الفصل الثالث

الثقافة القانونية للمهندسين ومدراء العقود

محتويات الفصل

٣-١ تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية.
٣-٢ أنواع القواعد القانونية.
٣-٣ المصادر الرسمية للقانون.
٣-٤ نطاق تطبيق القانون.

* * *

٣- مدخل لدراسة العلوم القانونية :

بداية يجب على دارس القانون أو من يرغب في المعرفة القانونية أن يبدأ بمعرفة الأسس التي يجب الإحاطة بها لفهم العلوم القانونية وتكوين الملكة القانونية، من أجل ذلك يجب التعرف على القواعد القانونية وكيفية إصدار القانون ومن ثم مراتب التشريع ومصادره.

إن موضوعات نظرية القانون خصبة ومتعددة فهي حجر الأساس للدراسات القانونية وبدونها لا يستطيع دارس القانون أن يحيط بها إلا من خلال دراسة وفهم ماهية القواعد القانونية وبيان خصائصها وأنواعها ومصادرها ولهذا فإن دراستنا في نظرية القانون تنقسم إلى الفصول التالية:

تعريف القانون وبيان خصائص القاعدة القانونية.

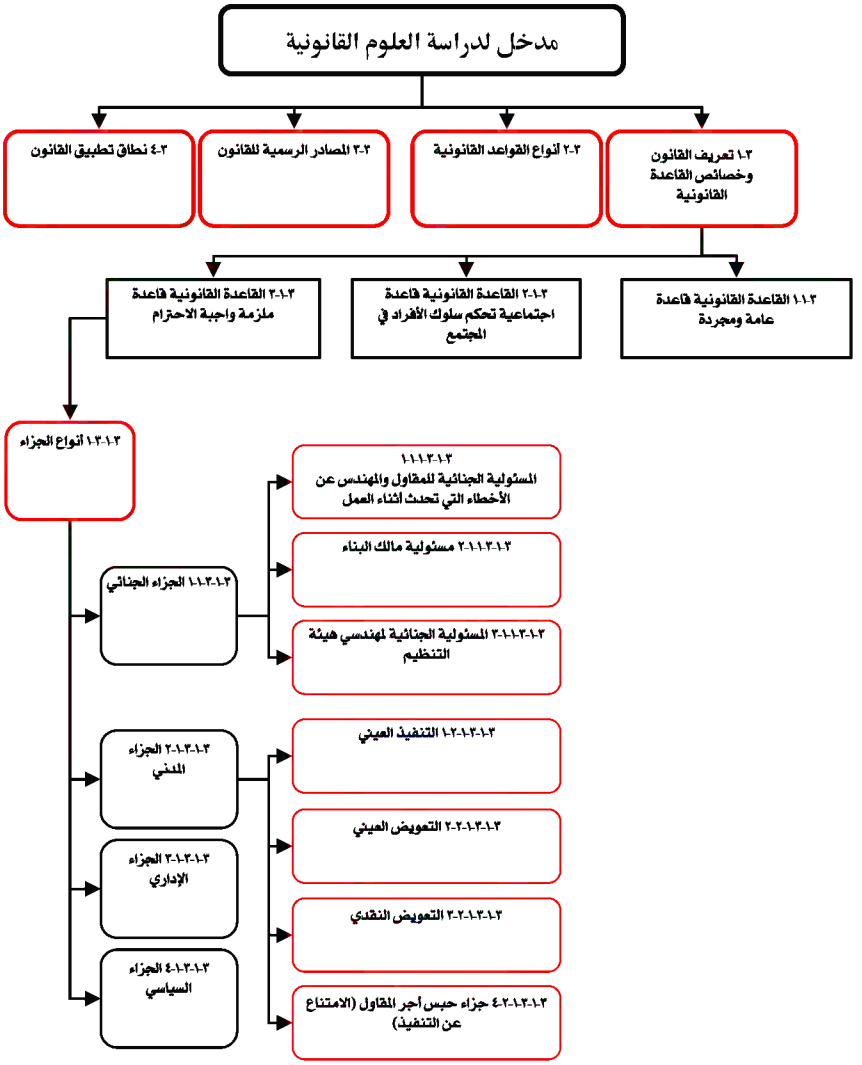
أقسام القانون.

مصادر القانون.

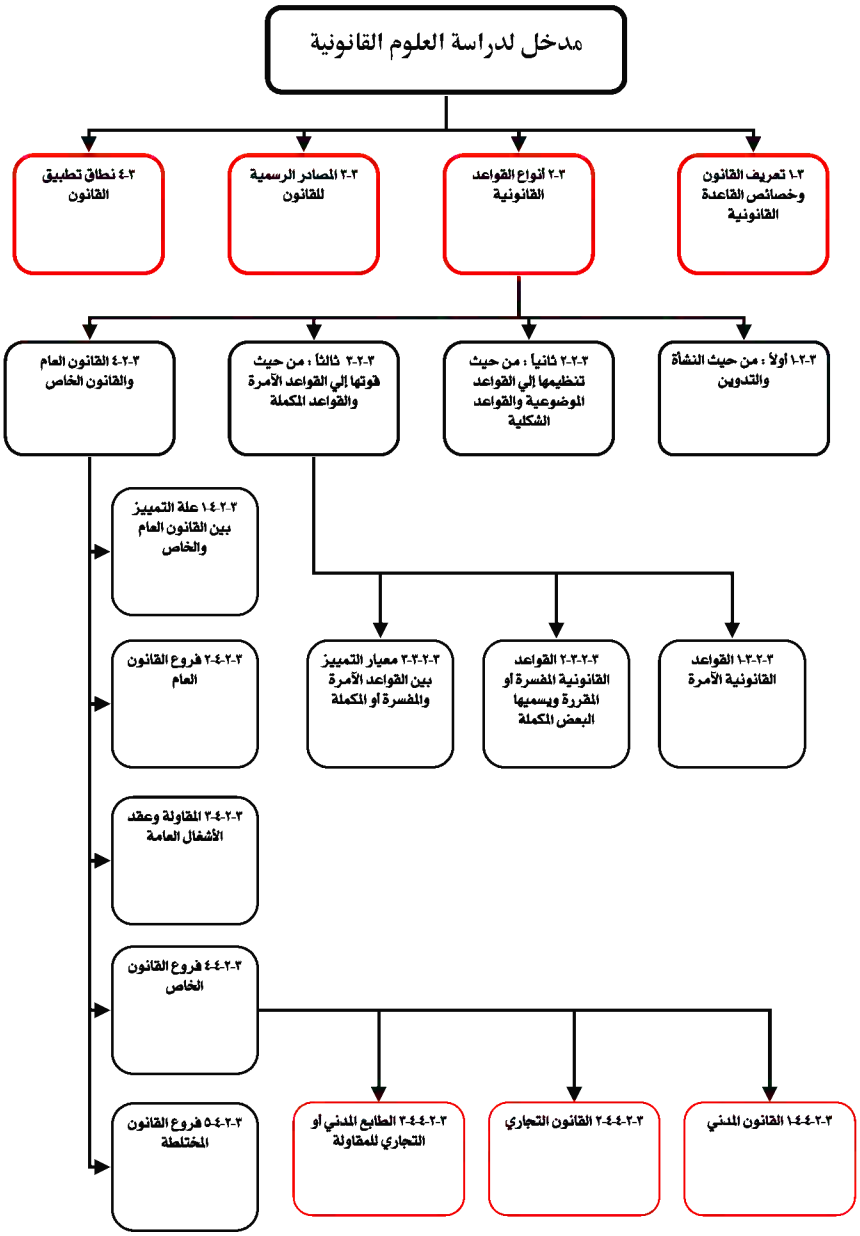
نطاق تطبيق القانون.

هذا ويتناول الفصل الجوانب المتعلقة بالثقافة القانونية للمهندسين ومدراء العقود حسب الأشكال الموضحة (٣-١-أ) ، (٣-١-ب)، (٣-١-ج)

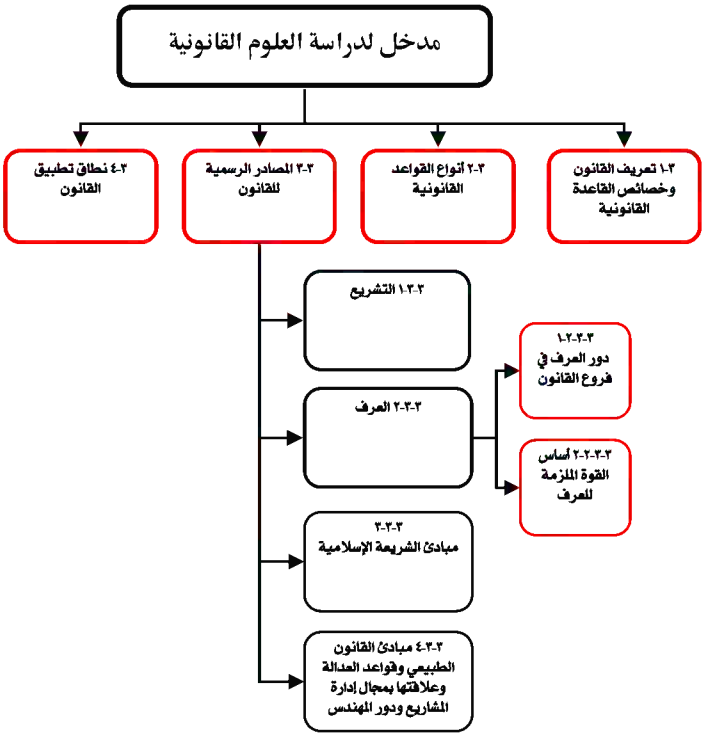
* * *


مدخل لدراسة العلوم القانونية
١-٣ تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية
٢-٣ أنواع القواعد القانونية
٣-٣ المصادر الرسمية للقانون
٤-٣ نطاق تطبيق القانون
١-١-٣ القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة
٢-١-٣ القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية تحكم سلوك الأفراد في المجتمع
٣-١-٣ القاعدة القانونية قاعدة ملزمة واجبة الاحترام
١-٣-١-٣ أنواع الجزاء
١-١-٣-١-٣ الجزاء الجنائي
١-١-١-٣-١-٣ المسئولية الجنائية للمقاول والمهندس عن الأخطاء التي تحدث أثناء العمل
٢-١-١-٣-١-٣ مسئولية مالك البناء
٣-١-١-٣-١-٣ المسئولية الجنائية لمهندسي هيئة التنظيم
٢-١-٣-١-٣ الجزاء المدني
١-٢-١-٣-١-٣ التنفيذ العيني
٢-٢-١-٣-١-٣ التعويض العيني
٣-٢-١-٣-١-٣ التعويض النقدي
٤-٢-١-٣-١-٣ جزاء حبس أجر المقاول (الامتناع عن التنفيذ)
٣-١-٣-١-٣ الجزاء الإداري
٤-١-٣-١-٣ الجزاء السياسي

شكل (٣-١-أ)


مدخل لدراسة العلوم القانونية
٣-١ تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية
٣-٢ أنواع القواعد القانونية
٣-٣ المصادر الرسمية للقانون
٣-٤ نطاق تطبيق القانون
٣-٢-١ أولاً : من حيث النشأة والتدوين
٣-٢-٢ ثانياً : من حيث تنظيمها إلي القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية
٣-٢-٣ ثالثاً : من حيث قوتها إلي القواعد الآمرة والقواعد المكملة
٣-٢-٤ القانون العام والقانون الخاص
٣-٣-٢-١ القواعد القانونية الآمرة
٣-٣-٢-٢ القواعد القانونية المفسرة أو المقررة ويسميها البعض المكملة
٣-٣-٢-٣ معيار التمييز بين القواعد الآمرة والمفسرة أو المكملة
٣-٤-٢-١ علة التمييز بين القانون العام والخاص
٣-٤-٢-٢ فروع القانون العام
٣-٤-٢-٣ المقاولة وعقد الأشغال العامة
٣-٤-٢-٤ فروع القانون الخاص
٣-٤-٢-٤-١ القانون المدني
٣-٤-٢-٤-٢ القانون التجاري
٣-٤-٢-٤-٣ الطابع المدني أو التجاري للمقاولة
٣-٤-٢-٥ فروع القانون المختلطة

شكل (٣-١-ب)


مدخل لدراسة العلوم القانونية
١-٣ تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية
٢-٣ أنواع القواعد القانونية
٣-٣ المصادر الرسمية للقانون
٤-٣ نطاق تطبيق القانون
١-٣-٣ التشريع
٢-٣-٣ العرف
٣-٣-٣ مبادئ الشريعة الإسلامية
٤-٣-٣ مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وعلاقتها بمجال إدارة المشاريع ودور المهندس
١-٢-٣-٣ دور العرف في فروع القانون
٢-٢-٣-٣ أساس القوة الملزمة للعرف

شكل (٣-١-ج)

٣-١ أولاً: تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية:

Definition of law and the characteristics of the legal rules

عرف الفقهاء القانون بأنه " مجموعة القواعد العامة المجردة التي تقرها الدولة لتنظيم سلوك الأفراد وعلاقة بعضهم ببعض أو بالمجتمع في سبيل تحقيق النظام الاجتماعي ويلتزم الأفراد باحترامها ولو باستعمال القوة عند الضرورة.

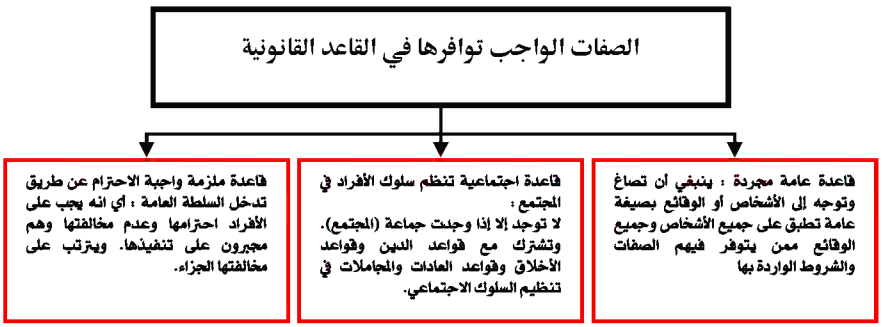
وبعبارة أخرى فالقانون هو مجموعة قواعد هدفها تنظيم شئون الجماعة وحماية النشاط الفردي بما يتلاءم وصالح الجماعة التي يعيش فيها كل منهم مبيناً حقوقهم وواجباتهم.

ومن تعريف القاعدة القانونية يمكن أن نستخلص الصفات الواجب توافرها في القاعدة القانونية كي تحكم سلوك الأفراد وتتلخص تلك الصفات فيما يلي:-

القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة.

القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع.

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة واجبة الاحترام عن طريق تدخل السلطة العامة. وذلك كما هو موضح في الشكل التالي ٣-٢.



الشكل ٣-٢ صفات القاعدة القانونية

٣-١-١ القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة:

General and Abstract

القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة ومعنى ذلك أنها ينبغي أن تصاغ وتوجه إلى الأشخاص أو الوقائع بصيغة عامة تطبق على جميع الأشخاص وجميع الوقائع ممن يتوافر فيهم الصفات والشروط الواردة بها، فالخطاب فيها عام موجه إلى من تتوافر فيه الصفات المنصوص عليها في هذه القاعدة، والعمومية والتجريد وجهان لعملة واحدة، ولا يشترط أن يكون الخطاب في القاعدة موجهاً إلى الناس جميعاً حتى تعتبر القاعدة قانونية، بل قد ينصرف الخطاب إلى طائفة معينة أو إلى فرد واحد فقط دون أن يقدح ذلك فيما للقاعدة القانونية من عمومية وتجريد إذ العبرة ليست بعدد من تتوجه إليهم القاعدة القانونية وإنما بصفتهم مثل القواعد القانونية الخاصة بطائفة المهندسين والمقاولين أو القواعد التي تتوجه إلى شخص واحد مثل التي تنظم مركز رئيس الدولة أو رئيس القضاء فالقاعدة لا تتوجه إلى هؤلاء الأشخاص بذواتهم ولكن تتوجه إليهم بصفاتهم أي إلى كل من يشغل تلك المناصب سواء في الحاضر أو في المستقبل. ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والتي تنص على (يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة .....).

وتقابلها المادة ٦٩٢ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٨٨٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٦١٥ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٧٨٨ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ٧١١ من القانون المدني القطري، والمادة ٦١٧ في القانون المدني السوري، والمادة ٣٨٦ في قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٥٤ في القانون المدني الجزائري، والمادة ٨٨١ في القانون المدني اليمني، والمادة ٨٧٠ في القانون المدني العراقي، والمادة ٦٥٠ في القانون المدني الليبي.

فهذا النص يعد قاعدة عامة ومجردة وإن كانت تخاطب فئة معينة هم المهندسون والمقاولون إلا أنها لا تخاطب مقاولاً معيناً بذاته أو مهندساً معيناً بذاته بل تتوجه إلى كل من تتوافر فيه صفة المقاول وكل من تتوافر فيه صفة

المهندس، فهي تضع حكماً عاماً مجرداً يتعين تطبيقه على أي مبنى وعلى كل مقاول أو مهندس. أياً كان اسمه أو سنه أو عرقه أو مركزه الاجتماعي. وعموماً فالتجريد والعمومية صفتان متلازمتان حيث يترتب على كون القاعدة القانونية مجردة أن تصبح حتماً عامة.

والمحصلة أن تجريد القاعدة القانونية وعموميتها يعني تحقيق المساواة بين الأفراد المتساويين في المراكز القانونية إلا أنها قد لا تؤدي أحياناً إلى تحقيق العدالة لأن القاعدة تؤخذ في مبناها بالسائد والغالب في حين أن الأفراد قد تختلف ملكاتهم وقدراتهم مما يعني أن تحقيق المساواة في المعاملة قد يؤدي إلى الإجحاف بحق البعض.

