

# تطوير القانون العام على ضوء المنهج العلمي جدلية المنهج في القانون الدستوري والإداري دراسة مقارنة

د. إسلام محمود مهران

أستاذ القانون الدستوري والإداري المساعد

قسم الأنظمة، جامعة القصيم، المملكة العربية السعودية

## الملخص

توحي فكرة المنهج دائماً باتجاه مُحدّد المعالم، ومتبع بانتظام في عملية ذهنية، تهيمن على سير العقل، وتحدد عملياته حتى يصل إلى نتيجة معلومة، أي أن معنى المنهج - على هذا النحو - هو طريقة التفكير، ومن ثم فالمنهج القانوني هو سبيل التفكير في مجال القانون. ومن المسائل المثيرة للدهشة، في بعض الدراسات القانونية الحديثة والمتعلقة بالقانون الدستوري والإداري، هي افتقادها المنهج؛ فنجد هذه الدراسات لا تختلف عن بعضها إلا في مزيد من التفاصيل أو التطبيقات، وتقتصر في معظمها على الوصف، وتفقد التفكير والخلق؛ فالباحث عن الحقيقة القانونية إن لم يستعن بالمنهج وقع في التناقض، وغرق في خضم من التفاصيل والجزئيات، مآله آراء جزئية عفوية متناثرة لا ينتج عنها أي بناء علمي.

من هنا تظهر إشكالية هذا البحث، بالنظر إلى ماهية وأهمية المنهج القانوني، ودوره في تطوير القانون الدستوري والإداري، وكيف يمكن للمنهج العلمي المنضبط أن يحرك فلسفة تشريع بآثره. وتأتي هذه الدراسة لتعالج هذه المشكلة في إطار القانون الدستوري والإداري، من خلال الاستفادة من المناهج العلمية والتطبيقات القضائية في القانون المقارن، للوصول إلى غاية مقصودة تتمثل في بيان ماهية المنهج القانوني، وكيف يمكن أن يتحقق التطوير المنشود في القانون الدستوري والإداري من خلاله.

**كلمات دالة:** المنهج القانوني في القانون الدستوري والإداري، وتطوير القانون الدستوري والإداري، وجدلية المنهج القانوني، وفلسفة القانون العام.

## المقدمة

الحمد لله الأمر بالعدل والإحسان، الناهي عن الفحشاء والمنكر والبغى، استخلف الإنسان في الأرض ليعمرها، وخلق له ما في السماوات والأرض وسخرها، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله وخيرته من خلقه، رسم معالم الملة وأظهرها، وتمت به نعمة الله على عباده المؤمنين، فصلى الله وملائكته وأنبيأؤه ورسله والصالحون من عباده عليه وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد:

### أولاً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره

قيل قديماً: في الزوايا خبايا، وهذا الكلام أجلى ما يبدو في حوار أجراه الروائي الفرنسي «أناطول فرانس»، على لسان قاضيين نزيهين تخيلهما «جان مارتو»، وصورهما المصور المشهور «مابوز»، في لوحة بمتحف أنفرس، وجسدت اللوحة أحدهما مُصَوِّراً على هيئة رجل يمسك ورقة في يده، وهو يقضي ويشير بأصبعه على النص الواجب التطبيق، بينما الثاني صوِّرَ على صورة رجل يرفع عينيه إلى السماء؛ يستلهم العدالة. وعزا أناطول فرانس، في حوارهِ، إلى الذي يشير بأصبعه على النص أنه كثير الاعتداد بنفسه مع السذاجة، بينما عزا الذي يستلهم العدالة من السماء بأنه يستعين بأدلة مموهة خادعة ظاهرها العدل، وليست من العدل في شيء، ثم عقب بقوله إن المعتمد على الإلهام خيرٌ عنده من المعتمد على النص<sup>(1)</sup>.

هذا الحوار الذي صوِّرتَه اللوحة يلخص - بدقة - منهجين رئيسيين يتنازعان الفقه القانوني: المنهج الشكلي والمنهج العلمي؛ إذ يقف الفقه التقليدي عند الشكل ولا يرى في القانون سوى مجموعة من القواعد الملزمة التي تحكم علاقات الناس، بينما الجانب الموضوعي، وغايات القانون، وتطور الحياة مع ثبات النص، يغفلها الفقه التقليدي؛ تمسكاً بشكلية عتيقة تسلط الأضواء على مظهر الحياة الخارجي، دون النظر إلى الواقع الاجتماعي، وما يحتاج إليه من فكر يحتوي مستجداته، ويعمل على التوفيق بينها وبين نص القانون.

ولما كان هذا التوفيق عمليةً علميةً تحتاج إلى بناء فكري منهجي، فإن الحاجة فيها إلى المنهج لازمة لزوم الأحجار للبناء؛ فالمنهج العلمي يربط القانون بالتطور الاقتصادي

(1) أشار إليه: ج. رانسون، فن القضاء (طبعة 1912)، ترجمة: محمد رشدي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، د.ت، ص 11.

والفكري والحضاري للمجتمع الإنساني، وحاجاته الطارئة والمتجددة، ومن خلاله يتم التوفيق بين النص والواقع المتغير، ولقد عني فقهاء القانون الخاص بتناول الجانب الفلسفي والمنهجي، من خلال وضع نظريات وأطر عامة لمنهج البحث وتفسير القانون؛ أسهمت في تصحيح مسار القضاء، وتعديل اتجاهه، وتطوير صرح البناء القانوني بشكل عام، وتزويده بأفكار علمية لمعالجة قصور التشريعات عن التنبؤ بكل ما يُستجد في الحياة العملية.

ومن الغريب حقاً أن صدى هذه المناهج لم يصل إلى فقه القانون الدستوري والإداري العربي على النحو الذي عليه فقه القانون الخاص؛ إذ تندر الدراسات التي تتناول إشكالية المنهج ودوره في تطوير القانون العام<sup>(2)</sup>، وتأتي هذه الدراسة لتعالج هذه المشكلة في إطار القانون الدستوري والإداري، من خلال الاستفادة من المناهج العلمية والتطبيقات القضائية؛ للوصول إلى غاية مقصودة تتمثل في بيان ماهية المنهج العلمي في القانون العام، وكيف يمكن أن يتطور القانون العام من خلاله.

### ثانياً: مشكلة البحث

تتمثل إشكالية البحث في النظر إلى ماهية المنهج القانوني وأهميته، ودوره في تطوير القانون الدستوري والإداري، وكيف يمكن للمنهج العلمي المنضبط أن يحرك فلسفة تشريع بأثره، كل هذه أسئلة تتبادر إلى الذهن عند بحث هذا الموضوع.

### ثالثاً: أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى بلوغ عدة غايات جوهرية تُظهر أهميته، منها:

- تحديد ماهية المنهج القانوني وأهميته.
- بيان خطورة المناهج التقليدية في تفسير القانون وتطبيقه.

(2) يستخدم مصطلح القانون العام للدلالة على القانون الدستوري والإداري، وهذا ليس جديداً على الفقه القانوني، فمن الناحية الأكاديمية يجمعهما قسم واحد، ومن الناحية الفنية نتج عن محاولات التفرقة بينهما معسكران؛ أحدهما يرى اختلافاً في موضوعاتهما، والمعسكر الآخر يرى انعدام الفوارق؛ لأنها ليست ذات مدلول قانوني محدد، وانصرف هذا الاتجاه إلى معالجهما تحت اسم مشترك (القانون العام). وحيث إن موضوع البحث متصل بالمنهج القانوني؛ مما يستلزم عقد مقارنة بين معالجات الفقه والقضاء اللاتيني والأنجلوأمريكي، ولما كان أغلب شراح النظام الأنجلوأمريكي يتناولون موضوعات القانون الإداري ضمن مؤلفات القانون الدستوري، وعلى هدي ما تقدم رجح الباحث استخدام هذا المصطلح في العنوان، وفي بعض مواضع البحث. وللمزيد حول الروابط بين القانون العام والخاص، انظر: توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، ج 1، ط 1، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1955، ص 65. طعيمة الجرف، القانون الدستوري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1964، ص 50 و 51.

- توضيح آلية تطبيق المنهج القانوني في القانون الدستوري والإداري.
- بيان آثار تطبيق المنهج القانوني في تطوير القانون الدستوري والإداري.

#### رابعاً: منهج البحث

بالنظر إلى طبيعة هذه الدراسة، وما تستلزمه من منهج علمي متكامل، يتطلب استقراءً متأنياً لأحكام القضاء الفرنسي، والأنجلو أمريكي، والقضاء المصري، والسعودي، واستنباطاً من بين القواعد والأحكام التي تفيد في إجلاء غموض مشكلة البحث، سيكون المنهج المقارن عماد الباحث في هذا البحث، مستعيناً بالاستقراء والاستنباط.

#### خامساً: تقسيم البحث

في معرض بيان الباحث لهذا الموضوع وَزَع خطة البحث إلى مُقدمةٍ وثلاثة مباحثٍ وخاتمةٍ، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: إشكالية المنهج في القانون العام

المبحث الثاني: المنهج القانوني ومعالجة مشكلة الثغرات في القانون العام

المبحث الثالث: المنهج القانوني وملاءمة القانون العام وتطويره

## المبحث الأول

### إشكالية المنهج في القانون العام

لا شك في أن اتباع طريقة معينة داخل الفكر القانوني هو خير سبيل للفحص والتأمل؛ للوصول إلى أفضل الحلول القانونية؛ فالقانون ظاهرة اجتماعية يتطلب بحثها منهجاً علمياً يمتد ليشمل هيكل الظاهرة ووظيفتها، أي أن العلم القانوني يجب أن يوضع في نفس مركز العلوم الطبيعية<sup>(3)</sup>، فلا يقتصر بحث الفقيه عن أفكاره القانونية داخل النصوص الوضعية، بل يبحث عنها في الحقائق التي توجد خارج النصوص، وهذه الحقائق يكتشفها الفقيه بواسطة المنهج العلمي، وفي ضوء ما تقدم سيتم تقسيم هذا المبحث على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### ماهية المنهج القانوني

«المنهج» method لغةً: هو الطريق المستقيم، أو الطريق الواضح، ونَهَجَ الطريق سلكه<sup>(4)</sup>، والمنهج هو الطريق البين إلى الحق في أيسر سبله<sup>(5)</sup>، يقول تعالى ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾<sup>(6)</sup>، ومن عبقرية اللغة العربية أن يحتوي الأصل الثلاثي نَهَجَ على معنى التتابع؛ لذا يقال عن تتابع النفس «المنهج الحركي».

والمنهج في اللغات الأوروبية (بالإنجليزية method، وبالفرنسية méthode، وبالإيطالية metodo) مشتق من كلمة métodos، وتعني «المتابعة»، وأصلها odos، وتعني الطريق<sup>(7)</sup>، فهو إذن لا يختلف من حيث المفهوم عن معناه في العربية؛ إذ يُقصد به السبيل إلى تحقيق غاية<sup>(8)</sup>، واستخدم أفلاطون وأرسطو هذه الكلمة بمعنى البحث، أو

(3) فتحي والي، مناهج البحث في قانون المرافعات، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، القاهرة، 1967، ص 44.

(4) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتبة التراث، مؤسسة الرسالة، د. ت، ص 208 (فصل النون).

(5) المعجم الوسيط، ج 2، ط 4، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق، القاهرة، 2004، ص 966 (مادة نهج).

(6) القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية 48.

(7) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، ج 1، دار الفكر العربي، القاهرة، ع 333، سنة 1968 م، ص 659.

(8) معجم اللغة العربية، المعجم الفلسفي، القاهرة، 1983 م، ص 195.

المعرفة<sup>(9)</sup>. وقد استعملها علماء المناهج الأوروبيون لتدل على المنهج، وعلى اصطلاحى «نهج» و«منهاج»<sup>(10)</sup>، واستعملوها بمعنى «طريقة البحث» أو «وسيلة لجمع المعلومات»، وقد نتج عن ذلك خلط لدى البعض - ممن نُقل عنهم - بين المنهج والمنهجية؛ ففي البحث العلمي هناك نهج فكري يتمكن الباحثون بواسطته من الكشف عن الحقائق، باتباع منهاج مرسوم، يُستخدَم فيه أكثر من منهج علمي، وفق التصميم العلمي الموضوع له؛ فالمنهج إذن هو الطريق الذي سيتبعه الباحث ليوصله إلى النتائج (الهدف المقصود)، أما المنهجية فهي عبارة عن القواعد التي سيختطها الباحث، أو سيطبقها في إطار المنهج؛ أي هي التطبيق الفعلي للمنهج<sup>(11)</sup>.

وفي الاصطلاح يُعرّف المنهج بأنه السبيل إلى ترتيب تفكيرنا، بحيث يترابط فيما بينه ومع الغاية منه في الاقتناع بحقيقة ما، وقد عبر ديكارت عن ذلك بقوله: «قواعد وثيقة سهلة تمنع مراعاتها الدقيقة من أن يُؤخذَ الباطل على أنه حق، وتبلغ بالنفس إلى المعرفة الصحيحة بكل الأشياء التي تستطيع إدراكها، من دون أن تضيع في جهود غير نافعة، بل وهي تزيد في ما للنفس من علم بالتدرّج»<sup>(12)</sup>، أو كما يقول الدكتور عبدالرحمن بدوي<sup>(13)</sup> هو «الطريق المؤدي إلى الكشف عن الحقائق في العلوم بواسطة طائفة من القواعد العامة التي تهيمن على سير العقل، وتحدد عملياته حتى يصل إلى نتيجة معلومة»، فهو فن لترتيب الأفكار بشكل دقيق من أجل الكشف عن حقيقة مجهولة، أو البرهنة على صحة حقيقة معلومة.

إذن فكرة المنهج توحى دائماً باتجاه مُحدّد المعالم، ومتبع بانتظام في عملية ذهنية، أي أن معنى المنهج على النحو سالف البيان هو «طريقة التفكير»، ومن ثم فالمنهج القانوني هو «سبيل التفكير في مجال القانون»<sup>(14)</sup>.

(9) عبدالرحمن بدوي، منهاج البحث العلمي، ط3، وكالة المطبوعات، دولة الكويت، 1977، ص3.

(10) رجاء وحيد دويدري، البحث العلمي: أساسياته النظرية وممارسته العملية، دار الفكر، دمشق، ص127.

(11) صالح بن حمد العساف، المدخل إلى البحث في العلوم السلوكية، مكتبة العبيكان، الرياض، 1416هـ، ص175. عصام فاروق، المنهج والحاجة إليه في البحث العلمي، مقال منشور على شبكة الألوكة، 2 ديسمبر 2017، على الرابط التالي: <https://www.alukah.net/culture:آخر زيارة: 2023/2/13>.

(12) رينيه ديكارت، مقال عن المنهج، ط2، ترجمة: محمود محمد الخضير، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1968، ص95.

(13) عبدالرحمن بدوي، مرجع سابق، ص4.

(14) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج1، مرجع سابق، ص660.

والعلم الذي يبحث في الطرق التي يستخدمها الباحثون لدراسة المشكلة، والوصول إلى الحقيقة على النحو الذي تقدم هو «علم المناهج»، وما يشير إليه المصطلح من دراسة تجريدية للأساس المنطقي الذي يقوم عليه العلم يجعل من علم المناهج مساوياً لفلسفة العلم<sup>(15)</sup>، والحاجة إلى المنهج القانوني لا تتوقف على البحث العلمي، وإنما تمتد لتفسير القاعدة القانونية وصياغتها؛ ولما كان هذا البحث يتطرق فقط إلى ما يهتم الباحث القانوني في مجال القانون العام من مناهج تساعد في دراسة وفهم القاعدة القانونية، وفقاً لما يتناسب مع هذا العلم؛ فإن بيان سبيل التفكير يستلزم أن نتعرض - أولاً - لحياة القاعدة القانونية في مجال القانون العام، ومدى الحاجة إلى المنهج العلمي في فهمها وتفسيرها وتطويرها؛ ذلك لأن المنهج هنا يتعلق بكائن اجتماعي (القانون) حي ومتطور، فلا بد من أن ينبض هذا الأسلوب بالحياة المتدفقة، ويراعي الفقيه غاية المنطق العقلي من خلال منهجه القانوني<sup>(16)</sup>.

## المطلب الثاني

### حياة القانون العام والحاجة إلى المنهج العلمي

يُعرّف القانون لغةً بأنه مقياس كل شيء<sup>(17)</sup>، أو الخط الذي يميز بين الاستقامة والانحراف، وهذا الخط ليس من المتصور أن يكون خطأ هندسياً يمتد في الفضاء، بل هو رسم واقعي للسلوك في المجتمع<sup>(18)</sup>؛ فمختلف المجالات القانونية، أو مختلف فروع القانون، هي في الحقيقة أنظمة للإحاطة بالعلاقات الإنسانية بقصد إدخال النظام والعدالة عليها<sup>(19)</sup>؛ ومن ثم فإن القانون - بجميع فروعها، وأخصها القانون العام بشقيه

(15) يخلط البعض بين قواعد كتابة البحث القانوني وبين مناهج البحث، وقد تم بيان المقصود بالمنهج في المتن بما يوضح الفارق بينهما؛ إذ إن علم المناهج - بمعناه الاصطلاحي - تكوّن مع بداية القرن السابع عشر على يد فرنسيس بيكون ومن أتى بعده، وقد ثارت مشكلة تتعلق بتكوين هذا العلم بين العالم المتخصّص والفيلسوف، ونصيب كل منهما من هذا التكوين؛ للمزيد بشأن نشأة علم المناهج والأمثلة الكلاسيكية على رواد هذا العلم، انظر: عبدالرحمن بدوي، مرجع سابق، ص 4.

(16) جلال ثروت، مشكلة المنهج في قانون العقوبات، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع 1 و 2، سنة 1964، ص 116.

(17) زين الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الحنفي الرازي (ت: 666هـ)، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، 1999 (نسخة الشاملة) (ق. ن. ن)، ص 261.

(18) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج 1، مرجع سابق، ص 660.

(19) أندريه هورويو، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية، ج 1، ترجمة: علي مقلد وآخرين، الأهلية للنشر والطباعة، بيروت، 1974، ص 27.

الدستوري والإداري - لا يمكن أن ينظر إليه باعتباره كياناً مستقلاً قائماً بذاته، ومنفصلاً عن المجتمع وتطورات، بل إن الدستور ما هو إلا وثيقة إنسانية يستهدف واضعوها دوامها لعصور قادمة، وأن تلائم تبعاً، كما يقول القاضي الأمريكي مارشال<sup>(20)</sup>، الأزمات المختلفة لشؤون الإنسان، والقانون الإداري ليس بمعزل عن هذه الحقيقة؛ فجل مبادئه لا ترجع إلى أصول تشريعية، وإنما إلى مجهود تطبيق ومُشترك لقضاء وفقه متطور مع تطور الأفكار والحالة السياسية والاجتماعية.

