

محددات الدور «المصدري» للاجتهاد القضائي في القانون المدني.. التطور والتحول: دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية القوانين المصرية والسورية واللبنانية مثلاً*

أ.د. محمد عرفان الخطيب

أستاذ القانون المدني

كلية أحمد بن محمد العسكرية، الدوحة، قطر

المخلص

يقدم البحث دراسة أكاديمية تأصيلية تسلط الضوء على محددات الدور المصدري للاجتهاد القضائي في القانون المدني، ضمن المدرستين الفرنسية والعربية، معتمدين كمعبر عن هذه الأخيرة على كل من القانون المصري والسوري واللبناني، بهدف توضيح طبيعة وخصوصية هذه المحددات في الأنظمة القانونية الأربعة، لاسيما الدور الذي لعبته في تحجيم أو تفعيل دور القضاء في ابتكار النص القانوني ضمنها، أملاً في تقديم مساهمة عربية تساعد في الوصول لفهم أكبر لهذه المحددات في المدرستين الفرنسية والعربية، وذلك وفق منهج تحليلي نقدي مقارن، يعرض في القسم الأول، للمحددات القانونية ذات الطبيعة الدستورية. ويتناول في الثاني، نظيراتها ذات الطبيعة التشريعية ببعديها الوضعي والديني.

وقد أثبت البحث أن هذه المحددات بمفهومها الدستوري والتشريعي، بقدر ما حَجَمَتْ بدايةً، الجانب الابتكاري للعمل القضائي في بلورة القاعدة القانونية، بقدر ما كانت لاحقاً، عاملاً فاعلاً في تعزيز وترسيخ هذا الجانب الابتكاري. كما بيّن البحث الخصوصية الدينية لهذه المحددات في القانونين المصري والسوري، التي بلغت حد التعطيل من الدور الابتكاري الوضعي للقاضي المدني فيهما. عليه، أكد البحث على ضرورة قيام المشرع في الدول الأربع، بالإقرار بأن هذه المحددات لم تكن يوماً قيوداً على الدور المصدري للاجتهاد القضائي، وإنما أطر يعمل هذا الاجتهاد في نطاقها، ما يُحْمِلُ الفقه والقضاء

* **تنويه وتصدير:** هذه الدراسة شكلت مع بحث آخر معنون بـ (حقيقة الدور «المصدري» للاجتهاد القضائي في القانون المدني، «الواقعية القانونية»: دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية، (القانون المصري والسوري واللبناني مثلاً)، وحدة بحثية متكاملة تناولت دراسة وتحليل الدور المصدري للاجتهاد القضائي في منظومات القوانين المدنية الفرنسية والمصرية والسورية واللبنانية، غير أنه وللضرورة مراعاة شروط النشر في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، بدولة الكويت، فقد تم تقسيم الدراسة لبحثين قانونيين منفصلين، يُنشر في هذا العدد البحث الأول، على أن يُنشر البحث الثاني في العدد المقبل.

مسؤولية قانونية قوامها تبيان حدود الفرق بين هذين المعطيين، بهدف دفع المشرع للاعتراف الفعلي بأن هذا الفهم الجديد لطبيعة هذه المحددات ومن خلفها للدور الابتكاري للعمل القضائي، ليس تحولاً في هذه الأطر بقدر ما هو إعادة فهم لها ولكينونتها.

كذلك، أكد البحث، أنه حري بالمشرعين المصري والسوري أن يكونا أكثر انسجاماً مع نفسيهما ومع المنظومة القانونية التي يعملان ضمنها، عبر مراجعة مصادر القاعدة القانونية وتوضيح الموقف القانوني من الخصوصية الدينية التي وسمت هذه المصادر، والانتقال فيها من المرتبة الرمادية المعلقة، إلى مرتبة أكثر وضوحاً، بنسبة هذا الدور الابتكاري لأصله الديني لا الوضعي.

نقطة، بقدر بساطة النطق بها، بقدر صعوبة المضي بها.

كلمات دالة: الاجتهاد القضائي، الدور الابتكاري للقاضي، مبدأ فصل السلطات، مبادئ القانون الطبيعي، قواعد العدالة، مبادئ الشريعة الإسلامية.

المقدمة

القانون علماً و اتفاقاً هو نتاج فكر اجتماعي منظم لمجتمع ما، علّم عمِل على تأطير قواعده رجال القضاء عبر استنباطهم للقاعدة القانونية من خلال القضية المعروضة أمامهم، مُكرسين بذلك فكراً قانونياً لمسألة اجتماعية، ما أن تواترت الأحداث المشابهة لها، حتى أُطرت في قالب قانوني أساسه اجتماعي وإطاره اجتهادي، ليُعبّر عنه بفكرة السابقة القضائية التي تتحول بمرور الوقت لاجتهاد قضائي مُكون لقاعدة قانونية واجبة الاتباع⁽¹⁾.

بهذه الكيفية ساهمت المؤسسة القضائية، على اختلاف مسمياتها عبر العصور، في صياغة وبلورة النص القانوني الحاكم في المجتمع⁽²⁾، لينتقل المجتمع بعد حين، من جانب النص الاجتهادي غير المقنن إلى النص التشريعي المقنن، مانحاً المشرع، لاسيما في المدرسة اللاتينية، حصريّة إقرار النص التشريعي المكون للنص القانوني، إن من حيث الإنشاء أو الإقرار، بمنح هذه السمة أو نفيها عن العديد من النصوص العرفية والاجتهادية، ممكناً إياه من تحويلها لقواعد قانونية مكتوبة مقرّ بها، ومقيداً الدور الابتكاري للقاضي في تكوين النص القانوني بجملة من المحددات القانونية الدستورية والتشريعية، ما ترتب عليه تراجع دور القضاء في صياغة وبلورة القاعدة القانونية على حساب المشرع، ليصبح هذا الأخير مصدر القانون الوحيد الأوحد، مُبعداً فكرة ابتكار النص من بعده المجتمعي لبعده الرسمي.

فالنص القانوني هو ما أقره المشرع، وخلاف ذلك، لا يتمتع بسمة النص القانوني، ما حجب ميزة ابتكار النص القانوني من القاضي⁽³⁾، ليصبح القانون هو التشريع الصادر

(1) علماً بأن هذه السابقة القضائية، ستشكل مستقبلاً أحد أبرز معالم التمايز بين المدرستين اللاتينية والانجلوسكسونية، باعتبارها مصدراً من مصادر القاعدة القانونية في الثانية، ينطوي على مفهوم الإلزام المادي والمعنوي لأحكام المحاكم العليا في مواجهة المحاكم من ذات الدرجة، والمحاكم الدنيا، دون الأولى، التي لن يجاوز قيمة هذه السابقة فيها، مفهوم تفسير النص القانوني. راجع في ذلك: E. Calzolaio, *Le rôle de la jurisprudence dans la comparaison civil Law-Common Law*, Petites affiches, Paris, 2014, n°42, p. 7.

أحمد إبراهيم حسن، أصول تاريخ القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 53 وما بعدها. محمود عبدالمجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1987، ص 58 وما بعدها، ص 87 وما بعدها.

J-P. Andrieux, *Histoire de la jurisprudence, Les avatars du droit prétorien*, Vuibert, Paris, 2012, p. 1s, p. 14s, p. 283s.

(2) أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص 53 وما بعدها. محمود عبدالمجيد المغربي، مرجع سابق، ص 58 وما بعدها، ص 87 وما بعدها.

J-P. Andrieux, op. cit., p. 283s.

(3) Ordonnance de Montil-Lès-Tours, avril 1454. J. Lemontey, *De la doctrine à la loi par la*

عن المشرع، الذي على القضاء النطق به⁽⁴⁾. حقيقةً تجلت في أشد صورها في التقنين المدني الفرنسي لعام 1804 الذي عُرف بـ: «تقنين نابليون»، والذي قَرَّم مَرُوجوه وأنصاره مفهوم الاجتهاد القضائي، فلم يعد بالنسبة إليهم، يتعدى أن يكون - في شكله ومضمونه - مجرد تواتر لأحكام قضائية مستقرة في اتجاه متسق، يؤسس لنسق قضائي معين حول موضوع أو إشكالية تناولها المشرع صراحةً أو ضمناً، أو قالها جهراً أو سراً⁽⁵⁾.

رغم ذلك، فإنَّ هذه المحددات، إنَّ في التشريع الفرنسي أو العربي، بقدر ما كانت نقطة على الدور الابتكاري للقاضي، بقدر ما كانت نقطة له! فبذات القدر التي كانت تُحجِّم فيه من دور القاضي الابتكاري في صياغة القانون، كانت تطالبه بتكوينه فعلاً لا قولاً، لاسيما بعدما سقطت نظرية الكمال التشريعي في التشريع المدني الفرنسي في نهايات القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين، ما أعاد للقضاء دوره وفاعليته في عملية صياغة النص القانوني⁽⁶⁾، وتحديدًا خلال فترة الثلاثينيات من القرن الماضي وما بعدها، التي قدم خلالها أجوبة قضائية لأسئلة تشريعية لم تكن في بال المشرع المدني الفرنسي لا من قريب ولا من بعيد⁽⁷⁾، ما أعاد النظر في كيفية قراءة هذه المحددات ودورها في

jurisprudence, p. 481, In Mélanges offerts à J.-L. Aubert Propos, Dalloz, Paris, 2005.

(4) L'origine de ce postulat, posé par Montesquieu dans «De l'esprit des lois», Livre 11^{ème} Chapitre VI^{ème}, Œuvres complètes. Éd, Édouard Laboulaye et Garnier Frères, Paris, 1875.

راجع في ذلك، سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 749 وما بعدها. حسن كبيرة، المدخل إلى القانون - القانون بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص 375 وما بعدها.

(5) P. Durand, La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé, D. 1956, chr. p. 73. V. Forray, La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes, RTD civ. 2009, p. 463.

(6) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1977، ص 286 وما بعدها. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1978، ص 277 وما بعدها. J. Gaudemet, Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^{ème} siècle, Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique, 1998, n° 19, Pp. 87- 124. R. Saleilles, Ecole historique et droit naturel, RTD civ. 1902, p. 80.

(7) نذكر من ذلك على سبيل المثال لا الحصر: مسائل تأجير الأرحام، واقع الشخصية القانونية الاعتبارية للشركات والجمعيات، إضافة لقواعد استخدام الاسم المدني كاسم تجاري، وإرساء قواعد النظرية العامة للتعسف باستعمال الحق، والخطأ التقصيري الناجم عن الإهمال أو السهو، وغيرها من المواضيع ذات الصلة بنظرية العقد والمسؤولية المدنية، العقدية عامة والتقصيرية خاصة.

P. Deumier, Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation, In La création du droit par le juge, APhD. T. 50, 2007, p. 49, spéc. 53. Cass. civ. 1^{ère} 24 mars 1998, Bull. civ. I, n° 124, D. 1999, p. 19, note J.-J. Lemouland, Defrénois, 1998, n° 22, art. 36895, note J. Massip, RTD civ. 1998, p. 658, note J. Hauser. Cass. ch. réun. 11 mars 1914, Caisse Rurale de la Commune de Manigod, DP, «années antérieurs à 1941» DP, 1914, I, 257, note L. Sarrut, S. 1918, I, 103.

تأطير الدور الابتكاري للقاضي المدني في صياغة القانون⁽⁸⁾. تحول لم تكن التشريعات العربية بعيدة عنه، لاسيما في كل من مصر وسوريا ولبنان⁽⁹⁾، التي استطاع الاجتهاد القضائي فيها أن يُعيد التكيّف مع خصوصية وطبيعة هذه المرحلة، بشكل لا يقل عن نظيره في التشريع الفرنسي، في قضايا عديدة من بينها: حماية الملكية الفكرية الأدبية والصناعية والتجارية، والمسؤولية التقصيرية ونظرية التعسف في استعمال الحق، ومفهوم النظام العام والآداب العامة، وحديثاً في العديد من المواضيع القانونية المرتبطة بالتطور التكنولوجي في البيئة الرقمية⁽¹⁰⁾، ما جعل الهرمية التقليدية المستقرة لمصادر القانون - نتيجة للدور الفاعل لهذا القادم «القديم الجديد» في عملية تكوين القاعدة القانونية - موضع نقاش مستفيض على المستويين الفقهي والقانوني، في مختلف هذه التشريعات⁽¹¹⁾.

أولاً- فكرة البحث والموضوع

يتناول موضوع البحث توضيح الدور المصدري للاجتهاد القضائي ضمن منظومة القانون المدني الفرنسي، ونظرائه المصري والسوري واللبناني، من خلال عرض وتحليل محدّدات هذا الدور في القانون المدني لهذه الدول الأربع، والتطور والتحول اللذين جريا على هذه المحدّدات، وفق دراسة قانونية تأصيلية نقدية مقارنة، تعرض لهذه المحدّدات، وللدور الذي تلعبه في تحجيم أو تفعيل الدور الابتكاري للقاضي في تكوين القانون. لذلك، فإنّ فكرة البحث قد تبدو متفكّقة مع توجهات البعض وقد تكون متعارضة مع البعض الآخر، كونها تبحث في تحليل دور هذه المحدّدات، التي كثيراً ما استند إليها في

(8) F. Zenati, La jurisprudence, *op. cit.*, p. 135.

(9) يجدر التنويه أنّه سيتمّ التليل على هذه القوانين في معرض البحث بـ: «المدرسة العربية»، مما اقتضى التنويه.
(10) حسن كيرة، مرجع سابق، ص 119 وما بعدها. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 757 وما بعدها.

Ph. Malaurie, La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence. *Defrénois*, 2005, n° 15, p. 1205. Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, Conférence - débat 24 novembre 2015, *JCP G*, Suppl., au n° 12-, 2016.

(11) تقوم هذه الهرمية على ركائز ثلاث رئيسة هي على التوالي: القواعد الدستورية وقواعد التشريع العادي وقواعد التشريع الثانوي، دون أي اعتبار للقضاء ضمنها، بحيث تخضع القاعدة القانونية الأدنى إلى القاعدة الأعلى درجة، وتستمد منها شرعيتها. وعليه يقوم هذا الهرم على البعد الشكلي لا الموضوعي في فهم مصادر القانون. راجع: حسن كيرة، مرجع سابق، ص 88 وما بعدها.

H. Kelsen, Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? *Revue Droit et Société (RDS)*, n° 22, 1992, p. 555. M. Troper, Kelsen Hans, 1881-1973 *In Dictionnaire de philosophes*, dir. D. Huisman, *PUF*, 2^{ème} éd, 1993. H. Capitant, F. Terré et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. I. Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions. T. II. Obligations, contrats spéciaux, sûretés. *Dalloz*, 13^{ème} éd, 2015.

تحجيم الدور الابتكاري للقاضي المدني في كلتا المنظومتين المدنيتين الفرنسية والعربية، وبالتالي نزع أي صفة ابتكارية عن عمل القاضي، ما يفضي لانتزاع الصفة المصدرية للاجتهاد القضائي في بلورة وتكوين النص القانوني.

جدلاً لايزال، حتى يومنا هذا، قائماً بين فكرتي التحجيم والتفعيل، وذلك باختلاف الركيزة التي تنطلق منها الإجابة، بين الحقائق الفعلية من جهة، ونظيرتها القانونية من جهة أخرى⁽¹²⁾، ما جعل التحليل القانوني والفقهي لهذه المحددات والنتائج المترتبة عليها، في أحيان كثيرة، أمراً غير يسير⁽¹³⁾، لاسيما في ضوء خصوصية هذه المحددات في التشريعات العربية، وتحديدًا إذا ما أخذنا جانبها الديني بعين الاعتبار.

ثانياً- إشكالية البحث وفرضياته

تبرز إشكالية البحث في الأبعاد الجدلية التي تثيرها قراءة الموقف القانوني والفقهي لمحددات الدور المصدري للاجتهاد القضائي، ببعديها الدستوري والتشريعي، ضمن منظومة التشريع الفرنسي ونظرائه المصري والسوري واللبناني، كما خصوصية هذه المحددات ببعدها الوضعي في التشريعين الفرنسي واللبناني من جهة، والديني في التشريعين المصري والسوري من جهة أخرى، ذلك أن فهم وتحديد الدور الذي تقوم به هذه المحددات في تحجيم أو تفعيل الدور الابتكاري للقاضي المدني، وطبيعة العلاقة التبادلية بينهما من حيث التقييد أو التفعيل، كما طبيعة التطور والتحول الجاريين على هذه المحددات في مختلف هذه المنظومات القانونية، ناهيك عن طبيعة العلاقة التبادلية بين المشرع «المؤطر الرسمي لهذه المحددات» ومحكمة النقض «الممثل الرسمي للاجتهاد القضائي»، في هذه الدول... جميعها نقاط جدلية لاتزال حتى يومنا هذا تثير نقاشاً فقهيًا وقانونيًا مستفيضاً.

عليه، سيحاول البحث مناقشة مختلف هذه الفرضيات، من خلال تبيان طبيعة

(12) Pour ces différents points de vue: D. Tricot, L'interrogation sur la jurisprudence d'aujourd'hui, *RDT civ.* 1993, p. 87. J. Carbonnier Le procès et le jugement. Cours de sociologie juridique. *Association corporative des étudiants en droit*, 1962, p. 262. Ph. Rémy, La part faite au juge, *Pouvoirs* 2003/4 (n° 107), Pp. 22-36. P. Morvan, En droit, la jurisprudence est une source de droit, *RRJ*, 2001, n° 1, p. 77s. P. Hébraud, Le juge et la jurisprudence, *In Mélanges offerts à P. Couzinet, Université des sciences sociales de Toulouse (UCST)*, 1974, p. 329, spéc. p. 348.

(13) P. Jestaz, La jurisprudence: réflexion sur un malentendu, *Dalloz*, Paris, 1987, p. 11s. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 90 وما بعدها. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 483 وما بعدها. ذات المؤلف، الأدوار المختلفة للمحاكم العليا في مصر، الدستورية والإدارية والقضائية، مقال منشور في الأفكار الكبرى في السياسة والقانون، منشورات مكتبة الوفاء القانونية 2008، القاهرة، ص 151-156. راجع كذلك: ذات المؤلف، المحاكم العليا لا تعلق إحداها على الأخرى، ذات المرجع، ص 183-186.

وخصوصية هذه المحددات في مختلف الأنظمة القانونية موضوع الدراسة، ومن ثم توضيح الدور الذي لعبته هذه المحددات في تحجيم أو تفعيل دور المؤسسة القضائية في ابتكار النص القانوني في المدرستين الفرنسية والعربية، إضافة لتحديد طبيعة ونطاق العلاقة القائمة بين المؤسستين التشريعية والقضائية خلال مراحل تطور الموقف الفقهي والمجتمعي من هذه المحددات.