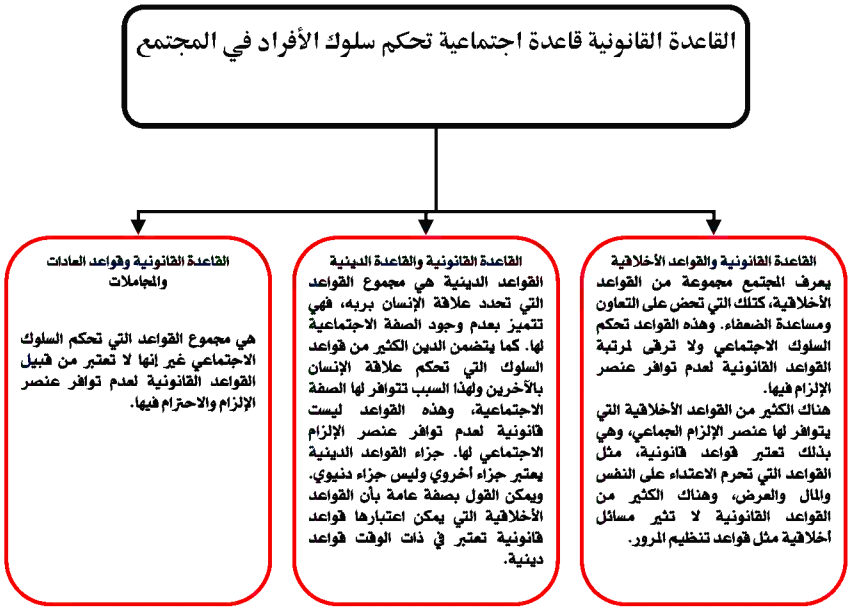
٣-١-٢ القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية تحكم سلوك الأفراد في المجتمع :

Legal rules to regulate society

القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية لا توجد إلا إذا وجدت جماعة، لأن الجماعة هي التي تحتاج لقانون لتنظيم سلوك الأفراد بها وتنظيم العلاقة بين أفراد الجماعة وبعضهم البعض، فإذا لم توجد الجماعة فلا مجال لوجود القانون ، والدولة هي الصورة الواضحة اليوم لمثل هذه الجماعة (المجتمع) ولكي ينظم القانون الروابط الاجتماعية بين الأفراد ويتدخل لتنظيمها فلابد أن يكون هناك مظهر خارجي فلا يهتم القانون بالإحساس أو المشاعر أو النوايا طالما أنها لم تظهر إلى العالم الخارجي فقد يضمر الشخص الحقد لغيره من الناس بل وقد يعزم على قتل غيره ومع ذلك فإن القانون لا يتدخل طالما أن هذه الأمور لم تظهر إلى العالم الخارجي وبقيت في عالم النية والضمير ولكن القول بأن القانون يحكم السلوك الخارجي لا يعني استبعاد عامل النية بصورة مطلقة فقد يدخل القانون نوايا الأفراد ودوافعهم في الاعتبار في حدود صلتها بالسلوك الخارجي للأفراد من ذلك مثلاً حالة القتل فمجرد عزم شخص على قتل آخر لا شأن للقانون به ولكن إذا ترتب علي هذا العزم سلوك خارجي بأن قتله فعلاً فإن القانون يتدخل ويبحث في نية القاتل ليرى ما إذا كان القتل خطأً وعن غير قصد، أم أنه كان مدبراً عن قصد أي كان هناك سبق إصرار على القتل.

ويمكن القول بصفة عامة أن القواعد القانونية تحكم في الأصل السلوك الخارجي للأفراد ولا تهتم بالنوايا والبواعث، ولكن إذا تجاوز العمل مرحلة النية

والتفكير . ودخل في دور التنفيذ أمكن البحث في الدوافع النفسية التي دفعت إليه وإدخالها في الاعتبار. وهناك قواعد تشترك مع القانون في تنظيم السلوك الاجتماعي للأشخاص أهمها قواعد الأخلاق وقواعد الدين وقواعد العادات والمجاملات. ويوضح الشكل التالي الفرق بين القاعدة القانونية والقواعد الاجتماعية الأخري كما سوف يتم تفصيله فيما يلي.



شكل ٣-٣ الفرق بين القواعد القانونية والقاعدة الاجتماعية الأخري

أ- القاعدة القانونية والقواعد الأخلاقية

Legal Rules and Ethics

كل مجتمع يعرف مجموعة من قواعد الأخلاق، كتلك التي تحض على التعاون ومساعدة الضعفاء وتجنب الكراهية والكذب والنفاق، فكل هذه القواعد تعتبر قواعد للسلوك الاجتماعي ولا ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية لعدم توافر عنصر الإلزام فيها.

غير أن هناك الكثير من القواعد الأخلاقية التي يتوافر لها عنصر الإلزام الجماعي، وهي بذلك تعتبر قواعد قانونية بمثل ما تعتبر قواعد أخلاقية، مثل القواعد التي تحرم الاعتداء على النفس والمال والعرض، والقواعد التي تحض على الوفاء بالعهود والتي تحرم الإثراء بطريق غير مشروع، فكلها تعتبر قواعد أخلاقية بالإضافة لكونها قاعدة قانونية لتوافر عنصر الإلزام فيها.

غير أن التقاء القانون والأخلاق على ذات القاعدة في بعض الأحوال ليس معناه أن جميع قواعد القانون تعتبر قواعد أخلاقية في ذات الوقت، فهناك الكثير من القواعد القانونية لا تثير مسائل أخلاقية مثل قواعد تنظيم المرور والقواعد التي تحدد مواعيد الطعن في الأحكام والقواعد التي تشترط الرسمية في بعض التصرفات.

على هذا النحو يمكن القول بأن هناك منطقة يلتقي فيها القانون بالأخلاق، ثم ينفصل كل منهما عن الآخر بعد ذلك ليأخذ امتداده المستقل.

ب- القاعدة القانونية والقاعدة الدينية

Legal Rules and Religions

نعلم أن القواعد الدينية هي مجموعة من قواعد السلوك التي تحدد علاقة الإنسان بربه، وهذه القواعد تتميز عن القواعد القانونية بعدم وجود الصفة الاجتماعية لها، كما أن الدين يتضمن كثيراً من قواعد السلوك تحدد علاقة الإنسان بالآخرين وتتوافر لها بذلك الصفة الاجتماعية. هذه القواعد تظل مع ذلك بعيدة عن منطقة القانون نظراً لعدم توافر عنصر الإلزام الاجتماعي لها.

وتتضمن قواعد الدين في الحقيقة تكليفاً ويتوافر لها جزاء، غير أن هذا التكليف لا يكون صادراً عن المجتمع وإنما عن الله سبحانه و تعالى، ولذلك كان

جزاء مخالفة القواعد الدينية جزاء أخروياً وليس جزاء دنيوياً كما هو الحال في القواعد القانونية، غير أن ذلك لا يمنع من التقاء القانون والدين على بعض القواعد، على نحو ما رأيناه بالنسبة لالتقاء القانون والأخلاق. ويمكن القول بصفة عامة بأن القواعد الأخلاقية التي يتوافر مقابل لها في القانون تعتبر في ذات الوقت قواعد دينية.

كذلك فإن القانون كثيراً ما يرجع إلى الدين لاعتماد بعض قواعده المتعلقة بالسلوك الاجتماعي، ويتضح ذلك بصفة خاصة بالنسبة للأديان التي لا تقتصر قواعدها على تنظيم علاقة الإنسان بربه وإنما تتجاوز ذلك إلى تنظيم مسائل الدنيا كما هو الحال في الشريعة الإسلامية.

ج- القاعدة القانونية وقواعد العادات والمجاملات

Legal Rules and Traditions

يتعارف الناس في المجتمع على بعض قواعد السلوك الاجتماعي غير أنها لا تعتبر من قبيل القواعد القانونية لعدم توافر الاعتقاد في وجوب الإجبار على احترامها، كما هو الحال في القواعد القانونية. ومع ذلك فمن المتصور أن ترتقي بعض هذه القواعد إلى مرتبة القواعد القانونية، وذلك إذا ما صارت من الأهمية بالنسبة للمجتمع على نحو يصير معه التكليف باحترامها من قبل المجتمع، كما لو صدر قانون بفرض زي معين على الناس أو على فئات منهم وكما لو صدر قانون يحرم عادة من العادات.

٣-١-٣ القاعدة القانونية قاعدة ملزمة واجبة الاحترام :

should be obeyed

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة واجبة الاحترام ولو عن طريق تدخل السلطة العامة، والمقصود بإلزام القاعدة القانونية أنه يجب على الأفراد احترامها وعدم مخالفتها وهم مجبرون على تنفيذها وليس لهم الخيار في اتباعها أو عدم اتباعها، فهذه الصفة نتيجة طبيعية ومنطقية لوظيفة القانون في تنظيم المجتمع حتى يسود الأمن الجماعي، فالإلزام هو الاحترام وعدم المخالفة، فالقاعدة القانونية مفروضة على الجميع ولو بالقوة عند الضرورة، وصفة الإلزام مشتركة بين القواعد القانونية وسائر القواعد الاجتماعية الأخرى كقواعد الدين والأخلاق ولكنها تتميز عنها جميعاً بالجزاء الذي تقترن به فهي تقترن بجزاء مادي ملموس توقعه

السلطة العامة على من يخالفها ولو اقتضى الأمر استخدام القوة عند الضرورة، بينما ينحصر الجزاء في حال مخالفة قاعدة من قواعد الأخلاق على تأنيب الضمير وازدراء المجتمع، كما أن الجزاء على مخالفة قواعد الدين يوقع على الشخص في الآخرة أو في الدنيا وفقاً لإرادة الخالق.

فالجزاء هو الأثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية وهذا الجزاء يختلف حسب نوع القاعدة ويتخذ الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية صوراً متعددة تختلف باختلاف القواعد القانونية ذاتها ونوع المخالفة.

٣-١-٣-١ أنواع الجزاء :

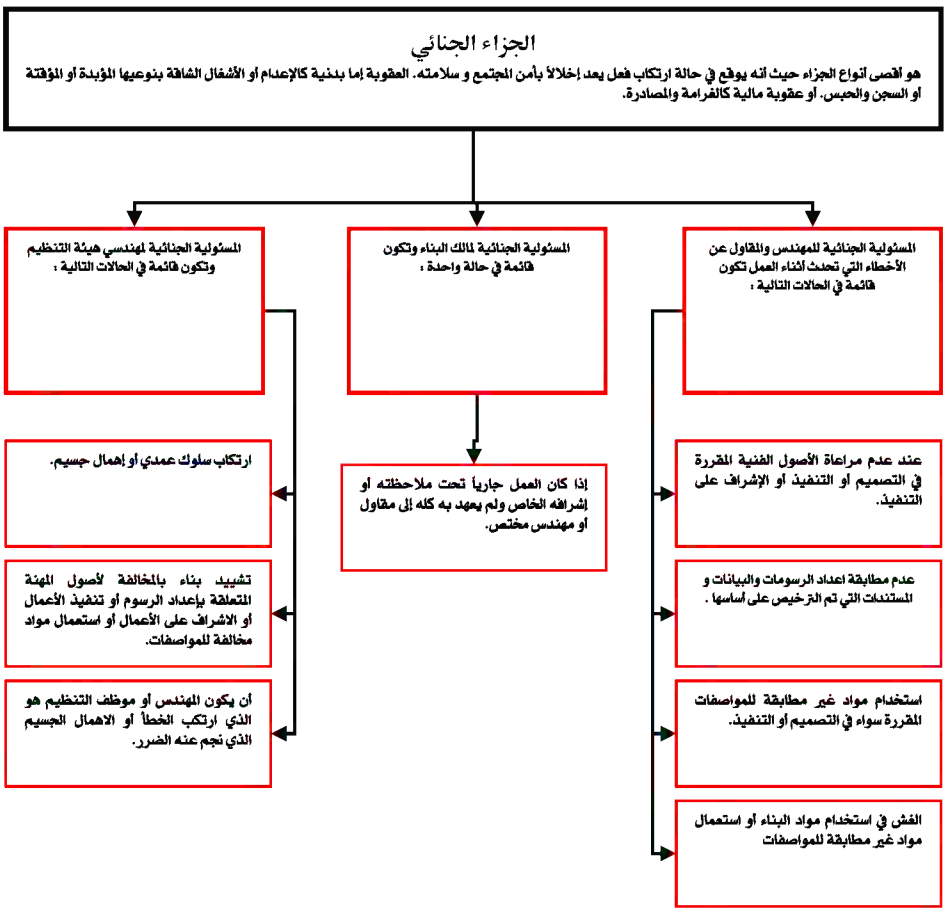
ويمكن تصنيف أنواع الجزاء إلى أربع فئات رئيسية : الجزاء الجنائي والجزاء المدني والجزاء الإداري والجزاء السياسي، وهو ما يوضحه الشكل التالي ٣-٤. وسوف نستعرض فيما يلي أنواع الجزاء في إطار المسئولية سواء الجزائية أو المدنية عن الأخطاء المهنية للمهندسين والمقاولين.

* * *

شكل ٣-٤ أنواع الجزاء

٣-١-٣-١-١ الجزاء الجنائي: Criminal Punishment

هو الجزاء الذي يوقع على من يرتكب فعلاً تجرمه قاعدة جنائية وهو بذلك يعد أقصى أنواع الجزاء حيث أنه يوقع في حالة ارتكاب فعل يعد إخلالا بأمن المجتمع وسلامته، وهو عبارة عن عقوبات توقع على من يخالف قاعدة من قواعد قانون الجزاء. وقد تكون العقوبة بدنية كالسجن والحبس المؤبد أو المؤقت وقد تكون العقوبة مالية كالغرامة والمصادرة.



شكل ٣-٥ أنواع الجزاء الجنائي المتعلقة بالعقود الهندسية

٣-١-٣-١-١-١ المسئولية الجنائية للمقاول والمهندس عن الأخطـاء التـي تحدث أثناء العمل:

Criminal responsibility of the contractor and the engineer for errors that occur during work

قد تقع حوادث أثناء سير المشاريع وبخاصة مشاريع التشييد مما يعرض القائمين عليها للجزاء الجنائي فالمقاول والمهندس مسئولان عن القتل الخطأ والإصابة الخطأ الناتجة عن انهيار المبنى نتيجة الخطأ في التنفيذ أو التصميم، وهذا النوع من المسئولية يستلزم توافر علاقة السببية بين النتيجة والخطأ المنسوب إلى هؤلاء.

وتستند المسئولية الجنائية للمقاول أو المهندس إلى الخطأ في إتمام الأعمال أو مراقبة العمال، ذلك أن تكليفهم بالإشراف على التنفيذ لا يقتصر على إعطاء تعليمات للعمال القائمين على التنفيذ الفعلي، ولكن يتعين عليهما أن يقوما بواجبهما في الإشراف على التنفيذ ويترتب على عدم تنفيذ المهندس التنفيذي أو المقاول لالتزاماتهما قيام المسئولية الجنائية لكل منهما أي أن مسئوليتهما الجنائية قائمة سواء عند عدم مراعاة الأصول الفنية المقررة في تصميم أعمال البناء أو تنفيذها أو الإشراف على التنفيذ أو عدم مطابقة إعداد الرسومات والبيانات والمستندات التي تم الترخيص على أساسها أو التشييد في استخدام مواد البناء أو استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات المقررة سواء عن أعمالهم الفنية في التصميم أو التنفيذ أو إهمالهم في الإشراف على التنفيذ، وكذلك الغش في استخدام مواد البناء أو استعمال مواد غير مطابقة للمواصفات. هذا مع عدم الإخلال بالمسئولية المدنية كلما توافرت شروط الضمان الخاص المنصوص عليها في المادة ٦٥١ من القانون المدنى المصري.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية الأخري : المادة ٦٩٢ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٨٨٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٦١٥ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٧٨٨ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ٧١١ من القانون المدني القطري، والمادة ٦١٧ من القانون المدني السوري، والمادة ٣٨٦ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٥٤ من

القانون المدني الجزائري، والمادة ٨٨١ من القانون المدني اليمني، والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي، والمادة ٦٥٠ من القانون المدني الليبي.

وهذه الصور من الجرائم تقع تامة دون لزوم أن ينهار المبنى، وسواء أدى ذلك إلى وفاة أو إصابة أحد الأشخاص أم لا، ويلاحظ أيضاً أن العقوبة المقررة لجرائم البناء أشد من تلك التي قررها القانون للقتل الخطأ، فلقد قررت المادة ١٠٤ من قانون المباني المصري رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ العقوبات الآتية:

"في حالة عدم مراعاة الأصول الفنية المقررة قانوناً في تصميم أعمال البناء أو تنفيذها أو الإشراف علي التنفيذ أو في متابعته أو عدم مطابقة التنفيذ للرسومات والبيانات والمستندات التي منح الترخيص على أساسها أو الغش في استخدام مواد البناء أو استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات المقررة تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مثلي قيمة الأعمال المخالفة ولا تجاوز ثلاثة أمثال قيمة الأعمال المخالفة بحد أدني خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. وتكون العقوبة الحبس وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيهاً ولا تزيد عن ثلاثة أمثال قيمة الأعمال المخالفة إذا نتج عن ذلك سقوط البناء كلياً أو جزئياً أو صار آيلاً للسقوط. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن عشر سنوات وبغرامة لا تتجاوز ثلاثة أمثال قيمة الأعمال إذا نشأ عن الفعل وفاة شخص أو أكثر أو إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص، أو إذا ارتبطت الجريمة بجريمة تزوير أو استعمال محرر مزور. ويحكم فضلاً عن ذلك بشطب اسم المهندس أو المصمم أو المشرف على التنفيذ أو المقاول من سجلات نقابة المهندسين أو سجلات اتحاد المقاولين حسب الأحوال وذلك لمدة لا تزيد عن سنتين وفي حالة العود يكون الشطب لمدة لا تقل عن مثلي مدة العقوبة المقيدة للحرية المحكوم بها عليه ".

