

دور الفاضل المدني في صنع القواعد القانونية

أول

الدور الخلاق للفاضل

”دراسة مقارنة“

بقلم الدكتور عبد المنعم عبد العظيم جيرة

المستشار المساعد بمجلس الدولة المصري

والاستاذ المساعد بكلية الحقوق - جامعة بنغازي

تمهيد وتقسيم :

تقتضى دراسة دور القاضى فى صنع القواعد القانونية ان نعرض اولا
لمدى سلطة القاضى فى صنع القاعدة التى يفصل على اساسها فى منازعة معينة
معروضة عليه حينما لا تسعفه المصادر الرسمية القائمة فى حل تلك المنازعة .

واذ ننتهى الى ضرورة الاعتراف بحق القاضى فى صنع قاعدة الخصومة ،
تعين - استكمالا لعناصر الموضوع - ان نبحث فى قيمة تلك القاعدة ومصيرها ،
وما اذا كان من شأن تواترها أو صدورها من محكمة عليا أن يحيلها من قاعدة
محدودة الاثر بالخصومة التى تقررت بشأنها الى قاعدة عامة ملزمة ، / وان
يرقى بها على هذا النحو الى مدارج المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ،
ام انه مهما اطرده تطبيق القاعدة ، وايا ما كانت منزلة المحكمة التى اصدرتها
فانها تظل رغم ذلك مجردة من كل قوة ملزمة .

والبحث فى شقيه يمس موضوعين من ادق واهم موضوعات علم القانون ،
الاول هو بيان طبيعة ونطاق الوظيفة القضائية ، وما اذا كانت تقف بالقاضى
عند مجرد التطبيق الآلى للقواعد القانونية المقررة ، ام انها تتعدى ذلك الى
انشاء وصنع قواعد مستحدثة ، والثانى هو تحديد المصادر الرسمية للقاعدة
القانونية وما اذا كانت تقتصر على التشريع والعرف ام انها تمتد لتشمل
المبادئ القضائية (١) .

(١) لقد عبر " CH. N. Fragistas " عن اهمية هذا الموضوع بقوله :

"Le problème des sources du droit positif constitue le problème crucial de toute réflexion. La question la plus délicate est celle de l'autorité normative de la jurisprudence constante, celle de sa reconnaissance comme source formelle du droit".

مقال بعنوان "Les précédents judiciaires en Europe continentale. Mélanges Maury p. 139".

ويكتسب هذا البحث أهمية خاصة في التشريع الليبي بالنظر الى ما
تقضى به المادة ٢٨ من قانون المحكمة العليا من ان المبادئ القانونية التي
تقررها المحكمة العليا في احكامها تكون ملزمة لجميع المحاكم والسلطات ، مما
يقتضى بيان مدلول هذا النص ، وتحديد نطاق تطبيقه والآثار المترتبة عليه .

وعلى هدى ذلك كله فسوف نوزع دراستنا للموضوع على الابواب الآتية:

الباب الاول : في دور القاضي في صنع قاعدة الخصومة .

الباب الثاني : في مكان القاعدة القضائية بين مصادر القانون .

الباب الثالث : في القوة الملزمة لمبادئ المحكمة العليا .

له أساس

= وراجع في هذا المعنى ايضا (Roubier) مقال بعنوان
"L'ordre juridique et la théorie sources du droit".

منشور في مجموعة الدراسات المهداة الى جورج ريبير
"Le droit privé français au milieu du XXème siècle:1950. p. 3.

وايضا Gurvitch في مقال بعنوان
"Théorie pluraliste des sources du droit positif".

منشور في "L'annuaire de l'institut de philosophie du droit, 1944. p. 114.

الباب الأول

دور القاضي في صنع قاعدة الخصومة

يتحدد دور القاضي في صنع قاعدة الخصومة (١) في ضوء ما يبلغه التشريع من كمال وما يتصف به من دقة وشمول ، فلو تصورنا مثالية المنظم القانونية الوضعية ، واحتواءها احكاما واضحة ومفصلة تواجه كل المفروض الواقعية التي تعرض على القضاء، وتضع لكل فرض حكمه ، اصبح لا مجال ازاء ذلك للحديث عن دور القاضي في صنع القواعد القانونية ، ان يكفي القاضي ان يتصفح التشريع حتى يقف في يسر على القاعدة التي تحكم المنازعة المعروضة فيعمل حكمها ويستخلص نتائجها، وتظهر الوظيفة القضائية وكأنها عمل من اعمال التنفيذ المجرد من القوة الخلاقية .

اما اذا سلمنا بان المشرع الوضعي مهما بلغ من سعة الافق ، ومهما اوتي من نفاذ البصيرة سيظل عاجزا عن ان يتصور كل ما تفرزه الحياة الاجتماعية في تطورهما السريع والمعقد من علاقات ، وكل ما ينشأ داخل المجتمع من منازعات ، واقترن ذلك بالزام القاضي بالفصل فيما يعرض عليه من خصومات ، وعدم قبول عذره بنقص التشريع او غموضه ، اصبح لا مخلص

(١) الواقع ان اصطلاح « قاعدة الخصومة » يعبر عن حقيقة تصور القاضي للحكم الذي ينزله على النزاع ، فهو وان كان حكما خاصا بحالة محددة ، الا ان القاضي يطبقه باعتباره قاعدة عامة يستوحى منها اعتبارات العدالة . وقد عبر عن ذلك في صدق العلامة كاربونييه بقوله :

"C'est une règle car le juge lui attribue toujours en lui-même valeur de maxime universelle, lorsqu'il la constitue constitutionnellement, elle ne pourrait valoir au delà du cas présent". Droit civil, Thémis, 1965. p. 17.

من الاعتراف للقاضي بحقه في صنع قاعدته الخصومة ليتدارك ما يشوب التشريع من نقص، ويستكمل ما يعتوره من قصور، ويكشف ما يحيطه من ابهام وغموض .

وقد اقر المشرع في كل من مصر وليبيا بهذه الحقيقة ، ونصت المادة الاولى من القانون المدني في كلا البلدين على حق القاضي في استلزام قاعدة الخصومة من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، اذا ما قصرت المصادر الرسمية عن مواجهة ما يعرض عليه من منازعات .

والامر على خلاف ذلك في القانون الفرنسي ، ففضلا عن عدم وجود نص مثيل للنص العربي ، فقد مرت بفرنسا ظروف خاصة ادت تارة الى تضيق الخناق على القضاء ، وقصر وظيفته على مجرد التطبيق الآلى للنصوص القائمة ، كما ادت تارة اخرى الى تقديس النصوص التشريعية والنظر اليها على انها جامعة وشاملة بصورة لا تترك معها للقاضي اى مجال للاضافة او التجديد .

ورغم ان تلك الاعتبارات قد توارت مع الزمن الا ان قدرا من آثارها لا يزال ينعكس على النظرة العامة الى القضاء ، وعلى تقدير دوره وبيان الحدود الطبيعية لولايته (١) .

ولعل حسم المشكلة في التشريع العربي وتعقيدها في القانون الفرنسي يرخص لنا في البدء بايضاح ما مرت به من صعاب في فرنسا ، على ان نعقب ذلك بعرض الحل المقرر لها في التشريع العربي .

(١) يكفي للدلالة على ذلك ان نشير الى اتجاه الراى لدى كثير من الشراح المعاصرين الى انكار صفة السلطة (Pouvoir) على القضاء ، والقول بأنه مجرد هيئة (Autorité) وقد عزز المشرع الدستوري نفسه هذا الاتجاه بايراده النصوص المتعلقة بالقضاء فى دستور سنة ١٩٥٨ فى الباب الثامن منه تحت عنوان (L'autorité judiciaire) ، راجع فى تفصيل هذه المسألة مؤلف الدكتور محمد عصفور (استقلال السلطة القضائية) ص ٨ وما بعدها .

الفصل الأول

وضع المسألة في القانون الفرنسي

يمكن القول بان المفاهيم الخاصة بدور القاضي في صنع قاعدة الخصومة قد مرت في القانون الفرنسي بمرحلتين متميزتين ، المرحلة الاولى تبدأ بقيام الثورة الفرنسية ، وتمتد بعد صدور مجموعات نابليون وحتى نهاية القرن الماضي ، والمرحلة الثانية تبدأ مع بداية القرن الحالي وتمتد حتى وقتنا الحاضر .

وتتميز المرحلة الاولى بالاتجاه الواضح نحو تضيق مجال السلطة الخلاقة للقاضي الى حد بعيد ، بينما تتسم المرحلة الثانية بالاعتراف للقاضي بقدر ملموس من الحرية ، رخص له في تقرير الحلول المناسبة لكثير من المشاكل المستجدة التي عرضت عليه ولم تكن يد المشرع قد امتدت اليها وتناولتها بالتنظيم .

المبحث الأول

دور القاضي في ظل تشريعات الثورة ومجموعات نابليون

تتميز هذه المرحلة كما ذكرنا بالحد من سلطة القضاء ومحاولة حصرها في مجرد التطبيق الآلي للنصوص ، الا ان الاعتبارات التي اسهمت في خلق هذا الوضع قد اختلفت في الفترة منذ قيام الثورة حتى صدور مجموعات نابليون عنها في الفترة التالية لصدور تلك المجموعات . ففي الفترة الاولى جاء هذا الوضع من صنع المشرع وببنية واضحة وقصد صريح منه ، اما في الفترة

الثانية فلم يكن هذا الوضع من صنع المشرع بقدر ما هو من صنع فقهاء ذلك العصر وصدى لكتاباتهم ، وانعكاسا لنظرتهم الى التشريع وتصويرهم لكماله وشموله .

المطلب الأول

دور القاضى فى اعقاب الثورة الفرنسية

كانت المحاكم القضائية فى العهود السابقة على الثورة الفرنسية نموذجا للفوضى والفساد ، فرغم ان قضاتها كانوا يتولون مناصبهم بطريق الانتخاب ، الا انهم استغلوا تلك المناصب اسوا استغلال ، وجعلوا منها وسيلة للاثراء ، وحاولوا بشتى الطرق توطيد نفوذهم ، وتدعيم مراكزهم ، حتى اصبحت لهم الكلمة الاولى فى تسيير الامور كلها ، وبدلا من ان يعملوا على انقاذ فرنسا مما كانت تعاني منه من فساد وفوضى ، وقفوا حجر عثرة فى طريق كل دعوة للإصلاح . ويصدق هذا القول بصفة خاصة على محاكم البرلمانات التى كانت تتمتع بسلطات واسعة تجمع فيها بين القضاء والتشريع والتنفيذ . فلم تكن تلك المحاكم تقتصر على مجرد الفصل فيما يعرض عليها من منازعات وانما كانت تتصدى لإصدار ما يسمى بالاحكام اللائحية " Arrêts de règlement " تضمنها تفسيراً عاماً ومجرداً للقواعد العرفية القائمة ، تلتزم المحاكم بتطبيقه على ما يعرض عليها مستقبلاً من منازعات .

ومن ناحية اخرى كان النظام المتبع فى تلك العهود يقضى بإرسال الاوامر الملكية للبرلمانات لتقوم بفحصها وتسجيلها ، وإرسال نسخ معتمدة منها الى المحاكم الدنيا التابعة لها كي تطبقها وتعمل بمقتضاها . وكان هذا الاجراء المسمى L'enregistrement لازماً وضروريا ، لا يتسنى للاوامر اكتساب صفة القانون الا بعد استيفائه . وكان من حق البرلمانات وقف تنفيذ الاوامر

اللاكية باصدار ما يسمى بالتحذير " Remontrance " للملوك والامراء .
وكثيرا ما كانت محاكم البرلمانات تسيء استخدام سلطتها في تسجيل الاوامر
واصدار التحذيرات مما ترتب عليه شل اختصاص الملوك في اصدار القوانين .

كما دأبت تلك المحاكم على استدعاء رجال الادارة امامها واقامة الدعاوى
عليهم والتدخل في سلطات البوليس والادارة وكان لذلك اسوأ الاثر على سير
المرافق العامة وعرقلة الجهاز الادارى وارباكه . وليس غريبا ازاء ذلك كله
ان تأتى الثورة الفرنسية وهى تحمل مشاعر العداء والكراهية لجهاز القضاء
وان تكون نظرتها اليه مفعمة بالشك والريبة .

ومن ناحية اخرى فقد كان مبدأ فصل السلطات من المبادئ الاساسية
التي اعتنقها رجال الثورة الفرنسية بعد ان صاغه في براعة فلاسفة ذلك العهد
وعلى رأسهم منتسكيو وجان جاك روسو ، واوضحوا انه يمثل الضمان
الاساسى للديمقراطية ، والسياس الحقيقى لحقوق الافراد وحررياتهم ضد
عسف السلطة وتحكمها واستبدادها .

وقد كان مفهوم رجال الثورة الفرنسية لهذا المبدأ يعنى الفصل المطلق
بين السلطات على نحو لا يسمح لاي منها بالتدخل بأى صورة من الصور في
اعمال غيرها من السلطات . على ان الفكرة السيئة لرجال الثورة عن السلطة
القضائية جعلتهم يركزون عنايتهم حول ابراز وتحديد ما يفرضه مبدأ فصل
السلطات على جهاز القضاء بالذات من قيود والتزامات . وقد تجلى ذلك في
العديد من النصوص التي حرمت على القضاء ان يتدخل في اعمال السلطتين
التشريعية والتنفيذية .

ويعنينا من هذه النصوص بصفة خاصة ما يتصل بعلاقة القضاء
بالسلطة التشريعية . وفي هذا المجال نصت المادة العاشرة من مرسوم ١٦-٢٤
اغسطس سنة ١٧٩٠ الخاص بالتنظيم القضائى على انه ليس للمحاكم ان تشارك
بطريق مباشر او غير مباشر في ممارسة السلطة التشريعية ، كما انه ليس لها

ان تعوق او توقف تنفيذ المراسيم الصادرة من المشرع والا تعرضت لعقوبة
 الفدر (١) . كما نصت المادة ٣ من الباب الخامس من دستور سنة ١٧٩١ على
 انه : « ليس للمحاكم ان تتدخل في ممارسة السلطة التشريعية او توقف تنفيذ
 القوانين (٢) . وفي دستور السنة الثالثة اعادت المادة ٢٠٣ النص على الحكم
 السابق (٣) . وجاءت بعد ذلك المادة الخامسة من القانون المدني لتصرم على
 المحاكم اصدار الاحكام اللائحية (٤) .

واخيرا تضمنت المادة ١٢٧ فقرة اولى من القانون الجنائي النص على
 عقوبة التجريد من الحقوق المدنية لكل من يخالف الالتزامات السابقة من رجال
 القضاء (٥) .

وواضح من تلك النصوص جميعها انها تحظر بصورة مطلقة اى نوع من
 انواع التدخل في اعمال السلطة التشريعية سواء بطريق مباشر او غير مباشر .
 على ان الامر لم يقف عند هذا الحد ، وانما تجاوزه الى حرمان القاضى
 من حقه في تفسير النصوص التشريعية اذا ما احاطها غموض او ابهام يجعلها

Les tribunaux ne peuvent prendre directement ou indirectement (١)
 aucune part a l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des decrets du corps législatif à peine de forfaiture.)

(Les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du (٢)
 pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois).

(Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice de pouvoir (٣)
 législatif ni faire aucune réglementation).

(Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition (٤)
 générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises).

" Seront coupables de forfaiture et punis de la dégradation (٥)
 civique les juges qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif,
 soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant
 ou en suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur
 le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées....".

محلا لاختلاف وجهات النظر، وضرورة احالة الامر في تلك الاحوال الى السلطة التشريعية « Référé législatif » لتتولى بنفسها اصدار ما تراه من تفسير للنصوص المتنازع عليها .

وقد اتخذ نظام الاحالة صورتين ، احالة اختيارية « Référé facultatif » نصت عليها المادة ١٢ من قانون ١٦ - ٢٤ اغسطس سنة ١٧٩٠ في شأن التنظيم القضائي ، وبمقتضاها يحق للقاضي ان يلجأ الى المشرع يطلب تفسير القانون كلما رأى ضرورة لذلك (١) .

واحالة اجبارية « Référé obligatoire » نصت عليها المادة ٢١ من قانون ٢٧ نوفمبر واول ديسمبر سنة ١٧٩٠ الخاص بمحكمة النقض، وتتلخص في انه اذا ما اصرت المحكمة التي تحال اليها المنازعة عند نقض الحكم للمرة الثانية على اتباع ذات الحل الذي سار عليه الحكمان السابقان اللذان تم الطعن عليهما ففي تلك الحالة يتعين على محكمة النقض ان تحيل الامر الى المشرع لاصدار تفسير تشريعي للنص المتنازع عليه (٢) .

(١) يرى بعض شراح القانون الفرنسي ان تلك المادة لم تكن تحول فحسب دون قيام المحاكم باصدار تفسير تشريعي عام للنصوص يسرى مستقبلا بطريقة آمرة، وانما كانت تحول كذلك دون حقها في تفسير النصوص تفسيرا قضائيا خاصا ينطبق على المنازعة المعروضة دون غيرها من المنازعات . راجع في ذلك جيني في مؤلفه القيم

“Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif”

L. G. D. J. 1954, EIN o 40, p. 77.

وكارى دي مالبرج في مؤلفه بعنوان

“Contribution a la théorie générale de l'état, 1920, p. 744, no 227.”

(٢) الواقع انه يبين من نصوص قانون ٢٧ نوفمبر واول ديسمبر سنة ١٧٩٠ م الخاص بانشاء محكمة النقض ، ان المشرع كان يستهدف بانشاء تلك المحكمة ان تكون بمثابة رقيب على المحاكم القضائية ، يضمن احترامها للتشريع والتزامها بحدود ولايتها في تطبيق القانون ، وعدم تجاوز تلك الحدود بما يتضمن عدوانا على اختصاص السلطة التشريعية ، فالمادة الاولى من القانون المذكور قضت بالحقاق تلك المحكمة بالسلطة التشريعية كما نصت المادة الثالثة من القانون المذكور على ان الوظيفة الرئيسية لملك المحكمة هي الغاء الاحكام =

ويبقى التساؤل عما اذا كان للمحاكم في ظل تلك النصوص ان تقوم بوضع القاعدة التي تفصل على اساسها في المنازعات المعروضة امامها اذا لم تسعف النصوص التشريعية في حلها ، ام ان ذلك يعتبر من قبيل العمل التشريعي الذي يخرج عن ولاية القضاء ويتضمن اعتداء على اعمال السلطة التشريعية .

يذهب بعض رجال الفقه في فرنسا الى القول بان قيام القاضي بوضع قاعدة الخصومة هو من قبيل العمل التشريعي . وتظهر هذه الافكار بصفة خاصة عند انصار المذهب الشكلي في تمييز الاعمال القانونية ، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي كاري دي مالبرج ، والفقيه النمساوي هانز كلزن .

فبعد ان اوضح كاري دي مالبرج عدم صلاحية المعايير الموضوعية لتمييز العمل التشريعي عن غيره من الاعمال القانونية ، خلاص الى ان المعيار الحقيقي الذي يصلح لاجراء هذا التمييز يتمثل في سلطة الخلق والمبادأة التي يتمتع بها العمل التشريعي بالنظر الى جهة اصداره ، فالمرجع هو وحده الذي يملك العمل بحرية واستقلال وعلى نحو مبتدأ ، والقدرة على الخلق والمبادأة هي السمة المميزة للعمل التشريعي «La puissance de statuer d'une façon initiale» وترتبط على ذلك يرى كاري دي مالبرج ان كل انشاء وخلق لحكم قانوني سواء كان متضمنا قاعدة عامة او حكما خاصا ينظم حالة فردية هو من قبيل الاعمال التشريعية ، ويدخل بالتالي في اختصاص السلطة التشريعية ، وبذلك فان القاضي الذي يقوم بوضع قاعدة يحسم على اساسها المنازعة المعروضة عليه يمارس

= القضائية التي تتضمن مخالفة صريحة لنص من نصوص القانون . راجع في ذلك كاري دي مالبرج ، وقد اورد ما قاله كل من روبسبير ولو شابلييه تعليقا على مشروع انشاء تلك المحكمة من انه طالما كان الفرض منها هو رقابة المحاكم في احترامها للتشريع ، فانه لا بد وان تكون تلك المحكمة تابعة للسلطة التشريعية وليس للسلطة القضائية التي هي موضوع الرقابة . المرجع السابق ص ٧٢٩ . وراجع أيضا في كون الهدف من انشاء المحكمة هو ضمان احترام المحاكم للتشريع . سافتيه في مقاله بد اللوز الاسبوعي (Le juge dans la cité Française). ١٩٦٧ م - ٢٠ - ١٩٥ بعنوان :

١١
عملا يتفق والعمل التشريعي في طبيعته الخلاقة (١) .

ويخلص مالبرج من ذلك الى انه ينبغي فهم النصوص التي صدرت في اعقاب الثورة الفرنسية على انها تحرم على القاضى وضع القواعد التي يفصل على اساسها في النزاع المعروض عليه ، اذ ان القاضى في تلك الحالة يتجاوز نطاق وظيفته ويقوم بعمل من صميم اختصاص السلطة التشريعية .

وقد تعرض هذا الرأى للنقد تاسيسا على انه يحمل النصوص التي صدرت عن الثورة الفرنسية اكثر مما تحتمل ، فليس في هذه النصوص ما يقضى صراحة بحرمان القاضى من وضع قاعدة الخصومة . وما قرره مالبرج وشايعه فيه فريق من الشراح من ان قيام القاضى بوضع قاعدة الخصومة يعتبر ممارسة لعمل تشريعي هو من المفاهيم المستحدثة ، التي لم تكن معروفة لدى رجال الثورة الفرنسية، ومن المستبعد ان يكون قصدهم من القوانين التي تحرم

(١) يستدرك كارى دى مالبرج قائلا : انه في تلك الحالة يبقى الفارق بين العمل التشريعي والعمل القضائي ممثلا في ان التشريع حينما ينشئ القانون يضعه في صورة اوامر عامة ، اما الحكم القضائي فينشئ نانون الخصومة لكي يطبق على حالة فردية . راجع في ذلك مؤلفه سالف الذكر ص ٤٤٧ رقم ٢٢٧ . ويقترب من ذلك قول كاربونييه ان القاضى في تلك الحالة يتصرف كما لو كان يقوم بعمل تشريعي ، كل ما هنالك ان القاعدة التي يضعها تستند اغراضها بتطبيقها على الحالة المعروضة ولا يوجد ما يلزم الحاكم بتطبيقها مستقبلا - المرجع السابق ص ١٧ .

كما يرى هانز كلزن ان المحكمة تقوم بدور المشرع حينما تكون القاعدة التي تطبقها هي من خلق المحكمة ذاتها وليس مصدرها التشريع او العرف - راجع مؤلفه : "Théorie pure du droit" ترجمة Eiseimmann طبعة ١٩٦٢ ص ٣٣٥ ، ص ٣٢٦ .
تتردد هذه الافكار ايضا عند G. Ribert فهو يقرر ان سلطة التشريع وسلطة القضاء من طبيعة واحدة فالقاضى هو مشرع الحالات الفردية . راجع في ذلك مؤلفه "Les forces creatrices du droit, p. 119"

وراجع ايضا هذا المعنى في مقال "Petritich" في مجموعة الدراسات المهداة الى جبنى -

الجزء الثاني ص ٢٢٥ والمقال بعنوان

"Quelques observations sur le problème des sources du droit et la formation de la loi".

على القاضي التدخل في اعمال السلطة التشريعية قد انصرف اليه (١) .

على اننا نرى ان التفسير الذى يقول به مالبرج يتفق والروح التى كانت سائدة في تلك الفترة ، والتى استهدفت تضيق الخناق على القضاء والحد من اختصاصه الى ابعد الحدود (٢) . ومن غير المنطقى ان يعمد المشرع الى حرمان القاضي من حق تفسير النصوص القانونية القائمة اذا ما شابها غموض او ابهام ، ويترك له الحق في خلق قواعد جديدة خارج نطاق التشريع وبالإضافة اليه .

وبذلك يمكن القول ان النظرة الى الوظيفة القضائية في تلك الفترة قد حددت على انها وظيفة تنفيذية بحتة ، تقتصر سلطة القائمين بها على مجرد التطبيق الآلى للقانون على ما يعرض عليهم من منازعات ، دون ان يكون لهم خارج هذا النطاق المحدد اى دور انشائى يمكنهم من استكمال ما بالقانون من نقص ، او تفسير ما يشوبه من غموض وابهام .

(١) راجع في هذا النقد O. Duperoux في مقال بعنوان
"La jurisprudence source abusive de droit"

منشور في "Mélanges Maury" الجزء الثانى ص ٣٥١ .

(٢) لقد ظهرت هذه الروح واضحة في كلمات روبسبير امام الجمعية التأسيسية في ١٨ فبراير سنة ١٧٩٠ ونذكر منها : ان كلمة القضاء لا بد ان تمحى من لغتنا ، ... انه اشبه
النظم مدعاة للبغض والكراهية :

"Ce mot de jurisprudence de tribunaux doit être effacé de notre langue,.....

La jurisprudence est la plus détestable des institutions"

المطلب الثاني

دور القاضي عند شرح القانون

لو سارت الامور في مجراها الطبيعي لتقرب على صدور مجموعات نابليون تحولات هامة بالنسبة للسلطة الخلاقة للقاضي من شأنها افساح المجال امامه في هذا الصدد الى حد كبير . ذلك ان المشرع قد حرص في تلك المجموعات على النص على الزام القاضي بالفصل فيما يعرض عليه من منازعات والا عد مرتكباً لجريمة انكار العدالة .

فقد نصت المادة الرابعة من القانون المدني الصادر سنة ١٨٠٤ على ان القاضي الذي يرفض الحكم بحجة سكوت او غموض او عدم كفاية التشريع يكون عرضة للمحاكمة لانكار العدالة (١) .

كما نصت المادة ٥٠٤ فقرة ٤ من قانون المرافعات الصادر في اول يناير سنة ١٨٠٧ على جواز مخاصمة القاضي اذا رفض الاجابة على عريضة قدمت اليه او اهلل الحكم في قضية صالحة للحكم فيها .

واخيرا نصت المادة ١٨٢ عقوبات المعمول به اعتبارا من اول يناير سنة ١٨١٤ على توقيع عقوبة الغرامة والحرمان من مباشرة الحقوق المدنية على كل قاض يمتنع عن الفصل في الدعوى تحت اي حجة ولو كانت الادعاء بغموض او صمت التشريع (٢) .

(١) "Le juge que refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi pour déni de justice".

(٢) Toute juge ou tribunal qui sous quelque prétexte que ce soit même du silence ou de l'obscurité de la loi aura dénié de rendre la justice =

ويستفاد منطقيا من هذه النصوص انها تضمنت الغاء نظام الاحالة الاختياري الذي كانت تنص عليه المادة ١٢ من قانون ١٦ - ٢٤ اغسطس سنة ١٧٩٠ وانها قد اقرت حق القاضي في تقرير القاعدة التي يفصل على اساسها في النزاع المعروض عليه اذا لم يجد بين المصادر الرسمية قاعدة تحكمه ، اذا طالما بات محظورا على القاضي ان يحتج بنقص التشريع او غموضه للتدخل من التزامه بالفصل في الدعوى ، فان المعنى الوحيد لذلك انه قد اصبح من سلطاته ان يتصدى لتفسير النص الغامض حتى يستجلى معناه ، ويتسنى له تطبيقه على الحالة المعروضة . وانه اذا ما اعيقه الحيل في الوصول الى قاعدة قانونية مقررة تحكم موضوع النزاع تعين عليه وفاء لالتزامه بالفصل في الدعوى ان يستوحي تلك القاعدة من مقتضيات العدالة .

