

المقدمة

إنّ الاجتماع البشري واقعة لا بد منها وذلك لمحدوديّة قدرة الإنسان على الوفاء بحاجياته بمفرده. فلا يمكن له أن يحي بدون مساعدة أمثاله، وهكذا يتكون المجتمع ويظل قائماً بغريزة الإنسان الطبيعيّة وبتقسيم العمل الاجتماعي، فالإنسان مدني بطبعه لا يستطيع أن يعتزل الناس لعيش وحيدا.

إلا أنّ الحياة داخل المجموعة عادة ما تتضارب فيها المصالح والرغبات الشّيء الذي يؤدي إلى ظهور نزعات بشرية متناقضة، لأجل ذلك كان لزاما الاحتكام إلى قواعده وضوابط تحدّ من الحرية الفردية وتضبط مجالها الذي ينتهي عندما تبدأ حرية الغير.⁽¹⁾

ومع تطوّر الحياة البشريّة أخذت هذه القواعد شكل قوانين يحتكم إليها الجميع ويمتثل إليها كافة، وتعدّدت هذه القوانين بتنوّع العلاقات التي تربط بين الناس، فمن القانون العام الذي ينظم العلاقات الأفقية بين الدولة ومواطنيها إلى القانون الخاصّ الذي يهتمّ بتنظيم العلاقات العموديّة والتي تربط الناس فيما بينهم وفي تعاملهم اليومي والعادي. ويهدف القانون إلى تحقيق المنفعة الاجتماعية من خلال منع أفراد المجموعة من كسب فائدة غير مشروعة على حساب البعض الآخر وهو المعبر عنه فقها بالضرر.⁽²⁾ ويلعب القاضي في هذا المجال دوراً أساسياً في ردّ الحقوق إلى أصحابها وفي وضع حدّ لكلّ فعل ضار وغير مشروع.

ولما كانت وظيفة القاضي هي الفصل في النزاعات وذلك بالرجوع إلى القوانين فإن ذلك يفترض أن يكون المشرّع المكلف بوضع القانون قد سنّ جميع القوانين التي تنظّم الوقائع التي ستعرض على القاضي وذلك استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلط الذي يخصّ كلّ سلطة من السلطات العليا في الدولة بوظيفة معيّنة. فالقاضي مكلف بتطبيق القانون الذي يضعه المشرّع وتضمن تنفيذه واحترامه السلطة التنفيذية.⁽³⁾

إلا أن الطابع الإنساني للعلوم القانونيّة وصعوبة ضبط تصرّفات الأشخاص وتحديد النتائج التي تترتب عنها وفق معايير محدّدة وكذلك تعدّر التنبؤ بكلّ هذه التصرّفات وهذه النتائج ووضع حلول مسبقة لها كلّ ذلك يؤدي إلى خلل في سير وظائف كلّ من السلطات المذكورة آنفاً ممّا يترتب عنه أحيانا اضطلاع القاضي بسدّ الثغرات التي تسرّبت للتشريع.⁽⁴⁾

(1) محمّد الشرفي، مدخل لدراسة القانون. دار سراس للنشر طبعة 1991 ص 21.

(2) تقرير سانتيلانا تعريب محمد بن الشيخ مجلة الإلتزامات والعقود سنة 1984 معذلة ومعلّق على فصولها بأحكام القضاء.

(3) رضا بن حمّاد : محاضرات في القانون الدّستوري للسنة الأولى حقوق، لسنة 1996 - 1997.

(4) التفسير القضائي للقانون المدني : الدكتور رضا المزغني وعبد المجيد عبودة، ص 3، إصدار معهد الإدارة العامة المملكة العربية السعودية.

ولئن كان المشرّع هو الذي يضع القاعدة ويتصوّر الواقعة فإن القاضي هو الذي ينظر في المنازعة الواقعة فعلاً ويطبّق الحلّ الذي وضعه المشرّع لها، فينصبّ اهتمامه على النزول بالقاعدة القانونية من عموميّتها إلى خصوصيّة الحالة المعروضة عليه وذلك حتى يمكن من اتخاذ أنسب الحلول لأجل ذلك كان عليه معرفة جميع النصوص وإخضاعها لعملية التفسير.

و يقتضي المبدأ أن يكون القاضي على علم بالقانون فمن أسس دعواه على قاعدة قانونيّة ليس عليه إثبات وجودها نظراً لافتراض معرفتها من قبل القاضي ولا يستثنى من هذا الأمر إلا الاستناد إلى العرف فمن يثيره يتحمّل عبئ إثباته. أمّا فيما يتعلّق بتفسير النصوص القانونية فإنّ ذلك يعدّ من خالص عمل القضاء الذي يعتمد لتفسير النصوص حتى في صورة وضوحها إذ التفسير وحده كفيل بإظهار وضوح النص من عدمه⁽¹⁾.

كما تعتبر عملية التفسير أكثر بداهة في حالة غموض النصّ والتي أوجب المشرّع بخصوصها الرجوع إلى أحكام الفصل 532 م.إ.ع الذي اقتضى أن " نصّ القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون ". ولئن كانت مهمّة القاضي في حالة وجود النصّ – في حالة وضوحه كما في حالة غموضه – تقتصر على الاجتهاد في إيجاد الحلّ بما يتماشى مع إرادة المشرّع التي ضمّنت بالنص القانوني فإنّها مهمّة تبدو أكثر تعقيداً في حالة غياب النصّ القانوني وهي الحالة المعبر عنها فقهاً بالفراغ التشريعي.

وقبل الخوض في دراسة طبيعة مهمّة القاضي حيال هذه المسألة فإنّه يجدر التطرّق إلى تعريف الفراغ التشريعي لغة وقانوناً قبل تبيان حدود هذا المفهوم.

يعرّف المعجم الفرنسي " Le Littré " الفراغ التشريعي بكونه الانقطاع بداخل النصّ أو في سلسلة ما⁽²⁾ المعجم " Larousse " هو " الجزء الشاغر داخل جسم ما، أو هو ما ينقص لإتمام السلسلة أو لإتمام شيء ما ".⁽³⁾

أمّا قانوناً فإنّ مسألة الفراغ التشريعي هي مسألة تطبيقية بحتة، فلا يثار الفراغ من طرف القاضي إلاّ عندما ينتصب هذا الأخير للفصل في نزاع ما ويكتشف بعد أن يبحث في المجالات القانونية النافذة سكوتها بخصوص المسألة المعروضة عليه.

(1) كتاب التفسير القضائي في القانون المدني : مصدر سابق ص 5.

- وعلى خلاف ذلك يرى Mazeaud في كتابه " leçon de droit civil " – الجزء I الطبعة الرابعة 1970 أن " النصّ الواضح لا يؤوّل بل فقط يطبّق ".

« Lorsque le texte est clair, la jurisprudence affirme qu' il ne doit pas être interprété mais appliqué purement et simplement ».

(2) « Une lacune est une interruption dans un texte ou dans une série ».

(3) « Une lacune est un espace vide à l'intérieur d'un corps, ce qui manque pour compléter la série, ou pour compléter une chose quelconque ».

والملاحظ بعد دراسة أغلب التشريعات غياب تعريف للفراغ التشريعي ولعلّه يمكن تفسير ذلك بصعوبة الإحاطة بمفهوم القانون ذاته⁽¹⁾ من ذلك ما جاء على لسان Foriers "إننا جميعا نمارس القانون لكننا لا نعلم بالضبط المعنى الحقيقي لهذه الكلمة لأنها جدّ ذاتية وتفترض اتفاقا مستحيلا حول بعض المسائل الأصلية.

« Nous faisons tous du droit, mais nous ne savons pas très exactement ce que cette expression recouvre car elle est dépendante de conceptions subjectives et suppose un accord impossible sur certaines options de fond »⁽²⁾.

لكن صعوبة التعريف لا تمنع البتّة من محاولة الإحاطة بهذا المفهوم وخاصة فيما يتعلق بإطاره.

- I -

إنّنا عندما نتحدّث عن الفراغ التشريعي هل نسحب ذلك على كامل النظام القانوني أم إنّنا نختزل الفراغ في إطار ضيق هو إطار النصّ المكتوب ؟.

للإجابة عن هذا السؤال لابدّ من التمييز بين مفهومين هما القانون Le droit والتشريع La loi فالقانون يخضع إلى خاصيّة تعدّد المصادر والتي من بينها المصادر الشكلية ممثلة في التشريع والعرف ويبقى السؤال مطروحا بالنسبة لفقهاء القضاء ومنها المصادر المادية ممثلة في الفقه الإسلامي، والقانون المقارن وكذلك المعطيات التاريخية.

أمّا التشريع فهو أولا مصدر شكلي للقانون يتمثل في مجموعة القواعد المكتوبة التي تصدر عن سلطة مختصة بذلك في دولة ما. فيقال عنه قانون مكتوب ولقد تفوّق هذا المصدر عن المصادر الشكلية الأخرى لتوفّره على عدّة مزايا تتمثل في كونه مكتوبا الشيء الذي يجعله دقيقا وفي كونه مكرّسا في صياغة فنية تسهّل الإطلاع عليه وتيسّر تطبيقه من طرف القضاء. وبالتالي يمكن القول إنّ القانون ليس فقط تشريعا في حين أنّ كلّ تشريع هو قانون . فالقانون يحتوي التشريع لكنّه لا يقتصر عليه.

فالتشريع هو كافّة النصوص القانونية المكتوبة Les textes لكنّه يعني أيضا وبصفة أدق صنفنا معيّنا من التشريع وهو التشريع العادي " Loi " وهو صنف من بين أصناف التشريع تختصّ بسنّه السلطة التشريعية⁽³⁾.

ولئن مثل التشريع في تونس المصدر الشكلي الرّسمي للقانون بصفة عامّة، فإنّه يحتلّ المرتبة الأولى في تنظيم القانون المدني وذلك لسبب بسيط وهو أنّ الدّستور أقرّ اختصاص السلطة التشريعية في تنظيم جلّ المسائل الواردة بالقانون المدني من ذلك ما يتعلق بالجنسية

(1) Ezzeddine Arfaoui : les règles écrites de l'interprétation de la loi, p 153, Thèse de doctorat, la faculté de droit et de sciences politiques Tunis.

(2) P. Foriers, les lacunes de droit, in le problème des lacunes en droit, Travaux du CNRL, Bruylant, Bruxelles, 1968, p 9 et s.

(3) محمّد كمال شرف الدّين : محاضرات القانون المدني للسنة الأولى حقوق لسنة 1995 – 1996 بجامعة الحقوق والعلوم السياسية بتونس ص 27.