ثالثاً- أهمية البحث والأهداف

إشكالية البحث والفرضيات التي يحاول الإجابة عنها تبرز أهميته، كونه يحاول تقديم دراسة بحثية تعرض للتطور والتحول اللذين شهدتهما هذه المحددات ببعديهما الدستوري والتشريعي من جهة، والوضعي والديني من جهة ثانية، ضمن مختلف هذه المنظومات القانونية، وذلك وفق قراءة تاريخية تحليلية لتطور هذه المحددات، والدور الذي لعبته في تحجيم وتفعيل دور المؤسسة القضائية. كما تعرض للقراءات القانونية والفقهيّة المتعددة لهذه المحددات، لاسيما الحديثة منها، ما سيمكن من إعادة النظر في التموضع القانوني للدور الابتكاري للقاضي في عملية تكوين النص القانوني ضمن هاتين المنظومتين القانونيتين الفرنسية والعربية، وصولاً إلى توضيح حقيقة الموقف القانوني من هذه المحددات، والخصوصية التي تتمتع بها في مختلف هذه المنظومات القانونية، لاسيما وأن البحوث العربية ضمن هذا الجانب، وفقاً لعلمنا الشخصي، جد قليلة، إن لم نقل نادرة في التشريعات العربية المقارنة، بخلاف واقع الحال في التجربة الفرنسية التي تتميز بالغنى والفرادة⁽¹⁴⁾.

عليه، لا يسعى البحث لتقديم عرض تاريخي لهذه التحولات، بقدر ما يهدف إلى تقديم تحليل تاريخي لها، وللقرارات المختلفة حولها، بين التشريعين الوضعي والديني، مع توضيح كيف استطاعت المؤسسة القضائية انتزاع دورها المستحق في صياغة النص القانوني بعيداً عن هذه المحددات، ما توجب عليه إعادة النظر في الموقف التقليدي من هذه المحددات من جهة، والدور الابتكاري للقاضي في تكوين النص القانوني؛ إن بالمفهوم الدستوري أو التشريعي، أو على المستوى الوضعي كما على المستوى الديني؛ من جهة

(14) هذا الغنى التشريعي والفقهي في التجربة الفرنسية قابله، للأسف، افتقار كبير في التجربة العربية، مما كان له الأثر في منهجية البحث، الأمر الذي دفعنا إلى تناول هذه الدراسة معتمدين في ذلك على التجربة الفرنسية مشيرين، ما أمكن ذلك، إلى التجربة العربية المقارنة. كذلك فإنّ نقص المراجع القانونية والفقهيّة العربية المتوفرة حول البحث، أملت علينا ضرورة الاعتماد على المراجع الفرنسية، إضافة إلى العديد من الدراسات القانونية والفقهيّة المنشورة في العديد من المواقع البحثية الإلكترونية الغربية، الأمر الذي وفقاً لرأينا الشخصي لا يطعن في جودة البحث وحدثته، بقدر ما هو نقطة قوة له، كونه يبرر أهميته وأصالته.

أخرى، بما يضمن لفت نظر المشرعين العرب، والعاملين في الحقل القانوني والقضائي على اختلاف مشاربهم، لضرورة إعادة النظر في القراءة التقليدية لهذه المحددات لتأمين فهم أفضل لدورها - لا في تحجيم الدور الابتكاري للقاضي - وإنما في تفعيل هذا الدور وتعظيمه في عملية صنع القانون، وصولاً إلى الاعتراف بخصوصية وأهمية الاجتهاد القضائي في التشريعات المدنية العربية، والدور الذي يمكن أن ينهض به ضمن المنظومة القانونية العربية ككل.

رابعاً- منهجية البحث والمخطط

تتعدد المحددات التي توطر الدور المصدري للاجتهاد القضائي، وإن كان يمكن حصرها في محددين رئيسيين⁽¹⁵⁾: الأول يتسم بالطابع الدستوري، ونعني بذلك المبدأ الدستوري الشهير: «مبدأ فصل السلطات»⁽¹⁶⁾، الذي يحدد دور وعمل كل سلطة من السلطات الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية. والثاني يتسم بالطابع التشريعي، ونعني به أحكام ونصوص التشريع المدني المتعلقة بواجب القاضي بالنطق بالحكم، حتى مع انعدام النص التشريعي تحت طائلة اعتباره منكرًا للعدالة⁽¹⁷⁾، ببعديها الوضعي الصرف من جهة، والوضعي المتمتزج بالدين من جهة أخرى، ما يوجب التعرض لهذين المحددين لتبيان حقيقة موقفيهما من تقييد الدور المصدري للاجتهاد القضائي في بلورة وإكمال القاعدة القانونية في مختلف هذه المنظومات القانونية الأربع، علماً بأنه تم انتقاء كل من التشريعات المدنية: المصرية والسورية واللبنانية كمثلة عن التشريعات العربية لأسباب

(15) يشير البعض إلى جانب هذين المحددين، لمحدد ثالث هو احترام الضمير المجتمعي والسياسي المتمثل باحترام قواعد النظام العام والآداب العامة، غير أننا لن نفرد له فصلاً خاصاً، وإنما ستتم معالجته ضمناً في نطاق المحددين السابقين، لاسيما وأنه ما من نصوص تشريعية خاصة متعلقة به على وجه التحديد، حيث أتت تطبيقاته ضمن مضامين المحددين السابقين، لاسيما فيما يتعلق بالمحددات المرتبطة باحترام مبادئ الشريعة الإسلامية أو القواعد العرفية أو قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، ما منح هذا الضمير في التشريع المدني الفرنسي دلالة وضعية، ودلالة دينية لا يُستهان بها في التشريعات العربية، كما سنرى لاحقاً. راجع الفقرة المعنونة: «المحددات التشريعية المدنية ذات الخصوصية الدينية والمجتمعية» من هذا البحث.

(16) يُعدُّ هذا المبدأ واحداً من أهم المبادئ الدستورية التي تقوم عليها الأنظمة الديمقراطية الحديثة، وتعود أصوله التاريخية إلى الحضارة الإغريقية، حيث نادى بتطبيقه كل من الفقيهين أفلاطون وأرسطو، إلا أن الفضل في تطوره الحدائي الجديد يعود للفيلسوف الفرنسي «مونتيسكيو». ويقوم هذا المبدأ على توزيع وظائف الحكم الرئيسية بين هيئات ثلاث هي: السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية. لمزيد من التفاصيل راجع: عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 163. عبد الوهاب محمود رفعت، الأنظمة السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 190.

Montesquieu, L'Esprit des lois, *Ellipses*, 2003, Livre II, ch. 4. J.

(17) تحديداً أحكام المادتين (4) و(5) من القانون المدني الفرنسي ومقابلاتها في التشريع المدني اللبناني من جهة، والمصري والسوري من جهة أخرى، كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

عديدة من أهمها، اعتبارها بحق المعبرة عن التوجهين الرئيسيين في التشريعات العربية في تبيان المحددات المؤطرة لدور القاضي الاجتهادي الابتكاري في القانون المدني، كون بعضها يقصرها على الاعتبار الوضعي، كما هو الحال في القانون المدني اللبناني⁽¹⁸⁾، والآخر يمزجها مع المحددات الدينية، كما في القانون المدني المصري والسوري⁽¹⁹⁾. كما تمت مقارنة هذه التشريعات مع القانون المدني الفرنسي باعتبار أن هذا الأخير، إنما يمثل الجذر التشريعي الذي استقت منه مختلف هذه المنظومات القانونية تبريراتها ومواقفها حيال الدور المصدري للاجتهاد القضائي في القانون المدني⁽²⁰⁾.

عليه، نعرض في القسم الأول من البحث، للمحددات القانونية ذات الطبيعة الدستورية، قبل أن نعرض في القسم الثاني منه، لنظيراتها ذات الطبيعة التشريعية ببعديها الوضعي والديني.

(18) «لا يجوز للقاضي تحت طائلة اعتباره مستنكفاً عن إحقاق الحق: 1- أن يمتنع عن الحكم بحجة غموض النص أو انتفاؤه. 2- أن يتأخر بغير سبب عن إصدار الحكم. وعند غموض النص، يفسره القاضي بالمعنى الذي يحدث معه أثراً يكون متوافقاً مع الغرض منه ومؤمناً للتناسق بينه وبين النصوص الأخرى. وعند انتفاء النص يعتمد القاضي المبادئ العامة والعرف والإنصاف». قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لعام 1983، المادة رقم (4).

(19) حيث وُضِّحَتْ هذه المحددات في كل من القانون المدني المصري والسوري بالتشريع أولاً، ومن ثم العرف أو الشريعة الإسلامية حسب الحال، بتقديم العرف على الشريعة في القانون المدني المصري، وتأخير العرف عن الشريعة الإسلامية في القانون المدني السوري. وأخيراً مبادئ القانون الطبيعي والعدالة بالنسبة لكلا القانونين. «1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة». القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948، المادة رقم (1). وجاء فيها أنه: «1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة». القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949، المادة رقم (1).

(20) «Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice». Art. 4, Code civil français. «Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises». Art. 5, Code civil français.

المبحث الأول

المحددات القانونية الدستورية

وفق النظرية التقليدية لمبدأ الفصل بين السلطات تنقسم السلطات في الدولة إلى ثلاث: تشريعية وتنفيذية وقضائية، ما يضمن أكبر قدر من الحرية في عمل هذه السلطات الثلاث دون أن يكون، من حيث المبدأ، ثمة تأثير لإحداها على الأخرى. وقد كان لهذا المبدأ، الذي لا يزال حتى يومنا هذا يُعد من أهم مرتكزات النظام القانوني في العديد من الدول بما فيها الدول موضوع الدراسة⁽²¹⁾، دور فاعل في تحجيم الدور المصدري للاجتهاد القضائي على حساب الدور السيادي للتشريع في صياغة النص القانوني، من حيث تقييد الدور المصدري للسلطة القضائية في صناعة النص القانوني، غير أن التطبيق الفعلي لهذا المبدأ في أيامنا هذه لم يُعد يتسم بذات الحدية التي كان عليها عند انطلاقتها، لينتقل في تطبيقه العملي من الدور المقيد إلى الدور المرحب.

المطلب الأول

مبدأ فصل السلطات والدور المقيد

البحث في المراحل الفكرية والتطبيقية التي مر بها هذا المبدأ، لاسيما في التشريع الفرنسي يُبين كيف استطاعت محكمة النقض الفرنسية مُمثلةً للسلطة القضائية تثبيت دورها الابتكاري في صناعة النص القانوني، إلى جانب المشرع بوصفه مُمثلاً للسلطة التشريعية. تجربة انتقلت فيها محكمة النقض الفرنسية من التبعية إلى إثبات الذات،

(21) تنص الفقرة الثانية من مقدمة الدستور اللبناني لعام 1926 على مبدأ الفصل بين السلطات وتوازنها وتعاونها. كذلك تكس المادة (20) من الدستور استقلال السلطة القضائية اللازمة لإحقاق الحق. فمبدأ عدم جواز نقل القاضي مُعبّر عنه صراحة في الصيغة الفرنسية لهذه المادة، لكن المادة ذاتها في صيغتها العربية لا تتكلم سوى عن قواعد «الضمانات» دون أن تُحدد محتواها، على الرغم من ذلك فقد أكد المجلس الدستوري اللبناني على أن استقلال القضاء، فضلاً عن النص الدستوري الذي يكرسه، يُعد من المبادئ ذات القيمة الدستورية... ذلك أنه لا يمكن الكلام عن ضمانات قضائية بمعزل عن كلام مواز يتعلق باستقلال القضاء. المجلس الدستوري اللبناني، قرار رقم 2000/5 تاريخ 2000/6/27، منشورات المجلس الدستوري، بيروت، 1997-2000.

في التشريع السوري نص الدستور السوري على استقلال السلطة القضائية، حيث جاء في المادة (131) منه أن: السلطة القضائية مستقلة ويضمن رئيس الجمهورية هذا الاستقلال يعاونه في ذلك مجلس القضاء الأعلى. ونصت المادة (132) على أن: «يرأس رئيس الجمهورية مجلس القضاء الأعلى، ويبين القانون طريق تشكيله واختصاصاته وقواعد سير العمل به».

وفي مصر أكد الدستور المصري بأن السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون. الدستور المصري، المواد (184-187). راجع: مايا وهيب منصور وكارلوس يوسف داود، استقلال النظام القضائي في لبنان وحياده، منشورات الشبكة الأوروبية ومتوسطة لحقوق الإنسان، بيروت، 2010، ص 14 وما بعدها.

تتلقف التشريعات الحداثية العربية هذه التجربة في ثوبها الحداثي المعاصر، ما شكل نقطة التقاطع المفترضة بين المدرستين العربية والفرنسية.

أولاً- محكمة النقض الفرنسية: من التبعية إلى إثبات الذات

ضمن هذه الفرضية يمكن أن نُميّز بين مرحلتين، في الأولى غُيِّب أي دور ابتكاري لمحكمة النقض «Tribunal de Cassation»، وفي الثانية، انتزعت هذه المحكمة «Cour de Cassation»، استقلاليتها بنفسها وأثبتت دورها ومركزيتها في الجسم القضائي الفرنسي⁽²²⁾.

1. المرحلة الثورية: محكمة النقض الفرنسية «Cassation de Tribunal» بين التبعية والاستقلالية

عقب الثورة الفرنسية، ومنذ إقرار مبدأ فصل السلطات، تبيّن أنه أُريد لهذا المبدأ أن يُحقق هدفين: أحدهما معلن والآخر خفي، الأول مفاده ضمان أفضل قدر من الحرية لعمل هذه السلطات الثلاث، والمضي بمفهوم الدولة العصرية القائمة على القانون الذي يخضع له الجميع⁽²³⁾، في حين أنّ غاية الثاني تمثلت في الرغبة بتحجيم دور السلطة القضائية ممثلةً برجال القضاء عن صياغة القاعدة القانونية نتيجة الشعور بعدم الثقة تجاههم، لاسيما بعد التجاوزات التي شهدتها العملية التشريعية في العهد القديم من قبل البرلمانين⁽²⁴⁾.

(22) يجدر التنويه أن مفهوم المحكمة القائم على مصطلح (Tribune) مشتق من العبارة اللاتينية (Tribus) التي تعني المنبر أو المنصة التي كان يعتليها في التشريع الروماني القديم أحد رجالات القضاء الرومان ليفصل في النزاعات بين أفراد القبيلة الواحدة (Tribu) في مكان متاح للشعب (Public)، حيث كان هذا النوع من المحاكم يتميز بالقرب من الشعب من جهة والاهتمام بالقضايا التي تمس عموم الناس، في حين أن مفهوم المحكمة القائم على مصطلح (Cour) مشتق من العبارة اللاتينية (Curia) تعني رواق الملك أو الفناء الملكي، ما يفيد بعدها عن عموم الناس، لتأخذ دلالة أقرب إلى السلطة منها إلى الشعب. وقد تم تبني هذا الشكل من المحاكم في القرون الوسطى، بعد ذلك أخذت تعبر عن المكان الذي يمارس فيه النبلاء بعض المهام القضائية الموكلة إليهم من قبل الملك، لاسيما في القرن السابع عشر. ومع بداية القرن الثامن عشر، حل محل هؤلاء النبلاء طبقة من كبار القضاة.

G. Jugnot, Histoire de la justice française De l'époque franque à nos jours, *Ellipses*, Paris, 2011, p. 87s, 95s.

(23) الأمر الذي أكد عليه إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر بتاريخ 1789/8/26 في المادة (16) منه بالقول أن: «كل جماعة لا تضمن حقوق الأفراد، ولا تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات لا دستور لها». وبناءً عليه، صدر الدستور الفرنسي لسنة 1791 ليجعل كل سلطة من سلطات الدولة في عزلة تامة عن بقية السلطات، مبرراً ذلك في إطار ما سمي بصيانة الحرية ومنع الاستبداد وتحقيق شرعية الدولة. (24) M. Troper, La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution française, In *Présence du droit public et des droits de l'Homme*, In *Mélanges offerts à J. Velu, Bruylant*, 1992, p. 829.

تدعيماً لهذا الموقف، صدر القانون المؤرخ بـ: 16-24 آب/أغسطس 1790 الذي حظر أي تدخل من السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية، بحيث منع عليها أي تدخل مباشر أو غير مباشر في أعمال السلطة التشريعية، ومنعها من أن توقف أو تعطل أو تعارض تنفيذ أي تشريع يصدر عن المشرع صاحب الصلاحية في وضعه⁽²⁵⁾، وأي تجاوز من قبل السلطة القضائية لذلك يُعدُّ إساءة منها في استعمال السلطة الممنوحة لها، وتعدياً على عمل السلطات الأخرى يُعاقب عليه باعتباره جرماً جنائياً التوصيف⁽²⁶⁾. بالتالي فإنَّ المشرع هو المصدر الوحيد للقانون، ما حَجَم من دور الاجتهاد القضائي إلى حد ربطه بمفهوم التشريع كمفهوم موحد، وأكد على أنَّ أي خروج عن هذه الدلالة يجب محاربته والحد منه وبشدة⁽²⁷⁾.

موقفٌ لم يدم طويلاً، لاسيما بعدما استشعر رجالا الثورة أنَّ التطبيق الحرفي لهذا المبدأ، وإن كان سيؤدي إلى حظر القدرة الابتكارية للقاضي في صياغة النص القانوني، إلا أنَّه وبالمقابل سيجعل هذه السلطة خارج دائرة الرقابة التشريعية بالمطلق، كونه سيفضي لحظر ممارسة أية رقابة من السلطتين التشريعية والتنفيذية على أعمالها. في ضوء ذلك عمد المشرع الثوري الفرنسي لإنشاء جهاز تشريعي بلبوس قضائي لمراقبة أعمال وأحكام السلطة القضائية بما يضمن عدم خروجها عن محددات السلطة التشريعية

(25) Décret du 16 Fructidor an III (1795). Voire Cons. const, décision n° 86-224 du 23 janvier 1987, *JORF du 25 janvier 1987*, p. 924.

(26) Seront coupables de forfaiture, et punis de la dégradation civique : 1° 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. 2° Les juges qui auraient excédé leur pouvoir, en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives, soit en faisant des règlements sur ces matières, soit en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration, Ancien code pénal, Art. 127. Créé par Loi 1810-02-16 et abrogé par Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992. *JORF* 23 décembre 1992 en vigueur le 1^{er} mars 1994.