٣-١-٣-١-١-٢ مسئولية مالك البناء:

The responsibility of the owner of the building

إذا كان الانهيار الكلي أو الجزئي للبناء يرجع إلى خطأ المقاول أو المهندس المختص بالتصميم أو بالتنفيذ عندئذ لا يسأل مالك البناء مادام قد عهد إلى غيره بالتنفيذ.

وتأكيداً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الأصل أن من يشترك في

أعمال الهدم والبناء لا يسأل إلا عن نتائج خطئه الشخصي، فصاحب العمل لا يعتبر مسئولاً جنائياً عما يصيب الغير من الأضرار بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات المعقولة التي تقيهم ذلك، إلا إذا كان العمل جارياً تحت ملاحظته وإشرافه الخاص، فإن عهد به كله أو بعضه إلى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل عادة تحت مسئوليته فهو الذي يسأل عن نتائج خطئه. وذلك تطبيقاً لمبدأ وحدة الجريمة وشخصية العقوبة، بمعنى أن الجريمة والعقوبة لا تطبق إلا على مرتكبها فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

كما ينتفي الخطأ الجنائي ينتفي الخطأ المدني أيضاً في حق مالك البناء وأكد ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت بالأدلة السائغة التي أوردها أن أعمال الترميمات في العقار محل الحادث كانت تجري تحت إشراف وملاحظة المهندس المحكوم عليه وانتهى إلى مساءلته وحده دون باقي المطعون ضدهم (ملاك العقار) وقضى برفض الدعوى المدنية قبلهم تبعاً لانتفاء مسئوليتهم، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون. (طعن رقم ١٠٥ لـ ٤ ق جلسة ١٩٥٨/٦/١٢، صـ ٣٦٢، طعن رقم ٢ لـ ٧ ق وطعن رقم ١٧٣ لـ ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١/٢٢ طعن رقم ٥٧ لـ ٨ ق ، صـ ٣٨٩ وما بعدها).

ونورد فيما يلي بعض الحالات العملية التي تبين مدى مسئولية مالك البناء من عدمه.

الحالة الأولى:

إذا أشرف مالك البناء على العمل مع أو بدلاً من المقاول فإنه يصبح عندئذ فاعلاً أصلياً في الجريمة لذلك قضى بأن المخدوم الذي يعطي أمراً بعمل شيء يكون (ينشأ عن أمر يعقبه إهمال معاقب عليه) مسئولاً جنائياً كفاعل أصلي عن نتائج هذا العمل. فالمتهم الذي كان يدير بنفسه أشغال ترميم في بيته الخاص ثم يأمر أحد العمال بأن يلقي عرقاً من الخشب بلا حيطة وبإهمال ينشأ عنه جرح أحد المارة يعتبر كفاعل أصلي مسئولاً جنائياً بنص المادة ٢٠٨ عقوبات مصري.

الحالة الثانية:

تأكيداً لذلك قضي بأن المالك دون المستأجر هو المطالب بتعهد ملكه وموالاته بأعمال الصيانة والترميم، فإذا قصر في ذلك كان مسئولاً عن الضرر

الذي يصيب الغير بهذا التقصير، ولا يعفيه من المسئولية أن يكون المستأجر قد قبل بأن يقوم بأعمال الترميم والصيانة اللازمة للعين المؤجرة، إذ على المالك لإخلاء مسئوليته إزاء الغير أن يتحقق من قيام المستأجر بما التزم به في هذا الشأن.

الحالة الثالثة :

وتأكيداً لمبدأ المسئولية إذا قصر رب العمل في التزاماته وترتب على ذلك ضرر قضى بأنه:- من المقرر أن رب العمل مطالب بتعهد ملكه وموالاته بأعمال الصيانة والترميم، فإذا هو قصر في ذلك كان مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الغير نتيجة هذا التقصير، وهو ما لم يخطئ الحكم في تقديره بما أثبته في حق الطاعن من أنه أهمل في التزاماته بمداومة منزله القديم من وقت لآخر مع حاجته إلى التنكيس الشامل وقت الحادث، ومن أنه لا يدرأ عنه التزامه هذا سبق قيامه بإجراء تنكيس من قبل. أما إذا صدر قرار بإزالة المبنى ولم ينسب الخطأ إلى مالك العقار في إحداث الحالة التي وصل إليها المبنى، وتم إعلان المقيمين بالمبنى بضرورة إخلائه ولكنهم تمسكوا بالإقامة فيه فسقط عليهم، فإن القضاء عندئذ لا ينسب الخطأ إلى صاحب المبنى.

٣-١-٣-١-١-٣ المسئولية الجنائية لمهندسي هيئة التنظيم:

Criminal responsibility of the architects of the Regulatory Authority

يلتزم مهندسو الجهة الإدارية المختصة بالتنظيم بالتحقق من مدى احترام المقاولين والمهندسين التنفيذيين للشروط التي يتطلب القانون مراعاتها في عملية البناء، وذلك بالانتقال إلى منطقة العمل والتفتيش على سير البناء. يضاف إلى ذلك أن مهندس التنظيم يلتزم بعدم القيام بأعمال تتعارض مع التزاماته الوظيفية، ويسأل جنائياً عن الجرائم التي حددها القانون رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ الخاص بتنظيم أعمال البناء في مصر، وتنقسم هذه الجرائم إلى :

أ- الموافقة على ترخيص البناء دون توافر الشروط القانونية :

قد يوافق مهندس التنظيم على منح ترخيص البناء بالمخالفة لشروطه القانونية، هذه الموافقة قد يكون الباعث عليها هو الحصول على مقابل معين، عندئذ نكون بصدد جريمة الرشوة كما يكون الباعث على هذه الموافقة أحياناً هو

المجاملة. يضاف إلى ذلك صعوبة إثبات أركان جريمة الرشوة، وهو ما حدا بالمشرع إلى استحداث صورة جديدة للتجريم بالمادة ٩٩ من القانون ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ وهي الموافقة على ترخيص البناء بالمخالفة للشروط القانونية. وتعاقب المادة المذكورة على تلك المخالفة ومخالفات حددتها مواد أخرى بالحبس وبغرامة تعادل مثلي وثلاثة أمثال قيمة الأعمال أو مواد البناء أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ولا تقتصر المسئولية الجنائية على مهندسي التنظيم بل تشمل كل موظف من موظفي جهة التنظيم الذين يوافقون على إعطاء الترخيص بالمخالفة لأحكام القانون.

ب- الخطأ المهني الجسيم أو الإخلال بواجبات الوظيفة :

تعاقب المادة ٩٩ من القانون ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ بشأن قانون البناء المصري "كل من أهمل إهمالاً جسمياً أو أخل بواجبات وظيفته من الأشخاص المذكورين بالمادة ١١٣ من هذا القانون مما ترتب على ذلك وقوع جريمة مما نص عليه في الفقرة الأولى بالحبس وغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد علي مائة ألف جنيه أو بإحدي هاتين العقوبتين" .

الشروط الواجب توافرها لكي تنشأ المسئولية الجنائية لمهندسي وموظفي التنظيم:-

١- إرتكاب سلوك عمدي أو إهمال جسيم.

٢- أن يشيد بناء بالمخالفة لأصول المهنة المتعلقة بإعداد الرسوم أو تنفيذ الأعمال أو الإشراف على الأعمال أو استعمال مواد مخالفة للمواصفات.

٣- توافر علاقة السببية بين الخطأ وبين انهيار البناء المخالف أو المعيب، أي أن يكون المهندس أو موظف التنظيم هو الذي ارتكب الخطأ أو الإهمال الجسيم الذي تسبب عنه الضرر.

٣-١-٣-١-٢ الجزاء المدني: Civil Punishment

هو الجزاء الذي يوقع في حالة مخالفة قاعدة قانونية تحمي حقاً خاصاً وليس حق المجتمع ككل، وقد يتخذ الجزاء المدني شكل إجبار المخالف لقاعدة قانونية على تنفيذ حكمها تنفيذاً مباشراً، كطرد غاصب العقار الشاغل له بغير سند

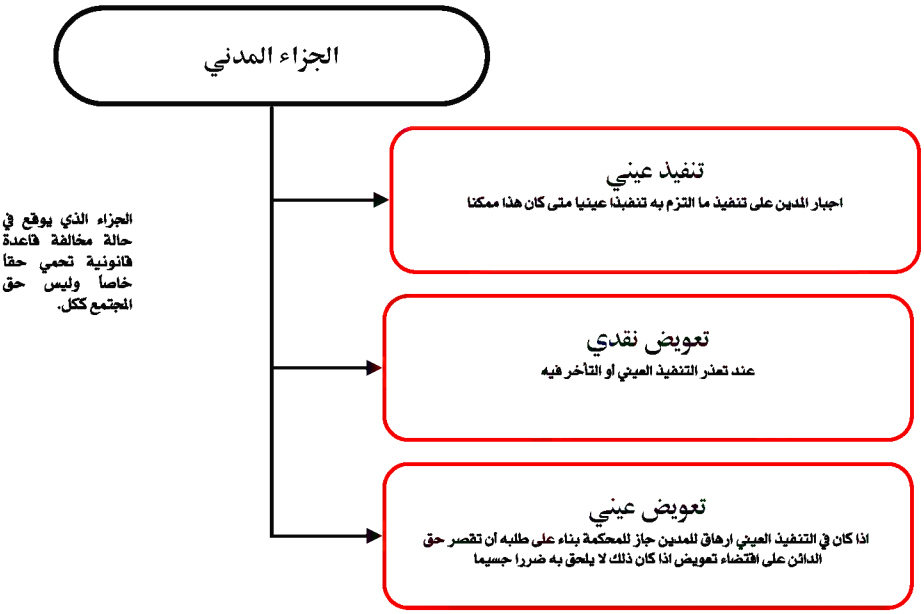
وكإجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً كلما كان ذلك ممكناً دون إرهاق للمدين، أو حتى مع إرهاقه مادام عدم حصول الدائن على التنفيذ العيني للإلزام يلحق به ضرراً جسيماً.

كما قد يتخذ الجزاء المدني شكل التعويض. حيث أن المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري تنص على أن (١- كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٢٧ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٨٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ١٥٨ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٥٦ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ١٩٩ من القانون المدني القطري، والمادة ١٦٤ من القانون المدني السوري، والمادة ١٣٨ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ١٢٤ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٠٤ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢٠٤ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٦٦ من القانون المدني الليبي.

كما تنص المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري على أنه (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٩٣ من القانون المدني الكويتي، المادة ٣٨٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢١٦ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٥٦ من القانون المدني القطري، والمادة ٢١٦ من القانون المدني السوري، والمادة ١٧٦ من القانون الدني الجزائري، والمادة ٣٤٧ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢١٨ من القانون المدني الليبي. وهذا هو تنفيذ الالتزام بطريق التعويض. ويوضح شكل ٣-٦ التالي أنواع الجزاء المدني.



شكل ٣-٦ أنواع الجزاء المدني

٣-١-٣-١-٢-١ التنفيذ العيني :

Specific Performance

قد يكون الجزاء بالتنفيذ العيني وهو إجبار المدين على تنفيذ ما التزم به تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً وذلك طبقاً لنص المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري التي تنص علي أنه (١- يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متي كان ذلك ممكناً. ٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٨٤ من القانون المدني الكويتي، المادة ٣٨٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢٠٦ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٣٥٥ من القانون المدنى الأردنى، ولمادة ٢٤٥ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٠٤ من القانون المدني السوري، والمادة ١٦٤ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢٤٦ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٠٦ من القانون المدني الليبي. ومثال ذلك إلزام المقاول بإتمام الأعمال وتصليح الأعمال المعيبة أو إلزام رب العمل بدفع قيمة الأعمال المنفذة من قبل المقاول في حالة عدم الدفع.

وتنص المادة ٢١٣ من القانون المدني المصري علي أنه (١- إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على الحكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديديه إن امتنع عن ذلك. ٢- وإذا رأي القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأي داعياً للزيادة).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : الفقرة الأولي والثانية من المادة ٢٩٢ من القانون المدني الكويتي، والفقرة أ ، جـ. من المادة ٢١٣ من القانون المدنى البحرينى، والفقرة الأولي والثانية من المادة ٢٥٥ من القانون المدني القطري، والمادة ٢١٤ من القانون المدني السوري، والمادة ١٧٤ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٤٦ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢٥٣ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢١٦ من القانون المدني الليبي.

وتنص المادة ٢١٤ من القانون المدني المصري علي أنه (إذا تم التنفيذ

العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعياً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٢ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٨٥ من قانون المعاملات المدنية الإمارتي، والفقرة أ ، ب من المادة ٢١٣ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٣٦٠ من القانون المدني الأردني، والفقرة الثالثة من المادة ٢٥٥ من القانون المدني القطري، والمادة ٢١٥ من القانون المدني السوري، والمادة ١٧٥ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٤٦ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢٥٤ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢١٧ من القانون المدني الليبي.

وتعرض كلا من المادة ٢١٣ والمادة ٢١٤ من القانون المدني المصري لما يسمى بالغرامة التهديدية أو التهديد المالي، وهي وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على التنفيذ العيني، يلجأ إليها إذا كان التنفيذ العيني يقتضي أن يقوم به المدين نفسه وقد يكون الدائن في ذات الوقت حريصاً على التنفيذ العيني. والغرامة التهديدية التي يحكم بها القاضي ليست تعويضاً عن الضرر، وإنما هي وسيلة لتهديد المدين لحمله على التنفيذ، ولذلك لا يراعي القاضي في تقدير ما يحكم به التناسب مع الضرر بل يراعى مايراه كافياً لتهديد المدين، ولذلك إذا رأى أن ما حكم به لم يثن المدين عن إصراره على عدم التنفيذ فإنه يمكنه إعادة النظر والزيادة في مقدار الغرامة، ومادامت الغرامة هي مجرد تهديد للمدين فالحكم بها يكون حكماً وقتياً وليس واجب التنفيذ، وتنتفي علة وجوده إذا اتخذ المدين موقفاً نهائياً إما التنفيذ أو الإصرار على عدم التنفيذ فيعيد القاضي النظر في حكمه ليفصل في الموضوع، فإن كان المدين قد نفذ فالقاضي لا يحكم عليه إلا بالتعويض عن التأخير في التنفيذ وإذا أصر المدين على عدم التنفيذ فيحكم القاضي بالتعويض عن عدم التنفيذ ويراعي القاضي في الحالتين ما لحق الدائن من ضرر، كما يراعي ما يكون قد بدا من المدين من عنت.

وقد يتخذ الجزاء المدني شكل إعادة الحال إلى ما كانت عليه ويكون اللجوء إليه عند استحالة تنفيذ الالتزام عيناً وقد ترجع هذه الاستحالة مثلاً إلى أن عدم تنفيذ الالتزام قد وقع بصورة نهائية لا رجعة فيها. كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل معين من جانب المدين. إذ أن مجرد قيام

المدين بهذا العمل يعني أن الالتزام لم ينفذ فقد يفتح المهندس مكتباً استشارياً قريباً من نفس المنطقة التي كان يعمل فيها لصالح طرف آخر مخالفاً بذلك التزام عدم المنافسة على فرض أن ذلك كان من شروط العمل في المكتب القديم. فعندئذ يجوز للقاضي أن يحكم بإغلاق المكتب الجديد الذي فتحه المهندس إخلالاً بالالتزام بعدم المنافسة وفقاً للعقد. ويأتي الحكم بإغلاق المكتب بمثابة تعويض عيني للدائن ثبت حقه فيه قانوناً طبقاً لنص المادة ٢١٢ من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه (إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام وله أن يطلب من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٩١ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٨٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٢١٥ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٣٥٩ من القانون المدني الأردني، والمادة ٢٥٤ من القانون المدني القطري، والمادة ٢١٣ من القانون المدني السوري، والمادة ١٧٣ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٤٥ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢٥٢ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢١٥ من القانون المدني الليبي.

ومن قبيل التعويض العيني أيضاً أن يأمر القاضي بهدم مبنى أقيم انتهاكاً لالتزام بعدم البناء.

٣-١-٣-١-٢-٢ التعويض العيني :

Restitution

كما رأينا أن نص المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري قد جرى علي أنه (١- يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً. ٢- علي أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً). ومن ثم فإنها تضع المبدأ العام في التنفيذ العيني الجبري كما توضح الفقرة الأولي، وما يرد عليه من استثناءات توضحه المواد الآتية :

١- تنص المادة ٢٠٥ من القانون المدني المصري على أنه (١- إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز

هذا الشيء. ٢- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٨٥ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٠٨ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٤٧ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٠٦ من القانون لمدني السوري، والمادة ١٦٦ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٣٩ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢٤٨ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٠٨ من القانون المدني الليبي.

٢- وتنص المادة ٢٠٦ من القانون المدني المصري على أن (الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٨٦ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٠٩ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٤٨ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٠٧ من القانون المدني السوري، والمادة ١٦٧ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢٠٩ من القانون المدني الليبي.

٣- وتنص المادة ٢٠٧ القانون المدني المصري على أنه (١- إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن. ٢- ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين، ولو أعذر، إذا اثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٨٧ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢١٠ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٤٩ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٠٨ من القانون المدني السوري، والمادة ١٦٨ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٤١ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢١٠ من القانون المدني الليبي.