وقد أدرك الفكر القانوني، من قديم، أن التشريع الوضعي، باعتباره عملاً إنسانياً، لا يمكن أن يكون كاملاً؛ إذ لا بد من أن يعتريه النقص والقصور حتماً، إن لم يكن بفعل واضعيه، فسيكون بفعل الحياة وتطورها<sup>(21)</sup>، لذا هناك ثلاث مشكلات تلازم القانون العام، الوقوف عليها وبيانها يجلي لنا أهمية الحاجة إلى المنهج العلمي لتطوير القانون العام، وهذه المشكلات - في الحقيقة - تلازم وجود القانون في كل المجتمعات والعصور؛ كونها، على حد تعبير جانب من الفقه<sup>(22)</sup>، مشكلات إنسانية نابعة من حياة الشعوب، يفرضها تباين الحياة وثبات النص؛ ما يجعله دائماً في حاجة إلى تطوير وتعديل وتكييف بما يلائم تجدد حياة البشر اللامتناهية، وهذه المشكلات تحتاج إلى منهج علمي دقيق للتعامل معها؛ إذ هو السبيل الوحيد لتطوير وتقديم القانون العام، ولعل السبب الذي من أجله نرى في وقتنا الحاضر تقدماً صناعياً مرموقاً، وفي الوقت نفسه نرى كثيراً من التشريعات الناقصة والمعيبة، هو أنه في الصناعة حدث اعتراف بأهمية المنهج العلمي، بينما في صناعة التشريع فإن المُشرِّع لا يلقي بالألباء على أسس علمية<sup>(23)</sup>.

وهذا التغافل لا يقتصر - في الحقيقة - على عملية البناء التشريعي، بل نجده حاضراً بقوة في فهم القانون بعد صياغته، وفي بحث المشكلات القانونية سعياً إلى الحقيقة القانونية، وحيث إن فقه القانون العام لم يتعرض لهذه المناهج من منظور تطبيقي، فقد

(20) فريد و. فرندي، مارتاج هـ. البيوت، قضايا دستورية، ترجمة: ياقوت العشماوي، دار المعارف، القاهرة، (د.ت)، ص10.

(21) س. ف. كاناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة: عبد الرسول الجصاني، مجلة القضاء العراقية، ع1، سنة 1973م، ص73. عبدالرازق السنهوري، القيود التعاقدية على الحرية الفردية للعمل في القضاء الإنجليزي، ترجمة: كمال جاد الله، تقديم: سمير تناغو، ط1، مركز نهوض للدراسات والنشر، بيروت، 2020، ص111. هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة: أكرم الوترى، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986م، ص135. سمير تناغو، القضاء مصدر أصلي للقانون، مجلة القضاة، نادي القضاة، القاهرة، ع9، سنة 1975م، ص62.

(22) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج1، مرجع سابق، ص664.

(23) فتحي والي، مرجع سابق، ص18.



رأى الباحث تناول هذه المشكلات في ضوء المنهج القانوني الذي يستعمله الفقيه أو القاضي لتطوير القانون الدستوري والإداري، وعلى هدي هذا التصوير سيتناول في المباحث التالية المشكلات التي تواجه القانون والمنهج العلمي في معالجتها، وكيف يمكن أن يسهم هذا المنهج في تطوير القانون العام من خلال الفهم الفقهي والتطبيق القضائي.

## المبحث الثاني

### المنهج القانوني ومعالجة مشكلة الثغرات

#### في القانون العام

الثغرات، أو الفراغ التشريعي، من أكثر المصطلحات المعقدة في تعريفها وإثباتها، حيث اختلف الفقه القانوني بشأن بيان المقصود بها، بل والاعتراف بوجودها، وهذا الاختلاف امتد إلى آلية علاجها؛ إذ كيف للباحث، سواء أكان فقيهاً أو قاضياً أن يتعامل مع هذه الحالة، خصوصاً لو كان المفسر قاضياً؛ إذ إنه سيجد نفسه بين أمرين عند توافر هذه الحالة: إما أن يواجه مسؤولية النكول عن العدالة، وإما أن يسد الفراغ التشريعي.

وتوضح مناهج البحث القانوني الفهم الحقيقي لهذه المشكلة وآلية معالجتها، تبيان ذلك يقتضي أن نعرض مفهوم الثغرات، ثم بيان موقف الفقه والقضاء حيالها، وذلك في مطالب ثلاثة على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### ماهية الثغرات في القانون العام

تعد هذه المشكلة من المشكلات التي شغلت الفقه قديماً وحديثاً، تناولها الفقه قديماً فيما عُرف بفكرة نقص التشريع، والتي ظهر اتجاه آخر يناقضها ينادي بفكرة كمال التشريع<sup>(24)</sup>، وحديثاً عُبر عنها بما عُرف بالإغفال الدستوري

(24) تتلخص فكرة «الكمال المنطقي للقانون» في أنه إذا لم يوجد نص في التشريع يأمر أو ينهى عن القيام بعمل معين؛ فيعني ذلك أن المخاطبين بحكم القانون يقفون في منطقة الإباحة القانونية، أي لا يلتزمون بالقيام بأي عمل إيجابي أو سلبي، أي أن النقص في حقيقته حكم بالإباحة. ومن ثم على القاضي أن يرفض كل دعوى لا تستند إلى نص، وهذا الرفض يقصده المشرع، أو هو حكم المشرع في هذه المسألة، بما مفاده أن المشرع قد تصوّر كل ما قد يقع في المستقبل من منازعات، وأعطى لها حكماً متمثلاً في رفض الحكم أو السكوت عنه. ويرجع البعض هذه الفكرة إلى فلسفة هيغل في ألمانيا، أو تمسكاً بمبدأ الفصل بين السلطات، وما يفرضه على القاضي من التزام عدم إنشاء القانون. وبرغم تأثر بعض الفقه بها إلا أنها لم تلق قبولاً لدى الاتجاه السائد في الفقه.

François Gény, Méthode d'interprétation ET sources en droit privé positif, librairie General De Droit & De Jurisprudence, Paris, 1919, p.129.

هانس كلسن، مرجع سابق، ص 135. وفي الفقه العربي سمير تناغو، مرجع سابق، ص 64. ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج 1، مرجع سابق، ص 409. عبدالحى حجازي، محاضرات في المدخل لدراسة القانون، مكتبة وهبة مصر، (د.ت) ص 224.

أو التشريعي<sup>(25)</sup>، ولقد عبّر أرسطو عن نقص التشريع بقوله: «عندما يصدر القانون في عبارات عامة ثم يحدث مستقبلاً شيء لا يتفق مع هذه النصوص العامة، فإنه يكون من الطبيعي تكملة النقص الذي تركه المشرّع، وإصلاح الترك الناشئ عن كون القانون يعبر بصفة عامة، والمشرّع نفسه لو كان حاضراً لوافق على تكملة النقص، ولو كان قد تنبه إليه لأدخل التحديد اللازم في نص القانون»<sup>(26)</sup>.

إذن التشريع، سواء أكان دستورياً أم عادياً، يستحيل عليه أن يحتوي كل وقائع الحياة، ليس لعجز المشرّع دائماً، وإنما لتباين الحياة وتموجها، فهو أشبه ما يكون بجسم صلد موضوع على أرض صلبة غير مستوية، فيتترك تحته فجوات قد تتجمع فيها المياه فتركد وتفسد وتصيب الجسم بالصدأ<sup>(27)</sup>.

لذلك نجد أفلاطون، في كتابه السياسي، يوضح هذه المشكلة بإقراره بأن «التشريع لا يستطيع أبداً أن يحدد بدقة ما هو في آن واحد أفضل وأعدل للجميع، ولا أن يأمر بما هو أحسن لكل الناس؛ إذ يتفاوت البشر وتختلف الأفعال، ولا تترقد الأمور الإنسانية أبداً في ثبات، ومن ثم يصبح محالاً على أي فن، مهما بلغ من شأن، أن يصوغ مبادئ يصلح بسطها في كل المواد، ولكل الجزئيات، وفي كل الأوقات... يؤكد أفلاطون إذن وجود ثغرات؛ لذا يجب وضع التشريع بالنظر إلى أكثر الناس وأغلب الحالات، مع ترك الحالات الشاذة لتقدير القاضي»<sup>(28)</sup>.

وهذا ما يؤكده الفيلسوف الألماني ماكس فيبر، حيث يقول: «كل دستور قانوني للدولة يتضمن ثغرات، وهذه ليست محض مصادفة؛ فالنادر من الدساتير المكتوبة أن تتضمن مثلاً تحديدات حول ما يجب عمله عندما لا يحصل وفاق على الميزانية بين

(25) عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه جان دوبي للقانون والتنمية، القاهرة، 2003، ص84، وص1416. محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة، الإسكندرية، 2017، ص330. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرّع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص159. محمد عبد الوهاب خفاجي، ومضات مضيئة للقضاء الإداري في طريق الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، مجلة كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع2، سنة 2015م، ص113.

(26) مشار إليه لدى: سمير تناغو، مرجع سابق، ص63، وفي المعنى نفسه سليمان مرقس، فلسفة القانون، المنشورات الحقوقية، مكتبة صادر، بيروت، د.ت، ص76.

(27) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج1، مرجع سابق، ص663.

(28) مشار إليه لدى: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج1، مرجع سابق، ص663.

العناصر المُشرِّعة»<sup>(29)</sup>.

وبإرجاع البصر في كتب الفقه الإسلامي نجد عبارات مماثلة لدى الشهرستاني، أوردها في كتابه الملل والنحل؛ إذ يقول معللاً مشكلة الثغرات: «وبالجمله نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد، ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضاً والنصوص إذا كانت متناهية، والوقائع غير متناهية، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد»<sup>(30)</sup>.

وحديثاً عبّر أحد واضعي الدستور الأمريكي عن هذه المشكلة بقوله: «لا يوجد في الدستور الاتحادي روح الغطرسة، وعندما علمتنا التجربة أخطاءه فإن الناس الذين يحميهم يستطيعون إصلاحه وتعديله»<sup>(31)</sup>؛ فالدستور - مهما بلغ كماله - عمل وضعي من صنع البشر، ومن ثم يصعب أن يضم بين جوانبه كل الحقوق والحريات الأساسية التي يمكن أن تُستجد، نتيجة التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وقد استطاع القضاء، من خلال التفسير الدستوري الموسع أن يحدد مدلول كثير من الحقوق والحريات التي اعتبرها لازمة لإقامة أي نظام ديموقراطي<sup>(32)</sup>.

ويؤكد فقه القانون العام<sup>(33)</sup> أن القضاء الإداري في مصر وفرنسا استطاع، بغير

(29) يشير ماكس فيبر هنا إلى الحكومة التي كانت قائمة في النمسا منذ 23 يونيو 1917، برئاسة رئيس الوزراء إرنست، حيث كانت تحكم بميزانية مؤقتة؛ لأن البرلمان لم يصادق على مسودة الميزانية، ولحل هذا الإشكال أعيدت المداولات بين الحكومة وممثلي النوادي القومية الشبيهة بالأحزاب، والتابعة للقوميات في دولة النمسا ذات الشعوب المتعددة في البرلمان للحصول على الأغلبية حول إقرار الميزانية؛ لكن المحاولة لم تنجح، واضطر رئيس الوزراء - في آخر الأمر - إلى تقديم استقالته، انظر: ماكس فيبر، الاقتصاد والمجتمع، ترجمة: محمد التركي، المنظمة العربية للترجمة، ط 1، بيروت، 2015م، ص 769.

(30) محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني (ت: 548هـ)، الملل والنحل، ج 1، تحقيق محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، 1404هـ، ص 199.

(31) فريد و. فرنديلي، مارتاج هـ. البيوت، مرجع سابق، ص 9.

(32) أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000م، ص 30.

(33) طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وخضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، د. ت. ص 65. يسري العصار، تقرير بشأن مؤتمر جامعة إيكس مارسيليا بفرنسا عن الدستور والحقوق الاجتماعية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س 3، ع 11، سبتمبر 2015، ص 267. وقد أشار إلى تطبيقات القضاء الدستوري الكويتي الذي قرر، في أحد أحكامه، دستورية القانون الذي قرر رفع بدل السكن للمواطنين الذين تقدموا بطلب من أجل تخصيص قسيمة أرض لهم، وإلى حين صدور قرار بتخصيص الأرض لهم، وإقرار بدل السكن للمرأة غير المتزوجة من أعضاء النيابة والفتوى والتشريع، وكان النص اللائحي قد قصره على الذكور والمرأة المتزوجة فقط.

الاعتماد على نصوص الدستور، أن يقر حق النساء في التوظيف، وعدم جواز فصل الموظفين بغير الطريق التأديبي، وبغير أسباب جدية تكشف عنها الدراسة الخاصة لحالة كل موظف، وعدم مصادرة الحقوق وحرمان أربابها منها بغير تعويض عادل، بل من النظريات ما تستمد أصولها من القضاء، مثل نظرية العقد الإداري التي ابتدعها القضاء الإداري، لذلك كان المصدر الرئيس للقانون الإداري هو أحكام القضاء، وليس النصوص التشريعية<sup>(34)</sup>.

يستبين مما سبق أن علاج هذه المشكلة، والوصول إلى حل لها، لا يتحقق إلا من خلال بحث علمي منهجي، سواء قام به الفقه أو القضاء. ولا شك في أن الفقه - وإن كان تفسيره غير مُلزم - إلا إنه كما يقول البعض لا شيء يجعل من القضاة أكثر حرصاً على تحقيق العدالة إلا إدراكهم بأن جميع أحكامهم وقراراتهم سوف تخضع لرقابة نظرائهم من الفقهاء، ونقدم الموضوعي<sup>(35)</sup>؛ لذا سيتناول الباحث موقف الفقه والقضاء من معالجة هذه المشكلة، وآليات التعامل معها، بداية من القانون الحر في فرنسا، ووصولاً إلى الدستور الحي في الولايات المتحدة الأمريكية، مبيناً موقف القضاء المصري تجاه هذه الأفكار.

## المطلب الثاني

### الفقه التقليدي ومعالجة مشكلة الثغرات

لقد انبرى الفقيه الفرنسي جيني - بعد تحول فرنسا إلى إمبريالية عالمية - موجهاً اهتمامه إلى طريقة ملء الثغرات، ومعتبراً هذه المشكلة هي الإشكال الرئيس في نطاق علم القانون، وقد رأى أن الحل الأمثل في البحث العلمي الحر، معارضاً بذلك ما كانت تتمسك به مدرسة الشرح على المتون<sup>(36)</sup>، من ضرورة التزام المفسر - سواء كان فقيهاً أو قاضياً

(34) ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، 1963م، ص7.

(35) William H. Taft, Recent Criticism of the Federal Judiciary, The American Law Register and Review, Vol. 43, No. 9, Sep. 1895, p.577.

(36) ظهرت هذه المدرسة خلال القرن التاسع عشر في فرنسا، وبلغت أوجها منذ العام 1808، متأثرة بجمال التركيب وضخامة المبنى في قانون نابليون الذي قيل إنه تجسيم خالد لعبقرية أمة كبيرة، ونتاج رفيع لعظمة العقل البشري، وكانت النغمة السائدة لدى هذه المدرسة «عبادة النصوص»؛ فيقول أحد كبار رجالها: «إنني لا أعرف القانون المدني، إنني أعلم مجموعة نابليون»؛ فالنصوص لديهم قبل كل شيء؛ إذ تقتصر الدراسة على مجرد الإلمام باعتباطا بأهم النصوص واللوائح المتشعبة، ثم شرحها وبيان مضمونها نصاً بعد نص، وقانوناً تلو قانون؛ فغاية عمل الفقيه إذن هي النص بشكله، يدرسه دراسة لا تتعدى مده، فوفقت هذه الدراسة عند النصوص القائمة ولم تتعد ذلك إلى بحث ما يجب أن تكون عليه، ومن ثم فلم تكن هذه الطريقة، على حد وصف الفقه، عملية ولا فنية؛ كما أنها لم تكن متبوعة باستنتاجات شاملة أو متوجة بمقارنات عامة، أو تقديرات كلية تجمع بين هاماتها، وتتعلق الجزئيات المتفرقة بأهدافها، فالهم هو النصوص والقواعد والمبادئ بغض النظر عن حاجات الحياة.

– بالنص؛ إذ إن عملية التفسير كانت، في نظرهم؛ ليست سوى عملية شرح على المتن، وقد رفض جيني أيضاً اعتبار القانون علماً استنتاجياً محضاً، وهاجم فلسفة الكمال المنطقي للقانون<sup>(37)</sup>، وسلّم بوجود ثغرات في النظام القانوني، على القاضي أن يجتهد ليكشف عنها، منطلقاً من الاعتبار ذاتها التي تدفع المشرّع إلى الاجتهاد ذاته عند سن القانون؛ لذا يتعين على القاضي، في حال سكوت المصادر الشكلية، أن يصل إلى الحل القانوني من خلال الأهداف ذاتها التي كان المشرّع ليتوخاها لو أنه أراد معالجة الموضوع<sup>(38)</sup>.

والبحث العلمي الحر لدى جيني يقوم على مهمة مزدوجة، تتمثل مرحلتها الأولى في استطلاع العقل والضمير بالعودة إلى مبادئ القانون الطبيعي لسد نقائص التشريع، ثم تأتي المرحلة الثانية متمثلة في استقراء الظواهر الاجتماعية، والتي تجب العودة فيها إلى طبيعة الأشياء<sup>(39)</sup>؛ أي الطبيعة الاجتماعية وتفسيرها من خلال مقوماتها الذاتية، مع تغليب المعطيات العقلانية، فالقانون في ماهيته عمل من العقل، ومحور هذه الدراسة هو القانون الطبيعي<sup>(40)</sup>؛ إذ فيه يكمن الجوهر العميق للقانون<sup>(41)</sup>.

وإذا كان تفسير التشريع يتطلب القدرة على التمييز وحسن الفهم فإنه – بصفة أساسية – عملية برهنة ومنطق، فعلم القانون علم عقلي لا يتيسر فهمه إلا من خلال عملية مزدوجة من التحليل والتركيب. وبإيجاز، كما يقول جانب من الفقه، على المنطق أن يوجه الدفة في المركب الذهني إلى شاطئ الحقيقة. للمزيد بشأن نشأة هذه المدرسة وفلسفتها وآثارها السلبية على مختلف فروع القانون انظر: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج 1، مرجع سابق، ص 679. عثمان خليل، عهود القانون الإداري في فرنسا وأعلام الفقهاء في كل عهد، مجلة مجلس الدولة المصري في ثلاثين عاماً (1950 - 1980)، بحوث مختارة، ص 652. جلال ثروت، مرجع سابق، ص 7.

(37) حيث إن هذه النظرية تخالف العقل بافتراضها أن نصوص التشريع قد توقع كل الظروف وكل المعاملات التي يمكن أن تجري في المجتمع، حاضره ومستقبله، وهذا مما يستحيل على بني البشر؛ إذ كيف يمكن توقع القواعد التي تحكم المنازعات غير المتناهية، والتي تقع أو ستقع في المستقبل، فضلاً على منافاتها المنطق والتجربة، والتي أثبتت وجود منازعات استجدت ولا يعالجها القانون القائم، للمزيد انظر: سمير تناغو، مرجع سابق، ص 65. عبدالحى حجازي، مرجع سابق، ص 24.

(38) François Géný, op. cit., pp.77-78-90.

(39) Ibid, pp.88-90.

