

جامعة القاهرة
كلية الحقوق

مقالات وأبحاث

الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري

(١)

عدد خاص

القانون والاقتصاد



جامعة القاهرة

كلية الحقوق

مجموعة مقالات وابحاث
الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى

جمع وتقديم

الدكتورة نادية عبد الرزاق السنهورى

والدكتور توفيق محمد الشاوى

بتكليف من كلية الحقوق بجامعة القاهرة

بمناسبة الاحتفالات بمرور مائة سنة على مولده

الجزء الأول

١٩٩٢

مطبعة جامعة القاهرة

١٩٩٢

تقدير ووفاء

فى عام ١٩٨٨ - نشرت الهيئة العامة للكتاب فى مصر ترجمة عربية لرسالة ، الخلافة ، التى اعدھا والدى فى جامعة ليون عام ١٩٢٦ ،والتي ساهمت فى اعدادھا مع زوجى الأستاذ الدكتور توفيق الشاوى - ولذلك اتصل بى كثيرون من زملاء والدى وتلاميذه ليؤكدوا استعدادهم للمشاركة فى اى مبادرة لأحياء ذكراه - واقترح بعضهم انشاء لجنة او هيئة لهذا الغرض .

وكانت كلية الحقوق بجامعة القاهرة سباقة الى تحقيق هذا الغرض بان دعت الى ندوة فى مارس ١٩٨٩ لآحياء ذكرى السنهورى بمناسبة مرور خمسين عاما على صدور القانون المدنى الذى تولى اعداده واعتبره اكبر انجازاته فى ميدان التشريع والتقنين ، واسفرت هذه الندوة عن قرار باصدار مجموعة مقالات وابحاث قانونية تكريما لهذه الذكرى - وبفضل مجهود عميد الكلية الاستاذ الدكتور نعمان جمعة والاستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة رئيس اللجنة المشرفة على المجموعة تم نشرها فى شهر نوفمبر عام ١٩٩٠ .

وقد رأت اللجنة اعداد برنامج لآحياء الذكرى المئوية لمولد السنهورى التى تحل فى عام ١٩٩٥ وأن تكون أول خطوة فى هذه الاحتفالات جمع المقالات والابحاث المتنوعة التى نشرها السنهورى فى مجلات او مطبوعات متفرقة - حتى تكون الى جانب كتبه واوراقه الشخصية صورة كاملة لآعماله العلمية وآرائه وافكاره . وشرفتني بجميع هذه المقالات .

واعترافا بالفضل اود أن اسجل ان الذى مكننى من اتمام هذا العمل هو ماقدمه لى كثير من تلاميذ والدى وزملائه من معونة وأخص بالذكر الاستاذ الكبير ضياء الدين شيت خطاب الذى سارع بامدادى بكل ما لديه من نسخ ابحاث السنهورى التى نشرت فى بغداد - بل وكثير مما نشر فى مصر فى مجلات توقفت عن الصدور منذ مدة طويلة .

إلى هؤلاء جميعاً أتقدم بجزيل الشكر ، وأرجو أن أكون قد قمت ببعض
واجبي إزاءهم وإزاء العلم والفكر الذى يجمعنا ويجعل ذكرى السنهورى
أبنة وثيقة يجمع عليها الباحثون فى مجال القانون والفكر والثقافة
أجيالاً طويلة إن شاء الله .

دكتورة / نادية عبد الرزاق السنهورى
جامعة عين شمس

كلمة نعمان جمعة

عميد حقوق القاهرة

إنه لمصدر فخر وسعادة بالغة أن يكون لى شرف المشاركة فى إخراج هذا العمل الكبير إلى دائرة النور . فهذه هى كل أوجل مقالات وأبحاث العلامة الجليل عبد الرزاق السنهورى ، التى كتبها منذ فجر شبابه فى نهاية العشرينات حتى صعدت روحه الغالية إلى بارئها .

والفضل الأول فى جمع هذه الأبحاث يرجع إلى السيدة الفاضلة نادية عبد الرزاق السنهورى كريمة عميد فقهاء القانون فى العالم العربى ، ويرجع كذلك إلى قرينها وأستاذى المبجل الدكتور توفيق الشاوى أستاذ القانون الجنائى السابق بحقوق القاهرة ، وكذلك أستاذى العظيم الدكتور عبد المنعم فرج الصدة الذى أشرف على جميع المقالات وطبعها . وأذكر كذلك جهد زميلى الفاضلين الدكتور سعيد جبر والدكتور جابر المحجوب . فقد تابعا جميع المقالات وراجعا ، البروفات ، قبل طبعها .

والحقيقة أن هذه الأبحاث والمقالات تمثل جهداً رائعاً وثروة فقهية وفلسفية ثمينة ونادرة . فقد أحاط الفقيد العظيم بالعديد من الأنظمة وبالكثير من فروع القانون . فتكاملت الصورة فى ذهنه ، فأبدع حين كتب وأتقن حين شرح وتجلّى حين تفلسف وأصل .

لقد عاش الفقه المصرى الحديث فى رحاب وفى كنف وبين أحضان السنهورى وأعماله . فلا يستغنى عنها فقيه ولا باحث ولا طالب علم ولا مشرع ولا قاضى .

رحم الله الفقيد وجزاه خيراً بما قدم لأمتة العربية من فضل وعلم وعطاء .

نعمان جمعه

فهرست

مقالات وابحاث الأستاذ الدكتور السنهورى

- ١ الدين والدولة فى الاسلام .
مقال بالعدد الأول من مجلة المحاماة الشرعية - السنة الأولى -
١٩٢٩ م .
لحضرة الأستاذ المحقق الدكتور عبد الرازق بك السنهورى .
مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق بالجامعة المصرية .
- ٢ «تطور لائحة المحاكم الشرعية»
مقال بمجلة المحاماة الشرعية العدد الثانى ١٩٢٩ م . ص ٧٤ - ٧٦ .
- ٣ تقرير عن المؤتمر الدولى للقانون المقارن بلاهاى .
فى اجتماعه الأول سنة ١٩٣٢ م . ترجمة وتلخيص له نشرتها مجلة
القضاء العراقية للأستاذ عبده حسن الزيات .
- ٤ الامبراطورية العربية التى نهض بها .
بيان للدكتور السنهورى .
نشر فى مجلة الرابطة العربية التى كانت تصدر فى القاهرة .
العدد ١٢ - السنة الأولى - ١٥ اغسطس ١٩٣٦ م .
- ٥ «نبى المسلمين والحرب» .
مقال فى مجلة الذكرى (التي كانت تصدرها جمعية الهداية
العراقية) . نشر فى عددها الصادر فى عام ١٩٣٦ .
بمناسبة المولد النبوى الشريف .
- ٦ «وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى» وعلى أى اساس يكون
هذا التنقيح .
مناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية .
لحضرة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى .
أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق .
بحث نشر بمجلة القانون والاقتصاد - السنة السادسة - العدد الأول -
من صفحة ٣ إلى صفحة ١٤٢ .

- ٧ مشروع تنقيح القانون المدنى المصرى
لحضرة صاحب العزة الدكتور عبد الرزاق السنهورى بك .
محاضرة القيت بالجمعية الجغرافية الملكية فى ٢٤ أبريل ١٩٤٢ م .
نشرت بمجلة القانون والاقتصاد - السنة الثانية عشرة - من ص ٥٥٠
الى ٥٧٠
- ٨ واجبتنا القانونى بعد المعاهدة
محاضرة القيت فى تاريخ ٢١ ديسمبر ١٩٣٦ م
للدكتور عبد الرزاق السنهورى بك - عميد كلية الحقوق
- ٩ مقدمة كتاب الامتيازات الاحتبية
بحث تحليلى فى العهد حث البريطانىة بشأن الامتيازات الاحتبية
شرفه لجنة التأليف ، الترجمة والنشر فى عام ١٩٣٦ م
- ١٠ تقديم مجلة القضاء العرافية فى عهدها الجديد
قلم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى - مدير المجلة - وعميد كلية
الحقوق بعداد وفرار من لجنة القانون المدنى بأن يعهد بعداد
مشروع القانونى المدنى العرافى للأستاذ السنهورى وصورة الخطبات
الدى رفعه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى بعميد كلية الحقوق
بعداد فى ١٥ جويل ١٩٣٦ ، الى محاميه بعداد بخدمه تخصيص
لقانون المدنى العرافى
- ١١ من مجلة الاحكام العدلية الى القانون المدنى العرافى
حركة التقيير المدنى فى العصور الحديثة
للأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهورى ، عميد كلية الحقوق بعداد نشر
فى بعداد سنة ١٩٣٦ م
- ١٢ التعاون الثقافى والتشريعى ما بين الدول العربية
نص محاضرة القاها صاحب المعالي الدكتور عبد الرزاق أحمد
السنهورى باشا وزير الدولة ورئيس اللجنة الثقافية بجامعة الدول
العربية بدعوة من الجمعية المصرية للقانون الدولى وقد القيت فى
المؤتمر الثانى للجمعية بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٤٦ م

- ١٣ تقديم العدد الأول من مجلة مجلس الدولة المصرى فى
أول يناير ١٩٥٠م ص ١ - ص ٣٢ من هذا العدد - مع
تحية ومقدمة للمرحوم عبد العزيز فهمى باشا .
- ١٤ مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة
التشريعية
بحث بمجلة مجلس الدولة - السنة الثالثة - يناير ١٩٥٢م بقلم
الدكتور السهورى رئيس مجلس الدولة .
- ١٥ تصدير الترجمة العربية لكتاب تايب النظريات السياسية .
ترجمة الأستاذ حسن جلال العروسى وقدم له عثمان خليل عثمان -
١٩٥٣
- ١٦ القانون المدنى العربى
للعلامة الجليل الدكتور عبد الرزاق السهورى بحث بشر بمجموعة
بحوث الادارة الثقافية بجامعة الدول العربية سنة ١٩٥٣ من ص
٧ - ٣٣ واعيد نشرها بمجلة القضاء العراقية ببغداد سنة ١٩٦٢ .

الدين والدولة في الاسلام (*)

لحضرة الأستاذ المحقق الدكتور عبد الرزاق بك السنهوري

مدرس القانون المدني بكلية الحقوق بالجامعة المصرية

الاسلام دين ودولة . السلطات العامة في الدولة الاسلامية . ملخص
تاريخ هذه السلطات بمصر

اولا : الاسلام دين ودولة :

١ - يمتاز الاسلام بأنه : دين ودولة . وقد أرسل النبي ﷺ لا لتأسيس
دين فحسب بل لبناء قواعد دولة تتناول شؤون الدنيا ، فهو بهذا الاعتبار
مؤسس الحكومة الاسلامية كما أنه نبي المسلمين . وهو بصفة كونه
مؤسس حكومة ، كانت له الولاية على كل من كان خاضعاً لهذه الحكومة ،
سواء كان مسلماً أو غير مسلم وبوصف كونه نبياً لم يكن يطلب من غير
المسلمين من الذين تركهم على دينهم الاعتراف بنبوته ، ولو أن دعوته
عامة شاملة لجميع البشر .

من هنا وجب التمييز بين الدين الاسلامي والدولة الاسلامية ، وان كان
الاسلام يجمع الشئئين . وفائدة هذا التمييز في أن مسائل الدين تدرس
بروح غير التي تدرس بها مسائل الدولة ، فالدين ينظر إلى العلاقة بين
العبد وخالقه ، وهذه لا تتغير ولا يجب أن تتغير ، فالخالق سبحانه وتعالى
أبدي أزلي لا يجوز عليه التغيير ولا التبديل ، فالعلاقة بينه وبين العبد
ثابتة لا تتطور .

(*) مقال بالمعبد الأول من مجلة المحاماة الشرعية - السنة الأولى ١٩٢٩

اما مسائل الدولة فالنظر فيها يكون نظر مصلحة وتدبير . ولها على ما ارى خاصيتان

(الأولى) انها خاصصـ لحكم عقولنا ، وقد وهبنا الله تلك العقول لنميز بين الحسن والقبيح . فالأحكام الدنيوية تنزل على حكم العقل . وتبنى على المصلحة . والعقل هو الذى يهديننا إلى المصلحة . ونحن نبني عليه ما نسميه علما . لأن العلم اجتماعياً كان او طبيعياً لا يدرك إلا بالعقل . فهو الأساس .

ولقد كان النبي ﷺ يستشير فى تدبير الشئون الدنيوية . ذلك لان تدبير هذه الشئون مبنى على العقل كما تقدم . والنبي ﷺ كان بشراً مثلنا . فاحتاج إلى المشورة . فيما يكون أساسه العقل . ولذلك نزلت الآية الكريمة : « وشاورهم فى الأمر » .

والسيرة النبوية الشريفة تضمنت كثيراً من الأخبار التى تثبت ان النبي ﷺ كان يستشير كبار الصحابة . كآبى بكر . وعمر . وغيرهما . استشار ﷺ بعد غزوة بدر فيما يفعل بالأسرى من قريش . واستعان برأى زعيمى الأنصار فى غزوة الخندق . لما اراد ان يفرق بين قريش والأعراب . فعدل عن رايه بعد الاستشارة واخذ برأى الزعيمين . ويوجد غير ذلك امثلة كثيرة مذكورة فى الطبرى وابن الأثير . وغيرهما من كتب التاريخ الاسلامى

(الثانية) : ان الأحكام فى مسائل الدولة : تتطور مع الزمان والمكان . فهي تابعة للتطور الاجتماعى الذى يهديننا إليه العلم . وقد سبق ان هذه الأحكام خاضعة للعلم المبني على العقل : فهي تابعة بالضرورة لما يكشفه العلم الاجتماعى من قوانين التطور .

الأحكام الدنيوية تتطور . وقد تطورت بالفعل فى عهد النبي ﷺ . وما نظرية الناسخ والمنسوخ فى القرآن الكريم . والتحريم التدريجى لبعض الأشياء كالخمر . واختلاف المذاهب الفقهية . واختلاف أئمة كل مذهب : إلا اثرا من آثار هذا التطور الذى اقتضته المصلحة العامة . والظروف . وانى اذكر على سبيل التمثيل حادثة تشريعية واحدة يرى فيها كيف تطورت الأحكام تبعاً للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية . وقد اخترتها من الحوادث التى وقعت فى عهد النبي ﷺ لتكون ابلغ فى التلليل .

نعرف ان النبي ﷺ لما هاجر إلى المدينة، كان معه عدد من المهاجرين، وجدوا أنفسهم في مدينة غريبة دون مأوى ودون مرتزق، فشرع النبي ﷺ نظراً لهذه الظروف الاقتصادية الاستثنائية - سنة المواخاة بين المهاجرين والأنصار، فكان لكل مهاجر أخ من الأنصار يشترك معه في ماله، وفي بيته. وكان لهذه المواخاة من الأثر القانوني، ما يجعل الأخوين يتوارثان - نظام الأخوة هذا يشبه من بعض الوجوه نظام التبني في بعض الشرائع الأجنبية واستمر العمل به مدة من الزمن حتى أيسر لمهاجرون بما غمسه في غزوة بدر. فذهبت الظروف التي اقتضت لتشريع الأول، وذلك تطور التشريع نفسه. فحدث النبي ﷺ سنة المواخاة بين المهاجرين والأنصار، واستقل كل بماله، فاضطر كيف يتطور التشريع من عمل إلى إبطال، ومن خلق نسب قانوني إلى الرجوع إلى النسب الطبيعي. وذلك تمشياً مع التطور الاقتصادي، وتبعاً لما تقتضيه الظروف والمناسبات، وتلماً للمصلحة في النظم التي تقرر.

٢ - إذا تقرر أن الاسلام دين ودولة، فالقول مع بعض الكتاب^(١) بأن رسالة النبي ﷺ قاصرة على أمور الدين فقط، وأن شئون الدنيا ليست مندرجة في تلك الرسالة: وأن محمداً ﷺ كان نبياً لملكاً. القول بهذا تأويل غير صحيح للرسالة المحمدية، وإنكار دون دليل للحقائق التاريخية الثابتة. ولئن صح أن النبي ﷺ كان في مكة نبياً فحسب، فلقد كان في المدينة زعيم أمة ومنشئ دولة، ولا ضير أن نقول أنه كان ملكاً إذ أريد بهذه اللفظة أنه كان رأس الحكومة الإسلامية، ولياً على المسلمين في أمور دنياهم، كما كان الهادي لهم في شئون دينهم. ولقد كان عليه الصلاة والسلام يجعل لأوامره ونواهي - وهي لاشك من عند الله - جزاء يصيب الناس في أنفسهم وأموالهم في هذه الدنيا، ولم يقتصر على مجرد الوعد والوعيد بالثواب والعقاب في الحياة الآخرة.

٣ - تبين إذا أن الدين والدولة في الاسلام شيئان مجتمعان. وأن التمييز بينهما مع ذلك له أهمية كبرى. وإذا اقتصرنا - نحن المشتغلين

(١) واضح أثر تعدد الشيخ علي عبد الرزاق في كتبه الاسلام واصول الحكم وقد افاض في هذه النقطة في كتابه الخلافة - يراجع الأخرى الفهرست من ١٤ ص ٣٧ وما بعدها والترجمة العربية ص ٩٦ وما بعدها

بالقانون - على الفقه ، وجدنا أن الفقهاء أدرکوا ضرورة هذا التمييز ، فوضعوا أبواباً للعبادات ، وأبواباً للمعاملات ، وبذلك فرقوا بين المسائل الدينية ، وبين القانون بمعناه الحديث . لذلك يجب أن نقتصر من الفقه في أبحاثنا على أبواب المعاملات فهذه هي الدائرة القانونية ... وإذا أردنا إلا أن نبقي الشريعة على معناها المصطلح عليه من قديم من أنها تشمل العبادات والمعاملات ، فلنخلق اصطلاحاً آخر يدل على ما أردناه ولنسم أبواب الفقه الخاصة بالمعاملات « بالقانون الاسلامي » ولندخل ضمن هذا القانون إلى جنب هذا الجزء من علم الفقه : علم أصول الفقه ، وهو يبين لنا مصادر القانون وكيفية استنباط الأحكام من تلك المصادر ، ولندخل أيضاً في القانون الاسلامي جزءاً من علم الكلام هو المتعلق بمباحث الإمامة فإن هذا أساس : القانون العام . ولنقسم القانون الاسلامي بهذا التحديد تقسيماً إلى قانون خاص ، وقانون عام . فالقانون الخاص يشمل القواعد التي تضبط علاقات الأفراد بعضها ببعض الآخر . فأبواب المعاملات ، والأحوال الشخصية : تدخل في القانون الخاص . والقانون العام يشمل القواعد التي تسري على السلطات العامة ، وعلاقة هذه السلطات بالأفراد . وإذا أردنا أن نحدد في كل قسم فروعاً سهلاً علينا دون كبير مشقة أن نجد في القانون الاسلامي الخاص : قانوناً مدنياً ، وقانون مرافعات ، وأساساً لقانون تجاري . أو نجد في القانون الاسلامي العام : قانوناً دستورياً ، وقانوناً إدارياً ، وقانوناً جنائياً . ولأمكن أن نكشف أصولاً نبني عليها : قانوناً دولياً عاماً ، وقانوناً دولياً خاصاً .

وأهمية تقسيم القانون الاسلامي هذا التقسيم الحديث : أن ذلك يرتب أبواب هذا القانون ترتيباً أقرب إلى نظام المدنية الحديثة . وأكثر انطباقاً على طرق البحث القانونية ، بعد أن تخطى علم القانون أدواراً غير قليلة في سبيل الرقي .

ولأيراد بهذا التقسيم أن تندمج الشريعة الإسلامية في القانون الحديث ، وأن تفقد استقلالها ، وإنما يراد بهذا تسهيل المقارنة بين الشيئين ، وفتح باب لترقية طرق البحث في الشريعة الإسلامية بحيث تتماشى مع القانون الحديث في تقدمه . . .

٤ - قلنا إن أساس تقسيم القانون الحديث هو التفريق بين القانون الخاص والقانون العام فهل نجد في القانون الاسلامي محورا ترتكز عليه هذه التفرقة . لعلنا نجد في تقسيم الأصوليين الحقوق إلى : حق للعبد ، وحق لله ، وحق مشترك ولكن حق العبد غالب ، وحق مشترك ولكن حق الله غالب . فحقوق العبد ، والحقوق المشتركة التي فيها حق العبد غالب تصلح - كما أرى - أن تكون موضوعات للقانون الخاص وبعض حقوق الله وكذلك الحقوق المشتركة التي فيها حق الله غالب تصلح أن تكون موضوعات للقانون العام ...

ثانياً : السلطات العامة في الاسلام :

نريد من هذه المقدمة أن نقول انه مادام لدى المسلمين (قانون اسلامي) فلديهم حكومة اسلامية . والحكومة الاسلامية - ككل حكومة - تشتمل على ثلاث سلطات : السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية .

١ - السلطة التشريعية :

السلطة التشريعية في الدولة الاسلامية لا يمكن تحديدها إلا بعد بحث واستقصاء . السلطان عندنا نحن المسلمين : هو الله تعالى . لا حد لسلطانه ولا راد لارادته ، فهو الشارع لأمر الدين والدنيا ، مشيئته نافذة وأمره قانون ، فهو إذاً السلطة الكبرى . ولكن أوامر الله ونواهيه لاتعرف إلا بالوحي ، ولما كان الوحي قاصراً على الانبياء كان علينا أن نتبين إرادة الله عز وجل بواسطة نبيه عليه الصلاة والسلام . ولقد بلغنا النبي ﷺ كتاب الله الكريم : يتضمن إرادة الله ورسالته إلى عباده . فكان أول مصادر التشريع ، وكانت سنته عليه الصلاة والسلام مفسرة له ، فهي : المصدر الثاني . ولما كانت الأحكام الدنيوية كما سبق أن قررنا تتطور تبعاً لتطور المدنية ، وكان لابد من انقطاع الوحي بقبض الرسول ﷺ ، أصبح محتماً أن يكون لدى المسلمين مصدر ثالث للتشريع ، هو الذي يضمن للأحكام الدنيوية جدتها وتمشيها مع روح الزمن كان هذا المصدر هو : اجماع الأمة . قال عليه الصلاة والسلام : لاتجتمع امتي على ضلالة .

نقف هنا قليلاً وننظر كيف يكون اجماع المسلمين قانوناً . الاجماع هو اتفاق المجتهدين في عصر من العصور على حكم شرعي . وليس

المجتهدون طبقة من الطبقات كما كان معهودا في طبقة النبلاء ، أو في طبقة الكهنة . بل لكل مسلم أن يكون مجتهدا إذا وصل في العلم إلى الاجتهاد فمعنى أن الاجماع قانون : أن طائفة من المسلمين ينوبون عن الأمة الاسلامية . ونيابتهم آتية لبطريق التصويت العام كالمعتاد في المجالس النيابية الحديثة بل بطريق العلم . وهذه الطائفة تملك قوة التشريع في حدود الكتاب والسنة . فحكومة المسلمين حكومة علماء . والعلماء في الأمة الاسلامية - كما يقول عليه السلام - هم ورثة الأنبياء . أما ان العلماء يملكون قوة التشريع في الدولة الاسلامية . فهذا اصل من اصول الفقه معروف . بقى أن نحله ونعرف مداه . أراد الشارع الحكيم ألا يترك الأمة دون هاد بعد أن مضى عنها هاديها فلم يجعل لفرد مهما عظمت سلطته أن يحل من الأمة محل المشرع . والسيد المطلق - حكومة ليست من تعاليم الاسلام . فالخليفة وهو على رأس الحكومة الاسلامية لا يملك من سلطة التشريع شيئا . ولا يشترك فيها باعتبار أنه خليفة . بل بوصف أنه مجتهد . إذا كان مجتهدا - شأنه في ذلك شأن سائر المجتهدين . جعل سبحانه وتعالى الأمة الاسلامية صاحبة السلطان في شئونها مادامت تستعمل ذلك السلطان في حدود الكتاب والسنة . ولما كان غير متيسر أن يشترك كل فرد من أفراد الأمة في ذلك السلطان . كان لابد من أن يكون للأمة ممثلون يتوفرون على ما يجب من كفاءة خاصة وهم المجتهدون يستعملون ذلك السلطان باسمها لا باعتبار أنهم سادة عليها . بل وكلاء عنها . فالأمة هي صاحبة السلطان . وهي خليفة الله في أرضه . وتستعمل سلطاتها بواسطة وكلاء عنها . فإذا أردنا أن نبحث عن السلطة التشريعية في الدولة الاسلامية وجدناها بعد الله سبحانه وتعالى في الأمة نفسها . لا في فرد من الأفراد . ولا في طبقة من الطبقات

هل يمكن أن نبني على اصل الاجماع في الاسلام مشروعية المجلس النيابية الحديثة . هذا بحث آخر نرجو أن نوفق إلى بحثه في مقال آخر

٢ - السلطة التنفيذية

أما السلطة التنفيذية في الاسلام فهي حكومة الخلافة . والخلافة حكومة خاصة تمتاز عن سائر الحكومات بالمزايا الآتية

(أولاً) إن الخليفة ليس حاكماً مدنياً فحسب، بل هو أيضاً الرئيس الدينى للمسلمين، ولا يتوهم أن للخليفة سلطة روحية شبيهة بما تنسبه النصارى للبابا فى روما، فالخليفة لا يملك شيئاً من دون الله، ولا يحرم من الجنة، وليس له شفاعة يستغفر بها للمذنبين. هو عبد من عباد الله لا يملك لنفسه ضراً ولا نفعاً، ولى أمور المسلمين فى حدود معينة. ومعنى أنه الرئيس الدينى للمسلمين أن هناك مشاعر عامة يقوم بها المسلمون جماعة، كصلاة الجماعة، والحج، وهذه لا تتم إلا بإمام هو الخليفة. لذلك نطلق كلمة الامام خاصة على الخليفة، إذا ولى اختصاصاته الدينية، ونطلق عليه لقب أمير المؤمنين إذا ولى اختصاصاته المدنية.

(ثانياً) إن الخليفة فى استعمال سلطته التنفيذية يجب عليه أن يطبق احكام الشريعة الغراء، وليس معنى هذا أنه ملزم بالسير على مذهب خاص من المذاهب المعروفة، فله بل عليه - وهو مجتهد - أن يراعى ظروف الزمان والمكان، وأن يطلب من المجتهدين أن تجتمع كلمتهم على ما فيه المصلحة لهذه الأمة. ولو خالف ذلك كل المذاهب المدونة فى الكتب، ومعلوم أن إجماع المجتهدين مصدر من مصادر التشريع.

(ثالثاً) أن سلطان الخليفة يجب أن ينبسط على جميع العالم الاسلامى، فوحدة الاسلام حجر أساسى فى الدولة الاسلامية، ووحدة الاسلام تستتبع وحدة الخليفة. يجب أن يكون على رأس الاسلام خليفة واحد، وهذه هى الخلافة الكاملة. ولكن الظروف قد تلجئ المسلمين - وقد تمرقت وحدتهم - أن ينقسموا امعاً، لكل أمة حكومتها، فيجوز تعدد الخليفة للضرورة، ولكن الخلافة هنا تكون خلافة غير كاملة. على أن الخلافة الكاملة يمكن تحقيقها إذا اجتمعت كلمة المسلمين، لا على أن تكون لهم حكومة مركزية واحدة، فذلك قد يصبح مستحيلاً، بل يكفى - على ما أرى - أن تتقارب حكومات الاسلام المختلفة وأن تتفاهم، بحيث يتكون منها هيئة واحدة شبيهة (بعصبة أمم إسلامية) تكون على رأس الحكومات، وتكون هى هيئة الخلافة، ولاسيما إذا ألحق بهذه الهيئة مجلس مستقل عنها، يكون قاصراً على النظر فى الشؤون الدينية للمسلمين.

٣- السلطة القضائية :

أما السلطة القضائية فى الاسلام فهى ليست مستقلة عن السلطة التنفيذية، إذ أن الخليفة يجمع بين السلطتين، وهو الذى يولى القضاة

ويعزلهم ، ويجوز أن يلى القضاء بنفسه ، وكان النبی ﷺ ومن بعده من الخلفاء الاربعة يقضون بين الناس ، فلما اتسعت شئون الملك وكثر عمال الخليفة ، صار الخلفاء يولون القضاة فى الأمصار والأقاليم ، وصار القضاء يستقل شيئاً فشيئاً ، حتى كسب له وجوداً متميزاً عن دائرة عمال السلطة التنفيذية . (١)

ثالثاً : ملخص تاريخ هذه السلطات الثلاثة بمصر :

١ - اندمجت بلادنا المصرية فى الدولة الاسلامية بالفتح العربى ، وصارت مصر قطراً إسلامياً حتى يومنا هذا ، وحلت الشريعة الاسلامية محل الشريعة الرومانية ، وكان من شأن ذلك أن كثر الفقهاء والمجتهدون فى مصر ، ومن اعلامهم الامام الشافعى رضى الله عنه صاحب المذهب المعروف ، قرب مذهبه بين المذهبين الكبيرين اللذين سبقاه : مذهب الامام الأعظم أبى حنيفة النعمان ، وهو مذهب أهل الراى ، ومذهب الامام مالك رضى الله عنه ، وهو مذهب أهل الحديث . وما زال المجتهدون يتوالون على مصر ، حتى انشئ الجامع الأزهر ، فى عهد الدولة الفاطمية ، فضمن للعلوم الاسلامية مركزاً ثابتاً دائماً ، وجعل لمصر مكانة ممتازة بين الاقطار العربية . ولا شك فى أن المصريين وضعوا حجراً كبيراً فى بناء الشريعة الاسلامية ، وساعدوا كثيراً على إعلانها ، على أن ما ينتظر منهم فى المستقبل ، أكبر خطراً مما فعلوه فى الماضى ، فهم أكبر أمة إسلامية تحمل فى عنقها أمانة النهضة بهذه الشريعة الغراء ، فتتخطى بها أعناق القرون ، حتى يتسلمها الجيل المقبل مجددة حية فيها قوة تعيت جراثيم الجمود وتعيد اليها الجدة والشباب .

٢ - وكان من شأن السلطة التنفيذية فى مصر أن تبعت دهرها طويلاً حكومة الخلافة فى المدينة وفى دمشق وفى بغداد ، حتى استقل بمصر ولاية معروفون فى التاريخ ، ونشأت فيها دول للخلافة ، ثم رجعت تابعة بعد أن كانت متبوعة ، وانتهى بها الأمر أن كانت فتحاً للعثمانيين من الاتراك حكموها حتى جاء محمد على الكبير ، فأخذ مقاليد الأمور ، وأسس الدولة المصرية ، التى نعيش فى ظلالها اليوم .

(١) المجلة ، نظرية الفصل بين السلطتين التنفيذية والقضائية لايزال فيها الخلاف إلى الآن . فبعضهم يرى الفصل بينهما وبعضهم لايراه ، وحجته أن القضاة تعيينهم السلطة التنفيذية ، وأن تطبيق القانون لايفرجح عن كونه تنفيذاً له . ولكل رأى أنصاره

٣ - أما القضاء فى مصر فكان يليه قضاة ترسلهم حكومة الخلافة . وكلما استقلت مصر بشئونها استقلت بقضائها . حتى جاء محمد على باشا . فأنشأ مجالس شرعية للمسائل الشرعية ، ومجالس أقليم للشئون الادارية والمالية ، وجعل على رأس هذه المجالس مجلس الاحكام ومقره العاصمة .

ولما ولى سعيد باشا أنشأ مجالس محلية للقضاء نظمت فى عهد اسماعيل باشا ، على أن الاضطرابات والفوضى كانت من مميزات القضاء فى مصر . وزاد الأمر تعقيدا وجود الامتيازات الأجنبية . فسعى نوبار باشا سعيه المعروف حتى أنشئت المحاكم المختلطة ، فى دائرة اختصاص معين . فلما استقام شأن القضاء فى هذه الدائرة ، كان مشجعا للحكومة المصرية على انشاء المحاكم الاهلية .

أما القضاء الشرعى فقد كان على رأسه قاضى مصر ، يعينه السلطان العثمانى (حتى سنة ١٩١٤ لما انقطعت التبعية بين مصر وتركيا) وقد سعى سعيد باشا لدى الباب العالى حتى جعل تعيين باقى القضاة من حقوق الحكومة المصرية . ولكن من جهة أخرى أصبح القضاء الشرعى بعد أن كان شاملا لاختصاص عام قاصرا على الأحوال الشخصية للمسلمين ، بعد أن انتقصه القضاء المختلط . والقضاء الأهلى من أطرافه . . . ولعل تضيق دائرة القضاء الشرعى جعلت من السهل نوعا بذل العناية فى إصلاحه فصدرت عدة لوائح لترتيب المحاكم الشرعية . وأهمها لائحة سنة ١٨٨٠ ولائحة ١٨٩٧ ولائحة ١٩٠٩ وسنة ١٩١٠ وكل لائحة تتلو سابقتها تعدل وتنقح فيما يستحق التعديل والتنقيح . وقد امتزجت فى هذه اللوائح الشريعة الاسلامية بالقانون الحديث امتزاجا دلت التجربة على أنه كان موفقا ، وهو يثبت من ناحية أخرى . أن الشريعة الاسلامية إذا صادفت من يعنى بأمرها ، تستطيع أن تجارى القانون الحديث دون تقصير . بل وتفوق عليه فى بعض المسائل .

تطور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية (٥)

لحاضرة الأستاذ المحقق الدكتور عبد الرزاق بك السنهورى

مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق بالجامعة المصرية

الان نكتفى بالقاء نظرة عامة على تطور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من سنة ١٨٨٠ الى سنة ١٨٩٧ إلى سنة ١٩٠٩ إلى سنة ١٩١٠ .

١ - لائحة سنة ١٨٨٠ :

مما يستحق الذكر ان لائحة سنة ١٨٨٠ صدرت قبل انشاء المحاكم الأهلية ولذلك جاء فى مادة ٥٣ من هذه اللائحة : أن المحاكم الشرعية تختص بالنظر والحكم فى المواد الشرعية كافة بما فى ذلك المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية وما يتفرع عن كل ذلك ويلحق به ، وكذلك مواد القتل . إنما تكون رؤية مواد القتل المذكور بمحكمتى مصر والاسكندرية ومحاكم لمديريات والمحافظات بعد الاحالة عليها من المجالس النظامية ، وكذلك تختص المحاكم الشرعية بكتابة السندات الشرعية بجميع ما يصدر بها من العقود والاشهادات ونحوها .

يفهم من هذا أن المحاكم الشرعية حسب لائحة سنة ١٨٨٠ كان لها اختصاص عام فى المواد المدنية وليس اختصاصاً قاصراً على الاحوال الشخصية وهناك نظرية تقول ان هذا الاختصاص العام باق لها لم ينزع منها وان المحاكم الأهلية ماهى إلا محاكم استثنائية نزعت من اختصاص للمحاكم الشرعية مواد معينة بمقتضى لائحة سنة ١٨٨٣ فكل مالم يعط للمحاكم الأهلية بنص يبقى فى اختصاص المحاكم الشرعية ولو لم يكن فى دائرة الاحوال الشخصية ولا اعلم ان محكمة شرعية اخذت بهذه النظرية وإن كانت من حيث التدليل النظرى قابله للفهم ويلاحظ ايضاً أن المحاكم الشرعية حسب لائحة سنة ١٨٨٠ كان لها إختصاص جنائى محصور فى

(٥) نقلاً عن مجلة المحاماة الشرعية - السنة الأولى - العدد الثانى - جمادى الثانى سنة ١٣٤٨ هـ الموافق نوفمبر ١٩٢٩ م فى الصفحات ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ .

مواد القصاص ولا يزال حتى الآن اثر هذا الاختصاص ماثلاً في وجوب اخذ رأى المفتى قبل الحكم بالاعدام على أن اخذ رايه لمجرد الشكل لا تأثير له وكذلك تختص المحاكم الشرعية بكتابة السندات الشرعية بجميع ما يصدر بها العقود والاشهادات ونحوها وقد جاء فى المادة (٥٥) أنه فى حقوق جميع المحاكم الشرعية كتابة حجج العقارات بما فى ذلك مرز الاطيان العشورية والخراجية سواء كانت بدائرة ولايتها أم لا بما يحصل فيها من انتقال الملكية بجميع اسبابه أو من الرهن ونحوها أو من الوقف أو الوصية وكامل العقود التى تحصل بشأنها وقد كان أيضاً من اختصاص المحاكم الشرعية مادة (٥٧) نصب الأوصياء والقوام وعزل من يستحق العزل منهم بموجبات الشرعية وثبوت رشد من يدعيه يكون كل ذلك باطلاع ومخابرة المجلس الحسبى أما من حيث المذهب الذى كانت تطبقه هذه المحاكم فقد نصت مادة (١٠) أنه يجب أن تكون الأحكام مبنية على أرجح الأقوال فى مذهب الإمام الأعظم (أبى حنيفة النعمان (رض) ولا يعدل عنه إلى غيره ولكن نظراً لدفع الفساد وكثرة الجراءة على ازهاق الأرواح المعصومة تحاكم القضاة المأمورون بالقضاء على مواد القتل بمذهب الإمامين الجليلين صاحبى الإمام الأعظم والأئمة الثلاثة فى مسائل القتل العمد بحسب المنشورات السابقة

٢- لائحة سنة ١٨٩٧

صدرت هذه اللائحة بعد انشاء المحاكم الاهلية بمدة غير قصيرة ويلاحظ فيها أن روح القانون الحديث قد سرى إليها أكثر من سابقتها بطريق العدوى من المحاكم الأهلية . وأول ما نلاحظه على لائحة سنة ١٨٩٧ عدم وجود مادة فيها تشبه المادة (٥٣) من لائحة سنة ١٨٨٠ التى كانت تنص على أن اختصاص المحاكم الشرعية عام فى المسائل المدنية ومن يريد أن يعرف اختصاص المحاكم الشرعية فى ذلك الوقت يجب أن يحال على لائحة ترتيب المحاكم الأهلية فيجد فى المادة (١٦) منها ما يأتى (ليس للمحاكم المذكورة - أى المحاكم الأهلية - أن تنظر فى المنازعات المتعلقة بالدين العمومى أو بأساس ربط الأموال الاميرية ولا فى المسائل المتعلقة بأصل الاوقاف ولا فى مسائل الانكحة وما يتعلق بها

من قضايا المهر والنفقة وغيرها ولا فى مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية).

والذى يهمننا من هذه المادة أن الأحوال الشخصية خارجة من اختصاص المحاكم الأهلية، وهى التى بقيت فى اختصاص المحاكم الشرعية ويؤكد ذلك أن المواد من ١٦ - ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٨٩٧ تكفلت ببيان الاختصاص النوعى لكل محكمة من المحاكم الشرعية فأختصت محاكم المراكز بالمواد المتعلقة بالنكاح، والمهر، والجهاز، والحضانة وانتقال الأم بالصغير من بلد إلى بلد والصلح بين الزوجين، وحفظ الولد عند محرمة، والطلاق والخلع، والمباراة، والفرقة بين الزوجين بأسبابها الشرعية، حسب المقرر فى المذهب وتقدير النفقات، بما فيها من نفقة الأقارب، والتوكيل بين الزوجين، وثبوت النسب ونحو ذلك مما يتعلق بأمور الزوجية على أن المادة (١٨) تعطى المجالس الشرعية اختصاصاً فيه شيء من الابهام إذ تنص على أن المجالس الشرعية تنظر فيما يرفع إليها من المواد الشرعية، ما عدا المذكورة فى المادة التى سبق نكرها، فالرجوع إلى ما عدا ما نكر بالمادة السابقة من المواد الشرعية يذكرنا بالمادة (٥٣) من لائحة سنة ١٨٨٠ التى تنص على اختصاص المحاكم الشرعية يكون فى كافة المواد الشرعية، على أنه يجب أن يفهم أن المراد بالمواد الشرعية فى لائحة سنة ١٨٩٧ الأحوال الشخصية بكون غيرها، إذ لم يرد اختصاص محاكم المراكز وهى محاكم أول درجة وقد فصلته المادة (١٦) على النحو الذى تقدم غير مسائل داخلية فى الأحوال الشخصية ولأن المواد القانونية التى ليست من الأحوال الشخصية داخله بنص صريح فى اختصاص المحاكم الأهلية أو فى اختصاص المحاكم المختلطة هذا وقد قسمت لائحة سنة ١٨٩٧ المحاكم الشرعية إلى محاكم المراكز وإلى محاكم المديرية والمحافظات وإلى محكمة عليا بمصر. فمحكمة المركز يكون لها قاض واحد ومحكمة المديرية أو المحافظة تتألف من قاض وعضوين أحدهما مفتى الجهة وتصدر الأحكام فيها من الثلاثة ويكون القاضى بصفة رئيس ويستثنى من ذلك محكمة مصر إذ تتألف من قاضى مصر وخمسة أعضاء وتصدر الأحكام من ثلاثة منهم أحدهم القاضى بصفة كونه رئيساً أو من

يتّوبه عنه أما المحكمة العليا بمصر فتؤلف من خمسة وهم قاضى مصر بصفة كونه رئيساً ومفتى الديار المصرية ومفتى نظارة الحقانية وعضوان يعينان بأمر من الخديوي بناء على طلب ناظر الحقانية وتصدر الأحكام من الخمسة واستمر العمل باللائحة سنة ١٨٩٧ أكثر من عشر سنوات حتى صدرت اللائحة :

٣- لائحة سنة ١٩٠٩ و ١٩١٠ :

صدرت لائحة سنة ١٩٠٩ و ١٩١٠ بقانونين الأول فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ (قانون رقم ٢٥ سنة ١٩٠٩) وهو الشطر الخاص بترتيب المحاكم واختصاصها والثانى فى ٣ يوليو سنة ١٩١٠ (قانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠) وهو الشطر الخاص بالأجراءات وقد صدر بعد ذلك عدة قوانين عدلت من هذه اللائحة واللائحة تنقسم إلى ستة كتب تليها أحكام عمومية أفرد الكتاب الأول لترتيب المحاكم الشرعية وتشكيلها وتحديد دوائر اختصاص كل محكمة والكتاب الثانى والباب الرابع من الكتاب الثالث لبيان اختصاص هذه المحاكم وبقية الكتاب الثالث لكيفية انتخاب القضاة الشرعيين وتعيينهم وندبهم وتأديبهم والكتاب الرابع للكلام على الاعلانات وقيد الدعاوى وتقديم المستندات والمرافعات والأدلة والأحكام وطرق الطعن فيها والكتاب الخامس للكلام على تنفيذ الأحكام والكتاب السادس لتحقيق الوفاة والوراثة والاشهادات والتسجيل وتتناول الأحكام العمومية سقوط الدعوى بمضى المدة والكلام على الافتاء ، ومسائل نظامية .

تقرير عن المؤتمر الدولي للقانون المقارن بلاهاي في اجتماعه الأول سنة ١٩٣٢

وضعه باللغة الفرنسية

الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري^(١)

وترجمة الى اللغة العربية .

الأستاذ عبده حسن الزيات

في مطلع شهر أغسطس الماضي ، شهد عالم القانون مؤتمرا دوليا عظيما للقانون المقارن ينعقد بلاهاي في رواء وروعة جديرين بمحفل اجتمع فيه خمسون وثلاثمائة مندوبا يمثلون خمسا وخمسين امة ويساهمون في هذه المظاهر العلمية الهاتفة بالتعاون القانوني الدولي .

لقد كان علينا - قبل ان نشهد هذا المؤتمر - ان نتربص اكثر من ثلاثين عاما بعد انعقاد المؤتمر الأول للقانون المقارن في باريس عام ١٩٠٠ .

حينذاك لم يكن ثمة اتفاق حول موضوع أو غرض هذا العلم القانوني الناشئ بل ان فكرة القانون المقارن نفسها والدور المهيأ له واسلوبه وميدان بحثه ، كل أولئك لم تظفر آنذاك الا بضئيل من التحديد . كان الفضل في تحقيقه للعالم الكبير المأسوف عليه رايمون سالي ثم لأستاذنا العظيم ادوار لامبير الذي عارض النظرية التي تقدم بها سالي الى المؤتمر عن « القانون العام للانسانية المتحضرة » بنظريته التي تقدم بها عن « القانون التشريعي العام » ، تلك الفكرة التي عاد اليها فنعاها وضمنها كتابه العظيم المسمى « مهمة القانون المدني المقارن » . ولقد كان (لامبير) واحدا من القلائل الذين قيض لهم ان يشهدوا المؤتمرين اللذين فصلتهما أعوام ثلاثون ، فطبعهما كلاهما بطابعه القوي العبقري وكان الأب الروحي الذي

(١) المغرب هنا ليس الا جزءا من التقرير الذي نشر بأكمله في مجلة القانون

والاقتصاد ص ٢ ص ٢٨٩ وما بعدها .

عمد هذا العلم الجديد فى يوم مولده . ثم شهد اليوم يبلغ المرحلة الأولى من نضوجه العلمى .

لقد كسب القانون المقارن ، منذ مؤتمر ١٩٠٠ ، فى ميدان التجديد : فالابحاث الشاملة أو التى عرضت لموضوعات خاصة منه قد كثرت ، وميدانها قد امتد بفعل تيارات فكرية ثلاثة كما لاحظ ذلك الأستاذ لامبير فى تقرير ستسنع له فرصة الرجوع اليه . هذه التيارات الثلاثة هى : صحوة الروح الدولية والأخذ بالعامل الاجتماعى فى القانون وخلق كتلة تعاونية قانونية ذات مسحة دولية واضحة الظهور .

لهذا كان الوقت ملائما لانعقاد مؤتمر قانون مقارن يقيس الثقة التى عبرت من الطريق ويمهد للعمل الجمعى الذى يأخذ فيه قانونيو (فقهاء) البلاد المختلفة فى جو جديد تسوده العقلية الدولية كما خرجت من الحرب . ولقد قدر للمجمع الدولى للقانون المقارن ، الذى أسس فى جنيف عام ١٩٢٤ ثم انتقل الى لاهائى ، أن يضطلع بمهمة الدعوة الى هذا المؤتمر العالمى . فاعد مسيو (بالوخ) سكرتيره العام مشروع دعوة الى مؤتمر يعقد بلاهائى وكان هذا المشروع موضوع مذكرات المجمع فى منعقد عام ١٩٢٩ . ووجه الأستاذ لامبير ندائه الى العالم القانونى فى صورة تقرير قدم فى جلسة افتتاح المجمع لذلك العام هذا التقرير الذى اشرنا اليه والذى كان توزيع صورته دعاية كبرى للمؤتمر فقد أرسله المجمع الى جميع الهيئات العلمية التى يعينها الأمر وكان بين هذه الهيئات كلية الحقوق بالجامعة المصرية وشفع المجمع الصور المرسله بأسئلة وجهها الى تلك الهيئات طالبا أن تنهى اليه رأيها : اترى من المستطاع تحقيق فكرة عقد المؤتمر ؟ فان رأت ذلك ففى أى زمان وفى أى مكان ؟ وعلى ضوء الاجابات التى تلقاها المجمع استطاع أن يقرر - فى ثقة من الأمر - امكان عقد المؤتمر فى لاهائى عام ١٩٣٢ واكلا الى مكتبه العناية بتحقيق ذلك الانعقاد فاتجه الى تنظيم اجتماعه على اساس واسع يكفى لتقدير مداه أن نشير الى ما تضمنه تقرير الأستاذ لامبير فى هذا الصدد .

لقد كان من الواجب - لكى يستطيع مؤتمر للقانون المقارن أن ينهض بالعمل - أن تتوفر فيه صفة الدولية إلى أن يجذب الى مندائه مؤتمرين من

من الأمريكيين وأسيويين إلى جانب المؤتمرين الأوروبيين وأن يتعاون في
ساحته رجال القانون في الدول التي شطرتها عداوة الأمم تعاوناً تسوده
روح التوازن والمساواة وأن يلج على جمعيات الحرف وهيئات العلماء
والكثلة الإدارية أو التعاونية التي أثبتت اهتماماً بأمر القانون المقارن في
أن تزجى إلى المؤتمر مندوبين أو ملاحظين .

ولقد نفذ هذا البرنامج بدقة وتخرج بفضل نشاط السكرتير العام
للمجمع الأستاذ اليمير بالوخ الذي أخذ منذ عام ١٩٣٠ يهيئ الأمر في
بلاد كثيرة بين الجماعات القوية المختلفة فتسنى له أن يجمع تقارير واردة
من بلاد متنوعة أعد على هداها نظام بحث الموضوعات التي اشتملها
جدول أعمال المؤتمر بعد أن دبر اجتماعاً من بعض رجال القانون
اضطلعوا بتوزيع العمل بين الأقسام المختلفة واعداد جدول أعمال كل منها
وقد حرص المجمع الدولي للقانون المقارن على أن يسجل عرفانه بجميله
فاتخذ له سكرتيراً دائماً .

وأن من المناسب أن نتحدث بعض الحديث عن الغايات التي أدركها
المؤتمر ولن أتحدث عن الغاية المعنوية ذلك أنها أعظم من أن يسع الكلام
فيها هذا التقرير الوجيز وإنما أخص بالحديث النتائج المادية التي
تسنى بلوغها :

فإلى جانب القرارات المتعددة التي اتخذتها لجان المؤتمر المختلفة
خاصة بالمسائل التي عرضت عليها ، تلك القرارات التي ستجمع في قائمة
خاصة - إلى جانب تلك القرارات أبدى المؤتمر - بناء على ما ارتآه
السكرتير العام للمجمع في الجلسة الافتتاحية - رغبته في أن تنشأ مجلة
القانون المقارن تكون لساناً رسمياً للمجمع ، كما تمنى المؤتمر أيضاً
« تدريس القانون المقارن في جميع كليات الحقوق بجامعة الأمم
المتنوعة » .

على أن لزاماً على أن الفرد يذكر خلاص قرارات من قرارات المؤتمر
لأنهما يسجلان وقتاً معيناً في تاريخ السير المطرد للقانون المقارن .

فأما الأول فقد قرر المؤتمر أن يصبح مؤتمرهم نظاماً دائماً يدعى
إلى الانعقاد بصورة دورية مرة كل ثلاثة أو خمسة أعوام عن طريق المجمع

الدولى للقانون المقارن . وقد وضع لذلك لائحة قصد بها تعيين النقط الرئيسية فى تنظيم هذه المؤتمرات الدولية المستقبلية وهى تقضى بأن مكتب المجمع يتولى ، كل عامين ، دعوة خبراء مختارين من البلاد المختلفة ليقدموا الاقتراحات الخاصة بتنظيم المؤتمر القادم ، وأن يؤلف مكتب المؤتمر من أعضاء مكتب المجمع نفسه مشتركاً معهم نخبة من أقطاب الفقه والقضاء فى البلاد المختلفة مع مراعاة تحقيق تمثيل جميع العقلنيات القانونية الهامة . وتقضى اللائحة أيضاً بأن يضم مكتب المجمع المؤتمر شعباً تضمن بحث المسائل المختلفة وأن تكون لغاته الرسمية : الألمانية والانكليزية والاسبانية والفرنسية والاطالية وأن ينظر مكتب المجمع فى قبول الترشيحات لعضوية المؤتمر بعد فع المبالغ التى حددها ، وأن تنشر التقارير التى توضع خاصة بأعمال المؤتمر فى مجموعاته .

وهكذا قدر أن تتحقق الرغبة التى سجلها لامبير فى تقريره المنوه عنه حين قال فيه : « أن ما أرقبه من أول مؤتمر دولى للقانون المقارن ينعقد بعد الحرب ، هو أن يخرج الى الوجود نسلاً مستطيلاً متتابعاً من المؤتمرات الدولية التى تضم من أصحاب القانون أفراداً يملكهم الشعور بتداخل وتعاون القانون بوصفه علماً اجتماعياً مع القانون بوصفه علماً دولياً » .

لقد ظفرنا بهذه النتيجة المحققة ، وهى خلق هذه الجرثومة من جراثيم التنظيم الدولى لنصر القانون ، ذلك التنظيم الذى سيوفره انشاء سلسلة زمنية منتظمة من المؤتمرات الدولية لرجال القانون .

اما الأمر الثانى الذى أحب أن أخصه بالذكر فذلك أن المؤتمر أعلن رغبته فى أن تنشأ فى أحضان المجمع الدولى للقانون المقارن كلية حقوق دولية ، وتلك رغبة قد أهمت الأستاذ لامبير وحذب عليها حذباً كبيراً حتى لقد سجلها فى مختتم بحث نشره من « أعمال المجمع » عام ١٩٢٢ فى موضوع : القانون المشترك لعصبة الأمم ، هيئاتها الحاضرة ، وهيئاتها المستقبلية والحاجة الى انشاء كلية حقوق دولية . ولقد عرض صاحب الاقتراح ، مسيو بالوخ ، فى جلسة افتتاح المؤتمر الرسمية ، بياناً موجزاً لما وراء تحقيق اقتراحه من فوائد ولقد أشار فى بيان أهميته الى أن انشاء كلية دولية للقانون من شأنه أن ييسر للمشرعين المحليين من البلاد

المختلفة الافادة مما تم فى بلاد غير بلادهم من عمل تشريعى ، وليس الا هذه الكلية يستطيع تدريس النظم التشريعية المتنوعة بغير اغارة على نشاط اى من الهيئات القائمة ثم انها لتنهض بتزوير الوظائف الدولية التى تتزايد اهميتها شيئا فشيئا بمن يشغلونها كالمشرعين والأساتذة والقضاة والمحامين الدوليين ورجال السلك السياسى ومديرى المنشآت الدولية ولقد نوه مسيو لامبير ، كرئيس للشعبة العامة فى المؤتمر ، بأهمية هذا المشروع مقترحا اتخاذ لاهى مقرا لها ولقد جاء بين كلامه فى هذا الشأن :

« ان القانون المقارن او مقارنة الفقه ليست فرعاً خاصاً من القانون وإنما هى الشكل الذى يتشكل به القانون عندما يراد منه مواجهة جمعية الشعوب التى قد أصبح ملاكها الاقتصادى دولياً المواءمة بالفعل والتى فطنت الى ضرورة المواءمة بين نظمها القانونية وقوامها الاقتصادى وتدويل الأقسام التجارية من قانونها . ان القانون المقارن هو التركة التى تلقيناها عن القانون الرومانى كما كان فى القرون الوسطى وأن هذا القانون المقارن ليرجى أن تقيم من جديد عناصر التعاون والتفاهم بين العلوم القانونية القومية ، تلك العناصر التى طوعت للحاشين أن يستخلصوا من « عادات » القرون الوسطى أساساً لقانون تشترك فيه الدول المسيحية فى الغرب » .

ولقد اقترح مسيو بالوخ الابتداء بتعيين خمسة أو ستة من الأساتذة الدائمين يقومون بتدريس المواد الآتية :

تاريخ علم القانون والتاريخ المقارن للقوانين ، القانون الدولى العام مع التعمق على أساس المقارنة ، القانون الدولى الخاص مع التعمق على أساس المقارنة ، القانون المدنى المقارن والمرافعات الحديثة المقارنة ، القانون التجارى المقارن والمرافعات التجارية المقارنة ، قانون العقوبات المقارنة والمرافعات الجزائية المقارنة ، القانون العام المقارن بفرعيه الدستورى والإدارى . على أن توجد الى جانب هذه الدروس العامة محاضرات ودروس خاصة يلقيها اخصائيون ينتمون الى البلاد المختلفة . هذا هو المشروع الذى عرض على المؤتمر فأقر قواعده الهامة فى جلسة الافتتاح .

وهنا نظفر بنتيجة محتملة لا محققة كالنتيجة السابقة هي إيجاد مقر لدراسات سنوية في لاهى تتناول القانون المقارن وعلم الاجتماع وفي استطاعها أن تلعب دور كلية حقوق دولية كما تنبئ الآراء التى تبادلتها شخصيات ذات اختصاص على أثر توجه المؤتمر بتلك الرغبة .

بقى على أن أشير الى ما لانشاء بيئة لدراسة القانون المقارن والشريعة الاسلامية من أهمية بالقياس الى كلية الحقوق المصرية . وأن المكانة التى استردها المندوبون المصريون فى المؤتمر وكسبوها للشريعة الاسلامية لتبرر كل التبرير التفاؤل الذى يصحب التفكير فى تحقيق مثل هذا المشروع بأحد أمرين :

(١) انشاء دبلوم للدارسات العليا من قسم الدكتوراه بكلية الحقوق بالجامعة المصرية يدرس طلبته مع الشريعة الاسلامية والقانون المقارن مواد أخرى مثل تاريخ القانون والقانونالرومانى ويكون هذا الدبلوم الجديد مكملًا لمجموعة الدبلومات العليا التى يتكون منها قسم دكتوراه احتذى فى وضعه مثال الجامعات الفرنسية .

(٢) أو انشاء معهد مستقل خاص للشريعة الاسلامية والقانون المقارن وفق النظام الذى اقره مجلس كلية الحقوق للمعاهد المتنوعة التى انشئت فى احضان الكلية .

لقد حان الوقت واعطانا مؤتمر لاهى اشارة الابتداء . لقد أن الاوان لدراسة القانون بنفحات التجديد . وأن علينا أن نرد الى الشريعة الاسلامية - بدراسة تاريخية ومقارنة عميقة جادة - صفة التواءم مع حاجات النظام الاجتماعى القائم وأن نقطة الابتداء من هذا العمل يجب أن تكون - كما سبق أن قلته فى كتابى عن « الخلافة » - الفصل بين الجزء الدينى والجزء الزمنى فى الشريعة الاسلامية ذلك أن الجزء الدينى يجب أن يفلت من دائرة دراساتنا ليبقى حكرا لرجال الدين من المسلمين .

ولأن علينا أن نعى فى دراستنا بجعل الشريعة الإسلامية ممكنة التطبيق على السواء بالقياس للمسلمين وغير المسلمين ، كان واجباً أن نميز ، فى نظام القسم الزمنى من الشريعة نفسه ، القواعد ذات الصبغة الدينية من القواعد ذات الصبغة القانونية البحتة .

اننى لا اعنى بالاسلام - فى ميدان الدراسة القانونية - مجموعة من القواعد الدينية وإنما نظاما للحضارة يعتمد على اساس من التنظيم القانونى . هذا هو الاسلام الثقافة لا الاسلام العبادة وانى لزعيم بأن المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين ليجتمعون على اقرار ضرورة النهوض بحركة ترمى الى التمكين لهذا النظام القانونى العتيد من الانطباق فى العصر الحاضر وهو ذلك النظام الذى اشترك فى بنائه من رجال القانون الاسلامى من لا يقاربهم فى عظمتهم غير فقهاء الرومان .

ان على كليتنا ان تخطو الخطوة الأولى فى سبيل هذا الاصلاح بل فى سبيل هذا الرنيسانس ، مهما تتكلف فى هذا السبيل . ان كلمة الرنيسانس قد تكون كلمة طموحة ولكنها يبررها ما فى هذا العمل من عظيم الخطر .

ان علينا ان نعيد الى مصطلح الحضارة الاسلامية المرونة التى فقدتها وإلا نعتبرها مجرد مجموعة من القواعد الدينية بل صورة بديعة من صور المدنية يقدمها التاريخ الينا - على حد قول لامبير - « كنثرة للنشاط المشترك الذى ساهمت فيه جميع الوحدات الدينية التى تعيش منذ قرون بعيدة وتعمل جنبا الى جنب فى ظل راية الاسلام » .

فقرات مقتبسة

من تقرير الأستاذ أدوار لامبير

عن أعمال

المؤتمر الدولي للقانون المقارن^(١)

... ان النظرية الاسلامية عن الضرورة تبدو كأنها التعبير الأقوى والأشمل عن فكرة تضطرب جرثومتها فيما يعرف من القانون الدولي العام باسم الشرط الفاسخ الضمني Rebus Sic Stantibus ، وفي نظرية عدم التوقع التي أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي . والمرونة التي اصطنعها القضاء الانجليزي متأثرا بفكرة استحالة تنفيذ الالتزامات بسبب النتائج الاقتصادية للحرب العظمى ، وفي القضاء الدستوري الأمريكي المتعلق به .

ولقد تقدم الأستاذ السنهوري بسند جديد للدعوى المعروضة على البحث عندما أشار الى الكتاب الذي أخرجه حوالى عام ١٩١٣ أحد أبناء وطنه - محمود فتحى - الذى اغتاله الموت قبل الأوان عن « نظرية اساءة استعمال الحق فى الشريعة الاسلامية » فى حين كانت النظرية الفرنسية عن اساءة استعمال الحقوق فى أوج قوتها بفضل مؤلفات الأستاذ جوسران . ولقد تتبع فتحى النشاط الاسلامى خلال ستة قرون واراننا تلك النظرية تنتهى من مرحلتها الأخيرة الى إقرار أربعة ميادين واضحة الحدود لاساءة استعمال الحق أكثرها ذات طبيعة اقتصادية . بينما لم توفق لنظرية الغربية حتى الآن الا فى تحديد ميدان واحد من تلك الميادين وهو استعمال الحق بقصد الأضرار . ولقد كان لكتاب فتحى تأثيره فى أوربا فقد نفذت نسخ كتابه رغم العدد الكثير الذى طبع منه .

ورد هذا التقرير ضمن تقرير الأستاذ السنهوري الذى عربنا جزء منه ونشرناه

فى نفس العدد .

وإذا كنت استعيد هذه الذكرى التى اثارتهاملاحظات الأستاذ
السنهورى ، فذلك لابرهن لزملائنا المصريين على أنهم هم الذين يقبضون
بأيديهم على الوسائل التى تمكن من سكب النور على الخدمات التى تستطيع
الشريعة الاسلامية ان تزود بها الفقه المقارن . وحسبهم فى سبيل هذا ان
يقيموا فى جامعتهم القومية مركزا للأبحاث العلمية لمقارنة الشرائع .

الامبراطورية العربية التي نبشر بها(*)

« ننشر في هذا الباب رد الزعماء وكبار القادة
والمفكرين في العالم العربي على استغنائنا في
مشروع الامبراطورية العربية »

بيان

الدكتور السنهوري(١)

الرابطة العربية حقيقة واقعة ، ويخطيء من يظن انها حركة
خيالية ، او انها ضرب من « التهويل » يقصد به إلى مجرد الدعاية والتأثير
في سياسة أوربا نحو الشرق . واحسب ان الدول الغربية ، وفي مقدمتها
انجلترا وفرنسا ، تعرف عن الرابطة العربية وعن العناصر التي تتألف منها
هذه الرابطة وعما يقدر لها من نجاح وانتشار ، أكثر مما نعرف نحن في
بلاد الشرق العربي ، ذلك لأن هذه الدول ترسم خططها السياسية على
أساس ان الشرق العربي كل لا يتجزأ وأن مايقع في قطر منه يكون له صداه
في الأقطار الأخرى .

واعتقد ان الوقت قد حان لتحليل هذه الرابطة العربية ، وعدم اطلاق
القول فيها اطلاقاً خالياً من التحديد والدقة .

الرابطة العربية كسائر الروابط تتكون من عناصر متنوعة : عنصر
اللغة ، وعنصر الجنس والدم ، عنصر التاريخ والتقاليد ويعزز ذلك وحدة

(*) نشرت في مجلة الرابطة العربية لصاحبها الأستاذ امين سعيد وكنت تصدر
في القاهرة ، العدد ١٢ السنة الأولى - ١٥ أغسطس سنة ١٩٣٦ م

(١) إتخذ حضرة الدكتور السنهوري ، الرابطة العربية ، وطريقة تحقيقها موضوعاً
لبحثه فكتب فيه الفصل النفيس الذي يطالعه القارئ .

الدين فى الكثرة الغالبة ، وتقاليده التسامح الدينى ، واعتبار الاقلية غير المسلمة اخوانا للمسلمين .

فرابطة تجمع كل هذه العناصر خليقة ان توجد امة واحدة ، لو تأتى لها ان تضم إلى كل ذلك الرابطة السياسية . وقد كان الأمر كذلك زمنا طويلا على ان اقل ما ينتظر من الرابطة العربية ، وفيها كل هذه العناصر ، ان تنظم البلاد العربية فى حلف واحد وان تندمج جميعها فى كتلة واحدة ، على شريطة ان نتعهد هذه الرابطة بالتقوية والتوثيق ، وقد حان الوقت لتنظيم ذلك .

وعندى ان هنالك نواحى ثلاثا يحسن تمييزها بعضها عن البعض الآخر الناحية السياسية والناحية الاقتصادية والناحية الثقافية .

اما الناحية السياسية فالعمل فيها اوضح اثرا ، ولكن يحسن ان يتأخر هذا العمل إلى ما بعد التمهيد له من الناحيتين الاقتصادية والثقافية . والذي يمكن عمله الآن فى هذه الناحية شئ يسير ، كان تتعاقد الدول العربية المستقلة فيما بينها ليتيسر التنقل ما بين البلاد العربية فتمحى جوازات السفر ويكون لابناء الدول العربية حق الإقامة فى أى قطر عربى متمتعين بنفس الحقوق الثابتة لمواطنى هذا القطر ، او تمنح لهم تسهيلات خاصة للتجنس بجنسية أى قطر عربى . وقد قدم العراق خير مثل لذلك . ويجوز أيضا التفكير من الآن فى وضع الاساس لاتحاد جمركى عام لجميع الاقطار العربية . على ان المستقبل كفىل بتحقيق أعمال سياسية اجل من هذه واكبر خطرا . ولنا ان نؤمل - بعد التمهيد الاقتصادى والثقافى - ان ترتبط البلاد العربية كلها بسلسلة من المعاهدات والمحالقات الدفاعية ، وان يكون لها مجلس سياسى دائم ، وهيئات سياسية ثابتة ، على ان ينتظمها جميعها - هى وبلاد الشرق الادنى والاطوسط ، كتركيا وإيران والافغان - عصابة امم شرقية تكون شعبة فى عصابة الامم العالمية بجنيف .

والناحية الاقتصادية تنبغى العناية بها منذ الآن . وسبيلنا إلى ذلك درس الاسواق فى البلاد العربية بلدا بلدا ، والعمل على إنعاش التبادل التجارى فيما بين هذه البلاد وللشركات المصرية وعلى رأسها بنك مصر مجال واسع للعمل ، فرووس الاموال أكثر توافرا فى مصر عن غيرها من البلاد ، والاسواق العربية أكثر استعدادا لاستخدام هذه الاموال ، والفرصة

سانحة لإنشاء المصارف وشركات النقل وتبادل المنتجات الزراعية والصناعية وتدعيم كل ذلك بمعاهدات جمركية. هذه هي الميادين الاقتصادية التي تستغرق نشاط العاملين للرابطة العربية.

بقيت لنا الناحية الثقافية. وهي الناحية التي تمهد للناحيتين الأخريين، وينبغي تعهدها بكل ما يمكن بذله من الجهود بدون هوادة أو استرخاء. وهي ناحية ذات شعب متعددة. فاللغة العربية ونشر آدابها وتاريخها وتوحيد المصطلحات العلمية فيها شعبة جليلة الأثر. والتاريخ العربي ودراسته بذكرياته المجيدة ومواقفه الحافلة شعبة أخرى تثير الحماسة القومية، وتوقظ الروح العربية. والفلسفة والعلوم الإسلامية التي زهت وازدهرت منذ عهود بعيدة في ظل الامبراطورية العربية تصلح مجالاً لنشاط علمي واسع المدى. والتعليم العالي الجامعي في الأقطار العربية المختلفة في حاجة إلى الاتصال بروابط قوية تيسر تبادل الآراء والبعثات العلمية. والمسائل الاقتصادية في كل قطر عربي في حاجة إلى من يتوفر على دراستها دراسة عميقة ثم تعرض جميعها على بساط البحث العام. ويأتي إلى جانب ذلك القانون. وأحب أن أوجه النظر إلى القانون بنوع خاص. فللبلاد العربية جميعها تراث مشترك هو الفقه الإسلامي. وعندى أن الشريعة الإسلامية مصدر خصب يعدنا بكثير من الأحكام القانونية التي تتماشى مع أحدث المبادئ وأرقى النظريات. وقد جربت ذلك بنفسى عند وضع مشروع القانون المدني في العراق. واني أعظم الإيمان بإمكان توحيد قانون الالتزامات والعقود لجميع البلاد العربية على أساس مشترك من الفقه الإسلامي. وقد سبقنا إلى فكرة التوحيد دولتان غربيستان عظيمتان هما فرنسا وإيطاليا، إذ تعاون رجال القانون في البلدين على وضع المشروع الفرنسي الإيطالي المعروف وسأعود إلى هذا الموضوع الجليل في فرصة أخرى.

هذه هي الشعب المختلفة للناحية الثقافية وخير وسيلة للعمل هو تنظيم مؤتمر عربي دائم، ينعقد كل عام في عاصمة من العواصم العربية. وأرى أن نبدا العمل بتشكيل لجنة دائمة لهذا المؤتمر في كل قطر عربي. وتنقسم اللجنة إلى شعب تتنوع بتنوع نواحي النشاط المختلفة التي سبقت الإشارة إليها. ومجموع هذه اللجان بشعبها المتنوعة هي التي يتألف منها

المؤتمر العربى ، ويكون لهذا المؤتمر مكتب دائم يقوم بتحضير أعمال المؤتمر فى كل عام وينظم انعقاده وينشر النتائج التى يصل إليها .

ومن الخير ان يقترن انعقاد هذا المؤتمر بانعقاد مؤتمر آخر للشباب العربى ، فيمثل المؤتمر الأول رزانة العلم ونضوج التفكير ويمثل المؤتمر الآخر حماسة الشباب وعزيمته ويتعرف فيه الشباب العربى بعضه إلى بعض حتى يتحقق من وراء ذلك التضامن والتعاون ، وعلى اكتاف الشباب يقوم كل عمل جليل .

نبي المسلمين والعرب(*)

للدكتور الأستاذ عبد الرزاق احمد السنهوري

عميد كلية الحقوق

للنبي عليه السلام حرمة في نفس كل مسلم ، بل في نفس كل انسان يحترم الانسانية ، ويحترم من يعمل لخيرها . وهذه الحرمة تولد في قلب من يهم بالكتابة عن هذه الصفحة النقية الجليلة من صفحات الانسانية شعوراً تمتزج فيه الهيبة بالحب وبالاجلال .

وقد طلبت مني جمعية الهداية ان اكتب في نبي المسلمين والعرب . فوقفت بين الرهبة والواجب ، ثم اقدمت على كتابة هذه الكلمة مختلساً بعض الوقت وسط ما يشغلني من العمل وقد حددت ، قبل ان ابدا الكتابة ، المعاني التي احببت ان اتقدم بها إلى القراء ، فجوانب الكتابة عن النبي عليه السلام متشعبة متنوعة ، تزدهر بالمعاني ، وتزدهم بالأفكار وهو ، منذ صعد إلى الرفيق الأعلى ، موضوع شهى للاقلام ، ومجال متسع للتحليل والوصف :

أردت ان اضع امام القارئ مسائل ثلاثاً : (اولاً) ان النبي عليه السلام هو نبي المسلمين والعرب ، وقد اخترت هذا المعنى عنواناً للمقال . (وثانياً) ان النبي عليه السلام كان بشراً مثلنا ، بل لعل أروع ما في حياته من جلال وعظمة هي تلك الصفحة التي تريه لنا بشراً ، يخضع لنواميس البشرية ، ويجري على سننها . (وثالثاً) ان هذا الدين الذي اتى به النبي عليه السلام هو دين الارض كما هو دين السماء . بل لعله بالوصف الأول اقرب إلى العقل البشري : وانفذ إلى قلب الانسان .

اما ان النبي عليه السلام هو نبي المسلمين والعرب ، فقد أردت بهذا ان اقول انه لم يبعث إلى العرب وحدهم ، بل بعث إلى البشر كافة . ثم هو

(*) مقال في مجلة الذكرى (التي كانت تصدرها جمعية الهداية العراقية) نشر في عددها الصادر سنة ١٩٣٦ بمناسبة المولد النبوي الشريف .

بعد ذلك عربى من صميم بنى عدنان فالنبي العربى وقف فى حجة الوداع ، منذ ثلاثة عشر قرناً ، يخطب الإنسانية وهى لا تزال واعية لقوله حتى اليوم ولا يزال يرن ذلك الصوت الكريم الذى يقول : « الا لافضل لعربى على عجمى ، ولا لعجمى ، على عربى ، ولا لأسود على احمر ولا لاحمر على اسود ، إلا بتقوى الله . ان اكرمكم عند الله اتقاكم الا هل بلغت ، نعم ، واحسن التبليغ وهو ، إذ ذاك ، يرى بعين الغيب اركان الدولة الرومانية ، واركان الدولة الفارسية ، تنهار وتنقض ، ويعلو فوق هذه الاطلال بناء على شامخ يكاد يسامت السماء ، هو بناء الدولة الاسلامية الجديدة ، دولة لاتعرف الاجناس ولا تعرف الالوان ، فالعجمى والعربى والاحمر والأسود ، عندها سواء . ولكن هذه الدولة وضع اساسها نبي عربى ، وارتفعت على اكتاف العرب فللعرب أنن ان يتقدموا إلى الانسانية بهذه الصفحة البيضاء ، فهم اول من قالوا برابطة البشرية ، وهدموا الحدود والحواجز ما بين بنى البشر ، واقاموا اساساً لعصبة أمم حقيقية لم ينجح الغرب فى إيجادها حتى الآن .

اما ان النبى عليه السلام كان بشراً مثلنا ، فهذا ما اكده لنا فى عبارات صريحة جازمة ، وهذا ما نقراء فى القرآن واضحاً لا لبس فيه ولا ابهام . ومعنى أنه كان انساناً هو أنه كان يخضع لما تخضع له البشر من سنن ونواميس ، ولو انك استعرضت سيرة النبى عليه السلام ، لوقفت امام كثير من صفحات هذه السيرة النقية الطاهرة ، لا تستطيع تفسيرها إلا على اساس أنه كان انساناً يخضع للعواطف البشرية ، وما تزدر به من حب وكره ، ورضا وغضب ، وثبات واضطراب ، وقوة ، وضعف ، وامل ويأس ، واقدام واحجام . وهل ترون معنى ايها المسلمون جميعاً ، بل ايها البشر جميعاً ، لو ان النبى عليه السلام كان ملكاً من السماء اكان يقع من نفوسنا البشرية موقعه ؟ إن عظمة النبى الحقيقية هى فى أنه انسان مثلنا ، يخضع لما نخضع له من العوامل النفسية وظروف البيئة . ومع ذلك يسمو ، فيقلب بقوة نفسه ، وهى نفس بشرية ، على مالا نستطيع نحن أن نتقلب عليه . ثم يسمو ، فيقهر بعظمة نفسه ، وهى نفس بشرية ، ما ننهزم نحن امامه . خذوا جبريل والنبى هذا ملك كريم وهذا نبى عظيم فلو أنبتهم ان جبريل نظر إلى امرأة جميلة فلم تقع من نفسه شيئاً ، واعتصم منها اكنتم

تندهبشون؟ أكنتم ترون في هذا ما يدل على عظمة نفس وقوة إرادة؟ كلا فجبريل ملاك من السماء لا شأن له مع البشر ولكن إذا انبثتم أن النبي عليه السلام نظر إلى امرأة جميلة بعين الرجل فابثرت المرأة في نفس الرجل ولكنه اعتصم منها ، أما كنتم ترون في هذا دليلاً على قوة الإرادة وعظمة النفس؟ لماذا نحاول إذن أن نخفي لقوى ناحية في عظمة النبي عليه السلام وهي ناحية البشرية فنسبغ عليه ثوباً من القدسية يكاد يخرج عنه أن يكون إنساناً مثلنا ، ويكاد يجعله آلة تحركها يد الله ، فلا تتحرك إلا إذا حركت ؛ وليس لها إرادة ولا وعي؟ كلا أيها الناس ، فالنبي رجل منا ، تركه الله إلى نفسه ، بعد أن أيده بروح من عنده ، وانزل عليه وحيه ، فقام بعمل وأخذ يبني ويشيد ، وهو في عمله وفي تشييده ينفذ وحى الله ، لكن بيده ويلبى كلمة الله لكن بقوته ، ويمكن لدين الله ، لكن بجهوده .

بقى أن الإسلام دين الأرض كما هو دين السماء . فالإسلام لا يبشر بنعيم الآخرة وبجنات عدن تجري من تحتها الأنهار فحسب بل هو يبشر أيضاً بتاج كسرى وإوانه وعرش قيصر وسلطانه يبشر بالأرض تدين لسلطان المسلمين . ويستخلف الله فيها من عباده الصالحين . «وعد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات . ليستخلفنهم في الأرض كما استخلف الذين من قبلهم . وليمكنن لهم دينهم الذي ارتضى لهم . وليبدلنهم من بعد خوفهم أمناً» فالمسلم له عين إلى الأرض وعين إلى السماء . يعمل لدنياه كأنه يعيش أبداً . ويعمل لآخرفته كأنه يموت غداً .

والإسلام دين القوة . بقدر ما هو دين العطف والرحمة . مائة تغلب ألفاً . ثم مائة تغلب مائتين . ولا يرضى الله عن المائة التي تغلب المائتين إلا بعد أن يصفها بالضعف . فالمسلم القوي يعدل عشرة . هذه هي القوة المادية . أما القوة المعنوية فقوة العقل وقوة الخلق . فالمسلم يطلب الله منه أن يجيل عقله فيما حوله . وأن يتدبر خلق السماء والأرض وأن يتدبر خلق نفسه . وأن يؤمن عن تفكير . وأن يجعل العقل المرشد الهادي الذي لا يضل «إن في خلق السموات والأرض . واختلاف الليل والنهار . والفلك التي تجري في البحر بما ينفع الناس . وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها وبث فيها من كل دابة وتصريف الرياح والسحاب المسخر بين السماء والأرض . لآيات لقوم يعقلون» والمسلم

لا يتم اسلامه حتى يكون قويا فى خلقه . والاسلام هو دين الصابرين والصائقين والقانتين . والمنفقين . والمستغفرين بالاسحار ، دين الذين هاجروا فى سبيل الله ثم قتلوا ، دين الذين لا يشهدون الزور . وإذا مروا باللغو مروا كراما ، دين عباد الرحمن الذين يمشون على الارض هونا . وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما ، دين للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله . لا يستطيعون ضربا فى الارض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف . تعرفهم بسيماهم . لا يسألون الناس الحافا ، اليس الاسلام هو دين الرجولة الحققة بلى . وقد بعث النبى ليعلم مكارم الأخلاق . (٥)

عبد الرازق احمد السنهورى

بغداد

(٥) إن اعجاب السنهورى بشخصية رسولنا ﷺ وتعلقه بسيرته يظهر فى مواضع كثيرة من مذكراته المنشورة فى كتابنا بعنوان ، عبد الرازق السنهورى من خلال أوراقه الشخصية ، ويكفى أن نشير إلى أهم هذه المواضع فى الكتاب المذكور ويخيل القارى عليه وهى مايلى

- ١ - المذكرة رقم (٧٢) التى كتبت بمدينة ليون فى ٢٢/٣/١٩٢٢ ص ٧١ بعنوان ، رد على من تهجم على سيدنا محمد ،
- ٢ - المذكرة رقم (١٣٤) التى كتبت بمدينة باريس فى ١٠/١١/١٩٢٢ ص ١٣٠ بعنوان ، دراسة السيرة النبوية ،
- ٣ - المذكرة رقم (٢٧١) التى كتبت بمدينة القاهرة فى ١٢/٧/١٩٤٢ ص ٢٠٦ بعنوان ، الاعجاب بالنبي ﷺ ،
- ٤ - المذكرة رقم (٣٠٠) التى كتبت بمدينة دمشق فى ٥/٢/١٩٤٤ ص ٢٢٢ بعنوان ، أمله فى أن يكتب سيرة المصطفى ،
- ٥ - المذكرة رقم (٣١٧) التى كتبت بمدينة دمشق فى ٤/٤/١٩٤٤ ص ٢٣٨ بعنوان ، خمسة كتب يدعو الله أن يمكنه تأليفها ،
- ٦ - المذكرة رقم (٣٣٧) التى كتبت بمدينة القاهرة فى ١٥/٦/١٩٤٧ ص ٢٥٣ بعنوان ، انسانية الرسول ﷺ ،
- ٧ - المذكرة رقم (٣٨٨) التى كتبت بمدينة القاهرة فى ١٥/٥/١٩٥٤ ص ٢٨٣ ، دعاء ،

ويظهر من هذه المذكرات أنه كان يأمل فى أن يتمكن من كتابة سيرة الرسول ﷺ وخاصة المذكرة رقم (٣٠٠) التى كتبها فى دمشق فى ٥/٢/١٩٤٤ وكذلك المذكرة رقم (٣١٧) التى كتبها فى نفس العام فى دمشق أيضا بتاريخ ٤/٤/١٩٤٤ وفى كلا المذكرتين يعلن عن نيته فى أن يكتب سيرة النبى محمد ﷺ .

وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى

وعلى اى اساس يكون هذا التنقيح

بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية

لحضرة الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى

استاذ القانون المدنى بكلية الحقوق

مقدمة

المدرسة التاريخية والتقنين : ليس القانون مما يمكن حصره فى دفتى كتاب ، او فى مجموعة من النصوص . وهذه حقيقة مفروغ منها ، ولا يمكن أن يتطرق إليها شك فى المرحلة التى وصلنا إليها من البحث العلمى . والفضل فى تقرير ذلك يرجع للمدرسة التاريخية ، وعلى رأسها الفقيه سافيني (Savigny) . فقد نجحت هذه المدرسة فى اثبات أن القانون كائن حى ، ينمو ويتطور فى البيئة التى نشأ فيها ، وهو أكثر مرونة من أن يعيش فى نصوص جامدة ، ما دامت الحياة فى تطور مستمر .

على أن صوغ القانون فى نصوص مرتبة ، ووضع هذه النصوص فى مجموعة مبنية ، وهذا ما نسميه بالتقنين (codification) ، إذا كان لا ينسجم انسجاماً تاماً مع هذه الحقيقة ، فإنه لا يصطدم معها . فالقانون ، وهو يتدرج فى مراحل تطوره ، يكون فى حاجة إلى أن يسجل ، فى وقت ما ، على الصورة التى وصل إليها فى ذلك الوقت ، على ألا تكون هذه الصورة نهائية ، فليس للقانون نهاية ، إلا إذا قيل أن العالم إذا وصل فى تقدمه إلى مرحلة معينة ، بلغ الغاية من الكمال ، وركد بعد ذلك لا يتطور .

وإذا كان سافيني قد شن الغارة على التقنين ، ونادى بإفلاسه ، فإن الأيام قد اظهرت أنه لم يكن على حق فى هذه الحملة . فالفائدة العملية

للتقنين لا يمكن انكارها ، كما تشهد بذلك تجارب الأمم ذات التشريعات المقتنة .

وقد ظهر أن جمع القانون يساعد كثيرا على تقريبه للجمهور ، وتمهيد سبله لمن شاء أن يعرفه ، ومعرفة القانون ضرورة في كثير من الأحيان . ولانقول أن هذا الجمع من شأنه أن يحصر القانون في حيز محدود المعالم ، كما زعم بنتام وأوستن ، فإن القانون مهما كان جمعه متقنا ، لا يلبث أن يكسر هذه القيود ، التي أريد على أن ينكمش فيها ، فينمو إلى جانب القانون المكتوب ، قانون غير مكتوب ، هو من عمل القضاء والفقه ، قد يصل مع الزمن إلى أن يكون له المكان الأول من الخطر والاعتبار ، ولا يكون القانون المكتوب بجانبه الا صورة ناقصة او غامضة للقانون الواقعي الذي تطبقه المحاكم .

متى يكون التقنين ضروريا : هذه نهاية لامناص من الوصول إليها . ولكن ذلك لا يعنى أن تقنين القوانين عبث لا فائدة فيه ، فإن هذا التقنين مفيد ، بل هو ضرورى في بعض الأحيان . وإذا كان بعض دعاة التقنين قد خابت آمالهم ، ولم يتحقق ما تنبأوا به ، فذلك لا يرجع لعيب في فكرة التقنين ذاتها ، بل لأن هؤلاء الدعاة فهموا مهمة التقنين على أنها حصر للقانون ، وبالفوا في التفاؤل ، حتى توهموا أن هذا الحصر ممكن .

أما المعتدلون فقد علموا أن للتقنين مهمة غير هذا الحصر ، فهو قد يكون ضروريا إذا أريد توحيد القانون في بلد تعددت فيه القوانين ، كما كان الأمر في فرنسا قبل صدور قانون نابليون في أول القرن التاسع عشر ، وكما كان الأمر في ألمانيا قبل صدور القانون الألماني في أول القرن العشرين وكما هو الأمر في مصر حتى الآن بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية .

ويكون التقنين ضروريا كذلك إذا أريد ادخال قانون اجنبي في بلد يحسب أنه في حاجة إلى هذا الاصلاح ، كما تم الأمر في مصر عندما أدخل فيها القانون الفرنسي ، أو في تركيا عندما تطلعت إلى الغرب في تشريعها فأدخلت القانون السويسري برمته في بلادها .

متى يكون التقنين مفيداً : والتقنين بعد ذلك مفيد من نواح مختلفة . فهو يساعد عامة الناس بل وخاصتهم على تعرف الأحكام القانونية كما نكرنا . ويعين على انارة الطريق الذى يجب أن يسلكه القانون فى مراحل تقدمه ، إذ هو بتسجيله المرحلة التى وصل إليها التشريع وقت التقنين يكون قد رسم له بذلك خطة للسير فى مراحل المستقبل ، فيسير على هدى الماضى متصل الحلقات .

والتقنين يساعد كذلك على تقريب قوانين الأمم المتباينة بعضها من البعض الآخر ، وهو أكبر معين على دراسة القانون المقارن ، والأداة التى يتم بها توحيد القانون فى الأمة الواحدة وبين الأمم المختلفة .

تنقيح التقنين : على أن للتقنين أضرارا ، وأهم ضرر نشير إليه هو أن القانون المجمع لا يلبث مع الزمن أن يصير قديما ، لا يعبر بأمانة عن القانون الذى تطبقه المحاكم ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك . ولا علاج لهذا النقص إلا بالتنقيح . ومن قال بفائدة التقنين فقد قال بضرورة التنقيح . ومن العوامل التى تجعل التعجيل بالتنقيح أمرا ضروريا سوء وضع التقنين فى مبدأ الأمر ، وعدم العناية بصوغه . وتظهر عيوب التقنين عند التطبيق ، فمتى أظهرت التجارب أنه لم يعد صالحا ، وجب تنقيحه تنقيحا عاما شاملا ولا يمكن الاعتماد على القضاء فى ذلك . فإن القضاء إذا استطاع ، بالتطبيق الحكيم لنصوص القانون ، أن يصلح فيه عيوب جزئية ، وأن يعالج النقص فى بعض نواحيه ، فهو لا يستطيع أن يجعل هذا الإصلاح عاما شاملا لجميع النواحي ، وإلا خرج عن مهمته إلى مهمة التشريع ، وهى مهمة لا يصلح لها ، إذ هو بطبيعة عمله لا يضع حلولاً عامة ، بل ينظر فى أقضية خاصة ، ويعطى لكل قضية حلا ذاتيا عادلا . على أنه إذا فرض أن القضاء قام بمهمة التنقيح الشامل ، فإن مزية التقنين تضيق ، لأن المقصود بالتقنين هو أن يجمع أحكام القانون كتاب واحد ، يسهل الرجوع إليه ، فإذا قام القضاء بتنقيح التقنين فى الأحكام التى يصدرها ، وهى متناثرة متفرقة ، أصبح القانون الذى تطبقه المحاكم ، وهو القانون الذى يعتد به ، مخالفا لنصوص التقنين المجموعة ، فيكون القانون الحقيقى غير مقنن ولا مجموع . ويجب إذن أن نعيد جمعه من جديد ، وهذا هو التنقيح الشامل الذى نقول بضرورته .

ثم ان هناك عاملا وآخر يشجع على التنقيح الشامل ، نراه فى سرعة تقدم القانون المقارن ، إذ هو يخطو خطوات سريعة ، ويصل إلى نتائج لم تكن معروفة من قبل ، ويساعد على ذلك أن أكثر الأمم قد قامت بتقنين قوانينها ، فسهلت المقارنة بين قانون وآخر ، وظهرت من هذه المقارنة عيوب ومزايا كل قانون . وأصبح المشرع فى بلد لا يقدم على تشريع قبل أن يراجع مثيله فى البلاد الأخرى .

تنقيح القانون المدنى الفرنسى ومناقشة ذلك بمناسبة العيد المئتينى لهذا القانون : وقد ناقش الفقهاء الفرنسيون ، بمناسبة المئتينى للقانون المدنى الفرنسى ، وجوب تنقيح هذا القانون ، بعد أن كان قد مضى قرن على وضعه ، وأظهرت التجارب عيوبه ومزاياه ، فانقسموا فى هذا الأمر إلى فريقين ، فريق يرى وجوب التنقيح ، وفريق لا يرى ذلك^(١) .

فاما الفريق الأول فيدلل على صحة رايه بأن القانون المدنى الذى وضع فى سنة ١٨٠٤ أصبح الآن لا يتفق مع القانون الذى تطبقه المحاكم ، وما النصوص التى نقرأها فى قانون نابليون إلا هيكل عظمى مجرد من الحياة ، إذا قيس إلى القانون الحى الذى يعمل به .

فهناك اجزاء من قانون نابليون قد هُمرت وماتت لأنها أصبحت غير صالحة للحياة ، وهناك اخطاء قانونية كثيرة يجب تصحيحها . وقد تطورت الحياة الاجتماعية والاقتصادية عما كانت عليه فى أول القرن التاسع عشر تطورا جعل الهوة سحيقة بين الماضى والحاضر ، وأصبح ما كان يصلح قانونا لجيل زراعى غير صالح لبيئة تجارية وصناعية ، تكسدت فيها رؤوس الأموال ، وتقدمت الصناعات الكبيرة ، وقامت الآلات الضخمة ، واستغلت قوات طبيعية لم تكن معروفة من قبل . وترتب على ذلك أن كثرت القوانين التى عدلت من القانون المدنى العتيق ، فأصبح يروح تحت ثقل هذه القوانين التى جدت ، وكادت تختفى معالمه ، بعد أن غطته سيول من مبادئ جديدة ، يأخذ بها القضاء والتشريع كل يوم ، ليسائر الزمن ، ويتمشى مع تطور الحضارة . حتى جاز لنا أن نتساءل ، هل يوجد حقا

(١) راجع آراء كل فريق فى كتاب العيد المئتينى للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢

فى فرنسا تقنين مجمع ، أم أن جزءاً كبيراً من القانون الفرنسى قد عاد إلى الحالة التى كان عليها قبل عهد التقنين : قانون غير مكتوب نتلمس أحكامه فى القضاء والعادات وفى تشريعات متفرقة متناثرة لا تناسق فيها ولا أحكام .

ويجب الفريق الثانى بأن لا حاجة لتنقيح التقنين ، لأن هذا التنقيح يتم كل يوم ، ويقوم به التشريع والقضاء والفقه . وكثير من الأحكام التى يقال أن هناك حاجة إلى تعديلها يمكن أن تعدل ، لا من طريق التشريع ، بل من طريق القضاء والفقه . وإذا بقيت بعض مسائل تحتاج إلى تدخل المشرع ، فهى مسائل قليلة العدد . يمكن معالجتها بتشريع جزئى . فلا حاجة إذن للتنقيح الشامل . بل هو ضار من وجوه . فهو إذا عهد به إلى الهيئات التشريعية المعتادة ، فإن هذه الهيئات غير قادرة على أن تقوم بعمل فنى . ويرجع ذلك لطبيعة تكوينها ، ولما لها من صبغة سياسية ، تجعل عملها ناقصاً من الناحية العلمية . ثم أن التنقيح إذا أريد به أن يدخل فى التشريع عنصر التجديد ، حتى يتمشى مع أحدث النظريات الفقهية ، كان فى هذا كل الخطر . فإن الفقه فى تطور مستمر ، ولا يجوز للمشرع أن يتخذ موقفاً معيناً بالنسبة للنظريات الفقهية ، فالفقه لا يلبث أن يأخذ بالرأى حتى يبدو فساداً ، ويهجره إلى رأى آخر ، فهل يغير المشرع مع الفقه كل يوم لبوساً الأولى إلا يتعرض المشرع إلا للحلول العملية ، دون أن يتخذ لنفسه مذهباً فقهياً معيناً . بل يترك الفقه حراً فى صوغ نظرياته ومذاهبه . والتنقيح بعد كل ذلك يجعلنا أمام قانون جديد ، يجب تمهيد سبله ، وتفسير نصوصه . حتى يصبح معبداً سهل المأخذ ، وقد استغرق هذا العمل بالنسبة لقانون سنة ١٨٠٤ ما يزيد على خمسين عاماً ، فهل نبقى عقب كل تنقيح هذه الفترة الطويلة فى عمل تمهيدى . حتى إذا ما انتهينا منه وجدنا أن القانون قد قدم ، وأنه فى حاجة إلى تنقيح آخر ، فنراجع وننتقل إلى عمل تمهيدى آخر . وهكذا لانفتاً فى تنقيح مستمر ، وفى أعمال تمهيدية لا تفرغ ؟ فإين الاستقرار والثبات فى كل ذلك ، وهما من أخص ما يميز القانون الصالح للبقاء . يجب أن يستقر التقنين دهوراً طويلة ، ولا يمكن عرضه للتقلل والتزعزع . وإلا فقد أهم مزية له . وإذا كان قد مضى على قانون نابليون قرن من الزمن ، فإنه لا يزال فى شرح الشباب ، ولا يزال

امامه قرون طوال يعيشها قبل ان يكون فى حاجة إلى تنقيح شامل ، ولقد عاش الرومان دهوراً طويلاً فى ظل قانون الألواح الإثنى عشر ، فلم ينقحوها منذ وجدت ، ولم يمنعهم هذا من ان يرقوا بقانونهم رقياً كان للفقهاء وللقضاء فيه الأثر الأكبر . فالقانون كاللباس ، لا يتشكل على الجسم ولا يتلاءم معه إلا بطول الاستعمال . وإذا كان الفرنسيون يحتفلون بمرور مائة عام على قانونهم المدنى ، فلأنه لا يزال قانوناً فتيماً ، ولا يجوز يوم الاحتفال به ان يقام مأتمه . وإذا كانت بعض اجزاء القانون تحتاج إلى تعديل حتى تماشى الزمن ، فلا بأس من إجراء هذا التعديل الجزئى ، ولكن لا ينبغي ان يهدم البناء كله لادخال بعض تغييرات ثانوية فى ترتيب هذا البناء .

وإذا كان لنا ان نوازن بين حجج الفريقين ، فنحن نميل إلى الجانب الأول ، ونرى ان القانون المدنى الفرنسى فى حاجة إلى تنقيح شامل ، وهو اشد حاجة إلى هذا التنقيح فى الوقت الحاضر ، حيث غيرت الحرب الكبرى كثيراً من النظم الاقتصادية والاجتماعية ، واصبح الفرق محسوساً بين حضارة سنة ١٩٠٤ وحضارة اليوم . فهى لا تهتمنا إلا بالقدر الذى يصلها بمسألتنا نحن ، فإذا ثبت ان القانون الفرنسى ذاته فى حاجة إلى تنقيح شامل ، كان القانون المصرى ، وهو صورة منه تكاد تكون مشوهة ، اشد حاجة إلى ذلك

وان من يتمعن فى حجج خصوم التنقيح يجدها تتلخص فيما يأتى (١) لا حاجة إلى التنقيح مادام الفقه والقضاء يقومان به كل يوم ، وبكفى تعديل بعض نواحى القانون تعديلاً جزئياً بتشريعات خاصة . (٢) ليس من الصواب ان يكون التشريع ظلاً للنظريات الفقهية المتغيرة ، الأولى الا يحوى إلا القواعد العملية (٣) التنقيح الشامل لا بد من ان يقره البرلمان ، والبرلمان ليس آلة صالحة للتشريع المدنى (٤) إذا تم التنقيح فلا بد من مضى وقت طويل حتى يوطأ سبيل القانون الجديد .

والمثال فى هذه الحجج لا يجدها مقنعة ، واكثرها فى الواقع ينصب ، لا على تنقيح التقنين ، بل على فكرة التقنين ذاتها . وقدما كان للتقنين خصوم اعترضوا عليه بمثل هذه الحجج ، ولكن التجارب اثبتت فسادها ، فمتى سلمنا بأن التقنين مفيد ، كان لا بد لتعام فائدته من ان ينقح

من وقت لآخر ، وإلا ضاعت مريمه «خبرى» ، وهى أن يكون صورة صحيحة للقانون الذى يطبق فى العمل .

وقد بين أنصار التنقيح أن الاكتفاء بتعديل جزئى فى بعض نواحي التقنين يجعل القانون متناقض الأجزاء ، متنافر التركيب . كما أن ترك أمر التنقيح للفقهاء والقضاء من شأنه أن يفقد التقنين مزيته ، إذ تصبح القواعد القانونية غير ثابتة ولامستقرة ، ولا يستطيع أحد أن يعرف ماذا يقضى به القضاء غدا ، وهل يبقى على قضاء اليوم ، أم يعدل عنه ، وتغير القضاء فيه خطر كبير على استقرار المعاملات ، لأن له أثرا رجعيا ليس للتشريع . أما الخوف من ادخال نظريات جديدة عند التنقيح ، فخوف مبالغ فيه ، إذ يجب عند التنقيح ألا يدخل فى القانون إلا ما استقر وثبت من الأحكام . أما النظريات الاجتماعية والاقتصادية التى لا تزال محلا للنزاع ، فلا يجوز إتخاذ موقف معين بالنسبة لها عند التنقيح ، بل يجب تركها يضطرد تطورها ، وتنمحص الآراء فيها . أما أن البرلمان آلة غير صالحة للتشريع المدنى ، فمن السهل الإجابة على هذا الاعتراض بأن الإجراءات البرلمانية المعتادة يمكن أن يدخل فيها شيء من التعديل يجعلها تتفق مع طبيعة التشريع المدنى عند نظر هذا التشريع . كذلك الاعتراض بأن التنقيح يجب أن يعقبه تنقيحات أخرى وأعمال تمهيدية جديدة متكررة إنما هو اعتراض على التقنين فى ذاته لا على تنقيح التقنين .

مراجعة القانون المدنى المصرى : على أنه مهما يكن من شك فى حاجة القانون الفرنسى إلى التنقيح ، فلا شك فى حاجة القانون المصرى إلى ذلك لاعتبارات خاصة به . وهذا ما نتولى الآن بحثه ، فنبين أولا ما الذى يدعونا إلى القول بوجوب تنقيح قانوننا المدنى ، ثم نبسط بعد ذلك رأينا فى الأساس الذى يجب أن يبنى عليه هذا التنقيح .

وجوب مراجعة القانون المدنى المصرى

الآراء المختلفة فى هذا الموضوع

ناقش هذه المسألة الخطيرة فريق من كبار المشتغلين بالقانون المصرى الأجانب، منهم الأستاذة بيولا كازيللى^(١) ومسينا^(٢) ووالتون^(٣) وبوابيه^(٤)، فكان الأولان من خصوم التنقيح والأخيران من أنصاره.

ويعزز الأستاذ بيولا كازيللى، وهو من خصوم التنقيح، رأيه بالحجج الآتية:

١ - إذا أردنا أن نستند، فى تنقيح القانون المدنى المصرى، الى التشريعات الأوروبية التى قننت قبل الحرب، فهى قوانين قد صيرتها الحرب قديمة عتيقة، وإذا أردنا الاستناد الى القوانين الناشئة بعد الحرب، فهى قوانين لم يطل بها العهد حتى تستقر، ولم يعض عليها وقت كاف حتى نجزم بصلاحياتها (ونلاحظ هنا أن الأستاذ بيولا كازيللى كان يبدى هذا الراى فى سنتى ١٩١٩ و ١٩٢١).

٢ - ليست عيوب القانون المدنى المصرى بالقدر الذى تصوره النقاد عادة، بل أن فيه من المزايا ما يجعله متقدما على القانون الفرنسى نفسه فى بعض النواحي.

ليس التنقيح بالأمر السهل، وقد أحجم عنه المشرع الفرنسى نفسه، مع أن تقنيته أقدم من التقنين المصرى. وتزيد الصعوبة أمام المشرع المصرى، إذا لاحظنا ما يجب عليه من مراعاة حالة مصر الخاصة، والتوفيق بين التشريعات الأوروبية والعادات والتقاليد المصرية، مع افساح جانب للشريعة الاسلامية إذ هى شريعة البلاد الأصلية، وقد صار

(1) PIOLA CASELLA: L'Egypte Contemporaine 1919, No. 42; 1921 No. 57.

(2) MESSINA: L'Egypte contemporaine 1920 no. 59

(3) WALTON: L'Egypte Contemporaine 1916 No. 26 (voir aussi la note présentée par M. Walton à la Commission des capitulations en 1920).

(4) BOYÉ: L'Egypte Contemporaine 1930, XXII (p.p. 27-29).

لها بين المصريين من الجيل الجديد دعاة أكثر تحمسا واشد ثباتا وأقوى حجة .

٤ - إذا فتح الباب لتنقيح القانون المصرى فلا بد من دخول القانون من هذا الباب ، ولا سبيل للتوفيق بين مبادئ هذا القانون ، وهو فردى النزعة ، يعطى القاضى أوسع الحرية ، ومبادئ القوانين اللاتينية التى هى أكثر اتفاقا مع عقلية الأمة المصرية وتكوين القضاة المصريين واستعدادهم .

ويضيف الأستاذ مسينا حجة أخرى ، فهو يرى أن تنقيح القوانين الد...ية فى الوقت الحاضر سابق لأوانه . إذ يجب أن نعهد لها بدراسة القوانين دراسة مستقلة فى ضوء القضاء المصرى حتى نصل بذلك إلى تمصيرها .

أما الأستاذ والتون فهو من دعاة التنقيح الشامل . وحجته فى ذلك أن هذا التنقيح التشريعى أفضل بكثير من ترك الأمر للقضاء ، فتفسير القضاء غير ثابت ولا مستقر ، هذا إلى أن التنقيح يمكننا من الاستفادة من التشريعات الحديثة التى جدت بعد وضع القوانين المصرية .

وينصح الأستاذ بواييه باتخاذ المشروع الفرنسى الايطالى تشريعا عصريا يعدل التقنين فى باب الالتزامات والعقود ، حتى يمهد بذلك سبيل توحيد القانون بين الأمم المتاخمة للبحر الأبيض المتوسط .

ونحن لا نرى فى حجج خصوم التنقيح ما يقنع ، فقد مضى على الحرب الكبرى خمسة عشر عاما استطاع العالم فى غضونهما أن يتبين أثر هذه الحرب فى النظم القانونية . كما أن صعوبة التنقيح لا تصلح حجة للعدول عنه ، وإلا امتنع القيام بهذا العمل فى أى وقت رغما من ظهور الحاجة إليه . وترك الأمر للمحاكم المصرية ، تصلح من عيوب التشريع ، وتستعين فى ذلك بقواعد العدالة ، معناه أننا قد فقدنا مزية التقنين ، وعلينا أن نتلمس قانوننا فى قضاء المحاكم .

وإذا كان خصوم التنقيح وأنصاره من الأجانب متأثرين باعتبارات مختلفة ، فنحن نحسب أن يكون لمصر صوتها فى هذا الشأن الخطير ، ونعتقد أننا نعبر بأمانة عن رأى المصريين المشتغلين بالقانون ، إذا قلنا

أن التقنين المدنى المصرى فى اشد الحاجة إلى تنقيح شامل جامع^(١)، ولكن لا على أساس النقل الحرفى من القوانين الأوروبية، بل على أساس آخر، نبينه بعد أن نبسط الأسباب التى تدعونا إلى القول بوجوب التنقيح.

الاسباب التى تدعو لمراجعة القانون المدنى المصرى: أما هذه الأسباب فنرجعها إلى امرين: (أولاً) كان التقنين المدنى المصرى فى وضعه صورة ممسوخة من التقنين الفرنسى، تسرع واضعه فى صياغته، ولم يكن عنده من الوقت ولا من الاستعداد ما يكفى للقيام بعمل متقن. وهو بعد لا يشمل كل أجزاء القانون المدنى، إذ ينقصه نحو النصف، وهو القسم الخاص بالأحوال الشخصية. وقد تعدد تعددا معيبا، فهناك تقنين يطبق على المصريين وحدهم، وتقنين آخر، يختلف بعض الاختلاف عن الأول، يطبق على المصريين والأجانب. (ثانياً) لا شك فى أن تقدم علم القانون المقارن، والتشريعات الحديثة التى جرت منذ صدور القوانين المصرية، يفيد كثيراً فى مراجعة التقنين المدنى المصرى. فكما نستطيع أن نستفيد من الشريعة الإسلامية، وهى شريعة البلاد الأصلية، ومن تجاربنا الخاصة التى نتلمسها فى قضائنا، يمكننا أيضاً أن نستنير بضوء تجارب الأمم الأخرى. ولاشك فى أن رقى تشريعات هذه الأمم، وتقدمها على التقنين الفرنسى تقدماً محسوساً، من الأسباب القوية التى تدعونا إلى تنقيح تقنيننا، حتى ندخل فيه ما استحدث من النظم القانونية مما نراه صالحاً لنا، فنمشى بذلك مع التطورات الحديثة فى علم القانون.

(١) يسونا أن نسجل هنا تصريحاً لوزير الحفانية، تضمنته الخطبة التى ألقاها فى عيد الاحتفال الخمسينى بالمحاكم الأهلية، فقد جاء فيها ما يأتى: «أما من حيث التشريع، فإن القوانين التى وضعت عند إنشاء المحاكم الأهلية قد نالها الكثير من التعديل والتهذيب، لتكون ملائمة لحالة البلاد وتطورها، وهناك نية فى مراجعتها كلها وتعديل ما يجب تعديله منها، حتى تضارع أحسن القوانين فى البلاد المتعدية، وستؤلف لجنة خصيصاً لهذا الغرض من رجال خبيرين أكفاء» (انظر ص ٧ من الكتاب الذى تضمن الخطاب الذى ألقى فى هذا الاحتفال).

وما نحن نتبسط فى تفصيل كل من هذين الأمرين .

اولا : عيوب التقنين المدنى المصرى كيف وضعت التقنيات المصرية : لمحة تاريخية

غموض هذا التاريخ : لا يزال تاريخ وضع التقنيات الأهلية غامضا ، ويرجع ذلك إلى أن واضعى هذه التقنيات لم يحرصوا على ترك اعمال تحضيرية للأجيال المقبلة ، يتبينون منها كيف وضعت .

كيف وضعت التقنيات المختلطة : وقد صيغت التقنيات الأهلية على مثال التقنيات المختلطة . وهى فى أكثر اجزائها مجرد نقل عن هذه ، وإن كانت توجد بعض الفروق بينهما . على أن التقنيات المختلطة نفسها ليست لها اعمال تحضيرية ، وقد وضعها محام فرنسى ، اسمه الأستاذ مانورى (Manoury) ، كان مقيما فى الاسكندرية ، واتخذة نوبار سكرتيرا له . ثم عينه بعد ذلك سكرتيرا للجنة الدولية التى كانت تدرس مشروع انشاء المحاكم المختلطة بمصر . وتاريخ انشاء هذه المحاكم معروف ، وهو مدون فى كثير من الكتب . والذى يستخلص من هذا التاريخ أن مجهود نوبار كان موجها إلى الاتفاق مع الدول ذوات الامتيازات على لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وتحديد اختصاص هذه المحاكم . أما القوانين التى تطبق فلم تنل أية عناية من جانب الطرفين المتفاوضين ، وقد اكتفيا بتقرير وجوب استمداد هذه القوانين من التقنيات الفرنسية ، إذ كانت أكثر القوانين شيوعا فى ذلك العهد ، وكانت الجالية الأجنبية فى مصر ، وأربعة أخماسها من اليونانيين والفرنسيين والاطاليين ، تؤثرها على غيرها من القوانين . هذا إلى أن المشرع المصرى والمشرع العثمانى كانا قد نقلتا عن هذه التقنيات فى عهود سابقة ، لا سيما القانون التجارى ، وصار من المألوف إلى حد كبير أن تطبق القوانين الفرنسية فى مصر .

من أين اخذت هذه التقنيات : وقد نقل واضع التقنيات المختلطة نصوصه من القوانين الفرنسية للأسباب المتقدمة بعد أن اختصرها اختصارا مخلا فى كثير من المواضع ، ونقل فى بعض المسائل عن القضاء الفرنسى ، واقتبس بعض الأحكام من الشريعة الاسلامية ، وأخذ عن التقنين الايطالى الذى صدر فى سنة ١٨٦٦ بعض النصوص .

ترجمتها إلى اللغة العربية : وكلفت الحكومة المصرية لجنة مشكلة من بعض كبار المترجمين وبعض علماء الأزهر (نذكر من بينهم محمد قدرى باشا وحسين فخرى باشا وبطرس غالى باشا) بترجمة التقنيات المختلطة إلى اللغة العربية . وكانت التقنيات الفرنسية قد ترجمت قبل ذلك^(١) .

فوضى القضاء فى ذلك العصر : ولما استقر الأمر بالمحاكم المختلطة وبقوانينها ، تطلعت الحكومة المصرية فى ذلك العهد إلى انقاذ البلاد من الفوضى التى كانت سائدة فى القضاء المصرى . وقد كتب الكثير عن هذه المجالس التى كانت تلى أمور القضاء إلى جانب المحاكم الشرعية . قبل إنشاء المحاكم الأهلية . وكيف كان العدل فيها ضائعا . والفوضى مستحكمة . وكانت القوانين التى تطبق فى هذه المجالس هى القوانين المعمول بها فى الدولة العثمانية مع اعتبار العادات المحلية فى البلاد . كما كان يطبق القانون التجارى العثمانى المأخوذ من القانون الفرنسى .

لجنة تحضير المحاكم الأهلية : ولا شك فى أن العصر الذى نتكلم عنه يعتبر بحق عصر الإصلاح القضائى ، فى مصر ، فقد كان الجو مشيعا بفكرة هذا الإصلاح . وكان هم الحكومة المصرية هو أن تنفذ الخطط التى وضعتها لذلك . فتألفت فى أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لائحة لمحاكم نظامية تقوم بالقضاء بين المصريين . كما تقوم المحاكم المختلطة بالقضاء بين المصريين والأجانب . وكان بين أعضاء هذه اللجنة فاشر (Vacher) النائب العمومى لدى المحاكم المختلطة فى ذلك الوقت ، وموريونديو (Morand) (وهو الذى تولى وضع القانون المدنى . وكان محاميا ايطاليا . عين قاضيا بمحكمة الاسكندرية المختلطة فى سنة ١٨٧٥ . واستمر يتقلب فى الوظائف القضائية حتى وصل إلى منصب وكيل

(١) فترجم القانون المدنى الفرنسى رفاعة بك رافع وعبد الله بك واحمد افندى حلمى وعبد السلام افندى احمد . وترجم قانون المرافعات ابو السعود افندى وحسن افندى فهمى . وترجم قانون العقوبات قدرى باشا . وترجم قانون تحقيق الجنايات صالح مجدى بك . وجمعت هذه التراجم وطبعت بالمطبعة الأميرية فى سنة ١٢٨٣ هجرية

محكمة الاستئناف المختلطة ، وتوفى سنة ١٩١١) ، ولو (law) من قضاة المحاكم المختلطة فى ذلك الوقت ، وبطرس غالى^(١) وقد كان إذ ذاك وكيلا للحقانية . وكان المرحوم قدرى باشا ناظرا للحقانية فى ذلك العهد ، وقد اشترك مع اللجنة فى عملها . وتقيدت اللجنة بتقنينات المحاكم المختلطة ، إلى حد أنها كادت تنقلها بحروفها ، على أنها أدخلت بعض تعديلات جزئية اقتضتها الظروف وقتئذ . وقد كلف فاشير بوضع قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات ، وكلف موريوندو بوضع القانون المدنى وقانون المرافعات ، واشترك قدرى باشا فى وضع القانون المدنى وقانون تحقيق الجنايات والقانون التجارى .

لائحة سنة ١٨٨١ : واتجهت عناية اللجنة بنوع خاص إلى وضع لائحة لترتيب المحاكم الجديدة ، وقد صدرت هذه اللائحة بالفعل فى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨١ . وعين على أثر صدورها النائب العمومى لدى هذه المحاكم الجديدة (اسماعيل يسرى باشا) وبعض رؤساء وأعضاء النيابة الأهلية .

الثورة العربية : ومن ذلك نرى أن انشاء المحاكم الأهلية نبتت قبل دخول الانجليز فى مصر ، وقام رجال ذلك العهد بتنفيذها فعلا ، ووصلوا فى ذلك إلى حد تعيين أعضاء النيابة . ولو أن الثورة العربية امهلتهم لأكملوا تنفيذها .

لائحة سنة ١٨٨٣ : ولكن هذه الثورة مالبثت أن هدأت ، فرجعت الحكومة المصرية إلى المضى فى عملها ، وكان ناظر الحقانية حينئذ هو حسين فخري باشا وناظر النظار هو محمد شريف باشا ، وكانا متفائلين كل التفاؤل بالنتائج التى تجنى من وراء انشاء هذه المحاكم المستجدة ،

(١) وقد استرشدت اللجنة بأراء الشيخ البحرأوى مفتى نظارة الحقانية فى ذلك العهد فى المسائل التى يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية (انظر مذكرات الأستاذ صادق فهمى بك فى تاريخ القانون المدنى المصرى من ٢٨١ - ٢٨٤ . وقد نقل هذه الوقائع من حديث له مع صاحب الدولة يوسف وهبه باشا الذى كان سكرتيرا لنظارة الحقانية فى ذلك العهد ، ومع صاحب السعادة محمد صدقى باشا الذى كان موظفا بقلم الترجمة بنظارة الحقانية) .

إلى حد انهما كانا يظنان أن هذه المحاكم لا تثبت أن تغنى عن المحاكم
المختلطة بعد بضعة من الشهور^(١). وفى ١٤ يونيه سنة ١٨٨٢ صدرت
لائحة أخرى لترتيب المحاكم الأهلية غير اللائحة التى صدرت فى ١٧
نوفمبر سنة ١٨٨١. وهى لا تشير إلى اللائحة الأولى، ولا يفهم منها أنها
جاءت بعد لائحة سابقة (إلا فى النص الفرنسى، وفى العنوان فقط، حيث
استعملت كلمة Réorganisation ومعناها إعادة التنظيم)، لذلك كان أمر صدور
اللائحة الأولى الذى يثبت أن المحاكم الأهلية قد أنشئت قانوناً قبل دخول
الانكليز فى مصر، غير معروف معرفة كافية فى الأوساط القانونية فى
مصر. وتختلف اللائحة الثانية، وهى المعمول بها حتى اليوم، عن اللائحة
الأولى فى بعض مسائل، أهمها أن اللائحة الأولى كانت تنص على إنشاء
محكمة تمييز (محكمة النقض والابرام) لم تنص عليها اللائحة الثانية،
ومنها أن السودان كان داخلاً فى الاختصاص القضائى للمحاكم الأهلية
بموجب اللائحة الأولى دون الثانية (إذ لم تكن ثورة المهدي قد شبت فى
السودان)، ومنها أن ترتيب المحاكم كان يختلف بعض الاختلاف فى لائحة عما
هو فى الأخرى، ومنها أن لائحة سنة ١٨٨١ كانت تنص على إنشاء محاكم
إدارية تنظر فى قضايا الحكومة وقد جاء لائحة سنة ١٨٨٢ خلوا من ذلك.
التقنيات الستة الأهلية: ثم صدرت بعد ذلك التقنيات الستة التى
حضرت فى العهد الأول (فى سنة ١٨٨١)، وكان صدورهما سريعاً، عند
ما أحس شريف باشا أنه معتزل الحكم لرفضه التخلي عن السودان، وأن
الانجليز لا ينظرون بعين الرضاء إلى محاكم أهلية تنشأ على النظام

(١) وهذا نص الحديث الذى دار بين فخري باشا وشريف باشا فى هذا الصدد
عند انعقاد مجلس النظار فى أواخر سنة ١٨٨٢: فخري باشا: «لى أمل بأنه مع
اعتدال محاكمنا الأهلية التى تنشأ على النظام الجديد، وقيامها بحق واجباتها،
بموجب ذات القوانين المتبعة فى المحاكم المختلطة، يتيسر للحكومة الاستغناء عن
المحاكم المختلطة ببرهان عدم الحاجة إليها». شريف باشا: «يلزمنا تشكيل محاكمنا
الأهلية وانتظامها، بحيث مع سيرها المنتظم، يمكن الاستغناء عن المحاكم المختلطة
بعد ثلاثة أو أربعة أشهر، أولى من بقائها على الدوام، ودوام العار علينا بوجود
محاكم بولية».

ويفهم من حديث فخري باشا أن نقل التقنيات المختلطة كان مقصوداً، وكان يراد
به أن تكون القوانين واحدة فى المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية، حتى يتيسر
الاستغناء عن المحاكم المختلطة، والاكتفاء بالمحاكم الأهلية.

الفرنسي ، وتتخذ القوانين الفرنسية تشريعا لها ، وهم يطمعون أن يدخلوا القانون الانجليزي في هذا النظام الجديد ، حتى يبسطوا رقابتهم على المحاكم الجديدة . فبائر فخرى باشا ، (وهو وقدرى باشا رجلا ن يجب أن يقترن اسماهما بالمحاكم الأهلية) إلى استصدار التقنينات الأهلية في اواخر سنة ١٨٨٣^(١) .

افتتاح المحاكم الأهلية : وفي يوم الاثنين ٣١ ديسمبر ١٨٨٣ احتفل توفيق باشا خديوى مصر بافتتاح محكمة استئناف مصر الأهلية ومحكمتها الابتدائية ، وحلف قضاة الاستئناف والنائب العمومى أمامه اليمين فى سراى عابدين ، وأعلن فخرى باشا فى سراى محكمة الاستئناف افتتاح هاتين المحكمتين رسميا فى نفس اليوم^(٢) . وبعد ذلك ببضعة أيام سقطت وزارة شريف باشا . ولكن انشاء المحاكم الأهلية صار أمرا واقعا^(٣) .

(١) ومما هو جدير بالذكر أن التقنينات الأهلية وضعت أولا باللغة الفرنسية ، ثم ترجمت بعد ذلك . وفى حديث صاحب الدولة يوسف وهبة باشا للأستاذ محمد صادق فهمى بك (وهو الحديث الذى سبقت الإشارة إليه) أن يوسف وهبة باشا نفسه هو الذى كلف بترجمة القوانين الأهلية ، مسترشدا فى ذلك بترجمة القوانين المختلطة التى سبق نكرها . وبعد أن أتم مهمته ، تشكلت لجنة من مصطفى رضوان بك (أحد تلاميذ رفاعة بك) ومحمد عبد السميع (من رجال القضاء) وأمين فكرى باشا (من أعضاء النيابة المختلطة) وتادرس بك ابراهيم (مترجم بالمحاكم المختلطة) ، وراجعت الترجمة ، ثم صدرت الأوامر بالقوانين الأهلية . وقد صدر القانون المعدنى فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقوانين الخمسة الأخرى فى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ .

(٢) ثم افتتحت بقية محاكم الوجه البحرى بعد ذلك بقليل . ولم تفتتح المحاكم الأهلية فى الوجه القبلى إلا فى سنة ١٨٨٩ ، وبافتتاحها أصبحت المحاكم الأهلية الجديدة منتشرة فى جميع البلاد .

(٣) مينار (Minnaert) وهو قاضى بلجيكى ، عين مستشارا فى محكمة الاستئناف الأهلية فى أول انشائها . ووضع كتابا عن انشاء المحاكم الأهلية اسمه : القاهرة والقضاء الدولى فى مصر (Le Cairo et la Justice nationale en Egypte) فى كتابه ما يأتى : وظهر نشاط غير معتاد ، فاشترت سراى للمحكمة ، وتمت التعيينات لمناصب القضاء فى سرعة تامة ، وصدر دكريتو فى ٣٠ ديسمبر يطن لفتح المحاكم فى الغد . فقد كان فخرى باشا يحس الخطر . وقد سقطت وزارة شريف بعد ذلك بضعة أيام . ولو لم يصبح انشاء المحاكم الأهلية حقيقة واقعة عند تولي نوبار باشا للوزارة ، لما أحجم هذا عن أن يحول دون افتتاحها . مجاملة منه لانجلترا ، ولأن هذه المحاكم ليست من عمله . (انظر ص ٣٣٣ من الكتاب المذكور) .

والذى يهمننا من التقنيات الستة المتقدمة الذكر هو التقنين المدنى . ولا شك فى ان التقنين معيب من حيث الموضوع ومن حيث الشكل . ولكن قبل ان نستعرض فى بيان هذه العيوب ، نحب ان نقدم كلمة انصاف للمشروع المصرى فى سنتى ١٨٧٦ و ١٨٨٢ ، فمهما كان شأن العيوب التى نشير اليها - وهى جسيمة كما سنرى - فلا شك فى ان الجيل المصرى الذى تلقى هذا التقنين فى اواخر القرن الماضى كان مغتبطا سعيدا بقانونه الجديد . فقد كان فيه تقدم بين على الحالة التى سبقته ، حيث كان القضاء فوضى ، والقوانين غير محددة ولا معروفة ، والعدل يوزع فى البلاد توزيعا سيئا . فاعقب النظام الفوضى ، وتنفست البلاد الصعداء ، إذ احست انها تستقبل عهدا جديدا من الاصلاح . ولم يكن لأحد ان يؤمل انتقال البلاد طرفة واحدة

= وينكر المؤلف فى كتابه كثيرا من الوقائع تدل على ان نوبار باشا ، وقد تولى الوزارة بعد اعتزال شريف باشا ، اخذ يناهض المحاكم الأهلية الناشئة ، ويناصبها العداء . وقد اغمر الانجليز اعينهم عن ذلك ، حتى تسود الفوضى فى المحاكم الأهلية ، ففتولى هى امر الرقابة عليها .

من ذلك ان نوبار باشا اضطر اسماعيل يسرى باشا الى الاستقالة من منصب رئيس محكمة الاستئناف . لأنه أبى ان يسمع مراعاة باللغة الفرنسية من مندوب أوفده نوبار عن الحكومة المصرية . وكانت حجة الرئيس فى ذلك ان اللغة العربية هى اللغة الرسمية للمحاكم الأهلية . فلا يجوز سماع المرافعات بغيرها . ولم يسمح لمندوب الحكومة المصرية الا بتقديم مذكرة باللغة الفرنسية .

ومن ذلك ان دائرة الاستئناف ، تحت رئاسة حسين واصف بك ، حكمت فى احدى القضايا ضد رجل ارمى ، فذهب هذا يشكو لمواطنه نوبار ، فانشرت الاشاعات بعد ذلك بقليل ، تذيع ان رئيس الدائرة قد ارتشى . وقد أبى نوبار ان يجرى تحقيقا فى هذه المسألة بعد ان طلب منه ذلك حسين واصف بك . بل اكتفى بنقله الى المحاكم المختلطة . فأبى هذه المحاكم قبوله قبل إجراء تحقيق يثبت برأته ، وترتب على ذلك ان الرجل فقد منصبه فى المحاكم الأهلية . ولم يحصل على منصب فى المحاكم المختلطة . ومما هو جدير بالذكر ان الحكم الذى أصدرته دائرة حسين واصف بك ، والذى اتهم فيه بالارتشاء ، أبدته دائرة أخرى من دوائر الاستئناف ، عند رفع الأمر اليها من طريق التماس إعادة النظر .

ومن ذلك ان نوبار عين حاجبه مستشارا بمحكمة الاستئناف الأهلية !! وكان هذا الحاجب عينا له على مستشارى المحكمة .

ونحن نحيل القارئ على هذا الكتاب الممتع ، فقد ورد فيه كثير من الوقائع الشيقة المتعلقة بإنشاء المحاكم الأهلية ، والخاصة برجال ذلك العهد .

الى درجة الكمال فى التشريع والقضاء . ويكفى ان تكون تشريعات ذلك العهد فاتحة عهد جديد لرقى حقيقى كسبته البلاد فى تشريعاتها ونظمها القضائية .

فقوانين « الاصلاح » المختلطة والأهلية ، رغم كونها معيبة ، كانت تحسنا محسوسا بالنسبة لأسواء الماضى^(١) .

على أنه بعد أن اطمأنت البلاد الى تشريعها ونظمها الجديدة ، وألفت الأجيال التالية أن ترى محاكم منظمة ، وقوانين مستمدة من أرقى شرائع العالم واستقرت الحال بالقضاء الجديد ، واستتب الأمر له ، بدأ المشتغلون

(١) ومما يدل على أن الجيل الذى تلقى القوانين الجديدة قد رحب بها ، ما نقله هنا عن جريدة الوقائع المصرية الصادرة بتاريخ ٣ صفر سنة ١٢٩٨ (٤ يناير سنة ١٨٨١) عدد ١٠٠٣ ، فقد ورد فيها ما يأتى : « اصلاح قوانين المجالس المحلية : اقبلت علينا بشائر الاصلاح ، إذ ورد إلينا من مقام رسمى أن قوانين اصلاح المجالس المحلية قد قرب انتهاءها ، وأن العمل بموجبها سيشرع فيه عما قريب ، ولا ريب أن هذا يكون من اعظم الاصلاحات التى استستها هيئة الحكومة الحاضرة ، فإن اختلال القوانين واجمالها وابهامها ونقصها مما يؤدى لضياع الحقوق ، وامتداد يد التعدى ، ويوجب تعطيل الأعمال وكثرة الارتباك . فاذا تعينت الحدود ، وتبينت وجوه الأعمال ، ووقف كل أحد على ما رسم به القانون ، سارت الأعمال على الاستقامة وقوى الضبط ، وقل الخلط والخط . خصوصا إذا انتشرت القوانين ، وصارت فى أيدي العامة والخاصة يتداولونها ، ويدركون مغزى ما كتب بها . وقد كان الناس فى حرج وضيق صدر من تشتت القوانين واللوائح والتعليمات ، وعدم وجود قاعدة ثابتة وقانون واحد يقف عليه كل شخص . حتى لا يكون لعدم القدرة على محاولته . وهذه نظارة الحفانية اصدرت هذا المنشور للمراكز المحلية ، تخبرهم أن ترتيب القوانين قد اشرف على التمام ، فتعجلوا بانهاء القضايا الموجودة قبل صدور القوانين ، كيلا يكون العمل إذ ذاك على نوعين » .

وهذا هو رأى الكثيرين ممن درسوا هذه المسألة : انظر ارمانجون فى العيد المئى للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢ ص ٧٤٧ - فان أكر فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٢٩٦ - وبيولا كازيللى فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٧ .

وقد دافع منشىنى (فى تقريره الذى قدمه لمجلس النواب الايطالى فى سنة ١٨٧٥ عن انشاء المحاكم المختلطة) عن تقيد مصر بالقوانين الفرنسية ، فذكر أن هذه القوانين ، مهما كانت معيبة ، قد جربت وأثبتت التجارب صلاحيتها ، وأنه خير لمصر أن تأخذ بهذه القوانين الناقصة ، على أن تصلحها فيما بعد ، من أن تندفع إلى الأخذ بقوانين جديدة لم تجرب .

بالقانون يشعرون بما فى القوانين الجديدة من نقص فاضح و عيوب جسيمة ، لم يكن يتسنى للجبل السابق ، فى اول عهده بهذا النظام ، أن يحسها . فالآن . وفى ظل تجارب خمسين عاما مرت على النظام الحالى ، وظهرت عيوبه من نواح مختلفة ، يحق لنا أن نكون أقسى فى الحكم على هذا النظام ، وأن نتطلع الى مثل أدنى للكمال ، والا نقنع بما قنع به آباؤنا ، فالزمن حركة ، والوقوف عند الماضى جمود .

لذلك يحق لنا أن نبين ، فى شىء من الاسهاب ، عيوب تقنيننا المدنى ، وندل على ما فيه من النقص ، متخذين فى ذلك معيارا يتفق مع ما وصل اليه علم القانون من الرقى فى العصر الحاضر . ولا تقتصر على معيار القانون الفرنسى ، فهو قانون عتيق ، قد ظهرت عيوبه للجميع .

وعيوب تقنيننا تتناول الموضوع والشكل^(١) .

(١) وقد حمل كثير من الكتاب على التقنين المدنى المصرى ، وبينوا عيوبه ، ولكنهم اقتصروا فى ذلك على الاجمال دون التفصيل : انظر المرحوم فتحى زغلول فى القانون المدنى ص ٣ و ص ٥ - الأستاذ حلمى عيسى باشا فى البيع ص ٤ وما بعدها - الأستاذ محمد صادق فهمى بك فى تاريخ القانون المدنى ص ٢٦١ - ٢٦٢ - هالتون جزء ١ كلمة تمهيدية ص ٢٠ - ط١ - ارمانجون فى العيد المئىنى للقانون المدنى الفرنسى ط ص ٧٥٦ - مسينا فى شرح القانون المدنى المختلط ١ ص ٢٢ ط - ٢٤ و ص ٤٢٩ - الأستاذ عبد السلام زهنى بك فى مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة (باللغة الفرنسية) جزء ١ ص ٧٩ - هريروس فى نقص التشريع المختلط فى الكتاب الذهبى للعيد الخمسينى للمحاكم المختلطة ص ٤٤٢ وما بعدها - تقرير المستشار القضائى للحكومة المصرية سنة ١٩٠٤ (النسخة العربية ص ٤٨) .

على أننا لا نريد أن نغفط تقنيننا حقه ، فهو فى بعض المسائل قد جارى ما أدخله القضاء والفقه من التعديل على التشريع الفرنسى ، فترتيبه لمصادر الالتزام (م ١٤٧/٩٣) أدق من ترتيب التقنين الفرنسى . وجعله المحل والسبب ركنين فى الالتزام (م ٩٤ - ١٤٨/٩٥ - ١٤٩) صحح خطأ المشرع الفرنسى الذى جعلهما ركنين فى العقد . وفصله نظرية الالتزام عن نظرية العقد لاحتواز من خلط معيب وقع فيه التشريع الفرنسى . وقد أخذ مشرعنا عن القضاء الفرنسى (لا عن التشريع) بعض مسائل هامة ، نذكر منها عيوب الرضا (م ١٢٤ - ١٣٦/١٩٤ - ١٩٦) والهبه المستترة (م ٧٠/٤٨) ، والتضامن فى المسئولية التقصيرية (م ٢١١/١٥٠) ، وجواز تعديل أجر الوكيل (م ٦٢٨/٥١٤) ، والمصاريف الفاحشة فى بيع الوفاء (م ٤٣٠/٣٤٤) وحق امتياز المقاول من الباطن (م ٥٠٧/٤١٥) .

عيوب التقنين المدنى من حيث الموضوع :

بيان هذه العيوب : يمكن القول أن تقنيننا المدنى فيه نقص ، ثم فيه فضول ، وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث تجب الافاضة ، ثم هو يسترسل فى التافه من الأمر فيعنى به عناية لا تتفق مع أهميته المحددة . يقلد القانون الفرنسى تقليدا أعمى ، فينقل كثيرا من عيوبه ، دون أن يتنبه الى ما أدخل القضاء على هذا القانون من الاصلاح . وهو بعد متناقض فى نواح مختلفة ، ويضم الى هذا التناقض أخطاء معيبة كان من الهين أن يتجنبها المشرع المصرى لو اصطنع الأناة وحرص على الاتقان . وما كل هذا الا بعض ما يقال فى عيوب هذا التقنين .

النقص : أما النقص فيرجع بعضه الى أن تقنيننا المدنى لا تناول نصوصه الا المعاملات دون الأحوال الشخصية . وبين الدائرتين دائرة مشتركة يغفلها تقنيننا . فإذا تلمسناها فى قانون الأحوال الشخصية ، وجدنا الشريعة الاسلامية تقرر فيها مبادئ تتناقض تناقضا أساسيا مع مبادئ القانون الفرنسى . فنقع فى حيرة وارتباك ، ونسأل أراد المشرع أن يكل حل ما أغفله الى مبادئ الشريعة الاسلامية ، أم الى مبادئ القانون الفرنسى ؟ انطبق على انتقال ملكية الأموال الموروثة الى الورثة مبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بألا تركة الا بعد سداد الدين ، أم مبدأ القانون الفرنسى الذى ينقل الحقوق والديون الى الورثة ؟ ثم هل تنتقل الالتزامات بوجه عام الى ورثة المدين ؟ وأى مسائل الهبة تطبق عليها احكام الشريعة الاسلامية ، وأىها تنطبق عليه مبادئ القانون الفرنسى ؟ وأى تقادم يسرى على الأموال الموقوفة ، أتقادم الشريعة الاسلامية وهو ثلاثة وثلاثون عاما ويمنع من سماع الدعوى ، أم تقادم القانون المدنى وهو خمسة عشر عاما ويكسب حق الملكية ؟ كل هذه مسائل تضاربت فيها الأحكام ، وإذا كانت قد استقرت فى بعضها ، فهى متقلقلة فى البعض الآخر ، ولا يزال التشريع المصرى فى حاجة الى كثير من الوضوح والبيان ، حتى فيما استقر عليه القضاء من هذه المسائل .

== وقد عدد الاستاذ بيولا كازيللى (فى مقاله المنشور بمجلة مصر المصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٨) سبعة وأربعين مسألة تفصيلية ، نقلها عن كتاب الأستاذ والتون فى الالتزامات . وذكر أن الأستاذ والتون رأى أن التشريع المصرى متقدم فيها عن التشريع الفرنسى .

ولكن معظم النقص الذى نشكو منه يرجع الى سبب آخر . هو قصور تقنيننا عن مجارة التقدم العظيم الذى قطع مراحل علم القانون فى العصر الحاضر . فهو منقول عن القانون الفرنسى . والقانون الفرنسى وضع اول القرن التاسع عشر . فلا يزال امام تقنيننا حتى يصبح متمشيا مع عصره ان يقطع هذه المرحلة الطويلة التى قطعها علم القانون فى قرن وتلك قرن . وهذه اجيال طويلة . ارتقى فيها القانون ارتقاء لم يكن احد يتوقعه . وسنرى . عندما نعرض لموضوع القانون المقارن وتقدمه . ان هناك مسائل كثيرة . نحن فى حاجة الى ان نأخذها لا من القانون الفرنسى التعيق . بل من التشريعات الحديثة . حيث نشهد أحدث النظريات القانونية مطبقة تطبيقا تشريعييا محكما . ونكتفى عنا بالاشارة الى بعض هذه الثغرات التى يجب ان نسدها فى تقنيننا . فهناك نظريات عامة . قد استقرت فى القانون . واصبحت تراثا للجميع الأمم . لانجد لها اثرا عندنا . او نجد اثرها ناقصا مقتضيا . فنظرية سوء استعمال الحق . ونظرية عامة للغبن تتناول كل نواحى القانون . وقانون للجمعيات والمنشآت والأشخاص المعنوية بوجه عام . وتشريع للعمل . ونظرية تحمل التبعة . ونظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد . وقواعد حماية الملكية الفنية والأدبية والصناعية والتجارية . ونظام لعقد التأمين ولعقود الاحتكار والمنافع العامة . ونظرية للنيابة فى التعاقد . وتنظيم الملكية على الشيوع . والاعتراف بحوالة الدين اسوة بحوالة الحق . وإقرار الارادة المنفردة مصدرا للالتزام . والاعتراف بالعقود بالعقود المجردة . وبالعقود الاذعان . ونظرية التهديد المالى . ونظرية الالتزامات الطبيعية . كل هذه نظريات لاحظ لتقنيننا منها . وهى لازمة لاجوز اغفالها فى تشريع حديث . يتضمن ثمرة مجهود علماء القانون فى هذه العصور الأخيرة . هذا إلى ان تقنيننا . فى موضوع من أهم موضوعات القانون . هو موضوع العقد . وفى مسألة من أدق مسائل هذا الموضوع . هى مسألة تكوين العقد . نراه صامتا صمتا مدهشا . لا يفسره الا تقليد أعمى للقانون الفرنسى . وترسم بقيق من مشرعنا لخطى المشرع الفرنسى . حتى فى المزالق التى وقع فيها . وقد كتبنا عن هذه المسألة فى كتاب الالتزامات (جزء أول فقرة ٢٣٥) ما يأتى : « نلاحظ ان القانونين الفرنسى والمصرى لم يتعرضا بنص لهذا الموضوع الذى يعد من أدق موضوعات العقد . بل تركا الأمر للفقه والقضاء . وذلك بخلاف التشريعات

الحديثة ، كالقانون الألماني وقانون الالتزامات السويسرى والمشروع الفرنسى الايطالى ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية ، تبين كيف يصدر الايجاب ، ومتى يكون ملزما ، والى اى وقت ، وكيف يقترن به القبول ، سواء كان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد ، أو كانا غير موجودين فى مجلس واحد^(١) .

وهناك موضوعات منفصلة عن التقنين المدنى يجب ابراجها فيه ، كقانون الشفعة ، وقانون التسجيل ، والقانون الخاص بطرح البحر واكله ، وقانون ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ الخاص بحقوق الشرب والمجرى والمسيل . كما توجد موضوعات مندمجة فى هذا التقنين ، يجب حذفها ، بعد أن بطل العمل بها ، كالغاروقة ، والوصية لمحل خيرى ، وارث الاجارتين (م ٥٥٣ و م ١٧ - ١٨/٣٧ - ٣٨) .

الفضول والاقتضاب : وتقنيننا المدنى فيه فضول من ناحية ، واقتضاب من ناحية أخرى . انظر اليه وهو يتكلم فى حق الانتفاع (م ١٢ - ٢٩/٢٩ - ٥٠) ، وفى الخلط والمزج (م ٩٢/٦٧) ، وفى الالتزامات التخيرية والبديلة (م ٩٦ - ١٠٠/١٥٠ - ١٥٤) ، وفى قواعد تفسير العقد (م ١٣٨ - ١٤٠/١٩٩ - ٢٠١) وفى النفقة فيما بين الزوجين والأقارب (م ١٥٥ - ١٥٧/٢١٦ - ٢٢٠) ، وفى كيفية تسليم المبيع (م ٢٧١ - ٢٩٩/٣٤٢ - ٣٧٣) . اترى كيف يمت النصوص مطا ، ويتعرض للسمين والغش ، دون تمييز بين أصل وفرع ، ودون أن يراعى أن كثيرا من هذه النصوص كنا فى غناء عنها بتطبيق القواعد العامة ، بل أن كثيرا منها لا يكاد يوجد له تطبيق فى الحياة العملية .

ثم انظر اليه وهو يستعرض أدق الموضوعات القانونية ، واكبرها خطرا ، وابعدها أثرا فى الحياة ، فيمر عليها مرا سريعا فى عجلة واقتضاب وغموض . فهو يورد قواعد المسئولية التقصيرية فى مواد

(١) وقبل أن نترك هذا الموضوع نشير الى نقص التقنين المدنى فى انه لم يضع طرقا صالحة فى تنظيم الاعسار ، فلا يوجد ، افلاس مدنى ، كما هو موجود فى القانون التجارى ، حتى تغل يد المدين عن التصرف ، ويصفى أمواله نائب عنه وعن الدائنين ، فيتساوى هؤلاء ، ويأخذ كل منهم نصيبا بنسبة دينه

لاتتجاوز الثلاث ، والاشتراط لمصلحة الغير فى مادة واحدة لا يكاد القارىء يتبين منها الموضوع الذى تعرض له . اما الملكية فى الشيوع ، واما تكوين العقد ، واما التعهد عن الغير ، فلا يشير اليها بحرف ، كما يغفل نظرية النيابة فى التعاقد ونظريات اخرى كثيرة اشرنا اليها فيما تقدم . كل هذا يجعل التناسب مختلا فى تقنيننا ، وانعدام الاتساق من اظهر عيوبه .

وقد بالغ مشرعنا فى الاقتضاب ، حتى نتلمس القاعدة الهامة فلا نجد لها ، فنناول لها ، وننعسف فى التأويل ، حتى نظفر باستخلاصها من النصوص بطريق منطقى ملتو . مثل ذلك تملك الحائز حسن النية للثمار ، ورد فى هذه القاعدة نصوص صريحة فى القانون الفرنسى ، اما نحن فنستخلصها بطريق غير مباشر من بعض النصوص (م ١٤٦ / ٢٠٧) . كذلك حذف مشرعنا دون سبب ظاهر ، فى تعريفه لحق الملكية (م ٢٧ / ١١) ، القيد الحكيم الذى اوردته المشرع الفرنسى . وحذف النص القاضى بأن عبء إثبات السبب فى الالتزام يقع على عاتق المدين لا الدائن (م ١١٢٢ من القانون المدنى الفرنسى) ، والنص الذى لايجيز إثبات عكس المكتوب إلا بكتابة (م ١٣٤١ من القانون المدنى الفرنسى) ، وقس على ذلك كثيرا من النصوص .

الغموض : اما الغموض فنجده متفشيا فى كثير من النصوص ، فلا يكاد المدقق يستطيع ان يحدد لها معنى . ويكفى ان تقررا المادتين ١٩٨ / ١٣٧ ، ويقضى نصهما بأن « من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها ورفضها » ، حتى نقف حائرا ، لاتدرى ما الذى يقصده مشرعنا من هذا القول ، اهو يتكلم عن رب العمل وحقه فى اجازة عمل الفضولى ، ام هو يقصد التعهد عن الغير وحق هذا الغير فى اقرار ما تم التعهد به عنه ، ام هو لا يريد هذا ولا ذاك ، بل يعرض للاشتراط لمصلحة الغير ، وحق هذا الغير فى اقرار ما اتفق عليه المشترط والمتعهد لمصلحته ، ام يريد كل هذه الأشياء ، و لا يريد شيئا منها ، حتى تترك ان مشرعنا لم يتوخ دقة التعبير فى نص قانونى يعتبره فقهاء القانون المصرى اساسا تشريعييا لقاعدة خطيرة ، هى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . بل هو الأساس القانونى الوحيد لنظام اقتصادى يعد بحق

من الدعامات الأساسية التي تقوم عليها الحياة الاقتصادية ، وهو نظام التأمين . ليس لدينا في هذه الناحية الا هذا النص الوحيد ، وهو نص كما رايت مضطرب قلق غامض . ولا يزيل غموضه الرجوع الى الأصل الفرنسى ، فأن هذا الأصل لا يخلص من الاضطراب الا فيما يتعلق باستبعاد الفرض الخاص بالتعهد عن الغير ، ويبقى النص متحملا للفرضين الآخرين ، على أن هذا الفرض الذى يقضى الأصل الفرنسى باستبعاده قد وجد من فقهاء القانون المصرى ، كالأستاذ دى هلتس ، من يرى قصر المعنى عليه وحده دون غيره من الفروض .

ثم اقرا بعد ذلك النصوص المتعلقة بالدعوى البولصية (م ٢٠٤/١٤٣) ، ودعوى استعمال حقوق المدين (م ٢٠٢/١٤١) ، والالتزام الطبيعى (م ٢٠٨/١٤٧) ، والنصوص الواردة فى نظرية محل الالتزام (م ١٤٩/٩٥) ، وفى نظرية السبب (م ١٤٨/٩٤) ، ونظرية الحيازة (م ١٠٢/٧٦) ، والغلط فى عقد الصلح (م ٦٥٧/٥٣٥) ، والشرط الجزائى (م ١٥٢/٩٨) ، والتضامن (م ١٠٩ - ١٦٥/١١٥ - ١٧١) ، وعمل الفضولى والاثراء بلا سبب (م ٢٠٥/١٤٤) ، الست تراها حائرة قلقة ، يشيع فيها جو من الغموض والابهام ، لا يكاد يخلص منه المتمعن الى معنى ثابت مستقر ، الا إذا نظر الى مراجع هذه النصوص من الفقه الفرنسى لتتير له السبيل ، حتى إذا عاد الى قراءتها فى هذا الضوء الجديد ، رأى الأخطاء ظاهرة ، واحس الألفاظ ممسوخة مشوهة ، والمعانى تقسر عليها قسرا ، فلا توانيها الا بعد كثير من الحس والتخمين .

ثم انظر الى مشرعنا وهو يتكلم ، فى استرداد الحقوق المتنازع فيها ، عن مشتر يشترى حقا متنازعا فيه منعا لحصول دعوى (م ٤٤٣/٣٥٥) ، وفى عقد الصلح عن عدم جواز الاحتجاج بالصلح على من له شركة فى القضية التى وقع بها الصلح (م ٦٦٠/٥٣٨) ، اليست هذه النصوص وامثالها تحتاج فى فهمها وادراك مرماها الى كثير من الخيال ، بل الى شيء من التنجيم !

تقليد القانون الفرنسى : وتقليد مشرعنا للقانون الفرنسى تقليدا اعمى هى الظاهرة التى تسود كل التشريع المصرى . فكثير من النصوص

المعينة لا يفسر ما وقع فيها من العيب الا انها مجرد تقليد للأصل . فلا يزال للعقار فى التشريع المصرى شأن غير شأن المنقول ، ونحن فى هذا نحكى صدى المشرع الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ ، وقد تلقينا القواعد الفرنسية فى هذا الموضوع كما هى مسطورة فى قانون الفرنسيين . وهناك نصوص فرنسية متناقضة مضطربة ، نقلناها بتناقضها واضطرابها . فالمادتان ١٣٥/١٩٥ تقضيان بأن الاكراه يكون موجبا لبطلان العقد ، إذا كان شديدا ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز (يقصد الوسط من الناس) ، مع مراعاة سن المتعاقد وحالته والذكورة والأنوثة . وفى هذا النص نجد المشرع قد خلط بين معيارين متناقضين للاكراه ، معيار مادى ومعيار شخصى . ولا يفسر هذا الخلط الا خلط مثله وقع فيه . المشرع الفرنسى (انظر م ١١٢ من القانون المدنى الفرنسى) ، وقد أساء فهم ما قرره بوتييه فى هذا الصدد مما هو معروف فى كتب الفقه الفرنسى . فيكون المشرع المصرى قد نقل من المشرع الفرنسى حتى الأغلاط التى وقع فيها . وكذلك نرى المادتين ٤٨٠/٥٨٨ تقضيان بأن صاحب الايراد المرتب طول الحياة ليس له الا التنفيذ بايراده ، فى حالة عدم وفاء المدين ، ولا يستطيع أن يفسخ العقد . وفى هذا خروج غريب على القواعد العامة ، نقله المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى دون تدبر .

ونجد المشرع المصرى من ناحية أخرى يتنكب الشريعة الاسلامية ، وقد كان يمكنه الأخذ عنها فى بعض موضوعات هامة ، جاءت مبادئها فيها أرقى من مبادئ القانون الفرنسى . وعذره فى ذلك أن أحكام الشريعة الاسلامية لم تكن قريبة المنال وقت التشريع . ولكن هذا العذر إذا فسر هجر الشريعة الاسلامية فهو لا يبرره . وسنعود الى هذا الموضوع ببيان أوفى .

التناقض : ثم أن تشريعنا المدنى لا يكاد يضع القاعدة حتى يأتى بما يناقضها . فهو فى المادتين ١١٣/١٦٩ يقرر أن المدين المتضامن لا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين المتضامنين وقد اتبع فى ذلك حكم القانون الفرنسى (م ١٢٩٤ من هذا القانون) . ثم ينسى بعد ذلك ما قرره ولا يلبث أن يقرر ما يناقضه ، فيقضى فى

المادتين ٢٠١/٢٦٥ بأن المدين المتضامن يجوز له أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقي المدينين المتضامين بقدر حصتهم في الدين . ثم هو يحمل المشتري تبعة هلاك المثليات (م ٢٤١/٣٠٧) ، متبعا في ذلك حكم القانون الفرنسي في هلاك الشيء المبيع تكون على البائع لا على المشتري ، متبعا في ذلك حكم الشريعة الإسلامية ، والحكمان متناقضان ولا يصح الجمع بينهما . ويقرر جواز الاشتراط لمصلحة الغير بعبارة عامة ، فيسمح بأن يستفيد من العقد غير العاقد (م ١٣٧/١٩٨) ، ثم لا يلبث أن يقرر أن ، المشارطات ، لا تترتب عليها منفعة عاقيدها (م ١٤١/٢٠٢) . كذلك يقرر قانوننا في المقايضة حكما غريبا يخرج به على القواعد العامة ، ويناقض فيه المبادئ المقررة في البيع دون سبب معقول ، إذ يقضى بأن المقايض إذا استحق في يده بدل المقايضة لا يرجع بالبدل الآخر الذي أعطاه إذا كان هذا البدل عقارا انتقل من المتعاقد الى شخص آخر ، وبقي في هذا الأخير خمس سنوات من يوم المقايضة (م ٣٥٩) . ويجيز مشرعنا للدائن أن يطعن في عدم تمسك مدينه بالتقادم المسقط (م ٢٠٦/٢٧٠) ، وينسى أن يقرر مثل هذه القاعدة في التقادم المكسب ، مع أن الأمر واحد في الحالتين .

ثم هل نحن في حاجة للإشارة الى ذلك التناقض الذي وقع في نصوص القانون المدني بعد صدور كريتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، فأصبح نص المادتين ١٢٥/١٨٥ يقضى بأن الحد الأقصى للفوائد هو ٩٪ ، وبقي نص المادتين ٤٧٨/٥٨٢ يرفع هذا الحد الى ١٢٪ .

ولا ننسى ما يقع في بعض الأحكام من التناقض ما بين التشريعين الأهلى والمختلط . مما يكون سببا في اضطراب المعاملات ، وقد يدعو الى تدخل المشرع في بعض الأحيان . ففي الحوالة يشترط القانون الأهلى رضا المدين (م ٣٤٩) . ويكتفى القانون المختلط بإعلانه بالحوالة (م ٤٣٦) . وفي بيع الوفاء يجعل القانون الأهلى أقصى المدة التي يجوز فيها الاسترداد خمس سنوات (م ٣٤١) ، ويقصرها القانون المختلط على سنتين (م ٤٢٦) . وفي بيع الشيء المستقبل لا يمنع القانون الأهلى بيع المحصولات قبل أن تنبت ، ويحرم القانون المختلط ذلك (م ٢٣٠) . وهناك أحكام في المقايضة وردت في القانون الأهلى وأغلفها القانون المختلط ،

منها النص الغريب الذى ورد فى المادة ٢٥٩ والذى سبقت الإشارة اليه . وقد كان القانون الأهلى لا يقرر حق الشرب ولاحق المسيل ويقرر حق المجرى بالقدر الضرورى (م ٢٢ - ٢٣) ، ويجعل الاختصاص للجنة ادارية فى تقدير التعويض . اما القانون المختلط فقد كان لا يقرر حق الشرب ولا المجرى ولا المسيل ، ثم صدر قانون رقم ٢٧ سنة ١٩١٢ يقرر حق المجرى والمسيل دون الشرب ، ولا يعطى اختصاصا لأية لجنة ادارية . ومن هنا تضاربت النصوص ، وتعارضت جهات الاختصاص فى هذه المسألة التى تعد على جانب كبير من الأهمية فى بلد زراعية .

فما العمل امام هذا التناقض فى الأحكام ؟ وما يفعل البائع وفاء مثلا إذا كان مصريا ، واشترط على المشتري وهو مصرى مثله ، أن يسترد فى خمس سنوات ، وباع المشتري العين لأجنبى بعد ثلاث سنوات ؟ أنطبق القانون الأهلى فنجز الاسترداد لأن مدة خمس سنوات لم تنقض ، ام نطبق القانون المختلط فلا نجز الاسترداد بعد انقضاء سنتين من وقت البيع ؟ وقس على هذا الأشكال الاشكالات الأخرى التى يمكن أن تنجم من هذه الأحكام المتباينة المتناقضة .

الخطأ وإذا أضفنا الى هذا التناقض ما وقع فيه مشرعنا من أخطاء فاضحة ، عجبنا كيف لا يتفزه تشريع جدى عن مثل هذه العيوب الجسيمة . فالمشرع المصرى يغفل أهم شرط فى التملك بمضى المدة القصيرة ، وهو شرط حسن النية ، فلا يذكره فى النص الذى أورده فى هذا الموضوع (م ١٠٢/٧٦) . ويعرف الشرط ، بأنه امر مستقبل او غير محقق (م ١٥٧/١٠٣) ، وهذا خطأ بين ، فالشرط يجمع بين الاستقبال وعدم التحقيق . ومشرعنا ينقل عن الشريعة الإسلامية حكم بيع المريض مرض الموت (م ٢٥٥ - ٢٥٦/٣٣١ - ٣٣٢) ، فلا يكون امينا فى النقل ، إذ يقضى بأن العبرة فى هذا البيع بقيمة المبيع لا بالقدر المحابى به ، والشريعة الإسلامية تقرر عكس ذلك ، وينظر الى مال البائع وقت البيع ، والشريعة الإسلامية لا تنظر اليه الا وقت الموت . وهو فى تقريره احكام النفقات نسى أن هذه الأحكام إنما تخضع لقانون الأحوال الشخصية ، فقرر احكاما غريبة نقلها عن القانون الفرنسى ، وهى تتنافر كل التنافر مع احكام الشريعة الإسلامية ، إذ قضى بأن الزوجة تنفق على زوجها (م

(٢١٨/١٥٦)، بل تتفق أيضا على زوجة أبى زوجها (م ٢١٧/١٥٥)، وهذا غاية التخبط. وقد دعا هذا الخلط الغريب أكثر المحاكم المصرية الى اعتبار هذه النصوص «حروفا ميتة» لا يعمل بها. وقد يأخذ المشرع المصرى من الشريعة الإسلامية أيضا ويخالفها، كالفن فى بيع عقار القاصر، فان البيع يكون باطلا فى الشريعة الإسلامية، أما القانون المصرى فيكتفى باعطاء القاصر دعوى بتكملة الثمن. ويخطئ المشرع المصرى كذلك فى تقرير أن ملكية المبيع المعين بالنوع تنتقل بالتسليم (م ٣٣٨/٢٦٨). فهى إنما تنتقل بالتعيين. ويزعم واضع التقنين المختلط ان القسمة منشئة للحق لا مقررة (م ٥٥٥)، وهذا خطأ صححه القانون الأهلى (م ٤٥٧) وقضاء المحاكم المختلطة.

ويوجد عدا ذلك فى التشريع المصرى أخطاء كثيرة، نكتفى بالإشارة اليها^(١).

هذه أمثلة على ما فى تشريعنا المدنى من عيوب فاضحة. فهو تشريع يتراوح بين النقص والفضول، وبين الغموض والاضطراب، ويتقسمه التناقض والخطأ، وهو بعد عديم التناسق، وليس الا تقليدا أعمى لقانون اصبح الآن تشريعا عتيقا عاجزا عن مسايرة الزمن.

عيوب التقنين المدنى من حيث الشكل

بيان هذه العيوب: ليست العيوب الشكلية بأقل وضوحا وأضعف أثرا فى تشويه تشريعنا المدنى. وهى عيوب كثيرة متنوعة. نذكر منها ما يرجع الى تبويب التقنين وترتيبه، وما يرجع الى تعدد لغاته، ونضيف الى ذلك عدم الدقة فى التعبير القانونى، وضعف الأسلوب، وركاكة الترجمة عن الأصل الفرنسى، وما وقع فيها من أخطاء فاضحة.

التبويب والترتيب: أما عن تبويب تقنيننا المصرى، فمعروف ان هذا القانون مقصور على دائرة المعاملات. وهو يبويبها فى أربعة كتب. وهذا التبويب وان كان أدق علميا^٢ من تبويب القانون الفرنسى، الا أنه لايزال معيبا. فقد وضعت الأموال والحقوق العينية فى كتاب، مع أن

(١) انظر مثلا على ذلك م ١٥٢/٩٨ و م ٢٢٥/١٦٢ و م ٢٧٣/٢٠٩ (مقارنة بالمادتين ٦٠١ فقرة ثلاثة ٧٢٧ فقرة ثمانية) و م ٢٧٤/٢١٠ و م ٢٧٦/٢١٢.

الأموال تكون محلا للحقوق العينية وللحقوق الشخصية على السواء ، فالأولى فصل الأموال عن الحقوق العينية ، وجعل كل منهما فى كتاب مستقل . ثم وضعت الالتزامات فى كتاب ثان ، واختصت العقود المعينة بكتاب ثالث ، مع أن هذه داخلة فى الالتزامات ، وكان الأولى ضمهما معاً فى كتاب واحد . وفى الكتاب الرابع ، وقد عنون بحقوق الدائنين ، أورد المشرع بنوع خاص أحكام التأمينات العينية ، وقد حشر فيه موضوع اثبات الحقوق العينية مع بعض نصوص تتعلق بقلم الكتاب فى المحاكم . وكان الأولى وضع نظرية عامة للاثبات ، سواء تعلقت بحقوق عينية أو بحقوق شخصية ، وتقريب هذه النظرية من نظرية اشهار الحقوق العينية لما بين الموضوعين من الصلة الظاهرة . وليس فى تقنيننا مقدمة تنص على النظريات العامة التى تنبسط على جميع نواحي القانون ، كنظرية سوء استعمال الحق ونظرية الغبن وقواعد تفسير القانون وما الى ذلك . وسنقترح فيما يلى تبويبا للتقنين يكون اقرب للدقة العلمية من هذا التبويب ، مسترشدين فى ذلك بتبويب التشريعات الحديثة كالقانون الألمانى والقانون السويسرى .

وليس الأمر مقصورا على نقص هذا التبويب العام . بل توجد عيوب كثيرة متفشية فى الترتيب التفصيلى لكل كتاب من هذه الكتب الأربعة . فقد وضعت قيود الملكية . فى الكتاب الأول ، فى باب حقوق الارتفاق وسميت باسمها . وهذا عيب تجنبه المشرعان الألمانى والسويسرى . ولم ترتب اسباب اكتساب الملكية والحقوق العينية ترتيبا علميا صحيحا . ووضعت القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية فى الفصل المخصص للعقد باعتباره سببا لاكتساب الملكية ، والفرق جسيم بين أن يملك المنقول بالعقد أو يملك بمقتضى هذه القاعدة . وقد عاد المشرع الى الإشارة للقاعدة نفسها فى مكان آخر غير مناسب ايضا ، هو الباب الذى خصصه لاثبات الحقوق العينية فى الكتاب الأخير (انظر م ٦٠٨ / ٧٢٤) . ولا نرى اثرا للملكية فى الشيوع ولا للمقسمة الا عند الكلام على الشركات وفى قانون المرافعات (انظر م ٦٢١ / ٧١١ من قانون المرافعات) . وبعد أن فصل المشرع بين التقادم للمكسب والتقادم المسقط ، مخالفا فى ذلك التقنين الفرنسى أورد أحكاما عن إيقاف سريان المدة فى التقادم المكسب وتناول فيها التقادم المسقط . ويخلط المشرع فى باب واحد من الكتاب الثانى بين الالتزامات

التي يكون مصدرها العمل الضار . وابتدىء الكتاب الثانى فى الباب الأول بالنظرية العامة للالتزام فى ذاته ، ثم يترك المشرع النظرية ناقصة ، وينتقل فى الأبواب الثلاثة التالية الى مصادر الالتزام ، ويعود بعد ذلك فى الباب الخامس الى تكملة نظرية الالتزام . وفى الكتاب الثالث ترد نظرية حوالة الحق فى باب البيع مع أنها نظرية عامة تشمل البيع وغيره ، وكان مكانها الطبيعى فى نظرية الالتزامات . ثم يجمع المشرع فى باب واحد من هذا الكتاب الثالث بين اجارة الأشياء وما يسميه بأجارة الأشخاص وأرباب الصنائع ، مع أن الفرق كبير بين هذين النوعين من العقد ، وكان الأولى أن يقصر عقد الايجار على اجارة الأشياء ويفصل عنه عقد الاستصناع وعقد العمل . ويتكلم المشرع على الحراسة فى باب الوديعة ، وكان الأولى وضعها فى قانون المرافعات . ويفصل ما بين الكفالة وعقود التأمين الأخرى ، ولا مبرر للفصل بين هذه الموضوعات المتقاربة . والأغرب من ذلك أنه يفصل ما بين عقد رهن الحيازة وعقد الرهن الرسمى ، فيضع الأول فى الكتاب الثالث مع العقود المعينة ، ويضع الثانى فى الكتاب الرابع مع حقوق الدائنين . ويجمع فى الكتاب الرابع ما بين التأمينات وإثبات الحقوق المعينة وبفاتر التسجيل ، وهذه موضوعات متنافرة لا يصح أن يجمعها كتاب واحد .

تعدد لغة التشريع : وهناك غير نقص التبويب عيب آخر فى الشكل يرجع الى الظروف التى وضع فيها تشريعنا . فقد قدمنا أن المشرع المصرى وضع تشريعه باللغة الفرنسية فى الأصل . وقد ترجم التشريع بعد ذلك الى اللغة العربية ، واعتبرت هذه الترجمة هى النص الرسمى ، ومن ذلك وجد عندنا نصان : نص أصلى ونص رسمى . وكلاهما مضطرب . وكان الاضطراب فى واحد منهما كافيا لايقاعنا فى الحيرة ، فما بالك وقد اجتمع ، وكل منهما يرجع اليه ، ويقارن بالآخر ، فيزيد الاضطراب والغموض . أضف الى ذلك أن مترجم النص الفرنسى لم يكن دقيقا فى ترجمته ، وكثيرا ما شوه الذى ينقله ، فضلا عن تشويهه اللغة التى ينقل اليها ، وسنورد أمثلة على ذلك فيما يلى :

ويكفى هنا أن نشير الى بعض مواد اختلف فيها النصان العربى والفرنسى ، وحارت الناس بأى نص تأخذ . ففى التذليس (م ١٣٦ اهلـى)

يقضى النص العربى بأن يكون صادرا من أحد المتعاقدين ، ولا يشترط النص الفرنسى ذلك . وفى اعذار المدين (م ١٢٠ أهلى) يقرر النص العربى أن يكون الانذار رسميا ، ولا يتطلب النص الفرنسى ذلك . وفى الوفاء مع الحلول (م ١٦٢ أهلى) لا يشير النص العربى صراحة الى دين جديد يحل محل دين قديم ، ويصرح النص الفرنسى بذلك . وهناك المواد ٨٤ و ٨٥ (وهما خاصتان بايقاف سريان المدة) و ١٣٤ (وهى خاصة بالغلط) و ٢٧٠ (وهى خاصة بتسجيل عقد البيع) و ٤٦٢ (وهى خاصة باسترداد الحصة الشائعة) ، نصوصها العربية تختلف عن نصوصها الفرنسية .

ففى مثل هذه المسائل الهامة ، أناخذ بالنص الفرنسى لأنه النص الأصلى . وهذا هو رأى فريق من فقهاءنا ومحكمنا ، أم نأخذ بالنص العربى لأنه النص الرسمى ، وهذا رأى فريق آخر ، أم نأخذ فى كل مسألة بالنص الذى نرى أنه أكثر اتفاقا مع غرض المشرع ، فنأخذ فى التدليس وفى ايقاف سريان المدة وفى الغلط وفى استرداد الحصة الشائعة بالنص الفرنسى ، وفى الإعذار وفى الوفاء مع الحلول وفى التسجيل بالنص العربى ، وهذا هو الرأى الذى نذهب اليه . . . مشكلة لانزال نعانيتها ، حتى يتهىأ لنا الخلاص من هذا القانون ذى اللغتين المتناقضتين .

التعبير والأسلوب : والى جانب هذا يوجد عدم الدقة فى التعبير القانونى ، وضعف الأسلوب ، والاسفاف الى العامى من الألفاظ . لا ننكر أن لغة قانوننا ، إذا قيست بلغة العهود الماضية ، تعد على درجة كبيرة من الرقى^(١) . ولكننا لانرجع الى الماضى ، بل نتطلع الى المستقبل . وإذا

(١) ويكفى أن نقرا شيئا من القوانين التى كانت تصدر فى تلك العهود لتتحقق من ذلك . ولنقدم مثلا واحدا من آلاف الأمثلة : نصا من لائحة مجلس الأحكام المعروف فى تاريخ القضاء المصرى . فقد قضى البند السادس من الارادة السنية الصادرة لرئاسة مجلس الأحكام المصرية فى ٥ ربيع الآخر سنة ١٢٦٥ بما يأتى : « من حيث أنه على موجب هذه اللائحة ، كل من كان مقيم بمحل مأموريته ، لأجل اجرا مقتضاها . فلا يوافق شربهم الدخان ، ولا يحضروا ايضاً بشبوكاتهم إلى دواوينهم . وإن كان احدا (كذا) من ارباب المجلس يريد شرب قهوة ودخان ، فيتوجه الى الاودة القريبة التى سيصير تعيينها . وبعد الشرب يعود للمجلس . »

أردنا أن نقدر قيمة أسلوب تشريعنا وبقته ، وجب أن نقيسه بمعيار راق ،
نطمح أن نصل اليه عند مراجعة هذ التشريع ، فنتوقى هذه العيوب الكثيرة
التي آن لنا أن نشير الى بعض منها .

فمن أمثلة عدم الدقة فى استعمال التعبير القانونى أن واضع النص
العربى يعبر عادة عن البطلان (nullité) بالالغاء . فيقول فى المادة ٤٨
أهلى : « والا كانت الهبة لاغية » . ويقول فى المادة ٥٣ : « والا كان الوقف
لاغيا » . وفى المادة ٤٦٠ : « والا كان العمل لاغيا » وهكذا . ويسمى
الالتزام (obligation) بالتعهد . مع أن التعهد نوع خاص من الالتزام
مصدره العقد أو الارادة المنفردة . ويترجم العمل القانونى (acte) بالفعل
(انظر م ١٤٣ أهلى) . والفرق كبير بين العمل القانونى والفعل المادى .
ويترجم المقايضة (échange) بالمعاوضة . وهذا لفظ غير دقيق ، فالبيع
عقد معاوضة ولكنه ليس بمقايضة .

أما من حيث ضعف الأسلوب وركاكة الألفاظ . فالأمثلة كثيرة . نذكر
منها ترجمة الدولة « بالميرى »^(١) . والاستيلاء « بوضع اليد »^(٢) .
والالتصاق « باضافة المحلقات للملك »^(٣) . والدائن « بالمداين »^(٤) .
وترجمت عبارة (ما لا يفترض)^(٥) بجملة ركيكة غير صحيحة وهى : « لا
يحكم فيه بالظن » . ويتكلم واضع النص العربى عن الوفاء بميعاد لائق^(٦) .
ويريد الوفاء فى ميعاد لائق . ويترجم المبالغ المدفوعة^(٧) « بالمدفوعات » .

« هذا نموذج من التشريع فى ذلك العصر اسلوبا وموضوعا » فانظر الى هذه اللوثة
التي اعتقد أصحابها انها تمت الى العربية بصلة ثم تأمل موضوع هذا النص . وكيف
تنزل « الارادة السنية » الى الخوض فى امر نافه . يكفى اليوم فيه صدور « تعليمات
ادارية » من اصغر رئيس من رؤساء مصالح الحكومة ولاشك أن لغة تشريعنا الحاضر .
إذا قورنت بلغة تلك العهود . تعتبر معجزة من آيات البيان

(١) Etat انظر م ٩ و ٣٠ و ٥٧ و ٦١٤ أهلى .

(٢) Occupation م ٤٤ .

(٣) Accosion م ٤٤ .

(٤) Créancier م ٥٣ و ١٦٤ و ١٩٨ و ٤٦٠ و ٤٦١ .

(٥) ce qui ne se présume pas وهى العبارة الواردة فى آخر المادة ١٤٤ .

(٦) انظر م ١٦٨ .

(٧) Payements م ١٧٢ .

ويقول : « من حيثية^(١) ، وهو يريد أن يقول : من حيث . و يترجم المحامين «بالأفوكاتية»^(٢) ، «الأجر» «بالماهية»^(٣) ، «العقد» «بالمشاركة»^(٤) ، ويقول : « في جميع المواد ما عدا التجارية»^(٥) ، وهو يقصد أن يقول « في جميع المواد ما عدا المواد التجارية ، أو ما عدا ما كان منها تجاريا » . ويعبر عن التزام البائع «بملزومية البائع»^(٦) ، ويكرر لفظ «الملزومية» هذه في نصوص أخرى^(٧) . وكثيرا ما يقول : « يتحصل » و« يستحصل»^(٨) ، بدلا من « يحصل » . ويعبر عن السيد يستقدم الخادم استقداً خاصا ، بأن السيد «قد استحضر (الخادم) بالخصوص»^(٩) ، ويتكلم عن سجل تسجيلا منتظما فيقول : « من سجل بموافقة الأصول»^(١٠) .

أما الغموض وعدم الأمانة في الترجمة فلا يقل عن الركاقة وضعف الأسلوب . ومن الأمثلة على ذلك المادة ٩٤ أهلى . وهذا هو نصها الفرنسي "L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite"

والترجمة الصحيحة هي : « لا يوجد الالتزام إلا إذا كان مبنيا على سبب محقق مشروع » . أما واضع النص العربي فترجم المادة كما يأتي : « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا » . فأدخل في ترجمته لفظ «العقود» ، ولا أثر لهذا اللفظ في الأصل ، فافسد بذلك على واضع النص الفرنسي غرضه ، فقد قصد أن يجعل السبب ركنا في الالتزام لا في العقد ، حتى يصحح بذلك خطأ وقع فيه المشرع

(١) انظر م ٢٠٥ .

(٢) م ٢٠٩ .

(٣) م ٢٠٩ .

(٤) م ١٢٨ و ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٥ و ١٤١ و ١٤٢ و ٣٦٠ .

(٥) م ٢١٥ .

(٦) م ٣٠٢ .

(٧) انظر مثلا م ٤٦٠ .

(٨) انظر م ١١٧ و ١١٨ و ١٣١ و ١٧٦ و ١٧٩ و ١٨٧ و ٢١٥ و ٢١٦ و ٢٨٠ و ٥٥٤ و ٥٩٥ و ٥٩٦ و ٥٩٩ .

(٩) م ٤٠٣ .

(١٠) م ٦٢٠ .

الفرنسى . وعبر عن وجود الالتزام «بصحته» ، والفرق كبير ما بين الوجود والصحة . وترجم السبب المحقق «بالسبب الصحيح» وهذه ترجمة غير دقيقة ، فان السبب لا يكون صحيحا الا إذا كان محققا ومشروعا . وانظر الى المادة ١٢٤ ، ونصها الفرنسى ما يأتى :

L'erreur opère la nullité du consentement quand elle porte sur le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat.

وكان الواجب أن تترجم هكذا : «الغلط يبطل الرضاء» ، إذا وقع فى الناحية الرئيسية التى اعتبرت فى الشيء عند التعاقد» . ولكن واضع النص العربى ترجمها بما يأتى : «الغلط موجب لبطلان الرضاء» متى كان واقعا فى اصل الموضوع المعتبر فى العقد» . وهذه ترجمة غير دقيقة ، ولا تكاد تفهم الا بعد الرجوع الى الأصل الفرنسى . وتزيد جسامه هذا العيب فى الترجمة ، إذا لاحظنا أن واضع النص الفرنسى أراد بنصه أن يهجر النظرية التقليدية فى الغلط ، ويأخذ بنظرية (الغلط الدافع) التى أخذ بها القضاء الفرنسى . ولا يمكن أن نستخلص هذا ، على ما له من خطر ، من النص العربى ، فهو نص يتعثر بين الغموض وعدم الدقة ، ولا يكاد يفيد شيئا . ثم انظر الى المادة ١٣٥ ، وفيها يضع المشرع المصرى معيارا للاكراه فيشترط أن يكون شديدا «بحيث يؤثر فى شخص مستقيم الادراك» (personne raisonnable) فيترجم واضع النص العربى هذه العبارة بما يأتى : «بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز» .

وانظر بعد ذلك الى المادة ١٣٧ ، وقد اسلفا انها آية فى الابهام . وهذا هو نصها الفرنسى :

Lorsqu'une personne a stipulé pour un tiers sans mandat, ce tiers a le choix de conformer le contrat ou de refuser de le reconnaître.

ويمكن ترجمة النص بما يأتى : «إذا اشترط شخص للغير . دون توكيل ، فالغير بالخيار بين أن يقر العقد أو يرفض الاعتراف به» . وهذه ترجمة إذا كانت مبهمة فذلك يرجع الى أن الأصل ذاته غامض ، إذ هو قد ينصرف الى عمل الفضولى أو الى الاشتراط لمصلحة الغير . فجاء المترجم وزاد هذا الغموض ابهاما ، إذ وضع النص العربى كما يأتى : «من عقدت على نعمته مشاركة ، بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها» .

فأصبح النص العربى يتحمل - عدا عمل الفضولى والاشتراط لمصلحة الغير - التعهد عن الغير أيضا . فإن « من عقدت على ذمته مشاركة ، قد يكون فى هذه « المشاركة » دائئا أو مدينا . هذا الى عدم الدقة فى ترجمة الاقرار (confirmer) « بالقبول » .

ثم اقرا نص المادة ٢٠٩ . وهذا هو : « المبالغ المستحقة للأطباء وللأفوكاتية وللمهندسين اجرة سعيهم . وللباعة اثمان المبيعات لغير التجار مطلقا . ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجاراتهم الخ ، « الا يروعا هذه الغموض المخيم على العبارة من اولها الى آخرها . فهى تكاد تكون لغزا يتعب الفكر فى حله . واضع هذا النص يريد أن يقول أن المبالغ المستحقة للأطباء والمحامين وللمهندسين اجرا على عملهم . وكذلك المبالغ المستحقة للباعة ثمننا لما باعوه . سواء تعاملوا مع غير محترف بالتجارة . او مع تاجر فى غير شؤونه التجارية ... »

وترجم النص الفرنسى للمادة ٢٦٥ .

« Lorsque le vendeur aura vendu comme sienne une chose qu'il saura ne pas lui appartenir » اما إذا باع أحد سينا على أنه مملوك له فإن هذه الترجمة من الأصل ، وكيف يتسنى لنا أن نستخلص بوضوح من الترجمة العربية أن البائع يجب أن يكون عالما بأن الشيء المباع غير مملوك له . كما نقرأ ذلك صراحة فى النص الفرنسى

وحذف المترجم . فى ترجمة المادة ٤٦٢ . لفظا اختل بحدوده المعنى . فالنص الفرنسى يحبر للشركاء الأصليين فى الشيوع أن يستردوا حصة شائعة باعها احدهم اما الترجمة العربية لهذا النص فتغفل كلمة « الأصليين » . ويصبح للشركاء فى الشيوع . أصليين كانوا أو غير أصليين . حق الاسترداد وهذا غير ما قصده المشرع

وترجمت عبارة « الكفالة القضائية » (caution judiciaire) الواردة فى المادة ٤٩٩ « بالكفالة التى تؤخذ بالمحاكم أو بناء على حكم . . . » وهى عبارة مضطربة مبهمه .

ويطول بنا الأمر لو تعقبنا مشرعا المصرى فى غموضه وعدم دقته . ويكفى أن نشير الى بعض النصوص كالمواد ١٤٣ و ١٦٧ و ١٩١

و ٢٦٢ و ٢٧٠ و ٣٨٣ و ٥٣٨ و ٥٣٩ . وفى بعضها حذف ، وفى البعض الآخر زيادة ، وفى أكثرهما غموض واضطراب يفسد المعنى ، أو يجعله مغلقا عسير الفهم .

الخطأ فى الترجمة : على أن الأمر يزيد خطورة إذا جاوز المترجم عدم الدقة فى الترجمة الى الوقوع فى أخطاء جوهرية .

ومن يقرأ المادتين ٨٤ و ٨٥ فى نصهما العربى لا يكاد يصدق أن هذا النص ترجمة للأصل الفرنسى . فان المادة ٨٤ تنص على أنه « لا يسرى حكم تملك العقار بمضى المدة الطويلة على من يكون مفقود الأهلية شرعا » . وهذا هو

La prescription acquisitive, en matière immobilière, ne court pas contre ceux sont qui légalement incapables.

وتنص المادة ٨٥ على أنه لا تسرى كذلك « على مفقود الأهلية المذكورة أحكام ما عدا ذلك من أنواع التملك بمضى المدة الطويلة متى كان المعتبر فيها أزيد من خمس سنوات » . وهذا هو الأصل الفرنسى :

Aucune autre prescription de plus decing années, ne court contre ces mêmes incapables.