٤- وتنص المادة ٢٠٩ من القانون المدني المصري على أنه (١- في

الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ٢- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين، دون ترخيص من القضاء).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٨٨ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٨١ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢١١ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٣٥٦ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ٢٥١ من القانون المدني القطري، والمادة ٢١٠ من القانون المدني السوري، والمادة ١٧٠ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٤٢ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢٥٠ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢١٢ من القانون المدني الليبي.

وعن الالتزام بعمل فإنه إما أن يكون تنفيذه مما لايقتضي تدخل المدين شخصياً، وإما أن يكون التنفيذ يقتضي تدخل المدين بشخصه والحالة الأولى هي الأصل وتعتبر الثانية إستثناء.

٥- وتنص المادة ٢١٠ من القانون المدني المصري على أنه (في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٨٩ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٨٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢١٢ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٣٥٧ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ٢٥٢ من القانون المدني القطري، والمادة ٢١١ من القانون المدني السوري، والمادة ١٧١ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢١٣ من القانون المدني الليبي.

وتعرض المادة ٢١٠ للتنفيذ العيني عندما تسمح طبيعة الالتزام بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، كما لو كنا بصدد بائع امتنع عن تنفيذ التزام بالتصديق على إمضائه في عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد، كذلك إذا امتنع الواعد بالتعاقد، بعد أن أظهر الموعود له رغبته في التوقيع على العقد الموعود به.

وفي النصوص السابقة التي عرض فيها المشرع للالتزام بعمل، كان المقصود هو الالتزام بتحقيق غاية، سواء في ذلك الالتزام بتسليم شيء أو الالتزام بإنجاز عمل آخر مثل إقامة مبنى.

٦- وتنص المادة ٢١١ من القانون المدني المصري على أنه (١- في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفي بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. ٢- وفي كل حال يبقي المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٩٠ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٨٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢١٤ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٣٥٨ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ٢٥٣ من القانون المدني القطري، والمادة ٢١٢ من القانون المدني السوري، والمادة ١٧٢ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٤٤ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢٥١ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢١٤ من القانون المدني الليبي.

وتعرض هذه المادة للالتزام بعمل إذا كان واجب المدين يقتصر على بذل عنايته، سواء كانت هذه العناية تتمثل في حفظ شيء أو في إدارته، أو كانت في القيام بعمل آخر مثل التزام الطبيب بالعلاج والمحامي بالدفاع عن موكله، وفي هذا النوع من الالتزامات يكون المدين قد وفى بالتزامه إذا بذل العناية المطلوبة منه، والأصل في العناية التي تتطلب من المدين، وهي التي قررها النص، هي عناية الشخص العادي، كما في التزام المستعير بحفظ الشيء المعار والتزام المودع لديه غير المأجور بحفظ الشيء المودع، كما قد يتفق على درجة خاصة من العناية تختلف عن عناية الشخص العادي، فإذا قام المدين بالعناية المطلوبة منه فلا يكون مسئولاً ولو لم تتحقق الغاية التي قصد إليها لأن المدين لم يلتزم بتحقيق هذه الغاية، على أنه إذا كان خطأ المدين يعتبر غشاً أو خطأً جسيماً، فإنه يكون مسئولاً في هذه الحالة حتى ولو اتفق على إعفائه من المسئولية.

٣-١-٣-١-٢-٣ التعويض النقدي :

Monetary compensation

تنص المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري على أنه (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم

يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٩٣ من القانون المدني الكويتي، المادة ٣٨٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢١٦ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٥٦ من القانون المدني القطري، والمادة ٢١٦ من القانون المدني السوري، والمادة ١٧٦ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٤٧ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢١٨ من القانون المدني الليبي.

كما تنص المادة ٢١٦ من القانون المدني المصري على أنه (يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٩٤ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢١٧ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٥٧ من القانون المدني القطري، والمادة ٢١٧ من القانون المدني السوري، والمادة ١٧٧ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٤٨ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢١٩ من القانون المدني الليبي.

كذلك تنص المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري على أنه (١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة. ٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. ٣- ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٩٥ و ٢٩٦ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢١٨ و ٢١٩ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٥٨ و ٢٥٩ من القانون المدني القطري، والمادة ٢١٨ من القانون المدني السوري، والمادة ١٧٨ من القانون المدني الجزائري، والمادة

٣٤٩ و ٣٥٠ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢٠ من القانون المدني الليبي.

وتنص المادة ٢١٨ من القانون المدني المصري على أنه (لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٩٧ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٨٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢٢٠ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٣٦١ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ٢٦٠ من القانون المدني القطري، والمادة ٢١٩ من القانون المدني السوري، والمادة ١٧٩ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢٥٦ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢١ من القانون المدني الليبي.

كما تنص المادة ٢١٩ من القانون المدني المصري على أنه (يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذوراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٩٨ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٢١ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٦١ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٢٠ من القانون المدني السوري، ١٨٠ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢٥٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢٢ من القانون المدني الليبي.

وتعرض المادة ٢١٩ لكيفية الإعذار، والوسيلة الأولى التي يتحقق بها هي الإنذار وهو ورقة رسمية توجه من الدائن إلى المدين، عن طريق البريد علي الوجه المبين في قانون المرافعات، يطلب فيها الدائن من المدين تنفيذ التزامه، ويقوم مقام الإنذار أي ورقة رسمية يتبين منها أن الدائن يريد أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه بشرط أن تعلن إلى المدين، مثل صحيفة الدعوى أي التكليف بالحضور أمام المحكمة وكذلك إعلان السند التنفيذي الذي يسبق التنفيذ. وكما يكون الإعذار بالإنذار أو ما يقوم مقامه فإنه قد يتفق في العقد على أن يكون الإعذار بوسيلة أخرى كخطاب مسجل أو برقية فإذا كان من الجائز أن يتفق

على عدم ضرورة الإعذار فمن باب أولى يجوز الاتفاق على طريقة معينة للإعذار، لأن القاعدة التي تستوجب الإعذار ليست من النظام العام.

وتنص المادة ٢٢٠ من القانون المدني المصري على أنه (لا ضرورة للإعذار في الحالات الآتية :

(أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.

(ب) إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع.

(جـ) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

(د) إذا صرح المدين بكتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٩٩ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٨٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢٢٢ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٣٦٢ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ٢٦٢ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٢١ من القانون المدني السوري، والمادة ١٨١ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٣٦ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢٥٨ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢٣ من القانون المدني الليبي.

وتنص المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري على أنه (١- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. ٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٣٠٠ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٨٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢٢٣ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٣٦٣ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ٢٦٣ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٢٢ من القانون

المدني السوري، والمادة ١٨٢ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٥١ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢٤ من القانون المدني الليبي.

وتعرض المادة ٢٢١ للأصل العام في تقدير التعويض، أو التعويض القضائي حيث تقدره المحكمة وفقاً للضوابط التي وضعها المشرع، وكان من نتيجة هذا أن قصر النص الضوابط التي وضعها لتقدير التعويض على حالة الالتزام الناشئ عن العقد، ولم ير المشرع أن يساير هذا الاتجاه لأن الضوابط هي الواجبة الإتباع أياً كان مصدر الالتزام ولهذا وضع النص مع النصوص الخاصة بالتنفيذ بطريق التعويض كما فعل المشرع في أغلب القوانين العربية الأخرى التي حذت حذوه، وهذا الضرر الذي يلحق الشخص بسبب عدم تنفيذ الالتزام، قد يكون مادياً وقد يكون أدبياً، والتعويض عن الضرر المادي وهو ما يصيب المضرور في مصلحة مالية، لا يحتاج إلى نص.

وتنص المادة ١/٢٢٢ من القانون المدني المصري على أنه (١- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٣٠١ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٩٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٢٢٤ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٦٧ من القانون المدني الأردني، والمادة ٢٦٤ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٢٣ من القانون المدني السوري، والمادة ١٨٢ مكرر من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٥٢ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢٠٥ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢٥ من القانون المدني الليبي.

وتنص المادة ٢٢٣ من القانون المدني المصري على أنه (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٣٠٢ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢٢٥ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٣٦٤ من القانون المدنى

الأردنى، والمادة ٢٦٥ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٢٤ من القانون المدني السوري، والمادة ١٨٣ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١/١٧٠ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢٦ من القانون المدني الليبي.

كما تنص المادة ٢٢٤ من القانون المدني المصري على أنه (١- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ٢- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٣٠٣ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٢٢٦ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٣٦٤ من القانون المدني الأردني، والمادة ٢٦٦ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٢٥ من القانون المدني السوري، والمادة ١٨٤ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٥٤ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢/١٧٠ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢٧ من القانون المدني الليبي.

وتنص المادة ٢٢٥ من القانون المدني المصري على أنه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٣٠٤ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٢٧ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٦٧ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٢٦ من القانون المدني السوري، والمادة ١٨٥ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٥٥ من القانون المدني اليمني، والمادة ٣/١٧٠ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢٨ من القانون المدني الليبي.

وتنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني المصري على أنه (إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل

التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً أخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٣٠٦ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٢٨ من القانون المدني البحريني، والمادة ٢٦٨ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٢٧ من القانون المدني السوري، والمادة ١٨٦ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٧١ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢٩ من القانون المدني الليبي.

عند تعذر التنفيذ أو التعويض فإنه يتم اللجوء للقضاء لطلب الحكم بالتعويض النقدي فهو الصورة الأكثر انتشاراً للتعويض وذلك طبقاً لنص المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢٩٣ من القانون المدني الكويتي، المادة ٣٨٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢١٦ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٥٦ من القانون المدني القطري، والمادة ٢١٦ من القانون المدني السوري، والمادة ١٧٦ من القانون الدني الجزائري، والمادة ٣٤٧ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢١٨ من القانون المدني الليبي.

وتطبيقاً لذلك فإنه في حالة حدوث شروخ وتصدعات في أحد المباني بعد تمام إنشائه، وبعد الفحص الفني لمعرفة أسباب هذه الشروخ والتصدعات ووجد أنها بسبب عيوب في أساسات المبنى بطريقة يستحيل معها إصلاح هذه العيوب، أي عدم إمكانية التنفيذ العيني للجزاء المدني بعد ذلك يتم الحكم بالتعويض النقدي.

وكذلك في حالة التأخير في إتمام البناء عن الموعد المتفق عليه، فإنه يتم اللجوء للقضاء لتعويض الطرف المتضرر عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب.

٣-١-٣-١-٢-٤ جزاء حبس أجر المقاول (الامتناع عن التنفيذ) :

يعتبر هذا الجزاء صورة متميزة من صور الجزاء المدني تتخذ في حالة الدفع بعدم التنفيذ، ويقصد به الدائن إجبار المدين على تنفيذ التزامه، خشية حرمانه من الحصول على الشيء المحبوس. مثال ذلك في عقد المقاولة أنه يجوز لرب العمل حبس أجر المقاول إذا وجد أن العمل غير مطابق للمواصفات المشترطة، أو غير متفق مع ما تقضي به أصول الصنعة. ويبقي الأجر محبوساً تحت يده حتى يصلح المقاول العيوب التي شابت العمل.

حالة عملية ١:

مقاولة، التزام – تنفيذ الالتزام – حق الاحتباس

القاعدة الصادرة سنة ٢٠٠٦ حقوق

التي تضمنها حكم محكمة التمييز – دبي بتاريخ ١٦-٠٤-٢٠٠٦ في الطعن رقم ٢٠٠٥ / ٢٩٨ طعن مدني

موجز القاعدة :

المقاول الذي عهد إليه بإصلاح شيء مملوك لصاحب العمل. حقه في الامتناع عن تنفيذ التزامه برده إلى صاحبه حتى يستوفي أجره المتفق عليه. تعذر إثبات هذا الأجر. أثره. استحقاق أجر المثل وقيمة المواد اللازمة لإجراء العمل.

نص القاعدة :

من المقرر وعلى ما تنص عليه المادة ٨٧٢ من القانون المشار إليه الواردة في الفصل الخاص بعقد المقاولة من أن (المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر) وما تقضي به المادة ١/٨٧٩ من ذات القانون من أنه (إذا كان لعمل المقاول أثر في العين جاز له حبسها حتى يستوفي الأجرة المستحقة ....) وما تنص عليه المادة ٨٨٥ من ذات الفصل من أن (يلتزم صاحب العمل بدفع البدل عند تسليم المعقود عليه إلا إذا نص الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك) وما تنص عليه المادة ٨٨٨ من أنه (إذا لم يعين في العقد أجر على العمل استحق المقاول

أجر المثل مع قيمة ما قدمه من المواد التي تطلبها العمل) مما مفاده أنه تطبيقاً للقاعدة العامة في حق الاحتباس يحق للمقاول الذي عهد إليه بإصلاح شيء مملوك لصاحب العمل أن يمتنع عن تنفيذ التزامه برده إلى صاحبه حتى يستوفي المقاول أجره المتفق عليه، فإذا تعذر إثبات قيمة هذا الأجر فإنه يستحق أجر المثل فضلاً عن قيمة المواد اللازمة لإجراء العمل.

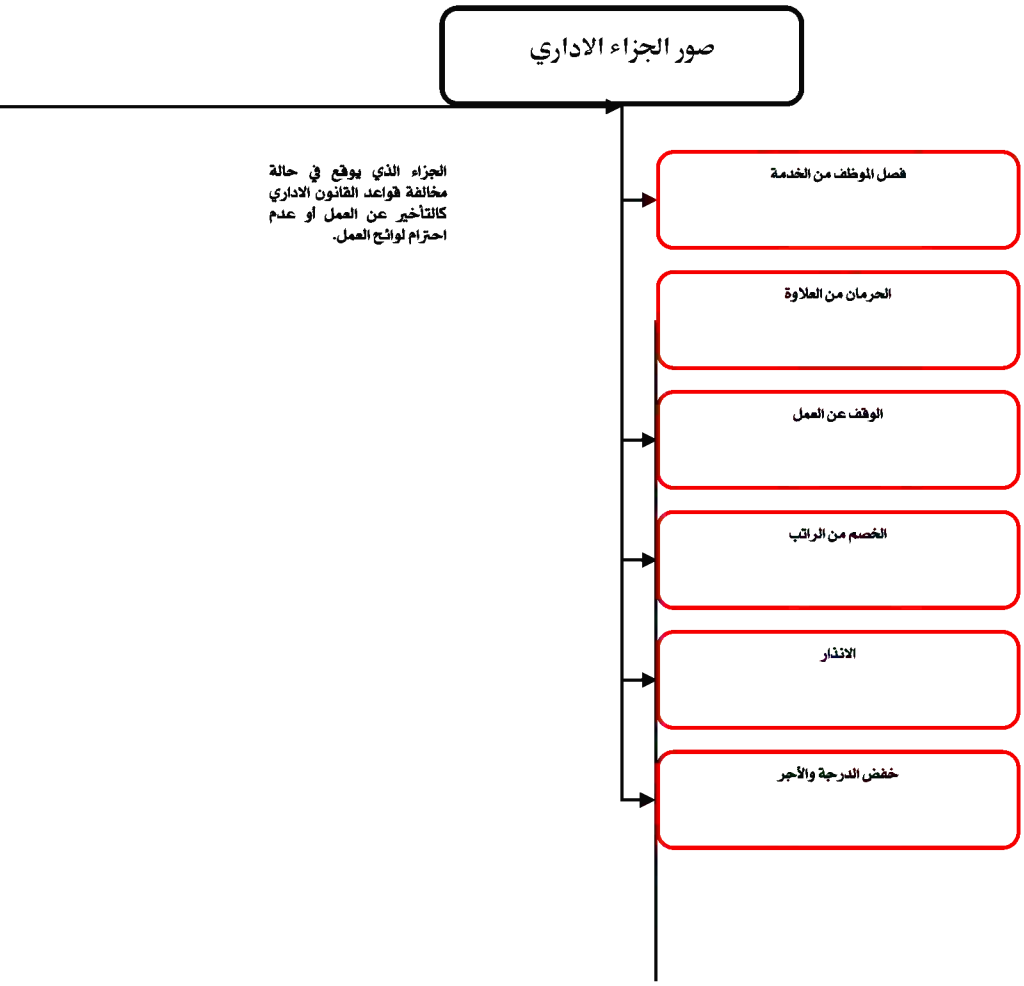
٣-١-٣-١-٣ الجزاء الإداري: Administrative Punishment

وهو الجزاء الذي يوقع في حالة مخالفة قواعد القانون الإداري كالتأخير عن العمل أو عدم احترام لوائح العمل ولهذا الجزاء صور متعددة تبعاً للمخالفة الإدارية، فقد يتمثل في فصل الموظف من الخدمة، أو الوقف عن العمل، أو الخصم من الراتب، أو تأخير الترقية، أو الحرمان من العلاوة، أو الإنذار أو لفت النظر.

فهذه أمثلة جزاءات إدارية تأديبية تتدرج تبعاً لجسامة الجريمة التأديبية التي ارتكبها الموظف العام. فالخصم من المرتب يعتبر عقاباً رادعاً لغياب الموظف دون إذن، بينما لا يكون العقاب رادعاً إلا بالعزل أو الفصل في حالة قبول أو طلب الموظف رشوة.

في مصر مثلاً تضمن القانون ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ بعض التدابير الإدارية، ويقصد بذلك القرار الإداري الصادر بإزالة البناء المخالف للقانون بالإضافة إلى سلطة الإدارة في تنفيذ قرار الإزالة على نفقة أصحاب الشأن وللإدارة أيضاً السلطة في أن تأمر بوقف تنفيذ الأعمال المخالفة.