والحالة الشخصية والالتزامات حيث تضمّن الفصل 34 من الدستور أنّ النصوص الخاصة بهذه المسائل تتخذ شكل قوانين. كما تضمّن الفصل 35 من الدستور إشارة إلى كون القانون هو الذي يضبط المبادئ الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية.

وهكذا أسند الدستور اختصاص وضع القوانين المتعلقة بالمادة المدنية إلى السلطة التشريعية. فهل يمكن لهذه الأخيرة أن تضع تشريعا شاملا كاملا صالحا لكل زمان ومكان؟ وهل يمكن لها أن تتنبأ بجميع المسائل التي سيسفر عنها التطور الاجتماعي والاقتصادي في مجتمع ما؟

إنّ هذه المسألة تعدّ وثيقة الارتباط بمسألة أخرى لا تقلّ عنه أهمية وهي معرفة هل إنّ فقه القضاء يمكن أن يشكل مصدرا من مصادر القانون. بمعنى هل يمكن للقاضي أن ينتصب مشرعا إذا ما عكف هذا الأخير عن مباشرة سلطاته؟ إنّ النظر في الخلافات الفقهية التي أثّرت حول هذه المسألة يبدو ضروريا في هذا الطور لكن يفترض منّا ذلك تعريف فقه القضاء والذي بقي إلى الآن محلّ اجتهاد الفقهاء في إطار غياب تعريف تشريعي له.

- II -

إنّ كثرة التساؤل عن دور فقه القضاء إن كان يشكل مصدرا شكليا للقانون أم لا أدّى بنا إلى إهمال تعريف هذا المصطلح⁽¹⁾.

إنّ فقه القضاء لغة هو اجتهاد القضاء أو علم القضاء والمقصود به عادة هو مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم وبصفة أدقّ الحلّ المتواتر الذي يبرزه اجتهاد القضاء في مسألة معينة⁽²⁾. وهو كذلك جملة الأحكام التي بنت في مسألة معينة بتواتر يحمل على الاعتقاد بأنّ نفس الحلّ المعتمد سيطبق ضرورة إذا طرح نفس النزاع من جديد أمام المحكمة⁽³⁾.

ويعرّف الرومان فقه القضاء بكونه علم القانون في حين يعتبره هنري ليفي برول مجموع القرارات الصادرة عن الأجهزة القضائية وهو برأي فليب مالوري : مجموع القرارات القضائية التي ستخرج منها قاعدة لتواترها في نفس المسألة⁽⁴⁾. وبصورة أعمّ يعرف فقه القضاء بكونه الحلول التي أنتجت المحاكم والتي تمت صياغتها في شكل قواعد قانونية أدرجت ضمن مجلات قانونية.

(1) Philippe Jestaz : la Jurisprudence, ombre portée du contentieux, Dalloz Chronique 149 – 1989.

(2) محمّد كمال شرف الدين : محاضرات القانون المدني مصدر سابق ص 43.

(3) George Ripert et Jean Boulanger : traité de droit civil T. 1 L.G.D.J. Paris 1956 n° 224 P 102

(4) Philippe Malaurie : Introduction à l'étude de droit. Edition Cujas 1994 p 261.

ولكي يضطلع فقه القضاء بهذا الدور وجبت صياغته صياغة تقرب إلى صياغة القاعدة القانونية المكتوبة بحيث تحتوي بنية القاعدة على الفرضية أي شروط انطباقها والحلّ المعتمد إزاء تلك الفرضية وعادة ما يقع تكريسها بموجب القرارات التعقيبية المبدئية. لكن وبرغم الدور الذي يضطلع به فقه القضاء من تأويل للقانون ومن محاولات لسدّ ثغراته فإنّ مسألة اعتباره مصدرا من مصادر القانون ظلّت بين مناصر ومناهض لها محلّ اختلافات فقهية. فهناك من اعتبره مجرد سلطة أمثال Carbonnier و Aubert و Cornu و هناك من اعتبره مصدرا من مصادر القانون أمثال Marty et Raynaud و Mazeaud و Chabas.⁽¹⁾

- III -

إنّ دراسة الخلافات الفقهية حول طبيعة فقه القضاء لا تستقيم دون التطرّق إلى أهمّ المدارس التي ظهرت ونظرت لهذه المسألة. فتاريخيا كانت المدرسة التقليدية أولى المدارس التي ظهرت في أوائل القرن التاسع عشر والتي لم تخف انبهارها بنتائج التقنين La codification الذي ازدهر مع بداية القرن المشار إليه خاصة مع ظهور المجالات المدنية الكبرى بكلّ من فرنسا - إيطاليا - ألمانيا.

ولقد اعتنت المدرسة التقليدية بمسألتين هامتين إذ حاولت إبراز دور القاضي من جهة ودور فقه القضاء من جهة أخرى.

فبالنسبة للقاضي نفت هذه المدرسة أن يكون له أي دور خلاق ذلك معتبرة إيّاه جهازا يوجد في وضعية أدنى من السلطات العامة الأخرى فقصر دور في كونه جهاز تنفيذي تنحصر مهمته في تنفيذ إرادة المشرّع فيما يتعلّق بالقانون الداخلي وفي تنفيذ إرادة الدّول في القانون الدولي. فمهمة القاضي تقتصر في تطبيق القانون الذي سنّه المشرّع على الوقائع المعروضة عليه من هنا كانت وظيفته وظيفة تابعة وليست وظيفة أو سلطة مستقلة⁽²⁾.

ولئن كان للقاضي دورا في تأويل القاعدة القانونية فإنّه لا يتعدّاه لينتصب مشرّعا. فالقضاة يطبقون القانون الذي يكون موضوعا بصفة تسبق قراراتهم⁽³⁾. كما تنفي المدرسة التقليدية عن فقه القضاء أن يكون مصدرا للقانون معتمدة في ذلك على العديد من الأسباب : أولها : غياب خصائص القاعدة القانونية عن القرار القضائي، فالقرار

(1) عبد الرزاق الحنيني المصادر الفقهية لمجلة الالتزامات والعقود : رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء سنة 1998 - 1999 ص 82- 83

(2) Sadok Belaid : Essai sur le pouvoir créateur et Normatif du juge thèse de doctorat Paris 1974. page 5 et 6

(3) Duguit : traité I page 142, « Les juges ont mis à jour une règle de droit mais cette règle est antérieure à leurs décisions »

القضائي تنقصه صفتي العمومية والإلزامية المميزتين للقاعدة القانونية ويقصرون أهمية القرار القضائي في كونه قرارا تقريرياً : "Une décision déclaratoire".
ويترتب عن السبب المذكور اعتقاد جازم بكون فقه القضاء لا يخلق القاعدة القانونية حيث وخلافاً للأنظمة الأنكلوسكسونية التي تقوم على نظام السابقة القضائية – فإن فقهاء المدرسة التقليدية لا يولون أي اعتبار لا لآراء الفقهاء ولا للقرارات السابقة الصادرة عن المحاكم وذلك بالنسبة للقرارات المستقبلية.

وحتى فقه القضاء الأكثر استقراراً لا يمكن اعتباره مصدراً للقانون حتى وإن اتفق الجميع عن إتباعه. ويبررون هذا الاتفاق الحاصل حول إتباع قاعدة فقه قضائية من طرف المحاكم لا بكونها قاعدة ملزمة بل يبررون ذلك بخشية نقضها من طرف المحاكم الأعلى منها درجة.
وتنسحب هذه الآثار على القانون الدولي كذلك فيقع نفي كل أهمية للسابقة القضائية التي لا يمكن اعتمادها في إرساء قاعدة من قواعد القانون الدولي. ففي القانون الدولي لا يعد فقه القضاء مصدراً مباشراً للقانون يلزم القاضي بالفصل بمقتضاه⁽¹⁾

- IV -

ترتكز النظرية التقليدية في رفضها اعتبار فقه القضاء مصدراً من مصادر القانون على جملة من الأسس منها النظرية والدستورية ومنها الثورية.

1 – الأساس النظري والدستوري: لقد طوّعت المدرسة التقليدية نظريات منسكبو بما يتماشى مع مبادئها وأولت ما جاء على لسانه من كون " السلطة القضائية أصبحت باطلة وتافهة وأصبح القضاء بمثابة الأفواه التي تنطق بالقانون، ممّا جعلهم ذواتاً جامدة ".
« La puissance du juge devient pour aussi dire nulle et invisible, et les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi : des êtres inanimés, qui n'en peuvent ni modérer ni la force ni la rigueur »⁽²⁾

واستخلص فقهاء هذه المدرسة ممّا تقدّم أنّ سلطة القاضي لا يمكن أن تعدّ سلطة فاعلة كما هو الشأن بالنسبة للسلطات الأخرى.

- الأساس الثوري : لقد عرفت فرنسا في فترة ما في تاريخها وصول القضاء للسلطة التنفيذية فظهرت حكومة القضاء و كان من نتائج عدم الفصل بين السلطة التنفيذية و السلطة القضائية حصول العديد من التجاوزات ممّا أدّى إلى إصدار الأمر الأساسي décret organique بتاريخ 16 – 24 أوت 1790 الذي كرّس لأول مرة مبدأ الفصل بين السلط.

ولقد خصّ هذا القرار السلطة التشريعية بوضع القوانين وتأويلها وهو ما ترتّب عنه ظهور تجربة الإحالة على المشرع le référé législatif التي عرفت فرنسا⁽¹⁾.

(1) Mme Bastid : cours de droit international 1964 – 1965, p 350, cité par Sadok Belaid ; op. Cit p 8.

(2) Montesquieu : de l'esprit des lois, livre XI, chap : 6. p.168.

و بناء عليه اعتبرت المدرسة التقليدية أنّ السّلطة القضائية هي سلطة تابعة لسلطة أخرى تعلوها من حيث الدّرجة ومن حيث القيمة وهي سلطة المشرّع وأنّ مهمّتها تقتصر على تطبيق القانون الذي يميّز بكماله. ولعلّ ذلك يدّعمه ما جاء على لسان العديد من الفقهاء إذ يذكر Blondeau " أنّ التشريع قد أصبح المصدر الوحيد للقانون وأنّه ينبغي التخلّص من المصادر

الكاذبة التي كثيرا ما يراد إحلالها محلّ إرادة المشرّع وهي السّوابق القضائية والعادات غير المنصوص عليها في التشريع والإحساس بالعدالة وفكرة المنفعة العامّة والعرف والمبادئ القانونية وكذلك Demolombe الذي حصر شعاره وعقيدته في النّصوص القانونية قبل كلّ شيء⁽²⁾.