(27) Pour M. Robespierre, «Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'Ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau, (il) doit être effacé de notre langue. Dans un Etat, qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi». M. Robespierre, discours de la séance à l'Assemblée constituante du 18 nov. 1790, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, T. 15. T. 20, p. 516, col. I. Pour Le Chapelier, «Le Tribunal de Cassation, pas plus que les Tribunaux de districts, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Le Chapelier, discours de la séance à l'Assemblée constituante du 18 nov. 1790, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, T. 20, p. 517, col. I.

تحت مسمى: «محكمة النقض» (Cassation de Tribunal)⁽²⁸⁾، حيث انبثقت هذه المحكمة من رحم السلطة التشريعية وأجبرت على العمل وفق الضوابط التشريعية لا القضائية، وهنا الإشكالية، فهذه الضوابط كانت تتيح للمحكمة سلطة إلغاء كافة الإجراءات التي تنتهك فيها إجراءات أو شكليات القانون، وكل حكم قضائي ينطوي على تناقض واضح في نص التشريع. كانت تحظر عليها كذلك، أي شرح يخالف نص التشريع من قبل القاضي، وبالتالي كل إجراء لا ابتكار للنص القانوني. وعليه، لم يعد قاضي النقض جزءاً من المنظومة القضائية المكونة للنص القانوني، وإنما مجرد مؤطر إداري، فهو لا ينطق بالقانون، وإنما بالتشريع⁽²⁹⁾، ليذهب البعض لنزع السمة القضائية عن عمل هذه المحكمة، بالتأكيد أنها ليست مختصة بالحكم لصالح الخصومة، وإنما حماية القوانين والرقابة على حسن الالتزام القضائي بها، ومعاينة القضاة في حال المخالفة⁽³⁰⁾، بل ذهب البعض أبعد من ذلك، بالقول بأنَّ إنهاء الحكم القضائي بالنقض ليس عملاً قضائياً، وإنما تدخل تشريعي، وبالتالي، فإنَّ القدرة على النقض ليست جزءاً من السلطة القضائية، وإنما امتداد للسلطة التشريعية⁽³¹⁾.

على ذلك، يمكن القول إنَّه في هذه المرحلة، لم يكتب ولم يُرد لهذه المحكمة أن تخرج عن حدود فاصلة في عملها، أو أن تستمر في عملية الارتقاء بدورها التشريعي، فهذه المهام كانت خارجة عن صلاحياتها، فهي أتت لتضمن حسن تطبيق التشريع، وفهم ما يود المشرع أن يقوله في النزاع شكلاً وموضوعاً، وبالتالي إخراج مضمون النص التشريعي

(28) أحدثت هذه المحكمة «محكمة النقض (Tribunal de Cassation)»، بموجب القانون رقم 1790/01/1789←01/12/27، واستمدت فكرتها من نظام قانوني مشابه كان في العصور الوسطى، حيث لم يكن في تلك الفترة إلا سلطة تشريعية واحدة مقررة للملك، الذي أقر في القرن السابع عشر، بسبب المزيد من تدخلات البرلمان في قراراته، هذه الآلية التي تمنحه القدرة على إلغاء قرارات البرلمان، أو تعطيلها بحجة عدم مراعاتها، أو مخالفتها شرح ومقاصد القرارات الملكية والأعراف والقانون الروماني. J.-L. Halperin, Le tribunal de Cassation sous la Révolution (1790-1799), In *Annales historiques de la Révolution française (AHRF)*, 1986, n° 263, p. 99. J. F. Weber, La cour de cassation, *La documentation française*, 2006, p. 13s. M. Saluden, Le phénomène de la jurisprudence: Etude sociologique, *thèse*, Paris II, 1983, p. 457s. P. Bellet, Grandeur et servitudes de la Cour de cassation, *RIDC*, Vol. 32, n° 2, 1980, Pp. 293-301.

(29) ظاهرياً أتى هذا الإجراء لمعاينة المحاكم الدنيا في حال عدم توافق موقفها مع توجهات محكمة النقض في رؤية النص القانوني، لكنه حقيقة، كان لمعاينتها هي على مخالفة توجهات المشرع الواجب احترام كلمته العليا. J.-L. Halperin, *op. cit.*, p. 62s.

(30) Cité par A.T.V. De Lameth, Histoire de l'assemblée constituante, Volume 2, Mouta - dier Libraire-éditeur, 1826, p. 415.

(31) G. Picca et L. Cobert, La Cour de cassation. Que sais-je?, Themis Droit, PUF, Paris, 1986, p. 65s.

إلى التطبيق الفعلي وفق إرادة المشرع وغايته، ووضع حد للنزاع القائم وفق إرادة ورؤية هذا الأخير لا إرادة ورؤية السلطة القضائية.

2. المرحلة العصرية: محكمة النقض الفرنسية «Cassation de Cour» من إثبات الذات إلى تكريس الدور

هذا الموقف الذي تبناه رجالا الثورة الفرنسية لم يتوافق مع توجهات محكمة النقض (Tribunal de Cassation) التي وجدت نفسها مكبلة بقيود المشرع، ورأت أن مسألة شرح النص القانوني لا دخل لها به⁽³²⁾، معتبرة أن الإبقاء على الطريقة التقليدية في عملها سيؤدي إلى تعطيلها بشكل كامل، لاسيما مع المبدأ الذي أقره الثوريون بضرورة أن تعود هذه المحكمة لاستشارة رأي المشرع، كلما برزت الحاجة إلى شرح النص التشريعي⁽³³⁾. وأمام عدم انصياع المحكمة لهذا القيد، عمد المشرع الفرنسي إلى تعطيل عمل هذه المحكمة في عام 1795، ومن ثم إلغائها حتى العام 1799، لتتم ولادتها من جديد تحت مسمى محكمة النقض (Cassation de Cour)، وليتم انتزاعها من ذيل الجسم التشريعي، لتوضع على رأس الجسم القضائي من خلال القانون المؤرخ في 1804/2/15⁽³⁴⁾، الذي وسّع من حريتها في نطاق شرح وتفسير النص القانوني، بحيث لم يعد دورها مقتصرًا على مجرد نقض الأحكام بسبب انتهاك القانون، بل وسّعت من نطاق هذه الرقابة لتشمل الخطأ في تفسير التشريع، إضافة لعدم وجود المبررات الكافية لتبريره.

لاحقاً، وبعد حين، أثبتت المحكمة قدرتها على الابتكار، لاسيما عندما جنحت إلى تأنيب قاضي الموضوع بسبب التعارض الواضح في الفهم القانوني، والتطبيق الخاطئ للنصوص التشريعية في القضايا المدنية، والجنائية تحت مظلة الرقابة على حسن تطبيق القانون، ليبرز الحديث بعدها وبشكل فعلي، عن مدى انصياع قاضي الموضوع للعمل وفق محددات هذه المحكمة في معرض تبريره وتسببه للحكم القضائي كأحد موجبات نقض الحكم من عدمه، أو الإشادة به⁽³⁵⁾. كذلك فقد عملت محكمة النقض على المضي قدماً في نشر أحكامها لقضاة الموضوع، عن طريق نشر هذه الأحكام وإصدار منشورات

(32) Cass. civ. 9 août 1854, D. 1854, 1, 265. Cass. civ. 13 août 1851, D. 1851, 1, 281.

(33) هذه الاستعانة بالسلطة التشريعية تم تعطيلها من قبل محكمة النقض، (Tribunal de Cassation)، التي عطلت بدورها من قبل المشرع بإقراره للمادة (4) من القانون المدني الأسبق، ومن ثم لتهدج بموجب قانون 30 تموز/يوليو 1828 وتلغى بموجب قانون الأول من نيسان/أبريل 1837. M. Lesage, *op. cit.*, p. 59.

(34) Tribunal de cassation, 15 floréal an IV.

(35) C. Bléry, L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790? *Histoire de la Justice (RHJ)*, 1991, n° 4, Pp. 79-97.

قانونية خاصة بذلك⁽³⁶⁾، بما يفيد تثبيت موقفها القانوني والاجتهادي، ودورها المصدري للقانون بعيداً عن السلطة التشريعية⁽³⁷⁾. ومن ثم، تطور دور محكمة النقض ليغدو أكثر سرعة وحضوراً، ولتأخذ دوراً أكثر بروزاً من ذلك الذي رسمه المشرع لها، متجاوزةً ضمان التطبيق الصحيح لقضاة الموضوع لنص التشريع، ومن خلفه القانون، لتقدم شرحها وتعليقها عن النص التشريعي، وبالتالي إلزام قضاة الموضوع بتبني وجهة نظرها تحت طائلة المساءلة⁽³⁸⁾.

ثانياً- مرحلة التقنين الحداثي العربي وتلقف التجربة العصرية الفرنسية

هذه المرحلة التاريخية من إثبات الذات القانونية لمحكمة النقض الفرنسية مُمثلةً للسلطة القضائية، في مواجهة السلطة التشريعية مُمثلةً بالمشرع، لم تعان منها محاكم القضاء المدني الأعلى في التشريعات العربية موضوع الدراسة⁽³⁹⁾، حيث تبنت مختلف هذه التشريعات النموذج القانوني والهيكلية والمؤسساتي لمبدأ الفصل بين السلطات في نسخته الأحدث القائمة على البعد التوافقي بين عمل السلطات الثلاث، وبما يضمن استقلالية السلطة القضائية النسبية في مواجهة باقي السلطات مع احترام الاختصاص القضائي الحصري لمحكمة النقض «التميز» بعيداً عن التجاذبات والتدخلات التشريعية ذات الدلالة الثورية وفق ما سبق، وإن مع بعض التمايز فيما بينها.

ففي مرحلة الدولة العثمانية وما قبل⁽⁴⁰⁾، يكاد يكون تاريخ النظام القضائي في الدول

(36) O. Dufour, La Cour de cassation, entre évolution et révolution ! *Gazette du Palais*, 2015, n° 283, p. 3. J-L. Halperin, *op. cit.*, p. 101s.

(37) لاسيما بعد تعديل الإجراءات الخاصة بالرقابة على قضاة الموضوع بموجب قانون 18 مارس 1800 الذي أقر أنه في حال نقض الحكم ثانيةً لذات الأسباب، لمحكمة النقض بغرفها مجتمعة الحق في الفصل في موضوع النزاع، ما منحها سطوة معنوية أكبر على قضاة الموضوع، ليتم بفضل قانون الأول من أبريل 1937 إعطاؤها الحق بفرض قرارها عليهم.

G. Canivet, Préface, In *La cour de cassation*, de J. F. Weber, *La documentation française*, 2006, p. 7.

(38) اليوم تتألف محكمة النقض الفرنسية من عدة غرف: الغرفة المدنية الأولى والثانية والثالثة، والغرفة الجنائية، والغرفة التجارية والاقتصادية والمالية، والغرفة الاجتماعية، ولكل غرفة رئيس، علماً بأن غرفة العرائض تم إلغاؤها في عام 1947. ويتم النظر في الطلبات في كل غرفة بحسب وضوح أو غموض القضية، فهناك دعوى، يتم بثها من قبل ثلاثة قضاة لاسيما حينما يبدو الحل واضحاً. وبخلاف ذلك يتم البت في الدعاوى من قبل هيئة قضاة مؤلفة من خمسة أعضاء على الأقل. ويجوز أن تصدر الغرفة قرارها من هيئة قضاة كاملة في حالات خاصة، كما لو كان القرار سيترتب عليه تحول في الموقف الاجتهادي للمحكمة.

J. Boré, L. Boré, *La cassation en matière civile 20152016- 5^{ème} éd. Dalloz Action* 2016. p. 27s. F. Chabas, *Le cœur de la cour de cassation*, *Dalloz*, Paris, 1973, p. 211.

(39) نعني بذلك كل من محكمة النقض المصرية ومثيلتها السورية، ومحكمة التمييز اللبنانية.

(40) للوقوف على واقع الحركة التشريعية في العهد العثماني راجع: محمود عبدالمجيد المغربي، مرجع

العربىة الثلاث متقارباً إلى حد كبرى؁ حيث كانت المحاكم الشرعىة تتنازع الاختصاص القانونى فى المنازعات الفردىة بمختلف أشكالها؁ إضافة للمحاكم القنصلىة فى بعض الحالات؁ ومن ثم أءدل نظام المحاكم المءتلطة⁽⁴¹⁾؁ ما جعل السمة البارزة بىن مختلف هذه الدول غىاب النظام القضاى الوضعى المؤسساى؁ ما غىب معه أى ذكر للقضاء بمفهومه العصرىء الحديث.

لكنه ومع عصر الدولة الحديثة؁ بدأت تبرز ملامح المؤسساات القانونىة بمفهوماها العصرىء والحءاى؁ لاسىما فى مصر التى برزت الجذور التأسىسىة لمحكمة النقض فى نظامها القضاىء للمرة الأولى فى إطار النظام القضاىء الخاص بالمحاكم الأهلىة؁ الذى استءءث فى عام 1883⁽⁴²⁾؁ وأقرت لائءته الخاصة بأن هذه المحاكم تتكون من أربع

سابق؁ ص 452 وما بعدها. وكذلك: رؤوف عباس؁ العءالة بىن الشرىعة والواقع فى مصر فى العصر العءمانى؁ منشورات مركز البءوث والءراساات الاءتماعىة؁ القاهرة؁ 2002 (تطور القضاء فى العصر العءمانى؁ ص 61-78. وسلطة القضاء فى العصر العءمانى؁ ص 271 وما بعدها).

(41) تعود أولى المعاهءاات التجارىة للعام 1154 التى منءت اءمءىازاات خاصة للتجار الإءطالىىن؁ ثم تلتها معاهءة تجارىة أخرى مع البندقىة فى عام 1238 وأخرى مع جنوة فى عام 1290؁ ثم أبرمت معاهءة مائاة مع الفرنسىىن فى عام 1488؁ ثم معاهءاات جءىءة فى عصر الدولة العءمانىة؁ فى الأعوام 1453 مع جنوة؁ ومع البندقىة فى عام 1454؁ ومن ثم مع فرنسا فى الأعوام 1528؁ 1535؁ 1740. راجع: العءالة بىن الشرىعة والواقع فى مصر فى العصر العءمانى؁ مرجع سابق؁ ص 61-78؁ وص 271 وما بعدها.

(42) من المءفق علىه أن عصر الدولة المءنىة الحديثة بدأ فى مصر مع ءولى محمد على باشا مءالىء الحكم فىها فى عام 1805؁ حيث أءل فى عام 1844 بشكل فعلى؁ وللمرة الأولى مباءاً المحاكم الوضعىة إلى جانب المحاكم الشرعىة؁ بإءءائه لما سعى بالمحاكم المءتلطة التجارىة التى اءءصت فى بعض القضاىا التجارىة للأجانب الموءوءىن على أرض الدولة المصرىة؁ فأصبع لها اءءصاص جزئى فى بعض هذه القضاىا إلى جانب المحاكم الشرعىة ذات الاءءصاص العام فى القضاىا الشرعىة والمءنىة والتجارىة؁ إلى جانب المحاكم القنصلىة التى كانت صاحبة الولاىة القانونىة بالنظر بالقضاىا التى ىتبع لها مواءنوها. هذا المءقلء كان ساءداً فى الدول العربىة الخاضعة للحكم العءمانى منذ القرن الخامس عشر؁ ثم المءاكءد علىه فى عصر الدولة المصرىة الحديثة فى عام 1857؁ لىتم فى عام 1875 إنشاء المحاكم المءتلطة التى ءرءت على ءسمىءتها محاكم الإصلاء القضاىء؁ بءىء إن جمىع القضاىا المءنىة والتجارىة التى بوءء فىها عنصر أءنبى أصبحت تخضع لهذه المحاكم؁ باسءثناء القضاىا ذات البعد الشرعى فبقىء تخضع للمحاكم الشرعىة؁ بذات الوقت بقىء المحاكم القنصلىة مءقظة باءءصاصها فى النزاعات المءعلقة بىن رعاىا الدولة من الجنسىة الواءة.

هذا الواقع المءقء من التءاؤل القضاىء بىن المحاكم الشرعىة؁ والمحاكم المءتلطة إضافة للمحاكم القنصلىة؁ لم ىكن أمراً مرىحاً للمؤسسة القضاىة؁ ما حمل المشرع المصرى لىءءث فى عام 1883 المحاكم الأهلىة؁ التى سمىء لاءقاً بالمحاكم الوطنىة؁ التى حلت محل المحاكم الشرعىة فى النظر فى مءءلف القضاىا المءنىة والتجارىة للمواءن المصرىىن؁ فىما بىنهم أو بىنهم وبىن الأجانب فى بعض الحالات المءءة؁ ما سءل تحولا فى ءوزع الاءءصاص القضاىء للمحاكم المصرىة؁ حيث أضءت المحاكم الشرعىة صاحبة الاءءصاص المءقء فى المسائل الشرعىة والمحاكم الأهلىة ذات الاءءصاص العام فى كافة القضاىا المءنىة والتجارىة؁ لىسءل المشرع المصرى بهذه المحاكم أولى ءوءءاات باءجاه القضاء الوطنىء الحديث. راجع: لطفىة محمد سالم؁ النظام القضاىء المصرىء الحديث (1875-1914)؁ ج 1؁ ط 1؁ ءار الشروق؁

طبقات «درجات» بعضها تابع لبعض، حيث تبدأ طبقة المحاكم الجزئية تعلوها طبقة المحاكم الكلية، ومن ثم طبقة محكمة الاستئناف، وأخيراً طبقة محكمة النقض والإبرام التي لم تكن سوى دائرة من دوائر محكمة الاستئناف مؤلفة من خمسة أعضاء، لتتسع بعدها وتضم جميع أعضاء المحكمة على شكل هيئة عامة بجمعيتها العمومية، تنظر بداية في قبول الطعن بالأحكام الصادرة في القضايا الجنائية فقط حتى عام 1921، ليتم حينها تعديل قانون المرافعات المصري، ويمتد اختصاصها للنظر في القضايا المدنية والتجارية، ليتم بعدها في عام 1931 إلغاء نظام الدائرة الاستئنافية، وإنشاء محكمة النقض بمثابة محكمة قائمة بذاتها تحت مسمى: «محكمة النقض»، وهو التاريخ الذي يمثل الولادة الفعلية لمحكمة النقض المصرية.