وقد خول القانون سالف الذكر الإدارة اختصاصاً أصلياً بخصوص الإزالة وتصحيح الأعمال، فطبقاً لنص المادة ٦٠ يستطيع المحافظ المختص أو من ينيبه أن يأمر بالإزالة، كما له أن لا يأمر بالإزالة إذا كان التجاوز في بعض المخالفات التي لا تؤثر على مقتضيات الصحة العامة أو أمن السكان وذلك بتصحيح الأعمال المخالفة خلال المدة المناسبة التي تحددها الجهة الإدارية المختصة بشئون التخطيط والتنظيم طبقاً لنص المادة ٦١ من نفس القانون. بينما يتعين علي محكمة الجنح أن تأمر بالإزالة في حالة مخالفة أحكام القانون. ويوضح الشكل التالي ٣-٧ صور الجزاء الإداري وأنواعه.



شكل ٣-٧ صور الجزاء الإداري

٣-١-٣-١-٤ الجزاء السياسي : Political Punishment

الجزاء السياسي يكون عند مخالفة قواعد القانون الدستوري، ويتمثل في أعمال المسئولية الوزارية للحكومة أمام السلطة التشريعية، وفي حل السلطة التشريعية بواسطة الحكومة، كما يتمثل في رد الفعل الاجتماعي والسياسي على مخالفة القاعدة الدستورية وهذا خارج عن نطاق نشاط المهندس أو مدير التشييد.

اجتماع أكثر من جزاء لذات المخالفة:

قد يجتمع أكثر من نوع من أنواع الجزاء. فقد يجتمع الجزاء الجنائي مع الجزاء المدني. فمن يقتل غيره يعاقب جنائياً علاوة على الحكم عليه بتعويض مدني لصالح ورثة المجني عليه. كما قد يجتمع الجزاء الإداري مع الجزاء الجنائي، فالموظف العام الذي تمت إدانته في جريمة رشوة يتعرض أيضاً لتوقيع جزاء إداري تأديبي عليه، إذ يحق للجهة الحكومية التي يعمل بها أن تفصله من الخدمة وخاصة في الجرائم المخلة بالشرف، كجرائم الأموال، وخيانة الأمانة، والسرقة، والجرائم المتعلقة بالشرف.

٣-٢ ثانياً : أنواع القواعد القانونية : Types of Legal Rules

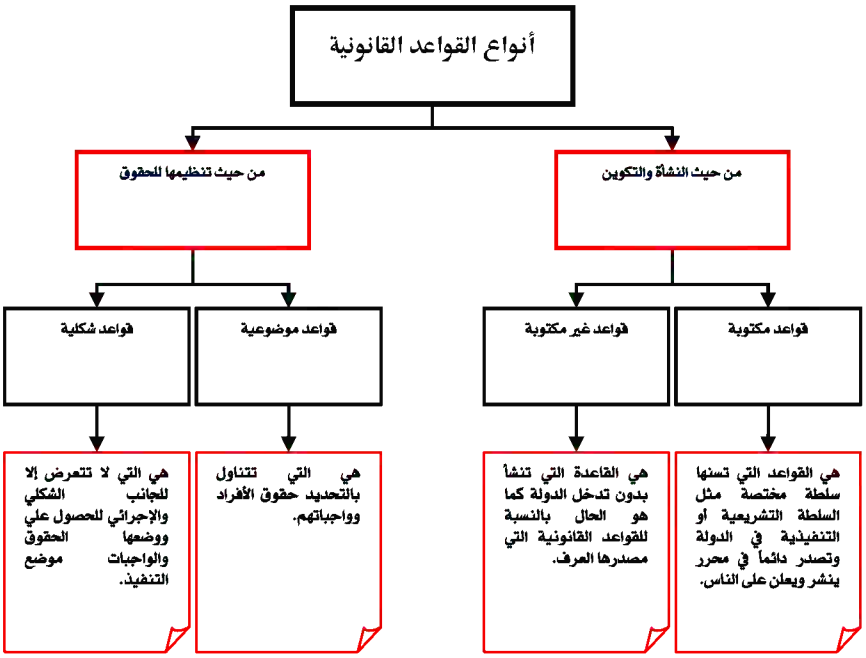
تنقسم القواعد القانونية من حيث الجهة التي تنظر إليها إلى عدة أقسام مختلفة:

من حيث مصدر نشأتها : تنقسم إلى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة.

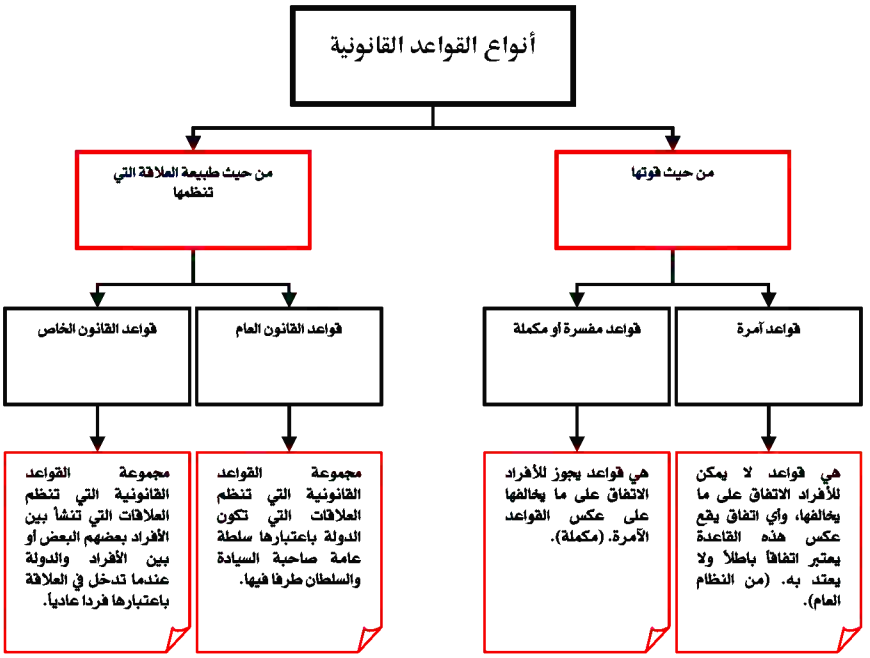
من حيث تنظيمها للحقوق: تنقسم إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية.

من حيث قوتها : تنقسم إلى قواعد آمرة وقواعد مفسرة (مكملة).

من حيث طبيعة العلاقة التي تنظمها : تنقسم إلى قواعد تتبع ما يسمى بالقانون العام وقواعد أخرى تتبع ما يسمى بالقانون الخاص. وسنتحدث عن كل قسم من هذه الأقسام كل على حده.



شكل ٣-٨-أ أنواع القواعد القانونية



شكل ٣-٨-ب أنواع القواعد القانونية

٣-٢-١ أولاً : من حيث النشأة والتدوين :

أي من حيث الصورة التي توجد عليها في المجتمع :

القواعد المكتوبة والقواعد غير المكتوبة

القواعد المكتوبة : هي القواعد التي تسنها سلطة مختصة مثل السلطة التشريعية أو التنفيذية في الدولة وتسمى قواعد مكتوبة لأنها تصدر دائماً في محرر ينشر ويعلن على الناس، فالقاعدة التي تنشأ عن طريق إحدى السلطات المختصة في الدولة تسمى قاعدة مكتوبة.

والقاعدة التي تنشأ بدون تدخل الدولة تسمى قاعدة غير مكتوبة كما هو الحال بالنسبة للقواعد القانونية التي مصدرها العرف ويجب ألا يفهم أن معنى القواعد غير المكتوبة أنها لم تدون بالكتابة فقد يكون القانون مكتوباً ومع ذلك لم يصدر من السلطة التشريعية كقواعد الشريعة الإسلامية. وأساس التفرقة بين القواعد المكتوبة وغير المكتوبة ليس هو تدوينها في محرر مكتوب أياً كان وإنما هو ورودها إلينا في محرر كتاب من السلطة التي تصدرها، وليس للتفرقة بين القواعد المكتوبة والقواعد غير المكتوبة أية أهمية عملية، فالقاعدتان واجبتا التطبيق والاحترام كل ما في الأمر أن القواعد المكتوبة في الغالب واضحة ثابتة مما يتيسر معه معرفتها والإلمام بها.

٣-٢-٢ ثانياً : من حيث تنظيمها للحقوق إلى القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية :

القواعد الموضوعية هي التي تتناول بالتحديد حقوق الأفراد وواجباتهم، كقواعد القانون المدني والقانون التجاري وغيرها من القواعد التي تحدد مصادر الحقوق ومداها واستعمالها وانقضائها والجزاء الذي يوقع علي من يخالف القاعدة أما القواعد الشكلية فهي تلك التي لا تتعرض إلا للجانب الشكلي والإجرائي لوضع الحقوق والواجبات موضع التنفيذ. ذلك لأن الحق لا يكون كذلك إلا إذا وجدت من الوسائل ما يمكن صاحبه من اقتضائه والتسلط عليه ومن أمثلة القواعد الشكلية، قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقواعد الإجراءات الجنائية. وفيما عدا ذلك فجميع القواعد تعتبر قواعد موضوعية.

٣-٢-٣ ثالثاً: من حيث قوتها إلى القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

تنقسم إلى القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المفسرة (المكملة)، وهذا تقسيم من حيث قوة القواعد القانونية.

٣-٢-٣-١ القواعد القانونية الآمرة: Mandatory Rules

هي عبارة عن مجموعة القواعد التي تتعلق بكيان الدولة وبالمصالح الأساسية فيها بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف حكمها وإلا وقع مثل هذا الاتفاق باطلاً، فالاتفاق على عدم الضمان ضد انهيار المبني اتفاق باطل، وكذلك عدم الاعتداد بتأثير الظروف الطارئة على العقد (كما سيتم تناوله لاحقاً) يعد اتفاقاً باطلاً، ولهذا فالقواعد القانونية الآمرة لا توضع إلا بالنسبة لتلك المسائل التي تتعلق بكيان المجتمع والتي يكون لها تأثير عميق وصلة قوية بالنظام الاجتماعي.

٣-٢-٣-٢ القواعد القانونية المفسرة أو المقررة ويسميها البعض المكملة:

Complementary Rules

هي عبارة عن مجموعة من القواعد التي تنظم مصالح الأفراد دون أن تتعلق بالمصالح الأساسية للمجتمع، ولا تجبرهم على الالتزام بما تقرره من آثار قانونية، بل تجيز لهم الاتفاق على ما يخالف ما تقرره من أحكام. وليس معنى ذلك أن هذه القواعد غير ملزمة بل هي ككل القواعد القانونية تتمتع بصفة الإلزام ويجب على الأفراد احترامها كلما توافرت شروط تطبيقها.

ونجد هذه القواعد المكملة في معاملات الأفراد الخاصة، فالكثير من القواعد المنظمة لهذه المعاملات قواعد مكملة لإرادتهم واتفاقهم حيث يقوم المشرع بتنظيم العديد من هذه المسائل في صورة قواعد مكملة تطبق ويصبح حكمها آمراً وواجب الاتباع إذا لم يتم الاتفاق على خلاف ما تقضي به. وعلى هذا فإرادة الأفراد تختلف بحسب نوع القاعدة فهي منعدمة في حالة القواعد الآمرة، أما القواعد المفسرة فإرادة الأفراد تجاهها كاملة، بمعنى أن لهم أن يتفقوا على عكسها وإلا أصبحت ملزمة لهم مثل القواعد الآمرة.

والحكمة من القواعد القانونية المكملة أنها عند تعرضها بالتنظيم إلى الوضع المعتاد أو الأمثل لها وتقوم بعرضه في صورة نصوص وقواعد تمثل الحكم

العام الذي يطبق على هذه المسائل في حالة عدم تعرض الأفراد لها لذلك فهي تقدم فائدة عملية على قدر من الأهمية حيث تغني تلك القواعد القانونية المكملة عن الخوض في العديد من التفصيلات والجزئيات لكونها تضع تنظيماً عاماً معتاداً أو نموذجياً يطبق في حالة عدم رغبة الأفراد في اتباع تنظيم مخالف.

٣-٢-٣-٣ معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة أو المكملة :

عرفنا أن القواعد الآمرة هي قواعد لا يمكن للأفراد الاتفاق على ما يخالفها وأن أي اتفاق يقع عكس هذه القاعدة يعتبر اتفاقاً باطلاً لا يعتد به، بعكس القواعد المكملة فيجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها.

وللتمييز بين النوعين يوجد معياران:

المعيار الأول – شكلي أو لفظي يستمد من صياغة القاعدة ذاتها.

المعيار الثاني – موضوعي أو روحي يتصل بمضمون القاعدة وأهمية المسائل التي تنظمها.

المعيار الأول : الوسيلة اللفظية:

قد ينص المشرع على ذلك صراحة فلا يثير أدنى شك في كون القاعدة آمرة أو مقررة كما لو نص على عدم جواز الاتفاق على مخالفة أحكامها أو قرر المشرع جزاء جنائياً يوقع على مخالفة قواعدها، فوجود النص أو الجزاء دليل قاطع على أن القاعدة آمرة حتى ولو كانت تتعلق بمصالح الأفراد. كذلك قد ينص المشرع في القاعدة على السماح للأفراد بمخالفة قواعدها. ففي هذه الحالة لا يثير أدنى خلاف في أن هذه القاعدة مكملة.

ومن أمثلة القواعد الآمرة:

المادة ٦٥٣ من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه (يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه) المقصود هو الضمان العشري.

ويقابل هذا النص في القوانين المدنية العربية : المادة ٦٩٧ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٨٨٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٦٢٠ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٧٩٠ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ٧١٥ من القانون المدني القطري، والمادة ٦١٩ من القانون المدني

السوري، والمادة ٢/٣٧٨ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٥٦ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٨٨١ من القانون المدني اليمني، والمادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي، والمادة ٦٥٢ من القانون المدني الليبي.

كما تنص المادة ٢٢٤ من القانون المدني المصري على أنه (١- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ٢- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين).

ويقابل هذا النص في القوانين المدنية العربية : المادة ٣٠٣ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٢٢٦ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٣٦٤ من القانون المدني الأردني، والمادة ٢٦٦ من القانون المدني القطري، والمادة ٢٢٥ من القانون المدني السوري، والمادة ١٨٤ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٣٥٤ من القانون المدني اليمني، والمادة ٢/١٧٠ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٢٧ من القانون المدني الليبي.

ومن أمثلة القواعد المفسرة أو المكملة :

تنص المادة ٤٥٦ من القانون المدني المصري، على أنه (١- يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. ٢- فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن).

ويقابل هذا النص في القوانين المدنية العربية : المادة ٥٠١ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٥٦٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٤٢٨ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٥٢٦ من القانون المدنى الأردنى، ٤٦٧ من القانون المدني القطري، والمادة ٤٢٤ من القانون المدني السوري، والمادة ٣٨٧ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٤٤٥ من القانون المدني الليبي.

والمادة ١/٤٥٧ من القانون المدني المصري والتي تنص علي أنه (١- يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك).

ويقابل هذا النص في القوانين المدنية العربية : المادة ٥٠٠ من القانون المدني الكويتي، والمادة ١/٤٢٧ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ١/٤٦٦ من القانون المدني القطري، والمادة ١/٤٢٥ من القانون المدني السوري، والمادة ٣٨٨ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١/٤٤٦ من القانون المدني الليبي.

ففي كل هذه الحالات يظهر من عبارة النص أن المشرع يضع قاعدة مفسرة إذ أجاز صراحة الاتفاق على ما يخالفها.

المعيار الثاني : المعيار الموضوعي أو المعنوي:

لا يمكن الاعتماد دائماً على المعيار الشكلي أو اللفظي للتعرف على نوع القاعدة من حيث كونها آمرة أو مكملة لأن هناك الكثير من القواعد القانونية لا تتضمن ألفاظاً كتلك التي ذكرناها عند التحدث عن المعيار اللفظي. لذا كان لابد من البحث عن وسيلة أخرى. هذه الوسيلة هي ما تعرف بالمعيار الموضوعي أو الوسيلة المعنوية، فإذا كانت القاعدة تمس مصلحة الجماعة والأسس التي تقوم عليها كانت القاعدة آمرة، أما إذا كانت القاعدة تنظم علاقة بين فردين كانت القاعدة مكملة لا تلزم الأفراد إذا لم تنظم علاقتهم. وعلى هذا فالقاعدة التي تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة تعتبر قاعدة آمرة ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. أما إذا لم يوجد هذا الاتصال كانت القاعدة مكملة. وإذا كان للنظام العام والآداب هذه الأهمية فلابد من أن نتناولها بشيء من التفصيل.

النظام العام:

اتخذ المشرع من النظام العام معياراً للتفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة ولكنه لم يعرف النظام العام ولم يحدد فكرته.

وفكرة النظام العام فكرة مرنة فهي تضيق وتتسع تبعاً للأفكار الاجتماعية السائدة في المجتمع في وقت ما. ففي ظل المذاهب الفردية التي تقدس حياة الفرد وتقدم مصلحته على مصلحة الجماعة نجد أن فكرة النظام العام تنحصر في أضيق الحدود بينما نجد العكس في ظل المذاهب الشمولية. كما أن فكرة النظام العام فكرة نسبية متطورة فهي تختلف من أمة إلى أخرى بل من جيل إلى جيل في الأمة الواحدة. فما يعتبر من النظام العام في دولة قد لا يعتبر من النظام العام في دولة أخرى، وعموماً يقصد بالنظام العام والآداب مجموعة الأفكار

والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع في أنظمته المختلفة قانونية وسياسية واجتماعية والتي تعبر عن مصالحه الأساسية.

