المرجع السابق ص ٢٨١ و ٢٨٢ . على أنه يبدو أن محكمة النقض عندنا قد تخلت أخيراً عن مذهبها هذا ولم تعد تدعى لنفسها الحق في تفسير المقال لتبين مراميها كما كانت تفعل - راجع نقض ١٥ يونيو ١٩٤٨ مجموعة القواعد ج ٧ ص ٦٠٧ .

- هذا ومحكمة النقض تراقب سلامة تطبيق المحاكم للقانون حين يطمئن أعمالها على الأحكام الصادرة من تلك المحاكم لمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وتفسيره . وما تصدره المحكمة =

٧١٠ - ونسترعى النظر إلى أن كل خطأ من القاضي في الفصل في النزاع سواء تعلق بمسألة إجرائية أو عقابية هو محض خطأ في القانون . ولا يشترط في النزاع الذي يفصل فيه القاضي أن يتمسك به أحد الخصوم بل يعتبر نزاعاً كل ما يجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه (١) . وقد ميز المشرع بين مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والخطأ في تأويله (٢) وهي الحالات التي تجيز الطعن بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة من آخر درجة في مواد الجنائيات والجنح . والمبادئ القانونية التي ترسيها محكمة النقض غير ملزمة بلحاظ المحاكم الأخرى في غير النزاع الذي صدرت في شأنه ، في حين أن المحاكم على اختلاف درجاتها بما فيها محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا تنقيداً بما تصدره المحكمة العليا من تفسيرات للقوانين لما لها من صفة الإلزام وإن لم تكن تشريعاً (٣) .

= العليا الآن من قرارات تفسيرية للقوانين ، وما قد تصدره المحكمة الدستورية بعد إنشائها منها ، يلزم جميع المحاكم ومنها محكمة النقض .

(١) وهذا المعيار يتفق مع قضاء محكمة النقض التي جرت على عام قصر مدلول الخطأ في القانون على تطبيق قانون العقوبات . مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض من تلقاء نفسها ، وهو ما لا يجوز إلا عند الخطأ في القانون ، ينقض الحكم الاستئنافي المطعون فيه الصادر بعدم قبول الاستئناف شكلاً لرفضه بعد الميعاد بعد أن تبينت محكمة النقض أن الاستئناف في واقع الأمر صادف الميعاد للقانون - نقض ٢٨ أبريل ١٩٥٨ من ٩ من ٤٤١ . كما قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم المطعون فيه بقبول استئناف النيابة شكلاً على الرغم من تعديله يكون قد أخطأ في تطبيق القانون - نقض ٢٣ أكتوبر ١٩٦٧ من ١٨ من ١٠٠٨ . وفي هذا المعنى نقض ١١ يناير ١٩٦٥ من ١٦ من ٣١ .

(٢) تتحقق مخالفة القانون بترك العمل بنص قانوني لا يحتمل التأويل ولا خلاف في وجوب الأخذ به كعدم الحكم بالمصادرة مع وجوب الأخذ بها أو إغفال تطبيق قانون أصح منهم . ويتحقق الخطأ في تطبيق القانون بإعمال نص قانوني لا يطبق على النزاع كالحكم على المتهم غير المائد بالعقوبة المقررة للمائد . ويتحقق الخطأ في تأويل القانون بإعطاء للنص الواجب تطبيقه معنى غير معناه الصحيح كالخطأ في تفسير معنى السلاح والليل كطرفين متشددين في السرقة والخطأ في تحديد المقصود بالإكراه المترن بالسرقة - حتى سرور ، كوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ١٩٧٠ من ٩٩٥ .

(٣) وهذا على خلاف التوجيهات التي تمك المحكمة العليا في الاتحاد السوفيتي - على ما سبق أن ذكرنا - أن تعدل بها القانون القائم أو تفسره مبدأ قانونياً جديداً وهو ما تعبر عنه هذه التوجيهات من المصادر العامة للتشريع إلى جانب التوجيهات المقررة للقوانين القائمة =

وضع القواعد الجنائية من القياس

٧١١ - لعل من الأوفق ، قبل أن تواجه وضع القواعد الجنائية من القياس ، أن نبين ما هو القياس وما هي شروطه حتى نتجلى أمامنا المشكلة ويتحدد حلها . فالقياس كما عرفه الأصوليون فيما سبق لنا إيراداً ، هو إلحاق حادثة لم ينص على حكمها بمحاذة نص على حكمها وإشراكها في الحكم الشرعي لاشتراكهما في علة الحكم .

ولا يخرج تعريف فقهاء القانون الوضعي ، الخاص منه والجنائي (١) ، عن هذا التعريف . ويشترط الأصوليون ، كما رأينا ، في الأصل المقيس عليه عدة شروط يعيننا منها بالنسبة للقانون الوضعي (٢) ألا يكون حكم الأصل مخصوصاً بحكمه بسبب نص آخر يدل على هذا الاختصاص ، لأنه لو ثبت اختصاصه بالنص لصار التعليل والقياس مبطلاً لذلك الاختصاص . وأن يكون حكم الأصل معقول المعنى ، أي تدرك علة بواسطة العقل ، لا فرق في ذلك بين أحكام مبتدأة غير مستثناة من أحكام كلية وبين الأحكام المستثناة من أحكام كلية . وأن يكون حكم الأصل حكماً شرعياً عملياً ، إذ لا يجرى القياس في العقليات لعدم إمكان اتحاد المناط بين الأصل والفرع وأن تكون علة حكم الأصل مما يمكن تحققها في غيره ، على معنى أن تكون العلة متعدية لا قاصرة (٣) . وعلى ضوء ما يشترطه الأصوليون في الأصل المقيس عليه ، أو في عبارة أخرى في الحكم المنصوص عليه والذي يطلب المفسر تعديته إلى الفرع المقيس عليه ، تبرز قاعدتان أصوليتان هما الزاوية في القياس ، الأولى : أن من الممكن تعديته حكم الأصل ، سواء كان حكماً مبتدأ غير مستثنى من حكم كلي أو كان حكماً مستثنى من حكم كلي متى

= التي تمك تلك المحكمة إصدارها لترشد القضاة عن طريقها إلى التفسير الصحيح لقانون أو إلى بيان كيفية تفسير قانون بالقياس على قانون آخر - راجع من ٦٤٣ بند ٥١٥ .

(١) حسن كبره ، المرجع السابق من ٥١٩ - وراجع ما ذكرناه من ١٢٩ - ١٥٥ .

(٢) محمود مصطفى ، المرجع السابق من ٧٣ .

(٣) بدران أبو العنين بدران ، المرجع السابق من ٢٠٩ حيث يضيف إلى شروط الأصل شرطين آخرين هما أن يكون حكم الأصل غير منسوخ ، ويقابله في التشريع الوضعي ألا يكون للنص المنسوخ أصلاً لقياس قد ألغاه تشريع لاحق ، وأن يكون هذا الحكم متفقاً عليه بين الأمة ، إذ لا يكفي أن يكون الاتفاق بين المتنازعين .

توافر شرطان أولهما أن يكون حكمه معقول المعنى ، وثانيهما أن تكون علته متعدية لا قاصرة . والثانية : أن الحكم الخاص لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه ، ويعتبر الحكم خاصاً متى كانت علة حكمه قاصرة عليه وغير متعدية لغيره ، على معنى أنها لا يمكن تحققها في غيره . وعلى ضوء هاتين القاعدتين يتضح لنا أن في إطلاق القول بأن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه ، مجافاة للقاعدة الأصولية الأولى ، وذلك لأن من الممكن إخضاع الحكم الاستثنائي للقياس إذا كانت علته غير قاصرة عليه . فنطاق القياس في حالتنا هذه إذن هو اشتراك الحكم المنصوص عليه مع الحكم المسكوت عنه في العلة المتعدية من الأول إلى الثاني . كما يتضح لنا أن القاعدة الأصولية الثانية ، وهي أن الحكم الخاص لا يخضع للقياس ، لم تحظ بعناية المفسرين على الرغم من أهميتها بالنسبة للقاعدة الأولى ، فلقد حجبت حفاوة المفسرين بالحكم المستثنى الضوء عن الحكم الخاص . ولكن ، متى يعتبر الحكم الذي تتضمنه قاعدة قانونية حكماً أصلياً ، أو في عبارة أخرى حكماً مبتدأً على حد تعبير الأصوليين ، ومتى يعتبر حكماً مستثنى ؟ ومتى يعتبر الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية حكماً عاماً ومتى يعتبر الحكم خاصاً ؟ وإذا كان الحكم مستثنى فمتى يجوز القياس عليه ومتى يحظر القياس عليه ؟ في الإجابة على هذه الأسئلة ما يحدد موقفنا من مشكلة القياس في مجال القواعد الجنائية .

متى تعتبر القاعدة القانونية استثناءً

٧١٢ - تتعدد المعايير التي وضعها الفقه لتحديد متى تعتبر القاعدة أصلاً ومتى تعتبر استثناءً :

١ - فن الفقهاء من يعمد إلى معيار إحصائي ، فيعتبر القاعدة عامة إذا كانت تحكم طائفة من الوقائع تزيد في عددها عن تلك التي تحكمها قاعدة أخرى ، فالأولى أصل والثانية استثناء من هذا الأصل . ويؤخذ على هذا المعيار أنه يؤسس على اعتبار عرضي لا يتصل بجوهر القاعدة القانونية وموضعها من النظام القانوني ، لهذا فهو غير كاف لتحديد طبيعة القاعدة الاستثنائية^(١) .

(١) انظر في عرض هذا الرأي ونقده Delogu, les causes de justification

cit. p. 57 جلال العدوي ، الإيجار القانوني على المأوضة ص ١٦٧ .

٢ - ومنهم من يعتبر القاعدة استثناءً إذا جاءت بحكم ليس فقط مخالفاً لحكم آخر تتضمنه قاعدة أخرى ، بل ويكون من شأنه إلغاء حكم هذه القاعدة الأخرى . ويعيب هذا المعيار أنه لا يمكننا من التمييز بين القاعدة الاستثنائية والقاعدة الخاصة ، وذلك لأن القاعدة الخاصة بدورها تأتي بحكم من شأنه إلغاء ما تقضي به قاعدة أخرى .

٣ - ومنهم من يرى أن تحديد ما إذا كانت القاعدة استثناءً لا يكون يقصر النظر على المقارنة بينها وبين قاعدة قانونية أخرى ، إذ أن ما يعتبر أصلاً بالنسبة لقاعدة استثنائية قد يعتبر في نفس الوقت استثناءً بالنسبة لقاعدة أخرى ، وإنما بعد النظر إلى مبدأ عام أو إلى أحد الموجهات العامة للنظام القانوني ، على حد تعبير بعض الفقهاء الإيطاليين^(١) .

معييار اعتبار القاعدة خاصة

٧١٣ - تختلف هذه المسألة باختلاف وجهة النظر التي ننظر منها إلى القاعدة الأولى بحيث يمكن القول بأن ثمة نوعين من القواعد الخاصة :

١ - نوع تعالج فيه القاعدة حالة كانت تنسج لها قاعدة أخرى فاستغرقتها القاعدة الأولى بحكم خاص لا يرقى إلى مرتبة الحكم العكسي فالحالة التي تعالجها القاعدة الخاصة تكون من جنس الحالات التي تعالجها القاعدة الأخرى بحيث يمكن اعتبار الأولى نوعاً من الثانية . وتسمى القاعدة الخاصة في حالتنا هذه بالقاعدة الخاصة بمعناها الواسع .

٢ - ونوع يستأثر فيه حكم القاعدة بالحالة التي تعرض لها استثنائياً يحول دون تعديته بالقياس إلى ما عداها . ويتحقق هذا النوع من القواعد الخاصة متى كان حكمه مختصاً به . ويكون حكم القاعدة مستأثراً بها لأحد سببين : إما لأن علة الحكم لا يمكن تصور وجودها في غير الأصل ، وهو ما يعبر عنه الأصوليون بالحكم ذي العلة القاصرة ، وإما لأن دليلاً على تخصيص حكم الأصل به^(٢) . ويقرب الفقيه جلال العدوي^(٣) هذا النوع من

(١) أنتوليزي ، القسم العام ص ٦٨ .

(٢) الشيخ عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ط الرابعة ص ٦٧ .

(٣) المرجع "أبتي" ص ٢٦٩ .

القواعد الخاصة بما ذكره الفقيه جيني من أن التوسع بطريق القياس ينقد أساسه بصدد نصوص ، لا يقول بأنها من القانون « غير العادي » Jus Sin- *gulare Anormale* ، وإنما مستوحاة من اعتبارات « غاية في الخصوصية » لدرجة أن النص الذي يصدر عنها يستنفذ نطاقه فيها ، وهي ما يطلق عليها الفقيه جيني *Loi d'espace* . ويسمى هذا النوع الثاني من القواعد الخاصة بالقواعد الخاصة بمعناها الضيق .

هل يجوز القياس على القواعد المستثناة والخاصة

٧١٤ - نستطرد بعد هذا إلى تحديد ما إذا كان من الجائز الالتجاء إلى القياس على القواعد المستثناة أو لا وما إذا كان من الجائز القياس على القواعد الخاصة أو لا .

١ - فبالنسبة للقواعد المستثناة يتنازعها رأيان : أولهما ينادى به جائب من الفقه الإسلامي والوضعي ومؤداه أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يناقض به ، لأنه يكون معدولاً به عن طريق القياس السلوك وقاعدته المطردة (١) . بينما يرى آخرون أن كون القاعدة مستثناة لا يحول في ذاته دون إمكان القياس عليها ، فمن الممكن القياس على القاعدة المستثناة إذا كانت صادرة عن مبدأ قانوني عام ، أو بعبارة أخرى عن أحد الموجهات العامة للنظام القانوني ، وذلك لأن الأحكام معقولة المعنى يمكن أن تُعدى من الأصل إلى غيرها بطريق القياس سواء كانت أحكاماً مبتدأة أو كانت أحكاماً مستثناة من أحكام كلية (٢) .

٢ - أما بالنسبة للقواعد الخاصة فالمسألة تحتاج إلى تفرقة بين نوعيها : فالقواعد الخاصة بمعناها الواسع ليس ثمة ما يمنع من القياس عليها ، فهذه قواعد أحكامها ذات علة متعدية . أما القواعد الخاصة بمعناها الضيق فالإجماع على أنه لا يرد عليها القياس إذ أنها قواعد أحكامها ذات علة قاصرة وغير متعدية .

(١) مصطلح خفاجي ، صفوة الكلام في أصول الأحكام ط ٣ ص ١٦٨ . ومن هذا الرأي كذلك سليمان مرتضى ، المدخل للعلوم القانونية ص ٢٠٥ .

(٢) جلال المدوي ، المرجع السابق ص ٢٧١ - عيد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ص ٦٦ و ٦٧ - زكي الدين شعبان ، أصول للفقه الإسلامي ص ٨٧ و ٨٨ .

معيار العلة

٧١٥ - خلصنا إلى أن العلة مناط الحكم ، فإذا كانت العلة قاصرة على الحكم امتنع القياس ، بينما يجوز القياس إذا كانت العلة متعدية ، فما هو معيار تعدد العلة وقصورها إذن ؟ ثم فرق بين المحل المادي والمحل القانوني للجريمة ، فعلى الأول ينصب نشاط الجاني ، بينما يمثل الثاني المال أو المصلحة اللذين يهدف المشرع إلى حمايتهما جنائياً بالنص المحرم . ولا يصلح المحل المادي لأن يكون معياراً لقصور علة الحكم أو تعددها ، لأنه قد يحدث أن يتحد المحل المادي لأكثر من فئة من الجرائم لا ترتبط فيما بينها بوحدة العلة . من أمثلة ذلك القاعدة الجنائية التي تتضمن جريمة الإتلاف المنصوص عليها في كلتا المادتين ٣٦١ ، ٣٨٩ أولاً ، إذ تختلف علة حكمها عن علة حكم القاعدة الجنائية التي تتضمنها كل من المادتين ٣٦١ مكرر ، ٧٧ د فقرة (٢) ، على الرغم من أن المحل المادي للفتين من الجرائم واحد وهو « مال مادي مملوك للغير » . أما المحل القانوني للجريمة فيصلح لأن يكون معياراً لقصور العلة أو تعددها ، بمعنى أنه إذا اتحد في الحكيم كانت علة واحدة وجاز الالتجاء إلى القياس ، وإذا اختلف فيها انتفت إمكانية الالتجاء إلى القياس (١) . ولإيضاح ذلك نلقي نظرة على تعريف الأصوابين للعلة ، فهي لديهم الوصف الظاهر المنضبط الذي يترتب على التشريع عند وجوده مصلحة تعود على العباد يجلب نفع لهم أو دفع ضرر عنهم ، فهي إذن واحدة لا تختلف من حالة إلى أخرى ، لهذا اتخذها الأصوابيون مناطاً للحكم وخلصوا إلى أن الحكم يدور مع علة - لا مع حكيمته - وجوداً وعدمياً .

وفكرة « المصلحة التي تعود على العباد يجلب نفع لهم أو دفع ضرر عنهم » التي اتخذها الأصوابيون أساساً لوصف الظاهر الذي تنفي عليه العلة هي بدلتها فكرة « المبدأ العام » أو « الموجهات العامة للنظام القانوني » التي يشير إليها فقهاء القانون الوضعي كأساس لإمكانية الالتجاء إلى القياس لتعددي العلة . وما المحل القانوني في نهاية الأمر سوى تطبيق لمبدأ عام أو لأحد الموجهات العامة للنظام القانوني أو مصلحة تعود على العباد يجلب نفع لهم أو دفع ضرر

(١) من هذا الرأي في الفقه المصري ، رسيس بهنام ، المرجع السابق .

عندهم ، فهي إذن معيار تعدي العلة على معنى أنه إذا تبين لنا أن المحل القانوني
لجريمة ما هو بذاته لجريمة أخرى كان القياس ممكناً ، سواء تعلق الأمر بحكم
استثنائي أو بحكم خاص بالمعنى الواسع ، وإلا فإننا نكون بصدد حكم يتصل
بقاعدة أخص ، أو بعبارة أخرى بقاعدة خاصة بالمعنى الضيق ، ومن ثم يمتنع
القياس (١) .

وضع القواعد الجنائية المجرمة من القياس

٧١٦ - بعد هذه النظرة التي كان لا بد من إلقيها على القياس لنقف
على ماهيته ، ننتقل إلى تحديد وضع القواعد الجنائية منه ، مبتدئين بالقواعد
المجرمة التي تجرم الفعل وتحدد عقوبة مرتكبه . هذه القواعد ليست استثناء من
أصل هو « الأصل في الأشياء الإباحة والاستثناء هو التجريم » ، وإنما هي
بذاتها أصل يرد إلى مبدأ من المبادئ العامة أو موجه من الموجهات العامة
للنظام القانوني . فهناك مبدأ عام أو موجه عام (٢) مؤداه ألا تعتدى على حق
غيرك في الحياة أو في سلامة جسمه ، ومنه نستخلص علة تجريم جرائم الإيذاء
والقتل . وهناك مبدأ عام أو موجه عام مؤداه ألا تعتدى على النعمة المالية
لغيرك دون حق مشروع فتتقصص من عناصرها الإيجابية ، ومنه نستخلص علة
تجريم جرائم الإتلاف والحريق ، أو تزويد ، على حسابها ، من العناصر
الإيجابية لدمتك المالية ، ومنه نستخلص علة تجريم جرائم السرقة والنصب
ونخيانة الأمانة . قواعد التجريم إذن قواعد مبتدأة أو أصلية وليست بقواعد
مستثناة ، لهذا فهي تصلح لأن تكون محلاً لقياس غيرها عليها إذا اشتركا معاً
في وحدة العلة . ولولا أن المشرع اعتنق مبدأ الشرعية فحصر به التجريم في
دائرة ما ينص عليه تشريعنا دون غيره ، لحاز القياس على القواعد المجرمة (٣) .

(١) الصيق ، القاعدة الجنائية ١٩٦٧ .

(٢) هذا المبدأ العام هو ما عبر عنه الأصوليون على ما ذكرنا بأنه مصلحة تعود على
العباد يجلب نفع لهم أو دفع ضرر عنهم .

(٣) إنه مع التسليم بأن مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات ضمان لا معنى لها لحماية
حقوق الأفراد وسرياتهم في المجال الجنائي ضد كل ظنيان محتمل من جانب سلطة القضاء بل
ومن جانب سلطة التشريع ذاتها في العصر الحالى حيث كثر تدخل المشرع لحماية الأنظمة العديدة
التي يجرى بها التطور الاجتماعي بلا انقطاع حماية جنائية عن طريق التهديد بالعقاب ، =

وتعويلاً على ذلك يمكن القول بأنه إذا كان لمن يفسر النص الجنائي أن يبحث
عن قصد الشارع مستعيناً بكل أسلوب يمكنه من ذلك ، فإن عليه أن يحترم

= وهو ما نسميه التجريم التنظيمي والوقائي أو التجريم القانوني التهديدي الصرف في تعبير
آخر - فنقول إنه مع التسليم بذلك فقد عيب حل مبدأ القانونية محاصره للقاضي الجنائي بقاعده
عدم القياس والتفسير الضيق مما يؤدي حتماً إلى جمود التشريع الجنائي وتخلفه عن ملاحقة أسباب
المدنية الحديثة والتطور الاجتماعي بصفة عامة ، ذلك بأن المشرع عندما يصوغ النصوص
المتضمنة لتجريم لا يمكن أن يحيط سلفاً بكل ما تتمخض عنه ظروف الحياة الاجتماعية المتطورة
دواماً من أمور تستأهل العقاب ولا بكل ما تفتتح عنه أذهان الجرمين من أساليب يتحايلون
بها لارتكاب الجرائم على نحو يجعل انطباق النصوص الجنائية عليها - بدون اللجوء إلى طريق
القياس أو التوسع في تفسيرها - أمراً متعذراً . ويذهب الدكتور على راشد في مؤلفه « القانون
الجنائي : المدخل وأصول النظريات العامة ١٩٧٠ ص ٢٠٩ » إلى وجهة هذا المأخذ الذي
حل حداً من التشريعات الجنائية قبل نيف وثلاثين عاماً على تحويل القاضي الجنائي سلطة التوسع
في تأويل نصوص التجريم إلى حد لإجازة اللجوء إلى طريق القياس وكان من بين هذه التشريعات
القانون السوفيتي الأول والدائم الصادر عام ١٩٣٣ والألماني الثاني الصادر عام ١٩٢٥ .
بيد أننا لا نقر لإجازة القياس لما يترتب عليه من هدم مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات ، ذلك
المبدأ الذي لا يجوز النيل منه على أي وجه في المجال الجنائي بالذات إذ يأتي في القمة من
الخطورة بالنسبة إلى سائر فروع القانون الأخرى لمسامه بالأرواح وبالحرريات والأموال .
والتعدي بما يجد من أمور تستأهل العقاب مردود بأن المشرع يستطيع دائماً مواجهة هذه
الحالات بالتأثير والعقاب ، كما أنه يستطيع تدارك القصور الذي قد يكشف عنه العمل في نص
من النصوص عن طريق المبادرة إلى تعديل هذا النص كما فعلت بالفلسفة لنص المادة ١١٨
عقوبات الذي كان يعاقب « كل موظف أدخل في ذمته بأي كيفية - سواء كانت نقوداً للحكومة أو
سهل لغيره ارتكاب جريمة من هذا القبيل » وكان يستفاد منه - بسبب غموضه - أن الجريمة
تتحقق ولو كان المتهم أخذ المال على سبيل الانتفاع فقط بنية رده وأنه إزاء ذلك الشك يكون
من « الأحوط » لمصلحة المتهمين عدم انطباق النص المذكور على هذه الحالة ، إذ تدارك
المشرع هذا الأمر عند تعديله لنصوص باب اختلاس الأموال الأميرية بالقانون رقم ٦٩
لسنة ١٩٥٣ فصارت عبارة النص في المادة ١١٣ « يعاقب . . كل موظف عمومي استولى
بغير حق على مال للدولة أو لإحدى الهيئات العامة أو سهل ذلك لغيره » وبذلك زال الغموض
وأصبح النص يشمل الحالة التي كانت مثاراً للشك فيما مضى . ثم عاد المشرع فأدرك ما في
التسوية بين الصورتين من مغالاة تأباها بالذات ضرورة المغايرة في المعاملة الجنائية بين إحدى
الجنایات ذات الجسامه وإحدى الصور البسيطة للتجريم التهديدي فأورد بالقانون ١٢٠ لسنة
١٩٦٢ نصاً خاصاً لهذه الحالة الأخيرة وعاقبها بعقوبة الخنثى وذلك في قوله في الفقرة الثانية
من المادة ١١٣ المعدلة « فإذا وقع الفعل غير مصحوب بنية التملك تكون العقوبة الحبس والغرامة
التي لا تزيد على خمسين جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين » . وعندما طرح الأمر على بساط
البحث في المؤتمر الدولي للقانون الجنائي المنعقد في باريس عام ١٩٣٧ كان مما قرره هذا =

مبدأ « شرعية الجرائم والعقوبات » ويعني ذلك أن عليه أن يقف في محته عند
الحد الذي يبين له فيه أن تفسيره قد يجعله يقول بجرائم أو عقوبات لم ينص
عليها القانون (١) . ويؤدي التسليم بهذا القيد إلى حظر القياس *Analogie*

المؤتمر أن مبدأ قانونية الجريمة والعقاب هو ضمان لا معنى منها لحماية الحرية الفردية
ويلزم عنه حتماً استبعاد طريق القياس في تطبيق نصوص التجريم . وإن كان المؤتمر أوصى
بأن تصاغ نصوص التجريم في عبارات مرنة تسمح للقاضي بتطبيقها مراعيًا تطور ظروف
الحياة الاجتماعية ومقتضيات المصلحة العامة والدفاع الاجتماعي . وقد عدل كلا التشريعين : الألماني
خداة هزيمة النازية في عام ١٩٤٥ ، والسوفييتي بعد ذلك بسنوات عن إجازة القياس في تطبيق
نصوص التجريم . ويقول الدكتور علي راشد إن الفقه تلقف مقررات المؤتمر الدولي في شأن
عدم القياس لإبراز نظرية « التفسير الكاشف » التي تؤدي بها منذ القرن الماضي بديلاً من
قاعدة « التفسير الضيق » . والمقصود بالتفسير الكاشف هو تطبيق النص الجنائي القائم على
كل ما تتسع له حكمة الشارع منه ولو لم تشر إليه حرفية النص من قريب أو بعيد . وقد
ساير قضاؤنا هذا الاتجاه في بعض أحكامه القديمة والحديثة ، من ذلك توسعه في فهم « الطرق
الاحتياطية » في جريمة النصب وفقاً للمادة ٢٣٦ ع فعد من هذه الطرق « ادعاء المتهم أن في
استطاعته شفاء الناس من الأمراض واستماتته في تأييد زعمه بنشر إعلانات عن نفسه ووضع
لوحة على يابه وأرتداء ملابس بيضاء » ذلك لأن هذه المظاهر هي ما يؤثر في عقليته الجمهور
ومن ثم فلا يمكن اعتبارها مجرد كذب حادى - نقض جنائي ٢٨ مايو ١٩٣٤ مجموعة القواعد
القانونية ج ٣ رقم ٢٥٦ . وتوسعه في مفهوم « المنزل المسكون أو المعد لسكني » في جريمة
الحريق للعمد حيث جرى بحكمة النقض الفرنسية في تسوية الملحقات - كالجراج وبيوت
الديجاج - بالمنزل المسكون حتى ولو كانت غير مسكونة ولكن بشرط أن تكون متصلة به
وذلك قياساً على النصوص الواردة في باب السرقة والتي تنص صراحة على الملحقات من قبيل
ما ذكر - نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٣٣ و ٢١ يناير ١٩٣٥ المرجع السابق رقمي ١٧٠ و ٢١٨ .
وانظر الموسوعة الجنائية للمستشار جندي عبد الملك ج ٣ فقرة ٣٥ والمراجع الفرنسية المشار
إليها فيها . كذلك توسع قضاؤنا في فهم « التعذيبات البدنية » التي نصت عليها ٢٨٢ ع باعتبارها
ظرفاً مشدداً في جريمة القبيض بدون وجه حق توسعاً من شأنه نقل الجريمة من مرتبة اللجنة
التي عقوبتها الحبس أو الغرامة إلى مرتبة الجنائية التي عقوبتها الأشغال الشاقة . فقد استقر
قضاء محكمة النقض على اعتبار مجرد الضرب أو الجرح البسيط داخلًا في معنى تلك « التعذيبات
البدنية » - نقض ٢٣ يونيو ١٩٥٩ س ١٠ ص ٦٨٨ .

(١) فسرعى النظر إلى أن من بين قواعد التجريم توجد قواعد تفسيرية *normes*
interprétatives تحدد معنى أو نطاق بعض قواعد التجريم والعقاب مثل المادة ٢٣١ ع التي
تعرف سبق الإصرار والمادة ٢٣٢ ع التي تعرف التردد . وثمة قواعد موجهة *normes*
directives تفسح ميادى عامة تحكم قواعد التجريم والعقاب كلها أو بعضها وهي التي يتضمنها
لقسم العام من قانون العقوبات مثل القاعدة التي تنص على مبدأ الشرعية وقاعدة عدم رجعية =

على من يفسر نص التجريم فليس له أن يقيس فعلاً لم يرد نص بتجريمه على
فعل ورد نص بتجريمه محتجاً بتشابه الفعلين أو بكون العقاب على الثاني يحقق

= قانون العقوبات والقاعدة التي تنص على مبدأ المسئولية الجنائية الشخصية ، وتسمى هاتان
الطائفتان بالقواعد النامية . هذا وتهدف سياسة التجريم إلى إنشاء الجرائم التي تمس المصلحة الاجتماعية
وتحدد قواعد قانون العقوبات أنواع المصالح المحمية من خلال كل نص من نصوص التجريم .
وعدم المشروعية *L'antijuridicité* هو ما يميز به عن المساس بالمصلحة الاجتماعية المحمية .
وقد ثار البحث عما إذا كان عدم المشروعية ، أي المساس بالمصلحة المحمية ، يتحقق بمجرد
الاعتداء على المصلحة التي يبرر عنها النص الذي خالفه الجنائي أو لا بد أن تنطوي هذه المخالفة
أيضاً على الاعتداء على النظام القانوني كله وتهديد الحياة الاجتماعية بأسرها . نحا جانب من
الفقه الألماني هذا الاتجاه الأخير ويسمى بنظرية عدم المشروعية المادية . وينسب أصحاب هذا
الرائى ومنهم فون ليست *Von List* إلى أن الهدف من القانون هو خلق توازن عادل بين مصالح
المجتمع ومصالح الأفراد عن طريق حماية المصالح التي تتفق مع غايات المجتمع نفسه فإذا تعارضت
مصلحة محمية مع مصلحة محمية أخرى وجب حل النظام الاجتماعي التضحية بالمصلحة الأقل أهمية
ويترتب على هذا أن الاعتداء على هذه المصلحة الأخيرة لا يكون غير مشروع من الناحية
المادية . وتتفق نظرية عدم المشروعية المادية مع النظرية الماركسية في القانون في القرن التاسع عشر
التي كانت ترى أن العبوة بمحيار مصلحة النظام الاجتماعي والسياسي في تحديد معنى عدم المشروعية
المادية لتحقيق مصالح الطبقة العاملة مما يجب معه التمييز بين مطلق التقدير القانوني للمصلحة
المحمية والتقدير الاجتماعي لهذه المصلحة على ضوء المصالح الأخرى التي يحميها النظام كله .
وهذه الفكرة تأثر قانون العقوبات الاشتراكي في بعض دول أوروبا الشرقية بالجريمة في نظر
هذا القانون لا تقوم بمجرد المخالفة الشكلية البحتة للقانون أي لا تتوافر بمجرد السلوك المخالف
لأحد نصوص التجريم وإنما يجب فوق ذلك أن يكون هذا السلوك منطوياً على خطر اجتماعي
أي يمثل في ذاته خطراً على المجتمع كله فإذا لم يتوافر هذا الخطر الاجتماعي فإن الجريمة لا تقوم .
ولهذا يفتقد الفقه الجنائي السوفييتي عدم المشروعية الشكلية التي يأخذ بها الفقه الغربي ويعطى
للجريمة معنى مادياً فيشترط لوقوعها لا مجرد مخالفة قانون العقوبات فحسب وإنما أيضاً الاعتداء
على النظام الاجتماعي والسياسي والاشتراكي والسوفييتي حتى تكون الجريمة مبررة عن المصالح
السياسية والطبقة العاملة صاحبة السلطة في النظام السوفييتي . فالتجريم في القوانين الاشتراكية
يرتبط بنوع العلاقات الاجتماعية التي يقوم عليها المجتمع الاشتراكي ولذلك فإنه إذا ثبت أن
الجريمة لا تنطوي على خطر اجتماعي بسبب قلة أهمية المصلحة المتهددة عليها فإن الجريمة لا تقع
قانوناً وفقاً لقانون العقوبات وإن كان يجوز العقاب عليها وفقاً لوصف آخر أمام محاكم الرفاق
ومحاكم الرعاية الاجتماعية في الأحوال التي لا يتوافر فيها الخطر الاجتماعي وتقضى هذه المحاكم بتدابير
من نوع خاص تختلف عن الجزاءات التي تقضى بها المحاكم الجنائية العادية . ومقتضى ذلك أن
الجريمة في حكم هذه القوانين لا تقوم بمجرد مخالفة قانون العقوبات وإنما يجب أن يثبت
أيضاً أن المصلحة المحمية المتهددة عليها تتفق مع مصالح المجتمع كله أي أن الاعتداء عليها
طوى على خطر اجتماعي . ولهذا نجد القانون اليوغوسلافي يشترط لعدم قيام الجريمة وفقاً =

مبدأ « شرعية الجرائم والعقوبات » ويعنى ذلك أن عليه أن يقف في بحثه عند الحد الذي يتبين له فيه أن تفسيره قد يجعله يقول بجرائم أو عقوبات لم ينص عليها القانون^(١) . ويؤدى التسليم بهذا القيد إلى حظر القياس *Analogie*

= المؤتمر أن « مبدأ قانونية الجريمة والعقاب هو ضمان لا معنى لها لحماية الحرية الفردية ويلزم عنه حتماً اعتماد طريق القياس في تطبيق نصوص التجريم » وإن كان المؤتمر أوصى بأن تصاغ نصوص التجريم في عبارات مرنة تسمح للقاضي بتطبيقها مراعيًا تطور ظروف الحياة الاجتماعية ومقتضيات المصلحة العامة والدفاع الاجتماعي . وقد عدل كلا التشريعين : الألماني غداة هزيمة النازية في عام ١٩٤٥ ، والسوفييتي بعد ذلك بسنوات عن إجازة القياس في تطبيق نصوص التجريم . ويقول الدكتور هل راشد إن الفقه تلقف مقررات المؤتمر الدولي في شأن عدم القياس لإبراز نظرية « التفسير الكاشف » التي تؤدي بها منذ القرن الماضي بدلاً من قاعدة « التفسير الضيق » . والمقصود بالتفسير الكاشف هو تطبيق النص الجنائي القائم على كل ما تتسع له حكمة الشارع منه ولو لم تشر إليه حرفية النص من قريب أو بعيد . وقد سائر قضاؤنا هذا الاتجاه في بعض أحكامه القديمة والحديثة ، من ذلك توسعه في فهم « الطرق الاحتيالية » في جريمة النصب وفقاً للمادة ٣٣٦ ع فعد من هذه الطرق « ادعاء المتهم أن في استطاعته شفاء الناس من الأمراض واستماتته في تأييد زعمه بفشر إعلانات عن نفسه ووضع ثوبه على يابه وارتداء ملابس بيضاء » ذلك لأن هذه المظاهر هي مما يؤثر في عقلية الجمهور ومن ثم فلا يمكن اعتبارها مجرد كذب عادي - نقض جنائي ٢٨ مايو ١٩٣٤ بمجموعة القواعد القانونية - ٣ رقم ٢٥٦ . وتوسعه في مفهوم « المنزل المسكون أو المعد للسكنى » في جريمة الحريق العمد حيث جرى بحكمة النقض الفرنسية في تسوية الملحقات - كالجراجات وبيوت الدجاج - بالمنزل المسكون حتى ولو كانت غير مسكونة ولكن بشرط أن تكون متصلة به وذلك قياساً على النصوص الواردة في باب السرقة والتي تنص صراحة على الملحقات من قبيل ما ذكر - نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٢٣ و ٢١ يناير ١٩٢٥ المرجع السابق رقمي ١٧٠ و ٢١٨ . وانظر الموسوعة الجنائية للمستشار جندي جيد الملك - ٣ فقرة ٣٥ والمراجع الفرنسية المشار إليها فيها . كذلك توسع قضاؤنا في فهم « التعذيبات البدنية » التي نصت عليها ٢٨٢ ع باعتبارها ظروفاً مشدداً في جريمة القبيض بدون وجه حق توسعاً من شأنه نقل الجريمة من مرتبة الخنعة التي عقوبتها الحبس أو الغرامة إلى مرتبة الجنابة التي عقوبتها الأشغال الشاقة . فقد استقر قضاء محكمة النقض على اعتبار مجرد الضرب أو الجرح البسيط داخلًا في معنى تلك « التعذيبات البدنية » - نقض ٢٣ يوتيه ١٩٥٩ من ١٠ ص ٦٨٨ .

(١) نسترعى النظر إلى أن من بين قواعد التجريم توجد قواعد تفسيرية *normes interprétatives* تحدد معنى أو نطاق بعض قواعد التجريم والعقاب مثل المادة ٢٣١ ع التي تعرف سبق الإصرار والمادة ٢٢٢ ع التي تعرف التردد . وثمة قواعد موجهة *normes directives* تضع مبادئ عامة تحكم قواعد التجريم والعقاب كلها أو بعضها وهي التي يتضمنها للقسم العام من قانون العقوبات مثل القاعدة التي تنص على مبدأ الشرعية وقاعدة عدم رجعية =

على من يفسر نص التجريم فليس له أن يقيس فعلاً لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه محتجاً بتشابه الفعلين أو يكون العقاب على الثاني يحق

= قانون العقوبات والقاعدة التي تنص على مبدأ المسؤولية الجنائية الشخصية ، وتسمى هاتان المبادئتان بالقواعد التابعة . هذا وتهدف سياسة التجريم إلى إنشاء الجرائم التي تمس المصلحة الاجتماعية وتحدد قواعد قانون العقوبات أنواع المصالح المحمية من خلال كل نص من نصوص التجريم . وعدم المشروعية *L'antijuridicité* هو ما يميز به عن المساس بالمصلحة الاجتماعية المحمية . وقد ثار البحث عما إذا كان عدم المشروعية ، أي المساس بالمصلحة المحمية ، يتحقق بمجرد الاعتداء على المصلحة التي يميز عنها النص الذي خالفه الجنائي أو لا بد أن تنطوي هذه المخالفة أيضاً على الاعتداء على النظام القانوني كله وتهديد الحياة الاجتماعية بأسرها . نحا جانب من الفقه الألماني هذا الاتجاه الأخير ويسمى بنظرية عدم المشروعية المادية . وينسب أصحاب هذا الرأي ومنهم قون ليست *Von Listz* إلى أن الهدف من القانون هو خلق توازن عادل بين مصالح المجتمع ومصالح الأفراد عن طريق حماية المصالح التي تتفق مع غايات المجتمع نفسه فإذا تعارضت مصلحة محمية مع مصلحة محمية أخرى وجب على النظام الاجتماعي التضحية بالمصلحة الأقل أهمية ويترتب على هذا أن الاعتداء على هذه المصلحة الأخيرة لا يكون غير مشروع من الناحية المادية . وتتفق نظرية عدم المشروعية المادية مع النظرية الماركسية والقانون في القرن التاسع عشر التي كانت ترى أن العبرة بميلار مصلحة النظام الاجتماعي والسياسي في تحديد معنى عدم المشروعية المادية لتحقيق مصالح الطبقة العاملة مما يجب منه التمييز بين مطلق التقدير القانوني للمصلحة المحمية والتقدير الاجتماعي لهذه المصلحة على ضوء المصالح الأخرى التي يحميها النظام كله . وهذه الفكرة تأثر قانون العقوبات الاشتراكي في بعض دول أوروبا الشرقية بالجريمة في نظر هذا القانون لا تقوم بمجرد المخالفة الشكلية للبحث للقانون أي لا تتوافر بمجرد السلوك المخالف لأحد نصوص التجريم وإنما يجب فوق ذلك أن يكون هذا السلوك منطوياً على خطر اجتماعي أي يمثل في ذاته خطراً على المجتمع كله فإذا لم يتوافر هذا الخطر الاجتماعي فإن الجريمة لا تقوم . ولهذا ينتقد الفقه الجنائي السوفييتي عدم المشروعية الشكلية التي يأخذ بها الفقه الغربي ويعطى الجريمة معنى مادياً فيشترط لوقوعها لا مجرد مخالفة قانون العقوبات فحسب وإنما أيضاً الاعتداء على النظام الاجتماعي والسياسي والاشتراكي والسوفييتي حتى تكون الجريمة معبرة عن المصالح السياسية والطبقة العاملة صاحبة السلطة في النظام السوفييتي . فالتجريم في القوانين الاشتراكية يرتبط بنوع العلاقات الاجتماعية التي يقوم عليها المجتمع الاشتراكي ولذلك فإنه إذا ثبت أن الجريمة لا تنطوي على خطر اجتماعي بسبب قلة أهمية المصلحة المهددة عليها فإن الجريمة لا تقع قانوناً وفقاً لقانون العقوبات وإن كان يجوز المعاقبة عليها وفقاً لوصف آخر أمام محاكم الرفاق ومحاكم الرعاية الاجتماعية في الأحوال التي لا يتوافر فيها الخطر الاجتماعي وتقضى هذه المحاكم بتدابير من نوع خاص تختلف عن الجزاءات التي تقضى بها المحاكم الجنائية العادية . ومقتضى ذلك أن الجريمة في حكم هذه القوانين لا تقوم بمجرد مخالفة قانون العقوبات وإنما يجب أن يثبت أيضاً أن المصلحة المحمية المهددة عليها تتفق مع مصالح المجتمع كله أي أن الاعتداء عليها يهدد على خطر اجتماعي . ولهذا نجد القانون البلوغوسلافي يشترط لعدم قيام الجريمة وفقاً =

نفس المصلحة التي يحققها العقاب على الأول : فلا يستطيع القاضي أن يقيس فعل الاستيلاء على المنفعة على فعل « الاختلاس » ويعتبر من يحصل دون حق على منفعة شيء مملوك لغيره سارقاً ، كما لا يستطيع أن يقيس على إحدى وسائل التدليس التي نص عليها القانون في المادة ٣٣٦ عقوبات مصرى وسيلة لم يرد النص عليها في هذه المادة ويعتبر من يستولى على مال الغير عن طريق هذه الوسيلة مرتكباً جريمة نصب .

٧١٧ - ويذهب رأى إلى أن حظر القياس لا يعنى حظر التفسير الواسع الذي يراه مباحاً وإن كان التمييز بينهما عسيراً ، فقد تختلف الآراء عند تفسير بعض النصوص فيما إذا كان القول بحكم معين هو ثمرة القياس أو ثمرة التفسير الواسع . وهو يرى أن معيار التمييز بينهما هو دخول الحكم في نطاق نص التجريم أو خروجه عنه قولاً إن لنص التجريم نطاقاً يحدده المفسر وفقاً لما يراه مطابقاً لقصد الشارع ، فإن دخل الفعل في هذا النطاق فإن القول بتجريمه لن يكون على أساس من القياس ولو حدد هذا النطاق على نحو متسع ، أما إذا سلم المفسر بخروجه عن هذا النطاق وقال مع ذلك بتجريمه طبقاً للنص نفسه ، فذلك قياس محظور . وبعبارة أخرى فإن التفسير الواسع يعتمد على القصد الحقيقي للشارع في مسألة ورد بها نص بخلاف القياس فإنه يعتمد على القصد

= لقانون العقوبات الجمع بين عدم أهمية السلوك وعدم أهمية الآثار الضارة للجريمة (م/٢) ونصت المادة ٣ من قانون العقوبات لألمانيا الشرقية على انتفاء الواقعة الإجرامية ولو كان سلوك الفاعل مطابقاً للأنموذج التشريعي متى كانت آثار الفعل على حقوق ومصالح المواطنين والمجتمع تامة غير هامة . وانظر المادة ٢/٧ من قانون العقوبات السوفيتي والمادة ٤/٣ من القانون التشيكوسلوفاكي . ونصت (م ١) من قانون العقوبات اليوناني الجديد الصادر عام ١٩٦٩ على أن الجريمة هي فعل خطر من الناحية الاجتماعية مما مؤداه أن الجريمة لا تقوم بدون هذا الخطر الاجتماعي . ويرى الدكتور فتحى سرور أن عدم المشروعية يتوافر بمجرد الاعتداء على المصلحة المحمية ولو كان هذا الاعتداء قليل الجسامه إذ أن تقدير النتائج المترتبة عليه لا يمس مطلقاً فكرة عدم المشروعية وإنما يقتصر تأثيره على ملاممة رفع الدعوى الجنائية وعلى سلطة القاضي التقديرية عند اختيار الجزاء الجنائي الملائم وهذا ما نصت عليه م ٦٠ من القانون الجزى من أنه إذا قلت أهمية الخطر الاجتماعي يجوز الحكم بإفادار الجنائي - راجع فتحى سرور ، أصول السياسة الجنائية ١٩٧٢ : ص ١٥٨ - ١٦١ .

المفترض للشارع في مسألة لم يرد بها نص (١) . ويستوى في القياس المحظور على القاضي أن يستند إلى علة نص آخر أو إلى روح المشرع في النظام العقابي والمبادئ التي تحكمه طالما أنه في الحالتين سوف ينتهى إلى تجريم فعل معين أو إلى تقرير عقاب معين لم يرد به نص (٢) . ويذهب رأى آخر إلى أن القياس الذى يهدم مبدأ القانونية من حيث تحويله القاضي سلطة التجريم ، إنما هو « القياس المنشئ » أى الذى يتجاوز حدود الجرائم الواردة في النصوص على سبيل الخصر فيقيس عليها صوراً جديدة برمتها . وليس غير القضاء المرتكز على القانون العرفي ، كقضاء التعزير الشرعي عند ما كان « الحاكم » يتولى القضاء ، أو قضاء القانون غير المكتوب الأنجلو أمريكي ، يملك اللجوء إلى هذا النوع من القياس . ويسوق صاحب هذا الرأى على سبيل المثال الجريمة التي أدخلها تشريعنا حديثاً في باب السرقة تحت المادة ٣٢٤ مكرراً ع (٣) ، بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٥٦ ، فهذه الجريمة كان يصدق عليها معنى التفسير الكاشف البالغ درجة القياس المطلق لو أن القضاء عاقب عليها قبل تجريمها بالنص الصريح . أما القياس الجزئي ، أى المقتصر على العناصر والظروف المكونة للجريمة كما صورها المشرع نفسه في نص قائم ، وهو مظهر من مظاهر التوسع في تفسير نصوص التجريم عملاً بنظرية التفسير الكاشف ، فإنه لا يتعارض مع مبدأ القانونية . مثال ذلك ما ذهب إليه القضاء في فرنسا وفي مصر من تطبيق النص الخاص بجريمة السرقة على

(١) للمصنف ، القاعدة الجنائية ١٩٦٧ - فتحى سرور ، أصول قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ١٩٧٢ ص ٧٠ و ٧١ بند ٣٤ .
(٢) نقض ١٩ مايو ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ ص ٤٧١ و ٢٠ مارس ١٩٥٦ ص ٧ ص ٤٢٢ .

ولا تزال بعض التشريعات لما ذكرنا تأخذ لأن مبدأ القياس على قواعد التجريم والعقاب وهي قانون العقوبات للصين الشعبية وقانون العقوبات الدانماركي .
(٣) تنص هذه المادة على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر ويفرامة لا تتجاوز شهرين جنياً أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من تناول طعاماً أو شرباً في محل معد لذلك ولو كان مقيماً فيه أو شغل غرفة أو أكثر في فندق أو نحره أو استأجر سيارة معدة للإيجار مع علمه أنه يستعمل عليه دفع الكفن أو الأجرة أو امتنع بغير مبرر عن دفع ما استحق من ذلك أو فر دون الوفاء به » .

حالة اختلاس التيار الكهربائي معبراً هنا التيار من قبيل « المثلوث » الذي يشترط النص كمثل تلك الجريمة مع أن هذا الفرض بالذات لم يحظر قطباً على بلال المشرع الفرنسي عند صدور المدونة النابليونية التي نقل عنها المشرع المصري مدونته العقابية ، حيث لم تكن الكهرباء قد اكتشفت بعد بيداهاة الأمور ، فلي هنا المثال هناك نص محدد يعرف جريمة السرقة ويحتمل « المثلوث » هو المتعصر الذي يشمل على الجريمة ولكن القضاء طبق ذلك النص على « الكهرباء » قياساً لما على المثلوث (١) .

رأيت

٧٢٨ - ونحن نرى أنه إذا كان من المسلم في تفسير القوانين المختلفة جواز الالتجاء إلى القياس ، فإنه يحظر الالتجاء إلى هذا الطريق خطراً باتاً في خصوص قانون العقوبات والقوانين الجزائية عموماً ، ذلك أنه سواء كان القياس كلياً أو جزئياً فإنه يتوسل به لا إلى معرفة قصد الشارع فقط وإنما إلى مدحه أيضاً إلى حالات أخرى غير منصوص عليها صراحة لمجرد توافر هذا القصد بشأنها وهو ما يتعارض مع مبدأ الشرعية الذي يخضع له قانون العقوبات والذي يتميز به عن غيره من القوانين ، ذلك المبدأ الذي يحتم وجود النص الصريح في جميع الأحوال فلا يخفى عنه استخلاص قصد الشارع من نصوص أخرى . والقول بأن تطبيق القضاء النص الخاص بالسرقة على حالة اختلاس التيار الكهربائي إنما كان بطريق قياس التيار الكهربائي على المثلوث ليس صحيحاً على إطلاقه لمجرد أن هذا الفرض يستحيل أن يكون قد خطر على بال المشرع الفرنسي الذي نقل عنه المشرع المصري لأن الكهرباء لم تكن قد اكتشفت عند وضع المدونة النابليونية ، ذلك أنه من المقرر أن نمة نظرية موضوعية في التفسير ترى أن النص التشريعي يستقل بمجرد نشره ونفاذه عن شخص واضعه فرداً كان أو لجنة من اللجان بحيث يصبح كائناً حياً له حياته المنفصلة والمستقلة عن واضعه أو واضعيه ويتطور في معزل عن إرادتهم بالقدر الذي تسمح له به ذاته ووظيفته الاجتماعية التي يهدف إلى تحقيقها داخل النظام القانوني وهي الصالح العام ، وهي بخلاف النظرية

(١) حل راشد ، المرجع السابق ص ٢٠٩ - ٢١٢ .

الشخصية التي تستهدف إرادة المشرع لا التشريع فتعول على أعماله التخضيرية على تقدير أنها غالباً ما تكشف عن إرادة واضعه . والحق إن الغاية من التفسير إنما هي الوقوف على قصد الشارع على ضوء التطور الاجتماعي الذي يمر به المجتمع ، والوصول إلى هذا القصد لا يتم إلا بوسيلة واحدة لا ضيقة ولا واسعة ، فما دام التفسير لا يستهدف إلا معرفة قصد الشارع فإن وسيلته لا ينبغي أن تختلف من قانون إلى آخر (١) . وهذا ما فعلته محكمة النقض التزاماً منها بهذا المنهج في التفسير - حين اعتبرت الكهرباء منقولاً يصلح أن يكون محلاً للسرقة ، وحين اعتبرت التسليم الاضطراري غير ناقل للحيازة ولا يمنع من وقوع جريمة السرقة (٢) ، وحين اعتبرت جريمة إصدار شيك بدون رصيد متوافرة رغم بطلان الشيك تأسيساً على أن الشارع هدف إلى حماية مظهر الشيك (٣) و (٤) ونجمل في دعم رأينا هذا إلى ما سبق أن ذكرناه في معرض

(١) فتحى سرور ، أصول قانون العقوبات ، المرجع السابق ص ٦٩ .

(٢) فتحى سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم الخامس ١٩٦٨ ص ٦٠٧ .

(٣) نقض ٦ فبراير ١٩٦٢ ص ١٢ ص ١٢٤ .

(٤) وقد اطرد القضاء في فرنسا وفي مصر على أن القياس في تفسير نصوص التجريم محظور إذ قررت محكمة النقض الفرنسية أنه لا يجوز للقاضي أن يسعى عن طريق القياس إلى إكمال نقص القانون وتوقيع العقاب في غير الحالات التي نص عليها الشارع Cass. 3août 1908. S. 1937. 2. 198 . كما قررت محكمة النقض المصرية أن من المقرر أنه لا حقوية إلا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له بما يقتضاه عدم التوسع في تفسير نصوص القانون الجنائي وعدم الأخذ فيه بطريق القياس - نقض ١٩ مايو ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ ص ٤٧١ ونقض ٢٠ مارس ١٩٥٦ ص ٧ ص ٤٢٢ . وانظر في التفرقة بين القياس والتفسير الواسع Lius Jimenez de Asua, l'analogie en droit pénal, Rev. de science crim, 1949, p. 187 et suiv.

وقد خلصت المحاكم على اختلاف درجاتها عندنا إلى العديد من التطبيقات السليمة لمبدأ الشرعية في نطاق القواعد الجزائية : ففي مجال التزوير أحجم بعض المحاكم عن التسوية بين البصمة والإمضاء والتميم ، ولم تعتبر محكمة النقض ما يرد على الصورة الفوتوغرافية من تغيير الحقيقة تزويراً لأنها لا تعتبر « محرراً » إذ يشترط في المحرر أن يكون مسطوراً - نقض ١٥ يناير ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٢٥٦ . وفي مجال جرائم المال لم يكن في مكنة القضاء حتى عام ١٩٤٧ أن يقيس على حالة الأشياء المسروقة حالة الأشياء المتحصلة من النصب أو من خيانة الأمانة مثلاً رغم اتحاد العلة في هذه الفئة من الجرائم إلى أن تدخل المشرع فأضاف المادة ٤٤ مكرراً وتشير إلى إيقاع الأشياء المتحصلة من جنابة أو جنحة إلى جانب تلك المتحصلة من سرقة - حل راشد ، القانون الجنائي ، النظريات العامة ١٩٦٥ ص ٥٠ =

الرد على دعاة القياس منعاً من التكرار (١).

وما بعدها - الصيق ، القسم الخاص ، المرجع السابق ص ١٢٧ . ولنفس السبب تدخل المشرع من قبل في ١٨ مايو ١٨٩٨ فأصدر الأمر العالي مجرماً التقاط الأموال الضائعة أو المفقودة بعد أن تبين له أنها لا تدخل مجال السرقة ولا النصب ولا خيانة الأمانة . وأضاف أخيراً المادة ٢٣٤ مكرراً بالقانون ١٢٦ لسنة ١٩٤٦ المار ذكرها . وفي مجال الضرب المفضى إلى عاهة مستديمة لا يجوز أن يقاس حل هذه النتيجة أية نتيجة أخرى مثل الإجهاض - رهوف عيب ، القسم العام ص ٨٥ . وفي مجال الجرائم الماسة بأمن الدولة من الخارج تشير المادة ٧٨ ح في فقرتها الأخيرة إلى أنه « إذا كان الطلب أو القبول أو العرض أو الوعد أو التوسط كتابة فإن الجريمة تتم بمجرد تصدير الكتاب » ويرى البعض أن هذه الفقرة لا تصحح حل الفرض الذي تكون فيه وسيلة الطلب وما إليه شريطةً مسجلاً أو الذي يحمل فيه الطلب وما إليه رسول حسن النية إلى الدول الأجنبية التي عنتها هذه المادة في فقرتها الأولى وهو ما يقتضى تدخل المشرع لمعالجة هذا القصور - الصيق ، مذكرات في القسم الخاص ص ٧٧ .

(١) راجع هامش (١) ص ٨٨٩ . ونضيف هنا أن من أهم ما يلقى حل عائق المفسر أن يطوع النصوص التشريعية ، دون تعديلها ، بحيث تصبح قادرة دائماً على مجابهة التطور السريع الذي تمر به الجريمة سواء من حيث أسلوبها أو من حيث جوهرها . وفي حالة سرقة التيار الكهربائي فإن وصف المال المنقول لا يقتصر على ما كان جسماً متميزاً قابلاً للوزن طبقاً لمنظريات الطبيعة بل هو طبقاً لأحكام القانون المبنى كل شيء في قيمة يمكن تملكه وحيازته ونقله وهذه العناصر كما قالت محكمة النقض متوفرة في الكهرباء إذ لتيارها قيمة مالية ويمكن تحيطه وحيازته ونقله من حين لآخر - نقض ٥ إبريل ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٦٩ ونقض ١٧ ديسمبر ١٩٤٥ ج ٧ رقم ٣٩ . وقد مر بنا كيف أن مفهوم المنقول في القانون الجنائي يختلف منه في القانون المدني نفسه . ويرى الدكتور الصيق في مؤلفه « النظرية العامة لجرائم المال ص ٢٩ وما بعدها » أن اتجاه محكمة النقض حل هذا النحو غير سديد لأنها نظرت إلى فكرة الشيء المنقول نظرة قانونية مع أنها فكرة يجب أن ينظر إليها نظرة طبيعية . فلو كانت الكهرباء « طاقة » لا « شيئاً منقولاً » لأنت محتملها من أن يعتبر سارقاً إذ الطاقة منصفة لا ترد السرقة عليها . ولكن الكهرباء تعتبر حقيقة شيئاً « منقولاً » في أسلاكها تنتقل جسيمات يمكن قياس كل وحدة منها . وهو يفتقد الفقه حين لا يعنى بالصورة التي تتخذها مادة الكهرباء وما إذا كان علماء الطبيعة يعتبرونها مادة أو لا قولاً إنها مادة في نظر القانون وإن لم تكن كذلك في نظر علماء الطبيعة .

ونحن نرى أن وسيلة نقل الكهرباء لا تغير من كونها شيئاً مادياً منقولاً ترد عليه السرقة . وقد تكهن الفقيه **Manzioli** بالمستقبل فتكلم عن إمكانية أو عدم إمكانية اختلاس « الإرسال » الإذاعي ، فخلص وخلص معه بعض الفقهاء المصريين إلى أنه رغم تكونه من موجات كهربائية يتحول إليها الصوت فيحملها الأثير فيتم الإرسال اللاسلكي ، فالإرسال الإذاعي لا يصلح لأن يكون محلاً للاختلاس لأن الجنائي لا يستطيع حيازته إذ حيازته لا تتحقق إلا بجرمان =

جواز القياس في غير نصوص التجريم

٧١٩ - ذكرنا أن عدم الأخذ بالقياس في قانون العقوبات مرجعه إلى تعارضه مع مبدأ الشرعية ، فإذا انتفى التعارض انفسح المجال أمام القياس دون جرح طبقاً للقواعد العامة في تفسير القوانين . ولا شك أن التعارض ينتفي في النصوص التي تتعلق بأسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو موانع العقاب أو موانع رفع الدعوى الجنائية وكذلك الأعذار القانونية والظروف الخفيفة ، ولذلك فإن الالتجاء إلى القياس في تفسير هذه النصوص جائز لأنه يخرج المتهم من دائرة العقاب ، فضلاً عن أن الأصل في الأشياء الإباحة ومن ثم فالقياس عليها إنما يرد على أصل عام لا على مجرد استثناء (١) ، ولا خوف من الإضرار بالمجتمع طالما أن المفسر لن يلجأ إلى القياس إلا حين يقطع بأن الأخذ به يتفق ومقصود الشارع . وتطبيقاً لهذا جرى القضاء على اعتبار الدفاع الشرعي سبباً عاماً لإباحة الجرائم كافة رغم قصر نطاقه في التشريع على جرائم القتل والجرح والضرب دون غيرها (٢) . وقضت محكمة النقض بأنه من المقرر أن القياس في أسباب الإباحة أمر يقره القانون بغير خلاف ولذا يمكن إلحاق حالتى تبديد الشيك والحصول عليه بطريق النصب من حيث إباحة

= جميع أصحاب أجهزة الاستقبال من استقباله وهو أمر لا يستلجج جهاز إرسال عادي تحقيقه ، بيد أنه لو تحقق تحققت الحيازة وقامت من ثم جريمة السرقة - مانديني ، المطول ج ٩ ص ١٩ وقد أشار إلى الفقيه **Severino** الذي كان أول من تكهن بهذه الفكرة - وانظر الصيق ، المرجع السابق نفس الموضوع حيث يخلص إلى أن السرقة لا تقوم في حالة ما إذا أفاد الفاعل من آلة ميكانيكية معدة لتقديم خدمات كالميزان الآلي لأن السرقة لا ترد على منفعة . وقد خلصت محكمة فيرنسا في إيطاليا في مارس ١٩١٥ إلى قيام السرقة في حق راضي غنم أدخل غنمه حظيرة غيره وترك كبش الغير يلقي غنمه . وقد ثار الجدل وقتئذ حول ما إذا كانت قوى الإخصاب الحيواني « طاقة جنسية » أو أنها « أشياء مادية منقولة » من الممكن حيازتها - الصيق المرجع السابق ص ٧٢ وما بعدها - وقارن ما ذكرناه من عدم جواز استنجاار النحل - في مذهب أي حنيفة - لأجل النزاهة على النوق وطرقها لأن طرق الناقة قد لا يلقي فكانت ثمرة غير مقدور عليها فلا يجوز لذلك أخذ الأجر عليه لما في ذلك من الضرر فكان أخذ المال في مقابل ماء ميهن لا قيمة له - راجع ص ٤٩٠ و ٤٩١ بند ٣٧٩ .

(١) **Delogu, les causes de justification, op. cit., p. 147.**

(٢) انظر المواد ٢٤٥ - ٢٥١ عقوبات - ونقض أول فبراير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ٣٦ حيث كان فعل الدفاع هو قتل حيوان .

(الاعتذار بالجهل بالقانون - ٥٧)

حق المعارضة في الوفاء بقيمته بحالتي ضياع الشيك وسرقته لأنها جميعاً من جرائم سلب المال وورقة الشيك فيها متحصلة من جريمة . ومدّ القضاء نطاق مانع العقاب الذي كانت تقررته المادة ٣١٢ عقوبات قبل تعديلها بالقانون ٦٤ لسنة ١٩٤٧ - إذا ثبت قيام علاقة زوجية بين الجاني والمجني عليه أو كان أحدهما أصلاً أو فرعاً للآخر إلى جرائم الاستيلاء على المال بالنصب وخيانة الأمانة قياساً على السرقة . ونعرض فيما يلي ، بشيء من التفصيل ، لوضع القواعد الجنائية غير المجرمة من القياس .

وضع القواعد الجنائية المبررة للجريمة من القياس

٧٢٠ - تثير طبيعة هذه القواعد الجدل بين الفقهاء ، فمنهم من يراها قواعد استثنائية ، ومنهم من يعتبرها قواعد ابتدائية أو أصلية . فأما الذين يرون في القواعد المبررة للجريمة قواعد استثنائية فسندهم في ذلك أنها استثنائية بالنظر إلى القواعد المجرمة ، لأنه إذا كان الأصل أن كل من يرتكب جريمة يخضع لعقوبتها ، فالاستثناء من هذا الأصل أن من يرتكب الجريمة استعمالاً لحق أو ممارسة لسلطة لا يعتبر مجرمًا استثناءً فلا يخضع بالتالي للعقاب . ويخلص هؤلاء إلى القول بأن القواعد المبررة للجريمة تعتبر استثناءً من أصل هو القواعد المجرمة . وهذه وإن كانت أصلاً بالنظر إلى القواعد المبررة للجريمة فهي في نفس الوقت استثناءً من أصل أو مبدأ هو الأصل في الأشياء الإباحة ، ومعنى هذا في عبارة أخرى أن القواعد المبررة للجريمة استثناء ورد على استثناء فردنا إلى الأصل وهو الإباحة . وأما الذين يرون في القواعد المبررة للجريمة قواعد أصلية أو مبتدأة فسندهم في هذا أنها قواعد تصدر عن مبادئ قانونية عامة ، أو في عبارة أخرى موجهات عامة للنظام القانوني ، منها مبدأ احترام القانون ومبدأ تنفيذ الواجب ومبدأ مشروعية استعمال الحق . فهي إذن قواعد أصلية ومبتدأة وليست قواعد استثنائية ، لهذا يجوز القياس عليها كلما توفرت العلة في الحكم الذي نريد سحب حكمها عليه . وهذا الرأي في تقديرنا يقترن بالصواب مما يدعونا إلى اعتناقه والأخذ به (١) .

(١) انظر ديولوجي ، المرجع السابق ص ٤١٧ - فتحي سرور ، أصول قانون العقوبات ص ٧٢ - رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ١٩٧ - العيني ، القاعدة الجنائية ص ٢٨٦ . وفي مجال القانون الخاص ، جلال العلوي ، المرجع السابق ص ٢٦٨ . انظر ديولوجي ، المرجع السابق ص ١٤٧ .

٧٢١ - وتطبيقاً لجواز القياس على القواعد المبررة للجريمة خلص القضاء المصري إلى سحب حكم الدفاع الشرعي كسب لتبرير الجريمة إلى جرائم أخرى غير القتل والضرب والجرح ، وذلك على الرغم من وروده في الباب الذي يعالج هذه الجرائم كما سبق أن ذكرنا . وتعويلاً على ذلك فقد يتمثل دفاع امرأة عن نفسها ضد الاغتصاب في جريمة الفعل الفاضح العلني إذا لم تجد وسيلة لدفع هذا الاعتداء سوى خروجها إلى الطريق العام عارية (١) . ويمكن إلحاق حالتي تبديد الشيك والحصول عليه بطريق النصب من حيث إباحة حق المعارضة في الوفاء بقيمته بحالتي ضياعه وسرقته على تقدير أنها جميعاً من جرائم سلب المال وأن ورقة الشيك فيها متحصلة من جريمة (٢) . هذا بالنسبة لأسباب الإباحة العامة ، بيد أن هناك أسباب إباحة خاصة : إما بجرائم معينة كالضرب بالنسبة للزوج الذي يؤدب زوجته والقذف بالنسبة للمتقاضى في دعوى مطروحة أمام المحكمة متى استلزم دفاعه عن حقه ذلك وجرائم الرأي بالنسبة لأعضاء المجلس النيابي ، وإما بأشخاص معينين كالموظف العمومي بالنسبة لممارسة السلطة . بالنسبة لهذه الأسباب الخاصة لا يجوز القياس لأن العلة مقصورة عليها فلا تتعداها إلى غيرها . فحق التأديب مقصور على الزوج دون الأخ ، والقذف أمام المحكمة مقصور على الحالات التي تكون فيها دعوى بين يدي المحكمة ، كما أنه مقصور على أطراف الدعوى دون الحاضرين بالجلسة ، والحصانة البرلمانية *immunité parlementaire* (٣) مقصورة على أعضاء البرلمان دون غيرهم وعلى الوظيفة البرلمانية دون سواها من ضروب النشاط التي يزاولها الأعضاء وعلى الأقوال دون الأفعال (٤) .

(١) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ١٩٩ .

(٢) نقض أول يناير ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ص ١٤ ص ١ - وانظر تعليقا على هذا الحكم للدكتور فتحي سرور في كتابه للوسيط في قانون العقوبات ، المرجع السابق ص ٧٧١ .

(٣) ويقصد بالأقوال كل ما يقوله عضو البرلمان شفويًا أو كتابة بحكم عمله ككاتب فلا تجوز مؤاخذته عما يصدر منه في خطبه أو أسئلته أو استجواباته أو في مقاطعاته أو تقاريره أو تصويته أو مداولاته سواء في المجلس ذاته أو في لجان المجلس . والفرنسيون والبلجيكيون يسيطرون هذه الحصانة على كل ما يقوله النائب أو يديه خارج المجلس إذا كان ذلك خلال قيامه بمثل مكلف به من المجلس الذي يتبعه كعضوية لجنة تحقيق برلمانية ، وما ساعد على هذا أن -

وضع القواعد الجنائية المتصلة بموانع المسؤولية من القياس

٧٢٢ - هذه القواعد تصدر عن مبدأ قانوني عام أو موجه من الموجهات

= الدستورين البلجيكي والفرنسي جعلاً مناط الحرية أو الحصانة كون القول أو الرأي قد أبدى أثناء القيام بالوظيفة *dans l'exercice des fonctions* . ومع أن دستورنا الحالي لم يصرح بهذا المنطوق في المادة ٩٨ ولم يذكر إلا كون الأفكار والآراء في أداء أعمالهم أبدية في المجلس أو في لجانه ، إلا أننا نعتقد أن هذا المنطوق ملحوظ في تلك المادة التي لم تقصد من صدور الأقوال في المجلس أو في لجانه إلا التنبيه إلى أنها صدرت أثناء قيام العضو بوظيفته ولم يقصد بها الإشارة إلى أكثر من هذا المعنى ، فلا يشترط اجتماع الظرفية المكانية مع القيام بأعمال الوظيفة للاحتجاج بالحصانة بل يكفي للاحتجاج بها القيام بأعمال الوظيفة ولو خارج المجلس متى كان ذلك بتكليف منه كما هو الشأن في أعضاء لجان استظهار الحقائق أو تقصيها إذا مارسوا عملهم خارج المجلس بتكليف منه . ونشير بهذه المناسبة إلى أن المادة ٩٦ من الدستور حظرت إسقاط عضوية أحد أعضاء المجلس إلا إذا فقد الثقة والاعتبار أو أحد شروط العضوية أو صفة العامل والفلاح التي انتخب على أساسها أو أخل بواجبات بوظيفته . ويجب أن يصدر قرار إسقاط العضوية من المجلس بأغلبية ثلثي أعضائه ، ومع ذلك فقد رأينا في مصر أعضاء يفقدون مقاعدتهم في المجلس ، عن طريق إسقاط عضوية الاتحاد الاشتراكي عنهم ، لمجرد أنهم أبدوا آراءهم داخل مجلس الأمة بعد نكسة ١٩٦٧ في أسباب هذه النكسة وفي بعض أشخاص كانوا في قمة السلطة في ذلك الوقت ، وهو أمر لا نعتقد إمكان حدوثه مرة أخرى ، ذلك أن مقصود الدستور من هذه الحرية أو الحصانة إنما هو إتاحة الفرصة للتعبير في المجلس الشايع عن إرادة الشعب بأرقى ما يمكن من الحرية بما يقتضيه عدم الحجر بأي وجه على توابه ومثليه في إبداء ما يشاؤون من الأفكار والآراء ومعاوئتهم على إبدائها غير معرضين لرقابة أو مراجعة من أية جهة عامة أو خاصة ، إلا بمجلسهم ، وقد أثير عن روايته كولار قوله : ما يقال على المنبر لا يسأل عنه قائله إلا أمام المجلس *La tribune n'est justiciable quo de la chambre* . وهذه الحصانة أو الحرية مطلقة من حيث موضوعها ، فالنائب يستطيع بها أن يقول ما يشاء مهما كان مموتاً أو معاقباً عليه . هو يستطيع ، بغير أن يتعرض لأية مسؤولية جنائية أو مدنية ، أن يسب أي شخص أو يقذفه وأن يخوض بغير احتياط ولا تحرج في سيرة أي فرد حاضر أو غائباً . يستطيع أن يفرى يارتكاب الجرائم أو يجرها أو يجرس على قلب نظام الحكم أو يدعو الجند إلى العصيان أو الدال إلى الإضراب أو الشعب إلى الثورة لا يتعرض لشيء إلا للجزاءات المقررة في اللائحة الداخلية للمجلس . هي حرية مطلقة لا يظلمها أن يكون مباشرها سوء النية أو كاذباً أو مهملًا إهمالاً جسيماً . هذه الحرية مطلقة حتى من قيود الرد والتصحيح التي يخضع لها كل المواطنين فلا يجوز قانوناً لمن مسهم عضو في المجلس الشايع في أقواله أيًا كانت صفته أو مقامهم أن يردوا أو يصححوا أو يطلبوا من رئيس المجلس إحاطته علماً بردهم أو تصحيحهم كما لا يجوز لهم نشر الرد أو التصحيح في الجريدة الرسمية التي تنشر المناشير . وقد حدث في مجلس النواب المصري في ٤ سبتمبر ١٩٢٦ أن بسط رئيس مجلس النواب هذا المبدأ فقال : . . إن الاحتجاج نوع من المؤاخذه وبما أن المؤاخذه =

العام للبرنامج القانوني مؤداه ألا يتحمل المسؤولية الجنائية إلا من كان أهلاً لها ومن ثم يجوز القياس على كل مانع من موانع المسؤولية الجنائية لاتحاد العلة . فإذا كان المشرع في المادة ٦٢ عقوبات يعتبر الغيبوبة الناشئة عن عقاقير مخدرة أياً كان نوعها مانعاً من موانع العقاب (وإن كانت في حقيقة تكييفها مانعاً من موانع المسؤولية لا العقاب) إذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها ، فإننا نرى أنه يجوز قياس الغازات التي تحدث غيبوبة على هذه العقاقير ، لتوفر العلة في الحالتين (١) . ومن ذلك أيضاً أن المادة ٦٥ من قانون العقوبات الصادر عام ١٨٨٣ كانت تنص على أنه : إذا أكره المتهم على فعل جنائية أو جنحة بقوة لا يستطيع مقاومتها فلا يعتبر ما وقع منه جنائية أو جنحة . ولم يرد هذا النص ضمن التقنينات العقابية اللاحقة ، اكتفاء منها بالنص على حكم الإكراه المعنوي دون الإكراه المادي ، ومع ذلك فالإجماع على أن نص المادة ٦١ عقوبات الحالي ينسحب على الإكراه المادي انسحابه على الإكراه المعنوي لاتحاد العلة في كل منهما .

وضع القواعد الجنائية المتصلة بموانع العقاب من القياس

٧٢٣ - تفرق في صدد هذه القواعد بين نوعين : أحدهما صدر عن مبدأ عام ، وهذا يجوز القياس عليه ، والآخر من قبيل القواعد الأخص أو الخاصة بالمعنى الضيق على نحو ما أشرنا إليه من قبل وهذا لا يجوز القياس

= ممنوعة فالاحتجاج ممنوع لأن معنى الاحتجاج المؤاخذه وحفظ الحق وبما أنه لا حق لأحد في مؤاخذه أي عضو من أعضاء البرلمان فليس لأي إنسان كان أن يحجج عليه . . إن هذا المجلس ليس محللاً لتسجيل الاحتجاجات وليس لأحد مطلقاً مهما كان كبيراً أن يحجج على عمل أو قول يصدر من هذا المجلس أو من أحد أعضائه فليعلم هذا من لم يعلم ليرجحوا أنفسهم ويرجحوا من كثرة الاحتجاجات التي لا تفيد مطلقاً - مجموعة تعليقات مجلس الشيوخ على المادة ١٠٩ من الدستور ص ٢٤٢٢ وانظر فيما تقدم ، بارتلمى ودويز ص ٥٦٥ وقيدل ص ٤٠٢ ولبرتقان بند ٢٧١ و ٢٨١ . وفي الفتحة العربي محمد عبد الله محمد ، المرجع السابق ص ٢٣١ وما بعدها .

(١) انظر مقالنا « العلاج النفسي في القانون » ، المجموعة الرسمية ص ٦١ ص ٩١٧ - ٩٣٤ حيث ذكرنا أن النائم مقناطيسياً يعني من المسؤولية إذا ارتكب جريمة لأنه لا يستطيع مقاومة أوامر المذموم الذي يسأل وحده عن الجريمة التي ارتكبها النائم باعتباره قاعلاً معنوياً لها إذ لم يكن النائم إلا أداة في يده .

عليه . وبالتعويل على ذلك فإن المادة ٣١٢ عقوبات قبل تعديلها بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٤٧ التي كانت تنص على أن « لا يحكم بعقوبة ما على من يرتكب سرقة لإضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه » ، كانت تتضمن حكماً أحدهما ذو علة قاصرة والثاني ذو علة متعدية . وبالنظر إلى من يفيد من هذا المانع من مواقع العقاب نجد أنه أحد الزوجين أو أحد الأصول أو الفروع وذلك لعلته تتصل بعلاقة القرابي أو الدم التي تربط بين الجاني والمجنى عليه في هذه الجريمة على نحو لا تتحقق بنفس القوة وعلى ذات الدرجة في علاقة المجنى عليه بأخيه أو عمه مثلاً . لهذا فالعلة في حالتنا هذه قاصرة ، فلا يجوز قياس أحد من الأقارب ممن لم تذكرهم المادة سالفة الذكر على من ذكرتهم . وبالنظر إلى الجريمة محل الإعفاء من العقاب نلاحظ أن العلة المتصلة بحكمها متعدية ، إذ أنها تتوفر في حق أحد الذين عينتهم المادة إذا نصب على المجنى عليه وسلبه ثروته كلها أو بعضها ، أو إذا خان أمانة كانت مودعة لديه من أحد المجنى عليهم الذين حددتهم هذه المادة . وهذا بالفعل ما خلص إليه القضاء المصري في ظل تلك المادة ، كما سبق القول ، حيث سبب حكمها على ما يقع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين من نصب أو خيانة أمانة ، ومن غصب بالتهديد^(١) .

وتطبيقاً لما أسلفناه عن العلة غير المتعدية أو القاصرة ، فإنه لا يفيد من مانع العقاب الوارد بالمادة ١٤٤ فقرة أخيرة عقوبات سوى من عينتهم هذه المادة وهم زوج أو زوجة من أخني أو سوجد على الاختفاء أو الفرار من وجه القضاء دون أبويه أو أجداده أو أولاده أو أحفاده ، بل إن مانع العقاب هذا لا يفيد منه الزوجة المطلقة ولا الزوج المطلق ، فصفتها قد زالت عنهما وقت الإخفاء^(٢) ، وكذلك الشأن بالنسبة لإعفاء الراشي والوسيط من العقاب إذ الإعفاء مقصور عليهما دون المستفيد من الرشوة (م ١٠٧ عقوبات) .

(١) وبعد أن عدل المشرع هذا النص عام ١٩٤٧ طبق القضاء المصري نفس الحكم على تهديد أحد الزوجين لمقتولات زوجته - نقض ١٠ نوفمبر ١٩٥٨ من ٩ ص ٨٩١٠ . وراجع ما ذكرناه من تقبل القياس في تفسير القاعدة الجنائية في الاتحاد السوفيتي ص ٥٦٠ .

(٢) وذلك على العكس من بعض التشريعات العربية ومنها قانون العقوبات اللبناني .

وضع القواعد الجنائية المتصلة بتخفيف العقوبة من القياس

٧٢٤ - هذه الفئة من القواعد لا يجوز القياس عليها لأن علتها قاصرة غير متعدية ، ومن ثم فإن تخفيف العقوبة الواردة بالمادة ٣١٩ عقوبات بخصوص سرقة الغلال أو المحصولات الزراعية التي لم تكن منفصلة عن الأرض وكانت قيمتها لا تزيد على خمسة وعشرين قرشاً لا يسرى على غير هذا المحل المادي ، وذلك لأن القاعدة التي تضمنتها هذه المادة تعتبر قاعدة خاصة من النوع الضيق بالنسبة للقاعدة العامة التي تضمنتها المادة ٣١٨ عقوبات ، فالعلة في الأولى لا تتعداها إلى غيرها من المسروقات حتى ولو كانت قيمتها لا تزيد على خمسة وعشرين قرشاً .

وضع القواعد الجنائية المتصلة بتشديد العقوبة من القياس

٧٢٥ - وهذه القواعد بدورها لا يجوز القياس عليها لأن علة التشديد فيها قاصرة فلا تتجاوزها إلى غيرها ، وبناء عليه فلا تشدد العقوبة المقررة للنصب إذا وقعت الجريمة ليلاً قياساً على السرقة لعدم توفر العلة من التشديد بالنسبة للنصب .

الشك في تفسير قانون العقوبات

٧٢٦ - ذهب رأي في الفقه إلى أنه إذا كان النص الجنائي شديد الغموض واستحال على المفسر تحديد قصد الشارع وتساوت في نظره وجوه متعددة يمكن أن يؤول النص وفقاً لها وجب ترجيح الوجه الذي تتحقق به مصلحة المتهم إعمالاً لقاعدة « الشك يفسر لمصلحة المتهم »^(١) . والحق إن المجال الصحيح لهذه القاعدة هو نظرية الإثبات لا تفسير القانون ، فالإثبات ليس إلا مقدمة للتفسير فهو يهدف إلى التلليل على واقعة معينة ، أما التفسير فعملية ذهنية ترمى إلى الكشف عن قصد الشارع دون لبس أو غموض . ومهما

(١) محمود نجيب حسني ، القسم العام ، المرجع السابق ص ٩٦ - الضيق ، القاعدة الجنائية ، المرجع السابق . وإن كان كلاهما يرى أن هذا الفرض نادر ومن المستبعد أن يبلغ غموض النص القدر الذي يجعل الكشف عن قصد الشارع مستحيلاً . وهما يريان أيضاً أن مجال إعمال قاعدة « الشك يفسر لمصلحة المتهم » هو حالة استحالة الكشف عن قصد الشارع لا مجرد صعوبة ذلك وإن كانا قد حدا إلى تقرير أن المجال الرئيسي لتطبيق هذه القاعدة هو الإثبات حيث تتعادل أدلة الإدانة وأدلة البراءة فيكون متعيناً ترجيح الثانية .

كان النص الجنائي متناهيًا في غموضه فإن هذا لا يعنى المفسر من الوصول إلى تحديد معناه دون الاكتفاء بالوقوف عند الشك في هذا المعنى وإلا كان مؤدى ذلك أن المفسر لم يستقر بعد على معرفة القانون . وإذا سلمنا جدلاً بأن ثمة نصاً جنائياً لا يمكن الاهتداء إلى معناه مهما استعان المفسر بما لديه من أساليب التفسير فإنه لا ندحة من تقرير إباحة الفعل ، ليس تعويلاً على قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المتهم وإنما استصحاباً لمبدأ « الأصل في الأشياء الإباحة »^(١) ، ولأن النص الغامض لا يمكن أن يخفى جرمية أو عقاباً على تقدير أن جوهر مبدأ الشرعية هو في إحاطة الناس علماً عن طريق التشريع بما يعتبر جريمة قبل الإقدام على ارتكابها والحيلولة دون غموض النص . وهذه النتيجة قد لا نتوصل إليها إذا فسرنا الشك لصالح المتهم لأن هذا الشك قد يؤدي إلى تحميله عبء جريمة معينة أخف من جريمة أخرى يثور الشك في مدى انصراف قصد الشارع إليها^(٢) .

٧٧٧ - هذا ونشير في النهاية إلى أننا لا نقر الرأي السائد في الفقه والقائم على التفرقة بين قياس لصالح المتهم وآخر لغير صالحه ، ذلك لأن القياس الذى هو لصالح المتهم قد يكون محظوراً متى تعاق أمره بقاعدة جنائية خاصة بالمعنى الضيق كما هو الحال بالنسبة لبعض القواعد الجنائية التى تتعلق بموانع العقاب وتخفيف العقوبة ، بل إن أسباب الإباحة نفسها لا تقبل القياس إذا كانت أسباباً خاصة بأشخاص معينين أو بجرائم معينة^(٣) .

ثانياً : الأسلوب المنطقي في التفسير

٧٢٨ - إذا كان الأصل كما أسلفنا القول هو استخدام الأسلوب اللغوى في تفسير النص التشريعى للكشف عن إرادة التشريع ، وهو ما يتحقق فى حالة ما إذا اعتور ألفاظ النص غموض أو لبس أو عدم دقة في التعبير ، فإن ثمة حالات تكون عبارة النص فيها من الوضوح بمكان ومع ذلك يؤدي تطبيق النص في حدود نطاقه ، واسعاً كان هذا النطاق أو ضيقاً ، إلى نتائج

(١) وهذه هي البرائة الأصلية التى عرفها الفقه الإسلامى قبل ذلك وتكلمنا عنها في الكتاب الأول .

(٢) فتحى سرور ، أصول قانون العقوبات ، المرجع السابق ص ٧٣ .

(٣) من هذا الرأي ، الضيق ، المرجع السابق .

تعارض مع المنطق أو تفوت على النص الحكمة التى يستهدفها ، الأمر الذى ينتهى بالحيلولة بين النظام القانونى وبين تحقيق الصالح العام . ولتفادى هذه النتائج الخطيرة التى يزره المشرع عن أن يكون قصدها لا نجد مناصاً من أن نهجر الأسلوب اللغوى للتفسير ونعمم أسلوبه المنطقى ، صاعدين من المعنى اللغوى لعبارة النص إلى روح النص ذاتها حتى نكشف بذلك عن الإرادة الحقة للنص التشريعى . ونشير فيما يلى إلى العناصر التى يمكن الاستعانة بها في مجال الأسلوب المنطقي للتفسير :

١ - الاهتداء بالحكمة من النص التشريعى *ratio legio* : وتبرير ذلك أن المشرع لا يجرم فعلاً ما لمجرد التجريم ، وإنما لحكمة يتبناها اتخذ من التجريم وسيلة لبلوغها . ومن ثم يجب علينا أن نستهدف أول ما نستهدف الحكمة من كل نص تشريعى على حدة ، مسترشدين فى ذلك بتحديد المالم أو المصلحة اللذين يحمهما النص ، فالمعرفة بالقوانين لا تقف لدى الإلمام بألفاظها وإنما تتجاوزها - على حد تعبير المبدأ الرومانى الذى وضعه جستنيان فى مدونته - إلى الوقوف على قوتها ومفعولها . وقد عبر فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء عن هذا بقولهم إن العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمباني . ففى جريمة القتل مثلاً يحمى المشرع الحق فى الحياة ، لهذا يجرم كل فعل ينطوى على عدوان على هذا الحق سواء تمثل العدوان فى إلحاق ضرر فعلى أو تمثل فى تعريضه لخطر هذا الضرر . ولا تتحقق غاية المشرع من حمايته لهذا الحق إلا إذا سلمنا بأن الخطر يشمل النشاط الإيجابى والسلبى معاً . وقد يتعذر علينا الكشف عن المالم أو المصلحة اللذين يحمهما النص إذا بحثنا عنهما داخل إطار النص وحده وفى معزل عن غيره ، لهذا ينبغى علينا فى مثل هذه الحالة أن نفيد من الموقع الجغرافى للنص - على حد تعبير الفقه المقارن - ليوضح لنا الحكمة التى توخاها المشرع من مجموعة النصوص التى ينتمى إليها النص ذو الحكمة الحافية . من أمثلة ذلك المادة ٣٨١ عقوبات مصرى التى تعاقب « كل من مر من القصابين أو غيرهم بلحم البهائم أو جثتها داخل المدن أو حملها بدون أن يحجبها عن نظر المارين » . إذا أخذنا بالمعنى اللغوى المستخلص من ألفاظ هذا النص وعباراته ، وهو المعنى الذى يبرز لأول وهلة ، أمكننا القول إنه ينطبق على كل من يحمل اللحم المذكور ملفوفاً فى كيس شفاف لا يحجبه

عن الأنظار أو يضعه في عربة لحمل اللحوم مغلقة بالزجاج . من الممكن القول بهذا وتكون الحكمة بداهة أن المشرع قصد من وراء النص حماية جمال المدينة وزينتها من أن تقع العين على منظر اللحم غير المحجوب ، ولكن مثل هذه الحكمة لم يقصدها المشرع ، آية ذلك أنه سمح لغير القصابين بأن يجوبوا المدن حاملين اللحم غير محجوب عن الأنظار . ولكي نقف على الحكمة الحقة من من تجريم هذا الفعل وجب علينا أن ننظر إلى مجموعة النصوص التي وردت بينها هذه المادة . إنها تنصدر مجموعة من المواد وضع لها المشرع عنواناً : « المخالفات المتعلقة بالصحة العامة » ، لهذا يجب علينا ألا نسحب حكم المادة المذكورة على هذين الفرضين الأخيرين ففيهما تتحقق حماية الصحة العامة .

يؤيدنا في هذا أن المشرع قصر التجريم على القصابين دون المستهلكين لأن الأخيرين يحملون ما سبأ كلونه فالمفروض فيهم أنهم سيعملون على عدم تلوث اللحم بأن يلقوه بحفاظة على صحتهم ، وقد لا يكون لدى القصابين مثل هذا الحرص على الصحة العامة . وإلى جانب تعقب الحكمة من كل نص على حدة بذاته أو على ضوء مجموعة النصوص التي ينتمى إليها ، فثمة حالات يقتضى تقصى الحكمة فيها أن نبحث عن الحكمة المشتركة بين هذه النصوص . من أمثلة ذلك أن نستهدى الحكمة من تجريم التزوير في المحررات لنخلص إلى أنه يشترط في هذه الفئة من الجرائم أن يتوفر في حق الجاني قصد خاص يتمثل في نية استعمال المحرر فيما يخص له . إن المشرع لم ينص على هذا العنصر من عناصر القصد في هذه الفئة من الجرائم ولكن في اشتراطه ما يضع إطاراً يحصر بداخله صور التزوير التي قصد المشرع تجريمها . وقد يقودنا البحث عن الحكمة من مجموعة نصوص إلى تعقبها على ضوء غايات النظام القانوني ككل . من أمثلة ذلك أن المشرع لا يحمي بجرائم الأموال ، ولا سيما السرقة والنصب وخيانة الأمانة والإتلاف ، ما لا يعتبر مالا لكونه يخرج عن دائرة التعامل كالمخدرات والسموم . وقد انفرد الدكتور الصيني بالمناداة باستلزام أن يكون المحل المادى لهذه الجرائم « مالا » بالمعنى القانوني لمصطلح المال . وبناء عليه لا تقع جريمة السرقة تامة بالنسبة لمن يضع يده في جيب غيره بقصد السرقة فيخرج منها لفافة من الورق يفضها فيجدها مخدراً ، الجريمة في حالتنا هذه

شروع في سرقة لا سرقة تامة لأنه لم يُنته حيازة « مال » وينشئ حيازة جديدة له (١) .

٢ - الاستعانة بالعناصر القانونية والسياسية والتاريخية التي تحيط بالنص التشريعي وتبني له المناخ الأنسب : ويمكننا رد هذه العناصر إلى ما يلي (٢) :

(أ) الاستعانة بصلة النص التشريعي بقواعد فروع القانون الأخرى التي تعمل إلى جانب القانون الجنائي ، فهذه جميعها تتعاون من أجل تحقيق الصالح العام الذي يتغياها النظام القانوني .

(ب) الاستعانة بالقوانين الأجنبية التي تنهج بصفة أصلية منهج القانون الجنائي الوطني فضلاً عن الاستعانة بتفسير الفقهاء الأجانب لهذه القوانين .

(ج) الرجوع إلى الأعمال التحضيرية وإلى النصوص المراد تعديلها أو إلغاؤها ، وإلى النص الأسبق عليها ، فهذه توضح تاريخ النص وتبين ظروف وضعه فتكشف بالتالي عن إرادته .

(د) أخذ الوضع السياسي والاجتماعي للدولة في الحسبان عند تفسير النص التشريعي ، فهذان يكونان المناخ السياسي والاجتماعي للنص .

نتائج التفسير المنطقي

٧٢٩ - ترجع نتائج تطبيق الأسلوب المنطقي للتفسير ، بالنظر إلى الأسلوب اللغوي للتفسير ، إلى إحدى نتائج ثلاث : (١) إما أن يتطابق الأول مع الثاني في النتيجة التي يخلص إليها بحيث يتحد النطاق اللغوي للنص مع نطاقه المنطقي . (٢) وإما أن يضيق التفسير المنطقي من النطاق اللغوي للنص ويوصف التفسير في هذه الحالة بأنه تفسير مضيق . (٣) أو يوسع من النطاق اللغوي للنص ويوصف التفسير في هذه الحالة بأنه تفسير موسع . وأياً كانت نتيجة التفسير المنطقي فهو في جميع الحالات تفسير محض كاشف عن إرادة النص يقتصر دوره على إزالة ما يعتور النص من غموض أو لبهام دون أن ينشئ إرادة

(١) انظر في بسط هذا الرأي ، للصيني ، للنظرية العامة لجرائم الأموال ص ٩ وما بعدها .

(٢) جرسيني ، المرجع السابق ص ٢٢٩ فقرة ٧ وما بعدها .

جديدة للنص . وسنتكلم فيما يلي عن التفسير المضيق والموسع على التوالي .

التفسير المضيق من المجال اللغوي للنص

٧٣٠ - هذه الصورة من صور التفسير المنطقي تستهدف حصر المجال اللغوي للنص التشريعي في حدود الإرادة الحقة للنص التشريعي . ويعبر الفقه عن هذا بقوله إن النص في هذه الحالة يكون قد « قال أكثر مما أراد » . إذن يجب أن نحصر نطاق ألفاظ النص في الحدود التي أرادها بحيث لا تتجاوزها إلى غيرها من الحالات التي لم يرد لها . وأبرز مثال يضربه الفقه لذلك هو نص المادة ٩٨ عقوبات مصرى الذى يجرى بأن « يعاقب بالحبس كل من علم بوجود مشروع لارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد . . من هذا القانون ولم يبلغه إلى السلطات المختصة » . لقد صيغ التكليف في هذا النص بصيغة تلزم من علم بمشروع الجرائم المذكورة ، وهى جرائم موجهة ضد أمن الدولة ، بأن يبلغ السلطات المختصة بذلك أولاً كان مصدر علمه ، أى سواء علم بالمشروع من الصحف أو من الإذاعة أو من نشرة صدرت عن نفس السلطات المختصة . هذا هو المدلول اللغوي للنص وهو من السعة لدرجة لا يقبلها العقل ولا يستسيغها العمل . لهذا كان لا بد من الالتجاء إلى الأسلوب المنطقي في التفسير لنحد من غلواء العبارات المستخدمة في النص بحيث يصبح المدى اللغوي للنص مطابقاً لمداه المنطقي ، ولا يتحقق هذا إلا إذا قلنا إن المشرع لا يقصد من وراء التجريم في هذه المادة إلا أن يتناول بالعقاب من يكتم علمه عن السلطات المختصة التي لا تكون قد علمت بعد بمشروع الجريمة . لهذا يخلص لنا أنه يشترط لتطبيق هذا النص أن يكون عدم الإبلاغ قد تحقق في وقت لم تكن السلطات المختصة قد أحيطت فيه علماً بمشروع الجريمة . في هذا المثال انصب التضييق على المعنى اللغوي للسلوك المحظور جنائياً . ويمكننا أن نضرب مثالا آخر ينصب فيه التضييق على المحل المادى للجريمة . فالمادة ٣٨٦ ثانياً تعاقب « من نزع أو مزق عمداً الإعلانات الملتصقة على الحيطان بأمر الحكومة أو صيرها لا تقرأ » . فالمحل المادى لهذه الجريمة هو الإعلانات المذكورة ، ولم يشترط النص في هذه الإعلانات إلا أن تكون

(١) انظر الصيق ، المرجع السابق ، نفس الموضوع .

ملاصقة بأمر الحكومة على الحيطان ، ويتسع هذا المعنى اللغوي ليمتد إلى تجريم تمزيق إعلانات استنفدت أغراضها ، فمن يمزق إعلانات دعائية انتخابية بعد الانتهاء من الانتخابات وإعلان نتيجتها ، ومن يمزق إعلانات مزاد علني بعد انتهاء مياعده يتناولها المجال اللغوي لهذا النص ، وهى نتيجة بأبها المنطق ويمجها الذوق السليم . لهذا لا مفر للمواءمة بين النطاقين اللغوي والمنطقي للنص من أن تقصر التجريم على الإعلانات التي لم تكن قد استنفدت أغراضها بعد . ٧٣١ - وثم مثال يتناول فيه التضييق صفة الجاني : تعاقب المادة ٧٧ ج عقوبات بالإعدام « كل » من سعى لدى دولة أجنبية معادية . . لمعاونتها في عملياتها الحربية أو للإضرار بالعمليات الحربية للدولة المصرية » . اللفظ الذى يحدد الجاني في هذه الجريمة عام عبر عنه النص بكلمة « كل » لذا فهو يشمل المصرى كما يشمل الأجنبي . ولما كان الأجنبي الذى يعاون العدو في عملياته الحربية تحميه قواعد القانون الدولى العام فتعتبره أسير حرب إذا وقع في يد السلطات المصرية ، ولا يعقل أن يكون المشرع قد أراد الخروج على هذه القاعدة الأساسية من قواعد القانون الدولى العام ، ولكي نوائم بين النطاقين اللغوي والمنطقي للنص لا بد من القول بأن النص يقصد قصر تطبيقه على كل مصرى أو كل أجنبي لا يعتبر « محارباً » في جيش العدو .

التفسير الموسع من المجال اللغوي للنص

٧٣٢ - في هذه الصورة من صور التفسير المنطقي بضيق المجال اللغوي للنص عن مجاله المنطقي ، وتبريره أن النص « قال أقل مما أراد » . لهذا فلا بد لكي نوائم بين المجالين من أن نوسع من المجال اللغوي بحيث يطابق المجال المنطقي للنص . من أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ٤٣ عقوبات مصرى من أن « من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت غير التي تعمد ارتكابها متى كانت الجريمة التي وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التي حصلت » والنص صريح في قصر المسؤولية الجنائية عن الجريمة المغايرة على « الشريك » دون « الفاعل مع غيره » للجريمة . وهذا النطاق اللغوي للنص يتعارض مع المنطق ويهدد الصالح العام ، إذ كيف يتسنى لنا أن نخضع الشريك وحده للجريمة المغايرة دون الفاعل مع غيره مع أن هذا الأخير أشد جرماً وأكثر خطورة من الشريك ؟ لا مفر من أن نهجر الأسلوب اللغوي المضيق لمجال المسؤولية الجنائية

على نحو يتعارض مع إرادة النص ، وأن تأخذ بالأسلوب المنطقي فتقرر أن الفاعل مع غيره بدوره يسأل عن الجريمة المغايرة من باب أولى ، وبهذا ينتهي الأسلوب المنطقي بالكشف عن الإرادة الحقة للنص موسعاً من مجال الأسلوب اللغوي للتفسير ليُطابق مجاله المنطقي^(١) .

المبحث الرابع المخاطبون بالقاعدة الجنائية

٧٣٣ - الأصل أن المشرع يخاطب بالقاعدة الجنائية كل من يوجد على إقليم الدولة من المواطنين والأجانب ، وقد نصت المادة الأولى من قانون العقوبات المصري على هذا بقولها « تسرى أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه » ، مستوى في ذلك أن يكون الأجنبي مقيماً بالدولة أو موجوداً بها ولو وجوداً عرضياً ، ويرجع إخضاع الأجانب للقاعدة الجنائية إلى طبيعة هذه القاعدة ذاتها ، فهي قاعدة تملها ما للدولة من سيادة على إقليمها ، تلك السيادة التي من شأنها إخضاع كل من يقيم بإقليم الدولة أو يوجد به للتشريعات الجنائية للدولة وعدم السماح للقاضي الوطني بأن يطبق قانون عقوبات أجنبي ما لم يحل إليه التشريع الوطني . بيد أن هذه القاعدة العامة ترد عليها بعض الاستثناءات الواردة في القانون وترجع إما لاعتبارات داخلية وإما لاعتبارات دولية ، ويتجاوز نطاق هذا البحث الخوض في هذه الاستثناءات^(٢) .

(١) انظر في كل ما تقدم ، الصبي ، القاعدة الجنائية ص ٣٧٠ - ٣٧٦ . والأمثلة التي أوردناها في المتن هي التي سأتها هذا الفقيه .

(٢) من الإغفامات المستمدة من القانون الداخلي ، حصانة رئيس الدولة التي كانت تنص عليها المادة ١٣٠ من دستور ١٩٥٦ والمادة ١١٢ من دستور ١٩٦٤ . أما دستور ١٩٧١ فقد نصت المادة ٨٥ منه على أن يكون اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو بارتكاب جريمة جنائية بناء على اقتراح مقدم من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس . ومن الإغفامات المستمدة من القانون الدولي ، عدم خضوع القوات الحربية الأجنبية لقوانين الدولة الموجودة بها ولا لقضائها الإقليمي إذا كان دخولها لإقليم هذه الدولة بتصريح منها وذلك أثناء قيام أفراد هذه القوات بمسئولتهم الرسمي ، وإغفامات رئيس الدولة الأجنبية وحصانات وامتيازات المبعوثين الدوليين - انظر في تفصيل =

وضع غير المسئول جنائياً من القاعدة الجنائية

٧٣٤ - لا توجه القاعدة الجنائية ، بما تنطوي عليه من شق التكييف والجزاء ، إلى غير من تسمح له حالته الذهنية والنفسانية والمعنوية بأن يفهم مضمونها ويدرك ماهيتها . وإذا كان المجنون قادراً على ارتكاب الجريمة من الناحية الواقعية ، فإنه غير قادر على مقارقتها من الناحية القانونية ، الأمر الذي يخرج من عداد الأشخاص الذين خصهم المشرع بأوامره ونواهيه ، فغير ذى الأهلية الجنائية - في رأينا - لا يعتبر من المخاطبين بالقاعدة الجنائية لأنه لا يفقه أحكامها^(١) .

الجاهل بالقانون الجنائي وغير المسئول جنائياً

٧٣٥ - حاول فقهاء المدرسة الوضعية البحث عن إرادة لدى غير ذوى الأهلية الجنائية ، فقرروا أن هؤلاء ليسوا محرومين تماماً من توافر إرادة لديهم ، بل إنه على الرغم من شذوذ إرادتهم فإن هذا لا يحول دون اعتبارهم أهلاً لأن يخاطبوا بالقاعدة القانونية^(٢) . وهم يضيفون أن النظام القانوني يعتمد على القيم الموضوعية للمراكر القانونية ، وتوابعها على ذلك فإن القاعدة القانونية تنطبق على جميع المواطنين حتى بالنسبة لمن كان يجهلها منهم . وإذا صح هذا بالنسبة لقاعدة عدم الاعتداد بالجهل بالقانون فلماذا لا يقال نفس الشيء بالنسبة لغير ذى أهلية جنائية تأسيساً على أنه يشغل نفس المركز الذي يشغله الجاهل بالقانون سواء نظرنا إلى المسألة من الناحية النظرية أو نظرنا إليها من الناحية العملية ؟ إن كلا منهما لم يتصل علمه بالقاعدة القانونية

= هذا الموضوع محمود سمي جنيحة ، القانون الدولي العام ، قانون السلم ص ٢٤٣ - حل ماهر ، القانون الدولي العام ص ٣٢٧ ، مصطفى مؤمن ، قوة الطوارئ الدولية ودورها في قضية السلام ، رسالة دكتوراه ١٩٦١ - حامد سلطان ، المرجع السابق ص ١٥٥ - محمد حافظ غانم ، العلاقات الدبلوماسية والقنصلية ١٩٦٢ ص ٢٣ - كمال أنور ، تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان ، رسالة دكتوراه ١٩٦٥ ص ٥٣ .

(١) محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٤٥٢ .

(٢) جرسيني ، المرجع السابق . ويرى للدكتور رمسيس بهنام أن شذوذ إرادة غير ذى الأهلية الجنائية يوضع موضع الاعتبار في اللحظة التي يقوم فيها فعله من الناحية القانونية لا في اللحظة التي فيها ينتج القانون بالأمر إلى المخاطبين بالقاعدة - انظر المسئولية بدون خطأ ص ٤٠ .

اتصالاً يمكنه من الوقوف على مضمونها وما ينطوي عليه من تكليف ، فكيف يقال - وهذا حالهما - إن الجاهل بالقانون وحده هو الذى يخاطب بالقاعدة القانونية دون غير ذى الأهلية الجنائية ؟ ألا تنطوى هذه التفرقة فى المعاملة على تناقض لا يرفع إلا بأن نعتبر هذا الأخير بدوره مخاطباً بالقاعدة القانونية ؟ إن كلا من الجاهل بالقانون وغير ذى الأهلية الجنائية فى وضع يستحيل معه الوقوف على مضمون القاعدة القانونية ولهذا وجب توحيد الحكم بالنسبة لهما معاً . ويعارض الدكتور الصبغى - ونحن معه - هذا رأى ، فالحكمة التى توخاها المشرع من إخضاع الجاهل للقاعدة القانونية رغم جهله بها لا تتحقق بالنسبة لغير ذى الأهلية الجنائية . إن هدف الشارع من تقريره مبدأ « عدم الاعتداد بالجهل بالقانون » إنما هو تحقيق العدل المجرد بين المواطنين ولهذا لم يعلق خضوع كل منهم للقاعدة القانونية على شرط علمه بها إذ أن مثل هذا الشرط لا يعدو أن يكون محض مصادفة إن تحقق عفواً بالنسبة لبعض المواطنين فقد لا يتحقق بالنسبة للبعض الآخر ، كما أنه يترتب على تحققه تسوية مركز من تحقق بالنسبة لهم . ومن ناحية أخرى فقد أراد المشرع بتقريره المبدأ المشار إليه أن يوصد باب إثبات الجهل بالقانون أمام المواطنين وهو باب لو فتح لما استطاع أن يوصده ولتعلل كل مواطن بجهله بالقانون الأمر الذى يتأدى إلى تعطيل القاعدة القانونية وقصر تطبيقها على حالات محدودة . هذا فضلاً عن أن مركز الجاهل بالقانون يختلف تماماً عن مركز غير ذى الأهلية الجنائية ، فبينما يمكن نسبة الإهمال أو التقصير إلى من يجهل بالقانون لعوده عن السعى إلى الوقوف على مضمونه بعد أن استنفد المشرع طرق الإعلان عنه بنشره فى الجريدة الرسمية على ما سنعرض له تفصيلاً ، فإن غير ذى الأهلية الجنائية يختلف مركزه لأنه يستحيل عليه أن يعلم بمضمون القاعدة القانونية الأمر الذى لا يتأتى معه القول بأنه مكلف بالعلم بها ويستتبع بالتالى إخراجهم من عداد المخاطبين بها إذ لا مخاطب لغير المكلف (١) .

(١) انظر الصبغى ، القاعدة الجنائية ، المرجع السابق بند ١٤٧ . وراجع ما ذكرناه ص ٥٠ - ٥٣ عند كلامنا عن الشريعة الإسلامية من أن العقل مدار التكليف لأن البالغ =

المبحث الخامس الجهل والغلط فى الوقائع

٧٣٦ - العلم بشيء هو المعرفة به أو الصورة الذهنية (١) الإدراكية التى يكونها شخص عنه ومن ثم لزم أن يكون عدم العلم بذلك الشيء أى الجهل به هو عدم توافر تلك الصورة الإدراكية عنه فى ذهن ذلك الشخص ، ولهذا كان الجهل يمثل حالة ذهنية « سلبية » حيث يخلو العقل من الصورة الإدراكية للشيء خلواً تاماً ، كاملاً أو جزئياً . أما الغلط فإنه على العكس يمثل حالة ذهنية إيجابية حيث تقوم فى العقل صورة إدراكية عن ذلك الشيء أى يتوافر العلم به فعلاً ، إلا أنه علم زائف غير صحيح ، إذ الصورة الإدراكية الموجودة فى عقل ذلك الشخص غير مطابقة للصورة الواقعية لموضوعه (٢) ، الأمر الذى يعنى بوضوح أن فكرة الجهل وفكرة الغلط فكرتان مختلفتان فيما بينهما من حيث الكيف النفساني (٣) . ويرى البعض أن الاختلاف بين الجهل والغلط ليس اختلافاً من حيث النوع أو الكيف ، إنما هو فحسب

= المعادل هو الذى يدرك خطاب الشارع . وثمة رأى فى الفقه الوضعى مؤداه أن القاعدة القانونية لا توجه إلى غير ذى الأهلية الجنائية وإنما إلى من يمثلها قانوناً كما هو الشأن بالنسبة للولى أو الوصى أو القيم أو المساعد القضائى ، وهو رأى مردود بأن هناك عقوبات تحول قاعدة « شخصية العقاب » دون توقيعها على مثل غير ذى الأهلية الجنائية بصفتها المخاطب أصلاً بالقاعدة القانونية طبقاً لهذا الرأى .

(١) د. أحمد عزت راجح ، أصول علم النفس ١٩٥٠ ص ١٧٢ - د. يوسف مراد ، مبادئ علم النفس ١٩٤٨ ص ١٠٩ .

(٢) L'ignorance suppose un défaut absolu de toute représentation et consiste dans une absence totale de notion sur un objet déterminé; est un état négatif une privation de connaissance. L'erreur suppose une idée fautive d'un objet déterminé.

Radulesco (Jean) de l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale. Thèse paris 1923. p. 10. Bausset a dit « Erreur c'est croire à ce qui n'est pas ; ignorer, c'est simplement ne le savoir pas » .

André Françon : l'erreur en droit pénal, quelques aspects de l'autonomie de droit pénal. paris 1966. p. 22.

اختلاف من حيث الدرجة أو الكثافة^(١) ، فبينما الجهل هو عبارة عن انعدام العلم بصفة كلية بشيء أو بموضوع معين ، فإن الغلط يتوافر إذا كان الشخص يعلم بهذا الشيء أو الموضوع علماً ناقصاً ، أى أن الغلط هو عدم احتمال العلم بكل الشيء ، ولهذا فهو عبارة عن جهل جزئى ومن ثم فالفارق بين الجهل والغلط يتحصر فى درجة ذلك الجهل .

والحق إن حصر معيار التفرقة بينهما فى الكم لا فى الكيف أمر يتعارض مع المفهوم النفساني لكل منهما ، ولذلك فإن غالبية الفقه تذهب إلى أن معيار التفرقة بين الجهل والغلط يتركز فى الكيف لا فى الكم أو الدرجة . ولهذا يذهب سافيني^(٢) إلى القول بأنه يصدق تماماً فى وصف الغلط القول إنه الفكرة الزائفة حول موضوع معين ، كما يصدق أيضاً اعتبار الغلط حالة ذهنية « إيجابية » و« إسهل حالة ذهنية « سلبية » لكنه لا يبدو سليماً تصوير الجهل على أنه غياب الفكرة « كلها » بصدد موضوع معين ، ذلك أن غياب الفكرة حول ذلك الموضوع يمكن أن يوصف أيضاً « بالجهل » حتى إذا كان غياباً جزئياً ولهذا كان من الممكن أن يكون الجهل كلياً وأن يكون كذلك جزئياً ، وهكذا يتوافر الجهل سواء عند عدم العلم على الإطلاق بوجود حادثة ما أو عند العلم بها على نحو ناقص ، أى العلم بحدوثها دون العلم بأسبابها ولا بنتائجها أو العلم الخاطئ بهذه الأسباب والنتائج .

الجهل سبب دائم للغلط

٧٣٧ - بيد أنه على الرغم من هذا الاختلاف الكيفي بين فكرة الجهل وفكرة الغلط فهما مع ذلك غير منفصلين تماماً بل يمكن القول بأن هناك دائماً نوعاً من الروابط يجمع بينهما ، ذلك أن عدم تطابق الصورة الإدراكية للشيء مع صورته الواقعية لا يتوافر إلا إذا كان الشخص « يجهل » بحقيقة هذا الشيء إما بصفة كلية أو على الأقل يجهل بالحقيقة الواقعية لجزء من جزئياته . من أجل هذا فإنه يمكن القول بأن الصلة بين الجهل والغلط إنما

(١) Il n'y a pas de différence de qualité mais seulement de la

densité et degré : V. Delogu. op. cit. n° 4 92.

Savigny: Traité de droit Romain, T. III p. 116

(٢)

وانظر د. جلال ثروت ، نظرية الجريمة المتعدية ١٩٦٥ ص ٢٣٦ .

هى دائماً صلة سببية ، بحيث يمثل الجهل دائماً السبب أو العلة ويمثل الغلط النتيجة أو المعلول ، فلا غلط بدون الجهل . ولكن إذا كان لا يتصور غلط بدون جهل ، فإن العكس غير صحيح ذلك أنه من الجائز أن تتوافر لدى شخص حالة جهل « بواقعة » دون أن يقتضى ذلك أن تقوم لديه حالة غلط فيها .

آثار التفرقة بين الجهل والغلط

٧٣٨ - على هذا الأساس من التفرقة الكيفية بين الجهل والغلط ذهب بعض الفقهاء^(١) إلى أنه لما كان هدف القانون هو السلوك الإنساني ، وكان سلوك الأفراد إنما يتأثر عادة بما يكوّنون من أفكار ومن معلومات ، فإن هذا مقتضاه أن المشرع الجنائي لا يجوز أن يقيم أثراً قانونياً إلا لحالات الغلط فحسب أى للحالة الإيجابية من العلم الزائف دون الجهل لأنه ليس سوى حالة إدراكية سلبية بحتة والحالة النفسية السلبية لا تدفع إلى السلوك ، ولهذا فهو لا يؤثر فى وجود الإرادة ولا فى توجيهها . أما الغلط ، وهو حالة علم فعلى متوافر وإن كان زائفاً إلا أنه يدفع بسبب إيجابيته إلى السلوك وبالتالي يؤثر وجوده فى توافر الإرادة وفى توجيهها . يترتب على ذلك أن ما يعيب الإرادة هو قيام حالة الغلط وليس قيام حالة الجهل إلا فى حدود ما يولده ذلك الجهل من غلط فى شيء « لأنه لما كان قانون العقوبات لا يهتم بأحوال النفس إلا بقدر ما تكون سبباً فى سلوك الفرد ، ولما كان الجهل باعتباره حالة نفسية سلبية لا يمكن أن يكون سبباً نفسياً للسلوك فإنه يتعين على الفقيه الجنائي ألا يجعل الجهل موضع اهتمامه بل يصرّف الاهتمام كله إلى الغلط^(٢) .

بيد أن هذا الرأي مردود ، ذلك أن ثمة حالات من الجهل لا تثير الغلط ومع ذلك يعتدّ بها القانون ويرتب عليها آثاراً جنائية ، فالجهل إذ يتمثل فى انتفاء العلم حول موضوع معين ، من الجائز أن يكون انتفاء كاملاً أو انتفاء جزئياً . وصحيح أن غياب العلم غياباً كلياً لا يحرك النفس بإزاء موضوع معين بأية

(١) Carrara; programme du cours de droit criminel, Traduction Baretti (١)

Pa 1876. Delogu. op. cit. N 492-493.

(٢) مقال الدكتور عمر السعيد رمضان « بين النظريتين النفسية والمياريّة للإثم » مجلة

القانون والاقتصاد ١٩٦٤ ص ٢٢٤ .

حركة ذهنية ، لأنه لا يتصور أن تثور الفكرة إذا كانت غائبة تماماً عن ذهن الإنسان ، إلا أن هناك من الجهل أيضاً تلك الصورة الأخرى ، صورة الغياب « الجزئي » للعلم ، وهذه الصورة تتيح للذهن أن يفكر وإن كانت لا تتيح فكرة كاملة عن الموضوع . من أجل هذا ، ولأن الفكرة غير كاملة والعلم بالموضوع مجزأ ، فإن الذهن يكون ، بصدد هذا الموضوع ، في حالة شك وحالة الشك هي من خصائص القصد الاحتمالي (١) . والشك والغلط وإن كانا ينبثقان من مصدر واحد هو الجهل إلا أنهما مختلفان ، فبينما الغلط يتوافر إذا كون الشخص صورة إدراكية غير متطابقة مع الحقيقة الواقعية لموضوعها وأصبح بالتالي معتقداً اعتقاداً زائفاً بصحة ما يعلم ، فإن الشك يقوم عندما يكون اعتقاد الشخص وحكمه الإدراكي مذبذباً غير مستقر ، كما إذا تصور شخص أن نتيجة معينة قد تقع بناء على سلوكه ، وقد لا تقع على نفس المستوى والدرجة من الاحتمال بحيث لا يستطيع أن يقطع بما إذا كانت سقع أو لا تقع . هذه الحالة من الشك التي تنبثق عن الجهل بظروف الحال ليست هي حالة غلط ومع ذلك يقام على أساسها القصد الاحتمالي . بيد أن الحقيقة السائدة في ذلك هي أن الأمر يجب أن ينظر إليه في مجموعه ، بمعنى أن ينظر إلى الرابطة النفسية التي يتطلبها المشروع توافرها بين إنسان وشيء . فإذا كانت هي « العلم » كان ذلك يعني أولاً توافر الصورة الذهنية الإدراكية عن ذلك الشيء ، كما يعني ثانياً توافر الصورة الإدراكية المتطابقة مع الحقيقة الواقعية لذلك الشيء ، أي كان العلم يعني توافر المعرفة « الفعلية » والصحيحة بالشيء (٢) . وعلى ذلك أصبح من البدهي أن يقال إنه إذا لم تتوافر الصورة الإدراكية في ذهن شخص عن شيء ، أي جهل به ، أو توافرت لديه صورة إدراكية له إنما غير متطابقة مع حقيقته الواقعية ، أي علم به علماً زائفاً ، انتفت علاقة العلم أو صارت معيبة ، وعلى ذلك يكون

(١) الدكتور جلال ثروت ، نظرية الجريمة المتعدية ، المرجع السابق ص ٢٢٨ .

(٢) محمود نجيب حسني ، القصد الجنائي . تحديد عناصره وبيان الأحكام التي تخضع

لها ، مقال بمجلة القانون والاقتصاد ١٩٥٨ ص ٩٤ .

حكم الجهل بالشيء هو حكم الغلط فيه (١) .

٧٣٩ - وليس أدل على تطابق أثر كل من الجهل والغلط من أن المشرع الجنائي نفسه يستعمل كلا من التعبيرين للدلالة على ذات الأثر ، بل كثيراً أيضاً ما يستعمل تعبير الجهل ولا يقتصر على استعمال تعبير الغلط فالمشرع الألماني مثلاً في قانون عقوباته الصادر سنة ١٨٧٠ قد استعمل تعبير « الجهل » بصدد بيانه للأسباب التي تنفي المسؤولية أو تخففها فنص في المادة ١ / ٥٩ على أنه « إذا جهل الفاعل وقت ارتكابه للفعل المخرم بوجود الظروف التي تمثل العناصر القانونية التي تتركب منها الجريمة أو الظروف التي تشدها ، فإن هذه الظروف لا يعتد بها ضده . ولا يطبق الحكم السابق عند العقاب على الأفعال المرتكبة دون عمد إلا إذا كان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ » . كما أن المشرع الإيطالي في قانون عقوباته الصادر سنة ١٩٣٠ قد استعمل تعبير الجهل وتعبير الغلط باعتبار أن كلا منهما يمثل عيباً من العيوب التي تعيب العلم فتنتفيه أو تجعله عديم الأثر ، فنص في المادة الخامسة على أنه « لا يجوز لأحد أن يعتذر بجهله القانوني الجنائي » . ثم قال في المادة ٤٧ بصدد بيانه لأحكام الغلط في الوقائع « إن الغلط في الواقعة التي تتكون منها الجريمة ينفي إمكان عقاب الجنائي » . وكذلك فعل أيضاً المشرع اليوناني في قانون عقوباته الصادر سنة ١٩٥٠ في المادة ٣٠ بصدد تحديده لأحكام الغلط في الوقائع الذي ينفي القصد فقال « لا يمكن إسناد فعل إلى فاعله إذا كان هذا الأخير يجهل بتوافر الوقائع التي يرتكب فيها فعله وقت ارتكابه له » . ونص في المادة ٣١ بصدد تحديده لأحكام الغلط في القانون على أن « الجهل بالتجريم لا يكفي في ذاته وحده لنفي الإسناد » . هذا وقضى مشروع قانون العقوبات عندنا في المادة ٥٣ بأنه « يصلح كدفاع الجهل بقاعدة مقررة في قانون آخر غير القانون الجنائي متى كانت منسوبة على أمر يعد ركناً من الأركان المكونة للجريمة » . كما نص في المادة ٥١ على أنه « ينفي القصد الجنائي في الجريمة

(١) L'appréciation juridique de ces deux états est absolument la même. dès lors on peut indifféremment employer l'une ou l'autre expression.

Savigny : Traité de droit Romain. 1845. Tome III p. 116.

إذا وقع الفعل المكون لها بناء على غلط في واقعة تعد ركناً من أركانها .
كما نص في المادة ٥٢ منه على أنه « إذا جهل المجرم ظرفاً مشدداً للعقاب فلا يسأل عنه » (١) .

الجهل والغلط والارادة

٧٤٠ - يمكن القول - على ضوء ما تقدم - بأن الجهل وهو انعدام العلم بشيء ، والغلط وهو العلم الزائف بشيء ، على الرغم من اختلافهما « كيفاً » إلا أنهما يمثلان العاملين اللذين يؤثران في « وجود » العلم وفي « صحته » ومن هنا يبدو الارتباط وثيقاً بين عدم توافر الصورة العمدية اللازمة لقيام المسؤولية الجنائية عن جريمة لانعدام القصد الجنائي وبين توافر الجهل والغلط لدى الجاني ، فهما إن توافرا انعدم القصد ومن ثم « امتنع » قيام المسؤولية الجنائية لعدم توافر الصورة الأصلية لركنها المعنوي وبذلك يمكن القول بأن القواعد التي تقرر انتفاء الجهل والغلط هي نفسها التي تؤكد توافر القصد الجنائي والعكس صحيح ، فالقواعد التي تقرر توافر الجهل أو الغلط هي بعينها القواعد التي تؤكد انتفاء القصد الجنائي و « امتناع قيام المسؤولية العمدية » (٢) ، وعلى هذا الأساس نستطيع أن ندين في وضوح أن الأثر الأول والأساسي للجهل والغلط على المسؤولية الجنائية يتحصل في امتناع توافر هذه الأخيرة لانتهاء الصورة العمدية لركنها المعنوي ، ولهذا صار من الجائز أن نصف

(١) ويلاحظ أن قانون العقوبات المصري والفرنسي الحاليين كليهما لا يتضمنان نصاً يحدد أحكام الجهل أو الغلط ، بينما نجد عديداً من التشريعات الجنائية قد وحدت بين أثر الجهل وأثر الغلط على المسؤولية على الرغم من الاختلاف الكبير بين المفكرتين من ناحية علم النفس . ومن الأمثلة على ذلك المشرع النمساوي في قانون عقوباته الصادر ١٨٥٢ والمعدل حتى ١٩٢٨ في المادة الثانية والمادة ٢٣٣ والمشرع النرويجي في قانون عقوباته الصادر ١٩٠٢ في المادة ٤٢ وكذلك المشرع البرتغالي في قانون عقوباته الصادر ١٨٨٦ في المادة ٢٩ وكذلك القانون البولندي الصادر ١٩٢٢ في المادة ٢٠ - راجع في ذلك مجموعة قوانين العقوبات الأوربية لما رك أنسل .

(٢) وأهمية الغلط في نظر القانون تكمن في « الجهل » بحقيقة الوقائع التي يتطلب القانون العلم بها ولذلك فمن الأدق أن ينسب انتفاء القصد الجنائي إلى « الجهل » بالحقيقة الذي يترتب على الغلط . ويتأدى مما أوردناه بالمتن أن نظرية الجهل والغلط لا تعدو أن تكون نظرية القصد الجنائي في جانبها السلبي - انظر محمود نجيب حسني في مقاله السابق ص ١١٥ .

ذلك الجهل والغلط بنوع أثره الذي خلفه في المسؤولية فنسميه بالجهل أو الغلط المانع (١) ، وإذا استعملت هذه التسمية فلا بد أنها كانت للتمييز بينه وبين نوع آخر للجهل والغلط الذي إذا توافر كان له أثر عكس أثره الأول هو الجهل والغلط « الموجب » أي الموجب للمسؤولية الجنائية . وقد رأت التشريعات الجنائية كافة ألا تترك الجاني وقد حال جهله أو غلظه دون قيام المسؤولية الجنائية عن جريمة ارتكبها بسبب نفيهما لقصد الجنائي الذي تتميز به الصورة العمدية أي الأصلية لركنها المعنوي ، فنصت على إقامة المسؤولية عن بعض جرائم على أساس توافر صورة استثنائية لركنها المعنوي ، صورة تقوم وتتوافر على أنقراض الصورة العمدية التي هلمها جهل الجاني أو غلظه ، متخذة من توافر أيهما مادة أولية يتكون منها قوامها ، وهكذا يصبح وجود أيهما أمراً يوجب المسؤولية الجنائية وبالتالي يمكن تسميتها بالجهل والغلط « الموجب » (٢) . ولما كان من الواضح أن الجهل والغلط ، سواء المانع أو الموجب ، هو نوع ذو فاعلية أو ذو نشاط تأثيري على المسؤولية الجنائية ، كان إذن من الجائز منطقياً جمع هذين النوعين إلى بعضهما وردهما إلى جنس عام يجمع بينهما ، هو الجهل أو الغلط ذو النشاط التأثيري على المسؤولية الجنائية أو ذو الفاعلية عليها أو بإيجاز يمكن تسميته بالجهل أو الغلط الفعال (٣) أو الغلط الجوهرى باعتباره التعبير المستقر في الفقه . هذه التسمية بدورها إنما اتخذت للترقية بين ذلك الجنس الجوهرى من الجهل والغلط وبين جنس آخر له ، ذلك أن تمت حالات يحدث فيها أن يتوافر الجهل والغلط لدى الجاني ، ومع ذلك لا يكون لتوافرهما أية فاعلية أو تأثير على مسؤوليته الجنائية عن الجريمة التي ارتكبها لا وجوداً ولا عدماً ولا تعديلاً . هذا الجنس هو ما نسميه بالجهل أو الغلط غير الفعال أو غير الجوهرى (٤) .

(١) L'ignorance et l'erreur négative ou empêchant, Delogu op. cit. (١) N. 96.

(٢) L'ignorance et l'erreur positive ou créateur, Delogu; op. cit (٢) N 496.

(٣) L'erreur propre, Delogu; op. cit N 496. (٣)

(٤) راجع الدكتور محمد زكي محمود ، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية ،

أما « الإرادة » إرادة الفعل أو السلوك ، باعتبارها القوة أو القدرة النفسية التي يستطيع بها الشخص أن يتحكم في سلوكه العضوي وأفعاله الحركية (١) ، فهي عبارة عن قدرة أو قوة لا يعيها منطقياً إلا العوامل التي تصلح بطبيعتها لأن تؤثر فيها وتفت في فاعليتها ، أي العوامل التي من شأنها أن تجعل السلوك يصدر واقعياً عن الإنسان بدون أن يكون قد تمحكم هو في إخراجه إلى حيز الوجود الواقعي بصفة ذاتية وفي حرية شخصية في الاختيار ، وهي تتمثل في القوة القاهرة والإكراه والحادث الفجائي (٢) وكلها عوامل خارجية تسخر جسم الإنسان وتجعله كأداة في تحقيق السلوك أو الفعل أو تضيق إلى حد كبير من حريته في الاختيار إلى الدرجة التي يعتبر فيها كما لو كان أداة مادية . ومن ذلك تدبير أن الجهل والغلط حالتان نفسيتان لا تأثير مباشر لهما على الإرادة ، إرادة الفعل والسلوك لأن هذه الإرادة ليست في ذاتها بنشاط إدراكي أي ليست بمعرفة ، وعلى ذلك لا يعيها إلا الإكراه أو القوة القاهرة التي تمثل في هذه الحالة عيوب إرادة السلوك . إلا أنه مع ذلك وجد من الفقهاء من ذهب إلى القول بأن توافر الجهل والغلط لدى الجاني يمكن أن يؤثر مباشرة في إرادته لفعله وسلوكه وبالتالي تنتفي تلك الإرادة ويعتبر ذلك الغلط عيباً من عيوبها تماماً كما يؤثر فيها الإكراه أو القوة القاهرة وبالتالي ينتفي في تلك الحالة الركن المعنوي للمسئولية الجنائية بكل صورته فيمتنع قيامها امتناعاً مطلقاً . ولكن هذا الاتجاه الفقهي لا يقوى على لهثة تطوله بها حيث إن الحالات التي واجهها هؤلاء الفقهاء كانت في الحقيقة حالات للجهل أو الغلط المانع من قيام المسئولية الجنائية بسبب نفسيهما لنفس رابطة الارتكاب المادي التي يتمثل فيها الركن المادي لا المعنوي للمسئولية (٣) .

(١) انظر جانيه Janet في مؤلفه *Traité Elementaire de philosophie* باريس ١٩٢٢ ص ٢٧٣ فولكي *Foulynie* في الإرادة *La Volonté* باريس ١٩٥١ ص ٢٣ وراجع أيضاً الانتباه الإرادي للدكتور أبو مدين شافعي ص ٥ و ٨٨ - ٩٠ .
(٢) رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٨٠١ .
(٣) محمد زكي محمود ، المرجع السابق حيث يقول إن الجهل والغلط المانع للمسئولية يمكن في الواقع تنويمه إلى نوعين : الأول يمنع قيام المسئولية لأنه ينفي ركنها المادي ، والثاني يمنع قيامها لأنه ينفي ركنها المعنوي . ومثال النوع الأول جهل شخص يدخل المنطقة الجمركية بوجود ممنوعات معه يكون آخر قد دسها بين أمتعته لعل غير علم منه فإن جهله بواقعة الدس =

الغلط الجوهري والغلط غير الجوهري (١)

٧٤١ - الغلط الجوهري يترتب عليه انتفاء القصد الجنائي في حين لا يترتب هذا الأثر على الغلط غير الجوهري ، وبذلك يتضح أن القصد الجنائي لا يفتنى في كل حالات الغلط . ومعيار التمييز بين نوعي الغلط هو أهمية الواقعة التي انصب عليها ، فإن كان محل الغلط واقعة يتطلب القانون العلم بها كى يعد القصد الجنائي متوافراً ، كان هذا الغلط نافياً للقصد الجنائي ، وكان لذلك غلطاً جوهرياً ، أما إذا كان محل الغلط واقعة لا يتطلب القانون العلم بها حتى يتوافر القصد الجنائي عند هذا الغلط غير جوهري (٢) . وعلى هذا النحو فإن القواعد التي ميزت بين الوقائع التي يعد العلم بها عنصراً لازماً لتوفر القصد الجنائي والوقائع التي لا يمثل العلم بها هذه الأهمية هي بعينها التي تميز بين الغلط الجوهري والغلط غير الجوهري . وتفسير ذلك أنه حيث يتوافر الغلط ينتفى العلم ، فإن تعلق الأمر بواقعة يتطلب القانون العلم بها انتفى القصد الجنائي بدوره ، وإن تعلق الأمر بواقعة لا يتطلب القانون العلم بها ظل القصد الجنائي ، على الرغم من ذلك ، متوافراً . وإذا كان الغلط الجوهري ينتفى القصد الجنائي ، فهو لا ينتفى المسئولية الجنائية في كل حالاته ، ذلك أن الغلط الجوهري ينتفى المسئولية العمدية . ولكنه قد لا ينتفى المسئولية غير العمدية ، فإن كان الغلط ثمرة خطأ غير عمدي ، أي كان مرجعه إلى نزول عن القدر الذي يتطلبه القانون من الحيطة والحذر ، سئل مرتكب الفعل عن جريمة غير عمدية إذا توافرت كل شروطها ، أما إذا لم يكن الغلط ثمرة خطأ فلا مسئولية

= هذه واعتقاده الزائف بعدم وجود الأشياء المنوعة في حوزته يعتبر جهلاً قهرياً ومن ثم كانت حيازته غير إرادية يصدرها بناء على قوة قاهرة .

(١) إذا نظرنا إلى الحقيقة في مجموعها أي إلى جميع الوقائع التي أتى الجاني فيها فعله ، وجدنا أن جهل الجاني ينطوي على غلط لأن اعتقاده انتفاء واقعة منها هو علم بهذه الوقائع على نحو يخالف الحقيقة . فالغلط في الواقعة جهل بحقيقتها التي يتطلب القانون العلم بها ، والجهل بالواقعة غلط في مجموعة الوقائع التي اقترنت بالفعل ، ومن ثم فإن إطلاقتنا تمييز « الغلط » ينصرف إلى كل الحالات التي يفتنى فيها العلم بالحقيقة ، هذا فضلاً عن أن حكم الجهل في نظر القانون كحكم الغلط - انظر محمود نجيب حسني في مقاله السابق .

(٢) السعيد مصطفي السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ١٩٥٧ ص ٣٨٧ .

على الإطلاق (١) . ومحل تطبيق هذه القاعدة أن يعاقب القانون على الفعل ونتيجته كجريمة عمدية وأن يعاقب عليها أيضاً كجريمة غير عمدية كالقتل والضرب أو الحرج ، أما إذا اقتصر عقاب القانون على وصف العمد كالسرقة والنصب ، فإن الغلط ينشئ المسؤولية الجنائية ولو كان ثمرة خطأ غير عمدى . فمن يطلق النار على شبح معتقداً أنه حيوان صيد وهو في الحقيقة إنسان فيقتله لا يرتكب جريمة قتل عمدية ، ولكنه يسأل إذا ثبت خطؤه عن جريمة قتل غير عمدية . ولكن من يخلط بين الشيء المملوك له والشيء المملوك لغيره فيستولى على شيء الغير معتقداً أنه الشيء الذى يملكه لا يسأل عن سرقة ولو ثبت أن غلظه ثمرة تقصير فاحش . على أنه لا ينبغي أن نستخلص من ذلك أن الغلط الجوهرى ينشئ القصد الجنائى فى جميع حالاته ، ويؤدى بذلك إلى استيعاب كل مسؤولية عمدية ، فأثر الغلط محدود بالواقعة التى انصب عليها ، ولذلك لا يحول دون توافر القصد الجنائى بالنسبة للوقائع التى لم يتعلق بها . فإذا انصب الغلط على واقعة تعد ظرفاً مشدداً يغير من وصف الجريمة انتهى القصد الجنائى بالنسبة لهذه الواقعة وظلت المسؤولية العمدية قائمة من أجل هذه الجريمة مجردة من الظرف المشدد ، كالحادم يسرق مال مخلومه معتقداً أنه ملك لغيره فيسأل عن سرقة مجردة من هذا الظرف المشدد (٢) .

(١) André Françon : L'erreur en droit pénal, Quelques aspects de l'autonomie de droit pénal, 1966, p. 228.

(٢) وإذا تعلق الغلط بموضوع الحق المعتدى عليه عد غلطاً جوهرياً وانشئ القصد الجنائى ، فإذا اعتقد من ارتكب فعلاً من شأنه الاعتداء على الحياة أن فعله ينصب على جسد شخص ميت ثم تبين أنه كان لا يزال حياً وثبت أن وفاته ترجع إلى الفعل فإن القصد الجنائى يعد غير متوافر لديه ، وإذا قام الدليل على توافر الخطأ غير العمدى وقت اقرار هذا الفعل مثل مرتكبه عن جريمة قتل غير عمدية . وإذا تعلق الغلط بظنونة الفعل على الحق الذى يحميه القانون عد غلطاً جوهرياً وانشئ القصد الجنائى : فمن ارتكب فعلاً يعتقد أنه غير خطر على الحق ثم أحدث الفعل الاعتداء الذى يجرمه القانون عد القصد الجنائى متفقاً ، فإذا وضع شخص على جسد آخر مادة ملتهبة معتقداً أنها غير ذات خطر لا يسأل عن الحرج مسؤولية عمدية وإن جاز عند إثبات خطئه أن يسأل مسؤولية غير عمدية . وتصدق القاعدة نفسها إذا تعلق الغلط بإمكان ارتكاب الفعل أو بزمانه فى جريمة يتطلب القانون فيها وقوع الفعل فى مكان معين أو فى زمان معين حتى يكون جديراً بالتجريم ، أما إذا كان الشارع يضع نص التجريم دون أن يميز مكان الفعل أو زمانه أهمية قانونية عد الغلط فيما غلطاً غير جوهرى . ولا يختلف حكم القانون إذا كان محل الغلط هو الصفات التى يتطلبها القانون فى الجنائى أو فى الجنحى عليه معتبراً توافرها ركناً تقوم به الجريمة ، =

الغلط فى النتيجة

٧٤٢ - إذا توقع الجنائى نتيجة غير التى تحققت ، فإن الغلط يكون جوهرياً إذا اختلفت النتيجة المتوقعة والنتيجة الفعلية - فى قيمتهما القانونية ، أما إذا تساوت قيمتهما فى نظر القانون كان الغلط غير جوهرى . وتساوى النتيجة فى قيمتهما إذا اتحد حكمهما القانونى وتختلفان إذا ميز القانون بينهما فى الحكم . وأظهر حالة تختلف فيها قيمة النتيجة فى حالة ما إذا كانت إحداها مشروعة والأخرى غير مشروعة ، أن يتوقع الجنائى أن تكون نتيجة فعله هى إصابة حيوان صيد فيؤدى الفعل إلى وفاة إنسان ، فى هذه الحالة ينتضى القصد الجنائى . وتختلف النتيجة فى قيمتهما إذا اتحدتا فى الصفة غير المشروعة ولكن اختلفتا فى نوع الجريمة التى تقوم على كل منهما ، فإذا توقع الجنائى أن تكون نتيجة فعله هى قتل حيوان مملوك للغير فإذا بالنتيجة التى تتحقق هى وفاة إنسان فإن القصد الجنائى فى جريمة القتل يعد متفقاً ، وتقتصر مسؤوليته على القتل غير العمد . وغنى عن البيان أن ذلك لا يحول دون أن تتعدد جرائمه فيسأل عن شروع فى قتل الحيوان إن لم يصبه أو عن قتل تام إن قضى عليه (١) .

= إذ يكون الغلط جوهرياً ، حالة أنه يفدو غير جوهرى إذا تعلق بصفات لا يجعل القانون لها دوراً فى بناء أركان الجريمة . وإذا كان محل الغلط هو توقع النتيجة فأتى الجنائى فعله غير متوقع النتيجة التى يعاقب القانون عليها فلا يسأل عند حدوثها مسؤولية عمدية وإن ساغ أن تتوافر أركان الجريمة غير العمدية . وإذا انصب الغلط على واقعة تعد ظرفاً مشدداً يغير من وصف الجريمة كان الغلط جوهرياً بالنسبة للظرف المشدد واتصرت المسؤولية على الجريمة غير المشددة . ويكون الغلط غير جوهرى إذا كان محله شرطاً موضوعياً للعقاب أو عنصراً من عناصر الأهلية الجنائية أو ظرفاً مشدداً لا يغير من وصف الجريمة أو ظرفاً مشدداً يتوقف على درجة جسامته النتيجة .

(١) تضمنت المادة ٨٣ من قانون العقوبات الإيطالى الصادر عام ١٩٣٠ حكم الغلط فى النتيجة الإجرامية فقصت بأنه « فى غير الأحوال السابقة فإنه إذا تحققت نتيجة مغايرة لتلك التى كانت مقصودة وكان ذلك بسبب غلط فى استعمال الوسائل التنفيذية فى الجريمة أو لآى سبب آخر فإن الجنائى يسأل عن تلك النتيجة غير المقصودة بوصف أنها من جرائم الخطأ إذا كان المشرع قد عاقب عليها بهذا الوصف . أما إذا كان الجنائى قد حقق أيضاً النتيجة المقصودة فتطبق فى هذه الحالة أحكام التمدد » . والحكم الذى تضمنته هذه المادة يسرى عندنا وإن كان المشرع المصرى لم يضمه نصاً من نصوصه التشريعية لعدم تعارضه مع أحكام تلك النصوص .

الغلط في موضوع النتيجة

٧٤٣ - الغلط في موضوع النتيجة Error in objecto هو الخلط (١)

بين موضوعين كل منهما صالح لأن تتحقق فيه النتيجة التي يعاقب القانون عليها وإصابة الجاني أحدهما معتقداً أنه الآخر . فالإرادة قد انجهدت إلى تحقيق نتيجة معينة في موضوع معين ، فأدى فعل الجاني إلى إحداث النتيجة عينها في موضوع آخر وهو يعتقد أنه الموضوع الذي يعنيه . فالقاتل يريد إزهاق روح شخص معين فيأتي فعله فيترتب عليه إزهاق روح شخص آخر معتقداً أن هذا الأخير هو من يقصد قتله ، والسارق يريد الاستيلاء على شيء معين ولكن فعل الاختلاس يقع على شيء آخر وهو يعتقد أن هذا الشيء هو ما كان يريد الاستيلاء عليه . هذا الغلط غير جوهري لأنه انصب على واقعة لا يتطلب القانون العلم بها ، إذ أن تحقق النتيجة في موضوع معين لا يعد من عناصر الجريمة ، فالنتيجة لما عين القيمة القانونية أياً كان موضوعها لأن الشارع يحددها تحديداً مجرداً ، ويرى فيها مجرد الاعتداء على الحق ، وللحق موضوعات متعددة بتعدد الحالات التي يثبت فيها وجوده ، والقانون يعنيه الاعتداء مجرداً ولا يعنيه الموضوع الذي تصادف تحققه فيه . فالشارع يحمي الحق في الحياة ، ويقدر جدارة كل حي بهذا الحق ، فيعاقب على الاعتداء أياً كان الشخص الذي ناله ، ويستوى لديه كون المجني عليه شخصاً معيناً أو كونه شخصاً آخر . والشارع يحمي حق الماكنية ، ويقرر له عين الحماية ، أياً كان موضوعه وأياً كان صاحبه . فإذا نظرنا إلى النتيجة محددة في هذا المعنى الجرد لم نجد غلطاً تعلق بها وإنما وجدنا الغلط قد تعلق بموضوعها ، وهو واقعة غير ذات قيمة في نظر القانون (٢) .

(١) يطلق على هذا الغلط في العادة تعبير « الغلط في الشخص Error in persone » وقد آثر الدكتور نجيب حسني ، ونحن معه ، تجنب هذا التعبير لأن دلالة مقصورة على الحالات التي يكون موضوع الجريمة فيها شخصاً كالقتل والضرب أو الجرح ، ولا يتسع للحالات التي يكون موضوع الجريمة فيها شيئاً كالسرقة والنصب والإتلاف - انظر مقاله السابق - (٢) يجمع الفقه والقضاء على أن الغلط في موضوع النتيجة لا ينفي القصد الجنائي - السيد مصطفي السيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ١٩٥٧ ص ٣٨٩ - على يدوى ، الأحكام العامة في القانون الجنائي ١٩٣٨ ج ١ ص ٣٥٠ - محمود مصطفي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٥٥ ص ٢٩٤ - على إرشاد ، المرجع السابق ص ٦٢٩ - وانظر =

٧٤٤ - ولكن يدق الأمر في حالات نادرة يكون فيها لموضوع النتيجة قيمة في ذاته بحيث لا تستوي نتيجة تحققت فيه وأخرى تحققت في غيره ، والقانون المصري يرى في وقوع السرقة من الخادم إضراراً بالخدوم ظرفاً مشدداً لعقابها ، فهل يشدد عقاب من أراد اختلاس شيء يعتقد أنه ملك لخدومه فإذا به يستولى على شيء يشبهه مملوك لغير خدومه ، وهل يختلف الحكم إذا أراد الخادم اختلاس شيء يعتقد أنه مملوك لغير خدومه فإذا به ملك لخدومه ؟ إذا أراد الجاني تحقيق النتيجة في موضوع لا يعد تحققها فيه سبباً لتشديد العقاب فتحقت في موضوع يعد تحققها فيه سبباً للتشديد اقتضت مسئوليته على الجريمة غير المشددة ، فالأمر يتعلق بغلط ينصب على ظرف مشدد يغير من وصف الجريمة ، والقاعدة أن المسئولية عن مثل هذه الظروف تتطلب العلم بالواقعة التي يقوم عليها التشديد (١) ، أما إذا أراد الجاني تحقيق النتيجة في موضوع يعد تحققها فيه سبباً لتشديد العقاب فتحقت في موضوع لا يعد تحققها فيه سبباً للتشديد ، كالخادم يريد أن يرتكب السرقة إضراراً بخدومه فيستولى على شيء مملوك للغير وهو يعتقد أنه ملك لخدومه ، فإن تحديد حكم القانون فيها يثير بعض الصعوبات . وأعتقد أن الرأي الصحيح هو أن الجاني يسأل عن شروع في الجريمة ذات العقوبة المشددة ويسأل في الوقت نفسه عن الجريمة التامة غير المشددة ، وتتعدد الجريمتان تعدداً معنوياً ، فلا توقع سوى أشد العقوبتين (٢) . وتبرير هذا القول أن الجاني قد توافر لديه القصد الجنائي الذي يتطلبه القانون في الجريمة المشددة ثم أتى أفعال البدء في التنفيذ ولم يستطع لأسباب لا تدخل لإرادته فيها أن يحقق النتيجة المعاقب عليها في هذه الجريمة ، وبذلك تكون كل أركان الشروع في هذه الجريمة متوافرة ،

منقضى ١٨ مايو ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ ص ٦٦٤ و ١٨ فبراير ١٩٤٦ ج ٧ ص ٧٦ .

(١) ويقرر القانون الإيطالي هذا الحكم صراحة في المادة ٦٠ / ١ التي تقضى بأنه في حالة الغلط في الشخص المجني عليه في الجريمة لا توضع على عاتق الفاعل الظروف المشددة التي ترجع إلى أحوال أو صفات الشخص الذي ناله الاعتداء فعلاً أو إلى الدلائل بين وبين الجاني . (٢) من هذا الرأي الدكتور محمود نجيب حسني في مقاله السابق . وانظر

وبالإضافة إلى ذلك فقد ارتكب الجاني الجريمة غير المشددة تامة ، إذ حقق كل عناصر ركنها المادي وتوافر لديه القصد الجنائي المطلوب لقيامها . ولا يلحظ هذا القول أن نلاحظ أن الجاني لم يتوافر لديه غير قصد جنائي واحد هو المطلوب في الجريمة المشددة ، فالجاني إن القصد الجنائي الذي توافر لديه يشمل الجريمتين ، إذ أنهما تشتركان في الوقائع التي تقومان عليها ولا تختلفان إلا بالنسبة للواقعة التي يقوم عليها الظرف المشدد ، إذ تتوافر في إحدى الجريمتين ولا تتوافر في الأخرى . والقصد الجنائي باعتباره « علم وإرادة » قد شمل وقائع الجريمة الأشد ، فهو يشمل حتماً وقائع الجريمة غير المشددة . ولا تحول قواعد القانون دون أن يشمل القصد الجنائي جريمتين تشتركان في بعض أركانها بحيث يسأل الجاني عنهما معاً ، فالقصد الجنائي يتعدد في نظر القانون إذا تعددت الوقائع التي ينصب عليها وقامت على بعضها جريمة وعلى البعض الآخر جريمة ثانية ، إذا ارتكب شخص شروعاً في قتل وترتب على فعله إصابة المجني عليه بجراح سئلت عن جريمتين : الشروع في القتل والضرب أو الجرح ، ووقعت عليه أشد العقوبتين ، في هذا المثال امتد القصد الجنائي فشمل الجريمتين وقامت عليه مسئولية الجاني عنهما ، وبذلك يكون القول بالمسئولية عن الشروع في الجريمة المشددة إلى جانب المسئولية عن الجريمة غير المشددة قولاً مستنداً إلى تطبيق صحيح لقواعد القانون (١) .

(١) وهذه الصورة بطبيعة الحال غير صورة الخطأ في توجيه الفعل إذ أنهما وإن اشتركتا في تحقق النتيجة عنها في موضوع غير الذي أراده الجاني إلا أنهما يختلفان في أن الخطأ في توجيه الفعل لا يفترض غلطاً لأن الجاني لم يخلط بين موضوعين ولم يصب أحدهما معتقداً أنه الآخر وإنما وجه فعله إلى الموضوع الذي يريد تحقيق النتيجة فيه فأخطأه وأصاب غيره . والراجع فقها وقضاء عندنا وفي فرنسا هو أن خطأ الجاني في توجيه فعله لا يغير شيئاً من الأحكام التي تخضع لها جريمة الجاني فيسأل عن جريمة عمدية تامة هي التي تحققت بالفعل . والتبرير السليم الذي يعتمد عليه هذا الرأي هو القول بأن القصد الجنائي يعتبر متحققاً بتوقع النتيجة وإرادتها ، ويحدد الشارع النتيجة تحديداً مجرداً ولا يعنيه الموضوع الذي تتحقق فيه . وفي حالات الخطأ في توجيه الفعل أراد الجاني النتيجة التي يحددها القانون التحديد المجرد وهو ما يوفر القصد الجنائي لديه إذ ليس من عناصره اتجاه الإرادة إلى تحقيق النتيجة في موضوع معين ، فالقاتل يريد أن يزهق روح شخص معين فيطلق عليه النار فلا يصيبه وإنما يصوب شخصاً آخر يتصادف مروره . وقد ذهب البعض في تبرير هذا الرأي إلى أنه تطبيق لنظرية القصد =

الغلط في علاقة السببية

٧٤٥ - يتطلب القصد الجنائي توقع علاقة السببية ، فالجاني إذ يتوقع نتيجة فعله فهو يتوقع كيفية تحققها . وتوقع علاقة السببية يعني توقع الآثار المباشرة للفعل التي تزداد جسامتها تدريجياً حتى تقضي إلى تحقق النتيجة . وتطالب هذا العنصر بشير صعوبات مرجعها أن ما يتوقعه الجاني لا يحدث بمخادفيره ، إذ أن الواقع يخيب توقعه في حدود معينة بحيث يتضح الاختلاف بين كيفية التسلسل السببي كما توقعه وكيفيته كما تحقق فعلاً . وإذا خاب توقع الجاني على هذا النحو تحقق الغلط في علاقة السببية ، فهل يعد غلطاً جوهرياً بحيث ينفي القصد الجنائي أو يعد غلطاً غير جوهري فيظل القصد الجنائي متوافراً (١) .

= الاحتمالي - جارسون ، المرجع السابق م ٢٩٥ رقم ٥٦ ونقض ٢٠ نوفمبر ١٩٣٠ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١٢٦ وذهب البعض الآخر إلى تبريره على أساس فكرة القصد غير المحدد - هل يدوي - المرجع السابق ص ٣٦٠ . وفي تفصيل هذه الآراء ونقدها ، انظر السيد مصطفى السيد ، المرجع السابق ص ٣٩١ - على راشد ، مبادئ القانون الجنائي ١٩٥٠ ص ٦٣١ . ولكن يعيب هذا الرأي أنه يصرف النظر عن الموضوع الذي أراد الجاني أن يحقق النتيجة فيه ويقصر بحثه على الموضوع الذي تحققت فيه النتيجة فعلاً على الرغم من أن الجاني وجه إرادته إلى الاعتداء على الموضوع الأول وأتى في هذا السبيل أفعال التنفيذ . ونعتقد أن الرأي الصحيح هو القول بمسئولية الجاني عن شروع في جريمة بالنسبة للموضوع الذي أراد إصابته ولم يصبه وعن جريمة عمدية تامة بالنسبة للموضوع الذي أصابه وتعدد الجريمتان تعدداً معنوياً بحيث لا توقع على الجاني غير أشد العقوبتين ، ذلك أنه بالنسبة للموضوع الأول فقد توافرت أركان الجريمة العمدية التامة إذ القصد الجنائي الذي توافر لدى الجاني قد امتد فشمل النتيجة التي تحققت في هذا الموضوع باعتبار أن محله هو النتيجة محددة تحديداً مجرداً وقد حقق الجاني بفعله كل عناصر الركن المادي للجريمة . وقد مر بنا أنه ليس في قواعد القانون ما يحول دون أن يشمل القصد الجنائي جريمتين تشتركان في كل أركانها ، ، وإن كان ثمة خطأ في حالتنا تلك فعلمه موضوع النتيجة وهو لا يحول دون توافر القصد الجنائي بالنسبة للنتيجة ذاتها ، وشأن الجاني هنا شأن من يطلق النار على غيره فيقتله ثم يصيب المقتول ذاته شخصاً آخر فيقتله إذ يسأل عن جريمتين عمديتين ، فينبغي ألا تخفى مسئوليته على نحو مطلق إن لم يصب الموضوع الأول بل يتعين أن تقتصر وفقاً للقواعد العامة على الشروع في الاعتداء عليه . ولا يشتر هذا الرأي صعوبة إذا توافر ظرف مشدد بالنسبة للموضوع الذي لم يصبه الجاني بفعله كن يريد قتل جريح حرب فيطلق عليه النار فيخطئه ويقتل آخر ينحسر عنه سبب التشديد إذ يسأل عن شروع في الجريمة المشددة وعن الجريمة التامة غير المشددة وتوقع عليه أشد العقوبتين - يوافق على هذا الرأي جارسون م ٢٩٥ ، ٢٩٩ رقم ٢١ و ٥٧ والدكتور نجيب حسني في مقاله السابق .

(١) ذهب رأي إلى أن الغلط في علاقة السببية هو غلط غير جوهري في كل الأحوال =

٧٤٦ - يذهب الرأي الراجح إلى التمييز بين نوعين من الغلط في علاقة السببية : الغلط الجوهرى والغلط غير الجوهرى ، وبديهي أن يتطلب هذا التمييز معياراً يقوم عليه . ولكن صياغة هذا المعيار أثارت خلافاً في الفقه ففريق اتجه وجهة شخصية وآخر اتخذ مذهباً موضوعياً . فأتباع المذهب الشخصى يقولون باعتبار الغلط جوهرياً إذا كانت الكيفية التى توقع الجاني أن تتحقق بها النتيجة باعثاً حمله على السعى لإحداثها . ويفضل بعض أتباع المذهب الشخصى صيغة أخرى ، فيقولون بأنه لكي نحدد ما إذا كان الغلط جوهرياً أو غير جوهرى نضع السؤال الآتى : هل كان تصور الكيفية التى تحتمت بها النتيجة فعلاً - وهى غير التى توقعها الجاني - من شأنه أن يحول بين الجاني وبين الإقدام على مشروعه الإجرامى ؟ فإن كانت الإجابة إثباتاً كان الغلط جوهرياً وإن كانت نفياً كان الغلط غير جوهرى . ويعيب

٥٥ قولاً إن علاقة السببية ليست من عناصر الجريمة التى يجب أن يحيط بها علم الجاني بل هى مجموعة من الوقائع خارجة عن تكوين الجريمة وحينما يأتى الجاني فعله فهو يتوقع النتيجة ولكنه فى الأغلب الأعم من الحالات لا يتوقع ولا يدور بخلفه كيفية تحققها ، وإن توقع ذلك فلا يغيره اهتماماً . ويهدم هذا الرأي كون علاقة السببية أهم عنصر من عناصر الركن المادى للجريمة إذ هى الرابطة التى تصل بين الفعل والنتيجة وتجعل من الثانية أثراً للأول وبدونها تنعدم كل صلة بين مرتكب الفعل والنتيجة ولا يكون ثمة وجه لمسئولته عنها . ويسلم رأى آخر بأن علاقة السببية عنصر من أهم عناصر الجريمة ، ويذهب مع ذلك إلى أن الغلط فيها لا ينقضى القصد الجنائى إذ يكفي لتوافره توقع النتيجة دون حاجة لتوقع كيفية تحققها ، ويضيف إلى ذلك أن الغلط فى علاقة السببية هو الوضع الغالب فى الجرائم العمدية بحيث يندر أن ترتكب جريمة ويكون التسلسل السببى فيها مطابقاً لما توقعه الجاني فإذا اعتبرنا هذا الغلط جوهرياً كانت الحالات التى نقول فيها بتوافر القصد الجنائى نادرة ومثل هذا الوضع لا يكفل للمجتمع الحماية الكافية . فإذا أراد شخص أن يقتل آخر عن طريق عدد معين من جرعات السم ولكن الوفاة حدثت نتيجة لجرعة واحدة ، هل نقضى بعدم توافر القصد الجنائى للغلط فى علاقة السببية ؟ ويعيب هذا الرأي كونه قائماً على تناقض : فالتسليم بأن علاقة السببية عنصر من عناصر الجريمة يقتضى التسليم بوجود العلم بها كى يتوافر القصد الجنائى ويقتضى الاعتراف للغلط فيها بتأثيره على القصد الجنائى . أما القول بأن الاعتداد بالغلط فى علاقة السببية يؤدي إلى انتفاء القصد فى حالات كثيرة فيرد عليه بأن المنطق القانونى السليم لا يقتضى اعتبار هذا النوع من الغلط جوهرياً فى كل حالاته بل إنه يتطلب أن يكون الاعتداد به مقصوراً على بعض الحالات دون البعض ، والفصل فى هذا الأمر يستلزم ضابطاً يميز بين الحالات التى يعتد فيها بهذا الغلط والحالات التى لا يعتد به فيها - انظر محمود نجيب حسي فى المقال السابق والمراجع التى أشار إليها فيه .

المذهب الشخصى أنه يُقحم البواعث - وهى عوامل تنصل بالإرادة وهى منها بمثابة القوة الدافعة - فى مسألة تتعلق بالعلم المجرد وهو حالة ذهنية مستقلة عن البواعث ، بعبارة أخرى إن البحث يدور حول مقدار علم الجاني بالوقائع ويتجه إلى تحديد ما إذا كان العلم كافياً لتوافر القصد الجنائى أو غير كاف ، فلا شأن للإرادة وللبواعث التى تدفعه فى ذلك ، والعلم إن صلح محرراً للبواعث فهو يكتمل وتتوافر عناصره دون أن يكون للبواعث دخل فى ذلك . ٧٤٧ - ونحن نعتنق الرأى الذى يقول به أنصار المذهب الموضوعى . فالغلط يكون جوهرياً إذا كان الاختلاف بين التسلسل السببى الذى توقعه الجاني والتسلسل الذى تحقق فعلاً يمثل أهمية قانونية ، وتبين هذه الأهمية بتطبيق قواعد القانون على الوقائع التى يتكون منها التسلسل السببى الذى توقعه الجاني ثم على الوقائع التى يتكون منها التسلسل السببى الذى تحقق فعلاً ثم بتحديد الفرق بين النتائج التى يؤدي إليها تطبيق قواعد القانون على النوعين السابقين من الوقائع . فإذا كان الشارع يتطلب حدوث النتيجة عن طريق تسلسل سببى معين أو يعلق على حدوثها عن طريق هذا التسلسل السببى أهمية خاصة ويقرر للجريمة فى هذه الحالة أهمية خاصة كان الغلط جوهرياً . أما إذا لم يكن للاختلاف بين التسلسل السببى المتوقع والتسلسل السببى الذى تحقق قيمة فى نظر القانون لأنه يستوى لديه حدوث النتيجة عن طريق أى نوع من التسلسل السببى ، اعتبر الغلط غير جوهرى وسئل الجاني عن النتيجة التى حدثت بكيفية لم يتوقعها كما كان يسأل عنها لو حدثت بالكيفية التى توقعها . ولذلك يكون من المتعين فى كل جريمة معرفة خطة الشارع فيها ، ومدى اهتمامه بالوسائل التى قد تتحقق عن طريقها النتيجة المعاقب عليها . فإذا تصورنا شخصاً أطلق النار على غريمه الذى يقف على حافة سطح بناء متوقفاً أن يصيبه الرصاص إصابة مميتة تقضى عليه ، ولكنه أصيب إصابة بسيطة أدت مع ذلك إلى اختلال توازنه وسقوطه من السطح وارتطامه بالأرض ووفاته ، فإن مثل هذا الغلط يعد غير جوهرى لأن الشارع لا يتطلب فى جريمة القتل أن تكون وفاة المحنى عليه قد حدثت عن طريق وسيلة معينة أو عن طريق تسلسل سببى معين ، فتعد كل عناصر القصد الجنائى متوافرة ويسأل عن قتل عمد . أما إذا اتهم شخص بجريمة يتطلب القانون فيها أن تتحقق النتيجة

عن طريق تسلسل سببي معين ، فإن غلط الجاني يكون جوهرياً إذا توقع أن تحدث عن طريق تسلسل سببي غير الذي ينص عليه القانون . فالشارع يتطلب في جريمة النصب أن تكون النتيجة ، وهي تسليم الخبثي عليه ماله للجاني ، قد تحققت عن طريق إحدى وسائل تدليس ثلاث يحددها على سبيل الحصر ، وهي استعمال طرق احتيالية واتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة والتصرف في مال ليس ملكاً للجاني ولا له حق التصرف فيه . فإذا اتخذ شخص لنفسه اسماً كاذباً دون أن يتوقع أن يكون هذا الاسم تأثير على أحد وتقدم به للمجنبي عليه محاولاً عن طريق الأقوال الكاذبة المجردة عن كل ما يدعمها (وهي وسيلة لا يعاقب القانون عليها) أن يخدعه ويحمّله على تسليم ماله ، فسلمه المال تحت تأثير الاسم الكاذب معتقداً صلته بشخص يثق فيه ، فإن هذا الغلط الذي تمثل في اعتقاد الجاني تحقق النتيجة عن طريق وسيلة لا يعاقب القانون عليها يعد غلطاً جوهرياً وينتق القصد الجنائي (١) .

الغلط في أسباب الإباحة

٧٤٨ - أسباب الإباحة تزيل عن الفعل صفة غير المشروعة (٢) ، وهي

- (١) ويمتنق الدكتور محمود نجيب حسي في مقاله السابق هذا النظر ويذهب إل أن هذه القاعدة هي التي تميز بين الغلط الجوهري في علاقة السببية والغلط غير الجوهري فيها التمييز القانوني الصحيح وهو يضرب المثال الوارد في المتن توضيحاً لرأيه ذلك .
- (٢) فسبب الإباحة يمحو الفعل فيجمله كأن لم يكن فلا يعتبر بمثابة جريمة أو حتى فلا ضاراً وهو بذلك يختلف عن مانع المسؤولية الذي يحول فقط دون تطبيق النص الجنائي على من قام به السبب المانع ولكنه لا يمحو الفعل ولا يمنع ترتيب نتائج أخرى . وينبغي على هذا أن الشريك في أمر مباح لا يعد شريكاً في جريمة (مع ملاحظة أسباب الإباحة النسبية أو الشخصية) ، بينما يسأل شريك عدم الأهلية لأن عدم الأهلية سبب شخصي لا يؤثر على غير من يقوم به . وتمنع الإباحة من تطبيق أي تدبير وقائي بينما لا يحول دون ذلك قيام عارض من عوارض الأهلية (راجع المادة ٣٤٢ إجراءات جنائية) . ومع قيام سبب الإباحة لا ترتب على الفعل أية مسؤولية ، فلا يسأل الفاعل أو شريكه عن تعويض الأضرار المترتبة على الفعل (راجع على سبيل المثال المادتين ٤ و ١٦٦ من القانون المدني) . وقد يقضى بالتعويض على الفاعل - إذا كان مبرزاً أو كان غير مبرز ولم يكن هناك مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول - في حالة قيام مانع المسؤولية لأنه لا يمحو الفعل ولا تنتج الصارفة فينبق باب المسؤولية المدنية مفتوحاً (تراجع المادة ١٦٤ مدني) ، وقد يقضى بالتعويض على من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة من وقع منه العمل للضرار ولو كان غير مبرز (المادة ١٧٣ مدني) .

تفترض ارتكابه في ظروف خاصة ، أي تفترض أنه قد أحاطت به وقائع لا تحيط بمثله في العادة ويقرر القانون سبب الإباحة بالنظر لهذه الظروف التي تجرد الفعل من خطورته على المجتمع . وللغلط في الإباحة صورتان : صورة يعتقد فيها مرتكب الفعل أن القانون يقرر له سبب إباحة معيناً والحقيقة أن القانون لا يعرف مثل هذا السبب للإباحة ، كالمقاتل يعتقد أن القانون يعتبر رضاء المجنبي عليه سبباً لإباحة فعله ، وصورة يعتقد فيها مرتكب الفعل توافر الوقائع التي يقوم سبب الإباحة بالنظر إليها كمن يتوهم خطراً فيأتي أفعالاً يدفعه بها ، أما الصورة الأولى فليس هنا موضع الكلام عنها لأنها نوع من الغلط في القانون ، ولذلك تقتصر في هذا الموضوع على الصورة الثانية إذ هي نوع من الغلط في الوقائع .

٧٤٩ - إذا اعتقد شخص - على خلاف الحقيقة - أن خطراً يهدده قتل من ظن أنه مصدر هذا الخطر ، أو اعتقد الموظف العام أن أمراً صحيحاً صدر إليه من رئيس يجب طاعته بتفتيش مسكن أو بالقبض على شخص فأتى بفعل التفتيش أو القبض والحقيقة أنه لم يصدر أمر أو صدر الأمر باطلا ، هل يعد هذا الغلط جوهرياً فينتق القصد الجنائي أو يعد غير جوهري فيظل القصد الجنائي على الرغم منه متوافراً ؟ إن الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة عناصر سلبية للجريمة ، بمعنى أنه يجب الثبوت من انتفاءها كمن يتحقق للجريمة وجودها ، وعلى هذا النحو فإن توافر الوقائع التي تقوم عليها الجريمة يعادل - من حيث الأثر القانوني - انتفاء الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة لأن وجود الجريمة يتطلب الأمرين معاً (١) . وإذا كان للعلم

= ويشتمل قانون العقوبات على نصوص تبيح الجريمة **Normes permissives** ويقوم التناقص بينها وبين نصوص التجريم التي تحقق هدفاً معيناً وتحول نصوص الإباحة دون تطبيقها إن ارتكبت الجريمة في ظروف لا يتحقق معها الهدف المقصود من التطبيق - راجع محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٩ ص ١٣٧ بند ٨٢ .

(١) يبرر مستجر **Mezger** عن هذه الحقيقة بقوله إن كل نص تجريم يتضمن قيوداً تحد من نطاق التجريم ولا ينص عليها صراحة ولكنها مستفادة من سياق النصوص فإن توافرت القيود تمثل التجريم وزالت الصفة غير المشروعة للفعل - راجع محمود نجيب حسي في مقاله السابق .

بالنوع الأول من الوقائع دوره في بناء القصد الجنائي فإن العلم بالنوع الثاني يجب أن يكون له دوره أيضاً . وإذا كان العلم بتوافر النوع الأول من الوقائع عنصراً متطلباً لتوافر القصد الجنائي فإن العلم بانتفاء النوع الثاني من الوقائع هو بدوره عنصر متطلب لتوافر القصد الجنائي ، وكما يؤدي الاعتقاد بانتفاء النوع الأول من الوقائع إلى عدم توافر القصد الجنائي فكذلك يؤدي الاعتقاد بتوافر النوع الثاني إلى انتفاء القصد الجنائي . فإذا سلمنا بصحة هذه المقدمات استخلصنا حتماً القاعدة التالية : الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي (١) .

٧٥٠ - وتطبق القاعدة السابقة سواء أقام الغلط على خطأ أم تجرد من كل خطأ ، فالقصد الجنائي ينفي ولو استند الاعتقاد بتوافر سبب الإباحة إلى خطأ ، ولكن تقوم المسؤولية غير العمدية على أساس هذا الخطأ إذا كان القانون يجرم الوقائع عينها باعتبارها جريمة غير عمدية . فالغلط الجوهري لا ينفي الخطأ في كل الحالات ولكنه ينفي القصد الجنائي في جميع الحالات . وتطبيقاً لذلك ، فإذا اعتقد شخص ، على خلاف الحقيقة ، أن خطراً يهدده قتل من ظن أنه مصدر ذلك الخطر وثبت أنه كان في استطاعة شخص متوسط الحيلة والحذر أن يدرك حقيقة الواقع فلا يأتي فعل القتل فإنه لا يسأل عن جريمة عمدية ولكن يسأل عن جريمة غير عمدية ، وهذا الرأي يتفق مع طبيعة القصد الجنائي الذي يتطلب علماً بالواقع ويفترض إرادة متجهة ،

(١) الفقه والقضاء في مصر مستقران على الاعتداد بالخطر الوهمي في حالة الدفاع الشرعي - القلبي ، المسؤولية الجنائية ص ٢٢٣ - السيد مصطفى ، المرجع السابق ص ٢٠٠ - حل راشد ، المرجع السابق ص ٤٦٩ - محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٢٢٩ بند ١٦٣ - وانظر نقض ١٦ فبراير ١٩٥٩ ص ١٠ ص ٩٨ ونقض ٥ ديسمبر ١٩٦٦ ص ١٧ ص ١٢١٤ . ويذهب بعض الفقهاء ، ولا نفرهم على مذهبهم ، إلى عدم الاعتداد بالخطر الوهمي - أحد أمين ، شرح قانون العقوبات الأهل ص ٣٨٦ - جندى عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٥٢٧ . ونسرى النظر إلى أن الاعتداد بالخطر الوهمي لم يعتبر في رأى الفقه والقضاء تطبيقاً لنظرية الغلط في الإباحة بل سوى بينه وبين الخطر الحقيقي واعتبر مثله أساساً لقيام حالة الدفاع الشرعي بكل آثارها القانونية ولم يخالف هذا الرأي غير الدكتور محمود مصطفى الذي اعتد بالخطأ الوهمي (ويسميه الخطأ التصوري) بحسبانه تطبيقاً للغلط في الإباحة - المرجع السابق نفس الموضوع .

وهي على بينة من الأمر ، إلى الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون ، فلا يمكن أن يتوافر هذا القصد لدى شخص جهل الواقع واعتقد أنه في وضع يسمح له فيه القانون أن يأتي ما نسب إليه (١) .

٧٥١ - وينفي الغلط في الإباحة القصد الجنائي ولو تعلق الواقعة يقوم عليها أحد شروط سبب من أسباب الإباحة . فإذا توافرت الوقائع التي تقوم عليها شروط سبب الإباحة فيما عدا شرطاً منها لم تتوافر له الواقعة التي يقوم عليها واعتقد مرتكب الفعل توافر هذه الواقعة انتفى القصد الجنائي . فإذا توافرت الشروط المتطلبة لكي يكون عمل الطبيب مباحاً فيما عدا الشرط الخاص برضاء المريض ، ولكن الطبيب اعتقد توافره فإن القصد الجنائي لا يعد متوافراً لديه .

٧٥٢ - ولم يضع الشارع المصري نصاً يقرر القواعد السابقة صراحة ولكنه أشار إلى الغلط في الإباحة في حالتين جزئيتين وقرر لهما الأحكام السابقة : الحالة الأولى تتعلق بالموظف العام إذا كان فعله غير قانوني وثبت حسن نيته (المادة ٦٣ من قانون العقوبات) والحالة الثانية خاصة بالخطر الوهمي في حالة الدفاع الشرعي (المادتان ٢٤٩ ، ٢٥٠ من قانون العقوبات) وعلى أساس من هاتين الحالتين نستطيع أن نقيم ببيان نظرية الغلط في الإباحة لأن أحكامهما تعبر عن اتجاه عام للشارع (٢) ، ويتسق كل الاتساق مع

(١) لا يعترف الشارع الجنائي بأن الخطأ غير العمدية مهما بلغت جسامة يمكن أن يرقى إلى مرتبة القصد الجنائي ، وقد يتبادر إلى الذهن أن المادة ٦٣ عقوبات تتعارض مع هذا النظر حين لا تكفي ، بالنسبة للموظف العام ، بشيوت حسن نيته وإنما تتطلب أيضاً « أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة » ، فقد يقال إنه لا يكفي حتى لا تتوافر أركان جريمة الموظف العام أن يثبت حسن نيته وإنما يتعين كذلك أن يثبت البحث والتحري وقيام الاعتقاد بمشروعية الفعل على أسباب معقولة . والواقع أن شرط حسن النية يكفي توافره لانتفاء القصد الجنائي وإن كان لا يكفي لانتفاء المسؤولية الجنائية على الإطلاق ، أما إذا توافر الشرط الثاني أيضاً انتفت المسؤولية الجنائية عمدية وغير عمدية ، والقول بغير ذلك يتعارض مع طبيعة القصد الجنائي ويجعله متوافراً رغم انتفاء عنصره الأساسي وهو « العلم » - محمود نجيب حسي ، المرجع السابق . وانظر ما سيجيء عن حسن النية والقصد الجنائي في المبحث العاشر .

(٢) محمود مصطفى ، المرجع السابق حيث يرى أن القضاء المصري قد اعترف بنظرية الغلط في الإباحة ويدلل على ذلك بحكم محكمة النقض الصادر في ١١ نوفمبر ١٩٤٦ ، =

المبادئ الأساسية في القصد الجنائي ، ليكون التوسع في تفسيرها بحيث تشمل كل حالات المسؤولية العمدية مطابقاً لقواعد التفسير التي لا تأتي التوسع حيث لا يتعلق الأمر بنصوص التجريم والعقاب . ولا يتضمن قانون العقوبات الألماني نصاً يقرر هذه القواعد صراحة ، ولكن الفقه والقضاء يسلمان بها ويوجعنا إلى المادة ٥٩ التي تتطلب العلم بالعناصر الواقعية للجريمة معتبرين أسباب الإباحة من قبيل العناصر الواقعية السلبية للجريمة . ويتضمن قانون العقوبات الإيطالي نصاً صريحاً هو المادة ٥٩ في فقرتها الثالثة ويقضى بأنه إذا اعتقد المتهم عن طريق الغلط وجود ظروف تستبعد العقاب فإنها تنتج أثرها دائماً لمصلحته ، ويقضى هذا النص أيضاً بأنه إذا قام الغلط على أساس الخطأ ، فإن العقاب لا يستبعد في حالة ما إذا كان القانون ينص على الواقعة باعتبارها جريمة غير عمدية .

والغلط في الإباحة لا يجعل الفعل مشروعاً ، بل يبقى له صفته الإجرامية ويقتصر تأثيره على القصد الجنائي ، فهو لا يقوم مقام سبب الإباحة ذاته ، وتفسير ذلك أن الأصل في أسباب الإباحة كونها ذات طبيعة موضوعية بحيث لا تنتج أثرها إلا إذا توافرت فعلاً ، ولا يغني عن توافرها مجرد الاعتقاد بوجودها .

الجهل بالإباحة (١)

٧٥٣ - قد يأتي شخص أمراً وهو يعتقد أن القانون يعاقب عليه بينما يكون هناك سبب من أسباب الإباحة يجهله ، فهل ينتج سبب الإباحة - مع الجهل به - آثاره بمجرد توافره دون توقف على علم المتهم به أو أنه يتعين

= مجموعة القواعد القانونية ج ٧ ص ١٩٩ حيث جاء به « إن حسن النية المؤثر في المسؤولية عن الجريمة رغم توافر أركانها هو من كليات القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض والإبرام وهو معنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم ويكفي أن يكون الشارع قد ضبطه وأرشد إلى عناصره في نص معين أو مناسبة معينة كما تقدم ليستفيد القاضي من ذلك القاعدة العامة للواجبة الاتباع » . وتتعلق وقائع الدعوى بجريمة قذف أهم بها صحق ضد موظف عام هو وزير التموين واستعانت محكمة الموضوع في تحديد معنى حسن النية الذي يعد شرطاً للإباحة في القذف بالضوابط التي تضمنتها المادة ٦٣ عقوبات وهي الخاصة بالإباحة المقررة للموظف العام .

(١) نستبق الكلام عن الجهل بالإباحة الذي يرجع إلى الجهل بالقانون حين الكلام على الجهل بالقانون ونقتصر هنا على الإباحة التي ترجع إلى الجهل بالوقائع .

علمه به حتى تترتب عليه آثاره ؟ تبادر إلى القول بأن بعض القوانين ينص صراحة على أن الأسباب التي تحول دون توقيع العقوبة (١) تحدث أثرها ولو كان الفاعل يجهلها (٢) ، ولم يرد في القانون المصري نص في هذه

(١) أي كان السبب : فقد يكون من الأسباب التي تمنع تطبيق القانون ، وقد يكون من أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو موانع العقاب . وقد تكلم كلا المشرعين الليبي والعراقي على أسباب الإباحة بعد أن فرغ من الكلام على أركان الجريمة . وفرق المشرع المغربي بين الأسباب التي تبطل الجريمة والأسباب التي تبطل المسؤولية وتكلم على أسباب الإباحة في النوع الأول . ونص قانون العقوبات الجزائري في الفصل الرابع تحت باب الجريمة على الأفعال المبررة وهي التي أسماها المشرع الليبي « أسباب التبرير » وتكلم عليها تحت العنصر القانوني وتبعه في ذلك كل من المشرع السوري والأردني والكويتي . أما قوانين البلاد العربية الأخرى فقد جمعت تحت عنوان واحد أسباب الإباحة وموانع الأهلية ، فوضعها المشرع السوداني تحت عنوان « المسؤولية الجنائية » ، وجاءت في القانون التونسي بعنوان « في عدم المؤاخنة بالجرائم » ، وفي القانون المصري بعنوان « أسباب الإباحة وموانع العقاب » . وتتفق قوانين البلاد العربية على العموم في النص على أسباب ثلاثة من أسباب الإباحة : ممارسة الحق وأداء الواجب والدفاع الشرعي ، ومنها ما يضيف إليها حالة الضرورة ، وتشمل الإكراه المعلنوي (م ٧٢ ليبي ، ٨١ ، ٨٢ من القانون المغربي) ومنها ما يضيف رضاه المجنى عليه وهي قوانين السودان (م ٥١) ولبنان (م ١٨٧) وسوريا (م ١٨٦) والكويت (م ٢٩) . ويذهب كل من الدكتور محمود مصطفى والدكتور فتحي سرور إلى اعتبار الضرورة من أسباب الإباحة لأنها تجمع مقومات الإباحة ويجب عدالة أن تكون كذلك حتى لا تترتب مسؤولية مدنية - انظر للأول ، أصول قانون العقوبات في الدول العربية ١٩٧٠ ص ٤٣ . ولثاني ، أصول قانون العقوبات ، المرجع السابق بند ١٦٠ . ونحن نعتقد هذا النظر لإجازة الضرورة ليس حماية لمصلحة الخاطئ فحسب وإنما كذلك لمصلحة الغير ، وهي إنما شرعت لحماية مصلحة أجدد بالرعاية من المصلحة المضحية بها واشترط القانون التناسب بين المصلحتين وهو ما يفيد أن المشرع أضفى حمايته على المصلحة الأعلى ، ولأن القاعدة الشرعية أن الضرورات « تبیح » المحظورات . ومع ذلك فقد اعتبر جمهور الفقهاء المصريين حالة الضرورة من موانع المسؤولية في القانون المصري - انظر السعيد مصطفى ، المرجع السابق ص ٤٢٠ - على راشد ، المرجع السابق ص ٢٨٥ - محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ص ٦٨٢ - رؤوف عبيد ، مبادئ التشريع العقابي المصري ص ٤٧٢ - رمسيس بهنام ، النظرية العامة ١٩٦٨ ص ٢٢٩ . وانظر تفنيدي الدكتور فتحي سرور للحجج التي أثارها هؤلاء الفقهاء ، المرجع السابق نفس الموضوع .

(٢) نص المادة ٢٩ من المشروع على أنه « إذا جهل المحرم وجود ظرف مشدد للعقاب فلا يسأل عنه ما لم ينص على خلاف ذلك ، ولكنه يستفيد من الأسباب التي تحول دون توقيع العقوبة وكذلك الأعدار ولو جهل وجودها » وهذا النص أفضل من النص في المادة ٥٩ من القانون الإيطالي على أن الفاعل يضار ويستفيد بالظروف المشددة أو المخففة أو الطارئة =

المسألة . وقد عرض الأمر على محكمة النقض ، بصدد جهل مأمور الضبط القضائي صدور إذن بحوله التفتيش ، فقررت أن تفتيش ضابط البوليس منزل المتهم بغير رضائه لا يكون صحيحاً إلا إذا كان الضابط مأذوناً من النيابة بإجراء هذا التفتيش وعالمياً بهذا الإذن قبل إجراء التفتيش فعلاً (١) .
والحق إن هذا القضاء جاء على خلاف الأصول العامة في القانون والتي لا تحتاج إلى نص صريح يقررها ، فأسباب الإباحة من الأسباب الموضوعية تحدث أثرها من حيث تعطيل نص التجريم بغض النظر عن الحالة النفسية لمرتكب الأمر (٢) ، فسيان كان عالمياً بقيام السبب أو كان جاهلاً وجوده فإن فعله يكون مباحاً في الحالين (٣) .

الغلط في أسباب التخفيف

٧٥٤ - إذا حقق الجاني بفعله الركن المادي للجريمة وتوافر لديه القصد الجنائي الذي يتطلبه القانون فيها ولكنه اعتقد توافر الوقائع التي يقوم عليها سبب لتخفيف العقاب في حين لم تكن هذه الوقائع متوافرة ، فهل يسأل عن الجريمة في وضعها العادي أي دون أن يخفف عقابها ، أو ينتفع من التخفيف ويسأل عن الجريمة كما لو كانت الوقائع التي اعتقد وجودها قد توافرت في الحقيقة ؟ فإذا اتهم شخص بقتل زوجته ، وثبت أنه كان يعتقد حين أتى الفعل

= للعقوبة ولو كان يجهل قيامها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك - محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، المراجع السابق ص ١٥٠ .

(١) نقض ٣ ديسمبر ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٣٩٩ . ومؤدى هذا القضاء اعتبار التفتيش عملاً غير مشروع فتطبق على مجريه المادة ١٢٨ عقوبات . وراجع حكم تجاوز الموظف العام حدود وظيفته وما إذا كان يسقط الحماية القانونية من الوظيفة العامة فيبيع للأفراد الاعتداء عليها - أحمد فتحي سرور ، اعتداء الأفراد على الوظيفة العامة ١٩٧٢ ص ٨ وما بعدها .

(٢) وفي بعض أسباب الإباحة يدخل العنصر المعنوي في أركان سبب الإباحة كما هو الشأن في استعمال الحق (م ٦٠ عقوبات) وما عدا ما نص عليه صراحة في هذا الصدد لا يكون لحالة الشخص النفسية أي تأثير في سبب الإباحة .

(٣) ويشبه الدكتور محمود مصطفى هذه الصورة بحالة شخص يتزعم منقولا من حياة آخر اعتقاداً بأنه مملوك لمن كان يحوزه فيتضح أنه مملوك لمن انتزعه ، فكما أن الاعتقاد بعدم ملكية الشيء لا يقوم مقام عدم الملكية فكذلك لا يستوي الجهل بالإباحة مع قيامها ، بعدم قيامها بالفعل - المراجع السابق نفس الموضوع .

أنها متلبسة بالزنا ثم تبين أن الرجل الذي كان يجلس معها في الضوء الخافت هو ذو رحم محرم منها وأن جاستهما لم يكن فيها ما يشين ، فهل يسأل عن جريمة قتل عمد عادية أو تخفف مسئوليته فلا توقع عليه غير العقوبة المخففة التي تنص عليها المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات؟ وبعبارة أخرى : هل يحاسب الجاني على أساس الوقائع التي توافرت فعلاً فيكون للجانب المادي للجريمة الغلبة في تحديد نطاق مسئوليته أو يحاسب على مقتضى الوقائع التي اعتقد توافرها فيكون للاعتقاد دوره في رسم حدود المسئولية ؟ إن التطبيق السليم لأحكام القصد الجنائي يقتضي الاعتداد بغلط الجاني وافترض توافر الوقائع التي توهم وجودها وتخفيف مسئوليته على أساسها (١) . ونقول بهذا الرأي قياساً على الحكم الذي سلمنا به بالنسبة لأسباب الإباحة ، فإذا كان الاعتقاد بتوافر الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة ينفي القصد الجنائي فيؤدي إذا توافرت شروط معينة إلى عدم توقيع العقاب ، فإن الاعتقاد بتوافر الوقائع التي يقوم عليها سبب التخفيف يجعل القصد الجنائي متعلقاً بالجريمة ذات العقاب المخفف فيكون من شأنه تخفيف العقاب . والقول بغير هذا الرأي يجعل التناقض واضحاً بين حكم الغلط في الإباحة والغلط في أسباب التخفيف ، ولا يجوز أن يقر القانون مثل هذا التناقض . وإذا كنا قد سلمنا بأن غلط الجاني الذي تمثل في جهله توافر ظرف مشدد يجعل مسئوليته مقتصرة على الجريمة ذات العقوبة العادية ، فإن النتيجة المنطقية لذلك تخم الاعتداد بالغلط في أسباب التخفيف ، إذ أن الجريمة ذات العقوبة العادية تعد جريمة مشددة حين تقارن بالجريمة ذات العقوبة المخففة التي تعد في هذه المقارنة في حكم الجريمة العادية ، فالعلاقة بين الجريمة العادية والجريمة المخففة هي كالعلاقة بين الجريمة المشددة والجريمة العادية . والوقائع التي يقوم عليها التخفيف هي في الجريمة العادية عناصر سلبية ، أي يلزم انتفاؤها حتى توقع العقوبة العادية ، وبهذه العناصر

(١) محمود نجيب حسي في مقاله السابق والمراجع المشار إليها . وقد حسم المشرع الإبطال الأمر بالنص في المادة ٥٩ / ٢ على أنه إذا اعتقد الجاني عن طريق الغلط وجود ظروف تخفف العقاب فإنها لا تفيده . وأساس هذا الحكم ، كما تقول الأعمال التحضيرية للقانون ، هو قاعدة المسئولية الموضوعية التي أثر الشارع أن يأخذ بها بالنسبة لظروف الجريمة المخففة أو المشددة قاصراً تطلب الركن المعنوي على العناصر الحقيقية للجريمة .

يجب أن يحيط علم الجاني حتى يستحق العقوبة العادية ، أى يجب أن يعلم بانتفاء تلك الوقائع حتى توقع عليه هذه العقوبة ، فإن لم يشمل علمه هذه العناصر السلبية ، أى لم يعلم بانتفاء الوقائع التي تقوم عليها لأنه اعتقد توافرها اعتبر القصد الجنائي في الجريمة العادية غير متوافر ولم يعد محل لأن يسأل عنها ، فقتصر مسئوليته على الجريمة ذات العقوبة المخففة . وبالإضافة إلى ذلك ، فإن من جهل توافر الجريمة العادية واعتقد توافر الوقائع التي تقوم عليها الجريمة ذات العقوبة الأخف ، يعد وضعه مثل من جهل توافر الجريمة ذات العقوبة الأشد واقتصر علمه على الوقائع التي تقوم عليها الجريمة العادية ، فيسأل عن الجريمة ذات العقوبة العادية .

بموضوع الحق للعدى عليه

٧٥٥ - قلنا إن علة النص الجنائي هي صيانة حق يرى الشارع جدارته بالحماية الجنائية ، والقصد الجنائي في معناه الأساسي هو إرادة الاعتداء على هذا الحق . وتفترض هذه الإرادة العلم بهذا الحق الذي لا يتصور - بحسبانه فكرة قانونية - دون محل ينصب عليه . كما يفترض القصد الجنائي علم الجاني بتوافره وباستيفائه الشروط التي تجعله صالحاً لأن يتعلق الحق به ، فإن جهل الجاني ذلك انتفت لديه - حين يأتي الفعل الذي ينصب على هذا المحل - إرادة الاعتداء على الحق وانتفى لديه ، تبعاً ، القصد الجنائي : فن استولى على شيء وهو يعتقد أنه المال الذي فقد أو سرق منه لا يتوافر لديه القصد الجنائي (١) ، وإذا اتهم شخص بجناية مواد مخدرة تعين إثبات علمه بطبيعة هذه المادة ، فإن جهل ذلك وظن المادة التي يحرزها عتقاً غير مخدر فإن القصد الجنائي يكون منتفياً (٢) .

(١) الفرض أن الجاني يخلط بين الشيئين : الشيء المملوك له والشيء المملوك لغيره فيستولى على أحدهما معتقداً أنه الآخر ومن ثم يكون الغلط متعلقاً بالوقائع . والوضع هنا يختلف عن حالة شخص يستولى على شيء معتقداً بناء على غلط في قواعد القانون المدني أن هذا الشيء مملوك له والحقيقة أنه مملوك لغيره إذ الغلط في هذه الحالة قد تعلق بالتمييز . والفرق بين الخاطئ واضح لأن الحالة الثانية لا تفترض خلطاً بين شيئين ومن ثم لا يكون محل القول بغلط في الوقائع - راجع محمود نجيب حسي في مقاله السابق .