وبمعنى آخر لقد اراد المشرع بتلك النصوص ان يسهم القاضي من جانبه في تدارك ما يشوب التشريع من نقص واستكمال ما يعتوره من قصور يقعد به عن مواجهة بعض المفروض الواقعية .

وقد ظهرت تلك المعانى التي تعبر عن حقيقة قصد المشرع من النصوص السابقة في عبارات صريحة واضحة لبورتاليس " Portalis " وهو واحد من المع الذين ساهموا في اعداد المجموعة المدنية (١) .

= qu'il doit aux parties après en avoir été requis et qui aura préservé dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs pourra être poursuivi et sera puni d'une amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt."

(١) تلك مقتطفات من اقوال بورتاليس :

" C'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcera inutilement de prévoir, c'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons... =

على ان شراح مجموعات نابليون قد اعطوا للنصوص السابقة مفهوما مختلفا تمام الاختلاف ، اذ رأوا ان المشرع قد قدر كفاية التشريع القائم لمواجهة كل الفروض الواقعية بما لا يقبل معه تعال القاضي بنقص التشريع ، او تذرعه بسكوته للافلات من واجب الفصل في المنازعات المعروضة عليه، فعدم قبول دعوى القاضي بنقص التشريع مرجعه عند هؤلاء الشراح انه لا وجود لهذا النقص ولا مجال للقول به .

واصحاب هذه الافكار هم المسمون بشراح المتون، الذين ظهرت مدرستهم (l'Ecole de l'Exégèse) في فرنسا في اعقاب صدور مجموعة نابليون متأثرة بذلك الحدث التشريعي الكبير الذي يعتبر بحق من اعظم الانجازات الاجتماعية لذلك العصر (١) .

= Dans l'impossibilité de donner aux citoyens des lois sur tous les objets, l'Etat offre dans le magistrat, un arbitre éclairé et impartial Nous reconnaissons dans les juges l'autorité de statuer sur les choses qui ne sont pas déterminées par les lois".

مجموعة (Fenet) للاعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي - الجزء الاول ص ٤٦٧ وما بعدها .

(١) لقد بدأت هذه الافكار تتضح مما كتبه "Blandeau" عميد كلية الحقوق بجامعة باريس في دراسة مقدمة الى اكااديمية الدراسات الاخلاقية والسياسية سنة ١٨٤١ بعنوان :
"De quelles sources doivent découler aujourd'hui les décisions juridiques"

وقد جاء بها ما يلي "L'unique source d'ou doit découler toutes les décisions juridiques, c'est la loi de son texte ou de son esprit, la loi seule doit suffire à toutes les exigences".

ثم تزايد انصار مدرسة الشرح على المتون ونذكر منهم :
Demente, Demalombe, Aubry et Rau, Laurent et Baudry-Lacantinerie.

وبلاحظ جيني أن الروح التي سادت في أعقاب صدور مجموعات نابليون تعتبر نتيجة طبيعية تصحب عملية التقنين غالبا ، ويستشهد على هذا القول بما تضمنته مجموعة جوستينيان من النص على أن الامبراطور هو وحده الذي يملك تفسير النصوص . ونجد في التقنيات الحديثة أيضا نصوصا مماثلة منها ما تضمنه تقنين جوزيف الثاني في النمسا سنة ١٧٨٦ وتقنين رديك الثاني في بروسيا . المرجع السابق الجزء الاول رقم ٤٢ ص ٨٣ .

فقد وجد هؤلاء الشراح انفسهم ولاول مرة امام تقنين متكامل يشمل كل الفروع الاساسية للقانون ، ويضم بين جذباته شقات النصوص التى كانت تتنازعها التشريعات الفرعية المتعددة ، والاعراف القديمة ، والسوابق القضائية - فى صياغة محكمة ، وعبارة منضبطة ، وترتيب منطقي . لذلك فليس غريبا ان يفتنهم ذلك العمل وان يحظى منهم بكل تقدير واعجاب . الا ان المبالغة فى التقدير وصلت بهم الى حد تقديس تلك النصوص ، والنظر اليها على انها حوت من القواعد والمبادئ ما يكفل تنظيم كل ما ينشأ داخل المجتمع من علاقات وروابط ، والقول بأنه باعمال وسائل التفسير المتاحة لتلك النصوص فسوف يتمكن القاضى في معظم الفروض - ان لم يكن فيها جميعا - من الاهتداء الى قاعدة تعبر عن ارادة الشرع الصريحة او الضمنية ، يمكنه ان يفصل فيما يعرض عليه من منازعات تطبيقا لها (١) .

واذا فرض - وهذا امر نادر فى تقديرهم - ولم يتمكن القاضى من الاهتداء الى ارادة المشرع بالنسبة لخصومة معينة ، فليس له ان يستوحى من اعتبارات العدالة حكما يصفى النزاع على اساسه ، ويصبح من واجبه فى مثل تلك الفروض ان يقضى برفض الدعوى ، اى رفض الادعاء الذى يستهدف تغيير الاوضاع الفعلية القائمة عند رفع الدعوى ويتعارض معها ، وذلك ازاء اخفاق المدعى فى ايجاد سند لهذا الادعاء من نص فى القانون (٢) .

وبذلك يمكن القول بان التحول الوحيد الذى شهدته الفترة التى اعقبت صدور مجموعة نابليون يظهر فى اقرار حق القاضى فى تفسير النصوص التشريعية ومحاولة الوصول الى ارادة المشرع الصريحة او الضمنية لحل

(١) لقد عبر نابليون عن اهمية المجموعة المدنية بقوله : "Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles, Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil."

(٢) راجع فى ذلك "Blandeau" فى دراسة سالفة

Demolombe, cours de code Napoléon T. 1. No. 113. Huc, Commentaire du code civil. I. no 179.

Delisle, Traité de l'interprétation juridique, 1849, T.I. p. 127-131.

النزاع على أساسها (١) ، وفيما عدا ذلك فقد ظل الفقه ينكر على القضاء حقه في صنع قاعدة الخصومة وإن استند في ذلك إلى حجة جديدة تتمثل في القول بأن التشريع يكفي لمواجهة كل الفروض الواقعية التي تعرض على القاضي ، بما لا تظهر معه الحاجة إلى أي مصدر آخر يستقي منه القاضي حكمه ، ويستلهم منه قاعدة الخصومة .

المبحث الثاني

دور القاضي في الفقه الفرنسي المعاصر

نبدأ دراستنا في هذا البحث ببيان العوامل التي مهدت لانتهيار مدرسة المشرح على المتون وأسهمت في اخفاقها ، ثم نعرض لبعض المحاولات الفقهية المعاصرة التي استهدفت انكار السلطة الخلاقة للقاضي ونفى حقه في صنع قاعدة الخصومة ، وما وجه لهذه المحاولات من نقد مثير ، لنخلص من ذلك إلى بيان الوضع شبه المستقر لهذه المسألة في الفقه المعاصر .

(١) في سبيل الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية ، يرى أنصار مدرسة المشرح على المتون إمكان الاهتداء بحكمة التشريع ، والمصادر التاريخية التي استقيت منها أحكامه والأعمال التحضيرية التي صاحبت إصداره ، أما إرادة المشرع الضمنية فيمكن الاستعانة في سبيل الوصول إليها بأعمال القياس وتطبيق قاعدة من باب أولى أو الاستنتاج بطريق مفهوم المخالفة . وبالإضافة إلى ذلك يرى هؤلاء الشراح أنه يمكن أن تستخلص من نصوص التشريعات القائمة مجموعة من المبادئ العامة ، تطبق بعد ذلك على كل ما يعرض من فروض واقعية لا يوجد نص يحكمها .

المطلب الأول

اخفاق مدرسة الشرح على المتون

بينما كانت افكار مدرسة الشرح على المتون قد بلغت اوجها في منتصف القرن التاسع عشر ، بدأ القضاء يلمس بمرور الزمن قدم العهد بمجموعات نابليون ، ويتكشف له عجزها عن مواجهة الكثير من المشكلات المستجدة، التي اسفرت عنها التطورات الاقتصادية والاجتماعية العامة التي شهدتها تلك الفترة واثرت على كل مظاهر الحياة فيها . فبالنسبة لعلاقات الاسرة اخذ العديد من المشاكل المالية التي لم يتعرض لها القانون في التزايد وخاصة فيما يتعلق بالنظام المالي للدوطة ، ونظام الوصية .

كذلك كان من شأن تطور الصناعة والتجارة وما صاحب ذلك من الاندفاع في المنافسة ان ظهرت الحاجة ملحة الى وضع سياج يحول دون تعسف اصحاب الحقوق في استعمال حقوقهم ، سواء في ذلك حق الملكية ، او حق اصحاب العمل في مواجهة العمال .

كما ترتب على انتشار الآلة وتزايد الحوادث ، وتفاقم المخاطر الناجمة عنها ، ان بدت ضرورة حماية ضحايا الحوادث والتوسع في تفسير قواعد المسؤولية التي اقامتها المادة ١٣٨٢ على اساس الخطأ .

كذلك فان كثيرا من المفاهيم الاجتماعية القديمة قد زالت عنها حداثتها، مما اسهم في تضاعف ظاهرة التفرقة الجسمانية ، وعودة نظام الطلاق ليثير امام القضاء العديد من المشاكل العامة لعل ادقها هو تحديد موقفه منه تيسيرا لطالبيه او تضيقا عليهم (١) .

“Julliot de la Morandiere”

(١) راجع في عرض هذا التطور محاضرة

بميسوان Gény et la Jurisprudence في مجموعة المحاضرات التي =

كل تلك المشاكل الملحة التي اخذت تواجه القضاء يوميا ما كانت تحتتمل انتظار تدخل المشرع ، مما اضطر القضاء معه الى التصدى لوضع الحلول الملائمة لها .

الا انه من ناحية اخرى لم يكن من اليسير على القضاء ان يتخلى طرفة واحدة عن مفاهيم راسخة مكنت منها على مر السنين اقلام شراح عبدوا النصوص وقدموها . لذلك فقد التزم القضاء جانب الحذر في اقراره للحلول العادلة لتلك المشاكل المستجدة ، وحرص على ان يظهر ان تلك الحلول انما تستند الى نصوص التشريع ، وانها ليست من خلقه وابتداعه ، وانتهج في ذلك مناهج في غاية البراعة مكنته من ان يبدو وكأنه يطبق النصوص ويحترمها بينما هو في الحقيقة يتعداها ويتجاوز مقاصدها ويبتدع من الحلول ما لا تحتمله تلك النصوص او تسعف في القول به .

وبينما اخذ القضاء يتحلل شيئا فشيئا من ربة النصوص ، ويسهم في ابتداع الحلول للمشاكل اليومية المستحدثة ، ظل الفقه على ولائه القديم للتشريع وبدأ يظهر ما اسماء البعض بالفرقة بين مدارس الفقه وقصور العدالة .

« Le divorce entre L'Ecole et le Palais »

وما كان لتلك الفرقة ان تستمر طويلا ، وان يظل الفقه على موقفه متجاهلا المتطورات الخطيرة التي طرأت على اتجاهات القضاء ، وبدأت بوادر التقارب بينهما تظهر في حرص جانب من الشراح على الاستشهاد بأحكام القضاء ، والاشارة الى الحلول القضائية المبتكرة .

وفي نهاية القرن الماضي ظهر المؤلف الشهير للعلامة فرانسوا جيني

= القيت في ٢٦ ، ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٦٢ بمناسبة الذكرى المئوية للعلامة جيني والمنشورة بعنوان :

“Le centenaire du Doyen François Geny. Dalloz. 1963. p. 67.

وتقديم “Saleille” مؤلف جيني سالف الذكر .

(٢) جوليودي لامور ندير - المرجع السابق ص ٧٢

« Méthode d'interpretation et source en droit privé positif »

ليمثل نقطة تحول هام في الفقه، فقد وجه جيني في هذا المؤلف النقد لمدرسة الشرح على المتون، وعرض نظرية مستحدثة في التفسير تقوم على اساس البحث العلمي الحر، ووضح عدم كفاية التشريع لمواجهة كل ما ينشأ داخل المجتمع علاقات وروابط وضرورة الاعتراف بالعرف كمصدر للقاعدة القانونية، واقترح حق القاضي في استلهاهم قاعدة الخصومة من اعتبارات العدالة اذا لم يجد التشريع أو العرف قاعدة يمكنه أن يفصل في الخصومة على اساسها (١).

وفي السنة نفسها التي ظهر فيها مؤلف جيني كتب بلانيول في مقدمة مظهر في القانون المدني موضحا ان القضاء اصبح جزءا لا يتجزأ من القانون المدني، وان المبادئ القضائية تعتبر بقوة الاشياء قانونا عرفيا في صورها عصرية، وانه يتعين دراسة تلك المبادئ باعتبارها قواعد مستقرة.

وفي العدد الاول من المجلة الفصلية للقانون المدني الصادر سنة ١٩٠٢ كتب A. Esmein مقالا بعنوان : « La jurisprudence et la doctrine » دعا فيه المهتمين بالقانون الى دراسة ومتابعة أحكام القضاء وابدى اعجابا شديدا بما حققه القضاء من تطور وما استحدثته من قواعد، وحثه على مزيد من التحرر من عبودية النصوص.

وفي سنة ١٩٠٣ ظهر مؤلف « E. Lambert » بعنوان :

« Introduction à la fonction du droit Civil comparé »

(Saleilles)

(١) ظهرت الطبعة الاولى لهذا المؤلف سنة ١٨٩٩ بتقديم

وظهرت الطبعة الثانية منه سنة ١٩١٩، والواقع انه قد سبق جيني في ابداء الدور الخلاق للقاضي الفقيه (Bartin) في مؤلفه الصادر سنة ١٨٩٢ بعنوان "Etude sur le regime dotal" الا ان اهمية مؤلف جيني تظهر في موجه كلية لبحث مصادر القانون وطرق التفسير، وانه اشاد نظرية مستحدثة وامتد في هذا الصدد.

تناول فيه بحث علاقة القضاء بالعرف وانتهى الى ان القاعدة العرفية لا تكتسب قوتها الملزمة الا بتطبيق القضاء لها ، فمن خلال السوابق القضائية تنشأ القواعد العرفية وتصبح لها صفة القاعدة القانونية .

وتتابعت المؤلفات والابحاث الفقهية ، تؤكد على الدور الخلاق للقاضي وتشيد به (١) ، وتوجه النقد المرير لآراء مدرسة الشرح على المتون ، مستندة الى ما كشفت عنه التطورات اللاحقة من خطأ الاعتقاد بكفاية التشريع وكماله ، واستحالة التسليم بصلاحيته لمواجهة ما يستجد من مشاكل (٢) .

ولقد اشار جيني الى مسألة هامة ، وهي ان شراح المتون قد تجاوزوا في تقديرهم للمشرع ونظرتهم للتشريع آراء واضعى مجموعة نابليون انفسهم، فها هو بورتاليس يقرر في وضوح ان مقتضيات الحياة الاجتماعية ، وعلاقات الافراد ومصالحهم تتطور في سرعة ونشاط ، وتتعدد وتتشعب بصورة يستحيل

(١) نذكر من هذه المراجع ايضا رسالة Mornet بعنوان "Rôle et droit de la jurisprudence"

ومقال "Perrleau" عن Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé.

منشور في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٢ ص ٦٠٩

وسوف نوالى الاشارة الى المراجع الحديثة في هذا الموضوع كل في موضعه .

(٢) جيني - المرجع السابق الجزء الاول بند ٤٧ ص ٩٨ ، بند ٨٤ ص ١٠٧ ، والجزء الثاني

بند ١٤٦ ص ٧٣ ، وكارى دى مالبرج - المرجع السابق رقم ٢٤٠ ص ٧١٨ ورقم ٢٤٤

ص ٧٣٣ ، و Roubier في مقاله سالف الذكر ص ١٦ ، و Boulanger

في مقال بعنوان "Principes généraux du droit et droit positif" المنشور

في مجموعة الدراسات المهداة الى جورج ديبير ص ٦٣ ، وراجع ايضا مارتى ورينو في

مؤلفيهما عن القانون المدني الجزء الاول ١٩٥٦ ص ٢٠٣ وكولان وكابيتان في مطول القانون

المدنى الجزء الاول ص ١٧٢ بند ٢٩٧ ودابان في محاضرة بعنوان (Gény le savant)

في مجموعة المحاضرات التى القيت بمناسبة الذكرى السنوية لجيني - دالوز - ١٩٦٣

ص ١٧ وقد اشار دابان الى ان الافكار التى قال بها جيني عن عدم كفاية التشريع فتأكد

سلامتها كل يوم ، وهى الان اكثر وضوحا من أى وقت مضى .

معها على أى مشرع ان يتنبأ بما ستصير اليه . وما من تقنين يصدر حتى تظهر امام القضاء آلاف المشاكل التى غابت عن المشرع ولم يخطر اليها بالتنظيم، وانه من الخطأ ان نتصور تشريعا يتضمن تنظيما كاملا لكل الفروض الواقعية (١) .

كما عيب على شراح المتون قولهم بوجوب الحكم برفض الدعوى اذا لم يجد القاضى نصا تشريعيًا يحكم النزاع المعروض عليه ، ان ان القاضى فى تلك الحالة يخالف ما تقضى به المادة الرابعة من القانون المدنى التى لا تجيز له ان يتخذ من سكوت التشريع ذريعة لعدم الفصل فى الدعوى . ورفض الدعوى بحجة عدم وجود نص يحكمها لا يختلف عن الامتناع عن الفصل فيها، ان مؤداه ان تستمر الاوضاع الفعلية القائمة بين الخصوم على ما هى عليه، دون بحث جدى لمدى سلامتها ودون تصفية لما ثار بشأنها من نزاع (٢) . ونتيجة للحملة العنيفة التى تعرضت لها مدرسة الشرح على المتون اخذ انصارها فى التناقص بمرور الزمن ، الى ان قدر لها ان تختفى كلية فى الوقت الحاضر .

(١) هذه هى نص اقوال بورتاليس :

Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout ... une code, quelque complète, qu'il puisse paraître n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat ... une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'arbitrage des juges ... la prévoyance législateur est limitée ... ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois, qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles

مجموعة فينى للاعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى - الجزء الاول ص ٤٦٧ وما بعدها .

(٢) جينى - المرجع السابق - الجزء الاول - ص ٣٩ ، وكارى دى مالبرج - المرجع

السابق - هامش ص ٧٩٢ ، ودى لاموراندير - المرجع السابق ص ٧٠ .

وإذا كانت فكرة كمال التشريع وكفايته ، وإنكار الدور الخلاق للقاضي قد توارت مع انزواء نظرية الشرح على المتون ، إلا أننا عدنا نسمعها من جديد من بعض الأصوات التي لها وزن كبير في الفقه الفرنسي ، وقد تعرضت تلك المحاولات الجديدة لنقد مثير ، ونظرا لمكانة أصحاب تلك الآراء وخطورة ما أثاروه نرى أهمية عرضها وبيان ما وجه إليها من نقد .

المطلب الثاني

محاولات جديدة لإنكار الدور الخلاق للقاضي

ظهرت هذه المحاولات في كتابات الفقيه الفرنسي جورج ريبير والفقيه النمساوي هانز كلزن ، وقد تصدى لنقدهما كل من بولانجييه ومارسل فالين .

أولا : رأى ريبير ونقده :

أشار ريبير إلى فكرته في إنكار الدور الخلاق للقاضي في مطوله للقانون المدني ، ثم القى عليها مزيدا من الضوء في مؤلفه الجديد : « القوى الخلاقة للقانون » (١) .

فقد أوضح ريبير أن المشرع يقوم بوضع القواعد العامة التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع ، وتتحصل وظيفة القضاء في تطبيق القواعد القانونية وتحديد مجال سريانها من حيث الزمان أو المكان .

وقد ألزم المشرع القاضي بالفصل في جميع المنازعات التي تعرض عليه ، ونص على عدم قبول عذره بنقص التشريع أو غموضه أو سكوته للتحليل من هذا الالتزام ، إلا أنه ينبغي ألا يفهم من ذلك أن ثمة حالات لا يتناولها التشريع ولا ينطبق بشأنها ، فالتشريع موجود دائما وقابل للتطبيق على كل

“Les forces créatrices du droit” L. G. D. J. 1955. p. 378.

(١)

٢٤
المفروض ، فالى جوار القانون المدنى الذى يمثل القانون العام للعلاقات الخاصة يقوم مبدأ الحرية الفردية باعتباره المبدأ الاساسى للقانون كله . وباعمال هذين المصدرين سوف يتمكن القاضى من الوقوف على القاعدة التى تحكم النزاع المعروض عليه ، فاذا ما عرض على القاضى عقد من العقود لا نظير له فى القانون المدنى وجب عليه ان يعمل احكامه ويحمى الالتزامات الناشئة عنه تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد ، واذا ما عرضت عليه واقعة او فعل لم يحرمه القانون وجب عليه ان يقضى بصحته وشرعيته ، وبانتفاء مسؤولية من قام به . وتطبيق القانون لا يكون ميسورا الا اذا كانت القواعد التى يتضمنها واضحة ومحددة ، أما اذا كان النص غامضا ثارت مشكلة تفسيره وتحديد معناه .

ويعرض ريبير للتطور الذى مر به تفسير القانون فى فرنسا وكيف ان المشرع كان يحتفظ به لنفسه فى بادىء الامر ، وعندما احس بثقل هذا العبء تركه للقضاء .

واستعرض ريبير المذاهب الفقهية فى التفسير ، وما كانت تتجه اليه فى بادىء الامر من محاولة الوصول الى ارادة المشرع الحقيقية او الضمنية بشقى الوسائل ، ويؤكد ريبير ان هذا هو الهدف السليم من التفسير والدلول الحقيقى له حتى لو اتسم بشىء من التوسع والجرأة طالما ان الامر ينسب فى النهاية الى ارادة المشرع ويعمل تلك الارادة ولو كانت مجازية .

ثم انتقد ريبير ما تتجه اليه المدارس المعاصرة فى التفسير - مشيرا الى مذهب جينى - من اتخاذ التفسير وسيلة للبحث عن قواعد خارج نطاق التشريع يستقى منها القاضى حكمه ، ويستطرد ريبير قائلاً : ان هذا الفهم الخاطىء للتفسير والانحراف به عن غايته مبعثه اعتقاد هؤلاء الشراح بوجود قواعد قانونية اخرى خلاف تلك التى تتضمنها التشريعات يمكن للقاضى ان يهتدى اليها ويطبّقها، وهو فهم يتعارض ومبدأ وضعية القانون Le Positivisme juridique الذى يقضى بعدم وجود قانون خلاف القانون الرسمى الذى تضعه السلطة العامة فى الدولة فى صورة التشريع .

وسلطة القاضي في التفسير لا بد وان تقف عند بيان مضمون النصوص الغامضة، اما وضع القواعد المستحدثة فهو اعتراف للقاضي بسلطة ليست له على الاطلاق وتتنافى مع الاوضاع الدستورية المقررة . ان وظيفة القاضي تقتصر على مجرد تطبيق القانون ، فالقانون بحسبانه يتضمن قواعد عامة ومجردة لا يصلح بذاته للتطبيق ولتحديد سلوك الافراد داخل المجتمع ، وانما لا بد من وجود سلطة تقوم على هذا التطبيق وهي السلطة القضائية، ويقتضى تطبيق القانون التحقق مما اذا كانت واقعة او تصرف معين يخضع لحكم قاعدة قانونية محددة وتتوافر بالنسبة له شروط تطبيقها . فتطبيق القانون يعنى اخضاع المراكز والتصرفات الفردية لحكم قاعدة قانونية قائمة وكلما اتسعت القاعدة بالعمومية كلما اتسع مجال سلطة القاضي في تطبيقها . وتوسع القضاء في تطبيق القانون هو الذى يضمن للقانون حيويته المستمرة . الا انه في جميع الاحوال ليس للقاضي الخروج على احكام التشريع ، ولا بد ان تستند احكامه الى اساس صلب من القانون القائم .

وقد تصدى بولانجيه للرد على آراء ريبير (١)، وأول ما اخذه بولانجيه على هذه الآراء انها تعيد الى الازهان الافكار التى نادت بها مدرسة الشرح على المتون والتى تتحصل فى كمال التشريع وكفايته لمواجهة كل الفروض الواقعية التى تعرض على القضاء ، والتى ثبت على نحو قاطع انها ابعد ما تكون عن الحقيقة ، ويكفى دلالة على ذلك تلك الحلول المستقرة التى وضعها القضاء على امتداد قرن من الزمان للعديد من المشاكل التى لم يتناولها التشريع بالتنظيم .

ويستطرد بولانجيه قائلاً: انه مما يثبت تمتع القاضي بسلطة تقديرية كبيرة فى بناء حكمه فى ظل النصوص القائمة انه حينما يصدر ذلك الحكم انما يجرى

(١) مقال منشور فى المجلة الفصلية للقانون المدنى بعنوان :
"Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile". 1961. p. 417.

خيارا بين رأيين او اكثر يعرضهما الخصوم ، ويحاول كل منهما تدعيم رأيه وتأكيده صحته بالاستناد الى آراء الشراح ، ويضرب بولانجيه مثلا لذلك بنص المادة ١٢٨٢ من القانون المدنى والتي قد يرى احد الخصوم انها تشمل التعويض عن الاضرار المعنوية ، بينما يتمسك الخصم الآخر بانها لا تسمح بذلك ، وتكون مهمة القاضى هى تغليب احد هذه الآراء على غيره ، فرغم وجود النص ص لا بد من تدخل القاضى لاستجلاء كنهها وضبط احكامها . ويستشهد بولانجيه على ما للقضاء من قوة خلاقية ينكرها عليه ريبير بما هو ملاحظ من اختلاف كثير من الاتجاهات القضائية فى فرنسا عنها فى بلجيكا من مسائل يكون فيها نص القانون واحدا فى كلا البلدين .

ويشير بولانجيه الى ان المتتبع لاحكام القضاء يللمس مدى خطورة واهمية الدور الذى يقوم به فى بناء القواعد القانونية من انه كثيرا ما تطفى المعانى والمبادئ التى يستخلصها القضاء من نص قانونى معين على النص ذاته، بحيث يبدو البنيان القانونى للموضوع وكأنه من صنع القضاء وحده، ويتوارى الاصل التشريعى للنواضع وراء طوفان من الاحكام والمبادئ القضائية المستخلصة منه . وخير مثال على ذلك هو قواعد المسؤولية المدنية التى شادها القضاء مستندا الى نصوص تشريعية هزيلة لا تقارن بالمبادئ القضائية المستخلصة منها .