(40) فكرة القانون الطبيعي تعني وجود قواعد قانونية أسبق وأعلى من القانون الوضعي، خالدة وثابتة وتصح في الزمان والمكان، للمزيد حول مدرسة القانون الطبيعي وأفكارها، انظر: توفيق الشاوي، مذاهب القانون، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986، ص 13. ويقابل هذه الفكرة فكرة الوضعية القانونية التي تدل على أن القانون وُضع من قبل إرادة معينة، هي إرادة السلطان الصريحة أو الضمنية، وتوصف بوضعية المذهب الذي يطرح الميتافيزيقيا وما يقوم على أساسها من مفاهيم قبلية، بما في ذلك فكرة العقد الاجتماعي، وفكرة تعبير القانون عن الإرادة العامة، وتُستبدل بها مفاهيم تقوم على أساس التجربة العلمية المبنية على ملاحظة الواقع العملي، وفي هذا المعنى توصف الوضعية بأنها علمية أو فلسفية، للمزيد انظر: سليمان مرقس، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 201.

(41) François Géný, op. cit., p.93.

ولعل هذا هو الذي دفع البعض<sup>(42)</sup> إلى انتقاد مذهب جيني، معتبراً أن بحثه قد افتقد - في حقيقته - صفتي الحر والعلمي؛ إذ لم يعتمد جيني على استقراء الظواهر، بل كان منهجه شكلياً يستند إلى المنطق الصوري، مادام يستنتج الأحكام من قواعد القانون الطبيعي، ولم يكن بحثه حرّاً يتيح تطوير القانون، بل كان جهداً مقيداً بأراء الفقهاء السابقين من زعماء القانون الطبيعي؛ فالباحث يستعين - لسد الثغرات - بأسس التنظيم الوضعي ذاته، وفي مقدمها المصادر الشكلية، أي التشريع المكتوب، مستخدماً القياس ليصل إلى تشييد نظرية واسعة شاملة تتضمن الحلول التشريعية، وتترجم روح القانون الوضعي الحديث.

هذا المنهج الشكلي في المعالجة القانونية لمشكلة الثغرات نجد صداه أيضاً في الفقه الألماني؛ حيث ركزت المدرسة التاريخية على المعالجة الدوجماتية<sup>(43)</sup> للقانون الروماني،

(42) انظر في هذا النقد: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مرجع سابق، ج2، ص412. وقد رد بعض الشراح على هذا النقد بأنه غير موضوعي وغير منصف؛ حيث إن جيني يرى أن المنطق الصوري عاجز عن تحقيق العدالة، ولذلك فإنه لم يؤيد المنهج التقليدي في الاعتماد عليه، ولا يعني ذلك نبذ المنطق الصوري كلية؛ لأن المنطق منهج يعين في ربط موازين التفكير، كما لا يعدو القانون الطبيعي عنده سوى رافد واحد يصب في القاعدة القانونية، من خلال الحقائق العقلية فقط. في تفصيل هذا الرد، انظر: محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية: دراسة مقارنة، مطبعة وزارة الأوقاف، بغداد، د.ت، ص215.

وانظر في نقد المنطق الصوري أيضاً: عبدالرزاق السنهوري، القيود التعاقدية على الحرية الفردية للعمل في القضاء الإنجليزي، مرجع سابق، ص116؛ حيث نقل رأي السيد ساتليس الذي يقول فيه: «إن المناطق قد قاموا بلي عنق بعضهم البعض من أجل الوصول إلى حصيلة قضائية، بمعزل عن أي تأثير خارجي، والذي على الرغم من كونه عملاً قانونياً، فإنه يمكن ألا تكون له علاقة بالعدل والمساواة، وما هو في مصلحة المجتمع»، وفي نقده لجيني، ص117.

(43) ترجع نشأة المدرسة التاريخية إلى أفكار مونتسكيو، إلا إن أفكارها انتشرت على يد سافيني ويوختا في ألمانيا، ولذلك يعتبرهما الفقه شيخي هذه المدرسة ورائديها، وترجع فكرة هذه المدرسة إلى أن المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب أو روح الأمة، ومن ثم فإن القانون لا يعدو أن يكون تعبيراً عن هذه الروح، وليس عملاً إرادياً للمُشرِّع، ومن ثم فإن تفسيره لا بد من أن يستقل عن هذه الإرادة ويخضع لتطورات الجماعة؛ لذا أبرزت هذه المدرسة أهمية العرف باعتباره أقرب إلى ضمير الجماعة من التشريع، بل وبالغ أنصارها عندما يوصف التقنين بأنه سيؤدي إلى تجميد القانون، وباعتباره شراً محضاً، للمزيد انظر: سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص753. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ط6، د.ن، 1987م، ص534. ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج1، مرجع سابق، ص691. وقد وصف فكر هذه المدرسة بـ«الدوجماتية»، موضعاً أنها تعني المعرفة المرتكزة على محض أفكار أو تصورات يستخدمها العقل منذ وقت طويل، دون البحث عن الظروف التي نفذت من خلالها، أو إجراء مناقشة عامة لجداولها، فهي نقیض الانتقادية؛ إذ تبدأ بعقيدة معينة. وهذه الكلمة هي من أصل يوناني (δόγμα | dógma)، وتستخدم بشكل تهكمي منذ أيام «كانط» لوصف أي معتقد معتق بتعصب وبغير دليل أو تحييص. انظر: جمال صليبا، المعجم الفلسفي، ج2، دار الكتاب اللبناني، بيروت، د.ت، ص93 و554.

رافعة الأخير إلى مستوى القانون الطبيعي؛ إذ صار هو التجسيم المطلق للعدل الطبيعي، وقد ارتكز العلم القانوني لديها على معرفة العلاقة التنظيمية بين القواعد، أي مدى توقف أو ترتب بعضها على بعض<sup>(44)</sup>.

ودرجت على حل القضايا العلمية عن طريق القياس المنطقي؛ إذ تمثل القاعدة القانونية المقدمة الكبرى، والحالة الواقعية المقدمة الصغرى، والحكم النتيجة القياسية، فإذا ما عُرِضت حالة جديدة لا تغطيها المصادر القانونية، واستحال إدراجها تحت قاعدة قانونية لجأ الفقيه إلى قلب طريقة البرهنة، فبيحث المجتهد في صياغة حل ملائم، ثم يبيحث له عن أساس في القانون الروماني<sup>(45)</sup>.

ولقد انتقد الفقه هذه المبالغة في تجريد الأفكار القانونية عن الظروف الاجتماعية، وإغفال ظروف الحياة الواقعية<sup>(46)</sup>، ونتيجة للتغيرات الاقتصادية الهائلة، في أواخر القرن التاسع عشر، انقلب رأساً على عقب كيان المجتمع، وأصبح المنطق الصوري الذي يهمل الظروف الجديدة غير صالح للتطبيق، وظهرت مدرسة القانون الحر لنتابع جيني في البحث الحر<sup>(47)</sup>، فرفضت فكرة الكمال المنطقي للقانون، وقالت بأن الثغرات هنا وهناك؛ يجب أن تُملأ من خلال القانون الحر، والشروع في البحث الحر عن القانون، كذلك رفضت اللجوء إلى القياس الفقهي، مطالبة الباحث بالاعتماد على الإحساس والوجدان؛ مما يترك العنان للذاتية دون وضع معايير موضوعية؛ لذا لقيت هذه المدرسة نفس مصير مدرسة البحث العلمي الحر<sup>(48)</sup>.

ويقارب الفقه<sup>(49)</sup> بين مدرسة القانون الحر في أوروبا والمدرسة الواقعية القانونية في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(50)</sup>، لكن الواقعية القانونية لا تعد فلسفة أو مدرسة، وإنما هي

(44) يقول سافيني: «القواعد يجب أن ترتب في مجموعات، كل مجموعة مشتقة من قاعدة عليا، وكل عدد من القواعد العليا منتسب إلى نظام قانوني حتى نصل إلى تنظيم واحد شامل يحكم مجموع القانون»، نقلاً عن أنيس الأسيوطي، مرجع سابق، ج 1، ص 695.

(45) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج 1، مرجع سابق، ص 696.

(46) ماكس فيبر، مرجع سابق، ص 55.

(47) س. ف. كانارين، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، مرجع سابق، ص 76. ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج 2، ص 445.

(48) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج 2، مرجع سابق، ص 449. س. ف. كانارين، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، مرجع سابق، ص 84.

(49) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج 2، المرجع السابق، ص 481.

(50) Lawrence B. Solum, The Positive Foundations of Formalism: False Necessity and American Legal Realism, Harvard Law Review, Vol.127, Issue 8, 20 JUN 2014, p.2465.



حركة فكرية أو منهج فني ينبني على ما هو كائن؛ فيستند إلى الواقع من خلال فحص موضوعي للظواهر القانونية<sup>(51)</sup>، فكل تشريع هو وليد تعارك للمصالح؛ فالقانون - في نظرهم - ليس آلة، والقاضي ليس ميكانيكياً، بل إن تطبيق القواعد - بصفة آلية - يدل على الكسل وعدم المبالاة بوقائع القضية؛ فالعلوم التطبيقية ليست كالعلوم الرياضية لنقول إنها تنبني على النظرة التجريدية<sup>(52)</sup>، بل يجب أن تعتمد على المشاهدة الميدانية، التي تستلزم ربط البديهيات القانونية بالواقع الحي، وألا يعتقد رجل القانون أنه يعمل برياضيات، وأن تنسجم الاستنتاجات المنطقية مع الظواهر المشاهدة.

لذا يصر الواقعيون على تقييم القواعد في ضوء النتائج بغية التمهيد لتطوير القانون؛ فالإصلاح أساسه دراسة الواقع<sup>(53)</sup>، وهذا المنهج لا يتميز بأصالة التفكير؛ لأن كل فكرة من أفكاره يمكن ردها كما يرى جانب من الفقه<sup>(54)</sup> إلى مدرسة أو أخرى من المدارس القانونية، فضلاً على أن حصر الوقائع في ضوء طبيعة الولايات المتحدة الأمريكية؛ كونها دولة فدرالية تعالج فيها كل ولاية - على حدة - قانونها، وتنظم محاكمها استقلالاً صعب حصر الوقائع، ودفع الواقعيين أنفسهم إلى اليأس، وكانوا يعانون في التدريس من تعقد التشريع، ولا يخفى ما لتخمين القاضي للوقائع من ذاتية؛ فالحكم هو في الحقيقة وليد القواعد القانونية زائد الوقائع الذاتية وليس الموضوعية، كل هذا بالإضافة إلى ما واجهته الولايات المتحدة من أزمة اقتصادية كان سبباً في ظهور الفقه الاجتماعي<sup>(55)</sup>، كما سيأتي بيانه تفصيلاً.

والمتصفح لأحكام القضاء الدستوري والإداري يجد صدى لهذه المناهج التقليدية في تفسير النصوص التشريعية؛ فقد طُبِّق القضاء الأمريكي القياس المنطقي، حيث عرض على المحكمة العليا، في قضية من القضايا الجنائية، مدى مشروعيتها استعانة المباحث بمراقبة التلفونات الخاصة، واستراق السمع إلى أحاديث المواطنين، ثم الاعتماد على هذه

(51) مشار إليه لدى: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص483.

(52) Jerom frank, Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking, 17 Cornell L. Rev. 568 (1932), Available at: <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol17/iss4/2>, p.571.

(53) قارب في ذلك منهج الفقيه الإيطالي كارنيوتي؛ إذ يرى أن الفقيه يجب أن يبحث عن أفكاره القانونية في الحقائق التي توجد خارج النصوص، مشار إليه لدى: فتحي والي، مناهج البحث في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص44.

(54) Karl N. Llewellyn: Some Realism About Realism — Responding To Dean Pound, Harvard Law Review, June 1, 1931, p.1238.

(55) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص490.

التسجيلات في الاتهام الجنائي، وذلك في ضوء ما يضمنه الدستور من حرمة للمنازل لا تجيز تفتيشها إلا بإذن النيابة العامة. من خلال المنهج الاستنتاجي وطريقة القياس المنطقي، خلصت المحكمة إلى أن الدستور يحظر التفتيش إلا بإذن من النيابة (مقدمة كبرى)، ولكن لم يحدث في الحالة الواقعية المعروضة على المحكمة تفتيش أو ضبط، بل توصيل السلك التلفوني بما يسمح بالتسجيل (مقدمة صغرى)، إذن النتيجة أن المباحث في مراقبة التلفونات لا تحتاج إلى إذن نيابة (نتيجة)<sup>(56)</sup>.

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (19) من القانون رقم 136 لسنة 1981، في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن، وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وذلك فيما تضمنه من عدم اشتراط موافقة المؤجر عند تغيير المستأجر استعمال جزء من العين المؤجرة إلى غير غرض السكنى، وطبقت المحكمة المنهج الاستنتاجي، وطريقة القياس المنطقي، مقررّة أن حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيهها الدستور صوتاً للحرية الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، بل تمتد إلى سلطة التقرير التي ينبغي أن يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائنًا يُحمّل على ما لا يرضاه (مقدمة كبرى)، وحيث إن النص المطعون فيه حوّل المستأجر تغيير استعمال جزء من عين كان قد استأجرها مسكناً إلى غير غرض السكنى، من دون موافقة المالك على قيام المستأجر بهذا التغيير، وكان حق المستأجر مازال حقاً شخصياً مقصوراً على استعمال عين بذاتها فيما لا يجاوز الغرض الذي أُجرت من أجله، فلا يمتد إلى سلطة تغيير جزء من استعمالها بغير موافقة مالكها، وبالمخالفة لشرط اتصل بإجارة أبرماها معاً، صريحاً كان هذا الشرط أو ضمناً (مقدمة صغرى)، ومن ثم فإن هذا النص يكون مخالفاً للدستور لتضمّنه عدواناً على حرية التعاقد، وعلى الحدود المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها، والتي لا تستقيم الحرية الشخصية - في صحيح بنائها بفواتها - فلا تكون الإجارة إلا إملاء يناقض أساسها (نتيجة)<sup>(57)</sup>.

وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن «القياس مُسلماً به كطريق من طرق التفسير، وهو إلحاق أمر غير منصوص عليه على حكم منصوص عليه بأمر آخر فيه حكم ونص، لتساوي الأمرين في علة الحكم، فإن من حق حملة الشهادة العالية النظامية

(56) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928) Decided June 4, 1928, <https://supreme.justia.com>.

(57) المحكمة الدستورية العليا، جلسة 4 مايو 2008، الطعن رقم 116 لسنة 27 ق، الجريدة الرسمية، ع 20 مكرر، وتاريخ 19 مايو 2008.

مع إجازة التخصص القديم، اعتباراً بالعلة المشتركة التي بني عليها النص الوارد في قانون المعادلات... وحرصاً على التسوية بين حملة المؤهلات المتماثلة أن يفيدوا عن طريق القياس من حكم هذه المادة»<sup>(58)</sup>.

وقضى ديوان المظالم السعودي بإلغاء قرار إحدى البلديات المتضمن فرض غرامة مالية على أحد الأفراد استناداً إلى أن ما ارتكبه لا يصدق عليه وصف البناء لتطبيق بحقه المخالفة، فطبقت المحكمة طريقة القياس المنطقي؛ مقررّة أن لائحة المخالفات البلدية الصادرة بقرار مجلس الوزراء... خاصة بمخالفات البناء على أرض حكومية (مقدمة كبرى)، ولما كان الثابت في محضر الجهة الإدارية أن ما قام به المدعي هو عبارة عن أسلاك شائكة، وأعمدة من الخشب، وفسائل نخيل، وخزان مياه (مقدمة صغرى)؛ فإن هذه الأعمال لا يصدق عليها وصف البناء لتطبيق في حقه المخالفة (نتيجة)<sup>(59)</sup>.

وأكثر من ذلك فقد انتهجت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية التفسير الحرفي في مناسبات عدة: منها حكمها في قضية «ماكولوتش ضد ماريلاند» McCulloch v. Maryland، حيث التزمت بالتفسير الحرفي لكلمة «ضروري»، وقررت أنها تختلف عن عبارة «الضرورة القصوى»<sup>(60)</sup>، منتهية إلى حق الكونجرس في إنشاء بنك، بل قررت - بعبارة صريحة في قضية «باورز ضد هاردويك» Bowers v. Hardwick بأن أحكام القضاء تفقد شرعيتها عند عدم تأسيسها على منطوق النصوص الدستورية<sup>(61)</sup>.

وإرهاصات المنهج التاريخي نجدها واضحة في قضية «ماكجرين ضد دوجيرثي» McGrain v. Daugherty، حيث قررت المحكمة العليا أن النص في الدستور على عدم جواز القبض غير المبرر، يصل إلى مرتبة التقديس<sup>(62)</sup>، باعتباره تأكيداً لمبدأ من مبادئ القانون العام غير المستجدة؛ فالدستور بسط هذه المبادئ ليؤكد القيم العليا التي درج عليها القانون العام<sup>(63)</sup>.

(58) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 27 يونيو 1965م، الطعن رقم 1036 لسنة 9ق، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، س10، ص1818.

(59) ديوان المظالم السعودي، جلسة 18 نوفمبر 1434هـ، حكم استئناف رقم 2/955 لعام 1434هـ، مجموعة الأحكام لعام 1434هـ، مج3، ص1509.

(60) McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819) <https://supreme.justia.com/>

(61) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986) <https://supreme.justia.com>

(62) McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135 (1927) <https://supreme.justia.com>

(63) عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص188.

وقررت المحكمة الدستورية العليا في مصر، متأثرةً بأفكار مدرسة الشرح على المتون، بأن «قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن سلطة تفسير نصوص التشريع... مناطها ما تغياه المشرع حقاً حين صاغها... كذلك 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، ويتمخض عن تعديل لها»<sup>(64)</sup>.

وفي فرنسا ترتب على التفسير التقليدي ظهور التفرقة الشهيرة بين الخطأ الشخصي وخطأ المرفق، حيث فسرت محكمة التنازع مرسوم 19 سبتمبر 1870، والذي رفع عن الموظفين كل حماية ضد الدعاوى المحتملة، تفسيراً تقليدياً شديد التضييق يربطه بالقوانين الثورية بفصل السلطات الإدارية والقضائية بعيداً عن مخالفتها؛ إذ فرق مفوض الحكومة دافيد بين الضمانات الشخصية لحماية الموظف، والضمانات التي قررت لمصلحة المرفق، واعتبر أن الأولى هي التي ألغاه المرسوم المشار إليه، بينما الثانية لم يستطع المرسوم إلغاؤها؛ لأن في ذلك تقويضاً لمبدأ الفصل بين السلطات<sup>(65)</sup>.

وعلى الرغم من تأكيد القضاء الإداري المصري، منذ نشأته، على طبيعته الإنشائية<sup>(66)</sup>، فإن أحكامه لا تخلو من الاعتماد على المنهج التقليدي في تفسير النصوص؛ فقد قررت المحكمة الإدارية العليا أنه «من المقرر، في شأن تفسير القانون، أنه إذا كان معنى النص يتحدد بما تفيد عبارته أو لفظه، وبما يفيد روحه أو فحواه، فإن الهادي الأول الذي يضيء الطريق لمعرفة هذا المعنى في الحالتين هو قصد الشارع الذي أراد بالنص أن يعبر عنه؛ فقصد الشارع، من نص معين، هو كل شيء في تحديد معناه، فإذا ظهر أن المشرع قصد بالنص، حين وضعه، أمراً معيناً تحدد معناه بهذا القصد»<sup>(67)</sup>.

