

المبدأ القانوني، والضابط، والقاعدة القانونية

د/ مصطفى أحمد الدراجي

أستاذ مشارك قسم القانون الخاص

بجامعة عمر المختار

ملخص البحث:

هذا البحث يقدم لمحة عامة، حول التفرقة بين المبادئ العامة (للقانون الوضعي)، والقواعد القانونية، فضلاً عن تحديد ملامح (الضابط القانوني) وتمييزه عن المبدأ القانوني، وذلك لما لهذه التفرقة من أهمية فنية، ولما كان ما نحن بصدد له علاقة مباشرة بالفكر القانوني والفلسفي ، فقد كان من الضروري الرجوع إلى البحث في فلسفة القانون – أصل القانون وغايته – لإخضاع هذه الأفكار ومحاولة الإجابة عنها من خلال استقراء العناصر المشتركة بين النظم القانونية على مختلف العصور، وقد تناولنا هذا الموضوع في مبحثين يضم كل واحد منهما مطلبين، المبحث الأول تناولنا فيه : التأصيل التاريخي والإطار المفاهيمي لفكرة المبادئ القانونية، وقسمناه إلى مطلبين، المطلب الأول، تناولنا فيه التطور التاريخي للمبادئ العامة للقانون، وفي المطلب الثاني تحدثنا عن المقصود بالمبدأ القانوني، أما المبحث الثاني، فتعرضنا فيه للتمييز بين الضوابط والمبادئ والقواعد القانونية باعتبار أن الضوابط موجهات أو أطر معيارية يستعين بها القاضي، – وهو يواجه ظروف الواقع – للمواءمة بين القاعدة القانونية والحالة الخاصة المعروضة عليه، حيث تطرقنا في المطلب الأول للتمييز بين الضابط القانوني والمبدأ القانوني ، أما المطلب الثاني ، فخصصناه للتمييز بين المبدأ القانوني والقاعدة القانونية، والتي تقوم على اشتراك القاعدة و المبدأ في صفة العمومية، مع التفاوت في فهم مدلول هذه الصفة، وهو ما فصلنا القول فيه في هذه الدراسة .

Research Summary

This research provides an overview of the distinction between general principles (positive law) and legal rules, as well as defining the features of (legal standard) and distinguishing it from the legal principle, because of the technical importance of this distinction, . And philosophical, it was necessary to return to the research in the philosophy of law - the origin and purpose of the law - to subdue these ideas and try to answer them by extrapolating the common elements between legal systems over different eras .

We have dealt with this subject in two sections, each of which includes two demands. The first topic we dealt with: the historical rooting and the conceptual framework of the idea of legal principles, and we divided it into two demands, the first requirement, in which we dealt with the historical development of the general principles of law, and in the second requirement we talked about what is meant by the legal principle As for the second topic, in it we presented a distinction between controls, principles and legal rules, considering that the controls are directives or normative frameworks that the judge uses, and he faces the circumstances of reality - To harmonize the legal rule with The case beforeit Where we touched in the first requirement to distinguish between the legal standard and the legal principle, as for the second requirement, we devoted it to the distinction between the legal principle and the legal rule

It is based on the participation of the rule and the principle in the general character, with the discrepancy in understanding the meaning of this attribute, which is what we have discussed in this study .

عنوان البحث باللغة الفرنسية

le principe juridique and legal standard and the legal rule

الكلمات المفتاحية

المبادئ العامة للقانون ، الضابط القانوني ، القاعدة القانونية ، فلسفة القانون ، عمومية القواعد وعمومية المبادئ

La généralité des règles et la généralité des principes — legal rule — and legal standard — le principe juridique

مقدمة

هذا البحث يقدم لمحة عامة، حول التفرقة بين المبادئ العامة للقانون، والقواعد القانونية التشريعية، وتخصيص هذه الأخيرة بالتشريعية، على اعتبار أن وصف القواعد يمكن أن يصدق أيضاً على المبادئ العامة للقانون، فهي تمثل حجر الزاوية في بناء النظام القانوني بوجه عام.

فضلاً عن تحديد ملامح (الضابط القانوني) وتمييزه عن المبدأ القانوني والقاعدة القانونية، وذلك لما لهذه التفرقة من أهمية فنية، ولما وجد في الفقه القانوني من ربط بين هذه المصطلحات على الرغم من وجود اختلاف جوهري فيما يتعلق بوظيفة كل منها، كما أن الغالبية من شراح النظرية العامة للقانون لم يتطرقوا إلى هذا التحليل.

ذلك أن تعبير " المبادئ العامة "، - في حد ذاته - من المفاهيم الغامضة والتي لم يتم التوصل إلى التوافق بشأنها، على الرغم من كثرة المحاولات التي بذلت في هذا الشأن، وهو ما سيتضح لنا في ثنايا هذه الدراسة، من خلال محاولتنا المتواضعة للتعريف به، ولذلك سنسير هنا بحذر أكبر، ونضع القارئ أمام أفكار قابلة للبحث والتدقيق.

ومن المسائل الخلافية التي أثارت - ولا زالت تثير إلى يومنا هذا - جدلاً فقهيّاً واسعاً بين أوساط الفقه، التساؤل حول الصلة بين المبدأ القانوني، والقاعدة القانونية التشريعية، وكذلك الضابط القانوني، ومعرفة أوجه الاختلاف بينهما، وطبيعة العلاقة بين هذه المفاهيم، وسننطلق من التوطئة لنشأة هذه المبادئ وتطورها وجذورها التاريخية، وهو ما سنسعى لتحديده وإن بطريقة تحدد ملامح كل من القاعدة التشريعية والمبدأ القانوني، والضابط وذلك لصعوبة الوقوف على حقيقة فيصل هذه التفرقة.

على أن التمييز بين القواعد القانونية والمبادئ العامة للقانون لم يكن مجهولاً تماماً، فقد تناوله كثير من فقهاء القانون الإداري والقانون الدولي، وإنما وضع معيار محدد لغرض التمييز بينهما، هو في الحقيقة أمر تكتنفه بعض الصعوبات، حتى أن الفقه يقر بصعوبة هذه التفرقة - كما سنرى -، والواقع أن صعوبة التوصل إلى هذا المعيار؛ إنما يرجع في جزء كبير منه إلى صعوبة فهم المقصود بالمبادئ في حد ذاتها، مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأن المبادئ يمكن التعرف عليها لا تعريفها، وذلك لصعوبة تحديدها.

فضلاً عن أن النطاق الواسع لمفهوم (المبدأ) يتداخل في كثير من الأحيان مع كثير من الأفكار، ومنها أيضاً فكرة (الضابط القانوني)، أو المعيار القانوني، وهو ما يدعونا في هذا المقام لمناقشة هذه

المفاهيم، لتحديد ما يميز كلا منهما عن الآخر باختلاف خصائصهما، وما يهمننا هنا هو ارتباط مفهومي (المبدأ والقاعدة) في اللغة القانونية، فهما مفهومان مترابطان متداخلان، ، فغالباً ما يتم النظر إلى المصطلحين (المبدأ والقاعدة)، كمترادفين، وهنا يصل الالتباس إلى ذروته، ففي حالات كثيرة يشير الفقه لعبارة " القاعدة العامة " تعبيراً عن " المبدأ العام "، فهل هذه التعبيرات لها نفس المدلول، أم أنها ذات مضامين مختلفة، ولا نطمح هنا — كما ذكرنا — إلى أكثر من لفت الانتباه لهذه التفرقة.

ثم إذا كانت المبادئ العامة للقانون، يمكن أن تلعب دوراً وظيفياً في إرشاد المشرع أو القاضي في العمل التشريعي أو القضائي، من خلال هيمنتها على النظام القانوني في أي مجتمع من المجتمعات، وينتج عنها ظهور القواعد أياً كانت صورتها، عرفية كانت أو تشريعية، ودون أن يكون للقضاء مثلاً الحق في خلق القواعد القانونية، كي لا يكون هناك اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية، باستثناء القضاء الإداري ودوره الإنشائي كما هو معروف في كشف واستنباط مبادئ (القانون الإداري)، والتي يستخلصها القضاء، ويعلن التزام الإدارة بها وتتبع قوتها بعد ذلك من استمرار تطبيقها وإقرار القضاء لها .

فإننا لن نسير — في هذا البحث المعروض الخاص بالتمييز بين المبادئ العامة للقانون، والقواعد التشريعية العادية — على النهج المتبع في معالجة المبادئ العامة للقانون الإداري والذي جرت أقلام كثير من فقهاء القانون الإداري في معالجتها، وساهم على الأقل مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري بوجه عام في تحديد ماهيتها، وإن كان هذا لا يمنع من لفت النظر إليها كلما دعت حاجة البحث لذلك .

ولما كان ما نحن بصدد له علاقة مباشرة بالفكر القانوني والفلسفي ، فقد كان من الضروري الرجوع إلى البحث في فلسفة القانون — أصل القانون وغايته — لإخضاع هذه الأفكار ومحاولة الإجابة عنها من خلال استقراء العناصر المشتركة بين النظم القانونية على مختلف العصور، والتي ترجع إليها جل أصول القوانين الحديثة، وهو ما يمثل الجانب الفلسفي في علم أصول القانون وذلك للتعرف وإن بشكل موجز على نشأة المبادئ القانونية، وما إذا كانت النظم القانونية المختلفة قد ساهمت بشكل أو بآخر في صياغة مبادئ عامة كان لها تأثير على النظم القانونية الحديثة، والأسس المشتركة لهذه المبادئ القانونية على الرغم من اختلاف الأنظمة القانونية والاجتماعية .

فالعلاقة وثيقة بين فلسفة القانون وعلم القانون ، فكما أن فلسفة القانون تحتاج إلى علم القانون لتستخلص من معطياته المبادئ العامة، فإن علم القانون يتطلع بدوره إلى فلسفة القانون، ليستلهم منها تلك المبادئ .

وكان من المفيد قبل ذلك - وفي لمحة تاريخية - أن نعرض على جوهر القانون الوضعي " القانون الطبيعي "، لكثرة الخلط بين مبادئه، ومبادئ القانون الوضعي بوجه عام، وقد جعلنا من هذه المسألة فاتحة الكلام .

كما كان من الضروري الكشف عن التفرقة بين " مصادر القانون الوضعي " والمبادئ العامة، التي تستبطن منها القواعد القانونية الوضعية، لنصل للتعريف بالمبدأ والقاعدة والضابط، كل ذلك لتحديد سمات كل منها، واختلافها كذلك من حيث الغاية أو الوظيفة بالنسبة لكل منهما .

ويقتضي منا أيضاً البحث في فكرة الضابط القانوني وتحديد مفهومه من الناحيتين الفلسفية والقانونية، وسبب ظهور هذه الفكرة، وارتباطها كذلك بفكرة الإنصاف، وتطبيقاتها والتمييز بينها وبين المبادئ القانونية ووسائل عمل كل منهما للوصول إلى سهولة التمييز بينهما .

ولإحاطة بهذا الموضوع ، سنقوم بتقسيم هذا البحث على مبحثين ، يضمن كلا منهما مطلبين :

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي والتأصيل التاريخي لفكرة المبادئ العامة

المطلب الأول : التطور التاريخي للمبادئ العامة للقانون

المطلب الثاني : المقصود بالمبادئ العامة للقانون

المبحث الثاني : العلاقة بين الضوابط والمبادئ والقواعد القانونية

المطلب الأول : الصلة بين الضابط القانوني والقاعدة القانونية

المطلب الثاني : التفرقة بين المبدأ القانوني والقاعدة القانونية التشريعية

المبحث الأول

التأصيل التاريخي والإطار المفاهيمي

لفكرة المبادئ العامة

لم تستغن أساليب الفكر القانوني على مر الأجيال من السعي وراء البحث عن الموجهات والمبادئ التي تكون بمثابة المرجعية في تنظيم حياة الفرد والمجتمع، ولها القدرة على المساهمة بنصيب في سد النقص في القواعد لتكامل البناء القانوني، وهذه المبادئ منذ فجر التاريخ — وفي كل عصر

من العصور — موجودة في ضمير الجماعة وقبلها الضمير الإنساني، وهو ما يدعونا أولاً وقبل كل شيء أن نبحث التطور التاريخي للمبادئ العامة (أولاً)، ثم نقوم بتحديد مفهوم مصطلح المبدأ (ثانياً).

المطلب الأول: لمحة تاريخية عن المبادئ العامة للقانون.

من المفيد التأكيد على أنه — وفي هذا الحيز الضيق — سوف نقصر حديثنا هنا على تقديم لمحة تاريخية عن المبادئ العامة للقانون بشكل خاص، على أن نرجئ الحديث عن الضوابط والقواعد القانونية التشريعية، والبدايات الأولى لظهورها من الناحية التاريخية عند حديثنا عن العلاقة بين المبادئ والضوابط والقواعد القانونية، وذلك كل في موضعه .

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام، هو أن القواعد القانونية ليست وحدها، التي تعمل على تنظيم حياة الأفراد في الجماعة، فهي لا تحتكر تنظيم سلوك الأشخاص، وإنما توجد إلى جوارها قواعد أخرى تشارك في نفس الهدف وتساهم مع القواعد القانونية في توجيه مسلك الأفراد كقواعد الأخلاق، والقواعد الدينية والعادات الحسنة، كل هذا للتدليل على أن كثيراً من المبادئ القانونية قامت على أسس أخلاقية، " فالمبدأ العام الذي يقضى بوجوب الوفاء بالالتزام، إن هو إلا قاعدة خلقية " (1) .

حتى أن الرومان كانوا يخلطون بين دائرتي القانون والأخلاق فمن النصوص المشهورة التي وردت في مدونة جستنيان نص للفقهاء أولبيان يقرر فيه أن القانون يأمر الإنسان بأن لا يضر أحداً وأن يعطي كل ذي حق حقه، وهي تعابير فلسفية محضة، تشمل فروعاً أخرى من نظم المجتمع، تهدف إلى الخير والعدالة كقواعد الاقتصاد، وآداب المجتمع، ومبادئ الأخلاق (2)، " وكلما تقدمت الجماعة كلما ضاقت مسافة الخلف بين القانون والأخلاق، فتتحول طائفة من القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية، وآية ذلك أن كثيراً من القواعد الخلقية التي كانت مجرد واجبات خلقية إلى عهد قريب أصبحت الآن قواعد قانونية مثل ذلك التعسف في استعمال الحق، وتحمل التبعة في إصابات العمل " (3) .