ففى المادة ٨٤ ترجمت عبارة « مضى المدة المكسب » (prescription acquisitive) بعبارة التملك « بمضى المدة الطويلة » ، مع أن مضى المدة المكسب قد يكون بالمدة الطويلة أو بالمدة القصيرة . وفى المادة ٨٥ أعاد المترجم عبارة التملك « بمضى المدة الطويلة » وأراد به هذه المرة « مضى المدة المسقط » ، والفرق واضح بين العبارتين . وقد ترتب على هذا الخلط الشنيع أن فسد المعنى فى النص العربى فسادا تاما . فمن يقرأ هذا النص يحسب أن المشرع يريد أن يوقف سريان التقادم المكسب ، إذا كانت مدته طويلة ، طبقا للمادة ٨٤ . ثم يقف حائرا بعد ذلك فى تفسير المادة ٨٥ ، فهى تفترض نوعا من التقادم المكسب ، مدته أزيد من خمس سنوات وأقل من خمس عشرة سنة ، يقف سريانه كذلك . فأين هو هذا النوع من التقادم ؟ الواقع أنه غير موجود ، وأن النص العربى للمادتين ٨٤ و ٨٥ وقع فيه خطأ فاضح . ومن يرجع للأصل الفرنسى يرى أن المشرع المصرى قد أراد أن يوقف سريان التقادم المكسب ، سواء كان طويلا أو قصيرا ، أما التقادم

المسقط فلا يوقفه الا إذا كان طويلا . فأين هذا من النص العربى المضطرب السقيم ؟

وترجمت عبارة « محل الالتزام » (objet de l'obligation) الواردة فى المادة ٩٥ بعبارة « الغرض من التعهد » . وترجمة « المحل » « بالغرض » ترجمة مشوهة ، لاتجعل النص مفهوما ، وتخلط ما بين المحل والسبب ، إذ السبب هو الغرض الذى يقصد اليه الملتزم من وراء التزامه . فمن يفهم « الغرض من التعهد » بمعنى « سبب الالتزام » ، لايكون متعسفا فى الفهم . ومع ذلك فان المشرع اراد أن يذكر المحل لا السبب . ونذكر مثلاً أخيراً هو المادة ١٣٦ . واليك النص الفرنسى لهذه المادة :

Le dol vicie le consentement quand les manoeuvres pratiquées contre la partie sont telles que, sans ces manoeuvres, elle n'aurait pas contracté.

والترجمة الصحيحة لهذا النص هى : « يفسد التدليس الرضاء ، إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد من الخطر بحيث أنه لولاها لما رضى » . وظاهر أن المشرع لا يشترط أن تكون الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين صادرة من المتعاقدين الآخر . وقد كان فى هذا متقدما على المشرع الفرنسى تقدما جديرا بالثناء . فان القانون الفرنسى (م ١١١٦) تقيد بالقاعدة العتيقة الموروثة عن القانون الرومانى ، وأوجب أن يكون التدليس صادرا من المتعاقدين الآخر . فأنظر بعد ذلك إلى ما فعله مترجمنا وكيف افسد على المشرع المصرى غرضه إذ ترجم النص المتقدم بما يأتى : « التدليس موجب لعدم صحة الرضاء ، إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقدين الآخر ، بحيث لولاها لما رضى » . فأوجب بذلك أن يكون التدليس صادرا من المتعاقدين الآخر ، وعاد الى الحكم المنتقد الذى اراد مشرعنا أن يهجره وأعجب لهذه الصدفه العمياء التى قضت علينا أن نقع فيما أردنا التخلص منه ، وأن يتعثر مشرعنا ، من حيث لا يحتسب ، فى ذيل هذا الخطأ الشنيع الذى وقع فيه مترجمنا ، فينعكس عليه غرضه ، ويلتوى به قصده ، ويترجم كلامه مشوهاً ممسوخاً .

ثانيا : تقدم التشريعات الحديثة

حركة التقنين في العالم : نعتقد أن ما عددناه من عيوب تشريعنا كاف للاقناع بوجوب تنقيحه ، فإذا أضفنا الى ذلك أنه في غضون الخمسين من الأعوام التي مرت على تشريعنا ، صدرت تشريعات أجنبية تفضل من وجوه كثيرة التشريع الفرنسي الذي نقلنا عنه ، فالفرصة إذن سانحة ، عند تنقيح تشريعنا ، لأن نقتبس من هذه التشريعات ، وهي ثمرة تجارب أمم عظيمة ، ما يتلائم مع حالتنا ، تبين لنا إلى أي حد نحن في حاجة الى هذا التنقيح .

وسنذكر في مكان آخر كيف يمكن أن نستفيد من هذه التشريعات . ونكتفى هنا بوصف حركة التقنين في العالم ، ونقف عند التقنيات الهامة التي صدرت بعد تقنيناتنا .

يمكن القول أن القرن التاسع عشر كان مبدأ عصر التقنين . فما كاد يظهر التقنين الفرنسي في أول ذلك القرن حتى تلتته تقنينات كثيرة في أنحاء مختلفة من العالم . فظهر التقنين النمساوي في سنة ١٨١٢ . ونقلت إيطاليا وهولندا ورومانيا واسبانيا والبرتغال وتونس ومراكش والولايات الجنوبية من كندا وكثير من الدول الأمريكية الجنوبية عن التقنين الفرنسي . وكذلك فعلت اليابان في سنة ١٨٩٦ .

ثم صدر التقنين الألماني وصار نافذا في سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسري في سنة ١٩١٢ ، وأعيد النظر في التقنين النمساوي في أول سنى الحرب الكبرى (سنة ١٩١٤ إلى سنة ١٩١٦) ، وكذلك التقنين البرازيلي في سنة ١٩١٦ ، وتقنين السوفييت في سنة ١٩٢٣ ، والتقنين الصيني في سنتي ١٩٢٩ و ١٩٣٠ ، والتقنين اللبناني في سنة ١٩٣٢ . هناك مشروعات تقنين كثيرة أهمها المشروع الفرنسي الإيطالي والمشروع البولوني والمشروع التشيكوسلوفاكي .

ويمكن تقسيم قوانين العالم المعروفة في العصر الحاضر الى طوائف أربع : (أولا) القوانين اللاتينية ، ويمثلها القانون الفرنسي العتيق والمشروع الفرنسي الإيطالي الحديث ، وهذان هما طرفا السلسلة في هذه القوانين . (ثانيا) القوانين الجرمانية . ويمثلها القانون الألماني والقانون السويسري . (ثالثا) القانون الانجليزي . (رابعا) الشريعة الاسلامية .

أما الشريعة الإسلامية فسنعقد لها بحثا خاص فيما يلي ، نبين فيه إلى أي حد أخذ مشرعنا منها وإلى أي حد يمكنه أن يأخذ . ولما كان القانون الانجليزي غريبا عنا ولم نألفه ، فمن البعيد أن نستفيد منه كثيرا عند مراجعة تشريعنا ؛ لذلك نغفله في بحثنا هذا . وتبقى القوانين الجرمانية والقوانين اللاتينية ، نأخذ من الأولى أهمها وهما القانون الألماني والقانون السويسري ، ونأخذ من الثانية أحدثها وهو المشروع الفرنسي الإيطالي . وهذه هي الجديرة بأن تكون محلا للنظر إذا أردنا أن نستفيد من حركة التقنين الحديثة .

ونحن نصف وصفا موجزا كلا من هذه التقنيات الثلاثة .

١- القانون الألماني

تاريخ وضع التقنين الألماني : يعد القانون الألماني أضخم تقنين صدر في العصر الحديث . ولعل كلمة « الضخامة » هي اللفظ الذي يتفق مع الطابع الألماني . فيكاد يكون كل شيء لهم ضخما . رزقوا الضخامة في العلم وفي الصناعة وفي الحرب وفي السياسة وفي التشريع ، وامتازوا بالضخامة حتى في اللغة ، وحتى في الجسم . والقانون الألماني خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن كامل ، وهو يبرز من الناحية الفقهية أي قانون آخر . فقد اتبع طريقة تعتبر من أدق الطرق العلمية وأقربها للمنطق القانوني . ولكن هذا كان عائقا له عن الانتشار ، فان تعقيد الفنى وبقته العلمية أقصياه بعض الشيء عن منحى الحياة العملية ، وجعلاه مغلق التركيب عسر الفهم .

وقد كان القانون الروماني ، باسم قانون البندكت (Pandectes) ، هو الذى يطبق في البلاد الألمانية ، قبل صدور هذا التقنين . وكانت العادات الجرمانية تطبق أيضا إلى جانب القانون الروماني . وقد صدرت مجموعات مقننة في بعض البلاد الجرمانية ترجع إلى عهد بعيد ، أهمها التقنين البروسى المعروف باسم قانون فردريك الأكبر ، بدأ تحضيره في سنة ١٧٤٦ ولكنه لم يعمل به إلا في سنة ١٧٩٤ . وكذلك القانون النمساوى الذى عمل به في سنة ١٨١٢ ، وهو القانون الذى عمل في السنين الأولى من الحرب الكبرى كما سبقت الإشارة إلى ذلك .

ثم قام فى أوائل القرن التاسع عشر فقيه المانى معروف (Thinault) ،
بندى بتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها ، فقام فى وجهه الفقيه
الألمانى الكبير سافينى (Savigny) ، زعيم المدرسة التاريخية فى
القانون ، وناهضه مناهضة عنيفة ، محتجا بأن القانون لايجوز تقنينه ،
إذ أن التقنين يعوق تطوره ويقضى عليه بالجمود . ونجح سافينى فيما
دعا اليه . فأخر بذلك التقنين الألمانى دهرا .

على أن فكرة التقنين العام الشامل للقوانين الجرمانية لم تخدم ، بل
أخذت تنتشر فى شىء من البطء ، ثم نشطت حركتها على اثر تقرير شىء
من الوحدة للإمبراطورية الألمانية فى منتصف القرن التاسع عشر . وعندما
تكون اتحاد الشمال الجرمانى وجدت هيئة تشريعية مركزية ذات
اختصاص ضيق لهذا الاتحاد . ثم تألفت فى سنة ١٨٦٠ جمعية من الفقهاء
الألمان والنمساويين (Juristentag) تعمل لتوحيد القوانين الجرمانية
وتقنينها ، فعقدت الجمعية عدة مؤتمرات خلصت منها بمشروع لقانون
الالتزامات هو المعروف بمشروع درسد (Dresde) .

ولما توحدت الأمبراطورية الألمانية فى سنة ١٨٧٠ ، جعل التشريع
المدنى من اختصاص الهيئة التشريعية المركزية . فشكل مجلس
البوندسرات (Bundesrath) فى سنة ١٨٧٤ لجنة لتحضير خطة عامة
لتقنين مدنى . ولما وضعت هذه الخطة ، تألفت لجنة مشكلة من أحد عشر
عضوا ، كلهم من الفقهاء والقضاة ، وقد قام كل عضو بكتابة النصوص
فى موضوع من موضوعات القانون وكل اليه ، وأخذت هذه اللجنة
بمشروع درسد فى الالتزامات . وتم بذلك تحضير مشروعات ابتدائية كاملة
النصوص فى سنة ١٨٨٠ . واجتمعت اللجنة بعد ذلك لتناقش هذه
المشروعات ، وظلت فى عملها حتى سنة ١٨٨٧ ، فأخرجت ، المشروع
الأول ، للقانون الألمانى . ونشر هذا المشروع رسميا للاستفتاء فى
سنة ١٩٨٨ . فتولاه الراى العام بالتمحيص والنقد ، ونشرت أبحاث كثيرة
متنوعة ، من مقالات ورسائل ومشروعات معارضة ، كتبها المشتغلون
بالقانون فى المانيا يبحثون فيها المشروع المعروض للاستفتاء من جميع
نواحيه . وقد لوحظ بوجه عام على المشروع أن لغته أقرب للفقه منها الى
التشريع ، وأن نفوذ القانون الرومانى متغلغل فيه ، ومن أجل هذا قام فى
وجهه جييرك (Gierke) ، الفقيه الألمانى المعروف ، وكان من أكبر الدعاة

لوجوب الأخذ بالعادات الجرمانية إذ هي قوانين البلاد الأصلية ، ونادى
بوجوب تغليب هذه العادات على القانون الرومانى الدخيل فى التقنين
الجديد .

فشكل مجلس البوندسرات فى سنة ١٨٩٠ لجنة أخرى من اثنين
وعشرين عضوا ، جمعت إلى رجال القانون رجال الصناعة والتجارة
والعمال وكبار الملاك . واتخذت فى تعديله . وكلما انجزت جزءا نشرته
للاستفتاء . فانتهى « المشروع الثانى » فى سنة ١٨٩٥ . ثم عادت اللجنة
إلى مراجعة هذا المشروع فى ضوء ما حصلت عليه من نتائج الاستفتاء
الذى قامت به ، فعدلت منه أيضا . وعرض هذا المشروع الثانى المعدل
(المشروع الثالث) على مجلس البوندسرات فى يناير سنة ١٨٩٦ ، بعد
أن تخفف من نزعته الفقهية وزاومت فيه التقاليد الجرمانية النفوذ
الرومانى . فنظر فيه هذا المجلس ، وأحاله ، وقد أصبح « مشروعا رابعا » ،
على مجلس الريشستاغ (Reichstag) .

واتفقت الحكومة مع الأحزاب السياسية على أن تقصر الأحزاب حقها
فى طلب التعديل على المسائل السياسية والاجتماعية والدينية ، تاركة
مسائل الصياغة القانونية كما هى دون تعديل حتى لا يختل تناسقها .
وآلف مجلس الريشستاغ لجنة مثلت فيها كل الأحزاب . وقد اقترحت هذه
اللجنة ما رآته من التعديلات فى حدود ما سبق الاتفاق عليه . فكان ذلك
سببا فى سهولة وسرعة موافقة المجلس على المشروع ، إذ وافق عليه فى
أول يولييه سنة ١٨٩٦ . وفى ١٤ يولييه من السنة نفسها ، وافق عليه
مجلس البوندسرات ، وكان قد عرض عليه أولا كما قدمنا . ثم ختمه
الامبراطور فى ١٨ أغسطس سنة ١٨٩٦ ، وأصدره فى ٢٤ أغسطس سنة
١٨٩٦ ، على أن يعمل به من أول يناير سنة ١٩٠٠ .

هذا هو تاريخ موجز للتقنين الألمانى . نرى منه قدر العناية التى
بذلها الألمان فيه . فقد صرفت اللجان والمجالس المختلفة فى دراسته أكثر
من عشرين عاما . وتحضير هذا التقنين يمتاز بما يأتى : (١) هذه المدة
الطويلة التى صرفت فى وضعه ، حتى صار محكما نقيقا . وقد جمع الفقه
الألمانى فى أرقى مراحل . (٢) اشتراك غير القانونيين ، من رجال
الصناعة والعمال وكبار الملاك ، فى تحضيره . وهذا ما جعله ثمرة التجارب

العملية ، كما هو خلاصة النظريات الفقهية والتقاليد القضائية . (٢) طرق الاستفتاء الواسعة المختلفة التى كان محلا لها ، مما ساعد على تحصيله تمحيصاً دقيقاً وسمح لعدد كبير من المشتغلين بالقانون بالمساهمة فى تحضيره ، كل بما وسعته طاقته . وهذه دروس يجب أن نستفيد منها عند مراجعة تشريعنا المدنى .

ترتيب التقنين الألمانى : اما ترتيب هذا التقنين ، فقد احتذى واضعوه فيه مثل البانديكت الرومانية ، فجاء فى خمسة كتب . خصص الكتاب الأول منها لمقدمة عامة ، عرضت للأحكام المتعلقة بالشخص وبالشئ وبالعمل القانونى . وانتهت بأحكام فى مضى المدة المسقط وكيفية استعمال الحق . وعرض المشرع الألمانى عند الكلام فى الأشخاص للشخصية المعنوية والجمعيات والمنشآت ، وعند الكلام فى العمل القانونى لموضوعات كثيرة من نظرية الالتزام ، كالأهلية والعقد والنيابة والالتزامات الموصوفة ، مما جعل هذه النظرية تتوزع بين المقدمة والكتاب الأول توزعا ليس من شأنه أن يسهل البحث . ووردت نظرية سوء استعمال الحق عند ذكر كيفية استعمال الحقوق .

اما الكتب الأربعة الأخرى ، فالاثنتان الأخيرتان خصصا لقانون الأسرة والميراث . والكتابان الأولان لقانون المعاملات . اشتمل أحدهما على ما بقى من نظرية الالتزام . والثانى عرض للأشياء ، فبدأ بالحيازة ، وأخذ فيها بأحدث النظريات ، ثم استعرض أسباب اكتساب الملكية ، وقد عدلت تعديلا جوهريا بسبب ادخال نظام السجل العقارى .

تقدير هذا التقنين : ولاشك فى أن هناك كثير من الدروس يمكن استخلاصها من قانون المعاملات فى التقنين الألمانى . والاستفادة منها عند مراجعة تشريعنا المدنى . وقد قدرت اللجنة الرسمية الفرنسية ، التى قامت بترجمة القانون الألمانى إلى اللغة الفرنسية والتعليق عليه ، هذا القسم من التقنين تقديرا كبيرا من ناحية القانون المقارن^(١) .

وقدر التقنين الألمانى تقديرا مختلفا ، فذكرت محاسنه وعيوبه . فكتب الأستاذ جوديميه (Goudemet) ، فى مقاله المنشور فى كتاب العيد المئتينى

(١) انظر مقدمة هذه الترجمة جزء اول من ٢٥ - ٢٦ .

(م ٦ - مقالات د . السنهورى ج ١)

للقانون الفرنسي^(١)، عن هذا التقنين ما يأتي: «ظهر التقنين الألماني، وهو أية من آيات الفن والعلم، كخلاصة نفيسة للنتائج التي وصل إليها الفقه الألماني في غضون القرن التاسع عشر، سواء في دائرة البانديكت (القانون الروماني) أو في دائرة القانون الجرمانى الخاص. ولكن كثيراً من الشراح يرى أن هذا التقنين من الناحية الاجتماعية لا يسد كل الحاجات التي تتطلبها دولة ديمقراطية. وقد قيل عن التقنين الألماني، كما قيل عن التقنين الفرنسي، أنه تشريع مغرق في نزاعته البرجوازية»، وقد وضع ليحمى مصالح الطبقات المالكة، ولا يفسح إلا مكاناً ضيقاً للأفكار الحديثة، التي تقضى بحماية الضعيف وبتوثيق التضامن الاجتماعى».

وبعد أن ذكر الأستاذ جوسران محاسن هذا التقنين من حيث نضوجه، ومن حيث أنه جمع خلاصة الفقه القانونى فى القرن التاسع عشر، قال ما يأتى: «وله، إلى جانب مزاياه التي لا نزاع فيها، عيوب لا تقل عنها تحقيفاً، فهو عمل نظرى فى جوهره، وقد كتب بأسلوب ثقیل لا يستمرأ، واجتمعت فيه الصنعة والتجريد. وقد أراد المشرع الألماني أن يضع حلاً لكل شيء، وأن يفترض كل الفروض، مستعينا فى هذا بصناعة سار فيها إلى أبعد شوط. وإذا كان قد نجح فى هذا بعض النجاح، فقد خسر فى سبيل هذا النجاح مزيته الوضوح والنزعة العملية. ولا شك فى أن العمل جليل يملأ الاحترام، ولكنه كان مجهوداً فقهياً أكثر منه مجهوداً عملياً تسرى فيه روح الحياة^(٢)».

ب - القانون السويسرى

ترتيب هذا التقنين: ينقسم القانون السويسرى إلى قسمين منفصلين أحدهما عن الآخر. الأول القانون المدنى ويشتمل على أربعة كتب، أحدها فى الأشخاص الحقيقية والاعتبارية، والثانى فى قانون الأسرة، والثالث فى الميراث والوصية، والرابع فى الحقوق العينية. والقسم الثانى فى قانون الالتزامات، ويتضمن ثلاثة أبواب، أولها يضع نظرية عامة

(١) جزء ٢ ص ٩٦٩.

(٢) انظر جوسران ١ ص ٥٢ - انظر أيضاً الأستاذ والتون فى مقاله المنشور

بمجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ص ١٨٢ - ١٨٤.

للاللتزامات ومصادرها ، والثانى يتناول العقود المدنية ، والثالث يتكلم فى العقود والأوراق والدفاتر التجارية .

ومن ذلك نرى أن المشرع السويسرى يدمج القانون التجارى فى قانون الللتزامات ، ويفصل ما بين الللتزامات وبقية أجزاء القانون المدنى . والسبب فى ذلك يرجع إلى اعتبارات تاريخية ، لا إلى طريقة علمية قصد اتباعها .

تاريخ وضعه : وذلك أن جمهورية الاتحاد السويسرى فكرت أول الأمر فى تقنين تشريعاتها التجارية . فشكلت لجنة فى سنة ١٨٦٣ من بعض أساتذة القانون لبحث مشروع للقانون التجارى وضعه أحد أعضاء اللجنة ، الأستاذ منتسنجر (Munzinger) . وكان يشمل القانون التجارى وبعض قانون الللتزامات . ثم انعقد مؤتمر من نواب المقاطعات السويسرية لمناقشة هذا المشروع ، فاقترح المؤتمر أن يكون المشروع شاملا لكل قانون الللتزامات إلى جانب القانون التجارى . فوضع الأستاذ منتسنجر مشروعا جديدا يحقق هذه الرغبة فى سنة ١٨٧١ ، وقد اتخذ مشروع درسد الألمانى ، الذى سبقته الإشارة إليه ، أساسا لعمله .

ثم صدر دستور جديد لجمهورية الاتحاد السويسرى فى سنة ١٨٧٣ ، يعطى هيئة التشريع المركزية حق التشريع فى مواد الأهلية وجميع المسائل المتعلقة بالتجارة والتعامل فى المنقول . وجعله شاملا لجميع قانون الللتزامات والقانون التجارى ، ليكون ذلك قانونا عاما لجميع الولايات السويسرية . إذ أن هذا داخل فى اختصاص الهيئة التشريعية المركزية وفقا للدستور الجديد .

فقدم الأستاذ فيك Fick ، بعد موت الأستاذ منتسنجر ، مشروعه الأول فى سنة ١٨٧٥ . وتشكلت لجنة من بعض الأساتذة والقضاة لبحث هذا المشروع ، فبحثته ونشرته للاستفتاء فى سنة ١٨٧٧ . ثم أعادت بحثه مرة ثانية ، بعد زيادة فى أعضاء اللجنة ، فبسطت من عبارته ، وزادت فى وضوحه . وعرض المشروع على الهيئة التشريعية فى سنة ١٨٧٩ ، فأعادت لمراجعته فى بعض أجزائه . ثم وافقت عليه جملة واحدة فى سنة ١٨٨١ ، دون أن تناقش تفصيلاته ، حتى لا تخل بتناسق التقنين وقد عمل

به من أول يناير سنة ١٨٨٢ . وهذا هو قانون الالتزامات السويسرى فى صورته الأولى .

ويتبين مما تقدم أن السبب فى فصل قانون الالتزامات عن بقية أجزاء القانون المدنى يرجع إلى اعتبارات دستورية . فقد رأينا أن دستور سنة ١٨٧٣ لم يكن يعطى الهيئة التشريعية المركزية فى جمهورية الاتحاد حق التشريع إلا فى المسائل التجارية وفى موضوع الالتزامات ، فصدر التشريع المركزى مقصورا على هذه الموضوعات . ولما روجع دستور الاتحاد فى سنة ١٨٩٨ أعطيت الحكومة المركزية حق التشريع فى جميع مسائل القانون المدنى . فاعتزمت الحكومة على تكملة التقنين المدنى ، وعلى مراجعة قانون الالتزامات فى الوقت ذاته ، لسرعة تطور التشريع فى العصور الحديثة^(١) .

فبدأ الأستاذ (Huter) بوضع مشروع للقانون المدنى يكمل قانون الالتزامات . ثم راجع بعد ذلك قانون الالتزامات ، وجعله الباب الأخير من مشروع القانون المدنى . وأحيل المشروعان على لجان مشكلة من بعض الأساتذة والقضاة . وعرضا بعد ذلك على الهيئة التشريعية المركزية . فأقرت هذه الهيئة القانون المدنى منفصلا عنه قانون الالتزامات فى سنة ١٩٠٧ . وتقرر أن يعمل بهذا القانون فى أول يناير سنة ١٩١٢ .

ثم شكلت لجنة جديدة . من أساتذة وقضاة أيضا ، لاعادة مراجعة المشروع المعدل لقانون الالتزامات ، فقدمت اللجنة مشروعا نهائيا إلى الهيئة التشريعية فى سنة ١٩٠٩ ، فأقرته هذه الهيئة فى سنة ١٩١١ . على أن يعمل به هو والقانون المدنى معا فى أول يناير سنة ١٩١٢ . وهذا هو قانون الالتزامات السويسرى فى صورته الحاضرة .

وقد بقى منفصلا عن القانون المدنى كما كان الأمر من قبل ، لأن مراجعته لم تكن كاملة ، بل بقى الجزء الخاص بالقانون التجارى على حاله

(١) فإذا كان السويسريون قد أحسوا ضرورة مراجعة تقنينهم ولم يعرض عليه أكثر من خمسة وعشرين عاما . مع أنه صدر فى نفس الوقت الذى صدر فيه تقنيننا (سنة ١٨٨١ وسنة ١٨٨٢) . وكان وضعه أكثر بقاء وشد حكاما . فما أحوجنا اليوم . وقد مضى على القانون المصرى خمسون عاما . إلى هذه المراجعة .

كما كان فى سنة ١٨٨٢ ، إذ ضاق الوقت عن مراجعته ، بعد أن اعتزم العمل بقانون الالتزامات مع القانون المدنى فى سنة ١٩١٢ . ويقول السويسريون ، تبريرا لعدم توحيد القانون المدنى ، أن قانون الالتزامات (وقد اكتفى بجعله الكتاب الخامس ، مكملا بذلك كتب القانون المدنى الأربعة دون أن يدمج فيها) قانون قائم بذاته ، له تقاليد مستقلة ، وتاريخ قديم ، وقد ألقت الناس الإشارة إلى نصوصه ، فلا يضر وحدة التشريع بقاؤه منفصلا ماديا محضا^(١) .

ومما هو جدير بالذكر أن التقنين السويسرى صدر بلغات ثلاث ، الألمانية والفرنسية والإيطالية ، وكلها لغات رسمية للقانون . وقد اقتضت ذلك حالة سويسرا من حيث تعدد اللغات فيها .

ونحن إذا عرضنا لكيفية تحضير التقنينات الحديثة ، فذلك لنستخلص منها دروسا نافعة ، نستفيد منها فى وضع نظام للإجراءات التى يحسن اتباعها فى مراجعة تشريعنا . ويلفت النظر فى تاريخ تحضير التقنين السويسرى أن هذا التقنين قام على اكتاف الأساتذة ، بل أن الذى كان يضع المشروعات الأولى هو أستاذ واحد (منتسجر - فيك - هوبر) ، ثم تبحث المشروع لجنة مشكلة من أساتذة وقضاة . وهذا يختلف عن تحضير التقنين الألمانى ، فقد اشترك فيه رجال غير قانونيين كما قدمنا ، وقام بوضع نصوص المشروع الأول أحد عشر شخصا لا شخص واحد .

وكان المنتظر أن يكون التقنين السويسرى ، وهو من عمل الأساتذة ، عملا فقهيا ، فإذا به ذو صبغة عملية بارزة ، كما سنبين ذلك . أما التقنين الألمانى ، وقد اشترك فى تحضيره رجال عمليون ، فصبغته الفقهية واضحة مشهورة ، وقد سلفت الإشارة إليها .

تقديره يمتاز التقنين السويسرى بالوضوح والبساطة ، فيتغابر بهذا مع التقنين الألمانى المغلق المعقد . وهو يجمع إلى الوضوح والبساطة الدقة والتعمق ، ثم يضم إلى كل ذلك الجودة والتمشى مع أحدث النظريات

(١) أنظر شنيدر وفيك فى قانون الالتزامات السويسرى ص ٧ - وتقرير لجنة المجلس التشريعى الاتحادى فى وثائق هذا المجلس سنة ١٩١١ المجلد الأول ص ٦٩٩ .

العلمية . ففيه تجتمع مزايا التقنيين الألمانى من حيث القيمة الفنية ، ومزايا التقنيين الفرنسى من حيث السلاسة والوضوح .

فهو مثل عال من مثل التشريع ، من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع . ووضوحه كان سببا فى انتشاره انتشارا سريعا . وأصبح شأنه من حيث الذبوع فى القرن العشرين شأن التقنيين الفرنسى فى القرن التاسع عشر . وقد بلغ الأمر ببعض الأمم ، كالترك ، أن اتخذته تشريعا لها جملة واحدة ، وأثرته على جميع التقنيات الغربية عند ما أرادت الانتقال من الشريعة الاسلامية الى التشريع الأوروبى . ولا شك فى أن هناك دروسا نافعة كثيرة يمكننا أخذها من هذا التقنيين عند مراجعة تشريعنا .

ويفخر السويسريون بأن تقنينهم من نسج ايديهم ، لم ينحوا فيه منحى التقليد المجرد . وفى هذا يقول الأستاذ روسل (Rosset)^(١) : « قد استمددنا القانون المدنى السويسرى من مصادر هى مصادرنا . وقد استطعنا أن نتجنب الاستعداد من التشريعات الأخرى . وإذا كان طبيعيا أن توجد مسائل مشتركة بين تقنيننا والتقنيين الألمانى أو التقنيين الفرنسى ، فتقنيننا ليس مدينا لأى من التقنيين ، أو هو على الأقل ليس مدينا لهما إلا فى بعض المسائل التفصيلية ، وبقدر واحد تقريبا بالنسبة لكل منهما ، ويمكن القول أن تقنيننا قد نسج على منوال طباعنا وأخلاقنا وعقليتنا ، إذ أنه حقا تشريع سويسرى قبل كل شيء . وهذا وصف رائع لما يجب أن تكون عليه تشريعات الأمم ، وأن كان فيه شيء من المبالغة من حيث اجتناب الاقتباس من التشريعات الأجنبية . »

وليس السويسريون وحدهم هم الذين يعجبون بتقنينهم ، بل يشترك فى هذا الاعجاب كثير من العلماء الأجانب . فيرى الأستاذ جودمييه أن التقنيين السويسري قد امتاز ببساطته ، وبتجنبه للتعقيدات الفقهية ، وبصيغته العملية السائدة ، وقد حقق ، بهذا الوضوح وبهذه البساطة ، إلى أقصى حد ممكن ، المثل الأعلى لتشريع ديموقراطى^(٢) . ويرى الأستاذ

(١) القانون المدنى السويسرى - لوزان ص ٨ - ٩ .

(٢) المقال المنشور فى كتاب العيد المئتينى للقانون الفرنسى جزء ٢ ص ٩٦٩ .

جوسران أن التقنين السويسرى قد فاق التقنين الألمانى من وجوه كثيرة ، فهو أكثر مرونة ، وأقل صبغة فقهية ، وأكثر قبولاً للأفكار الحديثة فى المساواة والتضامن الاجتماعى ، وهو لم يحاول أن يوجد حلاً لكل فرض ، بل ترك للقاضى وللfaqه حرية واسعة فى التقدير وفى الاجتهاد واكتفى بتقرير المبادئ العامة ، فأمن بذلك أن يشل تشريعه من تطور القانون^(١) . ويرى الأستاذ والتون أن التقنين السويسرى هو خير تشريع تحتذيه أمة تريد أن تقتبس من التشريعات الأجنبية ، لبساطة عبارته ، ووضوح أسلوبه ، وصبغته العملية^(٢) .

ج - المشروع الفرنسى الايطالى

تاريخ وضعه : المشروع الفرنسى الايطالى هو مجرد مشروع لم يتخذ بعد قانوناً . ولكنه مع ذلك صار موضوعاً لدراسات متعددة . إذ هو خلاصة القوانين اللاتينية ، جدت حتى صارت تعاشى العصر . وهو يصلح أن يكون مشروعاً لمراجعة القانون الايطالى والقوانين اللاتينية الأخرى . فأصبحت دراسته عنصراً من عناصر القانون المقارن . ويوضع عادة رمزا للروح اللاتينية ، إلى جانب القوانين الألمانى والسويسرى رمز الروح الجرمانية .

بدأ وضع المشروع فى أواخر الحرب العظمى ، فى سنة ١٩١٨ . إذ قام الأستاذ شيالويا (Scialoja) الفقيه الايطالى المعروف ، ينادى بتوحيد القانونين الفرنسى والايطالى ، ليكون ذلك أساساً لتوحيد القانون فى أكثر بلاد العالم . فلقى من الأساتذة الفرنسيين ، لا سيما الأستاذ لارنود (Larnaude) عميد كلية القانون بباريس فى ذلك الوقت ، ترحيباً بدعوته . وألفت لجنتان ، أحدهما فرنسية برئاسة الأستاذ لارنود ، والأخرى ايطالية برئاسة الأستاذ شيالويا . وكان أعضاء اللجنتين من الأساتذة والقضاة والمحامين والوزراء السابقين وأعضاء الهيئات التشريعية وكبار الموظفين . واتفقت اللجنتان على أن يبدأ عملهما بقانونى اللالتزامات والعقود .

(١) جوسران ١ فقرة ٥٣ .

(٢) مجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٢ و ص ١٨٤ .

وتحولت اللجنة الإيطالية إلى لجنة رسمية ، واختصت بمصادر الالتزام وأنواعه المختلفة . أما اللجنة الفرنسية فبقيت غير رسمية مدة طويلة ، واختصت بآثار الالتزام وطرق اثباته ، ثم تحولت بعد ذلك إلى لجنة رسمية . وما لبثت اللجنة الإيطالية أن حلت محلها لجان متعاقبة ، تكمل كل لجنة أعمال سابقتها .

وبقيت اللجنتان الفرنسية والإيطالية ، بعد أن أصبحتا رسميتين ، تعملان ، وتتصل أحدهما بالأخرى ، أما بطريق اجتماعات دورية أو بطريق المراسلة أو إيفاد مندوبين ، حتى انتهتا من عملهما . فأنمتا مشروع تقنين في موضوع الالتزامات والعقود ، كتب باللغتين الفرنسية والإيطالية ، ورافق به تقرير تفسيري ، وقدم للحكومتين في سنة ١٩٢٨ .

ترتيبه : فالمشروع مقصور إذن على الالتزامات والعقود . ويضع الباب الأول منه نظرية عامة للالتزامات ، وهو مقسم إلى ستة فصول ، تبحث في مصادر الالتزامات الموصوفة وانقضاء الالتزامات ونقلها وطرق اثباتها . ويعقب الباب الأول أبواب كثيرة ، عقد كل باب منها لعقد من العقود المعينة ، فبسط المشروع أحكام عقود البيع والمقايضة والإيجار والعمل والاستصناع والشركة والوكالة والصلح والإيراد المؤبد والإيراد المرتب طول الحياة والرهن وعارية الاستعمال وعارية الاستهلاك والوديعة والحراسة والنقل والنزول في الفنادق (*Hofellerie*) ورهن الحيازة في المنقول وفي العقار والكفالة .

تقديره : والمطلع على المشروع لا يسعه إلا أن يعجب بالمجهود الكبير الذي قام به واضعوه . فقد كلفهم هذا العمل جهود عشرة أعوام لم تذهب عبثا . فخرجوا بعمل تشريعي يستوقف النظر ، ويكسب القوانين اللاتينية العتيقة جدة لم تكن لها ، وينفخ فيها روح العصر الذي نعيش فيه . وهو من الناحيتين الشكلية والموضوعية يفضل التقنين الفرنسي والإيطالي اللذين يراد به أن يحل محلها . ولا شك في أن دراسة هذا المشروع ضرورية لنا عند ما نريد مراجعة تشريعنا ، إذ هو نواة صالحة لمراجعة ما كان مصدره لاتينيا من القوانين ، كقانوننا المصري . وقد ذهب البعض إلى حد أن اقترح اتخاذ المشروع برمته قانونا في مصر ، نعدل به قانوننا

فى الالتزامات وفى العقود^(١). ونحن وان كنا لا نذهب إلى هذا الحد ، لا نشك فى امكان الاستفادة من المشروع الفرنسى الايطالى عند مراجعة تشريعنا الحاضر . فقد توخى فى وضعه قدر كبير من الدقة ، وأدخل فيه كثير من النظريات القانونية الحديثة .

واليك ما يقوله واضعو المشروع فى التقرير التفسيرى الذى أرفقوا به مشروعاتهم : «لقد كان المشروع الذى خلص من هذا التعاون فى العمل ثمرة مجهود أخوى منظم من جانب فقهاء البلدين الشقيقين . وقد بذل هؤلاء الفقهاء ما فى وسعهم حتى يخلقوا بمجهودهم المشترك من القواعد القانونية ما يصح أن يمثل ، فى كل بلد من البلدين ، أرقى نظام قانونى يطلبه العلم والعمل . فأوجدوا بذلك أول نموذج جدى لما يمكن أن يكون عليه ، فى المستقبل القريب أو البعيد ، قانون خاص جديد لأوروبا ، يكون مشتركا بين جميع الأمم ، أو بين طائفة كبرى من هذه الأمم الأوروبية ، بل ومن أمم أخرى وراء البحار . فنحن تعجلنا بذلك أعمال معهد توحيد القانون الخاص ، وأوجدنا أول أساس قوى لقانون عالمى مشترك^(٢)» .

وقد اقتبس واضعو المشروع ، كما يذكر فى تقريرهم^(٣) ، بعض الأحكام من القانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون النمساوى والقانون البرازيلى وغيرها من القوانين الأخرى . حتى يجعلوا المشروع نواة صالحة لتوحيد القوانين المتحضرة فى العالم .

والظاهر أن المشروع كان له صدق واسع فى البلاد التى تأثرت بالقوانين اللاتينية . فقد ترجمته رومانيا ترجمة رسمية تمهيدا لاتخاذها تشريعا لها . وإتخذته البانيا بالفعل تشريعا لها فى نفس السنة التى ظهر فيها . وتتبعه بلاد أخرى باهتمام كبير . كاليونان وبولونيا ويوجوسلافيا وبلجيكا وأمريكا اللاتينية .

(١) انظر محاضرة الأستاذ بواييه (Bovier) المنشورة فى مجلة مصر العصرية مجلد ٢٢ ص ٢٨ - ص ٢٩ ويشير الأستاذ بواييه . فى محاضرة أخرى . باتخاذ المشروع الفرنسى الايطالى مصدرا تشق منه المحاكم مبادئ القانون الطبيعى والعدالة

(٢) ص ٣٥ من التقرير

(٣) ص ٣٧ من التقرير

والسر في نجاحه ، على ما يظهر ، يرجع إلى أنه محافظ على الروح اللاتينية في بساطتها ووضوحها ، وهو يتمشى في الوقت ذاته مع النظريات الحديثة . وقد وصل الأستاذ بوييه (Boyé) من الغلو في تقديره إلى حد أن فضله على التقنين السويسري من حيث الدقة والتحديد^(١) .

على أننا نرى أن المشروع الفرنسي الإيطالي ، وهو في ذلك ككل عمل تشريعي يرمى إلى توحيد القوانين ما بين الأمم المختلفة ، يحمل أثرا قويا من روح المساومة والرغبة في تسوية الخلاف ما بين التشريعين اللذين يرمى إلى توحيدهما . وهو يكاد يكون رجعيا في نزعته ، إذ يحتفظ بالروح اللاتينية إلى حد جعله يضحي من أجل الاحتفاظ بها التمشي مع روح التقدم الحديثة في بعض النواحي ، حتى لا يستحدث تغييرا كبيرا في التشريعات الفرنسية والإيطالية الحاضرة ، فيكون بذلك أدنى إلى أن تأخذ به الأمتان . من ذلك أنه لا يعترف بحالة الدين كما اعترف بحالة الحق ، وهو يجارى في ذلك القانونين الفرنسي والإيطالي . ويحتفظ ببعض أغلاط في القانون الفرنسي ، دون أن يوجد سبب ظاهر لذلك إلا رغبة واضعي المشروع ألا يحدثوا تغييرات كثيرة في التشريع^(٢) . ولم تفت ملاحظة هذه النزعة الرجعية بعض من اشتركوا في وضع المشروع^(٣) .

(١) انظر محاضراته المشار إليها في مجلة مصر العصرية مجلد ٢٢ ص ١٨
(٢) انظر مثلا لذلك المادة ١٩ من المشروع ، وهي خاصة بالاكراه . يقع هذا النص في نفس التناقض الذي وقعت فيه المادة ١١٢ من القانون المدني الفرنسي ، من حيث جمعه بين المعيار المادي والمعيار الشخصي للاكراه . ويرتكب الخطأ الذي ارتكبه المشرع الفرنسي في المادة ١١١٣ من نعداده اشخاصا معينين يعتبر وقوع الاكراه عليهم مؤثرا في ارادة المتعاقد ، وإن كان قد أفسح المجال لبعض الشيء لتقدير القاضي

(٣) من ذلك ما يقوله الأستاذ ريبير (Ripert) ، لم يكن الغرض وضع مشروع تقنين يكون جديدا من جميع الوجوه ، أو تسجيل كل الأفكار التي جدت في موضوع الالتزامات في غضون القرن الماضي وأول القرن الحاضر بنصوص تشريعية . وإنما قصد تقريب قانون كل بلد من قانون البلد الآخر ، مع ادخال بعض القواعد القانونية الجديدة ، التي أخذت بها التشريعات الأجنبية أو القضاء ، نمشيا مع الحاجات العملية الحديثة ، في هذا القانون المشترك . وهذه خطة حكيمة ، وخطرها الوحيد هو أنها لا تفسح مجالا للتقدم ، فالاتفاق على ابقاء الموجود أسهل من الاتفاق على تحقيق اصلاح فيه . لذلك آمن المشروع الفرنسي الإيطالي في نزعته المحافظة أكثر مما يجب في

على أنهم جميعا يعترفون بأنهم تجنبوا ادخال تعديلات جوهرية فى التشريعات الحاضرة^(١).

اهمية الرجوع إلى التقنيات الحديثة : يتبين مما تقدم اهمية الرجوع إلى التقنيات الحديثة عند تنقيح تشريعنا المدنى ، فمنها نستطيع ان نستخلص أحدث النظريات القانونية ، فنختار ما يتلاءم مع حالتنا . وسنشير إلى بعض من هذه النظريات عند ما نبين الأساس الذى تبنى عليه المراجعة .

والذى يهمنا هنا ان نؤكدده هو ان التقنيات الحديثة قد تقدمت تقدما محسوسا ، يجعل القانون الفرنسى العتيق ، والقانون المصرى معه ، قديمين لا يكادان يصلحان للعصر الذى نعيش فيه .

فتقدم علم القانون المقارن والتشريعات الحديثة هو إذن سبب آخر ، يضاف إلى السبب الأول ، ويدعونا إلى التعجيل بتنقيح قانوننا المدنى .

⁼⁼
كثير من المسائل . ولم يكن يمكن تحقيق الاتفاق إلا بشرط ابقاء ما ظهر للبعض انه عتيق ، والامتناع بنوع خاص من اقتراح ما لا ينال اجماعا ، (مقدمة الأستاذ ريبير لرسالة فيفوردنو فى المشروع الفرنسى الايطالى باريس سنة ١٩٣٢ ص ٥) .
(١) انظر التقرير المرفق بالمشروع ص ٣٧ - ص ٤١ .

على أى أساس يكون تنقيح القانون المدنى المصرى

دقة الموضوع : لا يكفى ان نشير بتنقيح القانون المدنى ، بل يجب ان نبين على أى أساس يكون هذا التنقيح . ونحن نورد ما يعن لنا من الراى فى هذا الموضوع الدقيق . وحسبنا ان نفتح الباب لمناقشة هذه المسألة بما تقتضيه من دقة وتعمق ، فإن خطر الأمر يتطلب مجهودا كبيرا يشترك فيه المشتغلون بالقانون فى مصر ، فليس تنقيح تقنين ، لا سيما إذا كان هو التقنين المدنى ، بالأمر الهين .

لذلك نتقدم بملاحظاتنا فى هذا الموضوع فى شىء من التهييب . ولا نقصد إلا ان نضع الأمر تحت أعين رجال القانون ، ليروا فيه رأيهم بعد مناقشة وبحث وتمحيص .

وقبل ان نحدد الأسس التى يبنى عليها تنقيح القانون المدنى ، نحب ان نتقدم بأمر يجب ان يكون التفكير فيه سابقاً على كل تفكير . فإن تنقيح القانون المدنى لا يكون ذا قيمة فى نظرنا ، إلا إذا سم لنا من هذا التنقيح تقنين مدنى كامل موحد .

ادماج الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى . نريد تقنيننا كاملاً ، فلا معنى لشطر القانون شطرين ، بين معاملات وأحوال شخصية . فالتقنين الجديد يجب ان يكون شاملاً لكل المسائل التى يحتويها القانون المدنى الكامل . ولا نقصد بهذا ان ننقل تشريع الأحوال الشخصية من التشريعات الغربية . بل يجب ان يكون تشريعنا فى هذه المسائل منقولا من الشريعة الإسلامية ، مع جعله ملائماً لأن يطبق على غير المسلمين من المصريين . فيكون لنا بذلك تشريع عام فى الأحوال الشخصية ، يخضع له جميع المصريين ، مع احترام العقائد الدينية وعدم المساس بها . فنحن إذن لا نريد بادماج الأحوال الشخصية فى القانون المدنى ان ينتقص من سلطان الشريعة الإسلامية ، بل على العكس من ذلك ، نحن نحب امتداد هذا السلطان إلى دائرة المعاملات نفسها . ولكننا نريد ان نحصل على مزية التقنين فى جميع تشريعنا المدنى . أما فى الحالة الحاضرة ، فلا تزال نصف قانوننا المدنى غير مقلن . ولا علة لهذا سوى وهم قام بالذهن من ان الشريعة الإسلامية يجب البحث عنها فى بطون كتب الفقهاء . مع ان تقنينها أمر

ليس بالصعب ، بل هو أمر قد تم بالفعل ، وقد قام به الأتراك رسميا في « مجلتهم » المشهورة . وقام به فذ من المصريين هو المرحوم محمد قدرى باشا ، فوضع كتابا قيعة يقنن فيها أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية وفى المعاملات وفى الوقف . فلتقنين الشريعة الاسلامية إذن سوابق معروفة . ولا نذهب بعيدا ، فإن المشرع المصرى قد قنن بالفعل بعض احكامها فى شكل تشريعات خاصة ، ادمج بعضها فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وبقي البعض الآخر منفصلاً^(١) . فلماذا لا نقوم بالعمل كاملا ، وننولى ، بمناسبة تنقيح القانون المدنى ، تقنين جميع احكام الأحوال الشخصية ، وننتهز هذه الفرصة فنختار من كتب فقهاء المسلمين فى هذه المسائل ما يكون أكثر اتفاقا مع روح العصر ، دون أن نتقيد بمذهب معين ، فيكون تقنين احكام الأحوال الشخصية ليس مجرد تقنين ، بل هو اصلاح قانونى شامل ، نحس جميعا أن البلاد متعطشة له . بل هو لا يكون اصلاحا فحسب ، إذ نحب أن تكون الأحكام التى نقننها من الشريعة الاسلامية قابلة للتطبيق على غير المسلمين من المصريين . وإذا اقتضى الأمر أن نقنن احكاما خاصة بغير المسلمين ، أمكن ادماج هذه الأحكام فى تقنين الأحوال الشخصية على أن يقتصر تطبيقها على غير المسلمين . وبهذا يخلص لنا تقنين مدنى كامل ، معروف الأحكام ، بين السبيل .

وادماج احكام الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى لا يعنى حتما ادماج المحاكم الشرعية والمجالس المحلية والمجالس الحسبية فى المحاكم الأهلية ، وإن كان ذلك مما يرغب فيه كل مصرى يحب إصلاح القضاء فى بلاده . ولكن إذا فرض أن هذا الإصلاح لم يقدر له أن يتم الآن . فإنه من الممكن فصل فكرة توحيد التقنين عن فكرة توحيد المحاكم . وإذا أعوزنا أن تكون لنا محكمة واحدة ، فلا أقل من أن يكون لنا قانون واحد . وهذا

(١) وقد الفت حكومة الجزائر ، من مدة طويلة ، لجنة لتبحث فى امكان تقنين احكام الشريعة الاسلامية . فاختلقت الآراء . وأشار البعض بالتقنين ، وأشار البعض الآخر بعكس ذلك . ولكن الظاهر أن هناك ظروفًا خاصة ببلاد الجزائر ، كان لها أثر كبير فى هذا الاختلاف . فبعض القائلين بعدم التقنين كانوا يخشون ، إذا قننت احكام الشريعة الاسلامية ، أن يتوطد سلطان هذه الأحكام . ويصعب بعد ذلك منافسة احكام القانون الفرنسى لها . (انظر الوثائق التى نشرتها حكومة الجزائر فى سنة ١٩٠٦ تحت عنوان : مشروع تقنين الشريعة الاسلامية - الجزائر سنة ١٩٠٦) .

القانون تطبقه المحاكم المختلفة، كل محكمة فى دائرة اختصاصها، فالمحاكم الشرعية والمجالس العلية تطبق القسم الخاص بالأحوال الشخصية من هذا التقنين الجديد، والمجالس الحسبية تطبق القسم الخاص بالأهلية وما يتعلق بها، والمحاكم الأهلية تطبق القسم الخاص بالمعاملات. وتبقى الحال كذلك حتى يحين الوقت الذى تندمج فيه كل هذه الجهات القضائية فى جهة واحدة، ونرجو أن يكون قريباً.

توحيد التقنين الأهلى والمختلط: وكما نريد تقنيننا كاملاً يشمل الأحوال الشخصية إلى جانب المعاملات، نريده كذلك موحدًا يطبق على جميع سكان مصر، من مصريين وأجانب. فلا يكون هناك تقنين للمحاكم الأهلية، وتقنين آخر للمحاكم المختلطة، فإن اختلاف القوانين فى المسألة الواحدة ليس من شأنه إلا إيجاد الفوضى والاضطراب فى المعاملات، وقد سبقت الإشارة إلى الضرر الذى ينجم عن ذلك، عند الكلام فى وجوه الخلاف الموجودة بين القانون الأهلى والقانون المختلط. وليس المصريون وحدهم هم الذين يقولون بوجوب توحيد القانون المدنى، فإن فقهاء كباراً من غير المصريين ينهون على التشريع المصرى عدم التوحيد، وإليك ما يقوله الأستاذ ارمانجون فى هذا الصدد: «والداهية أن (القواعد القانونية) ليست واحدة فى القوانين المختلطة والقوانين الأهلية. وإذا كانت هذه مأخوذة من تلك فإن النقل لم يكن أميناً. وسنرى، فى كثير من المسائل التفصيلية، خلافاً بين التشريعين فى المسائل المدنية والتجارية وقواعد المرافعات... ومما يزيد الموقف سوءاً أن بعض أحكام الشريعة الإسلامية، وتطبيقها قضاء المحاكم الشرعية، داخله فى دائرة الأحوال العينية... فأصبح يوجد بذلك ثلاثة تشريعات مصرية فى المعاملات، دون فائدة أو سبب ظاهر. وهذا عدم اتساق فى التشريع غريب، ليس بالنظرى مطلقاً، وسيظهر لنا فيما يلى بعض الأضرار الجسيمة التى تنجم عنه^(١)». وقد لاحظ الأستاذ ارمانجون، فى المقال الذى وردت فيه هذه العبارة، أن توحيد القانونين الأهلى والمختلط، فى الوقت الذى كتب فيه هذا المقال، أمر صعب التحقيق، إذ يقتضى موافقة

(١) كتاب العيد المئتين للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢ ص ٧٤٠.

الدول نوات الامتياز على هذا التوحيد ، وعلى كل تعديل يتم بعد ذلك^(٢) ، ولكن هذه الصعوبة قد زالت إلى حد كبير ، إذ يكفي الآن موافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، وتغنى هذه الموافقة عن الحصول على موافقة جميع الدول .

على أن الأمر أكبر خطرا من أن نصطنع فيه هوادة أو استرخاء . فهل قدر لنا أن نبقي غير مستقلين فيما يتناول الصميم من سيادتنا الداخلية ، وهو حق التشريع . اليس حق التشريع الشامل لكل سكان البلاد هو من اخص معيزات سيادة الدولة . فكيف نبقي مغلولي الأيدي دون هذا الحق ، وإلى متى نعانى هذا القيد الثقيل ؟ ان كل مصرى سمع شيخ القضاة يدوى صوته فى اكبر حفل جمع رجال القضاء والقانون ، وفى حضرة ملك البلاد ، وهو يعلن فى عزم وإباء : « ان مصر أصبحت مستحقة للتمتع بما تتمتع به كل أمة من الاستقلال بإدارة العدل فى ديارها بين قضائياتها اجمعين » ، لم يلبث أن أحس صوت هذا الشيخ الجليل قد مس الوتر الحساس فى قلبه ، وأن هذا القول قد عبر به ، لا عن أمنية المصريين فحسب ، بل عن رغبتهم الصائقة ، وإرادتهم التى لا يثنون عنها ، فى أن يكون لجميع سكان البلاد تشريع واحد ومحاكم واحدة .

على أن توحيد التقنين المدنى يمكن النظر فيه منفصلا عن توحيد المحاكم كما أسلفنا . فمهما يكن من مصير المحاكم المختلطة ، فإن توحيد التقنين المدنى فى المعاملات أمر ضرورى على كل حال ، سواء بقيت هذه المحاكم أو زالت . إذ على فرض بقائها ، والأخذ فى ذلك بمشروعات هرست (Hearst) فى الاصلاح القضائى ، وهى المشروعات التى دارت بشأنها مفاوضات طويلة بين مصر وانجلترا ، فلا يشك أحد من المشتغلين بالقانون أن وجود تقنين واحد ، تطبقه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية^(١) على السواء ، أمر يقتضيه حسن توزيع العدالة فى البلاد .

(٢) كتاب العيد المئبى للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢ ص ٧٥٦ - ص ٧٥٧ .

(١) يسرنا أن نعلم أن لجنة الاحتفال بالعيد الخمسينى للمحاكم الأهلية قد اقترحت تعديل الاسم الفرنسى الذى يطلق على هذه المحاكم . فلا تدعى Tribunaux indigènes . بل تدعى Tribunaux nationaux .

وحبذا لو ظهر أثر هذا التعديل فى اللغة العربية أيضا . ولا نرى أن تسمى محاكمنا « بالمحاكم الوطنية » ، فهذا اسم لا يختلف كثيرا عن اسم « المحاكم الأهلية » ، أو هى

ويقضى على الفوضى والاضطراب الذى يسود المعاملات من جراء اختلاف القوانين . وإذا كنا قد رأينا أنه يمكن ائماج احكام الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى ، مع بقاء محاكم الأحوال الشخصية منفصلة عن المحاكم الأهلية ، فإنه يمكن من باب أولى أن يتوحد التقنين الخاص بالمعاملات ، مع قيام طائفتين من المحاكم ، كل منهما تطبقه فى دائرة اختصاصها . وإذا كان الفرنسيون والايطاليون يسعون إلى توحيد قوانينهم ، مع اختلاف المحاكم التى تطبقها ، كما رأينا ذلك عند الكلام فى المشروع الفرنسى الايطالى ، مع أن فرنسا وايطاليا دولتان مستقلتان احدهما عن الأخرى ، فكيف لا تطلب مصر ، وهى دولة واحدة ، أن يكون لها فى المسائل الواحدة قانون واحد^(١) .

فنحن إذن نعتقد أننا نعبر عن رغبة المصريين جميعا إذا قلنا إن مصر تريد ، عند مراجعة تقنينها المدنى ، أن تحصل من هذه المراجعة على تقنين كامل موحد ، يطبق على كل سكان مصر ، مسلمين أو غير مسلمين ، مصريين أو أجانب .

الأسس التى تبغى عليها المراجعة : وإذا فرغنا من تقرير ذلك ، فننتقل إلى بيان الاسس والمصادر التى يبنى عليها التنقيح المرجو ، من

لا يؤدى المعنى المقصود وخير تسمية نراها هى « المحاكم المصرية » ، ولا يعترض على ذلك بأنه توجد فى البلاد محاكم مصرية أخرى ، كالمحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية ، فكل هذه محاكم استثنائية ، إذا قورنت إلى محاكم « القانون العام » ، وجب أن تتخذ لها اسما خاصا يميزها . أما المحاكم العامة ، فهى وحدها التى تسمى بالمحاكم المصرية ، وإذا أطلق هذا الاسم وجب أن ينصرف إليها دون غيرها . على أن اسم « المحاكم المصرية » رمز فيه تفاؤل بالمستقبل ، فسيأتى اليوم الذى تنمى فيه كل هذه المحاكم الاستثنائية فى « المحاكم المصرية » ، فلا يبقى فى البلاد إلا محاكم من نوع واحد ، نكون فى غنى بعد ذلك عن وصفها بالمصرية .

(١) ولا يجوز الاعتراض على هذا الراى بأنه إذا وحد التقنين الأهلى المختلط ، وأريد بعد ذلك تعديل هذا التقنين ، وجب الرجوع إلى الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، فإن هذه الجمعية يرجع إليها الآن فى كل تشريع يراد سريانه على الأجانب ، فلا فرق إذن بين المهددين . على أنه يجب أن يحصر تدخل الجمعية التشريعية ، فى العهد الجديد ، فى حدود ضيقة جدا ، كما تقرر ذلك فى المفاوضات التى دارت بين مصر وانجلترا .

حيث الشكل ومن حيث الموضوع . فنبين أولا ما يحسن إتباعه من الاجراءات للقيام بهذا التنقيح ، وعلى اى أسلوب تشريعى يكون . ثم نبين بعد ذلك ما تجب مراعاته عند النظر فى التنقيح موضوعا ، ومن اى المصادر القانونية نستمد ما نريد ادخاله من التعديلات على تشريعنا الحاضر .

اولا : الأسس التى تبني عليها التنقيح من حيث الشكل

(١) استعراض القواعد العامة فى الصياغة التشريعية :

صناعة التقنين : التشريع فن له قواعده وأصوله ، فلا يجوز أن نغفل اصول هذا الفن عند القيام بعمل تشريعى خطير كتنقيح التقنين المدنى . وقد كانت الصناعة التشريعية الهاما قبل أن تستقر فنا . وكان كل مشرع ومقنن يستلهم قسطا من هذا الفن الخفى يصطنعه فى تشريعه وتقنيته ، ويفعل ذلك دون شعور منه ، شأن كل فن فى مبداءه ، قبل أن ترسم له قواعده . وتمهد خططه وسبله . ثم بدأ فن التشريع فى العصر الحاضر يقوم على أسس معمدة وقواعد مرسومة .

وللأستاذ جنى (Geny) فضل كبير فى تمييز الصياغة عن العلم فى القانون . فقد بين ذلك بوضوح فى مقال له نشر فى كتاب العيد المئى للقانون المدنى الفرنسى^(١) ، ثم فى محاضرة القاها بمدرسة العلوم الاجتماعية بباريس سنة ١٩١٠^(٢) ، ثم فى كتاب له يعد من أجل المؤلفات القانونية وأعظمها خطرا ، أسماء العلم والصياغة فى القانون الخاص^(٣) .

وأصبح من الثابت أن مهمة القانون الأساسية هى الصياغة الفنية للقواعد العلمية التى تستنبط من علوم الاجتماع المختلفة ، فتوضع هذه القواعد فى قالب القانونى الملائم . وليس القانون صناعة واحدة ، بل هو صناعات متعددة ، فهناك صناعة القضاء (Technique Jurisprudentielle) ، وصناعة الفقه (Technique Doctrinaire) ، وصناعة التشريع (Technique Législative) .

(١) الجزء الثانى ص ٩٨٩ - ١٠٣٨ .

(٢) وقد نشرت هذه المحاضرة ، مع محاضرات أخرى لبعض الأساتذة ، فى كتاب ، طرق البحث القانونى ، باريس سنة ١٩١١ ص ١٧٣ - ص ١٩٦ .

(٣) Science et Technique en droit privé positif . وهو فى أربعة أجزاء (باريس

سنة ١٩١٤ - سنة ١٩٢٤) .

(م ٧ - مقالات د . السنهورى ج ١) .

(Législative) ، وصناعة التقنين (Technique de la codification) . وهذه الصناعة الأخيرة هي التي يعنينا أمرها . وبهمننا ان نتعرف على قواعدها الأساسية ، حتى نستفيد من ذلك عند تنقيح التقنين المدني . وقد كتب كثير من الفقهاء يبسطون اصول هذه الصناعة واوضاعها^(١) . ونستعرض هنا فكرة عامة عن هذه الأصول ، حتى نستطيع تطبيقها ، لا عن مجرد استلهاهم ، بل عن شعور بها ودراية .

فصناعة التقنين يمكن النظر إليها من ناحيتين : ناحية الاجراءات وناحية المادة التشريعية . والناحية الأولى هي ما يسمونها بالناحية الخارجية (côté externe) ، والناحية الأخرى هي الناحية الداخلية (côté interne) .

الناحية الخارجية من هذه الصناعة : فالناحية الخارجية تعنى بتحديد افضل السبل التي تتبع في إجراءات التقنين ، وهل تكون الاجراءات التشريعية المعتادة ، أم إجراءات أخرى خاصة بالتقنين تكون أكثر اتفاقاً مع طبيعة هذا العمل المعقد .

وقد اتفق العلماء الذين عنوا بهذه المسألة على ان الاجراءات التي تتبع في التشريع التفصيلي ليست صالحة للتقنين الشامل . فإن ترك الأمر في التقنين إلى هيئة سياسية كالبرلمان ليس من شأنه ان يوجد تقنيناً صالحاً موافقاً لأصول الفن

(١) وقد بدأ الفيلسوف الانجليزي بيكون (Bacon) والفيلسوف الفرنسي مونتسكيو Montesquieu يتكلمان في بعض مسائل هذه الصناعة بشيء من عدم التحديد والدقة . ثم أتى بنتام (Bentham) فبحث مسائل التقنين بحثاً مفصلاً وتناول سافيني وأهرنج موضوع الصناعة في القانون . وبحثه الفقيه الثاني في كتابه «روح القانون الروماني» بحثاً دقيقاً (انظر أيضاً روسيه Rousset في صياغة التشريعات المقننة في المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ - سنة ١٨٥٨) . وممن بحث صناعة التقنين من الفقهاء المعاصرين - عدا جيني (Gény) في مؤلفاته المشار إليها - روجان (Roguin) في مجموعة جامعة لوزان بمناسبة المعرض الوطني السويسري سنة ١٨٩٦ ص ٧٣ - ص ١٢٤ . ديموج في كتابه «المبادئ الرئيسية في القانون الخاص» (باريس سنة ١٩١١) ومسكو (Miesco) «بحث في الصناعة القانونية» (رسالة من باريس سنة ١٩١١) ، وتيسيه (Tissier) «الصياغة الفنية للقانون الخاص» (المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٣) ، وساباتييه (Sabatier) «فن عمل القوانين» (سنة ١٩٢٧) . وانجلسكو (Angelisco) «الصناعة التشريعية في التقنين المدني» (رسالة من باريس سنة ١٩٣٠) .

فإن رجال البرلمان رجال سياسيون قبل كل شيء ، وتنقصهم عادة الخبرة اللازمة فى عمل فنى خطير كالتقنين . هذا إلى أن كثرة عددهم موجب للبطء فى الاجراءات . وقد نظمت لوائحهم الداخلية طبقا لطبيعة المناقشة فى المسائل السياسية أو الاجتماعية ، أما المسائل الفنية فلا فسحة فى هذه اللوائح لمناقشة جدية مثمرة . فيخرج التقنين مفكك الأجزاء ، وقد قال كل عضو فيه كلمته . والتقنين مجموع لا يتجزأ ، يجب أن يسوده الانسجام والتناسق ، فإذا عدل فى ناحية كان لهذا أثره فى التواحي الأخرى ، وهذا ما يغفل عنه عادة رجال البرلمان ، فيخرج التقنين متناقضا غير متماسك ولا منسجم .

فيجب إذن أن يكون للتقنين إجراءات خاصة تراعى فيها طبيعة هذا العمل وما يقتضيه من دقة فنية . ويستخلص من تجارب الأمم المختلفة التى قامت بتقنين تشريعاتها فى العصر الأخير أن هذه الاجراءات الخاصة تقوم على أسس ثلاثة : (١) تشكيل لجنة فنية يعهد إليها بوضع مشروع للتقنين ، (٢) تنظيم طريقة منتجة لاستقاء ما يلزم من المعلومات ولإجراء استفتاءات واسعة النطاق ، (٣) ادخال تعديلات جوهرية فى الاجراءات البرلمانية عند نظر البرلمان لمشروع التقنين .

أما اللجنة التى يعهد إليها بوضع مشروع التقنين ، فيجب أن يكون عدد أعضائها محدودا ، حتى يكون عملها متناسقا ، تتمشى فيه روح الوحدة والانسجام . وقد بلغ الأمر ببعض الأمم أن فوضت إلى شخص واحد وضع مشروع التقنين ابتداء ، على أن تناقشه بعد تحضيره لجنة عدد أعضائها قليل ، كما فعلت سويسرا فى تقنينها . على أن شخصا واحدا قد ينوء به العمل الموكول إليه ، فالتقنين متشعب معقد ، وهو يقتضى كفايات متنوعة ، والشخص الذى يجمع هذه الكفايات كلها نادر الوجود . فالأفضل إذن أن يعهد بالأمر إلى لجنة قليلة العدد ، يراعى فى تشكيلها أن تكون متوافرة على عنصرين ، عنصر دائم هو العنصر الفنى ، وعنصر غير دائم هو العنصر العملى . أما العنصر الفنى فيمثله المشتغلون بالقانون فقها وعملا كالأستاذة والقضاة والمحامين . والعنصر العملى غير الدائم يختار عادة من دوائر الأعمال الممثلة لنشاط البلد الاقتصادى ، يبدون آراءهم فى الأسس الاقتصادية التى يقوم عليها التقنين . ووجود هذا العنصر

ضرورى ، حتى يكون التقنين متمشيا مع الروح العملية السائدة . وقد أدركت بعض الأمم ضرورة وجود هذا العنصر بصفة دائمة إلى جانب البرلمان . فنص دستور ويمار فى المانيا على انشاء مجلس اقتصادى دائم للامبراطورية . وكذلك فعلت ايطاليا فى نظامها الفاشيستي ، ونحت فرنسا هذا المنحى بانشاء مجلس وطنى اقتصادى . وقد راينا ان الألمان عند ما وضعوا تقنينهم المدنى ضموا إلى اللجنة الثانية التى عهد إليها بمراجعة المشروع الأول ثلاثة عشر عضوا غير دائمين من رجال الاقتصاد والسياسة . ويحسن ان يندمج فى هذه الهيئة غير الدائمة اعضاء من رجال البرلمان ، يكونون حلقة اتصال بين البرلمان واللجنة . ثم تنقسم اللجنة الرئيسية إلى لجان فرعية . كل لجنة تقوم بكتابة النصوص فى جزء من اجزاء التقنين . والأفضل ان يكون القائمون بكتابة النصوص القانونية أفرادا قليلين جدا ، حتى تتمشى روح واحدة فى مجموع التقنين . وتراجع اللجنة الرئيسية بعد ذلك اعمال اللجنة الفرعية حتى تحقق فيها الوحدة والتناسق .

ويجب ان يساعد اللجنة فى عملها هيئة منظمة ، تقوم (أولا) باستقاء المعلومات اللازمة وجمعها وترتيبها . فإن اللجنة فى حاجة إلى كثير من الاحصائيات فى المسائل الاجتماعية والاقتصادية الكبرى . وهى فى حاجة كذلك إلى معرفة حالة القضاء فى المسائل التى تعرض لها وتريد ان تستأنس فيها بقضاء المحاكم وما جرى عليه العمل . وهى فى حاجة ايضا إلى الاحاطة بالتشريعات الأجنبية المختلفة والوثائق المتعلقة بها . وتحتاج ، عدا ذلك ، إلى عمل تحقيقات دقيقة فى مسائل لا تستطيع البت فيها إلا فى ضوء هذه التحقيقات . وتقوم هذه الهيئة المنظمة (ثانيا) باجراء الاستفتاء اللازم للتقنين . فإن التقنينات الحديثة تقوم على الاستفتاء . ذلك لأن عمل اللجنة الموكل إليها وضع مشروع التقنين لا يمكن ان يكون كاملا من كل الوجوه ، مهما عُنيت به وحرصت على ان تتقنه ، فإن عدد اعضاء اللجنة محدود ، ويجب ان يكون محدودا كما قدمنا . فتبقى هيئات كثيرة لا ممثل لها . وتقصى كثير من الكفايات ، فلا تستطيع الاشتراك فى العمل . فيجب إذن دعوة هذه الهيئات والكفايات إلى المساهمة فى وضع مشروع التقنين من طريق الاستفتاء . وقد قام الفرنسيون فى تقنينهم باستفتاء المحاكم فى سنة ١٨٠١ ، فشكلت هذه لجانا لدرس

مشروع التقنين المعروض عليها . وفعلت ايطاليا ذلك ، فعقدت لجانا متعددة من رجال القانون لاستفتائهم فى مشروع تقنينها المدنى فى سنة ١٨٦٢ . وعمدت المانيا وسويسرا إلى طرق واسعة النطاق من الاستفتاء فى دوائر رجال القانون ورجال الأعمال ، كان لها اثر كبير فى تعديل المشروعات الأولى التى وضعت قبل هذا الاستفتاء ، وقد اسلفنا الإشارة إلى ذلك . فيمكن القول إذن ان الاستفتاء أصبح ركنا من اركان اجراءات التقنين فى العصر الحاضر .

فإذا حضرت اللجنة مشروع التقنين قائما على اسس صحيحة ، احيل هذا المشروع على الهيئة التشريعية . وهنا يجب ادخال تعديل جوهري فى اجراءات هذه الهيئة . فلا تجوز مناقشة نصوص التقنين نصا نصا ، بل يجب اعتبار المشروع وحدة لا تتجزأ ، فلا يدخل فيه شئ من التعديل . او إذا رأى البرلمان محلا للتعديل ، فإن الأمر يعود إلى اللجنة ، لتقوم هى بصياغة التعديل المطلوب ، وادخاله فى المشروع ، بحيث لا يخل بتناسقه ووحدته . وهذه الاجراءات الخاصة يمكن الاتفاق عليها مع البرلمان ، كما فعلت المانيا عند ما اتفقت مع الأحزاب السياسية على قصر المناقشة على المسائل ذات الصبغة السياسية او الاجتماعية دون التعرض للمسائل الفنية . وقد فعلت اسبانيا فى سنة ١٨٨٠ فى تقنينها المدنى ما هو ابلغ من ذلك ، فقد اقتصر البرلمان على اقرار المبادئ العامة للتقنين وفوض إلى لجنة فنية صياغة النصوص وفقا لهذه المبادئ .

الناحية الداخلية من هذه الصناعة : وإذا انتقلنا فى صناعة التقنين من الناحية الخارجية إلى الناحية الداخلية ، فإن هناك كثيرا من المسائل تستحق البحث فى هذه الناحية .

واول هذه المسائل هو تبويب التقنين . واول صفة ضرورية فى التبويب هو ان يكون منطقيا متماسكا . والتبويب المنطقى يعين كثيرا على تفهم التقنين والاحاطة به ، ويجعل البحث فيه يسيرا . على ان التقنين يتطلب تبويبا منطقيا غير الترتيب العلمى لكتب الفقه . فمقتضيات التقنين غير مقتضيات النظريات الفقهية . وخير تبويب للتقنين هو ما كان منطقيا عمليا فى وقت واحد . فينقسم التقنين إلى ابواب وفصول تبين بنوع خاص الأهمية العملية للأحكام القانونية ، وتخفى ما كان من هذه الأحكام نظريا

فقهيا ، بشرط أن ترتبط هذه الأبواب والفصول بعضها ببعض الآخر ارتباطا منطقيا محكما . ويحسن أن يكون هناك باب فى التقنين يتقدم كل الأبواب . ويكون متعلقا بالأحكام العامة التى تتمشى على جميع نواحي القانون ، وليس لها مكان فى باب معين ، على الا يصاغ هذا الباب صياغة فقهية ، بل تتوخى فيه الناحية العملية^(١) . ويلاحظ أن تبويب التقنين يعتبر جزءا من أحكامه ، فقد توجد نصوص لا تفسر تفسيرا واضحا الا بعد ملاحظة الباب الذى وردت فيه^(٢) .

وقد ألفت بعض التقنيات الحديثة ، كالتقنين السويسرى ، وضع ملخص للنصوص فى هوامشها وتعتبر هذه الملخصات جزءا من التقنين ، يعين على تفهم نصوصه ، ويعطى خلاصة واضحة للمعنى المراد منها ، ويسهل على الباحث العثور على ما يريده من الأحكام القانونية .

ثم هناك الروح العامة التى تسيطر على التقنين ، ويمكن القول اجمالا ان التقنين الصالح يمتاز بشيئين : (أولا) تغلب الروح العملية فيه على الروح الفقهية ، فان الغرض من التقنين هو أن يجعل الأحكام القانونية فى متناول الجميع ، جمهور الناس قبل فقائهم . ويجب على المقتن أن يتجنب تعزيز أحكامه بذكر الأسباب التى دعت إليها ، أو بإيراد الأدلة على صحتها ، أو بسياق أمثلة توضح هذه الأحكام ، فكل هذا من عمل الفقه لا من عمل التشريع . وإذا كان لابد أن يذكر شىء من هذا ، فيترك للأعمال التحضيرية وللمذكرات التفسيرية التى ترفق بالتقنين ، وتبقى منفصلة عنه . وتتغلب الروح العملية أيضا إذا تجنب المقتن الصيغ الفقهية والتعميمات المجردة والنظريات العامة ، فلا يذكر شيئا من ذلك دون مقتض

(١) وقد أحسن واضعو التقنين المدنى الفرنسى صنعا بحذفهم ما كان قد تضمنه مشروع هذا التقنين فى مقدمته من مبادئ نظرية

(٢) وقد كان من حجج الفقهاء المصريين ، بالذى قالوا بأن مبدأ الشريعة الاسلامية ، القاضى بأن لا تركة الا بعد سداد الديون ، يطبق فى القانون المصرى على انتقال ملكية الأموال الموروثة الى الوارث . ان المشرع المصرى نص على وجوب اتباع قانون الأحوال الشخصية فى الميراث فى الباب الذى تكلم فيه على أسباب انتقال الملكية ، فنتبع أحكام الشريعة الاسلامية فى الميراث ، من حيث أنه سبب لانقال الملكية ، ولا يقتصر الأمر فى اتباع هذه الأحكام على تعيين الورثة وتحديد انصبتهم .

يسوغه ، ولا يجوز للمقنن مثلا ان يصرح بانضمامه للمذهب المادى او المذهب الشخصى فى الالتزام ، او لمذهب الارادة الباطنة او مذهب الارادة الظاهرة فى العقد ، بل يترك ذلك للفقه يستخلص ضمنا من مجموع النصوص . وتتغلب الروح العملية على الروح الفقهية اخيرا إذا تجنب المشرع ايراد التعاريف والتقسيمات ، فيحسن به مثلا ان يتكلم فى الالتزام وفى العقد دون ان يعرف ايا منهما ، وان يورد مصادر الالتزام دون ان يتعرض لتقسيمها وترتيبها ، فمحل ذلك هو الفقه . وذكره فى التشريع لا فائدة منه ، بل فيه ضرر كبير ، فان هذه التعاريف والتقسيمات ، إذا أقرها المشرع فى نصوصه ، تجمد جمودا لا يتفق مع تطور النظم القانونية . ويقاسى الفقيه عناء كبيرا من جمودها . وينفق جهدا فى الحيلة والتلطف حتى يتخلص من هذا الجمود . يجب ان يتجنب المشرع كل هذا ، فان مهمته هى ان يضع قواعد عملية ، لا ان يبسط نظريات فقهية . وقد قيل : « ان القانون وضع ليأمر ، ولم يوضع ليعلم ، وهو فى غير حاجة للاقتناع »^(١) . - والشئ الثانى الذى يمتاز به التقنين الصالح هو الا يحاول الاحاطة بكل شئ ، فان هذه المحاولة عقيمة . ولا يستطيع المقنن ، مهما كان بصيرا بالأمور ، ان يتنبأ بكل امر ليضع له الحكم الذى يقتضيه ، فهو عاجز عن ذلك لا محالة . بل هو عاجز ، فى الأمور التى يعرفها ، ان يضع لها احكاما صالحة لكل زمان ومكان . والمشرع الحكيم هو الذى يترك مجالا فسيحا لتطور القانون ، فلا يحكم عليه بالجمود بحبسه فى الفاظ محدودة واحكام معينة . وخير طريق يسلكه هو ان يترك المسائل التفصيلية لاجتهاد الفقهاء ولتقدير القضاة . بل يجب أيضا ان يترك كثيرا من المسائل الرئيسية ، دون ان يتخذ فيها موقفا خاصا ، ما دامت من المسائل التى لم يستقر تطورها ، وما دامت الحاجة العملية لا تدعو الى ان يعرض لها بشئ . والمشرع الحكيم هو من يجعل عبارته مرنة يتغير تفسيرها بتغير الظروف ، دون ان يذهب فى ذلك الى حد الغموض وعدم الدقة . وخير وسيلة للجمع بين الدقة والمرونة هى ان يعدل المشرع ، فى المسائل التى تكون سريعة التطور ، عن القواعد الجامدة الضيقة الى المعايير المرنة الواسعة : معايير

La loi commande; elle n'est pas faite pour instruire; elle n'a besoin de^(١) convaincre.

يسترشد بها القاضى دون أن يتقيد ، ويطبقها على الأقضية التى تعرض له ، فيصل من ذلك الى حلول تختلف باختلاف كل قضية ، وما يحيطها من ملابسات . وخير مثل لتقنين لم يحاول أن يحيط بكل شيء هو التقنين السويسرى ، فقد أكثر من استعمال المعايير المرنة ، وترك مجالا واسعا للفقه والقضاء يفسران القانون بما تقتضيه الظروف .

وهناك ايضا اسلوب التقنين ، وخير اسلوب هو الذى يتجنب التكرار ويتنزه عن التناقض . ومع ذلك يجوز أن تتكرر القاعدة القانونية فى مواضع مختلفة من التقنين ، بشرط أن يكون تكرارها مفيدا ، ولعلة مفهومة . كما إذا قرر المشرع قاعدة عامة ، ثم عرض الى تطبيقها فى حالة خاصة . فقد يكون هذا التطبيق التشريعى مفيدا بل ضروريا ، إذ قد يختلف الناس فى تطبيق هذه القاعدة ، فيحسم التطبيق التشريعى كل خلاف . والنصوص التى يوردها المشرع ضروب مختلفة . منها النصوص الأمرة ، وهذه يجب أن تكون فى اسلوب جازم قاطع . ومنها النصوص المفسرة ، والنصوص المبيحة ، وهذه يكون اسلوبها مرنا رخوا يتفق مع الغرض الذى وضعت من أجله . وقد بلغ الأمر ، فى وجوب التمييز فى الأسلوب بين هذه الأنواع المختلفة من النصوص ، أن طلب مجلس الدولة ، عند وضع التقنين الفرنسى ، أن يكون اسلوب النصوص الأمرة بصيغة المستقبل ، واسلوب النصوص المبيحة والمفسرة بصيغة الحاضر . ثم أن للمشرع أساليب خاصة فى استعمال القرائن القانونية والفروض ونحوها ، مما يعين كثيرا على حل المسائل المعقدة ، ويعطى الأحكام القانونية شيئا من الثبات والاستقرار . ويختلف اسلوب التقنين ايضا طبقا لما إذا أكثر المشرع أو أقل فى الاحالة من نص إلى نص . وقد تكون هذه الاحالة ضرورية فى بعض المواضع . ولكن الاكثار من الاحالة يجعل القانون غامضا معقدا . مثل ذلك التقنين الألمانى ، أكثر المشرع الاحالة فيه من نص إلى آخر ، ثم من هذا النص الثانى إلى نص ثالث ، حتى أصبح لغزا يقتضى كثيرا من الجهد لحله . هذا إلى أن الاحالة قد تكون ناقصة ، فقد لا يستوعب المشرع كل النصوص التى تجب الاحالة إليها . اما المشرع السويسرى فقد قلل من الاحالة بقدر المستطاع . فإذا ما اضطر إليها أشار إلى النص الذى يريد الاحالة إليه ، لا برقم المادة التى تحتوى هذا النص .

بل بذكر ملخص النص في عبارة واضحة . وهذا مثل طيب يحتذى في التقنين .

وهناك أخيرا لغة التقنين . وهذه يجب أن تكون واضحة دقيقة . فاللغة المعقدة تجعل القانون مغلقا ، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهما . وقد امتاز التقنين الألماني بدقة لفظه في غير وضوح . وامتاز التقنين الفرنسي بوضوحه في غير دقة والتقنين الذي يجمع بين الدقة والوضوح هو التقنين السويسري ، وكذلك المشروع الفرنسي الإيطالي . ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به . يكون كل لفظ فيها موزونا محدد المعنى . وقد درج الانجليز في تشريعاتهم على إيراد تعرف للألفاظ التي ترد في التشريع ، لتحديد معناها . ولا يجوز أن يتغير معنى اللفظ الواحد باستعماله في عبارات مختلفة كما أنه إذا عبر عن معنى بلفظ معين ، وجب ألا يتغير هذا اللفظ ، إذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى . ولا يتنافى أن تكون لغة التقنين فنية مع أن تكون بسيطة تنزل إلى مستوى فهم الجمهور .

ب) ما يتبع من الإجراءات في تنقيح التقنين المصري :

مقترحات عملية في هذا الموضوع : الآن وقد استعرضنا المبادئ الرئيسية في صناعة التقنين ، نتولى تطبيق هذه المبادئ على حالتنا الخاصة عند تنقيح التقنين المصري . ونحن نذكر هنا بعض مقترحات عملية . يصح أن تكون أساس للإجراءات التي يجب إتخاذها في هذا التنقيح . وإذا كنا قد انسقنا إلى ذكر شيء من ذلك ، فلرغبنا في أن يؤدي بحثنا الغرض العملي الذي قصدنا إليه . ونحصر مقترحاتنا في النقاط الآتية :

(١) نرى أن يوكل تنقيح تقنيننا إلى لجنة خاصة . تؤلف من عدد لا يزيد على العشرين من الرجال الفنيين ، ينتخبون من بين القضاة والمحامين والأساتذة ورجال أقلام القضايا وغيرهم من المشتغلين بالقانون . ويكون من بينهم عدد من قضاة المحاكم المختلطة ورجال القانون الأجانب . وكذلك بعض رجال الشريعة الإسلامية من قضاة وفقهاء . وبعض رجال الطوائف المصرية غير الإسلامية . وقد راعينا في

تشكيل اللجنة على هذا النحو أننا نريد تقنيننا كاملا فى الأحوال الشخصية والمعاملات. موحدا يطبق على المصريين والأجانب.

والى جانب هؤلاء الأعضاء الدائمين، يعين أعضاء غير دائمين، يعملون عند الحاجة إليهم، وينتخبون من دوائر الأعمال المختلفة، ويمثلون الزراعة والتجارة والصناعة والعمال ومختلف نواحي النشاط الاقتصادى، ويضم اليهم عدد من الشيوخ والنواب.

(٢) تبدأ هذه اللجنة عملها بوضع الأسس العامة للتقنين الجديد. فترسم المبادئ الاقتصادية والاجتماعية التى تبنى عليها عملها. فتقرر مثلا على أى أساس تقوم الملكية، والقيود التى تحددها، وكيف تحمى الملكية المعنوية، والوسائل التى تتخذ لجعل نظام الوقف أكثر مرونة مما هو عليه الآن، والأسس التى يقوم عليها التشريع الخاص بالعمل وبالمسؤولية التقصيرية وبالعقود، وطرق اشهار الحقوق العينية، ثم نظام تعدد الزوجات، والطلاق، والعدة، وثبوت النسب، وغير ذلك.

وتعرض هذه الأسس للاستفتاء العام على دوائر الأعمال المصرية والأجنبية، وعلى الهيئات العلمية والاجتماعية المختلفة. وتنظم الاستفتاء سكرتارية تقوم أيضا باستقاء المعلومات وجمع الوثائق وعمل التحقيقات اللازمة. ويتبع فى تنظيم الاستفتاء طرق منتجة حتى يكون مجديا، كأن تشكل الهيئات التى تستفتى لجانا تكلف بدراسة ما تستفتى فيه وتقديم تقارير بنتيجة هذه الدراسة، وكان تلجأ اللجنة إلى المجالات العلمية والصحف تستثير فيها اهتمام الجمهور.

ثم تعود اللجنة إلى مراجعة ما وضعت من الأسس فى ضوء نتائج الاستفتاء العام.

(٣) تحول هذه الأسس إلى البرلمان، لمناقشتها وإقرارها.

(٤) تعود اللجنة، بأعضائها الفنيين الدائمين دون غيرهم، إلى العمل، فتنشئ مكتبا فنيا من ثلاثة أعضاء، يقوم بوضع مشروع لتبويب مفصل للتقنين، يراعى فيه ما تقدم بسطه عند الكلام على التبويب الصالح^(١)، ويعرض هذا المشروع على اللجنة العامة لمناقشته وإقراره.

(١) سبق أن انتقدنا تبويب التقنين المصرى وقد حملتنا عيوبه الكثيرة على أن نشير بالعدل عنه. لاسيما أننا نريد تقنيننا الجديد تقنيننا كاملا يشمل كل موضوعات

(٥) تنقسم اللجنة العامة بعد ذلك إلى لجنتين رئيسيتين ، أحدهما تتولى كتابة النصوص المتعلقة بأحكام الأحوال الشخصية ، ويراعى فى تشكيلها أن تكون أغلبية أعضائها من رجال الشريعة الإسلامية ورجال الطوائف غير الإسلامية . والثانية تتولى كتابة النصوص المتعلقة بالأحكام الأخرى ، ويراعى فى تشكيلها أن يمثل فيها العنصر الأجنبى تمثيلا كافيا .

وتشكل كل لجنة رئيسية من بين أعضائها لجانا فرعية يوزع بينها العمل . بحيث يكون فى كل لجنة عضو تتوافر فيه الكفاية اللازمة لكتابة النصوص التشريعية . فيراعى فى كتابتها أصول صناعة التقنين ، ويستهدى فى عمله بالأسس العامة التى سبق إقرارها من البرلمان ، ويستمد الأحكام من المصادر التى سنشير إليها فيما يلى . ثم تجتمع كل لجنة رئيسية لمناقشة هذه النصوص وإقرارها .

القانون المدنى ، من أحوال شخصية ومعاملات . وقد استعرضنا فيما تقدم تبويب التقنيات الحديثة . ومن السهل أن نستخلص منها لتقنيننا الجديد تبويبا منطقيا عمليا ، نكتفى ببسط أساسه فيما يأتى :

يكون للتقنين قسم عام ، يعتبر مقدمة له . تبسط فيه أحكام عامة تتعلق بتطبيق القانون بالنسبة للزمان والمكان وللأشخاص . وبالقواعد العامة فى تفسير القانون واستعانة القاضى بمبادئ العدالة فى ذلك . وبنظرية سوء استعمال الحق . وبعدم جواز التحايل على القانون (قارن المادة ٥ من المشروع البولونى) .

ثم ينقسم التقنين بعد ذلك الى اقسام ثلاثة : قسم لقانون الأسرة . وآخر لقانون المعاملات . وثالث لاثبات الوقائع القانونية وطرق الأشهار (وقد جعلنا طرق الاثبات والإشهار قسما مستقلا ، لأنها تتناول الحقوق الشخصية والحقوق العينية . وتشمل المعاملات والأحوال الشخصية) .

أما قانون الأسرة فيشتمل على كتب ثلاثة فى الأشخاص (الطبيعية والمعنوية أو الجمعيات والمنشآت) والروابط الشخصية للأسرة (الزواج والنسب) وروابطها المالية (الميراث والهيبة والوصية والوقف) .

وقانون المعاملات يتضمن كتباً أربعة : الأموال وأنواعها المختلفة . والحقوق العينية . ونظرية الالتزامات والعقود المعينة . والتأمينات .

ويشمل القسم الثالث كتابين . أولهما فى طرق اثبات الوقائع العادية والأعمال القانونية . والثانى فى طرق الاشهار .

وتحول بعد ذلك نصوص المشروع كاملة إلى المكتب الفني الذي أعد تبويب التقنين ، ليحقق الوحدة والتناسق بين أجزائه موضوعا وشكلا ومن حيث الأسلوب واللغة . ويعد تقريرا رئيسيا عن المشروع يكون أساسا للأعمال التحضيرية .

ويعرض المشروع بعد ذلك للاستفتاء العام ، على النحو الذي سبق في الاستفتاء الأول . ثم تراجع اللجنة العامة مراجعة نهائية في ضوء هذا الاستفتاء الجديد .

(٦) يحول المشروع بعد ذلك إلى البرلمان . وتقتصر المناقشة على المسائل العامة في المشروع دون تعرض للتفاصيل . ويؤخذ الرأي على المشروع جملة واحدة . وإذا رأى أحد المجلسين ضرورة إدخال أي تعديل ، أحيل الأمر على اللجنة لتقوم بذلك . ومما يجدر ذكره أن إقرار البرلمان للمشروع يصبح أمرا سهلا . بعد أن تمت موافقته على الأسس العامة التي بنى عليها في المرحلة الأولى من هذه الاجراءات .

(٧) يجمع في كتاب : (أ) محاضر جلسات اللجنة العامة واللجنتين الرئيسيتين والجان الفرعية والمكتب الفني ، (ب) تفاصيل الاستفتاءين الذين أجريا ، (ج) التقرير الرئيسي الذي وضعه المكتب الفني ، (د) محاضر مجلس الشيوخ والنواب في مناقشته الأولى للأسس العامة وفي مناقشته الثانية للمشروع الكامل .

ويكون كل هذا هو مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين .

(٨) يكون وضع مشروع التقنين باللغة العربية . وبعد أن يصبح قانونا يترجم إلى اللغة الفرنسية ترجمة دقيقة . وتترجم الأعمال التحضيرية كذلك . وبذلك تكون اللغة العربية هي اللغة الأصلية والرسمية للتقنين .

ثانيا : المصادر التي يستمد منها التنقيح من حيث الموضوع

بيان هذه المصادر : أما من حيث الموضوع فنرى أن يكون التقنين مستمدا من مصادر ثلاثة : تجارب غيرنا من الأمم ، وتقاليدنا الماضية في القانون . فتستهدى اللجنة التي يوكل إليها أمر التنقيح (أولا) بالقضاء

المصرى فى مدى نصف قرن ، فهو المرشد العملى للمشرع . (ثانيا)
بالتقنيات الحديثة ، وما يمكن أن يستخلص من دروسها النافعة . (ثالثا)
بالشريعة الاسلامية ، وكانت شريعة البلد قبل دخول التشريع الحاضر ، ولا
تزال شريعته فى نواح مختلفة . وقد اقتبس التقنين المصرى الحالى شيئا
من أحكامها ، ولا يزال يستطيع أن يقتبس منها الشيء الكثير .

(١) القضاء المصرى

أهمية القضاء المصرى : القضاء هو الذى يطبق نصوص التقنين كل
يوم فيصلح بهذا التطبيق كثيرا من عيوبها . يكمل الناقص ، ويوضح
المبهم ، ويحدد قيمة كل نص عند تطبيقه العملى . ومهما كان المشرع
حازما حكيما دقيقا فى عمله ، فإن بعض نصوصه التشريعية لا تعدو أن
تكون مغرقة فى التوسع أو قاصرة فى الضيق . وهى لا تستقر ، وتصبح
ملاءمة للروابط التى وضعت لتنظيمها إلا بالتطبيق . فهى ، كما يقول
الأستاذ فان اكر (Van Ackers) فى محاضرة قيمة^(١) ، كاللباس الجاهز ، لا
يتناسب مع الجسم إلا بطول الاستعمال .

وقد كانت مهمة قضائنا المصرى ، بنوع خاص ، شاقة عسيرة . إذ
كان مطلوبا منه أن «يمصر» قانونا أجنبيا أدخل فى البلاد بين يوم
وليلة^(٢) . فقام بعمله فى كثير من اللباقة والمهارة . لذلك نستطيع أن
نستخلص من هذا القضاء ، عند مراجعة تقنيننا ، كثيرا من الدروس
النافعة ، لا يجوز أن نغفل عنها . فهى مستمدة من تجاربنا الخاصة ومن

(١) انظر مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٢٨٥ . ويبين الأستاذ
فى هذا المقال أهمية رجوع المشرع الى أحكام القضاء فى التنقيح التشريعى (انظر
بنوع خاص ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤ و ص ٢٩٦) انظر ايضا فى نفس الموضوع مقالا
للأستاذ مسينا فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٢٨١ - ٢٨٣ .

(٢) على أنه يمكن القول أن التشريع الفرنسى لم يدخل فى البلاد طفرة واحدة .
كما يظهر ذلك لأول وهلة . فقد كان القانون التجارى الفرنسى يطبق فى مصر قبل
صدور التقنينات الحاضرة . كما سبقت الإشارة الى ذلك . هذا الى أنه بمقتضى
الامتيازات الأجنبية . كانت الفصليات تطبق قوانينها ومنها القانون المدنى المختلط
جزء ١ بند ٧ وما بعدها .

حياتنا اليومية . فنحن واثقون إذن أنها تتلاءم مع ظروفنا وتتمشى مع حالتنا^(١).

ومن المفيد أن نورد هنا أمثلة تبين كيف نستطيع أن نستفيد من قضائنا . فهناك موضوعات مقتضبة اكملها القضاء ، كالملكية فى الشيوع وحقوق الارتفاق والاشتراط لمصلحة الغير والتأمين والشخصيات المعنوية . ويقرب من هذا موضوعات تقسمتها الشريعة الاسلامية والتقنين المدنى ، فمزجها القضاء معا واخرج منهما نظاما متناسقا عمليا ، كالوقف والميراث والوصية والهبة . وهناك احكام جديدة ابتكرها القضاء ، كالشرط الجزائى والوصية فى صورة البيع واهلية المحجور عليه قبل الحجر والمسئولية عن الأشياء والملكية الفنية والأدبية والصناعية . امدنا القضاء فى هذا بأحكام جديدة بالبحث والتحصيص ، لندمج منها الصالح فى تقنيننا الجديد .

وها نحن نذكر بعضاً من هذه الأحكام ، ولا نقصد بذلك دراسة القضاء المصرى ، فهذا خارج عن نطاق بحثنا . وإنما نورد بعض الأمثلة لنلذل بها على أهمية الرجوع إلى القضاء فى تنقيح التقنين .

الملكية الشائعة : لا يكاد الباحث يجد نصا تشريعيا فى هذا النوع من الملكية ، مع أهميته وانتشاره فى مصر . والنصوص القليلة المتصلة بهذا الموضوع يجب أن نتلمسها فى أماكن ليست مظنة لوجودها فيها . نجد فى الفصل الخاص بالقسمة ، وقد أدمج فى باب الشركات ، بعض النصوص المتعلقة بقسمة المال الشائع . ثم نجد فى قانون المرافعات نصا يقضى بعدم جواز الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات

(١) ومن المفيد أيضا أن نرجع الى التوثيقات القانونية . وما جرت عليه الناس فى معاملاتهم ، وما اعتادوه من الوسائل لتنفيذ احكام القانون ، بل وللهرب من هذه الأحكام فى بعض الأحيان . فتحايل الناس على حكم قانونى (Cautéle) ومضيههم فى ذلك دليل على فساد هذا الحكم ، فأولى بالمشروع إعادة النظر فيه عند تنقيح تشريعه .

ولاشك أن هناك كثيرا من الدروس النافعة يمكن استخلاصها من الوقفيات وعقود التأمين وعقود الشركات المختلفة وعقود الإيجار وغير ذلك مما جرى به العمل واستقر عليه العرف

(م ٧١١/٦٢١ مرافعات) ، وهذا النص قد وضع فى مكان من القانون لا يتطرق إلى الذهن أن يبحث عنه فيه ، حتى ليحار الباحث من هذا الخلط فى تبويب الأحكام .

ولكن القضاء المصرى تكفل بتفصيل احكام الملكية الشائعة . ويصح أن نتخذ المبادئ التى قررها فى هذا الشأن مرشدا للمشرع عند تنقيحه للتقنين . فمن هذه المبادئ حق الشريك فى أن يتصرف فى نصيبه الشائع بجميع أنواع التصرفات من بيع ورهن وغير ذلك^(١) ، بشرط أن يقع تصرفه على نصيبه الشائع^(٢) ، وحقه فى اجراء الأعمال النافعة فى الملك الشائع بطريق الوكالة الضمنية أو الفضالة^(٣) ، وعدم جواز تصرفه فى جزء مفرز ، إلا إذا أجازت بقية الشركاء ، أو وقع هذا الجزء المفرز فى نصيب المتصرف^(٤) ، وكذلك الأمر فيها يتعلق بالرهن^(٥) ، وقرر القضاء أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات لا يكون باطلا ، بل تنقص المدة إلى خمس^(٦) ، وبين القضاء الأهلى ، ومعه القضاء المختلط ، أن القسمة مقررة لا منشئة^(٧) ، وهذا بالرغم من وجود نص

(١) استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر ١٨٩٢ م ٦ ص ٢٦ .

(١) بور سعيد الجزئية الأهلية فى أول أكتوبر سنة ١٩١٩ مجموعة ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١ .

(٣) استئناف أهلى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ مجموعة ١ ص ٤ - ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع السنة الأولى رقم ٤٨ ص ٢٤٩ - محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية فى ١٦ مارس سنة ١٩٠٥ مجموعة ٦ رقم ١٠٣ ص ٢٢١ بور سعيد الأهلية الجزئية فى أول أكتوبر سنة ١٩١٦ مجموعة ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠ - استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٣١٢ - ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٤ - ٢٠ يونيه سنة ١٩٣١ ١٩١٢ م ١٤ ص ٤١٧ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ ص ٩٣ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ ص ٩٤ .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ١٧ ص ١٢٤ - ٤ مايو سنة ١٩١٥ م ١٧ ص ٣١٢ - ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٣٠٠ .

(٥) كفر الزيات الأهلية الجزئية ١٥ ابريل سنة ١٩١٨ مجموعة ١٩ ص ١٣٦ .

(٦) اسبوط الأهلية الكلية ١١ مارس سنة ١٩١٤ مجموعة ١٥ ص ٢٢٣ .

استئناف مختلط ٤ ابريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ - ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩ .

صريح فى التقنين المختلط يقضى بأن القسمة منشئة(م ٥٥٥ قانون مدنى مختلط) . ووضع القضاء احكاما لقسمة المهايأة^(١) . وله احكام كثيرة فى الملكية الشائعة ، نجتزئ منها بما تقدم .

حقوق الارتفاق : وهذه حقوق اهميتها فى مصر لا تخفى . فالملكية العقارية لا تزال اهم انواع الثروة المصرية . وقد قرر القضاء احكاما فى هذا الموضوع على جانب كبير من الأهمية .

من ذلك ما قرره محكمة الاستئناف الأهلية من أنه يجوز الاذن لمالك العلو ، إذا تهدم السفلى ، فى إعادة بنائه على نفقة مالكة . فكملت بذلك حكم المادة ٣٧ من القانون المدنى الأهلى الذى يقتصر على القضاء ببيع السفلى . وقد طبقت محكمة الاستئناف فى حكمها هذا المادة ١١٧ من القانون المدنى التى تجيز للدائن أن ينفذ التزام المدين تنفيذا عينيا على نفقة هذا المدين^(٢) .

كذلك قضت بعض المحاكم بأن الحائط الفاصل بين عقارين متجاورين يحكم فى ملكيته بقواعد العدل وعادات البلد وحكم العقل ، وكل هذه تقضى بأنه عند عدم وجود دليل على العكس يكون هذا الحائط ملكيته مشتركة بين المالكين للعقارين المتجاورين ، لأنه على فرض أن احد المالكين بناء من ماله الخاص فهو لا يسمح لجاره أن ينتفع به دون أن يدفع له نصف قيمة مصاريفه^(٣) .

وحدد القضاء كذلك ماهو المقصود بالمطل الذى يجب أن تراعى فيه حدود المسافة القانونية^(٤) . وميز بين المطلات والمناور^(٥) . وقضى أن

(١) استئناف أهلى ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ حقوق ٦ ص ١٧٥ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ مجموعة ١١ ص ٢٤٣

(٢) استئناف أهلى فى ٦ مارس سنة ١٩١٩ مجموعة ٢١ ص ١٥ . انظر عكس ذلك مصر الكلية الأهلية ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ محاماة ١٣ ص ٣٠٥

(٣) السنطة الأهلية الجزئية فى ٣١ يناير سنة ١٩٠٦ حقوق ٢١ ص ٧٦ .

(٤) عابدين الجزئية فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٢ حقوق ١٨ ص ٢٧ - محكمة مصر

الأهلية الكلية فى ٢٣ يولية سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣٢٨

(٥) استئناف مختلط ١٦ ابريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٦٠ - الموسكى الجزئية

كسب مطل على مسافة ممنوعة بمضى المدة لا يمنع صاحب العقار المرتفق به من أن يبني على حدود ملكه ، حتى لو أدى الحال إلى سد المطل^(١) .

كذلك نرى بعض المحاكم الأهلية ابتكرت حكما خاصا بتملك حق المرور بالتقادم . واستقلت في ذلك عن القضاء الفرنسى والقضاء المختلط . إذ أن هذين يقضيان بأن حق المرور غير مستمر (وللاستمرار هنا معنى خاص غير منطقي اتبعت فيه التقاليد وقضى به نص القانون الفرنسى (م ٦٨٨ فرنسى) دون أن يكون لهذا النص مقابل فى التقنين المصرى) . أما المحاكم الأهلية التى نشير إليها ، فقد رجعت إلى حكم المنطق وقضت بأن حق المرور قد يكون مستمرا ، ويجوز تملكه بالتقادم^(٢) . ونحن نؤثر هذا الراى الأخير ، وننصح المشرع باتباعه عند تنقيح التقنين .

وقد أخذ القضاء المصرى بحق الارتفاق الذى يقرره رب الأسرة دون نص فى القانون على ذلك ، إذ أن أساس هذا الحق هو الرضاء الضمنى .

أول أبريل سنة ١٩٠٠ مجموعة ٤ ص ٢١٧ - رشيد الجزئية ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ مجموعة ١١ ص ٢٧٠ - الجيزة الجزئية ١٦ أبريل سنة ١٩٢٩ حمامة ١٠ ص ٧٧٨ .

(١) استئناف اهلى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ مجموعة ١٢ ص ٦٩ - الاسكندرية الأهلية الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص ٥٤ - مصر الأهلية الكلية ٤ أكتوبر سنة ١٩٢٦ مجموعة ٢٨ ص ٢٢٧ - استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٦ - ١٨ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٨ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٧ ص ١٩ - انظر عكس ذلك المنصورة الأهلية الجزئية ٢ يناير ١٩٢٦ حمامة ٦ ص ٧٣٦ - اسكندرية الأهلية الكلية ٣٠ أبريل ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ ص ٢٧٩

(٢) طنطا الجزئية ١١ سبتمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٤ ص ١٢٢ - كفر الشيخ ١٠ سبتمبر سنة ١٩١٨ الشرائع ٦ ص ٦١ - الاسكندرية الأهلية الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٩ مجموعة ٢٢ ص ٥٣ - الأقصر ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٢ ص ٧٦ - طنطا الجزئية ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٣ ص ١٤٥ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٧ حمامة ٨ ص ٢٢٨ . انظر عكس ذلك منيا القمح ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ حقوق ١٩ ص ٢٠٥ - طنطا الاستئنافية ١٠ يناير ١٩٠٦ مجموعة ٧ ص ٨٦ - منيا القمح ٢٩ مارس سنة ١٩١٦ مجموعة ١٧ ص ١٧٥ - استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٠ - ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٩ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٣ - ٩ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ .

فهو متفق مع القواعد العامة . فأكمل القضاء بذلك نقصا فى النصوص التشريعية^(١) .

وواجه القضاء مشكلة عملية خطيرة ، هى تحديد طبيعة القيود التى تشترط فى البناء على الأرض الفضاء ، مساحة وارتفاعا وإبعادا ، فقضى بأن مثل هذه القيود تعتبر حقوق عينية^(٢) .

الاشتراط لمصلحة الغير وعقود التأمين : قدمنا أن التقنين المصرى لا يحوى إلا نصا واحدا فى الاشتراط لمصلحة الغير ، وهو نص مفرق فى الغموض ، مع أن هذا النظام القانونى قد تقدم خطوات واسعة فى الحياة العملية ، منذ انتشرت عقود التأمين ، وهى من أهم تطبيقاته . ويجب أن يفسح التقنين الجديدة صورة لنصوص صريحة فى هذا الموضوع ، كما يجب أن يخصص مكانا لعقد التأمين بين العقود المعينة . ويمكن الاستفادة من المبادئ التى قررها القضاء المصرى فى هذا الشأن . فهو قد طبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، ليس فى عقود التأمين فحسب ، بل فى فروض أخرى تسترعى النظر . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن اشتراط البائع لعقار مرهون على المشتري أن يدفع الدين للدائن المرتهن هو اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر فى ذمة المشتري^(٣) . كذلك اتفاق البائع مع الجار الشفيع على أن يتنازل هذا الأخير عن حقه فى الشفعة يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير ، وللمشتري أن يتمسك بهذا الاتفاق قبل الشفيع^(٤) . وقد طبق القضاء النظرية أيضا فى عقود الاحتكار ، وما يلتزم به المحتكر نحو المستهلك^(٥) . وطبقها فى القيود التى تشترطها شركات الأراضى على

(١) استئناف اهلى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٧٠٤ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة ٣٣ ص ١٢٤ - استئناف مختلط ٢٠ ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ أول ابريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ .

(٢) محكمة النقض فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ محاماة ١٣ ص ٩٨٧ - استئناف اهلى ٨ مايو سنة ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ ص ٢٣٠ وأحكام أخرى كثيرة .

(٣) استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ - ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧ .

(٤) استئناف مختلط فى أول ابريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ .

(٥) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ١٦٥ .

المشتريين من حيث البناء ، والتي قدمنا أن القضاء يرى فيها حقوق ارتفاق .

وسار القضاء شوطا بعيدا في تقرير المبادئ العامة في الاشتراط لمصلحة الغير . فقرر أن للمنتفع حقا مباشرا في ذمة المتعهد يستمد من العقد . وطبق ذلك بنوع خاص في عقود التأمين ، فأعطى الورثة المؤمن لمصلحتهم حقا مباشرا في ذمة شركة التأمين ، لا يأخذونه من التركة ، حتى يدخل في ضمان دائني المورث^(١) . وقرر أن رضا المنتفع ضروري لتثبيت ذلك الحق^(٢) ، وأن للمشتراط أن ينقض الحق قبل صدور هذا الرضاء^(٣) .

ويطول بنا المقام لو حاولنا احصاء احكام القضاء المصري في هذا الموضوع الخطير . فنكتفي هنا بما قدمناه . ونكرر أن المشرع المصري يجد مادة خصبة في القضاء عندما يريد تقنين الأحكام المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير وبعقود التأمين .

الوقف والحكر : لم يتعرض المشرع المصري لهذا الموضوع الهام إلا في نصوص قليلة جدا (م ٢٢/٧ وم ٣٤/١٧ وم ٣٧/١٨ وم ٧٧/٥٤ وم) ، مع أن جزءا كبيرا من العقارات المصرية موقوفة ، وقضايا الوقف والحكر تعرض كل يوم على المحاكم . فإذا أراد المشرع المصري تقنين الأحكام المتعلقة بالوقف والحكر ، فإنه لا يكفي في ذلك أن يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرة في هذا التقنين ، وإن كانت هي المصدر الأساسي في هذا الموضوع ، بل يجب أيضا أن يستعرض احكام القضاء من أهلى وشرعى ومختلط ، ويسترشد بها في تقنينه .

(١) استئناف مختلط في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٧ - ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ - المنيا الأهلية الكلية في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ٤٦٠ - طنطا الأهلية الكلية في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ١٤٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ - ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ - ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٣ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ .

فقد اصدر القضاء المصرى احكاما بالغة فى الكثرة ، يقرر بها نظم الوقف ، من حيث حقوق المستحقين ، وثبوت الشخصية للوقف ، وما لدائنى المستحقين من حق على ريع الوقف ، وكيفية إدارة الأعيان الموقوفة ، وما يجوز لناظر الوقف من التصرفات وما لايحوز له ، وحكم اجارة الوقف ، ووضع اليد عليه ، وتملكه بالتقادم ، وانقضاء حق المستحق بالتقادم ، وغير ذلك من النواحي المتشعبة ، مما لا يتسع له نطاق هذا البحث .

كذلك صدرت احكام كثيرة متعلقة بالحكر وشروطه واحكامه وأنواعه المختلفة ، مما يصلح أن يكون مرشدا للمشرع عند تقنين الأحكام فى هذا الموضوع .

الميراث والوصية والهبة : هذه موضوعات توزعت بين الشريعة الاسلامية والتقنين المدنى ، فأصبحت حائرة قلقة بين النظامين . ولم يعن الفقه المصرى بها عناية كافية . أما القضاء وهو يواجه كل يوم كثيرا من مشاكلها ، ويعانى مسائلها المعقدة ، فما لبث أن صاغ احكامها ورتبها ، ونحا فى ذلك منحى عمليا ، موفقا بين قواعد الشريعة الاسلامية ومبادئ القانون المدنى . ويستفيد مشرعنا ، كثيرا ، عند تقنين هذه الموضوعات ، من الرجوع إلى احكام القضاء فى مدى نصف القرن الماضى .

واهم مشكلة واجهها القضاء فى مسائل الميراث هى التوفيق بين مبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون ، ومبدأ القانون الفرنسى الذى يقضى بأن تنتقل إلى الورثة ديون المورث كما تنتقل حقوقه . وهو يقضى عادة باتباع مبدأ الشريعة الاسلامية ، فهى الشريعة واجبة التطبيق فى هذه الحالة^(١) . ولكنه مع ذلك لا يسير فى هذا المبدأ

(١) على أن المشرع المصرى يصرح فى بعض الأحوال أن الالتزام لا ينقضى بموت الملتزم ، كما فعل فى الايجار (م ٤٧٨/٣٩١) . ومعنى ذلك أنه ينتقل للوارث . وفى الأحوال التى لا يصرح فيها بذلك ، يكون من المفهوم ضمنا ، طبقا للقواعد العامة فى انقضاء الالتزامات ، أن الالتزام لا ينقضى بموت المدين . بل ينتقل للوارث كذلك . وللتوفيق بين هذه القواعد العامة ومبدأ الشريعة الاسلامية ، يمكن القول أن الالتزام ينتقل للوارث . ولكن بالقدر الذى كسبه من أموال التركة فورثة المستأجر مثلا يلتزمون بدفع الأجرة المدة الباقية من الايجار . بشرط ألا تزيد هذه الأجرة عن مقدار التركة التى آلت إليهم . محتسبا فيها منفعة العير المؤجرة .

إلى النهاية ، بل يحمى حق الغير الذى تعامل مع الوارث بحسن نية قبل سداد ديون التركة . وقد قضت محكمة الاسكندرية الأهلية الكلية بأنه إذا كانت التركة مدينة ، وباع أحد الورثة ما خصه من الميراث قبل وفاء الدين ، وتبينت سلامة نية المشتري وعدم توأطئه مع البائع للاضرار بحق الدائن ، فيكون البيع نافذا ، ويعد من قبيل البيع الصادر من المدين لمن تكون نيته سليمة اضرارا بالدائنين ، وهو صحيح ونافذ . وادعاء فساده بأن الميراث لا يكون إلا بعد وفاء الدين منقوض بأن ملكية اموال المتوفى تنتقل إلى ورثته فى حال موته ، فيكون هذا الوارث قد باع ما هو ملكه ، وبأن معنى كون الميراث لا يكون إلا بعد وفاء الدين أن الوارث واجب عليه دفع الدين على قدر قبيعة ما ورثه ، ولا يلزم بزيادة ، إلا أن اموال المتوفى تبقى بدون مالك لغاية تمام دفع الدين^(١) . وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الوارث يملك شرعا ما يتركه مورثه وقت الوفاة ، والقول بأن لا تركة إلا بعد سداد الدين لا يقصد به أن التركة تبقى معلقة لا مالك لها حتى ندفع ديون المورث كلها ، إنما معناه أن الوارث ملزم بدفع دين مورثه بنسبة ما اخذه من تركة ، فلذلك ليس لدائنى المورث أن يطلبوا إلغاء البيع الحاصل من الورثة لشيء من اموال التركة ، بناء على أن البيع حصل قبل سداد ديون المورث ، وأن الورثة قد باعوا حينئذ شيئا لا يملكونه ، بل الطريقة الوحيدة للطعن فى هذا البيع هى رفع دعوى ابطال التصرفات الصادرة من المدين ، إذا توافرت شروط هذه الدعوى^(٢) .

على أن القضاء المصرى غير مطرد فى هذه المسألة ، فهناك احكام كثيرة تحمى دائن التركة وتفضله على المشتري من الوارث^(٣) . وخير

(١) ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ القضاء ٤ ص ١٨ .

(٢) ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ مجموعة ١٤ ص ٤٢ . وانظر فى المشتري سوء النية استئناف اهلى ٢٩ ديسمبر ١٩١٣ الشرائع ١ ص ٢٧٧ .

(٣) محكمة مصر الأهلية الكلية ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٠٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ حقوق ٢١ ص ١١٢ - الاسكندرية الأهلية الكلية فى ٣ ابريل سنة ١٩٢٤ مجموعة ٢٨ ص ٢٥٠ - استئناف اهلى فى ١٨ يونية سنة ١٩٣٢ ص ٣٦٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ٨٢٦ - ٨ مارس سنة ١٩٣٢ محاماة ١٣ ص ١٦٨ .

ومن ذلك يتبين أن هذا الراى الاخير هو الذى تغلب على الراى الأول .
وللمحاكم المختلطة احكام كثيرة فى هذا الموضوع .

سبيل نراه في هذا الموضوع هو أن ينظم المشرع ، عند مراجعة التقنين ، طريقا لتصفية التركة ، على مثال تصفية أموال المفلس ، حتى تحفظ حقوق دائني المورث ، ولا يضار الغير حسن النية الذي يتعامل مع الوارث .

أما الوصية فأحكامها مستمدة من الشريعة الإسلامية كالميراث . ويلاحظ أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تضمنت أحكاما في إثبات الوصية . ويحسن أن يرجع المقنن في هذا الموضوع إلى قضاء المحاكم الشرعية . أما قضاء المحاكم الأهلية فهو في إحدى نواحيه يكاد يكون مبتكرا . ذلك أن المحاكم تواجه كل يوم عقودا تفرغ عادة في شكل عقود البيع ، وتصدر من أب لأولاده ، أو من زوج لزوج ، أو من شخص لآخر تربطه به رابطة قوية من قرابة أو نسب ، ويكاد من يتتبع ظروف هذه العقود أن يجزم أنها وصايا لا بيع . فالأب يبيع مالا لابنه ، ومع ذلك يقر الأب في عقد البيع أنه قبض الثمن ، وقد يكون مبلغا كبيرا ، ويحتفظ الأب لنفسه بحق الانتفاع بالشئ المبيع ، أو يبقى واضعا يده عليه يديره ويتصرف فيه كما لو كان لم يبعه ، ويبقى عنده عقد البيع ، فلا يسلمه للمشتري ، ولا يسجله أو يسجله ويبقيه مخفيا عنده بعد ذلك . كل هذه قرائن تدل على أن البائع يوصي في الواقع لا يبيع ، وقد لجأ إلى البيع لأنه ضاق بأحكام الوصية ، فهي لا تجيز الوصية لوارث ، وقد تكون هناك أسباب قوية تدعو المورث أن يؤثر بعض الورثة بشئ من ماله . وقد وقفت المحاكم الأهلية أمام هذه العقود وقفة المتردد ، فهي تارة تقرها على أساس أنها بيع صحيح ، وطورا تبطلها باعتبار أنه وصايا صادرة لبعض الورثة دون أن يجيزها الباقي . والمتتبع لأحكام القضاء في هذا الموضوع لا يسهه إلا أن يحمد هذه الجهود الكبيرة التي يبذلها حتى يوفق بين أحكام القانون والمقتضيات العملية . ويمكن القول بوجه عام أنه يميل إلى اعتبار هذه العقود صحيحة ، إذا حرص البائع على أن يفرغ العقد من الناحية الشكلية في ثوب بيع لا شبهة فيه . وهو لا يبطل إلا عقودا لم يثبت فيها أن المشتري صدر منه رضاء ولو ضمنى ، أو نكر فيها أن الثمن قد أبرث منه نعمة المشتري ، أو استبقى البائع لنفسه ملكية الشئ إلى حين موته . إما إذا كان العقد قد احتفظ بشكل البيع الناقل للملكية في الحال ،

فقل أن تبطله المحاكم ، حتى ولو نص في العقد أن البائع يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالشيء المبيع طول حياته^(١).

والظاهر من هذا القضاء المطرد أن الحاجة العملية هنا تطلبت على الأحكام القانونية ، فتكسرت هذه الأحكام ، واخضعتها المحاكم لمقتضيات الظروف بطريق الحيلة . فلا شبهة في أن العقود التي حكم القضاء بصحتها يخفى أغلبها وصايا لا ببوعا ، ولكنها وصايا لها من ظروف أسرة الموصى ما يبررها ، فأجازتها المحاكم ، ولكن من طريق مستتر . فهي لم تجسر على أن تخالف حكم الشريعة الإسلامية الصريح ، وهو يقضى بالآ وصية لوارث . فعمدت إلى اعتبار التصرف بيعا ، مكتفية في ذلك بالشكل دون الموضوع ، ومتماشية مع الحيلة التي لجأ إليها المتصرف ، حتى تجيز تصرفه .

وهذا مما يدعو إلى التفكير ، عند تقنين أحكام الوصية ، في بحث أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع . فهل يجد الباحث فيها شيئا يعين على مجازاة مثل هذه الظروف العملية ، فتباح الوصية لوارث ، ولو في حدود ضيقة ؟ هذا مثل نسوقه على ضرورة عناية المشرع ببحث ما تلجأ له الناس من الحيل للهرب من أحكام تضيق بهم ، فيعيد النظر فيها حتى يوفق بينها وبين الواقع .

أما الهبة فقد أورد المشرع المصري فيها أحكاما هي أكثر نسبيا من الأحكام التي أوردتها في الميراث وفي الوصية . على أنه يجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية إذا أريد تقنين أحكام الهبة الموضوعية . أما من حيث شكل الهبة ، ففي القضاء المصري مادة خصبة يستطيع أن يستمد منها

(١) انظر في هذا المعنى استئناف اهلى ١١ أكتوبر ١٩١٤ حقوق ٢٠ ص ١٧٢ - ٢٩ مارس ١٩١٦ الشرائع ٣ ص ٤٨٩ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ مجموعة ١٩ ص ٧٣ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٢ ص ١٢٩ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ مجموعة ٢٣ ص ١٥٣ - ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ محاماة ٣ ص ١٦٢ - ١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٥٢ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ محاماة ٨ ص ٩١٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ محاماة ٩ ص ١٠٩ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ١٥٢ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ محاماة ١٠ ص ٨٧٥ - نقض ٢ يونية سنة ١٩٣٢ محاماة ١٣ ص ٥٥ .

المشروع تقنينه . ومن أهم المبادئ التي قررها القضاء المصري في هذا الموضوع هو التمييز في عقود الهبة المستترة ، بين عقد صرح فيه بالابراء من الثمن أو بالتنازل عنه ، فيكون هبة باطلة ، وآخر لم يصرح فيه بذلك ، فيبقى صحيحاً^(١) .

الشرط الجزائي : ومن القضاء المشهور المبتكر ما قرره المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة بشأن الشرط الجزائي . وقد خالفت فيه نصاً صريحاً في القانون ، هو نص المادتين ١٢٣/١٨١ ، ويقضى بأن الشرط الجزائي لا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر . ولكن محكم الاستئناف المختلطة قضت بدواثرها المجتمعة^(٢) بأنه يجوز ألا يحكم بشيء ما من الشرط الجزائي إذا لم يثبت حصول ضرر . ويمكن تبرير هذا المبدأ على أساس أن الشرط الجزائي إنما هو تعويض ، وشرط التعويض حصول الضرر . وذهبت المحاكم الأهلية إلى أبعد من ذلك ، فقضت بأن الشرط الجزائي ، كما يجوز الفاؤه عند عدم حصول الضرر ، يجوز كذلك تخفيضه إذا كان المبلغ المتفق عليه لا يتناسب مع الضرر الذي حصل فعلاً^(٣) . وحجتها في ذلك أن الشرط الجزائي المبالغ في تقديره إنما هو شرط تهديدي محض لا يلتفت إليه ، وللمحاكم أن تقدر التعويض المناسب . على أنه يمكن تبرير هذا المبدأ من الناحية الفقهية على أساس نظرية السبب .

ومهما يكن من أمر فإن القضاء المصري ، من أهلى ومختلط ، مجمع على الخروج على نص صريح في القانون ، وأن كان يخرج عليه بشيء من التفاوت ، ويبرر هذا الخروج تبريراً يختلف قوة وضعفاً . وقضاؤنا المصري مبتكر في هذا ، لا لخروجه على التشريع المصري فسحب ، بل

(١) استئناف أهلى ٥ إبريل سنة ١٩٠٠ حقوق ١٩ ص ٤ - ٤ مايو سنة ١٩٠٥ مجموعة ٦ ص ٢٣٨ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٧ حقوق ٢٢ ص ٢٦٦ - ١٧ فبراير سنة ١٩١٠ مجموعة ١١ ص ٢٩٩ - ٢ فبراير سنة ١٩١١ مجموعة ١٢ ص ١٢٠ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٢ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ٢٩٥ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٦ مجموعة ١٧ ص ٨١ - ٢٦ إبريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ ص ٥٥١ - محكمة الاستئناف بدواثرها المجتمعة في أول مايو سنة ١٩٢٢ مجموعة ٢٣ ص ٦٨ .

(٢) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ .

(٣) ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ مجموعة ٢٧ ص ١٥٣ .

لاختلافه أيضا مع القضاء والتشريع الفرنسيين ، فإن هذين يقضيان بوجوب احترام الشرط الجزائي احتراماً تاماً ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر .

وفى هذا ما يسترعى نظر المشرع المصرى عند مراجعة التقنين . فعليه أن يزن هذا القضاء المبتكر ، وأن يدمجه فى تقنينه الجديد ، حتى لا يصطدم القضاء مع النصوص التشريعية الصريحة .

تصرفات السفه قبل الحجر عليه : وهنا أيضا نجد قضاءنا فيه شىء من الابتكار . فالقول المعمول به فى الشريعة الاسلامية أن السفه لا تبطل تصرفاته الا من وقت الحجر عليه ، وليس لقرار الحجر أثر رجعى ، وهذا قول أبى يوسف وهو المفتى به .

ولكن القضاء المصرى لا يقف عند ذلك . بل هو يحارب سوء النية والتواطؤ على الغش بسلاح آخر ، غير قاعدة الحجر على تصرفات السفه . فإذا ثبت عنده أن السفه بادر قبل توقيع الحجر عليه الى التصرف فى أمواله ، متواطئاً فى ذلك مع من تصرف له ، أبطل هذا التصرف ، تطبيقاً للمبدأ العام القاضى بأن القانون لا يحصى الغش ولا التواطؤ ولا التحايل على الأحكام القانونية ، وكل ما يقع من ذلك يجب أن يكون باطلاً^(١) .

وهذا أيضا قضاء عملى عادل ، يصح أن يدمج فى تقنيننا الجديد .

المسئولية عن الأثماء : لسنا فى حاجة الى استعراض تطور القضاء الفرنسى الخطير فى هذا الموضوع ، فهو مشهور . وإنما نكتفى بالإشارة

(١) محكمة النقض ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٨٧ - من ٤٩٢ - انظر احكاما اخرى كثيرة فى هذا المعنى . منها استئناف اهلى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ محاماة ٨ ص ٥ - استئناف اسيوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٦٣٣ - استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٩ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٢ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ جازيت ٢٢ ص ٢٢٨ .

ويلاحظ أن الامام محمد يبطل تصرفات السفه من وقت ظهور السفه ، لا من وقت الحجر عليه فقط ، فقضاؤنا يتفق مع رأى محمد فى النتيجة . وأن كان يختلف عنه فى الأساس القانونى . فمحمد يبطل التصرف قبل الحجر للسفه . أما القضاء فيبطله للغش والتواطؤ . فإذا فرض أن من تصرف له السفه لم يكن متواطئاً معه بل كان حسن النية فالظاهر أن محمد يبطل التصرف بالرغم من ذلك . أما القضاء فلا يبطله .

الى أن القضاء الفرنسى وصل فى تطوره الى حد أن جعل المسؤولية عن الأشياء مبنية على خطأ مفروض فرضا لا يقبل إثبات العكس .

أما فى مصر فالحالة تختلف عنها فى فرنسا ، من حيث النصوص القانونية ومن حيث الظروف الاقتصادية . وعلى ذلك فلا يزال القضاء عندنا بوجه عام يتطلب اثبات خطأ فى جانب المسئول عن الشيء حتى تتحقق مسؤوليته . ولكن ذلك لم يمنع بعض المحاكم ، من أهلية ومختلطة ، أن تجارى التطور الحديث ، وأن تقرر فى قضائها مبدأ المسؤولية دون خطأ ثابت . وقد حملها على ذلك تطور الحالة الاقتصادية فى بلادنا ، ونهضة الصناعة وارتقاء وسائل النقل وزيادتها مما يعرض الناس لأخطار لم تكن موجودة من قبل . فعدلت بعض المحاكم عن نظرية الخطأ الثابت ، واتخذت موقفا أكثر اتفقا مع مقتضيات هذا التطور الحديث . ولكنها انقسمت الى طائفتين :

١ - طائفة وهى الغالبية تأخذ بمذهب الخطأ المفترض ، وتقلد فى ذلك القضاء الفرنسى ولكنها لاتزال تجتاز المراحل الأولى التى سبق للقضاء الفرنسى أن اجتازها من قبل ، فبعضها يتلمس أساس الخطأ المفترض فى المسؤولية التعاقدية ، وبعضها يتلمسه من طريق القياس على المسؤولية عن الحيوان ، وفريق ثالث يقرر مبدأ الخطأ المفترض دون أن يدعمه على أساس قانونى^(١) .

٢ - والطائفة الأخرى سارت شوطا أبعد من هذا ، وأخذت بمذهب تحمل التبعة^(٢) ، وهى فى هذا قد سبقت القضاء الفرنسى ، إذ هو لم يأخذ بهذا المذهب حتى اليوم .

(١) من الأحكام التى اخذت بمبدأ الخطأ المفترض : استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ - أول ابريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢١ - ١٤ يونيه سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٤ - ٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٠ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ٥٩ - ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٦ - محكمة استئناف اسيوط الأهلية ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ عدد ١٣٠ - محكمة استئناف مصر الأهلية فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ حمامة ١٠ ص ١٥٤ - محكمة اللبان الجزئية ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٢٦ عدد ١/٩٣ .

(٢) انظر محكمة استئناف مصر الأهلية فى ١٠ ابريل سنة ١٩٢٧ مجموع ٢٨ عدد ٥٩ - محكمة مصر المختلطة الابتدائية ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ - ٢٣٣ -

وفى استعراض هذا القضاء ، عند القيام بمراجعة التقنين ، ما يدعو للتفكير فى تحديد الأساس الذى تبنى عليه المسئولية عن العمل الضار ، وهل يحسن بمشرعنا أن يجارى القضاء فى بعض الخطوات التى سار فيها ، إذا وجد ما يبرر ذلك من تطور الظروف الاقتصادية فى مصر .

الملكية الأدبية والفنية والصناعية : وهنا أيضا تجد القضاء المصرى ، الأهلى والمختلط ، يبتكر المبادئ القانونية ، لحماية هذا النوع من الملكية ، إذا ليس له تشريع خاص يحميه . فاستعاض القضاء عن النصوص التشريعية بتطبيق مبادئ العدالة والقانون الطبيعى .

والمبادئ التى قررها القضاء فى هذا الشأن كثيرة مشهورة ، لا داعى لتفصيلها . وهى تصلح أن تكون مرشدا للمشرع المصرى فى تقينيه لأحكام هذه الملكية المعنوية . ولا يفوتنا أن نذكر أن الحكومة المصرية قد وضعت مشروع قانون للملكية الأدبية والفنية ولا يزال محلا للبحث . ويتبين مما تقدم أن القضاء المصرى مادة خصبة يستفيد منها المشرع المصرى الشئ الكثير ، عند مراجعة التقنين^(١) .

ب - التقنيات الحديثة^١

الى أى حد تمكن الاستفادة من هذه التقنيات : قدمنا أن التقنيات الحديثة مصدر خصب لمشرعنا ، يستطيع أن يستمد منها كثيرا من المبادئ القانونية الصالحة فى التقنين .

على أننا نشير بشئ من الحيطة فى ذلك . واعتقادنا أن المشرع يحسن به أن يستمد تشريعه أولا من قضاء البلاد وتجاربها الخاصة . فان اقرار القضاء المصرى لمبدأ واطاراده فى السير عليه دليل على صلاحية هذا المبدأ للحياة المصرية فى اغلب الأحيان . والقانون ليس الا وليد هذه الحياة ، يخضع لها ، ويتأثر ، ويجاريها .

١٧ يونيه سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ١٩٥ - استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ٢٩٢٥ م ٢٨ ص ١٢٢ .

(١) على أن هناك مبادئ قررها القضاء المصرى ، لا تنصح للمشرع باتباعها . ونذكر مثلا لذلك مسئولية المستاجر عن احتراق العين المؤجرة ، فالقضاء المصرى يحمل المؤجر عبء الاثبات . ويخرج فى ذلك على القواعد العامة ، والأولى مخالفة هذا القضاء المبتكر ، والرجوع الى القواعد العامة ، فيكلف المستاجر بالاثبات .

على أن هذا لا يمنع أن نستفيد من تجارب الغير الى جانب تجاربنا الخاصة . فقد راينا التقنيات الحديثة ارتقت رقيا كبيرا ، وتقدمت فى رقيها على التقنين الفرنسى الذى أخذنا عنه . فإذا أردنا تنقيح تقنيننا وجب علينا أن ننتفع بهذا التقدم .

ونلاحظ أولا أنه لا يجوز لنا أن نستمد شيئا من قانون أجنبى فى دائرة الأحوال الشخصية . فان هذه الدائرة تخضع قبل كل شيء لمعتقداتنا الدينية ، ولعاداتنا وتقاليدها الخاصة ، ولأسلوب حياتنا الاجتماعية ، مما لا يصح أن نقلد فيه الأمم الأجنبية ، وهى غريبة عنا فى عاداتها ، بعيدة فى تقاليدها .

ونلاحظ ثانيا أن أكثر ما نستفيدة من التقنيات الحديثة إنما يكون من ناحية الشكل . فأسلوب التقنين الحديث ، وتبويب هذا التقنين تبويبا منطقيا محكما ، وتوخى الدقة فى التعبير ، وغير ذلك مما سبق أن أشرنا اليه ، نجد له مثلا طيبة فى التشريعات الحديثة ، يجب علينا أن نتوخاها فى تقنيننا الجديد .

على أن هناك مبادئ قانونية كثيرة تتعلق بالموضوع لا بالشكل ، نجدها فى هذه التقنيات الحديثة ، وهى مبادئ تصلح أن نستلهم منها الشيء الكثير فى تقنيننا الخاص بالمعاملات^(١) ، لاسيما فى الجزء الخاص بالالتزامات . فان هذا الجزء يكاد يكون مشتركا بين الأمم ، يسهل بينها التفاهم على مبادئه ، لأن أساسه المنطق ، والمنطق البشرى الصحيح واحد لا يتغير . ولأن موضوع الالتزامات هو أكثر موضوعات القانون تجردا من الاعتبارات المحلية ، وتمشيا مع حركة التعامل الدولية ، وتحليقا فى جو التعميم والشمول .

ومن هذه المبادئ ما يتناول نظريات عامة تتمشى على جميع نواحي القانون ، كالمبادئ الخاصة بسلطة القاضى فى تفسير القانون ، ونظرية سوء استعمال الحق . ومنها ما هو مقصور على ناحية معينة كالمنشآت

(١) وقد وضع الأستاذ والتون مقترحات جديدة بالنظر ، ببعض نصوص تشريعية ، تتعلق بحق الملكية والالتزامات الجوار ، لتعديل التقنين المصرى فى هذه الموضوعات . وقد استمد أكثر هذه النصوص من التقنيات الحديثة (انظر مقاله المنشور فى مجلة مصر المصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٦ - ص ٢٠١) .

(ولا نتكلم فى السجل العقارى، فأمره معروف، ولا على «الافلاس المدنى». وقد نظمته بعض القوانين الحديثة كالقانون الألمانى والقانون السويسرى). وأكثرها يتصل بنظرية الالتزام كما قدمنا، نذكر منها على سبيل المثال المبادئ المتعلقة بتكوين العقد، والنيابة فى التعاقد، والارادة المنفردة والصورية، والغبن، والدفع بعدم التنفيذ، والاشتراط لمصلحة الغير، والمسئولية عن العمل الضار، والإثراء بلا سبب، وحالة الدين، والوفاء.

هذه بعض المبادئ التى يصح فيها أن نتطلع الى الاستفادة من التقنيات الحديثة، لم نحاول حصرها، وإنما أتينا بأمثلة ندلل بها على أهمية الرجوع الى هذه التقنيات، لسد بعض الثغرات فى تقنيننا الحاضر، وقد سبق أن أشرنا اليها عند ما كنا نعدد عيوب هذا التقنين. ونجتزئ بكلمة موجزة عن كل من المبادئ المتقدمة، نستعرض فيها ما قررته التقنيات الحديثة بشأنها^(١)، مما يصح أن يكون مثلاً لنا نحتذيه. ونتوخى الإيجاز التام فى ذلك، لضيق المقام.

سلطة القاضى فى تفسير القانون: أهم ما يسترعى النظر فى هذا الموضوع هى هذه الخطوة الجريئة التى خطاها المشرع السويسرى فى اعترافه الصريح بسلطة القاضى الواسعة، لا فى تفسير القانون فحسب، بل فى صنعه أيضاً. فقد نص فى المادة الأولى من القانون المدنى على ما يأتى: «يخضع للتشريع كل الموضوعات التى تعرضت لها نصوصه، فى الفاظها أو فى روحها. وإذا لم يوجد نص قانونى يطبق، حكم القاضى بمقتضى العادات، فإذا لم توجد عادات، حكم بمقتضى القواعد التى كان يسنها لو كان مشرعاً، واستلهم فى ذلك المبادئ التى أقرها الفقه والقضاء^(٢)».

(١) ونقتصر على التقنين الألمانى والتقنين السويسرى والمشروع الفرنسى الايطالى، حتى لا يطول بنا البحث. ولكن لا يفوتنا أن نذكر أن هناك مصادر أخرى غير هذه يصح الرجوع اليها. نذكر منها على سبيل المثال المشروع البولونى. وقد تضمن فى المادة الخامسة النص الآتى: «لا يجوز التحايل على القانون، وكل عمل قانونى مخالف لهذا النص يكون باطلاً لا أثر له». وهو نص جدير أن نسترشد به فى تقنيننا الجديد.

وهذا النص جراته فى صراحته . فهو يعدد للقاضى المصادر التى يستمد منها القانون . فيذكر أولا النصوص التشريعية ، ثم روح التشريع ، ثم العادات ، ثم يترك الأمر بعد ذلك للقاضى ، يشرع للحالة المعروضة أمامه ، مستهلما فى ذلك الفقه والقضاء . وهذا هو فى الواقع من الأمر ما يفعله كل قاض ، سويسرى أو غير سويسرى . ولا سبيل الى منع القاضى من الاجتهاد فى الحالات التى لا يرى أمامه فيها حكما من تشريع أو عرف ، فهو لا محالة مشرع ، يستنبط الحكم الذى يراه ملائما ، ويقضى به . وليست جدة التشريع السويسرى فى هذا الشأن الا فى انه قال صراحة ما لا يقوله المشرعون الآخرون عادة ، خشية أن يسترسل القضاء فى سلطة تفسيرية واسعة ، ينقلب بها مشرعا ، لا يتقيد حتى بالنصوص القانونية التى يراها أمامه .

ونحن نتكفى بوضع هذا النص التشريعى الخطير تحت أعين الباحثين . ولا نجزم بصواب نقله فى تقنيننا الجديد .

نظرية سوء استعمال الحق : هذه نظرية يعترف بها الفقه ، ويطبقها القضاء ، فى كل القوانين المتمدينة . ويطبقها القضاء المصرى فى أحوال كثيرة . فعدم وجود نص تشريعى فى هذا الموضوع نقص يجب أن نتلافاه فى تقنيننا الجديد . وهذا ما فعلته التقنيات الحديثة . فقد نص التقنين الألمانى فى المادة ٢٢٦ على أن استعمال الحق لا يكون جائزا ، إذا لم يقصد به الا أحداث ضرر للغير^(٢) . ونص التقنين السويسرى (م ٢ مدنى) على أن كل شخص ملزم باستعمال حقوقه وتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التى يملئها حسن النية . وكل سوء استعمال ظاهر للحق لا يحميه

(١) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législation. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

(٢) L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui.

القانون ، ونص المشروع الفرنسى الايطالى (م ٧٤ فقرة ثانية) على انه « يلتزم ايضا بالتعويض كل من أحدث ضررا للغير ، بأن جاوز ، فى استعماله لحقه ، الحدود التى يرسمها حسن النية ، أو الغرض الذى من أجله أعطى هذا الحق » (٣) .

والذى يطلب من مشرعنا أن يبت فيه ، عند وضعه نصا بهذا المعنى ، هو أن يحدد بأى معيار يأخذ فى هذه النظرية ، أبمعيار مادى هو أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات ، أم بمعيار شخصى هو أكثر تحقيقا للعدالة ، أم يأخذ بالمعيارين معا ممتزجين . ثم يبت كذلك فى أى مكان يضع هذا النص ، أفى القسم العام من التقنين ، وهذا هو الذى نراه ، إذ النظرية عامة تنبسط على جميع نواحي القانون ، أم يضعه بين النصوص المتعلقة بالعمل الضار فى مصادر الالتزامات ، كما فعل المشروع الفرنسى الايطالى .

المنشآت والمؤسسات (fondations) : لا يوجد فى قانوننا ولا فى القانون الفرنسى نصوص خاصة بالمؤسسات . وهذا نقص ظاهر فى التشريعين . والفرنسيون يحتالون على انشاء المؤسسات بطرق مختلفة ملتوية . أما فى مصر ، فقد أغنانا الوقف الى حد كبير عن هذه الطرق . إذ يستطيع من يريد انشاء مؤسسة أن يقف مالا يخصصه للغرض الذى يقصد اليه . ولكن بالرغم من ذلك لازلنا فى حاجة شديدة الى نظام قانونى للمؤسسات يكون أكثر مرونة من نظام الوقف المعروف . «فتنظم إدارة المؤسسة على نحو يتفق مع الحاجات العملية ، ويسمح لجمهور كبير من الناس أن يكتتب فى انشاء مؤسسات ، حيث لا يسمح الوقف بانشائها ، وحيث يستعان الآن بطريق ملتو على الوصول الى الغرض المقصود ، بانشاء جمعيات من الأشخاص ، لا مؤسسات من الأموال . كذلك ينظم هذا

(١) Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

(٢) Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré.

التشريع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات (اما فى نظام الوقف فالمحاكم الشرعية هى التى لها حق الرقابة) ، ويرخص للمؤسسة ان تتحول من غرض الى غرض آخر ، متى تبين ان الغرض الذى انشئت من اجله فقد اهميته ، او اصبح مخالفا لروح الزمن او للنظام العام . كل هذه مزايا لا تتوافر فى نظام الوقف . هذا الى ان الوقف يجب ان ينتهى الى جهة بر لا تنقطع ، فلا يمكن اذن وقف مال على مشروعات اجتماعية او اقتصادية ابتداء ، إذا لم تدخل هذه المشروعات فى دائرة جهات البر^(١) .

هذا النقص فى تشريعنا تلافاه التشريعان الالمانى والسويسرى ، فتضمننا نصوصا (م ٨٠ - ٨٨ المانى وم ٨٠ - ٨٩ مدنى سويسرى) تنظم المؤسسات وتقضى هذه النصوص بأن المؤسسة تنشأ بعمل قانونى صادر من جانب واحد . فارادة المنشئ هى التى توجد المؤسسة وتضع نظمها . وهذه الارادة تصدر من صاحبها لتنتج اثرها ، اما فى حياته ، او بعد موته وتكون الارادة فى هذه الحالة فى شكل وصية . ثم يلتزم المنشئ بارادته المنفردة أيضا أن ينقل الى المؤسسة ملكية ما تعهد بدفعه من المال الذى خصصه لهذا الغرض . ومن الضرورى فى القانون الالمانى الحصول على ترخيص من الحكومة (بخلاف القانون السويسرى) . ويجوز للحكومة التعديل من اغراض المؤسسة ، إذا أصبحت الأغراض الأولى مخالفة للنظام العام ، وتحتزم فى ذلك ارادة المنشئ بقدر الامكان .

وهناك مشروع قانون فى فرنسا يضع نظاما للمؤسسات ، ويجعل انشاءها بطريق مباشر ، بمجرد تخصيص مال لها . وتكسب المؤسسة الشخصية المعنوية باعلان يماثل الاعلان الذى تكسب به الجمعيات هذه الشخصية . ولا يسمح باشهار المؤسسة الا بعد ترخيص من الجهة الادارية . والترخيص تارة يكون حتميا ، وطورا يترك لتقدير الادارة ، مع جواز الطعن فى هذا التقدير امام المحكمة الادارية العليا . وقد نظمت فى هذا المشروع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات .

(١) انظر كتابنا فى الالتزامات جزء اول نظرية العقد ص ٢٠٤ هامش نمرة ١ .

امامنا كل هذه النصوص في التشريعات المختلفة ، نستطيع أن نستلهم منها تشريعا يتناسب مع حالتنا الخاصة ، لتنظيم المؤسسات في مصر . فان امر هذه المؤسسات أصبح الآن خطيرا بانتشار أعمال البر ، وبازدياد النشاط الاقتصادي في البلاد .

تكوين العقد : قدمنا أن تقنيننا المدني قد أغفل مسألة من أمهات المسائل في العقد ، وهي مسألة تكوينه . فلا نص عندنا يقرر كيف يتكون العقد ، وما يتعلق بذلك من أحكام مختلفة ، مثل القوة الملزمة للإيجاب ، وتوافق الإيجاب مع القبول ، وفي أى وقت يتم ذلك إذا كان التعاقد بين غائبين ، وفي أى مكان ، وما قيمة الإيجاب المعروض على الجمهور . وما قيمة السكوت كتعبير عن الإرادة ، وغير ذلك من المسائل الهامة .

ونستطيع أن نستفيد فائدة كبرى من نصوص قانون الالتزامات السويسرى في هذا الصدد ، فهي من خير المثل التى تحتذى . وقد فصل المشرع السويسرى الأحكام المتقدمة فى المواد العشر الأولى من قانون الالتزامات ، وهذه هى نصوصها :

المادة ١ : « يكون العقد تاما ، عندما يظهر المتعاقدان إرادتهما ، متبادلتين متوافقتين . وإظهار الإرادة قد يكون صريحا أو ضمنيا »^(١) . ويبدو أن هذا النص يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة فى العقد .

المادة ٢ : « إذا اتفق المتعاقدان على كل المسائل الجوهرية ، اعتبر العقد قد تم ، حتى ولو بقيت بعض المسائل الثانوية دون اتفاق . وفى حالة عدم الاتفاق على هذه المسائل الثانوية ، يبت فيها القاضى ، ويعتبر فى ذلك طبيعة التعامل »^(٢) . وظاهر أن هذا النص يعطى القاضى بعض السلطة فى تكوين العقد . وهذا مثل جديد على تفويض المشرع السويسرى

Art. 1er. Le contrat est parfait lorsque les parties, ont, réciproquement (١) et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. cete manifestaion peut être expresse ou tacite.

Art. 2. Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points (٢) essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.

للقاضى كثيرا من الأمور ، فهو يشرع تارة ، ويساعد الأفراد على تكوين عقودهم تارة أخرى .

المادة ٣ : « كل شخص يعرض اتمام عقد على آخر ، ويحدد ميعادا للقبول ، يلتزم بايجابه حتى نهاية الميعاد . وينحل التزامه إذا لم يصله القبول قبل انتهاء الميعاد »^(١) . وفى هذا النص اعتراف بالقوة الملزمة للايجاب ، واخذ بنظرية العلم والقبول .

المادة ٤ : « إذا عرض الايجاب على شخص حاضر ، دون تحديد ميعاد للقبول ، تحلل صاحب الايجاب إذا لم يصدر القبول فى الحال . وتعتبر العقود التى تمت بطريق التليفون عقودا بين حاضرين ، إذا اتصل الطرفان ، أو وكيلاهما ، أحدهما بالآخر اتصالا شخصيا »^(٢) . وقد اعتبر هذا النص العقد بطريق التليفون كأنه عقد تم بين حاضرين . وإن كان ذلك لا يصدق الا من حيث الوقت الذى يتم فيه العقد ، لا من حيث المكان .

المادة ٥ : « إذا صدر الايجاب لشخص غائب ، ولم يحدد لقبوله ميعاد ، بقى صاحب الايجاب مرتبطا به الى الوقت الذى يتوقع فيه وصول رد يرسل فى الوقت المناسب وبطريق منتظم . وله أن يفرض وصول الايجاب فى وقت مناسب . وإذا وصل القبول ، ولو أرسل فى وقت مناسب ، متأخرا الى من صدر منه الايجاب ، وكان هذا لا يريد الارتباط به ، وجب عليه أن يعلم من صدر منه القبول بذلك فى الحال »^(٣) . وعند هذا النص

Art. 3. Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un (١) contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai. Elle est déliée, si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai.

Art. 4. Lorsque l'offre a été faite à une personne présente sans (٢) fixation de délai pour l'accepter, l'auteur de l'offre est délié, si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement. Les contrats conclus par téléphone sont censés faits entre presents, si les parties ou leurs mandataires ont été personnellement en communication,

Art. 5. — Lorsque l'offre a été faite sans fixation de délai à une personne (٣) non présente, l'auteur de l'offre est lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement. Il a le droit d'admettre que l'offre a été reçue à temps. Si l'acceptation expédiée à temps parvient tardivement à l'auteur de l'offre, et que celui-ci entende ne pas être lié, il doit en informer immédiatement l'acceptant.

لا يسعنا الا أن نعجب بالتسلسل المنطقي الذي ساق به المشرع السويسري نصوصه . فهو في المادة الثالثة يفترض أن الموجب حدد ميعاداً للقبول ، وفي المادتين الرابعة والخامسة افترض انه لم يحدد ميعاداً سواء كان الطرف الآخر حاضراً ، وهذا ما نص على حكمه في المادة الرابعة ، أو غائبا ، وهذا ما خصص له المادة الخامسة .

المادة ٦ : «إذا كان صاحب الإيجاب ، نظرا لطبيعة التعامل الخاصة أو للظروف ، لا يتوقع صدور قبول ، يعتبر العقد قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في ميعاد مناسب^(١) . وهذا نص محكم ، يبين متى يعتبر السكوت قبولا . يقابله نص لا يقل عنه أحكاما ، عند فقهاء الشريعة الاسلامية يقضى بأن «السكوت في معرض الحاجة بيان» .

المادة ٧ : «صاحب الإيجاب لا يتقيد به ، إذا تحفظ في هذا الشأن تحفظا صريحا ، أو إذا ظهرت نيته في عدم التقيد ، من الظروف أو من طبيعة التعامل الخاصة . ولا يعتبر إيجابا ملزما ارسال الأسعار والأثمان المعتادة وغيرها . أما عرض البضائع مع بيان أثمانها فيعتبر إيجابا^(٢) . وهذا نص يأتي بتطبيقات عملية ، تبين متى يعتبر العرض الصادر من الموجب مجرد مفاوضة ، ومتى يعتبر إيجابا باتا . وقد يكون موضوع هذا النص متأخرا في هذا المكان .

المادة ٨ : «من تعهد علنا باعطاء جائزة في مقابل القيام بعمل ، يلتزم بنفعها طبقا لتعهد . فإذا عدل عن التعهد قبل أن يصل اليه شيء ، التزم برد المصاريف التي أنفقت عن حسن نية ، الى حد قيمة المكافأة التي وعد بها ، الا إذا أثبت أن النتيجة المنشودة ما كانت لتتحقق^(٣) .

Art. 6. Lorsque l'auteur de l'offer ne devait pas, en raison de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à son acceptation, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable.

Art. 7. L'auteur de l'offre n'est pas lié s'il a fait à cet égard des réserves^(٢) expresses, ou si son intention de ne pas s'obliger résulte soit des circonstances, soit, de la nature spéciale de l'affaire. L'envoi de tarifs, de prix courants etc, ne constitue pas une offre de contracter. Le fait d'exposer des marchandises avec indication de prix, est tenu dans la règle pour une offre.

Art. 8. Celui qui promet publiquement un prix en échange d'une^(٣) prestation, est tenu de la payer conformément à sa promesse. S'il retire sa

وهذا النص الذي يحدد ، فى حالة عرض جائزة على الجمهور ، الوقت الذى لا يستطيع فيه الموجب العدول عن ايجابه ، لا يتفق مع المنطق فى نظرنا . وكان الأولى أن يكون هذا الوقت هو علم شخص معين من الناس بالجائزة المعروضة ، لا قيام هذا الشخص بالعمل المطلوب .

المادة ٩ : يعتبر الايجاب غير موجود ، إذا وصل العدول عنه الى من توجه اليه ، قبل وصول الايجاب ، أو فى نفس الوقت ، أو بعد هذا الوقت بشرط أن يعلم به الطرف الآخر قبل العلم بالايجاب . وتطبق القاعدة نفسها فى حالة العدول عن القبول^(١) . وهذا نص يبين متى يمكن العدول عن الايجاب أو القبول . ويظهر لنا أن موضوع النص فى هذا المكان متأخر ، كما لاحظنا ذلك فى نص المادة ٧ .

المادة ١٠ : التعاقد فيما بين غائبين ينتج آثاره من الوقت الذى يصدر فيه القبول . وإذا لم يكن القبول الصريح ضروريا ، فترجع آثار العقد الى وقت قبول الايجاب^(٢) . وهذا نص فى التعاقد بالمراسلة ، تضمن حلا ، هو محل للنظر ، فى هذا الموضوع الدقيق .

هذه نصوص واضحة ، تقرر احكاما هامة . وهى مثل طيب فى الترتيب المنطقى والوضوح وإستعابة الموضوع فى غير تكلف ولا اطالة . ونتمنى على مشرعنا لو عنى بدراسة هذه النصوص وأمثالها عند مراجعة التقنين المدنى ، حتى يقتبس منها ما يراه صالحا فى هذا الموضوع الهام ، بعد أن أغفله أغفالا تاما فى التقنين الحالى .

وقد وضع المشروع الفرنسى الايطالى نصوصا مماثلة للنصوص المتقدمة فى تكوين العقد (م ٢ - ٤) . وهى أكثر اختصارا ، ولكنها أقل وضوحا ، وليس فيها هذا التسلسل المنطقى الذى نراه فى قانون

promesse avant qu'une prestation lui soit parvenue, il est tenu de rembourser, au plus jusqu'à concurrence de ce qu'il avait promis, les impenses faites de bonne foi, à moins cependant qu'il ne prouve que le succes espéré n'aurait pas été obtenu.
Art. 9. L'offre est considérée comme non avenue, si le retrait en parvient (١) avant l'offre ou en même temps au destinataire, ou si, étant arrivé postérieurement, il est communiqué au destinataire avant que celui-ci ait pris connaissance de l'offre. La même règle s'applique au retrait de l'acceptation.
Art. 10. Le contrat entre absents déplole ses effets dès le moment où (٢) l'acceptation a été expédiée. Si une acceptaton expresse n'est pas nécessaire, les effets du contrat remontent au moment de l'acceptation de l'offre.

الالتزامات السويسرى ومن بين النصوص الثلاثة التى أتى بها المشروع فى هذا الموضوع ، نرى النص الثانى (م ٢) طويلا شديد التعقيد ، قليل التناسق ، وكان الأولى تجزئته الى عدة نصوص .

اما التقنين الألمانى ، فقد تناول هذا الموضوع فى نصوص كثيرة (م ١٤٥ - ١٥٦) . وتمتاز هذه النصوص بترتيب منطقى قد يكون أدق من ترتيب التقنين السويسرى . وتمتاز كذلك بأنها استوعبت فروضا عملية لم يتعرض لها المشرع الفرنسى . فهى جديرة بالدراسة والتحصيل ، لتقارن بنصوص التشريع السويسرى ، فيخرج الباحث بنتائج كبيرة القيمة من الناحية التشريعية . ولولا ضيق المقام لأوردنا النصوص الألمانية . ولكن نكتفى بإشارة الى نص المادة ١٥٣ ، وهو يقضى بعدم سقوط الإيجاب بموت أو زوال أهلية الموجب ، وهذه نتيجة منطقية من جعل الإيجاب ملزما .

النيابة فى العقاد : لم يضع المشرع المصرى نظرية عامة للنيابة فى التعاقد ، ولا نجد مثل هذه النظرية فى التشريع الفرنسى . فالتشريعات ناقصان من هذه الناحية . واقتصارهما على عقد الوكالة لا يكفى لتقرير كل أحكام النيابة ، فالوكالة ليست الا نوعا واحدا من أنواع النيابة .

وقد عنيت التقنينات الحديثة بهذا الموضوع . فنرى التقنين الألمانى يورد نظرية كاملة للنيابة (م ١٦٤ - ١٨١) بدقته المعهودة ، وترتيبه المنطقى ، واستيعابه للموضوع .

وكذلك فعل قانون الالتزامات السويسرى (م ٣٢ - ٤٠) والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٣٠ - ٣٧) ونصوص هذه التقنينات الثلاثة جديرة بالمقارنة بعضها ببعض الآخر ، حتى يستخلص منها نصوص صالحة لادماجها فى تقنيننا الجديد .

الارادة المنفردة : هى نظرية جرمانية الأصل . ولكنها تجاوزت حدود القوانين الجرمانية ، وانتشرت فى كثير من القوانين .

اما التقنين الألمانى فقد قرر عدم الأخذ بها كنظرية عامة ، وان كان قد أخذ بها على سبيل الاستثناء فى مواضع معينة نص عليها (انظر م ٣٠٥) . وقد سار قانون الالتزامات السويسرى على هذا المنهج ، فاعترف بالارادة المنفردة مولدة للالتزام فى حالات خاصة .

وانفرد المشروع الفرنسى الايطالى بعقد فصل خاص للارادة المنفردة، بإعتبارها مصدرا للالتزام، فقضى فى المادة ٦٠ بأن الارادة المنفردة إذا كانت مكتوبة، واقتترنت بأجل محدد، تلزم صاحبها بمجرد وصولها إلى علم من توجهت إليه ولم يرفضها. وتنطبق على الارادة المنفردة القواعد التى تنطبق على العقد، عدا القواعد المتعلقة بوجوب توافق الارادتين لانشاء الالتزامات...^(١). وقد جاء فى التقرير المرفق بالمشروع ما يأتى: «ان هذا النص كان مثارا للمناقشة بين أعضاء اللجنتين الفرنسية والايطالية. فقد ظن البعض أن فى تقرير هذا المبدأ تجديدا جريئا لا يتطلبه العمل. ولكن هذا الاعتراض، إذا كان فيه بعض الوجاهة بالنسبة للقانون الفرنسى، غير وجيه بالنسبة للقانون الايطالى. فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الايطالى على أنه فى العقود الملزمة لجانب واحد، يعتبر الايجار ملزما بمجرد وصوله إلى علم من توجه إليه، فالتجديد ليس إذن كبير بالنسبة لهذا القانون. ومن المفيد ادخاله فى القانون الفرنسى، فهو يضع حدا للخلاف فى تعرف طبيعة بعض الأعمال القانونية، هل هى عقود أو هى مجرد إرادة منفردة، كما فى تطهير العقار. وهو فى الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر عن الشخص من تعهد، بالتمشى مع ما يقتضيه حسن النية. على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدودا معقولة لهذا التجديد. فهى لم تكتف بالشروط الموضوعية للعقد، من الأهلية ومشروعية المحل والسبب، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الارادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة»^(٢).

Art. 60. La promesse unilatérale, si elle est faite par écrit et si sa (١) durée n'est pas indéterminée, oblige son auteur aussitôt qu'elle est arrivée à la connaissance de la personne à laquelle elle est destinée, à moins que celle-ci ne refuse.

Sont applicables à la promesse unilatérale toutes les règles des contrats, à l'exception de celles qui se réfèrent à la nécessité de l'accord des volontés pour l'existence des obligations.

(٢) أنظر ص ٧١ - ص ٧٣ من التقرير المذكور. أنظر أيضا م ٢٢ من القانون التونسى و م ١٨ من القانون المراكشى.

ولا يسعنا ، أمام الاعتبارات التي اشار اليها التقرير ، الا أن نشير
بجعل هذه المسألة موضوع عناية مشرعا عند وضع التقنين الجديد .

الصورية : موضوع ذو خطر في الحياة العملية . ليس عندنا فيه نص
فيما عدا الهبة المستترة . والنصوص الفرنسية ناقصة معيبة .

وقد وضع المشرع الألماني نصا في الصورية (م ١١٧) يقضى بجعل
العقد الحقيقي هو الذي يسرى دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة للغير .
وهو حكم غريب نفضل عليه حكم قانون الالتزامات السويسري (م ١٨
فقرة ثانية) ويقضى بسريان العقد الظاهر .

وأفضل من النصين ، وأكثر استيعابا للموضوع ، نص المادتين ٤٩
و ٥٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وتقضى المادة الأولى بأنه « في
حالة الصورية ، لا ينتج العقد الظاهر اثرا فيما بين المتعاقدين وإذا قصد
المتعاقدان ، باتخاذهما شكل عقد معين ، أن يبرما عقدا آخر ، فهذا العقد
الأخير يكون صحيحا إذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة
لصحته . ويجوز لدائني المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر إذا
كانوا حسن النية ، ويجوز لهم أيضا أن يثبتوا الصورية التي وقعت ضارة
بهم . ويجوز اثبات الصورية بكل الطرق ، حتى فيما بين
المتعاقدين ^(١) . » وتقضى المادة الأخرى بأن « العقود المستترة التي لم
يقرر القانون بطلانها تنتج اثرها فيما بين المتعاقدين وخلفهم العام . ولا
يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفا فيها ، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا
بها ^(٢) » .

Art 49. Au cas de simulation, le contrat apparent ne produit pas ^(١)
d'effets entre les parties. Si, sous la forme d'un contrat, les parties ont voulu
en conclure un autre, ce dernier est valable pourvu qu'il réunisse toutes les
conditions de fond requises pour sa validité. Les créanciers des parties
contractantes et les tiers peuvent se prévaloir du contrat apparent pourvu qu'ils
soient de bonne foi; ils peuvent aussi prouver la simulation faite à leur
préjudice. La simulation peut être prouvée par tous moyens, même entre les
parties.

Art. 50. Les contre-lettres qui ne sont point déclarées nulles par ^(٢)
la loi ont effet entre les parties contractantes et leurs successeurs à titre
universel. Elles ne peuvent être opposées à ceux qui y ont été étrangers, mais
ceux-ci peuvent s'en prévaloir.

وفى هذين النصين المتقدمين ملخص دقيق واضح لأحكام الصورية . وهما ولاشك نصان يصلحان للإستئناس بهما عند مراجعة التقنين المصرى . ونلاحظ أن المشروع الفرنسى الايطالى قد خرج على القواعد العامة فى أحكام الصورية فى مسألة واحدة ، وهى اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ، فقد أجاز هذا الاثبات بجميع الطرق .

الغبين : لم يضع المشرع المصرى نظرية عامة للغبن ، بل اقتصر على إجازة الطعن بالغبن فى بعض حالات معينة نص عليها . وكذلك فعل المشرع الفرنسى . والتشريعان ناقصان من هذه الناحية . أما التقنينات الحديثة فقد عنيت بهذا الموضوع الهام ، فوضعت فيه نصوصا عامة .

من ذلك ما نص عليه التقنين الألمانى فى المادة ١٣٨ إذ قضت بما يأتى : « كل عمل قانونى يخل بالآداب يكون باطلا . ويكون باطلا بنوع خاص العمل القانونى الذى يستغل به شخص حاجة شخص آخر أو خفته أو عدم تجربته ، فيحمله ، فى نظير شيء معين ، على أن يتعهد أو يعطى ، له أو لشخص آخر ، منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء ، بحيث يتبين من الظروف أن هذه المنافع بالنسبة للشيء ، غير متعادلة الى درجة فادحة^(١) .

وتنص المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسرى على ما يأتى : « فى حالة اختلال التعادل اختلالا واضحا ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون ، فى غضون سنة ، أن يعلن بطلان العقد ، ويسترد ما دفعه ، إذا كان قد دفع الى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها ، أو خفة ، أو عدم تجربة^(٢) .

Art. 138. Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs^(١) est nul. Est unt. en partieulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légéreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation un promette ou que l'ou fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante.

Art. 21. En cas de disproportion évidente entre la prestation promise^(٢)

==

وتقضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسى الايطالى بما يأتى : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل مع ما حصل عليه بموجب العقد ، أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض ، تبعا للظروف ، أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد ، أو أن ينقص الالتزامات^(١) .

هذه نصوص فى الغبن تضع نظرية عامة له ، وتجعله يتمشى على كل العقود ، فلا تخص عقدا دون آخر . وكل عقد تحقق الغبن فيه وكان هذا الغبن نتيجة استغلال أحد المتعاقدين للثانى ، يكون باطلا . حكم شامل يحقق العدالة فى جميع العقود . وتشترك هذه النصوص فى أنها تنظر جميعا إلى الغبن نظرة شخصية لا نظرة مادية ، فهو فيها مظهر من مظاهر عيوب الرضاء ، لأنه ، وهو نتيجة استغلال الحاجة أو الخفة أو عدم التجربة ، يكون قد وقع بناء على اكراه أو غلط أو تدليس . فتتشترك هذه النصوص فى شىء آخر ، فهي جميعا تضع للغبن معيارا مرنا لا قاعدة جامدة ، فلا يقدر الغبن برقم محدود ، كما هو الأمر فى التقنين الفرنسى والمصرى ، بل الغبن هو اختلال فادح فى التعادل ، أو هو اختلال واضح أو هو انحراف عن كل تعادل .

ويستطيع مشرعنا أن يقارن ما بين هذه النصوص ، ويختار لنفسه نصا يصل منه إلى تقرير مبدأ عام فى الغبن ، ليس موجودا فى تشريعنا الحاضر .

الدفع بعدم التنفيذ : (Exceptio non adimpleti contractus) لا يوجد فى تقنيننا ولا فى التقنين الفرنسى ، نص عام على هذا الدفع ، مع أهميته . ونحن إنما نصل إلى تقريره من طريق جمع تطبيقات له متفرقة ، نص عليها التقنين ، واستنباط قاعدة كلية من هذه الجزئيات .

par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de son génie, de légèreté ou de son inexpérience.

Art. 22. Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute ^(١) proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec la prestation de l'autre, de telle sorte que, suivant les circonstances, il soit à présumer que son consentement n'a pas été suffisamment libre, le juge peut, sur la demande de la partie lésée, annuler le contrat ou réduire les obligations.

أما التقنيات الحديثة فقد أوردت نصوصاً عامة في هذا الدفع ، يجدر بنا أن نتأمل فيها ، فقد نصت المادة ٣٢٠ من التقنين الألماني على ما يأتي : « كل من كان ملتزماً بموجب عقد ملزم للجانبين ، يجوز له أن يمتنع عن القيام بالتزامه حتى يتحقق تنفيذ الالتزام المقابل ، إلا إذا كان قد التزم بتنفيذ التزامه أولاً^(١) .

ونصت المادة ٨٢ من قانون الالتزامات السويسري على أن « من يطالب بتنفيذ عقد ملزم للجانبين يجب أن يكون قد نفذ ، أو عرض أن ينفذ ، التزامه هو ، إلا إذا كان منتفعاً بأجل مشروط في العقد أو مستخلص من طبيعته^(٢) .

وتقتضى المادة ٤٨ من المشروع الفرنسي الإيطالي بأنه « في العقود الملزمة للجانبين ، يجوز لكل متعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر ما التزم به هو ، ما لم يكن قد تحدت مواعيد مختلفة لتنفيذ الالتزامين^(٣) » .

على أننا نلاحظ على كل هذه النصوص أنها مقصورة على دائرة العقود الملزمة للجانبين ، مع أن الدفع بعدم التنفيذ أوسع نطاقاً من هذه الدائرة . فحيث يوجد شخصان ملتزمان كل منهما للآخر ، سواء نشأ الالتزامان أو أحدهما من عقد ملزم للجانبين ، أو من عقد ملزم لجانب واحد ، أو من غير عقد أصلاً ، وهناك ارتباط ما بين هذين الالتزامين ، فلا يجوز لأحدهما أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه ، ما لم يرق من جانبه بتنفيذ ما التزم به . فنحن نرسم بهذا المبدأ دائرة واسعة للدفع بعدم التنفيذ . ونرى ربط ما نسميه « حق الحبس » بهذا الدفع فما حق الحبس

Art. 320. Quiconque est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique (١) peut refuser la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée, à moins qu'il ne soit obligé d'exécuter le premier.

Art. 82. Celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit (٢) avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les clauses ou la nature du contrat.

Art. 48. Dans les contrats synallagmatiques, chaque contractant peut (٣) refuser d'exécuter son obligation si l'auteur n'exécute pas la sienne, à moins qu'il n'ait fixé des dates différentes pour l'exécution des deux obligations.

هذا الا تطبيق من تطبيقاته ، وليس هو بالحق العيني كما زعم مشرعنا (م ١٩/٥) .

الاشتراط لمصلحة الغير : تطور هذا المبدأ تطورا خطيرا . وكان قد ورد في التقنين الفرنسى على انه استثناء ضيق من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا يكسب حقا للغير ، وحدد هذا الاستثناء بقيود معروفة . وورد في التقنين المصرى فى عبارة غامضة ، اشرنا إليها غير مرة ، ثم ما لبث ان نقض بالمبدأ العكسى ، حيث قرر المشرع المصرى ان العقود لا تترتب عليها منفعة لغير عاقيديها . فجاء هذا المبدأ الخطير مضطربا حائرا فى كل من التقنينين . ويستحيل على من يقرأ النصوص التى وردت فيهما متعلقة بهذا المبدأ ان يدرك منها ان الاشتراط لمصلحة الغير لم يعد استثناء ، بل أصبح هو القاعدة ، بحيث يجوز لكل شخص ان يتعاقد مع آخر ، مشروطا حقا يكسبه الغير من هذا التعاقد .

وهذا ما تولت التقنينات الحديثة تقريره فى وضوح وجلاء ، فقرر التقنين الألمانى هذا المبدأ العام فى المادة ٣٢٨ . وهى تقضى بأنه « يجوز اشتراط القيام بالتزام للغير ، بمقتضى عقد ، يكسب الغير منه مباشرة حق تقاضى هذا الالتزام^(١) . » ثم اورد نصوصا أخرى كثيرة ، تفصل قواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، وهى القواعد المعروفة .

اما قانون الالتزامات السويسرى فقد نص فى المادة ١١٢ على ان « من اشترط ، وهو يتعاقد باسمه ، التزاما لمصلحة الغير ، كان له الحق فى ان يطلب تنفيذ هذا الالتزام لفائدة الغير . ويجوز للغير أيضا ، ولخلفه ، ان يطلب التنفيذ بنفسه ، إذا كان هذا هو نية المتعاقدين ، أو قضى العرف بذلك^(٢) . »

وينص المشروع الفرنسى الايطالى فى المادة ٤٥ على ما يأتى :
« يجوز ان يشترط شخص ، يتعاقد باسمه ، حقا للغير ، إذا كان له مصلحة

(١) Art. 328. Par contrat peut être stipulée une prestation à faire à un tiers avec cet effet que le tiers acquière directement le droit de poursuivre la prestation.

(٢) Art. 112. Celui qui, en agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. Le tiers ou ses ayants droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des parties ou tel est l'usage.

شخصية ، مادية أو أدبية ، في تنفيذ هذا الالتزام . ويكسب الغير ، بمقتضى هذا الاشتراط ، حقا في نمة المتعهد ، إذا لم يوجد اتفاق يقضى بعكس ذلك . على أن للمشتراط أن ينقض ما اشترطه ، إلى أن يعلن الغير إرادته في أن ينتفع بالحق^(٢) .

وكل هذه نصوص صريحة في جواز الاشتراط لمصلحة الغير ، يجدر بنا أن نحتذئها في تقنيننا الجديد .

نصوص أخرى : ويضيق بنا المقام ، لو ذكرنا كل النصوص التي يصح أن نهتدى بها في التقنيات الحديثة . فنكتفى هنا بالإشارة إلى بعضها . فمن ذلك النص الخاص بنظرية العقد في القانون الألماني (م . ١٤) . والنصوص الخاصة بمسئولية عديم التمييز مسئولية تقصيرية (انظر م ٨٢٩ ألماني و م ٥٤ التزامات سويسري و م ٧٦ من المشروع الفرنسي الايطالي) . والنصوص الخاصة بقاعدة الاثراء بلا سبب (انظر م ٨١٢ ألماني - و م ٦٢ من قانون الالتزامات السويسري و م ٧٣ من المشروع الفرنسي الايطالي) . والنصوص الخاصة بجواز حوالة الدين ، على نسق حوالة الحق (انظر م ٤١٤ إلى ٤١٩ من التقنين الألماني و م ١٧٥ إلى ١٨٣ من قانون الالتزامات السويسري) . وغير ذلك .

ولا ننسى أن حركة التقنين الحديثة تنتظم جميع البلاد ، وإن كل تقنين حديث يظهر يحمل أثر التقنيات التي سبقتة . فالتقنين السويسري أخذ من التقنين الألماني ، والمشروع الفرنسي الايطالي أخذ عن كل من التقنينين . وعن هذه التقنيات أخذ غيرها من التقنيات الأخرى . فهناك ارتباط لا ينكر بين التقنيات الحديثة بعضها ببعض الأخرى . ولا يسع أمة أن تنعزل في تقنينها عن تقنيات غيرها من الأمم ، وإلا حرمت نفسها من ثمرات تجارب هذه الأمم دون أن تستفيد من عزلتها شيئا . وإنما يطلب من الأمة الرشيدة ألا تقلد غيرها تقليدا أعمى ، فلا تنقل عن تشريع أجنبي إلا ما يتلاءم مع حالتها .

Art. 45. On peut stipuler en son propre nom au profit d'un tiers (١) lorsqu'on a un intérêt personnel, matériel ou moral, à l'exécution de l'obligation. Par l'effet de la stipulation et sauf convention contraire, le tiers acquiert un droit contre le promettant : toutefois, celui qui a fait cette stipulation peut la révoquer jusqu'à ce que le tiers ait déclaré vouloir en profiter.

ج - الشريعة الإسلامية

اهمية الشريعة الإسلامية من الناحية التاريخية : يجب أن نتال الشريعة الإسلامية نصيبا كبيرا ، من عناية المشرع المصرى عند تنقيح التقنين ، فقد كانت شريعة البلد قبل العمل بالقوانين الحالية . ولا تزال شريعة البلد فى قسم كبير من القانون المدنى ، هو قسم الأحوال الشخصية ، وفى موضوعات من قانون المعاملات .

واستقاء تشريعنا ، بقدر الامكان ، من مصدر الشريعة الإسلامية عمل يتفق مع تقاليدنا القانونية القديمة ، ويستقيم مع النظر الصحيح من أن القانون لا يخلق خلقا ، بل ينمو ويتطور ، ويتصل حاضره بماضيه .

اهمية الشريعة الإسلامية من الناحية العلمية : هذا من الناحية التاريخية . أما من الناحية العلمية ، فالشريعة الإسلامية تعد فى نظر المنصفين من أرقى النظم القانونية فى العالم . وهى تصلح أن تكون دعامة من دعائم القانون المقارن . ولا نعرف فى تاريخ القانون نظاما قانونيا قام على دعائم ثابتة من المنطق القانونى الدقيق ، يضاهى منطق القانون الرومانى ، إلا الشريعة الإسلامية .

فإذا كان لنا هذا التراث العظيم ، فكيف يجوز أن نفرط فيه !

لا نتردد فى الإشارة بوجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فى كثير من الموضوعات ، التى يكون الرجوع فيها إلى هذه الأحكام ممكنا ، فإن منها ما يقوم على مبادئ تضاهى أو تفوق أحدث المبادئ القانونية فى العصر الحاضر .

ولا يجوز أن ننخدع بهذه النظرة السطحية التى يلقيها البعض على الشريعة الإسلامية ، فيعتقد فيها عدم الصلاحية والجمود ، فإنها نظرة خاطئة . فالشريعة الإسلامية قد تطورت كثيرا ، وتستطيع أن تتطور ، حتى تماشى المدنية الحاضرة . وقد انصفها الدكتور انريكو انساباتو (Enrico Insabato) حين قال : «إن الاسلام إذا كان محدودا غير متغير فى شكله يتمشى بالرغم من ذلك مع مقتضيات الحاجات الظاهرة . فهو يستطيع أن يتطور ، دون أن يتضائل ، فى خلال القرون ، ويبقى محتفظا بكامل ما له من قوة الحياة والمرونة ... (ولا يجوز) أن تهدم يد الخلافة هذا الهيكل العظيم من العلوم الإسلامية ، أو أن تغفله ، أو أن تمسه بسوء ، فهو الذى

أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتاً، شريعة تفوق في كثير من تفاصيلها الشرائع الأوروبية^(١)، وينصح الأستاذ بيولا كازيللي، في مقاله الذي سبقت الإشارة إليه، بالأخذ من مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن هذا أكثر اتفاقاً مع روح البلد القانونية^(٢).

حاجة الشريعة الإسلامية إلى حركة تجديد علمية: لا ننكر أن الشريعة الإسلامية في حاجة إلى حركة علمية قوية، تعيد لها جذتها، وتنفض ما تراكم عليها من غبار الركود الفكري الذي ساد الشرق منذ أمد طويل، وتكسر عنها أغلال التقليد الذي تقيد به المتأخرون من الفقهاء.

وقد اقترحنا في كتاب «الخلافة»^(٣) أن ترتكز هذه الحركة العلمية على دراسة الشريعة الإسلامية طبقاً للأساليب العلمية الحديثة وفي ضوء القانون المقارن. وتقوم هذه الدراسة الجديدة على أساس التمييز ما بين الأحكام الدينية والأحكام القانونية. فالأولى لا شأن لنا بها، وإنما نعنى

(١) الدكتور انساباتو: الإسلام وسياسة الحلفاء ص ١٤٥ - ص ١٤٦.

(٢) مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٥. وإذا كان بعض المستشرقين، كالاستاذين شنوك هير حرونج وجولد زيهر، خيل له أن مبادئ الشريعة الإسلامية جامدة لا تتطور، فذلك يرجع إلى أن هؤلاء المستشرقين ليسوا من رجال القانون، فهم ينظرون إلى الشريعة الإسلامية نظرة المؤرخ لا نظرة الفقيه، وإلا فإن رجال القانون ممن درسوا الشريعة الإسلامية يختلفون مع هؤلاء المستشرقين في نظرتهم إلى الشريعة. ويكفي أن نشير إلى الفقيه الألماني الكبير كوهلر (Kohler) وإلى الأستاذ الإيطالي دلفشيو (Del Vecchio) عميد كلية الحقوق بروما وإلى العميد الأمريكي ويجمور (Wigmore) وإلى كثيرين غيرهم من الفقهاء، يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور، ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الانجليزي، إحدى الشرائع الأساسية الثلاثة التي سادت ولا تزال تسود العالم. وقد أشار الأستاذ لامبير (Lambert)، الفقيه الفرنسي المعروف، في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في مدينة لاهاي سنة ١٩٢٢، إلى هذا التقدير الكبير للشريعة الإسلامية الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر (انظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس، القسم الافرنجي ص ٣٠١ - ٣٠٢).

(٣) «الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية»: باريس سنة ١٩٢٦ ص ٥٨٠ - ص ٥٨٦ و ص ١٣ - ص ١٦.

بالأخيرة . فنميز فيها بين حكم اقتضاء إقتران الدين بالفقه الاسلامى ، وهذا يبقى محترما ولكن فى العقيدة والقلب إذ هو مرتبط على الدين ، وحكم قائم على أساس المنطق القانونى المحض ، وهذا هو الذى يدخل فى دائرة بحثنا العلمى . ثم نميز أيضا ، فى هذه الأحكام القانونية المحضة ، بين المبادئ العامة الشاملة ، وهذه هى الأسس التى تبقى ، والأحكام التفصيلية التطبيقية ، وهذه هى التى تتطور حتى تماشى الزمن .

ولا ننسى أن بين المصادر الأربعة للشرعية الاسلامية مصدرا هو الاجماع ، نعتبره مفتاح التطور فى هذه الشريعة ، فهو الذى يكفل لها حياة متجددة تتمشى مع مقتضيات المدنية المتغيرة .