وفي قضاء آخر نجد إشارة إلى العرف الذي اعتمد عليه المنهج التاريخي؛ حيث قضت بأن «الأصل في تفسير النصوص القانونية، وتفهم مدلولها أن تُحمّل ألفاظها على ما

(64) المحكمة الدستورية العليا، جلسة 20 يونيو 1994م، الطعن رقم 34 لسنة 13ق، الجريدة الرسمية، 7 يوليو 1994م، ع27.

(65) T.C, du 30 juillet 1873, 00035, publié au recueil Lebon, N° 00035.

(66) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2 يونيو 1956م، الطعن رقم 157 لسنة 2ق، مجموعة أحكام السنة الأولى، ص708. والمعنى نفسه رده ديوان المظالم السعودي في حكمه الصادر في 24 من المحرم 1433هـ، رقم 3/15 لعام 1433هـ، قضية رقم (1/1886ق) لعام 1432هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ لعام 1433هـ، مج4، ص2122.

(67) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 26 فبراير 1974، الطعن رقم 1297 لسنة 18ق، مجموعة السنة التاسعة عشرة، ص186.

يقضي به الاصطلاح والعرف القانونيان، لا ما تقضي به الأوضاع اللغوية؛ لأن الأصل - أيضاً - هو أن المشرع يستعمل في صياغته النصوص القانونية الألفاظ في معانيها القانونية الخاصة، لا معانيها اللغوية العامة، وذلك كله ما لم يقدّم دليل من النص على أن المشرع استهدف - بلفظ معين - معناه اللغوي لا معناه القانوني<sup>(68)</sup>.

وفي قضاء حديث لدائرة توحيد المبادئ نجد الدائرة اعتمدت على هذا المنهج في التفسير، مقررّة أن «الإحالة من محكمة القضاء الإداري على المحكمة الإدارية العليا كمحكمة موضوع لا تكون إلا بحكم؛ يتناول أسباب عدم الاختصاص والإحالة»، وذلك وفقاً لنص المادة (110) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الذي يقضي بأنه «على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها على المحكمة المختصة...»؛ فالأمر بالإحالة رهين بصدور حكم بها<sup>(69)</sup>، ويبدو للباحث أن هذا التفسير التقليدي يتعارض مع مبدأ الاقتصاد في الوقت والإجراءات<sup>(70)</sup>، ويعد سبباً من أسباب بطء العدالة الإدارية، فضلاً على تعارضه مع حاجة اجتماعية ملحة تستلزم سرعة الفصل في المنازعات الإدارية؛ تحقيقاً للعدالة الناجزة، فهذه الإحالة تكون بقرار من المحكمة، بما لها من سلطة ولائية، ولا تعتبر حكماً لأنها لا تفصل في موضوع الخصومة، أو في شق منه، أو في مسألة متفرعة عنه، ومن ثم فإن الثابت أن هذا القرار لا يقبل الطعن المباشر؛ لأنه بمنزلة قضاء باختصاص المحكمة المحال إليها الدعوى، فلا ينهي الخصومة كلها أو بعضها<sup>(71)</sup>.

وأخطر من ذلك ما انتهت إليه الدائرة ذاتها، في حكمها الصادر بتاريخ 3 ديسمبر

(68) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 11 أبريل 1970م، الطعن رقم 368 لسنة 13ق، مجموعة السنة الخامسة عشرة، ص276.

(69) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 7 أبريل 2018م، الطعن رقم 11154 لسنة 59ق، دائرة توحيد المبادئ، أشار إليه: إسلام الشحات، الأحكام الكبرى في قضاء مجلس الدولة... درر ما قضت به وأرسته دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا، حصاد 2018م، ص124.

(70) وهذا ما أقرته المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المدنية الصادر في 1949، والذي استحدث هذه المادة، أحمد أبو الوفا، الإحالة بمقتضى المادة (135) من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1962، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع3، س8، يوليو / سبتمبر، 1964، ص7.

(71) أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص10، 22. وأيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 23 مارس 1975، الطعن رقم 215 لسنة 15ق، مشار إليه لدى حمدي ياسين عكاشة، إجراءات الدعوى الإدارية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1983، ص342؛ حيث قررت المحكمة أن «الغاية المرجوة من وراء الإحالة بالإجراء الصحيح قد تحققت فعلاً بالإحالة التي تمت بأداة غير صحيحة... يترتب على ذلك عدم جواز الحكم ببطلان هذه الإحالة تحقيقاً لما استهدفه المشرع من أنه لا يحكم بالبطلان برغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء».

2022<sup>(72)</sup>، مرجحةً اتجاه المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى عدم قبول الدعاوى التي ترفع ابتداءً إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام القانون رقم 7 لسنة 2000م، بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، وذلك إذا تم اللجوء إلى هذه اللجان بعد تاريخ إقامة الدعوى، وقضت صراحةً، ضمن حكمها، بأنه «إعمالاً للقاعدة الأصولية في التفسير بأنه لا اجتهاد عند صراحة النص، وأن أعمال النص خير من إهماله، فإنه يتعين التقييد بصريح نص المادة الحادية عشرة من القانون رقم 7 لسنة 2000، والالتزام بالفهم السليم لها، والتطبيق الصحيح لحكمها، والتي نصت في إفصاح جهير وصريح لا يجوز تأويله على محمل آخر، على أنه لا تقبل الدعاوى التي ترفع ابتداءً إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون إلا بعد تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة، وفوات الميعاد المقرر لإصدار التوصية أو الميعاد المقرر لعرضها، من دون قبول كإجراء شكلي جوهري تتعين مراعاة اتخاذه قبل سلوك طريق الدعوى القضائية».

والظاهر أن هذا القضاء فيه إغفال صريح لواقع هذه اللجان وممارستها، والتي تثبت تجردها من أهلية الإلزام أو التقرير، بل وتعطيلها واقعيًا لحق التقاضي، وإرهاق الخزانة العامة بمرتبات وأجور ومكافآت من دون فائدة واقعية تذكر، فبهذا التفسير الحرفي غلبت المحكمة قيمة الإجراء الشكلي على الحق الدستوري في التقاضي ومستلزمات العدالة الناجزة؛ إذ إن هذه الإجراءات - كما كانت ترى المحكمة الإدارية العليا في اتجاه سابق لها<sup>(73)</sup> - الغاية منها تتحقق بمجرد اتخاذها، ولو بعد رفع الدعوى، ولا يجوز أن تكون سبباً للقضاء بعدم قبول الدعوى، ومن ثم لا تلزم الأسبقية الزمنية لتقديم التظلم على رفع الدعوى؛ مادام قد قُدم فعلاً خلال الميعاد المقرر قانوناً لتقديمه، ولا محل للدفع بعدم قبول الدعوى مادام الإجراء المطلوب قانوناً قد استوفى، وهذا التفسير يتفق مع روح النص، وينصف المتقاضي، ويحقق العدالة الناجزة؛ إذ العلة من الإجراء قد تحققت بتقديمه، سواء بعد رفع الدعوى، أو قبل رفعها، مادامت لم يتم حجزها للحكم، ولا فائدة من اتمامه، والجميع يعلم شكلية هذه اللجان ومدى تقدير الإدارة لتوصياتها.

وزد على ذلك أن المحكمة أغفلت بيان الأثر الرجعي لحكمها، بما يحفظ حقوق المتقاضين الذين رفعوا دعواهم استناداً إلى اتجاه المحكمة الإدارية العليا السابق، فكان يجب على

(72) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 3 ديسمبر 2022م، الطعن رقم 39225 لسنة 66ق (غير منشور).

(73) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 13 نوفمبر 1999م، الطعن 2906 لسنة 41ق، وحكمها في الطعن رقم 35979 لسنة 52 ق، جلسة 15 أكتوبر 2010م، وفي الطعن رقم 80577 لسنة 65ق، جلسة 19 يونيو 2021.

المحكمة أن تقرر - في قضائها هذا، مع تحفظنا عليه - عدم تطبيقه على الدعاوى المودعة، أو تضع فترة انتقالية لترتيب آثاره، وهذا اتجاه حديث لمجلس الدولة الفرنسي؛ حيث قرر المجلس - في العديد من قراراته الحديثة - تعديل آثار الإلغاء الذي حُكِمَ به، بحيث لا ينتج آثاره إلا في تاريخ لاحق<sup>(74)</sup>؛ خصوصاً لو كان في ذلك حماية لمصالح عامة وخاصة جديرة بالرعاية<sup>(75)</sup>.

ويؤكد موقف القضاء المشار إليه آنفاً ما ذهب إليه بعض الفقه القانوني<sup>(76)</sup>، من أن معظم طرق مدرسة الشرح على المتون مازال متبّعاً؛ ما يجعل من المتعذر الزعم بأن هذه المدرسة قد انتهت وجودها تماماً؛ إذ لا يزال نهجها في بعض جوانبها السليمة في تفسير نصوص التشريع قائماً، إلا إن ذلك لا يحول دون التأكيد أن هذا النهج في التفسير لا يسعف في التعرف على المعنى الحقيقي الذي قصده المشرّع، بل وعلى سد الثغرات التي تواجه حياة القانون العام، والتي تتعذر معالجتها وفقاً لهذه المناهج التقليدية، فما الموقف لو وجد تشريع ينص على انتخاب هيئة معينة من دون أن يتضمن النص على إجراءات الانتخاب، وطريقته؟! بل قد يتضمن التشريع كل ما يتعلق بتفاصيل تنظيم عملية الاقتراع، إلا أن الواقع يفرز ما ينقض الظن باكتماله؛ ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (88) من دستور 1971 المصري، من اشتراط الإشراف القضائي على عملية الاقتراع؛ فقد أثارت هذه الضمانة تساؤلاً بشأن اقتصار الإشراف على عملية إدلاء الناخبين بأصواتهم في صناديق الاقتراع، أم استغراقه لما يسبق ذلك؛ من مراحل مثل: الدعاية الانتخابية والقيّد في الجداول<sup>(77)</sup>.

ومن التطبيقات التي يظهر فيها التفسير الحرفي لديوان المظالم السعودي، ما قضت به بعض أحكام محاكم الاستئناف الإدارية من أن المَعوّل عليه في استحقاق البديل المسمى الوظيفي وليس طبيعة العمل<sup>(78)</sup>؛ ففي قضية متعلقة بصرف بدل مزاولة الطب الشرعي والمخصصة للعاملين في مراكز الطب الشرعي، بمن فيهم العاملون في ثلاثة

(74) C.E, 7ème et 5ème sous-sections réunies, du 28 avril 2003, 233343, mentionné aux tables du recueil Lebon, N° 233343

(75) محمد فوزي نويجي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، تطور مبدأ الأمن القانوني وأثره في إرجاء آثار حكم الإلغاء، س9، ع4، سبتمبر 2021م، ص405.

(76) سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص752.

(77) عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص1417.

(78) ديوان المظالم السعودي، جلسة 11 يناير 1434هـ، حكم استئناف رقم 1/30 لعام 1434هـ، مجموعة الأحكام لعام 1434هـ، مج1، ص348.

الموتى والمشمولين بلائحة البدلات الصادرة بقرار مجلس الخدمة المدنية، انتهت محكمة الاستئناف الإدارية في الرياض إلى عدم استحقاق أحد الفئتين بقسم الطب الشرعي، بمستشفى الملك خالد بمحافظة المجمعة، بدل الطب الشرعي<sup>(79)</sup>؛ استناداً إلى أن وظيفته ليست مشمولة ضمن التشكيلات الإدارية المعتمدة لإدارات الطب الشرعي.

والظاهر أن مثل هذا القضاء يتنافى مع قواعد العدالة، وما أقره القضاء الإداري السعودي - في كثير من أحكامه - والقضاء المقارن بشأن البدلات؛ من أن مناط استحقاقها الوظيفة وليس مكانها<sup>(80)</sup>، فضلاً على إغفاله واقع هذه الأعمال، ومقاصد المنظم في منح البدل لمن يمارسها، فمن يباشر الأموات ليس كمن يباشر الأحياء، ومن ثم فإنه يثبت لمن يباشرها الغنم باستحقاقه البدل كغيره من زملائه الذين يقومون بالعمل نفسه، والقاعدة الأصولية أن «العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني»، فمقصود المنظم من منح هذا البدل التشجيع على العمل في هذه الأقسام التي تأنف كثير من النفوس العمل فيها، ومن ثم فإن مناط استحقاق البدل مباشرة هو العمل ذاته، بغض النظر عن المسمى الوظيفي، ومدى شمول اللوائح المنظمة للبدل له.

(79) ديوان المظالم السعودي: جلسة 2 من ربيع الأول 1442هـ، حكم قضية استئناف رقم 7073 لعام 1441هـ (غير منشور)، وتتلخص وقائع الطعن في أن الطاعن سبق أن أقام الدعوى رقم (2109) لعام 1441هـ، أمام الدائرة الثانية عشرة بالمحكمة الإدارية في الرياض، مطالباً المطعون ضدها بصرف بدل الطب الشرعي من تاريخ إيقافه 4 من جمادى الآخرة 1439هـ، مع استمرار الصرف مادام يزاول عمله في المجال نفسه (فني تمرير بقسم الطب الشرعي في مستشفى الملك خالد بالمجمعة)، وبما أن الطاعن يعمل فني تمرير بقسم الطب الشرعي بمستشفى الملك خالد بمحافظة المجمعة، وفق المشهد المصاّدق عليه من قبل مدير المستشفى، والمبين فيه طبيعة عمله (تسلم الوفيات وتسليمها، وتحضير حالات الطب الشرعي، وأخذ عينات الـ DNA، ومتابعة ثلاجات الموتى، ودرجة الحرارة الخاصة بالثلاجة)؛ مما يتأكد معه مزاوله الطاعن العمل الذي خصّص البدل من أجله، ولما كان المستقر عليه أن مناط استحقاق البدل هو مزاوله العمل؛ فقد قضت الدائرة الثانية عشرة بالمحكمة الإدارية بالرياض بإلزام المديرية العامة للشؤون الصحية بأن تصرف للطاعن بدل الطب الشرعي، من تاريخ 4 من جمادى الآخرة 1439هـ، مع استمرار الصرف مادام يزاول العمل المخصّص له للبدل، وقد طعن ممثل المطعون ضدها (جهة الإدارة) على هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية في الرياض؛ فأصدرت حكمها رقم (7073) لعام 1441هـ بإلغاء الحكم الصادر من الدائرة الثانية عشرة بالمحكمة الإدارية بالرياض، في الدعوى رقم (2109) لعام 1441هـ، والقضاء مجدداً برفض الدعوى.

(80) المحكمة الإدارية العليا في مصر، جلسة 31 أكتوبر 1982م، طعن رقم 1114 لسنة 26ق، المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، س28، ص5. ديوان المظالم السعودي، الحكم رقم 64/د/1/ف/24 لعام 1431هـ، والمصاّدق عليه من محكمة الاستئناف بالحكم رقم 870/إس/1 لعام 1432هـ، جلسة 13 مايو 1432هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لديوان المظالم السعودي، ص280، والحكم رقم 465/د/1/11 لعام 1435هـ، والمصاّدق عليه من محكمة الاستئناف بالحكم رقم 1/3530 لعام 1435هـ، جلسة 23 من ذي القعدة 1435هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ص428.



لذلك نجد القضاء الإداري ذاته يحذر، في بعض التطبيقات، من خطورة الاعتماد على التفسير اللفظي، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن «التفسير السليم لذلك النص لا يتحقق إلا بالتزام حدود الغرض الحقيقي للشارع أنه لو صح جدلاً الأخذ بالتفسير اللفظي القائل بضرورة رفع المنازعة قبل تاريخ صدور القانون، كشرط للاستفادة من أحكام المادة الأولى فإن هذا الرأي يؤدي إلى نتيجة غير معقولة يتنزه عنها الشارع، وهي التفرقة في الحكم بين حالة منازعة رفعت أمام اللجان القضائية قبل تاريخ صدور هذا القانون فيعتد فيها بالتصرف، وبين حالة منازعة رفعت أمامها بعد صدوره كالحالة المطروحة فلا يعتد بالتصرف، وذلك على الرغم من توافر شرط رفع المنازعة، وتوافر غرض الشارع سالف الذكر في كل من الحالتين»<sup>(81)</sup>.

كذلك قررت، في إشارة إلى عدم إلزامية الاعتماد على المنهج التاريخي، أن «الاستهداء في تعرف النية المشتركة للمتعاقدین بطبيعة التعاقد، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدین وفقاً للعرف التجاري في المعاملات (المادة 150 / مدني) ليس بقاعدة ملزمة للمحكمة، وإنما تستأنس بها وهي في حل من ألا تتبعها إذا رأت أن اتباعها غير ذي جدوى في الوصول إلى تعرف نية المتعاقدین»<sup>(82)</sup>، وأن التفسير لا بد من أن يراعي روح التفسير التشريعي مادام أن له مقتضى تستدعيه قواعد العدالة<sup>(83)</sup>، كما أن القياس لا بد من أن يؤخذ في الاعتبار عند تطبيقه طبيعة المنازعة الإدارية<sup>(84)</sup>، ولعل هذا الموقف القضائي، وما سبق بيانه من خطورة الاعتماد على المناهج التقليدية منفردة في تفسير النصوص التشريعية، ينقلنا إلى استعراض الأفكار التقدمية للفقه القانوني، فيما يتعلق بحل مشكلة الثغرات تطويراً للقانون العام على النحو الذي سيأتي تفصيله في المطلب التالي.

(81) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 26 فبراير 1974 م، الطعن رقم 1297 لسنة 18 ق، مجموعة السنة التاسعة عشرة، ص 186.

(82) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 23 يونيو 1962 م، الطعن رقم 2038 لسنة 6 ق، مجموعة السنة السابعة، ص 1110.

(83) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 26 مارس 1972 م، الطعن رقم 732 لسنة 18 ق، مجموعة السنة التاسعة عشرة، ص 235. C. E, 13 Mars 1925, Desreumaux, Rec. p. 272.

(84) والمحكمة الإدارية العليا، جلسة 5 نوفمبر 1955 م، الطعن رقم 20 لسنة 2 ق، مجموعة السنة الأولى، ص 64. وأيضاً ديوان المظالم السعودي، القضية رقم 1/1126 ق لعام 1424 هـ، الحكم رقم 135 / د / 4 لعام 1426 هـ، مجموعة الأحكام، مج 1، ص 212.

