

# حقيقة الدور «المصدري» للاجتهاد القضائي في القانون المدني «الواقعية القانونية»

## 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

### الملخص

يقدم البحث دراسة أكاديمية تأصيلية تبحث في حقيقة الدور المصدري للاجتهاد القضائي في القانون المدني، ضمن المدرستين الفرنسية والعربية، معتمدين كمُعبر عن هذه الأخيرة، كلاً من القانون المصري والقانون السوري والقانون اللبناني، بهدف إثبات حقيقة هذا الدور، عبر القراءة المتأنية للدور الابتكاري للقاضي المدني، باعتباره إحدى الأدوات المساهمة في تَكُونِ الفكر القانوني المبلور للقاعدة القانونية الوضعية الصادرة عن المشرع، تمهيداً لإعادة النظر في الموقف التقليدي تجاهه، لتمكينه من أن يأخذ مكانته المستحقة ضمن المنظومة القانونية المدنية لهذه الدول، وأملاً في تقديم مساهمة عربية تساعد في الوصول لفهم أكبر لهذا الدور في المدرستين الفرنسية والعربية، وذلك وفق منهج تحليلي نقدي مقارن، يعرض في القسم الأول، للتحليل التأصيلي المعمق لطبيعة العمل الابتكاري القضائي، ويتناول في الثاني، لحالة التقاسم الفعلي لعملية صياغة النص القانوني بين الاجتهاد القضائي والتشريع.

وقد أثبت البحث أن القاعدة القانونية، إن كانت تركز لبعده موضوعي «التحليل»، وبعد شكلي «الإصدار»، إلا أن سمة الابتكار الحقيقي لها تستند للبعد الموضوعي لا الشكلي، ما يجعل المقولة الفقهية القائمة على أن القضاء ناطق بالقانون لا صانع له، في غير محلها،

\* تنويه: شكلت هذه الدراسة، مع بحث آخر معنون: محددات الدور «المصدري» للاجتهاد القضائي في القانون المدني، «التطور والتحول»، 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 ولضرورة مراعاة شروط النشر في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، فقد تم تقسيم الدراسة لبحثين قانونيين منفصلين، نُشر البحث الأول منها والمنوه عنه أعلاه في العدد السابق من المجلة، وينشر في هذا العدد، القسم الثاني من هذه الدراسة، ما اقتضى التنويه.

مثبتاً أن القاضي، في التأصيل المعتمد هو صانع للتشريع لا ناطق به، بينما المشرع هو الناطق لا الصانع. خلاصةً توجب على المشرع في كلا المدرستين مراجعة دقيقة وفعالية لحقيقة هذا الدور، بما يتيح منحه الاعتراف الرسمي المطلوب، بدوره المصدري الفعلي لا المصطنع، كما منحه المكانة التي يستحقها في التدرج القانوني لمصادر القانون ضمن أنظمتها القانونية.

أمنيتان بسيطتان... عصيتان! بقدر بساطتهما في التحليل النظري، بقدر صعوبتهما في التطبيق العملي! أقله بسبب الموروث الفلسفي والفكري لسطوة التشريع على الاجتهاد، في المدرسة اللاتينية، الجذر المؤسس لهاتين المدرستين، دون أن يعني ذلك استحالة تحقيقهما في قادم الأيام.

**كلمات دالة:** الاجتهاد القضائي، الأحكام القضائية، الدور الابتكاري للقاضي، المبادئ القانونية، القوانين التفسيرية.

## المقدمة

من غير الخافي أن القانون في حقيقته هو نتاج شفوي للفكر الإنساني، ولم تبدأ مرحلة الكتابة والتقنين فيه إلا لاحقاً، ذلك أنَّ حكماء القانون (Aînés de loi)، وفقهاءه (Jurisconsultes)، كانوا يستنبطون القاعدة القانونية من خلال القضية المعروضة أمامهم، لتصبح لهم مع الزمن، ومن خلال توالي القضايا القانونية وتواترها، ذاكرة قانونية جَمعية ذات خلفية فقهية وقضائية في إطار ما أمكن تسميته بالسوابق القضائية (Judicial precedents)، وقانون البريتور (Loi de préteur)<sup>(1)</sup>. لتبدأ بعد ذلك، لاسيما في المدرسة اللاتينية، مرحلة التنصيص والتقنين للنص القانوني (Codification de loi)، حيث تحولت النصوص العرفية والاجتهادية إلى قواعد قانونية مكتوبة، وخَفَّت التعليق على الأحكام القضائية لصالح تنامي التعليق على القواعد التشريعية، ما أفضى لانكماش دور رجال القضاء في إطار إصدار الأحكام القضائية بمنطوق القانون «التشريع»، ليتم تجريدهم من أية سلطة ابتكارية للنص القانوني في هذا الجانب<sup>(2)</sup>، ولتصبح النظرة السائدة لهم أنَّهم الفم الناطق للتشريع<sup>(3)</sup>، معتبرين أن الاجتهاد القضائي هو مجرد تواتر لأحكام قضائية في اتجاه متسق بما يؤسس لنسق قضائي مستقر حول موضوع أو إشكالية ما، على الرغم من احتفاظه بدلالته اللغوية التي تشير لاعتباره مصدراً من

(1) محمد عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1987، ص 58 وما بعدها، ص 87 وما بعدها.

F. Zenati, La jurisprudence, Dalloz, 1991, p. 20s. La romanistique et la notion de jurisprudence in droits. *Revue française de théorie juridique*, n° 4, 1986, p.149-160.

(2) حيث أمر الملك في عام 1454 بأن تقنن مختلف الأعراف في فرنسا، ما أضعف دور البرلمان الذي وجد نفسه ملزماً بهذه القوانين العرفية، وفَعَلَ دور السلطة التشريعية للملك التي أضحّت واجبة الاحترام. رغم ذلك، استمر عدد من رجال الفقه الفرنسي في تأكيد أهمية الاجتهاد القضائي، ففي النقاشات الأولية حول وضع مشروع القانون المدني الفرنسي، أشار البعض منهم إلى أنه من الفخر بالنسبة للمجتمع الفرنسي بأن يُشكل الاجتهاد القضائي علماً يرى الكثيرون من خلاله مصدراً لدراسة القوانين، بما يقدم النصح والإرشاد للمواطنين ويؤمن لهم ممارسة حقهم في الدفاع.

Ordonnance de Montil-Lès-Tours, avril 1454. A. Esmein, La jurisprudence et la doctrine, *RTD civ*, 1902, p. 5. P. Esmein, La jurisprudence et la loi, *RTD civ*, 1952, p. 17. P. Jestaz, Les sources du droit, *RTD civ*, 2006, p. 415.

(3) L'origine de ce postulat, posé par Montesquieu dans "De l'esprit des lois", Livre 11<sup>ème</sup> Chapitre VI<sup>ème</sup>. Œuvres complètes. Éd, Édouard Laboulaye et Garnier Frères, 1875.

محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون - القاعدة القانونية، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 397 وما بعدها.

مصادر القانون<sup>(4)</sup>.

هذا الواقع، ومنذ مطلع القرن العشرين، أخذ بالتبدل ليعود الاجتهاد القضائي يُنازع التشريع، مستعيداً إلى حد كبير مكانته المستحقة في صياغة النص القانوني، لاسيما بعدما بدأت النظريات الحديثة لشرح النص التشريعي تؤتي أكلها، معيدة للقضاء دوره وفاعليته في عملية صياغة النص القانوني<sup>(5)</sup>، حيث مثلت حقبة الثلاثينيات من القرن الماضي العصر الذهبي للاجتهاد القضائي الفرنسي الذي عالج العديد من القضايا القانونية المعاصرة التي عجز التشريع عن معالجتها، والتصدي لها<sup>(6)</sup>، الأمر الذي كرّس من مكانة هذا الاجتهاد القضائي، لاسيما في التشريع المدني الفرنسي، باعتباره أحد مصادر القانون التي تعكس تطور المجتمع والتحويلات الجارية فيه، ما دفع البعض لمنحه سمة القانون التطبيقي الممكن الإدراك، أو القانون شبه الوضعي<sup>(7)</sup>، وليعود طرح السؤال مجدداً حول أحقية هذا القضاء باعتباره مصدراً من مصادر القانون.

(4) لغوياً كلمة الاجتهاد القضائي «Jurisprudence» مشتقة من اللغة اللاتينية من كلمة «Jurisprudencia» التي تجمع بين معنى القانون «Droit» المستمد من «juris» والمعرفة «Connaissance». فهي تشير لمعرفة القانون، بهذا المعنى أمكن اعتبارها أحد مصادر القانون؛ لذلك حتى منتصف القرن التاسع عشر كان الكثير من الفقهاء يربطون بين تعريف الاجتهاد القضائي والقانون، مؤكدين استخدام ذات المصطلح لكليهما.

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.

(5) من أبرز هذه المدارس: المدرسة التاريخية، ومدرسة البحث العلمي الحر، راجع في ذلك: توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1977، ص 286 وما بعدها. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص. 277 وما بعدها.

«Ecole historique du Droit», fondé par F-Ch. Von Savigny (1779 -1861). R. Saleilles, Ecole historique et droit naturel, RTD civ. 1902, p. 80.

(6) لاسيما في مسائل تأجير الأرحام، والإطار المدني والتجاري لمفهومي الشركة والجمعية، وقواعد 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, A PhD. T. 50, 2007, p. 49, spéc. 53. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 24 mars 1998, Bull. civ, I, n° 124, D. 1999, p. 19, note J.-J. Lemouland, Defrénois, 1998, n° 22, art. 36895. Cass. ch. réun11, mars 1914, Caisse Rurale de la Commune de Manigod, DP, «années antérieurs à 1941» DP, 1914, I, 257, note L. Sarrut. Cass. com, 12 mars 1985, Bordas, Bull. civ, IV, n° 95, D. 1985, p. 471, note J. Ghestin.

(7) C. Atias, Quelle positivité? Quelle notion de droit ? A PhD, 1982, n° 27, p. 221.

هذا التحول في الموقف القانوني من الاجتهاد القضائي لم تكن التشريعات العربية بعيدة عنه، لاسيما في كل من مصر وسوريا ولبنان<sup>(8)</sup>، حيث لعب الاجتهاد القضائي في مختلف هذه الدول دوراً فاعلاً في تأطير وتشذيب العديد من القواعد القانونية في الحيز التطبيقي لتناسب مع الواقع الذي ستطبق فيه، لاسيما في قضايا حماية الملكية الفكرية الأدبية والصناعية والتجارية، وقضايا المسؤولية التقصيرية ونظرية التعسف في استعمال الحق، ومفهوم النظام العام والآداب العامة، وحديثاً في العديد من المواضيع القانونية المرتبطة بالتطور التكنولوجي في البيئة الرقمية، وإن كانت هذه التدخلات الاجتهادية لم تكن تتسم بالجانب الابتكاري بقدر ما كانت تتسم بالجانب التقليدي مع بعض التلطيفات في هذا الجانب أو ذاك، دون إغفال أهمية هذا الموضوع رغم ذلك<sup>(9)</sup>.

واليوم، ما من شك حول العلاقة الحتمية بين التشريع والاجتهاد القضائي في صياغة النص القانوني<sup>(10)</sup>، هذه العلاقة التي تؤكد أنه لا يمكن لأي منهما أن يتحقق دون الآخر، رغم أن التعايش بين الطرفين لم يكن دوماً وفق ما يحبذه الطرفان، حيث كان ولا يزال موضع شد وجذب، مما جعل من الهرمية التقليدية المستقرة لمصادر القانون موضع نقاش<sup>(11)</sup>، وأضحت تعاني العديد من الاختراقات الفعلية لشركاء آخرين في مقدمتهم الاجتهاد القضائي الذي يدين له التشريع والقانون بالفضل في ولادة العديد من القواعد القانونية، بحيث إنه لم يعد ممكناً فهم القانون بمعزل عن فهم دور ودلالات الاجتهاد القضائي، ولتصبح بعض أحكامه بمثابة المرجعية القانونية غير الرسمية لهذه النظرية،

(8) يجدر التنويه أنه سيتم التدليل على هذه القوانين في معرض البحث بالمدرسة العربية مما اقتضى التنويه.

(9) حسن كيرة، المدخل إلى القانون - القانون بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص. 119 وما بعدها. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص. 757 وما بعدها.

(10) Pour plus d'informations voir, Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation. Conférence - débat 24 novembre 2015. *JCP G*, Supplément au n° 1,2-2016.

(11) تقوم هذه الهرمية على ركائز ثلاث رئيسية هي على التوالي: القواعد الدستورية وقواعد التشريع العادي وقواعد التشريع القانوني، 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.

Voir, H. Kelsen, Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? *Revue Droit et Société (RDS)*, n° 22, 1992, p. 555. F. Terré, Introduction générale au droit, 8<sup>ème</sup> éd, Dalloz, 2009 ,, p. 247s, 258s, 322s.

ولتغزو بعض الكتب القانونية الشارحة لهذه الأحكام بمثابة مصادر قانونية مكملّة ومفسرة لهذه النظرية<sup>(12)</sup>.

### أولاً- فكرة البحث والموضوع

يتناول موضوع البحث إثبات حقيقة الدور «المصدري» للاجتهاد القضائي في القانون المدني في المدرستين الفرنسية والعربية وفق دراسة قانونية تأصيلية نقدية مقارنة، من خلال البحث في الواقعية القانونية لهذا الدور الابتكاري في عمل القاضي المدني، باعتباره إحدى الأدوات التي تسهم في بلورة الفكر القانوني المساهم في إيجاد القاعدة القانونية الوضعية، وفق المفهوم المستقر لمفهوم القانون الوضعي الصادر عن السلطة الرسمية في الدولة من جهة، ووفق التعريف المستقر لمفهوم الاجتهاد القضائي<sup>(13)</sup> بكونه يمثل الجانب المتواتر لما استقر عليه قضاء المحكمة القانونية العليا «محكمة النقض» في قضية أو مسألة قانونية معينة سكت عنها المشرّع، أو عالجها معالجة قاصرة<sup>(14)</sup>.

لذلك، فإنّ فكرة البحث قد تبدو متفكّة مع توجهات البعض وقد تكون متعارضة مع البعض الآخر، لاسيما وأنها تبحث في البعد المصدري للاجتهاد القضائي في نظام

(12) P. Puig, Hiérarchie des normes: du système au principe, *RTD civ.* 2001, p. 750. 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. *Dalloz*, 13<sup>ème</sup> éd, 2015.

(13) تتعدد التعريفات القانونية الممنوحة للاجتهاد القضائي باختلاف الزاوية التي يقرأ من خلالها هذا الاجتهاد والمكانة التي يُراد توظيفه فيها، فقد يُعبر عن مجموع القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الوطني أو الدولي، وبالتالي فهو يشير إلى العملية القضائية الصادرة عن الجسم القضائي ككل، أو وحدات هذا الجسم القضائي، ونعني بذلك المحاكم المختصة على اختلاف درجاتها، أو يعبر عنه بكونه يمثل الجانب المتواتر لما استقر عليه القضاء في قضية أو مسألة قانونية معينة، بحيث يقصد به مجموعة الأحكام القضائية الواردة في أحد فروع القانون بمعنى الاجتهاد القضائي الخاص والاجتهاد القضائي العام، أو الاجتهاد القضائي المدني والاجتهاد القضائي الجنائي وما إلى ذلك، أو في مسألة قانونية معينة، كالاختصاص بالمتعلق بالمسؤولية المدنية أو المسؤولية الجنائية، أو العقد وما إلى ذلك. ومما لا شك فيه أنّ كلا القراءتين تختلفان في تحديد المكانة القانونية للاجتهاد القضائي، فالأولى، إنّما تنظر له في بعده المؤسساتي أو التنظيمي الصادر عن السلطة القضائية ممثلة بالمحاكم المختصة، ما يجعله عملاً مؤسساتياً أكثر منه قانونياً، في حين أنّ الثانية إنّما تقرأه في بعده الوظيفي القضائي بكونه من الأدوات المكونة للرؤية القانونية ضمن مجتمع ما لمسألة قانونية ما. هذه القراءة الأخيرة هي التي تهمننا في بحثنا هذا بكونها المعيرة عن الدور الذي يمكن أن يساهم فيه الاجتهاد القضائي في تكوين وصياغة قاعدة قانونية ما، تمهيداً لإمكانية اعتباره مصدراً عملياً من مصادر القانون.

B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 327.

(14) عليه لن يعرض البحث للأحكام القضائية الصادرة عن قضاء الموضوع المدني، لعدم إمكان اعتبارها اجتهاداً قضائياً وفق المعنى القانوني والفقهية، كما لن يتناول الاجتهاد القضائي المتعلق بالشق الجنائي أو الإداري.

قانوني لاتيني يُقر بصريح النص بحصر هذه الصفة المصدرية، بالتشريع الصادر عن الهيئات الرسمية التي اعترف لها المشرع بهذه الصفة المصدرية والتي لم يكن للاجتهاد القضائي مكان فيها، وعلى ذلك فإنَّ الموقف القانوني من البحث وفكرته، سيختلف من الزاوية القانونية والاجتماعية التي سَيُقرأ من خلالها مفهوم: «مصدرية القانون» من جهة<sup>(15)</sup>، ومفهوم «التشريع» باعتباره مصدراً للقانون، وليس القانون بحد ذاته من جهة أخرى<sup>(16)</sup> وإلى أي حد يمكن اختزال مفهوم القانون بمفهوم التشريع؟ كذلك فإنَّ الإجابة تتعلق بتحديد المقصود بالاجتهاد القضائي والدور المنوط بالقاضي، والنظام القضائي ضمن منظومة القانون لا التشريع، وهل هو مجرد ناطق للتشريع أم صانع للقانون؟

## ثانياً- إشكالية البحث والفرضيات

تبرز إشكالية البحث في الاستفزازات الجدلية التي يثيرها واقع الدور الذي يمكن أن يُسند للاجتهاد القضائي في صياغة القانون في المدرستين الفرنسية والعربية، والجدل

(15) من غير الخافي أن مصطلح المصدرية في القانون ذو دلالة فضفاضة وموسعة وينطوي على دلالات متعددة، ولا يوجد موقف ثابت ومستقر في هذه القضية، فيكفي الرجوع إلى العديد من مؤلفات القانون المعنية بالمدخل إلى علم القانون لنتبين الموقف القانوني حيال هذه المسألة. فإذا أردنا البحث في مصدر القانون بالحديث عن أصل القانون ونشأته، فنحن أمام مصادر متعددة، قد يكون العديد منها، ليس له من دلالة قانونية بقدر ما هو تعبير مجتمعي وانعكاس لفلسفة المجتمع وقيمه الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية وغيرها. أما إذا أردنا الحديث عن هذه المصادر بالنسبة لوضعي النص القانوني، فنحن نتحدث عن المشرع بكونه المبلور المباشر والرئيس للنص القانوني، كما نتحدث عن جهات ثانوية غير مباشرة كالفقه، وهناك من يفضل إدراج الاجتهاد القضائي مع هذه الفئة من صانعي القانون غير المباشرين، علماً بأننا في نطاق البحث إنما نتحدث عن فكرة مصادر القانون من خلال الأدوات التي تساعد على وجوده، ونعني بذلك التشريع والقرارات والأنظمة والأحكام والاتفاقيات الجماعية وما على ذلك.

P. Jestaz, Les sources du droit, Connaissance du droit, Dalloz, 2005.

(16) يجدر التنويه إلى أنه يجب التمييز بين مفهومَي القانون والتشريع في مضمون البحث وعدم الخلط بينهما. فنحن عندما نتحدث عن التشريع، فإنما نقصد به النص القانوني الرسمي الصادر عن السلطة التشريعية أو من يقوم مقامها، كالسلطة التنفيذية. أما عندما نتحدث عن القانون، فإنما نقصد به مجموعة النصوص ذات الدلالة القانونية الرسمية وغير الرسمية، التي تكون المعبر القانوني لمكونات المجتمع مجتمعة أو لأحد هذه المكونات على حالة ما، وبغض النظر عن المكون الذي أرسى هذا العنصر القانوني، أو صفته الرسمية أم غير الرسمية. وإنَّ إطلاق اسم القانون على التشريع إنما هو من باب الخطأ الشائع في إطلاق مسمى الجزء على الكل، الأمر الذي لا يستقيم ودلالة المعنى القانوني والمصطلحي لكلمة القانون لا التشريع، لأنَّ القانون يستوعب التشريع والعرف والقضاء على السواء، إضافة لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

J-C. Écane, M. Couderc et J-L. Héryn, La loi, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994, p. 16s.

التشريعي والفقهني القائم حول تمتعه أو عدم تمتعه بالصفة المصدرية، والهامش المقرر لها، وحدودها وقيودها، فالبحت يحاول التعمق في قضية جدلية غطاؤها قانوني ومحتواها فلسفي، ما يجعل من تلمس وجود هذا الدور، في أحيان كثيرة، أمراً غير يسير، لاسيما مع ارتباط هذا الدور بالتطور المجتمعي الفكري والقانوني، ما يجعل نطاقه وحدوده موضع أخذ ورد، وفي حالة حراك وتطور شبه دائمة<sup>(17)</sup>، ما بين فكريتي الإقرار والإنكار، وذلك باختلاف الركيزة التي تنطلق منها الإجابة، بين الحقائق الفعلية من جهة، ونظيرتها القانونية من جهة أخرى<sup>(18)</sup>.

وعليه، يحاول البحث مناقشة فرضيات عدة تتمحور حول تأكيد أو نفي الصفة المصدرية للاجتهاد القضائي في المدرستين الفرنسية والعربية، إضافة لتحديد طبيعة ونطاق الدور الذي يقوم به في مصدرية النص القانوني، لاسيما فيما يجاوز حدود سقفه الزجاعي المرتبط بشرح النص القانوني فقط، إلى إكماله<sup>(19)</sup>. ما ينقلنا مناقشة الفرضية الثانية المتمثلة في البحث في الطبيعة القانونية التي يمكن منحها لهذا «المصدر القانوني» والتراتبية التي يمكن أن يحظى بها ضمن الهرم التقليدي لمصادر القانون، ما بين السمة الرسمية وغير الرسمية، ما يؤكد الحاجة للإجابة عن الفرضية البحثية الثالثة، حول إمكان التعايش السلمي بين الاجتهاد القضائي بدوره المصدري، وبين التشريع بدوره التقليدي، دون أن تكون هذه العلاقة محكومة بسياسة الإلغاء أو الاحتواء.

(17) P. Malaurie, La jurisprudence parmi les sources du droit, Defrénois 2006, n° 6, art. 28352, p. 476. P. Jestaz, La jurisprudence : réflexion sur un malentendu, *Dalloz*. 1987, p. 11s.

مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، منشورات الطليبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 90 وما بعدها. سمير تناغو، الأدوار المختلفة للمحاكم العليا في مصر، الدستورية والإدارية والقضائية، بحث منشور في الأفكار الكبرى في السياسة والقانون، منشورات مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2008، ص 151-156.

(18) 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. R. Guastini, Les juges créent-ils du droit ? Les idées d'Alf Ross. *Revue de théorie constitutionnelle et philosophie du droit*, 2014. Pagination, Pp. 99 -113. P. Morvan, En droit, la jurisprudence est une source de droit, *RRJ*, 2001, n° 1, p. 77s.

(19) P. Jestaz, Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit), *RTD civ.* 1993, p. 69. J-L. Aubert, M. Bandrac, et autres, «La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée», *RTD. civ.* 1992. Numéro spéc, n° 2, p. 337s.

## ثالثاً- أهمية البحث والأهداف

إشكالية البحث والفرضيات التي يحاول الإجابة عنها تبرز أهميته، كونه يحاول تقديم دراسة تفصيلية لقضية جدلية لم تول الأهتمام الكافي في الكثير من التشريعات المدنية العربية على المستويين الرسمي وغير الرسمي. ففي المستوى الأول، نجد أن أغلب النصوص التشريعية أشارت إليها بعباراتٍ مقتضية، دون أن تكلف نفسها عناء الأهتمام بها بالشكل المطلوب على المستوى العملي، فواقع الاجتهاد القضائي في الدول العربية، إنما يشير بوضوح إلى ضعف التجربة القضائية في هذا المجال نتيجة لضبابية مفهوم هذا الدور ضمن هذه التشريعات وعدم الرغبة في زيادة تفعيله. أما على المستوى الرسمي، فمن الملاحظ أن الأبحاث والدراسات حول هذه الجدلية، لاسيما من حيث التأصيل القانوني، وفقاً لعلما الشخصي، قليلة جداً في التشريعات العربية المقارنة، بخلاف واقع الحال في التجربة الفرنسية التي تميزت بالغنى والفرادة، إن على المستوى الفقهي الذي تعرض ومازال يتعرض لهذه القضية المثيرة للجدل بكثير من الشرح والتعليق، أو على المستوى الاجتهادي، لاسيما من قبل الدور الخلاق لقاضي النقض في هذه الفرضية، لتسجل تجربته ومنذ منتصف القرن الماضي قفزات ملموسة ساهمت بشكل كبير في تعزيز الدور المصدري للاجتهاد القضائي الذي أخذ بالتمايز بشكل واضح عن مثيله المتعلق بالنص التشريعي، ما يُقدم نموذجاً متكاملًا يمكن الاستلham منه في تبيان أهمية وفاعلية هذا الدور في صياغة النص القانوني<sup>(20)</sup>.