كما أنه لم يكن الجزاء وحده محركاً للنفس البشرية، وإنما كان هناك أيضاً الإحساس بالواجب والاقتداء بالمثل الصالح، وتأثير الضمير العام والعقيدة الدينية، وكل هذه القواعد المختلفة كانت في أول

(1) د/ السنهوري، عبد الرزاق، و د/ أبو ستيت، أحمد، أصول القانون، ص 20 .

(2) انظر : د/ ممدوح، عمر مصطفى، القانون الروماني، ص 9 .

(3) د/ الصدة، عبد المنعم فرج : أصول القانون، ص 29 .

الأمر مختلطة بعضها في بعض، وحينما تقدمت المدنية انفصلت عن بعضها، وظهرت القواعد القانونية⁽¹⁾ .

على أن فكرة المبادئ العامة لم تكن مجهولة تماماً عند الفلاسفة والمفكرين وإنما تناولها الفقهاء بأقلامهم قديماً وحديثاً، عند تحليلهم للأصول الفكرية والفلسفية للمبادئ العامة، ومع ذلك فليس من اليسير على أي باحث أن يجمع كافة المبادئ القانونية العامة في جميع مراحل تطورها عبر التاريخ، وعلى اختلاف الأنظمة القانونية .

ودرستنا لها في هذا المطلب ليس معناها أن تتسحب كذلك على كافة النظم ، وإنما النظر فيها من خلال إطار عام، لتمييزها أولاً عن مبادئ القانون الطبيعي، إذ يتطلب الأمر هنا أن نلقي الضوء على فكرة القانون الطبيعي وما لحقها من تطور كمدخل للدراسة التاريخية، لما اصطلح على تسميته بالمبادئ العامة للقانون، ثم نعرض بعد ذلك للتطور الذي لحق هذه المبادئ على مر العصور، وهو عرض موجز ليس إلا، ذلك أن التوسع يحتاج لدراسة مستقلة ولا يتسع المقام هنا لأن نستعرض ما قيل في هذا الصدد، وسنرى عند دراستنا للتعريف " بالمبدأ " كيف أن هذه المبادئ قد تساهم في ظهور النظريات القانونية، والنظم القانونية المتعددة، بعد أن تتبلور وتتحدد معالمها ومجال عملها ، وأخيراً للتمييز بينها وبين مصادر القانون، وهو ما سنعالجه تباعاً .

وحتى لا يكون هناك خلط بين هذه الفكرة — في عمومها — وفكرة مبادئ القانون الطبيعي، على اعتبار أن القانون الطبيعي يضم أصولاً عامة وموجهات مثالية تساهم في وضع الحلول المطبقة على النزاع، شأنها شأن المبادئ العامة الأخرى، إذا ما تم اللجوء إليها كمرحلة أخيرة، وفقاً لمقتضى نص المادة 1/2 من القانون المدني الليبي .

ويقصد بمبادئ القانون الطبيعي — وفقاً لما انتهى إليه جمهور الفقهاء اليوم — الموجهات المثالية للعدل التي لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساساً للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان⁽²⁾، وقد وجدت فكرة القانون الطبيعي في الماضي البعيد، حيث وجدت في الفلسفة الإغريقية عند أرسطو وفي الفقه الروماني، وتلقاها المذهب المدرسي في القرون الوسطى ، وفصلها تفصيلاً

(¹) د/ حجازي ، عبد الحى : محاضرات فى المدخل لدراسة العلوم القانونية (1) القانون ، ص 22 ، 23 .

(²) د/ كيرة ، جس: المدخل إلى القانون ، ص 413 ، 414 .

واسعاً، وأعطاهما لونا لاهوتياً، إذ اعتبر القانون الطبيعي انعكاساً للقانون الإلهي ، على يد القديس توماس الأكويني، ثم جاء جروشيوس الذي أخذت على يديه نظرية القانون الطبيعي صيغتها النهائية (1)، إذ مرت هذه الفكرة " في مختلف العصور بمراحل مختلفة، ففي البداية كان ينظر إلى هذا القانون باعتباره قانوناً شاملاً يتضمن المبادئ الأساسية التي تسيطر على النظام القانوني بأكمله، كما يتضمن القواعد التفصيلية التي تنفرع على هذه المبادئ " (2) .

ثم تغيرت حديثاً — بعد ذلك — صورة القانون الطبيعي، فوفقاً للتصور الذي وضعه الفقيه بلانيول planiol ، — ومن يناصره من الفقه المعاصر —، فإن هذا القانون ما هو إلا مجموعة المبادئ قليلة العدد المبنية على العدالة وسلامة الذوق، وذلك بعد أن انتكص في مرحلة أولى مذهب القانون الطبيعي (الثابت) في أوائل القرن التاسع عشر، واهتزّ تحت حملات المدرسة التاريخية التي جعلت لكل أمة قانوناً خاصاً بها؛ غير أنه ما لبث أن انتعش بعد أن تخلص من عيوبه، وتغيرت النظرة إلى القانون الطبيعي، فلم يعد مجرد قواعد ثابتة الكمال وإنما هو مجرد " المبدأ " الذي يلهم الإنسان ويوجه جهوده نحو تحسين النظام الاجتماعي وترقيته (3) .

ورأى مناصرو هذا الرأي ومنهم الفقيهان أوبري ورو، أنه لا بد للمشرع من نبراس يهتدي به عند وضع القواعد القانونية يتمثل في هذا العدد القليل من المبادئ العامة، وفضلوا تسمية القانون الطبيعي بالقانون المعقول، la droit rationnel أو القانون النظري la droit theorique ، أو القانون المثالي la ideal droit ؛ غير أن العالم الألماني ستاملر stammler سماه بالقانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة Droit naturel ، أو القانون العدل la droit juste (4) .

ولم ينكر الفقيه جوسران Josserand وجود بعض من هذه المبادئ في القانون الطبيعي، حيث يقول " توجد في القانون الطبيعي مبادئ ثابتة لا تتغير مثال ذلك الوفاء بالوعد والقوة الملزمة للعقود، وعدم

(1) د/ حجازي ، عبد الحي ، المؤلف آنف الذكر ، ص 56 .

(2) د/ الصدة ، عبد المنعم فرج ، المؤلف آنف الذكر ، ص 172 ، " وفي كنف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كما تقول المذكرة الإيضاحية ، طبقت المحاكم المصرية المبادئ العامة في القانون المصري ، وأخذت ببعض أحكام الشريعة الإسلامية ، واتبعت بعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية دون أن يكون لها سند في سوابق التشريع والعرف " انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 1 ، ص 189 .

(3) انظر : د/ السنهوري ، عبد الرزاق ، و د/ أبوستيت ، آنف الذكر ، ص 58 ، وهامش (1) ص 60 .

(4) انظر : د/ مرقس ، سليمان : فلسفة القانون ، ص 283 .

رجعية القانون، وإصلاح الضرر الذي يتسبب عن غير حق، وإلى جانب هذه المبادئ الضرورية الثابتة، نلاحظ في عصر معين وفي كل البلاد التي على درجة واحدة من الحضارة وجود ميول مشتركة وشعور قانوني عام ... هناك إذن تيارات لا يمكن مقاومتها، وهذه التيارات هي التي تكون القانون العام العالمي" (1) .

وبالتالي لم يعد القانون الطبيعي مثلاً أعلى يوجه المشرع فيما يضع من قواعد مراعيّاً فيه حاجات المجتمع، إذ لكل مجتمع مثله الأعلى، وإنما القانون ذي الحدود المتغيرة الذي تسنده العدالة في التطبيق، ويكون القاضي مطالباً بالاجتهاد على ضوءها (2)، وذلك لوضع حلول للمنازعات المعروضة عليه، فلا تقتصر وظيفة القانون الطبيعي على إلهام المشرع أو القانون الوضعي وتوجيهه عند وضع القواعد القانونية، وإنما تمتد هذه الوظيفة وتنسبط، إذ يبقى القانون الطبيعي هو الذي يلجأ إليه القاضي إن التمس الحل في قواعد القانون الوضعي فأعوزه فهو يوجه القاضي — كما وجه المشرع أو القانون الوضعي — إلى جوهر القانون (3)، كل ذلك — ووفقاً لقانوننا المدني الليبي — في حالة عدم وجود قاعدة منضبطة في التشريع، أو مبدأ عاماً من مبادئ الشريعة الإسلامية، أو قاعدة من قواعد العرف، وذلك بالترتيب الذي نصت عليه المادة الأولى ف 2 .

وبالعودة للتطور الذي لحق المبادئ العامة في عمومها، وما إذا كانت النظم القانونية المختلفة قد ساهمت بشكل أو بآخر في صياغة مبادئ عامة كان لها تأثير على النظم القانونية الحديثة، وما إذا كانت هذه المبادئ قد ساهمت وعلى مر الزمن في تطوير هذه النظم القانونية .

فإننا إن بدأنا بالحديث بالقانون الروماني، فسند أن بعد أن كان علم القانون وتفسيره وفقاً على جماعة الأحرار، — المكلفين برعاية الرومان من الوجهة الدينية وإدخال السكينة على قلوبهم المرتجفة خوفاً من غضب الآلهة، وذلك بتحضير (الصيغ الدينية) والتي تكونت بفضلها على مر الأيام مجموعة من المبادئ الدينية، وبعد أن بدأ نشاطهم يتقلص في " أواخر القرن الرابع "، على إثر نشر الصيغ التي كانوا يحتفظون بها، ويكتمون سرها عن الناس، وانصراف الناس عنهم شيئاً فشيئاً، — نشأ الفقه المدني

(1) د/ السنهوري، عبد الرزاق : د/ أبوستيت، آف الذكر، الإشارة السابقة .

(2) د/ سلطان، أنور: المبادئ القانونية العامة، ص 156 .

(3) د/ كيرة، حسن، آف الذكر، ص 120

وحل الفقهاء محل الأبحار في مهمتهم القانونية، وبدأ الفقه في أواخر العصر الجمهوري يتجه إلى الابتكار والتجديد، وذلك بخلق " مبادئ قانونية " جديدة تطبق على ما يجد من علاقات، وكانت وسيلته في ذلك صياغة العرف القديم في أوضاع جديدة، وذلك في صيغ التصرفات القانونية التي كانت تعد بمعرفة الفقهاء، وكانت تعرف هذه الناحية الإنشائية من النشاط الفقهي باسم *instituire (etabli)* أي إنشاء وابتكار المبادئ القانونية الجديدة (1) .

ومن ثم فقد استحدثوا كثيراً " من المبادئ القانونية التي ليس لها سند من نصوص القانون، ومن ذلك مثلاً لاحظ الفقهاء أن أي مجتمع لا يستقيم أمره إذا أبيع لأى شخص فيه أن يستأثر بالغنم دون أن يتحمل بالغرم، وطبقوا هذه الفكرة في بعض العلاقات الاجتماعية، ومن أهمها الشخص الذى يتسبب في إحداث ضرر بالغير يلتزم بتعويض ذلك الغير عما أصابه من ضرر، ولا يجوز للشخص أن يثري على حساب غيره بدون وجه حق " (2) .

وحتى فيما يتعلق بنصوص الإثنى عشر لوحاً، — وما اتصل بها من روايات وما ثار حولها من نقاش، وما إذا كانت عملاً تشريعياً صدر دفعة واحدة أم أنه مجرد تجميع للأعراف القديمة لشعب روما — " ذهب الفرنسي ادوار لامبير EDROUARD LAMBERT إلى أنها مجرد تجميع للمبادئ القانونية الجارية مجرى الأمثال Brocards " (3) .

ثم بصدر قانون أيبوتا Lex Aebutia — وببداية العصر العلمي — تأثر الرومان بالثقافة اليونانية، وكان لمبادئ الفلسفة الرواقية صدًى كبيراً في نفوس المتعلمين من الرومان، وقد بدا ذلك على الأخص في طريقتهم في التفسير وابتكار المبادئ، فلم يقتصروا في تحديد المعاني على التفسير اللفظي *interpretatoin litterale* الذي كان يستند على الألفاظ والمباني، بل عمدوا إلي ما كانوا يسمونه بالتفسير المنطقي *interpretation logique* ، الذي يستند إلى المقاصد والمعاني، والذي يقضى بالبحث عن قصد المشرع وإرادة المتعاقدين الحقيقية، ومن المبادئ التي ظهرت بتأثير تعاليم الفلسفة اليونانية " مبدأ الوفاء بالتعهدات " ، سواء كانت في صيغة رسمية أم غير رسمية، فنشأت بذلك عقود ملزمة دون أن تكون

(1) انظر : د/ ممدوح ، عمر مصطفى ، المؤلف آنف الذكر ، ص 56 - 60 .
(2) د/ أبو طالب ، صوفي حسن : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص 220
(3) انظر : د/ بدر ، محمد : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، (1) ، ص 86 .

شكلية كالبيع والإجارة، والشركة، والوكالة، ومنها أيضاً " مبدأ حسن النية " bona fides في المعاملات، والذي يقضي بمراعاة حسن النية في التصرفات القانونية، وتغليب قصد المتعاقدين على الشكل، وهو المبدأ الذي ساهم في التخفيف من حدة الشكلية (1) .

كما أنه في العصور الوسطى وبعد ظهور العهد المدرسي Scholastique — الذي حاول التوفيق بين آراء آباء الكنيسة وبين آراء الفلاسفة الإغريق، وبصفة خاصة آراء أرسطو وأفلاطون — (2)، وفي فلسفة توماس الأكويني — أكبر الفلاسفة المدرسيين في القرن الثاني عشر — نجد نموذجاً لهذه المبادئ، فبعد أن عرف هذا الأخير القانون بأنه " تنظيم عقلي للعلاقات في المجتمع " عمد إلى تقسيم المبادئ إلى نوعين، الأولى مبادئ أولية واضحة يستطيع عقل كل إنسان إدراكها دون عناء، ويسمى القانون الطبيعي أو الأولي، والثانية تشمل المبادئ التي تتفرع عن تلك المبادئ الأولية وتتصل بالحياة العملية، وما يعرض فيها من حالات دقيقة ولا يتسنى إدراكها إلا لنخبة ممن استقامت أخلاقهم وارتقت أفهامهم، ويسمى القانون التفصيلي أو الثانوي، ومثل لذلك " بمبدأ " احترام الملكية الفردية، وما يتفرع عنه من وجوب رد الوديعة إلى صاحبها (3) .