## المطلب الثالث

## الأفكار التقدمية ومعالجة مشكلة الثغرات

لما كانت المناهج التقليدية لم تسعف في حل مشكلة الثغرات؛ لذا ظهرت أفكار تقدمية تدعو إلى تطبيق المنهج المقارن في فرنسا<sup>(85)</sup>، وظهر في ألمانيا فقه المصالح<sup>(86)</sup>، وقد حظي بتأييد فقهي وقضائي. ويقوم فقه المصالح على فكرة مؤداها ضرورة الخضوع الواعي للتشريع، وربط الحل القانوني بعملية التقييم والترجيح، مع مراعاة الحاجة إلى التطوير واستقراء الأفكار من المصالح، هذا الفقه الغائي يستلزم من القاضي عدم تطبيق النص إلا إذا توافرت المصلحة التي اقتضته، ولا يجري حكم القياس إلا عند التماثل في وضع المصالح<sup>(87)</sup>، ولا يتيه في خبايا الوجدان أو ينزلق إلى التفكير الذاتي الذي يفصله عن واقع المجتمع، بل عليه أن يستمد من مفاهيم المجتمع الموازنة والمفاضلة، ومن هنا تأتي قدرة

(85) بزغ نجم هذا المنهج في فرنسا كرد فعل على مدرسة الشرح على المتون والمدرسة التاريخية، وترجمه الفقيهان الفرنسيان سالي ولامبير، وكان لكل منهما وجهة نظر مختلفة تجاه غايات هذا المنهج؛ إذ رأى سالي أن القانون المقارن يستهدف الوصول إلى قانون عالمي للإنسانية المتمدية، بينما دعا لامبير إلى استخلاص قانون مشترك مستمد من مقارنة قوانين البلاد المتقاربة في الحضارة، والتي ترجع قوانينها إلى أصول مشتركة، كوحدة التقاليد التاريخية والقانونية، فتشتيت الجهود في حقل العالمية لن يجدي نفعاً، فُيستعان بمنهج القانون المقارن كأداة للكشف عن القانون، باعتباره عنصراً في القانون الوضعي.

ويتضح من المقابلة بين الرأيين أن الأول يهدف إلى وضع قانون موحّد للشعوب المتحضرة، في حين سعى الثاني، من خلال المنهج المقارن، إلى استخلاص قواعد مشتركة للشعوب المتقاربة في تقاليدها التاريخية، ومستواها الثقافي والاقتصادي؛ لذا يرى جانب من الفقه أن الفارق بينهما لا يعدو أن يكون اختلافاً في الحدود والآمال المعقودة على الدراسة المقارنة، وليس حدّاً بين الممكن والمستحيل علمياً. وعلى الرغم من مساهمة هذا المنهج في تطوير القانون العام، فإن صعوبته تتمثل في الحاجة إلى دراسات علمية موسّعة، ولغة أجنبية، فضلاً على أنه لا يمكن للقانون المقارن أن يتجاوز خصوصية الأنظمة الإقليمية؛ فما تراه بعض الدول من ثوابتها يخصها وحدها ولا يلزم فرضه على غيرها.

للمزيد حول المنهج المقارن، انظر: عبدالرزاق السنهوري، تقرير عن المؤتمر الدولي للقانون المقارن بلاهاي في اجتماعه الأول سنة 1932، مقال بالفرنسية نقله إلى العربية: عبده حسن الزيات، منشور ضمن مقالات وأبحاث الأستاذ الدكتور السنهوري، مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص، ص 23. عبدالمنعم البدرابي، دور القانون المقارن في تطوير القانون الوطني، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، ع2، لسنة 1996، ص 146. عبدالرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، مطبعة العاني، بغداد، 1967، ص 11. شفيق شحاتة، في القانون المقارن وفي طريقة دراسته، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عين شمس، ع1، لسنة 1961، ص 105. حمدي عبدالرحمن، نحو نظرية جديدة إلى مدخل الدراسة القانونية المقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عين شمس، ع2، لسنة 1975، ص 805. محمد كمال الدين إمام، مقاصد الشريعة والقانون المقارن، مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية ومركز الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ص 273.

(86) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص 453 و454.

(87) س. ف. كاناريز، مرجع سابق، ص 81، و ص 86.

هذا المنهج على العمل في كل المجتمعات أيًا كان المناخ التاريخي، ومهما اختلف النظام السياسي<sup>(88)</sup>.

إذن هذا المنهج يبدأ في واقعية من المصالح ليصعد إلى القواعد ثم الأفكار العامة، أي يرسى أولاً أساس الهرم، ثم يضع طوابقه حتى القمة؛ فتدور الأحكام مع حكمها لا مع عللها وجوداً وعدمًا؛ فالباحث يلجأ هنا إلى الإدراج، لكن الإدراج ليس قائمًا على عملية منطقية استنتاجية، وإنما هو غائي تقييمي<sup>(89)</sup>.

ويقترح منهج فقه المصالح في أوروبا مع الفقه الاجتماعي في الولايات المتحدة الأمريكية؛ إذ انتقد أنصاره مغالاة المدرسة التاريخية في تقدير العوامل غير الواعية في تطور النظم القانونية<sup>(90)</sup>؛ فالقانون - في نظرهم - يتطور عن وعي، ويتقدم نحو غاية متمثلة في رفاهية المجتمع، وهي مختلفة باختلاف الزمان والمكان؛ لذا يتعين عند تطبيق القانون مراعاة غايته، وعلى أساسها يتم تحديد الطريق، فلا يتحول الباحث إلى محض آلة لإدراج القواعد، بل يجب أن يضع نصب عينيه الغاية الأساسية التي تستهدفها القواعد القانونية؛ فالمعايير النفعية تؤثر في نمو الفكر القانوني<sup>(91)</sup>.

كما أن الشريعة العامة الأنجلوأمريكية تستخدم المنهج الاستقرائي القائم على الاختبار، وتعتمد على الفلسفة البراجماتية؛ حيث تتوقف صلاحية القواعد على ما تؤدي إليه في العمل من نتائج، فلا يصير دور القاضي تلقائيًا، بل يتعين ملء الثغرات، وإيضاح الغموض، وتخفيف صرامة النصوص؛ لتفادي ما بها من عيوب، وهو في ذلك يحتاج إلى أن يوفق بين اعتبارين متناقضين، هما: الرغبة في الثبات، والحاجة إلى الارتقاء؛ فغاية الجهد القانوني لا تتمثل في التركيب، وإنما في التوفيق العملي<sup>(92)</sup>.

فيفسر القانون في ضوء ما أَرادَهُ المشرِّع من معنى لو أنه سن القانون يوم تطبيقه، مسترشداً بالمعايير ذاتها التي كان المشرِّع نفسه يستوحىها، وبالتجربة والدراسة والتأمل في الحياة ذاتها، فيوازن بين الاعتبارات كافة، فلسفية ومنطقية وقياساً وتاريخاً

(88) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص463.

(89) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص458. س. ف. كانارين، مرجع سابق، ص 81 وص 83 وص 86.

(90) Roscoe Pound, La place et la finalité de la théorie du droit sociologique (1911), Traduction: Françoise Michaut, Revue électronique d'histoire du droit, No.61, (2013), p.12.

(91) Roscoe Pound, The Spirit of the Common Law, Marshall Jones company, Season of 1921, pp.195-196.

(92) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص495.

وعرفاً وهدساً... وغيرها، ثم يزود هنا ويقلل هناك، إلى أن يُحدّد في حكمة الوزن الذي يبرّج الكفة؛ فالمصلحة في الأمن والاستقرار - على سبيل المثال - يجب أن تُوزن مع المصلحة في العدالة وحسن النية وغير ذلك مما يؤثر في الرفاهية الاجتماعية<sup>(93)</sup>.

ولقد طبق القضاء الدستوري، في الولايات المتحدة، هذا المنهج في أحد أحكامه؛ إذ ذهب إلى أن حق الدولة هو القيمة العليا في كل مجتمع، بالموازنة بحرية التعليم الجامعي، وما تقتضيه من حرية تلقي العلم؛ حيث قررت المحكمة العليا مشروعية استجواب الأستاذ الجامعي عن عقيدته الفكرية من قبل الكونجرس، وأن حق الكونجرس في الاستعلام يستند إلى حق الدولة في حفظ كيائها، وهو القيمة العليا في المجتمع<sup>(94)</sup>.

وفي حكم للمحكمة العليا في مصر نجد إرهابات هذا المنهج؛ حيث وازنت المحكمة بين المنافع والأضرار المترتبة على حل مجلس الشعب حفاظاً على استقرار النظام القانوني موازنةً بتطبيق الأثر الرجعي كنتيجة حتمية لطبيعة حكم المحكمة الكاشف؛ فقررت أنه «لما كانت انتخابات مجلس الشعب قد أُجريت بناءً على نص تشريعي ثبت عدم دستوريته بالحكم الذي انتهت إليه المحكمة في الدعوى الماثلة، فإن مؤدى هذا الحكم ولازمه أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلاً منذ انتخابه، إلا أن هذا البطلان لا يؤدي البتة إلى ما ذهب إليه المدعي من وقوع انهيار دستوري، ولا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات، وما اتخذه من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة، ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة، وذلك ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً، أو يُقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا، إن كان لذلك وجه آخر غير ما بُنى عليه هذا الحكم»<sup>(95)</sup>.

(93) Roscoe Pound: The Spirit of the Common Law, Marshall Jones company, Season of 1921, p.215.

وانظر كذلك: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص496 و497.

(94) Barenblatt v. United States, 360 U.S. 109 (1959), On the record in this case, the balance between the individual and the governmental interests here at stake must be struck in favor of the latter, and therefore the provisions of the First Amendment were not transgressed by the Subcommittee's inquiry into petitioner's past or present membership in the Communist Party, p. 360 U. S. 125-134. <https://supreme.justia.com/>

(95) المحكمة الدستورية العليا، جلسة 19 مايو 1990، الطعن رقم 37 لسنة 9ق، الجريدة الرسمية، ع22 مكرر، بتاريخ 3 يونيو 1990 م.

وفي فرنسا أجازت محكمة التنازع التنفيذ المباشر رغم عدم وجود النص، باعتبار أن القانون يجب طاعته وأن الإدارة مُلزمة بالتدخل في مثل هذه الحالات إذ ليس من المصلحة العامة أن تقف الإدارة مكتوفة الأيدي ومكتفية بدور المشاهد في ظل ظروف تستلزم تدخلها، وهو ما أكدته مفوض الحكومة روميو بقوله: «من ذات جوهر دور الإدارة العمل فوراً واستعمال القوة العامة من دون تأخير، وبلا إجراءات، عندما تقتضي ذلك المصلحة العامة وحفظ النظام العام، فعندما يحترق المنزل لا نذهب إلى القاضي لطلب الإذن بإرسال المطافي»<sup>(96)</sup>.

كذلك وازن القضاء الإداري الفرنسي بين المنافع والأضرار في قضية «مؤسسة فيل نوفيل» Ville Nouvelle Est.؛ فقرر أنه «لا يجوز قانوناً تقرير المنفعة العامة على عملية معينة إلا إذا كانت ما تتضمنه من مساس بالملكية الخاصة، وما تتطلبه من تكاليف مالية، وما يترتب عليها من مضار اجتماعية غير باهظة مقارنة بالفائدة التي تمثلها»<sup>(97)</sup>.

هكذا ابتدع المجلس، من خلال هذه القضية، نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، فلم تقتصر رقابته على المنفعة العامة بشكل مجرد، بل بحث اتفاق العملية المبتغاة مع المصلحة العامة من حيث الواقع؛ فمشروع معين قد يكون صالحاً على مستوى مدينة معينة، ربما لن يكون كذلك في غيرها، أيضاً على القاضي - كما يقول مفوض الحكومة برييان - أن يأخذ إلى جانب التكلفة المالية التكلفة الاجتماعية (البيئة وإطار الحياة، فيجب تجنب القيام بمشروعات وإن كانت نافعة، إلا إنها تزيد من التلوث، أو تدمر جزءاً من الذمة الوطنية والثقافية للبلاد... فمن المهم، في كل حالة، وزن ما للعملية وما عليها، وألا تكون المنفعة العامة مجرد قناع).

وقد طبقت المحكمة الإدارية العليا في مصر النظرية ذاتها؛ فقضت بأنه «ليس فقط تتحقق عدم المشروعية للقرار الإداري بأن يتنكب غايات المصلحة العامة التي يحددها القانون وينحرف عنها، وإنما أيضاً يكون القرار الإداري غير مشروع إذا استند إلى غاية

(96) T.C, 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just, Tribunal des conflits 00543. CE, Ass., 22 novembre 1946, Mathian, Lebon, p. 278.

وانظر أيضاً: تعليق موريس هوريو في مقاله البوليس القانوني وجوهر القانون - بمناسبة رسالة السنهوري، وحديثه عن فكرة المعيار القانوني في القانون الإداري، حيث يرى أن المعيار القانوني يظهر في إجراءات التنفيذ المباشر الذي تمارسه الإدارة، تم إدراج ترجمة للمقال في كتاب: عبدالرزاق السنهوري، القيود التعاقدية على الحرية الفردية للعمل في القضاء الإنجليزي، ترجمة: كمال جادالله، مرجع سابق، ص 83.

(97) C.E, Ass. 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement C. Fédération de Défense des Personnes concernées par le projet dénommé Ville Nouvelle Est, 78825, publié au recueil Lebon.

من غايات المصلحة العامة، يكون ظاهراً أو مؤكداً أنها أدنى في أولويات الرعاية من غايات ومصالح قومية أسمى وأجدر بالرعاية»<sup>(98)</sup>.

كذلك وازن ديوان المظالم السعودي بين المصلحة العامة والمصلحة الفردية في حكم بديع قضى فيه بأن «مطالبة المدعية بإلغاء قرار الجهة المدعى عليها السلبي بامتناعها عن تطبيق كامل مشمول صكها على الطبيعة، أو إلزامها باتخاذ إجراءات نزع الجزء المختزل من عقارها (اقتطعته الجهة المدعى عليها نتيجة إعادة التخطيط تحقيقاً للمصلحة العامة)، تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لا يعني إهدار حقوق الأفراد، تطبيقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار». وحيث إن إجابة المدعية لطلبها؛ بإعادة ما تم اقتطاعه يعود على النفع العام بالضرر؛ لذا فإن الدائرة تتجاوز الطلب الأصلي إلى الطلب الاحتياطي للمدعية، وهو إلزام المدعى عليها بتعويضها عما اقتطعت من أرضها»<sup>(99)</sup>.

هذا التفسير المتقدم في حل مشكلة الثغرات، وتطبيق الأفكار التقدمية لتطوير القانون، ليس غريباً على روح الشريعة الإسلامية؛ فقد ذكر ابن القيم - رحمه الله - كلاماً نفيساً في هذا الأصل؛ حيث قال<sup>(100)</sup>: «وإذا تأملت أسرار هذه الشريعة الكاملة وجدتها غاية في الحكمة ورعاية المصالح، لا تفرق بين متماثلين البتة، ولا تسوي بين مختلفين، ولا تحرم شيئاً مفسداً، وتبيح ما مفسدته مساوية لما حرمته أو راحته عليه، ولا تبيح شيئاً لمصلحة وتحرم ما مصلحته مساوية لما أباحته البتة، ولا يوجد فيما جاء به الرسول شيء من ذلك البتة».

(98) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 9 مارس 1991م، الطعن رقم 1914 لسنة 3ق، أشار إليه محمد عبداللطيف، قضية سوق روض الفرج: دراسة نقدية تحليلية، دار النهضة القاهرة، 1995، ص142.

(99) ديوان المظالم السعودي، جلسة 21 من شوال 1434هـ، حكم استئناف رقم 2/1089 لعام 1434هـ، مجموعة الأحكام لعام 1434هـ، مج3، ص1323.

(100) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، بدائع الفوائد، ج3، دار الكتاب العربي، بيروت (نسخة الشاملة)، ص141.

## المبحث الثالث

### المنهج القانوني وملاءمة القانون العام وتطويره

القانون لا يمكن أن يكون منطقيًا مجردًا، بل هو ملاءمة بين القاعدة وواقع الحياة، وحيث إن الحياة متجددة ومتغيرة، فلا سبيل إلى إحلال الأفكار الجديدة محل القديمة إلا من خلال المنهج، أي الطريق الذي يسلكه العقل الإنساني في سعيه إلى الحقيقة، لذا سيتناول الباحث - في هذا المبحث - معالجة حاجة القانون العام إلى الملاءمة، وكذلك التطوير وتلبية ذلك من خلال المنهج العلمي، على النحو التالي:

### المطلب الأول

#### ماهية الحاجة إلى الملاءمة ومعالجتها

#### من خلال المنهج العلمي

يصف أرسطو هذه المشكلة بقوله: «إن التشريع دائمًا نصٌّ عام، ويستحيل في بعض الحالات الكلام بدقة مع البقاء على مستوى العموميات؛ فحيث تُصاغ قاعدة عامة من دون استطاعة توخي الدقة، يأخذ التشريع بعين الاعتبار ما يقع في غالب الأحوال من دون أن يجهل قدر الخطأ الذي يتضمنه مثل هذا السلوك، ومع ذلك فهو تشريع حسن؛ لأن الخطأ لا يكمن فيه، ولا في مَنْ وضعه، وإنما في طبيعة الحالة المطروحة للبحث، وفي هذه الحالة يجوز إعمال مصحح يجابه النقص بتقرير القاعدة التي كان المشرع سيمليها لو أنه وُجد عند نشوب النزاع، والأخذ بالحل الذي كان ليضمنه التشريع لو أنه علم بالحالة الواقعية»<sup>(101)</sup>.

وللشاطبي - رحمه الله - كلام قريب من هذا المعنى في وصف هذه المشكلة وحلها؛ إذ يقول: «لما كان قصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة، وكانت العوائد قد جرت بها سنة الله أكثرية لا عامة، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع، كان من الأمر المُلْتَفَت إليه إجراء القواعد على العموم العادي، لا على العموم الكلي الذي لا يتخلف عنه جزئي ما... فإذا ثبت ذلك ظهر أن لا بد من إجراء العمومات الشرعية على مقتضى الأحكام العادية، من حيث هي منضبطة بالمنظرات، إلا إذا ظهر معارض؛ فيعمل على ما

(101) مشار إليه لدر: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج1، مرجع سابق، ص666، وقارب المعنى نفسه: سليمان مرقس، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص76، وسمير تناغو، القضاء مصدر أصلي للقانون، مرجع سابق، ص63.

يقتضيه الحكم فيه، كما إذا عللنا القصر بالمشقة، فلا ينتقض بالملك المترف ولا بالصناعة الشاقة»<sup>(102)</sup>.

هذه المشكلة تفترض إذن وجود قاعدة قانونية تعالج العلاقة موضوع النزاع، لكن تطبيقها على بعض الجزئيات قد يؤدي إلى نتائج غير ملائمة، أي أن النص التشريعي يشملها لكن روح القانون تستبعدا<sup>(103)</sup>، فهل نقول حينئذ مع الرومان أن التشريع متى تخلفت حكمته توقف حكمه؟

فالحالة الواقعية تندرج تحت القاعدة القانونية؛ ويبدو - للوهلة الأولى - أنه لا توجد ثغرة، ما دام أن الإدراج مستطاع ميكانيكياً، لكن الإشكال أن تطبيق القاعدة المجردة على هذه الحالة الواقعية يؤدي إلى التناقض بين مضمون النص الظاهر للخطاب الوارد من المشرع وحاجات الحياة المعترف بها عادة في القانون، بما يؤدي إلى نتائج ظالمة لو طبقنا قاعدة الإدراج الميكانيكي؛ لذلك كان أرسطو يرى أنه يجب درء هذا العيب عن طريق الموازنة بين النص وظروف الواقع لتخفيف شدة النص، أو لتنويع حكمه بما يحقق العدل، وبما تقتضيه قواعد الإنصاف<sup>(104)</sup>.