إلى جانب الأسس المقدّمة سلفا ارتكزت المدرسة التقليدية على أساس تشريعي هامّ لتنتهي من خلاله إلى تدعيم نفيها لفقه القضاء كمصدر من مصادر التشريع إذ انطلقت من الفصل القانوني الذي يفرض على القاضي فصل النزاعات و ذلك حتّى في حالة غياب النّصّ لتعتبر أنّ الواجب المفروض على القاضي في أن يفصل النزاع لا يتعارض مع بحثه عن القاعدة المنطبقة فإن لم توجد، فإنّ الوقائع المعروضة عليه تدخل تحت طائلة الإباحة لا المنع⁽³⁾. كما تبنّى فقهاء هذه المدرسة المفعول النسبي للأحكام والقرارات ومنعوا القرارات الترتيبية وهو ما عبّر عنه Carré de Malberg بكون " القانون الصّادر عن القاضي لا قيمة له إلّا بالنسبة للوقائع التي استوجبت تدّخله " .

« Le droit dit par le juge ne vaut que comme un droit d'espèces »

هذه هي الأسس التي انبنت عليها النّظرية التقليدية والتي قدّمتها لنفي فقه القضاء كمصدر للقانون وإلى عدم اعتبار السّلطة القضائية سلطة مستقلة. إلّا أنّ هذه الآراء سرعان ما تبين أوجه اعتلالها الشيء الذي اضطرّ الفقهاء إلى إعادة النّظر بشأن نظرية مصادر القانون وانتهت أعمال هؤلاء بظهور العديد من النّظريات الحديثة.

- V -

يمكن الإشارة إلى أهمّ النّظريات الحديثة والتي اعتبرت أنّ القضاء يمكنه الاضطلاع بوظيفة التشريع وذلك بناء على أسس تختلف من نظرية إلى أخرى.

1 - نظرية التفويض : La théorie de la délégation :

⁽¹⁾ Le référé législatif et le pouvoir du juge dans le silence de la loi. Hufteu yves Ionis, p.143 et s.

⁽²⁾ محمّد كمال شرف الدّين : محاضرات القانون المدني للسنة أولى حقوق ص 58.

⁽³⁾ Sadok Belaid, op. Cit. p. 12.

تطلق هذه النظرية بالتساؤل عن كيفية إعطاء القيمة التي تتمتع بها القاعدة التشريعية لقاعدة مصدرها فقه قضائي⁽¹⁾.

يرى الفقيه Dupeyroux أنه يمكن حلّ هذا الإشكال بكلّ سهولة إذا ما انطلقنا من نظرية التفويض بمعنى أنّ المشرّع قد فوّض للقاضي سلطة سنّ القاعدة القانونية. لكنّ هذه النظرية سرعان ما تعرّضت لانتقادات شديدة ارتكزت أساسا على أنّ السلطة لا تفوّض وحتى في صورة إمكانية ذلك فإنّه لا يعتدّ بالتفويض الضمني. هذا بالإضافة إلى كون المشرّع قد منع صراحة على القاضي إصدار قرارات ترتيبية " arrêts de règlement " وهو ما نستنتج منه ضمناً غياب كلّ تفويض من المشرّع لسلطته في سنّ القانون لفائدة القاضي.

2 – نظرية القبول الضمني :

ودافع عنها Waline الذي اعتبر أنّه يمكن لفقه القضاء أن يضطلع بدور تشريعي وذلك بافتراض قبول المشرّع للقاعدة فقه القضائية بصفة ضمنية ويبرّر ذلك بأنّ غياب تدخّل المشرّع لتنظيم مسألة ما وترك إيجاد الحلّ لها بيد القضاة إنّما يعبر عن موافقته على أن يضطلع القاضي بهذا الدور.

لكنّ هذه النظرية أيضا سرعان ما أثبتت عدم نجاعتها فهي جاءت لتمكّن من الاعتراف لفقه القضاء بدور إيجابي في خلق القانون لكنّها في الآن نفسه تعتبر وأنّ القاعدة التي يكون أصلها فقه قضائي لا يمكنها أن تتحوّل إلى قاعدة قانونية وإنّما تبقى مجرد قاعدة فقه قضائية لا يمكنها أن ترتقي لمرتبة التشريع.⁽²⁾

3 – كما يمكن الإشارة إلى نظرية الأستاذ Maury والتي تبرّر الدور التشريعي للقاضي بكون هذا الأخير يمثل سلطة ليس بالمعنى التقني للكلمة أي بمعنى إحدى السلطات العليا في الدولة وإنّما بمعنى السلطة الاجتماعية " Un pouvoir social " يتمتّع إلى جانب الوظائف التي منحها إياه القانون ببعض السلطة الواقعية التي تمكّنه من تجاوز حدود اختصاصاته . وتكون قرارات هذه السلطة المتخذة خارج الإطار القانوني خالية من مميّزات القاعدة لكن إذا ما تظافر ذلك مع موافقة المعنيين بالأمر المؤمنين بإلزاميتها فإنّ القاعدة فقه القضائية تصبح لها قيمة تظاهي قيمة القانون.⁽³⁾

إلا أنّ هذه النظرية كذلك لم تخلو من عديد العيوب لعلّ أهمها هو المفهوم الذي اعتمدته لدور القاضي حيث لم تعتبره سلطة مختصة وإنّما اعتبرته سلطة اجتماعية وهو ما يصعب تصوّره على أساس وأنّ القرارات التي تتخذها سلطة غير مختصة لا يمكنها أن تتقلّد بخصائص

⁽¹⁾ Ripert, les forces créatrices du droit page 382.LG.D.J, 1955

⁽²⁾ M. Waline : Le pouvoir normatif de la jurisprudence « tant que le législateur n'incorpore pas la solution Jurisprudentielle au droit écrit par une loi formelle de contenu identique, il adopte cette règle, mais à condition qu'elle ait la valeur d'une simple règle jurisprudentielle.

⁽³⁾ Marty (G) et Raynaud (P) : introduction générale à l'étude de droit, Tome I. 2^{ème} édition, sirey, 1972. p. 205 « On peut considérer que la règle Jurisprudentielle se parfait et se consolide lorsque la solution est acceptée par les usagers. »

القاعدة القانونية وإن كان الأمر على خلاف ذلك لمكّننا العديد من السلطات الاجتماعية من دور تشريعي خاصة وأنّ قراراتها تتّجه إلى مجموعات يقبلونها ويعتقدون في إلزاميّتها.

إنّه لمن الجدير بالذكر في هذا الإطار القول بكون الخطأ الذي تسرّب إلى معظم النظريات الحديثة يتمثّل في قيامها على جملة من الافتراضات، الشيء الذي لم يبعدها عن الدراسات النظرية للمدرسة الكلاسيكية وهو ما نتج عنه عجزها عن إرساء نظرية نهائية وواضحة المعالم تعتبر فقه القضاء مصدرا من مصادر القانون.

لكنّ يبقى التعرّض إلى مختلف النظريات المتعلّقة بفقه القضاء ومسألة اعتباره مصدرا من مصادر القانون ناقص الجدوى إذا لم نرفقه بلمحة حول تبني هذه النظريات من قبل مختلف الأنظمة القانونية.

- VI -

إنّ أهميّة كلّ دراسة لا تكمن في عرض النظريات فحسب وإنّما تهدف إلى دراسة مدى التكريس الفعلي لمختلفها ولذلك سوف نتعرّض في البداية لدراسة فقه القضاء في القانون الأنغليزي كنظام تميّز بتفرّده وباختلافه عن بقية الأنظمة.

وتتمثّل طرافة القانون الأنغليزي في كونه قانون فقه قضاء. فالمحكمة عند انتصابها لحلّ نزاع ما تلتزم بالاتّجاه الذي وقع تكريسه سابقا في حالة مماثلة للحالة المعروضة عليها وهو ما يسمّى بتقنيات الحالة الملموسة⁽¹⁾ وترتكز بذلك القاعدة القانونية في هذا النظام على حالة مضبوطة وقع الحكم فيها سابقا⁽²⁾.

والجدير بالذكر أنّ القانون الأنغليزي برغم اعتماده على فقه القضاء فإنّه ليس بقانون جامد إذ أنّه كفل تطوّره من خلال آليتين هما فقه القضاء نفسه والقانون الجديد. فبالنسبة لفقه القضاء فلقد ساهم في تطوير القاعدة القانونية على أساس قيامه على السابقة، ذلك أنّ الوضعيّة الجديدة وإن التقت مع الوضعيّة القديمة في بعض النقاط فإنّهما لا تتطابقان معا بصفة كلّية. وبما أنّ القاعدة القديمة لا تنطوي على مبدأ عام بل على حلّ جزئي فإنّ القاضي يستطيع أن يعطي الحلّ الجديد وهو ما يكفل تطوّر فقه القضاء لا عبر التأوّل وإنما عن طريق التمييز بين الوضعيّات القديمة وتلك المستجدة.

لكن هذا التطوّر لم يقتصر على فقه القضاء وإنّما انسحب كذلك على القوانين. ذلك أنّ القوانين الجديدة بأنقلترا وبالأنظمة الأنغلو سكسونية المتأثرة بالنظام الأنغليزي عادة ما يقع تقبّلها بسهولة شديدة وذلك لسبق إتباعها وإجراء العمل بها من طرف المحاكم⁽¹⁾.

(1) Case law : « law based on decision made by Judge in earlier cases » d'après le dictionnaire "Oxford Advanced Learner's".

(2) محمد الشرفي : مدخل لدراسة القانون : م . س . ص 117 - 118 - 119 .
(1) محمد بق بق : محاضرات في القانون المدني للسنة الأولى حقوق 1998 - 1999 ص 67 - 68 - 69.

ولئن كان فقه القضاء هو المصدر الأساسي للقانون الأنكليزي وفي بلدان الكومن لو فإنّه لا يحتلّ هذه المكانة في الأنظمة الأخرى. ففي القانون السويسري وقع تكريس فقه القضاء كمصدر للقانون بموجب التشريع وذلك بالفصل الأوّل من المجلّة المدنية السويسرية ولكنّه كرّسه كمصدر ثانوي يقع اللّجوء إليه في صورة غياب النصّ.

ولئن تميّز القانون السويسري بالوضوح في حسم هاته المسألة فإن ذلك يعاب على بعض الأنظمة الأخرى والتي ينقصها الفصل التشريعي لهذه المسألة من ذلك القانون المصري وكذلك القانون التونسي إذ ينصّ الفصل الأوّل من المجلّة المصريّة المدنيّة "إنّه إذا لم يوجد نصّ تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

أما في القانون التونسي فينصّ الفصل 535 م.إ.ع والوارد في باب "ضمن بعض المبادئ العامّة المتعلّقة بالقانون".
أنّه "إذا تعدّر الحكم بنصّ صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شكّ جرى الحكم على مقتضى قواعد القانون العمومية".