هذا ويضيف جانب من الفقه إلى ذلك القول، بأن أرسطو وبافتراضه أن العقود طالما أنها تبرم بين طرفين فيفترض أنها تحقق العدل لكل من هذين الطرفين، فإنه بذلك قد وضع مبدأ أخلاقياً في أساس القوة الملزمة للعقد وهو افتراض مطابقة العقد للعدل، " فمن قال عقداً فقد قال عدلاً "، وهو نفس الافتراض الذي أقام عليه القوة الملزمة للقانون، في أن إرادة المشرع تعبر عن العدل (4) .

وفي الفقه الإسلامي، فإن المبادئ تسمى " بالقواعد الكلية "، أو القواعد الفقهية ويقارب الأستاذ مصطفى الزرقا بينها وبين المبادئ في الاصطلاح القانوني حيث يقول " فالقاعدة هي حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته، وذلك كقولهم الأمور بمقاصدها، وقولهم الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه، ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني مبادئ، جمع مبدأ Principe، وهي أصول

(1) انظر: د/ ممدوح، عمر مصطفى، القانون الروماني، المؤلف آنف الذكر، ص 71، 72 .

(2) انظر: د/ أبو طالب، صوفي حسن: تاريخ النظم القانونية، ص 234 .

(3) د/ مرقس، سليمان، فلسفة القانون، المؤلف آنف الذكر، ص 112 .

(4) د/ تناعو، سمير: النظرية العامة للقانون، ص 143، 144 .

فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها "(1)".

وإن كان جانب من الفقه يرى أن فقهاء الشريعة الإسلامية استعملوا كلمة "قاعدة" للدلالة على معنى معين، يشتمل على مجموعة قضايا جزئية من أبواب شتى، مثال ذلك "اليقين يزال بالشك"، فهذه القاعدة مسائلها متفرقة في جميع أبواب الفقه، في حين أن فقهاء القانون الوضعي، استعملوا مصطلح "المبدأ" للدلالة على معنى معين يشمل مجموعة من القضايا في موضوع معين، كمبدأ سلطان الإرادة استخدمه فقهاء القانون الروماني للدلالة على حرية الإرادة المنفردة في إنشاء العقد (2).

ومع ذلك فإن المذهب الحنفي وهو أقدم المذاهب الأربعة الكبرى، قد كانت الطبقات من فقهاءه أسبق إلى صياغة تلك المبادئ الفقهية الكلية في صيغ قواعد والاحتجاج بها، ولعل أقدم خبر يروى عن جمع القواعد الكلية ما رواه ابن نجيم في مقدمة كتابه الأشباه والنظائر من أن الإمام أبا طاهر الدباس، وهو ممن عاش في القرنين الثالث والرابع للهجرة جمع أهم قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية (3)، فلا يزال من المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية مثلاً أن العادة محكمة، بمعنى أن يجعل حكمها لإثبات حكم شرعي (4).

ثم بعد ذلك جرى استخدام مصطلحي المبدأ والقاعدة بشكل تبادلي بين الفقهاء الإسلاميين والوضعيين، فاستخدم فقهاء الشريعة الإسلامية كلمة مبدأ للدلالة على المعنى المتداول للقاعدة، فهذا هو الكمال ابن همام يستعمل لفظ "المبدأ" في كتابه التحرير منذ القرن التاسع الهجري (5).

ويلاحظ أن التشريع الإلهي "يضع في الغالب مبادئ عامة راقية، ولا يضع أحكاماً جزئية تفصيلية إلا بالنسبة للمواضيع التي تقبل التطور بطبيعتها، وأما بالنسبة للمواضيع القابلة للتطور فهو يضع مبادئ عامة، ليجمع الشريعة تجمع بين المرونة والرقى في آن واحد، فيفسح المجال للعقل البشري لكي يجتهد، ولا شك أن الاجتهاد هنا سيتمتع بميزة كبرى، وهو أنه يعتمد على أفكار رحيبة تمثل

(1) الزرقا، مصطفى أحمد: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج 2، ص 946، 947.

(2) د/ الشريف، عبد السلام محمد: المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ص 46.

(3) الزرقا، مصطفى أحمد: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المؤلف آنف الذكر، ص 952، 953.

(4) د/ الصدة، عبد المنعم فرج: أصول القانون، المؤلف آنف الذكر، ص 141.

(5) د/ الشريف، عبد السلام: المبادئ الشرعية، المؤلف آنف الذكر، ص 46، وهامش (3) من نفس الصفحة.

الحقيقة، وقد ظهرت طفرةً دون التعرض لتجارب مريرة طويلة، وكثير من هذه الأفكار لم يعرفها العقل البشري القانوني إلا أخيراً " (1) .

وفوق كل ذلك فإن الإسلام لم يكن ديناً فحسب، بل كان ديناً ودولة، فقد جاء بتنظيم جديد للمجتمع مشتملاً على مبادئ خلقية وفلسفية وقانونية وانعكست آثارها على المجتمع، سواء من الوجهة الأخلاقية أم من الوجهة القانونية، وكان من نتيجة ذلك أن ألغيت التقاليد والعادات التي تتنافى مع مبادئ الدين الإسلامي مثل بيوع الغرر، والربا، وبعض صور الزواج، واستبقت التقاليد التي تتماشى مع المبادئ الفلسفية والخلقية والقانونية التي جاء بها الإسلام مثل بعض صور البيوع والقصاص والدية (2) .

فضلاً عن أن قانوننا المدني في المادة الأولى وفي الفقرة الثانية منها، اعتمد مبادئ الشريعة الإسلامية للرجوع إليها في حالة عدم وجود نص تشريعي، أي أن مجال تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية هو عدم وجود قاعدة منضبطة في التشريع، - وهي في حقيقة الأمر تغني عما عداها - ، لتراجع بذلك مبادئ القانون الطبيعي وتكون مصدراً تالياً لمبادئ الشريعة الإسلامية والعرف .

وقد نصت المادة المذكور أعلاه على أنه " ... فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة " .

ومن هنا تعرض التفرقة الدقيقة بين " مبادئ القانون الوضعي " ومصادر هذا القانون، فطالما أن مبادئ الشريعة الإسلامية " التي تركز على أصل ثابت من الفقه الإسلامي وتمتاز بأنها الأقرب للقانون الوضعي " (3) ، تعتبر من " المبادئ العامة " التي تستنبط منها القواعد القانونية الوضعية التي تصدر بطريق التشريع .

فإنه يبدو من الضرورة التفرقة بين المبادئ العامة من ناحية، ومصادر القانون من ناحية أخرى، حيث أن مبادئ الشريعة الإسلامية - وفقاً لرأى جدير بالتأييد - تعتبر من المبادئ العامة للقانون، ولكنها لا تعتبر من مصادر القانون، وما يصدر من تشريع بعد ذلك مُستقى من هذه المبادئ أو من غيرها من

(1) انظر : د/ حسني ، عباس: مقال بعنوان " انعقاد الحوالة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن "، ص 78 .

(2) د/ أبو طالب ، صوفي حسن : تاريخ النظم القانونية ، المؤلف آنف الذكر ، ص 162 .

(3) د/ مرقس ، سليمان : المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للقانون المدني ، ص 289 .

المبادئ العامة الأخرى، هو الذي يكون في الصادرة، ومن ثم فإن التكليف الوارد في المادة الثانية، إنما ينصرف إلى القاضي في المسلك الواجب عليه إتباعه (1)، وفيما يستعين به من مبادئ عامة - بما يشتمل عليه هذا المصطلح - لتطبيقه على النزاع المعروض عليه .

فمبادئ الشريعة الإسلامية ، أو " أصولها الكلية وحدها التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب الفقهية " (2)، هذه المبادئ لا تصبح قاعدة قانونية، إلا إذا أخذ بها المشرع نفسه، فإذا كان المشرع مطالب باستلزام مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن هذه المبادئ - وكما يقول الفقه - لا تصبح قواعد قانونية، إلا بعد أن يتم المشرع عمله فعلاً بإصدار التشريعات المستوحاة من المبادئ المذكورة، ويكون مصدر القاعدة في هذه الحالة هو التشريع ، وليس المبدأ العام الذي أوحى به (3) .

هذه المقدمة مفيدة في بحثنا لإبراز معالم التفرقة بين المبادئ العامة والقواعد القانونية، ومعرفة أيهما أسبق ظهوراً، ولكن قبل ذلك ينبغي البحث في ماهية المبدأ العام ، وهو ما سنعالجه في المطلب التالي .

المطلب الثاني: المقصود بالمبادئ العامة للقانون.

من المناسب القول هنا أن المبادئ العامة قد تم تقديمها — من قبل الفقه — على أنها تستعصي على التحديد، حتى أن الفقيه الفرنسي ريبير ، Ripert نبّه إلى ضرورة تحاشي تحديدها باعتبار ذلك منزلقاً خطراً، وبأن المبادئ العامة يمكن التعرف عليها لا تعريفها، وأنه حينما يتم التحدث عن المبادئ، فإن ذلك يكون دائماً بصيغة الجمع، فيقال أن هذا التصرف يخالف المبادئ العامة للقانون، دون أن نستطيع تحديد المبدأ الذي وقعت له المخالفة بالذات (4) .

على أنه ستركز جهدنا في هذا الصدد على مناقشة هذا المفهوم، لتتجلى العلاقة بينه وبين أفكار أخرى كالقاعدة القانونية، والضابط القانوني أو المعيار، وما إذا كان يتقاطع معها أحياناً ويتداخل أخرى، - كما سيجيء في موضعه - ولن نشير هنا إلى أصله اللغوي ولا اصطلاحه الفقهي، ذلك لأن المعاجم

(1) د/ تناغو ، سمير: النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 232 .

(2) د/ كيرة ، حسن ، آنف الذكر ، ص 299 .

(3) د/ تناغو ، سمير: النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 262 .

(4) د/ تناغو ، سمير: النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 254 .

اللغوية وكتب أصول الفقه تناولته بكثير من التفصيل، ولذلك سنحيل إليها (1)، وإنما سنقتصر معالجتها له هنا في إطار فلسفي وقانوني .

ومصطلح مبدأ مشتق من الأصل اللاتيني principium أي " البداية "، وهو مفهوم مشترك يتم استخدامه في جميع مجالات المعرفة (2)، فحينما نتحدث عن كلمتي " المبدأ " و " عام "، يثار التساؤل عما إذا كان هذا التعبير حقاً له ارتباط باللغة القانونية (3) .

وإذا رجعنا للمفهوم الفلسفي للمبادئ، فإن للمبدأ معان كثيرة في الفلسفة، وهو ما نلاحظه من تعدد تعريفاته، فمن الناحية المنطقية، القضية التي يستتبط منها ولا تستتبط هي من قضية أخرى، يقول الجرجاني " المبدأ ما يعلم بذاته ويحصل منه العلم بشيء آخر، ومن الناحية الإستمولوجية * مبادئ العلم أسسه الرئيسية التي يخضع لها في نموه وتطوره، واللفظ كثير الورد في بعض المؤلفات الفلسفية مثل مبادئ الفلسفة لديكارت، ومن الناحية الميتافيزيقية ما كان مصدر الوجود أو الفعل، ومنه العلة الأولى يقول ابن سينا " المبدأ كل ما يحصل منه وجود شيء آخر ويتقوم به " (4) .

كما يطلق المبدأ على النظريات الأساسية التي تنظم العلم لأنها منه بمنزلة الأساس الذي ينشأ عليه البناء، ووظيفة هذه النظريات تنسيق القوانين، ونقل طريقة العلم من طور الاستقراء إلى طور الاستنتاج، والمبادئ بمعناها العملي تطلق على ما يعتقده المرء من المبادئ التي توجه عمله، كمبادئ

(1) انظر مثلاً : د/ الشريف ، عبد السلام : المبادئ الشرعية ، المؤلف آنف الذكر ، ص 45 .

(2) Marine GOUBINAT : Les principes directeurs du droit des contrats , THÈSE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES 2006 , p . 21, 22 .
ent Lire en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01392405/docum>

(3) M. de Béchillon,, La notion de principe général en droit privé. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 51 N°1, Janviermars
https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1999_num_51_1_18336

* إبستمولوجيا بكسر الألف والباء ، Epistémologie لفظ مركب من لفظين أحدهما إبستميا Epistemé وهو العلم ، والآخر لوغرس (Logos) وهو النظرية أو الدراسة. فمعنى الإبستمولوجيا إذن نظرية العلوم ، أو فلسفة العلوم ، أعني دراسة مبادئ العلوم وفرضياتها ونتائجها ، دراسة انتقادية توصل إلى إبراز أصلها المنطقي وقيمتها الموضوعية ، انظر : د/ صليبيا ، جميل المعجم الفلسفي ، ج 1 ، ص 33.
(4) انظر : المعجم الفلسفي : مجمع اللغة العربية ، ص 167 .

السياسة ومبادئ الأخلاق، وهي قواعد ومعايير عملية تبنى عليها قيم الأعمال، ومنه قولهم فلان حريص على التقيد بمبادئه⁽¹⁾.

وفي العلوم النظرية كالقانون يُعتمد على استنباط الأحكام الجزئية من المبادئ العامة الكلية، ويُعتمد أيضاً على الاستقراء بمشاهدة الوقائع الاجتماعية وحصرها بقدر الاستطاعة، ثم استخراج مبدأ عام يجمعها، وهو أمر - كما يقول الفقه - ليس بالهين، ولذا كانت القوانين كثيرة التغيير، لأنها تعتمد على المشاهدة والتجربة⁽²⁾.

وإذا كان المشرع معنياً في معظم الأحيان بتحديد القواعد التي تحكم مراكز قانونية معينة، ويغفل في أحيان كثيرة النص على المبادئ العامة، فإن واجب القاضي بمعونة الفقه، هو الكشف عن هذه المبادئ وصياغتها⁽³⁾، فالفقه له هو الآخر دورٌ في شرح نصوص القانون، وإيجاد الصلة التي تربط هذه النصوص بعضها ببعض، واستخلاص مبادئ منها وترتيب نتائج عليها، ولئن كشف - في سياق عمله هذا - عن حقائق جديدة، فهو إنما يوسع من مضمون القانون القائم، ويرشد إلى ما هو موجود فيه من قبل، دون أن يخلق قانوناً جديداً⁽⁴⁾.