(٢) نقض ٩ نوفمبر ١٩٥٣ ص ٥ - ٧٢ - نقض ١٦ يناير ٢٢ مايو ١٩٥٦ -

الجهل بخطورة الفعل

٧٥٦ - إذا كان القصد الجنائي هو إرادة مُرتكب الفعل الاعتداء على الحق فإن ذلك يتطلب علماً بالوقائع التي تفترن بالفعل وتحدد خطورته ، فإذا جهل الجاني بعض هذه الوقائع بحيث نقص علمه عن القدر الذي تحدد

= ص ٧ ص ٥٢ و ٧٦٩ - نقض ٣٠ ديسمبر ١٩٥٧ ص ٨ ص ١٠٠١ . ومن التطبيقات العملية على الجهل والغلط المنصب على عنصر مفترض متعلق بموضوع الحق ، جريمة اختلاس المحجوزات (م ٣٢٣ و ٢٤٢) حيث تطلب المشرع أن تكون الأشياء محل الاختلاس موصوفة بأنها محجوز عليها « قضائياً » أو « إدارياً » يستوى في ذلك أن يكون الحجز تحفظياً أو تنفيذياً - نقض ٦ ديسمبر ١٩٥٤ ص ٦ ص ٢٤٠ . كما يستوى أن يكون صحيحاً أو شابه عيب يبطله - نقض ٢٠ نوفمبر ١٩٣٨ قضاء النقض ص ١٤٤ . فإذا لم يتوافر لدى الجاني العلم بأن الأشياء « محجوز عليها » بأن كان الحجز قد وقع في غيبته ولم يعلم به بأي طريق ، انتفت الجريمة بالنسبة له لانعدام القصد الجنائي - نقض ٣ أكتوبر ١٩٤٤ قضاء النقض ص ١٣٩ . وثبتت هذا العلم ويكون بأي طريق من طرق الإثبات - نقض ٦ يونيو ١٩٥٥ ص ٦ ص ١٠٦٦ . إنما يجب أن يكون ثبوت العلم عن طريق اليقين لا بناء على مجرد الظن والافتراض - نقض ٢٠ يناير ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ١٤٢ . وراجع نقض ٢٤ نوفمبر ١٩٤١ قضاء النقض ص ١٨٧ . وإذا جهل الجاني باستيفاء المال الوصف الذي تطلبه المشرع فيه أو غلط في ذلك انتفى قصد الجنائي لأن الجهل أو الغلط انصب على ما اعتبره المشرع عنصراً مفترضاً في الجريمة ، ولهذا قضت محكمة النقض بأنه « إذا كان الحكم الابتدائي قد قضى ببراءة المتهم من اختلاس حاصلات محجوز عليها تحفظياً لعدم توافر أركان الجريمة ، إذ أن الحاجز لم يطلب تثبيت الحجز التحفظي ، ثم لم يطالب المتهم بإيجاز الأبطال المحجوز على حاصلاتها بل طالبه ببيعها مما جعل المتهم يعتقد أن الحاجز قد تنازل عن الحجز الذي أوقفه وأن الحاصلات لم تعد بالتالي محجوزة ، ثم جاءت المحكمة الاستئنافية وأدانت المتهم بهذه الظروف فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون - نقض ٤ فبراير ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ١٣٦ . ويلاحظ هنا أن انتفاء القصد الجنائي مؤسس على اعتماد تنازل الحاجز عن الحجز ، ذلك الاعتقاد الذي كان له ما يبرره لأن الحجز التحفظي متى أوقفه الموظف يكون واجب الاحترام ولو لم يحكم بتثبيته أو لم يعلن به ذور الشأن في المبدأ القانوني وذلك ما لم يصدر حكم من جهة الاختصاص ببطلانه » - نقض ٦ ديسمبر ١٩٥٤ ص ٦ ص ٢٤٠ .

وقد نصت المادة ٤٨ من مشروع قانون العقوبات صلباً على أن « القصد الجنائي هو توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة عالمياً بأركانها القانونية » . ونصت المادة ٥١ على أن « ينتفى القصد الجنائي في الجريمة إذا وقع الفعل المكون لها بناء على غلط في واقعة تعد ركناً من أركانها ، على أن ذلك لا يمنع من عقاب الفاعل على ما يتخلف عن فعله من جريمة غير عمدية أو أية جريمة أخرى » .

به خطورة الفعل على الحق فأتى الفعل وهو يعتقد ألا ضير منه على الحق فحدث الاعتداء رغم ذلك فإن القصد الجنائي لا يكون متوافراً لديه . فن يثبت في محرر بيانات كاذبة معتقداً صحتها لا يتوافر لديه القصد الجنائي الذي تتطلبه جريمة التزوير لأنه يجهل خطورة فعله على الثقة التي يريد الشارع صيانتها للمحرر^(١) .

الجهل بمكان أو زمان ارتكاب الفعل

٧٥٧ - الأصل أن الشارع يؤثم الفعل دون اعتبار المكان أو زمان ارتكابه ، ولكنه يخرج على هذا الأصل في بعض الجرائم فلا يقرر للفعل صفة إجرامية إلا إذا اقترفه الجاني في مكان معين أو زمان معين ، ويفسر هذا الخروج كون الفعل لا يمثل خطورة على الحق إلا إذا ارتكب في هذا المكان أو الزمان ، وإذا ثبت جهل الفاعل بمكان فعله انتفى القصد الجنائي لديه . ومن الأمثلة التطبيقية للجهل بمكان الفعل أو السلوك ، جريمة زنا الزوج (م ٢٧٧ع) إذ استلزم المشرع أن يرتكب الزوج سلوكه الإرادي ، وهو الاتصال الجنسي ، في « منزل الزوجية » . وهنا تثار المشكلة أيضاً بالنسبة لجهل عشيقه الزوج بأن مكان الزنا هو منزل الزوجية . وبالنسبة لجريمة الشهادة الزور فإنه يلزم لتكاملها موضوعياً أن يكون الزور في شهادة أديت أمام « القضاء الجالس » وفي دعوى مطروحة عليه للفصل فيها ، جنائية كانت أو مدنية أو تجارية^(٢) . وتعريض طفل سنة سبع سنين كاملة للخطر وتركه في محل خال من الآدميين يتطلب توافر هذا الوصف في مكان الترك ، فإن جهل الجاني طبيعة محل الترك انتفى لديه القصد الجنائي . ومن أمثلة الجهل بزمان الفعل أو السلوك ، ما أوجبه المادة ٣١٧ / ٤ عقوبات من وقوع السرقة « ليلاً » حتى توقع العقوبة المشددة ، وظرف الليل في المواد ٣١٣ و ٣١٥ / ٣ و ٣١٦ في باب السرقة ، وفي باب آخر مثل جرائم قتل الحيوانات (م ٣٥٦) وإتلاف المزروعات (م ٣٦٨) -

(١) نقض ٢٠ فبراير وأول أكتوبر ١٩٥٦ من ٧ ص ١٩٨ و ٩٦٠ .

(٢) رؤوف صبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ص ٩٨٢ - جندي

عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٤٦٧ .

ومن قبيل ذلك أيضاً « زمن الحرب » كعنصر موضوعي لازم لتكامل الجنائيتين المنصوص عليهما في المادتين ٧٨ ب و ٨١ (وثانيتها هي الإخلال عمداً بتنفيذ عقد توريد مبرم مع الحكومة) ، وكذلك « زمن هياج أو فتنة » بالنسبة لجريمة إتلاف خط من الخطوط التلغرافية أو جعلها غير صالحة للاستعمال ولو مؤقتاً (م ١٦٥) ، وجريمة إهانة الموظف العام أو أحد رجال الضبط أو أي إنسان مكلف بخدمة عامة أثناء تأدية وظيفته المنصوص عليها في المادة ١٣٣ . فزمن الهياج أو الفتنة أو زمن الحرب أو وقت الليل أو الوقت الذي يباشر فيه الموظف العمومي وظيفته وكذلك الوقت الذي تعتقد فيه هيئة المحكمة في جريمة الشهادة الزور ، يمثل كل منها عنصراً مفترضاً لتكامل الكيان الموضوعي لجريمة معينة بحيث إذا باشر الجاني سلوكه في أي وقت آخر ، فقد هذا السلوك خطورته التي قدرها المشرع ولم يتكامل للجريمة بذاتها ، ويتأدى من ذلك أن الجهل المنصب على ذلك الزمان المحدد أمر ينتفى القصد الجنائي ويمنع ، تبعاً ، من توافر المسؤولية عن تلك الجرائم لانعدام الصورة العمدية لركنها المعنوي^(١) .

(١) وهذا يفسر ما تتطلبه محكمة النقض من أن تكون أحكام الإدانة الصادرة بشأن المادة ١٣٣ ع مشتملة على بيان الظروف التي حصلت فيها الواقعة لمعرفة ما إذا كان الموظف الجنى عليه كان قائماً - وقت الإهانة - بتأدية وظيفته - نقض ٣ يونيو ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٣٠٠ ونقض ١٠ مايو ١٩٤٣ من نفس المجموعة ص ٣٠٩ . ومن تطبيقات حالات الجهل بزمان الفعل أيضاً جريمة إعطاء شيك بدون رصيد (م ٢٣٧) إذ من المسلم أن الفعل المنشئ لهذه الجريمة قد عبر عنه المشرع بقوله « أعطى شيكاً » ولفظ الإعطاء يقصد به « إصدار » الشيك أي طرحه للتداول بتسليمه فعلاً للمستفيد ، فإذا ما خرج الشيك من يد الساحب وتم تسليمه لآخر فإن الفعل المكون لهذه الجريمة يعتبر قد تم وانتهى - حسن المرصفاوي ، جرائم المال ص ٢١٧ - القلبي ، جرائم الأموال ص ٢٥٩ . ويبين من سياق المادة أن المشرع يستلزم أن يكون إعطاء الشيك بمعناه السابق قد باشره الجاني في الوقت والزمان الذي يتحدد ويتميز بأنه « لم يكن لدى الساحب فيه مقابل وفاء » أي أن يكون هناك تماصر زمني بين لحظة إعطاء الشيك ولحظة عدم وجود مقابل الوفاء ، فإذا ثبت جهل الجاني بعدم وجود هذا المقابل عند إعطاء الشيك أو اعتقد اعتقاداً زائفاً بأن له رصيماً كافياً ، كان جهله أو غلظه نائياً لقصد الجنائي . لذلك قضى بأن سوء النية وهو القصد الجنائي في هذه الجريمة يتحقق بمجرد علم الساحب بأنه « وقت إصدار الشيك » لم يكن له مقابل وفاء قابل للسحب - نقض ٢٨ أكتوبر ١٩٥٢ من ٤ ص ٥٢ . فإذا أخطأ الساحب بحسن نية في مقدار مقابل =

علم الجنائي بالصفات التي يتطلبها القانون فيه وبالصفات التي يتطلبها في الجنى عليه

٧٥٨ - القاعدة العامة هي أن تطبق أحكام النصوص الجنائية على كل شخص توافرت لديه الأهلية الجنائية دون تطلب انتهاء الجنائي لطائفة معينة أو تميزه بصفة خاصة أو احتلاله مركزاً معيناً . هذه القاعدة ترد عليها استثناءات تتعلق ببعض الجرائم التي لا يتكامل بنيتها الموضوعي ولا يصلح الفعل أن يحققها بحسب نموذجها القانوني إلا إذا كان الفاعل متميزاً بحالة قانونية أو فعلية (١) ، فإذا اتهم شخص بجريمة من هذه الجرائم تعين أن يحيط علمه بهذه الحالة فإن جهل بها انتفى القصد الجنائي لديه : فالمادة ٢٧٤ عقوبات مصرى التي تنص على أن « المرأة المتزوجة » التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس ، والمادة ٢٧٧ التي تعاقب كل « زوج » زنا في منزل الزوجية ، والمادة ٢٦٢ التي تعاقب المرأة « الحامل » إذا أجهضت نفسها ، والمادة ١٤٠ التي تعاقب من كان « مكلفاً بحراسة » مقبوض عليه أو « بمراقبته » أو « بنقله » إذا ساعده على الهرب ، والمادة ١٠٣ التي تجرم الرشوة بالنسبة لكل « موظف عمومي » ، والمادة ١٣٨ التي تؤثم هروب كل إنسان « قبض عليه قانوناً » ، في كل هذه الجرائم وما مائلها يستأزم المشرع لقيام الجريمة أن يكون الجنائي عند ارتكابه الفعل متصفاً بوصف أو بتكليف معين بدونه لا يتكامل للجريمة بنيتها الموضوعي ، وهو ما يتأدى منه أن الجنائي لا تقوم مسؤوليته الجنائية إلا إذا كان عالمياً بتوافر تلك الأوصاف فيه عند مباشرته الفعل بحسبانها تمثل عنصراً موضوعياً مفترضاً في الجريمة (٢) . وباستقراء

= الوفاء فلا جريمة ما دام اعتقاده كان مبنياً على أسباب مقبولة - رؤوف عبيد ، المرجع السابق ص ٤٣٢ . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة ببراءة المتهم استناداً إلى أنه يأمل لأسباب مقبولة في وجود الرصيد عند تقديم الشيك لصفه وأن الجنى عليها كانت تعلم عند قبولها الشيك أنه لا يقابله رصيد بما تقتضيه الجريمة إذ لا يكون محتالاً عليها فإنه يكون قد أخطأ - نقض ٤ مارس ١٩٥٢ قضاء للنقض ١٩٤١ ص ٥١٧ .

(١) ولذلك يقسم بعض الفقه الجريمة إلى جريمة « الفاعل المطلق » وجريمة « الفاعل الخاص » - انظر رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٤٩٢ .
(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض عندنا بأنه « يشترط العقاب حل جريمة الهرب المنصوص عليها في المادة ١٣٨ من قانون العقوبات أن يكون الهرب قد حصل بعد القبض »

هذه الأوصاف والأوضاع يخلص لنا أنها إما أن تكون أوصافاً قانونية أو أوصافاً طبيعية . والأوصاف القانونية إنما تتوافر في موضوعها نتيجة إنزال حكم قاعدة قانونية على هذا الموضوع ، بمعنى أنها صفات وأوضاع يرجع في تحديد معناها ومفهومها إلى القانون الذي يحكمها والذي أحال عليه قانون العقوبات وإن كان النص في هذا القانون الأخير قد يتضمن أحياناً معنى الصفة أو التكليف أو الوضع أو الحالة في مجاله الخاص (١) . أما الأوصاف والأوضاع الطبيعية « غير القانونية » فإنها تخلص لنا أو نخلص إليها نتيجة أعمال فكرة طبيعية ، مثل صفة « الذكورة » في جريمة اغتصاب امرأة كرها (م ٢٦٧) لأنها جريمة لا تقع من الإناث .

٧٥٩ - كذلك لا يتطلب القانون ، كقاعدة عامة ، في الجنى عليه (٢)

= على من وقع منه الهرب فلا جريمة إذا لم يكن هناك قبض قانوني سابق ، وإذن فإذا كان المستفاد مما هو ثابت بالحكم أن المتهم هرب قيل أن يتخذ عليه الأمر بالقبض فإن ذلك لا يعد هرباً بما يعاقب عليه القانون سواء أكان قد صدر أمر القبض على المتهم أم لم يصدر - نقض ٢٠ يناير ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١١٩٢ . كما قضت بأنه إذا تدب معاون الإدارة بناء على أمر المدير أو المأمور الذي يخضع لها ومن واجبه القيام بما يمهدها به إليه من عمل في حدود اختصاصهما - إذا تدب للقيام بأعمال التعمين في المركز فإن هذه الأعمال تدخل ، في صدد جريمة الرشوة ، في أعمال وظيفته - نقض ٢٥ أكتوبر ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ ص ٢٢٠ - وراجع أيضاً نقض ٢٠ يناير ١٩٥٩ ص ١٠ ص ٥٥ . وانظر في الأثر المترتب على عدم اختصاص الموظف بما هو مطلوب منه وعدم زعم اختصاصه به ، نقض أول يونيو ١٩٥٩ ص ١٠ ص ٥٨٩ . وإذا كان يعتقد أنه لم يعين بعد في وظيفته مع أن قرار تعيينه كان قد صدر دون أن يعلم به فإن قصده الجنائي يتنفي - نقض ٥ فبراير ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٧١٢ .

(١) ومثال إحالة قانون العقوبات ، صفة الزوجية والموظف العمومي والمقبوض عليه قانوناً التي يحدد مفهوم كل منها قانون الأحوال الشخصية والقانون الإداري وقانون الإجراءات الجنائية على التوالي . ومثال النص في قانون العقوبات ، المادة ١١١ عقوبات مصرى التي أوضحت المقصود بالموظف العمومي في باب الرشوة - رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٤٩٥ .

(٢) *Sujet Passif, Delog, op. cit. p. 98*

ويطلق عليه بعض الفقه المصري تعبير « الموضوع الشخصي » لتفرقة بينه وبين الموضوع الكفوي الذي قد يكون شخصاً آدمياً ولكن لا يكون شخصاً معنوياً حالة أن الموضوع الشخصي أي الجنى عليه يصح أن يكون شخصاً معنوياً لصلاحيته لأن يكون صاحب الحق محل الاعتداء - رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٥١٤ .

صفة معينة . بيد أن الشارع قد يخرج على هذه القاعدة بحيث لا يكون مجنباً عليه في بعض الجرائم إلا من توافرت له صفة معينة يكون جهل المتهم بها نافياً للقصد الجنائي لديه . هذه الصفة بدورها قد تكون طبيعية ، وقد تكون قانونية . ومن قبيل الصفات الطبيعية « الخنس » في جريمة واقعة الأثني بغير رضاها (م ٢٦٧) وخطف الأثني بالتحايل أو الإكراه (م ٢٩٠) وجريمة الإجهاض (١) (م ٢٦٠) ، وكذلك « السن » في جريمة هتك العرض بغير قوة أو تهديد إذ تصبح جنابة إذا كان المجنى عليه لم يبلغ سبع سنين كاملة حالة أنها تكون جنحة إذا كان قد بلغها دون أن يتجاوز ثمانى عشرة سنة (م ٢٦٩) فإن تجاوزها كانت الواقعة غير مجرمة . وتعويلاً على ما تقدم لا يتوافر القصد الجنائي لدى من يهتك عرض صبي أو صبية لم تبلغ سن كل

(١) ولا يرتكب شخص جريمة إجهاض امرأة إلا إذا علم أن المجنى عليها حامل - محمود مصطفى ، القسم الخاص ، المرجع السابق ص ٢٢٥ . ورضاء المرأة الحامل بالإجهاض لا ينشئ مسؤولية الطبيب الذي أجهضها ومن عساه يكون اشترك معه في إجهاضها . وقضت محكمة النقض في صدد هذه الجريمة بأن المادة ٦٠ من قانون العقوبات إنما تبيح الأفعال التي ترتكب عملاً بحق قرره القانون بصفة عامة ، وتحرم الشارع للإسقاط بحول دون اعتبار هذا الفعل مرتكباً بحق وإنما يجعل منه إذا وقع جريمة يستحق جانبها العقاب الذي فرضه للشارع لفعله ، فلا يكون مقبولاً ما عرض إليه المتهم في دفاعه أمام محكمة الموضوع من أن الشريعة الإسلامية تبيح إجهاض الحين الذي لم يتجاوز عمره أربعة شهور وأن المادة ٦٠ من قانون العقوبات تبيح ما تبيحه الشريعة ، وما يقوله الطاعن من إباحة الشريعة الإسلامية لإجهاض الحمل الذي لم يتجاوز أربعة أشهر ليس أصلاً ثابتاً في أدلتها المتفق عليها وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأي فيما بينهم ولا محل للاعتراض بالرأى الذي يظهر ما يذهب إليه الطاعن تلقاء الوضع القائم في التشريع المعمول به من تحريم هذا الفعل - نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٥٩ م ١٠ ص ٩٥٢ . وغنى عن البيان أن المتهم إذا كان يجهل أن المجنى عليها حامل وأحدث فعله إجهاضاً فإنه لا يعاقب بمقتضى نصوص جريمة الإجهاض وإنما بموجب نصوص جريمة الضرب . وفي جريمة واقعة الأثني بغير رضاها فإن الوصف هنا مرده توافر « حالة نفسية » معينة لديها هي حالة « عدم الرضا » بما يرتكبه الجناني من سلوك ، يستوى في ذلك أن يكون الجناني قد استعمل وسائل القوة أو التهديد أو غير ذلك مما يؤثر في اختيار المجنى عليها فيعدمها الرضا كأن يباغتها أو ينهب فرصة فقدانها شعورها واختيارها بخنون أو عاهة في المعقل أو استنراق في النوم - نقض ١٩ أكتوبر ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ ص ٦٩٢ . فإذا ثبت جهل الجناني بعدم رضاها أو ثبت أنه كان يعتقد اعتقاداً زائفاً بناء على أسباب جدية ومقبولة بأنها « راضية » لم يتوافر القصد الجنائي . وهذا القول يصدق على جنابة هتك العرض المنصوص عليها في المادة ٢٦٨ عقوبات .

منهما ثمانى عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد إلا إذا كان عالماً بعدم بلوغه السن المذكورة ، كما لا يتوافر القصد الجنائي المتطلب في جريمة الزنا لدى شريك الزوجة إلا إذا علم أنها متزوجة (١) ، أما إذا جهل ذلك فلا مسؤولية ولا عقاب ، يستوى أن يكون الجهل أو الغلط « حتمياً » أى لم يكن في مقدور الفاعل تفادى الوقوع فيه ، أو كان « تقصيراً » بأن كان في مكنه تفادى الوقوع فيه لو أنه بذل القدر اللازم من الحيلة ، ذلك أن البحث في توافر التقصير في العلم بالحقيقة لا يثور إلا عند الكلام على توافر الصورة غير العمدية للمسئولية الجنائية ، حالة أن الجرائم التي نحن بصددتها جميعها جرائم عمدية لا يعاقب المشرع عليها إذا وقعت نتيجة خطأ الجناني أو إهماله (٢) .

(١) ويصير القصد متوافراً لدى الزوجة متى ارتكبت الفعل وهي عالة بأنها متزوجة وأنها تواصل شخصاً غير زوجها فإن جهلت ذلك أو اعتقدت أن زوجها الغائب قد مات أو أنها مطلقة فلا قيام للقصد الجنائي لديها - راجع نقض ١١ يونيو ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ ص ٧٢١ .

(٢) ولا شك أن مسألة العلم برضا المجنى عليه أو بحقيقة سنه أو بالصفة التي يستلزم القانون توافرها فيه لقيام الجريمة عموماً مرجعها إلى قاضي الموضوع يستخلصها من وقائع الدعوى والأدلة التي تقدمها النيابة فيها طبقاً للقواعد السائدة في الإثبات . بيد أن محكمة النقض عندنا ذهبت إلى افتراض علم الشريك بزواج من زنى بها - نقض ٢ إبريل ١٩١٠ المجموعة الرسمية ص ١١ ص ٢٣٧ ، وافتراض علم الجناني في هتك العرض بسن المجنى عليه - نقض ٢١ مايو ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ ص ٢٧٧ . فلا تحمل سلطة الاتهام صبه إثبات علم المتهم بهذه الأمور ولا يقبل من الأخير مجرد الدفع بجهله بها حتى يعد القصد الجنائي منتفياً لديه ، بل يتعين عليه أن يثبت هذا الجهل ، ولا يقبل منه أى دليل بل يتعين أن يثبت أن جهله يرجع لأسباب قهرية أو ظروف استثنائية وأنه لم يكن في مقدوره بحال أن يقف على الحقيقة . وقد أيدت محكمة النقض مذهبها قائلة إن « من يفعل فعلاً جنائياً مع شخص آخر وكان هذا الشخص في حالة معينة ولم يستقص عن حالته أو استعلم عنه بطريقة غير كافية فإنه يقبل احتمالاً ارتكابه ذلك الفعل فيما لو كان الشخص المذكور موجوداً فعلاً في الحالة المنصوص عليها بقانون العقوبات وحيث لا يجب على النيابة تقديم الدليل على وجود هذا العلم بل على من يتمسك بعدم وجوده أن يوضح ويثبت ذلك أى أن يبين مثل الظروف الاستثنائية التي أوقعت في خطأ غير ممكن التنبأ عليه » ثم أضافت في حكم آخر القول إن « كل من يقدم على مقارفة فعل من الأفعال الشائنة في ذاتها أو التي تؤتمها قواعد الآداب وحسن الأخلاق يجب عليه أن يتحرى بكل الوسائل الممكنة حقيقة جميع الظروف المحيطة قبل أن يقدم على فعلته ، =

(الاعتذار بالجهل بالقانون - ٦٠)

٧٦٠ - وقد تتوافر بالفعل الوقائع التي يقوم عليها تخفيف العقاب ولكن

فإذا هو خطأ التقدير حتى عليه العقاب من الجريمة التي تتكون منها ما لم يقدّم الدليل على أنه لم يكن في مقدوره بحال أن يقف على الحقيقة - نقض ٣١ مايو ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ ص ٢٧٧ . وقررت بصدد الجهل بالسن بأن السن والحقيقة والعمى عليه في تلك العرض هي التي يعول عليها في هذه الجريمة ولا يقبل من المتهم اللغو بجهله هذه السن إلا إذا اعتذر من ذلك بظروف قهرية استثنائية ، وتقدير هذه الظروف من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه مادام مبتلياً على ما يدوغيه من أدلة - نقض ٢٥ مارس ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١١٩١ ، وأضافت في حكم آخر أن العبرة في السن في جريمة هتك العرض هي بالسن الحقيقية للجنين عليه ولو كانت مخالفة لما قدره الجنائي أو قدره غيره من رجال الفن أصحاً على مظهر الجنين عليه وحالة نمو جسمه أو على أي سبب آخر . والقانون يفترض في الجنائي وقت مقارفته الجريمة على من هو دون السن المحددة في القانون أن يعلم بسنة الحقيقية ما لم تكن هناك ظروف استثنائية وأسباب قهرية يتفق معها هذا الافتراض - نقض ١١ نوفمبر ١٩٤٠ ، المرجع السابق ص ١٩١ . ورواه أن محكمة النقض لم تخرج في قضائها السابق على القواعد الموضوعية في القصد الجنائي إذ لا تزال تنطبق العلم بهذه الوقائع وتعتبره عنصراً يقوم على القصد الجنائي وإنما تعلق قضاؤها بقواعد الإثبات فأدخل عليها من التعديل ما يجعل التمييز واضحاً بين الجرمين السابقين وغيرهما من الجرائم ، فلم تبق عبء إثبات العلم على هاتق سلطة الاتهام بل افترضته ولكنها لم تجعل منه افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ثم هي من ناحية أخرى لم تقبل أي دليل في هذا الخصوص بل ألزمت المتهم بأن يثبت أن جهله يرجع إلى أسباب قهرية أو ظروف استثنائية وأنه لم يكن في مقدوره بحال أن يقف على الحقيقة . فقضاء محكمة النقض لا يسع الموضوع وإنما يقتصر على جانب الإثبات . ويبرر الدكتور محمود نجيب حسني - في مقاله السابق - مذنب محكمة النقض بأن الزواج حالة تحيط بها العلانية ويشيع العلم بها ويضع القانون لها النظم التي تكفل إشهارها ويفترض بعد ذلك علم الكافة بها ولذلك فالإدعاء بالجهل بها هو ادعاء تكذيب القرائن ويغلب أن يكون دفاعاً غير ذي أساس يلجأ إليه المتهم للتخلص من المسؤولية الجنائية فلا يسوغ قبوله إلا في الحالات الاستثنائية التي يكون له فيها ما يبرره . ويقول كذلك إن السن بدورها حالة يحيطها القانون بالعلانية ويكفل لها الإشهار ويجعل لكل شخص شهادة تثبت تاريخ ميلاده ويفترض بعد هذه الإجراءات أن حقيقة السن معروفة للكافة ، وبالإضافة إلى ذلك فالمنظر الخارجي لكل شخص يفصح في الأغلب من الحالات عن حقيقة السن ، ولذلك جاز لمحكمة النقض أن تطبق عليها من القواعد التي سلمت بتطبيقها على الزواج - انظر تعليقا كذلك على قضاء النقض ، السيد مصطفى ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ص ٢٨٨ هامش (١) - حل راشد ، مبادئ القانون الجنائي ١٩٥٠ ص ٦٢٦ هامش (١) .

وواضح أن محكمة النقض أقامت « افتراض العلم » على قربة قضائية نخلو كلا قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية من النص القانوني في هذا الخصوص . وقرائن الإثبات القضائية غير قاطعة إذ هي دائماً تقبل لإثبات العكس إما بالكتابة أو اليمين أو بقربة مثلها أو بتبرير ذلك - السهوي ، الوسيط ، الإثبات - آثار الالتزام ص ٢٢٦ . ومن ثم كان حرياً -

الجنائي جهل توافرها واعتقد أنه يأتي الجريمة في صورتها العادية ، فهل ينتج

= محكمة النقض أن تفصح للجنائي وبطريقة « مطلقة » الباب ليقيم البرهان على أن قربة العلم بالحقيقة قامت في حقه على غير أساس فلا تلزمه بإثبات أن جهله أو غلظه إنما يرجع لأسباب قهرية أو أنه لم يكن في مقدوره أن يحيط علماً بالحقيقة ، ذلك أن الجهل أو الغلط حالة نفسية تقوم لدى الجنائي فينبغي أن يكون معيار توافرها ذاتياً بحيثاً بمعنى أنه يجب أن يبحث فيما جاش بنفسية الجنائي بصفة فعلية وشخصية فإذا اقتضت المحكمة بتوافر جهل أو غلط لديه مناصب على عنصر موضوعي في الجريمة قضت ببراءته لانتفاء قصد الجنائي حتى لو ثبت لها أنه كان في استطاعته تقاضي الوقوع في الجهل أو الغلط لو أنه بذل قدراً من اليقظة والحذر ، أي حتى لو كان الجهل أو الغلط نجم عن إهمال أو تقصير أو خطأ من جانبه مهما كان جسيماً . بيد أن محكمة النقض لم تر الأخذ بهذا المعيار الشخصي ، كما لم تأخذ بمعيار موضوعي بالنظر إلى تقدير الشخص العادي في الظروف المماثلة ، وإنما ذهبت إلى « افتراض » علم المتهم بصفة الجنين عليه وسنة الحقيقية ، كما أن قول المحكمة « بالقبول الاحتمالي » قد يفهم منه أنها اعتدت على نظرية « القصد الاحتمالي » لتبرير افتراضها توافر علم الشريك بأن من يزني بها متزوجة أو يبلوغ الجنين عليه الثمانية عشرة من العمر ، وحتى لا تحمل سلطة الاتهام عبء إثبات توافر هذا العلم لدى الجنائي ، مع أنها لم تكن محتاجة إلى هذا لعدم تعلق الأمر بالقواعد « الموضوعية » في القصد الجنائي وإنما هو عكس قواعد الإثبات فحسب . ثم هي أقرت بذلك بتوافر القصد الجنائي لدى الجنائي دون أن يكون قد سبق وتوافر لديه القصد الجنائي « المباشر » الذي يستند إليه القصد الاحتمالي كما يحده الرأي السائد في الفقه المصري . وقول المحكمة إن على من يقدم على مقارفة فعل من الأفعال « الشائنة » في ذاتها أو التي تؤثمها قواعد الآداب وحسن الأخلاق « يجب عليه » أن يتحرى بكل الوسائل الممكنة حقيقة جميع الظروف المحيطة قبل أن يقدم على فعلته - يفهم منه أن محكمة النقض ، كما قال الدكتور محمد زكي محمود بحق في « آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية » المرجع السابق ص ١٩٢ و١٩٣ ، قد أنشأت من هدياتها التزاماً قانونياً جديداً على هاتق المتهم موضوعه أن يقوم بأعمال إيجابية تتمثل في « البحث والتحري » بكل الطرق وبكافة الوسائل عن حقيقة الجنين عليه مستندة في ذلك إلى القول بأن هذه الجرائم « شائنة في حد ذاتها تؤثمها قواعد الآداب وحسن الأخلاق » الأمر الذي يتأدى منه - بطريق العكس - أن المحكمة تمنى المتهم في الجرائم الأخرى « غير الشائنة » والتي يستلزم المشرع أيضاً لتكاملها توافر صفة شخصية معينة في الجنين عليه ، تعفيه من واجب القيام بالبحث والتحري عن توافر هذه الصفة كما هو الحال في جريمة الإجهاض مثلاً ، وهو ما يدل على أن المحكمة قد أضفت من لديها على الجرائم « المؤثمة أخلاقياً » امتيازاً خاصاً تتميز به عن الجرائم « غير المؤثمة أخلاقياً » مع أن المفروض أن الشارع ينظر إلى جميع أنواع الجرائم نظرة واحدة محايدة ما لم يختص إحداها بميزة معينة يتص خاص وهو ما لم يفعله بالنسبة للمادتين ٢٦٩ و ٢٧٥ ، ولو أنه قصد إليه لنص عليه كما فعل في المادة ٦٣ عقوبات حين قال « وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد البحث والتحري » . ونحن مع الدكتور محمد زكي محمود في ذلك لأن الأحكام =

سبب التخفيف أثره فيخفف العقاب عن الجاني أو يظل غير ذي أثر طالما -

= السابقة تتعارض مع الاتجاه العام الذي يسود سائر الأحكام الأخرى الصادرة من محكمة النقض فيما يتعلق بضرورة علم الجاني بالأوصاف والتكليفات التي تمثل عناصر موضوعية في الجريمة وأنه لا يصح افتراض هذا العلم افتراضاً لا يتفق والحقيقة في واقعة الدسوى - نقض ١٢ مارس ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١٠٥٤ ونقض ١٦ فبراير ١٩٤٨ ، المرجع السابق ص ١٠٤٧ . كما استقر قضاء النقض على أن القصد الجنائي يتفق ولو كان جهل للشخص بالحقيقة راجعاً إلى إهمال في تحريها ولو كان هذا الإهمال جسيماً لأنه لا يقوم مقام العلم بحال - نقض أول أكتوبر ١٩٤٦ ج ٧ ص ٩٦٠ . والقضاء الفرنسي أيضاً لم يعتنق النظر الذي ذهب إليه محكمة النقض عندنا في جريمة الزنا ، فلم يفترض علم الشريك بزواج من زناها بل أوجبت محكمة النقض على النيابة أن تقيم الدليل عليه فإن عجزت لم يكن لإدانة المتهم محل - انظر Garçon : Code pénal annoté, tome II, 1956, art 338

7. والأسباب التي تلمسها بعض الفقه عندنا لتبرير قضاء النقض ليست بجاصمة ، فليس ثم ما يوجب أن يكون الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية أو معقوداً بواسطة مأذون بل يكفي في هذا الصدد الزواج العرفي متى ثبت وجوده فهو عقد صحيح تقوم به علاقة الزوجية شرعاً وترتب عليه آثاره - انظر جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن للدكتور أحمد حافظ تور ، رسالة دكتوراه ١٩٥٨ ص ١١٤ . فإذا يكون الرأي السليم طبقاً لهذا الفريق من الفقه في موقف من يزني بهذه الزوجية ، وهل يقال مع ذلك بافتراض علمه وبالتالي افتراض قصد الجنائي ، أو ترى يقلل منه إقامة الدليل على توافر جهله بقيام الزوجية ، بكافة الطرق فإن قل انتفى القصد الجنائي لديه حتى لو كان جهله نتيجة إهمال أو غلظه ناجماً عن تقصير ، أي ولو لم يكن أيهما راجعاً لأسباب قهريّة أو استثنائية . وهذا القول يصدق بالنسبة لافتراض علم الجاني بحقيقة سن المحبّي عليه ووجوب قصر هذا الافتراض على حالة وجود شهادة ميلاد ، فإن كان غير مقيد في دفتر المواليد وأثبت الجاني جهله أو غلظه في حقيقة سن المحبّي عليه انتفى قصد الجنائي . وهذا كله يتعارض مع منطلق قضاء النقض الذي جاء مطلقاً في افتراض توافر علم الجاني بحقيقة سن المحبّي عليه بما لا يحتمل التمييز أو التمييز . ويبدو أن القضاء الإيطالي لا يذهب إلى افتراض العلم بالنسبة الحقيقية ، فقد حكم بأنه متى أكدت المحبّي عليها للفاعل في وقاع جنسي أن سنّها يزيد عن السن الذي تعتبر الواقعة فيه جريمة وكان مظهرها يحمل على الخداع في حقيقة سنّها فإن الفاعل إذ يجامعها يعتبر واقعاً في غلط حول سنّها وهذا الغلط ينفي لديه القصد الجنائي - رمسيس بهنام ، النظرية العامة ، المرجع السابق ص ٧٣٢ . ويبدو كذلك أن أحكام النقض الحديثة عندنا تميل إلى هذا الاتجاه ، فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع « أنشأ قرينة قانونية بالتعديل المدخل بالقانون ٥٢٢ لسنة ١٩٥٥ على المادة الثانية من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤١ يرفع التديس والغش حين افتراض العلم بالغش أو بالفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة أو من الباعة الخائلين . وقد رفع الشارع هذه القرينة عمه إثبات العلم بالغش أو بالفساد عن كاهل النيابة العامة تحقياً للمصلحة العامة ومحافظة منه على مستوى الألبان على ما أفصح عنه في المذكرة الإيضاحية -

لم يعلم الجاني به (١) ؟ إن التطبيق السليم لأحكام القصد الجنائي يقتضي عدم الاعتداد بجهل الجاني أو اعتقاده المخالف للواقع في هذه الحالة ، وإذا كان من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها السياسة التجريمية أنه لا يتصور أن تخلق من الجريمة الوهمية *délit putatif* جريمة فعلية إذ لا توجد في قانون العقوبات جريمة تستمد وجودها كواقعة منسثة للمسئولية من محض وهم قام في مخيلة الجاني وذهنه فحسب ، فالمرجع لا يقيم صرح المسئولية على مجرد النوايا والأوهام ومن ثم فلا يستحق الجاني غير العقوبة المخففة للجريمة التي وقعت بالفعل ، ذلك أن الوقائع التي يقوم عليها الظرف المخفف هي عبارة عن عناصر سلبية في الجريمة العادية أي يلزم انتفاؤها حتى توقع العقوبة العادية ، أما إذا توافرت فقد أصبحنا أمام جريمة تمثل الواقعة القانونية مصدر مسئولية الجنائية ومن ثم لم يعد من الجائز إقامة مسئولية على أساس الجريمة ذات العقوبة المشددة التي توهم توافرها ، فالوهم في هذه الحالة لا يعادل الواقع (٢) . الظرف المخفف الذي يغير من وصف الجريمة إذن لا بد وأن يسرى على الجاني سواء علم به أو لم يعلم قياساً على حالة الجريمة الظنية أو الوهمية ، ويبدو أن مشروع قانون العقوبات المصري قد أخذ بهذا الرأي في الفقرة الأخيرة من المادة ٤٢ ثم أكدته في المادة ٥٢ (٣) . وغنى

= لقانون سالف الذكر ، وهذه القرينة - القابلة لإثبات العكس والتي لا يشترط نوع معين من الأدلة لدحضها - لم تمس الركن المعنوي في جنحة الغش المؤتممة بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الذي يلزم توافره للعقاب - نقض ١٢ مارس ١٩٦٢ ص ١٣ ص ٢١٠ .

(١) مثال ذلك من يطلق صياراً نارياً على شخص في منزله معتقداً أنه يواصل مربية تعمل في منزله وكان هو على علاقة جنسية بها فظهر أن المحبّي عليها هي زوجة الجاني التي كانت بالفعل في حالة تليس بالزنا مع عشيقها انتقاماً من الزوج لعلاقته بالمربية ، فهل تقوم مسئولية عن جريمة قتل عمد بعقوبتها العادية وهي الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، وهي الجريمة التي توهم أنه ارتكبها ، أو يسأل عن القتل العمد في صورته المعدلة بالمادة ٢٣٧ عقوبات - انظر محمد زكي محمود ، المرجع السابق ص ٣٤٨ .

(٢) « Le putatif n'équivaut pas au réel. » V. Delogu, op. cit N. 403 p. 210.

(٣) راجع رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٣٧١ . وتنص المادة ٤٢ على أنه « وكذلك لا يعاقب من ارتكب خطأً أنه يكون جريمة . » وتنص المادة ٥٢ على =

عن البيان أن القواعد السابقة تنطبق على الجاني متى كان فاعلاً أصلياً للجريمة بمفرده كما تنطبق في حالة تعدد الفاعلين وفق نص المادة ٣٩ عقوبات مصرى حيث يتحمل كل فاعل عقوبة الجريمة التي وقعت كما لو كان هو وحده الذي ارتكبها . أم بالنسبة للشركاء في الجريمة فإن أثر جهلهم أو غلطهم في الظروف التي تغير من وصف الجريمة ، مشددة كانت أو مخففة ، على مسئوليتهم الجنائية يختلف عنه في الفاعل الأصلي ويحتاج شرحه إلى الاستفاضة التي يضيق عنها نطاق هذا المؤلف (١) .

وبهذه الدراسة نختم البحث في الأثر الذي يقرره القانون للجهل بالوقائع بعد أن عرضنا لكل حالة من حالاته بكلمة عاجلة استكمالاً لعناصر المبدأ موضوع هذا المؤلف .

المبحث السادس

الجهل بالتكليف

٧٦١ - لا تقتصر عناصر بعض الجرائم على وقائع مجردة عن التكليف بل يعد التكليف الذي تكتسبه هذه الوقائع من بين عناصرها الأساسية ، وفي مثل هذه الجرائم يمثل التكليف عين الأهمية القانونية التي تمثلها الوقائع في مادياتها . وقد مر بنا أن القصد الجنائي يتطلب علماً محيطاً بكل عناصر الجريمة ، ومن ثم فهو يتطلب بالضرورة انصراف العلم إلى التكليف كما يتطلب إحاطته بالوقائع . والتكليف نوعان : قانوني وغير قانوني ، فالقانوني هو ما كان خلاصة تطبيق فكرة قانونية على الواقعة محل التكليف ، كتكليف المنقول بأنه « مملوك للغير » وتكليف العلاقة بين الجاني والمجنني عليه بأنها علاقة عقودية من قبيل الإيجار أو العارية أو الوكالة وتكليف الوقائع التي تقوم عليها

« أنه » إذا جهل المجرم وجود ظرف مشدد للعقاب فلا يسأل عنه ولكنه يستفيد من العذر ولو جهل وجوده .

(١) انظر في تفصيل أثر جهل الشريك أو غلظه في الظروف التي تغير من وصف الجريمة ، محمد زكي محمود ، المرجع السابق ص ٣٥١ - ٣٥٩ - حل بدوى ، القسم العام ، المرجع السابق ص ٢٧٢ - ٢٩٤ - السيد مصطفى ، القسم العام ص ٢٨٣ - ٢٠٧ - محمود مصطفى ، القسم العام ص ٢٧٣ - ٢٧٩ - رؤوف عبيد المرجع السابق ص ٣٠٥ - ٣٥٣ .

الجريمة بأنها غير مشروعة في نظر قانون العقوبات ، إذ يفترض هذا النوع من التكليف تطبيق أحكام الملكية أو قواعد العقد أو نصوص التجريم . أما التكليف غير القانوني فهو ما كان استخلاصه متوقفاً على تطبيق أفكار غير ذات طابع قانوني كتكليف الفعل بأنه « فاضح محل بالحياء » وتكليف الواقعة المسندة إلى المجني عليه بأنها « توجب احتقاره عند أهل وطنه » وتكليف حالة المجني عليه بالجنون ، إذ لا يعدو ذلك أن يكون خلاصة لنظرة الأخلاق إلى الفعل أو لحكم المجتمع على الواقعة أو لتطبيق قواعد الطب على حالة المجني عليه . ودراسة التكليف القانوني وبيان ما إذا كانت أحكام القصد الجنائي تتطلب إحاطة علم الجاني به أو لا تتطلب ذلك أثارَت صعوبات كثيرة وآراء متعددة مما سيكون موضع دراستنا تفصيلاً عند كلامنا على الجهل بالقانون على تقدير أن الجهل بالتكليف القانوني إنما ينتج عن الجهل بالقانون التي يؤدي تطبيقها إلى هذا التكليف . أما دراسة التكليف غير القانوني فلا تثير مثل هذه الصعوبات ونلمح إليها فيما يلي :

التكليف غير القانوني

٧٦٢ - تتطلب فكرة القصد الجنائي العلم بالتكليف غير القانوني حيث يعد اكتساب الواقعة هذا التكليف شرطاً لصلاحيته لتكوين الجريمة . وتبرير هذا الحكم أن التكليف ذاته عنصر في الجريمة إذ بدونه ينتهي أحد أركان الجريمة وتصبح الواقعة التي تجردت من هذا التكليف غير ذات أهمية قانونية في تكوين الجريمة . والتكليف عنصر معياري بحسبانه يفترض حكماً قيمياً يرد على الواقعة ، ولما كانت القاعدة هي وجوب إحاطة العلم بكل عناصر الجريمة كان شمول العلم هذا التكليف باعتباره عنصراً في الجريمة أمراً لازماً لتوافر القصد الجنائي : فلا بد أن يعلم مرتكب جريمة الفعل الفاضح العلني أن فعله فاضح محل بالحياء ، ولا بد أن يعلم القاذف أن الواقعة التي يستند إلى المجني عليه توجب احتقاره عند أهل وطنه (١) ، فإذا انتفى هذا العلم انحسر القصد الجنائي عن هاتين الجريمتين .

(١) تتابعت أحكام محكمة النقض المصرية منذ سنة ١٩٢٠ بأن القصد الجنائي في جرائم القذف والسب والإهانة يتوقف على ثبوت علم المتهم بأن للمباراة التي وجهها إلى المجني

حقيقة التكييف الذي يجب ان يشمله العلم

٧٦٣ - ذهب رأى إلى وجوب الإحاطة بالتكييف الدقيق الكامل للواقعة بحيث يعلم به المتهم على النحو الذي يحدده القاضي حين يحدد حكم القانون في سلوك هذا المتهم ، فالفرض أن للتكييف معنى تحدده القواعد العلمية ويأخذ به القاضي سواء أكان هذا العلم متوافراً لديه أم تطلب منه أن يستعين برأى أهل الخبرة . هذا المدلول الدقيق المحدد يجب أن يحيط به علم الجاني وإلا انتهى لديه القصد الجنائي ، وهو ما يتأدى منه قصر مجال الإجرام على العلماء وبالتالي تعطيل تطبيق أحكام القانون وتقويت أهداف الشارع منه . والرأى الصحيح في هذا الموضوع هو أن القانون يتطلب علم المتهم بالتكييف على النحو الذي يفهم به في البيئة التي ينتمي إليها ، فالفرض أن لكل تكييف يتطلب القانون اتصاف الواقعة به معنى عرفياً تحدده الأفكار والتقاليد والخبرة السائدة في البيئة التي ينتمي إليها المتهم الذي يتأثر دون شك بهذه الأفكار والتقاليد والخبرة في فهم الأمور والحكم عليها ، فإذا علم المتهم بالتكييف محددًا على هذا النحو فقد توافر القصد الجنائي لديه : فإذا تطلب القانون علم المتهم بكون الفعل فاضحاً مغللاً بالحياء فهو لا يتطلب علمه بهذا التكييف على النحو الذي يحدده به علماء الأخلاق أو الاجتماع ، ولا يكفي بمجرد العلم بآثار الفعل وبالصورة المادية التي يتخذها والتي قد لا يستطيع أن يستخلص منها حكماً على فعله ، بل يتعين علم المتهم أن فعله يؤدي شعور الحياء كما تحدده تقاليد وعرف البيئة التي ارتكب فيها الفعل . وهذا الرأى يكفل لأحكام القصد الجنائي التطبيق السليم . فهو يجعل من تطلب العلم بالتكييف غير القانوني عنصراً جديداً في القصد الجنائي بحيث ينتفى إذا لم يتوافر هذا العلم ، ويجدد التكييف على النحو الذي

= عليه من شأنها أن توجب احتقاره أو تفنن من شرفه أو كرامته ، ويستفاد هذا العلم من كون الألفاظ والعبارات المستعملة شائعة بذاتها - نقض : يناير و ٥ يونيو ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ و ٣ ص ٤٠٢ وص ١٩١ على التوالي و ٢٥ أكتوبر ١٩٤٣ و ٨ مايو ١٩٤٤ ج ٦ ص ٤٨٣ . أما حسن النية فأمر آخر يجب عدم الخلط بينه وبين القصد الجنائي إذ حسن النية لا يعنى من العقاب إلا إذا اقترن بإثبات صحة الواقعة المسندة إلى المحنى عليه الموظف ومن يكون في حكمة فإذا عجز القاذف عن هذا الإثبات فلا يفيد حسن نية - نقض ١١ يونيو ١٩٣٤ ج ٣ ص ٢٦٣ .

يستطيع الجاني أن يعلم به ويضعه في الصورة التي تكتسب بها الواقعة الدلالة الاجتماعية التي تجعلها ذات خطورة على القيم السائدة في المجتمع وجديرة لذلك بأن تجعل من الواقعة عنصراً يدخل في تكوين الجريمة (١) .

المبحث السابع

الجهل بالقانون

المطلب الأول

الأصل التاريخي للمبدأ

٧٦٤ - يخلص لنا من دراسة تاريخ القانون (٢) أن الغرض الرئيسي من وضع قانون الألواح الاثني عشر عند الرومان إنما كان توحيد النظم القانونية التي كانت سائدة قبل وضعه لتسرى على الأشراف والعامّة على حد سواء ، ذلك أن الأقلية من الأشراف ورجال الدين كانت تستأثر وحدها بالعلم بتلك النظم والقواعد القانونية وتضرب حولها نطاقاً من السرية يمنع تسربها إلى من هم دونها حتى تستقل بتفسيرها بما تنفق ومصالح طبقها مستغاة « جهل العامة » واقعياً بتلك القواعد والنظم مما دفع العامة إلى المطالبة بنقلها من السجلات السرية وتدوينها من جديد في نصوص ظاهرة معانة على اتنى عشرة لوحة تنصب في الساحة الكبرى بمدينة روما ليطالع عليها من يشاء ، ومن ثم « لم يعد من المفروض في أحد جهاه بالقانون *memo jus ignorare censitur* » ، وهو المبدأ الذي تفرع عنه مبدأ « لا أحد يجهل القانون الجزائي *memo jus ignorare legem penalum* » ، وذلك لأنه لم يعد يقبل من أحد - لتفادي العقاب - أن يدعى بجهله بالقواعد الجنائية

(١) ويؤيد الدكتور محمود نجيب حسنى هذا الرأى ويقول بشأن جريمة القذف إن القانون يتطلب علم المتهم بأن الواقعة تمت طبقاً لتقاليد البيئة وعرفها وطريقة تفكير من يعيشون فيها أساساً لازدراء المحنى عليه والخط من كرامته - راجع مقاله السابق .
(٢) انظر الأستاذة على بدوى ، أبحاث التاريخ العام للقانون ، ج ١ ، تاريخ الشرائع ١٩٤٧ ص ٣٣ و ٩٥ و ١٠١ و ١٠٨ - الدكتور زكى عبد المتعال ، تاريخ النظم ١٩٣٥ ص ٢٦١ والمراجع المشار إليها بها .

إذ لم يعد مفروضاً في أحد جهله بتلك القواعد فضلاً عن أنه لم يكن من المتصور أن يثور الدفع بالجهل بالقانون أو الغلط فيه لأن القانون كان شكلياً ولم تكن فكرة النية أو القصد قد عرفت بالنسبة للجرائم بالذات ، فما دام الفعل قد وقع ونجم عنه ضرر ، فعلى مرتكبه أن يتحمل العقوبة .

٧٦٥ - ظهرت بعد ذلك ، إلى جانب الرومان من أشراف و العامة ، طبقة أخرى عرفت بطبقة « الأجانب » لم يكن لها في الأصل قانون معروف ، ولم يكن قانون الألواح الاثني عشر وبقية النصوص اللاحقة عليه قابلاً لأن يسرى عليها ، فأُنشئت سنة ٣٤٢ ق.م. وظيفة حاكم قضائي خاص بالأجانب « بريطور » ينتخب سنوياً مثل « البريتور » الخاص بالرومان ، اضطر إلى إنشاء نظم وأحكام قانونية ، يطبقها فيما يعرض عليه من أفضية ، استمدتها من الأحكام والنظم السارية في معظم الأمم المجاورة ومن التقاليد المشتركة في البلاد المختلفة ومن مبادئ « العدالة » . وقد تكونت مجموعة من الأحكام القانونية التي أصدرها هؤلاء الحكام أصبحت بمثابة قواعد خاصة بالأجانب سميت « بقانون الشعوب » الذي تميز بخلوه من الرسميات والشكليات والطقوس إلى حد أنه تفوق على قانون المدينة *jus civile* بعدالة مبادئه وسهولة إجراءاته مما ولد الحاجة إلى تطبيقه على الرومان أنفسهم وتوسل « سيسرون » بلوغاً لهذه الغاية بفكرة « القانون الطبيعي *jus naturale* » التي كانت قد استحدثتها الفلسفة اليونانية ، وقال في تعريفه إنه مجموعة المبادئ المطابقة للعقل وليس ثمة حاجة إلى تدوينها أو نشرها حتى يعلم بها الكافة لأنها بطبيعتها معروفة لهم (١) ولا يمكن أن يفترض في أحد جهله بها ولا يعذر أحد إذا ادعى هذا الجهل لأنه يستطيع أن يدركها ويهتدى إليها تلقائياً بذلك العقل الإلهي العالمي الذي ينعم كل فرد بجزء منه يودع في نفسه .

٧٦٦ - ثم كان أن ظهرت - نتيجة اتساع مجال تطبيق قانون الشعوب الخالي من الشكليات - فكرة « حسن النية *bona fede* » ومن تطبيقاتها إبطال العقد الذي يشوبه غش من أحد الطرفين والأخذ بفكرة « عيوب الرضا » تلك العيوب التي منها الجهل والغلط الذي يقع فيه الأشخاص وكانا

مقصورين بادئ الأمر على الجهل أو الغلط في « الوقائع » ، أما الجهل أو الغلط في « القانون » فلم يكن مقبولاً الاعتداد به كسبب من أسباب حسن النية في المعاملات . أما بالنسبة للقواعد الجنائية فقد بدأت فكرة حسن النية تسرب كذلك إلى أحكام المسؤولية الجنائية والعقاب ، وأصبح القصد السيئ *Dolus malus* أو الإرادة غير المشروعة أساساً لقيام الجريمة وركناً فيها (١) . وكان يلزم لتوافر القصد في ذلك العهد ثبوت علم الجاني « بالوقائع » التي تتكون منها الجريمة وبالمصدر « القانوني » أو الأخلاقي الذي أنشأها . ومن ثم فقد كان من الممكن الاعتداد بالجهل أو الغلط بالوقائع التي تتكون منها الجريمة لتقي القصد ولإثبات « حسن النية » ، أما الجهل أو الغلط في القانون الجنائي فلم يكن ممكناً الاعتداد به لأنه أصبح من غير المفروض في أحد الجهل بأحكام القانون الروماني الوضعي بعد أن أصبح علنياً ، كما أنه من المفروض في كل شخص أن يعلم بقانون الشعوب المستمد من القانون الطبيعي الذي يهتدى إليه العقل ويدركه تلقائياً . وكان المبدأ ، مبدأ عدم افتراض الجهل بالقانون ، يحتفظ بصرامته وإطلاقه بالنسبة للجميع فيما يتعلق بأحكام قانون الشعوب ، أما بالنسبة للقانون الوضعي فقد كانت حالة البعض الشخصية تعتبر « قرينة إثبات » على أنه لا يزال يفترض فيه الجهل بأحكام هذا القانون .

٧٦٧ - وفي غضون القرون الوسطى اصطبغت فكرة « القانون الطبيعي » بصبغة دينية تحت تأثير نفوذ الكنيسة التي فرق فلاسفتها بين القانون الإلهي والطبيعي والوضعي ، ولهذا برر الشارح فاريناسيوس *Farinacius* بقاء مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الجنائي على أساس فكرة التفرقة بين الجرائم التي يرجع أصل تجريمها إلى قواعد القانون الطبيعي أو القانون الإلهي ، وهذه لا يقبل من أحد الاعتذار بجهلها بصفة مطلقة لأنها قواعد يستطيع كل شخص أن يدركها بوحى من عقله ، والجرائم التي يرجع تجريمها إلى قواعد « القانون الوضعي » وهذه أيضاً لا يجوز الاعتذار بالجهل بها كقاعدة عامة وإن كان ليس ثم ما يمنع من قبول الاعتذار بالجهل بها من أي فرد على أساس أنه عذر أو سبب مخفف للعقاب فحسب شريطة أن يثبت

(١) الدكتور عبد المهين بكر ، القصد الجنائي ، رسالة دكتوراه ١٩٥٩ ص ١٥ .

جهله بها وأن وقوعه في هذا الجهل لم يكن ناتجاً عن إهمال أو تقصير منه بل كان جهلاً حتمياً لا يمكن تفادي الوقوع فيه .

٧٦٨ - وبعد ظهور الدول الحديثة بدأ القانون الطبيعي يظهر في ثوب آخر ولا سيما بعد تحرر السلطات المدنية من نفوذ الكنيسة ، فعرفه الفقيه الهولندي جروسيوس **Grotius** في القرن الثامن عشر بأنه مجموعة القواعد التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها يحكم على عمل ما بأنه ظالم أو عادل تبعاً لكونه مخالفاً أو موافقاً لمنطق العقل . وتوجد إلى جانب هذه القواعد الطبيعية قواعد أخرى مدنية أو وضعية من صنع الإنسان استوحى منها جانب كبير من القانون الطبيعي ولهذا فإن كل شخص عاقل لا بد أن يهتدى إليها ويعرفها بطريقة ذاتية . ومن ثم فإن هذا البعض عندما عرض لبحث أثر الجهل أو الغلط في القواعد الجنائية على المسؤولية ، فرق بين الجرائم التي يرجع تجريمها إلى القوانين الطبيعية وتلك التي يرجع تجريمها إلى القوانين الوضعية : فالنسبة للأولى فلا يجوز لمن يتمتع بميزة العقل أن يدفع بجهله أو غلظه فيها لأنها قواعد مصدرها العقل الطبيعي ، وعلى ذلك فإذا لم يكن المتهم متمتعاً بذلك العقل جاز قبول اعتذاره بجهله إياها وبالتالي يعني من المسؤولية الجنائية كما يعني منها عن الجرائم الأخرى التي ترجع إلى القوانين الوضعية لذات السبب . أما بالنسبة للثانية فما كان منها مستوحى من القانون الطبيعي عومل معاملة ، أما القوانين الوضعية « البحتة » فهذه لا يقبل من أحد الاعتذار بجهلها أو الغلط فيها إلا إذا كان جهله « حتمياً » كما لو كان الشخص قد باغ درجة معينة من السذاجة وعدم الخبرة والتعليم (١) .

المطلب الثاني

المبدأ في الفقه الغربي

في فرنسا

٧٦٩ - تواترت الآراء بعد ذلك على أساس فقه جروسيوس ، فنجد

(١) راجع في تفصيل هذه الآراء : محمد زكي محمود ، المرجع السابق ص ٤١٦ وما بعدها والمراجع المشار إليها فيه وأخصها **Rauter, Traité théorique et pratique de droit criminel, Tome I. N. 61-Varcilles - Sommières, Étude sur l'erreur en droit Romain et en droit Français, p. 463.**

جوس **Jousse** في فرنسا يردد فكرة التفرقة بين جرائم القانون الطبيعي وجرائم القانون الوضعي عند دراسته « حسن النية » الذي كان يردده إلى الجهل بالوقائع التي تتركب منها الجريمة ، أو إلى الجهل بالقانون : ففما يتعلق بالجهل بالوقائع كان يرى أن ثبوت جهل المتهم بأية واقعة من وقائع الجريمة ينفي القصد نفيًا تاماً سواء كان الجهل راجعاً إلى خطأ أو إهمال من الجاني أو لا مع تحفظ مفاده أنه إذا كان الخطأ يسيراً فإن القصد ينتهي وتنتهي المسؤولية الجنائية ، أما إذا كان جسيماً سئل جنائياً على أساس مسئولية تقصيرية لا عمدية . أما فيما يتعلق بالجهل بالقانون الجنائي فإنه يمكن أن ينفي القصد أيضاً إذا لم يكن سببه راجعاً لإهمال جسيم من الجاني ، ويكون الإهمال جسيماً إذا كان مصدر التجريم القانون الطبيعي أو الإلهي ، فعندئذ لا ينتفي القصد .

٧٧٠ - وتمسك الفقيه **Myuart de Vouglans** بالتفرقة بين جرائم القانون الطبيعي الذي لا يقبل الاعتذار بجهله دون استثناء ، وجرائم القانون الوضعي الذي يجوز لبعض الأشخاص الاعتذار بجهله بسبب حالتهم الشخصية التي لا تمكنهم بحال من العلم بأحكامه على الرغم من نشرها ، وهؤلاء هم القصر والنساء والجنود والمسافرون إذ يستحيل عليهم أثناء مرورهم في اللولة أن يعلموا بقوانينها أما إذا أقاموا فترة من الوقت تكفي للعلم بها لم يجز لهم الاعتذار بجهلها لأن عدم علمهم بها رغم مضي تلك الفترة يعتبر إهمالاً من جانبهم .

وبمثل هذا قال الفقيه جويو **Guyot** مع تعديل طفيف يتمثل في حرية القاضي في تقدير ثبوت الجهل بالقوانين الوضعية بالنظر إلى شخصية المتهم ومدى سذاجته وثقافته ووسطه الاجتماعي ، وأخذاً في الاعتبار مدى بعد أو قرب القاعدة الجنائية الوضعية من قواعد القانون الطبيعي ، فكلما قربت منها استبعد إمكان الاعتذار بجهلها وكلما ابتعدت أمكن الاعتداد بجهل المتهم بها .

٧٧١ - أما الفقيه باستوريه **Pastoret** فقد خرج على الفقه السائد في عهده ذاهباً إلى أنه لما كانت القاعدة العامة تقضي بضرورة توافر قصد الجاني ارتكاب الجريمة ، وكان القصد هو إرادة ارتكاب الفعل الذي « حرّمته

القوانين الجنائية ، فإن النتيجة المنطقية لذلك هي أنه يلزم لوجود هذا القصد ثبوت علم الجاني بتلك القوانين الجنائية ، فإذا ثبت جهله بها انتفى القصد الجنائي فلا مسئولية ولا عقاب .

٧٧٢ - جاء بعد ذلك في منتصف القرن التاسع عشر الفقيه روتير Rauter ليسلم بدوره بفكرة « لا جريمة بدون قصد » ولكنه يخرج على النتيجة المنطقية التي توصل إليها باستوريه فنتجده يقرر أن القانون الجنائي يعتبر معلوماً للكافة بمجرد نشره ولا يهم بعد ذلك أن يعلم به الكافة علماً حقيقياً أو لا . وفي الربع الأخير من هذا القرن تناول الفقيه فارى سوميير Vareilles-Sommières دراسة الغلط وأثره عند ما ينصب على القوانين المدنية وعلى القوانين الجنائية . وقد تأثر فيما يتعلق بهذه الأخيرة بالفكرة التي كانت سائدة في عصره والتي كانت تفرق بين جرائم القانون الطبيعي وجرائم القانون الوضعي ثم يستدرك فيستثنى الحالات التي يثبت فيها توافر « قوة قاهرة » تحول دون العلم بالقوانين بعد نشرها ، تلك القوانين التي تجرم بها السلطات أفعالاً ابتغاء تنظيم المجتمع طبقاً لسياسة محلية معينة . بيد أن الشارح أورتولان Ortolan نحا منحى آخر حين هاجم الفكرة القائلة بأن نشر القوانين في الجريدة الرسمية يعتبر « قرينة إثبات قانونية » على علم الكافة بتلك القوانين مما يبرر قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، فنجدده يقرر أن هذه الفكرة لا تصلح لتدعيم بقاء تلك القاعدة لأن القرينة في معناها الأصلي هي النتيجة المنطقية المترتبة على عملية استنتاج عقلي للعلم بواقعة مجهولة من واقعة معلومة بحيث يكون الاستنتاج ضرورياً بحكم رابطة التلازم بين الواقعتين ، فإذا كان هذا هو معنى القرينة فهل هناك تلازم ضروري وعقلي بين واقعة نشر القوانين وواقعة علم الكافة بها ؟ هل يمكن عقلاً اعتبار النشر « قرينة إثبات فعلية » على علم الكافة بالقوانين ؟ ثم كيف يمكن لأي عقل أن يحكم عن طريق الاستنتاج المنطقي أن المسافر الذي يصل توأ إلى إقليم دولة أجنبية مفروض فيه أن يعلم بكل القوانين التي نشرت في تلك الدولة بمقولة إن نشرها قرينة على العلم بها ؟ ثم نراه يصل من ذلك إلى التبرير الذي يراه سليماً لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقوانين الجنائية فيقول إن هذا التبرير يمكن في فكرة الواجب أو الالتزام الذي يقع على عاتق كل فرد بأن يعلم بالقوانين بعد نشرها بعد أن

قامت الدولة من جانبها بالواجب المفروض عليها قانوناً وهو نشر تلك القوانين فكنت بذلك الكافة من الإحاطة والمعرفة بها بأيسر السبل وبقي أن يقوم الفرد بدوره بتنفيذ التزامه الشخصي بأن يعلم بالقانون الذي نشرته الدولة وأتاح له طريق العلم به ليقف على ما هو محرم فيتجنبه ويعرف ما هو مباح فيأتيه إن شاء . ويترتب على هذا أن القانون يعتبر سارياً ومطبّقاً applicable على كل فرد بعد انقضاء المدة القانونية على نشره دون التفات لثبوت توافر علم الفرد الفعلي بهذا القانون أو جهله به ، وبالتالي أصبح ممتنعاً عليه اعتذاره بجهله بالقانون الجنائي لأنه « كان عليه أن يعلم » ولا سيما إذا كانت الجرائم من ذلك النوع الذي تجرمه أيضاً قواعد الأخلاق والضمير العام ، هذا التجريم الذي يستشعره حتماً ضمير الجاني . وأخيراً يستدرك هذا الفقيه فيعطى للقاضي مع ذلك حق تقدير موقف المتهم الذي يوجد في ظروف شاذة تحول دون قيامه بواجب العلم ، لا توصلنا إلى نفي المسئولية الجنائية على أساس أن الجهل بالقانون يمنع من قيامها ، وإنما على اعتبار أن الجهل في هذه الحالة لا يعدو كونه سبباً من أسباب « تخفيف العقاب » فحسب .

٧٧٣ - وفي نهاية القرن التاسع عشر استمسك الفقيه لا بورد Laborde (١) بفكرة « المصلحة العامة » تبريراً للمبدأ مستبعداً كافة الاستثناءات قولا إننا نستبعد أي فرصة للاعتذار بالجهل بالقانون الجنائي ولو كان مرده البيئة الاجتماعية التي يعيش فيها الجاني والتي تكون فرضت عليه عدم التعليم والثقافة ، ذلك أن معنى علم الأشخاص بالقانون الجنائي لا ينصرف إلى ذلك العلم الدقيق محدد على النحو القبي المصطلح عليه لدى المشتغلين بالقانون ، إنما هو مجرد إدراك لفكرة عامة مبسطة بأن ثمة قانوناً يحرم ارتكاب فعل معين ، ولو قلنا بغير ذلك لأصبحت قواعد القانون الجنائي عديمة القيمة من الناحية الفعلية . والحالة الوحيدة التي يعتد فيها هذا الفقيه بالجهل بالقانون الجنائي هي حالة « استحالة » العلم بالقانون استحالة مادية مطلقة كوجود قوة قاهرة حالت دون وصول الجريدة الرسمية مثلاً إلى جزء من إقليم الدولة مثل حدوث فيضان فيه أو احتلال العدو له .

(١) Laborde, Cours de droit criminel.

٧٧٤ - وجاء جارسون Garçon (١) في أوائل القرن العشرين منادياً بالإبقاء على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الجنائي أو الغلط فيه (٢) قائلاً في ذلك « من المسلم أن الجهل بالقانون الجنائي أو الغلط في تفسيره لا يمكن أن يبرر ارتكاب أية جريمة وذلك تطبيقاً لقاعدة « المفروض في كل شخص علمه بالقانون » وهي قاعدة تطبق في الجرائم العمدية . وبالنسبة للجرائم غير العمدية فإن القاعدة يسهل تبريرها لأنه يمكن اعتبار المتهم قد ارتكب خطأ مجرد أنه جهل بالقانون الجنائي لتقصيره في معرفته ومن ثم تقوم مسئوليته عن الجريمة غير العمدية ، أما في حالة الجرائم العمدية حيث يتطلب الشارع للعقاب عليها توافر القصد لدى الجاني فقد يبدو معتذراً إمكان التوفيق بين المبدأ وبين فكرة القصد التي تتطلب انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة بالشروط التي نص عليها القانون ، أي إرادة الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون ويعاقب على انتهاكه ، تلك الفكرة التي تتطلب أن يكون الجاني عالماً بالقانون الذي يحرم الاعتداء على هذا الحق . بيد أنه يمكن تدليل هذه الصعوبة في أغلب الجرائم لأن الأفعال التي يجرمها المشرع كثيراً ما تكون متفكة وتعاليم الأخلاق التي يشارك الجاني غيره من أبناء المجتمع في العلم بها ، ولذلك فالجاني حين يقترف الفعل المكون للجريمة يدرك استهجان المجتمع له كما يدرك ما تضمنته فعله من عدوان على حقوق الغير فيدرك بالتالي أن القانون الجنائي لا بد وأن يكون قد جرمه . وهذا القول لا يصدق بطبيعة الحال على عدد كبير من الأفعال المجرمة التي لا تتناقض مع مبادئ الأخلاق والتي يغلب أن يجهل مقارفيها تجريم القانون لها فيرتكبها على أنها مشروعة (٣) ، بل إن العلم بتجريم مثل هذه الأفعال قد لا يتوافر لدى بعض المشتغلين بالقانون . ولهذا فإن المبدأ بالنسبة لهذه الجرائم لا يمكن تبريره إلا على أساس

(١) Garçon, Code pénal annoté, art 1. N. 85 et suiv.

(٢) والجهل بالقانون هو أن يعتقد الجاني حين يأتي فعله عدم وجود نص يجرمه ، والغلط فيه أن يعلم وجود النص ولكن يفسره تفسيراً خاطئاً بحيث يخرج فعله من نطاق أحكامه

Garraud : op. cit., vol. 1 n. 307 p. 602.

(٣) Barrail : Déclarations au Colloque des facultés de droit ; Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1954 p. 211.

آخر يتحصل في أن نشر القوانين التي تجرم هذه الأفعال يعد « قرينة إثبات » على علم الكافة بها ، وهي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ولو لم يتضمن القانون الجنائي النص عليها (١) مع استثناء حالتين : أولاهما حالة وجود ظروف شاذة استثنائية تحول دون العلم بالقانون استحالة مادية ، وثانيتهما حالة المادة الرابعة من المرسوم الصادر في ٥ نوفمبر ١٨٧٠ والتي تقرر أن للمحاكم والسلطات الإدارية والحربية أن تقبل وفقاً للظروف الدفع بالجهل بالقانون الذي يتمسك به من تنسب إليهم المخالفة إذا كانت قد ارتكبت خلال ثلاثة أيام كاملة تبدأ من تاريخ الإصدار .

٧٧٥ - وأخيراً يمكن القول بأن افتراض علم الكافة بالقانون الجنائي يعد نشره في الجريدة الرسمية وفوات المدة المقررة دستورياً أصبح هو الرأي السائد في فرنسا حتى وقتنا هذا من القرن العشرين سواء في الفقه أو القضاء . ولا يتضمن قانون العقوبات الفرنسي نصاً يقرره ولكنه يستخلص بمفهوم المخالفة من نص المادة الرابعة من مرسوم ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٠ سالف الذكر الذي يعني أن الدفع بالجهل بالقانون لا يقبل في غير الحالة التي وردت به ، وأن افتراض العلم بالقانون يجب أن تسلم به المحاكم . وتعتمد محكمة النقض الفرنسية في تدعيم هذا الافتراض على نص المادة ٦٥ من قانون العقوبات الفرنسي التي تقضي بأن الجريمة لا تباح وأن العقوبة لا تخفف إلا في الحالات التي يترتب القانون فيها اعتبار الفعل مباحاً أو توقيع عقوبة أقل شدة . وتستخلص المحكمة من هذا النص أن القانون يحدد أسباب الإباحة وأسباب استبعاد العقاب على سبيل الحصر ، وبالنظر إلى أنه لم يعتبر الجهل بالقانون من بين هذه الأسباب فإنه لا يجوز للمحاكم أن تعتد به وتبرئ المتهم على أساسه (٢) .

المبدأ في إيطاليا

٧٧٦ - يكاد يجمع الفقه في إيطاليا على الإبقاء على مبدأ « عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الجنائي » استناداً إلى فكرة « الالتزام بالعلم » .

(١) « La règle « nul n'est censé ignorer la loi » est une présomption *juris et de jure* sans laquelle le droit pénal ne se comprendrait pas ».

Cass. chambres réunies : 18 Juillet 1889 S. 39-1-718, (٢)

فذهب كراراً Carrara في الربع الأخير من القرن التاسع عشر إلى أن القواعد الأساسية للمجتمع تختم افتراض علم الكفاة بالقانون الجنائي ، أو بالأحرى هي تفرض على الأفراد الالتزام بالعلم بالقانون إلا في أحوال خاصة كحالة الأجنبي الذي يصل توطاً إلى إقليم الدولة ويرتكب فعلاً من الأفعال التي تجرمه قوانينها إذ تفتى مسؤوليته إذا لم يكن قانون دولته يؤتم الفعل الذي قارفه . وقد اعتنق من بعده مانزيني Manzini في العقد الأول من القرن العشرين الفكرة نفسها ، فنراه يقول إن القانون أنشأ التزاماً على كل من يتواجد على إقليم الدولة أن يعلم به . والقوة الملزمة للقاعدة القانونية تفرض بذاتها على الأفراد التزام العلم بها ، ومن ثم العمل بها والسير على مقتضاها ، فالشارع حين يضع قواعد القانون إنما يستهدف في المقام الأول التزام كل الأفراد بها إذ يرى في خضوعهم لأحكامها السبيل الوحيد لتنظيم المجتمع على نحو سليم . أما توقيع الجزاء على من يخرج على تلك القواعد فهو أمر يأتي في مرتبة تالية ، ولذا كانت القواعد القانونية ملزمة بطبيعتها وبغير هذا الإلزام تصبح القاعدة القانونية مجردة من القيمة فتغلو مجرد نصيحة ، وعلى ذلك فإن مصدر التزام الأفراد هو فكرة القانون نفسه . بيد أن هذا الإلزام لا يتصور قيامه إلا إذا قام إلى جانبه التزام آخر هو « التزام بالعلم بالقانون » ، فلا يتصور أن يكلف بالخضوع للقاعدة القانونية من يجهل أحكامها ومن أجل ذلك كان الالتزام « بالخضوع للقانون » يفترض بالضرورة الالتزام « بالعلم به » ، وبعبارة أخرى فإن تكليف الشارع الأفراد بالأحكام الموضوعية التي تضمنتها القواعد القانونية في ذاتها يجب أن يسبقه التكليف بالعلم بها فيبذل المخاطب بالقواعد القانونية كل ما في وسعه لتحقيق له الإحاطة بها .

٧٧٧ - ويعرف القانون الإيطالي المبدأ موضوع دراستنا ، فالمادة الخامسة من قانون العقوبات الإيطالي تقره صراحة حين تقضى بأنه لا يستطيع أحد أن يتمسك كعذر له بالجهل بالقانون الجنائي (١) .

(١) وقد رأينا أن الشارع الإيطالي يقرر في المادة ٤٧ حكم الغلط في قانون غير قانون العقوبات وتعرض له عند الكلام على التفرقة بين قانون العقوبات والقوانين الأخرى .

المبدأ في ألمانيا : نظرية القصد الخالصة

٧٧٨ - تعتمد هذه النظرية على المنطق السليم ، فهي تستخلص من فكرة القصد الجنائي ذاتها النتائج الحتمية التي لا مفر من التسليم بها ، فإذا كان القصد الجنائي إرادة اتجهت إلى مخالفة القانون فإن العلم بالقانون عنصر جوهري لا بد منه كي يتوافر القصد الجنائي . والعلم الذي يتطلبه أصحاب هذه النظرية هو العلم اليقيني لا المفترض ، فهي نظرية تجابه الحقائق ولا تستعين بالمجاز أو القرائن ولا تتردد في التسليم بالنتائج العملية التي يحتملها المنطق . ولكن يعيب هذه النظرية تجاهلها مصلحة المجتمع وإهمالها الاعتبارات العملية التي تقتضي كفالة تطبيق أحكام القانون ، فالحالات التي يثبت فيها جهل المتهم بالقانون الذي خالف أحكامه ليست نادرة ، والعبء الذي نحمله سلطة الاتهام لو أزمناها إقامة الدليل على علم المتهم بالقانون هو عبء ثقيل قد لا تنجح في إثباته ، وهو ما يؤدي إلى تبرئة المتهم في كثير من الحالات مما يعطل تطبيق عدد كبير من نصوص القانون . ومن أجل ذلك قال بعض دعاة هذه النظرية إنه يتعين على الشارع أن يضع قاعدة عامة تقضي بالعقاب المخفف على كل جريمة ، عمدية في أصلها ، إذا لم يتوافر لدى مرتكبها العلم بالقانون ولكن كان ذلك في إمكانه . بيد أن الأخذ بهذا الرأي يتطلب تعديلاً أساسياً في أحكام القانون لا يبرره غير إتاحة السبيل لتطبيق هذه النظرية ، وهو اعتبار لا يكفي وحده لتبرير ذلك . وقد قال بهذه النظرية في القرن العشرين كارل بندنج Karl Binding وتبعه ناجلر Nagler وآخرون .

نظرية القصد المقيدة (١)

٧٧٩ - تعتبر هذه النظرية ، كسابقها ، العلم بالصفة الإجرامية ، والعلم بالقانون عنصراً جوهرياً من عناصر القصد الجنائي وتقول تبعاً لذلك بانتفاء القصد الجنائي إذا تخلف العلم بالقانون ، واكتفاً لا تقف عند هذا الحد بل تأخذ

(١) راجع مقال الدكتور نجيب حسني سالف الذكر والمراجع الألمانية المشار إليها فيه . وهو يطلق على هذه النظرية « نظرية العلم المقيدة » بعكس سابقها التي يطلق عليها نظرية « العلم المطلق » وقد اعتمدنا في بسط موقف الفقه الألماني من المبدأ موضوع الدراسة على مقال هذا الفقيه .

بقيد خطير تحد به من أهمية العلم بالقانون فتذهب إلى عدم الاعتداد بالجهل بالقانون إذا كان مستنداً إلى رأى للجاني لا تقره عليه مبادئ القانون . وبعبارة أخرى ، الجهل بالقانون نوعان : نوع ينتق القصد الجنائي لأن القانون يعتد به ، وهو يستند إلى فكرة في التفرقة بين الأفعال المشروعة وغير المشروعة تنفق ونظرة الشارع إليها ، ونوع لا ينتق القصد الجنائي لأن القانون لا يلتمس للجاني فيه عذراً ، وهو يستند إلى فكرة ينكرها الشارع ويراهما تناقض قواعد القانون وتعارض النظام الذى يضعه للمجتمع . ورائد هذه النظرية منسجر Mezger الذى يعبر عن فكرته بقوله : « يظل القصد الجنائي متوافراً إذا استند انتفاء العلم بالصفة غير المشروعة للفعل إلى فكرة غير صحيحة في أصلها عن المشروع وغير المشروع » ، وعبر عن موقف الجاني حين يجهل القانون على هذا النحو بأنه موقف « العداء نحو القانون » على تقدير أنه يتخذ موقفاً لا يقره القانون عليه . وتؤدى هذه النظرية إلى اعتبار إمكان العلم بالقانون معادلاً للعلم الفعلى به ، ذلك أن جهل الجاني بالصفة غير المشروعة للفعل جهلاً لا يقره عليه القانون يعنى أن القانون كان يوجب عليه العلم بها بحيث يعد الجهل مناقضاً للواجبات التى يلزمه بها القانون ، ولا يفرض الشارع مثل هذا الواجب إلا إذا ثبتت استطاعة الجاني الوفاء به ، أى ثبت أن فى استطاعته العلم بالقانون وبالتكليف غير المشروع الذى يتصف به الفعل (١) .

ومن ثم فإن هذه النظرية لا تعتبر العلم بالقانون عنصراً نفسياً يجب توافره حقيقة بل تعتبره عنصراً قانونياً بحيث يعنى تطلب القانون توافره عن أن يتوافر حقيقة ، وبذلك لا ينتق القصد الجنائي إلا إذا كان الجهل بالقانون حيث لا إلزام بالعلم به لأن هذا العلم ليس فى استطاعة الجاني وحينئذ تنفق المسؤولية الجنائية عمدية كانت أو غير عمدية . وتفسير انتفاء المسؤولية العمدية هو تخلف القصد الجنائي ، أما تفسير انتفاء المسؤولية غير العمدية فهو أن جهل الجاني لم يكن منطوياً على خطأ لأن القانون لا يكلف بمستحيل . وحجة

(١) فكلا انتق العلم وثبت إمكانه عند القصد الجنائي متوافراً حالة أنه يكون متخلفاً طبقاً لنظرية القصد الخالصة ولايسأل الجاني سوى مسؤولية غير عمدية إن كان القانون يعاقب حل فعله كجريمة غير عمدية .

هذه النظرية أن الأصل توافر العلم بالصفة الإجرامية ، فتلك نتيجة حتمية تستخلص من فكرة القصد الجنائي ذاتها ، بيد أن الجهل بهذه الصفة لا ينتق القصد الجنائي إذا كان القانون لا يقر هذا الجهل . وتفسير ذلك أن الجهل بالصفة غير المشروعة هو اعتقاد بأن الفعل مشروع ، وهو بهذه المثابة رأى يعتنقه الجاني ، فإذا تبين أن هذا الرأى يناقض وجهة نظر القانون فإن ترجيح وجهة نظر القانون وإهمال رأى الجاني تبعاً لذلك يكون متعيناً . وواضح أن هذه النظرية تفضل من الناحية التطبيقية نظرية القصد الخالصة إذ هى لا تقر البراءة فى كل حالة يثبت فيها الجهل بالقانون ، ولا تقول بالمسؤولية غير العمدية حين يثبت إمكان العلم به ، فيتوافر بذلك القصد الجنائي فى حالات كثيرة تنفيه فيه تلك النظرية الأخيرة . ولكن يعيب هذه النظرية أنها تقيم القصد الجنائي على أفكار مستمدة من الخطأ غير العمدى ، وتخالط بين القصد الجنائي والخطأ غير العمدى وتجعل الفصل بين عناصر كل منهما غير ممكن ، وبذلك تبدو فكرة القصد الجنائي غير متناسقة العناصر وقائمة على أسس لا يجمع بينها شىء . وهكذا يتضح التناقض بين أجزاء هذه النظرية : فاعتبار العلم بالقانون وبالصفة الإجرامية للفعل شرطاً لتوافر القصد الجنائي ثم الاكتفاء باستطاعة العلم أمران يناقض كلاهما الآخر ، فإذا تطلبنا العلم الحقيقى تعيين القول بأن استطاعة العلم لا تغنى عنه ، وإذا اكتفينا باستطاعة العلم فإن تطلب العلم الحقيقى ليس له ما يبرره . وقد حاول منسجر إنقاذ هذه النظرية فقال إن انتفاء العلم لدى الجاني على الرغم من استطاعة الإحاطة به لا يعنى توافر القصد الجنائي لديه وإنما يعنى أنه فى وضع مماثل وضع من توافر لديه القصد الجنائي وأنه مثله جدير بنفس العقاب . ومؤدى هذا القول أن استطاعة العلم بالقانون لم تعد عنصراً من عناصر القصد الجنائي وإنما غدت منشئة وضماً قانونياً مختلفاً عن القصد الجنائي فى طبيعته ولكنه مماثلة فى الخطورة وفى الجدارة بالعقاب نفسه (٢) . بيد أن هذه المساواة ليس لها سند من

(١) وقد أخذت هذه الفكرة بحكمة استئناف فرايبورج فقررت أن استطاعة العلم بالقانون لا تعنى توافر القصد الجنائي ولكنها تعادله فى الأثر - محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق .

أحكام القانون ، بل الأرجح أن تقضى هذه الأحكام بانتفاؤها بالنظر إلى الاختلاف بين طبيعة القصد الجنائي واستطاعة العلم ، هذا إلى أن النظرية تجعل استطاعة العلم منشئة وضعاً شاذاً لا يعرفه القانون لا يوصف بالقصد الجنائي أو بالخطأ غير العمدى ، وابتكار هذا الوضع لا يتفق والقواعد المستقرة في الفقه والقضاء التي تحصر صور الركن المعنوي للجريمة في اثنتين : القصد الجنائي والخطأ غير العمدى دون أن تعرف صورة ثالثة يجمع فيها مزيج من أحكام الصورتين دون أن تنتمي إلى إحداها ، وهو ما يجعل من العسير تحديد الأحكام التي تطبق عليها .

نظرية استبعاد العلم بالصفة الإجرامية من نطاق القصد

٧٨٠ - يسلم أصحاب هذه النظرية بأن طبيعة القصد الجنائي تلفظ استطاعة العلم بالصفة الإجرامية من بين عناصره ، وهم يسلمون في نفس الوقت بأن قصر نطاق المسؤولية العمدية على الحالات التي يثبت فيها العلم اليقيني بالصفة الإجرامية أمر يناقض مصلحة المجتمع ولا يكفل لأحكام القانون التطبيق الشامل . وفي سبيل التوفيق بين استبعاد استطاعة العلم من عداد عناصر القصد الجنائي والقول بالمسؤولية العمدية في حالات لا يثبت فيها العلم الحقيقي قالوا إن المكان الصحيح للعلم بالقانون وبالصفة الإجرامية للفعل ليس هو القصد الجنائي وإنما الركن المعنوي للجريمة ، فيتعين استبعاد العلم بالقانون من عداد عناصر القصد الجنائي واعتباره فكرة مستقلة عنه فيكون له مكانه إلى جانبه ويعتد مثله عنصراً من عناصر الركن المعنوي للجريمة ، وبذلك يكون العلم بالقانون متطلباً لقبام المسؤولية العمدية دون أن يعد مع ذلك عنصراً في القصد الجنائي الذي تقتصر عناصره على العلم بالوقائع واتجاه الإرادة إليها . أما إذا حللنا الركن المعنوي للجريمة العمدية فإننا نجد قائماً على العناصر الآتية : الأهلية الجنائية والعلم بالقانون والقصد الجنائي . فإذا أتيح لنا استبعاد العلم بالقانون من عداد عناصر القصد الجنائي استطعنا أن نحدد الأحكام التي يخضع لها دون أن نتقيد بطبيعة القصد الجنائي . ويرى أصحاب هذه النظرية أنه يستوى العلم بالقانون واستطاعة العلم به ، فحيث ينتق العلم ولكن تثبت استطاعته يسأل الجنائي مسؤولية عمدية إذا توافرت العناصر الأخرى للركن المعنوي ومن بينها القصد الجنائي الذي يقتصر نطاقه على وقائع الجريمة . ولا يرى أصحاب هذه

النظرية في الاعتداد باستطاعة العلم ما يخالف أحكام القانون بل يروونه متفقاً مع طبيعة الركن المعنوي للجريمة إذ يفترض هذا الركن لإرادة اتجهت اتجاهاً يخالف نواهي القانون أو أوامره ، فإذا علم الجنائي بمخالفة فعله للقانون واتجهت إرادته إلى ارتكابه تحقق في شأنها أنها اتجهت الاتجاه المخالف للقانون ، وإذا كان في استطاعته العلم بمخالفة فعله للقانون فإن القانون يوجب عليه هذا العلم ويوجب عليه تبعاً لذلك ألا يوجه إرادته إلى ارتكاب الفعل ، فإن تخلف العلم لديه ثم وجه إرادته إلى الفعل فقد أحل بواجب يفرضه القانون عليه وتحقق في شأن إرادته أنها اتجهت اتجاهاً مخالفاً للقانون . وعلى هذا النحو يكون العلم بالقانون أو استطاعته شرطاً لكي تعد الإرادة متجهة على نحو يخالف القانون ، لا فرق بين العلم الفعلي بالقانون واستطاعة العلم به لأن كلا منهما يصلح لكي تكون إرادة الجنائي محلاً « للوم القانون » ، وهذا اللوم هو جوهر فكرة الركن المعنوي ، وإنما تعد الإرادة قصداً جنائياً أو خطأ غير عمدى وفقاً لمقدار ما توافر لديها من علم بالوقائع . وبالإضافة إلى ذلك فهذه النظرية تكفل للقانون تطبيقاً شاملاً بفضل ما تقرره من المساواة بين العلم الفعلي واستطاعة العلم . ومن أنصار هذه النظرية شميدت Schmidt وبوكلمان Bockelmann وهيبيل Hippel .

ويأخذ البعض على هذه النظرية أن استبعاد العلم بالقانون من عداد عناصر القصد الجنائي يعني تجريد فكرة القصد الجنائي من مدلولها القانوني وإحالتها إلى فكرة نفسية غريبة على القانون . فالقصد لا يستمد أهميته القانونية من مجرد انطوائه على العلم بوقائع معينة وتضمنه الإرادة المتجهة إليها ، بل يفترض العلم بالدلالة القانونية لهذه الوقائع وإرادتها على هذا النحو ، أما إذا اقتصر على العلم بالوقائع وإرادتها فهو ليس محلاً لتكليف القانون أو اهتمامه . وبالإضافة إلى ذلك فإن اعتبار العلم بالقانون عنصراً قائماً بذاته من عناصر الركن المعنوي للجريمة يجعل موضعها القانوني غير محدد التحديد الكافي ، فالركن المعنوي هو الإرادة التي اتجهت اتجاهاً مخالفاً للقانون ، وهي تنجبه هذا الاتجاه إذا اتخذت صورة القصد الجنائي أو صورة الخطأ العمدى ، وباتجاهها على هذا النحو تكون محلاً للوم القانون : فالقصد الجنائي هو صورة

الركن المعنوي في الجرائم العمدية فهو يستوعب بذلك كل عناصر هذا الركن : فليست الأهلية الجنائية غير شرط لكي تكون الإرادة معتبرة قانوناً ، وليس العلم بالقانون غير شرط لكي تكون الإرادة محلاً لتكييف القانون ، وبذلك يتضح أن القصد الجنائي باعتباره الركن المعنوي للجريمة العمدية لا يترك من عناصر هذا الركن شيئاً خارجاً عن نطاقه . ومن ثم فإن استبعاد العلم بالقانون من عداد عناصر القصد الجنائي يعني استبعاده من عداد عناصر الركن المعنوي للجريمة . وإذا لاحظنا أنه عند توافر العلم بالوقائع وانتفاء العلم بالقانون وثبوت عدم استطاعة الجاني ذلك ، يعد القصد الجنائي - طبقاً لهذه النظرية - قائماً لأنه يكفي فيه العلم بالوقائع وإرادتها حالة أن الركن المعنوي يعد متخلفاً لانتفاء أحد عناصره وهو العلم بالقانون أو استطاعته ، تبين لنا عدم دقة هذه النظرية لأنها تقول بتوافر القصد الجنائي الذي لا يعدو أن يكون الصورة التي يتخذها الركن المعنوي في الجريمة العمدية في الوقت الذي تقول فيه بانتفاء الركن المعنوي ذاته ، ولا يخفى التناقض بين القولين .

العلم بدلالة الفعل

٧٨١ - يذهب البعض إلى أن علم الجاني بأن القانون يجرم فعله أمر لا تتطلبه فكرة القصد الجنائي ، ولكن ليس معنى هذا أن تكون هذه الفكرة مقصورة على العلم بالوقائع وإرادتها ، بل إنها تتطلب علماً بدلالة خاصة تتوافر للفعل وإرادة متجهة إلى أن تكون للفعل المرتكب هذه الدلالة . وقد اختلفت الآراء اختلافاً كبيراً في تحديد المقصود بهذه الدلالة . فيذهب ليست Liszt إلى أن القصد الجنائي لا يتوافر إلا إذا علم الجاني أن فعله يمس مصلحة يحميها القانون دون أن يعني ذلك وجوب علمه بتجريم الفعل ، فإذا كنا بصدد جريمة نصب تعين أن يعلم الجاني أن فعله ينال بالضرر ثروة الخفي عليه ولكن لا يعني ذلك أنه يجب أن يعلم أن الشارع يحظر عليه أن يفعل ذلك^(١) . ويذهب فرانك Frank إلى أن القصد الجنائي يتطلب العلم بكون الفعل متناقضاً لقواعد الآداب أو بكونه ضاراً بالمجتمع دون أن يتطلب علماً بالصفة غير المشروعة للفعل في نظر القانون ، وهو يضيف إلى ذلك

(١) Franz von Liszt : Traité de droit pénal allemand, vol 1 p. 263.

أن العلم الفعلي لا تتطلبه فكرة القصد الجنائي بل يكفي أن يكون من الواجب عليه أن يحصل على هذا العلم ، فإذا ثبت هذا الواجب توافر القصد الجنائي ولو كان العلم الفعلي منتفياً . ويرى ماير Mayer أن الركن المعنوي للجريمة يتطلب علم الجاني بأن فعله مخالف للواجب ، فالتخالف للواجب هي العنصر الأساسي في الركن المعنوي للجريمة عمدية كانت أو غير عمدية ، ويعني ذلك علم الجاني حين يقترف فعله بأنه يخجل بواجب مفروض عليه ولكن لا يشترط علمه بأن هذا الواجب هو واجب قانوني ، فالعلم بأن نصوص القانون تعترف بهذا الواجب وتلزم به أمر لا أهمية له في بناء الركن المعنوي للجريمة . ويذهب هذا الفقيه إلى أن استطاعة العلم تعادل العلم الفعلي وتكفي مثله كفي بتوافر للجريمة هذا الركن . وإذا لم تكن قواعد القانون مصدر الواجب ، فإن مصدره هو تلك المجموعة من القواعد الاجتماعية التي يستوحى منها الشارع أحكامه ويرقى بعضها إلى مرتبة القانون وتمثل فيها القيم التي تسود المجتمع وتحدد بها كيفية الحكم على أنواع السلوك وتعبّر بذلك عن روح المجتمع واتجاهاته ، فهي قواعد غير قانونية ولكنها المعين الذي يستمد منه الشارع الأحكام القانونية ، فهي تولد قبل أن ينشأ القانون وتظل منه بمثابة الأساس توجه تفسيره وترسم خطوات تطوره .

وهذه الآراء جميعها لا يمكن التسليم بها لأنها لا تكفل لأحكام القانون التطبيق الشامل الدقيق الذي تقتضيه مصلحة المجتمع ، فإذا كانت هذه الآراء تتفق في أنها لا تتطلب علم الجاني بالنص القانوني الذي يسبغ على فعله الصفة الإجرامية وتكفل بذلك للقصد الجنائي أن يتوافر في حالات يثبت فيها جهل الجاني بالقانون ، فإنها تتطلب العلم بدلالة الفعل ، وهذه الدلالة الاجتماعية تحدد نظرة المجتمع إلى الفعل وحكمه عليه وتتصل بأحكام القانون أوثق الاتصال . هذه الآراء إذن هي حلقة في سلسلة محاولات كثيرة للتوفيق بين وجوب العلم بالقانون وبين ما تتطلبه مصلحة المجتمع من عدم التشدد في تطاب هذا العلم وإن كانت لم يكتب لها النجاح لأنها عجزت عن تحقيق غرضها بالنسبة لعدد قليل من أحكام القانون . فإذا كانت معظم الجرائم تهدر القيم الاجتماعية التي تسود المجتمع ويعلم الجاني أو يستطيع العلم بأنها محل للوم المجتمع ، فثمة عدد آخر لا يهدر هذه القيم ولا يستطيع الجاني ، تبعاً ، أن

يعلم بدلائلها أو بإضرارها بالمجتمع : فالجرائم الخاصة بالرقابة على النقد أو بحظر التصدير أو الاستيراد إلا إذا اتبعت إجراءات معينة والجرائم الخاصة بالمرور أو بالضرائب ، هذه كلها وكثير غيرها قد لا يعلم الجاني أنها تمس مصلحة مجتمعا القانون وقد لا يعلم بإضرارها بالمجتمع أو بأنها تخالف واجبا مفروضاً عليه ، بل قد لا يكون في استطاعته أن يعلم أنها تحدث ضرراً أو تخل بواجب لأنه لا يمكن تصور الضرر الناشئ عنها أو الإخلال بالواجب الذي تتضمنه إلا إذا نظرنا إلى نظام المجتمع من وجهة سياسية معينة أى من حيث إن الشارع يرى ملاءمة إعطائه تنظيمياً معيناً ، فيكون في غير استطاعة من لم يعتق هذه النظرة أن يتبين وجه الضرر في تلك الجرائم أو أن يتحقق من أنها تخل بواجب . فالآراء السابقة لا تكفل التطبيق الشامل لأحكام القانون المتعلقة بهذا النوع من الجرائم لأنها تسلم بانتفاء القصد الجنائي في حالات تقتضى مصلحة المجتمع أن يوقع فيها العقاب ، هذا فضلاً عن أن فكرة الآداب التي قال بها فرانك غير محددة وهي مرنة إلى الحد الذي يجرد قواعد القانون من الاستقرار ، وفكرة الواجب التي قال بها ماير ليست أقل غموضاً ولا سيما أنه لا يعنى من نظريته الواجب القانوني وإنما الواجب الذي تفرضه القواعد الاجتماعية التي تحدد نظرة المجتمع وكيفية حكمه على أنواع السلوك وتعبير عن روحه واتجاهاته ، وهي قواعد غير محددة لا تخضع لتعريف واضح وليس من السهل أن تُحصى عناصرها ويحدد نطاقها .

وإذا تبين لنا فساد الآراء المتقدمة التي تتطلب العلم أو استطاعته ، فإننا ننحيا جانباً لنخلص إلى رأى هام يقوم على أساس مختلف هو « افتراض العلم بالقانون » في حق كل شخص .

المبحث الثامن

افتراض العلم بالقانون

٧٨٢ - ليس معنى تطلب العلم بالقانون وبالصفة الإجرامية التي يسبغها على الفعل وجوب توافر العلم اليقيني الفعلي بهما ، فاعتبارات المصلحة العامة تتطلب من الشارع أن يضع على قدم المساواة العلم الفعلي بالقانون والعلم

المفترض به . وعلى هذا الأساس ذهب الرأى إلى الاعتراف للعلم بالقانون بأهميته في بناء فكرة القصد الجنائي (١) ثم إلى القول بافتراض العلم بالقانون لدى كل شخص وإقامة قرينة لا تقبل الدليل العكسي على توافره *prés-emption juris et de jure* بحيث لا تكلف سلطة الاتهام إثباته ولا يقبل من المتهم أن يقيم الدليل على انتفائه . وبذلك يكفل هذا الرأى التوفيق بين الاعتبارين المتعارضين في هذا الموضوع ، فالقصد الجنائي مدلوله القانوني السليم والمصلحة العامة ما يضمن حمايتها باعتبار أن تطبيق القانون لن يكون متوقفاً على العلم الفعلي به ولن يعطله ادعاء الأفراد الجهل بأحكامه وعجز سلطة الاتهام عن إقامة الدليل على علمهم بها . ومن ثمة لن تصدنا الأحكام الموضوعية في القصد الجنائي ، ولكننا نعالج قواعد الإثبات بما يتفق مع مصلحة المجتمع ومع طبيعة المسائل المراد إثباتها .

٧٨٣ - وافترض العلم بالقانون ببره أن عبء إثبات هذا العلم عسير ، والبراءة عند العجز عن الإثبات تلحق بمصالح المجتمع أبلغ الضرر لأنها تعطل تطبيق القانون وتفوت أهدافه ، وإلى جانب ذلك فهذا الافتراض تدعمه الحقائق في الأغلب من الحالات : فإذا خالف الفعل تعاليم الأخلاق فإن العلم بتجريم القانون له يتوافر لدى كل ذى أهلية ، أما إذا لم يناقض الفعل تعاليم الأخلاق فإن العلم بصفته الإجرامية يجب أن يتوافر مع ذلك بالنظر لما يبذله الشارع من وسائل يتيح بها العلم بالقانون ، فهو ينشره على الناس في الجريدة الرسمية وفي استطاعة كل إنسان أن يستفسر عن أحكام القانون ويحيط بها علماً (٢) . وبذلك يتضح أن لهذا الافتراض أساسه المنطقي وله أهدافه التي

(١) لم يتضمن القانون المصري تعريفاً للقصد أخذاً بما جرى عليه أغلب القوانين . وقد عرفت المادة ٢٦ من المشروع الجريمة العمدية بأنها تلك التي يقترفها الفاعل وهو عالم بحقيقتها الواقعية وبمناصرها القانونية . ودرج الفقه في مصر وفرنسا على اعتبار عدم مشروعية الفعل ركناً في الجريمة ووصل نتيجة لذلك إلى القول بأن علم المجرم لا بد منصرف إلى هذا العنصر أيضاً فيقدم المجرم على الجريمة وهو عالم أن القانون يعتبرها كذلك .

(٢) Garçon : op. cit. art 1 no. 90 - Garraud : op. cit. Vol. 1 - Radu -
lesco : op. cit. p. 91 - Françon op. cit. p. 242. - على يدوى ، المرجع السابق ص ٣٤٨ - عل راشد ، مبادئ القانون الجنائي ص ٦٢٦ . والعبرة هي بوقت العمل =

تمليها مصلحة المجتمع . وليس الافتراض بدعاً في القانون ، فهو وسيلة فنية يلجأ إليها الشارع حيث يتطلبها التطبيق السليم لأحكام القانون ، ويقبل الشارع الافتراض عادة إذا كان عبء الإثبات عسيراً فيرى من الأوفق الإعفاء منه أو كان الحكم الذي يفترضه متفقاً مع الوضع الغالب ، وكلا الاعتبارين متوافر بالنسبة للعلم بالقانون .

٧٨٤ - ومذهب افتراض العلم بالقانون يمثل الرأي السائد في الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا ، فالشرح يكادون يجمعون على أن القصد الجنائي يتطلب علم الجنائي أن القانون يجرم فعله ويعاقب عليه ، وهم في الوقت نفسه يجمعون على القول بافتراض العلم بالقانون افتراضاً لا يقبل الدليل العكسي ، وأحكام القضاء التي قررت هذا المبدأ عديدة وهي تسير في هذا الاتجاه سيراً مطرداً ، وليس في قانون العقوبات المصري نص يقرر هذا الافتراض ، ولكنه يستفاد من المادة ١٨٨ من دستور ١٩٧١ التي تقضي بنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها والعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك مياعداً آخر . فهذا النص يستخلص منه أن الشارع يتخذ من نشر القانون بالجريدة الرسمية ومضى شهر على نشرها قرينة لا تقبل الدليل العكسي على علم الناس كافة بأحكام القانون (١) .

- بالقانون الجديد لا بتاريخ إصداره من رئيس الجمهورية . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه مهما قيل من نتائج تحكم السلطة التنفيذية في تعطيل النشر فإن المحاكم لا تستطيع أن تطبق قانوناً لم ينشر - نقض ٢٠ مارس ١٩٥١ من ٢ ص ٧٩٥ .

(١) وقد كان دستور ١٩٢٣ ينص ضمناً أيضاً في المادة ٢٦ على المبدأ المذكور بقوله إن القوانين تنفذ من وقت العلم بإصدارها الذي يعتبر معلوماً في جميع البلاد بعد نشرها في الجريدة الرسمية بثلاثين يوماً . وهو ما كان مستفاداً كذلك من المادة الثانية من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادرة عام ١٨٨٢ وكانت تجرى بأنه « لا يقبل من أحد اعتذاره بعدم العلم بما تضمنته القوانين والأوامر من يوم العمل بمقتضاها » . وقد أُنشيت هذه اللائحة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء الذي خلا من النص على المبدأ الذي تضمنته المادة الثانية سالفة الذكر تفديراً بأنها تقرر حكماً يستفاد بداهة . وفي هذا تقول محكمة النقض « العلم بالقوانين وبكل ما يدخل عليها من تعديل مفروض على كل إنسان وليس على النيابة إذا أرادت رفع الدعوى العمومية على شخص إلا أن تعلقه برقم المادة التي تريد أن تطلب »

افتراض العلم بقانون العقوبات والقوانين الكملة له

٧٨٥ - يفترض العلم بقانون العقوبات كما يفترض بكل القوانين الكملة (١) ، ويسرى هذا الافتراض بالنسبة للنصوص الجنائية كافة أياً كان نوع الجريمة التي تنص عليها ، فلا تفرقة بين الجرائم على الإطلاق من هذه الوجهة ، فسواء درجة جسامتها ، وسواء مكان ارتكابها أكان في داخل البلاد أم في الخارج حيث تخضع استثناء لأحكام القانون الوطني . كما يسرى هذا الافتراض في حق جميع الأشخاص الذين يخضعون لأحكام القانون ، فلا فرق بين وطني وأجنبي ، ولا تمييز بين من اكتملت لديه الأهلية الجنائية ، ومن كانت أهليته ناقصة كالصغير إذا تجاوز السابعة دون أن يبلغ سن الرشد الجنائي . وكما لا يقبل الاعتذار بالجهل بالقانون ، فكذلك لا يقبل من شخص يعلم بالقانون أن يعتذر بجهله نشر القانون أو انقضاء المدة المحددة ليصبح نافذاً .

٧٨٦ - ويفترض العلم بالقانون على وجهه الصحيح ، أي العلم بالتفسير الدقيق للنص الذي خولفت أحكامه ، فليس من حق المتهم أن يدعى أنه ارتكب الفعل معتقداً أن القانون يفسر على نحو يباح به هذا الفعل . وعلى

= محاكمته بمقتضاها ، وليس عليها فوق هذا أن تعلقه بنص تلك المادة ولا بما أدخل عليها من تعديل إذ أن ذلك مما يعدم القانون داخل في علم كافة الناس ، كما أن المحكمة التي تتولى محاكمة المتهم ليست مكلفة قانوناً بأن تلتفت نظره عند المحاكمة إلى ما أدخل من التعديلات حل المادة التي تطلب النيابة تطبيقها عليه مادام علمه بذلك مفروضاً بحكم القانون - نقض ٢٢ مايو ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ١٨٥ . وانظر نقض ١٩ مايو ١٩٤١ ج ٥ ص ٤٧١ ونقض ٢٣ مارس ١٩٥٩ ص ١٠ ص ٣٤٠ و ١٣ فبراير ١٩٦٨ ص ١٩ ص ٢٢٠ . وانظر في القضاء الفرنسي Cass. 9 - 31 octobre 1930, G. P. 1930, 2673 - Cass. 24 janvier 1936, D. 63 I. 60. avril 1932 G. P. 1932. 1260 - Cass. 24 janvier 1936, D. 63 I. 60.

أما قانون العقوبات الفرنسي فقد مر بنا أنه لا يتضمن نصاً يقرر هذا المبدأ ولكنه يستخلص بمفهوم المخالفة من المادة الرابعة من مرسوم ٥ نوفمبر ١٨٧٠ وهذا نصها « les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs, à partir de la promulgation » .

كما مر بنا أن قانون العقوبات الإيطالي يقرر المبدأ صراحة في مادته الخامسة وهذا نصها « Nessuno può invocare a propria Scusa l'ignoranza della legge penale » .

(١) نقض ١٢ أبريل ١٩٥٥ ص ٦ ص ٨٢٤ ونقض ١٤ فبراير ١٩٦١ ص ١٢

هذا النحو ، فالغلط في القانون يستوي والجهل به ، فكل منهما لا ينتق به القصد الجنائي . ولا شك في عدم الاعتداد بالجهل أو الغلط في القانون إذا كان كل منهما فردياً أي لم يشارك فيه المتهم أو لم يشاركه فيه غير قلة من الأفراد ، ولكن يطبق الحكم نفسه إذا كان الجهل أو الغلط شائعاً ، أي ساد لدى أفراد المجتمع أو لدى جميعهم فتأثر به المتهم بدوره وارتكب الفعل معتقداً أنه مشروع ، وعلى هذا النحو يتضح أن قاعدة « الغلط الشائع له حكم القانون *error communis facit jus* » هي قاعدة لا يعرفها الشارع الجنائي ، إذ أن مصدر التجريم والعقاب هو التشريع ، والقاعدة أن التشريع إذا عمل به ظلت له كل قوته الإلزامية حتى يلغيه صراحة أو ضمناً تشريع لاحق ، وبغير طريق التشريع لا يفقد نص التجريم قوته القانونية ، فإذا استقر عرف يتسامح في شأن الفعل الذي جرمه القانون أو ساد لدى الناس رأى خاطئ ينظر إليه نظرته إلى الأفعال المباحة ، فإن نص التجريم يظل على الرغم من ذلك واجب التطبيق ، ويظل افتراض العلم به منسوباً إلى كل من يخالف أحكامه . وتطبيقاً للفكرة نفسها ، فإن تسامح السلطات العامة في شأن من يخالفون بعض نصوص التجريم وعدم اتخاذها الإجراءات ضدهم مما جعل الناس يعتقدون شرعية هذه الأفعال لا يدعم موقف المتهم حين يدعى الجهل بنصوص التجريم هذه (١) . وليس من شأن استفسار المتهم عن حكم القانون في فعله وإجابة السلطات العامة الخاطئة بأن الفعل الذي يجرمه القانون هو فعل مشروع لا ينتق افتراض العلم بالقانون على وجهه الصحيح ، بل إن موافقة هذه السلطات الصريحة عليه ، ولو أخذت صورة الترخيص الإداري ، لا تنق الافتراض ولا تدعم دفاع مرتكبه إذ يدعى الجهل بتجريم القانون نشاطه . وتعليل ذلك أن هذه السلطات لا تختص بإعفاء أحد من تطبيق القانون لأنها هي نفسها خاضعة له وملزمة بما تقضي به أحكامه ، فإذا كانت لا تملك إعفاء نفسها من تطبيق القانون فهي بداهة لا تملك إعفاء غيرها منه (٢) .

(١) نقض فرنسي ٢٢ يولييه ١٨٣٦ سيري ١٨٣٧ - ١ - ٢٧١ .

(٢) بل إن غلط المتهم في القانون لا يعفيه من المسؤولية ولو كان هذا الغلط -

افتراض العلم بالقانون على وجهه الصحيح

٧٨٧ - ويفترض العلم بالقانون على وجهه الصحيح ، أي العلم بالتفسير الدقيق للنص الذي خولفت أحكامه (١) . والتفسير الصحيح الذي يفترض العلم به هو ما يقول به القاضي المعروضة عليه الدعوى ، وتطبيقاً لذلك فإنه إذا استقرت أحكام القضاء على اعتبار فعل معين مشروعاً فأناه المتهم معتقداً شرعيته ثم عرض أمره على قاض ثان من رأيه أن القانون يجرمه ، فإن هذا الرأي يعد التفسير الصحيح للقانون ، يفترض علم المتهم به ويكون غاظه بذلك مجرداً من كل قيمة فالتفسير القضائي ليس حجة في مواجهة الكافة ، وإنما تقتصر حججته على الدعوى التي قرر فيها ، وليست له قوة الإلزام بالنسبة

= ما يشاركه فيه القضاة أنفسهم - انظر نقضاً فرنسياً *Cass, 9 avril 1936. Ouz pal* 800-1-1932 . وكان كثير من أحكام المحاكم سبق أن أقرت تحت تأثير هذا الغلط مشروعية الفعل الذي ارتكبه المتهم وعدم معاقبة القانون عليه . كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الناخب الذي يدل بصوته مرتين في موطنين انتخابيين مختلفين مخالفاً بذلك المادة ٣٤٠ من المرسوم بقانون ١٨٥٢ يظل مسئولاً عن الجريمة المنصوص عليها في المادة المذكورة رغم أنه كان حسن النية يعتقد مشروعية فعله وأن هذا الاعتقاد المخالف للواقع كان راجعاً إلى خطأ من الإدارة لم يشارك فيه المتهم وذلك بقيدها اسمه مرتين في الموطنين الانتخابيين الذين أدلى فيهما بصوته . انظر *Cass. 12 août 1881. 3. 1881-1-439. Voy* كما قضت بمسئولية المتهم عن جنحة نقل الصيد في وقت ممنوع تنطبق عليها المادة ٤ من القانون رقم ١٨٨٤ والمعدل عام ١٩٢٤ على الرغم من تمسك المتهم ، دعماً لمسئوليته ، بقرار صادر من المدير تنفيذاً للمادة التاسعة من القانون التي رخصت للمديرين في إصدار قرارات لتحديد نوع الحيوانات الضارة التي يجوز لملك الأراضي أو حائزها قتلها في أي وقت من السنة ولتنظيم كيفية ممارسة هذا الحق . وقد رخص هذا القرار بنقل وبيع الأرناب الوحشية طوال العام على تقدير أن النقل والبيع يتبعان قتل هذه الحيوانات الذي أجازته القانون في كل وقت من السنة . بيد أن محكمة النقض رأت بطلان هذا القرار لتعارضه مع نص المادة ٣ من قانون ١٨٨٤ والخروج به عن السلطات التي تخولها المادة ٩ من قانون ١٩٢٤ للمديرين ورفضت تباعاً لذلك دفاع المتهم المؤسس عليه تبريراً من المسئولية - نقض ٣٠ يونيو ١٩٣٧ ، جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ٢ - ٦١٩ وانظر ملاحظات كل من الدكتور محمود نجيب حسني والدكتور عمر السعيد رمضان على هذا الحكم في مقالهما المشار إليهما سابقاً ص ١٨٤ وص ٦٢٧ على التوالي .

(١) الدكتور السعيد مصطفي السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ١٩٥٧

لما عدها (١) . ولكن ما الحكم إذا صدرت لأئمة تخالف أحكام القانون فقرر شرعية فعل مجرمه ثم ارتكبه المتهم معتقداً - استناداً إلى اللائحة - أنه مشروع ؟ نعتقد أنه من المتعين الاعتداد بهذا الغلط ، ذلك أنه وإن كان للقانون أسى مرتبة من اللائحة بحيث يتعين عند التعارض بينهما تغليب الأول على الثانية (٢) إلا أن المتهم غير ملزم بالموازنة بين أحكامهما ، إذ ليست في استطاعته ، لأنها تتطلب خبرة قانونية يغلب ألا تتوافر عنده ، والقاعدة أنه لا إلزام إلا بمسطاع (٣) .

(١) لا يكون التفسير حجة في مواجهة الكافة إلا إذا كان تفسيراً تشريعياً إذ يتخذ شكل القانون فتكون له قوته ، أو إذا كان قرار التفسير صادراً من المحكمة العليا لأن قرارها الصادر بالتفسير ملزم وفق نص المادة ٤ / ٢ من قانون إنشائها .

هذا والقانون التفسيري ليس من مصادر الشرعية لأنه لا يستهدف تعديل القانون القائم بل يقتصر على التعبير عن قصد الشارع من إصداره . ومع ذلك فإن كان القانون القائم شديد الغموض بحيث يتعذر تفسيره على الوجه الصحيح فلا يمكن اعتباره مصدراً للشرعية لأن هذا الغموض لا يتيح للناس معرفة القانون وفي هذه الحالة يعامل القانون التفسيري معاملة القانون الجديد ولا يجوز تطبيقه بأثر رجعي - انظر *Lévassour, Le domaine d'application dans le temps op. cit. pp. 59 et 60*

هذا ولجهل بالقضاء حكم الجهل بالقانون ، فالقضاء يفسر نص التجريم ويحدد نطاقه فإذا علم المتهم حكم القانون ولكن فسر على نحو لا يخضع به فعله لعقاب القانون جاهلاً بتفسير القضاء الذي يجعل فعله خاضعاً لتجريم القانون فإن هذا الجهل لا يمتد به فيفترض للقاضي العلم بالقضاء والعلم باستناد نص التجريم إلى فعله - انظر في هذا الموضوع *Robert Legros : L'élément moral dans les infractions, 1962 p. 67. Cas. 1er juin 1867 Bull - 1867 n. 130.*

وإذا نص القانون على ضرورة تبيين السلطة العامة ذوى الشأن إلى النتائج التي ترتب على تجاهلهم أحكامه وخاصة ما تعلق منها بشؤون المسؤولية الجنائية فأهملت هذا التذية لم يكن ذلك مبرراً لقبول اعتذار المتهم بالجهل بالقانون بل يبقى علمه به مفترضا - ذلك أن القانون لا يجعل التذية شرطاً لقيام المسؤولية الجنائية أو لانقراض علم المتهم بالقانون بل يستهدف به مجرد حمل الجاني على مسلك يتفق وأحكام القانون وتبصرته بمقابلة السلوك المخالف له - فانقضى ، المرجع السابق ج ٢ ص ٢٩ .

(٢) قضت محكمة النقض أن التشريع لا يبنى إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه ، فلا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغي أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاماً جديدة إلا بوضوح خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون - نقض مدني ٢٥ مايو ١٩٥٧ ص ٨ من ١١٢١ .

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ص ٧١٨ ، =

انتفاء الافتراض

٧٨٨ - هذا وليس افتراض العلم بالقانون مطلقاً ، فثبت حالات ينتفي فيها أهمها : حالة استحالة العلم بالقانون وحالة ما إذا كان محل الجهل أو الغلط قانوناً غير قانون العقوبات ، وحالة الغلط دون خطأ ، ونتكلم عليها تباعاً .

المطلب الأول

استحالة العلم بالقانون

٧٨٩ - إذا ثبت أن الظروف التي أحاطت بالجاني عند ارتكابه فعله قد جعلت علمه بالقانون مستحيلاً فإن اعتذاره بالجهل به ينتفي عنه القصد الجنائي . والاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة التي تجرد الجاني من كل

= ونشير بهذه المناسبة إلى أن القضاء استقر على أنه من واجب القاضي الجنائي ألا يقتصر على مجرد تفسير الواجح وإنما يتعين عليه التأكيد من شرعيتها - نقض ١٥ مايو ١٩٥٠ ص ١ ٦٣٧ ونقض ١٣ أبريل ١٩٥٤ ص ٥ ص ٥١٤ ونقض ٣٠ مارس ١٩٥٩ ص ١٠ ص ٢٧٧ ونقض ٢٧ يونيو ١٩٦١ ص ١٢ ص ٢٩٤ ونقض ٣١ مايو ١٩٦٢ ص ١٣ ص ٧٢٤ ونقض ٢٩ يناير ١٩٦٨ ص ١٩ ص ١١٥ . وانظر في الموضوع *Télery Cathale, le contrôle de la légalité administrative pour les tribunaux judiciaires, thèse, Paris, 1966, pp. 15 et s.* ونذكر بما سبق أن ذكرناه من اختصاص المحكمة العليا حالياً في هذا الشأن واختصاص المحكمة الدستورية العليا وحدها في الدستور القائم بالرقابة القضائية على دستورية الواجح ومن ثم لم يعد القاضي الجنائي مختصاً بالفصل في عدم دستورية اللائحة إذا دفع الخصوم أمامه بعدم دستوريتها واستبان جدية الدفع ، وسوف يحدد القانون حدود رقابة المحكمة على دستورية الواجح وهل تقتصر على حالة الدفع بعدم الشرعية أو تمتد كذلك إلى دعوى الإلغاء . أما إذا لم يدفع أحد الخصوم الآن في ظل المحكمة العليا بعدم دستورية اللائحة أو القانون فإن القاضي الجنائي لا يملك كما سبق أن ذكرنا أن يلتفت عن تطبيقها على المتهم من تلقاء نفسه إذا استبان عدم دستورها لأن التفاته عن تطبيقها هو إعمال الرقابة القضائية على الدستورية التي يختص المشرع بها المحكمة العليا دون غيرها بموجب المادة ١/٤ من قانون إنشائها . ولكن يلاحظ أنه لا يزال من واجب القاضي الجنائي أن يتأكد من مشروعية القرار الإداري الفردي إذا ما كان شرطاً ضرورياً لوقوع الجريمة كما إذا صدر قرار إداري ينطوي على سوء استعمال السلطة ويؤدي إلى ضرر جسيم مما تتوافر به جريمة الإهمال المنصوص عليها في المادة ١١٦ مكرراً عقوبات - انظر فتحي مرور ، الوسيط في الإجراءات الجنائية ١٩٧٠ ص ١٩٤ . وقد أيد القضاء الفرنسي وجهة النظر تلك عدا محكمة تنازع القوانين في حكمها الصادر في ٥ يولييه ١٩٥١ - راجع *Merle et Vitu, Traité de droit criminel, Paris, 1967, p. 164*

وسائل العلم بالقانون (١) . والاستحالة المطلقة ثمرة القوة القاهرة ولذلك يجب التحقق من توافر عناصر وشروط القوة القاهرة . مثال ذلك حالة سكان إقليم احتله العدو إذا خالف بعضهم قوانين عمل بها أثناء الاحتلال ولم يكن في وسعهم العلم بها (٢) . ويبين من ذلك أن الصعوبة - مهما كان مقدارها - إذا عاقت سبيل العلم بالقانون لا تهدم الافتراض (٣) . وسند هذا الاستثناء قاعدة أن « الشارع لا يكلف بمستحيل » ، فالقانون لا يتضمن غير قواعد يمكن اتباعها ، فإذا افترض الشارع العلم بالقانون فهو يفترض كذلك إمكان هذا العلم ، فإن انتفى الإمكان لم يعد للافتراض ما يبرره . وتتجه بعض القوانين ولا سيما الحديثة إلى النص على استثناءات لمبدأ عدم قبول الاعتذار

(١) garçon, art. 1, no. 93 ; garrand, 1, no. 307, p. 608

(٢) يضرب كثير من الفقهاء هذا المثال على أنه استثناء من القاعدة مع أنه في رأينا تطبيق لها إذ أن عدم علم المواطنين في إقليم احتله العدو بالقوانين التي تصدر أثناء الاحتلال إنما يرجع إلى عدم استطاعة الاحتجاج قبلهم بنشرها ، ذلك النشر الذي به وحده تنهض قرينة افتراض علمهم بتلك القوانين ، وليس إلى استحالة العلم بها استحالة مطلقة *impossibilité absolue* . ويصدق هذا القول أيضاً على حالة المحاصرين في قلعة إذا خرجوا منها وخالف بعضهم قوانين جنائية كانت قد صدرت وعمل بها أثناء الحصار . بيد أن الأحكام في كثير من الدول تخالف هذا النظر الذي ذهب إليه وتقر أغلب الفقه على رأيه في اعتبار هذه الأمثلة وما شابهها من حالات القوة القاهرة التي يستحيل معها العلم بالقانون ، استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون . انظر تطابقاً لذلك : *Tribunal Correctionnel de Vouziers 20 mars 1941, Gaz. Pal. 17 juin 1941, Voy les observations de Louis Hugueney, Revue de science criminelle. 1941. p. 187.*

(٣) ونتيجة لذلك فإن كون المتهم أمياً لا يبيح استحالة علمه بالقانون كما أن خضوعه لخدمة عسكرية حين صدر للقانون وعمل به لا يبيح عنه افتراض العلم . ويظل افتراض العلم بالقانون قائماً في حق المواطنين حين يقيمون خارج البلاد على الرغم من الصعوبات التي يلاقونها إذا أرادوا العلم بقوانين بلادهم لأن هذه الصعوبة لا تعني الاستحالة ، ولكن إذا أقام بعض المواطنين في منطقة ليس بينها وبين الوطن أي سبب من أسباب الاتصال بحيث تحقق انتفاء كل وسيلة للعلم بالقانون اعتبرت هذه الحالة من قبيل الاستحالة ولم يعد محل لافتراض العلم بالقانون - مانسبي ، المرجع السابق ص ٣٠ . وانظر في نقد الاستثناء من هذه الوجهة : السعيد مصطفي السعيد ، المرجع السابق ص ٣٨٦ . ويقول الدكتور محمود نجيب حسني في مقاله السابق إن هذا الاستثناء لا يخشى منه على الافتراض لأن نطاقه محدود بقيام القوة القاهرة وطا شروطها للدقيقة التي يجوز للمحاكم أن تتسامح في تقديرها وتضمن هذه الشروط أن يظل الاستثناء محصوراً في أضيق مجال .

بالجهل بأحكام قانون العقوبات (١) .

المطلب الثاني

الجهل أو الغلط في قانون غير قانون العقوبات

٧٩٠ - إذا تذرع الجاني بالجهل بأحكام قانون آخر غير قانون العقوبات (٢) كالقانون المدني أو الأحوال الشخصية أو التجاري أو الإداري قبل منه ذلك وعد القصد الجنائي لديه منتفياً ، أما إذا كان محل الجهل أو الغلط قانون العقوبات فلا يقبل الاعتذار ولا ينتفي القصد الجنائي (٣) . وتوضيح

(١) من ذلك المادة ٣٧ من قانون العقوبات العراقي الجديد الصادر في ١٥ سبتمبر ١٩٦٩ والتي تنص على أنه « ١ - ليس لأحد أن يجتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أي قانون حقاني آخر ما لم يكن قد تعلمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة القاهرة . ٢ - للمحكمة أن تمنع من العقاب ، الأجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضي من تاريخ قدومه إلى العراق إذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها » . وتنص المادة العاشرة من قانون العقوبات اليوغوسلافي على أن للمحكمة أن تخفف العقوبة على مرتكب الجريمة إذا كان يجهل ، بناء على أسباب مبررة ، أن القانون يعاقب على فعله بل ولمحكمة أن تمنع من أية عقوبة . ونصت المادة ٥٣ من المشروع الموحد على أنه يعد مانعاً من العقاب امتناع علم المجرم بالقانون الذي يعاقب على جريمة لقوة القاهرة وكذلك جهل الأجنبي الذي قدم إلى الجمهورية منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها قوانين بلده أو قوانين البلد الذي استقرت إقامته فيه . أما المشروع الأخير لقانون العقوبات المصري فقد خلا من أي استثناء من المبدأ الذي ضمنه المادة ٣٠ ، لا يقبل الاحتجاج بجهل أحكام هذا القانون ، وذلك اكتفاء بالسلطة التقديرية للنيابة العامة والمحكمة .

(٢) نستعرض النظر إلى أن « قانون العقوبات » هنا يعني الأحكام الموضوعية في القوانين الجنائية أي القواعد التي تحدد أركان الجرائم وتبين العقوبات وتحدد الأسباب التي تؤثر فيها بالاستبعاد أو التشديد أو التخفيف ، بالإضافة إلى جميع الأحكام التي تضمنها القوانين المكلفة لقانون العقوبات وهي جميع النصوص القانونية التي يجعل الشارع جزاء الخروج على ما تتضمنه من أوامر أو نواهي هو توقيع العقوبات مثل القانون الخاص بمكافحة المخدرات وبعض نصوص مجموعة الإجراءات الجنائية التي تقرر أحكاماً موضوعية أي تجرم أفعالاً وتحدد عقوبات مثل المادة ٣٣ التي تجرم فعل من يخالف أمر مأمور الضبط القضائي بعدم ممارسة محل الواقعة أو الابتعاد عنه ، والمواد ١١٧ و ١١٩ و ١١٩ و ١٧٩ و ٢٨٠ و ٢٨٤ التي تجرم امتناع الشاهد من الحضور أو عن أداء الشهادة .

(٣) جارسون ، المرجع السابق مادة ١ رقم ٩٤ - فرانسون ص ٢٤٥ - محمود مصطفي ص ٢٩١ - على راشد ، المرجع السابق ص ٦٣٨ .

هذه التفرقة يقتضى أن نذكر أن عدداً من الجرائم لا تكتمل أركانها إلا إذا اكتسبت بعض الوقائع التي تقوم عليها تكييفاً قانونياً معيناً ، وهذا التكييف ثمرة تطبيق قواعد قانونية غير قانون العقوبات ، فإذا جهل الجاني هذه القواعد فقد جهل هذا التكييف وكانت الواقعة في حدود علمه مجردة من الدلالة القانونية التي تجعلها صالحة لتقوم عليها الجريمة ، وفي هذه الظروف يعتقد الجاني أنه يأتي فعلاً مشروعاً ويعد القصد الجنائي لديه منتفياً (١) . فالسرقة أو النصب أو خيانة الأمانة تتطلب كون الشيء موضوع الجريمة مملوكاً لغير الجاني ، فإن كان ملكاً له أو كان شيئاً مباحاً فلا جريمة ، والفصل في الملكية رهن بتطبيق قواعد القانون المدني ، فإذا جهلها الجاني أو أساء تفسيرها فقد يعتقد أنه يأتي فعلاً مشروعاً ، فقد يستولى من اشترى منقولاً معيناً بالنوع لم يفرز له بعد على قدر مماثل لما تعاقد عليه وهو جاهل أن الملكية لا تنتقل إلا بالإفراز . والمطلقة رجعيّاً قد تجهل قواعد الشريعة الإسلامية التي تبقى رباط الزوجية حتى تكتمل العدة فتعتقد حين تزني أنها قد تحررت من قيود الزوجية وأنها لا تمس بفعلها حقوق مطلقها . وقد يجهل الزوجان وشهود الزواج قواعد الشريعة الإسلامية التي تحرم زواج الأخت من الرضاع أو تحرم الجمع بين المرأة وخالها ، فيقررون تبعاً لذلك انتفاء موانع الزواج والحقيقة هي توافر مانع يجهلونه (٢) .

اتجاه القضاء الفرنسي

٧٩١ - تنجّه المحاكم الفرنسية - فيما عدا محكمة النقض - إلى إقرار التفرقة بين الجهل بأحكام قانون العقوبات والجهل بأحكام قانون آخر ، فقد حكم براءة محافظ رفض أن يسجل طلباً لأحد الأشخاص بترشيحه

(١) انظر بياناً مفصلاً لموقف القضاء من هذا الموضوع : الدكتور محمود نجيب حسي ، القصد الجنائي ، مجلة القانون والاقتصاد من ٢٨ ص ١٩٣ .
(٢) وهذه الأمثلة هي لحالات جهل أو غلط تعلق بقواعد قانونية لا تنتمي إلى قانون العقوبات ، أما الجهل أو الغلط في أحكام قانون العقوبات فأظهر صوره أن يجهل الجاني أن القانون يجرم فعله أو أن يقصر القانون تفسيراً خاطئاً بحيث يخرج فعله من نطاقه كما لو جهل من أصدر شيكاً بنير رصيد أو أخرج من البلاد أموالاً دون أن يتبع الإجراءات الواجبة ، أن القانون يجرم فعله .

للانتخابات معتقداً خطأ أن قانون الانتخاب الذي يحدد شروط الصلاحية لعضوية البرلمان لا يخوله الحق في الترشيح (١) . وقضى ببراءة زوجة من جريمة الزنا ، وكانت قد حصلت على حكم غير نهائي بطلاقها من زوجها ، لعدم توافر القصد الجنائي لديها لجهلها قواعد القانون المدني التي تجعل الطلاق لا ينتج أثره إلا إذا أصبح الحكم الصادر به نهائياً (٢) . وحكم ببراءة عامل من تهمة السرقة لانتفاء قصده الجنائي وكان قد استولى على الكنز الذي اكتشفه في عقار الغير بأكمله جاهلاً بقواعد القانون المدني التي تجعل له نصفه فقط وتجعل النصف الآخر للمالك العقار (٣) . وتقرر بالأولى وجه لإقامة الدعوى الجنائية ضد مصري يهودى اتهم بجريمة تعدد الزوجات وكان قد حصل في مصر من المجلس الملي على حكم بالطلاق ثم تزوج في فرنسا للمرة الثانية معتقداً أنه أصبح غير مرتبط بالزواج الأول نتيجة جهله أن الطلاق طبقاً للشريعة الإسرائيلية لا ينتج آثاره القانونية بمجرد النطق به بل تتراخى لحين تسلم كل من الزوجين مستنداً يثبت الطلاق على نحو شكلي ، وكان هذا المستند لم يسلم إليه في مصر وإنما سلم إليه في فرنسا بكيفية تجعله مجرداً من كل قيمة قانونية ، وقد انتهت المحكمة إلى أن غلط المتهم بنى القصد الجنائي لديه (٤) .

أما محكمة النقض الفرنسية فلم تنجّه هذه الوجهة وذهبت إلى جعل افتراض العلم بالقانون شاملاً للقواعد القانونية كافة ، فقضت بأن الاعتذار بالجهل بالقانون لا يقبل من أعضاء لجنة إدارية رفضوا تنفيذ حكم قضائي بإثبات ومحو أسماء بعض الناخبين معتقدين أن هذا الحكم غير واجب التنفيذ للطعن فيه بالنقض حالة أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم ، وقد أقامت

(١) Cour d'Orléans, 22 juillet. 1949, Cité par Donnedieu De Vabres, (١) Précis de droit criminel 3e éd. n. 97 p. 27.

(٢) Tribunal Correctionnel de Chateau Thierry, 12 décembre 1947 (٢) Gaz. pal, 11 février 1948.

(٣) Cour de Paris, 2 décembre 1924, Recueil de Droit Commercial, (٣) août, septembre 1926. 2. 359.

(٤) Chambre des mises en accusation de la cour de Paris, 31 mai (٤) 1949 J. C. P. 49. 2. 5163 ; Voy. les observations de Louis Huguency, Rev. de Science Crim. 1950 p. 53.

المحكمة قضائها على افتراض العلم بالقانون في حق المتهمين وعمومية قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل أو الغلط في القانون (١). وكان منطوق التفرقة يوجب الاعتداد بهذا الغلط لتعلقه بقواعد الإجراءات والمرافعات وتبرئة المتهم على أساس انتفاء القصد الجنائي لديه نتيجة هذا الغلط.

اتجاه القضاء الألماني (٢)

٧٩٢ - أخذت بالتفرقة المتقدمة المحكمة الألمانية العليا *Das Reichgericht* وظلت تؤكد في أحكام عديدة تجاوزت المائتين والخمسين حكماً فصلت بها في الكثير من المشاكل التي تثيرها هذه التفرقة وحاولت أن تضع معياراً واضحاً لها. ذهبته المحكمة إلى أنه إذا تعلق بالجهل والغلط بفكرة قانونية ينص عليها وينظمها قانون آخر غير قانون العقوبات فاقتبسها قانون العقوبات واعتمد عليها لتحديد أركان جريمة من الجرائم دون أن يدخل تعديلاً عليها فإن هذا الغلط ينفي القصد الجنائي، أما إذا تعلق الغلط بفكرة قانونية ابتكرها قانون العقوبات ونظمها تنظيمياً لم ينقله من قانون آخر كان غلطاً لا ينفي القصد الجنائي. وإذا كانت الفكرة معروفة ومنظمة في قانون آخر فاقتبسها قانون العقوبات وأعاد تنظيمها على نحو مختلف لم يتقيد فيه بقواعد القانون الآخر كان الغلط فيها غير ناف للقصد الجنائي. وتعيلاً على ما تقدم قضت بأن فكرة الإضرار بالذمة المالية التي تنص عليها المادة ٢٦٣ من قانون العقوبات الألماني وتعتبرها ركناً في جريمة النصب، وفكرة الأمر الصادر من سلطة في حدود اختصاصها وطبقاً للقانون التي تنص عليها المادة ١١٠ عقوبات ألماني والتي تعاقب من يحرض علناً على عصيان هذا الأمر، هما فكرتان تنتميان إلى قانون العقوبات والغلط فيهما لا ينفي القصد الجنائي. وإلى جانب ذلك قضت بأن فكرة الملكية هي فكرة لا تنتمي إلى قانون العقوبات، فإذا اعتقد المتهم أن الشيء المملوك لغيره هو مال مباح انتفى القصد الجنائي لديه. وقضت بأن تحديد «الموظف العام» هو تحديد لفكرة

(١) Cass. 31 octobre 1930. *Orz. pal.* 1930 2. 673.

(٢) كل ما أورده بالمتن من اتجاهات القضاء الألماني مأخوذ عن مقال الدكتور محمود

نجيب حسنى سالف الذكر المشار فيه إلى مصادره من المراجع الألمانية.

تنتمي إلى قانون آخر غير قانون العقوبات فالغلط فيها ينفي القصد، وبأن فكرة «المخالفة لواجبات المهنة» التي تنص عليها المادة ٣٥٦ من قانون العقوبات الألماني التي تعاقب المحامي الذي يقدم مشورته أو مساعدته لطرفي الخصومة على نحو مخالف لواجبات المهنة هي فكرة لا تنتمي لقانون العقوبات وإنما تحددها القوازين المتعلقة بمهنة المحاماة فإذا تعلق الغلط بأن اعتقد المتهم أنه لا يخالف بعمله واجبات مهنته اعتبر القصد الجنائي منتفياً لديه. وعلى الرغم من إصرار المحكمة العليا على فكرة التمييز بين قواعد قانون العقوبات وقواعد القوازين الأخرى وافترض العلم بالأولى افتراضاً مطلقاً لا يقبل قيوداً أو استثناءات، سواء منها القواعد التي تحدد التكليف الذي تكسبه بعض القواعد لكي تصير به صالحة لتعد عنصراً في الجريمة وتلك التي تتعلق بقواعد التجريم، وعدم افتراض العلم بقواعد القوازين الأخرى ووجوب ثبوته على وجه اليقين، فإن الفقه الألماني قد انتقدها كما رفضت الأخذ بها بعض المحاكم الأدنى درجة. ولما انتهى عهد المحكمة العليا عام ١٩٤٥ وحلت محلها المحكمة الاتحادية *Der Bundesgerichtshof* رفضت هذه الأخيرة التفرقة السابقة واتجهت وجهة أخرى.

٧٩٣ - يرى القضاء الألماني الحديث أن القول بافتراض العلم بقواعد قانون العقوبات هو قول يناقض المبادئ الأساسية في القانون، ذلك أن افتراض العلم بقواعد التجريم واعتبار الجنائي مسئولاً عن جريمة عمدية على الرغم من ثبوت جهله بتجريم القانون فعله وعلى الرغم من الظروف التي قد تحيط به وتجعل علمه بالتجريم مستحيلاً استحالة مطلقة، يناقض المبدأ الأساسي الذي يتطلب للجريمة ركناً معنوياً ويأبى أن يوقع العقاب إذا لم تكن الإرادة قد اتخذت وجهة لا يقرها القانون سواء في صورة القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدى. ويعبر الفقه الألماني عن هذا المبدأ بالقول «حيث لا خطيئة فلا عقوبة *ohne schuld keine strafe*». ولذلك ترى المحكمة الاتحادية أن المذهب القديم الذي كان يعتنقه القضاء الألماني يؤدي إلى تقرير مسئولية مادية لا تتفق ومبادئ التشريع الجنائي الحديث، كما ترى أن المسئولية الجنائية لا يمكن أن يكون لها محل إلا إذا علم الجنائي وقت مقارفة فعله أنه يأتى أمراً غير مشروع أو كان في مكنته لو استغل كل وعيه وإدراكه

أن يعلم ذلك . وقد قررت المحكمة هذا المبدأ الهام في حكم أصدرته بتاريخ ١٨ مارس سنة ١٩٥٢ ثم أكدته بعد ذلك في أحكام عديدة . وتعويلاً على ذلك فإن المسؤولية العمدية تتطلب العلم بالصفة الإجرامية للفعل أو استطاعة هذا العلم دون أن يُعد ذلك بين عناصر القصد الجنائي الذي تقتصر عناصره - في رأى المحكمة الاتحادية - على العلم بالوقائع وإرادتها فيكون ، وفق تعبيرها ، قصداً منصرفاً إلى الفعل وما يحيط به أو يترتب عليه من وقائع . وقد صرحت المحكمة بأنها ترى الأخذ بنظرية الركن المعنوي أى نظرية الخطيئة كما أوضحت رفضها نظرية القصد وهى النظرية التي ترى اعتبار العلم بالصفة غير المشروعة للفعل أو استطاعته عنصراً في القصد الجنائي . وحددت المحكمة بعد ذلك ما تعنيه باستطاعة العلم فقالت إن الفاعل مكلف بأن يستغل كل إمكانياته الذهنية وكل قدرته على تحديد قيم الأشياء لكي يقرر لمسلك معين حكمه من حيث شرعيته أو عدم شرعيته . أما إذا تعلق الأمر بعناصر الجريمة فإن العلم الفعلي بتوافرها أمر لا غنى عنه كى يتوافر القصد الجنائي ، ولا يفتى عن العلم الفعلي استطاعة العلم ، فإذا لم يعلم الجاني بتوافر عناصر الجريمة فلا يسأل عمداً ولو ثبت أنه كان يستطيع هذا العلم . ولم تفرق المحكمة الاتحادية بين عناصر الجريمة من حيث طبيعتها ، فسواء أكان العنصر واقعة أم تكييفاً لواقعة فانصراف العلم إليه لا بد منه . ولا فرق بين التكييف القانوني والتكييف غير القانوني ، ولا فرق بين تكييف قانوني يتوقف على تطبيق قواعد قانون العقوبات وتكييف يتوقف على تطبيق قواعد قانون آخر ، وبذلك نهذت المحكمة التفرقة بين الجهل أو الغلط في قانون العقوبات والجهل أو الغلط في القوانين الأخرى ورأت أن نحل محلها تفرقة أخرى هى التفرقة بين الجهل أو الغلط في النهي والجهل أو الغلط في عناصر الجريمة : فالنوع الأول تعنى به المحكمة الجهل أو الغلط في التجريم أى اعتقاد الجاني شرعية سلوكه في حين أنه نشاط غير مشروع ، والنوع الثاني تعنى به المحكمة اعتقاد الجاني أن أحد عناصر الجريمة لم يتوافر في حين أنه قد توافر فعلاً . وتكمن أهمية هذه التفرقة في أن الغلط في عنصر من عناصر الجريمة ينفي القصد الجنائي حتماً في حين أن الغلط في التجريم لا ينفي القصد الجنائي لأن العلم بالصفة غير

المشروعة للفعل ليس عنصراً في القصد الجنائي ولا ينفي المسؤولية العمدية إذا كان الجاني على الرغم من جهله بالتجريم يستطيع أن يعلم به ، فالغلط في التجريم لا ينفي المسؤولية العمدية إلا إذا لم يكن سبباً لتجنب الوقوع فيه أى إذا ثبت أن الجاني لم يكن في استطاعته أن يعلم بتجريم القانون فعله .

نظرة في اتجاه القضاء الألماني القديم والحديث

٧٩٤ - إذا أخذنا بالتفرقة بين الغلط في التجريم والغلط في عناصر الجريمة (١) ، وهى التفرقة التي ابتدعتها القضاء الألماني الحديث ، فإن ذلك يؤدي إلى أن الغلط المتعلق بهذه العناصر يُعتمد به فينفي القصد الجنائي . أما إذا أخذنا بالتفرقة القديمة بين قواعد قانون العقوبات وقواعد غيره من القوانين فإن الغلط المتعلق بهذه العناصر لا يعتمد به لأن بعض عناصر الجريمة لا تعدو أن تكون تكييفاً متوقفاً على تطبيق قواعد قانون العقوبات . وقد رأت المحكمة الاتحادية في التفرقة التي ابتدعتها الوسيلة لتجنب النتائج الشاذة التي تجافي العدالة والتي أدت إليها التفرقة القديمة ، ومذهبا ذلك يفضل دون شك مذهب القضاء الألماني قبل عام ١٩٤٥ ، فالمسؤولية العمدية تتطلب العلم بأن الفعل غير مشروع أو استطاعة العلم بذلك وهذا أقرب إلى المنطق وأدنى إلى تحقيق العدالة من افتراض العلم بقانون العقوبات : فالافتراض فكرة تتعارض ومبادئ التشريع الجنائي الحديث حالة أن تطلب العلم بالصفة غير المشروعة أو استطاعة ذلك يكفل ألا يسأل الجاني إلا إذا كانت إرادته مخطئة وفي ذلك تسليم بما يراه الشارع الجنائي الحديث من رفض فكرة المسؤولية المادية التي تقوم دون ركن معنوي تعتمد عليه . ويكفل هذا الرأى تحديد نطاق المسؤولية الجنائية بحيث تستبعد حين يثبت أنه لم يكن في استطاعة الجاني أن يعلم بالصفة غير المشروعة لسلوكه وبذلك تتحقق العدالة دون اضطرار إلى إيراد استثناءات على افتراض العلم بالقانون لا تتفق مع طبيعة الافتراض ولا تجمعها به فكرة واحدة . ولم يفت المحكمة الاتحادية أن تلاحظ أن فكرة « استطاعة العلم » لا تتفق مع طبيعة القصد الجنائي الذي يتطلب علماً فعلياً وإرادة حقيقية فاستبعدت العلم

(١) ومعيار التمييز بين الغلط في التجريم والغلط في عناصر الجريمة أن الأول ينصب على الوصف القانوني لنشاط الجاني في مجموعه أما الثاني فيتمثل بعناصر الجريمة كل على حدة .

أو استطاعته من عداد عناصر القصد الجنائي وجعلت منهما عنصراً جديداً من عناصر الركن المعنوي للجريمة العنصرية . ولكن موقف المحكمة في هذا الخصوص يعوزه الأساس القانوني السليم وينطوي على تجريد فكرة القصد الجنائي من مدلولها القانوني^(١) . وأما رفضها التفرقة بين الغلط في قانون العقوبات والغلط في غيره من القوانين فهو نظر سليم بالنظر إلى ما يعيب هذه التفرقة من مأخذ سنعرض لها فيما بعد . والتفرقة بين الغلط في التجريم والغلط في عناصر الجريمة هي تفرقة تستند إلى أساس قانوني صحيح ، فالجريمة تتطلب عناصر كثيرة وتقضي طبيعة الأشياء أن تختلف هذه العناصر في ماهيتها اختلافاً كبيراً ، فالشارع ينهي عن فعل يمس حقاً جديراً بالحماية ويجرم الشارع الفعل باعتباره مرتبطاً بمجموعة من الوقائع تحدد دلالاته وتثبت خطورته على الحق الذي يحميه ، وتعد هذه الوقائع بدورها عناصر الجريمة . وفي كثير من الجرائم لا تكتسب الوقائع أهميتها القانونية إلا إذا امتازت بصفات معينة فحملت تكييفاً خاصاً يحدده القانون ويعد هذا التكييف عنصراً بين عناصر الجريمة لا تقوم بدونه ولو توافرت لها كل الوقائع التي تتطلبها . ويقضي منطوق الأشياء أن ينصرف العلم إلى هذه العناصر جميعاً حتى تكتمل للمسئولية العنصرية كل مقوماتها لأن القصد يعني أن الجنائي وجه إرادته إلى كل أجزاء الجريمة وتعهد أن يخرج على القانون بالنسبة لكل جزء من هذه الأجزاء ، فإذا انتفى العلم بعنصر من عناصر الجريمة لم يعد متصوراً أن تتجه الإرادة إليه وأن يكون موقف الجنائي بالنسبة له هو موقف التعهد^(٢) . والتفرقة التي تقول بها المحكمة الاتحادية تكفل المساواة بين عناصر الجريمة وهي بذلك تقترن بالصواب لقيامها على التمييز بين التكييف الجنائي العام والموضوع الذي ينصب عليه هذا التكييف ، وهو أساس قانوني صحيح .

موقف المشرع الإيطالي

٧٩٥ - مر بنا أن المشرع الإيطالي وضع نصاً صريحاً يبين فيه حكم الغلط

(١) وقد سبق أن أوضحنا هذه الانتقادات عند دراسة النظرية التي يستبعد أنصارها العلم بالقانون أو استطاعته من عداد عناصر القصد الجنائي - راجع ص ٩٦٦ - ٩٦٨ .
(٢) انظر محمود نجيب حسي في مقاله السابق .

في القواعد القانونية التي لا تنتمي لقانون العقوبات ، فقرر في الفقرة الأخيرة من المادة ٤٧ من قانون العقوبات أن «الغلط في قانون غير قانون العقوبات يستبعد العقاب إذا سبب غلطاً متعلقاً بالواقعة التي تكون الجريمة» . وواضح من هذا النص أن الشارع الإيطالي لا يعنيه الغلط في القانون ذاته ولكن يعنيه الأثر الذي يترتب عليه ، فإن ترتب عليه غلط في الوقائع انتفت المسئولية الجنائية أما إذا لم يترتب عليه مثل هذا الأثر فإن المسئولية الجنائية تظل قائمة . ويقال إن انتفاء المسئولية الجنائية ليس نتيجة للغلط في القانون ولكنه نتيجة لما يترتب عليه من غلط في الوقائع ، وقد بين الشارع الإيطالي في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٧ حكم هذا الغلط في الوقائع . وصرحت الأعمال التحضيرية للقانون بأن الشارع يرفض النظرية التي تعترف لكل غلط في قانون غير قانون العقوبات بالأثر النافي للقصد الجنائي ورأى أن يقتصر هذا الأثر على حالة ما إذا ترتب على الغلط في القانون غلط في الوقائع^(١) . ويجب أن تربط بين المادة ٤٧ والمادة الخامسة من قانون العقوبات التي جرد الشارع الإيطالي فيها الجهل أو الغلط في قانون العقوبات من كل أثر قانوني . ولكي نوضح خطة القانون الإيطالي فإننا نلاحظ أن الغلط الذي يعتد به في نقي القصد الجنائي هو الغلط الذي ينصب على علاقات أو مراكز أو مصالح تعد بين عناصر الجريمة وتخضع لتنظيم تنص عليه قوانين أخرى غير قانون العقوبات وتكتسب به صلاحيتها كمن تكون عنصراً في الجريمة . وبذلك لا ينظر الشارع إلى القاعدة القانونية في ذاتها ولا ينظر إلى الغلط على أنه منصب عليها وإنما ينظر إلى الواقعة التي تحكمها هذه القاعدة وتعطيها تكييفها القانوني ويرى الغلط منصباً عليها ويعتبره بهذه الصورة محلاً لاعتداد القانون به^(٢) . وتفسير اعتداد القانون بهذا الغلط هو أن القصد الجنائي يتطلب

(١) تقرير رئيس اللجنة الوزارية على مشروع قانون العقوبات نقلاً عن ماتينيي مشار إليه بمقال الدكتور محمود نجيب حسي .

(٢) فإذا اعتقد السارق أن الشيء مملوك له فلا يعيننا الغلط الذي تعلق بقاعدة القانون المدعى التي تنظم حق الملكية وإنما يعيننا الغلط الذي انصب على الملكية ذاتها كمرکز قانوني أو هل الشيء من حيث وضعه بالنسبة لشخص معين ، وهذا الغلط متعلق بالوقائع لا بالقانون ، وإذا اعتقدت الزوجة الزانية أنها تحررت من رباط الزوجية فلا يعيننا الغلط الذي تعلق بقاعدة =

العلم بكل العناصر التي تقوم عليها الجريمة ، والغلط ينفي هذا العلم . ومن ثم يتضح أن الاعتداد بهذا الغلط لا ينقص شيئاً من القوة الإلزامية للقاعدة القانونية وإنما يكفل للقصد الجنائي التحديد الصحيح بتطلبه انصراف العلم إلى كل الوقائع التي تقوم عليها الجريمة وإلى الوصف الذي تكتسبه .

٧٩٦ - ولكن الحكم الذي يقرره الشارع الإيطالي يعوزه الأساس المنطقي السليم : فالغلط لم ينصب على الواقعة ذاتها وإنما انصب على التكييف القانوني لها ، وهذا التكييف لا يعدو أن يكون حكم القانون مخصصاً في حدود الواقعة . ولا نزاع في أن الجهل إذا تعلق بالتكييف القانوني للواقعة فقد تعلق في الوقت نفسه بالقاعدة القانونية التي تحكم هذا التكييف ولا سبيل إلى التفرقة بين الأمرين وإعطاء كل منهما حكماً مختلفاً من حيث افتراض العلم به . ويرى الدكتور محمود نجيب حسني (١) ، ونحن معه في هذا الرأي ، أن مثل هذا الغلط لا شأن له بالغلط في الواقع إذ يفترض هذا الأخير اعتقاداً غير صحيح تعلق بالواقعة من حيث كيانها المادي كأن يتوهم وجود واقعة غير موجودة أو يعتقد انتفاء واقعة قد توافرت أو يتصورها قائمة على عناصر مادية مختلفة عما هي قائمة عليه . أما الغلط المتعلق بالتكييف فهو بعيد كل البعد عن الغلط في الواقع لأنه يتعلق بصفة أو مدلول ليس له كيان مادي . والفرق لا شك واضح بين حالة شخص يستولى على شيء مملوك لآخر لأنه يخلط بينه وبين الشيء المملوك له بالنظر للتشابه المادي بينهما ، وحالة شخص يستولى على شيء مملوك لغيره لأنه يعتقد أن قواعد الميراث تجعل الملكية له دون الوارث الحقيقي أو أن قواعد العقد تجعل انتقال الملكية في المنقول المعين بالنوع غير متوقفة على الإفراز (٢) .

= الأحوال الشخصية التي تحكم انحلال الزواج وإنما يعنىنا الغلط الذي انصب على علاقة الزوجية كرابطة بين شخصين لها كيانها المستقل عن القاعدة القانونية وإن كانت خاصة لها . (١) في مقاله السابق .

(٢) ويبدو الأمر أكثر وضوحاً لو قارنا بين الجهل بأحكام قانون العقوبات والجهل بأحكام القوانين الأخرى ، فإن الجهل تجريم القانون فعلة يتعلق جهله دون شك بقاعدة قانونية ، ولكن هذا الجهل يؤدي إلى غلط متعلق بوقائع الجريمة ومادياتها إذ يرتب عليه اعتقاده أن الفعل مشروع ، أي إلى تصور الواقعة مكتسبة تكييفاً مختلفاً عن تكييفها =

اتجاه القضاء المصري

٧٩٧ - ذهبت محكمة النقض بادئ ذي بدء إلى عدم الاعتداد بالغلط في أحكام القانون ولو كان غير قانون العقوبات ، فقضت بأنه لا يحول دون قيام المسؤولية الجنائية عن جريمة السرقة وقوع الجنائي في غلط في تفسير نصوص القانون المدني أدى به إلى غلط في شأن ملكية المال المختلس كما في حالة لاعب القمار الذي يسترد بالقوة ما خسره في اللعب اعتقاداً منه أن المحني عليه قد أخذ ماله بطريقة غير مشروعة وبالتالي اعتقد على سبيل الغلط أن المال الذي اختلسه ما زال مملوكاً له من دون المحني عليه (١) . وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في أن رئيس وراهبان دير استولوا بالقوة على أموال قس ظناً منهم أنهم يأخذون أموالاً مملوكة للدير ليردوها إليه ، قررت المحكمة أن نية المتهمين السلمية المدعى بها قد تستتج من خطأ قانوني بشأن الملكية وذلك ما لا يمكن قبوله مع وجود المادة الثانية من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية التي جاء فيها أنه لا يقبل من أحد اعتذاره بعدم العلم بما تضمنته القوانين والأوامر العالية من يوم وجوب العمل بمقتضاها (٢) .

٧٩٨ - بيد أنها أخذت بعد ذلك تتجه إلى الاعتداد بالغلط في أحكام ما عدا قانون العقوبات دون أن تحسم الأمر صراحة ، فقررت أنه « إذا لم يتم دليل على أنه لا شبهة لدى المتهم في ملكية المحني عليه للشيء المسروق وأن

= الحقيقي ، فهل يسوغ القول إن هذا الغلط خليط مركب من غلط في الواقع وغلط في القانون ، أو أنه غلط في الواقع فيكون له في النهاية حكم الغلط في الواقع ؟ الحق إن هذا القول يعيب ما يعيب القول إن الجهل بقاعدة قانونية لا تنتمي لقانون العقوبات هو خليط مركب من غلط في الواقع وغلط في القانون ، وهو ما تستند إليه محكمة النقض المصرية في تبرير التفرقة بين قانون العقوبات والقوانين الأخرى واعتبارها الجهل أو الغلط في القانون والجهل أو الغلط في الواقع شيئاً واحداً على الرغم من الفارق الأساسي بينهما على ما سنوضحه عند الكلام على اتجاه القضاء عندنا في هذا الخصوص . ونحن إذا افترضنا العلم بقواعد القانون في جهلها وجب أن نفترض العلم بالتكييف القانوني الذي تقرره أحكامها دون أن نفرق بين أنواع القواعد القانونية . وقد سبق أن بينا ، وسنعود إلى ذلك ، أن قصر افتراض العلم على بعض قواعد القانون دون البعض الآخر أمر لا يتفق مع طبيعة القواعد القانونية .

(١) نقض أول سبتمبر ١٩٠٩ ، المجموعة الرسمية س ١١ ص ٣٦ .

(٢) نقض ٣ يونيو ١٩١١ ، المجموعة الرسمية س ١٢ ص ٢٧٥ .

أخذه للشيء إنما كان اختلاصاً له وسلباً من مالكه الذي يعتقد هو أن الملكية خالصة له من دونه فلا يتحقق القصد الجنائي في السرقة (١). ويتطلب هذا الحكم لتوافر القصد الجنائي في السرقة، ثبوت علم المتهم بأن الشيء مملوك للمجنى عليه وانتفاء كل شبهة لديه في ذلك، فإذا قامت الشبهة انتفى القصد الجنائي، والشبهة هي غلط، ولم تفرق المحكمة بين الغلط في الوقائع كأن يخلط المتهم بين شيئ والمملوك لغيره، والغلط في القانون كأن يعتقد أن قواعد القانون تقرر له ملكية الشيء مما يستفاد منه أن المحكمة تسوى بينهما وتعتد بكلها للقول بانتفاء القصد الجنائي. وقد طبقت المحكمة هذا المبدأ العام وقضت ببراءة المتهم وكان الغلط مزيجاً من غلط في الواقع وغلط في القانون، إذ استند المتهم إلى اتفاق شفوي يقرر له الملكية واعتقد أن القانون يعترف له بناء على هذا الاتفاق بالملكية.

٧٩٩ - وأخيراً قررت محكمة النقض صراحة التفرقة بين قانون العقوبات وغيره من القوانين، فأقرت براءة متهمين بجريمة التزوير وكانوا قد قرروا انتفاء موانع الزواج في حين كان المانع قائماً لأن الزوجة هي خالة الزوجة الأولى لنفس الزوج، وقد ثبت جهل المتهمين بقواعد الشريعة الإسلامية التي تحرم الجمع بين المرأة وخالتها (٢)، فقررت المحكمة أن «جهلهم والحالة هذه لم يكن عدم علم بقانون العقوبات بل جهلاً بواقعة حال (٣)» هي ركن من أركان جنائية التزوير المرفوعة بها الدعوى يرجع إلى عدم علمهم بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات وهو قانون الأحوال الشخصية. فهو خليط مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم ليس من أحكام قانون العقوبات مما يجب قانوناً - في صدد المساءلة الجنائية - اعتباره في

(١) نقض ٢٨ فبراير ١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ١٩٧.
(٢) قال الرسول عليه السلام (ولا تنكح المرأة على عمها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم).
(٣) وواقعة الحال هنا هي تنيير الحقيقة، فن جهل أنه غير خال من الموانع الشرعية يجهل أنه ينيير الحقيقة ومن ثم لا يمكن القول إن القصد الجنائي متوافر لديه لأن من عناصره في جريمة التزوير أن يكون الجنائي وهو ينيير الحقيقة عالماً أنه ينييرها - انظر محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص فقرة ١٣٦ و ١٣٧.

جملته جهلاً بالواقع ومعاملة المتهمين بمقتضاه على هذا الاعتبار. وقد وضعت المحكمة شرطاً لقبول هذا الاعتذار هو أن يقيم المتهم «الدليل القاطع على أنه تحرى تحرياً كافياً وأن اعتقاده الذي اعتقده بأنه يباشر عملاً مشروعاً كانت له أسباب معقولة» (١).

وقد استقر القضاء في أحكام عديدة تالية على الأخذ بهذه التفرقة. ونحن لا نعتقد أن محكمة النقض قد هجرت هذه التفرقة حين قضت بأن الجهل بقانون الضرائب لا يصلح عذراً لتني المسؤولية (٢). ذلك أن هذا القانون ذو جزاء عقابي، وهو بهذه المثابة قانون مكمل لقانون العقوبات فيأخذ حكمه، ومن ثم لا يبنى الغلط فيه القصد الجنائي. وقد صرحت المحكمة بعد ذلك بتمسكها بهذه التفرقة فقضت بأن الجهل بقاعدة مقررة في قانون الأحوال الشخصية ينفي القصد (٣). وقضت كذلك بأن الغلط في قواعد التنفيذ المدنية ينفي القصد (٤). كما قضت بأن الخطأ في فهم أسس القانون الإداري يجعل الفعل المرتكب غير مؤثماً (٥).

(١) نقض ١٠ مايو ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ ص ٢٤٧.

(٢) نقض جنائي ١٢ إبريل ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني ص ٦ ص ٨٤٣.

(٣) نقض جنائي ٢ نوفمبر ١٩٥٩ ص ١٠ ص ٨٤٤ وقد ورد بهذا الحكم متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم المطعون فيه هي أن المتهمين حين مباشرة عقد النكاح - وهو عمل مشروع في ذاته - قرروا بسلامة نية أمام المأذون وهو يثبت لها عدم وجود مانع من موافقه كانا في الواقع يجهلان وجود هذا المانع. فإن جهلها في هذه الحالة لم يكن لعدم علمهما بحكم من أحكام قانون العقوبات وإنما هو جهل بقاعدة مقررة في قانون آخر هو قانون الأحوال الشخصية وهو جهل مركب من جهل بهذه القاعدة للقانونية وبالواقع في وقت واحد مما يجب قانوناً في المسائل الجنائية اعتباره في جملته جهلاً بالواقع مما يفتق معه القصد الجنائي الواجب توافره في جريمة التزوير.

(٤) نقض جنائي ١٥ مارس ١٩٦٠ ص ١١ ص ٢٧٠ وقد ورد بهذا الحكم من المقرر أن الجهل بأحكام أو قواعد قانون آخر غير قانون العقوبات أو الخطأ فيه - وهو في خصوص الدعوى خطأ في فهم قواعد التنفيذ المدنية - يجعل الفعل المرتكب غير مؤثماً، فإذا كان الحكم قد التفت عن الرد على ما تمسك به المتهم من عدم توافر القصد الجنائي لديه لأنه حين تصرف في المحجوزات كان يعتقد زوال الحجز بعد إلغاء أمر الأداء الذي وقع الحجز نفاذاً له - وهو دفاع جوهرى - فإنه يكون مشوباً بالقصور بما يستوجب نقضه.

(٥) نقض جنائي ٢٥ ديسمبر ١٩٥٦ مجموعة المكتب الفني ص ٧ ص ١٣٣١.

وقضت أيضاً بأن « دعوى الطاعن بأنه أجرى في بنائه القديم تعديلاً لا يرقى إلى مرتبة الإنشاء الجديد ، إنما هي دعوى بجهل مركب من جهله بقاعدة قانونية مقررة في القانون المدني وبالواقع في وقت واحد ، مما يجب قانوناً في المسائل الجنائية اعتباره في جملته جهلاً بالواقع (١) » .

المطلب الثالث

الغلط الحتمي

٨٠٠ - رأينا كيف أن القضاء يستلزم توافر الاستحالة المطلقة نتيجة للقوة القاهرة التي تسد جميع منافذ العلم بالقانون الجنائي ، كاستثناء لمبدأ افتراض العلم بهذا القانون بقربنة نشره . ولما كانت ثمة حالات وإن كانت لا تتوافر فيها الاستحالة المطلقة إلا أن الجنائي أتى فعله الذي يجرمه القانون وهو يعتقد شرعيته نتيجة جهله بالتفسير الصحيح للنص القانوني أو لأي سبب آخر ، ولم يكن في مكنته ببذل الجهد الذي يبذله الشخص العادي المتوسط العناية والحذر التي تحيط به نفس الظروف أن يتفادى هذا الغلط ، فقد اتجه رأى في الفقه إلى الاعتداد بالغلط في هذه الحالة واعتباره بمثابة استثناء يرد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون العقابي على تقدير أنه غلط

(١) نفص جنائي أول فبراير ١٩٦٦ من ١٧ ص ٨٦ وقد ورد بهذا الحكم « لا حق للمستأجر في المطالبة بخفض الأجرة إلا أن يتمسك المؤجر بحقه في زيادتها على أساس استحاله البناء لأن ثمة مقابلة بين الحقيين لا يتصور أولها إلا في مواجهة ثانيها لأنه لا تخفيض إلا من زيادة . ولما كان لا يوجد مانع في القانون أو في الواقع من إقامة منشآت جديدة في مبنى قديم بحيث تعتبر مساكن جديدة لا تخضع لقانون الإيجارات الذي يخضع له المبنى القديم ، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون وليد تغييرات مادية جوهرية في الأجزاء الأساسية من المبنى الأصلي ، ولا يدخل في هذا الباب التعديلات والتحسينات التي يجرها المالك لتسهيل استغلال مبناه القديم بما لا تصحبه تغييرات في أجزائه الأساسية ولما كان التحدي بإحداث تغييرات أساسية في مبنى قديم لا يكون إلا بمن أحدثها بنفسه أو بواسطة سلفه ليتحلل من قيد الأجرة القديمة المقررة للمبنى ، فإن كان هذا لا يرى أن يعتبرها أساسية ولا يرى أنها تستوجب زيادة أجرة المبنى - فهذا حقه ولا يجوز للمستأجر أن يصادر حرمة فيما يرى من ذلك » .

هذا وبعد أن قررت المادة ٣٠ من مشروع قانون العقوبات عندنا عدم قبول الاحتجاج بجهل أحكام قانون العقوبات أردفت تقول « ومع ذلك يعتد بالجهل بقاعدة مقررة في قانون آخر متى كانت منسوبة على أمر يعد عنصراً في الجريمة » .

حتمي *errear invincible* . أما الغلط التقصيري *Perreur vincible* (١) وهو الذي كان يمكن للجاني تفادي الوقوع فيه فلا يعتد به في معرض تقي المسؤولية . ويتضح مما تقدم أن المعيار الذي تعرف به هذه الحالة من الغلط هو في أصله معيار مجرد قوامه الشخص المعتاد ، ولكن هذا المعيار ليس مجرداً خالصاً بل تدخل في تكوينه عناصر واقعية مستمدة من الظروف التي أتى فيها الجنائي فعله . ولهذا رأى السند الذي يبرره ، ذلك أنه إذا كان موقف الجنائي - في جهله وفي تصرفه الذي أتاه تحت تأثير هذا الجهل - متجرداً من الخطأ ، فلا مجال للوم بوجهه القانون إليه ولا محال بالتالي لمسؤولية يحملها له . وهذا الرأي كما ذكرنا يشكل قيداً يرد على افتراض العلم بالقانون فيخفف من حدته ويضمن اتساقه مع مبادئ العدالة . والبون شاسع بينه وبين استحالة العلم بالقانون التي أوردناها في المطلب الأول : فالاستحالة تفترض ظروفاً مادية تجعل علم الجنائي بالقانون غير ممكن مهما بذل من جهد ، أما الغلط الحتمي فقوامه حالة نفسية تبررها ظروف يعذر من أجلها الجنائي ، فن يعتقد شرعية فعاه لأنه تلتق تأكيداً بذلك من موظف مختص أو لأنه اعتقد أنه يباشر حقاً أو يسترد ما اغتصب منه لم يكن علمه بالقانون مستحيلاً ، ولكنه في ظروف يلتمس فيها لغلطه العذر ، وقد تصرف على النحو الذي كان يفعله الشخص المعتاد .

٨٠١ - وقد تجاوز هذا الرأي نطاق الفقه إلى مجال القضاء . ففي قضية تتحصل وقائعها في أن مالكة استصدرت حكماً من القضاء المستعجل بطرد غاصب من العين المملوكة لها ولعدم استطاعتها تنفيذ الحكم بمعاونة السلطات العامة فقد استعانت ببعض أفراد أسرته الذين ألقوا بمنقولات الغاصب خارج العين ، ولما قدموا للمحاكمة بتهمة انتهاك حرمة مسكن الغير أدانتهم محكمة أول درجة ، ولكن محكمة باريس (٢) التي طرح عليها الاستئناف المرفوع

(١) انظر Legros, *L'élément Moral*, op. cit. p. 53. والترجمة الحرفية لكلمة *invincible* هي « الذي لا يدحض » أو « الغير قابل للدحض » ويطلق عليه الدكتور محمود نجيب حسني في مقاله السابق « الغلط دون خطأ » وقد فضلنا تسميته بالغلط الحتمي .

(٢) *Cour de Paris*, 11 juill. 1953, S. 54, p. 284. V. *Les observations* de Huguency, *Rev. de Science crim.* 1954 p. 366.

(الاعتذار بالجهل بالقانون - ٦٣)

عن ذلك الحكم قضت بإلغائه استناداً إلى انتفاء القصد الجنائي قولاً إن المتهمين كان لهم الحق ، من الناحية الظاهرية ، في أن يقدرُوا أن احتلال الغاصب كان عدواناً واضحاً على حق الملكية لا يجعل له مسكناً في نظر القانون الجنائي . ويتضح من هذا أن المحكمة قد اعتدّت بالغلط في القانون وقد تمثل في اعتقاد المتهمين شرعية فعلهم حالة أن القانون يجرمه بحسبانه انتهاكاً لحرمة المسكن . وفي قضية ثانية تتحصل وقائعها في أن سيدة قدمت للمحاكمة بتهمة مزاولتها مهنة الطب بدون ترخيص ، وكانت قد احترفت علاج بعض عيوب النظر عن طريق رياضة العيون وقيل احترافها استشارت سكرتير نقابة الأطباء وعميد أطباء العيون ومدير الصحة في المقاطعة فأكدوا لها جميعاً أن نشاطها مشروع ولا يشكل جريمة مزاوله مهنة الطب بدون ترخيص ، فقضت محكمة أول درجة ببراءتها من التهمة المستندة إليها استناداً إلى أن نشاطها لا يعد عملاً طبيّاً . وإذا عرض الأمر على محكمة بـ (١) أيدت حكم البراءة مقررّة أنه وإن كانت التهمة تزاوّل نشاطاً طبيّاً إلا أنها اعتقدت بحسن نية أنها لا تتعرض لعقاب القانون ، وإذا كانت القاعدة أنه لا يعذر أحد بلهله بالقانون فإنه لا يمكن إلزام المتهم بأن تفسر القانون تفسيراً أشد مما يفسره به صفوة من يمثلون الهيئات التي تسهر على احترامه . وظاهر أن هذا الحكم جعل أساس البراءة الغلط في القانون وجعل للغلط هذا الأثر لأنه لم يكن في استطاعة المتهم تفاديه إذ قامت بالتحري ، الذي يبذله الشخص العادي في نفس الظروف ، عن مشروعية فعلها قبل الإقدام عليه توصلًا إلى الوقوف على حكم القانون الصحيح فيه ، وقد شاركها في هذا الغلط من افترضت فيهم العلم الكامل بأحكام القانون (٢) .

(١) Cour de Pau 18 novembre 1958 D. 1954 p. 229 note F. O.

(٢) ونشير بهذه المناسبة إلى أنه على الرغم من أن فرنسا لم تتعرض قوانينها للعلاج النفسي بإباحة أو تجريم ، إلا أن القضاء هناك استقر على اعتبار مزاوله التحليل النفسي والإيجام والتنويم المغناطيسي بغرض علاجي ، ممارسة للطلب بغير ترخيص متى تمت بدون أمر طبيب مؤهل وبغير مسئولية وإشرافه ، فقد قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ ٧ يونيو ١٩٣٧ بأن استخدام التنويم المغناطيسي لغرض علاجي هو علاج طبي وأن استخدام الإيجام لنفس الغرض يعتبر هو أيضاً إجراءً علاجياً مما احتفظ به القانون للأطباء ذوي الدبلومات دون غيرهم - دالوز الأسبوعي ص ٤٤٥ . كما أصدرت محكمة جنح السين في أول يولييه ١٩٥٢ حكماً جاء به أن التحليل النفسي يحتاج إلى معلومات طبية لأن المحلل يشخص المرض =

٨٠٢ - أما موقف محكمة النقض الفرنسية تجاه هذا النوع من الغلط فمن العسير تحديده ، فقضاؤها المستقر منذ زمن بعيد لا يعتد به إذ يفترض العلم بالقانون في حالات عديدة يكون الغلط فيها حتمياً كما لو حرص المتهم على الاستفسار عن حكم القانون في فعله وأجابته السلطات العامة بأنه مشروع أو كان أساس الغلط قضاء مستقراً اعتبر الفعل مشروعاً (١) ، فقضاؤها إذن يرى أن الغلط في القانون لا يعتد به « أياً كان العذر الذي يقوم عليه *quelque excusable que soit l'erreur de droit* » (٢) . بيد أنها أصدرت مؤخراً حكماً في قضية تتحصل وقائعها في أن رب عمل اتهم بعدم إخطار السلطات العامة عن عدد من العمال يشتغلون لديه ، وهو إجراء يتطلبه القانون كقاعدة عامة ويتجاوز عنه إذا زادت مدة عقد العمل على سنة وكان ثابت التاريخ ، وثبت أن رب العمل لم يسجل عقود العمل لرفض الإدارة تسجيلها اعتقاداً منها أن القانون يعفيها من التسجيل . قضت محكمة أول درجة ببراءة رب العمل تأسيساً على أن قوة قاهرة عاقته عن الوفاء بالالتزام الذي يفرضه القانون وأبرمت محكمة النقض حكم البراءة مقررّة أن عدم قيام المتهم بالإجراء الذي يتطلبه القانون مرده إلى خطأ الإدارة ولم يأت المتهم خطأ ، والغلط الذي تمثل في اعتقاده أنه غير ملزم بالإجراء هو غلط أساسه خطأ لا يسأل عنه ، وخلصت محكمة النقض من ذلك إلى أن استناد

- ويقرر للعلاج بقصد الشفاء فهو بذلك إنما يقوم بعلاج طبي - دالوز ١٩٥٢ ص ٤٥٥ . وانظر ثلاث مقالات لنا نشرت بمجلة الأهرام أولها بعنوان « العلاج النفسي » والآخران بعنوان « التنويم المغناطيسي » في ١٥ مارس ١٩٥٥ و ١٧ و ١٨ أغسطس ١٩٦٤ حل التوالى . كما أصدرت محكمة استئناف باريس في ١٥ يولييه ١٩٥٢ حكماً قررت فيه *par suite, le non médecin qui reçoit chez lui des enfants et les soumet à des séances de psychanalyse prend part habituellement au traitement de maladies par des actes personnelles, sans contrôle ni surveillance médicale et commet le délit d'exercice illégal de la médecine.*

دالوز ١٩٥٢ ص ٤٩٨ . وراجع مقالنا « العلاج النفسي في القانون » ، المجموعة الرسمية ، السنة الحادية والستون . وتعميلاً على ما أوردناه بالمتن لا يقبل من المتهم في هذه الحالة أن يحتج بخلو القوانين الفرنسية من نص يجرم مزاوله العلاج النفسي على غير الأطباء أو بجعله بأحكام القضاء في هذا الخصوص ، كما لا يشفع له أن تكون نقابة الأطباء قد أفادته بعدم تجريم فعله .

(١) Cass. 9 avril 1932, Gaz. pal 1932, I. 800.

(٢) Cass 24 janvier 1936, D. p. 1936. I. 60.

محكمة أول درجة في قضائها بالبراءة إلى القوة القاهرة هو استناد لا يخالف القانون . وغنى عن البيان أن الوقائع السابقة تثير موضوع « الغلط الحتمي » وقد رأت فيه محكمة النقض عذراً ينتق افتراض العلم بالقانون ثم وصفته بالقوة القاهرة وهو تكييف غير صحيح لأن المتهم كان في مقدوره أن يعرف حكم القانون ، فالوضع بعيد كل البعد عن حالات الاستحالة المطلقة (١) . ويحول هذا التكييف الخاطئ لوقائع الدعوى دون أن تنسب لمحكمة النقض الفرنسية أنها استقرت بصورة حاسمة على الاعتداد بالغلط الحتمي كعذر ينفي القصد الجنائي خاصة إذا أخذنا في الاعتبار قضاءها المستقر في معنى عدم الاعتداد به (٢) .

(١) ينص قانون عقوبات كولومبيا في المادة ٢٣ على استبعاد المسؤولية الجنائية إذا كان الجهل بالقاعدة الجنائية « لا يرجع إلى إهمال من الفاعل » - رمسيس بهنام ، النظرية العامة ص ١٨٤ .

(٢) وعلى العكس من هذا موقف محكمة النقض الفرنسية في نطاق المسائل المدنية إذ يمكن قضاؤها في هذا النطاق اتجاهات أكثر مرونة وأكثر واقعية : فالمادة ١٦٣٨ من قانون فرنسا مثلاً تسمح للمشتري - في حالات معينة - أن يحتل من عقد البيع إذا استبان أنه محمل بحقوق ارتفاق غير ظاهرة ولم يعلن البائع عنها ، واحتق القضاء الفرنسي ، تفسيراً لهذه المادة ، نظراً مؤداه أن البائع لا يلزم بالإعلان عن حقوق الارتفاق القانونية التي يكون المقار المبيع محملاً بها ولو لم تكن ظاهرة إعمالاً لمبدأ افتراض العلم بالقانون . ثم عدل القضاء عن هذا النظر مقررماً مسؤولية البائع إذا كانت حقوق الارتفاق ترتبت بناء على قرار إداري أو عندما لا تكون هذه الحقوق نتيجة طبيعية للملكية *« le vendeur doit garantir lorsque la servitude résulte d'un arrêté administratif ou d'un plan d'urbanisme spécial... »* - cass., 10 sect. civ., 13 juill. 1954, Bull. civ., 1954, 1. 211 - *« ... lorsque la servitude ne constitue pas une conséquence normale de la propriété »* - cass., 10 sect. civ., 21 févr. 1956, D., 1956, 285, J. C. P., 1956, 11. 9200, note Blin.

وتعميلاً على ذلك وضعت محكمة النقض الفرنسية معياراً حاصله أن تكون حقوق الارتفاق القانونية ليس ثم التزام على البائع بأن يعلن عنها وألا تكون ظاهرة وألا تسمح حالة المقار للمشتري بأن يشك في وجودها - *« il en va désormais autrement des charges exceptionnelles, que l'état des lieux ne permettait pas à l'acheteur de soupçonner, alors surtout qu'il ne résidait pas dans la région parisienne »* - Cass., 10 Sect. civ., 16 oct. 1963, D., 1963, 710.

وهكذا أصبح القضاء الفرنسي يفرق بين حقوق الارتفاق القانونية الظاهرة وغير الظاهرة فيلزم البائع بالإعلان عن هذه الأخيرة . ويقول كاربونييه *« l'assimilation des servitudes légales aux servitudes apparentes n'est plus de notre temps. La loi moderne est devenue tellement complexe et arbitraire qu'il est raisonnable de réduire-*

٨٠٣ - وفي بلجيكا أقر كثير من أحكام المحاكم للغلط الحتمي في القانون بأثره المانع من المسؤولية . وفي قضية تتحصل وقائعها في أن أشخاصاً اتهموا بتوريد أمتعة وملابس عسكرية إلى الأعداء (الألمان) وثبت أن أحدهم قبل توريدها كان قد استشار بعض المسؤولين ومن بينهم رئيس اتحاد صناعات الملابس الذي ذكر له ، بعد أن استفتى بدوره بعض رجال القانون ، أن الأشياء التي يعتمزم توريدها لا يشملها الحظر القانوني وأن هذا الحظر مقصور على الأسلحة والذخائر . قضت محكمة أول درجة ببراءة المتهمين لانتفاء قصدهم الجنائي قولاً لإنهم ارتكبوا فعلهم نتيجة وقوعهم في غلط في الواقع كان يمكن أن يقع فيه حتماً كل شخص حريص وجد في نفس الظروف . ولما طعن في هذا الحكم أمام محكمة النقض لأسباب أهمها أن الغلط الذي استند إليه الحكم المطعون فيه هو غلط في تفسير القانون وليس غلطاً في الواقع ، ومن ثم لا يجوز الاستناد إليه في نفي المسؤولية الجنائية ، رفضت المحكمة الطعن مقررراً أنه « إذا كان الغلط في القانون أو الجهل به لا يجوز اعتباره في الأصل سبباً لمنع قيام المسؤولية إلا أن هذا الحكم يختلف متى كان هذا الجهل أو ذلك الغلط ، بسبب ظروف خاصة بالقضية ، كان من غير الممكن تجنبه ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الغلط الذي وقع فيه المتهمون ، وأدى إلى اعتقادهم بأن الأشياء التي قاموا بتوريدها لا يسرى عليها قانون العقوبات ، كان من النوع الحتمي ، وكان لا أهمية لخطأ الحكم في اعتباره ذلك الغلط من قبيل الغلط في الواقع مع أنه في حقيقته غلط في القانون ما دامت النتيجة التي خلص إليها الحكم تبررها قانوناً في الحالتين الصفة الحتمية في الغلط (١) . . . »

au minimum la présomption que nous la connaissons (à preuve l'habitude législative, qui s'instaure, d'obliger une partie à informer l'autre des conséquences légales de tel ou tel acte qu'elle lui notifie) - Carbonnier, obs. Rev. trim. dr. civ., 1956, 650, sur Cass 10 sect. civ., 21 févr. 1956, précité; comp. Gross, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, 1964, p. 199 ets.

Cass. Belge 10 juillet 1946 pasicrisis 1946-1-293. V. Legros (١) op. cit. p. 68.

وانظر مقال الدكتور عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ص ٦٤٩ .

٨٠٤ - وفي هولندا أيد الفقيه الهولندي فان هاتوم Van Hattum (١) الاتجاه السابق في المؤتمر الدولي الرابع للقانون الجنائي عام ١٩٥٤ مستنداً إلى أحكام صدرت من محكمة النقض في هولندا : فقد اتهم أحد حراس الدراجات بتهمة مخالفة التسعيرة المقررة قانوناً لحراسة الدراجة وكان قد استفسر من البوليس عن الأجر الواجب تقاضيه عن حراستها فأفاده بأجر ضعف الأجر المحدد قانوناً ، فلما دانته المحكمة على أساس أن الدفع بالغلط في القانون الجنائي لا يصلح عذراً يتنى القصد الجنائي ، نقضت محكمة النقض هذا الحكم وبرت المتهم مقررة أن الجهل بالقانون أو الغلط في تفسيره إذا كان لا يرجع إلى خطأ أو تقصير من المتهم ولم يكن في مكنه تفاديه فإنه يصلح دفاعاً يتعين تحقيقه ، وإذا كان المتهم قد بذل كل ما في وسعه في هذا الشأن حيث استفسر من البوليس فإنه لا يكون مخطئاً في غلظه (٢) .

نظرية الشك الذهني

٨٠٥ - حاول فيلوننكو Maximilien Philonenko أن يضع قيداً على افتراض العلم بالقانون فقال بنظرية الشك الذهني Le doute intellectuel ويعني كون المتهم أقدم على فعله معتقداً بناء على قضاء مستقر أن فعله مشروع فيكون متعيناً على القاضي الذي يعرض عليه أمره أن يعتد بغلظه ويقرر انتفاء القصد الجنائي لديه ، وقد دعم نظريته تلك بقاعدة « الشك يفسر لمصلحة المتهم » . وهذه النظرية معيبة إذ محل تطبيق قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم أن يقوم الشك في ذهن القاضي لا في ذهن المتهم ، فهذه القاعدة لا سبيل إلى تطبيقها إذا كان القاضي متأكداً من حكم القانون ولم يكن في ذهنه

(١) Van Hattum : L'erreur en droit pénal, Rev. int. de dr. pén. (١) 1955 pp. 329 et suiv.

وانظر محمد زكي محمود ، المرجع السابق ص ٥٧٩ .

(٢) وثمة تشريعات اعتدت بالجهل أو الغلط في القانون الجنائي في نفي القصد إذا ما ثبت أنه من النوع الجنمي . فالمادة ٢٠ من قانون العقوبات السويسري الصادر عام ١٩٣٧ تنص على أنه « يجوز للقاضي أن يخفف العقوبة طبقاً للمادة ٦٦ بالنسبة لمن يرتكب جنابة أو جنحة وهو يعتقد بناء على أسباب كافية أن له الحق في ارتكابها ، كما يجوز للقاضي أيضاً أن يعفي الجنائي من كل عقاب » - انظر في شرح هذه المادة Logoz : Commentaire du code Pénal Suisse p. 77.

شك وإنما ثار الشك في ذهن المتهم وحده لأن تحديد حكم القانون في الفعل هو وظيفة القاضي وحده دون أن يكون لرأي المتهم شأن في ذلك على الإطلاق (١) . وهذه النظرية لا تستند كذلك إلى أساس من المنطق ، فإذا كان الشك يتنى القصد الجنائي لأنه يجعل إرادة مخالفة القانون غير متوافرة حالة أن هذه الإرادة تتطلب يقيناً بمخالفة الفعل للقانون ، فإن الشك كان يجب أن يكون له نفس الحكم سواء استند إلى قضاء مستقر أو لم يستند إلى شيء من ذلك لأن الشك يتنى اليقين في كل الحالات . وإذا قلنا إن الشك يتنى القصد الجنائي فإن منطق الأشياء يقتضي أن تقرر انتفاء القصد الجنائي لدى من لم يخطر بذهنه أن فعله مخالف للقانون لأن انتفاء إرادة مخالفة القانون أوضح لديه ممن تردد في تحديد حكم القانون في فعله . وأخيراً فإن هذه النظرية تضيق من نطاق افتراض العلم بالقانون على نحو يودي بأهميته .

تعد افتراض العلم بالقانون

٨٠٦ - إن فكرة افتراض العلم بالقانون يعيها أنها تجعل القصد الجنائي قائماً في جانب أساسي منه على مجاز قد يكون بعيداً عن الحقيقة بعداً كبيراً ، ذلك أن افتراض العلم بالقانون على الرغم من ثبوت انتفائه فعلاً ثم القول بتوافر القصد الجنائي ، يعادل حذف العلم بالقانون من عداد عناصر القصد الجنائي . والدليل على ذلك اتحاد مصير من يعلم بمخالفة فعله للقانون ومن يجهل ذلك جهلاً ثابتاً على نحو لا يقبل شكاً ، وليست الحجج التي يعتمد عليها هذا الافتراض حاسمة ، فالعبرة ليست بوسيلة العلم (نشر القانون في الجريدة الرسمية) التي قد لا تؤدي إليه ، وإنما العبرة باكتساب العلم ذاته . وإطلاق هذا الافتراض ينطوي على قسوة لا تبررها مصلحة المجتمع ، ولم تخف هذه الحقيقة على القائلين به فأوردوا عليه العديد من الاستثناءات التي أوردنا طرفاً منها . ولكن منطق الافتراض يقتضي أن يكون مطلقاً فلا يرد عليه استثناء أبداً ، حتى ولو توافرت الظروف التي تجعل العلم بالقانون

(١) انظر في ذلك نقضاً فرنسياً Cass. 24 janvier 1936 D. 36-1-60 وقد ورد فيه أن القاضي يعد مخطئاً في تطبيق القانون إذا نطق بالبراءة مقررراً أن الشك يفيد المتهم في حين أن هذا الشك تعلق بالأمر الذي يجب أن يقرر القاضي له الحل القانوني - وراجع محمود نجيب حسني ، المرجع السابق .