إنّ دراسة هذا الفصل من المجلّة تبدو ضرورية لأنّه ولئن لم يكرّس فقه القضاء كمصدر للقانون، فإنّه مكّن القاضي من الآليات التي تتيح له تجاوز ثغرات التشريع والتفصّي من جريمة إنكار العدالة التي تتهدّده بموجب القانون الجنائي.
لكنّ وضع النصّ في الإطار التاريخي الذي ظهر فيه أمر يفرض نفسه. فتاريخيا هذا النصّ المضمّن بمجلة الالتزامات والعقود ظهر بموجب أمر صادر عن الباي بتاريخ 1906/12/15.

والمعلوم أنّ أهمّ ما ميّز بداية القرن العشرين هي التحولات القانونية الكبرى إذ شهدت أقول مدرسة الشرح على المتون وانحسار مبدأ كمال التشريع الذي انبنت عليه وعجز التشريع بالتالي عن تأطير جميع الظواهر الحديثة التي برزت⁽²⁾.
وفي خضمّ هذا الوضع القانوني صدرت مجلّة الالتزامات والعقود والتي استفادت من التجارب التي عرفتھا البلدان الأخرى. واستلهمت منها أحكاما كرّسها فقه القضاء وأعطتها هي صفة التشريع⁽³⁾ فكانت بذلك عملا متطورا مقارنة بالمجلات المدنيّة الأجنبيّة التي سبقتها في الظهور.

ومن الملاحظ أنّ تكريس علويّة التشريع في القانون المدني التونسي أمرا لا يمكن التشكيك فيه، فالقاضي يطبّق القانون لكنّ دونما تكيله بالالتصاق بالتشريع وذلك لاعتقاد واضعي المجلّة الجازم في عدم كمال التشريع⁽¹⁾. وهكذا لم يقتصر دور القاضي على أن يكون آلة تنطق بالقانون

(2) Monia kari : notes à propos d'un texte ambigu, l'article 535 C.O.C. R.T.D 1992, p203 et s.

(3) عبد الرزاق الحيني : المصادر الفقهيّة لمجلة الالتزامات والعقود : مذكرة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء. ص 80 وما بعده. 1998 – 1999.

(1) محمّد كمال شرف الدّين : محاضرات في القانون المدني للسنة الأولى، 1995 – 1996.

وتطبّقه على الوقائع المعروضة عليه وإنّما فرض عليه البحث والتمحيص لإيجاد الحلّ وهو الملزم قانونا بفصل النزاع لا بتطبيق القانون فحسب على معنى الفصل 108 من المجلّة الجنائيّة ولأجل ذلك مكّنه المشرّع من الآليات التي تمكّنه من تجاوز الفراغ التشريعي.

إنّ دراسة موضوع القاضي والفراغ التشريعي تحقّق في الآن ذاته فائدة نظريّة وكذلك فائدة تطبيقية.

فعلى المستوى النظري يمكّننا ذلك من معرفة موقف التشريع التونسي إزاء فقه القضاء هل اعتبره مصدرا من مصادره أم لم يعتبره كذلك وفي هذه الحالة كيف تعامل القاضي مع ثغرات التشريع؟

ولعلّ في ذلك ربط مع الفائدة التطبيقية والعملية لهذه الدراسة التي تمكّننا من الوقوف على الآليات التي يتسنى بموجبها للقاضي تجنّب إنكار العدالة وبالتالي القيام بوظيفته الأساسية المتمثلة في فصل النزاعات.

إن الإشكال الذي تطرحه دراسة القاضي والفراغ التشريعي يتمثل أساسا في معرفة كيف تعامل القاضي مع الثغرات التي تسربت إلى تشريعنا المدني وهو ما يفرض علينا تقسيم هذه الدراسة على النحو التالي :

إذ سنخصّص الجزء الأوّل للتطرّق إلى دور القاضي في سدّ الفراغ التشريعي لنتطرّق في جزء ثانٍ إلى الآليات المتاحة للقاضي لسدّ هذا الفراغ.

الجزء الأول :

دور القاضي في سدّ الفراغ التشريعي

تعتبر وظيفة القضاء من أسمى الوظائف ذلك أن من يتولاه يعد مسؤولاً عن إرساء العدل وعن إرجاع الحقوق إلى أصحابها لذلك كان لزاماً على القاضي المنتصب لفصل النزاع أن يتولى ذلك من دون أن يتذرع بأي ذريعة تمنعه من ذلك ولو كان بسبب غياب النص القانوني الذي ينطبق على الوقائع المعروضة عليه.

فإذا ما فرض على القاضي الفصل حتى في إطار سكوت النص فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى اضطراره بدور اجتهادي يتوصل من خلاله إلى الفصل ويتجنب بذلك إنكار العدالة.

بيد أن باب الاجتهاد لم يترك بدون قيد أو حدّ إذ ارتأى المشرّع تحديد الآليات الكفيلة بسدّ الفراغ التشريعي وذلك على سبيل الحصر صلب الفصل 535 م.إ.ع. أما خارج الإطار التشريعي فتتسلط على اجتهاد القاضي جملة من الحدود ذلك أن الوضعية الخاصة للقانون المدني التونسي والذي يتسم بالحدّة قلّصت من تدخّل القاضي لسدّ الفراغ التشريعي حيث انحسر نطاق هذا الاجتهاد في السنوات الأخيرة التي شهدت تطوراً كمياً للتشريع المدني، كما أنّ انتصاب محكمة التعقيب في هرم التنظيم القضائي يمنع القضاة من التجاوزات وإرساء بقدر الإمكان فهما مؤحداً للقانون وتطبيقاً يكفل المساواة أمام القضاء.

لذلك فإن دراسة دور القاضي في سدّ الفراغ التشريعي تمرّ ضرورة عبر دراسة إلزامية هذا الدور وهو ما سنتعرض إليه في (الفصل الأول) وكذلك حدود هذا الدور وهو ما سنتعرض له بالدراسة في (الفصل الثاني).

الفصل الأول : إلزامية اضطلاع القاضي بسد الفراغ التشريعي :

سوف يقع تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين يخص (المبحث الأول) إلى دراسة مبررات هذه الإلزامية في حين يخص (المبحث الثاني) لدراسة البعض من مظاهر اجتهاد القاضي.

المبحث الأول : مبررات الإلزامية :

لعلّ ما يبرّر إلزامية اضطلاع القاضي بسد الفراغ التشريعي هو طبيعة عمل القاضي التي تفترض منه لا تطبيق القانون فحسب وإنما وبالأساس حسم النزاعات الشيء الذي يعتبر من أهم مقتضيات عمل القاضي (الفقرة الأولى) كما أنّ التنصيص على جريمة إنكار العدالة صلب المجلة الجنائية يشكل مبررا لضرورة اضطلاع القاضي بسد الفراغ (الفقرة الثانية).

الفرقة الأولى : مقتضيات عمل القاضي :

يعتبر فصل النزاعات من أوكد مظاهر اضطلاع القاضي بدوره. فالتقسيم الدستوري للسلطات العليا خصّه بهذه الوظيفة. والتي يعمد القاضي لتطبيق القانون عند مباشرتها. فالقاضي هو السلطة المخوّلة لإرجاع الحقوق لأصحابها وكذلك لإنشاء هذه الحقوق ممّا يمكن من إقامة العدل وإرساء المساواة لما في ذلك من تأثير في بعث الأمن والاستقرار في مجتمع ما.

إذا كانت هذه هي وظيفة القاضي فإنّه ملزم في كل الأحوال بالاضطلاع بها حتى ولو سكت التشريع وضع النص القانوني .

ويفترض هذا الفصل من القاضي تطبيق القانون إلّا أنّ ذلك لا يخلو من عديد الصعوبات التي قد تعترضه أثناء مباشرته لمهامه. فمتى ينشأ القانون ومتى يصبح نافذا وبالتالي منظما لمسألة التزم المشرّع الصمت بخصوصها كما أنّ القاضي مطالب بتطبيق القانون فأى القوانين يطبق إذا ما عرض عليه نزاع يجمع بين طرفين أجنيين أو بين تونسي وأجنبي أو في جميع الصور المتضمنة لعنصر يربط النزاع بنظام قانوني أجنبي ؟ فهل يرفض القاضي الفصل في هذه الصورة أم أنّه يفصل ويجتهد حتى في البحث عن القانون الأجنبي المنطبق.

أ - تطبيق القوانين : سوف يقع التعرض في هذا الإطار إلى إشكالية تطبيق القانون الجديد وكذلك إلى إشكالية تطبيق القانون الأجنبي من قبل القاضي الوطني.

1 - تطبيق القوانين الجديدة :

يفترض في القاضي العلم بالقانون إذ بقراءة عكسية لأحكام الفصل 544 م.إ.ع التي تقتضي أنّ " من استند على عرف كان عليه ثبوته و لا يحتجّ به إلّا إذا كان عامّا أو غالبا غير

مناف للنظام العام والأخلاق الحميدة " نتبين وأن الأطراف لا يحملون على إثبات القوانين كلما استندوا إليها.

وذلك على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للعرف. ويبرر ذلك بخصوصية كل مصدر، فالقانون يمرّ بمراحل عديدة تنتهي بنشره بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وهو ما يعمم قرينة الإطلاع عليه والعمل به. أما العرف فإنه مصدر خاص غير مكتوب يتواتر العمل به لمدة معينة هي الباعث على الاعتقاد في إلزامية لذلك يحمل عبء إثبات العرف على المدعي أما القانون فيحمل القاضي على معرفته وكذلك الإلمام به فإذا ما تضمنت عريضة المدعي إشارة إلى نص من النصوص فإنه لا تقع مطالبته بإثباته.