ظهر الاجماع ، فى أول مراحله ، فأعطى للعادات^(١) مكانا بين المصادر القانونية . فكان مالك يأخذ باجماع أهل المدينة ، أى عاداتهم ، باعتبار أنهم إذا اعتادوا شيئا واجمعوا عليه كان من ذلك قرينة على أنهم قلدوا فيه صاحب الرسالة وكان مقيما بين ظهرانيهم . ثم استخدم الفقهاء الاجماع ، فى مرحلة ثانية ، ليجعلوا من اتفاق الصحابة على رأى قانونا ملزما . واستخدموه ، فى مرحلة ثالثة ، ليخلص لهم هذا القانون الملزم من اتفاق الأجيال الأخرى من المجتهدين غير الصحابة .

فالاجماع فى المرحلة الأولى كان شيئا يصدر عن غير قصد ، بل عن غير شعور : عادة ألفها الناس فصارت محترمة . أما فى المرحلتين الأخريين ، فهو يصدر عن شعور ، وإن لم يصدر عن اتفاق مقصود . فلو تطور الاجماع ، فى مراحله المنطقية ، وجب أن يصل إلى مرحلة يصدر فيها عن هذا الاتفاق المقصود ، ولا يكتفى فيه بالاتفاق العرضى . فيجتمع المسلمون ، أو نواب عنهم ، ويستعرضون مسائلهم ويقررون فيها أحكاما تتفق مع حضارة زمنهم ، وهذه الأحكام تكون تشريعا . وبذلك يكون الاجماع عنصر التجديد فى الشريعة الاسلامية . يحتفظ لها بمرونتها وبقدرتها على التطور .

صلاحية الشريعة الاسلامية ، حتى فى حالتها الراهنة ، لأن تكون مصدرا للمقتنين المصرى : ومهما يكن من أمر الشريعة الاسلامية ، وحاجتها إلى حركة التجديد التى نشير إليها ، فإنها ، حتى فى حالتها

(١) تراجع ترجمة كتاب الخلافة ، ص ٧٨ وما بعدها - مقابل ص ١٣ وما بعدها فى الأصل الفرنسى .

الراهنه ، تصلح مصدرا خصباً يستمد منه المشرع المصرى كثيراً من المبادئ القانونية فى تقنينه الجديد .

وما لنا نذهب بعيداً . ألم يأخذ المشرع المصرى فعلاً بكثير من أحكام الشريعة الإسلامية فى تشريعنا الحاضر . وهذه محاكمنا الأهلية والمختلطة - د ع المحاكم الشرعية - تطبق كل يوم هذه الأحكام فى الوقف والشفعة والأهلية وغيرها من المسائل المتغلغلة فى صميم المعاملات المدنية . ألم تطبق هذه الأحكام على المصريين والأجانب على السواء ، فلم يشعر أحد أنها دون أحكام القوانين الحديثة الراقية ؟ ألم تقنن أحكام الشريعة الإسلامية فى بعض الموضوعات ، كالشفعة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، فلم يضق التقنين بها ، بل جعلها تبرز فى حلة لم ينكر معها أحد على الشريعة صلاحيتها للتقنين والتطبيق ؟

لماذا نتردد إذن فى المضى فى هذا الطريق ، وقد سار فيه مشرعنا ، منذ خمسين عاماً ، شوطاً بعيداً ، نتعقبه فيه هنا . فنذكر ما أخذه قانوننا بالفعل من الشريعة الإسلامية . ثم نبين بعد ذلك ما لا يزال ممكناً أن نأخذ به من مبادئ الشريعة فى تقنيننا الجديد .

ما أخذه القانون المدنى المصرى من الشريعة الإسلامية .

الأحوال الشخصية : لا نقتصر على الإشارة إلى أن نصف القانون المدنى ، وهو القسم المتعلق بالأحوال الشخصية تطبق فيه أحكام الشريعة الإسلامية ، ولا إلى أن هناك كثيراً من المسائل التى تتقاسمها الأحوال الشخصية والمعاملات ، كالهبة والوقف والحكر ، يرجع فيها إلى أحكام هذه الشريعة . ولكن نريد أن نبين أن المشرع المصرى لم يغفل الشريعة الإسلامية حتى فى القسم الخاص بالمعاملات المحضة .

المعاملات : أخذ مشرعنا ، فى القانونين الأهلى والمختلط ، عن الشريعة الإسلامية فى المعاملات بعضاً من نظمها الرئيسية كالشفعة ، وبعضاً من أحكامها التفصيلية مما سنشير إليه فيما يلى . وهذه الأحكام تطبقها المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية على المسلمين وغير المسلمين ، والمصريين وغير المصريين . وقد أثبتت التجارب صلاحيتها للتطبيق على غير المسلم .

ولم يكن لمشرعنا خطة منطقية ظاهرة فى الأخذ ببعض أحكام الشريعة الإسلامية . والظاهر أنه لم يضع لنفسه خطة ما . بل التقط بعض أحكام هذه الشريعة ، ووضعها فى أماكن متفرقة من التقنين ، أهمها حقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية وعقد البيع والإيجار . وقد دفعه إلى ذلك أسباب مختلفة .

الأسباب التى حملت المشرع المصرى على الأخذ من الشريعة الإسلامية : فهو تارة يحترم عادات البلاد وتقاليدها ، خصوصا فى الحقوق العينية وفى العقود كثيرة الذبوع ، كما فعل فى حقوق الارتفاق وفى اكتساب حق الملكية بالشفعة وفى جعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، وكما فعل فى بعض أحكام البيع والإيجار .

وهو طورا يتأثر فى الحكم الذى ينقله بصلته الوثيقة بقانون الأحوال الشخصية ، كما فى بيع المريض مرض الموت ، فقد أنزله على حكم الوصية .

وهو ثالثة يخضع فى إيراد الحكم للمنطق القانونى الصحيح . فيعدل عن قاعدة فى القانون الفرنسى إلى أخرى مختلفة عنها فى الشريعة الإسلامية ، لأن هذه أكثر تمشيا مع القواعد العامة . كما فعل فى تحميل هلاك الشئ المبيع المعين قبل التسليم للبائع لا للمشتري .

وهو رابعة ينقل الحكم من الشريعة الإسلامية ، حتى لا يتورط فى نقل مبادئ القانون الفرنسى إلى بلد لم تألفها ، كما فعل فى اشتراط قبول المدين لحوالة الحق فى القانون الأهلى دون المختلط .

كيف اتصل المشرع المصرى بمصادر الشريعة الإسلامية : أما كيف اتصل مشرعنا بالشريعة الإسلامية ، فذلك ما ليس بجلى فى تاريخ وضع تقنيناتنا . والظاهر أن اتصاله بها كان محدودا . ولم يكن ما نورى ولا موريوندو بالمتصلين اتصالا خاصا بهذه الشريعة . ولو أنهما كانا يعرفانها معرفة كافية ، لكان من المحتمل أن يستفيدا منها أكثر مما فعلا . وقد كانا ، قبل أن يعهد إليهما بوضع التقنين المصرى ، محامين يمارسان مهنتهما فى مصر . فمن المحتمل أنهما اتصلا بالشريعة الإسلامية أثناء ممارستهما للمحاماة وبحكم إقامتهما فى مصر ، فإن كثيرا من الأقضية

بين المصريين والأجانب كان يحتاج فيها إلى معرفة أحكام الشريعة الإسلامية . ثم انهما ، بعد أن عهد إليهما بوضع التقنين ، كان لا بد لهما من التعرف ببعض أحكام هذه الشريعة التي كانت قانون البلد في ذلك العصر . ولا نزال نجهل إلى أى مصدر لجنا المعرفة هذه الأحكام . قد يكون الأمر مقصورا على انهما اتصلا ببعض فقهاء الشريعة الإسلامية الرسميين وبعض علماء الأزهر الشريف ، وقد قدمنا أن موريوندو كان يستعين بالأستاذ البحراوى مفتى نظارة الحقانية في ذلك الوقت . وقد يكونان ذهباً مباشرة إلى مصادر الشريعة الإسلامية في كتبها المؤلفة أو المترجمة ، وإن كان ذلك بعيد الاحتمال . وقد يكونان استعاناً بالمجلة العثمانية ، وقد قننت فيها أحكام الشريعة الإسلامية ، وكان ظهورها حديثاً في ذلك العصر (سنة ١٨٦٩) . أما كتب المرحوم قدرى باشا فلم تكن قد ظهرت بعد ، وإن كان من الممكن أن يكون قد استعين بقدرى باشا نفسه ، وكان ناظراً للحقانية في سنة ١٨٨١ .

ومهما يكن من الأمر ، فإن الثابت شيئان : الأول أن مانورى هو الذى بدأ الأخذ بالشريعة الإسلامية في بعض أحكامها في التقنين المختلط الذى وضعه . وقد قلده موريوندو فيما أخذه ، وقلما حاد عنه في ذلك ، فما عدا بعض مسائل تفصيلية (كحذف بيع المحصول المستقبل ، وكإضافة وجوب رضا المحال عليه في حوالة الحق) فإن نصيب التقنين الأهلى من الشريعة الإسلامية هو نفس نصيب التقنين المختلط . والشئ الثانى أن كلا من مانورى وموريوندو كانا محدودى العلم بأحكام الشريعة الإسلامية ، إلى حد انهما كانا يخطئان في نقلها في بعض الأحوال ، كما فعلا في بيع المريض مرض الموت .

تفصيل ما أخذه المشرع المصرى من الشريعة الإسلامية : والآن نذكر الأحكام التى استمدتها المشرع المصرى من الشريعة الإسلامية ، وهى متصلة بالموضوعات الآتية : حقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية والبيع والحوالة والإيجار والكفالة .

حقوق الارتفاق :

(١) نقل المشرع المصرى الأحكام المتعلقة بالعلو والسفل عن الشريعة الإسلامية . فليس فى القانون الفرنسى إلا نص واحد مقتضب فى هذا الموضوع ،

هو المادة ٦٦٤ . أما القانون المصرى ، فعلى ايجازه قد تضمن اربع مواد (٥٥/٣٤ - ٥٨/٣٧) ، إذا قوبلت بأحكام الشريعة الاسلامية (انظر م ٦٤ - ٦٨ من كتاب مرشد الحيران) امكن أن نلاحظ التشابه الكبير بينها .

(٢) وفى الحائط المشترك أورد المشرع المصرى نصا (م ٥٩/٣٨ - ٦٠) يختلف فى الحكم عن نص القانون الفرنسى (م ٦٥٤) ، ويتفق مع حكم الشريعة الاسلامية (انظر م ٦٩ من كتاب مرشد الحيران) .

(٣) وقد أورد المشرع المصرى فى أول نص تكلم فيه على حقوق الارتفاق (م ٥١/٣٠) حكما يقضى بالرجوع إلى عرف البلد ، وعرف البلد هنا هو الشريعة الاسلامية ، وقد فسرتة المحاكم بذلك .

اسباب اكتساب الملكية :

(٤) وفى اسباب اكتساب الملكية أخذ المشرع المصرى بسبب منها ، لا يعرفه القانون الفرنسى ، وهو الشفعة . وقد استمد أحكامها من الشريعة الاسلامية ، ثم صدر قانون معدل لهذه الأحكام (٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ للمحاكم المختلطة و ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ للمحاكم الأهلية) . ولكنه لم يعد مبادئ الشريعة الاسلامية ، كالتقنين الذى سبقه .

(٥) وفى التقادم خالف المشرع المصرى القانون الفرنسى فى تحديد مدته الطويلة ، فجعلها خمس عشرة سنة بدلا من ثلاثين ، متفقا فى هذا مع الشريعة الاسلامية . وأنقص المدة القصيرة تبعا لذلك إلى خمس سنوات . وفى الوقف والميراث تأخذ المحاكم بعدة التقادم فى الشريعة الاسلامية وهى ثلاث وثلاثون سنة . على أن هناك فرقا بين تقادم الشريعة الاسلامية وتقادم القانون المصرى المأخوذ من القانون الفرنسى ، فى أن التقادم الأول مقصور على منع سماع الدعوى ، أما التقادم الآخر فوسيلة لكسب أو اسقاط الحق ذاته .

البيع : وقد أخذ المشرع المصرى فى البيع أحكاما كثيرة عن الشريعة الاسلامية :

(٦) فأخذ بخيار الرؤية ، ونقل أحكام هذا الخيار عن الشريعة الاسلامية ، فى النصوص التى وضعها لذلك (م ٢٥٠ - ٢٥٣/٣١٦ - ٣١٨) .

(٧) وأخذ بحكم الشريعة الاسلامية فى بيع المريض مرض الموت ، وجعل هذا البيع فى حكم الوصية (م ٢٥٤ - ٢٥٦ / ٢٢٠ - ٢٢٣) .

(٨) وأخذ القانون المختلط ، دون القانون الأهلى ، بحكم الشريعة الاسلامية فى تحريم بيع المحصولات المستقلة (أنظر م ٢٣٠ - ٢٣١) .

(٩) وكذلك أخذ القانون المختلط بسقوط حق البائع فى حبس الشئ المبيع إذا حول بالثمن على المشتري . فنصت المادة ٣٥٢ مختلط على أنه ليس للبائع أن يمتنع من التسليم إذا حول على المشتري بجميع الثمن أو بجزء منه . ولا مقابل لهذا النص فى القانون الأهلى ، ولا فى القانون الفرنسى . وحكم النص متفق مع حكم الشريعة الاسلامية ، وقد أورد صاحب كتاب مرشد الحيران هذا الحكم كما يأتى : م ٤٥٦ : إذا أحال البائع أحدا على المشتري بكل الثمن ان لم يكن قبض منه شيئا ، أو بما بقى له منه ان كان لم يقبضه كله ، وقبل المشتري الحوالة ، سقط حق البائع فى حبس المبيع . ثم كمل هذا الحكم بما ورد فى المادة ٥١١ من كتاب مرشد الحيران ، ونصها ما يأتى : « إذا أحال البائع بالثمن على المشتري ، فدفعه إلى المحال ، ثم استحق المبيع بالبينة ، يرجع المشتري بالثمن على البائع لا على المحتال » .

(١٠) وأهم حكم فى البيع أخذه المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية هو حكم هلاك الشئ المبيع قبل التسليم إذا كان معينا ، فإنه يهلك على البائع طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، وقد نقل القانون المصرى هذا الحكم عنها (م ٢٩٧ / ٣٧١) ، دون القانون الفرنسى الذى يجعل الهلاك على المالك وهو المشتري (م ١١٣٨ فرنسى) . وحكم الشريعة الاسلامية أكثر تمشيا مع القواعد العامة ، فإنه متى ثبت أن البائع لا يستطيع تسليم الشئ المبيع لهلاكه فى يده ، فقد عجز عن القيام بأحد التزاماته وهو الالتزام بالتسليم ، وأمكن المشتري أن يفسخ البيع ، وأن يسترد الثمن إذا كان قد دفعه ، فيتحمل البائع تبعة الهلاك .

(١١) وفى ضمان العيب الخفى ، أخذ المشرع المصرى بحكم الشريعة الاسلامية فى حالة بيع جملة أشياء معينة ، ظهر ببعضها عيب قبل التسليم أو بعده ، فنص على فسخ البيع فى كل المبيع إذا ظهر العيب قبل التسليم

(م ٣٩٠/٣١٦) ، وعلى فسخه فيما ظهر فيه العيب فقط إذا لم يترتب على قسمة المبيع ضرر ، إذا ظهر العيب بعد التسليم (م ٣٩١/٣١٧ - ٣٩٢) . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية (م ٥٣٣ و م ٥٣٤ من كتاب مرشد الحيران) ، ولا مقابل لهذه النصوص في القانون الفرنسى .

كذلك إذا حدث بالببيع عيب جديد إلى جانب العيب القديم ، فقد أورد القانون المختلط (م ٣٩٩ و م ٤٠١) ، دون القانون الأهلى ، حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك (م ٥٣٧ و ٥٣٨ من كتاب مرشد الحيران) . وليس فى القانون الفرنسى مقابل لذلك .

ونقل المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية طريقة انقاص الثمن فى الأحوال التى يجوز فيها للمشتري طلب ذلك ، رجوعاً بضمان العيب الخفى . فيكون بإعتبار قيمة المبيع خالياً من العيب وقيمه معيها وتطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه (م ٣١٩/٣٩٤) . وهذا ما تقرره الشريعة الاسلامية ، إذ يقوم المبيع سالماً ، ثم يقوم معيها . وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى ، وبمقتضى تلك بالنسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان (م ٥٣٩ مرشد الحيران) . أما القانون الفرنسى ، فلا يفصل طريقاً لانقاص الثمن ، بل يكمل الأمر فى ذلك لأهل الخبرة (١٦٤٤ فرنسى) .

(١٢) وفى الغبن يأخذ المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية دون القانون الفرنسى . فلا يجيز الطعن فى البيع للغبن إلا إذا كان البائع قاصراً مغبوناً فى أكثر من خمس قيمة العقار (م ٤١٩/٣٣٦) ، وهذا هو المقدار الذى تقدره الشريعة الاسلامية للغبن الفاحش ، وتقتصر دون البالغ (م ٣٠٠ و م ٥٤٦ من مرشد الحيران) . أما القانون الفرنسى فيعطى حق الطعن بالغبن للبالغ أيضاً ، ويتطلب أن يكون مقدار الغبن زائداً على ١٢/٧ من قيمة الشئ المبيع (م ١٦٧٤ فرنسى) . على أن القانون المصرى يختلف عن الشريعة الاسلامية فى أنه يقصر دعوى الغبن على العقار دون المنقول ، ويعطى البائع الحق فى تكملة الثمن لا فى البطلان .

الحوالة :

(١٣) ويتطلب القانون الأهلى ، دون القانون المختلط ، رضاء المدين فى حوالة الحق (م ٣٤٩) ، جريا على حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك (م ٨٨٢ مرشد الحيران) .

الإيجار :

(١٤) وفى الايجار يلزم القانون المصرى المؤجر بتسليم العين فى الحالة التى هى عليها (م ٤٥٢/٣٦٩) ، ولا يكلفه القيام بعمل أى مرممة (م ٤٥٣/٣٧٠) ، متفقا فى هذا مع حكم الشريعة الاسلامية (م ٦٤٢ و م ٦٤٥ من كتاب مرشد الحيران) ، ومختلفا مع حكم القانون الفرنسى ، الذى يوجب تسليم العين فى حالة حسنة من الترميم ويلزم المؤجر باجراء الترميمات اللازمة (م ١٧٢٠ فرنسى) .

(١٥) ونقل المشرع المصرى حكم غرس الأشجار فى الأرض المؤجرة (م ٣٩٤ - ٤٨١/٣٩٥ - ٤٨٢) من الشريعة الاسلامية (م ٦٧٧ من كتاب مرشد الحيران) . ولا مقابل لذلك فى القانون الفرنسى . ولم تفرق الشريعة الاسلامية ، دون مبرر لذلك ، بين الأشجار والبناء ، كما فعل القانون المصرى .

الكفالة :

(١٦) ونقل المشرع المصرى حكم كفالة النفس (م ٦٢٠/٥٠٨ - ٦٢١) عن الشريعة الاسلامية (م ٨٤٨ - ٨٥١ من كتاب مرشد الحيران) . ولا مقابل لهذه النصوص فى القانون الفرنسى .

ما يمكن اخذه من الشريعة الاسلامية عند مراجعة المتكفين المدينى .

اسلوب منطقى للاقتباس من احكام الشريعة الاسلامية : على ان ما يمكن اخذه من مبادئ الشريعة الاسلامية ، مما يتمشى مع ارقى وأحدث المبادئ القانونية ، هو أجل شأننا وأكبر خطرا مما أخذه مشرعنا المصرى .

ونرسم أولا اسلوباً منطقياً نجرى عليه فى الاقباس من احكام الشريعة الاسلامية عند مراجعة التقنين . وعندنا ان الشريعة الاسلامية يفيد الرجوع إليها فى شيئين : (اولاً) فى ترقية مبادئ القانون المصرى ، (ثانياً) فى سد وجوه النقص فيه .

اما ترقية مبادئ التشريع فذلك يكون على وجهين : (١) من طريق النظريات العامة التى تتمشى على جميع نواحي القانون . فهناك من هذه النظريات ما نجده فى الشريعة الاسلامية متفقاً مع أحدث النظريات التى تقرها القوانين الحديثة . فمثل هذه النظريات يجب الا نتردد فى الأخذ به ، لا لأنه مقرر فى القوانين الحديثة ، فهذا وحده لا يكفى ، إذ قد تقرر هذه القوانين نظريات صالحة للبلاد التى نبتت فيها ، ولكنها لا تصلح لنا . وإنما نأخذه لأن الشريعة الاسلامية وهى شريعة البلاد فى الماضى ولا تزال جزءاً من شريعته فى الحاضر ، قد أخذت بهذه المبادئ ، فهى إذن مبادئ تتفق مع تقليدنا القانونى . (٢) هناك مبادئ قانونية اقل شيوعاً من النظريات المتقدمة . وهى مبادئ أخذت فى الظهور فى بعض القوانين الحديثة . ولاتزال محلاً للنظر والمقنن المصرى سيقف امامها فى شىء من الحيرة ، يأخذ بها أم يدعها . فيستطيع ان يستعين بالشريعة الاسلامية ، ليبت فى موقفه منها . فإن كان لها اصل فى الشريعة كان هذا مرجحاً للأخذ بها فى التقنين المصرى .

اما سد وجوه النقص فى التشريع المصرى فذلك يكون أيضاً على وجهين : (١) هناك احكام تنقض تشريعنا ، ولا يزال مكانها شاغراً لم يملأه القضاء ، ونحسن كثيراً لو ملأنا هذا المكان بأحكام الشريعة الاسلامية ، مما يكون أقرب لتقاليدنا ، وهو بعد متفق مع المبادئ القانونية الحديثة ، بل قد يكون ارقى منها . (٢) ثم ان هناك وجوه نقص فى التشريع المصرى ، قد سدها القضاء بأحكامه . وقد اتفق القضاء فى هذه المسائل مع ما قرره الشريعة الاسلامية فيها من الأحكام . فنسجل فى تقنيننا الجديد هذه الأحكام ، مستندين فيها إلى القضاء وإلى الشريعة الاسلامية .

ونحن نقتصر هنا على إيراد بعض الأمثلة لكل من الوجوه الأربعة المتقدمة . ولا نحاول الحصر فى أى وجه منها ، فذلك مما يضيق به نطاق هذا البحث .

نظريات عامة تتمشى على جميع فواحي القانون : نقتصر هنا على بيان النزعة المادية المتغلبة في الشريعة الإسلامية ، والتي يمكن أن نستفيد منها عند مراجعة التقنين المدني ، ونظرية سوء استعمال الحق المعروفة .

(١) النزعة المادية في الشريعة الإسلامية : يمكن تقسيم الشرائع إلى قوانين تتغلب فيها النزعة الشخصية أو النفسية ، وهذه هي الشرائع اللاتينية بوجه عام . وأخرى تتغلب فيها النزعة المادية أو الموضوعية ، وهي الشرائع الجرمانية والشريعة الانجليزية .

وتختلف هذه الشرائع بعضها عن البعض الآخر في نظرتها إلى النظم القانونية . فالشرائع الشخصية تغلب في الالتزام عنصره الشخصي دون موضوعه المادي . وتنظر إلى العقد نظرة شخصية ، فتعتبر الإرادة الباطنة النفسية دون الإرادة الظاهرة المادية . وإذا وضعت معايير فهي معايير نفسية تعتبر فيها النية الباطنة ، لا معايير مادية يعتبر فيها العرف وما ألفته الناس في التعامل . وتجرى الشرائع ذات النزعة المادية على العكس من ذلك . والنزعة المادية في القانون دليل على تقدمه وحرصه على ثبات المعاملات واستقرارها .

فإذا أردنا تحديد نزعة للشريعة الإسلامية ، فهذه النزعة مادية . وإذا كانت العبرة في هذه الشريعة بالمعنى دون الألفاظ ، إلا أن المعاني التي نقف عندها هي التي تستخلص من الألفاظ . فالعبرة فيها بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة . ومن هنا تدفق الفقهاء ، في كثير من المواطن ، في تحديد معاني الألفاظ التي تصدر من الشخص ، ويرتبون على اختلافها اختلافًا في الحكم . وهم في ذلك ليسوا متنطعين يضحون المعنى للفظ ، كما يتوهم البعض ، بل هم يتلمسون من وراء هذا أن يقفوا عند الإرادة الظاهرة ، التي يدل عليها اللفظ المستعمل ، حفظًا لثبات المعاملات واستقرارها . ولا يجرون وراء النيات المستترة والضمائر الخفية ، مما لا يمكن معه ضبط التعامل . كذلك نجد معايير الشريعة الإسلامية معايير مادية تنزل عند المألوف المتعارف بين الناس . وسيتبين ذلك بشيء من الوضوح في بعض النظريات التي نستعرضها فيما يلي .

ولا شك في أن تقنيننا المدنى يكسب كثيرا لو أخذ شيئا من هذه النزعة المادية يمزج بها النزعة الشخصية المتطفلة فيه من طريق القانون الفرنسى ، فنتزن نصوصه ، وتنضبط أحكامه .

٢) **نظرية سوء استعمال الحق** : سبق أن أشرنا إلى بعض نصوص فى التقنينات الحديثة تقرر نظرية سوء استعمال الحق . وذكرنا أنه يجدر بالمشرع المصرى أن يختار نصا يقرر به هذه النظرية الخطيرة فى التقنين الجديد .

فإذا رجعنا إلى الشريعة الاسلامية ، رأيناها تقرر نظرية سوء استعمال الحق فى أوسع مدى ، ورأينا هذه النظرية أكثر تقدما فى الشريعة الاسلامية منها فى كثير من القوانين الغربية . فهي لا تقتصر على المعيار الشخصى الذى اقتضت عليه أكثر القوانين ، بل تضم إليه معيارا ماديا ، وتقيد كل حق بالفرض الاجتماعى والاقتصادى الذى قرر من أجله . فيحسن أن يستند المشرع المصرى ، فى أخذه بهذه النظرية ، إلى الشريعة الاسلامية ، ويتبع المعيار الذى أخذت به .

وهناك تطبيقات تفصيلية كثيرة لهذه النظرية فى الشريعة الاسلامية ، جديدة بأن يسجلها المشرع المصرى فى نصوص تشريعية فى تقنينه الجديد . نكتفى منها بذكر مثلين : (١) **حقوق الجوار** : وهى من أهم تطبيقات النظرية . والحق الذى يساء استعماله هنا هو حق الملكية ، يستعمله الجار فيسئ استعماله ويضر جاره . وليس فى التقنين المصرى الحالى نص على ذلك . أما القضاء فقد أخذ بأحكام الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة الخطيرة ، وقرر صراحة أنه يأخذ بهذه الأحكام . ونوردها هنا كما لخصها صاحب مرشد الحيران :

م ٥٧ : للمالك أن يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه ، فيعلى حائطه ، ويبنى ما يريد ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا .

م ٥٩ : الضرر الفاحش ما يكون سببا لو هدم البناء أو هدمه ، أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصود من البناء . وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش .

م ٦٠ : يزال الضرر الفاحش ، سواء كان قديما أو حديثا .

م ٦١ : سد الضياع بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ لأحد أحداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه . وإن فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر .

م ٦٢ : رؤية المحل الذى هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ أحداث شباك أو بناء يجعل فيه شبাকা للنظر مطلقا على محل نساء جاره . وإن أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر ، إما بسد الشباك أو ببناء ساتر . فإن كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان ، فليس للجار طلب سده .

م ٦٣ : إن كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعاً ، فأحدث غيره بجواره بناء مجددا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ، ولو كانت مطلة على نساته ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه . وهذه الأحكام تتفق مع أرقى ما قرره القوانين الحديثة من المبادئ فى حقوق الجوار^(١) .

(ب) **التنفيذ على اموال المدين** : توجد نصوص فى القانون الفرنسى ، تلزم الدائن الرفق بمدينه عند التنفيذ على أمواله ، فيبدا ، إذا كان المدين قاصرا ، بالتنفيذ على المنقول ثم على العقار (م ٢٢٠٦ فرنسى) . ولا ينفذ على نصيب شائع مملوك للمدين ، قاصرا كان أو غير قاصرا ، قبل افراز هذا النصيب (م ٢٢٠٥ فرنسى) . ولا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على عقار غير مرهون ، إلا إذا كان العقار المرهون غير كاف للوفاء بدينه (م ٢٢٠٩ فرنسى) . وإذا أثبت المدين أن ريع عقاراته الصافى مدة سنة كاف لوفاء دينه ، وتنازل عن هذا الريع للدائن ، أوقف القاضى اجراءات التنفيذ التى اتخذها الدائن (م ٢٢١٢ فرنسى) .

(١) قارن ما وضعه الأستاذ والتون من النصوص فى هذا الموضوع فى مقاله الذى سبقت الإشارة إليه (مجلة مصر المصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٩٢ - ص ١٩٤) .

وليس لهذه النصوص مقابل فى التقنين المصرى . إلا أن الواجب
الرفق بالمدين فلا يتعسف الدائن فى التنفيذ ، وإلا كان مسيئاً لاستعمال
هذا الحق . وهذا هو المبدأ الذى قرره الشريعة الإسلامية . فقد جاء فى
المادة ١٦٤ من كتاب مرشد الحيران ما يأتى : « إذا كان المالك مديونا
دينا ثابتا عليه شرعا ، يجوز نزع ملكه الزائد عن حوائجه الضرورية
المحتاج إليها فى الحال ، ومنها مسكنه الضرورى ، إذا لم يكن له مال من
جنس ما عليه من الدين الشرعى . ويبيع قضاء ، إذا امتنع عن بيعه بنفسه
لقضاء دينه من ثمنه . ويبدا فى البيع بالأيسر فالأيسر بقدر الدين » .

وما أولى بمشرعنا أن يقتبس من هذا النص ما يكفل به الرافة
بالمدين . فيكون متفقا فى ذلك مع مبادئ القانون الحديثة ، فضلا عن
استناده إلى الشريعة الإسلامية .

مبادئ قانونية لا تزال محلًا للخطور : نذكر من هذه المبادئ ، على
سبيل التمثيل ، مسئولية عديم التمييز ، ونظرية تحمل التبعة ، وحالة
الدين ، ونظرية الظروف الطارئة .

(١) **مسئولية عديم التمييز :** تبنى الشرائع اللاتينية المسئولية
التقصيرية على أساس نفسى هو الخطأ . وينبنى على ذلك أن الصبى غير
المميز والمجنون ، وغيرهما ممن عدم التمييز وفقد الإرادة التى يعتد بها
القانون ، لا يكونون مسئولين مسئولية تقصيرية ، لأن الخطأ لا يتصور
صدوره منهم . ومن هنا تقرر فى القانون الفرنسى ، وفى القانون المصرى
تبعا له ، أن عديم التمييز لا يكون مسئولا عما يصدر عنه من الأعمال
الضارة ، وإنما المسئول هو من كان هذا الشخص تحت رعايته .

أما القوانين الحديثة ، لا سيما القوانين الجرمانية ، فقد عدلت عن هذا
الأساس النفسى فى المسئولية عن العمل الضار . وأوجبت مسئولية عديم
التمييز إلى قدر محدود . وحجتها فى ذلك أن الروابط المدنية غير الروابط
الجنائية . وإذا كان مفهوما ألا يعاقب شخص إلا إذا توافرت عنده الإرادة ،
لأن هذه الإرادة هى التى تبرر المسئولية الجنائية ، فليس بمفهوم أن

شخصاً ، يتسبب في الحاق ضرر بمال شخص آخر ، لا يعرض هذا الضرر ، بدعوى أن الإرادة تنقصه ، إذ الروابط المدنية إنما توجد بين مال ومال ، لا بين شخص وشخص . فالمنطق يقضى بوجوب التعويض متى وجد الضرر ، وأن تبني المسؤولية المدنية على فكرة السببية لا على فكرة الخطأ .

وقد قضى القانون الألماني في المادة ٨٢٩ بأن عديم التمييز يلزم بتعويض الضرر الذي أحدثه للغير ، إذا لم يمكن الحصول على هذا التعويض من شخص مسئول عنه ، وبشرط ألا يتسبب عن دفعه التعويض حرمانه من الموارد الضرورية لعيشه . وقضى قانون الالتزامات السويسرى في المادة ٥٤ بأنه يجوز للقاضى ، إذا اقتضت العدالة ذلك ، أن يلزم شخصاً عديم التمييز بتعويض الضرر الذي أحدثه ، كله أو بعضه . ويجيز المشروع الفرنسى الايطالى في المادة ٧٦ للقاضى أن يحكم بتعويض عادل على شخص عديم التمييز ، عن الضرر الذى يصيب به الغير . وقضى قانون السوفييت المدنى (م ٤٠٦) بأنه يجوز الحكم بتعويض على عديم التمييز ، بعد الموازنة بين يساره ويسار المصاب . وكذلك قضى المشروع البولونى في المادة ٢٩ بجواز الحكم بتعويض على عديم التمييز طبقاً للظروف .

كل هذه نصوص تقرر مسؤولية عديم التمييز فى شىء من التحفظ . فما عسى أن يكون موقف مشرعنا من هذه المسألة ؟ أبقى على المذهب النفسى اللاتينى الذى انتقل إليه من القانون الفرنسى ، أم يعدل عن هذا المذهب ويأخذ بالمعيار المادى الذى أخذت به القوانين الجرمانية والقوانين الحديثة بوجه عام ؟

نستفتى فى ذلك الشريعة الاسلامية . فنراها تأخذ بالمعيار المادى دون تحفظ . ونجدها تقرر أن الصبى إذا أتلّف مال غيره يلزمه الضمان من ماله ، ولو كان غير مميز . لأنه ، وإن كان محجوراً فى الأصل ، حتى لا تعتبر تصرفاته القولية ، إلا أنه لا يعفى من ضمان الضرر الذى نشأ عن فعله . وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حين الميسرة (مجمع الضمانات هن ١٤٦) . حتى أن طفلاً ، يوم ولد ، لو انقلب على مال انسان فأتلّفه ، يلزمه الضمان . وكذا المجنون الذى لا يفيق ، إذا مزق ثوب انسان ، يلزمه الضمان (شرح المجلة ص ٥٢٤ نقلاً عن الهندية) .

هذه هي أحكام الشريعة الإسلامية ، تجعلنا نرجح الأخذ بالمذهب المادى ، وهو مذهب القوانين الحديثة .

(٢) **نظرية تحمل القبحة :** ويتصل بما تقدم نظرية تحمل التبعة . فقد تمشى المعيار المادى فى المسئولية التقصيرية إلى حد أن قال قوم بحذف فكرة الخطأ بقاتا من هذه المسئولية ، وجعل الغرم بالغنم . فمن تسبب بنشاطه الاقتصادى ، الذى يستفيد منه ، فى أحداث ضرر ، وجب أن يتحمل غرم هذا النشاط كما استفاد من غنمه ، حتى لو نشأ الضرر عن حادثة فجائية لا يد له فيها . هذه هي نظرية تحمل التبعة . وقد بدأت تسود فى الفقه الحديث . وأخذت بها بعض التشريعات فى أحوال معينة ، أخصها حوادث العمل وحوادث النقل .

أما القانون المصرى فهو بمعزل عن هذا . وقد قدمنا أن المسئولية فيه مبنية على خطأ ثابت . والمحاكم المصرية لا تأخذ حتى بالخطأ المفترض الذى أخذت به المحاكم الفرنسية ، إلا فى بعض أحكام قليلة سبقت الإشارة إليها . وأشد ما نشكو منه فى مصر هي حوادث النقل . فلن وسائل النقل أصبحت قوية عنيفة ، لها ضحايا كثيرون ، لا يستطيعون أن ينالوا تعويضا إلا إذا أثبتوا خطأ فى جانب من تسبب فى أصابتهم ، وقلما يتمكنون من ذلك .

فما عسى أن يكون موقف المشرع المصرى فى هذا الأمر عند مراجعة التقنين ؟ هل يجارى قضاء بعض المحاكم المصرية فيأخذ بنظرية تحمل التبعة فى حوادث النقل ، ويتمشى فى ذلك مع التشريعات الحديثة . أنه إن فعل وجد مستندا له فى الشريعة الإسلامية . فمن أحكامها أن **الْإِتْلَافَ المباشر لا يشترط فيه التعمد أو التعدى . فإذا زلق أحد وسقط ، فأتلف مال آخر ضمنه ، ولو كان قد زلق رغما منه ، لأن الإيتلاف هنا حدث مباشرة ، والمباشر ضامن وإن لم يتعمد** (مجمع الضمانات ص ١٤٦) . ولو أن دابة يركبها انسان داست شيئا بيدها وأتلفته ، يعد الراكب أنه أتلف ذلك الشيء مباشرة ، فيضمن فى كل حال (أى دون تعمد أو تعد ، وبعبارة أخرى دون خطأ) . ومثل الراكب القائد والسائق (شرح المجلة ص ٥٠٨ وما بعدها) . فلو وضعنا إلى جانب الدواب السيارات والمركبات البخارية والكهربائية والطائرات ونحوها ، وهذا ما استحدثته المدينة الحاضرة ،

خلصنا من الشريعة الاسلامية بحكم يقرر مبدا تحمل التبعية فى حوادث النقل .

(٣) **حوالة الدين :** من المقرر فى القوانين اللاتينية ، وفى القانون المصرى تبعا لها ، أن الحق الشخصى تجوز حوالته حقا ، ولا يجوز حوالته ديناً ، فيصح أن ينقل الدائن حقه إلى دائن آخر ، ولكن لا يصح أن ينقل المدين دينه إلى مدين يحل محله ، فإذا أريد نقل الدين وجب أن يكون ذلك بطريق تجديده ، والتجديد غير الحوالة .

وقد كان هذا الموقف الشاذ محلاً للنقد ، إذ نحن بين أن نعتبر الالتزام علاقة شخصية ، ونأخذ فى ذلك بالمذهب الشخصى ، فلا نجيز حوالة الحق كما لم نجز حوالة الدين ، وبين أن نعتبره قيمة مالية ، ونأخذ فى ذلك بالمذهب المادى ، فنجيز حوالة الدين كما لجزنا حوالة الحق . أما أن نجيز حوالة الحق ولا نجيز حوالة الدين ، فهذا غير مفهوم . ولا يعترض على حوالة الدين بأن تغيير المدين قد يضر بالدائن ، لأننا نشترط رضا الدائن ، فإذا أحس ضررا يصيبه من الحوالة ، فما عليه إلا أن يرفضها .

وقد قررت القوانين الحديثة التى أخذت بالمذهب المادى فى الالتزام جواز حوالة الدين . بل وجد من كبار الفقهاء الفرنسيين من يجيزها فى التشريع الفرنسى الحالى ، إذ لا يصطدم ذلك مع القواعد العامة التى يقررها ذلك التشريع^(١) .

فإذا أراد المشرع المصرى أن يكون موقفه فى هذه المسألة منطقياً ، وأن يتمشى فى الوقت ذاته مع ما يقتضيه التعامل من سهولة انتقال المال ، عينا كان أو ديناً ، وجب أن يقرر جواز حوالة الدين ، ويجد مستنداً له فى الشريعة الاسلامية ، فهى تقرر ذلك ، وتقف فيه إلى جانب القوانين ذات النزعة المادية . فيجوز أن يتفق كل من الدائن والمدين والغير (سواء كان هذا الغير مديناً للمدين أو غير مدين له طبقاً للمذهب الحنفى) على أن

(١) سالى فى الالتزامات القانون الألمانى طبعة ثالثة سنة ١٩٢٥ م ٨٣ ص ٧٤ هامش
نمرة ٣ .

ينتقل الدين إلى الغير ، فيحل فيه محل المدين الأصلي . ويتحول الدين على المحتال عليه بصفته التي على المحيل (م ٨٩٦ مرشد الحيران)^(١) .

(٤) **نظرية الظروف الطارئة** : هذه نظرية حديثة أخذ بها القضاء الإداري في فرنسا ، وخفف بها من جمود نظرية القوة القاهرة . فعنده أن تنفيذ الالتزام إذا أصبح مرهقا للمدين ، بسبب ظروف طارئة لم يكن يتوقعها ، ولم يكن يستطيع مهما كان بصيرا بالأمور أن يحسب لها حسابا وقت التعاقد ، جاز له أن يطلب تخفيف إلتزامه . فاللتزام المدين لم ينقض إذن بالقوة القاهرة ، لأن تنفيذه لا يزال ممكنا ، وإنما خفف لأنه أصبح مرهقا عسيرا . وقد أخذ القضاء الإداري في فرنسا بهذه النظرية ، على أثر ما أحدثته الحرب الكبرى من الاضطراب في العلاقات الاقتصادية . وأكثر ما يطبقها في العقود المستمرة ، التي يستغرق تنفيذها وقتا طويلا ، قد تتغير في غضون الأحوال ، وتطرأ ظروف تخل بالتوازن الاقتصادي في التعاقد .

أما القضاء المدني في فرنسا فلم يجار القضاء الإداري ، لتقيده بنصوص مكتوبة ، لا يتقيد بها القضاء الإداري . كذلك في مصر قضت محكمة النقض بعدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة .

على أن هذه النظرية عادلة . ويمكن المشرع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية . وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج ، تتسع لنظرية الظروف الطارئة . ولها تطبيقات كثيرة سنذكر منها فيما يلي نظرية العذر في فسخ الإيجار . وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية في الشريعة الإسلامية ، وهي تماشى أحدث النظريات القانونية في هذا الموضوع ، كما لاحظ ذلك الأستاذ لامبر (Lambert) في المؤتمر الدولي للقانون المقارن ، الذي انعقد في مدينة لاهاي في سنة ١٩٣٢ ، حيث قال : « تعبر نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي . اشد ما تكون جزما وشمولا ، عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة ، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة ، وفي القضاء

(١) انظر أيضا بحثا قيما في هذا الموضوع للأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي بك ، منشورا في مجلة مصر المصرية مجلد ٢٢ ص ٣٧ - ص ١٣٧ - ص ١٩٠ .

الانجليزى فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التى نشأت بسبب الحرب، وفى القضاء الدستورى الأمريكى فى نظرية الحوادث المفاجئة^(١).

وجوه نقص لم يسدها القضاء : نذكر من هذه هلاك الزرع فى الأرض المؤجرة، وانقضاء الايجار بموت المستأجر، وانقضاءه بالعدو، والبراء من الدين.

(١) **هلاك الزرع فى العين المؤجرة** : ينص القانون الفرنسى على ان المؤجر ضامن لهلاك الزرع بقوة قاهرة بعد نباته، وللمستأجر ان يطلب انقاص الأجر بنسبة ما هلك من الزرع (م ١٧٦٩ - ١٧٧٣ فرنسى). وفى قانون الالتزامات السويسرى نص (م ٢٨٧) اكثر مرونة من نصوص القانون الفرنسى يقضى بأن لمستأجر الأرض الزراعية الحق فى طلب انقاص الأجرة انقاصا نسبيا إذا نقص ريع الأرض المعتاد نقصا محسوسا بسبب وقوع حوادث أو كوارث غير معتادة. أما القانون المصرى فقد كان قاسيا على المستأجر، فهو لا يجيز له ان يطلب انقاص الأجرة إذا هلك الزرع بحادثة جبرية (م ٤٧٩/٢٩٢)، وعلى هذا الحكم سار القضاء.

وأولى بمشرعنا ان يعدل عن موقفه هذا، فيوجب الضمان على المؤجر إذا هلك الزرع. ويكون فى هذا متفقا، لا مع القوانين الغربية فحسب، بل مع الشريعة الاسلامية أيضا. فقد نصت المادة ٦٧٥ من كتاب مرشد الحيران على انه إذا زرع المستأجر الأرض، فأصاب الزرع آفة فهلك، وجب عليه من الأجرة حصة ما مضى من المدة قبل هلاك الزرع، وسقط حصة ما بقى من المدة أيضا. ونلاحظ ان هذا الحكم يقضى بأن يكون انقاص الأجرة بنسبة المدة التى لم ينتفع فيها المستأجر بالعين، لا بنسبة ما هلك من الزرع. وهذا هو المذهب الحنفى. أما مالك فذهب

(١) انظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس القسم الفرنجى ص ٣٠٢ - ٣٠٣. وقد ورد فى كتاب الاشباه والنظائر كثير من المبادئ الفقهية التى تسود فيها فكرة الضرورة. مثل تلك قولهم : المشقة تجلب التيسير. لا ضرر ولا ضرار. الضرر يزال. الضرورات تبيح المحظورات. الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف. الضرر يدفع بقدر الامكان. الحاجة تنزل منزلة الضرورة الخ. الخ.

إلى أبعد من ذلك ، وقضى بسقوط الأجرة حتى عما مضى من المدة قبل هلاك الزرع^(١).

(٢) **انقضاء الايجار بموت المستأجر :** يقضى القانون المصرى بعدم انقضاء الايجار بموت المستأجر ، ما لم يكن الايجار حاصلًا للمستأجر بسبب حرفته أو مهارته الشخصية (م ٤٧٨/٣٩١) . وهذا حكم غير عادل ، أخذه المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى . أرايت لو أن موظفا ذا مرتب كبير كان يسكن دارا يدفع فيها أجرة عالية ، ثم مات وترك عياله ، وقد انقطع عنهم مرتب أبيهم ، واستبدلوا به معاشا قد يكون ضئيلا ، يلتزمون بالبقاء فى الدار مدة الايجار ، يدفعون هذه الأجرة العالية من تركة أبيهم ، وهم أحوج إلى استبقاء التركة من السكنى فى دار فضة ، أصبحت لا تتناسب مع حالتهم الجديدة ؟ الحق أن حكم الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة عدل ، فهو يقضى بإنهاء الايجار بموت المستأجر . والأولى بالمشرع المصرى أن يستند إلى هذا الحكم ليعطى ورثة المستأجر الخيار ، بعد موت مورثهم ، بين البقاء فى العين المؤجرة أو الخروج منها حتى قبل انتهاء مدة الايجار . وقد فعل ذلك القانون الألمانى (م ٥٦٩) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٢٧٠ و ٢٩٧) والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٤٤٠) ، مما يدل على أن مبدأ الشريعة الاسلامية هو أكثر اتفاقا مع المبدأ الذى سارت عليه القوانين الحديثة .

(٣) **انقضاء الايجار بالهجر :** هذا مبدأ قرره المذهب الحنفى فى الشريعة الاسلامية ، وهو أحد تطبيقات نظرية الضرورة التى أسلفنا الإشارة إليها . ويتلخص فى أن عقد الايجار يفسخ للعذر الطارئ . وذلك لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق

(١) انظر كتابا مخطوطا للأستاذ مخلوف فى مقارنة القانون الفرنسى بمذهب مالك ، وقد ورد فيه ما يأتى (ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦) : «إذا تلف الزرع بأفة ، مما للأرض مدخل فيه ، فإن تلف بدون الأرض أو فارها ، أو بما ينتفع منها من الماء ، أو بنحو حامول أو قصاب وهالك وعاتول أو عطش ، سقط كراء الأرض عن المكتري . والمدار فى السقوط على تلف الزرع بوجود ما نكر فى المدة المستأجرة ، وإن تكن الأرض معقادة بذلك » .

(م - ١١ مقالات د . السنهورى ج ١)

العذر، يلزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر (البدائع ٤ ص ١٩٧). والعذر أما أن يرجع للعين المؤجرة، كمن استأجر حماماً في قرية مدة مطومة، فنفر الناس، ووقع الجلاء، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣). وأما أن يرجع للمؤجر، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة، فيجعل الدين عذراً في فسخ الإجارة، وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص ١٩٨ - ص ١٩٩ - الفتاوى الهندية ص ٤٥٩ - ص ٤٦٣). وأما أن يرجع العذر للمستأجر، نحو أن يفلس فيقوم من السوق، أو يريد سفراً، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧)، وكما إذا كانت الإجارة لفرض، ولم يبق ذلك الفرض، أو عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعاً، تنتقض الإجارة من غير نقص، كما لو استأجر انساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة، أو لقطع السن عند الوجع، فبرأت الأكلة وزال الوجع، تنتقض الإجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٨. ابن عابدين ٥ ص ٧٦).

وقد وضع الفقهاء للعذر معياراً مرناً، فقال ابن عابدين (٥ ص ٧٦): «والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله، يثبت له حق الفسخ». ويمكن أن نستخلص من الأحكام التفصيلية التي قررها الفقهاء في هذه المسألة القواعد الآتية: (١) لا يصح الفسخ للعذر إذا كان العاقد الذي يطلب الفسخ يريد أن يحقق منفعة تفوته بدون الفسخ. (٢) ولا يصح كذلك الفسخ للعذر إذا طلب العاقد ذلك لدفع ضرر عنه لا يزيد على الضرر الذي ينجم من الفسخ. (٢) ويصح الفسخ للعذر إذا كان العاقد يدفع عنه بالفسخ ضرراً جسيماً يزيد على الضرر الذي ينجم عن الفسخ.

ونظرية فسخ الإيجار للعذر جديدة بأن يأخذ بها المشرع المصري. فهي من النظريات التي تشهد برقى الشريعة الإسلامية ومرونتها وصلاحياتها للتطبيق في مختلف الظروف. وهي تتفق في هذا مع أحدث مبادئ القانون وأرقاها. فقد قضى قانون الالتزامات السويسري (م ٢٩٦) بجواز فسخ الإيجار قبل انتهاء مدته، إذا جدت ظروف خطيرة، تجعل المضي في الإيجار مما لا يمكن احتمالاه.

وهذا المبدأ إنما هو فى الواقع تطبيق لنظرية الحوادث الطارئة فى عقد الايجار .

(٤) الاهواء : يعتبر الابراء فى قانوننا ، تبعاً للقانون الفرنسى ، اتفاقاً لا يتم إلا بتوافق ارادتين . أما فى الشريعة الاسلامية فالابراء يتم بارادة واحدة تصدر من الدائن . وقد ورد فى المادة ٣٤٩ من مرشد الحيران أنه لا يتوقف الابراء على قبول المديون ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد .

ونحن نؤثر التكييف القانونى الذى اتبعته الشريعة الاسلامية على تكييف القانونين الفرنسى والمصرى لسببين ، اولهما منطقى والآخر عملى .

أما السبب الأول فهو أن الدائن الذى يبرىء نمة المدين إنما يتنازل عن حق له ، وكان يجب أن يتم ذلك بارادته وحدها . وإذا كان التنازل عن حق له ، وكان يجب أن يتم ذلك بارادته وحدها . وإذا كان التنازل عن الحق العينى يتم بالارادة المنفردة ، فلماذا لا يتم التنازل عن الحق الشخصى بالارادة المنفردة كذلك ؟ عللنا هذا فى كتابنا (الالتزامات ١ ص ٧) بما يأتى : « يتم التنازل عن الحق العينى بارادة منفردة ، لأن صاحب الحق ليست بينه وبين شخص بالذات علاقة مباشرة حتى يتفق معه على هذا التنازل . أما الحق الشخصى فالتنازل عنه لا يكون إلا باتفاق الدائن والمدين ، لأن الحق علاقة مباشرة فيما بينهما ، فلا تزول الا باتفاقهما » .

وهذا التعليل هو كل ما استطعنا أن نقوله فى تبرير هذا التمييز بين التنازل والابراء . وهو بعد لا يستند إلا إلى نظرة ضيقة للحق الشخصى ، على اعتبار أنه علاقة شخصية ، لا قيمة مالية . وإلا فإننا إذا أخذنا بالمذهب المادى للالتزام ، واعتبرنا الحق الشخصى قيمة مالية كالحق العينى ، وجب أن يتم التنازل عن كل من الحقين بالارادة المنفردة . وهذا ما تقرره الشريعة الاسلامية .

وهناك سبب ثان لعدم اعتبار الابراء اتفاقاً يتم بتوافق ارادتين ، إذ القول بهذا ينبئى عليه أنه إذا صدر الايجاب من الدائن ، ومات المدين قبل القبول ، فإن الابراء لا يتم . وهذه نتيجة غير عابلة . ولا يجوز القياس على الهبة فى إمكان قبولها من ورثة الموهوب له إذا كان هذا قد توفى

قبل القبول (م ٧٣/٥١)، فإن هذا نص استثنائي لا يقاس عليه. أما إذا ذهبنا مع الشريعة الإسلامية إلى أن الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده، وصدرت هذه الإرادة، تم الإبراء، ولو مات المدين قبل رضائه، بل وقبل علمه، بذلك. وهذا ما يقرره صاحب كتاب مرشد الحيران في الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٩ فيقول: «وان مات (أى المدين) قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته».

وجوه نقص سدھا القضاء بما يتفق مع احكام الشريعة الإسلامية: نذكر من هذه الوجوه احكاما تتعلق بالملكية الشائعة، وبحقوق الارتفاق، وبالتزامات المؤجر، وبايجار الأرض الزراعية، وبضمان المستعير فى عارية الاستعمال، وبالدعوى البولصية، وبالفبن فى قسمة.

(١) الملكية الشائعة: قدمنا أن التقنين المصرى لا يحوى إلا نصوصا قليلة مبعثرة فى هذا الموضوع الخطير. مع أننا لو رجعنا للشريعة الإسلامية، إلى جانب احكام القضاء، وجدنا الشريعة غنية بأحكامها التى تتفق مع المنطق القانونى، وتتمشى مع عاداتنا وتقاليدينا. فهناك حكم يقرر مبدأ عاما فى الملكية الشائعة، أورده صاحب مرشد الحيران فيما يأتى (م ١٢): إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته، والتصرف فيها تصرفا لا يضر بالشريك، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك. ثم يفصل الأحكام بعد ذلك فى نصوص كثيرة، بعضها يعرض لحكم التصرف فى العين المشاعة (م ٧٤٩ - ٧٥٣)، وبعضها لسكنى الدار الشائعة (م ٥٥ - ٧٥٧)، وبعضها للانتفاع بالعين المشتركة (م ٧٥٨ - ٧٦٢)، وبعضها لهلاك العين (م ٧٦٣)، وبعضها لعمارة الملك المشترك (م ٧١٤ - ٧٧٢).

فللمشرع المصرى أن يختار من هذه الأحكام الكثيرة ما يتفق مع احكام القضاء فى هذا الموضوع.

(٢) **حقوق الارتفاق:** ويستطيع مشرعنا فى حقوق الارتفاق كذلك أن يستعرض احكام الشريعة الإسلامية إلى جانب احكام القضاء، فيأخذ منها ما يصلح.

مثل ذلك انهدام السفلى . وقد رأينا القضاء يكمل حكم المادتين ٥٨/٣٧ ، فيجيز لصاحب العلو أن يبني السفلى ، ويرجع بمصاريف البناء على صاحب هذا السفلى ، فإذا سجل المشرع المصرى هذا الحكم فى تقنينه الجديد ، وجد مستندا له فى الشريعة الاسلامية ، وحكمها ما يأتى : إذا هدم صاحب السفلى سفلته تعديا ، يجب عليه تجديد بنائه ، ويجبر على ذلك (م ٦٦ مرشد الحيران) . وإذا انهدم السفلى بلا صنع صاحبه ، فعليه بناؤه بلا جبر عليه ، فإن امتنع صاحب السفلى من تعميره ، وعمره صاحب العلو باذن صاحبه او باذن القاضى ، فله الرجوع على صاحب السفلى بما انفق على العمارة ، بالغ ما بلغ قدره . وأن عمره بلا اذن صاحبه او اذن القاضى ، فليس له الرجوع إلا بقيمة البناء . وتقدر القيمة بمعرفة ارباب الخبرة زمن البناء لا زمن الرجوع . ولصاحب العلو أن يمنع فى الحالتين صاحب السفلى من سكناه والانتفاع به ، حتى يوفيه حقه . وله أن يؤجره باذن القاضى ، ويستخلص حقه من أجرته .

وهناك أحكام أخرى فى العلو والسفلى ، وفى الحائط المشترك ، يصح الرجوع إليها فى التقنين الجديد (انظر م ٦٤ و ٦٥ و ٦٨ و ٧٠ و ٧١ من كتاب مرشد الحيران) .

(٣) **التزامات المؤجر** : تختلف هذه الالتزامات فى القانون المصرى عنها فى القانون الفرنسى . فالمؤجر ، فى القانون المصرى ، يسلم العين فى الحالة التى هى عليها (م ٤٥٢/٣٦٩) . ولا يلتزم بأجراء مرمت (م ٤٥٣/٣٧٠) ، وليس هناك نص يلزمه بضمان العيوب الخفية . اما القانون الفرنسى فيلزم المؤجر بتسليم العين فى حالة حسنة من الترميم (م ١٧٢٠ فرنسى فقرة أولى) ، ويوجب عليه اجراء المرممات الضرورية (م ١٧٢٠ فقرة ثانية) ، ويجعله ضامنا للعيوب الخفية (م ١٧٢١) . ولا شك فى أن القانون الفرنسى اعدل من القانون المصرى فى هذه المسائل الثلاث . على أنه يمكن الاستعانة بأحكام الشريعة الاسلامية ، للتقريب فيما بين القانونين .

فتسليم المؤجر للعين فى الحالة التى هى عليها . وإن كان حكما مأخوذا من الشريعة الاسلامية (انظر ٦٤٢ مرشد الحيران) . يمكن تعديله ، من طريق الشريعة الاسلامية نفسها ، حتى يقترب من القانون

الفرنسي في ثلاثة وجوه : (١) يجب تسليم العين المؤجرة في حالة تسمح باستغلالها على الوجه المطلوب . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية . فقد ورد في البدائع (جزء ٤ ص ١٨٧) انه يشترط في الايجار أن يكون الميعقود عليه ، وهو المنفعة ، مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا . وهذا ما يحكم به القضاء المصري (استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ١٧٣ نمرة ٣٠٤) . (ب) ويجب كذلك في التسليم التخلية والتمكين من الانتفاع بدفع الموانع ، كما تقضى بذلك الشريعة الاسلامية (البدائع ٤ ص ١٧٩) . فإذا كانت العين مشغولة بأشياء أو بأشخاص ، وجب على المؤجرتخليتها ، ولا يقتصر على تسليمها في الحالة التي هي عليها . (ج) ولا تبرأ ذمة المؤجر من التزامه بالتسليم ، إذا تغير الشيء بفعل غيره ، تغيرا يخل بالمنفعة قبل التسليم . ولا يقتصر التزامه في هذه الحالة على تسليم الشيء تالفا في الحالة التي هو عليها (م ٤٦٢ مرشد الحيران) .

أما القيام بالمرمات الضرورية ، فهنا أيضا قد أخذ المشرع المصري حكمه عن الشريعة الاسلامية . إذ تنص المادة ٦٤٥ من كتاب مرشد الحيران على أنه لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها ، وترميم ما اختل من بنائها ، واصلاح ميازيبها ، وإن كان ذلك عليه لا على المستأجر . ولكن الرجوع إلى احكام الشريعة الاسلامية في هذا الأمر يعدل من هذا الحكم كما عدل من الحكم الأول ، ويدنو بنا من حكم القانون الفرنسي . فإذا كان المؤجر لا يجبر على اجراء المرمات الضرورية ، إلا أنه إذا لم يقم بها ، كان للمستأجر الحق في فسخ الايجار . وقد جاء في ابن عابدين ما يأتي (جزء ٥ ص ٦٦ - ٦٧) : « عمارة الدار المستأجرة وتطهيرها واصلاح الميزاب وما كان من البناء على رب الدار ، وكذا ما يخل بالسكنى . فإن أبى صاحبها أن يفعل كان للمستأجر أن يخرج منها ، إلا أن يكون المستأجر استأجرها وهي كذلك ، وقد رآها ، لرضاء بالعيب . . وفي الجوهره وله أن ينفرد بالفسخ بلا قضاء . » أما إذا قام المؤجر بالمرمة ، فمصاريفها عليه لا على المستأجر . على أنه يمكن العثور على قول في الشريعة الاسلامية يجعل المؤجر ملزما بالقيام بالمرمات ، فيجبر على تنفيذ التزامه عينا ، لا من طريق التهديد بفسخ العقد . ففي مذهب الامام مالك ، على ما جاء في كتاب مخطوط للأستاذ مخلوف سبقت الإشارة إليه : « لا يجبر مالك الدار المؤجر لها على الاصلاح للمكترى الساكن مثلا ،

سواء كان ما احتاج للاصلاح يضر بالساكن ام لا ، حدث بعد العقد ام لا . وهو مذهب ابن القاسم فى المدونة . ويخير الساكن بين السكنى ، فيلزمه الكراء ، والخروج منها . وأما غير ابن القاسم ، وهو ابن حبيب ، فيقول يجبر الآجر على الاصلاح كما قال ابن عبد السلام وبه العمل . ولكن الخلاف خاص بالمضر اليسير ، وأما إذا كان كثيرا فلا يلزمه الاصلاح ، اجماعا ... فالبند يوافق المذهب على قول ابن حبيب مع تقييد الاصلاح باليسير . (م ٢٣٤) .

أما التزام المؤجر بضمان العيوب الخفية ، فإذا كان لا يوجد فيه نص فى القانون المصرى ، فإن فى الشريعة الاسلامية نصوصا صريحة فى ذلك ، إذا أخذ بها مشرعنا ، بعد أن أخذ بها قضاؤنا ، اقترب كثيرا من حكم القانون الفرنسى . فقد جاء فى ابن عابدين (جزء ٥ ص ٦٤) : « الاجارة تفسخ بخيار العيب الحاصل قبل العقد او بعده ، بعد القبض او قبله . فإذا كان العيب حاصلا قبل العقد ، فيشترط أن المستأجر لم يكن رآه وقت ذلك . فإن رآه ، فلا خيار لرضاه به » (انظر ايضا شرح العناية على الهداية ٧ ص ٢٢٠ . البدائع ٤ ص ١٩٥ - ١٩٧) .

(٤) ايجار الأراضى الزراعية : نصت المادتان ٣٨٧/٤٧٢ على أنه يجب على مستأجر الأرض للزراعة ، الذى قاربت مدة ايجاره على الانتهاء ، أن يمكن المستأجر اللاحق من تهيئة الأرض للزراعة والبذر ، ما لم يحصل للمستأجر السابق ضرر من ذلك . ولا يوجد نص على الفرض العكسى ، إذا انتهت المدة المحددة للايجار ، وبقيت فى الأرض زراعة لم تحصد . وقد جرى القضاء على أنه إذا انتهت مدة الايجار ، ولم ينضج الزرع ، وألزم المستأجر بتسليم الأرض بما فيها من الزرع ، فله مطالبة المؤجر والمستأجر الجديد بتعويض الخسارة التى ألتمت به لهذا السبب (استئناف اهلى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ١٨٩ - استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١) . وهذا الحكم عادل . وإذا أراد مشرعنا أن يورده فى التقنين الجديد ، استطاع أن يستند فى ذلك إلى أحكام الشريعة الاسلامية . فإنها تذهب فى حماية المستأجر إلى أبعد من ذلك ، إذ تلزم المؤجر أن يبقى الأرض فى حيازة المستأجر بأجر المثل حتى ينضج زرعه (م ٦٧٨ ؟ ٦٧٩ من كتاب مرشد الحيران) .

وهناك احكام كثيرة فى المزارعة والمساقاة يمكن استمدادها من الشريعة الاسلامية ايضا .

(٥) ضمان المستعير فى عارية الاستعمال : يقضى القانون الفرنسى على المستعير ، فى عارية الاستعمال ، بأن يحفظ الشيء المعار من الهلاك ، ولو بتضحية شيء مملوك له (م ١٨٨٢ فرنسى) . ولا نص فى القانون المصرى على ذلك . ولكن يمكن الأخذ بحكم القانون الفرنسى ، استنادا إلى الشريعة الاسلامية ، فقد ورد فى المادة ٧٩١ من كتاب مرشد الحيران : « إذا كان فى امكان المستعير منع التلف من العارية ، بأى وجه ، ولم يمنعه ، يكون متعديا فيضمنها » .

(٦) الدعوى البوليصية : فى هذه الدعوى حكم معروف يقضى بأنه لا يجوز للدائنين الطعن فى وفاء المدين بالدين لأحدهم دون الباقي ، لأن الدائن الذى استوفى دينه له حق نعمة المدين يتقاضاه ، فلا يمكن أن يقال انه تواطأ معه للأضرار ببقية الدائنين . ويستطيع المشرع المصرى أن ينص على هذا الحكم ، مستندا فى ذلك إلى الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى المادة ٢١٠ من كتاب مرشد الحيران : « إذا كثرت غرماء المدين ، وكان ماله لا يفى بجميع الديون المطلوبة لهم ، فله أن يقدم من شاء منهم ، ويؤثره على غيره . وان قضى دين أحدهم ، فليس للآخرين أن يجبروا القابض على تقسيم ما قبضه بينه وبينهم » .

(٧) الغبن فى القسمة : يقضى القانون الفرنسى (م ٨٨٧ فقرة ثانية) بجواز الطعن فى القسمة إذا زاد الغبن على الربح . ولا يتضمن القانون المصرى نصا يجيز الطعن فى القسمة . ولكن القضاء ، بالرغم من ذلك ، يجيز هذا .

مشروع تنقيح القانون المدنى^(١)

لحضرة صاحب العزة الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى بك

تمهيد

بعد أن تم مشروع تنقيح القانون المدنى ، وعرض على رجال القانون لاستفتائهم فيه ، بدا لى أنه قد يكون من الخير أن القى محاضرة أفتح بها هذا الاستفتاء ، فأنظر نظرة عامة فى المشروع واستعرض المصادر التى استمد منها ، وما استحدث من التعديل فى القانون المدنى القائم . وقد تفضل معالى وزير العدل فدعا حضراتكم لسماعها . ولا شك فى أنكم لا تنتظرون فى الفترة القصيرة التى حددت لهذه المحاضرة إلا أن تسمعوا استعراضا عاجلا ، يمس المسائل مسا سريعا ، ويقتصر على الإشارة إليها فى غير دراسة مستفيضة ، ولكنه استعراض قد يكون فيه تعريف أولى بالمشروع ، تمهيدا لدراسته فيما بعد .

ويجوز أن نتساءل حتى بعد أن تم مشروع تنقيح القانون المدنى ، هل كانت هناك حاجة ملحة إلى هذا التنقيح ، وهل كان من الضرورى أن يكون تنقيحا شاملا من شأنه أن يغير من معالم التقنين القائم . وانى لا أتردد فى الإجابة على هذا السؤال بأن تنقيح التقنين المدنى المصرى تنقيحا شاملا ضرورة تفرضها الظروف التى وضع فيها هذا التقنين . ويقتضيها تقدم التقنيات الحديثة . وما كنت فى حاجة لأن أزيد على ذلك لولا اعتراضان سمعتهما من ناحيتين مختلفتين . يقول أصحاب الاعتراض الأول أن التقنين المدنى المصرى ليس فى حاجة إلى تنقيح شامل ، ويكفى أن يكمل ببعض النصوص حتى يصبح صالحا صلاحية تامة للتطبيق فى عصرنا الحاضر . ويعترف أصحاب الاعتراض الثانى بحاجة التقنين

(١) محاضرة أقيمت بالجمعية الجغرافية الملكية فى ٢٤ أبريل ١٩٤٢ ونشرت بمجلة القانون والاقتصاد - السنة الثانية عشرة ص ٥٥٠ إلى ص ٥٧٠ .

المدنى إلى تنقيح شامل ، ولكنهم يخشون أن تكون أحداث الحرب الحاضرة من شأنها أن تغير معالم الحضارة الانسانية بما لا نحسه فى الوقت الحاضر ، فإذا تكشفت الأمور بعد ذلك ، تبين أن مشروع التنقيح هو نفسه فى حاجة الى التنقيح .

أما الاعتراض الأول فيكفى فى الرد عليه أن نستعرض استعراضا سريعا عيوب تقنيننا المدنى الحالى : وقد لخصتها فى مقال نشر بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية فى العبارات الآتية : « يمكن القول أن تقنيننا المدنى فيه نقص ثم فيه فضول . وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث تجب الافاضة ، ثم هو يسترسل فى التافه من الأمر ، فيعنى به عناية لا تتفق مع أهميته المحدودة . يقلد التقنين الفرنسى تقليدا أعمى ، فينقل كثيرا من عيوبه وهو بعد متناقض فى نواح مختلفة ، ويضم الى هذا التناقض أخطاء معيبة ... أما النقص فيرجع معظمه الى قصور تقنيننا عن مجازاة التقدم العظيم الذى قطع مراحل علم القانون فى العصر الحاضر ، فهو منقول عن التقنين الفرنسى ، والتقنين الفرنسى وضع فى أول القرن التاسع عشر ، فلا يزال أمام تقنيننا حتى يصبح متمشيا مع عصره أن يقطع هذه المرحلة الطويلة التى قطعها علم القانون فى قرن وثلث قرن ، وهذه أجيال طويلة إرتقى فيها القانون ارتقاء لم يكن أحد يتوقعه ... وهناك مسائل كثيرة نحن فى حاجة الى أن نأخذها لا من التقنين الفرنسى العتيق ، بل من التقنيات الحديثة ، حيث نشهد أحدث النظريات القانونية مطبقة تطبيقا تشريعيا محكما ... فهناك نظريات عامة قد استقرت فى القانون ، وأصبحت تراثا لجميع الأمم ، لانجد لها أثرا عندنا أو نجد أثرها ناقصا مقتضبا . فنظرية سوء استعمال الحق ، ونظرية عامة للغبن تتناول كل نواحى القانون ، وقانون للجمعيات والمنشآت والأشخاص المعنوية بوجه عام ، وتشريع للعمل ... ونظام لعقد التأمين وعقود الاحتكار والمنافع العامة ، ونظرية للنيابة فى التعاقد ، وتنظيم الملكية على الشيوع ، والاعتراف بحوالة الدين أسوة بحوالة الحق ، وإقرار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ، والاعتراف بالعقود المجردة وبالعقود الاذعان ... كل هذه نظريات لاحظ لتقنيننا منها ، وهى لازمة لايجوز اغفالها فى تشريع حديث ... هذا الى أن تقنيننا فى موضوع من أهم

موضوعات القانون هو موضوع العقد ، وفى مسألة من أدق مسائل هذا الموضوع هى مسألة تكوين العقد ، نراه صامتا صمتا مدهشا لا يفسره الا تقليد أعمى للتقنين الفرنسى ، وترسم بقيق من مشرعنا لخطى المشرع الفرنسى ، حتى فى المزالق التى وقع فيها ، . هذا ما ذكرناه فى المقال المشار اليه ، ومنه يتبين بوضوح كيف أن تقنيننا المدنى هو فى اشد الحاجة الى تنقيح شامل جامع .

بقى الرد على الاعتراض الآخر ، وهو يرمى الى تأخير التنقيح حتى يتبين أثر الحرب الحاضرة فى تطور مدنية البشر . ولست أشاطر أصحاب هذا الاعتراض تخوفهم من هذه الناحية ، فإن الحرب مهما عظم أثرها لا تغير تغييرا جوهريا فى المبادئ الفنية للقانون المدنى . قد تغير الحرب من نظم الحكم ومن النظم الاقتصادية والاجتماعية ، ولكنها لا تغير من اصول الصياغة القانونية . وإذا كان القانون ، كما يقول جنى Gény الفقيه الفرنسى المعروف ، علما وصياغة ، وكانت الصياغة هى العنصر الأساسى الذى يكسب القانون ذاتيته ، فلنا أن نطمئن الى استقرار النظم القانونية . ويكفى أن نذكر أن العالم فى تاريخه الحديث قد شهد ثورتين من اشد الثورات عنفا وابعدها اثرا . الثورة الأولى هى الثورة الفرنسية فى آخر القرن الثامن عشر ، وقد قلبت نظم الحكم رأسا على عقب ، ومع ذلك فإن التقنين الفرنسى الذى أعقب هذه الثورة لم يكن الا رجوعا الى قانون الماضى ، قانون ما قبل الثورة ، وبقي هذا التقنين طوال القرن التاسع عشر ، ولا يزال باقيا الى اليوم ، لم يستقر الراى بعد على تنقيحه . والثورة الأخرى هى الثورة الروسية ، شبت فى القرن العشرين ، ولم تكن أقل تأثيرا فى النظم العالمية من الثورة الفرنسية ، ومع ذلك نرى التقنين المدنى السوفييتى محتفظا بالصياغة المدنية المعروفة ، وهو من التقنيات التى استمد منها المشروع الحالى . وهناك التقنين الألمانى ، وهو آية من آيات الفن والعلم ، والتقنين السويسرى وهو مثل عال من مثل التشريع الديمقراطى ، قد كانا سابقين للحرب الكبرى التى نشبت فى أوائل هذا القرن ، وبقيا بعد هذه الحرب دون تغيير ، وهما الآن يشهدان الحرب الحاضرة ، وسيبقيان بعدها كما هما ، دون أن يلحقهما تغيير جوهرى . وكل ما يمكن أن يحسب حسابه فى هذا الصدد هو ما سيعقب الحرب

الحاضرة من تغلب النزعة الاشتراكية فى النظم الاقتصادية والاجتماعية ، وسترون ان المشروع فى هذه النزعة يماشى عصره ، غير مقصر ولا متخلف .

فتنقيح تقنيننا المدنى تنقيحاً شاملاً جامعاً هو إذن ضرورة تنبه لها المسئولون من رجال القانون فى مصر منذ زمن طويل . ودخلت فى دور عملى حاسم منذ سنة ١٩٣٦ ، إذ تآلفت اول لجنة لهذا التنقيح فى اول مارس من تلك السنة ، وحدد لها امان للفراغ من عملها مع التفرغ له . وكان رئيس اللجنة هو حضرة صاحب السعادة مراد سيد احمد باشا وبلغ عدد اعضائها سبعة غير الرئيس . ولم تلبث هذه اللجنة أن حلت بقرار من مجلس الوزراء ، بعد ان أنجزت فى ثلاثة أشهر بعض النصوص التمهيدية المتعلقة بمصادر القانون وبتنازع القوانين ، استبقى منها المشروع نصوصاً اربعة هى المواد الأولى فيه وتآلفت اللجنة الثانية فى نوفمبر سنة ١٩٣٦ برئاسة معالى كامل صدقى بك ، وعدد اعضائها تسعة غير الرئيس ، وبقيت إلى شهر مايو سنة ١٩٣٨ ، وقد أنجزت النصوص الخاصة بالكفالة وبالشفعة فاستبقى المشروع هذه النصوص كما هى ، مع تعديل بسيط فى ترتيبها .

وتآلفت اللجنة الثالثة وهى اللجنة الحالية فى اواخر عام ١٩٣٨ من عضوين اثنين ، وقد رأى وزير العدل إذ ذاك ، حضرة صاحب المعالى احمد خشبة باشا ، وهو الذى قام بتأليف هذه اللجنة ، أن خير سبيل لانجاز العمل هو الا يكلف به أكثر من عضوين يتفرغان تفرغاً تاماً . وإلى هذه الفكرة الحكيمة يرجع الفضل فى اتمام هذا المشروع .

وأحب أن اقرر منذ الآن أن المشروع لم يحقق الوحدة المرجوة للتقنين المدنى ، فلا يزال هذا التقنين موزعاً شطرين ، شطر الأحوال الشخصية وقد أعد له مشروع تقنين خاص ، وشطر الأحوال العينية وقد أعد له هذا المشروع . ويلاحظ من جهة أخرى أن المشروع قد أغفل موضوعين ، اولهما هو موضوع الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، إذ أن هناك مشروعاً خاصاً بهذه المسألة لا يزال تحت البحث . والثانى هو موضوع السجل العقارى ، إذ الأمر فيه يتوقف على انجاز مصلحة المساحة للأعمال التمهيدية التى يجب أن تسبق إصدار التشريع الخاص بهذا الموضوع ، وقد

اقتصر المشروع على ادماج قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٧ مع تعديل طفيف في بعض نصوصه .

ويسرني أن أقرر ، قبل أن أفرغ من هذا التمهيد ، أن حضرة صاحب المعالي عبد العزيز فهمي باشا قد تفضل فعنى عناية خاصة بدراسة هذا المشروع ، وأفضى إلى بملاحظاته على الجزء الأكبر منه ، فسجلت هذه الملاحظات وسيكون لها أكبر نصيب من الاعتبار .

والآن نبدأ ببحث المشروع ، فنستعرض المصادر التي استند إليها ، ثم نلقى عليه نظرة سريعة لنتبين كيف رتبت أحكامه ، وما وجوه التنقيح التي حققها ، وما هي اتجاهاته العامة .

١ - المصادر التي استند إليها المشروع

أما عن المصادر التي استند إليها المشروع ، فلم يكن هناك مجال للتردد ، إذ ينبغي أن يرجع في تنقيح التقنين المدني المصري إلى مصادر ثلاثة : إلى القانون المقارن ، وإلى القضاء المصري وإلى الشريعة الإسلامية .

فالقانون المقارن يمثل التقدم الحديث لعلم القانون والتشريع ، وتترأى في ثناياه أحدث التطورات القانونية ، وأهم ما ينبغي أن يقف عنده المقنن إذا أراد أن يكون تقنيته مرآة صادقة للقانون في عصره ، وأن يستجمع في هذا التقنين مزايا كل التقنيات التي سبقته . فيجب إذن أن يكون القانون المقارن هو المصدر الأول بين المصادر التي يستمد منها التنقيح . وينبغي أن نقف من القانون المقارن عند التشريع المقارن ، فإننا في صدد عمل تشريعي . وتستخلص حالة التشريع المقارن من حركة التقنيات العالمية التي أعقبت التقنين الفرنسي ، مقارنة له تارة ، ومجافية له تارة أخرى . وهي حركة بقيت في نشاط طوال القرن التاسع عشر ، واستمرت في نشاطها منذ فجر القرن العشرين إلى يومنا هذا . فقد ظهر التقنين النمساوي في سنة ١٨١٢ عقب التقنين الفرنسي . ثم ظهرت سلسلة طويلة من التقنيات اللاتينية خلال القرن التاسع عشر ، نسجت جميعها على منوال التقنين الفرنسي . من ذلك التقنين الإيطالي ، والتقنين الإسباني ، والتقنين البرتغالي ، والتقنين الهولندي ، وتقنيات بول أمريكا

الجنوبية ، وتقنين كندا الجنوبية . واستمرت حركة التقنين اللاتيني في القرن العشرين ، في شيء من الجدة والتطور ، فظهر التقنين التونسي ، والتقنين المراكشي ، والتقنين اللبناني ، وظهر فيما بين ذلك المشروع الفرنسي الايطالى فى الالتزامات والعقود ، وهو خلاصة التقنينات اللاتينية ، جددت فيه حتى صارت تماشى روح العصر . وبدأ وضع المشروع الفرنسي الايطالى فى سنة ١٩١٨ ، إذ قام الأستاذ شيالويا ، الفقيه الايطالى المعروف ، ينادى بتوحيد التقنينين الفرنسي والايطالى ، حتى ترتبط الأمتان اللاتينيتان الشقيقتان برباط من وحدة القانون وثيق ، وحتى يكون ذلك نواة لتوحيد التقنين فى كثير من بلاد العالم . فلقى من الأساتذة الفرنسيين ، ولا سيما الأستاذ لارنود ترحيباً بدعوته . وألفت لجنتان ، إحداهما فرنسية والأخرى ايطالية ، اتمتا التقنين فى مدى عشر سنوات ، وقدمتا لحكومتيهما فى سنة ١٩٢٨ . ولم تتخذ فرنسا حتى اليوم تقنيناً رسمياً لها ، أما ايطاليا فقد أدمجته فى تقنينها المدنى الجامع الذى صدر أخيراً . والمطلع على المشروع الفرنسي الايطالى لا يسعه إلا أن يعجب بالجهود الكبيرة التى قام بها واضعوه ، فقد أكسب هذا المشروع التقنينات اللاتينية العتيقة جدة لم تكن لها . ونفخ فيها روح العصر الذى نعيش فيه ، وجمع بين البساطة والوضوح ، مع شيء كثير من الدقة والتحديد . على أن المشروع يكاد يكون محافظاً إذا قيس إلى التقنينات العالمية الأخرى ، فقد احتفظ بالروح اللاتينية إلى حد جعله يضحى فى بعض النواحي التمشى مع روح التقدم الحديثة .

إزاء هذه التقنينات اللاتينية يجب أن توضع التقنينات الجرمانية ، وأهمها ثلاثة : التقنين الألمانى والتقنين النمساوى والتقنين السويسرى . أما التقنين الألمانى فيعد أضخم تقنين صدر فى العصر الحديث ، وهو خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن كامل . تم تحضير مشروعه الأول فى سنة ١٨٨٧ ، ونشر هذا المشروع رسمياً للاستفتاء ثم عرض على الهيئة التشريعية . واتفقت الحكومة مع الأحزاب السياسية على أن تقتصر الأحزاب على النظر فى المسائل السياسية والاجتماعية والدينية ، تاركة مسائل الصياغة القانونية كما هى دون تعديل ، حتى لا يختل تناسقها . فكان ذلك سبباً فى السهولة والسرعة اللتين اقترنتا بالموافقة

على المشروع ، فأصدر في سنة ١٨٩٦ على أن يعمل به من أول يناير سنة ١٩٠٠ . والتقنين الألماني يبرز من الناحية الفقهية أى تقنين آخر ، فقد اتبع طريقة تعد من أدق الطرق العلمية ، وأقربها إلى المنطق القانوني . ولكن هذا كان عائقا له عن الانتشار ، فإن تعقيده الفني وبقته العلمية أقصياه بعض الشيء عن منحى الحياة العملية ، وجعله مغلق التركيب عسر الفهم .

والتقنين النمساوي يرجع عهده كما قدمنا إلى أوائل القرن التاسع عشر ، فقد ظهر في سنة ١٨١٢ عقب التقنين الفرنسي ، ولكنه لم يتح له من النجاح ما أتيح لهذا التقنين . لذلك بقي محدود الانتشار في أوروبا حتى غمره التقنين الألماني . وقد قام النمساويون بتنقيح تقنينهم في أول سنى الحرب الماضية ، وظهر التنقيح في سنة ١٩١٦ ، فأعاد لهذا التقنين العتيق شيئا من الجدة المسائرة لروح العصر . ولكنه لم يكن تنقيحا شاملا ، بل استبقى التقنين القديم بعد ادخال بعض تعديلات جزئية تناثرت متفرقة بين نصوصه المختلفة ، فلم يكن للتنقيح اثر كبير في انتشاره .

بقي من التقنينات الجرمانية التقنين السويسري . وهو تقنينان لا تقنين واحد ، أحدهما في الالتزامات والعقود ، والآخر فيما بقي بعد ذلك من أقسام القانون المدني . والسبب في هذا الازدواج اعتبارات دستورية يضيق المقام عن ذكرها . وقد وضع مشروع التقنين الخاص بالالتزامات والعقود ، ويشمل التقنين التجارى الذى أعده أستاذ واحد هو الأستاذ فيك Fick ، ونشر للاستفتاء ، ثم عرض على الهيئة التشريعية فوافقت عليه جملة واحدة في سنة ١٨٨١ ، دون أن تناقش تفصيلاته ، حتى لاتخل بتناسق التقنين ، وقد أعيد النظر فيه ونقح في سنة ١٩١١ . وكذلك الأمر فيما يتعلق بالتقنين الآخر ، وضع مشروعه أستاذ واحد هو الأستاذ هيبر Huber ، وعرض على الهيئة التشريعية ، فأقرته منفصلا عن تقنين الالتزامات ، وتقرر أن يعمل به وبتقنين الالتزامات المنقح من أول يناير سنة ١٩١٢ . وكان المنتظر أن يكون التقنين السويسري ، وهو من صنع الأساتذة ، عملا فقهيا ، فإذا به ذو صبغة عملية بارزة ، أما التقنين الألماني ، وقد اشترك في تحضيره رجال عمليون ، فصبغته الفقهية واضحة مشهورة . ويمتاز التقنين السويسري بالوضوح والبساطة . فيتغاير بهذا

مع التقنين الألماني المعقد المغلق . وهو يجمع الى الوضوح والبساطة والدقة والتعمق ، ثم يضم الى تلك الجودة والتمشى مع أحدث النظريات العلمية . ففيه تجتمع مزايا التقنين الألماني من حيث القيمة الفنية ، ومزايا التقنين الفرنسي من حيث السلاسة والوضوح . على أن هذا الوضوح خداع في بعض الأحيان ، فإن كثيرا من النصوص في التقنين السويسري يبدو لأول وهلة سهل الفهم قريب المأخذ ، فإذا ما محص النص أونعم النظر فيه ، بدا الابهام والنقص وظهرت الحاجة الى الدقة والتحديد . وتبين أن الوضوح في صياغة النصوص التشريعية قد ينقلب غموضا عند تطبيق هذه النصوص^(١) .

إلى جانب التقنيات اللاتينية والتقنيات الجرمانية ظهر في خلال القرن العشرين طائفة من التقنيات المتخيرة ، لا تنحاز الى إحدى المدرستين انحيازاً مطلقاً ، بل تتخير ، فتأخذ من كل مدرسة بالذي هو أحسن . وعلى رأس هذه التقنيات التقنين البولوني في الالتزامات والعقود . وقد جمع هذا التقنين بين مزايا التقنيات اللاتينية في الوضوح والسلاسة ومزايا التقنيات الجرمانية في الدقة والتعمق . ويمكن أن يذكر مع التقنين البولوني من التقنيات المتخيرة التقنين الياباني وقد صدر في سنة ١٨٩٦ ، والتقنين البرازيلي وقد صدر في سنة ١٩١٦ وتقنين السوفييت وقد صدر في سنة ١٩٢٣ ، والتقنين الصيني وقد صدر في سنتي ١٩٢٩ و ١٩٣٠ .

من كل هذه التقنيات المختلفة النزعة المتباينة المناحي ، ويبلغ عددها نحو عشرين تقنيا ، استمد المشروع المعروض اليوم للاستفتاء ما اشتمل عليه من النصوص . ولم يوضع نص الا بعد أن فحصت النصوص المقابلة له في كل هذه التقنيات المختلفة ، ووفق النظر فيها ، واختير منها أكثرها صلاحية ، حتى ليجوز القول بأن المشروع يمثل من ناحية حركة التقنين العالمية نمونجا دوليا يصح أن يكون نواة لتوحيد كثير من التقنيات المدنية . ومن أجل هذا لم يغير المشروع في النصوص التي اختارها من التقنيات المختلفة إلا في أضيق ما يكون من الحدود ،

(١) انظر في المشروع الفرنسي الإيطالي والتقنين الألماني والسويسري مقالنا الذي نشر بمناسبة العيد الخمسين للمحاكم الأهلية في مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ص ٤٤ - ٥٨ .

بحيث يبدو أن التغيير ضرورة لازمة ، أو حيث يكون مصدر النص أكثر من تقنين واحد . وفيما عدا ذلك حافظ المشروع على حرفية النصوص التي اختارها ، حتى يحتفظ بقيمته النموذجية ، فلا يصبح مجرد تقنين جديد يضاف الى التقنيات الكثيرة التي تظهر من وقت لآخر . هذا الى أن النص الذي يختار من تقنين معمول به ، إذا حوفظ على حرفيته ، تكون له مزية على النص الذي يوضع وضعاً ، إذ يكون للنص المختار قيمة تشريعية ليست للنص الموضوع ، وهو بعد نص قد طبقته المحاكم ، ومحصلته التجارب ، واستقر في مضطرب الحياة المدنية .

وتجدون في المذكرة الايضاحية التي سترسل اليكم تباعاً بمجرد الفراغ من طبعتها ، تحت كل نص من نصوص المشروع ، النص الذي يراد تنقيحه في التقنين المدني المصري الحالي ، ان كان هناك نص موجود ثم كل النصوص المقابلة لنص المشروع في جميع التقنيات التي أسلفنا ذكرها ، من لاتينية وجرمانية ومتخيرة بما في ذلك النصوص التي أخذ منها نص المشروع مكتوبة بحروف بارزة . وهذا وحده يعين على الافتاء الى حد بعيد ، إذ يسهل على الباحث أن يتبين ، من مقارنة هذه النصوص بعضها ببعض ، قدر صلاحية النص الذي اختاره المشروع . ثم يعقب ذكر النصوص المقابلة اشارة الى بعض احكام القضاء المصري في المسألة التي يتناولها النص . و اشارة أخرى الى ما يقابل النص في نصوص الشريعة الاسلامية مستمدة في الأكثر من مرشد الحيران ومجلة الأحكام العدلية . وقد قدمنا ان القضاء المصري والشريعة الاسلامية هما المصدران الآخران اللذان استند اليهما المشروع ، وقد أن نقول كلمة في كل منهما .

أما القضاء المصري فقد استغل الى حد كبير فيما تم من عمل التنقيح ، لأنه لا يكفي أن يكون المشروع نموذجاً دولياً ، بل يجب أيضاً أن يكون متفقاً مع حاجات البلد ، والقضاء هو خير معبر عن هذه الحاجات . وقد كانت مهمة قضائنا بنوع خاص شاقة عسيرة ، إذ كان مطلوباً منه أن يمسر قانوناً اجنبياً دخل في البلاد بين يوم وليلة ، فقام بعمله في كثير من اللباقة والمهارة . لذلك كان في الاستطاعة أن تستخلص منه كثيراً من الدروس النافعة . ويكفي أن نذكر هنا ، على سبيل التمثيل لا على سبيل

الحصر بعض الأحكام التى استمدتها المشروع من القضاء المصرى ،
واقصر فيها على تقنين هذا القضاء وتسجيله .

فهناك موضوعات كاملة أخذت فيها أحكام القضاء . من ذلك الملكية
الشائعة ، ولا يكاد يوجد فى تقنيننا الحالى نص تشريعى فى هذا النوع
من الملكية ، على أهميته وانتشاره فى مصر . وقد تكفل القضاء المصرى
بتفصيل أحكامه ، وقنن المشروع المبادئ التى قررها القضاء فى هذا
الشان . ومن ذلك قسمة المهايأة تولى القضاء بيان أحكامها ، وعن القضاء
أخذ المشروع هذه الأحكام ، ودعمها بنصوص استوحاها من عادات البيئة
المصرية . ومن ذلك الحراسة ، والحكر ، وحقوق الارتفاق ، والتزامات
الجوار ، تولاهما القضاء جميعا بالتنظيم المفصل ، وقنن المشروع ما قرره
القضاء بشأنها من أحكام ومبادئ .

والى جانب تقنين المشروع للقضاء المصرى فى موضوعات كاملة ،
قنن أيضا هذا القضاء فى كثير من المسائل التفصيلية الهامة . ويضيق
المقام عن إيراد ما كان يصح إيراده من الأمثلة المتنوعة فى هذا الصدد .
فنجتزئ بالاشارة الى قليل من هذه المسائل .

قنن المشروع القضاء المصرى فى التعاقد بالمراسلة ، وفى الحالات
التي يعتبر فيها سكوت المتعاقد قبولا ، وفى تحديد الأجل إذا اشترط أن
يكون الدفع عند المقدرة أو عند الميسرة ، وفى جواز تخفيض الشرط
الجزائى ، وفى عدم جواز تخفيض أجر الوكيل إذا دفع هذا الأجر طوعا
بعد تنفيذ الوكالة ، وفى ضمان العيوب الخفية فى الإيجار ، وفى جعل
الربيع المستحق فى ذمة الحائز سبب النية والديون الثابتة فى ذمة ناظر
الوقف للمستحقين تتقدم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات ، وفى
الهبات والوصايا التى تصدر من المورث لورثته مخفية تحت ستار البيع ،
وفى بدء سريان التقادم فى دعوى ضمان الاستحقاق ، وفى اعتبار رهن
الحيازة فى يد الدائن قاطعاً للتقدم ، وفى رجوع حائز العقار المرهون
إذا وفى كل الدين على الحائزين الآخرين ، وفى انتقال حق الشفعة
بالميراث ، وفى غير ذلك من المسائل الكثيرة التى ترونها متناثرة فى جميع
نواحي المشروع .

بقيت الشريعة الاسلامية كمصدر من المصادر التي استند اليها المشروع . وللشريعة الغراء حديث طويل قد تتاح له فرصة اخرى اطول من هذه . ولكنى لا اتردد فى كل فرصة ان اكرر ان الشريعة الاسلامية تعد فى نظر المنصفين من ارقى النظم القانونية فى العالم ، وهى تصلح ان تكون دعامة من دعائم القانون المقارن . . ولا نعرف فى التاريخ نظاما قانونيا قام على دعائم ثابتة من المنطق القانون الدقيق ، يُضاهى منطق القانون الرومانى ، إلا الشريعة الاسلامية . ومهما تكن حاجة هذه الشريعة الى حركة علمية قوية تعيد لها جدتها ، وتنفض ما تراكم عليها من غبار الركود الفكرى الذى ساد الشرق منذ امد طويل ، وتكسر عنها اغلال التقليد الذى تقيد به المتأخرون من الفقهاء . فانها حتى فى حالتها الراهنة تصلح ان تكون مصدرا خصبيا يستمد منه التقنين المصرى كثيراً من الأحكام . وقد استمد المشروع فعلا من الشريعة الاسلامية كثيرا من نظرياتها العامة وكثيراً من احكامها التفصيلية .

ونبدأ قبل هذا وذاك ان نسترعى النظر الى ما ادخله المشروع بشأن الشريعة الاسلامية من تجديد خطير ، فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، إذ ذكر فى اول مادة منه ان القاضى إذا لم يجد نصا تشريعيا فإنه يستلهم مبادئ الشريعة الاسلامية . والفروض التى لا يعثر فيها القاضى على نص فى التشريع ليست قليلة ، فسيرجع القضاء إذن للشريعة الاسلامية يستلهم مبادئها فى كثير من الأقضية . وفى هذا فتح عظيم للشريعة الغراء . لاسيما إذا لوحظ ان ما ورد فى المشروع من نصوص هو أيضا يمكن تخريجه على احكام الشريعة الاسلامية دون كبير مشقة . فسواء وجد النص أو لم يوجد ، فإن القاضى فى احكامه بين اثنتين ، إما انه يطبق احكاما لا تتناقض مع مبادئ الشريعة الاسلامية ، وإما انه يطبق احكام الشريعة ذاتها .

ولم يقتصر الأمر على ذلك ، واخذ المشروع كما قدمنا ، من طريق مباشر ، بنظريات عامة فى الشريعة الاسلامية وبأحكام تفصيلية .

واهم ما قتبسه من النظريات العامة هو هذه النزعة المادية او الموضوعية التى تميز الفقه الاسلامى . كما اخذ بنظرية التعسف فى

استعمال الحق ، وبمسئولية عديم التمييز ، وبحالة الدين ، وبمبدأ الحوادث غير المتوقعة .

ونقول كلمة موجزة عن كل من هذه المسائل .

أما عن النزعة المادية ، فإنه يمكن تقسيم الشرائع الى قوانين تتغلب فيها النزعة النفسية أو الشخصية *tendance subjective* وهذه هي الشرائع اللاتينية بوجه عام ، وأخرى تتغلب فيها النزعة المادية أو الموضوعية *tendance objective* وهذه هي الشرائع الجرمانية . ويختلف هذان النوعان من الشرائع ، أحدهما عن الآخر ، في نظرتيه الى النظم القانونية . فالشرائع ذات النزعة النفسية تغلب في الالتزام عنصره الشخصي دون موضوعه المادى ، وتنظر في العقد الى الإرادة الباطنة النفسية دون الإرادة الظاهرة المادية ، وتضع معايير نفسية تعتبر فيها النية المستترة ، لا معايير مادية يعتبر فيها العرف وما ألفته الناس في التعامل . وتجرى الشرائع ذات النزعة المادية على العكس من ذلك ، فتغلب في الالتزام موضوعه المادى ، وتنظر في العقد الى الإرادة الظاهرة ، وتضع معايير مادية تقف فيها عند العرف المألوف . والنزعة المادية في القانون دليل على تقدمه ، إذ يكشف بهذه النزعة عن شدة حرصه على ثبات المعاملات واستقرارها . فإذا أردنا تحديد نزعة للشرعية الإسلامية ، فهذه النزعة لاشك مادية . وإذا كانت العبرة في هذه الشرعية بالمعاني دون الألفاظ ، إلا أن المعاني التى تقف عندها هي التى تستخلص من الألفاظ ، لا من النيات المستكنة فى الضمير . فالعبرة فيها بالإرادة الظاهرة ، لا بالإرادة الباطنة . ومن هنا تدقق الفقهاء فى كثير من المواطن فى تحديد معانى الألفاظ ، ويرتبون على اختلافها اختلافات فى الحكم . وهم ليسوا متنطعين بضحون المعنى للفظ كما قد يتوهم البعض ، بل هم يقفون عند الإرادة الظاهرة التى يكشف عنها اللفظ المستعمل ، حفظا لثبات التعامل واستقراره . كذلك نجد معايير الشرعية الإسلامية معايير مادية ، تنزل عن المألوف فى التعامل والتعارف بين الناس . والمشروع يقتضى أثر الشرعية الإسلامية فى كل ذلك ، فيتميز بنزعة مادية واضحة . نرى هذا فى كثير من المعايير التى يأخذ بها ، وفى نظرتيه للالتزام حيث يراه عنصرا ماليا أكثر منه رابطة شخصية ، وفى نظرتيه للعقد حيث يأخذ فى كثير من الفروض بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

وقد أخذ المشروع أيضا عن الشريعة الإسلامية نظرية التعسف في استعمال الحق . وهي نظرية تقررها الشريعة في أوسع مدى ، ولا تقتصر فيها على المعيار النفسى الذى اقتضت عليه أكثر القوانين ، بل تضم إليها معيارا ماديا ، إذ تقيد كل حق بالأغراض الاجتماعية والاقتصادية التى قرر من أجلها . وقد أخذ المشروع بهذه الأحكام ، فقرر المبدأ بمعياريه النفسى والمادى ، وأورد له تطبيقات كثيرة ، اقتبسها هي أيضا من الشريعة الإسلامية . ومسئولية عديم التمييز تأخذ بها التقنيات الجرمانية دون التقنيات اللاتينية ، فأخذ المشروع بما ذهب إليه التقنيات الجرمانية لأنها هي التى تتفق مع الشريعة الإسلامية . وكذلك الأمر في حوالة الدين ، تغفلها التقنيات اللاتينية ، وتنظمها التقنيات الجرمانية متفقة في ذلك مع الشريعة الإسلامية ، وقد أخذ المشروع بها اتباعا للشريعة . ومبدأ الحوادث غير المتوقعة principe de l'imprévision أخذ به القضاء الإداري في فرنسا دون القضاء المدني ، فرجح المشروع الأخذ به استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية .

وهناك أحكام تفصيلية كثيرة اقتبسها المشروع من الفقه الإسلامى ، نكتفى هنا بمجرد الإشارة إلى بعضها . من ذلك الأحكام الخاصة بمجلس العقد ، وإيجار الوقف ، والحكر ، وإيجار الأراضى الزراعية ، وهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وانقضاء الإيجار بموت المستأجر ، وفسخه بالعذر ، ووقوع الإبراء من الدين بإرادة منفردة . وندع جانبا المسائل التى سبق أن اقتبسها التقنين الحالى من الشريعة الإسلامية وجاراه المشروع في ذلك ، كبيع المريض مرض الموت ، والغبن ، وخيار الرؤية ، وتبعية الهلاك في البيع ، وبالحائط المشترك ، ومدة التقادم . أما الأهلية ، والهبة ، والشفعة ، وأما المبدأ القاضى بآلا تركة إلا بعد سداد الدين ، فهذه كلها موضوعات على جانب كبير من الأهمية ، وقد أخذت برمتها من الشريعة الإسلامية .

٢ - نظرة عامة في المشروع

والآن بعد أن استعرضنا المصادر التى استند إليها المشروع ، نلقى نظرة عجل على المشروع نفسه . فنرى أولا كيف رتب أحكامه .

لم يكن ترتيب المشروع بالأمر الهين ، إذ كان ينبغي التفكير فى ترتيب يماشى الحركة العلمية ، ولا يتجافى مع الحقائق العملية ، ويستتير فى الوقت ذاته بترتيب التقنيات الحديثة التى صدرت فى خلال القرن العشرين ، مع المحافظة بقدر الامكان على الترتيب الذى اتبعه التقنين الحالى . ولا ادخل فى تفاصيل هذا الترتيب ، فإن المشروع بين ايديكم ، تستطيعون بتصفحكم له ان تتبينوا انه نجا من الخلط والتشويش ، اللذين وقع فيهما التقنين الحالى ، مع محافظته على التقسيمات الرئيسية التى اتبعها هذا التقنين . وسترون عند دراسة كل موضوع كيف توخى المشروع ان يرتب المسائل ترتيبا منطقيا تتسلسل الفكرة فيه ، فيسهل على الباحث ان يدرك ما بين المسائل المختلفة من ارتباط ، وما ينتظمها جميعا من تناسق . وهذا هو سبب ما اتبع فى ترتيب الأحكام من تقسيم وتبويب وتفرع . ولم يكن المشروع مبتدعا فى ذلك ، بل كان مقتفيا أثر أحدث التقنيات وأكثرها ذيوعا وانتشارا . بل ان العناوين التى وضعت بجانب النصوص لم يبتدعها المشروع ، بل سبقه إليها التقنين السويسرى ، ودلت التجارب على انها تيسر البحث تيسيرا كبيرا ، فإذا ما روى فى النهاية استبقاؤها فمن الممكن ان تبقى دون ان تعتبر جزءا من التشريع .

ولا اظننى فى حاجة للدفاع عن كثرة النصوص التى اشتمل عليها المشروع ، فإن القانون المدنى كما تعلمون واسع المدى . ولو قورن هذا المشروع بالتقنين الفرنسى ، وهو التقنين المعروف بالاعتدال فى عدد ما اشتمل عليه من النصوص ، لتبين ان المشروع أكثر ايجازا . فإن المواد المتعلقة بالمعاملات فى التقنين الفرنسى تبلغ فى العدد نحو خمسمائة ألف ، يقابلها فى المشروع مائتان ألف ، وأما باقى المواد تبلغ نحو الأربعمائة فهى موضوعات جديدة لا يوجد لها نظير فى التقنين الفرنسى .

بقى ان نستعرض استعراضا سريعا أهم ما اشتمل عليه المشروع من وجوه التنقيح المختلفة ، وما رسم له من الاتجاهات العامة .

أما عن وجوه التنقيح فيكفى ان أقول اجمالا ان المشروع قد ادخل موضوعات جديدة ، واستوفى موضوعات ناقصة ، وعالج عيوباً متفشية . ويضيق المقام عن استعراض كل ذلك ، فاقصر الآن على الملاحظات الموجزة الآتية :

(أولاً) تجنب المشروع ما وقع فيه التقنين الألماني من التعقيد والغموض ، بأن تحاشى الفصل ما بين موضوع العقد وموضوع العمل القانوني . وبذلك دلت على نزعة عملية تفضل النزعة التجريدية الفقهية التي اصطبغ بها التقنين الألماني . وخصص باباً لآثار الالتزام تجنب فيه كثيراً من أسباب التشويش والخلط مما وقعت فيه التقنينات الأخرى .

(ثانياً) استوفى المشروع موضوعات هي في التقنين الحالي شديدة الاقتضاب على أهميتها ، وأصلح كثيراً من عيوب التقنين الحالي فيها . من ذلك القواعد المتعلقة بتكوين العقد ، والدعوى البوليصية ، والاشتراط لمصلحة الغير ، والمسئولية التعاقدية ، والمسئولية التقصيرية ، والحراسة ، والملكية الشائعة ، وملكية الطبقات ، ورهن الحيازة ، وحق الاختصاص .

(ثالثاً) رسم المشروع الخطوط الرئيسية لموضوعات هي في التقنين الحالي متناثرة في جميع نواحيه دون ترتيب أو تنسيق ، فجمع المشروع بين أطرافها ، وعرضها جملة واحدة ، بحيث يتكشف ما بين أجزائها من صلات ، وما يربطها جميعاً من وحدة في النظر . من ذلك موضوع الحيازة ، وحقوق الارتفاق ، وحقوق الامتياز ، والحق في الحبس ، والدفع بعدم تنفيذ العقد ، والنيابة في التعاقد .

(رابعاً) أوجد المشروع من الموضوعات الجديدة ما كان ينقص التقنين الحالي أشد النقص . من ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ، والشخصية المعنوية ، وحوالة الدين ، وعقود المنفعة العامة ، وعقد العمل ، وعقد التأمين ، وعقد الهبة ، والحكر ، وإيجار الوقف ، والموضوعان الجديدان الجديران بأن ينوه بهما تنوياً خاصاً هما الإفلاس المدني وتصفية الشركات . ومهما اختلفت وجوه النظر في الإفلاس المدني ، فلا شك في أننا جميعاً نحس الحاجة الشديدة إلى قواعد تنظيم تصفية الشركة ، ما دمتنا نسلم بمبدأ الشريعة الإسلامية القاضي بآلا تركة إلا بعد سداد الدين .

واكتفى بهذا الإمام السريع ، فإن كل مسألة من هذه المسائل تصلح أن تكون وحدها موضوع محاضرة كاملة . وأرجو أن تتاح لي الفرصة بعد الفراغ من إعداد المذكرة الإيضاحية ، أن أتناول كل هذه المسائل مسألة مسألة . بما ينبغي من بيان واف ، في محادثات متعاقبة تنظم لهذا الغرض .

أما الاتجاهات العامة التي رسمت للمشروع ، فيمكن أن ننتبين منها ثلاثة :

أولها أن المشروع ، من ناحية صياغته الفنية ، ذو نزعة مادية متخيرة . ومعنى ذلك ، كما قدمنا ، أنه يتخير بين النزعتين المادية والنفسية ، سع ميل إلى النزعة المادية ، إيثارا لاستقرار التعامل . فهو من هذه الناحية يصطبغ بصبغة عملية واضحة ، أشار إليها الأستاذ شيفالييه فى المحاضرة التى القاها عن المشروع منذ عهد قريب .

والاتجاه الرئيسى الثانى أن المشروع ، من ناحية سياسته التشريعية ، يترك للقاضى حرية واسعة فى التقدير ، يواجه بها تباين الظروف فيما يعرض له من الأقضية . وهذا أدنى إلى تحقيق العدالة . فلا يحسب أحد أن القاضى الذى يحد من تقديره قواعد جامدة ، والذى تغل يده نصوص ضيقة ، بمستطيع أن يكيف الأحكام القانونية بحيث تصلح للتطبيق العادل فى الظروف المتغيرة . فهو بين أن يؤدى العدالة الحق ، فيكسر من أغلال القانون ، أو يلتزم حدود القانون ، فلا يؤدى إلا عدالة حسابية شكلية . وقد أصبح الآن ثابتا أن القواعد القانونية الجامدة لا تلبث أن تتكسر تحت ضغط الحاجات العملية ، وخير منها المعايير المرنة التى تتسع لما يجد من الحوادث ، وما تتكشف عنه حركة التطور المستمر .

والاتجاه الرئيسى الأخير أن المشروع ، من ناحية ما يقوم عليه من أسس اجتماعية واقتصادية ، إنما يجارى نزعات عصره ، فلا يقف من الديمقراطية عند معناها القديم ، بل يماشى ما لحق بها من تطورات عميقة ، ستكون بعد الحرب الحاضرة أبعد مدى وأبلغ أثرا . فالمشروع لا يقدس حرية الفرد الى حد أن يضحي من أجلها مصلحة الجماعة ، ولا يجعل من سلطان الإرادة المحور الذى تدور عليه كل الروابط القانونية ، بل هو يوفق ما بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة . ثم هو . بين الفرد والفرد لا يترك القوى يصرع الضعيف ، بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية . فليس الفرد حراً فى أن يتخذ ، مما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة ، تكتة ليتعسف ويتحكم . لذلك ترون المشروع يقف الى جانب الضعيف فيجهميه ، كما فعل فى عقود الانعاز عند ما جعل تفسير ما تشتمل عليه من شروط تعسفية محلاً لتقدير القاضى ، وكما فعل فى

النصوص الخاصة بالاستغلال عندما أوجب على القاضى أن يتدخل لنصرة المتعاقد إذا استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، وكما فعل فى حماية العامل عندما أحاط عقد العمل بسلسلة قوية من الضمانات تدرا عنه تعسف رب العمل . وهو الى كل هذا ، وقبل كل هذا يضع مبدأ عاما ينهى فيه عن التعسف فى استعمال الحق . وترون المشروع كذلك ظاهر الفرق بالمدين ، فهو يقيد من حق الدائن فى التنفيذ ، ويلزمه أن يبدأ بالمال الذى يكون ببيعه أقل كلفة على المدين . ويعالج عيوب حق الاختصاص ، فلا يجعل هذا الحق غلا فى يد المدين لا يستطيع فكاكه . بل يرسم طريقة لانقاصه ، إما بقصره على جزء من العقار الذى سبق أن رتب عليه ، أو بنقله الى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين . ويوجب على القاضى أن يتدخل لحماية المدين المرهق ، إذا طرات حوادث استثنائية لا يمكن توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدى صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، فواجب القاضى إذ ذاك أن يوازن بين مصلحة المتعاقدين ، وأن ينقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول . هذا الى نصوص أخرى كثيرة متناثرة فى نواحى المشروع تحمى المدين وتقيه شر تعسف الدائن . وترون المشروع أخيراً يقيد من حق الملكية ، فيجعل لهذا الحق وظيفة اجتماعية لايجوز أن ينحرف عنها المالك . فهو فى أول نص يعرف فيه الملكية يقرر أن لمالك الشيء ، ما دام ملتزماً حدود القانون ، أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير . بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية . ثم يورد بعد ذلك من التطبيقات ما يؤكد هذا المعنى ويقويه . فالمالك لا يجوز له أن يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . بل يجيز المشروع أن يتدخل الغير فى انتفاع المالك بملكه ، إذا كان هذا التدخل ضروريا لتوقى ضرر هو أشد كثيراً من الضرر الذى يصيب المالك ، ما دام هذا يحصل على التعويض الكافى . ويضيق المقام عن استعياب القيود التى فرضها المشروع على حق الملكية ليجعل من هذا الحق ، لا سلطاناً مطلقاً ، بل وظيفة اجتماعية . فحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة عامة ، بل ومع مصلحة خاصة هى أولى بالحماية ، فالمشروع يقيد من حق الملكية ، رعاية للمصالح المشروعة ، وتحقيقاً لمبدأ التضامن الاجتماعى .

كل هذا دون غلو ولا اسراف . فلا تزال حرية الفرد ، وسلطان الارادة ، وحقوق الدائنين ، واحترام الملكية ، محلا لنصوص كثيرة فى المشروع ، تلمح فيها اثرا ظاهرا للتوفيق ما بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة . وبذلك يكون المشروع قد سجل بأمانة ما تمخض عنه القرن العشرون من مبادئ مقرررة فى العدل الاجتماعى ، فهو يحمل طابعا قويا من حضارة العصر ومدنية الجيل .
هذه هى الاتجاهات العامة التى رسمت للمشروع ، أجملتها فى قلوب من العبارات .

والآن أيها السادة ، وقد انتهيت من هذا الاستعراض السريع لما استند إليه المشروع من مصادر ، ولما اشتمل عليه من وجوه التنقيح ، ولما تضمنه من الاتجاهات الرئيسية ، فانى أدع المشروع بين أيديكم ، وهو ثمرة جهود طويلة مضمينة ، وصل الليل فيها بالنهار . فقوموا من اعوجاجه بوسع خبرتكم ، واصلحوا من عيوبه بثاقب رأيكم ، فإن مشروعا مترامى الأطراف كهذا المشروع لابد من أن تكون فيه مأخذ كثيرة ، وقد كشفت بعضها بنفسى وأنا اضع المذكرة الأيضاحية ، وانى معتمد على تمحيصكم الدقيق فى كشف الباقي . ولا أشك أن مشروعا واسع المدى كمشروع التقنين المدنى ، إذا كان الأفضل فى انشائه أن يقوم على اكتاف عدد قليل من الرجال ، فإن الأفضل فى تمحيصه أن يتناوله أكبر عدد ممكن من الباحثين الناقدين . وبقدر ما يكون الخير فى القلة عند الانشاء والبناء ، يكون الخير فى الكثرة عند النقد والتمحيص .

أيها السادة : انتم تمثلون رجال القانون فى مصر . وتمثلون هذه التقاليد العالية التى بوات مصر مكانا محترما فى عالم القانون . وسيوضع المشروع فى الميزان ، تحت نظركم الناقد ، وتمحيصكم الدقيق ، وانصافكم الحق . فإن خفت موازينه ، فلكم من واسع تجاربكم ما يكفل اصلاحه ، حتى ترجح كفته . وإن ثقلت موازينه ، فمن قضائكم استقى . وبعلمكم اهتدى ، وإلى تقاليدكم المجيدة يرجع ما عسى أن يكون فيه من خير . فأنتم المرجع الأول والأخير فى هذا التقنين الجديد ، وقد قطعنا شوطا من مراحل ، ونرجو بمعونة الله وبفضله مؤازرتكم أن نسير فى الطريق إلى نهايته ، وأن نقطع ما بقى أمامنا من مراحل .

واختتم هذه المحاضرة بأن أشكر لمعالى وزير العدل كريم دعوته ، وكبير عنايته بالمشروع ، وأشكر لكم جميل اصغائكم ، وحسن استماعكم .

محاضرة عن واجبنا القانونى بعد المعاهدة

٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦

الدكتور عبد الرزاق السنهورى بك

عميد كلية الحقوق

سادنى :

عهد إلى ان اتحدث اليكم الليلة عن واجبنا القانونى بعد المعاهدة ،
والحديث عن القانون قد يكون جافا ، ولكنه حديث يتصل بالصميم من
حياة الأمة . ونحن رجال القانون ، رجال صناعة لا تلذ للجمهور ، ولكنها
صناعة تتغلغل فى الحياة الاجتماعية لتنظيم روابطها وتجمع اطرافها .

وواجبنا القانونى ايها السادة واجب متشعب النواحي . وكان من
الأولى ان يحاضركم فى هذا الواجب اكثر من محاضر واحد . فأنتم فى
حاجة إلى ان تسمعوا قاضياً يبسط لكم واجبنا فى تأدية العدالة ، ومحامياً
يدلى اليكم بأرائه فى تنظيم صناعة المحاماة ، وفقهياً يحاضركم فى
صناعة الفقه وكيف ترقى فى مصر لتقوم بما عليها من واجبات ،
ومتشريعاً يحدثكم عن التشريع وكيف ينبغى أن يكون فى هذا الدور الدقيق
الذى تجتازه مصر فى حياتها التشريعية . أنتم فى حاجة ايها السادة ،
إلى ان تسمعوا حديث هؤلاء الاربعة وغيرهم من رجال القانون . ولكن
القائمين بتنظيم هذه المحاضرات اشفقوا عليكم من كل ذلك ، وطلبوا إلى
ان اختصر هذه العملية الشاقة فى محاضرة واحدة ، فانا إذن اتكلم عن
القاضى وعن المحامى وعن الفقيه وعن المتشريع ، غير آمن من غضب
رجال القانون ، يقولون فضولى يتكلم فى غير اختصاصه .

١- واجبنا نحو القضاء :

أما واجبنا نحو القضاء فواضح . يجب أن يكون القضاء فى مصر المستقلة كما هو فى سائر بلاد العالم المتمدين قضاء موحداً متمتعاً بضماناته .

النظام القضائى فى مصر ايهما السادة يعانى كما تعلمون من امرين . اختلاف الجنسية واختلاف الدين . فبينما نجد فى البلاد الراقية محكمة واحدة يتقاضى امامها الجميع لا فرق فى ذلك بين وطنى واجنبى ، ولا بين دين وآخر ، نجد المحاكم فى مصر متشعبة متنوعة . فالمصرى فى معاملاته يتقاضى امام المحكمة الأهلية ، والأجنبى امام المحكمة المختلطة . ثم ان المصرى فى احواله الشخصية يتقاضى فى بعض المسائل امام المجلس الحسبى وفى المسائل الاخرى امام المحكمة الشرعية إذا كان مسلماً أو امام مجلس ملى إذا كان غير مسلم . والاجنبى بدوره لا يقف امام المحكمة المختلطة إلا فى بعض معاملاته المالية . اما فى البعض الآخر وفى الاحوال الشخصية وفى الجرائم المهمة فهو يتقاضى امام طائفة من المحاكم القنصلية لكل دولة محكمتها ، وهذه محاكم اجنبية تحكم فى ارض مصر بقوانين غير القوانين المصرية وباسم ملك اجنبى لا باسم ملك البلاد .

هذه حالة من الفوضى فى النظام القضائى لا يمكن الصبر عليها بعد الآن . وإذا كانت مصر اضطرت فى الماضى يحكم الظروف القاسية أن تسلم بها كارهة مرغمة ، فمصر المستقلة فى عهدنا الجديد تأبى إلا أن تنال استقلالها القضائى كما نالت استقلالها السياسى ، وتأبى إلا أن تمسح من صحيفة حاضرها ومستقبلها كل ضرب من ضروب الامتيازات : الامتيازات الأجنبية والامتيازات الدينية .

اما الامتيازات الأجنبية فقد كانت محل عناية المفاوض المصرى فى معاهدة الصداقة والتحالف مابين مصر وانجلترا وكان كسب مصر فى هذه المعاهدة كسباً جديداً يفوق ما كسبته فى جميع المفاوضات السابقة ، وسينعقد قريباً مؤتمر للامتيازات الأجنبية تجلس فيه مصر إلى الدول نوات الأمتياز وتطالب باسترداد حقوقها كاملة فى التشريع حتى يصبح

التشريع المصرى ساريا على الأجانب ، وحتى تصبح مصر المستقلة قادرة على تنويع الضرائب التى تجبئها من جميع السكان فيوزع العبء المالى عادلا بين الجميع . وانى أيتها السادة لا أستطيع أن أتصور وجود منصف ينكر على مصر فى المؤتمر القادم حقها الطبيعى فى التشريع لجميع قطان البلاد والتشريع من أهم مظاهر السيادة للدولة .

وسنطلب أيضاً إلى المؤتمر القادم أن يعترف بأن المحكمة الوحيدة التى لها حق الوجود فى مصر هى المحكمة المصرية ، ولا يجوز أن يوجد إلى جانب المحكمة المصرية محكمة أجنبية سواء كانت الصفة الأجنبية لهذه المحكمة صريحة كالمحكمة القنصلية أو مقنعة كالمحكمة المختلطة . إن سلطان المحاكم الأجنبية يجب أن يتقلص ظلّه فى مصر المستقلة ولا يجوز أن تستقل مصر ويبقى القضاء فيها أجنبياً . والمحاكم القنصلية يجب أن يطوى سجلها طياً لا نشر بعده ، والمحاكم المختلطة ينبغى أن يكون مفهوماً أن مصيرها القريب إلى الزوال .

وإن تفاؤلى عظيم بالنتائج التى سيصل إليها هذا المؤتمر فى القريب العاجل . وسنمر قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية الغاء تاماً بمرحلة انتقال أرجو ألا تكون طويلة ، وتبقى المحاكم المختلطة فى مرحلة الانتقال هذه ويتسع اختصاصها . على أنه ينبغى أن تمصر هذه المحاكم فى الفترة التى ستبقى فيها تمصيراً فعلياً . وسبيلنا الى ذلك أمران : أولهما تحديد اختصاص المحاكم المختلطة فى الفترة القادمة ، فهذه المحاكم إذا كان سيتسع اختصاصها على حساب المحاكم القنصلية فانه ينبغى أن يضيق هذا الاختصاص لحساب المحاكم الأهلية وذلك من عدة وجوه .

الوجه الأول : تحديد معنى الأجنبى الذى يخضع للمحاكم المختلطة ، فالأجنبى الذى يخضع لهذه المحاكم فى هذا الدور الجديد لا يكون إلا أجنبياً تابعاً لدولة من الدول التى بقيت لها امتيازات بعد الحرب الكبرى . أما الأجانب الآخرون فيدخلون فى اختصاص المحاكم الأهلية .

والوجه الثانى : تحديد الدعاوى التى تنظر فيها المحاكم المختلطة ، وهذه يجب أن تكون مقصورة على الدعاوى التجارية والدعاوى المدنية المنقولة عدا ما سيضاف إليها من اختصاص المحاكم القنصلية ، أما الدعاوى العقارية حتى ولو كانت ما بين أجنبى فتنتقل إلى اختصاص المحاكم الأهلية لأن العقار فى مصر كان خاضعاً لاختصاص المحاكم

المصرية بمقتضى أصل الامتيازات، وبخوله فى اختصاص المحاكم المختلطة كان محض افتئات على اختصاص المحاكم العامة للبلاد ، فيجب أن نسترد هذا الحق المغتصب .

والوجه الثالث : أن نقضى بنص صريح على نظرية الصالح المختلط التى صاغتها المحاكم المختلطة لتعدى إختصاصها إلى قضايا كل المتقاضين فيها مصريون بدعوى أن هناك صالحا لأجنبى ولو من بعيد .

والوجه الرابع : أن نحتاط فنجعل المحاكم الأهلية هى المختصة فى قضية جنائية يكون المتهم فيها مصريا حتى لو كان معه متهمون غير مصريين .

وهناك الأمر الثانى لتمصير المحاكم المختلطة وهو أمر يرجع لتشكيل هذه المحاكم . وهذه مسألة على جانب عظيم من الخطر . فان المحاكم المختلطة فى وضعها الحاضر محاكم مصرية اسما اجنبية فعلا . وليس لها من المصرية إلا بعض اوضاع شكلية ، والقلة من القضاة المصريين يجلسون إلى جانب كثرة من القضاة الأجانب لتكون القلة إزاء الكثرة مخفوضة الجناح مهضومة الحقوق ، ورئيس كل محكمة ابتدائية اجنبى ووكيلها اجنبى ورئيس محكمة الاستئناف اجنبى ووكيلها اجنبى ورئيس كل دائرة فى أية محكمة اجنبى ولا يجلس قاض منفرداً إلا إذا كان اجنبياً ولم يبق للقاضى المصرى إلا أن يكمل عدد اعضاء الدائرة ثلاثة أو خمسة حسب الأحوال ، ولغة التقاضى هى اللغة الفرنسية ، ويجوز أن تكون هذه اللغة هى الانجليزية أو الايطالية ، اما أن تكون العربية فهذا جائز قانونا محرم فى الواقع . وكل الاجراءات التى تقوم بها هذه المحاكم تدور بلغة اجنبية ، مع أن المصالح التى تبت فيها هى فى أكثرها مصالح مصرية ، ومع أن معظم المتقاضين أمام هذه المحاكم من المصريين . ينبغى أن يوضع حد لكل هذا ، وينبغى أن تكون المحاكم المختلطة فى فترة الانتقال محاكم مصرية اسما وفعلا . ولا يكون ذلك إلا إذا كان عدد القضاة المصريين فى كل محكمة مساويا على الأقل لعدد القضاة الأجانب وإلا إذا كانت نصف الدوائر غالبيتها من القضاة المصريين ولغتها العربية ورئيسها مصرى . هذا هو الحل الوحيد الذى يتفق مع الكرامة ومع المصلحة فإنه إذا كان يراد حقيقة أن تكون المرحلة القادمة مرحلة انتقال مؤقتة فيجب إذن أن

نعد العدة من الآن لما بعد هذا الانتقال ولا يكون ذلك إلا بتمصير المحاكم المختلطة على النحو الذى قدمناه حتى يسهل بعد ذلك أن ننقل من هذا النظام المختلط الممصر إلى نظام مصرى محض فى مستقبل قريب .

يبقى امامنا بعد تسوية الامتيازات الأجنبية تسوية الامتيازات الطائفية . وهذه مسألة فى ايدينا نستطيع معالجتها بتشريع داخلى دون حاجة إلى مفاوضة دول أجنبية . ولا يحتاج الأمر إلا إلى شجاعة لمواجهة الحقائق وارادة صادقة فى إصلاح قضائى شامل . وقد لاح لحسن الحظ من التبشير ما يدل على أن وزارة الحقانية سائرة فى هذا الطريق . وأول ما تجب المبادرة إليه لتوحيد المحكمة المصرية هو ادماج المجالس الحسبية فى المحاكم الأهلية .

اما مسائل الأحوال الشخصية التى لا تزال باقية فى اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس المليية فينبغى ، بعد أن نضع لها قانونا موضوعيا شاملا يكون جزءا من قانوننا المدنى ، أن ننظر فى ادماجها هى ايضا فى المحاكم الأهلية ولو تدريجا ومن طريق انشاء دائرة متميزة للأحوال الشخصية إلى جانب الدائرة المدنية والدائرة الجنائية ، وبذلك تصبح هناك محكمة واحدة هى المحكمة المصرية . ولا فرق عندى بين أن تندمج المحاكم الأخرى فى المحاكم الأهلية أو أن تندمج المحكمة الأهلية فى المحاكم الأخرى فالمهم هو أن تتوحد كل هذه المحاكم وتصبح محكمة مصرية واحدة ونقضى على هذه النظم الرثة البالية التى تخلفت عندنا من القرون الوسطى ، والتى فرضت علينا تعدد المحاكم ، تبعا لتعدد الجنسية والدين .

بقى أن اشير إلى أمر فى تنظيم القضاء ، بدا لى فيه رأى غير الرأى المعمول به فى الوقت الحاضر ، فالطريقة التى اتبعناها فى تنظيم قضائنا حتى الآن هى الطريقة اللاتينية وهى تقضى بتعدد القضاة فى الدائرة الواحدة ولا يقل أعضاء الدائرة عن ثلاثة ، وكل من مارس القضاء أو اتصل به يعلم أن واحداً من هؤلاء الثلاثة هو الذى يستقل غالبا بالفصل فى القضايا ، فتعدد القضاة فى المحاكم الابتدائية على الأقل لا تتحقق منه الفائدة المقصودة من جعل الأمر شورى بين قضاة متعددين ، وأولى من ذلك أن نرجع إلى نظام وحدة القاضى ويعاد النظر فى تقسيم البلاد إلى

مناطق قضائية تكون كل منطقة منها أوسع من دائرة المحكمة الجزئية وأضيق من دائرة المحكمة الكلية ، وينصب قاض واحد في كل منطقة يكون المسئول عن القضاء في دائرتها ويكون له اختصاص كل من المحكمة الجزئية والكلية في منطقتة ويساعده في تأدية العدالة قاض مساعد أو قضاة مساعدون حسب الحاجة فيقوم هو بتوزيع العمل فيما بينهم ويكون مسئولاً عنهم ويبقى لنفسه النظر في القضايا الهامة وفي التظلم الذي يرفع إليه في الأقضية التي يحكم فيها القضاة المساعدون طبقاً لاجراءات موضوعية ثم تتوزع مناطق القضاة على محاكم استئنافية أكثر عدداً من المحكمتين الموجودتين في الوقت الحاضر . وفي الأخذ بهذه الطريقة مزيتان : اولاهما أن مسئولية القضاء في كل منطقة تتركز في قاض واحد بدلا من أن تتوزع على جملة أعضاء فتضيع المسئولية فيما بينهم . والمزية الثانية أن تنظيم القضاء على هذا النحو يقربه من المتقاضين ، فقاضى المنطقة ومساعدوه أقرب إلى المتقاضى من المحكمة الجزئية في الوضع الحاضر ، ومحاكم الاستئناف المتعددة في المشروع المقترح أقرب إلى المتقاضين من محكمتى الاستئناف الحاليتين في مصر وفي أسبوط .

قدمت أيها السادة أن القضاء في مصر المستقلة يجب أن يكون قضاء موحداً متمتعاً بضماناته ، وقد فرغت من الكلام في توحيد القضاء ، وبقي أن أتكلم في ضمانات القضاة ، ولا أشك في أن قضاتنا قد أظهروا منذ تنظيم القضاء على النحو الحالى كفاية ونزاهة واستقلالاً ، وهم أول من يدرك أن القضاء عليه واجبات وله حقوق ، فقضاتنا مستعدون أن يؤخذوا بالكفاية والنزاهة ، فلا يبقى منهم إلا الأكفاء النزهاء . وهم بعد ذلك يحق لهم أن يطلبوا ضماناً لأنفسهم كما قدموا هذا الضمان على أنفسهم . يحق للقضاة أن يطلبوا ضمانات كافية في تعيينهم ونقلهم وترقيتهم وعزلهم . أما تعيين القضاة فينبغى أن يكون مرده الوحيد هو الكفاية والنزاهة ، ولايجوز أن يدخل أى اعتبار غير هذين الاعتبارين في تعيين القضاة ، ولايكفى أن توضع القاعدة بل الواجب أن توضع طريقة محددة تكفل حسن تطبيق القاعدة ويكون من شأنها ألا يدخل في زمرة القضاة إلا من كان أهلاً للقضاء ، وكذلك الحال في نقل القضاة وترقيتهم ، فالنقل لا يكون إلا لمصلحة العمل وبطريقة تكفل المساواة فيما بين القضاة ، والترقية

لا تكون إلا للكفاية والمران وبطريقة تجعل القاضى فى مأمن من التأثير بسخط السلطة التنفيذية أو برضاها ، ويجب أخيراً أن يتمتع القاضى باستقلال كامل فى تأدية واجباته الدقيقة ، ولا يتم له استقلاله إلا إذا كان أمر عزله غير منوط بالسلطة التنفيذية وهذا هو شأن القضاء الرافى فى العالم المتقدمين .

٢ - واجبنا نحو المحاماة

ونترك القضاء بعد ما قدمناه فى شأنه لننتقل إلى المحاماة ، وقضية المحاماة أيها السادة قضية مستعصية الحل ، فالمحامون قبل غيرهم يشكون من تضخم عدد المشتغلين بالمحاماة ونزول مستواهم ، وقد اهتم كثيرون بالبحث عن علاج لهذا الداء ، وآخر علاج اقترح هو إغلاق جدول المحامين . ولا أعتقد أن هذا العلاج شاف بل هو من قبيل عمليات البتر الجراحية التى يلجأ إليها الطبيب عند ما تعيبه الحيل ، وليس من العدل ولا من المصلحة أن يفلق باب المحاماة فى وجوه الأكفاء سنين عدة والمحاماة صناعة حرة قوامها المنافسة والنضال ، وخير من إغلاق باب المحاماة تنظيم هذه الصناعة على أسس جديدة تقتضيها الضرورات القائمة فإن أشد ما يشكو منه المحامون أمور ثلاثة .

أولاً - كثرة عدد المشتغلين بالمحاماة وتوقع ازدياد عددهم زيادة كبيرة فى كل عام .

ثانياً - عدم تنظيم الأعمال فى المحاماة تنظيمياً يتلاءم مع طبيعتها مع تشعب هذه الأعمال المتنوعة المتباينة .

ثالثاً - المشقة التى يقاسيها المبتدئون فى المحاماة عند التمرين ، إذ يترك كل مبتدئ يعاني صعاب المحاماة دون مرشد إلى أن يصل به الأمر غالباً إلى أحد سيئين : إما أن تضعف عزيمته فيهجر المحاماة بعد أن يبأس من النجاح فيها ، وإما أن يسلك للنجاح طريقاً ملتوية لا تتفق مع كرامة المحاماة . وأقدم لكم ما عن لى فى كل أمر من هذه الأمور الثلاثة ، أما ازدياد عدد المشتغلين بالمحاماة وتوقع اطراد هذه الزيادة فى كل عام ، فخطر حقيقى يجب النظر فى تلافيه ، ولا بد من أن تعالج المسألة من

اساسها ، وعندى أن السبيل إلى ذلك هو أن يحدد لكل دائرة قضائية عدد من المحامين يكفى للقيام بأعمال المحاماة فى هذه الدائرة دون أن يقاسى المحامى من كثرة العدد إلا المنافسة المشروعة وما يترتب عليها من بقاء الأصلح ، وسبيلنا فى تحديد هذا العدد هو الاحصاء ، فنحصى قضايا الدائرة لعدة سنوات خلت ونبنى تحديد العدد اللازم على هذا الحساب ونجيز مراجعة مقتضيات العمل ، ومتى تم تحديد عدد المحامين فى كل دائرة قضائية الزمنا كل محام أن يسجل اسمه فى دائرة واحدة فيتوزع المحامون على هذه الدوائر المختلفة توزيعاً أقرب إلى مقتضيات العمل وحاجاته من التوزيع الحاضر ، ويرحل كثير من محامى المدن إلى الأرياف حيث لايزال ميدان العمل متسعاً واعتقد أنه متى عدل توزيع المحامين على المناطق القضائية على النحو المتقدم نجد أن كثيراً من المناطق لايزال غير كامل العدد ، فهذه الأمكنة الخالية التى لم تملأ مضافاً إليها الأمكنة التى تخلو من المحامين الذين يعتزلون العمل (وعندى أن من الواجب تنظيم طريقة لاحالة المحامى بالمعاش) هى الأمكنة التى تعرض على من أتم تمرينه من المحامين الناشئين يشغلونها بعد مسابقة تجرى فيما بينهم ، ويشغلونها بالدور حسب ترتيبهم فى هذه المسابقة بهذه الطريقة نكفل وقوف المحامين عند العدد الذى تقتضيه حاجة العمل مع فتح الباب للكفاية ، وقصر المحاماة على الأصلح .

أما تنظيم أعمال المحاماة المتشعبة فأمر ضرورى . والمحامى فى مصر يجمع بين وظائف ثلاث . هو محام مترافع ، وهو محامى إجراءات ، وهو موثق للعقود . وهذه الوظائف الثلاث منفصلة فى البلاد الأخرى بعضها عن البعض الآخر ، وفى فرنسا المحامى المترافع Avocat غير محامى الاجراءات Avoué غير موثق العقود Notaire وأرى الخير أن يفصل عندنا ما بين هذه الوظائف الثلاث فيتسع مجال العمل أمام المحامين ويتخصص كل فى العمل الذى أعدته له كفايته الطبيعية . وعندى أنه ينبغى أن يراعى هذا التخصص فى الدراسة القانونية ، وأن تنشأ فى كلية الحقوق أقسام مختلفة لتخريج المشتغلين بكل وظيفة بهذه الوظائف .

بقى تنظيم التمرين للمحامين الناشئين . وأحب أن تدركوا جميعاً ما يساور المحامى الناشئ من القلق . وما يكتنفه من المصاعب ، وهو يجتاز أول دور من ابوار المحاماة ، وهو التمرين ، يتقدم إلى ميدان لايعرفه ،

وليس لديه من سلاح يناضل به فى هذا الميدان . تنقصه الخبرة العملية . وهو لم يتلق فى دراسته ، ولا يستطيع أن يتلقى إلا أسسا نظرية لا تفيد كثيرا فى هذا الدور الأول ، ويترك إلى رحمة المحامين الذين سبقوه الى المحاماة يستغل ولا يؤجر . وعندى أن تنظيم التمرين ضرورى لصناعة المحاماة ، لاسيما إذا حدد عدد المحامين على الوجه الذى قدمناه وأرى أن يفرض على كل محام قديم أن يأخذ عدداً من الناشئين يقضون فترة التمرين فى مكتبه ، بشروط يلزم بها الطرفان ، وأن ينشأ مكتب عام للتمرين ، ينتدب لادارته العدد الكافى من المحامين ، وتغذية قضايا المعافاة والانتداب ، ففتح الفرصة لكثير ممن لا يجدون مكانا للتمرين فى أحد المكاتب أن يقضوا فترة التمرين فى هذا المكتب بشروط معقولة وبطريقة منظمة تكفل لهم التوفر على الممران اللازم والاستعداد الكافى للتقدم إلى المسابقة التى ينخرطون بعدها فى سلك المحامين .

هذه هى الآراء التى عنت لى لتنظيم المحاماة على أسس جديدة ، أبسطها بسطا سريعا فان المقام لا يتسع للإفاضة والأسهاب ، على أن تكون هذه المسألة الخطيرة موضوع دراسة عميقة فى وقت قريب فان المحاماة فى حاجة إلى إصلاح شامل عاجل .

وانتقل من المحاماة إلى الفقه ودراسة القانون .

٣ - واجبنا نحو الفقه ودراسة القانون

وهنا يبدو معهد الحقوق نقطة الارتكاز فى هذا البحث ، ويحسن أن نشير هنا إلى مسألتين : أولاها واجب كلية الحقوق نحو تدريس القانون ، وعلى أى أساس يرتكز هذا التدريس . المسألة الثانية واجب الفقهاء عامة نحو الفقه القانونى .

أما تدريس القانون فى مصر فنواجه فيه مسألة دقيقة . هل نعتبر هذا التدريس تدريساً فنياً عملياً يعد لاحتراف مهنة ، أو نعتبره تدريساً علمياً فقهياً يزود الطالب بثقافة قانونية عامة ؟ وعندى أن تدريس القانون يجب أن يكون علمياً فى مرحلته الأولى ، - عملياً فى مرحلته الثانية . ويمكن اعتبار كلية الحقوق كلية للثقافة من ناحية ، وكلية لتعليم الحرفة من ناحية

أخرى . وإذا كان الغالب أن يدرس الطالب القانون ليتخذه حرفة له إلا أن هذا لا يمنع من أنه يدرسه أيضا ليتثقف فان الثقافة القانونية أصبحت ضرورية في المدنية التي نعيش فيها ، لاسيما بعد أن تقدمت الديمقراطية في مصر ، وأصبح كل مصري مطالبا بأن يعنى بشؤون بلاده العامة في عهد الاستقلال . أما الحاجة العملية فأول ما يقع فيها من الواجبات على الكلية هو أن تعد أساتذة للقانون ، فان المكانة العلمية للكلية تقدر بقيمة أساتذتها . واسمحوا لي أن أشير في هذا المقام إلى الجهود القيمة التي يبذلها أساتذة القانون في خدمة العلم ، وإلى الشجاعة العظيمة التي يلقون بها ما يلحق بهم من التضحيات المادية ليتوفروا على القيام بواجباتهم . على أن الكلية في عهد الاستقلال تدرك ما ألقى على عاتقها من تبعات . وهي في سبيل تكوين طائفة من خيرة الشباب المتخرجين ليكونوا أساتذة للقانون في المستقبل . ولا ينبغي أن تقتصر كلية الحقوق في جهودها العلمية على دائرة المناهج الرسمية فام أمامها واجبات خطيرة في ميادين النشاط العلمي . عليها أن تنشئ إلى جانب الفصول الرسمية معاهد ذات صبغة علمية محضة ، وأن تنظم محاضرات عامة للثقافة القانونية ، وأن تساهم في المؤتمرات العلمية العالمية ، وأن تتبادل الأساتذة والطلاب مع الجامعات الكبرى . وعليها بعد كل هذا وفوق كل هذا أن تقف جانبا من نشاطها العلمي على البلاد العربية الشقيقة ، فان هذه البلاد تتطلع إلى مصر في نهضتها العلمية ، ولمصر عندها مكانة كبيرة يعرفها كل من اختلط بأهل هذه البلاد . فكلية الحقوق وهي أكبر معهد قانوني في البلاد العربية تحمل بحكم هذا المركز تبعات جسيمة نحو هذه البلاد . ويسرنى أن أقرر أن كليتنا قد سارت بعض خطوات في هذا الطريق فتعاونت منذ العام الماضي مع معهد قانوني من أكبر المعاهد العربية هو كلية الحقوق ببغداد ، وإنى أحيى من فوق هذا المنبر هؤلاء الأساتذة المصريين الذين أوفدوا في العام الماضي وفي هذا العام ليتعاونوا مع أساتذة القانون في العراق لتدريس العلوم القانونية والاقتصادية في معهد الحقوق ببغداد ، كما أحيى الطلبة العراقيين أعضاء البعثة الحقوقية الذين أوفدتهم الحكومة العراقية هذا العام إلى كلية الحقوق بمصر ليدرّسوا القانون فيها وليكونوا في المستقبل أساتذة القانون في العراق . وإنى موقن أن من أهم واجبات كلية الحقوق

بمصر أن تتعاون مع المعاهد القانونية في البلاد العربية الأخرى تعاونها مع معهد القانون في العراق .

هذا هو الجانب العلمي من دراسة القانون . أما الجانب العملي فمتشعب تشعب الحياة العملية ، وكلية الحقوق تعنى بهذه الناحية عنايتها بالناحية العلمية ، ففيها معاهد عملية يتخصص فيها الطالب لدراسة العلوم الجنائية والعلوم الاقتصادية والعلوم المالية وسيكون بها قريباً معاهد للتخصص في العلوم السياسية والعلوم الادارية ، واود بهذه المناسبة لونتاح الفرصة لأساتذة القانون أن يتصلوا عن قرب بالحياة العملية بطريقة أو بأخرى فان الناحية العملية لايجوز اغفالها في تكوين أستاذ القانون .

بقيت واجباتنا نحو الفقه القانوني وأول واجباتنا في هذا الميدان هو تمصير الفقه . لا أشك في أن مصر تقدمت في الفقه تقدماً كبيراً بفضل جهود الأعلام من فقائها . وقد بدت تبشير النهضة الفقهية في مصر منذ أصبحت دراسة القانون باللغة العربية ، فتناول الفقهاء المصريون كل فرع من فروع القانون وشرحوه إيجازاً وتطويلاً ، وساهم رجال القضاء في هذه النهضة الفقهية بنصيب . على أن نهضتنا الفقهية يشوبها عيب جوهري ، فنحن في جهودنا الفقهية مقلدون ولم نجاوز التقليد الى الاجتهاد ، وفي الحق ليس هذا عيباً إنما هو دور طبيعي من أدوار النهضة الفقهية ، بل هو أول أدوارها فقد كان طبيعياً وقوانيننا مأخوذة بجمليتها من القوانين الفرنسية والفقه الفرنسي في الأوج من نهضته وازدهاره أن يتجه فقهاؤنا الى هذا الفقه فينقلوه كما هو أو ينقلوه بعد تحوير قليل ، أما في هذا العهد الجديد عهد الاستقلال فالواجب أن نستقل بفقهنا فلا نبقي عيالا على الفقه الفرنسي ، ولست أريد بذلك أن نباعد ما بيننا وبين الفقه الغربي فنحن لانزال في أشد الحاجة الى هذا الفقه إنما أريد أن ننظر الى هذا الفقه بعقولنا وأن نستوعبه ونقف على أسرارهِ حتى نتمكن من أن نضيف اليه شيئاً جديداً مبتكراً من عندنا فيرى العالم فقهاً مصرياً كما رآى فقهاً فرنسياً وفقهاً ألمانياً ، ونساهم بذلك في حركة الفقه العالمية . وأرى أن خير الوسائل للوصول الى هذه الدرجة من الاجتهاد هو أن نعمل الى مخلفات أجدادنا الأقدمين وتراث أسلافنا الزاهرة بالقوى

الصلب من المبادئ الفقهية ، فنحن ايها السادة امة فقه قديم ، وقد اظلت سماء هذه البلاد مدى قرون طويلة شريعة من اقوى الشرائع نظاماً واصليها عوداً هي الشريعة الاسلامية ، فما بالنا نتنكر لها اليوم وقد وسعت في الماضي امبراطورية من اكبر واضخم الامبراطوريات التي يعرفها العالم ، الشريعة الاسلامية بشهادة فقهاء الغرب انفسهم من اكبر الشرائع العالمية ولم يعرف العالم شريعة اوسع انتشاراً وارسخ اساساً إلى جانب الشريعتين الرومانية والانجليزية مثل الشريعة الاسلامية ، فما بال الغريب يعرف هذا الفضل ونحن ننكره ، وما بال هذه الكنوز تبقى مغمورة في بطون الكتب الصفراء ونحن في غفلة عنها نتطفل على موائد الغير ونتسقط فضلات الطعام . فمهمتنا في الفقه ايها السادة ليست إذن عسير وليس علينا أن نخلق في هذه المرحلة التي نجتازها فقهاً جديداً ، فقهننا القديم موجود ، وعلينا أن نأخذ في دراسة الشريعة الاسلامية طبقاً للأساليب الجديدة وأن نقارن بينها وبين شرائع الغرب وإنى زعيم لكم بأن تجدوا في ذخائر الشريعة الاسلامية من المبادئ والنظريات ما لا يقل في رقى الصياغة وفي احكام الصنعة عن أحدث المبادئ والنظريات واكثرها تقدماً في الفقه الغربي ، ومتى تمت لنا دراسة الشريعة الاسلامية ومقارنتها بالشرائع الغربية على هذا الأسلوب الجديد امكنا أن نطالع العالم بفقه مصري له طابعه الخاص وله مقوماته وادلته الذاتية ، فإن الشريعة الاسلامية هي شريعة الشرق ووحى احكامه ومتى ألفنا بينها وبين الشرائع الغربية فروح من الشرق وقبس من نوره يضيء طريقنا للمساهمة في نهضة الفقه العالمية .

٤ - واجبنا نحو التشريع :

وواجبنا نحو الفقه يوحى إلينا بواجبنا نحو التشريع وهذه هي المسألة الأخيرة التي اتناولها في هذه المحاضرة ، وأقول هنا ايضاً انه كما يجب أن نستقل بفقهننا يجب كذلك أن نستقل بتشريعنا . نحن مقبلون على دور خطير من أدوار التشريع في تاريخ مصر ، فما هي ذى اللجان المختلفة قد شكلتها وزارة الحقانية لمراجعة شتى القوانين المصرية ، ونحن نستقبل عصرأ في التشريع يقرب في النشاط من العصر الذي انشئت فيه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ونظمت فيه المحاكم الشرعية ، فقد كان ذلك

العصر فى الربع الأخير من القرن التاسع عشر مظهر نشاط عظيم فى التقنين ، فوضعت فيه التقنيات المصرية من مختلطة وشرعية واهلية . واليوم نشعر ان الوقت قد حان لمراجعة ما وضعناه من تقنيات منذ أكثر من نصف قرن ، فهل نسير اليوم كما سرنا بالأمس نستعير قوانين مشوهة محرفة من بعض القوانين الغربية فتجىء على هذا القدر الفاضح من القصور والغموض والنقص ؟

إن مصر المستقلة أيها السادة فى حاجة إلى قانون مستقل لا يكون مجرد صورة مشوهة من القوانين الغربية والقانون المدنى بنوع خاص يجب أن يكون قانوناً موحداً كاملاً . موحداً يطبق على المصريين والأجانب وكاملاً يشمل الأحكام الخاصة بالمعاملات والأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية . إذا قضى علينا أن نستمر حقبة من الزمن خاضعين لنظام يفرض علينا تعدد المحكمة فلا أقل من أن نصل منذ الآن إلى نظام يكفل لنا وحدة القانون .

ونحن فى مراجعتنا للقانون المدنى مراجعة شاملة عامة نستطيع أن نستهدى بتجاربنا الخاصة نتلمسها فى قضاء محاكمنا وهو قضاء تكون وتدعم فى أكثر من نصف قرن ، ونستطيع أن نهتدى بنماذج من التشريع الحديث دون أن نتقيد بتشريع معين بل نختار من التشريعات اللاتينية والتشريعات الجرمانية وغيرها من التشريعات الغربية الأخرى ما يتفق مع تقاليدنا القانونية ، وما يتمشى مع مزاج الأمة وما يسد حاجتها المتنوعة .

والأمر الجوهري هو الا نكرر الخطأ الذى وقعنا فيه فى القرن الماضى ، فنقصى الشريعة الاسلامية من بين المصادر التى نكثر من الرجوع إليها ، فالشريعة الاسلامية كما رايتم مصدر خصب لتشريع يوضع لبلاد شرقية عربية ، وليس فى اتخاذها مصدراً ما يتنافر مع صلتنا الوثيقة بالتشريعات الغربية . ومن اليسير التوفيق بين مبادئ هذه التشريعات ومبادئ الشريعة الاسلامية ، فلا يجوز أن يعترض علينا ونحن فى سبيل الغاء الأمتيازات الأجنبية بأننا سنأتى للأجانب بتشريع يتنافر مع تشريعاتهم التى ألفوها ، بل أن هناك من مبادئ الشريعة الاسلامية ما لو أدخل فى القانون المصرى لعد متقدماً من هذه الناحية على الشرائع الغربية .

والذى يدعونى إلى التشديد فى وجوب الرجوع إلى الشريعة الاسلامية عند مراجعة تشريعنا المصرى اعتباران : اعتبار علمى فنى ، واعتبار وطنى قومى . فالاعتبار العلمى الفنى قد نستعده من خلال ما تقدمت به اليكم من رقى الشريعة الاسلامية وصلاحيتها لأن تكون أساسا لنهضة عالية فى الفقه والتشريع . اما الاعتبار الوطنى القومى فاقف عنده قليلا .

تعلمون أيها السادة ان مصر الآن فى مفترق الطرق فهى بين الشرق والغرب يتنازعها الجانبان وهى بعد أن استقلت ينبغي أن ترسم لنفسها خطة تسير عليها . هل هى تريد أن تميل إلى جانب الغرب وأن تستعير المدنية الغربية فتلبس ثوبا غير ثوبها ، وتقلد مدنية غير مدنيته فتبقى متخلفة عن تقلده وتقع من كل نك بالانتماء إلى المدينة الغربية ذات الصولة والبأس . أم هى تريد أن ترجع إلى أحضان الشرق دون أن تجافى المدنية الغربية وتحتل مكانها بين البلاد العربية فترفع لواء الشرق العربى بين امم الغرب فإذا مصر المستقلة وحولها امم يغضبون إذا غضبت ويرضون إذا رضيت ؟

إذا كنتم تؤثرون الأمر الثانى وانتم لا شك تؤثرونه فلنرجع فى ثقافتنا القانونية إلى الفقه الاسلامى ولنجعل من هذا الفقه صلة بيننا وبين سائر الأمم العربية ، ولنوثق روابطنا بهذه الأمم ، فنحن أمة شرقية ولنا ماض مجيد فى زعامة الشرق ، فمن الخير أن نصل حاضرتنا بماضينا وأن نتعاون مع جيراننا الأقربين ونحن اخوانهم فى اللغة والدم .

أيها السادة . اننا نحمل تبعات جسيمة فى هذا العهد الجديد ، فالاستقلال مسئولية قبل أن يكون حرية ، وله تكاليف يجب أن نضطلع بأعبائها ، ولا شك فى اننا أمة أثبتت أنها تصلح للبقاء ولها أن تطمح إلى مكان الزعامة ، فليكن شعارنا فى هذا العهد الجديد هو الاستقلال لنكسب استقلالنا فى كل شئ . ولقد كسبناه فى السياسة ، فلنكسبه أيضا فى القضاء وفى الفقه وفى التشريع .

مقدمة
كتاب الامتيازات الأجنبية

تتضمن
بحثاً تحليلياً في المقترحات البريطانية
المعروضة على مصر بشأن الامتيازات

بقلم
الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى
استاذ مساعد بكلية الحقوق

مقدمة الكتاب

أحسننت لجنة التأليف والترجمة والنشر فى أن تضم الى مجموعتها القيمة كتاباً فى الامتيازات الأجنبية ، وأحسن مؤلف هذا الكتاب فى معالجة موضوع من الموضوعات الحيوية التى تؤثر فى حياة مصر الاجتماعية والاقتصادية ، وأحسن كل من اللجنة والمؤلف فى اختيار هذا الظرف لنشر هذا الكتاب القيم ، فحديث الامتيازات الأجنبية جدير أن يشغل كل مفكر فى هذا البلد ، لاسيما فى الوقت الحاضر والمقترحات البريطانية معروضة على البرلمان المصرى ، وتعديل نظام الامتيازات الأجنبية مسألة من المسائل الأساسية فى هذه المقترحات .

ولست أتردد فى أن أقدم لجمهور القراء هذا الكتاب الجدير بالعناية ، بعد أن بذل المؤلف فى كتابته مجهوداً موفقاً ، استطاع من ورائه أن يبسط لأبناء وطنه ، بعبارة طلية شيقة ، ما هى هذه الامتيازات التى يتمتع بها الأجانب فى مصر من عهد قديم ، وما نشأ عن هذه الامتيازات ، أو بالأولى عن التعسف فى استعمال هذه الامتيازات ، والتوسع فيها توسعاً يتناقض مع المعاهدات والعرف الدولى ، من الاضرار بمصالح مصر القضائية والاقتصادية ، وما أدت اليه من انتقاص لسيادة الدولة المصرية ، وإخلال بميزان المساواة بين المصريين والأجانب ، فبعد أن كان الأصل أن صاحب البلد يمتاز على الأجنبى ، انقلبت الآية فى مصر ، وأصبح الأجنبى هو الممتاز ، والمصرى هو الذى ينادى بوجوب المساواة وبين الأجنبى .

وقد بين المؤلف بوضوح أن استناد الامتيازات الأجنبية الى « العادات المرعية » بجانب المعاهدات الدولية لا أساس له فى القانون ، وإنما هو كما يقول « نتيجة الأمر الواقع المبني على التحكم من جانب الغربيين ، وعلى التفريط والاهمال من الجانب المصرى » .

ونكر بأسهاب جميع الأدوار التى مرت بها محاولات الخديوى اسماعيل ووزيره نوبار لتعديل نظام هذه الامتيازات تعديلاً يجعلها أقل اجحافاً بمصالح الدولة المصرية والرعايا المصريين ، حتى انتهت هذه

المحاولات الى انشاء المحاكم المختلطة . وكان دقيقاً فى بيان الاخطاء التى ارتكبتها مصر فى فترة المفاوضات ، وان كنا نرى ان هذه « الأخطاء » قد أجبر عليها المتفاوضون المصريون من جراء تشدد الدول ، لاسيما الدولة الفرنسية ، فى التمسك بامتيازاتها ، ولم يكن لدى مصر فى ذلك الحين من القوة ما تستطيع به أن تلزم الدول الحجة ، وتقنعها بعدالة مطالبها ، وقد سلم المؤلف نفسه بأن الظروف ربما كانت لا تساعد على تجنب هذه الأخطاء فهى مهما كانت عظيمة « فانها قضت على جزء عظيم من اسباب الفوضى القضائية بمصر ، ووضعت أساساً قوياً لعدالة محترمة كان لها فضل كبير فى قيام صرح البلاد الاقتصادى ببعث الثقة فى نفوس المتعاملين الأجانب قبل المصريين » .

ثم اشار المؤلف الى موقف انجلترا ازاء الامتيازات الأجنبية بعد احتلالها للبلاد ، فبين كيف أنها لم تقف فى سبيل هذه الامتيازات ، بل تركتها تقوى وتنمو ، وذلك خشية أن تثير مخاوف الدول ، لاسيما فرنسا ، وحتى تتجنب احتجاج هذه الدول على الاحتلال غير الشرعى . وذلك إلى أن وقعت الاتفاقية المشهورة بين انجلترا وفرنسا سنة ١٩٠٤ . وهنا تعقب المؤلف المشروعات المتوالية التى حاولت انجلترا أن تعدل بها نظام الامتيازات الأجنبية فى مصر منذ ذلك الحين ، على أساس تركيز هذه الامتيازات فى يدها وحدها دون غيرها من الدول .

فبدأ ببسط آراء اللورد كرومر ، وهى تتلخص فى انشاء هيئة مختلطة قليلة العدد من المصريين والأجانب ، تعرض عليها القوانين المراد بها أن تسرى على الأجانب ، ولا تكون قرارات هذه الهيئة نافذة الا بعد تصديق الحكومتين المصرية والانجليزية . ثم اشار إشارة موجزة الى مشروع السير برونيات ، وكنا نود لو ألم بهذا المشروع بعض الالمام ، كما فعل فى المشروعات الأخرى ، حتى يكون الكتاب وافياً من هذه الناحية .

وتناول بعد ذلك مشروع سير سسل هرست ، ولاحظ أن هذا المشروع قد ربط مسألة تعديل الامتيازات الأجنبية بمسألة تسوية العلاقات بين مصر وانجلترا . والمؤلف لا يوافق على ربط المسألتين احدهما بالآخرى ، ويرى فى ذلك تعطيلاً لحل مسألة الامتيازات ، ووسيلة تتذرع بها انجلترا لحصر ما ثورع بين الدول فى يدها . ثم نظر بعد ذلك فى محتويات المشروع .

ويخيل إلينا أنه لم يرجع فى ذلك الى النصوص الأصلية ، بل اعتمد على المحاضرة القيمة التى القاها الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا فى نقد المشروع وبيان عيوبه ، وسنشير الى هذه المحاضرة فيما يلى :
وأشار بعد ذلك الى النصوص المتعلقة بالامتيازات الأجنبية فى مشروع اللورد كرزون . وانتقل منها الى مشروع ثروت - شامبرلان ، وقد افاض فى ذكر ماورد فى هذا المشروع خاصا بالامتيازات ، ونقل ذلك عن مصادره الأصلية . وحسنا فعل ، فإن هذا المشروع يعتبر بحق الأساس الذى بنيت عليه المقترحات الحالية . وقد أشار المؤلف الى هذه المقترحات كآخر حلقة من السلسلة ، وعلق عليها تعليقا موجزا ، ومن رايه أنه إذا نفذت كان ذلك من شأنه أن يزيد النفوذ البريطانى فيما يتعلق بالقضاء والتشريع بمصر .

وقبل أن نكمل متابعة المؤلف ، نوجه نظر القارئ الى أهمية المقترحات الحالية فى الظروف الحاضرة ومصر على باب المفاوضة مع انجلترا لتسوية العلاقات بين البلدين ، وقد رأينا أن ننتهز هذه الفرصة لبحث هذه المقترحات فى الجزء الخاص منها بالامتيازات ، فخصصنا لذلك القسم الثانى من المقدمة ، ونزعنا فى التحليل والنقد نزعة تختلف بعض الشيء عن نزعة الكتاب ، فاقترضنا على الناحية القانونية حتى نضم بذلك مجهودنا الى مجهود المؤلف ، وتوخينا أن نشير بشئ من التفصيل الى العيوب التى رأينا أن نوجه اليها نظر المفاوض المصرى ، حتى يعمل على اصلاحها ، فى مفاوضته مع انجلترا أولا ، ثم فى مفاوضته مع الدول ذوات الامتيازات ثانيا . ورجونا من وراء ذلك أن نستحث رجال القانون على بحث هذه الموضوع الخطير فى دوره الحاضر بحثا فنيا عمليا ، يساعد المفاوض المصرى على أداء مهمته الشاقة فى مرحلتها .

وقد ختم المؤلف الكتاب بفصل عقده لبيان ما يحق بمصر من الأضرار من جراء نظام الامتيازات ، فوصف الى أى حد يقف هذا النظام عقبة فى سبيل الإصلاح المالى والاجتماعى فى هذه البلاد ، بسبب جمود نظام الضرائب .

ثم أتى على أمثلة من جهود مضر فى الوقت الأخير للتحرر من قيود الامتيازات ، فأشار الى مشروع تعديل الرسوم الجمركية ، والاتفاق الذى

تم مع المانيا فى سنة ١٩٢٥ ، والمذكرة المصرية التى ارسلها المرحوم ثروت باشا للدول فى سنة ١٩٢٧ ، والمعاهدة التى عقدت مع ايران فى سنة ١٩٢٨ ، وتعديل نص المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . وللمؤلف فى نهاية كتابه اقتراحات سديدة ، فهو يشير على الحكومة بأن تتبع نظام التدرج التصاعدى فى ضريبة العقار ، وبأن تضم ضريبة الخفر الى الضريبة العقارية . ثم يعود فيشير بضرورة فصل مسألة الامتيازات عن مسألة تسوية العلاقات بين مصر وانجلترا ، ويرى أن فى الامكان تهديد الدول التى لا توافق على تعديل نظام الامتيازات بعدم تجديد اتفاقية المحاكم المختلطة بالنسبة لرعاياها ، والرجوع الى نظام المحاكم القنصلية كما كان مطبقاً قبل انشاء المحاكم المختلطة ، ونحن لانرى فى هذا الاقتراح شيئاً خيالياً ، بل قد خطر لنا ذلك الأمر قبل أن نقرأه فى الكتاب ، وقلبناه على وجوهه ، قائليناه غير بعيد عن أن يكون اقتراحاً عملياً منتجاً ، لاسيما إذا نظر اليه لا باعتبار أنه سينفذ فعلاً ، بل على أنه سيكون وسيلة لتهديد الدول التى تقف فى سبيل اصلاح نظام الامتيازات ، وهذه سوف لاتصر على موقفها طويلا ، متى وقفت مصر وقفة الحزم فى ذلك . وقد تقدمنا بهذا الاقتراح نفسه الى الحكومة المصرية كما سيتبين للقارئ فيما يلى .

ومن مزايا الكتاب أنه مكتوب للجمهور ، فلم يتبسط المؤلف فى درس المسائل القانونية الجافة دراسة فنية ، بل اشار إليها مبسطاً ايها بقدر الامكان ، حتى يقر بها إلى فهم من لم يتوفر على دراسة القانون . والغرض الأول من الكتاب هو نشر الدعوة بحق ضد نظام الامتيازات الأجنبية ، لذلك نرى فى أسلوب المؤلف شيئاً من حدة الحمس والغيرة ، هى طبيعية فى لهجة مصرى يبسط وجهة النظر المصرية فى مسألة كمسألة الامتيازات . كانت باباً مفتوحاً لاعتداءات متكررة من جانب الدول ذوات الامتيازات على حقوق المصريين وسيادة الدولة المصرية . والنقد فيه سليم وقوى ، وتتغلب فيه الناحية التاريخية والسياسية ، وهى الناحية الجذابة التى تجعل القارئ يقبل على قراءة الكتاب فلا يدعه حتى يتمه . لذلك يحق لنا أن نبسط الرجاء فى أن يحدث نشر هذا الكتاب اثره الطيب فى نفوس القراء فى وقت هم اشد ما يكونون حاجة إلى الالمام بهذه المسألة ، عند ما توضع قريباً موضع البحث الدقيق فى المفاوضات المقبلة .

وخلاصة القول أن كتاب «الامتيازات الأجنبية» قد سد فراغاً حقيقياً بين المؤلفات باللغة الغربية، ولا أعلم أن اللغة العربية رزقت في هذا الموضوع قبل هذا الكتاب إلا بكتاب للمرحوم عمر بك لطفى، ولكنه كتاب صغير قدم عليه العهد، ولا يغنى عن كتاب تبسط في بحث الموضوع، وتناوله من نواح متعددة، وجمع شتات ما تفرق منه، ووصل فيه الماضى بالحاضر، كالكتاب الذى يسرنى أن أقدمه اليوم إلى القراء.

- ٢ -

ننتقل الآن إلى بحث المقترحات البريطانية المعروضة على مصر، فيما يتعلق منها بالامتيازات الأجنبية.

جاء فى الفقرة السادسة من هذه المقترحات: «تعترف حكومة جلالتة البريطانية بأن تبعة المحافظة على أرواح الاجانب فى مصر واملاكهم تقع من الآن فصاعدا على عاتق الحكومة المصرية، ويتكفل جلالة ملك مصر بتنفيذ تعهداته بهذا الشأن».

وجاء فى الفقرة الحادية عشرة: «يعترف جلالة ملك بريطانيا العظمى بأن نظام الامتيازات القائم فى مصر لا يلائم روح العصر ولا حالة مصر الحاضرة، وعليه فان جلالتة البريطانية يتعهد ببذل كل ماله من نفوذ لدى الدول ذوات الامتيازات فى مصر لنقل اختصاص المحاكم القنصلية الحالى الى المحاكم المختلطة، وتطبيق التشريع المصرى على الأجانب بشروط تضمن مصالحهم المشروعة».

وجاء فى احدى المذكرات البريطانية المرفقة بالمقترحات ما يأتى: «من المفيد أن أبين لدولتكم الخطة التى ارى من الممكن أن يجرى عليها اصلاح نظام الامتيازات، إذ سأكون مستعداً لتأييد مساعى الحكومة المصرية لعقد اتفاقات مع الدول على أساس هذه الخطة، متى بدىء بتنفيذ المعاهدة المبنية على هذه الاقتراحات- فى سنة ١٩٢٠، بينما كانت المفاوضات دائرة بين الحكومتين البريطانية والمصرية، كان يرجى وضع التدابير لتلغى الدول الأجنبية محاكمها القنصلية فى مصر، وعليه تم أعداد مشروعات قوانين، فى تلك السنة لتوسيع اختصاص المحاكم المختلطة،

بحيث يشمل الاختصاص الحالى للمحاكم القنصلية ، وسأكون مستعدا للاتفاق على اعتبار مشروعات تلك القوانين أساسا لأصلاح الامتيازات ، اذا رضيت الدول الأجنبية بنقل اختصاص المحاكم القنصلية الى المحاكم المختلطة . اما فيما يتعلق بالتفاصيل فلاشك ان الحاجة استدعو الى تغييرات كثيرة ، وهذه يجب ان يبحث فيها الخبراء . على ان هنالك بعض تعديلات اعتقد انها ستكون ضرورية على اى حال ، وانا ارجب ان انتهز هذه الفرصة لانكرها لدولتكم : قد يصعب على بعض الدول ان ترضى بنقل جميع قضايا رعاياها الخاصة بالأحوال الشخصية الى المحاكم المختلطة ، فنقلها فى هذه الحالة يجب ان يكون اختياريا ، والاختصاص فى هذه الأمور يجب ان يظل للسلطات القنصلية ، إلا إذا تم الاتفاق بين الحكومة المصرية والحكومة الأجنبية ذات الشأن على نقل ذلك الاختصاص الى المحاكم المختلطة ، وأننى أتوقع الاتفاق على ان تخول المحاكم المختلطة الاختصاص فى هذه الشؤون فيما يتعلق بالرعايا البريطانيين . اما فى حالة العفو أو التخفيف من عقوبة صادرة على الأجانب وفى حالة تنفيذ حكم الاعدام فيهم ، فان وزير الحقانية يستشير المستشار القضائى مادام هذا الموظف باقيا ، وذلك قبل تقديم مشورته الى الملك . أننى اعترف بأن الأحوال التى تطبق فيها الامتيازات فى الوقت الحاضر ، فيما يتعلق بسلطة الحكومة المصرية فى سن قوانين تسرى على الأجانب أو فرض ضرائب عليهم ، لا تتفق مع الأحوال الحاضرة . وسأكون مستعدا للاتفاق على ان تقوم الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة فى المستقبل بأبداء كل موافقة لازمة لتطبيق التشريع المصرى ومن ضمنه التشريع المالى على الأجانب الا فى حالة التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها فإنه لا ينفذ الا بموافقة الدول عليه ، ويكون على الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة ان تثبت من ان التشريع المشار إليه لا يناقض المبادئ التى يجرى العمل بموجبها عادة فى التشريع الحديث الذى يسرى على الأجانب ، وانه فيما يتعلق بوجه خاص بأى تشريع ذى صفة مالية لا يوجد تمييز غير عادل ضد الأجانب بما فيهم الشركات الأجنبية . وان توسيع اختصاص المحاكم المختلطة الجنائى يستلزم اعداد وتنفيذ قانون جديد لتحقيق الجنايات ، وفى مشروعات القوانين التى اعدت فى

سنة ١٩٢٠ بعض نصوص مهمة خاصة بقانون تحقيق الجنايات (انظر المواد ١٠ - ٢٧ من القانون رقم ... الصادر في ١٨ أبريل سنة ١٩٢٠) ولاشك أن دولتكم توافقوننى على أن قانون العقوبات الجديد يجب ألا يحيد عن المبادئ المقررة بتلك المواد . وهناك بضع مسائل لابد فيها من الوصول الى اتفاق بين الحكومة المصرية وحكومة جلالته البريطانية بالمملكة المتحدة ، على أننى لا أعتقد أن من اللازم عمل أى شىء فى الوقت الحاضر أكثر من مجرد ذكر هذه المسائل . فاما الأولى فهى تعريف كلمة « أجنبى » فيما يتعلق بالتوسيع المقترح لاختصاص المحاكم المختلطة . اننى أفهم من كلام دولتكم أن القوانين التى تنفذها المحاكم الأهلية بمصر فى الوقت الحاضر تجعل جميع الأشخاص المقيمين بمصر خاضعين للمحاكم الأهلية ، ماعدا أولئك الذين يخرجون من اختصاصها أما بحكم قانون أو عرف أو معاهدة ، فأنا أقبل هذا المبدأ ، بشرط أن يكون مفهوما أن جميع الأجانب الذين كانوا يتمتعون بنظام الامتيازات فيما مضى يصبحون خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة ، بقطع النظر عن تغييرات السيادة القومية التى طرأت بعد حرب سنة ١٩١٤ - ١٩١٨ . واما الثانية فهى زيادة موظفى المحاكم المختلطة زيادة سيستلزمها توسيع اختصاصها واختصاص وظيفة النائب العمومى الجديدة للمحاكم المختلطة والموظفين الذين ستدعو الحاجة اليهم لتمكينه من القيام بتلك الواجبات على وجه يدعو الى الارتياح ، ويؤخذ رأى المستشار القضائى مادام باقيا بشأن تعيين القضاة الأجانب فى المحاكم المختلطة ، وتعيين رجال النيابة الأجانب اذا لزم .

• • •

يؤخذ من المذكرة البريطانية . (اولا) أن مسألة الامتيازات لا يبحث فى تفاصيلها ، ولا يتفاوض مع الدول الأجنبية بشأنها ، الا متى بدى بتنفيذ المعاهدة المبنية على الاقتراحات المعروضة (ثانياً) عندما يحين الوقت للمفاوضة فى هذه المسألة ، ستجرى هذه المفاوضات مع الدول على أساس مشروعات سنة ١٩٢٠ (ثالثاً) أن هذه المشروعات قابلة للتعديل فيما يتعلق بالتفاصيل ، وسيترك الأمر فى هذا للخبراء (رابعاً) هناك

بعض التعديلات يقترح من الآن الاتفاق عليها بين انجلترا ومصر ، تمهيدا لحمل الدول على الموافقة عليها فيما بعد ، وهى :

(١) أن يكون نقل مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب الى اختصاص المحاكم المختلطة اختياريا .

(٢) أن يؤخذ رأى المستشار القضائى فى العفو أو التخفيف من عقوبة صادرة على اجنبى ، وفى تنفيذ حكم الاعدام ..

(٣) أن تحل الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة محل الدول فى الموافقة على التشريع الذى يسرى على الأجانب ، على أن يكون سلطانها فى ذلك مقيداً بحدود معينة ، سواء كان ذلك بالنسبة للتشريع المعتاد أو بالنسبة للتشريع المالى ، وعلى أن تحتفظ الدول بحق الموافقة على أى تعديل فى تشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها .

(٤) أن يحتفظ بمبادئ معينة فى قانون تحقيق الجنايات قررت فى مشروعات سنة ١٩٢٠ (م ١٠ - ٢٧ من القانون نمرة ٢) .

(٥) ألا يتوسع فى تفسير كلمة « اجنبى » على نحو مخصوص .

(٦) أن يؤخذ رأى المستشار القضائى بشأن تعيين القضاة ورجال النيابة الأجانب .

ونحن فى التعليق على ما تقدم نبداً بكلمة عن مشروعات سنة ١٩٢٠ التى ستتخذ أساساً للمفاوضات ، ثم نذكر المبادئ التى بنيت عليها هذه المشروعات ، ونقرنها بما ادخل عليها من التعديلات بمقتضى الاقتراحات المعروضة على مصر الآن .

مشروعات قوانين سنة ١٩٢٠ هى ثلاثة مشروعات وضعها السير سسل هرست أحد أعضاء لجنة ملنر ، ونشرت فى مجلة مصر العصرية (Egypte Contemporaine) (عدد شهر مارس سنة ١٩٢٠ نمرة ٥٠) وفى جازيت المحاكم المختلطة (Gazette des Tribunaux Mixtes d'Egypte) عدد ١١٣ (الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٢٠) وعدد ١١٦ (الصادر فى ١٠ يونيه سنة ١٩٢٠) ، وقد شكلت لجنة من رجال القضاء المختلط والجاليات الأجنبية فحصت هذه المشروعات ، وأبدت ما عرَّ لها من الملاحظات عليها ، وقد أدمجت بعض هذه الملاحظات فى المشروعات نفسها . ونحن ندرس هذه المشروعات كما هى واردة فى جازيت المحاكم المختلطة .

وهى تضع قواعد لاصلاح الامتيازات الأجنبية ، على اساس أن ينقل للمحاكم المختلطة اختصاصات المحاكم القنصلية ، فى المسائل المدنية والتجارية ، والمسائل الجنائية ، والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، ومعنى ذلك الغاء المحاكم القنصلية ، وتوسيع اختصاص المحاكم المختلطة توسيعاً كبيراً . والناظر الى هذه المشروعات لا يسعه الا أن يلاحظ أنها رجوع لما سبق أن اقترحه نوبار باشا فى سنة ١٨٦٧ ، ولم ترد الدول ذوات الامتيازات أن تجيبه فى ذلك الوقت الى كل ما اقترح ، واكتفت بأن تعد بتوسيع الاختصاص الجنائى الذى سمحت بأعطائه للمحاكم المختلطة ، وكان المفهوم أن يكون تنفيذ هذا الوعد بعد إنقضاء سنة من انشاء هذه المحاكم ، وها قد مضى على انشائها أكثر من نصف قرن ولما ينفذ الوعد . على أن اقتراحات نوبار سنة ١٨٦٧ كانت من بعض الوجوه أفضل لمصر مما تتضمنه هذه المشروعات .

والمشروع الأول خاص باعادة ترتيب المحاكم المختلطة على قاعدة جديدة ، مع توسيع اختصاصها . والمشروع الثانى يتضمن تعيين التشريع الذى تطبقه المحاكم الجديدة . والمشروع الثالث يتعلق بموظفى هذه المحاكم ، والنظام الداخلى فيها .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المشروعات أنها قد وضعت على اعتبار أن الدول الأجنبية تكون ، قبل نفاذ هذه القوانين ، قد أبرمت اتفاقاً مع بريطانيا العظمى على الغاء المحاكم القنصلية ، كما أنه من المفروض أيضاً أن تكون الدول قد اعترفت فى هذه الاتفاقات بما لبريطانيا العظمى من مركز خاص فى مصر ، وخولتها السلطة اللازمة لقيامها على الوجه المرضى بالواجبات التى يفرضها عليها مركزها الخاص ، سواء نحو مصر ، أو نحو الأجانب المقيمين فى مصر ، وأن التعديلات اللازمة ادخالها على نظام الامتيازات تحصل باتفاقات تعقد بين بريطانيا العظمى والدول ذوات الامتيازات . اما مصر فتعقد معاهدة مع بريطانيا العظمى ، تمنحها بمقتضاها الحقوق التى تلزم لتمكينها من تقديم الضمانات التى يجب أن تعطى للدول الأجنبية ، لتحقيق تولى الدول عن الحقوق المخولة لها بمقتضى الامتيازات (انظر مشروع ملنر) - ومعنى ذلك أن انجلترا هى التى تتعاقد عن مصر مع الدول ذوات الامتيازات ، وهى التى تسأل امام هذه الدول عن ارواح واموال الأجانب فى مصر .

وقد أحسن المرحوم ثروت باشا بحمل الحكومة الانجليزية على العدول عن هذه النظرية الخطرة ، والرجوع إلى الطريق الطبيعي ، بأن تعقد الاتفاقات التى تعدل من نظام الامتيازات الأجنبية رأساً بين مصر والدول ذوات الشأن ، بما فيهن انجلترا نفسها . وقد أخذت المقترحات المعروضة الآن على مصر بهذه النظرية السديدة ، إذ جاء فى المذكرة البريطانية التى سبقت الإشارة إليها ما يأتى : « إذ ساكون مستعداً لتأييد مساعى الحكومة المصرية لعقد اتفاقات مع الدول ، على أساس هذه الخطة » . لذلك يكون من المسلم به الآن أن تعديل نظام الامتيازات الأجنبية يحصل بمفاوضات تدور رأساً بين مصر والدول الأجنبية ، واتفاقات تعقد مباشرة من الجانبين ، أما انجلترا فلا تتعاقد مع الدول باسم مصر ، بل تتعاقد مع مصر نفسها . بإعتبار أنها (أى انجلترا) دولة ذات امتيازات ، ثم هى تبذل كل ما لها من نفوذ لدى الدول الأخرى ذوات الامتيازات حتى تحملها على عقد اتفاقات مماثلة مع مصر أيضاً .

ولكن يلاحظ أن المقترحات البريطانية ، إذا كانت قد أرضت مصر من هذه الوجهة ، قد أجمعت بحقها من وجهة أخرى ، إذ نصت الفقرة السادسة من هذه المقترحات على أنه « تعترف حكومة جلالته البريطانية بأن تبعة المحافظة على لرواح الأجانب فى مصر وأملاكهم تقع من الآن على عاتق الحكومة المصرية ، ويتكفل جلالة ملك مصر بتنفيذ تعهداته بهذا الشأن » .

وهذه الفقرة كانت فى الأصل موضوعة بالصورة الآتية : « يعترف الطرفان المتعاقدان بأن المسئولية عن حماية ارواح الأجانب وأملاكهم فى مصر تقع منذ الآن على عاتق الحكومة المصرية ، ويتخذ صاحب الجلالة ملك مصر كل التدابير والوسائل اللازمة لضمان تنفيذ واجباته فى هذا الصدد » .