مستحيلاً أو تجعل الجهل به حتمياً غير مستند إلى خطأ . والحقيقة أن الاستثناءات السابقة لا يمكن تبريرها إلا إذا كيفنا العلم بالقانون بأنه التزام فيكون متصوراً أن نضع له القيود المستمدة من استطاعة العلم وأن تعمل القاعدة التي تقضى بأنه « لا التزام بمستحيل » والقاعدة التي تقرر أنه « لا مسئولية بغير خطأ » . أما إذا لم ننظر إلى العلم بالقانون على أنه التزام ، وإنما نظرنا إليه على أنه افتراض ويجاز فلا يجوز أن نطبق عليه أحكام الالتزام ، بل يجب أن نجعله مقررراً قاعدة لا ترتبط بغير اعتبارات المصلحة التي تتطلبها^(١) . ويعيب افتراض العلم بالقانون أخيراً أن التفرقة بين الجهل أو الغلط في قانون العقوبات والجهل أو الغلط في القوانين الأخرى محل للنقد ، وهو ما نعرض له حالاً بشيء من التفصيل لأهميته .

نقد التفرقة بين الجهل والغلط في قانون العقوبات وفي القوانين الأخرى

٨٠٧ - النقد الأساسي الذي يوجه إلى هذه التفرقة أنها غير ذات سند من القانون : فالاعتبارات التي يقوم عليها افتراض العلم بالقانون تتوافر بالنسبة لقانون العقوبات كما تتوافر بالنسبة للقوانين الأخرى ، ومن الصعب أن نجد سبباً يقصر هذه الاعتبارات ويقصر نطاق الافتراض تبعاً لذلك على العلم بقانون العقوبات ، ذلك أنه إذا قيل إن الافتراض ضرورة لا بد منها كي يمكن إعمال أحكام القانون وتطبيقها فإن هذا القول صحيح بالنسبة لجميع قواعد القانون إذ يحرص الشارع على تطبيق جميع الأحكام التي يتضمنها التشريع الوضعي . ولا يسوغ القول إن قانون العقوبات أسمى مرتبة من القوانين الأخرى لأنه يجرم أخطر أنواع الاعتداء على المجتمع في حين تنظم القوانين الأخرى أموراً أقل خطورة ، ذلك أن القوانين جميعاً تساهم في إعطاء المجتمع تنظيمياً معيناً ، وقانون العقوبات يعجز دون عون من القوانين الأخرى عن صيانة مصلحة المجتمع على النحو المطلوب . وليست قواعد قانون العقوبات وحدها التي تتعلق بالنظام العام ، بل إن كثيراً من قواعد القانون المدني أو الإداري وغيرها تتعلق بالنظام العام كذلك . وإذا قيل في تبرير افتراض

(١) انظر في رفض افتراض العلم بالقانون Radulesco, p. 89 . وفكرة الالتزام بالعلم بالقانون قال بها مانسني - المرجع السابق ج ٢ ص ٢٦ .

العلم بقانون العقوبات إن الشارع يتيح للأفراد سبيل هذا العلم لأنه ينشر القانون في الجريدة الرسمية فهذا التبرير ذاته يصلح بالنسبة لافتراض العلم بالقوانين الأخرى . وبالإضافة إلى ما تقدم فإن نص الدستور الذي أوجب نشر القوانين وحدد موعد العمل بها واستخلص من حلول هذا الموعد قرينة لا تقبل الدليل العكسي على علم الناس كافة بها (المادة ١٨٨ من الدستور) لم يقتصر حكمه على قانون العقوبات ، وإنما شمل القوانين كافة ، وبذلك يكون قصر افتراض العلم بالقانون على قانون العقوبات إهداراً جزئياً لنص الدستور . وقد رأينا كيف حاولت محكمة النقض تبرير التفرقة بين قانون العقوبات والقوانين الأخرى فذكرت أن الجهل بهذه القوانين هو جهل بواقعة حال ، وأنه خليط مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم ليس من أحكام قانون العقوبات واستخلصت من ذلك وجوب اعتباره في جملته جهلاً بالواقع وتقرير أثره النافي للقصد الجنائي . وقد أوضحنا أن هذا التبرير يعيبه الغموض ، إذ لم تبين المحكمة كيف يعد الجهل بالقانون جهلاً بالواقع في الوقت نفسه على ما بين النوعين من فارق أساسي^(١) .

٨٠٨ - والتفرقة المشار إليها أيضاً صعبة التطبيق ، ذلك أن قانون العقوبات ليس مستقلاً تمام الاستقلال عن القوانين الأخرى ، بل إنه في كثير من نصوصه يتناول حقوقاً تعترف بها القوانين الأخرى كما يشملها بحمايته ويقرر للاعتداء عليها الجزاء الجنائي ، فوراء نصوص قانون العقوبات قواعد تنتهي إلى القوانين الأخرى وتتصل بها أوثق الاتصال وتساهم في تحديد أحكامها ، ولذلك فإن الفصل بينها عسير ، ثم هو بالإضافة إلى ذلك مجرد

(١) يلاحظ أن الغلط ، في حكم النقص الصادر بصدد زواج زوجة هي حالة الزوجة الأولى لنفس الزوج ، والذي سبق إيراده في صدد الجهل والغلط في غير قانون العقوبات ، لم ينصب على الواقعة ذاتها وإنما انصب على التكليف القانون لها ، وهذا التكليف هو حكم القانون مخصصاً في حدود هذه الواقعة ، ولا جدال في أن الغلط إذا تعلق بالتكليف القانوني للواقعة فقد تعلق في الوقت نفسه بالقاعدة القانونية التي تحكم هذا التكليف كما سبق أن ذكرنا ، بل إنه لا شأن لهذا الغلط بالغلط في الوقائع ، إذ يفترض الغلط في الواقعة اعتقاداً غير صحيح تعلق بالواقعة من حيث كيانها المادي كأن يتوهم الشخص وجود واقعة غير موجودة أو يعتقد انتفاء واقعة قد توافرت أو يتصورها قائمة على عناصر مادية مختلفة عما هي قائمة عليه . فكيف يكون الجهل بالقانون أو الغلط فيه جهلاً بالواقع في ذات الوقت ؟

نصوص قانون العقوبات من دلالتها ويزيل الأساس الذي تعتمد عليه .

٨٠٩ - وفي النهاية تؤدي هذه التفرقة إلى نتائج تأباها العدلة لأنها تجعل مصير المتهم متوقفاً على محض المصادفة ، فإن تعلق الغلط بقاعدة وضعها الشارع بين أحكام قانون العقوبات لم يكن للغلط اعتبار ، أما إذا تعلق بقاعدة وضعها الشارع بين أحكام قانون آخر كان للغلط اعتباره . والموضع الذي يختاره الشارع لقاعدة من قواعد القانون ليس دائماً وليد الدقة والإحكام : فمن يسند لغيره أموراً لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً وهو يجهل أن القانون يعاقب عليها لا يعتد بغلطه لأنه يتعلق بحكم من أحكام قانون العقوبات فتتوقع عليه عقوبة القذف ، ولكن من يستولى على شيء يعتقد أنه مملوك له وهو جاهل قاعدة القانون التي تقرر الملكية لغيره يُعتد بغلطه لأنه يتعلق بحكم قانون آخر غير قانون العقوبات فيعد القصد الجنائي لديه منتفياً ولا توقع عليه عقوبة السرقة (١) ، والتفرقة بين الحالتين ليس لها ما يبررها إذ تعلق الغلط فيهما بعنصر من عناصر الجريمة .

المبحث التاسع

الالتزام بالعلم بالقانون

٨١٠ - فكرة الالتزام بالعلم بالقانون قال بها مانسيتي على ما أتف بيانه ، ولكنه لم يربط بينها وبين القواعد الأساسية في القصد الجنائي ولم يوضح كيف يعد الإخلال بهذا الالتزام أساساً للقول باتجاه الإرادة إلى مخالفة القانون .

(١) ومن يعتقد أن له حق الدفاع الشرعي في حالة غير الحالات التي يقرها الشارع فيها لا يعتد بغلطه لأن قانون العقوبات هو الذي نص على الدفاع الشرعي وحدد أحكامه فالغلط قد تعلق إذن بحكم من أحكام قانون العقوبات ، ولكن من يعتقد أن له حق التأديب قبل شخص لا يعترف له الشارع في مواجهته بهذا الحق يجب أن يعتد بغلطه لأنه يتعلق بحكم قانون غير قانون العقوبات إذ أن تحديد الأشخاص المخاضين للتأديب وتفصيل الأحكام التي يخضع لها هذا الحق تتكفل بها قواعد قانونية لا تنتمي إلى قانون العقوبات . والانتقادات السابقة كانت تكفي في نظرنا لكي نرفض التفرقة بين قانون العقوبات والقوانين الأخرى ولكن نقرر فسادها من حيث الأساس الذي تعتمد عليه ومن حيث النتائج التي تؤدي إليها إلا أننا أقررنا هذه التفرقة بناء على فكرة أخرى نعتقد أنها تقوم على أساس قانوني صحيح وهو ما سيبيح في خاتمة دراستنا .

وقد حاول الدكتور محمود نجيب حسني أن يقيم على أساس من هذه الفكرة نظرية واضحة متكاملة العناصر تحسم مشكلة العلم بالقانون على نحو يتفق ومنطق القواعد الأساسية في القصد الجنائي ويؤدي إلى نتائج سليمة لا تجافي العدالة . وتحصل الفكرة والنظرية كلتاهما في أن الشارع حين يضع قواعد القانون فإنه يستهدف إلزام الأفراد بها لأنه يرى في خضوعهم لأحكامها السبيل لتنظيم المجتمع على نحو سليم ، واهتمام الشارع بتوقيع الجزاء على من يخرج على قواعد القانون يأتي في المرتبة الثانية بالنسبة لاهتمامه بأن يلتزم الأفراد هذه القواعد ولا يخولون بأحكامها ، ومن ثمة كانت القاعدة القانونية إلزامية بطبيعتها بمعنى أنها تستند إلى إلزام باحترام أحكامها يفرضه الشارع على الناس وبغير هذا الالتزام تغدو القاعدة القانونية مجردة من القيمة عاجزة عن تحقيق مراد الشارع منها ، وتبعاً فإن مصدر هذا الالتزام هو فكرة القانون نفسه ، وموضع هذا الالتزام بالنسبة للقاعدة القانونية هو موضع الأساس الذي لا غنى عنه ولا يتصور هذا الالتزام إلا إذا كان إلى جانبه التزام آخر هو الالتزام بالعلم بالقانون ، فلا يتصور أن يكلف بالخضوع للقاعدة القانونية من يجهل أحكامها ، ومن أجل هذا كان الالتزام بالخضوع للقانون مفترضاً للالتزام بالعلم بالقانون . وبعبارة أخرى فإن تكليف الشارع الأفراد أن يلتزموا أحكام القانون يجب أن يسبقه التكليف بأن يعلموا هذه الأحكام . وموضوع الالتزام بالعلم بالقانون هو أن يبذل من يخضع له كل ما في استطاعته حتى يتحقق له الإلمام بالقانون . ونحن لا نقف عند حد النظر إلى هذا الالتزام نظرة عامة مجردة فنراه متعلقاً بالقانون في مجموعه ، وإنما تطبقه بالنسبة لكل قاعدة قانونية على حدة ونستخلص من الالتزام العام التزامات متعددة بتعدد القواعد القانونية بحيث نستطيع القول إن كل قاعدة قانونية تستند إلى إلزام بالعلم بها ثم بالخضوع لما تقضي به أحكامها (١) . ولا يعد السلوك مطابقاً للقانون إلا إذا خضع صاحبه للالتزامين معاً فعلم بالقاعدة

(١) بمعنى أن القاعدة القانونية تنشئ التزامين : التزاماً بالعلم بها والتزاماً بعدم المساس بالحق الذي تحميه أي بالامتناع عما تتضمنه من نهي أو أمر . والالتزام الأول موضوعه القيام بكل عمل يقع الخاضع للقاعدة أن يقوم به حتى يكتسب العلم بها ، والالتزام الثاني موضوعه القيام بالعمل الذي تأمر به أو الامتناع عن العمل الذي تنهى عنه .

القانونية ثم امتثل لما تقضى به ، أما إذا أخل بأحد هذين الالتزامين فهو خارج على أحكام القاعدة القانونية وجددير بالجزاء الذي تقرره ، وبذلك يضع القانون على قدم المساواة كلا الالتزامين المتولدين من القاعدة القانونية .
٨١١ - فإذا حددنا بعد ذلك فكرة القصد الجنائي قلنا إنه إرادة مخالفة القانون ، أى إرادة مخالفة أحد الالتزامين الناشئين عن القاعدة القانونية (١) .

(١) القصد الجنائي - وفقاً لتعريف التقليدى - هو توجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة بمتناسرها وأركانها المهيئة في القانون مع افتراض علمه بها ، أو هو إرادة ارتكاب فعل أو ترك معاقب عليه مع العلم بمعناه وحقيقته ومع استحالة التسلك بالجهل بالقانون - انظر جارسون على المادة ١ بند ٧٧ - فيدال ومانيول ١٩٤٧ بند ١٢٥ - دى فاير ، شرح القانون الجنائي ط ٣ بند ١٢٦ - بول لوجوس - شرح القانون السويسرى ص ٦٣ - على بدوى ، المرجع السابق ص ٣٥٤ - القللى ، المرجع السابق ص ٨٠ - على واشد ، المرجع السابق بند ٦٩٧ . وقد نصت المادة ٤٣ من قانون العقوبات الإيطالى على أن الجريمة تعتبر عمدية إذا كان الحدث الضار أو الخطر *evento dannoso pericoloso* المترتب على الفعل أو الترك الماتب عليه مقصوداً وملحوظاً كنتيجة مقصودة وملحوظة لفعله أو تركه . وقال الوزير روكو واضع مشروع هذا القانون أمام اللجنة البرلمانية أثناء نظره « أما عبارة القصد الجنائي *intenzione* فلم تؤخذ عن الفرنسيين وإنما هى كلمة إيطالية تعبر عن فكرة إيطالية فالقصد هو الإرادة حين تتجه إلى غرض إذ يستحيل تصور إرادة بغير غرض . فالإرادة التى تتجه إلى غرض تسمى قصداً وفى تعيين معنى التمد *dolo* والخطأ *culpa* وما وراء العمد *preterintenzione* ينظر إلى الصلة بين الغرض والنتيجة أو بين الحدث وبين القصد فإن كان الحدث مطابقاً للقصد توفر العمد وإذا كان قد تجاوز القصد توفر ما وراء العمد وإذا جاء الحدث على خلاف القصد توفر الخطأ » - مانسبى ج ١ ص ٦٠٨ هامش ١ . ولما كانت الجرائم العمدية إما جرائم ضرر أو جرائم خطر أى إما جرائم يعاقب فيها الشارع على الضرر الذى يترتب عليها وإما جرائم يعاقب الشارع على الخطر الذى يصاحب وقوعها والتى يخشى الشارع منبته ، فإن الفارق بين تعريف القانون الإيطالى للقصد الجنائي أو التمد والتعريف التقليدى فارق علمى أكثر من عملى . وتعريف القصد الجنائي على هذا النحو التقليدى يستوجب أن تنصب إرادة الجاني وعزمه على كل عناصر الجريمة ، فإن كان القانون يشترط لوجود الجريمة باعداً معيناً أو غاية أو نتيجة معينة مقصودة وجب أن تحتضن إرادة الجاني هذا الباعث أو هذه النتيجة أو هذه الغاية . وعلى هذا الوضع يكون معنى القصد الجنائي دائماً واحداً فى كل الجرائم العمدية ويكون الفارق بين القصد العام والقصد الخاص أو الأخص الذى كثيراً ما يذهب إليه المؤلفون فارقاً لا يرجع إلى اختلاف فى حقيقة القصد الجنائي ومعناه وإنما يرجع إلى الاختلاف فى العناصر اللازمة لتوافر كل جريمة بحسب طبيعتها أو نص القانون ، تلك العناصر التى يجب أن تدخل كلها فى قصد الجاني والتي إذا أفلت أحدها من قبضة هذا التصميم وجبت البراءة لقيام حسن النية نتيجة انعدام القصد . وعلى هذا الأساس لا يدخل الباعث أو الغرض فى تعريف القصد الجنائي العام لكنه قد يدخل فى تعريف جريمة معينة فيكون عنصراً معنوياً من =

هذه الإرادة لا تتصور بطبيعة الحال إلا إذا ثبت علم المتهم بالالتزام الذى يفرضه القانون عليه . ولا تنور صعوبة إذا ما أوفى المتهم بالالتزام بالعلم = عناصرها إذا قضت بذلك طبيعة الجريمة أو نص القانون الذى جرمها ، فإذا لم يكن للباحث أو الفرض عنصراً من عناصر الجريمة على هذا النحو فلا يلتفت إليه فى الإدانة والتبرئة وإن كان يجوز أن يعتبر فى تقدير العقوبة .

بيد أن التعريف التقليدى للقصد الجنائي إذ لا يعتد بالباعث أو الغاية أو النتيجة فى تحديد معنى القصد العام ، يتعرض لانتقاد المدرسة الوضعية التى تنمى عليه قصوره . ويرى زيمبها فرى *Ferri* أنه لكى تتحقق المسؤولية الجنائية لا يكتفى أن تكون إرادة الجاني قد اتجهت إلى ارتكاب الفعل المعاقب عليه بل يجب أن تكون قد قصدت الإخلال بحق من أجل غاية غير مشروعة *antijuridique* أو منافية لمصلحة المجتمع *antisocial* . وقد طبق فرى وأتباعه هذا النظر على عدة جرائم ذكرها فيدال ومانيول اللذان وصفا هذه النظرة بأنها سديدة فى أساسها العقل وقالا إنها لقيت ترحيباً من الجنائين فى العصر الحديث وإن التشريعات الحديثة تتجه إليها ، ولأنها فضلاً عن ذلك توافق معنى القصد الجنائي كما يفهمه الشعب وعلى الأخص كما يفهمه المحققون . لكن هذين الفقيهين قد أخذوا عليها المغالاة فى جعل حسن البواطن والغايات سبباً عاماً للتبرئة لما فى ذلك من إبطال جزئى لتوظيفة العقوبة فضلاً عن إشاعة الاضطرابات فى نظام المسؤولية الجنائية بالخلط بين ما هو موضع للعذر وبين ما هو مباح - راجع فى تفصيل ذلك فيدال ومانيول ، المرجع السابق ص ١٨٢ - ١٨٤ وحواشياها - القللى ، المرجع السابق ص ٨٥ - ٨٩ . ومن الممترضين على الاحتكام إلى البواعث والغايات مانسبى وذلك لعدم انضباطها وقصور دلالتها ولأنها لا تحقق أن صاحبها متمرد على الضوابط الاجتماعية لا يفيد فى منع مثله نصوص القانون الجنائي فضلاً عن أن جهنم مليئة بحسن النية - منسبى ج ١ ص ٦١١ والمراجع المشار إليها فى حاشية ١ و ٢ . والواقع أن الغاية المشروعة لا يمكن أن تبررها وحدها الوسيلة المتنوعة بإطلاق وكقاعدة عامة ، والقول بغير ذلك معناه إخلال بتقدير الأفراد محل تقدير المشرع فى تعيين ما هو مباح وما هو معاقب عليه وإفساد سياسة المشرع كلها من أجل بواعث الأفراد الشريفة ونواياهم الطيبة . ولكن شتان بين هذا الزعم وبين قولنا إن الوسيلة غير المشروعة فى عمومها تصبح مشروعة فى ظروف تستدعى الالتجاء إليها إذا استعملت باحتياط كامل ويتدر ما يلزم للظروف والغرض المحمود المشروع الذى دعا لاستعمالها . هنا لا يلنى الباعث أو الغاية عمومية القاعدة القانونية وإنما يخدمها إذ يكسبها مرونة تمكن القاضى الجنائي من معالجة بعض مواقف كان يصعب على واضع القانون عند وضعه أن يتصورها أو أن يوفق إلى صياغة حكم يواجها ، كما تمكن القاضى من أن يحافظ على بقاء التوافق اللازم بين أحكام قانون العقوبات وبين فطنة الرجل العادى وإدراكه للصواب والخطأ وشعوره بالعدل وفهمه لمعنى الجريمة .

هذا ويتحقق الهيكل القانونى للجريمة بحسب الأصل بمجرد توافر ركنها المادى والمعنوى ، ذلك أننا لا نعتنى بالنظر الذى ذهب إليه البعض من اعتبار عدم المشروعية ركناً فى الجريمة يتمثل جوهره فى الاعتداء على المصلحة التى يحميها القانون - راجع مأثور سلامة ، قانون العقوبات المسكوى ١٩٦٨ ص ١٣٦ هامش ١ . ذلك أن جوهر الجريمة ذاتها هو الاعتداء على هذه المصلحة =

بالقانون ولكن أخل بالالتزام بالخضوع لما تقضى به أحكام القانون ، إذ يعد القصد الجنائي متوافراً لديه لأنه وقت أن قارف فعله المخالف للقانون كان يعلم بالالتزام الذي يفرض عليه اجتناب هذا الفعل ، وإرادته حين اتجهت إلى مقارفة الفعل اتجهت إلى مخالفة القانون . ويتحقق هذا الوضع في حالتين : إذا كانت مخالفة الفعل للقانون واضحة بحيث لا يتطلب اكتساب العلم بها جهداً ويكون ذلك إذا ناقض الفعل تعاليم الأخلاق التي يدركها كل ذي أهلية في نظر القانون ، وإذا لم تكن مخالفة الفعل للقانون واضحة لأنه لا يناقض تعاليم الأخلاق ولكن بذل المتهم جهده حتى علم - قبل أن يقدم على فعله -

ولا قيام للركنين المادى والمعنوى بدون التأكد من هذا الاعتداء . فعدم الشرعية هي لفكرة المعنوية ذاتها فكيف يمكن الوصف أن يكون ركناً في الموصوف (انظر عبد الفتاح الصفي ، المرجع السابق ص ٤٢٩) وكيف يمكن لفكرة للمعنوية أن تكون ركناً في المحل الذي ترد عليه هذه لفكرة . ومع ذلك فقد يتطلب القانون توافر ظروف معينة حتى تندرج الجريمة تحت نص قانوني معين ، هذه الظروف إما أن تؤثر في وصف الجريمة فتعتبر من أركانها وإما أن تقتصر على التغيير في العقوبة المقررة لها فلا تعتبر من أركانها . وقد احتجم الجدل الفقهي في تحديد مكانة الظروف من أركان الجريمة ، فذهب رأى إلى أن وصف الجريمة يتحدد حل ضوء أنواع الجرائم كما حددها القانون وهي الجنائيات والجناح والمخالفات فإذا أثر الظروف في تغيير نوع الجريمة اعتبر من الأركان - محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٢٩ هامش ١ ، عادل حازر ، النظرية العامة في ظروف الجريمة ، رسالة دكتوراه ١٩٦٧ ص ٥٢ . ونحن نتفق مع هذا الرأي في أن الظروف الذي يؤثر في نوع الجريمة يعتبر من الأركان لأنه يؤدي إلى تغيير وصف الجريمة ، ولكن بلاحظ أن هذا التغيير قد يتحقق بدون التأثير في نوع الجريمة لأن الظروف بحسب طبيعتها تؤثر في الجزاء الجنائي تشديداً أو تخفيفاً فلا يعرف ما إذا كان هذا التأثير يتطوّر على تغيير وصف الجريمة أو يقتصر على مجرد التغيير في الجزاء دون المساس بهذا للوصف . وذهب آخرون إلى التمييز بين الركن والظرف على أساس المصلحة المحمية على تقدير أنها معيار أمودج الجريمة في رأيهم ، فإذا لم يؤثر الظرف في أساس المصلحة المحمية واقتصر مثلاً على جسامة الاعتداء عليها فإنه لا يعتبر ركناً - حسين عبيد ، النظرية العامة لظروف المخففة ، رسالة دكتوراه ١٩٧٠ ص ١١١ . ويعيب هذا الرأي الانتصار عند التمييز بين الجرائم على مجرد عنصر واحد من عناصر الركن المادى للجريمة هو النتيجة بمعناها القانوني حالة أن جميع عناصر الجريمة سواء في ركنها المادى أو المعنوى تصلح هي الأخرى أساساً لهذا التمييز . ونحن نرى أن الظروف تعتبر جزءاً في تكوين الجريمة إذا أدت إلى تغيير في أمودجها القانوني كما حدده القانون في صورتها المبسطة أو إلى تغيير في نوع الجريمة ، وتعتبر مجرد ظروف بختة إذا لم تؤثر إلا في العقاب المقرر للجريمة دون مساس بأمودجها القانوني أو بنوعها - انظر فتحي سرور - المرجع السابق ص ١٦٤ .

بقواعد القانون التي تحرم عليه هذا الفعل ثم اتجهت إرادته على الرغم من ذلك إلى الخروج على ما تقضى به أحكامها .

٨١٢ - وإلى جانب الوضع المتقدم نجد وضعاً آخر لم يتح فيه للمتهم أن يعلم بالقاعدة القانونية ولم يتح له تبعاً لذلك أن يخضع لما تقضى به أحكامها ، فهل يمكن القول على الرغم من ذلك إن الإرادة قد اتجهت إلى مخالفة القانون ؟ إن الالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية يدركه كل ذي أهلية يخضع لسלטانها ، ويفرض هذا الالتزام القيام بعمل هو بذل كل الجهود الممكنة وسلوك كل ما يستطاع من السبل كي يحيط الخاضع للقاعدة علماً بما تقضى به أحكامها ، فإذا اتجهت الإرادة إلى عدم بذل هذه الجهود أى إلى عدم القيام بالأعمال التي يفرضها الالتزام فقد اتجهت إلى مخالفة القانون ، وبذلك يكون السلوك الذي ينسب إلى الخاضع للالتزام هو الامتناع العمدي . وبدهى أننا لا نتساءل في هذه الحالة عما إذا كانت الإرادة قد اتجهت إلى الإخلال بالالتزام بالخضوع لما تقضى به أحكام القاعدة القانونية لأن هذا الالتزام لا محل له إلا إذا أوفى المتهم بالالتزام بالعلم بالقاعدة ، أما إذا لم يف به فلا محل للبحث في التزام لا ينشأ إلا عند الوفاء بالالتزام الأول . وقد تقدم أن الإخلال بأحد الالتزامين كاف لكي تعد الإرادة متجهة إلى مخالفة القانون .

٨١٣ - ولكن قد يثور التساؤل الآتي : هل نستطيع القطع بأن المتهم - وقت أن قارف فعله - كان يعلم بالالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية ؟ إن القول بعلمه ضروري لكي نقول إن إرادته قد اتجهت إلى الإخلال بهذا الالتزام عن طريق عدم القيام بما في وسعه للإحاطة بالقاعدة القانونية . لا شك أن كل من يأتي نشاطاً عليه واجب العلم يحكم القانون فيه قبل أن يقدم عليه ، وهو يعلم بهذا الواجب لأنه يعلم أنه فرد في مجتمع يخضع للقانون وأنه لا يتمتع بحرية مطلقة في أن يأتي ما يشاء من الأفعال ، وهو يعلم أنه يجب عليه أن يميز بين المباح والمحظور ، وهذا التمييز تحكمه قواعد القانون وهو ما يعني أن المتهم يعلم بالواجب الذي يحتم عليه العلم بالقانون ، ويتوافر هذا العلم لدى كل ذي أهلية في نظر القانون فإذا لم يتم بما يفرضه عليه هذا الواجب فقد اتجهت إرادته إلى الإخلال بهذا الالتزام .

٨١٤- وموضوع الالتزام بالعلم بالقانون هو الأفعال التي يستطيع المتهم أن يقوم بها لاكتساب العلم بالقانون ، فهذا الالتزام يفرض أعمالا إيجابية من قبيل الاستفسار عن حكم القانون في فعله ، والحدود التي ترسم نطاق هذه الأعمال تستمد من مقدرة المتهم وإمكانياته ، فكل ما تسمح له به إمكانياته يتعين عليه أن يبذله ، وكل ما يجاوز قدرته وإمكانياته لا يكلف يبذله : فيعد المتهم مخلا بالتزامه إذا لم يقم في سبيل العلم بالقانون بعمل كان في وسعه أن يقوم به ، ولا يعد مخلا بالتزامه إذا لم يقم في سبيل العلم بالقانون بعمل لم يكن في وسعه أن يقوم به . وغنى عن البيان أن تحديد إمكانيات الجاني وحصر الأعمال التي يجب عليه القيام بها توصلنا إلى العلم بالقانون أمر يتوقف على ظروف كل حالة على حدة ، ومن ثم يكون متعينا على القاضي - في سبيل تحديد نطاق الالتزام المفروض على المتهم - أن يدرس كل الظروف التي أحاطت باقتراف الفعل ويجعلها المناط في بيان حدود الالتزام .

٨١٥- فإذا تحققت اتجاه الإرادة إلى الإخلال بأحد الالتزامين المتولدين عن القاعدة القانونية فإنه يلزم لتوافر القصد الجنائي أن تتجه الإرادة إلى تحقيق عناصر الجريمة ، وكما تتطلب فكرة القصد الجنائي العلم بالالتزام الذي تتجه الإرادة إلى الإخلال به فكذلك تتطلب العلم بعناصر الجريمة التي تتجه الإرادة إلى تحقيقها . وكما تطلبنا العلم الفعلي بالالتزام الناشئ عن القاعدة القانونية فكذلك نطلب العلم الفعلي بعناصر الجريمة وهي - على ما سبق أن أوضحنا - نوعان : عناصر تقوم على وقائع وعناصر تقوم على تكييف تتصف به الوقائع (١) ، ولا فرق بين النوعين من حيث وجوب انصراف العلم إليهما .

فالقصد الجنائي لا يتوافر إلا إذا علم الجاني بتحقيق كل العناصر التي تتطلبها الجريمة ، فإذا كنا بصدد العناصر التي تقوم على وقائع فإن وجوب إحاطة علم الجاني بها لا يثير شكاً على الإطلاق ، أما إذا كنا بصدد العناصر التي تقوم على تكييف معين فلا فرق بين أن يكون التكييف قانونياً أو أن يكون غير قانوني ، وإذا كان قانونياً فلا فرق بين أن يكون ثمرة تطبيق قواعد قانون

(١) ومثال العناصر التي تقوم على وقائع : الفعل والنتيجة وعلاقة السببية ، ومثال النوع الثاني : صفة الإخلال بالحياة التي تتوافر للفعل وكون الشيء مملوكاً للغير .

العقوبات أو قواعد القوانين الأخرى ، ذلك أن عناصر الجريمة تتساوى جميعاً من حيث أهميتها بالنسبة لفكرة القصد الجنائي (١) ، ومن ثم فإن كل تفرقة بين عناصر الجريمة التي يعتبرها القانون جميعاً متساوية من حيث لزومها لتكوين الجريمة هي تحكم محض .

٨١٦- ولا تنور صعوبة إذا اعتقد الجاني أن القانون ينص على سبب إباحة يخضع له فعله حالة أن القانون لا يعرف هذا السبب للإباحة ، ففي هذه الحالة إذا تبين أن الجاني قد أدخل بالتزامه بالعلم بالقانون لأنه لم يقم بما كان في وسعه أن يقوم به لكي يدرك حكم القانون في فعله ، فإن إرادته تعد متجهة إلى الإخلال بالالتزام الذي تفرضه عليه القاعدة القانونية وتعد بذلك متجهة إلى مخالفة القانون ، أما إذا بذل جهده لكي يعلم حكم القانون فلم يكن ذلك كافياً لكي يزول غلظه ويدرك الصفة غير المشروعة لفعله ، فإن إرادة مخالفة القانون لا تنسب إليه . ولا يختلف الأمر باختلاف الموضع الذي اختاره الشارع للنص على الإباحة ، فسيان أن يتضمنها نص في قانون العقوبات أو أن يقررها نص في قانون آخر (٢) .

هذا ونشير بهذه المناسبة إلى أن نصوص التشريع الجنائي المصري وإن خلت من نص يتضمن قاعدة تحكم أثر غلط الجاني في سبب الإباحة على مسئولية الجنائية ، إلا أنها تضمنت أحكاماً محددة لصورتين أسفر فيهما المشرع عن اعتداده بغلط الجاني في سبب الإباحة هما صورة الدفاع الشرعي الواردة بالمادتين ٢٤٩ و ٢٥٠ وصورة أداء الواجب الواردة بالمادة ٦٣ عقوبات مصري ، إذ رتب على الغلط في كلتا الحالتين أثراً نافياً للمسئولية

(١) وبالتحديد على ذلك لا يعد القصد الجنائي متوافراً لدى السارق إلا إذا علم أن الشيء مملوك للغير ، كما لا يعد القصد الجنائي متوافراً لدى القاذف إلا إذا علم أن الواقعة التي يسندها للسجن عليه توجب عقاب من أسندت إليه أو توجب احتقاره عند أهل وطنه .

(٢) فن يعتقد أن له حق الدفاع الشرعي في حالة غير الحالات التي يقرره الشارع فيها أو أن له حق التأديب قبل شخص لا يعرف له الشارع في مواجهته بهذا الحق أو أن رضاه الخفي عليه سبب يبيح له فعله لا يمتد بغلظه إذا كان لم يقم بما في وسعه لكي يحيط بحكم القانون في فعله ، أي إذا ثبت أنه كان في استطاعته أن يعلم بتكييف فعله في نظر القانون . وغنى عن البيان أنه لو قام بكل ما يسعه القيام به ليحيط بحكم القانون فانتهى إلى أنه يبيح له فعله فإن القصد الجنائي يعد متفياً لديه .

الجناحية عن الجريمة التي ارتكبتها الجاني واستبعد ، تبعاً ، عقابه عنها (١) .
ويحتاج شرح هاتين الصورتين إلى استفاضة يضيق عنها نطاق هذا

(١) بعض قوانين الدول العربية لم تنص على صورة الغلط في الإباحة ، وهي قوانين تونس والجزائر والمغرب والأردن . ويتفرد القانون السوداني بين قوانين الدول العربية بنص عام يعنى من المشولية عند الغلط في الإباحة ، وهو نص المادة ٤٤ الذي استبعد صفة الجريمة إذا اعتقد الفاعل بحسن نية أنه يمارس حقاً أو يؤدي واجباً ، وهو يسرى على الغلط في الدفاع للشرعي فقد اعتبره القانون السوداني حقاً . أما قوانين مصر والترك واليابان والكويت فقد نصت على الغلط في الإباحة بصدور العمل غير المشروع الذي يقوم به الموظف ، فنصت المادة ٢٨ من القانون الكويتي على ما يأتي : « لا يسأل الموظف إذا ارتكب فعلاً استمالاً لسلطة يعتقد أن القانون يقرها له أو تنفيذاً لأمر يعتقد أن القانون يوجب عليه طاعته . ويجب على الموظف أن يثبت أن اعتقاده ببنى على أسباب معقولة ، وأنه قام بالثبوت والتحري اللذين للتحقق من مشروعية فعله » . ولم ترد الفقرة الثانية من هذه المادة في المادة ٦٩ من القانون الليبي ، مما يقتضاه الترتيب في إثبات الخطأ في الواقع إلى القواعد العامة . وكانت المادة ٤٦ من القانون العراقي السابق تلتى عليه الإثبات على الموظف المتهم ، أما المادة ٤٠ الجديدة فقد صيغت على وجه يجعل المرجح في الإثبات هو القواعد العامة . ولكن الأفضل هو نص القانونين المصري والكويتي الذي أتى على ما أتى عليه الإثبات بحسن نية والثبوت والتحري ، فإذا كان القانون يسرى بين العمل القانوني والعمل غير القانوني ، حتى لا يدعو تهديد الموظف بمشولية مطلقة إلى تردده فيما هو من وظيفته مما يلحق ضرراً بالمصلحة العامة ، فن الواجب أيضاً ألا يتفل جاني الأفراد الذين يمتد على حقوقهم ، مما يقتضاه التنبيه إلى عدم الإلتزام على العمل ما لم يكن بيد الفاعل للدليل على قيام أسباب معقولة تبرر اعتقاده بمشروعية العمل . ولم يرد في القانونين اللبناني والسوري ذكر الغلط في الإباحة في معرض الكلام على أسباب التبرير ، ولكن بمناسبة الكلام على الغلط المادي فقد نصت المادة ٢٢٦ من القانون اللبناني ، وكذلك المادة ٢٢٥ من القانون السوري ، على ما يأتي : « لا يعاقب الموظف العام ، أو المستخدم في الحكومة ، الذي أمر بإجراء فعل أو أقدم على فعل يعاقب عليه القانون إذا اعتقد لسبب غلط مادي أنه يطبق أمر رؤسائه المشروع في أمور داخلية في اختصاصهم وجبت عليه طاعتهم فيها » .

وعلى كل حال فإننا نؤيد قضاء محكمة النقض في مصر في أن المشرع قد أورد في المادة ٦٣ مبدأ عاماً ، إذ يكفي ذلك أن يكون الشارع قد ضبطه وأرشد إلى عناصره في نص معين أو في مناسبة معينة ، فتتبع في أسباب الإباحة الأخرى . ولو أننا نفضل لإيراد نص عام للغلط في الإباحة ، على ضرار المادة ٢٨ من مشروع قانون العقوبات في الجمهورية العربية المتحدة عام ١٩٦٦ الذي ينص على أن « يفق العمل إذا وقع للفعل المكون للجريمة بناء على غلط في ظرف لو تحقق لكان الفعل مباحاً ، على أن ذلك لا يمنع من عقاب الفاعل على ما قد يختلف من فعله من جريمة غير عمدية أو أية جريمة أخرى » انظر محمود مصطفي ، أصول قانون العقوبات في الدول العربية ، المرجع السابق بند ٤٧ .

المؤثف ولذلك نجتزئ بالكلام على الصورة الثانية بحسبانها تشكل استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بقانون العقوبات ، ذلك أن إباحة المشرع أفعال الموظف العام ليست مقصورة على الأفعال المشروعة فحسب ، بل تشمل الأفعال « غير المشروعة » إذا كان الموظف يعتقد على خلاف الواقع مشروعيتها وهو ما يقتضينا أن نعرض - استيفاء للبحث - إلى تبيان مدى حق الفرد في مقاومة الموظف العام في هذه الحالة .

المبحث العاشر

أداء الواجب

٨١٧ - مفاد نص المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري أنه لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه (١) ، وإذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذياً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه متى أثبت الموظف أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد الثبوت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة . وتطبيقاً لهذا النص قضت محكمة النقض بأنه « إذا كان المتهم يعمل في ظروف تجعله يعتقد أنه وهو يقوم بمخلة الملك السابق في الوظيفة المخصصة له إنما كان يباشر عملاً له صيغته الرسمية وارتكب فعلاً ينهى عنه القانون تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيسه الذي تجب عليه طاعته : فإنه لا يكون مسئولاً على أي الأحوال (٢) » .

(١) انظر المادة ٢/٥٥ من نظام العاملين الملتزمين بالدولة الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ والمادة ٤٦ من لقرار بقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧١ بإصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام اللتين نصتا على أن تكون المشولية في هذه الحالة على مصدر الأمر .
(٢) نقض جنائي ٢٥ ديسمبر ١٩٥٦ مجموعة للكتب الفني من ٧ ص ١٣٢١ .
وفي إحدى القضايا ، أطلق خفير نظاماً حياً نارياً على أعوين كانوا متوجهين لتبليطها في الثانية صباحاً لما قام في نفسه من أنها لسان لأنه لم يسمح منها رداً على نداءه كليهما ، فأصاب العيار أحدهما وقضت محكمة النقض في الطعن المرفوع من الخفير في قرار قاضي الإحالة بما يأتي : « ومن حيث إن مظهر الثبوت والتحري اللذين يتطلبهما القانون في مثل هذه الحالة ألا يلجأ الخفير إلى استخدام سلاحه ضد من يشبه في أمرهم إلا بعد التيقن من أن لشبهت عملاً »

كما قضت محكمة النقض (١) بأن المادة ٦٣ من قانون العقوبات في فقرتها الأولى لا تنطبق إلا إذا ثبت صدور أمر من رئيس وجبت طاعته ، ولا يغني اعتقاد الموظف بصدور الأمر عن حقيقة صدوره فعلاً ، والتثبت من صدور الأمر لا يغني عنه لتوافر حسن النية .

حسن النية (٢)

٨١٨ - حسن النية يرادف أحياناً حسن الباعث أو حسن الغرض أو

= واستنفاد وسائل الإرهاب والتهديد التي قد تعينه على التقيض على المشتبه فهم ينير حاجة إلى استعمال سلاحه ، ولهذا قضت التعليمات المرعية بأنه إذا ما اشتبه خفي في شخص نادى عليه ثلاث مرات فإذا لم يجبه وأمن في سيره أطلق الخفي في الفضاء عياراً نارياً للإرهاب ، فإذا حاول المشتبه فيه الحرب أطلق الخفي صوب ساقه عياراً نارياً آخر ليعجزه عن الفرار . وظاهر من الوقائع التي أثبتتها التتار المطعون فيه أن المتهم لم يعمل بهذه التعليمات المستمدة من روح القانون بل إنه بمجرد عدم الرد على نداءه اكتفى بإطلاق عيار واحد صوبه على الخفي عليه مباشرة فأصابه في مقتل من مقاتله مع أن الخفي عليه - وزميله من جهة أخرى - لم يحاول الحرب . ومن حيث إن ما أتاه المتهم ينم عن استهانة بالتعليمات المفروض عليه رعايتها واستخفاف بالأرواح لا يجيزه القانون فالشبهة قائمة على وجود الجناية مخالية من المدر المعنى من العقاب لعدم توافر شروط ذلك الإعفاء - فقض ٢١ أكتوبر ١٩٢٢ المحاماة من ١٣ ص ٢٨٣ .

(١) نقض جنائي ٢٨ يناير ١٩٥٧ من ٨ ص ٧٦ .

(٢) تقدم نص المادة ٦٠ من القانون المصري على أنه « لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة » ، وجاءت المادة ١/٤١ من القانون العراقي مطابقة تقريباً لمثلها في القانون المصري ونصت المادة ٢٨ من القانون الكويتي على أنه « لا جريمة إذا ارتكب الفعل بنية حسنة استعمالاً لحق يقرره القانون بشرط أن يكون مرتكب قد التزم حدود هذا الحق » ونصت المادة ١٨٣ من القانون اللبناني على أنه « لا يكون جريمة الفعل المرتكب في ممارسة حق ينير تجاوز » أما المادة ١٨٢ من القانون السوري فنصت على أن « الفعل المرتكب في ممارسة حق دون إساءة استعماله لا يعد جريمة » وتطابقها تماماً المادة ٥٩ من القانون الأردني . ويلاحظ على هذه النصوص أنها أوردت بعض شروط استعمال الحق دون البض الآخر بما قد يؤثر بأن ما ورد في النص هو كل الشروط المطلوبة ، فالشخص لا يستعمل الحق إلا إذا استهدف الغرض الذي من أجله قرر الحق ، وإذا تجاوز حقه أو أساء استعماله يخرج عن دائرة الحق ويدخل في باب الجريمة مقصودة أو غير مقصودة - انظر التعليقات على المادة ٣٠ من مشروع قانون العقوبات الموحد بين مصر وسوريا . ومن ثم يمكن أن يقال « لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق » . وبهذا ننظر أخذ بعض قوانين الدول العربية كالمغرب والتونس والسودان واليبي والجزائر . وقد بدأ المشروع اللبناني بأن ذكر في المادة ١٨٦ تطبيقات لممارسة الحق مما يرد عادة في =

الغاية (١) ، ويرادف كذلك عدم توافر القصد الجنائي العام ، ويفيد أحياناً (٢) انتفاء القصد الخاص أي نية الغش أو الإضرار أو إحداث النتيجة الخاصة التي على عليها القانون والعقاب (٣) : ولكنه يطلق بصفة عامة على اعتقاد مشروعية الفعل ولو كان في ذاته مخالفاً للقانون ، وفي ذلك تقول محكمة النقض « إن حسن النية المؤثر في المسؤولية عن الجريمة رغم توافر أركانها هو من كليات القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض وهو معنى لا يختلف مقوماته باختلاف الجرائم ويمكن أن يكون الشارع قد ضبطه وأرشد إلى عناصره في نص معين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضي من ذلك القاعدة العامة الواجبة الاتباع . وحسن النية ليس بمعنى باطنياً بقدر ما هو موقف أو حالة يوجد فيها الشخص نتيجة ظروف تشوه حكمه على الأمور رغم تقديره لها تقديراً كافياً واعتماده في تصرفه على أسباب معقولة (٤) » . وهذا الحكم قد سلم بوجود نظرية عامة لحسن النية تنظم الجرائم كلها ، كما أنه فيما يبدو نهاية خطوات

= الشروح : ضروب التأديب ، العمليات الجراحية والعلاجات الطبية ، أعمال العنف التي تقع في أثناء الألعاب الرياضية . ونقل هذه التطبيقات كل من المشرع السوري (المادة ٢/١٨٥) والمشرع الأردني (المادة ٢/٩٢) ، والمشرع الكويتي (المواد ٢٩ - ٢١) ، وأخيراً المشرع العراقي (المادة ٢/٤١) . ويلاحظ أن ما ورد في هذه المواد قليل من تطبيقات استعمال الحق ، فضلاً عن أن إيراد الأمثلة لا يتفق وفق التشريع .

(١) وضد سوء النية *mauvaise foi* وضد في الاصطلاح الإنجليزي ما يسمونه *malice in fact, express malice* - هاريس ، المرجع السابق من ١٧٣ و ١٧٤ - وراجع محمد حيد الله ، المرجع السابق من ٢٥٧ .

(٢) مانسيفي ج ١ ص ٦٢٩ وعنده أن المصدر الدائم لحسن النية هو الغلط سواء في الوقائع أو في حكم القانون ما لم يكن هذا الحكم من أحكام قانون العقوبات .

(٣) على راشد ، المرجع السابق من ٦٣٣ وقد فيه إلى أن حسن النية المترتب على انتفاء القصد الخاص قد لا يؤدي للبراءة إذا كان الفعل يبي في نظر القانون معاقباً عليه كجريمة عمدية أخرى أو كجريمة إهمال وقد نصت على هذا المعنى المادة ٤٧ عقوبات إيطاليا على ما سبق بيانه .

(٤) نقض ١١ نوفمبر ١٩٤٦ مجموعة القواعد ج ٧ ص ١٩٩ وقد سبق لنا إيراد هذا الحكم - راجع ص ٩٣٠ . وحسن النية المشار إليه بهذا الحكم أساسه ، فيما يبدو ، الغلط الذي وقع فيه الشخص رغم احترازه . ومثل هذا الغلط ينصب على قيام ظرف أو نفيه إذا كان القانون يرتب على قيام الظرف أو نفيه امتناع المسؤولية أو العقاب . وليس في هذا جديد فإن الغلط في الوقائع إذا أدى إلى الاعتقاد بتوفر عذر مخفف أو سبب من الأسباب المعدمة للمسؤولية أو المانعة من العقاب يستفيد منه المتهم الذي وقع فيه ويحق التخفيف عليه أو تبرئته إلا إذا نص على غير ذلك - في هذا المعنى المادة ٥٩ عقوبات إيطاليا ومانسيفي ج ١ =

خطتها محكمة النقض من قبل نحو تقرير نظرية عامة لحسن النية ، فيها يقوم -
الاعتقاد الخالي من الرعونة مقام الواقع ويسد مسدده .

الخطأ الذي يقع فيه الموظف

٨١٩ - قد يتعلق هذا الخطأ بالوقائع وقد يتعلق بالقانون سواء كانت
الحالة حالة تنفيذ القانون مباشرة أو كانت حالة إطاعة الرئيس ، فهل تنعدم
المسئولية في كل من نوعي الخطأ ، أو بتعبير أدق ما أثر الغلط أو الجهل
بالقانون على المسئولية الجنائية في هذه الحالة ؟

لم يضع المشرع نصوصاً خاصة تحدد أثر هذا الجهل والغلط على المسئولية
سواء كان متعلقاً بالوقائع أو بالقانون ، جارياً في ذلك على نهج المشرع
الفرنسي وبخلاف ما جرى عليه المشرعون في القوانين الحديثة كالقانون
الإيطالي . وقد تقدم القول إن القاعدة الأصلية تقضي بأن الخطأ في القانون
أو الجهل به لا يؤدي إلى سقوط المسئولية بعكس الخطأ في الوقائع أو الجهل
بها - فهل هذه القاعدة متبعة أيضاً في حالة الموظف الذي يخطئ في القيام
بالواجب أو أن نص المادة ٦٣ خروج عليها ؟

قد يقال إنه إذا كان الفرد العادي لا يفترض له جهله بالقانون أو خطؤه
في فهمه ، فإن هذا الحكم ألزم في حالة الموظف ، فالموظف هو الأمين على
القانون فواجبه الأول أن يلم به وألا يخطئ في فهمه فحواه . هذا القول وإن

ص ٦٥٢ . وإنما الجديد ، فيما نرى ، هو تقييد محكمة النقض للفظ بالتحرز حتى لا يكون
وليد الرعونة والإهمال وهذا بطبيعة الحال بشرط أن تكون الجريمة كما قالت محكمة النقض قد
استوفت أركانها ، أما إذا كان الغلط قد ورد على ركن من أركان الجريمة فلا مناس من
التسليم بأثره ولو كان نتيجة إهمال . عل أن محكمة النقض قد تطلبت التحرز والتبصر لإمكان
الاحتجاج بالغلط في القانون إذا وقع على أحكام قانون غير قانون العقوبات كالقانون
الإداري أو المدني أو قانون الأحوال الشخصية - راجع ص ٩٩١ .

هذا ويطلق جارسون اصطلاح حسن النية على انعدام القصد الجنائي ويعتبر انعدام القصد
علة لحسن النية ، على حين يعتبر لبواتقان حسن النية مجرد باعث لا يخرج من اعتقاد الخاف
مشروعية عمله - لبواتقان ، المرجع السابق ص ٢٦٩ . ويقول المستشار ميمان في تعليقه
بمجلة دالوز ١٩٣٩ - ١ - ٧٨ إن نظرية حسن النية تتداخل في نظرية القصد الجنائي وتتأثر
بها وهو يتنبه إلى ضرورة عدم الخلط بين القصد وحسن النية وإلى أن حسن النية أمر
والقصد الجنائي أو قصد الإضرار أمر آخر وأنها لا يتعارضان ولا يقتضي وجود أحدهما نفي
الآخر لأن حسن النية لا يمحو الركن الأدبي للجريمة وإنما يمحو صفة الجريمة عن الفعل على
نحو ما تفعله أسباب الإباحة ، وأن سمو الدوافع لا ينفى وجود القصد الجنائي أو قصد الإضرار .

كانت له وجاهته إلا أنه من ناحية أخرى إذا تأملنا نجد أن التسليم به يؤدي
إلى نتيجة سيئة ، ذلك أنه إذا ظلت المسئولية الجنائية مسلطة على رؤوس
الموظفين في كل أعمالهم ولو كانوا حسني النية ، تنزل بهم كلما أخطأوا ولو
كان الدافع لهم على ما أتوه الغيرة على المصلحة العامة والتفاني في القيام بالواجب
فإن ذلك يشبط من همهم ويقل من عزمهم خشية الخطأ والتعرض للعقاب .
لهذا فالرأي المسلم به هو أن المادة ٦٣ عقوبات حكمها عام ، فسواء كان خطأ
الموظف متعلقاً بالوقائع أو بالقانون فلا مسئولية عليه متى أثبت حسن نيته
كما يتطلب القانون . وعبارة المادة صريحة في انعدام مسئولية الموظف متى
حسنت نيته (١) ولو كان الفعل متعلقاً باختصاصه ، وهو أول ما يجب أن يلم
به ، فطبيعي أن خطئه المتعلق بنواحي القانون الأخرى ينتهي معه قيام
المسئولية (٢) .

دراسة مقارنة حول المادة ٦٣ عقوبات

٨٢٠ - الفكرة التي أخذ بها المشرع المصري آنفاً ليست بمنجاة من النقد ،
ولذلك فإن بعض التشريعات الحديثة لا تسلم بانعدام مسئولية الموظف في حالة
الغلط القانوني أياً كانت الأحوال ، من ذلك القانون الإيطالي فقد نص في
المادة ٥١ على مسئولية الموظف إذا أصدر أمراً بفعل يُعد جريمة ، ومن قام
بهذا الفعل يعاقب ، اللهم إلا إذا كان يعتقد بناء على خطأ في الوقائع أنه يقوم
بتنفيذ أمر مشروع قانوناً أو لم يكن في استطاعته قانوناً تبيين مشروعية الأمر .
وتنص المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات الفرنسي على عدم عقاب المروءوس
إذا أثبت أنه قام بما أتاه بناء على أمر من رؤسائه مما يدخل في اختصاصهم

(١) راجع الأحكام التالية في تطبيقات المادة ٦٣ عقوبات : نقض ٧ مايو ١٩٣١
بمجموعة النقض ٢ ص ٣٠٣ ونقض ١١ مارس ١٩٣٥ بمجموعة القواعد القانونية ج ١ ص
١٧٤ ونقض ٣١ أكتوبر ١٩٣٢ بمجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ١٧٤ بندي ٢٥ و ٢٦
وحكم محكمة جنبايات المنصورة في قضية أخطاب في ١٥ يناير ١٩٣٠ ، المهامة ص ١١
ص ٣٧٨ .

(٢) انظر تفصيلاً في هذا الموضوع : شيري وبدوي ، مادة ٦٣ فقرة ١٠ ،
وجراندولان ، مادة ١ فقرة ٨٠٢ .

وكان عليه طاعتهم ، وتوقع للعقوبة في هذه الحالة على الرئيس الذي أصدر الأمر .

كما تنص المادة ٤٤ عقوبات سوداني على أنه « لا يعد الفعل جريمة إذا أتاه شخص يلزمه القانون بإتيانه أو يقره على فعله أو أتاه وهو يعتقد بحسن نية بسبب غلط في الوقائع لا بسبب غلط في القانون أنه ملزم قانوناً بإتيانه أو بأن القانون يقره على فعله » . وقد أخذت هذه المادة عن القانون الهندي (١) . ولعل القانون السوداني ، وكذلك قانون الجزائر ، هو الذي لم يتأثر بالمادة ٣٢٧ من قانون العقوبات الفرنسي فجاء نص المادة ٤٤ جامعاً مانعاً : فهو يجمع بين ممارسة الحق وأداء الواجب ، وسواء قام الشخص بالواجب بناء على القانون مباشرة أو قام به بناء على أمر سليم صادر من السلطة العامة أو من رئيس من السلطة العامة أو من رئيس تجب طاعته ، وسواء كان من يؤدي الواجب من الأفراد أو الموظفين . فإذا كان العمل مخالفاً للقانون فإن المادة ٤٤ تنص كذلك على صورة الغلط في الإباحة عندما يعتقد الشخص بحسن نية بسبب غلط في الوقائع أن عمله مطابق للقانون . وتنص المادة ٧٩ من القانون المغربي على أنه « لا جريمة على من ارتكب فعلاً بمقتضى نص قانوني وبأمر من السلطة الشرعية » . وقد نقل هذا النص عن المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات الفرنسي التي استلزمت لإباحة الفعل شرطين : الأول أن يكون في القانون نص يأمر به ، والثاني أن يقع الفعل بناء على أمر من السلطة الشرعية *ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime* . وظاهر النص أنه لا يكفي لإباحة الفعل أن يكون مقررًا بمقتضى القانون ، بل يلزم أن يصدر به أمر من السلطة العامة ، فأمر الضبط القضائي ، فيما عدا حالات خاصة ، لا يجوز له القبض على المتهم أو تفتيش منزله إلا بناء على أمر من سلطة التحقيق ، وإلا ارتكب جريمة القبض على شخص بغير وجه حق أو الاعتداء على حصانة المسكن . ولكن لوحظ أن الشخص قد يتلقى الأمر من القانون مباشرة ، فالطبيب مثلاً مكلف بالتبليغ عن الأمراض المعدية ولا يرتكب

(١) المادتان ٧٦ و ٧٧ - انظر محمود مصطفي ، المرجع السابق ص ٤٧ .

بذلك جريمة إفشاء السر ، والفرد العادي يخوله القانون القبض على المتلبس بجناية أو جنحة . وقد ثار البحث في فرنسا في أمر السلطة الذي لا يستند إلى نص في القانون ، وبعبارة أخرى الأمر المخالف للقانون الذي يصدر من رئيس تجب طاعته ، وقد اختلف الرأي هناك ، فذهب رأى إلى أن عمل المرءوس يكون مباحاً ، على أساس أنه مكلف بتنفيذ الأمر وليس له أن يقدره أو يناقش فيه . وثمة رأى عكسي بأن على المرءوس أن يرفض تنفيذ الأمر غير المشروع ، فطاعة لرئيس على مرءوس في معصية . وقد لوحظ أن هذا الرأي قد ترتب عليه نتائج خطيرة وعلى الأخص في مجال القوات المسلحة . ومن ثم اتجه رأى ثالث إلى التفرقة بين أمر واضح مخالفته للقانون فلا يقبل من منفذه التدرع بالإباحة ، وبين أمر لا يظهر فيه ذلك فتنفيذه يكون مبرراً ، وفي العمل لا يقبل القضاء الفرنسي الدفع بالإباحة من الموظفين المدنيين إذا هم ارتكبوا جريمة تنفيذاً لأمر الرئيس (١) .

٨٢١ - والحوار الذي دار في فرنسا حول المادة ٣٢٧ قد أفاد غالبية قوانين الدول العربية ، فجرت على التفرقة بين السببين فأيهما يكفي لإباحة الفعل متى كان مطابقاً للقانون ، فإذا لم يكن كذلك فقد لا تقوم المسؤولية بسبب غلط في الإباحة . ومن القوانين ما نص على أمر القانون كسبب لإباحة الفعل سواء كان من قام به موظفاً عاماً أو فرداً من الأفراد ، ومنها ما رأى أن إباحة الفعل عندئذ لا تحتاج إلى نص فقصر النص على الموظف العام عندما يباشر سلطة تقديرية (٢) . فنصت المادة ٤٢ من القانون التونسي على أنه « لا عقاب على من ارتكب فعلاً بمقتضى نص قانوني أو إذن من الحكومة التي لها النظر » ، ويستوى في حكم هذا النص الفرد والموظف . وعلى غرارها ، مع اختلاف في الصياغة ، جاءت المادة ٦١ من القانون الأردني ، كما أنه يقابل الفقرة الأولى من المادة ١٨٥ من القانون اللبناني ، والمادة ١٨٤ من القانون

(١) انظر ستيقاني ولغامير - قانون العقوبات العام ١٩٦٦ بند ١٢٤ وما بعده ص ١٢٨ وما بعدها .

(٢) أما عندما يباشر سلطة محددة وهو ينفذ أمر القانون أو أمر السلطة الشرعية ، فشأنه شأن الأفراد ، والأمر في الحالتين لا يحتاج إلى نص .

السوري ، والمادة ٦٩ من القانون الليبي . وغنى عن القول إن العمل المطابق لهذه النصوص يكون مبرراً تبريراً تاماً .

٨٢٢ - وقد تعرض كل من قوانين لبنان وسوريا وليبيا والعراق للأمر غير الشرعي إذا لم يجر القانون التحقق من شرعيته ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ من القانون اللبناني على تبرير الفعل ، بينما نصت المادة ٢/١٨٤ من القانون السوري على جواز تبريره ، ونصت الفقرة الأخيرة من المادة ٦٩ من القانون الليبي على عدم المعاقبة عليه^(١) . وإذا كان العمل غير مشروع فإنه لا يمكن القول بإباحته وإنما تمتنع المسؤولية عنه ، لا بسبب غلط في الإباحة وإنما بسبب الإكراه المعنوي^(٢) . أما القانونان المصري والكويتي فقد قصرا النص على الموظف العام ، وجعلوا فعله مبرراً متى كان استعمالاً لسلطة يقررها له القانون أو تنفيذاً لأمر يوجب عليه القانون طاعته . والفرق بين القانونين أن المادة ٦٣ من القانون المصري جمعت صورتى الإباحة والغلط فيها ، بينما خصص المشرع الكويتي المادة ٣٧ للصورة الأولى والمادة ٣٨ للصورة الثانية^(٣) .

وبهذا نكون قد فرغنا في عجالة من الإلماح إلى الأفعال غير المشروعة التي يقارنها الموظف العام معتقداً على خلاف الواقع مشروعيتها . بيد أن هناك نوعاً من الجرائم ظل بعيداً عن اهتمام الفقه يقع من الأفراد العاديين اعتداءً على الوظيفة العامة التي يشغلها الموظفون العموميون . ويتمثل ظاهر النشاط الإجرامي في هذا النوع في اعتداء ماسٍ بشخص الموظف العام ولكنه في حقيقة الأمر ينطوي على الاعتداء على الوظيفة العامة التي يشغلها هذا

(١) وعمل غرار هذا النص جاءت الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠ من القانون العراقي .
(٢) وقد نصت المادة ٦٩ / ٢ من القانون الليبي على أنه « إذا وقعت جريمة تنفيذاً لأمر تلك السلطة كان مستولاً عنها دائماً الموظف العمومي الذي صدر منه الأمر » وهو تطبيق لنظرية الفاعل المعنوي .

(٣) تنص المادة ٣٧ على أنه لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف عام أثناء مباشرة اختصاصه استهلالاً لسلطة يقررها له القانون ، أو تنفيذاً لأمر يوجب عليه القانون طاعته ، بشرط أن يلتزم حدود السلطة أو الأمر . وظاهر أن هناك تزييداً في النص يحيط ببعض شروط الإباحة ، فن المفهوم أن الموظف لا يستعمل سلطته إلا إذا التزم حدودها وكان مختصاً - انظر محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٤٩ .

الموظف ، ومن أجل ذلك نظر القانون إلى هذه الجرائم نظرة أخرى لتأكيد الحماية القانونية للوظيفة العامة من خطر الاعتداء عليها من جانب الأفراد . وتتمثل هذه الجرائم أساساً فيما نص عليه الباب السابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات تحت عنوان « مقاومة الحكام وعدم الامتثال لأوامرهم ولتعدى عليهم بالسب وغيره » ، والمنصوص عليها في المواد من ١٣٣ إلى ١٣٧ مكرراً . ولكن حماية الوظيفة العامة من شر الاعتداء عليها تقتضى من الموظف العام أن يلتزم حدود وظيفته فلا يتجاوز سلطته ، فما حكم هذا التجاوز إذا جاء نتيجة جهل أو غلط في القانون ، هل تسقط الحماية القانونية عن الوظيفة العامة فيبيح للأفراد الاعتداء عليها ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المبحث التالي .

المبحث الحادى عشر

اعتداء الأفراد على الوظيفة العامة^(١)

الموظف العام والمكلف بخدمة عامة ورجل الضبط

٨٢٣ - يقصد بالموظف العام في هذا الصدد كل شخص عين بصفة مستقرة غير عارضة للمساهمة في عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الحكومة المركزية أو السلطات الإدارية اللامركزية بالطريق المباشر^(٢) . ويقصد بموظفي الحكومة المركزية العاملون بالجهاز الإدارى للدولة ويتكون من الوزارات ومصالحها ، أما موظفو السلطات الإدارية اللامركزية فهم العاملون في وحدات الإدارة المحلية ، والعاملون بالهيئات العامة والمؤسسات العامة^(٣) . وتقتصر الحماية على الموظف العام المصرى دون الموظف العام الأجنبي

(١) انظر بحثنا بهذا العنوان للدكتور فتحى سرور ، القاهرة ، المطبعة العالمية ١٩٧٢ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ، ٦ إبريل ١٩٥٧ من ٢ ص ٨٢٢ .

(٣) ولا ينبر من هذا النظر أن القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ بإصدار نظام العاملين المدنيين لا ينطبق على موظفي المؤسسات العامة الذين يخضعون لقانون مستقل هو القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ لأن هذا الاختلاف في النظام القانوني يرجع إلى طبيعة المرفق الذي يعمل فيه الموظف فضلاً عن أن مقياس السلطة العامة الذي يحكم الموظف العام لم يعد هو الفيصل في تحديد صفته ، والسائد الآن هو مقياس المرفق العام - انظر نقض ١٥ فبراير ١٩٦٦ من ١٧ ص ١٥٢ .

لأنه لا يعتبر موظفاً عاماً في نظر القانون المصري ، ولكن يتمتع بالحماية الموظف الفعلي لأن المصلحة المحمية هي الوظيفة العامة وقد كان يشغلها الموظف بصفة فعلية .

ويقصد برجل الضبط *agent de la force publique* كل شخص بيده سلطة حفظ الأمن والنظام والضبط ، ويستوى أن يكون الضبط إدارياً أو قضائياً . ولا ترادف بين معنى رجل الضبط ومدلول مأمور الضبط القضائي فالأول أوسع وأشمل . والإشارة إلى رجل الضبط لا تضيف جديداً إلى مدلول الموظف العام لأنه ليس إلا صورة من صورهِ ، ومن ثم فإن الغفال النص عليه كما هو الحال في المادتين ١٣٧ و ١٣٧ مكرراً (١) لا يحول دون انطباقهما على رجل الضبط .

أما المكلف بخدمة عامة فهو كل من يُلزمه القانون بالقيام بإحدى الخدمات العامة أو بمباشرة مهمة تتعلق بالنظام العام دون اعتبار لعدم شغله مركزاً وظيفياً في الدولة ، وهو ما يضمن ذاتية خاصة على معنى الوظيفة العامة في هذه الجرائم .

حدود المصلحة المحمية

٨٢٤ - تقتصر الحماية القانونية للوظيفة العامة ضد اعتداء الأفراد على ما يقع أثناء تادية الوظيفة أو بسببها ، فهي ليست حماية لشخص الموظف العام بل هي حماية للوظيفة العامة ذاتها ، فإذا خرج الموظف عن نطاق وظيفته وقام بعمل نخاص فإن الأعمال التي يقوم بها لا تشملها الحماية الجنائية . ولكن لا يحول دون اعتباره أثناء تادية الوظيفة أن يغفل بعض القواعد الشكلية التي يجب مراعاتها (١) أو أن يقع الاعتداء عليه بسبب وقائع تتعلق بحياته الخاصة طالما أنه يمارس وظيفته وقت الاعتداء .

أما سبب الوظيفة فيفترض أن الموظف العام لم يكن يمارس وظيفته ولكن الاعتداء عليه يقع بالنظر إلى صفته العامة ، فهو المقصود بالاعتداء لا بالنظر

(١) وتطبيقاً لذلك قضى في فرنسا بتوافر جريمة إهانة موظف عام إذا وقعت حل محضر أثناء جرده منقولات سبق الحجز عليها وإن كان قد أجرى هذا الجرد في يوم عيد بدون إذن من القاضي - جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٦٤٢ .

إلى شخصه وإنما بناء على الوظيفة التي يشغلها أو الأعمال العامة المكلف بها ، فإذا كان سبب الاعتداء راجعاً إلى الحياة الخاصة للموظف العام فلا تقوم الجريمة (١) ، وهذا بخلاف الاعتداء الذي يقع أثناء تادية الوظيفة فيستوى أن يكون سببه عاماً أو خاصاً .

تجاوز الموظف حدود وظيفته أو قيامه بعمل باطل

٨٢٥ - تتمثل الحماية الجنائية للوظيفة العامة ضد اعتداء الأفراد في صور ثلاث هي تجريم إهانة الموظف العام وتجريم التعدي عليه وتجريم إكراهه على الإخلال بالوظيفة العامة ، وقد تمتع الموظف العام من وراء تلك الحماية المباشرة للوظيفة العامة بحماية غير مباشرة لشخصه ضد أي اعتداء من جانب الأفراد ، فما حكم تجاوز الموظف حدود وظيفته أو قيامه بعمل باطل ، وهل فسقطت الحماية الجنائية التي قررها القانون ؟ يدق البحث عندما يعتبر تجاوز الموظف العام لوظيفته جريمة تهدد الأفراد بخطور على النفس أو المال مما يوفر لهم حق الدفاع الشرعي ، فهل يجوز للأفراد استعمال هذا الحق ضد الموظف العام ؟ إن الصراع الدائر بين مصلحة الفرد المجني عليه ومصلحة الموظف العام المعتدى لا تقتصر عليهما فحسب بل يتدخل في الصراع عنصر جديد هو الوظيفة العامة ، ذلك أن الدفاع الذي يوجهه الفرد ضد الموظف العام أثناء تادية وظيفته أو بسببها لا يقتصر على شخصه وإنما ينصب أيضاً على الوظيفة العامة مما يعتبر اعتداء عليها ، فتنى يمكن أن ينحصر الصراع بين الفرد والموظف العام المتجاوز لسلطة وظيفته عن عمد أو إهمال أو جهل ، ومتى يمكن إسقاط عنصر الوظيفة العامة من حساب هذا الصراع ؟

مدى حق الفرد في مقاومة الموظف العام

٨٢٦ - تفرق الفقه في تحديد مدى حق الفرد في مقاومة الموظف العام

(١) فتوى سرور ، المرجع السابق ص ٧ - وقارن عكس ذلك جندي عبد الملك ص ٦٤١ . وإذا كان الموظف العام في إجازة رسمية أو موقوفاً عن العمل فلا يتصور التعدي عليه أثناء تادية الوظيفة لكن يجوز التعدي عليه بسبب الوظيفة ، فإذا انتهت صفته كموظف عام فلا تقوم الجريمة ولو كان الاعتداء بسبب الوظيفة التي كان يشغلها طالما أنه فقد صفته كموظف عام وقت الاعتداء .

إلى ثلاثة مذاهب (١) : يذهب أولها إلى تفضيل الأمن والنظام على العدالة والمصالح التي يحميها قانون العقوبات ، ويقوم - في سبيل تبرير هذا التفضيل - قرينة قانونية على شرعية أعمال رجال الضبط مما لا يجوز بالتالي مقاومتها تحت ستار الدفاع الشرعي أو حالة الضرورة . ويذهب ثانيها - على عكس المذهب الأول - إلى تفضيل العدالة والمصالح التي يحميها قانون العقوبات قولا إن قرينة شرعية جميع أعمال رجال الضبط لا يعرفها القانون العام وتمس ذاتية قانون العقوبات ، هنا إلى أن منع مقاومة الأعمال غير الشرعية التي تصدر عن رجال الضبط لا يتفق مع مبادئ القانون التي تتجه نحو حماية الشرعية وصيانة حقوق وحرية الأفراد التي كفلها الدستور (٢) ، وفي نطاق حق الدفاع الشرعي وحالة الضرورة فإن رفض إطاعة الأوامر ومقاومة السلطات السلبية أو الإيجابية غير المشروعة يعتبر الوسيلة الأخيرة التي يقدمها القانون لحماية القيم التي تتعرض للخطر بسبب تجاوز السلطة . والرأي الذي ينكر دائماً حق المقاومة لا يمكن الدفاع عنه إذا حولنا دون قيد للإجراءات الإدارية غير الشرعية قوة الأمر للقاضي ، وهذا ما لا يمكن التسليم به (٣) ، ولذلك حاول كثير من الفلاسفة والفقهاء الدفاع عن حق المقاومة والدعوة إلى النص عليه في صلب الدستور (٤) . أما المذهب الثالث فيتوسط المذهبين السابقين ، فهو يسلم من حيث المبدأ بتفضيل الأمن والنظام على العدالة والمصالح التي يحميها قانون العقوبات مع وضع قيد على هذا التفضيل : فاشتراط البعض لجواز مقاومة رجال الضبط أن تكون أعمالهم قد وصلت إلى حد أعمال

(١) راجع اتجاهات الفقه المختلفة في هذا الشأن ، فتحى سرور ، المرجع السابق ص ١٢-٩ .

(٢) قضت محكمة للتصديق علينا بأنه إذا كانت أعمال الاعتداء المستندة إلى القاطنين قد وقعت أثناء قيام رجل البوليس وموظف وزارة الأوقاف بخدم الجدار الذي أنشأته الطائفة بالأرض المتنازع عليها ، وكان المدمم بما لا يدخل في اختصاص أولئك الموظفين ، فإنه لم يكن ثمة ما يمنع من دفع مدواتهم - نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية - ٦ ص ٧٦٨ .

(٣) فتحى سرور ، المرجع السابق ص ١١ والمراجع المشار إليها بالهامش .

(٤) محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ١٩٦٧ ص ٩٦ .

الاعتداء المادى *Voies de fait* بالمعنى المعروف في القانون الإدارى وهي أعمال متعمدة *inexistants* وليست باطلاة فحسب (١) . وقد لوحظ أن هذا المعيار موضوعى بحت ولا يستطيع الأفراد تطبيقه إذ تطبيقه من مهمة القاضي ، ولذلك اقترح البعض الآخر معياراً شكلياً يسمح للأفراد بتطبيقه هو معيار الظاهر . ووفقاً لهذا المعيار يتوقف مدى شرعية أعمال رجال الضبط على ما تحوزه من حيث الظاهر من أمارات الشرعية ، فاستناداً على هذا الظاهر وحده تتوافر قرينة الشرعية التي تستند إليها هذه الأعمال ، فإذا كانت أعمال رجال الضبط تنطق بحسب الظاهر بعدم الشرعية ، سقطت قرينة الشرعية وجاز للأفراد مقاومتهم ، وعندئذ ينشأ حق المقاومة للأفراد ضد ما يسمى بعدم العدالة الظاهرة *injustice manifeste* أو التلبس بعدم الشرعية *La flagrance d'illégalité* . بيد أن الرغبة في حماية التوازن العادل بين الشرعية والنظام الاجتماعى دفع البعض إلى عدم إطلاق حق الأفراد في المقاومة وإخضاع هذا الحق لشرطين هما عدم الشرعية الظاهرة أو التلبس بعدم الشرعية ، وجسامة آثار عدم الشرعية ، ولا يتسع نطاق دراستنا لتفصيل هذين الشرطين (٢) .

موقف التشريع المصرى

٨٢٧ - أخذ التشريع المصرى بالرأى الذى اعتنقه المذهب الثالث ، فنص في المادة ٢٤٨ عقوبات على أن « لا يبيح حق الدفاع الشرعى مقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف أسباب معقولة » . ويمكن إجمال المبادئ التي يخضع لها قانون العقوبات المصرى فيما يلى :

١ - المبدأ : الأصل هو عدم جواز استعمال حق الدفاع الشرعى ضد الموظف العام أثناء قيامه بعمل بناء على واجبات وظيفته ولو كان عمله هذا

(١) مصطفي كيرة ، نظرية الاعتداء المادى في القانون الإدارى ، رسالة دكتوراه ١٩٦٢ ص ٢٥ وما بعدها .

(٢) راجع في تفصيلهما ، فتحى سرور ، المرجع السابق ص ١٣ و١٢ .

ينطوى على جريمة شريطة أن يكون الموظف حسن النية أى معتقداً مشروعياً العمل ، سواء كان حسن النية مبنياً على أسباب معقولة أو لا . ويلاحظ أن حسن النية يجعل الموظف في حالة غلط في الإباحة مما يجعله مسئولاً مسئولية غير عمدية أو غير مسئول على الإطلاق عند توافر الأسباب المعقولة . وفي الحالتين كليهما لا يعنى عدم المسئولية إباحة الجريمة (١) ، ومن ثم يجوز ، طبقاً للقواعد العامة ، الدفاع الشرعى ضد الموظف . ولكن القانون ، استثناء من هذه القواعد ، منع بنص خاص استعمال الدفاع الشرعى ضد مأمورى الضبط الذين يتوافر لديهم حسن النية سواء كان مقترناً بأسباب معقولة أو لا (٢) .

(١) ذهب فريق من الفقه إلى أن المادة ٦٣ عقوبات تشير إلى حالتين مختلفتين ، فالأولى تفترض أن يرتكب الموظف العام عملاً قانونياً تنفيذياً لأمر صادر إليه من رئيس يجب عليه إطاعته أو لنص القانون ، عندئذ يكون الموظف في حدود الإباحة القانونية . والثانية تفترض - على عكس ما تقدم - أن يرتكب الموظف عملاً « غير قانوني » تنفيذياً لأمر صادر إليه من رئيسه أو لنص امتد الموظف خطأ ، أى على سبيل الغلط ، أنه يأمره بارتكابه ، حينئذ يخرج الموظف عن حدود الإباحة . ولكن إذا حسنت نيته بأن كان - بعد التثبت والتحرى - يعتقد على سبيل الغلط مشروعياً ما قام به فإن القانون يرفع عنه المسئولية الجنائية دون أن يبيح فعله أى يغير أن تزول الصفة الإجرامية لفعله . أما بالنسبة لحالة الدفاع الشرعى واعتقاد الجاني على خلاف الواقع أن الخطر حقيقى حالة أنه ليس كذلك فإن القانون لا يوجب في تلك الحالة أن يقع - بصفة مطلقة - اعتداء حقيقى بل يكفى أن يكون خطر الاعتداء ماثلاً في ذهن المدافع وقت الاعتداء ولو ثبت فيما بعد أن الخطر لم يكن له أصل في الواقع شريطة أن يثبت أن تخوف المدافع كان مبنياً على أسباب معقولة ، وهذا يكون التخوف من الخطر الحال أى الخطر الوهمى أو التصورى ، كافياً لقيام حالة الدفاع الشرعى متى كان له سبب معقول ، وبالتالي يعتبر فعله الذى دافع به فعلاً مباحاً لا جريمة فيه - راجع رؤوف هبيل ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابى المصرى ١٩٦٢ ص ٣٩٦ وما بعدها - السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ١٩٥٣ ص ٢٠١ و ٢١٧ - محمود إبراهيم اسماعيل ، القسم العام ص ٤٦٣ . وقارن محمود نجيب حسنى ، المقال السابق ص ١٥٤ وآراء الفقهاء الألمان الذين أشار إليهم . وانظر في التسوية بين الإباحة الظنية والإباحة الفعلية في الدفاع الشرعى ، نقض ٢٢ يناير و ٩ إبريل ١٩٥١ ص ٢ من ٥٣١ و ٩١٦ نقض ٢٠ يونيو ١٩٥٥ و ١٩ نوفمبر ١٩٥٥ ص ٦ من ١١٤٤ - نقض ٣١ يناير و ٢٣ أكتوبر ١٩٥٦ ص ٧ من ١١٨ و ١٠٦٥ و نقض ٢ إبريل ١٩٥٧ ص ٨ من ١٠٥٨ و ١٦ فبراير ١٩٥٩ ص ١٠ من ١٩٨ .

(٢) فإذا لجأ الأفراد على الرغم من ذلك إلى مقاومة رجال الضبط وجب معاقبتهم طبقاً للمواد من ١٣٦ إلى ١٣٧ مكرراً عقوبات حسب الأحوال .

٨٢٨ - وقد ذهب البعض (١) إلى أنه إذا باشر مأمور الضبط (الموظف العام) العمل خارج اختصاصه فيجوز الدفاع الشرعى ضده ، ولكن القول بهذا الرأى سوف يهدم المعنى الذى أراد الشارع تحقيقه حين حظر مقاومة رجال الضبط لأن عدم الاختصاص هو من أسباب عدم شرعية أعمالهم التى لا تجوز مقاومتها . ولم يقصد المشرع من عبارة « أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته » إلا أن الموظف يقوم بعمله تحت ستار وظيفته ، فإذا حاول الموظف القيام بعمله غير المشروع في نطاق حياته الخاصة جاز الدفاع الشرعى ضده .

٢ - الاستثناء : يجوز الدفاع الشرعى ، استثناء ، ضد الأعمال غير المشروعة لرجال الضبط في حالتين : عدم الشرعية الشخصية ، وجسامة الأثر المترتب على عدم الشرعية .

١ - عدم الشرعية الشخصية : اشترط القانون أن يكون رجل الضبط مسيئاً النية ، أى يعلم أن عمله غير مشروع (٢) . ويلاحظ أنه إذا كان العمل الذى يقوم به الموظف العام ظاهر البطلان فإنه ينتق بذاته حسن نيته ، فهذا العمل يعتبر تلبساً بعدم الشرعية مما لا محل معه للتدرع بحماية الوظيفة العامة لأن ما يمارسه الموظف العام في هذه الحالة ليس إلا اعتداء على الوظيفة ذاتها (٣) . ونستعرض النظر إلى أنه على الرغم من عدم الأخذ صراحة بفكرة عدم الشرعية الظاهر ، فإنه قد سلم بها ضمناً . وإذا كان الأصل هو حسن

(١) محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ٢٢٧ .

(٢) مثال ذلك من يتوجه لقبض على إنسان يعلم أنه ليس هو المقصود بأمر القبض . مثال ذلك أيضاً رجل الضبط الذى يقبض على شخص في غير حالة التلبس بدون أمر من القاضى المختص أو النيابة العامة مع علمه بأن عمله مخالف للدستور (م ٤١) . أما إذا كان القبض في الحالات التى يبيح له فيها قانون الإجراءات الجنائية ذلك في غير حالة التلبس جاهلاً عدم مشروعية عمله في ظل الدستور القائم فإنه يكون حسن النية ولا سيما أنه لا يكلف بالمفاضلة بين أحكام القانون وأحكام الدستور - راجع هامش ص ٨٥١ .

(٣) مثال ذلك أن يقبض مأمور الضبط امرأة على نحو يمس حياتها المرضي وهو عمل غير مشروع لأن تفتيش الأنثى يجب أن تقوم به أنثى (م ٢/٤٥ إجراءات) ، أو أن يعتمد على تلبس المتهم لحمله على الاعتراف .

النية^(١) ، فإن هذا الأصل ينتفى إذا كان العمل ينطق في ذاته بعدم المشروعية .
بحسب الظاهر من الأمور ، ويرجع في تحديد هذا الظاهر إلى تقدير الشخص المعتاد من أفراد الناس الذين ينفذ عليهم هذا العمل .
ب - جسامه الأثر المترتب على عدم الشرعية : أجاز القانون مقاومة الموظف العام حسن النية إذا كان يخشى أن ينشأ من تنفيذ عمله غير المشروع حدوث موت أو جروح بالغة إذا كان لهذه الخشية سبب معقول^(٢) .
وقد لاحظ المشرع في هذا الاستثناء أن الاعتداء بالجسيم على المصلحة المحمية وهي الحق في الحياة أو سلامة الجسم أولى بالرعاية من المصلحة المستفادة من النظام والأمن .

الخلاصة

٨٢٩ - الأصل أنه لا يجوز تقرير حق الأفراد في مقاومة الموظفين العموميين حتى لا يخلق القانون معول هدمه ، فالرقابة الفردية على أعمال الوظيفة العامة عن طريق المقاومة نوع من إثارة الفوضى ومدعاة للاضطراب ، حالة أن الرقابة القضائية على هذه الأعمال ضمان لسلامتها ولتحقيق الصالح العام ، فليس من المستطاع تنظيم شرعية المقاومة في القانون لأن ذلك يتنافى مع معنى القانون ذاته : بيد أنه يمكن تقرير حق الأفراد في المقاومة ولو بغير نص حين يسقط السند القانوني الذي يعصم أعمال الموظفين العموميين من شر المقاومة الفردية ، ولا يتسنى ذلك إلا حين تتجرد هذه الأعمال بجلاء من المسحة الشرعية فيبدو عدوانها على القانون أمراً متبادراً للوهلة الأولى فنكون حيال تلبس بعدم الشرعية . ويجب حينئذ أن يكون هذا التلبس حقيقياً لا مجرد وهم ، فالفرد الذي يختار سبيل المقاومة يجب أن يكون مستعداً لتقديم الحساب أمام قضاة مهمما حسن نية ، ولن يشفع حسن نيته إلا بالقدر الذي يسمح به القانون وفقاً لنظرية الغلط في الإباحة ومعيار الخطأ غير العمدى^(٣) .

(١) يفترض قانون المقدمات الفرنسي حسن النية بموجب المادة ١٨٦ منه .

(٢) والتحقق من ذلك مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضي الموضوع . ومن أمثلة ذلك أن يحاول مأمور الضبط تنفيذ أمر باطل بالقبض على شخص تقرر لإجراء عملية جراحية له بعد قليل ويهدد تأجيلها حياته بالخطر - انظر فتوى سرور ، المرجع السابق ص ١٦ .
(٣) يكاد يجمع الفقه الحديث على أن الغلط في الإباحة ، أو الإباحة الظنية ، لا يجوز أن تتعادل من حيث الأثر القانوني مع الإباحة الواقعية وبالتالي لا تؤدي تلك الإباحة =

وحيث يركن في مقاومة الموظف العام إلى الدفاع الشرعي أو حالة الضرورة : فإذا كان العمل غير الشرعي الذي قارفه الموظف العام ينطوي في حد ذاته على جريمة جاز الدفاع الشرعي ضد هذا العمل مهما كانت درجة جسامه الخطر المستفاد من عدم الشرعية ، مع استيفاء سائر شروط هذا الدفاع . أما إذا كان العمل غير الشرعي لا يكون جريمة فيجوز للأفراد مقاومته وفق حالة الضرورة شريطة أن ينطوي عدم الشرعية الظاهر على خطر جسيم حال يهدد الأفراد ، وينزل الأثر الجسيم لعدم المشروعية هنا منزلة الشرط اللازم لتوافر حالة الضرورة . وهكذا يخلص لنا أن التلبس بعدم الشرعية هو الشرط المفترض لتوافر حق المقاومة لأنه هو الذي يهدم العائق الذي يقف حياءً واجب الأفراد في إطاعة الموظفين العموميين ، ولما كان حق المقاومة ينظمه القانون إما في إطار حق الدفاع الشرعي أو في إطار حالة الضرورة ، فإنه في الإطار الأول يجب أن ينطوي عدم الشرعية الظاهر على خطر الجريمة ، أما في الإطار الثاني فيجب أن ينطوي عدم الشرعية الظاهر على مطلق الخطر الجسيم ولو لم يترتب على الجريمة : بيد أنه في الإطارين كليهما يستوجب القانون نوعاً من الجسامه في آثار عدم الشرعية ، ومعيار الجسامه في الدفاع الشرعي قانوني بحت وهو مجرد خطر الجريمة ، ولكنه في حالة الضرورة موضوعي بحت هو مطلق الخطر الجسيم^(١) .

= الوهمية إلى مشروعية فعل الجاني فلا تترتب جرمته إلى أصلها من الإباحة ، ذلك أن أسباب الإباحة كقاعدة عامة ذات طبيعة موضوعية فهي لا تنتج آثارها المبيحة للجريمة إلا إذا توافرت واقعيًا وتكاملت لها شروطها وعناصرها فلا ينقض النظر عن علم الجاني أو جهله بتوافرها . بيد أنه إذا كان الغلط في الإباحة لا يؤدي إلى إباحة الجريمة فن الجائز أن يقوم ذلك الغلط بدوره النافي للقصد شأنه شأن الغلط الذي ينصب على عنصر من عناصر الكيان الموضوعي للجريمة ومن ثم تمتنع مسئولية الجاني تماماً أو يسأل مسئولية غير عمدية في صورة الخطأ أو الإهمال إذا تكاملت شروطها . وقد ذكرنا فيما تقدم أن هذا الرأي هو السائد في إيطاليا بصريح نص المادة ٥٩ عقوبات ، كما أنه هو السائد أيضاً في الفقه الألماني وإليه يميل فريق من الفقه المصري رغم خلو القانونين الألماني والمصري كليهما من نص يضع قاعدة عامة تحسم المشكلة كما فعل المشرع الإيطالي .

(١) ولا يترتب على التمييز بين الوضعين أثر قانوني معين لأن الدفاع الشرعي وحالة الضرورة يعتبران في رأينا من أسباب الإباحة على خلاف ما يراه جمهور الفقه المصري هذا الدكتور أحمد فتحي سرور والدكتور محمود مصطفى الذي مال إلى اعتناق هذا الرأي مؤخرًا =

٨٣٠ - ونحن إذا نظرنا إلى نص المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات المصرى سوف نجد فكرة التلبس بعدم الشرعية غير واضحة ولا تغنى عنها فكرة عدم الشرعية الشخصية التي اعتنقها المشرع المصرى . ومن ناحية أخرى فإن إياحة مقاومة مأمور الضبط حسن النية إذا كان يخشى من تنفيذ عمله غير المشروع حدوث موت أو جروح بالغة إذا كان لهذه الحشية سبب معقول - لا يجوز أن يقتصر على حق الدفاع الشرعى ، فهذه المقاومة تعتبر مشروعة ولو كان العمل غير الشرعى الذى يصدر عن الموظف العام لا ينطوى على خطر ارتكاب جريمة ، وأساس شرعية المقاومة فى هذه الحالة هو حالة الضرورة وليس حق الدفاع الشرعى (١) .

فذلكة البحث (١)

٨٣١ - عرضنا للنظريات التي تداولت مبدأ « عدم جواز الاعتذار بالجهل أو الغلط فى القانون » والنقد الذى استهدفت له هذه النظريات . وقد تبدو نظرية الالتزام بالعلم بالقانون أفضل من غيرها لتبرير الإبقاء على المبدأ ، وقد سار فى وقتنا الحاضر الشارح الإيطالى ديولوجى على درب سلفه مانزىنى (٢) ، واستند فى دعم تلك النظرية على دعامين : الأول أن الالتزام بالعلم بالقانون هو التزام عام نصت عليه بعض الدساتير مثل الدستور الإيطالى الصادر عام ١٩٤٧ فقد نص فى مادته الرابعة والخمسين على أن « يقع على عاتق كل المواطنين واجب الخضوع والإخلاص للجمهورية كما عليهم الالتزام بالدستور والقوانين » وهو ما يتأدى منه أن على المواطنين التزاماً بالعلم بالقوانين كافة التي تصدر وفقاً لهذا الدستور ، والثانية أن فكرة الدولة القانونية *L'état de droit* مفادها أن العلاقة بين الدولة والفرد أصبحت علاقة قانونية تحميها قواعد القانون العام ، علاقة يمكن أن تنشأ عنها حقوق والتزامات شخصية تبادلية . ومن ثمة يمكن القول إن كل دستور ينشئ على عاتق الدولة التزاماً بأن تقوم « بنشر » القاعدة القانونية التي تصدرها فى جريدتها الرسمية وذلك حتى يمكن أن يترتب لها فى ذمة الأفراد حق يتمثل فى أن يضبطوا تصرفاتهم وفق أحكام تلك القاعدة . ويتفرع على تلك الالتزامات والحقوق المتبادلة أن يسقط عن كاهل الأفراد التزامهم بضبط تصرفاتهم وفقاً لأحكام القاعدة القانونية التي لا تستكمل شكلها

(١) الفذلكة كلمة مولدة وهي منحوتة من قولهم فذلك كذا وكذا لما هو نتيجة الجمع الذى كان يستعمل فى الدواوين وأكثر الناس يستعملونها للتهديات التي تورده بين يدي البحث والتأليف . بيد أنى بعد أن أوضحت أصلها أستصوب استمارتها للخاتمة والنهية لأنها هي التي تشبه فى معناها ذلك المعنى الذى انتحنت منه تلك الكلمة . وقد جاء فى المنجد طبعة بيروت ص ٦٠٣ « فذلك فذلكة » الحساب فرغ منه ، والفذلكة مصدر مجمل أو خلاصة ما فصل أولاً حساباً كان أو غيره .

(٢) Manzini : Diritto penale italiano 1950 Vol II p. 26-27. Delogu : (٢) La Culpabilité N 505.

= فى مؤلفه « أصول قانون العقوبات فى البلاد العربية ١٩٧٠ » حيث كان قبل ذلك مع الجمهور فى أن حالة الضرورة تعتبر من موانع المشولية - راجع مؤلفه فى القسم العام ط ١٩٦٩ وراجع ما فكرناه ص ٩٣٥ هامش (١) .

(١) فتى مرور ، المرجع السابق ص ١٦ - ١٨ .

نشرها وبالتالي يقرم حقهم في مواجهة الدولة في عدم تطبيق تلك القاعدة عليهم . بيد أنه في مقابل هذا الحق ، ينشأ على عاتق الأفراد التزام قانوني آخر بأن يبذلوا كل جهد ممكن ابتغاء العلم بالقاعدة القانونية التي تولت الدولة نشرها وفاء بالتزامها ، وتقصير الأفراد في تنفيذ التزامهم القانوني بالعلم أمر دال بذاته على إخلالهم به مما يستوجب قانوناً استحقاقهم جزاء نكولهم عن تنفيذه (١) .

٨٣٢ - بيد أن الميزة المتبادرة من نظرية « الالتزام بالعلم بالقانون » ، على تقدير أنها تكفل لعناصر القصد الجنائي التحديد الصحيح وتستبعد الافتراض والمجاز من أحكامه (٢) ، تكاد تتلاشى أمام النظرة الفاحصة . ذلك أن القول بأن الالتزام بالعلم بالقانون يقوم في ذهن كل ذي أهلية حين يقدم على أي نشاط إنما يقيم « قرينة إثبات » على توافر علمه بأن عليه التزاماً قانونياً عاماً بأن يعلم بالقاعدة القانونية التي صدرت وتم النشر عنها ، وهو ما يعني وجود تلازم بين واقعة « توافر الأهلية القانونية » لدى فرد من الأفراد ، وبين واقعة « علمه الفعلي » بأن ثمة قاعدة قانونية قد نشرت بالطريق الدستوري وبالتالي تولد في ذمته التزام قانوني بالعلم بها . ونحن نتفق مع الدكتور محمد زكي محمود (٣) في أننا بذلك نجد أنفسنا مرة أخرى وجهاً لوجه أمام الفكرة

(١) وقد حدث أن صدرت كمية من الذهب ضبطت مع إيطالي عند عودته إلى إيطاليا ، وكان قد هاجر إلى كولومبيا وتغيب فيها عشرين سنة ، جاهلاً بالقانون الإيطالي الذي يحظر استيراد الذهب أو تصديره . أدانته محكمة أول درجة ثم ألغت محكمة الاستئناف الحكم وقضت ببراءته تأسيساً على تواجده في حالة استحصال عليه فيها تنفيذ التزامه بالعلم بالقانون الجنائي الإيطالي - وراجع مانزيني ، المرجع السابق ص ٥٢٤ . هذا وقد أخذ الدكتور عبد المهيم بكر بنظرية الالتزام بالعلم بالقانون - انظر رسالته ، المرجع السابق ص ٢٢٠ .

(٢) يخص الدكتور محمود نجيب حسني هذه النظرية بالميزة المشار إليها إلى جانب ميزات أخرى . وهو يقول إن فكرة القصد الجنائي لا تتصور إلا إذا كان عنصرها الأساسي هو إرادة مخالفة القانون ، وهله الإرادة تتطلب العلم بالقانون ، وهذا العلم يتحدد بالعلم بالالتزام الذي يتولد عن القاعدة القانونية ، وقد سبق أن أشرنا إلى أن الالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية يرتبط سلباً بالالتزام بالخضوع لما تتضمنه هذه القاعدة من أحكام ، وأن الالتزام بالعلم بالقانون يقوم في ذهن كل ذي أهلية حين يقدم على أي نشاط .

(٣) المرجع السابق ص ٥٢٩ .

التي قال بها أصحاب نظرية افتراض العلم بالقاعدة القانونية بقرينة نشرها . كل ما هنالك أننا أمام نظرية افتراض العلم « بوجود الالتزام بالعلم » (١) بالقاعدة القانونية نستبدل بقرينة « النشر » قرينة « الأهلية » . وهذا الفقيه حتى في تساؤلاته : هل « توافر الأهلية » يمكن اعتباره « قرينة إثبات » على توافر العلم ينشوء الالتزام بالعلم بالقانون لدى الأفراد ، وهل هي قرينة قضائية أو قانونية ، وإذا كانت قانونية فهل هي قاطعة لا تقبل إثبات العكس أو بسيطة يمكن إثبات عكسها ؟ فإن لم تكن قرينة إثبات فهل هي قاعدة موضوعية وأين هو النص القانوني الذي تضمنها ؟ فإذا لم تكن هذه ولا تلك ، فهل تراها مجرد

(١) قلنا إن الدكتور محمود نجيب حسني في مقاله السابق حاول الربط بين نظرية الالتزام بالعلم بالقانون وبين القواعد الأساسية في القصد الجنائي وأهمها - في رأي أصحابها - أن علم الجنائي بالقاعدة الجنائية يمثل عنصراً أساسياً من عناصر القصد الجنائي فإذا جهلها انتفى قصده شريطة ألا يكون جهله هذا نتيجة تقصير منه بأن لم يبذل ما كان يمكنه أن يبذله من جهد وأفعال إيجابية ابتغاء العلم بالقاعدة القانونية . ومع التسليم بما تقوله النظرية من أن صدور القاعدة القانونية يضع على عاتق الأفراد التزاماً بالعلم بها ثم التزاماً بالخضوع لأحكامها ، فإن الالتزام بالعلم بالقاعدة يستتبع العلم ابتداءً بالالتزام بالعلم بهذه القاعدة حتى ينهض الأفراد لوفاء بهذا الالتزام عن طريق بذل غاية جهدهم للعلم بالقاعدة ، والالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية يستوى في ذلك مع الالتزام بالخضوع لأحكام هذه القاعدة ، فكما أن هذا الالتزام الأخير يستتبع ابتداءً العلم بالقاعدة حتى يستطيع الفرد الخضوع لأحكامها ، فكذلك الالتزام بالعلم بالقاعدة يستتبع أيضاً العلم بالالتزام بالعلم بها حتى يسارع إلى بذل الجهد توصلًا إلى تحصيل هذا العلم بالقاعدة القانونية ، ومن ثم إلى الخضوع لأحكامها . ولعل هذا الذي نقول به دار به عند الدكتور محمود نجيب حسني فتجده يقول ص ٢١٦ « إن الالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية هو التزام « يعلم » به كل « ذي أهلية » يخضع لسلطانها » ويقول « لا شك عندنا أن كل من يأتي نشاطاً عليه واجب العلم بحكم القانون فيه قبل أن يقدم عليه ، وهو يعلم بهذا الواجب لأنه يعلم بأنه فرد في مجتمع يخضع للقانون ولا يتمتع بحرية مطلقة . . . ويعني ذلك أن المتهم « يعلم بالواجب » الذي يحتم عليه « العلم بالقانون » ويتوافر هذا العلم لدى كل ذي أهلية في نظر القانون . . . » وهذا القول ، كما يقول الدكتور محمد زكي محمود بحق ، يمكن صياغته بعبارة أخرى دون أن يتغير مدلوله فنقول : « كل ذي أهلية مفروض فيه أنه يعلم بقرينة توافر عناصر الأهلية فيه ، بأن هناك قاعدة قانونية قد صدرت ونشرت ، وبأنها أنشأت على عاتقه التزاماً بالعلم بها وإدراك أحكامها » . يؤكد ذلك قول الدكتور نجيب حسني في موضع آخر إن « القول يعلم كل شخص ذي أهلية بهذا « الالتزام بالعلم » وبوجوب خضوعه لا ينطوي على تكليفه بما يشق على الأفراد القيام به ، فالعلم بالقانون مرتبط بالحياة في المجتمع ، ونطاقه يتحدد وفقاً للظروف التي تحيط بكل شخص وتبين له الأعمال التي يسهه أن يقوم بها لكن يعلم بأحكام القانون » .

تخايل فقهي أو حيلة قانونية ، وإن كانت حيلة قانونية فأين النص التشريعي - الذي يقرها ؟ وهكذا يمكن القول إن سهام النقد التي سددت إلى نظرية افتراض العلم بالقانون بقريته نشره يمكن أن تسدد إلى افتراض العلم « بالالتزام العلم بالقانون بقريته توافر الأهلية » .

٨٣٣ - والقول بأن النظرية تستبعد المجاز من أحكام القصد الجنائي يبدو بدوره ناشراً على معالم النظرية ، خارجاً عن مدلولاتها . ذلك أن الالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية يفرض على الأفراد أعمالاً إيجابية من قبيل الاستفسار عن حكم القانون في أفعالهم ، فإذا ثبت أنهم لم يبذلوا في سبيل ذلك ما تسمح به إمكانياتهم كانوا مخلصين بالالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية وبالتالي خارجين عنها ومستحقين جزائماً ضرورة التسوية التي تقول بها تلك النظرية بين الإخلال بهذا الالتزام والإخلال بالالتزام الخضوع للقاعدة القانونية . ومؤدى هذا هو « اعتبار » الجنائي ، في حالة الإخلال بالالتزام بالعلم بالقاعدة القانونية نتيجة تقصيره في بذل الجهد الذي تسمح له به إمكانياته توصلنا إلى هذا العلم ، عالمياً بالقاعدة القانونية على الرغم من ثبوت جهله الفعلي بها ، وهكذا يكون حكم الإدانة في هذه الحالة مبناه اعتبار العنصر الأساسي في القصد الجنائي ، وهو العلم بالقاعدة الجنائية التي تجرم فعله ، قد توفر لديه . ولعل هذه النتيجة هي بذاتها التي انتهت إليها صاحب النظرية عند ما قال إنه « إذا اتجهت الإرادة إلى عدم بذل الجهود أي عدم القيام بالأعمال التي يفرضها الالتزام « بالعلم بالقاعدة القانونية » فقد اتجهت الإرادة إلى مخالفة القانون ، وبذلك يكون السلوك الذي يتسبب إلى الخاضع للالتزام هو الامتناع العمدي » (١) . وهكذا فإن فكرة القصد الجنائي أصبحت تقوم في جانب أساسي منها على « مجاز » ربما يكون بعيداً عن الحقيقة بعداً كبيراً ، وتكون نظرية « الالتزام بالعلم بالقانون » قد جردت أحد عناصر القصد الجنائي من كل قيمة جدية وأحالة إلى عنصر نظري يذكر في تعريفه دون أن يتطلب في تطبيقه ، ذلك أن اعتبار العلم بالقانون عنصراً أساسياً في القصد الجنائي يستلزم توافر العلم فعلاً وواقعاً وليس فحسب مجازاً أو حكماً ، أما القول « باعتباره » متوافراً

(١) محمد زكي محمود ، المرجع السابق ص ٥٢٦ .

على الرغم من ثبوت انتفائه فإن هذا يعادل حذف العلم بالقانون من عناصر القصد الجنائي ، ونحن لا ننكر أن هذه النظرية أتت بأمر لا ترد عليها الانتقادات التي توجه إلى افتراض العلم بالقانون حين يقيد أنصاره فيقولون باستبعاده عند استحالة العلم بالقانون وعند ما يكون الغلط في القانون حتمياً غير مستند إلى خطأ ، ذلك أن هذه القيود تناقض طبيعة الافتراض إلى الحد الذي يجعل التسليم بها هادماً للافتراض ذاته كما سبق أن ذكرنا ، حالة أن القول بانتفاء القصد الجنائي في الحالتين المذكورتين لا يتناقض مع الالتزام بالعلم بالقانون لأن فكرة الالتزام ذاتها تتطلب التقييد حتى لا يكون التكليف به تكليفاً بما لا يطاق . بيد أننا لا نستصوب تخطيطاً نظرية « الالتزام بالعلم بالقانون » التفرقة بين الجهل بقانون العقوبات والجهل بالقوانين الأخرى . وفي نفس الوقت فإننا لا نذهب معها في القول بأن العلم بالتجريم هو عنصر من عناصر القصد الجنائي (١) ، ذلك أن « التشريع » ليس المصدر الرسمي للقواعد الجنائية الذي تستمد منه قوتها الملزمة فحسب ، وإنما هو أيضاً الوعاء الذي يحتويها والذي تستقي منه مضمونها (٢) . لهذا كان من العسير القول إن

(١) ذهب بعض الفقهاء في مصر وفرنسا إلى اعتبار النص على الجريمة ركناً فيها يسمى بالركن الشرعي ومن هؤلاء السيد مصطفي السيد ، المرجع السابق ص ٧٨ - محمود إبراهيم اسماعيل ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ١٩٥٩ ص ١٣٤ - علي بدوي ، الأحكام العامة في القانون الجنائي ١٩٣٨ ص ٣٩ . وفي فرنسا *Stefani et Levasseur, Droit pénal général, 1970, p. 97.*

(٢) *Delogu, la Culpabilité, Alexandrie, 1949-1950, No. 125-Decocq.* (٢) المرجع السابق ص ٦. *La structure de la qualification légale, Le Caire, 1969 p. 6.* هذا ويسلم الدكتور محمود نجيب حسني بوجود الركن الشرعي للجريمة تحت مفهوم آخر هو الصفة غير المشروعة أو التكييف القانوني للفعل بالنظر إلى نصوص قانون العقوبات . ونحن لا نقر هذا النظر لأن الصفة غير المشروعة للفعل إنما تتحدد على ضوء نموذج الجريمة كما ورد في نص قانون العقوبات ، فهي العلاقة بين الفعل المرتكب والوصف القانوني وبالتالي فهي تكشف عن وقوع الجريمة دون أن تعتبر جزءاً فيها . والحق إن الجريمة تتكون من ركنين فحسب أحدهما مادي والآخر معنوي ، ويمثل الركن المادي في النشاط الذي يرتكبه الجاني أما الركن المعنوي فيتمثل في إرادته الخاطئة في مباشرة النشاط الإجرامي ، والركن الأول له مظهر خارجي أما الثاني فعنوي بحيث لأنه مشترك في نفسية الجاني . وفضلاً عن هذين الركنين فإن القانون يشترط في بعض الجرائم توافر شرط إضافي يسمى بالشرط المفترض *Condition*

القانون الجنائي بقواعده المختلفة وبعد صدوره من السلطة التشريعية يمكن أن يُعتبر في نفس الوقت ركناً في الجريمة أو عنصراً فيها لأن مصدر الشيء أو

préalable وهو حالة واقعية أو قانونية يحميها القانون ويفترض توافرها قبل وقوع الجريمة - **Decroq, p. 28 etc** . مثال ذلك تسليم مال منقول لغير بناء على أحد عقود الأمانة كشرط وقوع جريمة خيانة الأمانة (م ٣٤١) وقيام الحجز كشرط لوقوع جريمة اختلاس أو تبيد المحبوزات (م ٣٢٣ و ٣٤٢) وتوافر صفة الموظف العام فيمن يرتكب جريمة الرشوة (المواد ١٠٣ وما بعدها) . وإثبات توافر الشرط يخضع للوسائل المقررة في القانون الذي ينتمي إليه بخلاف الركن فإن إثباته يخضع للقواعد العامة في الإثبات الجنائي ، ففي جريمة خيانة الأمانة مثلاً يعتبر تسليم المال بناء على أحد عقود الأمانة شرطاً مفترضاً في الجريمة ومن ثم يخضع لإثباته للقانون المدني . ويتحدد مكان وقوع الجريمة بالركن لا بالشرط ، فتقع جريمة خيانة الأمانة في المكان الذي تتم فيه خيانة الأمانة (الركن المادي) ولا يلتفت إلى مكان تسليم المال موضوع الجريمة (الشرط المفترض) . ولا كان الشرط المفترض لا يعتبر جزءاً في الجريمة فإن توافره لا يتحقق به البدء في التنفيذ الذي يقوم به الشروع . ونستعرض النظر إلى أنه يتعين حتى يكون الشرط المفترض عنصراً في الهيكل القانوني للجريمة أن يكون القانون قد أوجب توافره إما لوجود الجريمة وإما لاعتبارها من نوع معين : جنائية أو جنحة ، كصفة الطيب في جنابة الإجهاض وصفة الموظف العام في جنابة الاختلاس . ونشير بهذه المناسبة إلى أن طبيعة جريمة الاختلاس تأتي الاكتفاء بصفة الموظف العام وإنما يتعين أن يكون مختصاً على نحو ما يحيازة مال لحساب الدولة - انظر محمود نجيب حسي ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ١٩٧٢ ص ١٢٢ . وتعريف الموظف العام واسع جداً وفي ذلك تقول محكمة النقض إن الشارع « أطلق حكم النص ليشمل كل موظف أو مستخدم عومي يختلس مالا مما تحت يده متى كان المال المختلس مسلماً إليه بسبب وظيفته - نقض ٥ يونيو ١٩٥٦ ص ٧ من ٨٥٣ . فالنص يشير إلى « جميع فئات موظفي الحكومة لا فرق بين الدائمين منهم وغير الدائمين ولا بين ذوي الحق في المعاش ومن لاحق لهم فيه - نقض ١٥ أبريل ١٩٥٧ و ٢٨ أكتوبر ١٩٥٧ ص ٨ من ٣٩٩ و ٨٢٥ - فالكتاس أو الجنائبي أو السمكري الذي يعمل في الدولة وصول يلوكات النظام وطواف البريد والعامل في المصانع الحربية كل أولئك يصلحون لارتكاب جنابة الاختلاس - نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٤٩ ص ١ من ٩٣ ونقض ١٢ مارس ١٩٦١ ص ١٢ من ٢١٥ ونقض ٩ مارس ١٩٥٩ ص ١٠ من ٥٦ . ويزداد اتساع مدلول الموظف العام بإضافة أفراد الفئات الذين نصت عليهم المادة ١١١ عقوبات وأكثر هذه الفئات اتساعاً مما فتنا المكلفين بخدمة عامة والعالمين في هيئات القطاع العام ، فقد اعتبرت محكمة النقض جنود الجيش مكلفين بخدمة عامة هي الخدمة العسكرية - ٢٢ أبريل ١٩٦٣ ص ١٤ من ٣٢٩ . واعتبرت الحفير في شركة تابعة للقطاع العام خاضعاً لنص الاختلاس - نقض ١٠ يونيو ١٩٦٨ ص ١٩ من ٦٧٩ .

أما فكرة الموظف العام في جرائم التزوير في المحررات فلها دلالة خاصة مستمدة من الصلة بينها وبين فكرة المحرر الرسمي ومن طلة تشديد عقاب التزوير الذي يرتكبه موظف =

منبعه لا يتصور عقلاً أن يكون ركناً في الشيء الذي صدر عنه أو نتج منه ، كما أنه من غير المنطقي أن يعتبر خالق الشيء أو صانعه ومبدعه عنصراً فيما خلق أو صنع أو أبدع لأن المصدر **la Source** والعنصر **l'élément** لفظان لا يمكن منطقياً أن يجتمعا في موضوع واحد في وقت واحد . ويترتب على ذلك أن علم الجنائي بالتشريع الجنائي غير لازم للقول بتوافر قصده الجنائي لأن العلم الذي يمثل العنصر الأساسي في القصد هو العلم بالأحداث والوقائع التي تتمثل فيها العناصر التي يتركب منها الكيان الموضوعي للجريمة ، أما العلم بالقانون الجنائي أو بعدم المشروعية الجنائية للسلوك في مجموعه فهو أمر لا شأن له بالقصد الجنائي ولا تأثير له عليه ، وبالتالي فإن الجهل بهذا القانون أو الغلط فيه والاعتقاد اعتقاداً زائفاً بمشروعية السلوك ، أمر لا ينفي القصد الجنائي ولا تأثير له ، تبعاً ، على المسؤولية الجنائية . وبهذا يبدو جلياً أننا نتفادى اعتبارين يتعذر التوفيق بينهما : اعتبار العلم بالقانون الجنائي عنصراً من عناصر القصد الجنائي وما يقتضيه من ضرورة علم الجنائي به علماً فعلياً وصحيحاً ، والحرص على صالح الجماعة وما يتطلبه من وجوب إغفال العلم بالقانون الجنائي حتى يمكن تطبيقه على الجميع دون استثناء . وإذا وصلنا إلى هذا لم يعد

= عام . ويلزم من نسبية هذه الفكرة أنها ليست بالضرورة الإدارية للموظف العام بل إنها ليست فكرته في جرائم الوظيفة العامة كالرشوة والاختلاس ، وبصفة خاصة فإن ما ورد في المادتين ١١١ و ١١٩ مكرراً من قانون العقوبات من إسهام في تحديد مدلول الموظف العام ومن تشبيه لبعض الفئات بالموظفين لا ينمكس بالضرورة على دلالة الموظف العام في التزوير في المحررات إذ هو في هذه الجرائم كل شخص عهد إليه القانون بطريق مباشر أو غير مباشر وعلى وجه دائم أو عارض بإثبات كل أو بعض البيانات التي يتضمنها محرر رسمي أي كان ، وهذا التعريف يستمد من الصلة المنطقية بين فكرة المحرر الرسمي وفكرة الموظف العام - محمود نجيب حسي ، المرجع السابق ص ٢٨٣ . والمرجع في النهاية إلى تفويض القانون سلطة إدارية أن تعهد إلى شخص تدوين المحرر الرسمي ، بل إن القضاء استقر على أنه يستوي أن يكون الاختصاص « قانوناً أو مرسوماً أو لأئحة أو تعليمات أو بناء على أمر رئيس مختص أو طبقاً لمقتضيات العمل » - نقض ٢٠ أبريل ١٩٥٩ ص ١٠ من ٤٤٦ و ١٦ مايو ٢٧ يونيو ١٩٦٠ ص ١١ من ٤٥٧ و ٦١٥ و ٣ أبريل ١٩٦١ ص ١٢ من ٤١٩ و ٦ مايو ١٩٦٨ ص ١٩ من ٥٣٦ و ٣ فبراير ١٩٦٩ ص ٢٠ من ٢١٢ . ويلاحظ أن عبارة « طبقاً لمقتضيات العمل » تفسح المجال لحالة جريان العرف الإداري على تولى شخص تحرير نوع من المحررات أو إثبات بيان أو أكثر فيه إذ يعد هذا الشخص بناء على ذلك العرف موظفاً عاماً .

باقياً غير تحديد المجال الصحيح الذي يُبحث فيه أثر علم الجاني بالقانون الجنائي ، أو بعدم مشروعية سلوكه في مجموعه ، على مسئولية الجنائية تمهيداً لمعرفة أثر جهل الجاني بهذا القانون أو غلظه فيه على تلك المسئولية .

٨٣٤ - مر بنا أن القاعدة الجنائية هي الخلية الأساسية التي تتكون من مجموعها بنية التشريع الجنائي ، وهي في ذاتها خطاب موجه إلى الأفراد في صيغة عامة لها قوة الإلزام تفرض على المرسل إليهم وتلزمهم قانوناً أن يضبطوا تصرفاتهم وفقاً لمتطلباتها . وتحلل القاعدة القانونية إلى عنصرين : عنصر العلم *Science* وعنصر الصياغة *téchnique* . والعنصر الأول هو الحقائق الواهية التي تساهم في تكوين المادة الأولية التي يتكون منها جوهر القاعدة . هذه الحقائق لا تعدو أن تكون مجرد توجيهات أو نصائح غير قابلة للتطبيق على المخاطبين بها ، ومن هنا كان من المتعين تدخل عنصر الصياغة أو التشكيل ليجعل منها قاعدة قانونية - لها قوتها الملزمة - صالحة للتطبيق *applicable* على المخاطبين بها *destinataires* أي تجعلهم ملتزمين بمضمونها وأحكامها التزاماً قانونياً أصلياً . هذه الصياغة تتمثل في التشريع *législation* وهو المصدر الرسمي للقاعدة القانونية والوحيد بالنسبة للقاعدة الجنائية بالذات . هذا التشريع يمر بمراحل تولّى الدستور إيضاحها ، فالإصدار مرحلة يخرج بها التشريع إلى الوجود في صورة وثيقة مكتوبة تحدد معناه وتنص على إلزامه ، وهو وإن كان عملاً يثبت به وجود القاعدة القانونية مستوفية لإجراءاتها الدستورية ، إلا أنه لا يكفي لاعتبار التشريع مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية ، بمعنى أن الإصدار لم يعتبر بذاته واقعة قانونية منشئة لالتزام الأفراد بتلك القاعدة ولسريانها عليهم ، ذلك أنه لما كانت القاعدة القانونية خطاباً موجهاً من الشارع إلى المخاطبين بها^(١) يفرض عليهم بموجبه القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ويترتب جزاء على من يخالف منهم هذا الالتزام ، كان من المتعين من جهة « العدالة المطلقة » أن يتصل هذا الخطاب ومضمونه اتصالاً مباشراً وفعالياً « بعلم » هؤلاء الأفراد بطريقة ما حتى يستطيع كل منهم أن يدرك ما له

(١) راجع في تفصيل المخاطبين بالقاعدة القانونية ، رمسيس بنام ، المرجع السابق

وما عليه فيضبط تصرفاته وفق مضمون القاعدة القانونية وإلا بقيت في حيزها الطبيعي كواقعة مادية أو كمنصبة لا صلة لها بالنظام القانوني . « العلم الفعلي » بالتشريع الذي تضمن القاعدة القانونية يمثل إذن الشرط النهائي الذي تملبه العدالة المطلقة « لنفاذه » ، بمعنى أنه الشرط النهائي اللازم تحققه حتى تكتسب القواعد القانونية قوتها الملزمة بالنسبة للمخاطبين بها . ويترتب على ذلك ، نظرياً ، أن المنطق السليم والعدالة المطلقة تستوجب بدورها القول إن ثبوت جهل الأفراد بالتشريع أو غلظهم في القواعد القانونية إنما هو جهل أو غلط ينبغي أن تقتصر آثاره على عدم التزام من وقع في ذلك الجهل أو الغلط بأحكام تلك القواعد ، أي عدم تطبيقها أو سريانها عليهم ، وهو أمر منبثق الصلة بالقصد الجنائي الذي تتميز به الصورة العمدية للركن المعنوي للمسئولية الجنائية ، فما هو التبرير السليم إذن لبقاء مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون معمولاً به ؟ إن خير تبرير - في رأينا - يكمن في الفكرة التي قال بها الدكتور محمد زكي محمود^(١) وهي فكرة « الإشهار القانوني » أو « العلانية الحكيمية » مع تحفظات لنا على هذه الفكرة سنوردها بعد قليل . فقد تضمنت الدساتير كافة النص على أن هذا الإشهار أو العلانية القانونية *publicité de droit* أضحى يمثل شرط سريان أو تطبيق أو نفاذ التشريعات التي تتضمن مختلف أنواع القواعد القانونية ومنها القواعد الجنائية ، ونصت على الوسيلة التي تتحقق بها تلك العلانية الحكيمية أو ذلك الإشهار القانوني . ولكن قبل أن نستعرض إلى دراسة وسيلة تحقق الإشهار بحسبانه شرطاً لسريان القاعدة القانونية ومناطق التزام المخاطبين كافة بها ، يحسن أن نعرض لمفهوم العلانية الحكيمية الصحيح ابتغاء الوقوف على الفرق بين « العلم الفعلي » الذي يتحقق عن طريق العلانية الفعلية ، ومعنى العلانية القانونية التي وسيلتها النشر .

٨٣٥ - يفيد لفظ « العلانية » لغوياً مفهوماً الإظهار والانتشار والذيع والإشهار^(٢) ، والعلانية الفعلية أو الحقيقية *publicité de fait ou réelle* هي إبلاغ معنى أو أمر إلى علم الجمهور بالفعل بغض النظر عن الطريقة التي يتم

(١) راجع محمد زكي محمود ، المرجع السابق ص ٥٧١ .

(٢) راجع محمد محيي الدين عوض ، العلانية في قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه

بها ذلك (١). أما العلانية الحكيمة أو القانونية (٢) فإن المشرع يلجأ إليها حين يُقدّر أن اتصال أمر أو واقعة بعلم الجمهور اتصالاً فعلياً حقيقياً هو أمر مستحيل الوقوع ، في نفس الوقت الذي يشعر فيه بأن ذلك الأمر أو الواقعة يجب أن يخرج من نطاق السرية ، أي يجب أن يظهر وينشر ويُشهر ، لا شك أن المشرع هنا لا بد وأن يكون قد استبعد فكرة اتصال الواقعة بعلم الجمهور اتصالاً فعلياً كشرط للعلانية وذلك لاستحالة تحققه ، ولما كان افتراض توافر « العلم الفعلي » لدى الأفراد هو افتراض يتأى عن الواقع فقد استبدل المشرع بفكرة الافتراض فكرة « مظنة وصول العلم أو الواقعة إلى علم الجمهور » بناء على استيفاء إجراءات أو شكليات معينة (٣) يتحقق بها الإشهار وتتوافر العلانية ، إشهار أو علانية مفترضة - من ناحية التطبيق

(١) محمد عبد الله محمد ، جرائم النشر ، المرجع السابق ص ١٩٣ .

(٢) العلانية الحكيمة هي علانية مفروضة ، يفترض القانون تحققها بتحقيق قرينة ينص عليها كقول المادة ١٧١ عقوبات مصرية « يعتبر القول أو الصياح علناً . . . أو إذا حصل الجهر به أو ترديده بحيث يستطيع سماعه من كان في الطريق أو المكان أو إذا أذيع بطريق اللاسلكي » . ولم يضع المشرع المصري في قانون العقوبات للعلانية قواعد عامة تنطبق على كل الجرائم التي تكون فيها العلانية ركناً أو شرطاً أو ظرفاً ، بل أثر كما فعل القانون الفرنسي أن يكون مطلق العلانية أو مضمونها مسايراً للغرض الذي يتوخاه أو المصلحة التي يريد بها من للنص على تجريم كل فعل من هذا القبيل . ففي الجرائم المنصوص عليها في المواد ١٥٦ و ١٥٧ و ١٥٨ اكتفى القانون المصري بالعلانية الفعلية حين نص على عقاب كل من ليس علانية كسوة رسمية ليست له أو حل علانية علامة مميزة لعمل أو وظيفة بغير حق أو تقلد علانية نشائفاً . . . كما اكتفى بها في جريمة الفعل القاضح حين نص في المادة ٢٧٨ على عقاب كل من فعل علانية فعلاً قاضحاً عملاً بالحياض . ومعنى العلانية يختلف في هذه الجريمة الأخيرة عنه في الجرائم السابقة ولا يطابق معنى العلانية في حكم المادة ١٧١ - انظر في تفصيل ذلك ، محمد عبد الله ، المرجع السابق ص ١٩٣ والهامش ص ٢٥٠ وما بعدها . والعلانية هي اصطلاح قانوني يستعمل قاضي الموضوع بتحصيل عناصره الموضوعية من وقائع الدعوى وظروفها ، لكن يخضع في فهمه لمعنى العلانية قانوناً لرقابة محكمة النقض . وإذا كانت الأسباب الموضوعية التي ذكرها قاضي الموضوع لتأي توافر العلانية لا تصلح لذلك قانوناً دل هذا إما على خطئه في فهم معنى العلانية قانوناً وإما على قصور حكمه عن الإحاطة بكل العناصر اللازمة لبنائه - انظر من تطبيقات محكمة النقض في هذا الشأن ، نقض جنائي بمجموعة القواعد ج ٦ ع ٣٢٤ - وراجع أيضاً نقض ٩ ديسمبر ١٩٤٠ ج ٥ ع ١٦١ و ٢٨ أبريل ١٩٤٧ ج ٧ ع ٣٥٣ .

(٣) محمد زكي محمود ، المرجع السابق ص ٥٧٥ .

والإثبات - افتراضاً لا يقبل إثبات العكس (١) . وبهذا أصبحت مهمة القاضي مقصورة على مجرد التثبت من تحقق الشكليات والأوضاع القانونية التي تمثل عناصر الإشهار والعلانية التي نص عليها المشرع ، فإذا ما تبين من ذلك كانت العلانية قائمة بمعنى أنه يمنع عليه بحث ما إذا كانت الواقعة قد اتصلت بعلم الكافة اتصالاً واقعياً أو فعلياً ، ذلك أن المشرع نفسه سبق له استبعاد « العلم الفعلي » كشرط للعلانية : من هذا يتبين أنه لم يعد من الجائز بعد هذا القول إن استيفاء الشكليات التي نص عليها المشرع لتوافر العلانية الحكيمة ، يُعد قرينة على توافر علم الأفراد بالواقعة المعلنة أو أن علمهم أصبح مفترضاً افتراضاً قانونياً لا يقبل إثبات العكس أو أنهم أصبحوا ملتزمين قانوناً بالعلم بها ، ذلك أن توافر الأوضاع أو الشكليات أمر اعتبره المشرع قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على « عدم سرية » الواقعة فحسب أي على توافر إشهارها وعلانيتها ، وليس قرينة على توافر العلم بها (٢) .

٨٣٦ - فإذا انتقلنا بفكرة « العلانية الحكيمة » إلى مجال التشريع بحسبانه المصدر الرسمي للقواعد القانونية بصفة عامة ، وجدنا أن الدولة إزاء استحالة علم الكافة بالتشريع الذي تم إصداره علماً فعلياً - استبدلت بالعلانية الفعلية العلانية الحكيمة فحددت في قانونها الأساسي الأوضاع والشكليات التي يتنص توافرها قرينة قانونية قاطعة على إتمام إشهار القانون وصيرورته بالتالي نافذاً في مواجهة الكافة منشئاً لالتزامهم الأصلي بضبط تصرفاتهم وفقاً لأحكام القانون التي تضمنها ، هذه الأوضاع وهذه الشكليات تتمثل في إجراء « النشر » في الجريدة الرسمية للدولة ، وهو إجراء لا يغني عنه أي إجراء آخر من إجراءات العلانية ولا أية شكلية أو وسيلة أخرى من وسائل الإشهار . وقد جرت العادة على أن ينص على سريان القانون بعد فترة من الوقت تبدأ من تاريخ « النشر » تحقيقاً لفكرة « مظنة العلم » (٣) .

(١) محيي الدين عوض ، العلانية في قانون العقوبات ص ٤٣٦ .

(٢) وإذا كان ثمة التزام بالعلم فهو التزام تعليمي وققرضه على الشخص مصلحته الذاتية فحسب فإن رأى أن يعلم فالأمر متاح لأن السرية قد رفعت . ومثال ذلك في القانون المدني شهر الحقوق العينية التي ترد على العقار .

(٣) مر بنا قضاء النقض بعدم جواز إعمال قانون الإجراءات الجنائية الصادر في ٣ =

٨٣٧ - وهنا يثور التساؤل عن المقصود بالنشر وما إذا كان مجرد طبع القانون في الجريدة الرسمية مع بقاء نفس الجريدة داخل المطبعة يتحقق به النشر أو لا بد لتحقيقه من خطوة لاحقة على مجرد الطبع هي خطوة التوزيع الفعلي. حسمت محكمة النقض المصرية هذا الأمر حين قررت أن « العبرة في النشر ليس بتاريخ طبع الجريدة الرسمية إنما هو بتاريخ توزيعها . . . وأن تاريخ التوزيع يتحدد بمجرد خروج الجريدة الرسمية من المطبعة للتوزيع (١) » . ومفاد هذا الحكم أن تاريخ نفاذ القواعد القانونية على المخاطبين بها وسريانها عليهم هو التاريخ الذي يتم فيه خروج الجريدة الرسمية من المطبعة لتوزيعها دون أن يكون معلقاً على التوزيع الفعلي للجريدة الرسمية . بيد أننا نرى - من ناحية أخرى ، أنه لكي يقال إن « النشر » قد تحقق ، لا بد أن يكون القانون قد طُبع في عدد كاف من الجريدة الرسمية بغية توزيعه على الناس دون تمييز ، أما إذا ثبت أن القانون لم يطبع إلا في عدد محدود جداً منها (٢) ليودع في جهات معينة ومحصورة ، فإنه لا يمكن القول إن النشر قد تحقق وبالتالي لم تتوافر « العلانية الحكيمة » للقانون . وبعبارة أخرى فإن طبع القانون في عدد كاف من الجريدة الرسمية هو شرط جوهرى لتحقيق « العلانية الحكيمة » ، تلك العلانية التي لا بد منها لسريان القانون على المخاطبين به وإلا كانوا في حل من الخروج على أحكامه .

٨٣٨ - يخلص لنا مما تقدم أنه لم يعد مقبولاً من أحد - وفق هذه النظرية - أن يعتذر بجهل القواعد القانونية العقابية وغير العقابية أو الغلط فيها لأن علمه بالقواعد الأولى لم يعد يشكل عنصراً من عناصر القصد الجنائي ،

= سبتمبر ١٩٥٠ قبل مضي ثلاثين يوماً على نشره في ١٥ أكتوبر ١٩٥١ لأنه « مهما قيل من تحكم السلطة التنفيذية في تعطيل النشر فإن المحاكم لا تستطيع أن تطبق قانوناً لم ينشر ما دام الدستور يقضى بأن الإصدار إنما يستفاد من النشر » - نقض ٢٠ مارس ١٩٥١ ص ٢ ص ٧٩٥ .

(١) نقض ٢٤ يونيو ١٩٥٨ ص ٩ ص ٦٣٩ .

(٢) بعض القوانين كانت تطبع إلى سنوات قريبة في عدد من الجريدة الرسمية لا يكاد يتجاوز أصابع اليدين وتودع جهات معينة محددة سلفاً حل سبيل الحصر ، وفوق هذا فإنها لم تطبع في النشرة التشريعية التي تصدرها وزارة العدل ، ومن ثم لم يتسن للقضاة أنفسهم العلم بها . وهذه الظاهرة قد تلاشت على أية حال في الوقت الحاضر ونرجو ألا تعود .

ولأن القانون الأساسى للدولة - بالنسبة لنوعى القواعد كليهما - لم يعلق نفاذ القوانين أو تطبيقها على العلم بها بل ناطه فحسب « بعلانيتها » التي تعتبر متوافرة بمجرد استيفاء شكلية النشر في الجريدة الرسمية بالشروط السابقة . وعدم قبول الاعتذار بالجهل أو الغلط (١) في القواعد الجنائية لا يقتصر على ما تضمنته قانون العقوبات منها وإنما يمتد إلى تلك التي تشمل عليها كل القوانين المكملة له أياً كان نوع الجريمة وأياً كان مكان ارتكابها : فسواء أكانت الجريمة جنائية أم جنحة أم مخالفة وسواء ارتكبت داخل البلاد أم خارجها فإنه لا يقبل من مرتكبها - وطنياً كان أو أجنبياً - (٢) الاعتذار بجهلها .

٨٣٩ - وإذا كان القصد الجنائي لا يتفيه الغلط أو الجهل بالقانون الذي استبعدنا العلم بقواعده من عناصر القصد الجنائي ، وبعد أن خلصنا إلى أن نفاذ القوانين وتطبيقها ليس معلقاً على العلم بها وإنما هو منوط فحسب بعلانيتها ، فكيف يمكننا التوفيق بين جمود مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون العقابي » كنتيجة لتطبيقه تطبيقاً صارماً تعويلاً على تأسيسه على فكرة « العلانية الحكيمة » وبين مبدأ لزوم « الإثم الحقيقي غير المفترض » كأساس فعلي للمسئولية العقابية ولا سيما بالنسبة للجرائم التي لا تمس القيم الخلقية العامة السائدة في كل زمان ومكان بل تتفاوت بالضرورة من دولة إلى أخرى ومن وقت إلى آخر تبعاً لتفاوت البيئة والأحوال الاقتصادية والاجتماعية وعوامل الوراثة ومتطلبات

(١) وفي هذا يقول أوبرى ورو إن الغلط والجهل مترادفان على الرغم من أن علم النفس يفرق بينهما ، في الطبيعة أو الدرجة . *Il est habituellement admis, dans la théorie générale des sources du droit, que l'erreur et l'ignorance sont des termes synonymes. Là où la psychologie conduit à discerner une différence, de nature ou de degré, le droit assimile la situation de celui qui ignorait l'existence d'une règle de droit et celle de celui qui, sachant qu'une règle est applicable, n'en connaît pas bien le contenu est croit vrai ce qui est faux ou faux ce qui est vrai* - Aubry et Rau, Cours de droit civil, 7^e éd-par Esmein et Ponsard, t. 1, n^o. 28, p. 145 ets.

(٢) ما دام قد ارتكب جريمة داخل الإقليم المصرى طبقاً للمادة (١) من قانون العقوبات أو ارتكبها في الخارج حيث يخضع استثناء القانون الوطنى طبقاً للمادتين (٢ ، ٣) . ونستعرض النظر إلى أن ما أوردناه بالمتن هو الرأى الذى انتهى إليه صاحب النظرية وهو - كقاعدة عامة - نتيجة منطقية لفكرة العلانية الحكيمة وفيها يلى رأينا فيها ونحفظاتنا عليها .

الحاجة وغير ذلك من الملابسات والظروف ؟ . لا مرأى أن المبدأ موضوع دراستنا يبدو مجحفاً ولا سيما عند تطبيقه على هذه الطائفة من الجرائم المصطنعة على حد تعبير القاضى الإيطالى جاروفالو . ولعل القيمة العملية للتفرقة بين « الجرائم الطبيعية » و « الجرائم المصطنعة » تبرز في مجال المبدأ المذكور أكثر مما تبرز في أى مجال آخر . فإذا صح من ناحية توافر الإثم ، أن الإنسان المدرك العادى بمقدوره أن يقدر مقدماً أن التشريع العقابى يؤتمم القتل أو الضرب أو هتك العرض أو الإتلاف أو الحريق العمد أو القذف أو خيانة الأمانة أو النصب أو السرقة أو الغش ، فإن من التجنى على الواقع أن نفترض أنه يقدر مقدماً أن التشريع نفسه يحرم حالات معينة خاصة بالتعامل بالنقد الأجنبى أو بحيازة سلعة معينة أو بممارسة نشاط معين ، ولا سيما بالنسبة للأجنبى عن البلاد الذى يدخلها لأول مرة ، أو بالنسبة للتشريع الذى صدر حديثاً . ومن التجنى على الواقع أيضاً أن نفترض علم الإنسان الأسمى المتهم فى دعوى جنائية بتعديل جزئية صغيرة من جزئيات أى تشريع عقابى (١) تعديلاً قد يغيب أحياناً عن فطنة قاضيه ومحاميه معاً ، ناهيك افتراض العلم بكل ما ينظم حياة الناس من قوانين ولوائح وقرارات وزارية تحدد لجمهور المواطنين ماذا يفعلون وماذا لا يفعلون ، وما هو المباح من الغير مباح ، وهى قوانين ولوائح وقرارات توالت عليها التعديلات فى سرعة لا تهته يعجز عن ملاحظتها

(١) رأينا أن فكرة « العلانية الحكية » التى اخترناها لإقامة المبدأ موضوع دراستنا عليها لا تلبى إلى القول بافتراض العلم بالقانون لعدم حاجتها إليه حل ما أسفلنا ، ولو أن محكمة النقض المصرية اهتمت تلك الفكرة بدورها لما اضطرت إلى الالتجاء لنظرية افتراض العلم بالقانون بقريئة قانونية قاطعة هى قريئة النشر لأن القرائن القانونية إنما تقوم على حمل الأمر المشكوك فيه بحمل الغالب والمألوف فى العمل بشأنه ، وليس الغالب فى العمل أو المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية بل الغالب هو جهلهم بها . بيد أننا لا نتكبر أن فكرة « العلانية الحكية » مع ذلك ، شأنها شأن نظريتي افتراض العلم والالتزام بالعلم بالقانون ، تتناكر مع لزوم « الإثم الحقيقى » وتمس العدالة مساساً مباشراً ما دامت العدالة الحققة لا تقوم إلا على الأمر المستطاع وحده ولا سيما بعد أن تزايدت التشريعات وتعقدت وبعثت الشك فى من القانون الطبيعى أو الخلقى الذى قد تهدى إليه النظرة السليمة وحدها .

رجال القانون أنفسهم (١) : وبعضها ألغى بأكمله وحل محله قانون آخر لم يلبث أن ألغى ليحل محله قانون جديد ، وهكذا .

٨٤٠ - إننا نتفق بدعاة مع الأستاذ فرانسوا تيريه (٢) فى أن كل مبررات المبدأ « لا يفترض فى أحد الجهل بالقانون » التى كانت مرتبطة به قديماً لم تعد مقنعة الآن ، وإنما لتساءل معه عما إذا كان قد آن الأوان لإلغائه بعد أن أضحى عبؤه ثقيلًا وبعد أن أخذ يعاني أزمة شديدة : « C'est à la lumière de ces observations qu'il est de nouveau permis de se demander si l'adage vénérable que nous commentons ne traverse pas, dans le droit actuel, une crise profonde » العميد كاربوتيه (٣) فى أن المبدأ يحوى من الأشياء غير المنطقية ومن السخف ما يغنى عن أية إضافة « Il ya déjà assez d'absurdité à cela sans que l'on en rajoute » .

ولكن هل ثمة بديل لهذا المبدأ ؟ وإذا لم يكن هناك بديل فكيف السبيل إلى التخفيف من حدة تطبيقه ؟

٨٤١ - نسارع إلى القول إن هذا المبدأ لازم للحفاظ على كيان التشريع

(١) ثمة قرارات صدرت قريباً ربما للمرة العاشرة خلال سنوات قليلة ، تغير فى إجراءات الرسوم الجمركية ، والاستيراد من الخارج ، وما هو المنوع ، وكفى يدفع الناس ضريبة على السيارة وغير السيارة . وكثرة تغيير القوانين والقرارات حول الموضوع الواحد يحل إخلالاً خطيراً بما يفنى أن تقترن به فى أذهان الناس من معانى الاستقرار والثبات ، والاحترام من الدولة ذاتها ، ويسلب القوانين جزءاً أساسياً من قيمتها المعنوية ولا يبق لها إلا قوتها التنفيذية ، وحتى هذه القوة التنفيذية تهتز بدورها مع هذه الكثرة من التغيير والتبديل . إن القانون لا يمكن أن يواجه الحالات والجزئيات والتفاصيل كافة ، وأى قانون يستحيل أن يصل فى التفصيل والتخصيص إلى محاولة سد كل ثغرة وتعقب كل احتمال استثنائى لأن هذا يعقد القانون ويربكه وكل قانون قد يقلت منه استثناء . ولكننا نفعل غير ذلك ، نلمح هذا مثلاً فى قوانين إيجارات المساكن من محاولة مواجهة كل احتمال مخالفة فردية بتعديل جديد فنجد أجهزة الدولة مشغولة بتعديل القانون تعديلاً إثر تعديل إلى أن تجد نفسها مضطرة إلى إلغائه وإحلال آخر محله لا ينجو بدوره من التعديلات ، وهكذا .

(٢) François Terré : Le rôle actuel de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi, Etudes de droit contemporain, nouvelle série, contributions françaises. Edition cujas-1966. p. 91-123.

Carbonnier : Droit civil, I, n. 26.

(٣)

بعمامة وأحكام التشريع العقابي بوجه خاص ، ومن ثم كان الاعتراف به في جميع الشرائع إما بنصوص صريحة وإما كأصل عام من أصول التشريع لا يحتاج إلى نص يقره (١) ، ونحن نسلم بضرورة الإبقاء عليه كأصل عام من أصول التشريع الوضعي يتعذر تبريره إلا برغبة تحقيق استقرار أحكام التشريع مهما بدا « المبدأ » ظالماً في كثير من الأحيان ، سواء أقمنا بنيانه على أساس قرينة افتراض العلم بالقانون أو على أساس فكرة العلانية الحكيم التي اخترناها أساساً له (٢) ، ولا سيما إزاء فراغ أيدينا من بديل يقوم مقامه في كفالة احترام القوانين ويسد مسده في استقرارها . لم يبق أمامنا إذن إلا أن نحاول التخفيف من قبضته دون أن نهدمه من الأساس ، وهو ما حاولته الشرائع والنظريات المتعاقبة ابتداءً بالقانون الروماني إلى وقتنا الحاضر حيث ناقشه المؤتمر الدولي للقانون الجنائي المقارن في عام ١٩٥٤ ولم ينته إلى قرارات محددة في هذا الخصوص (٣) . ونحن في هذا السبيل نقترح ما يلي :

٨٤٢ - من المعروف أن الأجنبي المقيم بإقليم الدولة يخضع لكافة الالتزامات والتكاليف التي تفرضها عليه الدولة بحسبانها لازمة لبقائها وسلامتها كوحدة اجتماعية ، فهو يلتزم بالخضوع لقوانين الدولة وسلطاتها القضائية والإدارية (٤) ، كما يلتزم بالخضوع لما تفرضه الدولة من ضرائب (٥) . ونحن نرى - في

(١) كما هو الحال مثلاً في الشرائع الأنجلوسكسونية والأسبانية والبايوية .

(٢) قد يقال في المجال العقابي ، إن فكرة تحقيق الدفاع الاجتماعي ضد الجريمة بعيداً عن فكرة الإثم يصح أن يكون لها دورها في تبرير المبدأ ما دام يسوغ استبعاد العدالة كلية من وظيفة العقوبة : وهنا تظهر صورة واحدة من الأضرار المحتملة لمحاولة سلخ مبدأ العدالة عن وظيفة العقوبة كقاعدة مطردة وذلك إذا تصورنا أن هناك أية مصلحة للمجتمع في تحطى مهادى العدالة الطبيعية لسبب أو لآخر ، وهذا ما لا يمكن التسليم به كقاعدة صحيحة فلسفياً - راجع مقال الدكتور روف عبيد « في التفسير والتخفيف بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون » مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، السنة الثانية عشرة ص ٢٧٠ .

(٣) ذهب بعض أعضاء هذا المؤتمر إلى وجوب اعتبار الجهل بالقانون من الظروف المخففة للعقاب أو من موانع العقاب مع استبعادها من نطاق البحث في العمدة أصلاً .

(٤) راجع الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتور سامية راشد ، الوجيز في

القانون الدولي الخاص ١٩٧١ ص ٣٩٦ .

(٥) ذلك أن خضوع الفرد للضريبة لا يقوم على فكرة تسمية الشخص للدولة من -

المجال العقابي ، أن يعد مانعاً للعقاب ، جهل الأجنبي الذي قدم الجمهورية منذ فترة وجيزة (١) بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها قوانين بلده أو قوانين البلد الذي استقرت إقامته فيه . وفي سبيل التيسير على الأجانب في الوقوف على قوانين البلاد ينبغي أن تضطلع الدولة بطبع القوانين والقرارات المتعلقة بالنقد والاستيراد والجمارك والإخطار عن محل الإقامة ، ولا سيما ما يكون قريب العهد بالصدور منها ، وتسلمها في ورقة مطبوعة لكل زائر مع تأشيرة الدخول في سفاراتنا في الخارج حتى يعرف مقدماً ما ينتظره ولا يفاجأ على أرض المطار بما لم يتوقع (٢) . ونرى أن يسرى هذا الحكم أيضاً على الوطنيين الذين استطالت إقامتهم بعيداً عن أرض الوطن عند عودتهم إليه .

٨٤٣ - وبالنسبة للمواطنين يتعين أن يسمح لهم ، ضماناً لمعرفتهم بالقاعدة القانونية ، بأن يشاركوا بصورة واسعة في وضع التشريع ، فهذا يخفف بطريقة مباشرة من حالات عدم العلم بالقانون . هذا إلى جانب تحسين وسائل الإعلام

= الناحية السياسية بقدر ما يقوم على تبيته لها من الناحية الاقتصادية ، ومن الهديهي أن يخضع الأجنبي لكافة الضرائب غير المباشرة التي تفرضها الدولة في إقليمها ، كما يخضع لكافة الضرائب المباشرة التي تفرض على رهايا الدولة كضريبة كسب العمل والإيراد العام . ويستقره تشريعات الضرائب في جمهورية مصر العربية يتضح لنا أن المشرع الضريبي استند في فرضه للضريبة إلى أسس ثلاثة : انتهاء المكلف إلى جنسية الجمهورية ، والوطن أو الإقامة المتعادلة بإقليم الجمهورية ، وكون الجمهورية موطن المال أو مصدر الدخل .

(١) رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة الثالثة والخمسين من مشروع قانون العقوبات الموحد للجمهورية العربية المتحدة كانت تحدد هذه المدة بثلاثة أيام على الأكثر أما قانون العقوبات العراقي فقد حددتها بسبعة أيام .

ونسترعى النظر إلى أن هذا لا يعد خروجاً على مبدأ عدم جواز الاحتداد بالجهل بالقانون الذي أقتناه على نظرية العلانية الحكيم ، فقد رأينا أن المادة جرت على أن ينص على سريان القانون بعد فترة من الوقت تبدأ من تاريخ النشر تحقيقاً لفكرة « مظنة العلم » - راجع ص ١٠٣٩ . والمدة التي تمنح للأجنبي الذي يقدم إلى الجمهورية حتى تنفذ القوانين في حقه تقابل المدة التي تمنح من تاريخ النشر حتى يبدأ نفاذ القوانين بالنسبة لوطنيين ، فهذه المدة وتلك لزامتان لسريان العلانية الحكيم في حق هؤلاء وأولئك .

(٢) وهذا ما فعلته فرنسا خلال أزمة الدولار فقد كانت ترفق بجواز السفر عند طلب تأشيرة الدخول ورقة مطبوعة فيها تفاصيل الإجراءات المالية الجديدة التي تطبقها خلال تلك الفترة والتي يتعين على من يدخل فرنسا مراعاتها .

عن القواعد القانونية وتطويرها عن صورتها التقليدية . ولا نرى ما يحول بين النشر بواسطة التلفزيون والإذاعة (١) لما هو معروف من أن الكلمة المسموعة أكثر انتشاراً أضعافاً مضاعفة من الكلمة المقروءة ولا سيما في بلد ثلاثة أرباعه من الأميين . وإلى جانب هذا كله ليس ثم ما يمنع من نشر القوانين والقرارات الهامة وبخاصة العقابية في الصحف اليومية أو على الأقل الإلماح في إيجاز إلى أحكامها وتاريخ نفاذها ، ذلك أن الجريدة الرسمية إذا كانت تتلاءم وطبيعة العصر الذي كانت تعتبر بمفردها فيه وسيلة « نشر » القوانين نظراً لقلّة التشريعات وقلّة عدد الأفراد ، فإن هذه الملازمة تنعدم الآن كلية بعد أن تضاعف عدد السكان وتكاثر التشريع وتشابكت فروعها مع تطور الحياة ومشاكل العصر . وإنه لما يبعث على الرثاء حقاً أن يكون المدعى والقاضي والمدافع عن المتهم عالمين بالقانون وأحكامه بينما يجهله المتهم الذي يتحمل وحده في النهاية وزر مخالفته . ولذلك ينبغي توعية الأفراد بالقوانين التي تمس مصالحهم عن طريق النقابات المهنية والحرفية والمراكز المختلفة للتوعية الاجتماعية ، فتتولى المنظمات الريفية تبصرة الفلاحين بقوانين الزراعة ، والتنظمات العمالية تبصرة العمال بقوانين العمل ، وكذلك الحال بالنسبة لباقي القطاعات كالنجار والموظفين بل والطلبة عن طريق تضمين برامج التعليم ابتداء من المرحلة الثانوية أهم القواعد القانونية بطريقة مبسطة مع التركيز على تلك التي تنظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض في حياتهم اليومية وعلاقاتهم بأجهزة الدولة وبالمؤسسات العامة ، ولا سيما القواعد الجنائية التي تنههم عن إتيان الجرائم وتوضح لهم مفهومها ، إلى جانب لصقتها بأقسام ومراكز الشرطة ودواوين العمد لمدد معقولة حتى يتمكن الجمهور من الاطلاع عليها . ولعل التنظيم السياسي يستطيع أن يقوم بدور هام وفعال في تبصير المواطنين في النجوع والقرى بوجه خاص بأحكام ما يصدر من قوانين ، كما يقع على مجلس الشعب قبل ذلك بداهة واجب دراسة التشريعات الجديدة قبل إصدارها دراسة وافية مستأنية لضمان صدورها

(١) ويتساءل الأستاذ فرانسوا تيريه عن الوسيلة التي تضمن بها أن يكون لدى كل مواطن جهاز تليفزيون - انظر مقاله السابق . والملاحظ أن المواطنين الذين يجوزون أجهزة التليفزيون يزدادون يوماً بعد يوم ، وبطبيعة الحال تبقى الجريدة الرسمية هي المعول عليها دون غيرها في إجراء النشر فلا تغني عنها أية وسيلة أخرى .

متكاملة وحتى لا يضطر إلى تعديلها في فترات متقاربة . ويقع على عاتق الحكومة تجميع التشريعات التي تنظم موضوعاً واحداً في تقنين واحد يسهل الإلمام به وإلحاق اللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً له وطبعها في كتيب واحد يوزع بأسعار زهيدة ليكون في متناول الكافة ، وأن تتم « فهرسة » كاملة ودقيقة للتشريعات المتتالية (١) التي انهمرت بوجه خاص في السنوات العشر الأخيرة كنتيجة للتحويل الاشتراكي والتي لا تسعف في ملاحقتها والوقوف عليها الجريدة الرسمية ولا الوقائع المصرية اللتان يطبع من كل منهما منذ عهد بعيد ورغم الزيادة المطردة في عدد السكان قرابة خمسة آلاف نسخة (٢) و (٣) ، وتصدر النشرة التشريعية متأخرة عنهما قرابة عام كامل . وينبغي أن تتم هذه الفهرسة على مستوى مجلس الشعب وأجهزة الحكومة من ناحية ، وأن يصدر فهرس شهري وسنوي للجريدة الرسمية بأرقام القوانين وأعداد الجريدة التي نشرت فيها حتى يتسنى للأفراد الوقوف على أحكام القوانين أولاً بأول .

٨٤٤ - قلنا إن نصوص قانون العقوبات لا تعتبر ركناً في الجرائم التي تنشأ ، ورتبنا على ذلك أن كل خطأ في فهم هذا القانون أو جهل بأحكامه

(١) وتسمى التشريعات بمعناها الواسع وهي : القوانين ، قرارات رئيس الجمهورية ، قرارات نواب رئيس الجمهورية ، قرارات وأوامر رئيس الوزراء ونواب رئيس الوزراء واللجان الوزارية ، القرارات الوزارية وقرارات نواب الوزراء ، قرارات الاتحاد الاشتراكي العربي ، قرارات وأحكام المحكمة العليا ، قرارات الأجهزة المركزية ومجلس الدولة والنيابة لإدارية والرقابة العامة ، قرارات المحافظات ، قرارات الهيئات العامة والمؤسسات العامة والحراسة العامة ، قرارات اللجان والمجالس المختلفة والمراكز القومية وللبنوك والمصالح والمعاهد والنقابات .

(٢) وقد أدى هذا إلى التداخل والاضطراب في بعض التشريعات العقابية التي تخص أمن الدولة في زمن الحرب مثل جريمة ترويج الإشاعات الكاذبة التي تحكها ثلاثة نصوص : اثنان في قانون العقوبات أحدهما يعاقب على إذاعة الإشاعات في زمن الحرب بالسجن ، والثاني بعد تعديل صدر عام ١٩٧٠ يجعل العقوبة السجن وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه ، والثالث يمثل في أمر صدر من رئيس الجمهورية عام ١٩٦٧ بالاستناد إلى حالة الطوارئ يجعل العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة شهور ولا تزيد على خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تزيد عن خمسمائة جنيه . ولا نجد تعليلاً لهذا الاضطراب إلا أن المشرع نفسه كان يجهل عند إصدار كل تشريع بوجود التشريع السابق عليه من نفس الموضوع ، فما بال المخاطبين بالتشريع ؟

(٣) والواقع أن جانباً كبيراً من الجريدة الرسمية يوزع على المصالح الحكومية والوزارات وهو ما يقتضى مضاعفة الأعداد التي تطبع حالياً منها .

لا يؤثر في توافر القصد الجنائي . ورأينا كيف أن « نظرية العلانية الحكيمية » تستبعد الافتراض والمجاز ، وأنه كلما توافرت هذه العلانية - بالشروط التي أوضحناها - لقاعدة قانونية ما ، تعين على المخاطبين بها الخضوع لأحكامها ولا يقبل منهم الاعتذار بالجهل بها ، سواء أكانت تلك القاعدة من قواعد قانون العقوبات أم غيره من القوانين .

٨٤٥ - هذه - كقاعدة عامة - هي النتيجة المنطقية لنظرية العلانية الحكيمية . وقد كان منطقياً ألا يختلف الحكم في الحالة التي يكون المطلوب فيها تطبيق قاعدة وردت في قانون غير عقابي متى انصبت على أمر يعد ركناً من الأركان المكونة للجريمة التي يساملُ عنها الجاني ، ولكننا سترى أن الحكم يختلف في هذه الحالة دون أن يقال إننا خرجنا على مدلول نظرية العلانية الحكيمية ومقتضاها ، بل إن هذا الاختلاف هو نتيجة حتمية للنظرية ذاتها . ولن نقيم التفرقة بين الجهل بقانون العقوبات والجهل بالقوانين الأخرى على الأساس الذي أقامتها عليه محكمة النقض المصرية ، فقد رأينا عدم سلامة ما ذهبت إليه من اعتبار الجهل أو الغلط في قاعدة غير عقابية جهلاً بالواقع . والحق إن هذا التبرير من محكمة النقض إنما يعكس اتجاهها منها أكثر مرونة مما كانت تلازمه قبلاً في تطبيق المبدأ بغية التخفيف من آثاره عندما يكون ظالماً ، وهو منحى ترفض محكمة النقض الفرنسية إلى الآن أن تنحوه في نطاق المسائل الجنائية (١) .

ذلك أن محكمة النقض المصرية لم تبين لماذا غلبت الجهل بالواقع على الجهل بالقانون واعتبرت الجهل في جملته جهلاً بالواقع ؟ إن الجهل بعدم قيام المانع عند الجمع بين الزوجة وخالتها ، والجهل باستمرار قيام الحيز بعد إلغاء أمر الأداء الذي وقع الحيز نفاذاً له ، لا يعدو أن يكون جهلاً بقانون الأحوال الشخصية في المثال الأول وبقانون المرافعات (قواعد التنفيذ المدنية) في المثال الثاني ، فكيف يقال مع ذلك إنه جهل بالواقع في الحالتين ؟ (٢) الحق إن

(١) وإن كنا رأينا موقفها يختلف في نطاق المسائل المدنية إذ يبدو أكثر مرونة -

راجع هامش (٢) ص ٩٩٦ و٩٩٧ .

(٢) والقول بأن الجهل هنا انصب على الواقعة التي يكسبها القانون المدعى أو قانون المرافعات فكيفها القانوني لا يعدو كذلك أن يكون جهلاً بالتكييف القانوني للواقعة محل التجريم ، وقد تعلق في الوقت نفسه بالقاعدة القانونية التي تحكم هذا التكييف - راجع هامش (١) ص ١٠٠١ . ويتجه الفقه الفرنسي إلى اعتبار قواعد التشريعات غير العقابية حين -

محكمة النقض اعتبرت الغلط في القوانين غير العقابية من صور الغلط في الواقع حكماً مما ينتج به القصد الجنائي . ولا يقال إن الجهل أو الغلط في المثاليين أصاب عنصراً جوهرياً ينبغي أن يحيط به علم الجاني وإلا انتفى القصد الجنائي لديه ، ذلك أنه حتى في ظل نظرتي « افتراض العلم بالقانون » (١) و « الالتزام بالعلم بالقانون » فإن القاعدة القانونية غير العقابية لا يقبل الاعتذار بجهلها ، شأنها في ذلك شأن القاعدة العقابية سواء بسواء . أما في ظل نظرية « افتراض العلم بالقانون » فظاهر لأن العلم بالقواعد القانونية ، عقابية وغير عقابية ، مفترض في حق الكافة بقريئة النشر . وأما في ظل نظرية « الالتزام بالعلم بالقانون » فلأننا لا نرى أساساً للتفرقة بين العلم بالتجريم والعلم بعناصر الجريمة حين تكون هذه العناصر تكييفاً قانونياً ، إذ ينبغي أن يكون الجهل بالتجريم وبالتكييف القانوني كليهما غير ناف دائماً اتجاه الإرادة إلى الإخلال بالالتزام بالعلم بالقانون ، واتجاه الإرادة على هذا النحو على الوجه الذي يذهب إليه صاحب هذه النظرية ، كاف للقول إنها اتجهت إلى مخالفة القانون . يرشح لصحة هذا الذي نقوله عدم تفرقة صاحب النظرية نفسه بين التكييف القانوني الذي يعتمد على نصوص في قانون العقوبات والتكييف القانوني الذي يعتمد على نصوص في قوانين أخرى (٢) .

= تتعلق بتوافر أركان الجريمة بحسبانها شروطاً فيها ، بمثابة أوصاف موضوعية تعامل كثيرها إذا توقف العقاب على توافرها فيجوز الاعتذار بالجهل بتوافرها - جارسون م ١ فقرة ٩٤ - دورتييه دي فابر فقرة ١٣٩ - ستيفاني وليفاير فقرة ٢٢٢ - جاردو ج ١ فقرة ٣٠٧ - رو ص ١٨١ - بورزا فقرة ١٦٧ .

(١) ويبدو أن هذه النظرية هي التي أخذت بها محكمة النقض المصرية حين اعتبرت القانون وما أدخل عليه من تعديل مما يعد داخلاً في علم كافة الناس . وغنى عن البيان أنها لم تجعل أثراً للجهل أو الغلط في التشريع العقابي أو التشريعات المكملة له ، فقد قررت في جريمة بيع دقيق فاخر بدون ترخيص مما ينطبق عليها القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٦٠ والمادة ٥٦ من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ أنه « متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت على الطامنين أنه يبيع الدقيق الذي حاز منه قدرأ ضخماً - على وجه الاستعداد - وأن ما يباعه يوم الضبط كان جزءاً مما حاز به بقصد الاتجار وأنه أقر بذلك مثزماً بجهله القانون - مما لا يقبل التذرع به ... » - نقض ١٣ فبراير ١٩٦٨ ص ١٩ ص ٢٢٠ .

(٢) راجع الدكتور محمود مجيب حسني في مقاله السابق . أما إذا كانت عناصر الجريمة مجرد وقائع فإن العلم بالفعل بها لازم في جميع الأحوال وانتفاؤه يؤدي إلى انتفاء القصد الجنائي .

٨٤٦ - والأساس الذي نقيم عليه تفرقتنا بين الجهل بقانون العقوبات والجهل بالقوانين الأخرى يتلخص فيما يلي : -

من المسلم أن أهم عنصر في القاعدة القانونية هو عنصر الجزاء الذي يعبر عن صفة الإلزام التي تتمتع بها والذي يوقع عند مخالفة حكمها دون أن يقبل الاحتجاج بالجهل بها بعد أن توافرت لها العلانية الحكيمية المستفادة من واقعة النشر ، فالجزاء والإلزام وجهان متقابلان في القاعدة القانونية . وينتج من هذا أن نطاق تطبيق مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون » إنما يتحدد كقاعدة عامة عند مخالفة القاعدة القانونية على نحو يستتبع توقيع الجزاء المنصوص عليه فيها والذي يعبر عن صفة الإلزام التي تتمتع بها . وبعبارة أخرى فإن نفاذ القانون بناء على العلانية الحكيمية هو الأساس القانوني لإلزام الأفراد باحترام القاعدة القانونية ، وبالتالي توقيع الجزاء عليهم عند مخالفتها . أما إذا كان البحث في القاعدة القانونية لا يتعلق بتوقيع الجزاء المترتب على مخالفتها ويقتصر فحسب على وضعها من حيث لزومها لتطبيق قاعدة قانونية أخرى ، كما هو الشأن بالنسبة للقوانين غير العقابية التي تنظم في حدود معينة بعض المصالح التي يحميها قانون العقوبات ، فإننا نكون في هذه الحالة أمام قانون أصلي مستوجب التطبيق ، وقانون آخر مساعد يحدد نطاق تطبيق القانون الأول . ذلك أن فهم القاعدة العقابية وتحديد نطاقها يستلزم الالتجاء إلى المعنى الوارد في القاعدة غير العقابية لأن فروع القانون كلها تتردد إلى نظام قانوني واحد فوجب أن تكون متساندة يكمل بعضها بعضاً . فقانون العقوبات عندما يعاقب على التزوير في وثائق الزواج بإثبات خلو الزوجين من الموانع الشرعية على خلاف الحقيقة ، فإن الموانع الشرعية تتحدد على ضوء قانون الأحوال الشخصية . في هذا المثال فإن القانون الأصلي هو قانون العقوبات ، والقانون المساعد له هو قانون الأحوال الشخصية . فإذا خالف أحد الأشخاص قانون العقوبات بأن أثبت زوراً على خلاف الحقيقة خلوه من الموانع الشرعية والحال أنه غير نخال منها ، فإنه يكون قد خالف قانون الأحوال الشخصية في الوقت ذاته . عند مساءلة هذا الشخص فنم سؤال يطرح نفسه : أي جزاء يراد توقيعه عليه ، أهو الجزاء المترتب على مخالفة قانون العقوبات أم الجزاء المترتب على مخالفة قانون الأحوال الشخصية كالتطبيق مثلا ؟

إذا كان المطلوب هو الجزاء المنصوص عليه في قانون العقوبات فلا يجوز الاحتجاج بالجهل بهذا القانون برمته إذ يمنع من ذلك ما توافر له من علانية حكيمية . أما إذا كان الجزاء المراد توقيعه هو الجزاء الوارد في قانون الأحوال الشخصية ، امتنع كذلك الاحتجاج بالجهل بهذا القانون لقيام الارتباط التام بين عنصر الإلزام في القاعدة القانونية وبين فكرة العلانية الحكيمية ، فالعلانية الحكيمية هي مصدر هذا الإلزام . وينبني على ذلك أنه حيث تنتفي المطالبة بتوقيع الجزاء المعبر عن الإلزام ، لا يكون هناك محل للاحتجاج بالعلانية الحكيمية ويجوز ، تبعاً ، الاعتذار بالجهل بالقاعدة القانونية . وهكذا يتضح أن ثم تلازماً بين الاحتجاج بالجهل بالقانون وبين الاحتجاج بالصيغة الإلزامية للقاعدة القانونية عن طريق توقيع الجزاء المنصوص عليها فيها ، فكلما كانت هذه القاعدة هي موضوع « التطبيق المباشر » على واقعة النزاع فإنه لا يقبل الاحتجاج بجهلها ، أما إذا كانت محلاً للتطبيق غير المباشر « فإن الاحتجاج بجهلها يكون جائزاً . وتطبيقاً لذلك فإنه لما كان مدار البحث في المثال المتقدم ينحصر في توقيع الجزاء الجنائي المنصوص عليه في قانون العقوبات دون أن يمتد إلى توقيع الجزاء المترتب على مخالفة قانون الأحوال الشخصية الذي يحدد الموانع الشرعية ، فإنه يقبل الدفع بالجهل بأحكام هذا القانون الأخير ، إذ لا يكون ثمة محل للبحث عن « قوته الإلزامية » في هذه الحالة وبالتالي لا يسوغ الاحتجاج بأساس هذه القوة الإلزامية وهو العلانية الحكيمية التي توافرت لقواعده . ويسرى هذا الحكم كلما كان التكييف القانوني « غير العقابي » مجرد عنصر في الجريمة إذ لا يكون القانون غير العقابي - كما أسلفنا - محلاً للتطبيق المباشر لأن التطبيق المباشر في هذه الحالة إنما يكون لقانون العقوبات الذي يمتنع الاحتجاج بالجهل بأية قاعدة من قواعده ومنها تلك التي يعتمد عليها في التكييف القانوني متى كان عنصراً في الجريمة . وهذا على خلاف ما يذهب إليه أصحاب نظرية « الإلتزام بالعلم بالقانون » الذين لا يفرقون بين التكييف القانوني الذي يعتمد على نصوص في قانون العقوبات والتكييف القانوني الذي يعتمد على نصوص في قوانين أخرى ويتطلبون العلم الفعلي بعناصر الجريمة في جميع الأحوال . وعلى ذلك ينبغي في رأي أصحاب هذه النظرية ، علم المتهم بجريمة القذف بأن الواقعة التي أسندها للمجنى عليه

تستوجب عقاب القانون علماً فعلياً ، ويجوز له لذلك أن يدفع بجهله بأن قانون العقوبات يعاقب على تلك الواقعة ، حالة أنه لا يستطيع ذلك طبقاً للرأى الذى أسلفناه مع ملاحظة ما سبق أن ذكرناه من اعتبار القوانين الجزائية جميعها مكملة لقانون العقوبات . وهذا الأساس الذى أقمنا عليه التفرقة بين قانون العقوبات وغيره من القوانين يفضل - فى نظرنا - الوجهة التى اتجهت إليها محكمة النقض حين أنزلت القاعدة القانونية غير العقابية المحددة للوصف القانونى منزلة الواقع الذى يتكون منه الركن المادى للجريمة وأجرت على الجهل بالقانون حكم الجهل بالواقع . وغنى عن البيان أن القواعد العقابية تكون دائماً محلاً للتطبيق المباشر ولا يتصور أن تكون محلاً لتطبيق غير مباشر على الإطلاق ، كما أن قبول الدفع بالجهل بقاعدة غير عقابية ، على الأساس الذى قلنا به ، مناطه ألا يكون الجهل مرجعه إلى خطأ الجانى . وبجملة ما أورده فقهاء القانون ومحكمة النقض المصرية فى شأن هذا الخطأ مما سبق بيانه لا يخرج عما قال به القرافي المالكى فى ضابط ما يعذر المكلف بجهله وما لا يعذر .

٨٤٧ - ومع التسليم بأن الدفع بالغلط فى قاعدة من قواعد القوانين غير العقابية قد أصبح الآن دفْعاً مقبولاً من الفقه والقضاء كإيهما ، فإنه يتعين البحث عن سبب عدم استحقاق العقاب فى هذه الحالة . وقد قيل فى تبريره إنه هو الإباحة الظنية القائمة على اعتقاد المتهم أنه كان يزاول نشاطاً مشروعاً لا غبار عليه ، ومن ثم فإن هذا الغلط يكون من صور الإباحة التى تزيل عن هذا الفعل صفة السلوك الآثم أى الجريمة . وقد تودى إلى هذا المعنى عبارة بعض الأحكام المصرية التى قالت عن هذا الغلط إنه « يجعل الفعل المرتكب غير مؤثماً » . ولكننا نرى أن الغلط فى القوانين غير العقابية ينقضى القصد الجنائى وحده دون أن يزيل عن الواقعة صفتها الجنائية ، فهو سبب مانع من المسئولية فحسب ومن ثم يسرى على من يتصف به دون غيره ، وهو ما أوجبه القانون ما دامت الظروف المتصلة بالقصد الجنائى تسرى على صاحبها وحده ولا تتعداه إلى غيره سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً معه ، كما أنه لا يحول دون إمكان المساءلة المدنية متى توافرت شروطها .

٨٤٨ - وترتيباً على ما تقدم ، فإننا لا نرى داعياً للنص فى قانون العقوبات على أنه يكون مانعاً من العقاب ، الجهل بقاعدة مقررة فى قانون آخر متى

كانت منصبة على أمر يعد ركناً من الأركان المكونة للجريمة ، إذ لم يعد هذا الحكم بحاجة إلى نص يقره . كما أننا لا نجد بنا حاجة للنص على أن امتناع علم المجرم بالقانون الذى يعاقب على جريمة لقوة قاهرة يعد مانعاً من العقاب (وهو ما كان ينص عليه مشروع قانون العقوبات الموحد للجمهورية العربية المتحدة فى الفقرة ب من المادة ٥٣) ، ذلك أن العلانية الحكيمة للقانون ، وهى مناط الإلزام ، لا تتوافر بسبب القوة القاهرة ، أو بعبارة أخرى فإن مبدأ الشرعية الجنائية لا يكون متوافراً بالنسبة إلى من لم تتوافر العلانية الحكيمة فى حقهم . فقد سبق أن ذكرنا أن واقعة نشر القوانين فى الجريدة الرسمية طبقاً للدستور هى الواقعة التى تتم بها العلانية الحكيمة ويبدأ بناء عليها مريان القانون على المخاطبين بأحكامه ما لم يتحدد لنفاذه تاريخ لاحق على النشر . كما ذكرنا أن نشر القوانين فى الجريدة الرسمية ، يعنى تيسير الحصول عليها عن طريق توزيعها بغير تمييز على أشخاص غير معينين بذواتهم حتى يتمكن كل ذى شأن من الاطلاع عليها ، فلا يتحقق النشر بمجرد طبع الجريدة ثم تخزينها دون توزيعها لأن « النشر » لازمه ومقتضاه إمكان الحصول على الجريدة فى أى مكان عند طلبها ، فإذا استحال وصولها إلى مكان معين استحالة مطلقة بسبب قوة قاهرة ، كما هو الشأن فى إقليم احتله العدو أو قرية انتشر بها وباء اضطر رجال السلطة العامة إلى محاصرتها ومنع الدخول إليها والخروج منها حتى يزول الوباء ، فإن إجراء « النشر » لا يكون قد تم بالنسبة لذلك الإقليم أو تلك القرية ، وبالتالي فإن العلانية الحكيمة لا تكون قد تحققت ولا يتوافر - تبعاً - مبدأ الشرعية الجنائية بالنسبة لمن يخالف القانون الذى صدر أثناء احتلال الإقليم أو حصار القرية ما لم يتحقق النشر فى حقه قبل ارتكاب المخالفة . ونحن نقول بهذا على خلاف ما يذهب إليه الفقه والقضاء^(١) إذ يعتبر قبول الاحتجاج بالجهل

(١) انظر محمود نجيب حنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٢ ص ٧١٨ - محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق ص ٩٤ - السهورى ، أصول القوانين ص ١٧٧ - عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ص ١٣٨ - شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ١٩٦٨ ص ٢١٢ .

وفى الفقه الفرنسى Garçon, art. 1, no. 93 ; Garrand, I, no. 307, p. 603. وفى القضاء الفرنسى Tribunal Correctionnel de Venziers, 20 mars 1941, chronique de jurisprudence. Rev. de science crim 1941, p. 187 .

بالقانون في هذه الحالة استثناء من مبدأ عدم جواز الاحتجاج بالجهل به سنده أن «الشارع لا يكلف بمستحيل» مع أنه تطبيق للمبدأ وليس استثناء منه (١).

٨٤٩ - أما أحكام التشريع العقابي فلا ينبغي أن يُسمح بالاحتجاج بجهلها لتعارض ذلك مع فكرة العلانية الحكيمية من ناحية ، ولأن مبدأ عدم جواز التذرع بجهل القانون العقابي مبدأ قائم كأصل عام من أصول التشريع الوضعي لا يحتاج إلى نص بقرره وبتعذر تبريره - عندما يكون ظالماً في بعض الأحيان - بغير اعتبارات العدالة في المساواة بين المخاطبين بالقواعد القانونية في امتناع الاحتجاج بالجهل بها من ناحية ، والحرص على استقرار أحكام التشريع (٢) من ناحية أخرى .

(١) وعلى هذا نقترح أن يجرى النص بالآتي « ليس لأحد أن يحتج بجهله القانون الجزائي أو تفسيره تفسيراً خاطئاً . ومع ذلك يعد مانعاً من العقاب جهل الأجنبي الذي قدم الجمهورية منذ خمسة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها قوانين بلده أو قوانين البلد الذي استقرت إقامته فيه » . ونحن لا نرى النص على إباحة التذرع بالجهل بقانون عقابي كما فعل بعض التشريعات لأن فتح هذا الباب يلحق بمصالح المجتمع أبلغ الضرر إذ يعطل تطبيق القانون ويقوت أهدافه .

(٢) ومن مظاهر الاستقرار القانوني الذي يجب أن تراعيه السياسة التشريعية في المجال الجنائي ، احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وما يقتضيه من عدم جواز القياس في التجريم والعقاب وعدم رجعية قانون العقوبات ، فضلاً عن وضوح نصوص القانون وثباتها . وفي السياسة الجنائية تتضاعف الحاجة نحو الوضوح والثبات لأن نصوص القانون الجنائي بطبيعتها تنطوي على مساس بحريات المواطنين . هذا فضلاً عن أن احترام مبدأ الشرعية يفترض فهم المواطنين سلفاً للواجبات المفروضة عليهم تجاه نصوص القانون العقابي وما يتهددهم من عقوبات ، فإذا غاب هذا المعنى بسبب غموض نصوص القانون تعذر احترام مبدأ الشرعية . وينعكس الاستقرار القانوني على سياسة المنع التي تواجهها المخطورة الاجتماعية فيتعين احترام مبدأ الشرعية في التدابير المانعة التي تواجه هذه المخطورة ويتحقق ذلك بتحديد مضمون المخطورة الاجتماعية بلسانها ووصفها قانوناً في نصوص واضحة نافذة المفعول قبل اتخاذ التدابير المانعة . ومثال ذلك في القانون المصري التشرد والاشتباه طبقاً للقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ . وإذا افتقر القانون للوضوح والثبات فإنه يهجز عن التعبير عن الحقيقة فتكثر بشأنه التفسيرات ويصعب تنفيذه فكانه ينطوي على معول هدمه وفنائه .

وقد تقدم القول إن السياسة الجنائية السوفيتية لا تخضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وإنما تخضع لمبدأ المطابقة للغاية *Conformité au but* وهي حماية الطبقة الحاكمة من العمال والفلاحين فإذا تبين للقاضي أن التجريم المنصوص عليه في القانون يخالف هذه الغاية تبين أن =

٨٥٠ - بيد أنه لما كان سبب الجريمة هو تفوق اللذة الناتجة منها على الألم المترتب عليها ، فإنه يلزم أن توجه العقوبات نحو إشعار الناس بالألم الذي قد يلحق بهم إذا أقدموا على ارتكاب الجريمة . والاحساس بهذا الألم بسبب الخشية من العقاب يتم أولاً عن طريق الوقوف على العقوبة المجردة المنصوص عليها في القانون ، وينبعث ثانياً من تطبيقها بواسطة القاضي ثم من تنفيذها بواسطة الإدارة العقابية . وإذا كان السائد هو الحيلولة بين المواطنين وبين إثبات جهلهم بقانون العقوبات مما يعرضهم للمسئولية الجنائية على الرغم من جهلهم فعلاً بهذا القانون ، وكان البعض قد أثبت أن العلم الحقيقي بقانون العقوبات عامل قوي في الامتناع عن ارتكاب الجريمة وأن عدداً كبيراً من المجرمين قد أقدم على ارتكاب الجريمة بسبب جهله الحقيقي بالتجريم (١) ، فإن فاعلية الأثر الرادع للعقوبة تتوقف ابتداءً على العلم بقانون العقوبات مصدر التجريم والعقاب ، كما أن الردع العام المستفاد من العقوبة يلعب دوراً أكبر في منع ارتكاب «الجرائم المصطنعة أو القانونية الصرف» . ومن ثم قد تقتضي العدالة الأمر بوقف تنفيذ العقوبة لعدم جدواها

= يطرحه جانباً . وتوسع قانون العقوبات الصادر عام ١٩٢٦ في مدلول المخطورة الاجتماعية وسمح باتخاذ تدابير احترازية ضد من توافرت لديهم هذه المخطورة (م ٦) وأجاز للقاضي القياس في التجريم عند عدم وجود النص (م ١٦) انظر *Donnedieu De Vabres ; la politique criminelle des états autoritaires, op. cit. pp. 156 et s.* (١) *Kinberg, les problèmes fondamentaux de la criminologie, paris, 1959, p. 80.*

وقد نص قانون العقوبات النيوغوسلافي (١٩٥١) في المادة الثالثة على أن الغرض من العقوبة هو منع السلوك الخطر اجتماعياً ومنع الخلف من ارتكاب الجرائم وضمان إصلاحه وممارسة التأثير التربوي على الآخرين . ونص قانون العقوبات السوفيتي في المادة ٢٠ على أن العقوبة تهدف أيضاً إلى إصلاح وإعادة تهذيب المحكوم عليه من خلال روح الولاء للعمل ودقة تنفيذ القوانين واحترام قواعد الحياة في المجتمع الاشتراكي ومنعهم من ارتكاب جرائم جديدة . أما قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي فقد أوجب على قاضي التحقيق في الجنح وأجاز له في الجنائيات فحص شخصية المتهم تمهيداً لتقدير العقوبة على ضوءها من أجل إصلاحه . ونصت المادة ٣٧ من قانون العقوبات السويسري على أنه يتعين تنفيذ عقوبات السجن والخمس على نحو يكون من شأنه إخضاع المحكوم عليه لمجهود تستهدف تهذيبه وتمهيد عودته للحياة الحرة . وفي هذا المعنى وردت المادة ٢٧ من الدستور الإيطالي الصادر عام ١٩٤٧ .

لانتفاء الردع في فاعليتها حين يثبت جهل الجاني بالقاعدة العقابية التي تجرم فعله، ولذلك فإننا ننادى بحذف المواد، التي تحظر وقف تنفيذ العقوبة، من جميع القوانين حتى لا يكون هناك قيد على سلطة القاضي في هذا المجال، بل ولا نعتقد أننا نكون مغالين إذا طالبنا بالنص في الدستور على عدم جواز النص في أي تشريع على حظر وقف تنفيذ العقوبة في الجنح.

٨٥١ - وقد رأينا أن الجريمة التأديبية تختلف من حيث الشرعية والأركان ومن حيث طبيعة الجزاء، فبينما يشترط في الجريمة الجنائية وجود نص خاص يحددها والجزاء المترتب عليها، فإنه يكفي في الجريمة التأديبية مجرد التحديد العام للواجبات التي لا يجوز الإخلال بها أو المصالح الجماعية لهيئة معينة وإلا استحق من ينتهكها الجزاء التأديبي. ومن حيث الأركان، فإن الجريمة التأديبية تتمثل في مخالفة القواعد المنظمة لسلوك بعض أعضاء الهيئات الاجتماعية أو المهنية، بينما تتمثل الجريمة الجنائية في مخالفة القواعد المنظمة لسلوك المواطنين جميعاً. ومن حيث الجزاء، فإنه بينما يترتب على الجريمة الجنائية جزاء من نوع معين مثل العقوبة أو التدبير العقابي، فإن الجريمة التأديبية يترتب عليها جزاء تأديبي يتعلق بممارسة المهنة. وبالتعميل على اختلاف كلتا الجريمتين الجنائية والتأديبية، فإن رفع الدعوى الجنائية لا يحول دون رفع الدعوى التأديبية ولو كانت الدعويان عن واقعة واحدة طالما أن هذه الواقعة تنطوي على الجريمتين. ويترتب على هذا الاختلاف أيضاً أن الجهة الإدارية قد لا تكتفي بالجزاء الجنائي فتحاسب المتهم على الجريمة التأديبية التي ينطوي عليها الفعل الجنائي. ونظراً إلى أن الدعوى الجنائية ترفع باسم المجتمع فقد استقر الرأي على أن يكون للحكم الجنائي حجية أمام جهات التأديب فيما يتعلق بالوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وبتكليفها القانوني. وللإدارة حق توقيع الجزاء التأديبي دون انتظار نتيجة المحاكمة الجنائية.

وأخطاء الموظف العام التي يكون مصدرها الخطأ في التقدير والتي تنصب على خطأ في تفسير القوانين أو اللوائح أو التعليمات وإن كانت تعتبر مخالفات إدارية، إلا أنها لا تؤدي إلى مساءلة مرتكبها تأديبياً بسبب امتناع مسؤوليته في هذه الحالة، في حين يرجع عدم العقاب في حالات الأخطاء الأخرى إلى عدم انطوائها على معنى الإثم أو الذنب.

٨٥٢ - وفي مجال قواعد الإثبات فإن الجهل بالتأثير القانوني للإقرار لا يعتد به، ذلك أن الإقرار لا يأخذ من أحكام التصرف القانوني إلا بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعته بوصفه إخباراً بواقعة تمت قبل صدوره. وما أسلفناه من الاعتداد بالجهل بحكم قاعدة قانونية اتبني عليها صدور الإقرار ليس استثناءً من المبدأ لأن المقر إنما يتمسك بإعمال أثر هذه القاعدة بينما مقتضى الاستثناء هو التحلل من أحكامها. وهذا القول يصدق على توجيه اليمين جهلاً بقاعدة قانونية تبيح الإثبات باليمين، فإن مؤدى إبطال توجيه اليمين هو إعمال حكم هذه القاعدة وافتتاح باب الإثبات باليمين.

٨٥٣ - وفي دائرة العلاقات المدنية يفرق البعض بين القواعد والتصوص الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، والقواعد والتصوص المقررة التي يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها، ويقصر مبدأ عدم العذر بجهل القانون على النوع الأول دون الثاني. ومحصل الرأي بالنسبة لهذا الفريق من الفقه أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون إنما ينطبق على القوانين الجنائية وغيرها من القوانين المتعلقة بالنظام العام، أما ما عدا ذلك من القوانين فيجوز للأفراد الاعتذار بجهلها. بيد أننا أيدنا ما ذهب إليه الفريق الآخر من سرمان المبدأ على القواعد القانونية كافة أي كان نوعها، فما دامت القاعدة القانونية قاعدة ملزمة فلا يسوغ الاحتجاج بجهلها للإفلات من الخضوع لحكمها. وقد سبق أن ذكرنا أن صفة الإلزام متوافرة للقواعد الآمرة والقواعد المكلمة على السواء. ولا يقدح في ذلك جواز اتفاق الأفراد على عكس ما تقضي به القاعدة المكلمة، ذلك أنها تبقى مع هذا ملزمة واجبة الاتباع حتى يحدث مثل هذا الاتفاق أو يفصح المتعاقدان صراحة عن إرادة استبعاد تطبيقها. وقد مر بنا أنه حتى لو لم يكن للمتعاقدين علم بوجودها فإنه يتعين تطبيقها إذ لا يجوز التحدى بجهلها تهرباً من إعمال حكمها. وإذا سلمنا بجواز استبعادها عند الجهل بها لترتب على ذلك قيام فراغ في العلاقة بين المتعاقدين، مع أنها لم توضع إلا لسد الفراغ الناشئ عن سكوت المتعاقدين على الاتفاق على قواعد مختلفة.

٨٥٤ - ولعل ما دعا بعض الفقهاء إلى إجازة الاعتذار بجهل بعض القواعد القانونية دون البعض الآخر مردده إلى ما نصت عليه المادة ١٢٢ من

التنين المدني من أنه - كقاعدة عامة - « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع . . . » ، فقد ظنوا أن في إجازة إبطال العقد لما وقع فيه المتعاقد من غلط في القانون ، خروجاً على مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ، بقبول مثل هذا الاعتذار . والواقع أن هذا اللفظ خاطئ : فالوارث مثلاً الذي يبيع حصته في التركة على اعتقاد أنها الربع في حين أن له نصف التركة طبقاً لقواعد الميراث ، يكون له حق طلب إبطال عقد البيع للغلط الذي شاب إرادته في قدر الشيء المباع ، وهذا الغلط مرده إلى الغلط في قاعدة من قواعد قانون الميراث ليست محل تطبيق مباشر فيجوز الاعتذار بجهلها والغلط فيها كما أسلفنا القول . كذلك الرجل الذي يهب مطلقته مالا ظاناً أنه استردها لعصمته فعادت زوجة له جاهلاً أن الطلاق للرجعي قد أصبح بائناً بانتهاء مدة العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعد زواج جديد ، يكون له طلب إبطال الهبة على أساس الغلط الذي وقع فيه بشأن صفة جوهرية في شخص الموهوب لها والذي يرجع إلى الغلط في قاعدة من قواعد قانون الأحوال الشخصية ليست بدورها محل تطبيق مباشر فيحل له لذلك الاعتذار بجهلها والغلط فيها .

٨٥٥ - والواقع ، فضلاً عما تقدم - أن مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون » إنما يعني أنه لا يمكن منع تطبيق القانون بحجة الجهل به ، فهو يطبق على الجميع دون تفریق أي حتى على من يجهله . وبعبارة أخرى ، فالمقصود بهذا المبدأ الدلالة على أنه حيث يجب تطبيق قاعدة قانونية معينة فلا يمكن منع انطباقها على من يجب سريانها في حقه بحجة جهله بأحكامها . وما دام هذا هو مضمون المبدأ ومعناه ، فالاستثناء منه لا يتصور إلا بإعفاء من يجهل حكم قاعدة قانونية معينة من واجب الخضوع لها ، أي بمنع سريانها في حقه ، ومن هنا لا يكون في إعطاء المتعاقد الواقع في غلط في القانون حق طلب إبطال العقد الذي اندفع إلى إبرامه تحت تأثير الغلط ، أي استثناء أو خروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » إلا إذا كان في هذا الإبطال منع سريان القاعدة القانونية الوارد عليها الغلط في حق المتعاقد الواقع في الغلط بشأنها . وليس الحال كذلك في المتالين السابقين وغيرهما : فالوارث الذي يجهل قواعد الميراث ويقع في غلط في قدر الحصة التي تفرضها له ثم يطلب إبطال عقد البيع الذي

اندفع إلى إبرامه تحت تأثير الغلط ، لا يتوصل بالحصول على الإبطال إلى منع سريان قواعد الميراث في حقه ، فهي تظل سارية في حقه رغم جهله بأحكامها ، ولولا أن هذه القواعد تعتبر سارية في حقه فيكون له نصف التركة ، لما دعا الأمر إلى تمكينه من إبطال بيع حصته الذي اندفع إليه اعتقاداً منه أنها الربع فقط . والرجل الذي يهب مطلقته مالا ظاناً أنها عادت إلى عصمته غلطاً منه في أحكام الطلاق ثم يطلب إبطال الهبة بعد اكتشاف الغلط ، لا ينجو بهذا الإبطال من سريان قواعد الطلاق في حقه ، فهي ملزمة له رغم جهله بها مما يظل الطلاق معه قائماً وبائناً بحيث لا يملك استرداد مطلقته إلى عصمته إلا بعقد جديد . ولولا أن هذه القواعد تظل سارية في حقه فلا تعتبر مطلقته عادت زوجة له لما كانت هناك حكمة من إعطائه حق طلب إبطال الهبة التي اندفع إليها تحت تأثير ظنه الخاطئ أنها تنصرف إلى زوجته لا إلى مطلقته ، ٨٥٦ - فالرأي عندنا إذن أن مبدأ « امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون » مبدأ مطلق يصدق على القواعد القانونية كافة مكتوبة وغير مكتوبة ، تشريعية كانت أو عرفية أو دينية ، أمرة كانت أو مفسرة ، لا يرد عليه أي استثناء على النحو الذي أوضحناه آنفاً . ويترتب على ذلك أنه لا يقبل أمام القضاء الاعتذار بجهل قاعدة قانونية عرفية أو دينية ، ويعتبر خطأ القاضي في تطبيق القاعدة العرفية أو الدينية من قبيل الخطأ في تطبيق القانون الذي يخضع لرقابة محكمة النقض .

٨٥٧ - وكما لا يقبل الاعتذار بالجهل بالقانون ، كذلك لا يقبل الاعتذار بالخطأ في تفسيره . وقد عرفنا أن التفسير الصحيح الذي يعول عليه هو التفسير الذي يقول به القاضي المعروضة عليه الدعوى ، فالقاضي يقول كلمة القانون . والتفسير القضائي ليس حجة في مواجهة الكافة وإنما تقتصر حججته على الدعوى التي قرر فيها دون أن تكون له قوة الإلزام بالنسبة لما عداها ، على خلاف التفسير التشريعي *interprétation législative* إذ يسرى على الوقائع التي حدثت قبل صدوره أي في ظل التشريع الأول ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن التشريع الثاني ، بما يتضمن من تفسير التشريع الأول ، يعتبر جزءاً منه فيكون طبيعياً إذن أن يمتد إلى حكم الوقائع التي حدثت في ظل التشريع الأول ، فيلتزم القضاء بتطبيقه في

الدعاوى التي ما زالت منظورة أمامه بشأنها ، أى أن التفسير التشريعى يأخذ بمقتضى هذا الاستثناء من قاعدة عدم الرجعية نفس المدى الزمنى لسريان التشريع الوارد عليه التفسير ، وتكون رجعيته بالنسبة لما لم يفصل فيه نهائياً من القضايا . ويصدق هذا القول على قرارات التفسير التي تصدرها المحكمة العليا إذ تكون لها حجية مطلقة من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية .

٨٥٨ - وتعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية معروفة كالقانون ، ويتعين الأخذُ بها عند عدم العرف (١) . وقد كانت هي قانون البلاد الوحيد قرابة تسعة قرون هجرية قبل التشريعات التي استحدثت بعدها . وهذه التشريعات استقت منها كثيراً من أحكامها كالوصية والتصرف في مرض الموت والشفعة والوقف والحكر بأنواعه والعلو والسفل والحائط المشترك والكنز المدفون ومبدأ ألا تركة إلا بعد وفاة الدين وهلاك المبيع والغش وإيجار الأراضي الزراعية وبراءة المستأجر إذا هلك الزرع بقوة قاهرة والمزارعة وانتهاء عقدها بموت المستأجر . ولا تزال الشريعة الإسلامية معمولاً بها في الميراث والأحوال الشخصية . ولا شك أن مخالفة « مبادئ الشريعة » تعتبر مخالفة للقانون فتكون مستوجبةً نقض الحكم .