فكرة حسن الآداب :

يقصد بالآداب مجموعة القواعد الأخلاقية في أمة معينة وجيل معين والتي يرى الناس أنفسهم ملزمين بها. ولقد رأينا أن لقواعد الأخلاق نطاقاً أوسع من نظام القواعد القانونية، ولكن ذلك لا يعني أن هناك حداً فاصلاً بين الأخلاق والقانون. فالقاعدة الأخلاقية إذا بلغت حداً من الأهمية بحيث تمس كيان المجتمع فإنها تنفذ إلى دائرة القانون فتتضمنها قاعدة من قواعده، فالقانون لا يعاقب على مجرد الكذب ولكن إذا بلغ الكذب حداً يهدد كيان المجتمع عاقب عليه القانون كما في حالة الشهادة الزور.

يلاحظ أن فكرة الآداب العامة كالنظام العام تختلف باختلاف المكان والزمان فما يعتبر من النظام العام أو الآداب العامة في دولة ما قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى. وقد تتغير هذه الفكرة في البلد الواحد من وقت لآخر فالقانون لا يملي على الأفراد احترام كل القواعد الأخلاقية إلا تلك التي تمس مصلحة رئيسية للمجتمع أو تتعلق بكيانه.

نضرب مثالاً على المعيار الموضوعي أو المعنوي:

بالمادة ٦٥١ من القانون المدني المصري والتي تنص علي أنه (١- يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب فى الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات. ٢- .....). هذه القاعدة آمرة لأنها تنظم مسألة تعد من النظام العام.

ويقابل هذا النص في القوانين المدنية العربية : المادة ٦٩٢ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٨٨٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٦١٥ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٧٨٨ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ٧١١ من القانون المدني القطري، والمادة ٦١٧ في القانون المدني السوري، والمادة ٣٨٦ في قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ٥٥٤ في

القانون المدني الجزائري، والمادة ٨٨١ في القانون المدني اليمني، والمادة ٨٧٠ في القانون المدني العراقي، والمادة ٦٥٠ في القانون المدني الليبي.

نستعرض فيما يلي تقسيمات القواعد القانونية من حيث طبيعة العلاقة التي تنظمها:

٣-٢-٤ القانون العام والقانون الخاص:

Public Law and Private Law

من حيث القواعد التي تنظمها والأشخاص المخاطبة :

تنقسم القواعد القانونية من حيث طبيعة الروابط أو العلاقات القانونية التي تنظمها إلى قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص. ويستند هذا التقسيم على أساس وجود الدولة باعتبارها السلطة العليا في العلاقة القانونية، بمعنى أنه إذا وجدت الدولة صاحبة السلطات طرفاً في علاقة قانونية كان القانون الذي يحكم هذه العلاقة فرعاً من فروع القانون العام سواء كان الطرف الآخر فرداً أو هيئة عامة أخرى وسميت القواعد في هذه الحالة بقواعد القانون العام.

أما إذا نظم القانون علاقة بين أفراد عاديين أو بينهم وبين الدولة باعتبارها فرداً لا سلطة عامة كان المطبق فرعاً من فروع القانون الخاص وسميت القواعد القانونية في هذه الحالة بقواعد القانون الخاص.

تعريف القانون العام **Public Law**

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة باعتبارها سلطة عامة صاحبة السيادة والسلطة طرفاً فيها.

تعريف القانون الخاص **Private Law**

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد بعضهم البعض أو بين الأفراد والدولة عندما تدخل في العلاقة باعتبارها شخصاً عادياً لا يتمتع بالسلطة والسيادة، بل تكون على قدم المساواة بالأفراد العاديين. وبالتالي يتبين هنا أن للدولة صفتين حينما تتدخل في العلاقات القانونية فقد تدخل في العلاقة بصفتها صاحبة السيادة (القانون العام) وقد تدخل بصفتها فرداً عادياً وليست صاحبة سيادة (القانون الخاص).

ولقد عرف العصر الحديث المجتمعات الكلية في أقوى وأكمل أوضاعها في

صورة الدولة ولذلك كان تقسيم القانون إلى عام وخاص من أهم خصائص القانون في العصر الحديث وعلى هذا النحو فنعرض للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ثم نعرض بعد ذلك لكل فرع من فروع القانون العام والقانون الخاص وفروع القانون المختلفة بينهما.

٣-٢-٤-١ علة التمييز بين القانون العام والقانون الخاص:

اتجه الفقهاء إلى وضع بعض المعايير للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ولقد اختلفت هذه المعايير حسب منظور كل منهم ونستعرض بعض تلك المعايير و المآخذ التي أخذت عليها:

١- أن قواعد القانون العام هي التي تعمل على حماية المصلحة العامة أي مصلحة المجتمع. وقواعد القانون الخاص تعمل على حماية المصالح الخاصة للأفراد.

ويؤخذ على هذا المعيار عدم الدقة لأن قواعد القانون جميعها تسعى لتحقيق المصلحة العامة وتبغي تنظيم الحياة في المجتمع، وهذا التنظيم مصلحة أساسية للمجتمع ككل، أي مصلحة عامة.

٢- إن قواعد القانون العام هي القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلاف حكمها أما قواعد القانون الخاص فهي القواعد المكملة التي يجوز اتفاق الأط.راف على خ.لاف حكمها.

ويؤخذ على هذا المعيار مجافاته للواقع فقواعد القانون الخاص حافلة بالعديد من القواعد الآمرة، مثل قواعد المسئولية عن العمل الضار ونظرية الظروف الطارئة والمسئولية العقدية عن البناء والقواعد التي تتطلب الشكلية في بعض العقود مثل عقد الهبة وعقد الرهن الرسمي ..... إلخ.

٣- إن قواعد القانون العام هي التي تنظم العلاقات التي تكون الدول أو أحد فروعها طرفاً فيها أما قواعد القانون الخاص فهي التي تنظم العلاقة التي يكون كل أطرافها من الأشخاص الطبيعيين أو من الأشخاص المعنوية الخاصة.

ويؤخذ على هذا المعيار عدم اتفاقه مع الدولة في المجتمع الحديث، فالدولة في هذا العصر تتملك وسائل الإنتاج الكبيرة والمتوسطة وأحياناً الصغيرة، ثم هي تتولى بنفسها عملية التوزيع (مثل الدول التي كانت تأخذ بالاشتراكية)، ومن

هنا وجبت التفرقة بين النشاط العام والنشاط الخاص للدولة فهناك فارق بين قيام الدولة بإعداد الجيش أو بتنظيم الشرطة والقضاء، وبين قيامها بالإنتاج والتوزيع.

عندما تمارس الدولة نشاطها فهي تتمتع بصفتين مختلفتين فهي أحياناً تتصرف بصفتها شخصاً خاصاً يسعى لتحقيق مصالح خاصة به ولذا فهي محكومة بمبدأ المساواة بين أشخاص القانون الخاص، وأحياناً أخرى تتصرف الدولة بصفتها ممثلة للمصلحة العامة ولذا فهي في مركز خاص هو مركز القوة والسلطة والسيادة وهي بذلك لا تتساوى مع الطرف الآخر وإنما تكون في مكان السيطرة والتحكم وعلى هذا الأساس فإن القانون العام يخول الدولة إمكانيات مادية و امتيازات عامة لا يخولها القانون الخاص للأفراد ويمكن الإشارة إلى ذلك فيما يلي:

الإمكانيات المادية:

هذه الإمكانيات تخضع مباشرة للدولة أو لأحد فروعها، وتتحرك حسب مشيئة هذه الأشخاص العامة. والنتيجة المنطقية لكل ذلك أن إرادة الدولة ليست مجردة ونظرية مثل إرادة الأفراد، وإنما هي إرادة صاحب القوة والسلطان.

الامتيازات العامة:

وهي كثيرة ولكن يمكن الإشارة إلى بعضها.

الأموال العامة:

هي جزء كبير من أملاك الدولة يكتسب صفة العمومية بتخصيصها فعلاً، أو بمقتضى نص للمنفعة العامة. ومن ذلك الشوارع والميادين والأنهار والشواطئ والمياه الإقليمية والمباني الحكومية مثل مقر الإدارات الحكومية والمستشفيات العامة ودور التعليم العام بجميع مراحله .... إلخ.

هذه الأموال يميزها القانون بعدم جواز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. ولو حاول أحد الاعتداء عليها أو اغتصابها كان للدولة أن تدفع هذا العدوان بوسائلها مباشرة دون الحاجة إلى الاحتكام على القضاء كما يفعل الأفراد.

نزع الملكية للمنفعة العامة:

هي رخصة منحها القانون للدولة، بموجبها تستطيع أن تستولي على أموال

الغير دون رضاه، إذا كانت هذه الأموال ضرورية للمنفعة العامة مثل شق الطرق والخزانات والسدود وغيرها، ويشترط القانون صدور قرار من الجهة المختصة بذلك مع استيفاء الشكل المطلوب. بشرط دفع تعويض عادل عن هذه الأموال.

هذا الإجراء هو امتياز تحتكره الدولة وفروعها لأن الأشخاص الخاصة لا تحصل على أموال الغير إلا برضاء هذا الغير ومقابل الأداء الذي يتفق عليه معه.

مضمون العقد الإداري والتوقيع المباشر للجزاء:

تستطيع الدولة أو أحد فروعها تغيير بنود العقد الإداري بإرادتها المنفردة، ويكفي الاحتماء بالمصلحة العامة كتبرير من جانبها، كما تستطيع توقيع جزاء تنتهي به هـ.ذه العقود دون حاجة إلى إذن القضاء أو أي سلطة أخرى.

الحجز الإداري:

للدولة الحق في توقيع الحجز الإداري لاستيفاء مالها من حقوق قبل الغير، وذلك مثل دين الضريبة أو الدين الذي يشغل ذمة الموظف نتيجة عجز في عهدته أو في الأموال الموجودة تحت يديه. هنا تملك الدولة وفروعها القيام مباشرة بالحجز على أموال الممول أو على مرتب الموظف لاستيفاء حقوقها دون حاجة إلى استئذان القضاء أو أي جهة أخرى. ولكن استخدام الدولة المباشر لهذه الامتيازات، لا يحرم الطرف الآخر الذي يتعامل معها من التظلم أمام القضاء لإلغاء القرار أو الإجراء الذي اتخذ استناداً على هذا الامتياز أو للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عنه، وذلك في كل حالة يكون فيها نشاط الدولة مخالفاً للقانون أو متضمناً تعسفاً في استعمال السلطة.

خضوع المنازعات الإدارية إلى نظام قضائي خاص:

تخضع المنازعات الإدارية المتعلقة بمسائل القانون العام والتي تكون الدولة طرفاً فيها للقضاء الإداري الذي يختلف في بعض إجراءاته عن القضاء العادي الذي تخضع له منازعات القانون الخاص. وخلاصة القول أن علة التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص هي أن الدولة باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة تهدف مباشرة إلى تحقيق المصلحة العامة للجماعة، أما إذا

كانت لا تمارس السيادة فإنها تهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة، ولهذا فإنه ينبغي أن نفرق بين نوعي تلك العلاقات.

والدولة في تحقيقها للمصلحة العامة باعتبارها صاحبة السيادة تملك من الوسائل ما لا يملكه الأفراد العاديون، فهي تملك تكليف بعض الأفراد بالقيام بأعمال معينة، كما تملك نزع ملكية الأفراد جبراً عنهم. وهذا مالا يستطيعه الأفراد العاديون، وهي في علاقاتها بموظفيها تتمتع بسلطات قبلهم لا يتمتع بها الأفراد العاديون لمن يعملون لحسابهم ، ويرجع السر في اختلاف طبيعة القواعد القانونية على هذا النحو إلى أنه إذا كانت الدولة طرفاً في العلاقة بصفتها صاحبة السيادة كان أساس القاعدة التي تحكمها القوة وهذا بخلاف ما إذا لم تكن الدولة بصفتها السابقة طرفاً في العلاقة، فإن أساس القاعدة التي تحكمها هو المساواة بين الطرفين.

والقانون ليس مجموعة واحدة متحدة النوع والطبيعة ولكنه ينقسم إلى عدة فروع وسنتكلم عن كل من فروع القانون العام، وفروع القانون الخاص وعن فروع القانون المختلطة بينهما باختصار شديد وذلك فيما يلي.

٣-٢-٤-٢ فروع القانون العام:

نعلم أن القانون العام ينظم علاقة الدولة بغيرها من الدول والهيئات الدولية من ناحية والأفراد من ناحية أخرى، فهو بذلك ينقسم إلى قسمين هما :

أولاً: القانون الدولي العام:

Public International Law

القانون الدولي العام: هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الدولة (باعتبارها صاحبة السلطة العامة) بغيرها من الدول في وقت السلم ووقت الحرب.

فالقانون الدولي العام ينظم علاقات الدول في وقت السلم فيضع الشروط اللازمة لاكتساب الدولة عضوية المجتمع الدولي، وطرق التعامل بين الدول من تمثيل سياسي ومعاهدات وغير ذلك.

كما أن القانون الدولي العام ينظم علاقات الدول في وقت الحرب فيبين كيفية إعلان الحرب وعقد الصلح، وما يتفرع عن ذلك من قواعد تتعلق بمعاملة الأسرى والجرحى والمدنيين.

والقانون الدولي العام أخيراً ينظم علاقات الدولة بالمنظمات الدولية كالأمم المتحدة وما يتفرع منها من مؤسسات مثل مجلس الأمن، كما ينظم علاقتها بما قد تنضم إليه من منظمات إقليمية مثل جامعة الدول العربية.

ويلاحظ في هذا الصدد عدم وضوح عنصر الجزاء في قواعد القانون الدولي العام لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول تكفل الاحترام الكامل لها. غير أن ذلك لا يطعن في توافر الإلزام لهذه القواعد ومن ثم في صفتها القانونية نظراً لتوافر الاعتقاد في وجوب تطبيقها جبراً على الدول أعضاء المجتمع الدولي.

وكان الهدف من إنشاء الأمم المتحدة هو إيجاد هذه السلطة وتدعيم الاحترام الواجب لقواعد القانون الدولي العام.

ثانياً : القوانين الداخلية :

Domestic laws

وهو القانون الذي ينظم العلاقات داخل الدولة بين السلطات فيها أو بينها وبين الأفراد، وتظهر في هذه العلاقة باعتبارها سلطة عامة، وفروع هذا القانون هي:- القانون الدستوري – القانون الإداري – القانون المالي – القانون الجنائي بشقيه العقوبات والإجراءات.

ثالثاً : القانون الدستوري :

Constitutional Law

القانون الدستوري هو :- مجموعة القواعد التي تحدد نظام الدولة وسلطاتها العامة واختصاص كل منها وما يجب بينها من تعاون ورقابة متبادلة.

فهو القانون الذي تخطه الدولة لتسير على هديه فهو القانون الأساسي للدولة، الذي يبين شكل الدولة والسلطات التي تتكون منها ونوع الحكومة والحقوق والواجبات الأساسية التي تثبت للأفراد أو عليهم، ولا يجوز أن يصدر أي فرع من فروع القانون متعارضاً مع أحكام الدستور أو مخالفاً لها.

ويتميز هذا القانون بالطابع الخاص للجزاء على مخالفة قواعده فسلطات الدولة لا يوجد فوقها سلطة أعلى تستطيع كفالة الاحترام للقواعد الدستورية المتعلقة بها فيما وراء الشعب مصدر السلطات، لذلك فجزاء القواعد الدستورية يتمثل في مسئولية كل من سلطات الدولة قبل السلطات الأخرى في حدود الرقابة

المخولة لها من ناحية، ومسئولية هذه السلطات أمام المجالس المنتخبة من قبل الشعب.

رابعاً: القانون الإداري :

Administrative Law

هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها. فهو ينظم قيام الدولة باعتبارها سلطة عامة بتسيير المرافق العامة وما يلزم لذلك من مؤسسات وما يتفرع عنه من علاقات بالأفراد.

وللسلطة التنفيذية نوعان من الأعمال أولها هي أعمال السيادة مثل إعلان الحرب وإعلان حالة الطوارئ ، إبرام المعاهدات، ودعوة المجلس التشريعي للانعقاد وإعلان الأحكام العرفية ولا تخضع تلك الأعمال لرقابة المحاكم ، وثانيها الأعمال الإدارية التي تتعلق بكيفية سير الآلة الحكومية لتعريف الشئون اليومية العادية والتي ينظمها القانون الإداري.

خامساً : القانون المالي :

Financial Law

وهو مجموعة القواعد التي تنظم مالية الدولة، فهو يبين موارد الدولة وكيفية حمايتها ثم يحدد أوجه الإنفاق وطريقته خلال عام ويسمى هذا بالميزانية ويتناول بالتنظيم المسائل الآتية:

١- نظام موازنة الدولة وكيفية تحضيرها والموافقة عليها وتنفيذها ومراقبتها.

٢- مصروفات الدولة على المرافق العامة التي تقوم بإدارتها.

٣- موارد الدولة التي تغطي بها المصروفات سواء العادية مثل الضرائب أو غير العادية كالقروض الخارجية.

٤- تنظيم إنفاق موارد الدولة على نواحي النشاط المختلفة والرقابة على هذا الإنفاق.