وقد جاء فى الكتاب الأخضر لرئيس الوزراء الأسبق (محمد محمود باشا) بشأن هذه المادة ما يأتى : « أخذ على هذه المادة أنها تكلف مصر الاعتراف بأنها وحدها المسئولة عن ارواح الاجانب واموالهم ، وهو امر لم تزل تلح فى المطالبة به ، وتنكر أن يكون الحال فيه على غير ما قضت به المادة . وإذا كان أحد جديراً بأن ينفرد بهذا الاعتراف ، فهو الذى

سيتحول حاله بهذا الحكم ، ويطرح عن كاهله ما كان قد تطوع فى إحتماله . كذلك اخذ على جزئها الأخير أن الأصل فى حماية أرواح الأجانب وأموال السكان قاطبة ، بل الحق أن حماية الأرواح والأموال ليست إلا حكم البلاد حكما عادلا منظما ، وهو شأن كل بلد يزعم لنفسه حق المشاركة فى الحياة الدولية ، ويعتد لنفسه بمثل ما لمصر من العدة ، فليس لهذه المادة مفهوم غير أن الأمر رد إلى نصابه الطبيعى ، ودخلت حماية الأجانب فى عموم ما فى ذمة الحكومة المصرية وعنفها من حماية سكان البلاد . إذاً يكون الكلام فى اتخاذ التدابير اللازمة ، لتحقيق تنفيذ تعهدات مصر فى هذا الصدد ، اخراجا للمسألة عن وضعها الحقيقى ، فضلا عن أنه يخشى تأويله على أنه يجعل سبيلا للتدخل فى الإدارة المصرية ، فى سكنونها وحركتها ، كلما عن لبريطانيا رأى فيما يجب اتخاذه من التدبير لحماية أرواح الأجانب وأموالهم لا تكون الحكومة المصرية قائله به ، أو عاملة عليه . لذلك حذفت الإشارة الى التدابير اللازمة فأصبحت الجملة تكريرا بصورة أخرى للمعنى المستفاد من الشق الأول من المادة ، ومجرد تأكيد وقطع عهد بان سيجرى حكم البلاد بطريقة عادلة منظمة .

ولكننا نقول أنه رغما من الاحتياط الشديد الذى اخذ به نفسه المفاوض المصرى ، لا يزال النص ، حتى فى وضعه النهائى ، محلا للنقد . فهو يجعل مسئولية مصر عن حماية المصالح الأجنبية موضوع تعاقد بين انجلترا ومصر . بل ويشدد الجزء الأخير من هذه المادة فى معنى صفة الالتزام التعاقدى ، إذ ينص على أنه يتكفل جلالة ملك مصر بتنفيذ تعهداته بهذا الشأن ، حتى اصبح اللورد بارمور مصيبا فى تفسيره لهذه المادة فى مجلس اللوردات البريطانى عند ما صرح بما يأتى : « والظاهر أن المادة السادسة من مقترحات المعاهدة قد أسىء فهمها ، فإذا لم يقم ملك مصر بتعهده بأنه يكون مسئولا عن حماية أرواح الأجانب وأموالهم ، كان ذلك أخلافاً بشروط المعاهدة ، يحتم على الحكومة البريطانية أن تهتم إذ ذاك بحمل مصر على القيام بعهودها حق القيام ، (انظر جريدة الأهرام عدد ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩) .

مع أن الذى يجب تقريره فى هذا الصدد هو أن تكون مسئولية مصر عن المصالح الأجنبية غير مستمدة من أى التزام تعاقدى ، بل تقع هذه

المسئولية على مصر بحكم انها دولة لها حق السيادة فى شؤونها الداخلية والخارجية ، اما إذا كنا نسلم بتعاقد مصر مع انجلترا بشأن هذه المسئولية ، كان معنى هذا ان مصر تصبح مسئولة امام انجلترا عن حماية المصالح الأجنبية .

قد تكون انجلترا أصبحت ، بحكم إعلانها الحماية على مصر فى سنة ١٩١٤ ، مسئولة عن حماية المصالح الأجنبية فى هذه البلاد ، وقد تكون استبقت هذه المسئولية بموجب التحفظ الثالث من تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ . ولكنها بالمقترحات التى تقدمها لمصر الآن لم تفعل فى هذا الشأن أكثر من أن تعرض على مصر أن تحل هذه محلها فى حماية هذه المصالح ، على أن تكون مسئولة أمامها عن ذلك . مع أن الوضع الطبيعى للأمور - إذا أريد الغاء كل أثر للحماية - أن تكون مصر مسئولة عن حماية المصالح الأجنبية أمام الدول الأجنبية ذاتها ، دون وساطة انجلترا بين الطرفين ، حتى تنفك شبهة الحماية ، وحتى لا يصبح لانجلترا مجال للتدخل فى الشؤون المصرية ، بدعوى أن مصر مسئولة أمامها عن حماية الأجانب . وفى رأينا أنه يحسن أن يستبدل بالفقرة السادسة من المقترحات نص كالاتى : «تتخلى حكومة جلالته البريطانية عما اخذته على نفسها من تبعة المحافظة على ارواح الأجانب فى مصر وأماكنهم ، وتعترف بأن هذه التبعة تقع على عاتق الحكومة المصرية ، التى هى مسئولة مباشرة أمام الدول ذوات الشأن عن ذلك » .

بعد هذه الكلمة الوجيزة ، ننتقل إلى بيان التعديلات التى يراد ادخالها فى نظام الامتيازات الأجنبية . ونؤثر أن نرتب البحث فى هذه التعديلات ، بتوزيعها على سلطات الدولة الثلاث : التشريع والقضاء والإدارة .

أولاً - التشريع

تنص المادة الأولى من المشروع نمرة ٢ من مشروعات سنة ١٩٢٠ على أن المحاكم المختلطة تطبق قانونى النظام القضائى رقم ١ ورقم ٣ سنة ١٩٢٠

(أى المشروعين الأول والثالث)، وكذلك أحكام هذا القانون (أى المشروع الثانى)، وتطبق مع مراعاة هذه الأحكام التشريع الآتى: (١) القانون المدنى والقانون التجارى والقانون البحرى للمحاكم المختلطة مع التعديلات التى أدخلت عليها وقت نفاذ هذا القانون (ب) القانون الجنائى المختلط الصادر به القانون رقم سنة ١٩٢٠. (ج) كل تشريع مصرى آخر معمول به وقت نفاذ هذه القوانين بقدر ما كانت المحاكم المختلطة تطبق هذا التشريع (د) كل تشريع مصرى يصدر فى المستقبل، ومع ذلك، وفى حالة تشريع لم يكن ممكناً إلى الآن العمل به بدون موافقة الدول أو الجمعية التشريعية التى أنشأتها المادة ١٢ من القانون المدنى المختلط أو الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف، يلزم فى المستقبل موافقة المندوب السامى على هذا التشريع حتى يمكن تطبيقه فى المحاكم المختلطة (هـ) كل تشريع يوافق المندوب السامى على تطبيقه فى المحاكم المختلطة (والظاهر أن المقصود بهذه العبارة أن المندوب السامى يختار من التشريعات الأجنبية للأحوال الشخصية ما يصلح أن تطبقه المحاكم المختلطة فى هذه الدائرة).

هذا ما كان معروضاً على مصر فى سنة ١٩٢٠، ومنه يتبين أن سلطة المندوب السامى فى الموافقة على القوانين، وفى اختيار القوانين التى تطبقها المحاكم المختلطة، وهى سلطة قررتها المادة الأولى التى نحن بصددنا، تجعل من هذا المندوب مشرعاً إلى جانب المشرع المصرى. بل تجعله دكتاتوراً يستعمل هذه السلطة وحدة فيوقف بها تطبيق القوانين التى تقررها الهيئات التشريعية المصرية على الأجانب، ثم يستعملها وحده أيضاً فيشرع للأجانب دون أن تشترك معه فى ذلك الهيئات التشريعية المصرية.

هذه السلطة الدكتاتورية لم تتمسك بها المقترحات البريطانية المعروضة الآن على مصر^(١) وقد أستعيض عنها بسلطة الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة، فى حدود معينة، إذ جاء فى المذكرة البريطانية التى أشرنا

(١) لم تتدخل الحكومة البريطانية عن هذه السلطة الدكتاتورية لممثليها فى مصر فى المفاوضات الأولى. ولم يتغير مركزها فى هذا الشأن إلا منذ مفاوضات المرحوم ثروت باشا مع السر أوستن شامبرلان. فالمشروع الذى نتج من هذه المفاوضات يتضمن ميزتين حصلت عليهما مصر لأول مرة. الميزة الأولى هى أن يكون تعديل

إليها من قبل : « وسأكون مستعداً للاتفاق على أن تقوم الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة في المستقبل بإبداء كل موافقة لازمة لتطبيق التشريع المصري ، ومن ضمنه التشريع المالي ، على الأجانب ، إلا في حالة التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها فإنه لا ينفذ إلا بموافقة الدول عليه ، ويكون على الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة أن تثبت من أن التشريع المشار إليه لا يناقض المبادئ التي جرى العمل بموجبها عادة في التشريع الحديث الذي يسرى على الأجانب ، وأنه ، فيما يتعلق بوجه خاص بأي تشريع ذي صفة مالية ، لا يوجد تمييز غير عادل ضد الأجانب ، بما فيهم الشركات الأجنبية » .

وقد جاء في خطبة لرئيس الوزارة الأسبق (محمد محمود باشا) ، تعليقا على هذه المسألة ، ما يأتي : « فيما يتعلق بسريان التشريع على الأجانب ، ويدخل في ذلك الضرائب ، تقبل (الحكومة البريطانية) أن يحل محل موافقة الدول موافقة الجمعية العمومية للمحكمة المختلطة . على أن هذه الموافقة لن تكون مشاركة في توجيه الأمور العامة ، وتدخل في تكييف الأعمال التشريعية وتنظيم الضرائب ، وإنما تنحصر مهمة تلك الجمعية العمومية في الاستيثاق من أن الأجانب لا يصيبهم بذلك التشريع حيف ، أو يعاملون بسببه على غير ما يعامل به الأجانب في البلاد الأخرى . ومن حسن الحظ أن جمعية الأمم تشغل بأعداد اتفاق دولي عام ، يرسم القواعد العامة لمعاملة الأجانب في الشؤون المختلفة ، فستكون مهمة الجمعية العمومية ، بحسب المشروع الحالي ، النظر فيما يعرض عليها من التشريعات بمعيار تلك القواعد العامة » (أنظر جريدة الأهرام عدد ٢٥ أغسطس سنة ١٩٢٩) .

الامتيازات الأجنبية بموجب اتفاقات تعقد رأسا بين مصر والدول ذوات الشأن ، وقد اشرنا إلى ذلك فيما تقدم . والميزة الثانية هي ألا يكون لممثل بريطانيا دخل في التشريع الذي يسرى على الأجانب ، وتبقى الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة قائمة بمهمتها من التصديق على القوانين التي يراد سريانها على الأجانب ، على أن يحصر هذا الاشراف في حدود ضيقة ، وعلى أن تدخل التشريعات المالية ضمن التشريعات الأخرى . وهذا نفس ما تعرضه علينا المقترحات الحالية . ونلاحظ بهذه المناسبة أن مشروع شامبرلان - ثروت هو الأساس الذي بنيت عليه المقترحات الحالية ، وبنوع خاص ما يتعلق منها بمسألة الامتيازات الأجنبية .

إذا لا يكون لممثل بريطانيا في مصر شأن في سريان التشريع المصري على الأجانب ، وتبقى الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة قائمة بمهمتها من التصديق على كل تشريع تريد الحكومة المصرية تطبيقه على الأجانب . نقول « تبقى » لأن المقترحات البريطانية لم تأت بجديد فيما يتعلق باختصاص الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة في نظر القوانين التي يراد سريانها على الأجانب ، فهذه الجمعية مختصة الآن بذلك بمقتضى المادة الثانية عشرة من القانون المدنى المختلط . وعلى ذلك لا يكون دقيقاً ما ورد في خطبة رئيس الوزراء الأسبق ، من أن الحكومة البريطانية « تقبل أن يحل محل موافقة الدول موافقة الجمعية العمومية للمحكمة المختلطة » ، فقد قبلت الحكومة البريطانية ، وغيرها من الحكومات الدول ذوات الامتيازات ، هذا الأمر منذ سنة ١٩١١ ، فيما يتعلق بالتشريعات المعتادة ، أما فيما يتعلق بالتشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها فهذا تشترط فيه موافقة الدول ، حتى بمقتضى المقترحات المعروضة علينا الآن . فلا جديد إذاً من هذه الناحية . وإنما الجديد أمران :

(١) أدخل التشريع المالى (أى فرض الضرائب) الذى يسرى على الأجانب ضمن التشريعات التى يكتفى فيها بموافقة الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة ، وهذا ما تشترط فيه الدول ذوات الامتيازات الآن موافقة كل دولة منها عليه ، ولا تقنع بموافقة الجمعية التشريعية .

(٢) حددت مهمة الجمعية التشريعية تحديداً ضيقاً ، فلا يجوز لها عدم الموافقة على تشريع لا يناقض المبادئ التى يجرى العمل بموجبها عادة فى التشريع الحديث الذى يسرى على الأجانب ، وفيما يتعلق بوجه خاص بأى تشريع ذى صفة مالية ، لا يوجد تمييزاً غير عادل ضد الأجانب ، بما فيهم الشركات الأجنبية .

هاتان خطوتان نرى أن فيهما تقدماً محسوساً على الحالة التى نحن فيها الآن ، ولكنهما فى نظرنا لا تكفيان . لمصر أن تطلب أكثر من هذا ، دون أن يعد ذلك منها تطرفاً . وعندنا أنه يجب تقسيم التشريع الذى يسرى على الأجانب فى مصر الى ثلاثة أقسام :

قسم يسرى على الأجانب بمجرد صدوره من الهيئات التشريعية المصرية ، بلا حاجة الى أى إجراء آخر ، وهو :

(١) القوانين الخاصة بعقار فى مصر ، سواء أكانت قوانين مالية (تقرر ضرائب عقارية) أم غير مالية :

(٢) لوائح البوليس .

وقسم يسرى على الأجانب بعد صدوره من الهيئات التشريعية المصرية ، بشرط أن يعرض على الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة للموافقة عليه ، وهذه هى القوانين المدنية والتجارية ، والجنائية ، وقوانين المرافعات وتحقيق الجنايات ، وكل تشريع آخر مالى أو غير مالى عدا التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها .

وهذا هو القسم الثالث ، الذى لا بد فيه من موافقة الدول ، تحت رقابة هيئة دولية كمحكمة لاهاى .

ولنفصل الآن ما أجملناه .

القسم الأول : القوانين العقارية ولوائح البوليس :

نبدأ بالقوانين العقارية . ونلاحظ بشأنها أن الامتيازات الأجنبية لا تسوغ مطلقاً اعتداء الدول على سيادة مصر فى هذا الأمر . فللحكومة المصرية ، حتى بمقتضى هذه الامتيازات ، سن قوانين خاصة بالعقارات فى مصر ، تسرى على الأجانب سريانها على المصريين ، دون الرجوع إلى الدول أو إلى أية هيئة أخرى غير الهيئة التشريعية المصرية . فلقد كانت الأجانب ممنوعين من تملك العقارات بمصر بمقتضى القوانين الأساسية للدولة العلية . وإذا كان بعض ولاية مصر سمحوا لبعض الأجانب بتملك عقارات فى الديار المصرية ، كما حصل هذا فى عهد محمد على وفى عهد سعيد ، فلم يكن ذلك إلا من قبيل التسامح لتشجيع الأجانب على الإقامة فى مصر ، وكان هذا مخالفاً على كل حال للقوانين الأساسية للدولة العلية التى تقيدت مصر بعدم مخالفتها . ولا عبرة بما يتمسك به الأجانب فى مصر من أنهم تملكوا أراضى مصرية قبل أن يسمح للأجانب فى الدولة العلية بتملك العقارات ، وأنهم أجروا على هذه الأراضى حكم الامتيازات الأجنبية وجعلوها خاضعة لمحاكم القنصلية ، فإن هذه الفترة الوجيزة التى اقطعتهم فيها ولاية مصر الأراضى تشجيعاً لهم لا يصح أن تنشئ عادة أو عرفاً مرعياً يعطيهم من الحقوق ما لا تقره المعاهدات المكتوبة ، وما يتناقض مع القوانين الأساسية . والصحيح أن الأجانب لم يجز لهم

قانوناً تملك العقارات فى مصر إلا على أساس فرمان سنة ١٨٦٧ ، الذى اجاز للأجانب فى الدولة العلية - وتبعاً فى مصر تملك العقارات . واليك أهم نصوص هذا الفرمان :

المادة الأولى : للأجانب أن يتمتعوا ، كالرعايا العثمانيين وبدون شرط آخر ، بحق ملكية العقارات ، سواء كانت فى المدن أو فى الأرياف ، فى جميع نواحى الامبراطورية العثمانية عدا ولاية الحجاز ، وذلك بأن يخضعوا للقوانين واللوائح التى يخضع لها الرعايا العثمانيون على النحو الآتى .

المادة الثانية : الأجانب الملاك لعقارات فى المدن أو فى الأرياف يتمثلون بناء على ذلك بالرعايا العثمانيين فى كل ما يختص بعقاراتهم ، ويترتب قانوناً على هذا التماثل ما يأتى : (١) أن يخضعوا لجميع القوانين ولوائح البوليس والبلديات التى تسرى الآن أو ستسرى فى المستقبل على حق استغلال الملكية العقارية وانتقالها والتصرف فيها ورهنها . (٢) أن يدفعوا جميع التكاليف والضرائب ، التى تجبى فى المستقبل ، على العقارات فى المدن أو فى الأرياف . تحت أى شكل كانت ، وبأى اسم سميت .

فانت ترى من ذلك أن امتلاك الأجانب لعقارات فى بلاد الدولة العلية - وتبعاً فى مصر - اشترط فيه أن تخضع الأجانب لجميع القوانين ولوائح البوليس والبلديات التى تسرى ، أو التى يمكن أن تسرى فى المستقبل ، على العقارات من حيث الانتفاع بها أو انتقالها والتصرف فيها أو رهنها ، واشترط أيضاً أن يدفعوا جميع الضرائب العقارية ، تحت أى شكل كانت وبأى اسم سميت ، وقد قبلت الدول هذا الفرمان واعتبرته معاهدة دولية . ولم يكن الا اعتداء من الأجانب على حقوق مصر امتناعهم فى أول الأمر عن دفع ضريبة البناء ، ولم يكن إلا سوء تصرف وضعفا من الحكومة المصرية فى مفاوضة الدول فى امر هذه الضريبة ، فتسجل بذلك على نفسها وجوب مفاوضة الدول فى كل ضريبة كما هى تفعل الآن بشأن ضريبة الخفر . والصحيح أن التشريع المصرى يسرى على الأجانب كما يسرى على المصريين ، فيما يتعلق بالعقار وبالضرائب العقارية ، بلا حاجة إلى مفاوضة الدول ، بل بلا حاجة إلى مصادقة الجمعية التشريعية

للمحاكم المختلطة . فيجب أن ينص صريحا على رجوع هذا الحق لنا ، فإن اغتصابه منا خرق لنفس الامتيازات الأجنبية التي تحتج بها الاجانب علينا . ومن الضروري تقرير هذا المبدأ ، لان القوانين التي تسرى على العقار تكاد تكون كلها من النظام العام وتهم الدولة في اهم مقوماتها ، وهي الأرض ، فمن الواجب أن تكون مصر حرة في تشريعها الخاص بالأرض المصرية ، ولو كان أجنبي هو المالك لهذه الأرض . كما انه يجب أيضا ان تكون المحاكم الأهلية هي المختصة بنظر جميع القضايا العقارية ، ولو كان المتقاضون كلهم اجانب ، ولو كان هؤلاء الأجانب من جنسية واحدة . وسنعود إلى ذلك فيما يلي . وليس فيما نشير به الارء للحق إلى نصابه ، ورجوع عن الافتئات على السلطة الشرعية للبلاد ، وأقرار للأمور على وجوها الصحيحة ، طبقا لما تقتضيه المبادئ القانونية المعترف بها في الوقت الحاضر بين كل الأمم المتعدينة .

أما من حيث لوائح البوليس ، فقد كان لمصر حق سن هذه اللوائح ، وكانت تسرى على الأجانب ، وذلك قبل وجود المحاكم المختلطة نفسها . ولما أنشئت هذه المحاكم تأيد هذا الحق بنص المادة العاشرة من القانون المدني المختلط ، وبنص المادتين ٣٣١ و ٣٤٠ من القانون الجنائي المختلط . كل هذه النصوص متضافرة على أن للحكومة المصرية سن لوائح للبوليس تسرى على الأجانب بشرط ألا تزيد العقوبة فيها على المخالفة . ولم يكن الامحض اعتداء من المحاكم المختلطة أن تشترط موافقة جمعيتها التشريعية على اللوائح الجديدة التي تصدرها الحكومة المصرية ، مستندة خطأ إلى المادة ١٢ من القانون المدني المختلط ، ولم يكن ، هنا أيضا ، إلا سوء تصرف وضعفا من الحكومة المصرية ، أن تفاوض الدول في شأن هذه اللوائح ، وتصدر دكريتو ٣١ يناير سنة ١٨٨٩ تحدد فيه من سلطتها في سن لوائح البوليس ، وتقصر هذه السلطة على لوائح معينة بقيود معينة (أنظر في ذلك : *Lamba : Condition Juridique des Européens en Egypte. Paris,*

1896. p.p. 212—228

والصحيح قانونا أن للحكومة المصرية أن تسن لوائح البوليس ، وتسرى هذه اللوائح على الاجانب سريانها على المصريين ، بدون حاجة إلى موافقة الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة ، ويجب أن نتفاوض مع الدول نوات الامتيازات على هذا الأساس ، حتى نسترد أيضا هذا الحق المغتصب .

القسم الثانى : التشريعات الاخرى غير التشريع الذى يحدد تشكيل المحاكم المختلطة واختصاصها

اهم هذه القوانين هى القوانين المدنية ، والتجارية ، والجنائية ، وقوانين الاجراءات ، والضرائب غير العقارية . وقد تبين مما تقدم من نصوص المقترحات أن الشأن فى هذه التشريعات أن تسرى على الأجانب ، على شرط أن توافق عليها الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة ، ولا يصح لهذه الجمعية أن تمتنع من الموافقة ما دامت هذه التشريعات لا تناقض المبادئ التى يجرى العمل بموجبها عادة فى التشريع الحديث الذى يسرى على الاجانب ، وما دامت الضرائب لا توجد تمييزاً غير عادل ضد الأجانب بما فيهم الشركات الاجنبية .

ونحن نوافق على هذا المبدأ . إلا أننا نلاحظ أن المقترحات لا تجعل مجالاً للتحكيم إذا اختلفت وجهة نظر الحكومة المصرية عن رأى الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة ، بل يكون رأى هذه الهيئة نهائياً ، فتوقف أى تشريع ترى - خطأ أو صواباً - أنه يناقض مبادئ التشريع الحديث ، أو يقرر ضريبة مجحفة بالأجانب . وذلك يظهر بالرجوع إلى الكتاب الأخضر لرئيس الوزارة الأسبق ، فمنه يتبين أن الفقرة الحادية عشرة من المقترحات ، التى أثبتنا نصها فيما تقدم ، صيغت فى أول الأمر بالصورة الآتية : « يعترف الطرفان المتعاقدان بأن نظام الامتيازات القائم بمصر الآن أصبح لا يلائم روح العصر والحالة الحاضرة لمصر ، وبناء عليه يتعهد صاحب الجلالة البريطانية بأن يستخدم كل ما له من نفوذ لدى الدول ذوات الامتيازات فى مصر للحصول ، بالشروط التى تؤمن المصالح المشروعة للأجانب ، على نقل إختصاص المحاكم القنصلية إلى المحاكم المختلطة وعلى تطبيق التشريع المصرى على الاجانب . ويتعهد جلالة ملك مصر من جانبه بالأتسن قوانين مجحفة بالأجانب فى مسألة الضرائب أو لا تتفق مع مبادئ التشريع العام لجميع الدول ذوات الامتيازات » ويبين الكتاب الأخضر كيف عدلت هذه المادة حتى صيغت فى صورتها الحالية ، فيقرر ما يأتى : « أخذ على الفقرة الأولى أن مصر ما بها أن تعترف بأمر بح صوتها بالنداء به ، وأن الاعتراف يجب أن يصدر ممن كانوا حتى الآن متمسكين بالامتيازات ، لا يقبلون فيها تبديلاً . أما الفقرة الأخيرة ،

فقد تساءلنا ماذا يكون مرمى التعهد الوارد بها ، وأشرنا إلى أن تضمين هذا التعهد فى المعاهدة يجعل مادة التحكيم (١٤) منصبه عليه ، وزدنا أنه بمقتضى التعهد وعملا به يصبح لمصر أن تضع ما تشاء من التشريعات ، وتطبيقها على الأجانب . فإذا رأت بريطانيا فى شىء من تلك التشريعات أجحافا بالأجانب ، أو تنافياً مع المبادئ العامة للتشريع عند الدول ذوات الامتيازات ، وخالفها مصر فى رأى ، حل الخلاف بطريق التحكيم وهذا الوضع يشبه من بعض الوجوه ما كان قد اقترحه مشروع ملنر من إعطاء الممثل البريطانى حق المعارضة (veto) فيما يطبق على الأجانب من التشريعات ، على أنه يفضل الاقتراح القديم فى أنه بدلا من أن يكون حقاً فردياً للممثل البريطانى ، يصبح الخلاف بين الدولتين محل تحكيم على يد هيئة دولية . وقد ابدينا أننا لانرى مانعا من قبول هذه الصورة الجديدة فى ضمان حقوق الأجانب ، لاسيما وأننا لانرى فرقا بينها وبين الضمانات التى وردت فى مشروع الاتفاق الدولى الذى وضعته عصبة الأمم ، والذى رسم القواعد العامة لمعاملة الأجانب ، وجعل التحكيم طريق حل الخلافات بين الدول فى تنفيذ تلك القواعد . ويكاد يكون الفرق الوحيد بين حكم بالأجانب ، وعدم مناقضته لمبادئ التشريع الحديث ، كان مندرجا فى صلب المعاهدة ، ثم انحدر الى المذكرات التى تتبادل ، حتى لا يكون هذا الشرط محلا للتحكيم ، مادامت الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة تقوم بالتصديق على التشريعات ، « وحيث يكون تصديق لايجوز أن يصبح التشريع المصدق عليه محل احتكام بعد ذلك » .

ونحن لانستطيع أن نقر وجهة النظر هذه : ولانرى ما يمنع ، لا من وجهة القانون ولا من وجهة العمل ، أن يتقرر وجوب تصديق الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة على التشريع المصرى الذى يراد به أن يسرى على الأجانب : ويتقرر الى جانب ذلك أنه إذا امتنعت هذه الجمعية من المصادقة ، ورات الحكومة المصرية أنها خرجت فى ذلك عن حدود مهمتها ، حل الخلاف بطريق التحكيم . وبذلك نأمن تحكم الجمعية العمومية وتعنتها التى تحاول فى بعض الظروف ، كما يقرر الكتاب الأخضر نفسه ، أن تتدخل « فى موضوع التشريع ومناسبته » .

وهذا هو نفس ما كان يراه المرحوم ثروت باشا ، فقد جاء فى الكتاب الأخضر الذى أصدره ، فى الوثيقة رقم ٩ ، ما يأتى :

« اما ما يتعلق بالتشريع الذى يطبق على الأجانب ، فإن المادة ١٢ من القانون المدنى المختلط تعتبر أنها القاعدة لكل تشريع لا يكون تشريعاً مالياً وتكون مهمة الجمعية العمومية للمحكمة المختلطة الاستيثاق من أن التشريع الذى يعرض عليها ليس بحيث لا يتفق مع المبادئ المشتركة فى بلاد الدول ذات الامتيازات . وفيما يختص بالتشريع العالى يجب الا يستعمل حق المعارضة ، الذى أرى نفسى مستعداً للاعتراف به ، الا بالنسبة للقوانين التى تقرر فرقاً فى المعاملة لغير مصلحة الأجانب (المفهوم أنه لا يعتبر تفريقاً فى المعاملة أن ضريبة متساوية للجميع تكون أثقل أثراً على الأجانب ، لأنها تفرض بالنسبة لحالات أو أعمال اخص بهم ، أو أكثر تحقفاً عندهم ، كما يجب أن يشترط فيه :

(١) الا يستعمل الا بناء على تقرير تضعه هيئة مشكلة لهذا الغرض ، وتكون الحكومة المصرية ممثلة فيها ، كان تكون مثلاً لجنة مؤلفة من أربعة أعضاء ، اثنان منهم مصريان ، وثالث يمثل الدول الكبرى ، ورابع يمثل الدول الصغرى .

(٢) أنه لا يوقف تنفيذ التشريع الا استعمال حق المعارضة فعلاً .

(٣) أن يقرر للحكومة المصرية حق الطعن فى ذلك الاستعمال امام هيئة دولية ، تكون عصابة الأمم أو محكمة لاهاى . ويقتضى أن يلاحظ هنا أن جواز رفع الأمر الى هيئة دولية ، عندما ترى الحكومة المصرية أن حق المعارضة استعمل على غير وجهه ، كان يرجع فى المشروع الذى قدمته إلى أن الأحكام الخاصة بحق المعارضة كان سينص عليها فى المعاهدة نفسها ، فكان يجب لذلك تفسير أو تأويل احكام المعاهدة عند الخلاف بحسب ميثاق عصابة الأمم . فأذارئى لمناسبات أخرى أن توضع الأحكام الخاصة بحق المعارضة فى اتفاق آخر ، فيجب احتفاظاً بالمعنى المتقدم أن ينص صراحة فى ذلك الاتفاق على حق الحكومة فى الطعن فى استعماله ، دون أن يكون فى هذا النص ابتداء شئ جديد .

نرى مما تقدم مبلغ حرص المرحوم ثروت باشا على أن يحتفظ للحكومة المصرية بحق الطعن فى قرار الجمعية العمومية ، إذا جاء مخالفاً

لوجهة نظرها ، وكيف يحصر هذا القرار فى حدود ضيقة ، فيقيده بتقرير سابق تضعه لجنة مختلطة ، ويجعله حق معارضة لاحق تصديق ، ينفذ التشريع المصرى على الأجانب إذا لم يستعمل ، ولا ضرورة للتربص بالتشريع حتى تتم المصادقة عليه .

ونحن نوافق على هذه الآراء السديدة ، ونتقدم الى المفاوض المصرى فى أن يعمل على تحقيقها عندما تدور المفاوضات مع انجلترا ومع الدول بشأن تعديل الامتيازات ، وأن يوجه النظر الى ما لاحظته المرحوم ثروت باشا بحق من أن المفهوم أنه لا يعتبر تفريقاً فى المعاملة أن ضريبة متساوية للجميع تكون أثقل أثراً على الأجانب ، لأنها تفرض بالنسبة لحالات أو أعمال أخص بهم أو أكثر تعمقاً عندهم .

ونلاحظ أنه كان من الممكن أن تتمسك مصر بحقها فى فرض اية ضريبة - عقارية كانت أو غير عقارية على الأجانب بدون الرجوع الى الجمعية العمومية ، ما دامت الضريبة غير مجحفة . وتاريخ الامتيازات الأجنبية لا يابى علينا هذا الحق ، لأن الأجانب لم يعفوا بموجب الامتيازات التى ينفردون بها وحدهم ، كالجزية التى تجبى من غير المسلمين . ولكننا لا نتشدد الآن فى ذلك ، ونؤثر أن نرجئة لمرحلة أخرى ، عندما تتحقق الدول من أن مصر تحسن استعمال ما تسترده من الحقوق .

بقى أن نشير إلى القانون الجنائى الذى كان مزماً إصداره فى سنة ١٩٢٠ . هذا القانون من وضع عهد ماض ، إذ كانت لجنة الامتيازات التى ألغت فى ذلك العهد تعمل فى ظروف تغيرت الآن تغيراً جوهرياً . ويكفى أن نشير إلى أن هذا القانون يعتبر الدولة البريطانية ، بالنسبة للمصرى ، كأنها الدولة صاحبة السيادة عليه . فيعاقب الجرائم التى ترتكب ضدها بنفس العقوبة التى يعاقب بها الجرائم ضد الدولة المصرية (انظر على سبيل المثال المواد ١٢٣ و ١٢٤ و ١٥٩ و ١٦٠ من هذا المشروع) ، ويضع المندوب السامى فى مرتبة حاكم البلاد الشرعى فيعاقب بعقوبة واحدة الاعتداء على أى منهما (انظر المادة المأداة ١٢٩ من المشروع) ، ويقرن الأسرة المالكة فى انجلترا بالأسرة المالكة فى مصر على أنهما متساويان من حيث وجوب ولاء المصرى لكل منهما (انظر المادتين ١٤٣ و ١٤٤) ، ويجعل العلم البريطانى والجيش البريطانى فى منزلة العلم

المصري والجيش المصري من حيث وجوب احترامهما (انظر المواد ١٤٥ و ١٤٦ و ١٦٤) ، ويعاقب التزيف فى الأوراق المالية التى تصدرها الحكومة البريطانية بنفس عقوبة التزيف فى الأوراق المالية التى تصدرها الحكومة المصرية (انظر المادة ٢٣٨) . من هذا كله يتبين وجوب تشكيل لجنة مختلطة ، من مصريين واجانب ، لاعادة النظر فى هذا المشروع من الوجهة السياسية ومن الوجهة الفنية (انظر نقداً لهذا المشروع ، من الوجهة الفنية للأستاذ ارمانجون فى مجلة مصر العصرية فى عددى ٥١ و ٥٢ سنة ١٩٢٠) ، على أن يعرض المشروع بعد تعديله على البرلمان المصرى ، فالجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة فى حدود اختصاصها الجديدة . ونوجه النظر من الآن الى وجوب الاهتمام بجريمتين يكثر ارتكابهما فى اوساط الجاليات الأجنبية بمصر ، هما الاتجار بالمواد المخدرة والاقراض بالربا الفاحش .

ونشير أخيراً إلى المواد ١٠ - ٢٧ من المشروع الثانى من مشروعات سنة ١٩٢٠ ، وهى النصوص التى تشير اليها المذكرة البريطانية السالف ذكرها ، على اعتبار أنها تقرر مبادئ يجب الايجاد عنها ، إذ جاء فى هذه المذكرة ما يأتى : « وأن توسيع اختصاص المحاكم المختلطة الجنائى يستلزم اعداد وتنفيذ قانون جديد لتحقيق الجنايات . وفى مشروعات القوانين التى اعدت فى سنة ١٩٢٠ ، بعض نصوص مهمة خاصة بقانون تحقيق الجنايات (انظر المواد ١٠ - ٢٧ من القانون رقم . . . الصادر فى ١٨ ابريل سنة ١٩٢٠) ، ولاشك ان دولتكم توافقوننى على ان قانون العقوبات الجديد يجب الا يحيد عن المبادئ المقررة بتلك المواد » - ولنا ملاحظات على بعض هذه النصوص : تقضى المادة الثانية عشرة بأن قاضى التحقيق يحيل المتهم إلى محكمة الجنايات ، إذا رأى ان الأدلة المقدمة توجد قرينة على إدانته :

(أ) فى جناية .

(ب) فى جنحة من اختصاص محكمة الجنايات ، إذا كان من رايه انه نظراً لظروف الدعوى لا تكون العقوبة التى للمحكمة الجزئية إيقاعها كافية .

(ج) فى جنحة مرتبطة بجريمة صدر بشأنها أمر إحالة تطبيقاً لأحدى الفقرتين السابقتين ، إذا كان من رايه أنه يجب الحكم فى الجريمة معاً (انظر أيضاً المادة ٢٥) . والأصل فى ذلك أن المادة ١٧ من المشروع الأول تقضى بأن المحاكم الجزئية تختص بالنظر فى الجنح والمخالفات ، الا أنها تملك الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنتين (وقد اقترحت لجنة الأجانب تخفيض هذا الحد أيضاً) وتقضى المادة ١٩ من المشروع نفسه بأن محاكم الجنايات تختص بالنظر فى الجنايات وفى الجنح التى تزيد عقوبة الحبس المقررة لها قانوناً على سنتين . ومن ذلك يتبين أن مشروعات سنة ١٩٢٠ تضيق من اختصاص محكمة الجنح والمخالفات ، إذ تجعل بعض الجنح من اختصاص محكمة الجنايات ، وهذا عكس ما اتبع أخيراً فى القضاء الأهلى ، إذ جعلت بعض الجنايات من اختصاص محكمة الجنح . ونحن نؤثر الا تعدى محكمة الجنايات على اختصاص محكمة الجنح ، والظاهر أن السبب الذى دعا واضع مشروعات سنة ١٩٢٠ إلى نزع الجنح التى يعاقب عليها بالحبس لمدة أكثر من سنتين من اختصاص محكمتها الطبيعية ، هو اعطاء ضمانات أوفر أمام محكمة الجنايات للأجانب المتهمين فى جنح تزيد العقوبة فيها على سنتين . ولا نرى ما يبرر إعطاء هذه الضمانات ، وأنه يحسن الرجوع إلى الاختصاص الطبيعى لكل محكمة ، ما دام تقسيم الجرائم إلى جنايات وجنح ومخالفات يبقى معمولاً به فى ظل النظام الجديد .

وتنص المادة السادسة عشرة من المشروع نمرة ٢ على أنه لايجوز رفع الدعوى مباشرة الى محكمة الجنايات من قبل المدعى المدنى ، ولايجوز تقديم أحد للمحاكمة بناء على طلب النائب العمومى أو المدعى المدنى لجريمة يجوز أن تعاقب بالحبس لمدة أكثر من سنة ، ما لم يكن ذلك بناء على أمر أو تصريح سابق من قاضى تحقيق أو قاضى إحالة أو محكمة - وفى هذا النص تضيق لا مبرر له السلطة النائب العمومى فى رفع الدعوى الجنائية ، ولحق الأفراد فى رفع الجنحة المباشرة (انظر نقد الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا لهذه المادة فى ملخص المحاضرات التى القاها على المحامين ، وهى منشورة فى ملحق للعدد الثامن من السنة الأولى لمجلة المحاماة ص ٦٤ - ص ٦٦) .

وتنص المادة الثالثة والعشرون على أن عقوبات الاعدام والأشغال الشاقة والحبس لمدة أكثر من شهرين لايجوز توقيعها غيايبا - وهذا التقييد فيه كل الحرج إذا كان المتهم أجنبيا وفر من البلاد المصرية (انظر نقد الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا فى ملحق المحاماة المشار إليه ص ٦٦ - ٦٧) .

القسم الثالث : التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها

يجب أن تحدد نصوص هذا التشريع تحديدا دقيقا ، ولا يتوسع فى هذا التحديد بل يقتصر الأمر على النصوص الأساسية . فإذا تم التحديد على هذا النحو يتقرر أنه لايجوز تعديل النصوص التى أدخلت فى هذه الدائرة إلا بموافقة الدول ذوات الامتيازات . ولكن يجب مع ذلك أن يتقرر مبدأ مراجعة هذه النصوص بعد كل فترة من الزمن (كل عشر سنوات مثلا) ، وللحكومة المصرية أن تقترح تعديلها بما يتناسب مع تقدم مصر وقتئذ ، فتهيئ بذلك الفرصة لأن تُلغى الامتيازات الأجنبية تدريجيا ، دون مساس بمصالح الأجانب المشروعة .

والواجب أيضا أن يتقرر أنه فى حالة إصرار الحكومة المصرية على اقتراحات معينة تعدل بها هذه النصوص الأساسية ، وعدم موافقة الدول لها على ذلك . يجوز لمصر أن ترفع الأمر الى محكمة لاهاى ، أو إلى عصبة الأمم (تطبيقا للمادة ١٩ من ميثاق هذه العصبة وسنعود إليها فيما يلى) ، على أن يكون قرار الهيئة التى يرفع الأمر إليها نافذا على الجميع .

ثانيا : القضاء

ترمى المقترحات البريطانية الى إدخال تعديل جوهري على نظام القضاء المختلط :

- (١) من حيث اختصاص المحاكم المختلطة .
- (٢) ومن حيث القائمين بالقضاء فى هذه المحاكم .

١ - اختصاص المحاكم المختلطة :

تنص المادة الأولى من المشروع الأول من مشروعات سنة ١٩٢٠ على أن يعاد تنظيم المحاكم المختلطة ، بحيث يتناول اختصاصها المواد الآتية :

أولاً : جميع المنازعات المدنية ، بين مصريين وأجانب ، أو بين أجانب سواء كانوا من جنسية واحدة أو من جنسيات مختلفة .

ثانياً : جميع المنازعات المدنية الأخرى التي باشرت المحاكم المختلطة القضاء فيها إلى الآن .

ثالثاً : جميع المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب .

رابعاً : جميع الإجراءات الجنائية ضد الأجانب .

خامساً : جميع الإجراءات الجنائية ضد المصريين ، في الأحوال التي باشرت المحاكم المختلطة القضاء فيها بالنسبة للمصريين حتى الآن (وقد اقترحت لجنة الأجانب إضافة جرائم التزوير واليمين الكاذبة وشهادة الزور والنصب ببيع ملك الغير ، إذا ارتبطت هذه الجرائم بدعاوى منظورة أمام المحاكم المختلطة) . ومع ذلك فلا يكون لهذه المحاكم أى اختصاص في المنازعات أو المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لأجنبي مسلم منتقم إلى أحد المذاهب السنية ، إذا كانت مثل هذه المنازعة أو المسألة خاضعة في بلاده لقضاة المحاكم الشرعية دون سواها .

ونلاحظ أن هذا النص هو من النصوص الأساسية في مشروعات سنة ١٩٢٠ ، وهو المحور الذى يدور عليه الإصلاح القضائى المقترح . ولا يخفى أن من شأنه أن يلغى المحاكم القنصلية وينقل اختصاصاتها المدنية والجنائية إلى المحاكم المختلطة ، فيوسع بذلك اختصاص هذه المحاكم الأخيرة توسيعاً كبيراً يظهر فيما يأتى :

أولاً : يصبح من اختصاص المحاكم المختلطة جميع المنازعات المدنية بين مصريين وأجانب ، أو بين أجانب سواء كانوا من جنسية واحدة أو من جنسيات مختلفة . وهذه المواد هي الآن من اختصاص المحاكم المختلطة ، إلا المنازعات المدنية المتعلقة بمنقول بين أجانب من جنسية واحدة ، فهي بموجب النظام الحالى من اختصاص المحاكم

القنصلية، فنقلتها مشروعات سنة ١٩٢٠ الى اختصاص المحاكم المختلطة، وهذه حسنة من حسنات هذه المشروعات، تزيد قيمتها إذا أضفنا الى ذلك أن المقترحات البريطانية قد قضت صراحة على التوسع في تفسير كلمة «أجنبي» ذلك التوسع الذي تذهب اليه المحاكم المختلطة الآن بدون مستند قانوني صحيح، فلا يعود «الأجنبي» الخاضع لقضاء المحاكم المختلطة هو كل شخص غير مصري الجنسية، سواء أكان تابعاً لدولة من الدول المتمتعة بالامتيازات أم غير تابع لأحدى هذه الدول، بل تصبح القاعدة أن كل شخص في مصر يكون خاضعاً لقضاء المحاكم الأهلية إلا إذا خرج من اختصاص هذا القضاء بحكم قانون أو عرف أو معاهدة، وبعبارة أخرى تصبح الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات خاضعين لقضاء المحاكم الأهلية، ولا يشمل اختصاص المحاكم المختلطة إلا الأجانب المتمتعين بالامتيازات. ومن ذلك نرى أن اختصاص المحاكم المختلطة. وأن كان يتسع على حساب المحاكم القنصلية فيما يتعلق بالدعاوى المدنية بين الأجانب من جنسية واحدة، فهو يضيق لمصلحة المحاكم الأهلية فيما يتعلق بتحديد كلمة «الأجنبي» وقصرها على الأجانب المتمتعين بالامتيازات.

ونلاحظ قبل ترك هذه المسألة أنه يحسن النص على اعتبار الرعايا السابقين للدولة العلية، ولو كانوا قد وضعوا بعد الحرب تحت إنتداب دولة من الدول ذوات الامتيازات (كالفلسطينيين والسوريين والعراقيين)، خاضعين لقضاء المحاكم الأهلية. كذلك يحسن النص على أن كل الشركات التي تكون مصرية الجنسية، ولو تألفت من أجنبى متمتعين بالامتيازات، تكون خاضعة لقضاء المحاكم الأهلية أيضاً.

ثانياً: ويصبح من اختصاص المحاكم المختلطة جميع المنازعات المدنية التي باشرت هذه المحاكم القضاء فيها إلى الآن: هذه عبارة مبهمة لا يعرف مداها. وأظهر عيوب هذا النص أنه يقر المحاكم المختلطة على ما اختطته لنفسها، منذ إنشائها، من التوسع في اختصاصها توسعاً لا يستند إلى قانون، ولا تراعى فيه مصلحة المصريين. ولنذكر على سبيل المثال نظرية «المصالح المختلطة» (Théorie de l'intérêt mixte). فقد مدت المحاكم المختلطة اختصاصها، بفضل هذه النظرية، إلى قضايا كل

المتقاضين فيها مصريون ، ولا يوجد بينهم أجنبي واحد ، بدعوى أن هناك مصلحة لأجنبي في الدعوى ولو كانت هذه المصلحة ليست بالذات موضوع النزاع . واستندت في ذلك إلى المادة ١٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وهي تنص على أن مجرد عمل رهن عقارى لمصلحة أجنبي على عين ثابتة ، أيا كان مالکها أو واضع اليد عليها ، يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالحكم في صحة هذا الرهن وفي جميع نتائجه ، ومنها بيع العقار جبرياً وتوزيع ثمنه . وطبقت النظرية على حجز ما للمدين لدى الغير ، فحكمت باختصاصها ولو كان كل من الدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه مصريين (أو أجنيين من جنسية واحدة) ، مادام المحجوز لديه أجنبياً مختلفاً في جنسيته عن جنسية الدائن والمدين . وحكمت باختصاصها في قضية ترفع بين مصرى وشركة مصرية ، إذا كان بين المساهمين في هذه الشركة أجنبي . ولا يتسع المقام هنا لبيان ما وسع المحاكم المختلطة ابتلاعه من القضايا التي هي في الأصل من اختصاص المحاكم الأهلية (أو من اختصاص المحاكم القنصلية إذا كان المدعى والمدعى عليه أجنيين من جنسية واحدة) ، باسم نظرية « المصالح المختلطة » .

والذى نراه أن يحذف من المشروعات هذا النص ، بل يجب أيضاً القضاء على نظرية المصالح المختلطة قضاء صريحاً ، ووضع نص خاص بذلك ، كما كانت الحكومة المصرية تريد أن تفعل عندما قدمت إلى اللجنة الدولية اقتراحاً يقضى بأن اختصاص المحاكم المختلطة يتحدد بالنظر إلى جنسية الخصوم دون غيرها ، ودون إلتفات إلى المصالح المختلطة التى قد تتضمنها القضية بطريق غير مباشر

(Uniquement par la nationalité des parties en cause sans avoir égard aux intérêts mixtes qui pourraient être indirectement engagés dans le proces).

انظر رسالة الأستاذ الدكتور محمد بهى الدين بركات بك

(Privilèges et Immunités dont jouissent les Etrangers en Egypt vis-à-vis des Locales; Paris 1912. p. p. 255-256)

ثالثاً : وتختص المحاكم المختلطة كذلك بجميع المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب : وهذا توسيع آخر لاختصاص المحاكم المختلطة على حساب المحاكم القنصلية ، وهو توسيع محمود ،

وعدت الحكومة البريطانية فى مذكرتها المشار اليها أن توافق عليه فيما يتعلق بالرعايا البريطانيين ، وأن كانت قد تشككت فى امكان أن توافق الدول ذوات الامتيازات كلها على ذلك . فذكرت انه « قد يصعب على بعض الدول أن ترضى بنقل جميع قضايا رعاياها الخاصة بالأحوال الشخصية إلى المحاكم المختلطة فنقلها فى هذه الحالة يجب أن يكون إختيارياً ، والاختصاص فى هذه الأمور يجب أن يظل للسلطات القنصلية ، الا إذا تم الاتفاق بين الحكومة المصرية والحكومة الأجنبية ذات الشأن على نقل ذلك الاختصاص إلى المحاكم المختلطة . وائنى أتوقع الاتفاق على أن تحول المحاكم المختلطة الاختصاص فى هذه الشؤون فيما يتعلق بالرعايا البريطانيين » .

وتضيف الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من المشروع الأول ما يأتى :
« ومع ذلك فلا يكون لهذه المحاكم (أى المحاكم المختلطة) أى اختصاص فى المنازعات أو المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لأجنبى مسلم منتم إلى أحد المذاهب السنية ، إذا كانت مثل هذه المنازعة أو المسألة خاضعة فى بلاده لقضاء المحاكم الشرعية دون سواها » . والظاهر من هذا النص أن الأجانب المسلمين المتمتعين بالامتيازات الأجنبية ، كالتونسيين والمراكشيين ، يكونون خاضعين فى مسائل أحوالهم الشخصية للمحاكم الشرعية المصرية ، لا للمحاكم المختلطة . ما داموا مسلمين سنيين ، وهذا توسيع فى اختصاص المحاكم الشرعية يمتد لأجانب متمتعين بالامتيازات ، وهو ما نرحب به (ومع ذلك أنظر نقد الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا ، إذ يقرر انه رأى تعديلا لهذا النص مكتوباً بخط اليد ، من شأنه أن يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالفصل فى أى نزاع متعلق بالأحوال الشخصية ، متى كان يتوقف على الفصل فيه الفصل فى أصل الدعوى المنظورة امامها ، وأنه لا يمكن إحالة النزاع المتعلق بالأحوال الشخصية لأجنبى مسلم الا باتفاق الخصوم - ملحق المحاماة المشار اليه ص ١٧ - ١٩) .

رابعاً : وتختص المحاكم المختلطة كذلك بجميع الاجراءات الجنائية ضد الأجانب : هذا هو أهم توسيع لاختصاص المحاكم المختلطة . فمابرحت الحكومة المصرية تسعى وراء ذلك ، وفاوض نوبار باشا الدول

ذوات الامتيازات مراراً على هذا الأساس ولم ينجح ، حتى أنشئت المحاكم المختلطة دون ان يكون لها الا اختصاص جنائى ضيق ، ولكن الدول وعدت ان توسع من هذا الاختصاص الجنائى توسيعاً كبيراً بعد انقضاء سنة من إنشاء المحاكم المختلطة ، وها قد مضى على إنشاء هذه المحاكم اكثر من نصف قرن ، ونجحت التجربة نجاحاً مبيناً لصالح الأجانب ، بدليل استمرار هذه المحاكم وتوطد نفوذها ، ومع ذلك بقى اختصاصها الجنائى ضيقاً كما كان . فالنص الجديد يعطى للمحاكم المختلطة الاختصاص الجنائى للمحاكم القنصلية . وهذا ما يدعو إلى ازدياد نفوذ المحاكم المختلطة إزباداً هائلاً لا يقاس إليه نفوذها الحاضر ، وما يدعو كذلك إلى زيادة عدد قضاتها واعضاء نيابتها ، وإلى وضع قوانين جديدة للعقوبات وتحقيق الجنايات ، مع مراعاة إعطاء الضمانات اللازمة للأجانب ، واتباع نظام المحلفين وغير ذلك مما سيأتى ذكره فيما يلى . والخطوة طيبة ، كانت ترجو مصر أن توفق اليها من مدة طويلة . غير أنه لاتجب المبالغة فى تقاضى ثمنها بالاسراف فى إعطاء ضمانات للأجانب لا مسوغ لها ، وسنبين ذلك فى موضعه .

ويلاحظ أنه إذا اتخذت إجراءات جنائية ضد مصرى وأجنبى متهمين فى جريمة واحدة ، فالظاهر ان المصرى يحاكم أمام المحاكم الأهلية ، ويكون الأجنبى طبقاً لهذه المشروعات خاضعاً للمحاكم المختلطة . وليس فى هذا تقدم على الحالة التى نحن فيها الآن ، والتى تقضى بجواز تقديم بعض المتهمين فى جريمة إلى المحاكم الأهلية ، وتقديم البعض الآخر الى المحاكم القنصلية ، ويستتبع ذلك تناقض الأحكام فى جريمة واحدة ، مما تأباه أبسط مبادئ العدالة . والواجب فى مثل هذه الأحوال ان يقدم جميع المتهمين فى جريمة واحدة الى محكمة واحدة . والأولى أن ينص على أن تكون المحاكم الأهلية هى المختصة بنظر الدعاوى الجنائية التى يكون فيها أحد المتهمين مصرىاً ولو كان باقى المتهمين من الأجانب ، وذلك توحيداً للأحكام وتغليبا لقضاء البلاد العام على القضاء الاستثنائى للمحاكم المختلطة ، ذلك أن سياسة الإصلاح القضائى فى مصر يجب أن تكون مبنية على أساس التدرج شيئاً فشيئاً بالمحاكم الأهلية ، حتى يمتد اختصاصها الى جميع ما هو خارج الآن عن هذا الاختصاص ، فتقضى فيها المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية والمحاكم الشرعية والمجالس الحسبية والمجالس المليية ، وبذلك يتوحد القضاء فى البلاد .

وعلى هذا الأساس نرى رفض اقتراح الأجانب الذى يرمى الى توسيع الاختصاص الجنائى للمحاكم المختلطة بالنسبة للمصريين ، فيجعلها تنظر جرائم التزوير واليمين الكاذبة وشهادة الزور والنصب ببيع ملك الغير ، إذا ارتبطت بدعاوى منظورة أمام المحاكم المختلطة .

خامسا : وقد نصت المادة الثانية من المشروع الأولى على ما يأتى :
« يجوز قانونا للمحاكم الأخرى غير المحاكم المختلطة أن تبشر القضاء بالنسبة لكل دعاوى أجنبى يقبل الخضوع لها ، ولا يعتبر الأجنبى ، فيما يتعلق بهذه المادة ، قابلا أن يخضع لقضاء محكمة الا فى الأحوال الآتية :
(١) إذا رفع هو دعواه الى هذه المحكمة بصفته مدعيا ، أو تدخل فى دعوى مرفوعة من قبل .

(٢) إذا لم يدفع بعدم اختصاص المحكمة قبل صدور حكم تمهيدى أو قطعى فى دعوى حضر فيها ، ويستتبع قبول الخضوع لمحكمة الدرجة الأولى الخضوع لقضاء محاكم الدرجات التى من نوعها » .

وهذا النص ، كما يتضح للقارئ ، على جانب عظيم من الأهمية ، لأنه يقرر جواز تقاضى الأجانب أمام المحاكم الأهلية والمحاكم الشرعية إذا رضوا بذلك ، والأصل أن اختصاص المحاكم المختلطة يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز لأجنبى خاضع لهذه المحاكم أن يتفق مع خصمه على أن يتقاضى الى محكمة أخرى ، وللمحكمة التى اتفقا على اختصاصها أن تحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها . إلا أن المادة الثانية التى نحن بصددنا تقرر صراحة أن للأجنبى أن يلجأ للمحاكم الأهلية وللمحاكم الشرعية ولغيرها من المحاكم ، دون المحاكم المختلطة ، وتقول المذكرة الايضاحية لمشروعات سنة ١٩٢٠ : « للأجانب بمقتضى المادة الثانية الحق فى اختيار التقاضى أمام المحاكم الأخرى القائمة غير المحاكم المختلطة ، وهذا نص جديد ، الا أنه قد رؤيت اضافته لاحتمال أن يفضل الأجانب فى بعض الأحوال أن يرفعوا منازعتهم الى المحاكم الدينية القائمة بمصر الآن والى المحاكم الأهلية » .

ولاشك أن فى تقرير هذا المبدأ خطوة كبرى فى التدرج نحو جعل اختصاص المحاكم الأهلية عاماً شاملاً للأجانب ، وهو ما يجب على مصر

ان تسعى للوصول اليه ، ولكن لا تكون هذه الخطوة كاملة إلا إذا تقرر بصراحة ان الاتفاق مقدماً على اختصاص محاكم مصرية غير المحاكم المختلطة صحيح قانوناً . ذلك لأن نص المادة الثانية غامض في هذا الموضوع ، فظاهره يشعر بأن الأجنبي لا يعتبر راضياً باختصاص محكمة غير المحاكم المختلطة الا في حالتين :

(١) إذا رفع هو الدعوى بصفته مدعياً ، أو تدخل في دعوى مرفوعة من قبل . ففي هذه الحالة يعتبر راضياً باختصاص المحكمة التي رفع دعواه اليها أو التي تدخل في دعوى مرفوعة امامها ، ولا يملك إذا أن يدفع بعد ذلك بعدم اختصاص هذه المحكمة . ولكن المدعى عليه - مصرى كان أو اجنبياً - يملك الدفع بعدم الاختصاص ، لأنه ليس هو الذى رفع الدعوى حتى يعتبر راضياً باختصاص المحكمة . والأولى ان ينص انه إذا كان المدعى عليه مصرياً ، ورفع الأجنبي دعواه عليه أمام محكمة أهلية ، فلا يملك المصرى ان يدفع بعدم اختصاص المحكمة ، لأنه إنما قوضى أمام محكمته الطبيعية .

(٢) إذا لم يدفع بعدم اختصاص المحكمة قبل صدور حكم تمهيدى أو قطعى في دعوى حضر فيها (وتقترح لجنة الأجانب عدم جواز هذا الدفع بعد اقفال باب المرافعة ولو قبل النطق بالحكم ، ونحن نوافق اللجنة على هذا الاقتراح) . وفي هذا الفرض يكون الأجنبي هو المدعى عليه لا المدعى ، وقد رفعت عليه دعوى - من مصرى أو من أجنبي - أمام المحاكم الأهلية أو المحاكم الشرعية مثلاً ، فقبل أن يترافع امامها ولم يدفع بعدم الاختصاص .

هذان هما الفرضان المنصوص عليهما صراحة ، وفيهما يمكن ان يكون الأجنبي خاضعاً لغير المحاكم المختلطة . وهناك فرض ثالث لم يتعرض له النص ، وهو ان يتفق الطرفان فى العقد على أن تكون المحكمة المختصة هي محكمة أخرى غير المحاكم المختلطة ، وقد تساءلت لجنة الأجانب عن الأثر القانونى الذى يترتب على مثل هذا الشرط ، وأظهرت تخوفها من أن التسليم بصحته يؤدى الى أن تستعمله الحكومة فى عقودها مع الأجانب ، فتسلب بذلك جزءاً عظيماً من اختصاص المحاكم المختلطة . ونحن لانرى وجهاً لهذا التخوف ، ونشدد من جهة أخرى فى

وجوب تقرير صحة مثل هذا الشرط بعبارة صريحة ، لأنه يخشى إذا ترك الأمر مبهماً أن تفسر المحاكم المادة الثانية على أنها نص استثنائي لايجوز التوسع فيه ، وتقف عند الفرضين المنصوص عليهما فى هذه المادة ، ولا تسلم بصحة الاتفاق مقدماً على اختصاص محكمة غير المحاكم المختلطة ، بحجة أن هذا الفرض غير منصوص عليه . وذلك بدلا من أن تقرر أن المادة الثانية إنما هى مجرد تطبيق لمبدأ مفهوم ضمناً هو أن اختصاص المحاكم المختلطة ليس من النظام العام ، فيصح الاتفاق على اختصاص محكمة غير هذه المحاكم . لاندري أى تفسير يكون نصيب هذه المادة الغامضة ، ولذلك نرى قطعاً لكل لبس أن ينص صراحة على صحة الاتفاق المشار اليه . وليس صحيحاً ما تذهب اليه لجنة الأجانب من أن التسليم بصحة هذا الاتفاق من شأنه أن يسلب المحاكم المختلطة جزءاً عظيماً من اختصاصها ، فإن أكثر القضايا التى ترفع امام هذه المحاكم قضايا تجارية ، وهذه لاتستند فى الغالب إلى عقود مكتوبة ، فلا يحتمل أن يوجد فيها هذا الشرط . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإنه فى الفروض القليلة التى يتحقق فيها وجود الشرط يكون الأجنبى المتعاقد فى رضى به ، وتدبر أمره قبل أن يقدم على ذلك ، ووزن بين الرضاء بالشرط وعدم التعاقد أصلاً مع مصرى ، ففضل الأمر الأول . على أن التسليم بصحة الشرط ، من جهة ثالثة ، يشجع كثيراً من المصريين على التعاقد مع الأجانب ، إذ تيسر لهم وسائل التقاضى عند الضرورة ، فالأمر من هذه الوجهة مصلحة للأجانب أنفسهم .

لانتترك موضوع اختصاص المحاكم المختلطة قبل أن ننبه إلى امر سبق أن اشرنا اليه ، وهو وجوب جعل القضايا المدنية العقارية من اختصاص المحاكم الأهلية دائماً ، ولو كان المتقاضون كلهم أجانب ومن جنسية واحدة . نحن نعلم أن مشروعات سنة ١٩٢٠ ، قد سلمت كما يسلم نظام المحاكم المختلطة القائم ، أن جميع القضايا العقارية بين المصريين والأجانب ، أو بين الأجانب ولو كانوا من جنسية واحدة ، تكون من اختصاص المحاكم المختلطة . بل قد حاولت مصر المختلطة ، فى وقت ما ، أن تجعل القضايا العقارية التى يكون المتقاضون فيها كلهم مصريون من اختصاص المحاكم المختلطة أيضاً بدعوى أن المتقاضين فى

هذه الحالة من جنسية واحدة هي الجنسية المصرية ، (وكان ذلك راجعاً لابهام فى نص المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، فصدر بكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ معدلاً للنص المبهم ، وقاطعاً فى أن القضايا العقارية بين المصريين من اختصاص المحاكم الأهلية) . ولكن كل هذا جاء غير متفق مع ما تسمح به الامتيازات نفسها للأجانب ، فان هؤلاء إنما خول لهم قانوناً حق تملك عقارات فى مصر بشرط خضوعهم للمحاكم التى يخضع لها المصريون ، كما سبق أن ذكرنا ، وهذا ما أشار اليه نوبار باشا فى مذكرته التى رفعها للخديوى اسماعيل سنة ١٨٦٧ ، إذ قرر فى هذه المذكرة ان القضايا العقارية خاضعة لاختصاص محاكم البلاد وقوانينها ، وكان على حق فيما قاله من الوجهة القانونية . لذلك إذا قلنا باختصاص المحاكم الأهلية بنظر جميع الدعاوى العقارية ، ولو كانت بين أجانب ، لانكون إلا متردين حقاً مغتصباً لا تباها علينا نفس الامتيازات الأجنبية .

ونحن نجتزئ هنا بذلك ، ونحيل القارئ على ما سبق لنا ذكره فى هذا الموضوع عند الكلام على التشريع .

بقى فى موضوع الاختصاص أن نشير إلى بعض احكام تفصيلية وردت فى المشروع الأول .

(١) تنص المادتان التاسعة والعاشرة على ان السلطة المصرية لها حق إنشاء محاكم جنايات جديدة وكذلك محاكم كلية ومحاكم جزئية جديدة . ولما كان يخشى انه إذا أنشئت محاكم جديدة على هذا النحو اعتبر هذا حقاً مكتسباً للأجانب لايجوز الرجوع فيه ، نرى انه يحسن النص على ان السلطة المصرية التى تملك حق إنشاء محاكم جديدة لها أيضاً حق إلغاؤها . وبذلك يتسنى للحكومة المصرية أن ترجع إلى عدد المحاكم التى نص عليها فى المشروعات ، عند ما تزول الحاجة التى دعت إلى إنشاء محاكم جديدة .

(٢) تنص المادة الثالثة عشرة على أنه يجوز للمحاكم الكلية والمحاكم الجزئية عقد جلسات فى أى مكان داخل فى دائرة اختصاصها غير مقرها . ونحن نرى عدم جواز استعمال هذا الحق فى أى وقت ، وذلك لأن المسألة تعتبر من المسائل الادارية فى القضاء ، يجب أن يشرف عليها وزير

الحقانية . هذا إلى أن استعمال المحاكم المختلطة لهذا الحق بدون إشراف من الحكومة المصرية يمكنها من أن تنتشر في كل البلاد ، دون أن تكون هناك حاجة لذلك ، ونحن نرى أن الأولى حصر المحاكم المختلطة ، وهي محاكم استثنائية ، في مقراتها المحددة لها ، إلا إذا وجدت ضرورة تدعو إلى غير ذلك ، ويترك للحكومة المصرية أمر تقدير هذه الصورة .

(٣) تقضى المادتان السابعة عشرة والتاسعة عشرة بأن محكمة الجنح لا تملك الحكم بعقوبة الحبس لمدة أكثر من سنتين ، والجنح التي تزيد العقوبة المقررة لها على هذه المدة تكون من اختصاص محكمة الجنايات . وقد سبق أن قررنا أن الأفضل اعطاء كل محكمة اختصاصها الطبيعي ، فتختص محكمة الجنح بكل الجنح ولو زادت العقوبة المقررة لها على سنتين . لاسيما أنه يفهم من المشروعات أن محكمة الجنايات تختص بجنحة قد لا تحكم فيها بعقوبة تزيد على سنتين ، ما دام الحد الأقصى المقرر لهذه الجنحة يزيد على هذه المدة . وما دام قاضى التحقيق يرى أن العقوبة التي للمحكمة الجزئية ايقاعها غير كافية (انظر المادة ١٢ من المشروع الأول) . وفى هذا ما يجعل محكمة الجنايات تنظر جنحاً قد لا تحكم فيها إلا بعقوبات بسيطة ، مما لا يتناسب مع أهمية هذه المحكمة ويجعل الضمانات التي يراد اعطاؤها للأجانب فى هذا الشأن تزيد على الحد المعقول .

(٤) تقضى المادة الثامنة عشرة بالآ تكون المحاكم الجزئية مختصة بنظر دعاوى التعويض أو الرد من قبل المدعى بالحق المدنى . إذا زادت قيمة الطلب على مائتى جنيه (واقترحت لجنة الأجانب رفع هذا الحد إلى ثلاثمائة جنيه فقبل اقتراحها) . فهل هذا النص يمنع من تحريك المدعى المدنى لدعوى الجنحة المباشرة (مع ملاحظة ما أحيطت به هذه الدعوى من قيود سبق أن انتقدناها) إذا كان التعويض الذى يطالب به أكثر من ثلاثمائة جنيه . نرى أن يصاغ النص بحيث لا يكون مانعاً من ذلك ، حتى لا يقفل باب الدعوى المباشرة أمام المجنى عليهم ، وتكون جسامه الضرر الذى أصابهم من الجريمة سبباً فى حرمانهم من التمتع بحق كان ثابتاً لهم .

(٥) تعطى المادة السادسة والثلاثون للنائب العمومى الحق فى انتداب محامين لمباشرة اختصاصاته ، وهذا نظام انجليزى غير مألوف فى بلادنا ، ولذلك نتردد فى إقراره .

(٦) تنص المادة التاسعة والثلاثون على أن ليس للنائب العمومى أن يأمر بتفتيش مسكن خاص ، ولا أن يصدر أمراً بالضبط أو الاحضار ، ولا أن يحلف الشهود ، أو يعين خبيراً حلف اليمين . وهذا النص يقرر الفصل بين سلطتين ، سلطة التحقيق ، وسلطة مباشرة الدعوى العمومية ، وقد احتفظ بهذه السلطة الأخيرة للنائب العمومى . والنظام المعمول به فى المحاكم الأهلية يقضى بأن النيابة تقوم بالتحقيق وإقامة الدعوى العمومية وبمباشرتها . ووجود فرق بين هذين النظامين (الأهلى والمختلط) فى هذه المسألة المهمة غير محمود ، فالأولى إزالته أما بإتباع مبدأ الفصل بين السلطتين فى كل من النظامين ، أو بإتباع مبدأ عدم الفصل .

(٧) تنص المادة الواحدة والأربعون على أن للنائب العمومى صفة فى أن يقيم على الأفراد أية دعوى مدنية لازمة لحماية حقوق متعلقة بعامة السكان ، أو بطائفة من الأفراد غير المعيّنين تجمعهم مصلحة مشتركة غير تعاقدية ، كما له حق التدخل فى أية دعوى مدنية قائمة بين الأفراد على حقوق من النوع المذكور فى الفقرة السابقة . وهذا النص يقرر حكماً جديداً لم يقره التشريع المصرى حتى الآن ، ونحن نرى هذا الحكم مفيداً ونقره ، على أن يكون استعمال النائب العمومى لهذا الحق مقيداً بإذن من وزير الحقانية ، لأن طبيعة الدعاوى المذكورة فى النص تقتضى أن يكون للسلطة التنفيذية رأى فيها . ومن فوائد هذا النص حماية الجمهور من تعسف شركات الاحتكار ، إذ يتيسر للنيابة العمومية المختلطة رفع الدعوى المدنية على هذه الشركات . وحبذا لو أعطى للنيابة العمومية الأهلية سلطة شبيهة بهذه حتى يتيسر لها رفع الدعوى المدنية أمام المحاكم الأهلية إذا اقتضت الحال ذلك .

(٨) تنص المادة الواحدة والخمسون على أن المحاكم هى التى تفصل فى أمر اختصاصها . ويقول الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا تعليقاً على

هذه المادة (انظر ملحق المحاماة المشار اليه ص ٢٢) : « هذا مبداً في غاية الخطر ، إذا أعطى هذه المحاكم سلاحاً تسلب به ما تشاء من اختصاص المحاكم الوطنية ، ويكون عملها قانوناً واجب الاحترام بدون رقيب عليه فيه ولا عتيد . نحن نفهم أن كل محكمة حرة في الحكم في مسائل الاختصاص ، ولكن نعرف من جهة أخرى أنه متى وجد في بلد قضاء من نوعين مختلفين يتنازعان الاختصاص فلا بد من وجود محكمة للفصل بينهما ، حتى لا تتعدى إحداهما على الأخرى . أما إعطاء إحداهما بالنص الصريح حق التحكم في الأخرى فهذا ما لم يقل به أحد ، بل هو من الشذوذ التشريعي الذي لا يطاق » .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروعات ما يأتي : « وقد اقترح مراراً إنشاء محكمة عليا في مصر ، والمشروعات الحالية لا تنص على إنشاء مثل هذه المحكمة وأهم حجة استند عليها في تأييد اقتراح إنشاء محكمة عليا هو الشعور لضرورة إنشاء محكمة تختص بالفصل في تنازع الاختصاص بين المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية . ويجوز أن تنعقد بهيئة محكمة نقض للمحاكم المختلطة وللمحاكم الأهلية على السواء ، حتى تحقق بقدر الامكان الانسجام بين أحكام هاتين الهيئتين القضائيتين ، غير أن مشروعات إعادة تنظيم المحاكم المختلطة لا يقصد بها أن تمس نظام المحاكم الأهلية ، فلذا كان من المتعذر أن تنص القوانين الحالية على إنشاء محكمة عليا » .

وما جاء في المذكرة الايضاحية صحيح إذا كان المراد من المحكمة لعليا أن تكون محكمة نقض للمحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، أما إذا كان المراد منه أن تكون محكمة للفصل في تنازع الاختصاص بين الهيئتين القضائيتين فلا يمكن الاعتراض على إنشاء محكمة كهذه ، ولا يمكن أن يقال أن إنشاءها يمس نظام المحاكم الأهلية ، بل هو يحمي المحاكم الأهلية من أن تغير المحاكم المختلطة على اختصاصها . ولذلك نرى ضرورة النص على إنشاء هذه المحكمة .

(٩) تقضى المادة التاسعة والخمسون بأن الملك يحتفظ بحق العفو التام أو الجزئي وبحق تخفيف العقوبة ، ولا يمنح العفو ولا تخفيف العقوبة الا بعد أخذ رأي وزير الحقانية ، ولكنها يمنحان في حالة الأجنبي بناء على توصية المندوب السامي ، وكل حكم بالاعدام يعرض

على الملك قبل تنفيذه ، ولا ينفذ مثل هذا الحكم على أجنبي الا بموافقة المندوب السامي . وجاء فى المذكرة البريطانية ما يأتى : « اما فى حالة العفو أو التخفيف من عقوبة صادرة على الأجانب ، وفى حالة تنفيذ حكم الاعدام فيهم ، فان وزير الحقانية يستشير المستشار القضائى ما دام هذا الموظف باقياً ، وذلك قبل تقديم مشورته الى الملك » . فكل ما حدث من التعديل ان المستشار القضائى حل محل المندوب السامي . ونحن لانرى معنى لهذه الضمانة الزائدة عن الحاجة بالنسبة للأجانب ، بعد ان تمتعوا بكل الضمانات المعقولة : قضائهم اجانب فى اغلبيتهم ، والعدول كذلك ، واجراءات التحقيق لوحظ فيها رعاية حق المتهم وإعطاؤه كل فرصة للدفاع عن نفسه . ابعد كل هذه الضمانات إذا صدر حكم بالاعدام على مجرم يجب الرجوع فى تنفيذه الى المستشار القضائى ؟ وكيف يتحدد تدخل هذا المستشار فى أعمال القضاء ؟ كذلك لا يجوز العفو عن أجنبي ، أو تخفيف عقوبة صادرة عليه ، الا بعد الرجوع الى ذلك الموظف الكبير ، اليس معنى ذلك تعويد الأجانب على ان يروا المستشار القضائى ملازمهم الأعلى وحاميهم من سطوة القضاء العادل ؟ بل قد يرون فيه هيئة استئنافية عليا مشرفة على كل درجات القضاء الذى يخضعون لاختصاصه . وليس للمستشار القضائى الآن شئ من هذه السلطة ، فكيف نعطيها له فى الوقت الذى ننادى فيه بوجوب استرجاع الدولة المصرية لسيادتها فى القضاء . الأولى إذا حذف هذا النص الذى لا يمكن تعليقه الا بأنه اثر من آثار دعوى بريطانيا العظمى حمايتها للأجانب فى مصر ، وهذه دعوى لايجوز ان تقرها مصر فى المعاهدة المزمع عقدها بينها وبين بريطانيا كما سبق ان اشرنا الى ذلك .

(١٠) تنص المادة الستون على ان تنشأ لجنة لوائح مشكلة على الوجه الآتى : رئيس محكمة الاستئناف وثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف لمدة سنة واحدة ، واحد المحامين ينتخبه مجلس النقابة لمدة سنة ، وعضو يعينه وزير الحقانية ، ويشترط لصحة انعقاد هذه اللجنة حضور خمسة من أعضائها على الأقل . وتنص المادة الواحدة والستون على انه يجوز لوزير الحقانية ، بناء على اقتراح لجنة اللوائح ، ان يصدر بقرار وزارى لوائح قضائية عامة فى المواد الآتية :

(١) مسائل الاجراءات المدنية والجنائية .

(ب) تنظيم اعمال المحاكم وترتيب ادارتها الداخلية . ولا يجوز ان تتعارض هذه اللوائح مع نص فى القانون ، ومع ذلك فالى ان تصدر قوانين المرافعات المدنية والجنائية الجديدة ، يجوز لمجلس الوزراء ، بناء على اقتراح اللجنة ، ان يصدر لوائح قضائية خاصة بهذه المواد يكون فيها خروج على التشريع الحالى .

ونحن نكتفى هنا بتعليق الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا على هاتين المادتين (انظر ملحق المحاماة ص ٦١ - ص ٦٢) .

« ونلاحظ على هاتين المادتين .

اولا : انه مع سعة اختصاص هذه اللجنة فإنها مكونة من تسعة أعضاء ، قد لا يكون بينهم وطنى الا مندوب وزير الحقانية ، وهذا غير مقبول أصلا - فعلى فرض بقاء مثل هذه اللجنة يجب ان يتقرر ان تكون غالبيتها من الأعضاء الوطنيين .

ثانيا : إذا جاز لهذه اللجنة ان تضع لوائح للنظام الداخلى وسواه غير مخلة بالقوانين ، وجاز لوزير الحقانية ان يصدر هذه اللوائح ، فكيف يجوز لها ان تتدخل فى مسألة التشريع فى المرافعات المدنية والرافعات الجنائية ، وان يكون تشريعها قانوناً متى أقره مجلس الوزراء ؟ ان مسائل التقنين فى البلاد لا يصح بحال من الأحوال ان ترجع لغير سلطة البرلمان المصرى ، والا يصدر اى قانون إلا بعد تمحيصه بمعرفة نواب الأمة ، وعلى ملأ منهم ، كفانا ما جرته علينا سلطة الفرد وتشريعه فى الخفاء . ان نفس مشروع الاتفاق الذى وضعت له لجنة ملنر يلاحظ فيه ان كل تشريع فى مصر راجع للبرلمان المصرى ، وسار على الأجانب ما لم تحصل معارضة من ممثل دولة انجلترا . فان فرض بقاء لجنة اللوائح المذكورة ، فمع القيد الذى اشرنا اليه اولا ، ينبغى ألا يكون من عملها سوى امانتى تضعها ثم تعرضها على وزير الحقانية ، والحكومة تعمل بها مشروع قانون ، يعرض على البرلمان ليقره او يعمله او يرفضه .

(ب) القائمون بالقضاء فى المحاكم المختلطة الجديدة وعمال هذه المحاكم .

وسقت مشروعات سنة ١٩٢٠ من اختصاص المحاكم المختلطة توسيعا كبيرا ، وجعلتها تلتهم اختصاص المحاكم القنصلية وشيئا من اختصاص المحاكم الأهلية ، فنبهنا الى وجوب الاحتفاظ باختصاص المحاكم الأهلية كاملا ، لأن هذه المحاكم هى المحاكم العامة للبلاد ، فيجب التوسيع فى اختصاصها لا الانتقاص منه . والآن نتعرض لموضوع آخر ، فان مشروعات سنة ١٩٢٠ ، بعد ان وسعت فى اختصاص المحاكم المختلطة على النحو المتقدم ، قيدت سلطة الحكومة المصرية فيما يتعلق بالقائمين بالقضاء فى هذه المحاكم وبعمالها من وجهين . أولهما من حيث الجنسية ، والثانى من حيث التعيين .

أولا : من حيث الجنسية : نصت المادة الثالثة والأربعون من المشروع الأول على انه يحتفظ للأجانب بالمراكز والوظائف الآتية :

(١) مركز رئيس محكمة الاستئناف وكل من المحاكم الكلية .

(٢) مركز النائب العمومى .

(٣) وظائف قضاة المحاكم الجزئية وقضاة المواد المستعجلة . ونصت المادة الرابعة والأربعون من المشروع نفسه على انه عند تأليف دائرة من ثلاثة قضاة او أكثر تكون الأغلبية من القضاة الأجانب (وقد قبل اقتراح لجنة الأجانب من ان الأغلبية على الأقل تكون من الأجانب) ، ويقوم بوظيفة قاضى التحقيق قاض اجنبى الا فى حالة عدم وجود متهم اجنبى . ونصت المادة الخامسة والأربعون على ان يكون كل العدول فى محكمة الجنايات اجانب إذا كان كل المتهمين اجانب ، وفى جميع الأحوال يكون أحد العدول من جنسية المتهم ، ولايجوز ان يكون أكثر من واحد من جنسيته (وقد قبل اقتراح لجنة الأجانب القاضى بأن يكون نصف عدد العدول من جنسية المتهم إذا أمكن) ، إذا لم يوجد عدول من جنسية المتهم فيحق له ان يعين جنسية أحد العدول ، ولايجوز ان يكون أكثر من اثنين من جنسية واحدة (وقد قبل اقتراح لجنة الأجانب الذى يقرر حكما خاصا فى الحالة التى يكون فيها المتهمون من جنسيات مختلفة) . ونصت المادة ٤٦ على انه لاتصدر اوامر الاحضار والضبط ضد الأجانب الا من قضاة اجانب ، وكذلك

فيما يتعلق بأوامر تفتيش مسكن خاص لأحد الأجانب ، الا انه فى حالة التلبس بالجريمة ، أو فى الأحوال الأخرى التى يقرها القانون ، يكون للأجنبى المقبوض عليه بغير أمر من القاضى الحق فى أن يحال بدون إبطاء ، وعلى الأكثر فى ظرف ٤٨ ساعة من وقت ضبطه ، إلى قاض أجنبى ، بحيث إذا مضت هذه المدة وجب اطلاق سراحه . ونصت المادة السابعة والأربعون على أنه فى محافظات القاهرة والاسكندرية وقناة السويس ، وكذلك فى مركز الرمل وفى المدن التى توجد بها محكمة جزئية ، يوكل تنفيذ الأوامر المنصوص عليها فى المادة السابقة ، وكذلك كل إجراءات التنفيذ الأخرى التى تستدعى دخول مسكن أحد الأجانب الخاص ، إلى ضباط بوليس أجانب ، أو موظفين قضائيين أجانب ، أو إلى أى موظف آخر يعينه بالاسم قاض أجنبى .

هذه مجموعة من النصوص تجعل المحاكم المختلطة محاكم أجنبية مفرقة فى أجنبييتها ، مهما قيل فى وصف أنها مصرية من الوجهة النظرية المحضة . الأغلبية على الأقل فى الدوائر تكون من القضاة الأجانب أى لا يوجد ما يمنع من أن يكونوا كلهم أجانب . رئيس محكمة الاستئناف ورؤساء المحاكم الكلية أجانب . النائب العمومى أجنبى . القضاة الجزئيون وقضاة الأمور المستعجلة وقضاة التحقيق أجانب . أغلبية العدول فى محاكم الجنايات أو كلهم أجانب . لايجوز أن يصدر أمر الاحضار أو الضبط أو التفتيش على أجنبى الا من قاض أجنبى ، ولايجوز أن ينفذ هذا الأمر الا موظفون قضائيون أجانب . ماذابقى إذا للمصريين فى هذه المحاكم ؟ أن تصدر الأحكام باسم الملك ، وأن تجلس أقلية ضئيلة من القضاة المصريين ، إذا سمح بذلك ، بجانب هذه الأغلبية المطلقة من القضاة الأجانب .

هذا ما لايمكن التسليم به ، بل هذا هو أسوأ حالا مما نحن عليه الآن ، فليس فى الامتيازات الأجنبية ما يحتم على حكومة مصر تعيين أجانب بين رجال البوليس ، وليس فى اتفاقية المحاكم المختلطة ما يوجب على الحكومة أن تعين أجنبياً فى وظيفة النائب العمومى ، وإن كانت قد فعلت ذلك فلم يكن هذا خاضعاً لالتزام قانونى ، وليس فى نظام المحاكم المختلطة ما يستلزم أن يكون القضاة الجزئيون وقضاة الأمور المستعجلة

أجانب . ومع ذلك نرى مشروعات سنة ١٩٢٠ تحتفظ للأجانب بهذه الوظائف . كنا نحسب أننا نسير إلى الامام فى تخفيف وطأة الامتيازات الأجنبية ، فإذا بنا نخطو الى الوراء ، ونعطي للأجانب امتيازات جديدة لم تكن لهم من قبل ، ولا يمكن أن يحمل رضاؤنا بذلك الأعلى أننا عابثون .

لاشك فى أنه من الواجب على المفاوض المصرى الا يقبل شيئاً من سلسلة القيود التى نكرتها النصوص المتقدمة . ويجب على العكس أن ينص صراحة على جواز أن يكون رئيس محكمة الاستئناف ورؤساء المحاكم الكلية مصريين ، وكذلك النائب العمومى ، والقضاة الجزئيون وقضاة الأمور المستعجلة وقضاة التحقيق . وإذا لم يشعر القاضى المصرى ، الذى يجلس الى جنب القاضى الأجنبى ، بالتساوى المطلق بينه وبين زميله ، فكيف يمكن أن ينتظر منه تأدية وظيفته بما يجب لها من كرامة وإباء ؟ وهل تكون وظيفة القضاء فى المحاكم المختلطة ، بالنسبة للمصريين المحرومين من أن يكونوا رؤساء محاكم ، والذين لا يوثق بنزمتهم أو بكفائتهم الى الحد الذى يسمح لهم بالجلوس للحكم منفردين كقضاة جزئيين أو قضاة أمور مستعجلة ، هل تكون وظيفة القضاء بالنسبة لهم الا نوعاً من انواع التقاعد ، يتلمسه من يؤثر الراحة والسكون والدعة ؟ والافعاذا يفعل القاضى المصرى ، وأى اثر جدى يمكن أن يكون له فى هذه المحاكم ، إذا كان مقدراً عليه الا يكون الا عضواً فى دائرة يكون فيها الأقلية دائماً ، كأنه لا يجلس للقضاء فى بلاد مصرية وفى محاكم مصرية ؟ هل من العدل أن تكون اغلبية القضاة اجانب فى هذه المحاكم التى توصف بأنها مصرية ؟ والتى إذا عد المتقاضون الذين يتحاكمون اليها كان نصفهم على الأقل من المصريين ؟ وما معنى أن تكون العدول جميعهم اجانب إذا لم يكن بين المتهمين مصرى ؟ اليس الجريمة قد وقعت فى أرض مصرية ، وقد يكون المجنى عليه فيها مصرياً ؟ الا يهم الدولة المصرية أن يعاقب المجرم ولو كان أجنبياً ؟ وما الفرق إذاً بين المحاكم القنصلية التى يراد إلغاؤها وبين هذا النظام المقترح ؟

نحنى نرى أنه إذا لم تحذف هذه النصوص من المشروعات ، وينص على عكسها ، كان هذا تفريطاً من المفاوض المصرى لا يغتفر ، إذ أن الواجب علينا هو أن نسعى فى تمصير المحاكم المختلطة بقدر المستطاع ،

فلا تقتصر مصريتها على قشرة من الرسميات والأشكال ، بل يجب أن تجاوز ذلك الى اللباب والصميم . أما الذى تنص عليه المشروعات فهذه محاكم اجنبية فعلا ، لافرق بينها وبين المحاكم القنصلية ، إلا فى انها مصرية من حيث الشكل لا من حيث الجوهر .

ثانيا : من حيث التعيين : ولا يقتصر الأمر فى هذه المشروعات على أن تكون الأغلبية المطلقة من القضاة اجانب ، بل أن تعيين جميع القضاة ورجال النيابة الأجانب وترقياتهم يجب أن يؤخذ فيه رأى المستشار القضائى . وقد نصت المادة الأولى من المشروع نمرة ٣ على انه يعين مستشارو محكمة الاستئناف وقضاة المحاكم الكلية بمرسوم يصدر بناء على طلب وزير الحقانية وموافقة المندوب السامى . ونصت المادة الثالثة من المشروع نفسه على أن ترقية قاض من المحكمة الكلية إلى محكمة الاستئناف ، وكذلك تعيين قاض فى وظيفة رئيس أو وكيل محكمة كلية أو محكمة الاستئناف ، وكذلك تعيين قاض فى وظيفة رئيس أو وكيل محكمة كلية أو محكمة الاستئناف ، وهو من قبيل الترقية ، تحصل بمرسوم يصدر بناء على طلب وزير الحقانية وبموافقة المندوب السامى . وفى المقترحات البريطانية الحالية استبدل بالمندوب السامى المستشار القضائى إذ جاء فى المذكرة البريطانية ما يأتى : « يؤخذ رأى المستشار القضائى مادام باقياً بشأن تعيين القضاة الاجانب فى المحاكم المختلطة وتعيين رجال النيابة الاجانب إذا لزم » .

فما شأن المستشار القضائى فى تعيين القضاة الاجانب ، ولماذا نثبت له هذا النوع من الأشراف على المحاكم المختلطة . ونجعل أمر تعيين قضاتها فى يده . وقد عرفنا من تجربة الماضى معنى « أخذ رأى المستشار » . معنى ذلك إلزام الحكومة المصرية باتباع هذا الرأى ، ومعنى هذا الالتزام أن الغالبية من القضاة الاجانب يكونون بطبيعة الحال انجليزا ، والاقلية من الاجانب التى لا تكون من الانجليز يكون أمر تعيينها فى يد المستشار فهى خاضعة لنفوذه ، ومعنى ذلك أخيراً تركيز الامتيازات الأجنبية التى كانت موزعة بين عدد كبير من الدول فى يد دولة واحدة هى انجلترا ، وها هو المستشار القضائى يشرف على القضاء ، من حيث تعيين القضاة ، ومن حيث تخفيف العقوبة أو العفو عن المجرمين ، ومن حيث

تنفيذ احكام الاعدام . اليس معنى ذلك ان انجلترا هى حامية الاجانب فى مصر ، فهى تسجل لنفسها ذلك ، ونحن نعترف به طائعين مختارين ؟

إذا عجزت الحكومة المصرية فى مفاوضاتها مع الدول ذوات الامتيازات عن أن تطلق لنفسها الحرية التامة فى انتقاء القضاة الأجانب ، فلا أقل من بقاء الحال على ما هى عليه الآن . وإذا كان توسيع اختصاص المحاكم المختلطة يقضى بزيادة عدد القضاة ، فلتزد بالنسبة الموجودة الآن بين كل نسية وأخرى ، وبالنسبة الموجودة بين الأجانب والمصريين ، وليكن تعيين القضاة الجدد من الأجانب فى يد الحكومة المصرية ، بعد الاستئناس بطريقة غير رسمية برأى الحكومة التابع لها القاضى الأجنبى المراد تعيينه . ولتكن الترقية الى وكيل أو رئيس الجمعية العمومية للمحكمة ، كما هو الأمر الآن ، أما النائب العمومى فيجب أن تكون الحكومة المصرية حرة فى تعيينه هو وجميع رجال النيابة كما ترى ، فهو أقرب للسلطة التنفيذية منه الى السلطة القضائية ، لاسيما وقد نزعته منه سلطة التحقيق كما تقضى بذلك المشروعات . وإذا كان من المرغوب فيه فى أول عهد الإصلاح أن يكون هذا النائب اجنبياً ، حتى تطمئن الاجانب لهذا التغيير الجديد الذى يلغى محاكمها القنصلية ، فلا معنى للنص على ذلك فى المعاهدة ، حتى لا تنتقيد مصر بذلك دائماً ، بل يترك الأمر للظروف ، فتمتى حان الوقت الملأمكن الحكومة المصرية أن تعين مصرياً فى وظيفة النائب العمومى . دون أن تكون مقيدة بنص يتعارض مع ذلك . أما رجال النيابة عدا النائب العمومى - وسيزيد عددهم كثيراً بعد أن يتقرر للمحاكم المختلطة هذا الاختصاص الجنائى الواسع - فيجب أن يكونوا جميعاً منذ الآن من المصريين .

ليس لنا بعد ذلك على المشروع نمرة ٣ الا ملاحظات تفصيلية لا محل هنا للاسهاب فيها . ويكفى أن نذكر أن رؤساء المحاكم الكلية ورئيس محكمة الاستئناف أعطوا فى هذا المشروع سلطة واسعة فى نقل القضاة وندبهم وتأديبهم وتسيير دفة الأمور (انظر المواد ٤ و ٥ و ١٤ و ٢٩ و ٣١ و ٣٤) . وفى أضعاف لسلطة الجمعيات العمومية للمحاكم ، وانتقاص من مبدأ محترم فى دوائر القضاء من أن جمعيات القضاة هى التى تدير شئونها ، وأبعاد لاشراف وزير الحقانية على إدارة المحاكم

المختلطة (انظر اثر ابعاد إشراف وزير الحقانية فى المادتين ٤٦ و ٥٣) .
ونشير أيضاً الى وجوب تقوية العنصر المصرى فى بعض المجالس ،
كمجلس تأديب أعضاء النيابة (انظر المادة ٦١) ، ومجلس تأديب
المحاميين (انظر المادة ٧٩) .

كذلك نلاحظ وجوب تقوية العنصر المصرى بين الكتبة والمترجمين
والمحضرين وغيرهم من عمال المحاكم المختلطة ، فإن هذا العنصر يكاد
يكون معدوماً الآن ، ولتقويته أهمية كبرى من الوجهة العملية بالنسبة
للمتقاضين المصريين ، يعرفها كل من يتردد على المحاكم المختلطة (انظر
ملاحظات الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا فى هذا الأمر على المشروع نمرة
٣ فى ملحق المحاماة ص ٣٦ - ص ٤٠) .

ثالثاً - الإدارة

من شأن المقترحات البريطانية ومشروعات سنة ١٩٢٠ ان تقيد
الادارة المصرية - تبعاً لتعديل نظام الامتيازات الأجنبية - فيما يأتى :
(١) البوليس المصرى وإدارة الأمن العام .
(٢) ابعاد الأجانب .
(٣) تسليم المجرمين الفارين الى حكوماتهم .
(٤) وجود المستشارين العالى والقضائى .

١ - البوليس المصرى وإدارة الأمن العام :

سبق ان اشرنا الى ان المادة السابعة والأربعين من المشروع الأول
من مشروعات سنة ١٩٢٠ تقضى بأن يوجد ضباط أجانب فى البوليس
المصرى او موظفون قضائيون أجانب ، وذلك فى جهات معينة منها
القاهرة والاسكندرية ، لتنفيذ اوامر الضبط والاحضار والتفتيش الصادرة
ضد اجنبى .

وتأييداً لذلك ورد فى المذكرات الملحقة بالمقترحات البريطانية ، ضمن
مذكرة مصرية ، ما يأتى : « انتهز هذه الفرصة لأبلغ سعادتكم ان الحكومة
المصرية تنوى الغاء الادارة الأوربية بإدارة الأمن العام ولكن عملاً بالتعهد
الذى تنطوى عليه الفقرة (٦) من الاقتراحات ستحتفظ الحكومة المصرية ،

لمدة خمس سنوات على الأقل من بدء تنفيذ المعاهدة المبنية على الاقتراحات، بعنصر أوربي ببوليس المدن، يبقى طوال تلك المدة تحت قيادة ضباط بريطانيين، فإذا رغبت الحكومة المصرية في المستقبل في إعادة تنظيم قوة البوليس فيسرنى أن أعلم هل نستطيع أن نعتمد على مساعدة حكومة جلالته البريطانية في هذه المهمة، وتجيب مذكرة بريطانية بما يأتى : « أن حكومة جلالته البريطانية بالمملكة المتحدة قد علمت مع الارتياح أنه عملاً بالتعهد الذى تنطوى عليه الفقرة ٦ من الاقتراحات ستحتفظ الحكومة المصرية بعد الغاء الادارة الأوربية بإدارة الأمن العام، لمدة خمس سنوات على الأقل من بدء تنفيذ المعاهدة المبنية على الاقتراحات، بعنصر أوربي ببوليس المدن، يبقى طوال تلك المدة تحت قيادة ضباط بريطانيين، فإذا رغبت الحكومة المصرية في المستقبل في إعادة تنظيم قوة البوليس فيها فإن حكومة جلالته البريطانية تكون سعيدة ان تعيرها أفراداً خبيرين أو بعثة من البوليس، كما فعلت مع بلاد أخرى رغبت في إعادة تنظيم قوات بوليسها ».

يتبين مما تقدم أن المعروض على مصر هو أن تلغى الادارة الأوربية للأمن العام. على أن يستبدل بها قوة من البوليس أوربية تحت قيادة ضباط بريطانيين، لمدة خمس سنوات على الأقل من بدء تنفيذ المعاهدة، وإذا ارادت مصر اصلاح البوليس فلها أن تعتمد على انجلترا فى ذلك. ومن هذا نرى أن مصر تكون مقيدة فى بوليسها بوجود قوة أجنبية بقيادة ضباط بريطانيين مدة معينة.

وقد سبق ان اشرنا الى أن الامتيازات الأجنبية نفسها لاتسوغ وجود قوة أجنبية فى البوليس المصرى. ونضيف هنا أن الموظفين الأوروبين الحاليين فى البوليس وإدارة الأمن العام هم، كما لاحظ بحق المرحوم ثروت باشا، كغيرهم من الموظفين الأجانب، ينطبق عليهم القانون رقم ٢٨ سنة ١٩٢٣، يعطون تعويضات ويخرجون من خدمة الحكومة (انظر الوثيقة رقم ٢٠ من الكتاب الأخضر للمرحوم ثروت باشا). وعلى ذلك يكون للحكومة المصرية أن تتخلص من الموظفين الأجانب فى البوليس، ومن الادارة الأوربية بإدارة الأمن العام، دون ان تدفع ثمناً لذلك أكثر من

التعويضات المستحقة لهؤلاء الموظفين ، ولا حاجة لأن تتقيد الحكومة فى نظير ذلك باستبقاء قوة من البوليس اجنبية خمس سنين .

وإذا كان لابد من قبول هذا النص ، فلا اقل من أن يكون هذا مقترناً بالتحفظات الآتية :

(١) تحدد المدن التى يكون فيها بوليس أوربى ، ويحسن الاقتصار على القاهرة والاسكندرية والمنصورة وبور سعيد .

(٢) لا ترتبط هذه المسألة بالفقرة السادسة من المقترحات حتى لا تكون هناك علاقة بين مسئولية مصر عن مصالح الأجانب ومسألة استبقاء بوليس أوربى .

(٣) لا معنى للنص على أن انجلترا مستعدة لتنظيم البوليس المصرى ، كما فعلت مع بلاد أخرى ، ذلك لأن مصر إذا أرادت شيئاً من ذلك فى المستقبل فلا يوجد ما يمنعها من هذا ، ولا حاجة للنص عليه مقدماً ، والا اشتم منه لائحة الالتزام لا الاختيار ، ولا تظن أن البلاد الأخرى التى تشير إليها المذكرة البريطانية قد تعاقدت مع انجلترا على أن تستقدم بعثة انجليزية لاصلاح بوليسها قبل قدوم هذه البعثة بسنين .

٢ - ابعاد الأجانب :

هل لجهة الادارة فى مصر الآن الحق فى ابعاد الأجانب غير المرغوب فيهم عن البلاد المصرية ، دون الرجوع فى ذلك الى أية جهة قضائية ؟ تحكم محكمة الاستئناف المختلطة بأن لها هذا الحق ، دون أن يكون فى ذلك اخلال بالامتيازات الأجنبية ، لأن الابعاد ليس عقوبة جنائية ، ومادام لا يتمضن خرقاً لحرمة المسكن ، فالحكومة تملكه . باعتباره من قوانين البوليس والأمن العام ، التى يخضع لها كل المقيمين بأرض مصر من مصريين وأجانب (انظر على سبيل المثال الحكم الصادر فى ٥ يناير سنة ١٨٨٢ مجموعة رسمية ٧ ص ٦١ - والحكم الصادر فى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٢ مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤ ص ٢٧٦) .

ومع أن حق ابعاد الأجانب حق ثابت لجهة الادارة ، لا تؤثر فيه الامتيازات الأجنبية كما تقول محكمة الاستئناف المختلطة ، نرى أن المواد ٢٨ - ٣٥ من المشروع نمرة ٢ تقضى يجعله من اختصاص المحاكم

المختلطة الجديدة . فتتضمن المادة ٢٨ على أنه إذا ثبت وجود أسباب معقولة لأن يخشى من أجنبي أن يكون على وشك الإخلال بالأمن العام . أو أن تكون أعماله أو سلوكه من شأنها التحريض على الإخلال بالأمن العام ، يجوز للمحكمة ، بناء على طلب النائب العمومي ، إذا رأت ذلك ، أن تحضر الأجنبي أمامها ، وتأمره بتقديم كفالة كافية تضمن عدم إخلاله بالأمن العام أو حسن سلوكه مستقبلاً حسب الأحوال . وتتضمن المادة ٢٩ على أنه متى حكم على أجنبي لجريمة ، يجوز للمحكمة التي حكمت عليه أن تلزمه ، بناء على طلب النائب العمومي ، إذا رأت ذلك ، فضلاً عن كل عقوبة أخرى ، بتقديم كفالة تراها المحكمة كافية لضمان حسن سلوكه مستقبلاً . وتتضمن المادة ٣٠ على أنه في كل هاتين الحالتين ، إذا لم يقم الشخص المطلوب منه الكفالة بتقديمها ، أو إذا استمر بعد تقديمها ، وإثناء المدة المقدمة عنها الكفالة ، على الإخلال بالأمن العام ، أو على سوء السلوك ، فيجوز للمحكمة و أتمر بإبعاده من القطر المصري . وتتضمن المادة ٣١ على أن هذه الإجراءات تعتبر إجراءات جنائية ، والأمر بتقديم كفالة يعتبر حكماً بتوقيف عقوبة .

فهل يراد من هذه النصوص أن يسلب من جهة الإدارة حقها في إبعاد الأجانب ، ذلك الحق الذي لم تمسه الامتيازات الأجنبية ؟ أن في هذا توسيعاً للامتيازات لا تضيقاً لها . ونحن نرى وجوب النص على أن حق المحاكم المختلطة في الحكم بإبعاد الأجانب لا يمس مالجهة الإدارة من الحق في هذا دون الرجوع إلى القضاء . ويقول الأستاذ عبد العزيز فهمي باشا في هذا الموضوع (انظر ملحق المحاماة ص ٦٨) : « وإن كان لا بد للأجانب من ضمانه في هذا الصدد فلا بأس من إعطائهم الشيء المعقول ، كأن يكون الطرد بقرار من لجنة مكونة من رئيس محكمة الاستئناف الأهلية وأحد القضاة الأجانب تعينه الجمعية العمومية بالاستئناف سنوياً ثم من وزير الداخلية رئيساً ، بهذه الكيفية يضمن العدل والدقة التامة في القرار الذي يصدر » .

٣ - تسليم المجرمين الفارين (extradition) :

تقف سيادة الدولة عند حدود أراضيها ، فإذا ارتكبت جريمة في أرض دولة وفر المجرم إلى دولة أخرى ، فليس الدولة الأولى أن تتعقب المجرم خارج حدودها ، ولا بد لها من استئذان الدولة التي فر إليها المجرم في

تسليمه اليها ، فإذا فعلت سمى هذا بتسليم المجرم الفار (extradition) ، وهي تفعل فى الغالب ذلك بمقتضى معاهدة بينها وبين الدولة الأخرى أو بمقتضى قانون داخلى ، والذي يلاحظ عادة فى هذه المعاهدة أو فى هذا القانون أن المجرم الفار لا يسلم فى جريمة سياسية أو فى جريمة تافهة أو لدولة لاتعترف من جانبها بتسليم المجرمين الذين يفرون الى بلادها . وفى كل هذا يكون للدولة التى تسلم المجرم السلطة التامة فى تحديد شروط هذا التسليم وفى إجراءاته ، أما بمقتضى معاهدة كما قدمنا أو بمقتضى قانون .

فإذا طبقنا هذا المبدأ على مصر ، بإعتبار أنها دولة كاملة السيادة ، نتج أن لها الحرية التامة فى عقد معاهدات مع الدول خاصة بتسليم المجرمين الفارين الى بلادها ، وأن لها أيضاً أن تنظم هذا الأمر بتشريع داخلى يجوز لها تعديله أو تغييره فى أى وقت تشاء . ولم تمس الامتيازات الأجنبية حق مصر فى ذلك .

ولكن المشروع نمرة ٢ من مشروعات سنة ١٩٢٠ يضع قيوداً على سيادة مصر فى هذا الأمر ، إذ ينظم طريقة مفصلة لتسليم المجرمين الفارين الى مصر ، ويجعل للمحاكم المختلطة وللنائب العمومى أمام هذه المحاكم وللمندوب السامى الشأن الأول فى ذلك (انظر المواد ٣٦ - ٥٤) . فإذا قبلت مصر هذا المشروع تقيدت به ولا تستطيع التغيير فيه ، وأصبح جزءاً من الامتيازات الأجنبية ، مع أن هذه الامتيازات ليس فيها هذا التقييد من سيادة مصر كما قدمنا ، فكأننا نوسع فى الامتيازات الأجنبية بدلاً من التضييق منها . على أن خطورة الأمر تظهر بوضوح أكبر إذا لوحظ أن الإدارة المصرية تصبح لا سلطة لها ، بموجب هذا المشروع ، فى تسليم المجرمين الفارين الى حكوماتهم ، ولابد من تدخل المحاكم المختلطة فى ذلك ، مع أن الحائل دون تسليم المجرم لدولته هو وجوب احترام الدولة التى لجأ اليها ، فلا يصح أن تكون المحاكم المختلطة هى القيمة علينا فى ذلك ، ويجب أن تترك لحكومة هذه البلاد الحرية التامة فى تقدير الوسائل التى تتخذها من أجل احترام سيادة الدولة ، إما بعقد معاهدات حرة مع الدول التى تختارها ولا تكون هذه المعاهدات جزءاً من الامتيازات الأجنبية ، وإما بعمل تشريع تملك تعديله وتغييره دون أن ترجع فى ذلك لغير الهيئة التشريعية المصرية .

من أجل هذا نرى حذف النصوص الخاصة بتسليم المجرمين من مشروعات سنة ١٩٢٠ ، حتى يكون للحكومة المصرية حقها الطبيعي في تنظيم هذه المسألة بمعاهدات أو بتشريع كما ترى .

٤ - المستشاران المالي والقضائي :

ترتبط مسألة المستشارين المالي والقضائي بمسألة تعديل الامتيازات الأجنبية من حيث أن وجود هذين الموظفين البريطانيين قصد به أن يكون ضماناً لحسن سير الاصلاحات المزمع ادخاله بمناسبة تعديل هذه الامتيازات . وقد جاء في المذكرة الخاصة بهذه المسألة ، هي مذكرة صادرة من الجانب المصري ، ما يأتي : « تعلمون سعادتك ان الحكومة المصرية قد أخذت على عاتقها القيام ببرنامج واسع النطاق للاصلاحات الداخلية ، واننى أدرك أن هذا العمل سيكون أبعد غوراً وأكثر صعوبة بسبب التعديلات المهمة التى ستدخل على نظام الامتيازات ، كما ترمى اليه الاقتراحات ، وأرى ضماناً لانجاز هذا البرنامج الاصلاحى على وجه يدعو الى الارتياح أن الحاجة ستدعو الى الحصول على أفضل مشورة ممكنة ، فأنتهز هذه الفرصة لأبلغ سعادتك أن فى نية الحكومة المصرية أن تحتفظ بخدمة بريطانيين فى منصبى مستشار مالى للحكومة المصرية ومستشار قضائى لوزارة الحقانية ، وذلك مدى المدة اللازمة لاكمال الاصلاحات المشار اليها ، أما اللذان سيشغلان هذين المنصبين فى المستقبل فستختارهما الحكومة المصرية بالاتفاق مع حكومة جلالته الامبراطورية بالمملكة المتحدة ، ويعنان كموظفين مصريين من قبل الحكومة المصرية . » وقد جرى مشروع شامبرلان - ثروت على هذه الخطة أيضاً من جعل مسألة المستشارين بعيدة عن صلب المعاهدة ، اكتفاء بأن تتضمنها ملحقات تالية (أنظر ملحق ٢ (١ و ب) من الكتاب الأخضر للمرحوم ثروت باشا) .

وأهم ما يتوجه اليه النظر بشأن هذين المستشارين أن مهمتهما غير محددة ، والمفهوم من المذكرة التى نحن بصددتها أنهما سيوظفان فى الحكومة المصرية للحصول منهما على أفضل مشورة ممكنة بشأن الاصلاحات الداخلية والقضائية التى تزمع الحكومة إجرائها . وأنهما سيمكثان فى خدمة الحكومة مدى المدة اللازمة لاكمال الاصلاحات المشار اليها .

وإذا كان لابد من استبقاء موظفين بريطانيين بهذا الاسم ، فيجب أن يكون ذلك بتحفظات أربعة ، حتى لا يكون هناك مجال لتدخل الانجليز فى شؤون مصر الداخلية :

(١) لامعنى لضرورة الاتفاق مع الحكومة الانجليزية عند اختيار من سيشغل هذين المنصبين فى المستقبل ، ما دام الغرض الحصول على مجرد استشارة فنية ، وشأن المستشارين شأن كل موظف فنى أجنبى تعينه الحكومة المصرية للاستفادة من فنه ، وكل ما يمكن أن تسلم به مصر فى هذا الأمر هو أن تستأنس الحكومة المصرية برأى الحكومة الانجليزية فى اختيار هذين الموظفين ، دون أن يكون هذا الرأى ملزماً للحكومة المصرية .

(٢) يجب تحديد مهمة المستشارين تحديداً دقيقاً ، والنص على أنها فنية محضة ، وإن رأيهما استشارى ، للحكومة المصرية أن تأخذ به أو لا تأخذ ، وإن وجودهما لا يخل بالمسئولية الوزارية أمام البرلمان ، وإن ليس لهما أن يتدخل بطريق مباشر أو غير مباشر فى شؤون مصر الداخلية ، وأنهما يعتبران مروضين لوزيريهما ، ولا علاقة لهما بالحكومة البريطانية .

(٣) يجب أن يحدد الميعاد الذى فيه تستغنى الحكومة المصرية عن خدمة المستشارين ، أسوة بتحديد ميعاد قوة البوليس الأجنبية التى سبقت الإشارة إليها ، أما الاقتصار على ذكر «مدى المدة اللازمة لاكمال الاصلاحات» ، ففيه غموض ولا يعلم متى يمكن القول بأن هذه الاصلاحات قد تمت . والأمل أن تحدد المدة بخمس سنين مثلاً من وقت نفاذ تعديل الامتيازات الأجنبية ، وإذا لم توفق الحكومة المصرية الى الحصول على هذا التعديل فى الوقت المناسب ، فتحدد المدة بعشر سنين مثلاً من وقت نفاذ المعاهدة .

(٤) إذا حصل خلاف بين الحكومة المصرية والحكومة الانجليزية بشأن هذين المستشارين ، من حيث تعيينهما ، أو من حيث اختصاصاتها ، أو من حيث امكان الاستغناء عنهما ، أو غير ذلك من الأمور المتعلقة بهما ، حل هذا الخلاف بطريق التحكيم امام محكمة العدل الدولية . نقول ذلك لأن الظاهر أن المقترحات البريطانية لاتجعل مجالاً للتحكيم الا فى المسائل

المدرجة فى صلب المعاهدة ، أما المسائل التى اكتفى فيها بمذكرات فنية خاضعة للتحكيم (انظر الكتاب الأخضر لرئيس الوزارة الأسبق محمد محمود باشا فى التعليق على المادة العاشرة وعلى المادة الثانية عشرة) ، ولما كانت مسألة المستشارين قد وضعت فى المهكرات لا فى صلب المعاهدة ، كان من الواجب إذا أن ينص صراحة على وجوب التحكيم فيها عند حصول للخلاف .

كلمة ختامية

تبين مما تقدم أن مصر ، وحالتها الآن غير حالتها في سنة ١٨٧٦ وقت إنشاء المحاكم المختلطة ، يحق لها أن تطالب بتحسين نظام الامتيازات الأجنبية تحسيناً كبيراً ، إذا تعذر الآن الغاؤه جملة واحدة : على أن هذا الإلغاء ، والرجوع الى مبدأ سيادة الدولة المصرية في تشريعها وقضائها وإدارتها ، يجب أن يكون هو المطمح الذي تسمو اليه في المستقبل ، والذي تعهد له الطريق في الوقت الحاضر .

قد يحق لمصر من الوجهة القانونية أن تطالب من الآن بإلغاء الامتيازات الأجنبية ، لأنها إنما تقوم على معاهدات بعضها عقد في القرون الوسطى والبعض عقد منذ قرون . وقد عدلت هذه المعاهدات بإدخال نظام المحاكم المختلطة منذ أكثر من نصف قرن . ولا شك أن الظروف في مصر ، من الوجهة الاقتصادية والأدبية والعلمية ، ومن حيث تقدم المدنية والحضارة وانتشار النظم القانونية الحديثة وتوطدها ، قد تغيرت منذ ذلك الحين تغيراً من شأنه أن يجعل هذه المعاهدات العتيقة البلية غير صالحة للتطبيق في الوقت الحاضر . وتوجد قاعدة محترمة في تقاليد القانون الدولي تقضى بأن كل معاهدة تصبح غير صالحة للتطبيق بتغير الظروف التي عقدت فيها يجوز تعديلها أو الغاؤها بعد مفاوضة تجرى بين الدولتين المتعاقبتين ، وهذا المبدأ القانوني معروف في كل كتب القانون الدولي واسمة باللاتينية (Rebus sic stantibus) . وهو المبدأ الذي تمسكت به تركيا للوصول الى إلغاء الامتيازات الأجنبية في بلادها ، حتى حصلت على اقرار الدول بهذا الإلغاء في معاهدة لوزان سنة ١٩٢٣ ، وكان الواجب أن تلغى الامتيازات في مصر تبعاً لالغائها في تركيا . وهو المبدأ الذي تنعسك به الصين كذلك ، وقد أعلنت إلغاء الامتيازات الأجنبية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٢٠ . وها هي الفرس قد ألغت الامتيازات الأجنبية في بلادها في أوائل سنة ١٩٢٨ . ومصر مثي اندمجت في عصبة الأمم قوى حقها في المطالبة بتطبيق هذا المبدأ المنصوص عليه صراحة في المادة التاسعة

عشرة من ميثاق العصبة ، وهى تقضى بأن للجمعية العمومية لعصبة الأمم أن تنصح من وقت لآخر أعضاء العصبة أن يعيدوا النظر فى المعاهدات التى أصبحت غير صالحة للتطبيق وفى الاحوال الدولية التى يترتب على استمرارها خطر على سلام العالم .

وقد يكون الأفضل لمصر من الوجهة العملية ألا تجتزئ بترقيع نظام الامتيازات ، وألا تكتفى بأن تطلب تهذيب هذا النظام ، حتى لا يمكنه بذلك من البقاء طويلا ، كما لاحظ هذا أحد من يعتد برأيهم ، فلو بقى نظام الامتيازات الأجنبية فى مصر بعيوبه القديمة قبل سنة ١٨٧٦ ، ولم يدخل نوبار باشا نظام المحاكم المختلطة بقصد تخفيف وطأته ، لكان من المحتمل أن مصر والاجانب انفسهم لم يكونوا ليقووا على احتمال هذا النظام الفاسد ، وكانت مصر تلغيه جملة واحدة كما فعلت تركيا والفرس والصين ، وكان هذا افضل عاقبة وأبلغ أثرا . لكن العمل من وقت إلى آخر على مداراة بعض عيوب النظام من شأنه ان يطيل بقاء هذا النظام الفاسد من أساسه .

قد يكون خيرا لمصر إذا من الوجهتين القانونية والعملية ان تطالب بالغاء الامتيازات الاجنبية ، ولكننا لم نرد أن ننادى بهذا الآن ، لا انكاراً لهذا الحق على مصر ، ولا خوفاً من أن نتهم بالمغالاة ، ولكن تقريباً لشقة الخلاف بين وجهة النظر المصرية ووجهة نظر الدول ذوات الامتيازات ، وسعياً وراء حل عملى ميسور التطبيق قريب المنال . ونحن فيما اقترحناه من التعديلات لم نكد نجاوز ما كان يطلبه نوبار باشا فى سنة ١٨٧٦ ، أى منذ أكثر من نصف قرن ، فلا يجوز إذا التهاون والتفريط من الجانب حتى ينزل الى ما دون هذا الحد .

وهناك من الاقتراحات التى دونها ما يجب الاتفاق عليه منذ الآن مع انجلترا فى المعاهدة المزمع عقدها ، وذلك كاعتراف بحرية مصر الكاملة فى التشريع للأجانب بشأن العقارات الموجودة بمصر وبشأن لوائح البوليس ، وكالنصر على وجوب التحكيم فى كل خلاف ينشأ عن مسائل الامتيازات ، وعلى احترام التقاليد المتبعة حتى اليوم من تعيين قضاة المحاكم المختلطة من جنسيات مختلفة بالنسبة الموجودة الآن بين هذه

المسائل المهمة التي تعرضنا لها في المقترحات البريطانية وفي مشروعات سنة ١٩٢٠ .

وهناك مسائل أخرى أقل أهمية يمكن إرجاؤها الى الوقت الذي تفاوض فيه مصر الدول ذوات الامتيازات ، فتثار في تلك المفاوضات على اعتبار انها من التفاصيل القابلة للتعديل .

ويحق لمصر ، وهذا موقفها من الاعتدال ، ان تنتظر من الدول الأجنبية استعداداً حسناً للمفاوضة على الأسس المتقدمة . ولاشك ان عددا كبيرا من هذه الدول لا يحاول ان يوجد صعوبات في طريق الوصول الى حل يوفق بين مطالب مصر العادلة والمصالح الأجنبية المشروعة . فإذا بقي بعد ذلك بعض الدول تأبى على مصر هذا القسط المتواضع من الإصلاح قالواولى ان تتبع نحوه خطة حزم لانجد بدا من اتباعها ، وذلك بأن تلغى الحكومة المصرية نظام المحاكم المختلطة بالنسبة لرعايا هذه الدول ، ومن حقها ان تفعل ذلك بشرط ان تعلن عن هذا الالغاء قبل حصوله بسنة ، فترجع هذه الرعايا الى نظام المحاكم القنصلية القديم ، وفي هذا النظام تكون خسارتهم ابلغ من خسارتنا ، إذ ان أكثر من نصف قضاياهم تصبح من اختصاص المحاكم الأهلية باعتبار ان المدعى عليهم فيها مصريون ، اما بقية القضايا فتصبح من اختصاص المحاكم القنصلية المختلفة وفي هذا من المشقة عليهم ما لا يقل عن المشقة التي يتحملها المصريون . ولا نعتقد ان هذه الدول تصر على موقف مثل هذا ، بل هي ترجع عنه منذ تتبين عزمنا الصادق على المضي في طريق الإصلاح ، كما فعلت فرنسا عند إنشاء المحاكم المختلطة ، فقد ترددت كثيرا قبل الموافقة على نظام هذه المحاكم . ولم يخرجها من هذا التردد الا ان رأت الخديوى اسماعيل لايعبأ بمعارضتها ، ويفتح المحاكم الجديدة دون ان يكون فيها ممثلون فرنسيون . ومهما نقل اليها من الأخبار عن موقف الحكومة الفرنسية اليوم نحو تعديل الامتيازات الأجنبية ، وانها تعارض في هذا التعديل كما عارضت في مثله سنة ١٨٧٦ ، فإننا نعتقد ان هذه الأخبار مبالغ فيها ، وأن فرنسا لن تقف حجر عثرة في طريق الإصلاح القضائى في مصر ، وهي تعلم ان الثقافة الفرنسية كانت النور الذى انبعث الى مصر فأضاء جوانبها ، فشب هذا الجيل من المصريين على حب فرنسا والتعلق

بها ، وهذا ما يجعلنا نعتقد أن هذه الدولة الصديقة لن تدخر وسعاً في إرضاء المصريين والاتفاق معهم على إجابة مطالبهم العادلة . وتفاؤنا من ناحية الدولة الفرنسية يعدل حسن ظننا بالدول الأخرى ذوات الامتيازات ، واعتقادنا أن جميع هذه الدول ستقف منا موقف الصديق ، ولا تعارض في أمر تعلم أن تحقيقه أصبح محتماً وأن عليه تتوقف كرامة مصر ، وبه يرتبط كثير من مصالح الدولة . وسترى الدول ذوات الامتيازات أننا عند حسن ظننا بنا ، ولا نألو جهداً في صيانة المصالح الأجنبية المشروعة في بلادنا ، فقد كان موقفنا حيال الأجانب منذ بدء النهضة المصرية موقف الأصدقاء الكرماء المخلصين .

مجلة القضاء

في عهدها الجديد

هذه مجلة القضاء ، في عهدها الجديد ، نتقدم إلى قرائها بين التفاوض والأمل . نتفاعل بتلك النهضة المباركة التي اظلت العراق ، وجعلته ركناً من أركان العروبة ، وتأمل ان تسير في الطريق الذي شقته قدماً إلى الأمام ، لا ترجع إلى الخلف ولا تتعثّر .

وإذا كان العراق في الماضي مهذاً لقانون حمورابي ، ومناراً لفقه ابي حنيفة ، فهو اليوم يتقدم ، ومن ورائه تلك الذكريات المجيدة ، وامامه ذلك الهدف الأعلى ، يطمح في ان يكون له مكانه في النهضة القانونية التي بدت تباشيرها في الشرق العربي .

ومجلة القضاء مظهر من مظاهر اليقظة في العراق ، وصفحة من صفحات ثقافتها القانونية . ظهرت منذ عامين ، وبقيت تصدر عاماً وبعض عام . ثم انقطعت عن الظهور فترة قصيرة . وها هي تعود اليوم ، بعد ان ابي وزير العدالة ، وهو الساهر على النهضة القانونية في العراق ، والقائم على حركة الاصلاح التشريعي ، ان يحجبها عن قرائها طويلاً .

وهي في عهدها الثاني تتقدم لتقوم بنصيبها في النهضة القانونية ، وتحتمل قسطها من مسئولية النهوض بالثقافة القانونية في العراق . ولا بدخر القائمون بأمرها وسعا حتى يجعلوا منها منبراً لأقلام رجال القانون ، لا في العراق فحسب ، بل في سائر الأقطار العربية والعراق ، بعد استقلاله ، يستقبل عهداً جديداً في التشريع والتقنين فلا غنى له عن الاستنارة بأراء الباحثين فيما يهمه من الشؤون القانونية والاقتصادية . ولا غنى للثقافة القانونية في العراق عن حركة فكرية منظمة ، تهب ريحها عنيفة قوية ، ثم يُنزل غيثها منهمراً متدفقا .

ويرى القارئ هذا العدد وقد رتبت ابوابه ترتيباً جديداً . فالباب الأول نشرت فيه طائفة من الأبحاث بأقلام مختلفة . فيها قلم الاستاذ المحقق ، وقد توفر على البحث والدرس حتى نفذ الى الصميم . وفيها قلم المشتغل

بالقانون من ناحيته العملية ، فما زال يعالجه بالمران حتى راضه . و اراد القائم على رأس مجلس التشريع فى البلاد ان يضم قلمه الى اقلامهم ، وخبرته الناضجة الى خبرتهم ، فحظيت المجلة منه بهذه العناية . واجتمع رجال الفقه والقضاء والتشريع فى هذا الباب يتعاونون جميعاً . ويرى القارئ بين يديه ثمرة هذا التعاون .

وخصص الباب الثانى للتعليق على قضاء المحاكم . وقد عنيت المجلة بهذا الموضوع الخطير عناية خاصة . فان التعليق على الأحكام هو الجسر الذى يصل ما بين الفقه والقضاء ويتيح لهما التعاون متصلين متكاتفين .

وخصص الباب الثالث للتعليق على المؤتمرات العلمية والاتفاقيات التى تعرضها عصبة الأمم على العراق للأخذ بأحكامها والمؤلفات القانونية التى تظهر هنا أو فى البلاد الأخرى . وقد اريد بهذا الباب ان يكون نافذة للعراق يطل منها على الخارج ، فيشرف على الحركة العلمية من طريق المؤتمرات والمؤلفات ، ويتتبع حركة التشريع العالمى من طريق الاتفاقيات .

وجعل الباب الرابع يتتبع فيه القارئ أهم الحوادث والاخبار فى الدوائر القانونية فى العراق . فهناك حركة التشريع امام مجلس الأمة . وهناك لجان يناط تحضير التشريعات والتقنين ، وهناك ثعيمات لوزارة العدلية ذات صبغة تنظيمية ، وحركات بين موظفيها القضائيين توليهم صلاحيات جديدة أو تغير من صلاحيتها القديمة . كل هذه امور يجب المشتغل بالقانون ان يتبعها عن كثب .

وجعل الباب الخامس لنشر قضاء المحاكم فى العراق ، على مختلف أنواعها ودرجاتها ، وقرارات دائرة التدوين ، وقضاء مجلس الانضباط العام . كما جعل الباب السادس لنشر أهم القوانين والأنظمة التى صدرت فى الفترة التى سبقت صدور العدد ، وقد الحق بهذا الباب قرارات ديوان التفسير الخاص . وفى هذين البابين يتتبع القارئ حركة القضاء والتشريع فى البلاد خطوة خطوة .

وفى ذلك يرى القارئ ان المجلة تقوم فى ابوابها الأربعة الأولى بمهمة المجلات العلمية . وفى بابيها الاخيرين بمهمة الدوريات التى تعد

لنشر الأحكام والقوانين . وإذا كانت هاتان المهمتان كثيرا ما تنفصلان ،
الا انه رؤى من المناسب فى الوقت الحاضر ان يجتمعا فى هذه المجلة .
لم يبق الا ان نختتم هذه الكلمة بالقيام بواجب الشكر لمن سبقونا فى
ادارة هذه المجلة . فقد خطوا بها الخطوة الأولى - خطوة التأسيس - وهى
اشق الخطوات . ومهدوا لنا بذلك ان نسير بالمجلة هذه المرحلة فلهم منا
خالص الثناء .

مدير المجلة

عبد الرزاق أحمد السنهورى

لجنة تحضير القانون المدنى العراقى

راى القراء فى العدد السابق ان لجنة تحضير القانون المدنى العراقى قد عهدت الى الاستاذ عبد الرزاق السنهورى عميد كلية الحقوق ببغداد باعداد لائحة للقانون المدنى العراقى تكون اساس لبحث اللجنة بعد ان اقرت الاسس التى تبنى عليها هذه اللائحة . وقد سبق لنا نشر هذه الاسس .

وننشر فيما يلى كتابا مرفوعا من الاستاذ السنهورى الى فخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدنى العراقى . وننشر مع الكتاب الوثيقتين المقترنتين به ، وهما يشتملان على لائحة للبيوع فى القانون المدنى المقترح .

والوثيقتان هما الآن تحت نظر اللجنة تبحث فيهما . وسننشر فى الاعداد المقبلة خلاصة مداوات اللجنة ، وما يستجد بعد ذلك من اعمال لاعداد القانون المدنى العراقى .

وغرضنا من هذا النشر ان نشرك رجال القانون فى العراق مع اعضاء اللجنة فى بحث هذا المشروع الذى لا تخفى اهميته على المشتغلين بالقانون . فيدلى من يريد منهم بما يعن له من الملاحظات والآراء على صفحات هذه المجلة .

وهذا هو خير استفاء تقوم به هذه المجلة لخدمة القانون . وهى تنشر كل الملاحظات والآراء التى ترد اليها حول هذا الموضوع . وتضعها تحت نظر اللجنة المعهود اليها بتحضير القانون .

كتاب مرفوع الى فخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدنى العراقى

حضرة صاحب الفخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدنى العراقى
اقدم لفخامتكم جزءا من العمل الذى انجزته ، لاعداد لائحة للقانون
المدنى العراقى ، طبقا للاسس التى اقرتها اللجنة الموكول اليها تحضير
هذه اللائحة . بعد ان عهدت الى اللجنة القيام بهذا العمل .

وقد تدبرت رسم خطة اسير عليها . فوجدت من المناسب ان ارجىء
موقتا مسائل الأحوال الشخصية وقانون الأراضى والحقوق العينية بوجه
عام ، على ان اعود إلى ذلك بعد ان افرغ من وضع لائحة لقانون الالتزامات
والعقود ، وهو القانون الذى يستغرق الجزء الأكبر من نصوص مجلة
الأحكام العدلية .

ورأيت ان قانون الالتزامات والعقود ينقسم بطبيعته إلى قسمين ، قسم
يخصص لوضع نظرية عامة للالتزام ، تقرر فيه مصادره واحكامه ، وآخر
يعرض للعقود المعينة عقدا عقدا ، فيورد احكامها الخاصة ، ويطبق فى
مسائلها القواعد العامة .

ولما كانت مجلة الاحكام العدلية لم تورد احكاما للنظرية العامة
لالتزام . بل عمدت ، بعد الفراغ من تقرير القواعد الكلية ، إلى العقود
المعينة ، وبدأت منها بالبيع ، وهى فى ذلك قد اقتفت اثر فقهاء الشريعة
الاسلامية ، فهؤلاء لا يصوغون هذه النظرية العامة ، بل يقتصرون على

ايراد بعض قواعدها متخللة احكام العقود المعينة ، لذلك بدأت بوضع لائحة لقانون البيوع ، مجاريا فى ذلك مجلة الاحكام العدلية . ولم اكد افرغ من وضع هذه اللائحة ، حتى رايت الطريق ممهدا لتناول النظرية العامة للالتزام ، فان أكثر البيوع ليست الا تطبيقا لهذه النظرية العامة . وساقدم للجنة ، بعد ان تنتهى من بحث كتاب البيوع ، كتابا لا مقابل له فى المجلة ، هو الكتاب الذى يقرر احكام النظرية العامة للالتزام . ثم استمر فى العمل ، راجعا الى العقود المعينة ، فاعد لائحة لقانون عقد الايجار ، ثم لوائح اخرى ، لسائر العقود . وبذلك انتهى من المرحلة الأولى من العمل . وانظر بعد ذلك ، فى مرحلة ثانية ، فى اعداد قانون للأراضى والحقوق العينية والتأمينات ، وفى مرحلة ثالثة ، فى قانون للاحوال الشخصية . وبذلك تتكامل اجزاء القانون المدنى العراقى .

والجزء الذى اقدمه الآن لفخامتكم ، لتبحثه اللجنة ، هو كتاب البيوع . وقد قسمت هذا الكتاب الى فصول خمسة . اوردت فى الفصل الأول منها المسائل العامة ، كتعريف البيع وتكوينه وشكله واركانه . ثم جعلت التزامات البائع فى الفصل الثانى ، والتزامات المشتري فى الفصل الثالث . وخصصت الفصل الرابع لأنواع من البيوع كثيرة الوقود فى الحياة العملية . وانتهيت بالمقايضة فى الفصل الخامس .

وقد سرت فى عملى على دورين . وضعت فى الدور الأول نموذجا لأحكام البيوع ، اخترته من بين تقنينات كثيرة ، قديمة وحديثة . مثل القديمة القانون الفرنسى والقانون المصرى . ومثل الحديثة القانون الالمانى والقانون السويسرى (ومعه القانون التركى) والقانون السوفيتى والمشروع الفرنسى الايطالى والقانون المراكشى والقانون اللبنانى والقانون البولونى والمشروع الدولى . وذكرت امام كل نص اخترته من اين اتيت به ، ولماذا اخترته ، وقارنت بينه وبين النصوص المقابلة له فى القوانين الأخرى . وهذه هى الوثيقة الأولى التى اقدمها للجنة . اما الوثيقة الثانية ، وهى التى اعددتها فى الدور الثانى ، فتشمل النصوص النهائية التى اقترح الاخذ بها ، وقد استخلصتها من مقابلة احكام النموذج باحكام مجلة الأحكام العدلية ونصوص كتاب مرشد الحيران وأحكام الشريعة الاسلامية بوجه عام فى كل مذاهبها وفى اقوال كل مذهب . فخرجت بذلك

نصوص النموذج على أحكام الشريعة الإسلامية بقدر الامكان ، واستخلصت من هذا التخريج نصوصا نهائية ، هي التي اضعها بين يدي اللجنة لبحثها .

فاذا رأى فخامة الرئيس ان يحيل الوثيقتين على لجنة فرعية ، تقدم تقريراً عنهما الى اللجنة العامة ، فاني مستعد لتقديم الايضاحات والبيانات التي تطلبها منى اللجنتان .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام .

عبد الرزاق احمد السنهوري

بغداد في ١٥ حزيران ١٩٣٦

عميد كلية الحقوق ببغداد

من مجلة الأحكام العدلية
إلى القانون المدني العراقي
وحركة التقنين المدني في العصور الحديثة

بقلم

الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري

عميد كلية الحقوق - ببغداد (*)

تمهيد

ان الانتقال من « مجلة الأحكام العدلية » الى « القانون المدني العراقي » امر ذو خطر في تاريخ القانون في العراق . فليس الأمر مقصوراً على انه يراد وضع قانون مدني ، وان كان القانون المدني ، في كل امة وفي كل جيل ، هو اكبر القوانين خطراً ، واكثرها تعقداً ، واشدها التصاقاً بحياة الأفراد . بل ان العراق يواجه ، الى جانب ذلك ، مشكلة اخرى تزيد الأمر صعوبة . فان « مجلة الأحكام العدلية » ، وهي القانون المدني الذي يطبق حتى الآن في العراق ، مصدرها كما هو معروف الفقه الاسلامي . وقد اخذت « المجلة » ، من الفقه الاسلامي ، بالفقه الحنفي ، وبأرجح الأقوال من هذا المذهب . فالبلاذ العراقية عاشت إذن قروناً طويلاً تطبق الفقه الحنفي في معاملاتها المدنية . بل يوجد ما هو أجل من ذلك وأروع ، فان العراق هو مهد الفقه الحنفي ، فيه نشأ هذا الفقه وبين ربوعه ترعرع وازدهر . وقد قام رجل من أبناء العراق ، في بلد من بلاد العراق ، يشيد وحده أكبر بناء قانوني شاده فقيه بجهوده الشخصية فيما عرف البشر . وعاش أبو حنيفة النعمان في الكوفة ما قدر الله له أن يعيش وهو يضع كل يوم لبنة في هذا البناء الضخم المشمخ ، فما طوى حياته في الدنيا حتى أتم هذا

(*) نشر في مجلة القضاء العراقية السنة الثانية ، العددان الأول والثاني مايو

البناء ، وتركه للعالم الاسلامي صرحا منيعا تتحصن فيه الأجيال ، وتراثا غاليا يفاخر به الأبناء والأحفاد .

أيجوز بعد كل ذلك أن ينبذ العراق تقاليده ، ويتنكر لابنه البر ، ويهدم ذلك الصرح الذي قام على جهوده الجبارة . ثم كيف يستساغ أن تخلع أمة قانونها كما يخلع الرجل ثيابه ! وأين تعاليم المدرسة التاريخية ، وهي تقول أن القانون هو نبت البيئة ، وغرس الأجيال المتعاقبة ، يتطور من مرحلة الى مرحلة ، ويتخطى اعناق القرون ، تسلمه الآباء للأبناء ، والأبناء للأحفاد ، وهو في كل مرحلة يصطبغ ، وينضج بلونها ، ويتفرق في صفحاته ما الجيل !

لو كان المراد من الانتقال الذي يشير اليه عنوان هذا المقال « من مجلة الأحكام العدلية الى القانون المدني العراقي » هو نبذ الفقه الحنفي والفقه الاسلامي عامة ، لصح أن يقال كل ذلك . ولكن الواقع من الأمر أن عبارة « القانون المدني العراقي » ليس فيها من جديد الا الفاظها . فالقانون المدني العراقي موجود ، وإن كانت تنقصه الصياغة التي تتمشى مع مقتضيات هذا العصر ، وينقصه التنسيق والترتيب ، وقسط من التحوير والتعديل يقتضيه تطور المدنية . فإذا بدأ القانون المدني العراقي « بعد هذا الصقل في ثوب جديد ، فهي جدة تخفى تحتها تقاليد العراق الفقهية وتراثها العظيم سالمة مصونة من كل عبث وتشوية .

على أن الصقل وحده يقتضى كثيرا من الجهود . ولو كان يراد أن يوضع نموذج لنظام مدني يكون من ارقى النظم ، لكان هذا ايسر خطبا . فإن النماذج الراقية للنظم المدنية قد تعددت في هذه الايام ، وارتقت الصياغة التشريعية المدنية ارتقاء كبيرا ، بعد أن وضع التقنين الالمانى ، والتقنين السويسرى ، والمشروع الفرنسى الايطالى ، والتقنين البولونى ، وغير هذه من التقنينات الحديثة ، مما يعد فخر التشريع المدني في العصر الحديث . ولعل القانون المدني ، في تقنيناته الحديثة ، قد وصل الى درجة من الرقى التشريعى لم تدانه فيها القوانين الاخرى . هذا الى مشروعات خاصة ، تضعها الفقهاء او تصوغها الهيئات الدولية نماذج للتشريع المدني .

ولكن الامر ادق من ذلك واشد عناء . فان النموذج الصالح للتشريع المدني اذا وجد ، فانه لا يقصد لذاته ، بل ليكون قالباً تصب فيه التقاليد القانونية للعراق ، والفقه الاسلامي الذي يطبق في هذه البلاد . فقد قدمنا ان من السفه ان نبدد ثروة تركتها لنا الاجداد ، ونعيش عالة على غيرنا نتكفف .

وقد قدمنا ان هذا الاعتبار الراجع الى الاعتزاز بالكرامة القومية يقترن به اعتبار آخر ، لا يستطيع رجل القانون ان يغفله . فكل من يعرض للتشريع ومسائلة يجب ان يعرف ان القانون ليس هو كلمة المشرع يقول له كن فيكون . وقد مضى ذلك الزمن الذي كانت تسود فيه هذه النظريات السطحية . والقانون كائن حي ، ينشأ ويترعرع وينمو ، حتى يبلغ اشددة ، وليس هو خلق الساعة ولا وحى الارادة . واذا كانت المدرسة التاريخية قد بالغت في هذا المعنى ، فان هذا لا يمنع من ان المذهب في جوهره صحيح . فاذا اريد وضع قانون مدني للعراق ، وجب ان يراعى فيه ان يكون متصل الحلقات بالماضي ، بالقدر الذي ينبغي ان يتطلع فيه للمستقبل .

ونحن بعد هذا التمهيد نقسم بحثنا الى قسمين ، نورد في القسم الاول كلمة موجزة عن تاريخ التقنين المدني بوجه عام منذ القرن التاسع عشر الى اليوم ، ونخصص القسم الثاني لبحث التقنين المدني في العراق .

كلمة موجزة عن تاريخ التقنين المدني بوجه عام منذ القرن التاسع عشر إلى اليوم

ليس التقنين (Codification) حركة حديثة العهد في تاريخ القانون . فقد عرف التقنين منذ العصور الموعلة في القدم . وقد كان قانون حمورابي والألواح الإثنى عشر ضرباً سانجاً من ضروب التقنين في عهد طفولة القانون . ويعرف تاريخ القانون الروماني في مراح تطوره الأخيرة محاولات مختلفة ترمى الى تقنينه ، حتى انتهت هذه المحاولات الى تقنينات جوستنيان الضخمة ، التي يقف أمامها المستطلع حتى اليوم ، وملء نفسه الاعجاب بعبقريّة الرومان في القانون .

وقد قنن قانون الكنسية في العصور الوسطى . وقننت بعض القوانين المشتقة من العادات الجرمانية عند بعض الأمم الأوربية في تلك العصور ،

مما لاجابة بنا الى الخوض فيه فان حديثه يطول . ونسرع الى التحدث عن المرحلة الأخيرة من مراحل التقنين فى العصور الحديثة .

تبدا هذه المرحلة بذلك الصرح الباقي على وجه الزمن ، تقنيات نابليون ، التى بقيت بعد أن زالت انتصارات هذا الفاتح العظيم ومحتها معركة واترلو . وقد كان نابليون نفسه اول من أحس هذه الحقيقة وقالها . وقد احدثت تقنيات نابليون رجة عنيفة فى اوربا وتطلعت اليها الامم ، وفتحت عهدا جديدا فى تاريخ التشريع والتقنين . وسار نابليون ، المدفع فى يساره وتقنياته فى يمينه ، وایان يذهب به المدفع ، دعمت تقنياته ما تم له من فتح وانتصار .

على أن فقهياً إلمانياً ، خلصت له زعامة الفقه فى النصف الأول من القرن التاسع عشر ، هو سافيني (Savigny) صاحب مذهب التطور التاريخي المعروف ، وقف فى وجه تقنيات نابليون ، ومنع البلاد الألمانية من أن تنسج على منوالها ، لا لانه كان خصما لهذه التقنيات بالذات ، بل لان مذهبه خصم لكل تقنين . فهو يقول بان القانون ثمرة التطور ، وهو فى حركة مستمرة وتحول دائم ، فكيف يمكن حصر الشيء المتطور المتحول فى تقنين ثابت جامد ؟ وتصدى سافيني للفقيه تيبو (Thibaut) ، وقد اراد هذا أن يقنن القوانين الجرمانية ليوحدها ويمهد بذلك للوحدة الألمانية ، وفند سافيني ما أدلى به تيبو من حجج لمصلحة التقنين ، فى ضوء ما استقر عليه مذهب التطور التاريخي المعروف . فوقفت حركة التقنيات فى المانيا ، وان كانت النمسا قد قننت قانونها المدنى فى أوائل القرن التاسع عشر .

ولم يمنع وقوف سافيني فى وجه التقنين من أن تنتشر تقنيات نابليون فى جميع أنحاء العالم . ولم يمنع ذلك أيضا من أن يعمد الألمان انفسهم فى اواخر القرن التاسع عشر الى تقنين قانونهم المدنى ، وكذلك فعلت الأمة السويسرية ، ونقحت النمسا تقنينها منذ عهد غير بعيد . ونشطت حركة التقنين فى القرن العشرين ، فكثرت فى الشرق والغرب عدد الأمم الذين احتذوا مثال التقنيات الحديثة اللاتينية والجرمانية ، ووضعت مشروعات ونماذج للتقنين .

ونحن نستعرض (أولا) التقنيات اللاتينية (ثانيا) التقنيات الجرمانية (ثالثا) التقنيات الأخرى الحديثة التي ظهرت في القرن العشرين .

أولا - التقنيات اللاتينية

نجد على رأس هذه التقنيات التقنيات الفرنسية المعروفة بتقنيات نابليون ، وهي أبعد التقنيات اللاتينية عهدا ، وأعظمها شهرة ، وأكثرها انتشارا . وقد كانت تسود أوروبا وأمريكا اللاتينية طوال القرن التاسع عشر ، وامتدت إلى البلاد العربية كمصر وتونس ومراكش ولبنان . ثم لما قدم العهد بها ، وناقتها التقنيات الجرمانية ، لاسيما التقنيات السويسرية ز فكر فريق من فقهاء إيطاليا وفقهاء فرنسا ، أثناء الحرب الكبرى ، في توحيد القانون المدني ما بين البلدين ، فوضعوا المشروع الفرنسي الإيطالي في الالتزامات والعقود .

ومن ذلك نرى أن التقنيات اللاتينية ابتدأت بتقنيات نابليون في أول القرن التاسع عشر ، ولقحت هذه التقنيات بدم جديد عند وضع المشروع الفرنسي الإيطالي في القرن العشرين .

ونذكر كلمة موجزة عن تقنين نابليون المدني وانتشاره في جميع أنحاء العالم . ثم نعقب بكلمة أخرى عن المشروع الفرنسي الإيطالي .

١ - تقنين نابليون

حالة القانون في فرنسا قبل وضع تقنين نابليون :

انقسمت فرنسا ، من حيث القانون الذي كان يطبق ، منذ القرن الثالث عشر ، إلى قسمين ، القسم الشمالي وكان يطبق العادات التي نشأت من قديم في هذه البلاد بين القبائل التي سكنتها ، والقسم الجنوبي وكان يطبق القانون الروماني التي تسرب إلى هذه البلاد منذ الفتح الروماني لفرنسا وبقي متأصلا فيها . وقد جمعت بعض العادات الفرنسية في مجموعات رسمية في القرن السادس عشر ، كعادات أورليان في سنة ١٥٠٩ وسنة ١٥٨٣ ، وعادات باريس في سنة ١٥١٠ وسنة ١٥٨٠ ، ثم جمع كل هذا في مجموعة وحدة (Le Coutumier Général

de Bourdot de Richebourg)

(م - ١٨ مقالات د . السنهوري ج ١)

وأخذت ملوك فرنسا تصدر تشريعات متنوعة ، أهمها التشريعات التي استصدرها كولبر (Colbert) فى القرن السابع عشر وتتضمن قانوناً تجارياً وقانوناً بحرياً وقانوناً للماء وقانوناً للغابات وقانوناً للمرافعات المدنية وقانوناً للمرافعات الجنائية ، والتشريعات التي استصدرها داجسو (D'Aguesseau) فى القرن الثامن عشر ، وتتناول الهبات والوصايا وتعقيب الاستخلاف (Substitution) .

وكان للمحاكم الفرنسية المعروفة بالبرلمانات (Parlements) فى تلك العهود ، حق اصدار مبادئ عامة ، لا يقتصر فى تطبيقها على قضية معينة بالذات ، بل تطبق على كل الأقضية ، وكانت تسمى بالأحكام التنظيمية (Arrêts de règlement) وهى بمثابة تشريعات حقيقية .

وتلقت فرنسا ، كسائر الدول المسيحية ، قانون الكنيسة فى العصور الوسطى ، وهو يتألف من قرارات المجامع الدينية (décisions des conciles) ومراسيم الباباوات (décrétales des papes) ، وقد جمعت فى تقنين واحد هو التقنين الكنسى المعروف (Corpus juris canonici) .

هذه هى مصادر القانون الفرنسى القديم : العادات القديمة ، والقانون الرومانى ، والتشريعات الملكية ، والأحكام التنظيمية ، وقانون الكنيسة . وهى كما ترى متنوعة متشعبة ، وهى بنوع خاص تستمد أحكامها من أصول مختلفة متباينة . فكان تشتت القوانين وتبليها هى الظاهرة البارزة فى تلك العصور . وبقي المثل الأعلى أن يجمع كل ذلك ويقنن فى مجموعة واحدة .

ولما نشبت الثورة الفرنسية ، اتجه رجال الثورة الى تحقيق هذه الأمنية ، حتى يدعموا وحدة القومية الفرنسية . وحاولت المجالس التشريعية المتعاقبة فى عهد الثورة أن تقوم بهذا العمل الجليل ، وقدم فعلاً أحد رجالها (Cambacérès) مشروعاً (لائحة) للقانون المدنى كان مخلاً فى ايجازه . ثم قدم مشروعاً ثانياً ، ولكن المجلس التشريعى فى ذلك العهد سقط قبل أن يكمل التصويت على مواده . ثم قدم مشروعاً ثالثاً الى المجلس التشريعى التالى فكان حظه حظ سابقه ولم يقدر له النجاح . وقامت القنصلية ، وقدم فى مبدأ عهدها مشروع جديد هو مشروع (Jacqueminot) ولكنه لم ينجح .

كيف وضع تقنين نابليون :

وشاء حظ نابليون أن يتم على يديه هذا العمل العظيم ، وأن يبقى اسمه مقترنا به خالدا بخلوده . ففي ١٣ أغسطس سنة ١٨٠٠ الف القنصل الأول (نابليون) لجنة من أربعة أعضاء يضعون مشروعا (لائحة) للتقنين المدني : ترونشيه (Tronchet) رئيس محكمة النقض (التمييز) الفرنسية رئيسا للجنة ، وبيجو بريامينيه (Bigot Prémeneu) مندوب الحكومة أمام محكمة النقض ، ومالفيل (Malleville) القاضي بمحكمة النقض ، وبورتاليس (Portalis) مندوب الحكومة أمام محكمة الغنائم ، أعضاء . وكان الاولان يمثلان الثقافة القانونية في شمال فرنسا أى القانون المبنى على العادات ، والأخيران يمثلان الثقافة القانونية في جنوبها أى القانون الرومانى . وكان اعظم هؤلاء الأربعة اثنين ، الأول ترونشيه ، والأخير بورتاليس . وهما متناقضان كل التناقض ، فأولها متقدم فى السن لايحسن الكلام ، ولكنه يعرف دقائق القانون وتفصيلاته بعد مران سابق ، وقد نشأ فى مدرسة العادات . والثانى أصغر فى السن ، طلق اللسان ، محب للخطابة ، وقد نشأ فى المدرسة اللاتينية والقانون الرومانى . ولم يكن من اليسير أن يعمل الاثنان معا ، لما بينهما من تنافر فى الطباع ، وتباين فى الثقافة ، لولا انهما كانا يتمثلان شبح نابليون وراءهما ، يسوقهما الى العمل سوفا ، بما رزق من ارادة صلبة ، وعزم لا يتزعزع . وضرب أجل للجنة ، لتنتهى من عملها فى ستة أشهر . فامتته فى أربعة ، وهذه معجزة من معجزات التقنين : أن يتم هذا العمل الضخم فى هذه المدة القصيرة .

وعرض المشروع الأول للتقنين المدنى (او مشروع السنة الثامنة من الثورة كما يدعى عادة) على محكمة النقض ومحاكم الاستئناف ، فقدمت هذه المحاكم ملاحظاتها عليه . وبقي أن يمر المشروع بأدوار التشريع طبقا للدستور الفرنسى فى ذلك الوقت . وكان هذا الدستور يقضى بأن تتوزع السلطة التشريعية بين مجالس ثلاثة : يحضر المشروع مجلس الدولة (Conseil d'Etat) ، ثم يقدم بعد ذلك الى مجلسين ، الأول (Tribunal) ، يناقشه دون تصويت على مواده ويتقدم برأى فيه قبولا او رفضا دون تعديل ، والثانى (Corps Législatif) يصوت دون أن يناقش ، بعد أن يسمع أقوال مندوبى الحكومة ومندوبى المجلس الأول ، كل جهة تدافع عن رأيها ، فيقبل المشروع كما هو او يرفضه ، ولا يستطيع تعديله ، فإذا قبله أصدرته

الحكومة وصار قانونا . هذه هي المراحل التي كان لابد أن يجتازها المشروع الأول للتقنين المدني . ولما خرج المشروع من مجلس الدولة وعرض على المجلس الأول (Tribunat) ضاق به هذا المجلس ورأى فيه كثيرا من علامات الرجعية ، وهم أن يرفضه . فأحس نابليون الخطر ، ف سحب المشروع من المجلس . واتخذ قرارين ، يقضى أولهما بانقاص أعضاء المجلس الى النصف ، فاستبعد بذلك فيمن أخرجه من الأعضاء من كان خصما للمشروع . ويقضى الثاني باستحداث طريقة للاتصال غير الرسمي ما بين مجلس الدولة الذي يحضر مشروعات القوانين والمجلس التشريعي الأول (Trinunat) الذي يناقشها ، فقد كان المجلسان من قبل غير متصلين أحدهما بالآخر . وكان لاسبيل للمجلس التشريعي الى تعديل مشروع وضعه مجلس الدولة ، وليس له الا أن يقبله أو يرفضه . أما الآن فقد أصبح مجلس الدولة متصلا اتصالا غير رسمي بالمجلس التشريعي أثناء تحضير مشروعات القوانين ، فأصبح من السهل أن يتفق المجلسان على نص واحد ، بطريق الاتصال غير الرسمي ، قبل أن يخرج هذا النص من دور التحضير . فإذا ما اجتاز هذا الدور ، وقدم الى المجلس التشريعي ، يكون يسيرا على هذا المجلس أن يقره ، بعد أن توافق عليه من قبل مع مجلس الدولة . وهذه طريقة غير مباشرة للوصول الى تعديل مشروعات القوانين ، حيث كان الدستور يحرم هذا التعديل بطريق مباشر . وبفضل هذين القرارين استطاع نابليون أن يجعل المشروع يمر بمراحله المتعاقبة . وقد صوت عليه المجلس التشريعي الأخير (Corps Legislatif) بابا بابا ، كل باب في قانون مستقل ، فبلغ عدد القوانين ستة وثلاثين . ثم صدر قانون في ٢١ مارس سنة ١٨٠٤ بجمع هذه القوانين كلها في تقنين واحد ، وهو هذا التقنين الموجود بين أيدينا ، وقد حمل اسم نابليون تخليدا لاسم ذلك الرجل العظيم الذي وضع طابعه عليه ، والذي يرجع لعزيمته الفضل الأكبر في أن يخرج هذا التقنين الى عالم الوجود(*) .

(*) ولنا بليون بعض الأثر في التقنين المدني من الناحية الموضوعية (انظر في ذلك رسالة للأستاذ سافاتييه Savatier عنوانها «بوناپرت والتقنين المدني» باريس سنة ١٩٢٧) .

وقد جمعت كل المناقشات التى دارت فى المجالس التشريعية الثلاثة فى مجموعات تسمى بالأعمال التحضيرية لتقنين نابليون . وخير هذه المجموعات مجموعتان ، مجموعة فينية (Fenet) وهى خمسة عشر جزءا ، ومجموعة لوكرية (Locré) وهى واحد وثلاثون جزءاً للتقنينات المدنية والتجارية والجنائية خصص منها ستة عشر جزءا للتقنين المدنى . والمجموعة الأولى اكمل ، فقد تضمنت ، الى جانب المناقشات فى هذه المجالس الثلاثة ، ملاحظات محكمة النقض ومحاكم الاستئناف .

وقد صدر من التقنين المدنى الفرنسى ثلاث طبعات رسمية ، الأولى عند اصداره فى سنة ١٨٠٤ وسمى فيها بالتقنين المدنى (Code Civil) وكان ذلك فى عهد الجمهورية الأولى والقنصل الأول ، والثانية فى سنة ١٨٠٧ وسمى فيها بتقنين نابليون (Code Napoléon) وكان ذلك فى عهد الامبراطورية الأولى والامبراطور ، والثالثة فى سنة ١٨١٦ وعاد فيها الى التسمية الأولى (التقنين المدنى) ، وكان ذلك فى عهد الملكية والملك . ثم صدر مرسوم فى سنة ١٨٥٢ فى عهد الامبراطورية الثانية أعيدت تسميته فيه بتقنين نابليون .

وادخلت تعديلات كثيرة على التقنين المدنى الفرنسى منذ صدوره حتى الآن ، وصدرت قوانين أخرى مدنية لم تدمج فيه . وأهم هذه التعديلات تتعلق بالعمل والعمال ، وبتيسير الزواج ، وبتحسين حال المرأة المتزوجة ، وباعلان التصرفات ، وبتنمية وسائل الائتمان ، وبجعل المسؤولية المدنية أدق تحديدا وأبعد أثرا .

وعندما احتفل بالعيد المئینى للتقنين المدنى الفرنسى فى سنة ١٩٠٤ ، تناقش الفقهاء الفرنسيون فى ضرورة تنقيح هذا التقنين . فانقسموا الى فريقين . فريق يقول بوجوب التنقيح ، وعلى رأسهم الأستاذ لارنود (Larnaude) وكان إذ ذاك عميد كلية الحقوق بباريس ، وحجتهم هى ان التقنين الذى وضع فى سنة ١٨٠٤ لم يعد هو القانون الذى تطبقه المحاكم فى الوقت الحاضر ، ففيه اجزاء قد ضمرت وماتت ، وقد تطورت الحياة الاجتماعية والاقتصادية تطورا جعل الشقة بعيدة بين الماضى والحاضر ، وأصبح ما كان يصلح قانونا لجيل زراعى غير صالح لبيئة

تجارية وصناعية . ويجب الفريق الثانى ، وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول (Planiol) ، بالأحاجة لتتقيح التتقين الممنى ، لأن هذا التتقيح يتم كل يوم ، ويتقوم به التشريع والقضاء والفقه والتتقيح الشامل يجعلنا أمام قانون جديد ، يقتضى الرجوع الى تمهيد سبله وتوطىء اكنافه وتفسير نصوصه ، فينعلم الاستقرار والثبات ، وهما من أهم مميزات القانون الصالح للبقاء .
تقدير تقنين نابليون :

ونقف قليلا نقدر التتقين الممنى الفرنسى ، فهو أقدم تقنين حديث ، وله تاريخ جليل وأثر قوى فى بلاد الشرق العربى .

أكبر مزية لهذا التتقين هى أنه ميز بين دائرة التشريع ودائرة الفقه ، فلم يجاوز الدائرة الأولى الى الثانية ، وجانب ان يتخذ موقفا معينا من النظريات الفقهية والمذاهب الفلسفية (*) ، وترك التعريفات العلمية فى أكثر الاحوال (١) ، وكان فى موقفه هذا موقفا حكيما ، فان النظريات والمذاهب والتعريفات مجالها الفقه ، يتناولها الفقهاء بالبحث والتحليل ، وتتغير أراؤهم فيها ، ويتطور الفقه من جيل الى جيل . فإذا تقيد المشرع بمذهب فقهى ، فقد قضى على الحركة بالجمود ، وجعلها غير قابلة للتطور . ومزية أخرى للتتقين الفرنسى قريبة من الأولى ، هى ان المشرع الفرنسى ، فى المسائل العملية التى عرض لها ، اتى بأحكام لهذه المسائل فى عبارات تنطوى على قدر كبير من المرونة ، بحيث تسمح للأحكام القانونية ان تتطور من طريق التطبيق والتفسير ، فتتمشى مع مقتضيات الحياة العملية وتطوراتها المتعاقبة (٢) .

(*) وقد احسن واضعوا التتقين صنعا بحذفهم من المشرع الأول ثلاثا وثلاثين مادة تخوض فى مذاهب فلسفية منها مذهب القانون الطبيعى .

(١) ويظهر ان تقسيم التتقين الى كتب ثلاثة لم يجىء الا اعتباطا وبعد تمام العمل . وهذا ما يقرره مالفيل وكان سكرتير اللجنة التى وضعت التتقين (انظر مالفيل فى تحليله للمناقشات التى دارت حول التتقين أمام مجلس الدولة بباريس سنة ١٨٢٢ جزء ١ ص ٢ و٣) .

(٢) واليك ما قاله بورتاليس فى هذا المعنى أمام المجلس التشريعى . الثانى (Corps Legislatif) : رأينا من الحكمة ان نميز بين العلم والتشريع . فالتشريع ارادة ، اما التعريفات والتعاليم والنظريات فتدخل فى دائرة العلم . وكل ما هو امر وحكم بالمعنى الصحيح يدخل فى دائرة التشريع ، (فىنية جزء ٦ ص ٤٢) .

اما ترتيب التقنين الفرنسى فهو عرصه للنقد الشديد . فقد تضمن كتابا ثلاثة . خصص الكتاب الأول للأشخاص ، والكتاب الثانى للأشياء ، والكتاب الثالث للطرق المختلفة التى تكسب بها الملكية . ولا يوجد تناسب بين هذه الكتب الثلاثة ، فالأخير أطولها ويشتمل وحده على ١٥٧١ مادة من ٢٢٨١ ، فهو يتضمن نحو ثلاثة ارباع التقنين . ولو ان هذا الكتاب ، على طوله ، انتظم مسائله شىء من التناسق ، لهان الخطب ، ولكنه جاء عديم الانسجام ، وجمع بين مسائل متنافرة كالميراث والبيع وعقد الزواج والرهن^(١) .

ونقص آخر هو أن التقنين الفرنسى لا يتضمن كثيرا من المبادئ العامة التى استقرت فى القانون بعد صدوره ، كمبدأ الاثراء دون حق ، ونظرية التعسف فى استعمال الحق ، وغير ذلك من المبادئ المستحدثة . ولكن هذا النقص لا يحسب على المشرع الفرنسى ، فان المبادئ التى اغفلها لم تكن معروفة يوم صدر .

والنقص الخطير فى التقنين الفرنسى هو أنه على وضوحه تعوزه الدقة فى التعبير ، فكثيرا ما يستعمل اللفظ الواحد فى معان متعددة ، وقد يكون اللفظ مصطلحا قانونيا هاما يحتاج الى التحديد . وقد عدد الأستاذ كابيتان فى هذا الباب أمثلة كثيرة ، منها المصطلحات الآتية : الغير (Tiers) السند (Titre) ، الخطأ (faute) ، البطلان (nullité) ، الخ الخ .

انتشار تقنين نابيلون فى انحاء العالم :

وقد قدر للتقنين المدنى الفرنسى ان ينتشر انتشارا كبيرا طوال القرن التاسع عشر فى اوروبا وفى امريكا وفى الشرق . اما فى اوروبا فهو لا

(١) ويرى الأستاذ جوسران من مزايا التقنين الفرنسى الاعتدال والتوسط ، فهو لم يجار تطرف رجال الثورة ، ولم يجمد على تقاليد العصور الوسطى . ومن مزاياه أيضا الوضوح . اما عيوبه فمنها انه يحاى كثيرا طبقة البورجوازية ، وهو مشبع بروح الفردية ، ولا يميل للاعتراف بحقوق الجماعات (انظر جوسران فى القانون المدنى جزء اول فقرة ٣٨ و ٣٩ . انظر أيضا موران فى مجلة الجمعية الفرنسية الفلسفية سنة ١٩٢٤ ص ١١٥) .

يزال معمولاً به حتى الآن في بلجيكا ، وصيغت تقنيات على غرارها في اسبانيا والبرتغال وايطاليا ورومانيا وغيرها من البلاد الأوروبية ، ثم في جنوبى كندا ، وفي امريكا الجنوبية (بوليفيا واروراجوى والارجنتين) ثم في الشرق في مصر وتونس ومراكش واليابان وتونكان ولبنان . ونقول كلمة موجزة عن التقنين في الشرق العربى ، الذى تأثر بالتقنين الفرنسى ، اى في مصر وتونس ومراكش ولبنان .

التقنين المدنى فى مصر : كان السبب فى تقنين مصر لقوانينها الحالية وجود الامتيازات الأجنبية . وقد اراد نوبار ، رئيس النظار فى عهد اسماعيل ، ان يخفف من وطأة هذه الامتيازات بانشاء المحاكم المختلطة . ووضعت التقنيات المختلطة (المدنى والمرافعات والتجارى والبحرى والجنائى وتحقيق الجنايات) فى سنة ١٨٧٥ لتطبقها هذه المحاكم . ووضعها محام اسمه مانورى (Manoury) ، وكان مقيماً فى الاسكندرية فى ذلك العهد ، واتخذ نوبار سكرتيراً له ، ثم عينه بعد ذلك سكرتيراً للجنة الدولة التى كانت تدرس مشروع انشاء المحاكم المختلطة بمصر . وقد نقل واضع التقنيات المختلطة نصوصه من التقنيات الفرنسية ، لانها كانت اكثر القوانين شيوعاً فى ذلك العهد .

ولما استقر الأمر بالمحاكم المختلطة وبقوانينها ، تطلعت الحكومة المصرية فى ذلك العهد الى انقاذ البلاد من الفوضى التى كانت سائدة فى القضاء المصرى ، وكان يلى امره مجالس غير منظمة إلى جانب المحاكم الشرعية . وكانت القوانين التى تطبق فى هذه المجالس هى القوانين المعمول بها فى الدولة العثمانية مع اعتبار العادات المحلية فى البلاد ، كما كان يطبق القانون التجارى العثمانى المأخوذ من القانون الفرنسى . فتألفت فى اواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع تقنيات لمحاكم نظامية تقوم بالقضاء بين المصريين ، كما تقوم المحاكم المختلطة بالقضاء بين المصريين والأجانب ، ومن بين اعضائها محام ايطالى اسمه موريوندى (moriondo) ، عين قاضياً فى المحكمة المختلطة سنة ١٨٧٥ ، هو الذى وضع التقنين المدنى للمحاكم المصرية الجديدة . وكان المرحوم قدرى باشا ناظراً للحقانية (العدلية فى ذلك العهد) ، وقد اشترك مع اللجنة فى عملها وتقيدت اللجنة بتقنيات المحاكم المختلطة إلى حد أنها كادت تنقلها

بحروفها (*)، الا انها ادخلت . بعض تعديلات جزئية اقتضتها الظروف وقتئذ ، وصدرت التقنينات الا سنة ١٨٨٣ .

والذى يهمننا من هذه التقنينات الستة هو التقنين المدنى . وقد كتبنا عنه فى مقال لنا نشر فى مجلة القانون والاقتصاد ما يأتى : « لا شك فى ان هذا التقنين معيب من حيث الموضوع ومن حيث الشكل . ولكن قبل ان نسترسل فى بيان هذه العيوب ، نحب ان نقدم كلمة انصاف للمشرع المصرى فى سنتى ١٩٧٥ و ١٨٨٣ . فمهما كان شأن العيوب التى نشير اليها وهى جسيمة كما سنرى . فلا شك فى ان الجيل المصرى الذى تلقى التقنين فى اواخر القرن الماضى كان مغتبطا سعيدا بقانونه الجديد . فقد كان فيه تقدم بين على الحالة التى سبقتة ، حيث كان القضاء فوضى ، والقوانين غير محددة ولا معروفة ، والعدل يوزع فى البلاد توزيعا سيئا . فاعقب النظام الفوضى ، وتنفست البلاد الصعداء ، اذ احست انها تستقبل عهدا جديدا الاصلاح . ولم يكن لاحد ان يوءمل انتقال البلاد طفرة واحدة إلى درجة الكمال فى التشريع والقضاء . ويكفى ان تكون تشريعات ذلك العهد فاتحة عهد جديد لرقى حقيقى كسبته البلاد فى تشريعاتها ونظمها القضائية فقوانين « الاصلاح » المختلطة والاهلية ، رغم كونها معيبة ، كانت تحسناً محسوساً بالنسبة لاسواء الماضى . على انه بعد ان اطمأنت البلاد إلى تشريعاتها ونظمها الجديدة ، والفت الاجيال التالية ان ترى محاكم منظمة ، وقوى مستمدة من ارقى شرائع العالم ، واستقرت الحال بالقضاء الجديد ، واستتب الأمر له ، بدأ المشتغلون بالقانون يشعرون بما فى القوانين الجديدة من نقص فاضح وعيوب جسيمة ، لم يكن يتسنى للجيل السابق فى اول عهده بهذا النظام ان يحسها . فالآن ، وفى ظل تجارب خمسين عاما مرت على النظام الحالى ، وظهرت عيوبه من نواح مختلفة ، يحق لنا ان نكون اقسى فى الحكم على هذا النظام ، وان نتطلع إلى مثل

(*) يفهم من نص حديث دار بين فخرى باشا وشريف باشا عند إنعقاد مجلس النظار المنعقد فى أواخر سنة ١٨٨٢ ، للنظر فى مشروعات التقنينات الجديدة ، ان نقل التقنينات المختلطة كان امراً مقصوداً ، وكان يراد به ان تكون القوانين واحدة فى المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، حتى يتيسر الاستغناء عن الأولى والاكتفاء بالثانية .

ادنى للكمال ، والا نقنع بما قنع به آباؤنا ، فالزمن حركة ، والوقوف عند الماضى جمود ... يمكن القول ان تقنيننا المدنى فيه نقص ثم فيه فضول ، وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث تجب الافاضة . ثم هو يسترسل فى التافه من الأمر ، فيعنى به عناية لا تتفق مع أهميته المحدودة . يقلد القانون الفرنسى تقليدا اعمى فينقل كثيرا من عيوبه ، دون ان يتنبه إلى ما ادخل القضاء على هذا القانون من الاصلاح . وهو متناقض فى نواح مختلفة ، ويضم إلى هذا التناقض اخطاء معيبة كان من الهين ان يتجنبها المشرع المصرى ، لو اصطنع الاناة وحرص على الاتقان .

وقبل ان نترك التقنين المدنى المصرى نصف ما اشتمل عليه وصفا موجزا . والتقنين المصرى لم يحو الا نصف المسائل المدنية ، وهى المسائل الخاصة بالمعاملات . اما مسائل الاحوال الشخصية فلم تقن احكامها حتى الآن فى مصر ، وان كان يوجد تقنين غير رسمى من عمل المرحوم قدرى باشا ، تضمن احكام الشريعة الاسلامية الواجبة التطبيق فى دائرة الاحوال الشخصية . وينقسم التقنين المدنى المصرى الى كتب اربعة ، كتاب فى الأموال والملكية والحقوق العينية الأخرى . وآخر فى النظرية العامة فى الالتزامات والعقود ، وثالث فى العقود المعينة ، ورابع فى التأمينات . وهذا التبويب ، وان كان يفضل تبويب التقنين الفرنسى ، لا يزال معيبا فى اساسه وفى تفصيلاته ، وقد بينا ذلك فى مقالنا الذى سبقته الاشارة إليه . وقد اخذ المشرع المصرى الغالبية العظمى من احكامه المدنية عن التقنين المدنى الفرنسى . واخذ القلة النادرة من هذه الاحكام عن القضاء الفرنسى وعن الشريعة الاسلامية . ومما اخذه عن الشريعة الاسلامية نظام الشفعة ، وبعض احكام حقوق الارتفاق (كالعلو والسفل والحائط المشترك) ، ومدة التقادم ، وبعض احكام البيع (خيار الرؤية والبيع فى مرض الموت وقبل التسليم والغبن وبيع المحصولات المستقبلية فى القانون المختلط وبعض احكام الايجار كسلبية التزامات المؤجر) .

التقنينان التونسى والمراكشى : لما اعلن الفرنسيون الحماية على تونس ، الفوا لجنة فى سنة ١٩٠١ من بعض الموظفين ، وضم إليهما محام ايطالى وهو فقيه معروف بصير بأحكام الشريعة الاسلامية ، اسمه (Santillana) ، وكلفت اللجنة بوضع مشروع لقانون الالتزامات والعقود

فوضعت اللجنة المشروع ، وبذلت بعض الجهد فى التوفيق بين القانون الفرنسى وأحكام القوانين الغربية الحديثة وأحكام الشريعة الإسلامية عند وضعها لهذا المشروع . ولكن أحكام القانون الفرنسى كانت الأساس الذى بنى عليه العمل . وقد عرض المشروع الذى أعدته هذه اللجنة على لجنة أخرى مؤلفة من خمسة علماء من جامع الزيتونة وخمسة قضاة من المحكمة الشرعية الكبرى بتونس ، ضم إليها عضوان من اللجنة الأولى (سانتيليا وبرج) ، فنظرت فى المشروع ، وبعد أن أقرته ، صدر بمرسوم من الباي فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٦ .

ولما أعلنت فرنسا الحماية على مراكش ، استفادت من السابقة التى تمت فى تونس ، وكلفت لجنة فرعية الفت من بين أعضاء لجنة التنظيم القضائى^(١) ، وقوامها ثلاثة أعضاء برج (وهو الذى اشترك فى وضع قانون تونس) وتيسيه ولا براديل . فوضعت هذه اللجنة الفريعة مشروعاً لقانون الالتزامات والعقود من التقنين التونسى المتقدم الذكر . ولكن التقنين المراكشى جاء أكثر اختصاراً من التقنين التونسى ، إذ حذفت بعض نصوص متعلقة بالاجراءات لاتطبق فى مراكش ولا شأن لها بالقانون

(١) ولجنة التنظيم القضائى هذه كان قد ألفها الجنرال ليونى ، بعد أن رفع كتاباً فى ١٩ مارس سنة ١٩١٢ الى وزير خارجية فرنسا ، قدم معه مشروعاً للتنظيم القضائى فى مراكش ذكر فيه أنه يجب أن يكون مقدمة لالغاء الامتيازات الأجنبية فى مراكش (راجع مجموعة التقنينات والقوانين المعمول بها فى مراكش الجزء الأول ص ٩٢٩) . وقد انقسمت اللجنة الرئيسية الى لجان فرعية وضعت مشروعات مختلفة : مشروعاً للنظام القضائى ، وفيه ينظم المحاكم فى مراكش من حيث تشكيلها ودوائرها واختصاصاتها ، ومشروعاً للاجراءات الجنائية وهو قصير إذ تقرر أن يطبق القانون الجنائى وقانون الاجراءات الجنائية الفرنسية ثم يجرى تعديلها فى المستقبل بقوانين تفصيلية كلما دعت الحاجة الى التعديل ، ومشروعاً المرافعات المدنية ، وهو طويل يشتمل على ٥٥٧ مادة ، وقد إتخذ قانون المرافعات الفرنسى أساساً له ، ومشروعاً لتنظيم حالة الفرنسيين والأجانب فى مراكش ، ومشروعاً فى الالتزامات والعقود ويشتمل على ١٢٥٠ مادة ، وفق فيه بين أحكام القوانين الحديثة وأحكام الشريعة الإسلامية وهو القانون الذى نحن بصدد ، ومشروعاً فى القانون التجارى وقد اتخذ القانون التجارى الفرنسى أساساً له . (انظر وصف الأستاذ لويس رينو لهذه الأعمال التشريعية والروح التى سادت هذه الأعمال فى مجموعة التقنينات والقوانين المعمول بها فى مراكش فاتحة ص ٣٩) .

المدنى، وحذفت كذلك بعض نصوص تتعلق بقانون التجارة، وأخرى تتعلق بقانون الأراضى لا محل لتطبيقها فى مراكش إذ هى تقرر نظاما خاصا بتونس، وحذفت أخيرا نصوص استمدت أحكامها من عادات محلية فى تونس (كما فى ايجار الأراضى الزراعية). وعدلت بعض نصوص التقنين التونسى، أما لتجعل متمشية مع التشريع المراكشى، أو لأنها كانت فى حاجة الى التعديل (مثل ذلك المادتان ٧٩ و ٨٠ وتقرران مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة عنهم، والمواد من ٣٢٥ الى ٣٣٤ وتقرر كيفية الوفاء بطريق الشيكات، والمواد ٨٧١ وما بعدها وتحارب الربا الفاحش الذى فشا فى شمالى افريقية). وصدر التقنين المراكشى فى الالتزامات والعقود فى ٣٠ أغسطس سنة ١٩١٣. وينقسم الى كتابين، الكتاب الأول فى النظرية العامة فى الالتزامات (مصادر الالتزامات، والالتزامات الموصوفة ونقل الالتزامات وآثارها وبطلانها ونسخها وانقضاؤها). والكتاب الثانى فى العقود المعينة (البيع والمقايضة والايجار والوديعة والحراسة والعارية والوكالة والشيوخ والجمعيات والعقود الاحتمالية والصلح والكفالة والرهن وحقوق الامتياز). ومن مزايا التقنين المراكشى ان نصوصه تعقب بالاشارة الى مراجع فى الشريعة الاسلامية وردت فيها أحكام تقابل الأحكام التى تتضمنها هذه النصوص. ولا يخفى ما لهذه المراجع من الاهمية عند محاولة التوفيق بين أحكام الشريعة الاسلامية وأحكام القوانين الغربية الحديثة.

التقنين اللبنانى: لما دخلت لبنان الانتداب الفرنسى، رأى ولاية الأمور العمل بمجلة الأحكام العدلية والاستعاضة عنها بتقنين فى الالتزامات والعقود. فكلف المسيور روبرس (وهو الآن قاض فى محكمة السين) بوضع المشروع. ولما تم وضعه ارسل الى الاستاذ جوسران، عميد كلية الحقوق بليون ليعيد فيه النظر. ثم حول إلى اللجنة الاشتراعية الاستشارية بلبنان، فتقحته هذه اللجنة، ووضعته فى صيغته النهائية. ويقول نائب رئيس اللجنة فى تقريره إلى وزير العدلية فى الجمهورية اللبنانية: «وقد كان هذا العمل لازما لا مندوحة عنه، لان نصوصا قانونية جديدة، من شأنها احداث تعديلات بالغة قد صدرت فى لبنان بعد ان وضع المسيور روبرس المشروع الاصلى... وبعض تلك النصوص صدر عن ممثل الدولة المنتدبة كالقرار ٣٣٣٩ المؤرخ فى ١٢ ت ١٩٣٠٢

والمختص بنظام الملكية العقارية والحقوق العينية للأموال غير المنقولة .
والبعض الآخر وضعه الشارع اللبناني كقانون ١٧ شباط ١٩٢٨ ،
وكالمرسوم الاشتراعى رقم ٦ المؤرخ فى ٣ شباط سنة ١٩٣٠ . وان
اللجنة الاشتراعية عمدت الى التوفيق بين القواعد الجديدة التى يشتمل
عليها المشروع من جهة ، والشرائع العامة والعادات المحلية فى هذه البلاد
من جهة اخرى . ولم تدخل قط من التغييرات ما يفسد الطابع الاصلى لهذا
الاثر الاشتراعى الجليل ، الذى سيكون وسيلة للاتحاد والوئام بين عناصر
الامة فى الجمهورية اللبنانية . وان المشروع كما هو الآن لا يزيد مجموع
مواده على ١١٠٦ مواد بدلا من ١١٩١ مادة كان يتألف منها قبلا . وقد
استلزمت التغييرات التى اجرتها اللجنة تجديد عدد من المواد يبلغ ١٥٩
فضلا عن احدث تعديلات فى نصوص مواد اخرى تتجاوز هذا العدد
قليلا . وقد صدر التقنين اللبناني فى ٩ مارس سنة ١٩٣٢ ونشر فى
الجريدة الرسمية فى ١١ ابريل سنة ١٩٣٢ على ان يكون معمولاً به بعد
نشره بثلاثين شهرا .

وقد قسم التقنين اللبناني إلى قسمين : القسم الأول فى الالتزامات
(الموجبات) بوجه عام . والقسم الثانى فى العقود المعينة . وتفرع القسم
الأول إلى سبعة كتب : فى أنواع الالتزامات (المدنية والطبيعية ،
والالتزامات الموصوفة) ، وفى مصادر الالتزامات (الجريمة وشبه الجريمة
والاثراء دون حق أو الكسب غير المشروع والأعمال القانونية وتشمل
العقود) ، وفى اثر الالتزامات ، وفى انتقالها ، وفى انقضائها ، وفى طرق
اثباتها ، وفى تفسير الأعمال القانونية . وتضمن القسم الثانى البيع
والمقايضة والهبة والايجار وعقد الاستخدام والوديعة والحراسة والقرض
والوكالة والشركات وعقود الغرر والصلح والكفالة .