٨٥٩ - وقد رأينا أنه من المبادئ الأولية في الشريعة الإسلامية الغراء

(١) والعلائية الحكمة متوافرة بطبيعة الحال بالنسبة لقواعد الشريعة الإسلامية وغيرها من القواعد الدينية من نشرها في الكتب المقدسة . أما العرف فقد تقدم أنه بطيء للتكوين ، وهي ينشأ القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على اتباع سلوك معين واستقرار الإيمان في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزماً من حيث إنه يمثل ضرورة قانونية . وتتوافر له «العلائية الحكمة» من اشتراط عدم الاعتیاد وإطراده حتى تتكون القاعدة العرفية التي تخصص في مهنة أو طائفة معينة كما قد تتركز في منطقة محددة من الدولة . أما القانون الطبيعي فليس من السهل تصوره وتحديد مفهوم معناه ، وقد قرنه الشارع بقواعد العدالة كأنه جعل الأمرين مترادفين القصد منهما واحد هو تحقيق العدالة . وإن كانت قواعد العدالة غير معينة أيضاً إلا أنه يمكن استنباطها من القانون الطبيعي من علم القانون المقارن أى من أصول القوانين المختلفة والشريعة الإسلامية مع مراعاة أحوال الطرفين المتخاصمين وظروفهما وبيئتهما وحالتهم الاجتماعية كما يمكن الاستنباط بطريق القياس بالحالات المشابهة . وتقدير قاضي الموضوع يخضع بطبيعة الحال لرقابة محكمة النقض إذا كان استنباطه من علم القانون المقارن والقوانين المختلفة والشريعة الإسلامية أو بطريق القياس بحالة قانونية غائبة . أما الاستنباط من أحوال الطرفين المتخاصمين وظروفهما وبيئتهما وحالتهم الاجتماعية بطريق القياس بحالة غير قانونية فلا يخضع لرقابة محكمة النقض إذا قام على أسباب سائفة عقلاً .

أن الجاني لا يؤاخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالماً علماً تاماً بتحريمه ، فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسؤولية . ويكتفى في العلم بالتحريم بإمكانه ، فتى بلغ الإنسان عقلاً وكان ميسراً له أن يعلم ما حرم عليه إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحريم ، وإما يسؤال أهل الذكر ، اعتبر عالماً بالأفعال المحرمة ولم يكن له أن يعتذر بالجهل أو يحتاج بعدم العلم ، ولهذا قال الفقهاء « لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام » . ولم تشترط الشريعة تحقق العلم فعلاً لأن ذلك يؤدي إلى الحرج ويفتح باب الادعاء بالجهل على مصراعيه ويعطل تنفيذ النصوص . وألقت الشريعة بالجهل بمعنى النصوص الحقيقي بالجهل بذات النصوص وأجرت عليهما حكماً واحداً ، فلو ادعى الجاني أن النص لا يدل على التحريم أو أن نصاً آخر أباح الفعل المحرم فإن جهله بالمعنى الحقيقي للنصوص لا يرفع عنه المسؤولية الجنائية .

والنظر فيما قاله فقهاء القانون في موضوع الجهل بالأحكام يبين منه أنهم يقتفون مسلك فقهاء الشريعة ، فالناس يعتبرون عالين بالقانون بتيسير إمكان علمهم به وذلك بنشره بالطريق القانوني بعد إصداره ولا اعتبار بأن كل مكلف علم به بعد ذلك فعلاً أو لم يعلم ، وجهل المعنى الحقيقي للنص يتساوى مع الجهل بالنص ذاته ، والاستثناء الذي أورده رجال القانون يرجع في بطلته إلى ما نقلناه عن القرافي المالكى في ضابط ما يعتذر به المكلف في جهله وما لا يعتذر ، وأن كل ما يجد المكلف عناء شديداً في معرفته والوصول إليه بحيث يوصف بالتعذر كان معذوراً في جهله ، وهذا الضابط هو الذي أخذ به القضاء الألماني الحديث وتبنته محكمة النقض المصرية . ولم يقع فقهاء الشريعة فيما وقع فيه بعض فقهاء القانون من الاعتساف في تطبيق المبدأ مما كان محلاً للنقد من بعض رجال القانون أنفسهم ، بل وضع فقهاء الشريعة لقاعدة « عدم قبول العذر بجهل الأحكام » معياراً سمحاً اهتداء بقوله تعالى : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » ، وقوله : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » ، وقوله : « ما جعل عليكم في الدين من حرج » .

وأخيراً فإن الجهل بالأحكام ، في الشريعة كما هو في القانون ، من شأنه أن يرفع المسؤولية إذا صلح عذراً ، لا أن يبيح الفعل .

**أحكام نقض صادرة من الدوائر
الجنائية [لم تنشر بعد]**

الطعن رقم ٤٤٤٢ لسنة ٥٦ ق

جلسة ١٠ / ١٢ / ١٩٨٦

١ - اختصاص « اختصاص ولائي » ، قضاء عسكري -
قانون « تفسيره » . « تطبيقه » . نقض « أسباب الطعن . ما لا
يقبل منها » .

- المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة بالفصل في الجرائم كافة إلا ما استثني بنص
- أساس ذلك ؟ .

- إجازة بعض القوانين إحالة جرائم معينة إلى محاكم خاصة لا يسلب
المحاكم العادية ولايتها بالفصل في تلك الجرائم مادام أن القانون الخاص لم يرد به
أي نص على انفراد المحكمة الخاصة بالاختصاص بسواء كان معاقبا عليها
بمقتضى قانون عام أم قانون خاص .

٢ - اختصاص « اختصاص ولائي » . قضاء عسكري -
قانون « تفسيره » .

- القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الأحكام العسكرية لم يرد فيه أو
في أي تشريع آخر انفراد القضاء العسكري دون غيره بالاختصاص . مفاد
ذلك ؟ .

- نص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية أن السلطات القضائية
العسكرية هي وحدها التي تقرر ما إذا كان الجرم داخلا في اختصاصها أم لا . لا
يفيد صراحة أو ضمنا انفراد القضاء العسكري وحده بنظر الجرائم المنصوص
عليها في قانون الأحكام العسكرية - مجال تطبيقه ؟ .

٣ - قانون « تفسيره » « إلغاؤه » . اختصاص « اختصاص
ولائي » . قضاء عسكري .

- إلغاء النص التشريعي . عدم جوازه إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على
الإلغاء أو شموله نصا يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع
الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع . ورود نصّ تشريعي لاحق على المادة
٤٨ من قانون الأحكام العسكرية . مؤداه ؟ .

١ - المحاكم العادية هي صاحبة الولاية العامة بالفصل في الجرائم
كافة إلا ما استثني بنص خاص عملا بنص الفقرة الأولى من المادة
الخامسة عشرة من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم
٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، في حين أن غيرها من المحاكم ليست إلا محاكم
استثنائية أو خاصة ، وإنه وإن أجازت القوانين في بعض الأحوال ،
إحالة جرائم معينة إلى محاكم خاصة ، إلا أن هذا لا يسلب المحاكم
العادية ولايتها بالفصل في تلك الجرائم مادام أن القانون الخاص لم يرد
به أي نص على انفراد المحكمة الخاصة بالاختصاص ، يستوى في ذلك
تكون الجريمة معاقبا عليها بموجب القانون العام أو بمقتضى قانون
خاص ، ولو أراد الشارع أن يقصر الاختصاص على محكمة معينة
 ويفردها به ، لما أعوزه النص على ذلك صراحة على غرار ما جرى
عليه في قوانين عدة منها قانون السلطة القضائية سالف الذكر حين نص
في المادة ٨٣ منه التي ناطت بدوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة
النقض « دون غيرها » الفصل في الطلبات التي يقدمها رجال القضاء
والنيابة العامة بإلغاء القرارات الجمهورية والوزارية المتعلقة بشئونهم
وفي شأن طلبات التعويض والمنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات
والمكافآت ، وقانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٢
حين نص في المادة العاشرة منه على اختصاص محاكم مجلس الدولة
« دون غيرها » بالفصل في المسائل التي حددها ، والقانون ٣١ لسنة
١٩٧٤ بشأن الأحداث حين نص في الفقرة الأولى من المادة التاسعة
والعشرين منه على اختصاص محكمة الأحداث « دون غيرها » بالنظر
في أمر الحدث عند اتهامه في الجرائم وعند تعرضه للانحراف ، أما غير
الحدث - إذا أسهم في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون
الأحداث - فإن الشارع وإن جعل لمحكمة الأحداث اختصاصا
بنظرها بموجب الفقرة الثانية من المادة التاسعة والعشرين سالفه
الذكر ، إلا أنه لم يفردها بهذا الاختصاص كما فعل في الفقرة الأولى ،
وبالتالي لم يسلب المحاكم العادية ولايتها بالفصل فيها . وقد التزم

الشارع هذا النهج ولم يشذ عنه في اللجان التي أضيف عليها اختصاصا قضائيا ، من ذلك ما نص عليه في المادة ١٣ مكررة (١) من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعي من تشكيل لجان يكون من مهمتها في حالة المنازعة ، تحديد ما يجب الاستيلاء عليه من الأراضي الزراعية طبقا لأحكام هذا القانون ، وأنه « استثناء من حكم المادة ١٢ من قانون نظام القضاء ، يتمتع على المحاكم النظر في المنازعات المتعلقة بملكية الأطنان المستولى عليها » وفي المادة الثالثة من القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ بشأن لجان الفصل في المنازعات الزراعية من اختصاصها بنظر المنازعات الناشئة عن العلاقة الإيجارية في الأراضي الزراعية وغيرها « وبوجه خاص تختص اللجنة وحدها بالفصل في (المسائل الآتية) (أ) (ب) (ج) » وفي الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون ذاته من أنه « يتمتع على المحاكم النظر في المنازعات التي تدخل في اختصاص هذه اللجان طبقا للفقرة ٢ من المادة ٣ » وفي المادة الخامسة من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ في شأن إنهاء الأحكام على الأعيان الموقوفة من اختصاص اللجنة القضائية المنصوص عليها فيها « دون غيرها » بالفصل في المسائل الواردة في البنود من الأول إلى الخامس منها . وقد أخذ الدستور بهذا المفهوم عندما نص في المادة ١٧٥ منه على أن تتولى المحاكم الدستورية دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .

٢ - المحاكم العسكرية المنصوص عليها في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الأحكام العسكرية ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص خاص ، وإنه وإن ناط بها هذا القانون الاختصاص بنوع معين من الجرائم ، ومحاكمة فئة خاصة من المتهمين ، إلا أنه لم يؤثرها بهذه المحاكمة وذلك الاختصاص أو يحظرها على المحاكم العادية ، إذ لم يرد فيه ، ولا في أي تشريع آخر ، نص على انفراد القضاء العسكري بالاختصاص على مستوى كافة مراحل الدعوى ابتداء من تحقيقها وانتهاء بالفصل فيها - إلا فيما يتعلق بالجرائم التي تقع من الأحداث

الخاضعين لأحكامه عملا بنص المادة الثامنة مكررا منه . ولا يقدر في ذلك ، ما نصت عليه المادة الرابعة من مواد إصدار ذلك القانون ، من سريان أحكامه على جميع الدعاوى الداخلة في اختصاصه ، ما لم تكن قد رفعت إلى الجهات القضائية المختصة ، ذلك بأن الشق الأول من النص قد خلا مما يفيد انعقاد الاختصاص بنظر الدعاوى المشار إليها فيه للقضاء العسكري وحده دون غيره ، والشق الثاني منه يعالج الحالة التي تكون فيها هذه الدعاوى قد رفعت إلى الجهات القضائية المختصة قبل العمل به في أول يونيه سنة ١٩٦٦ ، فأبقى الاختصاص بنظرها معقودا لتلك الجهات دون أن يشاركها فيه القضاء العسكري . يؤكد هذا النظر أن الشارع عندما أراد أن يعقد الاختصاص بجرائم الأحداث الخاضعين لأحكام قانون الأحكام العسكرية المشار إليها للقضاء العسكري وحده ، فقد نص صراحة في المادة الثامنة مكررا منه - والمضافة بالقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٧٥ - على أن إفراده بذلك الاختصاص إنما هو استثناء من أحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث ، وهو ما يتأدى منه أنه باستثناء ما أشير إليه في تلك المادة من جرائم تقع من الأحداث الخاضعين لأحكامه ، وكذلك الجرائم التي تقع من الأحداث الذين تسرى في شأنهم أحكامه إذا وقعت الجريمة من واحد أو أكثر من الخاضعين لأحكامه ، فإنه لا يحول بين المحاكم العادية وبين الاختصاص بالفصل في الجرائم المنصوص عليها فيه ، مانع من القانون ، ويكون اختصاص القضاء العسكري بجرائم الأحداث المنصوص عليها في المادة ٨ مكررا سالف الذكر ، إنما هو خروج على الأصل العام المقرر بقانون السلطة القضائية . أما ما عدا هؤلاء الأحداث وتلك الجرائم مما أسبغت سائر نصوص قانون الأحكام العسكرية على القضاء العسكري اختصاص الفصل فيها ، دون أن تفرده بذلك انتزاعا من المحاكم صاحبة الولاية العامة في القضاء ، فإنه ليس ثمة ما يحول بين هذه المحاكم وبين الفصل فيها إعمالا لحقها الأصل ، إذ لا محل للقول باختصاص استثنائي للقضاء العسكري

بها ، ويكون الاختصاص في شأنها - بالتحويل على ذلك - مشتركا بين القضاء العسكري وبين المحاكم ، لا يمنع نظر أيها فيها ، من نظر الأخرى ، إلا أن تحول دون ذلك قوة الأمر المقضى . ولا ينال من هذا النظر ، النص في المادة الثامنة والأربعين من قانون الأحكام العسكرية آنف الذكر على أن « السلطات القضائية العسكرية هي وحدها التي تقرر ما إذا كان الجرم داخلا في اختصاصها أم لا » ذلك أن هذا النص - وأيا كان وجه الرأي فيه - لا يفيد صراحة ولا ضمنا ، انفراد القضاء العسكري وحده بنظر الجرائم المنصوص عليها في قانون الأحكام العسكرية ، ذلك أن اختصاص الهيئات القضائية - وعلى ما جرى به نص المادة ١٦٧ من الدستور - يحدده القانون ، ومن ثم يكون قصارى ما يفيد نص المادة ٤٨ سالف الذكر ، أن السلطات القضائية العسكرية هي وحدها صاحبة القول الفصل عند تنازع الاختصاص ، وهو ما يؤكد أن لفظة « وحدها » وردت بعد عبارة « السلطات القضائية العسكرية » ولم ترد بعد لفظة « اختصاصها » في نهاية النص . لما كان ذلك ، وكما إعمال مقتضى هذا النص في حالة التنازع الإيجابي بين السلطات المشار إليها فيه ، وبين هيئة أو محكمة استثنائية ذات اختصاص قضائي أو محكمة خاصة ، أنه متى رفعت الدعوى الجنائية إليها عن جريمة سبق أن قرر القضاء العسكري أنها تدخل في اختصاصه الولائي ، تعين عليها أن تحكم بعدم اختصاصها بنظرها ، وهو مالا يسرى على المحاكم العادية لأن القضاء بين العادي والعسكري قسيمان في الاختصاص بالجرائم المنصوص عليها في قانون الأحكام العسكرية .

٣ - من المقرر وفق القاعدة العامة الواردة في المادة الثانية من القانون المدني أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » وكان قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥

لسنة ١٩٦٦ ، وقانون كلتا المحكمتين العليا والدستورية ، بمنزلة سواء في مدارج التشريع ، وكانت القوانين اللاحقة على قانون الأحكام العسكرية سالف الذكر لم تنص صراحة على إلغاء نص المادة ٤٨ من هذا القانون ، بل دخلت نصوصها وديباجاتها من أية إشارة إلى قانون الأحكام العسكرية ، وكانت القوانين اللاحقة إنما هي تشريعات عامة فيما انتظمته من أحكام في شأن تنازع الاختصاص - إيجابيا وسلبا - بالنسبة للدعاوى التي ترفع عن موضوع واحد أمام مختلف جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعامة ، وسواء أكانت تلك الدعاوى مدنية أم إدارية أم جنائية ، في حين أن نص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية إنما هو نص خاص ورد في تشريع خاص وقصر ولاية السلطات القضائية العسكرية المنصوص عليها فيه على الفصل في تنازع الاختصاص في الدعاوى الجنائية التي تكون فيها تلك السلطات طرفا في هذا التنازع فحسب ، وكان من المقرر أيضا أن الخاص يقيد العام ، فإن نص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية يكون قائما لم ينسخه قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، ولا قانون الإجراءات والرسوم أمام تلك المحكمة الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ ، ولا قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والذي خصتها المادة ٢٥ ثانيا منه - دون غيرها - بالفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، ويكون لكل من النصين مجال تطبيقه ، لا يتداخلان ولا يبغيان . يؤيد بقاء نص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية قائما ، استثناء من النصوص الواردة في التشريعات العامة اللاحقة ، أنه ظل ماضيا في تحقيق الغرض الذي سن من أجله تشريع عسكري روعيت فيه - وعلى ما جاء عن هذا النص في المذكرة الإيضاحية « اعتبارات خاصة سواء بالنسبة للأفراد أو بالنسبة للجرائم وعقوباتها ، الأمر الذي أصبح معه حق السلطات العسكرية في تقدير ما إذا كانت الجريمة

داخلة في اختصاص التشريع العسكرى أولا حقا واضحا يتمشى مع الهدف من القانون العسكرى « سواء في ظل قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ - من قبل - والذي كان ينص في المادة ١٧ منه على محكمة تنازع الاختصاص ، أم في ظل قانون كلتا المحكمتين العليا والدستورية - من بعد - الذى نقل الفصل في تنازع الاختصاص - على التعاقب - إليها ، فقد جرى قضاء هذه المحكمة - محكمة النقض - على تطبيق نص المادة ٤٨ المشار إليه بهذا المفهوم على التنازع السلبي بين السلطات القضائية العسكرية وبين المحاكم العادية ، وألزمت هذه المحاكم بالفصل في أية جريمة ترى تلك السلطات عدم اختصاصها بها اعتبارا بأن قرارها في هذا الشأن هو القول الفصل الذى لا يقبل تعقيبا ! .

الطعن رقم ٣٨٢٣ لسنة ٥٦ قضائية

جلسة ١٢ / ١١ / ١٩٨٦

رشوة . سرقة . قبض . مسئولية جنائية « موانع المسئولية » .

● قيام رئيس نقطة الشرطة المعروض عليه الرشوة بفحص بلاغ الشاكية ليس فيه ما يخالف القانون .

- مناط توافر حالة الضرورة المانعة من المسئولية الجنائية ألا يكون لإرادة الجاني دخل في قيامها .

قيام رئيس نقطة الشرطة بفحص بلاغ الشاكية عن واقعة السرقة المدعاة ليس فيه ما يخالف القانون ، بل إن القانون يوجب عليه هذا الإجراء ، وليست التحقيقات أو جمع الاستدلالات بحالة الضرورة المعرفة في القانون والتي ترفع المسئولية الجنائية عن المتهم بعرض الرشوة ، إذ يشترط في حالة الضرورة ألا يكون لإرادة الجاني دخل في حلها ولم يكن يقصد من تصرفه غير الخلاص من شر محقق ودفع مضرة لا يبررها القانون ، وإلا كان للمرء أن يرتكب جرما ثم يُقارَف جريمة للنجاة من ذلك الجرم .

الطعن رقم ٣٣٠٧ لسنة ٥٦ قضائية

جلسة ٢٢ / ١٠ / ١٩٨٦

١ - إثبات « شهادة » . دفاع « الإخلال بحق الدفاع . ما يوفره » . محكمة الموضوع « سلطتها في تقدير الدليل » .

● قدرة الشاهد على التمييز . شرط للأخذ بشهادته .

● جواز رد الشاهد لعدم قدرته على التمييز . المادتان ٢٨٧ إجراءات ، ٨٢ إثبات .

٢ - محكمة الموضوع « سلطتها في تقدير الدليل » . إثبات « بوجه عام » .

أخذ المحكمة بشهادة ضير . لا عيب . مادامت الشهادة لا تعتمد على الرؤية ويتمتع الشاهد بباقي الحواس الطبيعية ..

٣ - دستور . شريعة إسلامية . قانون « تطبيقه » . إثبات « شهود » « شهادة » .

النص في المادة الثانية من الدستور . على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع . دعوة للشارع كى يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا فيما يستتبه من قوانين . أثر ذلك ؟

- الشارع لم يقيد القاضى الجنائى فى المحاكمات الجنائية بتوافر الإبصار فى الشاهد . أساس ذلك ؟

١ - الأصل فى الشهادة ، هو تقرير الشخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه ، فهى تقتضى بداهة فيمن يؤديها القدرة على التمييز ، لأن مناط التكليف بأدائها ، هو القدرة على تحملها ، ولذا فقد أجازت المادة ٨٢ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية ، التى أحالت إليها المادة ٢٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية ، رد الشاهد إذا كان غير قادر على التمييز ، لهرم أو حداثة أو مرض ، أو لأى سبب آخر ، مما مقتضاه أنه يتعين على محكمة الموضوع ، إن هى رأت الأخذ بشهادة شاهد قامت منازعة جدية حول قدرته على التمييز أو على الإدراك بالحاسة التى استمد منها

شهادته ، أن تحقق هذه المنازعة بلوغاً إلى غاية الأمر فيها للاستيثاق من قدرة الشاهد على تحمل الشهادة أو تمكنه منها ، أو أن ترد عليها بما يفندها .

٢ - لما كان الحكم المطعون فيه قد عرض لما أثاره الدفاع في هذا الشأن بقوله « إن ما نعه الدفاع من القول بأن الشاهد الثاني (على محمود عبد القطب) لا يبصر ، فإن ذلك الأمر على فرض قيامه ، لا يؤثر فيما يدركه الشاهد بما له من حواس أخرى لمعرفة أصحاب القطع المجاورة لأرضه والقائمين بزراعتها والمتصلين بها ... » وهو من الحكم كاف وسائغ ، مادام أنه لم ينسب إلى الشاهد المذكور في مدوناته أن مصدر معلوماته هو الرؤية ، وإذ كان الطاعن لا يمارى في طعنه أن الشاهد يتمتع بسائر الحواس الطبيعية ، فلا على الحكم إن هو أخذ بشهادته ، ولو كانت شهادة سماعية ، لما هو مفروض أن القانون لا يمنع المحكمة من الأخذ برواية منقولة عن شهودها ، متى آنست الصدق فيها واقتنعت بصدورها عن نقلت عنه ، ولو نفى الأخير الإدلاء بها إلى غيره من شهود .

٣ - لما كان ما نص عليه الدستور في المادة الثانية منه ، من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ، ليس واجب الأعمال بذاته ، إنما هو دعوة للشارع كي يتخذ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ، فيما يستتبه من قوانين ، فإن أحكام الشريعة الغراء ، لا تكون واجبة التطبيق بالتحويل على نص الدستور بادي الذكر إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأفرغ هذه الأحكام في نصوص تشريعية محددة ومنضبطة فنقلها إلى مجال العمل والتطبيق ، وإذ كان الشارع لم يقيد القاضي الجنائي في المحاكمات الجنائية بتوافر الإبصار في الشاهد ، وإنما ترك له حرية تكوين عقيدته من أي دليل يطمئن إليه مادام أن له مأخذه الصحيح من الأوراق ، فإن تعويل الحكم المطعون فيه - ضمن ما عول عليه - على شهادة شاهد لا يبصر ، لا تكون فيه مخالفة للقانون .

الطعن رقم ٣٣٩٢ لسنة ٥٦ قضائية

جلسة ١٥ / ١٠ / ١٩٨٦

دفع . نظام عام . دعوى مدنية « قبولها » . محكمة الموضوع « سلطتها » .

- الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية ليس من الدفع المتعلقة بالنظام العام التي يصح إثارتها أمام محكمة النقض لأول مرة لتعلق هذه الدعوى بصالح خاصة . مثال .
- لا يشترط لرفع الجنحة المباشرة وجود محضر جمع استدالات أو تحقيق نيابة سابق . أساس ذلك .

الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية ليس من الدفع المتعلقة بالنظام العام التي يصح إثارتها أمام محكمة النقض لأول مرة لتعلق هذه الدعوى بصالح خاصة ولئن كانت محكمة أول درجة وإن حصلت في مدونات حكمها دفع الطاعن بعدم قبول الدعوى المدنية ، تأسيساً على نص المادة ٢٥١ من قانون الإجراءات الجنائية ، إلا أن البين من محاضر الجلسات الاستثنائية أن الطاعن لم يتمسك بهذا الدفع أمام محكمة ثاني درجة ، فضلاً عن أن ما نصت عليه المادة المذكورة في فقرتها الأخيرة من أن « لا يجوز أن يترتب على تدخل المدعى بالحقوق المدنية تأخير الفصل في الدعوى الجنائية وإلا حكمت المحكمة بعدم قبول تدخله » مفاده أن الحكم بعدم قبول تدخل المدعى بالحقوق المدنية ، إنما هو رخصة للمحكمة خولها الشارع إياها في الحالة التي ترى فيها أن قبول الدعوى المدنية - واختصاصها بها استثنائي - من شأنه أن يؤخر الفصل في الدعوى الجنائية - واختصاصها بها أصيل وأهميتها اجتماعياً تفوق الدعوى المدنية - وذلك بسبب يرجع إلى المدعى بالحقوق المدنية ، فإذا هي لم تر في تدخله تعطيلاً للفصل في الدعوى الجنائية - وتقدير ذلك من شأنها بغير معقب - ومضت في نظر الدعويين - كالحال في الدعوى المطروحة ، فإن فصلها فيها

معناه أن التعطيل المدعى لم يصح لديها فانتفى موجب استعمال تلك الرخصة، وهو الشأن فيما نصت عليه المادة ٣٠٩ من قانون الإجراءات الجنائية - في شطرها الأخير - من أنه إذا رأت المحكمة الجنائية أن الفصل في الدعوى المدنية « يستلزم إجراء تحقيق خاص يبنى عليه إرجاء الفصل في الدعوى الجنائية، فعندئذ تحيل المحكمة الدعوى إلى المحكمة المدنية بلا مصاريف » لما كان ذلك، وكان القانون الجنائي - فيما عدا ما استلزمه من وسائل خاصة في الإثبات - قد فتح باباً أمام القاضى الجنائى على مصراعيه يختار من كل طرقة ما يراه موثقاً إلى الكشف عن الحقيقة ويزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر مع حرية مطلقة في تقدير ما يعرض عليه ووزن قوته التدليلية في كل حالة حسبها يستفاد من وقائع كل قضية وظروفها، فإنه لا تثريب على المحكمة في استدلالها على مقارفة الطاعن جريمة التبيد بصورة عقد الإيجار الصادر له من المدعى بالحقوق المدنية، ذلك أن من سلطتها أن تأخذ من أى بيعة أو قرينة ترتاح إليها دليلاً لحكمها، مما أصبح معه دعوى الطاعن بقصور هذا الاستدلال مجرد جدل موضوعى لا شأن لمحكمة النقض به. لما كان ذلك، وكانت المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية لا تشترط لرفع الدعوى مباشرة من المدعى بالحقوق المدنية وجود محضر جمع استدالات من الشرطة أو تحقيقات سابقة فيها من النيابة، بل إن هذا الحق قد خول أصلاً للمدعى بالحقوق المدنية للمحافظة على حقوقه في الحالات التى لا تقوم الشرطة أو النيابة بالتحقيقات فيها بناء على شكوى المجنى عليه.

الطعن رقم ٨١٨٥ لسنة ٥٤ قضائية

جلسة ٨ / ١٠ / ١٩٨٦

١ - زنا . شكوى . دعوى « انقضاؤها بالتنازل » . دعوى مدنية . ترك « تنازل » أثره ؟ .

- التنازل عن الشكوى . أثره ؟ انقضاء الدعوى الجنائية .
- التنازل لا يجوز الرجوع فيه ولو كان ميعاد الشكوى مازال ممتداً .
- التنازل في خصوص جريمة الزنا ينتج أثره بالنسبة للدعوى المدنية والجنائية .
٢ - محكمة النقض « سلطتها » . طعن « أسباب الطعن . ما يقبل منها . الخطأ في تطبيق القانون » .
قصر ما يعيب الحكم على خطأ في تطبيق القانون . على المحكمة تصحيحه .

١ - التنازل عن الشكوى من صاحب الحق فيها يترتب عليه بحكم الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون الإجراءات الجنائية انقضاء الدعوى الجنائية، ومتى صدر هذا التنازل ممن يملكه قانوناً يتعين إعمال الآثار القانونية له، كما لا يجوز الرجوع فيه ولو كان ميعاد الشكوى مازال ممتداً، لأنه من غير المستساغ قانوناً العودة للدعوى الجنائية بعد انقضائها، إذ الساقط لا يعود، فإن الدعوى الجنائية في الواقعة المطروحة تكون قد انقضت بالتنازل قبل رفعها من النيابة العامة، دون أن ينال من الانقضاء العدول عن التنازل اللاحق لحصوله. لما كان ذلك، وكان انقضاء الدعوى الجنائية بالتنازل هو عقبة إجرائية تحول دون اتخاذ إجراءات فيها اعتباراً من تاريخ الانقضاء، وينبئ عليه عدم قبول الدعوى الجنائية إذا رفعت في مرحلة تالية له، وكان عدم قبول الدعوى الجنائية بالنسبة لواقعة ما، يستوجب القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية الناشئة عنها التي ترفع أمام المحاكم الجنائية تابعة لها.

٢ - لما كان التنازل في خصوص جريمة الزنا ينتج أثره بالنسبة للدعوى المدنية والجنائية، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقر حصول التنازل عن الشكوى قبل رفع الدعوى الجنائية، وتعرض مع ذلك لموضوع الدعوى المدنية التبعية وقضى فيها بإلزام الطاعنين بالتعويض

يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ، متعينا نقضه فيما قضى به في الدعوى المدنية والقضاء بعدم قبول هذه الدعوى .

الطعن رقم ٦٧١ لسنة ٥٦ قضائية
جلسة ٤ / ٦ / ١٩٨٦

١ - مواد مخدرة . جلب .

- جلب مواد مخدرة . ماهيته ؟
- تعريف الإقليم الجمركى والمياه الإقليمية .

٢ - جلب . اختصاص « اختصاص إقليمى » . قانون « سريانه من حيث المكان » « قانون دولى » .

- الأصل سريان قانون العقوبات على كل من يرتكب جريمة منصوصا عليه فيه أيا كانت جنسيته متى وقعت في الأراضى والمياه الإقليمية .

- إعفاء رؤساء الدول الأجنبية وممثليها الدبلوماسيين والعسكريين الأجانب من الخضوع للقضاء المصرى . أساس ذلك : القانون الدولى .

- امتداد اختصاص القضاء الجنائى المصرى إلى السفن التجارية الأجنبية عند وجودها في المياه الإقليمية في حالات منها ضرورة القضاء على الاتجار غير المشروع في المواد المخدرة .

١ - الجلب في حكم القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ ليس مقصورا على استيراد الجواهر المخدرة من خارج الجمهورية وإدخالها المجال الخاضع لاختصاصها الإقليمى كما هو محدد دوليا ، بل إنه يمتد أيضا إلى كل واقعة يتحقق بها نقل الجواهر المخدرة على خلاف الأحكام المنظمة لجلبها المنصوص عليها في الفصل الثانى من القانون المذكور في المواد من ٣ إلى ٦ إذ يبين من استقراء هذه النصوص أن الشارع اشترط لجلب الجواهر المخدرة أو تصديرها الحصول على ترخيص كتابى من جهة الإدارة المختصة لا يمنح إلا للفئات المبينة بالمادة الرابعة ولا تسلم

الجواهر المخدرة التى تصل إلى الجمارك إلا بموجب إذن سحب كتابى تعطيه الجهة الإدارية المختصة للمرخص له بالجلب أو لمن يحل محله في عمله وأوجب على مصلحة الجمارك في حالتى الجلب والتصدير تسلم إذن السحب أو التصدير من صاحب الشأن وإعادته إلى الجهة الإدارية المختصة ، كما يبين من نصوص المواد الثلاث الأولى من قانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٦ أنه يقصد بالإقليم الجمركى المياه الإقليمية الخاضعة لسيادة الدولة وأن الخط الجمركى هو الحدود السياسية الفاصلة بين الجمهورية والدول المتاخمة وكذلك شواطئ البحار المحيطة بالجمهورية وتعتبر خطا جمركيا ضفتا قناة السويس وشواطئ البحيرات التى تمر بها هذه القناة ويمتد نطاق الرقابة الجمركية البحرى من الخط الجمركى إلى مسافة ثمانية عشر ميلا بحريا في البحار المحيطة به ومفاد ذلك أن تخطى الحدود الجمركية أو الخط الجمركى بغير استيفاء الشروط التى نص عليها القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ والحصول على الترخيص المطلوب من الجهة الإدارية المنوط بها منحه يعد جلبا محظورا .

٢ - يعتبر ضمن إقليم الدولة الأرض التى تحددها حدودها السياسية بما فيها من أنهار وبحيرات وقنوات وموانئ فضلا عن المياه الإقليمية ولا يستثنى من هذا الأصل إلا ما تقتضيه قواعد القانون الدولى من إعفاء رؤساء الدول الأجنبية وممثليها الدبلوماسيين والأفراد العسكريين الأجانب من الخضوع للقضاء الإقليمى . ويمتد اختصاص القضاء الإقليمى الجنائى إلى السفن التجارية الأجنبية الراسية في الميناء ، في حدود ما أقرته اتفاقية جنيف المعقودة سنة ١٩٥٨ التى نصت على حق الدولة في التعرض للسفن التجارية الأجنبية أثناء مرورها بالموانئ أو المياه الإقليمية في حالات من بينها أن يكون هذا التدخل ضروريا للقضاء على اتجار غير مشروع في المواد المخدرة ، ثم أكدته - من بعد - اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار - التى وقعت عليها مصر بتاريخ ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٨٢ وصدقت عليها بالقرار الجمهورى

رقم ١٤٥ لسنة ١٩٨٣ الصادر في ٣٠ من إبريل سنة ١٩٨٣ ووافق مجلس الشعب عليها في ٢٢ من يونيو سنة ١٩٨٣ وأودعت وثيقة التصديق عليها لدى الأمين العام للأمم المتحدة - بالنص في المادة ٢٧ منها على أن « ١ - لا ينبغي للدولة الساحلية أن تمارس الولاية الجنائية على ظهر سفينة أجنبية مارة خلال البحر الإقليمي من أجل توقيف أى شخص أو إجراء أى تحقيق بصدد أية جريمة ارتكبت على ظهر السفينة أثناء مرورها إلا في الحالات التالية فقط : (أ) .. (ب) ... (ج) .. (د) أو إذا كانت هذه التدابير لازمة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو المواد التي تؤثر على العقل » . وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن إذن التفتيش قد صدر من وكيل نيابة الميناء ببور سعيد بناء على تحريات الشرطة التي أسفرت عن أن الطاعن قد جلب مخدرات على باخرة لبنانية رست في الميناء ، فإن الإذن يكون قد صدر ممن يملك إصداره ، لما للسلطات المصرية - في هذه الحالة - من حق القيام بإجراءات التفتيش والضبط التي تسمح بها قوانينها في المراكب التجارية التي تكون راسية في مياهها الإقليمية أو موجودة في مياهها الداخلية ويكون معنى الطاعن بعدم اختصاص مصدر الإذن بإصداره قولاً إن السفينة تحمل علماً أجنبياً فلا تخضع لقانون الدولة غير سديد .

الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٥٦ القضائية

جلسة ٢٧ من مارس سنة ١٩٨٦

تفتيش « التفتيش بدون إذن » « التفتيش الإداري » . دفع « الدفع ببطلان التفتيش » . محال عامة . حكم « تسبيب . تسبيب معيب » . نقض « أسباب الطعن . ما يقبل منها » .

متى يصبح المحل العام خاصاً يتمتع بحرمة المسكن ؟ .

وجوب تحقق المحكمة من وقت حصول الضبط وما إذا كانت المقهى مفتوحة

للجمهور أو مغلقة ، للوقوف على صحة أو عدم صحة الدفع ببطلان القبض والتفتيش . مثال في جريمة إعداد وإدارة وتهيئة مكان لتعاطي المخدرات .

رد الحكم المطعون فيه على دفع الطاعن ببطلان القبض والتفتيش بأن « لرجال السلطة العامة في دوائر اختصاصاتهم دخول المحال العامة أو المفتوحة للجمهور لمراقبة تنفيذ القوانين واللوائح وهو إجراء إداري أكدته المادة ٤١ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة ولأمور الضبط القضائي أن يضبط ما تدركه حواسه لأول وهلة من جرائم وهو ما توافر في هذه الدعوى لأن الرائد عادل عبد الغفار حسن شاهد المقهى مضاءً في وقت متأخر من الليل دخل إليه لاستطلاع الأمر بموجب حقه المخول قانوناً وشاهد لأول وهلة أن المقهى أعدت وهيئت لتعاطي المخدرات » - في حين أنه من المقرر أن المحل العام يصبح خاصاً فيتمتع بحرمة المسكن في الأوقات التي يغلق فيها في وجه الجمهور - فإذا كان الثابت من الحكم أن الضابط شاهد مقهى الطاعن مضاءً في ساعة متأخرة من الليل فاقتررب منها فشاهد دخاناً ينبعث منها يخالطه رائحة الحشيش فدخل المقهى فوجد الطاعن ممسكاً بترجيلة نحاسية يمررها على الرواد - فإنه كان يقتضى على المحكمة أن تتحقق من وقت حصول الواقعة وما إذا كانت المقهى مفتوحة للجمهور أم مغلقة وكيفية دخول الضابط إليها وصولاً إلى التحقق من صحة أو عدم صحة الدفع من حيث الواقع والقانون معا .

الطعن رقم ٦٠٥٤ لسنة ٥٤ القضائية

جلسة ٢٠ من مارس سنة ١٩٨٦

إيجار أماكن . قانون « تفسيره » تطبيقه « القانون الأصح » نقض « حالات الطعن . الخطأ في تطبيق القانون » .

- الحالات التي يحق فيها للمالك الحصول على ٥٠ ٪ من قيمة بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكن . وتلك

التي يحق له فيها الشراء . المادة ٢٠ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .
القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . يعتبر أصلح للمتهم من القانون القديم . متى تحققت
موجباته . أساس ذلك وأثره ؟ مثال .

لما كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام
الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر قد
صدر ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٣٠ من يولييه سنة ١٩٨١ وعُمل
به من اليوم التالي لتاريخ نشره - قبل الحكم نهائياً في الدعوى
المائلة - ونص في المادة ٢ منه على أن « يحق للمالك عند قيام
المستأجر في الحالات التي يجوز فيها بيع المتجر أو المصنع أو التنازل
عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكنى
الحصول على ٥٠ ٪ من ثمن المبيع أو مقابل التنازل بحسب الأحوال
بعد خصم قيمة المنقولات التي بالعين - وعلى المستأجر قبل إبرام
الاتفاق إعلان المالك على يد محضر بالثمن المعروض ويكون للمالك
الحق في الشراء إذا أبدى رغبته في ذلك وأودع الثمن مخصوماً منه نسبة
الـ ٥٠ ٪ المشار إليها خزانة المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها العقار
إيداعاً مشروطاً بالتنازل عن عقد الإيجار وتسليم العين خلال شهر من
تاريخ الإعلان - وبانقضاء ذلك الأجل يجوز للمستأجر أن يبيع لغير
المالك مع التزام المشتري بأن يؤدي للمالك مباشرة نسبة الـ ٥٠ ٪
المشار إليها » . ولما كانت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون
العقوبات تقضى بأنه إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً
قانون أصلح للمتهم فهو الذي يطبق دون غيره - وإذا كان الفعل
المسند إلى الطاعن هو حصوله على مبلغ من المال ثمناً لتنازله عن
حق الانتفاع بالمحل المؤجر له فإن القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١
أنف الذكر بما نص عليه في المادة ٢٠ منه يتحقق به معنى القانون
الأصلح للمتهم في حكم الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون
العقوبات إذ أتشأ له مركزاً قانونياً أصلح بما اشتملت عليه أحكامه من
جعل الاتهام الذي نسبته النيابة العامة إلى الطاعن بمنأى عن التأثيم إذا

ما تحققت موجباته ويكون هو الواجب التطبيق على واقعة الدعوى
وكان على الحكم المطعون فيه اتباعه دون غيره لأنه صدر بعد وقوع
الفعل وقبل ٢٢ / ٣ / ١٩٨٢ تاريخ صدور الحكم المطعون فيه أما
والحكم لم يفعل فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

الطعن رقم ٧٠٤٢ لسنة ٥٥ القضائية

جلسة ٦ من مارس سنة ١٩٨٦

١ - اختصاص « الاختصاص الولائي » . محكمة أمن الدولة .
طوارئ . ذبح أنثى ماشية قبل استبدال قواطعها . ذبح ماشية
خارج السلخانة .

اختصاص المحاكم العادية بكافة الجرائم . إلا ما نص على أفراد غيرها به .
الجرائم المنصوص عليها في المرسوم بقانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ . انعقاد الاختصاص بها
لكل من القضاء العادي ومحكمة أمن الدولة طوارئ . أساس ذلك ؟ .

٢ - اختصاص « الاختصاص الولائي » ذبح أنثى ماشية قبل
استبدال قواطعها . ذبح ماشية خارج السلخانة . ارتباط « عقوبة
الجرائم المرتبطة » قانون « تفسيره » .

اختصاص محكمة الجنايات . وحدها . بنظر جريمة ذبح أنثى ماشية قبل استبدال
قواطعها . واشتراك محكمة أمن الدولة الجزئية . مع القضاء العادي . في الاختصاص
بنظر جريمة ذبح ماشية خارج السلخانة المسندة أيضاً للمطعون ضده . وجوب أن تتبع
الجريمة الثانية ، الجريمة الأولى في التحقيق والإحالة والاختصاص . أساس ذلك ؟ .

٣ - اختصاص « الاختصاص الولائي » . نقض « ما يجوز
الطعن فيه من الأحكام » . « حالات الطعن . الخطأ في القانون »
« نظر الطعن والحكم فيه » .

جواز الطعن بالنقض في الحكم بعدم الاختصاص الولائي إذا كان منها للخصومة . على خلاف ظاهره . مثال .

حجب الخطأ القانوني المحكمة عن نظر الموضوع . وجوب أن يكون النقض مقرراً بالإحالة إلى المحكمة التي أصدرته . من غير اشتراط أن تكون مشكلة من قضاة آخرين . المادة ٤٤ / ١ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

١ - لما كان قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٦٠ لسنة ١٩٨١ بإعلان حالة الطوارئ وأمر رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ١٩٨١ بإحالة بعض الجرائم إلى محاكم أمن الدولة طوارئ ومنها الجرائم المنصوص عليها في المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين وقد خلا كل منها كما خلا أي تشريع آخر من النص على أفراد محاكم أمن الدولة المشكلة وفق قانون الطوارئ وحدها - دون سواها - بجرائم المرسوم بقانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ آنف البيان - وكان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن محاكم أمن الدولة محاكم استثنائية اختصاصها محصور في الفصل في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه ولو كانت في الأصل مؤثمة بالقوانين المعمول بها وكذلك القوانين المعاقب عليها بالقانون العام وتحال إليها من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه ، وأن الشارع لم يسلب المحاكم صاحبه الولاية العامة شيئاً ألبتة من اختصاصها الأصيل الذي أطلقته الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل ليشمل الفصل في الجرائم كافة إلا ما استثني بنص خاص وبالتالي يشمل هذا الاختصاص الفصل في الجرائم المنصوص عليها في المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ المعدل ، فإن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه في هذا الشأن يكون غير سديد .

٢ - لما كانت جريمة ذبح حيوان مخصص لحمه للاستهلاك الآدمي خارج الأماكن المعدة لذلك والمنصوص عليها في المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين يعاقب عليها بعقوبة اللجنة

وتشارك في الاختصاص بنظرها مع المحاكم العادية - صاحبة الولاية العامة الأصلية - محاكم أمن الدولة الجزئية المنصوص عليها في قانون الطوارئ وذلك عملاً بالفقرة الخامسة من المادة الأولى من أمر رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ١٩٨١ والمادة السابعة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ المعدل في حين أن جريمة ذبح أنثى الماشية قبل استبدال قواطعها المسندة كذلك إلى المطعون ضده ، معاقب عليها بعقوبة الجنائية وهي ليست من الجرائم التي تختص بمحاكم أمن الدولة العليا « طوارئ » بنظرها وبالتالي فإن قالة اختصاص هذه المحاكم بها لارتباطها بجريمة ذبح الماشية خارج السلخانة لا تتفق والتفسير الصحيح للمادة الثانية من أمر رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ١٩٨١ والتي يجرى نصها بأنه « إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة أوقعت عدة جرائم مرتبطة بعضها ببعض لغرض واحد وكانت إحدى تلك الجرائم داخلية في اختصاص محاكم أمن الدولة فعلى النيابة العامة تقديم الدعوى برمتها إلى محاكم أمن الدولة « طوارئ » وتطبق هذه المحاكم المادة ٣٢ من « قانون العقوبات » ، ذلك أن قواعد التفسير الصحيح للقانون تستوجب بحكم اللزوم العقلي أن تتبع الجريمة ذات العقوبة الأخف الجريمة ذات العقوبة الأشد المرتبطة بها في التحقيق والإحالة والمحاكمة وتدور في فلكها بموجب الأثر القانوني للارتباط ، بحسبان أن عقوبة الجريمة الأشد هي الواجبة التطبيق على الجريمتين وفقاً للمادة ٣٢ من قانون العقوبات وإذا كانت جريمة ذبح أنثى الماشية قبل استبدال قواطعها سالف الذكر تختص بنظرها محكمة الجنائيات وحدها وهي المحكمة الأعلى درجة من محكمة أمن الدولة الجزئية « طوارئ » التي تشارك مع القضاء العام في الاختصاص بنظر جريمة ذبح ماشية خارج السلخانة المسندة أيضاً إلى المطعون ضده فإنه يتعين أن تتبع الجريمة الأخيرة ، الجريمة الأولى في التحقيق والإحالة والاختصاص بالمحاكمة وهو ما يوجب نص المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات الجنائية المعدل بالقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١ من إحالة

الجرائم التي تختص بها محاكم من درجات مختلفة إلى المحكمة الأعلى درجة وهي قاعدة عامة واجبة الاتباع في المحاكمات الجنائية ، ومن ثم يكون قضاء الحكم المطعون فيه في هذا الشأن على غير سند من القانون .

٣ - لما كان قضاء محكمة جنابات شين الكوم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وبإحالتها إلى النيابة العامة لاتخاذ شئونها فيها وما أوردته بأسباب الحكم من أن الاختصاص الفعلي إنما هو لمحكمة أمن الدولة « طوارئ » - هو في حقيقته قضاء منه للخصومة على خلاف ظاهره ذلك أن التهمة الأولى المسندة إلى المطعون ضده هي جنابة ذبح أنثى ماشية قبل استبدال قواطعها ولا تختص محاكم أمن الدولة « طوارئ » بنظرها فإنها ستحكم حتما بعدم اختصاصها بنظر الدعوى فيما لو رفعت إليها من النيابة العامة ، ومن ثم فإن الطعن في الحكم يكون جائزا ومستوفيا للشكل المقرر في القانون . لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد أخطأت في قضائها بعدم الاختصاص مع أن القانون يجعل لها ولاية الفصل في الدعوى ، وقد حجبتها هذا الخطأ عن نظر الموضوع فإنه يتعين الحكم بقبول الطعن شكلا ونقض الحكم المطعون فيه والإعادة إلى المحكمة التي أصدرته لنظر الموضوع وذلك عملا بالمادة ٤٤ / ١ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض من غير اشتراط أن تكون محكمة الإعادة في هذه الحالة مشكلة من قضاة آخرين - على خلاف حالات النقض الأخرى إذا وقع بطلان في الحكم والتي نصت عليها المادة ٣٩ / ٢ من القانون ذاته .

الطعن رقم ٥٥٦٩ لسنة ٥٥ قضائية

جلسة ٢٦ / ٢ / ١٩٨٦

١ - دعوى جنائية . حكم « قوة الشيء المحكوم فيه » . نقض « أسباب الطعن . ما يقبل منها » .

كون حكم محكمة الجنابات بعدم اختصاصها بنظر الدعوى سوف يقابل حتما بعدم الاختصاص من محكمة أمن الدولة طوارئ . اعتباره منبها للخصومة على خلاف ظاهره . فيكون الطعن بالنقض جائزا .

٢ - اختصاص « الاختصاص الولائي » . محكمة الجنابات .. اختصاصها . محكمة أمن الدولة طوارئ . قانون « تفسيره » . « عقوبة .. ارتباط » .

- المحاكم العادية صاحب الولاية العامة . محاكم أمن الدولة المنشأة طبقا لقانون الطوارئ استثنائية . إحالة بعض الجرائم المعاقب عليها بالقانون العام إليها . لا يسلب المحاكم العادية اختصاصها بالفصل في هذه الجرائم .

- قواعد التفسير الصحيح للقانون تستوجب بحكم اللزوم العقلي والمنطقي أن تتبع الجريمة ذات العقوبة الأخف الجريمة ذات العقوبة الأشد المرتبطة بها في التحقيق والإحالة والاختصاص بالمحاكمة بموجب الأثر القانوني للارتباط .

١ - الحكم المطعون فيه الصادر من محكمة الجنابات بعدم اختصاصها بنظر الدعوى يعد منبها للخصومة على خلاف ظاهره لأن محكمة جنابات أمن الدولة العليا « طوارئ » سوف تقضى حتما بعدم اختصاصها بنظر الدعوى لو رفعت إليها ، فإن الطعن بالنقض يكون جائزا .

٢ - لما كانت جريمة إحراز مطواة قرن غزال بدون ترخيص المسندة إلى المطعون ضده والمنصوص عليها في القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٨١ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر معاقبا عليها بعقوبة الجنحة ، وتشترك في الاختصاص بنظرها مع القضاء العام ، صاحب الولاية العامة الأصلية ، محكمة أمن الدولة الجزئية المنصوص عليها في قانون الطوارئ ، وذلك عملا بالفقرة الثالثة من أمر رئيس الجمهورية رقم (١) لسنة ١٩٨١ والمادة السابعة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ المعدل ، في حين أن جريمة الشروع في سرقة

بالإكراه المسندة كذلك إلى المطعون ضده ، معاقب عليها بعقوبة الجنائية ، وهي ليست من الجرائم التي تختص محاكم أمن الدولة العليا طوارئ بنظرها ، وبالتالي فإن قالة اختصاص هذه المحاكم بها ، لارتباطها بجريمة إحراز السلاح الأبيض بدون ترخيص ، لا تتفق والتفسير الصحيح للمادة الثانية من أمر رئيس الجمهورية (١) لسنة ١٩٨١ والتي يجرى نصها على أنه « إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة أو وقعت عدة جرائم مرتبطة بعضها ببعض لغرض واحد وكانت إحدى تلك الجرائم داخلية في اختصاص محاكم أمن الدولة فعلى النية العامة تقديم الدعوى برمتها إلى محاكم أمن الدولة « طوارئ » وتطبق هذه المحاكم المادة ٣٢ من قانون العقوبات « ذلك أن قواعد التفسير الصحيح للقانون تستوجب بحكم اللزوم العقلي أن تتبع الجريمة ذات العقوبة الأخف الجريمة ذات العقوبة الأشد المرتبطة بها في التحقيق والإحالة والمحاكمة وتدور في فلكها ، بموجب الأثر القانوني للارتباط ، بحسبان أن عقوبة الجريمة الأشد هي الواجبة التطبيق على الجريمتين وفقا لنص المادة ٣٢ من قانون العقوبات ، وإذا كانت جريمة الشروع في سرقة بالإكراه تختص بنظرها محكمة الجنائيات وحدها وهي المحكمة الأعلى درجة من محكمة أمن الدولة الجزئية طوارئ التي تشترك مع القضاء العام في الاختصاص بنظر جريمة إحراز السلاح الأبيض بدون ترخيص المسندة أيضا إلى المطعون ضده ، فإنه يتعين أن تتبع الجريمة الأخيرة الجريمة الأولى في التحقيق والإحالة والاختصاص بالمحاكمة وهو ما يوجب نص المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات الجنائية المعدل بالقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١ من إحالة الجرائم التي تختص بها محاكم من درجات مختلفة إلى المحكمة الأعلى درجة ، وهي قاعدة عامة واجبة الاتباع في المحاكمات الجنائية .

الطعن رقم ٥٢١٣ لسنة ٥٤ قضائية

جلسة ١ / ١ / ١٩٨٦

١ - جريمة « أركانها » . تسعيرة . قانون « تفسيره » . حكم « تسببه . تسبب معيب » .

- تحقق جريمة الامتناع عن بيع سلعة مسعرة . متى أنكر حيازها وجودها . أو أخفاها حابسا لها عن التداول . أيا كان القصد من ذلك .
- عدم جواز تخصيص النص بغير مخصص .

٢ - تسعيرة . نقض « حالات الطعن بالنقض » الخطأ في تطبيق القانون » .

- وجود السلعة في محل التجارة ولو لم تكن ظاهرة . اعتبار ذلك عرضا للبيع .
- إنكار وجود السلعة أو إخفاؤها وحبسها عن التداول من جانب البائع . اعتبار ذلك امتناعا عن البيع .

١ - فرض القانون على التجار بيع السلعة المسعرة متى توافرت لهم حيازتها في محالهم أو مخازنهم ، بحيث إذا امتنعوا عن البيع منكرين وجود السلعة أو مخفين لها حابسينها عن التداول ، اعتبروا ممتنعين عن بيعها بالسعر المحدد لها جبرادون أن يقبل منهم التعلل بأية علة ، وهذا الامتناع معاقب عليه سواء كان مقصودا به طلب سعر يزيد على السعر المحدد أو لم يكن ، ولا يصح تخصيص عموم النص بغير مخصص ، ولا صرفه عما يحقق الغاية التي تفيهاها الشارع من تقريره .

٢ - إن وجود السلعة في محل التجارة ولم يكن في مكان ظاهر للعيان يصح اعتباره عرضا للبيع وإنكار وجودها من جانب البائع يصح عده امتناعا عن البيع ، وكان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه بالبراءة إلى مجرد قالة إن المطعون ضده لم يقصد من امتناعه عن البيع

إلى خلق سوق سوداء لتحقيق ربح أكبر ، فإنه يكون قد أخطأ في تأويل القانون بما يوجب نقضه .

الطعن رقم ٥٧١٦ لسنة ٥٥ قضائية

جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٨٥

تجريف . قانون « قانون أصلح » . نقض « أسباب الطعن . ما يقبل منها » .

تجريف الأرض الزراعية لتحسينها زراعياً أو المحافظة على خصوبتها . غير معاقب عليه . القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ . وجوب تطبيقه باعتباره القانون الأصلح .

المادة ١٥٠ من القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المضافة بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ - الذي صدر الحكم المطعون فيه في ظله والواجب التطبيق على الطاعن باعتباره القانون الأصلح - قد جعلت فعل تجريف الأرض الزراعية أو نقل الأتربة منها لاستعمالها في أغراض الزراعة أو لتحسين هذه الأرض زراعياً أو المحافظة على خصوبتها في نطاق ما يحدده وزير الزراعة بقرار منه بما يتفق والعرف الزراعي فعلاً غير معاقب عليه في هذا النطاق ولا يحتاج إلى ترخيص .

الطعن رقم ١٧١٩ لسنة ٥٥ قضائية

جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٨٥

تسعيرة . جريمة « أركانها » . محكمة النقض . « سلطتها » .

- تمام عقد البيع . التراضي على البيع والتمن .
- استرداد البائع للسلعة . بعد تمام بيعها وتسليمها لا تتوافر به جريمة الامتناع عن بيعها - مثال .
- تقديم المتهم فاتورة الأصناف المبيعة . استيلاؤه عليها من بعد الخلاف على توضيح بياناتها . لا تقوم به جريمة عدم تقديم فاتورة البيانات المقررة .

إن التراضي على المبيع والتمن كافٍ في الأصل لانعقاد البيع وتماه ، ولما كان الثابت في الواقعة المطروحة حصول البيع وتسليم المبيع وتحميله على العربة بمعرفة مرافق المشتري ، فإن ما نسبته المبلغ إلى المتهم من تكليف عماله بإنزال البضاعة من العربة إثر الخلاف حول توضيح بيانات الفاتورة الخاصة بالأصناف المبيعة لا تقوم به جريمة الامتناع عن البيع الذي تم وتنفيذ بتسليم المبيع ، ويكون إسنادها إلى المتهم على غير أساس . لما كان ذلك ، وكانت الواقعة - وعلى ما يبين من الأوراق - لا تشكل جريمة أخرى ، فإنه يتعين القضاء ببراءة المتهم من التهمة الثانية المسندة إليه . لما كان ذلك ، وكان المبلغ لا يمارى في أن المتهم قدم له فاتورة بالأصناف المبيعة عند طلبها منه ، وكان الثابت أنها اختلفا حول توضيح بياناتها ، فإن ما أسنده المبلغ إلى المتهم من خطفه الفاتورة بعد أن تشادا ، لا تقوم به جريمة عدم تقديم فاتورة معتمدة بالبيانات المقررة قانوناً موضوع التهمة الأولى المسندة إليه .

الطعن رقم ٢٥٨٤ لسنة ٥٥ قضائية

جلسة ٢٠ / ١١ / ١٩٨٥

١ - دستور « سريانه » . قانون « دستورية القوانين » .
« إلغاؤه وتعديله » . إذن التفتيش « تسببيه » . تفتيش « التفتيش بإذن » . نقض « حالات الطعن . الخطأ في تطبيق القانون » .

- إذا تعارضت التشريعات مع الدستور وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها يستوى في ذلك أن يكون التعارض سابقاً أو لاحقاً على العمل بالدستور .
- نص الدستور على حظر دخول المسكن أو تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون . نص صالح بذاته للإعمال دون حاجة إلى سنّ تشريع أدنى . المادة ٤٤ من الدستور .

٢ - رشوة « جريمة عرض الرشوة » . « أركانها » . حكم « تسببيه . تسبیب معيب » .

اختصاص الموظف بالعمل الذي طلب إليه أداءه أياً كان نصيبه فيه ركن في جريمة عرض الرشوة . وجوب إثباته بما ينحسم به أمره وخاصة عند المنازعة فيه .

١ - إن الدستور هو القانون الوضعي الأسمى ، صاحب الصدارة ، وعلى ما دونه من التشريعات النزول عند أحكامه ، فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها ، يستوى في ذلك أن يكون التعارض سابقاً أو لاحقاً على العمل بالدستور ، فإذا ما أورد الدستور نصاً صالحاً بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى ، لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ، ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد نسخ ضمناً بقوة الدستور نفسه . لما كان ذلك ، وكان الدستور قد نص في المادة ٤٤ منه على أن « للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون » وهو نص عام مطلق لم يرد عليه ما يخصه أو يقيد به مما مؤداه أن هذا النص الدستوري يستلزم في جميع أحوال تفتيش المساكن صدور الأمر القضائي المسبب وذلك صوناً لحرمة المسكن التي تثبت من الحرية الشخصية التي تتعلق بكيان الفرد وحياته الخاصة ومسكنه الذي يأوي إليه وهو موضع سره وسكنته ، ولذلك حرص الدستور على تأكيد حظر انتهاك حرمة المسكن سواء بدخوله أو بتفتيشه مالم يصدر أمر قضائي مسبب دون أن يستثنى من ذلك حالة التلبس التي لا تميز - وفقاً لنص المادة ٤١ من الدستور - سوى القبض على الشخص وتفتيشه أينما وجد .

٢ - من المقرر أن اختصاص الموظف بالعمل الذي طلب إليه أداءه ، أياً كان نصيبه فيه ، ركن في جريمة عرض الرشوة المنصوص عليها في المادة ١٠٩ مكرراً من قانون العقوبات مما يتعين إثباته بما ينحسم به أمر وخاصة عند المنازعة فيه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعرض البيت لما أثاره الطاعن من دفاع في هذا الشأن ، يكون معيباً بما يبطله .

الطعن رقم ١٦٩٥ لسنة ٥٦ قضائية

جلسة ٢٨ / ٥ / ١٩٨٦

مباني . قانون « قانون أصلح » . نقض « أسباب الطعن . ما يقبل منها » . حكم « تسبيبه . تسبيب معيب » .

إلغاء القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ عقوبة الحبس المقررة لجريمة المادة ٨١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ دون عقوبة الغرامة . أثره : اعتباره أصلح للمتهم بالنسبة لعقوبة الحبس . دون عقوبة الغرامة الواجب الحكم بها عند ثبوت التهمة .

إن القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - الذي صدر أثناء نظر الدعوى - قد نص في الفقرة الأولى من المادة ٢٤ منه على أنه « فيما عدا العقوبة المقررة لجريمة خلو الرجل تلغى جميع العقوبات المقيدة للحرية المنصوص عليها في القوانين المنظمة لتأجير الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وذلك دون إخلال بأحكام المادة السابقة » فغداً بهذه المثابة قانوناً أصلح للمطعون ضده لإلغائه عقوبة الحبس التي كانت مقررة بالمادة ٨١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ للجريمة موضوع الاتهام ، إلا أن الإلغاء لم يرد على عقوبة الغرامة التي أوجبتها هذه المادة ، وإذ لم يتفطن الحكم المطعون فيه لذلك وقضى بالبراءة استناداً إلى أن القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد ألغى العقوبة المقررة لجريمة هدم البناء بقصد التوصل إلى اعتباره آيلاً للسقوط ، فإنه يكون مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون .

الطعن رقم ١٠٠٠ لسنة ٥٥ قضائية

جلسة ٣ / ٤ / ١٩٨٥

نيابة عامة . نقض « المصلحة في الطعن والصفة فيه » . « أسباب الطعن . ما لا يقبل منها » . طعن « الصفة في الطعن » .

١ - للنيابة العامة الطعن في الحكم ولو كانت المصلحة للمحكوم عليه . أساس ذلك .

٢ - مبانى . قانون « قانون أصلح » .

القانون ٥٤ لسنة ١٩٨٤ بشأن المبانى أصلح للمتهم بما تضمنته أحكامه من وقف نظر الدعاوى المنظورة أمام المحاكم لمخالفة أحكام القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٦ مالم يكن قد صدر فيها حكم نهائى وذلك للمدة التى تنتهى فى ٧ / ٥ / ١٩٨٥ وإعفاء الأعمال المخالفة التى لا تزيد قيمتها على عشرة آلاف جنيه من الغرامة المقررة فى المادة الثالثة من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ .

١ - النيابة العامة فى مجال المصلحة أو الصفة فى الطعن خصم عادل تختص بمركز قانونى خاص لأنها تمثل الصالح العام وتسعى فى تحقيق موجبات القانون من جهة الدعوى الجنائية ، ومن ثم فإن لها بهذه المثابة أن تهج سبيل الطعن بالنقض لمصلحة المحكوم عليه .

٢ - القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٨٤ بشأن المبانى بما تضمنه من أحكام توجب وقف نظر الدعاوى المنظورة أمام المحاكم لمخالفة أحكام القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ ، مالم يكن قد صدر فيها حكم نهائى ، وذلك للمدة التى تنتهى فى ٧ يونيو ١٩٨٥ ، وتعفى من الغرامة المقررة فى المادة الثالثة سالفه البيان الأعمال المخالفة التى لا تزيد قيمتها على عشرة آلاف جنيه ، يكون أصلح للمتهم ، ويكون هو القانون الواجب التطبيق على المحكوم عليه مادامت الدعوى الجنائية المرفوعة عليه لم يفصل فيها بحكم بات عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات .

الطعن رقم ٢٩١٣ لسنة ٥٤ قضائية

جلسة ٢ / ٤ / ١٩٨٥

١ - تفتيش « إذن التفتيش » تلبس . دستور .

لا يضير الدولة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق .

٢ - جمارك . قانون « تفسيره » . إجراءات جمركية . بطلان . تفتيش « بغير إذن » . تهريب جمركى .

ما تجر به سلطات الجمارك من معاينة البضائع وأمتعة المسافرين نوع من التفتيش الإدارى الذى يختلف عن التفتيش المنصوص عليه فى الدستور وقانون الإجراءات الجنائية . أساس ذلك ؟ .

٣ - جمارك . مواد مخدرة . تفتيش « بغير إذن » . تلبس . مأمور الضبط القضائى .

- شروط توافر حالة التلبس .
- تحلى المطعون ضدهما عما يحملانه عند مشاهدتها مأمور الضبط القضائى . لا يبنى بذاته عن توافر حالة التلبس .

١ - لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بغير وجه حق ، وإذ كان الدستور قد كفل هذه الحريات باعتبارها أقدس الحقوق الطبيعية للإنسان بما نص عليه فى المادة ٤١ منه من أن « الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس وفيها عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وفقاً لأحكام القانون » .

٢ - من المقرر أن ما تجر به سلطات الجمارك من معاينة البضائع وأمتعة المسافرين هو نوع من التفتيش الإدارى الذى يخرج عن نطاق التفتيش بمعناه الصحيح الذى عناه الشارع فى المادة ٤١ سالفه البيان ، وإذ كان قانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ قد قصر حق إجراء هذا النوع الخاص من التفتيش على موظفى الجمارك ، فإن مفاد ذلك أن يبقى سائر مأمورى الضبط القضائى فيما يجرونه من قبض وتفتيش داخل الدائرة الجمركية خاضعين للأحكام العامة المقررة فى هذا الشأن فى الدستور وقانون الإجراءات الجنائية .

٣ - من المقرر أن حالة التلبس تستوجب أن يتحقق مأمور الضبط القضائي من قيام الجريمة بمشاهدتها بنفسه أو بمشاهدته أثرا من آثارها ينبئ بنفسه عن وقوعها أو بإدراكها بحاسة من حواسه ، وإذ كان الحكم المطعون فيه - فيما خلاص إليه من بطلان القبض على المطعون ضدها وتفتيشها - قد التزم هذا النظر ، فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح وأصاب بحجة الصواب بما يضحى معه معنى الطاعة غير سديد . لما كان ذلك وكان ما تثيره النيابة العامة الطاعنة بشأن خطأ الحكم فيها أورده من أن تخلى المطعون ضدها عن المخدر كان لاحقا للقبض عليها مخالفا ما حصله من أقوال الشهود من أن هذا التخلي كان سابقا على هذا القبض مردودا من ناحية بأن ما حصله الحكم عن واقعة التخلي واضح الدلالة على أنها تمت عند محاولة القبض عليها أى قبل تمامه على خلاف ما تدعيه بوجه النعى كما أنه مردود من ناحية أخرى بأنه بفرض صحة ما تذهب إليه فإن تخلى المطعون ضدها عما يحملانه عند مشاهدتها مأمور الضبط القضائي بهم باللحاق بها لا ينبئ بذاته عن توافر جريمة تلبس بها تجيز لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم وتفتيشه .

الطعن رقم ١٢٣٠ لسنة ٥٤ القضائية

جلسة ٢٨ من مارس سنة ١٩٨٥

قانون « تطبيقه » . طوارئ . تفويض . قرارات إدارية . حكم « تسببه . تسببه غير معيب » . نقض « أسباب الطعن . مالا يقبل منها » .

- لرئيس الجمهورية . متى أعلنت حالة الطوارئ . اتخاذ التدابير المنصوص عليها في المادة ٣ من القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ . دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية .
- اتخاذ هذه التدابير . من جهة الإدارة المختصة . بمقتضى أوامر شفوية . جائز

بشرط تعزيزها كتابة خلال ثمانية أيام . وجوب أن يكون التعزيز مطروحا أمام محكمة الموضوع متى تطلعت التدابير بحرية الأفراد .
- لا يضر العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضرها الافتئات على حريات الناس .

لما كانت المادة الثالثة من القانون ١٦٢ سنة ١٩٥٨ قد نصت على أنه « لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يتخذ التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام وله على وجه الخصوص :
١ - وضع قيود على حرية الأشخاص في الاجتماع والانتقال والمرور في أماكن وأوقات معينة والقبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الأمن والنظام العام واعتقالهم والترخيص في تفتيش الأشخاص والأماكن دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية ثم نصت في عجزها على أنه يشترط في الحالات العاجلة التي تتخذ فيها التدابير المشار إليها في هذه المادة بمقتضى أوامر شفوية أن تعزز كتابة خلال ثمانية أيام » وكان قد صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٨١ بإعلان حالة الطوارئ اعتبارا من ٦ / ١٠ / ٨١ ثم صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٦٢ سنة ٨١ في ذات التاريخ بتفويض السيد نائب رئيس الوزراء ووزير الداخلية في اختصاصات رئيس الجمهورية المنصوص عليها في المادة ٣ من قانون ١٦٢ سنة ٥٨ - لما كان ذلك ولئن كان من المقرر قانونا طبقا لما سلف أن القرار الذي تصدره جهة الإدارة المختصة باتخاذ التدابير المنصوص عليها في المادة الثالثة من القانون ١٦٢ سنة ٥٨ من الجائز أن يكون شفاهة إلا أن ذلك مشروط بأن يعزز كتابة من مصدره خلال ثمانية أيام على النحو المستفاد من المادة سالفة الذكر كما يتعين أن يكون هذا التعزيز مطروحا أمام محكمة الموضوع وهذا الإيجاب يكون لازما في حالة تعلق هذه التدابير بحريات الأفراد . لما كان ذلك وكان الثابت من محاضر جلسة المحاكمة ومدونات الحكم أنه صدر خطاب من وزير الداخلية بإنشاء نقاط التفتيش بتاريخ ١٧ / ١٠ / ٨١ ولم يكن مطروحا على محكمة

الموضوع صدور أوامر شقوية من السيد نائب رئيس الوزراء ووزير الداخلية بتاريخ ١٠ / ١٠ / ٨١ بإنشاء نقاط التفتيش وإنما جاء ذلك في خطاب السيد مساعد وزير الداخلية المؤرخ ٢٤ / ١١ / ١٩٨٣ واللاحق لصدور الحكم المطعون فيه . لما كان ذلك ، وكانت النيابة العامة لا تدعى أنها أثارت أمام محكمة الموضوع صدور هذه الأوامر الشقوية باتخاذ التدابير بإنشاء نقاط التفتيش في تاريخ سابق على واقعة الضبط وتقديم ما يدل على صدور تعزيز لهذه الأوامر الشقوية من مصدرها في الميعاد المحدد قانوناً فإن منعها في هذا الخصوص يكون غير سديد . لما كان ما تقدم وكان ما أورده الحكم سائغاً ويستقيم به قضاؤه مما ينحسر عنه عيب الخطأ في تطبيق القانون وكان من المقرر أنه لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون حق ، فإن الطعن يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعاً .

الطعن رقم ٦٣٨٢ لسنة ٥٢ قضائية

جلسة ١٩ من مارس سنة ١٩٨٥

١ - اشتباه . تشرد . جريمة « أركانها » . إثبات « بوجه عام » . حكم « تسببه . تسبب معيب » .

- ماهية الاشتباه في حكم المادة الخامسة من القانون ٩٨ لسنة ١٩٤٥ في شأن المتشردين والمشتبه فيهم ؟ .

- الاشتباه والسوابق قسيما في إبراز حالة الاشتباه .

- السوابق تكشف عن الاتجاه الخطر لا تنشئه .

- جواز الاعتماد على الاتهامات المتكررة لإثبات حالة الاشتباه متى كانت قريبة البون نسبياً وتكشف عن خطورة المتهم .

٢ - قانون « تفسيره » . دستور .

نص الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع هي

دعوة للشارع كى يتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً فيما يسنه من قوانين ومن ثم فإن أحكام تلك الشريعة لا تكون واجبة التطبيق إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأخرج هذه الأحكام في نصوص تشريعية محددة ومنضبطة .

١ - لما كان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن المادة الخامسة من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ في شأن المتشردين والمشتبه فيهم - إذ عدت مشتبهاً فيه من حكم عليه أكثر من مرة في إحدى الجرائم الواردة به - ومنها الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ في شأن مكافحة الدعارة - أو اشتهر عنه لأسباب مقبولة بأنه اعتاد ارتكاب هذه الجرائم فقد دلت بذلك على أن الاشتباه حالة تقوم في نفس خطرة قابلة للإجرام وهذا الوصف بطبيعته ليس فعلاً يحس به من الخارج ولا واقعة مادية يدفعها نشاط الجاني إلى الوجود وإنما افترض الشارع بهذا الوصف كمنون الخطر في شخص المتصف به ورتب عليه محاسبته وعقابه . كما دلت على أن الاشتهار والسوابق قسيما في إبراز هذه الحالة الواحدة متعادلان في إثبات وجودها وأن السوابق لا تنشئ بذاتها الاتجاه الذى هو مبنى الاشتباه وإنما هي تكشف عن وجوده وتدل عليه أسوة بالاشتهار ومن ثم جاز الاعتماد على الاتهامات المتكررة التى توجه إلى المتهم - ولو لم تصدر بشأنها أحكام ضده - متى كانت قريبة البون نسبياً وكانت من الجسامة والخطورة بما يكفى لاقتناع القاضى بأن صاحبها خطر يجب التحرز منه . لما كان ذلك ، وكانت الطاعنة لا تنازع في أن الاتهامات التى عول عليها الحكم المطعون فيه بين ما عول - كانت قائمة بالفعل عند صدور الحكم - فإن ما تثيره بشأن عدم نهائية الأحكام الصادرة فيها يكون في غير محله . لما كان ذلك ، وكان لا جناح على المحكمة إن هي استعانت في عد المتهم مشتبهاً فيه بشواهد من صحيفة سوابقه ولو كانت قبل العمل بالقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٠ - الخاص بالمتشردين والمشتبه فيهم والذى أضاف جرائم القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ بشأن مكافحة الدعارة إلى الحالات التى يجوز توفر حالة

الاشتباه بها - ذلك أن المقصود هو مجرد الاستدلال على كمن الخطر في نفس صاحبه عند المحاكمة وذلك لا يعد بسطا لآثار هذا القانون على وقائع سابقة على صدوره لأن المتهم في الواقع وحقيقة الأمر لا يحاكم عن سوابقه الماضية وإنما يحاكم عن الحالة القائمة به وقتئذ مادام أن القاضي وهو بصدد بحث حالة المتهم القائمة ومحاسبته على اتجاهه الحاضر قد دلت على ما يصل ماضيه هذا بحاضره القائم - لما كان ذلك - وكان البين من مطالعة الحكم الابتدائي المؤيد والمكمل بالحكم المطعون فيه - أن المحكمة قد ربطت بين ما شهد به رجل الحفظ من نشاط مؤثم للطاعة - بعد العمل بالقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٠ - وبين سابق اتهاماتها في وقائع من ذات طبيعة هذا النشاط - فإنها تكون قد طبقت حكم القانون بما لا يقال معه إنها أعملت للقانون أثرا رجعيا ويضحى ما تنعاه الطاعة في هذا الخصوص غير سديد . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه - قد برر قضاءه بتبرئة الطاعة من تهمة التشرد استنادا إلى أنها تحوز (شقة) تؤجرها للغير مفروشة وتدر عليها دخلا يفي بحاجتها ويفيض على نحو لا تتوافر معه جريمة التشرد في حق الطاعة والتي لا تقوم في حق النساء إلا إن كانت الوسيلة غير المشروعة هي دون غيرها مصدر معيشتها - وبالتالي فلم ينف الحكم المطعون فيه عن الطاعة اعتيادها ارتكاب الأفعال المخالفة للقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ بما تقوم معه تهمة الاشتباه بغض النظر عما إذا كانت تجني مالا من وراء ذلك أم لا - مادام أن الحكم قد أفصح عن اطمئنانه بأنها تعول في معيشتها على مصدر رزق مشروع تنتفي معه جريمة التشرد ، ومن ثم فلا تناقض بين ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من تبرئة الطاعة من التهمة الأولى وإدانتها عن الثانية .

٢ - ما نص عليه الدستور في المادة الثانية منه من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع - ليس واجب الأعمال بذاته - وإنما هو دعوة للشارع كي يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا فيما يستنه من قوانين ومن ثم فإن أحكام تلك الشريعة

لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور المشار إليه إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأخرج هذه الأحكام في نصوص تشريعية محددة ومنضبطة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ . لما كان ذلك فإن ما تثيره الطاعة في شأن نصاب الشهادة التي عول الحكم المطعون فيه عليها يكون على غير سند من القانون .

الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٥ القضائية

جلسة ١٣ من مارس سنة ١٩٨٦

١ - قانون « تفسيره » « تطبيقه » « التفويض التشريعي » لوائح . قرارات وزارية . اختصاص « اختصاص القضاء العسكري » . ضرب أفضى إلى الموت . خضوع ضباط وأفراد هيئة الشرطة . لقانون الأحكام العسكرية مقصور على الجرائم النظامية البحتة . أساس ذلك ؟

صحة القرار الصادر بموجب التفويض التشريعي . رهينة بعدم وجود تضاد بينه وبين نص القانون المحدد لأوضاعه وشروطه .
تطبيق نص القانون . عند التعارض بينه وبين نص وارد في لائحة أو قرار . واجب . مثال .

٢ - قانون « إلغاؤه » . اختصاص « الاختصاص الولائي » . دفع « الدفع بعدم الاختصاص » . نقض « أسباب الطعن » . مالا يقبل منها «

عدم إلغاء التشريع . إلا بتشريع لاحق أعلى منه . أو مساو له في مدارج التشريع . الإلغاء الصريح والضمني للقانون ؟

اختصاص المحاكم العادية . دون سواها . بجرائم القانون العام . التي يرتكبها أفراد هيئة الشرطة . أساس ذلك .

١ - تنص المادة ٩٩ من القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ في شأن هيئة الشرطة على أن « يخضع الضباط بالنسبة إلى الأعمال المتعلقة بقيادة قوة نظامية لقانون الأحكام العسكرية كما يخضع للقانون المذكور أمناء ومساعدو الشرطة وضباط الصف والجنود ورجال الخفر النظاميون

في كل ما يتعلق بخدمتهم . وتوقع المحاكم العسكرية الجزاءات المقررة في هذا القانون أو في قانون الأحكام العسكرية ويحدد وزير الداخلية بقراره بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للشرطة جهات وزارة الداخلية التي تتولى الاختصاصات المنصوص عليها في القانون المذكور للجهات المبينة فيه ، كما يصدر القرارات المنظمة لإنشاء السجون العسكرية الخاصة بأعضاء هيئة الشرطة» . فقد دلت بذلك - وعلى ما يبين من وضوح عبارات النص - أنها خاصة بالجرائم النظامية فحسب . وليس أدل على ذلك من النص على أن توقع المحاكم العسكرية الجزاءات المقررة في هذا القانون أو في قانون الأحكام العسكرية ، والجزاءات المنصوص عليها في قانون هيئة الشرطة سواء المتعلقة بالضباط أو غيرهم كلها جزاءات تأديبية بحيث حتى جزاء الحبس أو السجن وفقا لقانون الأحكام العسكرية المنصوص عنه في الفقرة ١١ من المادة ٨٠ التي عدت الجزاءات التأديبية التي يجوز توقيعها على أمناء الشرطة ، والفقرة ١١ من المادة ٩٢ الخاصة بالجزاءات التي يجوز توقيعها على ضباط الصف وجنود الدرجة الأولى وكذلك الفقرة ١١ من المادة ٩٦ الخاصة بالجزاءات التي يجوز توقيعها على رجال الخفر النظاميين ولا يقدح في ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة ٩٩ من القانون من أنه « وتوقع المحاكم العسكرية متى انعقد لها الاختصاص الجزاءات المقررة في هذا القانون أو في قانون الأحكام العسكرية فلها اختصاص تأديبي إلى ما لها من اختصاص جنائي » . ذلك أن الإحالة إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٨ بما فيها من جزاءات شبه جنائية إنما يشمل فقط تلك الجزاءات المقررة للجرائم النظامية البحتة وليست العقوبات الجنائية بالمعنى الصحيح والمقررة لجرائم القانون العام - وهذا المعنى واضح من صريح عبارات نص المادة ٩٩ المذكورة والتي لا لبس فيها ولا غموض بل وهو ما يؤكد نص المادة الأولى من قانون هيئة الشرطة والذي جاء فيه أن الشرطة هيئة مدنية

نظامية بوزارة الداخلية ، وما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذه المادة والتي جاء بها « احتفظت المادة الأولى من المشروع بتعريف هيئة الشرطة الوارد في المادة ١ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٦٤ من أن الشرطة هيئة مدنية نظامية وبذلك أكدت أن هيئة الشرطة هي هيئة مدنية ، فهي جهاز من الأجهزة المدنية بالدولة وليست جهازا عسكريا ، إلا أنها تفرق عن غيرها من الأجهزة المدنية في أنها ليست مدنية بحتة وإنما هي هيئة نظامية يسود تكوينها علاقات تختلف عن العلاقات المدنية البحتة وخاصة واجب الرؤوس في طاعة رئيسه وواجب الرئيس في قيادة مرؤوسيه والسيطرة على القوة الموضوعة تحت قيادته » وإذن فمتى كان ذلك ، وكانت المادة ٩٩ سالف الذكر قد أناطت بوزير الداخلية - بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للشرطة - تحديد جهات وزارة الداخلية التي تتولى الاختصاصات المنصوص عليها في القانون المذكور كما أناطت به إصدار القرارات المنظمة لإنشاء السجون العسكرية الخاصة بأعضاء هيئة الشرطة - فإن هذا التفويض التشريعي ينحصر فيما نصت عليه هذه المادة ولا يجوز لوزير الداخلية أن يتعدى نطاقه بخلق اختصاصات أخرى غير المنصوص عليها في القانون وإذا كان قد صدر قرار وزير الداخلية رقم ٩٩٢ لسنة ١٩٧٧ بتاريخ ٢٤ من إبريل سنة ١٩٧٧ في شأن تنظيم القضاء العسكري ، متضمنا في المادة الأولى منه النص على اختصاص إدارة القضاء العسكري بتنفيذ قانون الأحكام العسكرية بالنسبة لأفراد هيئة الشرطة ومن ذلك إجراء التحقيق في جرائم القانون العام في الأحوال المنصوص عليها في المادة المذكورة والتصرف في هذه القضايا ، كما نص في المادة الثالثة على أن تتولى فروع الادعاء العسكري « النيابة العسكرية » اختصاصات النيابة العسكرية المنصوص عليها في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ وكذلك على اختصاص المحكمة العسكرية العليا بنظر الجنايات التي تدخل في اختصاص القضاء العسكري واختصاص المحكمة المركزية بنظر كافة الجنح والمخالفات التي تقع في اختصاصها

طبقا للقانون - فإنه يكون قد خرج بذلك عن حدود التفويض التشريعي في كل مانص عليه متعلقا بجرائم القانون العام .

٢ - من المقرر أن صحة القرار الصادر بموجب التفويض التشريعي رهينة بعدم وجود تضاد بينه وبين نص القانون المحدد لأوضاعه وشروطه ، وأنه عند التعارض بين نصين أحدهما وارد في القانون والآخر في لائحته التنفيذية فإن النص الأول هو الواجب التطبيق باعتباره أصلا للائحة - ومن ثم فإن ما روود في قرار وزير الداخلية سالف الذكر الذي يعد خروجاً عن حدود التفويض المرسوم له في القانون لا يعتد به ولا يكون له أى أثر على اختصاصات النيابة العامة المنصوص عليها في القانون كاملة ، كما لا يكون له أدنى أثر على اختصاص المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة - دون سواها - بالفصل في كافة الجرائم إلا ما استثني بنص خاص عملاً بالفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ . ويستوى في ذلك أن تكون الجريمة معاقبا عليها بموجب القانون العام أو بمقتضى قانون خاص . وإذا كان من المقرر أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق له أعلى منه أو مساوٍ له في مدارج التشريع ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع وإذا كان الثابت أن قانوننا لاحقاً لم يصدر استثنى أفراد هيئة الشرطة من اختصاص المحاكم العادية فيما يتعلق بجرائم القانون العام ، فإن القول بعدم اختصاص القضاء العادى بنظر الدعوى استناداً إلى القرار الوزارى سالف الذكر هو اجتهاد غير جائز بل هو دفع قانونى ظاهر البطلان .

الطعن رقم ٨١١٤ لسنة ٥٤ قضائية

جلسة ٦ / ٣ / ١٩٨٥

١ - محاماة . قانون « تفسيره » اختصاص .

خلو قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من نص ينظم الطعن في القرارات الصادرة برفض طلب القيد في جدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض لايعنى عدم اختصاص محكمة النقض بنظره . أساس ذلك ؟

٢ - قانون . التفسير التشريعي « الأثر الرجعي للقانون » محاماة .

- معيار تنازع القوانين من حيث الزمان ؟
- النص القانونى الجديد . عدم انعطاف أثره على الماضى مالم ينص فى غير المواد الجنائية على سريانه بأثر رجعى . مثال .

١ - من المقرر أنه ولئن خلا قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ٨٣ من نص ينظم الطعن في قرارات لجنة القيد بجدول المحامين المقبولين امام محكمة النقض ، إلا أن ذلك ليس من شأنه أن تكون تلك القرارات بمنأى عن رقابة القضاء لما ينطوى عليه ذلك من مصادرة لحق التقاضى ، وافتئات على حق المواطن فى الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى ، اللذين كفلها الدستور فى المادة ٦٨ منه ، فضلاً عن أن مبدأ الطعن قد تقرر فى التشريع ذاته بالنسبة لكافة القرارات التى تصدر برفض طلبات القيد بالجداول الأخرى ، وليس ثمة وجه للمغايرة فى هذا الخصوص بينها وبين القرارات التى تصدر برفض القيد بجدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض . لما كان ذلك ، وكان من سلطة الشارع استمدادا من التفويض المقرر له بمقتضى المادة ١٦٧ من الدستور أن يسند ولاية الفصل فى بعض المنازعات الإدارية - التى يختص القضاء الإدارى بها طبقاً للمادة ١٧٢ من الدستور - إلى هيئات قضائية أخرى وفقاً لمقتضيات الصالح العام ، وكان الشارع إعمالاً لهذه السلطة ، قد درج - حين سن قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦٨

لسنة ١٩٦١ - على نزع ولاية الفصل في الطعون في القرارات الصادرة برفض طلبات القيد بجميع جداول المحامين - بغير استثناء - من القضاء الإداري ، وأسندها إلى القضاء العادي ، وكان الشارع بما نص عليه في المواد ١٩ ، ٢٣ ، ٣٦ من قانون المحاماة القائم ، من اختصاص محكمة استئناف القاهرة بالفصل في الطعون في القرارات الصادرة برفض طلبات القيد في الجدول العام للمحامين وجدولي المحامين المقبولين أمام المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ، وبما نص عليه في المادة ٤٤ منه من اختصاص الدائرة الجنائية بمحكمة النقض بالفصل في الطعون في القرارات التي تصدر بنقل اسم المحامي إلى جدول المحامين غير المشتغلين ، قد أفصح عن التزامه في التشريع القائم بذات نهجه في التشريع السابق ، من نزع الاختصاص بالفصل في الطعون في قرارات رفض طلبات القيد بجدول المحامين ، من ولاية القضاء الإداري ، والإبقاء على ما كان معمولاً به في ظل قانون المحاماة السابق ، من إسناد تلك الولاية بغير استثناء إلى القضاء العادي .

٢ - لما كان الطاعن قد قيد بجدول المحامين المقبولين أمام محاكم الاستئناف في الثالث من مارس سنة ١٩٧٦ ثم قدم طلب القيد بجدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض في الخامس من مارس سنة ١٩٨٣ ، وأرفق به المستندات الدالة على توافر شروط القيد في ذلك الجدول وما يفيد سداد رسوم القيد وعدم صدور أحكام تأديبية ، ضده ألبته ، إعمالاً لنص المادتين ٨٠ ، ١٦٥ من قانون المحاماة القائم وقتذاك الصادر به القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ ، وإذ عرض الطلب على اللجنة المختصة فقد أصدرت قراراً غير مسبب برفضه ، بتاريخ ٣١ من مايو سنة ١٩٨٣ . لما كان ذلك ، وكانت وقائع الطعن المائل ، قد تمت في الفترة بين تاريخ العمل بقانون المحاماة السابق آنف الذكر وبين تاريخ إلغائه بالقانون الحالي الصادر به القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ والمعمول به في الأول من إبريل سنة ١٩٨٣ ، فإن القانون السابق يكون هو الساري على الوقائع المذكورة بما في ذلك ما اشترطه في

المحامي طالب القيد بجدول المحامين أمام محكمة النقض من أن يكون قد اشتغل بالمحاماة فعلاً لمدة سبع سنوات على الأقل أمام محاكم الاستئناف ، وهو ما كانت تنص عليه المادة ٨٠ منه - وليس القانون الحالي الذي زاد تلك المدة إلى عشر سنوات في المادة ٣٩ منه ، لما هو مقرر بالنسبة لتنازع القوانين من حيث الزمان ، أن القانون بوجه عام يحكم الوقائع والمراكز القانونية التي تتم في الفترة بين تاريخ العمل به وبين تاريخ إلغائه وأن القانون الجديد يسرى بأثر مباشر على الوقائع والمراكز القانونية التي تتم بعد نفاذه ولا يسرى بأثر رجعي على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر الأثر الرجعي بنص خاص ، وهو ما خلا منه القانون القائم ، فلا يسرى على حالة الطاعن الذي اكتملت عناصر الواقعة المنشئة لحقه في القيد بجدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض - بتقديم الطلب مستوفياً شروط قبوله إلى اللجنة المختصة بنظره - قبل نفاذه .

الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ٥٥ قضائية

جلسة ٦ / ٣ / ١٩٨٥

امتناع موظف عن تنفيذ حكم . قانون « تفسيره » جريمة .
أركانها . عقوبة .

- إعلان الصورة التنفيذية للحكم المنفذ به إلى الموظف المختص المطلوب إليه تنفيذه . شرط لانطباق المادة ١٢٣ عقوبات . لا يتغير من ذلك الإعلان للتغير .

- مبدأ شخصية العقوبة . مؤداه ؟

إعلان السند التنفيذي إلى المدين تطبيقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ من قانون المرافعات إجراء لازم قبل الشروع في التنفيذ أياً كان نوعه - وإلا كان باطلاً ، ولا يغني عنه مجرد إعلان الموظف

المختص المطلوب منه التنفيذ بصحيفة اللجنة المباشرة المرفوعة عليه يطلب عقابه طبقا لنص المادة ١٢٣ من قانون العقوبات . ذلك بأنه لا يتصور أن يكون الشارع بإغفال النص على هذا الإجراء في المادة ١٢٣ من قانون العقوبات قد قصد الخروج على القواعد العامة لتنفيذ الأحكام إذ إن الغاية التي استهدفها الشارع من سبق إعلان السند التنفيذي إلى المدين تطبيقا لنص المادة ٢٨١ من قانون المرافعات إنما هي إعلانه بوجوده وإخطاره بما هو ملزم بأدائه على وجه اليقين وتحديد إمكان مراقبة استيفاء السند المنفذ به جميع الشروط الشكلية والموضوعية . وإذا كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه يكون قد اقترن بالصواب ولا يغير من ذلك أن يكون السند التنفيذي قد أعلن من قبل لغير المطعون ضدهما إذ الأصل عدم جواز العقاب إلا لمن تحققت بالنسبة له أركان الجريمة لأن العقوبة شخصية لا يحكم بها إلا على من ارتكب الجريمة أو شارك فيها .

الطعن رقم ٨٠٧٢ سنة ٥٤ قضائية

جلسة ٤ فبراير سنة ١٩٨٥

١ - عمل . قانون . « تفسيره » موظفون عموميون .

- علاقة رؤساء مجالس إدارة شركات القطاع العام بهذه الشركات علاقة عمل تعاقدية .

- رئيس مجلس إدارة شركة القطاع العام يعتبر في عداد العاملين بها .

- يحكم العلاقة التعاقدية هذه أحكام قانون العمل ونظم العاملين بالقطاع العام ومن بينها النظام الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ باعتباره متمما لعقد العمل .

- رئيس مجلس إدارة شركة القطاع العام لا يعد موظفا عاما في مفهوم الموظف العام بالرغم من أن تعيينه ونقله وإعارته يكون بقرار من رئيس مجلس الوزراء . علة ذلك ؟

٢ - عمل . قانون « تطبيقه » موظفون عموميون .

- العاملون في شركات القطاع العام لا يعدون في حكم الموظفين العامين إلا بنص خاص من المشرع كالشأن في جرائم الرشوة واختلاس المال العام وغيرها من الجرائم الواردة في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات .

- نطاق تطبيق المادة ١٢٣ عقوبات بقفرتها مقصور على الموظف العام دون من في حكمه .

- انتهاء الحكم المطعون فيه إلى عدم توافر أركان الجريمة المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر . لأن المطعون ضده بصفته رئيس مجلس إدارة إحدى شركات القطاع العام لا يعد موظفا عاما في حكم هذا النص . صحيح .

١ - من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة - بدواتها الجنائية

والمدنية - أن علاقة رؤساء مجالس إدارة شركات القطاع العام بهذه

الشركات في ظل النظم المتعاقبة للعاملين بها هي علاقة عمل تعاقدية

يتوافر فيها عنصر التبعية المميز لعقد العمل فيعتبر رئيس مجلس إدارة

الشركة في عداد العاملين بها ويعد عمله وظيفة من وظائفها يتقاضى عنها

أجرا مقابل انصرافه لهذا العمل وتفرغه لشؤونها شأنه في ذلك شأن

سائر العاملين بالشركة ، ومن ثم فإن تلك العلاقة التعاقدية تنظمها

أحكام قانون العمل ونظم العاملين بالقطاع العام ومن بينها النظام

الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ - الذي يحكم واقعه الدعوى -

باعتباره متمما لعقد العمل والذي نص في المادة الأولى منه على أن

« تسرى أحكام هذا القانون على العاملين في شركات القطاع العام

وتسرى أحكام قانون العمل فيما لم يرد به نص في هذا القانون »

ولا يغير من طبيعة تلك العلاقات ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة

١٢ من القانون المشار إليه من أن شغل وظائف رئيس وأعضاء مجلس

الإدارة يكون بقرار من رئيس مجلس الوزراء ، وما نصت عليه الفقرة

الأولى من المادة ٥٩ منه من أن نقل رئيس مجلس إدارة الشركة وإعارته

يكون بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الجمعية العمومية

للشركة لأن ذلك لا يعدو في حقيقته أن يكون تنظيما للعلاقة التعاقدية

القائمة بين رئيس مجلس الإدارة وبين الشركة التي يعمل بها بالإضافة إلى ان أداة التعيين أو النقل والإعارة لاتنفي عليه صفة الموظف العام مادامت عناصرها غير متوافرة في حقه وهي أن يعهد إلى الشخص بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بأسلوب الاستغلال المباشر عن طريق شغله منصبا يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق ، مما مؤداه أن رئيس مجلس الإدارة لا يعد موظفا عاما في مفهوم الموظف العام .

٢ - لما كان الشارع كلما رأى اعتبار العاملين في شركات القطاع العام في حكم الموظفين العاملين في موطن ما أورد به نصا كالشأن في جرائم الرشوة واختلاس المال العام وغيرها من الجرائم الواردة في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات ، وكان نطاق تطبيق المادة ١٢٣ من قانون العقوبات مقصورا - وفق صريح نصها في فقرتها - على الموظف العام كما هو معرف به في القانون دون من في حكمه ، فلا يدخل في هذا النطاق العاملون في شركات القطاع العام وعلى رأسهم رئيس مجلس الإدارة ، وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى عدم توافر أركان الجريمة المنصوص عليها في المادة المشار إليها لأن المطعون ضده - بصفته رئيسا لمجلس إدارة إحدى شركات القطاع العام - لا يعد موظفا عاما في حكم هذا النص ، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون .

الطعن ٤٨٧٧ سنة ٥١ قضائية

جلسة ١٠ من مارس سنة ١٩٨٢

شرط قبول الاعتذار بالجهل بحكم قانون غير قانون العقوبات .
عقد الزواج على امرأة متزوجة بآخر . باطل لا أثر له . ولا يثبت النسب . أساس ذلك .

من المقرر أنه يشترط لقبول الاعتذار بالجهل بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات ، أن يقيم من يدعى هذا الجهل الدليل على أنه تحرى تحريا كافيا وأن اعتقاده الذي اعتقده ، بأنه يباشر عملا مشروعاً كانت له أسباب معقولة ، وهذا هو المعول عليه في القوانين التي أخذ عنها الشارع أسس المسؤولية الجنائية وهو الاستفادة من مجموع نصوص القانون فإنه مع تقرير قاعدة عدم قبول الاعتذار بعدم العلم بالقانون أورد في المادة ٦٣ من قانون العقوبات أنه لاجرمية إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية : أولا : إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه . ثانيا : إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه ، وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبني على أسباب معقولة ، كما أورد في المادة ٦٠ من قانون العقوبات ، أن أحكام هذا القانون لاتسرى على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة . لما كان ذلك ، وكان دفاع الطاعن بحسن نيته في إسناد نسب المولودة إليه لأن شريكته في الإثم قررت له أنها حملت منه وأن الولد للفراش ، لا ينهض بمجرد سندنا للتمسك بالاعتذار بحكم من أحكام قانون الأحوال الشخصية ، الذي يحرم الزواج بمن هي في عصمة زوج آخر ، مادام لم يقدم الدليل القاطع على أنه تحرى تحريا كافيا وأن اعتقاده الذي اعتقده بأنه يباشر عملا مشروعاً كانت له أسباب معقولة - وهو ما لا يجادل الطاعن في أنه لم يقدم الدليل عليه إلى محكمة الموضوع - فإن النعى على الحكم في هذا المنحى يكون بعيدا عن الصواب . لما كان ذلك ، وكان الاستفادة من كتب الحنفية أن أرجح الأقوال في عقد الزواج على امرأة متزوجة بآخر ، أنه عقد باطل لا أثر له ولا يثبت النسب ، وتجب فيه الحيلولة بين الرجل والمرأة وعدم تمكينها من الدخول ، فإذا ما ارتكبت المعصية ووقع الدخول بالمرأة

فلا يؤثر هذا الدخول على العقد ولا يرفع عنه البطلان ولا يثبت به النسب . ويجب التفريق بينهما جبراً إن لم يفتقرا اختياراً ، وإذا كان الرجل والمرأة اللذان ارتكبا المعصية عاقلين عالين بالتحريم فإنه يجب عليهما حد الزنا - وهذا هو المتفق عليه أيضاً في مذاهب الأئمة الثلاثة (الشافعي ومالك وابن حنبل) . ولما كان من المقرر كذلك في فقه الشريعة الإسلامية ، وعلى ما جرى به قضاء دائرة الأحوال الشخصية بهذه المحكمة (محكمة النقض) أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به من مخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهه ، وأن النص على أن الولد للفراش إنما يراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا بعد ذلك ، وكان عقد الطاعن على المتهمه الأخرى ، كما سلف البيان عقداً باطلاً ، فإنه لا يثبت به نسب إلى الطاعن ، ومن ثم يكون النعى في هذا الخصوص بعيداً عن حجة الصواب . لما كان ذلك ، وكان عقد الزواج هو وثيقة رسمية يختص بتحريرها موظف عام هو المأذون الشرعي ، وهذه الورقة قد أسبغ عليها القانون الصفة الرسمية لأنه بمقتضاها تقوم الزوجية قانوناً بين المتعاقدين وتكون للآثار المترتبة عليها متى تمت صحيحة - قيمتها إذا ما جد النزاع بشأنها ، ومناط العقاب على التزوير في وثيقة الزواج ، هو أن يقع تغيير الحقيقة في إثبات خلو أحد المتعاقدين من الموانع الشرعية مع العلم بذلك ، فكل عبث يرمى إلى إثبات غير الحقيقة في هذا الصدد يعد تزويراً وكون المرأة في عصمة آخر هو من الموانع الشرعية للزواج - على ما سلف بيانه - وإثبات المأذون الشرعي خلو الزوجين من الموانع بعد إذ قرر أمامه الطاعن والمتهمه الأخرى بذلك مع أنها يعلمان أنها في عصمة آخر ، تتحقق به جريمة الاشتراك في تزوير وثيقة الزواج مع العلم بذلك ، وإذا استعمل الطاعن هذه الوثيقة بأن قدمها إلى الجهة المختصة بإثبات واقعات الأحوال المدنية سنداً لما دون فيها وهو على بينة من أمرها فإن جريمة استعمال محرر رسمي مع العلم بتزويره تتوافر قبله ويكون الحكم المطعون فيه إذ دانه بهذه

الجريمة قد اقترن بالصواب . ولا يغير من ذلك أن تكون النيابة العامة قد أمسكت عن تقديم الطاعن للمحاكمة بتهمة الاشتراك في تزوير ذلك المحرر ، لأن عدم تقديمه للمحاكمة بالتهمة المذكورة - في هذه الدعوى - لا أثر له في توافر أركان جريمة استعمال المحرر المزور والتي دلت الحكم المطعون فيه على قيامها . لما كان ذلك وكان استعمال الورقة مع العلم بذلك ، يعاقب عليه القانون ، ولو كان محل ذلك محرراً باطلاً ، لاحتمال حصول الضرر منه . ذلك بأن المحرر الباطل وإن جرده القانون من كل أثر ، فإنه قد تتعلق به ثقة الغير ممن لا يتضح أمامه ما يشوبه من عيوب ويصح أن يخدع به من الناس من يفوتهم ملاحظة أو معرفة ما فيه من عيوب أو نقص ، وهذا وحده كاف لتوقع حصول الضرر بالغير بسبب استعمال هذا المحرر فإذا ما استعمل هذا المحرر بالفعل كما هو الحال في هذه الدعوى - على ما أثبتته المحكمة المطعون فيه - ولم يكتشف من قدم إليه المحرر ، من موظفي مصلحة الأحوال المدنية تزويره وأثبت استناداً إليه بعض واقعات الأحوال المدنية من ثبوت نسب وعلاقة زوجية ، فإن الضرر يكون قد بات محققاً ويكون منعى الطاعن في هذا الشأن غير سديد . لما كان ذلك ، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن السجلات والبطاقات وكافة المستندات والوثائق والشهادات المتعلقة بتنفيذ القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ في شأن الأحوال المدنية ، تعد أوراقاً رسمية فكل تغيير فيها يعد تزويراً في أوراق رسمية وإثبات البنوة في سجلات الأحوال المدنية وإثبات الزوجية والبنوة في البطاقة العائلية بناء على ما يقرره ويتصف به طالب القيد على غير الحقيقة يخضع للقواعد العامة في قانون العقوبات ويخرج عن نطاق المادة ٥٩ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ سالف الذكر ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى اعتبار أن اتفاق الطاعن مع الموظف المختص بالسجل المدني لقيد واقعة الميلاد ونسب المولودة إلى الطاعن ، واتفاقه كذلك مع الموظف المختص بالبطاقات العائلية لإثبات قيام الزوجية بينه وبين المتهمه الأخرى وإثبات أن

المولودة منها ابنته يعد اشتراكا مع هذا الموظف وذاك في ارتكاب تزوير في محررين رسميين فإنه يكون قد طبق القانون على وقائع الدعوى التطبيق الصحيح ، ويكون معنى الطاعن غير مقبول .

**أحكام نقض صادرة
من الدوائر الجنائية
منشورة في مجموعة
المكتب الفني
لمحكمة النقض**

الطعن ١٦٤٦ لسنة ٥٠ قضائية

جلسة ٢٣ من فبراير سنة ١٩٨١ «س ٣٢ ص ١٧٦»

إيجار أماكن . احتجاز أكثر من سكن . قانون « تطبيقه »
« تفسيره » . حكم « تسببه ، تسببه غير معيب » . قرارات
إدارية .

احتجاز الشخص أكثر من سكن في البلد الواحد دون مقتضى . مؤتم . المادة
١/٨ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

النص في الفقرة الأولى من المادة الثانية من قرار وزير الإسكان والمرافق رقم ٩٧
لسنة ١٩٧٠ على اعتبار القاهرة الكبرى مدينة واحدة . نطاقه ؟ عدم جواز التوسع في
تفسيره أو القياس عليه . علة ذلك ؟

لما كانت الفقرة الأولى من المادة ٨ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في
شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر نصت
على أنه « لا يجوز للشخص أن يحتجز في البلد الواحد أكثر من سكن
دون مقتضى » ونص في المادة ٧٦ على عقاب كل من يخالف المحظر
المذكور وعلى أن يحكم فضلا عن العقوبة بإنهاء عقد السكن أو المساكن
المحتجزة بالمخالفة لحكم القانون ، وكان البين من قرار وزير الإسكان
والمرافق رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٠ الذي يشير الطاعن إلى أنه خاص
بتبادل الوحدات السكنية بين مستأجر وآخر وأنه قد نص في الفقرة
الأولى من مادته الثانية على أنه « يجوز بأحياء كل من مدينتي القاهرة
والاسكندرية تبادل الوحدات السكنية بين المستأجرين بسبب ظروف
العمل إذا كانت مقار أعمالهم تبعد عن مجال إقامتهم ، وفي تطبيق هذا
الحكم تعتبر القاهرة الكبرى (القاهرة - الجيزة - شبرا الخيمة)
مدينة واحدة » مما مفاده أن اعتبار مدن القاهرة والجيزة وشبرا الخيمة

مدينة واحدة خلافا للأصل إنما يكون بصدد تبادل الشقق السكنية بين
مستأجر وآخر دون غيره ، وهو مالا يجوز التوسع في تفسيره أو
القياس عليه ، يؤكد ذلك أنه بالرجوع إلى مضبطة مجلس الأمة ،
الجلسة التاسعة والثلاثين في ١٣ يوليو ١٩٦٩ أنه حين عرض الفقرة
الأولى من المادة ٨ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وهي مطابقة للفقرة
الأولى من المادة ٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه ،
اقترح أحد أعضاء المجلس اعتبار القاهرة الكبرى بلدا واحدا ليسر
الانتقال بين القاهرة والجيزة ، أو بين شبرا وشبرا الخيمة ، فلم يوافق
المجلس على هذا الاقتراح مما لا محل معه للقول به ، ومن ثم يكون
النصي على الحكم بقالة الخطأ في تطبيق القانون في هذا الشأن غير
سديد^(١) .

(١) قارن نقض مدني في الطعن رقم ٢٥٠٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٤ من يناير سنة ١٩٨٧
(لم ينشر بعد) وقد ورد فيه أن المشرع وقد نص في المادة الأولى من قوانين إيجار الأماكن
المتعاقبة على سريان أحكامها على « البلاد المعتمدة مدنا » بالتطبيق لأحكام قوانين الحكم
المحلي المراكبية ، وعمد في بعض نصوص إلى استعمال لفظ « المدينة » وهي إحدى وحدات
الحكم المحلي المتمثلة في المحافظة والمركز والمدينة والقرية والحي ، ومن ذلك النص في المادة ٢١
من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن التأجير المفروش ، وعنى في نصوص أخرى باستخدام
لفظ « البلد » ومن ذلك النص في المادة ٧ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تبادل الوحدات
السكنية المقابلة للمادة ٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . وفي المادة ٨ من القانون ٤٩ لسنة
١٩٧٧ في شأن الاحتجاز المقابلة للمادة ٥ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، فإنه يكون قد أفصح
صراحة عن حرصه على إظهار التباين والاختلاف بين مدلول لفظ « البلد » وبين مدلول أي
من وحدات الحكم المحلي ، ويكون قد كشف في ذات الوقت عن اتجاه إرادته إلى إعمال كل
نص في النطاق المكاني الذي حدده به تيمنا للصياغة التي التزمها باستخدامه لفظا معينا دون
آخر . وإذا كان مدلول البلد لغة ينصرف إلى الرقعة السكانية المتصلة والنطاق العمراني الممتد ،
وهو بهذا المفهوم يخرج عن نطاق أي من وحدات الحكم المحلي ، فقد يشمل أكثر من وحدة
إما نتيجة امتداد العمران فيها فاتصلت مبانيها وأضحت تكون بلدا واحدا وإما لأن المشرع
ارتأى تقسيم البلد الواحد إلى أكثر من وحدة محلية ، وما يؤكد هذا النظر أن المشرع في مقام
تبادل الوحدات السكنية الذي أجازته المادة ٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المقابلة للمادة ٧
من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ حرص على استعمال لفظ « البلد » وأحال في تحديد حالات
وشروط تطبيق هذا النص إلى قرار يصدر من الوزير المختص ، ونفاذا للقانون ٥٢ لسنة

الطعن رقم ٢٣١٠ لسنة ٥٠ القضائية

جلسة ٩ من مارس سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٢٢١ »

قانون « تفسيره » « تطبيقه » « إلغاؤه » . عقوبة
« تطبيقها » . حكم « تسببه » . تسبب غير معيب » . دعوى
جنائية « انقضاؤها بمضى المدة » دعوى مدنية « انقضاؤها بمضى
المدة » .

وجوب التحرز في تفسير القوانين الجنائية . والتزام الدقة في ذلك . وعدم تحميل
عباراتها فوق ماتحتمل .

١٩٦٩ صدر قرار وزير الإسكان رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٠ ونص صراحة في المادة الأولى منه على
اعتبار القاهرة الكبرى التي تشمل مدن القاهرة والجيزة وشبرا الخيمة بلداً واحداً ، كما صدر
قرار وزير الإسكان والتعمير رقم ٩٩ لسنة ١٩٧٨ باللائحة التنفيذية للقانون ٤٩ لسنة
١٩٧٧ واعتد في مجال تبادل الوحدات السكنية بسبب بعد موقع العمل - وكما جاء بالمادة ٣ /
ثالثاً منه - بنطاق الأقاليم المحددة بقرار رئيس الجمهورية رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٧٧ الذي صدر
استناداً إلى قانون نظام الحكم المحلى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ والذي اعتبر القاهرة والجيزة إقليماً
واحداً أى بلداً واحداً في مجال أعمال النص المشار إليه ، هذا بالإضافة إلى أن عدم موافقة
مجلس الشعب إبان مناقشة المادة الخامسة من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ على الاقتراح بإضافة
عبارة « القاهرة الكبرى تعتبر مدينة واحدة » إلى صلب المتن والاكتفاء بإثباته بالمضبطة ،
لا يعنى رفض الاقتراح لأنه يخالف ما جاء بالنص وإنما يكشف عن أن صياغة المادة التي
استخدم فيها لفظ « البلد » تؤدي ذات المعنى بما لا يحتاج إلى توضيح وإلا لأغفل إثباته
بالمضبطة ، ومؤدى ما تقدم أن المشرع حيث يستعمل لفظ « البلد » فإنه ينصرف إلى مفهومه
اللغوي الذي يتمثل في الرقعة السكانية المتصلة والنطاق العمراني الممتد دون تقييده بنطاق
محدد محلياً ، لما كان ما تقدم وكانت المادة الثامنة من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - المقابلة لنص
المادة الخامسة من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - قد نصت على أنه « لا يجوز للشخص أن يحتجز
في البلد الواحد أكثر من مسكن دون مقتضى » فإن مؤدى ذلك أن يتسع نطاق الحظر في
الاحتجاز بحيث يشمل الرقعة السكانية المتصلة والنطاق العمراني الممتد ولو كان ذلك يشمل
أكثر من وحدة من وحدات الحكم المحلى ، ولما كانت مدينتا القاهرة والجيزة تشكلان في واقع
الأمر كتلة سكانية واحدة فإنها وفي مجال أعمال هذا النص تمدان بلداً واحداً ، ولما كان الحكم
المطعون فيه قد انتهى إلى ذات النتيجة فإن النعى عليه يكون على غير أساس .

صياغة النص في عبارات واضحة جلية . اعتبارها تعبيراً صادقا عن إرادة المشرع .
عدم جواز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل .

استعمال القوة أو التهديد للإخلال بحرية الانتخاب أو الاستفتاء أو بنظام
إجراءاتها . مؤتم . المادتان ٤٥ ، ٤٦ من القانون ٧٣ لسنة ١٩٥٦ .

سقوط الدعويين . العمومية والمدنية . في الجرائم المنصوص عليها في القانون ٧٣
لسنة ١٩٥٦ بمضى ستة أشهر من يوم إعلان نتيجة الانتخاب أو الاستفتاء أو من تاريخ
آخر عمل متعلق بالتحقيق . المادة ٥٠ من ذات القانون .

عدم جواز الرجوع إلى القانون العام فيما نظمه قانون خاص . التشريع العام
اللاحق . لا ينسخ ضمناً التشريع الخاص السابق . مثال .

لما كان من المقرر أن الأصل أنه يجب التحرز في تفسير القوانين
الجنائية والتزام جانب الدقة في ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق
ماتحتمل ، وأنه متى كانت عبارة القانون واضحة لاليس فيها فإنه يجب
أن تعد تعبيراً صادقا عن إرادة الشارع ولا يجوز الانحراف عنها عن
طريق التفسير أو التأويل أياً كان الباعث على ذلك ، ولا الخروج على
النص متى كان واضحاً جلي المعنى قاطعاً في الدلالة على المراد منه ،
وكان نص المادة ٤٦ من القانون ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة
الحقوق السياسية جاء واضحاً جلياً في معاقبة كل من أخل بحرية
الانتخاب أو الاستفتاء أو بنظام إجراءاته باستعمال القوة أو التهديد
بذات العقوبات الواردة بالمادة ٤٥ من القانون المذكور ، وهي الحبس
أو الغرامة التي لا تتجاوز مائتي جنيه ، وكانت الواقعة حسبما حصلها
الحكم المطعون فيه تتوافر فيها عناصر الجريمة المنصوص عليها في تلك
المادة وتخضع لحكمها ، فإن الحكم المطعون فيه يكون صحيحاً فيما
انتهى إليه من أعمالها ، وإذ كانت المادة ٥٠ من ذات القانون قد نصت
على أن تسقط الدعوى العمومية والمدنية في الجرائم المنصوص عليها في
هذا القانون بمضى ستة أشهر من يوم إعلان نتيجة الانتخاب أو
الاستفتاء أو من تاريخ آخر عمل متعلق بالتحقيق ، وكانت الطاعنة
لاتقارن فيما استخلصه الحكم المطعون فيه من توافر شروط أعماله هذه

المادة على الدعوى المطروحة ، فإن مانعاه عليه من الخطأ في تطبيق القانون لا يكون سديدا . ولا يغير من هذا النظر أن المادة ١٣٧ مكررا من قانون العقوبات المعدلة بالقانون ١٢٠ سنة ١٩٦٢ اللاحق للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ قد تضمنت المعاقبة بعقوبة الجناية لكل من استعمل القوة أو العنف أو التهديد مع موظف عام أو مكلف بخدمة عامة لحمله بغير حق على أداء عمل من أعمال وظيفته أو على الامتناع عنه ، ذلك أن القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية هو قانون خاص يتضمن تنظيما لأحكام الجرائم الواردة به ، ومن المقرر أنه مع قيام قانون خاص لا يرجع إلى أحكام قانون عام إلا فيما لم ينتظمه القانون الخاص من أحكام ، وأن التشريع العام اللاحق لا ينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق بل يظل التشريع الخاص قائما .

الطعن رقم ٢٤٠٢ لسنة ٥٠ القضائية

جلسة ٢٧ من مايو سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٥٦٣ »

قانون « تطبيقه » الاعتذار بالجهل بالقانون » . إثبات « بوجه عام » حكم « تسببه . تسببه معيب » .

الاعتذار بالجهل بحكم من أحكام قانون آخر . غير قانون العقوبات ، شرط قبوله : إقامة مدعى هذا الجهل الدليل على أنه تحرى تحريا كافيا وأن اعتقاده بشروعية عمله كانت له أسباب معقولة .

القضاء ببراءة المطعون ضدها . لمجرد القول بخلو الأوراق مما ينفي دفاعها بالجهل بالقاعدة الشرعية التي تحظر الجمع بين الزوجة وجدتها دون بيان الدليل على صحة ما ادعاه من اعتقادها بأنها كانا يباشران عملا مشروعًا والأسباب المعقولة التي تبرر لديها هذا الاعتقاد . قصور .

من المقرر أنه يشترط لقبول الاعتذار بالجهل بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات أن يقيم من يدعى هذا الجهل الدليل

القاطع على أنه تحرى تحريا كافيا وأن اعتقاده الذي اعتقده بأنه يباشر عملا مشروعًا كانت له أسباب معقولة . وهذا هو المعول عليه في القوانين التي أخذ عنها الشارع أسس المسؤولية الجنائية وهو المستفاد من مجموع نصوص القانون . فإنه مع تقديره قاعدة عدم قبول الاعتذار بعدم العلم بالقانون أورد في المادة ٦٣ من قانون العقوبات أنه لاجرمية إذا وقع الفعل من موظف أميرى في الأحوال الآتية . (أولا) إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه . (ثانيا) إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ماعتقد أنه إجراء من اختصاصه . وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة » كما قال في المادة ٦٠ من قانون العقوبات أن أحكام قانون العقوبات لا تسرى على كل فعل ارتكب بنيه سليمة عملا يحق مقرر بمقتضى الشريعة . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد اقتصر في قضائه ببراءة المطعون ضدها على مجرد القول بخلو الأوراق مما ينفي دفاعها بالجهل بالقاعدة الشرعية التي تحظر الجمع بين الزوجة وجدتها دون ان يبين الدليل على صحة ما ادعاه المطعون ضدها من أنها كانا يعتقدان أنها كانا يباشران عملا مشروعًا والأسباب المعقولة التي تبرر لديها هذا الاعتقاد ، فإنه يكون مشوبا بالقصور .

الطعن رقم ١٦٨٠ لسنة ٥٠ القضائية

جلسة ٣١ من مايو سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٥٨٦ »

دستور . قانون « تطبيق القانون » « إلغاء القانون » قرارات وزارية . مواد مخدرة . « الدفع بعدم الدستورية »

إجازة المادة ٣٢ من القانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ للوزير المختص تعديل الجداول الملحقه بالقانون المذكور . أعمال لحكم المادة ٦٦ من الدستور .

لاجرمية ولا عقوبة إلا بناء على قانون . قاعدة رددتها المادة ٦٦ من الدستور الحالي والدساتير السابقة . مقتضاها . جواز أن يعهد القانون للسلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب بالشروط التي يحددها .

لما كان المشرع في المادة ٣٢ من القانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات قد أجاز للوزير المختص أن يعدل بقرار منه في الجداول الملحقة بهذا القانون ، وما كان ذلك منه إلا إعمالا لحكم المادة ٦٦ من الدستور الحالي والمرددة في الدساتير المتعاقبة منذ دستور سنة ١٩٢٣ - بها بعض جوانب التجريم أو العقاب وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع جواز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم أو العقاب وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع وفي الحدود وبالشروط التي يعينها القانون الصادر منها . لما كان ذلك ، وكان ماناظره المشرع بالوزير المختص من جواز تعديل الجداول الملحقة بالقانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات بالحذف أو بالإضافة أو بتغيير النسب فيها إنما كان تقديرا منه لما يتطلبه كشف وتحديد الجواهر المخدرة من خبرة فنية ومرونة في اتخاذ القرار يمكن معها مواجهة التغيرات المتلاحقة في مسمياتها وعناصرها تحقيقا لصالح المجتمع ، فإنه يكون متفقا وأحكام الدستور ويكون النعي على المادة ٣٢ المشار إليها من القانون المذكور بعدم الدستورية على غير أساس ، ولا يعدو أن يكون دفاعا قانونيا ظاهر البطلان لا على الحكم إن هو التفت عنه أو لم يرد عليه ، ولا على الحكمة المثار أمامها هذا الدفع إن هي استمرت في نظر الدعوى المطروحة عليها دون أن تمنح مبدية أجلا للطعن بعدم دستورية تلك المادة .

الطعن رقم ٢٦٧٠ لسنة ٥٠ القضائية

جلسة ١٠ من يونيه سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٦١٧ »

نظام عام . قانون « تطبيقه » قانون الإجراءات الجنائية . قانون المرافعات المدنية والتجارية . نقض « نظر الطعن والحكم فيه » . « أسباب الطعن . مالا يقبل منها » . محكمة النقض . سلطتها . إجراءات « إجراءات المحاكمة » .

الأصل عدم جواز إبداء أسباب جديدة للطعن أمام محكمة النقض . خلافا للأسباب التي سبق إبدائها في الميعاد المنصوص عليه في المادة ٣٤ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

حق محكمة النقض في نقض الحكم من تلقاء نفسها لمصلحة المحكوم عليه . عملا بنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من القانون سالف الذكر . طبيعته ومداه .

النص في الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٣ مراقعات على أن الأسباب المبنية على النظام العام . يمكن التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وتأخذ بها المحكمة من تلقاء نفسها . لا يسرى على المواد الجنائية . أساس ذلك ؟

لما كان الأصل طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ أنه لا يجوز إبداء أسباب أخرى أمام المحكمة - سواء من النياية العامة أو غيرها من الخصوم - غير الأسباب التي سبق بيانها في الميعاد المنصوص عليه في المادة ٣٤ من القانون المذكور ، وأن تقيد محكمة النقض بالأسباب المقدمة في الميعاد - وكان نقض المحكمة للحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥ - سالف الذكر ، على خلاف هذا الأصل هو رخصة استثنائية خولها القانون للمحكمة على سبيل الحصر في حالة ما إذا تبين لها مما هو ثابت في الحكم أنه مبني على مخالفة القانون أو على الخطأ في

تطبيقه أو في تأويله ، أو أن المحكمة التي أصدرته لم تكن مشكلة وفقا للقانون ولا ولاية لها بالفصل في الدعوى ، أو إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسرى على واقعة الدعوى . لما كان ذلك ، وكانت مناعى الطاعن في مذكرته المقدمة بعد الميعاد المقرر لاتندرج تحت إحدى هذه الحالات بل تدخل ضمن حالات البطلان التي تفتح سبيل الطعن في الحكم دون أن ينعطف عليها وصف مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله المشار إليها في البند « أولا » من المادة المذكورة والذي لا ينصرف إلا إلى مخالفة القانون الموضوعي ، سواء أكان قانون العقوبات والقوانين المكملة له أو قانون الإجراءات الجنائية فيما تضمنه من قواعد موضوعية ، ومن ثم لا يلتفت إلى ما أثاره الطاعن في هذا الشأن بعد فوات ميعاد الطعن .

الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ٢٨ من أكتوبر سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٧٨٦ »

١ - نقض « مايجوز وما لايجوز الطعن فيه من الأحكام » .
محكمة أمن الدولة . طوارئ . قانون « القانون الأصح » .

الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة المشكلة وفقا لقانون الطوارئ . عدم جواز الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن م ٦٢ من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ .

محاكم أمن الدولة المنشأة بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ . ماهيتها وأساس إنشائها واختلافها عن تلك المشكلة وفقا لقانون الطوارئ .

الأحكام الانتقالية المنصوص عليها بالمادتين ١٠ ، ١١ من القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ . مؤداها ؟

بجال أعمال قاعدة القانون الاصلح ؟

٢ - قانون « سريانه » طعن « طرق الطعن في الأحكام » .

القوانين المنظمة لطرق الطعن في الأحكام . عدم سريانه بشأن ماصدر من أحكام قبل تاريخ العمل بها . متى كانت هذه القوانين منشئة لطريق من تلك الطرق .

١ - لما كان الحكم المطعون فيه قد صدر بتاريخ ٢٦ / ٤ / ١٩٧٩ من محكمة أمن الدولة العليا المشكلة وفقا لأحكام القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ ، وكانت المادة ١٢ من هذا القانون تقضى بعدم جواز الطعن بأى وجه من الوجوه في الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة ، فإن الطعن المقدم من المحكوم عليها يكون غير جائز قانونا ويتعين الحكم بعدم جوازه . ولايغير من ذلك أن يكون القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء محاكم أمن الدولة والمعمول به في أول يونيو سنة ١٩٨٠ قد صدر - من بعد - ناصا في المادة الثامنة منه على أن « تكون أحكام محاكم أمن الدولة العليا نهائية ولايجوز الطعن فيها إلا بطريق النقض وإعادة النظر » ذلك أن هذه المحاكم إنما أنشئت نفاذا لنص المادة ١٧١ من الدستور في الفصل الخاص بالسلطة القضائية الذي أحال إلى القانون في تنظيم ترتيبها وبيان اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها ، وقد اختصها القانون بجرائم معينة بصفة دائمة فباتت جزءا من القضاء الطبيعي ، على خلاف محاكم أمن الدولة المشكلة وفقا لأحكام القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ إذ هي محاكم استثنائية موقوته بحالة الطوارئ . أماز الشارع بينها وبين المحاكم العادية في إجراءات المحاكمة ، وفي تشكيلها في بعض الأحوال وفي عدم جواز الطعن في أحكامها وعدم صيرورتها نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية الذي يجوز له حتى بعد التصديق على الحكم بالإدانة - أن يلغى الحكم مع حفظ الدعوى أو أن يخفف العقوبة أو أن يوقف تنفيذها على مايبنته المواد ١٢ و ١٤ و ١٥ من القانون المذكور ، وقد نصت المادة العاشرة من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ سالف البيان الواردة

في الباب الخامس منه الذي تضمن أحكاما انتقالية على أن « لرئيس الجمهورية أو من يفوضه مباشرة السلطات المقررة في القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ وذلك بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة التي لم يتم التصديق عليها حتى انتهاء الطوارئ » كما قضت المادة الحادية عشرة بأن « يستمر مكتب شئون قضايا أمن الدولة - في مباشرة أعماله فيما يتعلق بالقضايا التي لم يتم التصديق من رئيس الجمهورية على الأحكام الصادرة فيها » وهو ما يقطع في أن الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة العليا المشكلة وفقا لقانون الطوارئ لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن ، صدق على الحكم الصادر منها أو لم يصدق ، وسواء تم التصديق بعد صدور قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٨٠ بإنهاء حالة الطوارئ اعتبارا من ١٥ / ٥ / ١٩٨٠ وقبل صدور القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ - وهو ماثيره الطاعة في أسباب طعنها تبريرا لجوازه - أو بعد صدور هذا القانون ، كما أنه لا وجه لما تقوله الطاعة من تطبيق القانون الأخير الذي أجاز الطعن في أحكام محاكم أمن الدولة بحسبانه قانونا أصح ، إذ فضلا عن أنه مردود بما سبق إيضاحه على السياق المتقدم ، فإن مجال أعمال قاعدة القانون الأصح إنما هو القواعد الموضوعية لا الإجرائية .

٢ - من المقرر أن القوانين لمنظمة لطرق الطعن في الأحكام عموما - ومنها الجنائية - لا تسرى بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين منشئة لطريق من تلك الطرق .

الطعن رقم ١٥١٢ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ٣ من نوفمبر سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٨٠٥ »

١ - قانون « سريانه . من حيث الزمان » . بناء . جريمة « جريمة وقتية . جريمة مستمرة » . حكم « تسببه . تسبب معيب » نقض « أسباب الطعن . مايقبل منها » .

- سريان التشريع الجديد على الجريمة المستمرة حتى ولو كانت أحكامه أشد مما سبقه .

- معيار التمييز بين الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة ، جريمة الامتناع عن تنفيذ القرار الهندسي . مستمرة . أثر ذلك ؟

لما كان من المقرر قانونا أن التشريع الجديد يسرى على الجريمة المستمرة حتى لو كانت أحكامه أشد مما سبقه لاستمرار ارتكاب الجريمة في ظل الأحكام الجديدة ، وكان الفيصل في التمييز بين الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة هو طبيعة الفعل المادي المكون للجريمة كما عرفه القانون ، سواء أكان هذا الفعل إيجابيا أو سلبيا ، ارتكابا أو تركا ، فإذا كانت الجريمة تتم وتنتهي بمجرد إتيان الفعل كانت وقتية ، أما إذا استمرت الحالة الجنائية فترة من الزمن فتكون الجريمة مستمرة طوال هذه الفترة ، والعبارة في الاستمرار هنا هي تدخل إرادة الجاني في الفعل المعاقب عليه تدخلا متتابعا متجددا ، ولا عبارة بالزمن الذي يسبق هذا الفعل في التهيؤ لارتكابه والاستعداد لمقارفته أو بالزمن الذي يليه والذي تستمر فيه آثاره الجنائية في أعقابه . لما كان ذلك ، وكانت جريمة امتناع المطعون ضده عن تنفيذ القرار الهندسي تقوم على فعل سلبى يتوقف على تدخل إرادته تدخلا متتابعا ومتجددا بتكوين فعل الامتناع المعاقب عليه ومن ثم فإنه يكون جريمة مستمرة تخضع مابقى استمرارها لأحكام القانون اللاحق ولو كانت أحكامه أشد .

الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٥١ القضائية
جلسة ٤ من نوفمبر سنة ١٩٨١ «س ٣٢ ص ٨١٣»

١ - دستور . شريعة إسلامية . قانون «تطبيقه» . إثبات .
«شهود . شهادة» .

النص في المادة الثانية من الدستور على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي
للتشريع . دعوة للشارع كي يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا فيما يستنه من
قوانين . أثر ذلك ؟

٢ - حكم «تسببه . تسبب غير معيب» . «إثبات بوجه
عام» «شهود» محكمة الموضوع «سلطتها في تكوين عقيدتها» .
شريعة إسلامية . مواد مخدرة .

- عدم تقييد القاضي الجنائي بنصاب معين في الشهادة وحقه في تكوين عقيدته من
أى دليل يطمئن إليه . مادام له مأخذه الصحيح من الأوراق .
- تعويل الحكم على شهادة شاهد واحد . لا عيب .

١ - ما نص عليه الدستور في المادة الثانية منه من أن مبادئ
الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ليس واجب الأعمال
بذاته إنما هو دعوة للشارع كي يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا
فيما يستنه من قوانين ومن ثم فإن أحكام تلك الشريعة لا تكون واجبة
التطبيق بالتعويل على نص الدستور المشار إليه إلا إذا استجاب
الشارع لدعوته وأفرغ هذه الأحكام في نصوص تشريعية محددة
ومنضبطة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ .

٢ - لما كان الشارع لم يقيد القاضي الجنائي في المحاكمات
الجنائية - بنصاب معين في الشهادة وإنما ترك له حرية تكوين عقيدته
من أى دليل يطمئن إليه طالما أن له مأخذه الصحيح في الأوراق ، فإن
تعويل الحكم المطعون فيه على شهادة شاهد واحد ليس فيه مخالفة
للقانون وينحل نعي الطاعن في هذا الصدد إلى جدل في تقدير الدليل
كما تستقل به محكمة الموضوع بغير معقب . هذا فضلا عن أن الجريمة

المائلة من جرائم التعازير التي تثبت بشهادة شاهد واحد على خلاف
جرائم الحدود والقصاص في الشريعة الغراء .

الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ١١ من نوفمبر سنة ١٩٨١ «س ٣٢ ص ٨٧٥»

ارتباط «عقوبة الجرائم المرتبطة» . عقوبة «تطبيقها» «عقوبة
الجريمة الأشد» جريمة «أركانها» . تهريب جرمي . استيراد . قانون
«تطبيقه» .

مناط تطبيق كل من فقرتي المادة ٣٢ عقوبات وأثر التفرقة بينها في تحديد العقوبة ؟
مثال في جرمي استيراد سيائك ذهبية على خلاف القانون ، وتهريبها .
ارتباطها في حكم الفقرة الأولى من المادة ٣٢ عقوبات . وجوب توقيع العقوبة
المقررة لأشدها دون العقوبة التكميلية المقررة لما عداها .

ارتكاب الطاعن فعلا واحدا له وصفان قانونيان . هما استيراد سيائك ذهبية على
خلاف القانون ، وتهريبها . وجوب تطبيق نص الفقرة الأولى من المادة ٣٢ عقوبات
باعتبار الجريمة الأشد وهي الاستيراد وتوقيع عقوبتها المنصوص عليها في المادة ١٤
قانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ . دون عقوبة التهريب الجرمي .

تأييد الحكم المطعون فيه للحكم الابتدائي فيما قضى به من تعويض جرمي . خطأ
في تأويل القانون وتطبيقه . علة ذلك ؟

القضاء بتصحيح الحكم المطعون فيه بإلغاء عقوبة التهريب الجرمي . لا يمنع منه
نص المادة ١٢٢ من قانون الجمارك . علة ذلك ؟

لما كانت المادة ٣٢ من قانون العقوبات إذ نصت في فقرتها الأولى
على أنه «إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة
التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها» فقد دلت بصريح
عبارتها على أنه في الحالة التي يكون فيها للفعل الواحد عدة أوصاف ،
يجب اعتبار الجريمة التي تمخض عنها الوصف أو التكييف القانوني
الأشد للفعل والحكم بعقوبتها وحدها دون غيرها من الجرائم التي قد
تمخض عنها الأوصاف الأخف والتي لا قيام لها ألبتة مع الجريمة ذات

الوصف الأشد ، إذ يعتبر الجاني كأن لم يرتكب غير هذه الجريمة الأخيرة ، وذلك على خلاف حالة التعدد الحقيقي للجرائم المرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة التي اختصت بها الفقرة الثانية من المادة ٣٢ سالفه الذكر ، إذ لا أثر لاستبعاد العقوبات الأصلية للجرائم الأخف في وجوب الحكم بالعقوبات التكميلية المتعلقة بهذه الجرائم ضرورة أن العقوبة التكميلية إنما تتعلق بطبيعة الجريمة ذاتها لا بعقوبتها . يؤكد هذا النظر تباين صيغة الفقرتين إذ أردف الشارع عبارة « الحكم بعقوبة الجريمة الأشد » بعبارة « دون غيرها » في الفقرة الأولى الخاصة بالتعدد المعنوي بينما أسقط تلك العبارة في الفقرة الثانية الخاصة بالتعدد الحقيقي ، ولو كان مراده التسوية بينها في الحكم لجرت صياغتهما بعبارة واحدة وعلى نسق واحد ، ولما كانت ثمة حاجة إلى أفراد فقرة لكلتيهما . لما كان ذلك ، وكان الفعل الذي قارفه الطاعن يتداوله وصفان قانونيان : استيراد سبائك ذهبية على خلاف النظم والأوضاع المقررة للاستيراد من الخارج ، وتهريب هذه السبائك بإدخالها إلى البلاد وتعمد إخفائها بقصد التخلص من الضرائب الجمركية المستحقة عليها ، مما يقتضى - إعمالا لنص الفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون العقوبات - اعتبار الجريمة التي تخض عنها الوصف الأشد - وهي جريمة الاستيراد - والحكم بعقوبتها المنصوص عليها في المادة ١٤ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبي دون عقوبة التهريب الجمركي المنصوص عليها في المادة ١٢٢ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ ، أصلية كانت أو تكميلية ، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به من تعويض جمركي يكون قد خلق عقوبة جديدة مستمدة من الجمع بين النصين وليس تطبيقا لأشدهما مما لا سند له من القانون وبما يتنافر مع نص الفقرة الأولى من المادة ٣٢ سالفه الذكر ، وهو ما يكون معه قد أخطأ في تأويل القانون وفي تطبيقه بما يوجب تصحيحه بإلغاء ما قضى به من تعويض جمركي قدره ٤٤٧٠٢

جنيه و ٦٦٠ مليم ، ودون حاجة إلى بحث السبب الثاني من سببي الطعن المتصل بجريمة التهريب لانتفاء الجدوى منه بعد استبعاد عقوبتها . ولا يمنع من ذلك أن يكون الشارع في المادة ١٢٢ من قانون الجمارك قد وصف هذه العقوبة بأنها « تعويض » طالما أنه حدد مقدار هذا التعويض تحديداً تحكيمياً غير مرتبط بوقوع أى ضرر ، وسوى فيه بين الجريمة التامة والشروع فيها ، وضاعفه في حالة العود ، وهو ما يتأدى منه أنه لا يجوز الحكم به إلا من محكمة جنائية ، والحكم به حتمى تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها على المساهمين في الجريمة - فاعلين أو شركاء دون سواهم ، فلا يمتد إلى ورثتهم ولا إلى المسؤولين عن الحقوق المدنية ، وتلتزم المحكمة في تقديرها الحدود التي رسمها القانون ، وأخيراً فإن وفاة المحكوم عليه بالتعويض أثناء نظر الدعوى يستتبع حتماً عدم الاستمرار في الإجراءات والحكم بانقضاء الدعوى الجنائية إعمالاً لنص المادة ١٤ من قانون الإجراءات الجنائية . ولا يغير من هذا النظر أنه أجاز في العمل - على سبيل الاستثناء - لمصلحة الجمارك أن تتدخل في الدعوى الجنائية بطلب ذلك « التعويض » والطعن فيما يصدر بشأن طلبها من أحكام ، ذلك بأن هذا التدخل ، وإن وصف بأنه دعوى مدنية أو وصفت مصلحة الجمارك بأنها مدعية بالحقوق المدنية لا يغير من طبيعة التعويض المذكور مادام أنه ليس مقابل ضرر نشأ عن الجريمة بالفعل بل هو في الحقيقة والواقع عقوبة تلازم طبيعة جريمة التهريب الجمركي ذاتها ، رأى الشارع أن يكمل بها عقوبتها الأصلية تحقيقاً للغرض المقصود من العقوبة من ناحية كفايتها للردع والزجر ، وليس من قبيل التعويضات المدنية الصرف التي ترفع بها الدعوى المدنية بطريق التبعية للدعوى الجنائية .

الظعن رقم ٨٩٤١ لسنة ٥٠ القضائية « هيئة عامة »

جلسة ٧ من إبريل سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٣ »

الإعفاء المقرر بالمادة الرابعة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ المعدل للقانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن الأسلحة والذخائر .
 شرط تحققه ؟ عدم اعتبار هذا القانون قانونا أصح لمن تم ضبطه قبل العمل بأحكامه محرزا أو حائزا لأسلحة أو ذخائر بغير ترخيص .
 أساس ذلك ؟

حيث إنه وقد صدر بعد تاريخ ارتكاب الجريمة القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ بتاريخ ٢٠ مايو سنة ١٩٧٨ المعمول به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية في أول يونيو سنة ١٩٧٨ بتعديل القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر ، ومن بين نصوصه ما أورده بالمادة الرابعة من تقرير إعفاء من العقاب لمن يقوم خلال شهرين من تاريخ العمل به بتسليم ما يحوزه أو يحزره من أسلحة نارية وذخائر إلى قسم الشرطة ، وإزاء ما يثور حول مدى اعتبار هذه المادة قانونا أصح للمتهم يسرى على واقعة الدعوى بما قد يوجب بالتالي على محكمة النقض - من تلقاء نفسها - أن تنقض الحكم لصالح المتهم عملا بحقها المخول بالمادة ٣٥ / ٢ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الظعن أمام محكمة النقض - فقد رأت الدائرة الجنائية طرح هذه المسألة القانونية على الهيئة العامة للفصل فيها بالتطبيق لحكم المادة الرابعة فقرة ثانية من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

وحيث إن نص المادة الرابعة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ المعدل للقانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه قد جرى بأنه « يعفى من العقاب كل من يحوز أو يحزر بغير ترخيص أسلحة نارية أو ذخائر مما تستعمل في الأسلحة المذكورة في تاريخ العمل بهذا القانون إذا قام

بتسليم تلك الأسلحة والذخائر إلى جهة الشرطة الواقع في دائرتها محل إقامته خلال شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون ، ويعفى كذلك من العقوبات المترتبة على سرقة الأسلحة والذخائر أو على إخفائها . ولما كان الأصل العام المقرر بحكم المادتين ٦٦ ، ١٨٧ من الدستور وعلى ما قننته الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون العقوبات أنه لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها . ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، وأن مبدأ عدم جواز رجعية أثر الأحكام الموضوعية لنصوص القوانين الجنائية بالذات مستمد من قاعدة شرعية الجزية والعقاب التي تستلزم أن يقتصر على عقاب الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها ، إلا أنه يستثنى من هذا الأصل العام ما أورده المادة الخامسة المشار إليها في فقرتها الثانية من أنه « ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره » . لما كان ذلك ، وكان من المقرر أن القانون الأصح للمتهم هو الذي ينشئ له من الناحية الموضوعية - دون الإجرائية - مركزا أو وضعا يكون أصح له من القانون القديم ، كأن يلغى الجريمة المسندة إليه ، أو يلغى بعض عقوباتها أو يخففها ، أو يقرر وجها للإعفاء من المسؤولية الجنائية دون أن يلغى الجريمة ذاتها ، أو يستلزم لقيامها ركنا جديدا لم يتوافر في فعل المتهم ، فيكون من حق المتهم في هذه الحالات - استمدادا من دلالة تغير سياسة التجريم والعقاب إلى التخفيف - أن يستفيد لصالحه من تلك النصوص الجديدة من تاريخ صدورها ، شريطة ألا يكون الفعل الذي وقع منه مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها عملا بنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون العقوبات وإذا كان الاحتفاء بقاعدة القانون الأصح على ماتقدم إنما هو استثناء من الأصل العام المقرر من أن القانون الجنائي يحكم ما يقع في ظله من جرائم إلى أن تزول عنه القوة الملزمة بقانون لاحق ينسخ أحكامه ،

فإنه يؤخذ في تفسيره بالتضييق ويدور وجودا وعدما مع العلة التي دعت الى تقريره ، لأن المرجع في فض التنازع بين القوانين من حيث الزمان هو قصد الشارع الذي لا تجوز مصادره فيه ، ولما كان نص المادة الرابعة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ سالف البيان لم يخرج عن ذلك الأصل العام المقرر من عدم رجعية أثر القوانين على الوقائع السابقة عليها ، إذ هو لم يبلغ الجريمة التي وقعت من المتهم أو يخفف عقابها أو يرفع عنه مسئوليتها وإنما رفع العقاب في الفترة المحددة به عن الحالات التي تتوافر فيها شروط الإعفاء للعلة التي أفصح عنها في مذكرته الإيضاحية وهي تشجيع المواطنين على تسليم ما قد يكون لديهم من أسلحة وذخائر غير مرخص بها ولو كانوا سارقين أو مخفين لها ، وهي علة تنتفي بالنسبة لكل من لم يتقدم قبل تاريخ العمل بذلك القانون بما لديه من أسلحة أو ذخائر وضبط حائزا أو محرزا لها بغير ترخيص ومن ثم فإنه لا يتحقق بالنص المشار إليه معنى القانون الأصلح ولا يسرى على الوقائع السابقة على صدوره . لما كان ذلك ، وكان مناط الإعفاء الذي قرره المادة الرابعة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ المشار إليها ، أن يكون الشخص في أول يونية سنة ١٩٧٨ ، تاريخ العمل بذلك القانون ، محرزا أو حائزا للسلاح أو الذخيرة بغير ترخيص ، وأن يقوم خلال الفترة المحددة قانونا بتسليمها إلى الشرطة ، فإنه يجب لتوافر موجب الإعفاء أن تتحقق كافة شروطه من قيام الحيازة والإحراز في ذلك التاريخ المعين ، وأن يتم التسليم خلال تلك الفترة ، وهو ما تتحقق به العلة التي ابتغاها التشريع من تشجيع المواطنين على تسليمها . ولما كان هذا النظر لا يمس الأصل الذي جرى عليه قضاء هذه المحكمة في تحديد معنى ونطاق تطبيق القانون الأصلح ، والتزام مناط الإعفاء من العقاب وشروطه ، وكانت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية قد خولت هذه الهيئة الفصل في الدعوى المحالة إليها وكان الحكم المطعون فيه صحيحا ومطابقا للقانون ، فإنه يتعين رفض الطعن موضوعا .

الطعن رقم ١٣٣٠ لسنة ٥٠ القضائية

جلسة ٦ من مايو سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٤٦٧ »

١ - سلاح .

- جريمة إحراز سلاح بدون ترخيص . قيامها بمجرد انتهاء مفعول الترخيص وعدم تجديده أو عدم تقديم طلب التجديد في الموعد المقرر .
اتخاذ المتهم بعد ذلك لدى جهة الإدارة الإجراءات لاستصدار ترخيص جديد . لا يؤثر في قيامها .

وجوب إخطار جهة الإدارة صاحب الشأن برفض طلب تجديد الترخيص يكون عند رفضها الطلب المقدم لها بالتجديد في الميعاد المنصوص عليه في قرار وزير الداخلية .

٢ - عقوبة « تطبيقها » . قانون « قانون أصلح » . نقض « أسباب الطعن . ما يقبل منها » سلاح . جريمة .

٣ - نقض « حالات الطعن . الخطأ في تطبيق القانون » . « الحكم في الطعن » . قانون « قانون أصلح » . سلاح . عقوبة « تطبيقها » . مصادرة .

كون الخطأ الذي شاب الحكم المطعون فيه لا يخضع لأي تقدير موضوعي وانتهاء محكمة الموضوع إلى صحة إسناد التهمة ماديا إلى المطعون ضده .

وجوب تصحيح الخطأ والحكم بمقتضى القانون . المادتان ٣٥ ، ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض .

مثال : توقيع عقوبة الغرامة دون المصادرة .

١ - لما كانت المادة الثانية من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر قبل تعديله بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ قد نصت على أن الترخيص يكون صالحا من تاريخ صدوره وينتهي في آخر شهر ديسمبر من السنة التي منح فيها ، ونصت المادة العاشرة منه

على الأحوال التي يعتبر فيها الترخيص ملغيا ومن بينها حالة عدم تقديم طلب تجديده في الميعاد ، كما نصت المادة الثامنة من قرار الداخلية الصادر في ١٣ من سبتمبر سنة ١٩٥٤ نفاذا للمادة ٣٧ من القانون المذكور على أن طلب تجديد الترخيص يقدم قبل نهاية مدته بشهر على الأقل إلى الجهة المقيد بها ، مقابل إيصال يسلم للطالب موضحا به بيانات الترخيص وأوصاف السلاح . ويجوز تقديم الطلب بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، ويشفع به الترخيص المطلوب تجديده والرسم المستحق وإقرار من الطالب بأن مسوغات الترخيص لاتزال قائمة وأن السلاح لم يتغير ، وفي هذه الحالة الأخيرة يرسل الإيصال للمرخص له بخطاب موصى عليه ، وكان البين من هذه النصوص - قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ - ومن نصوص الأمرين العسكريين رقمي ٢٢ لسنة ١٩٧٣ ، ٩ لسنة ١٩٧٤ والذين أجاز الثاني منها تجديد الترخيص بحيازة السلاح الممنوح وفقا لأولها ، وذلك طبقا لأحكام القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ - أن جريمة حيازة سلاح ناري بدون ترخيص تقوم بمجرد انتهاء الترخيص بحيازته ، وعدم تجديده في الموعد المقرر أو عدم تقديم طلب بتجديده في الميعاد ، ولو اتخذ المتهم من بعد لدى جهة الإدارة الإجراءات المقررة لاستصدار ترخيص جديد كما هو الحال في الدعوى المطروحة . وكان القول بوجود إخطار صاحب الشأن بقرار رفض تجديد الترخيص بحيازة السلاح ، إنفا يكون عندما ترى جهة الإدارة رفض الطلب المقدم لها في الميعاد تجديد الترخيص وفقا لقرار وزير الداخلية الصادر في ١٣ من سبتمبر سنة ١٩٥٤ السابق ذكره والذي يوجب أن يقدم الطلب قبل نهاية الترخيص بشهر على الأقل . لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده لم يقدم طلب تجديد الترخيص بإحراز السلاح الناري محل الاتهام إلا في ... بعد انتهاء الترخيص بما يزيد على ستة أشهر فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من اعتبار حيازة المطعون ضده للسلاح محل الاتهام مشروعة إلى أن تعلنه جهة الإدارة

بانتهاه الترخيص يكون غير سديد .
٢ - لما كان قد صدر في ٢٠ من مايو سنة ١٩٧٨ - بعد صدور الحكم المطعون فيه بتاريخ ٧ من مارس سنة ١٩٧٨ - القانون رقم ٢٦ / ١٩٧٨ ، بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر ، ونص في المادة الثامنة والعشرين مكررا منه على أنه « إذا لم يتقدم المرخص له بطلب التجديد قبل نهاية مدة الترخيص بشهر ، يخطر بخطاب مسجل بعلم الوصول ليتقدم بطلب التجديد خلال تلك المدة ويعاقب كل من يحوز أو يحرز سلاحا ناريا انتهت مدة الترخيص به لعدم تقديمه طلب التجديد في الميعاد بغرامة لاتقل عن عشرة جنيهاً ولا تزيد على خمسين جنيهاً إذا لم يسلم سلاحه فور انتهاء الترخيص . وإذا انقضت مدة ستة أشهر دون تسليم السلاح أو تجديد الترخيص به تكون العقوبة الغرامة التي لاتقل عن خمسين جنيهاً ولا تزيد على خمسمائة جنيه . وإذا زادت - تلك المدة على سنة تضاعف الغرامة » . وما جاء في تقرير لجنة الأمن القومي والتعبئة القومية عن مشروع القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ مانصه : « وقد لاحظت اللجنة عند مراجعتها لهذه المادة (يقصد المادة العاشرة في المشروع) أن البند (ج) يعتبر الترخيص ملغيا إذا لم يتم تجديده في الميعاد ولو كان ذلك لادخل لإرادة المرخص له فيه ، وبهذا يتساوى هذا الشخص بالشخص الذي يحوز سلاحا دون أن يحصل مسبقا على ترخيص بحمله ، ومن ثم يتعرض لنفس العقوبة ، لهذا ألغت اللجنة هذه الفقرة من المادة العاشرة وأضافت مادة جديدة برقم ٢٨ مكررا تنظم حالات عدم تجديد الترخيص في المواعيد المقررة ، وجعلت العقوبة في جميع الأحوال الغرامة فقط » . فإن القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ يكون هو القانون الأصلح للمتهم بما تضمنه في خصوص التهمة المسندة إليه من عقوبات أخف من تلك التي تضمنها القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ ، ويكون لذلك هو الواجب التطبيق عملا بالمادة الخامسة من قانون العقوبات .

٣ - لما كان الخطأ في تأويل القانون - الذي تردى فيه المحكم لا يخضع لأي تقدير موضوعي مادامت محكمة الموضوع قد قالت كلمتها من حيث ثبوت صحة إسناد التهمة ماديا إلى المطعون ضده فإنه يتعين وفق نص المادتين ٣٥ ، ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ أن تصحح محكمة النقض الخطأ وتحكم بمقتضى القانون بتغريم المطعون ضده خمسين جنيها دون مصادرة السلاح التي لم يعد المحكم بها واجبا - طبقا لنص المادة ٣٠ من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن الأسلحة والذخائر المعدل بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ إلا في غير الأحوال المنصوص عليها في المادة ٢٨ مكررا منه .

الطعن رقم ٢٠٨١ لسنة ٤٩ القضائية

جلسة ١٢ من مارس سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ٣٦٤ »

نقد . قانون . « قانون أصلح » . نقض « أسباب الطعن .
مالا يقبل منها » . حكم « تسببيه . تسبیب غير معيب » .

الحكم ببراءة المطعون ضده باعتباره رئيس مجلس إدارة الشركة من تهمة عدم تقديم الشهادة القيمية عن البضاعة التي أفرج لاستيرادها عن عمله أجنبية - المفترضة في جانبه بالمادة ١٣ من القانون ٨٠ لسنة ٤٧ استنادا إلى المادة ١٦ من القانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبي الذي اعتنق مبدأ شخصية الجريمة . صحيح .
أساس ذلك ؟

إذ كان المحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه ببراءة المطعون ضده تأسيسا على أن المادة ١٦ من القانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ التي نصت على أن يكون المسئول عن الجريمة في حالة صدورهما من شخص اعتباري أو إحدى الجهات الحكومية أو وحدات القطاع العام هو مرتكب الجريمة من موظفي ذلك الشخص أو الجهة أو الوحدة وأن هذا القانون هو الواجب التطبيق على واقعة الدعوى دون نص المادة ١٣ من القانون

رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ إذ هو أصلح للمتهم لأنه استبعد المسؤولية المفترضة في جانب رئيس مجلس إدارة الشركة المستوردة بمقتضى المادة سالفة الذكر وكان لم يثبت من أوراق الدعوى أن المطعون ضده هو الموظف المنوط به تقديم الشهادة محل المسائلة . لما كان ذلك وكانت المادة ١٦ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم التعامل في النقد الأجنبي المعمول به بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية في ١٤ / ٨ / ١٩٧٦ تجرى بأن يكون المسئول عن الجريمة في حالة صدورهما عن شخص اعتباري أو إحدى الجهات الحكومية أو وحدات القطاع العام هو مرتكب الجريمة من موظفي ذلك الشخص أو الجهة أو الوحدة مع مسئوليته التضامنية عن العقوبات المالية التي يحكم بها وكانت المادة ١٣ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ بتنظيم الرقابة على النقد الأجنبي - الذي وقعت الجريمة في ظله - تنص على أن يكون المسئول عن المخالفة في حالة صدورهما عن شركة أو جمعية الشريك أو المدير أو عضو مجلس الإدارة المنتدب أو رئيس مجلس الإدارة حسب الأحوال وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المقصود بالقانون الأصلح في حكم الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات هو القانون الذي ينشئ للمتهم مركزا أو وضعا أصلح له من القانون القديم ، كأن يكون قد ألغى بعض الجرائم أو بعض العقوبات أو خفضها أو قرر وجها للإعفاء من المسؤولية الجنائية دون أن يلغى الجريمة ذاتها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ نفى مسؤولية المطعون ضده المفترضة على سند مما يجرى به نص المادة ١٦ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح . لما كان ذلك وكان البين من مطالعة المفردات المضمومة أن المطعون ضده لم يكن الموظف المسئول عن تسوية الاستمارة موضوع الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ نفى مسئوليته الشخصية عن الجريمة يكون قد بنى ذلك على ما له أصل ثابت بالأوراق وسلم من قالة الخطأ في الإسناد .

الطعن رقم ١٩٧٤ لسنة ٤٩ القضائية
جلسة ٦ من فبراير سنة ١٩٨٠ «س ٣١ ص ١٩٥»

قانون «سريانه» .

سريان قوانين الإجراءات بأثر فوري على مالم يتم من إجراءات . ولو تعلقت بجرائم وقعت قبل نفاذ هذه القوانين .
القوانين المعدلة للاختصاص . تطبيقها بأثر فوري على الدعاوى القائمة أمام المحكمة التي عدل اختصاصها . ما لم ينص الشارع على أحكام وقتية تنظم فترة الانتقال .

الأصل أن قوانين الإجراءات تسرى من يوم نفاذها على الإجراءات التي لم تكن قد تمت ولو كانت متعلقة بجرائم وقعت قبل نفاذها . وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن القوانين المعدلة للاختصاص ، تطبق بأثر فوري ، شأنها في ذلك شأن قوانين الإجراءات ، فإذا عدل القانون من اختصاص محكمة قائمة بنقل بعض ما كانت مختصة بنظره من القضايا طبقا للقانون القديم ، إلى محكمة أو جهة قضاء أخرى ، فإن هذه الجهة الأخيرة تصبح مختصة ، ولا يكون للمحكمة التي عدل اختصاصها عمل بعد نفاذ القانون الجديد ، ولو كانت الدعوى قد رفعت إليها بالفعل طالما أنها لم تنته بحكم بات ، وذلك كله ما لم ينص الشارع على أحكام وقتية تنظم مرحلة الانتقال .

الطعن ١٤٩١ لسنة ٥٠ القضائية

جلسة ٢٤ من ديسمبر ١٩٨٠ «س ٣١ ص ١١١٧»

(١) قانون «تفسيره» . «تطبيقه» . قانون جنائي .

التحرز في تفسير القوانين الجنائية واجب . غموض النص . لايحول دون تفسيره على هدى قصد الشارع . القياس في مجال التأييم . محذور .

(٢) إيجار أماكن . خلو رجل . قانون . «تفسيره»
«تطبيقه» .

اقتضاء المؤجر بالذات أو بالواسطة . مقدم إيجار أو أية مبالغ إضافية بسبب تحرير عقد الإيجار . أو خارج نطاقه . زيادة عن التأمين والأجرة المنصوص عليهما في العقد . مؤتم .

حصول المؤجر من المستأجر على مقدم إيجار . أو تقاضيه أية مبالغ إضافية بسبب تحرير عقد الإيجار . هما مناط حظر اقتضاء المبالغ الإضافية . أساس ذلك ؟
قصر الإعفاء من العقوبة المنصوص عليها في المادة ٤٥ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ على الوسيط أو المستأجر دافع خلو الرجل كشريك للمؤجر في الجريمة .
اقتضاء المستأجر بالذات أو بالواسطة من المؤجر أو المالك أو من الغير أية مبالغ في مقابل إنهاء عقد الإيجار وإخلاء المكان المؤجر . لانتائيم . مخالفة ذلك . خطأ في تأويل القانون .

مدى التزام المالك بدفع المبالغ المحددة بالمواد ٤٩ وما بعدها من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ كتعويض في حالات إخلاء العين المؤجرة لهدمها وإعادة بنائها ؟

(٣) حكم . «بياناته» . «بيانات حكم الإدانة» . «تسببيه»
تسبب معيب . «نقض» . «أسباب الطعن» ، مايقبل منها .

الحكم بالإدانة . وجوب اشتماله على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت والأدلة التي استخلصت منها المحكمة الإدانة . المادة ٣١٠ إجراءات .

١ - الأصل أنه يجب التحرز في تفسير القوانين الجنائية والتزام جانب الدقة في ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ماتحتمل ، وأنه في حالة غموض النص ، فإن الغموض لايحول دون تفسيره على هدى ما يستخلص من قصد الشارع ، مع مراعاة ما هو مقرر من أن القياس محذور في مجال التأييم .

٢ - إن الشارع إنما يؤتم بالإضافة إلى فعل اقتضاء المؤجر من المستأجر مقدم إيجار - أن يتقاضى منه أية مبالغ إضافية بسبب تحرير عقد الإيجار أو خارج نطاقه زيادة عن التأمين والأجرة المنصوص عليها في العقد - وفي حدود ما نص عليه القانون - سواء كان ذلك المؤجر

مالك العقار أو مستأجره الذي يروم تأجيريه إلى غيره فتقوم في جانبه حينئذ صفة المؤجر وسببية تحرير عقد الإيجار ، وهما مناط حظر اقتضاء تلك المبالغ الإضافية ، وذلك بهدف الميلولة دون استغلال حاجة الطرف المستأجر الملحة إلى شغل المكان المؤجر نتيجة ازدياد أزمة الإسكان المترتبة على زيادة عدد السكان زيادة كبيرة وعدم مواكبة حركة البناء لتلك الزيادة مما حمل الشارع على التدخل لتنظيم العلاقة بين مؤجري العقارات ومستأجريها بقصد حماية جمهور المستأجرين من استغلال بعض المؤجرين . فأرسي الأسس الموضوعية لتحديد أجره الأماكن في المواد ١٠ ، ١١ ، ١٢ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وحظر على المؤجرين في المادتين ١٧ ، ٤٥ اقتضاء أية مبالغ بالذات أو بالوساطة تزيد عن الأجرة والتأمين المنصوص عليهما في العقد وفي الحدود التي نص عليها القانون . وإذا كان ذلك فإن الحظر المشار إليه لا يسرى على المستأجر الذي ينهى العلاقة الإيجارية ويتنازل للمؤجر أو للغير عن العين المؤجرة لتخلف الصفة والسببية مناط التأميم . ولا يغير من ذلك ما ورد في المادة ٤٥ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في شأن إعفاء المستأجر والوسيط من العقوبة إذا أبلغ أو اعترف بالجريمة ، ذلك أن الثابت من المناقشات التي دارت بمجلس الأمة عند نظر مشروع هذا القانون أن الشارع قصد بالإعفاء المنصوص عليه في تلك المادة ، المستأجر الذي يدفع مبلغ الخلو المحظور إلى المؤجر فيكون قد شارك بفعله هذا في وقوع الجريمة محل التأميم . وكذلك الحال بالنسبة للوسيط ، فرأى المجلس قصر الإعفاء عليهما فحسب - دون المؤجر - باعتبار أن هذه هي الوسيلة الناجحة لضبط جرائم خلو الرجل ، ولذلك فإن حكم الإعفاء لا ينصرف ألبتة إلى حالة المستأجر الذي يتقاضى (خلو الرجل) بوصفه مؤجرا من الباطن إلى غيره ، ومما يزيد الأمر وضوحا في تحديد نطاق التأميم كما عناه الشارع وأنه مقصور على المؤجر ، أنه عند صياغة حكم الحظر في المادة ٢٦ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير وبيع الأماكن - وهي التي

حلت محل المادة ١٧ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ دون أي تغيير في مضمون القاعدة - أفصح الشارع بجلاء لا لبس فيه عن هذا المعنى بالنص في تلك المادة على أن « لا يجوز للمؤجر مالكا أو مستأجرا بالذات أو بالوساطة اقتضاء أي مقابل أو أتعاب بسبب تحرير العقد أو أي مبلغ إضافي خارج نطاق عقد الإيجار زيادة على التأمين والأجرة المنصوص عليهما في العقد كما لا يجوز بأية صورة من الصور للمؤجر أن يتقاضى أي مقدم إيجار » . بل إنه لما يؤكد قصد الشارع في عدم تأميم ما يتقاضاه المستأجر من مبالغ تعويضا عن ترك العين المؤجرة ما نص عليه في المواد ٤٩ وما بعدها من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سالف الذكر بأن يدفع للمستأجر المبالغ المحددة في هذه المواد على سبيل التعويض في حالات الإخلاء المترتبة على ما استحدثته من أحكام في شأن هدم المباني لإعادة بنائها بشكل أوسع . ولما كان مفاد ذلك كله أن تقاضى المستأجر بالذات أو بالوساطة أية مبالغ مقابل إنهاء عقد الإيجار وإخلاء المكان المؤجر هو فعل مباح يخرج عن دائرة التأميم سواء طبقا لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أو الأمر العسكري رقم ٦ لسنة ١٩٧٣ اللذين استند إليهما الحكم المطعون فيه في إدانة الطاعن ، أو أي قانون أو أمر عسكري آخر .

٣ - المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية قد أوجبت أن يشتمل كل حكم بالإدانة على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بيانا تتحقق به أركان الجريمة والظروف التي وقعت فيها والأدلة التي استخلصت منها المحكمة الإدانة ، حتى يتضح وجه استدلالها بها وسلامة مأخذها تمكينا لمحكمة النقض من مراقبة التطبيق القانوني على الواقعة كما صار إثباتها في الحكم وإلا كان قاصرا .

الطعن رقم ١٩٧٣ لسنة ٤٨ القضائية
جلسة ٩ من ابريل سنة ١٩٧٩ « لم ينشر »

نقد . استيراد . « استيراد بدون تحويل عملة » . مقاصة .
قانون . موانع المسئولية . « أسباب الإباحة » . قرار وزير
الاقتصاد . الجهل به . أثره ؟

قرار وزير الاقتصاد بشأن نظام استيراد السلع بدون تحويل عملة . ذبوع الاعتقاد
بإباحة التعامل في النقد الأجنبي بما في ذلك المقاصة بهدف تمويل البضائع المستوردة .
الجهل بأحكام ذلك القرار . أثره ؟

حيث إن الحكم المطعون فيه بعد أن استعرض واقعات الدعوى
وأقوال المطعون ضدهم ودفاعهم انتهى إلى القضاء ببراءتهم مما أسند
إليهم على سند من دعوات ثلاث ، حاصلها أن اعترافاتهم قد صدرت
باطلة إذ لم تكن صادرة عن إرادة حرة وإنما كانت وليدة التهديد
باتهامات أخرى خطيرة ، وأن كلا من القانونين ٩٧ لسنة ١٩٧٦ بشأن
تنظيم التعامل بالنقد الأجنبي ، ١١٨ لسنة ١٩٧٥ بشأن الاستيراد
والتصدير ، يعتبر قانونا أصح للمطعون ضدهم إذ أسقطا من حسابها
ما أسند إليهم من جرائم التعامل في النقد الأجنبي والمقاصة المنطوية
على تحويله أو تسويته وعدم عرضه بسعر الصرف الرسمي ، وتعامل
الأجنبي غير المقيم بالنقد المصري ، وكذلك جرمي الاستيراد بدون
ترخيص والاستيراد بقصد الاتجار بالنسبة للقطاع الخاص ، هذا إلى
انتفاء القصد الجنائي لدى المطعون ضدهم بصفة عامة . لما كان ذلك ،
وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه استظهر انتفاء القصد
الجنائي فيما أسند إلى المطعون ضدهم في قوله : « وحيث إنه بالإضافة
إلى ما تقدم وكانت الجرائم النقدية والاستيرادية موضوع الدعوى هي
جرائم عمدية تتطلب توجيه إرادة الفاعل إلى ارتكاب الأمر المكون
للجريمة علما بعناصرها القانونية وكان البين من أوراق الدعوى

ومذكرات المتهمين فيها وما قدمه الدفاع من مستندات أن المتهمين لم
يتعمدوا مخالفة القوانين السارية والمعمول بها وقت ارتكاب هذه الجرائم
إذ أن مذكرة إدارة النقد المؤرخة ٢٠ / ١ / ١٩٧١ والمؤيدة بقرار
وزير الاقتصاد والتي أباحت هذه العمليات محل الاتهام وكذا مقالات
المستولين في الصحف المقدمة في الدعوى والتي أباحت ذلك ، كما جاء
في أقوال الشهود زكريا توفيق عبد الفتاح وزير التجارة ومحمود
عبد الموجود وعبد الحفيظ سيف النصر فودة ومحمد رفعت بشير أنه
يفهم من نظام الاستيراد دون تحويل عملة أنه أباح تمويل تلك الأذون
عن طريق الحصول على النقد الأجنبي على غير الأوضاع والشروط
القانونية التي كانت سارية في هذا الوقت ومن ثم وإذا انتشر ذلك في
ذهن المتهمين فكل هذا إنما هو دعوى بجهل مركب من جهل بقاعدة
قانونية مقررة في قوانين النقد والاستيراد والواقع في وقت واحد مما
يجب معه قانونا في المسائل الجنائية اعتباره في جملته جهلا بالواقع
ودلالة هذا كله يؤيد اتجاه المتهمين إلى الرأي الذي تمسكوا به وهو
انتفاء القصد الجنائي لديهم » ، وإذا كان البين من مطالعة محاضر
جلسات المحاكمة أمام محكمة ثاني درجة بتاريخ ١٩ / ٣ ، ٢ / ١١ ،
١٧ / ١٢ / ١٩٧٧ ، ٢١ / ١ / ١٩٧٨ أن ما ساقه الحكم من
أقوال الشهود الذين سلف ذكرهم له في الأوراق صداه ، ولم يجد فيما
أسنده اليهم عن نص ما أنبأت به أو فحواه ، ولا يعدو الطعن عليه
بدعوى الخطأ في الإسناد في هذا الخصوص إلا أن يكون مجادلة لتجريحه
على وجه معين تأديا من ذلك إلى مناقضة ما اعتنقه قاضي الموضوع
بالدليل الصحيح وهو ما لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض . لما كان
ذلك ، وكان الثابت من مؤدى أقوال هؤلاء الشهود وماتضمنته مذكرة
الإدارة العامة للنقد المؤرخة ٢٠ / ١ / ١٩٧١ أنه لما صدر قرار وزارة
الاقتصاد والتجارة الخارجية الرقيم ١٠٠٩ لسنة ١٩٦٩ بشأن نظام
استيراد السلع بدون تحويل عملة ولم يفصح عن مصدر وكيفية تمويل
أذون الاستيراد هذه ، فقد ساد الاعتقاد بإباحة التعامل في النقد

الأجنبي بما في ذلك المقاصة المنطوية على تحويله أو تسويته طالما كان ذلك يهدف تمويل البضائع المستوردة ولذلك ولما بين قوانين النقد والاستيراد من التكامل خلصت مذكرة إدارة النقد المؤرخة ٢٠ / ١ / ١٩٧١ إلى أنه تمشيا مع التيسيرات ومنعا من التضارب فإن الإدارة لن تأذن بالسير في الإجراءات القانونية أو رفع الدعوى العمومية في تلك القضايا بشرط إثبات أن الأداء بالعملة المصرية محليا تم سداداً لتمويل بالعملة الأجنبية في الخارج ، وإذ كان ما أسند الى المطعون ضدهم إنما ينتمي إلى هذا الأصل أو يلتقى معه في ذات الصعيد ، فحسب المتهم فيها أن يستقى مما سلف عقيدته في الإباحة وأن تستظهر المحكمة من المقومات ما لا يأتى هذا الاستخلاص متى كان مرد هذا الاعتقاد تلك الأسباب المقبولة التي اعتنتها المتهم واعتمدها وساقها الحكم المطعون فيه . لما كان ذلك ، وكان يبين من مطالعة نصوص القرار ١٠٠٩ لسنة ١٩٦٩ سالف الذكر أنها أمسكت فعلا عن بيان كيفية تمويل أذون الاستيراد بدون تحويل عملة ، كما خلت مواده من نص يعاقب على مخالفة أحكامه ، وكان جهل المطعون ضدهم بأحكام هذا القرار لم يكن مبنيا على عدم علمهم بحكم من أحكام قانون العقوبات وإنما هو جهل بقاعدة مقرر في قانون آخر - هو قرار الاستيراد بدون تحويل عملة - وهو جهل مركب من جهل بهذه القاعدة وبالواقع في وقت واحد مما يجب معه قانونا في المسائل الجنائية اعتباره في جملته جهلا بالواقع ، ولما كان الحكم قد اعتبر الظروف والملابسات التي أحاطت بهذا العذر دليلا على صحة ما اعتقده المطعون ضدهم من أنهم كانوا يباشرون عملا مشروعاً وذلك للأسباب المقبولة التي تبرر لديهم هذا الاعتقاد مما ينتفى معه القصد الجنائي الواجب توافره في الجرائم المسندة إليهم ، ومن ثم يكون الحكم اذ قضى ببراءتهم قد طبق القانون تطبيقاً سليماً ، وهو ما يكفي لحمل قضائه ويغنى عن مناقشة وجه الطعن الآخر ويتعين معه رفض الطعن موضوعاً .

الطعن رقم ٢٩٠ لسنة ٤٨ القضائية

جلسة ١١ من يونيه سنة ١٩٧٨ «س ٢٩ ص ٥٩١»
هتك عرض . قانون . «تفسيره» . وقف تنفيذ . نقض .
« حالات الطعن . الخطأ في تطبيق القانون » . محكمة النقض .
« الحكم في الطعن » .

عقوبة السجن . اقترانها بطبيعتها بالشغل . على خلاف عقوبة الحبس بنوعيه .
المادة ١٦ عقوبات . أثر ذلك : عدم جدوى النعى على الحكم إقرانه الشغل بعقوبة
السجن .
القضاء بإيقاف تنفيذ عقوبة السجن . خطأ في القانون . واجب الإلغاء . المادة ٥٥
عقوبات .

تنص المادة ١٦ من قانون العقوبات على أن « عقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة المدة المحكوم بها عليه بما مفاده أن القانون لا يعرف سوى نوع واحد من عقوبة السجن وهي بطبيعتها تقترن بالشغل خلافاً لعقوبة الحبس بنوعيه ، ومن ثم فإن ما نص عليه الحكم المطعون فيه من أن تكون عقوبة السجن مع الشغل لا أثر له . لما كان ذلك ، وكانت المادة ٥٥ من قانون العقوبات لا تجيز للمحكمة أن تأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة إلا عند الحكم في جنابة أو جنحة بالغرامة ، أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة بما مؤداه أنه إذا زادت عقوبة الحبس المقضى بها عن سنة أو كانت العقوبة هي السجن أو الأشغال الشاقة فإنه لا يجوز للمحكمة أن تأمر بإيقاف تنفيذها ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بمعاينة المطعون ضده بالسجن لمدة ثلاث سنوات وأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يتعين معه - عملاً بنص المادة ٣٩ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض - نقضه نقضاً جزئياً وتصحيحه

وفقا للقانون بإلغاء ما اشتمل عليه من الأمر بإيقاف تنفيذ عقوبة السجن المقضى بها .

الطعن رقم ٥٠٧ لسنة ٤٨ القضائية

جلسة ١٦ من أكتوبر سنة ١٩٧٨ «س ٢٩ ص ٦٩٥»
قانون «تطبيقه» . تبديد . اختلاس أشياء محجوزة . جريمة .
«أركانها» .

كون الشيء المبدد غير مملوك لمرتكب الاختلاس . شرط لوقوع جريمة التبديد .
جريمة المادة ٣٤٢ عقوبات . استثناء من هذا الأصل . عدم جواز القياس عليه .
أساس ذلك . لا جريمة ولا عقوبة بغير نص .

إن جريمة التبديد لا تتحقق إلا بشروط من بينها أن يكون الشيء
المبدد غير مملوك لمرتكب الاختلاس ، فلا عقاب على من بدد ماله ،
لأن مناط التأثيم هو المساس والعبث بملكية المال الذي يقع الاعتداء
عليه من غير صاحبه ، ولم يستثن الشارع من ذلك إلا حالة اختلاس
المال المحجوز عليه من مالكه ، فاعتبرها جريمة خاصة نص عليها في
المادة ٣٤٢ من قانون العقوبات ، وهو استثناء جاء على خلاف الأصل
العام المقرر فلا يمتد حكمه إلى ما يجاوز نطاقه ، كما لا يصح القياس
عليه ، إذ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص في القانون .

الطعن رقم ٩٥٥ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ٧ من فبراير سنة ١٩٧٧ «س ٢٨ ص ٢١٥»

(١) قانون . الجهل بالقانون . قصد جنائي . دفاع .
«الإخلال بحق الدفاع . ما لا يوفره»

الادعاء بالجهل بإجراءات الحصول على الترخيص وأن قانون المباني لا يُعد من
القوانين الجنائية . دفاع قانوني ظاهر البطلان .
القانون ٤٥ لسنة ١٩٦٢ و ٥٥ لسنة ١٩٦٤ مكملاً لأحكام قانون العقوبات .

(٢) بناء . قانون . «قانون أصلح» . نقض . أسباب
الطعن . «ما يقبل من الأسباب» . حكم «تسببيه» . تسبب
معيب .

صدر القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ يجعل إقامة مبنى لا تزيد قيمته في مجموعها
على خمسة آلاف جنيه . قبل الحصول على موافقة اللجنة الخاصة . فعلا غير مؤتم في
هذا الخصوص .

(٣) بناء . قانون . «قانون أصلح» . حكم «تسببيه» .
تسبب غير معيب .

جريمة البناء بدون ترخيص . لم يتناولها القانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بالتعديل . وإن
شدد عقوبتها . اعتبار القانون ٤٥ لسنة ١٩٦٢ أصلح للمتهم في هذا الخصوص .
١ - لما كان القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ في شأن تنظيم المباني
والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم وتوجيه أعمال البناء هما
تشريعان مكملان لأحكام قانون العقوبات بما ورد فيهما من جرائم
وعقوبات مقررة ولا يعتد بالجهل بأحكامهما ، لما كان ذلك ، وكان ما
أثاره الطاعن في الشق الآخر من طعنه أنه كان يجهل إجراءات
الحصول على الترخيص وما تم من إجراءات كان له أثره على القصد
الجنائي لديه . وأن جهله هذا يشكل خطأ في الواقع . والقانون الخاص
بالمباني لا يعد من القوانين الجنائية مما يؤدي إلى الإعفاء من
المسئولية - فبفرض إبدائه أمام المحكمة الاستئنافية - لا يبدو أن
يكون دفعا بالجهل بأحكام هذين القانونين ، أنزله منزلة الجهل بالواقع
الذي ينتفى به القصد الجنائي وهو بهذه المثابة دفاع قانوني ظاهر
البطلان مما لا تلتزم المحكمة بالرد عليه .

٢ - لما كان القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ في شأن توجيه وتنظيم
أعمال البناء قد صدر ونشر في الجريدة الرسمية في ٩ سبتمبر سنة
١٩٧٦ وعمل به في ذات التاريخ ونص في المادة ٣٥ منه على إلغاء
القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ في شأن تنظيم المباني والقانون رقم ٥٥
لسنة ١٩٦٤ بتنظيم وتوجيه أعمال البناء ، كما نص في مادته الأولى

على أنه « فيما عدا المباني التي تقيمها الوزارات والمصالح الحكومية وشركات القطاع العام يحظر في أى جهة من الجمهورية داخل حدود المدن والقرى أو خارجها ، إقامة أى مبنى أو تعديل مبنى قائم متى كانت قيمة الأعمال المطلوب إجراؤها تزيد على خمسة آلاف جنيه إلا بعد موافقة لجنة يصدر بشكليها وتحديد اختصاصاتها وإجراءاتها والبيانات التي تقدم إليها قرار من وزير الإسكان والتعمير وذلك في حدود الاستثمارات المخصصة للبناء في القطاع الخاص » . وبإلغاء القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٤ أصبحت جريمة إقامة مبنى لا تزيد قيمة الأعمال المطلوب إجراؤها عن خمسة آلاف جنيه - قبل الحصول على موافقة اللجنة - فعلا غير مؤتم ويكون القانون الجديد أصلح للمتهم وقد صدر بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه بحكم بات وهو الواجب التطبيق ولمحكمة النقض نقض الحكم من تلقاء نفسها عملا بما هو محمول لها بمقتضى المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، وتصحيحه بإلغاء الحكم المطعون فيه فيما قضى به من تغريم الطاعن مبلغ ٢٨٥٠ جنيها .

٣ - لما كانت باقى العقوبات التي دين بها الطاعن مقررة بالقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ عن جريمة إقامة بناء بدون ترخيص - وهى التهمة التي أسندت إلى الطاعن - وكان القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ وإن أُلغى القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ إلا أنه لم يعدل في أحكام هذه الجريمة وفرض لها عقوبات أشد من تلك التي كان يقررها القانون الملغى فإن القانون ٤٥ لسنة ١٩٦٢ يكون هو القانون الواجب التطبيق لما هو مقرر من أنه يعاقب على الجريمة بمقتضى القانون الذي كان معمولا به وقت ارتكابها مادام القانون الجديد لم يعدل من أحكامها ويكون ما قضى به الحكم المطعون فيه من عقوبات عن تلك التهمة صحيحا في القانون .

الطعن رقم ١١٨٤ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ٦ من مارس سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٣٣٠ »
بناء وهدم . قرارات إدارية . قانون . « تفسيره » .

حق المحافظ في إصدار قرار بإعفاء أبنية بذاتها من أحكام القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ والقرارات المنفذة له .
مجرد صدور توجيهات من المحافظ بالتمكين من إنهاء الأعمال في مبنى معين . عدم اعتبارها قرارا بالإعفاء من أحكام القانون المذكور .
لما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قدم حافظة انطوت على مستندات من بينها كتاب موجه إليه من مدير منطقة حى غرب القاهرة يخاطره فيه بورود خطاب مؤشر عليه من السيد وكيل الوزارة للشئون الهندسية يفيد توجيهات المحافظ بالتصريح له بتمكينه من تشطيب العمارة موضوع الدعوى وبأنه أرسلت إشارة إلى قسم قصر النيل بتمكينه من ذلك تنفيذا لتعليمات المحافظ . لما كان ذلك ، وكان الحكم قد أسس قضاءه بالبراءة على ما استخلصه من هذا الكتاب بصدور قرار من محافظ القاهرة بإعفاء المطعون ضده من أحكام القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ عملا بالتفويض الصادر له بمقتضى قرار وزير الإسكان رقم ٤٩٦ لسنة ١٩٧٣ والذي حوِّله فيه حقه المنصوص عليه في المادة الثامنة عشرة من ذلك القانون في إصدار قرار بإعفاء أبنية بذاتها من تطبيق أحكام القانون والقرارات المنفذة له وباعتبار أن هذا القرار وإن كان لاحقا على تاريخ الواقعة إلا أنه رفع التأثيم عن الأفعال المسندة للمطعون ضده مما يعد أصلح له وفقا للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات . وكان ما انتهى إليه الحكم في هذا غير سديد ، ذلك أن عبارات الكتاب سالف البيان لا تؤدي إلى ما خلص إليه من صدور قرار محافظ القاهرة بإعفاء البناء محل الدعوى من الاشتراطات المنصوص عليها في القانون ، وكل ما تضمنه هو صدور مجرد توجيهات وتعليمات من المحافظ بالتمكين من

إنهاء الأعمال به . لما كان ذلك ، وكانت المادة الثامنة عشرة من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ بشأن تنظيم المياني وقرار وزير الإسكان رقم ٤٩٦ لسنة ١٩٧٣ قد نصا على أن يصدر القرار بالإعفاء بناء على اقتراح المجلس التنفيذي أو المحلى المختص وفقا لما يقرره المجلس في كل حالة على حدة من قيود وضمانات وأوضاع وشروط يرى وجوب توافرها ، وكان كتاب محافظة القاهرة قد خلا مما ينبئ عن صدور القرار بعد استكمال تلك الإجراءات ومن ثم فهو لا يعد بحال قراراً تشريعياً واجب التطبيق حتى يمكن القول بأنه أصلح للمطعون ضده . متى كان ذلك فإن الحكم إذ قضى بغير ذلك يكون قد شابه فساد في الاستدلال أدى به الى خطأ في تطبيق القانون مما يعيبه ويستوجب نقضه ، وإذ كان هذا الخطأ قد حجب المحكمة عن نظر موضوع الدعوى فإنه يتعين أن يكون النقض مقرونا بالإحالة .

الطعن رقم ١٣١٥ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ٥ من يونيه سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٦٧٤ »

(١) قانون . « القانون الأصلح » . تطبيقه . « سريانه من حيث الزمان » . دعوى جنائية . « قيود تحريكها » .

قاعدة سريان القانون الأصلح . مجال سريانها . القواعد الموضوعية دون الإجرائية . الإجراء يظل خاضعاً للقانون السارى وقت صدوره . رفع الدعوى الجنائية في ظل قانون لا يعلق رفعها على طلب أو إذن . صدور قانون يوجب ذلك . لا أثر له في صحة إجراءاتها .

(٢) استيراد . جريمة « أركانها » .

استيراد الأفراد للسلع بقصد الاتجار . دون مراعاة الشروط المقررة . مؤتم . سواء في ظل القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ أو في ظل القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ الذى حل محله .

للأفراد الحق في استيراد احتياجاتهم من السلع لاستعمالهم الشخصى أو الخاص من

مواردهم الخاصة . مباشرة أو عن طريق الغير . طبقاً للقرارات التى تصدر من وزير التجارة .

(٣) قانون . « قانون أصلح » . استيراد . عقوبة « تطبيقها » .

القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ بما تضمنه من عقوبات . يعتبر أصلح من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ في شأن الاستيراد والتصدير .

١ - لما كان الثابت أن الدعوى الماثلة قد رفعت من قبل صدور القانون الجديد رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ في شأن الاستيراد والتصدير ، ومن ثم فلا يسرى عليها ما ورد بنص المادة ١٥ من عدم جواز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ أى إجراء في الجرائم المذكورة فيه إلا بناء على طلب كتابى من وزير التجارة أو من يفوضه لما هو مقرر من أحكام المادة الخامسة من قانون العقوبات لا تسرى إلا بالنسبة للمسائل الموضوعية دون القواعد الإجرائية ، إذ الأصل أن الإجراء الذى يتم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً وخاضعاً لأحكام هذا القانون . ولما كان القانون المطبق رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ في شأن تنظيم الاستيراد - الذى يحكم واقعة الدعوى وتم رفعها في ظله - قد خلا من نص مماثل للنص الوارد في المادة ١٥ من القانون الجديد رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ بشأن الطلب المشار إليه ، فإن تمسك الطاعن بأحكام هذا النص يكون غير سديد .

٢ - إن ما يتحدى به الطاعن من أن السلع التى استوردها مسموح للأفراد باستيرادها بعد صدور القانون الجديد ، بل ومنذ صدور القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٤ ببعض الأحكام الخاصة بالاستيراد والتصدير والنقد ، في غير محله مادام الحكم قد أثبت - أن فعل الاستيراد قد وقع من الطاعن بقصد الاتجار ، ذلك بأنه وإن كان القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٤ الذى لا يزال معمولاً به وقتن الإجراءات التى اتخذت من قبل في سبيل تحقيق سياسة الانفتاح الاقتصادى بصدور قرار وزير المالية رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٤ بشأن تطوير

السوق الموازنة للنقد الذي بقي بدوره قائما ، وبصدور قرارى وزير التجارة الخارجية رقمى ٧٣ لسنة ١٩٧٤ بالإجراءات التنفيذية لهذا القرار و ٢٨٦ لسنة ١٩٧٤ بشأن السلع المسموح بتوريدها إلى البلاد تطبيقا للقرار ذاته - قد أجاز في المادة الأولى منه السماح للأفراد ووحدات القطاع الخاص بالاستيراد من الخارج في نطاق السوق الموازية وفقا للشروط والأوضاع التي تحددها القواعد المنظمة لها على أن يصدر وزير التجارة قرارا بالقواعد والإجراءات التي تنظم عمليات الاستيراد المشار إليها كما أجاز في الفقرة الأولى من المادة الثانية منه للمصريين الحائزين على موارد بالنقد الأجنبي تدخل في نطاق السوق الموازية أن يقوموا باستخدامها في الاستيراد العيني للسلع التي يصدر بها قرار من وزير المالية والتجارة ، إلا أنه لم يبيح - لا هو ، ولا القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ اللاحق عليه - للأفراد استيراد السلع تلقائيا دون طلب ، بصفة مطلقة - ولو كان ذلك بقصد الاتجار - ذلك بأن القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٤ لم ينص على إلغاء القانون المطبق رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ الذي يؤتم هذا الفعل متى توافر ذلك القصد ، وإنما اقتصر على النص في المادة الرابعة منه على إلغاء كل حكم يخالف أحكامه فحسب ، ولا يوجد ثمة تعارض بين أحكامه وبين استمرار بقاء الفعل المذكور مؤثما بالقانون المطبق . يؤيد ذلك أن القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ - الذي حل محل القوانين أرقام ٩ لسنة ١٩٥٩ في شأن الاستيراد و ٢٠٢ لسنة ١٩٥٩ في شأن التصدير و ٩٥ لسنة ١٩٦٣ المطبق - إنما صدر لتأكيد المدى الذي حققته سياسة الانفتاح ، بل للانطلاق إلى الأمام بشكل أكثر مرونة ومع ذلك فقد صرح في الفقرة الأولى من المادة الأولى بأن يكون استيراد احتياجات البلاد السلعية عن طريق القطاعين العام والخاص ، وبأن للأفراد حق استيراد احتياجاتهم للاستعمال الشخصى أو الخاص ، وذلك مباشرة أو عن طريق الغير على أن يصدر وزير التجارة قرارا بتحديد الإجراءات والقواعد التي تنظم عمليات الاستيراد ، وفرض في المادة ١٥ منه

العقاب على مخالفة أحكام المادة الأولى أو القرارات المنفذة لها . وقد تردد هذا المعنى في الباب الأول من اللائحة التنفيذية لهذا القانون - الصادر بها قرار وزير التجارة رقم ١٣٣٦ لسنة ١٩٧٥ - التي خصصت في ذلك الباب للاستيراد فصلين رصدت أولهما لعموم استيراد احتياجات البلاد السلعية ونصت فيه على أن تشكل لجنة مشتريات بالوكالة التجارية بشركة مصر للاستيراد والتصدير تختص بالنظر في احتياجات القطاع الخاص والقطاع الحرى ولجنة مشتريات أخرى بوزارة السياحة تختص بالنظر في احتياجات القطاع الخاص السياحى ، وعلى أن تلتزم كافة لجان المشتريات بقيد جميع شركات القطاع العام التجارية بسجلات الموردين ، وعلى أن تقدم العطاءات إلى لجان المشتريات المختصة من شركات القطاع العام التجارية أو من وكيل تجارى مصرى مقيد بسجل الوكلاء التجاريين أو من شركة قطاع عام مقيدة بالسجل التجارى ومن ضمن نشاطها الاستيراد ، وعلى أن تقدم العطاءات الخاصة بالاستيراد بطرق معينة ذكرت تحديدا . بينا عقدت الفصل الثانى من الباب المذكور لخصوص استيراد السلع للاستعمال الشخصى أو الخاص دون الاتجار ، وأبانت فيه أن للأفراد استيراد احتياجاتهم للاستعمال الشخصى أو الخاص من مواردهم الخاصة وتفرج عنها الجمارك مباشرة بالشروط المبينة تفصيلا في المادة ١٥ . ثم أصدر وزير التجارة القرار رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٧٦ - بناء على كل من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٤ والقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ ولائحته التنفيذية وعلى قرار وزير المالية رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٤ ، وذلك حسبا بين من مطالعة ديباجته - ونص في المادة الأولى منه على تشكيل لجنة للبت في توريد البضائع وطلبات الاستيراد ، كما نص في الفقرة (أ) من المادة الثانية منه على أنه « يجوز للمصريين الحائزين على موارد بالنقد الأجنبى تدخل بطبيعتها ضمن موارد السوق الموازية للنقد أن يقوموا بتحويلها إلى البلاد في شكل عيني فيما عدا السلع المرفقة بالكشف رقم (١) » ثم نص في المادة الثامنة منه على أن « يفرج عن طريق

الجمارك مباشرة عن السلع التي ترد طبقاً للمادة (٢) فقرة (أ) من هذا القرار التي لا تتجاوز قيمتها وقت التعاقد ما يعادل خمسة آلاف جنيه مصرى بالعملة الحرة وبالسعر الرسمي بعد اتخاذ الإجراءات الجمركية . وفي حالة تجاوز القيمة المشار إليها يعرض الأمر على اللجنة المشار إليها في المادة (١) من هذا القرار .. « وقد وردت هذه النصوص على غرار المواد ١ فقرة (أ) و ٢ و ٨ من قرار وزير التجارة السابق رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٤ ، بل ومع توسع أكثر في أنواع السلع المسموح باستيرادها من الموارد الخاصة ، ومؤدى ذلك كله أن الإفراج المباشر عن السلع كان - رغم صدور القرارات الخاصة بتحقيق سياسة الانفتاح الاقتصادى - ولم يزل مقصوداً على حالة استيرادها للاستعمال الشخصى أو الخاص ، وأن ذلك لا يتعارض ألبتة مع حظر استيراد الأفراد للسلع تلقائياً بقصد الاتجار - وهو الفعل المؤثم في القانون المطبق رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ كما سلف القول ، والذي ظل مؤثماً من بعده كذلك بصريح نصوص القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ الذى حل محله ولائحته التنفيذية .