ثانيا : رأى كلزن ونقده :

الفقيه النمساوى هانز كلزن هو صاحب النظرية الشهيرة بنظرية الاصول القانونية Les normes juridiques وتتلخص هذه النظرية فى ان النظام القانونى فى الدولة يتكون من مجموعة من الاصول « Normes » تختلف فى طبيعتها من حيث العموم والتجريد ، وتتخذ فيما بينها شكلا هرميا، يقع فى قمته اكثر الاصول تجريدا وعمومية ، ومن هذا الاصل العام تتدرج الاصول الاخرى وتتسلسل على نحو اقل تجردا ، اذ يتضمن كل اصل فى ذلك

السلام الهرمى تحديدا وتنفيذا للاصل الادنى حتى نصل الى التطبيق الفردى
في نهاية هذا التدرج .

وفي ضوء هذا التحليل يقسم كلزن وظائف الدولة الى وظيفتين، وظيفة تشريعية
تتميز بانها تضع الاصول العامة Norme générale ووظيفة تنفيذية وقضائية
وهما من طبيعة واحدة تتضمن تنفيذا وانشاء في آن واحد ، فالعمل القضائي
او التنفيذى يتضمن اولا التحقق من وجود الاصل العام، ثم بيان مدى انطباق
هذا الاصل العام على الفروض الواقعية .

وتطبيق الاصل العام على الفرض الواقعى يتضمن انشاء ما يسميه كلزن:
Norme individuelle وبمقتضى ذلك تتحول الوقائع المادية الى وقائع
قانونية ، وهذا التحول ما كان ليتحقق لولا تدخل العضو الذى يعهد اليه
القانون وفقا للاجراءات التى يحددها بهذه السلطة ، مما يظهر معه العنصر
المنشئ في عمل القاضى او رجل الادارة .

فالقاضى في جميع الاحوال يقوم بتطبيق اصل عام مقرر سلفا ، فاذا ما
طلب الى القاضى توقيع عقوبة جنائية او جزاء مدنى على شخص معين لارتكابه
افعالا تتضمن مخالفة لاصل عام ، فالامر لا يخرج عن احد فرضين ، اما ان
يثبت للقاضى وجود اصل عام يحرم تلك الافعال وبذلك يحكم القاضى بالعقوبة
الجنائية او الجزاء المدنى بحسب الاحوال ، واما ان يتأكد له عدم وجود مثل
هذا الاصل العام وبذلك يتعين على القاضى أن يحكم بالبراءة أو برفض الدعوى
استنادا الى ان السلوك او التصرف غير ممنوع او محرم ، ان طالما ان
النظام القانونى لا يفرض على الافراد السلوك أو التصرف على نحو معين، فان
معنى ذلك ان سلوكهم او تصرفهم على نحو مضاد لا تثريب عليه . فالنظام
القانونى في الدولة يحكم سلوك الافراد وينظمه بوسيلتين مختلفتين ، وسيلة
ايجابية تتحصل في تحديد ما هو ممنوع ومحرم، ووسيلة سلبية بعدم النص على
تحريم سلوك معين مما يستفاد منه اجازة هذا السلوك واقراره ان كل ما ليس
محظورا مباح .

ويخلص كلزن من ذلك الى ان المحاكم وهى تفصل فى المنازعات المعروضة امامها تطبق فى جميع الاحوال اصولا عامة مقررة تنظم سلوك الافراد اما بطريقة ايجابية صريحة، او بطريقة سلبية باباحتها ضمنا ما لم تحظره صراحة . وعلى هذا النحو ينفى كلزن فكرة الفراغ التشريعى اى وجود مسائل لا يشملها التشريع بالتنظيم ، ويقرر انها فكرة خاطئة ، فالتشريع ان لم يواجه كل الفروض الواقعية بطريق ايجابية فانه ينظمها بطريقة سلبية . كل ما هناك ان تطبيق المبدأ الذى يقرر ان كل ما ليس محظورا مباح كثيرا ما يؤدى فى نظر القائمين على تطبيق القانون الى نتائج غير منطقية ولا عادلة . مما يدفعهم الى استبعاد تطبيق هذا الاصل والقول بوجود فراغ فى التشريع حتى يتسنى لهم افراز ما يرونه من حلول عادلة . مع ان هذا الوضع لا يختلف اطلاقا عن الاحوال التى ينظم فيها التشريع بعض المسائل بحلول ايجابية تعتبر من وجهة نظر السياسة القضائية حولا غير عادلة . فعدم وجود نص قانونى يحرم سرقة التيار الكهربائى ، وما يؤدى اليه من تبرئة من يتهم بهذا الفعل ، ليس اكثر شذوذا من وجود نص تشريعى يعاقب على القتل ايا ما كان سواء كان بفرض السرقة او بقصد تخليص اب مريض من آلام مرض لا يرجى البرء منه (١) .

وقد تصدى فالين لنقد آراء كلزن - وان لم يشر اليه صراحة (٢) - مقرران ان قاعدة ما ليس محظورا مباح وان كانت تجد مجالا للتطبيق فى القانون

(١) مؤلفه سالف الذكر - الجزء الاول ص ٣١٨ . ولقد سبق ان اشرنا الى ان من انصار مدرسة الشرح على المتون من يقول برأى مشابه محصله ضرورة رفض الدعوى اذا لم يجد القاضى نصا تشريعا يحكمها ، واوضحنا ما وجهه كل من جينى وكارى دى مالبيرج الى هذا الرأى من نقد .

(٢) اورد فالين هذا النقد فى مقال بعنوان

“Le pouvoir normatif de la jurisprudence.”

منشور فى

“La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G.Scelle T. II. P. 613. ”

الفرنسي ، ان هي تلخيص للمبدأ الذي فصلته المادة الخامسة من اعلان حقوق الانسان (١) ، الا انه ينبغي ان يراعى ان تطبيق هذا المبدأ لا يجرى على وتيرة واحدة بالنسبة لجميع المجالات القانونية ، ففي نطاق القانون الجنائي ينطبق هذا المبدأ بلا صعوبة وتعب عنه تلك القاعدة الشهيرة «لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون» *Nulum Crimen, Nulla Poena sine lege* والامر على خلاف ذلك بالنسبة للمسؤولية المدنية . اذ لو اقترن هذا المبدأ بالقاعدة المنصوص عليها في المادة ١٣٨٢ من القانون المدني التي تقضى بأن المسؤولية لا تقوم الا بناء على خطأ او نص قانوني يقررها لكان معنى ذلك ان كل الجهود التي بذلها القضاء والفقه في بناء قواعد المسؤولية هي مجرد تفسير لكلمة الخطأ الواردة في القانون .

واذا جاز هذا القول في نطاق المسؤولية المدنية ، فانه في مجال المسؤولية الادارية يتعارض كلية والحلول المقررة ، ويصطدم بما جرت به العبارات الصريحة لحكم بلانكو من استبعاد تطبيق قواعد المسؤولية المدنية على مسؤولية الادارة ، ومن ناحية اخرى فان احكام القضاء الاداري مستقرة على اقامة المسؤولية الادارية في بعض صورها خارج نطاق فكرة الخطأ ، وتأسيسا على مبدأ مساواة الافراد امام الالعباء العامة ، كما ان قضاء مجلس الدولة بالنسبة لمخاطر الجوار غير العادية ومخاطر المهنة قضاء خلاق لا يستند الى نص مكتوب . والتسليم بعدم وجود فراغ في التشريع يعنى ان الاحكام التي اصدرها مجلس الدولة واقام فيها المسؤولية على اساس المخاطر هي جميعا احكام خاطئة وذلك امر لا يصح القول به ولا يجوز قبوله .

ومن ناحية اخرى فان القول بعدم وجود فراغ في التشريع تدحضه الحلول

(١) تنص هذه المادة على ما يلي :

“Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne puet être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu' elle n'ordonne pas”.

القضائية التي قررها القضاء بالنسبة لنظرية الاثراء بلا سبب مستندا الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ولو اعمل القضاء في هذا الصدد قاعدة كل ما ليس محظورا مباح لكان لزاما عليه ان يقضى برفض دعوى المسؤولية التي تقام ضد من اثرى على حساب غيره دون سبب مشروع .

ويخلص فالين الى ان تطبيق قاعدة كل ما ليس محظورا مباح في مجال المسؤولية المدنية من شأنه ان يعصف كلية بالكثير من النظريات والمبادئ التي ارساها القضاء ، والتي اصبحت جزءا لا يتجزأ من النظام القانوني للمسؤولية المدنية في فرنسا (١) .

والواقع ان نظرية كلزن تحمل ارادة المشرع اكثر مما تحتمل ، اذ انها تنسب اليه اجازته لكل التصرفات والاعمال التي لم يتناولها صراحة بالمنع او التحريم ، مع أن كثيرا من تلك الاعمال والتصرفات ما كانت تدور بخلد المشرع او تقع في تصوره .

فلكى تصح نظرية كلزن لا بد وان نفترض ان المشرع قد احاط علما بكل ما يمكن ان ينشأ داخل المجتمع من علاقات وما يتم فيه من وقائع ، وانه تخير من ذلك جانبا تصدى لتنظيمه صراحة ، وترك الجانب الآخر يخضع لحكم الاباحة . ويصطدم هذا القول بما هو ثابت من ان المشرع الوضعي مهما بلغت دقته ونفذت بصيرته ، سيظل عاجزا عن تصور كل ما تفرزه الحياة الاجتماعية في طورها السريع والمعقد من روابط وعلاقات . ولا يجوز ازاء ذلك ان تنسب الى المشرع اجازته لكل الاعمال او التصرفات التي لم يعرض لتنظيمها صراحة والتي غالبا ما تكون بعيدة عن مجال تصوره ونطاق تقديره .

ونخلص من ذلك الى ان محاولة كل من روبير وكلزن انكار وجود أي فراغ في النظام القانوني تلقى اعتراضا مماثلا لما واجهته افكار مدرسة الشرح على المتون في هذا الصدد .

(١) مقاله سالف الإشارة المنشور في مجموعة الدراسات المهداة لجورج سل .

المطلب الثالث

الرأى السائد حالياً في الفقه

يكاد الرأى يكون مستقراً في الفقه الفرنسى المعاصر على الاعتراف بالدور الخلاق للقاضي واقرار حقه في صنع قاعدة الخصومة وذلك استناداً الى الاسباب الآتية :

اولاً : ان تلك نتيجة حتمية لنقص التشريع وعدم كفايته لتنظيم كل ما ينشأ داخل المجتمع من علاقات وروابط، والتزام القاضي رغم ذلك بالفصل فيما يعرض عليه من منازعات وعدم قبول عذره بنقص التشريع أو عدم كفايته .

وفكرة نقص التشريع التى اوضحها جينى في اسلوب خلاب (١) تكاد

(١) فى هذا يقرر جينى ان القانون شأنه شأن اى عمل يصدر عن الانسان لابد وان يأتى من الكمال ، اذ مهما بلغت شفافية روح الانسان فسوف يظل عاجزاً عن الاحاطة بكل مقتضيات الحياة الاجتماعية ومكوناتها وعناصرها ، والمشرع مهما ارتقى من بصيرة نافذة واحاطة شاملة لن يتسنى له ان يتصور ويفترض ما يمكن ان ينشأ بين الناس من روابط ، وكل ما يثور بين مصالحهم أو آمالهم من تعارض ، وان يضع لكل ذلك تنظيمًا قانونيًا متكاملًا يلبي حاجات عصره ويستجيب لما يمكن ان ينشأ مستقبلاً من روابط وعلاقات قانونية (جينى - المرجع السابق - الجزء الاول ص ١١٧ بند ٥٧) كما يشير فالين الى ان فكرة كمال التشريع هى مجرد افتراض لا يتفق وما هو مشاهد عملاً من نشأة العديد من المراكز والعلاقات التى يصعب القول بوجود نصوص قانونية تنظمها ، ويستشهد فالين على عدم واقعية هذا التصور بما كان سائداً في الفقه الانجليزى من ان القضاء لا يقوم بخلق المبادئ القانونية واستحداثها من العدم ، وانما يقتصر دوره على الكشف عن تلك المبادئ الكامنة اصلاً في القانون العام " Common law "

الى ان اثبت الفقه في القرن العشرين خطأ هذا التصور ، واكد حقيقة قيام القضاء الانجليزى بخلق وإنشاء العديد من القواعد القانونية التى لا تجد اى مصدر لها في القانون العام - مقاله سالف الاشارة وراجع في تفصيل هذه المسألة مقال الدكتور برهام عطالله - في قاعدة الزامية السابقة القضائية في القانون الانجليزى ، مجلة =

تكون الآن محل اجماع الفقه ، فضلاً عن ان الواقع العملى يكشف عنها يوماً بعد يوم . وتظهر هذه الفكرة بصفة خاصة كلما بعد العهد بالتشريع واتسعت الهوة بينه وبين متطلبات الواقع وحاجات الجماعة المتجددة . والواقع انه لولا الجهود الفائقة التى بذلها القضاء لمحاولة المواءمة بين التشريعات القائمة وبين مقتضيات التطور السريع والمعد للحياة الاجتماعية لأصيب التشريع بالعجز والجمود .

ثانياً : ان قيام القاضى بصنع قاعدة الخصومة لا يتعارض مع مبدأ فصل السلطات ولا يتضمن خروجاً على حدود ولايته الطبيعية .

رأينا كيف ان مبدأ فصل السلطات وفقاً لمفهومه الحاد الذى رسخ فى اذهان رجال الثورة الفرنسية وكشفت عنه التشريعات العديدة التى اصدرتها الثورة لتضييق بها الخناق على القضاء وتحصير وظيفته فى مجرد التطبيق الآلى للنصوص القائمة - هذا المفهوم كان يحول فعلاً دون قيام القاضى بوضع قاعدة الخصومة .

الا ان هذا المفهوم قد طرأ عليه تطور كبير افصح عنه المشرع نفسه فى كثير من المجالات ، فقد الغى نظام الاحالة الاختيارى الى المشرع لتفسير النصوص الغامضة بمقتضى نص المادة الرابعة من القانون المدنى ، كما الغى نظام الاحالة الاجبارى نهائياً بموجب قانون اول ابريل سنة ١٨٢٧ الذى نص على انه اذا ما نقض الحكم للمرة الثانية التزمت المحكمة التى تصال اليها القضية باتباع التفسير الذى انتهت اليه محكمة النقض بالنسبة للنصوص القانونية المتنازع عليها . وبذلك رد المشرع للقضاء ولايته فى تفسير النصوص الغامضة واستجلاء معانيها .

كما ان روح العداء للقضاء التى كانت سائدة فى اعقاب الثورة الفرنسية

= الحقوق سنة ١٩٧١ ص ١٢٧ وما بعدها . وراجع بالنسبة لتصور التشريع وعدم كفايته المراجع العديدة التى اشرنا اليها فى المطلب السابق عند بيان الانتقادات التى وجهت لمدرسة الشرح على المتون .

تحت تأثير اعتبارات تاريخية معينة ، هذه الروح لم تعد قائمة الآن ، ولم يعد
 ثمة مبرر لاستصحاب المعاني المتشددة التي املتها . ومن ناحية اخرى
 يستخلص الشراح من نص المادة الرابعة للقانون المدني اقرار المشرع بحق
 القاضي في صنع قاعدة الخصومة ، وذلك استنادا الى ان فكرة كمال التشريع
 وكفايته لمواجهة كل الفروض الواقعية قد ثبت على وجه القطع عدم صحتها ،
 وقد سلم بذلك واضعو مجموعة نابليون انفسهم . واذ تقضى المادة الرابعة
 المشار اليها بالزام القاضي بالفصل في جميع المنازعات التي تعرض عليه وعدم
 قبول عذره بنقص التشريع او سكوته فان المعنى الوحيد لذلك هو اقرار حق
 القاضي في صنع قاعدة الخصومة عند غياب النص الرسمي الذي
 يحكمها (١) .

ولأجل ذلك كله يكاد الرأي مستقرا في الفقه الفرنسي المعاصر على أن ما
 أصبح محظورا على القاضي طبقا لمبدأ فصل السلطات هو ان يقضى في
 الخصومات بطريق لائحية ، وهو ما عبرت عنه في صراحة المادة الخامسة من
 القانون المدني ، اما قيام القاضي باستخلاص قاعدة معينة من مقتضيات
 العدالة يحسم على اساسها خصومة معروضة عليه ازاء تعذر الوصول الى

(١) راجع في ذلك جيني - المرجع السابق - الجزء الاول - ص ٨٥ بند ٤٤ ، ص ١١٧
 بند ٥٧ ، ص ٢١٥ بند ٨٦ ، وكاري دي مالبرج - المرجع السابق ص ٢٢٢
 بند ٢٤٤ وفالين في مقاله صالف الذكر المنشور في مجموعة الدراسات المهداة الى جورج
 سل - الجزء الثاني ص ٦١٢ .

ومقال لوري بعنوان

"Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit".

في مجموعة الدراسات المهداة الى جورج ريبير ص ٣٠ هامش ٤ . ومارتي ورينو في
 مؤلفهما في القانون المدني - الجزء الاول سنة ١٩٥٦ ص ٢٠١ بند ١١٩ .

ومقال O. Dupuyroux بعنوان "La jurisprudence source abusive de droit"

منشور في Melange Maury الجزء الثاني ص ٣٥٢ .

قاعدة رسمية تحكمها فأمر يدخل في نطاق ولايته الطبيعية ولا يتضمن أي عدوان
على اختصاص السلطة التشريعية (١) .

(٢) راجع في ذلك جيني - الجزء الأول رقم ٨٥ ص ٢٠٨ ، ومقال ديبيرو سالف الذكر
ص ٣٤٩ ، ومقال موري سالف الذكر ص ٣٤٩ ، ومارتي ورينو في مؤلفهما في القانون
المدني - الجزء الأول ص ٢٠٣ ومقال بولانجيه في المجلة الفصلية للقانون المدني
سنة ١٩٦١ ص ٤١٧ .

الفصل الثاني

الوضع في التشريع العربي

على خلاف الاتجاه الواضح نحو تقييد سلطة القاضي الذي كشفت عنه التشريعات الصادرة في اعقاب الثورة الفرنسية ، والتي لا تزال تعكس أثرها على نظرة الفقه الفرنسي لدور القضاء وطبيعته ووظيفته ، على خلاف ذلك اتجه المشرع المصري والليبي الى الاعتراف للقاضي بمزيد من السلطات تدعم دوره الايجابي وتؤكد فاعليته . وقد تجلى ذلك في ثلاثة مظاهر رئيسية هي :

اولا : تقرير حق القاضي في صنع قاعدة الخصومة عند غياب المصدر الرسمي .

تنص المادة الاولى من القانون المدني المصري على ان : «تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

ويقابل هذا الحكم نص المادة الاولى من القانون المدني الليبي الذي يقضى بأن « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها ، فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد فبمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » وأول ما يلاحظ على هذين النصين انهما حسما الخلاف الذي ثار في الفقه الفرنسي حول كفاية التشريع لمواجهة كل الفروض الواقعية ، ان اقر المشرع صراحة امكان

وجود منازعات لا تسعف النصوص التشريعية في حلها ، وقد أحال المشرع
القاضي في مثل تلك الفروض الى مصادر أخرى يستقى منها القاعدة التي يحكم
النزاع على أساسها (١) ، وإن اختلف ترتيب تلك المصادر في القانون المصري
عنه في القانون الليبي ، إذ جاءت الشريعة الإسلامية سابقة على العرف في
التشريع الليبي ، ولاحقة له في التشريع المصري .

وتختلف سلطة القاضي بالنسبة لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية
وقواعد العرف عنها بالنسبة لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ففيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية من المقرر أن الاحالة اليها إنما
تنصرف الى القواعد الكلية والمبادئ العامة دون غيرها من الأحكام التفصيلية
والفرعية والجزئية التي تختلف بشأنها الآراء وتباين المذاهب (٢) ، مما

(١) قضت محكمة النقض في حكمها الصادر ٦٢/١/١ بأنه يتعين على القاضي أن يسد
النقص في القواعد التشريعية والقواعد العرفية فلا يعيب حكمه استناده الى قواعد
المنطق والعدالة (مجموعة النقض السنة ١٣ ص ٤ وبذلك المعنى حكمها الصادر في
٢٧/٥/٤٣ م . ن . م ١٥ - ١١٩ .

(٢) راجع في ذلك - المدخل الى القانون للدكتور حسن كره ، ١٨٧١ ص ٢٩٩ .
والمدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقص سنة ١٩٦٧ ص ٢٤٤ ، والدكتور
عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية القانون ص ١٧٨ ، ولقد كان المشروع المقدم ينص على
الرجوع للمبادئ العامة للشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقييد
بمذهب معين ، وقد اعترض على هذا النص في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ
على أساس أن عدم التقييد بمذهب معين من شأنه أن يحدث اضطراباً بين الأحكام لاختلاف
المذاهب واقترح أحد الأعضاء حذف عبارة « الأكثر ملاءمة لنصوص القانون دون تقييد
بمذهب معين » لأن جوهر مبادئ الشريعة الإسلامية لا خلاف فيه وتقريب هذه المبادئ
من أحكام القانون من اجتباد القاضي ، وأجاب الدكتور السنهوري على ذلك بأن المادة
تتكلم عن مبادئ الشريعة الإسلامية أي كلياتها وهي ليست محل خلاف بين الفقهاء
وطالب من اللجنة إبقاء الفقرة على أصلها لاحتمال أن تتعارض مبادئ الشريعة مع القانون
فلا يؤخذ منها في هذه الحالة إلا ما كان أكثر ملاءمة للقانون فرد عليه عضو آخر قائلاً
أنه لن يحدث هذا التعارض لأن الشريعة أن تطبق إلا حيث لا يوجد نص ولن تطبق
منها إلا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية ، وبعد مناقشة وافقت اللجنة على
حذف العبارة المذكورة (مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء الأول ص ١٩٠) .

يترتب عليه تقييد حرية القاضي بالنسبة لهذا المصدر الى حد كبير ، اذ يكاد دوره ينحصر في البحث عن تلك المبادئ من الادلة الاصلية المتفق عليها وهي الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، فاذا لم يتمكن القاضي من التوصل الى مبدأ يحكم الدعوى المنظورة امامه يجد سنده في تلك الادلة - وذلك فرض نادر - ففي تقديرنا ان القاضي لا يملك ان يجتهد رايه في تلك الحالة ليتوصل الى حكم شرعى يحل على اساسه المنازعة المعروضة عليه ، ذلك انه يصعب القول بتوافر شروط الاجتهاد - كما حددها علماء الاصول - في قضائنا خاصة وان ثقافتهم الاصلية ليست ثقافة شرعية (١) .

ومن ناحية اخرى نرى انه ليس للقاضي ان يستمد حكمه من دليل من الادلة التي اختلف اصحاب المذاهب وعلماء الاصول حول الاعتماد عليها وهي المصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي ، اذ انه وقد استقر الرأى على ان المبادئ الشرعية التي يمكن للقاضي ان يطبقها هي تلك المبادئ الاساسية التي لا خلاف عليها من الشراح ، فان ذلك يقتضى ان يكون الدليل الذى استقيت منه تلك المبادئ ليس اصلا محل خلاف . فقيام الاختلاف حول الاعتماد على الدليل ذاته يعنى بالضرورة ان المبدأ او القاعدة التى تستمد من هذا الدليل ليست قاعدة مستقرة ولا يمكن اعتبارها من المبادئ الاساسية التى لا خلاف عليها .

والقاضي فى تطبيقه لاحكام الشريعة ليس ملزما باتباع مذهب معين من المذاهب الا انه اذا كان الحكم محل خلاف كبير بين فقهاء المذاهب فان القاضي لا يملك الموازنة والترجيح بين هذه الآراء ليتخير منها الرأى يطبقه على المنازعة المعروضة عليه ، اذ طالما كان الحكم محل خلاف كبير امتنع عليه وصف المبدأ المستقر .

هذا عن تطبيق القاضي لمبادئ الشريعة الاسلامية ، اما بالنسبة للعرف

(١) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار - مبادئ القانون ص ١٣٥ .

فقد اختلف الرأي بين الشراح حول دور القضاء في انشاء القاعدة العرفية وتحديدتها ، فمنهم من ذهب الى ان القاعدة العرفية لا تنشأ وتكتسب صفة القاعدة الملزمة الا بتطبيق القاضى لها ، ومن الشراح من ذهب الى ان المعرف يتكون بركنيه المادى والمعنوى من قبل ان يتدخل القضاء لتطبيقه ، وان تطبيق القاضى للمعرف انما هو تطبيق لقاعدة قانونية مقررة سلفا كما هو الشأن بالنسبة لتطبيق التشريع ، وان كان القضاء يسهم بدور ملموس في تحديد القاعدة العرفية وبلورتها، وسوف نعود الى دراسة هذه المسألة تفصيلا في الباب الثانى . وفي تقديرنا ان السلطة الخلاقة للقاضى تظهر فيما يتعلق باعمال مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، ان ان احواله الى تلك المبادئ والقواعد تفسح المجال امامه للاجتهاد وتمنحه قدرا كبيرا من حرية التقدير في خلق قاعدة الخصومة على ان يأتى حكمه متوازنا ، في استجابته لاعتبارات العدالة المجردة من جهة وفي تقديره لظروف الخصومة الخاصة ومقتضيات واقعها من جهة اخرى، وذلك ما كشفت عنه في صراحة المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى الذى وضعته لجنة الاستاذ الكبير الدكتور السنهورى بقولها : « فاذا لم يجد القاضى في التشريع او العرف حكما يمكن تطبيقه ، وجب ان يلجأ الى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة وفقا لنص الشق الثانى من الفقرة الثانية ، وهذا الشق لا يستحدث جديدا وانما ينقل العبارة الواردة في المادة ٥٢ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة . ولم يشأ المشرع ان يجارى التقنين المدنى السويسرى فيأذن للقاضى ان يطبق في هذه الحالة ما كان يصنع هو من قواعد لو عهد اليه بأمر التشريع ٠٠٠ ولم يشأ المشرع كذلك ان يحيل القاضى الى المبادئ العامة في قانون الدولة (م ٣ من التقنين المدنى الايطالى الجديد) او الى مبادئ القانون العامة فحسب (م ١ من التقنين الصينى) . واذا كانت عبارة التقنينات الحديثة تفصل هاتين العبارتين من بعض الوجوه بسبب ما يؤخذ عليهما عادة من الابهام الا أن الواقع ان هذه العبارات جميعها لا ترد القاضى الى ضابط يقينى وانما تلزمه ان يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، وهى تقتضيه في اجتهاده هذا

ان يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص فتحيله الى مبادئ او قواعد كلية تنسبها تارة الى القانون الطبيعى وتارة الى العدالة وتارة الى قانون الدولة او الى القانون بوجه عام دون بحث او تخصيص .

وازاء ذلك أثر المشروع ان يبقى على التعبير الذى استعمل فى نصوص التشريع القائم وييسر للقضاء اسباب الاجتهاد وفى ارحب نطاق . ففى كنف مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادئ العامة فى القانون المصرى ، واخذت ببعض احكام الشريعة الاسلامية واتبعت بعض القواعد المقررة فى تشريعات اجنبية ، او معاهدات دولية بل وعمدت الى استحداث احكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون ان يكون لها سند فى سوابق التشريع او العرف ، وعلى هذا النحو لم يتقيد القضاء بضرورة التزام المبادئ العامة فى القانون المصرى فحسب ، وانما استعان بهذه المبادئ كما استعان بغيرها متوخيا اختيار اصلح القواعد واكثرها ملاءمة لطبيعة الاوضاع التى قصر القانون عن تنظيمها (١) .