في ضوء ذلك، يسعى البحث لإبراز الجوانب الحداثية لهذا الدور المصدري للاجتهاد القضائي في النظام اللاتيني مُمثلاً بالمدرستين الفرنسية والعربية، من خلال دراسة قانونية مقارنة معمقة ومؤصلة لهذا الدور المصدري تبحث في طبيعة هذا الدور وخصوصيته في التشريع المدني الفرنسي من جهة، والمصري والسوري واللبناني من جهة أخرى، متعمقة في مدلوله الفلسفي والقانوني بهدف إثبات حقيقة وجود هذا الدور وخصوصيته. بذلك، ليست الغاية المرجوة من البحث الوصول لتحليل قانوني معمق في تفاصيل الاجتهاد القضائي بحد ذاته، بقدر ما هي محاولة تأصيل وجود هذا

(20) 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 فإن 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 العربية، الأمر الذي - وفقاً لرأينا الشخصي - لا يطعن في جودة البحث وحدائته، بقدر ما هو نقطة قوة له، كونه يبرر أهميته وأصالته.

الدور من عدمه، إضافة لتسليط الضوء على «مظلومية الصفة الابتكارية» لهذا الدور في الأنظمة اللاتينية، ومدى قدرته على ابتكار قواعد قانونية ذات أصل اجتهادي صرف، بهدف الإقرار بضرورة إعادة النظر في الموقف التقليدي تجاه طبيعته وخصوصيته بما يمكنه من أن يأخذ مكانته المستحقة في هذه الأنظمة، لا باعتباره مصدراً احتياطياً تابعاً للتشريع، وإنما باعتباره أحد مصادر صياغة وبلورة القاعدة القانونية، شأنه في ذلك شأن التشريع، وصولاً لاقتراح رؤى قانونية ترتقي بمفهوم الاجتهاد القضائي ضمن هذه المنظومة. كل ذلك رغبة في لفت نظر المشرعين العرب، والعاملين في الحقل القانوني والقضائي على اختلاف مشاربهم، لأهمية الدور الذي يقوم به القاضي في عملية صنع القانون، أملاً في الاعتراف بخصوصية وأهمية الاجتهاد القضائي في التشريعات المدنية العربية؛ والدور الذي يمكن أن ينهض به ضمن المنظومة القانونية العربية ككل.

#### رابعاً- منهجية البحث والمخطط

يعرض البحث لحقيقة الدور «المصدري» للاجتهاد القضائي في التشريعات المدنية الفرنسية والمصرية والسورية واللبنانية، من خلال البحث في الواقعية القانونية لهذا الدور، بهدف إثبات حقيقة هذا الدور، الذي لم يُقر للاجتهاد القضائي بشكل فعلي حتى حينه، بالتأكيد أن القاضي ينطق بالقانون ويصنعه، ذلك أن القراءة المتأنية والمعمقة لهذه الواقعية في صياغة القاعدة القانونية الحاكمة للنزاع القانوني المفترض، تُثبت حقيقة الدور المصدري للاجتهاد القضائي في صياغة هذه القاعدة، إن من خلال حقيقة الإقرار بالخصوصية الابتكارية لعمل الاجتهاد القضائي، أو التسليم بحالة التعايش الحتمي بين التشريع والاجتهاد القضائي، وصولاً لفهم الدور المُقدَّر لكل منهما في صياغة القاعدة القانونية.

عليه، نعرض في المبحث الأول من البحث، للتحليل التأصيلي المعمق لطبيعة العمل الابتكاري القضائي، والأثر المترتب لذلك على دور القاضي في صياغة النص القانوني، قبل أن نبحت في المبحث الثاني من البحث، لحالة التقاسم الفعلي لعملية صياغة النص القانوني بين الاجتهاد القضائي والتشريع، في ضوء حالة التعايش الثنائي بين الطرفين.

## المبحث الأول الدور الابتكاري للعمل الاجتهادي القضائي «الحقيقة القائمة»

لا يمكن فهم حقيقة الدور الابتكاري للقاضي من عدمه إلا من خلال فهم الآلية التي يرتكز إليها هذا العمل ضمن عملية التحليل القضائي للنص التشريعي، وفهم التجاذبات الفقهية المرتبطة بحقيقة البعد الابتكاري لهذا العمل والموقف الفعلي لكل من الفقه والقضاء حياله، وصولاً لاستعراض النتائج الابتكاري الخالص للاجتهاد القضائي مُمَثِّلاً بـ: «المبادئ القانونية العامة».

### المطلب الأول آلية الدور الاجتهادي القضائي

تقليدياً، القاضي هو ناطق بالحق بالطلب لا بالتصدي<sup>(21)</sup>، بمعنى أن وقوف القاضي على قضية خلافية معينة لا يكون إلا بموجب خصومة قضائية تُعرض عليه، يترتب عليها صدور أحكام قضائية متواترة تؤسس لاجتهاد قضائي مستقر، ما يوجب التعرض لفرضيات التدخل القضائي، قبل البحث في صور الأحكام القضائية بما فيها المؤسسة لاجتهاد قضائي مستقر.

#### أولاً- فرضيات التدخل القضائي

عندما يتصدى القاضي للقضية المعروضة أمامه فهو يقوم بدراسة التشريع القائم بين يديه، وبالتالي، يمكن أن يواجه فرضيات عدة ضمن هذا النص التي يمكن أن تنحصر،

(21) علماً بأن دور قاضي النقض حالياً، قد تجاوز حدود التدخل المتأتي من الفصل في النزاع، إلى التدخل السابق للتصدي للنزاع، لاسيما في حالة طلب الرأي القانوني الاستشاري لهذه المحكمة في قضية معينة. فبموجب قانون 15 أيار/مايو 1991 المعدل لأحكام قانون التنظيم القضائي الفرنسي، أصبح بإمكان محاكم الموضوع، استبيان الرأي الاستشاري المسبق لمحكمة القانون «النقض» حول قضية قانونية عالقة طالما اتسمت بالجدة والحدأة.

Loi n° 91491- du 15 mai 1991. *JORF* n° 115 du 18 mai 1991, p. 6790. Arts. L 441-1s. R 4411-s. Code de l'organisation judiciaire. Arts. 70664-s du code de procédure pénale. Arts. 10311-s du code de procédure civile. J-F. Weber, Droit et pratique de la cassation en matière civile, *LexisNexis*, 2012, n° 367s, p. 151s.

بعد استبعاد فرضية النص التشريعي الواضح<sup>(22)</sup>، في فرضيات ثلاث رئيسية، فيما أن يكون أمام نص قانوني مبهم وغير واضح، أو غير محدد، أو أمام فراغ، أو نقص في النص التشريعي، أو أمام قاعدة تشريعية لم يُعد تفسيرها القانوني مُلائماً، ما يوجب وضع تفسير قانوني جديد للنص يتلاءم مع الواقعة الجديدة.

وفي الفرضيات الثلاث، تبقى إمكانية الاجتهاد القضائي قائمة وممكنة، ففي الفرضية الأولى، ونعني حالة النص التشريعي المبهم غير الواضح، أو غير المحدد، قد يكون محتوى القاعدة القانونية توسع بشكل كبير، أو أنه مفتقد للمؤيد القانوني الضامن لحسن تنفيذه، أو أنه نص تشريعي بلا التزامات<sup>(23)</sup>، الأمر الذي يتيح للقاضي أكبر قدر من الهامش في شرح مثل هذه النصوص، ليحدد مضامينها وتوجهاتها وفق تصرف إرادي من قبله ووفق شرحه لهذا النص<sup>(24)</sup>. أما الفرضية الثانية، ونعني بها حالة وجود فراغ أو نقص في النص التشريعي، فهنا على القاضي أن يستنبط قاعدة قانونية جديدة، ويمكن تصور هذه الحالة في حال الفراغ التشريعي الفعلي، أو حال كان الحل القانوني

(22) هل يمكن للقاضي ممارسة دوره التحليلي في حال النص القانوني الصريح؟! الإجابة التقليدية على هذا التساؤل هي النفي الجازم، كونها تخالف القاعدة الأصولية المستقرة في وعي المشرع العربي المتمثلة بأن: «لا اجتهاد مع النص». خلاصة - من وجهة نظرنا - تحتاج لإعادة نظر لأسباب عديدة من أهمها: الجذر التاريخي لهذه القاعدة ذو الطبيعة الدينية، كونها مستمدة من الشريعة الإسلامية التي تحظر على الجميع بمن فيهم القاضي الاجتهاد في مورد النص الشرعي الصريح، نظراً لما لهذه القواعد الدينية من قدسية من جهة، ومن غايات قد لا يدركها العقل البشري من جهة أخرى، ما يجعل نطاق تطبيق هذه القاعدة يستوعب النص التشريعي ذا الدلالة الدينية فقط، دون نظيره ذا الدلالة الوضعية، بحيث يغدو امتداده لهذا الأخير موضع تساؤل، وربما وجد المشرع العربي في توسيع نطاق تطبيق هذا النص فرصة كبيرة لتحجيم الدور الابتكاري للقاضي في شرح هذا النص التشريعي الوضعي، مانحاً إياه بشكل غير مباشر هالة قدسية، لا سيما وأن المشرع المدني الفرنسي لم يورد مثل هذا النص، على الرغم من كونه يمثل الجذر التاريخي لمنظومة التشريع الوضعي المدني في هذه الدول. في تفسير مقارب راجع: مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها.

(23) Y. Chartier, In l'image doctrinale de la Cour de cassation, *op. cit.*, p. 151. M. Delmas-Marty, Le droit flou, PUF, 1986. E. Claudel, B. Thullier (*dir.*), Le droit mou, une concurrence faite à la loi ? Actes du colloque du 3 décembre 2004.

(24) كما هو الحال في تحديد مفهوم السبب في المادة (1131) من القانون المدني، حيث ميّز القاضي بين سبب الالتزام وسبب العقد.

من المشرّع لا يقدم جواباً مجدياً للحالة المعروضة أمام القاضي<sup>(25)</sup>.

أخيراً الفرضية الثالثة، تقع عندما يستشف القاضي أنّ التفسير القانوني للنص التشريعي لم يعد ملائماً، مما يوجب وضع تفسير قانوني جديد للنص يتلاءم مع الظروف المستجدة، أو أنّ الحل الحالي للنص التشريعي لا يتوافق مع أهداف وغايات المشرّع، أو الغاية المرجوة من النص، وبالتالي، يجب إعادة النظر في هذا النص على الرغم من وضوحه، وكأنه إشعار من القاضي للمشرّع بضرورة تعديل النص، وبالتالي يبقى في موقع التفسير، ولا ينتقل إلى موضوع إكمال النص إلا في حال تقاعس المشرّع عن القيام بالمهمة الموكلة إليه. وفي هذا الإطار، يمكن للقاضي أن يتدرع بالعمر الزمني للنص التشريعي الذي لم يعد يتلاءم مع متطلبات المجتمع وتطوره، والذي يقتضي التعديل السريع له، وإن كانت هذه الحالة لا تنطوي على شرح النص التشريعي وتفسيره، بقدر ما تنطوي على رفض تطبيقه<sup>(26)</sup>.

في جميع هذه الفرضيات، يمارس القاضي مهمته القضائية من خلال الولاية القضائية على الدعوى، بكونها العملية التي يقوم من خلالها بتطبيق القاعدة القانونية على الواقعة

(25) على سبيل المثال يمكن أن نشير إلى الحكم القضائي الشهير لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 11 كانون الأول/يناير 1992 الذي تضمن تحولاً في الموقف القانوني للاجتهاد القضائي الفرنسي، ففي حكم قضائي يعود لتاريخ 21 أيار/مايو لعام 1990 المحكمة الفرنسية العليا رفضت الطلب المقدم بتعديل الحالة المدنية للشخص بعد خضوعه لعملية تغيير في الجنس، غير أنه وبعد تأنيبها من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بموجب الحكم المؤرخ في 25 آذار/مارس لعام 1992 بالاستناد إلى احترام الحياة الخاصة، أعادت محكمة النقض موقفها واعتبرت أنه انطلاقاً من احترام الحياة الخاصة، له الحق بالمطالبة بما يفيد بالحالة الجنسية التي هو عليها الآن. القانون كان صامتاً عن هذه النقطة، وتحت ضغط المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، قامت محكمة النقض الفرنسية بملء هذا الفراغ التشريعي المتعلق بالحالة الخاصة لمتحولي الجنس فيما يتعلق بتقرير الحالة المدنية.

Cass. Ass. plén11, décembre 1992, Bull. civ, *Assemblée plénière*, n° 13. Cass. civ. 1ère 21 mai 1990, JCP G. 1990, II, 21588, rapp. J. Massip et F. Flipo, Bull. civ, I, n° 119. CEDH., le 25 mars 1992, B. c/ France, requête n° 13343222. 87/ Art. 8 de la Conv.

(26) كما هو الحال في القرار القضائي الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 آذار/مارس 2011، الذي اعتبرت فيه أنّ التأمين التضامني غير المغطي للمبلغ المحدد بموجب المادة (341-3) من قانون الاستهلاك لا يحرم المصرف من إمكان المطالبة بوجود تأمين، ولكن ليس تضامنياً وإنما بسيط، في هذه القضية محكمة النقض أعادت صياغة القاعدة القانونية، ذلك أنّ المادة المشار إليها أعلاه تشير إلى بطلان الالتزام بالضمان من أساسه.

Cass. com8, mars 2011, Y. Picod, Le juge au secours du législateur: comment la Cour de cassation réécrit l'article (L.34- 13) du code de la consommation, *Dalloz*. 2011, p. 1193.

المعروضة أمامه، عن طريق مواءمة فهم وفلسفة المنطق القضائي لمنطق التشريع للوصول إلى منطق القانون، بحيث إنّه لا يمكن بحال من الأحوال القول بأنّ القاضي يقوم بعمله المطلوب منه ما لم تتحقق هذه المواءمة، حيث تمثل هذه العملية جانباً من العملية القضائية التكييفية التي تُمكن القاضي من إيمان التعبير عن القانون في إطار فهمه المنطقي للتشريع ضمن روح القانون، وتمكن القاضي من تطبيق القانون على الواقعة المعروضة أمامه في إطار البعد التحليلي، فيقوم القاضي في ضوء هذه العملية بإصدار حكمه في إطار عمليتي التحليل والاستنتاج المعبرتين عن حقيقة واحدة هي الإجراء الاجتهادي التكييفي لحالة المواءمة بين أشكال ثلاثة من المنطق: «التشريع والقضاء والقانون»، بما يضمن سلامة حكمه القضائي تأسيساً وتسبباً<sup>(27)</sup>.

## ثانياً- صور الأحكام القضائية

في جميع فرضيات التدخل القضائي السابقة، عندما يقوم القاضي بتبني حكم قضائي معين، فهو لا يخرج عن فرضيات ثلاث، فإما أن يكون أمام حكم قضائي ولد ميتاً، وبالتالي لا يمثل توجهاً مقبولاً، فيكون مصيره الهجر والتجاهل<sup>(28)</sup>، أو أن يكون أمام قاعدة قضائية مهياة لتكون أبدية باعتبارها تؤسس لتوجه يجد ترحيباً وصدى كبيراً، ويُعاد تطبيقه بقرارات قضائية جديدة، وهو الحال في الاجتهاد القضائي الثابت والمستقر للغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية باستبعاد القاضي لنص القانون الفرنسي في

(27) لتحليل أعمق راجع: فايز محمد حسن، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011، ص 13 وما بعدها، ص 62 وما بعدها، ص 231 وما بعدها، ص 353 وما بعدها، ص 366 وما بعدها. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص 271 وما بعدها. محمود السيد عمر التحيوي، إصدار الحكم القضائي على ضوء الفقه وأحكام القضاء، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص 44 وما بعدها، ص 69 وما بعدها. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي - أركانه وقواعد إصداره، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 25 وما بعدها، ص 242 وما بعدها. عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي - مفهومه - حالاته - نطاقه، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015، ص 28 وما بعدها. نبيل إسماعيل عمر، تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 39 وما بعدها. بالتوجه نفسه راجع: نقض مدني مصري، بتاريخ 1965/06/30، طعن رقم 255، سجل رقم 20، مجموعة القواعد، الجزء الأول، المجلد الثالث، ص 3299. نقض مدني مصري، بتاريخ 1956/01/06، مجلة المحاماة، العدد رقم 36، ص 338. محكمة التمييز اللبنانية، قرار بتاريخ 1970/10/27، النشرة الفصلية 1971، ص 36. محكمة التمييز اللبنانية، قرار بتاريخ 1971/02/02، النشرة الفصلية 1971، ص 33.

P. Japiot, Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3<sup>ème</sup> éd 1935, n° 136 et 146 à 162.

(28) N. Molfessis, La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même, *RTD civ.* 2000, p. 667s.

حال مخالفته للالتزامات الدولية لفرنسا، مانحة النص الدولي مرتبة قانونية أعلى من التشريع الوطني<sup>(29)</sup>، وإما أن يكون أمام حكم قضائي، أو أحكام قضائية متعددة تبين حالة اللاموضوح التي يعيشها قاضي النقض حيال مسألة قانونية ما، دون أن نكون قادرين على تحديد التوجه الذي ستسير عليه المحكمة، إن كان ثمة تبين أو هجر مستقبلي له<sup>(30)</sup>، قبل أن تتضح الصورة الكاملة لقاضي النقض في إطار تصور اجتهادي حديث، حيث تكون محكمة النقض من خلال العديد من الحالات القضائية السابقة والأحكام الاجتهادية غير المستقرة قد كوَّنت نظريتها عن هذه القضية وأخرجت حكمها القضائي المؤسس لاجتهاد قضائي جديد حول هذه القضية<sup>(31)</sup>.

والأمثلة على ذلك عديدة، كما في موقف المحكمة من قضية شرط عدم المنافسة في قانون العمل، أو مفهوم عدم الثقة كمبرر لإنهاء عقد العمل، أو عدم الكفاءة الإنتاجية لذات السبب، أو الحق في حرية التعبير في قانون العمل، ومفهوم الحياة الخاصة والحياة الحميمة في القانون المدني، وغير ذلك من الحالات التي أوضحت فيها محكمة النقض موقفها بعد مرحلة من القرارات والأحكام القضائية غير المستقرة<sup>(32)</sup>.

وكما أن الاجتهاد القضائي قد يتشكل بمرور الوقت أو من خلال مجموعة أحكام قضائية غير مستقرة لفترة زمنية ما، فقد يأتي بصورة حكم يوحى بوجهة نظر المحكمة الثابتة والمؤكدة تجاه قضية معينة، وعليه، إن كان الاجتهاد القضائي قد تأسس بموجب حكم

(29) Par exemple, Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, Sté J. Vabre, D. 1975, p. 497, note A. Touffait.

(30) Par exemple Cass. Ass. plén. 31 mai 1991, D. 1991, 417, *Rapport Chartier*, note D. Thouvenin, JCP G. 1991, II, 21752, note F. Terre.

(31) عندما يكون الاجتهاد متواتراً غير مستقر، يمكن أن نلاحظ أصنافاً متعددة من الأحكام القضائية المبلورة للموقف الاجتهادي القضائي، تبدأ بالحكم القضائي المؤسس الذي يعرض للموقف الأولي للمحكمة من القضية المعروضة، إلى الحكم القضائي الموضح الذي يبين موقف المحكمة، وصولاً إلى الحكم القضائي المبرر الذي يبين التبريرات التي اعتمدها المحكمة والطلول التي تبنتها، ومن ثم الحكم القضائي المستجد الذي تعيد فيه المحكمة توجهاتها حول القضية، بما يؤسس لاجتهاد قضائي مستقر، إلى الحكم القضائي المثبت الذي يبين ويشدد على الموقف الذي تبنته محكمة النقض واستقرت عليه. D. Foussard, *In L'image doctrinale de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 225 et 226.

(32) في شرط عدم المنافسة، بعد أن أرسى محكمة النقض حيثيات هذا الشرط بقرارها الشهير المؤرخ في 10 تموز/يوليو 2002، عادت لتؤطر آلية المنع، من خلال مجموعة من القرارات المتتالية، سواء فيما يتعلق بطبيعة المقابل المادي وقيمه، وآلية سداه والإجراءات المصاحبة لذلك، مبلورة بذلك نظاماً اجتهادياً قضائياً يوضح موقفها من هذا الشرط..

Cass. soc 10, juillet 2002 (3 arrêts), Y. Serra, Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail, D. 2002, p. 2491s.

قضائي واحد أو مجموعة أحكام قضائية متزامنة، فإنَّ استقرار المحكمة على هذا التوجه وتدعيمه بقرارات لاحقة إنما هو ما يمنح هذا الاجتهاد سمة الثبات والاستقرار. وعلى ذلك، فهناك حالات من الاجتهاد القضائي اعتبرت مستقرة دون الحاجة إلى أن تكون متواترة بالزمن<sup>(33)</sup>. بالتالي، إنَّ العبرة في مفهوم الاجتهاد القضائي هي لمفهوم القدرة على الإلزام بالاحترام أكثر منه الثبات والاستمرار. بتعبير آخر، إنَّ مفهوم الاستقرار في الاجتهاد القضائي، قد يكون نتيجة للتواتر في الأحكام القضائية من عدمه، ولكنه يتحقق بالضرورة بالسلطة المعنوية التي تضفيها محكمة النقض على هذه الأحكام بما يمنحها سمة الإلزام.

لذلك إذا كان من المتفق عليه أنَّ الموقف القضائي المستقر أولاً والمتواتر ثانياً هما اللذان يؤسسان لاجتهاد قضائي مستقر يترجم باعتباره مصدراً من مصادر القانون<sup>(34)</sup>، فإنَّ الاستثناءات التي قد ترد عليه، كما في حالة التحول القضائي لا تطعن في صحة هذه المقولة؛ ذلك أنَّ محكمة النقض حتى ولو خالفت اجتهادها القضائي المستقر والمتواتر، وحكمت وفق توجه قضائي جديد، مخالفةً بذلك توجهها القضائي السابق، ومؤسسةً لتوجه قضائي جديد، فإنَّ ذلك لا يطعن في الطبيعة القانونية لاجتهادها القضائي المستقر الذي تم العدول عنه من جهة، أو لتوجهها الجديد الذي تم التحول إليه من جهة أخرى، ولا يُعدُّ لا هذا ولا ذلك، بحال من الأحوال بالنسبة لنا، طعنًا في قضية الأمن القانوني، فالثبات على موقف قضائي ليس مطلقاً، كما أنَّ العدول عنه ليس غاية في ذاته، بل كلاهما وسيلة لتحقيق المهمة الأسمى المتمثلة في الوصول لاجتهاد قضائي مستقر وموحد، يضمن

(33) Concernant trois arrêts rendus le même jour au sujet du cautionnement réel. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 15 mai 2002, R. Libchaber, Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie, *RTD civ.* 2002, p. 604s.

(34) في هذا الإطار يرى البعض أنه يجب التمييز بين الأحكام القضائية التوافقية والأحكام القضائية الجدلية، ففي حين أنَّ الأولى تكون محل إجماع وتوافق من الفقه والعاملين في المجال القانوني والقضائي، وبالتالي تؤسس بشكل مباشر لاجتهاد قضائي مستقر غير مضطرب، فإنَّ الأحكام القضائية الجدلية هي التي لا تحظى بهذه الخصوصية من الإجماع، وبالتالي لا تؤسس لاجتهاد قضائي مستقر. Cass. Ass. plén. 31 mai 1991, D. 1991, 417, *Rapport Chartier*, note D. Thouvenin, *JCP G.* 1991, II, 21752, note F. Terre.

العدالة القانونية والقضائية ضمن المجتمع<sup>(35)</sup>.

وفي الحالتين، وكما أن السلطة التشريعية لها الحق في تعديل موقفها التشريعي، من خلال القيام بتعديل النصوص التشريعية النافذة، أو من خلال إلغاء تشريع سابق بتشريع لاحق دون أن يطعن ذلك في الصفة المصدرية لهذا التشريع، فلا ندري لماذا يجب أن يُعاب ذات الموقف بالنسبة للاجتهاد القضائي، علماً بأن هذا التوجه في كلا المصدرين هو فعل صحة وعافية لقوانين لم يُعد من المقبول القبول بطابعها الجامد والأبدي<sup>(36)</sup>. وعليه، قيل بأن التحول الاجتهادي القضائي لم يكن يوماً تعبيراً عن خطأ في التفسير القضائي للنص يقوم القضاء بالعدول عنه بعد فترة من الزمن، وإنما هو إعادة قراءة وتكييف للنص القانوني مع متطلبات وتحولات المجتمع، من خلال إعادة فهم النص القانوني، وجعله أكثر تكيفاً مع المجتمع، وبالتالي، مواجهة جمود النص التشريعي وأبديته، حيث يأتي التحول القضائي في هذه الفرضية استجابة لذلك، مؤسساً لمركز قانوني جديد يختلف عما درجت عليه المحكمة، معيداً تموضع الموقف القضائي من النص التشريعي وفق فهم قانوني جديد، ما يُعدُّ دليل صحة وعافية لا سقم واعتلال، وما يؤكد

(35) التحول القضائي غالباً ما يقع في مواقف ثلاثة: الأول، عندما يستشعر القضاة بأن القاعدة القضائية المستقرة لم تعد مجدية ويجب تعديلها، وهي الفرضية التي نبحث فيها. كذلك يمكن أن يحدث بالقوة بموجب قرار من الغرفة المختلطة لمحكمة النقض أو هيئتها العامة للفصل في تضاد حول الشرح بين غرف محكمة النقض، وهنا الغرفة التي لم يقر موقفها يجب عليها الانصياع لقرار الهيئة العامة أو الغرفة المختلطة وتعديل موقفها. أخيراً، فإن التحول قد يرد عن طريق الخطأ، نتيجة عدم قراءة القضية بشكل صحيح من قبل القضاة المقرررين أو إغفال بعض النقاط الواردة في القضية، علماً بأن هذه الحالة هي الأقرب للخطأ المهني منها للتحول.