٣ - إن العقوبة المقررة في القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ للجريمة التي دين بها الطاعن أخف من تلك الواردة بالقانون المطبق رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ ، ذلك بأنها - في المادة الثالثة من القانون المطبق - إنما هي الحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتى جنيه ولا تزيد على ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين علاوة على تعويض لا يقل عن ٢٠٪ من قيمة المضبوطات ولا يتجاوز ٥٠٪ من قيمتها وعلى الحكم بمصادرة السلع موضوع الجريمة أو بتعويض يعادل ثمنها إذا لم يتيسر مصادرتها بينما هي في المادة ١٥ من القانون الجديد غرامة - فحسب - لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه علاوة على الحكم بمصادرة السلع موضوع الجريمة ، ومن ثم فإن القانون الجديد يعد - من هذه الوجهة فقط - قانوناً أصح للطاعن ، وكان على الحكم المطعون فيه اتباعه دون غيره في هذا الخصوص عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من

قانون العقوبات - لأنه صدر بعد وقوع الفعل وقبل ١٢ من يونيه سنة ١٩٧٦ - تاريخ صدور الحكم المطعون فيه - أما والحكم لم يفعل فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

الطعن رقم ١٥٣ لسنة ٤٧ القضائية

جلسة ١٦ من مايو سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٦٢٢ »
١ - هدم . طعن « ميعاده » . دفاع . « الإخلال بحق الدفاع . ما يوفره . حكم « تسببه . تسبب غير معيب » .
صدور قرار بالهدم . عدم التظلم منه وفق مارسه القانون . صيرورته نهائياً . عدم جواز المجادلة فيه .
٢ - قانون « تطبيقه » . دفاع « الإخلال بحق الدفاع . مالا يوفره » .

تعليمات النيابة العامة . عدم الاعتداد بالتعليمات في مقام تطبيق القانون .
١ - إن القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في شأن إيجار الأماكن نص في المادة ٣١ على أنه « تتولى الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم معاينة وفحص المباني والمنشآت وتقرر ما يلزم اتخاذه للمحافظة على الأرواح والأموال سواء بالهدم الكلى أو الجزئى » وجرى نص المادة ٣٢ على أنه « تشكل .. لجنة أو أكثر يصدر بها قرار من المحافظ المختص تتولى دراسة التقارير المقدمة من الجهة الإدارية .. وإصدار قرارات في شأنها » .. ونصت المادة ٣٤ على أنه « لكل من ذوى الشأن أن يطعن في القرار المشار إليه بالمادة السابقة في موعد لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان القرار إليه أمام المحكمة الابتدائية الكائنة في دائرتها العقار » ثم بينت المادة ٤٦ العقوبات التي توقع في حالة مخالفة حكم المادة ٣٥ عند عدم تنفيذ قرار اللجنة النهائى ، وإذا كان الطاعن لم يسلك طريق الطعن وفقاً للقانون ، فقد بات قرار لجنة التنظيم الصادر بالهدم نهائياً لا يجوز للطاعن المجادلة فيه أو طلب تعيين

خير لتقرير صلاحية البناء بعد ترميمه .

٢ - لا يصح الاعتداد بالتعليمات في مقام تطبيق القانون .

الطعن رقم ٧ لسنة ٤٦ قضائية « نقابات »

جلسة ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٤ »

محاماة ، نقابات . نقض « أسباب الطعن . مالا يقبل منها » .

قانون « تفسيره » .

حظر الجمع بين المحاماة والأعمال الواردة حصراً في المادة ٥٢ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ . أصل عام . يستثنى منه تولى أعمال المحاماة بالهيئات والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها وشركات القطاع العام . الجمع بين المحاماة وإحدى الوظائف العامة أو الخاصة أو منصب رئيس مجلس إدارة أو العضو المنتدب في الشركات المساهمة . جائز لمن يشغلون بالفعل هذه المناصب وقت صدور القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ .

لما كانت المادة ٥٢ من القانون رقم ٦١ سنة ١٩٦٨ وقد عدت الأعمال التي لا يجوز الجمع بينها وبين المحاماة ومن بين هذه الأعمال ما نصت عليه الفقرة الثالثة منها والتي أشارت إلى الوظائف العامة أو الخاصة الدائمة أو المؤقتة بمرتبة أو بكافأة واستثنت من هذه الفقرة من يتولى المحاماة بالهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها وشركات القطاع العام فقد دلت بذلك على أن الأصل هو عدم الجمع بين المحاماة وبين أية وظيفة ، إلا أنه لما كان محامو الهيئات العامة - وما في حكمها مما عدته الفقرة الثالثة سالفه البيان - موظفين بها فقد أبيع لهم استثناء الجمع بين وظائفهم هذه وبين المحاماة ، وهذا الاستثناء وقد ورد خلافاً للأصل العام من عدم جواز الجمع بين المحاماة وبين أية وظيفة فإنه يتعين تفسيره في أضيق الحدود بحيث لا يجوز لمن يتولى المحاماة في تلك الجهات أن يتقلد أية وظيفة أخرى فيها خلاف تلك التي تؤهله للعمل بها كمحام تؤكد هذا المعنى وتزيده وضوحاً الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة لقولها : « ويسرى

هذا الحظر على كل من يجمع الآن بين المحاماة والاشتغال بإحدى الوظائف أو الأعمال المنصوص عليها في البندين الثالث والخامس . فأجرت حكماً وقتياً أخرجت به من نطاق حظر الجمع بين المحاماة وبين أية وظيفة من كانوا يجمعون - وقت صدور القانون المذكور - بين المحاماة وبين اشتغالهم بأية وظيفة أو تقلدهم منصب رئيس مجلس الإدارة أو العضو المنتدب في الشركات المساهمة .

الطعن رقم ١٨٣٥ لسنة ٤٥ القضائية

جلسة ٢٢ من فبراير سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٢٣٥ »

حكم . بياناته . « بيانات التسييب » . قانون . « تطبيقه » .

إشارة الحكم إلى مادة الاتهام التي طبقها . دون تحديد القانون المتضمن لها . لا يعيبه . متى كان إدراك هذا القانون بادياً للوهلة الأولى .

لما كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه إذ ألغى حكم البراءة المستأنف وأدان الطاعن - قد أفصح عن عقاب الطاعن بمواد الاتهام ، وكان يبين من الحكم الابتدائي أنه قد تضمن اتهام النيابة العامة الطاعن بارتكاب جرمي القتل الخطأ وقيادة سيارة بحالة خطرة - المفصل وصف كليتها بصدور ذلك الحكم ، وأنها طلبت معاقبته بالمادة ٢٣٨ / ١ و ٢ - والقانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ فإن في هذا وذاك أية على أن الحكم المطعون فيه قد دان الطاعن بتلك الجريمتين واعتبرها جريمة واحدة فأوقع عليه عقوبة أولاهما باعتبارها ذات العقوبة الأشد ، عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٣٢ من قانون العقوبات ولا يقدح في ذلك خلو الحكم الابتدائي من بيان اسم القانون المنطبق بعد إثباته للمادة ٢٣٨ / ١ و ٢ إذ أن ذلك لا يعدو - في صورة الدعوى - مجرد سهو عن ذكر اسم قانون العقوبات - الذي يدرك للوهلة الأولى باعتباره الأساس الأصلي للعقاب ، مادام الحكم قد وصف الأفعال التي وقعت وبين الواقعة المستوجبه للعقوبة بيانا كافياً

وقضى بعقوبة في حدود هذه المادة صاحبة العقوبة الأشد - لما كان ماتقدم ، فإن الطعن يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعا .

الطعن رقم ٣٩ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ١١ من إبريل سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٤٠٩ »

١ - محكمة الموضوع « سلطتها في تعديل وصف التهمة »
قانون . « تطبيقه » . وصف التهمة .

التزام المحكمة بتطبيق صحيح القانون . عدم تقيدها بالوصف المسبغ على الواقعة أو بالقانون المطلوب العقاب به .

٢ - اختصاص « الاختصاص الولائي » « اختصاص محاكم أمن الدولة » . أوامر عسكرية .

- حق المحاكم العادية في تطبيق الأوامر العسكرية والفصل في الجرائم التي تقع بالمخالفة لها .

- اختصاص محاكم أمن الدولة بهذه الجرائم . لا يسلب المحاكم العادية اختصاصها بها . أساس ذلك ؟

٣ - عقوبة « إيقاف تنفيذها » . قانون « تطبيقه . إلغاؤه » .

- الأمر بوقف تنفيذ العقوبة المقضى بها عن جريمة عبور الحدود المصرية الليلية خارج نطاق بوابة السلوم . خطأ في القانون . لمخالفته الأمر العسكري رقم ٨ لسنة ١٩٧٢ « مطروح » لا يدرأ هذا الخطأ صدور الأمر العسكري رقم ١٥ لسنة ١٩٧٣ علة ذلك ؟

- عدم جواز الرجوع إلى القانون العام فيما نظمه قانون خاص . التشريع العام اللاحق . لا ينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق .

١ - المحكمة ملزمة بأن تنزل الحكم الصحيح للقانون على الواقعة التي رفعت بها الدعوى غير مقيدة في ذلك بالوصف الذي أسبغ على هذه الواقعة بالقانون الذي طلب عقاب المتهم طبقا لأحكامه .

٢ - إنزال المحاكم الأحكام الواردة بالأوامر العسكرية على الوقائع الجنائية غير ممتنع عليها بل هو من واجبها ، ذلك بأن قانون

حالة الطوارئ الصادر بالقرار بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ إذ نصّ في المادة الخامسة منه على أنه « مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد تنصّ عليها القوانين المعمول بها يعاقب كل من خالف الأوامر الصادرة من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه بالعقوبات المنصوص عليها في تلك الأوامر » وفي الفقرة الأولى من المادة السابعة منه على أن « تفصل محاكم أمن الدولة الجزئية والعليا في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه » ، وفي المادة التاسعة منه على أنه « يجوز لرئيس الجمهورية أو لمن يقوم مقامه أن يحيل إلى محاكم أمن الدولة الجرائم التي يعاقب عليها القانون العام » ، فإنه بذلك يكون قد حصر اختصاص هذه المحاكم - وماهى إلا محاكم استثنائية - في الفصل في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه ، ولو كانت في الأصل مؤثمة بالقوانين المعمول بها وكذلك في الجرائم المعاقب عليها بالقانون العام التي تحال إليها من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه . بينما لم يسلب المحاكم صاحبة الولاية العامة شيئا ألبتة من اختصاصها الأصيل الذي أطلقته الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ليشمل الفصل في كافة الجرائم - إلا ما استثنى بنص خاص - وبالتالي يشمل هذا الاختصاص الفصل في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه عملا بأحكام قانون حالة الطوارئ حتى ولو لم تكن في الأصل مؤثمة بالقوانين المعمول بها ، ذلك لأن الشارع لم يورد في هذا القانون أو في أي تشريع آخر نصا بإفراد محاكم أمن الدولة بالفصل - وحدها دون سواها - في أي نوع من الجرائم ، ولو كان الشارع قد أراد ذلك لعمد الى الإفصاح عنه صراحة على غرار نهجه في الأحوال المماثلة كقانون السلطة القضائية سالف الذكر الذي عنى بإيراد عبارة « دون غيرها » وترديدها قربين كل اختصاص في المادة ٨٣ منه التي تنص على أن « تختص دوائر المواد

المدنية والتجارية بمحكمة النقض دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة . كما تختص الدوائر المذكورة دون غيرها بالفصل في طلبات التعويض عن تلك القرارات وتختص أيضا دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بالمرتببات والمعاشات والمكافآت .

٣ - لما كانت واقعة مغادرة أراضي الجمهورية بغير حمل جواز سفر وبدون الحصول على إذن خاص « تأشيرة » ومن غير الأماكن المخصصة لذلك التي رفعت بها الدعوى على المطعون ضده وعوقب عنها ، إنما يحكمها علاوة على القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ - الذي أنزل الحكم المطعون فيه بموجبه العقاب على المطعون ضده - الأمر العسكري رقم ٨ لسنة ١٩٧٢ (مطروح) الذي صدر من بعد ذلك القانون وعمل به قبل وقوع الفعل والذي يحظر إيقاف تنفيذ العقوبة في الجرائم المنصوص عليها فيه ومنها جريمة عبور الحدود المصرية الليبية خارج نطاق بوابة السلوم ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أمر - بالمخالفة لأحكام ذلك الأمر العسكري - بإيقاف تنفيذ العقوبة ، المقضى بها على المطعون ضده بالحكم المستأنف عن الجرائم الثلاث المسندة إليه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون . ولا يدرك عنه هذا الخطأ صدور الأمر رقم ١٥ لسنة ١٩٧٣ من نائب الحاكم العسكري العام بتاريخ ٢٥ من أبريل سنة ١٩٧٣ من بعد وقوع الواقعة وقبل الحكم المطعون فيه - قاضيا في مادته الأولى بأن يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من دخل إقليم الدولة أو خرج منه أو حاول ذلك من غير الأماكن المحددة لذلك أو بدون الحصول على الإذن المنصوص عليه في المادة ٤ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠ في شأن دخول وإقامة الأجانب بأراضي الجمهورية والخروج منها ، وخاليا من نص مانع من إيقاف تنفيذ العقوبة . ذلك بأنه لما كان المقرر - وفق القاعدة العامة الواردة بالمادة الثانية من القانون المدني - أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق

ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع وإذ كان الأمر العسكري رقم ٨ لسنة ١٩٧٢ (مطروح) والأمر العسكري رقم ١٥ لسنة ١٩٧٣ كلاهما بمنزلة سواء في مدارج التشريع ، وكان هذا الأمر اللاحق لم ينص صراحة على إلغاء الأمر السابق ، بل قد خلت نصوصه وحتى ديباجته ألبتة من أية إشارة إلى الأمر السابق . لما كان ذلك ، وكان الأمر اللاحق إنما هو تشريع عام ، فيما انتظمه من أحكام في شأن دخول إقليم الدولة والخروج منه بعامه ، في حين أن الأمر العسكري رقم ٨ لسنة ١٩٧٢ الصادر من محافظ مطروح بوصفه حاكما عسكريا لهذه المحافظة إنما هو تشريع خاص - مستقل بما انتظم من تجريم وعقاب ، ونطاقه مقصور على محافظة مطروح - راعى فيه مصدره اعتبارات محلية قدرها واستهدف من أجلها ، بما ضمنه من عقوبة لازالت هي الأشد ، مكافحة ظاهرة التسلسل - في دائرة هذه المحافظة وحدها وبذاتها - عبر الحدود المصرية الليبية بخاصة فقد بقي بذلك هذا التشريع الخاص السابق استثناء من التشريع العام اللاحق ماضيا في تحقيق الغرض الذي سن من أجله ، لما هو مقرر من أنه مع قيام قانون خاص لا يرجع إلى أحكام قانون عام إلا فيما لم ينتظمه القانون الخاص من أحكام وأن التشريع العام اللاحق لا ينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق بل يظل التشريع الخاص قائما .

الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة أول نوفمبر سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٨١٧ »

١ - محكمة الموضوع « سلطتها في تقدير الدليل » أعدار قانونية . زنا . حكم « تسببه . تسبب غير معيب » .

عذر الزوج في قتل زوجته خاص بحالة مفاجأة الزوجة متلبسة بالزنا لا يكفي ثبوت الزنا بعد وقوعه بمدة . القياس في الأعدار القانونية . غير جائز .

٣، ٢ - طعن « الصفة في الطعن والمصلحة فيه » عقوبة « تطبيقها » محكمة الموضوع . « سلطتها في تقدير العقوبة » . وصف التهمة .

٢ - لامصلحة من إثارة الطاعن عذر الاستفزاز في قتله لزوجته مادامت العقوبة المقضى بها تدخل في حدود عقوبة القتل العمد .

٣ - المناط في تقدير العقوبة هو ذات الواقعة الجنائية . لا مايسع عليها من أوصاف .

١ - لما كان مفاد ما أورده الحكم أن الطاعن لم يكن قد فاجأ زوجته متلبسة بجريمة الزنا ولم يكن قتله لها حال تلبسها بالجريمة المذكورة فإذا ما كان الحكم قد اطرح مادفع به الطاعن من تمسكه بإعمال المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى عليه في هذا الخصوص غير سديد لما هو مقرر من أن الأعدار القانونية استثناء لايقاس عليه وعذر الزوج في قتل زوجته خاص بحالة مفاجأة الزوجة متلبسة بالزنا فلا يكفي ثبوت الزنا بعد وقوعه بمدة .

٢، ٣ - لامصلحة للطاعن فيما يشيره من أمر قيام عذر الاستفزاز طالما أن العقوبة المقضى بها تدخل في حدود عقوبة القتل العمد المقررة في الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ من قانون العقوبات ولايغير من هذا النظر ما يذهب إليه الطاعن من أن المحكمة عند ما أخذته بالرافة تطبيقاً للمادة ١٧ من قانون العقوبات كانت عند تقدير العقوبة تحت تأثير الوصف الخاطيء الذي أعطته للواقعة وأنها لو وقفت على هذا الخطأ لكانت قد نزلت بالعقوبة إلى حدها الأدنى ، إذ أن هذا القول مردود بأن مناط تقدير العقوبة هو ذات الواقعة الجنائية التي قارفها الجاني لا الوصف الذي تكيفها به المحكمة وهي إذ تعمل حقها الاختيارى في استعمال الرافة بتطبيق المادة ١٧ من قانون العقوبات إنما تقدر العقوبة التي تتناسب مع الواقعة ولو أنها أرادت النزول بها إلى أكثر مما قضت به لما امتنع عليها ذلك .

الطعن رقم ١٦٢٤ لسنة ٤٥ القضائية

جلسة ٨ من فبراير سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ١٧٤ »

١، ٢ - قانون . « قانون أصلح للمتهم » . أحداث . اختصاص . « اختصاص محكمة الأحداث » .

١ - القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث . ناسخ للأحكام الإجرائية والموضوعية الواردة في قانون الإجراءات والعقوبات في صدد محاكمة الأحداث ومعاقبتهم . القانون المذكور أصلح للمتهم بما تضمنه من عقوبات .

٢ - اختصاص محكمة الأحداث دون غيرها بمحاكمة من لم يتجاوز سنه ثمانى عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة . مخالفة ذلك . خطأ في القانون .

من المقرر أن القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث الصادر في ٩ من مايو سنة ١٩٧٤ - قبل الحكم المطعون فيه - قد نسخ الأحكام الإجرائية والموضوعية الواردة في قانون الإجراءات والعقوبات - في صدد محاكمة الأحداث ومعاقبتهم ومن بين ما أورده مانص عليه في المادة الأولى منه من أنه « يقصد بالحدث في حكم هذا القانون من لم يتجاوز سنه ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكابه الجريمة » وفي المادة ٢٩ منه على أن تختص محكمة الأحداث دون غيرها بالنظر في أمر الحدث عند اتهامه في الجرائم ، وفي المادة ٣٢ منه أنه « لايعتد في تقدير سن الحدث بغير وثيقة رسمية فإذا ثبت عدم وجودها تقدر سنه بواسطة خبير » وفي المادة ١٥ منه على أنه « إذا ارتكب الحدث الذى يزيد سنه على خمس عشرة سنة ولايتجاوز ثمانى عشرة سنة جريمة عقوبتها الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة يحكم عليه بالسجن مدة لاتقل عن عشر سنوات ، وإذا كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة يحكم بالسجن وإذا كانت الجناية عقوبتها الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن تبدل هذه العقوبة بعقوبة الحبس مدة لاتقل عن ستة أشهر وإذا كانت عقوبتها السجن تبدل العقوبة بالحبس مدة لاتقل عن ثلاثة أشهر ، وفي جميع الأحوال لاتزيد على ثلث الحد

الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة ، ويجوز للمحكمة بدلا من الحكم على الحدث بإحدى هذه العقوبات أن تحكم بإيداعه إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية مدة لا تقل عن سنة طبقا لأحكام القانون .» لما كان ذلك ، وكان قانون الأحداث رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بما نص عليه من رفع السن التي يعتبر فيها المتهم حدثا من خمسة عشر عاما إلى ثمانية عشر عاما وتخفيفه العقوبات التي نص عليها فيه عن العقوبات التي كان منصوصا عليها في المواد من ٦٦ إلى ٧٢ من قانون العقوبات التي ألغاهها ذلك القانون هو قانون أصلح للمتهم - وإذا كان الثابت من صورة قيد ميلاد المحكوم عليه المرفقة بلف الطعن أنه ولد في ١٢ من أغسطس سنة ١٩٥٥ فإن سنه وقت ارتكاب الجريمة في ٢٦ يوليو سنة ١٩٧٢ لم تكن قد تجاوزت ثمان عشرة سنة مما تكون معه محكمة الأحداث هي المختصة دون غيرها بمحاكمته طبقا لأحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ المنطبق على الواقعة باعتباره قانونا أصلح للمتهم . واذ التفت الحكم المطعون فيه عن ذلك فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يتعين معه نقضه وإحالة القضية إلى محكمة الأحداث المختصة .

الطعن رقم ٤٩٨ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ٢٥ من أكتوبر سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٧٨٠ »

١ - محكمة الموضوع . « سلطتها في تعديل وصف التهمة » .
وصف التهمة . نيابة عامة .

عدم تقيد محكمة الموضوع بالوصف الذي ترفع به الدعوى . عليها تبين حقيقة الواقعة الجنائية .

٢ ، ٣ - جمارك . تهريب جمركي . استيراد . قانون . « قانون أصلح » .

(٢) (*) إباحة-استيراد السلع للأفراد . مالم يكن استيرادها مقصورا على القطاع العام . اعتبار هذه الإباحة قانونا أصلح للمتهم .
(٣) (*) إباحة استيراد سلعة قبل الحكم النهائي في جريمة استيرادها . أثره : اعتبار الفعل غير مؤثم . مما يوجب القضاء بالبراءة . مثال .

١ - من المقرر أن محكمة الموضوع لا تتقيد بالوصف الذي تسبغه النيابة العامة على الفعل المسند الى المتهم ومن واجبها ان تمحص الواقعة المطروحة عليها بجميع كيوفها وأوصافها وأن تطبق عليها نصوص القانون تطبيقا صحيحا وكل ما تلتزم به في هذا النطاق ألا تعاقب المتهم عن واقعة غير التي وردت بأمر الإحالة أو طلب التكليف بالحضور .

٢ ، ٣ - لما كان من المقرر أنه متى صدر بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه بحكم بات قانون جديد أصلح للمتهم فإنه يكون هو الواجب التطبيق ، وكان قد صدر في ١٣ / ٩ / ١٩٧٥ القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ الذي ألغى في مادته التاسعة عشرة القانونين رقمي ٩ لسنة ١٩٥٩ في شأن الاستيراد و ٩٥ لسنة ١٩٦٣ في شأن تنظيم الاستيراد وأباح في المادة الأولى منه استيراد احتياجات البلاد السلعية عن طريق القطاعين العام والخاص . وذلك وفق أحكام الخطة العامة للدولة وفي حدود الموازنة النقدية السارية ، وكانت الفقرة الأخيرة من هذه المادة وأن أجازت لوزير التجارة أن يقصر استيراد بعض السلع الأساسية على جهات القطاع العام ، وكان قرار وزير التجارة رقم ١٣٣٦ الصادر في ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥ قد نص في المادة الثالثة منه على قصر استيراد سلع معينة عددها على القطاع العام ، إلا أنه لما كانت السلع محل الجريمة المسندة للمطعون ضده - وهي على ما يبين من

(*) تكرر هذا المبدأ في الطعن رقم ٦٠٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ٣١ / ١٠ / ١٩٧٧ « لم

ينشر »

- وقارن نقض في الطعن رقم ١٣١٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ٥ / ٦ / ١٩٧٧ منشور في السنة ٢٨ ص ٦٧٤ وقد أوردناه بالصحيفة ١١٥٠ من هذا الكتاب ..

مراجعة المفردات المضمومة « كميات تجارية من البنط الصناعية التي تستخدم في الخراطة ومسامير ونحاس وبيرونز » ليست من السلع التي قصر القرار الوزاري المذكور استيرادها على جهات القطاع العام ، ومن ثم فقد أضحى فعل الاستيراد المسند إلى المطعون ضده غير مؤتم أخذاً بأحكام القانون الجديد الأصح للمتهم .

الظعن رقم ٢٤١ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ٣٠ من مايو سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٥٥٨ »

١ و ٢ - إثبات « بوجه عام » قرائن « قوة الأمر المقضى » تزوير. شيك بدون رصيد .

١ - قبول الدفع بقوة الأمر المقضى رهن بوحدة الخصوم والموضوع والسبب . اختلاف جريمة إصدار شيك بدون رصيد عن جريمة تزويره واستعماله . القضاء بالبراءة في التهمة الأولى لتزوير الشيك . لا يجوز قوة الأمر المقضى بالنسبة للثانية . تقدير الدليل في دعوى لا يجوز قوة الأمر المقضى به في دعوى أخرى .

٢ - الأدلة في المواد الجنائية متساندة .

وحيث إن الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه والمكمل بالحكم المطعون فيه بين واقعة الدعوى بما مفاده أن المدعى بالحقوق المدنية (المطعون ضده) أقام الدعوى بالطريق المباشر ضد الطاعن بجرائم البلاغ الكاذب والتزوير في محرر عرفي واستعماله . كما يبين من الاطلاع على الحكم المطعون فيه أنه مع أخذه بأسباب الحكم الابتدائي أضاف إليها قوله : « وحيث إن الثابت أن محكمة الجناح المستأنفة قضت في الجلسة رقم ٧٩٨٦ سنة ١٩٦٩ الرمل (رقم ٤٣٩٠ سنة ١٩٧٠ استئناف شرق اسكندرية) المتهم فيها .. (المدعى المدني في هذه الدعوى) بجلسة ٩ / ١ / ١٩٧١ برد وبطلان الشيك موضوع الاتهام ، لتزويره وبإلغاء الحكم المستأنف وببراءة المتهم وجاء بأسباب ذلك الحكم « وتكون الواقعة الصحيحة هي أن المتهم ماوقع على الورقة

المتضمنة شيكا عليه لصالح المجنى عليه (المتهم في الدعوى الحالية) إلا على أنها مخالصة بالمبلغ الذي قبضه ومن ثم يكون الشيك في الحقيقة مزورا تزويرا معنويا بتغيير مضمونه من مخالصة بمبلغ إلى شيك ومن ثم يتعين الحكم برده وبطلانه » . وبعد أن أورد الحكم المطعون فيه ماتقدم نقلا عن الحكم في القضية المضمومة انتهى إلى تأييد إدانة الطاعن بقوله « ومن ثم تكون التهم المسندة إلى المتهم ثابتة في حقه من تبليغه كذبا من أن المدعى بالحق المدني سلمه شيكا لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب مع علمه وقت التبليغ أن هذه الواقعة غير صحيحة لأن الشيك في حقيقته مزور تزويرا معنويا بتغيير مضمونه من مخالصة إلى شيك كما أنه ارتكب تزويرا في المحرر العرفي سالف الذكر « الشيك » على النحو المتقدم واستعمله بأن تقدم به بهذا البلاغ في الجلسة رقم ٧٩٨٦ سنة ١٩٦٩ الرمل ومن ثم تعين تأييد الحكم المستأنف » . لما كان ذلك ، وكانت قوة الشيء المقضى به مشروطة باتحاد الخصوم والموضوع والسبب في الدعويين وكانت دعوى إصدار شيك بدون رصيد قائم وقابل للسحب تختلف موضوعا وسببا عن دعوى تزوير الشيك واستعماله مع العلم بتزويره - موضوع الدعوى محل الطعن - فإنه يتمتع التمسك بحجية الأمر المقضى به ولا يغير من ذلك أن ورقة الشيك التي اتخذت دليلا على تهمة إصدار شيك بدون رصيد في الدعوى السابقة هي بذاتها أساس تهمة التزوير والاستعمال في هذه الدعوى ذلك أن تلك الورقة لا تخرج عن كونها دليلا من أدلة الإثبات في الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٣٧ عقوبات .

الظعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ القضائية

جلسة ٢٤ من مارس سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٢٥٨ »

دستور « دستورية القوانين » . قانون . « سريانه » « إلغاؤه . تعديله » . إذن التفتيش . « تسببيه » تفتيش . « التفتيش بإذن » . نقض . « حالات الطعن . الخطأ في تطبيق القانون » .

التزام التشريعات بالنزول على أحكام الدستور . بوصفه التشريع الأسمى .
صاحب الصدارة . وإلا تعين إهدارها . ولو كانت سابقة عليه .

النص في المادة ١٩١ من الدستور على بقاء كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدوره . لا ينصرف إلا إلى التشريع الذي لا يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته .

نص الدستور على حظر دخول المسكن أو تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقا لأحكام القانون . نص صالح بذاته للإعمال دون حاجة إلى سن تشريع أدنى - المادة ١٩١ من الدستور .

إنه لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى ، صاحب الصدارة فكان على مادونه من التشريعات النزول عند أحكامه فإذا متعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ماسواها ، ويستوى في ذلك أن يكون التعارض سابقا أو لاحقا على العمل بالدستور ، فإذا ما أورد الدستور نصا صالحا بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى ، لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ، ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحال قد نسخ ضمنا بقوة الدستور نفسه . لما كان ذلك ، وكان ما قضى به الدستور في المادة ٤٤ من صون حرمة المسكن وحظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقا لأحكام القانون ، إنما هو حكم قابل للإعمال بذاته فيما أوجب في هذا الشأن من أمر قضائي مسبب ، ذلك بأنه ليس يجوز ألبتة للمشرع من بعد أن يهدر أيا من هذين الضمانين - الأمر القضائي والمسبب - اللذين قررهما الدستور لصون حرمة المسكن ، فيسن قانونا يتجاهل أحد هذين الضمانين أو كليهما ، وإلا كان هذا القانون على غير سند من الشرعية الدستورية ، أما عبارة « وفقا لأحكام القانون » الواردة في عجز هذا النص فإنما تعني أن دخول المساكن ، أو تفتيشها لا يجوز إلا في الأحوال المبينة في القانون ، من ذلك ما أفصح عنه المشرع في المادة ٤٥ من قانون الاجراءات الجنائية سالفة البيان من حظر دخول المسكن إلا في الأحوال المبينة في القانون أو في حالة طلب المساعدة من

الداخل أو ماشابه ذلك وأما ما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا نافذا ، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور فإن حكمها لا ينصرف بدهة إلا إلى التشريع الذي لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من المشرع ، ومن ثم يكون تسبب الأمر بدخول المسكن أو تفتيشه ، إجراء لامندوحة عنه ، منذ العمل بأحكام الدستور دون تربص صدور قانون أدنى ، ويكون ما ذهب إليه النيابة العامة من نظر مخالف غير سديد .

الطعن رقم ٨٠٥ لسنة ٤٥ القضائية

جلسة ٢٢ من يونية سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٥٢٨ »

(١ - ٨) قانون . « إلغاؤه » « تفسيره » . « إصداره » .
« تطبيقه » « التفويض التشريعي » . لوائح . قرارات وزارية .
دستور . نقد . استيراد . إقامة . حكم . « تسببه » . تسبب
معيب .

(١) عدم إلغاء التشريع . إلا بتشريع لاحق أعلى منه . أو مساو له في
مدراج التشريع . الإلغاء الصريح والضمني للقانون ؟
بقاء قوانين النقد والاستيراد أرقام ٨٠ لسنة ١٩٤٧ ، ٩ لسنة ١٩٥٩ ، ٩٥
لسنة ١٩٦٣ .

(٢) التحرز في تفسير القوانين الجنائية والتزام الدقة في تفسيرها . وعدم
تحميل عبارتها فوق ما تحتمل . واجب .
صياغة النص في عبارات واضحة جلية . اعتبارها تعبيراً صادقا عن إرادة
المشرع . عدم جواز الانحراف عنها . عن طريق التفسير أو التأويل . أو
بدعوى الاستهداء بحكمة الشارع .

الاستهداء بحكمة التشريع ودواعيه . لا تكون إلا عند غموض النص .
الأحكام تدور مع علتها . لامع حكمتها .
لاجتهاد مع صراحة النص .

القول بأن نظام الاستيراد بدون تحويل عملة . يترتب عليه التعارض مع حكم المادة الأولى من قانون النقد وأنه ألغى تراخيص الاستيراد بصورة مطلقة شاملة . مخالف للقانون . واجتهاد غير جائز مع صراحة نصوص القانون . وتوسع في تفسيرها . وأخذ بحكمتها . لابلغتها . وهو مالا يجوز قانونا . (٣) حق السلطة التنفيذية . دستوريا في إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين . دون زيادة أو تعديل أو تعطيل لها . أو إعفاء من تنفيذها ليس معناه نزول السلطة التشريعية عن سلطتها في سن القوانين للسلطة التنفيذية . اللاتحة . لاتلغى أو تتسخ نصا في القانون .

(٤) صحة القرار الصادر بموجب التفويض التشريعي . رهينة بعدم وجود تضاد بينه وبين نص القانون المحدد لأوضاعه وشروطه . تطبيق نص القانون . عند التعارض بينه وبين نص وارد في لائحة أو قرار . واجب .

(٥) حاصل تشريعات الرقابة على النقد وتنظيم الاستيراد . حظر مطلق . وتنظيم إداري . يسمح بالاستثناء عن طريق إصدار القرارات اللازمة في حدود التفويض التشريعي .

القرارات الصادرة في شأن الاستيراد بدون تحويل عملة . تخص المخاطبين بها . دون غيرهم . مخالفة هذا النظر . خطأ في القانون .

(٦) معنى القانون الأصلح . في قصد الشارع ؟

القرارات الوزارية الصادرة في نطاق قانوني النقد والاستيراد . وفي حدود التفويض التشريعي لاتعد قانونا أصلح للمتهم . علة ذلك .

اعتبار قرار وزير المالية رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ معطلا حكم المادة الثالثة من قانون النقد ومعفا للمواطنين كافة من واجب العرض على وزارة الخزانة . بما يعد معه قانونا أصلح للمتهمين . خطأ في القانون .

(٧) المقصود بالتعامل المحظور في النقد المصري . على غير المقيم ؟ استبدال النقد المصري وتسليمه إلى غير مقيم . تعامل محظور .

(٨) من يقيم بمصر مؤقتا . أو إقامة غير مشروعة . يُعد غير مقيم في حكم قرار وزير الاقتصاد رقم ٨٩٣ لسنة ١٩٦٠ .

١ - من المقرر أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق له أعلى منه أو مساوله في مدارج التشريع ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل

على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع . وإذ كان الثابت أن قانونا لاحقا لم يصدر زالت به القوة التنفيذية لأي من القوانين أرقام ٨٠ لسنة ١٩٤٧ و ٩ لسنة ١٩٥٩ و ٩٥ لسنة ١٩٦٣ أو أباح التعامل في النقد الأجنبي وأفعال المقاصة بما تنطوي عليه من تحويل أو تسوية كاملة أو جزئية بنقد أجنبي أو أجاز للأفراد والقطاع الخاص استيراد السلع من الخارج بغير ترخيص من وزارة الاقتصاد ويقصد الاتجار . فإن القول بغير ذلك اجتهاد غير جائز .

٢ - الأصل أنه يجب التحرز في تفسير القوانين الجنائية والتزام جانب الدقة في ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل ، وأنه متى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها فإنه يجب أن تعد تعبيرا صادقا عن إرادة الشارع ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أيا كان الباعث على ذلك ، ولا الخروج على النص متى كان واضحا جلي المعنى قاطعا في الدلالة على المراد منه بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أمثته لأن البحث في حكمة التشريع ودواعيه إنما تكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه ، إذ تدور الأحكام القانونية مع علتها لامع حكمتها ، وأنه لا محل للاجتهاد إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه ، فإن القول بأن خروج نظام الاستيراد بدون تحويل عملة إلى حيز الوجود بمقتضى القرارات الصادرة في هذا الشأن يترتب عليه بالضرورة وبطريق اللزوم العقلي التعارض مع حكم المادة الأولى من قانون النقد وأن التعارض يرتكز على محل واحد هو التعامل في النقد الأجنبي للاحتياج إليه في التمويل وأن السماح باستيراد السلع بدون ترخيص وفقا لنظام السوق الموازية قد ألغى تراخيص الاستيراد بصورة مطلقة شاملة يكون فضلا عن مخالفته لصحيح القانون اجتهادا غير جائز إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه وتوسعا في تفسير القوانين الجنائية وأخذا بحكمتها لا بعلتها وهو ما لا يجوز قانونا .

٣ - إن من حق السلطة التنفيذية - طبقاً للمبادئ الدستورية المتواضع عليها - أن تتولى أعمالاً تشريعية عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها في سن القوانين إلى السلطة التنفيذية ، بل هو دعوة هذه السلطة لاستعمال حقها في وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئاً جديداً أو تعدل فيها أو تعطل تنفيذها أو أن تعفى من هذا التنفيذ ، ومن ثم فإن اللائحة التنفيذية لا يصح أن تلغى أو تنسخ نصاً أمراً في القانون .

٤ - من المقرر أنه يشترط لصدور القرار في حدود التفويض التشريعي ألا يوجد أدنى تضاد بين الحظر الوارد في نص القانون وبين الشروط والأوضاع المحددة في القرار ، وأنه عند التعارض بين نصين : أحدهما وارد في القانون والآخر وارد في لائحته التنفيذية ، فإن النص الأول يكون هو الواجب التطبيق باعتباره أصلاً لللائحة .

٥ - لما كان حاصل تشريعات الرقابة على النقد الأجنبي وتنظيم الاستيراد هو حظر مطلق وتنظيم إداري يسمح بالاستثناء عن طريق إصدار القرارات اللازمة في حدود التفويض التشريعي وكانت القرارات المتعاقبة الصادرة من الوزير المختص في شأن الاستيراد بدون تحويل عملة واستيراد السلع من الخارج بدون ترخيص وفقاً لنظام السوق الموازية تخص فئات وأشخاصاً معينة هي المخاطبة بهذه القرارات أما غير المخاطبين بها والتي لا تسرى عليهم الصفات المنصوص عليها فيها فقد ظل الحظر بالنسبة إليهم قائماً ، فإن الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر بما تردى فيه من تفسير وتأويل خاطئين حين انتهى إلى أن مقتضى صدور هذه القرارات بإباحة التعامل في النقد الأجنبي والمقاصة إذا ارتكبا لتمويل أذون الاستيراد ، وإلغاء تراخيص الاستيراد بصورة مطلقة شاملة بدعوى أن تلك القرارات تعد من قبيل القانون الأصلح للمتهم . مما مؤداه تعديل نص المادة الأولى

من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ المشار إليه ، وتعطيل نص المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٩ والمادتين الأولى والثانية من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ ، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

٦ - إن قصد الشارع من عبارة « القانون الأصلح للمتهم » المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات القوانين التي تلغى بعض الجرائم أو تلغى بعض العقوبات أو تخففها أو تلك التي تقرر وجهاً للإعفاء من المسؤولية الجنائية دون أن تلغى الجريمة ذاتها والقرارات الوزارية الصادرة في نطاق النقد والاستيراد وفي حدود التفويض التشريعي لا تعد قانوناً أصلح للمتهم إذا كان كل ما تضمنته تعديلاً لنظم معينة مع إبقاء الحظر الوارد في القانون على حاله . لما كان ذلك ، وكان الحكم قد قضى ببراءة المطعون ضدهم - من الأول إلى الرابع ... و ... و ... من جرمي عدم عرض ما لديهم من النقد الأجنبي على وزارة الاقتصاد لبيعه بسعر الصرف الرسمي ، وتحويله إلى الخارج بدعوى أن قرار وزير المالية رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ قد أباح للمصريين تحويل الأرصدة الأجنبية من الحسابات غير المقيمة باسمهم مباشرة إلى الخارج قد عطل نص المادة الثالثة من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ وأعفى بذلك المواطنين من وجوب عرض ما لديهم من النقد الأجنبي على وزارة الاقتصاد ، وأنه ليس ثمة ما يحول دون تغذية قيمة البضائع المستوردة من هذه التحويلات مما يعد معه هذا القرار من قبيل القانون الأصلح للمتهمين ، فإنه لما كان البين من نص المادة الثالثة من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ في شأن الرقابة على النقد أنه أوجب على كل شخص طبيعي أو معنوي أن يعرض للبيع على وزارة المالية وبسعر الصرف الرسمي الذي يحدده وزير المالية جميع الأرصدة المصرفية من العملة الأجنبية المملوكة له وكذلك كل دخل مقوم بعملة أجنبية أو أية مبالغ أخرى مستحقة لأي سبب كان يحصل عليها في مصر أو في الخارج ... وكذلك كل ما يدخل في ملكه أو في حيازته من أوراق النقد الأجنبي .

وأجاز لوزير المالية أن يستثنى من أحكام هذه المادة المصريين الذين يكون لهم في الخارج وظائف بالنسبة إلى ما يحصلون عليه من نقد أجنبي ناتج عنها ، وكان قرار وزير المالية الرقيم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ في شأن تطوير الحسابات المجاز فتحها بالعملة الأجنبية والذي عدل حكم المادة ٣٣ مكرر من لائحة الرقابة على عمليات النقد ، قد أجاز للبنوك أن تحتفظ بحسابات مقيمة بالعملة الأجنبية تفتح بأسماء المواطنين الذين يعملون في الخارج أو الذين يؤدون خدمات مما مفاده أنه أباح لهؤلاء تحويل هذه الأرصدة إلى الخارج دون إلزامهم بعرضها على وزارة الاقتصاد إلا أن هذه الإجازة قاصرة على أصحاب هذه الحسابات التي يحصلون على أرصدها عن عمل لهم بالخارج دون غيرهم ومن ثم يبقى الالتزام بالعرض طبقا للقانون قائما بالنسبة لمن عداهم من المواطنين . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه لم يورد من وجوه الأدلة الساتعة ما يثبت أن من سلف ذكرهم من المطعون ضدهم هم من المخاطبين بذلك القرار مؤسسا قضاءه على ما انتهى إليه من تقرير قانوني خاطئ هو اعتبار قرار وزير المالية الرقيم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ قرارا معطلا بالضرورة حكم المادة الثالثة من قانون النقد ومعفيا المواطنين كافة من واجب العرض على وزارة الخزانة بما يعد معه قانونا أصلح بالنسبة إلى المطعون ضده فإنه يكون معيبا فضلا عن خطئه في تطبيق القانون بالتصور في التسبيب .

٧ - نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ المضافة بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٥٠ على أنه « يحظر على غير المقيمين في المملكة المصرية أو وكلائهم التعامل بالنقد المصري أو تحويل أو بيع القراطيس المالية المصرية إلا بالشروط والأوضاع التي تعين بقرار من وزير المالية وعن طريق المصارف المرخص لها منه في ذلك » وجاء بالمذكرة الإيضاحية تبريرا لإصدار القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٥٠ في شأن تعامل غير المقيم بالنقد المصري ما نصه « وقد ظهر أن غير المقيمين في مصر ووكلائهم يتعاملون بالنقد المصري والقراطيس

المالية بطرق عدة تنتهي بطريقة غير مباشرة إلى ضياع كثير من النقد الأجنبي من حق الدولة أن تحصل عليه . وكان المقصود بالتعامل بالنقد المصري كل عملية من أي نوع - أيا كان الاسم الذي يصدق عليها في القانون - يكون فيها دفع النقد المصري إخلالا بواجب التجسيد الذي فرضه الشارع على أموال غير المقيم وضرورة وضعها في حسابات في غير مقيم في أحد المصارف المرخص لها في مزاولة عمليات النقد حتى يأذن وزير المالية بالإفراج عما يرى الإفراج عنه منها ، واستيداع النقد المصري وتسليمه إلى غير مقيم يعتبر ولا شك عملية من هذا القبيل .

٨ - لما كان غير المقيم هو من يقيم في مصر إقامة مؤقتة أو غير مشروعة ، وأما المقيم فهو من ينطبق عليه أحد الشروط الواردة في المادة ٢٤ من قرار وزير الاقتصاد الرقيم ٨٩٣ لسنة ١٩٦٠ ، وكانت الإقامة في الأصل واقعة مادية ومسألة فعلية ، وإذا اعتبر الشارع من يقيم إقامة مؤقتة أو غير مشروعة في حكم غير المقيم ، فمعنى ذلك أنه قصد بالإقامة المعتبرة أن يتوافر لها شرطا المشروعية والاعتقاد ، ولما كان شرط الاعتقاد يقبل التفاوت ويخضع للتأويل الذي لا تسدُّ به الذرائع وهو ما أراد الشارع تلافيه ، فقد حددت اللائحة مدة الإقامة المعتادة بخمس سنوات تثبت للأجنبي بحمله بطاقة إقامة لهذه المدة أو إقامة لمدة متصلة يبلغ مجموعها خمس سنوات ميلادية ما لم يحتفظ بصفة غير المقيم بعد الحصول على موافقة اللجنة العليا للنقد على ذلك . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أورد في معرض تبريره لقضائه ببراءة كل من المطعون ضدهم الرابع والسابع والتاسع ، و و من جرائم الاشتراك في التعامل بالنقد المصري مع غير مقيم هو .. أنهم لا يعلمون بتوافر تلك الصفة لديه دون أن يستظهر شرطي الإقامة المعتبرة قانونا من مشروعية واعتقاد فإن ذلك مما يصم الحكم بالتخاذل وبالقصور في إيراد ما تندفع به عنهم تلك الجريمة بعناصرها سالفة البيان .

الطعن رقم ١١٩٢ لسنة ٤٥ القضائية

جلسة ٢٣ من نوفمبر سنة ١٩٧٥ «س ٢٦ ص ٧١٨»
 (٢،١) أوامر تكليف . جريمة . «أركانها» . محكمة الموضوع .
 «سلطتها في تقدير الدليل» قانون ، «تفسيره» نقض . «حالات
 الطعن . الخطأ في تطبيق القانون» . محكمة النقض . «سلطتها في نظر
 الطعن» . قرار إداري . اختصاص . «اختصاص المحاكم الجنائية
 بالمسائل الفرعية» .

١ - تكليف الأطباء والصيدالة وأطباء الأسنان على موجب حكم القانون
 ١٨٣ لسنة ١٩٦١ مدته سنتان قابلة للتجديد لمدة أخرى مماثلة إذا دعت الحال ،
 شريطة صدور قرار جديد بذلك .

صدور قرار التكليف متضمنا تجديده تلقائيا لمدة أخرى مماثلة . بطلانه .
 القياس في مجال التأثيم . محظور .

٢ - حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته من كافة الأدلة المطروحة عليه
 ما لم يقيد القانون بدليل معين . المادة ٣٠٢ إجراءات جنائية . له الفصل في
 جميع المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية دون انتظار لما عساه
 يصدر فيها من أحكام من أية جهة أخرى . هو لا يتقيد بأى حكم أو قرار يتصل
 بموضوع الدعوى . إلا أن يكون حكما صدر من محكمة الأحوال الشخصية . في
 المسألة التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية . أساس ذلك ؟

تحصين القرار الإداري بعدم الطعن عليه في الميعاد . لا يقيد المحكمة الجنائية
 في عدم الاعتداد به وهي بصدد الفصل في المسؤولية المقررة عن مخالفته .
 ٣ - ابتناء الحكم بإدانة المتهم على الخطأ في تطبيق القانون . وجوب نقضه
 والقضاء ببراءته . المادتان ٣٥ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ ، ٣٠٤ إجراءات
 جنائية .

١ - لما كان يبين من قرار التكليف رقم ٣٨٣ لسنة ١٩٦٩ - مثار
 الطعن والذي عول عليه الحكم في قضائه - أنه قد انبنى على التفويض
 الصادر من وزير الصحة بقراره رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦٩ - في شأن
 التفويض ببعض الاختصاصات - إلى وكيل الوزارة لشئون مكتب

الوزير ، ومنها إصدار أوامر التكليف أو إلغاؤها بالنسبة للأطباء وأطباء
 الأسنان والصيدالة ، وأن قرار التكليف قد صدر من وكيل وزارة
 الصحة قاضيا في مادته الثالثة بتجديد التكليف لمدة سنتين اعتبارا من
 ١٣ أكتوبر سنة ١٩٦٩ ، وقاضيا في مادته الثالثة بتجديد التكليف
 تلقائيا لمدة أخرى مماثلة ، لما كان ذلك ، وكان القانون رقم ١٨٣ لسنة
 ١٩٦١ في شأن تكليف الأطباء والصيدالة وأطباء الأسنان قد نص في
 مادته الثالثة على أن «يصدر الوزير المختص أو من ينيبه أمر تكليف
 إلى من يرشحهم وزير الصحة للعمل في الوظائف التي اتفق عليها مع
 الوزير المختص أو ممثل المؤسسة العامة ، وتكون مدة التكليف سنتين
 قابلة للتجديد لمدة أخرى مماثلة» . فإن مؤدى هذا أن القانون قد
 ضرب سنتين أجلا للتكليف ، وجعل تجديده يدور مع مقتضى الحال
 وأجاز تجديد المدة لمدة أخرى مماثلة إذا دعت الحال إلى تجديده فعندئذ
 يفصح عنه بإرادة مستقلة جديدة تتمثل في أمر بالتجديد ومن ثم كان
 قرار التكليف رقم ٣٢٨٣ لسنة ١٩٦٩ - مثار النعى - حين قضى في
 مادته الثالثة بتجديد هذا التكليف تلقائيا لمدة أخرى مماثلة قد جاء -
 في هذا الصدد - منذ نشأته مخالفا لأحكام ذلك القانون ، وفوق ذلك
 فإنه لما كان قرار التفويض رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦٩ آنف الذكر مقصورا
 على التفويض في إصدار أوامر التكليف أو إلغاؤها دون تجديدها ، وكان
 القرار مثار الطعن قد قضى بتجديد التكليف تلقائيا لمدة أخرى مماثلة ،
 فإنه يكون قد جاوز هذا التفويض ، ولهذا وذلك ولأن القياس محظور
 في مجال التأثيم فلا مناص من عدم الاعتداد بذلك القرار .

٢ - من المقرر وفق المادة ٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية أن
 القاضي الجنائي يحكم في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه
 بكامل حريته مما يطرح أمامه في الجلسة دون إلزام عليه بطريق معين في
 الإثبات إلا إذا استوجبه القانون أو حظر عليه طريقا معيناً في
 الإثبات . وإذا كان ذلك ، وكان قانون الإجراءات الجنائية قد نص في
 المادة ٢٢١ على أن «تختص المحكمة الجنائية بالفصل في جميع المسائل

التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك» وفي المادة ٢٢٢ على أنه «إذا كان الحكم في الدعوى الجنائية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى جنائية أخرى وجب وقف الأولى حتى يتم الفصل في الثانية» وفي الفقرة الأولى من المادة ٢٢٣ على أنه «إذا كان الحكم في الدعوى الجنائية يتوقف على الفصل في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية جاز للمحكمة الجنائية أن توقف الدعوى وتحدد أجلا للمتهم أو للمدعى بالحقوق المدنية أو للمجنى عليه حسب الأحوال لرفع المسألة المذكورة إلى الجهة ذات الاختصاص» وفي المادة ٢٢٤ على أنه «إذا انقضى أجل المشار إليه في المادة السابقة ولم ترفع الدعوى إلى الجهة ذات الاختصاص يجوز للمحكمة أن تصرف النظر عن وقف الدعوى وتفصل فيها . كما يجوز لها أن تحدد للخصم أجلا آخر إذا رأت أن هناك أسبابا معقولة تبرر ذلك» . وفي المادة ٤٥٦ على أنه «يكون للحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو بالإدانة قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية في الدعوى التي لم يكن قد فصل فيها نهائيا فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها . ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بنى على انتفاء التهمة أو عدم كفاية الأدلة . ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبتئا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون» وفي المادة ٤٥٧ على أن «لا تكون للأحكام الصادرة من المحاكم المدنية قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم الجنائية فيما يتعلق بوقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها» وأخيرا في المادة ٤٥٨ على أن «تكون للأحكام الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية في حدود اختصاصها قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم الجنائية في المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية» فإن المشرع بذلك كله قد أمد القاضي الجنائي - وهو يفصل في الدعوى الجنائية - إدانة أو براءة - بسلطة واسعة تكفل له كشف الواقعة على حقيقتها كي لا يعاقب برئ أو يفلت

جان ، فلا يتقيد في ذلك إلا بقيد يورده القانون ، ومن ثم كان له الفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع - وليس عليه أن يقف الفصل فيها تربصا لما عسى أن يصدر من أية محكمة غير جنائية من محاكم السلطة القضائية أو من أية جهة أخرى ، وهو لا يتقيد بأى قرار أو حكم يصدر فيها اللهم إلا بحكم قد صدر فعلا من محكمة الأحوال الشخصية في حدود اختصاصها وفي المسألة فحسب - التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية - وفق صريح نص المادة ٤٥٨ سالفة الذكر - لما كان ذلك فإن هذه المحكمة وقد انتهت إلى عدم الاعتداد بالقرار الوزاري مثار الطعن لمخالفته للقانون ، فليس ينال من ذلك في مجال الدعوى الجنائية ما عسى أن يكون قد سبق أن لحقه من حصانة نتيجة قعود الطاعن عن الطعن فيه لدى الجهة الإدارية المختصة .

٣ - لما كان البين مما هو ثابت في الحكم المطعون فيه ، أنه بنى على مخالفة للقانون ، لإقامته قضاءه على قرار وزاري مخالف للقانون فإنه يتعين نقض الحكم لمصلحة الطاعن المتهم والقضاء بالغاء الحكم المستأنف وبراءة الطاعن ، وذلك عملا بالمادتين ٣٥ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، و ٣٠٤ من قانون الإجراءات الجنائية .

الطعن ١٧١٥ لسنة ٤٤ القضائية

جلسة ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٤ «س ٢٥ ص ٨٩٢»

تجنيد . قانون . «القانون الأصحح» . نقض . «نظره والحكم فيه» . محكمة النقض . «سلطانها» .

حق محكمة النقض في القضاء بالبراءة عند صدور قانون أصلح بنأى بالفعل عن التأييم . مثال في تجنيد .

من المقرر طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات أنه «إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره» . وإذا كان الحكم النهائي

المطعون فيه قد صدر في ١٩ من مايو سنة ١٩٧٣ من بعد أن كان قد صدر في ١٣ من مايو سنة ١٩٧٣ القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٣ بإعفاء بعض المتخلفين عن الفحص أو التجنيد من حكم المادة ٦٦ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ ناصا في مادته الأولى على أن « يعفى من حكم المادة ٦٦ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ في شأن الخدمة العسكرية والوطنية المعدل بالقانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٦٠ والقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ المتخلفون عن الفحص أو التجنيد ممن بلغوا سن الثلاثين قبل العمل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ ». وقد كانت الحكومة تقدمت إلى مجلس الشعب بمشروع قانون بعدم سريان أحكام المادة ٦٦ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ في شأن الخدمة العسكرية والوطنية على مواليد سنة ١٩٤٠ وما قبلها المتخلفين عن الفحص أو التجنيد تجرى مادته الأولى بما نصه « لا تسرى أحكام المادة ٦٦ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ في شأن الخدمة العسكرية والوطنية على مواليد سنة ١٩٤٠ وما قبلها الذين تخلفوا عن الفحص أو التجنيد وامتنع تجنيدهم لبلوغهم سن الثلاثين » فوضعت لجنة الأمن القومي والتعبئة القومية تقريرا عنه أوردت فيه « ... ونظرا لذلك تقدمت الحكومة بمشروع القانون المعروض الذي تنص المادة الأولى منه على عدم سريان أحكام المادة ٦٦ المشار إليها على المتخلفين من مواليد سنة ١٩٤٠ وما قبلها وامتنع تجنيدهم لبلوغهم سن الثلاثين ، وترى اللجنة ما يلي : ١ - نظرا لأن أحكام هذه المادة وردت بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٦٠ المعدل للقانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ قد بدأ سريانها قانونا على كل من ارتكب جريمة التخلف منذ تاريخ نشر القانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٦٠ والعمل به طبقا لحكم المادة ٦ منه فإن الحالة التي تناولتها المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المعروض هي حالة إعفاء المتخلفين عن التجنيد من مواليد سنة ١٩٤٠ وما قبلها من الجريمة التي نصت عليها المادة ٦٦ لذلك فقد رأت اللجنة تعديل عنوان مشروع القانون ونص المادة الأولى منه بما يفيد ذلك ، وهذا الإعفاء

من شأنه أن يشمل جميع المتخلفين المشار إليهم سواء من لم يقدم للمحاكمة حتى الآن أو قدم للمحاكمة ولم يفصل في الدعوى أو حكم ضده وما زال محبوسا ، وقد وافقت الحكومة على هذا التعديل ، ٢ - ونظرا لأن العلة في الإعفاء هي تجاوز هذه الفئة من المتخلفين سن الثلاثين قبل العمل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ الذي رفع الحد الأقصى لسن التجنيد إلى الخامسة والثلاثين ، ومن ثم امتنع تجنيدهم طبقا لنص المادة ٥٤ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ لذلك فقد رأت اللجنة أن يشمل الإعفاء جميع المتخلفين الذين بلغوا سن الثلاثين قبل العمل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ لتوافر نفس العلة فيهم ، ومن ثم عدل نص المادة الأولى من مشروع القانون بما يحقق ذلك « ، لما كان ذلك . وكان مما هو ثابت في الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قد بلغ سن الثلاثين قبل ١٨ مارس سنة ١٩٧١ - تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ - فإن الفعل المسند إليه كان قد أصبح بمنأى عن التأثيم طبقا لأحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٣ سالف الذكر منذ صدوره في ١٢ من مايو سنة ١٩٧٣ ، وكان هذا القانون باعتباره قانونا أصلا للمتهم هو الواجب الاتباع دون غيره عملا بالفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات ، مما كان يتعين معه على الحكم النهائي المطعون فيه الصادر من بعد ذلك في ١٩ من مايو سنة ١٩٧٣ أن يعمل حكم هذا القانون بيد أنه لم يفعل . لما كان ذلك ، وكان مما هو مقرر وفق الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ أن هذه المحكمة أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا تبين لها مما هو ثابت فيه أنه مبني على مخالفة للقانون أو على خطأ في تطبيقه أو تأويله ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق القانون ، فإنه يتعين نقضه وتصحيحه بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء ببراءة المطعون ضده من التهمة المسندة إليه .

الظعن ١٢٣٩ لسنة ٤٣ قضائية

جلسة ٢٣ من فبراير سنة ١٩٧٤ «س ٢٥ ص ١٦٩»

- ١ - قانون «إقليمية القانون». فاعل أصلي. شريك.
سريان أحكام قانون العقوبات على كل شخص وطنياً كان أو أجنبياً ارتكب خارج القطر فعلاً يجعله فاعلاً أصلياً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها داخل إقليم الدولة. لا أهمية لكون الجاني أجنبياً مقيماً في الخارج ولم يسبق له الحضور إلى البلاد وذلك عملاً بحكم المادة ٢ / ١ عقوبات. مثال في جريمة تخريض على الدعارة.
- (٢، ٣) دعارة. قواعد دولية. «أركانها». «قصد جنائي».

٢ - اتفاق الطاعة خارج القطر مع مصريتين على تخريض بعض الفتيات المصريات على مغادرة البلاد وتسهيل سفرهن للاشتغال بالدعارة تحت ستار العمل بالملاهي الليلية التي تمتلكها الأولى في دولة أخرى. يكفي لتوفر جريمة الاشتراك في ممارسة الدعارة بموجب حكم المادة ٣ / ١ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١.

٣ - العبرة في جرائم القواعد الدولية بقصد الجاني نفسه لا بقصد المجني عليها. تحقق الجريمة ولو كان الغرض الذي أدركته المجني عليها من نقلها غرضاً مشروعاً ما دام الجاني يضر غرضاً آخر هو البغاء.

- ١ - لما كانت الفقرة (أولاً) من المادة الثانية من قانون العقوبات قد نصت - استثناء من قاعدة إقليمية القوانين الجنائية - على أن تسري أحكام هذا القانون على كل من ارتكب في خارج القطر فعلاً يجعله فاعلاً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها في القطر المصري، فإن مفاد ذلك أن حكم هذه الفقرة ينصرف إلى كل شخص سواء أكان وطنياً أم أجنبياً ارتكب في الخارج فعلاً يجعله فاعلاً أصلياً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها داخل إقليم الدولة، ويتم الاشتراك بطريقة أو أكثر من طرق الاشتراك المنصوص عليها في

القانون ويتحقق ولو كان الجاني أجنبياً مقيماً في الخارج ولم يسبق له الحضور إلى البلاد. لما كان ذلك فإنه لا محل لما تحتج به الطاعة من أنها سورية الجنسية وأنه لم يسبق لها دخول البلاد قبل يوم ضبطها.

٢ - تنص المادة الثامنة من قانون العقوبات على أن «تراعى أحكام الكتاب الأول من هذا القانون في الجرائم المنصوص عليها في القوانين واللوائح الخصوصية إلا إذا وجد فيها نص يخالف ذلك» كما جرى نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ في شأن مكافحة الدعارة في الجمهورية العربية المتحدة بأن «كل من حرض ذكراً لم يتم الحادية والعشرين سنة ميلادية أو أنثى أياً كان سنها على مغادرة الجمهورية العربية المتحدة أو سهل ذلك أو استخدمه أو صحبه معه خارجها للاشتغال بالفجور أو الدعارة وكل من ساعد على ذلك مع علمه به يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة من مائة جنيه إلى خمسمائة جنيه...» لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت في حق الطاعة اتفاقها في الخارج مع المحكوم عليهم الأول والرابع والخامسة على تخريض بعض الفتيات المصريات على مغادرة البلاد وتسهيل سفرهن للاشتغال بالدعارة تحت ستار العمل بالملاهي الليلية التي تمتلكها الطاعنة في منزولها بدولة ليبيا وقد مارسنها بالفعل، وأن عناصر تلك الجرائم قد توافرت في إقليم الدولة المصرية، وأورد الحكم من الاعتبارات الساتعة ما يبرر بها قضاءه بما يتم عن فهم سليم للواقع فإن النعي على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس.

٣ - العبرة في جرائم القواعد الدولية بقصد الجاني نفسه لا بقصد المجني عليها فتقع الجريمة ولو كان الغرض الذي أدركته المجني عليها من نقلها غرضاً مشروعاً ما دام الجاني يضر غرضاً آخر هو البغاء. كما أنه ليس بلازم لوقوعها أن يكون الجاني قاصداً استخدام المجني عليها لمباشرة الدعارة عقب نقلها أو تسفيرها وإنما يكفي أن يكون

قصده منصرفا إلى استخدامها في عمل من شأنه أن يؤدي بها في النهاية إلى ممارسة البغاء - لما كان ذلك - فان ما تشيره الطاعنة من أن سفر هؤلاء الفتيات كان لغرض مشروع بدلالة تحريرهن عقود عمل في مصر وحصولهن على تصاريح بالسفر طبقا للقانون يكون لا محل له .

الطعن ١٦٢٧ سنة ٤١ قضائية

جلسة ٦ مارس سنة ١٩٧٢ «س ٢٣ ص ٣٠١»

(٢، ١) قانون «نفاذه» «تفسيره». قانون دولي «معاهدات دولية». مواد مخدرة. قرار وزارى .

١ - الشارع المصرى لم يرد الخروج عن تعريف المواد المخدرة الواردة بالجداول الملحقه بالقانون ١٨٢ سنة ١٩٦٠ من بعد العمل باتفاقية نيويورك بدلالة عدم صدور قرارى وزارى طبقا للمادة ٣٢ قانون المخدرات بالحذف أو بالإضافة أو بتغيير النسب فى المواد الواردة بتلك الجداول .
٢ - إلغاء النص التشريعى لا يجوز إلا بتشريع لاحق . القانون الجنائى . طبيعته .

١ - القانون الجنائى هو قانون جزائى له نظام قانونى مستقل عن غيره من النظم القانونية الأخرى وله أهدافه الذاتية إذ يرمى من وراء العقاب إلى الدفاع عن أمن الدولة ، ومهمته الأساسية حماية المصالح الجوهرية فيها فهو ليس مجرد نظام قانونى تقتصر وظيفته على خدمة الأهداف التى تعنى بها تلك النظم . وعلى المحكمة عند تطبيقه على جريمة منصوص عليها فيه وتوافرت أركانها وشروطها أن تتقيد بإرادة الشارع فى هذا القانون الداخلى ومراعاة أحكامه التى خاطب بها المشرع القاضى الجنائى فهى الأولى فى الاعتبار بغض النظر عما يفرضه القانون الدولى من قواعد أو مبادئ يخاطب بها الدول الأعضاء فى الجماعة الدولية .

٢ - من المقرر أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر

قواعده ذلك إلتشريع وإذ كان البين مما جاء بديباجة الاتفاقية الوحيدة للمخدرات الموقعة فى نيويورك بتاريخ ٣٠ من مارس سنة ١٩٦١ والتى صدر القرار الجمهورى رقم ١٧٦٤ سنة ١٩٦٦ فى ٢ مايو سنة ١٩٦٦ بالموافقة عليها أن غايتها قصر استعمال المخدرات على الأغراض الطبية والعلمية وقيام تعاون ومراقبة دوليين دائمين لتحقيق تلك الغاية وكان البين من استقراء نصوص الاتفاقية وأخصها المادة الثانية - فى دعوتها الدول لبذل غاية جهدها لتطبيق إجراءات الإشراف الممكنة على المواد التى لا تتناولها الاتفاقية والتى قد تستعمل مع ذلك فى صنع المخدرات غير المشروع - والفقرة الأخيرة من المادة السادسة والثلاثين فيما نصت عليه من أن «لا تتضمن هذه المادة أى حكم يخل بمبدأ تعريف الجرائم التى تنص عليها ومحاكمة مرتكبيها ومعاقبتهم وفقا للقوانين المحلية فى الدول والأطراف المعنية» ، فإن هذه الاتفاقية لا تعدو مجرد دعوة إلى الدول بصفقتها أشخاص القانون الدولى العام إلى القيام بعمل منسق لضمان فاعلية التدابير المتخذة ضد إساءة استعمال المخدرات لأن الاتفاقية لم تلغ أو تعدل - صراحة أو ضمنا - أحكام قوانين المخدرات المعمول بها فى الدول التى تنضم إليها ، بل لقد حرصت على الإفصاح عن عدم إخلال أحكامها بأحكام القوانين المحلية فى الدول الأطراف المعنية . وإذا كانت المادة ٣٢ من القانون رقم ١٨٢ سنة ١٩٦٠ قد خولت الوزير المختص بقرار يصدره أن يعدل فى الجداول الملحقه به بالحذف وبالإضافة أو بتغيير النسب الواردة فيها فإن عدم صدور قرار بشئ من ذلك من بعد العمل بتلك الاتفاقية يعنى أن الشارع المصرى لم يرد الخروج عن تعريف المواد المخدرة الواردة بتلك الجداول .

الطعن رقم ١٥١ لسنة ٤٢ ق

جلسة ٢٧ من مارس سنة ١٩٧٢ «س ٢٣ ص ٤٨٣»

١، ٢ - حضانة . جريمة «أركانها» . أحوال شخصية .

١ - جريمة المادة ٢٩٢ / ١ عقوبات . مناط تطبيقها . صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه . وامتناع أى من الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق في طلبه .

٢ - اختلاف حق الحضانة أو الحفظ عن حق الرؤية . سواء رؤية الأب لولده وهو في حضانة النساء . أو رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو غيره من العصابات .

٣ - عقوبة . قانون «تفسيره»

لا عقوبة إلا بنص . عدم التوسع في تفسير نصوص القانون الجنائي . الأخذ في حالة الشك بالتفسير الأصح للمتهم .

٤ - حضانة . نقض . «حالات الطعن . الخطأ في تطبيق

القانون» . أحوال شخصية .

إدانة الحكم المتهم بأنه لم يسلم ابنته لوالدها لرؤيتها طبقاً لنص المادة ٢٩٢ / ١ عقوبات . خطأ في تطبيق القانون . نص المادة مقصور على صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه . لا يصح التفسير بشمول حالة الرؤية .

١ - جرى نص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات بأن «يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً مصرياً أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولدوله إلى من له الحق في طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه» فمناط تطبيق هذا النص أن يكون قد صدر قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وامتنع أى من الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق في طلبه بناء على هذا القرار .

٢ - يختلف كل من حق الحضانة أو الحفظ عن حق الرؤية سواء

أكان رؤية الأب ولده وهو في حضانة النساء أم رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو مع غيره من العصابات .

٣ - من المقرر أنه لا عقوبة إلا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له مما مقتضاه عدم التوسع في تفسير نصوص القانون الجنائي وعدم الأخذ فيه بطريق القياس والأخذ - في حالة الشك - بالتفسير الأصح للمتهم .

٤ - إذا كان الحكم المطعون فيه قد دان المطعون ضده بتهمة أنه لم يسلم ابنته لوالدها لرؤيتها تطبيقاً منه للفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات مع صراحة نصها ووضوح عبارتها في كونها مقصورة على حالة صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه بما لا يصح معه الانحراف عنها بطريق التفسير والتأويل إلى شمول حالة الرؤية ، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله بما يوجب نقضه والحكم ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه .

الطعن ٥٥١ لسنة ٥٢ قضائية

جلسة ١٩ من يونية سنة ١٩٧٢ «س ٢٣ ص ٩٤٠»

(٢، ١) تزوير . أطباء . ظروف مخففة . عقوبة . قانون .

«تفسيره» .

١ - عقوبة الجنحة المقررة في المادة ٢٢٢ عقوبات . قصد بها الشارع التزوير المعنوي دون المادى .

٢ - جرائم التزوير المعاقب عليها بعقوبات مخففة بموجب المواد ٢١٧ وما بعدها من قانون العقوبات . استثناء لا يصح التوسع فيه .

١ - إن المادة ٢٢٢ من قانون العقوبات إذ قررت عقوبة الجنحة للطبيب الذى يعطى بطريق المجاملة شهادة مزورة بشأن حمل أو مرض أو عاهة أو وفاة مع علمه بتزوير ذلك ، لم تعن التزوير المادى وإنما التزوير المعنوى الذى يقع بجعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة ، حال تحرير الطبيب الشهادة .

٢ - من المقرر أن جرائم التزوير المعاقب عليها بعقوبات مخففة بمقتضى المواد ٢١٧ وما بعدها من قانون العقوبات قد جاءت على سبيل الاستثناء ، فلا يصح التوسع في تطبيق هذه المادة بإدخال وقائع لا تتناولها نصوصها . ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه حيال تزوير مادي بطريق الاصطناع ، بإنشاء تقرير طبي لم يصدره أى طبيب على الإطلاق وأعطى شكل ورقة رسمية تضمنت بيانا على خلاف الحقيقة هو إدخال الطاعن المستشفى الجامعى الرئيسى لفترة ما للعلاج وقد حرر ذلك التقرير على إحدى مطبوعات المستشفى المذكور وبصم بخاتمه ووضعت عليه إمضاء مزورة منسوبة لمديره ، فإن قول الطاعن بانطباق المادة ٢٢٢ من قانون العقوبات على واقعة الدعوى يكون غير ذى محل .

الطعن ٣٣٨ سنة ٥٢ قضائية

جلسة ١٥ من مايو سنة ١٩٧٢ «س ٢٣ ص ٧٢٤»

(٢ ، ١) قبض وحبس بدون وجه حق . قصد جنائى . موظفون عموميون . مسئولية جنائية . قانون « تفسيره » . أسباب الإباحة وموانع العقاب .

١ - المادة ٦٣ / ٢ عقوبات . نفيها المسئولية عن الموظف العام إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءاته من اختصاصه .

٢ - تعليل الحكم اعتقاد المتهم بضرورة ما فعله بأسباب معقولة . وانتهاءه إلى تبرئة المتهم من تهمة القبض لاعتقاده مشروعيته . وأنه كان حسن النية . صحيح .

١ - تنفى الفقرة الثانية من المادة ٦٣ عقوبات المسئولية عن الموظف العام إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءاته من اختصاصه .

٢ - متى كان الحكم قد أثبت حسن نية المطعون ضده التاسع

مرتكب الحجز وقال عنه إنه لم يصدر عن هوى في نفسه وإنما كان يعتقد مشروعيته وأن إجراءاته من اختصاصه بصفته قائما بأعمال نقطة الشرطة والمسئول عن الأمن فيها وأنه اضطر إلى ذلك لمنع وقوع جرائم أخرى تتمثل في أن يقتصر الطاعن الثانى من قاتلى أخيه وكان المطعون ضده التاسع قد تثبت وتجرى عن ظروف الحادث من العمدة (المطعون ضده العاشر) وقد علل الحكم اعتقاد المطعون ضده التاسع بضرورة ما فعله من احتجازه الطاعن الثانى بديوان النقطة بأسباب معقولة هي أن للطاعن المذكور من العصبية والقوة ما يمكنه من الاعتداء على قاتلى أخيه - فإن الحكم إذ انتهى إلى القضاء ببراءة المطعون ضدهما التاسع والعاشر من التهمة المسندة إليهما يكون قد أصاب سديد القانون .

الطعن ١٠٥٩ سنة ٤٢ ق

جلسة ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٧٢ «س ٢٣ ص ١٠٦٧»
تبيد . خيانة أمانة . قانون . حق الحبس . مسئولية جنائية .
دفع . دفاع . « الإخلال بحق الدفاع . ما يوفره » . حكم .
« تسببه . تسبب معيب » . أسباب الإباحة « استعمال الحق في الحبس » .

حق الحبس طبقا للمادة ٢٤٦ مدنى يبيح الامتناع عن رد الشئ حتى استيفاء ما هو مستحق من أجر إصلاحه . الدفع به من شأنه إن صح وحسنت النية انعدام المسئولية الجنائية طبقا للمادة ٦٠ عقوبات . دفاع جوهرى . إغفاله وعدم الرد عليه بما يدفعه . قصور . مثال في تبيد .

إذا قام دفاع الطاعن على أن الآلة المسلمة إليه موجودة ولم تبدد وأنه طلب أولا مهلة لاستكمال إصلاحها ثم أبدى بعد ذلك استعداداه لتسليمها للشركة المجنى عليها بعد أن يتقاضى باقى أجره المتفق عليه لإصلاحها ، وإذا كان حق الحبس المقرر بمقتضى المادة ٢٤٦ من القانون المدنى يبيح للطاعن الامتناع عن رد الشئ (الآلة موضوع الجريمة) حتى يستوفى ما هو مستحق له من أجر إصلاحه وهو ما من شأنه - إن

صح وحسنت نيته - انعدام مسئوليته الجنائية بالتطبيق لأحكام المادة ٦٠ من قانون العقوبات ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل تحقيق دفاع الطاعن في هذا الصدد وهو دفاع جوهرى من شأنه إن صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى - ولم يستظهر مدى جديته ولم يرد عليه بما يدفعه واجتزا فى إدانته بمجرد القول بأنه تسلم الآلة لإصلاحها ثم لم يرددها ، يكون معيبا بالقصور بما يبطله ويوجب نقضه والإحالة .

الطعن ٤٦٢ لسنة ٤١ ق

جلسة ١٣ من يونية سنة ١٩٧١ « س ٢٢ ص ٤٧٢ »
(أ) رشوة . إخفاء أشياء مسروقة . قبض . مسئولية جنائية .
« موانع المسئولية » إثبات . « بوجه عام » . حكم . « تسببه .
تسبب غير معيب » .

عدم توافر حالة الضرورة المانعة من المسئولية الجنائية للمتهم بعرض الرشوة إذا كان اقتياده لمقر الشرطة له ما يبرره قانونا .
مناطق توافر حالة الضرورة المانعة من المسئولية الجنائية . ألا يكون لإرادة الجاني دخل فى قيامها .

(ب) حكم . « ما لا يعيبه فى نطاق التدليل » .

متى لا يؤثر التقرير القانونى الحاطى فى الحكم .

١ - إن اقتياد الضابط للمتهم إلى مقر الشرطة لإتمام تحقيق بلاغ ضده يتضمن شراءه حديدا مسروقا وجد جانبا منه أمام منزله وأسفل سلمه ، مع عجزه عن إثبات مصدره ، ليس فيه ما يخالف القانون بل إن القانون يسوغ للضابط هذا الإجراء وقد توافرت الدلائل على صحة البلاغ المقدم إليه ، وليست التحقيقات أو جمع الاستدلالات بحالة الضرورة المعرفة فى القانون والتي ترفع المسئولية الجنائية عن المتهم بعرض الرشوة إذ يشترط فى حالة الضرورة ألا يكون لإرادة الجاني دخل فى حلولا وإلا كان للمرء أن يرتكب أمرا مجرما ثم يقارف جريمة فى سبيل النجاة مما ارتكبه .

٢ - لا يقدح فى سلامة الحكم ما انساق إليه من تقرير قانونى خاطئ عندما وصف اقتياد الضابط للطاعن إلى مقر الشرطة بأنه لم يكن قبضا بعد الذى انتهى إليه فى مدوناته من عدم مخالفة هذا الإجراء للقانون .

الطعن رقم ١٩١٣ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ١٤ من مارس سنة ١٩٧١ « س ٢٢ ص ٢٤٦ »
نقض . « أسباب الطعن . ميعادها » . قوة قاهرة .

مرض المحامى . لا يبرر تقديم أسباب الطعن بالنقض بعد الميعاد .
أسباب الطعن بالنقض . وجوب تقديمها فى نفس الميعاد المقرر للطعن .
من المقرر أن مرض المحامى ليس من قبيل الظروف القاهرة التى من شأنها أن تحول دون تقديم مذكرة أسباب الطعن بالنقض فى الميعاد .
ولما كان التقرير بالطعن بالنقض فى الحكم هو مناط اتصال المحكمة به وأن تقديم الأسباب التى بنى عليها الطعن فى الميعاد الذى حدده القانون هو شرط لقبوله ، وكان التقرير بالطعن وتقديم أسبابه يكونان معا وحدة إجرائية لا يقوم فيها أحدهما مقام الآخر ولا يغنى عنه ، وكان يجب إيداع التقرير بأسباب الطعن فى نفس الميعاد المقرر للطعن . ولما كان الثابت أن الطاعن وإن قرر بالطعن بالنقض فى الحكم فى الميعاد القانونى إلا أن أسباب الطعن لم تقدم إلا بعد فوات الميعاد ، فإن الطعن يكون غير مقبول شكلا ، ولا يغير من هذا الحكم تقديم شهادة بمرض المحامى الذى كان يتولى الدفاع عن الطاعن أمام محكمة الموضوع .

الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٤١ قضائية

جلسة ١٨ من أكتوبر سنة ١٩٧١ « س ٢٢ ص ٥٤٩ »
(أ ، ب ، ج) حكم . « حجيته » . قوة الشئ المضى . حجية الشئ المضى . دفع . « الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل

فيها . نظام عام . نقض . « أسباب الطعن . ما لا يقبل منها » . دعوى جنائية . « نظرها والحكم فيها » .

(أ) مناط حجية الأحكام : اتحاد الخصوم والموضوع والسبب . متى يكون هناك اتحاد في السبب ؟

(ب) التزام المحكمة بتطبيق القانون على وجهه الصحيح دون التقييد بما تعتقه محكمة أخرى من آراء قانونية .

(ج) تعلق الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالنظام العام . جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . شرط ذلك ؟

١ - من المقرر أن مناط حجية الأحكام هي وحدة الخصوم والموضوع والسبب . ويجب للقول باتحاد السبب أن تكون الواقعة التي يحاكم المتهم عنها هي بعينها الواقعة التي كانت محلاً للحكم السابق ، ولا يكفي للقول بوحدة السبب في الدعويين أن تكون الواقعة الثانية من نوع الواقعة الأولى أو أن تتحد معها في الوصف القانوني ، أو أن تكون الواقعتان كلتاها حلقة من سلسلة وقائع متماثلة ارتكبتها المتهم لغرض واحد ، إذا كان لكل واقعة من هاتين الواقعتين ذاتية خاصة وظروف خاصة تتحقق بها المغايرة التي يمتنع معها القول بوحدة السبب في كل منها .

٢ - من المسلم به أن المحكمة ملزمة بتطبيق القانون على وجهه الصحيح دون التقييد بما تعتقه محكمة أخرى من آراء قانونية . ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى رفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها في قضية أخرى على أساس أن ما قطع به الحكم الحاج به من عدم انطباق قانون معين على واقعة تلك الدعوى هو أمر متعلق بتطبيق القانون مما لا يجوز حجية في الواقعة الجديدة ما دام الطاعن لا يزعم في طعنه بوحدة الواقعة بين الدعويين ، فإن ما ينعاه في هذا الصدد يكون على غير أساس .

٣ - من المقرر أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها متعلق بالنظام العام ويجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ،

متى كانت مقوماته واضحة من مدونات الحكم المطعون فيه أو كانت عناصر هذا الدفع قد انطوت عليها الأوراق بغير حاجة إلى إجراء تحقيق موضوعي .

الطعن رقم ١٨٠٨ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ١٨ من يناير سنة ١٩٧١ « س ٢٢ ص ٧٨ »

(١ ، ٢ ، ٣) شيك بدون رصيد . جريمة . « أركانها » . قوة الشئ المحكوم فيه . حكم « حجيته » . قصد جنائي . باعث . دعوى مدنية .

١ - جريمة إصدار شيك بدون رصيد . لا عبء بالأسباب التي دفعت إلى إصدار الشيك . صدور حكم مدني حائز لقوة الشئ المقضي بأن الشيك حرر ضماناً لعملية تجارية . لا أثر له على قيام الجريمة . علة ذلك ؟

٢ - توافر سوء النية في تلك الجريمة بمجرد علم مُصدر الشيك بعدم وجود مقابل وقاء قابل للسحب في تاريخ الاستحقاق . الدفع بحسن النية بسبب معاملات كانت قائمة اقتضت إصدار الشيك . لا تنفي عنه توافر القصد الجنائي ولا تؤثر في مسئولته الجنائية .

٣ - الدفع بسقوط حق المدعي المدني في المطالبة بالتعويض أمام القضاء الجنائي لسبق التجائه للقضاء المدني . محله : اتحاد الموضوع في الدعويين . مثال .

(٤) دعوى مدنية . « مدى اختصاص المحاكم الجنائية بنظرها » . شيك بدون رصيد .

متى تختص المحكمة الجنائية بدعوى الحقوق المدنية : إذا كانت تابعة للدعوى الجنائية وكان الحق المدعي به ناشئاً مباشرة عن ضرر للمدعي من الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجنائية .

(٥) دفع . « الدفع باعتبار المدعي المدني تاركاً لدعواه » .

الدفع باعتبار المدعى المدنى تاركاً لدعواه . طبيعته : دفع موضوعى . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

١ - من المقرر أن جريمة إعطاء شيك بدون رصيد تتحقق بمجرد إعطاء الساحب الشيك الى المستفيد مع علمه بأنه ليس له مقابل وفاء قابل للسحب ، إذ يتم بذلك طرح الشيك في التداول فتتعطف عليه الحماية القانونية التي أسبغها الشارع بالعقاب على هذه الجريمة باعتباره أداة وفاء تجرى مجرى النقود في المعاملات ولاعبرة بعد ذلك بالأسباب التي دفعت لإصدار الشيك لأنها من قبيل البواعث التي لا تأثير لها في قيام المسؤولية الجنائية مادام الشارع لم يستلزم نية خاصة لقيام هذه الجريمة . كما أنه لا محل لما يحتج به الطاعن من صدور حكم مدنى حائز لقوة الشئ المقضى بأن الشيك حرر ضماناً لعملية تجارية لما هو مقرر وفقاً للمادة ٤٥٧ من قانون الإجراءات الجنائية من أنه لا يكون للأحكام الصادرة من المحاكم المدنية قوة الشئ المحكوم به أمام المحاكم الجنائية فيما يتعلق بوقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها ، ذلك أن الأصل أن المحكمة الجنائية المختصة بموجب المادة ٢٢١ من قانون الإجراءات الجنائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية أمامها مالم ينص القانون على خلاف ذلك وهي في محاكمة المتهمين عن الجرائم التي يعرض عليها الفصل فيها لا يمكن أن تتقيد بأى حكم صادر من أية جهة أخرى مهما كانت وذلك ليس فقط على أساس أن مثل هذا الحكم لا تكون له قوة الشئ المحكوم فيه بالنسبة للدعوى الجنائية لانعدام الوحدة في الخصوم أو السبب أو الموضوع ، بل لأن وظيفة المحاكم الجنائية والسلطة الواسعة التي خولها القانون إياها للقيام بهذه الوظيفة بما يكفل لها اكتشاف الواقعة على حقيقتها كى لا يعاقب برئ أو يفلت مجرم ، ذلك يقتضى ألا تكون مقيدة في أداء وظيفتها بأى قيد لم يرد به نص في القانون .

٢ - يتوفر سوء النية في جريمة إعطاء شيك بدون رصيد بمجرد علم مصدر الشيك بعدم وجود مقابل وفاء له قابل للسحب في تاريخ

الاستحقاق . ومن ثم فإن الأسباب التي ساقها الطاعن للتدليل على أنه كان حسن النية عند إصدار الشيكين بسبب المعاملات التي كانت قائمة بينه وبين المجنى عليه مما اقتضته إلى إصدارهما ضماناً لوفائه بالتزاماته - لا تنفى عنه توافر القصد الجنائى ولا تؤثر في مسئوليته الجنائية .

٣ - متى كان يبين من الاطلاع على الحكم المطعون فيه أن المدعى بالحقوق المدنية أسس دعواه أمام المحكمة المدنية على المطالبة بقيمة الدين المثبت في أحد الشيكين موضوع الدعوى كما أسس دعواه المدنية أمام المحكمة الجنائية على المطالبة بتعويض الضرر الفعلى الناتج من عدم قابلية الشيك للصرف ، وقد انتهى الحكم المطعون فيه إلى القضاء له بهذا التعويض باعتباره ناشئاً على الجريمة التي دان الطاعن بها ، فإن ما يثيره الطاعن من دفع يسقط حق المجنى عليه بالمطالبة بالتعويض المدنى أمام القضاء الجنائى لسبق التجائه للقضاء المدنى يكون غير سديد لاختلاف موضوع الدعويين .

٤ - إنه وإن كان الأصل في دعاوى الحقوق المدنية أن ترفع إلى المحاكم المدنية إلا أن القانون أباح استثناء رفعها الى المحكمة الجنائية متى كانت تابعة للدعوى الجنائية وكان الحق المدعى به ناشئاً عن ضرر للمدعى من الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجنائية . بمعنى أن يكون طلب التعويض ناشئاً مباشرة من الفعل الخاطئ المكون للجريمة موضوع الدعوى الجنائية ، فإذا لم يكن الضرر الذى لحق به ناشئاً عن هذه الجريمة سقطت هذه الإباحة وكانت المحاكم الجنائية غير مختصة بنظر الدعوى المدنية . ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المدعى بالحقوق المدنية لم يطلب القضاء له بقيمة الشيك وإنما القضاء له بتعويض ما أصابه من ضرر ناشئ عن عدم صرف قيمة الشيك ومتصل به اتصالاً سببياً مباشراً ، ومن ثم فلا تريب على الحكم المطعون فيه فيما قضى به من إلزام الطاعن بالتعويض .

٥ - متى كان الثابت من محاضر جلسات المحاكمة الاستئنافية أن

المتهم (الطاعن) لم يطلب اعتبار المدعى بالحقوق المدنية تاركاً لدعواه ، فإنه لا يجوز له أن يثير شيئاً من ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن الدفع باعتبار المدعى المدني تاركاً لدعواه هو من الدفع التي تستلزم تحقيقاً موضوعياً .

الطعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٤ من يناير سنة ١٩٧١ «س ٢٢ ص ٣٥»
قانون « إلغاؤه » تعديله . خبز . تموين

إلغاء التشريع أو تعديله . عدم جوازه إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه ينص على ذلك صراحة أو ضمناً .

قرار وزير التموين رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٧ . لم يتناول بالإلغاء الصريح أو الضمني أوزان الخبز البلدي التي حددتها المادة ٢٤ من القرار ٩٠ لسنة ١٩٥٧ . بقاء تلك الأوزان سارية المفعول في شأن الخبز المصنوع من دقيق القمح الصافي حتى بعد العمل بالقرار ١١٦ لسنة ١٩٦٧ .

التشريع لا يلغى أو يعدل إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه ينص صراحة على ذلك أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع . ولما كان يبين من المادة ٢٤ من قرار التموين رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن استخراج الدقيق وصناعة الخبز أنها حددت وزن الرغيف من الخبز البلدي بأوزان معينة بالنسبة إلى كل جهة من الجهات الواردة بها ، كما أنه يبين من قرار التموين رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٧ أنه رفع نسبة استخراج دقيق القمح الصافي المنصوص عليها بالقرارين رقمي ٨٩ لسنة ١٩٥٧ و ٩٠ لسنة ١٩٥٧ من ٩٠٪ إلى ٩٣,٣٪ بالنسبة لجميع أنواع القمح ، وكان القرار رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٧ سالف البيان لم يتناول بالإلغاء الصريح أو الضمني أوزان الخبز البلدي التي حددتها المادة ٢٤ من القرار رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ ، فإن الأوزان تكون باقية وسارية المفعول في شأن الخبز المصنوع من دقيق القمح

الصافي استخراج ٩٣,٣٪ حتى تاريخ العمل بالقرار ١١٦ لسنة ١٩٦٧ .

الطعن رقم ١٨٠٢ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ٤ من يناير سنة ١٩٧٠ «س ٢١ ص ٣٢»

(أ ، ب) عمل . عقوبة . « تطبيقها » . « تعددها » . حكم .
« تسببه . تسبب معيب » . نقض . « حالات الطعن . الخطأ في تطبيق القانون » .

(أ) جرمنا عدم تحرير عقد عمل وعدم إنشاء ملف لكل عامل . تعدد العقوبات فيها بقدر عدد العمال . مخالفة ذلك . خطأ في القانون .
(ب) عدم استظهار الحكم عدد العمال الذين وقعت في شأنهم جرمنا عدم تحرير عقود عمل وعدم إنشاء ملفات . قصور .

(ج ، د ، هـ) عمل . ارتباط . قانون . « التفويض التشريعي » .

(ج) مناط تصديق المادة ٣٢ / ٢ عقوبات .

(د) التزام صاحب العمل بإعداد سجل لقيد الأجور وآخر لقيد الغرامات . لا ارتباط بينها . علة ذلك ؟

(هـ) خلو قانون العمل من نص يلزم صاحب العمل بتقديم مايفيد حصول عماله على أجازتهم أو ينظم كيفية إثبات حصولهم عليها ، كما فعل بالنسبة لإثبات تقاضي الأجر .

(و) إجراءات المحاكمة . محكمة استئنافية . « الإجراءات أمامها » . عمل . حكم . « تسببه . تسبب معيب » . نقض .
« حالات الطعن . الخطأ في تطبيق القانون » . وصف التهمة .

اتهام الطاعن بأنه لم يقدم ماثبت منحه عماله أجازات . عدم جواز توجيه تهمة عدم منحه عماله أجازات . مادام أن النيابة لم ترفع عليه الاتهام عنها ولم تقل ذلك في مرافعتها . مخالفة ذلك . خطأ في القانون . المادة ٣٠٧ إجراءات .

١ - إذا كان ماوقع من المتهم مخالفاً لنص المادتين ٤٣ ، ٦٩ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، من أنه لم يجرر عقد عمل بينه وبين

عماله وأنه لم ينشئ ملفاً لكل عامل ، فإن ما وقع منه في هذا الشأن يمس مباشرة وبالذات مصالح العمال ويحجف بحقوقهم ، فكان يتعين أن تقضى المحكمة بتعدد الغرامة المحكوم بها في هاتين التهمتين بقدر عدد العمال ، وإذا كان ماتقدم ، وكان الحكم المطعون فيه لم يقض بذلك فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

٢ - إذا كان الحكم المطعون فيه لم يستظهر في مدوناته عدد العمال الذين وقعت في شأنهم جريمة عدم تحرير عقود عمل ، وعدم إنشاء ملف لكل عامل ، فإنه يكون معيباً بالقصور الذي يعجز محكمة النقض عن تصحيح الخطأ في القانون ، مما يستوجب أن يكون مع النقض الإحالة .

٣ - إن مناط تطبيق المادة ٣٢ / ٢ من قانون العقوبات ، أن تكون الجرائم قد انتظمتها خطة جنائية واحدة بعدة أفعال مكتملة لبعضها البعض ، فتكونت منها مجتمعة الوحدة الإجرامية التي عنها المشرع بالحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة ٣٢ المذكورة .

٤ - التزام رب العمل بإعداد سجل لقيد الأجور ، لم ينص عليه في قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ بل نص عليه في قرار وزير العمل رقم ١٨١ لسنة ١٩٦٤ بناء على التفويض التشريعي الوارد في المادة ١٢٦ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، والغرض من إنشاء هذا السجل هو تنظيم عملية ربط وتحصيل الاشتراكات المستحقة وفقاً لأحكام قانون التأمينات الاجتماعية ، أما التزام رب العمل بإنشاء سجل لقيد الغرامات ، فقد نص عليه في المادة ٧٠ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، والغرض من إنشاء هذا السجل هو حصر الغرامات الموقعة على العمال ، ومن ثم فإن تعود صاحب العمل عن إنشاء سجل لقيد الأجور ، إنما هو عمل مستقل تام الاستقلال عن عدم إنشائه سجلاً لقيد الجزاءات ، ولا يوجد ثمة ارتباط بين هاتين الجريمتين في مفهوم الفقرة الثانية من المادة ٣٢ عقوبات .

٥ - إن قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ جاء خلواً من النص على إلزام صاحب العمل بتقديم ما يفيد حصول العمال على الأجازات المنصوص عليها فيه ، وتنظيم كيفية إثبات حصولهم عليها ، كما فعل بالنسبة لإثبات تقاضى الأجر طبقاً لنص المادة ٤٩ من قرار وزير الشئون الاجتماعية رقم ١٤١ لسنة ١٩٥٩ الصادر تنفيذاً لهذا الأمر ، ولم يشأ المشرع تأثيم هذا الفعل ، ولم يضع عقوبة كجزاء على مخالفته .

٦ - من المقرر طبقاً للمادة ٣٠٧ من قانون الإجراءات الجنائية ، أنه لا يجوز معاقبة المتهم عن واقعة غير التي وردت بأمر الإحالة أو طلب التكليف بالحضور ، وإذا كان ذلك ، وكانت التهمة الموجهة إلى المتهم في طلب التكليف بالحضور وتمت المرافعة في الدعوى على أساسها ، هي أنه لم يقدم ما يفيد منح عماله أجازات الأعياد الرسمية ، ولم تقل النيابة إن المتهم لم يمنح عماله أجازاتهم ، ولم ترفع الدعوى عن ذلك ، فما كان يحق للمحكمة الاستئنافية أن توجه للمتهم هذه التهمة أمامها .

الطعن رقم ١٦٦٢ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ١٢ من يناير سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٧١ »
 تموين . عقوبة . « وقف تنفيذها » . قانون . « التفويض التشريعي » . قرارات وزارية . حكم . « تسببه . تسبب معيب » .
 وقف تنفيذ العقوبات في الجرائم التموينية . غير جائز . سواء كانت هذه الجرائم مؤتممة طبقاً للقانون أو لقرار وزير التموين . أساس ذلك : المادة ٥٦ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ المعدل .
 وقف التنفيذ ليس عقوبة . هو قيد لها .

إن عقوبة الغرامة التي يقضى بها وفقاً لقرار وزير التموين رقم ٦٥ لسنة ١٩٦٦ ، يرد عليها القيد العام الوارد في المادة ٥٦ من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ المعدل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٥٢ في شأن عدم جواز الحكم بوقف تنفيذها ، باعتبارها قاعدة

وردت في أصل التشريع الذي خول وزير التموين إصدار القرارات التنفيذية المشار إليها ، مما لازمه اتباعها وعدم الخروج عليها في حالة فرض كل أو بعض العقوبات المنصوص عليها في تلك المادة ، على اعتبار أن وقف التنفيذ ليس بذاته عقوبة مما يصدق عليها التبعيض المصرح به في التفويض التشريعي المخول لوزير التموين ، بل هو قيد للعقوبات يجب دائماً أن توقع على أساسه تحقيقاً لمراد الشارع وماتغياها من ردع عام في نطاق الجرائم التموينية ، سواء كانت مؤتمة طبقاً للقانون ذاته أو للقرارات التنفيذية له .

الطعن رقم ٥٤٣ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٢٥ مايو سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٧٣٩ »

قانون « دستوريته » قرارات وزارية . لوائح . كحول . غش .
مشروعية قرار نائب رئيس الوزراء رقم ٣٥١ لسنة ١٩٦٥ في شأن مواصفات الكحول . حق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح التشريعية .

لما كان قرار نائب رئيس الوزراء رقم ٣٥١ لسنة ١٩٦٥ ورد في ديابجته أنه صدر بالاستناد إلى القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٥٨ وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٤٧٠ لسنة ١٩٦٤ وقراره رقم ١٦٦ لسنة ١٩٦٥ والقانون رقم ٣٤٦ لسنة ١٩٥٦ بشأن حظر تداول واستيراد مشروب الطافيا ، وكذلك القانون رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٥٦ بشأن تنظيم تحصيل رسم الإنتاج والاستهلاك على الكحول ، وكان القانون رقم ٦٥٨ لسنة ١٩٥٤ وقد أُلغى استصدار المراسيم ، مما يترتب عليه أن قرار نائب رئيس الوزراء للصناعة وقد صدر في نطاق التفويض التشريعي الوارد بالقوانين والقرارات المشار إليها ، ويكون قد حل محل المرسوم الذي استوجبه المادة الخامسة من قانون قمع الغش والتدليس ، وكان من المقرر طبقاً للمبادئ الدستورية المعمول بها ، أن من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو إعفاء من تنفيذها فضلاً عن أنه

لا مصلحة للطاعن في هذا الوجه من النعي لأن عقوبة الغرامة المقضى بها مقرر في القانون رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٥٦ المنطبق أيضاً على واقعة الدعوى .

الطعن ٤٤٤ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ١٠ مايو سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٦٧٧ »

(١ ، ٢) محكمة . قانون . « تطبيقه » حكم . « إجماع » . حالته .
(١) واجب المحكمة أن تطبق القانون تطبيقاً صحيحاً على الوقائع الثابتة في الدعوى .

(٢) اشتراط إجماع القضاة في حالة إلغاء حكم البراءة أو تشديد العقوبة . قصره على حالات الخلاف في تقدير الأدلة والوقائع والعقوبة .

١ - إنه من الواجب على المحكمة أن تطبق القانون تطبيقاً صحيحاً على الوقائع الثابتة في الدعوى ، مادامت لم تخرج عن حدود الواقعة المرفوعة بها الدعوى أصلاً ولم تتعدّ نطاق عناصرها القانونية ، وهو واجب عليها أن تمارسه حتماً قبل قضائها في الدعوى دون لفت نظر الدفاع ، ولا يعطى ذلك للطاعن حقاً في إثارة دعوى الإخلال بحق الدفاع فمن واجب المتهم أن يضمن دفاعه القانون الذي يعاقب على الواقعة المسندة إليه ، ومن ثم يكون ادعاء الطاعن أن الحكم قد انطوى على الإخلال بحقه في الدفاع لأن النيابة طلبت عقابه بالمادتين ٤ / ٢ ، ٥٤ من قرار التموين رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٥ ، ولكن المحكمة أوقعت عليه العقوبة المقررة بالمادتين ١٤ ، ٢٦ / ٢ من قرار التموين رقم ١١٢ لسنة ١٩٦٦ ، غير سديد .

٢ - جرى قضاء محكمة النقض على أن مراد الشارع من النص في المادة ٤١٧ من قانون الإجراءات الجنائية على وجوب إجماع قضاة المحكمة عند تشديد العقوبة أو إلغاء حكم البراءة ، إنما هو مقصور على حالات الخلاف بينها وبين محكمة أول درجة في تقدير الوقائع والأدلة ، وأن تكون هذه الوقائع والأدلة كافية في تقرير مسؤولية المتهم واستحقاقه للعقوبة ، أو إقامة التناسب بين هذه المسؤولية وتقدير

العقوبة ، وكل ذلك في حدود القانون إشاراً من الشارع لمصلحة المتهم ، فاشتراط إجماع القضاة قاصر على حالة الخلاف في تقدير الوقائع والأدلة وتقدير العقوبة ، أما النظر في استواء حكم القانون فلا يصح أن يرد عليه خلاف والمصير إلى تطبيقه على وجهه الصحيح لا يحتاج إلى إجماع ، بل لا يتصور أن يكون الإجماع ذريعة إلى تجاوز حدود القانون أو إغفال حكم من أحكامه ، ومن ثم فإنه إذا كان حكم محكمة أول درجة قد طبق نصوصاً ملغاة وأعمل الحكم المطعون فيه النصوص التي تسرى على واقعه ، فإنه يكون قد اقتصر على تطبيق القانون تطبيقاً سليماً ، ولا يشترط لذلك إجماع قضاة المحكمة .

الطعن ١٨١٣ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ٢٣ من فبراير سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٢٩٥ »

تسعيرة . أسباب الإباحة . مسئولية جنائية . قانون . « تفسيره » . قرارات وزارية . إثبات « إثبات بوجه عام » . حكم « تسببه . تسبب غير معيب » .

حق بيع السلعة بأسعار مخالفة لأسعار الجدول الأسبوعي . اعتباراً من اليوم التالي لانتهاؤ مدة العمل بذلك الجدول . ما لم يصدر قرار من الوزير المختص بتعديل مدة العمل بذلك الجدول أو توجد للسلعة تسعيرة جديدة .

إن مقتضى المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ بشأن التسعير الجبري وتحديد الأرباح ، أنه يجوز للتاجر أن يبيع السلعة بأسعار مخالفة لأسعار الجدول الأسبوعي ، وذلك اعتباراً من اليوم التالي لانتهاؤ الأسبوع الذي وضع له الجدول السابق ، مادام أنه لم يصدر بتعديل المدة قرار من الوزير المختص ، ولم توجد تسعيرة جديدة لهذه السلعة في أول يوم من الأسبوع التالي الذي تم البيع فيه . وإذا كان ما تقدم ، وكانت النيابة (الطاعنة) تسلم بأن السلعة وقت البيع لم تكن مدرجة بالكشف الأسبوعي لتعيين الأسعار ، وكان الحكم .

المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ، ويكون الطعن فيه في غير محله مما يتعين معه رفضه موضوعاً .

الطعن ٢٣٨ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ١٣ من أبريل ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٦٠٤ »

بناء . تقسيم . جريمة . « أركانها » . عقوبة . « العقوبة التكميلية » . إثبات . « شهادة » . حكم . « تسببه . تسبب غير معيب » . قانون . « تفسيره » .

إقامة البناء على قطعة أرض واقعة على حافة الطريق العام . افتراض الشارع أن المرافق العامة المفروض على المقسم إنشاؤها . موجودة فعلاً . تسليم النيابة في طعنها أن مهندس التنظيم شهد إقامة البناء على قطعة أرض تقع على حافة الطريق العام . صحة القضاء بإلغاء عقوبة الإزالة في هذه الحالة .

لما كانت المادة الأولى من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ في شأن تقسيم الأراضي المعدة للبناء تنص على أنه « في تطبيق أحكام هذا القانون تطلق كلمة « تقسيم » على كل تجزئة لقطعة أرض إلى عدة قطع ، بقصد عرضها للبيع أو للمبادلة أو للتأجير أو التحكير لإقامة مبان عليها متى كانت إحدى هذه القطع غير متصلة بطريق عام » وكانت الطاعنة « النيابة العامة » تسلم بأسباب الطعن أن أوراق الدعوى اشتملت على أن البناء أقيم على قطعة أرض واقعة على حافة الطريق العام طبقاً لما شهد به مهندس التنظيم بحضور جلسة المحاكمة فإنه يفترض أن المرافق العامة التي فرض القانون على المقسم إنشاؤها ، موجودة فعلاً ، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور ، تعليقاً على المادة سالفه الذكر ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلغاء عقوبة الإزالة يكون سليماً في النتيجة التي خلص إليها وأصاب صحيح القانون .

الطعن ١٦٧٠ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ١٦ من مارس سنة ١٩٧٠ «س ٢١ ص ٣٧٣»

قذف . جريمة . « أركانها » . دفع . عقوبة . « الإغفاء منها » .
حكم . « تسببه . تسبب معيب » . دفاع . « الإخلال بحق الدفاع .
مايو فره » . موظفون عموميون .

الدفع بالإغفاء من العقاب لحسن النية في جريمة القذف في حق موظف عام .
دفع جوهرى . علة ذلك : إعفاء القاذف من العقاب إذا أثبت صحة ما قذف به
الموظف المجنى عليه وكان حسن النية . وجوب تحقيق هذا الدفع أو الرد عليه
وإلا كان الحكم معيباً .

الدفع بالإغفاء من العقاب لحسن النية في جريمة القذف في حق
موظف عام ، يعد دفاعاً جوهرياً ، لما يترتب على ثبوت أو عدم ثبوت
صحته من تغير وجه الرأى في الدعوى ، لأن القاذف في حق الموظفين
العموميين يعفى من العقاب إذا أثبت صحة ما قذف به المجنى عليه من
جهة وكان من جهة أخرى حسن النية ، بأن كان يعتقد صحة الإسناد
وأنه يقصد به إلى المصلحة العامة لا إلى شقاء الضغائن والأحقاد
الشخصية . ولما كان الحكم المطعون فيه لم يفتن إلى هذا الدفع ولا إلى
ما قدمه الطاعن من أدلة عليه ، فلم يعن بتحقيقه أو الرد بما يسوغ
الأخذ به أو اطراحه أو إثبات سوء النية ، فإنه يكون معيباً بالقصور في
البيان والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه .

الطعن ١١٠٨ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٢٦ من أكتوبر سنة ١٩٧٠ «س ٢١ ص ١٠٠٥»

(١) قذف . وصف التهمة . إجراءات المحاكمة . نقض .
« أسباب الطعن . مالا يقبل منها » .

تعديل محكمة أول درجة التهمة من قذف مجرد إلى قذف يتضمن طعناً في
العرض في مواجهة المتهم والقضاء في الدعوى على هذا الأساس . استئناف
المتهم هذا الحكم وورود استئنافه منصباً على ذلك التعديل . لوجه القول بأن

الدفاع لم يخطر به طالما أن المحكمة الاستئنافية لم تجر أى تعديل في التهمة . ليس
للطاعن إثارة أمر هذا التعديل لأول مرة أمام محكمة النقض .

(٢) إثبات . « إثبات بوجه عام . إقناعية الدليل » .

العبرة في المحاكمة الجنائية هي باقتناع القاضى . لا يصح مطالبة بالأخذ
بدليل معين إلا إذا قيده القانون بذلك .

١ - متى كان الثابت أن الطاعن حين استأنف الحكم الابتدائى
الصادر بإدائته على أساس التعديل الذى أجرته محكمة أول درجة في
التهمة من قذف مجرد الى قذف يتضمن طعناً في العرض بالتطبيق
للمادة ٣٠٨ من قانون العقوبات كان على علم بهذا التعديل ، وكان
استئناف الحكم الابتدائى منصباً على هذا التعديل الوارد به فلا وجه
للقول بأن الدفاع لم يخطر به طالما أن المحكمة الاستئنافية لم تجر أى
تعديل في التهمة ، هذا فضلاً عن أن الطاعن لم يثر شيئاً بخصوص هذا
التعديل أمام المحكمة الاستئنافية فلا يجوز أن يبيده لأول مرة أمام
محكمة النقض .

٢ - العبرة في المحاكمة الجنائية هي باقتناع القاضى بناء على
ما يجريه من تحقيق في الدعوى ومن كافة عناصرها المعروضة على بساط
البحث ، فلا يصح مطالبة بالأخذ بدليل معين ، إذ جعل القانون من
سلطته أن يزن قوة الإثبات وأن يأخذ من أى بينة أو قرينة يرتاح إليها
دليلاً لحكمه إلا إذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه .

الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ١١ من مايو سنة ١٩٧٠ «س ٢١ ص ٦٩٣»

(أ ، ب ، ج) قذف . سب . جريمة . « أركانها » . قصد
جنائى . محكمة الموضوع . « سلطتها في تقدير توافر أركان
الجريمة » . محكمة النقض . « سلطتها » .

(أ) القصد الجنائى في جرمي القذف والسب . توافره متى كانت العبارات
التي وجهت إلى المجنى عليه شائنة بذاتها .

- (ب) علانية الإسناد تتضمن حتماً قصد الإذاعة بمجرد الجهر بالألفاظ النائية في المحل العام مع العلم بمعناها .
 (ج) تحرى معنى اللفظ . تكييف يخضع لرقابة محكمة النقض .
 (د) عقوبة . « تقديرها » . محكمة الموضوع . « سلطتها في تقدير العقوبة » .
 تطبيق العقوبة في حدود النص . من اختصاص محكمة الموضوع .
 (هـ) نقض . « التقرير بالظعن » . « نطاقه » . « الصفة في الظعن » .
 الظعن يتحدد بصفة رافعه .

- ١ - يتوافر القصد الجنائي في جرمي القذف والسب متى كانت العبارات التي وجهها المتهم الى المجني عليه شائنة بذاتها .
 ٢ - إن علانية الإسناد تتضمن حتماً قصد الإذاعة بمجرد الجهر بالألفاظ النائية في المحل العام مع العلم بمعناها .
 ٣ - إن تحرى معنى اللفظ من التكييف الذي يخضع لرقابة محكمة النقض .
 ٤ - تطبيق العقوبة في حدود النص المنطبق من اختصاص محكمة الموضوع .
 ٥ - يتحدد الظعن بصفة رافعه . ولما كان الثابت أن الظعن مرفوع من النيابة العامة دون غيرها من الخصوم ، فإن الحكم فيه يكون قاصراً على الدعوى الجنائية وحدها ..

الظعن رقم ٢٢٠ لسنة ٤٠ قضائية

- جلسة ٦ من أبريل سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ٥٥٢ »
 (أ ، ب ، ج) قذف . دعوى جنائية . « نظرها والحكم فيها »
 « انقضاؤها بالتنازل عن الشكوى » . دعوى مدنية « عدم قبولها » . دعوى مباشرة . إثبات « قرائن قانونية » . حكم .
 « تسببه . تسبب غير معيب » . إعلان .

- (أ) مضى ثلاثة أشهر بين تاريخ العلم بجريمة القذف ومرتكبها وبين إعلان صحيفة الدعوى المباشرة عن هذه الجريمة ، القضاء بعدم قبول الدعوى . صحيح . أساس ذلك ؟
 (ب) انعقاد الخصومة في الدعوى المباشرة . بتكليف المتهم بالحضور تكليفاً صحيحاً .
 (ج) القضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية . يوجب القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية الناشئة عنها .
 (د ، هـ) دعوى جنائية . « قيود تحريكها » . نيابة عامة . « القيود الواردة على حقها في تحريك الدعوى الجنائية » . دعوى مدنية . دعوى مباشرة . « شروط تحريكها » .
 (د) حق المدعى المدنى إقامة الدعوى مباشرة أمام القضاء عن جريمة من الجرائم المبينة بالمادة الثالثة إجراءات ، ولو بدون شكوى سابقة . الادعاء المباشر بمثابة شكوى .
 (هـ) إيجاب الحكم توكيلاً خاصاً للمحامى رافع الدعوى المباشرة في جريمة من الجرائم المبينة بالمادة الثالثة إجراءات . خطأ لا يؤثر في صحة الحكم . مادام لم يكن له أثر في النتيجة التي انتهى إليها .
 ١ - لئن كان الطاعن قد جادل في أسباب طعنه في تاريخ علمه بجريمة القذف وأرجعه الى يوم ٢٦ من نوفمبر سنة ١٩٦٧ ، إلا أنه سلم بأن المطعون ضده « المتهم » لم يعلن بالدعوى إلا بتاريخ ٢٩ من فبراير سنة ١٩٦٨ أى بعد مضى أكثر من ثلاثة أشهر من تاريخ العلم بالجريمة ومرتكبها ، وإذا كان ماتقدم ، وكان الشارع قد جعل من مضى ثلاثة أشهر من تاريخ العلم بالجريمة ومرتكبها قرينة قانونية لاتقبل إثبات العكس على التنازل ، لما قدره من أن سكوت المجنى عليه هذه المدة يعد بمثابة نزول عن الشكوى لأسباب ارتأها ، حتى لا يتخذ من حق الشكوى إذا استمر أو تأبد ، سلاحاً للتهديد أو الابتزاز أو النكابة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم قبول الدعويين الجنائية والمدنية ، يكون قد طبق القانون على واقعة الدعوى تطبيقاً صحيحاً .

٢ - لا تتعد الخسومة في الدعوى الجنائية التي يرفعها المدعي بالحقوق المدنية مباشرة إلا عن طريق تكليف المتهم بالحضور تكليفاً صحيحاً .

٣ - القضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية في جريمة القذف يستوجب القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية الناشئة عنها .

٤ - إن اشتراط تقديم الشكوى من المجنى عليه أو وكيله الخاص في الفترة المحددة بالمادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية ، هو في حقيقته قيد وارد على حرية النيابة العامة في استعمال الدعوى الجنائية ، لا على مال المدعى بالحقوق المدنية من حق إقامة الدعوى مباشرة قبل المتهم ، إذ له أن يحركها أمام محكمة الموضوع مباشرة - ولو بدون شكوى سابقة - في خلال الأشهر الثلاثة التي نص عليها القانون ، لأن الادعاء المباشر هو بمثابة شكوى ..

٥ - إن ما أورده الحكم المطعون فيه كدعامة لقضائه بعدم قبول الدعويين الجنائية والمدنية من أن المحامي رافع الدعوى المباشرة لم يكن موكلاً من الطاعن « المدعى بالحق المدني » توكيلاً خاصاً في رفع الدعوى ، لا يعدو أن يكون تزييداً خاطئاً لا أثر له في النتيجة التي انتهت إليها الحكم ، ولم تكن المحكمة في حاجة إليه متى أقامت قضاءها على سبب صحيح مستمد من انقضاء مدة الثلاثة أشهر المنصوص عليها في المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية .

الطعن رقم ١٥٠٥ سنة ٤٠ قضائية

جلسة ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٧٠ « س ٢١ ص ١٢٧٣ »
قانون . « القانون الأصلح » . تموين . نقض . « حالات الطعن . الخطأ في تطبيق القانون » . عدس .

اعتبار قرار وزير التموين رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٨ - الصادر بعد وقوع الجريمة وقبل الحكم فيها نهائياً - بإلغاء القرار رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٨ الذي كان يحظر نقل العدس خارج المحافظات - قانوناً أصلح . وجوب اتباعه دون غيره .

متى كان الحكم المطعون فيه قد صدر في ٢٠ يناير سنة ١٩٧٠ ودان المتهم بالتطبيق لأحكام قرار وزير التموين ، رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٨ الذي كان يحظر نقل العدس خارج المحافظات خلال الفترتين من ٢٥ مارس سنة ١٩٦٨ حتى نهاية أغسطس من ذات السنة بغير ترخيص من الجهة المختصة . ولما كان قد صدر قرار آخر في ١٩ مايو سنة ١٩٦٨ من وزير التموين برقم ١٥١ لسنة ١٩٦٨ نص في مادته الأولى على إلغاء القرار السابق ، وهذا الإلغاء أصبح نقل العدس خارج المحافظات دون موافقة الجهة المختصة فعلاً غير مؤتم ، مما كان يتعين معه على المحكمة طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات أعمال أحكام القرار الجديد الذي يعتبر قانوناً أصلح إذ صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً فهو الذي يتبع دون غيره ، أما وهي لم تفعل فإن حكمها المطعون فيه يكون قد أخطأ صحيح القانون مما يتعين معه نقضه وتصحيحه بإلغاء الحكم فيما قضى به من عقوبة وبراءة المطعون ضدها .

الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٣ من يناير سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٥٦ »

(أ) صابون . بيانات وعلامات تجارية . غش . قانون . « إلغاؤه » .

المجرائم المنصوص عليها في القانون ٨٧ لسنة ١٩٣٨ في شأن تنظيم صناعة وتجارة الصابون . مخالفات لا جنح .

اعتبار قرار مجلس الوزراء الصادر في ٤ / ٤ / ١٩٥٦ بتنظيم صناعة وتجارة الصابون . استناداً إلى الإعلان الدستوري الصادر في ١٠ / ٢ / ١٩٥٣ - ناسخاً لما يتعارض معه من أحكام في التشريعات السابقة على صدوره ومنها القانون ٨٧ لسنة ١٩٣٨ سالف الذكر . إحالة القرار المذكور بالنسبة للعقاب على جرمي الغش والخدعة إلى المادتين ٥ ، ٦ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤١ في شأن قمع التدليس والغش ، وبالنسبة للعقاب على مخالفة البيان التجاري للحقيقة

إلى القانون ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالبيانات والعلامات التجارية والذي يعاقب على الجريمة المذكورة بعقوبة الجنبحة .

(ب) صابون . « إجراءات أخذ العينة » . إثبات . « إثبات بوجه عام » . غش . قانون . « إصداره » .

لا بطلان على مخالفة الإجراءات الخاصة بأخذ العينة وتحليلها وإخطار صاحب الشأن بنتيجتها في ظل التشريعات الصادرة في شأن صناعة وتجارة الصابون بعد إلغاء القانون ٨٧ لسنة ١٩٣٨ .

خضوع إثبات الغش في صناعة وتجارة الصابون لقواعد الإثبات العامة . مانص عليه القرار الوزاري رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٥٩ الصادر تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء المؤرخ ٤ / ٤ / ١٩٥٦ في مادته الخامسة من بطلان إجراءات أخذ العينة إذا لم يعلن صاحب الشأن بنتيجة التحليل في الأجل المحدد له ، لا يقيد المحاكم . علة ذلك .

(ج) دفع . « الصفة في الدفع » . « الدفع ببطلان إجراءات أخذ العينة » صابون . « إجراءات أخذ العينة » .

لاصفة للطاعن في الدفع ببطلان إجراءات أخذ عينة صابون أخذت من محل متهم آخر .

(د ، هـ) صابون . غش . بيانات وعلامات تجارية . نقض . « حالات الطعن بالنقض . الخطأ في تطبيق القانون » . دفاع . « الإخلال بحق الدفاع . مالا يوفره » . جريمة . « أركانها » . قصد جنائي .

(د) وجوب مراعاة نسبة الأحماض الدهنية والراتنجية في صناعة الصابون بحسب البيان المرقوم على السلعة وإلا كون الفعل غشاً . إنتاج صابون دون مراعاة تلك النسبة يعتبر ذكراً لبيان تجاري غير مطابق للحقيقة معاقباً عليه بالمواد ٢٦ و ٢٧ و ٣٤ من القانون ١٧ لسنة ١٩٥٩ .

(هـ) علم المتهم بغش مايصنعه يستفاد ضرورة من كونه منتجاً له اعتباراً بأن الصانع يعلم كنه مايصنعه ونسبة المواد الداخلة في تكوينه . عدم قبول التذرع بجهله .

صنع صابون تنقص فيه نسبة الأحماض عن حد معين جنبحة دائماً في حق

الصانع طبقاً للقانونين ٤٨ لسنة ١٩٤١ و ٥٧ لسنة ١٩٣٩ . زيادة نسبة القلوي المطلق الكاوي في الصابون عن حد معين . مخالفة . شرط ذلك : أن يكون المتهم حسن النية .

١ - القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣٨ في شأن تنظيم صناعة وتجارة الصابون صدر بعده قرار من مجلس الوزراء في ٤ من أبريل سنة ١٩٥٦ بتنظيم صناعة وتجارة الصابون بالاستناد إلى الإعلان الدستوري الصادر في ١٠ من فبراير سنة ١٩٥٣ وهو الإعلان الذي جعل في المادة التاسعة منه السلطة التشريعية لمجلس الوزراء ، وإلى القانون رقم ٦٥٨ لسنة ١٩٥٤ ، بإلغاء استصدار مراسيم ، وأشار في ديباجته إلى الاطلاع على المادتين ٥ ، ٦ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ في شأن قمع التدليس والغش والمواد ٣٢ ، ٣٤ ، ٣٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالبيانات والعلامات التجارية والقوانين المعدلة له وأسقط الإشارة إلى القانون ٨٧ لسنة ١٩٣٨ سالف الذكر والذي كان يعتبر في مادته السابعة الجرائم المنصوص عليها فيه مخالفات لاجنحاً ، وهذا الإسقاط للقانون جاء على خلاف مااستنته الشارع وانتهجه في القرارات السابقة والتي كانت تصدر بالاستناد إليه . فقرار مجلس الوزراء سالف الذكر والذي يجمع بين القانون والمرسوم في قوته الملزمة يعتبر ناسخاً لما يتعارض معه من أحكام في التشريعات السابقة على صدوره ومنها القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣٨ سالف البيان . يدل على ذلك أنه لم يشر في ديباجته إليه كما سبق ، وأنه أعاد تنظيم ماكان ينظمه القانون والمراسيم السابقة على صدوره في شأن صناعة وتجارة الصابون وآخرها المرسوم الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ تنظيمياً كاملاً متناولاً ماكانت تتناوله من أحكام ومنها أنواع الصابون ورتبه والعناصر الداخلة في تكوينه كما تناول جرميتي الغش والخديعة محيلاً في العقاب عليهما إلى المادتين ٥ ، ٦ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ في شأن قمع التدليس والغش ، كما أحال إلى القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالبيانات والعلامات التجارية

والذي يوجب في المادة ٢٧ منه أن يكون البيان التجاري مطابقاً للحقيقة واعتبر فيما يختص بتطبيقه بيان العناصر الداخلة في تكوين البضاعة بياناً تجارياً بحسب مانص عليه في المادة ٢٦ منه وعاقب على مخالفة ذلك بعقوبة الجنحة في المادة ٣٤ منه وهي المواد التي أحال إليها قرار مجلس الوزراء الصادر في ٤ من أبريل سنة ١٩٥٦ على ما سلف .

٢ - لم تنص التشريعات الصادرة في شأن صناعة وتجارة الصابون بعد إلغاء القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣٨ على البطلان جزاء على مخالفة الإجراءات الخاصة بأخذ العينة وتحليلها وإخطار صاحب الشأن بنتيجتها كما فعل القانون الملغى ، إذ لم يكن غرض الشارع أن يخضع الغش في صناعة وتجارة الصابون إلى قواعد إثبات خاصة ، بل هي تخضع للقواعد العامة فإذا اطمأن القاضى إلى صحة الدليل المستمد من تحليل العينات ولم يساوره ريب في أية ناحية سواء من جهة أخذ العينة أو من جهة عملية التحليل ذاتها أوقع حكمه على هذا الأساس .

٣ - إذ كان القرار رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٥٩ قد صدر في ٢ من مايو سنة ١٩٥٩ بتنفيذ قرار مجلس الوزراء بتاريخ ٤ من أبريل سنة ١٩٥٦ ونص في مادته الرابعة على أن تؤخذ العينات لتحليلها وفحصها طبقاً لأحكام القرار رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٣ الصادر من وزير التجارة والصناعة تنفيذاً للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ ، وكان هذا القرار قد نص في المادة الخامسة منه على بطلان إجراءات أخذ العينة إذا لم يعلن صاحب الشأن بنتيجة التحليل في الأجل المحدد له ، فإن ذلك - على ما أولته محكمة النقض - لا يقيد المحاكم لأن القرار المذكور تجاوز بهذا النص السلطة التي أمده بها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ وقرار مجلس الوزراء في ٤ من أبريل سنة ١٩٥٦ ويبقى لهذه المحاكم أن تقدر أدلة الدعوى حسبما تظمن هي إليه دون التفات لهذا الجزاء الذي جاء مشوباً بتجاوز السلطة اللازمة لتقريره .

٤ - متى كان الثابت أن العينة التي دفع ببطلان الإجراءات الخاصة بها لم تؤخذ من محل الطاعن بل من محل متهم آخر في الدعوى قضى

ببراءته وهو وحده صاحب الصفة في التمسك بالبطلان المقرر في القانون لمصلحته هو دون غيره ، فلا صفة للطاعن فيها دفع به من بطلان إجراءات أخذ العينة ولا وجه لما نعاه .

٥ - نص قرار مجلس الوزراء الصادر في ٤ من أبريل سنة ١٩٥٦ بتنظيم صناعة وتجارة الصابون في المادة الثانية منه على أن الصابون رقم ٢ وهو الصابون المحتوى عقب ختمه على ٥٠٪ على الأقل من الوزن المرقوم على القطع أو من الوزن الفعلى لهذه القطع عند التحليل أيها أكبر ، أحماضاً دهنية وراتنجية ، مما يدل على تشدد القانون في مراعاة نسبة تلك الأحماض حماية للمستهلكين وقضاء على الغش في الصابون حتى لا يتأدى الأمر إلى الغش في وزن الصابون وفي نسبة المواد النافعة الداخلة في تكوينه معاً ، فلا يجدى الطاعن ما يتنزع به من نقص الوزن في الصابون الذى أنتجه عن الوزن المرقوم على القطع ودخول بخار الماء في تكوينه لأن ما يتعلل به من ذلك لا تندفع به التهمة المسندة إليه ، بل تتضمن غشاً في وزن الصابون ، فضلاً عن الغش في نسبة الأحماض الداخلة في تكوينه . هذا وبفرض صحة ما يدعيه الطاعن في طعنه كله فإن ما وقع منه من إنتاجه الصابون دون مراعاة نسبة الأحماض الدهنية والراتنجية بحسب البيان المرقوم على السلعة يعتبر ذكراً لبيان تجاري غير مطابق للحقيقة معاقباً عليه بالعقوبة التي أوقعها عليه الحكم طبقاً للمواد ٢٦ و ٢٧ و ٣٤ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن البيانات والعلامات التجارية وهو القانون الذى أعمله الحكم أيضاً لانطباقه على واقعة الدعوى فلا مصلحة له فيها أثاره في طعنه كله من دعوى الخطأ في تطبيق القانون أو الإخلال بحقه في الدفاع .

٦ - إن علم المتهم بالغش فيما يصنعه يستفاد ضرورة من كونه منتجاً له ، اعتباراً بأن الصانع يعلم كنه ما يصنعه ونسبة المواد الداخلة في تكوينه ، ولا يقبل التذرع بجهله وإلا تأدى الأمر إلى تعطيل أحكام القانون . يدل على ذلك في خصوص صناعة الصابون - أن قرار

مجلس الوزراء الصادر في ٤ من أبريل سنة ١٩٥٦ في شأن صناعة وتجارة الصابون بعد أن نص في المادة الثانية منه على أنه لا يجوز صنع الصابون أو استيراده أو بيعه أو عرضه أو طرحه للبيع أو حيازته بقصد البيع إلا إذا كان من أحد الأنواع والرتب المنصوص عليها فيها ومنها الصابون رقم ٢ وهو الصابون المحتوي عقب ختمه على ٥٠٪ على الأقل من الوزن المرقوم على القطع أو من الوزن الفعلي لهذه القطع عند التحليل أيها أكبر ، أحماضاً دهنية وراتنجية بشرط ألا تزيد نسبة الأحماض الراتنجية فيه على ٢٠٪ من مجموع الأحماض ، أوجب في المادة الثالثة ألا تزيد نسبة القلوي المطلق الكاوي في جميع الأنواع والرتب على حد معين واعتبر - في هذه الحالة وحدها - زيادة نسبه مخالفة لاجنحة إذا كان المتهم حسن النية ، مما مفاده أن صنع الصابون الذي تقل فيه نسبة الأحماض أو تنقص عن حد معين جنحة دائماً في حق الصانع طبقاً للقانونين رقمي ٤٨ لسنة ١٩٤١ و ٥٧ لسنة ١٩٣٩ اللذين أشار القرار في ديباجته محيلاً في بيان العقوبة إليهما ، ولا يكون مخالفة إلا حين تزيد نسبة القلوي المطلق الكاوي عن النسبة التي حددها القرار بشرط أن يكون الصانع حسن النية ، وبذلك فإن الشارع يكون قد اعتبر علم الصانع بمخالفة ما يصنعه من الصابون للنسب القانونية للأحماض الدهنية والراتنجية قائماً في حقه بقيام موجه من صنعه وهو ثابت على الدوام ، لا يستطيع المتهم أن يتذرع بجهله إلا في حدود ما رخص فيه الشارع استثناء لاعتبارات تيسيرية لا تنفي الأصل المقرر في هذا الصدد .

الطعن رقم ٢٠٤٠ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٧ من مارس سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٣٢٧ »

(أ ، ب ، ج) عمل . قانون . « إصداره . التفويض التشريعي » قرارات وزارية . جريمة . « أركانها » .

(أ) فصل العامل في منشأة تستخدم أكثر من خمسة عمال قبل عرض الأمر

على اللجنة المختصة يعتبر عملاً مؤثماً جنائياً .

صدر قرار وزير العمل رقم ٩٦ لسنة ١٩٦٢ المعدل بالقرار رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٥ في نطاق التفويض التشريعي الوارد في المادة ٦٦ من قانون العمل .
(ب) جواز الجمع بين الجزاءين الجنائي والتأديبي عن المخالفة الواحدة .
(ج) المراد بصاحب العمل في خطاب الشارع ؟

١ - المادة ٦٦ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ في شأن العمل بعد أن حظرت على صاحب العمل تجاوز العقوبات التأديبية التي بينها في حالة وقوع مخالفة من العامل ، نصت في الفقرة الأخيرة منها على « ويصدر قرار من وزير الشؤون الاجتماعية والعمل ببيان العقوبات التأديبية وقواعد وإجراءات التأديب » وبناء على هذا التفويض التشريعي صدر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٢ قرار وزير العمل رقم ٩٦ لسنة ١٩٦٢ المعدل بالقرار رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٥ وأورد في المادة السادسة المستبدلة عقوبة الفصل ضمن العقوبات الجائز توقيعها على العامل بأن نص على أنه « إذا رأت المنشأة التي تستخدم خمسة عمال فأكثر أن المخالفة التي ارتكبها العامل تستوجب فصله تعين عليها قبل أن تصدر قراراً نهائياً بذلك عرض الأمر على لجنة (حددت المادة تشكيلها) . ولما كان القرار الوزاري السالف الإشارة إليه قد صدر في نطاق التفويض التشريعي الوارد في المادة ٦٦ من قانون العمل ، وكانت هذه المادة قد وردت في الفصل الثاني من الباب الثاني من ذلك القانون ، وكانت المادة ٢٢١ قد نصت على معاقبة كل من يخالف أحكام ذلك الفصل والقرارات الصادرة تنفيذاً له بغرامة لا تقل عن مائة قرش ولا تجاوز ألفي قرش ، وكان الثابت من المفردات التي أمرت المحكمة بضمها أن المنشأة تستخدم أكثر من خمسة عمال ، فإن فصل العامل في مثل تلك المنشأة قبل عرض الأمر على اللجنة يعتبر عملاً مؤثماً جنائياً طبقاً لمواد القانون سالف الذكر .

٢ - لا يوجد ثمة ما يمنع قانوناً من الجمع بين الجزاء الجنائي والتأديبي عن المخالفة الواحدة للقانون .

٣ - المراد بصاحب العمل في خطاب الشارع هو صاحب الأمر بحسب النظام الموضوع للمنشأة في الإشراف الإداري على شئون العمال المنوط به الاختصاص بتنفيذ ما فرضه القانون ، وهذا الوصف في المخاطب به ركن في الجريمة التي تنسب إليه .

الظعن رقم ١٤٥٣ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ١٠ من نوفمبر سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ١٢٤٥ »
(أ) خبز . تموين . قانون . « إصداره . التفويض التشريعي » . « قرارات . وزارية » .

التسامح في وزن الخبز بسبب الجفاف من الرخص المخولة لوزير التموين يستعملها حسبها يراه بغير معقب . المادة ٨ من المرسوم بقانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ . إصدار وزير التموين القرار رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ الذي نص فيه على عدم التسامح في وزن الخبز الشامي بسبب الجفاف في حدود التفويض التشريعي المخول له بمقتضى المادة سالفة الذكر .

(ب) حكم .. « تسببه . تسبب غير معيب » . دفاع . « الإخلال بحق الدفاع . مالا يوفره » .

عدم التزام المحكمة بالرد على دفاع قانوني ظاهر البطلان .

١ - تنص المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ على أنه : « يصدر وزير التموين القرارات اللازمة لبيان وزن الرغيف في كل مديرية أو محافظة ، ويحدد في تلك القرارات النسبة التي يجوز التسامح فيها من وزن الخبز بسبب الجفاف » . ومقتضى هذا النص أن التسامح في وزن الخبز بسبب الجفاف هو من الرخص المخولة لوزير التموين يستعملها حسبها يراه بغير معقب ، وقد استعمل وزير التموين هذه الرخصة بصدد الخبز البلدي فأجاز التجاوز عن نسبة معينة من وزنه ، أما الخبز الشامي الذي يباع بسعر مضاعف فقد رأى عدم التسامح في وزنه بسبب الجفاف وهو في هذا إنما يعمل في حدود التفويض التشريعي الذي نصت عليه المادة سالفة الذكر . ومن ثم فإن

دفاع الطاعن بأن وزير التموين بإصداره القرار رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ - الذي نص فيه على عدم التسامح في أوزان الخبز الشامي بسبب الجفاف - قد خرج على حدود التفويض التشريعي يكون على غير سند من القانون .
٢ - لا يعيب الحكم التفاته عن الرد على دفاع قانوني ظاهر البطلان .

الظعن رقم ٢٠٢٠ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٠ من فبراير سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٢٤٣ »
(أ) جريمة . « أركان الجريمة » . تسعيرة .

مناطق قيام جريمة بيع سلعة بأزيد من السعر المعين لها ؟

(ب) قانون . « سريانه . العلم به » .

العلم بالقانون الجنائي والقوانين العقابية المكتملة له . مفترض في حق الكافة .

(ج) نقض . « أسباب الظعن . مالا يقبل منها » . حكم .

« بطلانه » . بطلان .

عدم جواز إبداء أسباب أمام محكمة النقض - من النيابة أو الخصوم - غير تلك التي أبديت في الميعاد المذكور بالمادة ٣٤ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ . الحالات التي أجاز فيها الشارع لمحكمة النقض - استثناء - نقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها . واردة على سبيل الحصر . ليس من بينها خلو الحكم من بيان مواد القانون التي قضى بموجبها .

١ - مؤدى نص المادة ٩ من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبري وتحديد الأرباح المعدل بالقرار بقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٥٧ ، أن جريمة البيع بأزيد من السعر المقرر تقوم في حق كل من يبيع سلعة بأزيد من السعر المعين لها بغض النظر عن صلته بها وأيا كانت صفته في بيعها إذ المناط في قيام الجريمة بوقوع فعل البيع ذاته بأزيد من السعر المعين للسلعة .

٢ - إن العلم بالقانون الجنائي والقوانين العقابية المكتملة له يفترض في حق الكافة ، ومن ثم فإنه لا يقبل الدفع بالجهل بها أو الغلط فيها كذريعة لنفى القصد الجنائي .

٣ - الأصل ، طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، هو أنه لا يجوز إبداء أسباب أخرى أمام المحكمة - سواء من النيابة العامة أو من أى خصم - غير الأسباب التى سبق بيانها فى الميعاد المذكور بالمادة ٣٤ من ذلك القانون . أما نقض محكمة النقض للحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥ سالفة الذكر على خلاف هذا الأصل فهو رخصة استثنائية خولها القانون للمحكمة فى حالات معينة على سبيل الحصر إذا تبين لها مما هو ثابت فى الحكم أنه مبنى على مخالفة القانون أو على خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله أو أن المحكمة التى أصدرته لم تكن مشكلة وفقاً للقانون أو لولاية لها بالفصل فى الدعوى أو إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسرى على واقعة الدعوى . ولما كان خلو الحكم المطعون فيه من بيان مواد القانون التى قضى بموجبها لا يندرج تحت إحدى هذه الحالات بل إنه يدخل تحت حالات البطلان التى تفتح سبيل الطعن عملاً بالبند ثانياً من المادة ٣٠ من القانون المشار إليه دون أن ينعطف عليه وصف مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله المشار إليه فى البند أولاً من المادة المذكورة والذى لا ينعطف إلا على مخالفة القانون الموضوعى سواء أكان قانون العقوبات والقوانين المكتملة له أو قانون الإجراءات الجنائية فيما تضمنه من قواعد موضوعية . ومن ثم فإن مآثره الطاعن بالجلسة وبعد قوات الميعاد المحدد بالقانون يكون غير مقبول .

الطعن رقم ٢٠٤٨ لسنة ٢٨ قضائية

جلسة ١٧ من فبراير سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٢٧١ »

(أ) قانون « سريانه من حيث الزمان » دستور .

لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتنفيذ القانون . عدم نفاذ القانون قبل

نشره .

(٢ ، ٣) عقوبة « العقوبة المبررة » طعن « المصلحة فى

الطعن » تسعيرة .

(٢) المصلحة مناط الطعن .

(٣) توقيع عقوبة واحدة على الطاعن عن تهمة معاً . انتفاء مصلحته فى

النمى على الحكم . إدانته عن إحدى التهمتين قبل نفاذ القانون الذى يعاقب

عليها لا يؤثر ما دامت العقوبة المقضى بها هى ذات العقوبة المقررة للجريمة

الأخرى .

(٤ ، ٥) ارتباط . نقض . الخطأ فى تطبيق القانون . تسعيرة .

(٤) تطبيق المادة ٣٢ / ١ عقوبات . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

(٥) الامتناع عن بيع سلعتين إحداهما مسعرة والأخرى غير مسعرة فى

ذات ظروف الزمان والمكان بالنسبة إلى مشر واحد . وجوب تطبيق المادة

٣٢ / ١ عقوبات .

(٦) جريمة . « أركان الجريمة » . تسعيرة . قانون .

« تفسيره » .

متى تتحقق جريمة الامتناع عن بيع سلعة مسعرة أو محددة الريح ؟ تخصيص

عموم النص بغير مخصص . لا يصح .

١ - من المقرر بنص الدستور والمادة الخامسة من قانون العقوبات

أنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتنفيذ القانون الذى ينص عليها

والذى لا ينفذ بنص الدستور قبل نشره فى الجريدة الرسمية حتى

يتحقق علم الكافة بخطابه ، وليس للقانون الجنائى أثر رجعى يتسحب

على الوقائع السابقة على نفاذه . وهى قاعدة أساسية اقتضتها شرعية

الجريمة والعقاب . ولما كان قرار وزير التموين والتجارة الداخلية رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٦ بشأن إلزام التجار بعرض السلع المخزونة لديهم أو لدى آخرين - الذى دين الطاعن بمقتضاه عن التهمة الأولى - وإن صدر فى ٣١ من أغسطس سنة ١٩٦٦ إلا أنه لم ينشر فى الوقائع المصرية إلا فى ١٧ من أكتوبر سنة ١٩٦٦ أى بعد الواقعة المنسوبة إلى الطاعن ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ دانه عن هذه التهمة يكون قد أخطأ .

٢ - من المقرر أن المصلحة مناط الطعن فحيث تنتفى لا يكون الطعن مقبولاً .

٣ - متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتغريم الطاعن مائة جنيه عن التهمتين الأولى والثانية معاً ، وهذه العقوبة هى العقوبة المقررة للتهمة الثانية فى المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ المعدل بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٥٧ ، فإنه لا مصلحة للطاعن فى التشكى من إدانته فى التهمة الأولى قبل نفاذ القانون الذى يعاقب عليها .

٤ - إن انطباق نص المادة ٣٢ / ١ من قانون العقوبات على الواقعة كما أثبتها الحكم والقول بوحدة الجريمة أوبتعددتها هو من التكييف القانونى الذى يخضع لمحكمة النقض ، ومن ثم فإن عدم تطبيق تلك المادة يكون من الأخطاء التى تقتضى تدخل محكمة النقض لإنزال حكم القانون على وجهه الصحيح .

٥ - متى كان الطاعن قد نسب إليه فى التهمتين الثانية والثالثة امتناعه جملة عن بيع سلعتين إحداهما مسعرة والأخرى غير مسعرة فى ذات ظروف الزمان والمكان بالنسبة إلى مشتر واحد طلب الصنفين معاً ، فإن ما وقع منه على هذه الصورة من فعل واحد هو الامتناع عن البيع ، ومن ثم فإن المادة ٣٢ / ١ من قانون العقوبات هى التى تحكمه ، مما يوجب نقض الحكم المطعون فيه نقضاً جزئياً وتصحيحه بحذف العقوبة التى أوقعها بالنسبة إلى التهمة الثالثة اكتفاء بالعقوبة

التي قضى بها من أجل جريمة الامتناع عن بيع سلعة مسعرة موضوع التهمة الثانية باعتبارها الجريمة الأشد .

٦ - إن المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ إذ نص بصفة عامة فى المادة التاسعة منه على عقاب من يمتنع عن بيع سلعة مسعرة أو محددة الربح قد فرض بذلك على التجار بيع تلك السلعة متى توافرت لهم حيازتها فى محالهم أو مخازنهم وإلا اعتبروا ممتنعين عن بيعها بالسعر المحدد لها جبراً دون أن يقبل منهم التعلل بأية علة ، وهذا الامتناع معاقب عليه سواء كان مقصوداً به طلب سعر يزيد على السعر المحدد أو لم يكن .

الطعن رقم ١٩١٣ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ٦ من يناير سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٢٤ »
 (أ ، ب ، ج) مسئولية جنائية . أسباب الإباحة . « إطاعة المرءوس لأمر رئيسه » . موانع العقاب . « حالة الضرورة » .
 دفاع . « الإخلال بحق الدفاع . مالا يوفره » . حكم . « تسببه . تسبب غير معيب » . موظف عام . اختلاس أموال أميرية .
 (أ) عدم امتداد طاعة الرئيس لمرءوسه إلى ارتكاب الجرائم . الدفع القانونى الظاهر البطلان . لا يستأهل رداً .
 (ب) حالة الضرورة التى تسقط المسئولية . مناطها ؟
 (ج) القول بارتكاب الجرم انصياعاً لرغبة الرؤساء . غير جائز . وجوب مساءلة المرءوس .

(د) دفع . « الدفع بحالة الضرورة » . نقض . « أوجه الطعن . مالا يقبل منها » .

إثارة الدفع بحالة الضرورة أمام النقض لأول مرة . غير مقبول .

١ - من المقرر أن طاعة الرئيس لا تمتد بأى حال إلى ارتكاب الجرائم وأنه ليس على مرءوس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه ، ومن ثم فإن ما يشيره

الطاعن في هذا الشأن لا يعدو أن يكون دفاعاً قانونياً ظاهر البطلان مما لا يستأهل من المحكمة رداً .

٢ - الأصل أن حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية هي التي تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ، فليس للمرء أن يرتكب أمراً محرماً ثم يقارف جريمة في سبيل النجاة مما ارتكبه .

٣ - لا يسوغ من المتهم القول باضطرابه إلى ارتكاب الجرم انصياعاً لرغبة رؤسائه في العمل حتى يتستروا على ما ارتكبه مادام أن أفعال الاختلاس والتزوير والاستعمال التي أتاها من قبل عمداً واتجهت إليها إرادته واستمر موغلاً في ارتكابها وانتهت المحكمة إلى إدانته بها - هي أعمال غير مشروعة ونية الإجرام فيها واضحة مما لا يشفع للمتهم ما يدعيه من عدم مسئوليته .

٤ - متى كان لا يبين من الاطلاع على محضر جلسة المحاكمة أن المتهم أثار أنه كان في حالة ضرورة ألجأته إلى ارتكاب ما نسب إليه من جرائم ، فإنه لا تقبل منه إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض .

الطعن رقم ١٩٥٥ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٣ من يناير سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ١١٨ »

(أ ، ب) قانون . « سريانه من حيث الزمان » . « القانون الأصلح » دقيق . ردة . تموين . قرارات وزارية . إثبات . « إثبات بوجه عام » .

(أ) تغاير مواصفات الردة على توالي القرارات الوزارية الصادرة بتحديد مواصفات لا يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم ، مادامت جميعها متفقة على تحديد مواصفات لاستخراجها وتأييم عدم مطابقتها لهذه المواصفات .

(ب) عدم اشتراط القرار رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن استخراج الدقيق

وصناعة الخبز المعدل وجوب فحص العينة بطريقتي النخل والتحليل الكيميائي معاً وأن تكون المخالفة في نسبتين على الأقل من النسب المقررة للمواصفات .

١ - إن مقتضى قاعدة شرعية الجريمة والعقاب أن القانون الجنائي يحكم ما يقع في ظله من جرائم إلى أن تزول عنه القوة الملزمة بقانون لاحق ينسخ أحكامه وهذا هو ماقتننته الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون العقوبات بنصها على أن « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » . أما ما أورده المادة المشار إليها في فقرتها الثانية من أنه « ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره » ، فإنما هو استثناء من الأصل العام يؤخذ في تفسيره بالتضييق ويدور وجوداً وعدمياً مع العلة التي دعت إلى تقريره لأن المرجع في فض التنازع بين القوانين من حيث الزمان هو قصد الشارع الذي لا تجوز مصادره فيه . ولما كان التأييم في جريمة استخراج ردة معدة لرغف العجين غير مطابقة للمواصفات يكمن أساساً في مخالفة أمر الشارع بالتزام مواصفات معينة في استخراج الردة ، وكانت القرارات التموينية التي تحدد تلك المواصفات إنما تخضع لاعتبارات اقتصادية صرف لا تتصل بمصلحة مستخرجي الردة في شيء ولا تعدو أن تكون من قبيل التنظيمات التي تملئها تلك الظروف في غير مساس بقاعدة التجريم أو العناصر القانونية للجريمة ، ومن ثم فإن تغاير مواصفات الردة على توالي القرارات الوزارية الصادرة بتحديد مواصفات لا يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم مادامت جميعها متفقة على تحديد مواصفات لاستخراجها وتأييم عدم مطابقتها لهذه المواصفات ، ويكون المرجع في تحديد مواصفات الردة المعدة لرغف العجين إلى القرار الساري وقت استخراجها مخالفة لهذه المواصفات دون أن يرفع عن الفعل صفة الجريمة ما يصدر من قرارات تالية بتعديل تلك المواصفات .

٢ - إذ نصت المادة ٣٥ من قرار وزير التموين رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن استخراج الدقيق وصناعة الخبز المعدل بالقرارين رقمي

١٤٦ لسنة ١٩٥٨ و ٩٢ لسنة ١٩٥٩ - على أنه « ترسل عينات الدقيق والرودة والخبز وغيرها التي تؤخذ من المطاحن والمخابز ومحال بيع الدقيق والخبز والمحال العامة الى إدارة منتجات الحبوب بوزارة التموين لتعطى رقماً سرياً ثم ترسل الى قسم الكيمياء بوزارة الزراعة أو إلى مصلحة المعامل بوزارة الصحة لفحصها والتحقق من مطابقتها للمواصفات المقررة لكل صنف وتعتبر العينة غير مطابقة للمواصفات المطلوبة إذا كانت مخالفة لنسبة واحدة من النسب المقررة لتلك المواصفات » فقد دلت في صريح عبارتها وواضح دلالتها على أنه لا يعتد في فحص عينات الدقيق والرودة بما كانت تقضى به المادة ١٧ من القرار ٢٥٩ لسنة ١٩٤٧ الملغى بمقتضى المادة ٣٩ من القرار رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٧ - من وجوب فحص العينة بطريقي النخل والتحليل الكيميائي معاً ، وأن تكون المخالفة في نسبتين على الأقل من النسب المقررة للمواصفات .

الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ٣ من مارس سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٣١٢ »
(أ) تموين . خبز . إثبات . « إثبات بوجه عام » محكمة الموضوع . « سلطتها في تقدير الدليل » . حكم . « تسببه . تسبب غير معيب » .

تقدير المحكمة أن عملية نقل وتفريغ الخبز ليس من شأنها إنقاص وزنه إلى الحد الذي وجد عليه ، موضوعي .

(ب) قانون . « القانون الأصلح » . قرارات وزارية . خبز . تموين .

قرار تخفيض وزن رغيف الخبز عن الوزن المقرر له وقت إنتاجه . لا يتحقق به معنى القانون الأصلح .

١ - إذا كانت محكمة الموضوع قد قدرت في حدود سلطتها الموضوعية

أن عملية نقل وتفريغ الخبز ليس من شأنها إنقاص وزنه إلى الحد الذي وجد عليه ، فإن ما يثيره الطاعن في هذا الصدد لا يكون له محل إذ هو لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً .

٢ - قرار وزير التموين رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٦٥ والمعمول به من تاريخ نشره في ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٥ الذي خفض وزن الرغيف من الخبز البلدي لا يتحقق به وعلى ماجرى عليه قضاء محكمة النقض - معنى القانون الأصلح في حكم الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات .

الطعن رقم ١٧٤ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ١٢ من مايو سنة ١٩٦٩ « س ٢٠ ص ٦٨٦ »
استيراد . قانون « سريانه . إلغاؤه » تعويض . محكمة النقض . إلغاء القانون ١٩١ لسنة ١٩٦١ لرسوم الاستيراد المقررة بالقانون ١٥٩ لسنة ١٩٥٨ . مؤدى ذلك . نسخ الإلزام بالتعويض المنصوص عليه في القانون ٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن الاستيراد . حصول واقعة الدعوى بعد إلغاء تلك الرسوم . قضاء الحكم بالتعويض . خطأ . حق محكمة النقض في تصحيحه جزئياً دون تحديد جلسة ولو كان الطعن لثاني مرة . أساس ذلك ؟

القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٨ هو الذي تكفلت نصوصه ببيان قيمة رسوم الاستيراد وكيفية تقديرها وتحصيلها على السلع المستوردة ، ثم صدر بعده القانون رقم ١٩١ لسنة ١٩٦١ ونص في مادته الأولى على إلغاء القانون ١٥٩ لسنة ١٩٥٨ بفرض رسوم الاستيراد ، وإذا ما كان الشارع قد ربط التعويض المنصوص عليه في المادة السابعة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن الاستيراد ، بمثل الرسوم المقررة للاستيراد والرسوم الأخرى المتصلة بها ، فإن إلغاء هذه الرسوم بمقتضى القانون ١٩١ لسنة ١٩٦١ يكون ناسخاً لوجود التعويض طالما أنه من المتعين الرجوع في تقديره إلى مقدار رسوم الاستيراد التي ألغيت . لما كان ذلك ، وكانت واقعة الدعوى قد جرت بعد إلغاء تلك

الرسوم بالقانون المذكور ، فإن الحكم المطعون فيه بقضائه بالتعويض يكون قد أخطأ في تطبيق القانون خطأ يعيبه ويستوجب نقضه نقضاً جزئياً وتصحيحه بإلغاء ما قضى به من تعويض وذلك عملاً بالقاعدة الأصلية المنصوص عليها في المادة ٣٩ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، دون حاجة إلى أعمال المادة ٤٥ من القانون سالف الذكر بتحديد جلسة لنظر الموضوع ، باعتبار أن الطعن هو طعن لثاني مرة ، مادام أن العوارم يرد على بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم مما كان يقتضى التعرض لموضوع الدعوى .

الطعن رقم ٢٠٠٤ لسنة ٣٧ قضائية

جلسة ٢٩ من يناير سنة ١٩٦٨ « س ١٩ ص ١١٥ »

(١ ، ٢ ، ٣) عمل - تأمينات اجتماعية . قانون . « إصداره »

« التفويض التشريعي » . لوائح . قرارات وزارية .

(١) حق السلطة التنفيذية وفقاً للمبادئ الدستورية المعمول بها إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القانون .

(٢) مؤدى نص المادة ١٢٦ من القانون رقم ٦٣ سنة ١٩٦٤ في شأن التأمينات الاجتماعية ، أن المشرع فوض وزير العمل في إصدار القرارات اللازمة لتنفيذه .

(٣) لا حرج أن ينص القانون على الفعل الإجرامى بصورة مجملة ثم يحدد العقوبة تاركاً للاتحة أو قرار البيان التفصيلي لذلك الفعل .

١ - من المقرر طبقاً للمبادئ الدستورية المعمول بها ، أن من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو إعفاء من تنفيذها .

٢ - البين من نص المادة ١٢٦ من القانون ٦٣ لسنة ١٩٦٤ في شأن التأمينات الاجتماعية أنه فوض وزير العمل إصدار القرارات التي يتطلبها تنفيذه ومن بينها إلزام رب العمل أن يحتفظ لديه

بالسجلات اللازمة لهذا التنفيذ وفقاً للشروط والأوضاع والمواعيد التي يحددها وأضع القرار . ولا يعدو قرار وزير العمل رقم ١٨١ لسنة ١٩٦٤ أن يكون مبيناً لمضمون السجلات المطلوبة وفقاً لما أراده الشارع وبينه في صريح نصه ، وهو واقع حتياً في نطاق التفويض التشريعي لقانون التأمينات الاجتماعية .

٣ - الأصل كى يحقق النص التشريعي العلة من وضعه أن يكون كاملاً مبيناً للفعل الإجرامى والعقوبة الواجبة التطبيق ، إلا أنه لا حرج إن نص القانون على الفعل بصورة مجملة ثم حدد العقوبة تاركاً للاتحة أو قرار البيان التفصيلي لذلك الفعل .

الطعن رقم ١٨٩٥ لسنة ٣٧ قضائية

جلسة ١٣ من فبراير سنة ١٩٦٨ « س ١٩ ص ٢٢٠ »

(ا ، ب) تموين . « دقيق » . جريمة . « أركان الجريمة » .

تاجر . أعمال تجارية .

(ا) بيع الدقيق الفاخر غمرة (١) استخراج ٧٢ % ممن يتجر فيه من أصحاب مجال البقالة بغير ترخيص . عمل مؤتم قانوناً .

(ب) من يتخذ من الأعمال التجارية حرفة معتادة له فهو تاجر .

(ج) قانون . « الجهل بالقانون » . حكم . « تسببيه » .

عدم قبول التذرع بالجهل بالقانون .

١ - البين من نص المادة الأولى من القرار رقم ٦٢ لسنة ١٩٦٠ بتنظيم بيع الدقيق الفاخر غمرة (١) استخراج ٧٢ % في صريح لفظه وواضح دلالاته أن القانون يؤتم بيع الدقيق ممن يتجر فيه من أصحاب مجال البقالة قبل الحصول على ترخيص بذلك بالتطبيق لأحكام القانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٤ .

٢ - التاجر كما عرفه الشارع في المادة الأولى من قانون التجارة هو من يتخذ الأعمال التجارية - والبيع كذلك - حرفة معتادة له ،

أى يمارسها على وجه الاعتياد ؛ ولا كذلك من يتولى من غير المتجرى
في السلعة القيام بعملية بيع فردية. عرضية إسداء لخدمة لا ممارسة
لحرفة .

٣ - متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت على الطاعن أنه يبيع
الدقيق الذى حاز منه قدرا ضخما - على وجه الاعتياد - وأن ما باعه
يوم الضبط كان جزءا مما حازه بقصد الاتجار وأنه أقر بذلك متذرا
بجهله القانون - مما لا يقبل التذرع به - وكان لما حصله الحكم من
اعتراف الطاعن أصله الثابت فى الأوراق على ما يبين من المفردات التى
أمرت المحكمة بضمها تحقيقا للطعن ، فإن الحكم إذ دان الطاعن
بجريمة يبيعه الدقيق الفاخر فى محل البقالة المملوك له قبل الحصول على
ترخيص بذلك ، يكون قد طبق القانون على واقعة الدعوى تطبيقا
صحيحا .

الطعن رقم ٢١٨٥ لسنة ٣٧ قضائية

جلسة ١٩ من فبراير سنة ١٩٦٨ « س ١٩ ص ٢٣٣ »

(أ) قتل خطأ . إصابة خطأ . جريمة .

تفاير جريمة القتل الخطأ عن جريمة الإصابة الخطأ . لا محل لاعتبار المجنى
عليهم فى جريمة القتل الخطأ فى حكم المصابين فى جريمة الإصابة الخطأ .

(ب) قانون . « تفسيره » . قتل خطأ . إصابة خطأ .

الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها . عدم جواز إهدار العلة
والأخذ بالحكمة عند وضوح النص .

جريمة المادة ٢٣٨ / ١ عقوبات أخف من جريمة المادة ٢٤٤ / ١ ، ٣ ،
عقوبات . عدم جواز الجمع بين هذين النصين المتفايرين واستخلاص عقوبة
جديدة منها أشد من العقوبات المقررة فى النص الأول الواجب التطبيق .

(ج) قتل خطأ . إصابة خطأ . جريمة . ارتباط .

جريمة المادة ٢٣٨ / ١ عقوبات أشد من جريمة المادة ٢٤٤ / ١ عقوبات .
إعمال حكم المادة الأولى باعتبارها النص المقرر لأشد الجريمتين المرتبطتين وفقا
للمادة ٣٢ / ٢ عقوبات تطبيق صحيح للقانون .

١ - يبين من المقارنة بين المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤ من قانون العقوبات
ومن ورودها على غير منوال واحد فى التشريع أنها وإن كانتا من
طبيعة واحدة إلا أنها تعالجان جريمتين متفايرتين لكل منها كيانها
الخاص ، وقد ربط القانون لكل منها عقوبات مستقلة ، وهما وإن
تماثلتا فى ركنى الخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة إلا أن مناط
التمييز بينهما هو النتيجة المادية الضارة فهى القتل فى الأولى والإصابة
فى الثانية . ولم يعتبر الشارع القتل ظرفا مشددا فى جريمة الإصابة الخطأ
بل ركنا فى جريمة القتل الخطأ مما لا محل معه لاعتبار المجنى عليهم فى
جريمة القتل الخطأ فى حكم المصابين فى جريمة الإصابة الخطأ أو أن القتل
الخطأ يتضمن على وجه اللزوم وصف الإصابة الخطأ . ومن ثم فإن
القول بوجوب تطبيق الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٤ من قانون
العقوبات على جريمة القتل الخطأ موضوع الدعوى التى أسفرت عن
موت ثلاثة أشخاص وإصابة آخر - يكون تقييدا لمطلق نص الفقرة
الأولى من المادة ٢٣٨ وتخصيصا لعمومه بغير مخصص .

٢ - متى كان النص واضحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد
منه ، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة
التي أملت أن البحث فى حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند
غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضى مضطرا فى
سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد
الذى أملاه ، ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع
حكمتها . ومن ثم فلا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود
نص واضح سليم . وإذا كان تطبيق القانون يؤدى إلى اعتبار جريمة
القتل الخطأ التى تسفر عن موت ثلاثة أشخاص وإصابة آخر والمعاقب
عليها بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من قانون العقوبات أخف
من جريمة الإصابة الخطأ التى ينشأ عنها إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص
والمعاقب عليها بمقتضى الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٤٤ ، فإن
هذه المفارقة قد تصلح سندا للمطالبة بتعديل التشريع ولكن لا يجوز

أى يمارسها على وجه الاعتياد ؛ ولا كذلك من يتولى من غير المتجرين في السلعة القيام بعملية بيع فردية عرضية إسداء لخدمة لا ممارسة لحرقة .

٣ - متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت على الطاعن أنه يبيع الدقيق الذى حاز منه قدرا ضخما - على وجه الاعتياد - وأن ما باعه يوم الضبط كان جزءا مما حازه بقصد الاتجار وأنه أقر بذلك متذعرا بجهله القانون - مما لا يقبل التذرع به - وكان لما حصله الحكم من اعتراف الطاعن أصله الثابت فى الأوراق على ما يبين من المفردات التى أمرت المحكمة بضمها تحقيقا للطعن ، فإن الحكم إذ دان الطاعن بجريمة يبيعه الدقيق الفاخر فى محل البقالة المملوك له قبل الحصول على ترخيص بذلك ، يكون قد طبق القانون على واقعة الدعوى تطبيقا صحيحا .

الطعن رقم ٢١٨٥ لسنة ٣٧ قضائية

جلسة ١٩ من فبراير سنة ١٩٦٨ « س ١٩ ص ٢٣٣ »

(أ) قتل خطأ . إصابة خطأ . جريمة .

تفاير جريمة القتل الخطأ عن جريمة الإصابة الخطأ . لا محل لاعتبار المجنى عليهم فى جريمة القتل الخطأ فى حكم المصابين فى جريمة الإصابة الخطأ .

(ب) قانون . « تفسيره » . قتل خطأ . إصابة خطأ .

الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها . عدم جواز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وضوح النص .

جريمة المادة ٢٣٨ / ١ عقوبات أخف من جريمة المادة ٢٤٤ / ١ ، ٣ عقوبات . عدم جواز الجمع بين هذين النصين المتفايرين واستخلاص عقوبة جديدة منها أشد من العقوبات المقررة فى النص الأول الواجب التطبيق .

(ج) قتل خطأ . إصابة خطأ . جريمة . ارتباط .

جريمة المادة ٢٣٨ / ١ عقوبات أشد من جريمة المادة ٢٤٤ / ١ عقوبات . إعمال حكم المادة الأولى باعتبارها النص المقرر لأشد الجريمتين المرتبطتين وفقا للمادة ٣٢ / ٢ عقوبات تطبيق صحيح للقانون .

١ - يبين من المقارنة بين المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤ من قانون العقوبات ومن ورودها على غير منوال واحد فى التشريع أنها وإن كانتا من طبيعة واحدة إلا أنها تعالجان جريمتين متفايرتين لكل منهما كيانها الخاص ، وقد ربط القانون لكل منهما عقوبات مستقلة ، وهنا وإن تماثلتا فى ركنى الخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة إلا أن مناط التمييز بينهما هو النتيجة المادية الضارة فهى القتل فى الأولى والإصابة فى الثانية . ولم يعتبر الشارع القتل ظرفا مشددا فى جريمة الإصابة الخطأ بل ركنا فى جريمة القتل الخطأ مما لا محل معه لاعتبار المجنى عليهم فى جريمة القتل الخطأ فى حكم المصابين فى جريمة الإصابة الخطأ أو أن القتل الخطأ يتضمن على وجه اللزوم وصف الإصابة الخطأ . ومن ثم فإن القول بوجوب تطبيق الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات على جريمة القتل الخطأ موضوع الدعوى التى أسفرت عن موت ثلاثة أشخاص وإصابة آخر - يكون تقييدا لمطلق نص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ وتخصيصا لعمومه بغير مخصص .

٢ - متى كان النص واضحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد منه ، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملت له لأن البحث فى حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضى مضطرا فى سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه ، ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها . ومن ثم فلا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم . وإذا كان تطبيق القانون يؤدي إلى اعتبار جريمة القتل الخطأ التى تسفر عن موت ثلاثة أشخاص وإصابة آخر والمعاقب عليها بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من قانون العقوبات أخف من جريمة الإصابة الخطأ التى ينشأ عنها إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص والمعاقب عليها بمقتضى الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٤٤ ، فإن هذه المفارقة قد تصلح سندا للمطالبة بتعديل التشريع ولكن لا يجوز

التحدى بها للجمع بين هذين التصين المتغايرين واستخلاص عقوبة جديدة منها أشد من العقوبات المقررة في النص الصريح الواجب التطبيق .

٣ - متى كانت جريمة القتل الخطأ المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من قانون العقوبات أشد من جريمة الإصابة الخطأ المعاقب عليها بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المذكور ، وكان الحكم المطعون فيه قد أعمل أولى المادتين باعتبارها النص المقرر لأشد الجريمتين المرتبطتين وفقا لحكم المادة ٣٢ / ٢ من قانون العقوبات وأوقع على المطعون ضدها عقوبة الغرامة في الحدود المبينة في النص المنطبق ، فإنه يكون قد طبق القانون على واقعة الدعوى تطبيقا صحيحا .

الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٧ من يونيه سنة ١٩٦٨ « ١٩ ص ٧٠١ »

قانون . « القانون الوقتي » .

متى يكون التشريع لفترة محددة ؟ .

جرى قضاء محكمة النقض على أن التشريع الصادر لفترة محددة ينبغي أن يتضمن تحديدا صريحا لها ، فلا يكفي أن يكون التحديد ضمنيا مستقادا من ظروف وضع التشريع وملابساته .

الطعن رقم ٢٢٦٢ لسنة ٣٧ ق

جلسة ١٥ من يناير سنة ١٩٦٨ « س ١٩ ص ٦٨ »

(أ ، ب) قانون . « القانون الأصح » . عقوبة . « العقوبة

المبررة » . زراعة .

(أ) تخفيف القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ للعقوبة الواردة بالمادة السابعة من

القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم الدورة الزراعية .

(ب) عدم جدوى التمسك بتطبيق القانون الأصح للمتهم - مادام أن

العقوبة المقضى بها تدخل في الحدود المقررة في القانون المذكور .

(ج) نقض . « حالات الطعن بالنقض . الخطأ في تطبيق

القانون » . قانون . « القانون الأصح » .

عدم جواز إلزام المتهم بمصاريف ألغاه القانون الجديد الأصح له .

١ - تنص المادة السابعة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم الدورة الزراعية على أن « كل مخالفة لأحكام هذا القانون وقرارات وزير الزراعة المنفذة له يعاقب مرتكبها بغرامة قدرها خمسون جنيها عن الفدان أو كسور الفدان فضلا عن إلزامه بمصاريف قياس المساحة محل المخالفة » ، وقد صدر القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الزراعة ، ملغيا ضمن ما ألغاه القانون الأول ونصت المادة الواحدة بعد المائة منه على أن « كل مخالفة لأحكام القرارات التي تصدر تنفيذا لإحدى المواد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ يعاقب مرتكبها بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد عن خمسين جنيها عن الفدان أو كسور الفدان » بما مؤداه أن القانون الأخير قد خفف العقوبة الواردة بالمادة السابعة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٤ الملغى بجعله الغرامة تتراوح بين عشرين جنيها وخمسين جنيها وبإلغائه إلزام المخالف بمصاريف قياس الأطنان .

٢ - إذ كانت الغرامة التي قضى بها الحكم المطعون فيه وهي خمسون جنيها داخلة في الحدود المقررة للغرامة كما نص عليها القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ والذي صدر قبل الحكم نهائيا في الدعوى والمعتبر القانون الأصح للمتهم وفق المادة الخامسة من قانون العقوبات والواجب التطبيق على واقعة الدعوى فإن ذلك لا يقتضى تصحيحا للحكم في هذا الخصوص .

٣ - إذ كان الحكم المطعون فيه قد ألزم المتهم بمصاريف قياس الأطنان محل المخالفة وهو ما ألغاه القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ الجديد فإنه بذلك يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه نقضا جزئيا .

الطعن رقم ١٢١٨ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ١٨ من نوفمبر سنة ١٩٦٨ «س ١٩ ص ٩٦٥»

قانون . « القانون الأصلح » . عقوبة . « العقوبة المبررة » .
تموين . نقض . « حالات الطعن بالنقض . الخطأ في تطبيق
القانون » . « الحكم في الطعن » .

اعتبار القرار الوزاري رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٧ قانوناً أصح من القرار رقم
١٥٢ لسنة ١٩٦٦ لتركه للقاضي الخيار بين عقوبة الحبس وبين عقوبة الغرامة
بعد أن كان القرار القديم يوجب القضاء بالعقوبتين معا بحد أدنى . لا يغير من
ذلك قضاء المحكمة بعقوبة تدخل في حدود العقوبة المقررة في القانون الجديد ،
طالما أنها التزمت الحد الأدنى للعقوبة المقررة في القرار القديم مما يشعر بأنها إنما
وقفت عند حد التخفيف ولم تستطع النزول إلى أدنى مما نزلت مقيدة بهذا الحد .

متى كان قرار وزير التموين والتجارة الداخلية الرقيم ٢٠ لسنة
١٩٦٧ قد ترك للقاضي الخيار بين عقوبة الحبس وبين عقوبة الغرامة ،
وبالتالي فهو القانون الأصلح للمتهم من القرار رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٦
الذي ينص على عقوبتي الحبس والغرامة معا وهو القانون الواجب
التطبيق إعمالاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات ،
مادام أن الثابت أن هذا القرار صدر وتقرر العمل به قبل الحكم نهائياً
في الدعوى ، ولا يعترض على ذلك بأن العقوبة المقضى بها تدخل في
حدود العقوبة المقررة في القانون الجديد إذ الواضح من الحكم أن
المحكمة قد التزمت الحد الأدنى للعقوبة المقررة في القرار رقم ١٥٢
لسنة ١٩٦٦ وهي الحبس ستة أشهر وغرامة مائة جنيه وهو ما يشعر
بأنها إنما وقفت عند حد التخفيف ولم تستطع النزول إلى أدنى مما نزلت
مقيدة بهذا الحد ، الأمر الذي يحتمل معه أنها كانت تنزل بالعقوبة عما
حكمت به لولا هذا القيد القانوني وأنها لو فطنت إلى صدور القرار رقم
٢٠ لسنة ١٩٦٧ - الذي خلا حكمها من الإشارة إليه - لما وقفت
بالعقوبة عند الحد الذي قضت به . ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه

يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يعيبه ويوجب نقضه . ولما كان هذا
الخطأ إنما يخضع في تصحيحه لتقدير محكمة الموضوع ، فإنه يتعين أن
يكون مع النقض الإحالة .

الطعن رقم ١٩١٩ لسنة ٣٧ ق

جلسة ٥ من فبراير سنة ١٩٦٨ «س ١٩ ص ١٢٤»

إثبات . حكم .

ليس للقاضي القضاء بعلمه وإنما له الاستناد إلى المعلومات العامة .

لا ضير على الحكم فيما تزيّدت فيه المحكمة من القول بأنه
لا يتصور أن يسلك القادم من القاهرة « إلى طما » غير هذا الطريق
لبعد المسافة بين البلدين ولأنه طريق سهل مرصوف ويتجه رأساً إلى
الصعيد ، لأن هذا القول منها لا يعتبر قضاء من القاضي بعلمه ، بل
هو من قبيل المعلومات العامة المفروض في كل شخص أن يكون ملماً
بها مما لا تلتزم معه المحكمة قانوناً ببيان الدليل عليه ، وقد كان يكون
للطاعنين وجه لقولها بخطأ المحكمة في هذا الشأن لو أنها قدما دليلاً
لا يحتمل أي شك على أن المحكمة أخطأت فيما قالته .

الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٣٦ قضائية

جلسة ٥ من يونيو سنة ١٩٦٧ «س ١٨ ص ٧٤٤»

(أ - ز) عمل . « أجر إعانة غلاء المعيشة . كادر علاوات » .
قانون . « سريانه من حيث الزمان » . « القانون الوقتي » . « الجهل
بالقانون وبالواقع » . جريمة .

(أ) متى يكون الأجر شاملاً لإعانة غلاء المعيشة في حكم الأمر العسكري
رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ ؟ إذا كان لا يقل عن الأجر المقرر في الأوامر التالية
للأمر المذكور .

(ب) عدم التزام صاحب العمل قانوناً بوضع كادر للعلاوات . حقه في
اعتبار كل زيادة في الأجر إعانة غلاء وليست علاوة دورية .

(ج) الاتفاق بين صاحب العمل وعماله حول إعانة الغلاء . مشروعيته : إذا كان لا يخالف النظام العام .

(د) سريان الأمر العسكري رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ على جميع العمال الذين عينوا من ٣٠ يونيو سنة ١٩٤١ سابقا كان التعيين أو لاحقا لسريان الأمر المذكور ونفاذه .

(هـ) القانون الذي يسرى لفترة محددة ، وجوب تضمنه نصا صريحا بذلك . التحديد الضمني لا يكفي . مثال في القوانين والقرارات الخاصة بالتموين والتسعيرة الجبرية والأوامر العسكرية التي تصدر لمناسبة الأحكام العرفية .

(و) الجهل بقاعدة قانونية مقررة والواقع معا ، اعتباره في جملته جهلا بالواقع .

(ز) جريمة عدم صرف صاحب العمل إعانة غلاء المعيشة لعماله . ماهيتها ؟ عمدية .

١ - إذا كان لا نزاع في أن العمال المدعين بالحق المدني قد استخدمهم المتهمان في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ وبعده - وقد أثبت الخبير في تقريره أن أجورهم لا تقل عن الأجور المقررة في الأوامر التالية للأمر رقم ٣٥٨ سنة ١٩٤٢ - فإنه بذلك يكون الأجر شاملا لعلاوة الغلاء .

٢ - ليس في القوانين ما يلزم صاحب العمل بوضع كادر للعلاوات لعماله - وأن من حق صاحب العمل أن يعتبر كل زيادة في الأجر إعانة غلاء وليست علاوة دورية .

٣ - الاتفاق المبرم بين صاحب العمل وفريق من عماله على أنهم لا يستحقون قبله أية فروق غلاء معيشة وفق المقرر بالأمر العسكري رقم ٩٩ سنة ١٩٥٥ وذلك بالتطبيق للمادة الثالثة من الأمر العسكري رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ ليس فيه ما يخالف النظام العام مادام أن الحكم قد خلص إلى أن العمال معينون بعد ٣٠ يونيو لسنة ١٩٤١ وأن تقدير أجورهم روعي فيه حالة الغلاء - وأن ما يتقاضونه من أجر لا يقل بل يزيد عما يتقاضاه العمال الذين يشتغلون في نفس أعمالهم وأن كافة

الزيادات التي كانت تطرأ على أجورهم منذ التحاقهم بالعمل هي في حقيقتها علاوة غلاء معيشة .

٤ - يسرى نص المادة الثالثة من الأمر العسكري رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ على جميع العمال الذين عينوا بعد ٣٠ يونيو سنة ١٩٤١ أيا ما كان تاريخ تعيينهم سابقا أو لاحقا لتاريخ سريان هذا الأمر ونفاذه .

٥ - من المقرر أن التشريع الصادر لفترة محددة ينبغي أن يتضمن تحديدا صريحا لها . فلا يكفي أن يكون التحديد ضمنيا مستفادا من ظروف وضع التشريع وملابساته . وقد جرى قضاء النقض على هذا النظر وذلك بالنسبة إلى الأوامر العسكرية التي تصدر لمناسبة الأحكام العرفية فعدها غير محددة المدة ولا جائز إبطال العمل بها إلا بناء على قانون يصدر بالغائها - وكذلك الشأن في قوانين التسعيرة والقوانين والقرارات التموينية فاعتبرها غير محددة المدة ما لم تتضمن تحديدا صريحا لها - وإذا ما كان الأمر العسكري رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ قد خلا مما يدل على أنه محدد المدة فإنه يندرج تحت هذا الحكم .

٦ - الدعوى بجهل مركب من جهل بقاعدة مقررة في الأمر العسكري ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ والواقع في وقت واحد - يجب قانونا في المسائل الجنائية اعتباره في جملته جهلا بالواقع .

٧ - جريمة عدم صرف إعانة غلاء المعيشة للعمال جريمة عمدية تتطلب توجيه إرادة الفاعل إلى ارتكاب الأمر المكون للجريمة عالما بعناصرها القانونية .

الطعن رقم ١٣٢ لسنة ٣٦ قضائية

جلسة ٢٨ من مارس سنة ١٩٦٦ « س ١٧ ص ٣٧٨ »

(أ ، ب ، ج) عمل . حكم . « تسببيه . تسبیب معيب » .

قانون .

(أ) وقوع الإلزام بإعادة العامل المفصول بدون مبرر على عاتق صاحب العمل . المراد بصاحب العمل في خطاب الشارع : هو صاحب الأمر في

الإشراف الإداري على شئون العمال المنوط به الاختصاص بتنفيذ ما افترضه القانون .

من له حق إصدار قرار الفصل : صاحب الشأن أو وكيله المفوض في المشروعات الفردية وعضو مجلس الإدارة المنتدب في الشركات .
وصف المخاطب بتنفيذ قانون عقد العمل وإصدار قرارات فصل العمال .
ركن في الجريمة التي تنسب إليه . سكوت الحكم عن بيان صفة الطاعن التي أوجبت انطباق النص القانوني الذي دين بمقتضاه . قصور يعيبه .

(ب) وجوب عرض أمر العامل في المنشآت التي تستخدم خمسين عاملا فأكثر على اللجنة الثلاثية قبل أن تصدر قرارا نهائيا يفصله أو فسخ عقده . قرار اللجنة بوجوب إعادة العامل أو استبقائه ليس ملزما للمنشأة المخاطبة بنصوص قانون عقد العمل .

(ج) الجهل بقاعدة مقررة في قانون العمل وبالواقع في وقت واحد .
اعتباره في جملته جهلا بالواقع . مثال .

١ - نصت المادة ٦٧ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ في شأن العمل على إيقاع الإلزام بإعادة العامل الذي فصل بدون مبرر وإلا كان عدم إعادته فضلا تعسفا على عاتق صاحب العمل . والمراد به في خطاب الشارع هو صاحب الأمر في الإشراف الإداري على شئون العمال المنوط به الاختصاص بتنفيذ ما افترضه القانون . وقد حددت المادة الرابعة من قرار وزير العمل رقم ٦٩ لسنة ١٩٦٢ والمعدل بالقرار رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٣ الأشخاص الذين جوزت لهم إصدار القرارات التأديبية وأوجبت أن لا يصدر قرار الفصل إلا من صاحب الشأن أو وكيله المفوض في المشروعات الفردية ومن عضو مجلس الإدارة المنتدب في الشركات . ولما كان الحكم المطعون فيه لم يبين صفة الطاعن التي بها انطبق النص القانوني الذي دين بمقتضاه مع أن هذا الوصف في المخاطب بتنفيذ قانون عقد العمل وإصدار قرارات فصل العمال ركن في الجريمة التي قد تنسب إليه ، وكان الواجب بنص المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية أن يبين الحكم الواقعة المستوجبة للعقوبة بما تتوافر به أركان الجريمة التي يسأل المتهم عنها ، ومن ثم فإن سكوت

الحكم عن بيان صفة الطاعن التي أوجبت انطباق النص القانوني الذي دين بمقتضاه قصور يعيبه .

٢ - البين من نصوص المواد ٦ و ٧ و ٨ من قرار وزير العمل رقم ٦٩ لسنة ١٩٦٢ المعدل بالقرار رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٣ أنه يجب عرض أمر العامل في المنشآت التي تستخدم خمسين عاملا فأكثر على اللجنة الثلاثية المشكلة من مدير منطقة العمل وممثل العمال وممثل صاحب العمل قبل أن تصدر قرارا نهائيا يفصله أو فسخ عقده وأن على اللجنة أن تبحث حالة العامل في مدة لا تتجاوز أسبوعا طبقا للإجراءات المبينة في المادة السابعة وإلا كان القرار الذي يصدر بفصل العامل باطلا ، ومتى عرض أمر العامل على اللجنة وأتبع في شأنه الإجراءات المذكورة في الأجل المضروب كان ذلك حسب الشارع فيما أراد من حماية العامل تريثا في أمر البت في تأديبه بالفصل أو إنهاء عقده بالفسخ ، أما قرار اللجنة نفسه بوجوب إعادته أو استبقائه فليس ملزما للمنشأة المخاطبة بنصوص قانون عقد العمل لأن المادة الثامنة من القرار لم توجب البطلان جزاء إلا على مخالفة حكم المادتين السادسة والسابعة منه ، وليس من بين أحكامها ما يلزم المنشأة باتباع رأى اللجنة الثلاثية فيما تراه من عدم فصل العامل .

٣ - إن تأول المتهم - بفرض ثبوت صفته - لنصوص قانون العمل ، وهل ما وقع منه يعد قرارا تأديبيا بفصل العامل طبقا لأحكام المادة ٦٧ / ١ أو فسخا للعقد طبقا للمادة ٧٦ / ٦ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ وهل الجزاء الذي أوقعه يتناسب مع الجرم الذي ارتكبه العامل أو يجاوزه ، خصوصا إذا كان قد انصاع فيما أوقعه من جزاء لأمر النيابة العامة بتأديب العامل شرطا لحفظ الدعوى الجنائية اكتفاء بمجازاته ، وهل قرار اللجنة الثلاثية يلزمه بإعادة العامل أو لا يلزمه ، وهل يترتب على مخالفته البطلان أو يستوجب العقوبة ، كل أولئك إنما هو دعوى بجهل مركب من جهل بقاعدة مقررة في قانون العمل وبالواقع في وقت واحد مما يجب قانونا في المسائل الجنائية اعتباره في

جملته جهلا بالواقع . ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعرض لدلالة هذا كله على انتفاء القصد الجنائي لدى الطاعن فوق دلالاته على انتفاء الركن المادى فى الجريمة فإنه يكون قاصر البيان واجب النقص .

الطعن رقم ١٤٦٧ لسنة ٢٩ قضائية

جلسة ١٥ من مارس سنة ١٩٦٠ « س ١١ ص ٢٧٠ »

اختلاس أشياء محجوزة . المسئولية والعقاب . قانون . « الجهل به والخطأ فيه » . حكم . « قصور » .

ما يعدم القصد الجنائي . الجهل بأحكام وقواعد التنفيذ المدنية أو الخطأ فيها .
قصور بيان أحكام الادانة : عند إغفال الرد على الدفع بعدم توافر القصد الجنائي - مثال .
التصرف فى المحجوز اعتقادا بزوال الحجز بعد إلغاء أمر الأداء نتيجة المعارضة فيه .

من المقرر أن الجهل بأحكام أو قواعد قانون آخر غير قانون العقوبات أو الخطأ فيه - وهو فى خصوص الدعوى خطأ فى فهم قواعد التنفيذ المدنية - يجعل الفعل المرتكب غير مؤتم ، فإذا كان الحكم قد التفت عن الرد على ما تمسك به المتهم من عدم توافر القصد الجنائي لديه لأنه حين تصرف فى المحجوزات كان يعتقد زوال الحجز بعد إلغاء أمر الأداء الذى وقع الحجز نفاذا له - وهو دفاع جوهرى - فإنه يكون مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه .

الطعن رقم ٧٤٦ لسنة ٢٩ قضائية

جلسة ٢ من نوفمبر سنة ١٩٥٩ « س ١٠ ص ٨٤٤ »

تزوير المحررات . المسئولية والعقاب . الإرادة الجنائية . ما يعدم القصد الجنائي .

الجهل بالواقع المختلط بالجهل بقاعدة مقرر فى غير قانون العقوبات . اعتبار الجهل فى جملته جهلا بالواقع ينتفى به القصد الجنائي . مثال فى الجهل بأحكام قانون الأحوال الشخصية فى شأن موانع الزواج .

متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن المتهمين حين مباشرة عقد النكاح - وهو عمل مشروع فى ذاته - قررا بسلامة نية أمام المأذون - وهو يشبه لها - عدم وجود مانع من موافقه كانا فى الواقع يجهلان وجوده ، وكانت المحكمة - بناء على وقائع الدعوى وأدلتها المعروضة عليها - قد أطمأنت إلى هذا الدفاع وعدتها معذورين يجهلان وجود ذلك المانع ، وأن جهلهما فى هذه الحالة لم يكن لعدم علمهما بحكم من أحكام قانون العقوبات ، وإنما هو جهل بقاعدة مقرر فى قانون آخر هو قانون الأحوال الشخصية (تحريم الجمع بين الزوجة وخالتها) وهو جهل مركب من جهل بهذه القاعدة القانونية وبالواقع فى وقت واحد مما يجب قانونا - فى المسائل الجنائية - اعتباره فى جملته جهلا بالواقع ، وكان الحكم قد اعتبر الظروف والملابسات التى أحاطت بهذا العذر دليلا قاطعا على صحة ما اعتقده المتهمان من أنها كانا يباشران عملا مشروعاً - للأسباب المعقولة التى تبرر لديهما هذا الاعتقاد - مما ينتفى معه القصد الجنائي الواجب توافره فى جريمة التزوير ، فإن الحكم إذ قضى ببراءة المتهمين يكون قد طبق القانون تطبيقاً سليماً .

الطعن رقم ١١٩٣ لسنة ٢٩ ق

جلسة ٢٣ من نوفمبر سنة ١٩٥٩ « س ١٠ ص ٩٥٢ »

(١ ، ٢) إسقاط الحوامل . « وقت حصوله » . « عناصر الواقعة الإجرامية » . الإجهاض فى الشريعة الإسلامية . « حكمه » . الحق المقرر بمقتضى القانون . « ماهيته » .

(١) جواز الإسقاط فى أى وقت من أوقات الحمل . إباحة إسقاط الجنين الذى لم يتجاوز عمره أربعة أشهر . مجرد اجتهاد انقسم حوله رأى الفقهاء . (٢) تحريم فعل الإسقاط بحول دون اعتباره مرتبطاً بحق .