ومن جهتها، تكاد التجربة التشريعية السورية تكون مقاربة جداً مع مثلتها المصرية، حيث تم تبني محكمة النقض في شكلها النهائي بموجب القانون الخاص الذي منح هذه المحكمة سلطة الرقابة القانونية على أحكام محاكم الموضوع في القضايا الجنائية والقضايا المدنية والتجارية⁽⁴³⁾، في حين أن إحداث محكمة التمييز في التشريع اللبناني لم يكن أمراً يسيراً، فبتاريخ 9 آذار/مارس 1925 صدر القرار رقم 3018 الذي أنشأ محكمة التمييز، ومنحها صلاحيات حقوقية وجزائية، ليتم إلغاؤها بتاريخ 3 شباط/فبراير 1930 بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 6، ثم ليعاد إنشاؤها في 10 آب/أغسطس 1934 وبموجب القرار رقم 178 الذي منحها صلاحيات واسعة منها البت في الاعتراضات الإدارية، ثم يتم إلغاؤها مجدداً بتاريخ 22 تشرين الثاني/نوفمبر 1939 بموجب القرار رقم 324، الذي أنشأ مجلس الشورى ليفصل في الاعتراضات الإدارية، حيث شهدت هذه العملية تجاذباً حاداً بين هذه المحكمة ومجلس الشورى وتنازع الاختصاص بينهما حول مدى صلاحية محكمة التمييز في البت في الاعتراضات الإدارية، واستمر هذا الوضع مع التنظيم القضائي الصادر في 14 تشرين الأول/أكتوبر 1944. ومن ثم، وبتاريخ 10 أيار/مايو 1950 صدر قانون تنظيم قضائي جديد أعاد إنشاء محكمة التمييز، مولياً إياها

القاهرة، 2010، ص 61 وما بعدها. العدالة بين الشريعة والواقع في مصر في العصر العثماني، مرجع سابق، ص 61-78. سلطة القضاء في العصر العثماني، مرجع سابق، ص 271 وما بعدها. (43) يقع مقر محكمة النقض السورية في العاصمة دمشق، وتتألف من رئيس، وعدد من نواب الرئيس، والمستشارين. ويرأس رئيس محكمة النقض الدائرة التي يختارها في بداية كل سنة. وتقسّم محكمة النقض إلى ثلاث دوائر: دائرة للقضايا المدنية والتجارية، ودائرة للقضايا الجزائية، ودائرة للقضايا الأحوال الشخصية، مع الإشارة إلى أن قرارات كل دائرة يصدرها ثلاثة مستشارين، أما الأعمال في محكمة النقض، فإنها توزع بقرار تصدره هيئة مؤلفة من الرئيس ونوابه، وذلك في مطلع كل سنة قضائية، ويستمر مفعوله إذا لم يصدر قرار بتعديله، وإذا حال حائل دون قيام أحد المستشارين بأعماله يقوم مقامه المستشار الأعلى درجة، ثم الأقدم فيها. محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، منشورات جامعة دمشق، 2007، ص 79 وما بعدها.

أوسع الصلاحيات، بما فيها الصلاحيات الإدارية التي كانت لمجلس شورى الدولة. فاعتمد هذا القانون توحيد القضاة العدلي والإداري، وجعل من محكمة التمييز الهيئة العليا الوحيدة، وأنشأ غرفة إدارية فيها. بعد ذلك، بتاريخ 9 كانون الثاني/يناير 1953، صدر المرسوم الاشتراعي رقم 14 الذي عاد وأنشأ مجلس شورى الدولة وألغى الغرفة الإدارية في محكمة التمييز، وبتاريخ 16 تشرين الأول/أكتوبر 1961 صدر قانون التنظيم القضائي الذي أوجد محكمة التمييز ومجلس الشورى، وشكل محكمة خاصة لحل الخلافات التي يمكن أن تنشأ بين القضاء العدلي والقضاء الإداري. وبتاريخ 16/9/1983 صدر المرسوم الاشتراعي رقم 150 الذي تبني ما جاء في قانون التنظيم القضائي لسنة 1961 من حيث وجود هئتين هما محكمة التمييز ومجلس شورى الدولة⁽⁴⁴⁾.

المطلب الثاني

مبدأ فصل السلطات والدور المُرَّحَّب

أصبح التطبيق الحرفي لهذا المبدأ في المدرستين الفرنسية والعربية، اليوم شيئاً من الماضي، ولم يعد يتسم بذات الحدة التي كان عليها عند انطلاقتها، لاسيما في إطار التداخل بين السلطة القضائية وشقيقاتها التشريعية والتنفيذية، فالمدرستان الفرنسية والعربية انتقلتا في نظريتهما السياسية من مبدأ الفصل بين السلطات إلى الإقرار بمبدأي التداخل والتعاون بين هذه السلطات، نظراً لاحتامية التداخل في أعمالهما⁽⁴⁵⁾، فإن كان من النتائج

(44) حول حركة التقنين في لبنان راجع: محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 8 وما بعدها. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 230 وما بعدها، ص 313 وما بعدها.

(45) يبرز التداخل والتعاون بين مختلف هذه السلطات في جوانب عديدة، لاسيما في إطار مراقبة السلطة التشريعية لأعمال الحكومة ومحاسبتها ومساءلتها. ففي فرنسا مثلاً تمارس الجمعية الوطنية صلاحية مراقبة أعمال الحكومة من دون مجلس الشيوخ، حيث يتيح الدستور لها مجموعة من الوسائل، تبدأ بتوجيه أسئلة خطية أو شفوية للوزراء. المادتان (48-49) من الدستور الفرنسي لعام 1958، وذات الأمر ينطبق في إطار صلاحية السلطة التشريعية في كل من مصر ولبنان وسوريا. كذلك ثمة اختصاصات تشريعية للسلطة التنفيذية مشتركة ومستقلة، فإن كانت عملية المناقشة والتصويت من اختصاص السلطة التشريعية، غير أن السلطة التنفيذية تشترك مع السلطة التشريعية في عملية الاقتراح، وتستقل عنها في عملية التصديق والإصدار والنشر، بل إن فرنسا في دستورها لعام 1958 نقلت الاختصاص التشريعي الأصلي من يد البرلمان ليد السلطة التنفيذية، بحيث إن البرلمان لا يستطيع أن يصدر القوانين إلا في هذه المجالات المحددة، في الوقت الذي أصبحت فيه سلطة الحكومة ممتدة لتشمل جميع الميادين عن طريق اللوائح، أي أصبحت الحكومة هي المشرع العام والبرلمان هو المشرع المقيد.

ويقوم المجلس الدستوري بإلغاء القوانين التي يصدرها البرلمان خارج هذه المجالات، كذلك مشروع قانون الميزانية والموازنة العامة للدولة هو حق أصيل للسلطة التنفيذية، ودور البرلمان عموماً فقط هو مجرد الإقرار دون أن يكون لها الحق في تعديلها، بل إن بعض الدساتير تمنح السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الدولة الحق في طلب تعديل بعض مواد الدستور، كما هو الحال في الدستورين المصري والسوري. P. Gaudemet, La séparation des pouvoirs, mythe et réalité, Dalloz, Paris, 1961, p. 121.

البديهية لنظرية الفصل، الإنكار المطلق لمقولة أن يكون القاضي مصدرًا للقانون، والإنكار المطلق لأي تعطيل تشريعي لحكم قضائي واجب النفاذ، فإنَّ المقولتين لا يمكن تعميمهما بالمطلق، كما لا يمكن قبولهما بالمطلق، نظرًا لحتمية التداخل بين هاتين السلطتين ولكل منهما في مواجهة الآخر.

أولاً- حتمية تداخل عمل السلطة التنفيذية والسلطة القضائية

عندما تمتلك السلطة التنفيذية مُمَثَّلَةً في رئيس الدولة أو من يقوم مقامه بإصدار العفو الخاص، فهناك تدخل واضح من قبلها في عمل السلطة القضائية، مفاده من حيث الأثر إلغاء تنفيذ الحكم القضائي كلياً أو جزئياً، ذلك أن الأحكام القضائية أقرت لتمتع بالنفاذ التام والفعلي، في حين أن السلطة التنفيذية بهكذا موقف، إنما توقف تنفيذ هذه الأحكام، إن لم نقل إنها تلغيه. إمكانيةً يُفترض ألا تمتلكها السلطة التنفيذية وأن تبقى محصورة بيد القضاء. بالمقابل، فإنَّ الإقرار باستقلالية القاضي ممثل السلطة القضائية، هي التي تمنحه الثقة والقدرة على إصدار الحكم القضائي، ومن خلفه تبني التفسير الذي يجده الأنسب للنص القانوني دون أن يخشى من مساءلة أو حساب إداري أو تنفيذي غير موضوعي، وتمنحه القدرة على ابتكار النص القانوني الموضَّح وحتى المُكَمَّل للنص التشريعي وفق إرادته هو لا إرادة الممثل للسلطة التشريعية.

هذه الاستقلالية، إضافة لأنها هي الضمانة الوحيدة لحسن قيام القاضي بالمهام الموكلة إليه، هي المحرك الرئيس لقدرة القاضي على ابتكار النص القانوني ذي الأصل الاجتهادي، وبالتالي تحقيق التداخل بين السلطتين التشريعية والقضائية⁽⁴⁶⁾.

ثانياً- حتمية تداخل عمل السلطة التشريعية والسلطة القضائية

كما أن المشرع مُمَثَّلًا للسلطة التشريعية هو من يملك الصفة الرسمية في وضع النص التشريعي الذي لا يمكن منازعته فيه، فإنَّ القاضي بكونه مُمَثَّلًا للسلطة القضائية هو حامي الحريات الفردية في المجتمع الذي لا يمكن لأي جهة في الدولة القيام بها، أو المس بحريات الأفراد في المجتمع، سواء أكان ذلك بشكل مباشر أم غير مباشر⁽⁴⁷⁾. استنادًا لذلك، أقر المجلس الدستوري الفرنسي أنه وإن كان يمكن للمشرع أن يوكل لأحد الأجهزة

(46) Ch. Lemieux, *Jurisprudence et sécurité juridique: une perspective civiliste*, *Revue de Droit Université de Sherbrooke*, 1999, n° 29, p. 231s.

(47) Cons. const, décision n° 2007-551 du 1^{er} mars 2007, *JORF du 6 mars 2007*, p. 4230. J-L. Debre, *Justice et séparation des pouvoirs en droit constitutionnel français*, Intervention lors de la deuxième conférence régionale du Monde arabe, Doha, Qatar, 27 – 28 avril 2008. Cons. const, décision n° 89-260 du 28 juillet 1989, *JORF du 1er août 1989*, p. 9676.

الإدارية في إطار صلاحيات السلطة العامة، سلطة إيقاع العقاب، لكن هذه العقوبات لا يمكن بحال من الأحوال أن تنال من حرية الأفراد أو تحرمهم منها، كما هو حال الحكم القضائي، وإنما تبقى في الجانب المالي والإداري، أو في بعض العقوبات التي تتسم بطابع المخالفات، لاسيما المخالفات المرورية والمخالفات العمرانية أو حتى التمييزية.

وعليه، وجّه المجلس الدستوري الفرنسي اللوم إلى القانون الذي قيّد سلطة المحكمة بتطبيق العقوبات في إطار الإفراج المشروط بالنسبة للأشخاص المدانين بالحبس المؤبد على الرأي الإيجابي للجنة الإدارية. كذلك، فإنّ المجلس الدستوري حرص على ضرورة احترام التحليل والتكييف والاستقراء القانوني للقاضي، بمنع إمكان إنزال أية عقوبة مباشرة ما لم تسبقها التحقيقات اللازمة التي تثبت إدانة المتهم⁽⁴⁸⁾.

كذلك، وبعيداً عن النظريات التي حاولت أن تقلل من حقيقة تداخل عمل السلطة القضائية مع عمل السلطة التشريعية⁽⁴⁹⁾، فإنه لا يمكن بحال من الأحوال إنكار وجوده، بما فيها تدخل القاضي في بعض الصلاحيات المعطاة للمشرع، وذلك لذات الغاية الأسمى وهي تحقيق التناغم الإيجابي بين عمل الطرفين، وإيجاد نوع من التوازن بالحد الأدنى بينهما، فمن خلال منح القاضي هذه الصلاحية إنّما يمكن النظام القانوني القضائي من أن يكون أكثر اكتمالاً وأكثر وضوحاً، فكما أنّ للقاضي الحق في إعادة مواءمة تطبيق النص القانوني، كذلك فإنّ للمشرع الحق في تعطيل الحكم القضائي، دون أن يُعد ذلك شكلاً من أشكال وضع السلطة القضائية في موضع أدنى من السلطة التشريعية، وإنّما الوصول إلى حلول توفيقية بين الطرفين.

(48) المجلس الدستوري يسهر على ضمان الاستقلالية القضائية، حيث قضى بعدم صدقية القانون الذي يعهد إلى جهاز أو سلطة الجمهورية الذي هو جهاز إداري سلطة تلقي الاعتراضات التي ترد على عمل العاملين في الجهاز القضائي، مما يمكنه من المساءلة الإدارية للقضاة عن أعمالهم ذات الطبيعة القضائية، ودون أن يكون هناك ضرورة لأن تكون أحكامهم، التي صدرت والتي هي موضع الاحتجاج، قد حازت قوة القضية المفضية.

Cons. const, décision n° 80-119 du 22 juillet 1980, *JORF du 24 juillet 1980*, p. 1868, D. 1981, p. 65, note C. Franck.

(49) تعددت النظريات المبررة لهذا التداخل القضائي في العمل التشريعي، فذهب البعض للقول بأنّ المشرع قد فوّض ضمناً القاضي بعضاً من صلاحياته التشريعية، غير أنّ هذه النظرية لم تصمد، ذلك أنّ السلطة لا تُفوّض ولا يوجد نص دستوري يسمح بذلك، ما دفع البعض الآخر لطرح نظرية جديدة مفادها أنّ القدرة الابتكارية للقاضي في وضع النص القانوني إنّما تستمد شرعيتها من القبول الضمني بها من قبل السلطة التشريعية، ما يمنحها الشرعية القانونية. فرضية بعيدة عن الواقع وذات طبيعة اصطلاحية أكثر منها واقعية، ذلك أنّه لا يمكن القبول بالقول بأنّ الجسم التشريعي على علم تام بمختلف الأحكام القضائية. حول هذه النظريات راجع:

M. Waline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, *In La technique et les principes du droit public*, Mélanges G. Scelle, T. II, LGDJ, 1950, p. 627s.

القاضي يُشعر المشرع أنَّ النص القانوني غير منضبط، والمشرع يقوم، بعد الاقتناع، بتعديل النص التشريعي وفق رؤية الاجتهاد القضائي، فإن كان من الطبيعي القول إنَّ المشرع يفرض إرادته التشريعية على القاضي، يمكن القول بالمقابل وبكل أريحية ويسر، بأنَّ القاضي له الحرية في طريقة تحديد رؤيته التحليلية للنص التشريعي، وعلى ذلك يمكن القول، بأن نظرية الفصل بين السلطات أضحَت بحاجة إلى مراجعة جديدة، كونها لم تعد بذات المصادقية في منع القاضي من ابتكار النص القانوني، لاسيما في ضوء الاعتقاد الراسخ والمتنامي بأنَّ المُكَنَّة التي يتمتع بها القاضي في ابتكار النص القانوني لم تعد ترتبط بهذه النظرية، وإنَّما هو عمل أصيل يتعلق بالقاضي وبمنهجيته التحليلية في تطبيق النص القانوني، لكن وفق الضوابط التشريعية المدنية الموضوعية والإجرائية ذات العلاقة.

المبحث الثاني

المحددات التشريعية المدنية

تتفق المدرستان الفرنسية والعربية على إلزام القاضي بالنطق بالحكم في القضية المعروضة عليه تحت طائلة اعتباره مستكفراً عن إحقاق الحق وفق مفهوم إنكار العدالة⁽⁵⁰⁾. وعلى الرغم من ذلك، فإنَّ المحددات التي تحكم هذا الإلزام تختلف بين موقف كل من المشرع الفرنسي، الذي يلزم القاضي بالحكم دون تقييده بأي قواعد إطارية تحكم هذه العملية، ويقاربه في ذلك المشرع المدني اللبناني وإنَّ بعض التمايز، من حيث المحافظة على الدلالة الوضعية لهذه المحددات⁽⁵¹⁾، وبين نظيريه المصري والسوري، اللذين قيدها هذا الإلزام بجملة من الضوابط الإطارية التي يجب على القاضي أن يعمل في نطاقها، غلباً عليها الطبيعة الدينية دون الوضعية.

المطلب الأول

المحددات التشريعية المدنية ذات الخصوصية الوضعية

ضمن هذه الفرضية يمكن أن نميز بين موقفي كل من المشرع المدني الفرنسي ونظيره اللبناني،

(50) يُشار إلى أنَّ مفهوم إنكار العدالة في نظرية التشريع الفرنسي المدني التي استقى التشريع المدني اللبناني منها أحكامه، يختلف عن مفهوم إنكار العدالة في كل من التشريع المدني المصري والسوري، ففي حين تربط النظرية الفرنسية مفهوم الإنكار بالقانون بحد ذاته، من حيث نقص القانون أو غموضه أو عدم كفايته، نجد أنَّ النظرية العربية - ممثلة بالتشريعين المصري والسوري - تربط ذلك بفعل الامتناع الصادر من القاضي دون تحديد المبرر لذلك، كالامتناع عن الإجابة عن استدعاء قدم له أو عن الفصل في قضية جاهزة للحكم.

وفي حين أنَّ النظرية الفرنسية قدمته ضمن القواعد الموضوعية العامة في القانون المدني، وقدمه المشرع اللبناني ضمن القواعد العامة الإجرائية، فإنَّ كلا من التشريعين السوري والمصري قد ناقشا هذه القضية في إطار إجرائي خاص ضمن القواعد المتعلقة بمخاصمة القضاة من قبل أحد المتقاضين، نتيجة امتناع القاضي عن الحكم، وبالتالي افتراض وجود نزاع، وهو الأمر الذي يعد قاصراً، حيث إن مفهوم إنكار العدالة أوسع من ذلك بكثير ولا ينطوي على مفهوم المخاصمة في حال الرفض فقط، بل وفي حال العجز أيضاً.

راجع: قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية السوري رقم 84 لعام 1953، المادة (486)، وقانون المرافعات المصري رقم 13 لعام 1968، المادة رقم (494)، وكذلك قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لعام 1983، المادة رقم (4). راجع كذلك: جمال الدين عبدالله مكناس وتماما يعقوب ناصر الدين، أصول دعوى مخاصمة القضاة في القانون السوري بين النظرية والتطبيق، دراسات: علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 42، العدد 3، 2015، ص 815-831.

Code de l'organisation judiciaire, Art. L. 141-1. Code civil Art. 4. Code de procédure civile, Arts 30s, 53s. M-A. Frison-Roche, «Déni de justice et interprétation de la loi par le juge», *J-Cl droit civil*, Art. 4.

(51) قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لعام 1983، المادة (4).

باعتبارهما يعبران عن موقفين متقاربين من جهة وحدة الهدف، وإن اختلفا في المنهجية.