والتقنين اللبناني يعد من حيث التبويب ومن حيث اشتماله على نظرية
عامة فى الالتزامات وفى العقد متقدما على «مجلة الاحكام العدلية» التى
حل مكانها . ولكنه تأثر كثيرا بالتقنين المدنى الفرنسى وبالمشروع
الفرنسى الايطالى ، فجاء يحمل كثيرا من عيوبهما ، ولم يستفد كثيرا من
مزايا التقنين السويسرى والتقنين الالمانى ، كما انه لم يعن عناية كافية
بالتوفيق بين ما اورده من الاحكام واحكام الشريعة الاسلامية ، بل اقتفى

اثر تركيا ومصر في نبذه للشرعية الاسلامية ، وفي هذا المعنى يقول نائب رئيس اللجنة الاشتراعية في تقريره المتقدم الذكر : « فخلق اذن بالجمهورية اللبنانية ان تقتدى بالامم الغربية وباقرب جاراتها اعنى تركيا ومصر ، فاذا طرح الشارع اللبناني من المنشآت القانونية المحلية ما اظهر الاختبار وجوب نبذه ، وسمح من جهة أخرى بالتوسع في المنشآت القانونية التي يرجى لها نمو متواصل ، واذا تقبل المحدثات التي تقتضيها حاجات المجتمع الحاضر من غير ان يكلم بعمله وجدان احد ، فانه يعمل عملا كبيرا لا مندوحة عنه لتعزيد البلاد في سبيل الرقي المادي وابلاغها اوج العظمة الادبية » .

على ان التقنين اللبناني ، رغما من انه اتخذ اساسا له قوانين لا تتضمن احدث النظريات القانونية وارقاها ، جاء على جانب عظيم من التقدم في تقريره احكام المسؤولية التقصيرية ونظرية التعسف في استعمال الحق والتعويض عن الضرر المعنوي والشرط الفاسخ الضمني في العقود الملزمة للجانبين والدعوى البوليصة والتقادم وغير ذلك ، وسد كثيرا من اوجه النقص التي كانت موجودة فيما تقدمه من التشريع المدني . وقد وضع هذا التقنين في الأصل باللغة الفرنسية ، ثم ترجم إلى العربية ترجمة لا تزال في حاجة كبيرة إلى التنقيح والتهذيب .

التقنين المدني في بلاد الشرق العربي : ونرى مما تقدم ان بلاد الشرق العربي تنقسم في الوقت الحاضر الى قسمين من حيث التقنين المدني ، قسم منها عدل عن الشريعة الاسلامية (الا في دائرة الاحوال الشخصية) ووضع تقنيننا مدنيا اتخذ التقنين الفرنسي نموذجا له . وقد سبقت مصر البلاد العربية الى ذلك ، ومضى على تقنينها المدني اكثر من نصف قرن ، وهي الآن في سبيل تعديله ، وقد الفت لجنة لهذا الغرض . ثم تلا مصر تونس ومراكش ، وقد دفعا الى ذلك بحكم النفوذ الفرنسي الذي انبسط على هذه البلاد (اما الجزائر فقد اعتبرها الفرنسيون جزءا من الأرض الفرنسية ، وطبقوا فيها تقنينهم المدني نفسه) . وجاءت اخيرا الجمهورية اللبنانية فاصدرت تقنينها المدني ، وهو آخر تقنين صدر في بلاد الشرق العربي اذ لم يعمل به الا في اواخر سنة ١٩٣٤ . والقسم الثاني من بلاد الشرق العربي احتفظ « بمجلة الاحكام العدلية » التي ورثها عن

الدولة العثمانية ، ولا يزال يطبق حتى الآن احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المدنية . ويدخل فى هذا القسم العراق وسوريا وفلسطين وشرقى الاردن .

وقد حان الوقت لرسم سياسة عامة فى التشريع المدنى لجميع بلاد الشرق العربى . ومن حسن التوفيق ان مصر والعراق ، وهما البلدان اللذان يتزعمان الشرق العربى فى نهضته الحاضرة ، عنيتا فى وقت واحد بتنقيح تشريعهما المدنى ، والفت كل منهما لجنة للقيام بهذا العمل ، فعسى ان يتقارب عمل اللجنتين ، حتى تتمخض هذه الحركة عن عمل مشترك ، يكون نموذجا لسائر الاقطار العربية ، كما اتخذ المشروع الفرنسى الايطالى نموذجا للتشريع المدنى فى سائر البلاد اللاتينية . وننتقل الآن للكلام فى هذا المشروع .

ب- المشروع الفرنسى الايطالى

كيف نشأت فكرة المشروع الفرنسى الايطالى وكيف نفذت :

نبتت فكرة هذا المشروع اثناء الحرب الكبرى ، اذ كانت الشقيقتان اللاتينيتان ، فرنسا وايطاليا ، تحاربان جنبا إلى جنب . ولما كان التقنين المدنى الايطالى الصادر فى سنة ١٨٦٥ مأخوذا من التقنين المدنى الفرنسى ، وكانت الفكرة اللاتينية فى القانون تكاد تقوم لها ذاتية منسجمة ، ومن مشخصات هذه الذاتية ، كما قال الاستاذ لارنود (Larnaude) ، وحدة المنطق القانونى ووحدة التعبير ووحدة الميل إلى التقنين ، لذلك رأى الاستاذ شىالويا Scialoja ترحيبا كبيرا فى ايطاليا وفى فرنسا عندما قام يدعو إلى وضع مشروع موحد لقانون الالتزامات والعقود ، تشترك فيه جميع الأمم اللاتينية وبخاصة فرنسا وايطاليا .

وفى اكتوبر سنة ١٩١٦ تكونت لجنة ايطالية غير رسمية بدعوة من الاستاذ شىالويا وتحت رئاسته ، لحث الحكومة الايطالية على مراجعة تقنينها المدنى وفقا لنموذج تتبعه الحكومة الفرنسية فى تعديل تقنينها المدنى أيضا ، بحيث يكون هناك تقنين موحد للبلدين فى الالتزامات والعقود . وفى يناير سنة ١٩١٧ تكونت لجنة فرنسية غير رسمية لنفس الغرض تحت رئاسة الأستاذ لارنود عميد كلية الحقوق بباريس فى ذلك

الوقت . وانقسمت اللجنتان الفرنسية والايطالية الى لجان فرعية اخذت تحضر المشروعات ، وتقدم عملها إلى اللجنتين الرئيسيتين لتناقشه ، وتتصل هاتان اللجنتان اما بطريق المكاتبه او باجتماع مندوبين عن كل لجنة في باريس او في روما . وفي اثناء انعقاد مؤتمر الصلح في باريس في سنة ١٩١٩ ، انعقدت اجتماعات مشتركة للجننتين معا ، وسميت هيئتهما المشتركة بالاتحاد التشريعي ما بين الأمم المتحالفة الصديقة (Union Législative entre les nations alliées et amies) وحضر اجتماعات هذه الهيئة المشتركة مندوبون من أمم لاتينية أخرى ، وتقرر ان ينشأ لجان مماثلة للجننتين الفرنسية والايطالية في كويك (كندا) واليونان ورومانيا وبلجيكا ، على ان تبقى اللجنتان الفرنسية والايطالية تواصلان العمل بتفويض من البلاد الأخرى . وتلا ذلك انضمام بولونيا ويوجوسلافيا وبيرو إلى هذا التفويض .

وبقيت اللجنتان الفرنسية والايطالية غير رسميتين تعملان كجمعية علميتين . ثم تحولتا إلى لجنتين رسميتين . واستمرت في عملهما ، اللجنة الايطالية تضع القسم الخاص بمصادر الالتزام وأنواعه المختلفة ، واللجنة الفرنسية تضع القسم الخاص بآثار الالتزام وطرق اثباته ، وتشترك اللجنتان في مراجعة ما اتمته كل لجنة . حتى إذا انجز العمل ، تقدمت اللجنتان لحكومتيهما في سنة ١٩٢٨ بمشروع موحد في الالتزامات والعقود ، كتب باللغتين الفرنسية والايطالية ، وارفق به تقرير تفسيري . وقدم الاستاذ لارنود رئيس اللجنة الفرنسية تقريراً آخر بأسمه إلى الحكومة الفرنسية .

الصياغة التشريعية للمشروع الفرنسي الايطالي وترتيبه :

لا شك في ان الصياغة التشريعية للمشروع الفرنسي الايطالي متقدمة على صياغة كل من التقنين الفرنسي والايطالي ، ولم تكن تلك الجهود الكبيرة التي بذلها واضعوا المشروع من فرنسيين وايطاليين ، وهم من كبار رجال القانون في البلدين ، في مدة تزيد على عشر سنوات ، لتضيع دون ثمرة فن التقنين الحديث .

فالمشروع ، من حيث التبويب والترتيب ، أشد احكاما . وقد خصص الباب الأول منه لوضع احكام النظرية العامة للالتزامات . وقد قسم هذا الباب إلى ستة فصول ، تبحث في مصادر الالتزامات وآثارها والالتزامات الموصوفة وانقضاء الالتزامات ونقلها وطرق اثباتها . وقد احسن واضعوا المشروع صنعا بان بدأوا بمصادر الالتزامات ، وبدأوا من هذه المصادر بالعقد ، كما فعل التقنين السويسرى . وقد تحاموا اثر التقنين الالمانى ، فلم يميزوا الارادة عن العقد ، ويفردوها باحكام مجردة ، بلغت الغاية من التجريد إلى حد الابهام والتعقيد . على ان المشروع الفرنسى الايطالى اخذ بالارادة المنفردة مصدرا ، للالتزام ، وأفردها ببحت خاص وضعه تجاه البحت الذى خصصه للعقد ، وصاغ احكامها صياغة حكيمة عملية ، وجمع هذه الاحكام كلها فى مادة واحدة هى المادة ٦٠ . ويصف التقرير الرسمى المرفق بالمشروع ما قام من المناقشات الكثيرة حول هذا النص (ص ٧١ - ص ٧٥ من التقرير) ، وكيف وقف بعض الأعضاء فى وجه هذا التجديد ، وكيف انتهى الجميع إلى ادخاله فى شىء من الحذر والحيلة . وقد بوب المشروع الفرنسى الايطالى مصادر الالتزام تبويبا تقدم فيه تقدما واضحا على التقنينين الفرنسى والايطالى ، وتأثر فيه كثيرا بالتقنين السويسرى ، فمصادر الالتزام ، فى التقنينين ، تشمل العقد والارادة المنفردة . وعمل الفضولى ، والاثراء دون حق ، والعمل غير المشروع ، والقانون . ووضع المشروع فى الفصل الثانى الاحكام الخاصة بآثار الالتزام من تنفيذ واعذار وتعويض وما اعطى للدائن من الحق فى استعمال حقوق مدينه من طريق الدعوى غير المباشرة ومن الطعن فى تصرفات مدينه الضار به من طريق الدعوى البوليصية . وعرض فى الفصل الثالث للالتزامات الموصوفة من شرطية واجلية وتمييزية وبديلة وتضامنية وغير ذلك ثم انتقل فى الفصل الرابع إلى اسباب انقضاء الالتزامات فذكر الوفاء وقرن به العرض الحقيقى ثم التجديد والابراء والمقاصة واتحاد الذمة ودعاوى البطلان والتقادم المسقط . وقرر فى الفصل الخامس احكام حوالة الحق ، وأبى ان يجارى التقنينات الحديثة وتطور التعامل فيجيز حوالة الدين ، وقد كانت نزعته المحافظة واضحة كل الوضوح فى ذلك . وختم هذه الفصول بفصل سادس اورد فيه احكام اثبات الالتزامات ووفائها .

واعقب الباب الأول أبواب كثيرة ، خصص كل باب منها لعقد من العقود المعينة . فبسط المشروع احكام عقود البيع والمقايضة والايجار والعمل والاستصناع والشركة والوكالة والصلح والايراد المؤبد والايراد المرتب طول الحياة والرهان وعارية الاستعمال وعارية الاستهلاك والوديعة والحراسة والنقل والنزول فى الفنادق (Hôtellerie) ورهن الحيازة فى المنقول وفى العقار والكفالة . وقد عنى المشروع بنوع خاص بعقدى البيع والايجار ، وهما اكثر العقود شيوعا فى التعامل . وعنى كذلك بعقد الشركة المدنية وادمج فى احكامها احكام القسمة وقرر الشخصية المعنوية للشركات . وفصل الحراسة عن الوديعة . واوجد عقدا معينا جديدا هو عقد النزول فى الفنادق . ولكنه لم يعرض لعقد التأمين (Contrat d'assurance) مع شيوعه وانتشاره فى العصر الحاضر .

تقدير المشروع الفرنسى الايطالى :

يقول واضعوا المشروع فى التقرير التفسيرى الذى ارفقوا به مشروعاتهم : « لقد كان المشروع الذى خلص من هذا التعاون فى العمل ثمرة مجهود اخوى منظم من جانب فقهاء البلدين الشقيقين . وقد بذل هؤلاء الفقهاء ما فى وسعهم حتى يخلقوا بمجهودهم المشترك من القواعد القانونية ما يصح ان يمثل ، فى كل بلد من البلدين ، ارقى نظام قانونى يطلبه العلم والعمل . فاوجدوا بذلك اول نموذج جدى لما يمكن ان يكون عليه ، فى المستقبل القريب او البعيد ، قانون خاص جديد لاوروبا ، يكون مشتركا بين جميع الامم ، او بين طائفة كبرى من هذه الامم الاوروبية ، بل ومن امم اخرى وراء البحار . فنحن تعجلنا بذلك أعمال معهد توحيد القانون الخاص ، واوجدنا اول اساس قوى لقانون عالمى مشترك ، (ص ٣٥ من التقرير) .

وقد تأثر المشروع كثيرا بالتقنين السويسرى كما قدمنا ، وكان تأثيره بهذا التقنين بنوع خاص فى دائرة الصياغة والاسلوب . فالمشروع الفرنسى الايطالى يحاكي التقنين السويسرى وضوحا وبنقة تعبير . وقد كان للمشروع عنده صدوره صدئ واسع فى جميع البلاد اللاتينية ، فاتخذته البانيا تشريعا لها فى نفس السنة التى ظهر فيها . وترجمته

رومانيا ترجمة رسمية تمهيدا لاتخاذها تشريعا لها . وتأثر به التقنين اللبناني الأخير كما قدمنا ، وكذلك التقنين اليولوني إلى حد . وأكبر مزية للمشروع هي انه يحافظ على الروح اللاتينية في بساطتها ووضوحها .

على ان المشروع ينطوى على نزعة محافظة واضحة كل الوضوح . فهو يأبى ان يأخذ بكثير من المبادئ الحديثة ، حتى لا يدخل تعديلا كبيرا على التقنينين اللذين يقوم بتوحيدهما . فقد رايناه لا يعترف بحالة الدين ومن ينظر في تفاصيل نصوصه يراه يكاد يعتمد ان يحتفظ ببعض اغلاط وقع فيها التقنين الفرنسي ، دون ان يوجد سبب ظاهر لذلك الا رغبة واضعى المشروع في الا يحدثوا تغييرات كثيرة في التشريعات الحاضرة . ويقول الاستاذ ريبير ، أحد واضعى المشروع ، في هذه المعنى ما يأتي : « لم يكن الغرض وضع مشروع تقنين يكون جديدا من جميع الوجوه ، او تسجيل كل الافكار التي جدت في موضوع الالتزامات في غضون القرن الماضي وأول القرن الحاضر بنصوص تشريعية . وإنما قصد تقريب قانون كل بلد من قانون البلد الآخر ، مع ادخال بعض القواعد القانونية الجديدة التي اخذت بها التشريعات الأجنبية او القضاء ، تمشيا مع الحاجات العملية الحديثة ، في هذا القانون المشترك . وهذه خطة حكيمة ، وخطرها الوحيد هو انها لا تفسح مجالا للتقدم . فالاتفاق على ابقاء الموجود اسهل من الاتفاق على تحقيق اصلاح فيه . لذلك امعن المشروع الفرنسي الايطالى في نزعته المحافظة أكثر مما يجب في كثير من المسائل . ولم يكن يمكنه تحقيق الاتفاق الا بشرط ابقاء ما ظهر للبعض انه عتيق ، والامتناع بنوع خاص من اقتراح ما لا ينال اجماعا » (انظر مقدمة الاستاذ ريبير لرسالة الموسيو فيفوردنو في المشروع الفرنسي الايطالى باريس سنة ١٩٣٢ ص ٥) .

وقد سبق ان قدرنا المشروع الفرنسي الايطالى في مقال اعد للنشر في الكتاب الذهبى للعيد الخمسينى للمحاكم الأهلية في مصر ، فقلنا ما يأتي : « على أننا نرى ان المشروع الفرنسي الايطالى ، وهو في ذلك ككل عمل تشريعى يرمى إلى توحيد القونين ما بين الأمم المختلفة ، يحمل اثرا قويا من روح المساومة والرغبة في تسوية الخلاف ما بين التشريعين اللذين يرمى إلى توحيدهما . وهو يكاد يكون رجعيا في نزعته ، اذ يحتفظ

بالروح اللاتينية إلى حد جعله يضحي من أجل الاحتفاظ بها بالتمشى مع روح التقدم الحديثة في بعض النواحي ، حتى لا يستحدث تغييرا كبيرا في التشريعات الفرنسية والايطالية الحاضرة ، فيكون بذلك أدنى إلى أن تأخذ به الامتان .

ما يثيره المشروع الفرنسي الايطالي من التفكير في الطرق العملية التي تتبع لتوحيد القوانين المدنية :

وللمشروع الفرنسي الايطالي مزية خاصة ، هي انه يثير كثيرا من المسائل المتعلقة بتوحيد القوانين المدنية ما بين الامم المختلفة . ولهذا الموضوع أهمية كبيرة بالنسبة لبلاد الشرق العربي . فليس بعيدا ان تفكر هذه البلاد في توحيد قوانينها المدنية ، على الأقل في دائرة العقود والالتزامات ، وهي الدائرة التي يسهل ان تكون مشتركة بين الجميع . وقد عرض الاستاذ لارنود رئيس اللجنة الفرنسية لهذه المسائل باسهاب كبير في تقريره الخاص الذي تقدمت الاشارة إليه . ونحن نختار أهمها ونعرض لها في إيجاز تام لضيق المقام .

فأول مسألة تعرض لتوحيد القانون بين بلاد كثيرة هي الطريقة العملية التي تتبع لتحقيق هذا الغرض . وليس من السهل ان تجمع المندوبين من البلاد المتفرقة ليتفقوا جميعا على مشروع واحد . ولو ان الامم اللاتينية ارتأت ان تسلك هذا الطريق ، واجتمع مندوبون منهم ليحددوا ما بين القوانين اللاتينية جميعا لما تيسر ان يخلص لنا المشروع اللاتيني الموحد في اضعاف المدة التي خلص لنا فيها المشروع الفرنسي الايطالي . بل كانت الخطة العملية هي ان يجتمع مندوبو بلدين يمثلان البلاد اللاتينية ، وقد فوضت سائر البلاد اللاتينية كلا من فرنسا وايطاليا في هذا العمل كما قدمنا . واذا كان ضروريا من الناحية العملية ان يكون عدد البلاد التي تقوم بالتوحيد محدودا ، فمن الضروري كذلك ان يكون الموضوع المختار للتوحيد محدودا أيضا . وقد احسنت فرنسا وايطاليا في البدء بموضوع الالتزامات والعقود ، فهو الموضوع ذو الصبغة العامة المجردة ، يغلب فيه الفن والصياغة ، وقواعد الفن والصياغة القانونية يسهل الاتفاق عليها ، وهو قانون التعامل ، والتعامل قد تطور في العصر الحاضر واصبح دوليا غير محصور في حدود وطنية ضيقة . ومن هنا نرى هذه الظاهرة البارزة

فى تقنينات العصر الحاضر ، فكثير منها يفصل التقنين الخاص بالعقود والالتزامات عن بقية أجزاء التقنين المدنى . وقد سبقت سويسرا إلى ذلك لأسباب دستورية سيأتى ذكرها فيما يلى . ثم رأينا تونس ومراكش ولبنان وبولونيا كل منها تتخذ تقنينا مستقلا للالتزامات والعقود ، وها نحن نرى المشروع الفرنسى والايطالى يقتصر مبدئيا على هذه الدائرة . بل ان مجلة الاحكام العدلية ، التى قننها الاتراك ليست فى الواقع من الأمر الا تقنينا للالتزامات والعقود .

ثم تأتى بعد ذلك مسألة اخرى هى مسألة الاجراءات التى تتبع للوصول إلى التوحيد المطلوب . وهنا يفتح امامنا طريقان . الطريق الأول هو طريق المعاهدات الدولية ، والطريق الثانى هو طريق التوحيد الفردى . فالتوحيد من طريق المعاهدات يراد به ان توقع الدول التى تريد توحيد قوانينها معاهدة دولية تتضمن هذا التقنين المشترك الذى اتفق عليه الجميع . والتوحيد الفردى هو ان تتخذ كل دولة هذا التقنين المشترك بعمل فردى من جانبها ، أى بمقتضى تشريع داخلى ، دون ان توقع معاهدة مع الدول الأخرى تنقيد فيها بذلك . والتوحيد الفردى أسهل وقعا ، لأن التوحيد التعاهدى يقيد سلطان الدولة ، ويسلبها حرية التعديل فى تشريعها مدة قيام المعاهدة . ولعلاج ذلك يحسن بالدول ، إذا اختارت التوحيد التعاهدى ، ان تجعل مدة المعاهدة قصيرة ، وان تدبر ايجاد هيئة مختلطة دائمة ، تنظر فى أمر هذا التقنين المشترك ، حتى تقترح على الدول ادخال التعديلات الملائمة فى الوقت المناسب . وهناك أمر آخر ، هو امر السلطات القضائية التى تتولى تطبيق التشريع المشترك فى كل دولة . فسواء كان التوحيد تعاهديا أو فرديا ، لا بد من توقع اختلاف فى تطبيق المحاكم للتقنين . وإذا كنا نكفل توحيد التطبيق القضائى فى داخل الدولة بإنشاء محكمة عليا يوكل إليها تفسير القانون ، فإن ذلك لا يتيسر لنا عندما يكون التقنين مشتركاً بين أكثر من دولة . فليس من اليسير أن توجد محكمة عليا دولية تخضع لها السلطات القضائية للدول المتعاهدة . وإذا كان لكل دولة محاكمها العليا ، فلا شك فى أنه ستكون لكل محكمة كلمتها فى تفسير التقنين . وخير طريق للتخفيف من أثر ذلك هو ايجاد هذه الهيئة المختلطة

الدائمة التى أشرنا إليها . فهى ترقب عن كثب تطور القانون وسير القضاء فى الدول المشتركة فى التقنين ، وتشير من وقت لآخر على هذه الدول بإتخاذ التدابير الدبلوماسية والتشريعية التى تعيد للتقنين المشترك وحدته وانسجامه .

ثانياً : التقنينات الجرمانية

أقدم هذه التقنينات التقنين النمساوى . ويليه التقنين السويسرى ثم التقنين الألمانى . ونقول كلمة موجزة عن كل من هذه التقنينات .

١- التقنين النمساوى

تقنين سنة ١٨١١ :

ما كاد يتم القرن الخامس عشر ، حتى نخل القانون الرومانى البلاد النمساوية ، وأخذ يحل محل العادات الجرمانية ، وقد تسرب هذا القانون إلى النمسا من مدرسة بولونيا فى إيطاليا ، واختلط القانون الرومانى بالعادات اختلاطاً تاماً . حتى إذا كان منتصف القرن الثامن عشر ، ألفت لجنة فى عهد مارى تيريز فى سنة ١٧٥٣ لتقنين القانون النمساوى . ورأس اللجنة الأستاذ أزونى (Azzoni) بجامعة براج . وعهد إلى اللجنة بتقنين العادات الموجودة مع إكمال الناقص بالالتجاء إلى ما يمليه العقل السليم (à l'aide de la raison) . وقد قدمت اللجنة مشروعاً سُمى بالتقنين التريزى (Codex Thresanius) فى سنة ١٧٦٦ ، وكان بالغاً فى الطول والاسهاب ، إذ بلغ عدد نصوصه ٧٣٧٧ مادة . فأعيد إلى اللجنة حتى تختصره . وأصدر جوزيف الثانى فى سنة ١٧٨٦ القسم الذى أنجز منه ، وهو يشمل مصادر القانون وقانون الأشخاص والأسرة ، وسمى بالتقنين الجوزفى (Joséphine) . وفى سنة ١٧٩٦ ، فى حكم فرنسوا الثانى ، قدمت اللجنة تحت رئاسة مارتينى (Martini) أستاذ القانون الطبيعى والقانون الرومانى فى فيينا ، مشروعاً كاملاً نفذ فى بعض مقاطعات نمساوية ، ثم شكلت لجنة لإعادة النظر فيه فى ظل الملاحظات التى ظهرت من تجارب تطبيقه . وكان آخر رئيس لهذه اللجنة تسيلر (Zeiller) الأستاذ بجامعة فيينا

وخليفة مارتيني في كرسيه . وقد ظلت اللجنة تعمل من سنة ١٨٠١ الى سنة ١٨١١ ، حيث أتت مراجعة التقنين .

ويفتح تقنين سنة ١٨١١ بمقدمة قصيرة . ثم ينقسم الى ثلاثة اقسام الأحكام المتعلقة بالأشخاص ، والأحكام المتعلقة بالأشياء ، وأحكام مشتركة بين الأشخاص والأشياء . وقد تأثر هذا التقنين كثيرا بالقانون الرومانى ، فتوخى أحكامه بنوع خاص فى التبنى والقوامة والملكية الفردية والحق الشخصى والحق العينى والالتزامات ونظام المهر . كما تسربت اليه العادات الجرمانية فى بعض المسائل ، كالسجل العقارى والنظم المالية للزواج وتدخل السلطات القضائية . ولم يخل من أثر تقنين بروسى سابق عليه يسمى بتقنين Landrecht . وتسوده الصبغة المنطقية ، وهى الصبغة التى كانت تسود القرن الثامن عشر ، وقد قام بوضعه كل مت مارتيني وتسيلر وكلاهما أستاذ القانون الطبيعى^(١) . ولم يكن للتقنين الفرنسى الذى صدر قبله سنوات قليلة أى تأثير فيه ، لأن التقنين النمساوى كان قد أعد كما رأينا منذ سنة ١٧٩٦ ، أى قبل اعداد التقنين الفرنسى . وقد بدأ تنفيذ التقنين النمساوى فى اول يناير سنة ٨١٢ . وبقي التقنين دون تعديل الى سنة ١٨٥٩ . وتلا ذلك عهد امتد من سنة ١٨٥٩ الى سنة ١٨٧٩ ، صدر فى خلاله قوانين مستقلة تغير من أحكام التقنين المدنى تغييرا اقتضاه نفوذ البورجوازية المالية ورجال الصناعة والتجارة . ثم تلا ذلك العهد الحاضر ، وهو عهد حماية العمال ، فصدرت قوانين مستقلة أيضا بالتعديلات التى تقتضيها هذه الروح الجديدة . فقد تكونت طائفة من القواعد القانونية هى من صنع القضاء ، وأصبحت معرفتها ضرورة لاتقل فى الأهمية عن معرفة التقنين ذاته .

(١) ونلمح أثر القانون الطبيعى فى كثير من المبادئ التى قام عليها التقنين النمساوى . فهو يعترف بالحرية الطبيعية يقرها لكل انسان ، لا فرق بين وطنى واجنبى ، وبين طبقة وطبقة ، وبين ذكر وأنثى . وبين دين ودين ، ولا يتقيد بالتقاليد التاريخية ، بل يحكم العقل ، فيأتى بحلول منطقية مجردة ، ويضع نظاما مصطنعا للميراث يصل الى حد الدقة الحسابية ، وإذا أعوز القاضى النص كان عليه أن يرجع الى القياس ، فان لم يجد ما يقيس عليه ، لايرجع الى العادات بل الى مبادئ القانون الطبيعى (انظر جاليه Galliax : تعديل التقنين المدنى النمساوى باريس ١٩٢٥ ص ٥ و ٦) .

تنقيح التقنين النمساوى فى القرن العشرين :

كانت حالة التقنين النمساوى فى القرن العشرين كما يأتى : تقنين أصلى ، على هامشه قوانين كثيرة ، صدرت فى أوقات مختلفة ، تعدله فى نواح متعددة . وعلى هامش الهامش أحكام القضاء ، تتكون منها مجموعة من الأحكام القانونية ليست مقننة ولا مرتبة ، والالامام بها ضرورى لمعرفة القانون المطبق . الى هذا كله تطور فى النظم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، مما يقتضى النظر فى تنقيح التقنين بعد أن مضى عليه قرن كامل .

ففى سنة ١٩٠٤ تألفت لجنة تحت رئاسة أونجر (Unger) لتنقيح التقنين . وفى سنة ١٩٠٧ قدمت هذه اللجنة تقريراً بنتائج أعمالها ، عرضته الحكومة على مجلس الأعيان باسم « مشروع قانون بتعديل بعض نصوص التقنين المدنى » ، فنظرته لجنة فرعية قدمت مشروعها فى سنة ١٩٠٩ ، ثم نظر فى هذا المشروع فى ظل الانتقادات والملاحظات التى وجهت اليه ، وانتهى الأمر بتقديم مشروع ثان فى سنة ١٩١٢ توسع فى التنقيح والتعديل أكثر من المشروع الأول وصحبه مذكرة ايضاحية قيمة وضعها الأستاذ فون شىء (Von Sehey) الذى خلف ارستاز أونجر بعد وفاته . وأقر مجلس الأعيان هذا المشروع الأخير فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ . وأرسل إلى مجلس النواب ، ولكن هذا المجلس انفض قبل أن يقره . وأعلنت الحرب الكبرى ، فأخذت الحكومة النمساوية تصدر التنقيح أجزاء متفرقة بمراسيم امبراطورية لها قوة القانون طبقاً لما يقضى به دستور الدولة فى حالة الضرورة . فصدر التنقيح الخاص بقانون الأشخاص وقانون الأسرة فى ١٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ ، والتنقيح الخاص بالملكية الشائعة فى ٢٢ يولية سنة ١٩١٥ ، وبقية أجزاء التنقيح فى ١٩ مارس سنة ١٩١٦ .

وقد تناول التنقيح نحو ٢٥٠ مادة من ١٥٠٢ مادة يتضمنها التقنين الأصلى^(١) . ولا يزال التقنين المنقح معمولاً به حتى الآن فى الجمهورية

(١) وأهم ما تناوله التنقيح حقوق الجوار والتصرف فى الضمان العقارى وحقوق الاتفاق والميراث ومسائل مختلفة فى قانون الالتزامات ، والعقود (انظر فى ذلك جاليه Galliaix فى تنقيح التقنين المدنى النمساوى باريس سنة ١٩٢٥) .

النمساوية . أما البلاد التي انضمت من الامبراطورية النمساوية بعد الحرب واندمجت في دول أخرى كيوغوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا ورومانيا وبولونيا . فهذه تتبع دولها الجديدة التي أخذت حركة التقنين فيها تنشط في العهد الأخير على ما سنراه فيما يلي :

ب - التقنين السويسري^(١)

كيف وضعت التقنينات السويسرية :

لم يكن لهيئة التشريع المركزية في جمهورية الاتحاد السويسري حق التشريع في جميع المواد المدنية . ففكرت حكومة الاتحاد في أول الأمر أن تقنن التشريعات التجارية . فتشكلت لجنة في سنة ١٨٦٣ لبحث مشروع في القانون التجاري وضعه الأستاذ منتسجر (Munzinger) . ثم لما أعطيت هيئة التشريع المركزية حق التشريع في مواد الأهلية وجميع المسائل المتعلقة بالتجارة والتعامل في المنقول أمكن جعل المشروع شاملا لجميع قانون الالتزامات والقانون التجاري ، واتخذ مشروع درسد الألمان أساسا له . وقدم الأستاذ فيك (Fiek) الذي خلف الأستاذ منتسجر بعد موته مشروع الأول في سنة ١٨٧٥ ، ونشر للاستفتاء ، ثم ناقشته الهيئة التشريعية ، ووافقت عليه جملة واحدة في سنة ١٨٨١ ، دون أن تناقش تفصيلاته ، حتى لاتخل بتناسق التقنين . وقد عمل به من أول يناير سنة ١٨٨٣ . وهذا هو تقنين الالتزامات السويسري في صورته الأولى . ولما رجع دستور الاتحاد في سنة ١٨٩٨ ، أعطيت الحكومة المركزية حق التشريع في جميع مسائل القانون المدني فاعتزمت الحكومة القيام بعملين : تكملة التقنين المدني ومراجعة تقنين الالتزامات .

وقام بالعملية مع الأستاذ هوبر (Huber) ، وادمج تقنين الالتزامات في التقنين المدني . ولكن الهيئة التشريعية أقرت التقنين المدني ، بعد أن فصلت عنه تقنين الالتزامات ، في سنة ١٩٠٧ وتقرر أن يعمل به في أول يناير سنة ١٩١٢ ، وهذا هو التقنين المدني السويسري .

وأعيدت مراجعة تقنين الالتزامات في لجنة جديدة . فقدمت اللجنة مشروعا نهائيا راجعت فيه التقنين عدا الجزء الخاص بالقانون التجاري .

(١) انظر في هذا الموضوع مقالنا في العدد الأول من السنة السادسة من مجلة القانون والاقتصاد ، عنوانه القانون المدني المصري وعلى أساس يكون هذا التنقيح .

فأقرته الهيئة التشريعية في سنة ١٩١١ ، على أن يبقى منفصلاً عن التقنين المدني لأن مراجعته لم تكمل ، وقررت أن يكون العمل به في أول يناير سنة ١٩١٢ كالتقنين المدني . وهذا هو تقنين الالتزامات السويسري في صورته الحاضرة .

تقدير التقنين السويسري :

كتبنا في مقال لنا ، نشر في مجلة القانون والاقتصاد في العدد الأول من السنة السادسة ، نقدر التقنين السويسري كما يأتي :-
«يمتاز التقنين السويسري بالوضوح والبساطة ، فيتغاير بهذا مع التقنين الألماني المغلق المعقد . وهو يجمع إلى الوضوح والبساطة والدقة والتعمق ، ثم يضم إلى كل ذلك الجودة والتمشي مع النظريات العلمية . ففيه تجتمع مزايا التقنين الألماني من حيث القيمة الفنية ، ومزايا التقنين الفرنسي من حيث السلاسة والوضوح . فهو مثل عال من مثل التشريع ، من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع . ووضوحه كان سبباً في إنتشاره انتشاراً سريعاً . وأصبح شأنه من حيث الذبوع في القرن العشرين شأن التقنين الفرنسي في القرن التاسع عشر . وقد بلغ الأمر ببعض الأمم ، كالترك ، أن اتخذته تشريعاً لها جملة واحدة ، وأثرته على جميع التقنينات الغربية عندما أرادت الانتقال من الشريعة الإسلامية الى التشريع الأوروبي . .

ويفخر السويسريون بأن تقنينهم من نسج أيديهم لم ينحوا فيه منحى التقليد المجرد . وفي هذا يقول الأستاذ روسل (Rosel) : قد استمدنا التقنين المدني السويسري من مصادر هي مصادرها . وقد استطعنا أن نتجنب الاستعداد من التشريعات الأخرى . وإذا كان طبيعياً أن توجد مسائل مشتركة بين تقنيننا والتقنين الألماني أو التقنين الفرنسي ، فتقنيننا ليس مديناً لأي من التقنينين ، أو هو على الأقل ليس مديناً لهم إلا في بعض المسائل التفصيلية ، وبقدر واحد تقريباً بالنسبة لكل منهما ، ويمكن القول أن تقنيننا قد نسج على منوال طباعنا وأخلاقنا وعقليتنا ، إذ أنه حقاً تشريع سويسري قبل كل شيء . وهذا وصف رائع لما يجب أن تكون عليه تشريعات الأمم ، وإن كان فيه شيء من المبالغة من حيث اجتناب الاقتباس من التشريعات الأجنبية .

وليس السويسريون وحدهم الذين يعجبون بتقنينهم ، بل يشترك في هذا الاعجاب كثير من العلماء الأجانب فيرى الأستاذ جودمييه ان التقنين السويسري قد امتاز ببساطته ، وبتجنبه للتعقيدات الفقهية ، وبصبغته العملية السائدة ، وقد حقق بهذا الوضوح وبهذه البساطة ، الى أقصى حد ممكن ، المثل الأعلى لتشريع ديموقراطي . ويرى الأستاذ جوسران ان التقنين السويسري قد فاق التقنين الألماني من وجوه كثيرة ، فهو أكثر مرونة ، وأقل صبغة فقهية ، وأكثر قبولاً للأفكار الحديثة في المساواة والتضامن الاجتماعي ، وهو لم يحاول ان يوجد حلاً لكل فرض ، بل ترك للقاضي وللفقيه حرية واسعة في التقدير وفي الاجتهاد ، واكتفى بتقرير المبادئ العامة ، فأمن بذلك ان يشل تشريعه من تطور القانون . ويرى الأستاذ والتون ان التقنين السويسري هو خير تشريع تحتضيه أمة تريد ان تقتبس من التشريعات الأجنبية ، لبساطة عبارته ، ووضوح أسلوبه ، وصبغته العملية .

ولا نزال عند تقديرنا هذا ، لا ننقص منه حرفاً .

ترتيب التقنين السويسري :

قدمنا أنه يوجد تقنينان ، تقنين الالتزامات والتقنين المدني . أما تقنين الالتزامات فيتضمن قسمين :

القسم الأول : يضع أحكام النظرية العامة للالتزامات . وهو في خمسة أبواب . خصص الباب الأول لمصادر الالتزام وهي العقد (وذكرت أحكام العقد غير منفصلة عن أحكام الإرادة بوجه عام خلافاً للتقنين الألماني الذي فصل ما بين الشئيين . وترتيب التقنين السويسري أكثر وضوحاً من الناحية العملية) . والعمل غير المشروع والاثراء على حساب الغير . وقد تضمنت أحكام العقد حكم الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، وخصص للفضالة باب مستقل في القسم الثاني . أما القانون كمصدر للالتزام فقد ترك مفهوماً من ثنايا النصوص . وخصص الباب الثاني لأثر الالتزام ، فقرر أحكام وفاء الالتزام وأحكام عدم الوفاء وأثر الالتزام بالنسبة للغير . وخصص الباب الثالث لانقضاء الالتزام بالابراء أو التجديد أو اتخاذ الزمة أو استحالة الوفاء والمقاصة والتقادم . وخصص الباب الرابع للالتزام الموصوف ، من التزامات تضامنية والتزامات شرطية وعربون وشرط

جزائى اما الأجل فقد عرض له التقنين عند الكلام فى وفاء الالتزام وتحديد ميعاد الوفاء وذلك فى الباب الثانى . وخصص الباب الخامس لنقل الالتزام حوالة حق وحوالة دين ، وقد أخذ التقنين بحوالة الدين كما أخذ بحوالة الحق .

والقسم الثانى : يقرر احكام العقود المعينة المدنية والتجارية عقدا عقدا وهى البيع ومعه المقايضة ، والهبة ، والايجار ، والعارية بنوعيتها والعمل ، والمقاوله ، والنشر ، والوكالة ، والسند بفتح الاعتماد ، والسمسرة والفضالة ، والعمولة ، والنقل والاعتماد التجارى والإحالة والوديعة ، والكفالة ، والرهان ، والإيراد والشركات والأوراق المالية والدفاتر التجارية . ويلاحظ أن التقنين السويسرى ابتدع عقودا معينة جديدة كعقد النشر وعقد الإحالة ، وأورد الفضالة ضمن العقود المعنية وهى ليست بعقد ، وادمج القانون التجارى فى تقنين الالتزامات .

والتقنين المدنى يتضمن أربعة كتب . الكتاب الأول فى الأشخاص الطبيعية والمعنوية . والكتاب الثانى فى قانون الأسرة ، ويتناول الزواج والطلاق والنظام المالى للأسرة والنسب الشرعى والنسب الطبيعى والنفقة والسلطة الأبوية ومال الأسرة والوصاية . والكتاب الثالث فى الميراث والوصية . والكتاب الرابع فى الحقوق العينية ، ويتناول الملكية والحقوق الارتفاق والرهن بنوعيه والحيازة والسجل العقارى : ويلاحظ ان القانون المدنى السويسرى قد ادمج التأمينات العينية مع الحقوق العينية الاصلية فى كتاب واحد .

ج- التقنين الالمانى (*)

كيف وضع التقنين الالمانى :

اتخذت البلاد الالمانية القانون الرومانى قانونا لها زمنا طويلا . وكانت تطبق إلى جانبه أيضا العادات الجرمانية . وعمد فردريك الأكبر

(*) انظر فى هذا الموضوع أيضاً مقالنا المنشور فى العدد الأول من السنة السادسة من مجلة القانون والاقتصاد ، وهو المقال الذى سبقت لنا الإشارة إليه .

إلى تقنين القانون الالمانى ، وقد بدأ تحضير هذا التقنين فى سنة ١٧٤٦ ، ولكنه لم يعمل به إلا فى سنة ١٧٩٤ . ثم أخذت حركة التقنين يفتت نشاطها لما وقف سافينى وقفته المعروفة ضد التقنين . ولكن عادت الحركة إلى النشاط عندما تكون اتحاد الشمال الجرمانى ، ووجدت هيئة تشريعية مركزية لهذا الاتحاد . ثم تألفت فى سنة ١٨٦٠ جمعية من الفقهاء الالمان والنمساويين (Juristentag) ، تعمل لتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها . فعقدت الجمعية عدة مؤتمرات خلصت منها بمشروع لقانون الالتزامات هو المعروف بمشروع درسد (Dresde) ، وهو المشروع الذى اقتبس منه التقنين السويسرى بعض احكامه كما قدمنا . ولما توحدت الامبراطورية الالمانية فى سنة ١٨٧٠ ، جعل التشريع المدنى من اختصاص الهيئة التشريعية المركزية . فشكل مجلس البوندسرات (Bundesrath) فى سنة ١٨٧٤ لجنة لتحضير خطة عامة لتقنين مدنى . ثم تألفت لجنة مشكلة من احد عشر عضواً كلهم من الفقهاء والقضاة . وقد قام كل عضو بكتابة النصوص فى موضوع من موضوعات القانون وكل إلية ، وأخذت هذه اللجنة بمشروع درسد فى الالتزامات . وتم بذلك تحضير مشروعات ابتدائية كاملة النصوص فى سنة ١٨٨٠ . واجتمعت اللجنة بعد ذلك لتناقش هذه المشروعات ، وظلت فى عملها حتى سنة ١٨٨٧ ، فاخرجت « المشروع الأول » للقانون الالمانى . ونشر هذا المشروع رسمياً للاستفتاء فى سنة ١٨٨٨ . وقد لوحظ بوجه عام على المشروع ان لغته اقرب للفقهاء منها إلى التشريع ، وان نفوذ القانون الرومانى متغلغل فيه . ومن أجل هذا قام فى وجهه جييرك (Gierke) ، الفقيه الالمانى المعروف ، وكان من اكبر الدعاة لوجوب الأخذ بالعوادات الجرمانية إذ هى قوانين البلاد الاصلية ، ونادى بوجوب تغليب هذه العادات على القانون الرومانى الدخيل فى التقنين الجديد . فشكل مجلس البوندسرات فى سنة ١٨٩٠ لجنة أخرى من اثنين وعشرين عضواً ، جمعت إلى رجال القانون رجال الصناعة والتجارة والمال وكبار الملاك . واتخذت هذه اللجنة أساساً لعملها « المشروع الأول » وأخذت فى تعديله ، وكلما انجزت جزءاً نشرته للاستفتاء . فانتهى « المشروع الثانى » فى سنة ١٨٩٥ . ثلما عادت اللجنة الى مراجعة هذا المشروع فى ضوء ما حصلت عليه من نتائج الاستفتاء الذى قامت به .

فعدلت منه أيضا . وعرض هذا المشروع الثانى المعدل (المشروع الثالث) على مجلس البوندسرات فى يناير سنة ١٨٩٦ ، بعد أن تخفف من نزعته الفقهية وزاومت فيه التقاليد الجرمانية النفوذ الرومانى . فنظر فيه هذا المجلس ، واحاله ، وقد أصبح «مشروعا رابعا» ، على مجلس الرينشستاج .

واتفقت الحكومة مع الأحزاب السياسية على أن تقصر الأحزاب حقها فى طلب التعديل على المسائل السياسية والاجتماعية والدينية ، تاركة مسائل الصياغة القانونية كما هى دون تعديل حتى لا يختل تناسقها . والى مجلس الرينشستاج لجنة مثل فيها كل الأحزاب . وقد اقترحت هذه اللجنة ما رآته من التعديلات فى حدود ما سبق الاتفاق عليه . فكان ذلك سببا فى سهولة موافقة المجلس على المشروع والسرعة فى ذلك ، إذ وافق عليه فى أول يولية سنة ١٨٩٦ . وفى ١٤ يولية من السنة نفسها وافق عليه مجلس البوندسرات ، وكان قد عرض عليه أولا كما قدمنا . وصدر فى ٢٤ أغسطس سنة ١٨٩٦ على أن يعمل به من أول يناير سنة ١٩٠٠ .

تقدير التقنين الألمانى :

قدر التقنين الألمان تقديرًا مختلفًا ، فذكرت محاسنه وعيوبه . فكتب الأستاذ جودمييه (Gaudemet) فى مقاله المنشور فى كتاب العيد المئتين للتقنين الفرنسى عن هذا التقنين ما يأتى : «ظهر التقنين الألمانى ، وهو آية من آيات الفن والعلم ، كخلاصة نفسية للنتائج التى وصل اليها الفقه الألمانى فى غضون القرن التاسع عشر ، سواء فى دائرة الباندكت (القانون الرومانى) أو فى دائرة القانون الجرمانى الخاص . ولكن كثيرا من الشراح يرى أن هذا التقنين من الناحية الاجتماعية لايسد كل الحاجات التى تتطلبها دولة ديمقراطية . وقد قيل عن التقنين الألمانى ، كما قيل عن التقنين الفرنسى ، أنه تقنين مغرق فى نزعته «البرجوازية» ، وقد وضع ليحمى مصالح الطبقات المالكة ، ولا يفسح الا مكانا ضيقا للأفكار الحديثة ، التى تقضى بحماية الضعيف وبتوثيق التضامن الاجتماعى » .

وبعد أن ذكر الأستاذ جوسران محاسن هذا التقنين من حيث نضوجه ، ومن حيث أنه جمع خلاصة الفقه القانونى فى القرن التاسع عشر ، قال

ما يأتى : «وله ، الى جانب مزاياه التى لانزاع فيها ، عيوب لاتقل عنه تحقيقا . فهو عمل نظرى فى جوهره ، وقد كتب بأسلوب ثقیل لا يستمرا ، واجتمعت فيه الصنعة والتجريد . وقد اراد المشرع الألمانى أن يضع حلا لكل شىء ، وأن يفترض كل الفروض ، مستعينا فى هذا بصناعة سار فيها الى ابعد شوط . وإذا كان قد نجح فى هذا بعض النجاح ، فقد خسر فى سبيل هذا النجاح مزيته الوضوح والنزعة العملية . ولاشك فى أن العمل جليل يملى الاحترام ، ولكنه كان مجهودا فقها أكثر منه مجهودا عمليا تسرى فيه روح الحياة » .

ومهما يكن من أمر عيوب هذا التقنين ، فإن تحضيره يمتاز دون شك بما يأتى :

(١) هذه المدة الطويلة التى صرفت فى وضعه حتى صار محكما دقيقا . وقد جمع خلاصة الفقه الألمانى فى أرقى مراحلها .

(٢) اشتراك غير القانونيين ، من رجال الصناعة والعمال وكبار الملاك ، فى تحضيره . وهذا ما جعله ثمرة التجارب العملية ، كما هو خلاصة النظريات الفقهية والتقاليد القضائية .

(٣) طرق الاستفتاء الواسعة المختلفة التى كان محلا لها ، مما ساعد على تمحيصه تمحيصا دقيقا ، وسمح لعدد كبير من المشتغلين بالقانون بالمساهمة فى تحضيره ، كل بما وسعته طاقته .

ترتيب التقنين الالمانى :

جاء التقنين الالمانى فى خمسة كتب . خصص الكتاب الأول منها لمقدمة عامة ، عرضت للاحكام المتعلقة بالشخص وبالشىء وبالعمل القانونى ، وانتهت باحكام فى التقادم المسقط وكيفية استعمال الحق . وعرض المشرع الالمانى عند الكلام فى الاشخاص للشخصية المعنوية والجمعيات والمنشآت ، وعند الكلام فى العمل القانونى لموضوعات كثيرة من نظرية الالتزام ، كالاهلية والعقد والنيابة والالتزامات الموصوفة ، مما جعل هذه النظرية تتوزع بين المقدمة والكتاب الأول توزعا ليس من شأنه أن يسهل البحث . ووردت نظرية التعسف فى استعمال الحق عند ذكر كيفية استعمال الحقوق .

أما الكتب الأربعة الأخرى ، فالاثنتان الأخيران خصصا لقانون الأسرة والميراث . والكتابان الأولان لقانون المعاملات . اشتمل أحدهما على ما بقى من نظرية الالتزام وعلى العقود المعينة . وعرض الثانى للأشياء ، فبدأ بالحيازة ، وأخذ فيها بأحدث النظريات ، ثم استعرض أسباب اكتساب الملكية ، وقد عدلت تعديلا جوهريا بسبب ادخال نظام السجل العقارى .

ثالثا - التقنيات الأخرى الحديثة التى ظهرت فى القرن العشرين

نشطت حركة التقنين فى القرن العشرين عقب الحرب الكبرى . ويرجع السبب فى ذلك إلى نشوء دول جديدة ، أوجدتها معاهدة فرساي ، كيوجوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا وبولونيا . وكل دولة القت بالها إلى التقنين حتى تدعم وحدتها الوطنية ، وحتى تعالج تباين القوانين المطبقة فى أجزائها القديمة وفى البلاد الجديدة التى انضمت إليها .

ومن أهم التقنيات التى تشير إليها التقنين البرازيلى الذى صدر فى سنة ١٩١٧ وقد ظهرت فيه النزعة المادية الجرمانية مع أنه تقنين لاتينى ، والتقنين السوفييتى الذى صدر فى سنة ١٩٢٢ ، والتقنين البولونى الذى صدر فى سنة ١٩٣٣^(١) . هذا عدا مشروعات تقنين صدرت من أفراد أو من هيئات^(٢) .

(١) ونشير هنا أيضا إلى التقنين التركى وقد نقل حرفيا من التقنين السويسرى ، والتقنين الصينى وقد صدر أجزاء متفرقة ابتداء من سنة ١٩٢٩ ، (وبهذه المناسبة نذكر التقنين اليابانى وهو قديم صدر فى سنة ١٨٩٦) ، والتقنين الرومانى ، والقانون التشيكوسلوفاكى . ويضيق المقام عن استعراضها فى هذا المقال .

(٢) انظر على سبيل المثال مشروع تقنين دولى للالتزامات وضعه الأستاذ فرنسكو كوسينتينى (Francesco Cosentini) (مجلة التشريع المقارن سنة ١٩٣٤ ص ١٨١) . وانظر مشروعا دوليا لعقد البيع وضعته لجنة مشكلة من فريق من الفقهاء من مختلف الجنسيات (هرست وجاتريدج وكابيتان وهامل ورايل) قام بتأليفها المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص بروما ، وأقره هذا المعهد ، وعرضته عصبة الأمم على أعضائها لاتخاذها نموذجا للتشريع . وقد استقرت اللجنة فى وضعه نحو خمس سنوات ، من سنة ١٩٣٠ إلى سنة ١٩٣٤ ، وأقره المعهد الدولى فى سنة ١٩٣٥ .

ونختار التقنين السوفييتي والتقنين البولوني لنقول كلمة موجزة عن كل منهما لضيق المقام .

١ - التقنين السوفييتي^(١)

حالة التشريع في روسيا قبل الثورة :

عرفت الأمة الروسية التشريع واكثرت منه الى حد الاسراف ، في عهد قياصرتها الأقدمين . وأول تقنين منظم عرفته كان تقنينا أصدره القيصر (Alexis Mikhailovitch) (سنة ١٦٤٥ - ١٦٧٦) ، وسمى بتقنين (Aulojené) وكان صدوره سنة ١٦٤٩ . ويشتمل هذا التقنين على مجموعة من النصوص ، استعارها القيصر من أقوال القديسين وآباء الكنيسة والقوانين البيزنطية وأوامر القياصرة الأقدمين ، الى بعض اضافات استحدثها . وبقي هذا التقنين أساسا للقانون الروسى حتى أول القرن الثامن عشر .

وحاول بطرس الأكبر (سنة ١٦٨٢ - ١٧٢٥) أن يضع تقنينا جديدا يقتبسه من التقنين السويدي ، بجانب خليط من العادات الروسية ، ولكن الموت عاجله قبل أن يتم عمله . وكذلك حاولت كاترين الثانية إصدار تقنين ، واتخذت إجراءات ترمى الى تحقيق ذلك ، ولكن الحروب حالت بينها وبين ما كانت تنوى أن تتمه . وأراد اسكندر الأول ، حليف نابليون أن يقلد حليفه في التقنين ، ولكن الجهود التي بذلها في سبيل ذلك لم تنتج ، فقد وقف له الرجعيون بالمرصاد ، يقاومون كل جديد . وفي عهد نيقولا الأول ، استطاع وزيره سبيرانسكى (Spiranski) أن يجمع القوانين الروسية المتفرقة من عهد تقنين ميخايلوفتش (Mikhaïlovitch) ، ويرتبها ترتيبا منطقيا منظما ، ثم يستخلص منها ما هو معمول به في مجموعة سميت بمجموعة قوانين الامبراطورية الروسية (Corps des lois de l'Empire Russie) ، وقد صدرت على أن يعمل بها في أول يناير سنة ١٨٣٥ ، ثم أضيفت اليها

(١) انظر تقنينات روسيا السوفيتية مترجمة بقلم الأستاذين Patouillet و Dufour ومقدمة لها بقلم الأستاذين لامبير Lambert و Patouillet ، ومنشورة في مجموعة معهد القانون المقارن بليون المجلد التاسع باريس سنة ١٩٢٥ .

القوانين الجديدة التي كانت تصدر عاما عاما ، وبذلك تم تدوين القوانين الروسية في مجموعات معروفة . ثم أخذ القيصر نيقولا الأول ينقح القوانين ، فنقح القانون الجنائي في سنة ١٨٤٥ ، ونقحه ابنه اسكندر الثاني تنقيحا ثانيا . ثم ألف اسكندر الثالث لجنة في سنة ١٨٨٢ ، لتضع مشروع قانونى مدنى ، وبقيت هذه اللجنة تعمل الى حكم نيقولا الثاني (١٨٩٤ - ١٩١٨) . ولما شبت الثورة في مارس سنة ١٩١٧ وقفت حركة التقنين .

التقنين السوفييتى :

منذ شبت الثورة في سنة ١٩١٧ إلى سنة ١٩٢١ والتشريعات تتولى ثم أخذت التقنينات تصدر في العهد الجديد ، فصدر تقنين مدنى ، وتقنين للأسرة ، وتقنين للمرافعات المدنية ، وتقنين جنائى ، وتقنين للأجراءات الجنائية ، وتقنين للعمال ، وتقنين للزراعة ، وتقنين للمناجم الخ . وقد صدرت كل هذه التقنينات في فترة قصيرة من سنة ١٩٢٢ الى سنة ١٩٢٣ . وأريد بها أن تعيد التنظيم الاقتصادى للبلاد الروسية على أثر اخفاق تطبيق الشيوعية الكاملة في هذه البلاد .

وكانت السرعة الكبيرة التي صدرت بها هذه التقنينات سببا في استعمالها على كثير من العيوب . فالتقنينات الروسية ، كما يقول الأستاذ لامبير ، لا تمتاز بما امتازت به التقنينات الفرنسية من الوضوح ورصانة العبارة ، ولا ترتفع إلى درجة الصياغة الفنية التي ارتفعت إليها التقنينات الالمانية .

على أن الذى يميز التقنينات السوفيتية هو انها تقنينات وضعت للشعب بلغة يفهمها الشعب ، وقد تجنب واضعو هذه التقنينات استعمال المصطلحات القانونية إلا بالقدر الضرورى ، على مصطلحات غير مغلقة ، يفهمها الجمهور من الناس . ولكن الوصول إلى لغة شعبية يكتب بها التشريع يحتاج إلى كثير من التأنى وحسن اختيار العبارات ، حتى لا تفقد النصوص التشريعية بقة المعنى ووحدة . ولم يكن هذا من حظ التقنينات السوفيتية لذلك لم تجمع نصوصها إلى البساطة البقة في التعبير .

ونقتصر الآن فى الكلام على التقنينات السوفيتية ، على تقنين الاسرة والتقنين المدنى ، وهما منفصلان . فتقنين الاسرة يحتوى على ابواب اربعة ، باب لسجلات المواليد والوفيات والزواج ، وآخر للزواج ، وثالث لنظام الأسرة من بنوة وتبن ، ورابع للوصاية ، اما التقنين المدنى فيشتمل على اربعة كتب . الكتاب الأول يحتوى على قسم عام ، يقرر المبادئ العامة المتعلقة بالاشخاص والاشياء والاعمال القانونية ، وسقوط الدعوى بالتقادم . وفى هذا الترتيب نرى اثر التقنين الالمانى . والكتاب الثانى يتناول الحقوق العينية ، فيقرر احكام الملكية وحق البناء والرهن . والكتاب الثالث خصص للالتزامات ، فيقرر احكام النظرية العامة ، ثم نظرية العقد ، وبعد ذلك يستعرض العقود المعينة ، فيبدأ بالايجار ، ثم البيع والمقايضة والقرض والمقاولة والكفالة والوكالة والشركات المدنية والتجارية ، والتأمين . ثم يرجع إلى المصادر الاخرى للالتزام ، الاثراء دون حق والعمل الضار . اما الكتاب الرابع فيقرر احكام الميراث والوصية .

والنزعة الغالبة على التقنين السوفييتى هى نزعة التوفيق ما بين المبادئ الشيوعية والخضوع لمقتضيات الحياة العملية . ولذلك يعد هذا التقنين وثيقة خطيرة ، لا من حيث الصياغة الفنية ، بل من حيث تطور النظريات الاجتماعية والاقتصادية . وقد اعترف التقنين السوفييتى بالأسرة والزواج والملكية والتعاقد ، ولكنه عدل كثيرا من احكام هذه النظم الرأسمالية ، بما يقربها من روح الاشتراكية . فالأسرة فى التقنين السوفييتى ضيقة محدودة العدد ، لاتشمل غير الزوجين والأصول والفروع والأخوة والأخوات ، ولا يبقى أكثر هؤلاء فى الأسرة الا ريثما يبلغون سن الرشد . والزواج لايجعل الزوجين مرتبطين فى اموالهما ، بل هناك فصل تام بين مال الزوج ومال الزوجة ، وهناك مساواة تامة بين الرجل والمرأة ، ولا سلطة للأب على اولاده ولكن للأولاد حق الحماية على ابيهم ، والبنوة الطبيعية كالبنوة الشرعية لا فرق بينهما . ويقيد التقنين السوفييتى من استعمال الحقوق بالغاية الاقتصادية والاجتماعية التى قررت من أجلها ، ويبينى المسؤولية عن العمل الضار على أساس مدنى لا ضرورة فيه لركن الخطأ ، ويوسع من الملكية المشتركة وملكية الدولة ، ويضيق من الملكية الفردية ، ويضع على سلطان الارادة قيودا واسعة فلا يكاد يوجد امام الأفراد الا عقود نظمها القانون والزمهم باتباعها .

وظاهرتان أخريان بارزتان فى التقنين السوفىيىتى . أولهما أنه يفسح المجال واسعا لتدخل القضاء . ففى كثير من الأحوال يسكت عن الحكم ، أو يورده مبهما ، أو يقرره فى معايير مرنة لا فى قواعد ضيقة ، مما يجعل تدخل القضاء ضروريا لاكمال الناقص ، وتوضيح المبهم ، وتطبيق المعايير تطبيقا يتلاءم مع الظروف التى تطبق فيها . والثانية هى أنه يفسح أيضا المجال للدولة تتدخل فى شؤون الأفراد ، فكثيرا ما جعل الروابط المدنية تحت رعاية الهيئات الادارية ولم يقف فى ذلك حتى دون روابط الأسرة . وقد أخضع الملكية والعمل والنقابات لسلطان الدولة وهيمنتها .

ب- التقنين البولونى

تاريخ وضع التقنين البولونى وقرتهبه :

بدأت فى بولونيا حركة قوية فى سبيل التقنين ، على أثر رجوع وحدتها واستقلالها بعد الحرب الكبرى . فصدر تقنين جنائى ، وتقنين للمرافعات المدنية ، وتقنين تجارى ، وتقنين للالتزامات والعقود ، وتقنين مدنى . وفى يدنا الآن تقنين الالتزامات والعقود . وهنا ظاهرة نلاحظها فى حركة التقنين الحديث ، هى فصل تقنين الالتزامات والعقود عن بقية اجزاء التقنين المدنى ، وقد رأينا ذلك فى التقنين السويسرى وفى المشروع الفرنسى الايطالى ، وفى التقنين التونسى وفى التقنين المراكشى وفى التقنين اللبنانى ، وما نحن نراه فى التقنين البولونى . وإذا قدر أن يكون للبلاد العربية تقنين موحد فى وقت قريب ، فانما يكون ذلك بالاقتران على تقنين فى الالتزامات والعقود .

وقد ألفت لجنة لوضع مشروع لتقنين الالتزامات والعقود فى بولونيا سنة ١٩٢٩ . واتخذت هذه اللجنة أساسا لعملها مشروعات سابقة وضعها الأستاذ أرنست ثل (Ernest Thill) ومعه الأستاذ لونجشان دى بيريه (Longchamps de Bérier) وأساتذة آخرون . وبدأت القراءة الأولى من ١٥ أغسطس سنة ١٩٢٩ إلى ١٨ مارس سنة ١٩٣١ ، والقراءة الثالثة من ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ إلى ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٣ . وبعد أن أقرته اللجنة الفرعية ، وافقت عليه اللجنة العليا للتقنين . ثم عهد إلى لجنة أخرى بإعادة

النظر فيه مرة أخيرة، لمراجعة التعديلات التي أدخلت، وتوحيد المصطلحات التي استعملت. فبدأت اللجنة عملها في ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٣، وانتهت منه في ٦ يوليه سنة ١٩٣٣. وصدر التقنين في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٣، على أن يكون تنفيذه في أول يوليه سنة ١٩٣٤.

وهو يشتمل على سبعة عشر باباً، منها خمسة للقسم العام، في مصادر الالتزامات وأنواعها وانتقالها وطرق انقضاءها وحق الدائن في الطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البوليسية. وقد ذكر التقنين البولوني أثر الالتزام عند الكلام على الوفاء به في طرق الانقضاء، وجعل الدعوى البوليسية في باب مستقل وكيفها التكييف القانوني الصحيح فهي دعوى بعدم سريان تصرف المدين في حق الدائن. وخصصت بقية الأبواب للعقود المعينة: البيع والمقايضة والهبة والإيجار والعارية بنوعيتها وعقد العمل والمقولة والوكالة والسمسرة والوديعة والشركة والإيراد المرتب والرهان والسند لحامله والصلح والكفالة. وقد روعي في ترتيب العقود المعينة البدء بالعقود الناقلة للملكية، فالعقود الواقعة على المنفعة، فالواقعة على خدمة الغير، فعقود المضاربة، فالعقود المجردة. ويلاحظ أن التقنين البولوني وضع الهبة في العقود المعينة، وهجر فكرة العقود العينية، ولم يورد عقد التأمين لأن له تشريعاً خاصاً.

تقدير التقنين البولوني:

هو أحدث تقنين مدني ظهر. وقد جاء آية في الاتقان. ولم يقصر واضعوه في الاستفادة من التقنيات التي ظهرت حتى الآن. استفادوا من التقنين الفرنسي، ومن المشروع الفرنسي الإيطالي، ولكنهم استفادوا بنوع خاص من التقنينين الألماني والسويسري. وأشاروا أمام كل نص وضعوه إلى ما يقابله من النصوص في هذه التقنيات الأربعة. وعندى أن التقنين البولوني يفضل في مواضع كثيرة هذه التقنيات، إذ جمع مزاياها وتجنب عيوبها.

على أنه أقرب ما يكون إلى التقنين السويسري، في وضوحه وبنائه، وانقسامه إلى فقرات غير طويلة، وتجنبه للتعريفات الطويلة، وعدم استعماله مصطلحات فنية دقيقة.

وقد أخذ في الموضوع بكثير من النظريات الجرمانية، فعنى باستقرار التعامل في أخذه بالارادة الظاهرة وفي اشتراطه العلم بالغلط وفي الصورية وفي وفاء الالتزام. ولم يجعل تدخل القضاء ضرورياً في كثير من الفروض كطلب البطلان لعيب من عيوب الرضاء، وطلب الفسخ لعدم تنفيذ العقد، وطلب الفسخ للعيب الخ. وجعل الارادة المنفردة مصدراً للالتزام. ولم يجعل للشرط أثراً رجعياً. واتخذ فكرة الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية^(١)، وعدد بالتفصيل قرائن الخطأ، وجعل التعسف في استعمال الحق مبيناً على فكرة المسؤولية التقصيرية. وقرر مسؤولية عديم التمييز الى قدر محدود، وأجاز حوالة الدين، وأخذ بنظرية الظروف الطارئة.

هذه لمحة عن حركة التقنين منذ القرن التاسع عشر الى اليوم، يمكن أن نستخلص منها دروساً نافعة في فن التقنين وأسلوب الصياغة التشريعية وقد عرضت لنا في خلال وصف هذه الحركة مناسبات ذكرنا فيها شيئاً من ذلك. ونحيل الى القارئ على مقال لنا نشر في السنة السادسة من مجلة القانون والاقتصاد (في وجوب تنقيح التقنين المدني المصري) استعرضنا فيه القواعد العامة في الصياغة التشريعية وصناعة التقنين.

وننتقل الآن الى القسم الثاني من هذا المقال، الخاص بالتقنين المدني في العراق.

التقنين المدني في العراق

لاشك في حاجة العراق العاجلة الى اصلاح شامل في قوانينه المدنية. فهو يشكو من نقصين كبيرين:

(النقص الأول): تشتت القوانين المدنية وانتشارها في نواح مختلفة. فهناك مجلة الأحكام العدلية، وهي الأصل في القوانين المدنية،

(١) أنظر في موضوع المسؤولية التقصيرية في التقنين البولوني محاضرة للأستاذ هنري مازو نشرت في مجلة التشريع المقارن السنة الثالثة والستين سنة ١٩٣٤ ص ١٩٣ - ص ٢٢٣.

ولكنها لاتجمع كل هذه القوانين . بل هي أقرب الى أن تكون قانونا للعقود المدنية ، ولا أقول العقود والالتزامات ، فانها لا تتضمن نظرية عامة للالتزامات إذا استثنينا بعض النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية . والى جانب مجلة الأحكام العدلية يوجد قانون الأراضى ، وهو قانون ورثه العراق عن الدولة العثمانية ، كما ورث مجلة الأحكام العدلية عنها ، وكما ورث قوانين أخرى مختلفة ، منها نظام الطابو ، وقانون التصرف بالأموال غير المنقولة ، وقانون تصرف الأشخاص الحكومية بالأموال غير المنقولة ، وقانون تقسيم الأموال المشتركة غير المنقولة ، ونظام ايجار العقار ، وقانون انتقالات الأموال غير المنقولة ، وقانون توسيع الانتقال ، وقانون انتقال المسققات والمستغلات الموقوفة بالاجارتين ، وقانون وضع الأملاك غير المنقولة بصفة تأمينات الخ الخ . . . فإذا أضفنا الى كل ذلك قانون الأحوال الشخصية وأحكام الأوقاف ، وهذه تؤخذ من الشريعة الاسلامية راسا ، رأينا الى أى حد تتوزع القوانين المدنية بين جهات متفرقة ، وكيف تضطرب هذه القوانين وتبطل ، حتى يصبح الباحث عنها فى حيرة لايعرف هل استقصاها كلها ، أو هو فى حاجة الى التنقيب عن بقاياها فى بعض القوانين الأخرى ، كقانون المرافعات المدنية ، وقانون الاجراء وفيه نصوص عن حقوق الامتياز وأحكام مدنية أخرى .

(النقص الثانى) قدم العهد بهذه القوانين . فالمجلة هي أحكام الشريعة الاسلامية مقصورة على أرجح الأقوال من المذهب الحنفى . وسائر القوانين هي قوانين تركية عتيقة ، ترجع الى عهود قديمة ، وقد دار الدهر وهي لاتزال جامدة . وقد أحسنت اللجنة المالية بمجلس النواب العراقى ، إذ كتبت فى تقريرها عن ميزانية سنة ١٩٣٥ ، بصدد هذه القوانين ما يأتى : «وبصدد القوانين الضرورية وسنها ، تود اللجنة أن تلفت نظر الحكومة الى ما جاء فى منهج الوزارة عن عزمها على سن القوانين التى تفقر اليها البلاد أشد الافتقار ، سواء منها القوانين التى لا اثر لها عندنا الآن ، أو القوانين التى أصبحت باليه لقدم تشريعها وتبدل الازمان ، وحدث كثير من التطورات فى أحوال مجتمعنا ، منها القانون المدنى وقانون التجارة وقانون الأراضى . فبعض هذه القوانين قد مضى على تشريعها نحو قرن كامل ، وقد تطورت الأوضاع المدنية والاجتماعية

والاقتصادية تطورا كبيرا ، بحيث أصبحت كثير من تلك الأحكام القانونية لا تنطبق على حاجات الناس ومعاملاتهم ومصالحهم . فلا مناص من أن تسرع الحكومة في سن القوانين الجديدة التي تحل محل القوانين العتيقة منها ، على ضوء المبادئ الحديثة التي أوجدها التطور الاجتماعي ، وقضت بها ضرورات الحياة في هذا العصر . وفي انجاز سن هذه القوانين تنفيذ للمنهج الوزاري من جهة ، وفيها خدمة للمجتمع العراقي تقضى بها الضرورة الماسة .

فالعراق في اشد حاجة الى تقنين مدني شامل جامع ، يلم شمل ما انتثر من هذه الأحكام المدنية المتفرقة ، ويجاري تطور العصر الحاضر ونهضة العراق الحديثة .

بقي أن نعرف على أي أساس يقوم هذا التقنين ؟ يخطر في البال مثل بلدين من بلاد الشرق ، مصر وتركيا . أما مصر ، فقد أخذت قوانينها المدنية في النصف الأخير من القرن التاسع عشر عن التقنين الفرنسي المشهور كما رأينا ، بعد أن اختصرت هذا التقنين الى حد الاقتضاب ، وبعد أن أدخلت فيه بعض تعديلات غير جوهرية ، ولم تأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية - فيما عدا الأحوال الشخصية - إلا في النزر اليسير . وقد كانت مصر متطوعة في النقل عن التقنين الفرنسي ، ولم يلجئها الى ذلك نفوذ سياسي كما هو الأمر في تونس ومراكش ولبنان على النحو الذي رأيناه فيما تقدم . أما تركيا فقد اختصرت الطريق ، وأخذت التقنين السويسري برمته ، ولم تشأ أن تعدل فيه شيئا ، وبذلك هجرت الشريعة الإسلامية ، ولم يبق لهذه الشريعة فيها من اثر .

هذان هما المثلان البارزان أمامنا ، فهل نستهدي بأي منهما ؟ لا نعتقد ذلك . وقد قدمنا ، عند التمهيد للموضوع الذي تناولناه في هذا المقال ، أننا نرى أن يقوم التقنين العراقي الجديد على أسس تكون وثيقة الاتصال بالماضي . وقد آن أن نفصل ما أجمعناه .

نرى أن يقوم التقنين العراقي الجديد على أسس من حيث الشكل والصياغة ، وعلى أسس أخرى من حيث المادة والموضوع .

اولا - الشكل والصياغة

اما من حيث الشكل والصياغة ، فالواجب ان نتعقب احدث تطورات التقنين المدنى ، وأن نجارى ما وصل اليه فن التقنين من رقى . فان التقنيات المدنية قد تقدمت تقدما كبيرا فى صياغتها وفى ترتيبها وتنسيقها . وقد رأينا فى القسم الأول من هذا المقال امثلة كثيرة على هذا التقدم . فعلىنا ان نقتبس منها ما يأتى :

١ - التبويب : أصبح للتقنين المدنى تبويب منطقي ، يمكن تعقبه فى التقنيات الحديثة التى أوردناها . وخير تبويب يمكن استخلاصه من هذه التقنيات هو ذلك الذى يمهّد بمقدمة تبسط فيها احكام عامة تتعلق بتطبيق القانون بالنسبة للزمان والمكان ، وبتفسير النصوص القانونية ووجوب استعانة القاضى بمبادئ العدالة فى ذلك وبالنظريات العامة التى تنبسط على جميع نواحى القانون كنظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية عدم جواز الاحتياىل على القانون . ثم ينقسم التقنين بعد ذلك الى اقسام ثلاثة ، قسم لقانون الأسرة ، وآخر لقانون المعاملات ، وثالث لطرق اثبات الوقائع القانونية وشهر التصرفات . وقد جعلنا طرق الاثبات والشهر قسما مستقلا ، لأنها تتناول الحقوق الشخصية والحقوق العينية وتشمل قانون المعاملات وقانون الأسرة .

اما قانون الأسرة فيشتمل على كتب ثلاثة . يقرر الكتاب الأول منها احكام الأشخاص ، ويتناول الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية ، وتتضمن الأشخاص المعنوية الجمعيات والمؤسسات (Fondations) ويقرر الكتاب الثانى احكام الروابط الشخصية للأسرة ، فيتناول الزواج والنسب والوصاية . ويقرر الكتاب الثالث احكام الروابط المالية للأسرة ، فيتناول الميراث والوصية والوقف .

وقانون المعاملات يتضمن كتباً ثلاثة . يخصص الكتاب الأول للأموال وما يترتب عليها من حقوق عينية أصلية وتبعية ، أى ان التأمينات العينية تدخل فى هذا الكتاب . ويخصص الكتاب الثانى للنظرية العامة للالتزامات . ويتناول الكتاب الثالث العقود المعينة .

وقانون الاثبات والشهر يجعل في كتابين ، كتاب يقرر قواعد الاثبات في قانون المعاملات وقانون الأسرة ، وآخر يقرر قواعد شهر التصرفات من تسجيل وقيد .

ب- صياغة نظرية عامة للالتزامات : ويتبين من التبويب المتقدم وجوب صياغة نظرية عامة للالتزامات . وهذه النظرية غير موجودة في مجلة الأحكام العدلية ، إذ لم يعن واضعو المجلة بصياغتها ، مع أهميتها الكبيرة وضرورة وجودها في كل تقنين . وقد أحسن صاحب مرشد الحيران كل الاحسان بصياغته لهذه النظرية ، مستخلصا اياها من احكام الشريعة الاسلامية . فقد استطاع أن يجارى الفقه الحديث في ترتيبه وتنسيقه من حيث الشكل ، متخذا مادته من الشريعة الاسلامية نفسها . فأمكنه بذلك أن يثبت عملا صلاحية الشريعة للصياغة التشريعية وللتطبيق العملي .

ج- اساليب الصياغة التشريعية : لاشك في أن اساليب الصياغة التشريعية قد ارتقت ارتقاء كبيرا في العصور الحاضرة . ومن ينظر الى تقنيات العهود الغابرة وتشريعاتها ، وينظر الى نظائرها اليوم ، يجد البون شاسعا . بل أن من ينظر الى التقنين الفرنسى فى بدء القرن التاسع عشر والتقنين السويسرى فى بدء القرن العشرين ، أو التقنين البولونى الذى صدر منذ سنوات قليلة ، يقتنع أن فن التشريع والتقنين قد قطع مراحل شاسعة من الرقى والتقدم . فالتقنين العراقى الجديد يجب أن يستفيد من هذا التقدم ، واستفادته تكون أكبر خطرا بقدر ما للصياغة التشريعية فى القوانين المدنية الحالية للعراق من عيوب . وعيوبه كثيرة ، سواء نظرنا الى مجلة الأحكام العدلية ، أو نظرنا الى القوانين التركية العتيقة الأخرى .

اما الصياغة التشريعية للمجلة ، فلا ننكر أنه متقدمة بالنسبة لزمانها . سواء فى أصلها التركى ، أو فى ترجمتها العربية^(١) ولعل للفقه الإسلامى

(١) وندع شيئا من عدم الدقة فى الترجمة . اخبرنا به احد علماء المجلة ممن يعرفون التركية .

الذى أخذت منه للفضل الأكبر فى ذلك . ولا نجد فضل واضعى المجلة ، فان عملهم ينم عن علم غزير بالفقه الاسلامى ، وقدرة واسعة على الصياغة التشريعية . ولا يبرزهم فى ذلك ، على ما نرى ، الا المرحوم قدرى باشا ، فان كتبه المعروفة على درجة عالية من حسن الصياغة ودقة الأسلوب . على أن هناك عيوباً فى صياغة المجلة ، لا نحاول هنا أن نحصيها ، بل نذكر بعض الأمثلة عليها . فمن عيوب الصياغة التشريعية فى المجلة أن أسلوبها فى بعض النصوص لا يتفق مع أسلوب تشريعى رصين يقتصر على الأمر والنهى فى صيغة أحكام مقررّة ، بل يكون أسلوباً تعليمياً فقهياً أولى بلغة الفقه منه بلغة التشريع . وتزدحم الأمثلة إذا أردنا أن نورد شيئاً منها ، فلنأت ببضعها حسبما يقع عليه نظرنا . خذ مثلاً نص المادة ١٦٩ وهو : « الإيجاب والقبول يكونان غالباً بصيغة الماضى ، كبعت واشتريت ، وأى لفظ من هذين ذكر أولاً فهو إيجاب ، والثانى قبول ، فلو قال البائع بعت منك هذا المتاع بمائة قرش ، ثم قال المشتري اشتريت ، أو قال المشتري أولاً اشتريت ، ثم قال البائع بعت ، انعقد البيع . ويكون لفظ بعت فى الاول إيجاباً ، واشتريت قبولاً ، وفى الثانية بالعكس . وينعقد البيع أيضاً بكل لفظ ينبىء عن انشاء التمليك والتملك ، كقول البائع أعطيت أو ملكت ، وقول المشتري أخذت أو تملكيت أو رضيت أو أمثال ذلك » . الا نرى نص هذه المادة أقرب الى أن يكون قول فقيه يقرر قاعدة فقهية ، ويورد عليها الأمثلة التى توضحها ، حتى تستقر فى الذهن ، من أن يكون قول مشرع يأتى المعنى من أقرب سبيل واخصره ، ومهمة المشرع هى أن يضع قواعد عملية ، لا أن يبسط نظريات فقهية . وقد قيل : أن القانون وضع ليأمر ، ولم يوضع ليعلم ، وهو فى غير حاجة للاقناع^(١) . ولا نبعد عن النص المتقدم كثيراً ، بل ننقل منه الى نص آخر قريب ، هو نص المادة ١٧٥ ، وهذا هو : « حيث أن المقصد الأصلى من الإيجاب والقبول هو تراضى العاقلين ، فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، ويسمى هذا بيع التعاطى . مثال ذلك أن يعطى المشتري للخباز مقدارا من الدراهم فيعطيه الخباز بها مقدارا من الخبز ، بدون تلفظ بإيجاب وقبول ، أو أن يعطى المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع ، وكذا إذا جاء

La loi commande; ellen'est pas faite pour instruire; elle n'a pas besoin^(١)

de convaincre.

رجل الى بائع الحنطة ودفع له خمسة دنانير ، وقال بكم تباع الحنطة ، فقال له البائع اعطيك اياها غدا ، ينعقد البيع ايضا ، وإن لم يجر بينهما الايجاب والقبول . وفى هذه الصورة أو ترقى سعر مد الحنطة فى الغد الى دينار ونصف ، يجبر البائع على اعطاء الحنطة بسعر المد بدينار ، وكذا بالعكس ، لو رخصت الحنطة وتدنى سعرها ، فالمشتري مجبر على قبولها بالثمن الأول . وكذا لو قال المشتري للقصاب زن لى بخمسة غروش لحما من هذا الجانب من هذه الشاة ، فقطع القصاب اللحم ووزنه واعطاه اياه ، انعقد البيع ، وليس للمشتري الامتناع عن قبوله واخذه ، الا ترى ، إذا وقفت أمام هذا النص ، انك تسمع استأذاً فى القانون . يتبسط فى درسه ، وهو بلقيه على طلبة لا يزالون فى المرحلة الأولى من الدراسة القانونية ، فيورد الأمثلة تلو الأمثلة ، فى عبارة طويلة يكرر فيها المعانى ويسرف فى الألفاظ ، حتى يستوثق من أن الطلبة قد استوعبوا درسه ، وفهموا مدى القاعدة التى يشرحها ، لا أنك أمام نص تشريعى ، يورد فيه المشرع حكماً قانونياً فى عبارة رصينة ، لاتزيد الفاظها على معانيها ، ولكل لفظ غرض ، فيختل المعنى إذا حذف ولا ينهض عذراً على ركائه هذا الأسلوب التشريعى أن المجلة وضعت وضعت لحكام ، لا اطلاع لهم على مسائل علم الفقه ، كما يقول التقرير المقدم للمرحوم على باشا الصدر الأعظم ، فأكثر واضعوها من ايراد الأمثلة والاسهاب فيها ، فقد كان يغنى عن ذلك أن توضع مذكرة ايضاحية (أسباب موجبة) الى جانب نصوص مختصرة رصينة . ومن عيوب الصياغة التشريعية فى المجلة ايضا الاكتثار من التعاريف الفقهية ، وهى منتثرة فى كل نواحى المجلة . ومن عيوبها كذلك السذاجة فى الأسلوب ، وعدم تمشى المنطق السليم فى ترتيب أبوابها .

على أن هذه العيوب وغيرها مجتمعة لاتهد شيئاً الى جانب عيوب القوانين التركية العتيقة ، كقانون الأراضى وغيره من القوانين التى أشرنا اليها فيما تقدم . ويكفى أن نقرأ أى نص من نصوص هذه القوانين ، لتترك قدر السذاجة التى اشتملت عليها ، وقدر الركلكة فى الأسلوب التى انحطت اليه ، وقدر عدم الدقة فى التعبير وفى المصطلحات القانونية . ولا نخص بالذكر نصاً دون آخر فكل النصوص سواسية فى هذا الميدان .

فلذا وضعنا الى جانب هذه الركلكة والضعف فى الصياغة التشريعية ما وصلت اليه الأساليب الحديثة فى التشريع من الرقى والدقة ، كما نرى

فى التقنين السويسرى والتقنين البولونى مثلا ، أدركنا أن التقنين العراقى الجديد يستفيد فائدة جلية فى الصياغة التشريعية ، إذا سار فى طريق هذه التقنيات ، وجارها فى حسن صياغتها وبقة تعبيرها .

ثانيا - المادة والموضوع

على أننا لا نريد بتقليد التقنيات الحديثة أن نذهب فى ذلك الى مدى أبعد مما ينبغى . وإذا كنا نقول بالاستفادة دون تحفظ من التقنيات الغربية فمن ناحية الشكل والصياغة ، وفى المادة والموضوع نتحفظ كثيرا فى هذا القول . وقد قدمنا أن الشريعة الاسلامية يجب أن تكون أساسا للتقنين المدنى العراقى الجديد .

ولما صدر قرار وزارة العدلية بتشكيل لجنة من رجال القانون لوضع (لائحة) للتقنين المدنى الجديد ، كان من حسن التوفيق أن وافقت هذه اللجنة على قرار باتخاذ الشريعة الاسلامية أساسا لهذا التقنين^(١) .

(١) ن سجل هنا المبادئ التى قررت لجنة التقنين المدنى العراقى اتباعها فى وضع هذا التقنين ، ونضع إلى جانبها الكتاب الذى رفعه وزير الحقانية فى مصر إلى رئيس الحكومة المصرية بشأن تأليف لجنتين لتعديل القوانين المصرية . والوثيقتان تستحقان التسجيل .

أما المبادئ التى أقرتها لجنة التقنين المدنى العراقى فهى :

(أولاً) تكون مجلة الأحكام العدلية أساسا للقانون المدنى الجديد ، ولا يجوز العدول عنها إلى غيرها من القوانين المدنية لسببين : (١) أن خير قانون يوضع لبلد هو القانون الذى يآلفه هذا البلد ، ويتفق مع مزاجه وينشأ فى تربته ، ويستقر عليه التعامل . وقد ترعرع الفقه الإسلامى فى العراق ، واستقر فيه دهوراً طويلة . (٢) لا يقل الفقه الإسلامى ، من حيث رقى المبادئ ، وسمو المنطق القانونى ، عن أعظم النظم القانونية تقدماً . وهو قابل للتحويل بحيث يتمشى مع أحدث النظريات القانونية . وما دام لنا هذا التراث العظيم ، فمن السفه أن نبده . ثم نلتمس ما فى أيدي الغير .

(ثانياً) أن فى مجلة الأحكام العدلية أبواباً نسخت أحكامها بقوانين جديدة ، فيجب حذف المنسوخ وإضافة الناسخ .

(ثالثاً) هناك أحكام قانونية منتثرة . تدخل فى دائرة القانون المدنى ، كقانون الأراضى ، وقانون انتقال الأموال غير المنقولة ، فهذه يجب جمعها وضمها إلى المجلة .

.....
= (رابعاً) متى حصلت لنا صورة صحيحة من القانون المعمول به فعلاً ننظر في أمرين: (١) ترتيب هذا القانون ترتيباً علمياً، كأن يجعل كتاب للاموال بأنواعها المختلفة والحقوق العينية، وكتاب ثان لنظرية الالتزامات والعقود المعينة، وكتاب ثالث للتأمينات، وكتاب رابع لطرق الإثبات وشهر التصرفات - (٢) تعديل ما أظهرت الحاجة والتجارب وجوب تعديله من هذه الأحكام المدنية المجمععة المرتبة، ويكون ذلك بالرجوع إلى المصادر الآتية: (١) الآراء الأخرى في المذهب الحنفى، وكذلك سائر المذاهب الفقهية الإسلامية من غير تقيد بمذهب خاص، أو برأى في مذهب. (ب) القضاء العراقى المتمشى مع الحاجة، ولا سيما التطبيق القضائى للمادة ٦٤ من قانون أصول المرافعات. (ج) التشريعات والقوانين الأجنبية، فيقتبس منها ما يصلح اقتباسه من المبادئ الحديثة، مما تقتضيه ضرورة التعامل، ويتمشى مع تقاليد البلاد.

وهذا هو نص الكتاب الذى رفعه وزير الحفانية فى مصر إلى رئيس الحكومة المصرية: اتشرف بأن ابدى لدولتكم أن القوانين المدنية والتجارية وقوانين المرافعات المدنية والاجراءات الجنائية التى وضعت للمحاكم المختلفة والأهلية منذ تنظيمها، أى منذ سنة ١٨٧٢ وسنة ١٨٨٢، قد اضحت، بالرغم مما ادخل عليها من التعديلات المختلفة، بحاجة شديدة إلى اعادة النظر كاملة، فإن العلوم القانونية والاصول التشريعية قد خطلت منذ أوائل هذا القرن خطوات واسعة فى سبيل الضبط والاحكام وحسن معالجة الصور التى تطورت إليها الحياة الاجتماعية والاقتصادية، ويجب على مصر، مع ما أخذت به من اسباب التقدم والرفق، ألا تتخلف عن البلاد الأخرى فى هذه المضمار.

ومن جانب آخر فإن تجارب الحياة منذ وضع تلك القوانين لمصر قد كشف فيها عن عيوب وعن وجوه اصلاح تدارك الشارع بعضها، ويجب أن يتدارك البعض الآخر، من مراعاة التناسق بين ما لفادته تلك التجارب وبين الاسس الجديدة التى يجب أن تبني عليها تلك القوانين عند إعادة النظر فيها.

واخيراً فإنه لم يعد محل لازدواج التشريع فى مصر بين أهلى ومختلط، ويجب أن يوحد التشريع، حتى إذا أصبح القضاء واحداً، لم يكن ثمة أية صعوبة فى الانتقال من الحال القديم إلى الحال الجديد.

ولما كان حضرات المستشارين الملكيين الذين ادوا خدمات جليلة للتشريع مرهقين بالاعمال، إذ انهم فضلاً عن اشتراكهم فى اللجنة التشريعية فإن لديهم من المهام الأخرى ما يشغل وقتهم ويستنفذ مجهودهم.

لذلك نرى أن يكلف سته من كبار المشتغلين بالقانون ممن خدموا القضاء أو تدريس القانون أو كان لهم عمل فى شؤون التشريع، بالقيام بتعديل القانونين المدنى والتجارى وقانون المرافعات المدنية والتجارية فى مدى عامين على الأكثر... وأن تكلف لجنة أخرى من ثلاثة للقيام بمثل ذلك العمل بالنسبة لقانون العقوبات وتحقيق الجنائيات.

ولما كان هذا القرار خطيرا ، وهو يؤذن بعهد جديد للفقه الاسلامي ، يجارى فيه الزمن ، ويساير التطور ، كان من الواجب ان نقف عنده حتى نتمعن في مراميه .

فأول أثر لهذا القرار انه يرد لهذه الشريعة السمحاء مكانتها بعد ان كادت تضيع . فقد رأينا ان البلاد الشرقية التي راجعت تقنيناتها المدنية عدلت عن الشريعة الاسلامية الى القوانين الغربية ، وبقيت القاعدة مضطربة من النصف الثاني للقرن التاسع عشر الى الوقت الحاضر . فمصر تلتها تونس ومراكش وتركيا ولبنان ، وكل هذه بلاد شرقية كانت تطبق الشريعة الاسلامية ، ثم أعادت النظر في تقنيناتها ، فقلبتها رأسا على عقب ، إما باختيارها أو تحت تأثير نفوذ سياسى ، وهجرت الشريعة الاسلامية الى القوانين الغربية ، أما العراق فهو أول بلد عربى اعترى بتراث أجداده ، وحرص عليه من الضياع ، ولم يشأ وهو يراجع قوانينه المدنية ان يفرط في هذا الذخر العظيم . ولاشك في أن موقف العراق من الشريعة الاسلامية ستكون له درجة كبيرة في سائر الاقطار الاسلامية ، وبخاصة الاقطار العربية . فالعراق يرفع صوته عاليا بأن الشريعة الاسلامية لا تزال نظاما قانونيا حيا صالحا للتطبيق ، وانه لا يعدل عن هذا النظام إلى سواه . وإذا صحت دعوة ونهضت حجته ، فليس لسائر الاقطار العربية الا ان تقتفى أثر العراق ، وقد رسم الطريق لكل هؤلاء وأذنهم بعهد جديد .

بقى ان نعرف هل تصح دعوى العراق وتنهض حجته ؟ هل يجوز حقا ان يقال ان الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق ؟ وإذا جاز ذلك ، فعلى أى وجه يأخذ العراق تقنينه الجديد من الشريعة الاسلامية ؟ هذان هما السؤالان اللذان نختم بالاجابة عليهما هذا المقال .

اولا . الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق

اما ان الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة صالحة للتطبيق ، فلا أتردد في تأكيد ذلك . ولا اقول هذا القول جزافا ، وانما اقدر تبعة ما اقول .

ولا اريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب ، كالفقيه الالماني كوهلر (Kohler) والاسناذ الايطالى دالفيشيو (Del veechio) والعميد الامريكى ويجمور (Wigmore) ، وكثيرين غيرهم ، يشهدون بما

انطوت عليه الشريعة الاسلامية من مرونة وقابلية للتطور ، ويضعونها الى جانب القانون الرومانى والقانون الانجليزى ، احدى الشرائع الاساسية الثلاث التى سادت ولا تزال تسود العالم . وقد اشار الاستاذ لامبير (Lambert) الفقيه الفرنسى المعروف فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن ، الذى انعقد فى مدينة لاهائى فى سنة ١٩٣٢ الى هذا التقدير الكبير للشريعة الاسلامية ، الذى بدأ يسود بين فقهاء اوروبا وامريكا فى العصر الحاضر(*) .

ولكنى ارجع للشريعة نفسها ، لا ثبت صحة ما قررته . ففى هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة ، فاحسنت صياغتها ، لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل فى الرقى وفى الشمول وفى مسايرة التطور عن اخطر النظريات الفقهية التى نتلقاها اليوم عن الفقه الغربى الحديث . وأتى بأمثلة أربعة ، اضطررت إلى الاقتصار عليها لضيق المقام : يدرك كل مطلع على فقه الغرب ان من احدث نظرياته فى القرن العشرين نظرية التعسف فى استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة ، ونظرية تحمل التبعة ، ومسئولية عديم التمييز . ولكل نظرية من هذه النظريات الأربع أساس فى الشريعة الاسلامية لا يحتاج الا للصياغة والبناء ، ليقوم على اركان قوية ، ويسامت نظرية الفقه الحديث .

اما نظرية التعسف فى استعمال الحق (Théorie de l'abus des droits) فهى فى الشريعة الاسلامية أكثر تقدما منها فى كثير من القوانين الغربية ولا تقتصر هذه النظرية فى الشريعة الاسلامية على المعيار الشخصى الذى اقتصر عليه أكثر القوانين ، بل تضم إليه معيارا ماديا ، وتقيد كل حق بالغرض الاجتماعى والاقتصادى الذى قرر من أجله . ومن أهم تطبيقاتها النظرية فى الشريعة الاسلامية حقوق الجوار ، ونوردها هنا كما لخصها صاحب مرشد الحيران : (م ٥٧) للمالك ان يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه ، فيعلى حائطه ، ويبنى ما يريد ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجوار ضررا فاحشا (م ٥٩) : الضرر الفاحش

(*) انظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس القسم الفرنجى

ما يكون سببا لو هن البناء أو هدمه ، أو يمنع الحوانج الاصلية اى المنافع المقصودة من البناء . واما ما يمنع المنافع التى ليست من الاصلية فليس بضرر فاحش . (م ٦٠) يزال الضرر الفاحش ، سواء كان قديما أو حادثا . (م ٦١) سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ لاحد احدثات بنا يسد به شبك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه . وان فعل ذلك فللجار ان يكلفه رفع البناء دفعا للضرر . (م ٦٢) رؤية المحل الذى هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ احدثات شبك أو بناء يجعل فيه شبكا للنظر مطلا على محل نساء جاره . وان احدث ذلك يؤمر برفع الضرر ، اما بسد الشباك أو ببناء ساتر ، فان كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان ، فليس للجار طلب سده . (م ٦٣) ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعاً ، فأحدث غيره بجواره بناء مجددا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ، ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر من المبادئ فى حقوق الجوار .

ونظرية الظروف الطارئة (Théorie de l'imprévision) نظرية حديثة ، أخذ بها القضاء فى فرنسا ، وخفف بها من جمود نظرية القوة القاهرة ، فعنده ان الالتزام إذا أصبح مرهقا للمدين ، بسبب ظروف طارئة لم يحسب لها حسابا وقت التقاعد ، فان هذا يسوغ له ان يطلب التخفيف من التزامه . فالتزام المدين لم ينقص باستحالة التنفيذ لان التنفيذ لا يزال ممكنا ، وانما خفف لأنه أصبح مرهقا عسيرا . وفى الشريعة الاسلامية نظرية الضرورة ، وهى نظرية فسيحة المدى ، خصبة النتائج ، تتسع لنظرية الظروف الطارئة . ومن أهم تطبيقاتها مبدأ العذر لفسخ الايجار . ويتلخص هذا المبدأ فى ان عقد الايجار يفسخ للعذر الطارئ ، واليك بعض ما ذكره رجال الفقه الاسلامى فى هذا الصدد : «عقد الايجار يفسخ للعذر الطارئ ، وذلك لان الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ، لانه لو لزم العقد عند تحقق العذر ، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ فى الحقيقة إمتناعا من التزام الضرر » (البدايع ٤ ص ١٩٧) . والعذر إما ان يرجع للعين المؤجرة ، كمن استأجر حماما فى قرية مدة معلومة ، فنفر الناس ووقع الجلاء ، فلا يجب الاجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . واما ان يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا

من ثمن العين المؤجرة ، فيجعل الدين عذرا فى فسخ الاجارة ، وكذلك لو اشترى شيئا فأجره ، ثم اطلع على عيب به ، له ان يفسخ الاجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص ١٩٨ - ص ١٩٩ - الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ - ص ٤٦٣) . واما ان يرجع العذر للمستأجر ، نحو ان يفلس فيقوم من السوق ، او يريد سفرا ، او ينتقل من الحرفة إلى الزراعة ، او من الزراعة إلى التجارة ، او ينتقل من حرفة إلى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧) ، وكما إذا كانت الاجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض ، او كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعا ، تنتقض الاجارة من غير نقض ، كما لو استأجر انسانا لقطع يده عند وقوع الاكلة او لقلع السن عند الوجع ، فبرات الاكلة وتزال الوجع ، تنتقض الاجارة الفتاوى الهندية ٤ ص ٥٥٨ . ابن عابدين ٥ ص ٧٦) . وقد وضع للعذر عيار مرن ، فقال ابن عابدين (٥ ص ٧٦) : « والحاصل ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه فى نفسه او ماله يثبت له حق الفسخ » .

ونظرية تحمل التبعة (Théorie des risques) تتلخص فى ان المعيار العادى قد تمشى فى المسؤولية التقصيرية إلى حد ان قيل بحذف ركن الخطأ ، وجعل الغرم بالغنم . فمن تسبب بنشاطه الاقتصادى الذى يستفيد منه فى احداث ضرر ، وجب ان يتحمل غرم هذا النشاط ، كما استفاد من غنمه ، حتى لو نشأ الضرر عن حادثة فجائية لا يد له فيها . وللنظرية مستند فى الشريعة الاسلامية ، فمن مبادئها الغرم بالغنم ، ومن أحكامها ان الاتلاف المباشر لا يشترط فيه التعمد أو التعدى ، فإذا زلق أحد وسقط ، فأتلف مال آخر ضمنه ، ولو كان قد زلق رغما عنه ، لان الاتلاف هنا حدث مباشرة ، والمباشر ضامن وان لم يتعمد (مجمع الضمانات ص ١٤٦) . ولو ان دابة يركبها انسان داست شيئا بيدها وأتلفته ، يعد الراكب أنه أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن فى كل حال (اى دون تعمد أو تعد ، وبعبارة أخرى دون خطأ) . ومثل الراكب القائد والسائق (شرح المجلة لسليم باز ص ٥٠٨ وما بعدها) . فلو وضعنا إلى جانب الدواب السيارات والمركبات البخارية والكهربائية والطائرات ونحوها ، وهذا ما استحدثته المدنية الحاضرة ، خلصنا من الشريعة الاسلامية بحكم يقرر مبدأ تحمل التبعة فى حوادث النقل .

ومسؤولية عديم التمييز (Responsabilité incapables de personnes de discernement) تطورت تطورا خطيرا من القوانين اللاتينية الى القوانين الجرمانية . فالقوانين اللاتينية تتطلب في المسؤولية التقصيرية الخطأ وترتب على ذلك ان الصبي غير المميز والمجنون لا يكونان مسؤولين لان الخطأ لا يتصور صدوره منهما . ولكن القوانين الجرمانية عدلت هذا المعيار النفسى ، وواجبت مسؤولية عديم التمييز الى قدر محدود وحجتها فى ذلك أن الروابط المدنية غير الروابط الجنائية ، وإذا كان مفهوم الا يعاقب شخص الا إذا توافرت عنده الارادة ، لان هذه الارادة هى التى تبرر المسؤولية الجنائية ، فليس بمفهوم ان شخصا يتسبب فى الحاق ضرر بمال شخص آخر ، ولا يعوض هذا الضرر ، بدعوى ان الارادة تنقصه ، اذ الروابط المدنية انما توجد بين مال ومال ، لا بين شخص وشخص ، فالمنطق يقضى بوجوب التعويض متى وجد الضرر ، وان تبنى المسؤولية المدنية على فكرة السببية لا على فكرة الخطأ . وقد نصت المادة ٨٢٩ من التقنين الالمانى على ان عديم التمييز يلزم بتعويض الضرر الذى احدثه للغير ، إذا لم يمكن الحصول على هذا التعويض من شخص مسؤول عنه ، وبشرط الا يتسبب عن دفعه التعويض حرمانه من الموارد الضرورية لعيشه . وتنص المادة ٥٤ من تقنين الالتزامات السويسرى على أنه يجوز للقاضى ، اذا اقتضت العدالة ، ان يلزم شخصا عديم التمييز بتعويض الضرر الذى احدثه كله أو بعضه . وتقضى المادة ٧٦ من المشروع الفرنسى الايطالى بأنه يجوز للقاضى ان يحكم بتعويض عادل على شخص عديم التمييز عن الضرر الذى يصيب به الغير . وتنص المادة ٤٠٦ من التقنين السوفييتى على أنه يجوز الحكم بتعويض على عديم التمييز ، بعد الموازنة بين يساره ويسار المصاب . وتقضى المادة ٢٩ من التقنين البولونى بجواز الحكم بتعويض على عديم التمييز طبقا للظروف . هذه هى نصوص التقنينات الغربية . اما نصوص الشريعة الاسلامية فهى ابعد مدى ، واشد توغلا فى الأخذ بمسؤولية عديم التمييز . وهى تقرر ان الصبي اذا اتلف مال غيره يلزمه الضمان من ماله ولو كان غير مميز ، لأنه وان كان محجورا فى الاصل حتى لا تعتبر تصرفاته القولية ، إلا انه لا يعفى من ضمان الضرر الذى نشأ عن فعله ، وان لم يكن له مال ينظر إلى حين الميسرة (مجمع الضمانات ص ١٤٦) ، حتى أن طفلا يوم ولد ، لو انقلب

على مال انسان فأتلفه ، يلزمه الضمان ، وكذلك المجنون الذي لا يفريق اذا مزق ثوب انسان يلزمه الضمان (شرح المجلة لسليم باز ص ٥٣٤ نقلا عن الهندية) .

ابعد ذلك نشك في ان الشريعة الاسلامية ، حتى في حالتها الراهنة ، لا تشتمل على العناصر التي تؤهلها للحياة والتطور . فما بالنا لو فتحنا باب الاجتهاد من جديد واستفدنا من اكثر المصادر مرونة في الشريعة الاسلامية وهو مصدر الاجماع^(١) ، فسرنا بالشريعة الاسلامية كما سار بها اجدادنا اشواطا بعيدة ، واعدنا لها جدتها ، وابرزناها في ثوب قشيب ؟

ثانيا . على اي وجه ياخذ العراق تقنيته الجديد من الشريعة الاسلامية

وهذا هو السؤال الثاني والأخير . وقد قدمنا ان التقنين العراقي الجديد يجب ان يقوم على اساس الشريعة الاسلامية ، ولكن على ان تكون هناك اسباب اتصال ما بين الشريعة الاسلامية وحدث القوانين . والخطة المثلى في نظرنا هي ان يعمد واضع التقنين الجديد الى التقنيات الغربية ، فيختار احداثها واكثرها اتقاناً ، ويصوغ من كل ذلك نمودجا لخير تشريع يراه . دون نظر إلى بلد معين أو إلى تقاليد معينة . ثم يقرب هذا النموذج من احكام الشريعة الاسلامية في مذاهبها المختلفة ، وفي مختلف الأقوال من كل مذهب . وهو لا بد مستطيع ان يخرج أكثر احكام نمودجه على قول أو آخر في مذهب من مذاهب الفقه الاسلامي . وبذلك يظفر لأكثر الأحكام التي اختارها بمستند في الشريعة الاسلامية يجعله هو الأصل للحكم الذي اختاره . اما بقية الأحكام التي تعدم مستندا صريحا في نصوص الشريعة الاسلامية . وهي ولا شك قليلة ، فاذا لم تتفق مع حالة العراق وظروفها وتقاليدها القضائية ، عدل عنها إلى احكام أخرى مناسبة للبيئة ، والا فعليه ان يتأول لها وينظر في تخريجها ، حتى توافق قولاً في مذهب .

(١) انظر في الاجماع كمصدر للشريعة الاسلامية . واهميته الكبيرة باعتباره مفتاحاً لتطور هذه الشريعة . ومراحلته المتعاقبة من اتفاق لا شعوري الى اتفاق شعوري الى اتفاق مدبر . وحواز أن يكون اساساً للتشريع في الدولة الاسلامية . إلى كتاب لنا وضعناه باللغة الفرنسية عنوانه (الخلافة وتطورها لتصبح عصبة امة شرقية . باريس سنة ١٩٢٦ ص ٦ . ص ١٦)

ولا يعترض على هذا الرأي بان الأخذ به لا يختلف كثيرا عن الأخذ
باحكام التقنيات الغربية ، فما دمنا سننتهى إلى الأخذ بالنموذج الذى
اخترناه من احدث التقنيات الغربية ، فلنأخذ به من الآن ، ولا حاجة
للرجوع إلى احكام الشريعة الاسلامية . مثل هذا الاعتراض لا يقوم ، فهناك
فرق جوهري بين أن نجعل مصدر الأحكام الصالحة التقنيات الغربية ،
قطعنا كل صلة بالقديم ، وبدأنا حياة قانونية جديدة ، نكون فيها عالة على
فقه الغرب وجهوده ، نأخذ منه ولا نعطيه . اما فى الحالة الثانية فنكون
قد احتفظنا بصلة الماضى ، وجعلنا من هذه الصلة أساس يقوم عليه
المستقبل ، واحتفظنا باستقلالنا القانونى ، فلا نكون عالة على فقه الغرب ،
وفى الوقت ذاته نكون قد استفدنا من هذا الفقه إلى أبعد مدى ، إذ تصبح
الأحكام التى اخترناها وخرجناها على احكام الشريعة الاسلامية متفقة
مع احدث الأحكام القانونية الغربية وارقاها . وإذا كنا تركنا الغير يأخذ
بيدنا فى حلبة السباق إلى حيث يوجد السابقون ، فانا بعد أن ندركهم يجب
أن نجرى على قدمينا ، ونكون معهم جنباً إلى جنب فى هذا الميدان .
فنجعل الشريعة الاسلامية عمودنا فى تفسير النصوص ، ما دمنا قد جعلنا
هذه الشريعة هى مصدر الأحكام التى اخترناها . وبذلك نقيم للشريعة
الاسلامية ركناً جديداً من تطبيق القضاء واجتهاد الفقهاء ، فتعود شريعة
متطورة ، تقوم بقسطها من العمل فى تدعيم اركان القانون المقارن فى
عالم الفقه القانونى^(١)

(١) وهذا هو المعنى الذى قصدنا إليه ، عندما كتبنا فى الكلمة الافتتاحية من كتابنا فى الالتزامات
ما يأتى هذه هى الشريعة الاسلامية ، لو وطئت اكنافها ، وعيدت سيلها ، لكان لنا من هذا التراث الجليل
ما يفتح روح الاستقلال فى فقهنا وفى قضائنا وفى تشريعنا . ثم لاشرفنا نطالع العالم بهذا النور
الجديد ، فنضئ به جانبا من جوانب الثقافة العالمية فى القانون .

التعاون الثقافى والتشريعى

ما بين البلاد العربية^(١)

لحضرة صاحب المعالى الدكتور عبد الرازق احمد
السهنورى باشا

وزير الدولة

رئيس اللجنة الثقافية بجامعة الدول العربية

يسرنى أن البى دعوة الجمعية المصرية للقانون الدولى ، فأعد كلمة عن التعاون الثقافى والتشريعى ما بين البلاد العربية . فأبدأ بما كان عليه امر هذا التعاون قبل انشاء الجامعة العربية ، ثم بما ورد فى ميثاق الجامعة من نصوص فى ذلك ، ثم استعرض وجوه التعاون التى اشتملت عليها المعاهدة الثقافية ، واختتم كلمتى ببيان ما اتخذته اللجنة الثقافية بجامعة الدول العربية من قرارات للمضى بالتعاون الى غاياته المنشودة .

١ - التعاون الثقافى قبل انشاء الجامعة العربية

من الحق أن تقرر أن التعاون الثقافى ما بين البلاد العربية كان موجوداً قبل وجود الجامعة . وإذا كانت الجامعة قد تولت توجيهه وزادت فى نشاطه ، فإنها لم تخلقه من العدم . ذلك أن النهضة الفكرية فى العالم العربى وهى الأصل فى التعاون الثقافى قد قامت قبل قيام الجامعة بوقت طويل . ففى خلال القرن التاسع عشر بدا العالم الاسلامى بوجه عام ، والعالم العربى بوجه خاص ، يستيقظ من نوم عميق وتجلى ذلك بوضوح فى نهضة فكرية شملت الأقطار العربية . واتصلت هذه النهضة بالحركة

(١) القيت هذه المحاضرة فى المؤتمر الثانى للجمعية المصرية للقانون الدولى

بتاريخ ٢٤ مايو سنة ١٩٤٦ .

الفكرية فى الغرب فقويت واشتدت . وبدا اثرها بوجه خاص فى جهود متواصلة بذلها رجال العلم من العرب والمستشرقين فى إحياء التراث الاسلامى القديم ، وفى نهضة مباركة فى اللغة العربية نفسها تناولت الألفاظ والأساليب والقواعد والأدب والكتابة .

وقد بدأت النهضة فى أول أمرها تتخذ طابعاً اسلامياً . وقاد حركة الجامعة الاسلامية جمال الدين الأفغانى . ثم ما لبثت هذه الحركة الاسلامية أن اتجهت اتجاهاً عربياً ، فتحررت شيئاً فشيئاً من الفكرة الدينية ، لتتمخض فكرة عربية خالصة . وظهر ذلك بوضوح عقب الحرب العالمية الأولى التى قضت على الامبراطورية العثمانية والخلافة الاسلامية .

وقد كان فى تحول النهضة من الاتجاه الاسلامى الى الاتجاه العربى ما جعلها شيئاً قابلاً للتنفيذ . فان الفكرة الاسلامية ، على متانتها وصلابتها ، فكرة واسعة ، تنظم أمماً وشعوباً تختلف فى الجنس واللغة والعادات والتقاليد ، وتخضع لظروف تكون أوسع متباينة . اما الفكرة العربية فهى اضيق نطاقاً واشد تركزاً ، ومن ثم تكون أوسع نشاطاً وأكبر انتاجاً . وإذا كانت الفكرة الاسلامية تقوم على وحدة الدين ، فان الفكرة العربية تقوم على وحدة اللغة والجنس والتاريخ والعادات دون أن يفقد الدين قيمته كعامل اجتماعى خطير .

ويجدر بنا أن نذكر هنا أن مصر بقيت بعيدة عن الفكرة العربية فى دورها الأول عندما كانت هذه الفكرة تستغل كعمول لهدم الامبراطورية العثمانية فى أواخر القرن التاسع عشر . ويرجع السبب فى ذلك الى أن سياسة مصر الوطنية كانت فى ذلك الحين قائمة على التعلق بأهداب الخلافة كوسيلة للتخلص من الاحتلال البريطانى . اما البلاد العربية الأخرى التى كانت الاتراك تحكمها حكماً مباشراً ، فانها كانت تسعى للتخلص من هذا الحكم عن طريق الاستمسك بالفكرة العربية . فلما انتهت الحرب العالمية الأولى بتحرير البلاد العربية تحريراً جزئياً اعتبر ذلك فوزاً للفكرة العربية . أما مصر فقد اندلعت نار الثورة فيها لا على أساس الفكرة الاسلامية ولا على أساس الفكرة العربية ، بل على أساس القومية المصرية . فابتعدت عن الفكرة الاسلامية ، ولم تقترب من الفكرة العربية إلا قليلاً

وبالقدر الذى لا يتعارض مع فكرة القومية المصرية . وبقيت كذلك وقتاً طويلاً . الى أن سوت مشاكلها مع بريطانيا تسوية جزئية بمعاهدة سنة ١٩٣٦ . عند ذلك بدأت تلتفت للفكرة العربية وتوليها عناية كبيرة . وكان لذلك مظهران ، المظهر الأول عنايتها بقضية فلسطين حيث تولت زعامة الحركة التى انتهت الى الكتاب الابيض فى سنة ١٩٣٩ . والمظهر الثانى فتحها الباب واسعاً للتعاون الثقافى مع سائر البلاد العربية ، حيث بدأت توفد الأساتذة والمدرسين الى العراق وسورية ولبنان وفلسطين والحجاز والكويت وعدن ومراكش عن طريق الانتداب والاعارة . وسارت فى ذلك شوطاً بعيداً . ولم يخفف من نشاطها فيه ما تحملته من تكاليف مالية . وبدأت البلاد العربية من طريق آخر توفد بعثات من الطلبة يتعلمون فى جامعات مصر ومعاهدها المختلفة ، وكان العهد بهذه البلاد قبل ذلك أن تقتصر فى بعوثها على الجامعة الأزهرية .

٢- التعاون الثقافى فى نصوص ميثاق جامعة الدول العربية :

لذلك كان الجو مهيئاً فى مصر للتعاون الثقافى عندما نبئت فكرة الجامعة العربية . ولق قامت هذه الجامعة ، كغيرها من الجامعات الكبرى فى التاريخ ، على عوامل داخلية طبيعية وعوامل خارجية مصطنعة . على أن الضمان الحقيقى لتكوين الوحدة العربية هو فى العوامل الطبيعية لا فى العوامل المصطنعة . وارتكاز الجامعة على الشعور العام فى الشعوب اشد وأقوى من ارتكازها على الدوافع السياسية المؤقتة التى تقود الحكومات . من أجل ذلك كان التعاون الثقافى الشعبى ، أقوى وأصلب من التعاون السياسى الذى تقوم به الحكومات . ومتى جنت البلاد العربية ثمار تعاونها فى الميادين الثقافية والاقتصادية ، واستكملت ما ينبغى أن تستكملة فى هذه النواحي ، كان هذا دعامة قوية يرتكز عليها فى المستقبل المجهود السياسى المنتج .

وقد آن أن نلقى نظرة على ميثاق الجامعة العربية لنستعرض النصوص الخاصة بالتعاون الثقافى .

جاء فى المادة الثانية من الميثاق ما يأتى : الغرض من الجامعة توثيق الصلات بين الدول المشتركة فيها ، وتنسيق خططها السياسية ، تحقيقاً للتعاون بينها ، وصيانة لاستقلالها وسيادتها ، والنظر بصفة عامة فى شؤون البلاد العربية ومصالحها . كذلك من أغراضها تعاون الدول المشتركة فيها تعاوناً وثيقاً ، بحسب نظم كل دولة منها وأحوالها ، فى الشؤون الآتية :

- (أ) الشؤون الاقتصادية والمالية ويدخل فى ذلك التبادل التجارى والجمارك والعمل وأموال الزراعة والصناعة .
- (ب) شؤون المواصلات ويدخل فى ذلك السكك الحديدية والطرق والطيران والملاحة والبرق والبريد .
- (ج) شؤون الثقافة .
- (د) شؤون الجنسية والجوازات والتأشيرات وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين .
- (هـ) الشؤون الاجتماعية .
- (و) الشؤون الصحية .

وجاء فى المادة الرابعة من الميثاق ما يأتى : « تؤلف لكل من الشؤون العينية فى المادة الثانية لجنة خاصة تمثل فيها الدول المشتركة فى الجامعة . وتتولى هذه اللجان وضع قواعد التعاون ومداه وصياغتها فى شكل مشروعات اتفاقات تعرض على المجلس للنظر فيها تمهيداً لعرضها على الدول المذكورة . ويجوز أن يشترك فى اللجان المتقدم ذكرها أعضاء يمثلون البلاد العربية الأخرى . ويحدد المجلس الأحوال التى يجوز فيها اشتراك أولئك الممثلين وقواعد التمثيل » .

ويتبين من هذه النصوص أنه إذا كان مجلس الجامعة هو الهيئة العامة التى تقوم على تحقيق أغراض الجامعة فى جميع الشؤون السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية والصحية ، إلا أن هذا المجلس بحكم تكوينه يتخصص شيئاً فشيئاً للشؤون السياسية . أما الشؤون الأخرى فقد نص الميثاق كما رأينا على أن تؤلف لها لجان تضع قواعد التعاون ومداه ، وتصوغها فى شكل مشروعات اتفاقات تعرض على مجلس الجامعة للنظر فيها تمهيداً لعرضها على الدول العربية .

وفى المدة القصيرة وهى مدة لاتجاوز بضعة اشهر التى عملت فيها اللجنة الثقافية ، تبين بوضوح أن تطور اللجان يسير فى الاتجاهات الآتية :

اولا : اصبحت هذه اللجان لجاناً دائمة لا لجاناً وقتية . فهى لا تقوم بمهمة معينة ثم تنفض ، بل هى لجان تقوم بصفة دائمة على تحقيق أغراض التعاون ، كل لجنة فى حدود اختصاصها . وقد تقرر فى النظام الداخلى لهذه اللجان أن مجلس الجامعة هو الذى يعين رئيس كل لجنة ، وفى هذا ضمان جدى لاستقرار العمل .

ثانيا : ترتب على أن هذه اللجان دائمة أن اتصلت كل لجنة بالقسم الادارى المقابل لها فى أمانة الجامعة اتصالاً ادارياً وثيقاً ، حتى يمكن القول بأن كل لجنة وعلى رأسها رجل فنى يعينه مجلس الجامعة ويعاونه عدد من الفنيين فى أمانة الجامعة ، قد أصبحت نواة لادارة عامة مركزية تمتد دائرة عملها الى جميع البلاد العربية ، وأن هذه الادارة ستتدرج فى النمو والانتساع والشمول والقوة حتى تصبح على الزمن هى الادارة المركزية الرئيسية لجميع البلاد العربية فى الشؤون التى تخصص فيها .

ثالثاً : لا تقتصر هذه اللجان على تمثيل دول الجامعة ، بل يجاوز تمثيلها الدول الى غيرها من البلاد العربية الأخرى . وفى هذا اتساع الى مدى بعيد لدائرة نشاط اللجان ، وتهيئة للبلاد العربية التى لم تتح لها الظروف حتى اليوم الاندماج فى الجامعة أن تعتبر نفسها جزءاً من هذه المجموعة العربية الكبرى التى تمتد من الخليج الفارسى الى المحيط الاطلسى . وقد انضم فعلاً للجنة الثقافية فى دورتها الاخيرة ممثل رسمى للريف المراكشى ومستمع غير رسمى عن تونس .

٣ - المعاهدة الثقافية

يمكن القول بوجه عام أن دستور التعاون الثقافى والتشريعى ما بين البلاد العربية مسطور فى المعاهدة الثقافية التى أعدتها لجنة شؤون الثقافة ، وأقرها مجلس الجامعة .

ويتناول هذا التعاون الأمور الآتية :

(١) الشؤون التعليمية .

(٢) الرياضة البدنية .

(٣) الفنون والآثار .

(٤) اللغة العربية .

(٥) الثقافة العامة .

(٦) شؤون التشريع والدراسات القانونية .

وكل امر من هذه الأمور الأساسية يشمل مسائل شتى .

فالتعاون فى الشؤون التعليمية يشمل تبادل الأساتذة والمدرسين ، وتبادل الطلبة والتلاميذ ، وتعادل مراحل التعليم والشهادات المدرسية ، وتبادل انشاء المعاهد التعليمية ، وتوحيد المناهج فى قدر أدنى مشترك من الثقافة العربية ، وانشاء مكتبة عربية للتلميذ .

والتعاون فى شؤون الرياضة البدنية يشمل تشجيع الرحلات الرياضية والكشفية بين البلاد العربية مع تسهيل معاملات السفر وخفض نفقاته ، وتنظيم مباريات رياضية ما بين المعاهد والنوادي .

والتعاون فى الفنون والآثار يشمل توثيق الصلات بين المتاحف العلمية والتاريخية والفنية ودور الكتب بوسائل مختلفة كتبادل المؤلفات والفهارس والقطع الأثرية ذات النسخ المتعددة والموظفين الفنيين وبعثات التنقيب عن الآثار . ويشمل كذلك التعاون بين رجال الصحافة والمهن الحرة واهل الفن والتمثيل والموسيقى والسينما والاذاعة وتنظيم زيارات لهم من بلد الى آخر .

والتعاون فى النهوض باللغة العربية يكون بأن تعمل دول الجامعة على توحيد المصطلحات العلمية بواسطة المجامع والمؤتمرات واللجان المشتركة والنشرات ، وبأن تعمل على الوصول باللغة العربية الى تأدية جميع أغراض التفكير والعلم الحديث وجعلها لغة الدراسة فى جميع المواد فى كل مراحل التعليم فى البلاد العربية .

والتعاون فى شؤون الثقافة العامة يتناول (أولا) التعاون على احياء التراث العربى القديم والمحافظة عليه ونشره وتيسيره للطلالين بمختلف

الوسائل مع تبادل . انشاء المعاهد العلمية ، وتشجيع الرحلات الثقافية . ويتناول (ثانياً) التعاون على نقل الثقافة الغربية لمسايرة الحركة الفكرية العالمية ويكون ذلك بتنشيط الجهود التي تبذل لترجمة عيون الكتب الأجنبية القديمة والحديثة وتنظيم تلك الجهود . ويتناول (ثالثاً) التعاون على تشجيع الانتاج الفكرى ، ويتحقق ذلك بوسائل مختلفة كانشاء معاهد للبحث العلمى والأدبى ، وتنظيم مسابقات فى التأليف ، ووقف جوائز على المتفوقين من رجال العلم والأدب والفن . وحتى يستوفى تشجيع الانتاج الفكرى كل اسبابه تعهدت دول الجامعة العربية بأن تضع كل منها تشريعاً لحماية الملكية الأدبية والفنية والعلمية لما ينشر فى كل دولة من دول الجامعة العربية .

بقى التعاون فى شؤون التشريع والدراسات القانونية ، وتحقيقاً لهذا الغرض تعهدت دول الجامعة العربية بأن تتخذ الوسائل اللازمة للتقريب بين اتجاهاتها التشريعية ، وتوحيد ما يمكن توحيد من قوانينها ، وادخال الدراسات القانونية المقارنة للبلاد العربية فى برامج معاهدها .

٤ - لجنة التعاون الثقافى

نص ميثاق الجامعة على تأليف لجنة لشؤون الثقافة كما قدمنا . فاللجنة اذن ليست وليدة المعاهدة الثقافية ، بل هى وليدة الميثاق نفسه . وإذا كانت المعاهدة الثقافية قد بينت اهم وجوه التعاون الثقافى ، فليس هناك ما يمنع اللجنة من ابتكار وجوه أخرى للتعاون ، لأن الميثاق يقرر بعبارة عامة وجوب تعاون الدول العربية تعاوناً وثيقاً فى شؤون الثقافة ، ولم يحصر هذه الشؤون فى مسائل محددة .

وقد عقدت اللجنة منذ اقرار المعاهدة الثقافية دورة واحدة فى شهر مارس الماضى ، وعالجت خمس مسائل :

اولاً : انشاء معهد للمخطوطات العربية يراد به احياء التراث العربى القديم ، فتؤخذ أفلام مصغرة للمخطوطات العربية المتناثرة فى جميع انحاء العالم ، وتجمع هذه الأفلام فى المعهد لتكون فى متناول العلماء للبحث والدراسة والنشر . والمشروع كما ترون مشروع جليل سبق ان نفذ

مثله بالنسبة الى المخطوطات اللاتينية والمخطوطات اليونانية والمؤلفات الانجليزية القديمة . وحتى ندرك ما يعود من وراء تنفيذ هذا المشروع من الفائدة فى احياء التراث العربى القديم ، يكفى ان نذكر ان ما نشر من هذا التراث حتى اليوم لايزيد على ١٠٪ من مجموع المخطوطات العربية .

ثانياً : توثيق الصلات ما بين اللجنة وهيئة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة ، حتى يتحقق التعاون ما بين الشرق والغرب فى الميادين الثقافية . وقد عرضت لجنة التعاون الثقافى على مجلس الجامعة قراراً ينظم الصلات ما بين الهيئة العربية والهيئة العالمية ، فأقر المجلس هذا القرار .

ويتلخص فى ان تُشكّل كل دولة عربية شعبة قومية تكون اداة الاتصال بكل من اللجنة العربية والهيئة العالمية ، وتختار مندوبيها فى كل من اللجنة والهيئة من اعضاء هذه الشعبة بقدر الامكان ، فيذهب مندوبو الدول العربية الى هيئة الأمم المتحدة متفقى الكلمة متضامنين . ثم تبحث لجنة التعاون الثقافى عن الطرق المناسبة للاتصال مباشرة بهيئة الأمم المتحدة وفقاً لما جاء فى دستور هذه الهيئة .

ثالثاً : الدعوة الى عقد مؤتمر ثقافى من جميع البلاد العربية للبحث فى توحيد مناهج التعليم الخاصة بالثقافة العربية . فيقوم المؤتمر بتحديد القدر المشترك الأدنى من الثقافة الذى يوضع فى المناهج ويلقّنه التلميذ فى كل بلد عربى ، حتى تتوحد الثقافة العربية فيما بين البلاد المختلفة ، ويرتفع مستواها الى الحد الواجب . وتشمل هذه الثقافة العلوم العربية والتاريخ العربى وجغرافية البلاد العربية والتربية الوطنية . واضيف اليها مسألة اللغة العربية ذاتها والنظر فى تبسيط قواعدها وتحسين اساليب تدريسها . وقد ألفت لجنة تحضيرية للأعداد لهذا المؤتمر العربى الذى سيكون الأول من نوعه .

رابعاً : وضع تشريع حماية الملكية الأدبية والفنية فى البلاد العربية ، وقد رأت اللجنة ان الوقت قد حان لوضع هذا التشريع ، وقدرت ان الأفضل ان يكون واحداً لجميع الدول العربية . فألفت لجنة من الرجال الفنيين لوضع مشروع تمهيدى ، ومتى تم وضعه عرض على اللجنة الثقافية ، ثم على مجلس الجامعة . فإذا أقرته الهيئتان أوصى مجلس الجامعة الدول باتخاذ تشريعاً لها .

خامساً : تأليف لجنة فرعية دائمة للتشريع . وستكون مهمة هذه اللجنة النظر فيما يمكن توحيد من قوانين البلاد العربية أو فيما يمكن تقريب الاتجاهات فيه . ولاشك في أن هذه اللجنة ستجد مجال العمل أمامها واسعاً . فهناك القانون التجارى ، وهو قانون قابل للتوحيد فيما بين كثير من الدول العربية ، بل فيما بين كثير من دول العالم إذا أغفلنا بعض الفروق البسيطة التى يقتضيها اختلاف البيئة فى كل بلد . وهناك القانون الجنائى هو أيضاً كالقانون التجارى قابل للتوحيد . وهناك قوانين الاجراءات كقانون المرافعات وقانون الاجراءات الجنائية هى أيضاً تقبل التوحيد أو التقريب فيما بين اتجاهاتها . بل أن القانون المدنى نفسه ، وهو القانون الذى يستعصى أكثر من غيره على التوحيد ، يقبل كثيراً من التقريب فيما بين اتجاهاته فى البلاد العربية المختلفة . وقد وقعت التجربة فعلاً ، فوضع مشروع لقانون مدنى لمصر يمكن فى كثير من اليسر اتخاذه قانوناً مدنياً فى لبنان وفى تونس والجزائر ومراكش . ووضع مشروع آخر للعراق يمكن اتخاذه قانوناً فى سورية وشرق الأردن وفلسطين . ويشترك المشروعان فى كثير من الأحكام ، ويتقاربان فى الباقي منها . فإذا كان هذا هو شأن التقنينات الجامعة الشاملة ، فلا شك فى أن هناك كثيراً من القوانين الأخرى التفصيلية تقبل التوحيد أو التقريب فيما بينها . وستستعين اللجنة بخبراء من رجال القانون عندما تعالج موضوعاً معيناً ، فيضع هؤلاء الخبراء نموذجاً تحتذيه الدول العربية أو تقترب منه بقدر الامكان . وللجنة مهمة أخرى هى تنظيم دراسات مقارنة لقوانين البلاد العربية تلقى فى كليات الحقوق بجامعة هذه البلاد . هذه هى الجهود التى تبذلها الثقافة العربية فى ميدان التعاون الثقافى والتشريعى فيما بين البلاد العربية . وهى جهود كما ترون جديدة بالتشجيع . وإذا كانت هذه اللجنة قد وضعت نصب عينها أن تعمل لتكوين المواطن العربى فى الناحيتين الثقافية والتشريعية ، فإن اللجان الأخرى التى أنشأتها الجامعة ستعمل دون شك لتكوين المواطن العربى فى النواحي الاقتصادية والمالية والاجتماعية . ومتى قام المواطن العربى ، وتحدد كيانه ، فى كل هذه النواحي ، تهيأ السبيل عندئذ لقيام الوطن العربى الأكبر ، وهو الهدف الأعلى الذى تتجه اليه انظار العاملين فى سبيل الوحدة العربية .

تقديم

بقلم

حضرة صاحب السعادة

الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى باشا

رئيس مجلس الدولة (*)

رأى مجلس الدولة - وهو القائم بتبعات القضاء الإدارى فى مصر والمضطلع بأعباء القانون العام - أن يصدر مجلة يرصدها لخدمة القضاء الإدارى وفقه القانون العام . ولم يبتدع الفكرة ، إذ سبقه إليها مجلس الدولة الايطالى ، ثم مجلس الدولة الفرنسى فى « الدراسات والوثائق » التى يصدرها مرة فى كل عام .

ولاشك فى أن مصر ، ولايزال القضاء الإدارى فيها يخطو فى مراحله الأولى ، من أشد البلاد حاجة إلى أمثال هذه المجلة ، تعرف الناس بالقانون الإدارى المصرى فى مراحل نشأته ، وفى مدارج تقدمه ، وفى تطوره لاستكمال أسباب الفتوة والشباب ، وهو ينمو تحت أعين القضاء والفقه ، وفى حضانتهم ، وبخاصة فى هذا العهد الجديد الذى قام فيه مجلس الدولة ، فصار لمصر به قضاء إدارى ، واستقام لها بذلك نظام قضائى كامل ، وحده انقضاء فترة الانتقال ، فاستوى قضاء مصرياً صميماً تعزز به مصر .

ومن علائم التوفيق ويمن الطالع أن لمح عميد رجال القانون فى مصر ، الأستاذ الجليل عبد العزيز فهمى باشا ، ما اعتزمه مجلس الدولة من أمر هذه المجلة ، فبعث إليها بتحية كريمة حرصنا أن نصدر بها هذا العدد الأول .

والتحية من عاهل القانون فى مصر ، فهى تحية يزهو بها مجلس الدولة . ثم هى من الرجل الذى أمسك بزمام القضاء الإدارى فى عهده الأول حين كان موكولاً إلى القضاء العادى ، عرفه - كما يقول هو فى كلمته

(*) مجلة مجلس الدولة - العدد الأول - يناير ١٩٥٠ .

(م - ٢٢ مقالات د . السنهورى ج ١)

القيمة - أيام أن كان فى طفولته ، وشارك فعلا فى حضائته . ويتواضع الأستاذ الجليل كثيراً عندما يقول عن نفسه إنه «شارك» . فى حضانة القانون الإدارى . فالمشاركة هنا لفظ ينبغى أن نتوسع فى تأويله . اليس هو الواضع للأساس الذى تقوم عليه محكمة النقض فى عهدها الحاضر ؟ لقد أقام أركانها وشيد بنيانها ، واصطنع لها من أسباب التمكين والقوة . ما تستند منه إلى حرز منيع حتى اليوم .

فإذا كان القضاء الإدارى قد أبصر ما أبصر ، فهو الذى أخذ بيديه ، وفتح عينيه ، وقوم خطاه ، فأخذ يحبو ، بعد أن كان يكبو ، ثم اشتدت قدماه ، وصلب عوده ، فصار يمشى على الأرض سويا .

ومن علانم التوفيق ويمن الطالع مرة أخرى أن ساهم فى كتابة هذا العدد الأول من المجلة رجل من رجال مصر ، هو الدرة اللمعة فى جبين القانون ، والعقل القوى الشامل المحيط ، الأستاذ الكبير والقاضى الجليل عبد الحميد بدوى باشا ، عرفته مصر وهو يمسك فيها بزمام الإدارة والسياسة حقبة طويلة من عهودها الأخيرة ، فيخلق بها إلى مستوى رفيع يليق بأمة عريقة فى الحضارة . ثم ما لبث أن فاضت جهوده الجبارة فتدفقت فى الميدان الدولى حيث يرفع الآن راس مصر عالياً بين قضاة محكمة العدل الدولية . وقد اختار بحثاً شيقاً هو «تحول لجنة قضايا الحكومة إلى مجلس الدولة» . ومن أولى من استأذنا الكبير بالكتابة فى هذا الموضوع ، وهو الذى وضع الأسس الأولى للجنة القضايا فى عهدها الحديث ، ومهد سبيل هذا التحول من اللجنة إلى المجلس وكان إمام الفتوى والتشريع فى مصر زهاء ربع قرن ، فأرسى فى قوة وإحكام الحجر الأولى فى بناء الفقه الإدارى فى مصر .

ويتابع القارئ فى هذا المقال النفيس ما سبق إنشاء مجلس الدولة فى مصر من محاولات قديمة كانت ترمى إلى إنشائه منذ عهد بعيد . وقعت المحاولة الأولى فى سنة ١٨٧٩ ، وأعقبها الثانية فى سنة ١٨٨٢ ، ولم يتح التوفيق لواحدة منهما . وتغلب نظام لجنة قضايا الحكومة على نظام مجلس الدولة . ووصل النظام الأول إلى القمة من تطوره عندما أعيد النظر فيه عام ١٩٢٣ . وقد جمع بين الفتوى والتشريع ، ولم يكن ينقصه إلا القضاء ليستكمل جميع المقومات فى نظام مجلس الدولة . ولا يجوز أن

يغمت نظام لجنة القضايا حقه ، فقد أدى أجل الخدمات للبلاد ، وكان هو الركن الأول الذى قام عليه نظام مجلس الدولة . لذلك لم يعد المقال وجه الحق عندما تقرأ فيه عن الحكومات التى تعاقبت على مصر ، سواء قبل الاستقلال أو بعده ، وعن تباين نزاعاتها واتجاهاتها ، أن أقسام القضايا وقفت . من تلك النزاعات موقفاً لا يميل مع الهوى ، ولا يلحظ إلا المصلحة العامة ، وإلا التوفيق بين ما تعارض أو اختلف من تلك النزاعات والاتجاهات ، دون أن تدافع رجال الحكم عن تبعاتهم الخاصة ، أو أن تسعى لالزامهم بما تراه من وجوه المصلحة بغير قوة الحق وسلطان القانون . ولم يعد المقال وجه الحق كذلك عندما تقرأ فيه ما صنعت لجنة القضايا من جميل فى شؤون الرأى والدفاع والتشريع ، ومن كان هذا الصنع من أعماله . لم يكن ليفوته طبعاً أن يسعى جهده لاستكمال ضرورات النظام فيما كان لصيقاً به من تبعات النصح والشورى للحكومة ، وفي صدر هذه الضرورات إنشاء مجلس الدولة . ولم يفت لجنة القضاء حقاً هذا السعى الحميد . فمنذ أصبح نظام مجلس الدولة ممكناً فى مصر بعد إبرام معاهدة مونترية الخاصة بإلغاء الامتيازات واللجنة لم تال جهداً فى ذلك . فوضعت مشروعاً لمجلس الدولة فى سنة ١٩٣٩ . ثم وضعت مشروعاً آخر أكمل من الأول فى سنة ١٩٤١ . ولكن ما لبثت الفكرة أن ارتطمت بالاعتراضات والعقبات على النحو المبين فى المقال . حتى قبض الله لها أخيراً من أخذ بيدها وسار بها إلى الغاية .

ويقول الأستاذ الجليل عبد الحميد بدوى باشا فى ختام مقاله إنه لم يشهد مولد المجلس ولا تنفيذ القانون الخاص به . وإذا كان صحيحاً أنه لم يشهد مولد المجلس ، فصحيح أيضاً أن المجلس ليس إلا ولداً أنجبه ، إذا هو لم يشهد مولده ، فإن هذا لا ينتقص من أبوته الكريمة لهذا الولد البار . . .

والمجلة تشتمل على أقسام ثلاثة ، أولها للبحوث والدراسات ، والثانى للتعليق على القضاء والفقه فى القانون الإدارى ، والقسم الثالث للوثائق .

أما البحوث والدراسات فقد أريد بها فى هذا العدد أمران :
(أولهما) : أن يكون مجلس الدولة المصرى محوراً يدور حوله البحث . فيدرس ما سبق إنشاء هذا المجلس من محاولات متكررة لإنشائه

قديمًا وحديثًا . وقد فعل ذلك الأستاذ الجليل عبد الحميد بدوى باشا فى بحثه القيم الذى نوهنا به فيما تقدم . ويدرس القضاء الادارى فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة وما كان لهذا القضاء من اثر بعد إنشاء المجلس . وقد قام بهذ البحث الدقيق المتشعب الأطراف الأستاذ الكبير سليمان حافظ بك وكيل المجلس فى مقاله الممتع « القضاء الادارى فى مصر بين عهدين » .

فقد عرض فى بحثه لما اضطلعت به محكمة النقض قبل إنشاء مجلس الدولة من نصيب وافر فى تقرير مبادئ القانون الادارى . فعرفت الأمر الادارى . وجعلت ضابطه موضوعياً لا شكلياً - وإن كنا نرجح الضابط الشكلى - وأخذت بمبدأ التعسف فى استعمال السلطة بعد أن جعلت الاثبات يحمل عباه من يدعى التعسف ، وقالت بنظرية الضرورة فى الاجراءات الادارية بعد أن قيدتها بالمسوغ الشرعى الذى تقتضيه ظروف الحال ، وتناولت الترخيص الادارى وطبيعته وسلطة الادارة التقديرية فى منحه وفى الرجوع عنه ، ونظرت فى شؤون الموظفين فكيفت الرابطة بين الحكومة والموظف تكييفاً صحيحاً على أساس أنها علاقة لائحية لا علاقة تعاقدية . وحددت ولاية الترقية وحق الحكومة فى فصل الموظفين ، واعتبرت الجنسية من روابط القانون العام .

ولا نشك فى أن محكمة النقض خدمت القانون الادارى خدمة جليلة وبخاصة فى عهدها الأول بزعامة رئيسها الأسبق الأستاذ الجليل عبد العزيز فهمى باشا كما أسلفنا القول . وخير ما فعلته فى هذا الميدان هو اخذها بمبدأ التعسف فى استعمال السلطة . وجميل من الأستاذ الكبير سليمان حافظ بك - مستشار النقض القديم - أن يذكرنا بمآثر محكمة النقض على القانون الادارى . ولكن هذا الوفاء المشكور لا يمنعنا من وضع الأمور فى نصابها . فإن محكمة النقض ، إلى جانب الخدمات الجليلة التى أدتها للقانون الادارى ، عاقت - ككل محكمة نقض أخرى - من نمو هذا القانون واضطراد تقدمه . ويرجع ذلك إلى أن القضاء المدنى إذا تناول اقصية الادارة لا يستطيع أن يتخلص فى تناولها من العقلية المدنية التى رسخت فى تقاليده . فهو لا يفرق بين تصرف الدولة فى أموالها الخاصة وتصرفها فى الأموال العامة ، ولا يميز بين العقود المدنية والعقود

الادارية ، ولا يعترف بوجود فرق بين مسؤولية الأفراد ومسؤولية الدولة ، بل يتقيد فى كل هذه الأمور بالنصوص المدنية . فإذا ما رأى التحرر من النصوص تطرف فى الناحية الأخرى ، وخرج على صريح النص دون اصطناع تطبيق القانون ، كما فعل عندما قرر أن الأمر الإدارى يفقد طبيعته الادارية لمجرد إشماله على عيب ، ويعتبر تبعاً لذلك عملاً من أعمال النصب والتعدى التى يجوز له الغاؤها أو وقف تنفيذها^(١) . وليس فى هذا القضاء الخاطيء من مزية إلا فى دلالة على أن الوقت قد حان لإنشاء قضاء إدارى يختص بإلغاء القرارات الادارية وفى تعجله هذا الإصلاح الذى طال ارتقا به . والواقع من الأمر أن محكمة النقض إذا واجهت الشؤون الادارية كانت بين أن تتقيد بحرفية النص المدنى أو أن تخرج على صريح ما اشتمل عليه من الأحكام .

على أن الأستاذ الكبير سليمان حافظ بك لم يفته أن يشير إلى ذلك فى آخر مقاله فى كثير من الرفق والتلطف . ولا نتردد فى التأمين على النتيجة التى خلص إليها إذ يقول : « وفى هذا أو ذاك وحده . . . دلالة أبلغ دلالة على ما كنا نحسه من مسيس الحاجة إلى القضاء الإدارى الجديد . ولن تستكمل العدالة مقوماتها ولا القانون سلطانه حتى يكمل لهذا القضاء اختصاصه الطبيعى ، ويصبح بحق القضاء صاحب الولاية العامة فى قضايا القانون العام » .

ويتصل بالبحثين المتقدمى الذكر بحثان آخران ، يدوران هما أيضاً حول محور مجلس الدولة ، ويعرضان للقضاء الإدارى فى البلاد الأجنبية ، أحدهما عن مجلس الدولة فى فرنسا لعلم من أعلام الفقه الإدارى الفرنسى الأستاذ فالين ، والبحث الآخر عن المحاكم الادارية فى المانيا للأستاذ الكبير الدكتور لودفينج شميت . والمقالان كتباً للمجلة باللغة الفرنسية ، وترجمهما إلى اللغة العربية الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل النائب الأول بمجلس الدولة وسكرتير هذه المجلة .

(١) انظر فى هذا المعنى الدكتور فؤاد مهنا ، دروس القانون الإدارى المعصرى ، ص ٥٦٣ و ٥٦٤

ويعرض مقال الأستاذ فالين لمجلس الدولة فى فرنسا منذ سنة ١٩٤٥ ، أى فى صورته الأخيرة التى صدر بها قانون ٣١ يوليو سنة ١٩٤٥ منذ قيام الجمهورية الرابعة . والمقال ذو صبغة عملية . ومما يسترعى النظر ما جاء فيه من تعديل فى طريقة تعيين المندوبين - وهم أدنى طبقات الموظفين الفنيين - فقد أصبحوا يختارون من ممتازى المتخرجين فى معهد علمى يديره مجلس الدولة ذاته ، ويسمى « المدرسة الوطنية للإدارة » . أما فى مصر فممنذ إنشاء وظائف المندوبين المساعدين أصبح من الميسور لمجلس الدولة أن يختار أفضل العناصر من متخرجى كليتى الحقوق فى العام الذى يتم فيه التعيين أو العام الذى قبله ، ويختارون بترتيب درجاتهم فى امتحان الليسانس ، وبذلك كُفّل للمجلس أن يغذى بخير العناصر منذ البداية . وقد يكون هناك مجال النظر فيما إذا كان من الملائم ، إقتداءً بمجلس الدولة فى فرنسا ، تخصيص بعض من وظائف المندوبين المرشحين يعدون إعداداً خاصاً يناسب هذه الوظائف فى معهد للعلوم الادارية والمالية ، يشترك فى إدارته مجلس الدولة وكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، بحيث يتاح لمن يقبل فى هذا المعهد من الطلاب الممتازين أن يقوم بدراسة علمية وعملية تتلاءم مع الأعمال التى سيتولاها فى مجلس الدولة . أما من ناحية التشكيل فيبرز فى مقال فالين ما طرأ من تغيير فى طريقة تعيين المستشارين غير العاديين بمجلس الدولة الفرنسى . ولا نحسب أن مجلس الدولة المصرى يحتاج فى الوقت الحاضر إلى إدخال نظام المستشارين غير العاديين ، ويحسبه أن عدل فى روط تعيين المستشارين بحيث يجوز إدخال العناصر الممتازة من رجال الإدارة العاملة فى صفوف مستشاريه ، وهذا هو نظام المستشارين العاديين أنفسهم فى مجلس الدولة فى فرنسا ، ونلاحظ أخيراً - وهذا أيضاً مما يبرز فى مقال الأستاذ فالين - أن نشاط مجلس الدولة المصرى فى التشريع أبعد مدى من نشاط مجلس الدولة الفرنسى ، وهذه مسألة هامة ينبغى أن يحرص مجلس الدولة المصرى على تقويتها . ولا يسع القارئ إلا أن يؤمن على ما جاء فى ختام المقال من أن مجلس الدولة فى فرنسا « يغدو كل يوم أكثر من ذى قبل إحدى الدعائم الرئيسية التى تتولى تنظيم الحياة فى فرنسا وتوجيهها » .

ويتبين من مقال الأستاذ شमित - وهو مقال جامع لشتات الموضوع الذى تناوله ويتم عن مجهود كبير يستوجب الثناء - أن ألمانيا ليست عريقة فى قضائها الإدارى ، فإن أول محكمة إدارية عليا للإمبراطورية جمعاء نص عليها دستور فايمار فى سنة ١٩١٩ . ومع ذلك تروخى فى إنشاء هذه المحكمة إلى أن قبض الاشتراكيون الوطنيون على زمام السلطة فأنشأوها فى ظل الرايخ الثالث الذى قام فى سنة ١٩٣٣ . ولم يبلغ القانون الألمانى ، كما يقول الأستاذ شमित « فيما يتعلق بالمحاكم الإدارية ، من الوحدة النظامية أو الكمال فى الأسلوب شأو القانون الفرنسى الذى شاد صرح مبادئ قوية يعم سريانها بالنسبة إلى الإدارة ربوع البلاد بأسرها » . ويسترعى النظر فيما جاء بالمقال هذه التفرقة التى أقامها الألمان بين الطعن الولائى والطعن الإدارى ، ففى الأول منهما لا تلزم الإدارة بفحص التظلم ، أما فى الثانى فيتحتّم عليها أن تنظر فى الطعن وأن تصدر قراراً فيه يعلن ذوى الشأن . ويسترعى النظر أيضاً فهم الألمان للخصومة الإدارية على أنها ليست الخصومة للدولة ذاتها « إذ لم يكن للدولة أصلاً فى عهد الرايخ الثالث دور الخصم ، فلم يكن المحامى العام ممثلاً للدولة ، وإنما كان يساهم فى تعرف الحكم القانونى للمسألة المعروضة بصفته من أعوان العدالة ، غير أنه كان له أن يطلب معلومات الوزارة صاحبة الشأن أو يتلقى تعليمات منها » . فالدور الذى يقوم به إذن هو أقرب لدور « نائب الدولة » منه لدور « الدفاع عن الحكومة » . وهذا نظر أدق لمعنى الخصومة الإدارية .

(والأمر الثانى) الذى أريد من البحوث والدراسات المنشورة فى هذا العدد أن تعالج مسائل فى القانون العام لها من الخطر والأهمية المقام الأول . وقد اختيرت مسائل ثلاث : أولاها صدر فيها حكم يؤرخ مرحلة هامة فى تاريخ تطور القضاء فى مصر وهى مسألة الرقابة القضائية على دستورية القوانين . والثانية مسألة من أخطر مسائل القانون الإدارى ، ولمجلس الدولة بفرنسا فيها قضاء مبتدع جاره فيه القضاء الإدارى المصرى ، وهى مسألة « سحب الأوامر الإدارية » أو الرجوع فيها . والمسألة الثالثة هى من المسائل المغروضة على بساط البحث فى مصر فى الوقت الحاضر ، وقد تقدمت الحكومة فيها بمشروع قانون إلى

البرلمان ، وهى مسألة الاختصاص فى مسائل الجنسية . وسنعقب على هذه البحوث الثلاثة فى شىء من التفصيل فيما يلى .

اما القسم الثانى من هذه المجلة ، وهو الذى خصصناه للتعليق على القضاء والفقه فى القانون الإدارى ، فقد افتحناه فى هذا العدد الأول بمقال قيم للدكتور عثمان خليل عثمان أستاذ القانون الإدارى بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، استعرض فيه عهود القانون الإدارى فى فرنسا وذكر أعلام الفقهاء فى كل عهد . والمقال دراسة عميقة ، علمية وعملية . ذلك أن دراسة عهود القانون الإدارى فى فرنسا - كما قال بحق صاحب المقال - هى فى الحقيقة دراسة المبادئ الإدارية التى ظهرت متلاحقة هنالك ، وأن هذه العهود هى بمثابة الفصول أو الأبواب المتتالية فى مؤلف عن القانون الإدارى الحديث ، فهى بذلك دراسة علمية عملية ، وليست كما قد يظن مجرد بحوث تاريخية فلسفية . ولم يقتصر الدكتور عثمان على استعراض أهم المؤلفات فى العهود المختلفة ، بل عمد إلى تحليل هذه المؤلفات تحليلاً علمياً دقيقاً ، فوفق فى هذا العمل الجليل أكبر التوفيق . وهذا المقال الممتع هو خير تمهيد لما سيعقبه من تعليق على الفقه الإدارى فى هذا القسم . وقد بدأ فعلاً الأستاذ محمد إبراهيم فهمى السيد المندوب بمجلس الدولة هذه التعليقات بإيراد موجز دقيق لبعض البحوث الرئيسية التى نشرتها أمهات المجلات الفرنسية ، وعلق عليها تعليقا نم على سعة اطلاع ودقة فهم ورحابة أفق . وتلى ذلك ، فى هذا القسم الثانى ذاته ، تعليقات قيمة على بعض الأحكام الهامة التى صدرت من محكمة القضاء الإدارى ، دبحها ببراعة أعلام أربعة من أعلام القانون اثنان مصريان هما الدكتور محمد زهير جرانة أستاذ القانون الإدارى السابق بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والمحامى أمام مجلس الدولة ومحكمة النقض والدكتور عثمان خليل عثمان صاحب المقال الذى سبقت الإشارة إليه والآخران أجنيان هما الأستاذ فرنسوا فيريه المستشار السابق بمحكمة الاستئناف المختلطة والأستاذ باسكال أريجي الأجرينية فى القانون الفرنسى . ولن يشك من يقرأ هذه التعليقات أن مستوى التعليق على الأحكام فى هذه المجلة قد بدأ رفيعاً ، وفى عزم القائمين بشأن المجلة أن يستبقوا هذا المستوى فيما يلى من الأعداد .

ونشرنا من الوثائق فى القسم الثالث من المجلة القانون الجديد لمجلس الدولة مقارنة بنصوص القانون القديم ومصحوباً بالملذكرة الإيضاحية . وسننشر فى العدد التالى سائر الأعمال التحضيرية المتعلقة بهذا القانون ، من مناقشات برلمانية وتقارير اللجان فى المجلسين ونصوص المشروعات الأولى التى سبقت كل ذلك . ثم نشرنا ، إلى جانب قانون مجلس الدولة المصرى ، القانون الأخير لمجلس الدولة الفرنسى ، وقد قام بترجمة نصوصه الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل سكرتير المجلة . ونشرنا بعد ذلك التقارير السنوية الثلاثة عن أعمال مجلس الدولة فى مصر ، وهى التقارير التى صدرت عن الأعوام الثلاثة الأولى من حياة هذا المجلس ، وسنوالى نشر هذه التقارير السنوية فى هذا القسم من المجلة حتى يجتمع منها على مر الأيام صفحات تكون هى المرأة التى تتراءى فيها حياة مجلس الدولة . ونعود إلى التعقيب على البحوث الثلاثة التى أسلفنا الإشارة إليها .

والبحث الأول يعرض لرقابة القضاء على دستورية القوانين . وقد قدمنا أنه موضوع من أدق الموضوعات وأعظمها خطراً . تناوله بالبحث هنا الأستاذان الكبيران السيد على السيد بك وكيل مجلس الدولة والدكتور عبد السلام ذهنى بك المستشار السابق بمحكمة الاستئناف المختلطة . ومن يقرأ مقاليهما القيمين يتبين أن هذا الموضوع الخطير قد تضاربت فيه الآراء ، وتباينت المذاهب ، وتشعبت المناهى .

وقد عالج الأستاذ على السيد بك الموضوع من ناحية رقابة القضاء على دستورية القوانين ، وبحث الأساس الذى يقوم عليه حق الرقابة ومدى الحق فى ضوء حكم من أهم الأحكام التى أصدرتها محكمة القضاء الإدارى .

ولا شك فى أن هذا الحكم ، الذى صدر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ ، يؤرخ مرحلة حاسمة فى القضاء المصرى . وإذا كانت الكثرة الغالبة من الفقهاء المصريين يقولون برقابة القضاء على دستورية القوانين ، فإن القضاء المصرى قبل صدور هذا الحكم لم يكن مستقراً على هذا الرأى . وكانت محكمة النقض قد أخذت به فى إحدى الأقضية ، لكن حكمها جاء مقتضياً فلم يعالج الموضوع العلاج الوافى الذى يستحقه . ثم تلى ذلك حكم

محكمة استئناف مصر يقول بالرأى العسكى ، ويذهب إلى أن القضاء لارقابة له على دستورية القوانين ، وهو حكم عنى واضعوه يبسط أسبابه فى جلاء وقوة ، فطغى على ما سبقه من الأحكام المخالفة . ومن أجل ذلك قلنا إن القضاء المصرى لم يكن مستقراً قبل صدور الحكم الهام الذى نحن بصدد من محكمة القضاء الإدارى ، والذى يعد رداً مقنعاً حاسماً على حكم محكمة الاستئناف السالف الذكر . فقد واجه الموضوع مواجهة صريحة ، وعالجه فى قدرة لم تترك مجالاً للشك فى أن قضاءنا الإدارى قد إختط لنفسه خطة واضحة ، وقد حالفه التوفيق فى هذه الخطة إذ انحاز للجانب الذى يقول برقابة القضاء على دستورية القوانين . وإذا كان موضوع القضية التى صدر فيها الحكم هو البحث فى دستورية مرسوم بقانون ، لكن الأسباب التى استند إليها عامة مطلقة ، لا تفرق بين قانون ومرسوم بقانون ، بحيث لا يشك القارئ فى أن المعروض على المحكمة لو كان قانوناً لا مرسوماً بقانون ، لما غيرت وجهة نظرها ، ولما زادت على الأسباب التى ذكرتها سبباً جديداً .

لذلك لا تعجب إذا رأينا فقهاء القانون العام فى مصر يحتفلون بهذا الحكم ويشيدون به ، فيقول الدكتور السيد صبرى أستاذ القانون الدستورى بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول فى مؤلفه « مبادئ القانون الدستورى » (طبعة رابعة سنة ١٩٤٩ ص ٦٧١) : « إن هذا الحكم سيكون نقطة التحول الحقيقى فى موقف المحاكم المصرية فى هذا الشأن نظراً لمركز القضاء الإدارى » . ويقول الدكتور عثمان خليل عثمان فى تعليقه على هذا الحكم فى مجلة التشريع والقضاء (السنة الأولى عدد ١٤ ص ٢٩١) : « ... لكل ذلك كان كسباً سياسياً - إلى جانب الاعتبارات القانونية - أن يؤكد مجلس الدولة الجديد حق القضاء المصرى فى مراقبة دستورية القوانين شكلاً وموضوعاً ، وأن يفند الاعتراضات القائلة يتعارض هذا الحق مع مبدأ الفصل بين السلطات أو خروجه بالقاضى عن طبيعة عمله القضائى » .

وتقول إن السيد على السيد بك - وكان أحد مستشارى الدائرة التى أصدرت هذا الحكم وهو مسئول إلى حد كبير عما جاء فيه من أسباب بالغة الوضوح والقوة - حالفه التوفيق أيضاً فى بحثه هذا الذى ننشره فى المجلة تعقيباً على الحكم ، وبياناً لأهدافه ومراميه . فقد قدم لتحليل الحكم بموجب

نفيس قيم عرض فيه لموقف البلاد المختلفة من هذه المسألة ، وذكر ما يبسط منها رقابة القضاء على دستورية القوانين وما يمنع القضاء من هذه الرقابة ، وفى ذلك استكمال لأسباب الحكم التى كانت لا تتسع لعرض فقهي كهذا . ثم استخلص من أسباب الحكم المسهبة كيف حدد الحكم اساس حق المحاكم فى بحث دستورية القوانين ، إذ هى التى نيط بها تطبيق القوانين وتفسيرها ، ويقع على عاتقها بهذا الوصف أن تعين أى القانونين واجب التطبيق ، القانون الدستورى أو القانون العادى ، إذا عارض أحدهما الآخر . كذلك استخلص من الأسباب مدى هذه الرقابة القضائية ، فالمحكمة لا تقضى بإلغاء القانون غير الدستورى ولا توقف تنفيذه وفقاً عاماً ، وإنما تمتنع عن تطبيقه فى خصوص القضية التى تنظرها . أبان عن كل ذلك فى منطق سليم ، وعبرة واضحة دقيقة لا إسراف فيها ولا اقتضاب ، وكان موثقاً كل التوفيق فيما ساقه من حجج وأدلى به من آراء ، فجاء مقاله خير تعقيب على حكم هو من أهم الأحكام التى أصدرها القضاء المصرى فى عهده الحديث .

وتناول الدكتور عبد السلام زهنى بك الموضوع من ناحية رقابة مجلس الدولة على دستورية القوانين . وبحثه هذا مكمل للبحث السابق ، لا يكاد أحدهما يغنى عن الآخر . والدكتور عبد السلام بك من أنصار الراى القائل برقابة القضاء على دستورية القوانين . وقد عرض فى مقاله للفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا وموقف كل منهما من هذه المسألة ، كل هذا فى إسهاب مستفيض ، وطرافة فى الأسلوب يكاد ينفرد بها ، وإطلاق للقلم يتنقل حيث شاء صاحبه دون أن يعترف بحدود يقف عندها . لذلك جاء البحث متشعب المسالك ، غنياً بالمراجع ، زاخراً بآراء الفقهاء وقضاء المحاكم . وقد تابع تشكيل مجلس الدولة فى مصر ، وتبسط فى وصف نظمه ، تمهيداً لتناول الحكم الذى أصدرته محكمة القضاء الإدارى فى رقابة القضاء على دستورية القوانين . وقد كان الدكتور عبد السلام بك منصفاً كل الانصاف عندما أشاد بهذا الحكم فقال : « إنه من الأحكام التى يفخر بها القضاء والفقه معاً بمصر فيما تمشى فى أسبابه من أصول دستورية غاية فى المتانة وفى الحجج الدامغة والتدليل القاطع » . وإذا كان قد أخذ على الحكم أنه تجاهل ما سبقه من أحكام مصرية ، وما قال الفقه المصرى فى هذه المسألة ، وما خاض فيه القضاء والفقه فى فرنسا ، فلعل

الأسلوب المألوف فى كتابة الأحكام ، وما ينبغى لها . . من قصد فى القول ، ومجانبة للجدل ، ومحاشاة للخوض فى البحوث الفقهية ، كل هذا هو الشفيح للحكم فيما أخذ عليه ، وبحسبه أن يكون - كما قال الدكتور عبد السلام بك - قد بحث « ناحية الدستوري المصري ومواده المسطورة ، وناقش نظرية فصل السلطات مناقشة كان التوفيق فيها حليفاً له فى مهارة وحذق ولباقة لم تترك قولاً لقائل ؛ . ومقال الدكتور عبد السلام ذهني بك يعد من البحوث العلمية الفياضة المدعمة بالمراجع والأسانيد ، على ما فيه من وفرة فى اللفظ وإمعان فى الاستطراد .

وإذا جاز لنا أن نقول كلمة فى رقابة القضاء على دستورية القوانين ، تعقيباً على هذين المقالين القيمين دون أن نردد ما جاء فيهما ، فنحن نبادر إلى القول أن القضاء الفرنسى فى هذا الموضوع مما لايجوز الاحتجاج به . فإن هذا القضاء يتمسك بنصوص قديمة يراها تحرم عليه النظر فى دستورية القوانين ، ولا مقابل لهذه النصوص فى مصر . وقد أن لنا أن نتحرر من ربة التقليد لما يقوله غيرنا دون أن يكون عندنا من النصوص أو الملابس مثل ما عنده . وسنلقى مثلاً آخر فى وجوب التحرر من ربة التقليد عندما نعرض لبحث الاختصاص فى مسائل الجنسية ، ونرى ما جرت عليه التقاليد فى فرنسا مما يختلف اختلافاً بيننا عما عليه الحال فى مصر .

ويعيننا بعد ذلك أن نعود للإشارة إلى أن محكمة القضاء الإدارى فى الحكم الذى أصدرته كانت تنظر فى دستورية مرسوم بقانون ، واستطردت من ذلك إلى دستورية القانون ذاته . ولو وقفت عند الحد الذى كانت تنظره لكان الأمر ميسراً إذ لاشك فى أن محكمة القضاء الإدارى يجوز لها أن تلغى مرسوماً بقانون يكون غير دستوري ، لا لأن الدستور المصرى يشترط فى المرسوم بقانون ألا يكون مخالفاً للدستور كما ذهب إلى ذلك الدكتور عثمان خليل عثمان فى تعليقه المشار إليه ، فإن هذا الشرط واجب فى القانون دون الأول^(١) لأن المرسوم بقانون هو مظنة المخالفة

(١) على أنه يجوز القول أن الدستور نص على وجوب ألا يخالف القانون حكماً دستورياً عندما قرر فى المادة ٢٢ أن «جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور» .

للدستور ومن ثم حرص الدستور أن يبرز الشرط في شأنه . ولكننا نجعل لمحكمة القضاء الإداري سبيلا على المرسوم بقانون تلغيه إذا رآته مخالفاً للدستور شكلا أو موضوعاً لأننا نأخذ في الأوامر الإدارية بالميز الشكلي متبعين في ذلك الرأي الراجح ، فلا يخرج المرسوم بقانون إذن عن كونه أمراً إدارياً تنبسط عليه رقابة القضاء الإداري ، شأنه في ذلك شأن الأوامر الإدارية الأخرى .

فإذا كان المنظور أمام القضاء هو دستورية القانون ذاته - لا المرسوم بقانون - فنحن نرى أن القضاء ، إدارياً كان أو عادياً ، لاتزال له الرقابة في ذلك . ويقتضينا بيان هذا الرأي وجلاء ما يكتنفه من غموض وشبه أن نميز في اختصاص الهيئة التشريعية بين الاختصاص المحدود (pouvoir lié) والاختصاص التقديرى (pouvoir discretioonnaire) . ونقول بهذا التمييز لا لنفرق في الحكم بين الحالتين من حيث رقابة القضاء ، فرأينا أن للقضاء الرقابة فيهما جميعاً ، بل لنبرز وجه الصعوبة في هذا الموضوع الدقيق . والتمييز الذى نقول به لا يطابق التمييز في القانون بين الشكل والموضوع . فالاختصاص المحدود لا يتناول القانون من حيث الشكل فحسب ، حيث يراقب القضاء دائماً اختصاصاً محدوداً للهيئة التشريعية ومن اليسير عليه أن يسجل على هذه الهيئة مخالفتها للإجراءات والأوضاع التى نص عليها الدستور لسن القوانين ، بل يتناول أيضاً القانون من حيث الموضوع وذلك في بعض النواحي . ويكفى للتدليل على هذا أن نشير إلى المثل الذى أورده الدكتور السيد صبرى في مؤلفه المشار إليه (ص ٦٧٠) : قانون صدر بأثر رجعى يقرر عقوبة على فعل لم يكن معاقباً عليه . لاشك في مخالفة هذا القانون للمادة السادسة من الدستور وهى تقضى بالآ عقوبة « إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها » . وهذه المخالفة موضوعية لا شكلية . ومع ذلك لا مجال للتردد في رقابة القضاء على دستورية هذا القانون لأن اختصاص الهيئة التشريعية هنا محدود (Lié) لا تقديرى (discretionnaire) . وحيث يكون الاختصاص محدوداً فالرقابة ميسرة . أما إذا كان الاختصاص تقديرياً فهنا وجه الصعوبة في المسألة . مثل ذلك قانون صدر لمكافحة الشيوعية ، فهل هو مخالف للمبدأ الدستوري الذى يكفل للناس حرية الرأي ؟ وهل يكون للقضاء حق الرقابة في ذلك ؟ هنا نرى أن الهيئة التشريعية أصدرت

هذا القانون بموجب اختصاصها التقديرى ، إذ هى قدرت أن القانون لا يتعارض مع حرية الرأى . ذلك أن الهيئة التشريعية عندما تسن قانونا فالمفروض أنها تكون قد قدرت أنه صحيح دستوريا من الناحية الموضوعية . والقائلون بتحريم النظر فى دستورية القوانين من الناحية الموضوعية لا يريدون أن يقولوا إن القانون الباطل من هذه الناحية يجب على القضاء بالرغم من ذلك أن يطبقه . فهذا قول لا تنهض به حجة . إنهم يريدون القول فيما نحسب أن البرلمان إذا سن تشريعاً لا بد أن يكون قد قدر صحته الدستورية من ناحية الموضوع . وهذا التقرير يجوز - إذا جاز استعمال هذا التعبير - قوة الشئ المقضى فيه بالنسبة إلى السلطة القضائية ، فلا تستطيع هذه أن تعيد النظر فى هذا التقدير . ولا ندلى بهذا القول اعتباطاً ، فانه فى نظرنا أهم حجة يستند إليها أنصار المنكرين على القضاء حق الرقابة . وهذه محكمة استئناف مصر فى حكمها القوى الذى أسلفنا الإشارة إليه تقول فى معرض هذا الإنكار : « وحيث أن الدستور إذ نص على أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس الشيوخ والنواب وعلى أن استعمال هذه السلطة يكون على الوجه المبين بالدستور (م ٢٣) فقد اختص هذه السلطة وحدها بالأعمال التشريعية . ولاشك أن واجبات هذه السلطة قبل إصدار تشريع ما أن تتحقق من مطابقته لنصوص الدستور وروحه عملاً بالمادة ٢٣ المذكورة ، وما دام أن هذا البحث هو من اختصاص تلك السلطة ، فليس للمحاكم مراقبتها فيها وإعادة بحث القانون بعد صدوره لمعرفة ما إذا كان منطبقاً على نص الدستور أو مخالفاً للمبادئ المقررة فيه ، وإلا كانت المحاكم خارجة عن حدود اختصاصها ومتدخلة فى أعمال السلطة التشريعية » .

وفى هذا الضوء الجديد نعود إلى التساؤل ايجوز للقضاء الإدارى أن يراقب تقدير الهيئة التشريعية ؟ لاشك فى أن هذا لايجوز ، لا لأن التشريع عمل من أعمال السيادة فأغلب التشريعات كأغلب الأوامر الإدارية لاتعتبر من أعمال السيادة ، ولا لأن اختصاص الهيئة التشريعية تقديرى إذ هنا يستوى الاختصاص التقديرى والاختصاص المحدود ، ولكن لأن القضاء الإدارى إنما يلغى الأوامر الإدارية دون الأوامر التشريعية (أى القوانين) . على أن الحجة مجالها محدود ، فهى مقصورة على الحالة التى ترفع فيها دعوى بطلان التشريع من طريق أصلى . لكن إذا تمسك الخصم ببطلان

تشريع من طريق الدفع لا من طريق أصلى ، وطلب إلى القضاء الإدارى ، لا أن يبطل التشريع ، بل أن يمتنع عن تطبيقه ، أفلا يجوز لهذا القضاء أن يمتنع عن تطبيق تشريع يراه فى تقديره باطلا من الناحية الموضوعية ، ولو خالف فى تقديره هذا تقدير السلطة التشريعية ، وعارض تقديرا بتقدير ؟ الحق أنه لا يوجد ، لا فى نصوص الدستور المصرى ولا فى المبادئ العامة حكم يقضى بأن تقدير البرلمان لصحة التشريع دستوريا من الناحية الموضوعية هو تقدير ملزم للسلطة القضائية ، لاسيما بعد أن قضى على التفرقة ما بين السلطة المحدودة والسلطة التقديرية لجهة الإدارة من حيث رقابة القضاء وأصبح كل من السلطتين خاضعا لهذه الرقابة . وإذا قيل إن مبدأ الفصل بين السلطات يقضى بذلك ، أمكن الرد على هذا القول بأن القضاء وهو يراقب تقدير البرلمان لا يقوم بعمل تشريعى حتى يقال إنه تدخل فى شؤون السلطة التشريعية ، ولكن يقوم بعمل قضائى هو تعرف القانون الواجب التطبيق فى النزاع المطروح أمامه . والمبدأ الدستورى المنطبق على حالتنا هذه هو المبدأ القاضى بأن استعمال السلطات يكون على الوجه المبين فى الدستور . والبرلمان قد خالف هذا المبدأ إذ أصدر تشريعا يتعارض مع الدستور والقضاء إنما يسجل على البرلمان هذه المخالفة . وما لم يوجد نص فى الدستور ذاته ينهى القضاء عن النظر فى دستورية القوانين ، جاز للقضاء - بل وجب عليه - أن يمتنع عن تطبيق تشريع يكون فى تقديره هو باطلا لمخالفته للدستور .

يستوى فى هذا النظر القضاء الإدارى والقضاء العادى . وإذا قيل إن هذا لا يملك إلغاء الأمر الإدارى فأولى به ألا يملك إلغاء الأمر التشريعى ، رد على هذا القول بأنه لا يلغى أمرا تشريعى ولا يحكم ببطلانه ، وإنما هو يقتصر على الامتناع عن تطبيقه فى قضية بالذات .

• • •

وننتقل إلى البحث الثانى . وقد تناول الأستاذ الكبير عبده بك محرم المستشار بمجلس الدولة فى موضوع هو أيضاً من أدق موضوعات القانون الإدارى ، وهو موضوع « سحب القرارات الإدارية الفردية » ، أو كما نؤثر نحن أن نقول « الرجوع فى القرارات الإدارية الفردية » . والموضوع من صنع القضاء الإدارى فى فرنسا ، رسم معالمه مجلس الدولة الفرنسى ، وحدد مداه . والمقال يبين ذلك فى دقة ووضوح ، ويتابع

النظرية فى مراحل تطورها ، ويصعد إلى مصادرها الأولى من قضاء وفقه ، ويورد طائفة قيمة من اقوال كبار رجال الفقه فى فرنسا ، ويستخلص أصل القاعدة ، ويرتب عليها نتائجها المنطقية ، إلا ما رآه منها يتجافى مع الاعتبار العلمية . كل ذلك فى أسلوب سهل ، وبيان واضح ، ومنطق مستقيم .

وقد حدد الباحث موضوع بحثه تحديداً صحيحاً ، فقصره على القرارات الادارية التى تنشئ اوضاعاً لمصلحة الأفراد وتكون قد صدرت مخالفة للقانون . فيجوز لمن اصدرها ان يرجع فيها ، ويكون للرجوع اثر رجعى .

ونلاحظ بادىء الأمر ان القرار الإدارى إذا صدر غير مخالف للقانون فلا سبيل للرجوع فيه . والرجوع فى هذه الحالة هو ذاته قرار إدارى مخالف للقانون ، يجوز الطعن فيه أمام القضاء الإدارى بطريق الالغاء ، بل يجوز الرجوع فى هذا الرجوع من الجهة الادارية التى صدر منها الرجوع الأول .

ويناقش الباحث الأساس الذى يمكن الاستناد إليه لتبرير حق الإدارة فى أن ترجع قى قراراتها المخالفة للقانون ، فيرده إلى وجوب التوفيق بين مبدئين متعارضين : وجوب احترام القانون بإلغاء القرارات المخالفة له من جانب ، واستقرار الأوضاع التى كسبها الأفراد بهذه القرارات من جانب آخر . والتوفيق لا يكون إلا من طريق جواز الرجوع فى هذه القرارات إرضاء لجانب القانون ، وقصر الرجوع على مدة معقولة إرضاء لجانب الاستقرار . والمدة المعقولة التى يجوز فيها الرجوع لا يمكن أن تكون إلا المدة التى يجوز فيها طلب إلغاء القرار قضاء ، فتتحدد مدة الالغاء الإدارى مع مدة الالغاء القضائى ، وبانقضاء هذه المدة يمتنع إلغاء القرار إطلاقاً عن طريق قضائى أو عن طريق إدارى ، فتستقر الأوضاع بذلك استقراراً نهائياً . والمزية فى اختيار مدة الإلغاء القضائى ، وعدتها ستون يوماً ، لتكون مدة للالغاء الإدارى هى أن هذه المدة قام القانون ذاته بتحديدتها .

ويعزز الباحث هذه الحجج بحجة جديدة هى أن القانون لم يجعل للإدارة حق الطعن بالالغاء فى قراراتها الباطلة أمام القضاء ، ولا يفهم ذلك إلا على أساس أن الإدارة ذاتها هى التى تتولى إلغاء قراراتها الباطلة .

وعرض المسألة على هذا الوضع عرض جارى فيه الباحث مجلس الدولة الفرنسى فى نقطة الابتداء . « فقد ذهب قضاء مجلس الدولة - كما يقول الباحث - إلى عدم جواز الرجوع فى هذا القرار (أى القرار الباطل) ، وبذلك لم يكن يجوز حرمان شخص من مزية كسبها من قرار إدارى مخالف للقانون إلا إذا حصل شخص آخر له مصلحة على حكم بإلغاء ذلك القرار » . فالأصل إذن عند مجلس الدولة الفرنسى هو عدم جواز الرجوع فى القرار الباطل ، والرجوع فيه هو الاستثناء ، ولأنه استثناء فقد قصر على مدة محدودة . ولكن اليس فى هذا قلب للأوضاع القانونية ؟ وهل حقاً أن الأصل هو عدم جواز الرجوع فى القرار الباطل ؟ أم الصحيح أن الأصل هو جواز الرجوع فيه ؟ بل وجوب الرجوع فيه ؟ إذ القرار الباطل ، وفقاً لمنطق القانون ، لا ينتج أثراً ولا يقيد الجهة الإدارية التى أصدرته ، فهى تستطيع الرجوع فيه أى وقت تشاء ، خلال ستين يوماً أو بعد إنقضاء هذه المدة . ولا هى تحتاج فى ذلك لأن تلتجئ إلى القضاء لإلغاء قرارها الباطل ، بل المتظلم من القرار هو الذى تقوم به هذه الحاجة . فمجلس الدولة الفرنسى فى قضائه الأول - عندما كان لايجيز الرجوع إطلاقاً فى القرار الباطل - كان متحكماً هنا أيضاً - وذلك ابتغاء الاستقرار . ومجلس الدولة الفرنسى كان فى كل هذا أقرب إلى المشرع منه إلى القاضى ، جرياً على سنته فى كثير من المسائل .

ولعل هذا الوضع المنطقى السليم الذى نعرضه يجلو الغموض الذى احاط ببعض التطبيقات التفصيلية فى هذه المسألة . فهناك قرارات إدارية باطلة صدرت قبل إنشاء مجلس الدولة ، وقرارات أخرى باطلة صدرت بعد إنشاء المجلس ولكنها غير قابلة للطعن فيها ، أو هى قابلة للطعن ولكن لا مصلحة لأحد فى ذلك . فهذه كلها قرارات لا يفتح فيها ميعاد للطعن . فهنا يحرم الرجوع فى هذه القرارات إذ يمتنع فيها الإلغاء القضائى ، أو يجوز الرجوع فيها لأن الأصل هو الرجوع فى القرارات الباطلة كما سبق القول ؟ نحسب أن الرأى الثانى هو الذى يتفق مع الوضع المنطقى السليم الذى عرضناه . ويبقى بعد ذلك أن ننظر فيما إذا كان من الملائم تحديد مدة لجواز الرجوع فى هذه القرارات الباطلة أرضاء لجانب الاستقرار فى الأوضاع القانونية الظاهرة ؟ وإذا كان من الملائم تحديد مدة

للرجوع فهل تكون هي الستين يوما المحددة لطلب الالغاء القضائي فى القرارات الباطلة؟ وإذا اخترنا هذه المدة الايجوز الاعتراض على ذلك بأنها مدة جارينا فى تحديدها مدة الالغاء القضائي فى قرارات غير قابلة لهذا الالغاء، فتكون الحكمة من هذه المجازاة منتفية؟ هذه كلها صعوبات لابد فيها، عند انعدام النص التشريعى، من قضاء كقضاء مجلس الدولة الفرنسى يشرع اكثر مما يقضى.

ونعود إلى المقال. فهو بعد أن استعرض المبادئ الأساسية فى الموضوع، تناول كثيراً من التفصيلات العلمية والعملية، فاستوعب موضوعاً نراه فى وضعه الحاضر مشتتاً فى أماكن منفردة، مبعثراً بين كثير من المراجع، بل هو فى المرجع الواحد نراه موزعاً على أبواب مختلفة. فخدم بهذا العرض الجامع الشامل فقه القانون الإدارى خدمة جليلة مشكورة، وبخاصة فيما أورده من التفصيلات العملية. كرجوع الإدارة فيما تعطيه من رخص، وكالرجوع فى عقود الالتزام، وكتعيين السلطة الإدارية التى يكون لها حق الرجوع فى القرار الباطل، وكالرجوع فى قرار باطل بمقتضى قانون يسن لذلك.