١ - المادة ٦٠ من قانون العقوبات إنما تبيح الأفعال التى ترتكب عملاً بحق قرره القانون بصفة عامة ، وتحريم الشارع للإسقاط بحول

دون اعتبار هذا الفعل مرتباً بحق ، وإنما يجعل منه إذا وقع جريمة يستحق جانبيها العقاب الذي فرضه الشارع لفعلته ، فلا يكون مقبولاً ما عرض إليه المتهم في دفاعه أمام محكمة الموضوع من أن الشريعة الإسلامية تبيح إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز عمره أربعة شهور ، وأن المادة ٦٠ من قانون العقوبات تبيح ما تبيحه الشريعة .

٢ - إباحة الشريعة الإسلامية إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز عمره أربعة شهور ليس أصلاً ثابتاً في أدلتها المتفق عليها ، وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأي فيما بينهم .

الطعن رقم ١٠٩٥ لسنة ٢٦ قضائية

جلسة ٢٥ من ديسمبر سنة ١٩٥٦ « س ٧ ص ١٣٣١ »
(أ، ب، ج) موظفون . أسباب الإباحة وموانع العقاب .
قانون . « الجهل به » .

التعيين طبقاً للأوضاع القانونية في وظيفة بديوان الخاصة الملكية السابق . تنظيمه على غرار المصالح الأميرية وتطبيق نفس الأنظمة واللوائح التي تطبق على موظفي الحكومة ومستخدميها . حقهم في الإفادة من الإعفاء الوارد في المادة ٦٣ من قانون العقوبات . مثال .

(ب) أسباب الإباحة وموانع العقاب . شروط الإعفاء الوارد في المادة ٦٣ عقوبات . مثال .

(ج) قانون . الجهل به . متى يعتبر الفعل المبني على الجهل بالقانون غير مؤثم .

١ - متى كان المتهم قد عين طبقاً للأوضاع القانونية في وظيفة بديوان الخاصة الملكية السابق الذي نظم على غرار المصالح الأميرية وطبق على موظفيها ومستخدميها نفس الأنظمة واللوائح التي تطبق على موظفي الحكومة ومستخدميها سواء بسواء ، فإنه يكون في هذا القدر من الكفاية ما يخوله الحق في الإفادة من الإعفاء الوارد في المادة ٦٣ من قانون العقوبات .

٢ - أورد الشارع المادة ٦٣ من قانون العقوبات ليجعل في

حكمها حصانة للموظفين العموميين حتى لا يتخرجوا في أداء واجباتهم أو يترددوا في مباشرتهم لهذه الواجبات خشية الوقوع في المسؤولية الجنائية وقد جعل الشارع أساساً لمنع تلك المسؤولية أن يكون الموظف فيما قام به حسن النية وأن يكون قد قام أيضاً بما ينبغي من وسائل التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعية الفعل الذي قام به وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة ومن ثم فإذا كان المتهم يعمل في ظروف تجعله يعتقد أنه وهو يقوم بخدمة الملك السابق في الوظيفة المخصصة له إنما كان يباشر عملاً له صبغته الرسمية وارتكب فعلاً ينهى عنه القانون تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيسه الذي يجب عليه طاعته فإنه لا يكون مسئولاً على أي الأحوال .

٣ - من المقرر أن الجهل بأحكام أو قواعد قانون آخر غير قانون العقوبات أو الخطأ فيه كحالة الخطأ في فهم أسس القانون الإداري يجعل الفعل المرتكب غير مؤثم .

الطعن رقم ١٥١٠ لسنة ١٦ قضائية

جلسة ١١ من نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ ص ١٩٩ قاعدة ٢٢٠

أ - قذف . حسن النية . معناه . صحة الوقائع . لا يكفي التثبت من صدق واقعة للاحتجاج بحسن النية فيما عداها من الوقائع .

ب - قذف . حسن النية . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

١ - إن حسن النية المشروط في المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات

ليس معنى باطنياً بقدر ما هو موقف أو حالة يوجد فيها الشخص نتيجة ظروف تشوه حكمه على الأمور رغم تقديره لها تقديراً كافياً واعتماده في تصرفه فيها على أسباب معقولة . ولقد أشارت إلى هذا المعنى تعليقات وزارة الحفانية على المادة ٢٦١ من قانون العقوبات السابق (المادة ٣٠٢ الحالية) حين قالت : « ويلزم على الأقل أن يكون موجه القذف يعتقد في ضميره صحته حتى يمكن أن يعد صادراً عن سلامة نية

وأن يكون قدر الأمور التي نسبتها إلى الموظف تقديراً كافياً . وليست هذه الإشارة إلا تطبيقاً لقاعدة اعتمدها قانون العقوبات في المادة ٦٣ الواردة في باب الأحكام العامة والتي أوجبت على الموظف ، لكي يدرأ عن نفسه مسؤولية جريمة ارتكبتها بحسن نية تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه ، أن يثبت لبيان حسن نيته أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري ، وأنه كان يعتقد مشروعيته ، وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة . وقد ذكرت تعليقات وزارة المحقانية على هذه المادة أن حكمها مأخوذ من المادتين ٧٧ و ٧٨ من قانون العقوبات الهندي الذي عرف حسن النية في المادة ٥٢ صراحة بقوله « لا يقال عن شيء إنه عمل أو صدق بحسن نية إذا كان قد عمل أو صدق بغير التثبت أو الالتفات الواجب » .

هذا ولقد أوجب المشرع ، فضلاً عن ذلك ، على القاذف الذي يحتاج بحسن نيته أن يثبت صحة كل فعل أسنده للمقذوف في حقه ، فدل بذلك على أن التثبت الذي لا غنى عنه لحسن النية يجب أيضاً أن يشمل كل وقائع القذف المؤثرة في جوهره واقعة واقعة ، وأنه لا يكفي القاذف أن يكون قد تثبت من واقعة ليحتج بحسن نيته فيما عداها من الوقائع التي أسندها للمقذوف في حقه دون دليل .

٢ - إن حسن النية المؤثر في المسؤولية عن الجريمة رغم توافر أركانها هو من كليات القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض ، وهو معنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم . ويكفي أن يكون الشارع قد ضبطه وأرشد إلى عناصره في نص معين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضى من ذلك القاعدة العامة الواجبة الاتباع في مناسبة أخرى .

الطعن رقم ١٦٦٥ سنة ٩ القضائية

جلسة ٢٥ من ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية

ج ٥ ص ٥٤

عيب في الذات الملكية . مناط العقاب في هذه الجريمة .
لا يصح التدليل في الإدانة برأى فقهي .

إن الشارع إذ نص في المادة ١٧٩ من قانون العقوبات على عقاب كل من عاب في حق الذات الملكية قد قصد أن يتناول بالعقاب كل قول أو فعل أو كتابة أو رسم أو غيره من طرق التمثيل يكون فيه مساس ، تصريحاً أو تلميحاً ، من قريب أو من بعيد ، مباشرة أو غير مباشرة ، بتلك الذات المصونة التي هي بحكم كونها رمز الوطن المقدس محوطة بسياج من المشاعر يتأذى بكل ما يحس أن فيه مساساً بها ولو لم يبلغ مبلغ ما يعد بالنسبة لسائر الناس قذفاً أو سباً أو إهانة . فمق وقع الفعل المكون للعيب على أية صورة من تلك الصور ، وكان الجاني قد قصد توجيهه ، وهو عالم به ، إلى شخص الملك فقد حق عليه العقاب . ومن حيث إن ماتبغى ملاحظته ابتداءً ، أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذ دُلَّ على إدانة الطاعن في جريمة العيب بما قال به من أن أمر الإقالة لما كان حقا شخصياً لجلالة الملك ويصدر بتوقيعه وحده دون سواه ، كان كل طعن يوجه إليه ينصرف حتماً إلى الملك ، لأنه حتى مع صحة النظر الذي ارتأه من أن إقالة الوزارة من سلطة الملك الشخصية ولا يسأل عنها الوزراء ، لا يصح أن يدل على الإدانة بمجرد رأى فقهي ، خصوصاً إذا كان متعلقاً بمسألة شائكة فيها وجوه رأى هو أن الدستور يجعل أعمال الملك الرسمية جميعها صادرة على مسؤولية الوزارة وحدها دون الملك الذي هو فوق كل مسؤولية ، بل الواجب ألا تؤسس الإدانة إلا على عناصر واقعية ثابتة ومحقة .

ومن حيث إن لمحكمة النقض ، في الجرائم التي تقع بطريق النشر ، أن تراقب محكمة الموضوع فيما ترتبه من النتائج القانونية على المقال موضوع المحاكمة ، وذلك لا يكون إلا بأن تبحث في المقال لتبين مناحيه وتستظهر

مرايمه ، ثم تطبق القانون على وجهه الصحيح على أساس ما يتبين لها من حقيقة الأمر فيه .

الطعن رقم ٢٣٩١ سنة ٤٦ قضائية

جلسة ٧ من نوفمبر سنة ١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ١ ص ٣٦٣

دعوى مباشرة . رفعها . قانون حماية الموظفين . سريانه . رجعية القوانين وسريانها على الماضي .

دعوى الجنحة التي تكون رفعت مباشرة على أحد الموظفين قبل صدور القانون رقم ٢٣ الصادر في ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ الخاص بحماية الموظفين هي دعوى صحيحة مقبولة لا يسرى عليها القانون المذكور . وليس يفيد وجوب سريان أحكامه على الدعاوى المرفوعة رفعا صحيحا قبل صدوره كونه من قوانين الإجراءات التي يراعى في تنفيذها ما جاء بنص المادة الثانية من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٠٤ الخاص بتنفيذ قانون تحقيق الجنايات من أنه « يعمل بالقواعد المختصة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون الجديد في جميع التحقيقات التي لم تكن تمت إلى يوم وجوب العمل بهذا القانون وفي كل دعوى تكون منظورة أمام أي محكمة بعد هذا التاريخ ابتدائية واستئنافية » . إذ ليس معنى وجوب العمل بالقواعد المختصة بالإجراءات المنصوص عليها بالقانون الجديد أن ما تم صحيحا من الإجراءات حسب القانون القديم لا يعتبر . بل معنى ذلك هو العمل بهذه القواعد فيما يحدث من الإجراءات في القضايا القائمة ، فما لم يقفل فيه باب التحقيق مثلا يسار في تحقيقه وتحصل المحاكمة ويطعن على الحكم الذي يصدر وينفذ حسب قواعد القانون الجديد . وكذلك ما استؤنفت أحكامه منها تتبع فيه قواعد المحاكمة الاستئنافية المدونة بالقانون الجديد . أما الدعاوى التي

تكون قد رفعت مباشرة إلى محكمة الجنح وفقا للمادة ٥٢ تحقيق جنابات التي كانت تميز رفعها على الموظفين وغيرهم بغير قيد فهي مقبولة حتا لا يمكن أن يؤثر عليها قانون ما إلا بنص صريح^(*) .

(*) راجع أيضا بهذا المعنى أحكام النقض الصادرة في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ في القضية رقم ٢٦٧٦ سنة ٤٦ قضائية وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ في القضية رقم ٨٢٧ سنة ٤٧ ق وفي ٤ يناير سنة ١٩٣٢ في القضية رقم ٩٦٥ سنة ٢ قضائية . وانظر الحكم الصادر بجلسته ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ في القضية رقم ٢٦٧٦ سنة ٤٦ ق وقد ورد فيه « إن القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٩ لم يأت بمنع اختصاص المحاكم الجنائية من نظر دعاوى الجنح التي تكون قد تحركت فيها الدعوى العمومية بصفة قانونية وإنما أتى بمنع تحريك الدعوى العمومية من المدعى بالحق المدني ، فهو لهذه العلة لا ينسحب إلا على ما يرفع من المدعى بالحق المدني من الدعاوى بعد صدوره . أما الدعاوى التي رفعت قبل صدوره وتحركت الدعوى العمومية برفعها فلا يمكن أن يؤثر فيها صدور هذا القانون ، لأن حق المدعين فيها حق مكتسب لا تأثير للقانون الجديد فيه .

**أحكام محكمة النقض
الصادرة
من الدوائر المدنية**

الطعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥١ قضائية (هيئة عامة)

جلسة ٢٢ من ديسمبر سنة ١٩٨٦

(١ - ٦) دعوى « الطلبات في الدعوى » سبب الدعوى « استئناف » أثر الاستئناف . إيجار « إيجار الأماكن » : « أسباب الإخلاء » : « التأجير من الباطن » .

(١) الطلب . ماهيته . القرار الذي يطلبه المدعى حماية للحق أو المركز القانوني الذي يستهدفه بدعواه .

(٢) سبب الدعوى . هو الواقعة التي يستمد منها المدعى الحق في الطلب . عدم تغيره بتغير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية .

(٣) الاستئناف . أثره . نقل الدعوى الى محكمة الدرجة الثانية في حدود الطلبات التي فصلت فيها محكمة أول درجة وما أقيمت عليه من أسباب طالما لم يتم التنازل عنها . م ٢٣٢ مرافعات . وجوب ترتيب هذا الأثر . لا يجوز دون تصدى محكمة الاستئناف للأسباب التي لم تفصل فيها محكمة أول درجة . علة ذلك .

(٤) الأسباب التي تجيز طلب إخلاء العين المؤجرة بالمادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . اعتبارها تحديدا للوقائع التي يستمد منها المؤجر الحق في طلب الإخلاء .

(٥) استناد المؤجر في دعواه بالإخلاء على أكثر من سبب . القضاء بالإخلاء على سند من أحدها دون التعرض للأسباب الأخرى . استئناف المستأجر للحكم . أثره . نقل الدعوى إلى محكمة الاستئناف بكافة أسبابها طالما لم يتنازل المؤجر عن التمسك بها .

(٦) إقامة المؤجرة دعواها بالإخلاء للتأجير من الباطن ولسببين آخرين . القضاء بالإخلاء لثبوت السبب الأول دون التعرض للسببين الآخرين . إلغاء الحكم من المحكمة الاستئنافية لانقضاء واقعة التأجير من الباطن دون أن تعرض لباقي أسباب الإخلاء رغم عدم التنازل عنها خطأ .

١ - الطلب في الدعوى هو القرار الذي يطلبه المدعى من القاضي حماية للحق أو المركز القانوني الذي يستهدفه بدعواه .

٢ - سبب الدعوى هو الواقعة أو الوقائع التي يستمد منها المدعى الحق في الطلب . وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية .

٣ - النص في المادة ٢٣٢ من قانون المرافعات يدل على أن الاستئناف ينقل الدعوى الى محكمة الدرجة الثانية في حدود الطلبات التي فصلت فيها محكمة أول درجة وما أقيمت عليه تلك الطلبات من أسباب سواء ماتعرضت له وما لم تتعرض له منها وذلك طالما أن مبدئها لم يتنازل عن التمسك بها ، ولا يجوز دون ترتيب هذا الأثر أن محكمة الاستئناف في هذه الحالة تتصدى لما لم تفصل فيه محكمة أول درجة من تلك الأسباب ، ذلك أن المشرع أجاز للخصوم وفقا لنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات ان يغيروا سبب الدعوى أمام محكمة الاستئناف وأن يضيفوا إليه أسبابا أخرى لم يسبق طرحها أمام محكمة أول درجة مع بقاء الطلب الأصلي على حاله ، فمن باب أولى تلتزم محكمة الاستئناف بالتصدي للأسباب السابق التمسك بها في الدعوى اذا ما إرتأت إلغاء الحكم المستأنف الذي استجاب إلى الطلب على سند من أحدها مما اقتضى الاكتفاء به دون حاجة للتعرض لباقي الأسباب .

٤ - إن ما أورته المادة ١٨ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من بيان للأسباب التي يجوز معها للمؤجر المطالبة بإخلاء العين المؤجرة هو في حقيقته تحديد للوقائع التي يستمد منها المؤجر حقه في طلب الإخلاء .

٥ - إذا استند المؤجر أمام محكمة الدرجة الأولى في دعواه بإخلاء العين المؤجرة إلى سبب أو أكثر من هذه الأسباب - أسباب الإخلاء - فقضت المحكمة بالإخلاء على سند من أحدها وأفصحت عن أنها لم تر مسوغا للتعرض لباقي الأسباب بعد أن أجيب المؤجر إلى طلبه واستأنف المستأجر هذا الحكم ، فإن الدعوى تنتقل إلى محكمة الاستئناف بما سبق أن أبداه - المؤجر - من أسباب وتعتبر مطروحة أمام المحكمة للفصل فيها بمجرد رفع الاستئناف إلا إذا تنازل عن التمسك بأى منها .

٦ - مقتضى الأثر الناقل للاستئناف أن يعتبر مطروحا على محكمة الدرجة الثانية الأسباب التي أقام المستأنف ضده عليها طلباته بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف سواء في ذلك الأسباب التي فصل فيها لغير صالحه أو تلك التي لم تعرض لها محكمة أول درجة وإنه على المحكمة الاستئنافية أن تعرض لها ما لم يتنازل المستأنف ضده عن التمسك بأى منها صراحة أو ضمنا ، وكان البين من الأوراق أن الطاعنة (المؤجرة) قد أقامت دعواها بطلب إخلاء المطعون ضدها الأولين من العين المؤجرة على سند من تأجير أولها العين من باطنه للمطعون ضده الثاني بدون موافقتها وتأخره في الوفاء بالأجرة وصدور قرار من الجهة المختصة بإزالة العين حتى سطح الأرض فتكون قد استمدت حقها في الطلب من كل هذه الأسباب ، وإذ قضى الحكم المستأنف بالإخلاء على سند من ثبوت واقعة التأجير من الباطن دون إذن من المالك وأفصح عن عدم جدوى التعرض إزاء ذلك للأسباب الأخرى وألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم لما ثبت لديها من انتفاء واقعة التأجير من الباطن دون أن تعرض لباقي الأسباب التي لم تتنازل عنها الطاعنة بل تمسكت بها صراحة أمامها ، فإنها تكون قد خالفت القانون .

الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ قضائية (هيئة عامة)

جلسة ١٦ من فبراير سنة ١٩٨٦

عقد . أثر العقد .

الوضع الظاهر . قاعدة واجبة الإعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها . مؤدى ذلك ، اعتبار التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية نافذا في مواجهة صاحب الحق متى أسهم الأخير بخطئه - سلبا أو إيجابا - في ظهور المتصرف بظهور صاحب الحق .

الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقدتها وأن صاحب الحق لا يلتزم بما صدر عن غيره من تصرفات بشأنها ، إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدني ، يبين ان المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل

في المجتمع وتنضبط جميعا مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها ، بما يحول ووصفها بالاستثناء ، وتصبح قاعدة واجبة الإعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها ، ومؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا في ظهور المتصرف على الحق بظهور صاحبه ، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه ، للشواهد المحيطة بهذا المركز ، والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق .

الطعن رقم ٢٢١٩ لسنة ٥٣ قضائية (هيئة عامة)

جلسة ٢٥ من مارس سنة ١٩٨٥

(١ - ٤) إيجار « إيجار الأماكن » « أسباب الإخلاء » « الإضرار بسلامة المبنى » . إثبات « طرق الإثبات » قانون « القانون الواجب التطبيق » « نظام عام » .

(١) صدور تشريع لاحق يستحدث حكما جديدا يتعلق بذاتية القاعدة الموضوعية الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، سريانه بأثر فوري على المراكز التي لم تستقر نهائيا وقت نفاذه . تعلق التعديل ببعض شروط القاعدة الآمرة دون مساس بذاتيتها - كما لو استوجب لتطبيقها شروطا خاصة بإجراءات التقاضي أو الإثبات لم تكن مطلوبة من قبل - عدم سريانه إلا من تاريخ نفاذه على الوقائع التي نشأت في ظله . م ٢ مرافعات والمادة ٩ مدني .

(٢) وجوب ثبوت الإضرار بسلامة المبنى كسبب لإخلاء المستأجر . م ١٨ / د ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قاعدة تتعلق بالنظام العام ، سريانه بأثر مباشر على المراكز القانونية التي لم تستقر بحكم نهائي .

(٣) اشتراط الحصول على حكم جنائي لإثبات الاستعمال الضار بسلامة المبنى كسبب للإخلاء لا يمس بذاتية القاعدة الآمرة . سريانه من تاريخ القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ دون أن يكون له أثر على الوقائع السابقة عليه سواء رفعت بها الدعوى أو لم ترفع قبل صدوره .

(٤) وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى أمام محكمة الإخلاء . م ١٨ ق ١٣٦ / ١٩٨١ . وجوب تقديم حكم نهائي بالنسبة للوقائع اللاحقة على صدوره .

(٥) « إساءة الاستعمال » التزام « التزامات المستأجر » :

النص في عقد الإيجار على التنفيذ العيني أو التعويض : لا يجوز دون حق المؤجر في طلب فسخ العقد والتعويض متى كان له مقتضى م ٥٨٠ / ٣ مدني .
 (١) المقرر في قوانين إيجار الأماكن أن الأحكام الخاصة بتحديد الأجرة والامتداد القانوني وتعيين أسباب الإخلاء هي قواعد أمرة ومتصلة بالنظام العام ومن ثم فإنها تسرى بأثر فوري على جميع المراكز والوقائع القائمة والتي لم تستقر نهائيا وقت نفاذها ولو كانت ناشئة قبل تاريخ العمل بها ومؤدى ذلك أنه إذا صدر قانون لاحق يتضمن تعديلا في تشريعات إيجار الأماكن كان من شأنه استحداث حكم جديد متعلق بذاتية تلك القواعد الموضوعية الأمرة سواء بالإلغاء أو بالتغيير إضافة أو حذفاً فإن هذا التعديل يأخذ بدوره حكم القاعدة الأمرة من حيث سريانه بأثر فوري مباشر على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه ، أما إذا كان التعديل منصبا على بعض شروط أعمال القاعدة الأمرة دون مساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو اتخاذ إجراءات معينة سواء من حيث إجراءات التقاضي أو الإثبات لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل ، فإن التعديل لا يسرى في هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التي تنشأ في ظله دون أن يكون له أثر على الوقائع التي نشأت في ظل القانون السابق باعتبار أن القانون الذي رفعت الدعوى في ظله هو الذي يحكم شروط قبولها وإجراءاتها وقواعد إثباتها . وقد نصت المادة ٢ من قانون المرافعات على أن « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك » .
 (٢) المشرع استحدث بالتعديل الوارد بالمادة ١٨ - من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - أمرين أولهما أنه عدل سبب الإخلاء الذي كان مقررا بنص المادة ٣١ / ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بأن جعله قاصرا على حالة الإضرار بسلامة المبنى بعد أن كان الإضرار بالمؤجر وهو أعم وأشمل - وهو مناط الإخلاء في مجال تطبيق الحالة والأمر الثاني أنه حدد وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى أمام محكمة الإخلاء بصور حكم نهائي بذلك . لما

كان ماتقدم وكان ما استحدثه القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في الأمر الأول من تعديل في سبب الإخلاء يتصل بقاعدة موضوعية أمرة ومتعلقة بالنظام العام ومن ثم فإنها تسرى بأثر فوري مباشر على المراكز القانونية القائمة والتي لم تستقر بحكم نهائي وقت العمل به ولو كانت قد نشأت في ظل القانون السابق .

(٣) ما استحدثه القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في الأمر الثاني والمتعلق باشتراط الحصول على حكم نهائي لإثبات واقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى فإنه لا يمس ذاتية القاعدة الأمرة ولا يغير من حكمها بل يضع شرطا لإعمالها إذ استلزم للحكم بالإخلاء ثبوت الاستعمال الضار بسلامة المبنى بحكم قضائي نهائي وهو ما لم يكن مقررا في القانون السابق ومن ثم فإنه يسرى من تاريخ نفاذ القانون الأخير - رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - والعمل به دون أن يكون له أثر على الوقائع السابقة عليه سواء رفعت بها الدعوى أو لم ترفع قبل صدوره .

(٤) المقرر في قضاء هذه المحكمة ، وعلى ما سلف بيانه من أن الشرط الوارد بالفقرة (د) من المادة ١٨ آنفة الذكر والخاص باستلزام ثبوت الضرر بسلامة المبنى بحكم قضائي لا يسرى إلا من تاريخ العمل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ دون أن يكون له أثر على الدعوى القائمة وقت نفاذه والتي رفعت في ظل القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .
 (٥) الأصل طبقا للقواعد العامة في القانون المدني أن المستأجر ملتزم بالألا يحدث تغييرا ضارا في العين المؤجرة بدون إذن من المالك وقد نصت المادة ٥٨٠ / ٣ من القانون المدني على أنه إذا خالف المستأجر هذا الالتزام جاز إلزامه بإعادة العين إلى الحالة التي كانت عليها وبالتعويض إن كان له مقتضى وجاء هذا النص تطبيقا للقواعد العامة فيجوز للمؤجر أن يطلب التنفيذ العيني وإعادة العين إلى أصلها أو فسخ الإيجار مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى ، فإذا ما خص المشرع بالذكر إعادة الحالة إلى أصلها فإن هذا لا يجوز دون طلب الفسخ إذا توافر مبرره .

الطعن رقم ٦٢ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة ١٣ من يناير سنة ١٩٨١ «س ٣٢ ص ١٩٧»
إلغاء التشريع . سبيله - القانونان رقما ٤٤ و ١٣٨ لسنة
١٩٦٤ .

إذ نصت المادة الثانية من القانون المدنى على أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » ، وكان القانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٤ لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٤ ، وقد اختلف مجال تطبيق أحكام كل منها ، وليس ثمة تعارض بين أحكامها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ ذهب فى أسبابه إلى أن القانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٤ قد ألغى القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٤ الصادر بالتيسير على صغار الزراع المشترين للأراضى الزراعية ممن صودرت أموالهم وذلك بإعادة تقسيط مالم يؤد من الثمن على عشر سنوات أخرى بفائدة قدرها ٣٪ سنويا فحجب نفسه عن أعمال الآتار التى يربتها هذا القانون على واقعة الدعوى ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٤٥ قضائية

جلسة ٢٤ من يناير سنة ١٩٨١ «س ٣٢ ص ٢٥٦»
١ - إيجار « إيجار الاماكن » « التأجير الموسمى » . المصايف . أسباب الإخلاء .

دعوى الإخلاء للتأجير من الباطن . المادة ٢٣ / ج من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . تأجير المستأجر للعين الكائنة بمدينة الإسكندرية فى موسم الصيف لايعد مبررا للإخلاء . علة ذلك .

٢ - عرف . قانون « تفسير قانون » .

إيراد قرار وزير الإسكان رقم ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ مناطق المصيف الجديدة بمحافظة الإسكندرية التى يجوز فيها التأجير من الباطن . لايعنى إلغاء للعرف المستقر على إباحة التأجير مفروشا فى المدينة بأكملها . علة ذلك .

١ - لئن كانت المادة ٢٣ ب من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين - المنطبق على واقعة الدعوى تشترط حصول المستأجر على إذن كتابى بالتأجير من الباطن كى لايدع للمؤجر سبيلا إلى طلب الإخلاء إلا أن تأجير المستأجر للعين الكائنة بمدينة الإسكندرية من باطنه فى موسم الصيف فقط لايعد تأجيراً من الباطن يبيح الإخلاء طبقاً لحكم المادة سالفة الذكر . ذلك لأن الصفة العرضية التى يتصف بها هذا التأجير يحمل على التجاوز عنه . ولأن هذا هو الاستغلال المألوف الذى يتوقعه المالك والذى استقر عليه العرف فى تلك المدينة نظير العلاوة التى يسمح بها القانون ، هذا إلى أن التأجير الموسمى لايفيد عدم احتياج المستأجر الأصلى إلى شغل المكان المؤجر ، وهى العلة التى تبرر انتفاعه بحق البقاء فى العين ، فإذا تجاوز التأجير شهور الصيف المتواضع عليها من يونيو حتى سبتمبر فإنه يفقد صفته العرضية ويكون مسوغاً طلب الإخلاء .

٢ - قرار وزير الاسكان رقم ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ وإن لم يذكر ضمن مصايف محافظة الإسكندرية التى يجوز فيها التأجير من الباطن وفقاً لحكم المادة الثالثة من القرار الوزارى رقم ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ الصادر نفاذا للمادة ٢٧ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، المنطقة الواقعة بين محطة الرمل وسراى المنتزة والتى تقع ضمنها شقة النزاع . وأورد فى هذا الخصوص مناطق أبى قير وشاطيء المعمورة ومناطق الساحل الشمالى الغربى فإن الاقتصار على إيراد تلك المصايف التى جددت حديثاً ، لايعنى إلغاء المشرع للعرف الذى استقر وجرى مجرى القانون على إباحة التأجير مفروشا فى مدينة الاسكندرية بأكملها لما يترتب عليه من

شل حركة الاصطياف في أكثر مناطق المصيف ارتيادا ، وإنما يفيد إضافة مناطق جديدة ليسرى عليها ذلك العرف وهو ما أفصح عنه تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون التشريعية والخدمات بمجلس الأمة عن مشروع القانون من أنه « راعى في الوقت عينه ماجرى عليه العمل في شأن تأجير الأماكن المفروشة في المصايف والمشاتي والتيسير في « شأنها » هذا .. الخ باسطة هذا الحق على مدينة الاسكندرية بأكملها ، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على سند من أن المطعون عليه مستأجر شقة النزاع من باطنه لمدة خمسة عشر يوما في شهر أغسطس سنة ١٩٧١ وهو من أشهر الصيف التي يجوز فيها التأجير مفروشا بدون إذن المؤجر ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه .

الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٤٨ قضائية

جلسة ٢٤ من يناير سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٢٦١ »

إيجار « إيجار الأماكن » . قانون « سريان القانون » .

وجوب نظر الدعوى التي أقيمت قبل العمل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ طبقا للقواعد والإجراءات السارية قبل نفاذه . المادة ٨٥ منه . سريان ذلك على تلك الدعاوى بمراحلها المختلفة مادامت قد أقيمت قبل نفاذ القانون الجديد وإن أدركها بعد رفعها . عدم انصراف ذلك إلى الأحكام الموضوعية التي احتواها القانون المذكور .

مفاد نص المادة ٨٥ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - يدل على استمرار القانون السابق في التطبيق بالنسبة للمنازعات التي رفعت بها دعاوى قبل نفاذ القانون الحالي ، لأن النص في هذه المادة على سريان القواعد والإجراءات المعمول بها قبل نفاذ القانون الجديد على ما كان قد رفع من دعاوى قبل ذلك ، لا ينصرف إلى الأحكام الموضوعية التي احتواها القانون المذكور

وهو ما أفصحت عنه المناقشات البرلمانية في هذا الشأن وإذ جاءت صياغة المادة ٨٥ سالفة البيان عامة مطلقة تشمل الإجراءات وماتعلق بالاختصاص والمواعيد وطرق الطعن في الأحكام . فإنه لا يجوز قصر نطاقها على مرحلة نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة دون محكمة الاستئناف إذ في ذلك تخصيص لعمومها وتقييد لإطلاقها بغير مخصص ، وترتيباً على ماتقدم فإن حكم تلك المادة يسرى على الدعاوى التي تكون قد أقيمت قبل نفاذ القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بمراحلها المختلفة وإن كان القانون الجديد قد أدركها ، ولما كان الثابت من أوراق الطعن أن الطاعن أقام دعواه رقم ٧٩٥٩ لسنة ١٩٧٦ مدنى كلى شمال القاهرة في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٧٦ أى في ظل العمل بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ الذى كان يميز الطعن في الأحكام طبقا للقواعد العامة وقبل نفاذ القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المعمول به اعتبارا من ٩ سبتمبر سنة ١٩٧٧ ، وإن أدرك هذا القانون الأخير تلك الدعوى قبل الفصل فيها وكذلك الاستئناف المرفوع عن الحكم الصادر فيها ، فإنه يتعين تطبيق القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، وذلك إعمالا لحكم المادة ٨٥ سالفة البيان ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف لانتهاء الخطأ في تطبيق القانون فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٠ قضائية

جلسة ٧ من فبراير سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٤٢٥ »

- (١) إثبات « طرق الإثبات : الإقرار » . محكمة الموضوع .
- (١) سلطة محكمة الموضوع في استخلاص الإقرار بالحق أو نفيه . شرطه .
- (٢ ، ٣) إيجار « إيجار الأماكن » . « ترك العين أو وفاة المستأجر » . قانون « سريان القانون » .
- (٢) المراكز القانونية الاتفاقية التي نشأت في ظل القانون القديم . خضوعها له في آثارها وانقضائها . القواعد الآمرة في القانون الجديد ، وجوب

إعمالها بأثر فوري على هذه المراكز من حيث آثارها وانقضائها على ما لم يكن قد اكتمل نشوؤه من عناصرها .

(٣) دعوى المؤجر في ظل القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بالإخلاء للتنازل عن الإيجار . صدور القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أثناء نظر الاستئناف . تمسك الطاعن بما استحدثته المادة ٢٩ منه من امتداد العقد للمقيمين من الأقارب حتى الدرجة الثالثة في حالتى الوفاة أو الترك . الحكم بإعمال القانون القديم . خطأ .

١ - إنه وإن كان استخلاص الإقرار بالحق من الأوراق ، ونفى ذلك هو من شئون محكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن تبين كيف أفادت الأوراق ما استخلصته ، وأن يكون هذا البيان سائفاً .

٢ - الأصل أن القانون يسرى بأثر فوري مباشر على المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه سواء في نشأتها أو في إنتاجها آثارها أو في انقضائها . وهو لا يسرى على الماضى ، فالمراكز القانونية التي نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد كالميراث ، تخضع للقانون القديم الذي حصلت في ظله ، أما المراكز القانونية التي تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد في الزمان فإن القانون القديم يحكم العناصر والآثار التي تحققت في ظله ، في حين يحكم القانون الجديد العناصر والآثار التي تتم بعد نفاذه ، ولئن كانت المراكز القانونية الاتفاقية تظل خاضعة للقانون القديم الذي نشأت في ظله باعتبار أنه تعبير عن إرادة ذوى الشأن في نشونها أو آثارها أو في انقضائها إلا أن هذا مشروط ألا يكون القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية سالفه البيان لقواعد أمره ، فحينئذ يطبق القانون الجديد فوراً على ما لم يكن قد اكتمل نشوؤه من عناصرها . وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلية ، كما يحكم انقضاءها .

٢ - وإذ نص في المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن عقد الإيجار لا ينتهى بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقى فيها وزوجه وأولاده أو أى من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك . وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نسباً أو مصاهرة حتى

الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الإيجار أن تكون لهم إقامة في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين أو مدة شغله للمسكن أيها أقل ، وكان هذا النص أمراً ، وكانت آثار المركز القانونى الذى يتمتع به المطعون ضده الأول طبقاً للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، وبخوله الحق في الإخلاء ، قد أدركها القانون الجديد رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، وقبل أن تتحقق تلك الآثار وتستقر فعلاً بصدور حكم نهائى ، فإنه ينطبق عليها ، بما مؤداه عدم جواز الحكم بالإخلاء إذا ماتوافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ٢٩ منه ، وإذا كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك بتطبيق هذا النص باعتبار أن المطعون ضده الثانى كان يتخذ من العين سكناً وأنه أقام معه مدة تزيد على سنة سابقة على الترك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالإخلاء على أن المادة ٢٩ سالفه الذكر لا تنطبق على واقعة الدعوى ، باعتبار أن الترك في ظل سريان أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، وطبقاً للمادة ٢١ منه لم يكن من حق الأقارب حتى الدرجة الثالثة الاستفادة من الامتداد القانونى لعقد الإيجار إلا في حالة الوفاة فقط فإنه يكون قد خالف القانون .

الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٢ قضائية

جلسة ٩ من فبراير سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٤٤٥ »

(١) تحكيم . نقل بحرى . نظام عام .

١ - جواز الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج . شرطه . عدم المساس بالنظام العام .

(٢) إثبات . قانون « القانون الأجنبى »

الاستناد إلى قانون أجنبى . واقعة مادية . يجب على الخصم إقامة الدليل عليها .

١ - لما كان الثابت أن شرط التحكيم المنصوص عليه في مشاركة

الإيجار قد نص على أن يسوى النزاع في « لندن » طبقا لقانون التحكيم الانجليزي لسنة ١٩٥٠، وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج ولم ير في ذلك ما يمس النظام العام، فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الانجليزي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام.

٢ - إذا كان الطاعن لم يقدم الدليل على القانون الانجليزي - المشار اليه - باعتباره واقعة يجب أن يقيم الدليل عليها حتى تتبين المحكمة مدى صحة ما ادعاه من بطلان التحكيم لمخالفته للنظام العام، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر هذا الشرط صحيحا مرتبا لآثاره، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه.

الطعن رقم ٢٨ لسنة ٤٨ قضائية

جلسة ٢٦ من فبراير سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٦٨٤ »
 حكم « الطعن في الحكم ». قانون « سريانه من حيث الزمان »
 الطعن في الحكم . جوازه من عدمه . العبرة بالقانون السارى وقت صدوره .
 إذ صدر الحكم المطعون فيه في استئناف حكم محكمة أول درجة الصادر في ظل سريان حكم المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات السابق التي كانت تجيز الطعن في الأحكام التي تنهى الخصومة في شق منها ، فإنه وفقا للمادة الأولى من قانون المرافعات الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ يخضع من حيث جواز الطعن فيه إلى القانون السارى وقت صدوره ، وإذ صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ ٨ / ١١ / ١٩٧٧ بعد العمل بقانون المرافعات الحالي فإنه يسرى عليه حكم المادة ٢١٢ من هذا القانون .

الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة ١٨ من مارس سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٨٦١ »
 دستور . قانون .

النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستورتها . عدم نفاذها من تاريخ نشر الحكم بالجريدة الرسمية .

النص في المادة ١٧٨ من الدستور على أنه « تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية ، والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية ، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار » وفي المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على أنه « تنشر في الجريدة الرسمية قرارات تفسير النصوص القانونية وكذلك منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء » يدل على أن نشر تلك الأحكام قصد به علم الكافة ، وأن هذا العلم يفترض بمجرد حصول هذا النشر ، وأنه يترتب على هذه الأحكام عدم نفاذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستورتها من تاريخ نشر هذه الأحكام في الجريدة الرسمية وتكون ملزمة لجميع جهات القضاء منذ هذا التاريخ .

الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٤٩ قضائية

جلسة ٢٤ من مارس سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٩٣٩ »
 (١) حراسة « حراسة قضائية » . اختصاص « محكمة الحراسة » .

فرض الحراسة على أموال الأشخاص الطبيعيين . من اختصاص محكمة الحراسة دون غيرها . للمدعى العام الاشتراكي منع التصرف في الأموال أو إدارتها .

(٢ ، ٣) اختصاص « المحكمة العليا » « محكمة الحراسة » .
 قرار « قرارات التفسير » .

(٢) قرارات التفسير الصادرة من المحكمة العليا . لها ذات القوة الملزمة للنص الذى انصب عليه التفسير . ليس لأية جهة قضائية أخرى بحث توافر شروط طلب التفسير .

(٣) صدور قرار التفسير من المحكمة العليا باختصاص محكمة الحراسة دون غيرها بنظر الأوامر الصادرة من المدعى العام الاشتراكى بمنع التصرف فى الأموال أو إدراتها . مؤاده . ليس لجهة القضاء العادى الفصل فى منازعة متعلقة بهذه الأوامر .

١ - نظم المشرع فرض الحراسة بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ ، فمنع فرضها على أموال الأشخاص الطبيعيين إلا بحكم قضائى يصدر من محكمة الحراسة المنصوص عليها بالمادة العاشرة منه ، وناط بالمدعى العام الاشتراكى الادعاء أمام المحكمة المذكورة وأجاز له بالفقرتين الأولى والثانية من المادة السابعة من ذات القانون أن يأمر بمنع التصرف فى الأموال أو إدراتها متى تجمعت لديه دلائل قوية بالنسبة لأحد الأشخاص على أنه أتى فعلا من الأفعال المنصوص عليها فى المادتين الثانية والثالثة ، وأن يعين بالأمر الصادر بالمنع من الإدارة وكيفا لإدارة الأموال .

٢ - مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون المحكمة العليا أن المشرع اختص المحكمة العليا بتفسير النصوص التشريعية وجعل لقرارات التفسير التى تصدرها قوة ملزمة لجميع جهات القضاء ، وهى فى ذلك لاتنشىء حكما جديدا بل تكشف عن حكم القانون بتفسير نصوصه وتبين قصد المشرع منه ، وبذلك يكون لقرارها ذات قوة النص الذى انصب عليه التفسير ، ولايغير من ذلك أن المشرع نص بالمادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا ، على أن تكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ملزمة لجميع جهات القضاء ولم يشر إلى قرارات التفسير ، رغم أنه واجب نشر منطوق تلك الأحكام وقرارات تفسير النصوص القانونية بالمجريدة الرسمية ، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة

الرابعة من قانون المحكمة العليا قد نصت على أن لقرارات التفسير ذات القوة الملزمة ، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ تعليقا على المادة ٣١ منه ، وكان من مقتضى اختصاص المحكمة العليا بالتفسير الملزم للنصوص التشريعية أن يكون لها وحدها تقدير توافر شروط قبول طلب التفسير بحيث لا يقبل من أية جهة قضائية أن تبحث تلك الشروط أو تناقشها توصلا إلى التحلل من القوة الملزمة لقرار التفسير .

٣ - إذ كانت المحكمة العليا قد أصدرت قرارا بتفسير نص المادة العاشرة من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ نشر فى المجريدة الرسمية بالعدد الصادر بتاريخ ١٧ / ٤ / ١٩٧٨ ، مقتضاه أن المادة العاشرة التى انصب عليها التفسير تقضى باختصاص المحكمة المنصوص عليها فى تلك المادة دون غيرها بنظر المنازعات فى الأوامر الصادرة من المدعى العام الاشتراكى بمنع التصرف فى الأموال أو إدراتها ، فلا يجوز التعلل بما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة السابعة من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ من أن أمر المدعى الاشتراكى بالمنع من التصرف فى الأموال أو إدراتها يعتبر كأن لم يكن بفوات ستين يوما على صدوره دون تقديم الدعوى لمحكمة الحراسة ، للقول بانعدام الأمر بفوات هذا الميعاد ، ومن ثم يسوغ للقضاء العادى الفصل فى منازعة متعلقة بهذا الأمر ، لأن هذه المحكمة بما لها من ولاية مقرررة قانونا هى صاحبة الولاية دون غيرها فى القضاء باعتبار هذا الأمر كأن لم يكن .

الطعن رقم ٧٣٩ لسنة ٤٨ قضائية

جلسة ٣٠ من مارس سنة ١٩٨١ « س ٣٢ ص ٩٨٥ »

(١) نقض . نظام عام - نيابة عامة .

الأسباب المتعلقة بالنظام العام - جواز إثارها من النيابة . شرطه . أن تكون واردة على الجزء المطعون عليه من الحكم .

(٢ ، ٣) بنوك . عرف . فوائد . نظام عام .

(٢) تحريم الفوائد المركبة . الاستثناء - ماتقضى به القواعد والعادات التجارية .

(٣) الحساب الجارى - صيرورته ديناً عادياً بإقفاله ، تحريم تقاضى فوائد مركبة عنه . تعلق ذلك بالنظام العام .

١ - تحديد الحد الأقصى للفوائد من النظام العام وللتياية أن تثير المسائل المتعلقة بالنظام العام مادامت تنصب على الجزء المطعون فيه من الحكم متى كانت جميع العناصر التي تمكن من الإلمام بها مطروحة على محكمة الموضوع .

٢ - النص في المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى على أنه « لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد .. وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » والنص في المادة ٢٣٣ منه على أن « الفوائد التجارية التي تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجارى مايقضى به العرف التجارى . ومفاد هذين النصين أن الشارع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ماتقضى به القواعد والعادات التجارية .

الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٤٩ قضائية

جلسة ٢١ من فبراير سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ٥٧٣ »

(١) اختصاص . « اختصاص ولائى » قرار إدارى .

للمحاكم التحقق من قيام القرار الإدارى بمقوماته القانونية . تطبيقها له وفقاً لظاهر نصوصه على النزاع المطروح . لايعد تعرضاً للقرار بالتأويل .

(٢) دعوى « الطلبات فيها » . بيع . ملكية . محكمة الموضوع . حكم .

تكييف الدعوى . من سلطة محكمة الموضوع . وجوب التزامها بطلبات الخصوم وسبب الدعوى . الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البيع . الحكم بصحة العقد وتثبيت ملكية المدعى . قضاء بما لم يطلبه الخصوم .

(٣) حيازة . ملكية . قرار إدارى .

ترخيص جهة الإدارة بإنشاء مسقاة في أرض الغير . الحيازة المستندة إلى حق استعمال المسقاة . حيازة تنتفى بها نية تملك أرض المسقاة معها طال أمدها . الاستثناء . تغيير سبب الحيازة .

(٤) حيازة .

تغيير سبب الحيازة الوقتية . كفيته . م ٩٧٢ / ٢ مدنى .

١ - القانون لم يعرف القرارات الإدارية ولم يبين الخصائص التي تميزها والتي يهتدى بها في القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولخصائصها من تعرض السلطة القضائية لها بتعطيل أو تأويل ، وينبنى على ذلك أن للمحاكم العادية أن تعطى تلك القرارات وصفها القانونى على هدى حكمة التشريع ومبدأ الفصل بين السلطات وحماية الأفراد وحقوقهم ، وهى في سبيل ذلك تملك بل من واجبها التحقق من قيام القرار الإدارى بمقوماته القانونية والتعرف على فحواه فإن ظهر لها سلامة صدوره غير مشوب بما ينحدر به إلى درجة العدم كان عليها أن تعمل تطبيقه وفقاً لظاهر نصوصه وتنزل ماوضع له القانون من آثار على النزاع المطروح ولايعتبر ذلك منها تعرضاً للقرار بالتأويل .

٢ - على محكمة الموضوع إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها التكييف القانونى الصحيح دون تقييد بتكييف الخصوم لها إلا أنها لا تملك تغيير سبب الدعوى ويجب عليها الالتزام بطلبات الخصوم وعدم الخروج عليها ، وإذا كانت الدعوى قد أقامها الطاعن بطلب اقتصر على الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه فإن لازم ذلك أن تتقيد المحكمة في قضائها بهذا الطلب وحده ، وما ارتكز عليه من سبب قانونى طالما لم يطرأ عليها تغيير أو تعديل من الطاعن أثناء سير الخصومة وفي الحدود التي يقرها قانون المرافعات ، وليس صحيحاً في القانون مايقول به الطاعن من أن القضاء للمشتري بصحة ونفاذ عقد البيع وبشبهت ملكيته للعقار محل هذا العقد أمران متلازمان ذلك أن المقصود من طلب صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزام البائع بنقل

ملكية العقار تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل الملكية ، فيكون في معنى هذا الطلب أن ملكية العقار لم تنقل بعد إلى المشتري ، ولذا فإن الحكم به يكون متناقضا إذا ما جمع مع قضاء بثبوت ملكية ذات المشتري لهذا العقار لما يفيد هذا القضاء بطريق اللزوم الحتمي من ثبوت اكتساب المشتري للملكية العقار فعلا . لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون صائبا إذ خالص إلى تخطئة الحكم الابتدائي بمخالفة القانون للقضاء بما يطلبه الخصوم لما ثبت أن مطلب الدعوى انحصر في الحكم بصحة عقد البيع ونفاذه ورغم ذلك قضى دون طلب من الطاعن بثبوت ملكيته إلى المسقاة مع قضاؤه بصحة ونفاذ عقد بيعها إليه ، فإن النعى يكون على غير أساس .

٣ - النص في المادة ١٦ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ - الذي صدر استنادا إليه قرار وزارة الري بإنشاء المسقاة محل النزاع بأنه « إذا رأى أحد ملاك الأطيان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ربا كافيا أو صرفها صرفا كافيا إلا بإنشاء مسقاة أو مصرف في أرض ليست ملكه أو باستعمال مسقاة أو مصرف موجود في أرض الغير وتعذر عليه التراضى مع أصحاب الأراضى ذوى الشأن فيرفع شكواه لمفتش الري ليأمر بإجراء تحقيق فيها .. وترفع نتيجة هذا التحقيق إلى المفتش الذى يصدر قرارا مسببا بإجابة الطلب أو رفضه ..» مفاده أن الحق الذى يتولد من ترخيص جهة الإدارة بإنشاء مسقاة في أرض الغير لتجرى بها المياه توصلا لاستعمالها في رى أرض الجار هو حق المجرى والشرب وهو الحق المقرر بالمادتين ٨٠٨ ، ٨٠٩ من القانون المدنى ، وتقرير هذا الحق يخالف عن حق الملكية فالحياسة باستعمال المسقاة في الري ركوتا إلى ذلك الحق تعتبر حياسة بسبب معلوم غير أسباب الملكية مما تنتفى معه نية تملك أرض المسقاة ، وتبقى هذه الحياسة المتجردة من هذه النية غير صالحة للتمسك بالتملك مهما طال أمدها إلا إذا حصل تغيير في سببها .

٤ - تغيير سبب الحياسة لا يكون - وعلى ما تنص به المادة

٩٧٢ / ٢ من القانون المدنى وماجرى به قضاء هذه المحكمة - إلا باحدى اثنتين أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأعيان يعتقد هو أنه المالك لها أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين بمجاهة صريحة بصفة فعلية قضائية أو غير قضائية تدل على أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه .

الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٤٦ قضائية

جلسة أول مارس سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ٦٧١ »

(١ - ٣) إيجار . قانون . نظام عام .

(١) خضوع عقد الإيجار لأحكام القانون السارى وقت إبرامه . الاستثناء . أحكام القانون الجديد المتعلقة بالنظام العام . وجوب تطبيقها بأثر فوري .

(٢) امتداد عقد الإيجار بالنسبة لأقارب المستأجر عند وفاته . م ٢١ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . لا شأن لهذا النص بتنظيم العلاقة بين هؤلاء الأقارب فيما لهم من حقوق متبادلة . إبرام العقد في ظل أحكام القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . وجوب أعمال أحكام المساكنة .

(٣) المشاركون للمستأجر منذ بدء الإجارة في سكنى العين المؤجرة . حقهم في الانتفاع بها . عدم أحقية المؤجر أو المستأجر في إخلانهم من العين .

١ - من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن عقد الإيجار يخضع لأحكام القانون المعمول به وقت إبرامه سواء ما كان متعلقا بالنظام العام إعمالا لقوتها الملزمة التى لا تحيز الاتفاق على ما يخالفها أو ما لم يكن كذلك باعتبارها مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين ويستمر سريان هذه الأحكام وتلك مادام العقد ساريا سواء بنص القانون أو نفاذا لاتفاق عاقديه وذلك ما لم يصدر أثناء سريان مدته قانون جديد يتعلق بالنظام العام لأنه يكون واجب التطبيق فتسرى أحكامه على العقد بأثر مباشر .

٢ - حكم المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وإن كان

متعلقا بالنظام العام إلا أنه ينظم علاقة أقارب المستأجر بالمؤجر بما يحول بينه وبين اعتبار عقد الإيجار منتهيا بوفاة المستأجر إذا ماتوا في هؤلاء الأقارب الشروط المنصوص عليها في القانون دون أن يمتد حكمه إلى تنظيم العلاقة بين هؤلاء الأقارب فيما يكون لهم من حقوق متبادلة . لما كان ذلك ، فإن حكم هذه المادة لا ينطبق على علاقة الطاعن بالمطعون عليها الرابع والخامسة بل تظل هذه العلاقة محكمة بما يكون بينهم من الاتفاق في ظل أحكام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ - الذي أبرم العقد في ظله - والقانون المدني ومن ثم فإنه لا على الحكم - المطعون فيه - إن هو التفت عن تطبيق أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وطبق على الدعوى أحكام المساكنة .

٣ - جرى قضاء هذه المحكمة على أحقية المشاركين للمستأجر في سكن العين مند بدء الإجارة في الاستمرار بالانتفاع بها دون أن يحق للمستأجر أو المؤجر إجبارهم على إخلاتها .

الطعن رقم ١٦٣٠ لسنة ٤٨ قضائية

جلسة ١٣ من مارس سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ٨١٠ »
(١ - ٣) دستور « سريانه » قانون .

(١) تعارض التشريع مع أحكام الدستور . وجوب التزام هذه الأحكام وإهدار ماعداها . ورود نص بالدستور صالح بذاته للإعمال دون حاجة إلى سن تشريع أدنى . وجوب إعماله .

(٢) جريمة الاعتداء على الحرية الشخصية . عدم سقوط الدعوى الجنائية والمدنية الناشئة عنها بالتقادم . م ٥٧ من الدستور . جريمة التعذيب المعاقب عليها بالمادة ١٢٦ عقوبات . دخولها في هذا النطاق .

(٣) دعوى التعويض عن التعذيب .. القضاء بوقف تقادمها منذ وقوع التعذيب في سنة ١٩٥٥ حتى صدور دستور سنة ١٩٧١ . إعمال الحكم الأثر المباشر للمادة ٥٧ من الدستور . لا خطأ .

١ - الدستور هو القانون الوضعي الأسمى صاحب الصدارة وعلى مادونه من التشريعات النزول عند أحكامه فإذا ماتعارضت هذه

وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ماسواها ، والتشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمنا وإلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه فإذا ماورد الدستور نصا صالحا بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد نسخ ضمنا بقوة الدستور نفسه .^(١)

٢ - النص في المادة ٥٧ من الدستور المعمول به في ١١ / ٩ / ١٩٧١ على أنه « كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء » ، مفاده أن الاعتداء الذي منع الدستور وقوعه على الحرية الشخصية هو كل ما من شأنه تقييدها أو المساس بها في غير الحالات التي يقرها القانون كجرائم الاعتداء على الحرية التي يرتكبها المسؤولون في سلطة الدولة اعتمادا عليها ويدخل في نطاقها الجريمة المعاقب عليها بالمادة ١٢٦ من قانون العقوبات والتي تنص على أن « كل موظف ومستخدم عمومي أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشر وإذا مات المجنى عليه يحكم بالعقوبة المقررة للقتل عمدا » .

٣ - إذ كان الحكم الصادر من محكمة أول درجة والمؤيد بالحكم المطعون فيه بعد أن استخلص أن التقادم بالنسبة لدعوى المطعون ضده بالتعويض قد وقف سريانه منذ وقوع التعذيب والاعتداء على حرته في ١٩٥٥ وحتى صدور الدستور ١٩٧١ انتهى إلى أن الدعوى المدنية

(١) نقض ٢٧ / ٢ / ١٩٧٥ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٦ ص ٥٠٣

نقض جنائي ٢٤ / ٣ / ١٩٧٥ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٦ ص ٣٥٨ .

الناشئة عن هذا الاعتداء لاتسقط بالتقادم فإنه لا يكون قد خالف القانون لأنه أعمل الأثر المباشر لنص المادة ٥٧ من الدستور التي اعتبرت ملغية لنص المادة ١٧٢ من القانون المدني في صدد هذه الجرائم بقوة نفاذ الدستور ودون حاجة إلى تدخل من المشرع .

الطعن رقم ٥٠٧ ، ١٣٥٤ لسنة ٤٨ قضائية

جلسة ٢٧ من مارس سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ٩٣٧ »

(١ - ٢) دستور . قانون . تقادم . « تقادم مسقط » .

تعويض .

(١) النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستورتها . عدم نفاذها من تاريخ نشر الحكم بالجريدة الرسمية . القضاء بعدم دستورية النص المانع من التقاضي . بدء سريان تقادم الدعوى من تاريخ نشر الحكم لامن تاريخ صدوره . (٢) دعوى التعويض الناشئة عن وفاة أحد ضباط القوات المسلحة بسبب الخدمة . هي من الدعاوى التي تسرى عليها المادة ١١٧ من القانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ المانعة من التقاضي والتي قضى بعدم دستورتها .

(٣) تعويض . مسئولية .

التعويض عن الضرر المادي نتيجة وفاة شخص آخر . شرطه . ثبوت أن المتوفى كان يعول طالب التعويض فعلا على نحو مستمر وأن فرصة الاستمرار كانت محققة .

١ - النص في المادة ١٧٨ من الدستور على أن « ينشر بالجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار ، وفي المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على أنه « تنشر في الجريدة الرسمية قرارات تفسير النصوص القانونية وكذلك منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين وتكون هذه

الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء مفاده أن نشر تلك الأحكام قصد به علم الكافة بها وأن هذا العلم يفترض بمجرد حصول هذا النشر وإنه يترتب على هذه الأحكام عدم نفاذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستورتها من تاريخ نشر هذه الأحكام في الجريدة الرسمية وتكون ملزمة لجميع جهات القضاء منذ هذا التاريخ . ولما كان ذلك ، وكان الحكم الصادر من المحكمة العليا في الدعوى رقم ٣ لسنة ١٩٧٤ عليا دستورية بعدم دستورية نص المادة ١١٧ من القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ - بشأن عدم جواز نظر كافة الجهات القضائية لدعاوى التعويض المشار إليها بالنص - قد نشر في ١٩ / ٥ / ١٩٧٤ بالعدد ١٩ من الجريدة الرسمية ١ لسنة ١٧ فإن دعوى المطعون ضدها بالتعويض وقد رفعت في ١٧ / ٢ / ١٩٧٧ تكون قد رفعت قبل اكتمال مدة التقادم الثلاثي وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه ويكون لمحكمة النقض - على ما جرت عليه أحكامها - أن تصحح ما أورده الحكم المطعون فيه من تقرير قانوني خاطيء عندما قرر أن مدة التقادم الثلاثي تبدأ من تاريخ صدور الحكم بعدم دستورية هذا النص . ٢ - المادة ٦٩ من القانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم المعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض لأفراد القوات المسلحة عند الوفاة أو العجز الكلي أو الجزئي بسبب العمليات الحربية قد منحت اللجنة المبين بها تشكيلها حق منح المعاش والتأمين والتعويضات بقرار نهائي لا يجوز الطعن فيه أمام أية جهة قضائية ثم حرمت المادة ١١٧ من هذا القانون على كافة الجهات القضائية النظر في دعوى التعويض الناشئة عن إصابة أو وفاة أحد الأفراد الخاضعين لأحكام هذا القانون عندما تكون الإصابة أو الوفاة قد حدثت بسبب الحرب أو العمليات الحربية أو بسبب إحدى الحالات المنصوص عليها في البندين أ ، ب من المادة ٣١ من هذا القانون فإن قصد المشرع من ذلك هو جعل اختصاص اللجنة المشار إليها قاصرا على منح التعويض في حالة وقوع

الضرر في النطاق المحدد الذي رسمه هذا القانون . لما كان ذلك ، وكان الثابت مما سجله الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه أن الدعوى المرفوعة من المطعون ضدها ناشئة عن وفاة مورثها الضابط بالقوات المسلحة والخاضع لأحكام القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ بسبب الخدمة ونتيجة حادث وقع من السيارة العسكرية التي كان يركبها والتي كان يقودها أحد جنود القوات المسلحة فإن دعوى المطعون ضدها تكون ضمن الدعاوى الخاضعة للمنع من التقاضي المنصوص عليه في المادة ١١٧ سالفه الذكر - والتي قضى بعدم دستوريتها - وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس .

٣ - طلب التعويض عن الضرر المادي نتيجة وفاة شخص آخر - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - مشروط بثبوت أن المتوفى كان يعول طالب التعويض فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار كانت محققة . لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على ما شهد به شاهدا المطعون ضدها الأولى من أن مورثها المجنى عليه كان يعولها حال حياته وأن معاشها الشهري عن زوجها لم يكن يكفي نفقاتها ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أسس ثبوت الضرر وحدد عناصره على أسباب سائفة تكفي لحمله .

الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ قضائية

جلسة ٢٤ من ابريل سنة ١٩٨٠ « س ٣١ ص ١١٩٣ »
(١) قانون . نظام عام .

القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام . ماهيتها .

(٢) ملكية . موظفون . نظام عام .

قصر تملك الصيدليات على الصيادلة المرخصين . عدم جواز أن يكون الصيدلي مالكا أو شريكا في أكثر من صيدليتين أو أن يكون موظفا حكوميا . قانون ١٢٧

لسنة ١٩٥٥ . أحكام متعلقة بالنظام العام فرض الشارع لمخالفتها عقوبة جنائية .

(٣) بيع . بطلان . ملكية . نظام عام .

بيع الصيدلية إلى غير صيدلي مرخص أو صيدلي موظف أو مالك لصيدلتين . باطل بطلانا مطلقا لمخالفته قاعدة متعلقة بالنظام العام . الشروع في بيع إحدى الصيدليتين بعد البيع . لا أثر له .

(٤) حكم « تسبيبه » دعوى « تكييفها » نقض « سلطة محكمة النقض » .

قصور الحكم في الإفصاح عن سند القانوني . لا بطلان . لمحكمة النقض أن تستكمل هذا النقص متى كان الحكم صحيحا في نتيجته . حقها في تكييف الواقعة اعتمادا على ماحصلته محكمة الموضوع .

(٥) بيع . « دعوى صحة التعاقد » .

دعوى صحة التعاقد . نطاقها . اتساعها لبحث صحة البيع ونفاذه .

١ - القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة .

٢ - النص في المادة ٣٠ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ المعدل بالقانون رقم ٢٥٣ لسنة ١٩٥٥ بشأن مزاوله مهنة الصيدلة مؤاده أن المشرع قصر تملك الصيدليات على الصيادلة المرخصين وحظر ذلك على من عداهم وذلك تنظيما لتداول الأدوية وتحقيقا للإشراف الفني لصيدلي متخصص على هذا التداول لارتباطه الوثيق بصحة الجمهور وحياة المرضى ، كما حظر النص أن يكون الصيدلي المالك موظفا حكوميا أو مالكا لأكثر من صيدليتين ، وذلك حتى يكون إشرافه الفني حقيقيا

تحقيقاً للمصلحة العامة التي استهدفها المشرع بهذا التنظيم محافظة على صحة الجمهور بما تكون معه هذه القواعد متعلقة بالنظام العام ، وقد أكد المشرع هذا المعنى بالنص على عقوبة جنائية على مخالفة أحكامه .

٣ - يشترط لصحة عقد البيع أن يكون التعامل غير محظور لأمر يتصل بالنظام العام أو الآداب ، ومؤدى نص المادة ٣٠ من القانون ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ أن عقد بيع الصيدلية - وهو عقد ناقل للملكية بطبيعته - إلى غير صيدلي باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام ، كما أن بيع الصيدلية إلى صيدلي موظف أو صيدلي يملك صيدليتين أخريين يعتبر كذلك باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام ، وإذا كان عقد البيع محل النزاع تضمن بيع محل تجاري (صيدلية) بكافة مقوماته المادية والمعنوية ، وكان الثابت تملك الطاعن صيدليتين أخريين خلاف الصيدلية المبيعة محل النزاع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر عقد البيع المشار إليه باطلاً بطلاناً مطلقاً يكون قد صادف صحيح القانون ، وإذا كان الشروع في بيع إحدى الصيدليتين بعد إبرام عقد البيع الباطل بطلاناً مطلقاً ليس من شأنه تصحيح هذا العقد ، وكان عدم رد الحكم على دفاع غير منتج في الدعوى لا يعيبه بالقصور ، فإن النعي على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس .

٤ - من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكم المطعون فيه متى كان قد أصاب صحيح القانون في نتيجته فلا يبطله قصوره في الإفصاح عن سنده القانوني ، إذ لمحكمة النقض أن تستكمل ما قصر الحكم في بيانه من ذلك ، كما أن لها أن تعطى الوقائع الثابتة كيفها القانوني الصحيح مادامت لاتعتمد فيه على ماحصلته محكمة الموضوع منها .

٥ - دعوى صحة التعاقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هي دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وهذا يقتضى أن يفصل القاضى في أمر صحة البيع واستيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث قابلية البيع للتعامل فيه .

الظعن رقم ٤٦٦ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة ٣٠ من يناير سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ١ ص ٤٤٦ »
(١) ضرائب « ضريبة الأرباح التجارية والصناعية » .

جميع الضرائب التي تدفعها المنشأة عدا ضريبة الأرباح . اعتبارها من التكاليف الواجب خصمها من وعاء الأرباح التجارية والصناعية .

(٢) ضرائب « الضرائب الإضافية » قانون .

ضريبة الدفاع المفروضة بالقانون ٢٧٧ لسنة ١٩٥٦ ، وضريبة الأمن القومي المفروضة بالقانون ٣٣ لسنة ١٩٦٧ . عدم اعتبارها من التكاليف الواجب خصمها من وعاء ضريبة الأرباح التجارية والصناعية . علة ذلك . النص في القانون ١١٣ لسنة ١٩٧٣ على عدم جواز خصمها . اعتباره نصاً تفسيريًا .

(٣) قانون « سريانه من حيث الزمان » .

القانون التفسيري . سريانه منذ تاريخ صدور التشريع الأصلي المفسر ظالمًا يضاف جديدًا . لاجابة للنص فيه على أنه حكم مكمل للتشريع الأصلي .

(٤) استئناف . حكم « حجية الحكم » .

تمسك الخصم بحجية حكم نهائي أمام محكمة أول درجة . اعتباره مطروحاً على المحكمة الاستئنافية .

(٥) حكم « حجية الحكم » . ضرائب . قوة الأمر المقضى .

القضاء النهائي في دعوى سابقة بخصم ضريبة الدفاع من وعاء ضريبة الأرباح التجارية عن سنوات معينة بالنسبة لأحد الخصوم في الدعوى الحالية . اكتسابه قوة الأمر المقضى . عدم جواز إعادة المنازعة في المسألة عن سنوات لاحقة . لمخالفة في ذلك لمبدأ استقلال السنوات الضريبية .

١ - النص في المادة ٣٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل - قبل تعديلها بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية - يدل على أن الشارع أطلق مبدأ إدخال جميع الضرائب في نطاق التكاليف التي تخصم من الأرباح

ماعدا ماورد عليه الاستثناء على سبيل الحصر خاصة بضريبة الأرباح التي تؤدي وفقا للقانون المذكور .

٢ - تنص المادة الرابعة من القانون رقم ٢٧٧ لسنة ١٩٥٦ بفرض ضريبة إضافية للدفاع على أن « تحصل الضريبة الإضافية المنصوص عليها في المادة السابقة مع الضرائب الأصلية وفي مواعيدها وتأخذ حكمها وتسرى عليها جميع أحكام القوانين الخاصة بتلك الضرائب سواء تعلقت بتحديد الإيرادات أو الأرباح الخاضعة للضريبة أو الاعفاءات أو بالاجراءات أو بطريق التحصيل أو بغير ذلك » وهذا النص وقد ورد عاما ؛ يشمل حكم عدم اعتبارها من التكاليف الواجبة الخصم المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة ٣٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ في شأن الضريبة الأصلية ، ولا محل لتخصيص عمومه بقصد تطبيق حكمه على الأحكام الاجرائية دون الأحكام الموضوعية الخاصة بالضريبة الأصلية . ذلك أن الشارع بعد أن أطلق مبدأ سريان أحكام الضريبة الأصلية على الضريبة الإضافية في قوله « وتأخذ حكمها » أورد طائفة من تلك الأحكام موضوعية وإجرائية ، وعلى سبيل المثال لا الحصر ، في عبارة جاءت في ذات الفقرة معطوفة على العبارة السابقة عليها مؤكدة لها في الحكم مرتبطة بها في المعنى بحيث لا يصح أن تستقل كل عبارة منها بحكمها دون أن يجمع بينها معيار مشترك بحكم جامع العموم والإطلاق في كليتها ، وإذا كان ذلك وكان القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٧ بفرض ضريبة لأغراض الأمن القومي قد صدر من بعد وقضى في مادته الثالثة بأن يسرى في شأن هذه الضريبة أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٥٦ فيما لم يرد بشأنه نص خاص ، فإن حكم عدم الخصم من الأرباح الذي يسرى في شأن ضريبة الدفاع ، يسرى على ضريبة الأمن القومي إذ لم يرد بشأنه نص خاص في القانون الذي فرضها ، ولا يغير مما تقدم صدور القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٢ - من بعد - بفرض ضريبة جهاد على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية ، على كسب

العمل ، ناصا في مادته الثالثة على أن « لا تعتبر هذه الضريبة وضرائب الدفاع والأمن القومي من التكاليف الواجبة الخصم طبقا للمادة ٣٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المشار إليه » وترديد هذا الحكم بعد ذلك في المادة ٣٩ ذاتها بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ ، ذلك أن القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٣ لم يضيف جديدا إلى قانوني ضريبتى الدفاع والأمن القومي اللذين خلت ديباجته من الإشارة إليهما ، ولم يصدره الشارع إلا لفرض ضريبة الجهاد المنصوص عليها فيه ، وإذا كان قد عرض في أحد نصوصه للضريبتين سالفتي الذكر فإنما كان ذاك بمقتضى ماله من الحق الدستوري في إصدار تشريع تفسيري للتشريع الأصلي - هذا الحق الذي لا تؤثر فيه استطالة الزمن بين التشريعين - ليكشف فحسب عن حقيقة المراد بنص المادة الرابعة من القانون رقم ٢٧٧ لسنة ١٩٥٦ سالفة البيان منذ تقيينها منعا لكل تأويل أو لبس ، فقرر أن ضريبتى الدفاع والأمن القومي لا تعتبران من التكاليف الواجبة الخصم وفقا للمادة ٣٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وذلك - وعلى ماورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٣ - أسوة بالضرائب الأصلية التي فرضها ذلك القانون .

٣ - إذ كان نص المادة الثالثة من القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٣ بشأن عدم جواز خصم ضريبتى الدفاع والأمن القومي من وعاء ضريبة الأرباح التجارية والصناعية مفسرا للمادة الرابعة من القانون رقم ٢٧٧ لسنة ١٩٥٦ وكاشفا عن حقيقة مراد الشارع من هذه المادة منذ تقيينها لامنشئنا لحكم جديد ، فإن الشارع لم يكن في حاجة إلى النص على أن الحكم التفسيري في شأن ضريبتى الدفاع والأمن القومي ، وهو حكم مكمل لأحكام القانونين رقمي ٢٧٧ لسنة ١٩٥٦ و ٢٣ لسنة ١٩٦٧ اللذين فرضاهما وذلك منذ صدورهما ، لما هو مقرر من أن القانون التفسيري مادام لا يضيف جديدا يعتبر قد صدر في الوقت الذي صدر فيه التشريع الأصلي ، ويسرى بالتالى على جميع الوقائع منذ نفاذ التشريع الأصلي .

٤ - تمسك الطاعن بحجية حكم نهائى أمام محكمة الدرجة الأولى بعد مطروحا على محكمة الاستئناف اعتباراً بأن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بما فيها من أدلة ودفع وأوجه دفاع ، وكان الحكم المشار إليه قد فصل فى النزاع بين الطاعن ومصلحة الضرائب حول خصم ضريبة الدفاع من أرباحه فى السنوات .. إلى .. وقرر وجوب خصمها ، وكانت حجية الأحكام مقصورة على من كان طرفاً فيها ، فإن هذا الحكم الذى أصبح نهائياً يكون حائزاً قوة الأمر المقضى فى خصوص اعتبار ضريبة الدفاع ضمن التكاليف الواجبة الخصم ، ومانعا للخصوم فى الدعوى التى صدر فيها - الطاعن ومصلحة الضرائب - من العودة الى مناقشة هذه المسألة ، فى أية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع . ولا يمنع من ذلك أن يكون الحكم صادراً عن سنوات سابقة على سنوات النزاع فى الدعوى المائلة لأن نطاق مبدأ استقلال السنوات الضريبية لا يتعدى جانب الأرباح والتكاليف التى تحقق على مدار السنة بحيث لا تمتد إلى غيرها من السنين السابقة أو اللاحقة عليها إلا فيما نص عليه القانون استثناء .

٥ - إذا كان الحكم الصادر فى الاستئناف رقم ... قد فصل فى النزاع بين الطاعن الثامن والمطعون ضدها حول خصم ضريبة الدفاع عن أرباحه فى السنوات ١٩٥٧ إلى ١٩٦٤ وقرر وجوب خصمها وكانت حجية الأحكام مقصورة على من كان طرفاً فيها ، فإن هذا الحكم الذى أصبح نهائياً يكون حائزاً قوة الأمر المقضى فى خصوص اعتبار ضريبة الدفاع ضمن التكاليف الواجبة الخصم ، ومانعا للخصوم فى الدعوى التى صدر فيها - الطاعن الثامن والمطعون ضدها - من العودة إلى مناقشة هذه المسألة فى أية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ، ولا يمنع من ذلك أن يكون الحكم صادراً عن سنوات سابقة على سنوات النزاع فى الدعوى المائلة ، لأن نطاق مبدأ استقلال السنوات الضريبية لا يتعدى جانب الأرباح والتكاليف التى تحقق على

مدار السنة بحيث لا تمتد إلى غيرها من السنين السابقة أو اللاحقة عليها إلا فيما نص عليه القانون استثناء .

الطعن رقم ٣٦٤ سنة ٤٣ قضائية

جلسة ١٨ من فبراير ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ١ ص ٥٥٦ »
تأمينات اجتماعية « تعويض الدفعة الواحدة » قانون .

خروج المؤمن عليه نهائياً من نطاق تطبيق قانون التأمينات الاجتماعية ٦٣ لسنة ١٩٦٤ واشتغاله لحسابه . أثره . استحقاقه لتعويض الدفعة الواحدة . القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٩ بشأن حالات الخروج النهائى من نطاق التأمينات . عدم سريانه إلا على مايقع بعد صدور القرار المحدد لهذه الحالات فى ١٣ / ٥ / ١٩٦٩ .

تقضى الفقرة ب من المادة ٨١ من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون ٦٣ لسنة ١٩٦٤ قبل تعديلها بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٩ بأن يصرف للمؤمن عليه تعويض الدفعة الواحدة طبقاً للنسب الواردة بها فى حالة خروجه نهائياً من نطاق تطبيق هذا القانون وكانت مدة الاشتراك تقل عن ٢٤٠ شهراً ولما كان المشتغلون لحسابهم طبقاً لنص المادة الثانية من ذات القانون من الفئات التى تخرج عن نطاق تطبيق قانون التأمينات الاجتماعية حتى يصدر بانطباقه عليهم قرار من رئيس الجمهورية ، وإذ وردت عبارة « الخروج النهائى عن نطاق تطبيق القانون » بالمادة ٨١ المشار إليها بصفة عامة مطلقة ، فإن قصر هذه الحالات على تلك التى لا يتصور فيها عودة المؤمن عليه إلى عمل جديد يخضع لأحكام القانون ، واستبعاد حالة العمل لحسابه من هذه الحالات يكون تقييداً لمطلق النص وتخصيصاً لعمومه بغير مخصص وهو مالايجوز ، إذ أنه متى كان النص عاماً جرى فى الدلالة على المراد منه فلا محل لتقييده أو تأويله - لما كان ذلك ، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى بأن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٩ إنما عدل من أحكام الفقرة ب من المادة ٨١ من قانون التأمينات الاجتماعية فى شأن حالات الخروج

النهائي عن نطاق هذا القانون ، ومن ثم فلا يسرى هذا التعديل إلا على الوقائع التي تقع بعد العمل به - وكان الثابت في الدعوى أن المطعون ضده قد استقال من عمله في ١٨ / ٣ / ١٩٦٩ لاحتراقه التجارة قبل صدور قرار وزير العمل رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٩ الذي حدد حالات الخروج النهائي من نطاق تطبيق قانون التأمينات الاجتماعية استنادا للقانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه باستحقاق المطعون ضده لتعويض الدفعة الواحدة على أساس خروجه نهائيا عن نطاق تطبيق قانون التأمينات الاجتماعية باستقالته من عمله لاحتراقه التجارة ، عملا بالفقرة ب من المادة ٨١ من قانون التأمينات الاجتماعية قبل تعديلها فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا .

الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة أول يناير ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ١ ص ١٠٥ »

(١) أمر أداء . دعوى .

عدم إعلان المتظلم ضده بصحيفة التظلم في أمر الأداء خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب . أثره . اعتبار الدعوى كأن لم تكن . م ٧٠ مرافعات قبل تعديلها بالقانون ٧٥ لسنة ١٩٧٦ .

(٢) قانون دعوى .

تخلف الخصم عن اتخاذ إجراء الإعلان في الميعاد الذي يحدده القانون . خضوعه للجزاء المنصوص عليه فيه متى كان الميعاد قد بدأ وانقضى في ظله . لا يغير من ذلك صدور قانون لاحق يلغى أو يعدل هذه الآثار . مثال بشأن اعتبار الدعوى كأن لم تكن في المادة ٧٠ مرافعات .

(٣) دعوى « اعتبار الدعوى كأن لم تكن » . حكم .

الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن . أثره . زوالها هي والآثار المترتبة . بحث الحكم لموضوع الدعوى . لا محل له .

١ - مفاد نصوص المواد ٢٠١ ، ٢٠٦ / ١ ، ٢٠٧ / ١ من

قانون المرافعات أن المشرع وإن كان قد استثنى المطالبة بالديون الثابتة بالكتابة والمتوافر فيها شروط المادة ٢٠١ مرافعات من القواعد في رفع الدعوى ابتداء إلا أنه أخضع التظلم من أوامر الأداء للقواعد والإجراءات المقررة لصحيفة الدعوى ومنها المادة ٧٠ من قانون المرافعات المتعلقة بالجزاء على عدم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم الكتاب .

٢ - إذا نص قانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله ونحضع التراخي في اتخاذ الإجراء خلال الميعاد المحدد للآثار والجزاء المنصوص عليها في هذا القانون متى كان الميعاد قد بدأ وانقضى في ظله ولو كان قد صدر بعد انقضاء هذا الميعاد قانون آخر يلغى أو يعدل هذه الآثار فإذا كان ميعاد ثلاثة الأشهر الذي استلزمته المادة ٧٠ من قانون المرافعات أن يتم إعلان صحيفة افتتاح الدعوى خلاله قد بدأ وانقضى دون إعلان الصحيفة قبل تعديل تلك المادة بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٦ فإن نص المادة ٧٠ قبل تعديله يكون هو الواجب التطبيق ويجب على المحكمة أن توقع الجزاء الذي رتبته تلك المادة على التراخي في إعلان الصحيفة خلال الميعاد المحدد متى طالب بتوقيع الجزاء صاحب المصلحة فيه دون أن تملك المحكمة خيارا فيه .

٣ - إذ انتهى الحكم المطعون فيه صحيحا باعتبار الدعوى كأن لم تكن فإنه يترتب على ذلك زوالها بما في ذلك صحيفة افتتاحها وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها ويمتنع بالتالي على المحكمة الخوض في موضوعها .

الطعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة ١٥ من فبراير سنة ١٩٧٩ «س ٣٠ ع ١ ص ٥٣٩»

(١) تقادم «وقف التقادم»

تحقق المانع الذي يوقف سريان التقادم . أثره . عدم بداية التقادم إلا بزوال المانع .

(٢) تعويض . تقادم . حكم . دعوى . إثبات .

تقدير قيام المانع الذي يوقف سريان التقادم . موضوعي . دعوى التعويض عن جريمة القبض على شخص . حبسه . القضاء بوقف تقادمها من تاريخ الإفراج عنه حتى ثورة التصحيح في ١٥ / ٥ / ١٩٧١ . لاخطأ . ليس في ذلك قضاء بعلم القاضي الشخصي .

(٣ - ٦) دستور . قانون . تعويض . تقادم . دعوى .

(٣) منع الاعتداء على الحرية الشخصية . المادتان ٤١ و ٥٧ من

الدستور .

القبض أو الحبس دون سند قانوني . جريمة معاقب عليها . م ٢٨٠

عقوبات .

(٤) جريمة الاعتداء على الحرية الشخصية . عدم سقوط الدعوى الجنائية

والمدنية الناشئة عنها بالتقادم . م ٥٧ من الدستور . صلاحية النص بذاته

للإعمال دون حاجة لصدور تشريع به .

(٥) القوانين واللوائح الصادرة قبل الدستور . بقاؤها صحيحة وناقذة .

م ١٩١ من الدستور . عدم انصراف هذا النص إلى التشريع الذي اعتبر

ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته .

(٦) دعوى التعويض عن جريمة القبض على شخص وحبسه . القضاء

بوقف تقادمها حتى ثورة التصحيح في ١٥ / ٥ / ١٩٧١ . عدم اكتمال مدة

التقادم حتى تاريخ نفاذ الدستور في ١١ / ٩ / ١٩٧١ . أثره . عدم سقوط

الدعوى بالتقادم .

١ - تنص المادة ٢٨٢ من القانون المدني على أنه « لايسرى

التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا » وإذا كان مثل هذا المانع إذا تحقق من شأنه ان يوقف سريان التقادم ، فلا يبدأ التقادم إلا بزوال ذلك المانع ، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص قيام مانع يستحيل معه على المطعون عليه المطالبة بحقه - في التعويض عما لحقه من أضرار نتيجة القبض عليه وحبسه بغير حق - خلال الفترة من تاريخ الافراج عنه في ١ / ٦ / ١٩٦٦ حتى ١٥ / ٥ / ١٩٧١ ، فإنه إذ رتب على ذلك ان مدة تقادم دعوى المطعون عليه لا تبدأ من تاريخ الافراج عنه وإنما من تاريخ زوال المانع ، لا يكون قد خالف القانون .

٢ - تقدير قيام المانع من المطالبة بالحق والذي يعتبر سببا لوقف سريان التقادم طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني ، هو من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيا على أسباب سائغة ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أسس ما ارتآه من وقف تقادم دعوى التعويض عن الاعتقال دون سبب - في الفترة من تاريخ الافراج عن المطعون عليه في ١ / ٦ / ١٩٦٦ حتى ثورة التصحيح في ١٥ / ٥ / ١٩٧١ - على أسباب سائغة تؤدي الى مارتبه الحكم عليها - وكان الذي قرره الحكم لا يقوم على علم قضاؤه الشخصي بل يقوم على الظروف العامة المعروفة للجميع عما كانت تجتازه البلاد والشعب في الفترة السابقة على ثورة التصحيح في ١٥ / ٥ / ١٩٧١ ، فإن النعي يكون على غير أساس .

٣ - النص في المادة ٤١ من الدستور المعمول به في

١١ / ٩ / ١٩٧١ على أن « الحرية الشخصية حق طبيعي وهي

مصونة لا تمس وفيها عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو

تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر

تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة امن المجتمع ويصدر هذا الأمر من

القاضي أو النيابة العامة » وفي المادة ٥٧ منه على أن « كل اعتداء على

الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق

والحرية العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء « مفاده أن الاعتداء الذي منع الدستور وقوعه على الحرية الشخصية هو كل مامن شأنه تقييدها في غير الحالات التي يقرها القانون ، كالقبض على الشخص أو حبسه أو منعه من التنقل في غير الحالات التي يقرها القانون . وهو ما يعتبر جريمة بمقتضى المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات .

٤ - نصت المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات على أن « كل من قبض على أى شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك وفي غير الأحوال التي تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذوى الشبهة يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنياً مصرياً » ، وإذ كان ما نصت عليه المادة ٥٧ من الدستور من أن الاعتداء على الحرية الشخصية يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، إنما هو صالح بذاته للإعمال من يوم العمل بالدستور دون حاجة إلى سن تشريع آخر أدنى في هذا الخصوص ، إذ أن تلك الجريمة نصت عليها المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات . ولما كانت محكمة الموضوع لم تعرض للفصل في دستورية القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٢ ، إذ أن الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات ليست من بين الجرائم التي نص عليها ذلك القانون ، فإن النعى يكون في غير محله .

٥ - ما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن « كل ماقدرته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً وناظراً ، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور » فحكمه لا ينصرف بدهاءة إلا إلى التشريع الذي لم يعتبر ملغياً أو معدلاً بقوة نفاذ الدستور ذاته ، بغير حاجة إلى تدخل من المشرع .

٦ - إذ كان الحكم المطعون فيه بعد أن استخلص أن التقادم

بالنسبة لدعوى المطعون عليه - بالتعويض للقبض عليه وحبسه بغير حق - قد وقف سريانه حتى تاريخ ثورة التصحيح في ١٥ / ٥ / ١٩٨١ وأن عودته للسريان - لا تكون إلا من هذا التاريخ - وإذ لم تكن مدة التقادم قد اكتملت في تاريخ نفاذ الدستور في ١١ / ٩ / ١٩٧١ فلا تسقط تلك الدعوى بالتقادم إعمالاً لنص المادة ٥٧ منه .

الطعن رقم ٩٥١ لسنة ٤٨ قضائية

جلسة ١٩ من يونية سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ٦٧٢

عمل « مدة الخدمة » « المعاش » تأمينات إجتماعية .

عمال المرافق العامة . التزامهم بأداء أعمالهم في ظروف المجهود الحربي . عدم سريان أحكام القانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ عليهم بشأن احتساب مدة الخدمة مضاعفة في المعاش ، قرار وزير التعمير ٣٦ لسنة ١٩٧٦ باحتساب المدة مضاعفة لهؤلاء العمال . عدم الاعتداد به لصدوره بغير تفويض له في ذلك .

النص في المادة الثانية من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٠ في شأن التعبئة العامة على أن « يترتب على إعلان التعبئة العامة (أولاً) ... (ثانياً) إلزام عمال المرافق العامة التي يصدر بتعيينها قرار مجلس الدفاع الوطني بالاستمرار في أداء أعمالهم تحت إشراف الجهة الإدارية المختصة » وفي المادة الأولى من القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ - بشأن المعاشات والمكافآت والتعويض للقوات المسلحة - على أن « تسرى أحكام هذا القانون على المنتفعين الآتين ... وهم ... (هـ) المكلفون بخدمة القوات المسلحة في حدود الأحكام الخاصة الواردة بهذا القانون .. » وفي المادة الأولى من قرار وزير الحربية رقم ١٤٥ لسنة ١٩٦٧ على أنه « يلزم عمال المرافق العامة والمؤسسات العامة والشركات التابعة لها الموضحة بالكشف المرافق لهذا القرار بالاستمرار في أداء أعمالهم تحت مختلف ظروف المجهود الحربي » يدل على أن عمال المرافق العامة الذين

يلتزمون بالاستمرار في تأدية أعمالهم تحت مختلف ظروف المجهود الحربي لا يندرجون ضمن من تنطبق عليهم أحكام احتساب مدة الخدمة مضاعفة الواردة في القانون رقم ١١٦ الذي حدد على سبيل المحصر الفئات التي تنطبق عليهم أحكامه . ورغم أن قرار وزير التموين رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٦ نص في مادته الأولى على أن تحتسب مدة خدمة العاملين بالجهات التي تضمنها الجدول المرافق به ومنها المطعون ضدها الثانية التي يعمل بها المطعون ضده الأول مدة خدمة مضاعفة في المعاش ، إلا أنه لم يرد في القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ نص بتفويض وزير التموين في إضافة فئات غير المنصوص عليها في القانون من تحتسب لهم مدة خدمة مضاعفة في المعاش ، وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى للمطعون ضده الأول بأحقية في احتساب مدة خدمته مضاعفة في المعاش استناداً الى قرار وزير التموين رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٦ سالف البيان فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

الطعن رقم ٧٥٨ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة ٢٤ من يونية سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ٢ ص ٧٤٠ »
عمل . تأمينات اجتماعية . قانون .

العاملون بالزراعة لدى من تزيد حيازته عن خمسة أفدنة في ١ / ٩ / ١٩٧٣ أو بعده من لا تقل مدة عملهم من ستة أشهر متصلة . سريان أحكام تأمين إصابات العمل والشيخوخة والعجز والوفاء عليهم من ٣ / ٧ / ١٩٧٤ تاريخ العمل بالقرار الوزاري رقم ٥ لسنة ١٩٧٤ . لاعبرة بتاريخ سريان القرار الجمهوري الذي قضى بسريان التأمين عليهم .

جرى قضاء هذه المحكمة على اعتبار العاملين في الزراعة بصفة مباشرة أو غير مباشرة ومنهم الذين يؤدون أعمالاً إدارية أو كتابية متعلقة بها من الخارجين عن نطاق هذا القانون طالما لم يصدر في شأن سريان أحكامه بالنسبة لهم قرار بذلك وفق مانوهت عنه المادة الثانية

من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، وأنه وقد صدر القرار الجمهوري رقم ٧٩٤ لسنة ١٩٧٣ بشأن انتفاع فئات عمال الزراعة بمزايا التأمينات الاجتماعية والمعمول به طبقاً للمادة الخامسة منه اعتباراً من أول الشهر الثالث لتاريخ نشره في ١٤ / ٦ / ١٩٧٣ ، ونصت المادة الأولى من ذلك القرار على أن « تسرى أحكام تأمين إصابات العمل وتأمين الشيخوخة والعجز والوفاء المنصوص عليها في قانون التأمينات الاجتماعية المشار إليه على الفئات التالية : (أ ... ب - عمال الزراعة الدائمين في القطاع الخاص الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير التأمينات بعد موافقة مجلس الوزراء ، ويكون التأمين عليهم إلزامياً ، ويسرى في شأن أصحاب الأعمال الذين يستخدمونهم الأحكام الواردة بالقانون المذكور » كما نصت المادة الثانية منه على أنه « يقصد بعمال الزراعة الدائمين العمال الذين لا تقل مدة عمالتهم لدى صاحب العمل في النشاط الزراعي عن ستة أشهر متصلة » . مما مفاده سريان قرار التأمينات المقررة بقانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ على عمال الزراعة في القطاع الخاص الذين لا تقل مدة عمالتهم لدى صاحب العمل في النشاط الزراعي عن ستة أشهر متصلة ، والذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير التأمينات بعد موافقة مجلس الوزراء ، وأنه إذ أصدر وزير التأمينات القرار رقم ٥ لسنة ١٩٧٤ بتحديد فئات عمال الزراعة الذين يسرى في شأنهم قانون التأمينات الاجتماعية والمعمول به اعتباراً من تاريخ نشره في ٣ / ٧ / ١٩٧٤ ، ونص في مادته الأولى على أن « تسرى أحكام تأمين إصابات العمل وتأمين الشيخوخة والعجز والوفاء على العاملين في الزراعة الذين لا تقل مدة عمالتهم عن ستة أشهر متصلة لدى الجهات الآتية : (أ ... ب - حائزي الأراضي الزراعية الذين تزيد مساحة الحيازة عن خمسة أفدنة في أول سبتمبر سنة ١٩٧٣ تاريخ العمل بقرار رئيس الجمهورية المشار إليه أو في أي تاريخ لاحق » فإن أحكام تأمين إصابات العمل والشيخوخة والعجز والوفاء المنصوص

عليها في القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٤ تعتبر سارية على عمال الزراعة الدائمين في القطاع الخاص بالتطبيق للقرار الجمهورى رقم ٧٩٤ لسنة ١٩٧٣ اعتباراً من تاريخ نشر قرار وزير التأمينات رقم ٥ لسنة ١٩٧٤ في ٣ / ٧ / ١٩٧٤ بتحديد فئاتهم تنفيذاً للقرار الجمهورى المشار إليه والعمل به بدءاً من هذا التاريخ . وإذا كان الثابت في الدعوى أن المطعون ضده الثانى عمل خفياً لزراعة المطعون ضده الأول في ٨ / ٧ / ١٩٧٣ وأن اشتراكات التأمين بها من الطاعنة هي عن فترة عمله لدى رب العمل حتى آخر يناير سنة ١٩٧٤ فلا تمتد إليها أحكام القرار الجمهورى رقم ٧٩٤ لسنة ١٩٧٣ الذى تراخى العمل به في هذا الشأن الى حين صدور القرار الوزارى رقم ٥ لسنة ١٩٧٤ المنفذ له والعمل به ابتداء من تاريخ نشره في ٣ / ٧ / ١٩٧٤ ، وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى عدم استحقاق الطاعنة اشتراكات التأمينات الاجتماعية عن المدة محل النزاع حتى آخر يناير ١٩٧٤ وقضى برد مادفع منها بغير حق فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة في القانون .

الطعن رقم ٩٣١ لسنة ٤٥ قضائية

جلسة ٥ من مايو سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ٢٨٠ ص »

(١) إيجار « الايجار المفروش » .

تأجير الوحدات السكنية مفروشة لأغراض السياحة . ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ والقرارات المنفذة له . حق للمستأجر والمالك . للأخير هذا الحق ولو أجر أكثر من شقة واحدة في عقاره .

(٢) قانون . نظام عام .

القاعدة القانونية . تعلقها بالنظام العام . مناطه .

(٣) إيجار . نظام عام .

التنظيم الخاص بتأجير الأماكن المفروشة . م ٢٦ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . والقرار المنفذ لها . تعلقه بالنظام العام . عدم جواز الاتفاق على مخالفته .

(٤) قانون « سريانه من حيث الزمان » . نظام عام . عقد . سريان أحكام القانون الجديد . نطاقه . تعلقه بالنظام العام . أثره . سريانه بأثر فوري مباشر على ما ينشأ في ظله من أوضاع ولو كان تاريخ العقد الذى يستند إليه سابقاً على صدور القانون .

(٥) إيجار . قانون « سريانه من حيث الزمان » . عقد .

تأجير المكان مفروشاً في ظل القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ والقرار الوزارى ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ . سريان أحكام هذا القانون والقرار على واقعة التأجير ولو كان عقد الإيجار قد أبرم قبل صدور القانون المذكور .

١ - النص في المادة ٢٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه وقد تضمن حكم الفقرة الأولى من هذه المادة قيدين على حق التأجير مفروشاً ، هما حرمان المستأجر من هذا التأجير وحرمان المالك من تأجير أكثر من شقة واحدة في عقاره ، فإن مؤدى الاستثناء من حكم هذه الفقرة - والمنصوص عليه في الفقرة الثالثة من نفس المادة - هو التحلل من هذين القيدين معاً ، فيحق للمالك تأجير أكثر من شقة كما يحق للمستأجر تأجير شقته ، وبذلك يكون مقتضى الحكم الوارد في الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ سالفه الذكر هو الإذن للملاك والمستأجرين على السواء بالتأجير مفروشاً للأغراض السياحية وما في حكمها في الحدود المبينة بقرارى وزير الاسكان والمرافق رقمى ٤٨٦ ، ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ الصادرين تنفيذاً لحكم ذلك القانون .

٢ - من المقرر أنه إذا دلت عبارة النص التشريعى أو إشارته على اتجاه قصد المشرع من تقرير القاعدة القانونية الواردة به الى تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه ، التزاماً بمقتضيات الصالح العام ، وترجيحاً لها على ما قد يكون لبعض الأفراد من مصالح خاصة مغايرة ، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام .

٣ - عبارة النص في المادة ٢٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - بما اشتمل عليه من ألفاظ التقييد والتحديد - والغرض من وضعه حسبما أفصحت عنه مذكرته الايضاحية بقولها « رغبة في تنظيم عملية تأجير الشقق المفروشة لما لتوافر عدد منها من أهمية خاصة فقد نص المشروع .. على قصر حق التأجير على الملاك دون سواهم ورغبة في ضمان حق بعض المستأجرين الذين يتركون مساكنهم .. والاستفادة من تلك المساكن أثناء تغييبهم .. واستثناء من ذلك أجاز المشروع .. وضع القواعد المنظمة لتأجير وحدات سكنية مفروشة لأغراض السياحة وغيرها من الأغراض وذلك تحقيقاً للمرونة ولمواجهة كافة التطورات والأغراض الطلابية والعمالية » ، يدل على أن المشرع رأى أن يتولى بنفسه تنظيم تأجير الأماكن المفروشة على النحو الذي رآه محققاً للصالح العام دون أن يترك للملاك أو للمستأجرين خياراً في تحديد الحالات أو الأغراض التي يجوز لهم فيها ذلك ، وكانت المادة ٤٤ من ذلك القانون قد رتب عقوبة جنائية على مخالفة حكم المادة ٢٦ آتفة الذكر ، فإن القواعد المقررة بهذا النص تكون متعلقة بالنظام العام مما لا يجوز معه الاتفاق على ما يخالفها ، ولما كان قرار وزير الاسكان والمرافق رقم ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ صدر تنفيذاً لحكم المادة ٢٦ المشار إليها ، فإنه يستمد منها قوته وتكون أحكامه بذلك متعلقة مثله بالنظام العام .

٤ - من الأصول الدستورية المقررة أن أحكام القرار لا تسرى إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، وأنه لا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، مما مؤداه عدم جواز انسحاب أثر القانون الجديد على ما يكون قد وقع قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع ، إذ يحكم هذه وتلك القانون الذي كان معمولاً به وقت وقوعها إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين ، إلا أن ذلك لا ينتقص من سريان أحكام القانون الجديد على ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو يتحقق من أوضاع ولو كانت مستندة الى علاقات سابقة عليه ، إعمالاً لمبدأ الأثر المباشر

للقانون ، هذا ولئن كان من المقرر ، استثناء من هذا المبدأ الأخير . تحقيقاً للاستقرار في العلاقات التعاقدية ، وتأكيداً لمبدأ سلطان الإرادة في نطاق المشروعية ، سريان أحكام القانون الذي أبرم العقد في ظله على ما يتولد عنه من آثار مستقبلية ولو أدركها قانون جديد ، إلا أن ذلك مقيد بعدم تعلق قواعد هذا القانون الجديد بالنظام العام ، أما حيث تتعلق به فإنها تسرى بأثر فوري مباشر على ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو ينشأ من أوضاع بغض النظر عن تاريخ العقد الذي تستند إليه .

٥ - لما كانت واقعة التأجير مفروشاً قد وقعت في ظل القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، وكانت المادة ٢٦ منه والقرار الوزاري رقم ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ الصادر تنفيذاً لها متعلقين بالنظام العام ، بغض النظر عن أن عقد الإيجار الأصلي قد أبرم في ١ / ٧ / ١٩٦١ قبل صدور ذلك القانون ، وكان الحكم المطعون فيه قد أنزل حكم القانون المذكور على واقعة الدعوى ، فإنه لا يكون قد أعمل قانوناً جديداً على واقعة سابقة عليه إخلالاً بقاعدة عدم رجعية القوانين .

الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ قضائية « أحوال شخصية »

جلسة ٢٠ من يونية سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ١ ص ٧٢٢ »

(١ - ٣) أحوال شخصية . إرث . قانون . « القانون الواجب

التطبيق » . نظام عام .

(١) مسائل الموارث والوصايا والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت . خضوعها لقانون المورث أو الموصى أو المتصرف وقت وفاته . شرطه . عدم تعارض أحكامه مع أحكام النظام العام أو الآداب في مصر .

(٢) دخول غير المسلم في الاسلام بالتلفظ بالشهادتين . كاف لاعتباره من المسلمين . عدم اعتداد القانون اللبناني بإسلامه إلا إذا تم وفقاً لأوضاع معينة . قاعدة يتعين عدم تطبيقها في مصر . علة ذلك .

(٣) قواعد الموارث . تعلقها بالنظام العام . ثبوت أن طالية الوراثة

مسيحية الديانة والمورث مسلم . أثره . انتفاء مصلحتها في طلب إلغاء إسهاد الوفاة والوراثة باعتبارها ابنته .

١ - لئن كانت مسائل الموارث والوصايا وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت تخضع طبقاً لنص المادة ١٧ من التقنين المدني لقانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته ، إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبياً ، فإن تطبيقه يكون مشروطاً بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام أو الآداب في مصر وفقاً لما تقضى به المادة ٢٨ من التقنين المدني .

٢ - إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المتوفى لبناني الجنسية فإن القانون اللبناني هو المرجع في تحديد ورثته وذلك في حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام أو الآداب في مصر . لما كان ماتقدم ، وكان القانون اللبناني - وعلى ما يتضح من حكم محكمة التمييز اللبنانية المقدم من المطعون عليها - لا يعتد بإسلام غير المسلم إلا اذا تم وفقاً للأوضاع المحددة به ، ولذا لم تعتد المحكمة المذكورة بإسلام المتوفى لعدم اتباعه هذه الأوضاع بينما المقرر شرعاً أنه يكفي لإسلام غير المسلم واعتباره في عداد المسلمين أن يتلفظ بالشهادتين دون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر ، وهو ما ليس محل خلاف ، وهي من القواعد الأصولية في الشريعة الإسلامية التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها ، فإنه لا مجال لتطبيق أحكام القانون اللبناني في هذا الخصوص .

٣ - إذ كان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة ، ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى ، وكان المقرر وفقاً لنص المادة السادسة من قانون الموارث رقم ١٩٤٣ أن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث ، وهي بدورها من القواعد الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية وبالتالي تدخل في نطاق النظام

العام ويمتنع معها تطبيق أحكام قانون آخر قد يأتي بحكم مخالف لها فإنه لا يكون للمطعون عليها مصلحة في طلب إلغاء إسهاد الوفاة والوراثة موضوع الدعوى .

الطعن رقم ٢٥٠ لسنة ٤٥ قضائية

جلسة ٧ من يونية سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ١ ص ٥٧٤ »
أوراق تجارية . عرف . بنوك .

اختلاف طبيعة الكميالة عن الشيك . جريان العرف على اعتبار التوقيع على ظهر الشيك تظهيراً ناقلاً للملكية . عرف واجب التطبيق مالم يثبت أن التوقيع قصد به التظهير التوكيلي .

لا محل لإعمال حكم المادتين ١٣٤ ، ١٣٥ من قانون التجارة الخاصتين بتظهير الكميالة لاختلاف طبيعة الكميالة عن الشيك ، وإذ لم يضع القانون التجاري أحكاماً خاصة بتظهير الشيك وكان العرف قد جرى على أن مجرد التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيراً ناقلاً للملكية وذلك تيسيراً لتداوله وتمكيناً له من أداء وظيفته كأداة وفاء ، فإن هذا العرف يكون هو الواجب التطبيق مالم يثبت أنه أراد بالتوقيع أن يكون تظهيراً توكيلياً .

الطعن رقم ١١٤ لسنة ٤٩ قضائية

جلسة ٢٧ من ديسمبر سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ١ ص ٤٠٣ »
(١) قانون . « القانون الواجب التطبيق » .

إحالة القانون إلى بيان محدد في قانون آخر . أثره . اعتباره جزءاً من القانون الأول ، الإحالة المطلقة : أثرها . وجوب التقييد بما يطرأ على القانون المحال إليه في هذه الحالة من تعديل أو تغيير .

(٢) تأمين . قانون . مسئولية .

التأمين على سيارات النقل . سريانه لمصلحة الغير والركاب دون عمالها . م
٥ ق ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ . لا يغير من ذلك إلغاء القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ الذي

أحالت إليه المادة سالفة الذكر . -

١ - القانون حينما يحدد نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان يحدد يعينه في قانون آخر ، فإنه بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاته ضمن أحكامه هو فيضحي جزءاً منه يسرى بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر الذي ورد به ذلك البيان أصلاً . أما إذا كانت الإحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر ، فإن مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمراً محدداً في خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما في ذلك ما قد يطرأ عليه من تعديل أو تغيير .

٢ - تنص المادة الخامسة من القانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى على السيارات على أن « يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أى شخص من حوادث السيارة إذا وقعت في جمهورية مصر وذلك في الأحوال المنصوص عليها في المادة ٦ من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ » فمن ثم يكون قانون التأمين الإجبارى على السيارات المذكور قد ألحق بحكم المادة الخامسة منه ذات البيان الوارد بالمادة ٦ من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بصدد تحديد المستفيدين من التأمين فلا يتأثر بقاء هذا البيان بإلغاء قانون المرور المذكور . وبالتالي يظل الوضع على ما كان عليه من أن التأمين على سيارات النقل يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها .

الطعن رقم ٩٢٣ لسنة ٤٧ قضائية

جلسة ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٧٩ « س ٣٠ ع ٩٢ »
ضرائب . « ضريبة الأرباح التجارية والصناعية » تأمين .

قانون .

تأمين بعض المنشآت بالقانون ٥٢ لسنة ١٩٦٤ بأثر رجعى من تاريخ العمل بالقانون ١١٧ لسنة ١٩٦١ . أثره . عدم مسئولية صاحب المنشأة عن الضريبة

المستحقة من تاريخ العمل بالقانون الأخير .

النص في المادتين الأولى والتاسعة من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت والمادة الأولى من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٤ يدل على أن الشارع أراد بالقانون الأول تأميم بعض الشركات التي أوردتها بالمجدول المرفق به ونقل ملكيتها للدولة ، ثم أضاف شركات أخرى بمقتضى القانون الثانى نص على أن يكون تأميمها بأثر رجعى من تاريخ العمل بالقانون الأول في ٢٠ / ٧ / ١٩٦١ وذلك لما تبين - وعلى ما يبين من المذكرة الإيضاحية للقانون الثانى - من أن كثيراً من الشركات والمنشآت المشار إليها قد تصرفت في بعض موجوداتها من العدد والآلات بالبيع والرهن وما إلى ذلك منذ صدور القوانين الاشتراكية ، وهو ما يتأدى منه أن الطاعن لم يكن مالكاً لأية حصة في المنشأتين المؤتممتين بعد ٢٠ / ٧ / ١٩٦١ تاريخ العمل بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ومن ثم لا يستحق ربحاً في فترة النزاع وبالتالي لا يسأل عن الضريبة في الفترة المذكورة .

الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤١ قضائية

جلسة ٢٥ من فبراير سنة ١٩٧٨ س ٢٩ ص ١٩١٣ «

دفع . دستور . نظام عام . نقض .

الدفع بعدم دستورية القوانين . غير متعلق بالنظام العام . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم دستورية القوانين غير متعلق بالنظام العام ، ولا يجوز للمحكمة أن تعرض له من تلقاء نفسها ، وإذا كان يبين من الأوراق أن الطاعن لم يثر هذا الدفع أمام محكمة الموضوع فإنه لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

الطعن رقم ٨٤٦ لسنة ٤٤ قضائية

جلسة ١٣ من ديسمبر سنة ١٩٧٨ «س ٢٩ ص ١٩١٥»

(١، ٢) عقد «تفسير العقد» عيوب الإرادة». بطلان.

(١) تفسير عبارات العقد. رهن بعدم وضوحها في الكشف عن الإرادة

الحقيقية للمتعاقد.

(٢) الغلط في القانون. للمتعاقد طلب إبطال التصرف لهذا السبب.

مادتان ١٢٠، ١٢٢ مدني. شرط ذلك.

(٣) إيجار الأماكن. عقد.

الاتفاق على أجرة تقل عن الأجرة القانونية للمكان المؤجر. جائز. ثبوت

أن الاتفاق كان وليد غلط في القانون. جواز التمسك بإبطاله.

١ - مفاد المادة ١٥٠ من القانون المدني أنه متى كانت عبارة العقد

واضحة في إفادة المعنى المقصود فيها فلا يجوز إخضاعها لقواعد التفسير

للمقصود على معنى آخر باعتباره هو مقصود العاقدين، والمقصود

بالوضوح في هذا المقام هو الإرادة الحقيقية، الأمر الذي يقتضي إبطال

العقد كلما وقعت الإرادة في غلط.

٢ - المقرر في قضاء هذه المحكمة وفقاً للمادتين ١٢٠، ١٢٢ من

التقنين المدني أن للمتعاقد الذي وقع في غلط في القانون أن يطلب

إبطال التصرف الذي شابه هذا الغلط متى كان جوهرياً ووقع فيه

المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

٣ - لئن كان يجوز الاتفاق على أجرة تقل عن الأجرة القانونية

ولا يعد ذلك مخالفة للنظام العام، إلا أنه يعد من قبيل العيب الذي

يشوب إرادة العاقدين أن يثبت أن هذا الاتفاق كان وليد غلط في تبين

القانون الواجب التطبيق تحققت فيه الشرائط، وهو ما يجوز معه

للمتعاقد طلب إبطاله.

الطعن رقم ٢٦٣ لسنة ٤٤ قضائية

جلسة ٧ من يونية سنة ١٩٧٨ «س ٢٩ ص ١٤٣٤»

(١) إيجار «إيجار الأماكن».

الأجرة التي تخضع للتخفيض الوارد بالقانون ٥٥ سنة ١٩٥٨. هي الأجرة

الحقيقية التي انعقدت عليها الإرادة الصحيحة للمتعاقدين.

(٢) إيجار «إيجار الأماكن». قانون.

تخفيض المؤجر للأجرة بواقع ١٥٪ إعمالاً للقانون ١٩٩ سنة ١٩٥٢ رغم

عدم انطباقه. عدم اعتداد المحكمة بهذا التخفيض استناداً إلى أنه غلط في

القانون. لا خطأ.

(٣) دفعوع. نظام عام. قانون.

الدفع بالجهل بالقانون. شرطه. أن تكون المخالفة لقاعدة غير متعلقة

بالنظام العام. إعمال المتعاقد قاعدة قانونية في غير محلها. هو غلط في

القانون.

١ - إذا كانت المباني التي أنشئت بعد العمل بالقانون رقم ١٩٩

لسنة ١٩٥٢ وحتى صدور القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ لم تكن تخضع

من حيث تقدير أجرتها لقواعد قانونية معينة وإنما كان تقديرها متروكاً

لمطلق إرادة المتعاقدين لا يحكمها في ذلك سوى قانون العرض

والطلب، فإن مؤدى إخضاع أجور هذه الأماكن إلى التخفيض المقرر

بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ الذي قضى بسريان أحكامه على الأجرة

التي كان يدفعها المستأجر خلال سنة سابقة على تاريخ العمل به

أو الأجرة الواردة في عقد الإيجار أيتها أقل، أن تكون الأجرة

المعتبرة في هذا المقام هي الأجرة الحقيقية التي انعقدت عليها الإرادة

الصحيحة للمتعاقدين عند بدء التأجير أو التي اتفق المتعاقدان عليها

فيما بعد متى استمر المستأجر في دفعها خلال السنة السابقة على العمل

بالقانون وكانت تقل عن الأجرة الأصلية.

٢ - إذ كانت المطعون عليها قد أسست دفاعها على أنها وقعت في غلط في القانون عند تأجيرها شققي النزاع في تاريخ سابق على العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ إذ اعتقدت أن المبنى يخضع لأحكام التخفيض المقررة بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ لبدء إنشائه في ظله وقامت بتخفيض الأجرة المتفق عليها وفقاً للنسب المحددة به وهي ١٥٪ وكان المقرر وفقاً للمادتين ١٢٠ ، ١٢٢ من القانون المدني أن للمتعاقد الذي وقع في غلط في القانون أن يطلب إبطال التصرف الذي شابه هذا الغلط متى كان جوهرياً ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، وكان الحكم المطعون فيه لم يعتد بما أجراه المتعاقدان من تخفيض على الأجرة المتفق عليها على سند من وقوعها في غلط في القانون نتيجة إعمالها قواعد التخفيض المقررة بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ رغم عدم سريان أحكامه ، وكان ماأورده الحكم المطعون فيه سائغاً في التدليل على أن الاتفاق على تخفيض الأجرة المتعاقد عليها لم يكن من قبيل التحايل على القانون وإنما جاء وليد الغلط فيه ومن ثم يقع باطلاً وتكون الأجرة قبل تخفيضها هي المتعين اتخاذها أساساً للتخفيض المقرر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ .

٣ - إذ كان الثابت أنه لا أساس لما يتمسك به الطاعن من عدم جواز الدفع بالجهل بالقانون لأن الأمر في الدعوى لا يدور حول وقوع مخالفة لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام التي يفترض علم كل شخص بها ومن ثم لا يجوز تبريرها بالجهل بهذه القاعدة وإنما يقوم على أساس أعمال قاعدة قانونية خطأ في غير مجال تطبيقها وهو ما يخضع لقاعدة الغلط في القانون المتصوص عليها في المادة ١٢٢ من القانون المدني .

الطعن رقم ٨٣٩ لسنة ٤٣ قضائية

جلسة ٧ من يونية ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ١٤٢٨ »

(١) إيجار « إيجار الأماكن » . قانون .

صدر القانون المدني في تاريخ لاحق للقانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن . غير ناسخ له . علة ذلك .

(٢) إيجار « إيجار الأماكن » . إثبات « القرائن » .

ربط العوائد . مجرد قرينة على الأجرة القانونية . خضوعها لتقدير محكمة الموضوع .

(٣) إيجار « إيجار الأماكن » محكمة الموضوع .

توافر التماثل أو انعدامه بين شقة النزاع وشقة المثل . واقع . استقلال محكمة الموضوع بتقديره .

١ - يعتبر التقنين المدني الشريعة العامة فتسود أحكامه سائر معاملات الناس على سبيل الدوام والاستقرار ، بحيث تعتبر النصوص المنظمة لعقد الإيجار هي الواجبة التطبيق أصلاً مالم تطرأ ظروف معينة يرى المشرع معها ضرورة تعطيل بعض أحكامه أو إحلال تشريعات خاصة بديلاً عنها ويعتبر القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين تشريعاً خاصاً في طبيعته ونطاقه إذ خرج به المشرع عن الأحكام العامة لعقد الإيجار ووضع لها أحكاماً خاصة ، فرض بمقتضاها التزامات معينة على كل من المؤجر والمستأجر قصد بها الحد من حرية المؤجر في تحديد الأجرة وفي طلب الإخلاء ، وقصر تطبيقه على الأماكن المشار إليها فيه ، وكان القانون الخاص لا يلغيه إلا قانون خاص مثله ولا ينسخ بقانون عام مالم يكن التشريع الجديد الذي أورد الحكم العام قد أشار بعبارة صريحة إلى الحالة التي كان يحكمها القانون الخاص ، وجاءت عباراته قاطعة في سريان حكمه في جميع الأحوال ومن ثم ، فإن القانون ١٢١ لسنة

١٩٤٧ يظل نافذاً وقائماً حتى بعد صدور القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بشأن القانون المدني ولايسوغ القول بأن القانون المدني قد نظم أحكام عقد الإيجار من جديد فيعتبر وفقاً للمادة الثانية ملغياً بكل ما سبقه من قوانين متعلقة بعقد الإيجار وبالعلاقة التي بين المؤجرين والمستأجرين ، لأن الأعمال التحضيرية لهذا القانون صريحة في الإبقاء على نصوص قانون إيجار الأماكن بدليل حذف اللجنة التشريعية لمجلس الشيوخ الفقرة الثانية من المادة الثانية سالفه البيان والتي كانت تقضى بإلغاء كل نص يخالف أحكام القانون المدني ، وبررت اللجنة هذا الحذف بأن المقصود هو الإبقاء على التشريعات الخاصة التي صدرت استثناء من القانون المدني منشئة أوضاعاً دائمة أو موقوتة حتى لا ينصرف النص في عمومته إلى إلغاء هذه الأوضاع الأمر الذي لا يدخل في قصد المشرع ، مما مفاده أن المادة الثانية سالفه الذكر إنما قصد بها مجرد إحلال القانون المدني الحالي محل نصوص القانون المدني القديم الصادر في سنة ١٨٨٣ دون أن يستطيل إلى إبطال القوانين الخاصة ومن بينها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ إذ لكل من القانونين مجاله .

٢ - الأصل في تقديرات البلدية للعوائد التي تحصل عن عقار أنها لا يصح أن تكون أساساً لتحديد الأجرة القانونية مما مفاده أن ربط العوائد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يصلح كمجرد قرينة قضائية متروك تقديرها لمحكمة الموضوع دون التزام عليها بالأخذ بها ، ولا على الحكم إذا هو اطرح ماتضمنته الصورة الشمسية للكشف الصادر من البلدية المشار إليه بسبب النعي مهما قيل إن الأجرة المثبتة به عن شقة النزاع مطابقة للأجرة المتفق عليها في عقد الأيجار .

٣ - المقرر في قضاء هذه المحكمة أن توافر التماثل أو فقدانه بين عين النزاع وبين شقة المثل مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع طالما كان استخلاصه سائغاً ومؤدياً الى النتيجة التي انتهى إليها .

الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٥ قضائية

جلسة ٢٨ من يونية لسنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ١٥٨٨ »

(١) دعوى . حكم « حجية الحكم » . قانون .

وقف الدعوى باتفاق الخصوم تطبيقاً للمادة ١٢٨ مرافعات . بدء ميعاد تعجيل الدعوى من نهاية أجل الوقف ولو صادف عطلة رسمية . قرار الوقف . لا حجية له . جواز تعجيل الدعوى قبل انتهاء الأجل المتفق عليه ولو اعترض الطرف الآخر .

(٢) قانون .

المواعيد والمدد والآجال في سائر فروع القانون . خضوعها لحكم المادة ١٥ مرافعات . تحديد الميعاد بالشهور . وجوب احتساب بدئه في نهاية يوم حدوث الأمر المجري للأجل حتى نهاية اليوم المماثل له في الشهر الذي ينتهي فيه الأجل .

(٣) دعوى . إعلان . قانون .

وقف الدعوى باتفاق الخصوم . م ١٢٨ مرافعات . وجوب إعلان التعجيل بعد انتهاء أجل الوقف خلال الثمانية أيام التالية . لاعبرة بتاريخ تقديم صحيفة التعجيل إلى قلم الكتاب .

١ - مدة وقف الدعوى بناء على اتفاق الخصوم إعمالاً لنص المادة ١٢٨ من قانون المرافعات لا تعتبر ميعاداً من قبيل المواعيد التي عاجلها المشرع في المادة ١٥ من قانون المرافعات بقوله « إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعاداً .. » فالميعاد الذي عناه الشارع فيها هو ذلك الذي يعينه القانون للحضور أو لحصول الإجراء ، وإذا كانت مدة الوقف الاتفاقي يحددها الخصوم أنفسهم حسبما يتراءى لهم وليس في تدخل المشرع بوضع حد أقصى لها ما يضمن عليها وصف الميعاد فإنما هدفه من ذلك ألا يصبح الوقف وسيلة تعطيل وإطالة . وقد أكد هذا النظر حينما عبر عن الوقف في الفقرة الثانية من المادة ١٢٨ بكلمة « الأجل » كما يؤكد ما هو مقرر

من أن قرار الوقف باتفاق الخصوم لا يجوز حجية فيجوز لأي من الخصوم تعجيل الدعوى دون أن يكون للطرف الآخر حق الاعتراض فإن ميعاد الثمانية أيام الذي حدده المشرع لتعجيل الدعوى يبدأ من نهاية أجل الوقف ولو صادف عطلة رسمية .

٢ - المقرر في حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد مقدراً بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجرياً للميعاد فإذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد ، وتتبع تلك القاعدة العامة التي أوردها المشرع في المادة ١٥ من قانون المرافعات في احتساب جميع المواعيد في سائر فروع القانون كما تتبع أيضاً في حساب المدد والأجال على سبيل القياس ، فإذا كان الأجل محدداً بالأيام أو بالشهور فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر مجرياً للأجل ويبدأ الميعاد من نهاية ذلك اليوم وينتهي بنهاية اليوم المائل له في الشهر الذي ينتهي فيه الأجل ، وإذا كان أجل الوقف ستة شهور قد بدأ بصدور الحكم بالوقف في يوم ٢٠ / ١ / ١٩٧٣ فإنه يبدأ من نهاية ذلك اليوم وينتهي بنهاية اليوم المائل له في الشهر السادس أي بنهاية يوم ٢٠ / ٧ / ١٩٧٣ ، ويبدأ ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية الأجل بيوم ٢١ / ٧ / ١٩٧٣ وينتهي بنهاية يوم ٢٨ / ٧ / ١٩٧٣ ، وإذا كان إعلان صحيفة التعجيل للهيئة المطعون ضدها قد تم في يوم ٢٩ / ٧ / ١٩٧٣ فإنه يكون قد تم بعد انقضاء ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية أجل الوقف .

٣ - تعجيل الدعوى بعد وقفها يتطلب اتخاذ إجراءين جوهريين هما تحديد جلسة جديدة لنظرها حتى تستأنف القضية سيرها أمام المحكمة وإعلان الخصم بهذه الجلسة وبشرط أن يتم الإعلان قبل انتهاء ميعاد الثمانية أيام المحددة في نص المادة ١٢٨ وذلك إعمالاً لنص المادة الخامسة من قانون المرافعات التي تنص على أنه « إذا نص القانون

على ميعاد حتمي لا تتخذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعياً إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله » ولا ينال من ذلك مانص عليه في المادة ٦٣ من قانون المرافعات من أن الدعوى ترفع إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة مالم ينص القانون على غير ذلك ، ذلك أنه وإن كان هذا النص قد أدخل تعديلاً جوهرياً في طريقة رفع الدعوى إلا أنه وقد جاء في الكتاب الأول في بابه الثاني الخاص برفع الدعوى وقيدها ، استثناء من حكم المادة الخامسة التي وردت ضمن الأحكام العامة والمقابلة للمادة السادسة من قانون المرافعات السابق - يعد قاصراً على صحيفة افتتاح الدعوى أو الطعن أو الإجراءات الأخرى التي أحال فيها المشرع على أحكام الباب الثاني من الكتاب الأول فلا يتعداها إلى غيرها ويظل أثر نص المادة الخامسة سالفة الذكر سارياً بالنسبة لما عدا ذلك من الإجراءات التي تحصل بالإعلان ومن بينها تعجيل الدعوى بعد وقفها باتفاق الخصوم فلا يعتبر الميعاد المنصوص عليه في المادة ١٢٨ من قانون المرافعات مرعياً إلا إذا تم إعلان التعجيل خلال الثمانية أيام التالية لنهاية أجل الوقف ، وإذا اعتبر الحكم المطعون فيه الاستئناف كأن لم يكن لعدم إعلان المطعون ضدها بالتعجيل خلال الميعاد فإن النعي عليه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه يكون في غير محله .

الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ٢٠٦ »

(١) نقض . حكم « الطعن في الحكم » .

الطعن بالنقض في الحكم الجنائي . شرطه . استفاد جميع طرق الطعن العادية وصدور حكم منه للخصومة في موضوع الدعوى الجنائية . الاستثناء . م ٣١ ق ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

(٢) نقض . حكم . قضاة .

الأحكام الصادرة في طلبات رد القضاة في المواد الجنائية . عدم جواز الطعن

فيها بطريق النقض استقلالاً عن الأحكام الصادرة في موضوع الدعوى التي يرفع عنها طلب الرد . علة ذلك .

(٣) نقض . حكم . قضاة . قانون . استئناف .

الحكم الصادر في طلب رد القاضى من دائرة الجنب المستأنفة أو محكمة الجنائيات غير قابل للاستئناف . إجراءات الطعن فيه بطريق النقض . خضوعها لأحكام قانون الإجراءات الجنائية دون قانون المرافعات .

١ - الطعن بالنقض - في الأحكام الجنائية - طريق غير عادى لا يفتح باباً إلا بعد أن تكون الدعوى قد استنفدت جميع طرق الطعن العادية وصدر فيها حكم ينهى الخصومة في موضوع الدعوى الجنائية ، أما مايسبق ذلك من ضروب الخطأ أو وجوه التظلم فقد ينتهى الحكم في الموضوع لصالح الخصم فلا تكون له مصلحة في الطعن عليه والتمسك بما كان يشكو منه ، فإذا لم يرفع الحكم النهائى الخطأ الذى يتمسك به الخصم فعندئذ يميز له القانون الطعن فيه من يوم صدوره لإصلاح كل خطأ سواء في ذلك ماوقع في الحكم ذاته أو ماينى عليه واتصل به ، ولا استثناء من هذه القاعدة إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣١ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن الإجراءات أمام محكمة النقض .

٢ - الأحكام الصادرة في طلبات رد القضاة في المواد الجنائية على اعتبار أنها صادرة في مسائل فرعية خاصة بصحة تشكيل المحكمة - وعلى ما جرى به قضاء الدائرة الجنائية بهذه المحكمة - لا يجوز الطعن فيها بطريق النقض استقلالاً عن الأحكام الصادرة في موضوع الدعوى ، وذلك على أساس أنها وإن كانت منية للخصومة في دعوى الرد إلا أنها لا تنهى الخصومة في الدعوى الأصلية التي تفرع الرد عنها ، وقد أكد هذا المبدأ قانون الإجراءات الجنائية في المادة ٤٠٥ منه التي تنص على أنه « لا يجوز قبل أن يفصل في موضوع الدعوى استئناف الأحكام التحضيرية والتمهيدية الصادرة في مسائل فرعية

ويترتب حتماً على استئناف الحكم الصادر في الموضوع استئناف هذه الأحكام » كما أكدته في المادة ٣١ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ التي تنص على أنه « لا يجوز الطعن بطريق النقض في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع إلا إذا انبنى عليها منع السير في الدعوى » . وإذا كان الحكم المطعون فيه جاء مقصوداً على دعوى الرد وحدها فلا يجوز قانوناً الطعن فيه بطريق النقض مادام لم تنته به الخصومة بصدور الحكم النهائى في الدعوى التي حصل الرد بشأنها ، فإنه يتعين الحكم بعدم جواز الطعن .

٣ - الحكم الصادر في دعوى الرد من الدائرة الجنائية - سواء أكانت دائرة الجنب المستأنفة أو محكمة الجنائيات - غير قابل للاستئناف ، ولا محل للتحدى بما نصت عليه المادة ٢٥٠ / ١ من قانون الإجراءات الجنائية من أنه « يقدم طلب الرد للمحكمة المنظورة أمامها الدعوى لتفصل فيه ويتبع في ذلك الإجراءات والأحكام المقررة بقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية » ومانعت عليه المادة ١٦٠ / ١ من قانون المرافعات من أنه « يجوز لطالب الرد استئناف الحكم الصادر في طلبه برد قاضى محكمة المواد الجزئية أوقضاة المحكمة الابتدائية ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائياً » لإجازة الطعن بطريق النقض في الحكم برفض طلب الرد ، لأن مانعت عليه المادة ٢٥٠ / ١ من قانون الإجراءات سالفه البيان من اتباع الأحكام والإجراءات المقررة بقانون المرافعات مقصود به - كما تدل عليه صياغة النص - الإجراءات الخاصة بتقديم طلب الرد ونظره حتى الفصل فيه ، أما إجراءات الطعن في الحكم الصادر في طلب الرد فإنها تخضع للقواعد الخاصة بها التي أوردها الشارع في قانون الإجراءات الجنائية والسابق بيانها ، لأن من المقرر في المواد الجنائية أن لا يرجع إلى قانون المرافعات إلا عند عدم وجود نص في قانون الإجراءات الجنائية ، أو للإعانة على تجلية غموض في أحد نصوص هذا القانون وتفهم مرماه إذا كانت أحكامه هو لا تساعد على تفهمه .

الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٥ قضائية « أحوال شخصية »
جلسة أول مارس سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ٦٥١ »
(١) أحوال شخصية . « الزواج » . قانون « القانون الواجب
التطبيق »

إبرام عقد الزواج . جوازه في الشكل الذي يقتضيه القانون الشخصي
للزوجين أو قانون البلد الذي أبرم فيه . إثباته . خضوعه للقانون الذي يحكم
الشكل .

(٢) إثبات . « القانون الأجنبي » . قانون

القانون الأجنبي . واقعة . مادية . وجوب إقامة الدليل عليه .

(٣) أحوال شخصية . « زواج » . إثبات « الإقرار »

الإقرار . ماهيته . جواز اعتبار السكوت إقراراً ضمناً بحصول الزواج .
ليس للزوج نفى إقراره بعد ثبوته .

(٤) إثبات « الاستجواب »

طلب الخصم استجواب خصمه . عدم التزام المحكمة بإجابته متى وجدت في
عناصر الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها .

(٥) أحوال شخصية . إثبات .

الاعتقاد الديني . العبارة بظاهر اللسان . النطق بالشهادتين . كافٍ لاعتبار
الشخص مسلماً . شهر الإسلام على النموذج المخصص لذلك وثبوته . مجرد
وسيلة تيسير الإثبات .

١ - للزوجين أن ييرما زواجهما في الشكل الذي يقتضيه قانونهما
الشخصي ، أو ييرما زواجهما في الشكل المقرر طبقاً لقانون البلد الذي
عقد فيه ، وإثبات الزواج يخضع للقانون الذي يحكم شكله .

٢ - المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القانون الأجنبي لا يعدو أن
يكون مجرد واقعة مادية يجب على الخصوم إقامة الدليل عليه .

٣ - الإقرار شرعاً هو إخبار الانسان عن ثبوت حق لغيره على

نفسه ، والسكوت في بعض المواقع يجعل الساكت مقراً بالحق بسكوته
عنه كما يجعل المتكلم مقراً بالحق بكلامه وإن خالف القاعدة الفقهية
القائلة لا ينسب لساكت قول ، ومن بينها لو هنا الناس الزوج بزواجه
فسكت لزمه الزواج وليس له نفيه بعد أن أقر به لما كان ذلك فإن
ماخلص إليه الحكم من إقرار ضمنى صدر من المتوفى بحصول زواجه
من المطعون عليها السادسة في سنة ١٩٧٦ استقاه من مصاحبته لها إلى
بجمع البحوث الإسلامية وتقريرها ذلك في مواجهته وقبوله له ليس فيه
مايعاب .

٤ - وإن كان من حق الخصم أن يطلب استجواب خصمه إلا أن
محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابته إلى طلبه لأنه من الرخص المخولة
لها ، فلا عليها إن هي التفتت عنه متى وجدت في الدعوى من العناصر
مايكفي لتكوين عقيدتها بغير حاجة لاتخاذ هذا الإجراء وفق المادة
١٠٨ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

٥ - المستقر في قضاء هذه المحكمة أن الاعتقاد الديني من الأمور
التي تبني الأحكام فيها على الأقوال بظاهر اللسان ، والتي لا يجوز
لقاضي الدعوى أن يبحث في جديتها ولا في بواعثها أو دواعيها ، وأن
نطق الشخص بالشهادتين كافٍ في اعتباره مسلماً شرعاً ومعاملته معاملة
المسلمين وسريان أحكام الإسلام عليه بدون حاجة إلى إعلان هذا
الإسلام رسمياً أو اتخاذ أي إجراء آخر لاعتباره في عداد المسلمين ،
وبالتالي فإنه لا مساعٍ لما يستوجبه الطاعن من شهر الإسلام على
النموذج الذي قدمه وتوثيقه والتصديق عليه من الجهات الإدارية لأنه
إنما يقصد بها مجرد تيسير الإثبات لمن يطلبه دون أن تخل بحرية العقيدة
الدينية فتضفي عليها شكلية معينة أو تحول دون من يبتغي الإسلام ديناً
ومن سلوك أية وسيلة أخرى يرى فيها غناء .

الطلب رقم ٥٠ لسنة ٤٧ قضائية « رجال القضاء »
جلسة ٤ من مايو سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ٣٤ »
(٢ ، ١) قانون . معاشات .

(١) سريان القانون الجديد بأثر مباشر على الوقائع التي تقع بعد نفاذه .
عدم سريانه بأثر رجعي على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك بنص
خاص .

(٢) بلوغ الطالب سن التقاعد في سنة ١٩٧٣ . عدم سريان أحكام
القانون ١٧ لسنة ١٩٧٦ عليه . وجوب تسوية معاشه طبقاً لنص المادة ٧٠
ق ٤٦ لسنة ١٩٧٢ . لا محل للتحدى بقواعد العدالة .

١ - من المقرر أن القانون يطبق بوجه عام على الوقائع والمراكز
القانونية التي تتم في الفترة بين تاريخ العمل به وإلغائه ، فيسرى بأثر
مباشر على الوقائع والمراكز القانونية التي تقع أو تتم بعد نفاذه .
ولا يسرى بأثر رجعي على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك
بنص خاص .

٢ - لما كان القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ بتعديل بعض أحكام
قوانين الهيئات القضائية قد نص في المادة ١٣ منه على أن ينشر هذا
القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به اعتباراً من ٢٦ نوفمبر ١٩٧٥
على أن تطبق أحكام الجدول المرفق بكل من قانون السلطة القضائية
وقانون مجلس الدولة المشار إليهما على الباقيين في الخدمة ممن بلغوا سن
التقاعد اعتباراً من أول أكتوبر ١٩٧٥ وتسوى معاشاتهم على أساس
المرتبات الواردة بهذين الجدولين ، وكان الطالب قد بلغ سن التقاعد في
سنة ١٩٧٣ فإنه لا يفيد من التعديلات التي أدخلها هذا القانون على
جدول المرتبات ويسرى معاشه طبقاً لنص المادة ٧٠ من القانون ٤٦
لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية قبل تعديلها بالقانون المذكور -
على أساس آخر مربوط الدرجة التي كان يشغلها ، ولا محل لاستناد
الطالب إلى أن القوانين المعدلة لجدول مرتبات الكادرات الأخرى قد

نصت على سريان القواعد الجديدة على من بلغوا سن المعاش قبل
صدور تلك القوانين ، ذلك أن القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ قد خلا
من مثل تلك النصوص ولو أراد المشرع تطبيق أحكام القانون المذكور
على من بلغوا سن التقاعد قبل أول أكتوبر ١٩٧٥ لنص على ذلك
صراحة على غرار ما فعل بالنسبة لهؤلاء . كما لا يجوز للطالب التحدى
بأن قواعد العدالة لا تسوغ أن يكون معاشه أقل من معاش من كانوا
يلونه في الأقدمية وبلغوا سن التقاعد بعد أول أكتوبر ١٩٧٥ ، ذلك أن
القاضي وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني
لا يحكم بمقتضى قواعد العدالة إلا إذا لم يوجد نص تشريعي أو عرف
أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية يمكن تطبيقه .

الطعن رقم ٥٨١ لسنة ٤٢ قضائية

جلسة ٣٠ من يناير سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ٣٥٠ »
(١) قرار إداري . جمارك . قانون .

اللوائح - المتتممة للقوانين - قرارات إدارية تنظيمية . نفاذها في حق الإدارة
من تاريخ صدورها ولو لم تنشر في الجريدة الرسمية . عدم جواز الاحتجاج بها في
مواجهة الأفراد إلا من تاريخ النشر . مثال بشأن قرار مدير عام الجمارك رقم ٤
لسنة ١٩٦٣ .

(٢) جمارك . قرار تفسيري .

قرار مدير الجمارك رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ . تحديده نسبة التسامح عن النقص
الجزئي في البضاعة بواقع ٥٪ من البضائع المنفرطة أو من مشمول الطرد .
وجوب احتساب هذه النسبة من مجموع وزن البضاعة . التفسير الصادر من مدير
الجمارك باحتساب نسبة التسامح من مشمول كل طرد على حدة . مخالف
للقانون وخارج عن حدود التفويض .

١ - اللوائح - المتتممة للقوانين - التي تصدرها جهة الإدارة
بتفويض المشرع تعتبر من قبيل القرارات الإدارية ، وإذا كان الأصل
في القرارات الإدارية التنظيمية أنه لا يحتج بها في مواجهة الأفراد إلا

من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية وذلك حتى لا يلزموا بأمر لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها ، إلا أن هذه القرارات تعتبر موجودة قانوناً بالنسبة لجهة الإدارة ويفترض علمها بها من تاريخ صدورها فتسرى في مواجهتها منذ هذا التاريخ ولو لم تنشر في الجريدة الرسمية ولا يقبل منها التحدي بعدم نفاذها في حقها إلا بتشرها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر القرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ - الذي أصدره مدير عام مصلحة الجمارك في ١٨ / ٧ / ١٩٦٣ بناء على تفويض من المشرع بتحديد نسبة التسامح التي أوجبت المادة ٣٧ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ على مصلحة الجمارك احتسابها في حالات معينة ، ناقذاً في حق مصلحة الجمارك من تاريخ صدوره وطبق أحكامه على الرسالة موضوع النزاع التي وردت في ٥ / ٣ / ١٩٦٥ فإنه لا يكون قد خالف القانون .

٢ - مفاد نصوص المواد ٣٧ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ والمادتين الأولى والثانية من القرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ الصادر من مدير عام الجمارك أن الشارع نص على مسئولية الشركة الناقلة عن كل نقص في البضائع عن الثابت في قائمة الشحن بشبهة تهريبها إلى داخل البلاد وأباح للشركات الناقلة نفى هذه الشبهة بتقديم الدليل المبرر لهذا النقص واعتبر تسليم الطرود بحالة ظاهرية سليمة مبرراً لرفع المسئولية عن الشركة الناقلة لترجيح حدوث النقص قبل الشحن ثم منح هذه الشركات نسبة تسامح فوض المدير العام للجمارك في تحديد مقدارها فحددها هذا الأخير بالقرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ بواقع ٥% من البضائع المفرطة أو من مشمول الطرد ، وكان نص المادة ٣٧ المشار إليها ورد مطلقاً بشأن نسبة التسامح في البضائع المفرطة وكذلك النقص الجزئي الناشئ عن عوامل طبيعية أو نتيجة لضعف العلاقات وانسياب محتوياتها ، بما مفاده وجوب احتساب هذه النسبة من مجموع وزن البضاعة سواء وزنت مفرطة أو في طرود حيث

جاء هذا النص خالياً مما يدل على أن المشرع قصد المغايرة في الحكم بين البضائع المفرطة والبضائع التي ترد في طرود وإنما ورد النص عاماً في إسناد نسبة التسامح إلى مجموع البضاعة في الحالين لا إلى كل طرد منها على حدة في حالة النقص الجزئي ، وإذ كان ذلك وكان التفويض الصادر لمدير عام مصلحة الجمارك بمقتضى المادة ٣٧ / ٢ بتحديد نسبة التسامح في البضائع المفرطة وكذلك النقص الجزئي في البضاعة مقصوراً على تحديد قدر هذه النسبة دون الترخيص في إسنادها إلى البضاعة أو إلى كل طرد منها على حدة حيث تكفل الشارع بهذا الإسناد في ذات النص فإن المنشور رقم ٤٤٠ لسنة ١٩٦٤ الذي أصدره مدير عام الجمارك ونص فيه على أن تفسير القرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ يوجب احتساب نسبة التسامح من مشمول كل طرد على حدة يكون قد خالف القانون وخرج على حدود التفويض مما يتعين معه الالتفات عنه . وإذ كان الحكمان - المطعون فيهما - قد التزما هذا النظر في قضائهما وانتهيا إلى احتساب نسبة التسامح من مشمول الطرود فإنها يكونان قد التزما صحيح القانون .

الطعن رقم ٣٤٧ لسنة ٤٤ قضائية

جلسة ٢٨ من يونية سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ١٥٩٩ »

نقض « ايداع الصحيفة » . قانون . بطلان .

إيداع صحيفة الطعن بالنقض في تاريخ العمل بالقانون ١٣ لسنة ١٩٧٣ . عدم إيداع الطاعن صورة من الحكم المطعون فيه عند تقديم الصحيفة طبقاً للقانون المذكور . أثره بطلان الطعن طالما لم يقدم ما يفي توزيع الجريدة الرسمية في تاريخ نشر القانون . تراخي منشور وزارة العدل بتبليغ القانون إلى المحاكم . لا أثر له .

مفاد المادة ١٨٨ من الدستور الصادر في سنة ١٩٧١ أنه يجب العمل بالقوانين بعد مضي شهر يبدأ من اليوم التالي لتاريخ نشرها ، مالم يحدد القانون نفسه مياعداً آخر أقصر أو أطول من ذلك لكي يصير نافذاً ،

وقد نظم القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر في ٢٦ / ٣ / ٧٣ والمنشور في الجريدة الرسمية في ٥ / ٤ / ١٩٧٣ إجراءات الطعن ووجب على الكافة اتباعها ابتداء من تاريخ العمل به ، ومن بينها وجوب أن يودع الطاعن صورة من الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله والصورة المعلنة منه وقت تقديم الصحيفة وإلا حكم ببطلان الطعن على خلاف ما كان متبعاً قبله من ضم الملفين الابتدائي والاستئنافي بجميع مفرداتها ، فيغني هذا الضم بذاته عن تقديم صورة من حكم محكمة أول درجة أو الحكم المطعون فيه ، وتقضى المادة الثالثة من هذا القانون بالعمل به من تاريخ نشره ، لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الطاعنين قد رفعوا الطعن في ٥ / ٥ / ١٩٧٣ في ظل انطباق النص المعدل ولم يقدموا وقت تقديم صحيفة الطعن صورة من الحكم المطعون فيه فإن الطعن يكون باطلاً . لا يغير من هذا النظر ما ذهب إليه محامي الطاعنين بالجلسة من أنه لم يك يعلم بالتعديل السالف ، وأنه استحال عليه ذلك تبعاً لتقديمه صحيفة الطعن في ٥ / ٤ / ١٩٧٣ لدى قلم كتاب محكمة استئناف المنصورة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، وهو ذات اليوم الذي نشر فيه القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بالجريدة الرسمية ، ذلك لأنه وإن كان افتراض علم الكافة بالاجراءات التي أوجبها ذلك القانون مرهوناً بعدم قيام أسباب تحول حتماً دون قيام هذا الافتراض ، ولئن كان المقصود بالنشر ليس مجرد إدراج التشريع بالجريدة الرسمية أي طبعه فيها ولكن توزيعه بعد ذلك اعتباراً بأن التوزيع هو الذي يبيح لجمهور المواطنين فرصة معرفة القانون ومن ثم يسوغ القول بافتراض علمهم به إلا أنه لما كانت هذه المحكمة قد طلبت من الطاعنين تقديم الدليل على أن عدد الجريدة الرسمية الذي نشر فيه ذلك القانون لم يصير توزيعه فعلاً في يوم نشره ، وكانت الشهادة التي تدرعوا بها صادرة من محكمة استئناف المنصورة وورد بها أن منشور وزارة العدل بالتبليغ عن صدور القانون لم يرد للمحكمة إلا في ١٤ / ٤ / ١٩٧٣ فإن هذه

الشهادة غير كافية بذاتها للتدليل على أن القانون المشار إليه لم يصادف توزيعه فعلاً ذات يوم نشره بالجريدة الرسمية ويكون قول الطاعنين في هذا الشأن مرسلًا لا يدحض افتراض علم الكافة بالإجراءات التي أوجبها .

الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٤٤ قضائية

جلسة ١٦ من فبراير سنة ١٩٧٨ « س ٢٩ ص ٥٠٢ »
(١ ، ٢) قرار إداري ، اختصاص « اختصاص ولائي » .
(١) القرار الإداري الذي لا تختص جهة القضاء العادي بإلغائه أو تأويله أو تعديله . ماهيته .

(٢) قرار المحافظ بإلقاء المياه والمخلفات بأحد المصارف . مخالفته لقانون الري والصرف ٧٤ لسنة ١٩٧١ . أثره . تجرده من صفته الإدارية بما يسقط عنه حصانته . اختصاص القضاء العادي بحماية الأفراد .

١ - القرار الإداري الذي لا تختص جهة القضاء العادي بإلغائه أو تأويله أو تعديله - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو ذلك القرار الذي تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة ، بمقتضى القوانين وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه مصلحة عامة .

٢ - إذ كان قرار المحافظ يقضى بإلقاء مياه بيارات المطاعم والمقاهي والمياه المخلفة عن الرشح والأمطار وانفجار المواسير بما تحتويه من مخلفات في المصرف موضوع النزاع ، وكان هذا القرار مخالفاً لما نصت عليه المادة ٦٩ من قانون الصرف والري رقم ٧٤ لسنة ٧١ من حظر القيام بإلقاء جثة حيوان أو أية مادة أخرى مضرّة بالصحة أو ذات رائحة كريهة في أي مجرى معد للري أو الصرف ، ولما قضت به المادة ٧٥ من ذات القانون من معاقبة من يخالف ذلك بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهاً ولا تزيد على ثلاثين جنيهاً ، فإنه بذلك يكون قد صدر من شخص لا سلطة له إطلاقاً في إصداره ومشوباً بمخالفة صارخة

للقانون بما يجرده من صفته الإدارية ويسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية ، ويكون من حق القضاء العادي أن يتدخل لحماية مصالح الأفراد مما قد يترتب عليه ، ويكون الحكم المطعون فهي إذ قضى بإلزام الطاعن بصفته بالامتناع عن استعمال المصرف موضوع النزاع مقلبا ومستودعا للمواد البرازية وبعدم إلقاء القاذورات ومياه الكسح به لم يخالف أحكام الاختصاص الولائي أو مبدأ الفصل بين السلطات .

الطعن رقم ٦٦٢ لسنة ٤٤ قضائية

جلسة ٢٢ من فبراير سنة ١٩٨٧ « س ٢٩ ص ٥٤٥ »

(١) اختصاص « الاختصاص الولائي » . قرار إداري .

القرار الإداري . طلب إلغاء أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه ، خروجه من الاختصاص الولائي للمحاكم العادية . وجوب التزامها بآثاره دون تأويله ولو عرض النزاع بشأنه بصفة تبعية لنزاع مما تختص به المحاكم .

(٢) تقادم « التقادم المسقط » . رسوم . شهر عقارى .

تقادم الحق في استرداد صاحب الشأن لرسوم الشهر العقارى . بنؤه من تاريخ استحالة إجراء الشهر .

١ - تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها طبقا للبندين الخامس والعاشر من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون ٤٧ سنة ١٩٧٢ والمقابلين للمادتين ٨ / ٦ ، ٩ من القانون ١٦٥ سنة ١٩٥٥ بالفصل في الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية وبطلبات التعويض عن هذه القرارات سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية ، وطبقا للمادة ١٥ من القانون ٤٦ سنة ١٩٧٢ الخاص بالسلطة القضائية تخرج المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة من ولاية المحاكم ويكون لها طبقا للمادة ١٧ من هذا القانون - دون أن تؤول الأمر الإداري أو توقف تنفيذه - أن تفصل

في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة بشأن عقار أو منقول عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك ، ومؤدى هذه النصوص خروج القرارات الإدارية من اختصاص المحاكم أيا كان الطلب أو النزاع المتعلق بالقرار الإداري سواء بإلغائه أو بوقف تنفيذه أو بطلب تعويض عما أصاب الأفراد من ضرر ناشئ عنه ، وليس للمحاكم منذ العمل بقانون مجلس الدولة ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ أى اختصاص بالطلبات المتعلقة بالقرارات الإدارية ولو عرض هذا النزاع بصفة تبعية لنزاع مما تختص المحاكم به ، كما لا تختص عند الفصل في المنازعات المدنية والتجارية البحتة التي تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة بتأويل الأمر الإداري ، وليس لها أن توقف تنفيذه أو تتجاهله ولا تلتزم آثاره . وإذا كان البين من أسباب الحكم أنه قد تعرض بالتأويل ووقف التنفيذ للقرار الإداري السلبى الصادر من اللجنة العليا للإصلاح الزراعى بعدم التصديق على قرار اللجنة القضائية الصادر فى الاعتراض - المقام أمامها - وقضت بأنه غير مستند لصحيح حكم القانون ، كما تعرض لقرار وزير الإصلاح الزراعى المشهر بتاريخ ٢ / ٧ / ١٩٥٩ وما ترتب عليه من التأشير على هامش سند ملكية الشركة البائعة بزوال تلك الملكية وقرر أن هذا القرار نجم عن تطبيق خاطيء لهذا القانون من جانب الإصلاح الزراعى ولم يلتزم آثاره ومن ثم يكون قد تجاوز الولاية المحددة للمحاكم فيما ينشأ بين الأفراد وجهة الإدارة من منازعات وهى ولاية متعلقة بالنظام العام يجوز لأى خصم أن يتمسك بمخالفتها ولو لم يكن هو ذات جهة الإدارة التي عرض الحكم لقرارها بالتأويل وعدم التنفيذ ، فإنه يتعين نقضه .

٢ - متى كان موضوع الطعن صالحا للفصل فيه ، وكان قرار وزير الإصلاح الزراعى الصادر بإلغاء عقد تملك الشركة البائعة للمطعون ضده قد تم شهره بتاريخ ٢٠ / ٧ / ١٩٥٩ فإن شهر محرر المطعون

ضده يكون قد استحال من هذا التاريخ ومنه يبدأ تقادم حق المطعون ضده في استرداد الرسم . وإذ كان المطعون ضده لم يطالب مصلحة الشهر العقاري باسترداد الرسم إلا بتاريخ ٢٦ / ١٢ / ١٩٦٤ فإنه يكون قد سقط بالتقادم طبقا لنص المادة ٣٧٧ / ٢ من القانون المدني .

الطعن رقم ١٢٣ لسنة ٤٣ قضائية

جلسة ٩ من فبراير سنة ١٩٧٧ «س ٢٨ ص ٤٢٢»
(١، ٢) إثبات «الكتابة» . عرف .

(١) اعتبار الورقة رسمية . مناطه . م ٣٩٠ مدني المقابلة للمادة ١٠ إثبات . الأوراق الصادرة من موظفي البعثات الدبلوماسية والسفارات الأجنبية . لا تعد أوراقا رسمية .

(٢) عدم خضوع الممثل الأجنبي للقضاء الإقليمي . مؤداه . عدم التزامه بأداء الشهادة أمام المحاكم الإقليمية . وجوب معاونته للسلطات الإقليمية طبقا للعرف الدولي . حقه في اختيار الوسيلة المناسبة للإدلاء بمعلوماته .

(٣، ٤) «إيجار الأماكن» . ضرائب .

(٣) تخفيض القيمة المتعاقد عليها طبقا للقانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . وجوب احتساب ربط العوائد والإعفاءات منها على أساس الأجرة بعد التخفيض . مؤدى ذلك . سقوط الربط السابق بأثر رجعي .

(٤) الأجرة الاتفاقية الخاضعة للتخفيض الوارد بالقانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . اختلافها من عقد لآخر . عدم جواز التحدي بتماثل الأماكن أو الإخلال بالمساواة بين المستأجرين .

١ - إذ كان مناط رسمية الورقة وفق المادة ٣٩٠ من القانون المدني المقابلة للمادة ١٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن يكون محررها موظفا عموميا أو مكلفا بخدمة عامة مختصا بمقتضى وظيفته بتحريرها وإعطائها الصيغة الرسمية ، ويقصد بها في هذا الخصوص كل شخص تعينه الدولة المصرية لإجراء عمل من الأعمال

المتعلقة بها أو لتنفيذ أمر من أوامرها أجرته على ذلك أو لم تؤجره ، فإن رجال البعثات الدبلوماسية وموظفي السفارات الأجنبية لا يعدون من قبيل الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عمومية في معنى المادة المشار إليها ، ولا تعتبر المحررات التي يصدرونها من الأوراق الرسمية ، وبالتالي فلا محل للجدل حول ما إذا كان الملحق العسكري أو سواه هو الموقع على الشهادة الصادرة من السفارة التي استند إليها الحكم أو أنها لا تندرج ضمن أعمال وظيفته .

٢ - الأصل في الميزة أو الحصانة التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي أنها ضرورة يقتضيها قيامه بمهام وظيفته في جو من الطمأنينة بعيد عن المؤثرات في الدولة المعتمد إليها ، ولئن كان يستتبع إعفاء الممثل الدبلوماسي من الخضوع للقضاء الإقليمي في الدولة الأخيرة عدم التزامه بالإدلاء بمعلوماته كشاهد أمام هذا القضاء في أية دعوى جنائية أو مدنية ، بحيث لا يجوز إكراهه على أدائها أو إجباره على المثول أمام السلطات المحلية المختصة إلا أن قواعد العرف الدولي تقتضيه معاونة هذه السلطات في أداء واجبها متى كان إدلاؤه بمعلوماته ليس فيه مساس بعمله أو بدولته فتكون له حرية اختيار الطريقة التي يراها أكثر ملاءمة سواء من تلقاء نفسه أو بناء على موافقة الجهة التي يتبعها ، ولا يعد ذلك منه تنازلا عن الحصانة القضائية ، لما كان ما تقدم وكان الين من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه أنه استخلص بما له من سلطة موضوعية في تقدير الدليل من إقرار الطاعن في شكوى إدارية مقدمة ومن قوله ذاته في محضر الجلسة بسبق حصول التأجير إلى الملحق العسكري بسفارة الجزائر ومن الأجرة المدونة بالشهادة الصادرة من تلك السفارة أنها القيمة الإيجارية المتفق عليها دون أن يعتبرها محررا رسميا ، وكان الحكم المطعون فيه أضاف إلى ذلك أنه يكفي أن تكون الشهادة سالفة الذكر صادرة من السفارة دون استلزام لتوقيعها من الملحق العسكري ذاته ، وأن الحصانة الدبلوماسية لا تهدر من قيمة هذه الشهادة ، فإن ذلك لا يخالفه فيه للقانون .

٣ - إذ كان الحكم المطعون فيه قضى بتخفيض الأجرة المتعاقد عليها بنسبة ٣٥ ٪ بالتطبيق للمادة الثانية من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ ، وكانت الأجرة المخفضة تعد بديلة عن القيمة الإيجارية المحددة بمعرفة لجان التقدير وفق القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ويعمل بها بأثر رجعي من وقت التعاقد ، وكانت الأماكن الخاضعة لهذا التقدير لا يتم ربط الضريبة عليها إلا على أساس تقدير أجرتها تقديرا نهائيا ، بما يتعين معه سقوط الربط السابق وما تم من وفاء على أساسه اعتبارا بأنه ربط قام على أساس قيمة إيجارية سقطت بأثر رجعي وإجراء ربط جديد على أساس القيمة الإيجارية التي أحلها القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ في مادته الثانية محلها بأثر رجعي ، فإنه لا مجال في هذا النطاق للتذرع بأحكام القرار التفسيري رقم ١ لسنة ١٩٦١ لأحكام القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه بسبب النعي . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر واعتبر أن القيمة الإيجارية المتعاقد عليها هي مبلغ ٢٧ جنيها وأجرى تخفيضها بنسبة ٣٥ ٪ وفق القانون ٧ لسنة ١٩٦٥ ثم أجرى عليها أحكام القانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٦١ لتصبح مبلغ ١٥ جنيها و ٦١٠ مليمات منذ بدء التعاقد فإن النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس .

٤ - إذ كان القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ قد اتخذ من الأجرة التعاقدية وفقا لإرادة المتعاقدين أساسا يجرى عليه التخفيض ، وكانت هذه الأجرة الاتفاقية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تختلف بهذه المثابة من عقد لآخر دون نظر إلى ما قد يكون بين وحدات العقار الواحد من تماثل أو اختلاف في الميزات التي تتمتع بها كل وحدة ، فإنه لا وجه لما يثيره الطاعن من أن تطبيق ذلك القانون على الشقة موضوع النزاع من شأنه أن يخل بالمساواة بين المستأجرين في ذات العقار قولا منه إنها تفوق الطابقين الآخرين موقعا وصقعا .

الطعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٧ «س ٢٨ ص ٥١١»
(١) التزام « الإرادة المنفردة » . عقد . محاماة « أتعاب المحامي » .
الوعد بالجائزة . أركانه . م ١٦٢ مدني . توجيه الوعد لشخص معين لا يعد وعدا بجائزة . مثال بشأن الاتفاق على أتعاب المحامي .

(٢) عرف . قانون .

وجود نص تشريعي . أثره . عدم جواز التحدي بالعرف .

(٣) محاماة « أتعاب المحامي » . محكمة الموضوع . وكالة . التزام .

عناصر تقدير أتعاب المحامي المبينة بالمادة ٤٤ ق ٩٦ لسنة ١٩٥٧ . ليست واردة على سبيل الحصر . لمحكمة الموضوع عند تقديرها للأتعاب إضافة عناصر أخرى كالمنفعة التي عادت على الموكل . التزام الوكيل بأجر . التزام يبذل عناية ، جواز الاتفاق على أن يكون التزاما بتحقيق غاية . عند كسب الدعوى .

(٤) نقض « السبب المجهل » محاماة . حكم « القصور » .
عدم بيان الطاعن أوجه التناقض بين أحكام قانون المحاماة ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وميثاق العمل الوطني وما أغفل الحكم الرد عليه . نعي بمجهل غير مقبول . عدم كفاية الإحالة في ذلك إلى المذكرة المقدمة بالملف الابتدائي .

(٥) فوائد . التزام . محاماة « أتعاب المحامي » . قانون .
« سريانه من حيث الزمان » .

سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية . شرطه . أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . المقصود بذلك . ألا يكون للقضاء سلطة في تقديره . مثال بشأن أتعاب المحامي . بطلان الاتفاق على استحقاق المحامي نسبة معينة مما يحكم به في الدعوى . قانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ . وجوب تقدير القاضي للأتعاب .

١ - الوعد بالجائزة على ما تشترطه المادة ١٦٢ من القانون المدني ، يقوم أساسا على توافر أركان معينة منها أن توجه الإرادة إلى الجمهور أى إلى أشخاص غير معينين فإذا ما وجهت إلى شخص معين خرجت عن أن تكون وعدا بجائزة وسرت عليها قواعد الإيجاب فلا بد أن يقترن بها القبول وتصبح عقدا لا إرادة منفردة ، وإذا كان الإقرار موضوع النزاع لا يعدو أن يكون اتفاقا بين الطاعن وموكليه على قدر الأتعاب المستحقة له فإن شروط المادة ١٦٢ سالفة الذكر تكون قد تخلفت ويكون الحكم فيما انتهى إليه قد صادف صحيح القانون .

٢ - النص في المادة الأولى من القانون المدني على أن تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف مفاده أنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يجوز التحدى بالعرف ، إلا إذا لم يوجد نص تشريعي .

٣ - نصت المادة ٤٤ من قانون المحاماة ٩٦ لسنة ١٩٥٧ - الذى تم توكيل الطاعن في ظله - على أن يدخل في تقدير الأتعاب أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذى بذله المحامى ومن المقرر أن هذه العناصر ليست واردة على سبيل الحصر ومن ثم فليس ما يمنع محكمة الموضوع من أن تدخل في الاعتبار عند تقديرها الأتعاب إلى جانبها ما تراه من عناصر أخرى مثل ما عاد على الموكل من منفعة مباشرة بسبب جهد المحامى .

٤ - إذ كان الطاعن لم يبين أوجه التناقض بين أحكام القانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وميثاق العمل الوطنى الصادر فى ٢١ / ٥ / ١٩٦٢ والتي يقول إن الحكم المطعون فيه قد أخطأ حين أهل أثرها فى إلغاء هذا القانون وشابه القصور إذ لم يحصلها وأغفل الرد عليها واكتفى الطاعن بالإحالة فى ذلك إلى ما جاء بالمذكرة المقدمة منه فى الملف الابتدائى دون بيان مضمونها للوقوف على صحة ما يتحدى به ، فإن النعى يكون مجهلا وغير مقبول .

٥ - اشترطت المادة ٢٢٦ من القانون المدنى لسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . والمقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة فى التقدير وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى بطلان الاتفاق موضوع الدعوى بخصوص ما تضمنه من تحديد الأتعاب بنسبة ٢٥ ٪ وقدر فى حدود سلطته الموضوعية أتعاب الطاعن - محام - بمبلغ ٣٢٥ جنيها ثم اعتبر هذه الأتعاب غير معينة المقدار وقت الطلب ورتب على ذلك أن الفوائد المستحقة عن المبلغ المحكوم به لا تسرى إلا من تاريخ صدور الحكم ، فإنه لا يكون قد خالف القانون .

الطعن رقم ٨١١ لسنة ٤٣ قضائية

جلسة ١٦ من مايو سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٢١٤ »

(١ و ٢) عقد . تنفيذ العقد . التزام .

(١) تنفيذ الالتزام . وجوب الرجوع إلى ما ورد فى العقد دون نقص أو زيادة إلا أن يكون من مستلزمات التنفيذ .

(٢) استخلاص حسن النية فى تنفيذ العقد من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع .

(٣) عرف . نقض « السبب الجديد » .

التمسك بقيام عرف معين . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

(٤) بيع . شركات « شركات القطاع العام » .

حظر الاستيراد من الخارج على القطاع الخاص . ق ٩٥ لسنة ١٩٦٣ . يمكن للمتعاقد الاستعانة فى تدبير الكمية المتعاقد على توريدها بإحدى الشركات المصرح لها بالاستيراد .

١ - مفاد نص المادتين ١٤٧ ، ١٤٨ من التقنين المدنى أن العقد لا

ينشئ حقا ولا يولد التزاما لم يرد بشأنه نص فيه والملتزم يقوم بتنفيذ التزامه كما ورد في العقد دون نقص أو زيادة إلا إذا كان ذلك من مستلزمات التنفيذ .

٢ - تفسير العقد طبقا لما اشتمل عليه يجب أن يتم بحسن نية ، وحسن النية من مسائل الواقع التي تخضع لسلطان محكمة الموضوع .
٣ - لما كان ما يثيره الطاعن من أن العرف جرى على قيام الجهات الإدارية بمثل التسهيلات الواردة بسببي النعي عار من الدليل لعدم تقديمه دليلا على قيام هذا العرف ولعدم إشارة الخبير إليه في تقريره كما لم يرد في مدونات الحكم المطعون فيه ما يدل على أن الطاعن سبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع فلا يجوز عرضه لأول مرة أمام هذه المحكمة .

٤ - إن القانون رقم ٩٥ سنة ١٩٦٣ وإن حظر الاستيراد من الخارج على القطاع الخاص فإنه لم يحظر عليه الاتجار فيما يستورده من السلع إن توفرت في السوق المحلي فإن لم توجد فإنه يمكنه الاستعانة في تدبير الكمية المتعاقد على توريدها بواسطة إحدى الشركات المصرح لها بالاستيراد .

الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٤٢ قضائية

جلسة ٤ يناير سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٤٨ »

أهلية . تقادم . « وقف التقادم » . ملكية . قانون .

سريان التقادم المكسب في حق القاصر في القانون الحالي متى كان للقاصر نائب يمثله . حكم مستحدث ليس له أثر رجعي .

مفاد نص المادة ٨٤ من القانون المدني السابق - الذي بدأ التقادم في ظله - والمادة ٩٧٤ من القانون المدني القائم ، والفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ من هذا القانون الواردة في شأن التقادم المسقط والتي تسرى على التقادم المكسب طبقا للمادة ٩٧٣ من القانون المذكور ،

مفاد هذه النصوص أن القانون المدني السابق وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، قد وضع قاعدة عامة تقضي بأن التقادم المكسب للملكية بنوعيه لا يسرى في حق القاصر وتقف المدة بالنسبة إليه حتى يبلغ سن الرشد ولو كان له من يمثله قانونا ، أما القانون المدني القائم فإنه يقضي بأن التقادم المكسب أيا كانت مدته يسرى في حق القاصر إذا كان له نائب يمثله وهو حكم استحدثه المشرع مراعى فيه أن وجود النائب ينتفى معه المانع الذي يدعو إلى وقف التقادم ، فإذا لم يكن للقاصر نائب يمثله فإن التقادم لا يسرى في حقه لأنه في هذه الحالة يقوم المانع الذي تتعذر معه المطالبة بالحق وهذا الحكم المستحدث ليس له أثر رجعي وإنما يسرى من وقت العمل بالقانون المدني القائم في ١٥ / ١٠ / ١٩٤٩ وفقا لما تنص عليه المادة السابعة من هذا القانون . ولما كان الطاعن الأول قد تحدى بأنه كان قاصرا عند شراء الماكينة « ماكينة الطحين والرى » محل النزاع في سنة ١٩٣١ وأنه لم يبلغ سن الرشد إلا في سنة ١٩٤٤ ، وقضى الحكم المطعون فيه بأن المطعون عليه الأول قد تملك نصيب الطاعن المذكور في الماكينة بوضع اليد المكسب للملكية بالمدة الطويلة دون أن يعنى بمناقشة هذا الدفاع الجوهري وبيان أثره على اكتمال مدة التقادم ، لما كان ذلك فإن الحكم يكون معيبا بالقصور في التسييب .

الطعن رقم ٥٥١ لسنة ٤٢ قضائية

جلسة ٧ من ديسمبر سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٧٥٠ »

(١) دعوى . إيجار . « إيجار الأماكن » .

الدفاع في الدعوى . العبرة بحقيقته ومرماه دون التسمية التي يطلقها عليه الخصوم . مثال في إيجار من الباطن .

(٢) قانون . قرار إداري . إيجار . « إيجار الأماكن » .

القانون بمعناه العام . المقصود به القرارات واللوائح . بدء سريانها . القرارات الوزارية بشأن الإباحة للمستأجر بتأجير وحدات مفروشة لأغراض

السياحة وغيرها . سريانها على العقود التي تبرم في ظلها أو السارية وقت العمل بها .

(٣) إيجار « إيجار الأماكن »

الإباحة للمستأجر بالتأجير مفروشا لأغراض السياحة وغيرها . م ٢٦ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . قصره على مناطق معينة بالنسبة للسائحين . تقيده بالنسبة للطلبة بتلقى العلم داخل الجمهورية بعيدا عن موطن الأسرة .

١ - إذ كانت محكمة الموضوع لا تملك تغيير سبب الدعوى في المواد المدنية ، وكان البين من المذكرة المقدمة من المطعون عليه الأول أمام محكمة أول درجة أنه تمسك بحقه في التأجير مفروشا للمطعون عليها الثاني والثالث بصفتهما من السائحين الأجانب ومن الطلبة وأنه عرض على الطاعن زيادة الأجرة بمعدل السبعين في المائة وأطلق على دفاعه حق الاستضافة ، وكان هذا الدفاع تواجهه الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وقرار وزير الإسكان والمرافق رقم ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ ، وكان المقرر أن الاستئناف ينقل الدعوى بالحالة التي كانت عليها أمام محكمة أول درجة بما اشتملت عليه من دفاع ودفع إلى محكمة الاستئناف التي عليها أن تتصدى للنزاع بقضاء مسبب يستوعب عناصره القانونية والواقعية على سواء فإن الحكم المطعون فيه إذ ناقش حق المطعون عليه الأول في التأجير مفروشا للسائحين الأجانب والطلبة لا يكون قد ابتدع دفاعا لم يتمسك به الخصوم أو تجاوز بمقتضاه نطاق الدعوى . لا يغير من ذلك عدم إضفاء الوصف الصحيح على الدفاع الذي ساقه المطعون عليه الأول إذ العبرة هي بحقيقة الدفاع ومرماه وليس بالتسمية التي يطلقها عليه الخصوم .

٢ - إذ كان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه طبقا للمبادئ الدستورية المعمول بها أنه من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين ، وكان يقصد بالقانون معناه الأعم فيدخل في هذا المجال أي تشريع سواء كان صادرا من السلطة

التشريعية أو من السلطة التنفيذية عملا بالتفويض المقرر لها طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها ، وهو ما يطلق عليه اللائحة أو القرار ، فإنه لا تسرى أحكام هذه القرارات الوزارية وتلك اللوائح إلا على ما يقع من تاريخ صدورهما ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذا لقوانين ذات أثر رجعي . لما كان ما تقدم وكان القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين والمعمول به اعتبارا من ١٨ / ٨ / ١٩٦٩ نظم في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢٦ منه حالات تأجير الأماكن المفروشة بالنسبة للمالك والمستأجر ، وأجازت الفقرة الثالثة منها استثناء لوزير الإسكان بقرار يصدره بعد أخذ رأى الوزير المختص وضع القواعد المنظمة لتأجير وحدات سكنية مفروشة لأغراض السياحة وغيرها من الأغراض ، ثم صدر القرار الوزاري رقم ٣٣٣ لسنة ١٩٧٠ في ٣١ / ٥ / ١٩٧٠ الذي لم ينفذ وحل محله القرارات الوزاريان رقما ٤٨٦ و ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ في ١٧ / ٨ / ١٩٧٠ نفاذا لهذه الفقرة ، فإن هذين القرارين الوزاريين لا يطبقان إلا على العقود التي تبرم في ظلها بعد صدورهما أو على العقود التي تكون سارية فعلا عند العمل بها طبقا للأثر المباشر للتشريع . لما كان ما سلف وكان واقع الدعوى على ما يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأول أجر شقة النزاع مفروشة من باطنه بغير إذن من المالك إلى المطعون عليهم الآخرين اعتبارا من أول يوليو ١٩٧٠ قبل العمل بالقرار الوزاري رقم ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ الصادر في ١٨ أغسطس ١٩٧٠ واستمرت الإجارة بعد ذلك التاريخ حتى آخر أغسطس ١٩٧٠ فإن واقعة التأجير من الباطن تخضع لأحكام ذلك القرار عملا بالأثر المباشر له .

٣ - مفاد نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين ، والمادة الأولى من قرار وزير الإسكان والمرافق رقم

٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ المعدل بالقرار رقم ٦٦٢ لسنة ١٩٧٠ بشأن القواعد المنظمة لتأجير وحدات سكنية مفروشة ، والكشف المرافق لقرار وزير الإسكان رقم ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ أن المشرع أجاز التأجير مفروشا تحقيقا لأغراض معينة استهدفها وبين على سبيل الحصر الأحوال التي يجوز فيها هذا التأجير كما حدد المناطق التي أباحه فيها بالنظر لاعتبارات متعلقة بكل حالة على حدتها ، فقصر التأجير للسائحين الأجانب على أقسام معينة بمدينة القاهرة قدر أنها دون سواها التي تصلح لإقامتهم ، كما أباح التأجير لسكنى الطلبة في جميع مناطق هذه المدينة بقصد تسهيل إقامتهم فترة تحصيلهم العلم داخل الجمهورية وشرط لذلك أن تكون المعاهد التي يلحق بها الطلبة بعيدة عن المدن التي يقيم فيها أسرهم بما مفاده عدم انطباق أحكام القرار على الطلبة الذين يتلقون العلم خارج « جمهورية مصر العربية » إذ تفتقد فيهم صفة الطلبة بالمعنى المراد منه ، فإن الحكم بجمعه بين إضفاء صفة الطلبة والسائحين الأجانب في وقت واحد على المطعون عليها الثاني والثالث رغم المغايرة في الوضع القانوني الذي على أساسه يباح التأجير من الباطن لكل فريق منها ، ورغم أن قسم السيدة زينب الذي تقع به شقة النزاع من الأماكن التي يجوز فيها التأجير مفروشا للطلبة دون السائحين ، ورغم أن الثابت أن المطعون عليها المذكورين بإحدى الجامعات الأجنبية لا المصرية فإنه بهذا الجمع يحول بين محكمة النقض وبين مراقبة قضائه إذ لا يستبين منه وجه الرأي الذي أخذت به المحكمة وجعلته أساس قضائها مما يعيبه بالإيهام والغموض المبطلين .

الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٥ يناير سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٥٩ »

تنفيذ عقارى . قانون .

الدعاوى التي فصل فيها . عدم خضوعها لقانون المرافعات الحالى ولو طعن فيها بالاستئناف في ظله .

تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون المرافعات القائم على أن « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ... » وتنص الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك » . ومؤدى ذلك أن الدعاوى التي تم الفصل فيها والإجراءات التي تمت قبل العمل بالقانون الجديد لا تخضع لأحكامه وإنما تسرى عليها أحكام القانون القديم حتى ولو لم يكن الحكم فيها نهائيا وطعن فيه بالاستئناف في ظل القانون الجديد ، وإذا كان الحكم الابتدائي قد صدر بتاريخ ٢٤ / ٤ / ١٩٦٨ في ظل أحكام المادة ٦٤٧ من قانون المرافعات السابق بالاستمرار في إجراءات التنفيذ ، وتخلت المحكمة عن الفصل في موضوع الاعتراض على وجود الدين وحقيقة مقداره عملا برخصة التنحي المخولة لها في المادة المشار إليها وبما لها من سلطة تقديرية في هذا الاختيار ، فتركت للمحكمة المختصة بدعوى الحساب الفصل في هذا النزاع ، وكان إيداع قائمة شروط البيع مشتملة على الثمن الأساسى قد تم في ظل القانون السابق الذى لم يكن يحكم تقدير الثمن باعتبارات محددة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم هذا النظر وقضى بتأييد الحكم المستأنف في هذا الخصوص ، يكون قد أصاب صحيح القانون .

الطعن رقم ١٥ لسنة ٤٥ قضائية « أحوال شخصية »

جلسة ٢٦ من يناير سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٢٩٦ »

(١ ، ٢ ، ٣) أحوال شخصية « المصريين غير المسلمين » .

بطلان .

(١) تغيير الطائفة أو الملة . لا ينتج أثره بمجرد إبداء الرغبة . وجوب

الدخول فيها وإتمام طقوسها ومظاهرها الخارجية الرسمية وقبول طلب الانضمام من الجهة الدينية المختصة .

(٢) سلطة الرئيس الديني في التحقق من جدية طلب تغيير الطائفة أو الملة قبل قبوله وإبطاله بعد حصوله . عمل ديني لا قضائي . لا يؤثر فيه صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(٣) إبطال الجهة الدينية للانضمام للطائفة أو الملة . سريانه بأثر رجعي متى كان سبب البطلان معاصرا لقرار الانضمام . حقها في فصل الشخص لسبب لاحق للانضمام . ليس للفصل أثر رجعي .

(٤) أحوال شخصية « المصريين غير المسلمين » محكمة الموضوع . نقض .

(٤) إسباغ الوصف الصحيح على قرار الجهة الدينية بأنه إلغاء للانضمام أو اعتباره فضلا من مسائل القانون . لمحكمة النقض مراقبة محكمة الموضوع فيما انتهت إليه من تكيف بصدده .

(٥) أحوال شخصية « المصريين غير المسلمين » . حكم « قصور » .

(٥) منازعة الزوج في قرار الجهة الدينية بإبطال انضمامه للطائفة . وجوب إعمال محكمة الموضوع سلطتها في مراقبة الأسباب التي حدت إلى إصداره . إغفالها ذلك . قصور .

١ - المستقر - في قضاء هذه المحكمة - أن تغيير الطائفة أو الملة أمر يتصل بحرية العقيدة إلا أنه عمل إرادي من جانب الجهة الدينية المختصة ، ومن ثم فهو لا يتم ولا ينتج أثره بمجرد الطلب وإبداء الرغبة ، ولكن بعد الدخول فيها وإتمام طقوسها ومظاهرها الخارجية الرسمية وقبول طلب الانضمام إلى الطائفة أو الملة الجديدة .

٢ - للرئيس الديني للملة أو الطائفة التي يرغب الشخص في الانضمام إليها أن يتحقق قبل قبول الطلب من جديته وأن يستوثق من صدوره عن نية سليمة ، كما أن له أن يبطل الانضمام بعد قبوله ويعتبره

كأن لم يكن إذا تبين له عدم جديته اعتباراً بأنه يندرج في صميم الأعمال الدينية ، والباقية للجهات الكنسية ، ولا يعد من قبيل ممارسة أية سلطة قضائية أصبحت هذه الجهات لا تملكها بعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

٣ - للجهات الكنسية سلطة البحث في دوافع وبواعث التغيير بقبول الانضمام إليها بداءة ، كما أن لها سلطة تتبع مدى سلامة الانضمام بعد حصوله ، فلها أن تبطله وتعتبره كأن لم يكن متى استبان لها أن الشخص كان عند انضمامه سيئ النية ولم يستهدف من التغيير إلا التحايل على القانون ، بحيث يكون سبب البطلان معاصرا لقرار الانضمام وليس لاحقا عليه ، فيسرى عندئذ بأثر رجعي ، أما إذا كان حسن النية صادق العقيدة عند انضمامه ثم جدت ظروف أتاحت له الاستفادة من الآثار القانونية التي تخولها إياه أحكام هذا التغيير ، فإن إبطال القرار بالمعنى السالف لا يكون له محل . وإن كان يجوز للجهات الكنسية أن تفصله طالما وجدت في سلوكه الديني مالا يروق لها ، والقرار بالفصل لا يكون له في هذه الحالة أثر رجعي لأن الانضمام يكون تم صحيحا .

٤ - إذ كان البين من الدفاع الذي ساقه الطاعن أمام محكمة الموضوع نعيًا على الشهادة الصادرة بإلغاء انضمامه إلى طائفة الروم الأرثوذكس أنها موقعة من غير مختص بإصدارها وأنها في حقيقتها إسقاط للعضوية أو فصل من الكنيسة وليست إقرارا لحالة البطلان التي شابت قبول الانضمام ، وأنه ليس للجهة الدينية إلغاء الانضمام دون سماع دفاعه ، والقول بأن الشهادة المشار إليها تعتبر قرارا بإلغاء الانضمام أو تعد فضلا من الكنيسة هي مسألة تكليف يقصد بها إسباغ الوصف الصحيح عليها لمعرفة ما إذا كان لها من أثر رجعي أو لا يترتب عليها هذا الأثر ، وهي من مسائل القانون التي يخضع قضاء الموضوع بصددها لرقابة محكمة النقض .

٥ - لقاضي الموضوع الحق في مراقبة الأسباب التي حدثت بالجهة الدينية إلى إلغاء قرار الانضمام - أيا كان الوصف الذي تطلقه عليه - للتحقق من أنه صدر في نطاقه ولم يخرج عنه واستهدف الحيلولة دون التحايل على القانون وحتى لا يمثل الإلغاء قيوداً على مبدأ حرية العقيدة والمساس به ، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه وقف عند حد تقرير سلطة الرئيس الديني في سلامة إلغاء انضمامه وقيامه على أسباب مسوغة ، فإنه يكون فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون قد أغفل دفاعاً جوهرياً من الجائز أن يترتب عليه تغير وجه الرأي في الدعوى .

الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٣ قضائية

جلسة ٦ إبريل سنة ١٩٧٧ «س ٢٨ ص ٩٣٦»
 (١) حكم . الطعن في الحكم . استئناف . نظام عام . قابلية الأحكام للطعن أو عدم قابليتها . تعلقه بالنظام العام .
 (٢) قانون . «تفسير» .
 حكمة التشريع . عدم جواز اللجوء إليها مع صراحة النص .
 (٣) نقض «أسباب الطعن» . نظام عام .
 التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بالأسباب المتعلقة بالنظام العام . شرطه .

١ - قابلية الأحكام للطعن فيها أو عدم قابليتها مسألة متعلقة بالنظام العام تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها .
 ٢ - إذ كان نص المادة ٢١٢ مرافعات واضحاً فلا يسوغ اللجوء في تفسيره لحكمة التشريع ، لأن هذه الحكمة لا يمكن تطبيقها باعتبارها ليست نصاً يطبق ، وإنما هي مجرد وسيلة يهتدى بها في تفسير النص حال غموضه .

٣ - إنه وإن كان يجوز التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بأي سبب من الأسباب القانونية المتعلقة بالنظام العام ، إلا أنه لما كان ما

أضاه الطاعن بالجلسة منصّباً على ما جاء بحكم محكمة أول درجة ، وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لموضوع تخفيض الأجرة محل النعى ، وإنما قضى بعدم جواز الاستئناف فإن النعى يكون وارداً على غير محل .

الطعن رقم ٧٧٠ سنة ٤٤ قضائية

جلسة ٢ من فبراير سنة ١٩٧٧ «س ٢٨ ص ٣٥٩»
 (١ - ٧) نقض . «حالات الطعن» . قانون . «قوة الأمر المقضى» . حكم «تصحيح الأحكام» .
 (١) الطعن بالنقض . المقصود به مخاصمة الحكم النهائي . حالاته . بيانها على سبيل الحصر في المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ مرافعات .
 (٢) م ٢٤٩ مرافعات ، حالة استثنائية . شرطها . صدور حكم على خلاف حكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى .
 (٣) الأحكام الصادرة من محكمة النقض . بانه قاطعة . عدم جواز الطعن فيها بدعوى مخالفتها لحكم حائز لقوة الأمر المقضى .
 (٤) الأخطاء غير المادية . عدم جواز الالتجاء إلى ذات المحكمة لتصحيحها .
 (٥) الادعاء بوجود تقصير في تشريع المرافعات بشأن الطعن في أحكام محكمة النقض . طلب الطاعن الاستهداء بالمصادر الأخرى للتشريع المشار إليها في المادة الأولى من التقنين المدني . لا محل له . علة ذلك .
 (٦) أحكام محكمة النقض بمنأى عن أي طعن . الاستثناء . قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد قضاتها . ما جرت عليه الدائرة الجنائية بها . لا يجوز مباشرته في الدائرة المدنية . علة ذلك .
 (٧) الطعن في الحكم الصادر من محكمة النقض بدعوى تضمنه عدولاً عن مبادئ قانونية سابقة . لا يتدرج ضمن أسباب عدم الصلاحية التي يجوز بسببها الطعن في الحكم .

١ - الطعن بالنقض طريق غير عادي لم يجزه القانون للطعن في الأحكام الانتهائية إلا في أحوال بينها بيان حصر في المادتين ٢٤٨ ،

٢٤٩ من قانون المرافعات . وترجع كلها إما إلى مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله ، أو إلى وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر فيه ، ويقصد به في واقع الأمر مخالفة الحكم النهائي الذي يطعن عليه بهذا الطريق ، فيتعين أن يلجأ بصدده إلى محكمة مغايرة لتلك التي أصدرته على أن تكون أعلى منها ، حددها المشرع أنها محكمة النقض التي تعتبر قمة السلطة القضائية في سلم ترتيب المحاكم .

٢ - قصرت المادة ٢٤٧ من قانون المرافعات الطعن بالنقض أصلاً على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال التي بينها ، وما قرره المادة ٢٤٩ من ذات القانون من إجازة الطعن بالنقض استثناء في أي حكم انتهائي - أيا كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع سابق خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي يندرج ضمن مخالفة القانون باعتباره مخالفة للقاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة ١٠١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ويقصد بها الأحكام الحائزة قوة الأمر المقضي وهي مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح أثره الملزم نهائياً غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية ، وإن ظل قابلاً للطعن فيه بطريق غير عادي .

٣ - الأحكام التي تصدرها محكمة النقض لا تعد من الأحكام التي تعنيها المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات - اعتباراً - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن محكمة النقض هي خاتمة المطاف وأن أحكامها بآلة قاطعة لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية ، يؤيد ذلك النظر أن المشرع نص في المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات على أن للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية - أيا كانت المحكمة التي أصدرتها ... » وهي ذات العبارة التي يستند إليها الطاعن في المادة ٢٤٩ آنفة الذكر - مع أن المادة ٢٥٠ استحدثت نظام الطعن لمصلحة القانون

دون أن يفيد منها الخصوم لمواجهة صعوبات تعرض في العمل وتؤدي إلى تعارض أحكام القضاء في المسائل القانونية الواحدة ، وأريد بها أن تعرض هذه المسائل على محكمة النقض لتقول فيها كلمتها فتضع حداً لتضارب الأحكام ، ولا يتصور بمقتضاها الطعن في أحكام محكمة النقض بالذات ، لما كان ذلك وكان النص في المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات على أنه « لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن » إنما جاء تعبيراً عن هذا المعنى ، وعنى المشرع بإبرازه في كافة القوانين التي صاحبت إنشاء محكمة النقض ، وكانت هذه المادة بعمومها وإطلاقها تنصب على كافة الأحكام التي تصدرها محكمة النقض ، وتختلف في نطاقها ومجالها وموضوعها عن الأحكام المشار إليها في المادة ٢٤٩ مرافعات ، وكان نصها بهذه المثابة باقياً على عمومته لم يدخله التخصيص ، بل وأطلق عن قرينة تمنع من إرادة تخصيصه ، فإن ما يتذرع به الطاعن من إجازة الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة النقض بدعوى مخالفتها لحكم نهائي حائز قوة الأمر المقضي ينطوي على مجاوزة لمراد الشارع .

٤ - إذ كان الأصل ألا سبيل إلى إلغاء أحكام القضاء ، أو تعديلها إلا بسلوك طرق الطعن المقررة في القانون ، وكانت المادة ١٩١ من قانون المرافعات قد أجازت استثناء من هذا الأصل - وللتيسير - الرجوع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم وقصرته على تصحيح ما عساه أن يقع في منطوق الحكم أو أسبابه من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسائية ، فإن مفهوم مخالفة هذا النص قاطع في أن الأخطاء غير المادية لا يجوز الرجوع في شأنها إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم ، إذ فيه ابتداء لطريق من طرق الطعن لم يأذن به الشارع أو ينظمه القانون .

٥ - إذ كانت القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائي والمرافعات المدنية وهي المشتملة على الإجراءات والأوضاع التي تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء وكيفية الفصل في الدعوى وقواعد إصدار الأحكام

والطعن فيها وتنفيذها لا شأن لها بجوهر الحقوق الموضوعية ، ولا بالنصوص القانونية المنظمة لها ، وكان المصدر الوحيد لهذه القوانين هو التشريع المتمثل أساسا في مجموعة المرافعات المدنية والتجارية الصادر بها القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، والتشريعات المكملة دون ما اعتداد بأية مصادر أخرى ، فإنه لا محل للمحاجة في هذا المجال بما تقضى به المادة الأولى من التقنين المدني من استناد إلى بعض المصادر عند تخلف النص التشريعي ، باعتبار القانون الأخير من القوانين الموضوعية المقررة للحقوق التي تبينها وتحدد كيفية نشوتها وطريقة انقضائها ، بينما قانون المرافعات يقرر الوسيلة التي بمقتضاها تؤدي هذه الحقوق ، بحيث تلزم الشكلية كي يطمئن الأفراد إلى المحافظة على حقوقهم متى اتخذوا الأوضاع التي نص عليها القانون ضمانا لسير القضاء ومنعا من أن يترك الأمر فيه لمطلق التقدير .

٦ - لم يخول المشرع حق السحب لمحكمة النقض بصريح نص المادة ١٤٧ من قانون المرافعات القائم . والمقابلة للمادة ٣١٤ من قانون المرافعات السابق - إلا في حالة قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد قضاتها الذين أصدروا الحكم وأوردت المذكرة الإيضاحية إنه « زيادة في الاطمئنان والتحوط لسمعة القضاء نص على أنه إذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها سحب الحكم وإعادة نظر الطعن وهو استثناء من الأصل العام الذي يجعل أحكام محكمة النقض بمنجى من الطعن » ، مما مفاده أن هذه هي الحالة الوحيدة التي يحق فيها للدائرة المدنية بالمحكمة أن ترجع عن قضائها وتسحب فيها حكمها . ولئن ذهبت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض إلى سحب الأحكام الصادرة منها إذا وقع فيها خطأ مادي بناء على تظلم المحكوم عليه ، فإن القضاء الجنائي يتعلق في صميمه بالأرواح والحريات وللنيابة العامة دور هام فيها باعتبارها الممثلة للمجتمع ، بخلاف القضاء المدني الذي تعرض عليه خصومات

مرددة بين الأفراد وتتصل بأموالهم ، ويدعى كل خصم فيها حقا يناهض حق الآخر ، ويوازن القاضى بين دفاع كل منها ويرجع أحدهما ، الأمر الذي يستلزم بطبيعة الحال استقرار المراكز القانونية وعدم قلقها ، فلا تجوز المحاجة بما درجت عليه الدائرة الجنائية للمحكمة في هذا الخصوص .

٧ - إذ كانت أحكام محكمة النقض - طبقا للمستقر في قضاء هذه المحكمة - لا يجوز تعيينها بأى وجه من الوجوه ، وهي واجبة الاحترام فيها خلصت إليه أخطأت أم أصابت وكان ما ينعاه الطاعن على الحكم الصادر من محكمة النقض بتاريخ ٧ / ٥ / ١٩٧٤ من أنه تضمن العدول عن مبادئ قانونية قررتها أحكام سابقة دون إحالة على الهيئة العامة خلافا لما يقضى به قانون السلطة القضائية أو أن من حقه طلب سحب الحكم لارتكازه أساسا على بطلان صحيفة الطعن تبعا لعدم التوقيع عليها من محام مقرر أمام محكمة النقض لا تندرج ضمن أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها تحديدا وحصرًا في المادة ١٤٧ من قانون المرافعات فإن الطعن يكون غير مقبول .

الطعن رقم ٧ سنة ٤٢ قضائية « أحوال شخصية »

جلسة ١٩ من يناير سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ٢٧٦ »

(١) دعوى « التدخل » . نقض . « الخصوم في الطعن » .