أولاً- الوحدة في الهدف

يتفق كل من المشرع المدني الفرنسي ونظيره اللبناني على هدفين رئيسيين: الأول، يتمثل في إلزام القاضي بالحكم تحت طائلة اعتباره مستنكفاً عن إحقاق الحق، والثاني في منعه من إصدار أحكام قضائية لها عمومية القاعدة القانونية وتجردها، حيث تقضي المادة (4) من القانون المدني الفرنسي بإمكانية معاقبة القاضي بجرم الاستنكاف عن تحقيق العدالة في حال امتناعه عن النطق بالحكم في القضية المعروضة بحجة نقص القانون أو غموضه أو عدم كفايته، في حين تؤكد المادة (5) من القانون نفسه على منع القضاة من أن يفصلوا بصيغة الأحكام العامة والتنظيمية في القضايا المقدمة إليهم⁽⁵²⁾. التوجه نفسه ذهب إليه المشرع اللبناني، حيث أكد على أنه لا يجوز للقاضي أن يضع أحكامه في صيغة الأنظمة، ولا يجوز له أن يمتنع، تحت طائلة اعتباره مستنكفاً عن إحقاق الحق، عن الحكم بحجة غموض النص أو انتفائه أو أن يتأخر بغير سبب عن إصدار الحكم⁽⁵³⁾.

ومما لا شك فيه أن القراءة الأولية لهذه المواد في التشريعين الفرنسي واللبناني تحمل عدداً من التساؤلات، لاسيما إذا ما أردنا توفيقهما مع النصوص القانونية بكلتا القانونين والمتعلقة بواجب القاضي بأن يؤسس حكمه على أساس قانوني صحيح⁽⁵⁴⁾، إذ كيف

(52) هاتان المادتان تم إضافتهما إلى نصوص القانون المدني بنسخته الأصلية بشكل متزامن، بهدف تأطير سلطة القاضي، علماً بأن المادة (4) كانت موضوع نقاش واستفاضة بين الثوريين، بخلاف الحال بالنسبة للمادة (5) التي تم قبولها بصورة أكثر سلاسة، وذلك من جهة سبب ورودها في نصوص القانون المدني وليس قانون الإجراءات، على الرغم من كونها مواد إجرائية بحثة تتعلق بكيفية وصول القاضي للحكم القضائي؛ ما يبين بوضوح حالة الريبة التي كانت لدى واضعي القانون تجاه مهمة القاضي. هذا العيب الإجرائي تلافاه المشرع اللبناني، الذي أورد نصوص هاتين المادتين في قواعد قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 90 لعام 1983. راجع المادتين (3-4) من القانون، مع التنويه بأن المادة الخاصة المتعلقة بمنع القاضي من إصدار أحكام قضائية ذات دلالة تنظيمية، إنما تجد أصولها في المادة (12) من القانون المؤرخ في 16-24 آب/أغسطس 1790، حيث أراد واضعو القانون أن يطبقوا ذات التقييد الذي كان مطبقاً على قضاة محاكم الاستئناف آنذاك، بمنعهم من ممارسة سلطة التشريع. وفي جميع الأحوال كانت هذه المادة تهدف في غايتها الظاهرية إلى منع القاضي من ممارسة سلطة التشريع، لكنها بالمقابل كانت كذلك تحظر عليه القيام بتبني أية شروحات أو تفاسير لنص القانون تخرجه عن إرادة المشرع. لمزيد من التفاصيل راجع:

R. Libchaber, Les articles 4 et 5 du code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil, *In Le titre préliminaire du code civil, dir. G. Faure et G. Koubi, Etudes Juri., Economica*, 2003, p. 147s. A. Sériaux, Le juge au miroir. L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel contemporain, *In Mélanges Ch. Mouly, Litec*, 1998, T. 1, p. 171. C. Charruault, Compléter l'article 5 du code civil, *JCP G*. 2007, Numéro historique-Hors-série, Cahier n° 2, p. 21.

(53) قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لعام 1983، المادتان (3-4).
(54) Art. 12 al. 1. Code de procédure civile français.

يمكن أن نُلزم القاضي بإصدار حكم قضائي يستند فيه إلى قاعدة قانونية نافذة في الوقت الذي لا يقدم القانون هذه القاعدة؟!، بل ويمنعه من إحداثها، فالقاضي إن لم يحكم سيعاقب بجرم الاستنكاف عن إحقاق الحق وفق نص المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي وقانون الإجراءات المدنية اللبناني، وإن أوجد هذه القاعدة لكي يحكم بالتوافق مع نص المادة الرابعة السالفة الذكر، سيعاقب وفق منطوق المادة (5) من القانون الفرنسي نفسه والمادة (3) من ذات القانون اللبناني اللتين حظرتا عليه أن يبتكر هذه القاعدة، وكأننا أمام حالة ظاهرية، توجب على القاضي في احترامه لنص إحدى هاتين المادتين حتمية انتهاكه للنص القانوني الآخر والعكس صحيح⁽⁵⁵⁾، في حين أن القراءة الكلية لنص المادتين إنما تفيد العكس، بحيث إن هاتين المادتين تكمل إحداها الأخرى، وليستا متناقضتين، ولا يمكن شرحهما إلا بتزامنهما مع بعضهما بعضاً، فهما وجهان لعملة واحدة⁽⁵⁶⁾، بشكل يسمح بإقرار الجانب الابتكاري لعمل القاضي، حيث تُبين إحداها الصلاحية الموسعة للقاضي في إيجاد حل قانوني للقضية المعروضة أمامه، والثانية تبين الصلاحية الأضيق له بعدم القدرة على الحل محل المشرع في إصدار القواعد القانونية.

عليه، وبعيداً عن التناقض الظاهري لهاتين المادتين، والتوافق الجوهرى بينهما، فإن البعد التشريعي لهما إنما يفيد بأنه إن كان على القاضي أن يحكم، فلن يسمح له بأن يشرع. والحقيقة، إن كان منظرو هاتين المادتين، لاسيما في التشريع المدني الفرنسي قد تمسكوا بداية بهذا الفهم للتأكيد على أن القاضي يحكم ولا يشرع، وأن كل حكم قضائي وإن اشتمل على الابتكار فهو عمل تشريعي صرف تم نطقه من القاضي، وأي تجاوز لهذه المحددات يدخل القاضي في دائرة العقاب الجزائي⁽⁵⁷⁾، فإن هذا الموقف ومنذ منتصف

(55) هذا التوجه التشريعي عبّر عن حالتين متناقضتين، الأولى: حالة الحذر التي كانت تعتري بعض واضعي القانون تجاه مهمة القاضي، بحيث إنهم لم يرغبوا أن يُتيجوا له المجال ليستنكف عن العمل لإيجاد حل قانوني للمسألة المعروضة أمامه، وبالتالي يعطل القانون بحجة نقص القانون أو غموضه أو عدم كفايته، لا بسبب رغبتهم بالسماح له بإكمال النص، ولكن لإيمانهم بأن نصوصهم القانونية مكتملة. والثانية: حالة الاستقراء المستقبلي التي كانت لدى البعض الآخر المقتنعين بعدم إمكان إحاطة القانون بمختلف الجوانب المجتمعية، وبأنه لا بد من ترك هامش متاح لمصدر قانوني أكثر قرباً وأكثر حياة ومرونة وهو الاجتهاد القضائي.

B. Biegner, Portalis et le droit naturel dans le code civil, *Revue d'Histoire des Facultés de Droit*, 1988, n° 6, p. 77.

(56) R. Libhaber, Les articles 4 et 5 du code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil, *op. cit.*, p. 147s.

(57) «Tout 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 qu'il doit aux parties, ... sera puni d'une amende de deux cents francs au moins et de cinq cents francs au plus, et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt». L'ancien Code Pénal, Art. (185). «Seront coupables de forfaiture, et punis de la dégradation civique, 1. Les juges, . qui se seront immiscés dans l'exercice du

القرن الماضي، أخذ في التطور، مانحاً القاضي هامشاً أكبر من القدرة الابتكارية للنص القانوني، موقف تعزز بشكل أكبر مع بدايات القرن العشرين، حيث أخذت القراءة التفسيرية لنص هاتين المادتين تنحو منحاً أكثر واقعية وإنصافاً للمؤسسة القضائية عما كانت عليه إبان الثورة الفرنسية، ففي حين كان المؤيد العقابي رديف الالتزام الدقيق لكل منهما، غابت السياسة العقابية في القانون الجنائي المعدل عن الأحكام القضائية التي تصدر بصيغة التجريد والعموم، بحيث إنّه لم يُعدّ معاقباً إلا على جرم إنكار العدالة⁽⁵⁸⁾، ما جعل من هذه الأفعال التي تنطوي على تجاوز القاضي لحدود السلطة القضائية والتعرض لعمل السلطة التشريعية أمراً غير معاقب عليه وفق المبدأ القائم «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، ما استشف معه العديد من رجال الفقه تراجع نفوذ المادة (5) من القانون المدني على حساب المادة (4) منه، والتي تلزم القاضي بالحكم، إلى حد دفع البعض إلى الادعاء بالإلغاء الضمني لها، مانعة إياه من التنصل من الحكم بحجة عدم وجود النص القانوني أو توافره، وملزمة إياه على إيجاد الحل القانوني، ما أوجب ضرورة منح القاضي هامشاً أكبر في توضيح وتحديد النص التشريعي وفق مقتضيات القاعدة القانونية لا التشريعية⁽⁵⁹⁾.

ثانياً- الاختلاف في المنهجية

بالرغم من وحدة الأهداف بين كل من النظام القانوني المدني الفرنسي ونظيره اللبناني، إلا أنّهما تمايزا في المنهجية التي يمكن أن يعمل بها القاضي وصولاً لإصدار الحكم، ففي حين لم يشر المشرع المدني الفرنسي لأي محدد قانوني صريح يمنع أو يحد من قدرة القاضي على ابتكار النص القانوني، ملزماً إياه بإصدار حكم قضائي في القضية

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 2. Les juges, qui auraient excédé leur pouvoir, en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives, L'ancien Code Pénal, Art. (127). L'ancien Code Pénal, Arts. (127-185). J-É-Marie Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801, http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours.html.

(58) «Le fait, par un magistrat, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans». Art. 434-7-1 du code pénal.

يقابله في التشريعات العربية موضوع الدراسة، المادة (122) من قانون العقوبات المصري، والمادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

(59) C. Mouly, Le revirement pour l'avenir, *JCP G*. 1994, I, 3776, p. 326. Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? *PA*, 1994, n° 53, p. 9.

المعروضة عليه، على ألا يكون لحكمه صفة الأحكام القانونية من حيث العموم والتجريد، فاتحاً بذلك له الأفق الرحب في التفسير والتحليل والانتقاء⁽⁶⁰⁾، أقر المشرع المدني اللبناني لقاضييه جملة من المحددات التي يجب أن يعمل في إطارها، من حيث التأكيد عليه بالرجوع في هذه الفرضية للمبادئ العامة والعرف والإنصاف. هذه المفاهيم الإطارية المقننة في التشريع المدني اللبناني، هي ذاتها التي كثيراً ما شدّد الفقه الفرنسي على واجب القاضي في احترامها، مقدماً بعضها على الآخر⁽⁶¹⁾.

وكما اختلف كلا النظامين في تحديد هذه المحددات، فقد تمايزا كذلك في مكان التوضع القانوني لهذه النصوص القانونية بوصفها مقيدات لعمل القاضي، ففي حين أورد المشرع المدني الفرنسي هذه المحددات في القانون المدني باعتبارها قاعدة تأسيسية ثابتة تدخل في صلب فلسفة ونهج المدرسة المدنية الفرنسية، أوردتها المشرع اللبناني في قانون الإجراءات المدنية، وفي هذا - وفق رأينا - اختلاف جوهري في النظرة القانونية لأهمية هذه القاعدة في كلا القانونين: لأنّ القانون المدني الفرنسي إنّما اعتبرها قاعدة قانونية موضوعية، ذهب المشرع المدني اللبناني لاعتبارها قاعدة قانونية إجرائية.

ولعل ذلك وراء اختلاف المنهجية في مخاطبة القانونية لاحترام القاضي لهذه القاعدة بين كلا القانونين، وإن كان كلاهما يتفق على الدلالة الوضعية لهذه المصادر، بحيث إنّهما لم يشيرا لا من قريب أو بعيد إلى البعد المصدري الديني، علماً بأنّ البعض فسّر سكوت المشرع المدني الفرنسي عن هذه المحددات بإمكانية اللجوء إلى مصادر دينية، الأمر الذي لا تتفق معه بالمطلق، لاسيما إذا ما علمنا بفكرة العلمانية التي يقوم عليها النظام القانوني والسياسي الفرنسي، الذي يغلق الباب على أي احتمال من هذا القبيل⁽⁶²⁾.

بالتالي، يمكن القول إنّ المشرعين يقران، وإن بشكل متميز، بقدرة القاضي الابتكارية للنص القانوني بمفهومه الوضعي، الأول مانحاً للقاضي أفقاً رحباً لمصادر هذا الابتكار، والثاني محدد إياه بجملة من الثوابت الإطارية التي يجب على القاضي اتباعها والخضوع لتراتبيتها، من حيث الرجوع بداية للمبادئ العامة، ومن ثم إلى العرف، وأخيراً إلى الإنصاف. هذه التراتبية في المصدر التي يجب على القاضي اللبناني احترامها ابتداءً

(60) حيث يمكن للقاضي أن يستند إلى النصوص الدولية، وإلى اجتهادات أنظمة قضائية أخرى، أو حتى يجد ضالته في القانون المقارن، أو المبادئ العقلانية وغير ذلك من المعايير الأخرى، بل وحتى إلى أحكام محاكم الموضوع التي تنطوي على أهمية كبرى، وإن لم يتم الطعن بها أمام هذه المحكمة، بحيث إنّ القاضي يسترشد بالمنهجية التحليلية التي اعتمدها قاضي الموضوع للوصول إلى حكمه القضائي. P. Deumier. Les communiqués de la Cour de cassation: d'une source d'information à une source d'interprétation. *RTD civ.* 2006, p. 510.

(61) A. le Pommelec, La coutume: une référence «ambiguë» en droit civil Pour le juge judiciaire, *La revue, la coutume*, n° 2, 2103, Pp. 108-125.

(62) Art. 2. Constitution du 4 octobre 1958. J. Baubérot, *Laïcité 1905-2005*, entre passion 50

وانتهاءً، القاضي المدني الفرنسي معفي منها. وعليه، فإنَّ مهمة القاضي لم تعد محصورة بقراءة النص القانوني وفهمه، وإنَّما عليه أن ينطق بما يقوله القانون، سواء وجد ذلك في النص التشريعي المعروض أمامه، أو لم يجده، بحيث إنَّ له سلطة النطق بما يقوله القانون وليس التشريع على الواقعة المعروضة أمامه، لاسيما حين لا يقدم هذا الأخير إجابةً شافيةً للقاضي.

بمعنى أدق، فإنَّ النطق بالقانون المطالب به القاضي لا يعني بالضرورة قول ما تضمنه النص التشريعي، وإنَّما يمكن أن ينطوي على إيجاد النص المنطبق على النزاع المعروض في حال غياب النص، وهنا تكمن القدرة الابتكارية للقاضي في صياغة النص القانوني التي انعتقت من التقييد لتدخل في حيز التقنين⁽⁶³⁾. بالتالي، فإنَّ التفسير العصري لهذه المواد في التشريع المدني الفرنسي واللبناني، وفي ضوء التحولات التي شهدتها صلاحيات القاضي، تبين بوضوح أنها لا تتعارض مع فكرة اعتباره مصدرًا من مصادر القانون، فالمحددات التشريعية المدنية لا تمنع القاضي من تلافي نواقص القانون وعيوبه بوضع قاعدة قانونية جديدة تعالج هذا الإخفاق في النص التشريعي، وإنَّما هي تمنع عليه أن يضع قاعدة قانونية تتجاوز في تطبيقها حدود النزاع المعروض على القاضي، لتتنطبق على الوقائع المستجدة⁽⁶⁴⁾.

المطلب الثاني

المحددات التشريعية المدنية ذات الخصوصية الدينية والاجتماعية

بخلاف واقع الحال في التشريعين الفرنسي واللبناني، فقد كان كل من المشرع المدني المصري والمشرع المدني السوري أكثر تقييداً للقاضي في توضيح هذه المحددات مُضيفين عليها، إضافةً للدلالة الوضعية دلالة دينية واضحة المعالم⁽⁶⁵⁾، حيث حددا هذه

(63) هذا الواقع دفع بعض الفقه إلى إعادة طرح نظرية توقف الاجتهاد القضائي عن التدخل في مثل هذه الحالات وإعادة الأمر إلى المشرع مباشرة، حيث ذهب البعض إلى المناداة بالإفراغ الضمني للمادة (4) من القانون المدني، مقترحاً إضافةً فقرة ثانية إليها تقضي بأنه في جميع الحالات التي نصت عليها المادة (34) من الدستور الفرنسي لعام 1958 والمتعلقة بالحالات التي ينظمها التشريع، على القاضي أن يتوقف عن النظر في القضية، ويحيل المسألة إلى السلطة التشريعية لبيان رأيها في المسألة المعروضة، وبالتالي معالجة هذه الحالة من المشرع، غير أن هذا المقترح لم يجد صدقاً مقبولاً، بالاستناد إلى القول بأنَّ القاضي هو الأقرب إلى تحقيق التطبيق الأسلم للنص القانوني، وبالتالي توفير القاعدة التشريعية مع الوقائع المعروضة أمامه.

M. Gobert, La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée, *RTD civ.* 1992, p. 348.

(64) Cass. civ. 2^{ème} 16 juin 1955: les juges «ne sauraient, sans enfreindre cette défense, se lier pour l'avenir en déclarant qu'ils jugeront les mêmes questions d'après les principes par eux posés», Bull. civ, II, n° 213, *RTD civ.* 1955, p. 696.

(65) البعد المصدري للدين في القانون يأخذ منحاً مختلفاً في التشريعات العربية عنه في التشريعات

المحددات بالتأكيد على أن النصوص التشريعية تسري على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي أولاً، بمقتضى العرف في التشريع المصري ومبادئ الشريعة الإسلامية في التشريع السوري، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ثانياً في التشريع المصري والعرف في التشريع السوري، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ثالثاً⁽⁶⁶⁾. هذا التعداد وفق هذه التراتبية يطرح سؤالاً منطقياً يتمحور حول تبيان مدى إمكان وجود الجانب الابتكاري للقاضي في صياغة النص القانوني الوضعي ضمن هذه المحددات، ومدى قدرة هذه المحددات على تعزيز الجانب الابتكاري للعمل القضائي من عدمه، ومدى موضوعية تبني المشرعين المصري والسوري لهذه التراتبية في المحددات، لاسيما من حيث المزج بين البعد المصدري الوضعي والديني.