ولتقريب ذلك إلى الذهن يقول أرسطو<sup>(105)</sup> إن تطبيق القانون بروح الإنصاف والموازنة أشبه باستخدام آلة قياس مكونة من مادة رخوة، تسمح لها رخاوتها بمتابعة جميع تعاريج الأشياء التي يراد قياسها؛ فالقانون - بصياغته العامة - يعجز عن معالجة هذه التعاريج ما لم يقترن تطبيقه بروح الإنصاف<sup>(106)</sup>.

ومن أبرز الأمثلة على هذه الحالة أثر الظروف الطارئة على القوة الملزمة للعقد، وفي المجال الدستوري تغيير الأوضاع الاقتصادية أو السياسية، وأثره في تعامل القاضي الدستوري مع النص، كما سيأتي بيانه.

(102) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت: 790 هـ)، الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417 هـ، ج4 (نسخة الشاملة) ص14 و15. وقد ورد في الحاشية مثال على ما في المتن نذكره للفائدة «فلو ظهر مثلاً كذب الشهود فيرد وينتقض».

(103) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص461.

(104) سليمان مرقس، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص76.

(105) المرجع السابق، ص76.

(106) انظر في هذا المعنى أيضاً: ج. إيه كوري، تفسير القوانين، مقال مترجم ضمن كتاب تفسير القوانين النص والسياق والتفسير المقاصدي، لـإلمار دريدجر، ترجمة: محمد سراج وأحمد علي ضبش، مركز نهوض للدراسات والبحوث، بيروت، 2021، ص381؛ إذ يقول كوري: «إن أي تشريع لا يصدر أبداً لمجرد تفاصيله، وإنما يصدر باعتباره محاولة لتحقيق المقصد الاجتماعي، مما يمكن أن نطلق عليه الحكمة أو المقصد التشريعي، أو روح القانون، أو رفع الضرر وإثبات الإصلاح».



ولقد واجه فقه المصالح هذه الحالة في الوقت الذي توقف عندها القانون الحر<sup>(107)</sup>، إذ يرى أنصار هذه الاتجاه الفقهي، يوافقهم في ذلك الفقه الاجتماعي في الولايات المتحدة، أن على القاضي - نتيجةً لالتزامه بالخضوع الواعي للقانون - أن يتدخل لتصحيح الخطاب التشريعي، مستوحياً روح القانون، غير معتمد على إحساسه الذاتي؛ فيتخير القاعدة التي كان المُشرِّع لينص عليها لو أنه توقع الحالات الشاذة<sup>(108)</sup>، مع التأكيد على ضرورة عدم الخلط بين الشرع واللفظ والمزج بين المضمون والمكتوب؛ فالقاضي هنا لا يُعدل التشريع، بل يقتصر عمله - كما سلف - على تصحيح الخطاب التشريعي، واختيار القاعدة التي كان المُشرِّع سينص عليها لو توقع مثل هذه الحالة، فهو يخضع في عمله لمُشرِّع الزمن الحاضر لا لحكم العصور الغابرة<sup>(109)</sup>، كما أن التدخل هنا يقتصر على ما تمليه حالات الضرورة القصوى، أي حينما تلح مصالح المجتمع على التدخل، ولا تتأثر اعتبارات الطمأنينة والأمن القانوني<sup>(110)</sup>.

## المطلب الثاني

### القضاء ومعالجة مشكلة الحاجة إلى الملاءمة

لقد كان للقضاء الإداري فضل السبق في الخروج على المنهج التقليدي في فرنسا، في معالجة هذه المشكلة؛ إذ في الوقت الذي رفضت فيه محكمة النقض الفرنسية الاعتراف

(107) تحفظ جيني تجاه الحاجة إلى الملاءمة؛ لعدم معرفة النظام القانوني الفرنسي الحديث بمحاكم العدالة الموجودة في إنجلترا، أو مستثنيات البريتور الروماني في دعاوى حسن النية، فضلاً على مخالفة التمسك بعدالة الملاءمة لمنطوق القاعدة القانونية ما نبع منها من المصادر الشكلية، وما نجم عن البحث العلمي الحر ما لم توجد إشارة صريحة، أو تقضي طبيعة الأشياء بذلك، انظر في ذلك: François Génys, op. cit., p.9

وهذا الموقف انتهجه مدرسة القانون الحر في ألمانيا، حيث جرى أنصارها ما انتهى إليه جيني، فصرفوا النظر عن الحاجة إلى الملاءمة، انظر: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص414، وص449.

(108) Roscoe Pound: Theories of Law, The Yale Law Journal, Vol.22, No.2, Dec.1912, pp.149-150.

انظر كذلك: س. ف. كاناريز، مرجع سابق، ص78.

(109) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص462.

(110) فلا يمكن مثلاً للقاضي أن يحكم برشد الصبي لمجرد أنه ناضج وقادر على تسيير أموره، للمزيد، انظر: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص461. س. ف. كاناريز، مرجع سابق، ص76، 84.

بنظرية الظروف الطارئة، استناداً إلى المنطق الصوري<sup>(111)</sup>، كرّس مجلس الدولة دستور هذه النظرية في قراره الشهير في قضية غاز بوردو<sup>(112)</sup>، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة العامة لإنارة بوردو أقامت دعوى ضد مدينة بوردو أمام مجلس إقليم الجيروندي للحكم عليها برفع سعر الغاز المُحدّد في عقد الالتزام بين الشركة والمدينة، والحصول على تعويض يجبر ما لحقها من خسارة نتيجة زيادة أسعار الفحم بسبب الحرب العالمية الأولى، حيث بلغت الزيادة 117 فرنك في مارس من العام 1916، مقارنةً بسعر طن الفحم في يناير 1915، والتي لم تتجاوز 35 فرنك.

ولما عرض الموضوع على مجلس الدولة في الاستئناف أبدى المجلس شجاعة غير مسبوقة في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين؛ فقرر أن تغيير أسعار المواد الأولية بسبب الظروف الاقتصادية يمثل أحد المخاطر الاحتمالية التي يفترض أن كل ظرف قد أدخلها في حساباتها وتوقعاتها قبل التعاقد، إلا إنه لما كانت آثار الحرب قد ترتب عليها ارتفاع مُبالغ فيه في أسعار الفحم المُستخدَم في إنتاج الغاز، وكانت هذه الزيادة تتجاوز حدود أقصى الزيادات التي يمكن للطرفين توقعها عند إبرام العقد، وأنه نتيجة لاجتماع الظروف السابق بيانها انقلب اقتصاد العقد بصورة مطلقة، ومن ثم فإنه لا يمكن إلزام الشركة بتشغيل المرفق بالشروط ذاتها المتفق عليها أصلاً، مادام هذا الموقف غير العادي مستمرًا.

وبحث المجلس عن حل يتفق مع المصلحة العامة في استمرار خدمات الشركة، والظروف الخاصة التي لا تسمح بالتطبيق العادي للعقد، فانتهى إلى تحميل الشركة قدرًا من الخسارة يساوي ذلك الجزء من ارتفاع الأسعار المحتمل في الظروف العادية وتعويضها عما زاد على ذلك بسبب ظروف الحرب.

وامتدت رياح التغيير هذه إلى دول أوروبا؛ فاستعانت المحكمة الاتحادية في ألمانيا بمبدأ حسن النية للخروج على المنطق الجاف، في سبيل العدالة الموضوعية التي تستلزم

(111) فقد عرض عليها قضية تتلخص وقائعها في تعهد شخص بتوريد آلات ارتفعت أسعارها نتيجة الحرب، وعلى الرغم من اعتماد الجهات المختصة قوائم الأسعار الجديدة لهذه الآلات، فإن المحكمة رفضت إعفاء المدين من تنفيذ التزامه، مادام قد ارتبط في حرية بالتزامات عقدية واضحة ومحددة، فالعقد متى أُبرم اختيارًا صار شريعة المتعاقدين (مقدمة كبرى)، وهذا الالتزام المرهق وليد الاختيار (مقدمة صغرى)؛ إذن الالتزام المرهق شريعة المتعاقدين (نتيجة). *Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 18 janvier 1950*.

للمزيد حول هذه القضية وموقف محكمة النقض، انظر: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص434.

(112) C.E, du 30 mars 1916, 59928, publié au recueil Lebon, N° 59928.

كسر ما ترتبه العقود من قيود وأغلال بفحص وضع المصالح في كل حالة على حدة، ومن أبرز القضايا - في هذا الصدد - قضية شركة سيارات «فولكس فاجن» عام 1951؛ حيث أبرمت هذه الشركة، قبل الحرب العالمية الثانية، عقوداً مع المدخرين بتسليم سيارات، وقد ترتب على الحرب تأخر الشركة ومصادرة سلطات الاحتلال رصيماً من أرصدها في أحد البنوك.

فرجع اثنان من المتعاقدين دعوى بتسليم السيارات المتعاقّد عليها قبل الحرب، ونتيجة إحساسهما بعدم الفائدة من تمسكهما بشروط العقد الأصلية، وافقاً على أن تتولى المحكمة تعديل العقد مقرّين باستعدادهما تقبّل ما تحدده المحكمة من شروط من حيث زمان التسليم وثمان الشراء؛ فانتهت المحكمة - في هذه القضية - إلى أن المحاكم عند تخلف أساس التعاقد تستطيع، وفقاً للمادة (242) (تنفيذ العقود بحسن نية) أن تتدخل على نطاق واسع في العلاقة بين أطراف العقد، لتعيد تشكيل العلاقة بينهما، وتغير الالتزامات العقدية تغييراً كبيراً للغاية بقدر ما يحقق مصلحة الطرفين الجديرة بالاعتبار<sup>(113)</sup>.

وقضى مجلس اللوردات الإنجليزي، بصدد عقد مقاولة، بأن هناك فارقاً بين الزيادة في النفقات التي لا أثر لها على تنفيذ الالتزام، وتلك التي يترتب عليها فوات غاية العقد إذا أدت الظروف الطارئة إلى أن يصبح الالتزام مختلفاً تماماً عما ورد في العقد الأصلي؛ الأمر الذي يعفي من الاستمرار في التنفيذ<sup>(114)</sup>.

كذلك قضت المحكمة العليا في كاليفورنيا بإعفاء مقاول من الاستمرار في التنفيذ بسبب استحالة التنفيذ، نتيجة غرق الحصى تحت المياه، وكان المقاول قد تعهد بأن

(113) Bundesgerichtshof Urt. v. 23.10.1951, Az.: IZR 15/51 «Erst die Prüfung aller vorgenannten Umstände, bei deren tatsächlicher Untermauerung jeder der Prozeßbeteiligten nach Treu und Glauben mitzuwirken verpflichtet ist, kann eine Entscheidung ermöglichen, ob und gegebenenfalls zu welchen Bedingungen es angeht, den Klägern im Rahmen einer rechtsgestaltenden Änderung des alten Vertragsverhältnisses noch Lieferungsansprüche zu gewähren oder ob ihnen solche zu versagen sind». <https://research.wolterskluwer-online.de/>

ولمزيد من التفاصيل باللغة العربية، انظر: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص475.

(114) Davis Contractors Ltd v Fareham UDC [1956] AC 696, Die Jovis, 19<sup>o</sup> Aprilis 1956, Parliamentary Archives, HL/PO/JU/4/3/1036 (<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html>).

وللمزيد حول تطور القضاء الإنجليزي حيال تطور القيود التعاقدية على الحرية الفردية، وتطبيق فكرة المعيار القانوني، انظر: عبدالرزاق السنهوري، القيود التعاقدية على الحرية الفردية للعمل في القضاء الإنجليزي، مرجع سابق، ص147 وما بعدها.

يحصل على الحصى اللازم لإقامة أحد الكباري لقاء ثمن محدد، وبعد استخراج نصف الكمية تبين أن النصف الآخر غارق تحت المياه، ويحتاج استخراجها إلى تكاليف ترتفع عما تم استخراجها باثني عشر ضعفاً، مقررة أن عدم القدرة العملية من الناحية الاقتصادية يساوي الاستحالة القانونية<sup>(115)</sup>.

وفي مصر قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «مقتضى نظرية الحوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة المتعاقدة في هذه الخسارة، ضمناً لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً»<sup>(116)</sup>.

أما ديوان المظالم السعودي فقد امتنع - من تاريخ صدور نظام 1402هـ الذي جعل من الديوان هيئة قضاء إداري مستقلة - عن نظر الدعاوى المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة، وتمسك بموقفه هذا قرابة عشرين عاماً! وقد علقت هيئة التدقيق هذا الاتجاه في أحد أحكامها بقولها: «حكمت الهيئة بنقض الشق الأول، وعدم سماع الدعوى بالنسبة إليه، وذلك لأن الدائرة، بما قضت من أحقية الشركة في التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، إنما يتعارض مع أحكام قرار مجلس الوزراء رقم 818 لعام 1396هـ، وذلك لأنه، ولئن كان نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/51)، وتاريخ 17 من رجب 1402هـ، ينص في المادة (8) على اختصاصه بالفصل في دعاوى وطلبات متعددة، تشمل جميع صور المنازعات الإدارية، ومن بينها الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة، أو أحد الأشخاص المعنوية، طرفاً فيها، إلا أنه قد جرى العمل على تطبيق قرار مجلس الوزراء المذكور، على أن ينظر ديوان المظالم لطلبات التعويض التي لا تستند إلى تقصير الإدارة، وذلك إذا ما أحيلت إليه هذه الطلبات من المقام السامي، أو من مجلس الوزراء، وبذلك فإن هذا القرار - في ضوء ما استقر

(115) Mineral Park Land Co. v. Howard, 172 Cal. 289, 156 Pac. 458, L.R.A. 1916 F, 1, it is said that «Where performance depends upon the existence of a given thing, and such existence was assumed as the basis of the agreement, performance is excused to the extent that the thing ceases to exist, or turns out to be nonexistent.» <https://casetext.com/case/mineral-park-land-co-v-howard/case-summaries>.

(116) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 9 يونيو 1962م، الطعن رقم 2150 لسنة 6ق، مجموعة السنة السابقة، ص1024. وقد رفض القضاء المدني المصري الأخذ بهذه النظرية قبل النص عليها في التقنين المدني الجديد، استناداً إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بحيث يعد ما يطرأ من ظروف ترهق أحد الطرفين في تنفيذ التزاماته داخلاً ضمن مخاطر التعاقد التي يتحملها المتكتم وحده، بما أنها لم تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وبعد صدور التقنين المدني الجديد سارت هذه النظرية تُطبَّق في مصر على العقود المدنية والإدارية؛ استناداً إلى ما تضمنته المادة (147) في فقرتها الثانية، للمزيد عن النظرية و شروط تطبيقها، راجع: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1965، ص654. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص302.

عليه قضاء الديوان - يقرر شرطاً لسماع الدعوى في خصوص طلبات التعويض غير المستندة إلى خطأ الإدارة، وهو لا يمس ولاية ديوان المظالم، ولا ينال من اختصاصه... ذلك لأن القاعدة الإجرائية التي تضمنها قرار مجلس الوزراء تعتبر قاعدة خاصة بشأن سماع الدعاوى، ووجه الخصوصية في تلك الدعاوى أنها تقتصر على المنازعات العقدية دون سواها، في حين أن قواعد المرافعات (المقررة بموجب نظام المرافعات أمام الديوان لعام 1409 هـ جاءت عامة في هذا الصدد، وغير مُقيّدة بأي قيد، والقاعدة الأصولية هي أن النص الخاص يقيد القاعدة العامة، ولو كان النص الخاص سابقاً عليها... ولو أراد المنظم إلغاء قرار مجلس الوزراء سالف الذكر، لنص على ذلك صراحةً، كما فعل بالنسبة إلى القرارين المشار إليهما<sup>(117)</sup>.

وهذا الحكم محل نظر من عدة وجوه؛ أولها: إن القول بأن قرار مجلس الوزراء رقم 818، الموافق لتاريخ 1396 هـ، خاص ويقيد نظام الديوان لعام 1402 هـ فيما نص عليه من اختصاص الديوان بمنازعات العقود الإدارية، وكذلك نظام المرافعات أمام الديوان فيما تضمّن من إجراءات متعلقة بهذه الدعاوى، يتعارض مع مفهوم النسخ في اصطلاح الأصوليين، والذي يُقصد به «إبطال العمل بالحكم الشرعي بدليل متراخ عنه، يدل على إبطاله صراحةً أو ضمناً»<sup>(118)</sup>؛ فالنسخ قد يكون صريحاً بأن ينص النظام صراحةً على إلغاء كل حكم في قانون سابق مخالف لما نص عليه، وقد يكون ضمناً، ومقتضاه ألا ينص الشارع صراحةً في تشريعه اللاحق على إبطال تشريعه السابق، ولكن يشرع حكماً معارضاً لحكمه السابق، ولا يمكن التوفيق بين الحكمين إلا بإلغاء أحدهما؛ فيعتبر اللاحق ناسخاً للسابق ضمناً<sup>(119)</sup>.

وهذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا في مصر، بقولها: «العام يلغي الخاص بالنص صراحةً على إلغائه، أو باستعمال عبارات في سن أحكامه لا يمكن معها تطبيق هذه الأحكام إلا بالقول بنسخ الأحكام الواردة في التشريع الخاص، تغليباً لإرادة المشرع الحديثة على إرادته السابقة»<sup>(120)</sup>، وقد جاءت عبارات المادة الثالثة عشرة من نظام الديوان قاطعة الدلالة في اختصاصه بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وهو ما لا يتأتى إعماله إلا بالقول بنسخ جميع الأحكام التي تضمنتها تلك القوانين والقرارات، فيما تعارضت فيه مع أحكام هذا النظام.

(117) ديوان المظالم السعودي، جلسة 3 ديسمبر 1410 هـ، حكم هيئة التدقيق رقم 765/ت/1 لعام 1410 هـ، مجموعة الأحكام، مج 15، ص 163 وما بعدها.

(118) الشيخ عبدالوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخصاله التشريعية الإسلامي، ط 4، د.ن، 1950، ص 262.

(119) المرجع السابق، ص 264.

(120) المحكمة الإدارية العليا، جلسة 28 يونيو 2016، الطعن رقم 33293 لسنة 55 ق (غير منشور).

بل ويضاف إلى ما سبق ما يراه بعض رجال التشريع<sup>(121)</sup> من الاكتفاء بالنسخ الضمني، والاستغناء عن التصريح بالنسخ؛ لأنه تأكيد في مقام لا يقتضي التأكيد؛ فإذا كان المنظم قد منح الديوان اختصاصاً عاماً بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الإدارة، فلا مجال للتمسك بقرار المجلس السابق على هذا النظام؛ ذلك لأن هذا القرار صدر في وقت لم يكن للديوان صلاحية القضاء البات، بل كان الديوان أقرب إلى جهاز استشاري يقتصر دوره على تلقي الشكاوى والتحقيق فيها، مع اقتراح ما يراه بشأنها، ثم يرسل مقترحه إلى جهة الإدارة المعنية التي لها أن تقبله أو ترفضه، وكان صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة هو مجلس الوزراء؛ باعتباره السلطة الإدارية الأعلى، وحكمة النسخ كما يقول الأصوليون أن المقصود من كل تشريع، سواء أكان إلهياً أم وضعياً تحقيق مصالح الناس، ومصالح الناس متغيرة بتغير أحوالهم، والحكم قد يشرع لتحقيق مصالح اقتضتها أسباب معينة، فإذا زالت هذه الأسباب فلا مصلحة من بقاء الحكم<sup>(122)</sup>.