إذ يتم استخلاص هذه المبادئ على النحو المذكور إما " بطريق الاستقراء من جملة قواعد قانونية متقاربة " ⁽⁵⁾، ذلك أن كل قاعدة قانونية عادية، تشكل ولو ضمناً إحدى تطبيقات مبدأ من المبادئ العامة للقانون، فيتسنى للقاضي الاستدلال بالقواعد التي تشترك مع بعضها في التعبير عليه، فيستقري المبدأ العام فيها، فكل قاعدة قانونية تحمل في طياتها وترتكز في مضمونها على مبدأ عام للقانون ⁽⁶⁾.

ولكي يتضح ما هنالك من علاقة بين المبدأ القانوني le principe juridique، والقاعدة، فإنه يمكننا القول بأن كل قاعدة ، تكون متصلة بمبدأ قانوني يحتويها بين طياته، هذا المبدأ يشمل في نفس الوقت،

⁽¹⁾ د/ صليبيا جميل: المعجم الفلسفي ، ج 2 ، آنف الذكر، ص 321 ، 322 .

⁽²⁾ انظر : د/ حسني ، عباس : المقالة السابقة ، ص 77 .

⁽³⁾ د/ الوكيل، شمس الدين : مقال بعنوان " أثر الغش على الأسبقية في التسجيل عند تزامن المشتريين لعقار واحد " مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، س 8 ، ص 109 .

⁽⁴⁾ د/ حجازي ، عبد الحى : محاضرات في المدخل ، المؤلف آنف الذكر ، ص 201 .

⁽⁵⁾ انظر : د/ زكي ، حامد: التوفيق بين القانون والواقع - 2 - دراسة في فلسفة القانون الخاص ، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، ص 256 .

⁽⁶⁾ د/ الشرفي محمد ، ود/ المزغنى ، على ، مدخل لدراسة القانون ، ص 42 .

جميع القواعد القانونية ذات الصلة بنفس الموضوع الذي يحكمه هذا المبدأ القانوني، فالمسؤولية التعاقدية على سبيل المثال تكون محكومة بمجموع القواعد القانونية الخاصة بهذه المسؤولية (1)، فتنضوي هذه القواعد تحت لوائه، إذا جاز التعبير .

وكذلك عدم جواز الإثراء بغير سبب كمبدأ قانوني تدخل تحته جميع الأحكام المتشابهة، والقواعد المتجانسة، الواردة فيما يتعلق بأعمال الفضولي، ودفع ما لا يجب، وجميع الحالات التي يطبق فيها هذا المبدأ باطراد، كما هو مقرر في أحكام الوقف، والانتفاع، وبيع الوفاء والكفالة (2) .

ومن الممكن للقاضي أيضاً أن يسلك مسلكاً معاكساً بأن يستنبط الأحكام القانونية العادية من مبدأ عام للقانون يُقرّه هو ، أو يكون قد صرّح به من قبل تشريعياً (3)، ومن أجل ذلك اشتد الخلاف حول محتوى مفهوم " مبادئ عامة "، ووضع تعريف محدد لها، فبحكم انتمائها للمنظومة القانونية الوضعية لا تعد المبادئ العامة للقانون، قواعد مثالية منتمية للقانون الطبيعي، لكنها أيضاً ليست قواعد تشريعية، إذ تختلف عن المثل والحكم، وعن المبادئ الدينية، والفلسفية أو حتى مبادئ القانون الطبيعي، نظراً لانتمائها إلى هذه المنظومة القانونية الوضعية، صحيح انه قد تتأثر المبادئ العامة للقانون بجميع هذه القيم غير القانونية؛ إلا أنها تختلف عنها تماماً لتأصلها بالأساس في فقه القضاء الذي يجعل منها قواعد تابعة للمنظومة القانونية، غير أن دور القضاء في هذا المجال ليس بالخلق، وإنما يقتصر على استنتاج هذه المبادئ من روح التشريع وفلسفة المشرع (4) .

ولذا يرى جانب من الفقه أن الرأي الصحيح في تحديد المقصود بالمبادئ العامة للقانون، هو الذي يذهب إلى الربط بين هذه المبادئ وبين الفلسفة العامة السائدة في مجتمع معين، فالمبادئ العامة للقانون هي الأفكار التي تصدر عن الفكرة العامة للوجود أو عن التصور العام للكون والحياة في مجتمع معين، والتي تؤدي إلى استنباط مجموعة من القواعد القانونية الوضعية التي تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع (5) .

(1) د/ عمر ، نبيل إسماعيل : سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ، دراسة مقارنة للقانون المصري والفرنسي ، ص 10 .
(2) د/ زكي ، حامد: التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 256 .
(3) . الشرفي محمد ، والمزغني ، علي ، مدخل لدراسة القانون ، أنف الذكر ، ص 42 .
(4) د/ بقبق ، محمد : مدخل عام لدراسة القانون ، ص 174 .
(5) د/ تناعو ، سمير: النظرية العامة للقانون ، المؤلف أنف الذكر ، ص 247 .

وهذا هو في الحقيقة ما دعى البعض إلى الإشارة إلى المبدأ القانوني العام بأنه فكرة عامة، يمكن من خلالها استنباط القواعد القانونية، وتصلح من جهة أخرى لأن تكون أساساً لمجموعة من الحلول القانونية، ويمثل الفقه لذلك أيضاً بمبدأ لزوم التعويض عن الأضرار في المسؤولية، ومبدأ حجية الشيء المحكوم فيه، ومبدأ عدم جواز الإضرار بالغير (1)، وكذلك مبدأ حسن النية الذى يعد من الأصول العامة في القانون وفي مجال الروابط العقدية أياً كان نوعها، باعتبار أن المبدأ فكرة عامة بطبيعتها تصلح لاستنباط القواعد منها .

وبذا تختلف المبادئ العامة للقانون عن مصادر القانون، من حيث أنها لا تخلق قواعد قانونية وضعية، بل تسبق خلق هذه القواعد، فالمصدر الوحيد للقانون الوضعي هو إرادة الدولة، وتعدد مصادر القانون يرجع فقط إلى تعدد طرق التعبير عن إرادة الدولة، أما المبادئ العامة للقانون فهي لا تصدر عن إرادة الدولة، ولكنها تمهد لهذه الإرادة الطريق الذي تعبر به عن نفسها، فهي أفكار يستلهمها المشرع عند صياغة التشريعات التي يصدرها، وتظل قادرة على الإحياء إلى المشرع بإصدار تشريعات أخرى غير تلك التي سنّها ، فالتشريع لا يستنفد المبادئ العامة، كما أن المبادئ العامة لا تختلط بالتشريع من حيث هو مصدر للقانون الوضعي (2) .

ومن جهة أخرى، فإن القاضي حينما لا يجد قاعدة في التشريع أو العرف يمكن تطبيقها على النزاع المعروض عليه، فإنه يستطيع اللجوء إلى ما يعرف بالقياس القانوني *analogie iuris* ، وهو قياس حالة لم يرد بشأنها نص على مجموع المبادئ القانونية وروح النظام القانوني (3)، والحكم الذي يقضي به القاضي بعد استلهامه للمبادئ العامة يظل من صنع القاضي نفسه، فلا المبادئ العامة للقانون تنزل إلى مستوى المصدر المباشر للقاعدة التي طبقها القاضي، ولا حكم القاضي يرتفع فيصبح تطبيقاً أو تعبيراً مباشراً للمبدأ العام الذي اعتمد عليه أو أشار إليه (4) .

(1) انظر : شريف أحمد ، محمد: نظرية تفسير النصوص المدنية ، ص 160 .

(2) : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 256 .

(3) د/ حجازي ، عبد الحى : محاضرات فى المدخل ، المؤلف آنف الذكر ، ص 277 ، ويقول " إذا لم يجد القاضي حالة منصوصاً عليها مشابهة للحالة المعروضة عليه ، والتي لم يرد بشأنها نص وجب عليه أن يؤلف قاعدة من من مجموعة الحالات التى نظمها القانون ، والتي تعتبر مظهراً لمبدأ عام لم يذكر صراحة في القانون " .

(4) د/ تناعو ، سمير : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 256 ، 257 .

على أن القاضي - وكما يقول الفقه - " ليس له مطلق الحرية في هذا الإنشاء، ولا يجوز له أن يتخذ وسيلة لجعل آرائه قواعد قانونية، إلا بالقدر الذي تتفق به هذه الآراء مع هذه المبادئ (1) . وبهذا تبرز الوظيفة الأخرى للمبادئ العامة، في هذا الصدد فهي " الموجهات العامة التي تتسبب منها مجموعة الحلول الوضعية التي ترد في نصوص القانون (2) ، فالمبدأ لا يرمي إلى إيراد حل معين، بل يستعان به فقط عند تطبيقه بطريق الاستنتاج على الأحوال التي لم يتعرض لها المشرع عن طريق القاعدة القانونية، والتي قد يصعب إدخالها تحت حكمها لعدم توافر كل الأركان، ولذلك لا يكثر المشرع من ذكر المبادئ القانونية، وإنما يترك أمر استنباطها إلى رجال الفقه والقضاء (3) . وتبرز أيضاً قيمة المبادئ العامة للقانون بالنسبة لفقه القضاء الذي يتعين عليه اللجوء إليها عند غياب النص الصريح، من خلال استنتاج المبدأ من مختلف الحلول الواردة صلب التشريع والتي تخضع لنفس الفلسفة التشريعية العامة، فالقاضي لا ينشئ المبدأ بل يكتفي بالكشف عنه (4) . وإذا كان المبدأ في الواقع " يعلو القاعدة ويعد مصدراً وأساساً لها " (5) ، وهو بمنزلة الأساس الذي ينشأ عليه بناؤها، وأن كل قاعدة قانونية تكون مرتبطة بمبدأ قانوني يحتويها بين ثناياه، فإن المبادئ كما قيل بحق هي " القواعد الكبرى التي تتولى المحافظة على النظام الأساسي " (6) ، لأنها تشكل البنية الأساسية وحجر الزاوية للنظم القانونية، فهي التي تسمح ببناء النظام القانوني عموماً على نسق متماسك الأجزاء، لأنها الرابطة الوثقى بين مختلف قواعده وعناصره (7) .

(1) د/ مرقس ، سليمان: المدخل للعلوم القانونية ، المؤلف أنف الذكر ، ص 281 ، ويضيف " وهذا العمل الإنشائي يمر بمرحلتين مرحلة استنباط ومرحلة تفريع ، ففي الأولى يرتفع القاضي فوق النصوص القائمة ليستنبط منها المبدأ العام صعوداً ، وفي الثانية يفرع على هذا المبدأ العام قواعد ينزل بها لتطبيقها على الحالة المسكوت عنها " .
(2) د/ الوكيل ، شمس الدين : المقالة السابقة ، " أثر الغش على الأسبقية في التسجيل ، ص 108 .
(3) انظر: د/ زكي ، حامد : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 256 .
(4) د/ بقبق ، محمد: مدخل عام لدراسة القانون ، أنف الذكر ، ص 176 ، 177 .
(5) انظر : راغب ، يحيى أحمد : المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي ، مقال منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة ، مج 19 ، ع 4 ، ص 911 .
(6) د/ الوكيل ، شمس الدين : المقالة السابقة ، " أثر الغش على الأسبقية في التسجيل ، ص 109 .
(7) د/ الشرفي محمد ، ود/ المزغني ، على ، مدخل لدراسة القانون ، أنف الذكر ، ص 42 .

ولذا عرفها جانب من الفقه بأنها القواعد الأساسية التي تهيمن على الأنظمة القانونية، والتي تتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية، تخرج إلى حيز التنفيذ في صورة العرف والتشريع (1)، وهي ليست قواعد قانونية بالمعنى الفني المقصود بكلمة قاعدة قانونية، وإنما هي أفكار جوهرية يمكن استنباطها من الفكرة العامة للوجود السائدة في مجتمع معين، فالمبادئ تعبر تعبيراً كلياً عن الفكرة العامة للوجود، ثم تأتي القواعد القانونية، بعد ذلك فتعبر تعبيراً جزئياً عن الأفكار التي تضمنتها هذه المبادئ الأساسية (2)، وذلك بعد أن يأتي دور المشرع، ليدرج هذه القواعد ضمن فروع القانون المختلفة.

ومن هنا فإن المبدأ العام، ليس بقاعدة ذات حدود دقيقة تصلح للتطبيق الفوري على العلاقات القانونية، فهو وإن كان يعد فكرة عامة بطبيعتها تصلح لاستنباط القواعد منها، ولكنها ليست بالقاعدة التي يمكن أن تطبق فوراً، فالصناعة القانونية تتدخل لتضع الضوابط والحدود على المبدأ ليتسنى تطبيقه على العلاقات القانونية (3)، وحتى وإن كانت المبادئ العامة للقانون تتسم بالمرونة لكن تطبيقها يستوجب تدقيقاً إضافياً، فلا بد من تحديد شروط العمل بالمبدأ العام للقانون والآثار التي تترتب عليه حسب طبيعة العلاقة القانونية، فمبدأ التعسف في استعمال الحق لا يخضع في المادة التعاقدية لنفس الشروط الواجبة في مادة الطلاق مثلاً، وحينها قد يكون من الضروري النزول بعمومية المبدأ العام إلى مستوى القواعد القانونية العادية التي تمتاز بقدرتها على الانطباق المباشر، فالمبدأ العام يؤسس للقاعدة القانونية أو للحكم، لكن العمل به يتضمن شروطاً تطبيقية تقربه من القواعد القانونية العادية (4).

وترتيباً على ذلك فإن هناك البعض من المبادئ العامة المشتركة في الأنظمة القانونية الداخلية، لا يمكن نقلها إلى نطاق القانون الدولي العام، لعدم صلاحيتها أو لتناقضها مع الطبيعة الخاصة بالعلاقات الدولية.

(1) انظر : د/ شهاب، مفيد : المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، مج 23، 1967، ص 9.

(2) انظر: د/ تناغو، سمير : النظرية العامة للقانون، المؤلف آنف الذكر، ص 253.