أولاً- حقيقة القول بقدرة القاضي المدني في التشريعين المصري والسوري على ابتكار النص القانوني الوضعي

بالرجوع لموقف المشرع المدني في كلا النظامين، نجد أنه حصر المرجعية أولاً، بالنص القانوني منطوقاً ومضموناً، ومن ثم مبادئ الشريعة والعرف في القانون المدني السوري، والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية في القانون المدني المصري. ومما لا شك فيه أن اعتماد هذه المبادئ بوصفها محدداً ثانياً لعمل القاضي في التشريع السوري

الغربية، ففي حين يُعدُّ الدين مهمشاً بشكل كامل في التشريعات الغربية، فإنه يأخذ بعدين تشريعيين في التشريعات العربية، حيث يمثل بمفهومه العام المتعلق بالشريعة الإسلامية القيد التشريعي العام على النص القانوني بمختلف صورته وأشكاله، إذ يجب على النص التشريعي أن ينسجم مع روح هذه الشريعة وقواعدها العامة والكلية، في حين أنه في الإطار المدني، يُعدُّ مصدراً للتشريعات الدينية الخاصة بمختلف الطوائف، من حيث القضايا المرتبطة بالأحوال الشخصية لمختلف هذه الفئات، بذات الوقت الذي تبقى فيه الشريعة الإسلامية هي المصدر التشريعي الاحتياطي في حال سكوت النص والعرف في القضايا المدنية ذات الصلة بالمعاملات المدنية والتجارية. راجع في هذا المجال: حسن عبد الحميد، فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ومفهوم القانون- الأساس الديني للقانون، دار النهضة، القاهرة، 1996، ص 11 وما بعدها. عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 23 وما بعدها.

(66) القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948، المادة (1)، والقانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949، المادة (1). يُشار إلى أن المشرع المدني السوري قدم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف مخالفاً بذلك توجه المشرع المدني المصري الذي وضع العرف قبل مبادئ الشريعة الإسلامية. وقد حاول بعض الفقهاء السوريين التقليل من أهمية هذا التمايز بالقول بأن هذه المبادئ إنما هي اليوم من أعراف الدولة السورية، وبأن هذا التقديم لا يعدو أن يكون مجرد تقديم شكلي لا يؤثر في مكانة العرف باعتباره المصدر الرئيس بعد التشريع.

موقف لا نتفق معه بالطلق لاختلاف المصدر والفلسفة بين العرف والشريعة. عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية، ج 1، ط 4، منشورات مطبعة جامعة دمشق، 1960، ص 226 وما بعدها وص 245 وما بعدها. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 8 وما بعدها.

وبوصفها محدداً ثالثاً في التشريع المصري، سيغلق، من الناحية الرسمية، باب الابتكار القانوني للنص القانوني الوضعي مباشرة بعد التشريع في التشريع السوري، وبشكل غير مباشر بعد التشريع والعرف في التشريع المصري، لأن أي ابتكار لنص قانوني لاحق سيكون موسوماً بالوسمة الدينية المستمدة من هذا المصدر. بالتالي، فإن الحدود الممنوحة لاجتهاد القاضي في ابتكار مبادئ مستمدة من القانون المدني وفلسفته الوضعية محدودة وضيقة جداً، وتتنحصر في حدود إقرار المبادئ القانونية المفسرة أو المكملة للنص القانوني في أحسن حالاتها، لأن المرجع المتعلق بتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، في كلا التشريعين سيغلق الباب من حيث المبدأ على أي ابتكار لنص قانوني وضعي، ذلك، أنه، وبعيداً عن الدخول في التفاصيل الفقهية بين مبادئ الشريعة وأحكامها⁽⁶⁷⁾، والتحليلات القانونية والفقهية التي سيقت في تحديد التكيف القانوني والإسلامي لهذه المبادئ بين التعطيل والترجيح، فالحكم الشرعي حكم مختلف من الناحية التأصيلية عن الحكم المدني، وبذلك فإن القاضي عندما يلجأ إلى تبني فكرة شرعية في إطار ثوب قانوني، فإنه لا يلغي عنها الصفة الشرعية، ولا يمكن - في رأينا - أن يكسبها الصبغة القانونية.

فالمبادئ والأحكام الشرعية ليست بحال من الأحوال امتداداً للمبادئ القانونية الوضعية وإن تطابقت معها في الغايات والرؤى، بل امتداد للمبادئ المستمدة من الشريعة الإسلامية⁽⁶⁸⁾. فتطابق الغايات في بعض الحالات، لا يعني بحال من الأحوال وحدة

(67) مما لا شك فيه أن مبادئ الشريعة أعم من أحكامها لأن الأخيرة أكثر دقة وتفصيلاً، وتنطوي على التطبيق الشرعي للنص، إما وفق حرفته أو مضمونه، في حين أن «مبادئ الشريعة الإسلامية» تحتوي أيضاً المبادئ الشرعية الكلية «جوامع الكلم الفقهية» التي استنبطها الفقه من الأصول وشهد بصدقها الفروع، ومنها على سبيل المثال لا الحصر أن «شكل العقد يحكمه قانون محل حصوله»، أو «أن الغش يفسد كل شيء»، وغيرها.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية أن ما كان من النصوص قطعي الثبوت والدلالة فلا محل للاجتهاد فيها، ولا مجال للاجتهاد في المسائل المعلومة من الدين بالضرورة، وإنما يكون الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص أو ما ورد فيه نص غير قطعي الثبوت أو غير قطعي الدلالة. الطعون أرقام: 475، 478، 481 لعام 1965. قضاء: جلسة 1996/8/5، سجل 47، جزء 2، ص 1134.

وقد أوضح السنهوري أن المقصود باعتماد الشريعة كأحد مصادر القانون لا يشترط التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها، بل يمكن القول إنه لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة. راجع، السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج 1، ص 48-49. جاسر عودة، فقه المقاصد، ط 3، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2008.

(68) من الناحية الشرعية راجع: محمد سليم العوا، فكرة المقاصد في التشريع الوضعي - مقاصد الشريعة وقضايا العصر، ط 1، منشورات مؤسسة الفرقان للتراث الثقافي، القاهرة، 2011، ص 271. فايز محمد حسين، المقاصد الشرعية وفلسفة القانون، بحث منشور ضمن كتاب: مقاصد الشريعة والعلوم القانونية، ط 1، الناشر: مركز دراسات مقاصد الشريعة مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي،

المصدر. والعكس كذلك ثابت، وذلك لاختلاف مفهوم الشريعة عن مفهوم القانون، رغم التلاقي في جوانب عدة، الأمر الذي يحد من قدرة قاضي النقض على استنباط مبادئ قانونية وضعية ما دام أنه في حال سكوت النص يجب عليه تطبيق حكم الشرع.

كذلك فإنَّ المكانة الضبابية لهذا المحدد في القانون المدني المصري والسوري تبعث على الكثير من التساؤلات، وكأنَّ القائمين عليه إنما أرادوا التوفيق بين بعدين متناقضين في الريادة على هذه المصادر، هما البعد الديني والبعد الوضعي⁽⁶⁹⁾، فالمراجعات الأولية لمفهوم الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً من مصادر القانون، تبين حقيقة المكانة «الضبابية» التي وجد واضعو القانون أنفسهم فيها خلال مرحلة التسويق لهذه القوانين بين الخطاب الشعبي الترويجي للقانون، القائم على التأكيد على ألا تعارض بين البعد الديني والبعد الوضعي فيه، وحقيقة المواقف الغربية التي قاربت في الوظيفة العامة لهذه المبادئ مع مبادئ القانون الطبيعي بل وقدمتها عليها⁽⁷⁰⁾، بحيث أنهم أوردوها

لندن، 2011، ص، 76 وما بعدها. من الناحية القانونية، أحمد محمد أحمد حشيش، أزمة قاعدة البحث القانوني في مبدأ سمو القانون الإلهي على التشريع، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، 2005، العدد 480، ص 1-40.

(69) بحسب نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من مشروع القانون المدني المصري، كانت الشريعة الإسلامية تعد مصدراً غير ملزم يستلهم القاضي حكمه منها بعد أن يستلهم ذلك من القضاء والفقه، ما يبين أن الغاية كانت نزع أية صفة مصدرية إلزامية لها، بل وجعلها بعد القضاء والفقه في الاستلham. بعد ذلك، عدلت هذه الفقرة لتصبح الفقرة الثانية من نص ذات المادة، بحيث إنَّ القاضي يحكم - بعد التشريع والعرف - بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، لتحذف بعدها فكرة الملاءمة. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول، ص 189 وما بعدها.

حول ضبابية مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية ضمن مصادر القانون راجع: سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 231 وما بعدها، وص 466 وما بعدها وص 483 وما بعدها. حسن كيرة، مرجع سابق، ص 277 وما بعدها، بل إنَّ الدكتور كيرة لا يجد حرجاً في القول، وهو محق: «أنَّ الالتجاء إلى الشريعة الإسلامية في القانون المدني المصري لن يتأتى في العمل إلا نادراً، ذلك أنَّ التشريع وهو المصدر الأول للقانون المصري.... لا يدع مجالاً كبيراً للعرف، ومن باب أولى لا يكاد يترك فرصة للمصدر الذي يلي العرف في المرتبة وهو مبادئ الشريعة الإسلامية. المرجع السابق، ص 279. راجع ذات الرأي والنتيجة لدى: توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 187 وما بعدها.

(70) من النقاط التي استرعت انتباهنا في اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية من مصادر القانون المدني، موقف الدكتور تناغو المتفرد في الفقه المصري الذي، وانطلاقاً من التمييز بين مصدر القانون وجوهر القانون، ينكر اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون المدني أو من مصادر الدستور، معتبراً إياها جزءاً من المبادئ العامة للقانون، التي يجب أن يستلهمها المشرع عندما يحاول أن يسد نقصاً في التشريع أو أن يعمل على تطويره وتعديله، نافياً عنها صفة التشريع الإلهي وكاسياً إياها صفة التشريع الوضعي، بالقول بأنه حتى: «الأحكام القليلة التي انتقاه المشرع المصري في الزواج والطلاق والميراث والوصية، وغير ذلك هي أحكام تشريعية وضعية مصدرها إرادة المشرع وإنَّ تطابقت في مضمونها مع بعض الأحكام أو الآراء الفقهية». والغريب في الأمر أنَّ الدكتور تناغو قد اعتبر، لاسيما فيما يتعلق بعدم اعتبار مبادئ الشريعة من مصادر القانون، أنَّ هذا التوجه هو ذاته

بداية كمصدر يستلهم منه القاضي الحل التشريعي، مما يفقده بالضرورة سمة الإلزام، ليعودوا بعد ذلك ويقرروا بإمكانية الحكم وفق مبادئها العامة، شريطة ألا تخالف المبادئ التي يقوم عليها القانون الوضعي برمته، بمعنى أنه لا يجوز الأخذ بحكم في الشريعة الإسلامية يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ حتى لا يفقد القانون الوضعي ما يجب أن يتوفر له من تجانس وتناغم في أحكامه⁽⁷¹⁾، بذلك أقرت الأحكام القانونية المتعلقة بالفوائد القانونية رقم مخالفتها الصريحة لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة⁽⁷²⁾.

موقف الدكتور السنهوري، في حين أننا لم نجد ما يؤيد مقالته عن السنهوري حول ذلك، لاسيما وأن كتب السنهوري والنقاشات المصاحبة لإقرار القانون المدني المصري كانت تبين التوجه الصريح للأستاذ السنهوري في اعتبار هذه المبادئ من مصادر القانون المدني. ولعل التحليل الذي حاول من خلاله الدكتور تناغو توضيح التوضيح القانوني لهذه المبادئ ضمن فلسفة القانون المدني المصري خصوصاً والعربي من بعده عموماً، رغم تحفظنا عليه وعدم اتفاقنا معه، يبين صراحة حالة الغموض التي اكتنفت تبني هذه المبادئ التي عانى منها واضعو القانون قبل مروجيه، ذلك أن تبني المشرع لقاعدة ما، لا يلغي بحال من الأحوال الأصل والجذر التأصيلي الخاص بها، إذ لا يمكن اعتبار قواعد الشريعة الإسلامية قواعد قانونية مستمدة من المبادئ العامة للقانون الوضعي لمجرد أن المشرع منحها هذه الصفة، لاسيما وأن الدكتور تناغو هو ذاته ينكر على المشرع أي دور في تحديد مصادر القانون. كذلك وفي التوجه نفسه يذهب بعض الفقه إلى حد اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية من المصادر المادية للقانون الوضعي، منزلة إياها ذات المرتبة التي أنزلوها لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، الأمر الذي نعتقد أن فيه تجنياً كبيراً على شريعتنا الإسلامية السمحاء. سميح تناغو، المادة الثانية من الدستور، مرجع سابق، ص 187-206، تحديداً ص 201 وما بعدها، ص 204 وما بعدها. سميح تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 231 وما بعدها، لاسيما ص 260. وص 466 وما بعدها. وص 483 وما بعدها، تحديداً ص 489.

(71) لذلك ذهب بعض الفقه وهو محق في توجهه، على الرغم من تحفظنا عليه، إلى أنه في حال التعارض بين المبادئ العامة للقانون ومبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه تقدم الأولى على الثانية، بل إنه لا يمكن للقاضي أن يلجأ للبحث في مبادئ الشريعة الإسلامية قبل أن يسعى جاهداً للبحث في المبادئ العامة للقانون. جلال العدوي، الإيجاب القانوني على المعارضة، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1965، ص 265. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، ط 2، المكتبة القانونية، القاهرة، 1974، ص 46.

ولعل هذه القراءات وغيرها مثلت الخلفية الفلسفية لحكم محكمة النقض المصرية في تفسير مكانة الشريعة الإسلامية في نص المادة (2) من الدستور المصري لعام 1971 التي كانت تُعد الشريعة الإسلامية «مصدراً رئيسياً للتشريع»، لتصبح هذه الأخيرة بموجب تعديل العام 1980 «المصدر الرئيس للتشريع»، بالقول بأن: «النص في المادة الثانية من الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً رئيساً للتشريع، ليس نصاً واجب الإعمال بذاته، إنما هو دعوة للشارع كي يتخذ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع فيما يسنه من قوانين». الطعن رقم 8365 لسنة 64، جلسة 2001/2/26، سجل 52، عدد 1، ص 366، ق 75.

حول هذه المادة الدستورية وارتباطها بالمادة الأولى من القانون المدني، راجع: همام محمد محمود، المدخل إلى القانون - نظرية القانون، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 175 وما بعدها. عصام أنور سليم، مرجع سابق، 1996، ص 23 وما بعدها.

(72) حيث تتفاوت توجهات هذه الدول فيما بينها، ففي حين أجاز قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (265) هذه الفائدة دون أي تحديد في القضايا التجارية وبحدود 12% في القضايا العقارية، و9% في

إضافة لذلك فقد ضُمنت الأحكام القانونية الخاصة بالسقوط غير المباشر للحق من خلال إسقاط الآلية القضائية للمطالبة به وفق مفهوم التقادم بمختلف أشكاله وتحويله من التزام قانوني لالتزام طبيعي، على الرغم من اختلاف آليات التقادم المكسب للحقوق ما بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي⁽⁷³⁾، علماً بأنَّ هذه المقاربات بمجملها إنّما فيها تقزيم عظيم لهذه المبادئ ذات البعد الديني للشريعة الإسلامية.

والحقيقة إنّ ما ينطبق على الدلالة الشرعية، يمكن أن يرد في إطار البحث في العرف كمصدر احتياطي ثان في التشريع المصري، فالاستناد إلى العرف في حال سكوت النص التشريعي، إنّما محكوم بتوافق هذا العرف مع المبادئ العامة للشريعة، فإنّ كان من غير المتصور قانونياً ورسماً أن يخالف العرف التشريع، فإنه كذلك من غير المتصور تطبيقياً وعملياً أن يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، فما هو بالمفهوم العام، إلا انعكاس لمنظومة القيم الاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع، ولا يطعن في ذلك كونه في التشريع المصري مُقدماً على الشريعة الإسلامية، لاسيما إذا ما علمنا أنّ الدستور المصري قد اعتبر الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع دون الإشارة للعرف، علماً بأنَّ خفوت نجم العرف كمصدر من مصادر القانون المدني إنّما يعود لكون أغلب القواعد العرفية ذات الصلة بالقانون المدني والمتوافقة مع منظومة هذا القانون تم تحويلها لنصوص قانونية، دون أن يطعن ذلك في جذرها التأصيلي، في حين بقي للعرف مكانته الريادية في القانون التجاري وقانون العمل بشكل كبير يمكن فيها أن تتقدم على نصوص القانون المدني الأمرة⁽⁷⁴⁾.

القضايا المدنية، وذلك وفق المادة (265) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، ذهب المشرعان المصري والسوري إلى تقييدها، بحيث لا يجوز أن تتجاوز الفائدة رأس المال ولا أن تتجاوز الحد الأقصى المحدد بـ 4% في القضايا المدنية، و5% في القضايا التجارية، وهو ما جاء بالمادة (226) من القانون المدني المصري والمادة (227) من القانون المدني السوري، في حين كان المشرع الفرنسي أكثر تحراً، حيث لم يضع أي قيود في ذلك احتراماً لمبدأ الحرية التعاقدية، وهو ما جاء في المواد (1153-753-1907) من القانون المدني الفرنسي. مصطفى العوجي، القانون المدني - الجزء الثاني - المسؤولية المدنية، ط4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 93. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 296 وما بعدها.

Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, 8^e éd. Dalloz, Paris, 2011, Infra, 2456, p. 780s.

(73) كما في قضية التعارض بين مبدأ ثبات الحق في الشريعة الإسلامية وسقوط الحق بالمطالبة به بالتقادم وفقاً لنصوص القانون، الطعن رقم 33 لعام 28 جلسة 1961/03/30، سجل رقم 12، ص 300.

(74) حسن كيرة، مرجع سابق، ص 275 وما بعدها. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 165 وما بعدها.

ثانياً- مدى قدرة القاضي المدني العربي على الاستفادة من المحددات ذات الخصوصية الوضعية

يثار سؤال محق حول مدى إمكان لجوء القاضي المدني العربي لأي من المصادر القانونية الوضعية التالية لمبادئ الشريعة الإسلامية، لاسيما المتصلة بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة حال اللجوء للمبادئ الشرعية. وهل يُعدُّ هذا المصدر الأخير مغلقاً لما بعده من المصادر التي يمكن أن يلجأ إليها القاضي؟ بالنسبة لنا الإجابة التي تنطوي على الإثبات هي أقرب منها تلك التي تنطوي على النفي، ذلك أنه، وكما هو معلوم فإن أحكام الشريعة الإسلامية إنما تتسم بالكمال وصالحة لكل زمان ومكان، وبذلك فإن الإجابة حتماً ستكون موجودة ضمن أحكامها ومبادئها، وإلا ستكون موضع نقص وانتقاد، مما يسد الطريق على الولوج لأي مصادر لاحقة لها⁽⁷⁵⁾.