X. Lagarde, L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence, *JCP G.* 2009, p. 237.

(36) نذكر أهمية دور الفقه في إعادة عملية التفكير والتحليل الاجتهادي للقاضي، ذلك أن هذا الأخير ما أن يتبنى موقفاً معيناً تجاه التشريع، حتى يبدأ الفقه بإبداء رأيه تجاه هذا الموقف إما سلباً أو إيجاباً، ما يمكن القاضي من اكتشاف مواطن الخطأ والصواب في موقفه، وافتاق الحلول التي لم يكن منتبهاً إليها. ولعل المثال الأبرز، الجدل القائم بين موقف الفقه والقضاء حول تعيين الثمن في الالتزام بشكل عام في ضوء أحكام المادة (1129) من القانون المدني الفرنسي، ففي حين يصير الفقه على ضرورة تعيين الثمن بشكل محدد في الالتزام بشكل عام أسوة بالنص القائم في عقد البيع بموجب نص المادة (1591) من القانون المدني، باعتباره أحد عناصر العقد، ما يرتب بطلان العقد حال افتقاده، تؤكد محكمة النقض أن تعيين ثمن الالتزام في العقود ليس شرطاً لصحتها، ما لم يوجد نص خاص بذلك، علماً بأن هذا التوجه الذي أخذ به القانون المدني الجديد.

Cass. Ass. plén, 1<sup>er</sup> décembre 1995 (4 arrêts), D. 1996, p. 13. M. Jeol, note L. Aynes, *JCP G.* 1996, II, p. 22565. P-Y. Gautier, L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, D. 2004, p. 2839.

أن الاجتهاد القضائي في مختلف صورته ذو مفهوم متجدد وحي (37).

## المطلب الثاني

### الموقف الفعلي ... بين التجاذبات الفقهية والثوابت القضائية

الواقعية القانونية في تحديد طبيعة الدور المصدري للاجتهاد القضائي في تكوين القاعدة القانونية لا تلغي حقيقة وجود تجاذبات فقهية مؤيدة ومعارضة للإقرار بهذا الدور،

(37) كما هو الحال في مفهوم الآداب العامة، الذي شهد تطوراً ملحوظاً في عدد من المجتمعات الغربية خلال القرن العشرين. فبعد أن كان محكوماً في بداية القرن الماضي بالبعد الديني الكنسي، فإنه اليوم يحكم بالبعد الإنساني المتحرر، حيث قضت في 3 كانون الثاني/يناير 1999 بأن السبب التبرعي القائم على الرغبة في الحفاظ على علاقات غير شرعية لا يُعد مخالفاً للآداب العامة بما يضمن شرعيته وقانونيته. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 3 janvier 1999, Bull. civ, I, n° 43, D. 1999, p. 267, rapp. Savatier, note L. O'sughruie.

وفي حكم قضائي أقرت محكمة النقض أنه وإن كانت واقعة الوفاة لا تلزم الورثة بتحمل نفقات الجنازة الخاصة بمورثهم، غير أنهم رغم ذلك ملزمين بتحملها بحسب نسبة حصتهم الإرثية المفترضة. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 14 mai 1992, D. 1993, p. 247, note J.-F. Eschyll, 279, obs. de M. Massip, PA, 13 janvier 1993, n° 6, p. 21.

كذلك، يمثل الموقف التفسيري الحالي لمحكمة النقض الفرنسية من المادة (1384) وما يليها من القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية التصيرية مثلاً إضافياً لكيفية إعادة موازنة التشريع مع مقتضيات المجتمع ومتطلباته، فبعد أن كانت هذه المسؤولية لا تنهض إلا في حال ارتكاب الشخص خطأ متحقق ترتب عليه ضرر يوجب التعويض، تنتقل لفكرة الخطأ المفترض، بشقيه القطعي والبسيط، لاسيما في زمن الثورة الصناعية، لتنتقل النظرية في تطبيق هذه المسؤولية من فكرة الخطأ إلى فكرة الضرر، واليوم تكاد تنتقل هذه المسؤولية من فكرة الضرر المحقق إلى فكرة الضرر المحتمل الموجب للتعويض، لاسيما في قضايا المسؤولية الطبية والمسؤولية البيئية. كما أن فكرة مفهوم الخطأ كأحد مرتكزات تطبيق هذه المسؤولية أصبح اليوم يمكن أن يستعاض عنه بمفهوم المخاطر، وبالتالي المسؤولية القائمة على الخطأ الشخصي غدت مسؤولية قائمة على المرتكز الموضوعي، وافترض الخطأ ترك مكانه لافتراض المسؤولية. في كل هذه الفرضيات أعاد القاضي تموضع النظرية من فكرة الخطأ المتحقق في بداية وضع التشريع المدني، إلى نظرية الضرر والمسؤولية بهدف عدم ترك أي فعل دون تعويض.

F. Chabas, Fait ou faute de la victime ? *Dalloz*. 1973, p. 207. J-L. Gazzaniga, Note sur l'histoire de la faute, *Droits* 1987, p. 17.

كما أن القاضي يمكن أن يستند في محاكمته على مبدأ الإنصاف، كما في مسؤولية الناقل، حيث اعتبر أن التزام الأخير يمتد إلى إيصال المنقول سالماً إلى مقصده، موسعاً من نطاق المسؤولية للمقاة على عاتق الناقل، من التزام بعناية إلى التزام بغاية. ذات الأمر يمكن لحظه بالنسبة للتعويض عن الضرر المعنوي، فبعد أن كانت محكمة النقض تستبعد فكرة التعويض عن الضرر المعنوي إلا لذات الشخص الذي وقع عليه الضرر، وسعت من نطاق هذا التعويض ليشمل أقاربه حتى الدرجة الثانية، ثم لتعود وتوسعه ليشمل كل شخص طبيعي يثبت أن هذا الضرر قد لحق به دون تحديد لدرجة القرابة، لتعود وتقره للشخص الاعتباري.

N. Molfessis, L'équité n'est pas une source de droit, *RTD civ*. 1998, p. 221s.

لاسيما من ناحية تأصيله من عدمه، ما يوجب التعرض لمختلف هذه التجاذبات الفقهية المؤيدة والمعارضة، قبل البحث في كلمة الفصل الفقهي، تمهيداً للوقوف على الثوابت التي أرستها محكمة النقض الفرنسية تدعيماً لدورها المصدرية، وكلمة الفصل التي نطقت بها حيال دورها المصدرية في القانون.

## أولاً- التحليل الفقهي

واقعيًا، لم يكن الموقف الفقهي المؤيد للدور المصدرية للاجتهاد القضائي وليد اللحظة، وإنما نتاج تطور فكري ومنهجي متتابع في عقلية وفلسفة الفقه الفرنسي ومن خلفه العربي، في تقبل حقيقة النظرة التحليلية للاجتهاد القضائي في صياغة القاعدة القانونية، لينتقل من المعارضة إلى الإقرار.

### 1. التجاذبات الفقهية

متأثرًا بنظرية الكمال في التشريع الوضعي<sup>(38)</sup>، ذهب بعض الفقه إلى نزع الصفة المصدرية عن الدور الابتكاري في عمل القاضي، من حيث توصيف عملية التحليل القضائي باعتبارها أقرب ما تكون إلى عملية الإدارة أو التنظيم منها إلى عملية الابتكار، استناداً إلى القول بأنه كما أن المشرع يتمتع بسلطة واسعة في إدارة العملية التشريعية وتحديد إجراءاتها، فالقاضي يتمتع كذلك بمثل هذه السلطة في عملية الابتكار<sup>(39)</sup>، ما دفع البعض إلى الخلط بين مفهوم صياغة الحكم القضائي وإدارة العمل القضائي، في حين أنهما مفهومان مختلفان لا متطابقان<sup>(40)</sup>، ذلك أن القاضي، على خلاف المشرع لا يمتلك، إن جاز التعبير، الحرية في تحديد المهمة التشريعية التي يقوم بها، ولا يمتلك الحرية

(38) P. Malaurie, La jurisprudence parmi les sources du droit, *op, cit.*, p. 476. P. Jestaz, La jurisprudence: réflexion sur un malentendu, *op, cit.*, p. 11s.

مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 90 وما بعدها.  
(39) سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 483 وما بعدها. حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 89 وما بعدها.

H. de Page, A propos du gouvernement des juges: l'équité en face du droit, S. 1931, p. 161s.

(40) من المعلوم أن القاضي يمارس مهمته القضائية من خلال الولاية القضائية (Acte juridictionnel)، أي ما يمكن اعتباره بالإجراء القضائي التكيفي الذي يعبر عن آلية عمل يجتمع فيها البعد الرسمي لعمل القاضي بالبعد المهني أو التحليلي، والولاية التنظيمية (Acte judiciaire)، التي لا ترتبط بمضمون أو موضوع النزاع، وإنما تتمثل غايتها في ضمان حسن سير المنظومة القضائية من الناحية الإدارية والتنظيمية. ومما لا شك فيه أن مكنة الاجتهاد القضائي إنما تنحصر في إطار الولاية القضائية. راجع: محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 44 وما بعدها، وص 69 وما بعدها.

المسبقة في تحديد النص التشريعي الذي سيقف عليه، ولا حتى القضية التي سينظر فيها أو أسباب النزاع التي سيعالجها. كذلك، فهو حتى وفي وضع الحل القانوني، إنَّما يستند دوماً إلى مرتكز قانوني يستند إليه في تبرير موقفه من النص القانوني الذي يعالجه سلباً أو إيجاباً، بمعنى أنَّ على القاضي أن يعلق ابتكاره للنص القانوني في اجتهاده القضائي على قواعد قانونية تسمح له بذلك، وإن كانت اجتهادية الطابع، الأمر الذي لا يلزم به المشرع.

بالتوجه نفسه، ولكن بموقف أكثر دبلوماسية، ذهب البعض الآخر من الفقه في تبرير السمة الابتكارية للعمل القضائي بالقول إنَّه ما من حد فاصل بين الابتكار والتفسير، فعندما يقوم القاضي بشرح النص القانوني فإنَّما هو يبتكر الحل، ومن خلفه النص القانوني. والحقيقة، على الرغم من تعاطفنا مع هذا الرأي، إلا أننا نعتقد أنه لا يمكن القبول به على إطلاقه كونه يجتزئ الحقيقة الكاملة في العمل الاجتهادي القضائي، لاسيما وأنَّه يضع العمل الاجتهادي القضائي في مرتبة ضبابية، ويجعله تابعاً للنص التشريعي، بحيث إنَّ سمة الابتكار لا تتوافر إلا في حال ارتباطها بالنص، الأمر الذي نرى فيه نظراً كبيراً، فالقدرة الابتكارية للقاضي كما أنها ترتبط بالنص التشريعي، فهي تأتي خارج سياقها، لاسيما عندما ترتبط بموضوع النزاع المفتقد للحل التشريعي المقنن.

فمن غير الخافي أنَّ المشرع الوضعي حتى لو أحاط بمختلف الجوانب القانونية للواقع المجتمعي في وقت زمني معين، فإنه يبقى قاصراً في فهمه ووضعه لما يتجاوز حدود معرفته الزمانية والمكانية، فالأشياء التي خرجت عن نطاق توقعاته، لا يمكن بحال من الأحوال أن ينسب له قضية معالجتها لوجود نص تشريعي يدخل في العموم، لاسيما في حال الاختلاف الجذري في المنهج الفكري والتحليلي بين واضع النص ممثلاً في المشرع، ومطبق النص ومبتكر الحل ممثلاً في القاضي، لاسيما مع امتداد الفترة الزمنية بين ولادة النص وتطبيقه.

وإذا كنا نقبل بالدور الابتكاري للقاضي في هذه الفرضية، فمن باب أولى قبوله في حال انعدام النص التشريعي المنظم، وعليه، يمكن القول إن البعد الابتكاري للقاضي في وضع النص القانوني، إنَّما يتمايز بين النص القانوني الاجتهادي التفصيلي أو الثانوي، ونعني بذلك مجموع القواعد القضائية الاجتهادية ذات المنشأ التفسيري التي تركز في وجودها على تفسير النص التشريعي الغامض أو غير المكتمل، والنص الاجتهادي الأصلي أو العام، ونعني بذلك مجموع القواعد القضائية الاجتهادية التي يبتكرها القاضي في حال سكوت النص التشريعي أو غيابه أو حتى نقصه، والتي تعود السمة الابتكارية فيه للجهد

التحليلي المبدع لهذا القاضي<sup>(41)</sup>.

## 2. الاتجاه الفقهي العام

اليوم تذهب غالبية الفقه إلى تأكيد الدور المصدري للاجتهاد القضائي<sup>(42)</sup>، وبأنَّ القاضي في العملية التحليلية للنص التشريعي، إنَّما يعبر عن رؤيته القانونية الخاصة لتطبيق النص التشريعي على النزاع المعروض، بإرادة منفصلة عن إرادة المشرع، هي إرادته. فهو وإنَّ كانت مهمته تتمثل في وضع حد للنزاع المعروض أمامه وفق منطوق القانون، فإنه يعبر في جميع الحالات التي يتدخل فيها لفهم النص التشريعي، بما فيها الواضح منه، عن فكر تحليلي لهذا النص وفق منطوق القانون لكن بمنطق القضاء.

فقيام القاضي بشرح النص التشريعي، الأمر الذي قد نراه عادياً، ليس إلا النتاج الخاص للاجتهاد القضائي، ذلك أنَّه في اللحظة التي يقوم بها القاضي بشرح النص التشريعي، فهو إنَّما يعيد تموضع هذا النص، من حيث تحديده إذا كان عاماً، وتوضيحه إذا كان غامضاً، وتقييده إذا كان غير محدد، وإكماله إذا كان ناقصاً أو ساكناً عن أمر ما، وتحديد مضامينه حتى وإنَّ كان واضحاً. وبالتالي فإنَّ القاضي، ليس اللسان الناطق بمنطق التشريع، وإنَّما هو الناطق باسم القانون، حيث يُعيد تموضع المحتوى التشريعي للنص

(41) À propos de ces différentes vues voir, D. De Bechillon, Le gouvernement des juges: une question à dissoudre, Dalloz. 2002, Pp. 973- 978. F. Terre, C. Puigelier, Activisme judiciaire et prudence interprétative, In La création du droit par le juge, Dalloz, 2007, p. 89.

(42) M. Jeol, In L'image doctrinale de la Cour de cassation, op, cit, p. 37s. P. Hebraud, Le juge et la jurisprudence, op, cit., p. 329, spéc. n° 3, p. 333. S. Belaid, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, op, cit., p. 293s. J. Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit, op, cit., p. 28, spéc. Pp. 30 -31, note 4.

لا يشذ عن هذا التوافق سوى الفقيه ج. كاربونيي (J. Carbonnier) الذي يَعدُّ دور القاضي في بلورة القاعدة القانونية سلطة أو ظاهرة نفوذ لا سلطة ابتكار.

J. Carbonnier, La jurisprudence aujourd'hui, RTD civ, 1992, p. 341.

في التشريعات العربية، يؤكِّد أغلب الفقهاء الدور المصدري للقاضي، راجع: مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 97 وما بعدها، ص 116 وما بعدها. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 498 وما بعدها، ص. 759 وما بعدها. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج 1، مرجع سابق، ص 83. عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت، أصول القانون، دون دار نشر، 1941، فقرة 115 وما بعدها. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، مرجع سابق، ص 188 وما بعدها. عدنان القوتلي، مرجع سابق، 266 وما بعدها. سليمان مرقس، مرجع سابق، فقرة 175 وما بعدها. في رأي مخالف راجع: حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 202 وما بعدها. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 185 وما بعدها.

من خلال مختلف هذه العمليات<sup>(43)</sup>. فالقاعدة القانونية ليست سوى إطار تدرج تحته مجموعة احتمالات من الشروحات والتفاسير القابلة للتطبيق، والقاضي هو الذي يقوم بانتقاء الشرح الأنسب للنص التشريعي القابل للتطبيق على الواقعة المعروضة أمامه. وبالتالي، فإن العملية التفسيرية ليست مجرد قراءة قانونية أو معرفية للنص، وإنما قراءة تحليلية وتقديرية للنص قائمة على الاختيار والتحديد، فهي تصرف إرادي يقوم به القاضي وفق قراءته بتفضيل هذا الشرح أو ذاك، وفق عنصر إرادته المنفصلة عن إرادة المشرع، ما يمنح هذه الأحكام القضائية الوجود والشرعية، وما يجعل من القضاء مصدراً من مصادر القانون سواء ذكره النص التشريعي، أو أغفله، بكونه يحدد الموقف القضائي الاجتهادي من النص التشريعي وما هي المبادئ والتطبيقات المتاحة لهذا النص، من خلال عملية تحليل وتفكير معمق ومعقد للوصول إلى الحل الأمثل<sup>(44)</sup>.

(43) ما دفع أحد كبار رجالات القضاء الفرنسي الحديث، في معرض الرد على عبارة الفقيه الفرنسي الشهير مونتسكيو بأن: «قضاة الأمة ليسوا سوى الفم الذي ينطق أقوال التشريع»، للتأكيد بأن: «زمن إعطاء أجوبة ميتة على أسئلة حية قد ولي».

M. Aydalot, (1904- 1996) 2 octobre 1970. D. de Casabianca, Montesquieu, L'Esprit des lois, op, cit, ch. 6. Voir aussi, «Le juge est-il toujours la bouche de la loi ?», Conférence et débat. In Etude par Ch. Lefebvre et J-C. Marin, JCP G, n° 51, 19 Décembre 2011, doct. 1431.

(44) الصفة المصدرية للاجتهاد القضائي لا ترتبط بإرادة المشرع، وإنما بحقيقة وقدرة هذا الاجتهاد على ابتكار النص القانوني من عدمه، فمصدره تتجاوز إرادة المشرع إلى حقيقة القانون ذاته، فعدم ذكر العرف مثلاً، من بين مصادر القانون لم يبلغ يوماً حقيقة دوره، كما أنّ مكانة الاجتهاد القضائي في الأنظمة الأنكلوسكسونية تؤكد أنّ مسألة اعتبار أو نفي الصفة المصدرية عنه هي مسألة إجرائية أكثر منها موضوعية.

T-A. Jolowicz, La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent, In La jurisprudence, APhD, T. 30, Sirey, 1985, p. 105. Ph. Malaurie, Les précédents et le droit. RIDC, 2006, volume 58, n° 2, Pp. 319 -326.

على سبيل المثال وفي إطار تطبيقات المادة (1382) من القانون المدني، قدم القاضي شرحه القضائي لمفهوم الخطأ الموجب للتعويض الذي لم يقر المشرع بتحديد مسبقاً، وبالتالي أضاف القاضي للتشريع بعداً لم يكن قد حدده المشرع من قبل، وذلك من خلال شرح التشريع القانوني.

P. Bellet, Grandeur et servitude de la Cour de cassation, RIDC, 1980, p. 299s.

كذلك الحال وفي ضوء التطبيق القانوني للمادة (1-116) من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأن احترام جسد الإنسان لا يتوقف بمجرد الوفاة. أضافت المحكمة للنص التشريعي تطبيقاً قضائياً لم يكن موجوداً من قبل، عندما وضعت الغرفة المدنية الأولى للمحكمة حداً للنقاش الدائر حول الشروط التي يمكن لخلفاء المتوفى وضعها لإعادة استثمار الصور الخاصة بفقيدهم، مؤكدةً بأن الورثة يمكن لهم أن يطعنوا في هذا الإجراء بعد وفاته، في حال إثباتهم وقوع ضرر شخصي عليهم بسبب الاعتداء على ذكرى أو احترام المتوفى، وبالتالي لو لم يكن القاضي لديه مكنة إعادة تموضع النص القانوني لما كان استطاع أن يقيد التطبيق الموسع لهذا النص.

Cass. civ. 1<sup>ère</sup> juillet 2010, G. Loiseau, La protection posthume de la personnalité, JCP G. 2010, 942, p. 1778s.

نتاجاً لذلك، فإنَّ القاضي بهذا التحليل لا يتجاوز حدود صلاحياته بقدر ما يغوص في هذه الصلاحيات، بهدف الوصول إلى ذات الغاية المُتلى من التطبيق القانوني التي يسعى لها المشرِّع والقاضي، المتمثلة بالوصول لنص قانوني يستجيب لمقتضيات القانون بمفهومه العام واحتياجات المجتمع دون تعسف أو تكلف، بهدف الارتقاء بالنص القانوني وجعله أكثر عدالة<sup>(45)</sup>، ذلك أنَّ مواءمة النص التشريعي مع المتغيرات المجتمعية لا يمكن أن يتم إلا من خلال قيام القاضي بإعادة فهم النص في ضوء هذه الوقائع وتحولات المجتمع، ما يحمل القاضي مهمة التفسير بين النص التشريعي والقيم المجتمعية المتغيرة لجعل النص أكثر التصاقاً بالمجتمع وتفهماً للظروف الاجتماعية التي تحيط بها، ليغدو هو الضامن لحسن تطبيق القانون وفق مقتضيات المجتمع، بكونه القائم على شرح النص القانوني وفق ضمير الجماعة، من خلال ضمان مواءمته مع المزاج العام للمجتمع وأخلاقه، أو البيئة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية فيه، ما دفع البعض إلى القول بأنَّ التشريع هو مجرد نص ميت، ما لم يقيم القاضي بتحديد ماهيته ومضامينه وحدوده، ومفاعيله وآثاره، من خلال مواءمة التشريع مع القانون بما يتوافق مع متغيرات المجتمع، باعتباره يمثل الجسر الواصل بين النص التشريعي المجرد وتطبيقه العملي على الوقائع المجتمعية. هنا يلعب القاضي دوره المنوط في مصدرية القانون، بتقديمه لمصدر قانوني أكثر مرونة وأكثر حياة يكمل صورة التشريع الوضعي في المجتمع هو الاجتهاد القضائي<sup>(46)</sup>.

(45) P. Conte, L'arbitraire judiciaire: chronique d'humeur, *JCP G.* 1988, I, 3343. C. Jamin, Un modèle original: la construction de la pensée juridique, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 596, 2004, p. 3s.

(46) على سبيل المثال، التحولات التي أتت عقب الثورة الصناعية أسقطت نظرية الكمال في التشريع الوضعي، مؤكدة أنَّ هذا الأخير ما هو إلا ترجمة للموقف التشريعي غير الكامل والمؤقت، في لحظة تاريخية معينة، وأنَّ مصادر القانون الرسمية، لا يمكن لها أن تكون كافية لوضع الصورة الأكمل لما يسمى بالقانون الوضعي، ولا يمكن أن يترك للسلطة التشريعية القدرة على التنبؤ بجميع المستجدات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية.

Y. Aguila, Le juge et les réalités sociales, *RJ*, n° 31, hiver 2008-2009, p. 1. P. Lescot, Les tribunaux face de la carence du législateur, *JCP G.* 1966, I, 2007. M. Chretien, Les règles de droit d'origine juridictionnelle. Leur formation. Leurs caractères, *thèse*, 1936, p. 133s.

## ثانياً- التحليل القضائي «محكمة النقض»

ثمة توافق في الفقه والتشريع على اعتبار محكمة النقض «التمييز» محكمة قانون لا موضوع، وبأن القضاة القائمين عليها هم قضاة قانون مهمتهم التأكد من حسن تطبيق القانون على الواقعة التي سبق وعرضت على قاضي الموضوع، لاسيما مدى تقيده بحكم القانون لا التشريع، بما يتيح القول بعدم إمكان القبول باختزال مفهوم القانون في مفهوم التشريع، لكون الأول أعم وأوسع بكثير من الثاني.

في ضوء ذلك أرست محكمة النقض الفرنسية، ومن خلفها المحاكم القضائية العليا في المدرسة العربية، ثنائيتها المطلقة: لا جهل بالأحكام القضائية المستقرة، ولا نقاش في الإلزامية الفعلية لهذه الأحكام، وإن كان لا ثبات مطلق فيها، لتقول بعدها كلمة الفصل في الكمال البنيوي لعناصر القاعدة «القانونية» ذات الأصل الاجتهادي.