ووجه النظر الثاني في هذا الحكم، مما يتصل بموضوع هذا البحث، تعلله بالسوابق القضائية؛ إذ إن هذه السوابق، برغم أهميتها، يجب ألا تكون عائقاً أمام القضاء لتطوير القانون، بل في بقائها - برغم ظهور عنصر الخطأ فيها - تعميق للأضرار التي قارنتها، ومدد رجعي يناقض حقائق الحياة وتطورها، ونكول عن إعمال حكم العقل في مسائل لا يجوز أن تحول السوابق بضغوطها دون إعادة النظر فيها ومراجعتها، فما كان صائباً في زمن معين، قد يكون تراثاً شائئاً في فترة تالية، وما يمكن أن يختاره المفسر، أو حتى المشرع، من بدائل في لحظة معينة، قد يتحوّل عنها في الغد القريب إذا كان هذا التحول أكثر منطقية وأدعى لضمان الحقوق وتطوير القانون، بما يتلاءم مع مستجدات الحياة وتطوراتها<sup>(123)</sup>.

ولقد دفعت مستجدات الحياة، وتدفقاتها، إحدى دوائر هيئة التدقيق لوضع حد لهذا الاجتهاد؛ فرُفِع خطاب من رئيس الديوان متضمناً رأي الدائرة بأن نظام الديوان لعام 1402 هـ قد نسَخ - بصيغته العامة - ما قبله من قرارات لمجلس الوزراء، بما مفاده اختصاص الديوان بنظر دعاوى التعويض الموجهة ضد الجهات الحكومية، دون اقتصار هذا الاختصاص على الطلب المُستند إلى خطأ الإدارة، وانتهى مجلس الوزراء بقراره رقم 258، وتاريخ 19 من المحرم 1421 هـ باعتبار قرار المجلس رقم 818 لعام 1396

(121) أورد هذا الرأي الشيخ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 265.

(122) المرجع السابق، ص 262.

(123) عوض المر، مرجع سابق، ص 77.

ملغى بصدور نظام ديوان المظالم، بالمرسوم الملكي رقم (م/ 51)، والذي أضحى الديوان بمقتضاه قضاءً إدارياً مفوضاً ومستقلاً<sup>(124)</sup>.

## المطلب الثالث

### الحاجة إلى التطوير على ضوء المنهج القانوني

يقال إن كل نص قانوني يُولد ميثاً، ويصف الفقه هذه المقولة بأنها: «نابعة من النظرة الثاقبة إلى الأمور التي تكشف مدى ارتباط أي تشريع بالماضي وقصوره عن مجارة المستقبل؛ ذلك لأن النص - في الغالب - يُسن من أجل معالجة وضع اجتماعي سالف تم الضغط على المنظم حتى فطن إليه وقننه بتشريعاته، ومتى تم هذا التنظيم فإنه يصبح حبيس النص، يحتاج إلى مزيد من الوقت لكي يستقر ويطبقه القضاء، وإلى أن يتحقق له هذا الاستقرار تكون الحياة بدورها جرفت أحداثاً جديدة توالي - بدورها - الضغط من أجل البحث عن مخرج؛ كون النص القانوني عالج أموراً ماضية، ولم يتوقع المستجدات، وحتى يتنبه المنظم إلى ذلك، ويصوغ ما يواجهه به هذه المستجدات، يكون تيار الحياة قد دفع موكب الأحداث إلى آفاق أخرى بعيدة، هكذا يكون كل تشريع متخلفاً اجتماعياً عن مجال تطبيقه؛ لأنه يعالج وضع الأمس ولا يجابه حياة اليوم»<sup>(125)</sup>.

ولقد عُنت مدرسة فقه المصالح بهذه المشكلة في وقت مبكر؛ حيث جذبت الاهتمام نحو وضع المصالح وربط الحل القانوني بعملية التقييم والترجيح، مع مراعاة الحاجة إلى التطوير<sup>(126)</sup>؛ من خلال الخضوع الواعي للتشريع واستقراء الأفكار من المصالح، فيشرع

(124) مشار إليه لدى: فهد الضويان، تطور تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في النظام والقضاء الإداريين السعوديين، مجلة جامعة الملك سعود، الحقوق والعلوم السياسية، ع1، سنة 2014م، ص 99 و100.

(125) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرسمية والاشتراكية، ج1، مرجع سابق، ص668.

(126) عكس ذلك ما ذهبت إليه مدرسة البحث العلمي الحر في فرنسا، والقانون الحر في ألمانيا، فقد أنكر جيني الحاجة إلى التطوير بشكل كلي، بل وحذر من خطورتها، حرصاً على الأمن القانوني، وحفظاً للحقوق المكتسبة؛ فقد تمسك بضرورة تفسير التشريع وفقاً للظروف السائدة لحظة إصداره، ما لم ترد إحالة صريحة إلى القاضي؛ مثل تحديد مقومات النظام العام، وهو في الوقت نفسه ناقش الرأي القائل بتفسير القانون، لا وفقاً للإرادة الحقيقية للمُشرِّع وقت صدور التشريع، بل وفقاً للظروف المستجدة في المجتمع وقت تطبيق النصوص، مؤكداً وجهة حجج هذا الرأي؛ إذ لا يمكن القول بأن مُشرِّع جيل من الأجيال يستطيع فرض إرادته على كل الأجيال، بل يتعين ربط التشريع بحركة المجتمع والأخذ بالإرادة المحتملة لواضع التشريع، لو أنه عرضت له الظروف الجديدة ذاتها وقت تطبيقه، إلا أنه برغم وجهة هذه الحجج فإنه أنكر هذا الرأي لما ورد آنفاً

François Gény, op. cit, pp.250-251

وثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرسمية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص414 و449.

القاضي في الملاءمة والتطوير كلما اختلف الواقع عن النص التشريعي، من دون أن يتيه في خبايا الوجدان، أو ينزلق في مدارج الذاتية<sup>(127)</sup>، بل يبدأ في فحص وضع المصالح من خلال الاستعانة بالوسائل العلمية من بحث تاريخي؛ ليعرف ما غلب في القواعد من مصالح، من خلال الوقوف على الحكمة من التشريع، ومدى ما تعرضت له القاعدة من تعديل بعدما تغيرت ظروف المجتمع، أو ما جدَّ على فلسفة القانون من تبديل<sup>(128)</sup>.

فمتى انجلى مضمون القواعد تعين على القاضي تطوير القانون، فيبدأ بفحص وضع المصالح، ومنها يستقرئ ما يلائمها من قواعد، ثم يجمع هذه القواعد في أفكار يصيغها بما يتناسب مع الحياة الاجتماعية، فلا يطلب من الحياة أن تنكمش وتتضاءل لتتناسب الأفكار القديمة، بل يطور القانون مراعيًا الموازنة بين اعتبارات الاستقرار وضرورات القيام بالتجديد في اتجاه التطور الاجتماعي<sup>(129)</sup>، مع التأكيد أن القاضي هنا - أيضًا، وكما سبق بيانه في مشكلة الحاجة إلى الملاءمة - لا يعدل النص، وإنما يقتصر عمله على تصحيح الخطاب التشريعي كلما اتضح له بُعد الشقة بين ظروف الماضي وأوضاع الحاضر وآماله؛ فيتخير القاعدة التي كان المشرع سينص عليها لو توسم الظروف الجديدة<sup>(130)</sup>.

وتقترب معالجة الفقه الاجتماعي، في الولايات المتحدة، لهذه المشكلة مع فقه المصالح في ألمانيا؛ إذ هاجم العميد «باوند» فقه الأفكار والقياس المنطقي<sup>(131)</sup>؛ لأنهم يصيغون - كما يقول - أفكار أولى يستنتجون منها غيرها؛ فيستنتجون من كل فكرة تسعمائة وتسعًا وتسعين ألفًا وتسعمائة وتسعًا وتسعين نتيجة منطقية! ويتشدقون بتعاليم عنيدة تقاوم الوقائع الطبيعية، بل ويضغطون على الحياة العملية لوضعها في القوالب النظرية؛ فتحول القضاء - من خلال القياس المنطقي - لمحض قضاء ميكانيكي<sup>(132)</sup>؛ يتمسك بالمساواة في الحقوق وحرية التعاقد، في ظل تقلبات اقتصادية هزت كيان المجتمع المعاصر، متناسين

(127) Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1916,

مشار إليه لدى: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص462.

س. ف. كاناريز، مرجع سابق، ص78، وص84.

(128) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص461.

(129) Roscoe Pound, Courts And Legislation, Harvard University Law School, Augst 1913, No.3, p.363.

(130) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرسمالية والاشتراكية، ج2، مرجع سابق، ص462.

(131) Roscoe Pound, The Spirit of the Common Law, Marshall Jones company, Season of 1921, p.205.

(132) Roscoe Pound, The Ideal Element in Law, liberty fund, indianpolis, 2002, p.129. Roscoe Pound, Courts and Legislation, op. cit, pp.365-366.



أن القانون ليس هدفًا في ذاته، بل مجرد وسيلة لهدف، فيقدر وفقًا لما يحقق من غاية، لا وفقًا لمتانة البناء الداخلي، أو جمال الأسلوب المنطقي<sup>(133)</sup>.

فمهمة النظام القانوني عند باوند ليست التوفيق بين الإرادات الحرة، بل إشباع الحاجات الإنسانية، هذه الحاجات أو الرغبات سماها باوند «مصالح»؛ فهي تمثل ما يسعى الناس إلى تحقيقه<sup>(134)</sup>، واستخراج هذه المصالح لا ينجم عن التفكير المنطقي، بل الأولى مشاهدة النظم القانونية، وتحليل محتوياتها للوقوف على الحاجات المشبعة، والمطالب الضاغطة نحو الاعتراف بها.

وأخذ باوند يعدد المصالح المحمية من خلال عملية استقراء للمجتمع الأمريكي؛ فأورد قائمة من المصالح لتكون تحت يد القاضي، يستعين بها عند التقييم<sup>(135)</sup>، على أن تقوم عملية التقييم والموازنة والتوفيق على مناهج ثلاثة، هي: التجربة والعقل والعرف، ويجدر عدم الاقتصار على علم القانون، بل يحسن الاستعانة بالأخلاق والاقتصاد والسياسة والاجتماع؛ فكل العلوم الاجتماعية يجب أن تعاون القضاء<sup>(136)</sup>.

ولقد طبقت المحكمة العليا، في الولايات المتحدة الأمريكية، هذه الموازنة في مجال الحقوق والحريات لتطوير القانون العام؛ ففي قضية متعلقة بجماعة تدعى «شهود يهوه» امتنع أبناؤها عن أداء التحية المدرسية للعلم كل صباح، بناءً على منشور صدر من ولاية فرجينيا الغربية، بإلزام التلاميذ في المدارس الحكومية بتحية العلم كل صباح، كان هؤلاء التلاميذ يرون أن أداء التحية يتعارض مع عقيدتهم؛ فطردتهم الإدارة التعليمية من المدرسة بدعوى مخالفة النظام، فلما رُفِع الأمر إلى القضاء قارنت المحكمة العليا بين مصلحة المواطن في الإيمان بما يشاء، ومصلحة الدولة في تذكية الروح الوطنية، وانتهت إلى حظر إكراه المواطنين على اتباع سلوك معين إلا في حالة الخطر الداهم، وأن ما فعلته الإدارة ينتهك التعديلين الأول والرابع عشر للدستور<sup>(137)</sup>.

(133) Roscoe Pound, Courts And Legislation, op.cit, p.365.

(134) Roscoe Pound, The Spirit of the Common Law, op.cit, p.218.

(135) Joseph Clarence Verhelle, Roscoe Pound and His Theory of Social Interests» Master>s Theses, Loyola University, Chicago, 1958, pp.22-23

(136) Roscoe Pound, Theories of Law, The Yale Law Journal, Vol.22, No.2, Dec.1912, pp.149-150. Roscoe Pound, The Spirit of the Common Law, op. cit, p219-220.

وفي الفقه العربي: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرسمالية والاشتراكية، ج.2، مرجع سابق ص496.

(137) West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943),>> Under the Federal Constitution, compulsion as here employed is not a permissible means of achieving «national unity.» P. 319 U. S. 640.>> <https://supreme.justia.com/>

إلا إن القضاء الأمريكي لم يتوقف عند رؤية الفقه الاجتماعي في الموازنة بين المصالح لتطوير القانون، بل ظهر ما يعرف بمدرسة التفسير التطوري، أو الدستور الحي ووفقاً لهذه المدرسة يُفسر القانون في ضوء القيم المتطورة والأفكار التي يتقاسمها الشعب؛ فالدستور كما يقول القاضي مارشال قُصد أن يفهمه الشعب<sup>(138)</sup>، فهو وثيقة حية، تتكيف مع الأزمان المتغيرة، والعمل الخلاق للهيئة القضائية كان سبباً في تطوير الدستور باعتباره وثيقة إنسانية وليس مجموعة (Code) قانونية مطولة تنفذ نفسها بنفسها<sup>(139)</sup>.

ولقد طُبّق القضاء الأمريكي هذا المنهج التطوري في التفسير في أكثر من سابقة، يذكر لنا التاريخ العديد منها؛ ففي عام 1896 أيدت المحكمة العليا فصل السود عن البيض في المدارس العامة، في قضية «بليسي ضد فيرغسون» Plessy v. Ferguson؛ مقررّة أن هذا الفصل لا يتضمن تمييزاً يخل بمساواتهم في الحقوق مع أبناء وطنهم<sup>(140)</sup>، لكن هذا المفهوم انقلب إلى النقيض في قضية «براون ضد مجلس التعليم» Brown v. Board of Education؛ حيث قررت المحكمة أن هذا الفصل ذاته يُعدّ منافياً لأدمية الإنسان الأسود<sup>(141)</sup>، ومنهياً لآماله في حياة كريمة يثق فيها بنفسه، وبانتمائه إلى وطنه؛ لأن هذا التمييز يشعرهم بأنهم لا يتساوون مع أبناء وطنهم الذين لا يختلفون عنهم إلا في لونهم.

هكذا يمنح التفسير الديناميكي لنصوص الدستور معاني جديدة بما يطوعها لحقائق متغيرة، ويكفل توفيقها مع الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية المتطورة<sup>(142)</sup>، ويجسد الخلاف الذي حدث في أعقاب الأزمة الاقتصادية العالمية، منذ 1929 إلى 1932، بين الرئيس الأمريكي روزفلت والمحكمة العليا حول تطبيق هذا المنهج في تطوير الدستور، من دون تغيير نصوصه، فقد تراجع القضاة عن موقفهم من قوانين الإصلاح الاجتماعي

(138) فريد وفرندلي، مارتاج هاليوت، قضايا دستورية، ترجمة: ياقوت العشماوي، دار المعارف، القاهرة، (د.ت)، ص10.

(139) المرجع السابق، ص11.

(140) U.S. Supreme Court, Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896), No.210, <https://supreme.justia.com/>

(141) U.S. Supreme Court, Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954), <https://supreme.justia.com/>.

(142) عوض المر، مرجع سابق، ص82. يسري العصار، نقاش متجدد حول دور القضاء الدستوري في تفسير القواعد الدستورية والقانونية واستنباط المبادئ منها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، 4ع، 5، ع 20، ربيع الأول - ربيع الثاني 1439هـ / ديسمبر 2017، ص361.

التي استصدرها روزفلت، مقررين مشروعاتها الدستورية<sup>(143)</sup>.

فلا يجوز أن تفسر نصوص الدستور باعتبارها حلاً نهائياً لأوضاع اقتصادية، أو اجتماعية عفى عليها الزمن، هكذا تقرر المحكمة الدستورية العليا في مصر «فلا يكون تبني هذه الأوضاع، ثم فرضها بألية عمياء، إلا حرثاً في البحر، بل يتعين فهمها في ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصادياً، كما أن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها، يعارض تطويعها لأفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلاً لها، بل حائلاً دون ضمانها، كما أن التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي يتطلبها الدستور، هدفها تغيير أشكال من الحياة، من خلال منظومة متكامل روافدها، يكون التعليم فيها أكثر عمقاً وامتداداً، والبيئة التي نعيشها خالية من ملوثاتها بصورة أشمل، والفرص التي يتكافأ المواطنون في الحصول عليها أبعد نطاقاً، وتوكيد حرياتهم كافلاً حيوياتها واكتمالها ومساواتهم في مباشرتها، وحياتهم الثقافية أكثر ثراءً ووعياً، ونظم معاشهم أفضل بمزاياها وعلو مستوياتها ومن ثم تتحقق التنمية»<sup>(144)</sup>.

وعلى الرغم من معارضة البعض<sup>(145)</sup> لهذا المنهج في التفسير، فإنه لقي تأييداً واسعاً على مستوى القضاء الوطني أو الدولي؛ فقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي تطوير القانون في أكثر من سابقة، مثل قراره المتعلق بالوقاية من حالات التسريح من الوظيفة لأسباب اقتصادية وتكنولوجية<sup>(146)</sup>؛ فقد قرر المجلس - في هذا القرار - برغم القصور التشريعي في النص محل الرقابة الحماية الشخصية للموظف؛ إذ اشترط أن يشمل

(143) انظر في تفاصيل هذا الخلاف: أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة، القاهرة، 1960، ص 512.

(144) المحكمة الدستورية العليا، جلسة 1 فبراير 1997م، الدعوى رقم 7 لسنة 16ق، الجريدة الرسمية، ع7 مكرر، 13 فبراير 1997م.

(145) عارض جانب من الفقه المحافظ هذه النظرية استناداً إلى ما تمنحه هذه النظرية للقضاة من سلطة تقديرية واسعة تجعل القاضي يعتمد على إحساسه الذاتي على سبيل المعايير الموضوعية في الرقابة؛ ما يخل بمبدأ الفصل بين السلطات، ولقد تم الرد على هذه الحجج بأن القاضي يطبق هذه النظرية تحت دواعي الحاجة إلى التطوير، من دون أن يتدخل في عمل السلطة التشريعية معدلاً في النصوص التشريعية؛ بل يطور الدستور بما يجعله متلائماً مع تطورات العصر، في ضوء الضوابط والقيود التي تفرضها رقابة الدستورية، ومن دون أن يكون هناك أي اعتداء أو خروج على ما يمليه مبدأ الفصل بين السلطات، للمزيد:

Treanor, William Michael, Against Textualism, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 2009, pp.983-984.