وواضح من ذلك ان احالة القاضى الى مبادئ القانون الطبيعى لا تعنى احالته الى قواعد محددة ومنضبطة يطبقها آليا على النزاع ، وانما القصد منها ان يستلهم القاضى الحل العادل للنزاع وفقا لاجتهاده وطبقا لما يمليه عليه ضميره (٢) .

ولقد اتخذ القضاء من فكرة القانون الطبيعى - كما تشير المذكرة الايضاحية - سندا لارساء العديد من المبادئ القانونية التى ما كانت التشريعات القائمة تكفى لحلها او تسعف فى القول بها ، من امثلة ذلك نظرية التعسف فى استعمال الحق ، ونظرية الاثراء بلا سبب ، ونظرية تحمل التبعة

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ١٨٨ .

(٢) راجع فى ذلك الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي مبادئ القانون ص ١٨٠ والدكتور توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ١٥٢ والدكتور انور سلطان المبادئ

القانونية العامة ص ٨٣ .

كما سيتضح لنا في دراستنا في الباب الثاني مكان القاعدة القضائية بين مصادر القانون .

ثانيا : الالتجاء الى المعايير المرنة :

يتمثل المظهر الثاني للدور الايجابي للقاضي في عدول المشرع عن المعايير الجامدة التي كانت مقررة في القانون المدني السابق والتي كان من شأنها سلب القاضي الكثير من حرية التقدير والتجاؤه الى المعايير المرنة ، التي تتسع معها سلطة القاضي في تكييف ظروف كل واقعة على حدة ، واختيار الحل الامثل لها . من ذلك معيار الغلط الجوهرى الذى نصت عليه المادة ١٢١ من القانون المدنى الجديد ، ومعيار التدليس الجسيم (م ١٢٥) ومعيار الرهبة القائمة على أساس فيما يتعلق بالاكراه المبطل للعقد (م ١٢٧) ومعيار التأثير الدافع الى التعاقد بالنسبة للاستغلال (م ١٢٩) ومعيار العذر المقبول الذى يجيز طلب الرجوع فى الهبة (م ٥٠٠) .

ثالثا - منح القاضي سلطة تقديرية فى كثير من المسائل :

يتجلى المظهر الثالث لتأكيد الدور الايجابي للقاضي فى ظل القانون المدنى الجديد فى تفويض المشرع القاضي فى التدخل بارادته لاستكمال عناصر الحكم ، فالمشرع يضع الاطار العام للحكم ويترك للقاضى تحديده بما يستقيه من واقع الخصومة وفقا لتقديره الخاص وطبقا لما يمليه عليه ضميره وحسه القانونى . وفى مجال التعويض منح المشرع القاضى حرية واسعة فى تحديد قدره (م ١٦٦ ، ١٦٨ مدنى) وفى بيان طبيعته ونوعه (م ١٧١) ، وفى مجال الوفاء بالالتزام رخص المشرع للقاضى فى تحديد الميعاد المناسب للوفاء اذا كان مشروطا عند المقدرة ، كما أعطاه الحق فى تقرير نظرة الميسرة (م ٣٤٦) . ومن ناحية اخرى منح المشرع القاضى سلطة استكمال ارادة الافراد فى العقود وغيرها من التصرفات القانونية . من ذلك ما نصت عليه المادة ٩٥ من انه اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق

عليها اعتبار العقد قد تم وإذا قام خلاف في المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تحكم فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة (م ٩٥ مدني) .

كما تنص المادة ١٢٩ مدني على انه يجوز للقاضي في الاستغلال ان ينقص التزامات الطرف المغبون ، وتجيز المادة ١٤٣ للقاضي ان ينقص من العقد اذا كان في شق منه باطلا ، وتقضي المادة ١٤٤ بانه من حق القاضي أن يحول العقد الى عقد آخر توافرت اركانه اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد .

وكذلك الشأن بالنسبة لقيام القاضي برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول اذا ما طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها (م ١٤٧) وحقه في تعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان (م ١٤٩) وتخفيض التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي (م ٢٢٤) .

ولقد استعرض استاذنا الدكتور السنهوري في مقدمة الجزء الاول للوسيط كل هذه المسائل وعقب عليها قائلا « اذا كان التقنين المدني الجديد لم يبلغ في ذلك مدى ما بلغ التقنين المدني السويسري ان جعل من القاضي مشرعا فيما لم يرد فيه نص ، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء ، الا انه مع ذلك سار شوطا بعيدا في سبيل ان يجعل احكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف ، فتكون احكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطورا مستمرا ويواجه بها ما يتغير من ملابسات واحوال (١) » .

(١) الوسيط ج ١ الطبعة الثانية ص ١٠٢ وما بعدها ، ومقال للعلامة الجليل في مجلة

القضاء العراقية بعنوان : القانون المدني العربي - العدد الاول والثاني سنة ١٩٦٢ .

هذا وتقضي المادة الخامسة من القانون المدني السويسري التي اشار اليها استاذنا

الجليل بما يلي :

“... à défaut d'une disposition légale applicable le juge prononce selon le droit coutumier, et à défaut de coutume selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur”.

الباب الثاني

مكان القواعد القضائية بين مصادر القانون

اوضحنا في الباب السابق كيف يقوم القضاء بخلق القواعد القضائية ليستكمل بها ما يشوب التشريع من نقص وما يعتوره من قصور ، واذا كان اتساع نطاق التشريع في وقتنا الحاضر قد حد من سلطة القاضي في صنع قواعد مستحدثة من كل الأوجه « Exnihilo » الا ان تلك السلطة الخلاقة لا تزال تعمل في مجال تفسير النصوص القائمة ، اذ كثيرا ما يتخذ القاضي من التفسير ذريعة تمكنه من بناء قواعد مستحدثة لا تحتلها نصوص التشريع المدعى تفسيره ولا تسعف في القول بها ، وان كان القضاء ينسبها الى المشرع استحياء وتجنباً لاتهامه بتجاوز حدود ولايته الطبيعية .

وقد اختلفت آراء الشراح حول قيمة ومصير القواعد التي يصنعها القضاء في سبيل تكملة ما يشوب التشريع من نقص او بالتستر وراء تفسير ما يكتنفه من غموض ، فذهب فريق من الشراح الى القول بأن القضاء لا يعد من المصادر الرسمية للقواعد القانونية . وبذلك فإنه مهما اطراد تطبيق القاعدة القضائية ، وأيا ما كانت منزلة المحكمة الصادرة عنها فان قيمتها لا تعدو ان تكون قيمة ارشادية ، يستعين بها القاضي على سبيل الاستئناس ، دون أن يكون ملزما بتطبيقها على الحالات المماثلة ، بينما ذهب فريق آخر الى القول بأن القواعد القضائية اذا ما تواتر تطبيقها ، واستقرت عليها احكام القضاء ، فإنها تكتسب صفة الالتزام ، وتندرج ضمن القواعد التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة . ومما يعجل بتحقيق هذا الاثر ويؤكدده ، صدور القاعدة من المحكمة العليا التي تتبوأ قمة التنظيم

القضائي في الدولة • أى ان هؤلاء الشراح يرون ان القضاء يعتبر من المصادر الرسمية للقواعد القانونية •

ونعرض فيما يلى هذه الآراء المختلفة ، مع بيان الحجج التى يستند اليها كل رأى ، ثم نختم هذا العرض ببيان رأينا الخاص فى الموضوع •

الفصل الأول

الفقه المعارض لاعتبار القضاء

مصدراً رسمياً للقانون

يستند الشراح الذين ينكرون على القواعد القضائية صفة القواعد القانونية الملزمة الى حجج متعددة نجملها فيما يلي :

أولاً - ان انشاء القضاء للقواعد الملزمة يتعارض مع مبدأ فصل السلطات :

اوضحنا في الباب الاول كيف ان المفهوم المعاصر لمبدأ فصل السلطات لم يعد يحول دون حق القضاء في صنع قاعدة الخصومة عند غياب النص الرسمي الذي يحكمها ، والامر على خلاف ذلك بالنسبة لاقرار القوة الملزمة للمبادئ القضائية ، واعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية ، اذ يرى فريق من الشراح ان في ذلك خروجاً على مبدأ فصل السلطات وتدخلها من القضاء في اختصاصات السلطة التشريعية .

ولعل اول من ابرز هذه التفرقة في الفقه الفرنسي هو جيني ، فقد اوضح ان اصطلاح السلطة البريتورية للقاضي « Pouvoir Prétorien » له مدلولان مختلفان ، الاول : هو حق القاضي في صنع قاعدة الخصومة ازاء قصور المصادر الرسمية عن بيان القاعدة التي تحكمها . والثاني : هو ان يكون للحلول التي تقررها المحاكم قيمة تشريعية ، بمعنى أن يكون من شأن تعاقب الاحكام وتواترها على معنى واحد انشاء وخلق قاعدة قانونية تنطبق بصورة ملزمة على ما يعرض مستقبلاً من منازعات . وبين المعنيين فوارق جوهرية تحول دون

الخلط بينهما (١) . فالسلطة البريتورية بالمعنى الاول لا تعدو ان تكون مظهرا من مظاهر ممارسة القاضى حقه فى البحث العلمى الحر الذى يعتبر الوسيلة الاساسية التى تمكن القاضى من القيام بمهمته فى اقرار العدالة وتطبيق القانون، وليس فى مبدأ فصل السلطات ما يحول دون مباشرة القاضى لتلك السلطة او يتعارض معها ، طالما ان الحكم الذى يصدره القاضى اعمالا لها لن تتجاوز آثاره وقوته نطاق الخصومة التى صدر بشأنها .

وخلافا لذلك فان الاعتراف بالسلطة البريتورية للقاضى بمعناها الثانى يصطدم باعتبارات دستورية تعتبر بمثابة حقائق اجتماعية لا يمكن تجاهلها . وايضاها لذلك عرض جينى للنصوص الدستورية التى صدرت فى اعقاب الثورة الفرنسية وحرمت على القضاء التدخل بطريق مباشر أو غير مباشر فى اعمال السلطة التشريعية، ولنص المادة الخامسة من القانون المدنى التى تمنع المحاكم من اصدار الاحكام الالائية، وخلص من هذا العرض الى القول بأن كل تلك النصوص واضحة الدلالة على انه ليس لأى جهة قضائية كانت حق تقرير قواعد قانونية تنطبق بصورة ملزمة على ما يعرض على القضاء من منازعات . ويتحفظ جينى قائلاً ان ذلك كله لا ينفى ان المحاكم وهى بصدد الفصل فيما يعرض عليها من منازعات قد تكشف عن رأيها بالنسبة لمشكلة قانونية معينة بصورة مجردة تصلح كموجه لحل المشكلة مستقبلا ، الا ان كل تلك الآراء تظل مجردة من كل قوة ملزمة ، يستأنس بها القاضى فى تكوين عقيدته ولكنها لا تقيده (٢) .

والواقع ان معظم الشراح الذين ينكرون على القضاء صفته كمصدر رسمى للقاعدة القانونية يستندون بصفة اساسية الى نص المادة الخامسة من

(١) اشار جينى فى هامش (١) ص ٤٦ وهامش ٣ ص ٢٥٠ من الجزء الثانى من مؤلفه سالف

الذكر الى العديد من المؤلفات التى وقعت فى هذا الخلط

(٢) المرجع السابق - الجزء الثانى رقم ١٤٦ ص ٣٣ ورقم ١٩٣ ص ٢٥٦

المقانون المدنى الفرنسى ويرون فيه تعبيراً صريحاً عن ارادة المشرع فى ألا تكون للقواعد القضائية قوة تلزم المحاكم باتباعها مستقبلاً ، وترجمة صادقة لمبدأ فصل السلطات الذى لا يجيز للقضاء أن يتعدى حدود ولايته الطبيعية وهى الفصل فى المنازعات ليقوم بأعمال هى من صميم اختصاص السلطة التشريعية (١) .

وقد حاول بعض الشراح الرد على هذا الاعتراض موضحين أن مبدأ فصل السلطات ليس مبدأ مطلقاً لا يرد عليه أى قيد أو استثناء ، وإنما هو بلا شك يتقبل القيود التى تفرضها الضرورات الاجتماعية الملحة . وليس أدل على مرونة المبدأ من أن الوظيفة التشريعية لم تعد حكراً على السلطة التشريعية ، وإنما أصبحت تمارسها وعلى نطاق واسع السلطة التنفيذية .

ومن ناحية أخرى فإن ما حرّمته المادة الخامسة من القانون المدنى إنما هو قيام القضاء بوضع الأحكام اللائحية . وفرق كبير بين تلك الأحكام التى تمثل عملاً تشريعياً حقيقياً بما تتضمنه من قواعد عامة مجردة ، وبين اعتبار استقرار القضاء على مبدأ معين أو على تفسير خاص مصدراً للقاعدة القانونية . فالقاعدة فى الحالة الأولى تنشأ بعمل منفرد أما فى الحالة الثانية فأنها لا تنشأ إلا بتواتر وتعدد الأحكام التى تطبقها (٢) .

(١) راجع فى ذلك كارى دى مالبيرج - المرجع السابق رقم ٢٤٧ ص ٧٤٤ وما بعدها وجورج ريبير - القوى الخلاقة للقانون ص ٢٨٢ ، وكولان وكابيتان مطول القانون المدنى الجزء الأول ص ٢٣٩ رقم ٣٩٩ وكاربونيه القانون المدنى الجزء الأول ص ١١٥ ، ١١٦ ، وريبير وبولانجيه فى مطول القانون المدنى سنة ١٩٥٦ الجزء الأول ص ١٠٧ رقم ٢٣٧ وفراجستاس فى مقاله سالف الذكر المنشور فى مجموعة مورى ص ١٤٤ وما بعدها ، والدكتور عبد الفناح عبد الباقي نظرية القانون ص ١٩٢

(٢) راجع فى ذلك ادوارد لامبير - المرجع السابق - الجزء الأول ص ١١٦ ورسالة "Lebrun" بعنوان "La coutume" - باريس سنة ١٩٣٢ ص ٤٠٠ وما بعدها ، ومقال مورى سالف الذكر ص ٣٠ ومقال أوليفيه ديبيرو ١٩٦١ ص ٤١٨ ومارتى ورينو فى مؤلفهما القانون المدنى الجزء الأول رقم ١١٩ ص ٢٠١ وما بعدها .

ولقد لقي هذا الرد اعتراضا من جانب البعض استنادا الى انه وان كان مبدأ فصل السلطات ليس مبدأ مطلقا من كل قيد اذ هو يقوم على المنطق والحكمة السياسية الا انه من ناحية أخرى ليس ثمة ضرورة اجتماعية تفرض الخروج عليه وتحتم اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقانون ، وليس أدل على ذلك من وجود فريق كبير من المشرّاح ، يرفض قبول هذه الفكرة ، ويرى أنها تحمل من العيوب والمساويء أضعاف ما تحقّقه من المزايا والفوائد .

ومن ناحية أخرى فإنه اذا ما كان مبدأ فصل السلطات منصوحا عليه في الدستور فإن أى استثناء عليه ينبغى أن يكون بدوره منصوحا عليه صراحة أو ضمنا في الدستور ، وليس في الدستور ما يجيز القول باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقاعدة القانونية .

وأخيرا فإنه وان كانت هناك فروق جوهرية بين الأحكام الملائحية من ناحية وإقرار القوة الملزمة للسوابق القضائية من ناحية أخرى تتمثل في أن الأحكام الملائحية تعتبر عملا تشريعيّا بحثا تقرره المحاكم بعيدا عن مجال الخصومات المعروضة امامها، الا انه مع ذلك فثمة قاسم مشترك بين النظامين يتمثل فيما يسفر عنه كل منهما من قيام السلطة القضائية بوضع قواعد عامة تسرى بصورة ملزمة على ما يعرض على القضاء مستقبلا من منازعات (١) .

ثانيا : ان اقرار القوة الملزمة للمبادئ القضائية يتنافى ومقتضيات الديمقراطية :

يرتبط هذا الاعتراض بالاعتراض السابق ، ويستند الى انه وفقا للمبادئ الديمقراطية يتعين أن يتم وضع القواعد الملزمة بواسطة الشعب اما بطريق مباشر ، أى بمعرفة مجموع افراد الشعب ، فان حالت دون ذلك اعتبارات

(١) راجع فى ذلك فراجستاس المقال السابق ص ١٤٦ وما بعدها

مادية فلا أقل من أن يكون ذلك عن طريق ممثلين يختارهم أفراد الشعب ، ويملكون بما لهم من اتصال مباشر ومستمر بأفراد الشعب تقدير احتياجاته والتعرف على مصالحه . ولا يجوز بأي حال من الأحوال إهدار هذه الأسس والاعتراف للقضاء بسلطة وضع القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع خاصة إزاء ما هو واضح من أنه لا سلطان للشعب على رجال القضاء ولا رقابة له على أعمالهم تخوله سحب الثقة منهم إذا ما أساءوا استخدام سلطاتهم في وضع القواعد الملزمة، كما أنه لا صفة لرجال القضاء في تمثيل أفراد الشعب والتعبير عن إرادتهم (١) .

ثالثا - ان الحجية النسبية للأحكام لا تسعف في تقرير القوة الملزمة للمبادئ القضائية :

من المقرر في التشريعين المصري والفرنسي ان الأحكام القضائية تحوز حجية نسبية يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى وعلى ذات النزاع الذي فصل فيه محلا وسببا (٢) فإذا ما تخلف أي من هذه الشروط فإن الحكم السابق لا يقيد المحكمة ولا يعتبر حجة عليها .

(١) رفي هذا يقرر أولفبه ديبيرو في مقاله المنشور في (Mélanges Maury) " ... il est pour le moins étonnant que, dans un état qui se réclame de la démocratie, l'autorité de quelques dizaines de fonctionnaires recrutés au sortir des amphithéâtres de la rue saint Jacques ou de la rue saint Guillaume et qui n'ont ensuite rien d'autre à redouter, quelques quarante ou cinquante ans plus tard que la rigueur du l'age supplant dans une très large mesure celle des élus du suffrage universel qui, eux, sont astreints tous les quatre au cinq ans à solliciter du peuple une nouvelle délégation de sa souveraineté" op. cit. p. 376.

(Andre Decencier)

وراجع أيضا في نفس المعنى مقال

"Essai critique sur la justice internationale Rev. gen. de droit international public, 1934, p. 162 et S."

(٢) تقضى المادة ١٠١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بشأن الإثبات في المواد =

ومؤدى ذلك ان المبادئ والحلول التى تقررها المحكمة بالنسبة لخصومة معينة يقتصر أثرها على تلك الخصومة ، ولا تلتزم المحكمة باتباعها بالنسبة لما قد يعرض مستقبلا من منازعات أخرى . فاذا ما اصدرت المحكمة حكما يستند الى قاعدة معينة ثم عرضت على القضاء خصومة أخرى تثير ذات القاعدة وتستند اليها، فليس لأى من الخصوم ان يتمسك بحجية الحكم السابق ليتوصل الى الزام المحكمة بان تنزل على الخصومة الجديدة ذات القاعدة التى أعملتها بالنسبة للخصومة السابقة (١)

رابعاً - ان نظام السوابق الملزمة غير معروف فى قانوننا :

ياخذ النظام الانجلو سكسونى بنظام السوابق الملزمة « Stare Decisis » ومؤدى هذا النظام أن المحاكم تكون ملزمة فى قضائها باتباع ما سبق صدوره من احكام فى منازعات مماثلة . فاذا ما عرضت على القاضى منازعة ما وتبين له بعد تحديد وتكييف وقائعها ان ثمة منازعة مماثلة سبق ان صدر فيها حكم قضائى من ذات المحكمة او من محكمة اعلى تعين عليه اعمال ذات الحل الذى

= والتجارية التى حلت محل المادة ٤٠٥ من القانون المدنى المصرى بأن الاحكام التى حازت قوة الامر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجية الا فى نزاع قام بين الخصوم انفسهم دون ان تتغير صفاتهم وتعلق بلدات الحق محلا وسببا » ويقابلها نص المادة ٢٩٢ من القانون المدنى الليبى . كما تقضى المادة ١٣٥١ من القانون المدنى الفرنسى بأنه « لا تقوم حجة الامر المقضى الا بالنسبة الى موضوع الدعوى ، ويجب ان يكون الشئ المطلوب واحدا وان يكون الطلب مبنيا على السبب نفسه وقالما بين الخصوم انفسهم ومقاما منهم ان عليهم بالصفة ذاتها » .

(١) راجع فى ذلك كاربوتيه فى مؤلفه فى القانون المدنى - الجزء الاول ص ١١٥ ، ١١٦ وقد اشار الى ان هذا القول ينطبق بالنسبة لاحكام محكمة النقض ودوائرها المجتمعة وجمعيتها العمومية اذ لا تنماز هذه الاحكام بأية حجة خاصة - كما اوضح كارى دى مالبرج ان الفارق الاساسى بين التشريع والقضاء يظهر فى ان التشريع ينشئ الحقوق وينظمها بطريقة عامة ومجردة ، اما الحكم القضائى - حتى فى الحالات التى ينشئ فيها قاعدة الخصومة - فليست له الا قيمة نسبية تقتصر على الخصومة المعروضة . المرجع السابق ص ٧٤٥ ، وراجع ايضا ريبير وبولانجيه - المرجع السابق ص ١٠٧ رقم ٢٢٧ والدكتور عبد الناصر العطار - مبادئ القانون ص ١٤٠

انتهى اليه الحكم السابق (١) .

وعلى خلاف ذلك ليس للسوابق القضائية في القانونين المصري والفرنسي أية قوة قانونية ملزمة للقاضي ، فالحكم الذي تصدره المحكمة في منازعة معينة لا يقيد بها ولا يلزمها باتباع ذات الحل اذا ما عرضت عليها منازعة مماثلة لم تتوافر بشأنها شروط الحجية التي اشرنا اليها فيما سبق وهي وحدة الخصوم والموضوع والسبب ، وكذلك أيضا فانه مهما كانت منزلة المحكمة التي يصدر عنها الحكم ، فان قضاءها لا يقيد المحاكم الأدنى منها درجة ولا يلزمها قانونا بأعمال المبادئ القانونية التي يقررها ذلك القضاء (٢) .

فاحكام محكمة النقض ولو كانت صادرة من الجمعية العمومية لا تقيّد المحاكم الأدنى الا في حالة واحدة نصت عليها المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات المصري التي تقضى بأنه : « اذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفة قواعد الاختصاص تقتصر المحكمة على الفصل في مسألة الاختصاص ، وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التي يجب التداعى اليها باجراءات جديدة » . واذا كان الحكم قد نقض لغير ذلك من الاسباب تحيل القضية الى المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم ، وفي هذه الحالة يتحتم على المحكمة التي احيلت اليها القضية ان تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها المحكمة . . .

اما في القانون الفرنسي فان المحكمة التي تحال اليها الدعوى بعد نقض

(١) راجع في تفصيل هذا الموضوع مقال الدكتور برهام عطا الله سالف الذكر ص ١٢٧ .
(٢) راجع في هذا المعنى « كاربونييه » المرجع السابق ص ١٦ و « ريبير وبونجيه » المرجع السابق ص ١٠٧ رقم ٢٢٨ « ودي لاموراندير » المرجع السابق ص ٧٤ والدكتور سليمان مرقص المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٦٧ ص ٣٨٥ واصول القانون للدكتور السنيوري والدكتور حشمت ابو ستيت سنة ١٩٥٠ ص ٣٨ واصول القانون للدكتور كامل مرسى وسيد مصطفى ص ٢٠٢ واحمد صفوت في مقدمة القانون ص ١٣٧ ، وعبد الناصر المطاز - المرجع السابق ص ١٣٩

الحكم لأول مرة لا تلتزم قانوننا بأعمال وجهة نظر محكمة النقض في الدعوى ،
 فإذا ما حدث وأصدرت المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى حكماً جديداً يطابق
 الحكم الأول ، وتم الطعن عليه بالنقض للمرة الثانية لذات الأسباب التي قام
 عليها الطعن الأول ، أحيل الطعن الثاني بقرار من رئيس المحكمة إلى الجمعية
 العمومية ، فإن رأت الجمعية العمومية نقض الحكم التزمت المحكمة التي تحال
 إليها الدعوى بعد ذلك باتباع المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية (١)
 (المادتان ١٥ ، ١٦ من قانون ٣ يوليو سنة ١٩٦٧) .

ويظهر عدم التزام المحاكم الدنيا باتباع المبادئ التي تقررها المحاكم العليا في
 حرص محكمة النقض على ألا تستند في نقضها لأي حكم على مجرد مخالفته
 للمبادئ التي تقررها ، وإن كانت المحكمة تتوصل في حقيقة الأمر إلى ذات
 النتيجة بتكليف العيب الذي يشوب الحكم في تلك الحالة على أنه خطأ في تفسير
 القانون (٢) .

كما قضت محكمة النقض بأنه إذا ما اكتفت المحكمة - وهي في معرض
 تسبيب حكمها - بإسناد ذلك الحكم إلى قضاء سابق مستقر ، فإن ذلك يعتبر
 قصوراً في التسبيب ويوجب نقض الحكم (٣) .

خامساً - أن القاعدة القضائية تنقصها الخصائص الفنية للقاعدة المشرعة :
 تتميز القواعد التشريعية بأنها قواعد عامة ومجردة ، تقوم على اعتبارات
 موضوعية وتتمتع بقدر كبير من الوضوح والتحديد والاستقرار .

(١) راجع مؤلف فانسان في المرافعات المدنية طبعة سنة ١٩٦٩ ص ٦٨٢ - رقم ٦٨٣
 حيث يرى في ذلك اعتداء من السلطة القضائية على اختصاص السلطة التشريعية ولكنه
 اعتداء تفرضه الضرورة .

(٢) كاربونيه - المرجع السابق ص ١٢١ ، ومارتي ودينو - المرجع السابق ص ٢٠٤ ،
 وفالين - المرجع السابق رقم ١٧ ص ٦٢٥ وحكم محكمة النقض الفرنسية في ٢١ من
 ديسمبر سنة ١٨٩١ د اللوز العملى ١٨٩٢ - ١ - ٥٩٢

(٣) حكم محكمة النقض - مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤١ - د اللوز التحليلي ١٩٤١ - ١٩٤

وتختفى كل تلك الميزات أو تتضاءل بالنسبة لقواعد القضاية . فالقاعدة القضاية تستخلص من مجموع الحلول الفردية التي يقررها القضاء بمناسبة الفصل في المنازعات المعروضة عليه ، ومن المعروف أن القاضي في اقراره لتلك الحلول غالبا ما يكون متأثرا بالظروف الخاصة التي تحيط بالدعوى المنظورة امامه والتي تملئ عليه اتجاهها يحقق العدل بالنظر الى تلك الظروف ، الا أنه لا يصلح بذاته كحل مجرد ينطبق على دعاوى اخرى تحيط بها ظروف مختلفة . ويؤمس المتتبع لاحكام القضاء ان لكل دعوى وقائعها وملابساتها التي نادرا ما تتحقق بالنسبة لغيرها من الدعاوى . وبذلك فانه من الخطأ ان نحاول استخلاص قاعدة عامة مجردة من مجموع تلك الحلول الفردية التي تفرضها اعتبارات خاصة (١) .