### 1. الثوابت القضائية

انطلاقاً من تأكيد محكمة النقض الفرنسية ألا جهل بأحكامها القضائية، أقرت، وإن بشكل غير مباشر، المفهوم الإلزامي الفعلي المبطن لقواعدها الاجتهادية المستقرة.

#### 1.1. لا جهل بالأحكام القضائية المستقرة

حرصت محكمة النقض الفرنسية على تأكيد الدور المصدري لأحكامها القضائية في مناسبات عدة، حيث اعتبرت بصريح النص أن أحكامها تعتبر من مكملات تطبيق النص التشريعي، كونها تعد بمثابة قواعد قانونية «خاصة»، ينبغي العلم بها واحترامها، استناداً إلى قاعدة أن: «لا جهل بالقانون»، لاسيما بالنسبة للعاملين المهنيين والمحترفين في الحقل القانوني والقضائي باعتبارها أحد عناصر القانون الوضعي.

ففي حكم قضائي صادر في 25 تشرين الثاني/نوفمبر 1997 اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بشكل واضح وصريح أن أحكامها القضائية تعتبر جزءاً من القانون الوضعي، عندما وافقت على حكم محكمة الاستئناف على عدم مساءلة أحد كتاب العدل عن التزام لم يكن الاجتهاد القضائي قد أقره قبل قيامه بتوثيق الواقعة القانونية الجارية أمامه، بما يفيد

بمفهوم المخالفة إيمان مسائلة كاتب العدل بعد إقرار هذا الاجتهاد<sup>(47)</sup>.

ومن ثم وفي حكم لاحق لها في 7 آذار/مارس 2006 حددت محكمة النقض الفرنسية حدود مسؤولية كاتب العدل بالقول بأن كاتب العدل عليه أن يكون على معرفة بالواقع القانوني للاجتهاد القضائي عند قيامه بمهامه، ويجب عليه أن يستشف ويتوقع ما هي التوجهات العامة للاجتهاد القضائي عندما تكون قابلة لذلك أو بشكل منطقي متوقع<sup>(48)</sup>. ولعل العبارة الأخيرة المتعلقة بـ: «إضافة لواجب العلم المسبق، بالتحليل الاستقرائي لتوجهات محكمة النقض»، ما فيها من الدلالات الكبيرة على تأكيد ضرورة العلم المسبق باجتهادات محكمة النقض. كذلك الحال، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 أيار/مايو 2009، أن أخلاقيات المهنة ومسؤولية المحامي في حسن الدفاع عن موكله، إنما تتجسد في معرفة المحامي الوضع الحالي للاجتهاد القضائي، لاسيما في الجانب

(47) في الوقائع قام مصرف بمنح قرض تجاري لزوجين بضمانة الكفيل، صدّق العقد من قبل كاتب العدل في العام 1986، وأمام عجز الزوجين عن الوفاء قام البنك بمطالبة الكفيل، بعد ذلك وفي قرار لاحق، أقرت محكمة النقض بتاريخ 31 أيار/مايو 1988 بأنه لصحة صكوك الكفالة في هذه العقود، يجب إخضاعها لأحكام المادة (1326) من القانون المدني، الأمر المفتقد في القضية التي سبق ورفعها البنك وخسرها، أمام ذلك قام البنك بإعادة رفع الدعوى من جديد لكن هذه المرة في مواجهة كاتب العدل الذي صدّق عقد الكفالة، بحجة أنه لم يقم بواجبه بالشكل المطلوب، ولم يقم بتأمين الفاعلية القانونية لهذا التصرف. وكان السؤال الذي طرح حول إمكان قيام مسؤولية كاتب العدل في هذه الحالة ومدى إمكان مساءلته في ضوء عدم مراعاته لاجتهاد قضائي تم تبنيه بعد تحرير وإبرام التصرف، حيث أجابت كل من محكمة الاستئناف والنقض بالنفي، إذ أكدت محكمة النقض أن التقصير المفترض لكاتب العدل في أداء مهامه الرئيسية لا يمكن أن يحتج به عليه إلا في إطار نصوص «القانون الوضعي السارية المفعول» وقت تدخله،.... وبالتالي بقول محكمة الاستئناف أنه لا يمكن أن نقر بوجود مسؤولية على عاتق كاتب العدل لعدم علمه بالتحوّل القضائي، تكون المحكمة قد بررت بشكل قانوني موقفها، مما يفهم منه بطريق الاستنتاج والمخالفة أن على القاضي أن يكون على علم بالأحكام القضائية، التي تتعلق بمهنته كونها تعتبر جزءاً من المنظومة القانونية الوضعية.

Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 25 nov. 1997, D. 1998, p. 7, N. Molfessis, La portée des revirements de jurisprudence, RTD civ. 1998, p. 210. Cass. Com31, Mai 1988, pourvoi n° 86-13486, Bull. civ. 1988, IV n° 180 p. 126.

(48) Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 7 mars 2006, Bull. 2006, I, n° 136. P.-Y. Gautier, Le notaire et l'agent immobilier auraient dû mieux connaître l'évolution de la Cour de cassation, dans l'intérêt de leur client, RTD civ. 2006, p. 580.

هذا الحكم كما سيحدد من المسؤولية للمقابلة على كتاب العدل، إلا أنه سيعزز ويؤكد من طبيعة الاجتهاد القضائي بكونه جزءاً من القانون الوضعي، الواجب المراعاة.

القضائي للدعوى التي يتولى فيها الدفاع عن موكله<sup>(49)</sup>.

مختلف هذه الأحكام إنما تؤكد على حقيقة مفادها واجب الاطلاع على الاجتهادات القضائية والتحويلات القضائية التي يمكن لها أن تؤثر بشكل جدي في النزاعات القانونية التي تعرض على القضاء باعتبارها من مكمالات النظام القانوني القائم عليها، مقربةً بذلك، هذا الاجتهاد القضائي من مصادر القانون الوضعي من جهة، ومانحة لهذه الأحكام في تواتر الموقف الثابت والمستقر سمات القاعدة القانونية من حيث العموم والتجريد من جهة ثانية والإلزام من جهة أخرى، بل وحتى الإنشاء، فإن كان من أشد الانتقادات التي كانت توجه للدور المصدري للاجتهاد القضائي افتقاد الحكم القضائي لمفهوم العموم والتجريد، فإن هذه المقولة أضحت اليوم موضع نظر، فالاجتهاد القضائي اليوم لاسيما في إطار الأحكام القضائية الثابتة والمستقرة، إنما يمكن أن يتسم بالتجريد والعموم والإلزام، ذلك أن القاعدة القانونية ذات الأصل الاجتهادي في حال ثبات موقف محكمة النقض عليها إنما تفيد التجريد والعموم، نظراً لأن آية واقعة مستقبلية مشابهة، وبعد أن بينت محكمة النقض موقفها القانوني تجاهها، إنما سوف تعالج وفق ذات السياق الذي سارت عليه المحكمة سابقاً.

وكأن محكمة النقض أقرت قاعدة اجتهادية قضائية مجردة تتناول أيًا من الحالات التي سوف تطرأ مستقبلاً وتعرض لها المحكمة لتقول كلمتها فيها، وبالتالي، فإن موضوع النزاع المستقبلي فيما لو عرض على محكمة النقض، أو تناوله قاضي الموضوع وتم الطعن به أمام محكمة القانون، فإن الإجابة القانونية وفق المفهوم المجرد للقاعدة القانونية ستكون قائمة بشكل مسبق من قبل هذه المحكمة، وهذا الأمر كثيراً ما يتضح من حيثيات بناء الحكم القضائي لهذه المحكمة وتبريراته التي كثيراً ما تستند فيه إلى

(49) Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 14 mai 2009. Bulletin 2009, I, n° 92. H. Slim, Les avocats rattrapés par les revirements de jurisprudence, JCP G. 2009, p.94.

في الوقائع، عاب الموكل على محاميه عدم احتجاجه بالحكم l'arrêt Costedoat في معرض دفاعه عنه، ما أفضى لخسارته للدعوى، احتج المحامي أمام محكمة الاستئناف بأن القرار موضوع المخاصمة، لم يتم تبينه من قبل محكمة النقض إلا قبل ثلاثة أسابيع من تقديم عريضة الاستئناف، وبأنه لم يكن لديه الوقت الكافي للاطلاع عليه. وافقت محكمة الاستئناف المحامي في دفاعه متذرة بأنه لا يمكن تحميله واجب الاطلاع على مختلف الاجتهادات والتحويلات الاجتهادية ما دام أن التزامه بالدفاع عن موكله هو التزام بوسيلة. الموقف الذي لم يرق لمحكمة النقض التي رأت، استناداً لنص المادة (1147)، أنه وبالرغم من أنه لا يمكن أن ينسب للمحامي أي خطأ لعدم تمكنه من التنبؤ بالتحول الاجتهادي غير المتوقع في القانون الوضعي، غير أن الأخلاقيات المهنية وواجب المحامي في حسن الدفاع عن موكله، توجب عليه الاطلاع على الاجتهادات القضائية والتحويلات القضائية التي يمكن لها أن تؤثر بشكل جدي في القضايا التي يتولى الدفاع عنها.

اجتهادها السابق، مُعبّرة عن ذلك بالقول: في التشريع الفرنسي بعبارة «Attendu que» التي يُقابلها في التشريعات العربية الثلاثة مرادفان رئيسان هما: «حيث إن» أو «أنه من المقرر».

ويشمل الاجتهاد القضائي في هذه الدول على عبارات مقاربة كعبارة: «وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة»، و«المقرر في قضاء هذه المحكمة»، لا سيما في الاجتهاد القضائي المصري والسوري<sup>(50)</sup>، بحيث إنّه لا يمكن القول إن مصدر القاعدة القانونية ذات الأصل الاجتهادي غير مرئي أو غير ملموس أو حتى غير شخصي، وإنّما تصدر عن جهة بنوية قائمة بذاتها تمثل المعبر عن منطوق العدالة في القضاء، ألا وهي المحاكم<sup>(51)</sup>.

## 1.2. الإلزامية الفعلية للأحكام القضائية

بغض النظر عن التباين في الألفاظ القانونية المساقاة في تكييف القوة القانونية للاجتهادات القضائية المستقرة بين قوة الإلزام المعنوية والأدبية، فإنّ هذه الأخيرة في الواقع الفعلي تحوز قوة إلزام فعلية<sup>(52)</sup>، ذلك أنّ العبرة في تحديد مفهوم الإلزام لنص ما لا تقتصر،

(50) J. Voulet, L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation, JCP G, 1970, I. n° 2305.

X. Henry, La motivation des arrêts et la technique du moyen, Propositions de réforme, JCP G, 2010, n° 19, p. 1130.

سمير تناغو، الأدوار المختلفة للمحاكم العليا في مصر، الدستورية والإدارية والقضائية، مرجع سابق، ص 151-156. مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 90 وما بعدها.

(51) في رأي مخالف، راجع: سмир تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 501 وما بعدها.

S. Tanagho, De l'obligation judiciaire: Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge, RIDC. Vol. 18 n° 3, 1966. p. 783.

(52) مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 107 وما بعدها، علماً بأنّه وفي ظل قانوني 1938 و1950 الصادرين عن المشرّع اللبناني كان الاجتهاد القضائي يُعدّ بمثابة مصدر للقاعدة القانونية يتمتع بالصفة الإلزامية لجميع المحاكم. ففي عام 1938 أحدث المشرّع اللبناني محكمة قائمة بذاتها سميت «محكمة توحيد الاجتهاد» أوكل إليها مهمة توحيد الاجتهاد القضائي بين المحاكم المختلفة بناءً على طلب النائب العام، بالنسبة للمسائل الخلافية في الفقه، وأقرن قرار المحكمة بالصفة الإلزامية، الأمر الذي كرّسه قانون التنظيم القضائي المقر في عام 1950، ليعود المشرّع ويعدل موقفه في عام 1953 بإلغاء هذه المحكمة، ويعيد الاختصاص لمحكمة التمييز، ليصبح من الجائز فقط إحالة الدعاوى التي تثير خلافاً على الهيئة العامة للمحكمة بقرار من الغرفة التمييزية وإضاعة اليد على الدعاوى بغية النظر فيها، دون أن يكون هذا القرار له صفة الإلزام. التوجه الذي أكدته نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد في مادته (95)، علماً بأنّ إجراء هذه المحكمة لم يكن يعدّ عملاً تشريعياً لأنها لم تكن تنشئ نصاً تشريعياً، بل تقرر وجود القاعدة القانونية انطلاقاً من النصوص القائمة التي تشكل بمجموعها القانون الوضعي، كما في قرارها الشهير الصادر في الأول من كانون الأول/يناير لعام 1947، الذي اعتبرت فيه أنّ الحد الأعلى لنصاب الهبة لجميع الطوائف اللبنانية هو نصاب الوصية المحدد في نظام الأحوال الشخصية، مكملة بذلك نص المادة (512) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي لم تحدده. ذات المرجع السابق، ص 107 وما بعدها.

من وجهة نظرنا، فقط على النص صراحة على مفهوم إلزاميته وحسب، فهذا الأمر على الرغم من أهميته لا يُعدُّ شرطاً جامعاً، وإنما تكمن كذلك في عدم القدرة على مخالفة النص، وفي حال حصول ذلك يتم تطبيق الجزاء. هنا من هذه الفرضية، يمكن القول إن هذه الأحكام القضائية المتواترة والمستقرة تتمتع بسمة الإلزام الفعلي؛ لأنَّ القاضي وإن استطاع أن يخالفها ظاهرياً، إلا أنَّه مُعاقب على مخالفتها فعلياً من خلال نقض حكمه، وبالتالي إزالة الحكم القضائي الموضوعي الذي خالف التوجه القضائي المستقر، بما يمنح لهذه الأحكام قوة الإلزام بالمعنى القانوني الذي يتوافر على عنصر الإلزام وليس فقط المؤيد المعنوي الذي يحاول رجال التشريع الترويج له، رغبة في نزع البعد المصدري الرسمي عن الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض، ولا أدل على ذلك من أنَّ الاجتهاد القضائي المستقر لمحكمة النقض يُعتبر في بعض الحالات خروج القاضي عن الخط الذي وضعته محكمة النقض لفض النزاع بمثابة خطأ مهني يوجب مساءلة القاضي، ما يتيح للخصم في الدعوى مخاصمة القاضي استناداً لهذه المخالفة<sup>(53)</sup>.

إنَّ هذه السمة الإلزامية للأحكام القضائية المستقرة والمتواترة تجعل مفهوم الإلزام فيها أقوى من حيث الغاية والأثر من مفهوم الإلزام في بعض القواعد القانونية التشريعية، ونعني بها القواعد القانونية المكتملة، ذلك أنَّ هذه الأخيرة على الرغم من الاتفاق على اعتبارها ملزمة وواجبة التطبيق، إلا أنها تسمح للأطراف بالاتفاق على مخالفتها واستبعاد تطبيقها، وهو أمرٌ غير متوفر في الأحكام القضائية، ذلك أنَّه لا يمكن بحال من الأحوال استبعاد تطبيق الاجتهادات القضائية، فقاضي الموضوع فعلياً لا يستطيع استبعادها، ومحكمة النقض في حال استمزاج رأيها، سنتطق بما درجت عليه، إلا في حال تطبيق الإجراءات القضائية المنطبقة في حالات التحول القضائي التي لا تخلو من التشدد، علماً بأنَّ قضية التحول في الاجتهاد القضائي ليست قضية إجرائية على الرغم من أهمية هذا الجانب، بقدر ما هي قضية موضوعية تأصيلية<sup>(54)</sup>.

عليه، فيما لو أردنا أن نقارب بين مفهوم الإلزام من جهة والتجريد والعموم من جهة أخرى في القاعدة القانونية المؤسسة على أساس تشريعي والقاعدة القانونية المؤسسة على أساس اجتهادي قضائي، لأمكن ذلك بشكل دقيق في إطار ما يتفق على تسميته

(53) J. Buffet, Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain, In La Cour de cassation et l'élaboration du droit. Etudes Juri. (dir) N. Molfessis, Economica, 2005, Pp. 113- 124.

محمد واصل، مخاصمة القضاة، منشورات الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة، مجلد القانون الخاص، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ص 38.

(54) راجع الفقرة المعنونة: «صور الأحكام القضائية» من هذا البحث.

بالقواعد القانونية التكميلية، ذلك أنّ صفة التجريد والعموم والإلزام في هذه القواعد إنّما يجب الاحتجاج بها لكي يقول التشريع كلمته فيها، سواء أكان هذا الاحتجاج من قبل واضع النص، أي المشرع، أم من قبل أحد الأطراف في الاتفاق الجديد، ذلك أنّ غياب المطالبة بتطبيق الأحكام التي تنطوي عليها هذه القواعد، لا ينفي وجودها، فهي وإن بقيت خارج التطبيق القانوني بسبب عدم الاحتجاج بها، فإنها تبقى داخل النظام القانوني كونها قاعدة تشريعية مجردة وملزمة، فعدم التطبيق المستمر والمطلق لا يلغي وجود الصفة القانونية لهذا القاعدة باعتبارها قاعدة تشريعية مكملة.

ذات التحليل يمكن أن ينطبق على القاعدة القانونية ذات الأساس القضائي، بمعنى أنّ عدم احتجاج صاحب الحق بالاجتهاد القضائي المتواتر والمستقر لا يلغي حقيقة وجود هذا القضاء، ففيما لو طالب صاحب الحق بالتمسك به أمام محكمة النقض، فإنّ هذه المحكمة وفقاً للاجتهاد المتواتر والمستقر لديها سوف تقضي وفق أحكام القاعدة القانونية الاجتهادية، التي أقرتها، وتكسر قرار قاضي الموضوع لكونه خالف التوجه الملزم الذي استقرت عليه هذه المحكمة.

## 2. الاتجاه القضائي العام

القضاء والتشريع يلعبان دوراً مكملاً وابتكارياً في صياغة القاعدة القانونية، وإن كان الهامش الذي يعمل به القضاء مع التشريع هو روح القانون وتطوره، لا السلطة في التشريع، إذ لا يمكن بحال من الأحوال أن يتقاسم القاضي السلطة مع المشرّع، فالتشريع هو تصرف سيادي تابع للسلطة التشريعية، والحكم القضائي من الناحية الشكلية لا يعدو أن يكون إجراءً قضائياً أو ولائياً، فما يمنع على القاضي هو ممارسة الدور التشريعي بصيغته الرسمية الحصرية والخاصة، من حيث الإجراءات والشكل المرتبط بالمشرّع، لكن ليس بالتشريع في حد ذاته، بالتالي فلا محدد تشريعي ينفي عن القاضي صلاحية وقدرة ابتكار النص القانوني الجديد، بل إنّ هذه المحددات تطالبه بالقيام بذلك، شريطة ألا يتعدى أو يتناول الصلاحية التشريعية للمشرّع التي تدخل في حقه الحصري عن ذلك، مؤكدة أنّ القانون الوضعي لا يتألف فقط من النصوص القانونية الصريحة الواردة في التشريع، ولكن من مجموع المبادئ العامة المستخلصة إما من مضمون هذه النصوص، وإما من القواعد العامة التي يقوم عليها النظام القانوني نفسه، فاجتهاد المحاكم وإن لم يشكل مصدراً تشريعياً يحل محل التشريع، لكنه يبرز ويكرس القواعد القانونية العامة التي يقوم عليها نظام قانوني معين<sup>(55)</sup>.

(55) محكمة التمييز اللبنانية، 1987/07/10، مُشار إليه لدى: مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 85 وما بعدها.

وعليه، اعتبر القضاء اللبناني أن: «مهمة الاجتهاد لا تقتصر على الانكماش في نطاق النصوص الجافة، بل تتعدى إلى نطاق حكم المبادئ العامة المُستخرجة من هذه النصوص لتوفيقها مع الحاجات الملحة والضرورية الناشئة، ما يوجب على القاضي الخروج من دائرة تحفظه وانكماشه إلى مساحة الإنشاء، فيسبق المشرع ويشق الطريق أمامه منيراً خطاه في حقل التقنين، وبأنّ الدافع الذي يحرك المشرع في معالجة القضايا الاجتماعية يجب أن يحرك القاضي ويوجه نهجه كلما تناول بحث هذه القضايا في معرض توليه رسالته»<sup>(56)</sup>.

بالتالي لا شيء يمنع من الإقرار بحقيقة الدور المصدري للاجتهاد القضائي رغم وجود العديد من التحفظات، كما في القول بأنّ قدرة القاضي على الابتكار إنّما تُحدد من خلال النزاع الذي يعرضه الخصوم ويحددون فيه مطالبهم، وبالتالي هم يقيدون هذه السلطة بشكل أو بآخر، بحيث لا يخرج القاضي عن محددات هذه المخاصمة، أو القول بأنّ القاضي مقيد بمبدأ وحدة الخصومة والإجابة على الطلبات، بحيث إنّ لا يمكن له بحال من الأحوال أن يغير من موضوع النزاع، ولا يمكن له أن يبتكر قاعدة قانونية خارجة عن موضوع النزاع ومحدداته، أو القول بأنّ الحكم القضائي المراد اتخاذه يجب أن تكون له صلة مباشرة بالنزاع المعروض، فلا يمكن للقاضي أن يُعمم حكمه القضائي على غير ذلك من الوقائع والأحداث وإن كانت مشابهة، لأنّ حدود الحكم القضائي تبقى مقتصرة على أطراف النزاع في إطار حجية الأمر المقضي به.

فجميع هذه الضوابط الشكلية إنّما تتناول الجانب الإجرائي لعملية الابتكار القانوني للقاضي، ولا تتناول جوهر ومضمون هذا الابتكار، الأمر الذي أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية عندما ذهبت إلى أن الابتكار القانوني في معرض الاجتهاد القضائي يجب أن يرتبط حصراً بموضوع النزاع<sup>(57)</sup>، فالقاضي لا يوجد قاعدة تشريعية وإنّما قاعدة قانونية. فالفاصل في هذا المجال هو الحيز الزماني والموضوعي الذي يمكن للحكم القضائي أن ينطبق عليه، فإذا كان الحكم مقتصرًا على الوقائع المعروضة على القاضي، ودون أي امتداد لحالات مماثلة، سواء موجودة أمام القضاء أو ستنتظر مستقبلًا، فنحن أمام سلطة

(56) محكمة استئناف بيروت قرار رقم 35 بتاريخ 10/11/1958، مجموعة حاتم، جزء 33، ص 56. كذلك راجع: مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 30.

(57) Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 16 juin 1955, Bull. civ. II, n° 346. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 22 octobre 1957, D. 1957, p. 732, JCP G. 1957, II, p. 10278. Cass. civ. 12 juin 1929, Gazette du Palais. 1929, n° 2, p. 541. Pour plus d'informations voir, A. Sériaux, Pouvoir scientifique, savoir juridique, Droits, 1991, n° 13, p. 61. M. Domingo, Le juge dans l'épaisse forêt du droit, Recherche Droit et Justice, 2009, n° 32, p. 1.

قضائية تعمل في حدودها المفروضة قانوناً، لكن إذا تم تخطي أيّاً من هذين الحيزين، فنحن أمام حالة تجاوز غير قانوني لسلطة قضائية على عمل سلطة تشريعية.

وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يربط نفسه أو يربط الغير بالأحكام الصادرة عنه، أو يتعهد بأنّه في القضايا الأخرى سيتخذ ذات الموقف القضائي، بما يفيد أنّه يمنح حكمه القضائي نطاق تطبيق عام أو موسع. بالمقابل، فإنّ هذا البعد الابتكاري للقانون الذي يقوم به القاضي يجب أن يبقى في الحدود المحددة والمرسومة له، من حيث تعلقه بالنزاع القضائي وعدم تجاوزه لحدود هذا النزاع أو تطبيقه على نزاعات مستقبلية ولو كانت مشابهة، وبالتالي لا حصانة مستقبلية للحكم القضائي أو الاجتهاد القضائي، كما أنّه لا ثبات دائم له، فيمكن للمحكمة أن تعدل عنه، دون أن يطعن ذلك في مصدرية هذا الاجتهاد القضائي<sup>(58)</sup>.

### المطلب الثالث

#### المبادئ القانونية العامة خلاصة الفكر الاجتهادي القضائي

مما لا خلاف عليه أنّ المبادئ القانونية العامة هي صنعة قضائية بامتياز، كونها لا تفسر النص التشريعي فقط، وإنّما تنشئ مفهوماً قانونياً جديداً ذا منشأ اجتهادي أصيل مستقل عن إرادة المشرّع<sup>(59)</sup>، ما يوجب البحث في مفهوم وفلسفة فكرة المبدأ العام ذي الأصل الاجتهادي، قبل العرض لأهم الصور التي برزت فيها هذه المبادئ في القانون المدني.