ولعل ميل الباحث إلى الاستقصاء والامعان فى ذلك هو الذى ساقه إلى معالجة مسائل لا تظهر بوضوح فائدتها العملية، وإن كانت لا تخلو من الأهمية العلمية. مثل ذلك التمييز فى القرارات الباطلة بين قرار باطل بطلاناً مطلقاً وقرار باطل بطلاناً نسبياً، وهو تمييز إن صح القول به فى القانون الإدارى على غرار القانون المدنى فإنه فى حاجة إلى كثير من التمهيص، وهو على كل حال، كما يقول الباحث نفسه، (بحث واسع يستأهل أن يكون وحده موضوعاً لبحث آخر مستقل).

على أن هذه المتابعة العلمية، على ما فيها من مزالق، ألقت ضوءاً جديداً على مسألة بدا فيها شذوذ فى مجلس الدولة الفرنسى، وهى مسألة فصل الموظفين. فقد استقر قضاء المجلس على جواز الرجوع فى قرار الفصل حتى لو كان هذا القرار غير مخالف للقانون. واحسب أن الباحث قد حالفه التوفيق عندما ربط هذه المسألة بالمبدأ الذى لا يجيز للإدارة أن ترجع فى قرار إدارى صحيح استعمالاً لسلطتها التقديرية، فقال فى هذا الصدد: (ولعل هذه هى الحالة الوحيدة التى سوى فيها مجلس الدولة بين مخالفة القرار للقانون وعدم الملائمة من حيث جواز السحب، لأنه إذا تقرر

سحب القرار بالفصل رغماً عن مطابقته للقانون ، فإنما يكون ذلك لأن الإدارة استعملت سلطتها التقديرية ورات أنها أخطأت في الفصل) . وهذا التخريج لا شك في أنه تخريج حسن .

والآن وقد فرغنا من متابعة هذا البحث القيم لا يسعنا إلا أن نسجل في هذه المناسبة لمجلس الدولة الفرنسي ابتداعه لنظرية (الرجوع في القرار الإداري) . فهذه النظرية هي كما أسلفنا القول ، من صنعه ، وهي حسنة من حسناته الكبرى أراد بها أن يوفق بين الاعتبارين المتعارضين اللذين سبقت الإشارة إليهما . ويتبين لدى النظر مبلغ ما انطوى عليه هذا القضاء من قوة في الابتداع وقدرة على الخلق والانشاء . فهو قد أحترم المركز الظاهر ولو كان باطلا ، وجعل استبقائه هو الأصل والرجوع فيه هو الاستثناء . ولعله سار في ذلك على القاعدة الأصولية المعروفة : من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . ولا نحسب أن القضاء المدني كان على هذا القدر من الجرأة ، حتى في احترامه لحقوق الوارث الظاهر ، وحتى في أخذه بالارادة الظاهرة ، وحتى في حمايته للغير في العقد الصوري .

ومهما يكن من أمر فقد استقر القضاء الإداري في فرنسا على النحو الذي أسلفناه . فلا يجوز للإدارة أن ترجع في الأمر الباطل إلا خلال انفتاح مواعيد الطعن أو إذا رفع الطعن فعلاً أمام القضاء . ويبدو أن الرجوع جائز ما دامت مواعيد الطعن سارية ، حتى لو انقطعت بتظلم إداري فطالت بهذا الانقطاع . ويبدو كذلك أن الرجوع جائز مادام الطعن مرفوعاً أمام القضاء وذلك إلى وقت النطق بالحكم^(١) .

(١) فإذا رجعت الجهة الإدارية في القرار الإداري وباب المرافعة لا يزال مفتوحاً ، فإنه يغلب أن ينزل المدعى عن دعواه والا اعتبرت الخصومة منتهية . وإذا كان الرجوع بعد إقفال باب المرافعة وقبل النطق بالحكم ، جاز لأي من الخصمين طلب فتح باب المرافعة من جديد ، حتى إذا أجيب هذا الطلب نزل المدعى عن دعواه أو طلبت الإدارة اعتبار الخصومة منتهية . ويشكل الأمر إذا لم يفتح باب المرافعة في هذه الحالة وصدر الحكم برفض الطعن . ولذلك يكون من الأوفق تحريم الرجوع في القرار الإداري من الوقت الذي يقفل فيه باب المرافعة ، فإذا فتح باب المرافعة من جديد عاد للإدارة حق الرجوع .

وشاء القضاء الإدارى فى مصر أن يتابع القضاء الفرنسى فى هذه الخطوة الجريئة ، فأخذ بالنظرية كاملة . وهذا حكم أصدرته محكمة القضاء الإدارى فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٨ (مجموعة عاصم ١ ص ٢٤٣) جاء فى أسبابه ما يأتى : (يشترط أن يحصل هذا السحب فى ميعاد الستين يوماً المنصوص عليها فى المادة ٣٥ من قانون إنشاء مجلس الدولة . فإذا انقضى هذا الميعاد إكتسب القرار حصانة نهائية تعصمه من أى إلغاء أو تعديل من جانب الإدارة ، وأصبح لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار بحيث يعتبر الإخلال بهذا الحق يقرر لاق مخالفة للقانون يعيب هذا القرار الأخير ويبطله . وعلة ذلك ظاهرة إذ تقوم على اعتبارين : أولهما ضرورة التوفيق فى إصلاح ما انطوى عليه قرارها من مخالفة للقانون ووجوب استقرار الحالة القانونية القائمة على هذا القرار استقراراً يصمه من كل تغيير أو تعديل . وثانيهما مراعاة الاتساق بين الميعاد الذى يجوز فيه لأصحاب الشأن طلب إلغاء القرارات الإدارية بالطريق القضائى وبين الميعاد الذى يجوز للإدارة فيه سحب قرارها حتى يتم الاستقرار بعد مضى زمن واحد) . وقد عزز هذا الحكم أحكام أخرى تؤيده ، أخرى حكمان لما ينشرا ، صدر كل منهما فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، مشتملا فيما ورد فيه من أسباب على السبب الآتى : « ومن حيث أن القاعدة فى سحب الجهة الإدارية للقرار الإدارى المخالف للقانون أو تعديله حسبما جرى عليه قضاء هذه المحكمة هو أن يتم السحب والتعديل خلال ميعاد الستين يوماً المنصوص عليه فى قانون مجلس الدولة لرفع الدعاوى من جانب الأفراد بإلغاء القرارات الإدارية ، تقريراً للمساواة فى الحكم ، ومراعاة للمعادلة بين مركز الحكومة ومركز الأفراد إزاء القرار الإدارى وليكون له حد يستقر عنده ويكتسب فيه حصانة تعصمه من التغيير والتبديل » .

« هذا ونميل إلى القول بأنه يمتنع الرجوع فى قرار لم يطعن فيه بالإلغاء ، بل اقتصر المدعى فى شأنه على المطالبة بالتعويض أمام القضاء الإدارى أو القضاء العادى . لأن القرار هنا غير مهدد بالإلغاء بل هو يبقى قائماً حتى لو قضى بالتعويض ، ولأنه لو جاز الرجوع فى هذه الحالة لظل باب الرجوع مفتوحاً مدة خمس عشرة سنة ، وهى المدة التى تجوز فيها المطالبة بالتعويض ، وفى هذا تعارض مع الاستقرار الواجب للأوضاع الظاهرة .

فقضاؤنا الإدارى إذن قد استقر على القضاء الإدارى فى فرنسا . وهو يحذو حذوه فى أنه قرر مبدأ هو اقرب إلى التشريع منه إلى القضاء . إذ يواجه بذلك نفس الاعتبارات العملية التى واجهها القضاء الفرنسى .

ولكن اتراه يسير فى هذا الطريق إلى النهاية ؟ ألا يجوز أن يميز من بين القرارات الباطلة قرارا لا وجود له لعيب جوهري فى الشكل . أو لصدوره من جهة ظاهر عدم اختصاصها . أو لغير ذلك من العيوب الجوهرية الظاهرة . فيجيز للإدارة أن ترجع فى أى وقت فى مثل هذا القرار مطاوعة لمنطق قانونى يصعب الخروج عليه ؟

• • •

والبحث الأخير ، وقد عرض للاختصاص فى مسائل الجنسية ، قام به الأستاذ الكبير مصطفى كامل اسماعيل النائب الأول بمجلس الدولة وسكرتير هذه المجلة . وهو بحث قيم ، استقصى صاحبة فيه مختلف المراجع ، وأحسن انتقاءها ، فالبحث غنى بآراء الفقهاء ، وأحكام القضاء ، ونصوص القوانين والنظم ، والأعمال التحضيرية الخاصة بموضوع الجنسية فى القانون الفرنسى ، وهى كثيرة متشعبة .

وقد جاء هذا البحث فى وقته المناسب ، فإن الاختصاص فى مسائل الجنسية هو حديث اليوم . وقد قدمت الحكومة لمجلس الشيوخ مشروع قانون يعيد تنظيم الجنسية المصرية . وقررت لجنة المجلس أن تجعل الاختصاص فى هذه المسائل لمحكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة . والأمر معروض على مجلس الشيوخ . ومن ثم سيكون اختصاص مجلس الدولة بمسائل الجنسية هو موضوع البحث فى القريب العاجل . لذلك كانت الدراسة التى قام بها الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل فى هذا الموضوع ، وهى دراسة دقيقة قيمة ، قد أتت فى أوانها . وسينتفع بها دون شك من سيقع على عاتقهم تمحيص هذا الموضوع الهام من الشيوخ والنواب . بل هى فوق ذلك قد أسدت خدمة جليلة للباحثين من المشتغلين بالقانون .

وقد بين الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل فى وضوح وجلالة أن الجنسية علاقة تربط الفرد بالدولة ، فهى علاقة من علاقات القانون العام وتدخل فى دائرة هذا القانون . وفند الراى القائل بأن الجنسية تتعلق

بالقانون الخاص على اعتبار أنها عنصر من عناصر الحالة المدنية للأشخاص . وخلص من بحثه إلى أن الاختصاص فى مسائل الجنسية يجب أن يكون للقضاء الإدارى لأن هذا القضاء يهيمن بطبيعته على تطبيق القانون العام . ولا شك فى أن الحجج التى تقدم بها فى كل ذلك هى من أقوى الحجج وأنفذها إلى مواطن الاقتناع . وقد وفق التوفيق كله فى أن يسوق هذه الحجج القوية فى منطق سليم وتحليل دقيق . ولعل باحثاً فى مصر لم يتناول موضوع الاختصاص فى مسائل الجنسية بمثل القوة التى تناوله بها الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل ، ولا بمثل هذه الإحاطة الشاملة التى استقصت شوارد الموضوع فلمت شعثها وجمعت شتاتها .

ونحن لا يسعنا إلا أن نوّمن على كل ما جاء فى هذا البحث القيم . فإنه لا يوجد فى علاقات القانون العام ما هو أدق اتصالاً بالدولة من انتماء الفرد إليها برابطة الجنسية . ولا عبرة بما يجرى عليه العمل فى فرنسا . فقد بين الباحث فى مقاله أن العقيدة الخاطئة التى سار عليها الفرنسيون لا يفسرها إلا وضع هو أيضاً خاطئ ، إذ جاءت النصوص التى تنظم الجنسية فى ثنايا نصوص القانون المدنى الفرنسى . على أن هذا الوضع لم يمنع محكمة النقض الفرنسية أن تقرر غير مرة أن الجنسية من علاقات القانون العام . بل إن هذا الوضع الخاطئ ذاته قد ارتفع منذ صدر فى فرنسا قانون للجنسية منفصلاً عن القانون المدنى .

ونرتب على أن الجنسية من علاقات القانون العام ، أنه لا توجد جهة قضائية فى مصر ، وفقاً للنظم القضائية القائمة ، تختص بالنظر فى مسائل الجنسية إذا أريد رفعها أمام القضاء بصفة أصلية . فالمحاكم العادية لا تختص بهذا النظر لأنها لا تنظر فى علاقات القانون العام ، بل تنظر فى المسائل المدنية والجنائية . ولذلك كانت أحكامها ذات حجة نسبية لا تحوز قوة الشيء المقضى إلا بالنسبة إلى الخصوم فى الدعوى . ومحاكم الأحوال الشخصية لا تختص أيضاً بالنظر ، إذ الجنسية ليست من مسائل الأحوال الشخصية حتى تدخل فى دائرة اختصاصها . ومحكمة القضاء الإدارى ، وإن كانت أقرب الجهات القضائية إلى هذا الاختصاص ، هى أيضاً غير مختصة ، لأنها لم تصبح بعد صاحبة الولاية العامة فى جميع المنازعات

الإدارية ، ولا تنظر إلا مسائل حددت على سبيل الحصر ، والنزاع فى الجنسية لم يدخل بعد فى هذه المسائل .

أما إذا رفعت مسائل الجنسية إلى القضاء بصفة تبعية ، فإن كلا من القضاء الإدارى والقضاء العادى يكون مختصاً . ويأتى اختصاص القضاء الإدارى من أن المادة ٢١ من القانون الجنسية تقضى بأن « يعطى وزير الداخلية كل ذى شأن شهادة بالجنسية المصرية » . فإذا امتنع الوزير عن إعطاء هذه الشهادة لشخص يستطيع أن يثبت جنسيته المصرية ، كان لهذا أن يطلب من محكمة القضاء الادارى إلغاء قرار الامتناع ، فتنساق المحكمة إلى بحث جنسيته تبعاً للنصوص الأصلية . وكذلك يتحقق اختصاص القضاء الادارى على هذا الوجه ، لو أن قراراً إدارياً صدر بأبعاد مصرى إلى الخارج ، فطعن هذا فى القرار لمخالفته للدستور . ولا يجوز الاعتراض على إثبات هذا الاختصاص للقضاء الإدارى بدعوى أن قانون المرافعات الجديد فى المادة ٩٩ أوجب تدخل النيابة العامة فى كل قضية تتعلق بالجنسية والنيابة لا تستطيع التدخل أمام القضاء الادارى لا نعدام ولايتها بالنسبة إليه . فإن هذا الاعتراض مردود بأن النص الذى يقضى بتدخل النيابة فى قضايا الجنسية لا تخاطب به غير المحاكم العادية ، فهى وحدها التى تلتزم تطبيقه إذا ما رفعت أمامها قضية من قضايا الجنسية بصفة تبعية . أما محكمة القضاء الادارى ، فهى وإن كانت تطبق كمبدأ عام نصوص قانون المرافعات ، إلا أنها لا تطبق من هذه النصوص ما يتعارض مع قانونها أو مع طبيعة نظامها . والنص الذى يوجب تدخل النيابة فى قضايا الجنسية يتعارض مع طبيعة نظام محكمة القضاء الادارى لأن النيابة العامة لا ولاية لها أمام هذه المحكمة . ولا تثبت لها الولاية إلا بنص خاص فى القانون ، وقد وضع هذا النص فعلاً فى مشروع قانون الجنسية الذى قدم إلى مجلس الشيوخ وهو المشروع الذى سبقت الإشارة إليه . ولو أن نظام « نائب الدولة » (commissaire du gouvernement) المعروف فى القضاء الادارى الفرنسى كان قائماً فى مصر لأغنى عن تمثيل النيابة العامة فى قضايا الجنسية .

ويتبين مما تقدم أنه إذا كان هناك نقص فى التشريع المصرى القائم ، فهذا النقص لا يرجع إلى سكوت التشريع عن تعيين محكمة مختصة ينظر

قضايا الجنسية بصفة تبعية . فإن هذا الاختصاص ثابت لكل من القضاء الإدارى والقضاء العادى كما قدمنا . ولكن النقص يبدو جلياً إذا بحثنا عن جهة قضائية تكون مختصة بنظر قضايا الجنسية إذا ما رفعت بصفة أصلية . وثبتت هذا الاختصاص الأصل لجهة قضائية معينة من الأهمية بمكان كبير ، فإنه يمكن لكل ذى مصلحة من إثبات جنسيته المصرية بطريق مباشر ، ويركز قضايا الجنسية فى جهة قضائية واحدة حتى لا تتعارض الأحكام فى هذا الموضوع الخطير إذا تعددت الجهات المختصة كما هى الحال فى الوقت الحاضر بالنسبة إلى الاختصاص التبعى .

وهذا ما تكفل به مشروع القانون القديم إلى مجلس الشيوخ . فقد قررت لجنة الشيوخ كما قدمنا أن تكون قضايا الجنسية من اختصاص محكمة القضاء الإدارى وأن ترفع هذه القضايا فى مواجهة وزير الداخلية وتمثل فيها النيابة العامة . وهذا هو النص الذى وافقت عليه اللجنة وتقدمت به إلى مجلس الشيوخ : « تختص محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة بالنظر فى جميع الدعاوى التى ترفع لاثبات الجنسية المصرية أو الطعن فى القرارات الصادرة فى شأن هذه الجنسية . وترفع الدعاوى فى مواجهة وزير الداخلية ، وتمثل فيها النيابة العامة » .

وقد حالف التوفيق لجنة الشيوخ فيما صنعت . فإن جهة الاختصاص الطبيعية فى قضايا الجنسية التى ترفع بصفة لايجوز أن تكون إلا جهة القضاء الإدارى ما دام هذا القضاء قد وجد . ولم يكن المشرع المصرى يملك إلا أن يجعل محكمة القضاء الإدارى هى المختصة . ولو فعل غير ذلك لناقض طبيعة الأشياء .

فالجنسية من علاقات القانون العام كما قدمنا ، ومحكمة القضاء الإدارى هى التى تنظر فى هذه العلاقات .

والخصم فى قضايا الجنسية التى تنظر بصفة أصلية هى الإدارة ، ومحكمة القضاء الإدارى هى الجهة التى تختصم الإدارة أمامها .

والحكم الذى يصدر فى قضايا الجنسية يجب أن يكون أثره مطلقاً يحتج به على الكافة ، ومحكمة القضاء الإدارى هى التى تصدر مثل هذه الأحكام .

بقى علينا ، وقد انتهينا من التعقيب على البحوث المنشورة فى
المجلة ، أن نقول كلمة موجزة فى مجلس الدولة المصرى نسجلها فى
مناسبة صدور هذا العدد الأول .

قام مجلس الدولة فى مصر على غرار مجلس الدولة فى فرنسا يجمع
بين الفتيا والتشريع والقضاء . واقتبست له نظم تقرب من النظم
الفرنسية . ولكن هناك أمران جوهريان يختلف فيهما المجلسان أحدهما
عن الآخر :

(الأمر الأول) أن مجلس الدولة فى فرنسا نشأ نشأة تدرجت فى
التطور . وقد قطع مراحل حافلة بالتقلبات ، زاخرة بالأحداث ، تتعاقب تارة
فى هوادة واسترخاء ، وأخرى فى اضطراب وعنف . وكان قضاؤه فى مبدأ
الأمر ضرباً من ضروب الفتيا يتقدم بها إلى السلطة العليا فى الإدارة
العامة لتقرها قبل أن تنفذ . ثم أخذ يستكمل سلطانه فى القضاء فى كثير
من التوذة ، يمشى خطوة ويتعثر أخرى ، ولم يبلغ أشده إلا فى سنة
١٨٧٢ ، حين تحول سلطانه المقيد فى القضاء إلى سلطان مطلق .

أما مجلس الدولة فى مصر فقد ولد كامل التطور . وإذا كانت لجنة
القضايا سبقتها فعبدت له الطريق فى الفتيا والتشريع ، فليس الأمر كذلك
فى القضاء ، إذ لم يكن لمصر جهة قضاء إدارى قبل وجود مجلس الدولة ،
إلا إذا شئت أن تطلع على قضاء التعويض ، الذى كانت المحاكم العادية -
ولا تزال - مختصة به ، قضاء إدارياً .

فليس إذن لمجلس الدولة فى مصر ما لمجلس الدولة فى فرنسا من
ماض طويل حافل بالشدائد وبالأمجاد . وإذا تلفت المجلس الفرنسى قليلاً
إلى الوراء ، وجد من تقاليد العتيدة ومن ماضيه المجيد سنداً يعتمد عليه ،
ومن قضائه المضطرب فى الاستقرار ذخيرة يفيد منها ، فهو مجلس هذبته
الشدائد ، وانضجته التجارب ، وأصبح قطعة لا تفصل من النظام الإدارى
الفرنسى .

(والأمر الثانى) أن مجلس الدولة فى فرنسا تشأ فى أحضان السلطة
التنفيذية . الأصل فى نشأته أن الإدارى فى عهد الثورة الفرنسية أرادت
أن تتحرر من ربة القضاء . وكان القضاء فى عهد الملكية القديمة يعوق
الإصلاح الإدارى من جراء تدخله المستمر فى أعمال الإدارة . فلم تغب

عن رجال الثورة هذه الذكريات البغيضة ، ونحوا باسم المبدأ المعروف بفصل السلطات القضاء عن أن ينظر فى المنازعات الإدارية ، وصارت الإدارة نفسها هى القاضية فى هذه المنازعات . ولكن لم يلبث الأمر أن تكشف عن وضع غير سليم ، فالإدارة وهى خصم أصبحت حكما لا يؤمن تحيزه . ومن ثم أنشئ مجلس الدولة فى دستور السنة الثامنة من عهد الثورة ، وأريد به الفصل ما بين الإدارة العاملة (administration active) ، والإدارة القاضية contentieuse administration حتى يتخصص فى الإدارة رجال ينصرفون إلى نظر المنازعات الادارية هم قضاة الإدارة ومفتوها ، وبقيت الادارة تحتضن مجلس الدولة ، وتعتز به ، وتستعين بكفايات رجاله العالية فى القضاء والفتوى والتشريع . بل لقد بلغ من اعتزاز الإدارة بمجلس الدولة أن كانت الحكومات التى ركزت السلطان فى يديها (gouvernements d'autorité) فى عهود الامبراطورية الأولى فالملكية التى أعقبها فالامبراطوية الثانية ، ترى فى مجلس الدولة تكتة تستند إليها فى الانتقاص من سلطان البرلمان والخفض من شأنه . وكانت هذه الحكومات . وهى تجنح إلى أن تكون مستبدة عادة . تستعين فى أداء العدل بمجلس الدولة ، يغنيها عن البرلمان ، سواء فى أمور التشريع وقد ملك زمامها وأصبح فيها صاحب الراى الأول ، أو فى حماية الحقوق والحريات العامة وقد عرف الشعب فيه الملاذ الذى يعوذ به ، ويلاحظ فقهاء القانون الادارى فى فرنسا أن العهود الزاهرة لمجلس الدولة هى عهود هذه الحكومات ، وأن المجلس كان يتقدم خطوة خطوة بفضل رعايتها . فكلما قامت حكومة فى فرنسا تريد أن تمسك زمام الأمور فى يديها تلفتت إلى مجلس الدولة ، وافسحت له الطريق ، وزادت فى سلطاته ، حتى يكون للشعب منه متنفس عند الضيق فلا يجنح إلى الثورة . فمجلس الدولة فى فرنسا كان إذن ربيب السلطة التنفيذية ، نما وترعرع فى أحضانها ، بل إن هذه السلطة أقامت منه منافساً قوياً لسلطان البرلمان .

أما مجلس الدولة فى مصر فأمره يختلف عن ذلك بل هو العكس من ذلك . فقد نشأ فى أحضان البرلمان ، ورات فيه السلطة التنفيذية منافساً لها . ولا أجد أبلغ فى هذا الصدد مما يقوله الأستاذ الجليل عبد الحميد بدوى باشا فى مقاله القيم المنشور فى هذا العدد ، وهو المقال الذى سبق التنويه به . فقد ذكر مشروعاً لإنشاء مجلس الدولة تقدمت به لجنة القضايا

إلى مجلس الوزراء فى عام ١٩٤١ وعلق على هذا الحادث بما يأتى :
« لم يكد هذا المشروع ينشر فى الصحف حتى ثارت عاصفة من النقد
والاعتراض ، وصف فيها مجلس الدولة بأنه دولة فى دولة . وأنه سلطة
رابعة إلى جانب السلطات (التشريعية والتنفيذية والقضائية) ، بل سلطة
فوق السلطات (superpouvoir) وأن السلطة التنفيذية ستصبح داخلة فى
وصايته ، وأنه بما يملكه من إبطال القرارات الادارية سيخل بالمسئولية
الوزارية أمام البرلمان ، وأنه سيسلب مجلس الوزراء سلطته فى التأويل
التشريعى الذى تخوله إياها القوانين ، وحقه فى فض المنازعات التى تقوم
بين الوزارات ، ويفسد أمور الموظفين واستقامة العمل فى المصالح ، بل
إنه سيعتدى على اختصاص المحاكم ، وأنه ستركز فيه سلطات لم تمنح
لأحد أو لهيئة من قبل . فإنشاؤه من أجل ذلك كله مخالف للدستور .
ولا أدرى أهذه الخصومة أملتأ الأهواء الحزبية ممن يرى أن إنشاء مثل
هذه الهيئة نوع من تسميم الآبار . أم أملاها خوف الجديد ، أو الحرص
على الاحتفاظ بالسلطة الادارية ومستلزماتها كاملة . على أن هذه
الصححات لم تكن لنحول دون المضى فى إنفاذ المشروع لو لم نجد لها
صدى بين الوزراء أنفسهم ، فإن مجرد الشعور بأن عملاً إدارياً ينسب إلى
الوزير أو إلى رئيس مصلحة سيمكن أن يعرض للنقد والتجريح فى
المحاكم ، وأن الحكم بمخالفته للقانون سيستتبع القضاء بتعويض تدفعه
خزانة الحكومة ، بل قضاء بإبطال ما يمس كرامة الحكام وهيبة الادارة ،
إثار نفور الكثير منهم من المشروع . لذلك رؤى من الخير التربص إلى
فرصة أخرى تكون النفوس قد تهيأت فيها لقبول هذه البدعة . ولعلنا كنا
ننتظر طويلاً لو لم يقيض الله لمشروع سنة ١٩٤١ فاضلاً من أفاضل
النواب ممن صح إيمانهم بالمصلحة العامة ، ووهب الشجاعة والقدرة على
الدفاع عن رايه ، فتبناه وقدمه على أنه اقتراح من أحد أعضاء البرلمان
حينذاك رأت الحكومة من الأولى أن يكون الأمر بيدها ، فقدمت مشروعاً
يبدو أنه هو الذى جرت عليه المناقشة ، وانتهى الأمر بإقرارا قانون سنة
١٩٤٦ . »

إذن لم تكن السلطة التنفيذية فى مصر مقبلة على إنشاء مجلس الدولة ،
بل إن مشروع إنشائه أخذ يتعثّر فى خطاه ، وهو يتقدم من جهة إلى جهة ،
حتى وصل إلى مجلس الوزراء فنام بين ملفاته نوماً عميقاً . ولم يستيقظ

إلا على صوت «فاضل من أفاضل النواب»، أخذه في يده، وتقدم به على أنه اقتراح من أحد أعضاء البرلمان. فالسلطة التنفيذية كانت ترى في مجلس الدولة منافساً خطيراً يشاظرها سلطانها في الإدارة، بل لعله يصبح وصياً عليها إذ هو يلغى قراراتها وإليه ترجع أمور الموظفين. أما البرلمان، وفاضل من أعضائه هو الذي تقدم إليه بالمشروع، فقد رحب به ترحيباً كبيراً. ولم يسع السلطة التنفيذية إلا أن تجارى هذا الشعور النبيل، «ورات من الأولى أن يكون الأمر بيدها»، فقدمت مشروعاً.

ولم تقتصر الحال على الإدارة ونظرها على هذا النحو إلى مجلس الدولة وقد كان هذا متوقعاً، بل إن الأمر الذي لم يكن في البال، هو أن الجهة القضائية - بعد أن تقرر إلحاق المجلس بوزارة العدل - وجدت هي أيضاً في مجلس الدولة خديناً لا يستخف ظله، فلم تفتح ذراعيها لتضم صدرها هذا المولود الجديد، ولم تنظر إليه نظرة الشقيق للشقيق. وقد نشأ مجلس الدولة في مصر يدور في نطاق القضاء العادي. أما مجلس الدولة في فرنسا فقد نشأ مستقلاً عن هذا القضاء، يسير موازياً له دون أن يتقاطع معه، فدار كل منهما في فلكه دون قطيعة أو جفاء.

وهكذا قدر لمجلس الدولة في مصر أن يعيش بين الإدارة والقضاء، يتنقل بنظرة من هنا إلى هناك، عساه يلقي صدرأ حنوناً بل عساه يجد حتى مجرد الانصاف...

وليس للمجلس كما أسلفنا القول ما لمجلس الدولة في فرنسا من ماض عتيذ يحميه من العدوان. ولاغنى لمجلس الدولة في مصر عن عنصر الزمن، فهو الذي يرسى الأسس، ويقر الدعائم، ويوطد الأركان. فلا بد إذن من وقت يمر، يحشد المجلس فيه قواه، ويجند رجاله ويعد عدته. وذلك للنضال عن حقه، الذي هو حق هذا الشعب النبيل في الدفاع عن حرياته العامة وعن حقوق أفرادها، والذي هو حق الإدارة في أن تقوم نظمه ثابتة مستقرة ترتكز على ركنين من القانون والعدالة.

وإذا كان المجلس منذ ولادته هو صديق البرلمان، بل هو صنع يده، فمن حق المجلس أن يتوقع الخير الكثير على يد البرلمان. وستسفر الانتخابات المقبلة قريباً عن مجلس نواب جديد لا أشك في أنه سوف لا يقل في الود لمجلس الدولة عن مجلس النواب القديم.

ولكن على مجلس الدولة بالرغم من كل ذلك الا يألوا جهداً في أن يكون مفهومنا على حقيقته للادارة العاملة .

فما هي هذه الحقيقة التي ينبغي أن تكون مفهومة للادارة العاملة وللناس جميعاً ، حكاما ومحكومين ؟ إنها تقوم على امرين جوهريين :

(الأمر الأول) أن مجلس الدولة هو الغوث الذي يفزع إليه الأفراد والجماعات ، متى ظن أحد منهم أنه مسلوب الحق . فإن من كان مظلوماً أو كان يعتقد أنه مظلوم ، وكان خصمه قوياً كالادارة ، لا بد له من عياذ يلوذ به ويتقدم إليه بشكواه . ولا شيء أكرم للادارة ولا أحفظ لمكانتها من أن تنزل مع خصمها إلى ساحة القضاء ، تنصفه أو تنتصف منه . ذلك أدنى إلى الحق والعدل ، وأبقى للهيبة والاحترام .

(والأمر الثاني) أن مجلس الدولة هو الحليف الطبيعي للادارة ، وصديقها الأمين . يسمع لها ، ويشير عليها ، ويفتيها في النوازل . وهو الذي يرسم بقضائه الحدود فيما يعمل وفيما يترك ، فينير لها السبيل ، ويبعد أمامها الطريق . وتستطيع الادارة أن تنتفع بمجلس الدولة إلى أبعد مدى في كل هذه الشؤون ، فتستعين بخبرته الطويلة في شؤون الفتيا ، وبتمرسه بفن الصياغة التشريعية في شؤون التشريع ، وتسير على المبادئ القانونية التي أقرها قضاؤه الإداري ، فتنتشرها بين الوزارات والمصالح . حتى توقي هذه الرجوع إلى الخطأ ، وحتى يتبين لها الطريق السوي فلا تجأ فيه ولا تنحرف عن مسراه . بل ما للادارة المصرية لاتجري على سنن الادارة الفرنسية فتضع نظاماً مستقراً ، نوه به الرئيس كاسان في تقديمه للعدد الأول من مجلة مجلس الدولة الفرنسي . للاستعارة من رجال مجلس الدولة وللانتفاع بالعناصر الصالحة فيه . وعن هذا الطريق يتمرس رجال المجلس بالأعمال الإدارية ويفيدون خبرة ، فيها ، وتنضج تجاربهم ، حتى إذا عادوا إلى المجلس كانوا أبصر بأمور الادارة ، وأوفر استعداداً لمعالجتها ، فيقوم التعاون بين الادارة والمجلس على أسس قوية من الفهم الصحيح والثقة المتبادلة .

أقول الثقة المتبادلة ، لأن هذه الثقة هي أول شيء ينبغي أن يسود فيما يقوم من علاقات بين المجلس والادارة . وبغير هذه الثقة لا يستقيم

أمر ولا تصلح حال . فتبقى أحكام المجلس معطلة عن التنفيذ ، وتبقى نظمه ناقصة . ولا تأمن الإدارة من ناحيتها الزلل ، وتتعثر فى خطواتها ، وتنحرف فى تصرفاتها عن الطريق السوى .

إن المجلس فى حاجة إلى معونة السلطة التنفيذية وإلى جميل ثقته . فهو يبنى إصلاح نظمه القائمة حتى يتمكن من تأدية رسالته على الوجه المرضي . وقد عدت كثيراً من وجوه الإصلاح فى التقرير السنوى المنشور فى مكان آخر من هذا العدد . فهل تراه مستطيعاً أن يستكمل الناقص من نظمه بدون تعاون وثيق يقوم بينه وبين السلطة التنفيذية ، ومن غير تجاوب قوى فى الشعور بالثقة بينه وبين الإدارة !

• • •

وأحب فى هذا المقام أن أقف قليلاً عند إصلاح خطير أشرت إليه فى التقرير السنوى وأعود إليه هنا . وقد سبق أن نوهت به عقب انقضاء فترة الانتقال وزوال المحاكم المختلطة . وفى هذا أيضاً ينبغى أن يقوم التعاون الوثيق بين السلطة التنفيذية والمجلس حتى يتحقق الإصلاح المرجو . فقد منع مجلس الدولة فى مصر أن يكون صاحب الولاية العامة فى جميع المنازعات الادارية قيام المحاكم المختلطة . وكانت هذه المحاكم هى صاحبة الولاية على الأجانب فى قضاء التضمين . ولما أنشئ مجلس الدولة انفرد بقضاء الالغاء وشارك المحاكم المختلطة فى قضاء التضمين ، إذ لم يكن من المستطاع . . أن ينفرد بقضائى الالغاء والتضمين . والآن وقد زالت المحاكم المختلطة ، فقد حان الوقت الذى يصير فيه لمجلس الدولة ولايته العامة فى المنازعات الادارية ، وأن ينفرد بهذه الولاية فلا يشاركه فيها قضاء آخر . ولست أول من يقول بذلك . فقد سبقنى إلى التنبؤ به فقيه من اكبر فقهاء القانون الادارى فى فرنسا ، الأستاذ فالين Waline ، وتوقع أن يكون فى زوال المحاكم المختلطة فرصة تتاح لمجلس الدولة فى أن يتسع اختصاصه فتصبح ولايته عامة .

• • •

إن الإدارة ومجلس الدولة إذا تعاوننا وسادت الثقة فيما بينهما صار كل منهما قوياً ومجلس الدولة فى حاجة إلى القوة . والإدارة القوية فى حاجة إلى مجلس دولة قوى . ومصر فى حاجة إلى الاثنين جميعاً .

وبعد فمجلس الدولة فى مصر أصبح حقيقة واقعة لا يمكن الرجوع فيها ، ولا يستطيع الانتقاص منها . وكل ركن قام لكفالة العدالة والحرية لا يستطيع أحد أن يهدمه .

قد يبطئ المجلس فى سيره ، وقد يتعثّر فى خطاه ، وقد يرجع خطوة إلى الوراء وهو يتابع التقدم إلى الأمام . ولكنه سيقوى ، وسيصلب عوده ، وسيواصل السير ، وسيصل إلى الغاية .

القاهرة فى أول يناير سنة ١٩٥٠ .

مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية

بقلم

عبد الرزاق أحمد السنهورى

رئيس مجلس الدولة

تمهيد

تخدم هذه المجلة القانون العام . وهو قانون فى مراحله الأولى من التطور . ولم يخلص لرجال القانون فى مصر الوعى به والتفرغ لتحصيله إلا منذ سنوات قليلة ، وبخاصة منذ إنشاء مجلس الدولة ، فإن هذا المجلس هو البيئة الطبيعية التى ينشأ فيها القانون العام وينمو ويتزعرع .

وفىما تعنى به المجلة من مسائل القانون العام مسألة تعد من امهات المسائل فيه ، هى الدفاع عن مبدأ سيادة الدستور (principe de coustetionnalité) وعن مبدأ سيادة القانون (principe de légalité) . فنشرت فى عددها الأول بحثين قيمين للأستاذين الكبيرين السيد على بك وعبد السلام زهنى بك فى رقابة القضاء لدستورية القوانين . ولما كان مبدأ هذه الرقابة قد أصبح مقررأ فى قضاء مجلس الدولة فى مصر ، فقد اخترت فى هذا البحث أن أعرض لدستورية القوانين فى ذاتها ، فأبين متى يكون القانون غير دستورى . وأحسب أن هذا البحث يأتى هنا فى ترتيبه الطبيعى . فإذا تقرر رقابة القضاء لدستورية القوانين ، وجب أن نعرف متى تنبسط هذه الرقابة ببيان الأحوال المختلفة التى يكون فيها التشريع مخالفاً لنصوص الدستور أو لمبادئه .

وهذه البحوث تهدف جميعاً إلى غرض واحد ، هو توثيق رقابة القضاء على أعمال السلطات العامة ، توطيداً لمبدأى سيادة الدستور

وسيادة القانون ، والحق أن الديمقراطيات التي لم ترسخ لها قدم في الحكم الديمقراطي الصحيح هي في أشد الحاجة إلى رقابة القضاء . ذلك أن كل ديمقراطية ناشئة لم تنضج فيها المبادئ الديمقراطية ، ولم تستقر هذه المبادئ عندها في ضمير الأمة ، تكون السلطة التنفيذية هي أقوى السلطات جميعاً ، تتغول السلطة التشريعية وتسيطر عليها ، وتتحيف السلطة القضائية وتنقص من استقلالها . والدواء الناجع لهذه الحال هو العمل على تقوية السلطة القضائية . فهي أدنى السلطات الثلاث إلى الإصلاح ، إذ القضاة نخبة من رجال الأمة ، أشربت نفوسهم احترام القانون ، وانغرس في قلوبهم حب العدل ، وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية . ولا يقدر لهذا المبدأ قيام واستقرار إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حر مستقل يحميه من الاعتداء ، ويدفع عنه الطغيان (١) .

وأحب أن أنبه القارئ منذ البداية أنني لا أقوم هنا ببحث فلسفي ، بل ولا ببحث يرمى إلى إصلاح في النظام الدستوري القائم . ولكني أقوم ببحث واقعي عملي ، هو تطبيق دقيق للنصوص الدستورية المعمول بها فعلاً . ومن ثم أكثر من الاستناد إلى هذه النصوص ، وأخذت نفسي

(١) وللأستاذ ديجيه (Duguit) في هذا الصدد قول مأثور ، فقد كتب في الجزء الثالث من مبسوطه في القانون الدستوري ما يأتي : « يسود مبدأ المشروعية جميع نواحي القانون الحديث . . . ولكن حتى يتاح لهذا المبدأ أن ينتج كل آثاره ، يجب التسليم بمبدأ ثان يكمله ، وهو ضروري مثله ، إذ أن الإخلال به يصير بمبدأ المشروعية إلى العدم . ففي كل البلاد المتحضرة التي تعيش في ظل قانوني يجب أن تقوم جهات قضائية ذات نظام متين ، تتألف من رجال ذوي كفاية ، يكونون مستقلين كل الاستقلال عن السلطة السياسية . ويجب الاعتراف بأن الأحكام التي تصدر من هذه الجهات هي أحكام واجبة الاحترام من الحاكم والمحكوم على السواء . وعلى جميع الهيئات العامة أياً كانت ، من البرلمان إلى أصغر مجلس محلي ، ومن رئيس الدولة إلى أصغر الموظفين شأنه ، أن يسلموا بوجوب احترامها » .

-Le principe de légalité domine tout le droit moderne . . . Mais pour que le principe de légalité puisse produire tous ses effets, il faut admettre un second principe qui le complète et qui est indispensable parce que, s'il n'est pas respecté, le principe de légalité est réduit à néant, tout pays civilisé sous le régime (* droit, il faut qu'il y ait des juridictions fortement organisées composées d'hommes compétents et absolument indépendants dit pouvoir politique; il faut que les décisions prises par ces juridictions soient reconnues comme s'imposant également au respect des gouvernants et des gouvernés; il faut que tous les organes publics quels qu'ils soient, depuis le plus haut de l'Etat jusqu'au plus humble des citoyens, soient soumis à la loi. (Duguit, Dr. Const. 2ème E'd III p. p. 503, 553).

بتفسيرها تفسيراً أميناً . ولم يثننى عن ذلك أن يجيء البحث ممعناً فى الواقعية ، لا أثر فيه للخيال ، فأنا جد عليم بدقة الموضوع الذى أطرقه ، وأن الواقعية فيه هى خير عاصم من الزلل .

والخطة التى أسير عليها فى البحث ، حتى يكون بحثاً واقعياً ، هى أن أجرى فى شأن التشريع (loi) على النهج الذى جرى عليه الفقهاء فى شأن القرار الإدارى (acte administratif) ، فأجعل التشريع والقرار الإدارى شيئين متماثلين من حيث مخالفة الأول للدستور ومخالفة الثانى للقانون . وألم فى هذه الكلمة التمهيدية إماماً سريعاً بوجوه الطعن فى القرار الإدارى ، حتى احتذى الخطة عينها فى بيان وجوه الطعن فى التشريع .

بدأ قضاء الإلغاء فى فرنسا بوجه واحد ، هو الطعن فى القرار الإدارى بعدم اختصاص الموظف الذى أصدره . قرر هذا الوجه تشريع من تشريعات الثورة هو قانون ٧ - ١٤ أكتوبر سنة ١٩٧٠ . وما لبث الوجه أن اتسع حتى شمل وجهين آخرين اعتبراً مكملين للوجه الأول : الطعن فى القرار لعيب فى الشكل ، والطعن فيه لإنحراف فى استعمال السلطة ، (détournement de pouvoir)^(١) . وقد قام هذا التوسع على اعتبار أنه إذا شاب القرار عيب فى الشكل ، فإن الموظف الذى أصدره يكون بمثابة موظف غير مختص بإصداره ، إذ الموظف لا يكون مختصاً بإصدار قرار إلا إذا حاطه بالشكل الواجب قانوناً . كذلك إذا انحرف الموظف فى إصدار قرار عن الغاية التى رسمها القانون ، أصبح غير مختص . ومن ثم كان العيب فى الشكل والانحراف فى استعمال السلطة ملحقين بعيب عدم الاختصاص ومكملين له كما أسلفنا القول . وهذه هى الوجوه الثلاثة الأولى فى قضاء الإلغاء .

ومنذ صدر ذكر يتو ٢ نوفمبر سنة ١٨٦٤ يعفى قضاء الإلغاء من وساطة المحامى ، مال مجلس الدولة فى فرنسا إلى التوسع فى هذا القضاء حتى ينتفع أكبر عدد من المتقاضين بهذه المزية ، فأدخل وجهاً رابعاً للطعن فى القرار الإدارى ، هو خرق القانون والحقوق المكتسبة (violation de la loi et des droits acquis) وقد كان هذا الوجه من قبل داخلاً فى القضاء

(١) انظر فى تسمية هذا الوجه بالانحراف فى استعمال السلطة بدلاً من « التعسف فى استعمال السلطة » رسالة الدكتور سليمان الطماوى فى التعسف فى استعمال السلطة .

الكامل (le contentieux de la pleine juridiction) ، يحكم فيه بالتعويض لا بإلغاء القرار المطعون فيه ، فانتقل إلى قضاء الإلغاء لينتفع بالمزية التي تقدم ذكرها . وكان يشترط لتحقيقه في أول الأمر ألا يقتصر القرار المطعون فيه على مخالفة نص في القانون ، بل يجب أيضاً أن يمس حقاً مكتسباً . ومن ثم لم يكن يكفي فيمن يتمسك بهذا الوجه أن يكون له مجرد مصلحة في طلب الإلغاء ، بل يجب أن يكون له حق قائم قد مسه القرار المطعون فيه . ثم تطور هذا الوجه ليصبح كالوجوه الثلاثة الأولى ، يكفي فيه التمسك بمجرد المصلحة . ثم لم يصبح ضرورياً أن يكون هناك نص قانوني صريح خالفه القرار الإداري المطعون فيه ، بل يكفي أن يكون هذا القرار قد خالفه القانون بوجه عام ، كما إذا عارض حكماً حاز قوة الشيء المقضي أو مس حقاً نشأ من عقد أو من قرار إداري سابق . ومن ثم اقتصر على أن يسمى هذا الوجه الرابع بمخالفة القانون (violation de la loi) ، أي مخالفة القاعدة القانونية (violation de la règle drait) ، وحذف مع النسمية المساس بالحق .

وجد أخيراً وجه خامس للطعن في القرار الإداري أمام قضاء الإلغاء ، هو انعدام الأسباب التي بنى عليها القرار (inexistence des motifs) . وانعدام الأسباب يرد على ثلاث . فهو في صورة أولى يكون انعداماً واقعياً (inexistence de fait) للأسباب ، بأن تذكر للقرار أسباب غير صحيحة ، مثل ذلك أن يفصل موظف بناء على طلبه ثم يتبين أنه لم يقدم طلباً بذلك ، أو أن يتخطى موظف في الترقية بسبب توقيع عقوبة تأديبية عليه ثم يتبين أنه لم يوقع عليه أية عقوبة . وهو في صورة ثانية يكون انعداماً قانونياً (inexistence de droit) للأسباب ، بأن تكيف الأسباب تكييفاً قانونياً خاطئاً ، مثل ذلك إن ترفض الإدارة الترخيص في البناء بدعوى أن الموقع يجاور أثراً من الآثار التاريخية ثم يتبين أن تكيف الموقع المجاور بأنه أثر تاريخي غير صحيح قانوناً . وهو في صورة ثالثة يكون انعداماً واقعياً لأسباب يشترطها القانون لصحة القرار الإداري ، مثل ذلك أن يرقى موظف على أساس أنه أمضى المدة اللازمة للترقية ثم يتبين أنه لم يمض هذه المدة . ونرى أن هذا الوجه الخامس ليس وجهاً مستقلاً للطعن إلا في أحد نواحيه فانعدام الأسباب ، إذا كان انعداماً قانونياً أو واقعياً لأسباب يشترط توافرها لصحة القرار الإداري ، يختلط بوجه

الطعن بمخالفة القانون . اما إذا كان انعداماً واقعياً محضاً ، فإن كان معلوماً من الموظف الذى أصدر القرار ، اختلط بوجه الطعن بالانحراف فى استعمال السلطة . ولا يكون انعدام الأسباب وجهاً مستقلاً إلا إذا كان انعداماً واقعياً يجهله الموظف الذى أصدر القرار ، فعندئذ يكون هناك خطأ فى الواقع (erreur de fait) يعيب القرار الإدارى ويجعله قراراً باطلاً . وقد جرى قضاء مجلس الدولة فى مصر على اعتبار انعدام الأسباب يندرج فى الطعن بمخالفة القانون من حيث قصور التسبب الذى قام عليه الحكم ، إذ يكون الحكم فى هذه الحالة قد انبنى على أسباب لا تستند إلى أصول ثابتة فى الأوراق ولا يستساغ استخلاصها الوقائع الثابتة فى الدعوى .

ويمكن إرجاع وجوه الطعن الخمسة المتقدم ذكرها إلى أركان القرار الإدارى الخمسة . ذلك أن كل قرار إدارى يقوم على خمسة أركان : فهو قرار يصدره موظف مختص بإصداره ، فى الشكل الذى يوجبه القانون ، لإنشاء مركز قانونى ، صادراً عن أسباب معينة ، ومستهدفاً لغاية تتفق مع المصلحة العامة . فالاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية ، هذه هى أركان القرار الإدارى . ولكل ركن منها عيب يتصل به ، ويقوم عليه وجه من وجوه الطعن فى قضاء الالغاء . فركن الاختصاص يقابله وجه الطعن بعدم الاختصاص . وركن الشكل يقابله وجه الطعن بعيب فى الشكل . وركن المحل يقابله وجه الطعن بمخالفة القانون . وركن السبب يقابله وجه الطعن بانعدام الأسباب . وركن الغاية يقابله وجه الطعن بالانحراف فى استعمال السلطة .

هذه المامة عجلى بوجوه الطعن بالالغاء ، أى بأسباب بطلان القرار الإدارى . وتقسم هذه الأسباب عادة إلى طائفتين : أسباب شكلية (causes formelles) وهى انعدام الاختصاص والعيب فى الشكل ، وأسباب مادية (causes matérielles) وهى مخالفة القانون وانعدام الأسباب والانحراف فى استعمال السلطة . ونحن نؤثر أن نرد أربعة من هذه الأسباب - انعدام الاختصاص والعيب فى الشكل ومخالفة القانون وانعدام الأسباب - إلى أصل واحد هو مخالفة القانون ، ونميز عنها سبب الانحراف فى استعمال السلطة . فيكون القرار الإدارى باطلاً إما لأنه خالف القانون فى نصوصه وأحكامه (المتعلقة بالاختصاص أو بالشكل أو بالمحل أو بالسبب) ، أو لأنه خالفه فى روحه وفحواه . ذلك أن الانحراف فى استعمال السلطة عيب

يتميز بطبيعته عن غيره من العيوب . فالقرار الإداري المشوب بعيب الانحراف وحده يكون ظاهر الصحة باطن البطلان ، أما القرار المشوب بعيب آخر فهو قرار باطل باطناً وظاهراً . وعيب الانحراف له من الخصائص ما يبرر تمييزه . فهو عيب باطن غير ظاهر كما قدمنا ، ومن ثم فهو عيب خفى . وهو لا يقوم إلا حيث يكون للإدارة سلطة تقديرية (pouvoir discrétion) ومن ثم يتميز عن العيوب التي تلازم السلطة المحددة (pouvoir lié) . وهو عيب احتياطي (subsidaire) لا يبحث إلا عند انعدام العيوب الأخرى .

فإذا خلاص لنا مما تقدم أن للقرار الإداري أركاناً خمسة ، وأن بطلان القرار الإداري يرجع إلى سببين رئيسيين هما مخالفة القانون والانحراف في استعمال السلطة الإدارية ، وأردنا أن نجرى في شأن التشريع على هذا النهج كما سلف القول فنجعل التشريع والقرار الإداري شيئين متماثلين ، أمكن أن يكون للتشريع هو أيضاً أركان خمسة ، وأن يرد البطلان فيه إلى سببين رئيسيين . فالأركان هي الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية ، غير أننا ندمج هنا السبب في الغاية ، لأن أسباب التشريع ، وتوجد عادة في مذكرته الإيضاحية أو في ديباجته أو في الأعمال التحضيرية بوجه عام ، تكشف عن الغاية منه أو تعين على ذلك . والسببان الرئيسيان لبطلان التشريع هما مخالفة الدستور ، والانحراف في استعمال السلطة التشريعية .

فنستعرض في قسم أول من هذا البحث مخالفة التشريع للدستور . وهذا ما يقابل مخالفة القرار الإداري للقانون ، ويتعلق سبب البطلان فيه بركن من أركان الاختصاص والشكل والمحل .

ونستعرض في قسم ثان الانحراف في استعمال السلطة الإدارية ، ويتعلق سبب البطلان فيه بركن الغاية .

ولما كان البحث لا يزال بكراً ، فقد أثرنا أن يكون بحثاً تحليلياً ، نكثر فيه من التطبيقات ، مستعرضين نصوص الدستور في كثير من المواطن . فإذا ما مهدت شعاب البحث ، وجمعت أطرافه ، ووطئت أكنافه ، كان للباحثين بعد ذلك أن يعمدوا إلى التركيب (synthèse) ، فيستخلصوا من تطبيقاته الكثيرة مبادئ يمكن الوقوف عندها .

القسم الأول

مخالفة التشريع للدستور

(الاختصاص والشكل والمحل)

الاختصاص والشكل ركنان شكليان فى التشريع ، ومن اليسير أن نكشف العيب الذى يلحق أيا منهما . ومهما يكن من أمر الخلاف فى شأن رقابة القضاء لدستورية القوانين ، فمن الواضح أن تشريعاً يصدر من جهة غير مختصة أو دون مراعاة الأوضاع الدستورية لا يستطيع القضاء أن يصبر عليه ، ولا يستسيغ لنفسه أن يطبقه فيما يعرض له من القضية .

أما المحل فهو ركن موضوعى فى التشريع . ولكنه يتفق مع ركنى الاختصاص والشكل فى أن كلا من هذه الأركان الثلاثة لا يجعل الدستور فيه للمشرع إلا سلطة محددة (pouvoir lié) ، إذا جاوزت كان من السهل تبين هذه المجاوزة والتعقيب عليها .

ونستعرض الآن هذه الأركان الثلاثة .

(١)

الاختصاص

صاحب الاختصاص فى التشريع هو الملك والبرلمان . وتقول المادة ٢٤ من الدستور فى هذا الصدد : « السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسى الشيوخ والنواب » . ثم تقول المادة ٢٥ : « لا يصدر قانون إلا إذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك » . والقانون هو قاعدة عامة مجردة ، وسنعود إلى هذه المسألة فى شىء من التفصيل . أما الآن فيعنيها أن نقرر أن البرلمان إذا قرر قانوناً بالمعنى المتقدم ، وصدق الملك على القانون ، فهذا القانون تشريع من الناحيتين الشكلية والموضوعية . هو تشريع من الناحية الشكلية لأنه صدر من صاحب الاختصاص فى التشريع . وهو تشريع من الناحية الموضوعية لأنه حكم عام مجرد .

وقد يصدر التشريع، أى الحكم العام المجرد، من غير السلطة التشريعية فى الحدود التى يرسمها الدستور. وقد نص الدستور فى مواضع أربعة على منح السلطة التنفيذية اختصاصاً فى تقرير تشريعات أصلية وفرعية. فنصت المادة ٤١ من الدستور على أن تمنح السلطة التنفيذية اختصاصاً فى تقرير تشريعات للضرورة، تسمى مراسيم بقوانين (décrets-lois)، أو لوائح تشريعية. ونصت المادتان ٤٥ و ١٥٥ من الدستور على جواز إعلان الأحكام العرفية على الوجه المبين فى قانون خاص بهذه الأحكام، ويمنح هذا القانون السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية، وهى جزء من السلطة التنفيذية، حق إصدار أوامر عرفية لها قوة القانون. وقضت المادة ٤٤ من الدستور بمنح السلطة التنفيذية اختصاصاً فى إصدار لوائح مستقلة (autonomes) لترتيب المصالح العامة. وقضت المادة ٣٧ من الدستور باختصاص السلطة التنفيذية فى وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، وتسمى هذه اللوائح باللوائح التنفيذية (règlements en exécution). ونضيف إلى هذه الحالات الأربع، التى منح فيها الدستور السلطة التنفيذية حق إصدار تشريعات، حالة خامسة قضى فيها العرف الدستورى بأن يكون للسلطة التنفيذية اختصاص فى تقرير لوائح البوليس، وهى لوائح مستقلة كلوائح المصالح العامة. وفى جميع هذه الحالات الخمس نرى تشريعاً، أى حكماً عاماً مجرداً، يصدر من السلطة التنفيذية. فهو تشريع من الناحية الموضوعية لأنه حكم عام مجرد، وهو قرار إدارى من الناحية الشكلية لأنه يصدر من السلطة التنفيذية.

وقد يعكس الدستور الوضع، فيجعل للسلطة التشريعية اختصاصاً فى إصدار قرارات إدارية فردية. من ذلك ما نصت عليه المادة ١٣٧ من الدستور من أن عقد القروض العمومية ومنح الالتزام والاحتكار لا يكون إلا بقانون، وما نصت عليه المادة ١٣٨ من أن ميزانية الدولة يجب تقديمها إلى البرلمان لفحصها واعتمادها. والنصوص التى تجعل للسلطة التشريعية اختصاصاً فى إصدار قرارات إدارية فردية ترد فى الدستور على سبيل الحصر، وسنعود إليها فى مكان آخر. وهذه القرارات الإدارية التى تصدر من السلطة التشريعية هى كما قدمنا قرارات فردية وليست إجمالاً

عامة مجردة . فهي قرارات إدارية من الناحية الموضوعية لأنها فردية ،
وهي قوانين من الناحية الشكلية لأنها تصدر من السلطة التشريعية^(١) .
نسوق كل هذا لنستخلص منه بعض الحالات التي يجوز أن يكون فيها
التشريع معيياً من ناحية الاختصاص . ونورد الآن أمثلة على ذلك ، بعضها
تشريعات تصدر من غير السلطة التشريعية في غير ما نص عليه الدستور ،
وبعضها قرارات إدارية تصدر من السلطة التشريعية في غير ما جعله
الدستور على سبيل الحصر من اختصاص هذه السلطة .

تشريعات الضرورة :

تنص المادة ٤١ من الدستور على أنه : « إذا حدث فيما بين أدوار
انعقاد البرلمان ما يوجب الإسراع إلى إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ،
فللملك أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون بشرط ألا تكون
مخالفة للدستور . وتجب دعوة البرلمان إلى إجتماع غير عادي وعرض
هذه المراسيم عليه في أول إجتماع له ، فإذا لم تعرض أو لم يقرها أحد
المجلسين زال ما كلن لها من قوة القانون » . ولا نعرض هنا لتشريعات
الضرورة إلا بمقدار اتصالها بمسألة الاختصاص التي نعالجها في هذا
المقال . ونلاحظ بادئ الأمر أن المرسوم بقانون الذي يصدر بالتطبيق
للمادة ٤١ من الدستور ، وإن كان يعتبر تشريعاً في موضوعه لأن يشتمل
على قواعد عامة مجردة ، إلا أنه كما قدمنا يعتبر قراراً إدارياً . في شكله
لأنه يصدر من السلطة التنفيذية . فإذا كان باطلاً ، كان لمحكمة القضاء
الإداري في مجلس الدولة أن تقضى بإلغائه بإعتباره قراراً إدارياً إذ العبرة
في اختصاص هذه المحكمة بالمعيار الشكلي لا بالمعيار الموضوعي ، ذلك
أن رقابتها تنبسط لا على القرارات الادارية الفردية فحسب ، بل على السلطة
التنفيذية ذاتها بجميع ما يصدر عنها من أعمال ، سواء كانت هذه الأعمال
إدارية أو تشريعية . فتقضى المحكمة في هذه الأعمال بالالغاء ولو كانت

(١) وقد صدر حكم من محكمة القضاء الإداري يبسط هذه القواعد في وضوح . ويقرر أن الأصل
في السلطة التشريعية أن تقوم بأعمال التشريع ، أي بوضع قواعد عامة مجردة ، والخروج على هذا
الأصل يقتضي نصاً صريحاً في الدستور ، والأصل في السلطة التنفيذية أن تقوم بأعمال التنفيذ . وهي
أعمال تقوم على حالات فردية ذاتية ولا شأن لها بالقواعد العامة المجردة . والخروج على هذا الأصل
يقتضي أيضاً نصاً صريحاً في الدستور (محكمة القضاء الإداري في ١٨ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة
مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري السنة الرابعة رقم ١٨١ ص ٥٧٩) .

تشريعات بحسب موضوعها . وعلى العكس من ذلك إذا صدرت من السلطة التشريعية أعمال إدارية باطلة ، فإن محكمة القضاء الإداري لا تقضى بالغائها ، بل تمتنع عن تطبيقها كما تفعل فى القوانين غير الدستورية . ونعالج الآن تشريعات الضرورة من ناحية الاختصاص . فالأصل أن الدستور جعل للسلطة التنفيذية اختصاصاً فى إصدار تشريعات عند الضرورة ، ورسم لهذا الاختصاص الاستثنائى حدوداً ضيقة . فإذا صدر تشريع من السلطة التنفيذية مجاوزاً لهذه الحدود ، كان التشريع باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة . وقد رأينا أن المادة ٤١ من الدستور تشترط ، لى تكون السلطة التنفيذية مختصة بإصدار تشريعات الضرورة أو اللوائح التشريعية كما يدعوها بعض الفقهاء فى مصر ، أن تلتزم هذه السلطة حدوداً فى الزمن وحدوداً فى الموضوع :

١ - فحدود الزمن هى أن يصدر التشريع فيما بين أدوار انعقاد البرلمان ، أى فى وقت العطلة البرلمانية . أما إذا كان البرلمان منعقداً فإنه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تستقل بإصدار تشريع قبل عرضه على البرلمان ، وإلا كان التشريع باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة . ولا يعزف الدستور المصرى ما يسمى فى فرنسا باللوائح التفويضية ، إذ يجيز الدستور الفرنسى للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية فى إصدار مراسيم لها قوة القانون ولو وقت انعقاد البرلمان على أن تعرض على البرلمان بعد صدورها .

فإذا كان البرلمان غير منعقد ، جاز للسلطة التنفيذية فيما بين أدوار الانعقاد فى الفصل التشريعى الواحد ، بصريح النص ، أن تصدر تشريع الضرورة . بقى أن يكون البرلمان غير منعقد إما لأنه مؤجل مدة الشهر التى نص عليها الدستور فى المادة ٣٩ وإما لأن مجلس النواب قد حل وفقاً للمادة ٣٨ من الدستور . وفى هاتين الحالتين لا نكون فيما بين أدوار الانعقاد بالمعنى الحرفى لهذه العبارة ، بل نكون فى دور انعقاد واحد فى حالة التأجيل أو بين فصلين تشريعين فى حالة الحل .

فهل يجوز قياس هاتين الحالتين على حالة صدور تشريع الضرورة فى الفترة ما بين دورى انعقاد فى فصل تشريعى واحد ؟ نقتصر هنا على الإشارة إلى أن الفقه فى مصر لا يرى القياس لأسباب ثلاثة . أولها أن نص

المادة ٤١ من الدستور نص استثنائي فلا يصح التوسع فيه ، ويجب قصره فى حدود الزمن على ما بين ادوار الانعقاد كما يقضى صريح النص . والسبب الثانى أن النص الفرنسى للمادة ٤١ من الدستور المصرى يوجب دعوة البرلمان فوراً *immédiatement* إلى الانعقاد فى دور غير عادى ، وهذا لا يتهياً فى حالة التأجيل لأن البرلمان إذا دعى فى فترة التأجيل دعى إلى دور عادى ، ولا فى حالة الحل لأن مجلس النواب يكون فى هذه الحالة غير موجود فلا تتسنى دعوة البرلمان فوراً لا إلى دور عادى ولا إلى دور غير عادى . والسبب الثالث أن الدستور إذا كان قد اطمأن إلى السلطة التنفيذية فحول لها إصدار تشريعات الضرورة فيما بين ادوار الانعقاد ، فذلك لأنها على وفاق مع السلطة التشريعية وستعرض عليها هذه التشريعات فوراً فى دور غير عادى . أما فى حالتى التأجيل والحل فالسلطة التنفيذية على خلاف مع السلطة التشريعية ، وما يجوز فى حالة الوفاق لايجوز فى حالة الخلاف .

ولكن العمل جرى على جواز صدور مراسيم بقوانين فى أثناء حل مجلس النواب وفى أثناء تأجيل البرلمان . وقع ذلك فى الفترة ما بين فبراير وأبريل سنة ١٩٣٨ وفى الفترة ما بين نوفمبر سنة ١٩٤٤ ويناير سنة ١٩٤٥ وفى الفترة ما بين نوفمبر سنة ١٩٤٩ ويناير سنة ١٩٥٠ وكان مجلس النواب فى أثناء هذه الفترات محلولا ، ووقع ذلك أيضاً فى فترة تأجيل البرلمان فى شهر مارس سنة ١٩٥٣ وفى فترة حله بعد ذلك .

ولا شك فى أن الفقه على حق من الناحية العلمية فى تفسيره للمادة ٤١ من الدستور هذا التفسير الضيق ، فالنص لا يعرض إلا لفترة حددها هى الفترة ما بين ادوار الانعقاد ، فخرجت فترة التأجيل والفترة ما بين فصلين تشريعيين لحل مجلس النواب وذلك للأسباب التى تقدم ذكرها . وقد راعى دستور سنة ١٩٣٠ أن يتسع النص لفترة الحل فجرى على الوجه الآتى : « إذا حدث فيما بين ادوار الانعقاد أو فى فترة الحل » على أن الأمر يقتضى إمعاناً فى النظر . إذ يبقى بعد ذلك أن نرى ماذا تفعل السلطة التنفيذية إذا قامت حالة من حالات الضرورة لتشريع مستعجل فى فترة الحل أو فترة التأجيل ؟ يذهب أكثر الفقهاء إلى تطبيق احكام نظرية الضرورة فى هذه الحالة . وقد جرى العمل فى انجلترا وأمريكا ، إذا تخذت

إجراءات غير دستورية اقتضتها الضرورة، أن يصدر بعد إنتهاء حالة الضرورة هذه ما يسمى بقانون التضمينات (bill of indemnity) ليبرىء السلطة التنفيذية من المسؤولية عما اتخذته من إجراءات غير دستورية. وحدث في فرنسا أن أصدرت الحكومة في غيبة البرلمان مراسيم تشريعية اقتضتها الضرورة، فأصدر البرلمان بعد ذلك سلسلة من القوانين في ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ وفي ٣ من أغسطس سنة ١٩١٥ نص فيها على أن هذه المراسيم التشريعية التي صدرت في حالة الضرورة يقرها البرلمان بتشريع ليصبح لها قوة القانون من تاريخ صدورها، فيجاز مرسوم الضرورة بقانون من قوانين الاجارة أو الاقرار (loi de rectification ou de confirmation). ومن ذلك يظهر الفرق واضحاً بين مرسوم تشريعي يصدر وفقاً للمادة ٤١ من الدستور ومرسوم تشريعي يصدر وفقاً لأحكام الضرورة. فإن المرسوم إذا لم يقره أحد المجلسين سقط في الحالة الثانية بأثر رجعي، وبقيت آثاره في الحالة الأولى فلا يسقط إلا من وقت عدم الاقرار. على أن هناك من يذهب إلى أن مرسوم الضرورة تشريع كامل يبقى قائماً إلى أن ينسخ بتشريع آخر، فلا يسقط بأثر رجعي، ويجب لنسخه موافقة كل من المجلسين إذا كان البرلمان منعقداً، وبهذا الرأي أفتى أحد المستشارين الملكيين في عهد سابق. ويتبين من ذلك أن أمر الضرورة في أحكامها العامة غير منضبط. فمرسوم الضرورة، في رأى، ينزل في القوة عن مرسوم تشريعي صدر وفقاً للمادة ٤١ ويعلو على هذا المرسوم التشريعي في رأى آخر. فإذا أضفنا إلى ذلك أن المادة ٤١ ليست في حقيقة أمرها إلا التطبيق التشريعي لنظرية الضرورة في حالة معينة، تبين أن الرأي القائل بتطبيق المادة ٤١ كلما اقتضت الضرورة السلطة التنفيذية إصدار مرسوم تشريعي في حالتي التأجيل والحل إنما هو رأى يواجه بعض الحاجات العملية. ومهما يكن من أمر فإن هناك فترة، لم تتحقق حتى اليوم في تاريخ الدستور المصري، هي الفترة ما بين فصلين تشريعيين عن تحديد مجلس النواب تجديداً عادياً في غير حالة الحل. فقد نصت المادة ١١٤ من الدستور على أن «تجرى الانتخابات العامة لتجديد مجلس النواب في خلال الستين يوماً السابقة لانتهاء مدة نيابته». ومقتضى هذا النص أن مجلس النواب الجديد يوجد عقب إنتهاء مجلس النواب القديم. ومن الطبيعي، حتى إذا تمت الانتخابات في أثناء العطلة

البرلمانية، أن الحكومة تدعو البرلمان إلى الانعقاد حتى يتمكن المجلس الجديد من تنظيم أعماله الداخلية في حالة تجديد المجلس تجديداً عادياً، كما تطلب في حالة الحل، تحديد لاجتماع المجلس الجديد. فإذا لم تدع الحكومة البرلمان إلى الانعقاد قبل يوم السبت الثالث من شهر نوفمبر، اجتمع البرلمان بحكم القانون في اليوم المذكور. وتفصل في كل حال فترة من الزمن بين قيام المجلس الجديد وانعقاد البرلمان، حتى ولو دعى البرلمان للانعقاد قبل ذلك. فإذا اقتضت الضرورة إصدار تشريع مستعجل في هذه الفترة، يجوز للحكومة اللجوء إلى المادة ٤١ لإصدار هذا التشريع بالرغم من أن العطلة البرلمانية هنا هي فترة ما بين فصلين تشريعيين لا فترة ما بين دورى انعقاد يبدو أن الحرج من اللجوء إلى المادة ٤١ في هذه الحالة أقل منه في حالة الحل، إذ لا يوجد هنا خلاف ظاهر بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وفي استطاعة الحكومة أن تدعو البرلمان إلى اجتماع غير عادي لتعرض عليه المرسوم التشريعي الذي اضطرت إلى إصداره.

وبيعى، قبل أن نترك حدود الزمن، أن نلاحظ ما وقع في تاريخ مصر الدستوري من وقف العمل بالدستور أو استبدال دستور آخر به. فقد نص، في فترة وقف الدستور أو في فترة الانتقال إلى دستور آخر، على أن تتولى السلطة التنفيذية التشريع عن طريق إصدار مراسيم لها قوة القانون، فهذه المراسيم تعتبر تشريعات كاملة لا تلغى إلا بتشريعات أخرى يوافق عليها المجلسان معاً إذا عادا إلى الوجود، ذلك أنها لم تصدر تطبيقاً للمادة ٤١، بل صدرت تطبيقاً لأمر ملكي يقضى بأن تتولى السلطة التنفيذية التشريع، فكل تشريع صدر على هذا الوجه يعتبر في قوة التشريع الذي صدر من البرلمان، إذ هو - كما قالت محكمة النقض - «تشريع صادر من سلطة مختصة لا يمكن إلغاؤه إلا بتشريع آخر من السلطة ذاتها أو ممن يحل محلها في التشريع على الوجه الذي يحدد لاختصاص من يحل محلها».

٢ - وحدود الموضوع هي أن يكون التشريع من التدابير التي لا تحتمل التأخير. وهذا هو مظهر الضرورة. وتقديرها متروك للسلطة التنفيذية. فتستطيع هذه السلطة أن تشرع في حدود الضرورة وبقدرها. ولها، في هذه الحدود، أن تنسخ تشريعاً أقره البرلمان. ولكن ليس لها أن تخالف الدستور. وقد ورد نص المادة ٤١ صريحاً في اشتراط عدم

مخالفة الدستور ، وهو شرط بديهي ، فإن التشريع الذي يقرره البرلمان لا يجوز أن يخالف الدستور ، فأولى بالتشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية إلا يكون مخالفاً له . على أن تصريح المادة ٤١ بهذا الشرط مفيد من ناحيتين . فهو ، من ناحية ، ينبه إلى أمر خطير قد تغفله السلطة التنفيذية وهي تحت ضغط الحاجة إلى إتخاذ تدابير استثنائية . وهو ، من ناحية أخرى ، يفسح مجالاً للقول بتحريم المرسوم التشريعي في المسائل التي ينص الدستور صراحة على أن يكون تنظيمها بقانون ، فلا يجوز تنظيمها عن طريق مراسيم الضرورة ، وذلك مثل تنظيم الحريات والحقوق العامة ومثل تعديل قانون الأحكام العرفية ، وسنعود إلى هذه المسألة في مكان آخر .

فإذا التزمت السلطة التنفيذية حدود الزمن وحدود الموضوع التي تقدم ذكرها ، كانت مختصة بإصدار تشريعات الضرورة على الوجه الذي بيناه . وهذه التشريعات تكون لها منذ صدورها قوة القانون . ولكن يجب على السلطة التنفيذية أن تدعو البرلمان إلى إجتماع غير عادي ، وأن تعرضها عليه في أول إجتماع له ، والا يرفضها أي من المجلسين^(١) . فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة ، بقي لتشريع الضرورة قوته القانونية بوجه نهائي ، ولا يجوز إلغاؤه إلا بقانون يقرره البرلمان أو بمرسوم له قوة القانون طبقاً للمادة ٤١ . ولكنه يبقى من الناحية الشكلية مرسوماً بقانون ، أي قراراً إدارياً ، ولا ينقلب إلى قانون . أما إذا اختل أحد هذه الشروط ، بأن لم يدع البرلمان إلى إجتماع غير عادي ، أو دعى ولكن لم يعرض عليه التشريع في أول إجتماع ، أو عرض التشريع ولكن رفضه أحد المجلسين ، زالت عن التشريع قوته القانونية من وقت تخلف الشرط الذي اختل ، وتبقى له قوته القانونية فيما قبل ذلك . فلا يكون لزوال القوة القانونية عنه إذن أثر رجعي .

والذي يعنينا هنا ، بعد أن بينا الحدود التي تكون فيها السلطة التنفيذية مختصة بإصدار تشريعات الضرورة ومدى ما لهذه التشريعات من قوة قانونية ، أن نعرض لأوجه الطعن التي يمكن التمسك بها عند مخالفة هذه الحدود والضوابط . فعندنا أنه يجب التمييز بين حالات ثلاث :

(١) وإن كان البرلمان مجتمعاً من قبل في دور غير عادي وجب عرض التشريعات عليه .

(الحالة الأول) إذا جاوز تشريع الضرورة حدود الزمن، بأن صدر والبرلمان منعقدا مثلاً، فالطعن فيه يكون عن طريق أنه صدر من جهة غير مختصة كما سبق القول. (والحالة الثانية) إذا جاوز تشريع الضرورة حدود الموضوع، فإن جاوزها من ناحية أن الضرورة غير قائمة، فالطعن فيه يكون عن طريق الانحراف في استعمال السلطة لأن الضرورة أمر يدخل في حدود السلطة التقديرية. ونلاحظ هنا أن تشريع الضرورة، وهو مرسوم بقانون، يعتبر قراراً إدارياً من الناحية الشكلية. فبطلانه لانعدام الضرورة يكون لانحراف في استعمال السلطة الإدارية، ويلغى المرسوم بقانون إذا طعن فيه بطريق مباشر، شأنه في ذلك شأن أى قرار إدارى باطل. وإن جاوز تشريع الضرورة حدود الموضوع من ناحية أنه مخالف للدستور، فالطعن فيه يكون عن طريق هذه المخالفة لأن السلطة هنا سلطة محددة لا سلطة تقديرية. (الحالة الثالثة) إذا جاوز تشريع الضرورة مدى قوته القانونية، بأن تخلف شرط من الشروط الثلاثة التى تقدم ذكرها فزالت عنه هذه القوة، فيكون التشريع غير موجود، والطعن فيه إذا هو طبق بعد ذلك يكون عن طريق مخالفة الدستور.

هذه هي الرقابة القضائية التى تبسط على تشريعات الضرورة. ويحسن أن نشير إلى الفرق بين هذه الرقابة والرقابة البرلمانية. فالبرلمان من شأنه أن يقدر، عند عرض التشريع عليه، ما إذا كان من المناسب أن يوافق على أحكامه، فتبقى للنشر قوة القانونية، أو لا يوافق عليها، فتزول هذه القوة من غير أثر رجعى. أما القضاء فعليه أن يراقب توافر الشروط التى تقدم ذكرها من حدود فى الزمن وحدود فى الموضوع، فإن اختلف شرط منها ألغى التشريع باعتباره مرسوماً باطلاً منذ البداية، أى بأثر رجعى. ثم عليه أيضاً أن يراقب فى تشريع الضرورة مدى قوته القانونية، فإن جاوزها بتخلف شرط من الشروط الثلاثة التى تقدم ذكرها اعتبره تشريعاً قد زالت عنه القوة القانونية منذ تخلف هذا الشرط، أى بدون أثر رجعى.

ولا نرى ثمة ما يمنع البرلمان من أن يراقب هو أيضاً توافر الشروط فى تشريع الضرورة، فينتقل من رقابة الملاءمة (contrôle de l'opportunité) إلى رقابة المشروعية (contrôle de la légalité)، ويشترك فى هذه الرقابة

الأخيرة مع القضاء . ومن ثم يجوز لأحد المجاسين أن يعلن أن تشريع الضرورة قد صدر وقت انعقاد البرلمان ، أو أن حالة الضرورة لم تكن قائمة ، أو أن التشريع مخالف للدستور ، فيكون الموسوم بقانون باطلا منذ البداية بأثر رجعى ، لا منذ عدم إقراره بأثر غير رجعى كما هو الأمر فى رقابة الملاءمة . ولكن القضاء لا يتقيد بما يذهب إليه البرلمان فى ذلك . إذ للقضاء وحده الكلمة الأخيرة فى رقابة المشروعية .
وننتقل الآن من تشريعات الضرورة إلى الأحكام العرفية .

الأحكام العرفية :

تنص المادة ٤٥ من الدستور على أن « الملك يعلن الأحكام العرفية . ويجب أن يعرض إعلان الأحكام العرفية فوراً على البرلمان ليقرر استمرارها أو إلغائها . فإذا وقع ذلك الإعلان فى غير دور الانعقاد وجبت دعوة البرلمان للاجتماع على وجه السرعة » . وتنص المادة ١٥٥ من الدستور على أنه « لا يجوز لأية حال تعطيل حكم من أحكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً فى زمن الحرب أو أثناء قيام الأحكام العرفية وعلى الوجه المبين فى القانون . وعلى أى حال لا يجوز تعطيل انعقاد البرلمان متى توفرت فى انعقاده الشروط المقررة بهذا الدستور » .

ولا نعرض هنا أيضاً للأحكام العرفية إلا بمقدار اتصالها بمسألة الاختصاص التى هى موضوع البحث . ويتبين من النصين الدستوريين المتقدمى الذكر أن السلطة التنفيذية تكون مختصة بإصدار تشريعات فى حالة اعلان الأحكام العرفية إذا توافر شرطان : (الشرط الأول) أن تعلن هذه الأحكام على الوجه المبين فى الدستور ، ويكون ذلك بإصدار مرسوم بإعلان الأحكام العرفية فى إحدى الحالات التى يبينها القانون ، ويعرض هذا المرسوم فوراً على البرلمان ، ولو فى دور غير عادى ، ليقرر استمرار هذه الأحكام أو زوالها دون أن يكون لزوالها أثر رجعى . (والشرط الثانى) أن تصدر السلطة التنفيذية هذه التشريعات العرفية فى حدود الأحكام التى يبينها القانون .

وقد صدر هذا القانون فعلاً قبل نفاذ الدستور داته ، وهو القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ الخاص بنظام الأحكام العرفية ، يبين الحالات التى يجوز

ففيها إعلان هذه الأحكام ويرسم حدود اختصاص السلطة القائمة على إجرائها . ومن ذلك فرى أن نظام الأحكام العرفية فى مصر نظام دستورى لا نظام مطلق . إذ هو يخضع لمبدأ المشروعية (principe de legalité) بخضوعه للدستور وللقانون . ومن ثم تنبسط عليه رقابة القضاء . ففى الحدود التى بينها الدستور وقانون الأحكام العرفية . تكون السلطة التنفيذية مختصة بإصدار أوامر عرفية . فردية أو تنظيمية . وتكون للأوامر التنظيمية قوة القانون . ونذكر فى إيجار هذه الحدود طبقاً لقانون الأحكام العرفية الصادر- فى سنة ١٩٢٣ والقوانين المكملة له . حتى إذا تبين أن السلطة العرفية جاوزتها فى أحد التشريعات التى تصدرها . أمكن القول إن هذا التشريع باطل لعيب فى الاختصاص .

فقد نصت المادة الأولى من قانون الأحكام العرفية على أنه : يجوز إعلان الأحكام العرفية كلما تعرض الأمن أو النظام العام فى الأراضى المصرية أو فى جهة منها للخطر . سواء كان ذلك بسبب خطر إغارة قوات العدو المسلحة أو بسبب وفوق اضطرابات داخلية . ويضيف القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٨ إلى الحالتين المتقدمتين حالة جديدة موقته هى : تأمين سلامة الجيوش المصرية وضمان تموينها وحماية طرق مواصلاتها وغير ذلك مما يتعلق بحر كانها وأعمالها العسكرية خارج المملكة المصرية وحددت المادة الثالثة من قانون الأحكام العرفية اختصاصات القائم على إجراء هذه الأحكام . فهى محصورة فى مراقبة السلاح والتفتيش والرقابة على الصحف والرسائل وتحديد مواعيد العمل فى المحال العمومية وإعادة الأشخاص إلى مقر ولادتهم أو توطنهم والقبض على المتشردين والمشتبه فيهم ومنع الاجتماعات العامة ومنع التجول فى ساعات معينة وتنظيم استعمال وسائل النقل وإخلاء بعض الجهات أو عزلها والاستيلاء على وسائل النقل والمصالح والمصانع والمحلات الصناعية والعقارات والمنقولات والتكليف بأى عمل من الأعمال . وأجاز النص لمجلس الوزراء أن يضيق دائرة الحقوق المتقدمة أو أن يرخص فى اتخاذ أى تدبير آخر مما يقتضيه صون الأمن والنظام العام فى كل الجهة التى أجريت فيها الأحكام العرفية أو فى بعضها .

وفى الحدود المتقدمة الذكر يجوز للقائم على إجراء الأحكام العرفية - كما تنص المادة ١٥٥ من الدستور - تعطيل أى حكم من أحكام الدستور بقرار فردى أو قرار تنظيمى ، إلا أن يعطل انعقاد البرلمان متى توافرت فى انعقاده الشروط المقررة ، وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر . ومتى جاز بأمر عرفى تعطيل الدستور ، جاز من باب أولى تضمين قانون الأحكام العرفية نصاً يعطل حكماً من أحكام الدستور غير انعقاد البرلمان . ولما كان قانون الأحكام العرفية هو بمثابة الدستور للأوامر العرفية التى تصدر حدود أحكامه ، فلا يجوز بأمر عرفى تعديل هذا القانون .

وتبين مما تقدم أنه إذا صدر إجراء من السلطة التنفيذية فى الحدود التى رسمها الدستور والقانون ، كما إذا أعلنت الأحكام العرفية ولم يعرض الإعلان فوراً على البرلمان ، أو أعلنت فى غير الحالات التى حددها القانون ، أو جاوزت السلطة القائمة على إجرائها حدود اختصاصاتها ، كان الذى يصدر فى هذه الحالة إجراء باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة .

وقبل أن نترك موضوع الأحكام العرفية ، ونحن لم نتناوله إلا بقدر ما يتصل بمسألة الاختصاص كما سبق القول ، يعيننا أن نذكر مرة أخرى أن نظام الأحكام العرفية فى مصر ، مهما كانت اختصاصات القائم على إجرائها واسعة ، هو نظام دستورى لا نظام مطلق ، ثم هو نظام استثنائى لا نظام طبيعى . ومن ثم يجب أن يراعى فى شأنه الضوابط الآتية :

(أولاً) تفسر النصوص القانونية المتعلقة بهذا النظام تفسيراً ضيقاً . فلا يجوز التوسع فيها . فإذا ورد لفظ يحتمل معنيين ، كلفظ « المتشردين » والمشتبه فيهم » الوارد فى المادة الثالثة من قانون الأحكام العرفية ، وجب تفسيره لا بالمعنى الواسع بل بالمعنى الضيق المحدد فى قانون المتشردين والمشتبه فيهم ، وذلك حماية للحريات والحقوق العامة . وإذا أجاز قانون الأحكام العرفية لمجلس الوزراء أن يحدد فى اختصاصات السلطة القائمة على إجراء هذه الأحكام ، وجب أن تكون هذه الزيادة بقدر ما تقضيه الضرورة ، وبالنسبة إلى تدابير معينة بالذات ، فلا تجوز زيادة الاختصاصات فى عبارة عامة دون تخصيص للتدابير المراد إضافتها ، ولا فى ذات المرسوم الذى يعين القائم على إجراء الأحكام العرفية .

(ثانياً) للأحكام العرفية حدود تقف عندها ولا يصح أن تجاوزها ، وهذه الحدود تتلخص فى حاجات الحرب والتموين وصون الأمن والنظام العام . فأى أمر عرفى ، تنظيمياً كان أو فردياً ، لا يكون داخلاً فى هذه الحدود ، يكون باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة . ونلاحظ فى هذه المناسبة أن الأمر العرفى التنظيمى ، وهو التشريع الذى يصدر من السلطة العرفية ، يعتبر ، من ناحيه الشكل ، قراراً ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(ثالثاً) الموسوم الذى يعلن الأحكام للعرفية هو وحده الذى يعتبر عملاً من أعمال السيادة ، فلا يخضع لرقابة القضاء . أما الأوامر العرفية ، وهى الإجراءات والتدابير التى تتخذ فى ظل هذه الأحكام تنفيذاً لها ، فهى قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء ، سواء كانت قرارات فردية أو قرارات تنظيمية . ويستوى فى ذلك أن تكون هذه القرارات صادرة عن سلطة محددة أو عن سلطة تقديرية ، على أن يترك القضاء للقائم على إجراء الأحكام العرفية مجالاً واسعاً فى استعمال سلطته التقديرية^(١) .

(رابعاً) قوانين التضمنيات التى تعقب عادة إنتهاء الأحكام العرفية ، لرفع المسئولية عن السلطة التى قامت بإجراء هذه الأحكام ، يجب أن تكون مقصورة على التدابير والإجراءات التى اتخذت فى حدود الاختصاصات المخولة لهذه السلطة ، فترفع المسئولية عنها دون غيرها من التدابير والإجراءات التى جاوزت هذه الحدود . وسنعود لهذا الموضوع فى مكان آخر ، فنبحث دستورية قوانين التضمنيات ، من حيث عمومها وتجردها ومن حيث الأحكام التى تشتمل عليها .

اللوائح والقرارات التنفيذية واللوائح الادارية المستقلة :

نصت المادة ٣٧ من الدستور على أن « الملك يضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها » . ونصت المادة ٤٢ من الدستور على أن « الملك يرتب المصالح العامة » ونصت المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات على أن « من خالف أحكام اللوائح

(١) محكمة القضاء الإدارى فى دوائرها المجمعة فى ١٠ مايو ١٩٥٢ القضية رقم ٦٩٤ السنة السادسة القضائية .

العمومية أو المحلية الصادرة من جهات الادارة العمومية أو البلدية أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على العقوبات المقررة للمخالفات . فإن كانت العقوبة المقررة فى اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها . فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين قرشاً .

ويتبين من هذه النصوص أن السلطة التنفيذية تختص بإصدار تشريعات غير رئيسية - فوق التشريعات الرئيسية التى تختص بإصدارها فى حالة الضرورة وفى حالة إعلان الأحكام العرفية - فى حدود رسمها الدستور . وهذه التشريعات غير الرئيسية قسمان ، فهى إما تكون لوائح وقرارات تنفيذية لتشريعات رئيسية ، وإما أن تكون لوائح مستقلة (autonomes) مصلحية أو بوليسية .

والأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع كما قدمنا ، فهذا ليس من اختصاصها . وإذا تولته فى حالات استثنائية ، فإنما يكون اختصاصها فى ذلك مبنياً على نص دستورى ، كما هى الحال فى اللوائح والقرارات التنفيذية وفى اللوائح المصلحية حيث خولت المادتان ٣٧ و ٤٤ من الدستور السلطة التنفيذية هذا الاختصاص ، وكما هى الحال فى اللوائح البوليسية وهى لوائح توضع لحفظ الأمن (sécurité) والصحة (salubrité) والسكينة (tranquillité) حيث خول السلطة التنفيذية هذا الاختصاص عرف دستورى معترف به وقد أقرته المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات على الوجه الذى قدمناه . وقد رأينا أن المادتين ٤١ و ١٥٥ من الدستور تجعلان للسلطة التنفيذية حق إصدار تشريع رئيسى ، الأولى فى حالة الضرورة ، والثانية فى حالة إعلان الأحكام العرفية .

ولسنا هنا فى صدد بحث اللوائح الادارية التنفيذية منها والمستقلة ، إلا من ناحية الاختصاص ، وبحسبنا أن نذكر أن اختصاص التشريع فى هذه الدائرة المحدودة إنما أعطى للسلطة التنفيذية بمقتضى الدستور ذاته ، نصاً أو عرفاً ، وما كان يجوز تخويل الادارة اختصاصاً فى التشريع إلا عن طريق الدستور . أما القول بأن السلطة التشريعية فوضت الادارة فى التشريع فقول أصبح الآن مهجوراً ، لأن السلطة التشريعية لايجوز لها أن

تفوض جهة أخرى فيما جعله الدستور من اختصاصها هي . وإذا وجد نص في أحد القوانين يكلف السلطة التنفيذية أن تصدر من اللوائح والقرارات ما تنفذ به أحكام هذا القانون ، فهذا لايعتبر تفويضاً للإدارة في التشريع ، بل هي دعوة من السلطة التشريعية للإدارة أن تبأشر اختصاصها المنصوص عليه في المادة ٢٧ من الدستور .

في هذه الحدود الضيقة التي رسمها الدستور أو العرف الدستوري ، تكون الإدارة مختصة بالتشريع . فإذا هي جاوزت هذه الحدود ، وأصدرت تشريعاً لا يكون تنفيذياً أو مصلحياً أو بوليسياً ، كان هذا التشريع باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة .

وأكثر ما يكون ذلك عندما تصدر الإدارة لائحة تنفيذية تتعارض مع التشريع الأصلي أو تعدله أو تعطله أو تعفى من تنفيذه . فتكون هذه اللائحة باطلة . لا لمخالفتها للتشريع فحسب ، بل أيضاً لصدورها من جهة غير مختصة .

كذلك إذا أصدرت الإدارة لائحة ليست تنفيذياً لتشريع أو ترتيباً لمصلحة عامة أو تنظيمياً لشأن من شؤون البوليس . كانت هذه اللائحة باطلة لصدورها من جهة غير مختصة . فلا يجوز إذن للإدارة أن تتناول بتنظيم تشريعي شأناً من شؤون الحريات العامة أو حقاً من الحقوق العامة للأفراد كالحرية الشخصية أو حرية التجارة أو حق الملكية أو حق العمل ولا يجوز لها بنوع خاص أن تنظم بتشريع تصدره مسألة من المسائل التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون . والعكس غير صحيح . فلا شيء يمنع السلطة التشريعية من أن تصدر لوائح تنفيذية أو مصلحية أو بوليسية بقوانين يقررها البرلمان . ولا تكون هذه القوانين باطلة لصدورها من جهة غير مختصة . ذلك أن البرلمان هو صاحب السلطة التشريعية في الأصل . فهو يشارك السلطة التنفيذية فيما تختص به من تشريعات غير رئيسية . وينفرد بالاختصاص في التشريعات الرئيسية .

تشريع يصدر من جهة قضائية :

رأينا فيما قدمناه كيف يصدر تشريع من جهة إدارية ، ورسمنا الحدود التي تكون فيها الجهة الإدارية مختصة بالتشريع . ونتصور الآن تشريعاً يصدر لا من جهة إدارية . بل من جهة قضائية ، فهل يكون هذا التشريع صحيحاً ؟

السلطة القضائية لا تختص بالتشريع أصلاً . واختصاصها مقصور على الفصل فى الخصومات ، عن طريق قضائى أو عن طريق ولائى . فإذا جاوز القضاء حد الفصل فى خصومة معينة ، وقرر فى حكم من أحكامه قاعدة عامة مجردة ، لم تكن لهذه القاعدة قوة القانون إلا بقدر ما تكون تعبيراً صحيحاً عن القانون بالذات . فإن لم تكن كذلك فلا قوة لها ، ويجوز لمحكمة أخرى أن تخالفها ، بل تجوز المخالفة من المحكمة ذاتها التى أصدرت القاعدة . والحال غير ذلك فى القانون الانجليزى ، فإن هذا القانون يعترف بالقضاء مصدراً من مصادره . وكان للمحاكم الفرنسية فى العهود التى سبقت الثورة - وكانت هذه المحاكم تسمى بالبرلمانات (parlements) - الحق فى إصدار قواعد عامة مجردة هى تشريعات حقيقية ، ففقت الثورة الفرنسية على هذا الاختصاص . وأصبح الآن مسلماً أن المحكمة إذا أصدرت تشريعاً كان التشريع باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة .

وقد نصت المادة ٣٨ من قانون مجلس الدولة على أنه « إذا تبين لمجلس الدولة أو لقسم من أقسامه فى صدد بحث مسألة عرضت عليه أن التشريع غامض أو ناقص ، رفع إلى وزير العدل تقريراً فى هذا الشأن » . وظاهر أن هذا ليس اختصاصاً تشريعياً . وليس فى الأمر إلا دعوة لمجلس الدولة أن ينبه وزير العدل إلى تشريع غامض أو ناقص ، لعله أن يتدارك الأمر بالرجوع إلى السلطة التشريعية صاحبة الشأن وحدها فى إزالة الغموض وفى إكمال النقص .

ثم إن المادة ١٨ من قانون مجلس الدولة تنص على أنه « فيما عدا مواعيد رفع الدعوى يجوز للجمعية العمومية لمحكمة القضاء الإدارى أن تعدل مواعيد الاجراءات وأن تعين مواعيد للاجراءات التى لم تعين لها مواعيد فى هذا القانون . وتكون قرارات الجمعية الصادرة فى هذا الشأن نافذة بعد التصديق عليها بقرار من وزير العدل ونشره فى الجريدة الرسمية » . ونلاحظ فى صدد هذا النص أن الجمعية العمومية لمحكمة القضاء الإدارى قد وكل لها المشرع تعيين مواعيد الاجراءات ، فيما عدا مواعيد رفع الدعوى ، بوصف أنها هيئة إدارية لاهيئة قضائية ، ومن ثم جاز للمشرع أن يتطلب تصديق وزير العدل على قراراتها الصادرة فى هذا

الشأن . وتكون هذه القرارات بمثابة قرارات تنفيذية لتشريع رئيسى ، هو قانون مجلس الدولة ، الذى بسط الإجراءات للسلطة التنفيذية ، ممثلة فى الجمعية العمومية لمحكمة القضاء الإدارى وفى وزير العدل ، تتكفل بتعيينها ابتداء أو بتعديل ماتم تعيينه منها .

أما الاختصاصات التى خولها قانون مجلس الدولة لقسم التشريع وللجمعية العمومية لقسمى الرأى والتشريع فى صياغة مشروعات القوانين ومشروعات القرارات التنظيمية وفى مراجعتها فهى أيضاً اختصاصات تشريعية ، وفى حدود هذه الاختصاصات يعتبر مجلس الدولة سلطة إدارية ذات اختصاص تشريعى .

عمل إدارى يصدر من البرلمان دون أن ينص الدستور على اختصاص البرلمان به :

وننتقل هنا إلى وضع عكسى ، فنعرض لا إلى عمل تشريعى يصدر من غير البرلمان ، بل إلى عمل إدارى يصدر من البرلمان .

والأصل كما قدمنا أن البرلمان مختص بالتشريع لا بالتنفيذ ، فهو إذن غير مختص بالأعمال الإدارية . إلا أن الدستور وكل إليه اختصاصاً فى أعمال إدارية بالذات ذكرها على سبيل التحديد والحصر . فإذا صدرت منه كانت صادرة من جهة مختصة . وهذه الأعمال بعضها يصدر من البرلمان فى صورة قانون ، وبعض آخر يصدر من أحد المجلسين فى صورة قرار . أما الأعمال التى تصدر من البرلمان فى صورة قانون ، فقد حددها الدستور فى الأعمال الآتية .

(أولاً) القروض العامة ، والتعهد بإنفاق مبالغ من الخزانة لسنوات مقبلة ، والتزام المرافق العامة ، والاحتكار ، وإنشاء الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر أعمال الرى التى تهتم أكثر من مديرية وإبطالها ، والتصرف المجانى فى أملاك الدولة ^(١) .

(١) وقد جمعت هذه الأعمال المادة ١٢٧ من الدستور وتجرى على الوجه الأتى :

لا يجوز عقد قرض عمومى ولا تعهد قد يترتب عليه إتفاق مبالغ من الخزانة فى سنة أو سنوات مقبلة إلا بموافقة البرلمان . وكل التزام موضوعه استغلال موارد من مورد الثروة الطبيعية فى البلاد أو مصلحة الجمهور العامة وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون وإلى زمن محدود . يشترط اعتماد البرلمان مقدماً فى إنشاء أو إبطال الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر أعمال الرى التى تهتم أكثر من مديرية ، وكذلك فى كل تصرف مجانى فى أملاك الدولة .

(ثانياً) الميزانية ، والاعتمادات الإضافية ، والحساب الختامي^(١).

(ثالثاً) قيام الأحكام العرفية ، وإعلان الحرب الهجومية ، والتصديق على المعاهدات^(٢).

(رابعاً) الغفو الشامل^(٣).

(خامساً) تعيين مخصصات الملك هو وأوصياء العرش والبيت المالك ، وتعيين خلف له على العرش إذا لم يكن هناك من يخلفه ، وإجازته في أن يتولى مع ملك مصر أمور دولة أخرى^(٤).

(١) فقد نصت المادة ١٣٨ من الدستور على أن : الميزانية الشاملة لاءيرادات الدولة ومصروفاتها يجب تقديمها إلى البرلمان قبل ابتداء السنة المالية بثلاثة شهور على الأقل لفحصها واعتمادها . والسنة المالية يعينها القانون . وتقر الميزانية باباً باباً . ونصت المادة ١٤٣ من الدستور على أن : كل مصروف غير وارد بالميزانية أو زائد على التقديرات الواردة بها يجب أن يأذن به البرلمان . ونصت المادة ١٤٤ من الدستور على أن : الحساب الختامي للإدارة المالية عن العام المنقضى يقدم إلى البرلمان في مبدأ كل دور العقاد عادي لطلب اعتماده . ونصت المادة ١٦٦ من الدستور على أنه : إذا استحكم الخلاف بين المجلسين على تقرير باب من أبواب الميزانية يحل بقرار يصدر من المجلسين مجتمعين بهيئة مؤتمر بالأغلبية المطلقة . ويعمل بذلك إلى أن يصدر قانون بما يخالفه . انظر المادة ١٤٥ من الدستور فيها يتعلق بمزانية وزارة الأوقاف .

(٢) فقد نصت المادة ٤٥ من الدستور على أن : الملك يعلن الأحكام العرفية . ويجب أن يعرض إعلان الأحكام العرفية فوراً على البرلمان ليقرر استمرارها أو إلغائها . فإذا وقع ذلك الاعلان في غير دور الانعقاد وجبت دعوة البرلمان للاجتماع على وجه السرعة . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٤٦ من الدستور على ما يأتي : على أن إعلان الحرب الهجومية لايجوز بدون موافقة البرلمان . كما أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو نقص في حقوق سيادتها أو تحميل خزائنها شيئاً من النفقات أو مساس بحقوق المصريين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها البرلمان .

(٣) فقد نصت المادة ١٥٢ من الدستور على أن : الغفو الشامل لا يكون إلا بقانون .

(٤) فقد نصت المادة ٥٦ من الدستور على أنه : عند تولية الملك تعيين مخصصاته ومخصصات البيت المالك بقانون وذلك لمدة حكمه . ويعين القانون مرتبات اوصياء العرش على أن تؤخذ من مخصصات الملك . ونصت المادة ٥٣ من الدستور على أنه : إذا لم يكن من يخلف الملك على العرش فللملك أن يعين خلفاً له مع موافقة البرلمان مجتمعاً في هيئة مؤتمر . ويشترط لصحة قراره في ذلك حضور ثلاثة ارباع كل من المجلسين وأغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين . ونصت المادة ٥٤ من الدستور على أنه : في حالة خلو العرش لعدم وجود من يخلف الملك أو لعدم تعيين خلف له وفقاً لأحكام المادة السابقة يجتمع المجلسان بحكم القانون فوراً في هيئة مؤتمر لاختيار الملك ويقع هذا الاختيار في مدى ثمانية أيام من وقت اجتماعهما . ويشترط لصحته حضور ثلاثة ارباع كل من المجلسين وأغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين . ونصت المادة ٤٧ من الدستور على أنه : لايجوز للملك أن يتولى مع ملك مصر أمور دولة أخرى بغير رضاء البرلمان . ولا تصح مداولة أي من المجلسين في ذلك إلا بحضور ثلثي اعضائه على الأقل . ولا يصح قراره إلا بأغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين .

(سادساً) أعمال إدارية أخرى وقتية ، تولاهما الدستور ذاته طبقاً لما ورد فيه من الأحكام^(١) .

ويلاحظ أن جميع الأعمال التي تقدم ذكرها هي أعمال إدارية تصدر من البرلمان بمجلسيه . وقد نص الدستور في بعض منها على أن تصدر في صورة قانون ، وذلك في التزام المرافق العامة والاحتكار والعفو الشامل ومخصصات الملك والأوصياء على العرش والبيت المالك ، واقتصر في بعض آخر على تطلب موافقة البرلمان أو اعتماده أو إقراره أو رضائه . وقد جرت السوابق الدستورية على عدم التمييز بين عمل وآخر ، فتصدر هذه الأعمال جميعها في صورة قانون ، فيما عدا تقرير استمرار الأحكام العرفية .

والأعمال التي تصدر من أحد المجلسين ، في صورة قرار ، تقرب كثيراً من الأعمال القضائية . وهذه هي :

(أولاً) اتهام الوزراء والعفو عنهم^(٢) .

(ثانياً) الفصل في صحة النيابة ، والفصل من عضوية المجلس^(٣) .

(١) فقد نصت المادة ١٦١ من الدستور على أن ، مخصصات جلالة الملك الحالي (المغفور له مؤاد الأول) هي ١٥٠٠٠٠ جينه مصري . ومخصصات البيت المال هي ١١١٥١٢ جنيهاً مصرياً . ونيفي كما هي لمدة حكمه . وتحوز زيادة هذه المخصصات بقرار من البرلمان . ونصت المادة ١٦٢ من الدستور على أن يكون تعيين من يخرج من أعضاء مجلس الشيوخ في نهاية الخمس السنوات الأولى بطريقة القرعة . ومدة نيابة هؤلاء الشيوخ والنواب المنتخبين الأولى تنتهي في ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٨ . ونصت المادة ١٦٥ من الدستور على أن تعرض على البرلمان عند إنعقاده ميزانية سنة ١٩٢٣ - ١٩٢٤ المالية . ولايسرى القانون الذي يصدر بميزانية السنة المذكورة إلا عن المدة الباقية منها من يوم نشره . أما الحساب الختامي للإدارة المالية من سنة ١٩٢٢ - ١٩٢٣ فيعتبر كأنه مصدق عليه من البرلمان بالحالة التي صدق عليه بها مجلس الوزراء .

(٢) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٦ من الدستور على أن لمجلس النواب وحده حق اتهام الوزراء فيما يقع منهم من الجرائم في تادية وظائفهم . ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي الأراء . ونصت المادة ٧٢ من الدستور على أن لا يجوز العفو عن الوزير المحكوم عليه من مجلس الأحكام المخصوص إلا بموافقة مجلس النواب .

(٣) فقد نصت المادة ٩٥ من الدستور على أن يختص كل مجلس بالفصل في صحة نيابة أعضائه . ولا تعتبر النيابة باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثي الأصوات . ويجوز أن يعهد القانون بهذا الاختصاص إلى سلطة أخرى . وقد تمهد فعلاً قانون صدر حديثاً بهذا الاختصاص إلى محكمة النقض . ونصت المادة ١١٢ من الدستور على أنه لا يجوز فصل أحد من عضوية البرلمان إلا بقرار صادر من المجلس التابع هو له . ويشترط في غير أحوال عدم الجمع وأحوال السقوط المبينة بهذا الدستور وبقانون الانتخاب أن يصدر القرار بأغلبية ثلاثة أرباع الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس .

(ثالثاً) الإذن فى اتخاذ إجراءات جنائية نحو عضو البرلمان^(١). هذه هى الأعمال التى يختص بها البرلمان أو أحد جلسيه ، ذكرها الدستور على سبيل الحصر كما قدمنا . فلا يجوز للبرلمان أن يباشر عملاً إدارياً غيرها ، وإذا باشره كان هذا العمل باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة . ومن ذلك نرى أن منح الجنسية المصرية معين ، وهو عمل إدارى ، لا يجوز أن يصدر بقانون ، لأن الدستور لم يجعل هذا العمل من بين الأعمال الإدارية التى يجوز صدورها من البرلمان ، ومع ذلك فقد نصت المادة ٧ من قانون الجنسية الجديد (القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠) على أنه « يجوز دون توافر الشروط المنصوص عليها فى المادة ٥ منح الجنسية المصرية بقانون خاص لكل أجنبى يكون قد أدى للدولة خدمات جليلة » . وقبل ذلك نصت المادة ١١ من قانون الجنسية القديم (القانون رقم ١٩ لسنة ١٩١٩) على أنه « يجوز منح التجنس بمقتضى قانون خاص للأجنبى الذى يكون قد أدى خدمات جليلة لمصر وبدون أى شرط آخر » . فالنص فى هذين القانونين على جواز منح الجنسية المصرية بقانون لشخص معين نص باطل لمخالفته للدستور . والقانون الذى يصدر بمنح شخص معين الجنسية المصرية ، تطبيقاً لهذا النص الباطل ، هو أيضاً قانون باطل ، لأنه فى حقيقته عمل إدارى صدر من جهة غير مختصة . ولا يكسب شخص الجنسية المصرية إلا بمقتضى قواعد عامة مجردة يضعها البرلمان ، غير ناظر فيها إلى شخص معين بالذات ، وذلك تطبيقاً للمادة الثانية من الدستور وهى تفص على أن « الجنسية المصرية يحددها القانون » .

ولا فرق ، فى العمل الإدارى الذى لا يختص به البرلمان ، بين أن يصدر فى صورة عمل إدارى أو أن يصدر فى صورة تشريع ، فهو باطل فى الحالتين على السواء . وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر .

(١) فقد نصت المادة ١١٠ من الدستور على أنه « لا يجوز أثناء دور الانعقاد اتخاذ إجراءات جنائية نحو أى عضو من أعضاء البرلمان ولا القبض عليه إلا بإذن المجلس التابع هو له ، وذلك فيما عدا حالة التلبس بالجناية » .

الشكل

وينجب أيضاً، حتى يكون التشريع دستورياً، أن يكون قد استوفى الشكل الذى أوجبه الدستور. وأهم مسائل الشكل فى التشريع هى الإجراءات التى يجب اتباعها لاستصدار التشريع من البرلمان. وهذه الإجراءات نجد أسسها مدونة فى الدستور، وتفصيلاتها مبسطة فى اللائحتين الداخليتين لمجلس الشيوخ والنواب^(١).

أما الأسس المدونة فى الدستور فتتلخص فى أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس الشيوخ والنواب (م ٢٤)، ومن ثم لا يصدر قانون إلا إذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك (م ٢٥ وم ٣٤)، وتكون القوانين نافذة بإصدارها من الملك ويستفاد الإصدار من النشر فى الجريدة الرسمية (م ٢٦)، وإذا لم ير الملك التصديق على مشروع قانون أقره البرلمان رده إليه فى مدى شهر لإعادة النظر فإذا لم يرد القانون فى هذا الميعاد عد ذلك تصديقاً من الملك عليه وصدر (م ٣٥)، أما إذا رد وأقره البرلمان ثانية بموافقة ثلثى الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين صار له حكم القانون وأصدر، فإذا كانت الأغلبية أقل من الثلثين امتنع النظرية فيه دور الانعقاد نفسه فإذا عاد البرلمان فى دور انعقاد آخر إلى إقرار ذلك المشروع بأغلبية الآراء المطلقة صار له حكم القانون وأصدر (م ٣٦). وحق اقتراح القوانين يكون للملك وللمجلس الشيوخ والنواب عدا ما كان منها خاصاً بإنشاء الضرائب أو زيادتها فاقتراحه للملك وللمجلس النواب (م ٢٨). زكل مشروع قانون يحال إلى لجنة لفحصه (م ١٠٢ وم ١٠٣). وأدوار الانعقاد واحدة للمجلسين، فإذا اجتمع أحدهما أو كلاهما فى غير الزمن القانونى فالاجتماع غير شرعى والقرارات التى تصدر فيه باطلة بحكم القانون (م ٩٧)، وإذا حل مجلس النواب توقف جلسات مجلس الشيوخ (م ٨١). ومركز البرلمان مدينة القاهرة، على أنه يجوز عند الضرورة جعل مركزه فى جهة أخرى بقانون، واجتماعه فى غير المكان المعين له غير مشروع وباطل بحكم

(١) لا شأن لنا هنا بالتشريعات الأساسية التى يجوز بها تنفيذ الدستور، فهذه تشريعات اشترط فيها الدستور شروطاً خاصة جعلتها أصعب بكثير من التشريعات العادية (انظر المواد ١٥٦ و ١٥٨ ومن الدستور).

القانون (م ٩٠). وقبل أن يتولى أعضاء مجلسي الشيوخ والنواب عملهم يقسمون اليمين علناً بقاعة الجلسة (م ٩٤). وجلسات المجلسين علنية في الأصل ويجوز أن تكون سرية بشروط خاصة (م ٩٨). ولا يجوز لأي من المجلسين أن يقرر قراراً إلا إذا حضر الجلسة أغلبية أعضائه (م ٩٩). وفي غير الأحوال المشترط فيها أغلبية خاصة تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة وعند تساوى الآراء يكون الأمر الذي حصلت المداولة بشأنه مرفوضاً (م ١٠٠). ولا يجوز لأي المجلسين تقرير مشروع قانون إلا بعد أخذ الراي فيه مادة (م ١٠٤). وتعطى الآراء بالتصويت شفهيّاً أو بطريقة القيام والجلوس أو بالمناداة على الأعضاء بأسمائهم حسب الأحوال (م ١٠١). وكل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه البرلمان لا يجوز تقديمه ثانية في دور الانعقاد نفسه (م ١٠٦). وفيما عدا الأحوال التي يجتمع فيها المجلسان بحكم القانون فإنهما يجتمعان بهيئة مؤتمر بناء على دعوة الملك في الأحوال التي نص عليها الدستور (م ١٢٠).

هذه هي بوجه عام الإجراءات اللازمة لا ستصدار تشريع من البرلمان، نص عليها الدستور من حيث الزمان والمكان وكيفية فحص مشروع القانون والأغلبية اللازمة لاعتقاره ونظام اجتماع المجلسين ونصاب صحة الاجتماع وطريقة التصويت ونحو ذلك.

وفي اللائحتين الداخليتين لمجلسي الشيوخ والنواب نقراً تفصيلاً لهذه الإجراءات. فمشروعات القوانين ترد إلى المجلس من الحكومة مباشرة بمرسوم يعرض على مجلس الدولة أو من المجلس الآخر بعد إقرارها منه. وتحال من المجلس إلى اللجنة المختصة لفحصها وتقديم تقرير عنها. كما أن لكل عضوان يقدم للرئيس اقتراحاً بمشروع قانون، فيحال أولاً إلى لجنة الاقتراحات لتقدم عنه تقريراً، فإذا قرر المجلس نظر الاقتراح أحاله إلى اللجنة المختصة بنظر موضوعه. وعلى كل لجنة أن تقدم تقريراً في ظرف شهر من مدة العمل البرلماني عن كل موضوع يحيله المجلس إليها، ويقدم التقرير لرئيس المجلس لعرضه على المجلس. وتبدأ المداولة بمناقشة المشروع إجمالاً من حيث المبدأ، ثم يؤخذ الراي على قبوله أو رفضه. فإذا تقرر القبول يشرع المجلس في مناقشة مواده مادة مادة

بعد تلاوة كل منها ، ويؤخذ الراى على كل مادة . ثم يؤخذ الراى على مجموع المشروع فى مرحلة تالية ، ويكون الاقتراع النهائى على القوانين فى مجموعها بالنداء بالاسم . وإذا قرر المجلس بلا تعديل مشروع قانون سبق للمجلس الآخر تقريره ، رفع هذا المشروع إلى الملك للتصديق عليه .

والإجراءات التى قدمناها . ما ورد منها فى الدستور وما جاء فى اللائحتين الداخليتين ، بعضها جوهرى جزاء الإخلال به بطلان التشريع ، وبعضها غير جوهرى لا يترتب على الإخلال به البطلان . وعلى فقهاء القانون الدستورى أن يميزوا هذه الإجراءات بين ما هو جوهرى وما هو غير جوهرى ، ناظرين فى كل إجراء إلى الغاية التى توخيت فى وضعه . ويغلب أن يكون الإجراءات التى وردت فى الدستور جوهرية ، وإن كان هذا لا يتحم ، وبعضها يصرح الدستور أن الإخلال به جزاؤه البطلان أما الإجراءات التى وردت فى اللائحتين الداخليتين فبعضها جوهرى وبعضها غير جوهرى .

ونورد ، على سبيل التمثيل ، حالات نرى أن الإجراء فيها جوهرى ، وأخرى نرى الإجراء فيها جوهرى ، وثالثة هى محل للنظر .

حالات الإجراء فيها جوهرى :

١ - إذا نظر أحد المجلسين مشروع قانون فى غير دور الانعقاد ، أو نظره مجلس الشيوخ ومجلس النواب منحل ، كان الاجتماع غير شرعى ، ومن ثم يكون التشريع الذى يقره هذا المجلس باطلا من ناحية الشكل .

٢ - إذا اجتمع أحد المجلسين فى غير المكان المعين له وأقر مشروع قانون ، كان اجتماعه غير شرعى ، وكان التشريع باطلا من ناحية الشكل .

٣ - إذا اجتمع المجلس دون أن تحضر الجلسة أغلبية أعضائه ، وأقر تشريعاً ، كان هذا التشريع باطلا من ناحيته الشكلية .

٤ - إذا أقر المجلسين مشروع قانون دون أن تسبق إحالته على اللجنة المختصة ، كان التشريع باطلا كذلك .

٥ - إذا قدم أحد أعضاء مجلس الشيوخ مشروع قانون بإنشاء ضريبة ، فأقره البرلمان ، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل لأن أعضاء

مجلس الشيوخ لا يملكون اقتراح القوانين بإنشاء ضريبة أو زيادتها كما سلف القول .

٦ - إذا رد الملك دون تصديق مشروع قانون ، ثم أقر البرلمان المشروع مرة ثانية فى الدور نفسه بالأغلبية المطلقة ، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل ، لأن الأغلبية الخاصة التى يتطلبها الدستور فى هذه الحالة لم تتوافر .

٧ - إذا اختلف المجلسان فى مشروع قانون غير الميزانية ، واجتمع البرلمان فى مؤتمر وأقر المشروع ، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل . ويختلط هنا الشكل بالاختصاص ، لأن المؤتمر غير مختص إلا بأمور معينة ذكرها الدستور على سبيل الحصر .

حالات الاجراء فيها غير جوهري :

١ - إذا تأخرت اللجنة التى أحيل إليها مشروع القانون أكثر من شهر فى تقديم تقريرها ، لم يكن هذا التأخر موجبا للبطلان .

٢ - إذا اقترح أحد أعضاء البرلمان مشروع قانون ، ولم يحل على لجنة الاقتراحات قبل إحالته على لجنة الموضوع ، كما تقضى المادة ١٠٣ من الدستور ، لم يكن هذا موجبا للبطلان .

٣ - إذا انعقد أحد المجلسين بهيئة سرية بناء على طلب الرئيس - لا بناء على طلب الحكومة أو عشرة من الأعضاء كما تقضى المادة ٩٨ من الدستور - فقرر المجلس أن تجرى المناقشة فى جلسة سرية ، فالتشريع الذى يقرره المجلس فى هذه الجلسة السرية لا يكون باطلا من ناحية الشكل .

٤ - إذا أخذ الراى ، فى مشروع قانون ، على المبدأ والمواد فى وقت واحد ، لم يكن هذا موجبا للبطلان .

٥ - إذا أقر مجلس النواب مشروع قانون من حيث المبدأ ومن حيث المواد ، ثم أخذ الراى بالاسم على المشروع فى الجلسة ذاتها لا فى جلسة تالية ، لم يكن هذا موجبا للبطلان .

حالات الاجراء فيها للنظر :

(١) إذا قدمت الحكومة مشروع قانون إلى البرلمان ، وجب أن تقدمه في صورة مرسوم بمشروع قانون ، فيوافق عليه مجلس الوزراء ويمضيه الملك ، ثم يقدم بعد ذلك إلى البرلمان لإقراره . وهذا الحكم يستخلص من المادة ٢٨ من الدستور إذ تنص على أن للملك حق اقتراح القوانين . ولكن تقديم مشروع القانون ، بعد أن يقره البرلمان ، إلى الملك للتصديق عليه ، هل يشترط فيه هو أيضاً موافقة مجلس الوزراء ؟ لا نرى هذا واجباً . وقد كان العمل يجري على إرجاع مشروعات القوانين بعد إقرارها من البرلمان إلى مجلس الوزراء للموافقة على رفعها إلى الملك للتصديق عليها حتى يتحقق من ناحية الشكل أن الملك يستعمل سلطة التصديق بواسطة وزرائه ، ثم عدل عن ذلك ، وأصبحت مشروعات القوانين ترفع رأساً إلى الملك من رئيس مجلس الوزراء .

(٢) إذا أعدت الحكومة مشروع قانون لتقديمه إلى البرلمان ، ووضعته من أجل ذلك في صورة مشروع مرسوم ، وجب عليها أولاً أن تعرض هذا المشروع على قسم التشريع بمجلس الدولة لصياغة . فإذا هي لم تعرضه ، واستصدرت المرسوم بمشروع القانون وقدمته إلى البرلمان فأقره وصدق عليه الملك ، أيكون التشريع باطلاً بسبب أنه لم يعرض على قسم التشريع بمجلس الدولة ؟ يذهب بعض الفقهاء إلى بطلان التشريع في هذه الحالة ، ويحتج لذلك بأن نص المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة صريح في وجوب أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين ، فأى مرسوم بمشروع قانون لم يصغه قسم التشريع يكون باطلاً من ناحية الشكل ، فإذا بنى على هذا المرسوم الباطل تشريع كان التشريع باطلاً هو أيضاً ، وما بنى على الباطل فهو باطل . ولا يقدر في صحة هذا الرأي أن البرلمان هو صاحب التشريع ، وأنه هو الذي وضع المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة وأوجب بها أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين ، فله أن يستثنى من هذا الحكم العام مشروعاً معيناً أقره هو وإن لم يصغه قسم التشريع . فالرد على الاعتراض يسير ، إذ من المسلم أنه لا يجوز لجهة تضع قاعدة تنظيمية أن تستثنى من حكم هذه القاعدة حالة فردية قبل أن تقوم بتعديل القاعدة بحيث تتسع لهذا الاستثناء . كذلك لا يقدر في صحة هذا الرأي الزعم بأن القول به يضيف شيئاً لم يقل به الدستور ، وأن

نصوص الدستور لا تتطلب في التشريع أن يذوغة قسم التشريع بمجلس الدولة بل كل ما يتطلبه هو موافقة البرلمان وتصديق الملك . ذلك أن المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة . إذ توجب أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين ، لا تضيف جديداً على أحكام الدستور ، بل هي تؤكد هذه الأحكام وتكفل الدقة في تنفيذها ، فإن الصياغة التي يتولاها قسم التشريع تتوخى كغرض من أهم أغراضها ألا يتعارض التشريع مع الدستور ، وهذا التعارض يأباه الدستور ويستنكره ، فتكون المادة ٣٥ كقيلة بتنفيذ أحكام الدستور وليس من شأنها أن تضيف على هذه الأحكام شيئاً جديداً .

ولكننا ، بالرغم من هذه الحجج القوية التي يسوقها أصحاب هذا الرأي لتأييده ، لا نشاركهم فيه . وعندنا أن التشريع الذي لم يسبق عرضه على قسم التشريع بمجلس الدولة لا يكون باطلاً . ونقول بذلك ، لا لأن العرض على قسم التشريع ليس واجباً ، بل هو أمر واجب ، والمادة ٣٥ صريحة في هذا المعنى . وللبرلمان أن يرد المشروع إلى الحكومة لتعرضه على قسم الشريع . ولكن هذا العرض ، مع أنه إجراء واجب ، ليس بإجراء جوهري حتى يترتب على الإخلال به البطلان . ونرجع في ذلك إلى الغرض الذي توخاه المشرع عندما أوجب عرض مشروعات القوانين والقرارات التنظيمية على قسم التشريع لصياغتها . لقد أراد من وراء ذلك إقامة مجلس الدولة رقيباً لا على السلطة التشريعية بل على السلطة التنفيذية عندما تقترح مشروع قانون أو عندما تصدر قراراً تنظيمياً ، حتى لا تصطدم في مشروع قانونها بالدستور وحتى لا تتعارض في قرارها التنظيمي مع القوانين . فرقابة مجلس الدولة إذن مبسطة على السلطة التنفيذية وحدها . أما السلطة التشريعية فلم ترد أن تقيم من مجلس الدولة رقيباً عليها ، وهي تتحقق بنفسها في نهاية الأمر من أن مشروع القانون المعروض عليها لا يصطدم بالدستور . لذلك كان العرض على قسم التشريع ، من حيث هو رقابة على مشروعات القوانين ، ليس بإجراء جوهري ، فلا يكون الإخلال به موجباً لبطلان التشريع أما العرض على قسم التشريع ، من حيث هو رقابه على القرارات التنظيمية ، فهو إجراء

جوهري ، والإخلال به يترتب عليه بطلان القرار التنظيمي . وقد صدر بهذا المعنى الأخير حكم حديث من محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة^(١) .

(٣) إذا عرض على أحد المحامين مشروع قانون وجب أخذ الرأي فيه مادة : بهذا الإجراء تقضى المادة ١٠٤ من الدستور ، وهو إجراء جوهري . ولكن يسبق هذا مداولة المجلس في المشروع من حيث المبدأ وأخذ الرأي على قبوله أو رفضه من الناحية وحدها . وقد رأينا أنه يجوز أخذ الرأي على المبدأ والمواد في وقت واحد دون أن يكون ذلك موجباً للبطلان . فتقديم الرأي في المبدأ على الرأي في المواد ليس بالإجراء الجوهري . ولكن إذا لم يؤخذ الرأي في المبدأ إطلاقاً ولم يتداول المجلس فيه ، لا قبل مناقشة المواد ولا عند مناقشتها ، بل تداول المجلس رأساً في المواد وأقرها مادة مادة ، أيكون هذا إجراء جوهرياً يترتب على الإخلال به البطلان ؟ قد تختلف الأنظار في ذلك ، ونحن نرى أن هذا الإجراء ليس بجوهري ، لأن الموافقة على المواد تفترض ضمناً إقرار المبدأ .

(٤) إذا اقترح عضو البرلمان مشروع قانون ورفضه البرلمان ، فإن المادة ١٠٦ من الدستور لاتجيز تقديم هذا المشروع ثانية في دور الانعقاد نفسه . فهل تقديم المشروع في دور الانعقاد نفسه يعتبر إجراء جوهرياً وهل إذا قدم العضو المشروع ثانية في دور انعقاد نفسه وأقره البرلمان ، يكون التشريع باطلاً ؟ لانظر ذلك ، لأن المادة ١٠٦ إنما هي خطاب من الدستور لعضو البرلمان الذي قدم المشروع ، ينهاء فيه عن إضاعة وقت البرلمان في أمر سبق له أن رفضه ، وليست خطاباً للبرلمان ينهاء فيه عن إقرار المشروع في دور الانعقاد نفسه إذا كان البرلمان قد رجع عن رايه في المشروع ورأى إقراره .

(٥) إذا أقر البرلمان مشروع قانون ولم يصدق عليه الملك ولكن لم يردده في مدى شهر لإعادة النظر فيه ، أو صدق عليه وأصدره ولكن لم ينشر ، فإن مشروع القانون يصبح قانوناً بالرغم من عدم النشر في الحاليتين . فالنشر إذن ليس بإجراء جوهري ، بل ولا بإجراء واجب ، في قيام القانون . ولكنه إجراء واجب في نفاذه . ويتربى على ذلك أنه

(١) محكمة القضاء الإداري في ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ (قضايا رقم ٤٨١ و ٤٨٩ و ٥٨٠ و ٥٨٦)

٥٩٠ السنة الرابعة القضائية).

إذا امتنعت السلطة التنفيذية عن نشر قانون وافق عليه البرلمان وصدق عليه وأصدره ، لم يكن هذا القانون نافذاً . ولكن امتناع الحكومة عن نشره يكون أمراً مخالفاً للدستور ، ويعتبر هذا الامتناع قراراً إدارياً سلبياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء . فإذا هو الغى فعلاً ، ولكن القانون مع ذلك لم ينشر ، سيكون القانون نافذاً بمقتضى حكم الإلغاء ، أم أن النشر الفعلى إجراء جوهري لنفاذ القانون ؟ قد يقال هنا إن الحكمة من نشر القانون هو حصول العلم به ، والعلم لا يحصل إلا بالنشر الفعلى ، وإذا امتنعت الحكومة عن نشر القانون تكون قد امتنعت عن تنفيذ حكم الإلغاء ، ولا يعدل التنفيذ مجرد قيام الحكم فيما يقتضى التنفيذ فيه عملاً إيجابياً مادياً ، ولكن للمحكوم له فى هذه الحالة أن يرجع على الحكومة بالتعويض . على أن هناك رأياً يذهب إلى أن نشر القانون فى مضابط البرلمان يعدل نشره فى الجريدة الرسمية ، وهذا الرأى محل للنظر .

(٣)

المحل

ويجب كذلك حتى يكون التشريع دستورياً أن يكون محله غير مخالف للدستور . ونستعرض فى هذا الصدد مبدأين أساسيين :

(أولاً) حتى يكون محل التشريع غير مخالف للدستور ، يجب أن يكون متفقاً مع مبدأ الفصل ما بين السلطات ، وهو مبدأ مستفاد من المواد ٢٣ إلى ٣١ من الدستور .

(ثانياً) ويجب أيضاً أن يكون محل التشريع غير مخالف لنص من النصصرص الدستورية التى ترسم للمشرع سلطة محددة (pouvoir lié) . أما ما يكون للمشرع فيه سلطة تقديرية (pouvoir discrétionnaire) ، فهذه هى منطقة الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، لا منطقة مخالفة الدستور ، كما سنرى .

أولاً - مبدأ الفصل بين السلطات

تنص المادة ٢٣ من الدستور على أن «جميع السلطات مصدرها الأمة ، واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور» . وتنص المادة ٢٤ على أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسى الشيوخ

والنواب». وتنص المادة ٢٥ على أنه «لا يصدر قانون إلا إذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك». وتنص المادة ٢٩ على أن «السلطة التنفيذية يتولاها الملك في حدود هذا الدستور» وتنص المادة ٣٠ على أن «السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها».

ويفهم من هذه النصوص أن الدستور وزع السلطات الثلاث - التشريعية والتنفيذية والقضائية - على هيئات ثلاث فصل فيما بينها ، وجعل كل هيئة . تباشر سلطة معينة منها ولا تباشر غيرها .

فالبرلمان - ويشترك معه الملك أى السلطة التنفيذية فى الحدود التى رسمها الدستور - يباشر السلطة التشريعية ، ولا يباشر سلطة تنفيذية أو سلطة قضائية إلا إذا كان هذا على سبيل الاستثناء وبمقتضى نص خاص فى الدستور كما سبق القول .

والإدارة تباشر السلطة التنفيذية ، ولا تباشر سلطة تشريعية أو سلطة قضائية إلا إذا كان هذا على سبيل الاستثناء ، وبمقتضى نص خاص فى الدستور أو بمقتضى عرف دستورى كما أسلفنا^(١) .

والقضاء يباشر السلطة القضائية . وترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها يكون بقانون» (م ١٢٥ من الدستور) . وكذلك الحال فى المحاكم العسكرية ، إذ نص الدستور على أن «يوضع قانون خاص شامل لترتيب المحاكم العسكرية ويبان اختصاصها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها» (م ١٣١) . والسلطة القضائية لا تعمل إلا عن طريق الفصل فى الخصومات ، ولا يجوز أن تصدر تشريعاً أو قراراً إدارياً .

ونلمح من هذا معنى الفصل بين هذه السلطات الثلاث . فالسلطة التشريعية عملها هو التشريع . والسلطة التنفيذية عملها هو تطبيق هذا التشريع على الحالات الفردية . والسلطة القضائية عملها هو الفصل فى الخصومات التى تقوم فى شأن هذا التطبيق .

ولما كان بحثنا مقصوراً على السلطة التشريعية ، وكان عمل هذه السلطة هو التشريع كما قدمنا ، فعلياً الآن أن نبين الطبيعة القانونية

(١) وتباشر الإدارة سلطة قضائية عن طريق اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى . وهذا فى بمقتضى عرف دستورى .

للتشريع ، حتى إذا خرج عمل البرلمان عن هذه الطبيعة ، لم يكن تشريعاً وكان باطلاً لمخالفة محله للدستور .

طبيعية التشريع :

التشريع قاعدة عامة مجردة (règle générale et abstraite) . هذه هي طبيعته ولا يجوز أن يخرج عنها . فإذا وضع البرلمان تشريعاً ، ولم يكن هذا التشريع قاعدة عامة مجردة ، بل كان قراراً فردياً وضع لحالة معينة بالذات ، كان باطلاً لخروجه عن طبيعة التشريع . ويحسن أن ننبه إلى الفرق بين ما نحن بصددده وما سبق أن قررناه من أن البرلمان إذا أصدر قراراً فردياً في غير الحالات التي نص عليها الدستور كان قراراً باطلاً . فنحن هنا نعرض إلى عمل يصدر من البرلمان على أنه تشريع لا على أنه قرار فردي ، فيجب أن يكون هذا الفعل متفقاً مع طبيعة التشريع في عمومته وتجرده ، وإلا كان باطلاً لعيب في المحل . أما هناك فكنا نعرض إلى عمل يصدر من البرلمان على أنه قرار فردي لا على أنه تشريع ، فيجب أن يكون هذا العمل داخلاً ضمن القرارات الفردية التي جعلها الدستور على سبيل الإستثناء من اختصاص البرلمان ، وإلا كان باطلاً لعيب في الاختصاص .

قلنا إن التشريع قاعدة عامة مجردة ، وهذا هو المعيار المادي critère matériel للتشريع ، وهو المعيار الذي يعتد به دون المعيار الشكلي critère formel . وإنما يعتد بالمعيار الشكلي عند تحديد مدى رقابة القضاء ، فالتشريع إذا صدر من سلطة تنفيذية كان قراراً إدارياً وفقاً للمعيار الشكلي ، وتكون رقابة القضاء عليه من حيث المدى هي عين رقابته على سائر القرارات الإدارية كما سبق القول . أما في غير رقابة القضاء فالمعيار الموضوعي هو المعتبر في التشريع .

ومعنى أن التشريع قاعدة عامة هو أنه لا يميز بين حالة فردية وحالة فردية أخرى مماثلة مما يدخل في نطاق تطبيقه ، بل يطبق على جميع الحالات الفردية المماثلة التي صدر منظمها لها على السواء ، وهو بهذا المعنى يحقق فكرة المساواة ، ومعنى أنه قاعدة مجردة هو أنه لا يوضع لحالة فردية بالذات ، بل يصدر مجرداً ليطبق على طائفة من الحالات الفردية ، فلا يستنفذ غرضه بمجرد تطبيقه على حالة منها ، وهو بهذا

المعنى ينفي فكرة التحيز ، ويلاحظ أن التشريع ، بحكم أنه قاعدة عامة ، يكون قاعدة مجردة . فصفة التجرد فرع عن صفة العموم . وهاتان الخصيصتان ، العموم والتجرد ، هما اللتان تضيفان على التشريع ما يمتاز به من القدرة على حماية الحقوق ، ويقول إسمان Esmein في هذا المعنى : « إن الذي يسبغ على التشريع ميزته في حماية الحقوق هو طبيعته ذاتها ، فهو لا يقرر شيئاً لمصلحة فردية بل يتوخى مصلحة الجميع ، ولا يضع قاعدة لفرد بالذات ، بل يضعها لجميع الناس ، وفي وقائع مستقبلية ، وعلى وجه دائم »^(١) .

فالتشريع إذا لم يكن عاماً مجرداً ، بل قصد إلى حالة فردية بالذات ، فقد طبيعة التشريع ، وكان باطلاً لمخالفته الدستور في محله . ويأتى ديجيه (Duguit) بأمثلة ثلاثة لتشريعات قصدت إلى حالات فردية ، فاعتبرها باطلة ، ولكنه قال إن القضاء الفرنسى لا يملك الرقابة عليها لأن القضاء فى فرنسا لا يجعل لنفسه أية رقابة على التشريع^(٢) . فقد صدر تشريع فرنسى فى ١٣ من يوليو سنة ١٩٠٦ يقضى بإعادة ضابط بالذات اسمه بيكار (Piequart) من الاستيداع إلى الخدمة العاملة وبترقيته . وصدر تشريع ثان فى اليوم ذاته بترقية الضابط دريفيس (Dreyfus) إستثناء من أحكام المادة ٤ من قانون ١٠ مارس سنة ١٨٨٠ . وصدر تشريع ثالث فى ٩ من يوليو سنة ١٩٠٧ يقضى بتسريح مجندى سنة ١٩٠٣ قبل الميعاد القانونى بإستثناء مجندى الفرقة السابعة عشرة من فرق المشاة الذين لم يطيعوا الأوامر التى صدرت لهم فى يوم ٢١ من يونيه سنة ١٩٠٧ من منتصف الليل إلى ظهر ذلك اليوم . ولا شك فى أن التشريعين الأولين ليسا إلا قراراتين فرديين ، أما الثالث فيختلف عنهما ، وسنعود إليه فما يلى .

(١) «Ce qui fait la vertu proterice de la loi, c'est sa conception même, qu'elle statue non dans un intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé mais à l'égard de tous pour l'avenir et à toujours» . (Esmein, Droit Const. 7 éd. I p. 23).

(٢) ديجيه فى القانون الدستورى طبعة ثانية ٢ ص ١٤٦ - ص ١٤٧ . ونرى أن تشريعاً يحل محل أمر عرفى ، كان قد صدر يحل جمعية بعينها . يكون تشريعاً باطلاً لأنه قصد إلى حالة فردية بالذات .

والحق أن فكرة العموم والتجرد التي تنطوى عليها طبيعة التشريع هي الأساس الذي تقوم عليه الحماية المستمدة من القانون . وقد ظهرت هذه الحماية تدرجاً . فلم يكن التشريع في القديم هو مصدر القانون ، بل كان المصدر هو العرف . ثم تطورت المدنية وتقدمت ، وظهر التشريع مصدراً للقانون يحمي الناس بعمومه وتجرده . وامتدت الآفاق التي ينبسط فيها التشريع حتى أصبح في الوقت الحاضر هو المصدر الأول ، فحقق بفضل ما ينطوى عليه من عموم وتجرد ، تحقيقاً عملياً ، مبدأ سيادة القانون (I.e principe de légalité) .

بعض حالات هامة يعتبر فيها التشريع عاماً مجرداً :

على أن القول بوجوب أن يكون التشريع عاماً مجرداً يدعو إلى استعراض بعض حالات هامة تحتاج إلى إطالة النظر . ذلك أنه لا يمنع من العموم والتجرد إلا يطبق التشريع إلا مرة واحدة أو إلا يطبق إلا على فرد واحد . ولا يمنع أيضاً من العموم والتجرد أن يكون التشريع موقوتاً بمدة محدودة أو مقصوراً على مكان معين ، ولا يمنع أخيراً من العموم والتجرد أن يكون نطاق التشريع محصوراً في طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع . ونستعرض هذه الحالات الثلاث ، وبخاصة الحالة الثالثة فهي أدقها جميعاً .

(١) قلنا إنه لا يمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً أنه لا يطبق بالفعل إلا مرة واحدة . فقد يحدث أن تشريعاً عاماً مجرداً يطبق على حالة فردية واحدة ، ثم الغى قبل أن يطبق على حالة فردية أخرى ، فما دام التشريع قد كان في ذاته عاماً مجرداً ، وقد أعد للتطبيق على جميع الحالات الفردية التي تدخل في نطاق تطبيقه ، فإن صفتي العموم والتجرد تبقيان له حتى لو لم يطبق بالفعل إلا مرة واحدة ، إذ العبرة هنا بالقابلية للتطبيق لا بالتطبيق الفعلي .

كذلك لا يمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً أنه يطبق على فرد واحد ، ما دام قابلاً لأن يتكرر تطبيقه على كل فرد يخلفه . فالتشريع الخاص بوراثة العرش لا يطبق في وقت معين إلا على فرد واحد هو من يرث العرش ، ولكنه معد للتطبيق على جميع من يرثون العرش دون حصر ،

متعاقبين واحداً بعد الآخر . كذلك يكون عاماً مجرداً تشريع صدر لمناسبة شخص بالذات لصفات تميزه ، ما دام هذا التشريع يطبق على كل شخص مثله .

(٢) ولا يمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً أن يكون تشريعاً موقوتاً بمدة محددة . وأكثر ما يكون ذلك فى الأحكام الوقتية والأحكام الانتقالية التى تختتم بها عادة التشريعات الهامة ، وكذلك التشريعات التى قصد أن يكون تطبيقها فى خلال وقت معين كالتشريعات التى تصدر فى اثناء الحرب وتحدد لها مدة معينة أو ينص فيها على أن تبقى إلى إنتهاء الحرب . فما دام التشريع يطبق طوال المدة المحددة على جميع الحالات الفردية التى تدخل فى نطاق تطبيقه دون تمييز بين حالة وأخرى ، وما دام لا يقصد إلى حالة فردية بالذات من هذه الحالات ، فهو عام مجرد ولو عن المدة المحدودة التى يطبق فيها .

كذلك قد يكون التشريع محدوداً ، لا بالنسبة إلى الزمان ، بل بالنسبة إلى المكان ، فيطبق على جميع الحالات الفردية المحصورة فى المكان ، دون تمييز بين حالة وأخرى ودون قصد إلى حالة فردية بالذات . مثل ذلك ما نص عليه قانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٤٦ من أنه « ابتداء من تاريخ نفاذ هذا القانون يبطل العمل فى المناطق والجهات المبينة فى المادة الثانية بالنظم والإجراءات القضائية الخاصة المتبعة فيها الآن ، ويستبدل بها نظام القضاء العام والإجراءات المتبعة أمامه » . ومثل ذلك أيضاً ما نص عليه قانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٧ من أنه « يجوز أن تزرع جميع أصناف القطن فى المنطقة الشمالية من الوجه البحرى المبينة بالملحق المرافق لهذا القانون . ولوزير الزراعة بقرار يصدره أن يمنع زراعة أى صنف من أصناف القطن خلاف صنف القطن كرنك فى أى جهة من المنطقة المبينة فى الملحق المشار إليه . ولايجوز أن يزرع من أصناف القطن فى باقى اراضى المملكة غير أصناف القطن الأشمونى والزاجورة ٣٠ والجيزة » ٢٣

وأخيراً لا يمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً أن يكون نطاقه محصوراً فى طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع ، ما دام لا يميز فى هذه الطائفة المحدودة بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة ، وما دام

لا يقصد به ان يطبق على شخص معين او على واقعة بالذات . فهو عام مجرد فى حدود هذه الطائفة المحددة من الأشخاص او الوقائع ، كما رايناها عاماً مجرداً فى حدود مدة معينة او فى حدود مكان معين . فالتشريع قد يكون إذن محدود التطبيق من حيث الزمان او المكان او الأشخاص او الوقائع ، ويبقى مع ذلك عاماً مجرداً .

وهذه الحالة الثالثة هى اهم الحالات المتقدمة كما سبق القول إذ يقع فيها كثير من اللبس ، وقد يؤدي هذا اللبس إلى إعتبار تشريعات محدودة من حيث الأشخاص او الوقائع تشريعات باطلة لمخالفتها للدستور . راينا ذلك فيما قدمناه عن ديجيه عند ما عد التشريع الفرنسى الصادر فى ٩ من يوليو سنة ١٩٠٧ بمنع طائفة محدودة من مجندى سنة ١٩٠٣ من الانتفاع بالتسريح المبكر ، تشريعاً باطلاً إذ اعتبره تشريعاً فردياً . ونميل إلى اعتبار هذا التشريع عاماً مجرداً ، وإن كان لا يطبق إلا على طائفة محدودة من الأشخاص هم اللذين لم يطيعوا الأوامر فى يوم ٢١ من يونيه سنة ١٩٠٧ ، مادام التشريع لا يميز فى التطبيق بين شخص وآخر من هؤلاء الأشخاص وما دام لا يقصد إلى شخص منهم بالذات . على أنه يمكن القول من جهة أخرى أن هذا التشريع منطو على انحراف فى إستعمال السلطة ، لأنه يخفى عقوبة مقنعة لا يملك توقيعها إلا مجلس عسكرى^(١) .

والقول بغير ذلك يؤدي إلى نتائج خطيرة ، فإن كثيراً من التشريعات تصدر غير معدة للتطبيق إلا على طائفة محدودة من الأشخاص او الوقائع ، فاعتبارها تشريعات باطلة من شأنه أن يفوت على المشرع فرصة التشريع فى أمور خطيرة وأن يعطل كثيراً من المصالح الهامة . وما دمتنا قد سلمنا فى تطبيق التشريع بإمكان التحديد من حيث الزمان او المكان ، فما الذى يمنع من إمكان التحديد من حيث الأشخاص او الوقائع ، وما الفرق بين تحديد وتحديد فى هذه الأحوال جميعاً ! المهم فى نظرنا الا يميز التشريع

(١) انظر فى هذا المعنى مقالاً لبارتلمى فى مجلة القانون العام والعلوم السياسية سنة ١٩٠٧ ص ٤٧٤ وما بعدها .

بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة ، والا يقصد إلى شخص معين أو إلى واقعة بالذات ، فهذا هو الذى يجعل التشريع عاماً مجرداً ، حتى لو لم يعد للتطبيق إلا على طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع ونأتى بأمثلة من التشريعات المصرية التى صدرت فى السنوات الأخيرة نستشهد بها على ما قدمنا ، وهى تشريعات محدودة التطبيق من حيث الأشخاص أو الوقائع وقد تعمدنا الإكثار من الأمثلة التى نوردتها ، وقصدنا أن تكون قد صدرت كلها فى حقبة قصيرة من الزمن ، لا تكاد تجاوز سبع السنوات الأخيرة ، لندل بذلك على أن المشرع المصرى يلجأ كثيراً إلى هذا النوع من التشريع ، ولا يجد عنه غناء :

قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ : وينص على أنه «إستثناء من حكم الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل ، والمعدلة بالقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٤ ، تعتبر المبالغ التى استحققت فى المدة من أول سبتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٤ بصفة ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى الأرباح الإستثنائية واجبة الأداء ، ولا يسقط حق الحكومة فى المطالبة بها إلا بمضى عشر سنوات بالنسبة لسنوات ١٩٣٨ و ١٩٣٩ و ١٩٤٠ ، وتسع سنوات لسنة ١٩٤١ ، وثمانى سنوات لسنة ١٩٤٢ ، وسبع سنوات لسنة ١٩٤٣ ، وست سنوات لسنة ١٩٤٤ » . فهذا تشريع لا يطبق إلا على طائفة محدودة من الضرائب ، هى الضرائب التى استحققت فى المدة من أول سبتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٤ ، تزداد بالنسبة إليها مدد التقادم حتى تتمكن الحكومة من مطالبة الممولين بها . وقد سبق هذا التشريع تشريع مماثل هو القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٤ . ونرى أن كلا من هذين التشريعين تشريع عام مجرد ، إذ هو لا يميز بين ضريبة وضريبة من الضرائب التى تدخل فى نطاق تطبيقه ، ولا يقصد إلى ضريبة منها بالذات . ووجه التحفظ عندنا فى كل من التشريعين هو ما قرره من الزيادة فى مدة التقادم ، فقد يكون فى هذه الزيادة ، لا مخالفة للدستور ، بل إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية على النحو الذى سنبينه فى مكان آخر .

قوانين التضمينات (bills of indemnity) : من ذلك قانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٤٧ وينص على ما يأتى : « لاتسمع أمام جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى أمر أو تصرف أو تدبير أو إعلان أو قرار وبوجه عام أى عمل صدر ابتداء من تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥ من وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم أو مدير مكتب البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة فى ظل النظام المقرر بالرسوم بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٤٥ والمرسوم بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٤٥ حتى نهاية العمل بهذا النظام . ولا تجوز متابعة السير فى الدعاوى المرفوعة قبل سريان هذا القانون » . ومن ذلك أيضاً قانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ وينص على ما يأتى : « لاتسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى إعلان أو تصرف أو أمر تدبير أو قرار وبوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها أو وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية » . فهذان تشريعان ينظمان طائفة محدودة من الأعمال صدرت من جهة معينة فى وقت معين محدد البداية والنهاية ، فيمكن إذن حصر هذه الأعمال بالذات . والتنظيم هنا أت من ناحية عدم جواز الطعن فى هذه الأعمال أمام أية جهة قضائية . والتشريعان ليس هما المؤقتين من ناحية الزمان . بل الأعمال التى ينظمها هما المؤقتة بتاريخ معين . وعندنا أن هذين التشريعين ينطويان على العموم والتجريد . لأنهما لا يميزان فى الأعمال التى ينظمها بين عمل وعمل ، ولا يقصدان إلى عمل منها بالذات . ونتحفظ هنا أيضاً ، كما تحفظنا فى التشريع الخاص بزيادة مدة التقادم بالنسبة إلى بعض الضرائب ، فقد يكون فى منع السلطة القضائية بتشريع من نظر الدعوى عن مسئولية مقرر إنحراف فى استعمال السلطة التشريعية . وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر .

قانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٠ : وينص على أنه « يؤذن لمن سبق الترخيص لهم بمزاولة مهنة جراح أو طبيب أسنان بالمملكة المصرية وقت العمل بهذا القانون فى أن يستمروا فى مزاولة المهنة ولو لم تتوافر فيهم الشروط المبينة فى هذا القانون بشرط أن يطلبوا قيد أسمائهم فى سجل

جراحى وأطباء الأسنان فى مدى ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون وعلى أن يسرى أحكام هذا القانون . « فهنا أيضاً تشريع ينظم طائفة محدودة من الأشخاص ، هم الذين سبق لهم الترخيص فى مزاولة مهنة طب الأسنان إلى وقت معين ، وهؤلاء جماعة أخذها معروفون بالذات . ولكنه تشريع لا يميز فى هؤلاء الأشخاص بين شخص وآخر ، ولا يقصد إلى شخص منهم بالذات ، فهو تشريع عام مجرد .

قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٥٠ : ونص على أنه « تعتبر صحيحة الأعمال والأحكام والقرارات الصادرة من المجلس العام لطائفة الأقباط الأرثوذكس فى حدود اختصاصه فى الفترة ما بين ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وتاريخ العمل بهذا القانون . « وهذا التشريع يصحح أعمالاً معينة صدرت فى مدة محددة معروفة الابتداء والانتهاء . ومع ذلك فهو تشريع عام مجرد ، إذ هو لا يميز فى الأعمال التى يصححها بين عمل وعمل ، ولا يقصد بالتصحيح عملاً معيناً بالذات . ويرد عليه التحفظ الذى أوردناه على بعض التشريعات السابقة فى شأن الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية .

قانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠ : وينص على أن « جميع القضايا المنظورة الآن أمام محكمة استئناف المنصورة والتى أصبحت بمقتضى المادة السابقة من اختصاص محكمة استئناف الاسكندرية تحال بأوامر تصدرها المحكمة من تلقاء نفسها إلى محكمة استئناف الاسكندرية بمقتضى هذا القانون . وذلك لجلسات محددة وبالحالة التى هى عليها وبدون مصاريف . « فهذا تشريع ينظم ، من ناحية إحالة على محكمة أخرى ، طائفة معينة من القضايا محصورة العدد . ولكن التشريع لا يميز فى هذه القضايا بين قضية وأخرى ، ولا يقصد إلى واحدة منها بالذات ، فهو تشريع عام مجرد .

قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٠ : وينص على أن « تعفى المنحة المالية ومقابل مصاريف العودة التى قررها مجلس الوزراء فى ١٢ يوينه سنة ١٩٤٩ لرجال القضاء الأجانب فى المجاكم المختلطة من الضريبة على كسب العمل المقررة بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ومن الضريبة العامة على الإيراد المفروضة بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ . « فإذا قلنا إن رجال القضاء الأجانب فى المجاكم المختلطة الذين قرر لهم مجلس الوزراء

فى ١٢ يونيه سنة ١٩٤٩ منحة مالية ومقابلا لمصروفات العودة كانوا قد عرفوا بالذات شخصاً شخصاً فى سنة ١٩٥٠ عند صدور هذا التشريع ، كان من الواضح أن يكون التشريع قد نظم طائفة محدودة من الأشخاص فى امر من امورهم ، هو إعفاء بعض اموالهم من ضرائب معينة . ولكن التشريع لم يميز فى هذا التنظيم بين شخص وشخص ، ولم يقصد إلى شخص بالذات ، فهو تشريع عام مجرد - ومثل ذلك أيضاً قانون رقم ٥١ لسنة ١٩٤٩ وينص على ما يأتى : « ينقل بحكم هذا القانون إلى جدول المحامين امام المحاكم الوطنية وبترتيب اقدميتهم جميع المحامين المقيدين لغاية آخر ديسمبر سنة ١٩٤٨ بجدول المحامين امام المحاكم المختلطة والجدول الملحق به الخاص بالمحامين تحت التمرين . . . » ، وكذلك القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٤٩ وينص على ما يأتى : « ينقل مستشارو محكمة الاستئناف المختلطة المصريون والمحامى الأول عند نهاية فترة الانتقال إلى محاكم الاستئناف الوطنية بمرتباتهم التى يتقاضونها ، وتعتبر اقدميتهم بالنسبة إلى زملائهم فى محاكم الاستئناف الوطنية من تاريخ المرسوم الصادر بتعيينهم فى وظائفهم . . . »^(١) .

قانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٤٦ : وتنص على أن « الامتحانات التى اديت فى القاهرة لنيل إجازة الليسانس الفرنسية فى الحقوق فى الفترة من سنة ١٩٤٠ إلى نهاية سنة ١٩٤٥ يكون حكمها - فيما يتعلق بتطبيق احكام المادة الثانية من الأمر العالى الصادر فى ١٠ أبريل سنة ١٨٩٧ - حكم ما لو كانت اديت بالمقر الشرعى لكلية الحقوق بجامعة باريس بشرط أن يكون من نال هذه الإجازة حاصلًا على شهادة البكالوريا المصرية أو اية شهادة أخرى تعتبرها وزارة المعارف معادلة للبكالوريا المصرية .

(١) هنا يتصور . نظرياً على الأقل ، أن مستشارى محكمة الاستئناف المختلطة المصريين والمحامى العام الأول قد يتغيرون أو يتغير بعضهم من وقت صدور القانون إلى نهاية فترة الانتقال ، فتكون الطائفة التى ينظم القانون شأنها من شئونها طائفة غير محدودة من الأشخاص ، ويكون القانون بهذا الاعتبار عاماً مجرداً بالمعنى المالكوف . ومثل ذلك أيضاً القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٤٩ وينص على ما يأتى : « يمنح الموظفون الأجانب بالمحاكم المختلطة الذين يستغنى عن خدمتهم لمناسبة إلقاء هذه المحاكم فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تعويضاً يقدر طبقاً للقواعد المبينة فى المواد التالية » . فالطائفة التى ينظمها هذا القانون طائفة غير محدودة ، لا لاحتمال تغيير اشخاصهم فحسب ، بل أيضاً لعدم تحديد من يستغنى عن خدمته منهم .

فهنا ينظم التشريع طائفة محدودة من الوقائع ، هي امتحانات معينة أديت في فترة محدودة التاريخ ، ولكنه لا يميز في هذه الامتحانات بين امتحان وآخر ولا يقصد إلى امتحان منها بالذات ، فهو تشريع عام مجرد . أما القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٤٨ الخاص بكلية طب العباسية - وينص على أنه : «... يصح في تعيين الأساتذة والأساتذة المساعدين بكلية طب العباسية التجاوز عن الشرطين الأولين... ويعمل بهذا التجاوز ابتداء من تاريخ العمل بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٧ حتى نهاية السنة الجامعية ١٩٤٧ - ١٩٤٨ » - فهو أيضاً تشريع عام مجرد ، وهو فوق ذلك يسرى على طائفة غير محدودة من الأشخاص هم الذين يعينون أساتذة أو أساتذة مساعدين في خلال للسنة الجامعية ١٩٤٧ - ١٩٤٨ . وإذا كان هذا التشريع ذا أثر رجعي إذ هو يسرى على التعيينات السابقة على وقت العمل به ، فإن هذا لا يمنع من صحته لأنه يجوز أن يكون التشريع ذا أثر رجعي ما دام قد تضمن نصاً خاصاً على الرجعية . ويلاحظ أن الرجعية بطبيعتها ، في أي تشريع ، تجعل هذا التشريع يسرى على طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع ، هي الطائفة التي وجدت في خلال المدة التي جعل فيها التشريع رجعياً .

المرسوم بقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٤ : وينص على ما يأتي : م ١ - تبطل جميع الترقيات والعلاوات الاستثنائية التي منحت للموظفين في المدة من ٦ فبراير سنة ١٩٤٢ إلى ٨ أكتوبر سنة ١٩٤٤... م ٢ - تبطل فيما يتعلق بالدرجة والماهية جميع التعيينات الاستثنائية الصادرة... في المدة من ٦ فبراير سنة ١٩٤٢ إلى ٨ أكتوبر سنة ١٩٤٤ وكذلك جميع التعيينات التي تقررت في المدة المذكورة خلافاً لأحكام المرسوم الصادر في ٨ فبراير سنة ١٩٢٥... م ٧ - القرارات الصادرة بإبطال الترقيات والعلاوات والتعيينات والمعاشات الاستثنائية أو بتعديلها وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون تعتبر نهائية ، ولا يجوز للمحاكم قبول الدعاوى التي ترفع إليها بسبب تطبيق أحكام هذا المرسوم بقانون... فهذا تشريع يطبق على طائفة محدودة من الوقائع . هي الترقيات والعلاوات والتعيينات والمعاشات الاستثنائية التي منحت للموظفين في فترة محدودة من الزمن تقع بين تاريخين معلومين . ولكنه تشريع لا يميز في هذه

الوقائع بين واقعة وواقعة ، ولا يقصد إلى واقعة منها بالذات ، فهو تشريع عام مجرد . وإذا كانت هناك ملاحظة يجوز إيدأؤها ، فقد يقال إن التشريع بحكم الإبطال الذى قرره لم يكن فى حاجة إلى منع المحاكم من سماع الدعاوى التى ترفع فى هذا الشأن . على أن المنع محل للنظر . فهو إذا قصد به منع الدعاوى عن قرارات تصدر مخالفة التشريع ، كان المنع غير جائز إذ هو يخلى الحكومة من مسئوليتها عن مخالفة القانون . وإذا قصد به منع الدعاوى عن قرارات لا تخالف التشريع كان محدود الأهمية من الناحية العملية إذ هو لا يؤدى إلى أكثر من جعل المحكمة تفضى بعدم قبول الدعاوى بدلا من أن تقضى برفضها^(١) . وحتى هذا ، القول إن فيه إخلال بحق التقاضى ، وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر . وما قبل فى هذا التشريع من حيث العموم والتجرد يقال فى تشريع يناظره صدر أخيراً فى سنة ١٩٥٢ ، ويقضى هو أيضاً بإلغاء طائفة معينة من الاستثناءات سبقت صدوره . غير أن التشريع الأخير لم يشتمل على نص يمنع من سماع الدعاوى .

ويتبين مما قدمناه أن هناك كثيراً من التشريعات لا تسرى إلا على طائفة محدودة من الأشخاص أو من الوقائع ، وليس ثمة ما يمنع من أن تكون هذه التشريعات عامة مجردة مادامت لا تميز بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة ومادامت لا تقصد إلى شخص معين أو إلى واقعة بالذات . وقد يعترض على هذا النظر بأن التشريع لطائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع يختلط بالقرار الإدارى ، إذ يجوز أن يتناول قرار إدارى طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع وينزل عليها جميعاً حكماً واحداً . ولكن هذا الاعتراض لا يؤدى إلى أكثر من تقرير أن الطائفة المحدودة من الأشخاص أو الوقائع تصلح أن تكون محلاً لقرار إدارى كما تصلح أن تكون محلاً لتشريع . على أن هناك فرعين جوهريين بين القرار الإدارى والتشريع فى هذه الناحية . فالقرار الإدارى إنما ينظر إلى الطائفة المحدودة باعتبارها أفراداً معينين بالذات تجوز التسوية بينها كما تجوز التفرقة ، أما التشريع فينظر إلى الطائفة المحدودة باعتبارها مجموعاً لا تصح التجزئة فيه ولا يجوز التمييز بين أفرادها . ثم إن القرار الإدارى

(١) قانون الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عاصم

يجب أن يكون في حدود القوانين القائمة فلا يجوز أن يخالف تشريعاً معمولاً به وقت صدوره ، أما التشريع فيجوز أن يخالف تشريعاً قائماً فينسخه . والواقع من الأمر أن الذي يدعو المشرع في الكثرة الغالبة من الأحوال إلى التدخل لتنظيم طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع هو بالذات رغبته في أن ينسخ تشريعاً قائماً بتشريعاً جديداً ، حيث لا يستطيع ذلك عن طريق القرار الإداري .

ثانياً - مخالفة التشريع في محله لنص من نصوص الدستور التي ترسم للمشرع سلطة محددة .

قلنا أنه يجب أيضاً أن يكون محل التشريع غير مخالف لنص دستوري من النصوص التي ترسم للمشرع سلطة محددة (ponvoir lié) . ونستطيع أن نقسم هذه النصوص الدستورية إلى طائفتين : طائفة تتعلق بالحريات والحقوق العامة ، وأخرى لا تتعلق بها .

النصوص المتعلقة بالحريات والحقوق العامة :

سبق أن قررنا أنه يمكن القول بأن تحديد حرية من الحريات الدستورية أو تنظيم حق من الحقوق العامة للأفراد ، مما نص الدستور على أن يكون تحديده أو تنظيمه بقانون . لا يجوز أن يتم عن طريق مرسوم بقانون على الوجه المبين في المادة ٤١ من الدستور . ويستند هذا الرأي إما إلى أن الدستور اشترط أن تكون أداة التنظيم في الحريات العامة هو القانون ، فالمرسوم بقانون يكون إذن مشوباً بعيب في الاختصاص ، أو إلى أن المرسوم بقانون يقتضي قيام ضرورة لا تقوم عادة في صدد تنظيم الحريات العامة ، فالمرسوم بقانون يكون إذن منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . فيجب في كلا الاعتبارين أن يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة عن طريق قوانين يقرها البرلمان . وهنا يجعل الدستور للبرلمان سلطة تقديرية في هذا التنظيم ، على ألا ينحرف بها عن الغرض المرسوم . فالدستور لم يقصد نقص الحريات والحقوق العامة أو الانتقاص منها ، بل قصد تنظيمها . فإذا خرج المشرع على هذا الغرض ، فنقض الحريات والحقوق العامة أو انتقص منها . كان التشريع مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، ومن ثم يكون باطلاً . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الانحراف في استعمال السلطة التشريعية .

على أنه يوجد إى جانب الحريات والحقوق العامة التى يجوز تنظيمها بقانون حريات أخرى وحقوق عامة لا يجوز الدستور تقييدها بتشريع يقرره البرلمان . فهذه لم يجعل الدستور للمشرع عليها من سبيل . بل هى حريات وحقوق تجوز تسميتها بالحريات والحقوق المطلقة ، فلا يجوز للمشرع أن يتدخل بتشريع فى تحديدها ، وإلا كان التشريع باطلا لمخالفة للدستور^(١) . ونورد بعض النصوص الدستورية فى هذا الصدد :

تنص المادة ٣ من الدستور على ما يأتى : «المصريون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة ، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الأصل أو اللغة أو الدين » . فحق المصريين فى المساواة حق عام مطلق لا يجوز تحديده . وإذا صدر تشريع يحدد من هذا الحق ، بأن جعل لطائفة من المصريين امتيازاً على غيرها من الطوائف مما يخل بحق المساواة ، أو أعفى طائفة من المصريين من بعض الواجبات والتكاليف العامة ، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنص المادة ٣ من الدستور . وتطبيقاً لهذا المبدأ تقضى محكمة القضاء الإدارى ببطلان التشريع الذى يعفى طائفة من المصريين ، هى طائفة العربان ، من الخدمة العسكرية . كذلك يكون باطلا

(١) وهذا التفريق بين الحريات والحقوق العامة المطلقة والحريات والحقوق العامة التى يجوز تنظيمها بقانون سجلته محكمة القضاء الإدارى فى أحد أحكامها (الصادر فى ٢٦ يونية سنة ١٩٥١) على الوجه الأتى : «ومن حيث إن الدستور قد أفرد باباً خاصاً يقرر فيه حقوق المصريين العامة وواجباتهم . وهو من أهم ما اشتمل عليه من أحكام . وقد قصد به . كما جاء فى التقرير المرفوع من لجنة الدستور . أن يكون وضعاً قانونياً له حكم الدستور وعلوه على القوانين العادية ، وحتى يكون قيئداً للشارع المصرى لا يتعداه فيما يسنه من الأحكام . ومن حيث إنه يستخلص من النصوص الواردة فى هذا الباب ومن الأعمال التحضيرية للجنة الدستور أن هذه النصوص التى تقرر الحقوق العامة للمصريين إنما هى خطاب من الدستور للمشرع يقيد فيه من حرية المشرع ذاته ، فتارة يقرر الدستور الحرية العامة ويبيح للمشرع تنظيمها من غير نقض أو انتقاص ، وطوراً يطلق الحرية إطلاقاً لا سبيل معه إلى تقييدها أو تنظيمها ولو بتشريع . . . فمن الحقوق العامة التى أطلقها الدستور ما قرره فى المادة الثالثة منه من أن المصريين لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة ، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الأصل أو اللغة أو الدين . ومن الحريات التى أباح فيها الدستور التنظيم للمشرع ما ورد فى المادة الرابعة عشرة من أن حرية الرأى مكفولة . ولكل إنسان الاعراب عن فكره بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير أو بغير ذلك فى حدود القانون (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإدارى ٥ رقم ٣٥٧ من ١٠٩٩) .

التشريع الذى يجحف بطائفة من المصريين ، فيخل بالمساواة بينها وبين الطوائف الأخرى ، ومن ثم جاز التساؤل هل يكون دستورياً التشريع الذى يحرم المرأة من حق الانتخاب أو من حق تولي المناصب العامة إذا توافرت فيها الشروط الواجب توافرها لمباشرة حق الانتخاب أو لتولى منصب معين من المناصب العامة . ولايكفى فى هذا الشأن أن يقال إن المساواة قد تحققت بحرمان النساء جميعاً من حق معين ، فإن المساواة فى الحرمان إمعان فى الحرمان ، وهى إخلال بالغ بالمساواة بين الجنسين . كذلك لا يكفى القول إن الدستور لم يحظر ، فى الإخلال بالمساواة ، إلا أن يكون ذلك بسبب الأصل أو اللغة أو الدين ، فإن هذه أسباب لم ترد على سبيل الحصر . ولاشك فى أن الجنس ، كالأصل واللغة والدين ، لا يصح أن يكون سبباً للإخلال بالمساواة فى الحقوق والواجبات ، إلا قيماً يكون الجنس فيه عائقاً طبيعياً أو اجتماعياً عن القيام بواجب أو عن التمتع بحق . ومن ثم كان مستساغاً إعفاء المرأة من الخدمة العسكرية على الوجه الذى نظمت به هذه الخدمة للرجال ، وليس ثمة ما يمنع من تنظيم خدمة عسكرية ثلاثم طبيعة المرأة . ومن ثم أيضاً كان مستساغاً حرمان المرأة من بعض المناصب التى لا تليق لها اجتماعياً فى الوقت الحاضر ، حتى إذا تطور المجتمع المصرى وجب تحقيق المساواة بين المرأة والرجل فى هذه المناصب^(١).

وتنص المادة ٦ من الدستور على ما يأتى : « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها » . ومن ثم إذا صدر تشريع يعاقب على فعل سابق على صدوره ، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفة الدستور . وفى غير الجريمة والعقوبة يجوز أن يكون التشريع ائمه رجعى بنص خاص وفقاً للمادة ٢٧ من الدستور .

وتنص المادة ٧ من الدستور على ما يرمى : « ولا يجوز إيهام مصرى من الذيار المصرية » . فإذا صدر تشريع يميز إيهام مصرى عن مصرى

(١) وتقدير ما إذا كانت المرأة قد أصبحت لا تفتقر اجتماعياً لمباشرة حق أو لتولى منصبه متروكة للمشرع فى حالة التشريع ، وللإدارة فى حالة القرار الإدارى ، على ألا يكون هناك إنحراف فى استعمال السلطة التشريعية أو السلطة الإدارية .

كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته الدستور . وكإبعاد المصرى عن بلده منعه من الرجوع إليها بعد أن خرج منها ، والتشريع الذى يجيز هذا المنع يكون باطلاً .

وتنص المادة ٩ من الدستور على أن : « للملكية حرمة ، فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة فى الأحوال المبينة بالقانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً » . فلا يجوز إذن أن يباح بتشريع نزع الملكية لغير المنفعة العامة أو دون تعويض أصلاً أو دون تعويض عادل ، وإذا صدر تشريع يبيح هذا كان باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ١٠ من الدستور على أن : « عقوبة المصادرة العامة للأموال محظورة » . فالتشريع الذى يبيح المصادرة العامة للأموال يكون باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ١٢ من الدستور على أن : « حرية الاعتقاد مطلقة » . فالتشريع الذى يفرض ديناً معيناً أو مذهباً دينياً على الناس يكون باطلاً لمخالفته للدستور . كذلك التشريع الذى يقيد من حرية القيام بالشعائر الدينية فى حدود النظام العام والآداب وفى حدود العادات المرعية يكون باطلاً لمخالفته للمادة ١٣ من الدستور ، وهى تنص على أن « تحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية فى الديار المصرية ، على ألا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافى الآداب » .

وتنص المادة ١٥ من الدستور على أن : « الصحافة حرة فى حدود القانون . والرقابة على الصحف محظورة . وإنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإدارى محظور كذلك إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعى » . فالتشريع الذى يجيز إنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإدارى لغير وقاية النظام الاجتماعى ، وتقدير ما يدخل فى دائرة النظام الاجتماعى متروك للمشرع ، على ألا ينحرف فى استعمال سلطته التشريعية عن الغاية التى قصد الدستور إلى تحقيقها .

وتنص المادة ١٦ من الدستور على ما يأتى : « لا يسوغ تقييد حرية أحد فى استعماله أية لغة أراد فى المعاملات الخاصة أو التجارية أو فى الأمور الدينية أو فى الصحف والمطبوعات أى كان نوعها أو فى

الإجتماعات العامة . فالتشريع الذى يفرض لغة معينة ، ولو كانت اللغة العربية ، فى المعاملات الخاصة أو فى التجارة أو فى الدين أو فى الأمور العامة من صحافة ونشر وإجتماعات ، يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور . ولكن يجوز أن يفرض التشريع لغة واحدة أو أكثر فى المعاملات الرسمية . كما فى التقاضى أمام المحاكم وفى المعاملات التى تكون الحكومة طرفاً فيها .

**نصوص الدستور التى وردت فى غير الحريات والحقوق العامة
والتي ترسم للمشروع سلطة محددة :**

هذه نصوص كثيرة نستعرض بعضاً منها :

تنص المادة ٥٦ من الدستور على أنه « عند تولية الملك تعيين مخصصاته ومخصصات البيت المالك بقانون وذلك لمدة حكمه » . وقد عين القانون مخصصات جلالة الملك فاروق الأول بمبلغ مائة ألف جنيه فى السنة لمدة حكمه ، فلا يجوز طوال مدة هذا الحكم أن ينقص تشريع من هذه المخصصات أو أن يزيد فيها ، وإلا كان تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ٥٨ من الدستور على أنه « لا يلى الوزارة إلا مصرى » ، وتنص المادة ٥٩ على أنه « لا يلى الوزارة أحد من الأسرة المالكة » . فالتشريع الذى يجيز أن يلى الوزارة أجنبى أو أن يليها أحد من الأسرة المالكة يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ٦٤ من الدستور على أنه « لا يجوز للوزير أن يشتري أو يستأجر شيئاً من أملاك الحكومة ولو كان ذلك بالمزاد العام ، كما لا يجوز له أن يقبل أثناء وزارته العضوية بمجلس إدارة شركة ولا أن يشترك إشتراكاً فعلياً فى عمل تجارى أو مالى » . فالتشريع الذى يجيز للوزير شراء شيء من أملاك الحكومة أو إستجاره ، أو الذى يجيز له أن يقبل فى أثناء وزارته العضوية بمجلس إدارة إحدى الشركات أو الإشتراك فى عمل تجارى أو مالى يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور . وعلى العكس من ذلك يجوز أن يزيد التشريع من هذه القيود ، فيحرم على الوزير فى خلال مدة معينة بعد تنحيه عن الوزارة ما يحرمه عليه فى أثناء توليه الوزارة .

وتنص المادة ٦٦ من الدستور على أن «لمجلس النواب وحده حق إتهام الوزراء فيما يقع منهم من الجرائم فى تأدية وظائفهم ، ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثى الآراء . ولمجلس الأحكام المخصوص وحده حق محاكمة الوزراء عما يقع منهم من تلك الجرائم » . فإذا صدر تشريع يجعل لغير مجلس النواب حق إتهام الوزراء فى الجرائم التى تقع منهم فى تأدية وظائفهم ، أو لغير مجلس الأحكام المخصوص حق محاكمة الوزراء عن هذه الجرائم ، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ٧٧ من الدستور على وجوب أن يكون عضو الشيوخ قد بلغ من العمر أربعين سنة ، والمادة ٧٨ على أن يكون هذا العضو من إحدى طبقات معينة ، والمادة ٨٥ على أن يكون النائب قد بلغ من العمر ثلاثين سنة . فإذا صدر قانون إنتخاب يتعارض مع هذه الشروط ، كان هذا القانون باطلاً لمخالفته للدستور . وتنص المادتان ٧٦ و ٨٤ من الدستور على أن تعتبر دائرة إنتخابية كل مديرية أو محافظة لها حق إنتخاب عضو بمجلس الشيوخ أو نائب وكذلك كل قسم من مديرية أو محافظة له هذا الحق . وقد يفهم من هذين النصين أن الإنتخاب الفردى على أساس الدائرة ، دون الإنتخاب بالقائمة ، هو الجائز دستورياً ، ولكن لاشئ يمنع من أن يكون الإنتخاب بطريق التمثيل النسبى مادام يجرى على أساس الدائرة الفردية .

وتنص المواد ١٠٩ و ٩١٠ و ١١١ من الدستور على قواعد تكفل الحصانة البرلمانية ، فلو صدر تشريع يخل بهذه الحصانة أو ينتقص منها ، بأن يجيز مثلاً إتخاذ إجراءات ضد عضو البرلمان بغير إذن المجلس التابع هو له فى أثناء دور إنعقاده ، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ١٤٩ من الدستور على أن «الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية» ، وتنص المادة ١٥٠ على أن «مدينة القاهرة قاعدة المملكة المصرية» . فلو صدر تشريع يجعل دين الدولة غير الإسلام ، أو يمنع من أن يكون للدولة دين رسمى . أو يجعل اللغة الرسمية غير العربية ، أو العاصمة غير القاهرة ، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ١٥١ من الدستور على أن «تسليم اللاجئين السياسيين محظور ، وهذا مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية التى يقصد بها

المحافظة على النظام الإجتماعى . فلو صدر تشريع يجيز تسليم اللاجئين السياسيين ، أو صدق البرلمان على إتفاق دولى يجيز تسليم اللاجئين السياسيين فى غير المحافظة على النظام الإجتماعى ، كان هذا باطلاً لمخالفته للدستور .

وهناك مسائل عينها الدستور وأوجب أن يكون تنظيمها بقانون ، فلو صدر تشريع يجيز تنظيمها بلائحة إدارية كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته للدستور . ومن هذه المسائل الجنسية المصرية (م ٢) ، ونزع الملكية للمنفعة العامة (م ٩) ، وتنظيم الحريات والحقوق العامة (م ٣ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ١١ و ١٤ و ٢٠ و ٢١) ، وتنظيم أمور التعليم العام (م ١٨) ، والأثر الرجعى للتشريع (م ٢٧) ، ومخصصات الملك والبيت المالك (م ٥) ، وتحديد الدوائر الانتخابية (م ٧٦ و ٨٤) والضرائب والرسوم (م ١٣٤ و ١٣٥) وتقرير معاش على خزانة الحكومة أو تعويض أو إعانة أو مكافأة (م ١٣٦) ، والقروض العامة . وإلتزام المرافق العامة والاحتكار وغيرها من المسائل المبينة فى المادة ١٣٧ من الدستور ، والميزانية والحساب الختامى (م ١٣٨ و ١٤٣ و ١٤٤ و ١٤٥) ، والقوات المسلحة (م ١٤٦ و ١٤٧ و ١٤٨) ، والعفو الشامل (م ١٥٢) ، والمعاهد الدينية والأوقاف والمسائل الخاصة بالأديان المسموح بها فى البلاد (م ١٥٣) ، وتنظيم الأحكام العرفية (م ١٥٥)^(١) .

(١) ومن بين هذه المسائل ما ينص الدستور على أن يتولى وحده تنظيمه الشامل . كالجنسية المصرية والضرائب والقوات المسلحة والأحكام العرفية . ومنها ما ينص على أن يكون تنظيمه بناء على القانون أو فى حدود القانون . فيصدر قانون يضع أسس التنظيم وتتكفل اللوائح الإدارية بالتفصيلات . وذلك كالرسوم وتقرير معاش على خزانة الحكومة أو تعريض أو إعانة أو مكافأة .

والنص العربى للمادة ١٣٧ من الدستور لا يخيّر منح التزام المرافق العامة والاحتكار «إلّا بقانون» . أما النص الفرنسى لهذه المادة فيخيّر المنح طبقاً للقانون (conformément à la loi) فيصح إذن أن يعهد قانون للسلطة الإدارية بمنح الالتزام أو الاحتكار . ولكن الأمر انتهى . بعد خلاف فى الراى . بأن أقر البرلمان الراى القائل بوجوب إصدار قانون خاص لمنح أى التزام بالذات . على أن يعتبر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ هو القانون العام للمرافق التى تدار بطريق الامتياز .

القسم الثانى

الإنحراف فى استعمال السلطة التشريعية

(ركن الغاية فى التشريع)

الإنحراف فى السلطة التشريعية يأتى فى تقريرنا بمثابة مرحلة تطور ثالثه تتبج مرحلتين سابقتين ، تتمثلان فى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى نظرية الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية . فمتى تصورنا تعسف الشخص فى استعمال حقه ، ثم تصورنا انحراف الإدارة فى استعمال سلطتها الإدارية ، فما الذى يمنع بعد ذلك من أن نتصور انحراف البرلمان فى استعمال سلطته التشريعية ؟

أما انحراف القضاء فى استعمال سلطته القضائية ، فقد كفل علاجه نظام القضاء ذاته . إذ يتولى إصلاح الخطأ فى القضاء ، ويرد القضاء فى الوقت ذاته إلى السبيل السوى ، نظم قضائية مختلفة ، أهمها طرق الطعن فى الأحكام ، وعدم صلاحية القضاء للحكم ، وجواز ردهم مخاصمتهم . فالقضاء هو الذى يتولى الرقابة بنفسه على نفسه .

وقبل أن نرسم خطة البحث فى انحراف السلطة التشريعية ، يحسن الرجوع لما استقر من المبادئ فى نظرية الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية ، فهذه نظرية قد فرغ منها ، وأصبحت من النظريات المسلمة فى القانون الإدارى فقهاً وقضاءً . وما علينا إلا أن ننسج على منوال هذه النظرية المستقرة ، وأن نرسم الخطوط الرئيسية فى نظرية الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية على غرار الخطوط الرئيسية فى نظرية الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية . لذلك رأينا أن نستعرض فى نظرة سريعة الأسس التى تقوم عليها هذه النظرية الأخيرة حتى نسير على هداها فى بسط النظرية الأولى .

قدمنا أن نظرية الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية هى من خلق قضاء مجلس الدولة فى فرنسا . والطعن فى القرار الإدارى بالانحراف لا يكون إلا حيث يصدر هذا القرار عن سلطة تقديرية من جانب الإدارة .

أما السلطة المحددة فلا يفتح فيها الانحراف في استعمال السلطة ، لأن الإدارة هنا سلطتها مقيدة ، يتحتم علينا أن تستعملها على وجه معين ، وإلا كانت مخالفة للقانون لانحرافه في استعمال سلطتها .

والموظف إذا إتخذ قراراً عن سلطة تقديرية تمتع بقسط من حرية التقدير . على أنه مهما تكن الحرية التي يتمتع بها ، فإنه يجب عليه أن يهدف في جميع الأحوال إلى تحقيق المصلحة العامة . فالمصلحة العامة هي غاية الغابات في كل قرار إداري ، ولا يجوز لموظف أن ينحرف عنها .