سادساً : القانون الجنائي :

Criminal Law

وهو مجموعة القواعد التشريعية التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها

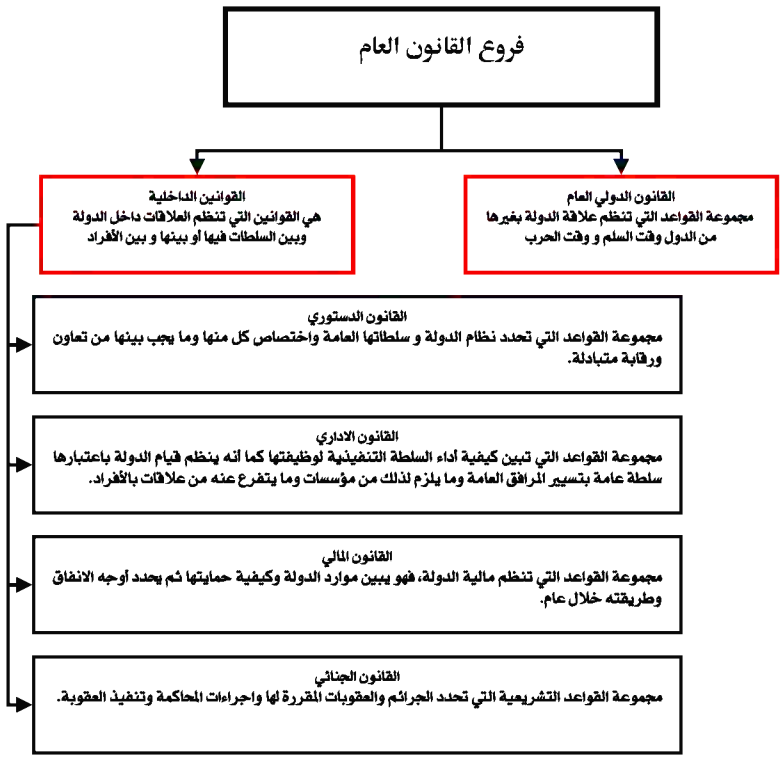
وإجراءات المحاكمة وتنفيذ العقوبة وتنقسم إلى قسمين:- قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية.

قانون العقوبات :

هو القانون الذي يبين الأعمال التي تعتبر جرائم والجزاء الذي يوقع على كل فعل منها، وينقسم إلى قسمين قسم عام وقسم خاص.

قانون الإجراءات الجنائية :

وهو يختص ببيان الإجراءات الواجب إتباعها لتطبيق قانون العقوبات من وقت وقوع الجريمة إلى تنفيذ العقوبة. ويوضح الشكل التالي ٣-٩ فروع القانون العام.



شكل ٣-٩ فروع القانون العام

٣-٢-٤-٣ المقاولة وعقد الأشغال العامة:

لا يجب الخلط بين المقاولة وعقد الأشغال العامة وهو عقد إداري من عقود القانون العام. وعقد الأشغال العامة هو عقد بمقتضاه تعهد الإدارة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار في مقابل أجر، تحقيقاً للمنفعة العامة. واعتبار العقد عقد أشغال عامة يترتب عليه عدم خضوعه لأحكام القانون المدني، سواء في ذلك أحكام النظرية العامة للعقد، وأحكام عقد المقاولة، إلا في الحدود التي لا تتعارض فيها هذه الأحكام مع قواعد القانون العام، ويبرر ذلك بالغرض المقصود من الأشغال العامة وهو تحقيق منفعة عامة، فهذا الغرض يتطلب أن يخضع عقد الأشغال لقواعد تختلف عن القواعد التي يخضع لها عقد المقاولة المبرم لتحقيق مصالح خاصة.

وذلك لأن المستقر عليه في فقه وقضاء العقود الإدارية أن هذه العقود تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، بحيث يتم تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة السلطة الكاملة في تعديل شروط العقد بتغيير الكميات المطلوبة زيادة أو نقصاً بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام وصالح المرفق.

واستعمال الجهة الإدارية لحقها في تعديل الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص في حدود النسبة المنصوص عليها بالعقد لا يرتب في ذاته استحقاق المتعهد لأي تعويض.

كما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية إلا أنها في العقود الإدارية غير متكافئة حيث تعلو مصلحة الدولة على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري.

السوابق القضائية:

١) للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين كما أن لها دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن

يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر. مع ملاحظة أن هذا الحق المخول للجهة الإدارية ليس مطلقا بل إنه مشروط بشرطين الأول أن يقتضي الصالح العام أو صالح المرفق العام إنهاء العقد. والثاني أن تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطه تقديرية أي لا يكون القرار مشوباً بالانحراف بالسلطة.

(حكم محكمة الاستئناف رقم ١٩٨٢/١٣٢ الدائرة التجارية – جلسة ١٩٨٢/٣/١٦ والاستئناف رقم ١٩٨٢/١٣٣ تجاري جلسة ١٩٨٢/٦/١٥).(المحكمة الإدارية العليا–مصر – الطعن رقم ٢٢٨٩ لسنه ٣٠ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠).

٢) " وفي حدود ما تسمح به الصلاحيات والحقوق الممنوحة للإدارة من خلال العقد الإداري وما يتميز به من شروط غير مألوفة في العقود المدنية، ضماناً لحسن سير المرافق العامة وإطراد سيرها ومنعاً من تعطلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق، ذلك لأن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية فإنها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصالح الفردية الخاصة، ولكن يجب أن يكون ذلك أيضاً داخل إطار المبادئ القانونية والأصول المقررة لتنفيذ كافة العقود وذلك إذا توافرت شرائطها لعدم تعارضها مع الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية ومؤدى ذلك أن تضمين العقود الإدارية شروط غير مألوفة، ومنح الإدارة حرية أكبر ومساحة حركة في تنفيذ العقود الإدارية لا يحولها إلى عقود إذعان كما تذهب إلى ذلك المستأنفة، بل تظل تلك العقود محافظة على طبيعتها وخصائصها طالما كان تنفيذها لا يخرج عن الأحكام التي وردت بها وعن النصوص الواردة بالمستندات الملحقة بها والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ منها ".(حكم محكمة الاستئناف – الدائرة الإدارية في الاستئناف رقم ٩٨/٢٦٤ إداري بجلسة ١٩٩٩/٢/٢).

ويتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفية شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص.

يتبين مما تقدم أن تعريف العقد الإداري حسبما استقر عليه القضاء الإداري هو كما يلي:

إن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره بشرط أن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص. ويستخلص من ذلك التعريف ضرورة توافر ثلاثة شروط حتى يصبح العقد عقداً إدارياً هي :

١- أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً.

٢- أن يتعلق العقد بإدارة أو تسيير مرفق عام.

٣- أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة في مصر في العقود الإدارية في أربعين عاماً صـ. ٩١ وما بعدها:-

حكم ٥٧٦- ١١ (١٩٦٧/١٢/٣٠) ٣٥٩/٤٨/١٣.

حكم ٥٥٩-١١(١٩٦٨/٢/٢٤) ٥٥٧/٧٥/١٣

حكم ٢١٨٤- ٢٩(١٩٨٧/٢/٢١) ٨٥٣/١٢٧/٣٢.

حكم ١٥٥٨-٧(١٩٦٤/٣/٧) ٧٦٣/٦٣/٩

حالة عملية ٣ :

المرجع التشريعي لوزارة الأشغال العامة الكويتية:

القاعدة رقم (١٦) :

٣) "حق المتعاقد في العقد الإداري في التعويض عن الأضرار الناتجة عن ممارسة الإدارة سلطاتها في تعديل العقد يكون عند تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإدارة.

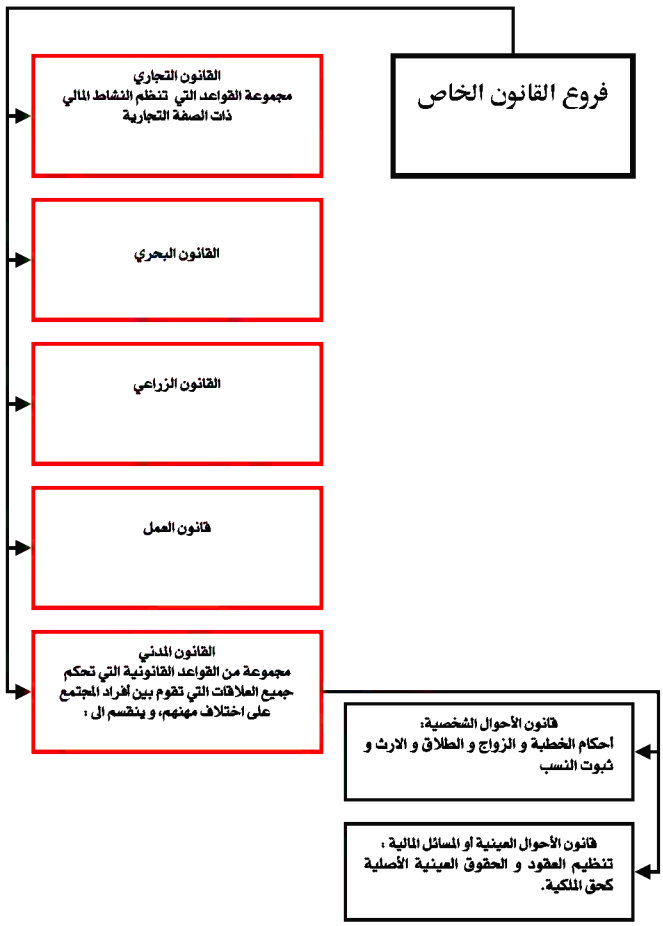
إذا تم التعديل بإرادة مشتركة للطرفين معاً، بأن تم الاتفاق على تنفيذ العقد بعد إدخال التعديلات التي تضمنتها الأوامر التغيرية بقيمة إجمالية والممثل القانوني للمتعاقد قد وافق على ذلك ووقع إقراراً يفيد هذا القبول فلا يحق للمتعاقد

المطالبة بأي تعويض عن هذه الأوامر التغيرية". (فتوى رقم ٣٥٥٣ بتاريخ ١٩٩٣/١٠/٣١ مرجع رقم ٢/٢٣٣/٩٣-٦) إدارة الفتوي والتشريع.

٣-٢-٤-٤ فروع القانون الخاص:

ينقسم هذا القانون إلى فروع عديدة على رأسها القانون المدني وهذه الفروع هي :

القانون المدني – القانون التجاري – القانون البحري – قانون العمل – القانون الزراعي في مصر. وسوف نتناول بإيجاز نبذه عن القانون المدني والقانون التجاري ومالها من علاقة مباشرة بإدارة العقد. ويوضح الشكل التالي ٣-١٠ فروع القانون الخاص.



شكل ٣-١٠ فروع القانون الخاص

٣-٢-٤-٤-١ القانون المدني : Civil Law

وهو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم جميع العلاقات التي تقوم بين أفراد المجتمع على اختلاف مهنهم ما عدا العلاقات التي ينظمها فرع آخر من فروع القانون الخاص فهو القانون الذي ينظم العلاقات المالية بين الأفراد.

وينقسم القانون المدني في تنظيمه للعلاقات الخاصة إلى قسمين :

القسم الأول :

ينظم الأحوال الشخصية مثل أحكام الخطبة والزواج والطلاق والفسخ والخلع وثبوت النسب والوصية والإرث وغير ذلك من موضوعات أسرية وهذا ليس له علاقة بأعمال المشاريع والتشييد.

القسم الثاني :

فينظم ما يسمى بالأحوال العينية أو المسائل المالية كتنظيم العقود والحقوق العينية الأصلية (كحق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق مثل حق الانتفاع، حق الارتفاق، حق السكنى والحكر والحقوق العينية التبعية " كالرهن والاختصاص والامتياز ") وسيتم تناول كل ذلك في الجزء الخاص بنظرية الحق.

٣-٢-٤-٤-٢ القانون التجاري : Commercial Law

هو مجموعة القواعد التي تنظم النشاط المالي ذات الصفة التجارية، فهو يحدد كلمة تاجر والأعمال التجارية ويبين واجبات التاجر كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية وينظم الشركات التجارية بأنواعها ويتناول مظاهر النشاط التجاري كالعقود التجارية والملكية التجارية والأوراق المالية كالكمبيالات والسندات وينظم الإفلاس وما يترتب عليه من آثار.

وكان القانون التجاري مندمجاً مع القانون المدني، ولكنه استقل عنه، وبذلك انفردت المعاملات التجارية بتنظيم خاص بها بسبب ما تستلزمه هذه المعاملات من سرعة وائتمان لا تحققه قواعد القانون المدني والأمثلة على ذلك عديدة نذكر منها ما يلي:

في مجال الإثبات:

القاعدة العامة في الإثبات في المعاملات المدنية اشتراط الكتابة لإثبات التصرفات التي تجاوز قيمة معينة، ولا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة بغير الكتابة ومثال ذلك أوامر التغيير في عقود المقاولة بين رب العمل والمقاول الرئيسي والتي يجب أن تكون مكتوبة ذلك أن عقد المقاولة عقد مكتوب، وعقد المقاولة عقد مدني يخضع للقانون المدني أي أنه ليس عقد تجاري أو عقد إداري، والعقد الإداري إن كانت الحكومة طرفاً فيه، يكون من أعمال الأشغال العامة، أما في المعاملات التجارية فلا يشترط الكتابة بل يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ومثال ذلك أوامر التغيير في عقود المقاولة بين مقاول الباطن والمقاول الرئيسي فيكفي أن يثبت مقاول الباطن أنه قام بالعمل بناء على أوامر المقاول الرئيسي أو من ينوب عنه وأن العمل قد تم بالفعل.

انتقال الحقوق:

تسهيل وسرعة تداول الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات والشيكات، فإن هذه الحقوق تنتقل بمجرد تظهيرها – أي التوقيع على الورقة بما يفيد التظهير – أو تسليمها إذا كانت واجبة الدفع لحاملها، بينما القاعدة في القانون المدني أن حوالة الحق لا تنفذ تجاه المدين أو تجاه الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها الغير.

تنظيم الإفلاس:

نجد أن نظام الإفلاس بالنسبة للتجار – وهو المقابل للإعسار المدني – يتسم بالشدة والصرامة، حيث ترفع يد التاجر المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ليتولاها وكيل الدائنين، ولا يحدث ذلك في الإعسار المدني.

التضامن:

القاعدة في القانون المدني، أن التضامن بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون، أما في المعاملات التجارية فهو مفترض دون حاجة إلى نص أو اتفاق.

ولذا فإن من المهم أن يتم تحديد ما إذا كان عقد المقاولة هو عقد مدني أو عقد تجاري. وذلك ما سوف نستعرضه كما يلي:

٣-٢-٤-٤-٣ الطابع المدني أو التجاري للمقاولة:

المقاولة عقد من عقود القانون الخاص، وهي تعتبر عقداً مدنياً بالنسبة لرب العمل، إلا إذا كان تاجراً وأبرم العقد لحاجات تجارية، فإنه يعتبر عملاً تجارياً بالتبعية، أما بالنسبة للمقاول، فإن العقد يكون مدنياً وقد يكون تجارياً بحسب العمل الذي يقوم به، فإذا كان هذا العمل مدنياً كان العقد مدنياً، وإذا كان العمل تجارياً كان العقد كذلك، ومن المقرر أن الأعمال الذهنية تعتبر أعمالاً مدنية لو قام بها الشخص على وجه الاحتراف، كعقد المهندس المعماري الذي يضع تصميماً لبناء، والمقاولات المتعلقة بإنشاء المباني والعقارات عموماً كإنشاء الطرق والجسور وحفر الترع ومد السكك الحديدية، فهذه المقاولات كلها تعتبر تجارية بالنسبة للمقاول إذا كان يقدم المواد اللازمة من عنده وتعتبر مدنية بالنسبة لرب العمل، أما إذا كان المقاول لا يقدم المواد المستخدمة في البناء أو الترميم، وإنما يقتصر على مجرد تقديم علمه وخبرته تعتبر مدنية في هذه الحالة بالنسبة للمقاول ورب العمل. وتبدو أهمية تحديد الصفة المدنية أو التجارية لعقد المقاولة من عدة نواح، منها:

- أنه إذا كانت المقاولة تجارية بالنسبة لأحد طرفيها فإنه يجوز اختصام هذا الطرف أمام المحاكم التجارية، ويتبع في الإثبات في مواجهته طرق الإثبات التجارية، وأنه إذا تعدد أفراد هذا الطرف كانوا متضامنين دون حاجة إلى اتفاق خاص إذ يفترض التضامن في المسائل التجارية.

- إذا كانت المقاولة مدنية فإنه تترتب عليها عكس النتائج السابقة بالنسبة لمن كان العقد بالنسبة له مدنياً، وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا تعلق الأمر بمقاولة بناء، فلا يجوز للمقاول أن يثبت بالبينة أن صاحب العمل قد أذن له في إجراء أعمال زائدة على المتفق عليه في العقد، لأن المقاولة لا تعتبر عملاً تجارياً بالنسبة لصاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذه الطريقة. (٤٧- الطعن رقم ٠٠٠٨ لسنة ٧ ق مجموعة عمر ٢ع صفحة رقم ١٦٤).

لا يجوز لمقاول بناء أن يثبت بالبينة على صاحب العمل المتعاقد معه، أنه أذن له بإجراء أعمال زائدة على المتفق عليها في عقد المقاولة، لأن عمل المقاولة لا يعتبر تجارياً بالنسبة لصاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذا الطريق. (٥١-الطعن رقم ٣٥٦ سنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/٣١ س ٢٤ ص ٨٥٣).

يجوز إثبات عدم قيام المقاول بالتنفيذ – كواقعة مادية – بكافة طرق الإثبات.

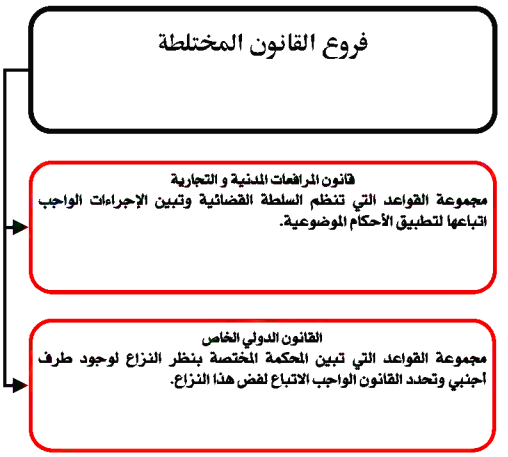
عدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقاً لما التزم به في عقد المقاولة هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة في ذلك لما هو ثابت في العقد إذا لم ينص فيه على وفاء المقاول بالتزاماته الواردة فيه.