اطراح محكمة الاستئناف طلب التدخل . مؤداه . عدم اعتبار طالب التدخل خصما في الدعوى . اختصاصه في الطعن بالنقض . غير مقبول . عدم جواز التدخل لأول مرة أمام محكمة النقض .

(٢) قانون . نظام عام .

استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي . مناطه . مخالفتها للنظام العام أو

الآداب .

(٣) وصية . نظام عام . أحوال شخصية .

المنع من التصرف . م ٨٢٣ مدني . شروط صحته . الباعث المشروع والمدة

المؤقتة . مثال في وصية .

(٤) وصية . قانون . نظام عام .

الوصية بالمنافع . جائزة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي . اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في شأن القدر الجائز الإيضاء به وطريقة الانتفاع وترتيب الموصى لهم . لا مخالفة في ذلك للنظام العام .

(٥) وقف . وصية . عقد .

الادعاء بأن نية الموصى قد انصرفت إلى إنشاء وقف لا وصية . لا محل له طالما ثبت انتفاء التأييد للشرط المانع من التصرف .

(٦) وصية . دعوى « المصلحة » .

طلب إبطال الوصية استنادا إلى تعذر تنفيذ الرغبة التالية للموصى بعد وفاة الموصى لها . نعى سابق لأوانه . غير مقبول .

(٧) قانون . إثبات . وصية .

الاستناد إلى قانون أجنبي . مجرد واقعة مادية . على الخصوم إقامة الدليل عليه . مثال بشأن إبطال وصية .

١ - إذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأخير طلب قبول تدخله أمام محكمة الاستئناف وإزاء عدم إعلانه طلبه للغائب من الخصوم فقد اطرحته المحكمة ، مما مفاده أنها لم تقبل تدخله ولا يعتبر طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ، ولما كان لا يجوز التدخل لأول مرة أمام محكمة النقض كما لا يجوز أمامها اختصاص من لم يكن طرفا في الخصومة أمام المحكمة الاستئنافية فإن اختصاص المطعون عليه السادس يكون غير مقبول .

٢ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدني إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة .

٣ - المادة ٨٢٣ من القانون المدني لا تبيح اشتراط حظر التصرف إلا لمدة مؤقتة وبناء على باعث مشروع ، وهي الحدود التي أباح المشرع في نطاقها الخروج على مبدأ حرية تداول الأموال ، وقد استخلص

الحكم - المطعون فيه - من عبارات الوصية وفي استدلال سائغ أن الباعث على حظر التصرف الموقوت بحياة الموصى إليها هو حمايتها وتحقيق مصلحتها بما لا خروج فيه على قواعد النظام العام ، ومن ثم فإن هذا الذي انتهى إليه الحكم لا ينطوي على خطأ في تطبيق القانون .

٤ - الوصية بالمنافع جائزة في الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الأربعة ، وتعتبر صحيحة وفقا لأحكام القانون المدني وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، ولا يدخل في نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد القدر الذي تجوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الانتفاع بالموصى به ، أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع .

٥ - إذ كانت محكمة الموضوع قد دلت وبأسباب تكفي لحمل قضائها وفي حدود سلطتها لتقدير الدليل على توافر عناصر الوصية ، وكان ما تدعيه الطاعنة من انصراف نية الموصى إلى إنشاء وقف لا وصية يتنافى مع انتفاء التأييد ، فإن النعى يكون على غير أساس .

٦ - إذ كان القول بتعذر تنفيذ رغبة الموصى بعلاج فقراء الطائفة اليهودية - في المستشفى الإسرائيلي بعد أن آلت ملكيتها إلى القوات المسلحة - لا يصادف محلا إلا بعد وفاة الطاعنة والبدء في تنفيذ الشق الثاني من الوصية ، فإن التذرع بسبب النعى يكون سابقا لأوانه .

٧ - إذ كانت الطاعنة لم تقدم السند الذي يبيح لها طلب إبطال الوصية من نصوص القانون الأسباني عملا بالمادة ١٧ من القانون المدني ، وكان الاستناد إلى قانون أجنبي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه ، فإن النعى لا يكون مقبولا .

الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٥ قضائية « أحوال شخصية »

جلسة أول يونية سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٣٥٤ »

(١ ، ٢ ، ٣) إعلان . موطن . محكمة الموضوع . قانون .

(١) الموطن في مفهوم المادتين ٤٠ مدني ؛ ٢٠ من اللائحة الشرعية . المكان

الذي اعتاد الشخص الإقامة فيه بصفة مستقرة . التغيب عنه فترات . لا أثر

له .

(٢) استقرار الإقامة في مكان معين مرده نية الشخص . الاستدلال عليها

من الظروف المادية . توافر عنصر الاستقرار ونية التوطن . واقع تستقل به

محكمة الموضوع .

(٣) اختلاف فكرة الموطن في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي

الخاص . المقصود بالموطن في القانون الأخير . الأجانب المقيمون في بلد لا

ينتمون بجنسيتهم إليه . جواز اعتباره موطناً لهم .

(٤) أحوال شخصية . أجنبي . استئناف .

ميعاد استئناف الأحكام المحضورية في دعاوى الأحوال الشخصية للأجانب

١٥ يوماً من تاريخ صدورها . امتداده إلى ٦٠ يوماً بالنسبة لغير المتوطنين في

مصر .

١ - النص في المادة ٤٠ من القانون المدني على أن « الموطن هو

المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ... » يدل على أن المشرع اعتد

بالتصوير الواقعي للموطن - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية -

استجابة للحاجات العملية واتساقاً مع المبادئ المقررة في الشريعة

الإسلامية التي أفصحت عنها المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم

الشرعية ، فلم يفرق بين الموطن وبين محل الإقامة العادي ، وجعل

المعول عليه في تعيينه الإقامة المستقرة بمعنى أنه يشترط في الموطن أن

يقيم فيه الشخص وأن تكون إقامته بصفة مستقرة وعلى وجه يتحقق

فيه شرط الاعتقاد ، ولو لم تكن مستمرة تتخللها فترات غيبة متقاربة

أو متباعدة .

٢ - استقرار الإقامة في مكان معين مرده إلى نية الشخص التي

يمكن الاستدلال عليها من الظروف المادية التي تختلف من دعوى إلى

أخرى ، وتقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرها

في الموطن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور

الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع .

٣ - الموطن وفق المادة ٤٠ من القانون المدني إنما يتناول معناه في

نطاق القانون الداخلي باعتباره رابطة بين الشخص ومكان معين

بالذات في الإقليم الذي يقيم فيه عادة ، دون اعتداد بما إذا كان

الشخص الذي يحدد موطنه بمقتضاها ينتمي إلى جنسية الدولة التي

توطن فيها أم لا ، ويختلف عن فكرة الموطن في القانون الدولي الخاص

التي تبنى على صلة تقوم بين الشخص وبين إقليم دولة معينة مؤسسة على

الجنسية ، تغلب عليها العلاقة الروحية وتخضع لمبدأ السيادة الإقليمية

وتراعى فيها الاعتبارات السياسية وترتب عليها أثرها في تمتع

الأجانب بالحقوق أو بيان القانون الواجب التطبيق عند تنازع

القوانين ، وهي آثار مغايرة لما تحققه للأجانب فكرة الموطن في سائر

فروع القانون الداخلي من قبيل إعلان الأوراق القضائية أو تحديد

الاختصاص المحلي ، وبالتالي فلا مساع لما يذهب إليه الطاعن من

انتفاء تقرير موطن للأجانب المقيمين في بلد لا ينتمون بجنسيتهم إليه .

٤ - مؤدى ما تقضى به المادتان ٨٧٥ ، ٨٧٦ الواردتان بالكتاب

الرابع من قانون المرافعات المضاف بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ أن

المشرع قصر ميعاد الاستئناف في دعاوى الأحوال الشخصية للأجانب

فجعله خمسة عشر يوماً من تاريخ النطق بالحكم إذا كان حضورياً ،

ومد هذا الميعاد إلى ستين يوماً لذوى الشأن الغير متوطنين تيسيراً لاتخاذ

إجراءات الطعن على أن يقوم هذا المد مقام مواعيد المسافة ، ويقصد

بذوى الشأن غير المتوطنين ألا يكون لهم موطن في معنى المادة ٤٠ من

القانون المدني .

الطلبان رقما ١٦ لسنة ٤٣ قضائية ، ٤٢ لسنة ٤٥ قضائية « رجال القضاء » :

جلسة ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٢٨ »
(١) اختصاص « اختصاص نوعي » .

تشكيل مجلس إدارة نادي القضاة . قرار بقانون ٨٤ لسنة ١٩٦٩ . أمر متعلق بشئون القضاء . اختصاص محكمة النقض دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة به .

(٢) القرار بقانون ٨٤ لسنة ١٩٦٩ بشأن تشكيل مجلس إدارة نادي القضاة .

صدوره من رئيس الجمهورية خارج النطاق المحدد بقانون التفويض ٢٥ لسنة ١٩٦٧ . أثره . اعتباره مجرداً من قوة القانون عديم الأثر . وجوب إلغائه واعتباره كأن لم يكن .

(٣) حكم « حجية الحكم » حراسة . قضاء مستعجل .

الحكم المستعجل بتعيين حارس على نادي القضاة لإجراء انتخابات أعضاء مجلس الإدارة . حكم وقفي . لا يمنع من نظر دعوى إلغاء القرار بقانون ٨٤ لسنة ١٩٦٥ بشأن تشكيل مجلس إدارة النادي .

١ - تقضى المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ٧٢ المقابلة للمادة ٩٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ بأن تختص دوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم وذلك عدا النقل والتدب متى كان مبنى الطلب عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة . ولما كان القانون وطبيعة العمل يفرضان على رجال القضاء والنيابة العامة سلوكاً معيناً في حياتهم العامة والخاصة مما اقتضى أن يكون لهم ناد خاص يجتمعون فيه ويباشرونهم بعض مطالباتهم ويتولى إدارته مجلس منتخب طبقاً لنص المادة ٤٥

من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات ، فإن القرار بالقانون المطعون فيه إذ قضى بتشكيل مجلس إدارة النادي من رئيس وأعضاء بحكم وظائفهم يكون متعلقاً بشأن من شئون القضاة ، التي تختص محكمة النقض دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة به .

٢ - يبين بالرجوع إلى القرار بالقانون ٨٤ لسنة ٦٩ أنه صدر استناداً إلى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٥ الصادر من مجلس الأمة بتفويض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون وإذ تنص المادة الأولى من هذا القانون على أن « يفوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتصل بأمن الدولة وسلامتها ، وتعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ، ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني ، وبصفة عامة في كل ما يراه ضرورياً لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية » ومؤدى هذا النص أن التفويض يقتصر على المواضيع المحددة به والضرورية لمواجهة الظروف الاستثنائية القائمة وقتئذ التي أعقبها عدوان يونيو ١٩٦٧ ، وقد صدر هذا التفويض بناء على ما خول لمجلس الأمة بمقتضى المادة ١٢٠ من دستور ١٩٦٤ الذي كان معمولاً به ، وإذ كان القرار بالقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من تشكيل مجلس إدارة لنادي القضاة من رئيس وأعضاء بحكم وظائفهم قد صدر في موضوع يخرج عن النطاق المحدد بقانون التفويض ، ويخالف مؤدى نصه ومقتضاه ، فإنه يكون مجرداً من قوة القانون ويجعله عديم الأثر ولا يصلح أداة لإلغاء أو تعديل أحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ، لما كان ما تقدم فإنه يتعين إلغاء القرار بالقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٩ في شأن نادي القضاة واعتباره كأن لم يكن .

٣ - سبق صدور حكم القضاء المستعجل بتعيين حارس على نادي القضاة لدعوة الجمعية العمومية وإجراء انتخابات أعضاء مجلس الإدارة ، واستناد الحكم في أسبابه إلى انعدام القرار بالقانون المطعون

فيه ، لا يمنع من نظر دعوى إلغاء هذا القرار بقانون بشأن تشكيل مجلس إدارة النادي ، ذلك أن الحكم الصادر من قاضي الأمور المستعجلة هو حكم وقتي لا يجوز حجبة الأمر المقضى عند طرح النزاع على محكمة الموضوع .

الطعن رقم ٤٢٧ لسنة ٤١ القضائية :

جلسة ٢٧ من أبريل سنة ١٩٧٧ « س ٢٨ ص ١٠٦٠ »

(١) حكم « الطعن في الحكم » . بطلان . دعوى .

بحث أسباب العوار بالحكم . سبيله . الطعن فيه بالطريق المناسب . عدم جواز رفع دعوى أصلية يبطلان الحكم . الاستثناء . تجرده من أركانه الأساسية .

(٢ ، ٣) استئناف . إثبات . دعوى « الدفاع » .

(٢) وظيفة محكمة الاستئناف . نظر موضوع الاستئناف في حدود طلبات المستأنف بكل ما اشتمل عليه من أدلة ودفع وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية .

(٣) دعوى التعويض ضد موظف . تمسك المدعى أمام محكمة الاستئناف بضم التحقيقات الإدارية التي سلخت بعد صدور الحكم الابتدائي . إغفال المحكمة هذا الطلب اكتفاء بذاكرة مفوض الدولة وقرار وزير العدل بإلغاء الجزاء السابق توقيعه على الموظف . مخالفة ذلك للأثر الناقل للاستئناف .

(٤) قرا إداري . دعوى . تعويض . موظفون .

قرار وزير العدل بإلغاء جزاء سبق توقيعه على أحد موظفيه . لا يجوز دون إقامة دعوى بالتعويض ضد الموظف . جواز التدليل على الخطأ ولو على خلاف مدلول القرار الإداري .

١ - إذ حصر المشرع طرق الطعن في الأحكام ووضع لها آجالاً محدودة وإجراءات معينة فإنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يمتنع بحث أسباب العوار التي تلحق بالأحكام إلا عن طريق التظلم منها بطريق الطعن المناسب لها ، بحيث إذا كان الطعن غير جائز كما هو الحال في واقع الدعوى أو كان قد استغلق فلا سبيل

لإهدار تلك الأحكام بدعوى بطلان أصلية ، وذلك تقديراً لحجية الأحكام باعتبارها عنوان الحقيقة في ذاتها . وأنه وإن جاز استثناء من هذا الأصل العام في بعض الصور القول بإمكان رفع دعوى بطلان أصلية أو الدفع بذلك ، غير أنه لا يتأتى إلا عند تجرد الحكم من أركانه الأساسية .

٢ - وظيفة محكمة الاستئناف ليست مقصورة على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبيق القانوني فحسب ، وإنما يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع في حدود طلبات المستأنف إلى محكمة الدرجة الثانية وإعادة طرحه عليها بكل ما اشتمل عليه من أدلة ودفع وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء .

٣ - إذ كان الطاعن قد ركن في إثبات وقوع الخطأ في جانب المطعون عليه الثاني - كاتب الجلسة - إلى ما شاب ملف الدعوى من عبث بأوراقها ، كان موضوع تحقيق من رئاسة المحكمة ومن النيابة الإدارية مع المطعون عليه الثاني ، وتمسك أمام محكمة الاستئناف بوجود ضمها وقد كانا تحت نظر محكمة أول درجة وسلخا بعد ذلك ، وكانت محكمة الاستئناف إذ حجزت الدعوى للحكم قبل أن يتحقق الضم فقد تقدم الطاعن بطلب لإعادتها للمرافعة لضمها ، وكان الحكم المطعون فيه لم يستجب لهذا الطلب قولا منه إن المحكمة هيأت للخصوم فرصة تقديم المذكرات دون ما ضرورة لضم المطلوب مادامت الأوراق فيها العناصر التي تكفي لتكوين اقتناعها ، وبنت قضاءها بتأييد الحكم المستأنف على سند مما أثبت بتقرير مفوض الدولة من عدم صحة ما تضمنته شكوى الطاعن وفساد التهم المنسوبة للمطعون عليه الثاني ، بما ترتب عليه صدور قرار من وزير العدل بإلغاء الجزاء الذي كان قد وقع عليه ، فإن هذا الذي قرره الحكم ينطوي على مخالفة للأثر الناقل للاستئناف حين حجب نفسه عن مواجهة موضوع النزاع بعدم اطلاعه على ملف الدعوى والتحقيقات الإدارية المطلوب ضمها واللذين يستند

إليها الطاعن في طلب التعويض والذي بنت محكمة أول درجة قضاءها على أساس ما ورد بهما ، وأحل بديلاً عنها ما استخلصه مفوض الدولة في تقريره رغم أن القاضي يجب أن يستقل بتقدير الدليل بناء على اقتناعه الشخصي ومعملاً رقيبته الذاتية ، ولا يقدح في ذلك أن يكون الحكم المطعون فيه قد أحال إلى أسباب الحكم الابتدائي مما لا يتعارض مع أسبابه أو أن الوقائع المدونة بتقرير مفوض الدولة ومخالفتها للثابت بتحقيقات النيابة الإدارية لم تكن محل نعي من الطاعن لأن شرط ذلك أن تكون المحكمة قد اطلعت على الأوراق المطلوب ضمها بنفسها وأخضعها لتقديرها هي طبقاً للأثر الناقل للاستئناف .

٤ - إذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتد بقرار وزير العدل بإلغاء الجزاء الموقع - على كاتب الجلسة - وأسبغ الحجية عليه مع أنه لا يعدو أن يكون سحياً لقرار إداري لا يحول بين المضرور وبين إقامة الدعوى المدنية بالتعويض يدلل فيها على وقوع الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها وحصول الضرر وعلاقة السببية بينها ولو على خلاف مدلول القرار الصادر من السلطة الإدارية ، فإنه يكون قد أخطأ .

الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٤٢ القضائية

جلسة ٢٩ من مارس سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ٧٨٨ »
(١) ، (٢) ، (٣) فوائده . بنوك . عرف . محكمة الموضوع . نقض . نظام عام .
(١) تحريم الفوائد المركبة ، الاستثناء ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . وجوب تجريد الفوائد في الحساب الجاري .
(٢) صيرورة رصيد الحساب الجاري ديناً عادياً بإقفاله . تحريم تقاضي فوائده مركبة عنه . تعلق ذلك بالنظام العام . الاستثناء . ما تقضى به القواعد والعادات التجارية .
(٣) العادات التجارية من مسائل الواقع التي يترك الثبوت من قيامها وتفسيرها لقاضي الموضوع . خروجها من رقابة محكمة النقض إلا حيث يجيد القاضي عن تطبيق عادة ثبت لديه قيامها .

١ - مفاد نص المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدني أن المشرع قد حرم تقاضي الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف من تجريد الفوائد داخل الحساب الجاري .

٢ - صفة الحساب الجاري تزول عنه بإقفاله ويصبح الرصيد ديناً عادياً مما لا يجوز معه وفقاً للمادة ٢٣٢ من القانون المدني تقاضي فوائد مركبة عنه ولو اتفق على ذلك الطرفان لأن تحريم الفوائد المركبة من النظام العام مما لا يصح معه الاتفاق على مخالفته ، ولا يستثنى من ذلك إلا ما تقضى به القواعد والعادات التجارية .

٣ - تقدير ثبوت العادات التجارية والتحقق من قيامها وتفسيرها يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ، ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض إلا حيث يجيد عن أعمال حكم العادة التجارية التي ثبت لديه قيامها .

الطعن رقم ٦٦٤ سنة ٤١ القضائية

جلسة ١٨ من ديسمبر سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ١٧٧٨ »
(١ ، ٢ ، ٣) ، عمل . « مكافأة الإنتاج » . « الإجازات » . عرف .
(١) مكافأة الإنتاج . ارتباطها بالعمل وجوداً وهدماً . عدم استحقاق العامل لها خلال فترة إبعاده عن العمل .
(٢) اعتبار المنحة جزءاً من الأجر . شرطه . وجوب التقيد بما جرى عليه العرف في هذا الخصوص .
(٣) الأجر الذي يحسب على أساسه مقابل إجازة العامل هو الأجر الثابت دون احتساب الملحقات . وجوب ضم المنحة إلى الأجر عند حساب بدل مهلة الإنذار . الأجر من عناصر تقدير التعويض ويرتبط به .

١ - متى كان الطاعن لم يكن يباشر العمل بالشركة خلال فترة تعيينه لصدور قرار وزير المواصلات بإبعاده عن العمل ، وكانت مكافأة الإنتاج ترتبط بالعمل وجوداً وهدماً ولا يتقرر حق العمل فيها إلا إذا

بأشـر العامل فعلاً فإن الطاعن لا يستحق تلك المكافأة عن الفترة المذكورة .

٢ - المنحة التي تعطى للعامل علاوة على الأجر ووفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة ٦٨٣ من القانون المدني والفقرة الثالثة من المادة ٣ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ تعتبر جزءاً من الأجر ، إذا كانت مقررة في عقود العمل الفردية أو المشتركة أو الأنظمة الأساسية للعمال أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءاً من أجرهم لا تبرعاً ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى في قضائه على أن اعتبار المنحة جزءاً من الأجر مشروط بالتزام رب العمل بدفعها في عقد العمل أو لائحة المنشأة وتوجب بهذا الخطأ عن استظهار ما إذا كان العرف قد جرى بصرف هذه المنحة للطاعن ، وخرج بها من اعتبارها تبرعاً إلى جعلها حقاً مكتسباً له وجزءاً من أجره تلتزم الشركة بأدائه إليه . فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

٣ - ضم المنحة إلى أجر الطاعن (العامل) وإن كان لا يغير من مقابل الإجازة الذي استحق له لأن الأجر الذي يحسب على أساسه هذا المقابل هو الأجر الثابت الذي يتقاضاه دون اعتبار لما قد يكون له من ملحقات إلا أنه يرتب زيادة بدل مهلة الإنذار المقضى له به كما أن الأجر من عناصر تقدير التعويض ويرتبط به .

الطعن رقم ٣٢٩ لسنة ٤١ قضائية

جلسة ١٢ من مايو سنة ١٩٧٦ «س ٢٧ ص ١٠٨٧»

(١) إيجار . « إيجار الأماكن » . دعوى « قيمة الدعوى » .

عقد الإيجار الخاضع لقانون إيجار الأماكن . امتداده تلقائياً لمدة غير محددة . الدعوى بطلب إخلاء العين المؤجرة بمقتضاه لعدم الوفاء بالأجرة . غير قابلة لتقدير قيمتها .

(٢) إيجار « إخلاء » .

جواز توقي طلب الإخلاء بأداء الأجرة المستحقة وفوائدها والمصاريف الرسمية قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى أو أمام محكمة الاستئناف . قانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ .

(٣) قانون « تفسيره » .

النص القانوني الواضح . لا محل لتأويله بدعوى الاستهداء بمراحله التشريعية أو بالحكمة التي أملت .

(١) إذا كانت الدعوى التي يقيمها المؤجر بإخلاء العين المؤجرة لعدم الوفاء بالأجرة هي دعوى فسخ عقد الإيجار ، وكان العقد الذي يخضع لقانون إيجار الأماكن يمتد تلقائياً إلى مدة غير محددة ، فإن الدعوى تعتبر غير مقدرة القيمة .

٢ - مفاد نص المادة ٢٣ (أ) من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين - أن المشرع وإن رتب للمؤجر الحق في إخلاق المستأجر بمجرد انقضاء خمسة عشر يوماً من تكليفه بوفاء الأجرة المستحقة - دون الوفاء بها - إلا أنه رغبة منه في التيسير على فريق المستأجرين أفسح لهم مجال الوفاء بالأجرة المتأخرة حتى تاريخ قفل باب المرافعة في الدعوى بحيث أصبح قيام المستأجر بوفاء الأجرة وملحقاتها قبل قفل باب المرافعة يسقط حق المؤجر في الإخلاء ، ويمنع المحكمة من الحكم به ، وإذا جاءت صياغة المادة ٢٣ المشار إليها عامة مطلقة فإنه لا يجوز قصر نطاقها على إغلاق باب المرافعة أمام المحكمة الابتدائية دون محكمة الاستئناف لأن ذلك يعتبر تقييداً لمطلق النص وتخصيصاً لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز ، لما كان ذلك فإنه يجوز توقي طلب الإخلاء بأداء الأجرة وفوائدها والمصاريف الرسمية قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف .

٣ - متى كان النص واضحاً صريحاً جلياً قاطعاً في الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالمراحل

التشريعية التي سبقته أو بالحكمة التي أمّلته وقصد الشارع منه ، لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه .

الطعن رقم ٤٧٥ و ٤٨٧ لسنة ٣٩ قضائية

جلسة ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ١٨٥٧ »

(١) فوائد . التزام « الوفاء » .

التزام المدين بالوفاء بمصروفات وفوائد مع الدين . ثبت أن ما أداه لا يفي بها جميعاً . استنزال ما دفعه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين . ما لم يتفق على غيره م. ٣٤٣ مدني .

(٢ ، ٣) فوائد . تعويض . قانون .

(٢) للدائن حق اقتضاء الفائدة ولو زادت على رأس المال حتى تاريخ العمل بالقانون المدني الحالي . عدم استحقاق الدائن أية فوائد بعد ذلك التاريخ متى أصبحت الفائدة تعادل رأس المال .

(٣) المطالبة القضائية بالتعويض بعد العمل بالقانون المدني القائم . عدم سريان الفوائد إلا من تاريخ الحكم النهائي به .

١ - تقضى المادة ٣٤٣ من القانون المدني بأنه إذا كان المدين ملزماً بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحققات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره . وإذا كان يتضح من تقرير الخبير الحسابي الذي ندبته المحكمة أن جملة الفوائد التي أضافها الخبير إلى التعويض المستحق للمطعون عليهم تقل عن المبلغ الذي سدده لهم الطاعن ، وكان الطاعن لم يدع وجود اتفاق على كيفية خصم المبالغ المسددة منه للمطعون عليهم ، فإن الطاعن يكون قد أدى جميع الفوائد التي استحققت للمطعون عليهم قبل صدور الحكم وتكون المبالغ الباقية من أصل التعويض ، وإذا قضى الحكم المطعون فيه بالفوائد عليها من تاريخ صدوره فإنه لا يكون قد قضى بفوائد على متجمد الفوائد .

٢ - ليس في نصوص القانون المدني القديم ما يمنع اقتضاء الفوائد القانونية أو الاتفاقية ولو تجاوز مجموعها رأس المال ، إلا أن المشرع استحدث في القانون المدني القائم قاعدة أوردها في المادة ٢٣٢ التي تنص على أنه « لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » . ومقتضى ذلك أن يكون للدائن لغاية يوم ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون الحالي حق اقتضاء فوائد متى كانت الفائدة المستحقة له قد بلغت ما يعادل رأس المال .

٣ - متى كانت المطالبة القضائية بالتعويض قد تمت بعد العمل بالقانون المدني القائم فإن الفوائد على هذا التعويض لا تسرى إلا من تاريخ الحكم النهائي . وإذا قضى الحكم المطعون فيه بفوائد هذا التعويض عن مدة سابقة على صدوره فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

الطعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ١٧ من نوفمبر ١٩٧٦ « س ٢٧ ص ١٥٩٤ »

(١) قانون « تفويض تشريعي » . إيجار « إيجار الأماكن » . القرار التفسيري رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ . مواجهته حالة عدم وجود أجرة اتفاقية بين المؤجر والمستأجر وتركها لتقدير لجنة تقدير الإيجارات التي أغفلها القانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . بقاء هذه الحالة خاضعة لأحكام القانون ٤٦ لسنة ١٩٦٢ . مؤداه اعتبار القرار المذكور صادراً في حدود التفويض التشريعي الوارد بالقانون ٤٦ لسنة ١٩٦٢ .

(٢) دفع . قانون .

عدم بيان الطاعن مواطن التفسير التي تجاوزت حدود التفويض التشريعي . دلالة ذلك . عدم جدية الدفع . مثال بشأن القرار التفسيري ٨ لسنة ١٩٦٥ بشأن إيجار الأماكن .

(٣) إيجار « إيجار الأماكن » . قانون .

بمجال تطبيق القرار التفسيري ٨ لسنة ١٩٦٥ . عدم وجود أجرة اتفاقية وقت صدور القانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . اتفاق الطرفين على تحديد أجرة . وجوب إعمال القانون ٧ لسنة ١٩٦٥ .

(٤) إيجار . قانون .

الأجرة التعاقدية في معنى المادة ٢ قانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . الأجرة الحقيقية التي انصرفت إليها إرادة المتعاقدين منذ بدء تنفيذ عقد الإيجار .

(٥) إيجار . « تقدير الأجرة » نظام عام . إثبات .

تحديد أجرة الأماكن الخاضعة للتشريعات الاستثنائية . أمر متعلق بالنظام العام . إخفاء حقيقة الأجرة . جواز إثباته بكافة الطرق .

(٧) قانون « نفاذه » . اختصاص .

إلغاء القانون لمحكمة أو جهة اختصاص . أثره . حصول الإلغاء بمجرد نفاذ القانون ما لم ينص على غير ذلك .

(٨) إيجار . قانون « نفاذ القانون » اختصاص . دعوى .

القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . إلغاؤه بمجالس المراجعة . القضاء في ظله في دعوى مرفوعة قبل صدوره بعدم اختصاص القضاء العادي وباختصاص مجالس المراجعة بتحديد الأجرة إعمالاً للقرار التفسيري رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ . خطأ في القانون .

١ - النص في المادة السادسة مكرر (ب) من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ المضافة بالقانون ١٣٣ لسنة ١٩٦٣ على تشكيل لجنة عليا فوضها المشرع في إصدار تفسيرات ملزمة لأحكامه جعل لها قوة القانون ونص على نشرها في الجريدة الرسمية أسوة به ، مفاده وجوب أن تقتصر هذه التفسيرات التي تصدرها اللجنة على نطاق هذا القانون وحده ولا تتعداه إلى سواه ، إذ كان ذلك وكانت المادة الثانية من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ واجهت نوعين من الحالات السابقة على صدوره هي الحالات التي سميت فيها أجرة تعاقدية ولم يصدر بشأنها من اللجان تقدير للأجرة حتى صدر ذلك القانون ، وكذلك الحالات التي

سميت فيها أجرة تعاقدية وقدرت اللجان أجرتها تقديراً نهائياً ، وبينت الحكم الذي يطبق في شأن كل منها ، ولم تتناول حالة الأماكن التي أوجرت وأخطرت عنها اللجان أو شغلت قبل صدوره ولم تكن لها أجرة تعاقدية تصلح أساساً للتقدير الحكمي ، ومن بينها الأماكن المؤجرة بعقود اتفق فيها على تحديد أجرتها طبقاً لما تقرره لجنة التقدير ، اعتباراً بأنه لا يعد تعييناً لأجرة تعاقدية حرة وكان القرار التفسيري التشريعي رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ إنما ينصب على هذه الحالة الأخيرة التي بقيت خاضعة لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ دون القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ ، فإن القرار المشار إليه يكون قد صدر في حدود التفويض التشريعي المخول للجنة العليا دون أن يجاوزه إلى أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ .

٢ - إذ كان الطاعن لم يبين المواطن التي بنى عليها ما أثاره - من دفع بعدم دستورية القرار التفسيري رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ - استناداً إلى أن القرار المذكور تضمن تفسيراً لنصوص القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ ، فإن ذلك يدل على عدم جدية دفعه .

٣ - النص في المادة الأولى من القرار التفسيري التشريعي رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ على أنه « إذا اتفق المالك والمستأجر على تحديد أجرة الوحدة المؤجرة طبقاً لما تقرره لجنة التقدير فلا تكون هناك أجرة اتفاقية متعاقد عليها وتستمر لجان التقدير في تقدير الأجرة طبقاً لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه ، وإذا كان المكان قد حددت أجرته لجنة التقدير ولم يصبح قرارها نهائياً فتستمر مجالس المراجعة في نظر الطعن .. وذلك كله مع مراعاة أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ المشار إليه » يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن هذا القرار إنما يواجه الحالة التي لم يتفق فيها المالك والمستأجر أصلاً على تحديد أجرة للعين بل تركا أمر تحديدها إلى لجنة التقدير ، إذ لا يكون هناك أجرة متفق عليها وقت صدور القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ حتى يمكن تخفيضها بنسبة ٣٥٪ بالتطبيق لما تقضى به

المادة الثانية منه ، وفي هذه الحالة تستمر اللجنة في تقدير الأجرة طبقاً لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ، فإذا كانت اللجنة قد حددت الأجرة ولم يصبح قرارها نهائياً بسبب التظلم منه فتستمر مجالس المراجعة في نظر الطعن ، بمعنى أنه لا مجال للأخذ بالقرار التفسيري سالف الإشارة إلا إذا لم تكن هناك أجرة اتفاقية متعاقد عليها بين المؤجر والمستأجر فإذا اتضح وجودها كان لا مناص من إعمال أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ .

٤ - المقصود بالأجرة التعاقدية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - في معنى المادة الثانية من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ هي الأجرة الحقيقية التي انصرفت إليها إرادة المتعاقدين منذ بدء تنفيذ عقد الإيجار .

٥ - المقرر أن تحديد أجرة الأماكن هي من مسائل النظام العام التي نص المشرع على تأميم مخالفة القواعد الواردة بشأنها ، والتحايل على زيادتها أو إخفاء حقيقة قدرها للتهرب من حكم القانون يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البيينة والقرائن .

٦ - القرار التفسيري التشريعي رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ الصادر من اللجنة العليا لتفسير أحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ اعتبر قواعد القانون المذكور جميعاً أمراً ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها بحيث لا يسوغ التحايل على أحكامه بمحاولة نفى وجود أجرة تعاقدية ويكون من حق من يدعى حصول الاتفاق عليها إثبات ذلك بكافة الطرق .

٧ - المقصود بالقوانين المعدلة للاختصاص في معنى المادة الأولى من قانون المرافعات هي تلك التي تغير الولاية القضائية أو الاختصاص النوعي أو القيمي أو المحلي دون القوانين التي تلغى محكمة أو تزيل جهة قضاء فإن هذا الإلغاء يحدث أثره حتماً بمجرد نفاذ القانون ما لم ينص على غير ذلك .

٨ - إذ نصت المادة ٤٧ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في شأن

إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين والمعمول به في ١٨ / ٨ / ١٩٦٩ على إلغاء القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بما تضمنته المادة الخامسة منه من تشكيل مجالس المراجعة للتظلم أمامها في قرارات لجان التقدير ، وكانت المادة ٤٢ من ذات القانون قضت بإحالة التظلمات المعروضة على مجالس المراجعة عند العمل بأحكامه إلى المحاكم الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بالحالة التي تكون عليها ، وكان الحكم المطعون فيه قد صدر في ١٤ / ١٢ / ١٩٦٩ أي في تاريخ لاحق للعمل بأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ قاضياً باختصاص مجالس المراجعة - بنظر دعوى تحديد الأجرة طبقاً للقرار التفسيري رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ - والتي لم يعد لها وجود مع أن الولاية قد أصبحت معقودة للقضاء العادي ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٣ القضائية « أحوال شخصية »

جلسة ١٩ من نوفمبر سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ١٤٤٤ »

(١) أحوال شخصية « الزواج » « عقد الغلط » . نقض .
الغلط في صفة جوهرية . القضاء بأن المطعون عليه لم يكن يعلم عند الزواج بأن الطاعنة ثيب . إقامة الحكم على ما يحمله . عدم جواز المجادلة في ذلك أمام محكمة النقض .

(٢) إثبات « عبء الإثبات » . « عقد الغلط » .

شريعة الأقباط الأرثوذكس . الغش في بكاراة الزوجة يميز إبطال الزواج .
توافره بمجرد ادعاء الزوجة بأنها بكر على خلاف الحقيقة . على الزوج أن يثبت أن بكارتها قد أزيلت بسبب سوء سلوكها .

(٣ ، ٤) أحوال شخصية « زواج » . بطلان .

(٣) بطلان الزواج . اختلاقه عن أسباب انحلاله من طلاق أو فسخ .
(٤) القضاء ببطلان الزواج في شريعة الأقباط الأرثوذكس . تأسيسه على الغش في بكاراة الزوجة . استناده إلى أقوال شاهدي الزوج المؤيدة بإقرارها .

في سبيل الحصول على الجزء الباقي ، فإن لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة واقتصر التنازل على أحد الطرفين دون الآخر فلا يعد الاتفاق صلحاً . وإذا كان البين أن الإقرار المنسوب للزوجة أنه مقصور على نزول الزوجة عن كافة حقوقها إزاء ما أقرت به من فض بكارتها قبل عقد الزواج ، فإنه لا وجه للقول ببطان الإقرار ، وعلى سند من المادة ٥٥١ من القانون المدني .

٧ - متى كانت الأوراق خلواً مما يفيد تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأنها كانت مكرهة على التوقيع على الإقرار ، فإنه لا يجوز إبداء هذا القول ولأول مرة أمام محكمة النقض لما تضمنه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع للتحقق من قيام ذلك الإكراه .

الطعن ٤٤٥ لسنة ٣٨ قضائية

جلسة ٥ فبراير سنة ١٩٧٥ «س ٢٦ ص ٣٣١»

عرف . نقض . «السبب الجديد» .
عدم جواز التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بوجود عرف معين .

متى كان الطاعن لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجود عرف يمنع أن يتقاضى ابن فوائد من والدته وشقيقته فإنه لا يجوز التحدى بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض .

الطعن رقم ٥٧٢ لسنة ٤٠ قضائية

جلسة ٢٧ مايو سنة ١٩٧٥ «س ٢٦ ص ١٠٨٥»

عرف . محكمة الموضوع . نقض .
التثبت من قيام العرف . عدم خضوعه لرقابة محكمة النقض إلا أن يجيد قاضي الموضوع عن تطبيق عرف ثبت وجوده .

تجرى العرف في ذاته والتثبت من قيامه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من أمور الموضوع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض

إلا حيث يجيد قاضي الموضوع عن تطبيق عرف ثبت لديه وجوده وهذا يقتضى التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيامه ، وإذا بين من الأوراق أن الطاعن لم يدع قيام عرف أمام محكمة الموضوع فيما يثيره بسبب النعى ، فإن النعى على الحكم بمخالفة العرف الجارى يكون في غير محله .

الطلب رقم ٩٩ لسنة ٤٤ قضائية . «رجال القضاء»

جلسة ١٩ من يونيه سنة ١٩٧٥ «س ٢٦ ص ٦٣»

(١) إجراءات «الخصوم في الطلب» .

توجيه الطلب إلى وزير العدل بصفته نائباً لرئيس المجلس الأعلى للهيئات القضائية وإلى رئيس إدارة قضايا الحكومة . غير مقبول .

(٢) طلب «ميعاد الطلب» . قرار إداري . قانون .

خلو الأوراق مما يفيد إعلان الطالب بالقرار المطعون فيه أو علمه به علماً يقينياً . إرسال الجريدة الرسمية لصالة بيع المطبوعات الحكومية في ١٠ / ٩ / ١٩٧٤ . اعتبار هذا التاريخ بداية لافتراض علم الطالب بالقرار المنشور بها في ٥ / ٩ / ١٩٧٤ .

(٣) ترقية . أهلية .

ثبوت أهلية الطالب للترقية إلى درجة مستشار . ترقية زميل له إلى درجة نائب رئيس محكمة استئناف دون الطالب بلا مسوغ طارئ . ثبوت أن الشكاوى والملاحظات المودعة بالملف سابقة على ترقيته إلى درجة مستشار . تخطيه في الترقية . خطأ .

١ - تعتبر الدولة طبقاً لنص المادة ١٣ من قانون المرافعات بمثلة بالوزراء ومديرى المصالح المختصة والمحافظين . ومن ثم فإن توجيه الطلب إلى وزير العدل بصفته نائباً لرئيس المجلس الأعلى للهيئات القضائية غير مقبول ، إذ لا شأن له في الخصومة القائمة بين الطالب وبين الجهة الإدارية ، كما أن رئيس إدارة قضايا الحكومة لا شأن له بالنزاع المعروض .

٢ - افتراض علم الطالب بالقرار المطعون فيه من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية مرهون بعدم قيام أسباب تحول ضمناً دون قيام هذا الافتراض . وإذا كان الطالب قد تمسك بأنه استحال عليه هذا العلم لأن العدد رقم ٣٦ من الجريدة الرسمية الصادر في ٥ / ٩ / ١٩٧٤ والذي نشر به القرار المذكور لم يرسل إلى صالة بيع المطبوعات الحكومية لعرضه للبيع إلا بعد يوم ١٠ / ٩ / ١٩٧٤ وأيد دفاعه بالخطاب المؤرخ ١٣ / ٣ / ١٩٧٥ . والصادر من وكيل إدارة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، فإن افتراض علم الطالب بالقرار المطعون فيه لا يبدأ إلا من يوم ١٠ / ٩ / ١٩٧٤ ، ولما كانت الأوراق قد خلت مما يفيد إعلان الطالب بالقرار المطعون فيه أو علمه به علماً يقينياً قبل هذا التاريخ ، وكان الطلب قد قدم في ٩ / ١٠ / ١٩٧٤ فإنه يكون مقدماً في الميعاد المنصوص عليه في المادة ٨٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢^(١) .

٣ - الأصل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه متى ثبتت أهلية الطالب للترقية إلى درجة قضائية معينة ، رقى إليها من يليه في الأقدمية ، فإن أهليته تعتبر باقية على وضعها بالنسبة إلى أهلية زميله الذي كان يليه في الأقدمية وسبقت ترقيته ، ما لم تقدم الوزارة الدليل على وجود مسوغ طارئ يحول دون ترقيته إلى الدرجة الأعلى . وإذا كان الثابت من الأوراق أن الشكاوى والملاحظات المودعة ملف الطالب سابقة على ترقيته إلى درجة المستشار ، ولم تقف حائلاً دون ترقيته في الحركات السابقة ، وكانت الوزارة لم تقدم دليلاً على وجود مسوغ طارئ يحول دون ترقية الطالب إلى درجة نائب رئيس محكمة الاستئناف التي رقى إليها زملاؤه التالون له في الأقدمية والذين يتساوون معه في الأهلية ، فإن تخطيه في الترقية لهذه الدرجة يكون مخالفاً للقانون .

الطعن رقم ٤٣ لسنة ٣٨ القضائية

جلسة ٢٨ من أكتوبر سنة ١٩٧٥ «س ٢٦ ص ١٣٣٩»
(١ ، ٢) قرار إداري . قانون . «رجعية القانون» حراسة .
بطلان «بطلان التصرفات» . دستور . عقوبات .
(١) القرار الإداري يعد موجوداً قانوناً بمجرد إصداره . التزام جهة الإدارة بتنفيذه ولو لم ينشر . عدم جواز الاحتجاج به على الأفراد إلا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية . علة ذلك .
(٢) الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ بشأن فرض الحراسة على أموال بعض الأشخاص . قرار إداري فردي . لا يعد نافذاً في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية . لا عبرة بما ورد فيه من العمل به من تاريخ صدوره . علة ذلك . الإقرار بالمديونية الصادر من فرضت عليه الحراسة قبل نشر الأمر المذكور . لا يلحقه البطلان . عدم جواز الخروج على قاعدة عدم رجعية القانون في مسائل العقوبات .

١ - الأصل أن القرار الإداري يعتبر موجوداً قانوناً بمجرد إصداره ، وتلزم جهة الإدارة المختصة بتنفيذه ، ولو لم ينشر ، غير أنه لا يحتج به على الأفراد ولا ينتج أثره في حقهم إلا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية أو بعد إعلانهم به أو علمهم بضمونه علماً يقينياً ، وذلك حتى لا يلزموا بأمر لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها وحتى لا يطبق القرار بأثر رجعي على الماضي وهو ما يتنافى مع مبادئ العدالة والمشروعية ووجوب حماية الحقوق المكتسبة ، وما يقتضيه الصالح العام من استقرار معاملات الأفراد والمحافظة على عوامل الثقة والاطمئنان على حقوقهم .

٢ - لما كان الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ - بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص - قراراً إدارياً فردياً وقد صدر بتاريخ ٢٥ / ١٠ / ١٩٦١ ونص في مادته الثالثة على أن ينشر في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ صدوره ، وكان يبين من الحكم

(١) راجع نقض ٢٤ / ٦ / ١٩٥٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٩ ص ٦٢٩

المطعون فيه - على ما ثبت من كتاب الهيئة العامة للمطابع الأميرية - أن عدد الجريدة الرسمية الذي نشر به الأمر سالف الذكر قد طبع في ٨ / ١ / ١٩٦٢ ولم يوزع إلا في ٢٢ / ١ / ١٩٦٢ فإن هذا الأمر لا يعتبر نافذاً في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، وهي وسيلة العلم التي نص عليها الأمر المذكور دون الاعتداد بما ورد فيه من العمل به من تاريخ صدوره هذا إلى أن الأمر المشار إليه نص على أن تسرى في شأن الخاضعين أحكام الأمر العسكري رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ وقد أحال الأمر الأخير بدوره إلى الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ ، وقد حظرت المادة الخامسة من هذا الأمر إبرام عقود أو تصرفات أو عمليات تجارية أو مالية من أي نوع مع أحد الأشخاص الخاضعين لأحكامه ونصت المادة ٢٠ من الأمر المذكور على أن تسرى أحكامه على كل شخص ليس من الأشخاص الخاضعين لأحكامه وإنما يباشر معاملات مع أحدهم وفي خصوص هذه المعاملات ، كما نصت المادة الثامنة منه على أن يعتبر باطلاً بحكم القانون كل عقد أو تصرف أو عمل تم أو جاء مخالفاً لأحكام هذا الأمر ما لم يرخص فيه وزير المالية والاقتصاد أو المدير العام لإدارة الأموال التي آلت إلى الدولة ، ونصت المادة ١٣ على عقاب كل من خالف أحكام هذا الأمر أو شرع في مخالفتها بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وإذا كان مقتضى القول بسريان القرار رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ من تاريخ نشره ، أن تسرى الأحكام السالف بيانها بأثر رجعي على الأشخاص الذين فرضت عليهم الحراسة والمتعاملين معهم في خصوص هذه المعاملات فتبطل بأثر رجعي تصرفاتهم التي أبرمت قبل نشر القرار المذكور ، مع أنه لا يجوز تقرير الأثر الرجعي في هذا الشأن إلا بقانون ، كما يعاقبون من أجل هذه التصرفات مع أن الدستور لا يبيح الخروج على قاعدة عدم رجعية القانون في مسائل العقوبات . لما كان ذلك وكان الإقرار المؤرخ ٢٠ / ١١ / ١٩٦١ المتضمن مديونية المطعون عليه الثاني الذي فرضت عليه الحراسة

بمقتضى الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ - للمطعون عليه الأول - قد صدر قبل نشر الأمر المذكور ، فإنه يكون بمنأى عن البطلان وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بصحة الإقرار سالف الذكر فإنه لا يكون قد خالف القانون .

الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٣٩ القضائية

جلسة ٨ من مايو سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٩٣٥ »
استئناف « ميعاد الاستئناف » . إفلاس . قانون . حكم .
الحكم الصادر في دعاوى إشهار الإفلاس . ميعاد استئنافه خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه م ٣٩٤ قانون التجارة . القواعد المستحدثة في قانون المرافعات . عدم اعتبارها ناسخة لما نصت عليه القوانين الخاصة من إجراءات ومواعيد .
استقر قضاء هذه المحكمة على أن ميعاد استئناف الحكم الصادر في دعاوى إشهار الإفلاس الواجب التعويل عليه هو خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه وفقاً لحكم المادة ٣٩٤ من قانون التجارة ، وأن القواعد التي استحدثها قانون المرافعات في هذا الخصوص لا تعتبر ناسخة لما نصت عليه القوانين الخاصة من إجراءات ومواعيد رأى المشرع أن يخص بها دعاوى معينة خروجاً على القواعد العامة التي نظمها قانون المرافعات . كما هو الحال في دعاوى إشهار الإفلاس .

الطعن رقم ٢٣٧ لسنة ٤٠ القضائية

جلسة ١٢ من مايو سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٩٧٦ »
(١ ، ٢) إيجار « إيجار الأماكن » . استئناف . حكم
« الطعن فيه » . قانون .
(١) المنازعة الناشئة عن تطبيق القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . عدم جواز استئناف الحكم الصادر فيها في ظل ذلك القانون . شمول ذلك للأحكام الصحيحة والباطلة .
(٢) جواز استئناف الأحكام الصادر بصفة انتهائية من محاكم الدرجة

الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم .
م ٢٢١ مرافعات عدم سريان هذا النص على المنازعات الإيجارية الناشئة عن
تطبيق القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، النص في قانون المرافعات على إلغاء كل
نص آخر يخالف أحكامه لا يلغى ضمناً النص الوارد في قانون خاص .

١ - إذ نص المشرع في الفقرة الرابعة من المادة ١٥ من القانون
رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على أن « الحكم » الذي يصدر في المنازعات
الناشئة عن تطبيقه لا يكون قابلاً لأي طعن ، فقد أورد النص عاماً
منبسطاً على جميع الأحكام التي تصدر في المنازعات الإيجارية ولفظ
« الحكم » الوارد به متى جاء عاماً ولم يرق دليل على تخصيصه وجب
حملة على عمومته وإثبات حكمه قطعاً لجميع أفرادها ومن ثم فلا يصح
قصره على الأحكام الصحيحة وحدها .

٢ - ما أجازته المادة ٢٢١ من قانون المرافعات من استئناف
الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع
بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم لا يعتبر استثناء
من حكم المادة ١٥ / ٤ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، ذلك لأن
القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ هو تشريع خاص تضمنت نصوصه
قواعد تعتبر استثناء من أحكام قانون المرافعات ولا سبيل إلى إلغاء
أحكامه إلا بتشريع ينص على هذا الإلغاء ، ولا يستفاد هذا الإلغاء
من نص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات ذلك أن النص العام لا يلغى
ضمناً النص الوارد في قانون خاص ولا وجه للتحدى بأن نص المادة
١٥ / ٤ هو النص العام وأن نص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات هو
النص الخاص في هذا الصدد ، ذلك أن نصوص قانون المرافعات في
الطعن في الأحكام تعد كلها من النصوص العامة في الإجراءات
لشمولها كل أنواع الأنزعة إلا ما استثنى بنص خاص في حين أن
القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لا يتضمن إلا نصوصاً خاصة
بالمنازعات الإيجارية الناشئة عن تطبيق أحكامه خرج فيها المشرع عن
القواعد العامة في قانون المرافعات من حيث الاختصاص وإجراءات

التقاضى وطرق الطعن في الأحكام تحقيقاً للأهداف التي تغيها من سن
أحكامه تخفيفاً لأزمة المساكن ومن بينها رغبته في حسم المنازعات
الناشئة عن تطبيقه في درجة واحدة من درجات التقاضى كما أنه لا وجه
للاحتجاج بما نصت عليه المادة الأولى من قانون إصدار قانون
المرافعات الحالي من إلغاء كل نص آخر يخالف أحكامه ، ذلك أن هذا
النص العام ليس إلا ترديداً لمبدأ الإلغاء الضمني دون زيادة ، ومن ثم
فلا يلغى النص الوارد في قانون خاص . لما كان ذلك ، وكان الحكم
المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، وقضى بعدم جواز الاستئناف
المرفوع عن الحكم الصادر من محكمة القاهرة الابتدائية برفض
تخفيض أجره العين المؤجرة تطبيقاً للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ،
فإن النعى عليه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه يكون على غير
أساس .

الطعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ قضائية « أحوال شخصية » .
جلسة ١٢ من فبراير سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٣٦٤ »
(١) قانون . « القانون الأجنبي » . وصية .

الشروط الموضوعية للوصية . خضوعها لقانون الموصى وقت وفاته . الاستناد
إلى قانون أجنبي . واقع . وجوب تقديم الدليل عليه . مثال بشأن الوصية في
القانون اليوناني .

(٢) عقد « شكل العقد » . قانون . وكالة .

شكل العقد . خضوعه لقانون البلد المبرم فيه . عقد الوكالة الصادر في
الخارج . عدم جواز التحدى بأحكام قانون الشهر العقاري ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

(٣) وكالة « إثبات الوكالة » محاماة .

صدور التوكيل في قبرص . التصديق عليه من السلطات الرسمية بها وتصديق
قنصلية جمهورية قبرص بالقاهرة أيضاً ، ثم تصديق مديرية أمن القاهرة على
صحة ختم القنصلية . كاف لإسباغ صفة الوكالة على المحامي . خلو التوكيل من
تصديق القنصل المصري بجمهورية قبرص . لا أثر له . علة ذلك .

(٤) وصية . نقض . « أسباب الطعن » .

السبب الجديد . عدم جواز إيداعه لأول مرة أمام محكمة النقض . مثال بشأن عقد وصية .

(٥) بيع « دعوى صحة التعاقد » . دعوى « التدخل في الدعوى » . صلح .

التدخل الخصامي في دعوى صحة التعاقد بطلب رفضها . وجوب الفصل في طلب التدخل قبل القضاء بصحة التعاقد أو قبول الصلح بشأنه .

(٦) استئناف « نطاق الاستئناف » . حكم « استنفاد الولاية » صلح .

قضاء محكمة أول درجة بالحق عقد الصلح بحضور الجلسة وعدم قبول طلب التدخل . استنفاد ولايتها في النزاع . القضاء بإلغاء الحكم استئنافاً وقبول التدخل . وجوب المضي في نظر موضوع التدخل . علة ذلك .

(٧) وصية . قانون « القانون الواجب التطبيق » . أحوال شخصية .

صدور الوصية من يوناني الجنسية . وجوب تطبيق قانون بلد الموصى وقت وفاته . المادة ٥٥ من القانون المدني الملغى . لا محل لتطبيق القانون المدني المصري أو الشريعة الإسلامية .

(٨) قانون « القانون الواجب التطبيق » نظام عام . بيع . استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق . مناطه . مخالفتها للنظام العام أو الآداب في مصر . لا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني بصدد الشرط المانع من التصرف .

١ - الشروط الموضوعية للوصية لموضوع النزاع سواء ما تعلق منها بحق الإيصاء أو القدر الذي تنفذ فيه الوصية يخضع للقانون اليوناني وهو قانون الموصى وقت موته ، ولما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الاستناد إلى قانون أجنبي ، واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها ، وإذ كان الطاعنون لم يقدموا ما يفيد أن نصاً في

القانون اليوناني يرتب البطلان على انعدام وجود الموصى له عند الإيصاء ، فليس يجدي في هذا المقام التحدى ببطلان الوصية استناداً إلى حكم قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

٢ - أشكال العقود والتصرفات - وعلى ما يجري به قضاء النقض - تخضع لقانون البلد الذي أبرمت فيه ، لما كان ذلك فإنه لا وجه للتذرع بشأن عقد الوكالة الصادر في قبرص بأحكام قانون الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

٣ - متى كان البين من الرجوع إلى التوكيل المقدم من المطعون عليها الأولى أنه تم في قبرص وحرر باللغة الإنجليزية وقد صدقت السلطات الرسمية المختصة بلارنكا بجزيرة قبرص على توقيعات الموكلين وتلا ذلك تصديق قنصلية جمهورية قبرص بالقاهرة ثم تبعه تصديق مديرية أمن القاهرة على صحة ختم القنصلية في ٥ من يونيو سنة ١٩٦٥ فإن هذا التوكيل يعتبر حجة في إسباغ صفة الوكالة للمحامى الحاضر عن المطعون عليها الأولى ، لا يغير من ذلك أنه جاء خلواً من تصديق القنصل المصري بجمهورية قبرص وفق المادة ٦٤ / ١٤ من قانون نظام السلكين الدبلوماسي والقنصلي رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ ، لأن ما يجري به هذا النص وإن خول اختصاصاً لأعضاء البعثات الدبلوماسية المصرية بالتصديق على الإمضاءات الموقع بها على المحررات الصادرة من سلطات البلاد التي يؤدون فيها أعمالهم إذا كان الغرض منها الاحتجاج بها أمام السلطات المصرية ، إلا أنه لا يرتب - أو أى نص آخر - جزاء على تخلفه طالما كانت التوقيعات مصدقاً عليها من السلطة المختصة في جهة إصدارها ومصدقاً أيضاً على صحة توقيع هذه السلطة الأمر الذي يضمن سلامة الإجراءات خاصة ولم يقدم الطاعنون دليلاً على أن الشكل الذي أفرغ فيه التوكيل موضوع النعى هو غير الشكل المحلى في مقاطعة لارنكا بجزيرة قبرص .

٤ - إذ كان ما يثيره الطاعنون المشترون بشأن مدى حق المطعون عليها الأولى - الموصى لها ببيع العين المبيعة - وهل هو حق عيني أو شخصي ، ومدى الالتزام الذي تحملت به ذمة الموصى وتمحيص شروط دعوى إبطال التصرفات ، يعتبر سبباً جديداً مما لا يجوز إبدائه لأول مرة أمام محكمة النقض ، فإن النعى يكون على غير أساس .

٥ - تمسك المتدخل في دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لبطلان عقد البيع ، يعد تدخلاً خصامياً تطلب به المتدخل لنفسها حقاً ذاتياً مرتبطاً بالدعوى الأصلية ويتعين على المحكمة ألا تقضى بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في طلب التدخل رفضاً أو قبولاً ، اعتباراً بأن هذا البحث هو مما يدخل في صميم الدعوى المطروحة ، وعلى أساس أن الحكم الذي يصدر بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بمحضر الجلسة منوط بالتحقق من عدم سلامة دعوى الخصم المتدخل أياً كان السبب وسواء كان مرده إلى تخلف الصفة أو إلى فساد الادعاء^(١) .

٦ - متى كانت محكمة أول درجة قد قضت في الشق الأول من الدعوى - بشأن صحة ونفاذ عقد البيع - بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة ، وفي الشق الثاني - بشأن طلب التدخل - بعدم قبول التدخل أخذاً بتخلف شرط الصفة والمصلحة في المؤسسة المتدخلة ، فإن محكمة أول درجة تكون بذلك قد استنفدت ولايتها في النزاع القائم ، وقالت كلمتها في موضوع الدعوى بشقيها ، ولما كانت محكمة الاستئناف قد تحققت من وجود الصفة والمصلحة للمتدخلة وقضت بإلغاء حكم محكمة أول درجة وبقبول تدخل المؤسسة ، فإنه يتعين عليها ألا تقف عند هذا الحد بل تمضي في الفصل في موضوع طلب التدخل وتحقيق دفاع الخصوم في الدعوى الأصلية ودفاع المتدخلة بشأنها باعتبار أن الاستئناف ينقل الدعوى برمتها إلى المحكمة الاستئنافية ، ولا يسوغ

(١) نقض ١٩٧٠ / ٢ / ٣ مجموعة المكتب الفني س ٢١ ص ٢٢١ .

لها التخلي عن الفصل في هذا الطلب إلى محكمة أول درجة ، لأن الفصل في موضوع طلب التدخل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة^(٢) - لا يعد منها تصدياً ، وإنما هو فصل في طلب استنفدت محكمة أول درجة ولايتها بشأنه .

٧ - طبقاً للمادة ٥٥ من القانون المدني الملغى - الذي تمت الوصية في ظله - تسرى على الوصية أحكام قانون بلد الموصى وقت وفاته . وإذ كان الثابت أن الموصى يوناني الجنسية ، وقد حررت الوصية في ٢١ من أبريل سنة ١٩٣٦ وشهرت عقب وفاته أمام المحكمة القنصلية اليونانية بالزقازيق بتاريخ ١٢ من أغسطس ١٩٣٧ فإنه يطبق في شأنها القانون الذي تشير به قواعد الإسناد وهو القانون المدني اليوناني دون القانون المدني المصري أو الشريعة الإسلامية .

٨ - المناط في استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق - وفق المادة ٢٨ من القانون المدني - هو أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتصل بمصلحة عامة وأساسية للجماعة ، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في صدد شرط المنع من التصرف .

الطعن رقم ١٧ لسنة ٤٣ قضائية « أحوال شخصية » .
جلسة ٥ من نوفمبر سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ١٣٧٦ »
(١) أحوال شخصية « ميعاد الطعن بالنقض » . قانون
« إلغاء التشريع » نقض « ميعاد الطعن » .
ميعاد الطعن بالنقض في مسائل الأحوال الشخصية . ستون يوماً .
م ٢٥٢ / ١ مرافعات . علة ذلك .

(٢) نقض ١٩٧٠ / ٢ / ٣ مجموعة المكتب الفني س ٢١ ص ٢٢١ .

(٢) أحوال شخصية « تغيير الدين » .

للشخص أن يغير دينه أو مذهبه . ليس لأية جهة قضائية البحث في ذلك إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية وحدها .

(٣) نقض « السبب المجهل » حكم « القصور » .

عدم إيضاح الطاعنة في تقرير الطعن ماهية الاعتراضات التي ساقتها وما قصر الحكم في تحقيقها أو الرد عليها . النعى بذلك . مجهل وغير مقبول .

(٤) ، (٥) ، (٦) أحوال شخصية « الطلاق الرجعي » .

(٤) الطلاق الرجعي . حكمه . أثره .

(٥) الرجعة ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد لزوجية قائمة . هي حق

ثابت مقرر للزوج وحده ولا يملك إسقاطه . لا يشترط لصحتها رضا الزوجة أو علمها بها .

(٦) مجرد عودة الزوجة إلى منزل الزوجية في فترة العدة دون اعتراض من

زوجها لا يعتبر رجعة . علة ذلك .

(٧) أحوال شخصية « طلاق » . حكم « تسييب الحكم » .

الحكم بإببات الطلاق بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية . إيراده تقريرات مخالفة . لا عيب .

١ - إذ كان المقصود بإلغاء التشريع ونسخه هو رفع حكم قانوني

بحكم قانوني آخر متأخر عنه بما يترتب عليه بطلان العمل بالتشريع

الأول وتجريده من قوته الملزمة ، وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن

يتم ذلك بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمناً ،

بأن يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد

الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ، وكان من الجائز أن يتم إلغاء

التشريع إما عن طريق استبدال نصوص أخرى بنصوصه أو الاقتصار

على إبطال مفعوله دون سن تشريع جديد ، بمعنى أنه لا يلزم أن يشتمل

النص التاسخ على بديل للحكم المنسوخ ، وكان ما تقضى به الفقرة

الأولى من المادة ٨٨١ من قانون المرافعات المضافة بموجب القانون رقم

١٢٦ لسنة ١٩٥١ - قبل وبعد تعديلها بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥

- من أن ميعاد الطعن بالنقض في مسائل الأحوال الشخصية ثمانية

عشر يوماً قد صار إلغائه صراحة بموجب المادة الأولى من مواد إصدار

القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام

النقض ، وقررت المادة ٢٩ منه إزالة التفرقة - في ميعاد الطعن

وإجراءاته - بين المسائل المدنية والتجارية وبين مواد الأحوال

الشخصية ، وكان ما جرت به الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون

السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ من العودة إلى الأحكام المنظمة

للطعن بطريق النقض التي كان معمولاً بها قبل صدور القانون رقم

٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الذي استحدث دوائر فحص الطعون ومن بينها

حكم المادة ٨٨١ / ١ من قانون المرافعات قد صاحبه صدور القانون

رقم ٤ لسنة ١٩٦٧ الذي جعل ميعاد الطعن بالنقض في كافة المواد

المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ستين يوماً منذ العمل

بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، مما يدل على أن الفقرة الأولى من

المادة ٨٨١ من قانون المرافعات قد ظلت منسوخة ضمناً لوجود

تعارض بين نصين وردا بمقتضى المادة الأولى من مواد إصدار قانون

المرافعات القائم لا يستطيل إلى الفقرة الأولى منها لأنه لم يكن لها

وجود عند صدوره وظلت هذه الفقرة منسوخة بالقانون رقم ٤ لسنة

١٩٦٧ على نحو ما سلف ، وبقي ميعاد الطعن بالنقض في كافة المسائل

ومن بينها مواد الأحوال الشخصية موحداً ، لما كان ما تقدم ، وكان

إلغاء القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ وتعديلاته بموجب قانون السلطة

القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ليس من شأنه أن يبعث من جديد نص

الفقرة الأولى من المادة ٨٨١ من قانون المرافعات الملغاة طالما لم ينص

المشرع صراحة على العودة إليها ، وكان مفاد المادة ٨٦٨ من قانون

المرافعات الواردة في الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة

بمسائل الأحوال الشخصية والتي استبقاها قانون المرافعات الحالي -

وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة^(١) - أن الطعن بطريق النقض تحكمه القواعد العامة في قانون المرافعات فيما لا يتعارض مع النصوص الواردة بالكتاب الرابع ، وكانت المادة ٢٥٢ / ١ من قانون المرافعات تنص على أن ميعاد الطعن ستون يوماً فإن هذه المادة هي التي تحكم ميعاد الطعن بالنقض في مسائل الأحوال الشخصية كما هو الحال في سائر المواد المدنية والتجارية .

٢ - المستقر في قضاء هذه المحكمة^(٢) أن للشخص أن يغير دينه أو مذهبه ، وهو في هذا مطلق الإرادة تحقيقاً لمبدأ حرية العقيدة ، إذ الاعتقاد الديني مسألة نفسية فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية وحدها .

٣ - إذ كانت الطاعنة لم توضح في تقرير الطعن ماهية الاعتراضات التي ساققتها أمام محكمة أول درجة على شهادة تغيير الملة والتي تزعم أن الحكم قد قصر في تحقيقها أو الرد عليها للوقوف على صحة ما تتحدى به في هذا الخصوص ، فإن النعي يكون مجهلاً وبالتالي غير مقبول .

٤ - الطلاق الرجعي يرفع قيد الزواج الصحيح في المال لا في الحال ، ولا يزيل ملكاً ولا حلاً ما دامت العدة قائمة ، ويترتب عليه أضرار ، أولها نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته والمراجعة لا تمحو هذا الأثر ، وثانيها تحديد الرابطة الزوجية بانتهاء العدة بعد أن كانت غير محددة .

٥ - لئن كانت الرجعة عند الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة^(٣) - هي استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة ، وهي ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد لزوجية قائمة

(١) نقض ٢٥ / ٢ / ١٩٦٦ مجموعة المكتب الفني س ١٢ ص ٣٠ .

(٢) نقض ٢٩ / ١ / ١٩٦٩ مجموعة المكتب الفني س ٢٠ ص ١٨٧ .

(٣) نقض ٣١ / ٥ / ١٩٧٢ مجموعة المكتب الفني س ٢٣ ص ١٠٥٣ .

وتكون بالقول أو بالفعل ، إلا إنها حق ثابت مقرر للزوج وحده دون سواه ولا يملك إسقاطه ، ولا يشترط لصحتها رضا الزوجة أو علمها بها ، ولو بدر من الزوجة ما يفيد الرجعة ، فلا تكون ثمة مراجعة لأنها حق للزوج لا لها .

٦ - مجرد عودة الزوجة إلى منزل الزوجية في فترة العدة دون اعتراض من زوجها لا يعتبر رجعة ، لأن حكم الطلاق الرجعي لا يؤثر على قيام الزوجية ما دامت الزوجة في العدة ، فيحق لها البقاء في البيت الذي تسكن فيها زوجها قبل الطلاق .

٧ - إذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى إثبات الطلاق ، وكان ما خلص إليه في هذا الشأن يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ، فلا يعيبه ما أورده من تقارير مخالفة أياً كان وجه الرأي فيها .

الطلب رقم ٢٠ لسنة ٤٣ القضائية « رجال القضاء »

جلسة ٢٥ من ديسمبر سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٩٤ »

(١) قانون . قضاة . عزل .

اعتبار القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية منعدماً . مؤداه . عدم صلاحيته كأداة لإلغاء أو تعديل قانون السلطة القضائية ٤٣ لسنة ١٩٦٥ أو أساساً لصدور قرار جمهوري بالعزل من ولاية القضاء .

(٢) اختصاص « اختصاص محكمة النقض » . قرار إداري . طلب تعيين الطالب بدرجة رئيس محكمة أو ما يعادلها . خروجه عن ولاية محكمة النقض . علة ذلك . اقتصار ولايتها على قضاء الإلغاء .

(٣) قضاة . عزل . تعويض .

ثبوت أن ضرراً مادياً محققاً لحق بالطالب بسبب عزله من ولاية القضاء - على خلاف القانون - قبل بلوغه سن التقاعد . وجوب إجابة طلب التعويض عن هذا الضرر . الحكم بإلغاء القرارات المتضمنة للعزل . اعتبار ذلك تعويضاً مناسباً لجبر الضرر الأدبي .

متى كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على انعدام القرار الجمهوري

بالقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من اعتبار رجال القضاء الذين لا تشملهم قرارات إعادة التعيين أو النقل محالين إلى المعاش فإنه لا يصلح أداة لإلغاء أو تعديل أحكام قانون السلطة القضائية في شأن محاكمة القضاة وتأديبهم ، كما لا يصلح أساساً لصدور القرار الجمهوري رقم ١٦٠٣ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من عزل الطالب من ولاية القضاء . وإذ كان قرار وزير العدل رقم ٩٢٧ لسنة ١٩٦٩ قد أنهى خدمته تنفيذاً للقرار المشار إليه ، فإنه يتعين إلغاء هذه القرارات ، وإعتبارها عديمة الأثر في هذا الخصوص .

٢ - إذ كانت ولاية هذه المحكمة مقصورة على قضاء الإلغاء ، فإن طلب تعيين الطالب بدرجة رئيس محكمة يكون خارجاً عن ولايتها .

٣ - متى كان الثابت من الأوراق أن ضرراً مادياً محققاً قد لحق بالطالب بسبب عزله من وظيفته قبل بلوغه سن التقاعد في ٩ / ١٠ / ١٩٦٩ واستمرار بقائه في الخدمة حتى ٣٠ / ٦ / ١٩٧٠ عملاً بنص المادة ٧١ / ٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، فإن المحكمة تقدره في الظروف التي أحاطت بالطالب بمبلغ أما الضرر الأدبي فإن المحكمة ترى في إلغاء القرارات المتضمنة عزل الطالب التعويض المناسب لجبر هذا الضرر .

الطلب رقم ٤٩ لسنة ٤٢ القضائية « رجال القضاء »

جلسة ٦ من مارس سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ١٣ »

(١) استقالة . موظفون .

(١) منح الطالب - وهو بدولة الكويت - أجازة مرضية طبقاً للائحة القومسيونات الطبية المصرية . مد تلك الأجازة ستة أشهر دون اتباع أحكام تلك اللائحة . صدور القرار المطعون فيه باعتباره مستقبلاً لانقطاعه بدون إذن عن عمله مدة ثلاثين يوماً . لا خطأ .

(٢) اعتبار الطالب مستقبلاً لانقطاعه بدون إذن عن عمله مدة ثلاثين يوماً . لا محل لإذاره قبل اعتبار خدمته منتهية وفقاً للمادة ٧٣ من القانون ٥٨

لسنة ١٩٦١ بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة .

(٣) استقالة . قرار إداري .

القرار الصادر باعتبار القاضي مستقبلاً لانقطاعه عن عمله مدة ثلاثين يوماً بدون إذن . اعتباره قراراً إدارياً كاشفاً . ارتداد أثره إلى تاريخ الواقعة المسببة لصدوره .

١ - تنص المادة ٧٩ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ التي تحكم واقعة النزاع على أن « القاضي يعتبر مستقبلاً إذا انقطع عن عمله مدة ثلاثين يوماً كاملة بدون إذن ولو كان ذلك بعد انتهاء مدة أجازته أو إعارته أو نديه لغير عمله » وتنص المادة ١٨ من القرار الجمهوري رقم ٧٣٩ لسنة ١٩٦٢ بأحكام لائحة القومسيونات الطبية على أنه « يجب على كل موظف أو عامل موجود خارج جمهورية مصر العربية ، وطرأت عليه حالة مرضية تستدعي منحه أجازة مرضية أو امتداداً لها ، أن يخطر أقرب سفارة أو مفوضية أو قنصلية تابعة للجمهورية العربية المتحدة في حدود الدولة الموجود فيها التي تقوم بإحالتها إما على الطبيب الملحق بها أو طبيب معتمد لديها ثم تتولى بعد التصديق على صحة توقيع الطبيب إرسال نتيجة الكشف إلى الوزارة أو المصلحة التابع لها ، وعلى الوزارة أو المصلحة إرسال هذه النتيجة إلى الإدارة العامة للقومسيونات الطبية بوزارة الصحة للنظر في اعتمادها ، وفي حالة عدم وجود تمثيل سياسي أو قنصلي للجمهورية العربية المتحدة فيتم الكشف بمعرفة طبيب ويكتفى بالتصديق على نتيجة الكشف من الإدارة الصحية الأجنبية المختصة ، ثم ترسل النتيجة للإدارة العامة للقومسيونات الطبية بوزارة الصحة للنظر في اعتمادها » ، وإذ كان الطالب قد اتبع أحكام هذه اللائحة ومنح أجازة مرضية لمدة ثلاثة أسابيع من إدارة المستوصفات بوزارة الصحة العامة بدولة الكويت واعتمد القومسيون الطبي بمصر هذه الأجازة على أن تحتسب من ١١ / ٣ / ١٩٧٢ وتنتهي في ٣١ / ٣ / ١٩٧٢ ولكنه لم يقم بمراجعتها عندما رغب في مد الأجازة من إخطار للسفارة المصرية

حتى تقوم بإحالة للكشف عليه ، ثم اعتماد الكشف من القومسيون الطبي بجمهورية مصر العربية ، فإن استناده إلى الشهادة الصادرة من مستشفى الصباح بالكويت بامتداد أجازته ستة أشهر من ١٨ / ٣ / ١٩٧٢ يكون عديم الأثر لعدم اتباع الإجراءات التي توجب لائحة القومسيونات الطبية المصرية القيام بها ، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه إذ اعتبره مستقيلاً لانقطاعه عن عمله مدة ثلاثين يوماً كاملة بدون إذن من ١ / ٤ / ١٩٧٢ ، لا مخالفة فيه للقانون .

٢ - إذا كان القرار المطعون فيه لم يخالف الدستور إذ أنه لم يعزل الطالب من عمله ، وإنما اعتبره مستقيلاً إعمالاً لنص المادة ٧٩ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ وكان لا محل للاحتجاج بنص المادة ٧٣ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة من وجوب إنذار الموظف قبل اعتبار خدمته منتهية ، ما دام أن قانون السلطة القضائية قد عالج الحالة بنص صريح في المادة ٧٩ المذكورة فإن طلب الطالب إلغاء قرار وزير العدل بإنهاء خدمته يكون في غير محله .

٣ - متى كان نص المادة ٧٩ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ صريحاً في اعتبار القاضي مستقيلاً إذا انقطع عن عمله مدة ثلاثين يوماً كاملة بدون إذن ، وكان القرار الصادر من جهة الإدارة باعتباره مستقيلاً ، يعتبر من القرارات الإدارية الكاشفة التي يترد أثرها إلى تاريخ الواقعة المسببة لصدوره فإنه لا يكون ثمة محل لإجابة طلب تعديل تاريخ الاستقالة وجعله من تاريخ صدور ذلك القرار .

الطلب رقم ٦ لسنة ٤٢ ق . « رجال القضاء »

جلسة ٢٧ من مارس سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٢٣ »

استقالة . قضاء . قرار إداري .

انقطاع الطالب عن عمله مدة ثلاثين يوماً بعد انتهاء أجازته للالتحاق بعمل آخر . اعتبار هذا الانقطاع استقالة ضمنية . صدور القرار المطعون فيه بإنهاء

خدمته . لا يعد إساءة لاستعمال السلطة .

مفاد نص المادة ٧٩ / ٢ ، ٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ - الذي يحكم واقعة الدعوى - أن خدمة القاضي تنتهي بما يعتبر استقالة ضمنية في حكم الجزاء إذا انقطع عن عمله لمدة تستطيل إلى ثلاثين يوماً كاملة ، ولو كان هذا الانقطاع عقب أجازة أو إعاره أو ندب فمجاوزه مدة الأجازة المرخص فيها شأنه في ذلك شأن الانقطاع عن العمل بدون إذن يقيم قرينة ترك العمل للاستقالة ، ولا ترتفع هذه القرينة إلا إذا انقضى الافتراض القائمة عليه بعودة القاضي وتقديمه أعذاراً جديدة تخضع لتقدير المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، وفي هذه الحالة يعتبر غير مستقيل وتحسب مدة غيابه أجازة من نوع الأجازة السابقة ، أو أجازة اعتيادية بحسب الأحوال فإذا لم يعد القاضي أو عاد وقدم أعذاراً تبين عدم جديتها اعتبرت خدمته منتهية بأثر رجعي ، يترد إلى تاريخ انقطاعه عن العمل . وإذا كان الطالب قد انقطع عن عمله للالتحاق بعمل آخر قبل أن يصدر قرار بإعارته له طبقاً للقانون ، وكان مثل هذا التخلف عن العمل الذي يهجر فيه القاضي عامداً متعمداً أعباء الوظيفة المسندة إليه يعتبر استقالة ضمنية في حكم المادة ٧٩ سالفة الذكر ، فإن القرار المطعون فيه وقد قام على سبب يبرره في الواقع والقانون وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة ، فإنه يكون قد صدر صحيحاً مبرراً من عيب إساءة استعمال السلطة .

الطلبان رقماً ٨٨ لسنة ٤٢ ، ٥١ لسنة ٤٣ ق « رجال القضاء »

جلسة ٦ من فبراير سنة ١٩٧٥ « س ٢٦ ص ٣ »

(١) نقل « نقل نوعي » . قرار إداري .

موافقة المجلس الاستشاري الأعلى للنيابة على نقل الطالب إلى وظيفة غير قضائية . مؤدى ذلك . اعتبار القرار المطعون فيه فيما تضمنه من هذا النقل قائماً على حالة واقعية تبرر إصداره . استناد ذلك القرار إلى القرار بقانون ٨٣ لسنة

١٩٦٩ الذي جرى قضاء محكمة النقض على اعتباره منعدما . لا أثر له .

(٢) إجراءات « ميعاد تقديم الطلب » .

وجوب تقديم الطلب خلال ثلاثين يوما من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو إعلان صاحب الشأن به .

(٣) نقل « نقل نوعى » . قانون .

القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٣ . قصر نطاق الاستفادة من أحكامه على أعضاء الهيئات القضائية الذين أحيلوا إلى المعاش أو نقلوا إلى وظائف أخرى تطبيقا لأحكام القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ . نقل الطالب إلى وظيفة غير قضائية بالتطبيق لأحكام قانون السلطة القضائية . لا محل لتطبيق أحكام القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٣ .

١ - إذ كانت المادة ١٣٦ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ - الواردة في الفصل الخاص بتأديب أعضاء النيابة - قد نصت في فقرتها الثالثة على أن أحكام هذا الفصل لا تمس ما للحكومة من الحق في فصل أى عضو من أعضاء النيابة العامة أو نقله إلى وظيفة أخرى غير قضائية دون وساطة مجلس التأديب ، وذلك بعد أخذ رأى المجلس الاستشارى الأعلى للنيابة بالنسبة إلى أعضاء النيابة حتى وظيفة وكيل النائب العام ، وكان الثابت بالأوراق أن هذا المجلس قد وافق على نقل الطالب إلى وظيفة أخرى غير قضائية ، فإن القرار الجمهورى رقم ١٦٠٥ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من نقله إلى وظيفة بوزارة الحكم المحلى يكون قد قام على حالة واقعية ، تتطلب تدخل الجهة الإدارية المختصة ، فتعتبر أساسا لوجوده ومبررا لإصداره . ولا يغير من ذلك صدور القرار المشار إليه مستندا إلى أحكام القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية - الذى جرى قضاء هذه المحكمة على اعتباره منعدما لمخالفة نص قانون التفويض رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ ومقتضاه - فلا يصلح أداة لإلغاء أو تعديل قانون السلطة القضائية سالفه الذكر ذلك أن الخطأ في بيان

القاعدة القانونية التى يستند إليها القرار الإدارى لا يترتب عليه انعدام ذلك القرار طالما كان قد استوفى شرائطه وفقا لقانون قائم ، ومن ثم يخضع من حيث الطعن فيه للمواعيد المقررة .

٢ - توجب المادة ٩٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ تقديم الطلب خلال ثلاثين يوما من تاريخ نشر القرار المطعون فيه فى الجريدة الرسمية أو إعلان صاحب الشأن به ، وإذ كان القرار رقم ١٦٠٥ لسنة ١٩٦٩ قد نشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ٤ / ٩ / ١٩٦٩ ولم يقدم الطلب إلا فى ٣١ / ١٢ / ١٩٧٢ فإنه يكون مقدما بعد الميعاد .

٣ - إذ نص القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٣ فى المادة الأولى منه على أن « أعضاء الهيئة القضائية الذين اعتبروا محالين إلى المعاش أو نقلوا إلى وظائف أخرى تطبيقا لأحكام القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ولم يعادوا إلى وظائفهم السابقة تطبيقا لأحكام القرار بقانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٧١ أو تنفيذًا لأحكام قضائية يعادون إلى وظائفهم السابقة فى الهيئات القضائية ، وذلك متى أبدوا رغبتهم كتابة إلى وزير العدل فى العودة إلى تلك الوظائف فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ العمل بهذا القانون » فقد دل على أنه لا يفيد من أحكام القانون المذكور إلا الذين أحيلوا إلى المعاش أو نقلوا إلى وظائف أخرى تطبيقا لأحكام القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، وإذ انتهت المحكمة إلى أن نقل الطالب إلى وظيفة غير قضائية إنما كان إعمالا للحق المخول للحكومة بمقتضى قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، فإنه لا يستفيد من أحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٣ .

الطعن رقم ٥٠٣ لسنة ٤٠ قضائية :

جلسة ٣ من يونيه سنة ١٩٧٥ «س ٢٦ ص ١١٤١»
(١، ٢، ٣، ٤) عقد «عقد إدارى». مسئولية «مسئولية

عقدية». قرار إدارى .

(١) توقيع الجزاءات في العقود الإدارية . منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة . جواز إعفائها المتعاقد معها من آثار مسئوليتها عن التأخير في تنفيذ التزامه أو التخلف عنه .

(٢) العقد الإدارى يرد عليه الفسخ برضاء الطرفين . لجهة الإدارة في حالة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته مصادرة التأمين وفرض جزاءات مالية دون حاجة للالتجاء إلى القضاء أو إثبات أن ضررا قد أصابها . جواز إعفائها له من تطبيق هذه الجزاءات .

(٣) إعفاء جهة الإدارة لمتعهد التوريد من آثار مسئوليته لتخلفه عن تنفيذ التزامه . لا ينطوى على تصرف مجاني في أموال الدولة .

(٤) إعفاء متعهد التوريد من مصادرة التأمين ومن الغرامة . قرار إدارى . لا يعد ذلك مجرد تسوية مالية خاطئة . عدم سحب جهة الإدارة لهذا القرار ، أو الطعن عليه في الميعاد . أثره . اكتساب صاحب الشأن حقا فيما تضمنه .

١ - متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه استند في نفي المسئولية عن مورث المطعون عليهم الثلاثة الأول إلى أن الذى أصدر القرار الإدارى بإعفاء متعهدى التوريد من الغرامة ، ورد التأمين إليهما إنما هو وزير الحربية ذلك أن لجنة الاحتياجات صادرت التأمين المدفوع من كل منها فقدم كلاهما التماسا بهذا الشأن ضمنه أن أسبابا دولية خارجة عن إرادته عاقت تنفيذ التزاماته بتوريد الطائرات . وعرض الالتماسان على مورث المطعون عليهم الثلاثة الأول رئيس لجنة الاحتياجات ثم على وكيل وزارة الحربية فأبدي كل منهما رأيه بالموافقة ورفع الأمر إلى الوزير فأصدر قرارا بالإعفاء من الغرامة والمصادرة بصفة استثنائية بعد أن اقتنع بالظروف التى حالت دون تنفيذ عقدي التوريد وانتهت المحكمة من ذلك إلى أن إبداء الرأى بشأن الالتماس

المذكور وعرضه على وكيل الوزارة لا يعتبر خطأ من جانب من أبدي الرأى وإنما يتحمل الوزير وحده المسئولية كاملة ، ولما كان توقيع الجزاءات في العقود الإدارية منوطا بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقود ولهذا فإن لها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تقدر ظروف المتعاقد فتعفيه من آثار مسئوليته عن التأخير في تنفيذ التزاماته أو التخلف عنه . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد نفى الخطأ عن مورثي المطعون عليهم ، وكانت الأسباب التى استند إليها وعلى ما سلف البيان تكفى لحمله ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أو شابه قصور في التسييب .

٢ - العقد الإدارى يرد عليه الفسخ برضاء الطرفين شأنه في ذلك شأن العقد المدنى . وإذا كان ذلك العقد تحكمه أصول القانون الإدارى وهى تقضى بأنه يحق لجهة الإدارة في حالة عدم التنفيذ أن تصدر التأمين الإدارى وهى تقضى بأنه يحق لجهة الإدارة في حالة عدم التنفيذ أن تصدر التأمين وتفرض على المتعاقد جزاءات مالية دون حاجة للالتجاء للقضاء للحكم بها ودون أن تلتزم بآثبات أن ضررا قد أصابها ، إلا لجهة الإدارة أن تقدر الظروف التى تم فيها الفسخ فتعفى المتعاقد من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك مصادرة التأمين وتوقيع الغرامة .

٣ - متى كانت جهة الإدارة قد أفصحت عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بإعفاء مورث المطعون عليهم من الرابع إلى الثامنة - متعهد التوريد - من آثار مسئوليته عن التخلف عن تنفيذ التزامه وهو أمر يدخل في حدود سلطتها التقديرية ، ومن ثم فلا ينطوى على تصرف مجاني في أموال الدولة يتعين معه اتخاذ الاجراءات التى يتطلبها الدستور وما نصت عليه اللائحة المالية للميزانية والحسابات التى أشار إليها الطاعنان في سبب النعى .

٤ - متى كان ما أصدرته جهة الإدارة - من إعفاء متعهد التوريد من مصادرة التأمين ومن الغرامة - هو قرار إداري ، وإذ ترتب على صدوره مصلحة للمتعهد بالتوريد ولم تسحبه جهة الإدارة خلال المدة التي كان جائزا فيها سحبه كما لم يطعن عليه ذو شأن في الميعاد القانوني ، فإنه يكون قد أصبح حصينا من السحب والإلغاء ويصبح لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه ، ومن ثم فلا وجه للقول بأن عمل الإدارة بهذا الخصوص هو مجرد تسوية مالية خاطئة يجوز العدول عنها .

الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٣٦ القضائية

جلسة ٥ من مارس سنة ١٩٧٤ « س ٢٥ ص ١٢ »

(١) بطلان « بطلان الإجراءات » محاماة .

إغفال المحامي استصدار إذن من النقابة قبل أن يشكو زميلا له أو يتخذ إجراءات قانونية ضده . المادة ٣١ ق ٩٦ لسنة ١٩٥٧ . لا يؤدي إلى بطلان الإجراء . مخالفة المحامي لهذا النص . أثرها . مساءلته تأديبيا .

(٢) حكم « تسييب الحكم » . محكمة الموضوع . محاماة .

عرف .

نفي الحكم بأسباب سائغة قيام نية التبرع في مباشرة المحامي للقضايا الخاصة بزميل له . استخلاص موضوعي مستقل به محكمة الموضوع . لا محل للتحدى بقيام عرف يقضى بعدم اقتضاء الأتعاب ، طالما أن الحكم قد دلل بأسباب سائغة على اتفاق الطرفين على خلافه .

١ - إذ جرى نص المادة ٣١ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ - المنطبق على واقعة الدعوى - بأنه « على المحامي الذي يريد أن يشكو زميلا له أو يتخذ إجراءات قانونية ضده أن يحصل على إذن في ذلك من مجلس النقابة ، ويجوز في حالة الاستعجال صدور هذا الإذن من النقيب » فإنه يكون قد دل بذلك على أن الخطاب في هذا النص موجه إلى المحامي الشاكي أو متخذ الإجراء

بما يعني أن إقدامه على تلك المخالفة يؤدي إلى مساءلته تأديبيا ، وإذ كان المشرع لم يرتب البطلان على مخالفة حكمه ، فإن إغفال المحامي استصدار ذلك الإذن قبل مباشرة الإجراء لا يعيبه .

٢ - إذ كان الحكم المطعون فيه قد نفى قيام نية التبرع - في مباشرة قضايا الطاعن - لدى المطعون ضده - محام - ودلل على ذلك بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهى إليه ، وهو من الحكم استخلاص موضوعي مما تستقل به محكمة الموضوع . ولا رقابة عليها فيه من محكمة النقض وكان لا محل لما يتحدى به الطاعن - محام - من أن ثمة عرفا يجري بمعاملة المحامي لزميله بعدم اقتضاء أتعاب منه ، ذلك أنه يفرض قيام هذا العرف ، فقد دلل الحكم المطعون فيه بأسباب سائغة على اتفاق الطرفين على خلافه مما ينتفى معه وجه الاستناد إليه ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم هذا النظر ، ورتب عليه اختصاص اللجنة المشكلة بقرار مجلس النقابة بنظر طلب تقدير الأتعاب ، فإنه لا يكون قد خالف القانون .

الطعن رقم ١٦٥ لسنة ٣٨ القضائية

جلسة ٢٠ من أبريل سنة ١٩٧٤ « س ٢٥ ص ٧١٣ »

(١) عمل . مؤسسات عامة . شركات « شركات القطاع العام » . اختصاص « اختصاص ولائي » موظفون . قرار إداري . العاملون بالشركات التابعة للمؤسسات العامة . علاقتهم بها تعاقدية لا تنظيمية . خضوعها لأحكام قوانين العمل ولنظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة . عدم اعتبار القرارات التي تصدرها الشركات في شأنهم قرارات إدارية . اختصاص القضاء العادي بنظر المنازعات المتعلقة بهذه القرارات .

(٢) اختصاص « اختصاص ولائي » . مؤسسات عامة . شركات . « شركات القطاع العام » . عمل . قانون .

منشور الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة المنظم لإجراءات التظلم من قرارات التقييم . تعليمات إدارية ليست لها منزلة التشريع . عدم التعويل على ما تضمنه بشأن الجهة المختصة بنظر التظلم من قرارات التقييم . انعقاد الاختصاص للقضاء العادي بنظر التظلم من هذه القرارات .

١ - مؤدى نص المادتين الأولى والثانية من نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة الصادر بالقرار الجمهوري رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ الذي يحكم واقعة الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن علاقة العاملين بتلك الشركات هي علاقة تعاقدية لا تنظيمية - تخضع لأحكام قوانين العمل كما تخضع لأحكام ذلك النظام باعتباره جزءاً متما لعهود العمل . وإذا كان مقتضى ذلك أن القرارات التي تصدرها هذه الشركات في شأن هؤلاء العاملين لا تعتبر من قبيل القرارات الإدارية ، فإن جهة القضاء العادي تكون هي المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بهذه القرارات .

٢ - إذ كان منشور الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة المؤرخ ٦ سبتمبر سنة ١٩٦٥ الذي رتب عليه الحكم قضاءه لا يبدو أن يكون مجرد تعليمات إدارية ليست لها منزلة التشريع ولا يمكن أن تعدل من قواعد اختصاص جهات القضاء لأن هذا التعديل لا يجوز إجراؤه إلا بقانون ، فإن الاختصاص بنظر هذا النزاع يظل معقوداً لجهة القضاء العادي - لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى استناداً إلى أن الاختصاص بنظر التظلم من قرارات التسوية والتقييم معقود للجان التي أنشأها ذلك المنشور وحدها ويخرج عن ولاية القضاء العادي ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق « أحوال شخصية »

جلسة ٤ من ديسمبر سنة ١٩٧٤ « س ٢٥ ص ١٣٢٩ »
(١) أجنب . قانون . قناصل .

اختصاصات البعثات القنصلية . الرجوع فيها لقواعد القانون الدولي العام . للقنصل اختصاصات إدارية بالنسبة لمواطنيه وفقاً لقوانين دولته ما لم يتعارض ذلك مع قوانين الدولة الموفد إليها .

(٢ ، ٣) أجنب . عرف . قناصل . معاهدات .

(٢) معاهدة مونترو الخاصة بإلغاء الامتيازات الأجنبية . أثرها على سلطات القناصل . حق القنصل في توثيق المحررات الخاصة برعايا دولته . قائم على الرضا الضمني المستند إلى شرط التبادل وإلى العرف الدولي . المقصود بشرط التبادل .

(٣) قيام قناصل الدول الأجنبية في مصر بأعمال التوثيق . ليس هناك نص تشريعي يحظر قيامهم بذلك . اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية . بيانها وظائف القنصل .

(٤ ، ٥) أجنب . أحوال شخصية . قانون . عقد .

(٤) قانون التوثيق ٦٨ لسنة ١٩٤٧ . استمرار تطبيق قواعد القانون الدولي بالنسبة لمحررات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب .
(٥) حق الأجانب المقرر لهم في التوثيق تطبيقاً لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص . عدم المساس به بصدور القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ المعدل لقانون التوثيق ٦٨ لسنة ١٩٤٧ .

(٦) أجنب . قانون . قناصل . عقد .

سلطة القناصل في توثيق العقود . لا تنقص من سيادة الدولة . علة ذلك .

(٧ ، ٨) أحوال شخصية . قانون . قناصل . وصية .

(٧) الوصية تعد من مسائل الأحوال الشخصية . قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع . نطاقها . لا شأن لهذه القاعدة بمسائل الأحوال الشخصية .

(٨) للموصى الأجنبي أن يفرغ الوصية في الشكل المقرر في قانون دولته ، أو في الشكل المقرر في قانون البلد الذي تتم فيه الوصية . المادة ١٧ مدني . التجاوز إلى قنصل دولته لتوثيق الوصية . وجوب تطبيق قانون ذلك القنصل على شكل المحرر .

(٩ ، ١٠) إثبات . تنفيذ . قانون . قناصل .

(٩) المحررات التي يجريها القناصل المصريون في الخارج بوصفهم موثقين . لها ذات القوة الرسمية للمحررات الموثقة في مصر . المادة ٦٤ ق ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن نظام السلكين الدبلوماسي والقنصل .

(١٠) المحررات التي يوثقها القناصل الأجانب في مصر وفقا لقانون دولهم . تعد محررات رسمية أجنبية لها حجبتها في الإثبات . جواز تنفيذها في مصر بعد شمولها بأمر التنفيذ وفقا لنص المادة ٤٩٦ مراقعات سابق .

(١١) حكم « تسببب الحكم » . إثبات . قانون . وصية .

القانون الأجنبي . واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليه . مثال في وصية الأجنبي . جواز استناد الحكم إلى أحكام محكمة النقض والاستئناف الأتينية كعنصر من عناصر البحث في تأويل القانون اليوناني .

١ - القواعد المنظمة للتمثيل القنصلي بصفة عامة مرجعها إلى قواعد القانون الدولي العام وضمن الاختصاصات المتعارف عليها للبعثات القنصلية ، قيام القناصل بعمل موثق العقود ومسجل الأحوال المدنية فضلا عن ممارسة بعض الاختصاصات ذات الطبيعة الإدارية بالنسبة لمواطنيه وفقا لأحكام قوانين الدولة التي ينتمى لها ما لم يتعارض ذلك مع قوانين الدولة الموفد إليها .

٢ - النص في المادة الحادية عشرة ، من معاهدة مونترال الخاصة بإلغاء الامتيازات بمصر الصادر بها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧ على أن يخضع قناصل الدول لقضاء المحاكم المختلطة مع مراعاة القيود المعترف بها في القانون الدولي ، ولا يجوز بوجه خاص محاكمتهم بسبب أعمال وقعت منهم أثناء تأدية وظيفتهم ، ولهم بشرط التبادل أن يقوموا بالأعمال الداخلة في الاختصاصات المعترف بها عادة للقناصل في مواد

إشهادات الحالة المدنية وعقود الزواج والعقود الرسمية الأخرى والتركات والنيابة عن مواطنيهم الغائبين أمام القضاء ومسائل الملاحه البحرية وأن يتمتعوا بالحصانة الشخصية .. يدل على أن هذه المادة عمدت في الفقرة الأولى منها إلى وضع حد للسلطات البوليسية والقنصلية التي كانت مخولة لموظفي السلك السياسي والقنصلي في فترة قيام الامتيازات فأخضعتهم لقضاء المحاكم المختلطة صراحة ومهدت بفقرتها الثانية السبيل لإرساء مركز القناصل خلال فترة الانتقال طبقا للاختصاصات المألوفة والمتعارف عليها في فقه القانون الدولي ، مما مفاده أن هذه الاختصاصات الأخيرة - ومن بينها حق القناصل في توثيق المحررات الخاصة برعايا دولهم - لم تكن مستقاة من نظام الامتيازات وليست موقوتة بفترة الانتقال وإنما هي قائمة على الرضاء الضمعي المستند إلى شرط التبادل وإلى العرف الدولي المستقر وهو ما تشير إليه براءة اعتماد القنصل ، وتفيد قبوله بوظائفه المحددة له في قانون دولته وعلى أن يباشرها وفقا لهذا القانون يؤيد هذا النظر أن المرسوم بقانون الصادر في ٥ أغسطس ١٩٢٥ والخاص بالنظام القنصلي والذي ظل معمولا به حتى إلغائه بالقانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ كان يعطى في المادة ٢٢ منه للقناصل المصريين حق تحرير العقود والمشاركات المتعلقة بالمصريين خاصة في فترة قيام الامتيازات ، ثم خلال فترة الانتقال ، وكذلك في المدة التالية لانتهائها . لما كان ذلك فإنه وإن كان المقصود بشرط التبادل ألا تسمح الدولة لقنصل دولة أجنبية بمباشرة وظيفة التوثيق إلا إذا كانت دولة هذا القنصل تسمح لقنصل الدولة الأولى بمباشرة ذات الوظيفة على إقليمها إلا أن نطاق التبادل المشار إليه يقتصر على مجرد الاعتراف للقنصل بأداء وظيفة التوثيق دون أن يمتد إلى التماثل والتطابق في شروط أداء هذا الاختصاص وكيفية حصوله اعتبارا بأن القنصل بوصفه موثقا يخضع في أدائه لقانون الدولة التي يمثلها هو .

٣ - العرف مصدر أصيل من مصادر القانون الدولي ، ولا يوجد

نص تشريعى فى مصر يحظر قيام قناصل الدول الأجنبيّة فى مصر بأعمال التوثيق ، ولا تعارض بهذه المثابة بين هذا الوضع وبين ما نصت عليه الفقرة (و) من المادة الخامسة من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية والتي انضمت إليها جمهورية مصر العربية اعتباراً من ٢١ يوليو ١٩٦٥ والتي تقضى بأن الوظائف القنصلية « تشمل القيام بأعمال التوثيق والأحوال المدنية وممارسة الأعمال المشابهة وبعض الأعمال الأخرى ذات الطابع الإدارى ما لم يتعارض مع قوانين ولوائح الدولة الموقد إليها » .

٤ - إن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ من أنه « ... قد كان مقتضى توحيد جهات التوثيق أن تكون مكاتب التوثيق الجديدة هي التي تتولى توثيق جميع المحررات أيا كانت ... وهذه المكاتب توثق المحررات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المسلمين ، إلا أنه بالنسبة إلى الأجانب يكون لهم الخيار في توثيق محرراتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية لدى مكاتب التوثيق أو لدى جهاتهم القنصلية تطبيقاً لقواعد القانون الدولي ... » وما أورده تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب عن ذات القانون من أنه « ... يقتضى توحيد جهات التوثيق أن تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية والمختلطة وأن تحال إلى مكاتب التوثيق جميع أصول العقود الموثقة بها والدفاتر والوثائق المتعلقة بها ... أما المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين فتختص بها مكاتب التوثيق إذ يجب أن تختص جهة واحدة بعد إلغاء المحاكم المختلطة بالتوثيق لغير المسلمين في محررات أحوالهم الشخصية التي يتطلب القانون حالاً أو مستقبلاً توثيقها ، مع عدم حرمان الأجانب من حقهم في توثيق هذه المحررات أمام جهاتهم القنصلية طبقاً للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص ... » ما جاء بهذا التقرير وتلك المذكرة لا يعدو أن يكون إفصاحاً من المشرع عن إرادته في

توحيد جهات التوثيق التي كانت متفرقة ، وحرصاً منه في ذات الوقت على استمرار تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص بالنسبة لمحررات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب ، دون أن تكون هناك أدنى صلة لذلك بمسألة الامتيازات الأجنبية أو فترة الانتقال التي صاحبت إلغاءها .

٥ - إن تعديل قانون التوثيق - ٦٨ لسنة ١٩٤٧ - بمقتضى القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ إثر إلغاء المحاكم الشرعية والمالية ، لا علاقة له ألبتة بحق الأجانب المقرر لهم - في التوثيق - تطبيقاً لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لذلك القانون الأخير بقولها إنه « بمناسبة صدور القانون بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية رؤية تنظيم توثيق عقود الزواج والإشهادات التي كانت تتولاها المحاكم الشرعية والمجالس المالية ، وقد وضع المشروع الحالي متضمناً هذا التنظيم ... » يؤيد ذلك أن قواعد الإسناد المشار إليها كان معمولاً بها خلال سريان الامتيازات الأجنبية وفي فترة الانتقال فكانت المادة ٧٨ من القانون المدني المختلط تنص على أن تراعى في أهلية الموصى لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في قانون الدولة التابع لها الموصى « كما تنص المادة ٥٨ من القانون المدني الأهلي على أن « تراعى في أهلية الموصى لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى وكذلك في المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة والمادة ٣ من المرسوم بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية اللتين تنصان على أن يرجع في الوصايا إلى قانون بلد الموصى ، وظل هذا الوضع في القانون المدني الحالي عقب إلغاء الامتيازات إذ احتفظ بهذه القاعدة فيه مع تعميم في الصياغة لتشمل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ومع تعيين الوقت الذي يعتد فيه ببيان القانون الواجب التطبيق وهو ما نصت عليه المادة ١٧ منه .

٦ - سلطة القناصل في إجراء العقود الموثقة لا تنتقص من سيادة الدولة التي يباشرون على أرضها وظائفهم طالما أن لمثلها مباشرة السلطة ذاتها على وجه التبادل ، ذلك أن امتداد السلطة الإقليمية خارج حدود الدولة أمر تقتضيه دوافع المجاملة ، ومقتضيات الملاءمة واستمرار الحياة الدولية وحاجاتها .

٧ - أدخل المشرع المصري الوصية ضمن نطاق مسائل الأحوال الشخصية ولما كانت قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إنما تنصرف إلى الأحكام المتعلقة بحياته وما يمكن أن يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام الأموال في الدولة ، ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية ، فإن وجود عقارات التركة التي خلفتها الوصية في مصر لا علاقة له بتوثيق الوصية في حد ذاتها .

٨ - النص في الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدني المصري على أن « يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيضاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ... » يدل على أن قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف ليست قاعدة إلزامية في التشريع المصري بل هي رخصة للموصى ابتغى بها التيسير عليه وترك له الخيرة فيجوز له أن يتخذ الوصية إما في الشكل المقرر في قانون الدولة التي ينتمي إليها بحنسيته وإما في الشكل المقرر في قانون البلد الذي تتم فيه الوصية ولما كان اختيار الوصية لأول الطريقين والتجاؤها إلى قنصل دولتها لتوثيق الوصية ، من شأنه أن يجعل القانون الواجب التطبيق على شكل المحرر هو قانون ذلك القنصل طالما توافرت فيه الشروط اللازمة لذلك الإجراء ، أخذا بقاعدة شكل المحرر يخضع لقانون من أجراه وهي قاعدة تسير جنبا إلى جنب مع قاعدة شكل المحرر يخضع لقانون بلد إبرامه وبمقتضاه يبرر الخروج على مبدأ

الإقليمية في التوثيق مراعاة لحاجة المعاملات الدولية ، ويلزم الموثق في هذه الحالة باتباع الشكل الذي يقضى به قانون بلده وكان توثيق الوصية موضوع الدعوى بمعرفة القنصل لا يتعارض مع قانون التوثيق ولا مع معاهدة مونترو وإذا كان الخيار المخول للوصية في سلوك أحد الطريقين المشار إليهما لا يجعل الالتجاء إلى الشكل القنصلي منظويا على مخالفة للنظام العام ، فإن النعي على الحكم يكون ولا محل له .

٩ - النص في الفقرة الثانية عشرة من المادة ٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ باصدار قانون نظام السلكين الدبلوماسي والقنصلي ، يعنى أن المحررات التي يجريها القناصل المصريون في الخارج بوصفهم موثقين يكون لها ذات القوة الرسمية للمحررات التي تحرر وتوثق في مصر ، وهو تطبيق لمبدأ الامتداد الإقليمي لسلطة الدولة خارج حدودها ولا يمكن أن يفيد النص قصر القوة الرسمية للعقود داخل حدود مصر وحدها . لا يغير من ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ٢٢ من المرسوم الصادر بتاريخ ٥ من أغسطس ١٩٢٥ والمعدل بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٤٠ الخاص بالنظام القنصلي كانت تقضى بأن للعقود التي يجريها القناصل المصريون في الخارج « .. قوة العقود الرسمية ، وتكون واجبة التنفيذ في القطر المصري بمقتضى صورها المسلمة المصدق عليها بالصفة القانونية ، وتكون كذلك واجبة التنفيذ في الخارج إذا أجازت ذلك العادات والاتفاقيات السياسية » لأن هذه الفقرة إنما تتعلق بتنفيذ المحرر الرسمي لا بقوته في الإثبات ، ولم يجد المشرع داعيا لتردادها في القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ لأن القواعد العامة في قانون المرافعات تفي عنها .

١٠ - المحررات الرسمية التي تقوم بتوثيقها الجهات القنصلية في مصر وفقا لقوانين الدول التي تتبعها تلك الجهات ، تعتبر محررات رسمية أجنبية فيكون لها بهذه المثابة حجيتها في الإثبات ولكنها لا تتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد شمولها بالأمر بالتنفيذ وفق المادة ٤٩٦ من قانون المرافعات السابق .

- ١١ - إذ كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه إلى أحكام لمحكمة النقض والاستئناف الأثينية وإلى فتوى صادرة من المعهد اليوناني للقانون الدولي كعنصر من عناصر البحث التي استأنس بها لتعرف الرأي السديد في تأويل نصوص القانون اليوناني وكان لا يجدي الطاعنين التحدى بالفقرة الثانية من المادة ١٨٠٧ من القانون المدني اليوناني ، لأن الثابت من تقارير الحكم أن الموصية قد تصرفت بمقتضى وصيتها في جميع تركتها وليس في جزء منها ، ولما كان القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليه ، وكان الطاعنان لم يبيئا النص القانوني الذي يحول بين الزوجة وبين إمكان التصرف في نصيب زوجها - الموصى له به والذي توفي قبل وفاة الموصية - ضمن الوصية ، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس .

الطعن رقم ٧ لسنة ٣٩ القضائية « أحوال شخصية »

جلسة ١٤ من فبراير سنة ١٩٧٣ « س ٢٤ ص ٢٥١ »

(١) أحوال شخصية . « المسائل الخاصة بالمصريين المسلمين .

زواج . أهلية » .

عقد المعتوه زواجه بنفسه أو بولي الأبعد . عقد موقوف على إجازة الولى الأقرب . الإجازة تثبت بالصريح وبالضرورة وبالدلالة قولاً أو فعلاً . الإجازة دلالة . معناها الشرعى .

(٢) أحوال شخصية . عرف . إثبات .

العرف في مسائل الأحوال الشخصية . معتبر إذا عارض نصاً مذهبياً . منقولاً عن صاحب المذهب . علة ذلك .

١ - الرأى في المذهب الحنفى أنه إذا زوج المعتوه نفسه أو زوجه وليه الأبعد مع وجود الأقرب ، فإن أجازته نفذ وإلا بطل ، والإجازة تثبت بالصريح وبالضرورة وبالدلالة قولاً أو فعلاً ، ولما كان يبين من

الحكم المطعون فيه أن المرحوم .. زوج المعتوه بالمطعون عليها ، وهو من أقاربه البعيدين ، واعتبر الحكم أن الطاعن ، وهو شقيق المعتوه وولى النكاح الأقرب ، قد أجاز عقد الزواج دلالة بحضوره مجلس العقد ، واستتجاره مسكناً لشقيقه المذكور بعد الزواج للإقامة فيه مع زوجته ، وتردده عليها في ذلك المسكن واستلامه لشقيقه (المعتوه) من والد زوجته ، وتأخره في رفع الدعوى ، ولما كانت هذه الأمور لا تدخل في مفهوم الإجازة دلالة بمعناها الشرعى ، إذ لا تحمل أى معنى مشترك من المعانى التي وضعت لإجازة عقد الزواج ، وليست شرطاً له ولا ركناً فيه ولا أثراً من آثاره ، ولا يوجد فيها معنى ثابت للإجازة ثبوتاً قطعياً لا يحتمل الشك ، بل تحتمل أكثر من احتمال ، لأن سكوت ولى النكاح في مجلس عقد زواج محجوره ، لا يكون رضا إذ يحتمل الرضا ويحتمل السخط ، ولأن تأجير الطاعن مسكناً للمعتوه بعد الزواج وزيارته فيه واستلامه من والد الزوجة ، أمور يباشرها ولى النفس باعتبار أنها من لوازم ولاية الحفظ ومقتضياتها الواجبة عليه نحو محجوره أو بدافع الشفقة عليه ، ولأن مضى المدة مهما طال أمدها لا يعتبر إجازة للعقد الموقوف ، وهو ما يتعين معه حسب النصوص الفقهية ألا تعتبر هذه الأمور منفردة أو مجتمعة إجازة بطريق الدلالة من الولى الأقرب لعقد زواج المعتوه ، وذلك ما لم يكن قد جرى عرف مخالف اعتبرها إجازة بالدلالة .

٢ - العرف معتبر إذا عارض نصاً مذهبياً منقولاً عن صاحب المذهب ، إذ الجمود على ظاهر المنقول مع ترك العرف ، فيه تضييع حقوق كثيرة ، دون أن يكون في ذلك مخالفة للمذهب .

الطلبان رقما ٢٤ لسنة ٤١ ، ١ لسنة ٤٢ ق « رجال القضاء »
جلسة ١٩ من أبريل سنة ١٩٧٣ « س ٢٤ ص ٥٣٩ »
(١) قانون . « إلغاء القوانين » . اختصاص . « الاختصاص
الولائي » . قرار إداري .

قرارات السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية . قرارات إدارية .
مدى حجيتها . حق القضاء الإداري في إلغائها إذا تجاوزت الموضوعات المحددة
بقانون التفويض أو الأسس التي يقوم عليها . حيازتها حجية التشريع بإقرار
المجلس النيابي .

(٢) قانون . « التفويض التشريعي » . عزل . قضاة .

التفويض التشريعي المقرر بق ١٥ لسنة ١٩٦٧ . سنده وحدوده . ما تضمنه
القرار بق ٨٣ لسنة ١٩٦٩ - الصادر بالاستناد إلى هذا التفويض - من اعتبار
رجال القضاء الذين لا تشملهم قرارات إعادة التعيين في وظائفهم أو النقل إلى
وظائف أخرى محالين إلى المعاش بحكم القانون . خروجه عن نطاق التفويض .
أثر ذلك .

١ - القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة
التشريعية وإن كان لها في موضوعها قوة القانون التي تمكنها من إلغاء
وتعديل القوانين القائمة ، إلا أنها تعتبر قرارات إدارية لا تبلغ مرتبة
القوانين في حجية التشريع ، فيكون للقضاء الإداري بما له من ولاية
الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أن يحكم بإلغائها إذا تجاوزت
الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التي يقوم عليها ،
ولا تحوز هذه القرارات حجية التشريع إلا إذا أقرها المجلس النيابي
شأنها في ذلك شأن أي قانون آخر .

٢ - إذ كان القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الصادر بإعادة
تشكيل الهيئات القضائية قد صدر بناء على القانون رقم ١٥ لسنة
١٩٦٧ الصادر من مجلس الأمة بتفويض رئيس الجمهورية بإصدار
قرارات لها قوة القانون وكان مؤدى نص المادة الأولى من هذا القانون

الأخير أن التفويض يقتصر على الموضوعات المحددة به والضرورية
لمواجهة الظروف الاستثنائية القائمة في ذلك الوقت والتي أعقبها
عدوان يونية سنة ١٩٦٧ ، وقد صدر هذا التفويض بناء على ما هو
محول لمجلس الأمة بمقتضى المادة ١٢٠ من دستور سنة ١٩٦٤ فإن
القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الذي اعتبر رجال القضاء الذين
لا تشملهم قرارات إعادة التعيين في وظائفهم أو النقل إلى وظائف أخرى
محالين إلى المعاش بحكم القانون ، يكون خارجا عن نطاق التفويض
غير قائم على أساس من الشرعية لأن عزل القضاة لا يجوز وفقا
لدستور سنة ١٩٦٤ تنظيمه بأداة أدنى مرتبة من القانون .

الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٣٨ القضائية

جلسة ٢٦ من أبريل سنة ١٩٧٣ « س ٢٤ ص ٦٨٢ »
قانون . « إلغاء القانون » . دفع . « الدفع بعدم الدستورية »
ضرائب . « الرسوم المحلية » .

إلغاء نظام قانوني معين ليستبدل به نظام قانوني جديد . أثره . نسخ القواعد
القديمة وإن لم تتعارض مع النظام الجديد . لوائح الإدارة العامة الصادرة تنفيذا
للقانون القديم وبالنسبة لنصوصها المتوافقة مع القانون الجديد . بقاؤها نافذة في
ظل القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغائها . الدفع بعدم الدستورية في
هذه الحالة . غير جدي .

إلغاء نظام قانوني معين ليستبدل به نظام قانوني جديد وإن ترتب
عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التي لا تتعارض مع النظام
القانوني الجديد ، إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذا
للقانون القديم ، وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التي تتوافق مع
القانون الجديد تبقى نافذة المفعول في ظل القانون الجديد ما لم ينص
صراحة على إلغائها . وإذا كان القانون الجديد لبلدية الاسكندرية رقم
٩٨ لسنة ١٩٥٠ قد استبقى لها شخصيتها الاعتبارية العامة
واختصاصها في تسيير النظام المالي للبلدية وحققها في تحصيل الإيرادات

لمواجهة ما توديه من خدمات والإنفاق على المرافق العامة المنوط بها إدارتها والجهاز الإداري للمدينة ، فإن إلغاء الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٠ بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ لا يستتبع إلغاء اللوائح السابق صدورها فى ظل الأمر الملغى ، ومنها القرار الصادر فى ٢١ / ١٠ / ١٩٤٢ بقرض رسوم بلدية على محال الخمر ، إذ لم ينص فيه على إلغاء ما يتوافق مع أحكام القانون الجديد ، وإنما يبقى هذا القرار قائما حتى صدور قرار جديد بتعديله أو إلغائه ، ويكون النعى عليه بعدم الدستورية غير جدى ، لأن الضرائب والرسوم المحلية لا يشترط أن يكون فرضها بقانون ، وإنما يكفى أن تصدر بناء على قانون .

الطلب رقم ١١ لسنة ٢٩ ق . « رجال القضاء »

جلسة ١٣ من ديسمبر سنة ١٩٧٣ « س ٢٤ ص ١٠٢٢ »
(١ ، ٢ ، ٣) إجراءات « ميعاد تقديم الطلب » قرار إدارى
(١) طلب تعديل الأقدمية . عدم تحققه إلا بإلغاء القرار الوزارى المحدد لها . خضوعه للميعاد المقرر فى المادة ٩٢ من القانون ٤٣ لسنة ١٩٦٥ الذى يحكم واقعة الطلب .

(٢) طلبات التسوية . استنادها إلى حق ذاتى مقرر مباشرة فى القانون وغير رهين بإرادة الإدارة . ما تصدره الإدارة فى هذا الشأن من أوامر وتصرفات . هى مجرد أعمال تنفيذية وليست قرارات إدارية .

(٣) الميعاد المقرر للطنن بالإلغاء فى القرارات الإدارية الخاصة بشئون القضاة . ثلاثون يوما من تاريخ النشر أو الإعلان . م ٩٢ ق لسنة ١٩٦٥ . العلم اليقيني يقوم مقام النشر أو الإعلان .

١ - متى كان الطالب قد انتهى إلى طلب تعديل أقدميته وإرجاعها إلى التاريخ الذى أكمل فيه ثلاث السنوات لصلاحيته للتعيين فى وظيفة وكيل نيابة ، واحتياطيا إلى التاريخ الذى تقرر فيه زيادة مرتبه بأثر رجعى ، وكان تحقق هذه الطلبات لا يتأتى الا بإلغاء قرار وزير العدل

فيما تضمنه من جعل أقدميته نالية للأستاذ .. وسابقة على الأستاذ .. مما يندرج فى قضاء الإلغاء ، فإنه يخضع بالتالى للميعاد المحدد فى المادة ٩٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ بشأن السلطة القضائية الذى يحكم واقعة هذا الطلب ، ولا يعد من قبيل طلبات التسوية .

٢ - طلبات التسوية هى التى تقوم استنادا إلى حق ذاتى مقرر مباشرة فى القانون وغير رهين بإرادة الإدارة ، مما مؤداه أن يكون ما تصدره الإدارة من أوامر وتصرفات بهذه المناسبة مجرد أعمال تنفيذية تهدف إلى تطبيق القانون على حالة الطالب . ولا يكون هذا الإجراء من جانبها قرارا إداريا ، فى حين أن تحديد أقدمية من يعينون فى وظائف القضاء إنما هو أمر جوازى تمارسه الجهة الإدارية فى حدود المصلحة العامة ، وليس حقا ذاتيا يستمده الطالب من القانون مباشرة .

٣ - مفاد نص المادة ٩٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ أن الميعاد المقرر للطنن بالإلغاء فى القرارات الإدارية الخاصة بشئون القضاة هو ثلاثون يوما من تاريخ نشر القرار أو إعلان صاحب الشأن به ، ويقوم مقام النشر أو الإعلان العلم اليقيني على ما جرى به قضاء هذه المحكمة .

الطنن رقم ٥٦٥ لسنة ٣٥ القضائية

جلسة ٢ من فبراير سنة ١٩٧٢ « س ٢٣ ص ١٢٦ »

(١) عمل . « المكافأة » . عرف .

المكافأة التى تصرف للعامل جزاء أمانته أو كفاءته . الأصل فيها أنها تبرع . لا تعد جزءا من الأجر عند احتساب مكافأة نهاية الخدمة . الاستثناء . أحواله .

(٢) عمل . « بدل التمثيل » .

البدل . متى يكون جزءا من الأجر ومتى لا يكون كذلك . بدل التمثيل .

(٣ ، ٤) عمل . « الأجر » . عرف . محكمة الموضوع . خبرة .

(٣) استخلاص المحكمة ما جرى عليه العرف من صرف مكافأة للعمال

واحتسابها ضمن الأجر . هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع .
(٤) عدم التزام محكمة الموضوع بنديب خبير لتحقيق قيام عرف مخالف لما اقتنعت به في هذا الصدد .

١ - الأصل في المكافأة التي تصرف للعامل جزاء أمانته أو كفاءته والمنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة ٦٨٣ من القانون المدني والمادة الثالثة من قانون العمل ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، أن تكون تبرعا من قبل رب العمل ، لا يلزم بأدائها ، ولا تعتبر جزءا من الأجر عند احتساب مكافأة نهاية الخدمة ، إلا إذا كانت مقررة في عقود العمل أو لوائح المصنع أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءا من الأجر .

٢ - البديل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إما أن يعطى إلى العامل عوضا له عن نفقات يتكبدها في سبيل تنفيذ عمله ، وهو على هذا الوضع لا يعتبر جزءا من الأجر ولا يتبعه في حكمه ، وإما أن يعطى له لقاء طاقة يبذلها أو مخاطر معينة يتعرض لها في أدائه لعمله ، فيعتبر جزءا من الأجر مرهونا بالظروف التي دعت إلى تقريره ، فيستحق بوجودها وينقطع بزوالها ، ولما كان الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه لم يعتبر بدل التمثيل الذي يتقاضاه الطاعن جزءا من الأجر لأنه يصرف له لمواجهة الالتزامات التي يفرضها عليه المركز الذي يشغله ، فإن ما انتهى إليه الحكم في هذا الشأن يتفق مع صحيح القانون .

٣ - استخلاص المحكمة أن العرف لم يجر في الشركة إلا على صرف مكافأة تعادل مرتب شهرين ، وهي التي احتسبتها المحكمة ضمن الأجر الذي تحدد على أساسه مكافأة نهاية الخدمة ، هذا الاستخلاص هو مما يدخل في حدود سلطة المحكمة الموضوعية للأسباب السانغة التي استندت إليها .

٤ - متى كانت المحكمة قد وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لاقتناعها بالرأى الذي انتهت إليه في شأن المكافأة - من أن العرف لم

يجر في الشركة إلا على صرف مكافأة تعادل مرتب شهرين سنويا دون حاجة إلى إجابة الطاعن - العامل - إلى طلبه نديب خبير لتحقيق قيام عرف مخالف على النحو الذي أثاره في دفاعه فإن النعي على الحكم المطعون فيه بالقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع يكون على غير أساس .

الطعن رقم ١٨١ لسنة ٣٧ القضائية

جلسة ٣٠ من مارس سنة ١٩٧٢ « س ٢٣ ص ٦٠١ »
(١ ، ٢ ، ٣) قانون . « تفسير القانون . إلغاء أو تعديل القانون .
سريان القانون من حيث الزمان » . رسوم . « رسوم الطيران المدني » .

(١) مقدار رسوم الطيران المدني وفقا للبند أولا من الباب الثاني من البيان المرافق للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٩ .
النص الجلي الصريح القاطع الدلالة على المراد منه . عدم جواز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بحكمة التشريع ، جواز ذلك عند غموض النص أو وجود لبس فيه .

(٢) إلغاء أو تعديل النص التشريعي . عدم جوازه من سلطة أدنى في مدارج التشريع إلا بتفويض خاص من السلطة الأعلى أو من القانون وفي حدود هذا التفويض .

البيان المرافق للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٩ جزء منه . قرار وزير الحربية ١٢٢ لسنة ١٩٦٠ بتعديل فتى الرسم الواردين بهذا البيان . صدوره في حدود التفويض المقرر بالمادة الأولى عن نفس القانون .

(٣) الأصل في القوانين ألا تكون ذات أثر رجعي إلا ما استثنى بنص خاص .

١ - مؤدى نص البند أولا من الباب الثاني من البيان المرافق للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٩ أن الرسم الواجب تحصيله هو خمسون مليا عن كل وحدة مقدارها ١٠٠ كيلو جرام أو كسورها حتى ٢٥٠٠٠

كيلو جرام أو كسورها من الوزن الأقصى المصرح به للطائرة في حالة نزولها مرة واحدة ، وسبعون مليا عن كل وحدة مقدارها ١٠٠ كيلو جرام أو كسورها تزيد عن ٢٥٠٠٠ كيلو جرام . وإذا كان هذا النص واضحا جلي المعنى قاطع الدلالة على المراد منه ، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله ، لأن البحث في حكمة التشريع ، واستخلاص قصد الشارع لا يكون له محل إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه .

٢ - من المقرر أنه لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغي أو تعدل نصا تشريعيًا وضعته سلطة أعلى أو أن تضيف إليه أحكاماً جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون وفي حدود هذا التفويض . وإذا كان البيان المرافق للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٩ جزءاً لا يتجزأ من ذلك القانون . وكان قرار وزير الحربية رقم ١٢٢ لسنة ١٩٦٠ والمعمول به من تاريخ نشره في ١٨ / ٢ / ١٩٦٠ قد تناول بالتعديل فتى الرسم الواردتين بالبيان المذكور عملاً بالتفويض الخاص الذي منحه له القانون في المادة الأولى منه ، وفي حدود هذا التفويض ، فإنه لا يجوز التحدى بأن هذا القرار كان مفسراً لأحكام القانون .

٣ - الأصل في القوانين ألا تكون ذات أثر رجعي إلا ما استثنى بنص خاص ، وإذا انتفى هذا الاستثناء ، والتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعي عليه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله يكون على غير أساس .

الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ قضائية « أحوال شخصية »

جلسة ١٢ من أبريل سنة ١٩٧٢ « س ٢٣ ص ٦٩٨ »

(١) نقض « إعلان الطعن » أحوال شخصية . « الطعن

بالنقض » .

ميعاد إعلان الطعن بالنقض في مسائل الأحوال الشخصية . قبل انعقاد

الجلسة بثمانية أيام على الأقل . المادة ٨٨٢ مرافعات . لا محل لتطبيق المادة ٤٣١ مرافعات .

(٢) قانون « القانون الواجب التطبيق » . أحوال شخصية . « المسائل الخاصة بالأجانب » .

دعوى بطلان زواج يونانيين معقود بمدينة القدس . القانون اليوناني هو الواجب التطبيق .

(٣ ، ٤) قانون « القانون الأجنبي » . أحوال شخصية . « المسائل الخاصة بالأجانب » . إرث .

الزواج الباطل والزواج الظني في الفقه والقضاء اليوناني . ماهيته . أثره . حق الزوج حسن النية في أن يرث في تركة الزوج الآخر إذ ما قضى بالبطلان بعد الوفاة .

وجوب تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد الإسناد . سواء أكان تشريعاً أم غيره من المصادر . مثال في دعوى بطلان زواج .

(٥) أحوال شخصية . « المسائل الخاصة بالأجانب » . حكم . « التناقض »

بطلان الزواج الظني . طبيعته . مالا يعد تناقضاً .

(٦) دعوى . « الطلبات في الدعوى » . أحوال شخصية .

دعوى بطلان زواج . القضاء ببطلان الزواج من تاريخ صدور الحكم قضاء بما طلبه الخصوم .

(٧) قانون « تنازع القوانين من حيث الزمان » . أحوال شخصية .

الزواج الظني في القانون البيزنطي . القانون المدني اليوناني الجديد ، وضع له أحكاماً مختلفة .

(٨) قانون « القانون الأجنبي » . أحوال شخصية . نظام عام .

تطبيق القانون الأجنبي . شرطه . ألا تتعارض أحكامه مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة .

(٩) أحوال شخصية « المسائل الخاصة بالأجانب » محكمة

الموضوع .

بحث توافر حسن النية . من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغاً . مثال في دعوى بطلان زواج .

١ - وفقاً للمادة ٨٨٢ من قانون المرافعات - قبل تعديلها بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ - يعين رئيس المحكمة الأشخاص الذين يعلنون بالظعن ويحدد أجلاً لتقديم دفاعهم ومستنداتهم ، وبعد انتهاء الأجل ، يحدد جلسة لنظر الظعن ، وله عند الاقتضاء الأمر بضم ملف المادة الصادر فيها الحكم المطعون فيه ، ويعلن قلم الكتاب من تقرر إعلانهم بالظعن بتاريخ الجلسة المحددة قبل انعقادها بثمانية أيام على الأقل ، وإذا كان الثابت في الأوراق أنه بعد العمل بقانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، عين رئيس المحكمة الأشخاص الذين يعلنون بالظعن ، ويحدد أجلاً لتقديم دفاعهم ومستنداتهم ، وبعد انتهائه أعلن قلم الكتاب المطعون عليها بالظعن قبل انعقاد الجلسة بأكثر من ثمانية أيام ، لما كان ذلك ، فإنه يتعين رفض الدفع (الدفع ببطلان الظعن لعدم إعلانهم للمطعون عليهم في الخمسة عشر يوماً التالية لتقرير الظعن وفقاً للمادة ٤٣١ من قانون المرافعات السابق) .

٢ - مؤدى نص المادة ٢٩ / ٢ ، ٣ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة اللغوية ، والمادة ١٧ / ١ من القانون المدني - والزوجان يونانيا الجنسية - أن القانون اليوناني هو الواجب التطبيق على واقعة دعوى بطلان الزواج المعقود في مدينة القدس في سنة (١٩٢٦) .

٣ - أخذ الفقه والقضاء اليوناني - تخفيفاً من الآثار المترتبة على الزواج الباطل في ظل القانون البيزنطي - بنظام الزواج الظني ، وهو يكون في حالة ما إذا كان الزوجان أو أحدهما حسن النية يعتقد بصحة

انعقاد الزواج ، وهذا الزواج وإن كان باطلاً إلا أنه ليس للبطلان فيه أثر رجعي ، بل يظل العقد صحيحاً منتجاً لكافة آثاره حتى يحكم بالبطلان ، ومن هذه الآثار حق الزوج حسن النية في أن يرث في تركة الزوج الآخر إذا ما حكم بالبطلان بعد الوفاة ، وذلك حماية لحسن النية ، وتلبية للضرورات الاجتماعية التي أملت هذا النظام .

٤ - على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه قواعد الإسناد ، سواء كان مصدره التشريع أم غيره من المصادر . وإذا كان الحكم المطعون فيه قد طبق أحكام الزواج الظني على واقعة الدعوى أخذاً بما جرت عليه التقاليد والأحكام القضائية في ظل القانون البيزنطي بهذا الخصوص والتي تقضى المادة الأولى من قرار ٢٣ / ٢ / ١٨٣٥ - الخاص بالقوانين المدنية اليونانية الذي يحكم واقعة الزواج من حيث شروط صحته والآثار المترتبة على إبطاله - باتباعها . لما كان ذلك فإن النعمى يكون على غير أساس .

٥ - لا تناقض بين ماقرره الحكم من بطلان الزواج - الزواج الظني في القانون اليوناني - وماقرره من اعتباره قائماً منتجاً لآثاره حتى تاريخ الحكم ، إذ يتفق هذا التقرير مع طبيعة البطلان في الزواج الظني .

٦ - متى كان الثابت في الأوراق أن الطاعنين أقاموا دعواهم ضد المطعون عليها يطلبون الحكم ببطلان زواجها من مورثهم واعتبارهم ورثته الشرعيين ، وأقامت المطعون عليها دعوى فرعية تطلب الحكم باستحقاقها لنصف التركة ، ولما قضت محكمة أول درجة ببطلان الزواج من تاريخ صدور الحكم ، استأنفه الطاعنون طالبين إلغاءه والقضاء باعتبار الزواج باطلاً منذ انعقاده ، ولما كان بحث صحة الزواج أو بطلانه هو أمر يقتضيه الفصل في الدعويين الأصلية والفرعية ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببطلان الزواج من تاريخ صدور الحكم ، لا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم .

٧ - متى كان القانون البيزنطي هو الذى يحكم الآثار المترتبة على بطلان الزواج ، وهو يعطى الزوجة الحق فى أن ترث فى تركة زوجها لو فاته قبل الحكم بالبطلان ، فلا محل للتحدى بتطبيق المادة ١٣٨٣ من القانون المدنى اليونانى الجديد التى تضع أحكاماً مختلفة للزواج الظنى فى هذا القانون .

٨ - مفاد نص المادة ٢٨ من القانون المدنى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - هو نهى القاضى عن تطبيق القانون الأجنبى متى كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع ، ومن ثم فإن زواج مورث الطاعنين من المطعون عليها ، وهى ابنة خالته وأحقيتها فى أن ترث فى تركته ليس فيه مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر ، بل تجيزه القوانين السارية فى البلاد .

٩ - بحث توافر حسن النية - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة هو من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق فى تقديرها ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض فى ذلك متى كان استخلاصها سائغاً . وإذا كان الحكم قد استند فى استخلاص حسن نية المطعون عليها (الزوجة) واعتقادها بصحة انعقاد الزواج إلى أسباب سائغة ، ثم قضى لها بحقتها فى أن ترث زوجها الذى توفى قبل الحكم بالبطلان ، وذلك تطبيقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء بشأن الزواج الظنى فى ظل القانون البيزنطي ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح .

الطعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٦ القضائية

جلسة ٢٣ من مارس سنة ١٩٧١ « س ٢٢ ص ٣٧١ »

(أ) قانون . « تنازع القوانين من حيث المكان » نظام عام .

دعوى .

قواعد المرافعات يسرى عليها قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر

فيه الإجراءات . سريانها على كافة المنازعات سواء كانت وطنية فى جميع عناصرها من عدمه . هذه القاعدة لا تستند إلى فكرة النظام العام . عدم الاعتداد بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٢٢ مدنى فى هذا الخصوص . (ب) نقل بحرى . « عدم سماع دعوى التعويض » .

دعوى . « منع سماع الدعوى » . تعويض . نظام عام . قواعد المادتين ٢٧٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى تنظم إجراءات التقاضى ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق فى إقامة دعوى المسؤولية . عدم مساسها بموضوع الحق . خضوعها لقانون القاضى فى معنى المادة ٢٢ مدنى رغم عدم تعلقها بالنظام العام .

(ج) نقض « مسائل الواقع » . نقل بحرى . « سند الشحن » . عقد . « تفسير العقد » . قانون . محكمة الموضوع . تحصيل الحكم لما ورد بسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبى أو لا يفيد ذلك . من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع .

١ - مفاد نص المادة ٢٢ من القانون المدنى أنه يسرى على قواعد المرافعات سواء ماتعلق منها بالاختصاص أو بإجراءات التقاضى قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات ، والأساس الذى تقوم عليه هذه القاعدة هو - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - أن القضاء وظيفة تباشرها الدولة وفقاً لقواعد المرافعات المقررة فى قانونها ، وأن هذه القواعد تعد من قواعد القانون العام اللازمة لمباشرة هذه الوظيفة ، شأنها فى ذلك شأن القواعد اللازمة لمباشرة وظائف الدولة الأخرى حتى وإن كانت الغاية منها هى حماية الحقوق الخاصة ، وأنها بهذه المثابة تعد قواعد إقليمية تسرى على كافة المنازعات سواء كانت وطنية فى جميع عناصرها أو مشتملة على عنصر أو أكثر من العناصر الأجنبية ، وأن هذا الأساس يتنافر مع أى أساس آخر يقوم على فكرة النظام العام لتبرير قاعدة خضوع قواعد الإجراءات لقانون القاضى ، ذلك أن تطبيق القانون الوطنى بناء على فكرة النظام العام مجاله أن يكون الاختصاص معقوداً أصلاً لقانون

أجنبي ، واستبعد هذا القانون بالدفع بالنظام العام لاختلاف حكمه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون ، أما حيث يكون القانون الوطني طبقاً لقاعدة الإسناد الواردة به هو صاحب الاختصاص العادي ، والواجب التطبيق على قواعد المرافعات باعتباره قانون القاضى ، فلا محل لإثارة النظام العام كأساس يقوم عليه تطبيقه . ومؤدى ذلك هو عدم الاعتداد بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٢٢ من القانون المدنى من أن هذا الحكم يقوم على اتصال تلك القواعد وهذه الإجراءات بالنظام العام . إذ أن من قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضى مالا يتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها ، ولا يحول ذلك دون اعتبارها من قواعد المرافعات التي تخضع لقانون القاضى أسوة بتلك التي تتعلق بالنظام العام ، وذلك إعمالاً للمادة ٢٢ المشار إليها التي تنص على سريان قانون القاضى على قواعد المرافعات جميعها بغير تخصيص بتلك التي تتعلق بالنظام العام .

٢ - المادتان ٢٧٤ ، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى متعلقان ، وعلى - ماجرى به قضاء هذه المحكمة - بالدعوى لا بالحق المراد حمايته بمقتضاها ، ذلك أنها وردتا دون سواهما في الفصل الرابع عشر من قانون التجارة البحرى تحت عنوان « فى عدم سماع الدعوى » على خلاف المواد ٢٦٩ ومايليهما ، والتي جاءت ضمن مواد الفصل الثالث عشر من ذلك القانون بعنوان « زوال الحقوق بمضى المدة » مما يقيم فارقاً بين نوعى المواعيد الواردة فى كل من الفصلين المشار إليهما . وإذ استهدف المشرع بهاتين المادتين تنظيم إجراءات التقاضى ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق فى إقامة الدعوى دون أن يمتد السقوط إلى الحق فى ذاته ، وذلك بقصد إضفاء حماية على الناقل فلا يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بالبضاعة فى وقت متأخر قد يتعذر عليه فيه إثبات قيامه بتنفيذ التزاماته ، فإن فى ذلك جميعه مايسبغ على القواعد المقررة بهاتين المادتين صفة الإجراءات التي لا تمس موضوع الحقوق المتنازع عليها ، فتخضع بذلك لقانون القاضى فى

معنى المادة ٢٢ من القانون المدنى ، ولا يقدر فى ذلك أنه يجوز للطرفين عند إبرام عقد النقل إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين المشار إليهما بتحديد مواعيد أخرى به أو بالاتفاق فيه على المواعيد الواردة فى هذا الخصوص بقانون أجنبى أو أنه يجوز التنازل صراحة أو ضمناً عن الدفع المقرر بموجب هاتين المادتين لدى تسلم البضاعة أو بعد ذلك باعتبار هذه المواعيد غير متعلقة بالنظام العام ، طالما أن المادة ٢٢ المشار إليها قد أخضعت كافة قواعد المرافعات لقانون القاضى وإن كانت غير متعلقة بالنظام العام ، ويجوز الاتفاق على ما يخالفها .

٣ - تحصيل الحكم لما ورد بسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبى بما يؤدى إلى إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين ٢٧٤ ، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى أو لا يفيد ذلك هو - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - من قبيل فهم الواقع فى الدعوى مما يستقل به قاضى الموضوع ، مادام قد أقام قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب تحمله .

الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٢ القضائية :

جلسة ١٠ - من نوفمبر سنة ١٩٧١ « س ٢٢ ص ٨٧٩ »
(٢ ، ١) ضرائب . « تقادم الضريبة » تقادم . « تقادم مسقط » .

(١) التقادم الضريبى . بنؤه - فى ظل المادة ٩٧ ق ١٤ لسنة ١٩٣٩ وقيل إضافة المادة ٩٧ مكررة - من اليوم التالى لانقضاء المهلة المحددة لتقديم الإقرار .

(٢) أورد الضرائب والرسوم وإعلانات المطالبة والإخطارات . تنبيهات قاطعة للتقادم الضريبى ق ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ . النموذج ١٨ ضرائب الإخطار به قاطع للتقادم .

(٣) قانون . تقادم . « تقادم مسقط » .

القوانين المتعلقة بالتقادم . سريانها من وقت العمل بها على كل تقادم لم يتم .

القانون القديم يحكم المدة التي سرت من التقادم في ظله .

١ - المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن التقادم الضريبي في ظل سريان المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وقبل إضافة المادة ٩٧ مكررة بموجب القانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ لا يبدأ إلا من اليوم التالي لانقضاء المهلة المحددة لتقديم الإقرار .

٢ - اعتبرت المادة الثالثة من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ - في شأن تقادم الضرائب والرسوم - تنبيها قاطعا للتقادم أوردت الضرائب والرسوم وإعلانات المطالبة والاضطرابات وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن إخطار الممول بعناصر ربط الضريبة على النموذج رقم ١٨ ضرائب هو مما ينقطع به تقادم الضريبة .

٣ - مفاد الفقرتين الأولى والثانية من المادة السابعة من التقنين المدني أن القوانين المتعلقة بالتقادم تسرى من وقت العمل بها طبقاً للأثر المباشر للتشريع على كل تقادم لم يتم ، وأن يحكم القانون القديم المدة التي سرت من التقادم في ظله من حيث تعيين اللحظة التي بدأت فيها وكيفية حسابها وماطراً عليها من أسباب قطعها أو توقفها ، على أن يحكم القانون الجديد المدة التي تسرى في ظله من هذه المناحي .

الطلب رقم ٣٧ لسنة ٢٩ قضائية « رجال القضاء »

جلسة ١٨ من يناير سنة ١٩٦٦ « س ١٧ ص ٢٧ »

(١) قضاة . « معاش أو مكافأة » .

استقالة القاضي لا يترتب عليها سقوط حقه في المعاش أو المكافأة . تسوية أيها على أساس آخر مرتب سواء كان انتهاء الخدمة بسبب الاستقالة أم لأي سبب آخر .

(٢) قانون . « استدراك الخطأ المادي أو المطبعي »

« حجيته » .

تصويب الخطأ المادي أو المطبعي . اعتباره جزءاً من النص التشريعي المصحح وله نفس قوته . تجاوز الاستدراك هذا النطاق وانطواؤه على تغيير في النص

المنشور لفظاً ومعنى . لاحجية له ولا أثر له بالنسبة للنص الأصلي الذي يتعين إعمال أحكامه .

(٣) قانون . « التفسير التشريعي » . « الأثر الرجعي للقانون » .

النص القانوني الجديد . عدم انعطاف أثره على الماضي مالم ينص على سريانه استثناءً بأثر رجعي أو كان نصاً مفسراً للنص القديم .

١ - تنص المادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ على أنه « استثناء من أحكام موظفي الدولة وقوانين المعاشات لا يترتب على استقالة القاضي سقوط حقه في معاش أو في المكافأة . وفي جميع الأحوال يسوى معاش أو مكافأة القاضي على أساس آخر مرتب كان يتقاضاه » . ومفاد هذا النص هو إطلاق الحكم على جميع الحالات بإجراء تسوية المعاش أو المكافأة على أساس آخر مرتب كان يتقاضاه القاضي وذلك دون تفرقة بين ما إذا كان انتهاء خدمته بسبب استقالته أم لأي سبب آخر .

٢ - الاستدراك الذي ينشر بالجريدة الرسمية لتصحيح نص بالقانون هو وسيلة تتخذ لتدارك ما عسى أن يكون قد اكتنف النص الأصلي من أخطاء مادية أو مطبعية عند نشره بقصد تصويبها ويعتبر التصويب عندئذ جزءاً من النص التشريعي المصحح وله نفس قوته فإذا تجاوز الاستدراك هذا النطاق وانطوى على تغيير في النص المنشور لفضاً ومعنى فهو تعديل له من جهة لا تملكه لا يجوز إلا بصدر قانون آخر ولا ينال من النص الأصلي الذي يتعين إعمال أحكامه .

٣ - متى كان النص القانوني الجديد ليس مفسراً للنص القديم بل كان في حقيقته تعديلاً له بحكم مخالفته ولم ينص في التشريع الجديد على سريانه استثناءً بأثر رجعي فإنه لا ينعطف أثره على الماضي ولا ينطبق على الوقائع السابقة عليه .

طعن رقم ٢٥٦ سنة ٢٤ قضائية

جلسة ٢٤ من يونيه سنة ١٩٥٨ « س ٩ ص ٦٣٩ »
قانون « نشره بالجريدة الرسمية » استئناف . تحضير . دفاع . حكم .

القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات بشأن تحضير القضايا أمام المحاكم الاستئنافية . هل افتراض العلم به يكون من تاريخ إدراجه في الجريدة الرسمية أم من تاريخ توزيع الجريدة فعلا ؟ م ٤٠٥ مرافعات .

- إنه وإن كان القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات بشأن تحضير القضايا أمام المحاكم الاستئنافية الصادر في ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ والمدرج في الجريدة الرسمية في اليوم ذاته قد نظم إجراءات أوجب على الكافة اتباعها ابتداء من تاريخ العمل به ونص في المادة الثالثة منه على العمل بالقانون المذكور من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية . إلا أن افتراض علم الكافة بالإجراءات التي أوجبها ذلك القانون مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتما دون قيام هذا الافتراض . فإذا كان المستأنف قد دفع بأنه قد استحال عليه العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف إلى قلم الكتاب بمقولة إن الجريدة الرسمية التي نشر فيها ذلك القانون وإن كانت قد طبعت في ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ إلا أنها لم توزع وتنشر فعلا إلا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع فإنه يكون مشوبا بالقصور .

الطعن رقم ٧٥٥ لسنة ٤٦ القضائية

جلسة ١٧ من فبراير سنة ١٩٨٢ « س ٣٣ ص ٢٥٤ »

(١) نقض « سلطة محكمة النقض » . نظام عام .

المسائل المتعلقة بالنظام العام . حق محكمة النقض في إثارها من تلقاء نفسها ، شرطه .

(٢ ، ٣) إيجار « إيجار الأماكن » . قانون « سريان القانون » . نظام عام .

(٢) المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم . خضوعها له في آثارها وانقضائها . القواعد الآمرة في القانون الجديد . وجوب إعمالها بأثر فوري على مالم يكن قد اكتمل من هذه المراكز من حيث آثارها وانقضائها . (٣) خضوع العقد كأصل للقانون الذي أبرم في ظله . الاستثناء . صدور قانون جديد يتضمن أحكاما متعلقة بالنظام العام . وجوب إعمالها على العقود السارية وقت العمل به بأثر فوري . مثال في إيجار .

إيجار « الإخلاء لعدم الوفاء بالأجرة » . قانون . نظام عام . دعوى إخلاء المستأجر لعدم الوفاء بالأجرة . جواز توقيه الحكم عليه بالإخلاء بسداد الأجرة والمصاريف والتنفقات دون الفوائد . ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

(٥) إيجار « الإخلاء » . شريعة إسلامية . دستور . عدم جواز الحكم بالإخلاء استنادا إلى عدم سداد الفوائد على الأجرة المتأخرة ق ٤٩ لسنة ٩٧٧ . وإعمالا لأحكام الشريعة الإسلامية والدستور « علة ذلك » سريان هذا الحكم بأثر فوري على المراكز القانونية وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله طالما لم تستقر بحكم نهائي لتعلقه بالنظام العام .

١ - لمحكمة النقض أن تثير من تلقاء نفسها في الطعن مسألة متعلقة بالنظام العام تكون واردة على مرفع عنه الطعن شريطة توافر جميع العناصر التي تبيح الإلمام بها لدى محكمة الموضوع .

٢ - المقرر في قضاء محكمة النقض أن الأصل أن القانون يسرى بأثر فوري على المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه سواء في نشأتها أو في إنتاجها آثارها ، أو في انقضائها ، وهو لا يسرى على الماضي ، فالمراكز القانونية التي نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد تخضع للقانون القديم الذي حصلت في ظله ، أما المراكز القانونية التي تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد في الزمان فإن القانون القديم يحكم العناصر والآثار التي تتحقق في ظله في حين يحكم القانون

الجديد العناصر والآثار التي تتم بعد نفاذه ، ولئن كانت المراكز القانونية الاتفاقية تظل خاضعة للقانون القديم التي نشأت في ظلها ، باعتبار أنه تعبير عن إرادة ذوى الشأن في نشوتها أو في آثارها ، أو في انقضائها ، إلا أن هذا مشروط بالألا يكون القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية سالفة البيان لقواعد أمره ، فحينئذ يطبق القانون الجديد فوراً على ما لم يكن قد اكتمل من هذه المراكز ، وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلية ، كما يحكم انقضاءها .

٣ - إذ كان عقد الإيجار موضوع التداعى مبرماً في ظل القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، فإن هذا القانون يكون - بحسب الأصل - هو الواجب التطبيق على العقد من تاريخ إبرامه وطوال مدة سريانه حتى إذا ما استجدت بعده أحكام متعلقة بالنظام العام فإنها تسرى من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها .

٤ - إذ كانت المادة ٢٣ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ قد نصت في الفقرة الثانية منها على أنه « ولا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر بأداء الأجرة وفوائدها بواقع ٧٪ عن تاريخ الاستحقاق وحتى تاريخ السداد والمصاريف الرسمية وذلك قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى » إلا أنه وقد صدر القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ناصاً في الفقرة الثانية من المادة ٣١ منه والتي حلت محل المادة ٢٣ / ٢ سالفة الذكر على أنه « ولا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى بأداء الأجرة وكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية » فإن مؤدى ذلك أن المشرع قد استحدث بالنص الجديد تعديلاً مفاده أن المشرع لم يجعل من أداء الفوائد شرطاً لتوقى الإخلاء بحيث لم يعد التخلف عن سدادها في هذه الحالة سبباً من أسباب الإخلاء .

٥ - الغاية التي دعت المشرع إلى هذا التعديل - (المادة ٣١ من ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧) ليس مجرد التيسير على المستأجر الذي وضع حكم توقى الإخلاء في الأصل بقصد حمايته - بل اتجاهاً من المشرع إلى مناهضة الفوائد والنزوع إلى استتكار الربا أخذاً بما تمليه مبادئه

الشريعة الإسلامية في هذا الصدد واتساقاً مع ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور المعدلة الصادر في سنة ١٩٨١ من اعتبار هذه المادى المصدر الرئيسى للتشريع . لما كان ذلك ، فإن هذا النص المستحدث يكون متعلقاً بالنظام العام ويسرى بأثر فوري على المراكز القانونية وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله طالما لم تستقر بعد بصور حكم نهائى فيها ، وإذ كانت آثار المركز القانونى الذى يتمتع به المطعون ضده الأول طبقاً لنص المادة ٢٣ / ٢ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ويخول حق إخلاء الطاعن لعدم سداد الفوائد قد أدركها القانون الجديد ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قبل أن تتحقق تلك الآثار وتستقر فعلاً بصور حكم نهائى فى النزاع بما مؤداه عدم جواز الحكم بالإخلاء استناداً الى عدم سداد الفوائد .

الطعن رقم ٢٩٥ و ٣١١ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ٢٥ من مارس سنة ١٩٨٢ « س ٣٣ ص ٣٣٠ »
(١) الاتفاقيات الدولية الجماعية .

الاتفاقيات الدولية الجماعية لا تلزم إلا الدول أطرافها فى علاقاتها المتبادلة . الدول التى لم تنضم إليها . خضوعها فى علاقاتها المتبادلة وفى علاقاتها مع الدول المتضمنة لتلك الاتفاقيات للقواعد المقررة فى القانون الدولى . علته ذلك .
(٢) انضمام دولة أجنبية لاتفاقية جماعية . إثبات . نقض .
انضمام دولة أجنبية إلى اتفاقية جماعية معينة . واقعة مادية . عدم تقديم الدليل عليها . أثره . لاجل التمسك بأعمال أحكامها .

(٣) قانون دولى . قانون داخلى .

قواعد القانون الدولى . تعد مندمجة فى القانون الداخلى دون حاجة لإجراء تشريعى . أثره . وجوب تطبيق قواعد القانون الدولى فيما يعرض من مسائل تناولتها تلك القواعد ولم يتعرض لها القانون الداخلى . شرطه . ألا يترتب على هذا التطبيق إخلال بنصوص القانون الداخلى .

(٤) أجناب . قانون دولي . الخضوع للقضاء الإقليمي .

المبعوثون الدبلوماسيون للدول الأجنبية ومنهم المستشارون . إعفاؤهم - طبقا للقانون الدولي - من الخضوع للقضاء الإقليمي في المسائل المدنية مطلقا عدا المنازعات المتعلقة بنشاط المبعوث المهني أو التجاري أو بأمواله العقارية في الدولة الموفد إليها . شمول الإعفاء المنازعات المتعلقة بإيجارة مساكنهم .

(٥) أجناب الحصانة الدبلوماسية . التنازل عنها .

الحصانة التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي مقرر لصالح دولته . الأصل عدم جواز تنازله عنها إلا بموافقة دولته أو إذا كنت قوانينها تبيح له لذلك . تنازل المبعوث الدبلوماسي عن حصانته بعد اعتماده في الدولة الموفد إليها . أثره . خضوعه لقضائها الوطني وصحة إعلانه بغير الطريق الدبلوماسي . علة ذلك .

(٦) إيجار . إيجار الأماكن . قانون « سريان القانون من حيث الزمان » .

حق المالك في تأجير مسكنه خاليا لفترة موقوته . م ٣٩ / ١ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . حكم مستحدث . عدم سريانه على وقائع التأجير السابقة على صدوره . أثر ذلك .

١ - من المقرر أن الاتفاقيات الدولية الجماعية لا تلزم إلا الدول أطرافها في علاقاتهم المتبادلة وهي الدول التي صدقت عليها على النحو الذي يحدده تشريعها الداخلي وقامت بإيداع هذا التصديق بالطريقة التي توجبها كل اتفاقية بما مؤاده أن الدول التي لم تنضم إلى اتفاقية جماعية معينة تخضع في علاقاتها المتبادلة وفي علاقاتها مع الدول التي انضمت إليها للقواعد المقررة في القانون الدولي دون تلك التي نصت عليها الاتفاقية .

٢ - إذ كان أمر انضمام دولة أجنبية إلى اتفاقية جماعية معينة لا يعدو أن يكون واقعة مادية يتعين إقامة الدليل عليها ، وكان الطاعن لم يقدم دليل انضمام دولته - المملكة العربية السعودية - إلى اتفاقية مزايا وحصانات جامعة الدول العربية التي أقرها المجلس في ١٠ / ٥ / ١٩٥٣ أو إلى اتفاقية « فيينا » الصادرة في

١٨ / ٤ / ١٩٦١ بشأن الاتفاقيات الخاصة بالعلاقات الدبلوماسية فإن تمسكه بإعمال هاتين الاتفاقيتين على واقعة الدعوى يفتقر إلى سند .

٣ - من المقرر أن قواعد القانون الدولي - ومصر عضو في المجتمع الدولي تعترف بقيامه - تعد مندجحة في القانون الداخلي دون حاجة إلى إجراء تشريعي فيلزم القاضي المصري بإعمالها فيما يعرض عليه من مسائل تتناوله تلك القواعد ولم يتعرض لها القانون الداخلي طالما أنه لا يترتب على هذا التطبيق إخلال بنصوصه .

٤ - استقرت قواعد القانون الدولي المتمثلة في العرف الدولي على إعفاء المبعوثين الدبلوماسيين ومنهم المستشارين من الخضوع للقضاء الإقليمي للدولة المعتمدين لديها في المسائل المدنية مطلقا عدا المنازعات المتعلقة بنشاط المبعوث المهني أو التجاري أو بأمواله العقارية في الدولة الموفد إليها . وكان الثابت من مستندات الطاعن ومن بينها قائمة بأسماء المبعوثين الدبلوماسيين وبطاقة شخصية له صادرتان من وزارة الخارجية المصرية أنه عين من قبل دولته مستشارا ثقافيا بسفارتها بالقاهرة ، وكانت إيجارة المسكن تخرج عن الحالات المستثناة من الإعفاء فإن ذلك يكفي لإثبات تمتعه بالحصانة .

٥ - لئن كانت الحصانة الدبلوماسية التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي مقرر أصلا لصالح دولته لالصالحة الشخصي فلا يملك - كأصل - التنازل عنها والخضوع للقضاء الوطني إلا بموافقة دولته أو إذا كانت قوانينها تبيح له ذلك ، إلا أنه إذا تنازل المبعوث الدبلوماسي بالفعل عن تلك الحصانة صراحة أو أمكن استخلاص ذلك ضمنا من الظروف دون لبس أو إبهام . فإنه يتعين الاعتداد بهذا التنازل بالنسبة للتصرف الذي تم بشأنه وما قد يؤول إليه أمر المنازعة فيه متى تم التنازل في تاريخ لاحق لتمتع المبعوث بالحصانة ، أي بعد اعتماده في الدولة الموفد إليها ، باعتبار أن الأصل ألا يصدر هذا التنازل إلا موافقا لقانون دولته أو في القليل بإذن منها فتكون إرادة المبعوث المعلنة

في هذا الشأن قد توافقت وإرادة دولته ، إذ لا يُتصور أن يخالف تشريعاتها فيما عسى سيادتها وهو رمزها وممثلها في دولة أخرى ، وإذا كان مؤدى ماتقدم انتفاء الحصانة عن المبعوث بصدد التصرف الذي تم بشأنه التنازل فإن لازم ذلك خضوعه للقضاء الوطني في الدولة الموقد لديها وجواز إعلانه ولو بغير الطريق الدبلوماسي ، باعتبار أن وجوب التزام طريق معين في الإعلان نابع من تمتعه بالحصانة وقد تنازل عنها .

٦ - ما استحدثه القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في المادة ٣٩ / ١ من الترخيص للمالك في أن يؤجر مسكنه خاليا أو مفروشا لمدة موقوتة بفترة إقامته المؤقتة بالخارج يكون له من بعدها إخلاء المستأجر منه وفقا لشروط وأوضاع معينة وأيا كانت مدة الإيجار المتفق عليها ، قد جاء على خلاف الأصل المقرر في جميع قوانين الإيجار الاستثنائية المتعاقبة وهو الامتداد القانوني لإجارة الأماكن خالية والذي تنظمه قاعدة أمرة متعلقة بالنظام العام باعتباره الركيزة الأساسية التي تكفل حماية المستأجر ، ومن ثم يتعين إعمال هذا النص المستحدث في نطاق الغاية التي استهدفها المشرع وهي التيسير على الملاك إلى جانب مراعاة صالح المستأجرين بتوفير مزيد من فرص السكنى أمامهم ولو كانت لمدد مؤقتة بما لازمه سريان النص بأثر مباشر على وقائع التأجير التي تجدد بعد العمل به حتى لا يمس قاعدة الامتداد القانوني لإجارة الأماكن الخالية المتعلقة بالنظام العام .

الطعن رقم ١٧٩٣ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ٦ من مايو سنة ١٩٨٢ « س ٣٣ ص ٥٠٠ »

دستور . قانون « مصادرة » .

مصادرة المبالغ مقابل عدم إقامة الدعوى الجنائية أو التنازل عنها م ١٤ ق ٩٧ / ٧٦ . عدم دستوريتها . م ٣٦ من الدستور . أيلولة هذه المبالغ للدولة بالصلح . شرطه .

مؤدى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٤ من القانون

٩٧ / ١٩٧٦ بتنظيم التعامل في النقد الأجنبي وماقررته المحكمة العليا في طلب تفسير نص الفقرتين آنفتى البيان بقرارها الصادر بتاريخ ٨ / ٣ / ١٩٧٨ في الطلب رقم ١٠ سنة ٨ قضائية عليا أن مصادرة المبالغ والأشياء موضوع الجريمة النقدية لا يتم بقرار من الجهة الإدارية مقابل عدم طلب إقامة الدعوى الجنائية أو التنازل عن السير فيها مما كانت تجيزه المادة التاسعة من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ وأصبح لا يتفق وأحكام الدستور القائم الذي حظر المصادرة الإدارية بالمادة ٣٦ منه ، بل تؤول تلك المبالغ والأشياء إلى الحكومة بالصلح ، تتنازل بموجبها الجهة الإدارية عن الدعوى الجنائية مقابل تنازل المتهم عن تلك المبالغ والأشياء للدولة وأن تعبير الشارع عن تنازل المتهم عن المضبوطات موضوع الجريمة بلفظ المصادرة قد جاء من قبيل التجاوز استنادا إلى تماثلها من حيث الأثر وهو أيلولة المبالغ والأشياء للدولة في الحالتين ومفاد ذلك أن قرار التصالح الذي تصدره الجهة الإدارية بغير رضا المتهم لا تترتب عليه أيلولة الأموال المضبوطة للدولة . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن مدير عام إدارة النقد رفض الصلح الذي تقدم به المطعون ضده عند ضبطه في ١٥ / ٢ / ١٩٧٨ فسقط بذلك إيجاب الصلح الصادر من الأخير وأن القرار الذي أصدره وكيل وزارة الاقتصاد بالتصالح بعد ذلك لا يعدو أن يكون إيجابا جديدا لم يصادف قبولا من المطعون ضده ، ومن ثم فلا على الحكم المطعون فيه إن لم يرتب على هذا القرار أيلولة المبلغ المضبوط إلى الدولة .

الطعن رقم ٨٧٢ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ١٣ من مايو سنة ١٩٨٢ « س ٣٣ ص ٥١٧ »

(١) التزام « شرط الفسخ الصريح » « شرط الفسخ

الضمني » .

شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني . ماهية كل منها وأثره .

(٢) بيع . فوائد . نظام عام .

قاعدة استحقاق البائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى سلم المبيع للمشتري وكان قابلا لإنتاج ثمرات . م ٤٥٨ / ١ مدني . عدم تعلقها بالنظام العام . وجوب تمسك البائع بها .

(٣) بيع . هبة .

بيع العقار الصادر من الولى الشرعى إلى أولاده مع تبرعه لهم بالثمن . هذا التصرف هبة سافرة وليس بيعا . علة ذلك .

(٤) أحوال شخصية « ولاية على المال » أهلية . وكالة .

نيابة الوصى عن القاصر . نيابة قانونية . تجاوز الوصى حدود نيابته . أثره عدم انصراف أثر التصرف إلى القاصر .

(٥) استئناف « الأثر الناقل للاستئناف » .

الأثر الناقل للاستئناف . ماهيته .

١ - شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - يختلفان طبيعة وحكما ، فالشرط الفاسخ الصريح يجب أن تكون صيغته في العقد صريحة قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له ، وهو لذلك يسلب القاضى كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولايستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بأداء التزامه أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ ، أما الشرط الضمنى فلايستوجب الفسخ حتما إذ هو خاضع لتقدير القاضى ، وللقاضى أن يجهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ .

٢ - لئن كان نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى صريحا في أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشتري وكان هذا المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى ، إلا أن هذه القاعدة لاتتعلق بالنظام العام فلا يجوز لمحكمة

الموضوع أن تقضى بها من تلقاء نفسها بل يجب التمسك بها من البائع وأن تتحقق المحكمة من توافر شرائطها .

٣ - تبرع البائع لأبنائه القصر بالثمن في العقد والتزامه بعدم الرجوع في تبرعه يفصح عن أن التصرف هبة سافرة وقعت باطلة لتخلف الشكل الرسمى الذى يتطلبه نص الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ من القانون المدنى ، ولايعتبر هذا التصرف بيعا إذ لم يستهدف العقد أحد أركان البيع وهو الثمن ، ولايصلح العقد وهو على هذا الحال أن يكون ساترا للهبة وفقا لما تميزه الفقرة الثانية من المادة آنفة الذكر لأن مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذى يسترها مستوفى الأركان والشرائط القانونية .

٤ - نيابة الوصى عن القاصر هي نيابة قانونية ينبغى أن يباشرها - وفقا لما تقضى به المادة ١١٨ من القانون المدنى - في الحدود التى رسمها القانون ، ولما كان النص في المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال قد حظر على الوصى مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة ، من بينها جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق ، فإنه ينبغى على ذلك أن الوصى إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته ويفقد بالتالى في إبرامه لهذا التصرف صفة النيابة فلا تتصرف آثاره إلى القاصر .

٥ - من المقرر - تطبيقا لقاعدة الأثر الناقل للاستئناف المنصوص عليها في المادة ٢٢٣ من قانون المرافعات - أنه يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الاستئناف وإعادة طرحه عليها مع أسانيد القانونية وأدلته الواقعية ونتيجة لهذا الأثر يعتبر مطروحا على محكمة ثانى درجة كل ماكان قد أبدى امام محكمة

أول درجة من أوجه دفاع ودفوع فيتعين أن تقول كلمتها فيها إلا أن يكون المستأنف عليه قد تنازل عنها .

الطعن رقم ٧٧٣ لسنة ٤١ القضائية

جلسة ١٨ من مايو سنة ١٩٨٢ «س ٣٣ ص ٥٤٢»
معاهدات . قانون . «سريان القانون من حيث الزمان»

الاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربية والجمهورية الفرنسية بشأن تنظيم وسائل تشجيع وحماية استثمارات رعايا الدولتين . صيرورتها قانونا من قوانين الدولة بصدر القرار الجمهوري ٢٣١ لسنة ١٩٧٥ . مؤدى ذلك . سريانها بأثر مباشر على الاستثمارات القائمة فعلا وتلك التي تتم وقت نفاذها . عدم سريانها بأثر رجعي على الاستثمارات التي انقضت وزالت بالتأميم في تاريخ سابق . علة ذلك .

لما كانت الاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربية والجمهورية الفرنسية - بشأن تنظيم وسائل تشجيع وحماية استثمارات رعايا الدولتين - أصبحت بصدر القرار الجمهوري رقم ٢٣١ سنة ١٩٧٥ قانونا من قوانين الدولة وكان القانون يطبق بوجه عام على الوقائع والمراكز القانونية التي تقع بعد تاريخ العمل به ولا يسرى بأثر رجعي على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك بنص خاص - وإذا كان البين من الاتفاقية المشار إليها أنها تنظم وسائل تشجيع وحماية الاستثمارات القائمة وقت نفاذها وتلك التي تتم أثناء العمل بها وخلت نصوصها من حكم ينظم حالة الاستثمارات التي انقضت قبل تاريخ سريانها ومن ثم فلا وجه لإعمال أحكامها بأثر رجعي على الاستثمارات التي انقضت وزالت بالتأميم في تاريخ سابق - ولا يغير من ذلك مانصت عليه المادة الأولى من الاتفاقية على خضوع الاستثمارات لتشريعات الطرف المتعاقد الذي يقع الاستثمار على أرضه قبل أو بعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ ذلك أن مفادها خضوع الاستثمارات القائمة فعلا في إحدى الدولتين وقت نفاذ الاتفاقية لتشريعات هذه الدولة ولو كان الاستثمار قد بدأ قبل ذلك .

الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٤٩ القضائية

جلسة ٢٣ من مايو سنة ١٩٨٢ «س ٣٣ ص ٥٧٢»

(١) طعن «مواعيد الطعن» . قوة القاهرة .

جهل الخصم بوفاة خصمه . قوة القاهرة . أثره . وقف سريان الميعاد في حق الخصم . بدء سريانه من تاريخ العلم بالوفاة .

(٢) شفعة .

للسفيع الاستغناء عن إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة برفع الدعوى رأسا على كل من البائع والمشتري . شرط ذلك . إعلان صحيفة الدعوى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار بوقوع البيع . علة ذلك .

١ - من المقرر - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - أن الجهل بوفاة الخصم يعد قوة القاهرة توقف سريان الميعاد في حق الخصم الآخر على أن يبدأ سريانه من جديد من تاريخ علمه بالوفاة .
٢ - يصح للسفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة برفع الدعوى رأسا على كل من البائع والمشتري إلا أنه يشترط أن تعلن صحيفة الدعوى في هذه الحالة إلى كليهما خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلانا بالرغبة في الأخذ بالشفعة حاصلا في الميعاد القانوني .

الطعن رقم ٢٠٠٢ لسنة ٥١ القضائية

جلسة ٢١ من نوفمبر ١٩٨٢ «س ٣٣ ص ١٠٠١»

(١) عمل . تصحيح أوضاع العاملين «الصبية ومساعدو

الصناع»

أحكام القانونين ٧٧ لسنة ١٩٧٦ و ٥١ لسنة ١٩٧٩ بشأن تعديل قانون تصحيح أوضاع العاملين بالدولة والقطاع العام . قصر سريانها على المعينين بوظائف الصبية والإشراقات ومساعدى الصناع فقط المنصوص عليهم في الفقرة (ج) من المادة (٢١) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ .

(٢) عمل . تعليمات الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة .

تعليمات الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة . قرارات تنظيمية غير ملزمة وليست لها صفة التشريع .

١ - نظراً لما أوجده القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ من تفرقة بين هؤلاء العاملين (الصبية والإشراقات ومساعدى الصناع) بالرغم من أنهم جميعاً يقومون بنفس العمل ، وأدوا بنجاح امتحان مسابقة عند دخولهم الخدمة لأول مرة واجتازوا الامتحان الفنى اللازم للترقية إلى درجة الصناع الدقيق دون تفرقة وتوخياً للعدالة بين أفراد هذه الطائفة الواحدة ، واستقراراً لأوضاعهم الوظيفية فقد أصدر المشرع القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٦ ونص في مادته الأولى على أن « في تطبيق الجدول الثالث الملحق بقانون تصحيح أوضاع العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ يعتبر الصبية والإشرافات ومساعدو الصناع الحاصلون على مؤهلات دراسية أقل من المتوسط شاغلين للفئة التاسعة (١٦٢ / ٦٣٠) اعتباراً من تاريخ التعيين في تلك الوظائف أو الحصول على المؤهل أيها أقرب مع ما يترتب على ذلك من آثار وبشرط ألا تقل السن عند شغل هذه الفئة عن السادسة عشرة ، أما غير الحاصلين منهم على مؤهلات دراسية فيعتبرون شاغلين للفئة المذكورة اعتباراً من اليوم التالى لمضى سنتين من تاريخ التعيين في إحدى تلك الوظائف مع ما يترتب على ذلك من آثار ، وبشرط ألا تقل السن عند شغل هذه الفئة عن الثانية عشرة » ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩ وجاءت الفقرة الأولى من مادته الأولى مطابقة تماماً لنص المادة الأولى من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٦ ومن بعده القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩ ومفاد ما تقدم في مجموعه ، أن أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٦ ومن بعده القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩ لا تسرى إلا على المعينين بوظائف الصبية والإشراقات ومساعدى الصناع فقط المنصوص عليهم في الفقرة (ج) من المادة

٢١ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ دون غيرهم وإذا كان الواقع في الدعوى أن المطعون ضده من العاملين اليدويين لدى الطاعنة يقسم المصابين وتدرج في الترقية حتى حصل على الفئة السادسة تطبيقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ ، مما مؤداه أنه ليس من الصبية أو الإشراقات أو مساعدى الصناع الذين خصهم الشارع دون سواهم بالتعديل الذى تم بالقانونين رقمى ٧٧ لسنة ١٩٧٦ و ٥١ لسنة ١٩٧٩ فتنحسر أحكامهما عنه .

٢ - ماورد بالكتاب الدورى رقم ١٢ لسنة ١٩٧٧ الصادر من الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة من امتداد أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٩ إلى العاملين من غير الصبية والإشراقات ومساعدى الصناع يخالف أحكام القانون لما هو مقرر في قضاء محكمة النقض - من أن تعليمات الجهاز المركز للتنظيم والإدارة قرارات تنظيمية غير ملزمة وليست لها صفة التشريع . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وطبق في شأن المطعون ضده التعديل الوارد بالقانونين رقمى ٧٧ لسنة ١٩٧٦ و ٥١ لسنة ١٩٧٩ وقضى له بالفروق المالية على هذا الأساس فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يستوجب نقضه دون ما حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

تَبَيَّنَ بِالْمَرَاJ

أولاً : الدراسات والكتب

- أبو إسحق إبراهيم موسى : الموافقات في أصول الأحكام .
 أبو العباس أحمد بن تيمية : منهاج السنة .
 أبو القاسم الزمخشري : الكشاف عن حقائق التنزيل .
 أبو عبد الله محمد بن القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) .
 أبو مدين شافعي : الانتباه الإرادي .
 أحمد إبراهيم : طرق القضاء في الشريعة الإسلامية .
 أحمد أبو الوفا : نظرية الدفع ١٩٦٢ - الاختصاص والإجراءات في منازعات إيجار الأماكن ١٩٦٣ - المرافعات المدنية والتجارية ١٩٦٢ .
 أحمد حافظ نور : جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن - رسالة دكتوراه ١٩٥٨ .
 أحمد سلامة : القانون الزراعي ١٩٧٠ .
 أحمد سويلم العمري : أصول العلاقات السياسية الدولية ١٩٥٥ .
 أحمد شليبي : مقارنة الأديان ؛ أديان الهند الكبرى ١٩٦٤ ج ٤ - مقارنة الأديان ؛ المسيحية ، ط ٢ ، ١٩٦٥ ، ج ٢ .
 أحمد فتحي سرور - أصول قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ١٩٧٢ - الوسيط في قانون العقوبات ، القسم الخاص ١٩٦٨ - أصول السياسة الجنائية ١٩٧٢ .
 أحمد كمال أبو المجد : رقابة القضاء على أعمال الإدارة ١٩٦٢ ، ج ١ - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري ١٩٦٠ .
 أحمد موافي : بين الجرائم والحدود في الشريعة الإسلامية والقانون ، القاهرة ، المجمع الأعلى للبحوث الإسلامية ١٩٦٦ .
 أحمد نشأت : رسالة الإثبات ١٩٧٢ ، ج ٢١ .
 إسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام ، للمقد والإرادة المنفردة ١٩٦٦ .
 بدران أبو العيين بدران : أصول الفقه ١٩٦٢ .
 برهام صفا الله : أساسيات القانون الوضعي ١٩٦٨ .
 توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٠ .
 ثروت بدوي : تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرح ١٩٦٨ - ١٩٦٩ - مبادئ القانون الإداري ، المجلد الأول ١٩٦٦ .

- جلال ثروت : نظرية الجريمة المتعدية ١٩٦٥ .
 جندي عبد الملك : الموسوعة الجنائية ، ج ٢ .
 حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ١٩٧٠ - القانون الدولي العام في وقت السلم ١٩٦٢ .
 حامد فهمي : النقص في المواد المدنية والتجارية . تأليف حامد فهمي ومحمد حامد فهمي .
 حسن كيرة : الموجز في المدخل لقانون ١٩٦١ - محاضرات في المدخل لقانون ١٩٥٤ .
 حسين عبيد : النظرية العامة للظروف المخففة ، رسالة دكتوراه ١٩٧٠ .
 حسين المؤمن : نظرية الإثبات ، بغداد ١٩٤٨ .
 رمزي سيف : الوسيط في شرح قانون المرافعات ١٩٦٨ .
 رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائي ١٩٦٥ - قانون العقوبات ، القسم الخاص ١٩٥٨ .
 رؤوف عبيد : في التفسير والتخير ١٩٧١ - مبادئ التشريع المقابلي المصري ١٩٦٢ - جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ١٩٥٨ - ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية ١٩٥٦ .
 السعيد مصطفى السعيد : الأحكام العامة في قانون العقوبات ١٩٥٧ .
 سليمان محمد الطاوي : القضاء الإداري ، قضاء الإلغاء ١٩٦٧ - نظرية التمسك في استعمال السلطة ١٩٦٦ - النظرية العامة لقرارات الإدارية ، دراسة مقارنة ١٩٥٧ .
 سليمان مرقس : الإقرار واليمين وإجراءاتهما ١٩٧٠ - شرح القانون المدني في الالتزامات ١٩٦٤ ، ج ٢ - المدخل للعلوم القانونية ١٩٥٧ .
 سيف الدين أبو الحسن علي ابن محمد الأمدى : الإحكام في أصول الأحكام .
 شمس الدين أبو عبد الله : أعلام الموقعين .
 شمس الدين السرخسي : الميسوط .
 شمس الدين الوكيل : مبادئ القانون ١٩٦٨ .
 شهاب الدين أبو العباس : الفروق .
 غيباء شويت خطاب : مبادئ التنظيم للقضائي في العراق .
 طيمية الجرف : القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في ج ع م ١٩٦٤ - مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة لقانون ١٩٦٣ .
 عادل حازر : النظرية العامة في ظروف الجريمة ، رسالة دكتوراه ١٩٦٧ .
 عبد الحليم الجندي : أبو حنيفة بطل الحرية - الإمام الشافعي ١١٦٦ .
 عبد الحميد حشيش : مذكرات لقسم الدكتوراه جامعة القاهرة ١٩٧١ في مبادئ القضاء الإداري .

- عبد الحميد متولى : مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة - الوسيط في القانون الدستوري ١٩٥٦ .
- عبد الرحمن البزاز : مبادئ القانون المقارن ١٩٦٧ .
- عبد الرحمن بن مخلون الحصري : مقدمة بن مخلون .
- عبد الرزاق أحمد السهوي : نظرية العقد - الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١ . ٢ و ٣ .
- عبد العزيز عامر : التعزير في الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه .
- عبد العزيز محمد مرحان : القانون الدولي العام ١٩٦٩ .
- عبد الفتاح الصيق : الاشتراك بالتحريض ووضعه من النظرية العامة للمسئولية الجنائية ، رسالة دكتوراه ١٩٥٨ - القاعدة الجنائية ١٩٦٧ - قانون العقوبات ، القسم الخامس ١٩٦٧ .
- عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية القانون ١٩٦٥ .
- عبد القادر خليل : فظرية سحب القرارات الإدارية ١٩٦٤ .
- عبد المنعم البدرأوى : عقد البيع في القانون المدني - مبادئ القانون .
- عبد المنعم الصدة : الإثبات في المواد المدنية ١٩٥٥ .
- عبد المهيم بكرك : القصد الجنائي ، رسالة دكتوراه ١٩٥٩ .
- عبد الودود يحيى : نظرية الغلط في القانون المدني الألماني ١٩٦٩ .
- عبد الوهاب خلاف : أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ١٩٣٨ - شرح قانون الموارد الجديد ١٩٤٦ - علم أصول الفقه ١٩٤٧ .
- علي الحنيف : التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ١٩٦٤ - مختصر أحكام المعاملات الشرعية ١٩٥٤ .
- علي يدوي : الأحكام العامة في القانون الجنائي ١٩٣٨ - أبحاث التاريخ العام لقانون ، تاريخ الشرائع ١٩٤٧ ج ١ .
- علي حسن عبد القادر : نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي .
- علي راشد : القانون الجنائي ، المدخل وأصول النظريات العامة ١٩٧٠ - موجز القانون الجنائي ١٩٦٥ - مبادئ القانون الجنائي ١٩٤٩ .
- علي عبد الرازق : الإسلام وأصول الحكم .
- علي حل منصور : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ، القاهرة ، المجلس الأعلى للثئون الإسلامية ١٩٦٥ - نظم الحكم والإدارة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ١٩٦٥ .
- علي قراعة : الأصول القضائية في المرافعات الشرعية .

- علي محمد يدير : المدخل لدراسة القانون ، البصرة ١٩٧٠ .
- عمر السيد رمضان : الركن المعنوي في المخالفات ، رسالة دكتوراه ١٩٥٩ .
- فتحى والى : قانون القضاء المدني في الاتحاد السوفيتي .
- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كثر الدقائق .
- فؤاد هيد المتعم رياض : الوجيز في القانون الدولي الخاص ١٩٧١ .
- القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم : الخراج .
- كمال الدين محمد بن عبد الواحد : فتح القدير .
- كمال أنور : تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان ، رسالة دكتوراه ١٩٦٥ .
- مأمون سلامة : قانون العقوبات العسكري ١٩٦٨ .
- محمد أبو زهرة : فلسفة العقوبة في الإسلام .
- محمد الحصري : أصول الفقه - تاريخ التشريع الإسلامي .
- محمد العشماوى : قواعد المرافعات في القانون الأهلى والمختلط ١٩٢٨ ، ج ١ .
- محمد أمين : رد المختار حل الدر المختار - مجموعة رسائل ابن عابدين .
- محمد بن علي الشوكاني : إرشاد الفحول - نيل الأوطار .
- محمد حافظ خانم : العلاقات الدبلوماسية والتقنصية ١٩٦٢ .
- محمد زكي محمود : آثار الجهل والغلط في المسئولية الجنائية ، رسالة دكتوراه ١٩٦٧ .
- محمد سلام مذكور : الحكم للتخييري ١٩٦٣ - مباحث الحكم عند الأصوليين ١٩٦٤ - المدخل لفقه الإسلام ١٩٦٦ .
- محمد طلعت النعيمي : الأحكام العامة في قانون الأمم ١٩٧٠ .
- محمد عبد الله محمد : في جرائم النشر ١٩٥١ .
- محمد عبده : الإسلام والنصرانية .
- محمد عصفور : سيادة القانون ١٩٦٧ - مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع .
- محمد فؤاد مهنا : الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ١٩٥٦ - القانون الإداري للمعروف ١٩٦٧ ، المجلد الثاني - القانون الإداري المصري والمقارن ١٩٥٢ .
- محمد قدرى : الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية .
- محمد كامل ليلة : القانون الدستوري ١٩٦٧ .
- محمد محيى الدين عوض : العلانية في قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه .
- محمد مصطفى المراغى : بحوث في التشريع الإسلامى .
- محمد يوسف موسى : أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامى .

- Chambre, Henri : Le Pouvoir Soviétique, Introduction à l'étude de ses institutions.**
- David, René : Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 1964.**
- Delogu, Tulbio : Les causes de justification, cours de doctorat, Alexandrie 1952 - La loi pénale et son application, le Caire 1956-1957 - La Culpabilité, Alexandrie, 1949-1950.**
- Drago, R : Traité du Contentieux Administratif, par R. Drago et J.M. Auby. Paris, 1962.**
- Engels, F : Dialectics of nature - Origin of the family, private property and the state.**
- Fattal, Antoine : Le statut Légal des Non - Musulmans en pays d' Islam. Beyrouth 1958.**
- Fouquier : La Volonté, Paris 1951.**
- Françon, André : L'erreur en droit pénal, quelques aspects de l'autonomie de droit pénal, Paris 1956.**
- François, Paul Benoit : Le Droit Administratif Français, Paris, Dalloz 1968.**
- Garçon : Code pénal annoté 1950. T. 2, 1959. T. 3.**
- Garraud : Traité théorique et pratique de droit pénal 3^e éd.**
- Gierke, Otto : Natural law and the Theory of Society translated with an introduction by Ernest Barker 1958.**
- Janet : Traité élémentaire de Philosophie, Paris 1923.**
- Jeanneau, Benoit : Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative 1954.**
- Kelsen : The communist Theory.**
- Kinberg : Les problèmes fondamentaux de la criminologie, Paris 1959.**
- Laubadere, André : Traité Élémentaire de Droit Administratif 1967.**
- Legros, Robert : L'élément moral dans les infractions. Paris 1952.**

- محمد وجدى عبد الصمد : قضاء الضرائب ١٩٧٠ .**
- محمد إبراهيم إسماعيل : الأحكام العامة في قانون العقوبات ١٩٥٩ .**
- محمد بن إسرائيل : جامع الفصولين .**
- محمد جمال الدين زكي : دروس في مقدمة الدراسات القانونية ١٩٦٤ .**
- محمد حافظ : التفويض التشريعي في فرنسا وفي مصر ، رسالة دكتوراه ١٩٥٦ .**
- محمد شلتوت : الإسلام عقيدة وشرعية .**
- محمد محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات ؛ القسم العام ١٩٦٩ - أصول قانون العقوبات في الدول العربية ١٩٧٠ .**
- محمد نجيب حسني : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٢ - شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ١٩٧٢ .**
- مصطفى خفاجي : صفوة الكلام في أصول الأحكام ط ٣ .**
- مصطفى عبد الرازق : تهديد لتاريخ الفلسفة الإسلامية .**
- مصطفى كمال طه : للقانون التجاري ١٩٥٦ ، ج ١ .**
- مصطفى كيرة : نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري ، رسالة دكتوراه ١٩٦٣ .**
- مصطفى مؤمن : قوة الطوار " الدولية ودورها في قضية السلام ، رسالة دكتوراه ١٩٦١ .**
- مفيد شهاب : دور محكمة العدل الدولية في تفسير وخلق قواعد القانون الدولي ، القاهرة ، دار الكتاب العربي ، رسالة دكتوراه ١٩٦٧ .**
- هشام حل صادق : تنازع الاختصاص القضائي الدولي ١٩٧٢ - مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ١٩٦٨ .**
- يحيى الجمل : الأنظمة السياسية المعاصرة .**
- Augustin : History of Political Philosophy, edited by Leo Strauss, Chicago 1963.**
- Austin : Uses of the Study of Jurisprudence, in the province of jurisprudence. Library of ideas ed 1964.**
- Barrail : Déclarations au colloque des facultés de droit. Revue de science criminelle.**
- Bellefonds, Y. Linant : Traité de droit Musulman comparé. Paris 1965.**
- Brecht, Arnold : Political science, 1950.**
- Cathale, Télerly : Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires, thèse, Paris, 1966.**

Waline, Marcel : Droit Administratif, 8^e édition 1959.
Zaidi, B.H : (ed.) Suoted in Messages of Freedom 1963.

ثانياً - مقالات الدوريات

- إبراهيم محمد المناني : L'accès à L'arbitrage International . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية من ١٢ ، ع ٢ .
- أبو الوفا : طريقة الطعن في قرارات بلجان الطعن بمصلحة الضرائب ، المحاماة من ٤٠ ، ع ٤ .
- أحمد سلامة : مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية من ١٠ ، ع ١ .
- أحمد فتحي سرور : اتجاهات محكمة النقض في تطبيق نظرية الضرورة على الإجراءات الجنائية .
المجلة الجنائية القومية ع ٢ يوليو ١٩٦٠ .
- أمين بدر . معنى الشيك في خصوص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات . مجلة مصر المعاصرة ع ٢٧٥ .
- أوى ، جونيتش : اتجاهات علم القانون في اليابان ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية من ٤ ، ع ١ .
- بطرس بطرس غالي : المفاهيم الجديدة في دستور دولة الاتحاد ، السياسة الدولية من ٧ ، ع ٢٦ .
- بواريه ، جان : علم الأجناس القانوني ، ترجمة فتحي سرور ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية من ١ ، ع ٤ .
- جمال الدين العطفي : نظام المحكمة الدستورية في دولة الاتحاد ، السياسة الدولية من ٧ ، ع ٢٦ .
- جمال الدين البان : في الإقرار ، مجلة إدارة قضايا الحكومة من ٣ ، ع ٤ .
- سمير عبد السيد تناغو : اصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء ، مجلة مصر المعاصرة من ٥٨ ، ع ٣٣٠ - مرة أخرى اصطلاح الأحوال الشخصية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية .
- صلاح خمير : دراسة نقدية لتفسير الاجتماعي من زاوية علم النفس ، مجلة الفكر المعاصر ع ٧٧ يوليو ١٩٧١ .
- طعيمة الجرف : نظرية انعدام التصرفات القانونية . مجلة العلوم الإدارية من ٣ ، ع ١ .
- مادل يونس : المحكمة الدستورية العليا . مجلة القضاء من ١ ، ع ٢ .
- عبد الحلیم الجندي : للشريعة الإسلامية . مجلة إدارة قضايا الحكومة من ١٥ ، ع ٤ .
- عبد الرزاق أحمد للشهري : مخالفة التشريع لدستور ، مجلة مجلس الدولة من ٣ .
- عبد الوهاب البنداري : أركان الجريمة التأديبية ، المحاماة من ٥٠ .
- عبد مجرم : سحب القرارات الإدارية الفردية ، مجلة مجلس الدولة من ١ .
- عثمان خليل عثمان : تطور القضاء الإداري في الجمهورية العربية المتحدة ، مجلة العلوم الإدارية ١٩٥٩ .

- Lenin, V. I : Marx - Engels - Marxism, Moscow 1953 - Selected works.
- Lévasseur : Le domaine d'application dans le temps - Droit Pénal général, Lévasseur et Stefani 1970.
- Locke, John : Politics and Education, Introduction by Howard R. Penniman 1947.
- Marx & Engels : Correspondence - Manifesto of the communist party - The holy Family or critique of critical critique, Moscow 1956.
- Merié et Vitu : Traité de droit criminel, Paris 1967.
- Mill, John Stewart : Liberty, London 1859.
- Montesquieu : L'esprit des lois.
- Najib Armanazi : Les principes Islamiques et les rapports internationaux en temps de paix et de guerre. Paris 1929.
- Radulesco, Jean : L'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, Thèse. Paris 1923.
- Rauts : Traité théorique et pratique de droit criminel. 61 - Vareilles - Sommières, étude sur l'erreur en droit Romain et en droit Français. Tome I.
- Rivero, Jean : Droit administratif 1970. Précis Dalloz.
- Rousseau, Charles : Droit international public, Paris 1959.
- Rousseau, J.J. : Contrat Social ou principes du droit politique, Paris 1926.
- Russel, Bertrand : Education and the Social order.
- Savigny : Traité de droit Romain 1845.
- Siorat, Lucien : Le Problème des Lacunes en droit international, Paris 1958.
- Stalin, J : Prolems of Leninsm, Moscow 1943.
- Vabres, Donnedieu de : Traité de droit pénal et de Législation criminel comparé. 3^e édition. Paris 1947 - La politique criminelle des états autoritaires.
- Vedel, Georges : Droit dministratif 3^e édition - Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris 1949.