لكن يبقى الإشكال القانوني قائما بخصوص زمن دخول ذلك القانون حيّز التنفيذ لما يرتب ذلك من آثار تتعلق بالاستناد إليه وبإثباته وكذلك بتطبيقه. فمتى يدخل القانون حيّز التنفيذ ؟

إن الإجابة على هذا الإشكال تقتضي منا الرجوع إلى مجلة الالتزامات والعقود لمعرفة أي القوانين سيطبق القاضي. وبالرجوع إلى القانون المدني نتبين وأن القوانين تتخذ في البداية شكل مبادرة من طرف مجلس النواب أو من طرف رئيس الجمهورية ثم يعرض هذا المشروع للمصادقة أمام أعضاء مجلس النواب وبعد ذلك يعرض على أنظار رئيس الجمهورية الذي يتولى ختمه وإصداره والسهر على نشره بالرائد الرسمي⁽¹⁾ بحيث يكتسب بعد إيداعه بمقر ولاية العاصمة بخمسة أيام الصبغة النهائية للقانون ويكون واجب التطبيق من قبل القاضي وواجب الاحترام من قبل المتقاضين⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي يلزم بتطبيق القانون إذا ما جاء هذا الأخير منظما لمسألة سكت المشرع عن تنظيمها سابقا أي في حالة وجود فراغ تشريعي بخصوصها لكنه أيضا يكون ملزما بفصل النزاع وفق القانون الجديد وذلك حتى إذا ما كانت المسألة المتنازع حولها منظمة تشريعيا. فتدخل المشرع هنا كان بموجب تنقيح القوانين كأداة لضمان تطور التشريع ومسايرته للواقع.

لكن هذه الصورة لا تمرّ بدون طرح إشكاليات أمام القاضي المطالب بتطبيق القانون وبفصل النزاعات وفق القوانين النافذة. فإذا ما صدر قانون جديد يطبق على نزاع تكفل به وفق قانون قديم فهل يستمر على فصله وفق القانون القديم أم ينفذ القانون الجديد فورا على جميع الحالات.

بالرجوع إلى مجلة الالتزامات والعقود نلاحظ خلّوها من قواعد تعنى بمسألة تنازع القوانين في الزمان. لكن هذا الفراغ التشريعي في المادة المدنية لم يكن حائلا دون الوصول إلى حلول قانونية مكنت القاضي من تجاوز هذه الصعوبات.

(1) محمد كمال شرف الدين : محاضرات في القانون المدني للسنة الأولى حقوق، 1995 – 1996، ص 30 وما بعده.
(2) انظر القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 3 جويلية 1993 الذي تضمن أجل نفاذ القانون بعد نشره بالرائد الرسمي.

واتخذت هذه الحلول اتجاهان الأول نحو تكريس عدم رجعية القوانين على الأوضاع التامة والاتجاه الثاني نحو التطبيق المباشر للقاعدة القانونية في خصوص الأوضاع التي لم يقع البتّ فيها بعد.

ولقد برّر بعض الفقهاء مبدأ عدم رجعية القانون انطلاقاً من فكرة الحقوق المكتسبة التي تفيد عدم إمكانية مساس القانون الجديد بحقّ تمّ اكتسابه في ظلّ قانون قديم إلاّ أنهم تعرضوا للنقد ذلك أنّ نظرية الحقوق المكتسبة لا يمكنها حلّ جميع الحالات التنازعية.

في حين برّر البعض الآخر مبدأ عدم الرجعية المميّز للقانون بنظرية عدم سريان القانون الجديد على الماضي والذي يتعذّر بموجبها تطبيق القاعدة القانونية على الماضي بمعنى و أنّه يتعذّر إخضاع الماضي لأحكام القانون الجديد اللاحق.⁽¹⁾

ولقد توسّع الفقيه روبيه في مبدأ عدم الرجعية إلى حدّ القول بأنّ القاعدة القانونية الجديدة لا تمسّ الآثار التي نشأت بمقتضى القانون القديم إلاّ أنّ هذه النظرية تعرضت للنقد نتيجة عدم تمييزها بين نشأة وتكوين الوضع القانوني والآثار المترتبة عنه، الأمر الذي أدى إلى تجاوزها وأعتبر الفقهاء أنّ القانون الجديد يعدّ سارياً على كلّ ما يقع نفاذه حتى ولو كان مترتباً على وقائع أو مراكز نشأت في ظلّ القانون القديم ولعلّ في ذلك اتفاق مع نية المشرّع الاجتماعية حال رغبته في العدول أو إلغاء قانون سابق لإحساسه بعدم صلاحية هذا القانون القديم.

ويلزم القاضي حال اعتماده نظرية عدم سريان القانون الجديد بصورة رجعية بتطبيق القانون النافذ وقت تحقق الغرض دون أن تمتدّ سلطته لترتيب أمر مخالف للآثار الذي نشأ في ظلّ القانون القديم أو أن يزيل أثره.

فمبدأ عدم سريان القانون الجديد على الماضي يحجّر على القاضي المسّ بالتزام تعاقدي أنتج آثاره في ظلّ القانون القديم وذلك قبل نفاذ القانون الجديد، من ذلك أن استبعدت المحكمة الابتدائية بالكاف تطبيق أحكام المجلة التجارية البحرية على المسؤولية الناجمة عن عقد بحري أبرم ونفّذ في ظلّ القانون القديم⁽²⁾. أمّا بخصوص الوقائع القانونية فإنّ القاضي يطبق التشريع القائم عند حصول تلكم الوقائع ولا يطبق القانون الجديد الساري عند توقيع الجراء⁽³⁾.

وفي هذا السياق يمكن الإشارة إلى التّضارب فقه القضائي الذي جدّ عند تطبيق القانون عدد 36 لسنة 1978 والمتعلّق بتنقيح القانون الخاص بتعويض الأضرار الحاصلة بسبب

حوادث الشغل والأمراض المهنية والذي تمّ بموجبه تعديل مبالغ التعويض وكذلك طريقة احتساب الجراية العمرية فذهبت بعض المحاكم إلى تطبيقه على حوادث الشغل السابقة ولم تعتبر ذلك تطبيقاً رجعيّاً لأنّ وضعيّة العامل المتضرّر تعدّ وضعيّة جارية لا وضعيّة تامة ومنتهية.

(1) صلاح الدين الخديري : القواعد العامة لتنازع القوانين في التشريع التونسي، رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء ص 105، لسنة 1998 – 1999.

(2) مجلّة القضاء والتشريع : سنة 1963 عدد 6 ص 87.

(3) أحمد أبو الوفاء : نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة السادسة، الإسكندرية، ص 113. لسنة 1980.

في حين نحت بعض المحاكم منهجا مخالفا و اعتبرت أنّ قانون 25 ماي 1978 لا يسري على الحوادث السابقة التي جدّت وتجدّدت في ظلّ القانون القديم محترمة بذلك مبدأ عدم الرجعية.

والملاحظ أنّ الغياب التشريعي بشأن رجعية القوانين من عدمها في المادّة المدنية كان من نتائجه إبراز اختلاف على مستوى تطبيق القضاة للقوانين الجديدة الشيء الذي يجب تجنبه لإرساء مساواة أمام مرفق القضاء ولعلّ هذا الدور تضطلع به محكمة التعقيب.

2-تطبيق القانون الأجنبي :

لقد أدّى تطوّر العلاقات الخاصة في إطار دولي إلى إخراج هذه العلاقات عن إطار القانون الدولي العام لتدخل تحت طائلة القانون الدولي الخاص.

ولئن عهد للقاضي بمهمّة تطبيق القانون فإنّ الأصل يقتضي أن يطبق هذا الأخير قانونه الوطني، إلا أنّ تطوّر الحياة في إطار دولي أسفر عن ظهور نوعيّة من العلاقات الخاصة تخرج عن إطار القانون الدولي العام وتنضوي تحت نظام آخر متمثلا في القانون الدولي الخاص.

وكان أن نتج عن ذلك إمكانية انتصاب القاضي للفصل في نزاع ما يرتبط من عدّة جوانب بقانون أجنبي عن القانون الوطني للقاضي كأن ينتمي أطراف النزاع إلى دولة أجنبيّة أو كأن يتعلّق النزاع بتركة تقع خارج التراب التونسي أو بعقد وقع إبرامه بدولة أخرى...⁽¹⁾ ففي مثل هذه الحالات هل يقضي القاضي وفق قانونه أم أنّه يقضي وفق القانون الأجنبي وما هو الحلّ الذي يعتمده في صورة اتضح سكوت القانون الأجنبي عن تنظيم المسألة المعروضة عليه.

ولم يمنع القانون التونسي القاضي من تطبيق القانون الأجنبي لكنّه اشترط لذلك أن ينظم هذا القانون الأجنبي المسألة المعروضة على القاضي الوطني وأن لا يكون الحلّ القانوني المنصوص عليه مناف للّنظام العام بمعناه التونسي. إذا كانت وظيفة القاضي تفرض عليه تطبيق القانون فإنّ ذلك يفترض أن يكون هذا الأخير موجودا بصفة تسبق الوقائع التي سوف تستوجب تطبيقه.

إلا أنّه من صفات التشريع عدم الكمال فالمشرّع مهما اجتهد في تأطير جميع الوقائع فإنّها كثيرة لا يتسنى له حصرها.

وإزاء هذه الإمكانية وفي مقابلة إلزام القاضي بتطبيق القانون هل يمكن للقاضي التفصّي من فصل النزاع بناء على عدم وجود قانون يطبّقه بمعنى هل يصبح غياب النصّ ذريعة للقاضي لرفض الفصل في النزاع ذلك أنّه ولئن ألزم القاضي بتطبيق القانون فإنّه ألزم أساسا بفصل النزاعات في جميع الصّور حتى في صورة غياب النصّ.

ب - الفصل في النزاعات :

(1) الفصل 2 م.ق.د.خ : " تعتبر دوليّة العلاقة القانونية التي لأحد عناصرها المؤثّرة على الأقلّ صلة بنظام أو بعدّة أنظمة قانونيّة غير النّظام التونسي ".

لقد كرّس المشرّع التونسي بموجب الفصل 535 م 1 ع مبدأ كمال التشريع إذ اقتضى أنّه على القاضي أن يفصل في جميع الصّور، وذلك في إطار مدني حدّد الآليات التي يلجأ إليها القاضي لسدّ الفراغ التشريعي وهكذا يفتح القانون المدني التونسي أمام القاضي باب الاجتهاد. إذ اعتبر الفقيه Huberlant أنّ ضرورة فصل النزاع الواجبة على القاضي تقتض أن جميع النصوص القانونية لها معنى وأنّ النظام القانوني يعدّ مكتملاً، حتى وإن كان ذلك بعد تدخّل المشرّع⁽¹⁾.

ويرى الدكتور عز الدين العرفاوي أنّ الصبغة الكاملة للتشريع التي توجب على القاضي الفصل في النزاعات إنّما هي تقوم على مبدأ أو بالأحرى على قرينة قانونية يمكن أن تكون قرينة قاطعة مفادها عقلانية عمل المشرّع، الذي يؤدي به إلى تفادي خلق تضارب بين النصوص وإلى تفادي الثغرات والتي إن وجدت فإنّما هي ثغرات مؤقتة⁽²⁾.