(146) C.C. Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989. Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>

الخطاب المرسل إلى الموظف البيانات التفصيلية عن محل الدعوى المرفوعة باسمه من التنظيم النقابي، وكان القانون قد ألزم النقابات فقط بإعلان الموظف بخطاب مسجل، وعدم اعتراضه على أن تمثله النقابة خلال خمسة عشر يوماً، وفيما يتعلق بحرية التعليم ومجانيته فقد قرر المجلس مجانية التعليم العالي<sup>(147)</sup>، وحرية اختيار نوع التعليم، ومساعدة الدولة لمؤسسات التعليم الخاص<sup>(148)</sup>، برغم أن عدم نص مقدمة دستور 1946 على ذلك، وفي كندا تم استخدام مصطلح الشجرة الحية للدلالة على منهج الدستور الحي<sup>(149)</sup>، كذلك طبقت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هذا المنهج في تفسيرها للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ فقررت - استناداً إلى الصفة الحية للاتفاقية - حق الإنسان في بيئة سليمة<sup>(150)</sup>، وهذا الاعتراف بمنزلة قضاء إنشائي من جانب المحكمة<sup>(151)</sup>؛ بالنظر إلى خلو الاتفاقية من هذا الاعتراف، وهذا التفسير التطوري يدل على تقدير المحكمة لمتغيرات العصر، وأهمية البيئة على المستوى الفردي، وعلى مستوى السلطات العامة في الدول.

هذا القضاء التطوري ليس غريباً على القضاء الإداري؛ فلقد أشرنا آنفاً إلى أن القاضي الإداري دائماً يستند في تطويره للقانون على الطبيعة الإنشائية للقضاء الإداري، والسوابق القضائية التي توضح التفسير التطوري للقانون من قبل القضاء الإداري

(147) C.C. Décision n° 2019-809 QPC du 11 octobre 2019 - Communiqué de presse, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>

(148) C.C. Décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>

(149) نظرية الشجرة الحية arbre vivant: هي نظرية لتفسير الدستور بطريقة حرة يتكيف بمقتضاها مع تطور المجتمع، ويرجع أصل هذه النظرية إلى حكم اللجنة القضائية للمجلس الخاص الصادر عام 1930 في قضية «إدوارد ضد إيه جي من كندا» Edwards v A-G of Canada، والذي قرر جواز تعيين المرأة عضواً في مجلس الشيوخ تطويراً لمفهوم الأشخاص، والذي كان مقصوراً على الرجال دون النساء، ثم طبقتها القضاء الدستوري الكندي في العديد من الوقائع، للمزيد، انظر:

Fabien Gélinas, La Cour suprême du Canada et le droit politique, Cahiers du Conseil Constitutionnel N° 24 (Dossier: Canada) - Juillet 2008. Marshall, Tabitha, «Persons Case», Encyclopedia Britannica, 11 Oct. 2022, <https://www.britannica.com/event/Persons-Case>. Accessed 3 November 2022.

(150) CEDH, no.21861/03, 27 nov 2007, Affaire Hamer c. Belgique, <https://www.informea.org/sites/default/files/courtdecisions/AFFAIRE%20HAMER%20c.%20BELGIQUE.pdf>.

(151) محمد عبداللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2020، ص 11.

كثيرة ومتعددة، نذكر منها ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية من الاعتراف للمحكوم عليه بعقوبة جنائية بالأهلية الإجرائية، خلافاً لما نصت عليه أحكام المادتين (4/25) من قانون العقوبات و(290) من قانون الإجراءات الجنائية بحرماته من إدارة أمواله، ومن رفع دعوى باسمه، وإنما يمثله في القيام بذلك قِيمٌ يعيِّنه، أو تعينه المحكمة التابع لها محل إقامته، وذلك طوال مدة تنفيذ العقوبة، وأقرت المحكمة بأن كل مصادرة لحقه في التقاضي تقع منافية للمبادئ العليا المتعارف عليها، وللأصول الدستورية الشرعية<sup>(152)</sup>.

واستناداً إلى تفسير المادة (6) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، قرر القضاء الإداري في فرنسا إلزام الدولة بتعويض المتضرر من طول أمد التقاضي، حيث قضى بأن «المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان قد نصت على أن لكل شخص الحق في دعوى منصفة، وأن تُسمع دعواه بصورة علنية وخلال مدة معقولة... وحيث إن البين من القواعد العامة التي تحكم سير العمل بالقضاء الإداري أن لكل متقاضٍ الحق في أن يتم الفصل في دعواه خلال مدة معقولة، وصدور الحكم بعد تجاوزها، وإن كان لا يترتب عليه بطلانه، إلا إنه لا يخل بحق المتقاضين في مقاضاة الدولة لإلزامها باحترام تلك المدة وبالمطالبة بالتعويض الناتج عن الضرر الذي حاق بهم، من سوء الأداء بمرفق العدالة»<sup>(153)</sup>.

وقضت إحدى دوائر ديوان المظالم السعودي بأنه «إذا رأى القاضي، وفق اجتهاده، أن النظام، أو إحدى مواد المطلوب تطبيقها على القضية المعروضة، يتعارض / تتعارض مع الكتاب والسنة، فله أن يمتنع عن تطبيقه، وهو ما يتفق عليه الإجماع الذي هو أحد مصادر التشريع الإسلامي من أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بخلاف ما يعتقد»<sup>(154)</sup>.

وفي هذا القضاء تقرر الدائرة الرقابة على سلامة التشريع، أو بمعنى أدق سلامة الدستور في المملكة؛ استناداً لما نص عليه النظام الأساسي للحكم في مادته الأولى<sup>(155)</sup>،

(152) محكمة القضاء الإداري، جلسة 31 يوليو 1993م، القضية 8234 لسنة 46ق، مشار إليه لدى: حمدي ياسين عكاشة، موسوعة المرافعات الإدارية والإثبات، ج4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2017، ص725.

(153) C. E, Assemblée, du 28 juin 2002, 239575, publié au recueil Lebon, N° 239575.

(154) ديوان المظالم السعودي، حكم رقم (103/د/ت/ج/5) لعام 1420هـ، القضية رقم 1/1211/ق لعام 1420هـ، ضد وزارة التجارة، مشار إليه لدى: علي الشطناوي، القانون الدستوري المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، 2014م، ص318.

(155) نصت المادة الأولى من النظام الأساسي على أن «المملكة العربية السعودية دولة إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم». ومما تجدر

من خلال حق القاضي في الامتناع عن تطبيق النظام، مادام يتعارض مع الكتاب والسنة، وبإرجاع البصر في تاريخ الرقابة على دستورية القوانين نجد هذا القضاء يقترب مما قرره المحاكم المصرية<sup>(156)</sup>، وتطورات الرقابة على دستورية القوانين في القضاء المصري والأمريكي، وقد كتب الفقه عنها بما لا مزيد عليه في هذا البحث<sup>(157)</sup>.

الإشارة إليه، استناداً إلى هذه المادة، هو أن الشريعة الإسلامية تمثل الأصل الذي يجب الرجوع إليه عند قصور الفرع.

(156) حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصرية، في أول حكم في تاريخ القضاء المصري يعلن حق المحاكم في التصدي لدستورية القوانين، بأنه «ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين، سواء من ناحية الشكل أو الموضوع... والدستور المصري إذ قرر في المادة (30) منه أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم قد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من مختلف المنازعات، ويتفرع عن ذلك أنها تملك الفصل عند تعارض القوانين في أيها هو الواجب التطبيق؛ إذ لا يعدو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة فتشمها سلطة المحكمة في التقدير وفي الفصل»، محكمة القضاء الإداري، 10 نوفمبر 1948م، القضية رقم 55 لسنة 1ق، مجموعة السنة الثانية، مبدأ 55، ص 316 و317.

(157) على سبيل المثال، انظر: السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، مكتبة عبدالله وهبه مصر، ط4، 1949م، ص 643 وما بعدها. وحيد رأفت ووايت إبراهيم، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، 1937، ص 11 وما بعدها. السيد على السيد بك، رقابة القضاء على دستورية القوانين أساس هذا الحق ومداه كما حددته محكمة القضاء الإداري، مجلة مجلس الدولة في ثلاثين عاماً، عدد خاص، ص 91. عبدالسلام ذهني بك، مجلس الدولة ودستورية القوانين، مجلة مجلس الدولة في ثلاثين عاماً، عدد خاص، ص 103 وما بعدها. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص 239 وما بعدها.

## الخاتمة

هنا المحطة الأخيرة في البحث ونهاية المطاف، بشأن إحياء المنهج وتوضيح معالم النظر به في فهم القانون العام وتفسيره، وبيان السبل المفضية إلى تطوير القانون العام من خلاله، وقد أبان البحث ما صح وما ضعف، من سبل وأفكار، سعى إليها الفقه والقضاء لمعالجة إشكالية القانون العام وتطويره، وفيما يلي عرض - بإيجاز - لأهم نتائج البحث والتوصيات:

### أولاً: النتائج

- 1- المنهج القانوني هو سبيل التفكير في مجال القانون بحثاً عن الحقيقة القانونية؛ ومن ثم فهو يختلف عن قواعد البحث في علم القانون، والخلط بينهما يفرز غياباً للمنهج القانوني، أو تناقضاً في طريقة التفكير التي يسلكها الباحث.
- 2- القانون كائن اجتماعي حي يتأثر بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المتغيرة، والتشريعات القانونية مهما بلغت من الدقة لا يمكن أن تتنبأ بكل ما يطرأ في الحياة العملية، ومن ثم فإن فهم القانون العام ودراسته دون الاعتماد على منهج قانوني سليم يترتب عليه وقوع الباحث عن الحقيقة القانونية في تناقض، والغرق في خضم من التفاصيل والجزئيات، مآله آراء جزئية عفوية متناثرة لا ينتج عنها أي بناء علمي يُطوّر القانون العام لمعالجة ما يطرأ من إشكاليات.
- 3- الاكتفاء بتحليل النص القانوني، أو النظر إلى تركيب عباراته - من الناحية اللغوية أو المنطقية - لا يكفي لربط النص بواقع الحياة المتجدد؛ إذ لا بد للباحث القانوني من أن يسلك سلوكاً منهجياً في ضوء مصادر التشريع، وما تستلزمه قواعد العدالة من حكمة لتحقيق ملاءمة النص للواقع؛ تطويراً للقانون، ومسايرةً للحياة المتجددة.
- 4- الاعتماد على المناهج التقليدية والمنطق الصوري في دراسة وفهم القواعد القانونية الدستورية أو الإدارية، على الرغم من كونه عملاً قانونياً، فإنه يمكن ألا تكون له علاقة بالعدل والمساواة أو روح القانون، ورفع الضرر وتحقيق ما هو في مصلحة المجتمع.
- 5- المنهج القانوني مهم للقاضي الدستوري والإداري؛ إذ إن مهمة القاضي لا تقتصر على تطبيق القانون فقط، كما أن الوصول إلى المعرفة العلمية لا يكفي فيه الاطلاع على نصوص القانون، أو صيغ الإجراءات الدستورية أو الإدارية؛

لذا يجب على القاضي أن يسعى - من خلال المنهج القانوني - إلى تحقيق العدالة وحماية جوهر الحياة الإنسانية.

6- يمكن للمنهج القانوني، إن أحسن الباحث تطبيقه، أن يحدث ثورة فكرية في مجال تطوير القانون الدستوري والإداري؛ فالأفكار الكبرى في كلا الفرعين، وغيرهما من الفروع القانونية، كانت وليدة تفكير علمي منهجي سليم.

7- الفقهاء المسلمون توصلوا إلى العديد من المشكلات التي يمكن أن تواجه ربط النصوص بواقع الحياة المتغير، وصاغوا كثيراً من الحلول التقدمية التي توضح آلية التعامل مع هذه المشكلات ومعالجتها؛ ما يستلزم - من الباحث ومن ضربائه - الكثير والكثير لإظهارها، من خلال الدراسات المقارنة.

### ثانياً- التوصيات

1- يوصي البحث الفقه القانوني بضرورة العناية بالمنهج العلمي في البحث والفهم القانوني؛ تطويراً للقانون العام، وتحقيقاً للعدالة القانونية.

2- يوصي البحث كذلك القضاء الدستوري والإداري بضرورة الاعتماد على المناهج الحديثة والأفكار التقدمية، مع مراعاة خصوصية الأنظمة الإقليمية، فهذه المناهج وتلك الأفكار هي السبيل إلى تطوير القانون الدستوري والإداري.

3- يوصي البحث بضرورة التعامل بحذر مع السوابق القضائية في المجال الدستوري والإداري؛ حتى لا تكون عائقاً أمام الفقه والقضاء لتطوير القانون، فما كان صائباً في زمن معين قد يكون تراثاً شائناً في فترة تالية.

4- يوصي البحث بالبعد عن التقليد في اتباع منهج معين لدراسة وفهم القانون الدستوري والإداري؛ لما يترتب عليه من جمود في التفكير، بل وكما يقول أحدهم<sup>(158)</sup> يفوق الجمود حطة ويعلوه إسفافاً، فما بال موظف عربي تُفسر نواياه، وتقهم نظمه، وتدار حياته وتقاليده بعين لم تر ذاك الموظف أو تعايشه، بل تعيش على ضفاف السنين؛ تستقي من هناك وتستلهم من عندهم.

5- يوصي البحث بالاهتمام بتدريس فلسفة القانون العام في برامج كليات القانون؛ لتشمل دراسة مناهج الفكر القانوني، أي أساليب التفكير القانوني، حيث إن هذه

(158) ( ) إبراهيم شحاتة، أصول الفهم في تأويل الأحكام، مجلة مجلس الدولة المصري، س 8 و 9 و 10، المكتب الفني، 1960، ص 511.



الدراسة لا تعد ترفاً علمياً، وإنما ضرورة علمية لا تقل في أهميتها عن دراسة القانون نفسه.

وختاماً فقد حاول الباحث، من خلال هذا البحث، أن يُعمل الجهد مع من أعملوه، موقناً بأن بضاعته مزجاة، وأن هذا جهد المقل، والله يسأل أن يجعله خالصاً لوجهه، وأن ينفع به، وأن يجعله صدقة جارية في ميزان أمه وأبيه، رحمهما الله، إن ربنا سميع الدعاء.

## قائمة المراجع

### أولاً: باللغة العربية

- أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة، القاهرة، 1960.
- أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية، ترجمة: علي مقلد وآخرين، الأهلية للنشر والطباعة، بيروت، 1974.
- جلال ثروت، مشكلة المنهج في قانون العقوبات، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، الإسكندرية، ع 1 و 2، سنة 1964.
- ج. إيه كوري، تفسير القوانين، مقال مترجم ضمن كتاب تفسير القوانين - النص والسياق والتفسير المقاصدي، لـ إلمار دريدجر، ترجمة: محمد سراج وأحمد علي ضبش، مركز نهوض للدراسات والبحوث، بيروت، 2021.
- ج. رانسون، فن القضاء (طبعة 1912)، ترجمة: محمد رشدي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر (د.ت).
- يسري العصار:
- نقاش متجدد حول دور القضاء الدستوري في تفسير القواعد الدستورية والقانونية واستنباط المبادئ منها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 4، س 5، ع 20، ربيع الأول - ربيع الثاني 1439هـ / ديسمبر 2017م.
- تقرير بشأن مؤتمر جامعة إيكس مارسيليا بفرنسا حول «الدستور والحقوق الاجتماعية»، س 3، ع 11، سبتمبر 2015.
- ماكس فيير، الاقتصاد والمجتمع، ط 1، ترجمة: محمد التركي، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، 2015.
- محمد عبداللطيف، القانون الحي ورقابة الدستورية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2019.
- هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة: أكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986م.
- محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية: دراسة مقارنة، مطبعة وزارة الأوقاف، بغداد (د.ت).

- سليمان مرقس، فلسفة القانون، المنشورات الحقوقية، مكتبة صادر (د.ت).
- سمير تناغو، القضاء مصدر أصلي للقانون، مجلة القضاة، نادي القضاة، القاهرة، ع9، 1975م.
- س. ف. كاناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة: عبد الرسول الجصاني، مجلة القضاء العراقية، ع1، سنة 1973.
- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه و خلاصة التشريع الإسلامي، ط4، دن، 1950.
- عبدالرازق السنهوري، القيود التعاقدية على الحرية الفردية للعمل في القضاء الإنجليزي، ترجمة: كمال جاد الله، تقديم: سمير تناغو، مركز نهوض للدراسات والنشر، بيروت، 2020م.
- عبدالرحمن بدوي، مناهج البحث العلمي، ط3، وكالة المطبوعات، دولة الكويت، 1977.
- عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية، القاهرة، 2003.
- عثمان خليل، عهود القانون الإداري في فرنسا وأعلام الفقهاء في كل عهد، مجلة مجلس الدولة المصري في ثلاثين عاماً (1950 - 1980).
- فريد و. فرنديلي، مارتاج هـ. إليوت، قضايا دستورية، ترجمة: ياقوت العشماوي، دار المعارف، القاهرة، (د.ت).
- فتحي والي، مناهج البحث في قانون المرافعات، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، 1967.
- رينيه ديكرت، مقال عن المنهج، ط2، ترجمة: محمود محمد الخضير، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 1968.
- ثروت أنيس الأسيوطي:
  - المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، ج1، ع333، 1968م.
  - المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، ج2، ع334، 1968م.

## ثانياً: باللغة الأجنبية

- Courts And Legislation, Harvard University Law School, Augst1913, No.3.
- François Géný, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, librairie General de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1919.
- Jerom frank, Mr.Justice Holmes and Euclidesn legal Thinking, 17 cornell law quarterly 1932.
- Karl N. Llewellyn: Some Realism About Realism — Responding to Dean Pound, Harvard Law Review, June 1, 1931.
- La place et la finalité de la théorie du droit sociologique (1911), Traduction: Françoise Michaut, Revue électronique d'histoire du droit, 61, (2013).
- Lawrence B. Solum, The Positive Foundations of Formalism: False Necessity and American Legal Realism, Vol.127 Harv, 20 JUN 2014.
- Roscoe Pound:
  - The Ideal Element in Law, liberty fund, indianapolis, 2002.
  - The Spirit of the Common Law, Marshall Jones company, Season of 1921.
  - Theories of Law, The Yale Law Journal, Vol.22, No.2, Dec. 1912.
  - To Dean Pound, Harvard Law Review, June 1, 1931.
- William Michael Treanor, Against Textualism, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 2009.
- William H. Taft, Recent Criticism of the Federal Judiciary, The American Law Register and Review, Vol.43, No.9, Sep.1895.

## المحتوى

الصفحة	الموضوع
235	الملخص
236	المقدمة
239	المبحث الأول: إشكالية المنهج في القانون العام
239	المطلب الأول: ماهية المنهج القانوني
241	المطلب الثاني: حياة القانون العام والحاجة إلى المنهج العلمي
244	المبحث الثاني: المنهج القانوني ومعالجة مشكلة الثغرات في القانون العام
244	المطلب الأول: ماهية الثغرات في القانون العام
247	المطلب الثاني: الفقه التقليدي ومعالجة مشكلة الثغرات
260	المطلب الثالث: الأفكار التقدمية ومعالجة مشكلة الثغرات
265	المبحث الثالث: المنهج العلمي وملاءمة القانون العام وتطويره
265	المطلب الأول: ماهية الحاجة إلى الملاءمة ومعالجتها من خلال المنهج العلمي
267	المطلب الثاني: القضاء ومعالجة مشكلة الحاجة إلى الملاءمة
273	المطلب الثالث: الحاجة إلى التطوير على ضوء المنهج القانوني
281	الخاتمة
284	قائمة المراجع