وقد ذهب بعض الشراح الى حد القول بأن الاحكام القضاية تملئها الفطرة أكثر من اعتبارات المنطق القانوني المجرد ، ذلك أن وقوف القاضي على وقائع الدعوى غالبا ما يترك في نفسه انطبعا أوليا عن أنسب الحلول وأكثرها عدالة ، ويلزمه هذا الانطباع وهو في سبيل البحث عن القواعد القانونية التي تحكم واقعات الدعوى ، فان تبين له أن الامر يحتاج الى موازنة وترجيح فغالبا ما يجنح الى ترجيح الحل الذي يؤكد انطباعه الأولي ويدعمه . ومن الشراح من يسرف في تصوير ذلك بالقول بأن القاضي يبدأ بالحل وينتهي بالبحث عن النصوص ، والمسعى وراء التفسير الذي يقيم عليه هذا الحل ، بدلا من أن يبدأ بالنصوص ليستخلص منها الحل القانوني الذي تفرضه بعيدا عن الانطباعات المسبقة (٢) .

(١) ريبير - القوي الخلاقة للقانون ص ٢٨٣

(٢) راجع في عرض هذا الرأي ونقده موري في مقاله سالف الذكر ص ٣١ وما بعدها وفي

تأكيده وايضاحه كاربونيه المرجع السابق ص ١٩ حيث يقول :

"Bien souvent, à l'inverse du syllogisme classique ou ils devraient descendre de la règle de droit à la décision concrète ils commencent par passer la décision concrète qui leur paraît humainement désirable et s'efforcent de remonter ensuite jusque à une règle de droit".

وقد يستقر القضاء على اتجاه معين ثم لا يلبث أن يتحول عنه إلى اتجاه آخر مختلف تمام الاختلاف .

وتحول القضاء عن اتجاه سابق مستقر يتضمن المساس بالحقوق المكتسبة لما يحمله من أثر رجعي يمس على العلاقات والروابط التي تكونت في ظل الاتجاه القديم ، ذلك أن أحكام القضاء غالبا ما تصور القواعد التي تقررها على أنها تفسير للقانون القائم ، وبذلك فإنها تطبق هذا التفسير على الدعاوى المنظورة أمامها ولو كانت وقائعها قد تمت في ظل تفسير سابق مغاير عدل عنه القضاء (١) .

وليست هناك وسيلة للحيلولة دون الأثر الرجعي للقواعد القضائية ، وقد سلم «روبير» - وهو من أكثر المتحمسين لاعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية - بهذه الحقيقة ، مقررًا أن الأثر الرجعي للقواعد القضائية من العيوب الجوهرية التي يصعب تلافيها وإيجاد علاج حاسم لها على خلاف الوضع بالنسبة للقواعد التشريعية التي يمكن ضبط وتحديد المجال الزمني لسريانها ، وضمان عدم رجوعيتها (٢) .

وأخيرا فقد أشار كاربونييه إلى مسألة هامة هي خطورة تكوين القواعد القانونية عن طريق القضاء ، موضحا في ذلك أنه من الخطأ أن نتصور أن المنازعات التي تعرض على القضاء تمثل مشاكل المجتمع الحقيقية، وأن القواعد التي يقررها في هذا الصدد تستجيب للضرورات الاجتماعية وتصلح لتعميم حكمها على سائر العلاقات والروابط القانونية . فالواقع أن المنازعات التي تعرض على القضاء لا تمثل سوى القدر اليسير من مشاكل الأفراد داخل المجتمع ، ويبقى القدر الأكبر من تلك المشاكل غائبا عن أعين القضاء وبعيدا عن رؤيته ،

(١) مارتى ورينو - المرجع السابق ص ٢٠٤ ، رقم ١١٩ ، ورينير وبولانجيه - المرجع

السابق ص ١١٠ رقم ٢٤٤ وكاربونييه - المرجع السابق ص ١٢٠ ، وادوارد لامبير

في مؤلفه "Etudes de droit commun" - الجزء الأول ص ٢٠

(٢) روبير في مؤلفه "Le droit transitoire" طبعة سنة ١٩٦٠ رقم ٧ ص ٢٢

وبذلك فإن القواعد القضائية تصدر عن جهة لا تتوافر لها شمولية النظرية وعمومية التقدير التي ينبغي تحقيقها بالنسبة لمن يتصدى لوضع القواعد التي تنظم سلوك الافراد داخل المجتمع (١) .

تلك هي مجمل الاعتراضات التي تواجه فكرة اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، ننتقل بعدها الى بيان الاسانيد والحجج التي قال بها الشراح الذين ينادون بالرأى المخالف .

(١) المرجع السابق ص ١٢٠

الفصل الثاني

الفقه المؤيد لاعتبار القضاء

مصدراً رسمياً للقانون

كما تعددت الحجج التي ساقها الشراح المعارضون لاعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقانون تعددت أيضاً النظريات التي قال بها شراح آخرون لتأكيد وإثبات أن القضاء يندرج بين المصادر الرسمية للقواعد القانونية .
ونعرض فيما يلي لأهم تلك النظريات وما وجه اليها من انتقادات :

المبحث الأول

نظرية ادوارد لامير في أن القضاء

هو صانع العرف

أولاً - عرض النظرية :

بدأت بوادر هذه النظرية تظهر منذ سنة ١٨٩٩ في مؤلف بلانيول «Traité Élémentaire de droit civil» فقد أشار بلانيول الى أنه وإن كانت جهات القضاء ليست ملزمة قانوناً باتباع الحلول والمبادئ التي قررت في قضاء سابق ، إلا أن الواقع العملي يكشف عن أن المحاكم غالباً ما تلتزم بها وتحرص على احترامها . وعندما تستقر أحكام القضاء على مبادئ معينة ، تنزل تلك المبادئ من نفوس المواطنين منزلة التشريع الملزم ، إذ هم يحرصون

على احترامها ، وعدم الخروج عليها تقديرا منهم ان في ذلك الضمان الاكيد
لسلامة تصرفاتهم وعدم تعرضها للإلغاء أو الإبطال .

ويخلص بلانيول الى أن السوابق القضائية تشكل - بقوة الأشياء -
قانونا عرفيا في صورة مستحدثة Droit coutumière de formation récente
وهذه الأفكار العابرة التي ساقها بلانيول في عبارات عامة ظهرت كنظرية متكاملة
في دراسة مستفيضة قام بها الأستاذ ادوارد في مؤلفه La fonction de droit civil
comparé (١) فقد افرد لامبير حوالى السبعمئة من صحائف هذا المؤلف
لدراسة العرف وعلاقته بالقضاء استهلها بنقد النظرية التقليدية في العرف التي
عرضها جيني في مؤلفه « طرق التفسير » موضحا ان تلك النظرية تجد اصولها
عند المحشين الاوائل والمحشين المتأخرين وشرح القانون الكنسي، لذلك فقد
اسماها لامبير بالنظرية الرومانية الكنسية « Romano Canoniste »
ويقرر لامبير ان افكار هؤلاء الشراح بالنسبة للعرف جاءت متأثرة بنظرتهم الى
التشريع باعتباره المصدر الاساسى للقانون مما دفعهم الى محاولة تضيق
نطاق القواعد العرفية والحد من فاعليتها .

ثم يبدأ لامبير في مناقشة النظرية الرومانية الكنسية للعرف في ذاتها ليبين
انها تتعارض والمنطق السليم ، فبالنسبة للركن المعنوي في العرف وهو الاعتقاد
بالزامية العادة يتساءل لامبير عن المقصود به ، هل هو فكرة وعقيدة أم انه « عمل
ارادى » ؟ وهل يقصد به ان الافراد يحترمون القاعدة العرفية لانهم يعتقدون
انها ملزمة وانها تشكل جزءا من القانون الوضعى ، أم انهم يخضعون لها
طواعية بهدف ادراجها ضمن قواعد القانون الوضعى ؟

يرى لامبير ان كلا المعنيين غير مقبول ، فالمعنى الاول يتعارض مع ما هو
مستقر ومسلم به من أن العيب الاساسى للقاعدة العرفية هو ما يثور دائما من
منازعات حول قيام تلك القاعدة وتفسيرها ، فكيف يتسنى القول بقبول ورضاء

(١) ظهر هذا المؤلف فى سنة ١٩٠٣

الجميع بالقاعدة العرفية مع صعوبة التحقق من وجود تلك القاعدة وتحديدها
مضمونها .

ومن ناحية أخرى فإن القول بأن العنصر المعنوي في القاعدة العرفية هو
عمل ارادي يتمثل في خضوع الافراد طواعية لحكم القاعدة ورغبتهم في ادراجها
ضمن قواعد القانون الوضعي - هذا القول مردود بأنه من غير المعقول أو
المتصور أن يرتضى كل افراد المجتمع الخضوع بارادتهم الحرة لقاعدة لا تتحقق
بها مصالح الجميع على قدم المساواة، فالملاحظ ان القاعدة التي ترضى مصالح
فئة من فئات المجتمع غالبا ما تتعارض ومصالح فئة أخرى ، فما يحقق مصلحة
العمال غالبا ما يكون على حساب مصلحة ارباب العمل ، ويصدق ذلك بالنسبة
للدائنين والمدينين ، المؤجرين والمستأجرين ، والاولاد الشرعيين والاولاد
الطبيعيين ، وكل ذوى المصالح المتعارضة ، فكيف يتسنى فض هذا التنازع ؟ هل
يتم ذلك تلقائيا وبفروع من التصالح القائم على تنازلات متبادلة ، أو أن الامر
يقتضى تدخلا من سلطة عليا تفرض حلا لهذا النزاع يخضع له الجميع ؟

الواقع انه اذا ما علقنا وجود القاعدة العرفية على رضا الناس وقبولهم
لها فلن نصل في يوم من الايام الى مثل هذا الرضاء وبالتالي لن يكون للقاعدة
العرفية وجود . فوجود القاعدة العرفية يستلزم تدخل سلطة اجتماعية لتوحيد
منهومها وفرضها على الجميع ليقبلها طواعية واختيارا كل من تحقق القاعدة
مصالحه، وليرضخ لها كرها وعلى مضض كل من تتعارض القاعدة ومصالحه .

كما اشار لامبير الى المشاكل التي اثارتها فكرة العادة باعتبارها تمثل
الركن المادي للعرف ، وكيف اختلفت آراء الشراح حول تحديد الفترة اللازمة
للقول باستقرارها . وقد كان جيني اكثرهم حكمة ان أثر القول بترك هذه المسألة
لتقدير القاضي . الا ان لامبير يأخذ على جيني من ناحية أخرى تعمله عدم ذكر
الاحكام القضائية بين الاعمال المكونة للركن المادي للعرف ، ويفسر لامبير ذلك
بأنه مظهر من مظاهر عدا جيني للقضاء ، فهو ينكر عليه ان يكون مصدرا
مستقلا للقاعدة القانونية ، كما ينفي عنه صفته كمجرد ركن مادي للعرف

ويكتفى بأن يضعه في مرتبة الفقه كمصدر غير مباشر للقاعدة القانونية ، مع ما هو ملاحظ من أن تأثير القضاء في الحياة العملية وسلوك الافراد يفوق بكثير ما لآراء الشراح من أثر في هذا المجال ، فغالبا ما يخضع اصحاب الشأن لما تمليه القواعد القضائية ولو كانت لا تتفق ومصالحهم وذلك حتى لا يعرضوا انفسهم لمنازعات قضائية خاسرة . ولا تتحقق استجابتهم لآراء الشراح بذات الدرجة بل انهم لا يعتقدون بتلك الآراء الا عند غياب القواعد القضائية ولا يحترمونها الا لانها تنبئ في تصورهم عما سيكون عليه موقف القضاء .

ويعرض لامبير للأسباب التي دعت جيني الى انكار كل صفة رسمية للقواعد القضائية والتي سبق ان اشرنا اليها في المبحث الاول ، ويحاول الرد عليها مقرر ان القانون وان كان ينهى المحاكم عن التدخل في اعمال السلطة التشريعية الا انه لا يمكن ان يصادر على طبيعة الاشياء ، ويقف حائلا دون الظواهر الاجتماعية التي لا محيد عنها ، كما هو الشأن بالنسبة للتكوين القضائي للقواعد العرفية، كما ان المادة الخامسة من القانون المدني التي تحرم على المحاكم اصدار الاحكام اللائحية لا تصلح سنداً لانكار حق المحاكم في تكوين القاعدة العرفية، ذلك أن ثمة farkا جوهريا بين القرار الذي ينشئ بذاته قاعدة منزمة ، وبين استخلاص القاعدة من تواتر الاحكام عليها ، واذا كان جيني قد وضع في اعتباره وهو ينكر على القضاء حقه في صنع القواعد القانونية صعوبة تحديد الوقت الذي يمكن القول فيه باستقرار القضاء على اتجاه ، وما يترتب على ذلك من زعزعة واضطراب ، فان هذا العيب قائم بالنسبة لكل القواعد غير التشريعية بما فيها القواعد العرفية .

ويكشف لامبير عن ان السبب الحقيقي الذي دفع جيني الى عدم الاعتراف بأن السوابق القضائية تمثل المصدر الحقيقي للعرف انما يرجع الى تحليل جيني للقاعدة العرفية ومحاولته التمييز بين الركن المادي والركن المعنوي لها . ذلك انه لو اعتبرت السوابق القضائية من بين الاعمال المكونة للركن المادي للعرف لكان معنى ذلك ان تصبح المحاكم هي القائمة على الركن المادي بينما يستمر

الركن المعنوى خاصا بافراد المجتمع ، وتلك نتيجة شاذة تفقد معها القواعد العرفية وحدة المصدر القائم عليها . وبعد تلك الحجج المستندة الى المنطق يحاول لامبير ان يستخلص من دراسة القانون المقارن حججا اخرى تثبت سلامة نظريته وتدحض النظرية التى نادى بها جينى . ويتخذ لامبير من القانون الانجليزى مجالا لتلك الدراسة ، محاولا اثبات فساد الرأى القائل بأن دور السوابق القضائية فى انجلترا يقتصر على الكشف عن القواعد الكامنة فى القانون العمومى « Common Law » وانه لا ينشئ أو يضيف أى قاعدة مستحدثة (١) ، ويرى لامبير ان هذا التصور معناه ان تلك القواعد العرفية المغرقة فى القدم قد توقعت سلفا كل ظروف الحياة الاجتماعية المعاصرة وما سوف تثيره من مشاكل ووضعت لكل مشكلة حلها ، وانها قد صاغت تنظيما شاملا للعلاقات والروابط الاجتماعية لا يعتريه اى نقص او يشوبه اى فراغ . وتلك كلها امور غير منطقية ولا معقولة . والحقيقة الثانية هى ان القانون العرفى يتطور ويتجدد وتتأكد حيويته بفضل العمل اليومى الخلاق الذى يقوم به القضاء . ولعل السبب الحقيقى الذى يكمن وراء عدم اعتراف الفقهاء بذلك هو ادراكهم للروح المحافظة للشعب الانجليزى ، وتقديرهم أن نظرة هذا الشعب الى السوابق القضائية ستكون أكثر احتراماً اذا ما صورت لهم تلك السوابق على أنها تطبيق للاعراف المغرقة فى المقدم .

(١) يعتبر الفقيه الانجليزى الكبير "Blackstone" هو اول القائلين بتلك النظرية ، وقد تبنّاها فقهاء القانون فى انجلترا طوال القرن التاسع عشر ثم بدأ الفقه الحديث يتخلى عنها بعد أن تعرض لها أوستن وسالمون بالنقد المرير الى أن كادت تلك النظرية تفقد كل انصارها فى الوقت الحاضر ، واصبح الرأى السائد فى الفقه يؤكد ان القضاء يقوم بخلق القواعد القانونية ولا يقتصر دوره على مجرد الكشف عنها من ثنايا الاعراف القديمة - راجع فى تفصيل ذلك مقال الدكتور برهام عطا الله بمجلة الحقوق سنة ١٩٧١ بعنوان قاعدة الزامية السابقة القضائية ص ١٥٠ وما بعدها ومقال "Van Ackere" بمجلة مصر المعاصرة بعنوان

"De l'action Novatrice de la jurisprudence 1921 p. 280 et S."

ويتساءل لامبير عما اذا كان القانون العمومى فى صورته المبدئية قد خضع فى تكوينه لفكرة العرف الرومانية الكنسية كما تصورها جينى أى بتوافر العنصرين المادى والمعنوى . يجيب لامبير على ذلك بالنفى مستشهدا بأفكار كل من " Maitland " و " Polloch " التى تتوصل الى انه بالرجوع الى الاصول التاريخية القديمة يتبين ان مصدر القانون العمومى وأساسه كامن فى القضاء الملكى او فى قضاء مجلس الملك .

ويعرج لامبير على دراسة النظم الاجتماعية فى صورتها الاولى محاولا لكشف عما كان للقضاء من منزلة فى نفوس الافراد وصلت بهم الى حد تقديس القضاء واعتباره بمثابة الوحي الذى يعمل كلمة الله فى الارض ، ومن تلك المنزلة الروحية السامية كان القضاء يستمد قوته الملزمة ، فاذا ما استقرت الاحكام على معنى معين اصبح المبدأ المستخلص منها بمثابة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق .

ويعمد لامبير الى دراسة شريعة موسى والشريعة المسيحية والشريعة الاسلامية والقانون اليونانى والقانون الرومانى والقانون الجرمانى وقوانين العصور الوسطى ليستخلص منها ما يؤكد نظريته فى العرف ودور القضاء فيه . ويخلص لامبير من كل ذلك الى ان المنطق والتاريخ والواقع يكشف عن ان العرف لا يتكون من عادة يتبعها افراد الشعب ، وانما من استقرار احكام القضاء وتواترها . ففى اليوم الذى يتمكن فيه الافراد - بارشاد رجال القانون - من استخلاص المبدأ القانونى الذى تقوم عليه وتستند اليه السوابق القضائية فى مسألة معينة تنشأ القاعدة العرفية .

ومن الشراح الذين حاولوا اسناد القوة الملزمة للقاعدة القضائية الى فكرة العرف كل من Lebrion et Capitan و Hébraud و Colin فقد ذهب لوبرين الى القول بضرورة التفرقة بين الوقائع المنشئة للعرف وبين القاعدة العرفية ذاتها ، موضحا أن الوقائع المنشئة للقاعدة العرفية متعددة ومتباينة الطبيعة اذ نجد بينها العادات التى يسير عليها افراد المجتمع عامة ، والاحكام

القضائية وآراء الشراح . وما ان تتكون القاعدة العرفية من تلك المصادر التي تستقى منها مادتها وموضوعها حتى تستقل القاعدة بذاتها وتنفصل عن مصدرها وتخضع لنظام قانوني موحد لا يبدو فيه اى اثر لاختلاف المصادر المادية للقاعدة (١) .

اما « Hébraud » فتستند نظريته الى الفكرة القائلة بأن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين ، عنصر السلطة أو الفاعلية وعنصر السلامة أو القبول والرضاء بالقاعدة .

والعادة باعتبارها منهجا عاما للسلوك تظل غير محددة ، ومجردة من كل قيمة قانونية الى أن تتدخل احدى السلطات في المجتمع لتحديد مضمونها واضفاء الصفة الملزمة عليها ، وبدون هذا التدخل لا يمكن ان تتولد عن العادة قاعدة قانونية . والسلطة المؤهلة - بحكم تكوينها وبالنظر لطبيعة وظيفتها - لهذا التدخل هي السلطة القضائية .

ويخلص هبرود من ذلك الى أن القاعدة القانونية العرفية لا تنشأ الا بعد تدخل القضاء لتحديد مضمونها واضفاء القوة الملزمة عليها (٢) .

ويرى كولان وكابيتان ان العادة لا تتحول الى قاعدة قانونية عرفية الا من الوقت الذي يشعر فيه الافراد بأن في مقدورهم ان يستندوا اليها ويتمسكوا بها أمام القضاء سواء بتدخل السلطة صراحة أو ضمنا لحماية العادة وتقرير جزاء لها ، أو نتيجة لاحترام القضاء للعادة وتطبيقه لها .

ولبيان الغرض الثانى يوضح كولان وكابيتان انه وان كان القاضى غير

(١) راجع فى ذلك رسالته سائلة الذكر ص ٢١٠ وما بعدها ، وفى نقد تلك الآراء مؤلف فالين L'individualisme et le droit p. 284 No. 159.

ومقال مورى فى مجموعة ريبير سالف الذكر ص ٤٠ .

(٢) مؤلفه فى القانون المدنى طبعة ١٩٤٩ ص ٢٣ وما بعدها . وراجع فى نقد هذه الفكرة مورى

فى مقاله سالف الذكر ص ٤١ وما بعدها

ملزم باتباع ما سبقه من قضاء ، الا انه عندما تستقر احكام القضاء على اعمال قاعدة معينة فان القاضي يجد نفسه مدفوعا الى احترام تلك الاحكام والسير على منوالها ، خاصة اذا كانت من بينها احكام للمحكمة العليا . وتسهم في تحقيق ذلك عوامل متعددة منها رغبة القضاء في تحقيق نوع من الاستقرار للمتقاضين ، وميل الانسان بطبيعته الى التقليد . ومن هنا ينشأ الاحساس لدى المتقاضين ولدى القضاة انفسهم بضرورة القاعدة ولزومها وذلك ما يشكل العنصر المعنوي في القاعدة العرفية *L'opinio necessitatis* وفي بعض الاحيان يكفي صدور حكم واحد لتحقيق هذا الاثر ، اما لاهمية وخطورة الدعوى التي صدر بشأنها وأما لقوة ومنطقية الاسباب التي قام عليها .

واذا كان تحول القضاء أمرا متوقعا الا انه نادرا ما يحدث ، واذا فرض وتحقق فانه يؤدي الى انهيار القاعدة العرفية التي اقرها القضاء السابق ، وليس ذلك بمستغرب فكثيرا ما يتغير ويتبدل التشريع ذاته (١) .

ثانيا - الانتقادات التي وجهت الى النظرية :

لم يعن جيني بتعقب آراء لامبير وتفنيدها واكتفى بالرد عليها ردا موجزا محصلا ان هذه الآراء من شأنها الحد من نطاق القواعد العرفية بطريقة تحكمية ، ان هي تشترط لقيام القاعدة العرفية ضرورة تطبيق القضاء لها ، وبدون خاتم القضاء لا يكون للقاعدة العرفية وجود أو أثر . وقد اثبت المهتمون بدراسة العرف خطأ هذا التصور وبرزوا الكثير من القواعد العرفية التي نشأت وتكاملت دون أن يكون للقضاء أي دور في ذلك .

ومن ناحية اخرى فانه من الخطورة بمكان ان نجعل من احكام القضاء مصدرا للقاعدة القانونية مع ما هو مشاهد من تقلب تلك الاحكام وتحولها ، ومع ما يحمله ذلك من عدم استقرار القواعد القانونية ، وتعرضها للنزعات

(١) المرجع السابق ص ١١٣ ، ١١٤ رقم ١٨٢

الوقتيّة ، واخضاعها للرؤية غير المنضبطة لطائفة خاصة من افراد المجتمع هم رجال القضاء ، وتركهم يقدرّون مصالح غيرهم من فوق ابراج عالية . ويضيف جيني الى ذلك ان القول بأن الاحكام القضائية من شأنها ان تخلق القواعد القانونية الملزمة فيه مصادرة على كل منطق اذ معناه امكان تحول الوقائع الى قواعد قانونية .

كما ان هذا القول يعنى تقييد المقاضى بما سبق ان قضى به ، واحالته الى ذات آرائه والنظر الى القضاء السابق على انه يحوى عناصر التطور المنتظر فى المستقبل .

ويختتم جيني نقده لآراء لامبير مقررًا ان تلك الآراء تعنى العودة الى افكار المجتمعات العتيقة التى كانت تنظر الى القضاء على انه نوع من الكهنوت وتحيطه بهالة تنسجها الاساطير والخرافات (١) .

واذا كان جيني لم يتحمس للرد على انتقادات لامبير ، فقد جاء بعد ذلك قالين ليحمل لواء الدفاع عن آراء جيني ويسدد سهام النقد الى نظرية لامبير (٢)

وقد بدأ قالين بتنفيذ الاعتراضات التى وجهها لامبير الى فكرة التمييز بين الركن المادى والركن المعنوى للقاعدة العرفية والتى سبق لنا ايضاحها ، فقرر ان المقصود بالركن المعنوى " L'opinio juris " هو أن يسود الاعتقاد لدى افراد المجتمع بضرورة ولزوم القاعدة العرفية ، وهو على هذا النحو مسألة تتعلق بالعقيدة وليس عملا من اعمال الارادة .

ويرى قالين انه لا وجه لما ذهب اليه لامبير من تعارض هذا المفهوم مع ما هو ملاحظ من قيام النزاع حول وجود القاعدة العرفية وتحديد مضمونها - لا وجه لذلك طالما انه لا يشترط للقول بتوافر الركن المعنوى

(١) المرجع السابق الجزء الثانى رتم ١٩٢ ص ٢٦٢ وما بعدها

(٢) راجع فى ذلك مؤلفه "L'individualisme et le droit" طبعة سنة ١٩٤٩ ص ٢٨٨

وما بعدها .

للقاعدة قبول كل افراد المجتمع بها فاذا ما نازعت قلة من الافراد في قيام القاعدة ، بل وخرجت على حكمها فان ذلك لا ينفي وجود القاعدة ولا ينزع عنها صفتها الملزمة ، فليس لاحد ان ينكر على نص قانون العقوبات الذي يحرم السرقة صفته كقاعدة قانونية لمجرد ان هناك من الافراد من يخالف حكم هذا النص ويرتكب تلك الجريمة .

ومن ناحية اخرى فان القاعدة العرفية لا تعرض للاستفتاء العام ولا يشترط لقيامها ان توافق عليها اغلبية عددية محددة ، مما يجعل موضوع تحديد الوقت الذي يمكن القول فيه بأن القاعدة تحظى بالقبول العام مسألة وقائع يمكن ان تختلف بشأنها وجهات النظر ، فتظهر القاعدة في تقدير البعض وكأنها حازت القبول واستقرت كقاعدة قانونية ، بينما يدعى البعض الآخر - وبصفة خاصة من تمس مصالحهم - خلاف ذلك ، ويصبح من الضروري ان يتدخل القضاء لفض هذا النزاع والتحقق من توافر شرط الرضاء بالقاعدة وتقرير وجودها .

أما بالنسبة لما يثور من منازعات حول تحديد مضمون القاعدة العرفية وتفسيرها فذلك امر تفرضه الطبيعة الخاصة للقاعدة العرفية باعتبارها قاعدة غير مكتوبة ، واذا كان التشريع المكتوب كثيرا ما يثير النزاع حول مضمون نصوصه فمن باب اولى ان يثور مثل هذا النزاع بالنسبة للقاعدة العرفية غير المكتوبة .

ويخلص فالين من ذلك الى ان الصعوبات التي تحيط بتطبيق القاعدة العرفية ليس من شأنها ان تحول دون توافر الركن المعنوي لتلك القاعدة ، وكل ما لتلك الصعوبات من دلالة هو ان القاعدة العرفية لا تحقق الاستقرار الذي تحققه القاعدة المكتوبة .