والقاضي باستقرائه للحل الشرعي سيكمل النص القانوني في بعد شرعي ذي دلالة دينية لا وضعية، مما يطرح السؤال حول منحيين رئيسين: الأول يتعلق بمدى الحاجة إلى النص ضمن القانون على المصدرين اللاحقين، ونعني بهما كل من العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ما دام أنه من غير المتصور أن يلجأ لهما القاضي مع وجود المصدر السابق لهما، المتمثل في الشريعة الإسلامية بدلالاتها الجامعة المانعة، ونظراً للخصوصية التي تنطوي عليها هذه المبادئ في التشريع الإسلامي، فالبعد الديني الإلهي للتشريع الإسلامي المستمد من الله عز وجل يجعل إمكان القول بوجود القانون الطبيعي، أو حتى مبادئه في المنظومة القانونية الإسلامية موضع نظر، فالقاعدة الفقهية «القانونية» في الشريعة الإسلامية هي ذات مصدر إلهي، وهي واجبة التطبيق، لا لكونها تتناغم مع العقل البشري دوماً، لأنَّ هذا الأخير ذو المحتوى الدنيوي لا يمكن أن يدرك محتواها ذا الدلالة الإلهية، فالنص الإلهي يتقدم بالضرورة على العقل في العديد من الحالات، وعلى ذلك، تغدو القاعدة القانونية المستمدة من حكم العقل في إطار أحكام الشريعة الإسلامية منعدمة في مثل هذه الحالات، فلا توجد قواعد قانونية مستنبطة من مبادئ ما يسمى القانون الطبيعي أو الوضعي، وإنما هي مستمدة من القواعد الإلهية⁽⁷⁶⁾.

(75) في موقف مقارب، لكن أكثر تحفظاً، راجع: توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 189. وفي موقف مؤيد، مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 369 وما بعدها. وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص 343.

(76) لذلك أقر جمهور الفقهاء بعدم وجود قواعد قانونية وضعية بمعزل عن الشريعة الإسلامية، ولم يخرج عن هذه الفرضية أي من الفرق الإسلامية باستثناء المعتزلة، الذين اعتبروا أنَّ هناك ثمة قواعد في الكون يمكن التوصل إليها بمعزل عنها، وأنَّ بعض هذه القواعد كانت موجودة قبل وجود التشريع الإلهي،

كذلك فإنَّ مفهوم العدالة في الشريعة الإسلامية هو مفهوم إلهي قد لا يدركه العقل البشري، وعلى ذلك، فقد لا يتناغم مفهوم العدل -الأقرب لمفهوم العدالة- وفق التشريع الوضعي مع مفهوم العدل وفق التشريع الإلهي، فالعدل في التشريع الإلهي قوامه التكامل، وليس المساواة، وبهذه النقطة يختلف مفهوم العدل في البعد الديني الإسلامي الإلهي عنه في البعد الوضعي ليقترب من البعد الطبيعي لدى فلاسفة المدرسة الطبيعية⁽⁷⁷⁾. وعلى ذلك، فلا مجال للقول بالسمة الابتكارية للعمل الاجتهادي القضائي وفق مدلول الشريعة الإسلامية.

فالشريعة الإسلامية إنَّما هي أحكام إلهية، لا يشترط فيها إعمال العقل دوماً، وحال التناقض يجب تكييف جهل العقل وقصوره فيها لخدمة غيبية الفائدة من النص الشرعي ذي الدلالة الإلهية. كذلك فإنَّه، ولما كانت الشريعة الإسلامية تصلح لكل زمان ومكان، وشاملة لمختلف جوانب الحياة، فإنَّ أي دور ابتكاري للقاضي في إيجاد قاعدة قانونية ذات أساس وضعي تصبح منعدمة، ما قرب الشريعة الإسلامية - بالنسبة للبعض⁽⁷⁸⁾ - من مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص، كونها إنَّما وضعت لكل زمان ومكان، فهي من حيث الأصل تنزيل سماوي لا نتاج دنيوي، وعلى ذلك، فإنَّ إطار البحث في مقاصد هذه الشريعة هو البحث في إرادة الخالق وليس تكييف النص مع الظروف المجتمعية المحيطة به، السبب الذي يفضي لاستبعاد نظرية المدرسة العلمية في شرح الشريعة الإسلامية، لأنَّ القاضي وإنَّ توصل إلى قاعدة قانونية ما، فإنَّما هو يعبر ويكتشف عن إرادة الخالق. ولعل ذلك كان وراء عدم ذكر أي من المشرعين المصري والسوري لأي من الحالات التطبيقية الخاصة للاستعانة بهذا المصدر، أو الإحالة التشريعية الصريحة بموجب نص القانون إليه، ففي حين تمت الإحالة في العديد من النصوص التشريعية وبصريح النص إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، أو العرف في

وأنَّ الأخير إنَّما أتى ليكرس ما هو حميد وينهي عما هو قبيح، وإنَّ كانت نظريتهم بقيت دون المنطق الصحيح، لاسيما حينما يتعارض النص الإلهي مع قدرة العقل على الفهم، وواجب انصياع العقل لغيبية النص الإلهي. صبري خاطر وأحمد هيكال، تاريخ القانون، منشورات جامعة البحرين، 2006، ص 66. أحمد محمد علي الحريثي، الحرية والمسؤولية بين المعتزلة وفلسفة القانون: دراسة تاريخية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 2 وما بعدها، ص 85 وما بعدها. محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، دار الرشيد، بغداد، 1980.

(77) سمير تناغو، المادة الثانية من الدستور، مرجع سابق، ص 187-206، تحديداً ص 195 وما بعدها. حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 179 وما بعدها.

(78) تجلَّى ذلك في المدرسة الظاهرية التي تحصر مصادر التشريع في القرآن والسنة وتنكر المصادر العقلية. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 262 وما بعدها. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 450.

العديد من النصوص القانونية⁽⁷⁹⁾، لا نجد أي نص تشريعي يحيل إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁽⁸⁰⁾.

كذلك، فإنّه ورغم العمر المديد لمحكمة النقض المصرية ونظيرتها السورية، لم يسجل فيها حالة تم فيها الاستناد في حكم قضائي إلى مبادئ القانون الطبيعي، بل إنّ محكمة النقض المصرية أنبتت محاكم الموضوع حال الاعتماد على هذه المبادئ، مع وجود التشريع⁽⁸¹⁾، في حين أنّ الاستناد إلى قواعد العدالة بقي ممكناً في العديد من الحالات الأخرى، لاسيما في حال قرنه بالعرف⁽⁸²⁾، مع التأكيد على أنّ ثمة فروقاً جوهرية في الفلسفة الفكرية بين

(79) كما هو الحال في نصوص القانون المدني المتعلقة بالأهلية وحقوق وواجبات الصبي المميز، حيث تلعب الشريعة دوراً فاعلاً في هذا المجال، أو كما هو حال العرف في قانون العمل والقانون التجاري، حيث يلعب العرف دوراً فاعلاً في إكمال النص في حال سكوته بصريح الإحالة إليه. راجع المادة (4) من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007، وبالنسبة لدور العرف في القانون المدني السوري راجع على سبيل المثال المواد (96) (149) (430).

(80) هذا الأمر دفع بعض المشرعين إلى التجاهل المطلق لذكر مبادئ القانون الطبيعي من بين مصادر القانون، كما هو الحال للمشرع الأردني وغالبية التشريعات المدنية لدول مجلس التعاون الخليجي، متبنيّة مبادئ العدالة دون القانون الطبيعي، حتى لا يفهم أو يتبادر إلى الأذهان أنّ الطبيعة تخلق القانون، وأنّ لها قانوناً خاصاً بها؛ لأنّ من المعتقد على نحو شائع أنّ هذا الأمر يتضمن فهماً مادياً يتعارض مع الشريعة الإسلامية التي تنظر إلى كل الأشياء والكائنات بما فيها الطبيعة ذاتها على أنها مخلوقة، وأنّ الله سبحانه وتعالى هو الخالق الوحيد.

ومن هذه القوانين على سبيل المثال: القانون المدني القطري رقم 22 لعام 2004 في المادة (1)، والقانون المدني الكويتي رقم 67 لعام 1980 في المادة (1)، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي رقم (5) لعام 1985 في المادة (1)؛ في حين أنّ من بين القوانين التي خالفت هذا النهج: القانون المدني المصري والسوري كما سبقت الإشارة إلى ذلك، إضافة إلى القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم (58) لعام 1975 في المادة (1)، بينما انفرد كل من القانون المدني الأردني ونظيره العراقي بالإشارة بوضوح إلى إمكان الرجوع إلى الأحكام القضائية، وذلك في المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم 40 لعام 1952، والمادة (2) من القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976.

(81) ذهبت محكمة النقض المصرية إلى التأكيد على أنه: «لما كان القاضي وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني لا يحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إلا إذا لم يوجد نص تشريعي أو عرف أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية يمكن تطبيقها، لما كان ذلك وكان القانون 52 لسنة 1940 قد رتب البطلان المطلق على بيع الأرض الناشئة عن تقسيم لم يصدر قرار باعتماده.... ومن ثم فلا يقبل التحدي بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في هذا الخصوص». الطعن رقم 1171 لسنة 56 جلسة 1990/11/18، سجل 41، عدد 2، ص 691، ق. 285.

راجع كذلك: حكم محكمة النقض المصرية الذي وبّخت فيه محكمة استئناف مصر، بالتأكيد بأنّه لا يجوز الالتجاء إلى القانون الطبيعي ومبادئ العدالة إلا عند عدم وجود النص. محكمة استئناف مصر 9 نيسان/أبريل 1930، نُشر في مجلة المحاماة، نقابة المحامين، القاهرة، 13-63-41، حكم محكمة النقض المصرية، نقض مدني 1932/1/24، مجلة المحاماة، نقابة المحامين، القاهرة، العدد 2، نقلًا عن عدنان القوتلي، مرجع سابق، ص 375، حاشية 2.

(82) ذهبت محكمة النقض المصرية للتأكيد بأنّه: «إذا كانت هيئة التحكيم ملزمة أصلاً بتطبيق أحكام القوانين واللوائح فيما يعرض عليها من منازعات بين أرباب الأعمال والعمال، غير أنّ لها بجانب هذا

مفهوم مبادئ القانون الطبيعي ونظيره المتعلق بقواعد العدالة⁽⁸³⁾، ذلك أنَّ العدالة تقتضي من حيث الأصل المساواة والقياس لتقرير وجود العدالة من عدمها، بينما مبادئ القانون الطبيعي، إنَّما تستلزم بالضرورة الابتكار في الفكر القانوني، الذي يفرضي للوصول إلى العدالة، بمعنى أنَّ مبادئ القانون الطبيعي تقتضي وتستوعب قواعد العدالة لا العكس، وأغلب حالات الابتكار القانوني في التشريعات الغربية إنَّما كانت وليدة مبادئ القانون الطبيعي التي تمثل جوهر القانون، الذي غالباً ما عرِّفَ بكونه مجموعة الحقوق التي تثبت للفرد بالاستناد إلى إنسانيته، والذي استخرجت منه قواعد العدالة. ولا يخفى أنَّ الترتيب الفلسفي لهذين المفهومين يقتضي تقديم مبادئ القانون الطبيعي، وصولاً إلى تطبيق قواعد العدالة المستنبطة من هذه المبادئ، وبالتالي، فإنَّ هذه القواعد إنَّما أتت تبعاً لمبادئ القانون الطبيعي لا العكس.

الأصل رخصة أجازها لها القانون، وهي أنَّ تستند إلى العرف ومبادئ العدالة في إجابة العمال إلى بعض مطالبهم التي لا ترتكن إلى حقوق مقررة لهم في القانون، وذلك وفقاً للحالة الاقتصادية والاجتماعية في المنطقة. وعليه... إذا كان قرار هيئة التحكيم المطعون فيه قد استند في تقرير حق العمال الدائمين بأحد مصانع الشركة الطاعنة بـ: «كوم أمبو» في علاج أفراد عائلاتهم على حسابها أسوة بزملائهم في مصنع آخر في «نجع حمادي» مملوك للشركة نفسها، ويقوم بصناعة مماثلة إلى مبادئ العدالة وحدها، وذلك للأسباب السائغة الواردة به، فإنَّ النعي عليه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه لعدم قيام عرف في «كوم أمبو» جرى بعلاج عائلات العمال الدائمين يكون على غير أساس. الطعن رقم 296 لسنة 26، جلسة 1960/12/22، سجل 11، عدد 3، ص 661.

كذلك وفي حكم آخر، أكدت محكمة النقض المصرية أنه: «لا يعيب الحكم استناده في تفسير القانون إلى قواعد المنطق والعدالة بما لا يخالف حكم القانون واستشهاده في ذلك بقرارات لهيئة التحكيم رأى أنها تتفق وذلك التفسير الصحيح». محكمة النقض تاريخ 1962/1/1. وذهب القضاء المصري للتأكيد بأنه: «إذا كان القانون المدني المصري قد خلا من نصوص خاصة بالدولة، ففي وسع المحاكم المدنية عملاً بالمادة 29 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أنَّ تتبع قواعد القانون العامة أو قواعد العدالة والقانون الطبيعي والعرف الجاري بين الناس». محكمة قضاء مختلط تاريخ 1943/5/27، على عهدة مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 432.

(83) باستثناء عدد من الفقهاء المصريين، وفي مقدمتهم، عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، 1962، ص 345. جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، 1984، دون دار نشر، ص 140. منصور مصطفى منصور، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 173، فإنَّ الفقه العربي يكاد يجمع على أنَّه ثمة فوارق فعلية بين مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. حول ذلك راجع: عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، ط5، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1966، فقرة 130 وما بعدها. سليمان مرقس، مرجع سابق، فقرة 168 وما بعدها. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، ط3، دون دار نشر، 1956، ص 167 وما بعدها. حسن كيرة، مرجع سابق، ص 385 وما بعدها. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 191 وما بعدها. همام محمد محمود، مرجع سابق، ص 317 وما بعدها. محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 160 وما بعدها.

En droit français voir, J. Dabin, La notion du droit naturel et la pensée juridique contemporaine. *Revue néo-scholastique de philosophie*. 30^e année, 2^{ème} série, n° 20, 1928. Pp. 418-461. G. Aillet, De la signification méthodologique de l'idée de droit naturel, *APhD*, Vol. I. 3^{ème} année, n° 3-4, 1933, Pp. 29-54.

ومما لا شك فيه أنّ هذا التناغم بين مفهومي مبادئ القانون الطبيعي من جهة، والعدالة من جهة أخرى، إنّما أتى ليراعي مفهوم النسبية الزمانية والمكانية لهذه المبادئ، ومفهوم النسبية الموضوعية في ذات الزمان وربما المكان، لاسيما في التشريعات الوضعية الغربية، وفي مقدمتها التشريع المدني الفرنسي، حيث يتوجب على القاضي حينما يستوحي القاعدة القانونية ذات الأصل الاجتهادي منها أن يراعي طبيعة وخصوصية القضية المعروضة أمامه، لذلك أتت العدالة لتلطّف من المفهوم المجرد لهذه المبادئ، علماً بأنّ مختلف حالات الابتكار القانوني ذي الأصل الاجتهادي في التشريع الفرنسي تحديداً، إنّما تعود لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وإنّ لم يشر المشرع المدني لها صراحةً، ذلك أنّ هذه المبادئ والقواعد هي المعبر عن الفلسفة الفكرية لرعاة التقنين المدني لما يسمى بامتدادات التطبيق الصحيح للقانون⁽⁸⁴⁾. فالقانون المدني الفرنسي عندما وُضع، لم يكن إلا تجليات لرجال الفكر القانوني الهادف لتقنين هذين المفهومين، وطالما أنّ التشريع من صنع البشر، فهناك نقاط قد تكون غائبة عن أذهان هؤلاء المفكرين أثناء وضعه، لكن رجالات القانون مع تقدم الزمن سيكتشفون ما أغفله أسلافهم، ويعيدون تكوين القانون بثوب جديد وفق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁽⁸⁵⁾، الأمر الذي دفع البعض إلى اعتبارها وبحق المصدر الوحيد للقاعدة القانونية الذي يعمل على إعمال العقل في استنباط هذه القاعدة، كونه لا يقدم إلى القاضي حلاً حول القضية المعروضة أمامه، وإنّما يطلب منه أن يعمل على استنباط الحلول من خلال هذه المبادئ والقواعد لابتكار هذا الحل.

ولعل ذلك يدفع للتساؤل عن الخلفية الحقيقية لإقرار هذا المحدد في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، فإنّ كانت الدلالة المباشرة عليه هي حث القاضي على الرجوع في استقراء الحل القانوني لجوهر القانون اعتماداً على هذا المصدر، فإنّ غايته غير المباشرة إنّما كانت منعه من استقراء هذا الحل اعتماداً على أي مصدر آخر، لاسيما المرتبط بمفهوم السوابق القضائية من جهة، وسد أية فكرة يمكن أن تؤدي للقول بأنّ القضاء يمكن أن يكون مصدراً للقاعدة القانونية، فبالرغم من أنّ القاضي هو من ينشئ القاعدة في هذه الفرضية، وينطق بما كان مفترضاً بالمشرع أن ينطق به لو عرضت عليه ذات القضية،

(84) J. Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit, *In Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle. In Études offertes à G. Ripert, T. I, LGDJ, 1950, p. 28s.* Synthèse des débats par O. Dupeyroux, *La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit, In Mélanges dédiés à G. Marty. Presses Universitaires de Toulouse, 1978, p. 463.*

(85) Pour plus d'informations voir, G. Aillet, *De la signification méthodologique de l'idée de droit naturel, op. cit, Pp. 29-54.*

فقد أثر المشرع عدم اعتماد هذه الصيغة، خوفاً من أن يقال بأن القاضي يُشرع⁽⁸⁶⁾.

أخيراً، يجدر التنويه إلى أن نص المادة (5) في التشريع الفرنسي التي تحظر على القضاة الفصل في صيغة أحكام عامة أو تنظيمية في القضايا المقدمة لهم، لا يوجد لها مقابل في التشريعين المصري والسوري؛ لذلك استند الفقه العربي في كلا البلدين إلى نص المادة (2) في القانونين المدنييين المصري والسوري، التي تقر بأنه لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشمل نصاً يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع⁽⁸⁷⁾.