على أن القانون ، في كثير من أعمال الإدارة ، لا يكتفى بهذا النطاق الواسع ، نطاق المصلحة العامة ، بل يخصص هدفاً معيناً يجعله نطاقاً لعمل إداري معين . فيجب في هذه الحالة أن يلتزم الموظف في قراره ، لا المصلحة العامة فحسب بل أيضاً الهدف الخاص الذي عينه القانون لهذا القرار . وهذه هي قاعدة تخصيص الأهداف (la spécialité du but) . ويحدث أن يصرح القانون بهذا الهدف المخصص ، كما يفعل عادة عندما يقرر سلطة في الاستيلاء لمصلحة التعلم أو لأغراض التموين أو لتقييد التصدير والاستيراد . فإذا لم يصرح القانون بشيء ، أمكن استخلاص الهدف المخصص - إن كان موجوداً - من الأعمال التحضيرية للتشريع أو من طبيعة السلطة الممنوحة للإدارة . فسلطات البوليس مثلاً ترمى بطبيعتها إلى تحقيق أهداف ثلاثة ، هي الأمن ، والصحة ، والسكينة ، فلا يجوز استعمالها للحصول على موارد مالية للخزينة . والسلطة الرئاسية في نقل الموظفين تهدف بطبيعتها إلى حسن انتظام العمل ووضع كل موظف في مكانه المناسب ، فلا يجوز استعمالها لتوقيع عقوبة على الموظف ، فإن هذا من شأن السلطة التأديبية . ونرى من ذلك أن قاعدة تخصيص الأهداف تقيد القرار الإداري بالغاية المخصصة التي رسمت له ، فإن خرج الموظف على هذه الغاية ، حتى لو كان هدفه هو تحقيق المصلحة العامة في ذاتها ، كان قراره مشوباً بالانحراف ووقع بطلاً . وفي المثلين اللذين قدمناهما ما يدل على ذلك . فقد يكون السعي للحصول على موارد مالية تسد ما تشكوه الخزينة من عجز أمراً تقتضيه المصلحة العامة ، ولكن لا يجوز استعمال سلطات البوليس ذات الأهداف المخصصة لتحقيق هذه المصلحة العامة . وقد يكون الموظف الذي نقل إلى عمل غير عمله يستحق التأديب ، ولكن لا يجوز استعمال سلطة

النقل لتأديبه ، فالتأديب له سلطة أخرى . على أنه يحسن عدم التوسع فى تطبيق قاعدة تخصيص الأهداف ، فهناك اتجاه حديث لوحظ فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى يرمى إلى تجنب إلغاء القرار الإدارى الذى انحرف عن غايته المخصصة إذا كان يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة أخرى لا تقل عنها فى الخطر .

ويتبين مما تقدم أن معيار الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية ذو شقين : شق ذاتى و شق موضوعى . فالشق الذاتى يتعلق بتعرف النوايا والأغراض والغايات التى أضمرها الموظف وهو يصدر القرار الإدارى ، فهذه الغايات قد تكون برئية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وإلى تحقيق الغاية المخصصة التى رسمت للقرار ، فعند ذلك يسلم القرار من عيب الانحراف . وقد تكون مع استهدافها المصلحة العامة قد جانبت الغاية المخصصة ، فعند ذلك لا يسلم القرار من عيب الانحراف وإن كان الموظف يبقى حسن النية . وقد تكون أخيراً غايات لا تمت لا إلى الغاية المخصصة ولا إلى المصلحة العامة ، كأن تكون غايات شخصية ترمى إلى الانتقام أو إلى تحقيق نفع شخصى أو إلى تحقيق أغراض دينية أو سياسية أو حزبية أو نحو ذلك وعند ذلك يكون القرار ملوثاً بعيب الانحراف ويكون الموظف سىء النية . هذا هو الشق الذاتى . أما الشق الموضوعى فهو واحد لا يتغير ، وهو ألا المصلحة العامة التى يجب أن تكون دائماً رائد الموظف فى القرار الإدارى الذى يصدره ، وهو ثانياً الغاية الخاصة التى رسمها القانون لقرار معين . ومعيار الانحراف بشقيه أقرب إلى الموضوعية من معيار التعسف فى استعمال الحق فى القانون المدنى . فمعيار الانحراف ، كما رأينا ، لا يتمحض معياراً ذاتياً فى تطبيقه من تطبيقاته . أما معيار التعسف فيتراوح بين أن يكون فى بعض تطبيقاته معياراً ذاتياً محضاً .

ولما كان معيار الانحراف ينطوى على شق ذاتى كما قدمنا ، فإن إثبات هذا العيب يكون دقيقاً فى كثير من الأحوال . ذلك أن القرار المشوب بعيب الانحراف هو قرار برئى فى ظاهره ، معيب فى باطنه . فهو قد صدر من موظف مختص ، وصدر فى الشكل القانونى الواجب ، ولم يخالف أحكام القانون فى نصوصه ، وإن خالفها فى روحه وفحواه . فالعيب خفى يصعب تبينه . ومن ثم وضع مجلس الدولة الفرنسى قاعدتين فى هذا الصدد :

(القاعدة الأولى) انه إذا اجتمع عيب آخر مع عيب الانحراف ، اقتصر النظر على هذا العيب الآخر فألغى القرار المطعون فيه بسبب الانحراف ، وذلك تجنباً لمشاق البحث فى إثبات الانحراف وهل هو قائم أو غير قائم . فأصبح عيب الانحراف على هذا النحو ذا صفة احتياطية subsidiaire ، لا يتعرض له القاضى إلا إذا انعدمت العيوب الأخرى . وقد جرى مجلس الدولة المصرى فى هذا قضاء مجلس الدولة الفرنسى . (والقاعدة الثانية) ان إثبات عيب الانحراف - إذا لم يكن بد من بحثه بأن كان هو العيب الوحيد الذى يشوب القرار الإدارى - إثبات موضوعى أكثر منه إثباتاً ذاتياً . فالقاضى - كما يقول ميشو - إذا بحث فى نوايا الموظف فكشف منها عن غاية غير مشروعة ، إنما يقصد أن يصل من ذلك إلى تبين إنعدام الغاية المشروعة ، لا إلى إثبات الغاية غير المشروعة . ويتلمس القاضى - طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسى - الدليل على وجود الإنحراف فى القرار المطعون فيه ذاته أو فى ملف القضية ، فكثيراً ما تكشف الأوراق المضمومة إلى الملف عن الأغراض التى هدفت الإدارة إلى تحقيقها بإصدار القرار ، فمن مناقشات مكتوبة ، إلى محاضر مسجلة ، إلى مراسلات متبادلة ، إلى غير ذلك من أوراق ومستندات ، كل هذه وثائق يندلج عليها الملف ، وتكشف فى كثير من الأحوال عن نوايا الإدارة . وقد توسع مجلس لدولة الفرنسى بعد ذلك فى تلمس الدليل ، فجاوز « ملف القضية » إلى غيره من الأدلة . فكيفية إصدار القرار ، وطريقة تنفيذه ، والظروف التى أحاطت به . وكون الإدارة ميزت بين طائفتين دون مبرر ، وإنعدام الدافع المعقول (mobile plausible) ، بل عدم الملاءمة الظاهرة (inopportunité flagrante) ، أى شئ من هذا يكفى دليلاً على وجود عيب الإنحراف . أما مجلس الدولة المصرى فقد نهج منهج مجلس الدولة الفرنسى فى هذا التوسع ، بل سار خطوة أبعد ، إذ قضى بنقل عبء الإثبات عن المدعى إلى الإدارة إذا قامت قرينة تبرر ذلك .

وغنى عن البيان أن جزاء عيب الإنحراف هو بطلان القرار الإدارى . وإذا نفذ القرار فأصاب تنفيذه شخصاً بالضرر ، كان لهذا أن يطالب بالتعويض . ويتساهل مجلس الدولة الفرنسى فى قبول أدلة الإنحراف إذا كان المطلوب هو التعويض لا الإلغاء .

هذه هي الأسس التي استقرت في نظرية الإنحراف في استعمال السلطة الإدارية . فهل نستطيع السير على هدى من هذه الأسس للقول بجواز الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ؟ .

يتبين القارئ لأول وهلة أن الأمر دقيق ، بل هو بالغ الدقة . فإنه إذا أمكن أن يقال إن التشريع يكون باطلاً إذا خالف الدستور إذ يكفي للثبوت من ذلك الوقوف عند نصوص دستورية منضبطة ، فالقول بأن التشريع يكون أيضاً باطلاً إذا شابه إنحراف في استعمال السلطة التشريعية قول لا شك خطير . فنحن لم نكد نفرغ من تقرير المبدأ الأول الخاص بمخالفة التشريع لنصوص الدستور ، ولم يكد هذا المبدأ يستقر في فقهاء وقضاةنا . فكيف نخطو خطوة أبعد ، ونقول إن التشريع كما يخالف الدستور في نصوصه وأحكامه قد يخالفه في روحه وفحواه ؟ اليست هذه خطوة بعيدة المدى لا تؤمن مغبتها ، بل قفزة جريئة قد تفضي إلى العثار !

وأبرز خطر في هذا القول هو خطر القلقلّة وعدم الاستقرار . ذلك أن التشريع إذا شاب دستوريته ظل من الشك صار مزعزعا ، واضطربت المراكز القانونية التي ينظمها .

ولكن مع التسليم بوجود هذا الخطر يوجد اعتبار يعارضه ولا يقل في الأهمية عنه ، هو وجوب حماية الدستور بالالتزام الغايات التي توخاها ، فمتى إنحرف التشريع عن هذه الغايات وجبت إطالة النظر ، وتعين التماس علاج لهذه الحالة الخطيرة .

فنحن لا يسعنا بين هذين الاعتبارين الرئيسين المتعارضين - توطيد الاستقرار وحماية الدستور - إلا أن نعطي لكل اعتبار حقه ، وأن نلتزم بينهما التوسط والاعتدال .

وقد خطأ مجلس الدولة الفرنسي خطوة تمهيدية في هذا السبيل . فهو يقضى بجواز التعويض لمن أصابه ضرر من جراء تشريع صدر صحيحاً ولكنه مس حقا من حقوقه المكتسبة^(١) . توجد إذن بوادر تؤذن

(١) ونظير ذلك - في الميدان الإداري لا الميدان التشريعي - قرار يهدف إلى المصلحة العامة ، ولكن تختار الإدارة في إصداره وقتاً غير مناسب ، أو وسيلة غير مناسبة ، أو ترتب بإتخاذها جزاء غير متناسب مع أهمية الوقائع الثابتة . فهذا القرار الإداري يبقى صحيحاً ، ولكن إذا أصاب شخصاً بالضرر وجب التعويض . وهذا ما يسميه بعض الفقهاء بالتعسف في استعمال الحقوق الإدارية (انظر الدكتور محمد سليمان الطماوى في نظرية التعسف في استعمال السلطة - الإسكندرية ١٩٥٠ ص ١٦٥ وما بعدها) .

بمناقشة التشريع ، عن طريق التعويض ، حتى لو صدر صحيحاً . فكيف لا يناقش التشريع ، عن طريق الإبطال ، وقد صدر مخالفاً للغايات التي توجهاها الدستور !

على ان بحثنا هنا لا يعدو أن يكون محاولة أولى للدخول فى مناقشة هذا الموضوع الخطير . وقد أخذنا على أنفسنا ، كما سبق القول ، أن يكون بحثاً موضوعياً مجرداً ، حتى تكون له قيمة موضوعية لا تختلف باختلاف النظر الذاتى .

ونرسم الآن خطتنا فى بحث الإنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . فنحدد أولاً المنطقة التى يجوز هذا اللإنحراف . ونتكلم ثانياً فى المعيار الذى ينبغى إتخاذه . ونبين أخيراً كيف يكون إثبات الإنحراف وما هو الجزاء الذى يترتب عليه .

(١)

منطقة الإنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية

رأينا فيما قدمناه عن الإنحراف فى إستعمال السلطة الإدارية أن هذا الإنحراف لا يتصور إلا حيث تكون للإدارة سلطة تقديرية . أما إذا كانت سلطة الإدارة محددة ، فلا يتصور إنحراف فى إستعمالها ولكن تتصور مجاوزة حدودها فتكون هناك مخالفة للقانون .

ونستطيع أن ننقل هذا المبدأ إلى نظرية الإنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . فنقول إن منطقة هذا الإنحراف هى المنطقة التى يكون فيها للمشرع سلطة تقديرية . فعلى الآن أن نرسم دائرة هذه المنطقة ، بأن نبين متى يحق للمشرع أن يتمتع بالسلطة التقديرية .

ويجمع بين الأمرين أن الجزاء على الضرر هنا فى القرار الإدارى . كالجزاء على الضرر هناك فى التشريع ، هو التعويض دون الإبطال .

المشرع فى حدود الدستور له سلطة التشريع . فما لم يقيد الدستور بقيود محددة ، فإن سلطته فى التشريع هى سلطة تقديرية . ونرى من ذلك أن السلطة التقديرية هى الأصل فى التشريع ، والسلطة المحددة هى الاستثناء .

وقد رأينا فيما قدمناه أمثلة على السلطة المحددة فى التشريع . فالمشرع لا يستطيع بتشريع أن يخل بالمساواة الواجبة بين المصريين جميعاً ، ولا يجوز له أن ينص على إبعاد المصرى من بلاده ، ولا أن يبيع المصادرة العامة للأموال ، ولا أن يبسط الرقابة على الصحافة ، ولا أن يجيز المصادرة الإدارية للحصص فى غير وقاية النظام الاجتماعى ، ولا أن يرخص للوزير فى شراء أو استئجار شئ من أملاك الحكومة ، ولا أن يخفض من سن النائب أو الشيخ ، ولا أن يجعل عقد القروض أو منح التزام المرافق العامة عن غير طريق القانون . هذه أمثلة على السلطة المحددة للمشرع ، بسطناها تفصيلاً فيما تقدم . فإذا جاوزها المشرع ، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور .

وفيما عدا هذه السلطة المحددة تكون سلطة المشرع سلطة تقديرية كما قدمنا . ونطاق هذه السلطة التقديرية يكاد يستغرق النشاط التشريعى . فهذا النطاق الواسع - نطاق السلطة التقديرية للمشرع - هو النطاق الذى يقع فيه الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية . ومن ثم نرى أن منطقة الانحراف فى التشريع أوسع بكثير من منطقة مخالفة التشريع للدستور . ونتبين من ذلك الأهمية العملية للقول بإمكان انحراف المشرع فى استعمال سلطته التشريعية .

فما هو معيار هذا الانحراف ؟ هذه هى أهم مسألة فى الموضوع ، وهى المسألة التى نقف عندها طويلاً فيما يلى .

(٢)

معيار الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية

إذا قسنا الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية على الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية ، لقلنا إن المشرع يجب أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة ، فلا يتوخى غاية غيرها ، ولا ينحرف

عنها إلى غاية أخرى ، وإلا كان التشريع باطلاً . ولكن المعيار هنا أيضاً ذا شقين ، شقاً ذاتياً وشقاً موضوعياً فالشق الذاتى يتعلق بتعرف الأغراض والنوايا والغايات التى أضمرتها السلطة التشريعية وقصدت إلى تحقيقها بإصدارها تشريعاً معيناً . والشق الموضوعى هو المصلحة العامة التى يجب أن يتوخاها المشرع دائماً فى تشريعاته ، وكذلك الغاية المخصصة التى رسمت لتشريع معين .

ولكن هذا المعيار الذاتى الموضوعى الذى سلمنا به فى الانحراف بالسلطة الإدارية يصعب التسليم به فى الانحراف بالسلطة التشريعية . فهو معيار مشوب بعنصر ذاتى ، إذ يجب بمقتضاه الكشف عن النوايا والأغراض النفسية . وإذا كان هذا ممكناً مستساغاً بالنسبة إلى الإدارة ، فيقال إن رجل الإدارة قد قصد إلى غايات شخصية كالانتقام أو تحصيل نفع شخصى أو تحقيق أغراض سياسية أو حزبية أو دينية أو نحو ذلك ، فمن غير الممكن - وعلى كل حال فمن غير المستساغ - أن تنسب غايات شخصية إلى الهيئة التشريعية ، فالمفروض دائماً أن هذه الهيئة إنما تستعمل سلطتها لتحقيق المصلحة العامة ولا غاية لها غير ذلك .

وحتى لو أصدر البرلمان تشريعاً قصد به أن يضر أو أن يفيد بعض الأفراد أو بعض الهيئات - ويقع ذلك فى بعض الأحيان - فإنه يحرص دائماً على إلباس هذا التشريع ثوباً من المصلحة العامة ، ولا يذكر له من الأسباب إلا ما يمت لهذه المصلحة . فالتشريع الذى صدر بإنقاص سن الإحالة إلى المعاش للمستشار بمحكمة النقض من الخامسة والستين إلى الستين وكان سبباً فى إحالة بعض مستشارى هذه المحكمة إلى المعاش ، والتشريع الذى صدر بخفض درجات النجاح فى الامتحانات الجامعية وكان سبباً فى إنجاح بعض الطلبة الراسبين ، والتشريع الذى صدر ببسط إشراف وزير العدل على مجلس الدولة ومستشاريه وموظفيه الفنيين ، كل هذه تشريعات قيل فى شأنها إنها تمت للمصلحة العامة!

يصعب إذن إتخاذ معيار للانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ينطوى ولو فى شق منه على عنصر ذاتى . وإذا ساغ إتخاذ معيار ذاتى محض للتعسف فى استعمال الحق ، فذلك لأن انطواء الشخص على نية الإضرار بالغير وهو يستعمل حقه الخاص أمر محتمل ، بل هو أمر

مألف . وعندما انتقلنا من الدائرة المدنية إلى الدائرة الإدارية تدرجنا من الذاتية إلى الموضوعية ، وإتخذنا للانحراف فى إستعمال السلطة الإدارية معياراً ذاتياً موضوعياً ، لأن رجل الإدارة وهو يمارس سلطته العامة أقل إنقياداً للدوافع الذاتية من الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة . وعلينا الآن عندما ننتقل من الدائرة الإدارية إلى الدائرة التشريعية أن نزداد تدرجاً من الذاتية إلى الموضوعية ، بل أن ننحاز إلى الموضوعية جملة واحدة ، فلا نقبل إلا معياراً موضوعياً محضاً لا يدخله أى عنصر ذاتى . ويبرر ذلك امران : (أولهما) أن الواجب هو أن نفرض فى الهيئة التشريعية ، وهى تعلو فى النزاهة والتجرد عن الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة وعن رجل الإدارة وهو يمارس سلطته الإدارية ، أنها لا تصدر فى جميع تشريعاتها إلا عن المصلحة العامة ، لاسيما أنها هيئة مشكلة من عدد كبير من الأعضاء يصعب تواطؤهم على الباطل ، وهى هيئة تنوب عن الأمة فيفرض فيها التنكب عن الأغراض الذاتية . (والأمر الثانى) أن الأولى ، فى نظرية الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، إتخاذ معيار موضوعى ثابت مستقر ، لا يخطئ فى فهم معناه ولا يختلف فى تفسيره ، فيضفى هذا المعيار على التشريع ثباتاً واستقراراً لاشك فى حاجة التشريع إليهما ، بل لاشك فى أن حاجته إليهما تزيد كثيراً عن حاجة التصرف المدنى فى نظرية التعسف فى إستعمال الحق وعن حاجة القرار الإدارى فى نظرية الانحراف فى إستعمال السلطة الادارية .

فما عسى أن يكون هذا المعيار الموضوعى ؟

من الخير ، فى هذا الموضوع الذى لا يزال فطيراً لم يختمر ، أن نسير فى أناة وحذر ، فلا نحاول أن نلقى بمبادئ ثابتة فى مسائل لم تتبلور ، ولا يزال الباحث فيها يتحسس طريقه . وبحسبنا هنا أن نستعرض للمعيار الموضوعى فروضاً خمسة ، ونترج ، ونحن نستعرض هذه الفروض ، فى الموضوعية ، بأقصى حدودها :

(١) فرض يرجع فيه إلى طبيعة التشريع ذاتها معياراً موضوعياً ، وهذه هى أقصى حدود الموضوعية .

(٢) فرض يجاوز فيه التشريع الغرض المخصص الذى رسم له ، وهذه هى ثانى مرتبة فى الموضوعية .

(٣) فرض تكفل فيه الحريات والحقوق العامة فى حدودها الموضوعية ، وهذه هى المرتبة الثالثة للمعيار الموضوعى .

(٤) فرض تحمى فيه الحقوق المكتسبة ، على أن يكون المعيار هنا أيضاً معياراً موضوعياً ، ويأتى فى المرتبة الرابعة من الموضوعية .

(٥) فرض تقيد فيه السلطة التشريعية ، وهى تستعمل بوجه عام سلطتها التقديرية فى التشريع ، بمعيار موضوعى يستخلص ، لامن نصوص الدستور ، بل من مبادئه العليا ومن الروح التى تهيمن على هذه النصوص . وهنا يتسع مجال الاجتهاد ، وتختلف أنظار الباحثين ، ويكاد المعيار الموضوعى يتاخم المعيار الذاتى إذ هو من الموضوعية فى حدودها الدنيا .

ونستعرض الآن هذه الفروض الخمسة .

الفرض الأول - الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معياراً موضوعياً :

رأينا أن التشريع بطبيعته قاعدة عامة مجردة ، فالعموم والتجرد هما اللذان تتميز بهما القاعدة التشريعية عن القرار الإدارى . ورأينا أن البرلمان إذا أصدر قراراً إدارياً لا يدخل ضمن القرارات الإدارية التى يختص بإصدارها ، كان القرار باطلاً لعيب فى الاختصاص . أما إذا أصدر قراراً فردياً ، وقصد به أن يكون تشريعاً عاماً مجرداً ، كان القرار باطلاً لعيب فى المحل .

هذا ما قررناه فيما تقدم . ونقرر هنا حالة ثالثة : يصدر البرلمان تشريعاً عاماً مجرداً وهو يعلم أنه لن يطبق فى الواقع إلا على حالة فردية واحدة . فهذه صورة هى عكس الصورة التى رأيناها فى الحالة الثانية . إذ البرلمان أراد هنا حالة فردية ولكنه أصدر تشريعاً عاماً مجرداً ، وأراد هناك تشريعاً عاماً مجرداً ولكنه أصدر قراراً فردياً .

ونورد مثلاً على الحالة الثالثة : يصدر البرلمان تشريعاً بإلغاء هيئة قضائية للتخلص من أعضائها ، ثم يعاد تشكيل الهيئة بتشريع آخر بعد مدة وجيزة من صدور التشريع الأول . فهنا قصد البرلمان أن يصدر قراراً إدارياً ، فى صورة تشريع صورى ، بعزل أعضاء هذه الهيئة القضائية .

فالتشريع باطل ، لأن البرلمان انحرف به في استعمال سلطته التشريعية . ومعيار الانحراف هنا موضوعي محض ، إذ لسننا في حاجة إلى الكشف عن النوايا المستترة التي اقترنت بهذا التشريع . وبحسبنا أن نتثبت من أنه لم ينطبق إلا على حالة فردية بالذات ، وأن هذا كان واضحاً كل الوضوح للبرلمان عند إصداره له ، لنوقن أن هذا العمل هو تشريع في صورته ، قرار إداري في حقيقته ، وهو بهذه المثابة يتعارض مع طبيعة التشريع^(١) .

ويقرب من هذا أن يصدر تشريع عام مجرد في مناسبة قضية معينة منظورة أمام المحاكم ، ويكون التشريع لا ينطبق إلا على هذه القضية بالذات . فإذا كان هذا واضحاً وقت إصدار البرلمان للتشريع ، كان التشريع في حقيقته قراراً إدارياً فردياً أصدره البرلمان في صورة تشريع عام ، وهذا ما يجعله مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية .

الفرض الثاني - مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذي

رسم له :

قدماً في نظرية التعسف في استعمال السلطة الإدارية أن القانون لا يكتفى في كثير من أعمال الإدارة بهدف المصلحة العامة ، بل يحدد هدفاً يجعله هو الهدف المخصص لعمل إداري معين ، وفقاً لقاعدة تخصيص

(١) ولسنا أول من يقول بهذا الرأي فقد وجدنا الأستاذ ديجيه يصل إلى النتيجة ذاتها إذ يقول بانعدام صفة العموم في تشريع مؤقت يصدره البرلمان ويقصد من توقيته أن يقتصر تطبيقه على حالة فردية أو على شخص بالذات . وإليك ما يقوله في هذا الصدد : « اعتقد أن القرار العام يبقى قراراً عاماً . ومن ثم يكون تشريعاً من الناحية المادية ، حتى لو وقت بمدة من الزمن تعين مقدماً . بشرط ألا يكون الغرض الحقيقي من هذا التوقيت ، بطبيعة الحال ، هو أن يقتصر تطبيق التشريع على حالة فردية أو على شخص بالذات . إذ لا شك في أن النص في هذه الحالة لا تكون له صفة العموم » .
- Je crois qu'une décision par voie générale reste une décision par voie générale et, par conséquent, une loi matérielle, bien que portée pour une période du temps déterminée d'avance à la condition, bien entendu, que cette limitation de temps n'ait pas pour but véritable de restreindre l'application de la loi à une espèce unique ou à une personne déterminée, auquel cas la disposition n'aurait certainement pas de caractère de généralité.

(Duguit, Droit constitutionnel 2^{ème} éd. II p.p. 154 - 155).

(م - ٢٨ مقالات د . السنهوري ج ١)

الأهداف . وهذه القاعدة ليست كثيرة التطبيق في ميدان التشريع ، فقل أن يقيد الدستور المشرع - أو يقيد المشرع نفسه - في أن يشرع في دائرة معينة لا يتخطاها ، ولههدف مخصص لا يجاوزه . والأصل إطلاق سلطة المشرع في التشريع ، فيقوم بتنظيم الروابط الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وغيرها من الروابط ، ولا يتقيد في هذا التنظيم بهدف غير المصلحة العامة .

ويصح مع ذلك ، في حالات قليلة ، أن يتحدد هدف مخصص لتشريع معين . ونورد مثلين للهدف المخصص في التشريع : صون الأمن والنظام العام في تشريعات الأحكام العرفية ، ووقاية النظام الاجتماعي في تشريعات الصحافة والاجتماعات العامة .

ففي الأحكام العرفية تقدم القول أن المادة ١٥٥ من الدستور توجب أن يكون إجراؤها على الوجه المبين في القانون . فلا بد من قانون ينظم الأحكام العرفية إذا هي أعلنت . ومن أهم أغراض هذا القانون أن يبين على وجه الحصر الحالات التي يمكن فيها إعلان هذه الأحكام . وقد حصرت هذه الحالات فعلاً في ثلاث ، إثنان منهما وردتا في قانون الأحكام العرفية الصادر في ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ ، والثالثة وهي حالة مؤقتة وردت في قانون مكمل صدر في ١٢ من مايو سنة ١٩٤٨ في مناسبة الحرب الفلسطينية . وقد سبق ، عند الكلام في الأحكام العرفية في أول هذا البحث ، أن ذكرنا هذه الحالات الثلاث . ويستخلص من استقرائها أنها تهدف في إقامة الحكم العرفي إلى تمكين السلطة القائمة على إجراء هذا الحكم من المحافظة على الأمن والنظام العام ومن تأمين سلامة الجيوش وضمان تموينها وحماية طرق مواصلاتها . وسبق أيضاً أن أشرنا إلى المادة ٣ من قانون الأحكام العرفية ، وهي تعدد الاختصاصات الاستثنائية التي تخول للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية ، ذكرت في النهاية أنه « يجوز لمجلس الوزراء أن يضيف دائرة الحقوق المتقدمة المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو أن يرخص لها بإتخاذ أي تدبير آخر مما يقتضيه صون الأمن والنظام العام في كل الجهة التي أجريت فيها الأحكام العرفية أو في بعضها » . فصون الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين ، هذه هي الغابات المخصصة لقوانين الأحكام العرفية وهي في الوقت ذاته الحدود التي تقف عندها هذه القوانين

ولا يصح أن تجاوزها كما سبق القول ومالم يضيف المشرع حالة جديدة يجيز فيها إعلان الأحكام العرفية غير هذه الحالات الثلاث ، يجب عليه أن يلتزم في كل تشريع يصدره لتنظيم الأحكام العرفية ، وفي أى تعديل أو إضافة القانون الأحكام العرفية الحالى ، هذه الغايات المخصصة ، ولا يجاوزها إلى غيرها من الغايات ولو كانت تهدف إلى المصلحة العامة . والمشرع إنما يستعمل سلطة تقديرية في تحديد دائرة الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين ، فإن انحرف في استعمال هذه السلطة التقديرية ، وأضاف إلى الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية اختصاصات أخرى لا تدخل في هذه الغايات المخصصة تحت ستار أنها تدخل فيها ، كأن أجاز للسلطة العرفية القبض على المتهمين في جرائم يقول إنها تتصل بالأمن والنظام العام أو بحاجات الحرب والتموين وهي لا تتصل ، أو أجاز لها تقييد الحريات بدعوى أن التقييد قصد به تحقيق هذه الغايات وكان التقييد بعيد المدى إلى حد تجاوز الحاجة ، كان تشريعه متخبطاً للغاية المخصصة التي رسمت له ، ومن ثم مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية . ومعيار الانحراف هنا موضوعي ، فيكفي التثبت من أن الاختصاصات الجديدة التي أعطيت للسلطة العرفية ، تحت ستار أنها تصون الأمن والنظام العام وتسد حاجات الحرب والتموين ، إنما تجاوز في حقيقتها ، ومن ناحية موضوعية مخصصة ، هذه الغايات المخصصة .

وكذلك الأمر في تشريعات الصحافة والاجتماعات العامة . فقد حظرت المادة ١٥ من الدستور على المشرع أن يجعل للإدارة حق إنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإداري إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي . وحظرت المادة ٢٠ من الدستور على المشرع أن يجعل للإدارة الحق في منع الاجتماعات العامة دون قيد إلا إذا اتخذ هذا التدبير لوقاية النظام الاجتماعي . فوقاية النظام الاجتماعي هي الغاية المخصصة لأي تشريع يوضع لمصادرة الصحف بالطريق الإداري أو لمنع الاجتماعات العامة دون قيد^(١) . ويتمتع المشرع بسلطة تقديرية في تحديد دائرة

(١) ووقاية النظام الاجتماعي أيضاً هي الغاية المخصصة التي عينها الدستور للاتفاقات الدولية الخاصة بتسليم اللاجئين السياسيين ، فقد نصت المادة ١٥١ من

وقاية النظام الاجتماعي . ولكن لا يجوز له أن يجاوز هذه الدائرة . وإن يخرج عن هذه الغاية المخصصة إلى غاية أخرى ولو كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، مدعياً مع ذلك أنه لا يزال ملتزماً دائرة وقاية النظام الاجتماعي . فإذا صدر تشريع يجيز مصادرة الصحف إدارياً أو منع الاجتماعات العامة لأسباب لا تدخل في وقاية النظام الاجتماعي ، وإن كانت تدخل في حفظ الأمن والنظام العام ، كان هذا التشريع مجاوزاً لغايته المخصصة . ومعيار الانحراف هنا موضوعي أيضاً . فيكفي التثبت من أن الأسباب التي أجاز فيها المشرع المصادرة الإدارية للصحف أو منع الاجتماعات العامة ، وإن كانت نسبت إلى وقاية النظام الاجتماعي ، تجاوز من ناحية موضوعية محضة هذه الدائرة المحددة ، حتى يكون التشريع باطلاً لما شابه من الانحراف^(١) .

الدستور على أن « تسليم اللاجئين السياسيين محظور ، وهذا مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية التي يقصد بها المحافظة على النظام الاجتماعي » .

(١) ومن الغايات المخصصة التي رسمها الدستور لبعض التشريعات ما نصت عليه المادة ١٢٧ من أن « عدم جواز عزل القضاة أو نقلهم تتعين حدوده وكيفية بالقانون » . والغاية المخصصة التي رسمها الدستور لهذا القانون الذي يعين حدود عدم جواز عزل القضاة ونقلهم هي كفالة استقلال القضاء على النحو المبين في المادة ١٢٤ من الدستور . فيجب أن يحقق القانون هذه الغاية المخصصة ولا يجوز أن ينحرف عنها . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٢٩ من الدستور من أن « جلسات المحاكم علنية إلا إذا أمرت المحكمة بجعلها سرية مراعاة للنظام العام أو للمحافظة على الأدب » . فكل تشريع يجيز جعل جلسات المحاكم سرية لا يصح أن يجيز ذلك إلا لتحقيق غاية مخصصة ، هي مراعاة النظام العام أو المحافظة على الأدب . ولا يجوز أن ينحرف عن هذه الغاية . ومن ذلك أخيراً ما رسمته المادة ١٣٣ من الدستور من غايات مخصصة للتشريعات التي تصدر بترتيب مجالس المديرية والمجالس البلدية وبيان اختصاصاتها وعلاقتها بجهات الحكومة ويستخلص من نص هذه المادة أن الغايات المخصصة التي رسمها الدستور لهذه القوانين هي أن تكفل القوانين لهذه المجالس أن تمثل الأهالي تمثيلاً كافياً ، وأن تقوم بكل ما يهم المديرية أو المدينة من أعمال ، وأن تنبسط العلانية على أعمالها ، وأن تقام عليها وصاية معتدلة من جانب السلطة المركزية . والمشرع يتمتع بسلطة تقديرية في تحديد هذه الغايات المخصصة وفي تحقيقها ، ولكن لا يجوز أن ينحرف عنها فيما يضعه من التشريعات في هذا الشأن .

الفرض الثالث - كفالة الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية :

رأينا فيما تقدم أن هناك حريات وحقوقاً عامة مطلقة لا تقبل التقييد أو التنظيم . فالحق في المساواة ، وحظر إبعاد المصرى عن بلاده ، وحظر المصادرة العامة للأموال ، وحرية الاعتقاد المطلقة ، كل هذه حقوق عامة وحريات لا يجوز أن يرد عليها التقييد . فلو صدر تشريع يقيد بها ، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنصوص الدستور .

أما الحريات والحقوق العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون ، فقد سبقت الإشارة إلى أن المشرع قد خول في شأنها سلطة تقديرية ليقوم بهذا التنظيم ، على ألا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور . وهو كفالة هذه الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية . فإذا نقضها المشرع أو انتقص منها ، وهو في صدد تنظيمها ، كان تشريعه مشوباً بالانحراف . والسبب في أن التشريع يكون في هذه الحالة منطوياً على انحراف لا مخالفاً لنصوص الدستور هو أن المشرع هنا قد خول سلطة تقديرية - لاسلطة محددة - في تنظيم الحق العام ، وقد أساء استعمال هذه السلطة ، إذ بدلا من أن ينظم الحق ، نقضه أو انتقص منه تحت ستار التنظيم . ويمكن القول ، في عبارة أخرى أن كل حق عام وكل الدستور إلى المشرع تنظيمه بقانون ، قد رسم الدستور للقانون الذي ينظمه غاية مخصصة ، لا يجوز الانحراف عنها ، هي تنظيم هذا الحق على وجه لا ينقض معه الحق ولا ينتقص .

والمعيار هنا موضوعي . فلسنا في حاجة ، كي نثبت من أن هناك انحرافاً في استعمال السلطة ، إلى الكشف عن الأغراض والنوايا المستترة التي اقترنت بالتشريع وقت صدوره . بل يكفي أن تتبين ، على وجه موضوعي محض ، أن الحق العام الذي ينظمه التشريع قد أصبح بعد هذا التنظيم منتقصاً من أطرافه بحيث لا يحقق الغاية التي قصد إليها الدستور . ونور بعض الأمثلة عن حريات وحقوق عامة وكل الدستور تنظيمها إلى المشرع . وجعل له في ذلك سلطة تقديرية لا يجوز أن ينحرف في إستعمالها عن المصلحة العامة وعن الغاية المخصصة التي أعطيت هذه السلطة من أجلها .

تنص المادة ٣ من الدستور على أن الوظائف العامة، مدنية كانت أو عسكرية، يعهد بها إلى المصريين وحدهم، «ولا يولى الأجانب هذه الوظائف إلا في أحوال استثنائية يعينها القانون». فالتشريع الذى يصدر لتنظيم تولى الأجانب الوظائف العامة يتمتع فيه المشرع بسلطة تقديرية، على ألا ينحرف عن الغاية التى قصد إليها الدستور، وهى أن تكون تولية الأجنبى لوظيفة عامة أمراً استثنائياً، لكى يبقى زمام البلاد فى أيدي الوطنيين. فلا يجوز أن يطلق التشريع المجال للأجانب يتولون الوظائف العامة كالمصريين سواء بسواء، بل يجب أن يكون ذلك مقصوراً على حالات خاصة، وفى أعمال تقتضى كفاية لا يتيسر وجودها فى المصريين. فإذا صدر تشريع يفتح باب الوظائف العامة للأجانب دون قيد، أو بقيود ليس من شأنها أن تجعل تولى الأجانب للوظائف أمراً استثنائياً، كان هذا التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية ولخروجه على الغاية المخصصة التى رسمها الدستور، وهى أن يكون توظيف الأجانب بقدر الحاجة إليهم وعلى سبيل الاستثناء.

وتنص المادة ١٣ من الدستور على أن «تحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية فى الديار المصرية على ألا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافى الآداب». فلو صدر تشريع يضع قيوداً على حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد بحيث ينتقص من هذه الحرية انتقاصاً خطيراً، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية.

وتنص المادة ١٤ من الدستور على أن «حرية الرأى مكفولة، ولكل إنسان الإعراب عن فكره بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير أو بغير ذلك فى حدود القانون». وتنص المادة ١٥ على أن «الصحافة حرة فى حدود القانون، والرقابة على الصحف محظورة». فلو صدر تشريع يقيد من حرية الرأى أو من حرية الصحافة تقييداً خطيراً بحيث ينتقض هذه الحرية أو ينتقص منها، كان التشريع منطوياً على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية، إذ أن الغاية المخصصة من تشريعات الرأى والصحافة ليست نقض هذه الحرية العامة أو الانتقاص منها، بل مجرد تنظيمها حتى لا تعود بالضرر على المجتمع. هذا ويلاحظ أنه إذا صدر تشريع لتقييد

حرية الصحافة فيما تكون فيه هذه الحرية مطلقة لا تقبل التقييد ، كما إذا صدر تشريع يبسط الرقابة على الصحف في غير نظام الأحكام العرفية ، كان هذا التشريع باطلاً ، لا لانطوائه على إنحراف في استعمال السلطة ، بل لمخالفته لنصوص الدستور كما سبق القول .

وتنص المادة ٢٠ من الدستور على أن « للمصريين حق الاجتماع في هدوء وسكينة غير حاملين سلاحاً ، وليس لأحد من رجال البوليس أن يحضر اجتماعهم ، ولا حاجة بهم إلى أشعاره . لكن هذا الحكم لا يجرى على الاجتماعات العامة فإنها خاضعة لأحكام القانون ، كما أنه لا يقيد أو يمنع أى تدبير يتخذ لوقاية النظام الاجتماعى » . وتنص المادة ٢١ من الدستور على أن « للمصريين حق تكوين الجمعيات ، وكيفية استعمال هذا الحق يبينها القانون » . فلو صدر تشريع ينقض حرية الاجتماعات العامة أو ينقص منها انتقاصاً خطيراً ، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية^(١) . كذلك يكون باطلاً للانحراف أى تشريع

(١) وقد كان قانون الاجتماعات بالفعل محلاً للنظر في دستوريته أمام محكمة القضاء الإدارى فى دائرة وقف التنفيذ ، ولم تبت المحكمة فى هذه المسألة ، بل تركتها لمحكمة الموضوع ، وقالت فى هذا الصدد : « ومن حيث إنه مما يؤيد هذا النظر أن قانون الاجتماعات كان من التشريعات التى أقرها البرلمان المصرى باعتبار أن هذا القانون يقيد الحريات . وقد احتمله مجلس النواب على مضمض بعد أن صرحت الحكومة أمام المجلس إن فى نيتها ألا تطبق هذا القانون إلا عند الضرورة القصوى عندما ترى الأمن مهدداً وأنها لابد أن تتدخل أو يتدخل غيرها على كره منها . بل إن مجلس النواب وافق على إلغائه فى أول يولية سنة ١٩٢٤ اكتفاء بأحكام القانون العام إذ رآها كفيلة بالمحافظة على النظام . . . ولما لم يوافق مجلس الشيوخ على إلغاء هذا القانون ، تداوله المجلسان بتعديلات أساسية تقيد تقيداً جوهرياً من سلطة الإدارة فى منع الاجتماعات وفى فضها ، ولم يقدر لهذه التعديلات أن تصبح تشريعاً نهائياً ، فبقى قانون الاجتماعات على أصله قانوناً استثنائياً مقيداً للحريات . وفى الوقت الذى تدع فيه محكمة وقف التنفيذ النظر فى أمر دستوريته إلى محكمة الموضوع يتعين عليها أن تفسره تفسيراً ضيقاً ، فلا يجوز تطبيقه إلا عند الضرورة القصوى ، ولا يصح أن تنذر به الإدارة لمنع الاجتماعات إلا إذا اجتمع عندها أسباب بالغة الخطورة تبرر هذا المنع » (محكمة القضاء الإدارى - دائرة وقف التنفيذ قضية رقم ١٥٩٣ سنة ٥ قضائية المحكوم فيها بتاريخ ١١/٧/١٩٥١) .

ينظم استعمال حق تكوين الجمعيات فينقض تحت ستار التنظيم هذا الحق أو ينتقص منه انتقاصاً خطيراً . أما إذا صدر تشريع ينص على سلب المصريين حق تكوين الجمعيات في ناحية أو في أخرى ، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنصوص الدستور ، لأن المادة ١٥ لم تجز أن يرد التشريع على ذات الحق ، وإنما أجازت أن يرد على كيفية استعماله . كذلك التشريع الذي يقيد ، في غير وقاية النظام الاجتماعي ، الاجتماعات الخاصة ، أو يفرض حضور رجال البوليس في هذه الاجتماعات ، أو يوجب إشعار البوليس بها ، يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته لنص المادة ٢٠ من الدستور .

وقد رأينا أن المادة ١٥٥ من الدستور تنص على أنه « لا يجوز لأية حال تعطيل حكم من الأحكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً في زمن الحرب أو أثناء قيام الأحكام العرفية ، وعلى الوجه المبين في القانون . وعلى أي حال لا يجوز تعطيل انعقاد البرلمان متى توفرت في انعقاده الشروط المقررة بهذا الدستور » . ويؤخذ من هذا النص أن الدستور فوض إلى المشرع وضع القانون الذي ينظم الأحكام العرفية ، وخول له سلطة تقديرية واسعة في وضع هذا النظام ، فله أن ينتقص من الحريات العامة وقت قيام الأحكام العرفية ، وله أن يعطل أحكام الدستور فيما عدا حكماً واحداً هو انعقاد البرلمان متى توافرت شروط الانعقاد . ولما كان قانون الأحكام العرفية يحل عند إعلان هذه الأحكام محل الدستور ، بل ويعطل أحكامه ، فقد خول المشرع في وضع أحكام هذا القانون سلطة بعيدة المدى تكاد تماثل سلطة الدستور . وتضمن القانون فعلاً من الأحكام ما يعطل الحقوق والحريات العامة ، فهو يجيز بسط الرقابة على الصحف والنشرات الدورية وضبط المطبوعات والنشرات والرسومات التي من شأنها تهيج الخواطر وإثارة الفتنة أو التي تؤدي إلى الإخلال بالأمن العام ، ويخول مراقبة الرسائل البريدية والتلغرافية والتلفونية ، ويبيح منع الاجتماعات العامة وحلها بالقوة وتقييد الحرية الشخصية في التنقل والتوطن ونحو ذلك . ولكن هذه السلطة التقديرية لا يجوز الانحراف في استعمالها ، كما سبق القول ، لتحقيق غايات غير الغايات المخصصة التي قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء الأحكام العرفية ، وقد تقدم ذكر ذلك . فإذا انحرف المشرع في استعمال سلطته التقديرية ، وهو ينظم الأحكام العرفية ، عن

هذه الغايات ، كان تشريعه مشوباً بالانحراف . على أن هذا التشريع يكون مخالفاً لنص الدستور ، لا مشوباً بالانحراف ، إذا هو عطل انعقاد البرلمان إلى ما بعد السبت الثالث من شهر نوفمبر خلافاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٩٦ من الدستور . أو فض الدورة قبل ستة شهور خلافاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٩٩ ، أو محاوذة الستين يوماً السابقة على إنتهاء مدة النيابة في إجراء الانتخابات العامة لتجديد مجلس النواب أو تجديد مجلس الشيوخ خلافاً لنص المادتين ١١٤ و ١١٥ ، أو تأجيل انعقاد البرلمان لمدة تزيد على شهر خلافاً لنص المادة ٣٩ ، أو إجراء الانتخابات العامة بعد حل مجلس النواب في مدة تزيد على شهرين خلافاً لنص المادة ٨٩ . وقد يقال إن تمكين السلطة العرفية من تأخير الانتخابات العامة عن ميعادها الدستوري ، سواء كانت هذه الانتخابات نتيجة لإنتهاء مدة النيابة أو نتيجة لحل مجلس النواب ، يعتبر تعطيلاً غير مباشر لانعقاد البرلمان عن طريق تعطيل الشروط الواجب توافرها لهذا الانعقاد ، فيكون هذا انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية لا مخالفة لنص الدستور . والنتيجة العملية واحدة في الرأيين ، فالتشريع يكون باطلاً على كل حال ، إما لمخالفة نص الدستور أو للانحراف .

الفرض الرابع - احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض :

يحرص الدستور على احترام الحقوق المكتسبة ، فهو لا يسمح أن تمس في غير ضرورة . ومن ثم نصت المادة ٢٧ من الدستور على أنه ، لا تجرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ، ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص . فجعل الأصل في القوانين أنها لا تسرى على الماضي حتى لا تمس الحقوق المكتسبة . واحترام الحقوق المكتسبة قاعدة تمتد في جذورها إلى أعماق القانون الطبيعي والمبادئ الأساسية للعدالة ، حتى أن المادة ٢٧ السابق ذكرها لو لم تكن قد وردت في الدستور لوجب مع ذلك أعمال حكمها دون نص ، بل لما صح الاستثناء الذي أورده من جواز أن يتضمن القانون نصاً على الأثر الرجعي . وغير القانون من القواعد التنظيمية ، كمرسوم أو قرار إداري تنظمي آخر ، لا يجوز أن يتضمن نصاً على الأثر الرجعي ، وإلا كان

هذا النص باطلاً . أما القانون فيجوز على سبيل الاستثناء وبالقدر الذى تدعو إليه الضرورة ، أن تشتمل على نص خاص بالأثر الرجعى كما تقرر المادة ٤٧ من الدستور . ويلاحظ مع ذلك أن الإسراف فى النص على الأثر الرجعى فى القانون يعتبر انحرافاً فى إستعمال السلطة التشريعية . بل أن بعض التشريعات التى تمس حقوقاً مكتسبة تنص على وجوب التعويض عنها . وبلغ الأمر بمجلس الدولة فى فرنسا أن يقضى بالتعويض دون نص .

فالقاعدة التى نبسطها هنا هى أن الإسراف فى تقدير الأثر الرجعى يعد انحرافاً فى إستعمال السلطة التشريعية ونستعرض لهذه القاعدة تطبيقات أربعة :

(١) تشريع يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعى : قدمنا أن المادة ٦ من الدستور تقضى أن العقوبة لا تكون إلا بناء على قانون ومن غير أثر رجعى . فإذا وضع القانون عقوبة على فعل معين . وجب ألا يكون لهذا القانون أثر رجعى ، ومن ثم لا عقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدوره . بل لا يجوز ، بالنسبة إلى العقوبة ، أن يتضمن القانون نصاً على الأثر الرجعى ، وإلا كان هذا النص باطلاً لمخالفته للمادة ٦ من الدستور . وإذا احتال المشرع على هذا النهى الدستورى بقصد أن يتخطاه ، فأصدر تشريعاً عادياً يخفى عقوبة وجعل لهذا التشريع أثراً رجعياً بنص خاص ، فقد جعل للعقوبة وهى تحت ستار تشريع عادى أثراً رجعياً ، ويكون تشريعه مشوباً بالانحراف . ونورد لذلك مثلاً التشريع الفرنسى الصادر فى ٩ يولية سنة ١٩٠٧ ، وهو التشريع الذى سبقت الإشارة إليه ، ويقضى باستثناء طائفة محدودة من مجندى سنة ١٩٠٣ ، هم الذين لم يطيعوا الأوامر التى صدرت لهم فى يوم ٢١ من يونية سنة ١٩٠٧ من الانتفاع بالتسريح المبكر . وقد قررنا فيما تقدم أن هذا التشريع يعتبر فى نظرنا تشريعاً عاماً مجرباً . ولكنه يخف عقوبة مقنعة أراد المشرع توقيعها بأثر رجعى على من عصوا الأوامر من مجندى سنة ١٩٠٣ ، ومن ثم يكون التشريع مشوباً بالانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية .

ويلاحظ أن ستر التشريع لعقوبة مقنعة مسألة المعيار فيها موضوعي . فليس علينا للكشف عن هذه العقوبة المقنعة أن نتحسس نوايا المشرع وأغراضه ، بل يكفي أن نتأمل في أحكام التشريع من الناحية الموضوعية ، فإن كانت تنطوي على عقوبة حقيقية ، فالتشريع باطل لما شابه من الانحراف .

(٢) تشريع لاحق يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره : من القواعد المقررة أن التشريعات المفسرة لها أثر رجعي ، لأنها لا تنشئ قاعدة جديدة ، بل تفسر قاعدة موجودة . ولكن يجب ، مع ذلك ، الاحتياط في تكييف التشريعات المفسرة فقد يسن تشريع على أنه تشريع مفسر ، وحقيقة أمره أنه تشريع يعدل من تشريع سابق ، فهو تشريع مفسر في صورته ، معدل في حقيقته . والذي ينبغي ملاحظته في هذه المسألة أن التشريع المفسر يكون له أثر رجعي كما قررنا ، أما التشريع المعدل فلا يجوز أن يكون له أثر رجعي إلا بنص خاص . فيخشى أن يكون المشرع ، لسبب أو لآخر ، لا يرى المصارحة في أنه يضع تشريعاً له أثر رجعي ، فيخفي هذا الأثر تحت ستار أن التشريع مفسر ، كأن يزيد في مقدار ضريبة في تفسير يضعه للتشريع الذي ينشئ هذه الضريبة ويكون التفسير في حقيقته تعديلاً للتشريع . وفي هذه الحالة يكون المشرع ، وهو يستعمل سلطته التقديرية في تفسير تشريع سابق ، قد إنحرف في استعمال هذه السلطة ، وخرج من التفسير إلى التعديل دون أن ينص على أن هذا التعديل له أثر رجعي . ومن ثم يكون التشريع ، من حيث هذا الأثر ، باطلاً لما شابه من الانحراف . وغنى عن البيان أن انتقال المشرع من التفسير إلى التعديل يعرف بالمقارنة بين التشريعين السابق واللاحق مقارنة موضوعية ، فالمعيار هنا أيضاً معيار موضوعي .

(٣) إطالة مدة التقادم في قوانين الضرائب : يجوز للمشرع بوجه عام أن يطيل مدة التقادم . ولكن يجب الحذر من هذه الإطالة فيما يتعلق بقوانين الضرائب ، فإن فيها زيادة في أعباء الضريبة . ونستعرض في هذا الصدد فرضين : (الفرض الأول) تشريع يطيل مدة التقادم في إحدى الضرائب قبل أن تنقضى المدة الأصلية . وفي هذا الفرض لا يكون هناك انحراف في

إستعمال السلطة التشريعية ، فإن المشرع لابد أن يكون قد قدر ، تحت ضغط الضرورة الملحة ، أن هناك أسباباً خطيرة توجب إطالة مدة التقادم قبل انقضائها ، حتى يتسع الوقت أمام عمال الضرائب لجباية ما لم يجبوه منها . وهذه الزيادة فى أعباء الضريبة لا تستحب ، ولكن الظروف الاضطرارية قد تبرر التجاء المشرع إليها . (الفرض الثانى) تشريع يطيل مدة التقادم فى إحدى الضرائب بعد أن تكون المدة الأصلية قد انقضت . وفى هذا الفرض يكون التشريع قد مس حقاً مكتسباً ، إذ أن المدة الأصلية للتقادم قد انقضت وسقطت الضريبة ، ثم جاء التشريع الجديد يطيل مدة التقادم ، فيعيد الضريبة بأثر رجعى بعد سقوطها . والرجعية فى قوانين الضرائب سواء كانت بطريق مباشر أو عن طريق إطالة مدة التقادم ، ترقق الممولين ، ويغلب أن تنطوى على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . ولا يجوز على كل حال أن يفاجأ الممولون ، بعد أن سقطت الضريبة عنهم ولم يعودوا يحسبون لها حساب ، برجوع الضريبة من جديد . وتقرير ما إذا كان المشرع ، وهو يطيل مدة التقادم ، قد إنحرف فى إستعمال سلطته التشريعية أمر موضوعى محض ، إذ يكفى للاستيثاق من هذا الانحراف الرجوع إلى مدة التقادم الأصلية والتثبت من أنها كانت قد انقضت قبل صدور التشريع الذى أطالها ، وأن المشرع لم تكرهه قوة قاهرة على تجشيم الممولين هذا العنت . وقد رأينا فيما تقدم أن القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، وقبله القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٤ ، قد أطالا مدة التقادم بالنسبة إلى طائفة من الضرائب هى الضرائب المفروضة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتي استحققت فى المدة من أول ستمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٤ . ويبدو أن بعض هذه الضرائب كان قد سقط بالتقادم قبل صدور القانون الأول . فأحياؤه من جديد عن طريق تشريع يطيل مدة التقادم قد يكون منطوياً على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . وقبل أن نترك قوانين الضرائب إلى نص ورد فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بـضرائب الدخل . وهو نص لا يخلو من غرابة . وقد أقحمه المشرع فى المكان الذى وضعه فيه دون مبرر . ويغلب أن يكون منطوياً على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . فقد نصت المادة ٢٨ من القانون المشار إليه بأن الأرباح والفوائد على الأسهم والسندات

والودائع النقدية وودائع الأوراق المالية وغيرها من الديون التي تكون مستحقة للأفراد في ذمة الشركات والمصارف ونحوها تؤول إلى الحكومة إذا لحقها التقادم . وقد قيل في تعليل هذا النص ، الذي يخرج على أصول القانون المدني ، أن التقادم مبني على قرينه الوفاء ، وهذه القرينة منتفية إذا كان المدين شركات أو مصارف لها من انتظام حساباتها ما يقطع فيما إذا كان الدائن قد استوفى حقه منها أو لم يستوفه ، فإن كان لم يستوفه فعلاً فلا محل لقيام قرينة على الوفاء . ولكن هذا التعليل لا يستلزم أن تحل الحكومة محل الدائن بإنقضاء مدة التقادم . وما دما قد ابقينا الحق ولم نسقطه بإنقضاء هذه المدة ، ليقيننا من أن الدائن لم يستوفه . فإن الوضع السليم هو أن يبقى الحق لصاحبه ، لا أن تستولي الحكومة عليه دون مقابل ، فتكون قد نزعت ملكية لغير المنفعة العامة وبدون تعويض^(١) .

(٤) قوانين التضمينات : قدمنا أن قوانين التضمينات هي تشريعات عامة مجردة ونعود إلى بحث هذه القوانين من ناحية أخرى ، هي إحتمال أن تنطوي على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . وذلك أن قوانين التضمينات تعفى الحكومة من المسؤولية عن حوادث وقعت في الماضي ، فهي إذن تسرى بأثر رجعي . ومن هنا جاز التساؤل عن قيمتها الدستورية .

وقد عرفت مصر قوانين التضمينات عن طريق القانون الانجليزي . وقد كان هذا القانون في القديم لا ينظم الأحكام العرفية مقدماً بتشريع

(١) وقد صدر المرسوم بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٤٥ يقف سريان التقادم لصالح المقيمين في البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة . ولما كانت الشركات والمصارف قد جرت على أن تورد لخزانة الحكومة تباعاً المبالغ والقيم الباقية في ذمتها بمجرد إنتهاء مدة التقادم نزولاً على حكم المادة ٢٩ من قانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢٩ ، فقد تبين فيما بعد أن بعض اصحاب هذه المبلغ هم ممن كانوا يقيمون في البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة ، وأن القيم المستحقة لهم لم تكون قد تقادمت وقت توريدها للخزانة بسبب وقف سريان التقادم . ولا شك في أن للدائنين ، في هذه الحالة ، الرجوع على الشركات والمصارف بحقوقهم ، وللشركات والمصارف الرجوع على الحكومة بدعوى استرداد غير المستحق .

يحدد اختصاصات السلطة القائمة على إجراء هذه الأحكام . بل كان ، إذا قامت أزمة تستدعى إتخاذ إجراءات استثنائية مخالفة للقانون العام ، يبيح بمقتضى تشريع يصدره البرلمان وقف ما يسمى « قانون الإحضار » (Habeas Corpus) ، وهو القانون الذى يجيز لكل شخص إتخذ ضده إجراء مخالف للقانون ، كأن حبس مثلاً لشبهة علقته به ، استصدار « أمر إحضار » وإنهاء حالة الحبس المخالفة للقانون إما بالأفراج عنه أو بمحاكمته قانونية . فإذا وقف « قانون الإحضار » لأجل معين ، أمكن السلطة التنفيذية أن تتخذ من الإجراءات الاستثنائية ما تقتضيه الظروف . وقبل انتهاء هذا الأجل يصدر عادة قانون للتضمينات (bill of indemnity) يعفى الموظفين العاملين من مسئوليتهم عن إتخاذ هذه الاجراءات الاستثنائية المخالفة للقانون ، بشرط أن تكون قد إتخذت بحسن نية (bona fide) وفى خدمة الوطن أى لمصلحة عامة . فالقانون الانجليزى ، حتى سنة ١٩٢٠^(١) يتميز بما يأتى : (١) هو لا ينظم الأحكام العرفية بتشريع سابق عليها ، بل يصفىها بتشريع لاحق لها هو قانون التضمينات . أما التشريع الذى يصدر لوقف قانون الإحضار فهو بمثابة إعلان للأحكام العرفية . (٢) وهذا يرجع إلى طبيعة الدستور الانجليزى ، فهو دستور مرن يملك البرلمان تعديله بتشريع عادى ، وما قانون الوقف ولا قانون التضمينات إلا تشريعان دستوريان فى حقيقتهما ، يعدلان من القواعد الدستورية التى تقضى بمسئولية السلطة العامة عن الاجراءات المخالفة للقانون ، فيقف الأول هذه المسئولية ، ويعفى منها الثانى إعفاء نهائياً . (٣) ولكن لا يصل الإعفاء من المسئولية إلى حد حماية سوء النية ، فإذا خالف الموظف العام القانون فى الاجراءات الاستثنائية التى اتخذها وكان ذلك بسوء لدافع غير

(١) نقول حتى سنة ١٩٢٠ ، لأنه قد صدر فى إنجلترا فى تلك السنة قانون لتنظيم سلطات الطوارئ (Emergency powers act) ، يعطى للحكومة ، إذا هى أعلنت حالة الطوارئ فى ظروف معينة تهدد بالخطر ، سلطة إصدار لوائح تواجه بها هذه الحالات الاستثنائية ، على أن تعرض هذه اللوائح على البرلمان فى اقرب وقت ممكن لإقرارها . فلم تعد هناك حاجة لإصدار قوانين تضمينات بعد قيام هذا النظام القانونى الدائم الذى يشبه من بعض الوجوه النظام العرفى فى مصر .

المصلحة العامة ، بقى مسئولاً ، ولا يعفيه قانون التضمنيات من هذه المسؤولية .

ويختلف النظام الدستوري المصري عن النظام الدستوري الانجليزي اختلافاً بيناً . ومن ثم كان إقحام قوانين التضمنيات على النظام المصري محلاً للنظر . ذلك أن الدستور في مصر يوجب تنظيم الأحكام العرفية مقدماً بتشريع سابق عليها ، وهذا ما تقتضيه المادة ١٥٥ من الدستور . فالحاجة إلى قانون تضمنيات تعفى السلطة العرفية من المسؤولية تبدو غير واضحة . هي واضحة في القانون الانجليزي حتى سنة ١٩٢٠ ، حيث لا يوجد قانون للأحكام العرفية يعطى السلطة التنفيذية اختصاصات واسعة تمكنها من معالجة الظروف الاستثنائية التي توجهها ، فتضطر إلى إتخاذ اجراءات مخالفة للقانون ، فيجئ قانون التضمنيات بعد ذلك يغطي مسئوليتها . فكان قانون التضمنيات في القانون الانجليزي هو قانون لاحق يراد به تنظيم ما سبق من الأحكام العرفية . أما في مصر فهناك قانون سابق لتنظيم هذه الأحكام ، فما الحاجة إلى قانون لاحق لتنظيمها ! وقد أعطى قانون الأحكام العرفية في مصر للسلطة القائمة على إجرائها إختصاصات استثنائية ، تضيق وتتسع ، حتى تتمكن هذه السلطة من مواجهة الظروف . فلا يجوز بعد ذلك للسلطة العرفية مجاوزة هذه الاختصاصات الاستثنائية ، وإلا كانت مسئولة ، وكان قانون التضمنيات الذي يعفيها من هذه المسؤولية متعارضاً مع روح الدستور . فالدستور لم يرد أن تجاوز السلطة العرفية حدود القانون العام إلا بعد ترخيص تشريعي يتمثل في قانون الأحكام العرفية ، أى أنه أراد كما سلف القول تنظيم الأحكام العرفية مقدماً قبل إجرائها بتشريع سابق ، لاتصفيتها مؤخراً بعد إنتهائها بتشريع لاحق . فالجمع بين قانون الأحكام العرفية الذي عدد اختصاصات الحاكم العسكري على سبيل الحصر ومن ثم حرم عليه مجاوزة هذه الاختصاصات ، وبين قانون التضمنيات الذي يبدو أنه يعفى الحاكم العسكري من المسؤولية حتى لو جاوز هذه الاختصاصات المحددة ، ينطوي على تعارض دستوري ظاهر . وإذا كان أول قانون للتضمنيات صدر في مصر هو القانون الصادر في سنة ١٩٢٣ عقب الأحكام العرفية التي تولتها السلطة المحتلة في مناسبة الحرب الكبرى التي

أعلنت في سنة ١٩١٤ ، فإن هذا القانون قد جاء قبل نفاذ الدستور وقبل صدور قانون الأحكام العرفية ، فاحتاج القائد العام للقوات البريطانية في مصر إذ ذاك إلى قانون تضمينات يحميه من المسؤولية ، إذ لم يكن في ممارسته للأحكام العرفية يستند إلى قانون ينظم هذه الأحكام ، فكانت إجراءاته مخالفة للقانون العام ، ومن ثم قامت الحاجة إلى إعفائه من المسؤولية بتشريع خاص على النحو المألوف في قوانين التضمينات الانجليزية^(١) . ومن نفاذ قانون الأحكام العرفية الذي ينظم هذه الأحكام مقدماً ويغني عن تصفيتيها مؤخراً ، صدرت قوانين للضمينات في مناسبات مختلفة ! صدر المرسوم بقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥^(٢) وقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٤٧^(٣) عقب الأحكام العرفية التي أعلنت في مناسبة الحرب

(١) وقد نصت المادة الثانية من هذا التشريع الصادر في ١٩٢٣ على ما يأتي :
لا تقبل لا في الحال ولا في الاستقبال أمام أية محكمة من محاكم البلاد أية دعوى أو طلب أو قضية جنائية أو غيرها من الإجراءات ، ولو على شكل دعوى تقام من المدعى عليه على المدعى أو دفع فرعى أو دفاع ، سواء كانت الدعوى منظورة الآن أو ترفع فيما بعد ، وإياها كان رافعها ، إذا كان الغرض منها الطعن في أي إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار وبوجه عام أي عمل أمرت به أو تولته السلطة العسكرية بمقتضى الأحكام العرفية . ويدخل فيما تقدم الإعلانات والأوامر المتعلقة بأحكام الخديوي السابق عباس حلمي باشا المنقولة والثابتة وساقام به الحارس الرسمي لأموال الأعداء عن التصرف في الأملاك المذكورة بالبيع أو بغيره من التصرفات ، وذلك سواء كان هذا الطعن مباشرة من طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة أو بإبراء من تكليف أو التزام أو برد مال أو باسترجاعه أو باسترداد أو باستحقاقه أو بأية طريقة أخرى . وإذا عرضت دعوى من هذا القبيل وجب رفضها حتماً في أية حالة تكون عليها الدعوى .

(٢) وتنص المادة الأولى منه على ما يأتي : لا تسمع أمام المحاكم الجنائية أو المدنية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار ، أو بوجه عام أي عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها ، عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى الأحكام العرفية ، وذلك سواء كان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة أو إبراء من تكليف أو التزام أو برد مال أو باسترجاعه أو باسترداده أو باستحقاقه أو بأية طريقة أخرى .

(٣) وقد رأينا فيما تقدم أن هذا القانون ينص على ما يأتي : لا تسمع أمام أية

العالمية الثانية ، وصدر قانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠^(١) عقب الأحكام العرفية التي أعلنت في مناسبة حرب فلسطين ! وفي كل هذه القوانين نص على عدم جواز سماع أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أى عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها ، عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية . فيجب إذن في هذه التشريعات ملاحظة ان الجمع بين قانون الأحكام العرفية وقانون التضمنيات قد ينطوى على تعارض دستوري ، يجب تجنبه بتفسير قانون التضمنيات تفسيراً يزيل هذا التعارض .

فقانون التضمنيات لا شك في ان له اثراً رجعياً كما قدمنا . إذ هو يعفى من المسؤولية عن أعمال وقعت قبل صدوره ، وقد ترتب على هذه الأعمال حقوق مكتسبة نشأت قبل صدور قانون التضمنيات ، فأتى هذا القانون لإهدارها عن طريق عدم جواز سماع الدعوى فيها . والآخر الرجعى للتشريع أمر بغىض في ذاته ، الدستور ولكن يجيزه إستثناء للضرورة على الوجه المبين في المادة ٢٧ . فيجب ان يقدر بقدر هذه الضرورة ولا يجاوزها ، وإلا كان فيه انحراف في إستعمال السلطة التشريعية . وقياس مشروعية الأثر الرجعى في قوانين التضمنيات بمقياس الضرورة هو أيضاً التزام لمعيار موضوعى ، كسائر المعايير الموضوعية التي التزمناها في الصور للانحراف .

جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أى أمر أو تصرف أو تدبير أو إعلان أو قرار ، وبوجه عام أى عمل صدر إبتداء من تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥ من وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم أو مدير مكتب البلا - المحنة والخاضعة للرقابة في ظل النظام بالمرسوم بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٤٥ المرسوم بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٤٥ حتى نهاية العمل بهذا النظام . ولاتجوز متابعة السير في الدعاوى المرفوعة قبل سريان هذا القانون .

(١) وقد رأينا أيضاً غيما تقدم ان هذا القانون ينص على ما يأتى : لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أى إعلان أو تصرف أو أمر تدبير أو قرار . وبوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها أو وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم . عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية .

(م - ٢٩ مقالات د . السنهورى ج ١)

وعلى هدى المبدأ الذى قدمناه، إذا استعرضنا الأعمال غير المشروعة التى يأتيتها القائم على إجراء الأحكام العرفية، أمكن أن نقسمها إلى طوائف ثلاث: (١) أعمال يأتيتها مجاوزاً حدود الاختصاصات الاستثنائية التى خولها له قانون الأحكام العرفية. (٢) أعمال يأتيتها غير مجاوز فيها هذه الحدود، ولكنه يتعمد بها الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نية^(١). (٣) أعمال لا يجاوز فيها الحدود ولا يتعمد الانحراف عن المصلحة العامة ولكنه ينحرف عنها فعلاً بحسن نية، بأن يكون قد بالغ فى استعمال سلطته، وهو يقصد تحقيق مصلحة عامة فأضر بالغير، كما إذا قبض على شخص لشبهة لم تتحقق أو منزلاً تبين فيما بعد أنه لو اُصطنع الحيلة لكان فى غنى عن تفتيشه. وفى الطائفة الأولى من الأعمال يستعمل القائم على إجراء الأحكام العرفية سلطة محددة، فيجاوزها. أما فى الطائفتين الثانية والثالثة فهو يستعمل سلطة تقديرية، ولكنه ينحرف فى استعمالها إما بسوء نية أو عن حسن نية.

ولا يمكن القول بأن الأعمال التى جاوز فيها حدود اختصاصاته أو الأعمال التى تعمد فيها الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نية هى أعمال يجوز بتشريع الإعفاء من المسؤولية عنها. وذلك لسببين: (السبب الأول) هو نص قانون التضمينات ذاته. فهو إنما يعفى من المسؤولية عن الأعمال التى أمرت بها أو تولتها السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها، عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية^(٢). ولا يدخل فى هذه الأعمال ما جاوز فيه القائم على إجراء الأحكام العرفية السلطة المخولة له أو ما انحرف فيه عن المصلحة العامة عمداً عن سوء قصد (والسبب الثانى) هو الدستور. فهو يأبى أن

(١) ويلحق بسوء النية الخطأ الجسيم على إعتبار أن مثل هذا الخطأ إنما هو قرينة على سوء النية.

(٢) وكان مجلس النواب، فى القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠، قد أضاف عقب هذه العبارة عبارة أخرى هى: «وفى حدود تلك الأحكام». فحذف مجلس الشيوخ العبارة الأخيرة. ولما أعيد المشروع إلى مجلس النواب، رأت الحكومة إقرار الحذف معلنة أنه لا يغير من المعنى المقصود. ونرى مع الحكومة أن الحذف لا يغير من المعنى المقصود، وإن كانت العبارة المحذوفة من شأنها أن تؤكد هذا المعنى.

تجرى الأحكام العرفية على غير ضابط . فحتم تقييدها مقدماً بتشريع سابق . فإذا خرجت السلطة العرفية على هذا التقييد الدستوري ولم تلتزمه فى إجراءاتها ، فترتب مسئوليتها . ثم صدر قانون يعفيها من هذه المسئولية ، أصبحت الأحكام العرفية متحررة من كل قيد على خلاف ما أمر به الدستور . والتشريع الذى يبيح الخروج على التقييد الدستوري عن طريق الإعفاء من المسئولية هو تشريع باطل لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . فإذا أضفت إلى ذلك أن هذا التشريع يمس بأثر رجعى حقوقاً مكتسبة ، وأن المساس بالحقوق المكتسبة أمر استثنائى لم يجزه الدستور إلا بقدر الضرورة . والضرورة هنا منتفية ، بل إن القول بوجودها يتعارض مع الدستور الذى يابى إطلاق الأحكام العرفية دون قيد . وأن القانون الانجليزى ذاته قد رآيناه لا يبيح الإعفاء من المسئولية عن الأعمال التى تصدر بسوء نية لدافع غير المصلحة العامة . ولم يعد هناك مجال للريب فى أن الأعمال غير المشروعة التى يأتياها الحاكم العسكرى مجاوزاً فيها حدود اختصاصاته . أو متعمداً فيها الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نية ، تترتب عليها مسئوليته . ولا يعفيه قانون التضمنات من هذه المسئولية .

لا يبقى إذن من الأعمال غير المشروعة التى يأتياها الحاكم العسكرى إلا الطائفة الثالثة ، وهى الأعمال التى لا يتعمد فيها الانحراف عن المصلحة العامة ولكنه يضر بالغير عن خطأ غير مقصود . فهذه هى التى يمكن الإعفاء من المسئولية عنها بتشريع خاص . هو قانون التضمنات . ذلك أن الحاكم العسكرى لم يرد بهذه الأعمال أن يجاوز القيود التى وردت فى قانون الأحكام العرفية . بل هو لم يجاوزها فعلاً . ولكنه وهو يمارس اختصاصاته ملتزماً حدودها بالغ فى استخدام سلطته التقديرية عن حسن نية فأضر بالغير . فأراد المشرع أن يحميه من المسئولية لأنه لم يقصد بعمله إلا المصلحة العامة . وإذا كان قد أخطأ فهذا الخطأ مغتفر . فإذا أعفاه تشريع من المسئولية فى هذه الحالة ، لم يكن هذا التشريع مخالفاً لروح الدستور ، فلا تزال اختصاصات الحاكم العسكرى مقيدة بالقانون . ولا يزال هو ملتزماً حدود هذا التقييد . وإذا كان التشريع هنا مس حقوقاً مكتسبة ، فيبرر هذا ضرورة قائمة هى عدم إمكان تجنب الخطأ فى هذه

الظروف الدقيقة . أما تعدد الانحراف ، وأما مجاوزة حدود السلطة . فلا يمكن أن تقوم ضرورة لتبريرهما .

على أنه مع كل هذا تجب ملاحظة أمرين هامين :

(أولاً) القرارات التي يصدرها الحاكم العسكري ويخطئ فيها عن حسن نية ، إذا كان يعفى من المسؤولية عنها للاعتبارات المتقدم ذكرها ، تبقى مع ذلك أعمالاً غير مشروعة ، ومن ثم تبقى قرارات باطلة . فالإعفاء من المسؤولية عنها ليس من شأنه أن يقلبها إلى قرارات صحيحة . وكل ما يترتب على هذا الإعفاء هو حرمان من تصيبه بضرر من حق التعويض .

(ثانياً) وحتى في الحرمان من حق التعويض ، لا نرى أن يكون هذا عن طريق منع سماع الدعوى كما جرت العادة . فإن منع الناس من الالتجاء إلى القضاء فيما يدعون به من حقوق ، حتى لو كانت ادعاءاتهم على غير أساس ، فيه مصادرة لحق التقاضي ، وهو حق من الحقوق العامة التي لا يجوز الإخلال بها . وإنما السبيل إلى منع طلب التعويض يكون عن طريق وضع قاعدة موضوعية - لا قاعدة إجرائية - نقضى بالآلا مسؤولية على الحاكم العسكري إذا هو أخطأ في تقديره عن حسن نية . وعند ذلك يسمع القاضي الدعوى ، فإذا ثبت عنده أن الحاكم العسكري كان حسن النية قضى برفضها . لا بعدم جواز سماعها ولا بعدم قبولها . وهو على كل حال . لا تقيد بنص قانون التضمينات وأراد الحكم بعدم جواز سماع الدعوى ، لا يستطيع ذلك حتى يتثبت من أن الحاكم العسكري لم يجاوز حدود اختصاصه وأن خطأه في التقدير كان غير مقصود . وعند ذلك يستوى من الناحية العملية أن يقضى برفض الدعوى أو بعدم جواز سماعها ، وإن كان القضاء بالرفض هو الصحيح في نظرنا^(١) .

ويخلص مما قدمناه أن الحاكم العسكري لا يعفيه قانون التضمينات من المسؤولية إذا هو استعمل سلطته المحددة فجاوز حدودها ، أو استعمل

(١) أما منع سماع الدعوى فلا يكون فيما تقررت فيه مسؤولية بحكم القانون ويراد الإعفاء منها ، ولكن فيما لم تتقرر فيه مسؤولية أصلاً ويراد عن طريق منع سماع الدعوى استحداث قواعد موضوعية جديدة . وستأتي الإشارة إلى ذلك في مكان آخر .

سلطته التقديرية فتعتمد الانحراف في استعمالها. ولكن يعفيه قانون التضمينات من المسؤولية إذا هو استعمل سلطته التقديرية فأخطأ في استعمالها عن حسن نية، ويكون الأمر في هذه الحالة مقصوراً على الإعفاء من المسؤولية، فترفض دعوى التعويض ويبقى العمل غير مشروع. وفي هذه الحدود - وفي هذه الحدود وحدها - يمكن إعمال نصوص قانون التضمينات، فتعفى الحاكم العسكري من مسؤولية كان قانون الأحكام العرفية وحده لا يعفيه منها^(١).

الفرض الخامس: مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه (نظرية القانون الأعلى):

قدمنا أن هذا الفرض يفسح فيه مجال الاجتهاد، ويكاد المعيار الموضوعي فيه يتأخم المعيار الذاتي. ولذلك نسير هنا بحذر أكبر، فلا نجزم برأى، بل نضع أمام القارئ طائفة من الأفكار لا تزال قابلة للبحث والتمحيص. ونلتزم في كل ذلك أن يكون بحثنا موضوعياً، مبتعدين عن كل ما يضيف عليه صبغة ذاتية. ونتلمس أن يكون المعيار في هذا الفرض الخامس هو أيضاً معيار موضوعي.

ومن أشد فقهاء القانون العام تحمساً في القول بأن التشريع يجب أن يكون خاضعاً لمبادئ الدستور العليا هو الأستاذ ديجيه. فهو يؤمن أشد الايمان بأن هناك قانوناً أعلى قد وجد قبل أن توجد الدولة ذاتها، وأن كل تشريعات الدولة، حتى التشريعات الدستورية ذاتها، يجب أن تخضع لهذا القانون الأعلى، الذي هو من خلق النظام الاجتماعي، وليس وليد إرادة المشرع^(٢).

(١) انظر في هذه المسألة المناقشات التي دارت في مجلس الشيوخ: مضبطة الجلسة الرابعة عشرة في ١٧ من أبريل سنة ١٩٥٠.

(٢) ويقول في هذا المعنى: «كلما تقدمت بي السن، وزدت دراسة للقانون وتعميقاً في هذه الدراسة، كلما زدت اقتناعاً بأن القانون لم تخلقه الدولة. بل هو شيء خارج عنها. وبأن فكرة القانون مستقلة كل الاستقلال عن فكرة الدولة، وبأن القاعدة القانونية تفرض طاعتها على الدولة كما تفرض طاعتها على الأفراد».

ويقول ديجيه فى هذا الصدد : « إذا كانت الدولة ، فى سلطتها الإدارية والقضائية ، تتقيد بالتشريع الذى صنعه .. فإن الدولة ، فى سلطتها التشريعية ، تتقيد هى أيضاً بقانون أعلى منها »^(١) . ثم يتحدث عن المصادر المكتوبة لهذا القانون الأعلى ، فيراها فى مصدرين : « إعلان

=

«Plus j'avance en âge, plus j'étudie et approfondis le problème du droit, plus je suis convaincu que le droit n'est pas une création de l'Etat, qu'il existe en dehors de l'Etat et que la notion de droit est tout à fait indépendante de la notion d'Etat et que règle droit s'impose à l'Etat comme elle s'impose aux individus». (Duguit. Droit Coastitutionnel, 2ème éd.1 p. 33).

ويقول فى مكان آخر : « تخضع الدولة لقاعدة قانونية أعلى منها ، لا تملك لها خلقاً ، ولا تستطيع لها خرقاً ... والأمر الجوهري هو أن ندرك وأن نؤكد ، فى نشاط لا يعتريه الوهن أن هناك قاعدة قانونية تعلو على السلطة العامة ، قاعدة تقيد هذه السلطة بما تفرض عليها من الواجبات . ويجب أن نهى ، بكل ما نملك من قوة وبكل ما نتسع له صدورنا من سخط ، فى وجه هذه النظريات التى تنتسب إلى أكبر أعلام الفلسفة والقانون فى ألمانيا ، من أمثال كانت وهيجل وأهرنج وجيليك ، وهى نظريات تقرر أن الدولة تصنع القانون ، وأنها لا تتقيد به ، أو أنها على الأقل لا تتقيد به إلا فى الحدود التى ترسمها بيدها ... وقد سبق أن كشفت عن خطر هذه النظريات الضارة ، وبينت أنها تؤدى إلى سياسية السلطان المطلق فى الداخل وإلى سياسة الفتح فى الخارج ».

«...l'Etat est subordonné à une règle de droit supérieure à lui-même, qu'il ne crée pas et qu'il ne peut pas violer L'essentiel, c'est de comprendre et d'affirmer, avec une indéfectible énergie, qu'il y a une régie de droit supérieure à la puissance publique, qui vient la limiter et lui imposer des devoirs. Il faut s'élever de toute sa force et de toute son indignation contre ces doctrines qui, se réclamant des plus grands noms de la philosophie et de la jurisprudence allemandes, de Kant, de Hegel, de Ihering, de Jellinek, enseignent que l'Etat fait le droit, qu'il n'est pas limité par lui, ou du moins qu'il ne l'est que dans la mesure qu'il fixe lui-même j'ai déjà fait justice de ces théories néfastes qui, je l'ai montré, conduisent nécessairement à la politique d'absolutisme à l'intérieur, à la politique de la conquête à l'extérieur». (Duguit. Dr. Const. 2ème éd. III p.p. 547-548).

(١) وهذه هى عباراته :

«Sil'Etat, administrateur et juge, est lié par la loi qu'il a faite ... l'Etat législateur est lui-même lié par un droit supérieur à lui». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd, III p. 553).

الحقوق» (déclaration des droits) والنصوص الدستورية الجامدة» (lois constitutionnelles rigides). ففي إعلان الحقوق - كما يقول - «تتعدد جمعية في ظروف استثنائية، وتعلن مبادئ معينة تختارها من بين مبادئ القانون الأعلى، وتفرضها على الدولة، لا على السلطة التشريعية العادية فحسب بل أيضاً على السلطة المؤسسية. وكل تشريع، أيا كان هذا وأيا كانت السلطة التي أصدرته، لا بد أن يكون متفقاً مع هذه المبادئ. فإذا خالف التشريع مبدأ منها كان مخالفاً للقانون، ولا يكون إذن واجب الطاعة. والنصوص الدستورية الجامدة تأتي مكملة لإعلان الحقوق... فإن هذه النصوص الدستورية تقيد السلطة التشريعية العادية، ولا يجوز لهذه أن تمسها بنسخ أو بتعديل»^(١). ثم يقول إن هذين المصدرين المكتوبين لا يتسعان لجميع المبادئ التي ينطوي عليها القانون الأعلى. فإن هذا القانون في تطور دائم. ومن المستحيل، كما يقول، إلا نعترف باحتمال أن تقوم في كل وقت مبادئ قانونية أعلى من الدولة، ثم لا تكون هذه المبادئ مكتوبة لا في إعلان الحقوق ولا في النصوص الدستورية. وهي بالرغم من أنها غير مكتوبة تلزم الدولة بنفس القوة التي كانت تلزمها بها لو أنها أعلنت على وجه رسمي. ويترتب على ذلك وجوب التسليم بأن القضاء... الذي يملك الامتناع عن تطبيق التشريعات المخالفة لإعلان الحقوق أو للدستور، يجب أيضاً أن يمتنع عن تطبيق تشريع قد لا يخالف نصاً دستورياً مكتوباً، ولكنه يتعارض حتماً مع مبدأ من مبادئ

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي :

«... une assemblée réunie dans des conditions exceptionnelles formule certains principes de droit supérieur qui s'imposent à l'Etat, non seulement au pouvoir législatif ordinaire, mais même au pouvoir législatif constituant, et toute loi, quelle qu'elle soit, quel que soit l'organe dont elle émane, doit être faite conformément à ces principes. Si elle viole l'un d'eux, elle est contraire au droit et logiquement aucune obéissance ne lui est due. Le système des lois constitutionnelles rigides vient compléter le système des déclarations des droits... Ces règles s'imposent au législateur ordinaire elles ne peuvent être ni abrogées, ni modifiées par lui». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd. III p. 554).

القانون الاعلى غير المكتوب ، وهو مبدأ يحس ضمير الجمهور إحساساً قوياً أنه ملزم للدولة^(١) .

يوجد إذن ، فى نظر ديجيه ، قانون يسبق الدولة فى القدم (antérieur à l'état) ، ويعلو عليها (supérieur à l'état) ، هو الأصل الذى ترد إليه جميع التشريعات . ويكون التشريع صحيحاً أو باطلاً ، لالموافقة أو مخالفته لنصوص الدستور فحسب ، بل أيضاً لموافقة أو مخالفته لهذا القانون الأعلى (Droit Supérieur) . ونصوص ذاتها لا تكون صحيحة إلا بقدر ما تتفق مع هذا القانون ، بل إن كثيراً من هذه النصوص ليست إلا تقنياً له . فما هى خصائص هذا القانون الأعلى ، وكيف نتعرف على مبادئه ؟

يجيب ديجيه بأن أى مبدأ أدبى أو اقتصادى ، حتى يصبح من مبادئ القانون الأعلى ، يجب أن تجتمع له ظاهرتان : شعور جمهور الناس بأن هذا المبدأ قد أصبح قيامه ضرورياً للاحتفاظ بالتضامن الاجتماعى (solidarité sociale) ، ثم شعور جمهور الناس بأن هذا المبدأ حق وعدل (sentiment de la justice)^(١) . والعدل شىء نسبى فى نظر ديجيه . فليس يوجد

(١) وهذا ما يقوله فى عباراته الأصلية :

«Il est donc impossible ... de ne pas reconnaître qu'à tout moment peut avoir des principes du droit supérieur à l'Etat, qui ne sont formulés ni dans les déclarations des droits, ni dans les lois constitutionnelles et qui, quoique non écrits, obligent l'Etat aussi rigoureusement que s'ils avaient été solennellement proclamés. Comme conséquence, il faut admettre que les juridictions qui ... doivent avoir compétence pour refuser d'appliquer toute loi contraire aux déclarations des droits ou à la constitution, doivent pouvoir aussi refuser d'appliquer une loi qui sans contenir une violation d'une règle constitutionnelle écrite, est certainement en contradiction avec un principe du droit supérieur non-écrit et que la conscience collective aperçoit fortement comme s'imposant à l'Etat». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd. III p. 556).

(١) وننقل هنا ، فى الأصل الفرنسى ، ما يقوله ديجيه فى هذا المعنى :

«La conscience chez la masse des individus d'un groupe donné que telle règle morale ou économique est essentielle pour le maintien de la solidarité sociale. la conscience qu'il est juste de la sanctionner, voilà les deux éléments essentiels de la formation et de la transformation de la règle de droit». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd I p. 55).

شيء عادل في ذاته . وإنما يكون الشيء عادلاً بالنسبة إلى بيئة معينة وإلى زمن معين^(١) . ومبادئ القانون الأعلى ملزمة للناس . وتأتى هذه القوة الملزمة من أن الإخلال بهذه المبادئ يترد أثره في الشعور العام ، فيحس الجمهور أن العدل يقتضى تدخل السلطة العامة لقمع هذا الإخلال وقاية للتضامن الاجتماعى^(٢) . فأقوى ما يكون شعور الجمهور بقيام مبدأ من مبادئ القانون الأعلى هو إذن في الوقت الذى يقع فيه الإخلال بهذا المبدأ . وعند ذلك تنادى الناس بوجوب تسجيله بين المبادئ القانونية المكتوبة ، فيصدر تشريع به يكون في الواقع من الأمر تقريراً لقاعدة موجودة ، لا إنشاء لقاعدة جديدة^(٣) .

وينكر ديجيه أن تكون القاعدة العامة القانونية (la règle juridique) ، على النحو الذى يقول به ، هى رجوع إلى فكرة القانون الطبيعى . فللقانون الطبيعى يستند إلى إرادة عليا فوق المجتمع ، وأحكامه مثالية مطلقة ، لا تتغير في جوهرها وإن تغيرت في مظاهرها ، ويسعى المجتمع أن يكشف عنها ليقترّب منها ما استطاع . أما القاعدة القانونية التى يقول بها ديجيه فليست وليدة إرادة عليا ، بل هى تنشأ من طبيعة الروابط الاجتماعية ذاتها ، إذ تقوم على أساس من التضامن الاجتماعى . وليست هذه القاعدة مثالية مطلقة ، بل هى واقعية متطورة . ثم إن المجتمع لا حاجة به للسعى

ولما كان ديجيه ينكر أن يكون للأمة شخصية معنوية ، فقد تجنب أن يستعمل لفظ « الجماعة » (collectivité) ، واستعمل عبارة (masse des individus) التى ترجمناها بعبارة « جمهور الناس » .

(١) ديجيه فى القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء أول ص ٤٩ - ص ٥٠ .

(٢) ديجيه فى القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء أول ص ٦٥ .

(٣) وينتقد هوريو نظرية ديجيه فى نشأة القاعدة القانونية ، ويذهب إلى أن القاعدة القانونية تبدأ فى صورة إرادة من السلطة العامة ، فإذا أذعنت لها الناس استقرت نهائياً ، وإلا اضطرت السلطة العامة إلى سحبها . فالقاعدة القانونية تشتمل إذن على عنصرين : إرادة السلطة العامة وإذعان الناس . ولكن قوتها الملزمة ترجع إلى العنصر الأول دون الثانى (انظر فى رأى هوريو وبخاصة كيف يحل التشريع إلى عنصره ، فيجعل تقديم الحكومة لمشروع قانون إلى البرلمان هو عنصر إرادة السلطة العامة ، ويجعل موافقة البرلمان على مشروع القانون بمثابة العنصر الثانى وهو إذعان الناس - وجيزة القانون الدستورى سنة ١٩٢٣ ص ٢٥٢ - ص ٢٥٧ لاسيما الحاشية رقم ٢ فى ص ٢٥٢) .

فى الاقتراب منها ، إذ هى دانية منه أبداً ، بل هى لصيقة به ، فمنه نشأت ، وفيه تعيش^(١) .

والقاعدة القانونية فى نظر ديجيه أقدم من التشريع ، وأقدم من الفقه والقضاء ، وأقدم من العرف . وما التشريع ، ولا الفقه والقضاء ، ولا العرف ، إلا وسائل عملية متنوعة ، إذا تباينت فى مقوماتها ، وتفاوتت فى قوتها ، فإنها تتلاقى جميعاً عند وظيفة واحدة ، هى الكشف عن القاعدة القانونية التى نشأت من طبيعة الروابط الإجتماعية ، وقامت على أساس من التضامن الاجتماعى ، وأحس الناس بضرورتها وبعدها . وقد يعبر العرف ، أو القضاء ، أو الفقه ، أو التشريع ، عن القاعدة القانونية تعبيراً أميناً دقيقاً فى وقت معين . ثم لا تلبث القاعدة القانونية أن تتطور تبعاً لتطور الروابط الاجتماعية ولضرورات التضامن الاجتماعى ولأنظار الناس فى تقدير ما هو حق وعدل . فيصبح العرف أو القضاء أو الفقه أو التشريع متخلفاً عن غرضه ، غير دقيق فيما يترجم عنه ، ومن ثم يعوزه التصحيح والتعديل . فإذا ما تغير العرف ، أو جرى القضاء على نهج آخر ، أو أعقب الفقه القديم فقه جديد ، ونسخ التشريع تشريع يحل مكانه ، عادت هذه الوسائل مرة أخرى إلى ما كانت عليه من الدقة فى تأدية وظيفتها . إذ أنها تكون قد جارت القاعدة القانونية فى تطورها .

فالتشريع إذن فى رأى ديجيه لا يكون صحيحاً إلا بقدر ما يعبر تعبيراً صحيحاً عن القاعدة القانونية . فإذا لم يعبر عنها ، ولم ينسخه تشريع آخر ، نسخ القضاء ، أو هجره الناس . وقد كانت المسؤولية التقصيرية القائمة على خطأ يثبتته المضرور هى المسؤولية التى قررها القانون المدنى الفرنسى وقت أن وضع فى سنة ١٨٠٤ . ولما تطورت القاعدة القانونية إلى المسؤولية التى لا تقوم على خطأ ثابت ، تطور القضاء إلى هذا المعنى ، وتخلف التشريع فنسخه القضاء . بل إن التشريع قد يولد ميتاً لأنه منذ وضعه لا يكون معبراً تعبيراً صحيحاً عن القاعدة القانونية ، كما وقع فى فرنسا لنظام المعاشات الإلزامية وقد سنه قانون ٥ أبريل سنة ١٩١٠ للمستخدمين فى الصناعة والتجارة والزراعة والمهن الحرة وللخدم ، ولم

(١) ديجيه فى القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء اول ص ٧٢ .

يكن النظام فى ذلك العهد قد انغرس فى نفوس الناس ، ولم تكن طباعهم قد تألفتها ، فنبذوه ولم ينزلوا عند حكمه ، واستبدلوا به النظام التأمين الاختيارى .

ولما كان ديجيه يرى أن القاعدة القانونية تسبق الدولة وتعلو عليها ، فقد كان طبيعياً أن ينكر على الدولة أن يكون لها سلطان (souveraineté) ، سواء تمثل هذا السلطان فى شخص حاكم مستبد مطلق يزعم لنفسه أنه يستمد سلطانه من عند الله (droit divin) ، أو تمثل فى صورة حاكم ديمقراطى شعبى يذهب إلى أنه يستمد سلطانه من سيادة الأمة (souveraineté nationale) . فلا سيادة لحاكم مفرد ، ولا لطبقة ممتازة ، ولا للأمة جمعاء ، وإنما السيادة للقانون ، وفيه وحده يتمثل السلطان . ومن هنا كانت الدولة هى التى تخضع للقانون ، ولا يخضع القانون للدولة . يخضع للقانون كل من الحاكم والمحكوم ، وليكن الحاكم امبراطوراً أو ملكاً أو قنصلاً أو رئيس جمهورية ، ثم ليعلن عن إرادته ، فما هو إلا إنسان ، وليست لإرادته فى ذاتها قوة منشئة فى عالم القانون أعلى من القوة التى تكون لإرادة أضعف شخص من رعاياه^(١) .

(١) وهذه هى عبارات ديجيه :

«Que ce soit un empereur, un roi, un consul, un président de la république, qui fasse une déclaration de volonté, ce n'est jamais qu'un homme et cette déclaration de volonté n'a pas en soi plus de force créatrice dans le domaine du droit que celle du dernier des sujets». (Duguit, Droit. Const. 2éme éd. I p. 515).

وينكر ديجيه ، تبعاً لذلك ، أن يكون هناك تمييز بين القانون العام والقانون الخاص ، إلا من ناحية تنظيم دراسة القانون وتبويبها وإلا من ناحية الجزاء الذى يترتب على القاعدة القانونية وكيفية تحقيق هذه القاعدة . ذلك أن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص إنما يقوم على أساس أن الدولة له شخصية معنوية وأن لها سلطاناً ، ومن ثم تكون علاقات الأفراد بالدولة غير علاقاتهم بعضهم ببعض . ولما كان ديجيه ينكر على الدولة أن يكون لها سلطان أو أن يكون لها شخصية معنوية ، فهو يرى الأساس لهذا التمييز ، وأن التمييز لا يقوم إلا إذا سلمنا أن الدولة هى التى تخلق القانون ، فعند ذلك تكون دراسة القانون الخاص هى دراسة هذا القانون الذى خلقته الدولة ، ودراسة القانون العام هى دراسة القيود التى تضعها الدولة على سلطانها بمحض إرادتها (ديجيه القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء أول ص ٥٢٥ - ص ٥٢٦) .

والدولة فى نظر ديجيه ليست سلطاناً يأمر فيطاع ، بل هى هيئة قوامة على مجموع من المرافق العامة (fédération de services publice) ، بدأت منذ القدم تتمثل فى مرافق ثلاثة ، هى مرفق الدفاع ومرفق البوليس ومرفق القضاء ، ثم كثرت هذه المرافق وتنوعت ، وأصبحت من الكثرة والتنوع بحيث تستغرق أهم ميادين النشاط الاجتماعى والنشاط الاقتصادى ، وهى بالرغم من كثرتها ومن تنوعها تجتمع كلها عند فكرة واحدة هى فكرة التضامن الاجتماعى فى صورتها ، الصورة السلبية وتنتهى عن كل ما يعوق هذا التضامن ، والصورة الايجابية وتأمركا ما يوطده ويقويه . فتدير الدولة اليوم ، إلى جانب مرافق الدفاع والبوليس والقضاء ، مرافق أخرى كمرفق التعليم ، ومرفق الصحة العامة ، ومرفق العمل ، ومرفق التموين ، ومرفق الضمان الجماعى ، ومرفق المواصلات ، ومرفق البلدية ، ومرفق الزراعة والصناعة والتجارة والنشاط الاقتصادى بوجه عام . وهكذا تتعدد هذه المرافق وتتشعب ، وتضطرد فى تعددها وتشعبها ، ولكنها تقوم جميعاً على أساس واحد ، هو التضامن الاجتماعى . فالقاعدة القانونية الكبرى هى أن تدبر الدولة ، بما تقتضيه واجبات التضامن الاجتماعى ، هذه المرافق العامة . وكل عمل تأتبه الدولة أو الأفراد لتحقيق هذه المعنى هو عمل مشروع يحميه القانون . وكل عمل يتعارض مع هذا المعنى هو عمل غير مشروع يمنعه القانون قبل أن يقع ، ويرتب عليه الجزاء إذا ما وقع^(١) . فالدولة ليست إذن إلا مركزاً لهذه المرافق مجتمعة ، تقوم عليها ، وتكفل بقاءها غير منقطعة . وليس لأحد ، ولو كان الحاكم ، أن يفرض إرادته إذا تعارضت هذه الإرادة مع القواعد القانونية ، ولا طاعة للحاكم فى معصية القانون^(٢) . فإذا كانت إرادة السلطة الحاكمة ، ولندعها تتمثل فى تشريع ، واجباً على المحكوم طاعتها ، فليس ذلك لأن هذه الإرادة

(١) ديجيه القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء ٢ ص ٦٤ - ٦٥ .

(٢) وهذا ما يقوله ديجيه :

«Nul n'a le droit de commander aux autres, ni un empereur, ni un roi ni un parlement, ni une majorité populaire ne peuvent imposer leur volonté comme telle; leurs actes ne peuvent s'imposer aux gouvernés que s'ils sont conformes au droit» (Duguit, Droit Const. 2ème éd. I p. 518).

أعلى من إرادة المحكوم، أو لأنها تتمتع بسلطان مزعوم، بل لأن هذه الإرادة مفروض فيها أنها تتفق في محلها وفي غايتها مع القانون. أما سلطان الدولة فشيء لا وجود له^(١).

والذي يستخلص من نظرية ديجيه، فيما نحن بصدد من بحث دستورية القوانين، أن كل تشريع يتعارض مع القانون الأعلى في مبادئه التي تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي، سواء كانت هذه المبادئ

(١) وننقل هنا عبارات ديجيه :

«Quand donc un acte émanant des gouvernants s'impose à l'obéissance des gouvernés, ce n'est point, qu'il émane d'une prétendue volonté supérieure, investie d'un prétendu droit subjectif de commandement mais parce que par hypothèse, il est, par son objet et par son but, conforme au droit objectif de la collectivité considérée. De droit de souveraineté il n'y en a pas». (Duguit, Droit Const. 2ème éd. I p.p. 515,516).

ويلخص ديجيه مذهبه في العبارات الآتية : «فلنبدأ إذن، نبدأ نهائياً، هذه النظريات العتيقة في شأن شخصية الدولة وسلطانها، وهي النظريات التي تولد مشاكل لا حل لها، وتجري إلى مناقشات عقيمة لا تنتهي، ثم هي النظريات التي كانت وستكون دائماً أساساً للحكم المستبد المطلق في الداخل والسياسة العدوان والفتح في الخارج. ولنقل : الحكام هم أفراد مثل الآخرين، يخضعون كسائر الأفراد لقواعد القانون القائمة على التضامن الاجتماعي في داخل الدولة والتضامن الاجتماعي فيما بين الدول. وقواعد القانون هذه تفرض عليهم واجبات يؤدونها. وإنما تكون أعمالهم مشروعة واجبة الطاعة، ليس لأنها تصدر من شخص ذي سلطان مزعوم، بل لأنها - وليس إلا لأنها - تتفق مع قواعد القانون التي تقيد من صدرت منهم هذه الأعمال. هذه هي الفكرة العامة التي ستلهم كل ماسياتي من البحوث».

«Bannissons donc une fois pour toutes ces conceptions surannées de personnalité de souveraineté de l'Etat, qui donnent naissance à des problèmes insolubles, à des discussions interminables et vaines, qui ont toujours été et seront toujours le principe d'une action tyrannique et dictatorial à l'intérieur et d'une politique agressive et conquérante à l'extérieur. Disons: Les gouvernants sont des individus comme les autres, soumis comme tous les individus à des règles de droit fondées sur une solidarité sociale et intersociale: ces règles de droit leur imposent des devoirs et leurs serout légitimes et s'imposeront à l'obéissance, non parce qu'ils émanent d'une prétendue personne souveraine, mais quand et seulement quand ils sont conformes aux règles de droit qui s'imposent à leurs auteurs. Telle est l'idée générale qui inspirera toutes études qui vont suivre. (Duguit, Dr. Const. 2 ème éd p.p. 564-565.

مكتوبة أو غير مكتوبة، يكون تشريعاً غير دستوري، ومن ثم يكون تشريعاً باطلاً. وقد سبق لديجيه أن قرر هذا المعنى، ويقره الآن في كثير من الوضوح إذ يقول: «سأصف في إيجاز كل تشريع يتعارض مع مبدأ من مبادئ القانون، سواء كان هذا المبدأ مدوناً في قانون أرقى من التشريع العادي كوثيقة إعلان الحقوق والدستور الجامد أو كان غير مدون، بأنه تشريع غير دستوري. وجماع القول أنني أعني بالتشريع غير الدستوري أن يكون مرادفاً للتشريع الذي يتعارض مع القانون الأعلى، مكتوباً كان هذا القانون أو غير مكتوب»^(١).

(١) وهذا هو نص ما يقوله ديجه في أصله الفرنسي:

«... je qualifierai simplement de loi inconstitutionnelle toute loi contraire à un principe supérieur du droit, insert ou non dans une loi supérieure à la loi ordinaire, déclaration des droits ou loi constitutionnelle rigide. En un mot je prends l'expression: loi inconstitutionnelle, comme synonyme de loi contraire au droit supérieur écrit ou non écrit». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd. III p. 660). ثم يقول، في مكان آخر، لتبرير هذه القاعدة: «لا شك في أن المنطق يقضي بأنه إذا تعارض قانون أدنى مع قانون أعلى، فالقانون الأعلى هو الذي يجب على المحاكم تطبيقه، ومن ثم تمتنع هذه المحاكم عن تطبيق القانون الأدنى، فإذا قام تعارض بين التشريع العادي من جهة وبين نصوص الدستور أو نصوص إعلان الحقوق من جهة أخرى، فلا تستطيع المحكمة أن تطبق التشريع العادي. كذلك إذا قام تعارض بين نص في الدستور ونص في وثيقة إعلان الحقوق، وجب على المحكمة أن تطبق النص الثاني وأن تمتنع عن تطبيق النص الأول».

«... il est incontestablement logique qu'au cas de contradiction entre la loi supérieure, c'est cette dernière que doivent appliquer les tribunaux, lesquels refusent par là même d'appliquer la loi inférieure. S'il y a contradiction entre la loi ordinaire d'une part et la loi constitutionnelle ou la déclaration des droits d'autre part, le tribunal ne peut pas appliquer la loi ordinaire. De même, s'il y a contradiction entre la loi constitutionnelle et une disposition de la déclaration des droits, le tribunal devra appliquer celle-ci et refuser d'appliquer celle-là». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd. III p. 668).

ويذهب هوريو إلى هذا الرأي في تعليقاته على أحكام لمجلس الدولة الفرنسي قضت بمشروعية القرارات الصادرة بفصل عمال البريد بسبب إضرابهم، دون أن يطبق مجلس الدولة المادة ٦٥ من القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٠٥. واعتبر هوريو أن هذا القانون، وهو قانون يعترف بمشروعية إضراب الموظفين، غير دستوري لأنه يخل بمبدأ جوهرى، ومن ثم لا يجوز للمحاكم أن تطبقه. ويقول في هذا الصدد إن التشريع

ويؤخذ من هذا كله أن القانون المكتوب في نظر ديجيه ليس هو كل القانون ، وأن هناك مبادئ عليا غير مكتوبة تسمو في مرتبتها على كل قانون مكتوب . فإذا خالف التشريع هذه المبادئ كان تشريعاً باطلاً .

يكون غير دستوري ، ليس فحسب إذ خرق نصاً صريحاً في الدستور ، بل أيضاً إذا اخل بعهداً جوهري تقوم عليه حياة الدولة ذاتها . وفي الولايات المتحدة الأمريكية تقضى المحكمة العليا بعدم دستورية القوانين ، ليس فحسب إذا كانت تتعارض مع نص مكتوب في الدستور ، بل أيضاً إذا كانت تتعارض مع المبادئ العامة الجوهرية التي تقوم عليها الحياة الاجتماعية والاقتصادية للبلاد . وتصل المحكمة العليا في هذا الطريق إلى حد أن نقضى في ضجة أو بطلان التعديلات التي يراد إدخالها على الدستور ذاته . وفقاً لما إذا كانت هذه التعديلات تتفق أو تتعارض مع هذه المبادئ العامة الجوهرية .

هذا ويذهب ديجيه في تقرير الحق في مقاومة التشريع غير الدستوري إلى مدى بعيد . فيقول إن من حق كل إنسان أن يقاوم تطبيق تشريع يتعارض مع المبادئ القانونية العليا بكل أنواع المقاومة : (١) بالمقاومة السلبية (résistance passive) أولاً ، وذلك بالأب لا ينفذ حداً مختاراً أحكام هذا التشريع . (٢) وبالمقاومة الدفاعية (résistance défensive) ثانياً ، وذلك بأن يقاوم ، بالقوة عند الضرورة ، تنفيذ أحكام التشريع الباطل ، ولا عليه أن يتهم بجريمة التمرد (rébellion) ، فإنه يستطيع دفع هذه التهمة بأنه لم يقاوم تشريعاً صحيحاً ، بل قاوم تشريعاً باطلاً ينطوي على إخلال بمبادئ القانون . (٣) وبالمقاومة الهجومية (résistance agressive) أخيراً ، وذلك بأن يعمد إلى الثورة (insurrection) في وجه هذا التشريع . وهنا يتردد ديجيه في تقرير مشروعية الثورة في وجه التشريع الباطل . وينتهي إلى القول بأن هذه الثورة مشروعة من الناحية النظرية . أما من الناحية العملية ، فإن أمر مشروعيته لا يعرض على المحاكم إلا إذا أخفقت ، وعند ذلك لا تتردد المحاكم في اعتبارها غير مشروعة (ديجيه في القانون الدستوري الطبعة الثانية الجزء الثالث ص ٧٤٥ - ٧٥٠) .

ويستطيع ديجيه ، بعد أن قرر من الناحية النظرية مشروعية الثورة في وجه تشريع باطل ، أن يرد ما يقرره في هذا الشأن إلى أصول مذهبه . فهو يرى أن القوة الملزمة لمبادئ القانون الأعلى تأتي من أن الإخلال بهذه المبادئ يترتب أثره في الشعور العام ، فيحس الجمهور أن العدل يقتضي تدخل السلطة العامة لقمع هذه الإخلال . وظاهر أن خطوة أخرى في هذا الطريق تؤدي به إلى أن يقول : إذا صدر تشريع باطل يخل بمبادئ القانون الأعلى الملزمة ، وأحس الجمهور أن العدل يقتضي تدخل السلطة العامة لقمع هذا الإخلال ، ولم تتدخل هذه السلطة ، فإن الجمهور يستفزه هذه الإخلال شيئاً فشيئاً كلما تزايدت جسامته ، حتى إذا أصبح لا يستطيع عليه صبراً ، تدخل هو بدلاً من السلطة العامة وحل محلها في قمعه ، وهذه هي الثورة .

ومهما يكن من أمر هذه النظرية الجلييلة التى يقول بها ديجيه ، فنحن لا نذهب معه إلى هذا المدى ، خشية ما عسى أن يصيب التشريع من تقلقل واضطراب إذا نحن عمدنا فى استخلاص المبادئ القانونية العليا إلى قانون غير مكتوب تختلف فيه الأنظار وتتباين عنده المذاهب ، ثم جعلنا دستورية التشريع رهناً بهذه المبادئ غير المستقرة . لذلك كان لابد لنا من أن نقصر فى إستخلاص المبادئ القانونية العليا على القانون المكتوب ، أى على نصوص الدستور . وقد فعلنا ذلك تجنباً للنقاش والجدل ، وتوخياً للموضوعية التى التزمناها ، وإيعاداً للبحث عن ميدان النظر الفلسفى لجعله بحثاً واقعياً صالحاً للتطبيق العملى . ونكتفى إذن بتقرير أن هناك مبادئ عليا تسود الدستور المصرى وتهيمن على جميع أحكامه ، وهذه المبادئ العليا التى هى روح الدستور تستخلص إستخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة . وهذا الإستخلاص الموضوعى المحض هو من اليسر والوضوح بحيث لا يمكن أن يكون محلاً للجدل . ومتى استخلصنا هذه المبادئ العليا للدستور المصرى - ولا شأن لنا هنا بمبادئ عليا مجردة ولا بقانون أعلى على النحو الذى ذهب إليه ديجيه - كان على المشرع المصرى أن يلتزمها فى تشريعاته ، وأن يتجنب الانحراف عنها فيما له من سلطات تقديرية . فإذا صدر تشريع يتعارض مع هذه المبادئ العليا ، كان التشريع باطلاً لما ينطوى عليه من إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . هذا هو المبدأ الذى نقره ، وهو كما نراه مبدأ موضوعى واقعى ، لا يعتوره التقلقل الذى يصحب المعيار الذاتى ، ولا يكتنفه الجدل الذى يحيط بالنظر الفلسفى . وعلينا الآن أن نطبقه .

ونبدأ بأن نستخلص إستخلاصاً موضوعياً المبادئ العليا للدستور المصرى . وقد سبق أن اخترنا بعض هذه المبادئ فى الفروض الأربعة الأولى ، فرجعنا إلى طبيعة التشريع ذاتها ، ثم إلى الغرض المخصص الذى رسم للتشريع ، ثم إلى الحريات والحقوق العامة فى حدودها الموضوعية ، ثم إلى الحقوق المكتسبة وما يجب لها من الاحترام . وقد جعلنا الصدارة لهذه المبادئ الأربعة لأنها فى نظرنا قد تبلورت تبلوراً موضوعياً كافياً جعلها جديرة بمنزلة خاصة تفرد فيها بالذكر . والآن نلقى نظرة شاملة على الدستور المصرى لنستخلص بوجه عام مبادئه العليا ، تلك التى سبق

أن قررناها وهذه التى سنقررها فيما يلى ، حتى يستقيم لنا فيها نظر جامع .

دستورنا المصرى ، وهو كما نقول ديباجته ، كأحدث الأنظمة الدستورية فى العالم وأرقاها ، تعيش (الأمة) فى ظله عيشاً سعيداً مرضياً ، وتتمكن به من السير فى طريق الحياة الحرة المطلقة ، ويكفل لها الاشتراك العملى فى إدارة شؤون البلاد والاشراف على وضع قوانينها ومراقبة تنفيذها ، ، يعنى كآى نظام دستورى راق بالفرد وبالجماعة .

يعنى بالفرد : ومن ثم أفرد باباً هاماً يقرر فيه حقوق المصريين العامة وواجباتهم ، وهو فى كل النصوص التى اشتمل عليها هذا الباب إنما يخاطب المشرع نفسه ، ويوجب عليه حماية الحريات والحقوق العامة فى تشريعاته . فيقرر مبدأ المساواة بين المصريين . ثم يقرر مبدأ الحرية الشخصية ، بما يستلزمه هذا المبدأ من تحريم ضروب الاعتداء على حرية الفرد ، من قبض أو حبس أو توقيف عقوبة أو إبعاد أو تقييد لمظاهر الحرية الشخصية ، وما يستتبعه من حرمة المسكن واحترام السرية فى المراسلات . ثم يقرر مبدأ حرية الرأى ، بما يستتبعه هذا المبدأ من حرية العقيدة وحماية الشعائر الدينية وحرية الصحافة وحرية الاجتماع وحق تكوين الجمعيات . ثم يقرر حرمة الملكية ، فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة وبشرط التعويض العادل ، ولا تجوز المصادرة العامة للأموال .

ويعنى الدستور المصرى بالجماعة ، أى بالدولة المصرية أمة وحكومة . فيقرر فى مادته الأولى أن مصر دولة ذات سيادة ، وهى حرة مستقلة ، ملكها لا يجزأ لا ينزل عن شىء منه ، وحكومتها ملكية وراثية ، وشكلها نيابى . ثم يقرر أن جميع السلطات مصدرها الأمة . ويميز بعد ذلك بين السلطات الثلاث ، التشريعية والتنفيذية والقضائية . فيقرر استقلال السلطة القضائية . ويبين الارتباط ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، فهما سلطتان متميزتان متعاونتان ، كل منهما رقابية على الأخرى . تراقب السلطة التشريعية السلطة التنفيذية بمالها من حق السؤال والاستجواب والتحقيق والاتهام وتقرير عدم الثقة . ويتمتع أعضاء هذه السلطة بالحصانة البرلمانية . ولا يجوز للسلطة التنفيذية أن تعرقل ما للسلطة التشريعية من حق التشريع إلا فى حدود معينة رسمها الدستور ، وتتلخص

فى حق الاعتراض (droit de veto) ولا يترتب عليه إلا تأخير التشريع أو استلزام أغلبية خاصة لتقريره إذا أريد به إلا يتأخر. وتعاون السلطة التنفيذية السلطة التشريعية وتراقبها بما أعطى الدستور للسلطة التنفيذية من حق اقتراح القوانين، ووضع اللوائح التنفيذية ولوائح البوليس، ومن حق ترتيب المصالح العامة، وإصدار مراسيم الضرورة، ومن حق تأجيل إنعقاد البرلمان، ومن حق حل مجلس النواب. فإذا صدر مرسوم بحل مجلس النواب، وجب إجراء إنتخابات جديدة فى ميعاد لا يجاوز شهرين وتحديد ميعاد لاجتماع المجلس الجديد فى العشرة الأيام التالية لتمام الانتخاب، كل هذا حتى لا تتعطل رقابة البرلمان على السلطة التنفيذية مدة طويلة. هذا هو مدى الارتباط والتعاون والرقابة ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فى الظروف العادية. فإذا ما قامت ظروف إستثنائية تستدعى إعلان الأحكام العرفية، فهنا ترجح كفة السلطة التنفيذية، وتجمع فى يدها فى نواح معينة ما بين السلطات الثلاث. ولكن الدستور مع ذلك جعل للسلطة التشريعية رقابة على السلطة التنفيذية فى إستعمالها لهذه السلطات. فأوجب أن يصدر تشريع ينظم الأحكام العرفية مقدماً، ويبين بوجه خاص السلطات الاستثنائية التى تعطى للقائم على إجراء هذه الأحكام. وقيد هذا التشريع بـأن لا يعطل من إنعقاد البرلمان حتى يبقى هذا رقيباً على السلطة التنفيذية وهى تباشر سلطاتها الاستثنائية بما يبقى له من حق السؤال والاستجواب وتقرير عدم الثقة. وأوجب أن يعرض مرسوم إعلان الأحكام العرفية فوراً على البرلمان ليقرر استمرارها أو إلغائها. هذه هى بعض المبادئ العليا التى يمكن استخلاصها استخلاصاً موضوعياً من نصوص الدستور وأحكامه. وقد لخصها الدستور ذاته فى عبارة شاملة لجعلها مبادئ ثابتة مستقرة لا يجوز أن يرد عليها تنقيح بتعديل أو حذف أو إضافة. فنصت المادة ١٥٦ من الدستور على أن «للملك ولكل من المجلسين اقتراح تنقيح هذا الدستور بتعديل أو حذف حكم أو أكثر من أحكامه أو إضافة أحكام أخرى، ومع ذلك فإن الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابى البرلمانى، وبنظام وراثه العرش، وبمبادئ الحرية والمساواة التى يكفلها هذا الدستور، لا يمكن اقتراح تنقيحها». فإذا صدر تشريع، عن سلطة تقديرية، يتعارض مع هذه

المبادئ العليا ، حتى لو لم يتعارض مع نص خاص من نصوص الدستور ، فقد قدمنا أن هذا التشريع يكون باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . وقد سبق أن أوردنا بعض التطبيقات لتشريعات تتعارض مع مبادئ الحرية والمساواة ، فلا نعود إليها . ويبقى أن نورد تطبيقاتاً للتشريعات التى تتعارض مع المبادئ العليا المتعلقة باستقلال السلطة القضائية وبالصلوات القائمة ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فى الظروف العادية وفى الظروف الاستثنائية التى تعلن فيها الأحكام العرفية . ونختار من هذه المبادئ أربعة :

المبدأ الأول : يتعلق باستقلال السلطة القضائية . وقد نص الدستور فى هذا الصدد فى المادة ١٢٤ على أن : « القضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، وليس لأية سلطة فى الحكومة التدخل فى القضايا » . ومن هذا النص يستخلص مبدأ عام جوهرى من المبادئ العليا للدستور ، هو مبدأ استقلال السلطة القضائية عن كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية . بل إن السلطة القضائية هى الرقابة على كل من هاتين السلطتين ، بما لها من حق التعقيب على تصرفات السلطة التنفيذية التى تخالف القانون فتقضى بإلغائها وبالتعويض عنها ، وبما لها من حق النظر فى القوانين التى تصدرها السلطة التشريعية إذا هى خالفت الدستور فتقضى بعدم دستورتها على النحو الذى نبسطه فى هذا البحث . فالسلطة القضائية إذن ، وهذه مسئولياتها ، يجب أن تتمتع باستقلال كامل ، ولا يجوز لأية سلطة من السلطتين الأخريين التحيف عليها أو الانتقاص من استقلالها ، وإلا عجزت عن القيام بوظيفتها ، وتعطل حكم الدستور . فإذا صدر تشريع يبسط إشرافاً على القضاء يكون من شأنه أن ينتقص من استقلاله ، كان هذا التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . ويتوقف الأمر فى ذلك على مدى الإشراف الذى يتقرر . فإن كان مجرد تنظيم لأعمال القضاء الإدارية بما لا يمس استقلاله ، كان التشريع صحيحاً . ولكن ينبغى فى هذه الحالة تجنب لفظ « الإشراف » ، فإن هذا اللفظ يشعر بمعنى السيطرة والهيمنة ، ولا يجوز لأية سلطة أن تسيطر أو تهيمن على السلطة القضائية لما قدمناه . أما إذا كان الإشراف ينطوى على سيطرة حقيقية ، كان فى هذا انتقاص لاستقلال القضاء ، وكان التشريع باطلاً . والبطلان هنا ليس لأن التشريع خالف نصاً صريحاً من نصوص

الدستور فيما تكون فيه السلطة التشريعية سلطة محددة ، بل لأنه يتعارض مع المبادئ العليا للدستور في أمر يتمتع فيه البرلمان بسلطة تقديرية . فالعيب الذي يلحق التشريع في هذه الحالة ليس هو عيب مخالفة الدستور بل عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية .

ومبدأ ثان من المبادئ العليا للدستور هو مبدأ الحصانة البرلمانية . وقد رأينا أن الدستور ينص في المادة ١٠٩ على أنه « لا يجوز مؤاخذة أعضاء البرلمان بما يبدون من الأفكار والآراء في المجلسين » ، وينص في المادة ١١٠ على أنه « لا يجوز أثناء دور الانعقاد إتخاذ إجراءات جنائية نحو أى عضو من أعضاء البرلمان ولا القبض عليه إلا بإذن المجلس التابع هو له ، وذلك فيما عدا حالة التلبس بالجناية » . ومن هذين النصين يستخلص مبدأ الحصانة البرلمانية . وقد قدمنا أن التشريع الذي يخالف أحد النصين ، فيجيز مثلاً في أثناء دور الانعقاد وفي غير حالة التلبس القبض على عضو البرلمان بغير إذن المجلس المختص ، يكون تشريعاً باطلاً ، لالانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية ، بل لمخالفته للدستور . ولكن التشريع قد لا يكون صريحاً إلى هذا الحد في مخالفته للدستور ، فلا يقرر جواز القبض على عضو البرلمان بغير إذن ، ولكن يحرم على أعضاء البرلمان إعتناق مذهب معين أو القول برأى معين ، تحكماً من أغلبية أعضاء البرلمان في أقليتهم . ففي هذه الحالة يكون التشريع باطلاً ، لالمخالفته للدستور ، بل لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . ولما كان إعلان الأحكام العرفية قد يقضى على الحصانة البرلمانية ، فيجوز ، إذا ما وسعت سلطات الحاكم العسكرى ، القبض على عضو البرلمان من غير إذن ، وجب ألا تتخذ هذه السلطة الاستثنائية ذريعة لتعطيل انعقاد البرلمان ، فلا يصح لتشريع عرفى أن يجيز القبض على الأغلبية من أعضاء أحد المجلسين حتى لا يتعطل انعقاد هذا المجلس .

ومبدأ ثالث من المبادئ العليا للدستور هو مبدأ الفصل ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية . وقد حدد الدستور لكل سلطة منهما نطاقاً لا يصح لها أن تجاوزه . فأباح للسلطة التشريعية أن تصدر تشريعاً بفرض رسوم ، وأن تدع للسلطة التنفيذية إصدار لائحة لتحديد مقدار هذه الرسوم

وتنظيم طريقة دفعها ، فإن المادة ١٣٤ من الدستور لم تشترط أن يصدر الرسم بقانون واكتفت بأن تكون تأديته في حدود القانون . ولكن هذه المادة ذاتها أوجبت أن يكون فرض الضريبة بقانون يحدد مقدارها . فإذا أصدر البرلمان تشريعاً يكل فيه إلى السلطة التنفيذية أن تحدد بلائحة مقدار رسوم فرضها هذا التشريع ، وكانت الرسوم إنما تخفى ضرائب حقيقية سترها البرلمان تحت وصف أنها رسوم ، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية ، وكانت اللائحة باطلة كذلك لصدورها من جهة غير مختصة .

ومبدأ رابع من المبادئ العليا للدستور هو وجوب تقييد السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية وأن يكون هذا التقييد مقررأ في تشريع سابق . فإطلاق السلطة للحاكم العسكري يتعارض مع هذا المبدأ الجوهري . ومن ثم إذا تضمن قانون الأحكام العرفية نصاً يوسع في سلطات الحاكم العسكري توسيعاً يجعل منه حاكماً مطلقاً لا حد لسلطانه ، كان هذا النص باطلاً لتعارضه مع المبادئ العليا للدستور ولانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . مثل ذلك أن يتضمن قانون الأحكام العرفية نصاً يعفى الحاكم العسكري من المسؤولية عن الأعمال التي يأمر بها أو يتولاها ، فلا يجوز سماع الدعوى إذا كان الغرض منها الطعن في هذه الأعمال . ذلك أن هذا النص يكون من شأنه أن يبيح للحاكم العسكري مجاوزة سلطاته الاستثنائية دون أن تترتب مسؤولية في ذمته ، فتصبح سلطاته مطلقة لا حد لها ، وهذا يتعارض مع المبادئ العليا للدستور . وقد رأينا أن قوانين التضمينات تكون هي أيضاً باطلة إذا فسرت على أنها تعفى الحاكم العسكري من المسؤولية عن الأعمال التي جاوز فيها حدود سلطاته . ونرى من ذلك أن النص الذي يعفى الحاكم من المسؤولية عن تجاوز سلطاته هو نص باطل ، سواء أعفاه بعد وقوع الأعمال التي استوجبت المسؤولية في صورة قانون من قوانين التضمينات ، أو أعفاه مقدماً قبل وقوع هذه الأعمال في صورة نص عام يندرج في قانون الأحكام العرفية . ففي الحالتين يكون النص متعارضاً مع المبادئ العليا للدستور ، ومنطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية^(١) .

(١) وقد صدر أخيراً مرسوم بقانون (رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢) يضيف إلى قانون

هذه بعض تطبيقات لتشريعات متعارضة مع المبادئ العليا للدستور. ونجتزئ بهذا القدر، فهو كاف لإثبات أن التشريع قد لا يكون

الأحكام العرفية مادة جديدة بعد المادة ١٠ برقم ١٠ مكرر نصها كالآتي: «لا تسمع امام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار وبوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على الأحكام العرفية أو مندوبوها، وذلك سواء أكان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بإبطال شيء مما ذكر أو بسحبه أو تعديله أو بوقف تنفيذه أم كان الطعن غير مباشر عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة أو بإبراء من تكليف أو التزام أو برد مال أو باسترجاعه أو باسترداده أو باستحقاقه أو بأية طريقة أخرى».

وفى رأينا أن قانون الأحكام العرفية لا يجوز تعديله عن طريق مرسوم بقانون على الوجه المبين فى المادة ٤١ من الدستور، لأن الأحكام العرفية لا يجوز تنظيمها إلا بقانون يقرره البرلمان وفقاً للمادة ١٥٥ من الدستور، وأسوة بتنظيم الحقوق والحريات العامة. ويصدق هذا بنوع خاص إذا كان التعديل يشتمل على أحكام تخالف الدستور وهذا هو شأن التعديل الذى نحن بصدده إذ أن المادة ٤١ من الدستور تشترط صراحة ألا يكون المرسوم بقانون مخالفاً للدستور. فإذا أضفنا أن هذا التعديل لم يعرض على قسم التشريع بمجلس الدولة، كان لنا أن نقول إنه باطل من ناحية الموضوع ومن ناحية الشكل. وقد صدر فعلاً، بعد كتابة هذا المقال، مرسوم بقانون بالغائه.

على أنه حتى لو كان التعديل قد أدخل فى قانون الأحكام العرفية عن طريق قانون قرره البرلمان، لكان مع ذلك باطلاً أيضاً. فهو لا يعدو أن يكون قانون تضمينات سبق الأعمال التى تتحقق بها مسئولية الحاكم العسكرى، فحكمه هو عين حكم قانون التضمينات اللاحق لهذه الأعمال. وقد رأينا أن قانون التضمينات لا يعفى من المسئولية عن مجاوزة الحاكم العسكرى لحدود اختصاصه ولا عن انحراف فى استعمال سلطته عن عمد أو عن خطأ جسيم. أما الإعفاء من المسئولية عن الخطأ غير الجسيم فليس من شأنه كما قدمنا أن يقلب العمل الباطل صحيحاً، بل يبقى العمل باطلاً يبقى العمل واجباً إلغائه وواجباً وقف تنفيذه، وتسمع الدعوى فى كل من هذين الطرفين، ولكن لا تسمع فى التعويض عن الضرر الذى نجم عن هذا العمل. ولا صحة فى نظرنا لما ورد فى المذكرة الإيضاحية لهذا المرسوم بقانون من أنه لا يعدو أن يكون استظهاراً لنية الشارع، وأن الإعفاء من المسئولية وقت قيام الأحكام العرفية لا يحتاج إلى نص وإنما يخلص من طبائع الأمور ذاتها ومقتضيات إعلان الأحكام العرفية. إذ لو كان هذا صحيحاً لما كانت هناك حاجة إلى قانون تضمينات يلحق أعمال الحاكم العسكرى

مخالفاً لنص معين من نصوص الدستور ، ولكنه يتعارض مع مبادئ الدستور العليا ، فيكون باطلاً ، ويرجع البطلان لا إلى مخالفة الدستور . بل إلى الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية .

اهمية التمييز بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية :

وقد يقال لم هذا الحرص على التمييز بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، مع أن حكمهما واحد وهو بطلان التشريع ؟ وما الذى يمنع من المزج بين الحالتين ، واعتبار التشريع فى كل منهما مخالفاً للدستور ؟

لا نتردد فى الإجابة على ذلك بأن التمييز بين الحالتين واجب ، وهو تمييز تقتضيه الدقة العلمية وتتطلبه الاعتبارات العملية .

فأما من الناحية العلمية ، فمن الواضح أن هذا التمييز يجلى كثيراً من الغموض الذى يحيط بموضوع دستورية القوانين . فليس من الدقة العلمية أن نخلط ما بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، كما لا يجوز الخلط فى القرار الإدارى بين مخالفته للقانون وانطوائه على تعسف فى إستعمال السلطة . وهذا التمييز فى شأن التشريع ،

ليعفى من المسؤولية عنها . ولو كانت هذه الأعمال معفاء من المسؤولية ، فلن زوال الأحكام العرفية ليس من شأنه أن يغير من هذا الوصف القانونى ، ولبقى الإعفاء من المسؤولية قائماً ، دون حاجة إلى قانون تضمينات ، بعد زوال هذه الأحكام (انظر محكمة القضاء الإدارى فى دوائها الجمعية فى ٢١ يونية سنة ١٩٥٢ القضية رقم ١٠٢٦ السنة السادسة القضائية) .

وعندنا أن الإعفاء من المسؤولية عن طريق التشريع يغلب أن ينطوى على إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . على أننا نميز فى هذا الصدد بين فرضين : (١) النص الذى لا يجيز سماع الدعوى فى مسئولية قررتها أحكام القانون ، سواء صدر النص قبل تحقق المسئولية أو بعد تحققها . وفى هذا النص إخلال بمسئولية مقررته ، على التفصيل الذى قدمناه فى قوانين التضمينات ، فيكون النص منطوياً على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . (٢) النص الذى لا يجيز سماع الدعوى فيما لم تنقرر فيه اية مسئولية . وهذا جائز ، لأنه لا يخل بمسئولية مقررته ، بل هو يقرر أحكاماً موضوعية عن طريق منع سماع الدعوى فيما يخالف هذه الأحكام . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

كالتمييز المقابل له فى شأن القرار الإدارى ، يقوم على أساس التفرقة ما بين السلطة المحددة والسلطة التقديرية .

وأما من الناحية العملية ، فنحن إذا ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، أفسحنا الطريق لفكرة الانحراف ، وقد أصبحت فكرة مستقلة ، لتنمو وليضطرد نموها . ومادام الانحراف قد وضع له معيار مستقل ، فإن ذلك من شأنه أن يضبط من تطبيقاته وأن يعدد منها ، فلا تختلط حالات التشريع غير الدستورى بعضها ببعض . وكثير من حالات الانحراف عندما تختلط بحالات مخالفة الدستور ينبهم فيها الأمر ويشدد اللبس . إذ يغلب أن يتحسس الباحث ، وهو يواجه تشريعاً مشكوكاً فى دستوريته ، أى نص معين من نصوص الدستور يكون هذا التشريع قد خالفه . فإذا لم يجد هذا النص ، تهيب أن يقول إن التشريع غير دستورى . أما إذا أسعفته نظرية الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، وهى لا تتطلب الإخلال بنص معين فى الدستور ويكفى فيها أن يتعارض التشريع مع مبادئ الدستور العليا ، زال التردد ، ووقع الاطمئنان ، واستطاع الباحث أن يسير قدماً فى هذا الطريق الجديد ، بعد أن عادت مسالكه ووطنت أكنافه . والمعروف أن الفكرة مادامت تختلط بفكرة أخرى تظل فكرة مبهمه غامضة . فإذا ما ميزت عن غيرها مما يلتبس بها ومحضت ، إنفسح أمامها الطريق ، وأخذت سبيلها طليقة قوية . والفرق كبير بين أن نسير فى نظرية دستورية القوانين دون تقسيمات وضوابط ، وبين أن نسير فيها وقد ميزنا تقسيماتها وحددنا معاييرها ، ورسمنا اتجاهاتها . وهذا ما وقع فى شأن القرار الإدارى الباطل ، فقد تقدمت نظرية البطلان فيه تقدماً كبيراً عندما قسمت العيوب التى تسبب البطلان ، وقام التمييز فيما بينها . وهذا ما ينتظر أن يقع كذلك فى شأن التشريع غير الدستورى .

وقد يكون مهما من الناحية العملية أيضاً ، بعد أن ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، أن نجعل الانحراف طريق طعن احتياطى (subsidaire) فى التشريع ، شأنه فى ذلك شأن التعسف فى استعمال السلطة الإدارية .

وما دمنّا قد ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف ، فنحن نختم هذا البحث بكلمة موجزة فى إثبات الانحراف وفيما يترتب عليه من البطلان ، على غرار ما يقال فى إثبات التعسف فى استعمال السلطة الإدارية وفى البطلان الذى يترتب على هذا التعسف .

(٣)

إثبات الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية والجزاء الذى يترتب على هذا الانحراف :

إثبات الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية :

إثبات مخالفة التشريع للدستور أمر ميسور . فما علينا إلا أن ندل على نص معين فى الدستور ، يجعل السلطة التشريعية ذات سلطة محددة ، ويكون التشريع قد خالفه ، حتى نثبت عدم دستورية التشريع بمخالفته لهذا النص . وهذا هو أيضاً ما نفعله فى شأن القرار الإدارى المخالف للقانون ، إذ أن إثبات هذه المخالفة يقتضى العثور على قاعدة قانونية يكون القرار قد خالفها ، وتكون هذه القاعدة قد جعلت للإدارة سلطة محددة . ولا توجد صعوبة فى الحاليتين إلا ما يقتضيه التفسير من جهد فى توضيح نص دستورى مبهم أو إستجلاء نص قانونى غامض .

أما إثبات الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية فأمر دقيق ، وقد يزيد فى دقته على إثبات التعسف فى استعمال السلطة الإدارية . إذ علينا بعد أن نستخلص مبدأ من المبادئ العليا للدستور ، أن نثبت أن المشرع ، وهو يستعمل سلطته التقديرية ، قد إنحرف عن هذا المبدأ .

والإثبات بطريق الدليل الداخلى (preuve intrinsèque) هو الوسيلة المأمونة ، كما هو الأمر فى إثبات التعسف فى استعمال السلطة الإدارية . وهنا تتبين لنا أهمية الأسباب التى يبنى عليها التشريع ، فهى الدليل الداخلى الأول الذى يمكن الحصول عليه فى غير مشقة . وأسباب التشريع تختلف عن أسباب القرار الإدارى فى أن الأولى تتمحض طريقة لإثبات الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية . أما أسباب القرار الإدارى فتختلف تارة بمخالفة القانون وأخرى بالتعسف فى استعمال السلطة الإدارية على الوجه الذى بيناه فيما تقدم .

واسباب التشريع تكشف عادة عن الغاية التى قصد المشرع إلى تحقيقها . فمتى استقصيت هذه الغاية وتحددت على وجه لا يقبل الشك ، أمكن أن نعرف بعد ذلك هل تتفق هذه الغاية مع مبادئ الدستور ، فيكون التشريع سليماً ، أو أن المشرع قد انحرف عن هذه المبادئ ، فيكون التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية .

واسباب التشريع نلتمسها فى نصوص التشريع ذاته عندما نمحصها نصاً نصاً لنتبين من خلال هذه النصوص ، وفى تضاعيف العبارات والأساليب ، الغاية من التشريع .

ونلتمسها على وجه أيسر وأوضح فى ديباجة التشريع إذا كان للتشريع ديباجة ، ففيها يذكر المشرع الأسباب التى حملته على إصدار التشريع والغاية التى يهدف إلى تحقيقها .

فإذا أعوزتنا الأسباب فى نصوص التشريع وفى ديباجته ، نلتمسناها فى الأعمال التحضيرية . نبحث عنها أولاً فى المذكرة الاضاحية التى تقترن عادة بمشروع القانون الذى يقدم إلى السلطة التشريعية . ونبحث عنها بعد ذلك فى التقارير التى تقدمها اللجان البرلمانية ، وفى مناقشات الأعضاء فى المجلسين ، وفى البيانات التى تلقىها الحكومة فى شأن التشريع المقترح .

ويبقى بعد ذلك أن نتساءل ، بعد أن ظهرت لنا الغاية من التشريع عن هذا الطريق الداخلى ، هل يجوز لنا أن نتشكك فيما ظهر إذا تجمعت لنا من القرائن الخارجية ما يعارض الأسباب المذكورة ، فنذهب إلى أن المشرع قد أخفى غايته وذكر للتشريع اسباباً غير صحيحة ، وأن الأسباب الصحيحة والغاية الحقيقية التى توخاها تدل عليها القرائن الخارجية أكثر مما تبين من خلال الأسباب الظاهرية ؟ هنا يكون الإثبات قد وقع بطريق خارجى (preuve extrinsèque) ، هو طريق القرائن . وإذا كان الأخذ بهذا الطريق غير مسلم به فى إثبات التعسف فى استعمال السلطة الإدارية ، فأولى الا نسلم به فى إثبات الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، وبخاصة بعد أن التزمنا فى هذا النوع من الانحراف المعايير الموضوعية ، وهذه إنما تتوافق مع طرق الإثبات الداخلية .

الجزء الذى يترتب على الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية :

الجزء واحد فى التشريع المخالف للدستور والتشريع المنطوى على إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، فكلا التشريعين باطل . وهذا هو أيضاً شأن القرار الإدارى ، فهو باطل إذا خالف القانون أو إنطوى على تعسف .

ولكن التشريع غير الدستورى يختلف عن القرار الإدارى الباطل ، إذا رفعت دعوى الإلغاء بطريق مباشر أمام القضاء الإدارى . ففى القرار الإدارى الباطل ، سواء كان القرار فردياً أو تنظيمياً ، تكون محكمة القضاء الإدارى مختصة ، وتقضى بالإلغاء . أما فى التشريع غير الدستورى فالمحكمة غير مختصة ، ولا توجد هيئة أخرى تختص بذلك ، ولا يمكن أن توجد هذه الهيئة إلا إذا وجد نص فى الدستور ينشئ محكمة عليا تكون مختصة بالنظر فى دستورية القوانين .

أما إذا كان الطعن بطريق غير مباشر ، فى صورة الدفع بالبطلان ، فهنا تتجلى رقابة القضاء على دستورية التشريع . ذلك أن الخصم إذا إستند إلى تشريع يطلب تطبيقه ، ودفع خصمه ببطلان هذا التشريع لأنه غير دستورى ، فالمحكمة ، وإن كانت لا تملك أن تحكم ببطلان التشريع ، يجب عليها إذا تثبتت من عدم دستوريته أن تستبعد تطبيقه . ويرجع ذلك إلى سببين رئيسيين :

(السبب الأول) : أن من الأصول المقررة أن تلتزم المحكمة فى تطبيقها للتشريعات المتفاوتة فى القوة تطبيق التشريع الأعلى عند تعارضه مع تشريع أدنى منه . فتطبق المحكمة الدستور أولاً ، ثم القانون ، ثم القرارات الإدارية التنظيمية بحسب تدرجها ، فتبدأ بالمرسوم ، ثم بقرار مجلس الوزراء ، ثم بالقرار الوزارى ، ثم بما هو أدنى من ذلك . فإذا تعارض قرار وزارى مع قرار لمجلس الوزراء ، وجب على المحكمة أن تستبعد القرار الوزارى وأن تطبق قرار مجلس الوزراء . وإذا تعارض قرار لمجلس الوزراء مع مرسوم ، وجب على المحكمة إستبعاد قرار مجلس الوزراء وتطبيق المرسوم . وإذا تعارض مرسوم مع قانون ، وجب إستبعاد المرسوم وتطبيق القانون . وتنتهى إلى تعارض القانون مع الدستور ، وهو

محل بحثنا، ويجب هنا أيضاً على المحكمة أن تستبعد القانون وأن تطبق الدستور .

(والسبب الثانى) : هو مبدأ فصل السلطات وردها جميعاً إلى الدستور ، فلا يجوز أن تعتدى سلطة على أخرى . فإذا وضعت السلطة التشريعية تشريعاً غير دستورى ، لم تستطع أن تجبر السلطة القضائية على تطبيقه دون الدستور ، وإلا كان فى هذا إعتداء من السلطة التشريعية على السلطة القضائية ، وكلتاها مستقلة عن الأخرى ، وكلتاها خاضعة للدستور .

ويترتب على ما قدمناه نتيجتان :

(النتيجة الأولى) : أن الدستور وحده هو الذى يملك أمر تحديد رقابة القضاء لدستورية القوانين . فله أن ينص صراحة على منع هذه الرقابة ، فلا يجوز للقضاء أن يبطل تشريعاً غير دستورى أو أن يمتنع عن تطبيقه . وللدستور أن ينص صراحة على إباحة هذه الرقابة ، فيكون للقضاء فى دعوى إلغاء أصلية أن يبطل التشريع غير الدستورى ، وفى دفع بعدم الدستورية أن يمتنع عن تطبيقه . وإذا سكوت الدستور فلم ينص على منع الرقابة ولم ينص على إباحتها ، لم يكن للقضاء أن يبطل التشريع غير الدستورى فى دعوى إلغاء أصلية ، ولكن يجب عليه أن يمتنع عن تطبيقه عند الدفع بعدم دستوريته .

(والنتيجة الثانية) : تتفرع عن النتيجة الأولى . فعادام الدستور وحده هو الذى يملك منع القضاء عن النظر فى دستورية التشريع ، كان من البديهي أن المشرع العادى لا يملك ذلك . ومن ثم يكون التشريع الذى يحرم على القضاء النظر فى دستورية القوانين تشريعاً باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة .

ويخلص من كل ذلك أنه ما دام دستورنا المصرى لا يشتمل على نص ينشئ محكمة عليا للنظر فى دستورية القوانين ، وهو فى الوقت ذاته لا يشتمل على نص يحرم النظر فى هذه الدستورية ، فلا يجوز لأية محكمة مصرية أن تقضى فى دعوى أصلية بإلغاء تشريع دستورى ، ولكن يجب على كل محكمة أن تمتنع عن تطبيق التشريع الذى يتعارض مع الدستور

إذا دفع أمامها بعدم دستوريته ، لأن الدستور هو الأولى بالتطبيق . ويكون قضاء المحكمة بإستبعاد التشريع غير الدستوري ذاتجية نسبية ، فلا يحتج به إلا فى القضية بالذات التى استبعد فيها هذا التشريع . أما فى قضية أخرى ، تنظرها محكمة ثانية أو المحكمة الأولى ذاتها ، فلا يتحتم التقيد بهذا القضاء ، ويجوز للمحكمة أن تأخذ بعكسه ، فتقضى بأن التشريع لا يتعارض مع الدستور .

تصدير

الترجمة العربية لكتاب تاريخ النظريات السياسية

بقلم الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى

رئيس مجلس الدولة

طلب إلى الأستاذ حسن جلال العروسى أن اكتب كلمة أصدر بها هذا الكتاب الذى ترجمه إلى اللغة العربية فى تاريخ النظريات السياسية ويسعدنى أن إستجيب لهذا الطلب .

فالكتاب لأستاذ أمريكى كبير من أساتذة الفلسفة بجامعة كورنل ، استعرض فيه تاريخ الفكر السياسى منذ العصور الأولى ، وماشاه إلى العصر الحديث ، ذلك فى تحليل رائع ، ونظرات نافذة ، وتأصل عميق .

وهذا الجزء من الكتاب الذى يخرج اليوم الأستاذ العروسى لقراء العربية يتناول من تاريخ الفكر السياسى الحقبة الأولى التى استغرقتها الفلسفة الإغريقية والتى انطوت على نوع من النظام السياسى للدولة عرف « بدولة المدينة » . وقد وفق استاذ العروسى فى ترجمة الكتاب كل التوفيق . فأسلوبه عربى رصين ، وعباراته متخيرة منتقاة ، لا تكلف فيها ولا إبتذال . وقد حرص كل الحرص على تأدية المعنى فى دقة وأمانة .

وقدم للكتاب الدكتور عثمان خليل عميد كلية الحقوق بجامعة إبراهيم والدكتور عثمان من خيرة فقهاءنا فى القانون العام . وقد أوحى إليه الكتاب بتقديم رائع ، فيه من المعانى القوية والنظرات العميقة ما جعله يحلق فى سماء الفكر السياسى ، ويضيف ثروة فكرية جديدة إلى الثروة الضخمة التى يزخر بها الكتاب .

وقامت مؤسسة فرانكلين الثقافية بنشر هذا المؤلف القيم وإن هذه المساهمة من جانبها لتستحق كل تقدير . ونرجو أن يكون فى متابعتها نشر أمثال هذه الكتب القيمة مترجمة إلى اللغة العربية مما يدعم أواصر التجاوب الثقافى بين الفكرين الشرقى والغربى .

والموضوعات التي عرض لها هذا الجزء من الكتاب، تحت عنوان «دولة المدينة» تتناول تحليل البيئة الفكرية التي سبقت سقراط ومهدت لظهوره، ثم تعرج إلى بسط أهم الأفكار التي انطوت عليها الفلسفة السياسية لثلاثة هم أكبر فلاسفة الإغريق: سقراط وأفلاطون وأرسطو. وقد تعاقب هؤلاء الفلاسفة الثلاثة واحداً تلو الآخر، وكان الثاني تلميذاً للأول، والثالث تلميذاً للثاني، في عصر هو من ازهى عصور الفكر البشرى.

• • •

واحسب أن هذا الكتاب قد طلع على القراء في وقت مناسب. ووجه المناسبة فيه أن مصر في سبيلها إلى وضع دستور جديد. فقد برمت بالدستور القديم، فعمدت إلى إلغائه. وسخطت على العهد الماضي، فتكررت له، وقالت عن مساوئ ذلك العهد الشيء الكثير، فهو عهد لا يقيم وزناً للدستور، ولا سيادة فيه للقانون. فالبلاء إذن في حاجة إلى أن تتعلم شيئاً جديداً تقيم على أساسه دستورها الجديد. وفلسفة الإغريق السياسية - على بعد ما بيننا وبينها من زمن - جديرة أن تعلمنا هذا الشيء الجديد. فهي تعلمنا مبدأ سيادة القانون. وهل يوجد مبدأ أجل وأنبل من مبدأ سيادة القانون، نراه يطالعنا من ثنايا الفلسفة الإغريقية، منقوشاً في كل صفحة من صفحاتها، وهو العصارة من تجارب أفلاطون، والصميم في فلسفة أرسطو؟ فلنتابعه إذن كما هو مبسوط في هذا المؤلف الجليل.

كان أفلاطون في شبابه، عندما كتب «الجمهورية»، يؤمن بحكومة الفلاسفة وبالحكم المطلق المستنير، فالحكم عنده لا يكون إلا لقلّة من العلماء المستنيرين، وكان يرى من الحماسة أن تغل يد الحاكم الفيلسوف بأحكام القانون، وهذا الحاكم الفيلسوف، أو هذا العالم المستنير، يقوم سنده على تولى السلطان على الزعم بأنه هو الوحيد الذي يعرف طريق الخير والعدالة، واستبعد أفلاطون من هذه الدولة المثالية التي صورها في «الجمهورية» فكرة القانون، وأبرز الدولة مؤسسة تفرض على المواطنين وصاية دائمة يتولاها الحاكم الفيلسوف وهذه الوصاية هي أسلم صور الحكم، بل هي وحدها الحكم الحقيقي، حيث يكون الحكام مستنيرين من

العلم ، سواء حكموا بالقانون أو بغير القانون ، وسواء رضيت عنهم رعاياهم أو كانوا غير راضين ، فالحكم للعلم والمعرفة ، وهو حكم الفرد المطلق ، ولا حاجة فيه للقانون . لذلك كانت هذه الدولة المثالية من الكمال بحيث لا تتلاءم مع أحوال البشر . هي نموذج مقره فى السماء ، يحاول البشر أن يحاكموه ، ولكنهم لا يستطيعون أن يبلغوه .

ولما كان البشر لا يعيشون فى السماء ، بل يعيشون فى الأرض ، فقد رأى افلاطون نفسه ، بعد أن تقدمت به السن ، وانضجته التجارب ، وذاق مرارة الفشل فى محاولته أن يقيم حكومة الفيلسوف فى صقلية عن طريق تثقيف ملكها ديونيسيوس ، مضطراً أن يرجع عن رأيه ، وأن يقبل حلاً وسطاً فى كتابه الثانى «السياسى» فيقول : «علينا أن نتصور الدولة وما فيها من قوانين موروثة على أنها نوع من المحاكاة للمدينة السماوية ، ولا أقل من أن نقرر ما لا شك فيه ، وهو أن القانون أفضل من الهوى ، وأن صلاح الحاكم الخاضع للقانون أفضل من تلك الإدارة التحكيمية التى تصدر عن طاغية مستبد ، أو عن حكومة بلوتوقراطية ، أو عن حكم الغوغاء ، ولا ريب فى أن القانون هو بوجه عام قوة باعثة على الحضارة يصبح الإنسان بدونها - مهما تكن صفته - أخطر من الحيوانات المتوحشة » .

ادرك افلاطون أن هناك فرقاً كبيراً بين الخضوع لسلطان القانون والخضوع لإرادة مخلوق من البشر ، مهما انفرد بالحكمة والخير ، ولم ير بدأ من أن ينادى بمبدأ سيادة القانون ، وأن يقرر أن القانون وحده هو الذى يسود الحاكم والمحكوم » .

فهو يكتب لاتباع ديون فى صقلية : لا تدعوا صقلية ولا أى بلد آخر يخضع لسادة من البشر ، بل يجب ألا يخضعوا لغير القانون . ذلكم هو مذهبي ، واعلموا أن الخضوع شر على كل من السادة والمسودين ، عليهم جميعاً وعلى أحفادهم وذرائعهم » .

ثم يعلن بعد ذلك إيمانه العميق بالقانون فى كتابه الثالث «القوانين» فيقول : «فلنفرض أن كل واحد منا نحن المخلوقات الحية إن هو إلامية بارعة صنعتها الآلهة ، ولسنا ندري أكنا غرضها من ذلك اللهو أم الجد ، ولكننا نعلم حق العلم أن ما فينا من إنفعالات هى كالأوتار أو الحبال التى تجذبنا ، وأنها لتعارضها - فيما بينها - تجرنا إلى أفعال متضادة ، فتبلغ

الحد الذى يفصل بين الخير والشر ، هنا يحدثنا العقل أن كل واحد منا يجب أن يتمسك على الدوام بخيط واحد فقط من تلك القوى الدافعة له ، والا يدعه يفلت منه بأى حال من الأحوال ويقاوم شد الخيوط الأخرى : هذا الخيط هو الحاكم الذهبى هو حكم العقل المقدس الذى يسمى القانون . والنظام الديمقراطي فى أثينا من شأنه أن يعين أفلاطون على التمسك بمبدأ سيادة القانون ، فقد كان القضاء مسيطراً على الحياة العامة . فهو ، فوق أنه يفصل فى قضايا الأفراد المدنية والجنائية ، يبسط رقابته على الموظفين ، فيختبر صلاحية المرشح قبل توليه الوظيفة إذا أقيمت الدعوى بعدم صلاحيته ، ثم هو يراجع أعمال الموظف بعد إنتهاء خدمته ، بل هو يجاوز رقابة الموظفين إلى رقابة القانون . فكان كل مواطن يستطيع أن يطعن فى أى قانون بأنه مخالف للدستور ، فيقف العمل بهذا القانون فوراً حتى تقضى المحكمة فى شأنه ، فيحاكم القانون على غرار محاكمة الأفراد ، وللمحكمة أن تقضى بإلغائه . فالقانون إذن يخضع للدستور ، والموظف يخضع للقانون . هذا هو مبدأ سيادة القانون كاملاً ، بلغت سيادتها مرتبة عليا . لم تبلغ مرتبة أعلى منها دولة «متحضرة» فى العصر الحالى .

ثم يأتى أرسطو بعد أفلاطون ، والدولة للفاضلة عنده أساسها الاجتماعى هو وجود طبقة متوسطة قوية ، « ليس أفرادها من الفقر بحيث تنكسر أجنحتهم ، ولا من الغنى بحيث ينشبون أظافرهم ، وحيثما وجدت هذه الطائفة من المواطنين ، كانت جماعة لها من إتساع صفوفها ما يكفل للدولة الإرتكاز على أساس شعبى ، ولها من التحرر عن الهوى ما يمكنها من مراقبة الموظفين المسؤولين ، ولها من طبيعة انتخاب أعضائها عاصم من مساوىء حكومات الجماهير .

ويحدثنا مؤلف هذا الكتاب عن أرسطو أن مثله الأعلى كان على الدوام الحكم الدستورى لا الحكم الاستبدادى ، حتى لو كان هذا الاستبداد هو الاستبداد المستنير الذى يصدر عن الملك الفيلسوف ، فهو إذن من أكبر المنتصرين لمبدأ سيادة القانون ، ومن ثم فقد قبل منذ البداية أن يكون القانون فى أية دولة صالحة هو السيد الأعلى ، فالقانون هو : «العقل مجرداً عن الهوى» ، والحكم الدستورى يتمشى مع كرامة الرعايا وعزتهم ،

إذ أن الحاكم الدستوري يحكم رعاياه برغبتهم ، وبذلك يختلف كل الاختلاف عن الدكتاتور الطاغية ، وللحكم الدستوري كما يفهمه أرسطو عناصر رئيسية ثلاثة : أولها حكم يستهدف الصالح العام . وبذلك يتميز عن الحكم الطائفي الذي يستهدف صالح طبقة واحدة ، وعن الحكم الاستبدادي الذي يستهدف صالح فرد واحد . وثانيها أنه حكم قانوني ، أي أن الحكومة تدار فيه بمقتضى قوانين عامة لا بمقتضى أوامر تحكمية . وثالثها أن الحكومة الدستورية حكومة رعية راضية . فتمتيز بذلك عن الحكومة الاستبدادية التي تستند إلى محض القوة .

• • •

هذان إذن رجلان من أكبر فلاسفة الإغريق ، بل من أكبر فلاسفة العالم ، يقولان بمبدأ سيادة القانون ، ويقولان بهذا المبدأ منذ المراحل الأولى في تطور الحضارة ، فأين من حكومة القانون حكومة المستبد العادل ! وهل يحتمع الإستبداد والعدل ؟!! لتلك خرافة إذا كان أفلاطون قد آمن بها في شبابه ، فقد أدرك في شيخوخته أنها سراب لا وجود له . كان أفلاطون في بداية أمره كما قدمنا يؤمن بحكومة الفلاسفة حتى نراه يقول : « لا سبيل إلى تحقيق حياة أسعد للجنس البشري إلا بإحدى وسيلتين ، فإما أن يتولى مقاليد الحكم جمهرة الفلاسفة ، وأما أن تتحول الطبقة الحاكمة بمعجزة من معجزات الإرادة الإلهية إلى طبقة من الفلاسفة » ، فهو قد كان يعتقد الأسبيل إلى تحقيق سعادة البشر إلا بأن يتولى الفلاسفة الحكم ، أو بأن يصبح الحكام فلاسفة . ولكنه عدل بعد ذلك عن هذا الرأي ، وعلم - بعد أن نضجت خبرته - أن الفلاسفة إذا تولوا الحكم فهم لا يلبثون أن يفسدوه ، وأن الحكام إذا أصبحوا فلاسفة أسرعوا إلى ترك الحكم خشية أن يفسدهم .

فالحكم الصالح لا تتلمسه فلسفة الإغريق في الحكم المطلق للفيلسوف ولكن تنشده في مبدأ سيادة القانون .

القانون المدني العربي

للعامة الجليل

الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري

مستلة من مجلة القضاء العراقية

العددان الأول والثاني لسنة ١٩٦٢

«يسر هيئة تحرير مجلة (القضاء) أن تزف إلى قرائها
فى الوطن العربى هذا البحث الممتع الرائع ، للفقيه العربى
الكبير عبد الرزاق أحمد السنهورى» .

«هيئة التحرير»

• • •

القانون المدنى العربى تعبير عن شىء لم يوجد ، والأدق ان يقال
عن شىء لما يوجد . ذلك أن وجود قانون مدنى عربى أمر ممكن ، بل هو
أمر واجب ، فهو إذا لم يوجد اليوم ، فمن حقنا أن نتوقع وجوده فى الغد .
وأبادر إلى القول إننى أحد المؤمنين بالوحدة العربية ، فهى شىء فى
طبيعة الشعوب العربية ، وهذه الشعوب أمة واحدة ، إذا تقسمتها دول
متعددة ، فهذا عارض يزول بزوال اسبابه . ومن أقوى الأركان التى تقوم
عليها الوحدة العربية وحدة الثقافة . ومن أهم الأسباب لتوحيد الثقافة
أن تتوحد الثقافة القانونية . ومن هنا ينبعث إيمانى بضرورة العمل على
إيجاد قانون مدنى عربى .

وحتى نطمئن إلى أن العمل منتج مثمر ، بل لكى نستوثق أن قانوناً
مدنياً عربياً سيوجد فى الغد ، وإننا سنشرف عهداً جديداً للبلاد العربية
يكون لها فيه قانون مدنى موحد يجب أن نستقرئ الماضى ، وأن
نستعرض الحاضر ، لنستطلع فى ضوءهما ما يطويه المستقبل .

- ١ -

الماضى

إذا ذكرت « القانون المدنى » فإنما أقصد بهذا التعبير قانون المعاملات
المالية لا قانون الأحوال الشخصية ، ذلك أن قانون الأحوال الشخصية ،
بالنسبة إلى المسلمين فى البلاد العربية وهم الأغلبية العظمى فى هذه البلاد
لا يحتاج فى توحيدهِ إلى جهد كبير . فمرجعه الأول هو الفقه الإسلامى ،
وتوحيد هذا القانون بالنسبة إلى المسلمين فى البلاد العربية أمر ميسور ،
بل هو أمر قد بدأ بالفعل فى مصر بتقنين أحكام الميراث والوصية والوقف
والولاية والوصاية والقوامة فلم يبق إلا تقنين أحكام الزواج والنسب ليتم

بذلك تقنين كامل للأحوال الشخصية أرجو أن يكون نموذجاً صالحاً يوضع تحت نظر البلاد العربية الأخرى ليكون نواة لتوحيد التقنين في الأحوال الشخصية على أساس الفقه الإسلامى .

ويحسن منذ الآن أن احدد ما اقصده بالبلاد العربية فهى فى الشرق - مصر ، وفلسطين ، والاردن وسورية ولبنان والعراق والمملكة العربية السعودية واليمن وتضمها كلها جامعة الدول العربية ، وهى فى المغرب ليبيا وتونس والجزائر ومراكش .

وقد كانت هذه البلاد فى الماضى بالنسبة إلى قانون المعاملات المالية أى القانون المدنى تنقسم طوائف ثلاثاً :

(الطائفة الأولى) : قانونها المدنى قانون غير مكتوب وهذه هى :

١ - المملكة العربية السعودية ، وتطبق الفقه الإسلامى فى مذهب الوهابيين وهو فرع من المذهب الحنبلى .

٢ - اليمن ، ويطبق الفقه الإسلامى فى مذهب الزيدية وهو مذهب شيعى قريب من المذهب الحنفى .

(والطائفة الثانية) : قانونها المدنى هو تقنين للشرعية الإسلامية فى المذهب الحنفى ، أصدرته الدولة العثمانية فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر تحت اسم معروف هو « مجلة الأحكام العدلية » فشمّل البلاد العربية التى كانت تحت الحكم العثمانى . وبقي بعد انهيار الدولة العثمانية معمولاً به فى سورية وفلسطين وشرق الاردن والعراق وليبيا .

(والطائفة الثالثة) : قانونها المدنى مقتبس من القانون المدنى الفرنسى . وهذه تشمل مصر ولبنان تونس والجزائر ومراكش .

والتفسير التاريخى لانقسام البلاد العربية من ناحية قانونها المدنى إلى هذه الطوائف الثلاث يتلخص فيما يأتى :

كانت هذه البلاد جميعها - فيما عدا مراكش وأجزاء من اليمن - مندمجة فى الامبراطورية العثمانية حتى القرن التاسع عشر وكان الفقه الإسلامى غير المقنن هو المعمول به فيها جميعاً .

فاستقلت مصر استقلالاً ذاتياً تحت حكم محمد على ولما قننت الدولة العثمانية الفقه الإسلامى فى مجلة الأحكام العدلية لم يمتد هذا التقنين إلى

مصر وبقيت هذه على ما كانت عليه من تطبيق الفقه الإسلامى غير المقنن مع بعض من التشريعات الفرنسية وبخاصة القانون التجارى ثم دخلت فى عصر إصلاح قضائى تحت حكم إسماعيل وإمتد عصر الإصلاح إلى أوائل حكم توفيق فأنشئت المحاكم المختلطة فالمحاكم الوطنية على غرار المحاكم الفرنسية ووضعت تقنينات حديثة تطبقها هذه المحاكم فى سنتى ١٨٧٥ و ١٨٨٣ أخذت كلها من التقنينات الفرنسية وعلى رأس هذه التقنينات القانون المدنى ومن ثم أصبحت مصر ذات قانون مدنى مقتبس من القانون الفرنسى .

وضمت فرنسا الجزائر إلى بلادها فى سنة ١٨٣٠ فإمتد القانون المدنى الفرنسى إلى الجزائر بهذا الضم ، ثم أعلنت فرنسا حمايتها على تونس فمراكش . وادخلت فيهما تقنينين متماثلين ، الأول لتونس فى سنة ١٩٠٦ والثانى لمراكش فى سنة ١٩١٣ ، وهما تقنينان مقتبسان من القانون المدنى الفرنسى ولكنهما أحدث منه عهداً وأكثر مسaire لحركة التقدم القانونى .

ولما تفككت الامبراطورية العثمانية بعد الحرب العالمية الأولى ، دخلت سوريا ولبنان فى الانتداب الفرنسى ، والعراق وشرق الاردن وفلسطين فى الانتداب البريطانى واستقل الحجاز ، ولكن الملك ابن السعود استولى عليه وأدمجه فى نجد وجعل منها المملكة العربية السعودية . وبقي اليمن مستقلاً كما كان ، وكان الايطاليون قد استولوا على ليبيا قبيل الحرب ، ولكنهم لم يغيروا قانونها المدنى وبقيت المملكة العربية السعودية على مذهبها الوهابى ، واليمن على مذهب الزيدى كذلك بقيت سورية بالرغم من الانتداب الفرنسى ، والعراق وشرق الاردن وفلسطين بالرغم من الانتداب البريطانى ، على مجلة الأحكام العدلية . أما لبنان فقد ترك المجلة وكان لا يزال تحت الانتداب الفرنسى إلى القانون المدنى اللبنانى وهو قانون مقتبس من القانون الفرنسى ، ولكنه متقدم عليه من ناحية الموضوع متأخر عنه من ناحية الصياغة .

وهكذا انقسمت البلاد العربية من ناحية قانونها المدنى إلى الطوائف الثلاث التى قدمنا ذكرها .

الحاضر

أما في الوقت الحاضر ، أى بعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية فقد بقيت الطائفة الأولى على حالها : المملكة العربية السعودية تطبق المذهب الوهابى واليمن يطبق المذهب الزيدى ، فإذا نحن أغفلنا هذه الطائفة وأخرجناها من دائرة البحث إلى أن يحين الوقت الذى تتمكن فيه من المشاركة فى حركة التقنين المدنى وجدنا حركة التقنين هذه يتجاذبها فى الوقت الحاضر تياران أساسيان :

يتمثل التيار الأولى فى مصر وقد إتخذت لها قانوناً مدنياً جديداً اقتبست منه سورية قانونها الجديد والبلدان ينتميان إلى الثقافة المدنية الغربية . وينضم إليهما فى ذلك لبنان وتونس والجزائر ومراكش ، وقد استبقى كل منها قانونه المقتبس من القانون الفرنسى .

ويتمثل التيار الثانى فى العراق ، وقد إتخذ له هو أيضاً قانوناً مدنياً جديداً لم يهجر فيه المجلة هجراً تاماً ولم يعتنق القانون الغربى فى جملته ، بل أصبح وسطاً بين الاثنين . ويدور فى فلك العراق الاردن وفلسطين .

هذان التياران الأساسيان سيتنازعان فى المستقبل السيادة فى حركة التقنين المدنى العربى . فلأيهما ستكون الغلبة ؟ لا أحسب أن أيا منهما سيتغلب على الآخر لأن كلا منهما حلقة تكمل الأخرى فى سلسلة من التطور لا بد له من أن يسير إلى غايته ، فينتهى إلى القانون العربى الجديد وهو الأمل الذى يطالعنا به المستقبل . ولكن قبل أن ننقل إلى المستقبل نقول كلمة موجزة فى كل من هذين القانونين الجديدين : القانون المصرى والقانون العراقى .

القانون المدنى المصرى الجديد :

مصادره : استقى القانون المصرى الجديد نصوصه وأحكامه من منابع ثلاثة :

القانون المدنى المصرى السابق، والفقه الإسلامى، والقوانين الغربية الحديثة.

وأهم مصدر من هذه المصادر الثلاثة هو القانون المدنى السابق، نصوصه وقضائه فقد أراد المشرع المصرى ألا يقطع الصلة بين الحاضر والماضى فنقل إلى القانون الجديد ما لا يزال صالحاً من نصوص القانون القديم، ثم قنن أحكام القضاء المصرى لجلاء الغامض فى هذه النصوص، ولعلاج ما شابها من عيب ولاستكمال ما اعتورها من نقص. ومن ثم أمكن القول أن القانون الجديد لم يحدث ثورة ولم يجر إنقلاباً، بل انتقل فى رفق وهودة من مرحلة إلى مرحلة: من مرحلة كان فيها يقلد القانون الفرنسى تقليداً أعمى، ويضيف إلى عيوبه عيوباً من عنده وكان كثير من أحكامه لا تحتويه النصوص بل تراه مبعثراً فى أحكام القضاء المصرى، إلى مرحلة إبتعد فيها من التقليد الحرفى وقنن هذه الأحكام المنتشرة فى مجموعات القضاء المصرى الضخمة، فاستوت نصوصاً قريبة المأخذ واضحة المعنى مستقرة الوضع.

والمصدر الثانى هو الفقه الإسلامى: وقد احتفظ المشرع المصرى بما كان القانون القديم يحتويه من أحكام هذا الفقه. فبيع المريض مرض الموت والأهلية والشفعة والهبة وسداد الدين قبل ايلولة التركة للورثة والغبن فى بيع القاصر وخيار الرؤية وتبعة الهلاك فى البيع وغرس الأشجار فى العين المؤجرة والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل وبالحائط المشترك ومدة التقادم، كل هذه موضوعات اشتمل عليها القانون القديم واستبقاها القانون الجديد بعد أن هذبها وصحح فيها ثم زاد على ذلك أن استحدث أحكاماً استمدتها من الفقه الإسلامى والقوانين الجرمانية معاً. كما فعل فى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى حوالة الدين وفى مبدأ الحوادث الطارئة، وأحكاماً أخرى استمدتها من الفقه الإسلامى وحده، كما فعل فى مجلس العقد وفى إيجار الوقف وفى الحكر وفى الإبراء من الدين. ثم جاوز هذا وذاك، وجعل الفقه الاسلامى مصدراً من مصادره الرسمية إذ قضت المادة الأولى منه بأنه «إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى

وقواعد العدالة ، على أن المشرع المصرى بالرغم من كل هذا ، لم يخط خطوة حاسمة فى جعل القانون المدنى مشتقاً فى مجموعة من الفقه الإسلامى . فلا يزال القانون المدنى الجديد يمثل الثقافة المدنية الغربية . لا الثقافة القانونية الإسلامية . وإذا كان قد جعل الفقه الإسلامى من بين مصادره الرسمية ، فقد جعله يأتى فى المكان الثالث بعد النصوص والعرف . والسياسة التى سار عليها المشرع المصرى فى ذلك هى سياسة الاناة والتبصر . فقد وجد المجتمع المصرى محكوماً منذ قرابة قرن يقوانين مدنية غربية باعدت ما بينه وبين الفقه الإسلامى ، فأصبح الرجوع

فجأة إلى الفقه الإسلامى عسيراً لما يحدث من قلقلة فى التعامل ومن بلبلة فى التفكير القانونى ، ورأى المشرع مع كل ذلك أن يرجع خطوة إلى الشريعة الإسلامية . إذ استزاد كما قدمنا من أحكام الفقه الإسلامى وجعله مصدراً رسمياً من بين مصادره . وتربص حتى يأخذ الفقه الإسلامى بأسباب التطور على النحو الذى سنشير إليه فيما يأتى . فإذا ما اكتمل هذا الفقه تطوره ، أمكن وقتئذ أن تصبح الثقافة المدنية المصرية ثقافة إسلامية .

والمصدر الثالث هو القوانين الغربية الحديثة فى مختلف طوائفها ، من لاتينية وجرمانية . ولم يبع المشرع المصرى من الرجوع الى هذا المصدر الا امرين :

(اولهما) أن يبتعد عن التقليد المحض للقانون الفرنسى ، فقد كان القانون القديم صورة ناقصة من هذا القانون يجرى فى مداره ولا ينحرف عن أفقه . فأراد المشرع المصرى أن يجعل القانون الجديد يمثل الثقافة المدنية لا فى صورتها الفرنسية فحسب ولا فى صورته اللاتينية الحديثة فحسب ولا فى صورتها الجرمانية فحسب بل فى الصور مجتمعة ، يتخير منها ما يساير روح العصر ويتسق فى الوقت ذاته مع تقاليد المجتمع المصرى . فالقانون الجديد من حيث مصادره هو قانون متخير .

(والامر الثانى) أن ينتفع بأساليب الصياغة القانونية التى ارتقت ارتقاء كبيراً بعد صدور القانون المدنى الفرنسى منذ قرن ونصف قرن .

فأصبح القانون الجديد يبارى فى الترتيب والتبويب والاسلوب والصياغة أحدث التقنيات المدنية الغربية .

ومن ثم يمكن القول فى طمأنينة ان القانون المصرى الجديد يمثل الثقافة المدنية الغربية اصدق تمثيل ، ويمثلها فى أحدث صورة من صورها ، ويؤكد هذا المعنى ما ارتسمه من اتجاهات عامة تنتقل الآن اليها .

اتجاهاته العامة : يمكن تلخيص هذه الاتجاهات فى لفظ واحد هو « الاعتدال » . وكما جماع الوصف فى القانون المدنى الجديد من حيث مصادره هو أنه قانون متخير ، كذلك جماع الوصف فيه من حيث اتجاهاته العامة هو أنه قانون معتدل .

هو قانون معتدل يتوسط بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة .

وعوامل التطور فى القانون المصرى الجديد هى هذه المعايير المرنة التى جعلها مكان القواعد الجامدة ، وهذه السلطة التقديرية الواسعة التى أعطاها للقاضى . فقد ترك القانون الجديد فى الكثرة الغالبة من الأحوال هذه القواعد الجامدة التى تضع للمسألة حلاً واحداً ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت الظروف والملابسات وأثر عليها المعايير المرنة يضعها هادياً للقاضى فيسترشد هذا بها فيما يعرض له من الاقضية ولا يتقيد فيها بحل واحد لا ينحرف عنه ، بل تتغير الحلول بتغير الظروف . من ذلك معيار « الغلط الجوهري » استبدله بالقاعدة القديمة التى كانت تشترط أن يكون الغلط واقعاً فى مادة الشيء . ومن ذلك معيار « التدليس الجسيم » . ومعيار « الرهبة القائمة على أساس » فى الاكراه ، ومعيار « الباعث الدافع إلى التعاقد » فى نظرية السبب ، ومعيار « العذر المقبول » عند الرجوع فى الهبة . كل هذه معايير مرنة تتفاوت الحلول التى تؤدى إليها بتفاوت الظروف التى تطبق فيها ، وهى بعد معايير ذاتية يراعى فى تطبيقها حالات نفسية يكشف عنها القاضى فى كل شخص بذاته . ثم ان القانون الجديد أفسح المجال للمرونة والتطور بما أعطى للقاضى من سلطة تقديرية واسعة تصل به فى بعض الحالات إلى استكمال ما فات المتعاقدين أن يتفقا عليه ، بل وإلى تعديل ما تم عليه الاتفاق فيما بينهما . فيجوز للقاضى إذا قام

خلاف بين المتعاقدين فى مسائل تفصيلية لم يتم الاتفاق عليها من قبل ان يفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعادة . ويجوز له ان ينقص إلتزامات المتعاقد المغبون فى حالة الاستغلال وأن ينتقص من العقد إذا كان فى شق منه باطلاً وأن يحوله إلى عقد آخر ، وأن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول فى حالة الحوادث الطارئة وأن يعدل الشروط التعسفية فى عقود الإذعان ، وأن يخفض التعويض المتفق عليه فى الشرط الجزائى إذا كان مبالغافيه ، وأن يقدر ما هى الحالات التى يقوم فيها إلتزام طبيعى وأن يعين الميعاد المناسب لحلول أجل الدين وإذا كان الوفاء مشروطاً عند المقدرة أو الميسرة ، وأن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها إلتزامه ، وأن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها . وإذا كان القانون الجديد لم يبلغ فيما اعطاه للقاضى من سلطة تقديرية مدى ما بلغ القانون السويسرى الذى جعل القاضى مشرعاً فيما لم يرد فيه نص ، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء إلا انه مع ذلك سار شوطاً بعيداً فى سبيل أن يجعل للقاضى من سلطات التقدير ما ييسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف ، فتكون هذه الأحكام أداة طيعة فى يد القاضى يطور بها القانون تطويراً مستمراً ، ويواجه ما يتغير من ملابسات وأحوال .

أما عوامل الاستقرار فى القانون الجديد فأهمها المعايير الموضوعية التى استكثر منها . والأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة فى كثير من الحالات . وقد رأينا فيما قدمناه أمثلة للمعايير الذاتية . وبقي الآن أن نذكر أن أكثر المعايير التى وضعها القانون الجديد ليست معايير ذاتية ، بل هى معايير موضوعية وقد قصد هذا القانون من ذلك إلى إيجاد نوع من التعادل بين التطور والاستقرار . فالمعيار الموضوعى من حيث هو معيار عامل للتطور ، ومن حيث هو موضوعى عامل للاستقرار . والموضوعية ، وهى صنو للإرادة الظاهرة بل هى الأصل الذى تنتمى إليه هذه الإرادة ومن أكبر عوامل الاستقرار . وهى من مميزات القانون الجديد . وقد أراد هذا أن يخفف من حدة النزعة الذاتية التى تميز القوانين اللاتينية ، فأخذ بالإرادة الظاهرة والموضوعية معاً . فمن المعايير الموضوعية التى إتخذها معيار « عناية الشخص المعتاد » طبقه من نواح مختلفة . فالشريك

فى عقد الشركة عليه أن يبذل من العناية فى تدبير مصالح الشركة ما يبذله فى تدبير مصالحه الخاصة إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد . والمستأجر فى عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد . والمستعير فى عقد العارية عليه أن يبذل فى المحافظة على الشيء المعار العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد . والمودع لديه فى عقد الوديعة يجب عليه إذا كانت الوديعة بغير أجر أن يبذل من العناية فى حفظ الشيء المودع ما يبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب عليه أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد . ومن المعايير الموضوعية مانص عليه القانون الجديد فى الإستغلال إذ لا يجوز الطعن فى العقد بهذا الوجه إلا إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر ، ومانص عليه فى المسؤولية عن الأشياء من أن الشخص يكون مسؤولاً إذا تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ، ومانص عليه فى تحديد الضرر المباشر من أنه هو الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، ومانص عليه فى تحديد العيب الخفى من أنه عيب ينقص من قيمة الشيء أو من نفعه بحسب العناية المقصودة منه ، ومانص عليه فى الأيجار من وجوب أن يكون إستغلال المستأجر الأرض الزراعية موافقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف . وإلى جانب المعايير الموضوعية أخذ القانون الجديد بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة فى بعض الحالات توخياً لاستقرار التعامل . فعل ذلك فى تكوين العقد إلى حد أن قام العقد على الإرادة الظاهرة فى بعض الفروض ، وفى تفسير العقد إلى حد أن قرر أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

وقد وقف القانون المصرى الجديد بين الفرد والجماعة موقفاً معتدلاً ، فلا هو ضحى بالفرد لمصلحة الجماعة ، ولا هو سخر الجماعة لمصلحة الفرد .

حمى الفرد ، فأفسح للحرية الفردية مجالاً معقولاً . ففي نطاق العقد أقر مبدأ سلطان الإرادة وإن كان قد أورد عليه قيوداً معقولة . فلا يزال الفرد حراً في أن يتعاقد ، ولا تزال إرادته هي التي تنشئ العقد وهي التي ترتب آثاره ، ولا يزال العقد هو أحد المصادر الرئيسية للإلتزامات . وإذا كنا قد بعدنا بما ورد على الإرادة من قيود لمصلحة كل من الجماعة والفرد ، وعن مذهب الفردية المتطرفة التي كانت سائدة في أوائل القرن التاسع عشر فإن القانون الجديد لا يزال يخدم إرادة الفرد ويقرر ما تتجه إلى تحقيقه من آثار في حدود معقولة في عصر تطور فيه مذهب الفردية تطوراً خطيراً ونزل فيه عن كثير من مظاهر الغلو . وفي نطاق الملكية استبقى القانون الجديد الملكية الفردية وحماها من الاعتداء . فلمالك الشيء وحده حق استعماله والتصرف فيه ، وله الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ولا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون ، وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل . والمالك حر التصرف في ملكه إذا شاء نزل عنه إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وإذا شاء استبقاه ينتقل عنه بعد موته إلى ورثته وإلى من أوصى لهم . فالقانون الجديد يحمي الفرد إذن في مظهرين رئيسيين من مظاهر نشاطه : حريته في التعاقد وحريته في التملك .