هذا عن الرد على الاعتراضات التي أثارها لامبير بالنسبة للركن المعنوي للقاعدة العرفية ، اما بالنسبة للانتقادات التي وجهها لفكرة العادة والتي تتحصل فيما يواجه تحديد الفترة اللازمة لاستقرارها من صعوبات وما افضى

اليه من خلافات بين الشراح فيرد فالين على ذلك مقررا ان محاولة بعض الشراح القدامى تحديد مدد معينة لا تستقر العادة الا بانقضائها هي محاولات عقيمة وفاشلة ، ومن المحتم ان تنتهى باصحابها الى آراء متعارضة ، ذلك ان تلك المسألة تختلف من قاعدة الى اخرى ، فمن القواعد ما يكتب لها الاستقرار في فترة قصيرة من الزمن ، ومنها ما لا يتوافر له ذلك الا بعد مضي وقت طويل . فالقاعدة العرفية التي تجيز للحكومة اصدار المراسيم بقوانين استقرت خلال فترة لا تجاوز بضع سنين ، بينما لم يفلح مرور خمسين عاما في أن يكفل الاستقرار للقاعدة المزعومة التي تمنع اعادة انتخاب رئيس الدولة لفترة اخرى بعد انقضاء مدة رئاسته الاولى .

فمسألة استقرار القاعدة العرفية ليست مرتبطة بفترة محددة من الزمن وانما هي مسألة تخضع لعوامل متعددة وترتبط بالظروف الخاصة بكل قاعدة ، مما يتعين معه اعتبارها من الوقائع التي يستقل القاضي بتقديرها في كل حالة على حدة ، وتجنب الالتجاء الى تحديد مواعيد صماء تخضع لها سلفا كل القواعد العرفية .

وينتقل فالين بعد ذلك الى الرد على الحجج التي استقاها لامبير من دراسة المنظم التاريخية القديمة مقررا ان النتيجة التي حاول لامبير ان يستخلصها من دراسته الطويلة والعميقة للتاريخ تتحصل في ان القواعد التي شاع الاعتقاد بأنها ترجع الى العرف هي في حقيقة الامر ذات اصل قضائي ، ويرتب لامبير على ذلك رأي القائل بضرورة الاندماج الكامل بين العرف والقضاء .

وبتواضع العلماء يقرر فالين ان الخبرة تنقصه لتنفيذ الوقائع التاريخية التي استشهد بها لامبير ، وان كانت الدراسات التاريخية المتقدمة قد اثبتت عدم صحة بعض جوانب هذه الوقائع مستشهدا في ذلك بما نقله لوبرين عن بعض المؤرخين المحدثين . وبفرض صحة كل ما ساقه لامبير في هذا الصدد فهل يؤدي ذلك بالضرورة الى القول باستغراق القضاء للعرف ؟ يجيب فالين بالنفي موضحا ان كل ما يمكن ان يستخلص من تلك الشواهد التاريخية هو اثبات ان

للقضاء دورا في تكوين القاعدة القانونية اكبر مما يتصور الشراح عادة، وان
للعرف دورا أقل مما قدره الكثيرون . الا ان تلك الشواهد لا تؤدي بأي حال
من الاحوال الى القطع بأن القضاء يجب العرف ويستغرقه كلية ، والقول بأنه
لا توجد أي قواعد عرفية خلاف تلك التي يقرها القضاء ، وبالتالي استبعاد
المعرف تماما من بين مصادر القانون ليبقى القضاء هو المصدر الوحيد الى
جوار التشريع المكتوب .

ويؤكد فالين ان نظرية جيني ستظل سليمة طالما كانت هناك قواعد عرفية
استحال على لامبير ويستحيل على غيره ان يردوها الى السوابق القضائية .
والمثال على تلك القواعد يتضح اذا علمنا انه لكي يتسنى القول بوجود قضاء
يستطيع اصدار احكام تنشئ بقواتها قواعد قضائية، لا بد وان يسبق ذلك
وجود قاعدة تفرض احترام تلك الاحكام وتلزم الافراد بها . واذا كان لامبير
قد اوضح ان احترام القضاء كانت تفرضه القواعد الدينية، فان هذا القول
مردود بأن القواعد الدينية كانت مختلطة بالقواعد القانونية في معظم المجتمعات
القديمية .

ويضيف فالين قائلا ان القواعد العرفية السابقة على تدخل القضاء لا
تقتصر على ما يتعلق بتنظيم القضاء واحترام احكامه ، وانما هناك العديد من
القواعد العرفية الاخرى التي لا يمكن نسبتها الى الاحكام القضائية منها
القواعد الدستورية الخاصة بنظام الحكم في المملكة الفرنسية القديمة، كالقاعدة
التي كانت تقضى بانتقال العرش الى اكبر الابناء الذكور ، وتلك التي تقضى
باستبعاد الاناث من وراثة العرش ، والقاعدة التي تفرض اتخاذ اجراءات
القداسة والرسامة للأبن الأكبر اثناء حياة والده .

ويخلص فالين الى انه يؤيد نظرية جيني في العرف تأييدا كاملا ، ويرى
أن جيني قد التزم المنطق العلمي السليم في عرضه لنظريته ، وانه لم يكن متأثرا
في دراسته بفكرة مسبقة نحو تضيق مجال العرف اي توسعته خلافا لما تصور
لامبير . ولم يقف فالين عند تفنيد آراء لامبير ويكتف ببقائها ، وانما استطرد

باحثا فيما اذا كان القضاء يمكن أن يعتبر صورة خاصة من صور القواعد العرفية ومصدرا من مصادر تلك القاعدة ، ويرى فالين أن هذا البحث يقتضى تعقب المسيرة التى تمر بها القاعدة القضائية فى تكوينها ، وبيان ما اذا كانت القاعدة القضائية تطابق مسيرة القاعدة العرفية . وبعبارة اخرى بيان مدى توافر الركن المادى والركن المعنوى فى القاعدة القضائية . وفى هذا الصدد يلاحظ فالين أن الاحكام القضائية لا يتحقق لها الاستقرار على حل معين بالنسبة لمشكلة من المشاكل الا بعد فترة من التردد والمقاومة من جانب بعض المحاكم الدنيا تتمثل فى اعتناقها حولا متعارضة ، ويظل هذا الموضع قائما الى أن يلتئم شمل القضاء بحكم او عدد من الاحكام تصدرها المحكمة العليا .

واستقرار احكام المحاكم الدنيا على تطبيق قاعدة معينة يمكن أن يشكل العنصر المادى للقاعدة العرفية ، ويبقى بيان مدى توافر العنصر المعنوى بالنسبة لتلك الاحكام . وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد من الوقوف على الاسباب التى تدفع قضاة المحاكم الدنيا الى احترام القواعد التى تقررها المحاكم العليا ، فاذا ما تبين أن هذا الاحترام مبعثه الاعتقاد بأن احكام المحكمة العليا ملزمة وضرورية ، امكن القول بتوافر الركن المعنوى للقاعدة العرفية وبذلك تصبح القواعد القضائية صورة من صور القواعد العرفية .

ويستطرد فالين موضحا انه فى ظل النظم التى لا تجعل لاحكام المحكمة العليا قوة ملزمة يصعب تحديد وحصر الاسباب التى تدفع القاضى الى اتباع احكام المحكمة العليا ، فقد يكون ذلك راجعا الى قناعة القاضى بسلامة مسلك المحكمة العليا ، وقد يكون - وهو الفرض الغالب - راجعا الى اعتقاد القاضى بعدم جدوى الخروج على احكام المحكمة العليا ، طالما أن المحكوم عليه يستطيع ان يطعن امامها فى الحكم فتتقضى بالغاء ، وتعمل قضاءها السابق ، وتصبح النتيجة هى اطالة أمد الخصومة وزيادة كلفتها دون مقتض . فضلا عن أن سمعة قضاة المحاكم الدنيا غالبا ما تتأذى بتوالى الغاء ونقض احكامهم .

فحرص المحاكم الدنيا على اتباع الحلول التى تقررها المحكمة العليا

يرجع الى التزامهم قانونا بتلك الحلول ، او اعتقادهم بضرورتها وبأنها أسلم الحلول وأكثرها عدالة ، وانما يرجع في حقيقة الامر الى اسباب واقعية ، والى تقدير هؤلاء القضاة انه لا أمل في ان تحيد المحكمة العليا عن موقفها أو تغير منه .

وبذلك فانه وان توافر للسوابق القضائية الصادرة من المحاكم الدنيا الركن المادى للقاعدة العرفية ، الا انه يظل ينقصها الركن المعنوى وهو الاحساس بالزامية القاعدة وضرورتها .

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لاحكام المحكمة العليا ، اذ تعتمد تلك المحكمة في غالب الامر الى اتباع الحلول التى تقررها في قضائها السابق وتحرص على عدم الخروج عليها أو مخالفتها ، وذلك تقديرا منها أن تلك الحلول هي أسلم الحلول وأكثرها عدالة وملاءمة ، وانه ليس ثمة موجب للعدول عنها ، وهذا الاعتقاد يشكل في ذاته الركن المعنوى للقاعدة العرفية ، ويبقى بعد ذلك البحث عن مدى توافر الركن المعنوى بالنسبة لتلك الاحكام . وبيانا لهذه المسألة يشير فالين الى انه من المستقر عليه أن العادة التى تشكل الركن المادى للقاعدة العرفية لا بد وأن يتحقق لها الدوام والاستقرار ، أى لا بد وأن يتكرر العمل بها لفترة من الزمن تطول أو تقصر بحسب الاحوال ، فالعرف لا ينشأ من عمل واحد كما يقولون *une fois n'est pas coutume* وبعبارة أخرى فان سابقة قضائية واحدة لا يمكن أن تكون عرفا . أما قضاء المحكمة العليا فكثيرا ما يكفى للتعبير عنه حكم واحد تصدره المحكمة يتحدد به موقفها بالنسبة لمشكلة هامة أو مستحدثة . وفي احكام القضاء العديد من الامثلة على تلك الاحكام التى اصطلح على تسميتها بأحكام المبادئ ، ويحتفظ أى حكم منها بأهميته وقوته وان ظل وحيدا لفترة طويلة من الزمن ، وتبدى المحكمة حرصها الدائم على مراعاته واحترامه .

وبذلك يتضح أن تكوين القواعد القضائية بمقتضى احكام المحكمة العليا لا يتوافر بشأنه الركن المادى للعرف الذى يستلزم تكرار السوابق القضائية .

فالقاعدة القضائية سواء كانت مستخلصة من السوابق المتكررة للمحاكم الدنيا او كانت مقررة بمقتضى حكم من احكام المحكمة العليا، ينقصها دائما أحد العنصرين الاساسيين للقاعدة العرفية، ففي الفرض الاول ينقصها العنصر المعنوى ، وفي الفرض الثانى ينقصها العنصر المادى (١) .

ويختتم فالين بحثه بالقول بأن القضاء يشكل طريقا خاصا لتكوين القاعدة القانونية مستقلا بذاته عن العرف ، ومتميزا عنه .

ونعرض فيما يلى لنظرية فالين فى بيان اساس الالتزام فى القاعدة القضائية:

(١) راجع ايضا فى أن العرف يفترض تعدد وتكرار التصرف وان حكما واحدا لمحكمة النقض قد يكفى لارساء القاعدة القضائية - كاربونيه المرجع السابق ص ١١٦ ومورى المرجع السابق ص ٤٠ واسمان المرجع السابق ص ٢٠ . وفراجستاس المرجع السابق ص ١٥٠ . وقد اوضح فراجستاس ان تكرار التصرف لايكفى بذاته للقول بقيام القاعدة العرفية ، بل لابد وان يتوافر الاعتقاد والاحساس بعدالة تلك القاعدة وضرورتها ، وليس بشرط ان يسود هذا الاعتقاد لدى كل افراد المجتمع ، وانما يكفى تحققه فى محيط الفئة التى تعنيها القاعدة وتهمها .

وبذلك فانه لى تتوافر للقاعدة القضائية اركان القاعدة العرفية لابد وان يتوافر تطبيقها من جانب المحاكم بما يحقق لها الركن المعنوى ، وان تستجيب تلك القاعدة لاحاسيس الشعب وتتفق ومشاعره ، حتى يتحقق لها الركن المعنوى .

ويرى فراجستاس انه وان شاع الاعتقاد فى بعض العصور القديمة ان القضاة اصحاب حق فى التعبير عن مشاعر الشعب واحاسيسه القانونية ، الا ان هذا الاعتقاد يقوم على مجرد افتراض نظرى بحث يتعارض مع الواقع ويتنافى ومبادئ الديمقراطية . فالشعب لم يمنع القضاة اى صفة تخولهم تمثيله فى صنع القواعد القانونية ، ووظيفة القضاء فى نظر الشعب هى تطبيق القانون وليس صنعه ، وما يصدق على الشعب كله يصدق ايضا على فئاته المعنية بالقواعد القضائية ، فالقضاة لايعبرون عن ارادة التجار او الصناع او العمال ولا يمثلونهم فى صنع القواعد القانونية . ويخلص فراجستاس من ذلك الى انه لايمكن تبرير القوة الخلاقة للقواعد القضائية استنادا الى فكرة العرف والقول بأن القضاة يمثلون ضمير الشعب او فئاته المعنية ويعبرون عنه ، فالاحكام القضائية لاتعبر فى حقيقة الامر الا عن افكار ومشاعر القضاة فحسب .

المبحث الثاني

نظرية فالين في تقبل المشرع للقاعدة القضائية

اولا - عرض النظرية :

عرض فالين هذه النظرية في مقاله المنشور في مجموعة الدراسات المهداة الى العلامة جورج سل (١) . فبعد أن اثبت فالين في هذا المقال وجود العديد من القواعد القانونية التي انشأها القضاء وارساها سواء في مجال القانون المدني أو في مجال القانون الاداري، تساءل عن كيفية التوفيق بين هذه الظاهرة وبين نص المادة الخامسة من القانون المدني التي تحرم على القضاء اصدار الاحكام الملائحية والمادة ١٢٥١ التي تقرر مبدأ الحجية النسبية للاحكام القضائية .

يجيب فالين على ذلك موضحا ان كلا من المشرع والقاضي لا يعيش في عالم مستقل ومنعزل ، وانما يضمهم مجتمع واحد ، حيث تنشر الاحكام وتتاح للمشرع فرصة العلم بها ، وتزداد احتمالات علم المشرع بالحكم اذا كان من أحكام المبادئ ، ان غالبا ما يعكس هذا الحكم اثرا بالنسبة لكل من يتوقع تطبيق المبدأ الذي قرره على حالته في المستقبل لوجوده في مركز قانوني مماثل لما فصل فيه الحكم .

وقد يتضاعف هذا الاثر ويتبلور في مطالبة جماعية للحكومة أو البرلمان بأن تصدر قانونا يضع حدا للمبدأ الذي قرره الحكم . واذا كان الحكم يمس جهة الادارة فلا شك انها تكون في وضع افضل يمكنها أن تطلب في يسر استصدار مثل هذا التشريع .

وليس في الامر شذوذ أو غرابة فهناك العديد من الامثلة على التشريعات

(١) الجزء الثاني ص ٦١٣ وما بعدها وقد سبق ان اشرنا الى هذا المقال

انتي صدرت لتقوض مبادئ قضائية لم يرض عنها المشرع .

ويرى فالين أن موقف المشرع بالنسبة للمبادئ التي تقررها جهات القضاء لا يخرج عن أحد الفروض الآتية :

١ - أن يصدر البرلمان تشريعا يقنن المبادئ التي قررها القضاء، وبذلك تتحول تلك المبادئ من مجرد قواعد قضائية الى قواعد تشريعية ، ويكون للقضاء فضل التبشير بتلك المبادئ وتحريك المشرع ودفعه الى اصدارها، وتنحصر المشكلة في بيان قيمة تلك المبادئ في المفترة ما بين اصدار الاحكام التي قررتها وتبنى المشرع لها .

ب - ان يصدر البرلمان تشريعا يهدر القاعدة القضائية ، ويجهز على محاولات تقريرها، وتبقى المشكلة الوحيدة هي بيان مدى انطباق القانون الجديد على المراكز التي تكونت قبل صدوره ، وتحل تلك المشكلة في ضوء تكييف القضاء للقانون الجديد وتحديث ما اذا كان يتضمن تفسيراً لنصوص قائمة أو تقريراً لقواعد مستحدثة .

ج - ان يقدم الى البرلمان مشروع يدين القاعدة القضائية ، فيرفض البرلمان هذا المشروع ، ويرى فالين في هذا الموقف تعبيراً عن قبول المشرع بالقاعدة ورضائه بها ، اذ ان الامر في رأيه لا يحتمل اكثر من معنيين ، فاما أن يكون المشرع قد قدر سلامة التفسير الذي قال به القضاء ، ورأى انه لا معقب عليه ، واما انه مع تقديره خطأ هذا التفسير وتعارضه مع نية واضع النص يرى فيه استجابة لرغبة كامنة لديه في تعديل التشريع القائم ، وتحقيقاً لاصلاح تشريعي يقدر ضرورته ومناسبته ، مما يدفعه الى مباركة تفسير القضاء وتزكيته ، ورفض المشروع المقدم لادانته .

د - الا يتخذ المشرع أي موقف ايجابي بالنسبة للقاعدة القضائية . وهذا هو الفرض الغالب ، ويرى فالين أن التفسير الوحيد لهذا الموقف السلبي من المشرع هو انه لا يرى غضاضة في مسلك القضاء ، أي انه يوافق ضمناً على القاعدة القضائية . فالمشرع يعلم بالقاعدة القضائية ، ويملك

اهدارها ، ومع ذلك لا يحرك ساكننا ، الامر الذى يؤكد رضاه بها
وقبوله لها .

وفى الفرضين الاول والثانى ليس هناك مجال للحديث عن انشاء القضاء
للقواعد القانونية ، أما فى الفرضين الثالث والرابع فثمة قبول ضمنى من
المشرع بالقاعدة القضائية ، مع ملاحظة أن هذا القبول ليس من شأنه أن يحول
القاعدة القضائية الى قاعدة تشريعية ، وانما تظل تلك القاعدة ذات قيمة
قضائية بحتة .

ثانيا - نقد النظرية :

أخذ مورى على نظرية فالين انها تقوم على افتراضين خاطئين ، الاول هو
علم الحكومة أو البرلمان باتجاهات القضاء ، والثانى هو ان سكوت المشرع
يعنى رضاه بالقاعدة القضائية . ويتساءل مورى كم من اعضاء البرلمان يعلم
باتجاهات القضاء بالنسبة لنظرية الاثراء بلا سبب (١) ؟ وبغرض تحقق هذا
العلم فى حالات استثنائية ، فان عدم اتخاذ المشرع موقفا ايجابيا حيال القاعدة
لا يعنى اقراره لها كما افترض فالين ، فالانسان لا يرتضى كل ما يسكت عليه
وكل ما يلزم الصمت حياله . ويصدق هذا القول بصفة خاصة على الهيئات
البرلمانية حيث يصعب فى كثير من الاحيان تكوين الارادة الجماعية ، وبذلك
يتضح أن فكرة القبول المضمنى بالقاعدة هى فكرة مجازية لا تتفق مع
الواقع (٢) .

(١) راجع فى هذا النقد ايضا بولانجيه حيث يقول :

“Une Approbation ne peut resulter de l'ignorance” مقال سالف الذكر ص ٢٨

(٢) راجع فى ذلك مقاله سالف الذكر المنشور فى مجموعة الدراسات المهداه الى جورج

ريبير ص ٣٧ وما بعدها ، وراجع ايضا فى نقد نظرية فالين مؤلف جورج ريبير القوى

الخلاقة حيث يقول ان القاعدة القانونية لا يمكن ان تصدر عن ارادة غير صريحة من جانب

المشرع او تنسب اليها - ص ٣٨٢ ، ردى بيرو فى مقاله سالف الاشارة المنشور فى مجموعة

مورى ص ٣٥٥ ومارنى ورينو فى مؤلفيهما فى القانون المدنى ص ٢٠٥ . وبولانجيه فى

مقاله سالف الذكر ص ٢٨

ويضيف موري أن نظرية فالين تنطوي أيضا على قدر من التناقض، ذلك أن تقبل المشرع للقاعدة القضائية يفترض وجود هذه القاعدة وقيامها، فالتقبل لا يرد على أمر غير موجود، وبعبارة أخرى يفترض هذا التقبل وجود نوع من التفويض للقضاء في صنع القواعد القانونية، هذا التفويض بدوره يجعل فكرة التقبل غير ذات موضوع (١)، (٢) •

(١) ويخلص موري من ذلك قائلا :

“Cette réception suppose pour que ne soit pas attribué à la jurisprudence valeur de droit légal, qu'un pouvoir normatif propre soit reconnu à la première, elle ramène à une idée de délégation qui la rend sans object.” op. cit. p. 39.

(٢) راجع في نقد فكرة التفويض التي يستخلصها البعض من نظرية فالين - مطر بلانيول - المرجع السابق - ص ١٠٩ رقم ٢٤٢ ، وفرجستاس المرجع السابق ص ١٤٩ حيث أوضح أنه إذا كان مبدأ فصل السلطات منصوصا عليه في الدستور فإن تفويض المشرع للقضاء في صنع القواعد القانونية لا بد وأن يكون منصوصا عليه في الدستور أيضا ، ومن ناحية أخرى فإنه يفرض إمكان تفويض السلطة القضائية في صنع القواعد القانونية بمقتضى قانون عادي قياسا على تفويض السلطة التنفيذية ، فإنه من المبادئ الدستورية المقررة أن التفويض في السلطة لا يمكن أن يكون مطلقا وعاما ، وإنما لا بد وأن يرد على موضوعات محددة ، وبذلك لا يملك المشرع بأي حال من الأحوال أن يفوض القضاء تفويضا عاما في وضع القواعد القانونية .

المبحث الثالث

نظرية موري وعنصر السلطة والقبول

في القاعدة القضائية

بعد أن وجه موري النقد الى نظرية فالين ، حاول عرض نظرية جديدة في بيان اساس القوة الملزمة للقاعدة القضائية ، موضحا أن تلك القوة تتحقق نتيجة اجتماع عنصرين ، قرار صادر من السلطة وقبول من اصحاب الشأن بهذا القرار " Le Consensus des intéressés " (١) .

وبالنسبة للعنصر الاول يقرر موري أن مفهوم السلطة لا يعنى في تقديره وجود عضو يخوله القانون اختصاصا محددًا يتصرف في نطاقه ، وانما المقصود به وجود سلطة اجتماعية ، سلطة قائمة بالفعل لها وزنها وكيانها في المجتمع . وينطبق هذا الوصف على القاضي ، فهو من جهة يشغل وظيفة تسند اليه بمقتضى القانون ويخضع في مباشرته لها لقواعد محددة ، وهو من ناحية أخرى وبحكم شغله لتلك الوظيفة ، وبمناسبة مباشرته لاختصاصها ، يتمتع بسلطة ذاتية تمكنه في بعض الاحيان من تجاوز نطاق اختصاصه المحدد (٢) . وفي جميع الاحوال ينطبق على القرار الصادر من القاضي وصف القرار الصادر من سلطة اجتماعية ، الا أن مثل هذا القرار لا يكتسب قوته الا اذا اضيف اليه عنصر آخر هو قبول اصحاب الشأن به ، وليس المقصود باصحاب الشأن هو جمهور الافراد ، وانما يقصد به القضاة انفسهم باعتبارهم ممثلين

(١) راجع في عرض هذه النظرية مقاله المنشور في مجموعة الدراسات المهداة الى ريبير ص ٤٢ وما بعدها .

(٢) لم يفصح موري عما يقصده بخروج القاضي عن حدود ولايته ، الا انه من سياق الموضوع يفهم منه انه يعنى بذلك قيام القاضي بصنع القواعد القانونية متجاوزا حدود ولايته الاصلية في تطبيق القانون القائم .

لهذا الجمهور ، الذى يخضع بالضرورة وحكم الواقع لما يقدرونه ويقررونه .
وفى غالب الامر يتحقق هذا القبول مباشرة وبلا عناء ، ويتم ذلك بصفة
خاصة عندما يجىء لحل القضائى تنقيحاً لتطورات سابقة تؤذن به وتهىء
الذهن لقبوله ، كما هو الشأن بالنسبة لقضاء محكمة النقض الفرنسية فى
المساواة بين المواطنين والاجانب فى التمتع بالحقوق المدنية الذى جاء متفقاً
وآراء الكثيرين من الشراح ومتمشياً مع اتجاه المشرع ذاته الذى كشف عنه فى
العديد من التشريعات .

كذلك ايضا فان القبول الفورى بالقاعدة يفسره ميل رجال القضاء الى
التسليم والرضاء بقضاء المحكمة العليا مهما كانت لديهم من اسباب تسويع
الاعتراض عليه ، ويرى مورى عدم المبالغة فى هذا القول ، فاذا كانت اغلبية
رجال القضاء والفقه ينظرون الى الاحكام والمبادئ التى تقررها المحكمة العليا
نظرة تبجيل واحترام ، الا أن ذلك لا ينفى تشييع البعض منهم للتقديم ووقوفهم
فى وجه كل مستحدث وجديد ، مما يدفعهم الى الاعتراض على تلك الاحكام ،
وعدم الامتثال لها ، وبذلك لا يتحقق لها الاستقرار الا بمشقة وعناء وبعد
مضى فترة طويلة من الزمن . ويضرب مورى امثلة من القضاء الفرنسى خرجت
فيها محاكم الاستئناف على احكام محكمة النقض ، واتخذت اتجاهها مضاداً
لها ، ويستدرك مورى قائلاً أنه وان لقيت المبادئ التى تقررها المحكمة العليا
شيئاً من المقاومة فى البداية ، الا أن الامر غالباً ما ينتهى بتقبل تلك المبادئ
واحترامها سواء طالت فترة المقاومة أم قصرت .

ويخلص مورى الى القول بأن المقصود بقبول القاعدة والموافقة عليها ان
يسود الاعتقاد بسلامتها وصحتها وينعكس اثر ذلك فى الخضوع لاحكامها
والاعتقاد بالزاميتها .

وهذا القبول وتلك الموافقة قد يختلفان يوماً من الايام او يزولان ، وذلك فرص
وارد وان كان نادراً ما يتحقق ، وهو فى تحققه يأتى نتيجة لتغير الظروف

الاجتماعية وما يصحبه من تغير المفاهيم والافكار .

ويترتب على انقضاء احد عناصر القاعدة القضائية اختفاء تلك القاعدة، وذلك ما يعبر عنه بتحول القضاء او تغيره . وتنطبق بالنسبة لهذا التحول فكرة العمل المقابل أى انه لا بد وأن يتم من قبل الجهة مصدرة القاعدة ، فاذا ما كانت القاعدة قد نشأت عن احكام المحاكم الدنيا - وذلك أمر نادر - فان في استطاعة تلك المحاكم ان تعدل عنها، أما اذا كانت القاعدة قد قررتها احكام المحكمة العليا ، فلا بد من تدخل تلك المحكمة لتغيير القاعدة أو العدول عنها .