إنّ مبدأ كمال التشريع الذي نستشفّه من فرض فصل النزاع على القاضي برغم غموض، غياب أو نقص النص القانوني إنّما يتولد منه تعريف موسّع لعملية تأويل القانون من طرف القاضي إذ يتجاوز عمل هذا الأخير مجرد استخلاص معنى النص إلى إكمال النص في صورة نقصه أو خلقه في صورة عدم وجوده.

لئن فرض المشرّع على القاضي فصل النزاعات المعروضة عليه فإنّ اضطلاع هذا الأخير بهذا الواجب قد يكون محل نقاشات عديدة تعنى بفلسفة القانون وبمصادره. فكيف يتوصّل القاضي إلى فصل النزاع في صورة الفراغ التشريعي وهل يتحوّل إلى مصدر يخلق القاعدة القانونية وليس يقتصر على تطبيقها.

لقد ظهرت ثلاث تيارات اختلفت حول تأويل ضرورة الفصل. ويرى التيار الأول أنّ القاضي يناقض الواجب المفروض عليه عندما يرفض الدّعى ويرى اتجاه ثان أنّه على القاضي في صورة غياب النص أن يعتمد إلى البحث في المصادر الشكلية للقانون في حين يعترف التيار الثالث للقاضي بدور خلاف ولعلّ العميد الصادق بلعيد من أبرز أنصار هذا الرّأي.

1 - التيار الدّاعي لرفض الدّعى :

يعتبر هذا التيار أنّ القاضي لا يرتكب جريمة إنكار العدالة إذا ما قرّر قبول الدّعى شكلاً ورفضها أصلاً في صورة عدم اعتمادها على أيّ نصّ قانوني ولقد برّر التيار الذي كان شديد الالتصاق بالمتن هذا الرّفض بأن كلّ ما لم ينظمه القانون إنّما يخضع لمبدأ الحرية والإباحة. وهو

⁽¹⁾ (Ch). Huberlant : les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi. In le problème des lacunes en droit, Travaux du C.N.R.L, Bruylant, Bruxelles 1968 p 50. « L'obligation de statuer implique que toutes les dispositions du système de droit sont intelligibles et que le système est complet, si non de manière immédiate, du moins après l'intervention du juge ».

⁽²⁾ Ezzeddine Arfaoui : les règles écrites de l'interprétation de la loi, Thèse de Doctorat à la faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis. 1994. p.73

ما يغيب فكرة الثغرات التشريعية ويجعلها من دون جدوى. ولئن لم ينفي هذا التيار عن القاضي إمكانية اضطراره بتأويل النصوص القانونية إلا أنه أجبره على البحث عن الحلول صلب القانون ذاته. إلا أن هذا التيار سرعان ما تعرض للنقد خاصة من قبل العميد جيني الذي اعتبر توجه هذا التيار متعارضا مع إرادة واضعي المجلة الذين أرادوا وبصورة واضحة – منح القاضي – في صورة غياب أو غموض النص دورا فعالا. حيث اعتبر العميد جيني أنه مما يتنافى مع العقل إلزام القاضي بالتقيّد بالإطار التشريعي : إذ جاء على لسانه ما يلي :

« C'est aussi que je n'hésite pas à accepter l'induction qui se dégage de l'article de code civil français en faveur d'une grande latitude de recherche pour suppléer aux lacunes de la loi, tandis que, j'écarterais, au contraire comme irrationnelle, toute disposition fondée sur l'idée opposée et prétendant limiter l'interprétation à un horizon purement légal ».⁽¹⁾

2 - التيار الداعي لاعتماد المصادر الشكلية :

انطلق هذا التيار من الانتقادات التي وجهت للتيار الأول معتبرا وأنه في صورة غياب النص فإنه ولئن لا يمكن للقاضي خلق القانون فإنه يتسنى له اللجوء إلى مصادر القانون الشكلية الأخرى كالعرف ومبادئ القانون العمومية. ولقد اعتبر هذا التيار أن القاضي في هذه الحالة لا يمكنه أن يرفض الدّعى من ناحية الأصل إلا إذا فشل في استنباط الحلّ من المصادر الشكلية للقانون.

وفي هذا الشأن اعتبر الفقيه F. Dumont

« Le but de l'obligation de statuer ne fût point de confier au juge une mission législative qui eût d'ailleurs été en opposition avec nos institutions constitutionnelles ».⁽²⁾

فضرورة الفصل لا تمكّن القاضي من أن ينتصب مشرّعا إذ يعدّ ذلك خرقا لمبدأ الفصل بين السلط وإنما تقتصر مهمّته على إتمام التشريع La loi وليس القانون « Le droit » شريطة غياب النص وذلك باعتماد المصادر الشكلية للقانون.

3 - التيار الداعي للدور الخلاق للقاضي :

لقد انطلق هذا التيار في تبريره لفكرة اضطلاع القاضي بدور خلاق لسدّ الفراغ التشريعي من حقيقة الوظيفة القضائية . إذ تقتضي هذه الوظيفة قول القانون وهي وظيفة مستقلة وغير تابعة لأي سلطة أخرى وهذه الطبيعة تمكّنها من اتخاذ قراراتها بكامل الحرية، وذلك حتى في صورة اتساع رقعة المعنيين بهذه القرارات. حيث يرى العميد الصادق بلعيد أن السلطة القضائية هي في حقيقة الأمر :

« habilité à prendre des décisions libres à portée collective ».⁽¹⁾

⁽¹⁾ François geny : Méthodes d'interprétation et sources de droit privé positif. p.53.

⁽²⁾ F. Dumont : la mission des cours et tribunaux, Quelques réflexions, mercuriale prononcée le 1^{er} Septembre 1975, J.T 1975. p 565 cité par Ezzeddine Arfaoui, op.cit. p. 77.

⁽¹⁾ Belaid Sadok : le rôle créateur et normatif du juge. Thèse de Doctorat, Paris 1974, p 288.

كما يعتبر العميد الصادق بلعيد أنّ القاضي لا يفصل النزاعات وفق ماهو موجود في التشريع إذ التشريع يحتوي لا محالة على ثغرات، ومع ذلك يجبر القاضي على الفصل بوصفه سلطة مستقلة هي المسؤولة قبل كلّ السلطات الأخرى عن الاضطلاع بالمهمة القضائية. وهكذا فإنّ التّنصيب على تجريم عدم الفصل من طرف القاضي إنّما يجبر هذا الأخير على خلق القانون⁽²⁾.

إلا أنّ هذه النظريّة التي دافع عنها بالخصوص العميد الصادق بلعيد تعرّضت لعدّة انتقادات أهمّها كونها اعتمدت على حريّة القاضي التّامة في خلق القانون وهو الشّيء والذي – لأن كان ممكنا في خضمّ أنظمة قانونيّة لم تحدّد للقاضي الآليات التي يتعيّن الرّجوع إليها في صورة الفراغ التشريعي فإنّ هذه الحريّة تعدّ مقيّدة في بعض الأنظمة الأخرى كالقانون التونسي.

الفقرة الثانية : جريمة إنكار العدالة :

تعرف موسوعة دالوز إنكار العدالة بكونها جنحة تتمثّل في رفض أو إهمال أو عدم اتخاذ قرار من أولئك الذين تعهد لهم مهمّة القضاء⁽³⁾.

ولقد جرّمت العديد من القوانين هذه الفعلّة وضمنتها بمجالاتها القانونيّة من ذلك الفصل الرابع من القانون المدني الفرنسي الذي جاء به : " أنّ القاضي الذي يرفض الفصل بتعلّة أو غياب أو غموض أو نقص النصّ يعرض نفسه لتتبعات من أجل ارتكابه لجريمة إنكار العدالة ".

ولقد سائر المشرّع التونسي هذا الاتجاه لما أدرج بالمجلّة الجنائيّة الفصل 108 الذي تقتضي أحكامه أنّ " كلّ موظّف من النّظام العدلي يمتنع لأيّ سبب كان ولو لسكوت أو غموض القانون من الحكم بين الخصوم بعد طلبهم ذلك منه ويستمرّ على امتناعه بعد إصدار أوامر رؤسائه يعاقب بخطيّة قدرها ألف فرنك ".

فالامتناع عن العدالة في التشريع التونسي وحتى في التشريع الفرنسي جريمة يعاقب عليها القانون وذلك صونا لحقوق المتعاملين مع مرفق القضاء وضمانا لاستمراريّته وعدم تعطيله من قبل القاضي ذلك أنّ من أهمّ خصائص المرفق العامّ الاستمرارية والقاضي بوصفه المكلف بتسيير هذا المرفق فهو مطالب بفصل جميع الخصومات التي تعرض عليه⁽¹⁾.

(2) Belaid Sadok : op. cit. p.271.

(3) Répertoire Dalloz 1963 ,II , p. 27, n° 1, « Le déni de justice est le délit qui consiste dans le refus ou la négligence de juger ou plus généralement, de prendre une décision de la part de ceux qui sont appelés à rendre la justice ou à se prononcer à un titre quelconque sur les intérêts qui sont soumis à leur compétence ».

(1) محمد الطاهر الحمدي : الوظيفة القضائية، ص 265 ،مذكّرة لنبل شهادة الدّراسات المعمّقة،كلّيّة الحقوق و العلوم السياسية و الاقتصادية بتونس، 1995-1996.

لكن الجدير بالاهتمام هو أنّ الفصل 108 م.ج. يثير بعض الإشكالات المتعلقة أساسا بتحديد صنف القضاة الذين يمكن مؤاخذتهم من أجل ارتكاب جريمة إنكار العدالة وكذلك في تحديد الأعمال القضائية المجرّمة ؟ بمعنى آخر هل يمكن معاقبة عضو النيابة العمومية من أجل هذه الجريمة ؟ وهل يمكن معاقبة القاضي الذي يمتنع عن مباشرة عمل ولائي ، إذ لا يخفى عنّا انقسام عمل القاضي إلى عمل قضائي يتولّى إثره إصدار حكم وعمل ولائي يتخذه القاضي دونما أن يكون ثمة نزاع.⁽²⁾

إنّ التفسير اللفظي الذي يفرضه الفصل 532 م.ا.ع. بخصوص النص الغامض يؤدي إلى استبعاد اعتبار عضو النيابة العمومية مشمولا بالنص 108 م.ج. حيث جاء به كلّ موظف من النظام العدلي... يمتنع من الحكم بين الخصوم.