ولكن القانون الجديد حمى الجماعة أيضاً تمشياً مع روح عصره ومسايرة للتطورات الخطيرة التي اعتورت مذهب الفردية . وآية ذلك نراها أيضاً في نطاق العقد وفي نطاق الملكية . ففي نطاق العقد قيد سلطان الإرادة وإلتزام في العلاقات التعاقدية حماية الجانب الضعيف ، فحيث يختل التوازن بين طرفي العقد ، ويقف أحدهما مغلول اليد أمام الطرف الآخر فإن الجماعة يعنيه أن تحمي الطرف الضعيف من تعسف الطرف القوي . فعل القانون الجديد ذلك في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال وفي نظرية الحوادث الطارئة وفي عقد العمل وفي عقد التأمين وفي أحكام أخرى كثيرة غيرها . وفي فوائد الدين لم يقتصر على تخفيض سعر الفائدة القانونية والاتفاقية بل أضاف إلى ذلك قيوداً كثيرة في تقاضى الفوائد ، وفي نطاق الملكية جعل القانون الجديد الملكية وظيفة إجتماعية أكثر منها حقاً فردياً بما أورد على هذا الحق من قيود كثيرة . فقد أوجب على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . وقيد الملكية في

الشرب والمجرى والمسيل وحق المرور والحائط المشترك والمطلات وشرط عدم التصرف وما إلى ذلك من القيود القانونية والاتفاقية ، بما يغل يد المالك في استعماله لملكه لا للمصلحة العامة فحسب بل أيضاً لمصلحة الجيران وبما يبرز فكرة التضامن الاجتماعي متغلغلة في الصميم من نظام الملكية . فالقانون الجديد قد خطا بما وضعه من قيود على حرية التعاقد وعلى حق الملكية خطوات واسعة في سبيل تحقيق العدالة الاجتماعية .

هذه هي الاتجاهات العامة للقانون المصري الجديد . ونراها تؤكد هذه الفكرة التي سبقت الإشارة إليها . فهي إن القانون يمثل أصدق تمثيل الثقافة المدنية الغربية في العصر الذي نعيش فيه .

القانون المدني العراقي الجديد :

مصادره : استقى القانون المدني العراقي الجديد مصادره هو أيضاً من منابع ثلاثة : مجلة الأحكام العدلية ، والقوانين المدنية العراقية الأخرى التي كانت موجودة من قبل ، والقانون المدني المصري الجديد .

وقد كانت القوانين المدنية العراقية قبل صدور القانون المدني الجديد مشتتة منتثرة في مصادر متفرقة ، فالمجلة وهي أهم هذه المصادر كانت تضم الأحكام الكلية والعقود المعينة وبعض قواعد الملكية والحقوق العينية والكثرة الغالبة من نصوصها كانت تعلق بالعقود المعينة ، كان ينظم نوعاً خاصاً من الملكية هو حق التصرف في الأراضي الأميرية وكانت هناك تشريعات عراقية ، موروثة هي أيضاً من الدولة العثمانية ، تنظم الرهن التأميني أما رهن الحيازة فكان مكانه المجلة باعتباره عقداً من العقود المعينة . وأما التسجيل وشهر الحقوق العينية في « الطابو » فقد اشتملت تشريعات خاصة على قواعدها . وانتشرت قواعد مدنية هامة في ثنايا قوانين الإجراءات ، في قانون أصول المحاكمات الخفوقية وقانون الاجراء وقانون المحاكم الصلحية والسبب الرئيسي لهذا التشتت موروث أيضاً عن الدولة العثمانية ، فقد كانت الدولة تلتزم بوجه عام الفقه الإسلامي في تشريعها المدني ، وقد قننت هذا الفقه في المجلة كما سبق القول . ولكن الحاجة كانت تلجئها إلى وضع تشريعات مدنية تقتضيها الضرورة ، فلم تكن تستطيع أن تدخل هذه التشريعات في صلب المجلة حتى لا يقال انها ادخلت على الفقه الاسلامي شيئاً غريباً عنه . فلجأت الى هذه التشريعات (م - ٢٢ مقالات د . السنهوري ج ١)

الخاصة التي سبقت الإشارة اليها ، وورثها العراق عنها ، ثم عمدت الى قوانين الاجراءات وهي مأخوذة من القانون الفرنسى ، فحشرت بين نصوصها ما رأت اقتباسه من الأحكام المدنية الفرنسية .

وقد واجهت هذه الحالة المضطربة عندما عهدت الى الحكومة العراقية مع لجنة من كبار رجال القانون فى العراق ، فى وضع مشروع لقانون مدنى عراقى يلم شتات هذه التشريعات المبعثرة ، ويؤلف ما بين اجزائها وينسق ما بين نصوصها . فاستبقينا كمصدر اول من مصادر القانون العراقى الجديد نصوص المجلة بعد تهذيب استعنا فيه بنصوص مرشد الحيران لصاحبه محمد قدرى باشا . واضفنا الى هذا المصدر ما جمعناه من التشريعات العراقية الخاصة كقانون الاراضى وقانون الرهن التأمينى وقانون « الطابو » . وانتزعنا الاحكام المدنية من قوانين الاجراءات واقررناها فى مكانها من القانون المدنى الجديد . واستكملنا كل هذا - ولم يكن وافيا بالحاجة فى تقنين مدنى حديث - بالاستعارة من القانون المصرى الجديد . وجهدنا ان يكون هذا المجموع غير متنافر الاجزاء ، وان تنسق النصوص وتنسجم الاحكام ، حتى لا تكون هذه المصادر المتفرقة سببا فى اى تعارض يقع بين نواحي القانون الجديد .

وقد استعرضت المذكرة الايضاحية (الاسباب الموجبة) لمشروع القانون المدنى العراقى هذه الحالة القديمة ، فبينت ان تشتت قواعد القانون المدنى فى مصادر متفرقة كان خليقا ان يحمل الباحث مشقة بالغة فى تقصى القواعد القانونية فى مظانها ، ثم ان اشتقاق الاحكام من مصادر متباينة لم يقترن فى الماضى باية محاولة للتنسيق . « وقد ترتب - كما تقول هذه المذكرة الايضاحية - على ذاك امران : الأول : تعذر استخلاص احكام عامة تسيطر على القانون المدنى بأسره ، كأحكام النظرية العامة للالتزام . ولهذه الأحكام اهميتها لا باعتبارها مرجعا يلجأ اليه القاضى إن افتقد الحكم بصدد مسألة من المسائل فحسب ، بل واعتبارها مرشدا يسد خطى المشرع فى وضع التشريعات الخاصة ، والأمر الثانى : خلو قواعد القانون المدنى العراقى من معنى التجانس ، وهو معنى لا يتوافر الا من طريق تنسيق جامع ، تتماسك بفضلها الأصول العامة ، وتهذب الأحكام التفصيلية تهذيبا يحكم ارتباطها فيما بينها ويحلها المحل المناسب فى كنف هذه

الأصول . ولا يتيسر هذا التنسيق ما بقى النشاط التشريعى موزعا متقطعا ولكنه يتاح بتعديل شامل يتناول قواعد القانون المدنى فى جملتها دون أن يقتصر على جوانب أو فروع منها . وقد عنى المشرع بهاتين الناحيتين عناية خاصة فحرص على أن يجمع شتات قواعد القانون المدنى بين دفتى تقنين واحد وبذلك عادت أكثر القواعد المشتتة إلى مكانها المناسب من هذا التقنين . ومن أبرز ما يساق من الأمثلة فى هذا الصدد وضع الأحكام التى

تضمنها قانون الأراضى والأحكام المتعلقة بالتأمينات العينية فى صعيد واحد مع سائر الأحكام الخاصة بالملكية والحقوق العينية . وكذلك جهد المشروع فى التنسيق بين الأحكام التى اشتمل عليها . فالف بين ما استمد من الفقه الاسلامى وبين ما اشتق من غيره من المصادر . وبهذا تسنى له أن يحقق غرضين : أولهما : افساح المجال لأحكام كلية تتركز فيها نظريات عامة اخصها نظرية الالتزام ، والثانى : وهو الأخطر التمهيد للقانون المدنى العربى .

وقد تابع القانون المدنى العراقى الجديد القانون المدنى المصرى فى الترتيب والتبويب متابعة تامة . ففى باب تمهيدى بينت مصادر القانون العراقى ، وقررت القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان وبالأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية وبتقسيم الأشياء والأموال على النحو المعروف فى القوانين المدنية الغربية . ويمكن القول أن هذا الباب التمهيدى منقول كله نقلا يكاد يكون حرفيا من القانون المدنى المصرى الجديد ، فيما عدا بعض القواعد الكلية التى نقلت عن المجلة .

ثم ينقسم القانون العراقى ، كالقانون المصرى إلى قسمين رئيسيين ، أحدهما للحقوق الشخصية والآخر للحقوق العينية ، وفى القسم الأول صيغت نظرية عامة للالتزام ، جمعت أجزاءها من نصوص المجلة حيث تعرض لبعض القواعد العامة فى الالتزام فى ثنايا النصوص الواردة فى العقود المعينة ، وأكملت بنصوص القانون المصرى الجديد ولقيت فى نصوص المجلة مادة خصبة استقت منها فى غير عناء واستكملتها بنصوص من القانون المصرى .

وتناول القسم الثاني: الملكية والحقوق العينية الأصلية. ففصل أحكامها. موفقا ما بين أحكام الفقه الاسلامي ونصوص المجلة من جهة وبين مبادئ القوانين الغربية مقتبسة من نصوص القانون المصري الجديد من جهة أخرى. وادمج في هذا كله نصوص قانون الأراضي، بعد أن هذب صياغتها ووضح المبهم منها. ثم اشتمل على التأمينات العينية فوفق في الرهن الرسمي ما بين أحكام التشريعات العراقية الخاصة ونصوص القانون المصري الجديد والى ما بين هذه النصوص ونصوص المجلة في رهن الحيازة، واحتذى في حقوق الامتياز مثال القانون المصري الجديد.

ونتبين من ذلك أن مصادر القانون العراقي هي كما سبق القول، نصوص المجلة ونصوص التشريعات العراقية الخاصة ونصوص القانون المدني المصري الجديد.

اتجاهاته العامة: وكل ما قدمناه من اتجاهات عامة للقانون المصري الجديد من طابع الاعتدال ومن التوسط بين الاستقرار والتطور وبين حماية الفرد وحماية الجماعة، نستطيع أن نثبتة للقانون العراقي الجديد، فإن النصوص في النصف منها على الأقل واحدة في القانونين.

ويتميز القانون العراقي الجديد باتجاه خاص ينفرد به عن القانون المصري الجديد وعن سائر القوانين الحديثة. فهو أول قانون مدني حديث يتلاقى فيه الفقه الاسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنبا إلى جنبا بقدر متساو في الكم والكيف. وهذه تجربة من أخطر التجارب في تاريخ التقنين المدني الحديث. ذلك أن الشريعة الاسلامية منذ أن ركدت طوال القرون الماضية وأغلق باب الاجتهاد فيها أصبحت شريعة قديمة من طراز القانون الروماني لم تهب عليها ريح الإصلاح الا في مرحلة أولى يوم قننت أحكامها في نصوص تشريعية على نسق التقنينات الغربية في المجلة وفي مرشد الحيران. وها نحن الآن في مرحلة ثانية يخطوها القانون العراقي الجديد، وقد وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الاسلامي الى جانب نصوص القوانين الغربية ممثلة في القانون المصري الجديد. فلسنا مغالين إذا قلنا أن تجربة القانون المدني العراقي تعد من أخطر التجارب في تاريخ التقنين. فهذه أحكام الفقه الاسلامي قننت في نصوص واضحة ووضعت

إلى جانب نصوص القوانين الغربية وبذلك تم جمع الفقه الاسلامى والقوانين الغربية على صعيد واحد فمكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة فى نهضة الفقه الاسلامى ، يوم يصبح هذا الفقه مصدرا لأحكام مدنية حديثة تجارى مدنية العصر وتسائر أحدث القوانين وأكثرها تقدما ورقيا .

فما هو مصير هذه التجربة الخطيرة بعد أن وضعنا الفقه الاسلامى إلى جانب القوانين الغربية فى تقنين واحد ، والفنا ما بينهما برباط وثيق ؟ هذه مسألة المستقبل ، وهذا ما ننتقل الآن اليه .

- ٣ -

المستقبل

قلت أن هناك فى الوقت الحاضر تيارين رئيسيين فى حركة التقنين المدنى العربى ، يمثل أحدهما القانون المصرى الجديد ويمثل الآخر القانون العراقى الجديد وعرضت فى كلمة موجزة لمصادر كل من القانونين واتجاهاته العامة . وذكرت أن هذين التيارين سيتنازعان فى المستقبل السيادة فى التقنين المدنى العربى .

ويعينى الآن وأنا أشارك أبواب المستقبل أن أبين أن القانون المصرى والقانون العراقى لم يوضعا للتنازع والتعارض بل وضعا للتألف والتكامل . وقد كنت وأنا أعمل فى كل من القانونين أدرك إدراكا تاما أن القانون العراقى ما كان يتم على النحو الذى تم به قبل إتمام القانون المصرى ليستعير الأول من الثانى تبويبه وترتيبه وصياغته وأساليبه ليستكمل منه ما ينقصه من موضوعات لايجدها ممهدة فى الفقه الاسلامى . والهدف الذى قصدت اليه هو أن يكون للبلاد العربية قانون مدنى واحد يشق رأسا من الشريعة الاسلامية . ولكن هذا الهف بعيد ، وأنا العليم بما يحوطه من صعاب كأداء وما يقتضيه من مشقة بالغة وما يتطلبه من زمن طويل يقصر عنه الأجل ويفنى دونه العمر . وكنت أنا أعلم أن الشقة بعيدة أعلم فى الوقت ذاته أن السبيل أيضا غير ممهد . فلا بد من تعبيد

الطريق للوصول إلى الهدف المنشود . ولن نصل إلى المرحلة الأخيرة الا بعد ان نجتاز مرحلتين تسبقانها .

(المرحلة الأولى) : هي استخلاص ما وصلت اليه الثقافة المدنية الغربية في آخر تطوراتها الى العصر الذي نعيش فيه . وهذا ما تحقق بوضع القانون المدني المصري الجديد . وكان وضعه على هذا النحو طبيعيا لأن مصر كما قدمت الفقه القوانين الغربية فلا تستطيع ان تدعها الى الفقه الاسلامي في يوم وليلة قبل ان يتم تطور هذا الفقه .

(والمرحلة الثانية) : هي وضع هذه الثقافة المدنية الغربية الى جانب الفقه الاسلامي بعد ان تم تقنينه نصوصا في المجلة ومرشد الحيران . وهذا ما تحقق بوضع القانون المدني العراقي الجديد . وكان هذا ايضا طبيعيا لأن العراق ألف الفقه الاسلامي عن طريق المجلة فكان الواجب ان يستبقيه بالقدر الممكن وان يضيف عليه ما يكمله من نصوص القانون المصري الجديد . وأقدر بعد ان اجتزنا هذه المرحلة الثانية وبعد ان أصبح الفقه الاسلامي والقانون المدني الغربي جنبا إلى جنب في صعيد واحد ان يتكامل القانونان وان يتفاعلا هذا يؤثر في ذاك ثم يتأثر به . ومن ثم تقوم نهضة علمية حقة لدراسة الفقه الاسلامي في ضوء القانون المدني الغربي . وهذه الدراسة هي التي قصدت ان اصل اليها حتى إذا آتت ثمارها وتقدمت دراسة الفقه الاسلامي الى الحد الذي يجعله مصدرا لقانون مدني يجاري مدنية العصر ويساير ثقافة الجيل ، عند ذلك نكون قد بلغنا المرحلة الثالثة والأخيرة ويتحقق ببلوغنا هذه المرحلة الهدف المنشود .

على هذا الوجه يصدق ما قلته من أن القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي لا يتنازعان ولا يتعارضان ، بل يتآلفان ويتكاملان . فأحدهما : هو مرحلة للأخير والاثنان معا مرحلتان لازمتان لمرحلة أخيرة هي التي نهدف للوصول اليها .

فالنتيجة الحتمية اذن لوضع القانون المدني المصري ثم لوضع القانون المدني العراقي مشتقا منه ومن الفقه الاسلامي على السواء هي النهوض بدراسة الفقه الاسلامي في ضوء القانون المدني الغربي . وقد ينشأ من تطبيق القانون العراقي - وهو يقوم على أساسين مختلفين - بعض الصعوبات . ولكنها لن تزيد عن الصعوبات المألوفة التي تعترض تطبيق

كل قانون جديد . بل أن هذه الصعوبات ذاتها هي التي ستشجذ الهمة لدراسة الفقه الاسلامى حتى يتيسر تنسيق احكامه مع احكام القانون المدنى الغربى .

فالمستقبل اذن يتمثل بدراسة الفقه الاسلامى . ونركز كلامنا الآن فى هذه الدراسة . فنلقى نظرة سريعة على الفقه الاسلامى ، ثم نبين كيف تكون دراسته وما هي الغاية التي نبتغى الوصول اليها من هذه الدراسة .

نظرة فى الفقه الاسلامى :

يظن كثيرون أن الفقه والدين فى الاسلام هما شىء واحد . وهذا الظن يدعو الى انعام النظر . لاشك فى أن الاسلام دين ودولة ، والدولة لا بد لها من فقه ولكن فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا يدركون ادراكا تاما الحد الفاصل بين الفقه وقد وضع لتعامل الناس وتنظيم علاقاتهم ببعضهم البعض ، والدين وهو أمر يتصل بعلاقة الانسان بربه ، حتى لتراهم يميزون فى الشىء أن يكون صحيحا قضاء مكروها ديانة .

فالفقه الاسلامى هو فقه محض ، لا تقل عراقته فى ذلك عن عراقه القانون الرومانى . وهو لا يقل عنه فى دقة المنطق وفى متانة الصياغة وفى القابلية للتطور . وهو مثله صالح أن يكون قانونا عالميا بل كان بالفعل قانونا عالميا يوم امتدت دولة الاسلام من اقاصى البلاد الآسيوية الى ضفاف المحيط الاطلسى وكما أنبت القانون الرومانى بعد أن احييت دراسته فى العصور الوسطى ، القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية الحديثة وهى القوانين التى تعيش أوربا فى ظلها كذلك الفقه الاسلامى إذا احييت دراسته وانفتح فيه باب الاجتهاد قمين أن ينبت قانونا حديثا لا يقل فى الجدة وفى مسايرة العصر عن القوانين اللاتينية والجرمانية ، ويكون هذا القانون مشتقا من الفقه الاسلامى اشتقاق هذه القوانين الحديثة من القانون الرومانى العتيق .

هذه هي عقيدتى فى الفقه الاسلامى تكونت لا من العاطفة والشعور فحسب بل تضافر فى تكوينها الشعور والعقل ومكن لها شىء من الدرس . واكثر ما كان درسى للفقه الاسلامى عند وضع القانون المدنى العراقى . فإن هذا القانون كما قدمت مزاج صالح من الفقه الاسلامى والقانون المصرى الجديد . فأتاح لى اطلاعى على نصوص الفقه الاسلامى ، سواء

كانت مقننة في المجلة ومرشد الحيران أو كانت معروضة عرضاً فقهياً في أمهات الكتب وفي مختلف المذاهب ، أن الحظ مكانة هذا الفقه وحظه من الاصاله والابتداع وما يكمن فيه من حيوية وقابلية للتطور . وسيرى القارئ فيما يلي أمثلة من نصوص الفقه الاسلامي موضوعة إلى جانب نصوص القانون المصري الجديد وكأنما هذه وتلك مصدرها جميعاً فقه واحد ، فقد تألفت حتى لتأخذك الربية في أي النصين هو نص الفقه الاسلامي وأيهما هو نص القانون المصري الجديد .

يقال عادة أن مصادر الفقه الاسلامي هي : الكتاب والسنة والاجماع والقياس . أما الكتاب والسنة فهما المصادر العليا للفقه الاسلامي ، وقد قصدت بالمصادر العليا أن أقول أنها مصادر تنطوي على كثير من الحالات على مبادئ عامة ترسم للفقه اتجاهاته ، ولكنها ليست هي الفقه ذاته . فالفقه الاسلامي هو من عمل الفقهاء صنعوه كما صنع فقهاء الرومان وقضاته القانون الروماني . وقد صنعوه فقهاء صميماً ، الصياغة الفقهية وأساليب التفكير القانوني فيه واضحة ظاهرة فأنت تقرأ مسائل الفقه الاسلامي في كتبه الأولى ككتب ظاهر الرواية لمحمد ، كما تقرأ مسائل الفقه الروماني في كتب فقهاء الرومان في العصر المدرسي ، ثم تنتقل الى مرحلة التبويت والترتيب والتنسيق والتحليل والتركيب في الفقه الاسلامي فتقف على الصناعة الفقهية في أروع مظاهرها وفي أدق صورها . ثم يقول لك هؤلاء الفقهاء الاجلاء في كثير من التواضع أن هذا هو الاجماع أو القياس أو الاستحسان أو الاستصحاب أو ما شئت من المصادر التي ابتدعوها ، وأن الأصل في كل هذا يرجع إلى الكتاب والسنة . والواقع من الأمر أنهم صنعوا فقهاً خالصاً هو صفحة خالدة في سجل الفقه العالمي .

كيف تكون دراسة الفقه الاسلامي :

وبعد هذه النظرة السريعة في الفقه الاسلامي نرسم بإيجاز المنهج الذي نقترحه في دراسته لحياته وللنهضة به نهضة علمية صحيحة .

فالأساس في هذه الدراسة أن تكون دراسة مقاهنة فيدرس الفقه الاسلامي في ضوء القانون المقارن . ويعنى في هذه الدراسة بأمرين جوهرين : (أولهما) : أن تدرس نشأة الفقه الاسلامي دراسة دقيقة ،

فبيحث كيف تكون هذا الفقه على مر الزمن وكيف تطور وبخاصة فى العصور التى سبقت عصر المذاهب الكبرى الأربعة . (والأمر الثانى) أن تدرس مذاهب الفقه الإسلامى المختلفة ، السنن والشيعى والخارجى والظاهرى وغير ذلك من المذاهب ، دراسة مقارنة لتستخلص منها وجوه النظر المختلفة ، ولتتركز هذه الوجوه فى تيارات التفكير القانونى . ثم تتبلور فى اتجاهات عامة ، وتستكشف من وراء كل هذا قواعد الصناعة الفقهية الإسلامية . ثم تقارن هذه الصناعة بصناعة الفقه الغربى الحديث ، حتى يتضح ما بينهما من الفروق ووجوه الشبه وحتى نرى أين وقف الفقه الإسلامى لا فى قواعده الأساسية ومبادئه بل فى أحكامه التفصيلية وفى تفريعاته فتمتد يد التطور الى هذه التفصيلات على أسس تقوم على ذات الفقه الإسلامى وطرق صياغته وأساليب منطقته . وحيث يحتاج الفقه الإسلامى الى التطور وحيث يستطيع أن يجارى مدنية العصر يبقى على حاله دون تغيير . وهو فى الحالين فقه إسلامى خالص لم تداخله عوامل أجنبية فتخرج عن أصله .

ومن ثم تكون موضوعات البحث الأساسية فى دراسة الفقه الإسلامى

هى :

- (١) تاريخ الفقه الإسلامى ، وبخاصة قبل عصر المذاهب .
 - (٢) أصول الفقه الإسلامى . على أن يعاد البحث فى النظرة التقليدية لهذه الأصول .
 - (٣) مقارنة مذاهب الفقه الإسلامى المختلفة فيما بينها .
 - (٤) مقارنة الفقه الإسلامى بالقوانين الغربية الحديثة .
- ولابد لهذه الدراسة من معهد خاص يتوفر على الأسباب اللازمة لنجاحها من أساتذة يتخصصون لها ، ومراجع يستعان بها ، وطلاب يتفرغون لهذه الدراسة وعندئذ إن خير جهة يلحق بها هذا المعهد هو جامعة الدول العربية ، فهى البيئة الطبيعية لهذه الدراسة التى تتفق مع ما ترمى الجامعة الى تحقيقه من أهداف عربية خالصة . بل أنى ضرورة انشاء معهد ثقافى عربى جامع ، تنشئه جامعة الدول العربية لدراسة القومية العربية من نواحيها المختلفة ، السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتاريخية والجغرافية ، فإذا ما أنشئ هذا المعهد الجامع كان معهد الفقه الإسلامى فرعاً من فروعته المختلفة .

الغاية من دراسة الفقه الاسلامي :

والغاية من دراسة الفقه الاسلامي على النحو الذي قدمته هي أن تنتهي هذه الدراسة بعد عشرات من السنين إلى أن يتجدد شباب هذا الفقه ، وتدب فيه عوامل التطور فيعود كما كان فقها صالحا للتطبيق المباشر ، مسايرا لروح العصر وتكون نهضة الفقه الاسلامي هذه شبيهة بنهضة الفقه الروماني في العصور الوسطى وينبت الفقه الاسلامي قانونا مدنيا متطورا يجارى المدنية الحديثة . وينبثق هذا القانون الحديث من الشريعة الاسلامية كما انبثقت الشرائع اللاتينية والشرائع الجرمانية من الفقه الروماني على ما سبق القول . وأحب أن أنبه في هذا الصدد إلى أمرين :

(الأمر الأول) : أن القانون الحديث الذي يشتق من الفقه الاسلامي يجب أن يكون في منطقته وفي صياغته وفي أسلوبه فقها اسلاميا خالصا ، لا مجرد محاكاة للقوانين الغربية . فاننا إذا اقتصرنا على تقليد هذه القوانين على اعتبار أن هذه هي الغاية من تطور الفقه الاسلامي لا نكون قد صنعنا شيئا . ويكون الأولى لنا أن نقتبس مباشرة من القوانين الغربية أقول ذلك لأنني لاحظت أن بعض المشتغلين بهذه المسألة يقتصرون على إيراد نصوص من القوانين ثم يحاولون أن يخرجوا هذه النصوص على أحكام الفقه الاسلامي دون أن يراعوا في ذلك أصول الصناعة في هذا الفقه ، ثم ينتهون من هذا البحث السطحي إلى أن نصوص القوانين الغربية هي الشريعة الاسلامية ذاتها . مثل هذا العمل لا يحمل طابع البحث العلمي الصحيح ، وليس من ورائه كسب يذكر لا للفقه الاسلامي ولا للقوانين الغربية . وهو عمل سهل ولكن نفعه ضئيل محدود .

والواجب أن تدرس الشريعة الاسلامية دراسة علمية دقيقة وفقا لأصول صناعتها ولا يجوز أن نخرج على هذه الأصول بدعوى أن التطور يقتضى هذا الخروج . ولا ينبغي أن نخشى من أن دراسة الشريعة الاسلامية على هذا الوجه العلمي الصحيح قد يؤدي إلى أن نكشف قصورها عن أن تتطور وأنها تضيق بما استجد من حاجات المدنية . ذلك أن هناك مصدرا معترفا به من مصادر الشريعة الاسلامية وهو الاجماع ، لم ندرك حتى اليوم خصوصيته ومقدار ما يستطيع أن يواتى به هذه الشريعة من عوامل التطور . فالاجماع كمصدر للفقه الاسلامي كان في أول أمره مقصورا على عرف أهل المدينة . ثم تطورت فكرة الاجماع فجاوزت هذا النطاق الضيق

الى ما أجمع عليه الفقهاء فى عصور ثلاثة : عصر الصحابة ، وعصر التابعين ، وعصر تابعى التابعين . ثم اتسعت الفكرة فأصبحت هى إجماع الفقهاء فى أى عصر وفى أى بلد . والفكرة على هذا الوجه منتجة خصبة يمكن الانتفاع بها إلى مدى بعيد فى تطوير الفقه الإسلامى . فالقائمون بدراسة هذا الفقه على النحو الذى قدمناه عليهم أن يجتهدوا فى استنباط الأحكام التى تلائم هذا العصر وفقاً لأصول الصناعة الفقهية الإسلامية . ومتى أجمعت كثرتهم على رأى أصبح هذا الرأى جزءاً أصيلاً من الشريعة الإسلامية ، يستمد وجوده من الإجماع . ونكون بذلك قد جددنا فى أحكام الشريعة الإسلامية دون أن نخل بأصولها أو ننحرف عن مصادرها .

(والأمر الثانى) : أن القانون المدنى العراقى الجديد يمهّد تمهيداً حسناً لدراسة الفقه الإسلامى ، ففيه وضعت نصوص هذا الفقه الى جنب نصوص القوانين الغربية الحديثة ممثلة فى القانون المصرى الجديد . فتلقى النظام الإسلامى بالنظام الغربى . ونستطيع أن نستخلص من هذا التلقى أين يتفق النظامان وأين يختلفان . والمطلع على نصوص القانون العراقى لا يلبث أن يلاحظ أن نصوص الفقه الإسلامى وقد تلاقت مع نصوص القانون المدنى المصرى لاتعدو وجوهاً خمسة :

(١) فهى فى بعض المواطن تشق طريقها مرسلة على سحبيتها ، فتبدع من الأحكام ما ترفع به الى مستوى لا يقل عن مستوى القانون المدنى المصرى . فيحتفظ القانون العراقى بأحكام الشريعة الإسلامية كما هى دون تغيير .

(٢) وهى فى مواطن أخرى تجارى نصوص القانون المدنى المصرى مجارة تامة . فهنا أيضاً يحتفظ القانون العراقى بها كما هى .

(٣) وهى فى بعض الحالات لا تجارى هذه النصوص الا مجارة قاصرة ، فيستكمل القانون العراقى بهذه ما تقصر تلك عن بلوغه .

(٤) وهى فى حالات أخرى تسكت عن الحكم فيملاً هذا الفراغ بنصوص من القانون المدنى المصرى .

(٥) وهى أخيراً تعارض نصوص القانون المدنى المصرى ، فتفضل هذه عليها لأنها أصلح للعصر الذى نعيش فيه .

فمثل ما تبتدعه الشريعة الاسلامية ، مرتفعة فيه إلى مستوى لا يقل عن مستوى القانون المدنى المصرى نظرية بطلان العقد . فعند فقهاء الشريعة الاسلامية العقد يكون باطلا أو فاسداً أو موقوفاً أو نافذاً أو لازماً . والقانون المدنى المصرى مقتدياً فى ذلك بالقوانين الغربية الحديثة ، يجعل العق إما باطلاً أو قابلاً للإبطال أو صحيحاً لازماً أو غير لازماً . وليس هنا مكان المقارنة ما بين هاتين النظريتين . وبحسبى أن أقرر أن نظرية الفقه الاسلامى لاتقل فى الدقة والتدرج المنطقى وحسن الصيغة وقوة الصنعة عن نظرية القوانين الغربية . ومن ثم استبقاها القانون المدنى العراقى ولم يعدل عنها إلى النظرية الغربية .

ومثل ما تجارى فيه نصوص الفقه الاسلامى نصوص القانون المدنى المصرى مجارة تامة ، فنقلت نصوص الفقه الاسلامى كما هى فى القانون المدنى العراقى ، ما جاء فى الأحكام العامة فى الباب التمهيدى اذ نصت المادة الثانية على انه « لا مسأغ للاجتهاد فى مورد النص » . ونصت المادة الثالثة على أن « ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه » ونصت المادة الرابعة على انه « اذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع . واذا زال المانع عاد الممنوع ، ولكن الساقط لا يعود » وغير من جوامع الكلم مما عبر فيه الفقه الاسلامى تعبيراً دقيقاً عن معان يقول بها القانون الحديث . ومن ذلك ما ورد المادة « ٨١ » من انه « لا ينسب الى ساكت قول . ولكن السكوت فى معرض الحاجة الى البيان تعتبر قبولا » وما ورد فى المادة « ١٥٨ » من أن « أعمال الكلام اولى من اهماله ، لكن اذا تعذر أعمال الكلام يهمل » وفى المادة « ١٦٠ » من أن « المطلق يجرى على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة » ، وفى المادة « ١٦١ » من أن « الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر »

ومثل ما لاتجارى فيه نصوص الفقه الاسلامى نصوص القانون المدنى المصرى الامجارة قاصرة ، فاستكملت تلك بهذه ، ما ورد فى المادة « ٧٤ » من بيان ما يرد عليه العقد وفقاً للمعروف فى الفقه الاسلامى ، ثم ما ورد فى المادة ٧٥ من استكمال ضرورى للاحكام المتقدمة . فنصت المادة « ٧٤ » على انه « يصح أن يرد العقد » :

(١) على الاعيان منقولة كانت او عقارا لتملكها بعوض بيعا او بغير عوض هبة ولحفظها وديعة او استهلاكها بالانتفاع بها قرضاً .

(٢) وعلى منافع الاعيان للاتنفاع بها بعوض ايجارة او بغير عوض اعارة .

(٣) وعلى عمل معين او على خدمة معينة ثم نصت المادة ٧٥ على انه يصح ان يرد العقد على اى شئ اخر لا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون او مخالفا للنظام او للاداب . ومثل ذلك ايضا ما ورد فى المادة « ٧٧ » عن الصيغة التى يصح التعبير بها عن الايجاب والقبول وفقا لاحكام الفقه الاسلامى ثم ما ورد فى المادتين ٧٨ و ٧٩ من استكمال ضرورى لهذه الاحكام وفقا لنصوص القانون المدنى المصرى . فنصت المادة « ٧٧ » على ان « الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لانشاء العقد ، واى لفظ صدر اولا فهو ايجاب والثانى قبول . ويكون الايجاب والقبول بصيغة الماضى ، كما يكونان بصيغة المضارع او بصيغة الامر اذا اريد بهما الحال » . ثم نصت المادة « ٧٨ » على ان صيغة الاستقبال التى هى بمعنى الوعد المجرد ينعقد فى العقد وعدا ملزما اذا انصرف الى ذلك قصد العاقدين . ثم نصت المدة « ٧٩ » على ان « كما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبه وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، وباتخاذ اى مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على التراضى » . وهناك امثلة كثيرة اخرى نجتزئ لضيق المقام بالاشارة الى بعضها . فالحق العينى والحق الشخصى ، والوعد بالتعاقد ، وعيوب الارادة ، والفسخ ، والعمل غير المشروع ، والحق فى الحبس للضمان ، وحالة الدين ، والبيع ، والهبة ، والشركة ، والصلح ، والايجار والكفالة ، والملكية ، والرهن الحيازى ، كل هذه موضوعات امتزجت فيها نصوص الفقه الاسلامى بنصوص القانون المصرى الجديد .

ومن امثلة ما سككت عنه نصوص الفقه الاسلامى ، فملء الفراغ بنصوص من القانون المدنى المصرى ، التعهد عن الغير ، والاشتراط لمصلحة الغير ، والدعوى غير المباشرة ، والدعوى البوليصية ، ودعوى الصورية ، والتضامن ، وحالة الحق ، والاثبات ، وبعض العقود المعينة ، وحق المنفعة ، وحقوق الارتفاق والرهن التأمينى ، وحقوق الامتياز .

والامثلة على ما تعارضت فيه نصوص الفقه الاسلامى مع نصوص القانون المدنى المصرى ، ففضلت هذه على تلك ، قليلة العدد . نذكر منها* التعامل فى الشئ المعدوم ، والفوائد ، والكسب دون سبب .

والذى يعنينى ان اقرره هنا انه ليس مطلوباً - بل ولا محتملاً - ان تنتهى دراسة الفقه الاسلامى الى ان يكون صورة مطابقة للقانون المدنى العراقى . فهذا القانون انما هو مزيج من الفقه الاسلامى والقانون الغربى ، فلا هو فقه اسلامى خالص ولا هو قانون غربى محض . والذى نبتغيه من دراسة الفقه الاسلامى ان نبقى فقهها اسلامياً خالصاً . فليس المقصود اذن ، حيث يتلاقى الفقه الاسلامى والقانون الغربى فى نص واحد ان نخرج القانون الغربى فنجعله فقهها اسلامياً ، ولا ان نخرج الفقه الاسلامى فنجعله قانوناً غربياً ، بل ولا ان نستبقى الفقه الاسلامى على حاله . فقد ينتهى بنا الدرس الى شئ من هذا او الى كل هذا او الى شئ غير هذا . والهدف الذى نرمى اليه هو تطوير الفقه الاسلامى وفقاً لاصول صناعته ، حتى نشق منه قانوناً حديثاً يصلح للعصر الذى نحن فيه . فاذا استخلصنا هذا القانون فى نهاية الدرس وابقيناه دائم التطور حتى يجارى مدنيات العصور المتعاقبة . فقد تكون احكامه فى جزء منها ، قل او كثر ، مطابقة لاحكام القانون المدنى العراقى ، او لاحكام القانون المدنى المصرى الجديد او القانون العراقى الجديد الا قانوناً مناسباً فى الوقت الحاضر لمصر والعراق . والقانون النهائى الدائم لكل من مصر والعراق بل ولجميع البلاد العربية انما هو « القانون المدنى العربى » الذى نشقه من التشريعة الاسلامية بعد ان يتم نظورها . وقد تكون البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت ، فيأتى القانون ليدعم من وحدتها وقد يكون فى طريقها الى التوحيد ، فيكون القانون عاملاً من عوامل توحيدها ، ويبقى على كل حال رمزاً لهذه الوحدة .

عبد الرزاق احمد السنهورى

La Responsabilité Délictuelle dans le Droit Egyptien

Dans cette étude sommaire nous nous bornerons à tracer les grandes lignes de la responsabilité délictuelle dans la jurisprudence égyptienne (1). Nous prendrons comme base le fondement même de cette responsabilité, la faute, et, en nous plaçant au point de vue du droit français et du droit égyptien qui en dérive, nous examinerons successivement la responsabilité à base de faute prouvée, la responsabilité à base de faute présumée et la responsabilité sans faute (à base de risque).

PREMIERE PARTIE RESPONSABILITE A BASE DE FAUTE PROUVEE

Sur cette question le droit égyptien se rapproche beaucoup du droit français; les principes de ce dernier système se trouvent affirmés à maintes reprises par la jurisprudence égyptienne. Celle-ci décide constamment que le demandeur doit fournir la preuve, non seulement du dommage subi, mais aussi que celui-ci est imputable à une faute du défendeur. Cette preuve, se rapportant à un fait, peut être administrée par tous les moyens (11 mars 1893, B. 9. 196).

La faute, première condition de responsabilité, n'est nullement définie par les dispositions des codes égyptiens, elle tombe dans l'appréciation souveraine du juge (23 nov. 1892, B. 5. 23). Comme directive, on prend la conduite d'un homme prudent qui, pour agir en société sans engager sa responsabilité, doit prendre toutes les précautions raisonnables pour ne nuire à personne. En règle générale, celui qui injustement porte atteinte à la sécurité, à la réputation ou aux biens d'autrui doit en répondre et fournir une réparation. C'est ainsi que la jurisprudence égyptienne condamne

(1) Dans les références faites aux recueils de la jurisprudence égyptienne, nous avons employé les abréviations suivantes

B. = Bulletin de Législation et de Jurisprudence Mixte;

G. = Gazette des Tribunaux Mixtes;

R. O. = Bulletin officiel des Tribunaux Indigènes.

l'agression par voies de fait, l'imputation diffamatoire, l'atteinte à la propriété, la concurrence déloyale, la séduction amenée par des manœuvres dolosives ou par une contrainte morale, la rupture d'une promesse de mariage, la communication d'une maladie contagieuse, etc., etc.. En ce qui concerne la faute des professionnels (ex. médecins et avocats), la jurisprudence dans le but de ne pas trop s'ingérer dans l'appréciation des méthodes scientifiques, et pour laisser aux hommes de science une certaine liberté d'action, ne déclare en général leur responsabilité engagée que par une faute lourde résultant par exemple d'une ignorance ou d'une négligence indiscutable (pour les médecins : 29 février 1912, B. 24.166; pour les avocats : 10 février 1927, B. 39.235). Les tribunaux en Egypte rattachent la théorie de l'abus du droit à l'idée de faute; ils exigent en principe l'intention de nuire ou une erreur grossière dans l'exercice d'un droit, ils retiennent des abus en matière de propriété (12 nov. 1929, B. 42.25), dans les rapports entre patrons et employés (19 nov. 1929, B. 42.41), en matière de recours à la justice (13 déc. 1923, B. 36.84), dans la demande en déclaration de faillite (Trib. Comm. Alexandrie 25 juin 1923, G. XV, 159.263), dans la défense simplement dilatoire (26 nov. 1924, B. 36.436), etc., etc. Pour commettre une faute, on doit être capable de discernement (art. 212. C. C. Mixte; 24 mai 1922, B. 34.436), mais la capacité contractuelle n'est pas nécessaire (6 avril 1882, Borelli art. 213.11). Les personnes juridiques, publiques et privées, peuvent être tenues d'une responsabilité délictuelle; cette responsabilité n'est pas directe, elle découle de leur qualité comme commettants (1^{er} fév. 1921, G.XI.92.127). La responsabilité peut être exclue par une cause étrangère, justifiée par des circonstances particulières, ou prévue par des clauses d'exonération. Les causes étrangères qui excluent la faute sont: 1^o) le cas fortuit et la force majeure, deux termes employés indifféremment par la jurisprudence (8 février 1911, B. 23. 159); 2^o) la faute de la victime (18 avril 1927, B.29. 378), ou son consentement (22 juin 1898, B. 10. 328); en cas de faute commune. les tribunaux réduisent le chiffre des dommages-intérêts (Cour Ind. 31 dés. 1912, R. O. 14. 35. 65); 3^o) la faute d'un tiers : il y a là une cause d'exonération que l'on rapproche du cas fortuit (Cour Ind. 20 mars 1907, Houkoul 22 p. 275). Comme circonstances justificatives de faute, nous citons l'état de légitime défense, l'état de nécessité et la contrainte morale. Quant aux clauses d'exonération de responsabilité, la jurisprudence égyptienne semble être en divergence avec la jurisprudence française : elle ne permet pas de s'exonérer même de sa responsabilité d'une faute légère (30 dés. 1908, B. 21. 93; 6 mai 1926, B. 38396). Pour le transport gratuit la jurisprudence change d'attitude : elle ne se contente pas

de valider une clause expresse d'exonération; elle présume même que le bénéficiaire d'un transport gratuit a accepté les risques prévisibles provenant d'une faute légère du transporteur; celui-ci ne serait donc responsable que de sa faute lourde (13 nov. 1930, B. 43. 22). on peut, au moyen d'un contrat d'assurance, se garantir contre la responsabilité de ses fautes légères, prouvées ou présumées; par contre on ne peut pas s'assurer contre son dol ou sa faute lourde, à moins que ce ne soit pas son fait personnel, mais celui d'une personne dont on est responsable (arg. Trib. Civ. Caïre 23 mai 1929, G. XX. 189. 176) . Aucun privilège ou action directe n'existe en droit égyptien, au profit de la victime, à l'égard de l'indemnité d'assurance.

L'existence d'un préjudice à réparer est la deuxième condition de la responsabilité délictuelle. Le dommage doit être actuel. mais en cas d'éventualités incertaines qui pourraient aggraver le préjudice actuel, le tribunal aurait la faculté de réserver tout droit à un supplément d'indemnité (19 avr. 1899, B. XI. 188). Après quelques hésitations, la jurisprudence égyptienne a admis, le principe de la réparation du préjudice moral (Cour Ind. 8 déc. 1908, B. O. X. 89), mais la tendance est plutôt vers une allocation modérée d'indemnité (21 mars 1906. B. 18 160); pour la réparation du dommage moral collectif, étant donné que le régime des syndicats et des associations n'est pas encore législativement organisé en Egypte, la question ne paraît pas avoir occupé les tribunaux. Les héritiers de la victime peuvent demander une réparation en droit propre en raison du préjudice, matériel ou moral, personnellement éprouvé par eux (11 fév. 1914, B. 26. 218; 29 nov. 1923, B. 36. 58); dans ce cas la loi successorale est sans application (24 mai 1905, B. 17. 296). En outre, les héritiers recueillent, en cette qualité dans le patrimoine de la victime, son droit à la réparation: dans ce cas chaque héritier obtient sa part héréditaire (1^o déc. 1915, B. 28. 27). Le montant de l'indemnité que la victime pourrait obtenir est apprécié souverainement par le juge, en raison du dommage subi. La réparation consiste, en général, en une somme d'argent soit en capital soit en rente (5 juin 1912, B. 24.388), mais rien n'empêche que ce soit une réparation en nature. Entre les coauteurs d'une même faute, il y a solidarité établie par un texte (art. 150/211) (2); cette solidarité existe, bien que le jugement ne la prononce pas formellement (13 Avr. 1904, B. 16.189). Si la victime d'un fait dommageable était assurée, elle pourrait exercer son recours à la fois contre l'assureur et contre l'auteur du dommage, mais elle

(2) Dans les références aux articles des Codes, le 1^{er} chiffre désigne l'article du Code Indigène et le 2nd, celui du Code Mixte.

(م - ٢٢ مقالات د. السنهوري ج ١)

ne peut encaisser une double indemnité; son droit serait épuisé par l'exécution contre l'un d'eux, et sous réserve pour l'assureur qui a payé son recours contre l'auteur du dommage (29 avril 1924, journal des Trib. Mixtes 1925, p. 382).

Il faut, comme troisième et dernière condition de la responsabilité délictuelle, qu'il y ait un lien de causalité entre la faute invoquée et le dommage subi (11 déc. 1912, B. 25.58). Le dommage doit être la conséquence directe de la faute; le juge n'accorde aucune réparation pour le dommage indirect (Cour Ind. 22 oct. 1924, Charaf 2.31.47). Lorsqu'un accident se produit à la suite de deux faits successifs, si le second est la conséquence du premier, celui-ci est le fait générateur et la responsabilité doit atteindre son auteur (13 avril 1910, B. 22.260). Tout dommage direct doit être réparé, prévu ou imprévu, sans distinction entre le délit et le quasi-délit; mais en pratique, les tribunaux appliquent le principe d'équilibre entre le degré de culpabilité et la réparation due (9 avr. 1903, B. 15.238).

DEUXIEME PARTIE

RESPONSABILITE A BASE DE FAUTE PRESUMEE

1. Responsabilité du fait d'autrui.

A. Responsabilité du fait des personnes que l'on a sous sa garde.

On est responsable, d'après les articles 151 (al. 2) /213 « Si le dommage causé à un tiers provient de négligence, d'imprudence ou de défaut de surveillance des personnes que l'on a sous sa garde».

Malgré l'obscurité de ce texte, il semble que le législateur égyptien a envisagé deux hypothèses distinctes, qu'il convient de séparer : 1°) La responsabilité à raison de la négligence ou de l'imprudence (art. 1383 C.C. Fr.); 2°) la responsabilité à raison de défaut de surveillance des personnes que l'on sous sa garde (art. 1384 C.C. Fr.). C'est cette dernière hypothèse qui nous intéresse ici (v. dans le même sens De llults n° 4 et s.; zohni n° 723 et s.; Bestawros p. 445 note 2).

Cela revient à dire que le législateur a posé le principe de la responsabilité des faits des personnes que l'on a sous sa garde, mais (d'ou une innovation à constater) sans toutefois limiter la liste de ces personnes comme avait fait le législateur français.

Cela a permis à la jurisprudence et à la doctrine d'appliquer ce texte non pas seulement dans les cas spéciaux envisagés par le Code Civil français (enfant, élève, apprenti), mais aussi à tous les autres cas où une personne est mise sous la garde d'une autre. C'est ainsi que le tuteur est responsable des fautes de son pupille, les grands parents de celles de leurs

petits; on est même allé jusqu'à rendre le mari responsable des fautes de sa femme. (24 déc. 1925, B. 38.137; 18 nov. 1926, B. 19.21; De Hults n° 86; Zohni n° 831).

L'idée de garde est conçue comme une question de fait; le lien de parenté ne suffit pas à lui seul, si le père n'a pas la garde effective de son enfant: c'est ainsi qu'il n'est pas responsable d'un accident commis par son fils, même mineur, dans l'exercice de son métier de chauffeur, celui-ci n'étant pas sous sa garde (Trib. Somm. de port-Saïd 15 juin 1929, G. XX, 191. 177).

La responsabilité en question a pour base une faute présumée : le défaut de surveillance; mais la présomption est réfragable (De Hults, n°90 et 94; Zohni, n°834).

Cependant un arrêt récent de la Cour Mixte a décidé que le droit égyptien n'établit aucune présomption légale dans cette matière, de sorte qu'il incombe à celui qui prétend à une indemnité d'établir le défaut de surveillance qui est le seul fondement de la responsabilité (8 mai 1930, B. 42.986). A l'appui de cette thèse, on pourrait soutenir que contrairement au texte du Code Français (art. 1384 al. 5) le texte des Codes Egyptiens ne permettrait de déduire aucune présomption légale. pourtant, il semble hardi de soutenir que le législateur égyptien a voulu se départir de son modèle, le Code Français sur un point aussi important, sans s'exprimer d'une façon plus nette.

B. — Responsabilité des commettants à raison des faits de préposés.

Le droit égyptien rend une autre catégorie de personnes responsables du fait d'autrui. Art. 152/214. « Le maître est responsable du dommage causé par ses serviteurs, quand ce dommage a été causé par eux en exerçant leurs fonctions ».

Bien que le législateur égyptien n'ait pas envisagé expressément le cas du commettant, la doctrine et la jurisprudence en Egypte ont compris le mot maître dans un sens très large d'autant plus que les mots «serviteurs» et « fonctions » s'adaptent si peu à la notion restreinte de maître (20 déc. 1923, B. 36. 104; de Hults n°100; Zohni, n°839).

Ces articles étant reproduits de l'article 1384 C.C. Fr., la jurisprudence invoque la faute consistant dans le défaut de surveillance et le mauvais choix comme fondement de cette responsabilité; celle-ci est d'ailleurs retenue, sans qu'il y ait besoin d'administrer la preuve de la faute du commettant; sa faute est présumée (3 mai 1917, B. 29. 404; 8 mai 1930, B. 24.486). On a eu recours parfois, mais d'une façon accessoire à l'idée de

risque pour expliquer cette responsabilité (C.M. 16 Mars 1922, B. 34. 290; 7 mai 1925, B. 37.415), mais on se tient généralement à l'idée de faute présumée.

Cette présomption de faute semble irréfragable, bien que les Codes égyptiens soient muets à cet égard. Cette solution se dégage de l'ensemble des décisions de justice qui se sont toujours préoccupées de savoir uniquement s'il y a faute de la part du préposé (Bestawros art. 214 n° 8). La question a été d'ailleurs tranchée nettement dans ce sens par un arrêt récent de la Cour indigène de Cassation (27 mars 1930, B.O. 31,67).

D'où la constatation que les articles 152/214 énoncent un cas de responsabilité du fait d'autrui proprement dit.

Trois conditions sont exigées pour appliquer les art. 152/214 :

- 1°) Qu'il y ait une faute de la part du préposé;
- 2°) Qu'il existe un lien de préposition entre le préposé et le commettant;
- 3°) Que la faute du préposé soit commise dans l'exercice de ses fonctions.

On s'est servi du fondement de cette responsabilité pour fixer le critérium par lequel on constate le lien de préposition. C'est toujours le fait d'avoir choisi librement le préposé et d'exercer sur lui une certaine autorité le mettant sous les ordres et la surveillance du maître, qui crée ce lien. Le choix libre se précise par le droit de révocation (Cass. Ind. 27 mars 1930, B.O. 31.67); l'autorité se caractérise par l'état de subordination physique dans lequel se trouve le préposé. La jurisprudence, qui a recours à l'idée de risque pour expliquer cette responsabilité, tient en considération la dépendance économique pour dégager le lien de préposition : « est préposé l'entrepreneur qui ne peut vivre de ses propres moyens sans le concours du maître auquel il est attaché »; mais ce point de vue ne paraît pas prévaloir.

l'état de subordination étant une situation de fait, on en conclut que le caractère du contrat qui le crée est indifférent. Ce peut être un contrat de louage de service.

c'est par exemple, le patron qui est responsable d'un accident dû à la négligence de son cocher (8 juin, 1910, B. 22.360), c'est le propriétaire qui répond de la faute du portier choisi et surveillé par lui, bien que rétribué par les locataires (4 févr. 1897, B. 9.149; 21 nov. 1929, B. 42.99), c'est l'Etat qui est poursuivi pour les actes illicites de ses employés dans l'exercice de leurs fonctions (C. Ind. 11 déc. 1912, B.O. 14.36;66; Cass. Ind. 27

mars 1930, B.O. 31. 67; C.M. mai 1906, B. 18.298; 28 févr. 1917, B. 29.258).

Mais ce peut être un contrat d'entreprise. Ce contrat se noue souvent entre des personnes réciproquement indépendantes, et par conséquent ne crée pas le lien de préposition (10 mai 1911, B. 23. 306), mais il se peut que ce lien se dégage exceptionnellement de ce contrat si le maître s'est réservé un droit de direction et de surveillance sur l'exécution des travaux confiés à l'entrepreneur (17 janvier 1929, B. 11 182). Mais la clause de surveillance générale réservée au profit du maître, aux fins de contrôler la loyale exécution des engagements de l'entrepreneur, ne confère pas à celui-là la qualité de commettant (3 janvier 1929, B. 41. 152).

On admet également que le contrat de mandat peut créer cette situation (4 février 1930, B. 42.249; 6 mai 1926, B. 38.393), une société répond des délits de son gérant dans la gestion des affaires sociales (30 juin 1923, B. 35. 189). La situation de subordination peut aussi se trouver même en dehors de tout contrat.

On n'a pas mis en relief le cas du préposé technique (médecin, pharmacien, mécanicien). Pourtant on s'est gardé d'attacher la qualité de préposé aux médecins (15 févr. 1911, B. 23. 183), en se fondant, à cette considération que le maître n'intervient et ne peut intervenir dans la façon de soigner les malades. Mais on a, par ailleurs, exigé la responsabilité du propriétaire à raison des fautes de son pharmacien, en se fondant sur le défaut de surveillance présumé; le fait que ce défaut de surveillance provient de l'incapacité technique a été jugé sans effet (16 mars 1927, B. 34.240).

On s'est servi également du critérium de subordination pour attribuer la qualité de maître ou commettant dans les cas où le préposé a été prêté à un tiers susceptible de devenir son commettant. On essaie de déduire des éléments de fait si ce prêt a conféré au nouveau maître l'autorité sur le préposé (18 nov. 1926, B. 39. 21), ou si celui-ci reste bel et bien pendant l'exercice du travail qu'il effectue pour le tiers, sous l'autorité du maître originaire (19 mars 1913, B. 25.239).

La jurisprudence entend la notion de fonction d'une façon extensive. Tout d'abord on ne tient pas à la notion précise de l'exercice des fonctions. Il suffit que l'acte dommageable se produise à l'occasion des services auxquels le préposé est employé (2 mai 1906, B. 18.231; 20 oct. 1923, B.

36.104). Bien plus, la responsabilité du commettant est établie non seulement lorsque le préposé exerce ses fonctions habituelles, mais même lorsque ce dernier, bien que sortant de ses attributions normales, agit pour le compte de son commettant et dans son intérêt. La responsabilité est également retenue lorsque le préposé a agi à l'insu ou même à l'encontre des ordres du commettant; celui-ci ayant dans ce cas, à se reprocher d'avoir donné sa confiance à une personne imprudente et de n'avoir pas exercé sur elle une surveillance suffisante (20 mai 1903, B. 15.307 : 20 déc. 1923, B. 36.104; Trib. Ind. Beni-Souef 31 janv. 1921, B.O. 23.55. 87). Mais la responsabilité cesse lorsque les tiers ont su, ou dû savoir, que le préposé n'agissait pas dans l'exercice de ses fonctions (5 janvier 1916, B. 28. 91; Trib. Comm. Caire 28 mars 1930, G. XX.200. 192).

L'idée semble donc être celle-ci: même en dépassant ses attributions, le préposé engage la responsabilité de son maître, lorsque sa situation comme préposé lui facilite l'acte dommageable. Toutefois la connaissance par le tiers lésé de l'excès commis par le préposé rejette le fait dommageable en dehors des fonctions.

Comme conclusion, on peut constater que jurisprudence égyptienne, à l'instar de la jurisprudence française tend à élargir la responsabilité du commettant, en faisant appel à l'idée de risque et en ayant recours à la dépendance économique. et ensuite par une interprétation également extensive de la notion de fonction, en y comprenant des actes qui n'entrent pas dans le cadre normal de l'exercice de la fonction.

L'action récursoire que pourrait exercer le commettant contre son préposé fautif dans le cas où le dommage est dû exclusivement à la faute de celui-ci, ou bien dans le cas où il est dû à une faute commune du préposé et du commettant, n'a pas été soulevée en jurisprudence. Mais on peut affirmer que l'admission de cette action n'est pas douteuse, étant donné l'idée de faute sur laquelle cette responsabilité est fondée. L'action est d'ailleurs admise par la doctrine (Zohni p. 123).

Il va sans dire que l'action que le tiers pourrait exercer contre le commettant n'exclut pas la responsabilité du préposé, celui-ci étant solidairement responsable avec son commettant.

Il est à remarquer que la responsabilité du commettant n'est pas écartée, lorsque la victime de la faute du préposé est également un préposé du même maître (comparer la notion de «Common employment» en droit anglais).

II. Recoponsabilité du fait des choses.

A. — Responsabilité du fait des animaux:

D'après les articles 153/215, le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, est également responsable du dommage causé par l'animal qu'il a sous sa garde ou qu'il a laissé échapper.

Cette responsabilité a pour base une faute présumée : défaut de surveillance. Elle ne comporte aucune limitation, en dehors de l'excuse tirée de la force majeure ou d'une faute de la victime (27 nov. 1902), B. 15. 18; C. Ind. 30 oct. 1923, B.O. 25. 95) Elle pèse sur la personne qui a la garde de l'animal (26 janv. 1921, B. 33. 154); si le gardien est lui-même le préposé d'un commettant, celui-ci devient responsable en vertu des articles 152/214 (27 mars 1907, B. 19. 187).

La responsabilité du gardien est engagée bien que le dommage ne soit pas occasionné par l'animal de son propre mouvement; cependant un arrêt dans le sens contraire établit que si l'animal était conduit ou monté par un homme, c'est le fait de l'homme qui est cause du dommage, et sa responsabilité n'est engagée que si on prouve une faute à sa charge (3 janv. 1906, B. 18.83).

B. — Responsabilité du fait des bâtiments :

En Egypte, dans l'absence de tout texte visant cette responsabilité, la jurisprudence a appliqué le droit commun. Elle décide bien qu'en général le propriétaire est responsable du préjudice causé par le mauvais état de son immeuble résultant soit d'un vice de construction, soit d'un défaut d'entretien (8 févr. 1911, B. 23. 160), mais, à la différence du droit français qui établit une présomption de faute, c'est en vertu d'une faute prouvée à sa charge (17 mars 1927, B. 39.334). De cette première différence découle une seconde : du moment qu'il faut prouver une faute à l'encontre de la personne responsable, celle-ci ne peut être que le gardien de l'immeuble, propriétaire ou non; c'est ainsi que pendant la construction d'un immeuble dont la garde est confiée à un architecte, c'est celui-ci qui est responsable (5 janv. 1928, B. 40. 122); il a été également décidé qu'en cas d'écroulement d'un immeuble appartenant à des mineurs, seul, le tuteur en fonctions peut être recherché en responsabilité (6 févr. 1930, B. 42.258); le possesseur de bonne ou de mauvaise foi se conduisant en propriétaire est également

responsable (C. Ind. 17 févr. 1915, Charaf 2.200 184; 17 déc. 1925, B. 38. 112; voir cependant deux décisions : 25 janv. 1910, B. 22. 108; Trib. Civ. Caire 12 avril 1915, G., V. 121. 301, où le propriétaire, et non pas le gardien, est en responsabilité).

Nous verrons, plus loin, qu'en fait la jurisprudence égyptienne, en dépit de ces différences plutôt théoriques, arrive à peu près aux mêmes résultats que la jurisprudence française.

Notons, en terminant, qu'en droit égyptien, contrairement au droit français, la responsabilité du bailleur d'un immeuble pour un dommage causé au locataire, et provenant d'un vice de l'immeuble loué, est une responsabilité délictuelle; c'est au locataire qu'incombe la charge de preuve (17 avr. 1902, B. 14.252).

C. — Responsabilité du fait des choses inanimées :

En Egypte, où l'industrie est encore naissante et le système d'assurance peu développé le problème n'a pas rencontré des éléments favorables à l'élaboration des théories récentes qu'on trouve en France, surtout en l'absence de tout texte correspondant à l'art. 1384 al. 1 in fine C.C. Fr. La jurisprudence égyptienne pose comme principe qu'il ne peut être question d'admettre soit une responsabilité objective du gardien de la chose, soit une présomption légale à son encontre renversant la charge de la preuve (8 mai 1930, B. 42.486). C'est la négation formelle de la doctrine objective de risque, aussi bien que de la théorie subjective de faute présumée, et l'application pure et simple du droit commun.

Ce principe est appliqué constamment par les tribunaux en Egypte. C'est ainsi qu'en cas d'accident d'automobiles, la victime doit rapporter la preuve de la faute (1^{er} mars 1911, B. 23.202; 27 mars 1930, G. XX 188.175, etc. etc.). En matière d'accidents du travail, la jurisprudence exige également la preuve d'une faute à la charge du patron (24 janv. 1923, B. 35.181); s'il n'y a point de faute prouvée, il y a un risque professionnel dont le patron ne répond pas (C. Ind. 15 févr. 1927, B.O. 28.58); il y a même certaines industries dangereuses qui comportent des risques particuliers connus d'avance et acceptés par les ouvriers (C. Ind. 2 déc. 1913, B.O. 16.23.49; 19 mai 1928, B. 40.371). En matière de transport des personnes, la jurisprudence garde la même attitude; c'est ainsi que lorsqu'une compagnie de chemins de fer est assignée comme responsable d'un accident, c'est à la partie demaneresse seule qu'il incombe d'établir la faute qu'elle allègue à son encontre (3 janv. 1906, B. 18.82).

Quelques décisions ont fait brèche au principe indiqué, en admettant l'idée d'une faute présumée (16 juin 1897, B. 9.388; 14 juin 1899, B. 11.280; 5 janv. 1928, B. 40.122; févr. 1928, B. 40.176; C. Ind. du Caire 10 avril 1927, B.O. 28.59), quelquefois sur la base d'une responsabilité contractuelle (Trib. Som. Labban 21 févr. 1924, B.O. 26.93/1), ou bien par analogie à la responsabilité du fait des animaux (C. Ind. Assiout 11 déc. 1928, B.O. 29. 130); mais ces décisions, bien que de plus en plus nombreuses dans ce dernier temps, n'ont pas encore fait jurisprudence.

En théorie, par conséquent, la jurisprudence égyptienne est encore fidèle à son principe qu'il n'y a point de faute présumée en cas de responsabilité du fait des choses. Mais, en pratique la rigueur de ce système est atténuée, en matière d'immeubles (ex. bâtiments) comme en matière de meubles, par deux palliatifs. D'une part, la jurisprudence se montre exigeante quant au devoir de surveillance qui incombe au gardien de la chose; le propriétaire d'un immeuble est tenu de prendre soit personnellement, soit par ses représentants (ex. un locataire, ou un gérant), des précautions pour que son immeuble ne devienne pas un danger pour les passants (28 janv. 1926, B. 38.210); le patron doit également veiller à sécurité de l'ouvrier et prévoir les causes non seulement habituelles, mais encore possibles d'accidents; il est ainsi responsable du vice ou défaut d'entretien du matériel (11 juin 1913, B. 25.450), d'un accident par suite d'un coup de foudre qui eût été évité si la cheminée avait été munie d'un paratonnerre (1^{er} mai 1902, B. 14.278). D'autre part, la présomption de droit du système français est remplacée par des présomptions de fait, que la jurisprudence égyptienne est prompte à recueillir, lorsque les circonstances ayant causé l'accident sont de nature à faire par elles-mêmes supposer la faute (5 janvier 1928, B. 40.122; 14 novembre 1929, B. 4-34). Enfin, il convient de faire remarquer que la jurisprudence égyptienne est déjà entrée dans la même phase de tâtonnements que celle rencontrée par la jurisprudence française lorsqu'elle cherchait à trouver un fondement à la faute présumée dans l'idée de la responsabilité contractuelle (voir Trib. som. Labban 21 févr. 1924, précité), ou dans une interprétation extensive de la responsabilité du fait des animaux (voir C. Ind. Assiout 11 déc. 1928, précité).

TROISIEME PARTIE RESPONSABILITE SANS FAUTE (Théorie du Risque)

En France, la théorie gagne chaque jour du terrain dans la doctrine. La jurisprudence ne l'a pas encore favorablement accueillie. Quant à la législation le mouvement a commencé par la loi du 9 avril 1898 qui a consacré l'idée du risque professionnel, à côté duquel le risque de navigation aérienne et le risque social ont été reconnus par diverses législations.

En Egypte aucune de ces formes n'a trouvé une consécration législative. L'ouvrier vit encore sous l'empire du droit commun, et doit rapporter la preuve d'une faute à la charge du patron. On prépare actuellement un code de travail, mais il n'est pas encore promulgué. La jurisprudence, en général, n'a pas adhéré à la théorie du risque, « qui n'a été introduite dans les législations étrangères qu'à la suite des lois spéciales comportant une série de restrictions et de garanties » (17 mai 1916, B. 28.334; 8 mai 1930, B. 42.486; C. Ind. Caïre 15 févr. 1927, B.O. 28.58).

Il faut pourtant noter que quelques décisions audacieuses, dans la jurisprudence indigène aussi bien que dans la jurisprudence mixte, ont tenté d'introduire la notion du risque comme base de responsabilité en Egypte. La Cour d'Appel Indigène du Caïre a établi, tout récemment, qu'étant donné le risque inhérent aux moyens de locomotion modernes, celui qui s'en sert doit être tenu pour responsable du dommage qu'il pourrait causer (10 avril 1927, B.O. 28.59). Deux jugements du tribunal civil mixte du Caïre (14 juin 1927, G. XVIII. 233.295; 17 juin 1929, G.XX.195.188) décident qu'il n'est pas nécessaire, en matière d'accident de travail, qu'il y ait faute de la part du patron; il suffit que l'accident soit survenu à l'ouvrier pendant l'accomplissement de ses fonctions, la théorie du risque professionnel admise par les lois de tous les pays civilisés pouvant être appliquée en Egypte sur la base l'art. 11 (équité et droit naturel). Dans deux arrêts précités en matière de responsabilité des commettants (12 mars 1922; 7 mai 1925), la Cour Mixte a trouvé le fondement de cette responsabilité accessoirement dans une idée de risque. Enfin l'arrêt du 17 déc. 1925, (B. 38.122) déclare que celui qui a les avantages de la propriété doit, même s'il n'est pas légalement propriétaire, en supporter aussi les charges et les risques. Ces décisions, isolées et pouvant s'expliquer par la notion classique de faute, ne se sont servies de l'idée du risque qu'à titre accessoire. Elles ne sont pas de nature à faire pénétrer la nouvelle théorie dans la jurisprudence égyptienne.

CONCLUSION.

De cette étude sommaire se dégagent les conclusions suivantes :

1°) La jurisprudence égyptienne, à l'exemple de la jurisprudence française, n'admet pas la théorie du risque; elle reste dans le cadre traditionnel de la faute.

2°) Avec la jurisprudence française, elle pose comme principe la nécessité de la preuve d'une faute à la charge de l'auteur du fait dommageable.

3°) Exceptionnellement, elle admet la faute présumée d'une façon irréfragable dans le cas de responsabilité du fait des préposés et du fait des animaux.

4°) Contrairement au système français, la responsabilité du fait des choses inanimées, meubles ou immeubles, a pour base, dans la jurisprudence égyptienne, une faute prouvée. Cependant cette différence est largement atténuée en pratique par la rigueur d'un devoir impérieux de surveillance incombant au gardien de la chose, et par le remplacement de la présomption de droit par des présomptions de fait. En outre des tentatives ont été déjà faites par quelques tribunaux pour introduire la présomption légale, et même la notion du risque.

Il est donc à prévoir qu'avec le développement de l'industrie en Egypte le progrès de l'organisation du système d'assurance, le législateur aussi bien que la jurisprudence, dans ce pays, se trouveront amenés à admettre comme principe la faute présumée, voire même à sortir complètement du cadre de la faute, et à faire appel à l'idée du risque, du moins en ce qui concerne la grande industrie.

Abdel Razzak A. El Sanhoury
Professeur de Droit Civil
à la Faculté de Droit
de l'Université Egyptienne.

M.H. Bahgat Badaoui
Chargé de Cours de Droit Civil
à la Faculté de droit
de l'Université Egyptienne.

L'UNIVERSITE EGYPTIENNE
au Congrès International de Droit Comparé de la Haye
par le PROFESSEUR EL-SANHOURY
(avec un extrait du compte rendu des délibérations
de la Section générale du Congrès par prof. Ed. LAMBERT).

Au début du mois d'août dernier, le monde juridique a vu se réunir à La Haye un grand congrès international de droit comparé avec l'éclat et l'ampleur que mérite un congrès au sein duquel se trouvaient représentés cinquante cinq nations, dont trois-cent cinquante délégués assistaient à cette manifestation mondiale de coopération juridique internationale.

L'évènement est d'autant plus solennel qu'on a dû attendre plus de trente ans depuis le premier congrès de droit comparé, tenu à Paris en 1900. A cette époque on n'était d'accord ni sur l'objet ni sur le but de cette science juridique naissante. La conception même du droit comparé, son rôle, sa méthode et son champ d'investigation étaient choses peu précises. Le congrès de 1900, dû à l'initiative du grand et regretté maître, Raymond Saleilles, a pu arriver, dans ce domaine, à quelque précision⁽¹⁾. Déjà la forte personnalité de notre éminent maître, le professeur Edouard Lambert, s'est fait sentir dans ce premier congrès. En face de la conception présentée par Saleilles de «droit commun de l'humanité civilisée», M. Lambert a opposé sa conception de «droit commun législatif», thèse qu'il a reprise, développée et mise en oeuvre dans son travail magistral «La Fonction du Droit Civil Comparé»⁽²⁾. M. Lambert est un des rares juristes qui ont eu le privilège d'assister aux deux congrès de droit comparé, séparés par une durée de trente ans, et de marquer ces deux réunions internationales de sa forte et géniale empreinte; il est, en quelque sorte, le parrain d'une science qu'il a vu naître, et qu'il voit aujourd'hui arriver à la première phase de sa maturité scientifique.

(1) Voir les procès-verbaux des séances et les documents du Congrès, Paris, Pichon et Durand-Anzias, 1905. Voir aussi l'excellente étude de M. Henri Capitant sur la conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles dans «L'Oeuvre Juridique de R. Saleilles» Paris, 1914.

(2) Voir aussi son rapport au congrès de 1900: Procès-verbaux et documents pp. 26-60; son article «Une réforme nécessaire des études de droit civil»; Revue internationale de l'Enseignement, 1900.

Depuis le congrès de 1900, le droit comparé a gagné en précision. Les travaux d'ensemble ou sur des sujets particuliers se sont multipliés; les perspectives ouvertes se sont élargies. Elles se sont élargies, comme l'a bien fait remarquer M. Lambert dans un rapport auquel nous aurons l'occasion de revenir, sous l'action d'un triple courant d'idées: l'éveil de l'esprit international, la socialisation du droit et la création d'un corps de droit corporatif d'une humeur internationale bien marquée.

Le moment était donc propice à la réunion d'un congrès de droit comparé, qui mesurerait le chemin parcouru, préparerait le travail collectif des juristes des différents pays, dans cette atmosphère nouvelle de mentalité internationale sortie de la guerre. Et ce fut la part de l'Académie Internationale de Droit Comparé, fondée à Genève en 1924, puis transférée à La Haye, de se charger de la convocation de ce congrès mondial. M. Balogh, le secrétaire général, a saisi l'académie d'un projet de convocation du congrès à La Haye. Ce fut l'objet des délibérations de l'académie à sa session de 1929. C'est alors que M. Lambert a lancé son appel au monde juridique, sous la forme d'un rapport fait à la séance d'inauguration de la session de 1929 de l'Académie Internationale de Droit Comparé, rapport auquel nous avons déjà fait allusion, et dont la distribution a grandement servi de propagande pour le congrès. L'Académie, en adressant à tous les corps scientifiques intéressés, y compris notre Faculté de Droit, y joignit un questionnaire leur demandant leurs avis sur la réalisabilité du congrès, et au cas de réponse affirmative, sur les dates et lieu à choisir pour sa réunion. Ces attentifs sondages, et le dépouillement des réponses à cette consultation ont permis à l'Académie de décider, en pleine connaissance de cause, qu'il y avait lieu de réunir le congrès à La Haye en 1932, en laissant le soin d'assurer la réalisation à son bureau. On a conçu l'organisation de la réunion du congrès sur un plan vaste et étendu; il suffit pour s'en convaincre de se référer à ce que M. Lambert a écrit dans son rapport à ce sujet. «Pour qu'un congrès de droit comparé, dit-il, puisse amorcer le travail..., il faudra qu'il soit réellement international, c'est-à-dire qu'il attire des congressistes américains, et aussi des congressistes asiatiques, en même temps que des congressistes européens; que la collaboration des juristes des deux groupes de pays européens ex-belligérants y soit assurée dans un esprit d'équilibre et d'égalité; et qu'un appel insistant en vue de l'envoi de délégués, ou d'observateurs, soit adressé aux associations professionnelles, aux sociétés savantes et aux organismes administratifs universitaires ou corporatifs qui, dans les diverses régions de la communauté internationale, ont marqué intérêt ou curiosité à l'égard du droit comparé». Programme d'organisation, scrupuleusement exécuté, grâce à l'énergie du Secrétaire Général de

l'Académie, le professeur Elémer Balogh. Dès la fin de 1930, M. Balogh a provoqué la constitution dans un grand nombre de pays des comités nationaux; il a pu rassembler plusieurs rapports venus des différents pays pour préparer la discussion des questions inscrites à l'ordre du jour du congrès, après avoir réuni comité de juristes qui a procédé à la répartition du travail entre les sections et l'établissement de l'ordre du jour de chacune d'elles. Aussi l'Académie Internationale de Droit Comparé lui-a-t-elle manifesté sa reconnaissance en le nommant Secrétaire Perpétuel.

★ ★ ★

J'ai été personnellement tenu au courant de ces projets, d'abord par mon cher maître, le professeur Ed. Lambert, puis par le Secrétaire Général de l'Académie, le professeur Balogh. Une invitation officielle pour participer au congrès ne tarda pas à venir à l'Université Egyptienne, invitation qui a été favorablement accueillie par notre conseil de faculté et par le conseil de l'université. C'est alors que notre Faculté a constitué un comité égyptien pour le congrès, composé d'un certain nombre de professeurs dont voici les noms: Cheikh Ahmed Ibrahim, Mohammed Saleh, Aly Badaoui, Mohammed Abdel Moneim Riad, El-Kolali, El-Rifaï, Bahgat Badaoui, Hamed Zaki, Zaki Abd El-Motaal et El-Sanhoury. Le travail entrepris par ce comité national, étant donné le peu de temps qui lui fut accordé, était considérable. Six rapports spéciaux ont été écrits sur les sujets suivants: 1). Relations historiques et ethnologiques des religions et du droit (Cheikh Ahmed Ibrahim et Aly Badaoui); 2). Principes généraux de la responsabilité délictuelle dans les différents systèmes juridiques (Bahgat Badaoui et Sanhoury); 3). Formation et inexécution des contrats en général (Hamed Zaki); 4). L'ouverture de crédit (Saleh et Rifai); 5). l'application de la loi pénale d'un Etat aux infractions commises par des étrangers hors de son territoire (Kolali); 6). Nationalité des sociétés de commerce (Riad).

Une délégation égyptienne, composée des professeurs White Ibrahim, Ali Badaoui, Mohammed Abdel Moneim Riad, Wadi Farag et El-Sanhoury, fut envoyée à La Haye pour participer aux travaux du Congrès. Cette participation a donné des résultats heureux. Elle était efficace dans toutes les branches d'activité du Congrès, aussi bien dans le bureau que dans les diverses sections. Au bureau, j'ai eu l'honneur d'être nommé comme membre du Secrétariat Général, place qui fut accordée plutôt à mon université qu'à ma personne. Dans les diverses sections du Congrès mes collègues et moi avons participé aux travaux, aux discussions des rapports et aux vœux émis. Plusieurs interventions ont été enregistrées au compte de la délégation égyptienne. Mais c'est surtout dans la Section Générale que la participation égyptienne a été la plus efficace. Nous avons un rapporteur

général, le professeur Badaoui, sur la quatrième question inscrite à l'ordre du jour de cette section, question relative aux relations historiques et ethnologiques des religions et du droit. Tous les membres de la délégation ont assisté à la séance où eut lieu la discussion de ce rapport. Le président de la section, M. Lambert, en a parlé dans son compte-rendu, que je reproduirai un peu plus loin.

Mais je voudrais, ici, signaler un fait qui n'a pas passé inaperçu. Notre Faculté de Droit, qui compte derrière elle un passé glorieux dû aux efforts des éminents juristes, tels que le professeur Lambert, ancien directeur de la faculté, alors Ecole Khédiviale de Droit, en 1906, le professeur Sheldon Amos, directeur en 1913, le professeur Frederick Walton, directeur en 1917, a eu la bonne fortune de trouver ces savants distingués groupés au sein du Congrès, et réunis tous par un souvenir commun de leurs efforts fructueux pour le développement et le progrès de notre établissement scientifique, efforts continués par leurs successeurs égyptiens, toujours préoccupés par le noble souci de perpétuer les traditions de ces grands maîtres. Et c'est un fait à souligner que la place tenue au Congrès par nos anciens directeurs et professeurs a été de première importance, honneur dont l'Egypte revendique naturellement sa part. C'est ainsi que le professeur Lambert a exercé une influence prépondérante dans la préparation du Congrès et à la présidence de la première section, la plus importante entre toutes. Mr. Walton a été, à la deuxième section, l'un des rapporteurs généraux de la sixième question: principes généraux de la responsabilité délictuelle; il a signé son rapport: formerly director the Royal School of Law of Cairo. Sir Amos a pris part active aux discussions des diverses questions, et l'un de nos anciens professeurs, M. Goadby, actuellement directeur des études juridiques du gouvernement de palestine, était l'un des rapporteurs spéciaux de la cinquième section pour la question 18: état comparé des lois en ce qui concerne le mariage civil, le mariage religieux et le mariage de facto. C'est en commémoration de ce souvenir touchant qui lie ces éminents professeurs à la mémoire de l'Egypte que la délégation égyptienne a offert une réception intime, qui a réuni les quatre éminents maîtres, et deux anciens magistrats qui ont mérité la reconnaissance de l'Egypte, M. Piola Caselli et M. Caloyanni; la délégation a également invité à cette réception M. Bustamanti, le président du Congrès, M. Lévy-Ulmann, le vice-président, M. Balogh, le secrétaire général, M. Henri Capitant, docteur honoris causa de l'Université Egyptienne et le Professeur Gidel; une photographie prise de ces Grands Amis de l'Egypte, entourés par les membres de la délégation égyptienne, garde de cette réception un souvenir inoubliable. Notre Chargé d'Affaires à La Haye, Mourad Kamel

Bey, a eu l'obligeance d'offrir, à la résidence de la Légation, une autre réception dans le même but. La Délégation Egyptienne a, en outre, assisté à toutes les réceptions offertes à l'ensemble des congressistes, par le Gouvernement des Pays-Bas, par l'Association néerlandaise de Droit International, par la Municipalité de La Haye, par l'Université et la Municipalité de Leyde et par le Président du Congrès. Elle a également assisté à la réception offerte aux congressistes de son pays par le Ministre français à La Haye.

★ ★ ★

J'ai déjà fait remarquer que la participation égyptienne a été particulièrement active à la Section Générale dont les délibérations étaient présidées par notre éminent maître, le professeur Ed. Lambert. Deux sur quatre des questions traitées dans cette première question, la première et la quatrième, ont fourni l'occasion de mettre en lumière la place qui doit légitimement revenir au droit musulman dans le mouvement général de la science du droit comparé et les tâches qui incombent à l'Université Egyptienne dans le développement de la liaison scientifique entre les vieilles terres de culture islamique et le reste du monde civilisé.

La première question portait sur «les diverses sources du droit», leur équilibre et leur hiérarchie dans les divers systèmes juridiques. Des deux rapporteurs généraux, M. Roscoe Pound, doyen de la Faculté de Droit de l'Université d'Harvard, et M. Giorgio Del Vecchio, doyen de la Faculté de Droit de Rome, un seul, M. Del Vecchio, était présent et a pu lire son rapport. Dans ce travail magistral que M. Paul Matter, Procureur Général près de la Cour de Cassation de France, salua, au nom de tous les membres de la section, comme «un rapport qui restera dans l'histoire du droit», le doyen Del Vecchio a donné une aussi large place à l'étude des sources du droit musulman qu'à celle des sources du droit romain ou des sources du droit anglo-saxon. La section s'est finalement appropriée la principale conclusion du rapport de M. Del Vecchio en émettant le vœu suivant: «La section générale émet le vœu que tout corps de droit pose des principes généraux aussi précis que possible tout en leur laissant la souplesse nécessaire pour permettre aux juges de les adapter aux complexités et aux transformations de la vie sociale».

Au cours de la discussion de cette partie du rapport Del Vecchio, le professeur Lambert a présenté les observations suivantes que nous reproduisons d'après son compte-rendu:

«Le rapporteur touche à l'une des antinomies permanentes du droit: la plus franchement irréductible de toutes. C'est le conflit éternel entre deux

(م - ٢٤ مقالات د. السنهوري ج ١)

aspirations sociales, également légitimes, mais contradictoires: d'une part, les exigences de la sécurité des relations juridiques, qui ne pourraient être pleinement satisfaites que par l'application d'un réseau complet de règles, fixes, rigides, apportant chacune une solution uniforme, en quelque sorte mécanique, à un même problème général de droit, et. d'autre part, les nécessités d'une adaptation progressive du droit aux transformations de la vie économique, sociale et culturelle, qui ne peut être obtenue qu'en traçant au juge des «standards» et des directives assez souples pour lui permettre de plier le droit à la diversité des situations concrètes sur lesquelles il a à statuer, de tenir compte de la valeur et l'importance respectives des intérêts qu'il a à concilier d'établir une «balance de ces intérêts» et d'appliquer une justice équitable, parce qu'en harmonie avec les conditions économiques dans lesquels se présentent les conditions il doit statuer. L'opposition entre la règle de fer et le «standard» juridique est la forme pratique sous laquelle se présente aujourd'hui cet antagonisme perpétuel entre deux besoins sociaux dont aucun ne saurait impunément être sacrifié à l'autre, et entre lesquels il faut se résigner à établir être sacrifié à l'autre, et entre lesquels il faut se résigner à établir un équilibre qui restera toujours quelque peu instable, parce que l'importance respective de chacun de ces besoins contradictoires varie non seulement avec les temps et les lieux, mais surtout d'une branche du droit à l'autre. Il en est, comme le droit de famille, qui ont surtout besoin de stabilité. Il en est, comme le droit industriel, comme le droit des relations économiques en général, qui ont surtout besoin de souplesse et d'adaptabilité. Des vues intéressantes sur ce mariage de raison entre la règle de droit et le «standard» juridique auraient pu nous être apportées par le doyen Pound, qui a écrit sur la matière des pages remarquables — c'est une nouvelle raison de regretter son absence — ou aussi par l'un des délégués de l'Université Egyptienne, le professeur Sanhoury — malheureusement retenu pour l'instant dans une autre section — qui prit il y a quelques années ce sujet comme thème d'une remarquable thèse de doctorat: «Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise; contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique».

Mais le droit musulman et l'Université Egyptienne ont sur tout été mis en relief dans la discussion de la question: les relations historiques et ethnologiques des religions et du droit. Je reproduis, dans les quelques pages qui suivent, l'extrait du compte-rendu écrit par le professeur. Ed. Lambert concernant la discussion de cette

question. L'étroite intimité dans laquelle j'ai vécu avec le professeur Lambert pendant la durée du congrès, et l'appel qu'il a fait à mes souvenirs pour la reconstitution de mémoire des délibérations de la section générale, m'ont valu d'avoir communication de ce compte-rendu avant même son envoi à l'impression et d'être autorisé à en publier les extraits suivants sans attendre la publication intégrale dans la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon.

Extrait du Compte-Rendu des Délibérations De La Section Générale Du Congrès International De Droit Comparé

Tenu à La Haye Du 2 Au 6 Aout 1932

Par Le Professeur Edouard Lambert
Président De La Section Générale.

SECONDE SÉANCE DU AOUT

**LES RELATIONS DU DROIT ET DE RELIGION DANS LE MONDE MUSULMAN
MODERNE ET SPÉCIALEMENT EN EGYPTÉ. — L'APPORT DE LA SCIENCE
JURIDIQUE MUSULMANE A LA JURISPRUDENCE COMPARATIVE.**

M. Lambert qui reprend la présidence, reconnaît que cette partie des délibérations de la section générale s'engage dans des conditions peu satisfaisantes pour les congressistes qui ont manifesté l'intention d'y prendre part. Trois sur quatre des rapporteurs généraux se sont rendus à La Haye pour présenter et défendre leurs vues, et la place du rapporteur absent, le professeur Arnold Posehl, de l'Université de Graz, est prise par le professeur Westrup de Copenhague, dont l'ordre du jour prévoit une communication d'un si réel intérêt que les rapporteurs généraux sont d'accord pour réclamer qu'elle soit mise sur le même plan que leurs rapports. Il sera impossible de faire tenir dans notre dernière séance — celle de demain — la lecture intégrale de ces travaux, à plus forte raison une discussion individuelle de chacun d'eux. Mais il est, par ailleurs, fort compréhensible que la plupart des rapporteurs répugnent à développer dans cette fin de séance des conclusions qui ne seraient discutées que dans une séance ultérieure.

Il est toutefois l'un d'entre eux qui n'a pas les mêmes raisons de se refuser à ouvrir le feu. C'est le professeur Ali Badaoui, de l'Université Egyptienne. Il a eu l'obligeance, dit le président, de me communiquer son rapport et j'ai compris, en le lisant, qu'il allait prendre dans les débats de la quatrième question une position analogue à celle que M. de Vilallonga avait prise dans le débat de documentation juridique.

internationale⁽¹⁾. Tout en traitant comme lui le même problème général que ses collègues, il le traite avec le même souci d'en tirer des arguments en faveur d'une cause qui l'intéresse, mais dont ses collègues ne se préoccupent guère. M. de Vilallonga aurait certes été heureux qu'on accordât à sa proposition une priorité qui aurait pu peut-être lui permettre d'obtenir l'adhésion de la section à un projet aussi séduisant que sérieusement étudié. Cette priorité, M. Badaoui l'acquiert d'office par suite de d'absence à cette fin de séance de ses co-rapporteurs. Mais, pour en tirer tout le profit possible, il fera bien de suivre l'exemple des rapporteurs de la seconde question, et de se borner à une analyse des conclusions de son rapport assez rapide pour qu'on puisse les discuter utilement dans l'heure et demie qui reste avant la clôture de cette séance.

Avant de donner la parole au professeur Badaoui, le président tient à signaler l'empressement particulier que l'Université Egyptienne a apporté à l'appel des organisateurs du Congrès. Elle est représentée — et d'une façon fort active — par quatre des professeurs de sa Faculté de Droit et un ancien élève sans doute appelé à devenir un de ses professeurs. Cet empressement n'a pu surprendre aucun de ceux qui connaissent l'Egypte. Ce pays a été l'une des premières terres d'essai du droit comparé et demeurea longtemps l'un de ses champs de démonstration les plus fertiles. Ses tribunaux mixtes, tant par leur composition que par les garanties d'indépendance à l'égard de tout pouvoir politique qui leur sont assurées, ont formé d'utiles préludes au développement d'une justice internationale. Dans ces tribunaux, des magistrats, appartenant à des nationalités fort diverses, interprètent des codes d'importation française, à leurs lacunes, avec une connaissance d'ensemble des expériences réunies des diverses jurisprudences nationales, qui fait de certains arrêts de la Cour d'appel d'Alexandrie des modèles d'études de droit comparé.

L'Université Egyptienne est bâtie sur le même type. Des professeurs français, italiens, anglais y enseignent en étroite communauté de travail avec les professeurs égyptiens. Il serait à souhaiter que l'exemple qui nous vient du Caire se propageât largement en terre européenne. Je crois bien

(1)- Sur la seconde question mise à l'ordre du jour de la première section : documentation juridique internationale, les quatre rapporteurs généraux s'étaient accordés à réclamer une entente entre les centres de documentation, pour une amélioration des conditions actuelles de constitution et diffusion de la documentation internationale par voie de division du travail. L'un d'eux, M. de Vilallonga avait demandé, en outre, l'établissement, sous le contrôle de la S.D.N., d'un organisme compétent pour certifier, en vue de l'application judiciaire, le contenu des lois et coutumes des divers pays.

que les pays, même les plus avancés dans la voie du progrès scientifique, auraient quelque profit à retirer, au point de vue du bon rendement de l'éducation juridique nationale, de l'ouverture de ces jours sur le dehors dans leurs chapelles universitaires. Mais c'est surtout pour la coopération des Facultés de droit et de sciences sociales à l'oeuvre de paix qu'il serait utile que l'entrée en ligne du droit comparé fit renaître le souffle d'humanisme grâce auquel nos anciens légistes, passant si facilement d'une université italienne à une université allemande, purent jouer le rôle de pèlerins d'un droit international.

M. Badaoui, glissant sur la partie de son rapport où il analyse et classe les vues présentées dans les rapports spéciaux, donne une lecture de la partie finale de son travail où il envisage les relations du droit et des religions par le point de vue propre de la civilisation musulmane. Après avoir retracé brièvement ce qu'ont été ces relations dans les principales périodes de l'histoire de l'islam, il montre qu'elles ont varié et varieront encore avec les temps, et fait ressortir qu'on aboutirait à une vision singulièrement trompeuse des réalités actuelles à la seule lumière des temps antérieurs au XIX^e siècle et à la pénétration dans le proche-Orient de la culture économique européenne. En Europe, Conclut-il en substance, les juristes sont trop souvent portés, en même temps qu'à sous-estimer l'importance des rapports entre leurs droits et leurs religions, à exagérer la force et l'étendue des liens qui, en terre islamique, unissent le droit à la religion. On se représente trop volontiers le droit musulman comme étant, dans toutes ses parties et jusqu'à ses moindres détails, d'une nature essentiellement religieuse, le rendant inapte à se lier aux transformations économiques des sociétés qu'il régit. Rien n'est plus erroné. Ce qui est vrai c'est que s'est prolongé plus tardivement dans l'Orient musulman le même phénomène qui, dans la chrétienté médiévale, avait fait passer sous l'empire de son droit canonique bien des chapitres du droit qui par eux-mêmes n'offrent aucun caractère religieux. Le droit canonique chrétien s'est retiré, avec une vitesse, inégale selon les lieux, de ces terres alluvionnaires. Le même reflux se produit pour le droit musulman envisagé dans son aspect religieux. Dès 1883, la promulgation des codes indigènes, suivant ceux des codes mixtes et la copiant, a entraîné en Egypte la laïcisation de tout le droit du statut réel, c'est-à-dire celui qui régit les relations économiques.

Ce statut, réel, interrompit le président, embrasse exactement la même sphère de rapports juridiques que le droit comparé tel que nous l'enten-

dons, envisagé comme l'instrument de formation d'une science internationale du droit. Car l'unification progressive du droit, que la jurisprudence comparative travaille à préparer, n'est ni désirable, ni surtout réalisable dans le domaine du droit des relations familiales.

Même sur ce terrain du statut personnel, répliqua le professeur Badaoui, il ne faudrait pas croire que toutes les constrictions du droit musulman soient codifiées sur des bases religieuses d'une égale stabilité. Il en est qui n'ont pris qu'accidentellement une coloration religieuse, et beaucoup d'autres qui ne puisent dans la religion que des directives assez simples pour se prêter à des aménagements successifs. C'est si vrai que le domaine du droit laissé à la réglementation par chaque confession va se rétrécissant en Egypte par la pénétration sur ce terrain d'une législation nationale.

Le professeur White Ibrahim, de l'Université Egyptienne, confirme cette affirmation du rapporteur en rappelant deux exemples qui l'illustrent : l'adoption spontanée par les Coptes du droit musulman des successions, le développement législatif d'un régime d'organisation de la tutelle, ainsi que de l'exécution testamentaire et de l'administration des successions, greffé sur le droit islamique, mais dont la protection s'étend aux Egyptiens appartenant aux autres confessions.

Si le droit musulman, dit le professeur Badaoui, ne se distingue des autres corps de culture juridique — le droit civil d'origine romaine et le common law anglo-saxon — que par les proportions dans lesquelles y est opéré un dosage entre l'élément religieux et l'élément de science sociale qui se retrouve en réalité partout — même dans les droits qui se prétendent laïcisés — il doit être compris, au même titre que les deux autres, dans le travail de rapprochement du droit comparé. C'est ce qu'a lumineusement fait ressortir le doyen del Vecchio, en dégagant les données historiques de son remarquable rapport sur les sources du droit d'une comparaison entre le droit romain, le droit anglais et le droit islamique, qualifiés par lui les systèmes juridiques «les plus complexes» qu'ait connus l'histoire. Nous avons été vivement frappés, mes collègues de l'Université Egyptienne et moi, en même temps que de la haute compétence avec laquelle il a décrit le mécanisme des sources — ou racines — du droit musulman, de l'objectivité qu'il a apportée à le juger.

Dans ce mécanisme, répond le doyen del Vecchio, ainsi mis en cause, il existe, en effet, un rouage qui, à lui seul, permettrait déjà de faire pénétrer

dans le droit officiel de l'Islam l'ensemble des normes coutumières et d'autres forces juridiques nouvelles qui apparaissent aujourd'hui comme les auxiliaires nécessaires de la loi. C'est l'Idjma, le consensus de la communauté, un instrument qui peut être fort efficace pour l'adaptation du droit musulman aux transformations de la vie économique et politique des sociétés régies par lui.

Le professeur Sanhoury, de l'Université Egyptienne, exprime sa plus grande satisfaction d'entendre une aussi haute autorité telle que le doyen Del Vecchio parler du principe fondamental de l'Idjma' comme un élément de première importance qui permettrait l'adaptation du droit musulman aux circonstances toujours changeantes de la vie sociale. Déjà le grand orientaliste Goldziher, ajoute-il, a considéré l'idjma, comme la clef de l'évolution historique de l'Islam au point de vue politique, dogmatique et juridique. Cette Thèse que le professeur Sanhoury a développée dans son ouvrage «Le Califat et son évolution vers une Société des Nations Orientales», il y a quelques années, et qu'il a toujours gardée comme son credo de foi, se trouve confirmée par le témoignage des savants jouissant de la plus haute autorité. Il est intéressant, continue le professeur Sanhoury, de suivre l'évolution du principe de l'Idjma'. Le premier besoin auquel il devait répondre était de donner une place parmi les sources du droit à la coutume. Dans une deuxième forme, il a servi à sanctionner juridiquement les décisions résultant de l'accord des Compagnons du ' Prophète. Sous un troisième aspect, il a donné force obligatoire aux solutions juridiques élaborées scientifiquement par la majorité des jurisconsultes, relativement à des problèmes nouveaux qui n'avaient pas été tranchés par une disposition qoranique ou traditionnelle. Dans ces deux dernières fonctions, la théorie de l'Idjma' a été utilisée pour consacrer un accord conscient d'opinions, tandis que la première a servi à sanctionner la coutume qui se développe d'une façon mécanique par le laps du temps. Mais, bien que le consensus, en tant que source du droit, se soit élevé de la consécration de l'accord inconscient à celle de l'accord conscient, il n'est jamais arrivé à consacrer l'accord délibérant. L'Islam n'a jamais connu d'assemblées analogues aux Conciles catholiques. Pour mener l'évolution du consensus, telle qu'on vient de la retracer, à son terme naturel, il semble qu'il faudrait maintenant franchir deux autres étapes le fonctionnement pratique de l'accord délibérant entre les jurisconsultes, et se servir du principe du consensus lui-même comme base d'un régime représentatif dans le gouvernement islamique.

La question de l'Idjmà, intervient le président, est une question extrêmement intéressante; le professeur Sanhoury a bien fait de nous snouigner son importance et son adaptabilité d'évolution. Selon l'heureuse expression de M. Snouch-Hurgronje, l'Idjmà est à l'heure présente, la seule base dogmatique du droit musulman; le Qoran et le Sounnah n'en sont plus que bases historiques. Cette troisième source du droit musulman, l'Idjmà a une importance pratique exceptionnelle. C'est à leur consécration par elle que toutes les règles du Fiqh, quelle que soit leur origine première, doivent leur applicabilité actuelle. Avec l'Idjmà ajoute le professeur Lambert, le système islamique se trouve muni d'un élément remarquable d'évolution. Le témoignage donné par la haute autorité de M. Del Vecchio à la Plasticité actuelle du droit musulman serait certainement confirmé aujourd'hui par beaucoup d'autres compétences, non seulement à Rome où l'Instituto per l'Oriente suit — notamment dans sa revue *Oriente Moderno* — avec tant de curiosité sympathique les mouvements de la pensée musulmane, et où un romaniste — M. Evaristo Carusi — a manifesté sa profonde estime pour le droit musulman en le revendiquant, sans grand succès, comme un rejeton du droit byzantin, mais aussi dans toutes les parties de l'Europe, et également aux États-Unis, car le doyen Wigmore, dans son *Panorama of Legal Systems*, assigne la même place que M. Del Vecchio au système juridique musulman aux côtés des systèmes juridiques romanistiques et anglais. Nous sommes déjà loin du temps où illustre orientaliste hollandais, le glorieux vétéran des arabisants européens, écrivait dans la *Revue d'Histoire des Religions* que le droit musulman était désormais condamné à l'immobilité du tombeau, et où il raillait les prédictions d'un pacha ottoman qui, dans un petit livre — dénué d'ailleurs d'expérience scientifique — prvoyait l'islamisation prochaine de la culture juridique européenne. Ces railleries ont trouvé une réplique décisive dans les codifications par lesquelles la jeune République Turque a réalisé la réception du droit occidental dans ses formes les plus récentes: non plus seulement une réception limitée au statut réel comme en Egypte, mais une réception globale s'étendant aussi à l'ensemble du statut personnel. Vous préférez en cette matière faire appel aux forces naturelles d'évolution, procéder par étapes, avec sélection, en conciliant vos traditions nationales avec les exigences de la concurrence économique internationale. Que vous arriviez sûrement par cette méthode aux résultats cherchés, nous n'en doutons pas. Est-ce bien cela que vous voulez nous faire reconnaître.?

Non, répond le professeur Wadi Farag, de l'Université Egyptienne. Nous cherchons surtout à démontrer que, en bonne justice, nous ne devons pas être traités par la science du droit comparé uniquement comme des usagers, mais comme des collaborateurs, des associés. Nous avons largement puisé dans la science internationale, créée par le droit comparé, pour la confection de nos codes, et nous continuons à y puiser largement pour le développement de notre législation et de notre jurisprudence. Mais nous pouvons aussi puiser, pour la formation de cette science internationale, de fort utiles apports dans le corps de traditions juridiques commun aux peuples islamiques. En un mot nous aspirons à faire reconnaître que le droit musulman n'est pas seulement matière à historiques, mais l'un des éléments ou des facteurs naturels de la jurisprudence comparative d'aujourd'hui.

Le professeur Abd El-Monem Riad, de l'Université Egyptienne, cite à l'appui de cette affirmation de son collègue un certain nombre de doctrines musulmanes, d'où l'on peut faire sortir des précédents d'une fort utile précision, à des conceptions juridiques qui ne se dégagent encore que confusément ou sporadiquement dans le mouvement d'enveloppement d'ensemble de la jurisprudence comparative, parmi lesquelles notamment la théorie de la nécessité. Ce qui amène M. Lambert à reconnaître que cette doctrine islamique de la nécessité se présente comme l'expression plus catégorique et plus générale d'une idée qui est en germe dans la clause *rebus sic stantibus* du droit international public, la théorie de l'imprévision de la jurisprudence administrative française, les assouplissements imprimés à la notion de l'impossibilité d'exécution des obligations par la jurisprudence anglaise sous la pression des conséquences économiques de la guerre, ou le chapitre de la jurisprudence constitutionnelle américaine sur l'*emergency*.

Le professeur Sanhoury apporte une nouvelle illustration à la thèse en discussion en rappelant le livre que, vers 1913, un de ses compatriotes, mort prématurément, Mahmoud Fathy, consacra à «La doctrine musulmane de l'abus des droits», à un moment où la vogue de la théorie française de l'abus des droits entraînait dans toute sa force sous l'influence des travaux du doyen Josserand. En suivant le développement de la doctrine de l'abus des droits à travers d'une demi-douzaine de siècles d'activité musulmane, Fathy y montrait cette doctrine musulmane arrivant, au terme de son évolution, à la reconnaissance des quatre chefs bien définis d'abus

des droits — la plupart d'ordre économique — alors que la doctrine occidentale n'avait encore réussi définir que l'un d'entre eux — le moins usuel — l'usage malicieux ou l'intention de nuire. Il y laissait déjà pressentir que — comme devait le reconnaître le doyen Josserand dans un livre écrit près d'une vingtaine d'années plus tard, — sous la modestie apparente d'une théorie d'allure subjective et psychologique, se dissimulait une doctrine d'ordre économique, autrement révolutionnaire par rapport aux traditions du «droit civil» : la doctrine de la relativité des droits. Et, de la littérature du droit musulman, il faisait sortir une exposition détaillée de la doctrine proclamant la limitation de chaque droit par sa destination sociale — ou religieux, c'est tout un — que venait de lancer en France M. Léon Dugit et que le code civil de la Russie soviétique devait lui emprunter pour la placer dans son premier article.

Cet exemple, interrompt M. Lambert, n'est pas passé inaperçu en Europe. Car, malgré un assez large tirage, l'ouvrage de Fathy est depuis longtemps devenu introuvable. J'ai suivi avec plaisir la composition de ce livre écrit, en même temps que dans un noble esprit de fierté musulmane, avec le sincère désir de manier loyalement les méthodes de la science historique d'Occident. Il inaugura la publication des Travaux du Séminaire Oriental d'Etudes Juridiques et Sociales: séminaire créé à Lyon, en dehors de tout patronage officiel de l'Université, quoique dans son ombre, par des égyptiens groupés entre 1907 et 1914 sous ma direction pour étudier les productions comparées du droit civil latin et du common law anglo-saxon par le point de vue de leur adaptation aux terres d'acclimatation islamiques. Ce séminaire a formé le berceau de l'Institut de Droit Comparé qui, depuis la fin de la guerre, fonctionne à Lyon sur les mêmes bases principales de comparaison entre le «droit civil» et le common law, et qui paraît avoir été le premier né des instituts universitaires de droit comparé existant actuellement en France. De sorte qu'on pourrait dire que les égyptiens ont été les premiers instigateurs du mouvement qui a activé en France l'enseignement du droit comparé — créé à la fin du XIX^e siècle par Saleilles — en le doublant de séminaires ou de salles de travail consacrés à la recherche scientifique.

Si je rapelle ce vieux souvenir, réveillé par les observations de M. Sanhoury, c'est qu'il prouve à nos collègues égyptiens que ce sont eux qui tiennent en mains les moyens les plus efficaces de mettre en lumière les services que le droit musulman peut rendre à la jurisprudence comparative. Il leur suffirait pour cela de développer dans leur université nationale, assez bien dotée et assez bien placée pour se constituer l'outillage nécessaire, un

centre de recherches scientifiques du genre de celui que leurs aînés créèrent jadis à Lyon, sur une échelle réduite, sans disposer d'autres ressources que l'amitié d'un professeur français. Un institut égyptien de droit comparé, où la jurisprudence comparative ne serait point distraite de son cadre naturel de science sociale, aurait un rôle particulièrement enviable à jouer dans la division du travail que préconisait hier un vœu de notre section quant à la documentation juridique internationale⁽¹⁾, et qui ne serait pas moins utile pour l'exploitation scientifique de cette documentation. Ce rôle naturel serait d'entretenir, sur le terrain du droit et de ses disciplines auxiliaires de science sociale, la liaison entre le monde musulman et le monde chrétien.

Il est bien compréhensible toutefois que les universitaires égyptiens hésitent à la pensée d'aborder seuls une tâche de cette envergure, qu'ils sentent le besoin d'être encouragés et guidés par les conseils, les critiques, les manifestations d'intérêt de leurs collègues européens et américains, qu'ils souhaitent que le stimulant que leur a apporté ce congrès, en mettant à son ordre du jour les rapports du droit et des religions, et en chargeant l'un d'eux de l'un des rapports généraux sur le sujet, soit le point de départ d'une aide plus continue. Que le rapporteur égyptien, conclut le président, s'entende avec ses collègues de la délégation de l'Université Egyptienne pour préciser en un vœu sous quelle forme ils désirent que cette aide s'exerce. Je soumettrai ce vœu à la Section au début de la prochaine séance et je m'en ferai près d'elle le défenseur convaincu.

Au début de la Séance suivante — séance du 5 août — le professeur Lambert a soumis à la section, en l'appuyant, le vœu suivant présenté comme sanction des délibérations de la veille par les membres de la délégation de l'Université Egyptienne: La Section Générale émet le vœu qu'on réserve dans le prochain congrès une place à l'étude du droit musulman, comme source du droit comparé.

(1) Ce vœu est ainsi conçu :

"La Section Générale estime désirable que les institutions ou organisations s'occupant de documentation juridique établissent entre elles une liaison en vue de coordonner leurs efforts.

L'Académie Internationale de Droit Comparé est invitée à appuyer les initiatives qui pourraient être prises en ce sens et au besoin, à les provoquer.

La Section, constatant que de précieux résultats ont déjà été obtenus par la spécialisation d'un certain nombre d'organismes dans le rassemblement et la diffusion de la documentation relative à certaines branches du droit, émet le vœu que cette méthode de spécialisation soit poursuivie le plus largement possible, en évitant les doubles emplois..

La voeu a été adopté à mains levées.

Conclusion du comptr-rendu: Arrivé au terme de ce compte-rendu des opérations de la Section Générale, le congressiste qui l'a établi, M. Ed. Lambert, exprimera en ces termes la note dominante, la conclusion ultime qui lui a paru s'en dégager.

Le prochain congrès international de droit comparé — et à travers lui la série ultérieure de congrès qu'il porte en germe — c'est la silhouette attirante que nous avons vu se dessiner de plus en plus nettement sur la toile de fond de vos délibérations à mesure qu'elles approchaient de leur fin. C'est en songeant à lui que nous avons formulé nos voeux des deux derniers jours. Ils impliquent notre accord à réclamer l'exécution de la promesse faite par l'Académie — dans le résumé de ses délibérations de 1929 établi par mes soins — en posant cette première directive: «Le prochain congrès international de droit comparé devra être le point de départ d'une série de Congrès, à périodicité réglée». La cadence à donner à leur succession a été l'un des objets les plus fréquents de nos conversations individuelles au cours des brillantes réceptions qui nous ont été offertes. Quelques uns souhaitaient de voir le Congrès revrnir tous les deux ans, d'autres tous les cinq ans, la plupart, m'a-t-il semblé, tous les trois ans, comme les congrès des criminalistes. Tous s'accordaient à demander que, quelque fut la cadence finalement choisie par l'Académie organisatrice, cette cadence fut du moins régulièrement suivie.

A défaut de réalisation immédiate du «Projet pour une organisation permanente universelle de la profession du droit» présenté au Congrès, par le doyen John H. Wigmore (l'un des principaux artisans du succès de cette réunion), une Filière continue de congrès de droit comparé fournira déjà un précieux rudiment de cette organisation en même temps qu'un excellent point de départ pour des développements à venir. Car le Congrès de 1932 a déjà répondu pleinement à la seconde des directives que l'Académie traçait en 1929 pour sa tenue, directive ainsi conçue: «Le droit comparé n'étant pas une branche particulière du droit, mais la méthode par laquelle la science du droit s'adapte aux besoins d'une communauté devenue consciente de la solidarité de ses membres, le prochain congrès et ses successeurs devront être des congrès internationaux des juristes». Il a réuni, en effet, en même temps que des représentants de toutes les branches de la science juridique, de trois au moins des quatre branches de la «profession de droit», dont le doyen Wigmore juge l'union nécessaire pour la réalisation de son «Projet»: le barreau, la magistrature, les universités.

Et on pourrait dire que la quatrième — législateurs — y est représentée fort compétemment par des membres des commissions de codification.

Le travail accompli par les autres sections a démontré clairement que l'instrument de liaison internationale qui vient d'être forgé par la coopération de l'Académie et des congressistes est apte à tendre au nouveau droit international — le droit comparé — les mêmes services que le Juristentag, par exemple, a rendu au droit national allemand. Il prouvera aussi aux institutions fondées pour travailler au rapprochement d'ensemble des droits nationaux — comme l'Institut de Rome — ou à l'unification progressive de branches déterminées du droit — comme l'Organisation Internationale du Travail — que les congrès de droit comparé peuvent leur fournir d'aussi utiles leviers de propagande que ceux que fournissent, pour la diffusion de ses modèles d'actes législatifs, à la commission américaine pour l'uniformité des lois d'états, les meetings de l'American Bar Association.

Et les congressistes individuels — ceux qui, comme moi, ne font partie d'aucune délégation et qu'attire seulement le désir de se documenter et l'occasion de développer leurs relations de commerce scientifique — n'auront pas moins de profits à retirer de la continuité assurée à ces rencontres internationales. Du moins si j'en juge par l'expérience personnelle que je viens de faire.

L'Université à laquelle j'appartiens — l'Université de Lyon — vient de décider l'ouverture — probablement après une année d'étude nécessaire à son aménagement — d'un Institut des Sciences Sociales et des Relations Internationales où s'uniront et fusionneront : 1°.un vieil institut de droit comparé, qui sent le besoin de se renouveler par contact de disciplines apparentées, 2°.une chaire d'étude des institutions internationales d'organisation de la paix créée il y a un an par l'initiative de M. Edouard Herriot, et 3°.une série d'enseignements, jusque là épars dans les diverses Facultés, qui présentent ce trait commun d'être naturellement portés à s'orienter vers l'éducation de l'esprit international. Le principal but de cet Institut est d'établir un cartel avec des organismes similaires allemands, anglais ou italiens, pour l'étude, par la comparaison des points de vue nationaux, des problèmes que soulève le développement des relations internationales; pour pratiquer aussi entre les unités composantes du cartel l'échange des professeurs, non pas sous la forme classique des visites d'apparat et des conférences devant des auditoires improvisés, mais sous la forme de l'association des professeurs invités à l'enseignement normal et

au travail quotidien de l'université invitante; enfin pour fournir — par le moyen des semestres passés successivement dans quelques uns des instituts associés — à des étudiants recherchant la préparation juridique aux affaires internationales, une vision d'ensemble des caractéristiques de chacune de leurs cultures nationales, envisagées dans leur fonction de facteurs de la civilisation juridique et économique européenne. Il faudra sans doute d'assez longues négociations pour aboutir à ce cartel. Elles auront été notablement facilitées par les conversations que j'ai pu avoir à ce sujet avec un certain nombre de congressistes.

L'atmosphère des congrès de droit comparé sera certainement propice la préparation et à la conclusion de bien d'autres ententes ou associations entre groupements de travailleurs scientifiques ou travailleurs isolés. — En permettant à des savants de pays divers, qui se sentent déjà attirés par leurs affinités scientifiques de doubler la connaissance de leurs travaux de la connaissance de leurs personnalités respectives, ces rencontres périodiques favoriseront le développement, sur le plan international, de l'esprit d'équipe nécessaire à la constitution et l'outillage de manuels et de traités, de recueils de select Cases ou d'autres recueils choisis de textes internationaux sans lequel l'enseignement du droit comparé ne saurait arriver à sa pleine productivité.

Si l'aspiration commune qui unit et résume les derniers vœux de la Section Générale obtient entière et durable satisfaction — et nous ne doutons pas qu'elle ne l'obtienne — l'année qui a vu s'ouvrir ce congrès inaugural demeurera une date notable dans la marche de transition de la phase de développement national du droit à phase de développement international.

(Fin du compte-rendu)

★ ★ ★

Il est temps de dire quelques mots sur les résultats obtenus par le Congrès. Je ne parle pas du résultat moral; celui-ci est énorme, et dépasse le cadre de cette notice sommaire. J'entends simplement les résultats concrets qu'on a pu obtenir. En dehors des nombreuses résolutions adoptées par les diverses sections sur chaque question soumise à leur examen, et dont une liste détaillée sera publiée à part, le Congrès, conformément au désir exprimé par le Secrétaire Général, le professeur Balogh, dans la séance solennelle d'ouverture, émet le vœu de voir créer sous les auspices de l'Académie Internationale de Droit Comparé «une revue internationale de droit comparé que servirait d'organe officiel de l'Académie». Le Congrès

souhaite également que «l'enseignement du droit comparé soit donné dans toutes les facultés de droit des universités des diverses nations».

Mais je dois insister tout particulièrement sur deux résolutions qui marqueront une période dans l'histoire de la marche progressive du droit comparé.

Tout d'abord, les congressistes ont résolu que leur congrès devienne une institution permanente, qui sera désormais convoquée régulièrement tous les trois ou cinq ans par l'Académie Internationale de Droit Comparé. Un règlement a été établi en vue de donner les grandes lignes de l'organisation de ces futurs congrès internationaux. D'après ce règlement, le bureau de l'Académie convoque, tous les deux ans, des experts choisis dans les différents pays, à l'effet de formuler des propositions concernant la préparation du prochain congrès. Le bureau du Congrès lui-même est constitué par le bureau de l'Académie complété par des personnalités choisies parmi les représentants les plus éminents de la doctrine et de la pratique juridique dans différents pays, en tenant compte de la nécessité d'obtenir la représentation des principaux systèmes juridiques. Le Congrès est divisé en sections déterminées par le bureau de l'Académie, de manière à grouper les divers problèmes à discuter. Les langues officielles du Congrès sont l'allemand, l'anglais, l'espagnol, le français et l'italien. L'admission au Congrès est prononcée par le bureau de l'Académie, après paiement de la cotisation fixée par le dit bureau. Les compte-rendus des travaux du Congrès sont publiés dans la collection des Actes de l'Académie. Ainsi fut exaucé le vœu que M. Lambert a chaleureusement émis dans son rapport, précité, en écrivant : «Ce que j'attends du premier Congrès de droit comparé qui se réunira dans l'ambiance de l'après-guerre, c'est qu'il donne naissance à une longue et continue descendance de congrès internationaux des juristes dominés par ce sentiment de l'interdépendance entre le droit conçu comme science sociale et le droit conçu comme science internationale».

Nous avons donc obtenu ce résultat certain : la création de ce germe d'organisation internationale de la profession du droit que réalisera l'établissement d'une chaîne périodique et régulière des congrès internationaux des juristes.

En deuxième lieu, le Congrès a émis le vœu «de voir créer, sous les auspices de l'Académie Internationale du Droit Comparé, une faculté internationale de droit.» C'est un vœu auquel M. Lambert s'intéressait

(م - ٣٥ مقالات د. السنهوري ج ١)

d'autant plus vivement qu'il l'a déjà formulé dans la conclusion d'une étude publiée par lui en 1932 dans les Actes de l'Académie : Le droit commun de la Société des Nations, ses organes actuels, les organes à venir, le besoin d'une Faculté internationale de Droit. M. Balogh, l'auteur de la proposition, a donné, à la séance solennelle d'ouverture du Congrès, une petite esquisse sur l'utilité du projet. Il a souligné son importance en faisant remarquer que la création d'une faculté internationale de droit permettrait aux législateurs de chaque pays de tirer parti du travail accompli dans les autres pays. Seule une telle faculté peut donner l'enseignement des différents systèmes législatifs sans empiéter sur l'activité d'aucune des organisations actuelles. Elle serait l'organe international de préparation à toutes les carrières où la nécessité d'une formation internationale est de plus en plus évidente. législateurs, professeurs, magistrats, avocats internationaux, diplomates, dirigeants des institutions internationales. A la séance de clôture, M. Lambert, en sa qualité de président de la Section Générale a souligné l'importance de cette, nouvelle entreprise, en proposant que cette faculté internationale de droit ait son siège à La Haye. En outre, le président de la Section Générale a ajouté: «Le droit comparé ou jurisprudence comparative n'est pas une branche spéciale du droit. C'est la forme du droit approprié aux besoins d'une société des peuples dont la structure économique est déjà internationalisée et qui a pris conscience de la nécessité d'adapter ses institutions juridiques à sa structure économique et d'internationaliser les parties commerciales de son droit. La jurisprudence comparative est l'héritière du droit romain médiéval et aspire à rétablir entre les sciences juridiques nationales les éléments de coopération et de compréhension mutuelle qui jadis permirent aux glossateurs et postglossateurs de faire surgir au dessus de la diversité de nos coutumes médiévales un fond de droit commun à la chrétienté d'occident». Pour commencer la création de cette faculté internationale, M. Balogh prévoit un corps de 5 à 6 professeurs permanents qui enseigneront les matières suivantes: Histoire de la science juridique et histoire comparée du droit, droit public international approfondi sur la base comparative, droit international privé approfondi sur la base comparative, droit civil et procédure civile comparés, droit commercial et procédure commerciale comparés, droit pénal et procédure pénale comparés, droit public comparé (constitutionnel et administratif). A côté de ses cours généraux il y aurait, d'après le plan, de M. Balogh, des conférences et des cours spéciaux faits par des spécialistes appartenant aux différents pays. Tel est le projet soumis au Congrès et approuvé, dans ses grandes lignes, dans la séance de clôture.

Nous avons donc obtenu ce résultat probable. la création à La Haye d'un réseau annuel d'enseignement de droit comparé et de science sociale, pouvant jouer le rôle d'une faculté internationale de droit. le voeu émis par le Congrès à ce sujet ayant donné lieu à des échanges de vues favorables entre un certain nombre de personnalités compétentes.

* * *

Il me reste, en dernier lieu, de signaler l'importance, pour notre Faculté de Droit, de la création d'un centre d'étude de droit comparé et de droit musulman. La place que la Délégation Egyptienne a revendiquée et obtenue, au Congrès, pour le droit musulman, justifie pleinement l'optimisme avec lequel on pourrait envisager la réalisation d'un projet pareil. Ce centre d'étude, on pourrait songer à l'établir sous une des deux formes suivantes:

1) Ou bien, en créant un diplôme supérieur dans la Section de Doctorat, portant, outre le droit musulman et le droit comparé, sur des matières telles que l'histoire de droit et le droit romain, ce quatrième diplôme complétant ainsi la série des diplômes supérieurs qui constituent une section de doctorat organisé d'après le modèle des universités françaises; 2) Ou bien, en organisant un institut autonome de droit musulman et de droit comparé, conformément au plan tracé par notre Conseil, concernant l'établissement de divers instituts au sein de la Faculté.

Le moment est venu, le Congrès de La Haye nous en a déjà donné le signalement, pour que le droit soit étudié dans un esprit moderne. C'est une tâche qui incomberait forcément à notre Faculté de Droit. Il s'agit de rendre au système islamique, par une étude historique et comparative sérieuse, son adaptabilité aux contingences de l'organisation sociale actuelle. Le point de départ de ce travail, je l'ai déjà écrit il y a quelques années dans mon ouvrage: «Le califat et son évolution vers une Société des Nations Orientales», doit être la séparation de la partie religieuse et de la partie temporelle du droit musulman. La partie religieuse échappe à notre cercle d'études. Elle doit rester le monopole des théologiens musulmans. Dans la poursuite de notre étude nous devons avoir le souci de rendre le système islamique applicable aux non-musulmans aussi bien qu'aux musulmans eux-mêmes. Pour arriver à cette fin, on devrait encore distinguer, même dans la partie temporelle du droit musulman, entre les règles qui ont une couleur religieuse, et celles qui sont strictement juridiques. Les premières ne garderaient qu'une force morale, s'imposeraient à

la conscience et non pas à la conduite extérieure. Les règles de la seconde catégorie seules constitueraient le domaine du droit proprement dit, applicable à tous les citoyens, musulmans ou non.

A vrai dire, j'entends par l'Islam, non pas un corps de croyances confessionnelles, mais un système de civilisation avec, à la base, une discipline. C'est l'Islam culture, et non pas l'Islam cultuel, qui m'intéresse dans mes recherches scientifiques; et je suis persuadé que, sur ce terrain purement scientifique, tous les Egyptiens, musulmans et non-musulmans, se recontrent et s'accordent sur la nécessité d'entreprendre un mouvement d'adaptation de ce vieux système de droit, admirablement bâti par des esprits juridiques d'une puissance comparable seulement à celle des grands jurisconsultes du droit romain.

Il faut, à tout prix, que notre Faculté prenne l'initiative de ce mouvement réformiste, disons le mot, ce mouvement de renaissance du système islamique. Le mot «renaissance» est peut-être ambitieux, mais il trouve sa justification dans le caractère extrêmement grave de l'oeuvre à accomplir. Nous devons considérer notre problème comme aussi important et aussi vital, pour l'Orient, qu'a été le mouvement de renaissance du droit romain pour l'Europe, il y a quelques siècles.

Il nous faut rendre à l'expression de la «civilisation musulmane» la souplesse qu'elle a perdue, et l'envisager comme s'appliquant, non pas à un ensemble de rites et de règles religieuses, mais à une forme originale de civilisation que l'histoire nous présente, je cite ici les belles paroles de M. Lambert, «comme le résultat de l'activité collective de toutes les races et de toutes les communautés religieuses qui, depuis de longs siècles, vivent et travaillent côte à côte, à l'abri du drapeau de l'Islam et qui, dès lors, nous apparaît comme le bien commun de tous les habitants de l'Orient musulman, au même titre et pour les mêmes raisons que la civilisation chrétienne demeure le patrimoine indivis de tous les occidentaux, aussi bien des libres penseurs que des catholiques et des protestants.» C'est un programme d'action devant lequel toute idée de différence religieuse s'évanouit: j'ai eu la grande satisfaction de m'en rendre compte par l'enthousiasme que mes collègues non-musulmans dans la Délégation Egyptienne ont témoigné à l'égard du vœu émis par le Congrès concernant le droit musulman. J'ai pu constater, alors, que le système islamique est l'héritage commun de tous les orientaux; ce n'est en somme que le produit du génie oriental.

LA RESPONSABILITE CIVILE ET PENALE EN DROIT MUSULMAN¹

par

ABDEL RAZZAK A. EL SANHOURY BEY

Ancien Doyen de la Faculté de Droit.
Ministre de l'Instruction Publique.

INTRODUCTION

Il importe, pour bien préciser les règles de la responsabilité civile et pénale dans le droit musulman, de faire une distinction entre le domaine des lésions corporelles et celui des atteintes à la propriété. Dans le premier les règles sont trop étroites et en quelque sorte archaïques. Dès qu'on passe au domaine des atteintes à la propriété, nous constatons un progrès énorme; les règles de responsabilité deviennent savantes et nuancées; elles apparaissent suivre une voie de développement comparable à celle des systèmes modernes. On donne comme explication de cette différence que les jurisconsultes musulmans, dans le domaine des lésions corporelles, se sont heurtés aux traditions préislamiques, aux coutumes primitives des Arabes Bédouins, consacrées en grande partie par des textes Qoraniques; ils n'ont pu, par conséquent, exercer qu'une influence limitée sur le développement du système islamique dans ce domaine. Par contre, dans le domaine des atteintes à la propriété, le champ était libre pour la sagacité des jurisconsultes, qui ont exercé une influence salutaire sur le développement des principes de la responsabilité civile.

Nous examinerons, par conséquent, la question sous deux chapitres: lésions corporelles et atteintes à la propriété, tout en faisant notre profit des rapports spéciaux que nous avons reçus d'El-Azhar, de la Palestine,

(★) Cet article reproduit le rapport présenté par M. le Doyen Abd El-Razzak El-Sanhoury Bey au 2ème Congrès International de Droit Comparé tenu à La Haye au mois d'août 1937.

En attendant la publication des Travaux du Congrès, retardée par suite de la guerre, nous avons jugé utile de publier ici ce rapport.

du Liban et de la Perse. Nous devons signaler tout particulièrement le rapport de M. Emile Tyan, conseiller à la Cour de Cassation et chargé de cours à l'Ecole Française de Droit à Beyrouth, rapport inspiré par l'excellente thèse qu'il a soutenue sur la matière devant la Faculté de Droit de Lyon en 1926.

Et d'abord, nous commençons par le domaine des lésions corporelles.

PREMIERE PARTIE

LESIONS CORPORELLES

Dans l'Arabie préislamique, comme dans toute société primitive, la vengeance privée était la règle. Comme dans toute société primitive également, la solidarité familiale, soit du côté du coupable, soit du côté de la victime, était mise en jeu. Ce n'est pas le coupable qui est seul responsable, c'est toute sa tribu; ce n'est pas la victime qui a seul le droit de se venger, c'est tout clan de celle-ci qui réclame ce droit. Bien que le stade civilisation auquel les Arabes préislamiques sont arrivés leur ait permis de passer au système de composition volontaire, ils n'ont pas dépassé ce système pour arriver celui de la composition obligatoire.

L'Islam n'a pas changé le fondement de la respectabilité à cause des lésions corporelles. Cette responsabilité restait, comme autrefois, à base de vengeance privée, et la responsabilité civile restait confondue avec la responsabilité pénale. Mais l'Islam a amélioré le système préislamique à plusieurs égards. Il a tout d'abord introduit le système à composition obligatoire ou légal il a ensuite supprimé la solidarité familiale, du moins dans certaines hypothèses. Il a enfin fait intervenir le pouvoir public dans la poursuite et le jugement du coupable, ainsi que dans l'exécution même de la peine. Reprenons ces trois propositions.

1. Composition obligatoire:

Tout d'abord l'Islam a introduit le système de composition obligatoire. La vengeance privée de l'Arabie préislamique ne cédait la place qu'à la composition volontaire. Si la victime ne consentait pas à cette composition, son droit à la vengeance restait intact. Et cette vengeance n'était pas organisée. Elle n'était personnelle ni du côté du coupable ni du côté de la victime. L'égalité entre le tort causé et la vengeance était rarement observée, et l'anarchie complète régnait dans la pratique de cette vengeance qu'on appelait le thâr (الثَّار)

L'Islam a donné au système une forte organisation, sans en bouleverser la base. Parmi les innovations nombreuses qu'il a apportées au système, nous citons deux des plus importantes qui ont permis à la composition obligatoire de prendre la place de la composition volontaire: le principe de l'égalité dans l'exercice du talion, et la distinction entre les délits intentionnels, seuls soumis au système du talion et les délits non-intentionnels auxquels le système de composition obligatoire est applicable.

A. — Principe d'égalité dans l'exercice du talion :

L'Islam a tout d'abord exigé la stricte égalité, dans l'exercice du talion(Kisas),entre la blessure faite et celle à faire, d'où une restriction importante au droit de kisas qui, outre le changement significatif d'appellation de «vengeance» (التَّأْر) par «talion» (القصاص) doit être remplacé par la composition obligatoire dans tous les cas où cette égalité stricte ne pouvait être assurée (Hidaya IV,134). C'est ainsi qu'en cas de meurtre, le talion ne peut s'exercer entre l'homme et la femme, le libre et l'esclave, ainsi qu'entre esclaves de valeur différente (Kitab El-Kharaje p. 244). La rupture d'un membre ne peut donner lieu au talion que si elle est faite à un point d'articulation; c'est seulement dans ce cas qu'il est possible d'observer la stricte mesure. La rupture d'os ne donne pas lieu au talion, et pour la même raison. D'autres restrictions, dans le même esprit, restreignent le domaine du talion, et écartent le kisas pour lui substituer la composition obligatoire. Ces restrictions sont tellement nombreuses que l'auteur d'un excellent ouvrage sur le sujet, M. Emile Tyan, a pu dire: «Ces restrictions sont telles que la règle arrive à en être renversée, et que l'on peut dire que, sauf pour certains cas limitativement énumérés, le kisas est aboli pour les lésions corporelles». (Le système de responsabilité délictuelle en droit musulman, Beyrouth, 1926, P. 100).

B. — Distinctions entre les délits intentionnels et les délits non-intentionnels:

Une autre innovation, de beaucoup plus importante et plus restrictive du droit de talion au profit du système de la composition obligatoire, est introduite par la distinction qu'on a faite entre le meurtre intentionnel et le meurtre non-intentionnel. C'est le premier seul qui est passible du talion; pour le second, la composition obligatoire est applicable. Avant l'Islam, les Arabes ne distinguaient pas entre les deux hypothèses; ils leur appliquaient invariablement le droit de vengeance privée (thâr), remplacée, s'il y

a lieu, Par la composition volontaire. Le Qoran établissait la distinction, et posait, en termes nets, le principe de composition obligatoire en cas de meurtre non-intentionnel: «Pourquoi un croyant tuerait-il un autre croyant, asuf si c'est involontairement? Celui qui en tuera un involontairement sera tenu d'affranchir un esclave croyant et payer à la famille du mort le prix du sang, à moins que la famille n'en fasse remise». On voit donc que pour le meurtre non-intentionnel il n'y a que la composition obligatoire, tandis que pour le meurtre intentionnel les héritiers ont le choix entre le talion et la composition.

Les auteurs ont profité de cette distinction pour restreindre davantage le domaine de l'exercice du talion, et ce. par différents moyens:

1) Ils ont premièrement étendu la distinction aux lésions corporelles autres que le meurtre. Toute lésion corporelle non-intentionnelle, meurter ou autre, est soumise au système de composition obligatoire.

2) Ils ont ensuite distingué entre le meurtre (et autres lésions) qui est incorporé dans l'acte même qui l'a causé (corpore et corpori), seul soumis au régime du talion, et le meurtre (et autres lésions) qui n'est que le résultat d'un acte posé par une personne, soumis celui-ci au régime de composition obligatoire.

3) Même dans le domaine du meurtre causé corpore et corpori, ils ont soustrait au régime du talion, pour les soumettre à celui de composition obligatoire, des cas de meurtre intentionnel, au moyen d'une distinction subtile entre le meurtre intentionnel, commis par des instruments qui sont de nature à entraîner la mort, et le meurtre quasi-intentionnel qui, bien que renfermant l'intention criminelle, n'est pas commis par de pareils instruments. Seule la première catégorie est passible du talion.

4) Comme conséquence logique du principe que l'intention criminelle est nécessaire pour l'application du talion, les auteurs ont soustrait les mineurs et les déments à ce régime, ainsi que ceux qui sont en état de légitime défense ou en état de contrainte. Dans toutes ces hypothèses c'est la composition obligatoire qui est applicable.

5) Enfin, les auteurs ont posé comme principe que le droit du talion est indivisible, et ils en ont déduit des conséquences importantes. En cas de pluralité des ayants-droit, si l'un d'entre eux a renoncé à son droit ou a transigé, les autres ne peuvent pas réclamer le talion, ils doivent se contenter de la composition. Pareillement, en cas de pluralité des co-auteurs, si l'un d'entre eux n'est pas soumis au régime du talion (un mineur par exemple), les autres, bien que passibles eux-mêmes du talion, sont soustraits à ce régime, et passent à celui de composition obligatoire.

Il est facile de constater que ces restrictions nombreuses au régime du talion, introduites par l'Islam, ont fait du régime de la composition obligatoire la règle, de celui du talion l'exception.

II. — Suppression de la solidarité familiale:

L'Islam a également supprimé presque complètement la solidarité familiale. Il a achevé cette suppression en cas de délits intentionnels. Dans ces délits, si le talion est dû ou si le talion est remplacé pour une raison ou pour une autre par la composition, la peine est personnelle. C'est le coupable seul qui en supporte la charge. Cette innovation due à l'Islam s'explique premièrement par l'origine historique du talion, la loi du talion chez les Juifs ayant toujours été individuelle, et ensuite par la conception fondamentale que l'Islam s'est formée des mérites et des peines. «Toute âme, on lit dans le Qoran, ne fait des oeuvres que pour son propre compte; aucune ne portera le fardeau d'une autre».

Et même pour le cas de délits non-intentionnels, où la composition est obligatoire, les auteurs sont arrivés jusqu'à supprimer presque complètement la solidarité familiale par une série de limitations.

En premier lieu, la solidarité familiale est écartée et la composition incombe exclusivement à la charge du coupable, lorsque cette composition est due à la suite d'un aveu d'une sentence arbitrale, ou d'une transaction. La solidarité familiale n'est engagée que par le fait même du délit, sans intervention de la volonté du délinquant.

Ensuite, la solidarité familiale ne se trouve engagée qu'en présence de compositions fixes. Dans les cas où la composition doit être laissée à la libre appréciation du juge, le coupable seul en répond.

Enfin, même dans la limite de ces restrictions, la solidarité familiale est confinée aux Arabes. Pour eux, la règle est traditionnelle. Pour les non-Arabes, le principe de la responsabilité individuelle garde son efficacité.

III. — Intervention du pouvoir public:

L'Islam a fait intervenir le pouvoir public dans la poursuite et le jugement du coupable, ainsi que dans l'exécution même de la peine. Une sorte de police, appelée la Chourta était chargée de l'accusation publique; elle soutient l'accusation contre les délinquants, et fait la preuve de leurs infractions. Le juge examinera ensuite l'affaire et appréciera la culpabilité de

l'accusé et prononcera son jugement en fixant la responsabilité de l'inculpé. Quant à l'exécution de la peine, bien que l'Arabie préislamique pratiquait le système la vengeance privée, où l'individu offensé poursuit en personne l'exécution de cette vengeance, et bien que les juristes musulmans aient continué à affirmer que c'est la personne lésée qui exerce le talion (Kisâs), l'Etat et l'exercice du Kisâs. Le Kisâs est basé sur une stricte égalité; Etat seul peut assurer cette égalité égalite contre l'inexpérience ou la mauvaise foi de la victime, si l'on permet à celle-ci de se faire justice à elle-même.

Bien que le pouvoir public joue un rôle prépondérant dans la poursuite et le jugement du coupable et dans l'exécution de la peine, il faut se garder de croire que les lésions corporelles sont considérées comme des délits publics dans le droit musulman. Elles ne sont pas non plus des délits civils. Elles occupent une place analogue à celle qu'occupaient en Droit Romain les délits privés. En effet la sanction de ces lésions est une peine privée, une place intermédiaire entre la peine publique et la réparation civile. On distingue entre les trois catégories de sanctions dans le système islamique. Cette distinction a comme base une autre distinction entre deux catégories de droit, le droit de Dieu (*حق الله*) et le droit de l'homme (*حق العبد*). La sanction du droit de l'homme est une peine privée ou une réparation civile. On donne comme définition du droit de Dieu que c'est une faculté dont dépend un bien n'appartenant à aucun d'une façon particulière; il est donc imputé à Dieu, comme signe de son importance et de sa généralité. Le droit de l'homme est une faculté dont dépend un intérêt particulier.

Pour déterminer les délits publics, on doit énumérer les peines publiques, les droits de Dieu. Ils sont au nombre de quatre: le Hadd, le Taazir (châtiment), le Kaffara (expiation) et la déchéance du droit successoral. Nous nous arrêtons aux deux premiers. Le Hadd est une peine fixe déterminée par la loi. Il y en a cinq: l'amputation de main en cas de vol, la lapidation (fustigation) en cas de fornication, en cas d'ivresse et en cas de diffamation, et l'amputation de main et de pied et crucifixion en cas de brigandage. A part ces délits nommés, le système islamique a laissé la porte ouverte pour d'autres délits publics. C'est tout le chapitre du châtiment public (Taazir), laissé à la libre appréciation du juge quant à la détermination de l'acte punissable et quant à la fixation de la peine. C'est un principe qui va à l'encontre de la règle "nulle peine sans texte", principe qui est déjà entré dans la législation de certains pays

modernes. Tels sont les délits publics reconnus par le Droit Musulman. Les caractéristiques de la peine publique qui en est la sanction sont les suivantes: 1) elle n'est pas susceptible de renonciation ou de compromis, 2) elle est intransmissible par voie de succession, activement et passivement, 3) en cas de pluralité de peines, le cumul n'est admis; 4) elle est réduite à moitié, si la victime ou le coupable est un esclave.

Au délit public s'oppose le délit civil, qui consiste dans une atteinte à la propriété, et qui a pour sanction une réparation purement civile. Nous examinerons plus loin les règles du droit musulman concernant ces délits.

Dans une place intermédiaire entre le délit public et le délit civil, avons-nous dit, se trouve le délit privé. La sanction en est une peine privée qui participe du caractère de peine et de celui de réparation. Comme peine elle représente une pénalité que doit souffrir le coupable, et comme réparation c'est une indemnisation du tort causé. Elle a des caractéristiques opposées à celles de la peine publique: elle est susceptible de renonciation et de compromis, elle est transmissible par voie de succession, le cumul y est admis, et elle n'est pas réduite à la moitié en cas d'esclavage. Les peines privées sont au nombre de cinq: le talion (Kisâs), le châtiment privé (Taazir), la composition (Dya), le fractionnement de la composition (Arch) et l'appréciation équitable du juge.

Le Talion est dû lorsque la stricte égalité entre la lésion corporelle subie par la victime et celle à être subie par le coupable peut être assurée. le principe en est établi dans le Qoran: "Nous avons prescrit: âme pour âme, oeil pour l'oeil, nez, oreille pour oreille, dent pour dent; les blessures seront punies par la loi du talion": Il est dû: 1) en cas de meurtre intentionnel; le talion est ici ou bien le droit de la victime recueilli par les héritiers dans la succession, ou bien le droit propre des héritiers d'après Abou Hanifa; il prend fin par la renonciation (pardon par la victime avant sa mort, ou par ses héritiers) et par la transaction sur une composition volontaire (Diyâ); 2) en cas d'autre lésion corporelle intentionnelle; si la stricte égalité exigée peut être obtenue; ainsi oeil pour oeil, nez pour nez, etc.; le talion est également ici le droit de la victime; il prend fin par la renonciation et par la transaction.

Le châtiment privé est, comme le châtiment public laissé à la libre appréciation du juge quant à la détermination de l'acte punissable et quant à la fixation de la peine applicable. Il diffère du châtiment public en ce qu'il sanctionne une violation d'un droit privé (droit de l'homme) et non pas d'un droit public (droit de Dieu). Lorsqu'on sort du domaine des

lésions corporelles où, le talion, la composition ou l'appréciation équitable du juge sont applicables, et lorsqu'on sort du domaine des atteintes à la propriété où la réparation civile (Daman ou garantie) est due, on se trouve en face de délits privés, tels que la séduction, la calomnie, la concurrence déloyale, etc., délits que le juge, dans sa haute appréciation, considère comme violation aux droits privés et non aux droits publics et auxquels il applique un châtement privé qu'il fixe lui-même et qui participe du caractère de peine et de celui de réparation civile.

La composition (Diyà) est due: 1) en cas de meurtre non-intentionnel, elle est obligatoire et tombe à charge de toute la tribu du coupable (Akila) y compris le coupable lui-même; mais si la composition est due à la suite d'une transaction, d'un aveu fait par le coupable, ou d'un meurtre intentionnel dans lequel talion est remplacé par la composition facultative, c'est le coupable seul qui en supporte la charge; 2) en cas d'autre lésion corporelle non-intentionnelle, lorsque le talion serait dû, si la lésion était intentionnelle. La composition est très onéreuse; elle monte à cent chameaux, qui peuvent être remplacés par 200 boeufs, 1.000 brebis, 200 vêtements 1.000 dinars ou 10.000 dirhams.

La fractionnement de la composition (Arch) est une partie de Diyà due pour la perte d'une partie correspondante d'un organe. Ainsi la moitié de Diyà est due pour la perte d'un seul oeil, le dixième pour la perte d'un doigt, etc.

L'appréciation équitable du juge intervient lorsque dans la lésion corporelle, intentionnelle ou non-intentionnelle, on ne peut pas comme c'est souvent le cas, assurer la stricte égalité entre la lésion causée et celle à faire. Le juge fixerait alors la peine en exerçant son pouvoir discrétionnaire. On voit là une porte toute ouverte pour révolutionner tout le droit concernant les lésions corporelles dans le droit islamique en lui donnant un souffle nouveau.

Ayant ainsi précisé ce que c'est qu'un délit privé dans le droit musulman, il nous reste à faire remarquer que dans le domaine des lésions corporelles (et autres délits sauf les atteintes à la propriété), où on applique une série de peines privées (le talion, le châtement privé, la composition, l'Arch et l'appréciation équitable du juge) et en dépit de l'intervention de l'autorité publique dans la poursuite du délit et dans l'exécution de la peine, la confusion reste complète, dans le système islamique entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile.

DEUXIEME PARTIE

ATTEINTES A LA PROPRIETE

C'est dans le domaine des atteintes à la propriété que nous trouvons la distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile nettement établie. Dans ce domaine nous l'avons déjà constaté, le système islamique est beaucoup plus avancé. Ne rencontrant pas des entraves et ne se heurtant pas à des textes et à des traditions établies, les jurisconsultes musulmans ont donné libre essor à leur ingéniosité. Ils ont élaboré un système de responsabilité délictuelle aussi développé et aussi nuancé que celui que nous rencontrons dans le droit romain, et même dans les systèmes modernes les plus avancés.

Tout d'abord, les jurisconsultes musulmans ont distingué, non seulement entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile, mais également entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

Ils ont ensuite établi un système de responsabilité délictuelle à base de faute, prise dans les deux conceptions objective et subjective, avec son apanage, la théorie de l'abus des droits.

Nous allons examiner, très sommairement, la double distinction entre responsabilité pénale et civile, et entre responsabilité contractuelle et délictuelle. Nous passons ensuite à l'examen des règles de responsabilité délictuelle.

1. — Une double distinction.

A) Responsabilité pénale et Responsabilité civile

On trouve la distinction nettement établie à propos d'un délit public, le vol. Les jurisconsultes discutent la question de savoir si, à côté de la sanction pénale, l'amputation de main du voleur, il n'existe pas également la sanction civile, la garantie (damân) par le voleur de la chose volée.

On est d'accord que le vol donne lieu à deux actions: 1) une action pénale, sanction de la violation du droit de Dieu, qui a pour objet le Hadd, l'amputation de la main du voleur; 2) une action civile, sanction de la violation du droit de l'homme, c'est-à-dire la victime du vol. Dans cette dernière action on est unanime à donner à la victime le droit de se faire restituer la chose volée, si elle existe en nature. En cas de perte, on discute la question de savoir si la victime a une action en garantie contre le

voleur. L'Ecole Chafite se prononce dans le sens affirmatif, donnant ainsi à l'action civile toute son ampleur. (Voir El-Badai VII, pages 48 et 85).

La même distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile se trouve nettement posée dans d'autres délits. C'est ainsi que celui qui boit le vin d'un non-musulman (c'est-à-dire d'une personne pour laquelle le vin est investi de la patrimonialité) est soumis à deux actions, une action pénale de lapidation et une action civile de garantie. Le meurtre par imprudence donne également lieu à deux actions, action en expiation (كفارة) action pénale, et action en paiement de la composition qui remplace l'action civile. (Voir El-Badai VII, page 84).

On peut donc affirmer que les jurisconsultes musulmans, là où ils ont reconnu un délit public, ont nettement distingué entre l'action pénale et l'action civile, deux actions différentes sanctionnant deux droits différents, le droit de Dieu et le droit de l'homme, avec des caractéristiques diamétralement opposées.

B) Responsabilité Contractuelle et Responsabilité Délictuelle

Dans le système islamique on peut distinguer entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. La distinction offre un intérêt pratique à de multiples points de vue:

1) Au point de vue de la preuve: Le créancier, dans la responsabilité contractuelle, n'a à prouver que le contrat. C'est au débiteur de prouver qu'il s'est déchargé de son obligation contractuelle, soit par l'exécution, soit par tout autre mode d'extinction. Mais le créancier, dans la responsabilité délictuelle, doit prouver une faute à la charge de la personne responsable. C'est ainsi que les ayants-droit d'une personne tuée par la chute d'un pan de mur longeant la voie publique sont dans l'obligation, pour faire retenir la responsabilité du propriétaire du mur, de prouver premièrement que c'est bien par le fait de la chute que la mort a eu lieu, et deuxièmement, que le propriétaire avait été constitué en faute par un avertissement préalable (Mabsout XXVI, 11).

2) Au point de vue de la capacité: La capacité contractuelle exige la puberté. Les impubères et les déments ne peuvent pas s'obliger contractuellement. Mais on peut se trouver obligé délictuellement, même si le discernement fait défaut. Nous en allons voir des applications.

3) Au point de vue de l'appréciation de faute: La faute contractuelle est appréciée plus rigoureusement que la faute délictuelle. Nous en donnons deux exemples:

a) Le dépositaire qui indique à une personne l'endroit où se trouve la chose remise en dépôt serait responsable du vol de cette chose que commettrait personne à qui les indications nécessaires ont été données (Fousoulain, II, 84); tandis que si un tiers avait donné ces indications, sa responsabilité ne serait pas engagée avec celle du volent (Damanat, 203).

b) Alors qu'il y a contestation sur la responsabilité du tiers qui ouvre la porte d'une cage dont l'oiseau s'envole, cette responsabilité est admise unanimement, et sans égard aux circonstances du vol, au cas où ce tiers est le dépositaire de l'oiseau, car «il s'est obligé à la garde» de cet oiseau (Fousoulain II, 84).

4) Au point de vue des causes de justification: Lorsqu'il s'agit de la responsabilité (qui résulte de menaces qui agissent sur l'esprit, mais qui ne font pas craindre la détention) suffit pour vicier l'engagement; tandis que pour écarter la responsabilité délictuelle, la contrainte doit être complète (toute menace dirigée contre la vie humaine ou l'intégrité du corps). On donne comme explication de cette différence que la valeur des engagements contractuels, découlant d'une reconnaissance du lien juridique par la loi même, celle-ci peut, quant à ces engagements, prendre en considération la contrainte dans la mesure où elle l'entend; tandis que les faits délictuels existant matériellement, il faut une contrainte très forte, faisant presque disparaître la personnalité du sujet; pour que la responsabilité de celui-ci puisse disparaître.

II. — Règles de la responsabilité délictuelle:

Passons maintenant à l'étude de la responsabilité délictuelle. A l'instar des systèmes modernes, nous allons examiner, dans le système islamique, les trois conditions de responsabilité; la faute, le dommage et le lien de causalité.

A) La Faute

La notion de faute, en Droit Musulman, constitue le point le plus délicat et le plus original de la théorie de la responsabilité civile. Partis d'une conception purement objective, rudimentaire, les juristes musulmans sont arrivés, par des applications plus nuancées et plus

adaptées aux exigences rationnelles à une notion plus savante, moins primitive, et d'une subjectivité bien accusée.

Tout d'abord la notion objective a prévalu dans le domaine de ce qu'on appelle «le dommage direct», c'est-à-dire le dommage qui s'incorpore dans le fait même de l'acte, le dommage causé corpore et corpori du droit romain. Dans ce domaine aucun élément subjectif n'est exigé. Le fait même de l'acte dans lequel s'incorpore le dommage constitue la faute. A la différence du délit prévu par la loi Aquilia qui, lui aussi, consistait dans la destruction ou la dégradation matérielle d'une chose corporelle causée corpori c'est-à-dire par le corps, le contact même de l'auteur du délit, «le dommage direct» du droit musulman ne renferme aucun élément subjectif, aucune faute. fût-ce la plus légère. C'est ainsi que la personne dépourvue de discernement, un enfant ou un fou est responsable du dommage causé «directement» à autrui. On a retenu la responsabilité d'un nouveau-né qui tombe au moment même de sa naissance sur un objet appartenant à autrui, et qui en cause la dégradation. comme une application extrême et curieuse de cette règle.

Au «dommage direct» les jurisconsultes musulmans ont opposé le «dommage conséquence» dommage qui ne s'incorpore dans l'acte même, mais qui est seulement la conséquence de l'acte. Voici un exemple classique pour illustrer cette distinction: on coupe la corde à laquelle est suspendue une lampe; la lampe tombe et casse; le fait d'avoir coupé la corde constitue le «dommage direct», tandis que le dommage le plus important, la perte de la lampe n'est qu'un dommage-conséquence. Dans le domaine du «dommage-conséquence» les jurisconsultes musulmans ne se contentent pas pour retenir la responsabilité, du fait de la réalisation du dommage, il faut, en plus, que l'acte qui a causé le dommage soit un acte commis sans droit, un acte illicite. Pour justifier cette différence entre le «dommage direct» et le «dommage-conséquence», on dit habituellement que l'acte qui a infligé un dommage direct est une cause autonome du dommage, et par là même illicite; tandis que l'acte dont le dommage n'est que la conséquence n'est pas une cause autonome, il lui faut donc un caractère d'illicéité pour engager la responsabilité.

Pourtant, les jurisconsultes musulmans, même dans le domaine du «dommage-conséquence», s'étaient au début attachés à une conception également objective. Leur point de départ, comme l'a dit M. Tyan dans son rapport, a été moins un élément psychologique qu'une conception strictement juridique. Voici le principe qu'ils ont posé dans le domaine du

«dommage-conséquence»: l'auteur d'un acte qui produit des conséquences préjudiciables à autrui est responsable du préjudice à condition que son acte constitue un «ta'adi»: et le «ta'adi» c'est le fait d'accomplir un acte sans droit. Il ne s'agit pas d'un élément psychologique, d'une faute dans le sens du droit moderne, pour constituer le «ta'adi». il suffit que l'acte soit commis objectivement sans droit. Nous en donnons deux exemples. Une personne qui, sans autorisation, ouvre un fossé ou creuse un puits dans la rue. est responsable de la perte de l'animal qui vient y tomber et s'y tuer, parce que cette personne a agi sans droit: si ce fossé avait été ouvert dans la Propriété de cette Personne ou avec l'autorisation de la Puissance Publique l'acte aurait été accompli avec droit et son auteur ne serait Pas responsable de ses conséquences dommageables. On ne cherche Pas s'il y a une faute commise. si l'agent du dommage a exercé l'acte incriminé en dehors des limites qu'observe un homme ayant une conduite et une intelligence moyenne; il n'y a qu'un seul critérium c'est celui de la licéité. Nous choisissons le deuxième exemple dans le domaine de ce qu'on appelle le «Chabs» ou usurpation, qui. avec l'tlaf, c'est-à-dire la destruction ou la dégradation, constituent les deux applications fondamentales de la responsabilité délictuelle en droit musulman. L'usurpation c'est la détention illégale de la chose d'autrui. Le fait même de posséder la chose d'autrui sans droit, même sans violence et même de bonne foi, est une usurpation. L'acte est illicite parce qu'il est commis sans droit. Nous venons maintenant à l'application annoncée. L'usurpateur doit restituer au propriétaire la chose; il n'y a là qu'une application normale de l'action en revendication. Mais en supposant qu'un possesseur de bonne foi de la chose d'autrui, une personne qui détient cette chose sans droit, et en supposant la perte de cette chose entre ses mains, même à la suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure, il est néanmoins responsable de remettre au propriétaire l'équivalent de la chose. Sa bonne foi et le fait que la perte est due à une force majeure, c'est-à-dire l'absence complète d'une faute de sa part, ne purge point le caractère illicite de son acte, l'état objectif où il se trouve comme possesseur sans droit de la chose d'autrui.

Dans les deux domaines du «dommage direct» et du «dommage-conséquence», les juristes musulmans se sont donc attachés à une conception purement objective. Mais nous allons voir maintenant que le domaine du «dommage direct» sera laissé intact, tandis que l'ingéniosité des juristes va s'exercer sur la conception du «ta'adi» dans le domaine du «dommage-conséquence». D'une notion purement objective, ils

vont arriver graduellement à une notion de plus en subjective. ils vont nuancer le sens du mot «ta'adi» pour arriver à une notion conforme à celle de faute du droit moderne. Le ta'adi qui était auparavant un acte illicite sans négligence, deviendra désormais un acte illicite par négligence, et même acte illicite par exercice abusif du droit. On serait donc responsable lorsqu'on commet un acte illicite, c'est-à-dire:

- 1) Lorsqu'on excède son droit, même sans négligence;
- 2) Lorsqu'on excède son droit avec négligence;
- 3) Lorsqu'on n'excède pas son droit, mais on en abuse.

Nous avons déjà examiné la première hypothèse. Il nous reste à suivre le développement du système islamique dans les dernières hypothèses: excès du droit avec négligence et abus du droit.

Excès du droit avec négligence: Ici on passe de la conception objective avec à la conception subjective. La négligence, un état psychologique, est une base de responsabilité. Mais cette responsabilité subjective à un double critérium, objectif et subjectif.

La négligence est démontrée par un critérium extérieur et objectif, lorsqu'on suit une ligne de conduite qui n'est pas ordinaire. On répand, sur la voie publique, de l'eau d'une façon excessive qui dépasse les limites, ce qui provoque la glissade et la blessure d'un passant. On allume un feu comme il n'est pas d'habitude d'allumer. Par application de ce principe, le professionnel n'est responsable que s'il s'est écarté des règles habituelles de son art.

Du critérium objectif on passe au critérium subjectif. On est fautif lorsqu'on n'a pas fait ce qu'on aurait dû faire lorsqu'il était possible à l'auteur du dommage de l'éviter. Un individu conduit une caravane, un des chameaux écrase un passant, le conducteur est responsable. «parce qu'il était de son devoir de veiller à la marche de la caravane. qu'il lui était possible d'éviter l'accident et qu'en conséquence, il a été motâadi par négligence». Un forgeron allume le feu dont une flamme atteint un passant dans la rue: le forgeron ne sera responsable que s'il avait placé le feu au bord de sa boutique en un point tel qu'il pouvait savoir que ce feu pouvait atteindre quelque chose se trouvant dans la rue». (Hamidiyya. VI.42). Inutile d'ajouter que l'intention de nuire, suprême subjectivité, passe sous le nom de tâamoud, à côté de tâadi, comme base de responsabilité.

Abus du droit. — Le droit musulman connaît la théorie de l'abus des droits sous ses deux formes, objective et subjective. Sous sa forme objective, la théorie se résume dans la formule suivante: l'exercice par un individu de son droit engage la responsabilité de celui-ci, s'il en résulte un préjudice excessif et anormal à autrui. Ainsi il ya un abus de droit dans le cas d'un propriétaire qui fait de sa maison un bain public dont les fumées gênent considérablement les voisins (Bazzaziyya VI,415). De même le voisin qui élèverait si haut et d'une façon si contigue le mur de sa maison, de telle sorte que la lucarne, la seule, par laquelle pénètre la lumière dans la boutique d'un tisserand se trouve bouchée, serait obligé à démolir la partie du mur qui entrave la lumière (Hamidiyya II, 265). Est considérée comme préjudice excessif et anormal le fait d'avoir une vue sur les lieux de réunion des femmes du voisin.

Sous une forme subjective, la théorie établit la responsabilité de celui qui, dans l'exercice de son droit, est inspiré par l'intention de nuire. Au cas d'une plainte adressée à une autorité contre un individu, si celui qui a rapporté les faits a parlé mensongèrement ou, si même ayant dit la vérité, il ne visait pas à faire cesser un préjudice actuel ou à écarter un préjudice menaçant, sa responsabilité se trouve engagée (Damanât 155, Fousulain, I,79). Il n'est même pas nécessaire qu'on soit inspiré par l'intention de nuire. Il suffit qu'on agisse sans intérêt personnel et légitime tout en portant préjudice à autrui. Une personne trouve, dans sa maison, un vêtement appartenant à autrui; si elle le jette à la rue, et qu'ainsi le vêtement s'abîme, sa responsabilité serait engagée.

présomption de faute — Avant de terminer l'examen de la question de faute, il importe de signaler que le droit musulman ignore presque complètement la présomption de faute. Le maître n'est responsable du fait de son préposé, le père de son enfant, qu'en vertu d'un ordre exprès et particulier (ordre valable et juste) donné par un supérieur à son subordonné. On pourrait en trouver la justification plutôt dans la théorie de la contrainte que dans celle de la faute présumée.

Quant à la responsabilité du fait des animaux un principe bien connu est ainsi résumé: «Le délit de la bête ne comporte pas de réparation حياطة الماعىء جاز».

Le détenteur d'un animal n'est responsable qu'en vertu d'une faute caractérisée à sa charge, ne serait-ce qu'une faute négative, une simple abstention fautive. «Si le propriétaire de l'animal, établit l'art. 929 du Méjellé, le voyait alors qu'il détruisait le bien d'autrui, et s'il ne l'a pas

empêché, il engagerait sa responsabilité». Voir également Art. 930,931,932,934 du Méjella et p.15 du rapport Goadby). l'Ecole-Chafiite est jusqu'a établir une sorte de présomption de faute dans certains cas. «La garde de l'animal, lit-on dans Wagiz 11, 113, pendant la nuit est à la charge de son msître Il y a là une présomption de faute contre lui. Il devait garder l'animal, le mettre dans l'impossibilité de s'évader, de causer un préjudice. L'animal s'est évadé, et il a causé un préjudice. C'est donc que son propriétaire n'a pas bien rempli son obligation de garde».

Reste la responsabilité du fait des choses. Les juristes musulmans maintiennent ici comme ailleurs le principe que la responsabilité ne saurait être engagée que par un fait émanant de l'activité directe de l'homme. Il n'y a pas de la part du propriétaire (dont le mur tombe) un fait positif qui soit la cause dircte ou indirecte du dpmmage» (Bahr, VIII, 353). Au cas d'un objet mobilier qui tombe d'un mur sur lequel le propriétaire l'avait placé on dit encore «qu'il l'avait placé dans sa propriété. Il n'a donc commis aucun tâadi, aucun acte illicite». (Bahr, VIII, 353). Dans ce domaine l'Ecole Chafiite a appliqué le principe dans toute sa rigueur. C'est le tour de l'Ecole Hanifite de s'y montrer plus large, un peu plus favorable au système de faute présumée. D'une façon generale, elle admet la responsabilité du propriétaire du mur qui se trouve, par un vice de construction ou par le fait qu'il penche sur la propriété d'autrui, dans un état dangereux: et encore le propriétaire ne répond du dommage causé par sa construction dangereuse que s'il avait été l'objet d'un avertissement préalable, à moins que ce propriétaire ne se trouve dans un état de tâadi, comme par exemple si l'édifice déborde sur la propriété d'autrui par activité personnelle du propriétaire lui-même, auquel cas l'avertissement préalable n'est plus nécessaire.

B. — Le Dommage

La deuxième condition nécessaire pour la réalisation de la responsabilité délictuelle est le dommage. Les jurisconsultes musulmans, pour retenir la responsabilité, exigent que l'acte fautif ait causé un dommage réel. Une personne qui égorge la brebis d'autrui, mais parvient à prouver que la brebis était sur le point de mourir lorsqu'il l'a tuée, n'est pas responsable. On a brisé une pièce de fausse monnaie, on ne devra aucune réparation, aucun préjudice n'ayant pu résulter de cet acte.

On est tenu de réparer l'intégralité du dommage direct; celui qui égorge le petit d'une brebis sera responsable, non seulement du fait de la perte du

petit, mais aussi du dessèchement du lait de la mère (Foussoulain, II, 87). Le calomniateur sera responsable de la mort de l'individu qu'il a calomnié auprès du Prince, non seulement pour la peine que ce dernier lui aurait imposé, mais aussi pour la mort qu'il aurait trouvée en voulant échapper à la tyrannie du Prince, en faisant une chute dans sa fuite (Rad V, 186).

Seul le dommage matériel peut motiver une réparation; le dommage moral ne saurait engager la responsabilité civile. Une injure, même causant une douleur à l'âme de l'injurié, ne saurait donner lieu à une indemnisation quelconque (Bahr, VIII, 340, Mabsout XXVI, 81):

(لو شتمه شتماً يؤلم نفسه لا يعرض شيئاً)

En principe, la réparation doit être en nature; mais en cas d'impossibilité, d'une réparation en nature, on a recours à des dommages-intérêts. «Si la chose endommagée ou elle est une chose fongible, on en doit une pareille; si elle est non-fongible, on en doit le prix» (Badayé, VII, 168).

Pour la fixation des dommages-intérêts en dépit d'une certaine tendance à adopter des règles fixes et rigides, Abou Youssef, n'admet pas cette rigidité, et il est d'avis qu'il y a lieu à appréciation équitable du préjudice subi (Hindiyya, VI, 54). La contrainte par corps est admise en droit musulman en matière civile. Il n'y a pas de responsabilité solidaire entre les co-auteurs d'un même dommage (Ilidaya, IV, 164).

C. — La lien de causalité

Notion objective du lien de causalité: Les jurisconsultes musulmans se sont fait une conception trop étroite du lien de causalité. Ils ont posé en principe que le dommage doit être exclusivement la conséquence de l'acte incriminé. Si, entre le fait initial et le dommage, il s'interpose une conséquence qui contribue à consommer le préjudice, il n'y aura pas lieu à responsabilité. Ce principe a été quelquefois appliqué avec une rigueur excessive. C'est ainsi qu'une personne qui lâche un animal dans la rue publique n'est pas responsable si l'animal, après avoir marché dans le sens où il avait été poussé, s'arrête un instant, puis se dirige dans un autre sens et y cause un dommage; car le fait de la personne a cessé par l'arrêt de l'animal, et le dommage causé par la suite n'est pas l'effet de l'acte de la personne, mais celui de l'activité propre de l'animal (Foussoulain II, 84). On a même soutenu qu'une personne, ouvrant la cage d'un oiseau et le laissant s'envoler, n'est pas responsable, car, indépendamment du fait de l'homme,

il y a eu le fait de l'animal qui s'est échappé «de son propre gré, de sa propre volonté» (Fousoulain, II, 85).

Le principe a été consacré par le Mejjellé dans son article 90 ainsi conçu: «Lorsqu'il existe en même temps un agent direct, c'est-à-dire, celui qui a commis personnellement un acte, et une personne qui en a été la cause indirecte, le premier seul est responsable».

إذا اجتمع المباشر والسبب يضاف الحكم إلى المباشر

On lit la confirmation du principe dans le Wagiz, II, 91: «Toutes les fois qu'il y a concours de deux causes différentes, la première (causa proxima) prime la seconde (causa remota)». C'est ainsi que la personne qui creuse un puits dans la voie publique n'est pas responsable, si une autre personne place au bord de ce puits une pierre contre laquelle un passant bute et tombe dans le puits où il trouve la mort; c'est la dernière personne qui sera exclusivement responsable (Bahr, VIII, 349).

Brèches faites au principe. — A cette conception étroite, on n'a pas tardé à faire des brèches. C'est ainsi que les auteurs musulmans sont arrivés à admettre que pour l'exonération de l'auteur de la causa remota il faut que l'acte qu'il a posé ne soit pas de nature à pouvoir causer le dommage de par lui seul; autrement les auteurs de la causa remota et de la causa proxima seront, tous deux, tenus pour responsables.

إن السبب لم لا يضمن مع المباشر إذا

كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الأتلاف . أما إذا كان السبب يعمل بانفراد فيشتركان
(الرد ٥ - ٥٣٦ -)

Un cheval monté par une personne et conduit par une autre écrase un passant; le conducteur, considéré comme auteur de la causa remota, est aussi responsable que le cavalier, l'auteur de la causa proxima.

Une seconde restriction: la responsabilité de l'auteur de la causa est écartée en retenant exclusivement celle de l'auteur de la causa remota, dans le cas où l'acte du premier a été tout à fait involontaire ou commandé par une force majeure. Celui qui, précipité dans un puits ouvert sans droit dans la voie publique, tombe sur une personne qui se trouvait déjà dans ce puits et cause ainsi sa mort, n'est pas responsable; sera seul responsable celui qui a creusé le puits.

Enfin on est arrivé à retenir la responsabilité de l'auteur de la causa remota au cas où la causa proxima ne peut être attribuée à une personne responsable. Ainsi, si l'on n'arrive pas à connaître la personne qui a placé la pierre près du fossé, on remontera à la personne qui a creusé le fossé pour l'obliger à réparer le préjudice causé à celui qui a buté contre la pierre et est tombé dans le puits.

C'est ainsi que la notion de causalité s'est assouplie peu à peu et s'est écartée de l'orientation strictement objective. on a déjà vu qu'on est allé jusqu'à admettre qu'une personne qui accuse faussement une autre est responsable des conséquences dommageables de cette fausse accusation, comme par exemple si l'accusé est mis au supplice, ou si en cherchant à s'enfuir et en sautant d'une terrasse, il tombe et se tue (Fousoulain, II, 79).

Causes exconeration — La responsabilité est écartée, si le dommage est arrivé à la suite d'un événement irrésistible: force majeure, cas fortuit ou le fait d'un tiers.

Un enfant, enlevé à la garde de ses parents par un individu, meurt entre les mains de ce dernier par suite d'un coup de foudre qui l'a atteint, le ravisseur ne sera pas responsable (Badayé, VII, 166).

Un cheval s'emballe dans la voie publique et cause la mort d'un passant. Le cavalier ne sera pas tenu pour responsable de cette mort si le mouvement du cheval a été tellement fort et impétueux qu'il n'a plus été possible de le retenir (Damanat, 166).

Un passant est blessé par le coup de pied d'un cheval conduit par une personne, mais le mouvement de l'animal n'a pas été normal; il a été provoqué par une piqure faite par un tiers. Celui-ci seul sera responsable. (Mabsout, XXVII, 2).

Causes de justification — La légitime défense est une cause justificative. celui qui, attaqué avec une arme, le jour ou la nuit, tue son agresseur, ou lui cause un dommage moindre, n'est pas responsable; «l'agresseur a lui-même annulé son sang. il y a nécessité, la nécessité d'éviter le mal» (Hidaya IV 133). Une femme se voyant l'objet d'une tentative de viol ne trouve d'autre moyen de repousser l'agresseur que de le tuer. La femme n'aura pas à répondre de cette mort, parce qu'elle n'a pu faire autrement pour se préserver (Damanat, 166).

L'état de nécessité n'est pas une cause justificative. L'article 33 du Méjellé établit que: «La nécessité n'anéantit pas le droit d'autrui. Ainsi l'affamé qui, sur le point de mourir, s'empare de la nourriture d'autrui, en devra le prix.» L'art. 919 du Méjellé ajoute: «Le propriétaire qui démolit la maison de son voisin et évite que l'incendie allume dans le quartier ne se communique à sa propre maison, doit à son voisin des dommages-intérêts. Mais si l'état de nécessité résulte d'une contrainte complète (menace qui fait craindre la perte de la vie ou d'une partie du corps), il devient une cause justificative.

L'ordre de l'autorité légitime écarte la responsabilité. Celui qui ouvre un puits dans la voie publique sur l'ordre de l'autorité légitime, ou même avec sa simple permission, n'a pas à répondre des conséquences dommageables de son acte (Khanyya, III, 207; Badaye, VII, 277).

Le consentement préalable du lésé écarte également la responsabilité, car si l'on oblige l'auteur du préjudice au paiement des dommages-intérêts, il aurait le droit de recourir contre le lésé qui avait autorisé le préjudice; c'est donc pour éviter une sorte de circuit d'actions que cette règle a été posée.

إذا أتلف مال الإنسان بآذنه لا يجب الضمان لأن عدم الوجوب ليس لعدم العصمة ، بل لعدم الفائدة لأنه لو وجب الضمان عليه لكان له أن يرجع عليه بما ضمنه فلا يفيد (البدائع ٧ - ١٦٨) .

•

CONCLUSION

Nous avons parcouru les principes fondamentaux de la responsabilité civile et pénale dans le droit musulman. Il nous reste d'en tirer quelques conclusions.

1) Il est à remarquer que la tendance objective est prépondérante dans le système islamique. Nous avons vu que cette tendance est très accusée dans toute la théorie de la responsabilité à cause de lésions corporelles. La même tendance plane également sur le domaine de la responsabilité à cause des atteintes à la propriété. Tout dommage direct, causé corpore corpori, est complètement envisagé sous l'angle objectif. La notion de faute, celle de dommage, celle du lien de causalité, la théorie de l'abus des droits, sont toutes imbuées d'objectivité.

Cette tendance objective prépondérante facilite singulièrement, il est vrai, l'admission des théories objectives modernes, telles que la théorie des risques et celle de responsabilité des personnes dépourvues de discernement, dans le cadre du droit musulman.

Pourtant, la tendance subjective n'a pas tardé à paraître, et à s'accroître graduellement sur bien des terrains où on n'admettait auparavant qu'un point de vue objectif. C'est ainsi que la notion de faute et celle du lien de causalité ont sensiblement évolué dans un sens subjectif.

2) Le système islamique, tel que je l'ai exposé, contient en lui-même les germes de son évolution. Il n'est pas difficile, dans ce système, de faire une ligne de démarcation entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile. En ce qui concerne la responsabilité pénale, nous avons vu comment le système islamique considère certains actes comme délits publics, avec des peines fixées par la loi (les Haddes), mais avec des conditions de preuve très difficiles à satisfaire. Si l'on mettait de côté ces délits, étant donné la difficulté excessive de preuve, le champ resterait libre pour l'élaboration d'un système pénal moderne dans le droit musulman, en se servant de la théorie du châtement public (التعزير في حق الله).

Le législateur, dans les différents pays musulmans, pourrait, sans sortir du cadre de cette théorie, incriminer au préalable certains actes déterminés et leur fixer des peines. Il pourrait, même au besoin, laisser ce soin au juge dans une certaine mesure.

3) En ce qui concerne la responsabilité civile, le système islamique est bien avancé dans le domaine des atteintes à la propriété. Les jurisconsultes musulmans sont arrivés dans le développement de leur conception de faute, sous ses deux formes objective et subjective, à un degré de perfectionnement tel qu'on ne saurait envier les systèmes modernes. C'est dans le domaine des lésions corporelles que le développement du droit musulman est encore arrêté. Mais nous avons la clef qui ouvre la voie à l'évolution nécessaire dans «l'appréciation équitable du juge». Si l'on écarte les cas où le talion ou la composition est dû, et ce sont des cas assez rares comme nous venons de voir, nous nous trouvons en face des lésions corporelles où le juge est laissé à sa libre appréciation pour déterminer la sanction due. Le chemin est donc libre pour l'élaboration d'un système de responsabilité civile avec toutes ses modalités, d'autant plus qu'en dehors des deux domaines des lésions corporelles et des atteintes à la propriété, la théorie du châtement privé, qui correspond à celle du châtement

public, facilite la tâche du juge dans l'élaboration d'un tel système, à condition qu'on décompose cette peine privée en ses deux éléments: la sanction pénale et la sanction civile.

Il est donc possible de faire continuer l'évolution du système islamique, dans le domaine de la responsabilité, au moyen de trois principes fondamentaux : la théorie du châtime public, qui servira come une pierre d'assise pour l'élaboration d'un code pénal moderne, la théorie du châtime privé et celle de l'appréciation équitable du juge, qui formeront le point de départ d'un système de responsabilité civile conforme aux besoins actuels de la vie.

فهرس

الموضوع	رقم الصفحة
تقدير ووفاء	٣
فهرس مقالات الدكتور السنهورى	٥
الدين والدولة فى الاسلام	٩
تطور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية	١٩
تقرير عن المؤتمر الدولى للقانون المقارن بلاهاى فى اجتماعه الأول سنة ١٩٣٢	٢٣
فقرات مقتبسة	٣١
الامبراطورية الغربية التى تبشر بها	٣٣
بيان الدكتور السنهورى	٣٣
نبى المسلمين والعرب	٣٧
وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى	٤١
وجوب مراجعة القانون المدنى المصرى	٤٨
اولا : عيوب التقنين المدنى المصرى	٥١
عيوب التقنين المدنى من حيث الشكل	٦٧
ثانيا : تقديم التشريعات الحديثة	٧٧
١ - القانون الألمانى	٧٨
ب - القانون السويسرى	٨٢
ج - المشروع الفرنسى الايطالى	٨٧
اولا : الأسس التى تبنى عليها التنقيح من حيث الشكل	٩٧
الشرعية الاسلامية	١٤١
مشروع تنقيح القانون المدنى	١٦٩
١ - المصادر التى استند اليها المشروع	١٧٣
٢ - نظرة عامة فى المشروع	١٨١
محاضرة عن واجبنا القانونى بعد المعاهدة	١٧٨
٣ - واجبنا نحو المحاماة	١٩٣
٤ - واجبنا نحو الفقه ودراسة القانون	١٩٥
مقدمة كتاب الامتيازات الأجنبية	٢٠١
مقدمة الكتاب	٢٠٣
اولا - التشريع	٢١٤

الموضوع	رقم الصفحة
القسم الثاني . التشريعات الأخرى غير التشريع	٢٢١
القسم الثالث : التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها	٢٢٧
ثالثا : الادارة	٢٤٧
كلمة ختامية	٢٥٥
مجلة القضاء في عهدها الجديد	٢٥٩
كتاب مرفوع إلى فخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدني العراقي ..	٢٦٥
من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي	٢٦٩
كلمة موجزة عن تاريخ التقنين المدني بوجه عام منذ القرن التاسع عشر إلى اليوم	٢٧١
أولا - التقنينات اللاتينية	٢٧٣
١ - تقنين نابليون	٢٧٣
* التقنين اللبناني	٢٨٤
التقنين المدني في بلاد الشرق العربي	٢٨٦
ب - المشروع الفرنسي الايطالي	٢٨٧
الصياغة التشريعية للمشروع الفرنسي الايطالي وترتيبه	٢٨٨
ثانيا - التقنينات الجرمانية	٢٩٤
١ - التقنين النمساوي	٢٩٤
ب - التقنين السويسري	٢٩٧
ج - التقنين الألماني	٣٠٠
ثالثا - التقنينات الأخرى الحديثة التي ظهرت في القرن العشرين	٣٠٤
١ - التقنين السوفيتي	٣٠٥
ب - التقنين البولوني	٣٠٨
التقنين المدني في العراق	٣١٠
أولا - الشكل والصياغة	٣١٣
ثانيا - العادة والموضوع	٣١٧
أولا : الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق	٣١٩
ثانيا : على أي وجه يأخذ العراق تقنيته الجديد من الشريعة الاسلامية	٣٢٤
التعاون الثقافي والتشريعي	٣٢٧
١ - التعاون الثقافي قبل إنشاء الجامعة العربية	٣٢٧
٢ - التعاون الثقافي في نصوص ميثاق جامعة الدول العربية	٣٢٩
٣ - المعاهدة الثقافية	٣٣١
٤ - لجنة التعاون الثقافي	٣٣٣

الموضوع	رقم الصفحة
تقديم بقلم الدكتور عبد الرزاق السنهوري	٣٣٧
مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية	٣٦٩
القسم الأول	٣٧٥
مخالفة التشريع للدستور	٣٧٥
١ - الاختصاص	٣٨٤
الأحكام العرفية	٣٨٤
اللوائح والقرارات التنفيذية واللوائح الإدارية المستقلة	٣٨٧
الشكل	٣٩٥
المحل	٤٠٢
أولا مبدأ الفصل بين السلطات	٤٠٢
النصوص المتعلقة بالحريات والحقوق العامة	٤١٥
نصوص الدستور التي وردت في غير الحريات والحقوق العامة والتي ترسم للمشرع سلطة محددة	٤١٩
القسم الثاني	٤٢٣
الانحراف في استعمال السلطة التشريعية	٤٢٣
منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية	٤٢٨
معيار الانحراف في استعمال السلطة التشريعية	٤٢٩
الفرض الأول - الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معيار موضوعيا	٤٣٢
الفرض الثاني - مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذي رسم له	٤٣٣
الفرض الثالث - كفالة الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية	٤٣٧
الفرض الرابع - احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض	٤٤١
الفرض الخامس - مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه (نظرية القانون الأعلى)	٤٥٣
أهمية التمييز بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية	٤٧١
إثبات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية والجراء الذي يترتب على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية	٤٧٥
تصدير	٤٧٩
القانون المعدني العربي	٤٨٥
الماضي	٤٨٧

الموضوع	رقم الصفحة
القانون المدني العراقي الجديد	٤٩٦
المستقبل	٥٠١
نظرة في الفقه الاسلامي	٥٠٣
الغاية من دراسة الفقه الاسلامي	٥٠٦
La Responsabilité Délictuelle dans le Droit Egyptien	٥١١
L'UNIVERSITE EGYPTIENNE	٥٢٥
Extrait du Compte-Rendu des Dlibérations De La Section	٥٣٣
LA RESPONSABILITE CIVILE ET PENALE	٥٤٩

تم الطبع بمطبعة جامعة القاهرة
والكتاب الجامعى
المدير العام
البرنس حموده حسين عمر

UNIVERSITE DU CAIRE
Faculte de Droit

قروش چنديه
۱۴۰۰
جز ۲

Articles et Recherches
Par
Prof. Abd El Razzak El Sanhowry



(I)

Edition Speciale

REVUE AL QANOUN WAL IQTISAD