(3) بخيت، مصطفى سالم عبد : المبادئ العام للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي الجنائي، ص 317، متاح على شبكة المعلومات

<https://www.iasj.net/iasj/download/98631dcea2d47fd4>

(4) د/ الشرفي محمد، ود/ المزغني، على، مدخل لدراسة القانون، آنف الذكر، ص 43.

وإذا كان المبدأ " يعتمد كلياً على المنطق، وهو عبارة عن تقسيم كبير ترد إليه القواعد والمبادئ القانونية المتجانسة، فتدخل تحته جميع الأحكام المتشابهة " (1)، فإن هذه المبادئ ستتغير طبيعتها حينما يستقبلها المشرع في نصوص القانون، ويصبح حينها من المتعين النظر إلى هذه المبادئ باعتبارها من القواعد القانونية الوضعية الواجبة التطبيق بهذا الوصف، وتترتب على ذلك آثار تختلف عن الآثار التي كانت تترتب على المبدأ العام قبل وجوده في التشريع (2) .

ووفقاً لهذا الطرح يمكن أن يقال أنه توجد ثلاثة أنواع من القواعد يمكن ترتيبها حسب سلم تصاعدي في العمومية، القواعد القانونية (التشريعية) وقواعد النظريات العامة، وأخيراً المبادئ العامة للقانون (3)، إذ تشترك القاعدة و المبدأ في صفة العمومية، مع التفاوت في فهم مدلول هذه الصفة، كما سيجيء عند حديثنا عن التفرقة بين المبدأ والقاعدة .

وفيما يتعلق بقواعد النظريات، فيمكن القول ابتداءً بأن النظرية معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تتضوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحق ونظرية العقد، فهي بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك (4) .

فنظرية العقد الواردة في القانون المدني تعد مثلاً تطبيقياً واضحاً، إذ تتضمن هذه النظرية مجموعة من النصوص القانونية، التي تُكوّن مجموعها نظرية قانونية متكاملة يمكن الرجوع لها لسد النقص في تحديد حكم بشأن تطبيق من تطبيقات نظرية العقد، سواء أكان في القانون المدني أم في غيره من القوانين الأخرى (5) .

وما يهمننا في هذا المجال، هو أن قواعد النظريات العامة تقترب ، — وكما يقول الفقه — من قواعد الصنف الأول، أي القواعد القانونية التشريعية، لكنها تمتاز عنها باتساع نسبي في العمومية والمجال، فاختصاص النظريات العامة في القانون أوسع وأشمل، وقد رأينا أن قواعد النظريات العامة للعقود مثلاً تشكل أحكاماً ينبغي العمل بها، عند غياب النص أو الحكم الخاص المخالف لها، فتنسحب

(1) د/ زكي ، حامد : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 261 .

(2) د/ تناغو ، سمير : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 259 .

(3) د/ الشرفي محمد ، ود/ المزغني ، على ، مدخل لدراسة القانون ، آنف الذكر ، ص 39 .

(4) الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 4 ، ص 7 .

(5) الشكري ، على حميد كاضم : استقرار المعاملات المالية ، ص 66 - 69 .

بالتالي على كل أنواع العقود المسماة وغير المسماة، أي حتى تلك التي لم ينظمها القانون بالتخصيص، والتي قد يحدثها المتعاقدون إحداثاً بالتجديد والابتكار انطلاقاً من الحرية التي يتمتعون بها (1).

وتجدر الإشارة أخيراً هنا إلى أن القواعد القانونية تُكوّن وحدةً متسقة، نتيجة لأنها تستلهم مجموعة من المبادئ الأساسية والقواعد الكلية المتجانسة، وتبغى تحقيق غرض واحد، ولذا فقد عمد المشتغلون بالقانون إلى تحليل القواعد القانونية المختلفة للوقوف على الغرض الذي وضعت من أجله كل منها، ثم فصلوا القواعد ذات الأغراض المتباينة عن بعضها، وجمعوا شتات القواعد التي تهدف إلى غرض واحد، وترتب على ذلك أن تبلورت معالم ومعاني الأفكار والمبادئ القانونية (2).

وعلى ضوء هذا التحديد يمكن لنا أن نعرف المبادئ القانونية بأنها " أفكار جوهرية تعلو القواعد وتعد أساساً لها، وتُستنبط منها القواعد التفصيلية "، وسيوضح لنا الفارق أكثر فأكثر بين المبادئ العامة للقانون والقواعد القانونية عند حديثنا عن التمييز بين المبدأ والقاعدة القانونية.

والمبادئ القانونية بالمعنى المتقدم، تجرنا إلى الحديث عن العلاقة بين الضوابط والمبادئ والقواعد القانونية، فلكي يتضح ما هنالك من فارق بين المبدأ، والضابط القانوني، والقاعدة القانونية، يجدر أن نشير أولاً إلى العلاقة بين الضابط والقاعدة القانونية، ثم نتحدث عن التمييز بين المبادئ والقواعد القانونية التشريعية، وهو ما سنتناوله في المبحث التالي من هذه الدراسة.

المبحث الثاني

العلاقة بين الضوابط والمبادئ

والقواعد القانونية

طالما أننا كنا بصدد دراسة المبادئ القانونية والقواعد القانونية التشريعية، فإن التعرض إلى ماهية الضوابط والمعايير القانونية تفرض نفسها، لأنه قد يدق في كثير من الأحوال التمييز بينه وبين القواعد القانونية، وسنناقش هنا فكرة الضابط القانوني لتحديد مفهومه من الناحيتين الفلسفية والقانونية، وسبب

(1) د/ الشرفي محمد، ود/ المزغني، على، مدخل لدراسة القانون، آف الذكر، ص 40.
(2) د/ أبو طالب، صوفي حسن: تاريخ النظم القانونية، المؤلف آف الذكر، 8، 9، ويقول بناء على ذلك " ظهرت النظريات القانونية العديدة، وترتب على جمع شتات القواعد التي تهدف إلى غرض واحد والتي تفرعت عن مبدأ عام ظهور النظم القانونية المتعددة، ومن مجموعة المبادئ العامة والنظم المختلفة تتكون شريعة عامة مثل الشريعة الإسلامية، والشريعة الأنجلو سكسونية، ولكل شريعة طابعها المتميز، وأصولها العامة التي تتميز بها ".

ظهور هذه الفكرة، وارتباطها كذلك بفكرة الإنصاف، وتطبيقاتها والصلة بينها وبين القواعد والمبادئ القانونية (أولاً)، لنصل بعد ذلك إلى التمييز بين المبادئ والقواعد القانونية (ثانياً) .

المطلب الأول: الصلة بين الضابط القانوني والقاعدة القانونية.

من المعلوم أن القانون يعد جزءاً من العلوم المعيارية أو التقعيدية Science normative ، والتي تتعارض مع العلوم التفسيرية البحتة Science explicatives ، والتي تشكل موضوعاً لمعرفة مباشرة، تؤسس على مبدأ السببية، على العكس من ذلك فإن العلوم التقعيدية أو المعيارية تحاول وضع أفضل القواعد على أساس حكم تقويمي، هذا الحكم يبنى في المقام الأول على أساس تقدير الغاية المبتغاة (1) .

ولما كان القانون مجموعة قواعد، فإن القاعدة هي مفردة، وهي الوحدة التي يتكون القانون من مجموعها (2)، وقد كان مفهوم القاعدة القانونية لا يحظى بالتعريف الذي نعرفه به اليوم، بل كان يمثل جملة من الحلول والمقترحات أفرزها المجتمع آنذاك حسب المسائل المطروحة، وكان أشبه بالحلول الظرفية المفككة لا ترتبط بينها أي علاقة فكرية ومنطقية، غير أنه بظهور مشرع يحظى بثقة الأغلبية تخلص الفكر القانوني من الظرفية، ومكنه من السمو إلى درجة القاعدة في معناها المتداول عامة ومجردة (3) .

وهذه القواعد القانونية إما أن توضع لتنظيم واقعة محدودة تحديداً كاملاً، فتتخذ طابعاً جامداً وموضوعياً، وإما أن توضع لتترك مجالاً لتقدير القاضي بسبب أنها تنظم وقائع متغيرة تخضع لتأثير الحياة الاجتماعية، ولذا يتغير شكلها ولونها بحسب الظروف، وتكون لهذا السبب وسائل لتطوير القانون (4) .

وإذا نظرنا من هذا المنطلق إلى فكرة الضابط القانوني legal standard أو المعيار القانوني، فإننا سنجد بأنه وسيلة مستمدة من القانون الإنجليزي ، بعد أن ظلت ولفترة من الزمن - " المبادئ والقواعد

(1) انظر : د/ إبراهيم ، أحمد: غاية القانون ، دراسة في فلسفة القانون ، ص 8 .
(2) د/ بكرى ، عبد الباقي ، و د/ البشير ، زهير : المدخل لدراسة القانون ص 31 .
(3) د/ بقبق ، محمد : مدخل عام لدراسة القانون ، أنف الذكر ، ص 49 .
(4) د/ حجازي ، عبد الحى: محاضرات في المدخل ، المؤلف أنف الذكر ، ص 95 .

القانونية " - هي الوسائل الوحيدة التي تعد عماداً للفن التشريعي ، وبعد أن أثبتت التغيرات الاقتصادية والاجتماعية ضرورة تكملتها بغيرها لعجزها عن أداء المطلوب منها (1) .

وقد حاول الفقه من جانبه، وضع تعريف لفكرة الضابط أو المعيار، وإن كانت كل هذه التعريفات - وكما سيجيء - تجمع كلها على أن الضابط لا يعدو أن يكون دليلاً عاماً يسمح للقاضي بالرجوع إليه كوحدة للقياس، وذلك للمواءمة بين تطبيق القاعدة والظروف المختلفة حسبما يرى من ظروف النزاع.

ولذلك يطلق مصطلح المعيار عند أهل المنطق على " النموذج المشخص، أو المقياس المجرد لما ينبغي أن يكون عليه الشيء ويرادفه العيار وهو ما جعل قياساً ونظاماً للشيء " (2) .

ففي شأن الخطأ مثلاً، فإن كل انحراف في السلوك أو تعد يشكل خطأ؛ إلا أنه قد يقاس بمعيار ذاتي، - كما سنرى - ينظر فيه إلى الشخص الذي صدر منه الانحراف نفسه أو بمعيار موضوعي، بل وحتى في الالتزامات ببذل عناية، يطلب من المدين في الأصل أن يبذل عناية الرجل المعتاد، وهو شخص عرفه القانون الروماني، وسماه برب الأسرة العاقل le bon pere de famille (3) .

وفي شأن البطلان الإجرائي أيضاً، كجزاء مترتب على عدم مراعاة الإجراءات التي لم يُنص على البطلان جزاءً لها صراحة، وضع المشرع معيار العيب الجوهرى الذي يترتب عليه ضرر للخصم كضابط للبطلان م 21 من قانون المرافعات الليبي، وهو ما فسرتة المحكمة العليا، فيما بعد بأنه " تخلف وظيفة الشكل أو تخلف الغاية التي قصدتها القانون من تقريره " (4)، ومعنى ذلك عدم ترتيب البطلان على كل مخالفة إجرائية، وإنما يجب النظر لجسامة المخالفة وأهمية الإجراء .

(1) د/ زكى، حامد : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 250 .

(2) انظر : صليبيا ، جميل ، المعجم الفلسفي ، ج 2 ، آف الذكر ، ص 399 .

(3) انظر : د/ السنهورى ، عبد الرزاق : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج 1 ، مصادر ، ص 645 .

(4) انظر : طعن مدنى رقم 15 / 16 ، ق جلسة 19 / مايو / 1970 ، المكتب الفنى ، ص 165 ، وانظر بحثنا ، تحقق الغاية الإجرائية -، وسيلية الأشكال ، والإعفاء من الجزاء ، مقبول للنشر في مجلة الشريعة والقانون البيضاء ، العدد السادس 2021 .

وقد ارتبط ظهور فكرة المعيار القانوني بفكرة الإنصاف التي دعى إليها أرسطو بمناسبة عدم قدرة العدل القانوني على التعامل مع الحالات الفردية المستعصية بموجب القانون الذي يتميز بالعمومية (1) .

فقد كان رأيه فيما يتعلق بمعالجة عيوب التشريع أن " على القاضي أن يدرأ مضار هذا العيب أو النقص الفطري في التشريع بأن يوائم بين النص الموضوع بين يديه، وبين ظروف الواقع المعروض عليه سواء لتخفيف شدة النص أو لتتويع حكمه بما يحقق العدل، كما رسمه النص بل كما تقتضيه الموازنة أو الإنصاف Equité, Equity ، ولتقريب ذلك إلى ذهن يقول أرسطو أن تطبيق القانون بروح الإنصاف والموازنة أشبه باستخدام آلة القياس مكونة من مادة رخوة تسمح لها رخاوتها بتتبع جميع تعاريج الأشياء التي يراد قياسها ، فالقانون يقصر عن متابعة تلك التعاريج، وإعطاء الحلول التي تلائم كلاً منها، فإذا اقترن تطبيقه بروح الإنصاف، كانت هذه الروح كفيلة بتطبيق العدل " (2) .

ويُعزى جانب من الفقه ظهور الضوابط القانونية، لما روى من تضائل لسلطة القضاء والاعتماد كلية على النصوص القانونية، وأنه كان من الأنسب البحث عن وسيلة يستعيد بها القضاء جزءاً من سلطانه المفقود، فاهتدى إلى وسيلة " الضابط القانوني "، التي تسمح بتطبيقها بإيجاد تعادل أكثر بين النصوص القانونية والسلطة القضائية، وبها يستطيع القضاء أن يديروا العدالة administration de la justice ، بدل أن ينحصر دورهم في تطبيق القانون application du droit (3) ، لأن الاعتماد الكامل على النصوص القانونية لم يؤد إلى تحقيق كل النتائج المرجوة ، " وليظل التعاون مستمراً بين الضمير الاجتماعي والقانون الوضعي - عن طريق القاضي - الذي يصير بذلك مساعداً للنظام القانوني " (4) .

(1) انظر : د/ محمد، بن عمار : المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري ، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون ، ع 6 ، أبريل ، 2013 ، ص 28 ، متاح على شبكة المعلومات

<http://taza2005.e-monsite.com/medias/files/majalah-numero6.pdf>

(2) د/ مرقس ، سليمان : فلسفة القانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 76 .