- Colomer, André : A propos du lien entre le droit et la religion dans les systèmes juridiques orientaux : Le droit musulman existe - t - il ?
- Conte, David (ed) Essential Writings of Karl Marx, London. A London Panther 1967.
- Dalloz : Recueil périodique - Répertoire de droit criminel et de Procédure pénale. Paris 1958.
- Goldfields, Lena : Arbitration 1929 - 30, Annual Digest, No 1. Revue international de droit pénal (Rev. inter).
- Revue de Science pénitentiaire et Bulletin de la Société générale de prisons. (Rev. pent).
- Sirey (s) : Recueil général des lois et des arrêtés.
- Terré, François : Le rôle actuel de la maxime "nul n'est censé ignorer la loi". Etudes de droit contemporain (nouvelle série) contributions françaises. Edition cujas 1966.

ثالثا - مجموعة الأحكام

- النشرة القضائية اللبنانية ١٩٦٤ .
- مجموعة التشريع والقضاء المختلط .
- المجموعة الرسمية .
- مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد الجزائية ومن الدائرة الجزائية ، القاهرة ، المكتب الفني لمحكمة النقض .
- مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ، ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية ، القاهرة ، المكتب الفني لمحكمة النقض .
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المدة من ١٩٢٨ إلى ١٣ يونيو ١٩٤٩ ، سبعة أجزاء أصدرها محمود أحمد عمر ١٩٣٢ - ١٩٥٠ .
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس وعشرين سنة منذ إنشائها علم ١٩٣١ حتى نهاية ١٩٥٥ . صدرت عن المكتب الفني لمحكمة النقض (مدني - جزائي) .
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المدة من أول يناير ١٩٥٦ إلى آخر ديسمبر ١٩٦٠ (مدني - جزائي) .
- مجموعة قضاء تمييز العراق ج ٢ و ٣ .
- مجلة التشريع والقضاء . تصدر عن دار النشر للجامعات .
- مجلة المحاماة ، القاهرة .
- مجلة مجلس الدولة .
- مجلة نقابة المحامين بدمشق ، لد ١٩ .

- عمر السيد رمضان : بين النظريين التفسيري والمياري للإثم ، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٦٤ .
- فرج أحمد فرج : التطور الاجتماعي وآثاره النفسية في مصر ، مجلة الفكر المعاصر ، ع ٧٧ .
- قواد الطار : القضاء الإداري ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦١ - كفالة حق التناهي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية من ١ .
- محمد ساي عبد الحميد : الاتجاهات المعاصرة لبحث القانوني في العالم العربي الإسلامي ، مجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، محمد ساي عبد الحميد ويس محمد تاج الدين من ١ ع ٤ .
- محمد مصغور : ذاتية التأديب ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، من ٧ ع ٢ - نحو تنظيم جديد لرقابة دستورية القوانين ، جريدة الأهرام (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧١) .
- محمد وجدي عبد الصمد : الجهل بالأحكام ، مجلة القضاة من ٣ ع ٦ - العلاج النفسي في القانون ، المجموعة الرسمية من ٦١ ع ٣ .
- محمود حلمي : هيوب القرار الإداري ، مجلة العلوم الإدارية من ١٢ ع ٢ .
- محمود محمود مصطفى : نظرات في تطبيق قانون العقوبات حل المكان والأشخاص في الفقه الإسلامي المقارن ، مجلة القضاة من ١ ع ٢ .
- محمود نجيب حسني : القصد الجنائي تحديد عناصره وبيان الأحكام التي تخضع له ، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٥٨ .
- مصطفى كمال وصفي - انعدام القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة من ٧ - التشريعية في الدولة الاشتراكية ، مجلة العلوم الإدارية ع ٣ ، ١٩٦٦ .
- مدوح عبد الكريم حافظ : لمحات عن تطور قانون المرافعات وإشارة خاصة إلى قانون المرافعات العراق ، مجلة القانون والاقتصاد من ٢ ع ٣ ، ٤ .
- هشام حل صادق : المقصود بسبب الدعوى المنتجة حل للقاضي تنويره ، مجلة المحاماة من ٤٥٠ ع ٤ .
- يحيى الجمل : الحرية في المذاهب السياسية المختلفة ، عالم الفكر ، المجلد الأول ع ٤ (يناير - مارس ١٩٧١) .
- Asua, Lius Jimenez de : L'analogie en droit Pénal - Revue de science criminelle 1949.
- Barrail : Déclarations au colloque des facultés de droit, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1954.
- Bellefonds, y linant De : La conception nouvelle de la famille musulmane dans les récentes réformes législatives en matière de mariage, divorce et succession. Etudes de droit Contemporain (nouvelle Série) contributions françaises . Edition cujas 1966.

تَبَيَّنَ بِمَضَامِينِ الْكِتَابِ
مقدمة الطبعة الثانية

تقديم :

الأستاذ الدكتور عبد السلام مرسى بلبح
رئيس محكمة النقض السابق

مقدمة الطبعة الأولى

الموضوع
الكتاب الأول
في
الشريعة الإسلامية

تمهيد :

نشأة القانون ونشأة الشريعة ، المقصود بتعمير الشريعة الإسلامية
وخصائصها ، السبق الفقهي ومعامله ، أهم أهداف الشريعة
الإسلامية ، الحرية الدينية ، الحرية الفكرية ، الحرية المدنية ،
الحرية السياسية ، الشريعة وسيلة النهضة

الفصل الأول - الأحكام الشرعية

تعريف الحكم الشرعي ، شروط الفعل الذي يصح شرعا التكليف
به ، حكم المسكوت عنه

الفصل الثاني - المقصد من الأحكام الشرعية

ذمة الصغير ، خلاصة
الفصل الثالث - الأدلة الشرعية للأحكام الشرعية

وأسباب الاختلاف فيها

المبحث الأول - القرآن : أنواع أحكامه ، دلالة نصوصه ...
المبحث الثاني - السنة : تعريفها ، حجيتها ، نسبتها إلى
القرآن ، أقسامها باعتبار سندها ، قطعها وظننها ، ما ليس
تشریفاً من أقوال الرسول وأفعاله
المبحث الثالث - أسباب اختلاف الفقهاء في تفسير الكتاب
والسنة

| الموضوع | الصفحة | البند |
|--|-----------|-----------|
| المطلب الأول - أسباب الاختلاف في السنة من حيث ثبوتها والعمل بها : استمرار العلم بها ، ثبوت صحتها ، مدى العمل بأنواعها ، الحديث المرسل ، العمل بالحديث الضعيف غير المرسل | ٨٨ - ١٠٧ | ٢٢ - ٤٩ |
| المطلب الثاني - اختلاف الفقهاء في فهم المراد من النصوص : اختلافهم في المراد من النصوص الفعلية ، اختلافهم في المراد من النصوص القولية ، المراد من المشترك ، مدلول العام ، نظرة في توجيه الأحناف ، عموم المتخضي ، مدلول الطلب ، مدلول النهي ، إرادة الحقيقة أو المجاز أوهما معا | ١٠٧ - ١٢٦ | ٥٠ - ٦٠ |
| المطلب الثالث - تعارض النصوص | ١٢٦ - ١٣٠ | ٦١ - ٦٤ |
| المبحث الرابع - الإجماع : تعريفه ، أركانه ، حجيته ، إمكان انعقاده ، أنواعه | ١٣٠ - ١٣٦ | ٦٥ - ٦٩ |
| المبحث الخامس - الاختلاف المتعلق بالإجماع | ١٣٦ - ١٤٦ | ٧٠ - ٧٧ |
| المبحث السادس - القياس : تعريفه ، حجيته ، أدلة مثبتة القياس ، بعض شبه نفاة القياس ، أركانه ، تعريف العلة | ١٤٦ - ١٥٠ | ٧٢ - ٧٧ |
| المبحث السابع - الاختلاف المتعلق بالقياس | ١٥٠ - ١٥٥ | ٧٨ - ٨٠ |
| المبحث الثامن - الاستحسان : تعريفه ، أنواعه ، حجيته ، شبه من لا يحتاجون به | ١٥٥ - ١٥٨ | ٨١ - ٨٥ |
| المبحث التاسع - الاختلاف المتعلق بالاستحسان | ١٥٨ - ١٦١ | ٨٦ - ٨٧ |
| المبحث العاشر - المصلحة المرسل : تعريفها ، أدلة من يحتاجون بها ، شروط الاحتجاج بها ، أظهر شبه من لا يحتاجون بها | ١٦١ - ١٦٨ | ٨٨ - ٩١ |
| المبحث الحادي عشر - الاختلاف فيما يتعلق بالمصلحة المرسل | ١٦٨ - ١٧٠ | ٩٢ - ٩٣ |
| المبحث الثاني عشر - العرف : تعريفه ، أنواعه ، حكمه | ١٧٠ - ١٧٥ | ٩٤ - ٩٧ |
| المبحث الثالث عشر - الاختلاف المتعلق بالعرف | ١٧٥ - ١٧٦ | ٩٨ |
| المبحث الرابع عشر - الاستصحاب والاختلاف المتعلق به : تعريف الاستصحاب ، حجيته ، أوجه الاختلاف فيه | ١٧٦ - ١٧٨ | ٩٩ - ١٠١ |
| الفصل الرابع - أفعال للعباد قبل بعثة الرسل | | |
| مذهب المعتزلة في الأفعال ، مذهب الماتريدية ، خلاصة | ١٧٩ - ١٨٥ | ١٠٢ - ١٠٤ |
| الفصل الخامس - أفعال المكلفين بعد بعثة الرسل | | |
| الجهل بالحكم الشرعي : الجهل البسيط والجهل المركب ، المراد بعلم المكلف ، الجهل بمعنى النص الحقيقي ، المسلمون | | |

| الموضوع | الصفحة | البند |
|---|-----------|-----------|
| خارج دار الإسلام ، من يجهلون اللغة العربية ، متى يكون الجهل عذراً عند الاحتاف | ١٨٦ - ١٩٢ | ١٠٥ - ١١٠ |
| الفصل السادس - جهل القاضي بالأحكام | | |
| المطلب الأول - الجهل بالوقائع والجهل بالأحكام الشرعية | ١٩٣ - ١٩٨ | ١١١ - ١١٣ |
| المطلب الثاني - الخطأ في تطبيق الأحكام | ١٩٨ - ٢٠١ | ١١٤ - ١١٦ |
| المطلب الثالث - جهل الخصوم بالأحكام | ٢٠١ | |
| الفرع الأول - اللغو والخصومة الشرعية | ٢٠١ - ٢٠٢ | ١١٧ |
| الفرع الثاني - طرق الإثبات الشرعية : تقسيم طرق الإثبات الشرعية . أولاً - الإقرار : تعريفه ، الإقرار القضائي وغير القضائي ، شروط الإقرار وأثر الجهل بها ، جواز تجزئة الإقرار | ٢٠٢ - ٢٠٨ | ١١٨ - ١٢٣ |
| ثانياً - اليمين : مشروعية اليمين وأقسامها ، صيغة اليمين ، عدم جواز اليمين فيما خالف الشرع ، افتداء اليمين ، كفارة اليمين | ٢٠٨ - ٢١٣ | ١٢٤ - ١٢٨ |
| ثالثاً - النكول : طبيعة النكول ، رد اليمين وشروطه | ٢١٣ - ٢١٧ | ١٢٩ - ١٣٠ |
| الفرع الثالث - الصلح : وجوب عرض الصلح على الخصوم ، عدم جواز مخالفة الصلح للأحكام الشرعية الملزمة | ٢١٧ - ٢١٩ | ١٣١ - ١٣٢ |
| التفرع الرابع - الجرائم والحدود : دره الحد بالشبهة ، ما يترتب على دره الحدود بالشبهات ، عذر صغر السن ، الباطح وتأثيره حل المسؤولية الجنائية | ٢١٩ - ٢٢٨ | ١٣٣ - ١٣٨ |
| الكتاب الثاني | | |
| في | | |
| القوانين الوضعية ٢٢٩ | | |
| تمهيد : | | |
| نظرة في القانون ومصطلحاته ونظمه ومذاهبه ، المنهج الفردي ، المذهب الاشتراكي ، القانون وصلته بالعلوم الاجتماعية الأخرى ، القاعدة القانونية والقواعد الاجتماعية الأخرى ، النظام القانوني السائد في العالم العربي الإسلامي ، القانون والمجتمع العربي | ١٣١ - ٢٤٩ | ١٣٩ - ٢٤٦ |

| الموضوع | الصفحة | البند |
|---|-----------|-----------|
| الباب الأول | | |
| القاعدة القانونية | | |
| الفصل الأول - القاعدة القانونية وأنواعها | | |
| تعريف القانون ، تعريف القاعدة القانونية وخصائصها ، القاعدة القانونية قاعدة عامة وبمجردة ، الفرض والحكم في القاعدة القانونية ، تنوع الجزاء المقترن بالقاعدة القانونية ، أنواع القاعدة القانونية تحكم السلوك الخارجي للإنسان ، أنواع المساعدة القانونية ، القانون العام والقانون الخاص ، القانون الدستوري ، القانون الإداري ، القانون المالي ، القانون الجنائي ، القانون المدني ، القانون التجاري ، القانون البحري ، قانون العمل ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، القانون الدولي الخاص ، القواعد الآمرة والقواعد المكلفة ، التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكلفة أو المقررة ، النظام العام ، حسن الآداب ، القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية ، القواعد المكتوبة وغير المكتوبة | ٢٥١ | |
| الفصل الثاني - مصادر القاعدة القانونية | | |
| ١ - التشريع : القواعد الأساسية أو الدستورية ، القواعد الرئيسية والمادية ، القواعد التشريعية الفرعية ، نشر القواعد التشريعية ، نفاذ القواعد التشريعية ، أهمية النشر وأثره | ٢٥٢ - ٢٨٢ | ١٤٧ - ١٧٠ |
| ٢ - العرف : التمييز بين القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية ، الفرق بين القاعدة القانونية المكلفة والمادة الاتفاقية ، نتائج الاختلاف بين القاعدة العرفية والمادة الاتفاقية ، تحول المادة الاتفاقية إلى قاعدة عرفية ، دور العرف في القانون العام ، في القانون الدستوري ، في القانون الإداري ، في قانون العقوبات ، دور العرف في القانون الخاص ، العرف في القانون التجاري ، مدى سلطان القاعدة العرفية في مخالفة القاعدة التشريعية ، دور العرف في المجتمعات الحديثة | ٢٧٤ - ٢٧٦ | ١٧١ - ١٧٢ |
| ٣ - مبادئ الشريعة الإسلامية | ٢٩٩ - ٣٠١ | ١٩٣ |

| الموضوع | الصفحة | البند |
|---|-----------|-----------|
| ٤ - الدين : الدين المسيحي ، التشريع والمسيحية ، نماذج من التشريع المسيحي ، أثر الدين في قوانين البلاد الغربية ، الدين الإسلامي ، المقصود بالأحوال الشخصية ، رأينا . دور الدين كمصدر أصل وخاص في مسائل الأحوال الشخصية : أولاً - مسائل الأهلية والولاية على المال ، قواعد الأهلية ، قواعد الولاية على المال . ثانياً - المسائل المتصلة بالأسرة . ثالثاً - الميراث والوصايا : الميراث ، الوصية ، الوقف | ٣٥١ - ٣٥١ | ٢٣٢ - ١٩٤ |
| ٥ - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة : القانون الطبيعي عند فلاسفة القرون الوسطى ، القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر ، نظرية القانون الطبيعي في إيطاليا ، نظرية القانون الطبيعي في اليابان ، القانون الطبيعي في المذاهب الإسلامية ، القانون الطبيعي في مصر | ٣٦٠ - ٣٥١ | ٢٤٠ - ٢٣٣ |
| الفصل الثالث - أدلة الأحكام القانونية الدولية في الفقه الغربي ، في الفقه الشيعي | ٣٦٣ - ٣٦١ | ٢٤١ - ٢٤٠ |
| ١ - العرف | ٣٦٦ - ٣٦٣ | ٢٤٤ - ٢٤٢ |
| ٢ - المعاهدات : التصريحات ، نظرية المعاهدة في الفقه الإسلامي ، أثر المعاهدات في الفقه الوضعي ، شروط اختيار المعاهدة ، حكومة الثورة ، حكومة المنفى ، قواعد النظام العام ، علاقة العرف بالمعاهدة ، دور المعاهدات في تكوين العرف ، علاقة العرف بعرف آخر ، علاقة المعاهدة بمعاهدة أخرى ، ضوابط من ذات النص ، ضوابط من خارج النص ، تفسير التصرفات التي تتم بإرادة منفردة ، تفسير المعاهدات في الفقه السوفييتي ، ضوابط تفسير القواعد العرفية ، السوابق : تقريرها وإثباتها ، التعرف على النية | ٣٦٦ - ٣٦٦ | ٢٧٣ - ٢٤٥ |
| ٣ - مبادئ القانون العامة : نظرة عامة في مبادئ القانون العامة كأصل شرعي ، أنواع مبادئ القانون العامة | ٣٩٥ - ٤٠٠ | ٢٨٠ - ٢٧٤ |
| ٤ - أقوال كبار الفقهاء | ٤٠٠ - ٤٠١ | ٢٨١ |
| ٥ - أحكام المحاكم : سلطة القضاء في مواجهة التقص في قواعد القانون الدولي ، الوسائل التي تتبعها محكمة العدل في خلق القواعد القانونية ، أمثلة لالتجاء المحكمة لنظرية الاختصاصات الضمنية ، التحكيم في الإسلام ، | | |

| الموضوع | الصفحة | البند |
|---|-----------|-----------|
| نظرة في القانون الدولي : نظرية ثنائية القانونين ، نظرية وحدة القانونين ، نظرية التثنيق ، نظرة في العمل الدولي ، موقف القضاء الدولي من القانون المحلي ، القانون الدولي في الفكر الشيوعي ، القانون الدولي في الفكر الإسلامي ، مبدأ الفعالية في القانون الدولي ، الخلاصة | ٤٠١ - ٤٣٤ | ٢٨٢ - ٣١٧ |
| الباب الأول القانون الخاص | ٤٣٥ | |
| الفصل الأول - التقنين المدني | | |
| تمهيد | ٤٣٧ - ٤٣٩ | ٣١٨ - ٣٢٢ |
| المبحث الأول - أثر الغلط على العقود : الغلط في التقنين المدني المصري ، معيار الغلط الجوهري في القانون الفرنسي ، معيار الغلط الجوهري في القانون المصري ، الغلط في الواقع والغلط في القانون ، أمثلة للغلط في القانون ، أحكام الغلط في القانون الألماني : الغلط في إعلان الإرادة ، الغلط في صفة جوهرية في الشخص أو الشيء ، الغلط في الصفة وغياب عيوب المبيع ، الغلط في الواقع والغلط في القانون ، الغلط وعدم العلم ، إبطال التصرف ، تمريض الضرر الناتج عن الإبطال ، الغلط في الباطن ، أساس لتصرف القانوني ، الغلط في الباطن في القانون المصري والغلط في أساس التصرف في القانون الألماني ، مقارنة بين نظرية الغلط في القانون الألماني والقانون المصري ، السبب في الفقه اللاتيني ، السبب في الفقه الإسلامي ، السبب المصلحي أو الباطن ، مذهب أبي حنيفة ، مذهب الشافعي ، مذهب أحمد ، مذهب مالك ، خلاصة . علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور في العقد ، السبب في الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ، خلاصة . العقد في الفقه الإسلامي ، العقد الباطل ، العقد الفاسد ، أقسام العقد عند الجمهور ، الغلط في العقد | ٤٣٧ - ٤٣٩ | ٣٢٣ - ٣٩٥ |
| المبحث الثاني - عقد الصلح : الصلح القضائي ، أثر الصلح ، الغلط في القانون في عقد الصلح ، الفقه في فرنسا ، القضاء في فرنسا ، الغلط في الحساب ، الغلط في الواقع ، إصابات العمل ، أمثلة للغلط في الواقع ، | ٤٣٩ - ٥٠٥ | ٣٢٣ - ٣٩٥ |

| الموضوع | الصفحة | البند |
|--|---------|---------|
| عدم تجزئة المبلغ عند بطلانه ، بطلان الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية ، بطلان الصلح على الجريمة ، بطلان الصلح على مسائل أخرى من النظام العام ، الدفع بالصلح | ٥٢٢-٥٠٦ | ٤١٤-٣٩٦ |
| المبحث الثالث - نقد التفرقة بين القواعد الآمرة والمقررة | ٥٢٧-٥٢٢ | ٤١٧-٤١٥ |
| الفصل الثاني - تقنين الإثبات | | |
| تمهيد : سبب الإثبات ، الإثبات في الاتحاد السوفيتي ، محل الإثبات ، دور القاضي في الإثبات ، الجهل بالقانون في الاتحاد السوفيتي ، أدلة الإثبات ، حجية الأمر المقضي | ٥٢٨-٥٤١ | ٤١٨-٤٣٠ |
| المبحث الأول - سلطات القاضي في تطبيق القانون : التفرقة بين الواقع والقانون ودور القاضي في الدعوى المدنية ، اتساع سلطة القاضي في تطبيق القواعد الآمرة ، سبب الدعوى في القانون السوفيتي | ٥٤١-٥٥١ | ٤٤٠-٤٣١ |
| المبحث الثاني - الإقرار : الإقرار في الفقه الإسلامي ، الإقرار في القانون المصري : شروط الإقرار ، محل الإقرار ، عدم جواز أن يكون محل الإقرار حكماً أو وصفاً قانونياً ، السبب في الإقرار ، أهلية المقر ، قوة الإقرار ، الإقرار القضائي ، قوة الإقرار القضائي ، عدم جواز المدول عن الإقرار ، التفرقة بين الغلط في الواقع والغلط في القانون ، تجزئة الإقرار ، الإقرار غير القضائي ، قوة الإقرار غير القضائي ، الإقرار الجنائي | ٥٥١-٥٨٢ | ٤٤١-٤٦٧ |
| المبحث الثالث - الإيمين : عدم مخالفة الواقعة للنظام العام ، الغلط في الواقع والغلط في القانون ، شروط رد الإيمين ، الإيمين المتتممة وآثارها ، إيمان التقرير ، إيمان الاستظهار وإيمان الاستحقاق وإيمان العيب والكذب والإقرار ، هل توجه الإيمين الحاصلة من باب الاحتياط ، الاتفاق مقدماً على عدم توجيه الإيمين ، إيمان الاستحقاق وإيمان العلم ، هل يمكن إثبات كذب الإيمين ، الخلاصة | ٥٨٢-٥٩٨ | ٤٦٨-٤٨٠ |
| المبحث الرابع - العرف : جواز اتفاق العاقدين على ما يخالف العرف التجاري ، العادات الاتفاقية | ٥٩٨-٦٠٤ | ٤٨١-٤٨٥ |
| المبحث الخامس - القانون الأجنبي : متى يلتفت من تطبيق أحكام القانون الأجنبي | ٦٠٥-٦١٢ | ٤٨٦-٤٩٠ |

| الموضوع | الصفحة | البند |
|--|---------|---------|
| الفصل الثالث - تقنين المرافعات | | |
| الدفع ، البطلان ، البطلان والانعدام ، أثر النشر على الإجراء الصحيح ، الاعتذار بالجهل بالقاعدة التي تحدد البطلان ونوعه وطريق التصالح به | ٦١٣-٦٢٤ | ٤٩٦-٥٠٠ |
| الباب الثاني | | |
| القانون العام | ٦٢٥ | |
| الفصل الأول - القانون الإداري | | |
| القانون الإداري والنظام الإداري | ٦٢٧-٦٢٩ | ٥٠١-٥٠٢ |
| المبحث الأول - في الاتحاد السوفيتي : نشأة الماركسية ، العقيدة الماركسية ، المادة الماركسية ، الدولة الماركسية والحرية ، هل يوجد قانون إداري في الاتحاد السوفيتي ، منازعات تخرج عن ولاية المحاكم ، منازعات تختص بها هيئات تحكيم عامة ، النزاع أمام هيئة التحكيم ، مصادر التشريع في الاتحاد السوفيتي ، دور المحكمة العليا في الاتحاد السوفيتي ، تدرج القواعد القانونية ، الرقابة على الشرعية في الفكر الاشتراكي | ٦٢٩-٦٥٣ | ٥٠٣-٥٢٥ |
| المبحث الثاني - الشرعية في الفكر العربي | ٦٥٤-٦٥٨ | ٥٢٦-٥٢٩ |
| المبحث الثالث - الشرعية في الفكر الاشتراكي العربي تمهيد : الاشتراكية العربية ، رأينا | ٦٥٨-٦٦٩ | ٥٣٠-٥٣٤ |
| المبحث الرابع - الرقابة على مبدأ الشرعية : الشرعية الإدارية | ٦٦٩-٦٧٣ | ٥٣٥-٥٣٩ |
| المطلب الأول - ما الذي يخضع للقانون : أنواع الأعمال القانونية | ٦٧٣-٦٧٨ | ٥٤٠-٥٤٤ |
| المطلب الثاني - معنى الخسوع للقانون : موقف القانون الوضعي | ٦٧٨-٦٨٢ | ٥٤٥-٥٤٦ |
| ١ - مبادئ القانون العام | ٦٨٣-٦٩٠ | ٥٤٧-٥٥٠ |
| ٢ - العرف : العرف الناشئ عن خطأ القانون ، اطراد العمل على مخالفة القانون لا ينشئ عرفاً | ٦٩٠-٦٩٢ | ٥٥٠-٥٥٣ |
| ٣ - القضاء : الأحكام القضائية | ٦٩٢-٦٩٥ | ٥٥٤-٥٥٦ |
| ٤ - القرارات الإدارية السابقة | ٦٩٥ | ٥٥٧ |
| ٥ - العقود | ٦٩٥-٦٩٧ | ٥٥٨ |
| ٦ - الدستور | ٦٩٧-٦٩٩ | ٥٥٩-٥٦٠ |

| الموضوع | الصفحة | البند |
|---|-----------|-----------|
| (أ) دستور دولة الاتحاد : المحكمة الدستورية في دولة الاتحاد ، طبيعة المحكمة الدستورية الاتحادية ، اختصاصات المحكمة الدستورية الاتحادية ، تشكيل المحكمة الدستورية الاتحادية | ٦٩٩ - ٧٠٧ | ٥٦١ - ٥٦٨ |
| (ب) دستور جمهورية مصر العربية : السلطة التنفيذية ، اختصاصات رئيس الجمهورية ، الحكومة ، مسئولية الوزراء ، السلطة التشريعية ، السلطة القضائية ، وضع القضاء كسلطة في السلطات المختلفة ، المدعى العام الاشتراكي | ٧٠٧ - ٧٢٣ | ٥٦٩ - ٥٨٠ |
| الحراسة قبل صدور القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ ، أثر منع الخاضع للحراسة من التصرف في أمواله | ٧٢٤ - ٧٢٩ | ٥٨١ - ٥٨٢ |
| ٧ - التشريع : الرقابة على دستورية القوانين | ٧٢٩ - ٧٣١ | ٥٨٣ - ٥٨٦ |
| ٨ - اللوائح : الرقابة على القرارات التنظيمية | ٧٣٢ - ٧٣٥ | ٥٨٧ - ٥٩٠ |
| المبحث الخامس - التشريعات المانعة من التقاضي : قوانين التطهير الصادرة في بداية الثورة ، القرارات الجمهورية الصادرة بالإحالة إلى المعاش أو الاستيداع أو الفصل من غير الطريق التأديبي ، اتجاهات القضاء الإداري في دستورية التشريعات المانعة من التقاضي ، موقف الفقه من مسلك المحكمة الإدارية العليا ، عدم دستورية حظر الكلي وحظر الجزئي | ٧٣٦ - ٧٤٥ | ٥٩١ - ٥٩٥ |
| المبحث السادس - المحكمة العليا : أحكام المحكمة العليا وقراراتها ، حجية حكم المحكمة العليا ، رقابة المحكمة العليا على التشريعات الفرعية الصادرة من السلطة التنفيذية ، موقف المحكمة العليا من اعتبار إحالة الموظفين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي من أعمال السيادة ، موقف المحكمة من القوانين المانعة من التقاضي عموماً ، مبدأ الشرعية واستقرار العلاقات القانونية ، موقف المحكمة العليا من الطعن في دستورية التشريعات السابقة على صدور الدستور ، مدى اختصاص المحكمة العليا بالنظر في دستورية القرارات بقوانين الصادرة بناء على التفويض التشريعي ، رأينا في القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بإعادة تشكيل الهيئات القضائية ، حق المحاكم في التحقق من جدية الدفع بعدم الدستورية ، وقف الدعوى وطريقة تمجيلها ، اختصاص | | |

| الموضوع | الصفحة | البند |
|--|-----------|-----------|
| المحكمة العليا بطلبات تفسير النصوص القانونية ، الفصل في طلبات وقف تنفيذ أحكام هيئات التحكيم ، طيعة طلب وقف التنفيذ المقدم إلى المحكمة العليا ، مسائل تنازع الاختصاص ، مناط اختصاص المحكمة العليا | ٧٤٦ - ٧٨٧ | ٥٩٦ - ٦١٥ |
| المبحث السابع - المحكمة الدستورية العليا : الرقابة السياسية على القوانين ، الرقابة السياسية في مصر ، الرقابة القضائية على القوانين في مصر | ٧٨٨ - ٧٩٥ | ٦١٦ - ٦٢٣ |
| المبحث الثامن - أوضاع مخالفة القواعد القانونية | ٧٩٥ - ٧٩٦ | ٦٢٤ |
| المطلب الأول - المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية : مخالفة القانون وانحراف السلطة ، مخالفة القانون في قرار السحب ، عناصر قرار السحب ، الباعث أو السبب ، أجزاء القانون المترتب على اختلال الباعث أو تخلفه ، تمييز الباعث ومعيوب الإرادة ، سحب القرار الصحيح ، مسئولية الإدارة بالنسبة لقرارات السحب المميبة ، التمييز بين الخطأ المصلي والخطأ الشخصي ، خطأ الإدارة في فهم الواقع أو القانون | ٧٩٦ - ٨٠٩ | ٦٢٥ - ٦٣٦ |
| المطلب الثاني - الخطأ في تفسير القاعدة القانونية | ٨٠٩ - ٨١٠ | ٦٣٧ - ٦٣٩ |
| المطلب الثالث - الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع : ما تتناوله رقابة مجلس الدولة | ٨١١ - ٨١٤ | ٦٤٠ - ٦٤٢ |
| المبحث التاسع - الصلح في المجال الإداري : الأهلية المشترطة لمقد الصلح ، الأخذ بالقاعدة في المجال الإداري في شأن الحقوق المالية التي لا تمس مراكز لائحية ، الصلح على الضرائب | ٨١٤ - ٨١٨ | ٦٤٣ - ٦٤٦ |
| الفصل الثاني - الجريمة التأديبية | | |
| مبدأ الشرعية في الجريمة التأديبية ، الخلاف حول مبدأ الشرعية في المجال التأديبي ، مبدأ الشرعية في العقوبات التأديبية ، دور فكرة العقاب في تحديد معنى الجريمة التأديبية ، الخطأ في تفسير القوانين واللوائح ، دور السلطة في تحديد الجريمة التأديبية ، وجه الاختلاف بين العقوبة الجنائية والجزاء التأديبي ، العلاقة بين اللنب التأديبي والجريمة الجنائية | ٨١٩ - ٨٢٩ | ٦٤٧ - ٦٥٨ |

الموضوع
الفصل الثالث - قانون العقوبات

الصفحة
البند

تمهيد :
قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية ، قانون
العقوبات والقانون الدولي العام
المبحث الأول - القاعدة الجنائية : المصالح الذاتية
للقاعدة الجنائية ، القاعدة الجنائية والنس الجنائي ، أنواع
القاعدة الجنائية ، ذاتية القاعدة الجنائية ، أهمية مشكلة
ازدواج الحماية الجنائية لمال واحد ، معنى الاستقلال
والتبعية في هذا المجال ، خلاصة موقفنا من طبيعة القاعدة
الجنائية ، تطبيقات ، موقف القضاء الجنائي من مشكلة
ذاتية القاعدة الجنائية
المبحث الثاني - مصادر قانون العقوبات
المطلب الأول - المصدر المباشر : القانون المكتوب
وسمه مصدر التجريم والعقاب ، ما يصدر عن السلطة
التنفيذية من قواعد جنائية ، اللوائح الصادرة بناء على
قانون حالة الطوارئ ، لوائح الضبط ، اللوائح التي تصدرها
السلطة التنفيذية المركزية والمحلية
المطلب الثاني - المصادر غير المباشرة
١ - العرف : إسهام العرف في بناء التكليف الجنائي ،
إسهام العرف في إباحة التكليف الجنائي ، دور العرف
في « وقف » تطبيق القاعدة الجنائية المحرمة ، ما لا
يستطيع العرف أن يحققه ، متى يفترض العلم بالعرف ،
دور العرف في تفسير القاعدة الجنائية المحرمة
٢ - القواعد غير الجنائية والقرارات والأوامر الإدارية
٣ - القوانين والأحكام الأجنبية : أمثلة إحالة القاعدة
الجنائية إلى الحكم الأجنبي
٤ - قواعد القانون الدولي العام
المطلب الثالث - المصادر الموجهة أو المرشدة : الفقه ،
العرف القضائي ، القانون الطبيعي ، العدالة ، الدين
المبحث الثالث - تفسير القاعدة الجنائية : التعريف
بالتفسير الرسمي أو التشريعي ، أسلوبا التفسير : أولا -
الأسلوب اللغوي ، الأصل التقيد في تفسير ألفاظ النص
الجنائي بمعناها الفني الذي استعمله المشرع في فرع آخر

٨٢٥ - ٨٣٠ ٦٦١ - ٦٥٩

٨٤٧ - ٨٣٥ ٦٧٤ - ٦٦٢

٨٥٦ - ٨٤٧ ٦٨٥ - ٦٧٥

٨٥٧ - ٨٥٦ ٦٨١

٨٦٤ - ٨٥٧ ٦٩٠ - ٦٨٢

٨٦٦ - ٨٦٥ ٦٩٢ - ٦٩١

٨٦٩ - ٨٦٦ ٦٩٤ - ٦٩٣

٨٧٠ ٦٩٥

٨٧٤ - ٨٧٠ ٧٠٢ - ٦٩٦

البند

الصفحة

الموضوع

من فروع القانون ، العبرة بالنس عند اختلافه مع
المذكورة الإيضاحية ، الأصل هو التقيد بمدى نطاق
النس سعة أو تضييقاً ، في رقابة محكمة النقص على
التفسير ، وضع القواعد الجنائية من القياس ، متى
تعتبر القاعدة القانونية استثناء ، معيار اعتبار القاعدة
خاصة ، هل يجوز القياس على القواعد المستثناة
والخاصة ، معيار العلة ، وضع القواعد الجنائية المحرمة
من القياس ، رأينا ، جواز القياس في غير نصوص
التجريم ، وضع القواعد الجنائية المبررة للجريمة والمتصلة
بموانع المسئولية وبموانع العقاب وبتخفيف العقوبة
وتشديدها من القياس ، الشك في تفسير قانون العقوبات .
ثانياً : الأسلوب المنطقي في التفسير ، نتائج التفسير
المنطقي ، التفسير المضيقي والموسع من المجال اللغوي للنص
المبحث الرابع - المخاطبون بالقاعدة الجنائية : وضع غير
المستول جنائياً من القاعدة الجنائية ، الجاهل بالقانون
الجنائي وغير المستول جنائياً
المبحث الخامس - الجهل والغلط في الوقائع : الجهل سبب
دائم للغلط ، آثار التفرقة بين الجهل والغلط ، الجهل
والغلط والإرادة ، الغلط الجوهري والغلط غير الجوهري ،
الغلط في النتيجة ، الغلط في موضوع النتيجة ، الغلط في
علاقة السببية ، الغلط في أسباب الإباحة ، الجهل
بالإباحة ، الغلط في أسباب التخفيف ، الجهل بموضوع
الحق المعتدى عليه ، الجهل بخطورة الفعل ، الجهل بمكان
أو زمان ارتكاب الفعل ، علم الخافي بالصفات التي
يتطلبها القانون فيه وبالصفات التي يتطلبها في الجنح عليه
المبحث السادس - الجهل بالتكليف ، التكليف غير
القانوني ، حقيقة التكليف الذي يجب أن يشمل العلم
المبحث السابع - الجهل بالقانون
المطلب الأول - الأصل التاريخي للمبدأ
المطلب الثاني - المبدأ في الفقه الغربي : في فرنسا ،
في إيطاليا ، في ألمانيا : نظرية القصد الخالصة ، نظرية
القصد المتيمدة ، نظرية استبعاد العلم بالصفة الإجرامية
من نطاق القصد ، العلم بدلالة الفعل
المبحث الثامن - افتراض العلم بالقانون : افتراض

٧٢٣ - ٧٠٢ ٩١٠ - ٨٧٤

٧٣٥ - ٧٢٣ ٩١٢ - ٩١٠

٧٦٠ - ٧٣٦ ٩٥٠ - ٩١٣

٧٦٣ - ٧٦١ ٩٥٣ - ٩٥٠

٧٦٨ - ٧٦٤ ٩٥٦ - ٩٥٣

٧٨١ - ٧٦٩ ٩٧٠ - ٩٥٦

ثبت بأحكام محكمة النقض

١ - الأحكام الصادرة من الدوائر الجنائية

(ق)

قانون . قذف . قرارات إدارية

قوة الأمر المقضى

قانون

(أ) القانون الأصح :

| | |
|--------|---|
| الصفحة | ١ - إلغاء القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ عقوبة الحبس المقررة لجريمة المادة ٨١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ دون عقوبة الغرامة . اعتباره أصلح للمتهم بالنسبة لعقوبة الحبس . دون عقوبة الغرامة الواجب الحكم بها عند ثبوت التهمة . الطعن ١٦٩٥ لسنة ٥٦ قضائية جلسة ٢٨ / ٥ / ١٩٨٦ |
| ١٠٩١ | ٢ - الإعفاء المقرر بالمادة الرابعة من القانون ٢٦ لسنة ١٩٧٨ المعدل للقانون ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن الأسلحة والذخائر . شرط تحققه . عدم اعتبار هذا القانون قانوناً أصح لمن تم ضبطه قبل العمل بأحكامه محرراً أو حائزاً لأسلحة أو ذخائر بغير ترخيص أساس ذلك ؟ . الطعن ١٤٩٨ لسنة ٥٠ قضائية « هيئة عامة » جلسة ٧ / ٤ / ١٩٨١ |
| ١١٣٠ | ٣ - صدور القانون ٢٦ لسنة ١٩٧٨ بتعديل بعض أحكام القانون ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر . بعد الحكم المطعون فيه . وتنظيمه في المادة ٢٨ مكرراً منه حالات عدم تجديد الترخيص في المواعيد المقررة وجعله العقوبة في جميع الأحوال هي الغرامة فقط . اعتباره قانوناً أصح . وجوب تطبيقه على الواقعة . الطعن ١٣٣٠ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٦ / ٥ / ١٩٨١ |
| ١١٣٣ | ٤ - الحكم ببراءة المطعون ضده باعتباره رئيس مجلس إدارة الشركة من تهمة عدم تقديم الشهادة القيمة عن البضاعة التي أفرج عن عملة أجنبية لاستيرادها - المفترضة في جانبه بالمادة ١٣ ق ٨٠ لسنة ١٩٤٧ استناداً إلى المادة ١٦ ق ٩٧ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم التعامل بالتقد الأجنى الذي اعتنق مبدأ شخصية الجريمة . صحيح . أساس ذلك ؟ . الطعن ٢٠٨١ لسنة ٤٩ قضائية جلسة ١٢ / ٣ / ١٩٨٠ |
| ١١٣٧ | |

| الموضوع | الصفحة | البند |
|---|-------------|-------------|
| العلم بقانون العقوبات والقوانين المكمل له ، افتراض العلم بالقانون على وجه الصحيح ، انتفاء الافتراض المطلب الأول - استحالة العلم بالقانون | ٩٧٠ - ٩٧٧ | ٧٨٢ - ٧٨٨ |
| المطلب الثاني - الجهل أو الخطأ في قانون غير قانون العقوبات : اتجاه القضاء الألمانى القديم والحديث ، موقف المشرع الإيطالى ، اتجاه القضاء المصرى ... | ٩٧٧ - ٩٧٩ | ٧٨٩ |
| المطلب الثالث - الخطأ الجنسى : نظرية الشك الذهنى ، نقد افتراض العلم بالقانون ، نقد التفرقة بين الجهل في قانون العقوبات والجهل في القوانين الأخرى ... | ٩٧٩ - ٩٩٢ | ٧٩٠ - ٧٩٩ |
| المبحث التاسع - الالتزام بالعلم بالقانون | ٩٩٢ - ١٠٠٢ | ٨٠٠ - ٨٠٩ |
| المبحث العاشر - أداء الواجب : حسن النية ، الخطأ الذى يقع فيه الموظف ، دراسة مقارنة المادة ٦٣ عقوبات مصرى | ١٠٠٢ - ١٠١١ | ٨١٠ - ٨١٦ |
| المبحث الحادى عشر - اعتداء الأفراد على الوظيفة العامة : الموظف العام والمكلف بخدمة عامة ورجل الضبط ، حدود المصلحة المحمية ، تجاوز الموظف حدود وظيفته أو قيامه بعمل باطل ، مدى حق الفرد في مقاومة الموظف العام ، موقف التشريع المصرى ، | ١٠١١ - ١٠١٩ | ٨١٧ - ٨٢٢ |
| الخلاصة | ١٠١٩ - ١٠٢٨ | ٨٢٣ - ٨٣٠ |
| فذلكة البحث | ١٠٢٨ - ١٠٢٩ | ٨٣١ - ٨٥٩ |
| المراجع | ١٠٢٩ - ١٤٢٢ | ١٤٢٢ - ١٤٣١ |

الصفحة

- ٥ - القانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ . جعل إقامة مبنى لا تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه قبل الحصول على موافقة اللجنة الخاصة . فعلا غير مؤتم .
جريمة البناء بدون ترخيص . لم يتناولها القانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بالتعديل .
وإن شدد عقوبتها . اعتبار القانون ٤٥ لسنة ١٩٦٢ أصلح للمتهم في هذا الخصوص .
- ١١٤٦ الطعن ٩٥٥ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ١٩٧٧ / ٢ / ٧
٦ - قاعدة سريان القانون الأصلح . مجال سرياتها . القواعد الموضوعية دون الإجرائية . رفع الدعوى الجنائية في ظل قانون لا يعلق رفعها على طلب أو إذن .
صدر قانون يوجب ذلك . لا أثر له في صحة إجراءاتها .
القانون ١١٨ لسنة ١٩٧٥ بما تضمنته من عقوبات . يعتبر أصلح من القانون ٩٥ لسنة ١٩٦٣ في شأن الاستيراد والتصدير .
- ١١٥٠ الطعن ١٣٦٥ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ١٩٧٧ / ٦ / ٥
٧ - القانون ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث . ناسخ للأحكام الإجرائية والموضوعية الواردة في قانون الإجراءات والعقوبات . هو أصلح للمتهم المحدث بما تضمنته من عقوبات .
- ١١٦٣ الطعن ١٦٢٤ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ١٩٧٦ / ٢ / ٨
٨ - إباحة استيراد السلع للأفراد . اعتبار هذه الإباحة قانونا أصلح للمتهم .
إباحة استيراد سلعة قبل الحكم النهائي في جريمة استيرادها . أثره : اعتبار الفعل غير مؤتم . وجوب القضاء بالبراءة . مثال .
- ١١٦٤ الطعن ٤٩٨ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ١٩٧٦ / ١٠ / ٢٥
٩ - معنى القانون الأصلح في قصد الشارع ؟ القرارات الوزارية الصادرة في نطاق قانوني النقد والاستيراد . وفي حدود التفويض التشريعي . لا تعد قانونا أصلح . علة ذلك .
- ١١٦٩ الطعن ٨٠٥ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ١٩٧٥ / ٦ / ٢٢
١٠ - حق محكمة النقض في القضاء بالبراءة عند صدور قانون أصلح ينأى بالفعل عن التأييم . مثال في تجنيد .
- ١١٧٩ الطعن ١٧١٥ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ١٩٧٤ / ١٢ / ٣٠
١١ - اعتبار قرار وزير التموين ١٥٦ لسنة ١٩٦٨ - الصادر بعد وقوع الجريمة وقبل الحكم فيها نهائيا - بإلغاء القرار ٤٠ لسنة ١٩٦٨ الذي كان يحظر نقل العدس خارج المحافظات - قانونا أصلح . وجوب اتباعه دون غيره .
- ١٢٠٨ الطعن ١٥٠٥ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٩٧٠ / ١٢ / ٢٨
١٢ - تغاير مواصفات الردة على توالي القرارات الوزارية الصادرة

الصفحة

- بتحديدها . لا يتحقق به معنى القانون الأصلح . مادامت جميعها متفقة على تحديد مواصفات لاستخراجها وتأييم عدم مطابقتها لهذه المواصفات .
- ١٢٢٢ الطعن ١٩٥٥ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٩٦٩ / ١ / ١٣
١٣ - قرار تخفيض وزن رغيف الخبز عن الوزن المقرر له وقت إنتاجه . لا يتحقق به معنى القانون الأصلح .
- ١٢٢٤ الطعن ١٠٠ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ١٩٦٩ / ٣ / ٣
١٤ - تخفيف القانون ٥٣ لسنة ١٩٦٦ للعقوبة الواردة بالمادة السابعة من القانون ١١ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم الدورة الزراعية .
عدم جدوى التمسك بتطبيق القانون الأصلح مادام أن العقوبة المقررة بها تدخل في الحدود المقررة للقانون ١١ لسنة ١٩٦٤ .
عدم جواز إلزام المتهم بمصاريف ألفاها القانون الجديد الأصلح .
- ١٢٣٠ الطعن ٢٢٦٢ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ١٩٦٨ / ١ / ١٥
١٥ - اعتبار قرار وزير التموين الرقيم ٢٠ لسنة ١٩٦٧ قانونا أصلح من القرار ١٥٢ لسنة ١٩٦٦ لتركه للقاضي الخيار بين عقوبة الحبس وبين عقوبة الغرامة بعد أن كان القرار القديم يوجب القضاء بالعقوبتين معا بحد أدنى . لا يغير من ذلك قضاء المحكمة بعقوبة تدخل في حدود العقوبة المقررة في القانون الجديد .
مادامت قد التزمت الحد الأدنى للعقوبة المقررة في القرار القديم مما يشعر بأنها إنما وقفت عند حد التخفيف ولم تستطع النزول إلى أدنى مما نزلت مقيدة بهذا الحد .
- ١٢٣٢ الطعن ١٢١٨ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٩٦٨ / ١١ / ١٨
١٦ - القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . أصلح للمتهم من القانون القديم . أساس ذلك وأثره ؟ مثال .
- ١٠٧٩ الطعن ٦٠٥٤ لسنة ٥٤ قضائية جلسة ١٩٨٦ / ٣ / ٢٠
١٧ - تجريف الأرض الزراعية لتحسينها زراعيا أو المحافظة على خصوبتها . غير معاقب عليه . القانون ١١٦ لسنة ١٩٨٣ . وجوب تطبيقه باعتباره القانون الأصلح .
- ١٠٨٨ الطعن ٥٧١٦ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ١٩٨٥ / ١٢ / ١٨
١٨ - القانون ٥٤ لسنة ١٩٨٤ بشأن المياقي . أصلح للمتهم بما تضمنته أحكامه من وقف نظر الدعاوى المنظورة أمام المحاكم لمخالفة أحكام القانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٦ . مالم يكن قد صدر فيها حكم نهائي . وذلك للمدة التي تنتهي في ١٩٨٥ / ٥ / ٧ . وإعفاء الأعمال المخالفة التي لا تزيد قيمتها على عشرة آلاف جنيه من الغرامة المقررة في المادة الثالثة من القانون ٣٠ لسنة ١٩٨٣ .
- ١٠٩١ الطعن ١٠٠٠ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ١٩٨٥ / ٤ / ٣

١٩ - مجال إعمال قاعدة القانون الأصلح . القواعد الموضوعية لا الإجرائية .
الظمن ٤٢٨ لسنة ٥١ قضائية جلسة ٢٨ / ١٠ / ١٩٨١

١١٢٢

(ب) الجهل بالقانون :

١ - شرط قبول الاعتذار بالجهل بحكم قانون غير قانون العقوبات . عقد الزواج على امرأة متزوجة بآخر . باطل لا أثر له . ولا يثبت النسب . أساس ذلك .

١١٠٨

الظمن ٤٨٧٧ لسنة ٥١ قضائية جلسة ١٠ / ٣ / ١٩٨٢
٢ - الاعتذار بالجهل بحكم من أحكام قانون آخر . غير قانون العقوبات . شرط قبوله : إقامة مدعى هذا الجهل الدليل على أنه تجرئ تجرأ كافيًا وأن اعتقاده بمشروعية عمله كانت له أسباب معقولة .

القضاء ببراءة المظنون ضدها : لمجرد القول بخلو الأوراق مما يتفق دفاعها بالجهل بالقاعدة الشرعية التي تحظر الجمع بين الزوجة وجدتها . دون بيان الدليل على صحة ما ادعيه من اعتقادهما بأنها كانا يباشران عملاً مشروعاً والأسباب المعقولة التي تبرر لديهما هذا الاعتقاد . قصور .

١١١٨

الظمن ٢٤٠٢ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٢٧ / ٥ / ١٩٨١
٣ - قرار وزير الاقتصاد بشأن نظام استيراد السلع بدون تحويل عملة . ذبوع الاعتقاد بإباحة التعامل في النقد الأجنبي بما في ذلك المقاصة بهدف تمويل البضائع المستوردة . الجهل بأحكام ذلك القرار . أثره . نفى القصد الجنائي . القضاء بالبراءة . صحيح .

١١٤٢

الظمن ١٩٧٣ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ٩ / ٤ / ١٩٧٩
٤ - الادعاء بالجهل بإجراءات الحصول على الترخيص وأن قانون المباني لا يُعد من القوانين الجنائية . دفاع قانوني ظاهر البطلان . القانون ٤٥ لسنة ١٩٦٢ و ٥٥ لسنة ١٩٦٤ مكملان لأحكام قانون العقوبات .

١١٤٦

الظمن ٩٥٥ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٧ / ٢ / ١٩٧٧
٥ - العلم بالقانون الجنائي والقوانين العقابية المكتملة له . مُفترض في حق الكافة . عدم قبول الدفع بالجهل بها أو الغلط فيها كذريعة لنفى القصد الجنائي .

١٢١٧

الظمن ٢٠٢٠ لسنة ٢٨ قضائية جلسة ١٠ / ٢ / ١٩٦٩
٦ - اعتراف الطاعن ببيع الدقيق الفاخر وحيازته بقصد الاتجار بدون ترخيص . تدرعه بالجهل بأحكام قرار وزير التموين ٦٢ لسنة ١٩٦٠ بتنظيم بيع

الدقيق الفاخر . الذي يؤتم ببعده ممن يتجر فيه من أصحاب مجال البقالة قبل الحصول على ترخيص بذلك بالتطبيق لأحكام القانون ٤٥٣ لسنة ١٩٥٤ . غير مقبول .

١٢٢٧

الظمن ١٨٩٥ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ١٣ / ٢ / ١٩٦٨
٧ - الجهل بقاعدة قانونية مقررة وبالواقع معاً . اعتباره في جملته جهلاً بالواقع . مثال . الأمر العسكري ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ بتجريم عدم صرف إعانة غلاء المعيشة للعمال .

١٢٣٣

الظمن ٤٧٥ لسنة ٣٦ قضائية جلسة ٥ / ٦ / ١٩٦٧
٨ - الجهل بقاعدة مقررة في قانون العمل وبالواقع في وقت واحد . اعتباره في جملته جهلاً بالواقع . تأول المتهم - خطأ - لنصوص قانون العمل . عدم تعرض الحكم لدلالة هذا الخطأ على انتفاء القصد الجنائي لدى الطاعن . قصور .

١٢٣٥

الظمن ١٣٢ لسنة ٣٦ قضائية جلسة ٢٨ / ٣ / ١٩٦٦
٩ - الجهل بأحكام وقواعد التنفيذ المدنية والخطأ في فهمها . يجعل الفعل المرتكب غير مؤتم . التصرف في المحجوز اعتقاداً بزوال المحجوز بعد إلغاء أمر الأداء نتيجة المعارضة فيه . دفاع جوهرى . عدم الرد عليه . قصور .

١٢٣٨

الظمن ١٤٦٧ لسنة ٢٩ قضائية جلسة ١٥ / ٣ / ١٩٦٠
١٠ - الجهل بالواقع المختلط بالجهل بقاعدة مقررة في غير قانون العقوبات . اعتبار الجهل في جملته جهلاً بالواقع بنفى القصد الجنائي . مثال في الجهل بأحكام قانون الأحوال الشخصية في شأن موانع الزواج .

١٢٣٨

الظمن ٧٤٦ لسنة ٢٩ قضائية جلسة ٢ / ١١ / ١٩٥٩
١١ - إباحة الشريعة الإسلامية إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز عمره أربعة شهور . ليس أصلاً ثابتاً في أدلتها المتفق عليها . هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأي فيما بينهم . تحريم فعل إسقاط الجنين يحول دون اعتباره مرتباً بحق . عدم قبول الاحتجاج بالمادة ٦٠ من قانون العقوبات .

١٢٣٩

الظمن ١١٩٣ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٢٣ / ١١ / ١٩٥٩
١٢ - الخطأ في فهم أسس القانون الإدارى . يجعل الفعل المرتكب غير مؤتم . مثال .

١٢٤٠

الظمن ١٠٩٥ لسنة ٢٦ قضائية جلسة ٢٥ / ١٢ / ١٩٥٦

(ج) القانون الوقتى :

١ - متى يكون التشريع لفترة محددة ؟
وجوب أن يتضمن التشريع الصادر لفترة محددة ، تحديداً صريحاً لها . التحديد

الصفحة

الضمنى المستفاد من ظروف وضع التشريع وملابساته . لا يكفي

الطعن ٦٠٠ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٧ / ٦ / ١٩٦٨

١٢٣٠

٢ - القانون الذى يسرى لفترة محددة . وجوب تضمنه نصا صريحا بذلك .
التحديد الضمنى . لا يكفي . مثال فى القوانين والقرارات الخاصة بالتموين
والتسيرة الجبرية والأوامر العسكرية التى تصدر لمناسبة الأحكام العرفية .

الطعن ٤٧٥ لسنة ٣٦ قضائية جلسة ٥ / ٦ / ١٩٦٧

١٢٣٣

(د) إلغاء القانون :

١ - إلغاء النص التشريعى . عدم جوازه إلا بتشريع لاحق ينص صراحة
على الإلغاء . أو شموله نصا يتعارض مع التشريع القديم . أو ينظم من جديد
الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع . ورود نص تشريعى لاحق
على المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية . أنه ٢ .

الطعن ٤٤٤٢ لسنة ٥٦ قضائية جلسة ١٠ / ١٢ / ١٩٨٦

١٠٦٤

٢ - الأمر العسكرى ١٥ لسنة ١٩٧٣ . لم ينسخ ضمنا الأمر العسكرى ٨
سنة ١٩٧٢ الصادر من محافظ مطروح . علة ذلك ؟ التشريع العام اللاحق لا
ينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق .

الطعن ٣٩ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ١١ / ٤ / ١٩٧٦

١١٥٨

٣ - التزام التشريعات بالنزول على أحكام الدستور وإلا تعين إهدارها . ولو
كانت سابقة عليه . نص الدستور على حظر دخول المسكن أو تفتيشه إلا بأمر
قضائى مسبب . نص صالح بذاته للإعمال دون حاجة إلى سن تشريع أدنى . المادة
١٩١ من الدستور .

الطعن ٢٠٠ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٤ / ٣ / ١٩٧٥

١١٦٧

٤ - إلغاء النص التشريعى . لا يجوز إلا بتشريع لاحق . القانون الجنائى .
طبيعته .

الطعن ١٦٢٧ لسنة ٤١ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٧٢

١١٨٤

٥ - إلغاء التشريع أو تعديله . عدم جوازه إلا بتشريع لاحق . مماثل له أو
أقوى منه . ينص على ذلك صراحة أو ضمنا . قرار وزير التموين ١١٦ لسنة
١٩٦٧ . لم يتناول بالإلغاء الصريح أو الضمنى أوزان الحيز البلدى التى حددتها
المادة ٢٤ من القرار ٩٠ لسنة ١٩٥٧ . بقاء تلك الأوزان سارية المفعول .

الطعن ١٦٩٤ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ٤ / ١ / ١٩٧١

١١٩٦

٦ - لا بطلان على مخالفة الإجراءات الخاصة بأخذ العينة وتحليلها وإخطار
صاحب الشأن بنتيجتها فى ظل التشريعات الصادرة فى شأن صناعة وتجارة الصابون
بعد إلغاء القانون ٨٧ لسنة ١٩٣٨ .

الصفحة

ما نص عليه القرار الوزارى ٢٢٣ لسنة ١٩٥٩ من بطلان إجراءات أخذ
العينة إذا لم يعلن صاحب الشأن بنتيجة التحليل فى الأجل المحدد . لا يقيد
المحاكم . علة ذلك ؟ خضوع إثبات الفس فى صناعة الصابون لقواعد الإثبات
العامية . علم المتهم بفس ما يصنعه . يستفاد ضرورة من كونه منتجا له . عدم
قبول التدرع بجهله .

الطعن ١٣٨٤ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٣ / ١ / ١٩٦٩

١٢٠٩

٧ - إلغاء القانون ١٩١ لسنة ١٩٦١ لرسوم الاستيراد المقررة بالقانون ١٥٩
لسنة ١٩٥٨ . مؤداه . نسخ الإلزام بالتعويض المنصوص عليه فى القانون ٩ لسنة
١٩٥٩ بشأن الاستيراد . حصول واقعة الدعوى بعد إلغاء تلك الرسوم . قضاء
الحكم بالتعويض . خطأ . حق محكمة النقض فى تصحيحه جزئيا دون تحديد جلسة
ولو كان الطعن لثانى مرة . أساس ذلك ؟

الطعن ١٧٤ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ١٢ / ٥ / ١٩٦٩

١٢٢٥

(ز) تطبيق القانون :

١ - لرئيس الجمهورية . متى أعلنت حالة الطوارئ . اتخاذ التدابير
المنصوص عليها فى المادة ٣ من القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ . دون التقيد بأحكام
قانون الإجراءات الجنائية . اتخاذ هذه التدابير . من جهة الإدارة المختصة .
بمقتضى أوامر شفوية . جائز بشرط تعزيزها كتابة خلال ثمانية أيام . وجوب أن
يكون التعزيز مطروحا أمام محكمة الموضوع متى تعلق التدابير بحرية الأفراد .
لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضرها الاقتتات على حريات
الناس .

الطعن ١٢٣٠ لسنة ٥٤ قضائية جلسة ٢٨ / ٣ / ١٩٨٥

١٠٩٤

٢ - مناط تطبيق كل من فقرتى المادة ٣٢ عقوبات وأثر التفرقة بينها فى تحديد
العقوبة . مثال فى جرمى استيراد سياتك ذهبية على خلاف القانون ، وتهريبها .
القضاء بتصحيح الحكم المطعون فيه بإلغاء عقوبة التهريب الجرمى . لا يمنع منه
نص المادة ١٢٢ من قانون الجمارك . علة ذلك ؟

الطعن ٥٧٣ لسنة ٥١ قضائية جلسة ١١ / ١١ / ١٩٨١

١١٢٧

٣ - كون الشيء المبتد غير مملوك لمرتكب الاختلاس . شرط لوقوع جريمة
التهديد .

جريمة المادة ٣٤٢ عقوبات . استثناء من هذا الأصل . عدم جواز القياس
عليه . أساس ذلك . لاجرمية ولا عقوبة بغير نص .

الطعن ٥٠٧ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ١٦ / ١٠ / ١٩٧٨

١١٤٦

٤ - تعليمات النيابة العامة . عدم الاعتداد بالتعليمات في مقام تطبيق القانون .

١١٥٥

الظمن ١٥٣ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٧٧
٥ - إشارة الحكم إلى مادة الاتهام التي طبقها . دون تحديد القانون المتضمن لها . لا يعيبه . متى كان إدراك هذا القانون باديا للوهلة الأولى . مثال .

١١٥٧

الظمن ١٨٣٥ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٢ / ٢ / ١٩٧٦
٦ - التزام المحكمة بتطبيق صحيح القانون . عدم تقيدها بالوصف المسيخ على الواقعة أو بالقانون المطلوب العقاب به . حق المحاكم العادية في تطبيق الأوامر العسكرية والفصل في الجرائم التي تقع بالمخالفة لها . اختصاص محاكم أمن الدولة بهذه الجرائم . لا يسلب المحاكم العادية اختصاصها بها . أساس ذلك ؟

١١٥٨

الظمن ٣٩ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ١١ / ٤ / ١٩٧٦
٧ - النص في المادة ١٩١ من الدستور على بقاء كل مقررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدوره لا ينصرف إلا إلى التشريع الذي لا يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته .

١١٦٧

الظمن ٢٠٠ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٤ / ٣ / ١٩٧٥
٨ - جريمة عدم تحرير عقد عمل وعدم إنشاء ملف لكل عامل . تعدد العقوبات فيها بقدر عدد العمال . مخالفة ذلك . خطأ في القانون .
مناطق تطبيق المادة ٣٢ / ٢ عقوبات .
التزام صاحب العمل بإعداد سجل لتقيد الأجور وآخر لتقيد الغرامات . لا ارتباط بينها . علة ذلك ؟

١١٦٧

الظمن ١٨٠٢ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٤ / ١ / ١٩٧٠
٩ - واجب المحكمة أن تطبق القانون تطبيقا صحيحا على الوقائع الثابتة في الدعوى .

اشتراط إجماع القضاة في حالة إلغاء حكم البرائة أو تشديد العقوبة . قصره على حالات الخلاف في تقدير الأدلة والوقائع والعقوبة . علة ذلك ؟ النظر في استواء حكم القانون . لا يصح أن يرد عليه خلاف .

١٢٠١

الظمن ٤٤٤ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٠ مايو ١٩٧١
١٠ - تطبيق المادة ٣٢ عقوبات . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

الامتناع عن بيع سلعتين إحداهما مسعرة والأخرى غير مسعرة في ذات ظروف الزمان والمكان بالنسبة إلى مشتر واحد . وجوب تطبيق المادة ٣٢ / ١ عقوبات .

١٢١٩

الظمن ٢٠٤٨ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٧ / ٢ / ١٩٦٩

(ص) تفسير القانون :

١ - ما تجر به سلطات الجمارك من معاينة البضائع وأمتعة المسافرين . نوع من التفتيش الإداري . اختلافه عن التفتيش المنصوص عليه في الدستور وقانون الإجراءات الجنائية . أساس ذلك ؟

١٠٩٢

الظمن ١٩١٣ لسنة ٥٤ قضائية جلسة ٢ / ٤ / ١٩٨٥
٢ - نص الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع . دعوة للشارع كي يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا فيما يسنه من قوانين . عدم وجوب تطبيقها إلا إذا استجاب الشارع وأخرج أحكامها في نصوص تشريعية محددة ومنضبطة .

ماهية الاشتباه في حكم المادة الخامسة من القانون ٩٨ لسنة ١٩٤٥ في شأن المنشردين والمشتبه فيهم ؟ السوابق تكشف عن الاتجاه الخطر . لانتشته . جواز الاعتماد على الاتهامات المتكررة لإثبات حالة الاشتباه متى كانت قريبة اليون نسيبا وتكشف عن خطورة المتهم .

١٠٩٦

الظمن ٦٣٢٨ لسنة ٥٢ قضائية جلسة ١٩ / ٣ / ١٩٨٥
٣ - إعلان الصورة التنفيذية للحكم المنفذ به إلى الموظف المختص المطلوب إليه تنفيذه . شرط لانطباق المادة ١٢٣ عقوبات . لا يخفى عن ذلك الإعلان للغير . مبدأ شخصية العقوبة . مؤداه ؟

١١٠٥

الظمن ٥٥٩ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٨٥
علاقة رؤساء مجالس إدارة شركات القطاع العام بهذه الشركات . علاقة عمل تعاقدية .

العاملون في شركات القطاع العام . لا يعدون في حكم الموظفين العامين إلا بنص خاص من الشارع . كالشأن في جرائم الرشوة واختلاس المال انعام وغيرها من الجرائم الواردة في اليايين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات .

نطاق تطبيق المادة ١٢٣ عقوبات بقفرتها . مقصور على الموظف العام دون من في حكمه .

انتهاء الحكم المطعون فيه إلى عدم توافر أركان الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٢٣ عقوبات لأن المطعون ضده بصفته رئيس مجلس إدارة إحدى شركات القطاع العام . لا يعد موظفا عاما في حكم هذا النص . صحيح .

١١٠٦

الظمن ٨٠٧٢ لسنة ٥٤ قضائية جلسة ٤ / ٢ / ١٩٨٥
٥ - جريمة إحراز سلاح بدون ترخيص . قيامها بمجرد انتهاء مفعول الترخيص وعدم تجديده . أو عدم تقديم طلب التجديد في الموعد المحدد .

اتخاذ المتهم بعد ذلك لدى جهة الإدارة الإجراءات لاستصدار ترخيص جديد .
لا يؤثر في قيامها .
وجوب إخطار جهة الإدارة صاحب الشأن يرفض طلب تجديد الترخيص .
يكون عند رفضها الطلب المقدم لها بالتجديد في الميعاد المتصوص عليه في قرار وزير
الداخلية .

١١٣٣

الطعن ١٣٣٠ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٦ / ٥ / ١٩٨١

٦ - عقوبة السجن . اقترانها بطبيعتها بالشغل . على خلاف عقوبة الحبس
بتوعيه . المادة ١٦ عقوبات . أثر ذلك : عدم جدوى النعي على الحكم إقرانه
الشغل بعقوبة السجن
القضاء بإيقاف تنفيذ عقوبة السجن . خطأ في القانون . واجب الإلغاء . المادة
٥٥ عقوبات .

١١٤٥

الطعن ٢٩٠ لسنة ٤٨ قضائية ١١ / ٦ / ١٩٧٨

حق المحافظ في إصدار قرار بإعفاء أبنية بذاتها من أحكام القانون ٤٥ لسنة
١٩٦٢ والقرارات المنفذة له .
مجرد صدور توجيهات من المحافظ بالتنكين من إنهاء الأعمال في مبنى معين .
عدم اعتبارها قرارا بالإعفاء من أحكام القانون المذكور .

١١٤٩

الطعن ١١٨٤ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٧٧

٨ - استيراد الأفراد للسلع بقصد الاتجار . دون مراعاة الشروط المقررة .
مؤتم . سواء في ظل القانون ٩٥ لسنة ١٩٦٣ أو في ظل القانون ١١٨ لسنة ١٩٧٥
الذي حل محله .

للأفراد الحق في استيراد احتياجاتهم من السلع لاستعمالهم الشخصي أو الخاص
من مواردهم الخاصة . مباشرة أو عن طريق الغير . طبقا للقرارات التي تصدر من
وزير التجارة .

١١٥٠

الطعن ١٣١٥ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٥ / ٦ / ١٩٧٧

٩ - حظر الجمع بين المحاماة والأعمال الواردة حصرا في المادة ٥٢ من
القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ . أصل عام . يستثنى منه تولى أعمال المحاماة بالهيئات
والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها وشركات القطاع العام .
الجمع بين المحاماة وإحدى الوظائف العامة أو الخاصة أو منصب رئيس مجلس
إدارة أو العضو المنتدب في الشركات المساهمة . جوائز لمن يشغلون بالفعل هذه
المناصب وقت صدور القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ .

١١٥٦

الطعن ٧ لسنة ٤٦ قضائية « نقابات » جلسة ٢٢ / ١١ / ١٩٧٦

١٠ - تكليف الأطباء والصيدالة وأطباء الأسنان على موجب حكم القانون

١٨٣ لسنة ١٩٦١ . مدته سنتان قابلة للتجديد لمدد أخرى مماثلة إذا دعت الحال .
شريطة صدور قرار جديد بذلك .
صدور قرار التكليف متضمنا تجديده تلقائيا لمدد أخرى مماثلة . بطلانه .
القياس في مجال التأميم . محظور .

١١٧٦

الطعن ١١٩٢ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٣ / ١١ / ١٩٧٥

١١ - الشارع المصري لم يرد الخروج عن تعريف المواد المخدرة الواردة
بالمجداول الملحقه بالقانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ بعد العمل باتفاقية نيويورك بدلالة
عدم صدور قرار وزاري طبقا للمادة ٣٢ من قانون المخدرات بالحدف أو بالإضافة
أو بتغيير النسب في المواد الواردة بتلك الجداول .

١١٨٤

الطعن ١٦٢٧ لسنة ٤١ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٧٢

١٢ - لاعقوبة الا بنص . عم التوسع في تفسير نصوص القانون الجنائي .
الأخذ في حالة الشك بالتفسير الأصح للمتهم .

إدانة المتهم بأنه لم يسلم ابنته لوالدتها لرؤيتها طبقا لنص المادة ٢٩٢ / ١
عقوبات . خطأ في تأويل وتطبيق القانون . نص المادة مقصور على صدور قرار من
القضاء بشأن حضانه الصغير أو حفظه . لا يصح التفسير بشمول حالة الرؤية .

١١٨٦

الطعن ١٥١ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٧٢

١٣ - عقوبة الجنحة المقررة في المادة ٢٢٢ عقوبات . قصد بها الشارع
التزوير المعنوي دون المادى .

جرائم التزوير المعاقب عليها بعقوبات مخففة بموجب المواد ٢١٧ وما بعدها من
قانون العقوبات . استثناء لا يصح التوسع فيه .

١١٨٧

الطعن ٥٥١ لسنة ٥٢ قضائية جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٧٢

١٤ - إقامة البناء على أرض واقعة على حافة الطريق العام . افتراض
الشارع أن المرافق العامة المفروض على المقسم إنشاؤها . موجودة فعلا . تسليم
النيابة في طعتها أن مهندس التنظيم شهد إقامة البناء على قطعة أرض تقع على
حافة الطريق العام . صحة القضاء بإلغاء عقوبة الإزالة في هذه الحالة .

١٢٠٣

الطعن ٢٣٨ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٣ / ٤ / ١٩٧٠

١٥ - متى تتحقق جريمة الامتناع عن بيع سلعة مسعرة أو محددة الربح ؟
تخصيص عموم النص بغير مخصص . لا يصح .

١٢١٩

الطعن ٢٠٤٨ لسنة ٢٨ قضائية جلسة ١٧ / ٢ / ١٩٦٩

١٦ - الأحكام القانونية تدور مع علتها لامع حكمتها . عدم جواز إهدار العملة
والأخذ بالحكمة عند وضوح النص .

جريمة المادة ٢٣٨ / ١ عقوبات . أخف من جريمة المادة ٢٤٤ / ١ و ٣

الصفحة

عقوبات . عدم جواز الجمع بين هذين التصين المتغايرين واستخلاص عقوبة جديدة منها أشد من العقوبات المقررة في النص الأول الواجب التطبيق .

١٢٢٨

الطعن ٢١٨٥ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ١٩ / ٢ / ١٩٦٨
١٧ - وقوع الإلزام بإعادة العامل المفصول بدون ميرر على عاتق صاحب العمل . المراد بصاحب العمل في خطاب الشارع : هو صاحب الأمر في الإشراف الإداري على شئون العمال المتوط به الاختصاص بتنفيذ ما افترضه القانون . من له حق إصدار قرار الفصل ؟ صاحب الشأن أو وكيله المفوض في المشروعات الفردية وعضو مجلس الإدارة المنتدب في الشركات .

وجوب عرض أمر العامل في المنشآت التي تستخدم خمسين عاملاً فأكثر على اللجنة الثلاثية قبل أن تصدر قراراً نهائياً يفصله أو فسخ عقده . قرار اللجنة بوجوب إعادة العامل أو استبقائه . ليس ملزماً للمنشأة المخاطبة بنصوص قانون عقد العمل .

١٢٣٥

الطعن ١٣٢ لسنة ٣٦ قضائية جلسة ٢٨ / ٣ / ١٩٦٦
١٨ - إجازة بعض القوانين إحالة جرائم معينة إلى محاكم خاصة . لا يسلب المحاكم العادية ولايتها بالفصل في تلك الجرائم . مادام أن القانون الخاص لم يرد به أى نص على انفراد المحكمة الخاصة بالاختصاص . سواء كان معاقباً عليها بمتضى قانون عام أم قانون خاص .

القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الأحكام العسكرية . لم يرد فيه ولا في أى تشريع آخر نص على انفراد القضاء العسكرى دون غيره بالاختصاص . مفاد ذلك ؟

نص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية . مجال تطبيقه . قانون المحكمة الدستورية العليا . لم ينسخ ذلك النص . علة ذلك ؟

١٠٦٤

الطعن ٤٤٤٢ لسنة ٥٦ قضائية جلسة ١٠ / ١٢ / ١٩٨٦
١٩ - متى يصبح المحل العام خاصاً يتمتع بحرمة السكن ؟ وجوب تحقق المحكمة من وقت حصول الضبط وما إذا كانت المقهى مفتوحة للجمهور أو مغلقة . للوقوف على صحة أو عدم صحة الدفع ببطلان القبض والتفتيش . مثال في جريمة إعداد وإدارة وتهيئة مكان لتعاطي المخدرات .

١٠٧٨

الطعن ١٥٦ لسنة قضائية جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٨٦
٢٠ - الحالات التي يحق فيها للمالك الحصول على ٥٠٪ من قيمة بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكن . وتلك التي يحق له فيها الشراء . المادة ٢٠ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .

الصفحة

١٠٧٩

الطعن ٦٠٥٤ لسنة ٥٤ قضائية جلسة ٢٠ / ٣ / ١٩٨٦
٢١ - اختصاص محكمة الجنايات . وحدها . بنظر جريمة ذبح أنثى ماشية قبل استبدال قواطعها . واختصاص محكمة أمن الدولة الجزئية . مع القضاء العادى . بنظر جريمة ذبح ماشية خارج السلخانة المسندة أيضاً لامطعون ضده . وجوب أن تتبع الجريمة الثانية . الجريمة الأولى . في التحقيق والإحالة والاختصاص . أساس ذلك ؟

١٠٨١

الطعن ٧٠٤٢ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٨٦
٢٢ - ارتكاب جريمة الشروع في سرقة بإكراه وإحراز مطواة قرن غزال (نفس المبدأ السابق) .

١٠٨٤

الطعن ٥٥٦٩ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ٢٦ - ٢ - ١٩٨٦
٢٣ - تحقق جريمة الامتناع عن بيع سلعة مسعرة .. متى أنكر حائزها وجودها .. أو أخفاها حابساً لها عن التداول أياً كان القصد من ذلك . عدم جواز تخصيص النص بغير مخصص . وجود السلعة في محل التجارة ولو لم تكن ظاهرة .. اعتبار ذلك عرضاً للبيع . إنكار وجود السلعة أو إخفاؤها وحبسها عن التداول من جانب البائع . اعتبار ذلك امتناعاً عن البيع ..

١٠٨٧

الطعن ٥٢١٣ لسنة ٥٤ القضائية جلسة ١ - ١ - ١٩٨٦
٢٤ - تمام عقد البيع .. التراضى على البيع والتمن .. استرداد البائع للسلعة .. بعد تمام بيعها وتسليمها .. لا تتوافر به جريمة الامتناع عن بيعها .. مثال .. تقديم المتهم فاتورة الأصناف المبيعة .. استيلائه عليها بعد الخلاف على توضيح بياناتها .. لا تقوم به جريمة عدم تقديم فاتورة البيانات المقررة .

١٠٨٨

الطعن ١٧١٩ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٨٥
٢٥ - وجود التحرز في تفسير القوانين الجنائية .. والتزام جانب الدقة في ذلك .. وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتل .. غموض النص .. لا يحول دون تفسيره على هدى ما يُستخلص من قصد الشارع .. مع مراعاة أن القياس محظور في مجال التأنيم . اقتضاء المستأجر بالذات أو بالواسطة .. من المؤجر أو من المالك أو من الغير .. أية مبالغ لإنهاء عقد الإيجار وإخلاء المكان المؤجر .. لا تأنيم .. مخالفة ذلك .. خطأ في تأويل القانون .

قصر الإعفاء المنصوص عليه في المادة ٤٥ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ على الوسيط أو المستأجر دافع خلو الرجل كشريك للمؤجر في الجريمة .

- الطعن رقم ١٤٩١ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٢٤ / ١٢ / ١٩٨٠ / ١١٣٨
٢٦ - الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة المشككة وفق قانون الطوارئ ..
عدم جواز الطعن فيها بأي طريق .. م ٦٢ قانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة
الطوارئ .
محاكم أمن الدولة المنشأة بالقانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ . ما هيئتها وأساس
إنشائها واختلافها عن تلك المشككة وفقاً لقانون الطوارئ ..
الأحكام الانتقالية المنصوص عليها بالمادتين ١٠ و ١١ من القانون ١٠٥ لسنة
١٩٨٠ .. مؤداها ؟
- الطعن ٤٢٨ لسنة ٥١ قضائية جلسة ٢٨ / ١٠ / ١٩٨١ / ١١٣٢
٢٧ - احتجاز الشخص أكثر من مسكن في البلد الواحد دون مقتض . مؤتم .
المادة ٨ / ١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .
انتص في الفقرة الأولى من المادة الثانية من قرار وزير الإسكان والمرافق رقم
٩٧ لسنة ١٩٧٠ على اعتبار القاهرة الكبرى مدينة واحدة .. نطاقه ؟ عدم جواز
التوسع في تفسيره أو القياس عليه .. غلة ذلك ؟
- الطعن ١٦٤٦ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٢٣ - ٢ - ١٩٨١ / ١١١٤
٢٨ - وجوب التحرز في تفسير القوانين الجنائية .. والتزام الدقة في ذلك ..
وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل .
صياغة النص في عبارات واضحة جلية . اعتبارها تعبيراً صادقاً عن إرادة
المشرع .. عدم جواز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل .
استعمال القوة أو التهديد للإخلال بحرية الانتخاب أو الاستفتاء أو بنظام
إجراءاتها .. مؤتم .. المادتان ٤٥ و ٤٦ من القانون ٧٣ لسنة ١٩٥٦ .
سقوط الدعوى .. العمومية والمدنية .. في الجرائم المنصوص عليها في القانون
٧٣ لسنة ١٩٥٦ .. بضئ ستة أشهر من يوم إعلان نتيجة الانتخاب أو من تاريخ
آخر عمل متعلق بالتحقيق . المادة ٥٠ من ذات القانون .
عدم جواز الرجوع للقانون العام فيما نظمه قانون خاص .. التشريع العام
اللاحق . لا ينسخ ضمناً التشريع الخاص السابق . مثال .
- الطعن ٢٣١٠ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٩ - ٣ - ١٩٨١ / ١١١٦
٢٩ - خلو قانون المحاماة ١٧ لسنة ١٩٨٣ من نص ينظم الطعن في القرارات
الصادرة برفض طلب القيد في جدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض .
لا يعني عدم اختصاص محكمة النقض بنظره .. أساس ذلك ؟
- الطعن ٨١١٤ لسنة ٥٤ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٨٥ / ١١٠٣
٣٠ - التحرز في تفسير القوانين الجنائية والتزام الدقة في تفسيرها . وعدم
تحميل عباراتها فوق ما تحتمل . واجب .

- صياغة النص في عبارات واضحة جلية . اعتبارها تعبيراً صادقاً عن إرادة
المشرع . عدم جواز الانحراف عنها . عن طريق التفسير أو التأويل أو بدعوى
الاستهزاء بحكمة الشارع .
الاستهزاء بحكمة التشريع ودواعيه . لا تكون إلا عند غموض النص .
الأحكام تدور مع غلتها لا مع حكمتها .
لا اجتهاد مع صراحة النص .
القول بأن نظام الاستيراد بدون تحويل عملة . يترتب عليه التعارض مع حكم
المادة الأولى من قانون النقد وأنه ألغى تراخيص الاستيراد بصورة مطلقة شاملة .
مخالف للقانون . واجتهاد غير جائز مع صراحة نصوص القانون وتوسع في
تفسيرها . وأخذ بحكمتها . لا بعلتها . وهو ما لا يجوز قانوناً .
حاصل تشريعات الرقابة على النقد وتنظيم الاستيراد حظر مطلق . وتنظيم
إداري يسمح بالاستثناء عن طريق إصدار القرارات اللازمة في حدود التفويض
التشريعي .
القرارات الوزارية الصادرة في شأن الاستيراد بدون تحويل عملة . تخص
المخاطبين بها دون غيرهم . مخالفة هذا النظر .. خطأ في القانون .
المقصود بالتعامل المحظور في النقد المصري على غير المقيم ؟
من يقيم بمصر مؤقتاً أو إقامة غير مشروعة . يُعد غير مقيم في حكم قرار وزير
الاقتصاد ٨٩٣ لسنة ١٩٦٠ .
- الطعن ٨٠٥ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٢ / ٦ / ١٩٧٥ / ١١٦٩
٣١ - عذر الزوج في قتل زوجته . خاص بحالة المفاجأة متلبسة بالزنا .
لا يكفي ثبوت الزنا بعد وقوعه بمدة . القياس في الأعدار القانونية . غير جائز ..
- الطعن ٦١٥ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ١ / ١١ / ١٩٧٦ / ١١٦١
٣٢ - اختصاص المحاكم العادية . دون سواها . بجرائم القانون العام التي
يرتكبها أفراد هيئة الشرطة . أساس ذلك ؟ القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ في
شأن هيئة الشرطة . قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ .
الطعن ٥٥٧٦ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ١٣ / ٣ / ١٩٨٦
- (ط) سريان القانون من حيث الزمان :
- ١ - الأحكام الانتقالية المنصوص عليها في المادتين ١٠ و ١١ من القانون ١٠٥
لسنة ١٩٨٠ . مؤداها ؟
القوانين المنظمة لطرق الطعن في الأحكام . عدم سريانها بشأن ما صدر من
أحكام قبل تاريخ العمل بها . متى كانت هذه القوانين منشئة لطرق من طرق
الطعن .
الطعن ٤٢٨ لسنة ٥١ قضائية جلسة ٢٨ / ١٠ / ١٩٨١ / ١١٣٣

الصفحة

- ٢ - سريان التشريع الجديد على الجريمة المستمرة حتى ولو كانت أحكامه أشد مما سبقه .
معيار التمييز بين الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة . جريمة الامتناع عن تنفيذ القرار الهندسى . مستمرة . أثر ذلك ؟
الظعن ١٥١٢ لسنة ٥١ القضائية جلسة ٣ / ١١ / ١٩٨١ / ١١٢٥
٣ - سريان قوانين الإجراءات بأثر فوري علم ما لم يتم من إجراءات . ولو تعلقت بجرائم وقعت قبل نفاذ هذه القوانين .
القوانين المعدلة للاختصاص . تطبيقها بأثر فوري على الدعاوى القائمة أمام المحكمة التي عدل اختصاصها . ما لم ينص الشارع على أحكام وقتية تنظم فترة الانتقال .
الظعن ١٩٧٤ لسنة ٤٩ قضائية جلسة ٦ / ٢ / ١٩٨٠ / ١١٣٨
٤ - الإجراءات يظل خاضعاً للقانون السارى وقت صدوره . رفع الدعوى الجنائية . فى ظل قانون لا يعلق رفعها على طلب أو إذن . صدور قانون يوجب ذلك . لا أثر له فى صحة إجراءاتها .
الظعن ١٣١٥ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٥ / ٦ / ١٩٧٧ / ١١٥٠
٥ - نفس المبدأ السابق ..
الظعن ٢٣٩١ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٧ / ١١ / ١٩٤٩ (نفس المبدأ) / ١١٤٣
٦ - لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون . عدم نفاذ القانون قبل نشره .
الظعن ٢٠٤٨ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٧ / ٢ / ١٩٦٩ / ١٢١٩
٧ - سريان الأمر العسكرى ٣٥٨ لسنة ١٩٤٢ على جميع العمال الذين عينوا من ٣٠ يونيو ١٩٤١ سابقاً كان التمييز أو لاحقاً على سريان الأمر المذكور ونفاذه .
القانون الذى يسرى لفترة محددة . وجوب تضمينه نصاً صريحاً بذلك . التحديد الضمنى لا يكفى . مثال .
الظعن ٤٧٥ لسنة ٣٦ القضائية جلسة ٥ / ٦ / ١٩٦٧ / ١٢٣٣

(ك) سريان القانون من حيث المكان :

- ١ - سريان أحكام قانون العقوبات على كل شخص وطنياً كان أو أجنبياً . ارتكب خارج القطر فعلاً يجمعه فاعلاً أصلياً أو شريكاً فى جريمة وقعت كلها أو بعضها داخل إقليم الدولة . لا أهمية لكون الجاني أجنبياً مقبلاً فى الخارج ولم يسبق

الصفحة

- له الحضور إلى البلاد . م ٢ / ١ عقوبات . مثال فى جريمة تمريض على الدعارة .
الظعن ١٢٣٩ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٢٣ - ٢ - ١٩٧٤ / ١١٨٢
٢ - الأصل سريان قانون العقوبات على كل من يرتكب جريمة منصوصاً عليها فيه . أياً كانت جنسيته . متى وقعت فى الأراضى والمياه الإقليمية . إعفاء رؤساء الدول الأجنبية ويمثلها الدبلوماسيين والعسكريين الأجانب من الخضوع للقضاء المصرى . أساس ذلك : القانون الدولى .
امتداد اختصاص القضاء الجنائى المصرى إلى السفن التجارية الأجنبية عند وجودها فى المياه الإقليمية فى حالات منها ضرورة القضاء على الاتجار غير المشروع فى المواد المخدرة .
تعريف الإقليم الجمركى والمياه الإقليمية .
الظعن ٦٧١ لسنة ٥٦ قضائية جلسة ٤ / ٦ / ١٩٨٦ / ١٠٧٦
قذف :
١ - القصد الجنائى فى جريمة القذف والسب . توافره متى كانت العبارات التى وجهت إلى المجنى عليه شائنة بذاتها .
علانية الإستاند تتضمن حتماً قصد الإذاعة بمجرد الجهر بالألفاظ النابية فى المحل العام مع العلم بمعناها .
الظعن ٢٢٤ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١١ / ٥ / ١٩٧٠ / ١٢٠٥
٢ - مضى ثلاثة أشهر بين تاريخ العلم بجريمة القذف ومرتكبها وبين إعلان صحيفة الدعوى المباشرة عن هذه الجريمة . القضاء بعدم قبول الدعوى صحيح . أساس ذلك ؟
انعقاد الخصومة فى الدعوى المباشرة . بتكليف المتهم بالحضور تكليفاً صحيحاً .
القضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية . يوجب القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية الناشئة عنها .
حق المدعى المدنى فى إقامة الدعوى مباشرة أمام القضاء عن جريمة من الجرائم المبينة بالمادة الثالثة إجراءات . ولو بدون شكوى سابقة . الادعاء المباشر بمناخة شكوى .
الظعن ٢٢٠ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ٦ / ٤ / ١٩٧٠ / ١٢٠٦
٣ - لا يكفى التثبت من صدق واقعة للاحتجاج بحسن النية فيما عداها من الوقائع .
الظعن ١٥١٠ لسنة ١٦ قضائية جلسة ١١ / ١٠ / ١٩٤٦ / ١٢٤١

٤ - مناط العقاب في جريمة العيب في الذات الملكية . لا يصح التدليل في الإدانة برأى فقهي .

١٢٤٣

الطعن ١٦٦٥ لسنة ٩ قضائية جلسة ٢٥ / ١٢ / ١٩٣٩

قرارات إدارية :

١ - النص في الفقرة الأولى من المادة الثانية من قرار وزير الإسكان والمرافق رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٠ على اعتبار القاهرة الكبرى مدينة واحدة . نطاقه ؟ عدم جواز التوسع في تفسيره أو القياس عليه . علة ذلك ؟

١١١٤

الطعن ١٦٤٦ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٢٣ / ٢ / ١٩٨١

٢ - للأفراد الحق في استيراد احتياجاتهم من السلع لاستعمالهم الشخصي أو الخاص من مواردهم الخاصة . مباشرة أو عن طريق الغير . طبقاً للقرارات التي تصدر من وزير التجارة .

١١٥٠

الطعن ١٣١٥ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٥ / ٦ / ١٩٧٧

٣ - صدور قرار بالهدم . عدم التظلم منه وفق القانون . صيرورته نهائياً . عدم جواز المجادلة فيه .

١١٥٥

الطعن ١٥٣ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٧٧

٤ - صدور قرار تكليف الأطباء والصيدالة وأطباء الأسنان على موجب القانون ١٨٣ لسنة ١٩٦١ . مدته سنتان قابلة للتجديد لمدد أخرى مماثلة . وجوب صدور قرار جديد بذلك . صدور قرار التكليف متضمناً بتجديده تلقائياً لمدد أخرى مماثلة . بطلانه .

تحصين القرار الإداري بعدم الطعن عليه في المعاد . لا يقيد المحكمة الجنائية في عدم الاعتداد به وهي بصدد الفصل في المسؤولية المقررة عن مخالفته .

١١٧٦

الطعن ١١٩٢ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٣ / ١١ / ١٩٧٥

٥ - صحة القرار الصادر بموجب التفويض التشريعي رهينة بعدم وجود تضاد بينه وبين نص القانون المحدد لأوضاعه وشروطه .

تطبيق نص القانون . عند التعارض بينه وبين نص وارد في لائحة أو قرار . واجب . مثال : قرار وزير الداخلية ٩٩٢ لسنة ١٩٧٧ في شأن تنظيم القضاء العسكري .

١٠٩٩

الطعن ٥٥٧٦ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ١٣ / ٣ / ١٩٨٦

٦ - إجازة المادة ٣٢ من القانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ للوزير المختص تعديل الجداول الملحقه بالقانون المذكور . إعمال لحكم المادة ٦٦ من الدستور . لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون . مقتضاها ؟ جواز أن يعهد القانون

للسلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية - تحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب بالشروط التي يحددها .

١١١٩

الطعن ١٦٨٠ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٨١

٧ - وقف تنفيذ العقوبات في الجرائم التموينية . غير جائز . سواء كانت الجرائم مؤتمنة طبقاً للقانون أو لقرار وزير التموين . أساس ذلك .

١١٩٩

الطعن ١١٦٢ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ١٢ / ١ / ١٩٧٠

٨ - حق السلطة التنفيذية دستورياً . في إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين دون زيادة أو تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها . اللائحة لا تلغى أو تتسخ نصاً في القانون .

صحة القرار الصادر بموجب التفويض التشريعي . رهينة بعدم وجود تضاد بينه وبين نص القانون المحدد لأوضاعه وشروطه .

تطبيق نص القانون . عند التعارض بينه وبين نص وارد في لائحة أو قرار . واجب .

١١٦٩

الطعن ٨٠٥ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٢ / ٦ / ١٩٧٥

٩ - مشروعية قرار نائب رئيس الوزراء رقم ٣٥١ لسنة ١٩٦٥ في شأن مواصفات الكحول . حق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح التشريعية .

١٢٠٠

الطعن ٥٤٣ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ٢٥ / ٥ / ١٩٧٠

١٠ - قرار وزير العمل ٩٦ لسنة ١٩٦٢ المعدل بالقرار ٨٠ لسنة ١٩٦٥ . صادر في نطاق التفويض التشريعي . م ٦٦ من القانون ٩١ لسنة ١٩٥٩ في شأن العمل .

١٢١٤

الطعن ٢٠٤٠ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ١٧ / ٣ / ١٩٦٩

١١ - التسامح في وزن الخبز بسبب الجفاف . من الرخص المخولة لوزير التموين . م ٨ من المرسوم بقانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ . قرار وزير التموين ٩٠ لسنة ١٩٥٧ . صادر في حدود التفويض التشريعي .

١٢١٦

الطعن ١٤٥٣ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ١٠ / ١١ / ١٩٦٩

١٢ - حق السلطة التنفيذية وفقاً للمبادئ الدستورية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القانون .

لا حرج أن ينص القانون على الفعل الإجرامى بصورة مجملة ويحدد العقوبة . تاركاً للائحة أو قرار البيان التفصيلي لذلك الفعل .

المادة ١٢٦ من القانون ٦٣ لسنة ١٩٦٤ في شأن التأمينات الإجتماعية . فوضت وزير العمل في إصدار القرارات اللازمة لتنفيذه .

١٢٢٦

الطعن ٢٠٠٤ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ٢٩ / ١ / ١٩٦٨

قوة وحجية الأمر المقضى :

١ - قبول الدفع بقوة الأمر المقضى . رهن بوحدة الخصوم والموضوع والسبب . اختلاف جريمة إصدار شيك بدون رصيد عن جريمة تزويره واستعماله . القضاء بالبرائة في التهمة الأولى لتزوير الشيك . لا يجوز قوة الأمر المقضى بالنسبة للثانية .

تقدير الدليل في دعوى . لا يجوز قوة الشئ المقضى به في دعوى أخرى .

١١٦٦

الظمن ٢٤١ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ٣٠ / ٥ / ١٩٧٦

٢ - مناط حجية الأحكام . متى يكون هناك اتحاد في السبب . التزام المحكمة بتطبيق القانون على وجهه الصحيح . دون التقيد بما تعتقه محكمة أخرى من آراء قانونية .

١١٩١

الظمن ٢٤٨ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٨ / ١٠ / ١٩٧١

٣ - جريمة إصدار شيك بدون رصيد . لا عبرة بالأسباب التي دفعت إلى إصدار الشيك .

صدور حكم مدني حائز لقوة الشئ المقضى بأن الشيك حرر ضماناً لمعطية تجارية . لا أثر له على قيام الجريمة . علة ذلك ؟

١١٩٣

الظمن ١٨٠٨ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٨ / ١ / ١٩٧١

(م)

معاهدات دولية . مسئولية جنائية . موانع العقاب .

موظفون عموميون .

معاهدات دولية :

١ - الشارع المصري لم يُرد الخروج عن تعريف المواد المخدرة الواردة بالجداول الملحقه بالقانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ من بعد العمل باتفاقية نيويورك بدلالة عدم صدور قرار وزاري طبقاً للمادة ٣٢ من قانون المخدرات بالحدف أو بالإضافة أو بتغيير النسب في المواد الواردة بتلك الجداول .

١١٨٤

الظمن ١٦٢٧ لسنة ٤١ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٧٢

٢ - إعفاء رؤساء الدول الأجنبية وممثليها الدبلوماسيين والعسكريين الأجانب من الخضوع للقضاء المصري . أساس ذلك ؟

امتداد اختصاص القضاء الجنائي المصري إلى السفن التجارية الأجنبية عند وجودها في المياه الإقليمية . شرطه وحالاته .

اتفاقية جنيف سنة ١٩٥٨ . اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي وقعت عليها مصر وصدقت عليها بالقرار الجمهوري ١٤٥ لسنة ١٩٨٣ .
الظمن ٦٧١ لسنة ٥٦ قضائية جلسة ٤ / ٦ / ١٩٨٦

١٠٧٦

موانع المسئولية وموانع العقاب :

١ - المادة ٦٣ / ٢ عقوبات . نفيها المسئولية عن الموظف العام إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذياً لما أمرت به القوانين . أو ما اعتقد أن إجراؤه من اختصاصه .

١١٨٨

الظمن ٣٣٨ لسنة ٥٢ قضائية جلسة ١٥ / ٥ / ١٩٧٢

٢ - حق الحبس طبقاً للمادة ٢٤٦ مدني . يبيح الامتناع عن رد الشئ حتى استيفاء ما هو مستحق من أجر إصلاحه .

الدفع به من شأنه إن صحَّ وحسنت النية . انعدام المسئولية الجنائية طبقاً للمادة ٦٠ عقوبات . دفاع جوهرى . إغفاله وعدم الرد عليه بما يدفعه . قصور . مثال في تبديد .

١١٨٩

الظمن ١٠٥٩ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٥ / ١٠ / ١٩٧٢

٣ - الدفع بالإعفاء من العقاب لحسن النية في جريمة القذف في حق موظف عام . دفع جوهرى . علة ذلك : إعفاء القاذف من العقاب إذا أثبت صحة ما قذف به الموظف المجنى عليه وكان حسن النية . وجوب تحقيق هذا الدفع أو الرد عليه .

١٢٠٤

الظمن ١٦٧٠ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ١٦ / ٣ / ١٩٧٠

٤ - عدم امتداد طاعة الرئيس لرؤوسه إلى ارتكاب الجرائم . الدفع القانوني الظاهر بالطلان . لا يستأهل رداً .

حالة الضرورة التي تسقط المسئولية . مناطها .
القول بارتكاب الجرم انصياعاً لرغبة الرؤساء . غير جائز . وجوب مساءلة الرؤوس .

١٢٢١

الظمن ١٩١٣ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ٦ / ١ / ١٩٦٩

٥ - تحريم فعل الإسقاط . يحول دون اعتباره مرتبطاً بحق . المادة ٦٠ عقوبات .

إباحة الشريعة الإسلامية إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز عمره أربعة شهور . ليس أصلاً ثابتاً في أدلتها المتفق عليها . هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأي فيما بينهم

١٢٣٩

الظمن ١١٩٣ لسنة ٢٩ قضائية جلسة ٢٣ / ١١ / ١٩٥٩

الصفحة

٦ - أسباب الإباحة وموانع العقاب . شروط الإعفاء الوارد في المادة ٦٣ عقوبات . مثال .

١٢٤٠

الظمن ١٠٩٥ لسنة ٢٦ قضائية جلسة ٢٥ / ١٢ / ١٩٥٦
٧ - عدم توافر حالة الضرورة المانعة من المسؤولية الجنائية للمتهم بعرض الرشوة . إذا كان اقتياده لقر الشرطة له ما يبرره قانوناً .
مناطق توافر حالة الضرورة المانعة من المسؤولية الجنائية . ألا يكون لإرادة الجاني دخل في قيامها .

١١٩٠

الظمن ٤٦٢ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٣ / ٦ / ١٩٧١
٨ - توافر سوء النية في جريمة إصدار شيك بدون رصيد . بمجرد علم مصدر الشيك بعدم وجود مقابل وفاء قابل للسحب في تاريخ الاستحقاق . الدفع بحسن النية بسبب معاملات كانت قائمة اقتضت إصدار الشيك . لا تنفي عنه القصد الجنائي . ولا تؤثر في مسؤوليته الجنائية .

١١٩٣

الظمن ١٨٠٨ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٨ / ١ / ١٩٧١

موظفون عموميون :

١ - تحليل الحكم اعتقاد المتهم (رئيس نقطة شرطة) بضرورة ما فعله لأسباب معقولة . انتهازه إلى تبرئته من تهمة القبض بدون حق لاعتقاده مشروعته . وأنه كان حسن النية . صحيح .

١١٨٨

الظمن ٣٣٨ لسنة ٥٢ قضائية جلسة ١٥ / ٥ / ١٩٧٢
٢ - ليس للمرء أن يرتكب أمراً محرماً ثم يقارف جريمة للنجاة بما ارتكبه . عدم امتداد طاعة الرئيس لمروهسه إلى ارتكاب الجرائم . الدفع القانوني الظاهر البطلان . لا يستأهل رداً .

١٢٢١

الظمن ١٩١٣ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ٦ / ١ / ١٩٦٩

٣ - قانون حماية الموظفين . سرياته . رجعية القوانين وسرياتها على الماضي .

١٢٤٣

الظمن ٢٣٩١ سنة ٤٦ قضائية جلسة ٧ / ١١ / ١٩٢٩

٤ - التعيين طبقاً للأوضاع القانونية في وظيفة بديوان الخاصة الملكية السابق . تنظيمه على غرار المصالح الأميرية وتطبيق نفس الأنظمة واللوائح التي تطبق على موظفي الحكومة ومستخدميهما . حقهم في الإقادة من الإعفاء الوارد في المادة ٦٣ عقوبات . مثال .

١٢٤٠

الظمن ١٠٩٥ لسنة ٢٦ قضائية ٢٥ / ١٢ / ١٩٥٦

٥ - إعلان الصورة التنفيذية للحكم المنفذ به إلى الموظف المختص المطلوب

الصفحة

إلية تنفيذه . شرط لانطباق المادة ١٢٣ عقوبات . لا يفنى عن ذلك الإعلان للغير .

١١٠٥

الظمن ٥٥٩ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٨٥

(ن)

نظام عام . نقض .

نظام عام :

١ - الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية . ليس من الدفوع المتعلقة بالنظام العام .

١٠٧٣

الظمن ٣٣٩٢ لسنة ٥٦ قضائية جلسة ١٥ / ١٠ / ١٩٨٦

٢ - تعلق الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بالنظام العام .

١١٩١

الظمن ٢٤٨ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٨ / ١٠ / ١٩٧١

نقض :

١ - قصر ما يعيب الحكم على خطأ في تطبيق القانون . على محكمة النقض تصحيحه .

١٠٧٤

الظمن ٨١٨٥ لسنة ٥٤ قضائية جلسة ٨ / ١٠ / ١٩٨٦

٢ - كون حكم محكمة الجنايات بعدم اختصاصها بنظر الدعوى سوف يقابل حتماً بعدم الاختصاص من محكمة أمن الدولة طوارئ . اعتباره منياً للخصومة على خلاف ظاهره . جواز الطعن فيه بالنقض .

١٠٨٤

الظمن ٥٥٦٩ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ٢٦ / ٢ / ١٩٨٦

٣ - حجب الخطأ القانوني المحكمة عن نظر الموضوع . وجوب أن يكون النقض مقروناً بالإعادة إلى المحكمة التي أصدرته . دون اشتراط أن تكون مشكلة من قضاة آخرين . المادة ٤٤ / ١ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض .

١٠٨١

الظمن ٧٠٤٢ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٨٦

٤ - اختصاص محكمة النقض بنظر الطعن في القرارات الصادرة برفض طلب القيد في جدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض . أساس ذلك ؟

١١٠٣

الظمن ٨١١٤ لسنة ٥٤ قضائية جلسة ٦ / ٣ / ١٩٨٥

٥ - قضاء محكمة النقض بتصحيح الحكم المطعون فيه بإلغاء عقوبة التهريب الجمركي . نص المادة ١٢٢ من قانون الجمارك . لا يمنع هذا الإلغاء . علة ذلك ؟

الصفحة

- الظمن ٥٧٣ لسنة ٥١ قضائية ١١ / ١١ / ١٩٨١
٦ - كون الخطأ الذي شاب الحكم لا يخضع لأي تقدير موضوعي . وجوب تصحيح الخطأ والحكم بمقتضى القانون . المادتان ٣٥ و ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الظمن أمام محكمة النقض .
- الظمن ١٣٣٠ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٦ / ٥ / ١٩٨١
٧ - الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة المشككة وفقاً لقانون الطوارئ . عدم جواز الظمن فيها . المادة ٦٢ من القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ .
- الظمن ٤٢٨ لسنة ٥١ قضائية جلسة ٢٨ / ١٠ / ١٩٨١
٨ - ابتناء الحكم بالإدانة على خطأ في تطبيق القانون . وجوب نقضه والقضاء بالبراءة . المادتان ٣٥ قانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ ، ٣٠٤ إجراءات جنائية . مثال في حكم بالإدانة أقيم على قرار وزاري مخالف للقانون .
- الظمن ١١٩٢ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٣ / ١١ / ١٩٧٥
٩ - لا مصلحة للطاعن في إثارة عذر الاستفزاز في قتله زوجته . ما دامت العقوبة المفضى بها تدخل في عقوبة القتل العمد .
المناط في تقدير العقوبة . هو ذات الواقعة الجنائية لا ما يُسبغ عليها من أوصاف .
- الظمن ٦١٥ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ١ / ١١ / ١٩٧٦
١٠ - متى لا يؤثر التقرير القانوني المناط في الحكم ؟ مثال
- الظمن ٤٦٢ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٣ / ٦ / ١٩٧١
١١ - مرض المحامي . لا يبرر تقديم أسباب الظمن بالنقض بعد الميعاد . أسباب الظمن بالنقض . وجوب تقديمها في نفس الميعاد المقرر للظمن .
- الظمن ١٩١٣ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٤ / ٣ / ١٩٧١
١٢ - الدفع باعتبار المدعى المدنى تاركاً دعواه . طبيعته : دفع موضوعي . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .
- الظمن ١٨٠٨ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٨ / ١ / ١٩٧١
١٣ - تحرى معنى اللفظ في جريمة القذف . تكليف يخضع لرقابة محكمة النقض .
- الظمن يتحدد بصفة رافعه . ظمن النيابة العامة . مقصور على الدعوى الجنائية وحدها .
- الظمن ٢٢٤ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١١ / ٥ / ١٩٧٠
١٤ - إثارة الدفع بحالة الضرورة أمام النقض لأول مرة . غير مقبول .
- الظمن ١٩١٣ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ٦ / ١ / ١٩٦٩
١٥ - حق محكمة النقض في تصحيح الحكم الذي أخطأ في القانون . دون

الصفحة

- ١٢٢٥ تحديد جلسة . ولو كان الظمن لثاني مرة . أساس ذلك ؟
١٦ - حسن النية المؤثر في المسئولية عن الجريمة رغم توافر أركانها . هو من كليات القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض . عدم اختلاف مقوماته باختلاف الجرائم . يكفي أن يكون الشارع قد ضبطه وأرشد إلى عناصره في نص معين . أو مناسبة معينة . ليستفيد القاضي من ذلك القاعدة العامة الواجبة الاتباع في مناسبة أخرى .
- الظمن ١٥١٠ لسنة ١٦ قضائية جلسة ١١ / ١١ / ١٩٤٦
١٧ - إيجاب الحكم المطعون فيه توكيلاً خاصاً للمحامي رافع الدعوى المباشرة في جريمة من الجرائم المبينة في المادة الثالثة إجراءات . خطأ لا يؤثر في صحة الحكم . ما دام لم يكن له أثر في النتيجة التي انتهى إليها .
- الظمن ٢٢٠ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ٦ / ٤ / ١٩٧٠
١٢٠٦

٢ - الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية

| الصفحة | عرف |
|--------|---|
| | ١ - إيراد قرار وزير الإسكان رقم ٤٨٧ لسنة ١٩٧٠ مناطق المصيف الجديدة بمحافظة الإسكندرية التي يجوز فيها التأجير من الباطن . لا يعنى إلغاءه العرف المستقر على إباحة التأجير مفروضاً في المدينة بأكملها . علة ذلك . |
| ١٢٥٥ | الطنن ١٠١٧ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٤ / ١ / ١٩٨١ ٢ - تحريم الفوائد المركبة . الاستثناء : ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . |
| ١٢٦٣ | الطنن ٧٣٩ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٨١ ٣ - اختلاف طبيعة الكمبيالة عن الشيك . جريان العرف على اعتبار التوقيع على ظهر الشيك تظهيراً ناقلاً للملكية . عرف واجب التطبيق . ما لم يثبت أن التوقيع قصد به التظهير التوكيلي . |
| ١٢٩٣ | الطنن ٢٥٠ لسنة ٤٥ القضائية جلسة ٧ / ٦ / ١٩٧٩ ٤ - عدم خضوع الممثل الأجنبي للقضاء الإقليمي . مؤداه . عدم التزامه بأداء الشهادة أمام المحاكم الإقليمية . وجوب معاونته للسلطات الإقليمية طبقاً للعرف الدولي . حقه في اختيار الوسيلة المناسبة للإدلاء بمعلوماته . |
| ١٣١٦ | الطنن ١٢٣ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٩ / ٢ / ١٩٧٧ ٥ - وجود نص تشريعي . أثره . عدم جواز التحدى بالعرف . |
| ١٣١٩ | الطنن ٤٨٢ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٢٣ / ٢ / ١٩٧٧ ٦ - التمسك بقيام عرف معين . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . |
| ١٣٢١ | الطنن ٨١١ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٧٧ ٧ - صيرورة رصيد الحساب الجاري ديناً عادياً بإقفاله . تحريم تقاضى فوائد مركبة عنه . تعلق ذلك بالنظام العام . الاستثناء . ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . |
| ١٣٤٤ | الطنن ٣٧٢ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٧٦ ٨ - اعتبار المنحة جزءاً من الأجر . شرطه . وجوب التقيد بما جرى عليه العرف في هذا الخصوص . |
| ١٣٤٥ | الطنن ٦٦٤ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٧٦ ٩ - نفي الحكم بأسباب سائفة قيام نية التبرع في مباشرة المحامي للقضايا الخاصة بزميل له . استخلاص موضوعي تستقل به محكمة الموضوع . لا محل للتحدى بقيام عرف يقضى بعدم اقتضاء الأتعاب . ما دام أن الحكم قد دُلَّ بأسباب سائفة على اتفاق الطرفين على خلافه . |

| الصفحة | الطنن |
|--------|--|
| ١٣٨٠ | الطنن ٣٧٠ لسنة ٣٦ قضائية جلسة ٥ / ٣ / ١٩٧٤ ١٠ - العرف في مسائل الأحوال الشخصية . معتبر ولو عارض نصاً منهيماً . متقولاً عن صاحب المذهب . علة ذلك ؟ |
| ١٣٩٠ | الطنن ٧ لسنة ٣٩ قضائية « أحوال شخصية » جلسة ١٤ / ٢ / ١٩٧٣ ١١ - عدم التزام محكمة الموضوع بتدب خير لتحقيق قيام عرف مخالف لما اقتضت به في هذا الصدد . |
| ١٣٩٥ | الطنن ٥٦٥ لسنة ٣٥ قضائية جلسة ٢ / ٢ / ١٩٧٢ ١٢ - المكافأة التي تصرف للعامل جزاء أمانته وكفائه . الأصل فيها أنها تبرع . لا تعد جزءاً من الأجر عند احتساب مكافأة نهاية الخدمة . الاستثناء . إذا كانت مقررة في عقود العمل أو لوائح المصنع . أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءاً من الأجر . استخلاص المحكمة أن العرف لم يجر في الشركة إلا على صرف مكافأة تعادل مرتب شهرين . وهي التي احتسبتها المحكمة ضمن الأجر الذي تُحدد على أساسه مكافأة نهاية الخدمة . استخلاص يدخل في حدود سلطتها الموضوعية ما دامت أقامته على أسباب سائفة . |
| ١٣٩٥ | الطنن ٥٦٥ لسنة ٣٥ قضائية جلسة ٢ / ٢ / ١٩٧٢ |

قانون

دستوريته :

| | |
|------|--|
| | ١ - النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريته . عدم نفاذها من تاريخ نشر الحكم بالجريدة الرسمية . م ١٧٨ من الدستور . |
| ١٣٦١ | الطنن ١٢٨ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ١٨ / ٣ / ١٩٨١ ٢ - تعارض التشريع مع الدستور . وجوب التزام أحكام الدستور وإهدار ما عداها . ورود نص بالدستور صالح بذاته للإعمال دون حاجة إلى سن تشريع أدنى . وجوب إعماله . جريمة الاعتداء على الحرية الشخصية . عدم سقوط الدعوى الجنائية والمدنية الناشئة عنها بالتقدم . م ٥٧ من الدستور . جريمة التعذيب المعاقب عليها بالمادة ١٢٦ عقوبات . دخولها في هذا النطاق . دعوى التعويض عن التعذيب . القضاء بوقف تقادمها منذ وقوع التعذيب في سنة ١٩٥٥ حتى صدور دستور ١٩٧١ . إعمال الحكم الأثر المباشر للمادة ٥٧ من الدستور . لا خطأ . |
| ١٣٦٨ | الطنن ١٦٣٠ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ١٣ / ٣ / ١٩٨٠ ٢ - القضاء بعدم دستورية النص المانع من التقاضى . بدء سريان تقادم الدعوى من تاريخ نشر الحكم لا من تاريخ صدوره . |

دعوى التعويض الناشئة عن وفاة أحد ضباط القوات المسلحة بسبب الختمه .
هي من الدعاوى التي تسرى عليها المادة ١١٧ من القانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤
المانعة من التقاضي . والتي قضى بعدم دستورتها .
الطعنان ٥٠٧ و ١٣٥٤ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٨٠ .
٤ - القبض أو الحبس دون سند قانوني . جريمة معاقب عليها م ٢٨٠
عقوبات .

١٢٧٠

المادة ٥٧ من الدستور . صلاحيتها بذاتها للإعمال دون حاجة لصدور تشريع
به .
القوانين واللوائح الصادرة قبل الدستور . بقاؤها صحيحة وناذفة م ١٩١ من
الدستور . عدم انصراف هذا النص إلى التشريع الذي اعتبر ملغياً أو معدلاً بقوة
نفاذ الدستور ذاته .

دعوى التعويض عن جريمة القبض على شخص وجبته . القضاء بوقف
تقدمها حتى ثورة التصحيح في د / ٥ / ١٩٧١ . عدم اكتمال مدة التقادم
حتى تاريخ نفاذ الدستور في ١١ / ١ / ١٩٧١ . أثره . عدم سقوط الدعوى
بالتقادم .

١٢٨٢

الطعن ١٠٩٧ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ١٥ / ٢ / ١٩٧٩ .
٥ - الدفع بعدم دستورية القوانين . غير متعلق بالنظام العام . عدم جواز
إثارته لأول مرة أمام محكمة التقاضي .

١٢٩٥

الطعن ٤٦٣ لسنة ٤١ قضائية جلسة ٢٥ / ٢ / ١٩٧٨ .
٦ - مصادرة المبالغ مقابل عدم إقامة الدعوى الجنائية أو التنازل عنها م ١٤
قانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ . عدم دستورتها م ٣٦ من الدستور . أيلولة هذه المبالغ
للدولة بالصلح . شرطه ؟

قرار التصالح التي تصدره الجهة الإدارية بغير رضاه المتهم . لا ترتب عليه
أيلولة الأموال المضبوطة للدولة . مثال في جريمة نقد .

١٤١٤

الطعن ١٧٩٣ لسنة ٥١ قضائية جلسة ٦ / ٥ / ١٩٨٢ .

العلم بالقانون :

١ - اللوائح - المتعمدة للقوانين - قرارات إدارية تنظيمية . نفاذها في حق
الإدارة من تاريخ صدورها ولو لم تنشر في الجريدة الرسمية . عدم جواز الاحتجاج
بها في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ النشر . مثال بشأن قرار مدير عام الجمارك ٤
لسنة ١٩٦٣ .

١٣١١

الطلب ٥٨١ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٧٨ .
٢ - خلو الأوراق مما يفيد إعلان الطالب بالقرار المطعون فيه . أو علمه به
علماً يقينياً . إرسال الجريدة الرسمية لصالة بيع المطبوعات الحكومية في

١٠ / ٩ / ١٩٧٤ . اعتباراً هذا التاريخ بداية لا فتراض علم الطالب بالقرار
المشور بها في ٥ / ٩ / ١٩٧٤ .

١٣٥٧

الطعن ٩٩ لسنة ٤٤ قضائية « رجال القضاء » جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٧٥ .
٣ - القرار الإداري يعد موجوداً قانوناً بمجرد إصداره . التزام جهة الإدارة
بتنفيذه ولو لم ينشر . عدم جواز الاحتجاج به على الأفراد إلا من تاريخ نشره في
الجريدة الرسمية . علة ذلك ؟

الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ بشأن فرض الحراسة على أموال بعض الأشخاص .
قرار إداري فردي . عدم نفاذه في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشره في الجريدة
الرسمية . لا عبرة بما ورد فيه من العمل به من تاريخ صدوره . علة ذلك ؟
الإقرار بالمديونية الصادر من فرضت عليه الحراسة قبل نشر الأمر المذكور .
لا يلحقه البطلان .

١٣٥٩

الطعن ٤٣ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٢٨ / ١٠ / ١٩٧٥ .
٤ - افتراض علم الكافة بالقانون ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد
قانون المرافعات . المدرج في الجريدة الرسمية في تاريخ صدوره في ٢٨ مايو
١٩٥٣ . والمعول به من تاريخ نشره . مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتماً دون
قيام هذا الافتراض . دفع المستأنف بأنه قد استحال عليه العلم بذلك القانون حتى
تاريخ تقديم صحيفة الاستئناف لقدم الكتاب بمقولة إن الجريدة الرسمية التي نشر
فيها ذلك القانون . لم توزع إلا بعد تاريخ تقديم الصحيفة . وجوب تحقيق هذا
الدفاع . عدم تحقيقه . قصور .

١٤٠٨

الطعن ٢٥٦ سنة ٢٤ قضائية جلسة ٢٤ / ٦ / ١٩٥٨ .

الجهل بالقانون والغلط فيه :

١ - الغلط في القانون . للمتعاقد طلب إبطال التصرف لهذا السبب . شرطه ؟
المادتان ١٢٠ و ١٢٢ مدني .

تفسير عبارات العقد . رهن بعدم وضوحها في الكشف عن الإرادة الحقيقية
للمتعاقد . مدى ذلك ؟ إبطال العقد كلياً وقمت الإرادة في غلط .
الاتفاق على أجره تقل عن الأجرة القانونية للمكان المؤجر . جائز . ثبوت أن
الاتفاق كان وليد غلط في القانون . جواز التمسك بإبطاله .

١٢٩٦

الطعن ٨٤٦ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ١٣ / ١٢ / ١٩٧٨ .
٢ - الدفع بالجهل بالقانون . شرطه ؟ أن تكون المخالفة لقاعدة غير متعلقة
بالنظام العام . إعمال المتعاقد قاعدة قانونية في غير محلها . هو غلط في القانون .
تخفيض المؤجر للأجرة بواقع ١٥٪ إعمالاً للقانون ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ . رغم
عدم انطباقه . عدم اعتداد المحكمة بهذا التخفيض استناداً إلى أنه غلط في
القانون . لا خطأ .

الصفحة

- الطمن ٢٦٣ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ٧ / ٦ / ١٩٧٨ / ١٢٩٧
٣ - عقد الصلح . ماهيته . نزول الزوجة عن حقوقها إزاء إقرارها بفض بكارتها قبل الزواج . الادعاء بطلانه استناداً للمادة ٥٥١ مدق . لا عمل له .
- الطمن ١٦ لسنة ٤٣ قضائية « أحوال شخصية » جلسة ١٩ / ١١ / ١٩٧٥ / ١٣٥٣
٤ - تعليمات الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة . قرارات تنظيمية غير ملزمة . ليست لها صفة التشريع .
- الطمن ٢٠٠٢ لسنة ٥١ قضائية جلسة ٢١ / ١١ / ١٩٨٢ / ١٤١٩

القانون الأجنبي :

١ - الاستناد إلى قانون أجنبي . واقعة مادية . يجب على الخصم إقامة الدليل عليها .

- الطمن ٤٥٣ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٩ / ٢ / ١٩٨١ / ١٢٥٩
والطمن ٢٧ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ١ / ٣ / ١٩٧٨ / ١٣٠٦
٢ - تطبيق القانون الأجنبي . شرطه . عدم مخالفة أحكامه للنظام العام أو الآداب في مصر . م ٢٨ مدق .
- الطمن ١٠ لسنة ٤٨ قضائية « أحوال شخصية » جلسة ٢٠ / ٦ / ١٩٧٩ / ١٢٩١
٢ - الوصية بالمنافع . جائزة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي . اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في شأن القدر الجائز الإيصاء به وطريقة الانتفاع وترتيب الوصى لهم . لا مخالفة في ذلك للنظام العام .
- الطمن ٧ لسنة ٤٢ قضائية « أحوال شخصية » جلسة ١٩ / ١ / ١٩٧٧ / ١٣٣٥
٤ - الشروط الموضوعية للوصية . خضوعها لقانون الوصى وقت وفاته . الاستناد إلى قانون أجنبي . واقع . وجوب تقديم الدليل عليه . مثال بشأن الوصية في القانون اليوناني .

شكل العقد . خضوعه لقانون البلد المبرم فيه . عقد توكيل المحامي الصادر في الخارج . خضوعه لقانون البلد المبرم فيه . عدم جواز التحدى بأحكام قانون الشهر العقاري ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق . مناطه . مخالفتها للنظام العام أو الآداب في مصر . لا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني . بصدد الشرط المانع من التصرف .

الطمن ٥٩ لسنة ٣٩ قضائية « أحوال شخصية » جلسة ١٢ / ٢ / ١٩٧٥ / ١٣٦٣
٥ - القانون الأجنبي . واقع يجب على الخصوم إقامة الدليل عليه . مثال في وصية الأجنبي .

جواز استناد الحكم إلى أحكام محكمة التقض والاستئناف الأتينية . كعنصر من عناصر البحث في تأويل القانون اليوناني .

الصفحة

- الطمن ٢٧ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ٤ / ١٢ / ١٩٧٤ / ١٣٨٣
٦ - دعوى بطلان زواج يونانيين معقود بمدينة القدس . القانون اليوناني هو الواجب التطبيق .
- الزواج الباطل والزواج الظني في الفقه والقضاء اليوناني . ماهيته . أثره ؟ حق الزوج حسن النية في أن يرث في تركة الزوج الآخر إذا ما قضى بالبطلان بعد الوفاة .
- وجوب تطبيق التشريع الأجنبي الذي تشير إليه قواعد الإسناد . سواء أكان تشريعاً أم غيره من المصادر . مثال في دعوى بطلان زواج .
- بطلان الزواج الظني طبيعته .
- الزواج الظني في القانون البيزنطي . القانون المدني اليوناني الجديد . وضعه له أحكاماً مختلفة .
- تطبيق القانون الأجنبي . شرطه . ألا تتعارض أحكامه مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة .
- الطمن ٢٣ لسنة ٣٧ قضائية « أحوال شخصية » جلسة ١٢ / ٤ / ١٩٧٢ / ١٣٩٨
٧ - تحصيل الحكم لما ورد بسند الشحن من إفادته الاتفاقي على تطبيق قانون أجنبي أو لا . من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع .
- قواعد المادتين ٢٧٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة البحري المصري . تنظم إجراءات التقاضي ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق في إقامة دعوى المسؤولية . عدم مساسها بموضوع الحق . خضوعها لقانون القاضي في معنى المادة ٢٢ مدق رغم عدم تعلقها بالنظام العام .
- الطمن ٣٩٣ لسنة ٣٦ قضائية جلسة ٢٣ / ٣ / ١٩٧١ / ١٤٠٢

القانون الواجب التطبيق :

« في مسائل الإيجار » :

١ - خضوع عقد الإيجار لأحكام القانون الساري وقت إبرامه . الاستثناء . أحكام القانون الجديد المتعلقة بالنظام العام . وجوب تطبيقها بأثر فوري . امتداد عقد الإيجار بالنسبة لأقارب المستأجر عند وفاته . م ٢١ قانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . إبرام العقد في ظل أحكام القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . وجوب أعمال أحكام المساكنة .

- الطمن ٢٣٩ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ١ / ٣ / ١٩٨٠ / ١٣٦٧
٢ - صدور القانون المدني في تاريخ لاحق للقانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن . غير ناسخ له . علة ذلك ؟
- الطمن ٨٣٩ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٧ / ٦ / ١٩٧٨ / ١٣٩٩
٣ - المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم . خضوعها في آثارها

- وانقضائها . القواعد الآخرة في القانون الجديد . وجوب إعمالها بأثر فوري على ما لم يكن قد اكتمل من هذه المراكز من حيث آثارها وانقضائها .
عدم جواز الإخلاء استناداً إلى عدم سداد الفوائد على الأجرة المتأخرة .
قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . وإعمالاً لأحكام الشريعة الإسلامية والدستور . علة ذلك ؟
- الطنن ٧٥٥ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ١٧ - ٢ - ١٩٨٢
« في مسائل الضرائب » :
القوانين المتعلقة بالتقادم . سريانها من وقت العمل بها على كل تقادم لم يتم .
القانون القديم يحكم المدة التي سرت من التقادم في ظله .
التقادم الضريبي . بدوؤه - في ظل المادة ٩٧ قانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ وقبل إضافة المادة ٩٧ مكررة - من اليوم التالي لانقضاء المهلة المحددة لتقديم الإقرار .
الطنن ٢١٤ لسنة ٣٢ قضائية جلسة ١٠ / ١١ / ١٩٧١
« في مسائل الأحوال الشخصية » :
١ - العرف معتبر إذا عارض نصاً مذهبياً منقولاً عن صاحب المذهب . الجمود على ظاهر المنقول مع ترك العرف . فيه تضييع حقوق كبيرة .
الطنن ٧ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ١٤ / ٢ / ١٩٧٣
٢ - حق الأجنبي المقرر لهم في التوثيق تطبيقاً لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص . عدم المساس به بصور القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ المعدل لقانون التوثيق ٦٨ لسنة ١٩٤٧ .
الوصية تُعد من مسائل الأحوال الشخصية . قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع . نطاقها . لا شأن لهذه القاعدة بمسائل الأحوال الشخصية .
الطنن ٢٧ لسنة ٣٧ قضائية ٤ / ١٢ / ١٩٧٤
٣ - شكل العقد . خضوعه لقانون البلد المبرم فيه . عقد الوكالة الصادر في الخارج . عدم جواز التحدي بأحكام قانون الشهر العقاري ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .
صدور الوصية من يوناني الجنسية . وجوب تطبيق قانون بلد الموصى وقت وفاته . المادة ٥٥ من القانون المدني الملغى . لا محل لتطبيق القانون المدني المصري أو الشريعة الإسلامية .
- الطنن ٥٩ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ١٢ / ٢ / ١٩٧٥
٤ - القضاء ببطلان الزواج في شريعة الأقباط الأرثوذكس . تأسيسه على الغش في بكاراة الزوجة . استناده إلى أقوال شاعدي الزوج المؤيدة بإقرارها . لا خطأ . لا محل لاستناد الزوجة إلى المادة ٥٨ من تفنين سنة ١٩٥٥ . علة ذلك ؟
- الطنن ١٦ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ١٩ / ١١ / ١٩٧٥
٥ - سلطة الرئيس الديني في التحقق من جدية طلب تغيير الطائفة أو الملة قبل قبوله وإبطاله بعد حصوله . عمل ديني لا قضائي . لا يؤثر فيه صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

- الطنن ١٥ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٦ / ١ / ١٩٧٧
٦ - إبرام عقد الزواج . جوازه في الشكل الذي يقتضيه القانون الشخصي للزوجين . أو قانون البلد الذي أبرم فيه . إثباته . خضوعه للقانون الذي يحكم الشكل .
- الطنن ٢٧ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ١ / ٣ / ١٩٧٨
٧ - مسائل الموارث والوصايا والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت . خضوعها لقانون المورث أو الموصى أو المتصرف وقت وفاته . شرطه . عدم تعارض أحكامه مع أحكام النظام العام أو الآداب في مصر .
- الطنن ١٠ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ٢٠ / ٦ / ١٩٧٩
« في مسائل العمل والتأمينات الاجتماعية » :
١ - خروج المؤمن عليه نهائياً من نطاق تطبيق قانون التأمينات الاجتماعية ٦٣ لسنة ١٩٦٤ واشتغاله لحسابه . أثره . استحقاقه تعويض الدفعة الواحدة . القانون ٤ لسنة ١٩٦٩ بشأن حالات الخروج النهائي من نطاق التأمينات . عدم سريانه إلا على ما يقع بعد صدور القرار المحدد لهذه الحالات في ١٣ / ٥ / ١٩٦٩ .
- الطنن ٣٦٤ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ١٨ / ٢ / ١٩٧٩
« في مسائل المرافعات » :
١ - تخلف الخصم عن اتخاذ إجراء الإعلان في الميعاد الذي يحدده القانون . خضوعه للجزاء المنصوص عليه فيه متى كان الميعاد قد بدأ وانقضى في ظله . لا يغير من ذلك صدور قانون لاحق يلغى أو يعدل هذه الآثار . مثال بشأن اعتبار الدعوى كأن لم تكن في المادة ٧٠ مرافعات .
- الطنن ٣٢٠ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ١ / ١ / ١٩٧٩
٢ - المواعيد والمدد والآجال في سائر فروع القانون . خضوعها لحكم المادة ١٥ مرافعات . تحديد الميعاد بالشهور . وجوب احتساب بدئه في نهاية يوم حدوث الأمر المجري للأجل حتى نهاية اليوم المماثل له في الشهر الذي ينتهي فيه الأجل .
- الطنن ٢٢٣ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٧٨
٣ - الحكم الصادر في طلب رد القاضي من دائرة الجنح المستأنفة أو محكمة الجنابات . غير قابل للاستئناف . إجراءات الطعن فيه بطريق النقض . خضوعها لأحكام قانون الإجراءات الجنائية دون قانون المرافعات .
- الطنن ٦٧٥ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ٢٨ / ١٢ / ١٩٧٨
٤ - الدعاوى التي فصل فيها . عدم خضوعها لقانون المرافعات الحالي . ولو طعن فيها بالاستئناف في ظله . م ١ / ١ و ١ / ٢ مرافعات . م ٦٤٧ مرافعات سابق .
- الطنن ٣٧٠ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ٥ / ١ / ١٩٧٧

٥ - الحكم الصادر في دعاوى إشهار الإفلاس . ميعاد استئنائه . خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه . م ٣٩٤ قانون التجارة . القواعد المستحدثة في قانون المرافعات . عدم اعتبارها ناسخة لما نصت عليه القوانين الخاصة من إجراءات ومواعيد .

الطعن ١٤٨ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٨ / ٥ / ١٩٧٥ / ١٣٦١
٦ - نص المادة ٢٢١ مرافعات . عدم سريان حكمه على المنازعات الإيجارية الناشئة عن تطبيق القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . علة ذلك ؟

الطعن ٢٣٧ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٢ / ٥ / ١٩٧٥ / ١٣٦٢
٧ - العاملون بالشركات التابعة للمؤسسات العامة . علاقتهم بها تعاقدية لا تنظيمية . خضوعها لأحكام قوانين العمل ونظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة . عدم اعتبار القرارات التي تصدرها الشركات في شأنهم قرارات إدارية . اختصاص القضاء العادي بنظر المنازعات المتعلقة بهذه القرارات .

منشور الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة المنظم لإجراءات التظلم من قرارات التقييم . تعليمات إدارية ليست لها منزلة التشريع . عدم التعويل على ما تضمنه بشأن الجهة المختصة بنظر التظلم من قرارات التقييم . انعقاد الاختصاص للقضاء العادي بنظر التظلم من هذه القرارات .

الطعن ١٦٥ لسنة ٢٨ قضائية جلسة ٢٠ / ٤ / ١٩٧٤ / ١٣٨١
٨ - قواعد المرافعات يسرى عليها قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات . سرياتها على كافة المنازعات سواء كانت وطنية في جميع عناصرها أو لم تكن . هذه القاعدة لا تستند إلى فكرة النظام العام . عدم الاعتداد بما رود بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٢٢ مدني في هذا الخصوص . قواعد المادتين ٢٧٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة البحري المصري . تنظيم إجراءات التقاضي ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق في دعوى المسؤولية . عدم مساسها بموضوع الحق . خضوعها لقانون القاضى في معنى المادة ٢٢ مدني . رغم عدم تعلقها بالنظام العام .

الطعن ٣٩٣ لسنة ٣٦ قضائية جلسة ٢٣ / ٣ / ١٩٧١ / ١٤٠٢

الأثر الرجعي للقانون :

١ - تصويب الخطأ المادى أو الطبيعى . اعتباره جزءاً من النص التشريعي المصحح وله نفس قوته . تجاوز الاستدراك هذا النطاق وانطواؤه على تغيير في النص المنشور لفظاً ومعنى . لا حجية له . ولا أثر له بالنسبة للنص الأصيل الذى يتعين إعمال أحكامه .

النص القانونى الجديد . عدم انعطاف أثره على الماضى ما لم ينص على سريانه

استثناءً بأثر رجعى . أو كان نصاً مفسراً للنص القديم .

الطعن ٣٧ لسنة ٢٩ قضائية جلسة ١٨ / ١ / ١٩٦٦ / ١٤٠٦
٢ - إلغاء أو تعديل النص التشريعي . عدم جوازه من سلطة أدنى في مدارج التشريع إلا بتفويض خاص من السلطة الأعلى أو من القانون . وفي حدود هذا التفويض .

الأصل في القوانين ألا تكون ذات أثر رجعى إلا ما استثنى بنص خاص .
الطعن ١٨١ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٧٢ / ١٣٩٧
٣ - عدم جواز الخروج على قاعدة عدم رجعية القانون في مسائل العقوبات . مثال .

الطعن ٤٣ لسنة ٢٨ قضائية جلسة ٢٨ / ١٠ / ١٩٧٥ / ١٣٥٩
٤ - سريان التقادم المكسب في حق القاصر في القانون الحالى . متى كان للقاصر نائب يمثله . حكم مستحدث ليس له أثر رجعى . م ٨٤ من القانون المدنى السابق و ٩٧٤ من القانون المدنى القائم .

الطعن ٢٥٩ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٤ / ١ / ١٩٧٧ / ١٣٢٢
٥ - إحالة القانون إلى بيان محدد في قانون آخر . أثره .
اعتباره جزءاً من القانون الأول . الإحالة المطلقة . أثرها . وجوب التقيد بما يطرأ على القانون المحال إليه في هذه الحالة من تعديل أو تغيير . مثال .

الطعن ١١٤ لسنة ٤٩ قضائية جلسة ٢٧ / ١٢ / ١٩٧٩ / ١٢٩٤

إلغاء القانون :

١ - إلغاء التشريع . سبيله . م ٢ مدني . القانون ١٣٨ لم يبلغ القانون ٤٤ لسنة ١٩٦٤ . أساس ذلك .

الطعن ٦٢ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ١٣ / ١ / ١٩٨١ / ١٢٥٤
٢ - إلغاء القانون لمحكمة أو جهة اختصاص . أثره . حصول الإلغاء بمجرد نفاذ القانون . ما لم ينص على غير ذلك . مثال .

الطعن ١٠٣ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٧٦ / ١٣٤٩
٣ - صدور القانون المدنى في تاريخ لاحق للقانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن . غير ناسخ له . علة ذلك ؟

الطعن ٨٣٩ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٧ / ٦ / ١٩٧٨ / ١٣٩٩
٤ - النص في قانون المرافعات على إلغاء كل نص آخر يخالف أحكامه . لا يلغى ضمناً النص الوارد في قانون خاص . م ٢٢١ مرافعات لا تسرى على المنازعات الإيجارية الناشئة عن تطبيق القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ .

الطعن ٢٣٧ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٢ / ٥ / ١٩٧٥ / ١٣٦١
٥ - جواز إلغاء التشريع عن طريق استبدال نصوص أخرى بنصوصه .

أو الاقتصار على إبطال مفعوله دون سن تشريع جديد . م ٨٨١ / ١ / مرافعات .
ميماد الطعن بالنقض في مسائل الأحوال الشخصية . ستون يوما . م ٢٥٢ / ١ / مرافعات .

الطعن ١٧ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ١١ / ٥ / ١٩٧٥
٦ - إلغاء نظام قانوني معين . ليُستبدل به نظام قانوني جديد . أثره . نسخ القواعد القديمة وإن لم تتعارض مع النظام الجديد . لوائح الإدارة العامة الصادرة تنفيذاً للقانون القديم . وبالنسبة لنصوصها المتوافقة مع القانون الجديد . بقاؤها نافذة في ظل القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغائها . الدفع بعدم الدستورية في هذه الحالة . غير جدي .

الطعن ١٢٢ لسنة ٣٨ قضائية جلسة ٢٦ / ٤ / ١٩٧٣
٧ - إلغاء النص التشريعي . عدم جوازه من سلطة أدنى في مدارج التشريع إلا بتفويض خاص من السلطة الأعلى أو من القانون . وفي حدود هذا التفويض .

الطعن ١٨١ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٧٢

التشريع التفسيري :

١ - النص في القانون ١١٣ لسنة ١٩٧٣ على عدم جواز خصم ضريبي الدفاع والأمن القومي من التكاليف واجبة الخصم من الضريبة على الأرباح التجارية . اعتباره نصاً تفسيرياً .

الطعن ٤٦٦ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٧٩
٢ - القانون التفسيري . سريانه من تاريخ صدور التشريع الأصلي المُفسر . ما دام لم يصف جديداً . لا حاجة للنص فيه على أنه حكم مُكْمَل للتشريع الأصلي .

الطعن ٤٦٦ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٧٩
٣ - القرار التفسيري ٨ لسنة ١٩٦٥ . مواجهته حالة عدم وجود أجرة اتفاقية بين المؤجر والمستأجر وتركها لتقدير لجنة تقدير الإيجارات التي أغفلها القانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . بقاء هذه الحالة خاضعة لأحكام القانون ٤٦ لسنة ١٩٦٢ . مؤداه . اعتبار القرار المذكور صادراً في حدود التفويض التشريعي الوارد بالقانون ٤٦ لسنة ١٩٦٢ .

عدم بيان الطاعن مواطن التفسير التي تجاوزت حدود التفويض التشريعي . دلالة ذلك . عدم جدية الدفع . مثال بشأن القرار التفسيري ٨ لسنة ١٩٦٥ بشأن إيجار الأماكن .

الطعن ١٠٣ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٧٦
٤ - النص القانوني الجديد . عدم انعطاف أثره على الماضي ما لم يُنص على

سريانه استثناءً بأثر رجعي . أو كان نصاً مُفسراً للنص القديم .
تصويب الخطأ المادي أو المطبعي . اعتباره جزءاً من النص التشريعي المصحح وله نفس قوته . تجاوز الاستدراك هذا النطاق وانطواؤه على تغيير في النص المنشور لفظاً ومعنى . لا حجية له ولا أثر له بالنسبة للنص الأصلي الذي يتعين إعمال أحكامه .

الطعن ٣٧ لسنة ٢٩ قضائية جلسة ١٨ / ١ / ١٩٦٦
٥ - قرارات التفسير الصادرة من المحكمة العليا . لها ذات القوة الملزمة للنص الذي أنصب عليه التفسير . ليس لأية جهة قضائية أخرى بحث توافق شروط طلب التفسير .

صدور قرار التفسير من المحكمة العليا . باختصاص محكمة الحراسة دون غيرها ينظر الأوامر الصادرة من المدعي العام الاشتراكي بمنع التصرف في الأموال أو إدارتها . مؤداه . ليس لجهة القضاء العادي الفصل في منازعة متعلقة بهذه الأوامر .

الطعن ٢٤٦ لسنة ٤٩ قضائية جلسة ٢٤ / ٣ / ١٩٨١

التفويض التشريعي :

١ - عمال المرافق العامة . التزامهم بأداء أعمالهم في ظروف المجهود الحربي . عدم سريان أحكام القانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ عليهم بشأن احتساب مدة الخدمة مضاعفة في المعاش . قرار وزير التموين ٣٦ لسنة ١٩٧٦ باحتساب المدة مضاعفة لهؤلاء العمال . عدم الاعتداد به لصدوره بغير تفويض له في ذلك .

الطعن ٩٥١ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٧٩
٢ - قرار مدير الجمارك ٤ لسنة ١٩٦٣ . تحديده نسبة التسامح عن النقص الجزئي في البضاعة بواقع ٥٪ من البضائع المنقرطة أو مشمول الطرد . وجوب احتساب هذه النسبة من مجموع وزن البضاعة . التفسير الصادر من مدير الجمارك باحتساب نسبة التسامح من مشمول كل طرد على حدة . مخالف للقانون وخارج عن حدود التفويض .

الطعن ٥٨١ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٧٨
٢ - القرار بقانون ٨٤ لسنة ١٩٦٩ بشأن تشكيل مجلس إدارة نادي القضاة . خارج النطاق المحدد بقانون التفويض ٢٥ لسنة ١٩٦٧ . أثره . اعتباره مجرداً من قوة القانون . عديم الأثر . اعتباره كأن لم يكن .

الطلبان ١٦ و ٤٢ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٩ / ١٢ / ١٩٧٧
٤ - القرار التفسيري ٨ لسنة ١٩٦٥ . صادر في حدود التفويض التشريعي الوارد بالقانون ٤٦ لسنة ١٩٦٢ .

الطعن ١٠٣ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٧٦

٥ - قرارات السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية . قرارات إدارية . مدى حجيتها . حق القضاء الإداري في إلغائها إذا تجاوزت الموضعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التي يقوم عليها . حيازتها حجية التشريع بإقرار المجلس النيابي .

التفويض التشريعي المقرر بق ١٥ لسنة ١٩٦٧ . سنه وحدوده . ما تضمنته القرار بق ٨٣ لسنة ١٩٦٩ - الصادر بالاستناد إلى هذا التفويض - من اعتبار رجال القضاء الذين لا تشملهم قرارات إعادة التعيين في وظائفهم أو النقل إلى وظائف أخرى محلين إلى المعاش بحكم القانون . خروجه عن نطاق التفويض . أثر ذلك .

١٣٩٢

الطلب رقم ٢٤ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٩ / ٤ / ١٩٧٣

٦ - إلغاء أو تعديل النص التشريعي . عدم جوازه من سلطة أدنى في مدارج التشريع إلا بتفويض خاص من السلطة الأعلى . أو من القانون . وفي حدود هذا التفويض .

البيان المرافق للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٩ . جزء منه . قرار وزير الحربية ١٢٢ لسنة ١٩٦٠ بتعديل فتى الرسم الواردين بهذا البيان . صدوره في حدود التفويض المقرر بالمادة الأولى من نفس القانون .

١٣٩٧

الطلب رقم ١٨١ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٧٢

تفسير القانون :

١ - الطلب . ماهيته . سبب الدعوى . ماهيته . الاستئناف . أثره . م ٢٢٢ مرافعات . وجوب تصدى محكمة الاستئناف للأسباب التي لم تفصل فيها محكمة أول درجة . علة ذلك ؟

الأسباب التي تجيز طلب إخلاء العين المؤجرة بالمادة ١٨ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . اعتبارها تحديدا للوقائع التي يستمد منها المؤجر الحق في طلب الإخلاء . إقامة المؤجرة دعواها بالإخلاء للتأجير من الباطن والسببين الآخرين . إلغاء الحكم من المحكمة الاستئنافية لانتفاء واقعة التأجير من الباطن . عدم تعرضها لباقي أسباب الإخلاء رغم عدم تنازل عنها . خطأ .

١٢٤٨

الطلب رقم ١٨٠٦ لسنة ٥١ قضائية « هيئة عامة » جلسة ٢٢ / ١٢ / ١٩٨٦

٢ - الوضع الظاهر . قاعدة واجبة الإعمال . متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها . مؤدى ذلك . اعتبار التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والتبر حسن النية نافذا في مواجهة صاحب الحق متى أسهم الأخير بخطئه - سلبا أو إيجابا - في ظهور المتصرف بظهر صاحب الحق .

١٢٥٠

الطلب رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ قضائية « هيئة عامة » جلسة ١٦ / ٢ / ١٩٨٦

٣ - اعتبار الورقة رسمية . مناطه . م ٣٩٠ مدني المقابلة للمادة ١٠ إثبات .

الأوراق الصادرة من موظفي البعثات الدبلوماسية والسفارات الأجنبية . لا تعد أوراقا رسمية .

تخفيض القيمة الإيجارية المتعاقد عليها طبقا للقانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . وجوب احتساب ربط العوائد والإعفاءات منها على أساس الأجرة بعد التخفيض . مؤدى ذلك ؟ سقوط الربط السابق بأثر رجعي .

الأجرة الاتفاقية الخاضعة للتخفيض الوارد بالقانون ٧ لسنة ١٩٦٥ . اختلافها من عقد لآخر . عدم جواز التحدي بتماثل الأماكن أو الإخلال بالمساواة بين المستأجرين .

١٣١٧

الطلب رقم ١٢٣ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٩ / ٢ / ١٩٧٧

٤ - الوعد بالجائزة . أركانه . م ١٦٢ مدني . توجيه الوعد لشخص معين . لا يعد وعدا بجائزة . مثال بشأن الاتفاق على أتعاب المحامي .

عناصر تقدير أتعاب المحامي المبينة بالمادة ٤٤ قانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ . ليست واردة على سبيل الحصر .

التزام الوكيل بأجر . التزام يبذل عناية . جواز الاتفاق على أن يكون التزاما بتحقيق غاية . عند كسب الدعوى .

سريان القوائد من تاريخ المطالبة القضائية . شرطه ؟ أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . المقصود بذلك . ألا يكون للقضاء سلطة في تقديره . مثال بشأن أتعاب المحامي . بطلان الاتفاق على استحقاق المحامي نسبة معينة مما يحكم به في الدعوى . قانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ . وجوب تقدير القاضي للأتعاب .

١٣١٩

الطلب رقم ٤٨٢ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٢٣ / ٢ / ١٩٧٧

٥ - تنفيذ الالتزام . وجوب الرجوع إلى ماورد في العقد دون نقص أو زيادة إلا أن يكون من مستلزمات التنفيذ . استخلاص حسن النية في تنفيذ العقد . من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع .

١٣٢١

الطلب رقم ٨١١ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٧٧

٦ - للشخص أن يغير دينه أو مذهبه . ليس لأية جهة قضائية البحث في ذلك . إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية وحدها .

الطلاق الرجعي . حكمه ؟ أثره ؟

الرجعة ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد لزوجية قائمة . هي حق ثابت مقرر للزوج وحده . لا يملك إسقاطه . لا يشترط لصحتها رضا الزوجة أو علمها بها . بمجرد عودة الزوجة إلى منزل الزوجية في فترة العدة دون اعتراض من زوجها . لا يعتبر رجعة . علة ذلك ؟

١٣٦٧

الطلب رقم ١٧ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٥ / ١١ / ١٩٧٥

٧ - إغفال المحامي استصدار إذن من النقابة قبل أن يشكو زميلا له أو يتخذ إجراءات قانونية ضده . م ٣١ قانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ . لا يؤدي إلى بطلان

الإجراء . مخالفة المحامي لهذا النص . أثرها . مسأله تأديبيا .

١٣٨٠

الطن ٣٧٠ لسنة ٣٦ قضائية جلسة ٥ / ٣ / ١٩٧٤

٨ - البديل . متى يكون جزءا من الأجر ومتى لا يكون كذلك ؟ بديل التمثيل .

١٣٩٥

الطن ٥٦٥ لسنة ٣٥ قضائية جلسة ٢ / ٢ / ١٩٧٢

٨ - القانون بمعناه العام . المقصود به القرارات واللوائح . بنه سرياتها .
القرارات الوزارية بشأن الإباحة للمستأجر بتأجير وحدات مفروشة لأغراض
السياحة وغيرها . سرياتها على العقود التي تبرم في ظلها . أو السارية وقت العمل
بها .

الإباحة للمستأجر بالتأجير مفروشا لأغراض السياحة وغيرها . م ٢٦ قانون
٥٢ لسنة ١٩٦٩ . قصره على مناطق معينة بالنسبة للسائحين . تقيده بالنسبة
للطلبة بتلقى العلم داخل الجمهورية بعيدا عن موطن الأسرة .

١٣٢٤

الطن ٥٥١ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٧ / ١٢ / ١٩٧٧

١٠ - الأخطاء غير المادية . عدم جواز الالتجاء إلى ذات المحكمة
لتصحيحها .

الادعاء بوجود تقصير في تشريع المرافعات بشأن الطعن في أحكام محكمة
النقض . طلب الطاعن الاستهداء بالمصادر الأخرى للتشريع المشار إليها في المادة
الأولى من التقنين المدني . لا محل له . علة ذلك ؟

١٣٣١

الطن ٧٧٠ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ٢ / ٢ / ١٩٧٧

١٠ - الموطن في مفهوم المادتين ٤٠ مدني ؛ ٢٠ من اللاتحة الشرعية . المكان
الذي اعتاد الشخص الإقامة فيه بصفة مستمرة . التغيب عنه فترات لا أثر له .
اختلاف فكرة الموطن في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص .
المقصود بالموطن في القانون الأخير . الأجانب المقيمون في بلد لا ينتمون
بجنسيتهم إليه . جواز اعتباره موطناً لهم .

ميعاد استئناف الأحكام المحضورية في دعاوى الأحوال الشخصية للأجانب .
١٥ يوما من تاريخ صدورها . امتداده إلى ٦٠ يوما بالنسبة لغير المتوطنين في
مصر .

١٣٣٨

الطن ٣٦ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ١ / ٦ / ١٩٧٧

١١ - مكافأة الإنتاج . ارتباطها بالعمل وجودا وعمدا . عدم استحقاق
العامل لها خلال فترة إبعاده عن العمل .
اعتبار المنحة جزءا من الأجر . شرطه ؟ وجوب التقيد بما جرى عليه العرف في
هذا الخصوص .

وجوب ضم المنحة إلى الأجر عند حساب بدل مهلة الإنذار . الأجر من عناصر
تقدير التعويض ويرتبط به .

١٣٤٥

الطن ٦٦٤ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٧٦

١٢ - عقد الإيجار الخاضع لقانون إيجار الأماكن . امتداده تلقائيا لمدة غير

محددة . الدعوى يطلب إخلاء العين المتوجرة بمقتضاء لعدم الوفاء بالأجرة . غير
قابلة لتقدير قيمتها .

جواز توقي طلب الإخلاء بأداء الأجرة المستحقة وفوائدها والمصاريف الرسمية
قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف . قانون ٥٢ لسنة
١٩٦٩ .

النص القانوني الواضح . لا محل لتأويله بدعوى الاستهداء بمراحله التشريعية
أو بالحكمة التي أمته .

١٣٤٦

الطن ٣٢٩ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٢ / ٥ / ١٩٧٦

١٣ - المطالبة القضائية بالتعويض بعد العمل بالقانون المدني القائم . عدم
سريان الفوائد إلا من تاريخ الحكم النهائي به .

١٣٤٨

الطن ٤٧٥ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٧٦

١٤ - صدور التوكيل في قبرص . التصديق عليه من السلطات الرسمية بها
وتصديق قنصلية جمهورية قبرص بالقاهرة أيضا . تم تصديق مديرية أمن القاهرة
على صحة ختم القنصلية . كافٍ لإسباغ صفة الوكالة على المحامي . خلو التوكيل
من تصديق القنصل المصري بقبرص . لا أثر له . علة ذلك ؟

التدخل الخصامي في دعوى صحة التعاقد بطلب رفضها . وجوب الفصل في
طلب التدخل قبل القضاء بصحة التعاقد أو قبول الصلح بشأنه .

قضاء محكمة أول درجة يالحاق عقد الصلح بحضور الجلسة وعدم قبول طلب
التدخل . استنفاد ولايتها في النزاع . القضاء بإلغاء الحكم استئنافيا وقبول
التدخل . وجوب المضي في نظر موضوع التدخل . علة ذلك ؟

١٣٦٣

الطن ٥٩ لسنة ٣٩ قضائية جلسة ١٢ / ٢ / ١٩٧٥

سريان القانون من حيث الزمان :

١ - صدور تشريع لاحق يستحدث حكما جديدا يتعلق بذاتية القاعدة
الموضوعية الأمرة المتعلقة بالنظام العام . سريانه بأثر فوري على المراكز التي لم
تستقر نهائيا وقت نفاذه . تعلق التعديل ببعض شروط القاعدة الأمرة . دون
مساس بذاتيتها . كما لو استوجب لتطبيقها شروطا خاصة بإجراءات التقاضي أو
الإثبات لم تكن مطلوبة من قبل . عدم سريانه إلا من تاريخ نفاذه على الوقائع
التي نشأت في ظله . م ٢ مرافعات والمادة ٩ مدني . مثال : م ١٨ ق ١٣٦ لسنة
١٩٨١ .

١٢٥١

الطن ٢٢١٩ لسنة ٥٣ قضائية « هيئة عامة » جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٨٥

٢ - وجوب نظر الدعوى التي أقيمت قبل العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧
طبقا للقواعد والإجراءات السارية قبل نفاذه . المادة ٨٥ منه . سريان ذلك على
تلك الدعاوى بمراحله المختلفة مادامت قد أقيمت قبل القانون الجديد . وإن

الصفحة

- أدركها بعد رفعها . عدم انصراف ذلك إلى الأحكام الموضوعية التي احتواها القانون المذكور .
- الطعن ٧٢٢ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ٢٤ / ١ / ١٩٨١ / ١٢٥٦
- ٣ - المراكز القانونية الاتفاقية التي نشأت في ظل القانون القديم . خضوعها له في آثارها وانقضائها . القواعد الآمرة في القانون الجديد . وجوب إعمالها بأثر قوري على هذه المراكز من حيث آثارها وانقضائها على ما لم يكن قد اكتمل نشوؤه من عناصرها . مثال . م ٢٩ قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وما استحدثته من امتداد العقد للمقيمين حتى الأقارب من الدرجة الثالثة في حالة الوفاة أو الترك . الحكم بإعمال القانون القديم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . خطأ .
- الطعن ٤٠٢ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٧ / ٢ / ١٩٨١ / ١٢٥٧
- ٤ - الطعن في الحكم . جوازه أو عدم جوازه . العبرة بالقانون الساري وقت صدور الحكم .
- الطعن ٢٨ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ٢٦ / ٢ / ١٩٨١ / ١٢٦٠
- ٥ - العاملون بالزراعة لدى من تزيد حيازته على خمسة أفدنة في ١ / ٩ / ١٩٧٣ أو بعده . ممن لا تقل مدة عملهم عن ستة أشهر متصلة . سريان أحكام تأمين إصابات العمل والشيخوخة والعجز والوفاة عليهم من ٣ / ٧ / ١٩٧٤ تاريخ العمل بالقرار الوزاري ٥ لسنة ١٩٧٤ . لاعبرة بتاريخ سريان القرار الجمهوري الذي قضى بسريان التأمين عليهم .
- الطعن ٧٥٨ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ٢٤ / ٦ / ١٩٧٩ / ١٢٨٧
- ٦ - تأجير المكان مفروشا في ظل القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ والقرار الوزاري ٤٨٦ لسنة ١٩٧٠ . سريان أحكام هذا القانون والقرار على واقعة التأجير . ولو كان عقد الإيجار قد أبرم قبل صدور القانون المذكور .
- الطعن ٩٣١ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٥ / ٥ / ١٩٧٩ / ١٢٨٩
- ٧ - سريان القانون الجديد بأثر مباشر على الوقائع التي تقع بعد نفاذه . عدم سريانه بأثر رجعي على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك بنص خاص .
- الطلب ٥٠ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ٤ / ٥ / ١٩٧٨ / ١٣٠٨
- ٨ - اللوائح المتممة للقوانين . قرارات إدارية تنظيمية . نفاذها في حق الإدارة من تاريخ صدورها ولو لم تنشر في الجريدة الرسمية . عدم جواز الاحتجاج بها في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ النشر . مثال بشأن قرار مدير عام الجمارك ٤ لسنة ١٩٦٣ .
- الطعن ٥٨١ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٧٨ / ١٣١١
- ٩ - الأصل في القوانين ألا تكون بأثر رجعي إلا ما استثنى بنص خاص .
- الطعن ١٨١ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٧٢ / ١٣٩٧
- ١٠ - القانون ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات بشأن تحضير القضايا أمام المحاكم الاستئنافية . هل افتراض العلم به يكون من تاريخ

الصفحة

- إدراجه في الجريدة الرسمية أم من تاريخ توزيع الجريدة فعلا ؟ م ٥-٤ مرافعات .
- الطعن ٢٥٦ لسنة ٢٤ قضائية جلسة ٢٤ / ٦ / ١٩٥٨ / ١٤٠٨
- ١١ - حق المالك في تأجير مسكنه خاليا لفترة موقوته . م ٣٩ / ١ قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . حكم مستحدث . عدم سريانه على وقائع التأجير السابقة على صدوره . أثر ذلك .
- الطعن ٢٩٥ لسنة ٥١ قضائية جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٨٢ / ١٤١١

قرار إداري

- ١ - للمحاكم التحقق من قيام القرار الإداري بقوماته القانونية . تطبيقها له وفقا لظاهر نصوصه على النزاع المطروح . لا يعد تعرضا للقرار بالتأويل . ترخيص جهة الإدارة بإنشاء مسقاة في أرض الفير . الحيازة المستندة إلى حق استعمال المسقاة . حيازة تنتفي بها نية تملك أرض المسقاة منها طال أمدها . الاستثناء : تغيير سبب الحيازة .
- الطعن ٤٥٥ لسنة ٤٩ قضائية جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٨٠ / ١٢٦٤
- ٢ - اللوائح المتممة للقوانين . قرارات إدارية تنظيمية . نفاذها في حق الإدارة من تاريخ صدورها ولو لم تنشر في الجريدة الرسمية . عدم جواز الاحتجاج بها في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ النشر .
- قرار مدير الجمارك ٤ لسنة ١٩٦٣ . التفسير الصادر من مدير الجمارك بشأنه . مخالف للقانون وخارج عن حدود التفويض .
- ٥٨١ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٧٨ / ١٣١٠
- ٣ - القرار الإداري الذي لا تختص جهة القضاء العادي بإلغائه أو تأويله أو تعديله . ماهيته .
- قرار المحافظ بإلقاء المياه والمخلفات بأحد المصارف . مخالفته قانون الري والصرف ٧٤ لسنة ١٩٧١ . أثره . تجرده من صفته الإدارية بما يسقط عنه حصانته . اختصاص القضاء العادي بحماية الأفراد .
- الطعن ٤٧٩ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ١٦ / ٢ / ١٩٧٨ / ١٣١٣
- ٤ - القرار الإداري . طلب إلغائه أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه . خروجه من الاختصاص الولائي للمحاكم العادية . وجوب التزامها بآثاره دون تأويله ولو عرض النزاع بشأنه بصفة تبعية لنزاع مما تختص به المحاكم .
- الطعن ٦٦٢ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ٢٢ / ٢ / ١٩٧٨ / ١٣١٤
- ٥ - القانون بمعناه العام . المقصود به القرارات واللوائح . بدء سريانها . القرارات الوزارية بشأن الإباحة للمستأجر بتأجير وحدات مقروشة لأغراض السياحة وغيرها . سريانها على العقود التي تبرم في ظلها أو السارية وقت العمل بها .

| الصفحة | |
|--------|---|
| | ١٧ لسنة ١٩٧٦ عليه . وجوب تسوية معاشه طبقاً لنص المادة ٧٠ من القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ . لا محل للتحدي بقواعد العدالة . |
| ١٣-٨ | الطلب ٥٠ لسنة ٤٧ قضائية « رجال القضاء » جلسة ٤ - ٥ - ١٩٧٨ . |
| | ٣ - تشكيل مجلس إدارة نادى القضاء . أمر متعلق بشئون القضاء . اختصاص محكمة النقض دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة به . |
| ١٣٤٠ | الطلب ٤٢ لسنة ٤٥ قضائية « رجال القضاء » جلسة ٢٩ - ١٢ - ١٩٧٧ . |
| | ٤ - طلب تعيين الطالب بدرجة رئيس محكمة أو مايعادها . خروجه عن ولاية محكمة النقض . علة ذلك ؟ اقتصار ولايتها على قضاء الإلغاء . |
| | اعتبار القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية منعماً . مؤداه ؟ عدم صلاحيته أساساً لصدور قرار جمهورى بالعزل من ولاية القضاء . |
| ١٣٧١ | الطلب ٢٠ لسنة ٤٣ قضائية « رجال القضاء » جلسة ٢٥ - ١٢ - ١٩٧٥ . |
| | ٥ - القرار الصادر باعتبار القاضى مستقلاً لانقطاعه عن عملة مدة ثلاثين يوماً بدون إذن . اعتباره قراراً إدارياً كاشفاً . ارتداد أثره إلى تاريخ الواقعة المسببة لصدوره . |
| | لا محل لإتذار القاضى قبل اعتبار خدمته منتهية وفقاً للمادة ٧٣ من القانون ٥٨ لسنة ١٩٦١ بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة . |
| ١٣٧٢ | الطلب ٤٩ لسنة ٤٢ قضائية « رجال القضاء » جلسة ٦ - ٣ - ١٩٧٥ . |
| | ٦ - قرارات السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية . قرارات إدارية . مدى حجيتها ؟ حق القضاء الإدارى فى إلغائها إذا جاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التى يقوم عليها . حيازتها حجية التشريع بإقرار المجلس النيابى . |
| | التفويض التشريعى المقرر بالقانون ١٥ لسنة ١٩٦٧ . سنده وحدوده ؟ |
| ١٣٩٢ | الطلب ٢٤ لسنة ٤١ قضائية « رجال القضاء » جلسة ١٩ / ٤ / ١٩٧٣ . |

قوة الأمر المقضى

- ١ - تمسك الخصم بحجية حكم نهائى أمام محكمة أول درجة . اعتباره مطروحاً على المحكمة الاستئنافية .
- القضاء النهائى فى دعوى سابقة بخصم ضريبة الدفاع من وعاء ضريبة الأرباح التجارية عن سنوات معينة بالنسبة لأحد الخصوم فى الدعوى الحالية . اكتسابه قوة الأمر المقضى . عدم جواز إعادة المنازعة فى المسألة عن سنوات لاحقة . لا مخالفة فى ذلك لمبدأ استقلال السنوات الضريبية .

| | |
|------|--|
| ١٣٢٣ | الطن ٥٥١ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٧ / ١٢ / ١٩٧٧ . |
| | ٦ - القرار بقانون ٨٤ لسنة ١٩٦٩ بشأن تشكيل مجلس إدارة نادى القضاء . صدوره من رئيس الجمهورية خارج النطاق المحدد بقانون التفويض ٢٥ لسنة ١٩٦٧ . أثره . اعتباره عديم الأثر . |
| ١٣٤٠ | الطلب ١٦ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٢٩ / ١٢ / ١٩٧٧ . |
| | ٧ - قرار وزير العدل بإلغاء جزاء سبق توقيعه على أحد موظفيه . لايجوز دون إقامة دعوى بالتعويض ضد الموظف . جواز التدليل على الخطأ ولو على خلاف مدلول القرار الإدارى . |
| ١٣٤٣ | الطن ٤٢٧ لسنة ٤١ قضائية جلسة ٢٧ / ٤ / ١٩٧٧ . |
| | ٨ - خلو الأوراق مما يفيد إعلان الطالب بالقرار المطعون فيه أو علمه به علماً يقينياً . إرسال الجريدة الرسمية لصالة بيع المطبوعات الحكومية فى ١٠ / ٩ / ١٩٧٤ . اعتبار هذا التاريخ بداية لافتراض علم الطالب بالقرار المنشور بها فى ٥ / ٩ / ١٩٧٤ . |
| ١٣٥٧ | الطلب ٩٩ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٧٥ . |
| | ٩ - الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ بشأن فرض الحراسة على أموال بعض الأشخاص . قرار إدارى فردى . لا يعد نافذاً فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية . لاعتباره بما ورد فيه من العمل به من تاريخ صدوره . علة ذلك ؟ |
| ١٣٥٩ | الطن ٤٣ لسنة ٢٨ ق جلسة ٢٨ - ١٠ - ١٩٧٥ . |
| | ١٠ - اعتبار القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية منعماً . مؤداه . عدم صلاحيته كأداة لإلغاء أو تعديل قانون السلطة القضائية ٤٣ لسنة ١٩٦٥ أو أساساً لصدور قرار جمهورى بالعزل من ولاية القضاء . |
| ١٣٧١ | الطلب ٢٠ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٢٥ - ١٢ - ١٩٧٥ . |

قضاة

- ١ - الأحكام الصادرة فى طلبات رد القضاة فى المواد الجنائية . عدم جواز الطعن فيها بطريق النقض استقلاً عن الأحكام الصادرة فى موضوع الدعوى التى يرفع عنها طلب الرد . علة ذلك ؟
- الحكم الصادر فى طلب رد القاضى من دائرة الجنيح المستأنفة أو محكمة الجنائيات . غير قابل للاستئناف . إجراءات الطعن فيه بطريق النقض . خضوعها لأحكام قانون الإجراءات الجنائية دون قانون المرافعات .
- الطن ٦٧٥ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ٢٨ - ١٢ - ١٩٧٨ .
- ٢ - بلوغ الطالب سن التقاعد فى سنة ١٩٧٣ . عدم سريان أحكام القانون

- الطن ٤٦٦ لسنة ٤٧ قضائية جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٧٩ / ١٢٧٥
٢ - قرار وقف الدعوى باتفاق الخصوم . م ١٢٨ مرافعات . لاحجية له .
جواز تعجيل الدعوى قبل انتهاء الأجل المتفق عليه ولو اعترض الطرف الآخر .
الطن ٢٢٣ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٧٨ / ١٣٠١
٣ - الأحكام الصادرة من محكمة النقض . بأنة قاطمة . عدم جواز الطعن
فيها بدعوى مخالفتها لحكم حائز لقوة الأمر المقضى .
م ٢٤٩ مرافعات . حالة استثنائية . شرطها صدور حكم على خلاف حكم
سابق حائز لقوة الشئ المقضى .
الطن ٧٧٠ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ٢ / ٢ / ١٩٧٧ / ١٣٣١
٤ - الحكم المستعجل بتعيين حارس على نادى القضاة لإجراء انتخابات
أعضاء مجلس الإدارة . حكم وقضى . لا يمنع من نظر دعوى إلغاء القرار بقانون
٨٤ لسنة ١٩٦٥ بشأن تشكيل مجلس إدارة النادى .
الطلب ١٦ لسنة ٤٣ قضائية « رجال القضاء » جلسة ٢٩ / ١٢ / ١٩٧٧ / ١٣٤٠

قوة القاهرة

- جهل الخصم بوفاة خصمه . قوة القاهرة . أثره . وقف سريان ميعاد الطعن في
حق الخصم . بده سريانه من تاريخ العلم بالوفاة .
الطن ٣٩٩ لسنة ٤٩ قضائية جلسة ٢٣ / ٥ / ١٩٨٢ / ١٤١٩

معاهدات

- ١ - الاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربية والجمهورية الفرنسية بشأن
تنظيم وسائل تشجيع وحماية استثمارات رعايا الدولتين . صيرورتها قانوناً من
قوانين الدولة بصدور القرار الجمهورى ٢٣٦ لسنة ١٩٧٥ . مؤدى ذلك . سريانها
بأثر مباشر على الاستثمارات القائمة فعلاً وتلك التى تتم وقت نفاذها . عدم
سريانها بأثر رجعى على الاستثمارات التى انقضت وزالت بالتأميم فى تاريخ
سابق . علة ذلك ؟

- الطن ٧٧٣ لسنة ٤١ قضائية جلسة ١٨ / ٥ / ١٩٨٢ / ١٤١٨
٢ - الاتفاقيات الدولية الجماعية لا تلزم إلا الدول أطرافها فى علاقاتهم
المتبادلة . الدول التى لم تنضم إليها . خضوعها فى علاقاتها المتبادلة وفى علاقاتها مع
الدولة المنتظمة لتلك الاتفاقيات للقواعد المقررة فى القانون الدولى . علة ذلك ؟
الطن ٢٩٥ لسنة ٥١ قضائية جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٨٢ / ١٤١١
٣ - معاهدة مونترال الخاصة بإلغاء الامتيازات الأجنبية . أثرها على سلطات

القناصل . حق القنصل فى توثيق المحررات الخاصة برعايا دولته . قائم على الرضا
الضمنى المستند إلى شرط التبادل وإلى العرف الدولى . المقصود بشرط التبادل ؟ .
قيام قناصل الدول الأجنبية فى مصر بأعمال التوثيق . ليس هناك نص
تشريعى يحظر قيامهم بذلك . اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية . بيانها
وظائف القنصل .

اختصاصات البعثات القنصلية . الرجوع فيها لقواعد القانون الدولى العام .
للقنصل اختصاصات إدارية بالنسبة لمواطنيه وفقاً لقوانين دولته . مالم يتعارض ذلك
مع قوانين الدولة الموفد إليها .

سلطة القناصل فى توثيق العقود . لا تنقص من سيادة الدولة . علة ذلك .
المحررات التى يجرىها القناصل المصريون فى الخارج بوصفهم موثقين . لها ذات
القوة الرسمية للمحررات الموثقة فى مصر . م ٦٤ قانون ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن
نظام السلكين الدبلوماسى والقنصل .

المحررات التى يوثقها القناصل الأجانب فى مصر وفقاً لقانون دولهم . تمد
محررات رسمية أجنبية لها حجيتها فى الإثبات . جواز تنفيذها فى مصر بعد شمولها
بأمر التنفيذ وفقاً لنص المادة ٤٩٦ مرافعات سابق .

- الطن ٢٧ لسنة ٣٧ قضائية « أحوال شخصية » جلسة ٤ / ١٢ / ١٩٧٤ / ١٣٨٣
٤ - قانون التوثيق ٦٨ لسنة ١٩٤٧ . استمرار تطبيق قواعد القانون الدولى
بالنسبة لمحررات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب .
حق الأجانب المقرر لهم فى التوثيق تطبيقاً لقواعد الإسناد فى القانون الدولى
الخاص . عدم المساس به بصدور القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ المعدل لقانون التوثيق
٦٨ لسنة ١٩٤٧ .

- الطن ٢٧ لسنة ٣٧ قضائية جلسة ٤ / ١٢ / ١٩٧٤ / ١٣٨٣
٥ - عدم خضوع الممثل الأجنبى للقضاء الإقليمى . مؤداه . عدم التزامه بأداء
الشهادة أمام المحاكم الإقليمية . وجوب معاونته للسلطات الإقليمية طبقاً للعرف
الدولى . حقه فى اختيار الوسيلة المناسبة للإدلاء بمعلوماته .

- الطن ١٢٣ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٩ / ٢ / ١٩٧٧ / ١٣١٧
٦ - انضمام دولة أجنبية إلى اتفاقية جماعية معينة . واقعة مادية . عدم تقديم
الدليل عليها . أثره . لا محل للتمسك بأعمال أحكامها .

قواعد القانون الدولى . تعد مندوجة فى القانون الداخلى دون حاجة لإجراء
تشريعى . أثر ذلك . وجوب تطبيق قواعد القانون الدولى فيما يعرض من مسائل
تناولتها تلك القواعد ولم يتعرض لها القانون الداخلى . شرطه . ألا يترتب على
هذا التطبيق إخلال بنصوص القانون الداخلى . المبعوثون الدبلوماسيون للدول
الأجنبية ومنهم المستشارون . إعفاؤهم - طبقاً للقانون الدولى - من الخضوع
للقضاء الإقليمى فى المسائل المدنية مطلقاً عدا المنازعات المتعلقة بنشاط المبعوث

المهني أو التجاري أو بأمواله العقارية في الدولة الموفد إليها . شمول الإعفاء المنازعات المتعلقة بإيجارة مساكنهم .

الحصانة التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي . مقررته لصالح دولته . الأصل عدم جواز تنازله عنها إلا بموافقة دولته . أو إذا كانت قوانينها تبيح له ذلك . تنازل المبعوث الدبلوماسي عن حصانته بعد اعتماده في الدولة الموفد إليها . أثره ؟ خضوعه لقضائها الوطني وصحة إعلانه بغير الطريق الدبلوماسي . علة ذلك ؟ الطعنان ٢٩٥ و ٣١١ لسنة ٥١ قضائية جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٨٢

١٤١١

(ن)

نظام عام . نقض

المسائل المتعلقة بالنظام العام :

(أ) القواعد الآمرة :

١ - صدور تشريع لاحق يستحدث حكماً جديداً يتعلق بذاتية القاعدة الموضوعية الآمرة المتعلقة بالنظام العام . سريانه بأثر فوري على المراكز التي لم تستقر نهائياً وقت نفاذه . تعلق التعديل ببعض شروط القاعدة الآمرة دون مساس بذاتيتها . كما لو استوجب لتطبيقها شروطاً خاصة بإجراءات التقاضي أو الإثبات لم تكن مطلوبة من قبل . عدم سريانه إلا من تاريخ نفاذه على الوقائع التي نشأت في ظله . م ٢ مرقعات والمادة ٩ مدني .

١٢٥١

الطعن ٢٢١٩ لسنة ٥٣ قضائية (هيئة عامة) جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٨٥

٢ - المراكز القانونية الاتفاقية التي نشأت في ظل القانون القديم . خضوعها له في آثارها وانتقائها . القواعد الآمرة في القانون الجديد . وجوب إعماها بأثر فوري على هذه المراكز من حيث آثارها وانتقائها على ما لم يكن قد اكتمل نشوؤه من عناصرها .

١٢٥٨

الطعن ٤٠٢ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٧ / ٢ / ١٩٨١

٣ - جواز الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج . شرطه . عدم المساس بالنظام العام .

١٢٦٠

الطعن ٤٥٣ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٩ / ٢ / ١٩٨١

٤ - القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام . ماهيتها ؟

١٢٧٣

الطعن ٣٨٥ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ٢٤ / ٤ / ١٩٨٠

٥ - القاعدة القانونية . تعلقها بالنظام العام مناطه ؟

١٢٨٨

الطعن ٩٣١ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٥ / ٥ / ١٩٧٩

٦ - الدفع بعدم دستورية القوانين . غير متعلق بالنظام العام . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

١٢٩٥

الطعن ٤٦٣ لسنة ٤١ قضائية جلسة ٢٥ / ٢ / ١٩٧٨

٧ - الاتفاق على أجرة تقل عن الأجرة القانونية . لا يعد مخالفاً للنظام العام . ثبوت أن الاتفاق كان وليد غلط في القانون . جواز التمسك بإبطاله .

١٢٩٦

الطعن ٨٤٦ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ١٣ / ١٢ / ١٩٧٨

٨ - الدفع بالجهل بالقانون . شرطه . أن تكون المخالفة لقاعدة غير متعلقة بالنظام العام . إعمال التعاقد قاعدة قانونية في غير محلها . هو غلط في القانون .

١٢٩٧

الطعن ٢٦٣ لسنة ٤٤ قضائية جلسة ٧ / ٦ / ١٩٧٨

٩ - قابلية الأحكام للطعن أو عدم قابليتها . تعلقه بالنظام العام .

١٣٣٠

الطعن ٥٥٥ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ٦ / ٤ / ١٩٧٧

١٠ - استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي . مناطه . مخالفتها للنظام العام أو الآداب .

١٣٣٥

الطعن ٧ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ١٩ / ١ / ١٩٧٧

١١ - صيرورة رصيد الحساب الجاري ديناً عادياً بإقفاله . تحريم تقاضي فوائد مركبة عنه . تعلق ذلك بالنظام العام . الاستثناء ما تقتضيه القواعد والعادات التجارية .

١٣٤٤

الطعن ٣٧٢ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٧٦

(ب) في الاختصاص :

إلغاء القانون لمحكمة أوجهة اختصاص . أثره . حصول الإلغاء بمجرد نفاذ القانون . مالم ينص على غير ذلك .

القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . إلغاؤه بمجالس المراجعة . القضاء في ظله في دعوى مرفوعة قبل صدوره بعدم اختصاص القضاء العادي وباختصاص مجالس المراجعة بتحديد الأجرة إعمالاً للقرار التفسيري ٨ لسنة ١٩٦٥ . خطأ في القانون .

١٣٤٩

الطعن ١٠٣ لسنة ٤٠ قضائية جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٧٦

(ج) في الأحوال الشخصية :

١ - الوضعية بالمنافع . جائزة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي . اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في شأن القدر الجائز الإيصال به وطريقة الانتفاع وترتيب الموصى لهم . لا مخالفة في ذلك للنظام العام .

١٣٣٥

الطعن ٧ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ١٩ / ١ / ١٩٧٧

٢ - زواج مورث الطاعنين من ابنة خالته المطمون عليها . أحقيتها طبقاً للقانون البيزنطي في أن ترث في تركة زوجها لو فاتته قبل الحكم ببطان الزواج . ليس فيه مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر .

الزواج الباطل والزواج الظني في الفقه والقضاء اليوناني . ماهيته . أثره . حق الزوج حسن النية في أن يرث في تركة الزوج الآخر إذا ما قضى بالبطان بعد الوفاة .

وجوب تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد الإسناد . سواء أكان تشريعاً أم غيره من المصادر . مثال في دعوى بطلان زواج .

الصفحة

- الطعن ٣٣ لسنة ٣٧ قضائية « أحوال شخصية » جلسة ١٢ / ٤ / ١٩٧٢ / ١٣٩٨
٣ - قواعد الموارث . تعلقها بالنظام العام . ثبوت أن طالبة الوراثة مسيحية
الديانة والمورث مسلم . أثره . انتفاء مصلحتها في طلب إلغاء إسهاد الوفاة
والوراثة باعتبارها ابنته .
- الطعن ١٠ لسنة ٤٨ قضائية « أحوال شخصية » جلسة ٢٠ / ٦ / ١٩٧٩ / ١٢٩٢
(هـ) في إيجار الأماكن :
١ - التنظيم الخاص بتأجير الأماكن المفروضة م ٢٦ قانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ .
والقرار المنفذ لها . تعلقه بالنظام العام . عدم جواز الاتفاق على مخالفته .
الطعن ٩٣١ لسنة ٤٥ قضائية جلسة ٥ / ٥ / ١٩٧٩ / ١٢٨٨
٢ - امتداد عقد الإيجار بالنسبة لأقارب المستأجر عند وفاته . م ٢١ قانون
٥٢ لسنة ١٩٦٩ . إبرام العقد في ظل أحكام القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . وجوب
إعمال أحكام المساكنة . الأحكام المتعلقة بالنظام العام . وجوب تطبيقها بأثر
فوري .
- الطعن ٣٣٩ لسنة ٤٦ قضائية جلسة ١ / ٣ / ١٩٨٠ / ١٢٦٧
٣ - دعوى المؤجر في ظل القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بالإخلاء للتنازل عن
الإيجار . صدور القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أثناء نظر الاستئناف . تمسك الطاعن بما
استحدثته المادة ٢٩ منه من امتداد العقد للمقيمين حتى الأقارب من الدرجة الثالثة
في حالتي الوفاة أو الترك . الحكم بإعمال القانون القديم . خطأ .
الطعن ٤٠٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ٧ / ٢ / ١٩٨١ / ١٢٥٨
٤ - وجوب ثبوت الإضرار بسلامة المبنى كسبب لإخلاء المستأجر . م
١٨ / د قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . قاعدة تتعلق بالنظام العام . سريانها بأثر
مباشر على المراكز القانونية التي لم تستقر بحكم نهائي .
اشتراط الحصول على حكم نهائي لإثبات الاستعمال الضار بسلامة المبنى
كسبب للإخلاء . لا يسب بذاتية القاعدة الأمرة . سريانه من تاريخ القانون ١٣٦
لسنة ١٩٨١ دون أن يكون له أثر على الوقائع السابقة عليه . رفعت بها الدعوى
أو لم ترفع .
وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى أمام محكمة
الإخلاء . م ١٨ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . وجوب تقديم حكم نهائي بالنسبة للوقائع
اللاحقة على صدوره .
- الطعن ٢٢١٩ لسنة ٥٣ ق « هيئة عامة » جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٨٥ / ١٢٥١
٥ - الاتفاق على أجره تقل عن الأجرة القانونية للمكان المؤجر . لا يخالف
النظام العام . هو من قبيل العيب الذي يشوب إرادة العاقدتين متى ثبت أنه كان
وليد غلط في تبين القانون الواجب التطبيق تحققت فيه الشرائط . جواز التمسك
بإبطاله .
- الطعن ٨٤٦ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٣ / ١٢ / ١٩٧٨ / ١٢٩٦

الصفحة

- ٦ - الدفع بالمجهول بالقانون . شرطه . أن تكون المخالفة لقاعدة غير متعلقة
بالنظام العام . إعمال المتعاقد قاعدة قانونية في غير محلها . هو غلط في القانون .
تخفيض المؤجر للأجرة بواقع ١٥ ٪ إعمالاً للقانون ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ رغم
عدم انطباقه . عدم اعتداد المحكمة بهذا التخفيض استناداً إلى أنه غلط في
القانون . لا خطأ .
- الطعن ٢٦٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ٧ / ٦ / ١٩٧٨ / ١٢٩٧
٧ - تحديد أجره الأماكن الخاضعة للتشريعات الاستثنائية . أمر متعلق بالنظام
العام . إخفاء حقيقة الأجرة . جواز إثباته بكافة الطرق .
- الطعن ١٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٧٦ / ١٣٤٩

نقض

حالات الطعن :

- ١ - الطعن بالنقض في الحكم الجنائي . شرطه . استفاد جميع طرق الطعن
العادية وصدور حكم منه للخصومة في موضوع الدعوى الجنائية . الاستثناء . م
٣١ ق ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .
- الأحكام الصادرة في طلبات رد القضاة في المواد الجنائية . عدم جواز الطعن
فيها بطريق النقض استقلالاً عن الأحكام الصادرة في موضوع الدعوى التي يرفع
عنها طلب الرد . علة ذلك ؟
- الطعن ٦٧٥ لسنة ٤٠ ق جلسة ٢٨ / ١٢ / ١٩٧٨ / ١٣٠٣
٢ - الطعن بالنقض . المقصود به مخالفة الحكم النهائي . حالته . بيانها على
سبيل المحصر في المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ مرافعات .
م ٢٤٩ مرافعات . حالة استثنائية . شرطها . صدور حكم على خلاف حكم
سابق حاز لقوة الأمر المقضى .
- الادعاء بوجود تقصير في تشريع المرافعات بشأن الطعن في أحكام محكمة
النقض . طلب الطاعن الاستهداء بالمصادر الأخرى لتشريع المشار إليها في المادة
الأولى من التقنين المدني . لا محل له . علة ذلك ؟
- أحكام محكمة النقض بمنأى عن أي طعن . الاستثناء . قيام سبب من أسباب
عدم الصلاحية بأحد قضائها . ما جرت عليه الدائرة الجنائية بها . لا يجوز مباشرته
في الدائرة المدنية . علة ذلك ؟
- الطعن في الحكم الصادر من محكمة النقض بدعوى تضمنته عدولاً عن مبادئ
قانونية سابقة . لا يندرج ضمن أسباب عدم الصلاحية التي يجوز بسببها الطعن في
الحكم .
- الأخطاء غير المادية . عدم جواز الالتجاء إلى ذات المحكمة لتصحيحها .
الطعن ٧٧٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢ / ٢ / ١٩٧٧ / ١٣٣١

الصفحة

إجراءات الطعن :

١ - الحكم الصادر في طلب ردّ القاضى من دائرة المنع المستأنفة أو محكمة الجنائيات . غير قابل للاستئناف . إجراءات الطعن فيه بطريق النقض . خضوعها لأحكام قانون الإجراءات الجنائية دون قانون المرافعات . علة ذلك .
الطعن ٦٧٥ لسنة ٤٠ ق جلسة ٢٨ / ١٢ / ١٩٧٨

١٣٠٣

٢ - إيداع صحيفة الطعن بالنقض في تاريخ العمل بالقانون ١٣ لسنة ١٩٧٣ . عدم إيداع الطاعن صورة من الحكم المطعون فيه عند تقديم الصحيفة طبقاً للقانون المذكور . أثره . بطلان الطعن مادام لم يقدم الطاعن ما ينفي توزيع الجريدة الرسمية في تاريخ نشر القانون . تراخى منشور وزارة العدل بتبليغ القانون إلى المحاكم . لا أثر له .

١٣١١

الطعن ٣٤٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٧٨

٣ - الطعن بالنقض في مسائل الأحوال الشخصية . ستون يوماً . م
٢٥٢ / ١ / ٢٥٢ مرافعات . علة ذلك ؟

١٣٦٧

الطعن ١٧ لسنة ٤٣ ق « أحوال شخصية » جلسة ٥ / ١١ / ١٩٧٥

٤ - ميعاد إعلان الطعن بالنقض في مسائل الأحوال الشخصية . قبل انعقاد الجلسة بثمانية أيام على الأقل . المادة ٨٨٢ مرافعات . لا محل لتطبيق المادة ٤٣١ مرافعات .

١٣٩٨

الطعن ٣٣ لسنة ٣٧ ق « أحوال شخصية » جلسة ١٢ / ٤ / ١٩٧٢

أسباب الطعن :

(أولاً) الأسباب المتعلقة بالنظام العام :

١ - الأسباب المتعلقة بالنظام العام . جواز إثارتها من النيابة . شرطه . أن تكون واردة على الجزء المطعون عليه من الحكم .

١٢٦٣

الطعن ٧٣٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ٣٠ / ٢ / ١٩٨١

٢ - المسائل المتعلقة بالنظام العام . حق محكمة النقض في إثارتها من تلقاء نفسها . شرطه .

١٤٠٨

الطعن ٧٥٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٧ / ٢ / ١٩٨٢

(ثانياً) السبب الجديد :

١ - الدفع بعدم دستورية القوانين . غير متعلق بالنظام العام . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

١٢٩٥

الطعن ٤٦٣ لسنة ٤١ ق جلسة ٢٥ / ٢ / ١٩٧٨

٢ - التمسك بقيام عرف معين . عدم جواز إثارته لأول مرة أما محكمة النقض .

الصفحة

١٣٢٩

الطعن ٨١١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٧٧
٣ - تمسك الطاعنة بإكراهها على التوقيع على الإقرار . وجوب عرضه على محكمة الموضوع . عدم جواز إيداعه لأول مرة أمام محكمة النقض .

١٣٥٣

الطعن ١٦ لسنة ٤٣ ق « أحوال شخصية » جلسة ١٩ / ١١ / ١٩٧٥

٤ - السبب الجديد . عدم جواز إيداعه لأول مرة أمام محكمة النقض . مثال بشأن عقد وصية .

١٣٦٣

الطعن ٥٩ لسنة ٣٩ ق « أحوال شخصية » جلسة ١٢ / ٢ / ١٩٧٥

(ثالثاً) السبب المجهل :

١ - عدم بيان الطاعن أوجه التناقض بين أحكام قانون المحاماة ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وميثاق العمل الوطنى وما أغفل الحكم الرد عليه . تمّ مجهول غير مقبول . عدم كفاية الإحالة في ذلك إلى المذكرة المقدمة بالملف الابتدائى .

١٣٦٩

الطعن ٤٨٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ٢٣ / ٢ / ١٩٧٧

٢ - عدم إيضاح الطاعنة في تقرير الطعن ماهية الاعتراضات التي ساقتها وما قصرَ الحكم في تحقيقتها أو الردّ عليها . النعى بذلك . مجهول وغير مقبول . الحكم بإثبات الطلاق بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية . إيراد تقارير مخالفة . لا عيب .

١٣٦٧

الطعن ١٧ لسنة ٤٣ ق « أحوال شخصية » جلسة ٥ / ١١ / ١٩٧٥

٣ - عدم بيان الطاعن مواطن التفسير التي تجاوزت حدود التفويض التشريعى . دلالة ذلك . عدم جدية الدفع . مثال بشأن القرار التفسيري ٨ لسنة ١٩٦٥ بشأن إيجار الأساكن .

١٣٤٩

الطعن ١٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٧ / ١١ / ١٩٧٦

نظر الطعن :

سلطة محكمة النقض :

١ - قصور الحكم في الإفصاح عن سند القانونى . لا بطلان . لمحكمة النقض أن تستكمل هذا النقص متى كان الحكم صحيحاً في نتيجته . حقها في تكييف الواقعة اعتماداً على ما حصلته محكمة الموضوع .

١٢٧٣

الطعن ٣٨٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢٤ / ٤ / ١٩٨٠

٢ - إسباغ الوصف الصحيح على قرار الجهة الدينية بأنه إلغاء للانضمام أو اعتباره فصلاً . من مسائل القانون . لمحكمة النقض مراقبة محكمة الموضوع فيما انتهت إليه من تكييف بصدده .

١٣٢٧

الطعن ١٥ لسنة ٤٥ ق « أحوال شخصية » جلسة ٢٦ / ١ / ١٩٧٧

الصفحة

٣ - تشكيل مجلس إدارة نادى القضاة . قرار بقانون ٨٤ لسنة ١٩٦٩ . أمر متعلق بشئون القضاة . اختصاص محكمة التقض دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة به .

١٣٤٠

الطلب ١٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٩ / ١٢ / ١٩٧٧
٤ - العادات التجارية . من مسائل الواقع . خروجها من رقابة محكمة التقض إلا حيث يبيد القاضى عن أعمال حكم العادة التجارية التي ثبت لديه قيامها .

١٣٤٤

الطن ٣٧٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٧٦

| | |
|--------------------|----------------|
| ١٩٨٧ / ٤٣٣٨ | رقم الإيداع |
| ISBN ٩٧٧-٠٢-٢٠٧٣-٦ | الترقيم الدولى |

٢ / ٨٧ / ١٤٠

طبع بطابع دار المعارف (ج.م.ع.)