وقد دافع كل من مارتى ورينو عن نظرية مورى باعتبارها تقدم التأصيل السليم للقوة الملزمة للمبادئ القضائية ، كما أشار اليها مطول بلانيول في معرض الحديث عما تتمتع به أحكام القضاء من قوة خاصة (١) .

ولعل الانتقاد الوحيد الذى وجه الى تلك النظرية هو ما ذكره ديبيرو من انها تؤدى بالضرورة الى ازدواجية النظام القانونى مع ما فى ذلك من مجافاة للمنطق - حسبما يرى انصار وحدة النظام القانونى - وهو ما ادركه مورى وأشار اليه فى ختام عرضه لنظريته (٢) .

(١) مارتى ورينو - المرجع السابق رقم ١٢٠ ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ ومطول القانون المدنى -

بلانيول - ريبير ، بولانجيه - ص ١٠٩ رقم ٢٤٢

(٢) وفى هذا يقرر مورى :

“Une telle thèse conduit, il est vrai à une conception pluraliste du monde de droit et celle-ci sans doute ne satisfait pas la logique, seule, elle nous semble, a tort peut-être traduire exactement la realité” op. cit. p. 50.

المبحث الرابع

نظرية روبير في الاساس الاجتماعي وعنصر السلطة

في القاعدة القضائية

اشار روبير في مؤلفه « النظرية العامة للقانون » الى رأيه في أن القضاء يعتبر مصدرا رسميا للقانون مقررا أن القواعد القضائية لها في النظام القانوني أهمية تعادل ما للقواعد التشريعية ، ويرجع ذلك الى أن القضاة وهم ملزمون بالفصل فيما يعرض عليهم من منازعات كثيرا ما لا تسعفهم النصوص التشريعية القائمة في حل تلك المنازعات مما يضطرهم الى البحث عن قاعدة تحكمها .

وثمة اتجاه ملموس لدى رجال القضاء عموما نحو اتباع واحترام الحلول التي تقررت سلفا في قضايا مماثلة . ويعزز هذا الاتجاه ويدعمه الرغبة في تحقيق نوع من الاستقرار للمتقاضين على غرار ما تحققه القواعد التشريعية .

وتسهم هذه العوامل في نشأة العديد من القواعد القضائية واستقرارها (١) وقد عاد روبير الى تأصيل هذه الفكرة في بحث له عن النظام القانوني ونظرية مصادر القانون (٢) اشار في بدايته الى ضرورة التفرقة بين النظام القانوني والنظام الاجتماعي والنظام الاخلاقي موضحا أن النظام القانوني يتكون من مجموعة القواعد الملزمة التي تفرض على الافراد من قبل السلطات العامة ، أما النظام الاجتماعي فيشمل القواعد التي تنشأ وتتكون تلقائيا في المجتمع ويحترمها الافراد بلا اكراه من جانب السلطة ، أما النظام الاخلاقي فيضم مجموعة

(١) النظرية العامة للقانون - الطبعة الثانية ص ٩ وما بعدها .

(٢) البحث منشور في مجموعة الدراسات المهداة الى جورج روبير ص ١ و قد سبقت الإشارة اليه .

القواعد المثالية التي تعبر عن أفضل ما يمكن أن تكون عليه علاقات الافراد فيما بينهم .

واستطرد روبير قائلا ان واضعى النظام القانونى لا يكتفون بتسجيل ما هو قائم فى علاقات الافراد ، اى بتقنين قواعد النظام الاجتماعى ، وانما يحاولون الوصول بالنظام القانونى الى اسمى وضع له ، والاقتراب به قدر المستطاع من النظام الاخلاقى . الا انه مما يحول دون التطابق بين القواعد القانونية والقواعد الخلقية ، ان الاخلاق مسألة تتعلق اساسا بالفرد وتستهدف بلوغه درجة الكمال والمثالية . بخلاف القانون الذى ينصرف الى المجتمع ويسعى لتنظيم علاقات الافراد فيما بينهم ، ولا يمكن للقانون تجاوز الواقع او تجاهله ومحاولة الوصول بتلك العلاقات الى المستوى المثالى الذى تسعى اليه القواعد الخلقية ، فالقواعد الخلقية تصلح لتحقيق كمال الفرد اكثر مما تصلح لتسيير علاقات الجماعة .

لذلك نجد القانون يمثل مركزا وسطا بين الواقع والمثال ، بين ما هو كائن وما ينبغى أن يكون .

ويرى روبير ان القواعد المستمدة من المصادر الرسمية للقانون وهى التشريع والقضاء قواعد مقررة سلفا وتتصف بالثبات والاستقرار ، بينما المجتمع يتطور تطورا سريعا مما يقتضى وجود معين تستقى منه القواعد التى توائم هذا المتطور وتواكبه ، هذا المعين هو ما يسمى بالمصادر غير الرسمية . ولتلك المصادر غير الرسمية أهمية كبيرة ان هى تمثل الصورة الاولى لقواعد النظام القانونى قبل أن تتدخل السلطة العامة وتضفى عليها صفة القواعد الرسمية . فكل القواعد الرسمية كانت فى الاصل غير رسمية . والمصادر غير الرسمية على نوعين : النوع الاول قواعد تستند الى التجربة والخبرة ، وتتمثل فى القواعد التى يسير عليها الافراد تلقائيا فى الواقع العملى ، كتلك التى يعمد رجال الاعمال والموثقون وشركات التأمين والناشرون الى ادراجها فى العقود التى يبرمونها .

وعن هذا الطريق تنشأ وتتكون القواعد المستحدثة التي تنتهي لحكم علاقات الافراد ، وتنشأ هذه القواعد دون أى تفويض من جانب السلطة، وانما هى تستند فقط الى ما تفرضه الخبرة والتجربة .

والنوع الثانى من القواعد التي تتكون منها المصادر غير الرسمية، تستند الى اعتبارات المنطق والعقل ، وهذه القواعد يصوغها رجال الفقه وتصورها وتبلورها اقلام شراح القانون ، الذين يسعون دائما الى تحقيق المثل الاعلى للعدل ، ويحاولون عن طريق البحث المجرد استخلاص مجموعة من القواعد والاصول القانونية العامة ، كثيرا ما يتم التمسك بها امام القضاء .

ويقتصر عمل السلطات العامة - المشرع والقضاء - وهى فى سبيل بناء النظام القانونى على البحث فى المصادر غير الرسمية عن افضل القواعد واكثرها صلاحية لتضفى عليها عنصر الجزاء وترفعها الى مصاف القواعد الرسمية ، وقد تستمد القاعدة من المصدر المستند الى الخبرة وما يجرى فى الواقع والعمل، وقد تستمد من المصدر المستند الى العقل والمنطق ، أى من آراء الشراح وهى تجنح دائما نحو المثالية وتحاول الاقتراب منها ، مما يتضح معه أن النظام القانونى فى نشأته وتطوره يتخذ دائما موقفا وسطا بين القواعد الاجتماعية التي تصور الواقع والقواعد الخلقية التي ترنو الى المثال .

ويتساءل روبير عن اساس ما للقواعد القضائية من قوة ملزمة موحدا فى اجابته ان تلك القواعد تستند اساسا الى الخبرة وتستمد من واقع الحياة الاجتماعية ، كما هو الشأن بالنسبة للقواعد العرفية القديمة ، مما دفع البعض الى القول بأن تلك القواعد تعتبر نوعا من القواعد العرفية ، تنشأ نتيجة اضطراد وسلوك المحاكم مسلكا متماثلا ازاء مشكلة معينة، وكل ما بين القاعدة القضائية والقاعدة العرفية من فوارق يتمثل فى أن ركن العادة فى القاعدة القضائية يصدر من طبقة خاصة فى المجتمع هى طبقة القضاء ، مما يصل على تكوينها طابعا علميا ويصبغها بصبغة فنية خاصة .

ويعترض روبير على هذا التفسير مقررًا انه لا يوضع فى الاعتبار ~~الحد~~

الهام الذي تقوم به محكمة النقض ودوائرها المجتمعة في ارساء القواعد القضائية ، وكيف أن كثيرا من تلك القواعد لا ينطبق عليه وصف القواعد العرفية .

ويخلص روبير الى أن القواعد القضائية لا تستمد قوتها من كونها مستقاة أصلا من واقع الحياة الاجتماعية ومن مقتضيات التجربة والخبرة ، على ما سلف البيان ، وانما تستند قوتها بصفة اساسية من صدورها عن سلطة من السلطات العامة التي تملك فرضها وتقرير جزاء عليها وهي السلطة القضائية .

تلك هي أهم النظريات التي قال بها رجال الفقه في فرنسا لتأصيل القواعد القضائية وبيان أساس الالتزام فيها ، والى جوار تلك النظريات الاساسية ثمة آراء متفرقة تؤكد القوة الملزمة للمبادئ القضائية وتعترف بالقضاء كمصدر رسمي للقاعدة القضائية نرى استكمالا للبحث أن نشر اليها جملة في البحث التالي :

المبحث الخامس

آراء متفرقة

أولا - رأى هنرى وليون وجان مازو (١) :

يقرر هؤلاء الشراح أن القضاء أصبح يشكل في فرنسا مصدرا اساسيا من مصادر القانون ، ويرجع ذلك الى اسباب متعددة منها ان المادة الرابعة من القانون المدني تنص على أن القاضي الذي يمتنع عن الفصل في الدعوى بحجة سكوت أو غموض أو عدم كفاية التشريع يكون عرضة للمحاكمة ، فاذا ما رفعت الى القاضي منازعة لم يقف على نص تشريعي يحكمها أو كان النص

“Leçons de droit civil T. I. P. 124.

(١)

غامضا ، فان ذلك لا يعفيه من الالتزام بالفصل فيها ويتعين عليه البحث عن قاعدة تحكم المنازعة ، وغالبا ما يعتمد القاضى الى البحث فى السوابق القضائية ليتعرف على موقف القضاء بالنسبة للمنازعات المماثلة ، ويستخلص القواعد التى طبقت فى شأنها ، ويعمل حكمها على النزاع المعروض عليه ، وبذلك تنشأ القواعد القضائية وتستقر وتكتسب طابع العمومية .

ومن ناحية أخرى يسهم نظام الطعن فى الاحكام فى استقرار القواعد القضائية . فاذا كانت القاعدة صادرة من محاكم الاستئناف، فانها غالبا ما تكون محل احترام محاكم الدرجة الاولى ، ذلك أنه اذا ما خرجت تلك المحاكم على هذه القواعد وخالفتها ، أمكن التوصل الى الغاء احكامها واعمال حكم القاعدة عن طريق الطعن بالاستئناف . وكذلك الشأن بالنسبة للمبادئ التى تقررها محكمة النقض ، اذ تحرص كل المحاكم على اتباعها حتى لا تتعرض احكامها للنقض .

وقد يرد على ذلك بأن المحاكم عموما بما فيها محكمة النقض قد تعدل عن رأيها وتتحول عن قضائها ، الا أن هذا القول يدحضه ان تحول القضاء أمر نادر ، وهو ان تحقق فانما يتم نتيجة تغير الظروف التى تقرر فى ظلها المبادئ السابقة ، ومن ناحية أخرى فان تغير القضاء لا يصلح بذاته مسببا يحول دون اعتباره مصدرا من مصادر القانون، ذلك ان التشريع ذاته كثير ما يمتد اليه يد المشرع بالتغيير والتبديل ، ولم يقل أحد ان التشريع لا يعتبر لهذا السبب مصدرا من مصادر القانون .

كذلك فانه مما يسهم فى نشأة القواعد القضائية صعوبة مواجهة التشريع لكل المشاكل العملية التى تعرض على القضاء ، ويظهر ذلك بصفة خاصة بالنسبة للقانون المدنى الذى اصبحت نصوصه لا تلائم التطورات والظروف المستحدثة مما أدى بالقضاء الى محاولة تفسير هذه النصوص تفسيراً واسمعيّاً وخلاقاً مكنه من بناء الكثير من القواعد وخاصة فى مجال المسؤولية عن الاشياء والتعسف فى استعمال السلطة ، والاثراء بلا سبب ، وحماية اموال الحرة المنقولة .

وأخيرا فإن المشرع كثيرا ما يتبنى الحلول القضائية ويقننها وبذلك تتحول القاعدة القضائية الى نصوص تشريعية، مما يشجع القضاء على الخلق ويزكي جهوده في الانشاء والابتكار .

ثانيا - رأى بولانجيه (١) :

يقرر بولانجيه أن الحكم القضائي لا يقف اثره عند تصفية النزاع الذى صدر بشأنه الحكم ، وانما تمتد آثار الحكم وانعكاساته خارج هذا النطاق الضيق ، اذ كثيرا ما يتخلف عن الحكم القضائي انطباع فى نفوس رجال القانون بأنه يمثل التعبير عن رأى القضاء واتجاهه بالنسبة للمشاكل التى أثارته المنازعة التى فصل فيها ، وانه اذا ما عرضت مثل تلك المشاكل على القضاء مرة أخرى فسوف يطبق بشأنها ذات الحل الذى افصح عنه فى قضائه ، ويزيد هذا الاحساس بالنسبة لاحكام المبادئ التى يظهر فيها الجهد العلمى والفكرى للقاضى ، فمثل تلك الاحكام تسهم فى اضافة عناصر جديدة الى النظام القانونى القائم .

وضرب بولانجيه مثلا لذلك بدعاوى المسؤولية التى يثور بشأنها البحث حول تحديد معنى الخطأ وما اذا كان ينطبق على المواقف السلبية البحتة أم انه يتطلب عملا ايجابيا ، او تحديد نطاق الضرر الذى يشمل التعويض ، وما اذا كان يقتصر على الاضرار المادية أم انه يمتد ليشمل الاضرار الادبية . فلا شك فى أن ما يقرره الحكم القضائي بالنسبة لتلك المسائل الدقيقة والهامة يكون له اثره على الاحكام التى تتعرض لها مستقبلا .

وتسهم الاحكام القضائية فى اثراء النظام القانونى ، اذ يندمج التفسير الذى تقرره بالنص التشريعى ويلتحم به ويصبح جزءا لا يتجزأ منه ، ويظهر النص مقترنا دائما بالتفسير القضائي له . وبذلك يستقر فى اذهان الجميع أن

(١) راجع فى ذلك مقاله المنشور فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سالف الذكر ص ٤١٩ ،

وما بعدها .

٨٤
النظام القانوني لا يقتصر على النصوص التشريعية ، وإنما يتضمن الى جوار ذلك - وبنفس الاهمية - التفسير الذي يعطيه القضاء لتلك النصوص .

ويستشهد بولانجيه على صحة هذا القول بما هو مقرر الآن وسأند في القانون الفرنسي من أن نظام المسؤولية المدنية تحكمه نصوص القانون المدني مفسرة ومكملة بالقواعد التي قررها القضاء في هذا الشأن .

ويشبه بولانجيه الجهد الجماعي الذي يسهم به القضاء الى جوار التشريع في بناء النظام القانوني بالاعمال المعمارية الضخمة التي تتم اقامتها بالجهد المشترك للعمال تحت اشراف المهندس الذي يقوم بوضع هيكلها وتصميماتها الاولى .

ثالثا - رأى ديبيرو :

بعد أن أوضح ديبيرو عدم امكان التسليم بالافكار التي قال بها كل من فالين ومورى في تأصيل القواعد القضائية ، أشار الى انه وإن كانت جميع الآراء التي قال بها المشرح لا تسلم في مجموعها من النقد ، إلا أن ذلك لا ينفى حقيقة واضحة تفرض نفسها ، وهي أن القاعدة القضائية قائمة وموجودة ومحاولة لانكارها لا تتفق والواقع الملموس (١) .

وكما ينبغي أن تكون النظرة الى وجود القاعدة القضائية متسمة بالواقعية يتعين أيضا أن يكون تقدير وتبرير ما لها من قوة ملزمة قائما على الوقائع ومستندا الى الحقائق القائمة .

ويكشف الواقع عن أن قوة القاعدة القضائية تقترب الى حد كبير من قوة القاعدة التشريعية ، ويرجع ذلك الى أن القاعدة القضائية تستعير وتعمد قوتها من القاعدة التشريعية . وتصدق تلك الملاحظة بوجه خاص بالنسبة للقواعد المدنية ، إذ أن المحاكم المدنية لا تفصح اطلاقا عن أن القاعدة القضائية حاجات

(١) راجع في عرض هذا الرأى مقاله سالف الذكر المنشور في مجموعة مورى ص ٢٧ وما بعدها .

من صنعها ، وانما تظهرها دائما على أنها مجرد تفسير للقواعد التشريعية القائمة ، ونتيجة هذا التصوير تتخذ القاعدة القضائية مظهر وقوة المساعدة التشريعية .

ويظهر اثر ذلك واضحا بالنسبة للمتقاضين، ان تنزل القاعدة القضائية لديهم منزلة القاعدة التشريعية ، ولا يقتصر الامر في تصورهم على مجرد قيام تشابه بين هذين النوعين من القواعد وانما يصل الى حد الخلط الكامل وعدم اقامة أى تفرقة أو تمييز بينهما .

اما عن قوة القاعدة القضائية في مواجهة المحاكم المختلفة فيشير ديبيرو الى ما ذهب اليه البعض من أن القاعدة القضائية لا تلزم ولا تقيد القضاة ، فهم صانعو القاعدة ويملكون تبعاً لذلك العدول عنها ، ويرى ديبيرو أن هذا القول لا يتفق وما يشهد به الواقع من أنه عندما تتدخل المحكمة العليا وتقرر مبدأ معيناً ، فان حرية المحاكم الدنيا ازاء هذا المبدأ تصبح مقيدة الى حد بعيد ، ان يندر أن نصادف قضاء للمحاكم الدنيا يخرج على المبادئ التي تقرها المحكمة العليا أو يناقضها ، مما يمكن معه القول بأن القاعدة القضائية تتمتع في مواجهة المحاكم بقوة مماثلة لتلك التي تتمتع بها في مواجهة الافراد .

ويستطرد ديبيرو قائلاً انه بالاضافة الى ان القاعدة تستعير قوتها من القاعدة التشريعية ، فانها تستعير منها مادتها وموضوعها ، ان انها تتناول علاقات ومراكز قانونية من نوع ما يتناوله المشرع بالتنظيم ، فما يصلح مادة للقاعدة القضائية يصلح ان يكون مجالاً للتشريع .

ويظهر التماثل بين القواعد التشريعية والقواعد القضائية في تنوع وتعدد الموضوعات التي تتناولها كل منهما ، ويشير ديبيرو الى ما ذكره بلانيول من أن مجموعات احكام محكمة النقض تحوى من المبادئ والقواعد اكثر مما هو منصوص عليه في المجموعات القانونية المختلفة .

وأخيراً تتماثل القاعدة القضائية مع القاعدة التشريعية في عموميتها، وتلك

الحقيقة هي وحدها التي تجعل القاعدة القضائية صالحة لان تكون قاعدة قانونية .

وتتضح تلك الحقيقة اذا ما راعينا انه لا مجال للحديث عن القاعدة القضائية ما لم تكن المراكز القانونية التي تقررت بشأنها تلك القاعدة قابلة لان تتكرر مستقبلا ويطرد عرضها أمام القضاء وتطبق عليها ذات القاعدة، فعمومية القاعدة القضائية تستمد من عمومية المراكز التي تقررت بشأنها تلك القاعدة .

الفصل الثالث

رأينا الخاص في الموضوع

نبادر بالقول باننا من انصار الرأي القائل بضرورة الاعتراف بالقضاء كمصدر رسمي للقواعد القانونية يلي التشريع في الاهمية والمكانة، وللتدليل على سلامة هذا الرأي - في تصورنا - نبدأ بالرد على الحجج التي يستند اليها الشراح المعارضون لهذا الرأي ، ثم نعرض الاسباب التي تدفعنا الى اقراره .

المبحث الأول

في الرد على الفقه المعارض لاعتبار

القضاء مصدرا رسميا للقانون

اشرنا في الفصل الاول من هذا الباب الى الحجج التي يستند اليها الشراح في القول بأن القضاء لا يعتبر من المصادر الرسمية للقانون، وأوضحنا أن أهم تلك الحجج وأولها هو ما يقضى به مبدأ فصل السلطات من ضرورة قصر وظيفة القضاء على الفصل في المنازعات التي تنشأ داخل المجتمع ، وعدم تجاوز حدود تلك السلطة والقيام بانشاء القواعد القانونية ، لما يحمله ذلك من عدوان على الاختصاص الاصيل للسلطة التشريعية ، ورأينا كيف حاول بعض الشراح الرد على هذه الحجة بالقول بأن مبدأ فصل السلطات لم يعد مبدأ مطلقا من كل قيد، وأنه قد فقد حدته التي كان يتصف بها في اعقاب الثورة

الفرنسية ، وخضع بمرور الزمن للعديد من الاستثناءات والقيود التي لم يكن يتقبلها إطلاقاً في بادئ نشأته .

ونضيف من جانبنا أن مبدأ فصل السلطات لم يعد فحسب يتقبل الاستثناء عليه ، بل إنه في حقيقة الأمر قد تعرض لهزات عنيفة كادت تذهب بمعالمه الأولى وحدوده الأساسية .

وقد حدث ذلك في فرنسا بمقتضى دستور سنة ١٩٥٨ الذى حدد في المادة ٣٤ منه مجالاً معيناً للقانون ، وموضوعات خاصة يقتصر عليها ، ونص المادة ٣٧ على أن كل ما عدا ذلك من موضوعات تتولى السلطة التنفيذية تنظيمها عن طريق اللوائح . أى أن السلطة التشريعية لم تعد هي صاحبة الولاية الأصلية في إصدار القواعد القانونية الملزمة وإنما أصبحت تلك الولاية معقودة أصلاً للسلطة التنفيذية .

وإزاء هذا التحول الهام لا يجوز القول بأن الاعتراف بالقضاء كمصدر رسمي للقانون من شأنه المساس أو الاعتداء على الولاية الطبيعية للسلطة التشريعية في صنع القواعد الملزمة .

وقد يرد على ذلك بأنه وإن كان دستور سنة ١٩٥٨ قد هز الحدود التقليدية لمبدأ فصل السلطات ، وقضى على احتكار السلطة التشريعية لولاية إصدار القواعد الملزمة ، إلا أنه لم يتضمن أى مساس بنص المادة الخامسة من القانون المدنى ، فلا يزال هذا النص قائماً يحول بين المحاكم ، وبين إصدار الأحكام اللائحية .

وفي تقديرنا أن نص المادة الخامسة من القانون المدنى لا يصلح كسبب كسند للقول بأن القضاء لا يعتبر مصدراً رسمياً للقانون ، فكل ما كان يعارض المشرع بهذه المادة هو وضع حد لما كانت تسير عليه المحاكم في العهد القانوني من إصدار الأحكام اللائحية ، وخلق بين إصدار تلك الأحكام التي تعصدقها المحاكم إلى وضع القواعد العامة الملزمة ، وبين نشأة القواعد القانونية التي تستقر الأحكام القضائية وتواترها ، كما أشار إلى ذلك الكثير من المشرحين

ومن ناحية أخرى وبفرض التسليم بما يذهب اليه البعض من أن المشرع يهدف بهذا النص الى منع السلطة القضائية من انشاء القواعد القانونية بأى صورة كانت ، فهل يصلح هذا النص لتحقيق تلك الغاية ؟ وهل فى احترام القضاء له ما يحول دون نشأة القواعد القضائية ؟

الواقع انه منذ صدور هذا النص والمحاكم الفرنسية حريصة كل الحرص على الالتزام به ، اذ تقتصر احكامها على الفصل فيما يعرض عليها من منازعات ، ولا تتصدى اطلاقا لوضع نصوص لائحية أو قواعد عامة ، ورغم كل ذلك تنشأ القواعد القضائية وتستقر وتفرض احترامها على الجميع مما يؤكد أن نشأة تلك القواعد امر لا تمليه المحاكم أو تفرضه أو تعتمد اليه حتى يمكن لنص تشريعى أن يحول بينها وبينه ، وانما هو يتحقق تلقائيا وبقوة الاشياء وليس فى مقدور المشرع أن يمنعه أو يوقفه .

هذا عن الوضع فى فرنسا ، أما عن الوضع فى مصر فنود قبل أن نعرض له أن نشير الى مسألة سبق لنا ايضاحها وهى أن المحاكم فى انشائها للقواعد القانونية تستحى دائما من أن تنسبها الى نفسها ، وتعتمد الى اظهار تلك القواعد على انها مجرد تفسير للنصوص التشريعية القائمة ، فهل يحول مفهوم المشرع المصرى لمبدأ فصل السلطات دون الاعتراف بالقوة الملزمة لتلك القواعد المفسرة التى تقررها جهات القضاء ؟

لا نعتقد ذلك اطلاقا اذ ان هذا المبدأ لم يقف حائلا دون تقرير اختصاص المحكمة العليا باصدار التفسير الملزم للقواعد القانونية التى تستدعى التفسير بسبب طبيعتها أو اهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القانونى (م ٤ فقرة ٢ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩) .

وقد يرد على ذلك بأن ثمة farkا بين قيام المحكمة العليا باصدار تفسير للنصوص القانونية بعيدا عن مجال الخصومات القضائية وبناء على طلب وزير العدل وبين قيام جهات القضاء بتفسير النصوص القانونية بمناسبة الفصل فيما يعرض عليها من منازعات وما يترقب على التوسع فى هذا التفسير من نشأة قواعد مستحدثة .

ومع تسليمنا بهذا الفارق الا اننا نرى أنه فارق في الوسيلة فحسب ،
وتبقى النتيجة والمحصلة النهائية في الحالتين واحدة ، وهى قيام السلطة
القضائية باصدار القواعد المفسرة ، وعدم وجود تعارض بين اقرار القوة
الملزمة لتلك القواعد وبين مقتضيات الفصل بين السلطات .

ونخلص مما سبق الى أن الحجة المستندة الى مبدأ فصل السلطات لم تعد
مقبولة في ظل الاوضاع الدستورية الحالية في فرنسا ، كما أنه لا محل أيضا
للتمسك بها في مصر .

ويصدق هذا القول على الحجة الثانية التى ترتبط بالحجة الاولى والتى
تتصل فى أن قيام القضاء بوضع القواعد القانونية يتنافى ومقتضيات
الديمقراطية . اذ لو صحت هذه الحجة بالنسبة للقضاء لصحت من باب اولى
بالنسبة للسلطة التنفيذية التى اصبح لها الاختصاص العام فى اصدار القواعد
الملزمة فى القانون الفرنسى . ومن ناحية أخرى فان مقتضيات الديمقراطية لم
تحل دون اعتبار القضاء مصدرا للقانون فى اكثر البلاد تمسكا بالديمقراطية
كانجلترا .

ويأتى بعد ذلك ما ذكره الشراح من أن مبدأ الحجية النسبية للاحكام
القضائية يحول دون اعتبار القضاء مصدرا من مصادر القانون . وفى تقديرنا
أن هذا القول غير مقنع ، وانه يحمل فكرة الحجية النسبية اكثر مما تحتل
فالغاية الاساسية من تشريع الحجية هى وضع حد للخصومات ومنع تأبيس
المنازعات ، وترتبط فكرة الحجية النسبية بنظام الاثبات المقيد ، وما يقرض
على القاضى من حيده لا تمكنه من توجيه الخصومة ، واستظهار أدلة الاثبات
فيها ، فالامر كله متروك للخصوم يقوم كل منهم بما يستطيع القيام به لاثبات
ما يدعيه ، مما لا يجوز معه أن يكون للحكم الذى يصدر فى هذا الجو المحاي
حجة على آخرين لم يدخلوا فى الدعوى ولم يتمكنوا من تقديم ما لديهم
وسائل اثبات (١) .