وعليه، فقد اعتبر الفقه العربي أن أي خروج من قبل القاضي عن نصوص ومحددات النص التشريعي لا يُعدُّ فقط تجاوزاً لحدود السلطات القانونية الممنوحة له، وإنما كذلك تعد على عمل السلطة التشريعية، لأن الحكم القضائي بتجاوزه حدود النص التشريعي، إنما ألغى هذا الأخير بوضعه قاعدة جديدة تخالف النص التشريعي، مما اعتبر أمراً غير مقبول حرصت محكمة النقض المصرية على التأكيد عليه في أكثر من مناسبة⁽⁸⁸⁾. بالمقابل، فإن القانون المدني الفرنسي لم ينطو على مادة مقابلة للمادة (2) الواردة في التشريعين المصري والسوري، التي توضح كيفية الإلغاء الصريح والضمني للنص القانوني، بل اكتفى في مادته (2) بالنص بأن القانون لا ينص إلا على أحكام للمستقبل وليس له أثر رجعي، في حين، تكفل الفقه استناداً إلى نظرية تنازع القوانين من حيث الزمان بتوضيح المتعلقات المترتبة على هذه المادة، وتوضيح حالات الانتهاء الصريح والضمني للقانون⁽⁸⁹⁾.

(86) فمنظومة القانون المدني المصري التي استقت أحكامها من مجموعة قوانين غربية من بينها القانون السويسري، لم تأخذ بما جرى عليه هذا الأخير، من حيث إلزام القاضي في حال فقدان النص بأن يطبق ما كان يضعه من القواعد لو عهد إليه بأمر التشريع. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 1، ص 188، علماً بأن الغاية النهائية لكلا النصين المصري ومن خلفه الفرنسي من جهة، والسويسري من جهة ثانية هو إلزام القاضي بالحكم وفق قاعدة قانونية هو ينشئها بالتوافق مع جوهر القانون لا مصدره وفق المذهب الأرسطي في ذلك.

لذلك فإن الفقه لا يعدُّ مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من مصادر القانون، لاعتباره أن القانون الطبيعي هو جوهر القانون، وأنه لا ينبغي الخلط بين مصادر القانون وجوهر القانون، حيث يرون في هذا خلطاً غير محمود بين مفهوم قانوني يتسم بالكمال «القانون الطبيعي» ومفهوم قانوني يتسم بالنقص «القانون الوضعي». سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 240 وما بعدها. و ص 489. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 173.

(87) القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948 في المادة (2)، مطابق للقانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949 في مادته (2).

(88) طعن رقم 3869 لسنة 61 ق جلسة 1997-5-24، سجل 48، جزء 1، ص 783، 784، 785. طعن رقم 2295 لعام 62 ق جلسة 1996-5-29 سجل 47، جزء 1، ص 884.

(89) Art. 2. Code civil. J. Héron, Etude structurale de l'application de la loi dans le temps, RTD, civ, 1985, p. 277.

الخاتمة

قدم البحث محاولة فقهية أوضحت الدور المصدري للاجتهاد القضائي في القانون المدني ضمن المدرستين الفرنسية والعربية، ممثلة بالقوانين: المصرية والسورية واللبنانية، مستعرضاً محددات الدور «المصدري» للاجتهاد القضائي في القانون المدني لمختلف هذه الدول، والتطور والتحول اللذين جريا عليها، وفق منهج قانوني تأصيلي نقدي مقارنة، عرض لهذه المحددات، وللدور الذي لعبته في تحجيم الدور الابتكاري للقاضي بدايةً ومن ثم تفعيله نهايةً، سواء في بعدها الدستوري المرتبط بمبدأ فصل السلطات، الذي انتقل من الدور المقيد للعمل الابتكاري للقاضي في صياغة النص القانوني، إلى الدور المرحب، مُبيناً الخطى التي خطتها محكمة النقض الفرنسية في إثبات الذات القضائية المستقلة عن الجسم التشريعي، كضامن لتجسير النص التشريعي المقنن مع الواقع القانوني المعاش، وطبيعة تلقف محاكم القانون في الدول العربية موضوع الدراسة لهذه التجربة الفرنسية، أو في بعدها التشريعي المدني، سواء الوضعي أو الديني، والتي برزت من خلالها طبيعة الجانب المشترك لهذه المحددات في بعدها الوضعي بين مختلف هذه المنظومات القانونية، إضافة للتمايز الذي سجله المشرعان المصري والسوري في الجانب الديني، مثبتاً بذلك أن هذه المحددات بمفهومها الدستوري والتشريعي، بقدر ما كانت تُعد بالنسبة للبعض عائقاً أمام هذا الدور الابتكاري، بقدر ما شكلت حقيقةً، الإطار الضامن والمحفز لهذا الدور الابتكاري للقاضي المدني، لكن في شقه الوضعي لا الديني.

أولاً- المحددات الوضعية والبعد المحفز للدور المصدري للاجتهاد القضائي: القاسم المشترك... واللبس

بيّن البحث أن المحددات الوضعية - ببعديها الدستوري والتشريعي - لم تكن يوماً عائقاً أمام الدور الابتكاري للقاضي في بلورة النص القانوني، ذلك أنه، وبغض النظر عن الآراء والشروحات الفقهية حول هذه المحددات، بمفهومها التقليدي والعصري، فهي لم تكن في غايتها تهدف إلى إلغاء دور القاضي في صياغة النص القانوني، وإن كانت قد فهمت وقرئت كذلك من قبل البعض، لاسيما في المراحل الأولى لوضع هذه المحددات، إنما كانت غايتها جعل حصرية وضع النص القانوني بمفهومه الرسمي بيد المشرع، فالقاضي يصنع القانون ولا يشرعه، بمعنى أن الصنعة قضائية والتبني تشريعي.

هذه الخلاصة، وإن بتباينات مختلفة في الشكل والمضمون، مثلت القاسم المشترك لهذه المحددات في التشريعات القانونية موضوع الدراسة لاسيما الفرنسي واللبناني. فدور القاضي لم يعد محصوراً بقراءة النص القانوني وفهمه، وإنما تعداه إلى النطق بما يقوله

القانون لا التشريع، سواء وجدت الإجابة في هذا الأخير أم لم توجد، فكما أن القاضي مطالب بالنطق بالتشريع حين وجوده، فإنه كذلك مطالب بالنطق بالقانون حين عدم وجوده.

وبالرغم من ذلك، فقد بقي المشرع المدني الفرنسي أكثر انسجاماً مع روح فكرة ابتكار النص ببعده الوضعي من نظيره اللبناني، مانحاً القاضي أفقاً رحباً للابتكار بما يفيد رجوع هذا الأخير لأصل القانون، ونعني بذلك: «مبادئ القانون الطبيعي»، وإن لم يقل ذلك صراحةً، في حين أن المشرع المدني اللبناني قيّد دور القاضي لديه بجملة من المحددات التي سبق وأخذ بمثيلاتها - إلى حد ما - نظراً في التشريعين المصري والسوري، من حيث الرجوع بداية للمبادئ العامة، ومن ثم إلى العرف، وأخيراً إلى الإنصاف.

هذه التراتبية في المصدر التي يجب على القاضي اللبناني احترامها ابتداءً وانتهاءً، القاضي المدني الفرنسي بعيد عنها، حيث يعود لأصل القانون مباشرة دون باقي المصادر الأخرى. موقفٌ، بالنسبة لنا أكثر عقلانية ومنطقية، ذلك أن مختلف المحددات ذات الاعتبار الوضعي، ونعني بذلك العرف وقواعد العدالة، باستثناء قواعد: «مبادئ القانون الطبيعي» التي هي أصل القانون، إنما هي مصادر مكملة للنص القانوني، وليست منشأة للنص القانوني، فدور القاضي الابتكاري في هذه المحددات لا يردُّ، ونؤكد وضعياً، إلا في مبادئ القانون الطبيعي، ولذلك أتى موقف المشرع المدني الفرنسي في هذا الإطار أكثر انسجاماً من موقف المشرع المدني اللبناني⁽⁹⁰⁾.

ثانياً- المحددات الدينية والعلاقة الخاصة مع الدور المصدري للاجتهاد القضائي: الخصوصية العربية والحاجة للتغيير

بالرغم من أن نصوص القانون المدني المصري والسوري قد خلت من نص قانوني مشابه لما تضمنه كل من التشريع المدني الموضوعي الفرنسي، والتشريع الإجرائي اللبناني، يوجب على القاضي الحكم حتى في حال خلو النص التشريعي من الإجابة، فإن فكرة إلزام القاضي بالحكم واستنباط الحل القانوني، حتى مع غياب النص التشريعي، هي قاعدة متأصلة في هذين التشريعين، وإن بطريقة مختلفة تتمثل بالرجوع لمصادر ثانوية متعددة تبدأ بالعرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية وتنتهي بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، غير أنه، ونظراً للطبيعة الدينية لأحد هذه المحددات ونعني به: «مبادئ الشريعة الإسلامية»، فإن البعد الابتكاري للقاضي المدني ذا الدلالة الوضعية في هذين

(90) ما يُمكن من القول بأن من بين هذه المحددات ما يمكن وصفه بالمكمل أو المعاون للنص القانوني، ونعني به كل من العرف وقواعد العدالة، ومن هو منشئ للقانون، والمقصود بذلك مبادئ القانون الطبيعي، وتلك قضية بحثية أخرى.

التشريعيين، أضحي موضع نظر!، ما جعل من طبيعة العلاقة القائمة بين هذا المحدد الديني والدور الابتكاري للقاضي المدني تتسم ببعض الخصوصية، التي طالما كانت موضع نقاش فقهي وقانوني في التشريعات العربية، ذلك أن هذا المحدد وإن كان لا يمنع القاضي من أن يبحث خارج دلائل النص التشريعي المعروض عليه، وبالتالي لا يحجب عنه الدور الابتكاري، إلا أنه يقيد ذلك في مبادئ الشريعة الإسلامية، التي من المقر به فقهاً واجتهاداً، أنها صالحة لكل زمان ومكان. وبالتالي فإن أي استنباط مبتكر، إنما سيكون امتداداً لمبادئ الشريعة الإسلامية لا القانون، بغض النظر عن إمكانية التوافق مع القانون في النتائج من عدمها، فتطابق الغايات لا يعني وحدة المصدر.

وبالتالي، فإن أي انتقال في التطبيق الفعلي إلى المحدد المتعلق بابتكار القانون في إطار بعده الوضعي، ونعني بذلك: «مبادئ القانون الطبيعي»، لا يمكن تصور تطبيقه مع فكرة: «مبادئ الشريعة الإسلامية» التي هي أصل القانون في بعده الديني، كون فكرة القصور في الشريعة الإسلامية منتفية، وبالتالي هي بالضرورة تتضمن في مبادئها ونصوصها الإجابة على مختلف الإشكاليات القانونية التي تعترض عمل القاضي.

وبالتالي، إنَّ الدور الابتكاري للقاضي المدني محصور في مبادئ الشريعة الإسلامية، ومعطل فيما يجاوز هذا المحدد، بحيث إن المحدد الرابع في هذين التشريعين المتمثل: «بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة»، ومنذ تفعيل المحدد المتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية، أضحي - من وجهة نظرنا - معطلاً بالطلق، علماً بأنه هنا - ونعيد التذكير - لا يمنع الدور الابتكاري للقاضي، وإنما يجعله منسوباً إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ببعدها الديني وليس لمبادئ القانون الطبيعي ببعده الوضعي، ولعله كان في ذهن واضعي مشروع القانون المدني المصري ومن بعده السوري أن مبادئ الشريعة الإسلامية، سيكون لها دور مكمل أو معاون في إكمال النص القانوني كما هو شأن العرف، وغاب عن ذهنهم الدور الابتكاري الجامع المانع لهذا المصدر ذي الدلالة الإلهية، ما يمنع أي عملية انتقال لغيره من المحددات التي تليه.

هذه القضية، باعتقادنا، ليست مسألة إجرائية بقدر ما هي مسألة موضوعية، تتعلق بصحة الموقف القانوني للمشرعين المصري والسوري وحتى اللبناني، في عملية التراتبية القانونية لهذه المحددات، وما إذا كان النص القانوني المتعلق بالمحدد الرابع في التشريع المصري، والثالث والرابع في التشريع السوري، حقيقةً يمكن للقاضي المدني الولوج إليهما في ضوء ابتكار النص القانوني.

جدليةً، بقدر بساطة السؤال عنها بقدر تعقد الإجابة عنها

المراجع⁽⁹¹⁾

أولاً- باللغة العربية

■ الكتب

- أحمد إبراهيم حسن، أصول تاريخ القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
 - وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009.
 - حسن عبد الحميد، فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ومفهوم القانون - الأساس الديني للقانون، دار النهضة، القاهرة، 1996.
 - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.
 - لطيفة محمد سالم، النظام القضائي المصري الحديث 1875-1914، ج1، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2010.
 - محمد جمال عطية عيسى، تطور نظام القضاء في القانون المصري وفكرة القاضي الطبيعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
 - محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني - دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، ط2، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2001.
 - مصطفى العوجي،
 - القانون المدني - المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
 - القاعدة القانونية في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
 - مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، نحو توظيف أصول الفقه في بناء أصول القانون، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2002.
 - سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
 - عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1978.
 - عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
 - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1977.
- (91) نظراً لتعدد المراجع القانونية والفقهية في البحث، فقد تم الاكتفاء بذكر أهمها، علماً بأن كافة المراجع مسددة في متن البحث.

■ الأبحاث

- أحمد محمد أحمد حشيش، أزمة قاعدة البحث القانوني في مبدأ سمو القانون الإلهي على التشريع، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، العدد رقم 480، سنة 2005.
- سمير تناغو،
 - الأدوار المختلفة للمحاكم العليا في مصر، الدستورية والإدارية والقضائية، منشورات مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، 2008.
 - المادة الثانية من الدستور، منشورات مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، 2008.
 - المحاكم العليا لا تعلق إحداها على الأخرى، منشورات مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، 2008.

ثانياً- باللغة الفرنسية:

I. Ouvrages et Thèses

- Ch. Atias, Philosophie du Droit, Themis Droit, PUF, Paris, 2016.
- F. Geny, Méthode d'interprétation et source en droit privé positif, T. I, LGDJ, 2^{ème} éd, Paris, 1919.
- G. Jugnot, Histoire de la justice française De l'époque franque à nos jours, Ellipses, Paris, 2011.
- G. Picca et L. Cobert, La Cour de cassation. Que sais-je?, Themis Droit, PUF, Paris, 1986.
- H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. I. Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions. T. II. Obligations, contrats spéciaux, sûretés. Éd Dalloz, 13^{ème} éd, Paris, 2015.
- H. Kelsen, Théorie pure du droit, trad. Ch. Eisenmann, 2^{ème} éd, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999.
- J. Carbonnier, Droit et passion du droit sous la V^{ème} République, Forum, Flammarion, 1996.
- J-C. Écane, M. Couderc et J-L. Héryn, La loi, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994.
- J-F. Weber, La cour de cassation, La documentation française, 2006.
- J-L. Halperin, Le Tribunal de cassation sous la Revolution (1790-1799), These, Paris, 1985.
- J-P. Andrieux, Histoire de la jurisprudence, Les avatars du droit prétorien, Vuibert, 2012.
- M. Saluden, Le phénomène de la jurisprudence: Etude sociologique, thèse, Paris II, 1983.

II. Article

- A. Sériaux, Le juge au miroir, L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel contemporain, *In Mélanges* Ch. Mouly, Litec, 1998, T. I.
- C. Charruault, Compléter l'article 5 du code civil, *JCP G.* 2007, Numéro historique-Hors-série, Cahier n° 2.
- D. Tricot, L'interrogation sur la jurisprudence d'aujourd'hui, *RDT civ.* 1993.
- F. Chabas, Le cœur de la cour de cassation, *D.* 1973.
- F. Zenati, La nature de la Cour de cassation, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 14 avr. 2003.
- G. Aillet, De la signification méthodologique de l'idée de droit naturel, *APhD*, vol. I. 3^{ème} année, n° 3-4, 1933.
- H. Kelsen, Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? *Revue Droit et Société (RDS)*, n° 22, 1992.
- J. Boré, L. Boré, La cassation en matière civile 2015-2016. 5^{ème} éd. *D Action* 2016.
- M. Gobert, La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée, *RTD civ.* 1992.
- M. Troper, Kelsen Hans, 1881-1973 *In Dictionnaire de philosophes*, dir. D. Huisman, Themis Droit, PUF, 2^{ème} éd, 1993.
- M-A. Frison-Roche, "Déni de justice et interprétation de la loi par le juge", *J-CI droit civil*, art. 4.
- O. Deshayes, L'office du juge à la recherche de sens, *D.* 2008.
- P. Bellet, Grandeur et servitudes de la Cour de cassation. *RIDC*. Vol. 32, n° 2, 1980.
- P. Morvan, En droit, la jurisprudence est une source de droit, *RRJ*, 2001, n° 1.
- P. Puig, Hiérarchie des normes : du système au principe, *RTD civ.* 2001.
- Ph. Malaurie, La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence. *Defrénois*, 2005, n° 15.
- R. Saleilles, Ecole historique et droit naturel, *RTD civ.* 1902.
- V. Forray, La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes, *RTD civ.* 2009.

المحتوى

الصفحة	الموضوع
267	الملخص
269	المقدمة
276	المبحث الأول - المحددات القانونية الدستورية
276	المطلب الأول - مبدأ فصل السلطات والدور المقيد
277	أولاً - محكمة النقض الفرنسية من التبعية إلى إثبات الذات
281	ثانياً - مرحلة التقنين الحدائي العربي وتلقف التجربة العصرية الفرنسية
284	المطلب الثاني - مبدأ فصل السلطات والدور المرحب
285	أولاً - حتمية تداخل عمل السلطة التنفيذية والسلطة القضائية
285	ثانياً - حتمية تداخل عمل السلطة التشريعية والسلطة القضائية
288	المبحث الثاني - المحددات التشريعية المدنية
288	المطلب الأول - المحددات التشريعية المدنية ذات الخصوصية الوضعية
289	أولاً - الوحدة في الهدف
291	ثانياً - الاختلاف في المنهجية
293	المطلب الثاني - المحددات التشريعية المدنية ذات الخصوصية الدينية والمجتمعية
294	أولاً - حقيقة القول بقدرة القاضي المدني في التشريعين المصري والسوري على ابتكار النص القانوني الوضعي
298	ثانياً - مدى قدرة القاضي المدني العربي على الاستفادة من المحددات ذات الخصوصية الوضعية
305	الخاتمة
308	المراجع