(3) د/ زكي ، حامد: التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 264 ، 265 .

(4) د/ حجازي ، عبد الحى : محاضرات فى المدخل ، المؤلف آنف الذكر ، ص 96 ، وقد استعمل الفقيه السنهوري مصطلح " الضابط " أو المعيار عند حديثه عن ركن التعدى فى المسؤولية التقصيرية ، فيقول " أما الضابط فى الانحراف ، فيتصور أن يرد إلى إحدى وجهتين ، وجهة ذاتية ، أو وجهة موضوعية فيقاس التعدى الذى يقع من الشخص مقياساً شخصياً إذا اخترنا الوجهة الذاتية ، أو مقياساً مجرداً إذا أثرنا الوجهة الموضوعية " ، انظر : د/ السنهوري ، عبد الرزاق : الوسيط ، المؤلف آنف الذكر ، ص 644 .

وهذا هو السبب في أن المعيار يمتاز بالنسبية، إذ أنه يتغير من شخص لآخر ، ومن حالة لأخرى، وهو ما يؤدي لاختلاف النتائج التي يتم التوصل إليها (1) ، وهو ما يمكن ملاحظته من خلال صياغة القاعدة القانونية ذاتها .

ولعل هذه الفكرة هي التي دعت بعض الفقهاء إلى القول — عند حديثهم عن التفرقة بين الضابط والقاعدة — ، بأن المشرع حينما يريد الوصول إلى تقرير حكم معين، فهو إما أن يبين ذلك الحكم بالذات مع تحديد الواقعة التي ينطبق عليها (2) وبصورة مجردة، وإما أنه لا يبين ذلك الحكم بالذات، بل يكتفي لتقريره بالإحالة على أصل خارج norme extérieure على نصوص القانون، ويترك لهذا الأخير تحديد المسؤولية، فيسترشد به القاضي لإعطاء الحالة المعروضة عليه الحكم الملائم، كما هو الحال في النصوص القانونية التي تشير بالأخذ بما يجب أن يقوم به رب الأسرة العاقل le bon pere de famille ، كمقياس للحكم على سلوك شخص معين، أو التي ترتب المسؤولية بناء على وجود خطأ faute ، فتحدد هذا الخطأ لا يكون إلا عن طريق وضع " ضابط " يقول به القضاء (3) ، وسنرى كيف يفسح القانون لبعض القواعد المعيارية التي يستهدى بها القاضي في التفاوت بالحلول ، بما يتناسب مع ظروف كل حالة على حدها .

ومن ثم فإن الصياغة الجامدة تواجه فرضاً معيناً تعطيه حلاً ثابتاً، لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تدرج تحت الفرض، فهي في الواقع صياغة المبدأ القانوني في إطار معيار جامد يواجه حالة معينة ويحدد لها حلاً واحداً، لا يتغير ولا يتأثر بالظروف الخاصة بكل حالة فردية، بمعنى أنها صياغة كمية وليست كيفية، تهدف إلى التعبير عن القيمة التي تحملها القاعدة في العمل، مما يمنع أي خلاف حول ما يخضع لها من فروض، ويكون عمل القاضي الذي يدعى إلى تطبيق هذه القاعدة عملاً شبه آلي، فما عليه والحالة هذه، إلا القيام بعملية استدلال شكلي بين المبدأ القانوني

(1) في هذا المعنى : د/ محمد ، بن عمارة ، المقالة السابقة ، ص 30 .
(2) د/ زكي ، حامد زكي : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 257 .
(3) نفس المرجع وذات الصفحة .

الثابت في القاعدة، وبين الوقائع التي يريد إنزالها عليه، فإذا وجد أن الوقائع تندرج تحت المبدأ، فإنه يطبق المبدأ القانوني تطبيقاً آلياً (1) أو تلقائياً.

إذ تقيده هذه الصياغة ولا يملك إلا أن يعطي الحل الثابت الذي تتضمنه هذه القاعدة، بخلاف الصياغة المرنة التي تعطي نوعاً من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة، وتقنع بإعطاء القاضي معياراً متوسطاً للسلوك يستهدي به في القضايا المعروضة عليه، وبتعبير أكثر وضوحاً، فإن الصياغة المرنة إنما هي في الواقع تستهدف " تحقيق العدل العملي أو الواقعي ، دون أن تقنع بتحقيق العدل المجرد، فإنها — بما تضع من موجه عام أو معيار مرن — تمكن القاضي من تكييف هذا الموجه أو مطابقة هذا المعيار على خصوصيات كل حالة، توصلاً إلى إعطائها الحل المناسب " (2) .

على أن هذا لا يمنع من ناحية أخرى، أن يعتمد المشرع في بعض الأحيان باللجوء إلى نوع آخر من أنواع الصياغة ، تعرف بالصياغة الغامضة *Technique équivoque* وهي فكرة معروفة في فلسفة القانون، وخلصتها أن المشرع إزاء غموض بعض الأفكار أو النظم القانونية، وإزاء أهداف يراها المشرع جديرة بالحماية يستخدم صياغة لأفكاره بها قدر من الغموض، بحيث تختلف الآراء حولها، تمهيداً لمرحلة متقدمة يصوغ فيها هذه الأفكار، بشكل أكثر تحديداً بعد أن تثري مختلف الآراء والتطبيقات هذه الأفكار بحثاً واجتهاداً (3) .

وعلى أي حال فإن جانباً آخر من الفقه يرى بأن " المعيار لا وجود له خارج القاعدة القانونية وإنما هو جزء منها، إذ هو الوسيلة الفنية لصياغة القواعد القانونية المرنة، فإذا كان فرض القاعدة القانونية يتكون من عبارة مرنة أي مطاطة، أي يتكون من معيار *standard* ، فإن القاعدة تكون مرنة في جملتها، ويصدق نفس الشيء إذا كان الحل في القاعدة هو أيضاً في صورة معيار أي في صورة عبارة مرنة (4) .

فقد يجعل المشرع انطباق القاعدة القانونية، متوقفاً على وقائع غير محدودة ومتغيرة ذات قيمة اجتماعية كبرى في ضوء أفكار مرنة، كالأفكار المتعلقة بالتدليس، والخطأ، والغش، وحسن النية،

(1) انظر : د/ إبراهيم ، أحمد: غاية القانون ، أنف الذكر ، ص 195 ، 196 .

(2) د/ كيرة ، حسن : المدخل إلى القانون ، أنف الذكر ، ص 184 ، وما يليها .

(3) انظر : د/ عمر ، نبيل إسماعيل : عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، ص 119 .

(4) د/ تناعو ، سمير : النظرية العامة للقانون ، المؤلف أنف الذكر ، ص 45 .

والنظام العام والآداب، وعناية الشخص المعتاد، فهي أفكار تتطور بسرعة خلال التاريخ كلما تعاقبت الشعوب والمدنيات، في كل هذه الأحوال — وكما قيل بحق — يصدر المشرع أمره على بياض، على نحو ما يصدر الأمر على بياض، ويتولى القاضي بعد ذلك ملء هذا البياض (1).

والواقع أننا إذا تأملنا الضوابط القانونية المختلفة، وعلى الأخص عند تطبيقها، — وكما يقول الفقه — نجد أن من خصائصها أنها تحوى جانباً كبيراً من الحكم الأدبي على سلوك الشخص ونهجه، فتراها تارة تستلزم أن يكون معقولا في تصرفه، وتارة أن يكون حكيماً حذراً، وأخرى أن يكون مدبراً، كما أن تطبيق هذه الضوابط القانونية لا يستلزم معرفة واسعة بالقانون، بل إن للتجربة والإدراك الشخصي والذوق السليم دخلاً كبيراً في الوصول إلى الحلول الملائمة، وهي في نفس الوقت نسبية، فتطبيقها يكون بمراعاة وقائع القضية المعروضة بالذات على القاضي، ولا تتعداها إلى غيرها (2)، فهي بمثابة معيار يحتكم إليه القاضي في تقدير نشاطه للوصول للحل الموضوعي ناضراً إلى كل حالة على حدها، ووفقاً لملاساتها الخاصة .

فالقاضي يتبنى — وهو بصدد عملية تقدير الحقوق والمراكز القانونية المتنازع عليها — إما طريقة التقدير " الموضوعي أو المجرد "، أو طريقة التقدير " الشخصي أو الذاتي "، ويعتمد التقدير المجرد على معيار نمطي عام، بينما يعتمد التقدير الشخصي على معيار شخصي مفرد، Un individu Singulier، ولهذا السبب يتسم التقدير المجرد الموضوعي بالوضوح، لأنه يرجع إلى معيار عام محدد يخلو من الاعتبارات والظروف الشخصية الخاصة بظروف كل حالة على حدها، هذا لا يعني أن التقدير المجرد يغفل كافة الظروف الخاصة بالحالة محل التقدير، فالواقع أن إتباع أسلوب التقدير هذا، إنما يعني فقط ترك المعطيات الخاصة بشخص صاحب المركز القانوني أو أطراف هذه المراكز، ومن ثم فهي لا تؤخذ بعين الاعتبار، أما المعطيات المتعلقة بذات هذه المراكز والتي تكون خارجية عن أشخاصه، وتعمل على تمييز هذه المراكز، فإن القاضي يأخذها بالضرورة في الاعتبار (3) .

(1) د/ حجازي، عبد الحى : محاضرات فى المدخل، المؤلف آف الذكر، ص 96، 97 .

(2) د/ زكى حامد : التوفيق بين القانون والواقع، المقالة السابقة، ص 254، 255 .

(3) انظر : د/ عمر، نبيل إسماعيل: الطعن بالتماس إعادة النظر فى المواد المدنية والتجارية، ص 104، 105 .

وإذا بحثنا في التعريفات التي قال بها الفقه لمفهوم لضابط أو المعيار القانوني فإننا سنجد المعنى المتقدم واضحاً وجلياً، فقد رأى البعض أنه عنصر من عناصر الطريقة التي يتبعها القاضي لكي يقف على معرفة العوامل المختلفة، والمصالح المتضاربة في النزاع المعروض عليه، باعتباره وسيلة تسمح للقاضي بمعرفة وتنظيم كل العوامل الخاصة بالمسألة المطلوب حلها " (1) .

فهو " بمثابة الأسلوب الذي يفرض على القاضي أن يأخذ في الاعتبار النوع المتوسط من السلوك الاجتماعي الصحيح بالنسبة لفئة التصرفات التي يراد الحكم فيها (2)، وباختلاف طبيعة كل نزاع وظروفه .

ويفسح القانون المدني المجال لبعض القواعد المعيارية التي يستهدي بها القاضي في التفاوت بالحلول حسب التفاوت في الظروف والملابسات المحيطة بالقضايا المرفوعة أمامه (3)، فمن ذلك معيار العذر المقبول في الرجوع في الهبة، إذ يجيز القانون للواهب في اللجوء إلى القضاء طالباً الترخيص له في الرجوع في الهبة متى كان يستند إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع م 489 / 2 ، فهذا المعيار يتيح للقاضي الكشف عما يعتبر عذراً مقبولاً بالنسبة لكل حالة على حدة أخذاً بالظروف والملابسات المحيطة بها، وكذلك معيار الباعث المشروع ومعيار المدة المعقولة اللذان يقاس بهما صحة ما قد تتضمنه العقود أو الوصايا من شروط منع التصرف في الأموال م 832 / 1 مدني ليبي، ومعيار الغلط الجوهري م 121 مدني ليبي ، ومعيار التدليس الجسيم م 125 مدني ليبي .

بالإضافة إلى الحكم الذي يصدره القاضي بتعديل العقد بسبب ظروف طارئة وفقاً للمادة 147 / 2 من القانون المدني الليبي ، فالعبارات الواردة في هذه المادة، وهي الحوادث الاستثنائية العامة، والتفويض المهرق للالتزام، والخسارة الفادحة ، كلها — وكما يقول الفقه — عبارات مطاطة يملك القاضي في تطبيقها سلطة تقديرية واسعة، كما أن الحل في هذه القاعدة مرنة لأنه يتمثل في رد الالتزام إلى الحد المعقول، ففكرة الحد المعقول هي فكرة مرنة يرجع في تحديدها بالنسبة لكل حالة على حدة إلى إرادة

(1) د/ زكي ، حامد : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 252 .

(2) د/ محمد ، بن عمارة: المقالة السابقة ، ص 29 .

(3) د/ كيرة حسن : المدخل إلى القانون ، آف الذكر ، ص 188 ، وانظر كذلك ص 185 .

القاضي وكما قال — بحق — الأستاذ السنهوري فإن القانون بهذا النص أطلق يد القاضي (1)، عند أخذه بنظرية الظروف الطارئة، وإذا بحثنا مثلاً في معيار عناية الشخص "المعتاد" فإننا سنجد أن المشرع الليبي طبقه من نواح مختلفة .

فالشريك في عقد الشركة عليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة، إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل العادي م 514 / 2 مدني ليبي ، والمستأجر في عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد م 582 / 1 ، وما نص عليه في المسؤولية عن الأشياء من أن الشخص يكون مسؤولاً إذا تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة م 181 . ومن ناحية أخرى فإن المبدأ القانوني إذا صحت مقارنته بالضابط أو المعيار القانوني، فإننا نجد "أنهما يتفقان في بعض الخصائص ويختلفان في الأخرى فالتعميم فيهما مشترك، إذ أن كلاهما لا يقتصر على تنظيم حالة معينة كالقاعدة القانونية ، وإن كان التعميم الموجود في الضابط له طبيعته الخاصة فهو لا يقوم على بيان حكم معين، وإنما يهدف إلى إرشاد القاضي عن السلوك الواجب إتباعه والأخذ به كمقياس للحكم في الحالة المعينة المعروضة بالذات أمامه " (2) .

هذا يعني أنها معايير يسترشد بها القاضي دون أن يتقيد ويطبقها على الأقضية التي تعرض له، فيصل من ذلك إلى حلول تختلف باختلاف كل قضية، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى تباين الحلول بتباين الظروف (3)، وهي لا تقطع في الأمر بالقول الفصل، وإنما تتضمن فقط تقديم تقديرات يستلزم الأمر أن تكون خالية من التحكم القضائي، وذلك لتطبيق القانون وفقاً لما يجب، وقد رأينا فيما قدمناه أمثلة كثيرة لهذه المعايير المرنة تتفاوت الحلول التي تؤدي إليها بتفاوت الظروف التي تطبق فيها .