#### أولاً- المفهوم والفلسفة

تمتثل المبادئ العامة قمة جبل الجليد في العمل القضائي الاجتهادي، فهي لا تُعبّر عن الاجتهاد القضائي برمته، وإنّما تبين الجانب الأكثر حضوراً منه، الذي يتجاوز في دلالاته مفهوم الحكم القضائي التقليدي المقيد بوحدة موضوع الدعوى والأطراف، لينطبق على نزاعات قضائية أخرى بعيدة عن هذه المحددات الخاصة، ذلك أنّ الأحكام القضائية المؤسسة لهذه المبادئ إنّما تشذ عن قاعدة الانطباق الخاص إلى الانطباق العام،

(58) راجع الفقرة المعنونة: «صور الأحكام القضائية» من هذا البحث.

(59) يمكن استقراء مكنة القاضي في إصدار الأحكام القضائية المؤسسة للمبادئ العامة في فرضيات عدة، لاسمياً عندما يعيد القاضي قراءة قاعدة قانونية ما أو يعيد صياغتها، بل وحتى عندما يخالفها. راجع: مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 81 وما بعدها. مجدي دسوقي محمد، المبادئ القضائية مصدر ذاتي للمسؤولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص. 18 وما بعدها.

J. Moal, La création du droit, libres propos sur la norme jurisprudentielle, RRJ 2004, n° 1, p. 17. J. Boulanger, Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, RTD civ. 1961, Pp. 417 -441. Spé, p. 424.

لتصبح قادرة على الانطباق على حالات أخرى غير القضية موضوع النزاع، وذلك في إطارها العام لا الخاص، فافرضة نفسها على المنظومة القانونية ككل، نظراً لطبيعتها الخاصة وللآلية الخاصة التي وضعت بها، حيث صيغت بشكل يجمع بين الاختصار والعمومية، وفق تبريرات واضحة ومبسطة ومحددة، بما يضيف عليها نوعاً من القدسية والرصانة<sup>(60)</sup>.

بهذه الكيفية يمكن القول بأن هذه المبادئ تخرج من النطاق التقليدي للاجتهاد القضائي لتتمتع ببعض الاستقلالية والخصوصية حتى عن الاجتهاد القضائي، ما يجعل وضعها بمنأى عن أي تعديل، إلا فيما ندر، فهي مبادئ مرنة قابلة للتكييف والتطور، بما يتلاءم مع تطور المجتمع ونموه، بما تمثله من انعكاس لهذا المجتمع وتطوره، بذلك هي ليست ذات «جمود مطلق» بقدر ما هي ذات «تطبيق مطلق» على الحالات القانونية المتقاربة والمتشابهة، ما يجعل من إمكان توسع وتطوير نطاق تطبيق هذه المبادئ بما يتناسب وحاجات المجتمع أمراً قائماً وممكناً بل ومستمداً إلى حد كبير، وأنها نظراً لكيونتها القضائية ذات الطابع الاجتهادي، فهي تمثل مجموعة من المبادئ القانونية التوجيهية ذات التطبيق العام المستندة إلى التطبيقات العملية أكثر منها إلى النظام التشريعي الرسمي واشتراطاته من جهة، والمرتكزة إلى مفهومي العدالة والإنصاف أكثر منه إلى

(60) هذه الأحكام تتمايز عن الأحكام القضائية المسماة «أحكام الوقائع»، التي يستند فيها القاضي على الوقائع المعروضة أمامه والتي لا يمكن تعميم مخرجاتها على غيرها من الوقائع لتبقى في إطار التطبيق الخاص بالقضية المعروضة أمامه، ولا يمكن أن تنطبق بفلسفتها ومبرراتها على وقائع وقضايا أخرى. وبالتالي فقط أحكام «المبادئ العامة»، هي من تحوز هذه الصفة ويمكن أن تكون اجتهاداً قضائياً، دون أن يقلل ذلك من أهمية أحكام الوقائع القضائية التي يمكن تطبيقها والاستئناس بها على حالات مشابهة، بما يمكن لها أن تؤسس لبروز اجتهاد قضائي، ولكن ليس مبادئ عامة، والفرق بين الأمرين بَيِّن. ويُشار إلى أن منح تعريف دقيق لهذه المبادئ ليس بالأمر اليسير، فلا تزال محكمة النقض الفرنسية حتى حينه، مترددة إن لم نقل حريصة على عدم إعطاء أية دلالة تعريفية ثابتة لهذه المبادئ، ما دام أن حدودها ومضامينها لا تزال غير ثابتة وفي طور التحول والتطور حتى حينه، لأن أي تعريف سيبقى قاصراً ومفتقداً للكمال، الأمر الذي نتفق معه، في حين أن الفقه الفرنسي منح لهذه المبادئ تعاريف متعددة تتباين فيما بينها بالاستناد للزاوية التي قرأت من خلالها هذه المبادئ والغاية المرجوة منها، وإن كانت في جوهرها وغايتها، تعبر عن روح القانون غير المكتوب ذي المفهوم العام المتجدد.

J-P. Ancel, L'élaboration de la norme et le contrôle de la Cour de cassation, In La Cour de cassation et l'élaboration du droit. Etudes Juri. (dir) N. Molfessis, Economica, 2005, Pp. 95-109. P. Sargos, Existe-t-il des principes en matière d'interprétation des normes par le juge ? In Les principes du droit. Etudes Juri. (dir) S. Caudal. Economica, 2008, Pp. 343-350. E. Franck, L'élaboration des décisions de la Cour de cassation ou la partie immergée de l'iceberg, Dalloz. 2003, p. 119s. Ch. Atias, L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé, JCP, 1984, I, p. 3145.

مفهوم التقنين والتنقيص من جهة أخرى، أي دون أن يكون هناك رابط مباشر صريح لهذه المبادئ مع نص تشريعي بعينه، وإنما تكتسب كينونتها من واقع التطبيق المتجدد والمستمر<sup>(61)</sup>.

عليه فإنَّ المبدأ العام، وبخلاف النص التشريعي، يُبيِّن للقاضي الإطار العام للحل الممكن، دون أن يلزمه بحل قانوني بعينه، ذلك أنَّ النص التشريعي ذو دلالة قطعية في توضيح الحل القانوني الواجب التطبيق، بينما المبدأ العام ذو دلالة إرشادية في توضيح الحل القانوني الممكن التطبيق لا الواجب التطبيق<sup>(62)</sup>. وبالتالي، فإنَّ التطابق في الحل القضائي المستند إلى النص التشريعي لا خيار فيه، بخلاف الحال بالنسبة للحل القانوني المستند إلى المبدأ العام الذي يقتضي من حيث الأصل اختلاف الحل باختلاف الحالة المعروضة لا اختلاف المبدأ، وبذلك يكون الوزن النسبي للمبدأ العام في بلورة الحل القانوني أعلى من نظيره المتعلق بالنص القانوني، ما يمنح القاضي قدرة على الخروج عن المحددات الحرفية للنص القانوني إلى المحددات الإطارية والمعيارية لهذا النص المتوافقة مع غاية النص لا حرفيته، من خلال وضع هذا النص تحت مبضع المبدأ العام، للتأكد فيما إذا كان هذا النص يساعد على الوصول إلى هذه الغاية أم لا.

انطلاقاً مما سبق، يمكن القول بأنَّ التوجهات التي ترسيها هذه المبادئ يمكن أن تأخذ

(61) P. Jestaz, La jurisprudence, ombre portée du contentieux, Dalloz. 1989, p. 152. F. Z - nati-Castaing, Les principes généraux en droit prive, In Les principes du droit. Ibid, Pp. 257-273.

(62) من المتفق عليه أنَّ علاقة المبادئ العامة فيما بينها، لا تقوم على الترجيح والتغليب، وإنما تقوم على التوافق والتكامل البيني، ذلك أنَّ هذه المبادئ لا تمنح حلاً ولا واجبة التطبيق بعينها، ما ينفي احتمالية التضاد بينها، وإنما كل منها يقدم مروحة متعددة من الحلول الممكن تبنيها، ما يمنح القاضي قدرة على الانتقاء والتوفيق بين مختلف الحلول المطروحة من هذه المبادئ للوصول إلى الحل الأمثل الذي يتناسب مع الواقعة المعروضة أمامه، ما قد يوصله إلى حل قانوني يجاوز حدود دلالات النص القانوني اللفظية دون أن يجاوز حدودها الغائية الكامنة في جوهر وفلسفة النص خاصة والقانون عامة، علماً بأنَّ العلاقة القائمة بين النص التشريعي والمبدأ العام ليست قائمة على الترجيح القانوني للمبدأ العام على النص التشريعي، فلا تعارض بينهما بالطلق، وإنما تنطوي على إعادة تكييف فهم النص التشريعي بما ينسجم مع المبدأ العام، باعتبار أنَّ هذا الأخير هو القادر على إعادة فهم الأول، والارتقاء به إلى الغايات غير المقررة له وفق عباراته اللفظية النصية، وإنما وفق غاياته الاستشرافية، فمن غير الخافي أن لكل نص من النصوص، بما فيها التشريعية قراءة نصية لفظية آنية وقراءة نصية غائية استشرافية.

J. Ghestin, G. Loiseau et Y-M. Serinet, Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), La formation du contrat, T. I, Le contrat, Le consentement, LGDJ, 4e éd, 2013, n° 178.  
R. Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977 ; traduction française par M. J. Rossignol et al. : Prendre les droits au sérieux, Presse universitaire de France, 1995, p. 82.

إلى حد ما حكم القاعدة التشريعية، من حيث الإلزام والعموم المادي والقانوني «غير الرسمي»، لاسيما حينما تكون الواقعة المعروضة على القاضي مما ينطبق عليها المبدأ العام بشكل فعلي لا لبس فيه. بالمقابل، فإنّه إذا لم يكن المبدأ العام لينطبق بشكل دقيق، وإنّما ضمن الإطار العام غير المحدد فإنه يغدو له سمة التوجيه والإرشاد المادي أكثر منه سمة الإلزام، وفي أحسن الحالات سمة «شبه الإلزام»<sup>(63)</sup>. وقد برز هذا الأمر في البعد التفريقي الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية في تبيان السند القانوني للحكم القضائي لقاضي القانون ولقاضي الموضوع. فمن الأحكام الإجرائية المستقرة، أنّ على القاضي أن يشير في مقدمة الحكم القضائي للقاعدة القانونية التي استند إليها في بناء حكمه القضائي تحت طائلة بطلان الحكم، الأمر الذي كان يرى فيه البعض حملاً للقاضي، وإن بشكل مصطنع، للإشارة إلى نص قد لا يُمثل رابطة فعلية بينه وبين الحكم<sup>(64)</sup>.

على الرغم من ذلك، فقد اعتبرت محكمة النقض أنّ الاكتفاء بالإشارة في الحكم القضائي إلى المبدأ القانوني العام، وليس النص التشريعي، الذي استند إليه القاضي في بناء حكمه له ذات الأثر القانوني والإجرائي لذكر النص التشريعي، وعلى ذلك أضحى بإمكان قاضي الموضوع أن يشير في مقدمة حكمه إلى المبدأ القانوني الذي استند إليه في بناء حكمه دون أن يخشى من إمكان الطعن ببطلان الحكم<sup>(65)</sup>.

(63) لعل الحديث عن السمة الإلزامية وشبه الإلزامية للنقاط التوجيهية التي تنطوي عليها المبادئ العامة، هو ما دفع البعض لرفض السمة الابتكارية لهذه المبادئ، بل وحتى الإنكار بأنها إحدى مخرجات الاجتهاد القضائي، مدعين بأنّ هذه المبادئ العامة موجودة سابقاً، وإن بشكل كامن في القانون الوضعي، والقاضي لا يستنبطها وإنما يقوم بوضعها موضع التطبيق أو كشف اللثام عنها. وبالتالي ما هي إلا ترجمة للفلسفة العامة للقانون، وامتداد لروح القانون ومفهومه، وعليه لا سلطة ابتكارية أو إنشائية للقاضي في هذه المبادئ، كونه يقوم بجهد وصفي لا موضوعي.

P. Morvan, Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, *LGDJ*, 1999, p. 487s, p. 493s. P. Sargos, Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, *JCP G*. 2001, I, p. 306.

(64) R. Libchaber, Une doctrine de la Cour de cassation ? *RTD civ.* 2000, p. 199.

(65) المادة (1020) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تفرض على محكمة النقض كما قضاة الموضوع أن يشير إلى النص التشريعي الذي استندوا إليه في حكمهم. وتأسيساً عليه اعتبرت محكمة النقض أنّ نص المادة (12) من القانون نفسه تفرض كذلك على قاضي الموضوع أن يؤسس حكمه على قاعدة قانونية بغض النظر عن طبيعة هذه القاعدة، لتذهب للقول بأنّ تبرير القاضي حكمه بالاستناد للمبدأ العام يعدّ مُغنياً عن الاستناد إلى النص التشريعي، حال افتقاده. وقد برزت التطبيقات العملية لهذا التوجه في عدد من أحكامها، لاسيما فيما يتعلق بالتعسف في استعمال الحق ومضار الجوار. راجع: J-P. Gridel, La cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, *Dalloz*. 2002, p. 228. Voir aussi, Cass. civ. 7 nov. 1844, *DP*, 1845. 1, p. 13. Cass. req, 20 février 1849, *DP*, 1849, 1, p. 148. Cass. req. 3 août 1915, *DP*, 1917.1, p. 79.

هذه الخصوصية لمفهوم المبدأ العام رأى فيها البعض ارتقاءً إبداعياً لفهم النص التشريعي من جانب القضاء، في حين رآها البعض تطويعاً غير محمود لدلالة النص التشريعي وفق دلالات المبدأ العام ضمن رؤية اجتهادٍ قضائي غير رسمية، الأمر الذي قد يمكن القضاء، تحت راية المبدأ العام، من وضع أطر معيارية عامة لتطبيق النص التشريعي خارج الإطار القانوني الرسمي المتمثل في التشريع، وربما تطبيق النص التشريعي خارج الإطار التشريعي الغائي الذي أراده المشرع استناداً إلى مفهوم المبدأ العام، مما سيضعف من أرجحية النص التشريعي في التطبيق، ويضعف من مفهوم الاستقرار العقدي والأمان القانوني<sup>(66)</sup>، الموقف الذي نتفهمه دون أن نؤيده، ذلك أن المكنة الممنوحة للقضاء في وضع الأطر المعيارية لتطبيق النص القانوني ضمن غايات التشريع، هي من صلب مهام القضاء الذي أثبت على مر عقود عديدة من الزمن أهليته وفاعليته في استنباط الحلول القضائية التي تشرح وتكمل النص القانوني<sup>(67)</sup>.

وبعيداً عن مختلف هذه الاعتبارات، فإن هذه المبادئ كما أتت لسد الفراغات التشريعية وإعادة التنسيق للمنظومة القانونية ككل، فإنها قد تأتي كردة فعل على تشريع لم يعد متوافقاً مع تغيرات المجتمع وتطوره، وهذا أمرٌ لا ضير فيه، بل هو مطلوب ومهم في عملية تطوير القانون وتعزيزه، واستجلاء الرؤية القانونية الكاملة للنص التشريعي. ولعل هذه الفرضية تثبت بوضوح الدور الابتكاري للقاضي في صنع النص القانوني، باعتباره مصدراً من مصادر القانون، ذلك أن هذه المبادئ العامة وإن خرجت عن محددات النص التشريعي المكتوب والمعلن، إلا أنها لم ولن تخرج عن المحددات غير المكتوبة التي تُؤطر روح القانون والفلسفة التي يقوم عليها، بحيث إن القاضي وإن كان يستنبط هذه الحلول بعيداً عن الفهم الخاص للنص التشريعي، إلا أنه يستخرجها استناداً للفهم العام للواقع القانوني والفقهية، مستنبطاً هو بذاته ما يعدّه متوافقاً مع المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها هذا القانون والفلسفة التي يركز عليها في البيئة المجتمعية التي يعدُّ نفسه طرفاً فيها<sup>(68)</sup>.

(66) A. Ghozi et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats. Brèves remarques sur le projet de la Chancellerie, *op. cit.*

(67) ليس أدل على ذلك من حجم النصوص القانونية ذات الأصل الاجتهادي التي تم تبينها في نصوص القانون المدني الفرنسي الجديد، لاسيما بالنسبة للقواعد القانونية المتعلقة بالمراحل التمهيدية للعقد، ومراحل تنظيم العقد، ومثيلاتها المتعلقة بتنفيذ وإنهاء العقد، إضافة للنظريات التي تعترض عملية تنفيذ العقد، لاسيما المرتبطة بالظروف الطارئة وقواعد التعويض وعدم التنفيذ وغيرها من المواضيع. L'ordonnance, n° 2016 -131, 10 févr. 2016, *JO*. 11 févr. 2016. D. Mazeaud, Observations conclusives, *Revue des contrats*. 2016, n° Hors-série. Pp. 53- 57.

(68) P. Lescot, Les tribunaux face à la carence du législateur, *JCP G*. 1966.

مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 84 وما بعدها.

وهنا، فإنَّ القاضي لا يُؤسس لنص قانوني محدد أو قاعدة قانونية بعينها، وإنَّما لمبدأً أو مجموعة مبادئ تستوعب في مدلولها وتطبيقها العديد من النصوص القانونية أو التطبيقات العملية لهذه النصوص، التي بدورها تنعكس على العديد من أوجه التشريع بما فيها المرتبطة بالقانون المدني.

## ثانياً- الصور والأشكال

تُشكل المبادئ العامة للقانون اليوم واحدة من أهم دعائم القانون بمختلف فروعها بما فيها المدني<sup>(69)</sup>، آخذة في ذلك صوراً وأشكالاً متعددة، فهي إما أن تُحدد نطاق تطبيق النص التشريعي، سواء بتوسعة هذا النطاق أو بالتضييق منه، وذلك من خلال توسيع مفهوم هذه النصوص أو الحد منها، كما هو الحال في المبدأ العام المتعلق بحرمة الجسد البشري، الذي تم تقييده بمجموعة من القواعد القانونية منذ العام 1837 إلى مفهوم احترام الجسد الآدمي، الذي تم تكريسه فيما بعد بالعديد من النصوص القانونية التي تشكل اليوم المادة (16) وما بعدها من القانون المدني الفرنسي الحالي<sup>(70)</sup>، أو أن تعتمد إلى تفسير وتبيان الحل الغائب وغير المكتوب في النص التشريعي.

هذا الحل الذي يمكن للقاضي أن يبلوره من النصوص المتباينة، كما هو الحال في المبادئ العامة المتعلقة بالمسؤولية التعاقدية عن عمل الغير<sup>(71)</sup> في القانون المدني الفرنسي، والمبدأ القاضي باعتبار النصوص القانونية متممة لبعضها بعضاً وإن وردت في أمكنة مختلفة، في القانون ذاته أو القانون الوضعي بعمومه، وأنَّ النصوص تُفسَّر بالتناسق فيما بينها بحيث تُكمل بعضها بعضاً عندما تنظم وضعاً معيناً، استنتجت منه محكمة التمييز اللبنانية إمكان تجاوز الفائدة رأس المال<sup>(72)</sup>، وإخضاع نصاب الهبة عند غير المحمدين لنصاب الوصية<sup>(73)</sup>، ومنح الديانة للقيط في الحيز الجغرافي الذي ولد فيه، باعتباره منتماً حتماً

(69) En droit général voir, P. Morvan, Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation, op, cit., p. 28. Cet auteur dénombre l'apparition de 76 principes généraux du droit dans le droit interne entre 1948 et 2006. En droit privé J. Boulanger, Principes généraux du droit et droit positif, In Le droit privé français au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, Mélanges Ripert, LGDJ, 1950, p. 51.

(70) Cass. req15 , et 22 décembre 1837, DP. 1838, p. 5. M. Gobert, Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, RTD civ. 1992, p. 489.

(71) Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 16 octobre 1960, JCP G. 1960, II, 11846, note R. Savatier.

(72) محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الأولى بتاريخ 1983/06/07، مجلة العدل 1983، ص 337. محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الأولى بتاريخ 1982//12/14، مجلة العدل اللبنانية 1983، ص 60.

(73) محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الثالثة بتاريخ 1970/10/27، رقم 103، النشرة الفصلية 1971، ص 36.

للمحيط الجغرافي الذي ولد فيه، في التشريع اللبناني<sup>(74)</sup>، أو أن يعمل القاضي على ابتكاره بالمجمل في غياب النص القانوني كما هو الحال في مبدأ التعويض الكلي في القانون المدني الفرنسي<sup>(75)</sup>، ومبدأ الامتداد الحكمي لعقد الإيجار لأقارب المستأجر الأصلي أو غيرهم، ممن كانوا يقيمون معه أو يساكنوه منذ بداية عقد الإيجار إلى تاريخ وفاته أو تركه العين في القانون المصري، على الرغم من عدم وجود نص قانوني يقر ذلك<sup>(76)</sup>، ومبدأ التمييز الاحترافي في قانون الإجراءات المدنية اللبنانية قياساً على الاستئناف الطارئ، مبررةً هذا التوجه في وجوب إيجاد تناسق بين القواعد القانونية عملاً بالمبادئ العامة<sup>(77)</sup>.

كذلك يمكن من خلال هذه المبادئ استبعاد حل تم النص عليه من قبل المشرع، حينما يكون التطبيق الفعلي لهذا النص سيفضي للوصول إلى نتائج تخالف غايات النص التشريعي أو الرؤية التفسيرية لهذا النص من قبل القاضي، كما هو حال مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق<sup>(78)</sup>، الذي أقرت فيه محكمة النقض الفرنسية أنه لا يُعدُّ من قبيل الخطأ الموجب للتعويض قيام الشخص بما له الحق بالقيام به، ما دام أنه لم يحم به بقصد الإضرار بالغير وبدون مصلحة له في ذلك<sup>(79)</sup>، وأتبعته بالعديد من الأحكام القضائية المتوالية والمرسخة لهذا المبدأ في المنظومة القانونية الفرنسية<sup>(80)</sup>.

(74) محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الثانية، بتاريخ 17/06/1997، رقم 97/45، مجلة العدل 1997، الجزء الثاني، ص 44. موقف أكدت عليه محكمة التمييز اللبنانية في أكثر من موقف، معتبرة أن النصوص القانونية متممة لبعضها بعضاً وإن وردت في أمكنة مختلفة، بالقانون ذاته أو القانون الوضعي بعمومه. وعليه أقرت المحكمة مبدأ عاماً مفاده أن النص اللاحق يُعدُّ ملغياً للنص الأسبق، طالما أنه صادر عن ذات السلطة. مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 68 وما بعدها.

(75) Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 14 juin 1995, D. 1995, p. 196.

(76) درجت الأدبيات الفقهية على تأطير هذا المبدأ في إطار ما يطلق عليه نظرية المساكنة التي طبقت للمرة الأولى في قانون إيجار الأماكن رقم 121 لعام 1947. سمير تناغو، المساكنة الباب الخلفي للتهرب من أحكام المحكمة الدستورية العليا، مقال منشور في الأفكار الكبرى في السياسة والقانون، منشورات مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2008، ص 227-247.

(77) محكمة التمييز اللبنانية، 1971/12/30، رقم 18، مُشار إليه لدى: مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 112 وما بعدها.

(78) المبدأ ذو أصل اجتهادي قضائي قديم يعود لما قبل صدور القانون المدني الحالي، إلا أن هذا الأخير بقي صامتاً حيال هذه القضية، فقام القضاء بالاعتماد في تطبيقه على الاجتهاد القضائي القديم. Parlements d'Aix le 1er février 1577, De Provence en 1672. De Paris le 6 février 1710.

(79) Cass. Civ 19, décembre 1817, note S. Ferrond, 17- 2- 1905.

(80) يمكن الإشارة هنا إلى الحكمين المؤرخين في 3 أيار/ مايو 1836 و 11 كانون الثاني/ يناير 1837، اللذين عاقبت فيهما محكمة النقض اللجوء إلى استخدام طرق الطعن فقط بقصد الإضرار وبنية سيئة. ومن ثم في 2 أيار/ مايو 1855 اعتبرت محكمة الاستئناف في كولمار أنه إذا كانت الملكية من حيث المبدأ هي حق مقدس ومطلق، غير أن ممارسة هذا الحق يجب أن تبقى في حدود تلبية الاحتياجات المشروعة والقانونية.

Cass. req3 , mai 1836, Recueil Sirey, 1836- 1 -914 , Cass. Civ11 , Janvier 1837. Cou. Appel Colmar, 2 mai 1855, Recueil Dalloz, 9- 2- 1856 .

ومنذ ذلك الوقت والأحكام القضائية تتوالى في تطبيق هذا المبدأ في مختلف الجوانب التطبيقية في القانون، وأصبح هناك تعسف في استعمال الحق عندما يقوم الفرد بممارسة حقه فقط بقصد الإضرار أو متجاهلاً واجباته الاجتماعية، بما فيها المرتبطة بتطبيق القانون والملاحقة القضائية<sup>(81)</sup>. ذات الأمر بالنسبة لمحاكم القضاء العليا في كل من مصر وسوريا ولبنان، التي كرّست هذا المبدأ ذا الأصل الاجتهادي بنصوص تشريعية صريحة أضحت من دعائم القانون المدني في هذه الدول<sup>(82)</sup>.