وعقد مقاولة الأعمال قد يكون عقداً إدارياً إذا كان أحد طرفيه جهة إدارية كما سوف يتم إيضاحه فيما بعد.

(مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا حكم ٩٢٤- ٣٦ ل. ١٩٩١/٧/٢٠) ١٦٠٦/١٦٣/٣٦).

٣-٢-٤-٥ فروع القانون المختلطة:

وهي تضم نوعين من العلاقات ينتمي إحداهما إلى القانون العام وينتمي الآخر إلى القانون الخاص وهي :



شكل ٣-١١ فروع القانون المختلط

أولاً : قانون المرافعات المدنية والتجارية :

وهو مجموعة القواعد التي تنظم السلطة القضائية وتبين الإجراءات الواجب إتباعها لتطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المدني والتجاري.

وعلى ذلك فإن قانون المرافعات يتكفل بناحيتين:

الأولى : هي تنظيم السلطة القضائية.

والثانية : هي بيان الاجراءات واجبة الاتباع أمام المحاكم.

ثانياً: القانون الدولي الخاص:

هو مجموعة القواعد التي تبين المحكمة المختصة بنظر نزاع ذي عنصر أجنبي وتحدد القانون الواجب الاتباع في فض هذا النزاع.

والملاحظ أن القانون الدولي الخاص لا ينظم العلاقات التي تقوم بين الأفراد والتي تتضمن عنصراً أجنبياً بل إن كل مهمته هو الإحالة في حكم هذه العلاقة إلى القانون الوطني أو الأجنبي (قواعد الإسناد) وذلك بعد أن يحدد ما إذا كانت المحكمة الوطنية مختصة بنظر النزاع أم لا.

حالة عملية ٣:

المرجع التشريعي لوزارة الأشغال الكويتية القاعدة رقم (١٨٧)

تحديد القانون الذي تخضع له الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي. "خضوع الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي للقانون الذي يختاره العاقدان".

مفاد ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩ من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي رقم ١٩٦١/٥ أن المشرع أخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدان في العقد بإرادتهما الصريحة أو الضمنية وكان أحد طرفي العقد كما ورد في موضوع الدعوى أجنبياً وقد ورد به أن العاقدين اتفقا على خضوعه لقوانين الكويت فإنه بذلك يخضع لأحكام قانون التجارة. (حكم التمييز الطعن رقم ٨٨/١٩٨ تجاري جلسة ١٩٨٩/١/٣٠).

٣-٣ ثالثاً : المصادر الرسمية للقانون Resources of Law

تنقسم مصادر القانون طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري إلى أربعة مصادر رسمية هي :

- التشريع. - العرف.
- مبادئ الشريعة الإسلامية - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

شكل ٣-١٢ المصادر الرسمية للقانون.

٣-٣-١ التشريع:

Legislation

هو كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قواعد عامة مجردة ومكتوبة تقوم بتنظيم العلاقات بين الناس أو بينهم وبين الدولة، والتشريع هو المصدر الأساسي للقانون وهذا ما نصت عليه دساتير معظم الدول العربية فقد جعلت من التشريع المصدر الرسمي الأول الذي يتعين على القاضي اللجوء إليه عند فصله في المنازعات المعروضة عليه بحيث إذا وجد نصاً تشريعياً يتضمن في منطوقه أو مفهومه حلاً للنزاع وجب عليه التقيد به وإعمال حكمه، ولا يلجأ إلى غيره من المصادر إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي.

٣-٣-٢ العرف:

هو المصدر الرسمي الثاني في مصر وكثير من الدول العربية والثالث في القانون الكويتي، وهو أيضاً أهم المصادر التي توجب الشريعة والفقه الإسلامي اعتمادها، فالأصل في المعاملات هو ما تراضى عليه الناس أو جرى به العرف بينهم، إلا أن يتراضوا أو يتعارفوا على ما يخالف حكم الشرع من تحليل حرام، أو تحريم حلال، وقد قرر القرآن الكريم والسنة النبوية هذا الأصل، فقال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [النساء:٢٩]، وقال الرسول ﷺ فيما رواه أحمد في مسنده: "أنتم أعلم بأمور دنياكم"(رواه مسلم برقم ٢٣٦٣ عن عائشة وعن ثابت وعن أنس) وقوله فيما رواه مسلم في مسنده: "إنما أنا بشر إذا أمرتكم بشئ من دينكم فخذوا به وإذا أمرتكم بشئ من رأي فإنما أنا بشر"(رواه مسلم برقم ٣٦٣٢) ويتضح من تعريف العرف بأنه اعتياد الناس على سلوك معين فترة زمنية طويلة، مع اعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم ومن جانب آخر إذا كانت العادة خاصة بأهل حرفة أو مهنة معينة فيجب أن تكون متبعة من غالبية أصحاب الحرفة أو المهنة، حتى يكون لها صفة العموم ويجب ألا تخالف تلك العادة النظام العام، وبعبارة أخرى ألا تخالف العادة، قاعدة قانونية آمرة. فلو أن عادة خالفت قاعدة قانونية آمرة فإنها لا تعد عرفاً.

إن القاضي يفترض علمه بالعرف – باعتباره قانونياً – ويطبق القاضي

العرف من تلقاء نفسه سواء علم الأفراد به أم لم يعلموا ويخضع القاضي في تطبيقه للعرف لرقابة محكمة النقض في مصر ويقابلها محكمة التمييز في الكويت التي تراقب تطبيق القوانين.

ويكون العرف معاوناً للتشريع عندما يستهدي به النص التشريعي للوقوف على قصد المتعاقدين كما في نص الفقرة الثانية من المادة ٢/١٥٠ من القانون المدنى المصرى، حيث تنص على أنه (أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعني الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ٢/١٩٣ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢/٢٦٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ٢/١٢٥ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢/٢٣٩ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ١٦٩ من القانون المدني القطري، والمادة ١٥١ من القانون المدني السوري، والمادة ١٠١ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ١١١ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢/١٥٢ من القانون المدني الليبي.

يقوم العرف بهذا الدور إذا نشأ خلاف بين الأطراف حول تفسير مصطلح معين أو صيغة في عقد لم يرد في تفسيرها نص، فتستعين المحكمة بالعرف لتفسير الغموض، أو لمعرفة المقصود بالمصطلح.

العرف لا يلغي التشريع فلا يجوز أن يخالفه، والأمر لا يحتاج تفسيراً بالنسبة للقواعد الآمرة لأنها متعلقة بالنظام العام، ومن شروط العادة العرفية ألا تخالف النظام العام.

أما القواعد المكملة فغالباً ما يقدم المشرع العرف عليها، فيشترط لتطبيقها عدم وجود اتفاق أو عرف مخالف لها، بحيث إذا وجدت قاعدة مكملة وعرف أو اتفاق مخالف لها يعتد بالعرف ولا يعتد بالقاعدة المكملة.

٣-٣-٢-١ دور العرف في فروع القانون :

يقوم العرف بدوره الذي بيناه في كل فرع من فروع القانون، بصورة تتفاوت من فرع إلى آخر.

ففي مجال القانون الجنائي لا يوجد للعرف أي دور في مجال التجريم والعقاب فالقاعدة في قانون الجزاء أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي، وفي نطاق القانون الدستوري يختلف دور العرف باختلاف الدولة ، ففي الدول التي لا توجد فيها دساتير مكتوبة مثل المملكة المتحدة، يلعب العرف الدور الأساسي فيها، أما في الدول ذات الدساتير المكتوبة فيكون للعرف دور محدود.

وفي نطاق القانون المدني يكاد يقتصر دور العرف على كونه معاوناً للتشريع أو مفسراً له في نطاق هذا الفرع من فروع القانون.

وفي نطاق القانون التجاري فإن للعرف فيه دور كبير سواء كان مكملاً للتشريع أو معاوناً له وذلك نظراً لقلة النصوص التشريعية وعدم كفايتها لمواجهة مطالب الحياة التجارية المتجددة.

٣-٣-٢-٢ أساس القوة الملزمة للعرف:

القانون المصري لا يمنع القاضي من الإهتداء – إلى جانب أحكام الفقه الإسلامي– بمبادئ القانون العامة، أو بالقواعد المقررة في معاهدات دولية أو تشريعات أخرى، أو أن يستلهم الرأي من الأحكام التي أقرها القضاء والفقه محلياً كان أو غير محلي، ما دامت متفقة مع واقع البلاد ومصلحة الجماعة وتبغي تحقيق العدالة أما من حيث أثر الجهل بالعرف والعادة تطبيقاً لقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، فإن العرف باعتباره قانوناً يطبق على الجميع علموا به أو لم يعلموا.

فمتى توافر للعرف ركناه المادي وهو الاعتياد، والمعنوي وهو عقيدة الإلزام أصبح قانوناً ملزماً واجب الاتباع من الأفراد والتطبيق من المحاكم ويجازي من يخالفه بالجزاء المادي المنوط تطبيقه للسلطة العامة شأنه في ذلك شأن كافة القواعد القانونية.

ويقصد بمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون أن الشخص لا يمكنه أن يستند إلى جهله بأحكام القانون ليطلب استبعاده وعدم تطبيقه.

حالة علمية ٤:

الموضوع: العرف

الموضوع الفرعي : عدم جواز التحدي بالعرف في حالة وجود نص

النص في المادة الأولى من القانون المدني على أن تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في

معناها ، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف مفاده أنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يجوز التحدي بالعرف، إلا إذا لم يوجد نص تشريعي.(٧– الطعن رقم ٠٣٢٣ لسنة ٣٥ مكتب فني ٢٠ صفحة رقم ١٠١٧ بتاريخ ١٩٦٩/٦/١٩).

٣–٣–٣ مبادئ الشريعة الإسلامية:

هي المصدر الرسمي الثالث في القانون المصري وكثير من الدول العربية والمصدر الثاني في القانون الكويتي، وهي المصدر الأول في المملكة العربية السعودية، والملاحظ أن النظم القانونية في الدول العربية تختلف في ترتيب الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر التشريع، ولقد نصت المادة الأولى من القانون المصري على أنه (١– تسري النصوص التشريعية علي جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢– فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

ومؤدى ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية تعد المصدر الثالث، الذي يلجأ إليه القاضي المصري، عندما لا يجد حلاً للنزاع المعروض عليه في نصوص التشريع أو العرف، ويقصد بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية هنا الأحكام الشرعية العملية التي تضبط السلوك الإنساني والعلاقات الاجتماعية، وهي ما يصطلح على تسميتها بأحكام المعاملات. وتتميز أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية بالإحاطة والشمول حيث تضمنت القواعد الأساسية اللازمة لبناء أي مجتمع متحضر ينشد التقدم، وبهذا قدمت النصوص التشريعية القواعد العامة للنظام القانوني تاركة للمجتهدين استخلاص تفصيلات هذا النظام.

وقد قررت نصوص القرآن الكريم هذه الإحاطة والشمولية في قوله تعالى ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾[المائدة:٣]، وقوله تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ﴾ [النحل:٨٩].

وتتميز أحكام الشريعة الإسلامية بأنها ثابتة، لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وتصلح لكافة المجتمعات وذلك لورودها دائماً في صورة قواعد عامة

مصحوبة باستثناءات (الضرورات تبيح المحظورات) وتمنح قواعد الفقه الإسلامي مرونة كبيرة لعملية مواكبة الاختلاف في الزمان والمكان من خلال اجتهاد الفقهاء.

وتعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي للغالبية العظمى من أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية تعد المصدر التشريعي الأول لقانون الأحوال الشخصية في كثير من الدول العربية.

٣-٣-٤ مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وعلاقتهما بمجال إدارة المشاريع ودور المهندس:

ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وفقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري وفي بلاد عربية أخرى مصدر احتياطي يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد حلاً للمسألة المعروضة أمامه في التشريع أو العرف أو مبادئ التشريع الإسلامي.

ولم يشأ المشرع الكويتي شأنه شأن عدد من المشرعين في الدول العربية أن يجاري التقنين المصري وبعض التقنينات العربية الأخرى في إحالتها إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

والقاضي عندما يلجأ لقواعد العدالة والقانون الطبيعي للبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق يكاد يلبس في هذا النطاق الثوب الضيق للمشرع ولكنه يختلف عنه في أنه لا يضع قواعد عامة بل يقتصر دوره على حل النزاع المعروض عليه.

ويقصد بالقانون الطبيعي مجموعة من الواجبات والمبادئ العامة التي لا ترقى إلى درجة القواعد القانونية بما تمتاز به من تحديد وانضباط وقابلية للتطبيق لحل المنازعات.

أما العدالة فبدورها بعيدة عن أن تكون مصدراً مباشراً للقواعد القانونية، فهي عبارة عن شعور وإحساس كامن بضرورة إيتاء كل ذي حق حقه، فدور العدالة يقف عند حد كونها موجهاً عاماً وإطاراً محدداً للحلول القانونية وليس مصدراً للقواعد القانونية.

٣-٤ نطاق تطبيق القانون:

يتحدد هذا النطاق أولاً : من حيث المكان وذلك لتبيان الحالات القانونية التي يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق قوانين الدول الأخرى. وثانياً : من حيث الزمان وذلك لتحديد الزمن الذي تسرى فيه.

أولاً : سريان القانون من حيث المكان (مبدأ إقليمية القوانين):

معنى ذلك بأن القانون يطبق على كل إقليم في الدولة وعلى المقيمين فوق أرضها.

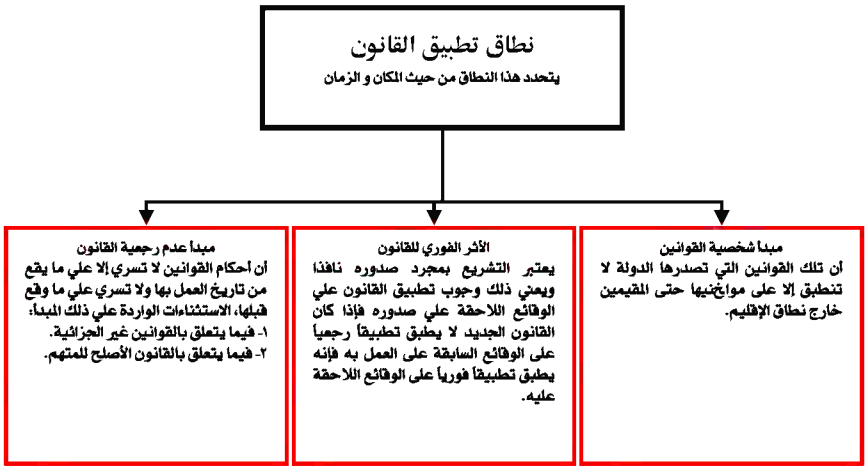
وبمفهوم المخالفة أن القانون الوطني لا يسري خارج هذا الإقليم أو على أفراد يقيمون خارج هذا الإقليم.

ثانياً : سريان القانون من حيث الزمان :

يحكم سريان القانون من حيث الزمان مبدأين:

الأول: مبدأ الأثر الفوري للقانون.

الثاني: مبدأ عدم رجعية القانون.



شكل ٣-١٣ نطاق تطبيق القانون

الأثر الفوري للقانون:

يعتبر التشريع بمجرد صدوره نافذاً، ويعني ذلك وجوب تطبيق القانون على الوقائع اللاحقة على نفاذه، فإذا كان القانون الجديد لا يطبق تطبيقاً رجعياً على الوقائع السابقة على العمل به فإنه يطبق تطبيقاً فورياً على الوقائع اللاحقة عليه.

وتطبيق هذا المبدأ ليس مطلقاً فيوجد استثناء على ذلك، خاص بالمراكز القانونية التي أبرمت في ظل القانون القديم واستمرت تنتج آثارها في وقت صدور القانون الجديد.

مبدأ عدم رجعية القوانين:

يعني ذلك أن أحكام القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا تسري على ما وقع قبلها. ولقد أخذ المشرع المصري بهذا المبدأ حيث نص على ذلك في المادة ١٨٣ من الدستور المصري التي تنص على أنه:- (لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثراً فيما وقع قبلها) ولقد أخذ المشرع الكويتي بذلك أيضاً ونص على ذلك في المادة ١٧٩ من الدستور الكويتي.

الاستثناءات الواردة على ذلك المبدأ:

لا يطبق هذا المبدأ على إطلاقه فيرد عليه استثناءان هما:

١- فيما يتعلق بالقوانين غير الجزائية التي أجاز الدستور للمشرع تطبيقها تطبيقاً رجعياً وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة. بموافقة أغلبية معينة علي ذلك.

٢- يتعلق بالقوانين الأصلح للمتهم ولقد نصت المادة ٥ من قانون العقوبات المصري على ذلك بقولها (يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول بة وقت ارتكابها. ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فية نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره. وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية).

* * *

خاتمة:

استعرضنا في هذا الفصل تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية من حيث العمومية والتجريد وكونها قاعدة اجتماعية تحكم سلوك الأفراد في المجتمع وقاعدة ملزمة واجبة الاحترام، ثم تطرقنا لفكرة الجزاء الجنائي والجزاء المدني وفكرة التعويض والجزاء الإداري، ثم استعرضنا أنواع القواعد القانونية من حيث نشأتها ومن حيث تنظيمها للحقوق ومن حيث قوتها ومن حيث طبيعة العلاقة التي تنظمها تلك القواعد، ثم عرضنا للمصادر الرسمية للقانون.

* * *