وبهذا فإن الفاصل في التفرقة بين الضوابط والقواعد القانونية، هو أن هذه الأخيرة ملزمة للقاضي ما بقيت القاعدة قائمة، فهو مضطر للحكم بها، بخلاف الضابط فهو يكتفي بإرشاد القاضي عن

(1) د/ تناغو ، سمير : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 46 .

(2) انظر : د/ زكي، حامد: التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 259 .

(3) انظر مجموعة مقالات وأبحاث الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مجلة القانون والاقتصاد ، عدد خاص ، 1992 ، بمناسبة مرور مائة سنة ، القانون المدني العربي ، ص 495 ، وما يليها .

الاتجاه الذي يلزمه إتباعه (1)، ليبقى بعد ذلك تحقيق التوازن في المفاضلة بين الصياغتين الجامدة والمرنة، فإذا كانت الأولى، تحقق الاستقرار ولو كان ذلك على حساب التطور، حيث أنها تقنع بتحقيق عدل مجرد يواجه أوضاعاً مجردة، دون اعتبار للظروف والملابسات الخاصة، فإن الأخيرة تؤهل القاعدة القانونية للتكيف وفق الظروف الخاصة ومسايرة التطور الاجتماعي؛ وإن كان ذلك يتم على حساب الإخلال بالاستقرار والأمن في المعاملات، وحينها يمكن أن يقال أن القاعدة الجامدة هي نموذج القواعد القانونية في الأصل، أما القواعد المعيارية أو المرنّة، فهي مجرد استثناء يلجأ إليه في الحالات التي يستعصي فيها الأمر فيها على التحديد الثابت الجامد إزاء ما هي عليه من تطور مستمر، وتفاوت واضح في الظروف والملابسات الخاصة (2) .

ويتبين مما قدمناه أن الضوابط القانونية هي عبارة عن موجهات أو أطر معيارية يستعين بها القاضي، - وهو يواجه ظروف الواقع - للمواءمة بين القاعدة القانونية والحالة الخاصة المعروضة عليه، فهي تمتاز بمرونتها ولا تكتسب صفة الدوام كالقاعدة القانونية، وإنما تقتصر على الحال، أي تواجه كل حالة بخصوصها ابتداءً وانتهاءً .

وإن كان ينبغي أن تكون سلطة القاضي في هذا الشأن في حدود ضيقة، حتى لا يؤدي الأخذ بها على إطلاقها إلى التحكم القضائي، وهي في ذات الوقت تختلف عن المبادئ في أن الأخيرة أفكار تلهم القاضي الحلول الملائمة عند عدم وجود حلول أخرى يستند إليها .

ذلك إذن هو مفهوم المعايير والضوابط القانونية، والعلاقة بينها وبين القواعد القانونية، وننتقل الآن للحديث عن التمييز بين المبادئ والقواعد القانونية.

المطلب الثاني: التفرقة بين المبدأ القانوني والقاعدة القانونية التشريعية.

من أهم المسائل التي تحظى بعناية الفقه، فكرة التمييز بين المبدأ والقاعدة في نطاق القانون، على الرغم من أن هذا التمييز ليس من السهل دائماً تحديده، ويؤكد الفقه على التسليم بوجود هذا التباين والاختلاف بين كل من المبدأ Principe والقاعدة La règle .

(1) د/ زكي، حامد: التوفيق بين القانون والواقع، المقالة السابقة، ص 258 .
(2) د/ كبيرة، حسن: المدخل إلى القانون، آف الذكر، ص 188، وانظر كذلك ص 188 .

ويرجع الفضل في إبراز أهمية هذه التفرقة للفقهاء الفرنسي جان بولانجير Jean Boulanger ، الذي طوّر وصفاً دقيقاً للاختلاف بين المبادئ والقواعد وأثبت تصنيف المبادئ في دراسته المبادئ العامة للقانون والقانون الوضعي، مجموعة الدراسات المهداة إلى ريبير G. Ripert عام 1950 (1) .

ونقطة البداية هنا، - وكما يقول الفقه - " هي اشتراك القاعدة و المبدأ في صفة العمومية، مع التفاوت في فهم مدلول هذه الصفة فالعمومية في القاعدة القانونية، تفيد تقريرها بالنسبة لقدر غير محدد من الأعمال والوقائع، ولكنها من ناحية معينة تتميز بنوع من الخصوصية، من حيث أنها لا تحكم إلا وقائع أعمال معينة، فهي تتقرر لحكم مراكز قانونية معلومة، أما المبدأ فيقصد بعموميته شموله لمجموعة لا حصر لها من التطبيقات " (2) .

ومن المفيد التذكير هنا، بأننا كنا قد أشرنا في دراستنا هذه، إلى أنه توجد ثلاثة أنواع من القواعد يمكن ترتيبها حسب سلم تصاعدي في العمومية، القواعد القانونية (التشريعية) وقواعد النظريات العامة، وأخيراً المبادئ العامة للقانون ، وذكرنا آنذاك أن قواعد النظريات العامة تقترب، - وكما يقول الفقه - من قواعد الصنف الأول، أي القواعد القانونية التشريعية، لكنها تمتاز عنها باتساع نسبي في العمومية والمجال ذلك لأن اختصاصها أوسع وأشمل، ومعلوم كذلك أن القواعد القانونية هي الأخرى تتسم بالضرورة بصفة العمومية (3)، فهي من الخواص الأساس في القاعدة القانونية (4)، لكن مجال العمل بها محدد تحديداً دقيقاً، وهذا التضيق في مجالها أمر لا مناص منه، لأن المشرع عند سنه للقواعد القانونية لا يمكنه تخيل كل أوجه الاحتمالات الواردة في الحياة الاجتماعية، بل إنه ينطلق من الحالات الواقعية المتكررة فيصريح بأحكامها في إطار فرض مجرد (5) .

فالفرض في القاعدة والذي ينصرف إليه الحكم لا يتخصص بشخص أو بأشخاص معينين بذواتهم، ولا بواقعة أو بوقائع معينة بذاتها، بل تنطبق القاعدة على كل شخص توافرت فيه صفات معينة، وعلى

(1) Jan G IJSSELS : " LES PRINCIPES JURIDIQUES NE SONT PAS ENCORE LA LOI, " cycle de conférences 'Principes généraux du droit' entre novembre , 1987 et mars 1989 , p . 37 .

ent Lire en ligne : van-hoecke-algemeene-rechtsbeginselen-1991.pdf

(2) د/ الوكيل ، شمس الدين: أثر الغش على الأسبقية ، المقالة السابقة ، ص 109 .

(3) د/ الشرفي محمد ، ود/ المزغني ، على ، مدخل لدراسة القانون ، آف الذكر ، ص 39 .

(4) د/ بكرى ، عبد الباقي ، و د/ البشير ، زهير : المدخل لدراسة القانون ، آف الذكر ، ص 37 .

(5) د/ الشرفي محمد ، ود/ المزغني ، على ، مدخل لدراسة القانون ، آف الذكر ، ص 39 ، 40 .

كل علاقة استكملت شروطاً معينة، بحيث ينطبق الحكم على كل من توافر فيه الوصف المذكور في الفرض سواء كان شخصاً أو واقعة (1)، والضابط في كل ذلك هو ألا تقتصر القاعدة على حالة معينة أو على شخص بالذات (2)، فالقاعدة التي تقرر بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة م 131 / 2 ينصرف حكمها لكل تصرف يكون موضوعه تركة مستقبلية بغض النظر عن ظروف إبرامه وشخصية طرفيه، ويتكرر تطبيقه كلما تكوّن هذا التصرف (3).

وبذلك فإن العموم والتجريد في القاعدة القانونية، فكرتان متلازمتان أو هما وجهان لخصيصة واحدة، غاية الأمر توصف القاعدة بالتجريد إذا ما نظر إليها عند نشوئها، وتوصف بالعموم إذا ما نظر إليها عند تطبيقها (4) .

وهي بهذا تغض النظر عن الفروق الثانوية في الظروف، وتعتد بالظروف والاعتبارات الرئيسية المشتركة بين مجموعة من الوقائع، كي تطبق عليها جميعاً، فهي تصدر لتتوجه بالتكليف إلى أشخاص لا حصر لعددهم، وتحكم حالات غير متناهية في تعدادها، مما يقتضي أن يستوعب حكمها فروضاً واحتمالات لا تقبل الحصر، سواء منها ما كان قائماً وقت صدورها أو ما يستجد منها في المستقبل (5) . هذا التحديد المتقدم لصفة العمومية بالنسبة للقاعدة القانونية مهم للوصول إلى تحديد واضح ودقيق لصفة العمومية في المبدأ العام .

وكنقطة أولية يجب التأكيد على أن المبدأ، وإن كان فكرة غير محددة سلفاً على من تطبق وإلى أي مدى، وفي أي ظروف مكانية أو زمانية، فإن القاعدة هي نقل المبدأ من كونه فكرة إلى ميدان التطبيق العملي عن طريق تحديد من تطبق عليهم، وإلى أي مدى وفي أي ظروف، فالمبدأ فكرة تتطوي على معانٍ كلية تصورية تنسم بالتجريد والإطلاق، بينما ينصرف مفهوم القاعدة القانونية إلى معنى

(1) د/ سلطان ، أنور: المبادئ القانونية العامة ، المؤلف آنف الذكر ، ص 22 .

(2) د/ السنهوري ، عبد الرزاق: د/ أبوستيت : أصول القانون آنف الذكر ، ص 14

(3) انظر د/ زكي ، محمود جمال : دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، المؤلف آنف الذكر ، ص 6 .

(4) د/ السنهوري ، عبد الرزاق : د/ أبوستيت : أصول القانون آنف الذكر ، ص 15 .

(5) د/ بكرى ، عبد الباقي ، و د/ البشير ، زهير : المدخل لدراسة القانون ، آنف الذكر ، ص 39

التحديد للمبدأ، ووضعه في إطار قابل للتطبيق فهي التطبيق التفصيلي للمبدأ (1)، وتتأول الوقائع بشروطها لا بذواتها ، ولا يستغرقها التطبيق المنفرد .

وهنا يمكن أن يقال أن المبدأ العام " لا يحتوي مضموناً محدداً ، أما القاعدة فتتضمن تنظيمياً سلوكياً للأشخاص في المجتمع، فالمبادئ العامة ليس لها قدرة على التنفيذ الذاتي نظراً لكونها بالغة التجريد وذات مضمون مجرد أو سلبي، وتحتاج بالضرورة إلى قواعد تفصيلية تخلق حقوقاً والتزامات، وهي في ذات الوقت تتسم بطابع العمومية المستمد من الاعتراف بها من جانب التشريعات الوطنية لمعظم الدول مهما كانت طبيعة النظام القانوني الذي تنتمي إليه، ومن ناحية أخرى تتميز بأنها مبادئ أساسية كونها تهيمن على مجموعة من القواعد التفصيلية التي تنفرع منها (2) .

على أن العمومية في المبدأ العام، تكمن في قابليته للانطباق على قواعد قانونية أخرى، بحيث تعتبر القواعد المذكورة تطبيقاً للمبدأ العام، ويعتبر المبدأ العام هو القاعدة بالنسبة لهذه القواعد، فالمبدأ العام هو قاعدة القواعد، وإذا أخذت المبادئ القانونية بهذا المعنى، فإنه يمكن التعرف على هذه المبادئ بسهولة ويسر عن طريق مراجعة القواعد القانونية، للفرقة بين ما يعتبر منها أصلاً وما يعتبر فرعاً (3)، وإن كان ذلك يستلزم تجنب الوقوف عند حدود نصوص القوانين الوضعية، وتجاوز ذلك إلى الإلمام بما يوضحه الفقه من شروح لها وتقص لمصادرها وأصولها فضلاً عن متابعة تطبيق تلك النصوص في العمل، وتبين ما ترسيه الأحكام القضائية من مبادئ بشأنها (4)، وتصبح بذلك المبادئ العامة للقانون فكرة فنية المقصود منها وضع بناء منطقي متماسك للقواعد القانونية (5) .

فعمومية المبدأ العام تعني إذن قابله للانطباق على عدد من القواعد القانونية وفي مجالات مختلفة تغطي النظام القانوني في مجمله، فالمبدأ العلم يسري في نفس الوقت على جميع الحقوق ويمتد إلى جميع فروع القانون كالقانون المدني والقانون الإداري والقانون التجاري فيسري مثلاً مبدأ التعسف في استعمال

(1) الطنطاوي ، عبد الله محمود : التدخل الإنساني والمبادئ العامة للقانون الدولي ، المعهد المصري للدراسات ، ص 6 .
(2) انظر : م. د. بخيت ، مصطفى سالم عبد: المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدرراً للقانون الدولي الجنائي ، ص 308 ، متاح على شبكة المعلومات الانترنيت <https://www.iasj.net/iasj/download/81e3ff22a8087f54>
(3) د/ تناعو ، سمير : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 246
(4) انظر : راغب ، يحيى أحمد : المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي ، المقالة السابقة ، ص 912 .
(5) د/ تناعو ، سمير : النظرية العامة للقانون ، المؤلف آنف الذكر ، ص 246 .

الحق على العلاقات التعاقدية وعلى المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾، ومن ثم فإن عموميتها اشمل من عمومية القواعد التشريعية التي لا تتناول إلا وضعيات معينة محددة بالذات كالمسؤولية أو العقد، وغيرهما في حين جاءت المبادئ العامة للقانون لتشمل كل المادة القانونية، فهي التي تحتم الفلسفة التشريعية العامة⁽²⁾.

فالاختلاف إذن هو اختلاف في الطبيعة، فكل قاعدة تعد عامة، ولكنها خاصة في بعض النواحي من حيث أنها لا تحكم إلا مثل هذه الأعمال والوقائع فقط، بحكم أنه قد تم سنّها لوضع قانوني محدد، بخلاف المبدأ الذي يتمتع بعمومية تجعله يتضمن سلسلة غير محددة من التطبيقات، والتي يمكن أن تحكمها قواعد خاصة، وهي ما يطلق عليها الفقه الفرنسي "بعمومية الامتداد" *généralité d'extension* (3).