التحليل ذاته ذهبت إليه محكمة النقض في تحديد نقطة التوازن بين الحرية التعاقدية، وبين موجبات التفاوض بحسن نية، وتحليل مفهوم التعسف في المرحلة السابقة على التعاقد الذي انتقل من البعد القانوني ليشركه البعد الاقتصادي<sup>(83)</sup>، ففي حين كان الميل في بادئ الأمر ينطوي على تغليب فكرة الحرية التعاقدية في عدم الوصول لنتيجة للمفاوضات حتى ولو كانت متقدمة جداً، بحيث أعطي التعسف مفهوماً ضيقاً جداً، أدى التطور اللاحق وطبيعة وتشعب العلاقات الاقتصادية إلى إعطاء مفهوم أوسع للتعسف في قطع المفاوضات، وبالتالي تغليب مبدأ حسن النية حتى في المرحلة السابقة على التعاقد على الحرية في الإنهاء، على الرغم من أنّ هذه المرحلة تخلو من البعد التعاقدى بالمفهوم القانوني الملزم للعقد<sup>(84)</sup>.

كذلك وفي إطار مفهوم السكوت كدلالة تعبيرية عن الموافقة على التعاقد، وهل يمكن أن يكون السكوت معبراً عن القبول، ذلك أنّ المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي أنّه لا ينسب إلى ساكت قول، معتبرة أنّ الأشخاص الذين يلتزمون الصمت حيال العروض المقدمة إليهم لا ينون كقاعدة عامة قبول العروض المقدمة إليهم، وبالتالي، فإنّ القول بأنّ السكوت يعني الموافقة يعني النيل من الحريات الفردية، بإجبارها على التعبير والرد على العروض المقدمة إليها، بحيث يجب عليها التصريح في كل مرة يعرض عليها، ويخالف مبدأ الحق في الصمت، معتبرة أنّ السكوت يمكن أن يؤسس لموافقة في حالات استثنائية ثلاث، كما في حال وجود علاقة سابقة، أو في حال وجود عرف يقر بأنّ

(81) Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 20 janv. 1964, D. 1964. p. 518, RTD civ. 1965. p. 117, obs. R. Rodiere, Cass. req 28 , janv. 1903, DP, 1906, 5, 38.

(82) راجع في ذلك: حسن كيرة، مرجع سابق، ص. 689 وما بعدها. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 564 وما بعدها.

(83) Cass. Com26 , Novembre 2003, n° 00- 10.243 et n° 00- 10.949.

(84) Pour une synthèse de cette question, Ph. Stoffel-Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale : le pouvoir du juge face aux abus, In La résiliation unilatérale du contrat, dir. Ph. Delebecque, Colloque du DEA de droit des contrats et des biens. Paris I, 26 janvier 2004.

السكوت بمثابة القبول، كما في حال الأعراف التجارية، وأخيراً في حال إذا كان العرض ينطوي على مصلحة خالصة للموجه إليه العرض، بحيث إن الحالة الأخيرة لا تستند إلى واقع التعامل السابق أو العرف القائم، وإنما فرضية تغليب القبول على الرفض لوجود المصلحة الخالصة<sup>(85)</sup>.

كذلك الحال في إطار تحديد مفهوم الغلط الموجب لإبطال العقد، وحول إمكان توسيع هذا المفهوم ليشمل الغلط الذي يقع فيه البائع، بعد أن كان القضاء مستقراً حتى عام 1930 على أن مفهوم الغلط المُبطل للعقد هو الغلط الذي يقع فيه المشتري، وليس من البائع بحجة عدم الرغبة في تدمير الاستقرار في المعاملات العقدية، وبحجة أن نص القانون المدني لم يُشير إلى طرفي العقد في ذلك الموقف الذي أعادت المحكمة التأكيد عليه في قضية فراغونارد وبوسان<sup>(86)</sup>.

أخيراً، يمكن الإشارة إلى القواعد الاجتهادية المتوالية التي أرستها محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بالضرر الأدبي الذي أقرته مع بدايات القرن التاسع عشر<sup>(87)</sup>، والاشتراطات الخاصة بهذا التعويض لاسيما المرتبطة بما يسمى بضرر المودة أي الألم المعنوي الذي يتسبب به للأقارب بزوال شخص عزيز أو التأكد من انهياره الجسدي أو العقلي، الذي لم يُعدّ محصوراً في إطار علاقة القرابة المباشرة حتى الدرجة الثانية وفقاً لما هو مستقر في العديد من التشريعات العربية<sup>(88)</sup>، بحيث إنه تجاوز رابطة القرابة ليشمل كذلك الأبعد ما دام أمكن إثبات وجود الضرر<sup>(89)</sup>، بل إن المشرع الفرنسي أقر بالحق بالمطالبة بهذا التعويض حتى تجاه فقدان الحيوانات<sup>(90)</sup>.

هذا الإقرار بالدور المصدري للاجتهاد القضائي في بلورة القاعلة القانونية إضافة إلى التشريع، لم يكن ليمر دون نتائج فعلية تملئها طبيعة التعايش القائم بين هذين «المصدرين»، التي تمايزت بحالات عديدة من الشد والجذب.

(85) Cass. Civ25 , mai 1870, DP, 1870, 1, p. 257, Recueil Sirey, 1870, 1, p. 341.

(86) Cass. civ. 1930. D. 1932. I, 161, note, J. CH. Laurent. Cass 1<sup>re</sup> civ22 , février 1978. Bull. Civ, n° 74, p. 62.

(87) Cass. Réun. 25 juin 1833, Recueil Sirey, 33. I. 458.

(88) Cass. civ. 13 février 1923. DP, 1923, I, 52, note, Lalou.

(89) Cass. civ. 19 octobre 1943. DP, 1944, 14, note, Lalou. JCP. 1945. II. 2893, Note Rodière.

(90) Cass. civ. 1 Janvier 1962. D. 1962. 199, note Rodière, février 1923. DP, 1923, I, 52, note, Lalou.

## المبحث الثاني

### التعايش الثنائي بين الاجتهاد القضائي والتشريع..

#### «المسلمة الحتمية»

إن تبادل الأدوار في فهم النص القانوني بين كل من التشريع من جهة والاجتهاد القضائي من جهة أخرى، مع خصوصية القراءة التفسيرية والحداثيّة لكل منهما، والدور المنوط بكل منهما، جعل عملية التعايش القائم بينهما أمراً حتمياً لا جدال فيه، مع ما يترتب على هذا التداخل بينهما من توافق في كثير من الأحيان، ومجاافة في بعض الأحيان.

#### المطلب الأول

#### الاجتهاد القضائي والتشريع، وحتمية التداخل

تبرز هذه الفرضية من التداخل التشريعي القضائي في العديد من الفرضيات، بحيث إما أن نكون أمام اجتهاد قضائي يُساند الموقف التشريعي، أو يُحاول إيجاد الحد الأدنى من التناغم بين كلا القطبين.

#### أولاً- الاجتهاد القضائي والتأييد للموقف التشريعي

عديدة هي الحالات التي تضمنت التوافق القانوني بين توجهات كل من المشرّع والاجتهاد القضائي، حيث لعب الاجتهاد القضائي دوراً محفزاً للمشرّع في تبني توجه قانوني يتفق مع توجهات الاجتهاد القضائي، بل وحتى في فرضيات أخرى لعب الاجتهاد القضائي دوراً مساعداً ومؤيداً للتوجه التشريعي الذي يعمل المشرّع على تبنيه رغم المعارضة التي كان يتلقاها هذا الأخير، ولعل أبرز مثال على ذلك تناول موقف الاجتهاد القضائي المساند لموقف المشرّع الفرنسي في قضية تعديل قواعد المسؤولية المدنية عن حوادث السير، والدور الداعم له في هذا المجال.

ففي الفترة الممتدة من العام 1968 ولغاية 1981 عمدت محكمة النقض الفرنسية لإعادة النظر في قواعد المسؤولية المدنية عن حوادث السير، ما ساعد المشرع على وضع نص تشريعي جديد استند في العديد من أحكامه على مخرجات الاجتهاد القضائي حيال هذه المسؤولية، ذلك أنه في المرحلة السابقة لعام 1968 كان الاجتهاد القضائي المستقر لمحكمة النقض يُؤسس فكرة المسؤولية المدنية لقائد السيارة في حالات النقل غير المأجور، على وجوب إثبات وجود خطأ قائد السيارة للحصول على التعويض وفق أحكام المادة (1382)

من القانون المدني القائمة على المسؤولية عن الخطأ الشخصي المثبت<sup>(91)</sup>، الأمر الذي لم يكن من السهولة بمكان.

بعد ذلك ومنذ عام 1968 عدّلت محكمة النقض من موقفها، وغدت تؤسس هذه المسؤولية وفق قواعد الفقرة الأولى من المادة (1384) بالمسؤولية عن حراسة الأشياء القائمة على الخطأ المفترض<sup>(92)</sup>، ما سهل بشكل كبير من عملية الإثبات، وأتاح التعويض بشكل أفضل، الأمر الذي شكّل دعماً كبيراً للمحاولات العديدة التي ابتدأتها الحكومة الفرنسية في عام 1964 لتعديل قواعد المسؤولية المدنية فيما يتعلق بحوادث السير، التي غالباً ما كانت تبوء بالفشل، حيث عمد وزير العدل آنذاك<sup>(93)</sup> إلى جعل مسؤولية قائد السيارة في هذه الفرضية قائمة على الخطأ المفترض لجميع الحالات بما فيها حالات نقل الركاب غير المأجور، لكن هذا التوجه لم يُكتب له النجاح وقُوبل بالرفض لاسيما من قبل شركات التامين.

لكنه وبعد أن استقر الاجتهاد القضائي على فكرة الخطأ المفترض، عادت الحكومة مستندةً هذه المرة إلى حالة الاجتهاد القضائي المستقر لتعيد طرح هذه الفكرة في إطار نص تشريعي، وذلك في العام 1981 والذي لقي الكثير من الاعتراض، على الرغم من ذلك أعلنت محكمة النقض تأييدها لمشروع التشريع، وأقرت سلسلة أحكام قضائية جديدة وسّعت من نطاق التعويض في إطار حوادث السير، حيث إنّه وقبل الحكم الشهير المؤرخ في 21 تموز/يوليو 1982<sup>(94)</sup> كان المشاة يخسرون حقهم في التعويض في حال إثبات الخطأ من جانبهم، بهذا الحكم عدّل الاجتهاد القضائي من حكمه، وأصبح من حق المشاة التعويض ما لم توجد حالة القوة القاهرة.

بعد ذلك وفي عام 1984، أعادت محكمة النقض تأكيد موقفها الداعم للمشرع بالقول بأنه: «لا يمكن أن يكون هناك أضرار في قضايا السير تبقى دون تعويض إلا في حال القوة القاهرة بما فيها ركاب الخط السريع»<sup>(95)</sup>.

من خلال هذا التأييد لمحكمة النقض، وهذا الكم من الأحكام القضائية المتوالية استطاعت الحكومة الفرنسية أخيراً أن تضع القانون رقم 5 تموز/يوليو لعام 1985 المعروف بقانون

(91) Art. 1382. Code civil français.

(92) Art. 1384 al. 1. Code civil français.

(93) J. Foyer, Garde des Sceaux, ministre de la Justice au Gouvernement Georges Pompidou (2) du 7 décembre 1962 au 8 Janvier 1966.

(94) Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 21 juillet 1982, Desmares: J. Bigot, L'arrêt Desmares: retour au néolithique, *JCP G.* 1982, I, p. 3090.

(95) C. Mouly, Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles? *PA*, 1994, n° 33, p. 15.

بادنتر «Badinter»<sup>(96)</sup>، الذي عدّل من قواعد المسؤولية المدنية في قضايا السير بشكل جذري. وهنا من جديد تدخلت محكمة النقض لتدعم موقف المشرع الفرنسي، من خلال إكمال وتوضيح الغموض الذي اكتنف بعض النصوص التشريعية لهذا التشريع، حيث أتت المادة (3) من القانون لتقضي بأنّ الضحية في حادث سير بخلاف السائق له الحق بالحصول على تعويض كامل عن الأضرار الجسدية التي لحقت به إلا في حالة الإهمال الجسيم<sup>(97)</sup>، ولم يُبيّن التشريع المقصود بالإهمال الجسيم، فتصدت محكمة النقض لتحديد مضمون هذا الخطأ وتعريفه، بكونه الخطأ العمدي الذي يصل إلى حد من الجسامة لا يمكن أن يُغتفر، من حيث تحديد حدوده ونطاقه، حتى لا يكون هناك اختلاف في تحديد مضامين هذا الخطأ بين محكمة وأخرى، ومن ثم عمدت المحكمة إلى توضيح النظام الذي يقوم عليه هذا الخطأ الذي يقوم عليه التعويض<sup>(98)</sup>.

بالتوجه نفسه، وسّع القضاء اللبناني من مسؤولية شركات الضمان في إطار المسؤولية القانونية عن حوادث السير، مؤكداً أن: «قصد المضمون عند تحريره عقد الضمان لا ينصرف إلى رفع المسؤولية عن كاهله فقط، بل كذلك إيجاد ضمانته لكل من يتضرر من هذه المسؤولية، لأنّه لولا حق هذا الأخير عليه لما كان يُفكر بإجراء العقد»<sup>(99)</sup>، وعليه: «إن كان الاجتهاد القضائي لا يزال متردداً - في معظمه - في قبول الدعوى المباشرة من المتضرر على الضامن، فإنّ ذلك لا يعني وجوب الاستمرار في هذا الموقف المتحفظ مادام له من نظرية التعاقد لمصلحة الغير أساس قانوني صالح لإقرار هذه الدعوى التي تقتضيها العدالة الاجتماعية، ذلك أنّ افتقار القانون اللبناني إلى نص صريح يُكرّس الدعوى المباشرة لمصلحة المتضرر على الضامن، لا يحول دون استخراج أساس لها من المبادئ القانونية العامة التي يمكن أن تتسع في مجال التطبيق إلى تناول حالات خاصة تنظمها فكرة واحدة يجمع بينها غرض واحد، لاسيما وأنّ نظرية التعاقد لمصلحة الغير قد تقدمت بخطوات كبيرة في تطورها واتساع نطاقها، وهي مصدر خصب يمكن للقاضي أن يرجع إليه في تفسير القانون، وتطبيقه وإكماله لو وجد نقص فيه، وذلك لتحقيق العدالة الاجتماعية ومعالجة القضايا الجديدة المنبثقة عن حاجات ملحة»<sup>(100)</sup>.

(96) Loi n° 85 -677 du 5 juillet 1985, JORF 6 juillet 1985, rectifiée par Loi n° 85 -1097 du 11 octobre 1985, Art. 9. JORF 15 octobre 1985.

(97) Loi n° 85 -677 du 5 juillet 1985. Art. 3 al. 1.

(98) Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 20 juillet 1987 (10 arrêts), Bull. civ, II, 1987, n° 160s. Confirmé par Ass. plén. 10 nov. 1995. D. 1995. p. 633.

(99) محكمة استئناف بيروت قرار رقم 35 بتاريخ 1958/01/10، مجموعة حاتم، جزء 33، ص 56.

(100) محكمة استئناف بيروت قرار رقم 35 بتاريخ 1958/01/10، مجموعة حاتم، جزء 33، ص 56.

وقد اعتبر العديد من رجال الفقه اللبناني هذا القرار ممهداً لصدور القانون عام 1977 الخاص بضمان حوادث السيارات مجيزاً للمتضرر إقامة الدعوى مباشرة أمام القاضي على الضامن وليس المضمون فقط، معتبرين ذلك دليلاً فعلياً على الدور الخلاق للاجتهاد القضائي المتلمس لحاجات المواطنين والضرورات الاجتماعية<sup>(101)</sup>.

### ثانياً- الاجتهاد القضائي والتوافق التشريعي القضائي

ضمن هذه الفرضية يمكن القول بأن كلاً من المشرّع من جهة والاجتهاد القضائي من جهة أخرى، مُتمسك بالموقف الذي تبناه حيال قضية غالباً ما تثير جدلاً فقهيًا وقانونيًا، بحيث إنّ التبني الحرفي والمنفرد لأي من هذين الاتجاهين سيترتب عليه تعطيل الاتجاه الآخر بالملق، وبالتالي انتفاء الغاية التي سعى كل منها في إطار تبنيه لهذا الموقف أو ذاك.

ويمكن أن نشير إلى الموقف المتباين بين كل من محكمة النقض الفرنسية من جهة، والمشرّع الجنائي الفرنسي حول قضية حماية البيانات الخاصة في إجراءات التفتيش الاستباقي، ففي حين أتاح المشرّع الجنائي لرجال الضابطة العدلية الحق بإجراء التدقيق على البيانات الشخصية، بما فيها بيانات الهوية الخاصة، وذلك للأشخاص الذين يشتبه بخطرهم على الصالح العام، ولمجرد الاشتباه<sup>(102)</sup>، رأت محكمة النقض الفرنسية في هذا الإجراء تعدياً على الحقوق والحريات الأساسية للأشخاص، معتبرة أنه لا يمكن أن يكون صحيحاً لمجرد الاشتباه، بل يجب أن يكون لدى هذه السلطات مؤشرات حقيقية تدل على خطورة هؤلاء الأشخاص، بما فيها بعض التصرفات التي صدرت عنهم<sup>(103)</sup>.

هذا التوجه القضائي، اعتبره المشرّع الفرنسي -فيما لو استقر- تعطيلًا كاملاً لأي فاعلية للتفتيش الاستباقي، ما حمل المشرّع الجنائي على التدخل من جديد، وفي معارضة صريحة لموقف محكمة النقض بتأكيد الحق في القيام بهذا الإجراء التفتيشي، حتى ولو لم تكن لدى السلطات الإدارية هذه الدلالات القطعية الثبوت، بحيث أتى التعديل التشريعي على هذه المادة لينص على حق هذه السلطات في التدقيق بغض النظر عن سلوك الشخص موضوع التفتيش<sup>(104)</sup>. فكان الموقف التشريعي واضحاً في وقوفه في وجه التوجه الاجتهادي.

(101) مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 30 وما بعدها.

(102) Art. (78- 2) du Code de procédure pénale.

(103) Cass. crim10 , novembre 1992, Bull. crim, n° 370.

(104) Art. (78- 2) du code de procédure pénale.

وعندما عرض الموضوع على المجلس الدستوري الفرنسي لبيان موقفه من هذا التباين التشريعي والاجتهادي، أكد المجلس الدستوري صوابية موقف المشرع الجنائي دون أن ينكر على محكمة النقض خصوصية اجتهادها وحققها الدستوري في الرقابة على الحريات بكونها حامية لهذه الحريات، لاسيما الفردية منها، مؤكداً أنه: «وإن كان من حق المشرع أن يقرر إجراء تدقيق على بيانات الشخص وبغض النظر عن تصرفاته، وإن كان غير مشتبه به أو لم يصدر عنه أمر معين، غير أن على هذه السلطة أن تدين بالمقابل ما هي الدوافع الحقيقية التي أمّلت عليها القيام بمثل هذا التدقيق»<sup>(105)</sup>.

ولذلك عاد المجلس الدستوري ليؤكد على أحقية محكمة النقض في التدقيق والوقوف على أي تصرف يمس حريات الأفراد، بحيث إنه يمكن أن تُمارس رقابتها على مدى جدية هذه الأسباب، والظروف التي أمّلت على السلطات القيام بمثل هذا التدقيق. ومما لا شك فيه أن المجلس الدستوري قد حاول التوفيق بين موقف السلطة التشريعية لكونها المؤطر التشريعي لحماية الحريات، بتأكيد أحقيتها بسن قانون يسمح للسلطات الإدارية بممارسة حق الرقابة الاستباقية بناءً على أسباب موجبة ومبررة، وأكد حق محكمة النقض بالتدقيق في صدقية هذه الأسباب حتى لا تمثل انتهاكاً لحريات الأفراد وحقوقهم.

وعليه، فإن المجلس الدستوري بهذه الكيفية قد بدّل في الأدوار، دون أن يُلغي العملية الرقابية بحد ذاتها، بمعنى أن التوجه القضائي كان يقوم على عدم القيام بمثل هذا التدقيق، ما لم تكن هناك أسباب موجبة ترتبط بتصرفات الشخص موضوع التدقيق، ولا يمكن للسلطات العامة القيام بمثل هذا التدقيق ما لم تقم هذه الأسباب، في حين أن الموقف التشريعي للمشرع، إنما كان يميل إلى حق السلطات العامة بالقيام بمثل هذا التدقيق بعيداً عن أية أسباب موجبة قد ترتبط بسلوك الشخص ذاته موضوع التدقيق.

كذلك وبحسب موقف محكمة النقض فإن على السلطات الإدارية أن تكون لديها هذه الأسباب ومن ثم تقوم بالرقابة، في حين أن موقف المشرع يذهب إلى إمكان القيام بهذه الرقابة حتى وإن لم تكن الأسباب مكتملة، على أن تقدم المبررات التي دفعها للقيام بهذه الرقابة فيما بعد. وعلى ذلك نعتقد أن مفهوم التدقيق لدى محكمة النقض يجب أن يقوم على مفهوم اليقين الذي لا يسمح بالرقابة الاستباقية، في حين أن مفهوم التدقيق لدى السلطات الإدارية إنما يقوم على مفهوم الظن المتيح للرقابة الاستباقية دون اليقين، وهذا خلاف جوهرى بين الأمرين، ومما لا شك فيه أن المحكمة الدستورية حاولت التوفيق بين

(105) Cons. const, décision n° 93 -323. *Recueil Dalloz critique*, 05 août 1993, Rec. 123.

الأمرين بتبني حق هاتين السلطتين في التدقيق في إطار ما يمكن تسميته الظن المبرر، الذي يتيح الرقابة الاستباقية المبررة.

## المطلب الثاني

### الاجتهاد القضائي والتشريع واحتمالية التجافي

التوافق التشريعي القضائي، على الرغم من كونه حقيقة قائمة، إلا أنها ليست بالمطلقة، فالواقع العملي لهذا التعايش إنما يثبت أن احتمالية التضاد في المواقف المتبناة بين كل من التشريع والاجتهاد القضائي، إنما تُشكّل الجزء الآخر من هذه الحقيقة، حقيقة تبرز في واقع المجافاة لكل منهما تجاه الآخر.

### أولاً- مجافاة التشريع للاجتهاد القضائي

يمكن حصول التجافي بين التشريع والقضاء في فرضيتين: الأولى في إطار ما يمكن تسميته بالقوانين التفسيرية التي تُبين إرادة المشرّع بطريقة لا لبس فيها ولا غموض، والثانية في قوانين الضرورة التي يفرضها المشرّع استجابة لضرورات معينة، تتجاوز في أبعادها المصالح الضيقة لأطراف النزاع إلى مصالح المجتمع، وفي الحالتين يفرض المشرّع رأيه الثابت على القضاء بعيداً عن رغبة أو حتى قبول هذا الأخير.

#### 1. القوانين التفسيرية

ضمن هذه الفرضية يمكن أن يُعطى التشريع الموقف الاجتهادي القضائي، بما يمكن تسميته باللوائح التفسيرية والفرعية التي يصدرها المشرّع أو يوكل عملية إصدارها إلى السلطة التنفيذية. فمن غير الخافي أن اللوائح التفسيرية، إنما تأتي لتفسر النص التشريعي وفق الإرادة التشريعية، وهي عند صدورها ذات أثر رجعي، بحيث أنها تُعبّر عن إرادة المشرع منذ لحظة صدور التشريع الأساسي لا الفرعي، وبذلك فهي حال صدورها تحل محل إرادة القاضي الذي يصبح مُلزماً بالتفسير الذي أراده المشرع لا الذي قد تبناه<sup>(106)</sup>.

هذه النقطة تبرز بشكل واضح، في حال صدور أحكام قبل صدور هذه القوانين التفسيرية، فهي وإن لم يكن لها أي دور في تعديل الأحكام القطعية، غير أن التناقض سيبرز في الموقف الاجتهادي القضائي، بعد صدور هذه الأحكام، لاسيما عندما تصدر هذه اللوائح بعد الطعن بالحكم بالنقض، وقبل أن تقول محكمة النقض كلمتها فيه، بحيث لن تعود

(106) Ch. Lemieux, Jurisprudence et sécurité juridique: une perspective civiliste, op, cit., p. 236s. F. Zenati, La jurisprudence, op, cit., p. 243.

الكلمة، من حيث الأصل للمحكمة، وإنما لإرادة المشرع التي خرجت للعلن بموجب هذا التشريع الفرعي، وعلى ذلك يمكن للنص المفسر أن يلزم القاضي مادام أنه لم يخرج عن حدود البعد التفسيري، على الرغم من ذلك، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية نفسها هي صاحب الصلاحية في تحديد كنه ومفهوم النص كونه نصاً تفسيرياً أم إنشائياً، وما إذا كان التشريع الذي وصفه المشرع بأنه تفسيري يتصف فعلاً بهذا الوصف أم تعده، وذلك تفادياً لإسباغ الرجعية على قانون تحت مسمى التفسير المخالف للقانون<sup>(107)</sup>. وعليه فالعبرة ليست في الوصف القانوني الذي يُمنح للنص التشريعي بكونه تفسيرياً أم لا، وإنما بتحديد مضامينه التي يجب أن تكون تفسيرية متقيدة بهذا المفهوم شكلاً ومضموناً<sup>(108)</sup>.