فإذا ما رجعنا إلى مهام النيابة العمومية المتمثلة أساسا في إثارة الدعوى العمومية وممارستها ننتهي بالقول بأنّها لا تصدر أحكاما فهي سلطة تتبّع لا سلطة حكم بما تشمله العبارة من ضرورة البتّ في الخصومات وحسم النزاعات.

كما أنّ هذا النص لا ينطبق على الأعمال الولائية للقاضي ضرورة أنّ هذه الأعمال لا تقوم بطبيعتها على أية خصومة كما أنّ إقصاء الأعمال الولائية من مجال الفصل 108 م.ج. يتدّعم بالرجوع إلى مبدأ التأويل الضيق في المادة الجزائية ولعلّ تناول المشرّع الفرنسي لجريمة إنكار العدالة يعدّ أوسع من تناول المشرّع التونسي لها ذلك أنّ الأول تناول مؤسسة إنكار العدالة في أكثر من موضع فقد نصّ عليها بالفصل 4 من المجلة المدنية وبالفصل 185

من المجلة الجزائية وبذلك فإنّه وخلافا للقانون التونسي فإنّ القانون المدني الفرنسي أعطى لجريمة إنكار العدالة مفهوما موسّعا⁽¹⁾.

وعموما فإنّ دراسة إنكار العدالة تفرض علينا طرح العديد من التساؤلات التي تتمحور أساسا حول مختلف الأسس التي انبنت عليها إرادة المشرّع في تضمين هذه الجريمة بالمجلة الجنائية (أ) وكذلك دراسة الحالات التي يرتكب فيها القاضي هذه الجريمة (ب).

أ - أسس تجريم إنكار العدالة :

يترتّب عن تعداد هذه الأسس استنتاج انقسامها إلى أسس مرتبطة بعلائق وظيفة القضاء وأسس مرتبطة بدولة القانون.

1 - الأسس المرتبطة بطبيعة مؤسسة القضاء :

تتمثّل وظيفة الجهاز القضائي في التصدّر لفصل النزاعات المعروضة عليه باعتماد النصوص القانونية الأمرة والصادرة عن سلطة مختصة ممثلة في السلطة التشريعية. لكن

⁽²⁾ سبقت الإشارة إلى هذه الأعمال في المبحث السابق.
⁽¹⁾ محمد الطاهر حمدي: الوظيفة القضائية. م س، ص 265.

القاضي إذا ما اقتصر في حله للنزاعات على النصوص القانونية الموجودة فإنه سوف يحدد عن هذه الوظيفة إذا لم يجد النص القانوني الواجب التطبيق فهنا يكون أمام خيارين اثنين: الأول عدم الفصل وهو ما يتعارض مع مهامه والثاني أن يجتهد ويبحث في النصوص الموجودة وأن يستلهم الحل بالرجوع إلى قواعد القانون العمومية حسب مقتضيات الفصل 535 م.أ.ع.

فالمشرع ولئن اعترف باحتمال وجود ثغرات في القانون إلا أنه أوكل للقاضي مهمة الاجتهاد والبحث في كامل النظام القانوني وفي كامل المصادر التي من الممكن أن تحتوي الحلول ولعل ذلك مما يكرس تأثير التشريع التونسي بمبدأ كمال التشريع.

هذا وقد اعتبر البعض من الفقهاء أن جريمة إنكار العدالة إنما تؤسس على اقتراف القاضي لتجاوز السلطة⁽²⁾ فالملاحظ أن تجاوز السلطة قد يكون إما تجاوزا سلبيا أو إيجابيا. فهو إيجابي إذا تجاوز من منح السلطة حدود سلطاته وتعداها لممارسة ما خرج عن اختصاصه.

وقد يكون سلبيا وهي الحالة التي يعدل فيها صاحب اختصاص عن ممارسة المهام التي أوكلت إليه.

ولقد اعتبر العديد من الفقهاء أن تجاوز السلطة الإيجابي هو أقل خطورة من تجاوز السلطة السلبى لأنه في الحالة الأولى يوجد على الأقل من يمارس مهام السلطة وهو ما يضمن تحقق الفائدة المرجوة منها أما في الحالة الثانية فهي أكثر خطورة لأنها وضعية لا تمارس فيها السلطة تماما مما يشكل إخلالا بسير دواليب الدولة.

ولعل هذا ما جعل الفقيه والين Waline يذكر إنكار العدالة من بين أسباب الطعن بالتعقيب من أجل تجاوز السلطة⁽¹⁾.

ويمكن الإشارة بهذا الصدد إلى فقه القضاء الفرنسي الذي كرّس هذا المفهوم لتجاوز السلطة من طرف القاضي عند امتناعه عن الفصل وذلك في القرار المؤرخ في 14 ماي 1900 حيث وردت به الحيثية التالية :

« L'excès de pouvoir existe aussi bien lorsque le juge refuse de se reconnaître un pouvoir que la loi lui confère, que dans le cas où il est sorti du cercle de ses attributions légales ».

⁽²⁾ Marie-Anne Frison Roche : Déné de justice et interprétation de la loi par le juge, Dalloz, Article 4, 1996, p.p 2-3.

⁽¹⁾ M. Waline : La notion judiciaire d'excès de pouvoir, Thèse de Doctorat, Paris, 1926, p. 236.

فتجاوز السّلطة يحدّ من بين أحد أسباب الطّعن بالتّعقيب في فرنسا من ذلك أنّ محكمة التعقيب الفرنسيّة نقضت حكماً استثنائيّاً رفض القضاة الذين أصدروه استعمال السّلطة المخوّلة لهم في الفصل⁽²⁾.

«La cour d'appel a refusé d'user de son pouvoir de décider».

ولعلّه من الجدير التذكير بأنّ إنكار العدالة يختلف عن رفض الدّعى لعدم الاختصاص الحكمي. إذ أنّ التقيّد بالاختصاص الحكمي للمحاكم هو مبدأ يهمّ النّظام العام ولا يمكن للمحاكم مخالفته وعليها إضافة إلى ذلك إثارة المطاعن المتعلّقة بها من تلقاء نفسها.

فعدم الاختصاص الحكمي لا يترتب عنه إنكار العدالة ذلك أنّ الاختصاص ينعقد لفائدة محكمة أخرى تكون ملزمة بالفصل وترتكب جريمة إنكار العدالة إذا لم تفصل وتنفي بذلك حقّ مشروع للمدّعي من ذلك أنّ إعتبر الفقيه Jean Rivero أنّه في تلك الحالة نحن أمام " لا عدل خطير إذ يستحيل على المدّعي مباشرة حق غير منازع فيه. (3) "

« C'est la une injustice grave, l'impossibilité pour le plaideur de faire triompher un droit dont le principe n'est pas contesté ».

ولعلّه من أهمّ الحالات التي شكّلت مساساً بواجب الفصل في القانون التونسي هو تنازع الاختصاص السّلبي بين المحاكم العدليّة والمحكمة الإداريّة حيث أنّ نسبة رفض الفصل كانت

تؤشّر بتهديد صارخ لحق المواطن في التقاضي لكن تدخل المشرّع بموجب القانون عدد 38-96 لسنة 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدليّة والمحكمة الإداريّة قد حسم المسألة وحدّد بكلّ وضوح اختصاص كلّ من المحكمتين.

ولعلّ ما أشرنا إليه سابقاً يحيلنا إلى أساس آخر شرّعت من أجله جريمة إنكار العدالة ألا وهو الحقّ في التّقاضي.

إنّ الحديث عن القضاء إنّما هو حديث عن مرفق القضاء مباشر من قبل إحدى السّلطات العليا في الدّولة، فمرفق القضاء هو من المرافق الأساسيّة التي تضمنها الدّولة وذلك لغاية توفير الاستقرار والتعايش السّلبي داخل المجتمع وتحقيق البعد عن القصاص وعن الثأر للنفس الذي كان سائداً، فالفرد اليوم لا يمكنه استرجاع حقوقه إلّا عن طريق القضاء.

ولعلّ أهميّة القضاء تبرز كذلك من خلال قولة عمر بن الخطّاب كرّم الله وجهه إلى موسى الأشعري في رسالته الشهيرة والتي جاء بها ما يلي :

(2) Cassation civile, 16 Avril, 1970, Dalloz, 1970. p.474.

(3) Jean Rivero : droit administratif, Paris, Dalloz , 8^{ème} édition 1977, p.142.

" إِيَّاكَ والغضب والقلق والضَّجْر والتأذي بالنَّاس والتَّنَكُّر عند الخصومة فإنَّ القضاء في مواطن الحقِّ ممَّا يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر ⁽¹⁾ "

ولقد أُكِّدَت معظم التشريعات على هذا المبدأ من ذلك أنَّ الفصل 30 من المجلَّة المدنية الفرنسية قد جاء به ما يلي : إنَّ حقَّ التقاضي هو ذلك الحق الذي يخوِّل لصاحبه أن يسمع بخصوص ادعاءاته من حيث الأصل بغاية التصريح بحقِّه المذكور أو نفيه عنه ⁽²⁾ .

ولقد كرَّس فقه القضاء التونسي علويَّة هذا المبدأ واعتبره من بين الحقوق الأساسيَّة التي يجب تمتيع المواطن بها. إذ صدر في 2001/03/17 قرارا تعقيباً جاء بإحدى حيثياته أنَّ " حقَّ التقاضي هو التقاضي هو حقَّ أساسي لا يحدُّ منه إلاَّ بنصِّ دستوري " .

ولقد أُكِّدَت محكمة التَّعقيب هذا المبدأ بدوائرها المجتمعة بتاريخ " 2002/05/25 حيث أعلنت أنَّ " ممارسة حقَّ التقاضي لا يتكوَّن منها خطأ مدني طالما كان هذا الحق قد خوِّلَه الدَّستور " .

وعلى مستوى دولي فإنَّ حقَّ التقاضي كرَّسته العديد من النصوص الدوليَّة من ذلك الفصل 6 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تضمَّن ما يلي :

" لكلِّ شخص حقَّ اللّجوء إلى المحاكم الوطنيَّة المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسيَّة التي يمنحها الدَّستور أو القانون " ⁽¹⁾ .

2 - الأسس المرتبطة بدولة القانون :

لقد ظهر مفهوم دولة القانون حديثاً ولعلَّ حداثة تكمن وراء اختلاف الفقهاء في تحديد معناه وعموماً فإنَّه يمكن تعريف دولة القانون بأنَّها الحالة التي يكون بإمكان الأشخاص داخل مجتمع ما الحصول على حقوقهم بفضل قضاة يلتزمون بما جاء بالقانون النافذ في فترة زمنيَّة ما. وذلك بغضِّ النَّظر عن الشَّخص الذي تسلَّط عليه الحكم.