(١) راجع فى تفصيل هذا الموضوع مؤلفنا اثار حكم الالفاء ص ٤٥ وما بعدها .

وحجية الامر المقضى لا ترد الا على المنطوق ولا تتناول الاسباب الا ما كان منها مرتبطا ارتباطا وثيقا بالمنطوق بحيث لا يمكن فصله عنها .
واذا كانت تلك هي فكرة الحجية في غاياتها واسانيدها ونطاقها فما شأن كل ذلك باعتبار القضاء مصدرا للقانون !

ان الذى يتمسك بقاعدة قضائية قررتها المحكمة العليا ويطلب بتطبيقها على دعوى مماثلة لا يثير اطلاقا فكرة حجية الحكم ولا يستند اليها فيما يطلبه .
القول بأن الحجية النسبية من شأنها ان تحول دون اعتبار القضاء مصدرا للقانون يعنى بمفهوم المخالفة انه لو كانت القاعدة المقررة هي حجية الاحكام في مواجهة الكافة ، لادى ذلك بالضرورة الى ان يصبح القضاء مصدرا للقانون ، وتلك نتيجة خاطئة ، فاحكام الحالة المدنية والاحكام الصادرة في دعاوى الالفاء تحوز حجية في مواجهة الكافة وليس معنى ذلك أن تلك الاحكام في ذاتها تعتبر بحكم سريانها في مواجهة الكافة مصادر رسمية للقانون . ان كل ما تعنيه الحجية في مواجهة الكافة أن ما قضى به الحكم في منطوقه ، والمراكز القانونية التى انشاها أو الغاها تنتج اثرها في مواجهة الكافة ، ولا يمكن القول اطلاقا بأن الحجية في مواجهة الكافة تعنى انه اذا ما قام للحكم على قاعدة معينة ، فان هذه القاعدة تسرى في مواجهة الكافة ويعمل بها بالنسبة لكل الدعاوى تطبيقا لحجية الحكم .

وبالنسبة لما ذهب اليه البعض من أن القضاء لا يعتبر من مصادر القانون لان النظام القائم في فرنسا ومصر لا يعرف ولا يطبق فكرة السوابق القضائية، هذا القول لا يقدم في تقديرنا حجة شافية ، ويتضمن مصادرة على المطلوب ، ذلك أن مثار البحث وموضوعه الاساسى هو محاولة الكشف في ضوء التحليل القانونى السليم عما اذا كان نظامنا القانونى يعرف ويطبق فعلا فكرة القواعد القضائية الملزمة ، وبذلك يقترب من حيث الواقع من النظام الانجلو سكسونى وان اختلف عنه في الظاهر ، أم انه لا وجود لدينا للقواعد القضائية الملزمة ، وبذلك يظل الاختلاف قائما بين نظامنا والنظام الانجلو سكسونى . ولا يكفى

ان تأتي الاجابة على هذا التساؤل بالنفى او الايجاب ، بطريقة مبسرة وبغ
دليل علمى تستند اليه ، والا لما كان هناك محل لطرح هذا الموضوع اصلا
للبحث .

وبالنسبة لما قيل عن افتقار القاعدة القضائية لخصائص القاعدة القانون
وهى العموم والتجريد فمع تسليمنا بأنه قول له نصيب من الصحة الا اننا
نشير من ناحية أخرى الى ما سبق أن اوضحه ديبيرو من أن القاعدة القضائ
التي تصلح لان تكون قاعدة قانونية هى تلك التى تقرر بشأن مراكز قانون
قابلة لان تتكرر ويترد عرضها أمام القضاء ، وبذلك تستمد القاعدة القضائ
عموميتها من عمومية المراكز التى تقرر بشأنها .

وفضلا عن ذلك فانه مع اختلاف ظروف وملابسات كل دعوى ، الا ان
يبقى رغم ذلك قاسم مشترك يجمع بين الدعاوى المتعلقة بموضوع واحد ، يسم
بتطبيق القاعدة القضائية التى تقرر بشأن احدى هذه الدعاوى على غيرها
الدعاوى المشابهة . فالقاعدة التى قررها القضاء فى فرنسا والتى تقضى با
التعويض يشمل الاضرار المعنوية فضلا عن الاضرار المادية ، هذه القاعدة
تصلح للتطبيق بالنسبة لكل دعاوى المسؤولية ، فما من دعوى من تلك المدعوا
الا ويثار بشأنها البحث فى عناصر التعويض وبيان ما اذا كان يقتصر على
الاضرار المادية م انه يجبر أيضا الاضرار المعنوية .

ويسهم الفقه بدور كبير فى استخلاص القواعد القانونية من الاحكام
القضائية ومحاولة بلورة تلك القواعد وضبطها وتحديدتها بعد أن يقوم بتجريد
من الظروف والملابسات الخاصة التى تكون قد أثرت على تطبيقها والمفسر
لدعاوى معينة .

اما بالنسبة لما قيل عن المزايا التى تتوافر للقاعدة التشريعية دون القاعدة
القضائية وأهمها الاستقرار والثبات ، فقد تساءل ريفرو بحق عن مدى
هذا القول فى ظل التشريعات المتقلبة ، ذات الطابع الشخصى ، سيئة الحما

التي نشهدها كل يوم (١) .

وأخيرا فانه لا صحة في رأينا - لما ذكره كاربونيه من أن القضاء في تقريره
للقواعد القضائية انما ينظر الى المجتمع من موقع لا يسمح له بتقدير ظروفه
تقديرا كاملا وشاملا ، وأن المنازعات القضائية لا تعطى صورة صادقة عن
مشاكل المجتمع ولا تكفى بذاتها لاحاطة القاضي بواقع الحياة .

فالقاضي يعيش كل يوم واقف المشاكل الاجتماعية ، والمنازعات التي
تعرض عليه هي وحدها التي تصور ما يدور في الحياة ويجري فيها من تنازع
وتعارض بين المصالح ، وليس لاحد ان ينكر ان ساحات القضاء هي المختبر
الحقيقي لحياة الافراد ، والمصب النهائي لكل مشاكلهم .

وكثيرا ما كان القضاء سباقا في الكشف عما تحتاجه الحياة الاجتماعية
من قواعد تكفل وضع حد لمشاكلها المستجدة والملحة التي تغفل عنها عين المشرع ،
وكم من التشريعات تصدر مترسمة خطى القضاء ومتبذية لما يقرره من قواعد ،
ومقننة لما يضعه من مبادئ .

(١) وفي هذا بقرر ريفرو :

“La loi mouvante, la loi particulière, la loi malfaite des
années que nous vivons, la loi decevante qui est trop souvent la notre ne
suffit plus à créer la stabilité et la certitude que la vie sociale attend du droit”.
Le juge administratif français un juge qui gouverne? D. Ch. 1950 p. 21 et S.

المبحث الثاني

في الاسباب التي تبرر اعتبار القضاء

مصدرا رسميا للقانون

نود قبل ان نعرض للاسباب التي تبرر في نظرنا اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقانون ان نشير الى مسألة هامة، هي ان القواعد القضائية لا تتكون معظم الاحوال ويكتب لها الاستقرار الا بعد تدخل محكمة النقض ، سواء بقاعدة استنتجتها المحاكم الدنيا ، أو باقرار القاعدة القضائية ابتداء . و النادر أن نجد قاعدة قضائية مستقرة ومحددة لا يكون للمحكمة العليا قدر الفضل في تكرينها (١) . فقضاء المحاكم الجزئية ليس له من القوة والمترابطة يسمح له بارساء القواعد القضائية ، وقضاء المحاكم الاستئنافية لا يمكنه يطرد ويتواتر بعيدا عن رقابة محكمة النقض وأن يظل دوما بمنأى عن كل ما لم يكن قضاء هزيل القيمة ، ضعيف الاثر لا يستحق ان يقدم أى محكوم على الطعن فيه ، ومثل هذا القضاء لا يكون جديرا بارساء قواعد قضائية هامة .

لذلك فنحن حينما نتحدث عن القضاء كمصدر رسمي للقانون اعما بالدرجة الاولى قضاء محكمة النقض .

وبغض النظر عما قيل بشأن سلامة النظريات الفقهية التي ساقها من انشراح لمحاولة ايجاد اساس نظري لاقرار القوة الملزمة للقواعد والقض بفض النظر عن ذلك فثمة اعتبارات قانونية وعملية تدفعنا الى الاعتقاد بالقضاء كمصدر رسمي للقواعد القانونية، وتتلخص هذه الاعتبارات فيما

(١) راجع في هذا المعنى موري - المرجع السابق ص ٤٩ ، وفالين في مؤلفه سالف

ص ٢٩٩ ودييرو في مقاله سالف الاشارة ص ٣٦٠ .

اولا - أن اقرار القوة الملزمة للقواعد القضائية يحقق المساواة الفعلية للأفراد امام القانون .

عرضنا في الباب الاول من هذا البحث لحق القضاء في صنع قاعدة الخصومة سواء لاستكمال ما يشوب التشريع من نقص أو بمناسبة تفسير ما يكتنف نصوصه من غموض ، وأوضحنا أن هذا الحق مقرر بنص صريح في القانون المصري ، ويكاد يكون مجمعا عليه في الفقه الفرنسي .

فاذا ما قررت محكمة النقض قاعدة معينة استكمالا للتشريع القائم أو تفسيرا له فإن مبدأ مساواة الافراد أمام القانون يقضى بضرورة التزام ذات القاعدة واعمال حكمها على كل المنازعات التي تعرض مستقبلا وتتوافر بشأنها شروط تطبيق تلك القاعدة .

فمبدأ المساواة أمام القانون لا يقتصر على مجرد المساواة أمام النصوص التشريعية ، وانما هو يعنى أيضا وبذات الدرجة المساواة أمام القواعد المكملية للتشريع والتي تصدر من السلطة العامة وتصلح للتطبيق مستقبلا على حالات مماثلة . ويصدق ذلك على القواعد التي تقررها محكمة النقض لسد النقص في المصادر القائمة ، اذ طالما ان الحالة التي عرضت وتقررت بشأنها القاعدة قابلة لان تتكرر مستقبلا وأن يطرد عرضها على القضاء ، فليس ثمة أى مسوغ يجيز ان يتقرر لها في كل مناسبة قاعدة مختلفة ، وان تتنوع بشأنها الحلول وتغاير .

ومن ناحية أخرى فإن مبدأ المساواة أمام القانون يتجرد من كل قيمة عملية له ما لم يكن يعنى المساواة في تطبيق القانون واعماله ، فليست المساواة قولاً ونظراً ، وانما هي قبل ذلك فعلاً وعملاً . وتطبيق القانون يتم في كثير من الاحيان من خلال تفسيره ، وبقدر اختلاف التفسير بقدر ما يختلف تطبيق القانون ، وبذلك فانه ما لم تلتزم المحاكم بالقواعد التي تقررها محكمة النقض تفسيرا للقانون فسوف يؤدي ذلك في النهاية الى الاختلال الكامل في تطبيق القانون ، والى تعارض صور هذا التطبيق وتضاربها بالنسبة لذوى المراكز

ثانيا - ان الاعتراف بالقوة الملزمة للقواعد القضائية يقر واقعا عمليا قائم

قد يقال ان ما ذكر في البند أولا يعبر عما يجب ان يكون اكثر من تعبد
عما هو كائن فعلا وان تحقيقه يتطلب وجود نص صريح بقضى بالزام المحاكم
باحترام واعمال المبادئ التي تقررها محكمة النقض، وطالما ان مثل هذا النقص
غير موجود فلا مجال للقول بان القضاء يعتبر مصدرا رسميا للقانون .

ونحن نرى انه رغم عدم وجود نص صريح يلزم المحاكم باتباع قضاء محكمة
النقض الا ان هذا الالتزام قائم فعلا ، ويحرص القضاء على تنفيذه . ولا ص
في تقديرنا للاعتقاد الشائع بأنه مجرد التزام أدبي ، فالالتزام الادبي لا يحمي
جزاء قانوني ، ويكشف الواقع ويؤكد ان قضاء المحاكم الدنيا الذي يخرج
المبادئ التي تقررها محكمة النقض يكون مصيره الالفاء . ووجود هذا الجبر
الفعال ينفي عن الالتزام صفته كمجرد التزام أدبي ، ويضطرنا الى الاعتراف
بأنه التزام قانوني وان لم يكن ثمة نص يكشف عنه صراحة . فليس هناك ف
عملي بين مصير الحكم الذي يخالف نصا صريحا في القانون والحكم الذي
يخالف مبدءا من المبادئ التي تقررها محكمة النقض، اذ ان مثل هذا الحكم
ان ينقضى عليه مواعيد الطعن فيتحصلن واما ان يطعن عليه فيكون مصير
الالفاء سواء تمثل العيب الذي شابته في مخالفة نص صريح في القانون او

(١) لنا ان نتساءل عن مصير مبدأ مساواة الافراد امام الاعباء العامة اذا ما جاءت محكمة النقض
وفسرت القانون الضريبي على أنه يشمل انواعا معينة من الدخول كبدايات التمثيل ،
انت احكام المحاكم الدنيا بعضها يحترم قضاء محكمة النقض وبعضها يخرج عليه وب
تفسيرا للقانون الضريبي يخرج تلك الدخول عن نطاق تطبيقه ، وبذلك تخضع طائفة
اصحاب تلك الدخول للضريبة بينما لا تخضع لها طائفة أخرى . وليس هذا الا ن
لافا الحالات التي تعرض يوميا على القضاء ، ويكون من شأن عدم التزام القضاة
بتفسير مرحد بشأنها الاخلال الصارخ بمبدأ مساواة الافراد امام القانون سواء
يقرره من حقوق او يفرضه من واجبات .

المخرج على قضاء محكمة النقض (١) .

وقد يقال رداً على ذلك ان محكمة النقض ذاتها ليست ملزمة باتتباع مبادئها السابقة، وان من حقها ان تعدل عنها ، مما يجعل الغاء الحكم المطعون فيه لمخالفته للمبادئ السابقة لمحكمة النقض أمراً غير مؤكد . وهذا الاعتراض في تقديرنا غير مقنع ، فمحكمة النقض لا تقرر اليوم مبدأ لتعدل عنه في الغد خاصة وهي تدرك ان المبادئ التي تقررها لا يقتصر اثرها على الطعون التي صدرت بشأنها ، وان المحاكم تحرص على اتباع تلك المبادئ والعمل بمقتضاها فيما يعرض عليها من منازعات مما يجعل محكمة النقض لا تقدم على العدول عن قضائها الا اضطراراً ولاسباب جوهريّة تبرر هذا العدول وتفرضه ، وأهم تلك الاسباب تغير الظروف والمفاهيم الاجتماعية التي صدر في ظلها القضاء

(١) جاء في المذكرة الايضاحية لقانون انشاء محكمة النقض رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ تعليقا على النص الذي جعل من مخالفة القانون او الخطأ في تطبيقه وتأويله اول وجه للطعن بالنقض ما يلي :

« اما ما يجب ان يفهم من كلمة القانون فان المشرع اهمله عمداً حتى تتولى محكمة النقض نفسها تحديد المعنى المقصود من هذه الكلمة هنا . ومن الواضح ان هذه الكلمة لا تشير الى القوانين التي يتسق لها هذا الوصف وحدها اي الاوامر الصادرة من السلطة التشريعية ، بل الى كل امر يصدر من السلطة المختصة وتنشأ عنه حقوق » وقد أشار الاستاذ حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي في مؤلفهما «النقض في المواد المدنية» الى ان كلمة القانون تتناول اعمال التشريع من القوانين وما جرى مجراها، كما تتناول الشريعة الاسلامية والعرف وجوامع الكلم الفقهية وآراء الفقهاء وقضاء المحاكم .. - ص ٨٧ وما بعدها وراجع ايضا في هذا المعنى اصول المرافعات للعشماوي الجزء الثاني ص ٩٩٠ والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد للدكتور ابو الوفا الجزء الاول ص ٥٥٨

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا اقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ما يخالف الرأي الذي استقر عليه قضاء المحكمة فإنه يكون قد خالف القانون ومن ثم يتعين نقضه طعن رقم ٤٢ لسنة ٦٧ في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٨ مجلس الشريعة والقضاء السنة الاولى ص ٦٢ رقم ٤٥ ومجلة المحاماة السنة التاسعة والعشرون العددان الاول والثاني ص ١١٢ وما بعدها .

ومن ناحية أخرى وكما لاحظ مازو بحق فإن التشريع ذاته كثيرا ما يطرأ عليه التعديل والتغيير ، ولا يطقن ذلك في الزامية التشريع واعتباره المصداق الاول للقانون • فليست الابدية من خصائص المصادر الوضعية للقانون •
أن النظم القانونية التي تأخذ بالزامية السوابق القضائية لا تقيد المحكمة بصور مطلقة بتلك السوابق وإنما تجيز لها التحلل منها في حدود وبشروط معينة (٢)
ثالثا - ان الاعتراف بالقوة الملزمة للقواعد القضائية يحقق الغاية من انشاء محكمة النقض على وجه اكمل :

رأينا في الباب الاول كيف ان محكمة النقض الفرنسية ألحقت عند انشاءها بالسلطة التشريعية ، وان وظيفتها الاساسية كانت تتحصل في ضمان القضاء المحاكم القضائية حدود القانون في مباشرتها لوظيفتها وعدم قيامها بأى عمل يتضمن اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية •

وقد جاءت كل تلك الاوضاع نتيجة المفهوم القديم لبدأ فصل السلطات ، وبمقتضى الزمن اخذ هذا المفهوم في التحول ، وبدأت تزول عنه حدته وعكس ذلك اثره وضع محكمة النقض ووظيفتها ، فالحقت بالسلطة القضائية ، واصبحت في من النظام القضائى الفرنسى ، وتحددت مهمتها في العمل على وحدة تطبيق القانون وتطبيقه لدى كل المحاكم القضائية • وقد اخذ المشرع المصرى بهذا الاتجاه

(١) تقديرا لاهمية وخطورة عدول محكمة النقض عن قضائها السابق يحرص المشرع على تقرير اجراءات خاصة يتعين مراعاتها اذا ما عن لاحدى دوائر المحكمة ان يخالف سابقا لدائرة أخرى ، فقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ على ان السلطة القضائية على انه اذا رأت احدى الدوائر العدول عن مبدأ قرره احكام صادرة من دوائر اخرى احوالت الدعويين الى الهيئتين مجتمعيتين (هيئة المواد المدنية وهيئة المواد الجنائية) فيهما • وتصدر الاحكام فى هذه الحالة باغلبية اربع اعضاء على الاقل •

(٢) راجع فى تفصيل هذه المسألة مقال الدكتور برهام عطا الله « قاعدة الزامية السوابق القضائية وأقولها فى القانون الانجليزى » مجلة الحقوق سنة ١٩٧١ ص ١٥٧ وما

٩٩
وانشئت محكمة النقض المصرية بمقتضى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ لتقوم
بذات الوظيفة التى تقوم بها محكمة النقض الفرنسية .

ومن ناحية أخرى وتحقيقا لذات الهدف الذى انشئت من اجله محكمة
النقض وهو العمل على وحدة تفسير القانون وتطبيقه ، استحدث قانون
المرافعات المصرى الجديد فى المادة ٢٥٠ منه نظام الطعن من النائب العام
لمصلحة القانون ، فقد نصت تلك المادة على انه « للنائب العام ان يطعن بطريق
النقض لمصلحة القانون فى الاحكام الانتهائية أيا كانت المحكمة التى اصدرتها
اذا كان الحكم مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله وذلك فى
الاحوال الآتية :

- (١) الاحكام التى لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها .
- (٢) الاحكام التى فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن
الطعن .

ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام ، وتنظر المحكمة الطعن
فى غرفة المشورة ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن (١) .

(١) جاء فى المذكرة الايضاحية تعليقا على هذا النص انه قد وضع « لمواجهة صعوبات
تعرض فى العمل وتؤدي الى تعارض احكام القضاء فى المسألة الواحدة ويحسن مصلحة
القانون والعدالة ان تعرض هذه المسائل على المحكمة العليا لتقول فيها كلمتها فتضع
حدا لتضارب الاحكام ، ولهذه الفكرة نظير فى كثير من التشريعات الاجنبية كالتشريع
الفرنسى والايطالى والبلجيكى . وقد رأى المشروع تعميم هذا النوع من الطعن بما يحقق
الفائدة منه على نحو اكمل فلم يقصره على حالة تفويت الخصوم لميعاد الطعن أو نزولهم
عن الطعن حيث يكون الطعن جائزا وانما بسطها ايضا على الحالة التى يمنع المشروع
الطعن فيها سواء أكان المنع من الطعن بصفة عامة او كان المنع من الطعن بالنقض وسواء
ورد هذا المنع فى قانون المرافعات ام فى قوانين خاصة لان المنع من الطعن فى هذه
الحالات انما ينصرف الى الخصوم وحدهم حتى تستقر الحقوق المحكوم بها ولكن ذلك
لا يمنع من استهداف مصلحة عليا هى مصلحة القانون التى يحققها الطعن المرفوع من
النائب العام لارساء المبادئ القانونية الصحيحة على اساس سليم كيما تتوحد احكام
القضاء فيها »

تلك أهم الحجج التي نرى أنها تبرر الاعتراف بالقضاء كمصدر رسمي للقانون . ونود ان نشير في النهاية الى مسألة هامة هي أن معظم شراح القانون القضاء لا يعتبر مصدرا من مصادر القانون، والواقع ان هذا القول وان صدر بالنسبة للفقهاء التقليدي ، الا انه قد لا يكون معبرا عما عليه الحال في العصر المعاصر . ولقد اوضحنا فيما سبق ان آراء الفقهاء المقدامي في هذا الموضوع قد جاءت متأثرة بالظروف التاريخية والسياسية الخاصة التي مرت بها فرنسا والتي تمخضت عن مجموعة من النصوص الدستورية والقانونية ضيققت الخيارات على القضاء، وقيدت من سلطاته الى حد بعيد، وما ان تباعدت تلك الاعتبارات حتى بدأت الاصوات تنادي باقرار الواقع والاعتراف بالدور الخلاق الذي يقوم به القضاء ، وظهرت بشائر تلك الدعوة في اوائل هذا القرن عند كل من بلانكو واديمار اسمان، ثم جاء ادوارد لامبير ليقدّم دراسة مستفيضة يحاول بها ان يوضح دور القضاء في صنع القواعد غير التشريعية ، ولعل الذي دفع بلامبير الى هذا الجهد المضني في تلك الدراسة يرجع الى تقديره انه بتلك الدراسة انه يحاول اقتلاع مفاهيم رسخت في اذهان رجال الفقه على مر سنين طويلة، ومنهذه النصوص عتيقة عمدت الى الحجر على السلطة القضائية وتكبيّلها بقيد صور الوهم أنها من فرائض مبدأ فصل السلطات . ومهما قيل عن نظرية الوهم وأيا ما وجه اليها من نقد ، فان جهوده فيها لم تضع سدى ، فقد كانت فاتنة عهد جديدة اخذت تنزوي فيه تلك النظرة التقليدية الى القضاء على أن يصاغ لتطبيق القانون القائم ، وبدأت الانظار تلتفت الى أهمية الدور يقوم به القضاء في بناء القواعد القانونية ، وتزايد انصار الرأي المنادي باعتماد القضاء مصدرا رسميا من مصادر القانون . ولعلنا لا نجاوز ان نقول اذا ما قررنا ان هذا الرأي اصبح يضم تحت لوائه معظم اعلام الفقه في فرنسا وان الذين ظلوا على ولائهم للنظرة القديمة هم قلة ، ويكفي ان نذكر من انصار الرأي المستحدث على سبيل المثال لا الحصر روبير، هنري، وليون مازو ، مارتى ورينو ، بولاتميه ، بول اسمان ، فالين ، ريبير . والى كولان وكابيتان .

وحتى الذين ينكرون على القضاء صفته كمصدر رسمي يعترفون بما له من منزلة وقوة فعلية ونجد ذلك واضحا في كتابات كاربونية وروبير .

واذا كان هذا هو الوضع في فرنسا التي مر فيها القضاء بمعهود كئيبة وعانى من نظرة التوجس والخيفة التي خلفها تاريخ عاثر مظلم ، فلماذا يصر الفقه المصري على التمسك بمفاهيم تقليدية جاءت وليدة تلك الظروف التي لا نظير لها عندنا ! وإذا كان الفقه الفرنسي نفسه بدأ يغير نظركه الى القضاء ، بل ولقد غيرها فعلا ، وظهر ذلك واضحا فيما عرضنا من نظريات وآراء حاول بها اصحابها اثبات ما للقواعد القضائية من قوة ملزمة، فلماذا لا نعيد بدورنا النظر في هذا الموضوع ، وخاصة ان الاعتراف بتلك القوة الملزمة من شأنه في رأينا ان يحقق المساواة امام القانون وانه لا يعدو ان يكون تسليما بأمر واقع . وأخيرا فمن حقنا أن نتساءل: اذا كانت وحدة تفسير القانون وتطبيقه تمثل رغبة عزيزة لدى المشرع فلماذا نغفل الوسيلة المثلى لتحقيقها ، وهي اقرار القوة الملزمة للمبادئ التي تقررها محكمة النقض ، وخاصة اذا كان المنطق القانوني لا يأبى ذلك او يرفضه ، وكان مبدأ فصل السلطات لا يقف حائلا دونه !



وحتى الذين ينكرون على القضاء صفته كمصدر رسمي يعترفون بما له من منزلة وقوة فعلية ونجد ذلك واضحا في كتابات كاربونييه وروبير .

واذا كان هذا هو الوضع في فرنسا التي مر فيها القضاء بعهود كئيبة وعانى من نظرة التوجس والخيفة التي خلفها تاريخ عاثر مظلم ، فلماذا يصر الفقه المصري على التمسك بمفاهيم تقليدية جاءت وليدة تلك الظروف التي لا نظير لها عندها ! وإذا كان الفقه الفرنسي نفسه بدأ يغير نظرتة الى القضاء ، بل ولقد غيرها فعلا ، وظهر ذلك واضحا فيما عرضنا من نظريات وآراء حاول بها اصحابها اثبات ما للقواعد القضائية من قوة ملزمة، فلماذا لا نعيد بدورنا النظر في هذا الموضوع ، وخاصة ان الاعتراف بتلك القوة الملزمة من شأنه في رأينا ان يحقق المساواة امام القانون وانه لا يعدو ان يكون تسليما بأمر واقع . وأخيرا فمن حقنا أن نتساءل: اذا كانت وحدة تفسير القانون وتطبيقه تمثل رغبة عزيزة لدى المشرع فلماذا نغفل الوسيلة المثلى لتحقيقها ، وهي اقرار القوة الملزمة للمبادئ التي تقررها محكمة النقض ، وخاصة اذا كان المنطق القانوني لا يأبى ذلك او يرفضه ، وكان مبدأ فصل السلطات لا يقف حائلا دونه !