الأمر ذاته يمكن ملاحظته في النظام القانوني في كل من مصر وسورية ولبنان، فعلى سبيل المثال أكد القضاء الدستوري المصري، أنه لا يجوز للقوانين التفسيرية أن تخرج بالنص التشريعي عن حدوده ومداه، مؤكداً بذلك خضوعها لرقابة القضاء من حيث صحتها، بما فيها الرقابة على عدم تجاوزها غايات النص التشريعي، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية أن: «سلطة تفسير النصوص التشريعية سواء تولتها السلطة التشريعية أم باشرت بها الجهة التي عهد إليها بهذا الاختصاص، لا يجوز أن تكون موطئاً إلى تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها، أو يجاوز الأغراض المقصودة منها، ذلك أن المجال الطبيعي لهذا التفسير، لا يعدو أن يكون وقوفاً عند المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية، وهي مقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها... بل مناطها ما ابتغاه المشرع حقاً حين صاغها<sup>(109)</sup>.

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية أنه: «لا يجوز أن يتخذ التفسير التشريعي ذريعة لتصويب أخطاء وقع المشرع فيها، أو لمواجهة نتائج لم يكن قد قدر عواقبها حق قدرها حين أقر النصوص القانونية المتصلة بها، إذ يؤول ذلك إلى تحريفها، ويفضي عن تعديل لها<sup>(110)</sup>.

(107) Cass. com., 2 octobre 2001, Bull. 4, n° 156, n° 98 -19681. Cass. civ. 3, 27 février 2002, Arrêt n° 594, n° 00 -17902, Bull. civ. 3, n° 53, p. 46.

(108) G. Closset-Marchal, Application dans le temps des lois de droit judiciaire civil, Bruylant, 1983, p. 43.

(109) المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 232 لسنة 26، تاريخ 15 من أبريل سنة 2007.

(110) المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 232 لسنة 26، سبقت الإشارة إليها. راجع كذلك: المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 36 لسنة 9 تاريخ 14 مارس 1992. المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 34 لسنة 13 تاريخ 20 يونيو 1994.

## 2. قوانين الضرورة

قوانين الضرورة، أو قوانين النفاذ الفوري تمثل أيضاً بدورها تدخلاً من المشرّع في عمل السلطة القضائية أملت الضرورة، بحيث يمكن اعتبارها بمثابة القوانين ذات الأثر الرجعي أو التحفظي التي يسنها المشرّع لضرورات معينة تتضمن المعالجة الصريحة أو الضمنية، المباشرة أو غير المباشرة لبعض التصرفات التي تُعد أو يمكن أن تُعد باطلة<sup>(111)</sup>، وغالباً ما تتناول هذه القوانين في القانون المدني القضايا ذات الطابع المالي والتجاري. فعلى سبيل المثال بعد أن اعتبرت محكمة النقض في حكمين متتاليين في 16 آذار/ مارس و20 تموز/ يوليو 1994<sup>(112)</sup> العديد من الديون الائتمانية باطلة لعدم استيفائها للعديد من الشروط القانونية التي كان يتطلبها قانون حماية المستهلك<sup>(113)</sup>، وحتى يتلافى المشرّع الفرنسي هزة اقتصادية تتناول الجانب الائتماني في العمليات المصرفية لديه، اعتبر المشرّع أن مختلف عقود الإقراض التي كانت مبرمة، التي لم يصدر بها حكم قضائي بعد، والمفتقدة لهذه الحيثية القانونية صحيحة، مُغلقةً بذلك الطريق على محكمة النقض لإبطال هذه العقود، فيما لو عرضت على القاضي مجدداً.

ولدى وقوف المجلس الدستوري على مدى دستورية التوجه التشريعي الجديد، اعتبر أن هذا التوجه لا يُشكل انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات، مؤكداً أنه لا يعود لأي من الحكومة أو المشرّع، إمكانية تأنيب السلطة القضائية أو الطعن في أحكامها، غير أن المشرّع يمكنه في ظروف معينة وفي حالات الضرورة أن يضع قانوناً يكون له أثر رجعي لينظم حالات قانونية معينة، لاسيما عندما يترتب عليها آثار جنائية ونتائج اقتصادية تمس الصالح العام<sup>(114)</sup>. وبذلك اعتبر المجلس الدستوري أن هذا التشريع يُعد دستورياً.

(111) يجدر التنويه إلى أن المقصود بقوانين الضرورة وفق نص هذه الفقرة: «القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية بمقتضىات الضرورة»، وبالتالي هي تختلف عن مفهوم تشريع الضرورة المنعقد للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الدولة، الذي بموجه يمتلك هذا الأخير صلاحية إصدار مراسيم بقانون خارج أوقات انعقاد السلطة التشريعية، وإن كان من الممكن أن تقترب من تشريع التفويض الذي بموجه تفوض السلطة التشريعية التنفيذية ممثلة في رئيس الدولة صلاحية إصدار بعض القوانين حتى مع وجود البرلمان. لمزيد من التوضيح راجع: حسن كيرة، مرجع سابق، ص 221 وما بعدها.

R. Perrot, Loi de validation et loi rétroactive : leur incidence sur un procès en cours, *RTD civ.* 2000, p. 630.

(112) Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 16 mars 1994, Bull. civ, I, n° 100. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 20 juillet 1994, Bull. civ, I, n° 262.

(113) Art. L. 312- 8 du code de la consommation issu de la loi Scrivener du 13 juillet 1979.

(114) Cons. const, décision n° 96- 375 du 9 avril 1996, *JORF* du 13 avril 1996, p. 5730.

كذلك، قد يقف المشرع في وجه التوجه القضائي معارضاً هذا الأخير صراحة، وواضحاً نصاً تشريعياً يخالفه، قاضياً بذلك على هذا التوجه، بمعنى أنه وإن كان الحكم القضائي قد تم تطبيقه على أطراف النزاع في إطار قوة القضية المقضي بها، فإنه لن يتعداها إلى القضايا المماثلة، لأنَّ المشرع سحب الأساس القانوني لأي عملية تبرير قانوني لاحقة لهذا الحكم.

ضمن هذه الفرضية يمكن أن نشير إلى موقف المشرع الفرنسي من موقف الاجتهاد القضائي حيال قضية المسؤولية المهنية للطبيب فيما عرف بقضية (بيريش) «Perruche»، ففي حكمها القضائي الشهير المؤرخ في 17 تشرين الثاني/نوفمبر 2000<sup>(115)</sup> المتعلق بهذه القضية، عدلت محكمة النقض الفرنسية العديد من القواعد القانونية المستقرة في موضوع وحدود المسؤولية الطبية، لاسيما في تحديد مدى الحق في المطالبة بالتعويض ونطاقه، حيث أكدت بأنَّ العاملين في الحقل الطبي الذين لا يستطيعون استقراء حالات الإعاقة لدى المواليد الجدد سيكونون عرضة للمسؤولية الطبية والمطالبة بالتعويض من الطفل المعاق ذاته، هذا التعويض الذي لا يمكن توقع نتائجه والمكلف بشكل كبير، والمستمر ببقاء المعاق على قيد الحياة، علماً بأنَّ هذا الإعاقة ليست بحال من الأحوال نتيجة قطعية لخطأ الطبيب، وإنَّما لحالة مرضية لا علاقة للطبيب بها، وأنَّه ليس ثمة علاقة قانونية متصورة بين الطبيب والمولود الجديد تفترض وجود هذا الخطأ.

هذا الموقف الاجتهادي كان محط جدل قانوني وفقهي حاد في مختلف الأوساط القانونية والطبية في فرنسا، ومؤسسات المجتمع المدني لاسيما المعنية بالطفولة، وتحديداً لذوي الاحتياجات الخاصة منهم<sup>(116)</sup>. كما أنَّ هذا الحكم والنتائج التي ترتبت عليه، دفعت

(115) Cass. Ass. plén 17, novembre 2000, Bull. civ, *Asse plénière*, n° 9, rapp. P. Sargos et J. Sainterosé. Bull, n° 526, p. 3s.

تتلخص وقائع القضية في أنَّ سيدة حامل طالبت وبشكل صريح من الطبيب والمخبر الطبي إجراء التحليل المخبري اللازم لتبيان فيما إذا كانت مصابة بمرض الحصبة الألمانية كونه سيؤثر على الجنين وسيؤدي إلى احتمال ولادته معاقاً، معربة بصريح الإرادة أنَّه في حال كانت نتيجة التحليل إيجابية برغبتها في الإجهاض. نتيجة التقصير الطبي تم إعلامها بأنَّ النتيجة سلبية، عند الولادة جاء الطفل معاقاً نتيجة تأثير هذا المرض عليه، قامت والدته الطفل المعاق بالأصالة عن نفسها وبالنيابة عن مولودها المعاق برفع الدعوى على كل من الطبيب والمخبر الطبي للمطالبة بالتعويض، قاضي الموضوع أقر الحكم بالتعويض للأهل ورفضه بالنسبة للمولود، القرار الذي تم نقضه من قبل الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية باعتباره لم يمنح التعويض للطفل، أعيد القرار إلى قاضي الموضوع الذي أعاد التأكيد بعدم أحقية الطفل بالتعويض، الموقف الذي لم يرق لمحكمة النقض التي أقرت بغرفها المجتمعة بحق الطفل والعائلة بالتعويض استناداً إلى الخطأ الطبي في هذا المجال في ولادة طفل معاق وحرمان السيدة الحامل من ممارسة حقها في إنهاء الحمل.

(116) C. Radé, *Etre ou ne pas naître? Telle n'est pas la question ! Responsabilité civile et assurances (RCA)*, janvier 2001, p. 4. P.Y. Gauthier, *Les distances du juge à propos d'un débat éthique sur la Responsabilité Civile*. JCP, G, 2001, 287.

شركات التأمين إلى الإحجام عن التأمين على مسؤولية الطبيب، نظراً للتكاليف المرتفعة لهذه العملية التأمينية، ما هدد بإبقاء هذه المسؤولية خارج التأمين، مما سيدفع الأطباء إلى الإحجام عن تقديم المشورة الطبية حيال هذه القضايا، الأمر الذي سينعكس سلباً على الوضع والمنظومة الطبية الفرنسية برمتها، وبالفعل أضحى السؤال هل الطبيب مسؤول عن الإعاقة الجسدية للطفل المولود حديثاً أم عن واقعة الولادة لطفل معاق، والفرق بين الأمرين شاسع.

أمام هذه الحالة من الارتباك الفقهي والتشريعي والمجتمعي، حاول المشرع الفرنسي التدخل السريع للوقوف في مواجهة هذا الحكم القضائي، فتم إعداد مشروع قانون عرض على مجلس الشيوخ الفرنسي، الذي جمده رغبة في انتظار تبين موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي، وبالفعل لم يتأخر رد محكمة النقض التي أيدت حكمها الأسبق بثلاثة أحكام جديدة<sup>(117)</sup>. هنا وجد المشرع الفرنسي أنه لا بد أن يتخذ خطوة إلى الأمام في مواجهة هذه الأحكام. بالفعل، وقبل أن يتحول هذا التوجه القضائي لدى محكمة النقض الفرنسية لاجتهاد قضائي مستقر، تبنى المشرع الفرنسي بتاريخ 4 آذار/ مارس 2002 قانوناً يعارض هذا التوجه، درجت التسميات الفقهية على تسميته قانون (انتي بيريش) «Anti-Perruche»، ليقضي في مادته الأولى بأنه: «لا أحد يمكن أن يُطالب بالتعويض لمجرد واقعة ولادته». هذا النص تم إدخاله في نصوص قانون المبادرة الاجتماعية والعائلة المعروف بقانون العائلة<sup>(118)</sup>.

من خلال هذا الحكم القضائي دفعت محكمة النقض المشرع دفعاً للتدخل لتنظيم موضوع المسؤولية الطبية تشريعياً من جديد، حيث جاء التدخل التشريعي سريعاً لتفادي أن يتحول الموقف الاجتهادي القضائي إلى مبادئ قضائية مستقرة تعيد النظر في المرتكزات التي تقوم عليها هذه المسؤولية في المجتمع الفرنسي، لاسيما في مواجهة شركات التأمين التي لم تعد متحمسة للدخول في هذه العملية التأمينية خوفاً من تبعات المسؤولية المدنية التي كان سيكرسها الاجتهاد القضائي الفرنسي فيما لو استقر، ما وضع حداً لمختلف هذه الشكوك قبل أن تتفاقم النتائج المترتبة عليها.

## ثانياً- مجافاة الاجتهاد القضائي للتشريع

بالرغم مما سبق، إلا أنه ليس على القاضي الانصياع الكامل للتوجه التشريعي، حيث يمكنه رغماً عن توجه المشرع أن يقف في مواجهة الموقف التشريعي، ويتخذ الموقف

(117) Cass, Ass. plén., 13 juillet 2001, pourvoi n° 97-17.359, pourvoi n° 97-19.282, pourvoi n° 98 -19.190, Bull. 2001, Ass. plén., n° 10 [3 arrêts].

(118) Art. L. 114-5 al. 1. Code de la famille.

القانوني الذي يراه مناسباً في هذا المجال، لا اعتراضاً على النص التشريعي بذاته، وإنما مراقبة له من حيث مضمونه ومحتواه الذي يفترض أن يتطابق مع الغايات التشريعية التي وضع من أجلها. هذه الغايات الذي يُعد القاضي بوصفه المعني بتطبيق النص التشريعي هو المخول بالتأكد من توافقها مع هذه الغايات. ولعل الهامش الأكبر الذي لعبه الاجتهاد القضائي في هذا المجال يتعلق بقضية الرقابة على الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، ما بين سمة الانفتاح التي تميز الاجتهاد القضائي، التي يراقبها المشرع بعين من الحذر والتحفظ.

### 1. الحريات والحقوق الأساسية، والدور الاجتهادي المنفتح

في دولة تقوم على مبادئ إنسانية سامية ثلاثة هي: الحرية والعدالة والمساواة، يغدو القضاء هو الضامن لهذه الحريات والحقوق باعتباره المعني بحمايتها، الأمر الذي يمكنه من أن يقف مرات عديدة في مواجهة النص التشريعي ذاته، وصولاً إلى تعطيله، ذلك أنه وإن كان المشرع هو المعني بوضع النصوص القانونية التي تحمي الحريات والحقوق كما الحق في الحياة والحق في الحرية والأمن، والحق في احترام الحياة الخاصة والحياة العائلية والحق في التملك وغيرها من الحقوق، إلا أن القضاء هو الرقيب على صحة التكييف القانوني للنص التشريعي الموضوع لحماية هذه الحقوق، ما يمنحه القدرة على تجاوز النص القانوني في حال عدم حمايته لهذه الحقوق، فالقاضي هو المعني بتحديد ما إذا كان النص التشريعي ينتهك أو يحترم هذه الحقوق والحريات بوصفه الضامن لها. وفي حال وجد ذلك، يغدو القضاء في موقف معطل ومعارض للنص التشريعي، الذي غالباً ما يركز لموقف تشريعي أوروبي أكثر جرأة وسطوة من المشرع المدني الفرنسي.

ولعل المثال الأبرز لذلك المبدأ الذي أقرته محكمة النقض الفرنسية بدوائرها مجمعة بتاريخ 23 كانون الثاني/يناير عام 2004<sup>(119)</sup>، مُبينة من خلاله طبيعة العلاقة القانونية بين الاجتهاد القضائي والمشرع المدني بالتأكيد أنه وإن كان للمشرع أن يضع قواعد قانونية ذات أثر رجعي حتى في قضايا القانون المدني، فإن مبدأ سيادة القانون والحق في المحاكمة العادلة المنصوص عليه في المادة (6) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(120)</sup>، يقتضي تطبيق هذا الاستثناء في أضيق الحدود، وضمن مبررات حقيقة وجدية في إطار الصالح العام، ولا يمكن قبول تدخل السلطة التشريعية في منظومة عمل السلطة القضائية إلا ضمن هذه الضوابط، معتبرة أن هذا المبدأ يمثل القاعدة العامة الواجبة الاحترام في

(119) Cass. Ass. plén 23, janvier 2004. Bull, p. 290s.

(120) Art. 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ensemble l'article 2 du Code civil.

العلاقة بين الاجتهاد والتشريع، بغض النظر عن التوصيف القانوني للتشريع، والذي على أساسه استبعدت المحكمة تطبيق التشريع التفسيري لمخالفته لحدود ونطاق البعد التفسيري من جهة، وأحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من جهة أخرى المتعلقة بالحق في المحاكمة العادلة، استناداً إلى أنّ القانون التفسيري هو القانون الذي يفسر إرادة المشرع ولا ينطوي على إيراد أحكام أو مصطلحات جديدة، وأنّ إيراد تعريف غير محدد أو مبهم يخرج هذا التشريع من بعده التفسيري.

ولما كان التفسير التشريعي الجديد إنّما جاء لحماية مصالح خاصة تمثلت في عدم موافقة المؤجرين على التوجه القضائي للمحكمة، حيث تناول المشرع تفسير المقصود بالإيجار التجاري للمادة (L. 38-145) من القانون التجاري، الأمر الخارج عن صلاحياته، فإنّ المشرع بنصه التشريعي الجديد قد وقف إلى جانب أحد أطراف العلاقة التعاقدية، ولم يتقيد بالصالح العام، وبذلك خالف مفهوم العدالة القضائية المنصوص عليها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وعليه يكون التوجه القضائي الذي تبنته محكمة الاستئناف الفرنسية، باستبعادها التفسير التشريعي للنص صحيحاً ومنسجماً مع النص التشريعي غايةً وروحاً، وإن لم يتوافق معه نصياً وحرفياً، ما يجعل قرارها يطابق صحيح القانون<sup>(121)</sup>.

وبالفعل، وبعد أنّ صادقت محكمة النقض على توجه ومبررات محكمة الاستئناف، عدلت محكمة النقض من موقفها الاجتهادي، بما يسمح لها تطبيق ممارسة حقيقة للبعد التفسيري في النصوص التي يستند إليها المشرع في التطبيق في إطار الاستناد إلى الحق في محاكمة عادلة وفق أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، من خلال البحث في مفهوم الصالح العام<sup>(122)</sup>.

إضافة إلى الحق في المحاكمة العادلة، وفي إطار احترام الحق بالمساواة، استبعد قاضي الموضوع الفرنسي النص القانوني الذي يُميّز في الميراث بين المواليد ضمن مؤسسة الزواج والمواليد خارج هذه المؤسسة، مستنداً إلى تأنيب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(123)</sup> لمحكمة النقض الفرنسية على قرارها السابق بالإبقاء على هذا التمييز

(121) Ass. plén., 24 janvier 2003, *Bull. civ.*, n° 2 et n° 3, D, 2003, p. 1648, note S. Paricard-Pioux.

(122) P. Thery, *Le droit à une législation figée ? RTD civ.* 2004, p. 341.

(123) CEDH., le 11 mars 2004. Requête n° 68864 /01. Affaire H. Merger et C. Cros contre la France.

والتي كانت تقوم بتطبيق النص بشكل حرفي<sup>(124)</sup>، حيث استند قاضي الموضوع بألوية الاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية<sup>(125)</sup>، لتسانده فيما بعد محكمة النقض الفرنسية<sup>(126)</sup>. وبالفعل تدخل المشرع الفرنسي فيما بعد، حيث كان من بين النصوص التي عدلها في القانون المدني القديم هذا النص، وقضى بالمساواة في المعاملة الإرثية بين مختلف الأولاد سواء في مؤسسة الزواج أو المعاشرة<sup>(127)</sup>.

في توجه مقارب كرّس القضاء اللبناني مبدأ تفوق المعاهدة الدولية على القانون العادي، معتبراً أنه على الرغم من النص الذي يقضي باختصاص المحاكم التي يمارس الممثل التجاري نشاطه التجاري ضمن نطاق ولايتها بالنظر في المنازعات الناتجة عن عقد التمثيل باعتبارها صاحبة الولاية العامة في ذلك<sup>(128)</sup>، غير أن كل اتفاق مخالف لذلك ورد في معاهدة دولية يظل صحيحاً وهو الأولى بالتطبيق في حال التعارض، وعليه فإن إبرام معاهدة تجارية مع دولة أجنبية تضمنت بند التحكيم يعطي الصلاحية لغرفة التجارة في تلك الدولة الأجنبية بجعل نص المعاهدة هو الواجب التطبيق<sup>(129)</sup>. موقف لم يتوان المشرع المدني الإجرائي اللبناني فيما بعد عن تبنيه، مؤكداً بأنه عند تعارض أحكام المعاهدات الدولية مع أحكام القانون العادي، تتقدم الأولى على الثانية في مجال التطبيق<sup>(130)</sup>.

## 2. الحقوق والحريات الأساسية للفرد، والدور التشريعي المتحفظ

بالرغم من أهمية قضية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد في التشريع المدني الفرنسي والأوروبي على السواء، إلا أن المشرع المدني الفرنسي في التعديل الأخير

(124) Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 25 juin 1996, D. 1996, p. 195. J. Thierry, Droits successoraux des enfants adultérins, *Dalloz*. 2000, p. 332.

(125) TGI. Montpellier du 2 mai 2000. Cité dans la Décision de la CEDH, le 11 mars 2004. Requête n° 68864 /01. Affaire H. Merger et C. Cros contre la France.

(126) Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 6 janvier 2004, Bull. 2004, I, n° 10, pourvoi n° 02-13.901. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 7 juin 2006, Bull. 2006, I, n° 297, pourvoi n° 04-19.176. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 14 novembre 2007, Bull. 2007, I, n° 360, pourvoi n° 06-13.806.

(127) Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, *JORF* du 4 décembre 2001. p. 19279. Voir aussi, Arts. 733-735. Code civil français.

(128) قانون التمثيل التجاري الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 34 لعام 1967 والمعدل في عام 1975. المادة 5.

(129) محكمة استئناف بيروت، الغرفة الأولى، بتاريخ 1972/04/06 مجلة العدل 1972، ص. 343. محكمة استئناف بيروت، الغرفة الأولى، رقم 121 تاريخ 1988/04/26. مجموعة حاتم، جزء 195، ص. 291.

(130) قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لعام 1983. المادة (2).

للقانون المدني الذي تم تبنيه في عام 2016 أسقط مبدأ احترام الحريات والحقوق الأساسية كمحدد إضافي للحرية التعاقدية بين الأطراف، مكتفياً بتقيدها باحترام النظام العام، والنصوص القانونية المتعلقة بالأداب العامة، وذلك بخلاف التوجه الذي تبناه مشروع القانون المهد لهذا القانون، الذي كان قد أقر به إلى جانب هذين القيدتين مبدأ احترام الحريات والحقوق الأساسية للأفراد<sup>(131)</sup>، متماشياً في ذلك مع الدور الرقابي للاجتهاد القضائي في ضمان التوازن بين الحرية العقدية وحقوق الأفراد وحرياتهم، بحيث لا تتضمن هذه الحرية أي تعد على هذه الحقوق والحريات، الأمر الذي كان سيمثل -فيما لو كان قد أقر- الدخول الحقيقي والفعلي كما الرسمي والصريح لنظرية الحقوق والحريات الأساسية في منظومة العقود المدنية، باعتبارها قيداً جديداً صريحاً وواضحاً على مفهوم الحرية التعاقدية، لجهة عدم التعدي على هذه الحقوق والحريات ذات الدلالة المدنية المرتبطة بأشخاص القانون الخاص، كما أنه كان سيعزز من مكانة الاجتهاد القضائي في الدفاع عن هذه الحقوق والحريات بشكل أقوى، حيث إن القضاء لن يعود الحامي لهذه الحقوق والحريات في النطاق التطبيقي غير الرسمي وحسب، بل أيضاً في النطاق التقني الرسمي، ما سيعزز من دور القضاء ليتجاوز دور الرقيب إلى دور المؤطر، لاسيما مع الحديث المتنامي حول حدود الدور القضائي في قضية هذه الحريات والحقوق، وهل لا زال حامياً لهذه الحريات أم أصبح مصدراً لها، من يتبع من في تحديد مضامين هذه الحقوق والحريات، المشرع أم القضاء.

هذا التخوف من الدور المتعاظم للقضاء في هذه الفرضيات دفع واضعي مشروع القانون إلى تقييد سلطة القضاء في الرقابة على هذه الحقوق والحريات، وجعلها مبتورة ومقصورة على الاعتداءات التي تقع على الحريات والحقوق الأساسية المعترف بها في نص قابل للتطبيق على العلاقات بين أفراد القانون الخاص<sup>(132)</sup>، الأمر الذي كان سيقيد الدور الرقابي للقضاء على هذه الحريات والحقوق فقط بتلك المنصوص عليها بنصوص تشريعية مقننة من جهة، ومرتبطة بأشخاص القانون الخاص من جهة ثانية، ما اعتبره البعض عودة بالقضاء إلى ذات الفلسفة القانونية التي حكمت دور القضاء في إعلان

(131) Art. (1102). "Terré", projet de loi portant réforme du droit des contrats. Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. JO n° 40 du 17 février 2015. Consulté le site d'internet : [http://www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf).