وإن كان الخلاف قد جرى حول تحديد سقف لهذه العمومية؛ إلا أنه يمكن القول بأن "المبادئ العامة تتميز باستقلال ذاتي يرتفع بها عن مرتبة القواعد القانونية بالمعنى المألوف *regles juridiques*، وبهذا يكشف النظام القانوني عن تفاوت بين المبادئ والقواعد القانونية" (4)، هذا يعني أن المبدأ العام هو كل قاعدة بلغت "من العمومية والأهمية ما يجعلها أساساً للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنها، فهي قاعدة بلغت من العمومية درجة عالية يمكن معها اشتقاق العديد من القواعد المتفرعة عنها" (5).

وهذه المبادئ إلى جانب أنها قواعد تتصف بالعموم والتجريد، "تتصف بأنها أساسية بالنسبة إلى غيرها من القواعد القانونية التي تستند إليها في قيامها وتطبيقها، وعلى ذلك فإن المبدأ يعلو القاعدة ويعد مصدراً وأساساً لها، ومن الأحكام القضائية البارزة التي أكدت هذا المعنى وفسرته، التفرقة الدقيقة الواضحة التي أورها الحكم الصادر من هيئة التحكيم الإيطالية الفنزويلية المشتركة في قضية *Gentini case* والذي جاء فيه "أن القاعدة هي في الأساس عملية، وبالإضافة إلى ذلك ملزمة، بينما نجد أن المبدأ يعبر

(1) د/ الشرفي محمد، ود/ المزغني، على، مدخل لدراسة القانون، أنف الذكر، ص 42.

(2) د/ بقيق، محمد: مدخل عام لدراسة القانون، أنف الذكر، ص 174.

(3) Gérard Philippe. Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit. In : Déviance - et société. 1988 - Vol. 12 N°1. p. 78.

https://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1988_num_12_1_1531

(4) د/ شمس الدين الوكيل: المقال المشار إليه، ص 109.

(5) م. د. مصطفى سالم عبد بخيت المبادئ العامة للقانون، مشار إليه، ص 308.

عن حقيقة عامة قادرة على توجيه تصرفاتنا ويعمل كأساس نظري لمختلف التصرفات في حياتنا، والتي يؤدي تطبيقها في الواقع إلى نتيجة معينة أو أثر معين " (1) .

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن المبدأ هو " الأساس الذي تستند إليه الحلول التي تتضمنها مجموعة من القواعد القانونية، فإن القاعدة هي التطبيق العملي للمبدأ القانوني، وفي ضوء هذه التفرقة يعتبر من قبيل القاعدة القانونية القول أن الجنين صالح لاكتساب الحق بطريق الميراث ويكون من قبيل المبدأ القول أنه يجب اعتبار الجنين شخصاً موجوداً، كلما وجدت له مصلحة تقتضي اعتباره كذلك، ففي الحالة الأولى وضعت القاعدة القانونية للفصل في مسألة معينة، وهي أيلولة الميراث، أما في الحالة الثانية فيجب المبدأ عن مجموعة المسائل التي تتعلق بمبدأ الشخصية سواء كانت من المسائل المعروفة أم لا " (2)

ولا يمكن أن يؤدي تطبيق المبدأ القانوني إلى حلول جديدة مخالفة للحلول التي وردت في النصوص التشريعية المقررة للقواعد القانونية، إذ أن هذه الأخيرة هي مبناه، فإذا استعين مثلاً بالمبدأ القانوني في سبيل الوصول إلى فض المنازعات التي لم يرد في شأنها قاعدة معينة، فالحل مع ذلك معروف مقدماً وليس هناك من جديد سوى استقامة منطقية مع الحلول التي تطبق في سائر الأحوال المشابهة (3) .

وعلى ذلك فإن التفرقة بين المبدأ والقاعدة القانونية تقوم على أساس أن المبدأ فكرة عامة لا تحتوي مضموناً محدداً، وغير محددة سلفاً على من تطبق وإلى أي مدى، وهدفها هو وضع بناء منطقي متماسك للقواعد القانونية، بينما القاعدة القانونية تنقرر لحكم مراكز قانونية معلومة، فهي توضع لحل معين لمسألة محددة، وتمتاز بالثبات باعتباره عاملاً مهماً في استقرار المعاملات، ويرتبط بهذه النتيجة قابلية المبدأ للانطباق على قواعد قانونية أخرى، بحيث تعتبر القواعد المذكورة تطبيقاً للمبدأ العام .

(1) انظر : يحيى أحمد راغب : المبادئ العامة للقانون ، المقالة السابقة ، ص 911 .
(2) محمد شريف أحمد : نظرية تفسير النصوص المدنية ، المؤلف آنف الذكر ، ص 160 ، 161 .
(3) : د/ حامد زكي : التوفيق بين القانون والواقع ، المقالة السابقة ، ص 256 .

الخاتمة

الآن وقد انتهينا - وبعون من الله وفضله - من بحثنا الموسوم بـ " المبدأ القانوني والضابط والقاعدة القانونية " نستطيع أن نجمل ما توصلنا إليه من نتائج فيما يلي :

1- أن فكرة المبادئ العامة لم تكن مجهولة تماماً عند الفلاسفة والمفكرين وإنما تناولها الفقهاء بأقلامهم قديماً وحديثاً، وقد دللنا على أن النظم القانونية المختلفة قد ساهمت بشكل أو بآخر في صياغة مبادئ عامة، كان لها تأثير على النظم القانونية الحديثة، كما لم تستغن أساليب الفكر القانوني على مر الأجيال من السعي وراء البحث عن الموجهات والمبادئ التي تكون بمثابة المرجعية في تنظيم حياة الفرد والمجتمع، ولها القدرة على المساهمة بنصيب في سد النقص في القواعد لتكامل البناء القانوني، وهو ما عرضنا له في كثير من المراحل التاريخية، وصولاً إلى فقه الشريعة الإسلامية .

2- ثم إذا كانت المبادئ القانونية قد تم تقديمها - من قبل الفقه - على أنها تستعصي على التحديد، وهو ما لاحظناه من تعدد لتعريفاته، ومع هذا فقد تركز جهدنا في هذا الصدد على مناقشة هذا المفهوم، وعلاقته بأفكار أخرى كالقاعدة القانونية، والضابط القانوني أو المعيار، وما إذا كان يتقاطع معها أحياناً ويتداخل أخرى، وقد انتهينا إلى أن المبادئ هي " أفكار جوهرية تعلو القواعد وتعد أساساً لها، وتستنبط منها القواعد التفصيلية "، ويمكن استنباطها أو استقراؤها من القواعد القانونية الوضعية، فهي لا تهدف إلى إيراد حل معين، بل يستعان بها فقط عند تطبيقها بطريق الاستنتاج على الأحوال التي لم يتعرض لها المشرع عن طريق القاعدة القانونية، وهو ما فصلنا القول فيه في هذه الدراسة .

3- واستبان لنا أن فكرة الضابط أو المعيار القانوني قد ارتبطت بفكرة الإنصاف التي دعى إليها أرسطو، فقد كان رأيه فيما يتعلق بمعالجة عيوب التشريع أن على القاضي أن يدرأ مضار هذا العيب أو النقص الفطري في التشريع بأن يوائم بين النص الموضوع بين يديه، وبين ظروف الواقع المعروض عليه سواء لتخفيف شدة النص أو لتتويع حكمه بما يحقق العدل، كما رسمه النص بل كما تقتضيه المواءمة أو الإنصاف .

4- ووجدنا أن القانون المدني يفسح المجال لبعض القواعد المعيارية التي يستهدي بها القاضي في التفاوت بالحلول حسب التفاوت في الظروف والملابسات المحيطة بالقضايا المرفوعة أمامه، وهو ما ذكرناه من خلال التطبيقات التي وردت في هذه الدراسة .

5- كما اتضح لنا أن الضوابط القانونية هي بمثابة معيار يحتكم إليه القاضي في تقدير نشاطه للوصول للحل الموضوعي ناضراً إلى كل حالة على حدة، ووفقاً لملاساتها الخاصة، وفي شأن التمييز بينها وبين المبادئ القانونية، وجدنا أنهما يتفقان في بعض الخصائص ويختلفان في الأخرى فالتعميم فيهما مشترك، إذ أن كلاهما لا يقتصر على تنظيم حالة معينة كالقاعدة القانونية .

6- وانتهينا إلى تعريفها بأنها : عبارة عن موجهات أو أطر معيارية يستعين بها القاضي، - وهو يواجه ظروف الواقع - للمواءمة بين القاعدة القانونية والحالة الخاصة المعروضة عليه، فهي تمتاز بمرونتها ولا تكتسب صفة الدوام كالقاعدة القانونية، وإنما تقتصر على الحال، أي تواجه كل حالة بخصوصها ابتداءً وانتهاءً، وإن كان ينبغي أن تكون سلطة القاضي في هذا الشأن في حدود ضيقة، حتى لا يؤدي الأخذ بها على إطلاقها إلى التحكم القضائي .

7- كما بحثنا فكرة التمييز بين المبدأ والقاعدة في نطاق القانون ، وتبين لنا أن الفضل في إبراز أهمية هذه التفرقة يعود للفيقه الفرنسي جان بولانجير Jean Boulanger ، الذي طور وصفاً دقيقاً للاختلاف بين المبادئ والقواعد .

8- واتضح لنا أن هذه التفرقة تقوم على اشتراك القاعدة و المبدأ في صفة العمومية، مع التفاوت في فهم مدلول هذه الصفة، وأن المبدأ فكرة عامة لا تحتوي مضموناً محدداً وغير محددة سلفاً على من تطبق وإلى أي مدى، وهدفها هو وضع بناء منطقي متماسك للقواعد القانونية، بينما القاعدة القانونية تنقرر لحكم مراكز قانونية معلومة، فهي توضع لحل معين لمسألة محددة، وتمتاز بالثبات باعتباره عاملاً مهماً في استقرار المعاملات، ويرتبط بهذه النتيجة قابلية المبدأ للانطباق على قواعد قانونية أخرى، بحيث تعتبر القواعد المذكورة تطبيقاً للمبدأ العام .

وهو ما وضحتاه بشيء من التفصيل في هذه الدراسة، والتي كان الغرض منها - وكما ذكرنا في بدايتها - وضع القارئ، أمام مجموعة من الأفكار قابلة للبحث والتدقيق .

ثبت المراجع

- 1- المعجم الفلسفي : مجمع اللغة العربية، المطابع الأميرية، 1983.
- 2- د/ أحمد إبراهيم : غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، 2001 .
- 3- د/ أنور سلطان : المبادئ القانونية العامة:، دار الجامعة الجديدة، 2005
- 4- د/ بن عمارة محمد : المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، ع 6، أبريل، 2013 ، متاح على شبكة المعلومات
- 5- د/ حامد زكي : التوفيق بين القانون والواقع — 2 — دراسة في فلسفة القانون الخاص، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية ، العدد الأول، يناير 1932 .
- 6- د/ حسن كيرة : المدخل إلى القانون، القسم الأول، منشأة المعارف بالاسكندرية، بدون تاريخ .
- 7- د/ جميل صليبا المعجم الفلسفي بالألفاظ العرية والفرنسية والإنكليزية واللاتينية، دار الكتاب، ج 1.
- 8- د/ سليمان مرقس : فلسفة القانون، دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية، صادر
- 9- المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للقانون المدني، 1961
- 10- د/ سمير تناعو : النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974
- 11- د/ شمس الدين الوكيل : مقال بعنوان " أثر الغش على الأسبقية في التسجيل عند تزامن المشترين لعقار واحد " مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 1، 2، 1959، س 8
- 12- د/ صوفي حسن أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية
- 13- د/ عباس حسني : مقال بعنوان " انعقاد الحوالة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن " ، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع 3، س 21
- 14- د/ عبد الحي حجازي : محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية (1) القانون، مكتبة عبد الله وهبة
- 15- د/ عبد الرزاق السنهوري، ود/ أحمد أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، 1950.
- 16- د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، مصادر الالتزام .

17-د/ عبد السلام محمد الشريف : المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1986

18-د/ عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص 29 .

19-د/ عمر ممدوح مصطفى : القانون الروماني ، ج 1، ط 2، الاسكندرية .

20-د/ محمد الشرفي ، د/ على المزغني : مدخل لدراسة القانون ، المركز القومي للبيداغوجي ، تونس.

21-د / محمد بدر : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، (1) مطبعة جامعة القاهرة 1970 .

22-د/ محمد بقبق : مدخل عام لدراسة القانون ، مركز النشر الجامعي ، 2002 تونس .

23-د/ محمد شريف أحمد : نظرية تفسير النصوص المدنية، بغداد 1982 .

24-د/ محمود جمال زكي : دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الهيئة العامة للطباعة الأميرية، 1969 .

25-د/ مصطفى أحمد الزرقا : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج 2، المدخل الفقهي العام، ط 10، مطبعة طربين دمشق، 1968.

م. د. مصطفى سالم عبد بخيت: المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي الجنائي ، متاح على شبكة المعلومات الانترنت <https://www.iasj.net/iasj/download/81e3ff22a8087f54>

26-د/ مفيد شهاب : المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، مج 23، 1967 .

26-د/ نبيل إسماعيل عمر : الطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف 1983.

27-أ . يحيى أحمد راغب : المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي، مقال منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، مج 19، ع 4 .

Marine GOUBINAT : Les principes directeurs du droit des — contrats ,THÈSE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES 2006

ent Lire en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01392405/docum>

Email: Law@benghazi.edu.ly - phone: 00218 (061) 222 9092 WWW.law.benghazi.edu.ly

M. de Béchillon,, La notion de principe général en droit—— privé. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 51 N°1, Janviermars https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1999_num_51_1_18336

Jan G IJSSELS : " LES PRINCIPES JURIDIQUES NE SONT—— PAS ENCORE LA LOI, " cycle de conférences 'Principes généraux du droit' entre novembre , 1987 et mars 1989 , p . 37.

ent Lire en ligne : [van-hoecke-algemene-rechtsbeginselen-1991.pdf](#)

Gérard Philippe. Aspects de la problématique actuelle des—— principes généraux du droit. In : Déviance et société. 1988 - Vol. 12 N°1. p. 78— .

https://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1988_num_12_1_1531