(132) Ibid.

حقوق الإنسان في التشريع الفرنسي لعام 1789<sup>(133)</sup> ووضعاً القضاء تحت سطوة التشريع في حماية هذه الحقوق والحريات، بحيث إن هذه الرقابة لن تمارس إلا في إطار الحقوق والحريات التي يعترف بها المشرع أولاً، ووفق التوصيف القانوني الذي يمنحه المشرع لهذه الحقوق، ثانياً، ما سيُعد تراجعاً في الدور الرقابي للحماية القضائية لهذه الحقوق والحريات، وهو الأمر الذي دفع العديد من رجالات المؤسسة القضائية إلى الوقوف ضد هذا النص التشريعي والمطالبة بإلغائه من مقترح مشروع القانون، بعد أن كانت المؤسسة القضائية تُطالب بإدراجه ضمن نصوص القانون الجديد رغبة في تعزيز دور القضاء في حماية هذه الحقوق والحريات استجابة للعديد من اشتراطات تحديث القانون المدني الفرنسي المطلوبة على المستوى الأوروبي، والتي غالباً ما وَبَحَّت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المشرع المدني الفرنسي على تقصيره فيها<sup>(134)</sup>.

(133) لعل التجربة التشريعية للمشرع الفرنسي في إعلان حقوق الإنسان والمواطن من الدلالات المهمة في توضيح هذا التوجه، فالقائمون على التشريع استشعروا أن العديد من هذه الحقوق تتعارض فيما بينها، وأن النص القانوني لا يمكن أن يجري على إطلاقه، ما يوجب وضع ضوابط قانونية له، ولم يكن مقبولاً أن يترك الأمر للقضاء. من هنا أقرت نصوص الإعلان ذاته هذا الإطار، بالقول بأن الحرية هي القدرة على القيام بكل ما لا يؤدي إلى الإضرار بالغير، ودور القانون وضع القواعد التي تمنع حصول هذا الاعتداء، بحيث إن التشريع ليس من حقه سوى الحد من التصرفات المسيئة ووضع العقوبات اللازمة لذلك، فالقانون هو المعبر عن الإرادة الجماعية، والمشرع هو المعبر عن إرادة الشعب، مؤكداً بأن كل ما لم يحظره التشريع، لا يمكن أن يكون محظوراً، وليس لأحد القدرة أو الحق بإقرار ما لم يقره القانون. ولعل العبارة الأخيرة ذات دلالة واضحة ومفصلية في تحجيم دور القاضي، ومن ورائه السلطة القضائية، وتعظيم دور المشرع في هذه العملية، وصولاً إلى النتيجة التي أرادها واضعو هذا الإعلان بكون القاضي حامياً للحريات وليس مصدرها.

Arts. 4-5-6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen 1789. F Geny, Méthode d'interprétation et source en droit privé positif, T. I, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1919, p. 200.

(134) Pour une vue d'ensemble, C. Aubert de Vincelles, Les principes généraux relatifs au droit des contrats, In F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008, p. 113, spéc. p. 115.

## الخاتمة

قدم البحث محاولة بحثية تناولت حقيقة الدور المصدري للاجتهاد القضائي في التشريع المدني الفرنسي ونظرائه المصري والسوري واللبناني في إطار دراسة قانونية تأصيلية مقارنة لسؤال جدلي فلسفي لموضوع قانوني المظهر، لا يزال الجدل فيه قائماً بين منكر ومقر، مناقشاً فرضيات عدة تمحورت حول تأكيد أو نفي الصفة المصدرية للاجتهاد القضائي في كلتا المدرستين الفرنسية والعربية، وتحديد طبيعة ونطاق الدور الذي يقوم به في مصدرية النص القانوني، والطبيعة القانونية التي يمكن منحها لهذا «المصدر القانوني» بهدف إثبات حقيقة وجوده وخصوصيته، وصولاً لاقتراح رؤى قانونية ترتقي بمفهوم الاجتهاد القضائي، ضمن المنظومة القانونية الفرنسية والعربية، معتمداً في تثبيت الإجابة على مختلف هذه الفرضيات المنهج التحليلي المعمق.

وقد بينَّ البحث أنَّ القاضي إنما ينطق، بما يقوله القانون لا التشريع، حقيقةً دعمها التحليل الفقهي للنصوص التشريعية، وأكدت عليها الهيئة القضائية العليا ممثلةً بالمحكمة العليا في كلتا المدرستين، وعليه وإن كان الاجتهاد القضائي لا يزال حتى يومنا هذا لا يُعدُّ مصدراً رسمياً للقانون في هاتين المدرستين، فإنَّ ذلك لا ينفي كونه حقيقةً وفعلاً مصدراً من مصادر هذا القانون ضمنهما، ما يوجب عليهما التكيف مع هذه الحقيقة، بإعادة الاعتراف للاجتهاد القضائي بدوره المصدري الحقيقي لا المصطنع، والتفكير ملياً في منحه المكانة التي يستحقها في التدرج القانوني لمصادر القانون ضمن أنظمتها القانونية.

### 1. الاجتهاد القضائي، الصانع الحقيقي للقاعدة القانونية

ما من شخص يستطيع أن ينفي أن بنية القاعدة القانونية تتوزع بين مصدرين رئيسين: الأول مادي موضوعي والثاني شكلي رسمي، حيث يُشكّل الأول المصادر التي تتمحور بين الدين والعرف والعقل، ليعبر الأول عن الإطار المعتقدي للقاعدة القانونية، وليمثل الثاني إطارها الاجتماعي، في حين أنَّ الثالث يبقى المعبر عن إطارها الفكري، بينما يُمثّل الثاني المصادر الشكلية لهذه القاعدة، التي تمثل الثوب الذي يمكن أن نرى فيه هذه القاعدة القانونية، التي غالباً ما تحددها السلطة المختصة في الدولة ممثلةً بالمشرع، دون أن يكون لها ثمة علاقة في ابتكار النص القانوني، كونها مؤطرة لها وليست صانعة له، وبأنَّ الجوهر الذي يسهم في بناء فكرة القاعدة القانونية التي تستمد هذه الأخيرة منه وجودها وكيونتها، إنما يتمثل في بعدها المادي الموضوعي لا الشكلي الرسمي، بمعنى أنَّ سمة الابتكار في هذه القاعدة إنما ترتتهن للمصادر التي تكون ركنها الموضوعي لا الشكلي.

وعليه، لم يكن التشريع يوماً صانعاً للقانون، وإنما ناطقاً به، فهو عملية إجرائية شكلية لصياغة النص القانوني وليس عملية فكرية لبناء النص، فالصنعة في هذا القانون تبقى لدور العقل المتمثل في الفكر التحليلي الذي يقوم به رجال القانون، لاسيما المتخصصون منهم، تحديداً الأكثر تماساً وتعايشاً مع القانون، ونعني بهم رجال القضاء والفقهاء، غير أنه ولما كان رجال القضاء يجمعون في طبيعة دورهم المصدري للقانون بين البعد التفكيري التحليلي القائم على العقل، والبعد المصدري الشكلي القائم على اعتباره صادراً عن سلطة تتمتع بالصفة الرسمية، يغدو هذا المصدر هو المصدر الواجب المراعاة للقاعدة القانونية، كونه يجمع بين البعدين الموضوعي المتمثل بالعقل، والشكلي المتمثل بمؤسسة القضاء، فهو ليس مجرد ناطق للقانون اكتسب صفته المصدرية من البعد الشكلي لا الموضوعي كما هو الحال بالنسبة للتشريع، وليس هو مجرد صانع للنص القانوني يفتقد للصفة الرسمية كما هو الحال بالنسبة للفقهاء.

وبذلك في هذه المعادلة البسيطة يغدو الاجتهاد القضائي مصدراً من مصادر القانون يفوق التشريع بصنعيته للنص القانوني، ويفوق الفقهاء بسمته المصدرية، ما يجعل تغيب المصادر الموضوعية المكونة لهذه القاعدة بما فيها الاجتهاد القضائي، على حساب الشكلية، أمراً فيه حيف كبير لهذا الاجتهاد، كونه ينكر عليه دوره المصدري الرئيس في بلورة القاعدة القانونية.

وما اعتلاء التشريع على الاجتهاد القضائي إلا مسألة تنظيمية تقتضيها مقومات النظام القانوني لكل دولة، حيث منحت الأنظمة اللاتينية وفي مقدمتها الفرنسية ومن يدور في فلكها، التشريع صلاحية النطق الرسمي بما يقوله القانون ابتداءً قبل من يصنعه، بل ومنكرة من الناحية الرسمية أي دور لهذا الصانع. في حين أن منظومة الدول الأنكلوسكسونية كانت أكثر إنصافاً، ولم نقل عدالة، في منح الحق بالنطق بالقانون ابتداءً لصانعه لا مؤطره، ذلك أن التشريع في أحسن حالاته هو مؤطر للقانون أكثر منه صانع له، فالصنعة والتطبيق والبلورة وحتى الصياغة هي صنعة قضائية بامتياز، أما الإصدار والرسمية فهي صنعة تشريعية، وهو الأمر الذي يلمسه المواطن العادي أكثر من المحترف القانوني، مما جعل التشريع في العرف العام المصدر الرئيس للقانون، في حين أن الأمر خلاف ذلك حقيقة، فإن تفوق التشريع على الاجتهاد في الصورة الإعلامية كمصدر من مصادر القانون، إنما يرتبط بالكم لا بالكيف، علماً بأن الأصل في الفكر القانوني هو للكيف لا للكم.

فمصدرية التشريع هي مصدرية تقريرية لما هو قائم، بينما مصدرية الاجتهاد القضائي هي مصدرية إنشائية لما يجب أن يكون وفق منطوق القانون الوضعي في مرحلة زمنية

معينة، ووفق منطوق القانون الطبيعي في حال التحول القضائي. ولا ندري أية خطيئة يرتكبها القاضي حينما يبتكر القاعدة القانونية الاجتهادية من روح القانون، وما هو الأساس في نسبة هذا العمل الابتكاري المعتمد على روح القانون إلى التشريع، فكلاهما التشريع والاجتهاد القضائي إنما يدوران في فلك روح وفلسفة القانون، وكلاهما يستقيان أحكامهما منه، ولا ندري أية بدعة أريد بها إلياس البعد الاجتهادي القضائي هذه المنقصة لسلب البعد الابتكاري عنه، فالإقرار بالقدرة الابتكارية للقاضي ابتداءً يجب أن يوافقها الإقرار بنسبة هذا الابتكار انتهاءً لصانعه لا لمروجه، من حيث نسبته للقضاء لا للمشرع، والإقرار بأن النص القضائي المبتكر هو من روح القانون لا التشريع، والفرق بين الأمرين بيّن جلي.

## 2. الاجتهاد القضائي، المكافئ المصدري للتشريع

أثبت البحث بطريقة لا تحتمل الشك أن الاجتهاد القضائي لا يكمل التشريع، وإن كانت الأدبيات الفقهية قد درجت على قول ذلك، وإلا كان في ذلك اختزال للقانون برمته في التشريع وهو أمر محسوم لخلاف ذلك. كذلك، بيّن البحث أنه كذلك لا يكمل القانون، ذلك أن القانون لا سيما بالنسبة لأصحاب نظرية القانون الطبيعي هو كل متكامل، ومختلف هذه الأدوات من تشريع واجتهاد وعرف، إنما تستقي وجوديتها من هذا المفهوم الذي يمثل جوهر القانون لتبرز ما يسمى بالقانون الوضعي الذي يخاطب مجتمعاً ما في مرحلة زمنية معينة.

وبذلك يمكن القول أنه ناطق بالقانون بمفهومه الطبيعي، ومنشئ للقانون بمفهومه الوضعي، شأنه في ذلك شأن بقية الأدوات الإنشائية الأخرى للقانون برمته، ما يجعله مصدراً أصلياً من مصادر القانون شأنه في ذلك شأن التشريع، فهو لا يكمل التشريع ولا يكمل القانون بمفهومه الطبيعي، بل هو الناطق بما يقوله القانون في حال لم يذكر هذا المنطوق من قبل التشريع، فما لم يقله التشريع يقوله القضاء إن سئل، دون أن يكون ملزماً بمنهج التشريع، فله الحق أن يقول في مواضع عديدة ما يخالف مقولة التشريع، ما دام أنه وجد ذلك يوافق القانون.

فليس التشريع هو من يحدد ما يقوله القضاء أو ما لا يقوله، كذلك ليس مكانة الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون الأخرى هي من تحدد ذلك، وإنما الواقعية القانونية استناداً لفهم الطبيعة الحقيقية لعمل القاضي في معرض بلورته للاجتهاد القضائي ومن خلفه صياغة القاعدة القانونية، علماً بأن القاعدة القانونية الاجتهادية التي ينشئها القضاء ليست قاعدة قانونية تشريعية؛ لأن المحاكم لا تملك سلطة التشريع، ولكنها قاعدة قانونية

قائمة مكتملة الأوصاف، وإن لم يعترف بها المشرع كونها لم تصدر عنه.

على هذا الأساس، وبعيداً عن الأقوال الفقهية المتعلقة بقضية إعادة تموضع الاجتهاد القضائي ضمن هذا الهرم، ما بين سمو التشريع عليه وسموه على التشريع، فالقول بأي منها لا يمكن القبول به على إطلاقه، فالادعاء بأن الاجتهاد القضائي أدنى من التشريع استناداً للقول بأن الحكم القضائي يجب أن يستند إلى النص التشريعي، على الرغم من صدقيته، فهو لا ينطوي على الحقيقة المطلقة، ذلك أن الاجتهاد القضائي في العديد من الأحيان إنما يخالف التشريع، موجداً قواعد قانونية لا تتفق مع التشريع، وأن القول بأن الاجتهاد القضائي أعلى من التشريع، لا يمكن اعتماده على إطلاقه لاسيما في ضوء قدرة التشريع على تعطيل الحكم القضائي.

وعلى ذلك، إن كان التشريع له القدرة على كسر وتعطيل الحكم القضائي، أو كان القاضي لديه القدرة على تعطيل التشريع، فإن ذلك لا يفيد بأي حال من الأحوال بخضوع أحدهما للآخر، بقدر ما هو من مستتبعات التطبيق العملي للتطبيقات والتدخلات فيما بينهما باعتبارهما من مصادر القانون، فالقاضي يحترم التشريع والتشريع يحترم القاضي، وبالتالي، فإن مقولة اعتبار الاجتهاد القضائي في مرتبة أدنى أو أعلى من التشريع أمر فيه نظر بالنسبة لنا.

فالقاضي عليه أن يحترم النص القانوني ويقوم بتطبيقه، لكن هذا التطبيق والاحترام ليس تطبيقاً أعمى، وإنما له فيه مجال رحب من الحرية والتقدير في فهم وتطبيق هذا النص، فالاجتهاد القضائي إنما وجد نظراً لطبيعة عدم الكمال التي تعترى التشريع، وللعمل على مواءمة التطبيق العملي مع الظروف الاجتماعية المحيطة به، وعلى ذلك إن كان الاجتهاد القضائي في مرتبة أدنى من التشريع، فإنه لن يستطيع القيام بالمهام الموكلة إليه، ذلك أن عليه حينها تطبيق التشريع دون أية قدرة على تقيمه، وأن الاجتهاد لا يمكنه تجاهل النص التشريعي بالمطلق، وبذلك يغدو القول بأنه أعلى من التشريع كذلك دونما مصداقية.

وعلى ذلك يبقى القول الأقرب للدقة تأكيد أن الاجتهاد القضائي والتشريع إنما يحتلان ذات المرتبة التراتبية في مصدرية القانون، فهما مصدران رئيسان يكمل أحدهما الآخر. لذلك فإن القول بوجود تعارض أو تناحر بين التشريع والاجتهاد مقولة لا قيمة لها، وإذا ما كان هناك من تجاوز لطرف على عمل الآخر، فإن ذلك من مقتضيات اللعبة القانونية التي يستلزمها التطبيق المرن لنظرية الفصل بين السلطات في الوقت الحالي الضرورية لصحة وسلامة النظام القانوني الحالي، كما سبق بيانه.

بالتالي فإنَّ العلاقة التي تحكم كلا المفهومين إنَّما تقوم وفق مفهوم التكامل والحاجة. التكامل بمعنى أنَّ كلاً منهما يكمل نقص الرؤية التي تعترى الآخر في معرض فهمه للقانون، تكامل تمليه الحاجة إلى توزيع الأدوار بينهما في إطار البعد المؤسَّساتي لكل منهما ضمن المنظومة القانونية للمجتمع، لينشأ أحدهما للنطق بالقانون وهو التشريع، وليتحدد مصير الآخر في استجلاء حقيقة القانون وهو القضاء، الأمر الذي يتطلب منا وقفة جريئة وضرورية، بحيث يتم التعامل معه وفق الموقع الذي يحتله، وليس النظرية التقليدية التي كانت سائدة في القرن الماضي حوله، وقفة ضرورية لكي نجد المبرر القانوني والفعلية لظاهرة التحول القانوني وفهماها في إطارها القانوني الصحي، لا تحميلها على ذرائع غير مقبولة، فقط لكوننا عاجزين عن التكيف مع الدور الجديد لهذا الاجتهاد القضائي.

على ذلك، يغدو الطرح أكثر جرأة، ليتعلق بما يجب فعله، وهل يجب الاستمرار باستبعاد الاجتهاد القضائي من الهرم المتعلق بمصادر القانون، أم استبعاد هذا الهرم من الأساس، والبحث عن مصادر جديدة للقانون. في الحقيقة نعتقد أنَّ المقولتين لا تصلحان كرد على واقع التهميش الذي يعيشه الدور المصدري للاجتهاد القضائي، وإنَّما يجب العمل على تعديل بنية وهيكلية هذا الهرم، بما ينسجم مع مختلف هذه المتغيرات، وبما يضمن إعادة تموضع الاجتهاد القضائي في مكانه الصحيح.

وبالتالي من المفيد وضع نظرية التدرج القانوني موضع التساؤل بهدف إدخال مختلف التعديلات التي طرأت على هذا الهرم القانوني خلال الفترة الممتدة من تاريخ وضعه إلى يومنا هذا، وهو أمر يجب أن تمتلك الأنظمة التشريعية الجرأة للقبول به، فغياب ذكره في مرحلة إقرار هذا الهرم، إنَّما كان إلى المناخ الفقهي الذي لم يكن ينظر إلى الاجتهاد القضائي كأحد العناصر الفاعلة في تكوين القاعدة القانونية لجملة الأسباب التي ساقها البحث فيما سبق، أما سبب غيابه عن هذا الهرم في أيامنا هذه، فإنَّما يعزى لعدم وجود إرادة قانونية صادقة في إعادة النظر في بنية هذا الهرم، لا لأنَّ أيًّا من المصادر الواردة في هذا الهرم لم تمنحه سمة الوجود.

أخيراً، وبغض النظر عن الموقف النهائي من هذه الإشكالية، فهذا السؤال سيبقى مفتوحاً، وإنَّ تغاضى البعض عن النقاش فيه، ذلك أنَّ غياب النقاش حوله لا يقلل من أهميته ولا ينفى وجوده، بل يؤكد حقيقة مفادها أنَّ هذا السؤال لم يصل بعد إلى منتهاه، فالاستمرار في طرحه ما هو إلا دلالة قطعية على أنَّ موقع هذا الاجتهاد وطبيعة دوره مسألة لم تُحسم بعد، لاسيما في ضوء التوضع الجديد للاجتهاد القضائي في العملية التشريعية في العصر الحديث مع المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي تشهدها هذه المجتمعات.

## المراجع (\*)

### أولاً- باللغة العربية

#### ■ الكتب

- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.
- وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1967.
- حسن كيرة، المدخل إلى القانون - القانون بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.
- مجدي دسوقي محمد، المبادئ القضائية مصدر ذاتي للمسؤولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- محمد السقا، المنطق القانوني والمنطق القضائي، دون ناشر، القاهرة، 2001.
- محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، أركانه وقواعد إصداره، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- محمود السيد عمر التحيوي، إصدار الحكم القضائي على ضوء الفقه وأحكام القضاء، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.
- نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- عباس قاسم مهدي الداوق، الاجتهاد القضائي - مفهومه - حالاته - نطاقه، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015.
- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1977.

(\*) نظراً لتعدد المراجع القانونية والفقهية في البحث، فقد تم الاكتفاء بذكر أهمها، علماً بأن كافة المراجع مسددة في متن البحث.

## ■ الأبحاث

- سحر عبد الستار إمام يوسف، تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، ديسمبر، 2012.
- سمير تناغو، الأدوار المختلفة للمحاكم العليا في مصر، الدستورية والإدارية والقضائية. المادة الثانية من الدستور. المحاكم العليا لا تعلو إحداها على الأخرى. المساكنة الباب الخلفي للتهرب من أحكام المحكمة الدستورية العليا. مجموعة مقالات منشورة في: الأفكار الكبرى في السياسة والقانون، منشورات مكتبة الوفاء القانونية 2008.
- عابد فايد عبد الفتاح فايد، العدالة في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، ديسمبر، 2012.

## ثانياً - باللغة الأجنبية

### 1) Français

#### I. Article

- A. Esmein, La jurisprudence et la doctrine, RTD civ, 1902.
- A. Sériaux, Pouvoir scientifique, savoir juridique, Droits, 1991, n°13.
- C. Atias, Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? APhD, 1982, n°27.
- Ch. Atias, L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé, JCP, 1984, I.
- D. De Bechillon, Le gouvernement des juges: une question à dissoudre, D. 2002.
- D. Tricot, L'interrogation sur la jurisprudence d'aujourd'hui, RDT civ. 1993.
- J. Boulanger, Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, RTD civ. 1961.
- J. Carbonnier, La jurisprudence aujourd'hui, RTD civ, 1992.

- J. Moal, La création du droit, libres propos sur la norme jurisprudentielle, RRJ 2004, n° 1.
- J. Voulet, L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation, JCP G, 1970, I. n° 2305.
- M. Domingo, Le juge dans l'épaisse forêt du droit, Recherche Droit et Justice, 2009, n° 32.
- M. Gobert, La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée, RTD civ. 1992.
- M-A. Frison-Roche, «Déni de justice et interprétation de la loi par le juge», J-Cl droit civil, art. 4.
- N. Molfessis, L'équité n'est pas une source de droit, RTD civ. 1998.
- P. Jestaz, La jurisprudence : réflexion sur un malentendu, D. 1987.
- P. Jestaz, Les sources du droit, RTD civ. 2006.
- P. Malaurie, La jurisprudence parmi les sources du droit, Defrénois 2006, n° 6, art. 28352.
- 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, p. 750.
- P. Thery, Le droit à une législation figée ? RTD civ. 2004.
- Ph. Malaurie, Les précédents et le droit. RIDC, 2006, vol. 58, n°2.
- R. Libchaber, Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents, RTD civ. 2003.
- R. Libchaber, Une doctrine de la Cour de cassation? RTD civ. 2000.
- 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.

## II. Ouvrages et Thèse

- F. Terré, Introduction générale au droit, 8 ème éd, Dalloz, 2009.
- J-C. Écane, M. Couderc et J-L. Héryn, La loi, 2ème éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994.
- J-F. Weber, Droit et pratique de la cassation en matière civile, LexisNexis, 2012.
- M. Tascher, Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, thèse, Besançon, 2011.
- P. Jestaz, Les sources du droit, Connaissance du droit, Dalloz, 2005.
- P. Morvan, Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, Paris, 1999.
- T. Piazzon, La sécurité juridique, Collection de thèse, Defrénois, Lextenso, 2009.

## المحتوى

الصفحة	الموضوع
117	الملخص
119	المقدمة
127	المبحث الأول- الدور الابتكاري للعمل الاجتهادي القضائي «الحقيقة القائمة»
127	المطلب الأول- آلية الدور الاجتهادي القضائي
127	أولاً- فرضيات التدخل القضائي
130	ثانياً- صور الأحكام القضائية
134	المطلب الثاني- الموقف الفعلي... بين التجاذبات الفقهية والثوابت القضائية
135	أولاً- التحليل الفقهي
140	ثانياً- التحليل القضائي «محكمة النقض»
147	المطلب الثالث- المبادئ القانونية العامة خلاصة الفكر الاجتهادي القضائي
147	أولاً- المفهوم والفلسفة
152	ثانياً- الصور والأشكال
156	المبحث الثاني- التعايش الثنائي بين الاجتهاد القضائي والتشريع.. «المسلمة الحتمية»
156	المطلب الأول- الاجتهاد القضائي والتشريع، وحتمية التداخل
156	أولاً- الاجتهاد القضائي والتأييد للموقف التشريعي
159	ثانياً- الاجتهاد القضائي والتوافق التشريعي القضائي
161	المطلب الثاني- الاجتهاد القضائي والتشريع واحتمالية التجافي
161	أولاً- مجافاة التشريع للاجتهاد القضائي
165	ثانياً- مجافاة الاجتهاد القضائي للتشريع
171	الخاتمة
176	المراجع