لكنَّ التساؤل الذي يطرح في هذا الإطار هو مدى إمكانية انصياع الدَّولة ذاتها للقانون بمعنى هل يمكن مطالبة الدَّولة بالخضوع لأحكام القانون ؟.

⁽¹⁾ من رسالة عمر بن الخطاب إلى موسى الأشعري، وردت في محاضرات مادة أدب القاضي، محاضرات السنة الأولى بالمعهد الأعلى للقضاء سنة 2002

⁽²⁾ L'article 30 du code civil français : « le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ».

⁽¹⁾ L'article 6 prévoit que : « toute personne a le droit à ce que cause soit entendue équitablement, publiquement, et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi ».

إنّ القاضي المطالب بالقضاء بكامل التجرّد وبدون الأخذ بعين الاعتبار شخص المتقاضين هو الذي بإمكانه أن يفرض احترام الجميع للحكم الذي أصدره بما في ذلك الدولة.

ب - إنكار العدالة من قبل القاضي:

يقابل إنكار العدالة من طرف القاضي إحساس بالظلم وبعدم العدل لدى المتقاضين لعدم حصوله على إجابة بخصوص دعواه وذلك بقطع النظر إن كانت الإجابة سلبيّا أم إيجابيا.

ولقد اعتبر فقه القضاء أنّ إنكار العدالة من حيث نطاق هذه الجريمة يتجاوز رفض القاضي إصدار حكم لتحتوي رفض القاضي مباشرة وظيفته بكلّ ما تطلبه من أعمال.

كما تجاوز فقه القضاء - متأثرا بالنزعة الواقعيّة التي ظهرت في القانون الأوروبي - هذا الحصر لجريمة إنكار العدالة اعتبارا و أن المنظور إليه ليس القاضي فحسب وإنما أيضا المتقاضين و حقّه في الحصول على حكم فعلي. (Un jugement effectif).

1 - حالات إنكار العدالة من قبل القاضي :

لئن كان أهمّ مظهر لجريمة إنكار العدالة هو رفض القاضي الجواب عن إدعاء ما أيّ رفضه أن يصدر حكم فإنّ ذلك لا ينفي بعض المظاهر الأخرى لهذه الجريمة من ذلك إحالة القاضي البعض من مهامه إلى الغير⁽²⁾.

من ذلك أنّ فقه القضاء يعاقب القاضي الذي يفوّض للمصنّف مهمة تحديد قيمة الغرامة⁽¹⁾. وعموما فإنّ جريمة إنكار العدالة تتوفّر كلّما رفض القاضي ممارسة أعمال هي من علائق وظيفته وتتعدّى بذلك مجرد إصرار الأحكام إذ يفرض على القاضي واجب تقدير وسائل الإثبات المدلى بها من طرفي النزاع، فإذا تراءى له عدم نجاعتها فإنّه يحمل المدعي عليه عبء الإثبات. إذ أنّ نقص وسائل الإثبات ليس من شأنه يمكنه أن يشكّل ذريعة للقاضي حتى يمتنع من التصريح بوجود الحقّ لأحد طرفي النزاع. وهكذا فإنّ محكمة التعقيب الفرنسيّة تمنع القاضي من الاختفاء وراء غياب الإثبات ليرفض الفصل إذ جاء بالقرار التعقيبي المدني الصّادر بتاريخ 1993/01/21 ما يلي :

« Le juge ne peut refuser de statuer, en se fondant sur l'insuffisance avec des preuves qui lui sont fournies par les parties ».⁽²⁾

وتمحورت وقائع هذه القضية في قيام شخص يدعى بلانشون Planchon برفع دعوى ضدّ الغرفة التجاريّة والصناعيّة بدعوى أنّه ترشّح لعضويّة هذه الغرفة ولم يرد اسمه بالقائمة المرشحة. وعلى أساس ذلك طالبت المحكمة اللّجنة بالإدلاء بأسباب ذلك لكنّ هذه الأخيرة لازمت الصّمت.

⁽²⁾ Marie-Anne Frison Roche ,op.cit.p.4.

⁽¹⁾ Cassation civile, 2 Avril 1996, Gazette du Palais, 5 Juiellet 1996.

⁽²⁾ Marie-Anne Frison Roche, op.cit. p5

وإزاء ذلك رفضت المحكمة المتعّدة بالنظر اتخاذ قرار معتبرة ما يلي :
« La commission était taisant et que ceci met le tribunal dans l'impossibilité d'apprécier sa décision ».

ولئن تتخذ جريمة إنكار العدالة حيّزا ضيقا في إطار نظام اتهامي أين تنحصر مهمّة القاضي في تقييم الأدلة التي أدلى بها طرفي النزاع ليحدّد موقفه ويتّخذ الحكم ويفصل النزاع على ضوءها فإنّها تتخذ حيّزا أكثر اتساعا في إطار نظام استقرائي يوكل للقاضي العديد من المهام من ذلك أنّ الفصل 86 م.م.ب.ت تضمّن ما يلي :
" يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معيّنة من سماع بيّنات أو إجراء توجّهات واختبارات أو تتبّع دعوى الزور أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة أن تأذن للقاضي المقرّر بإتمامها ".

لكنّ يجدر القول بأنّ إجراء الأبحاث أو غيرها من الأعمال إنّما يبقى في القانون التونسي إجراء اختياري بالنسبة للمحكمة يمكنها أن تأذن به كما يمكنها أن تعدل عنه.

2 - انعكاسات إنكار العدالة على المتقاضي :

يعنى القانون اليوم كما يعنى فقه القضاء لا فقط بمصادر القاعدة القانونية ومدى توفّر شروطها الشكلية وإنّما أيضا بأثر تلك القواعد إزاء المتقاضي وذلك اعتبارا بكون حرمان صاحب حق من حقه إنّما يشكلّ أحد مظاهر جريمة إنكار العدالة⁽¹⁾

ويمكن أن نسوق بعض الأمثلة على ذلك :
من ذلك مثلا صدور القرار عن المحكمة بصورة جدّ متأخرة تفقده لكلّ معنى ولكلّ جدوى إزاء المتقاضي من ذلك يمكن الإشارة إلى الفصل 6 من الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان الذي يشترط الفصل في أجل معقول وذلك حتى يكون للقرار جدوى بعد صدوره.

ويعتبر فقه القضاء بفرنسا وأنّ التمسك المفرط بالإجراءات على حساب الأصل من شأنه أن يفقد الدّعى جدواها. من ذلك القرار المتّخذ في مادة الضّمان الاجتماعي بتاريخ 12/12/1988 والذي يعتبر وأنّه على إثر ثلاث إحالات متتالية تكون المحكمة في استحالة إحالة مرّة أخرى وإلاّ تكون ارتكبت جريمة إنكار العدالة. إذ تأسس فقه القضاء بفرنسا خاصّة على ضرورة قيام مرفق القضاء بوظيفة ومن وراء ذلك تمكين المتقاضي من إجابة عن دعواه بقطع النّظر عن مآلها وهو ما أكّده القرار التعقيبي بباريس المؤرخ في 4 جويلية 1994 الذي تضمّن أنّ جريمة إنكار العدالة

⁽¹⁾ Marie-Anne Frison Roche, op.cit,p.6.

تتعدّى الإطار الضيق ممثلاً في رفض القاضي الردّ عن الدّعى أو لتتخذ حيّزاً أكثر اتساعاً يصل إلى كلّ تقصير من طرف الدّولة في الحماية القضائية للأفراد :

« Il faut entendre par déni de justice non seulement le refus de répondre aux requêtes ou le fait de négliger de juges les affaires en état de l'être. Mais aussi, plus largement, tout manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu ⁽²⁾ ».

والملاحظ وأنّه وبخصوص فقه القضاء التونسي فإنّه لم تقع إثارة جريمة العدالة وهو أمر لا يمكن الجزم به على خلاف إمكانية الجزم بعدم صدور أيّ حكم جزائي ضدّ أيّ قاض من أجل جريمة إنكار العدالة.

المبحث الثاني : مظاهر الدور الخلاق للقاضي :

لئن تميّز فقه القضاء التونسي بالالتزام بالنصوص القانونية إلّا أنّه وفي كثير من المواضع كان خلافاً، مؤمناً بخصوصيّة الوظيفة التي يباشرها، ساعياً إلى فصل النزاعات. ويمكن تصنيف اجتهاد القاضي إلى صورتين تتمثل الأولى في أن يجتهد عند غياب النصّ التشريعي تماماً، عندها يلجأ القاضي إلى الآليات التي خولها له القانون ويطبقها على

النّزاع لفصله، وهو محور الفقرة الأولى من هذا المبحث في حين تتمثل الصورة الثانية في وجود النصّ الذي ينظّم المسألة القانونية التي يتأسس عليها النّزاع لكنّه لا ينطبق بالضبط على الوقائع فيعتمد القاضي والحالة تلك إلى التّأويل الموسع للنصوص القانونية بشكل يجعلها تستوعب وضعيّات أخرى غير منصوص عليها تشريعياً وهو محور الفقرة الثانية من هذا المبحث.

الفقرة الأولى : اجتهاد القاضي في حالة غياب النصّ :

لقد ساهم فقه القضاء في إرساء الحلول للعديد من الوضعيات التي لم ينظّمها المشرع وذلك في مختلف فروع المادّة المدنية.

ففي مجلة الالتزامات والعقود وفيما يتعلّق بتنفيذ العقد واحتراماً لمبدأ سلطان الإرادة الذي كان مسيطراً على الفكر القانوني في بداية القرن، امتنع القضاة عن تعديل الشرط التغريمي المضمّن بالعقد استناداً لأحكام الفصل 242 م.أ.ع الذي اقتضى أنّ ما : " انعقد على الوجه الصّحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين "

لكنّ الأساس القانوني الذي يبرّر امتناع القاضي عن تعديل بنود العقد لهذا لا يحول دون التساؤل حول إمكانية إعفاء القاضي من هذا القيد وتمكينه من تعديل بنود العقد وذلك كلّما تضمّنت هذه الأخيرة ما من شأنه أن يمثّل إجحافاً بحقوق المدين بالالتزام ؟

⁽²⁾ Gazette du Palais, 1994, 2, p.589, note Petit.

إنّه واستنادا للفصل 242 م.إ.ع فإنّ آثار القوّة الملزمة للعقد تنسحب على القاضي إذ يفرض على هذا الأخير احترام إرادة الطرفين التي تصبح بمثابة القانون تجاهه حيث وإن سمح له بتفسيرها فإنّه لا يتسنّى له التّدخل لتعديلها أو تغييرها ولو كان ذلك بحجّة عدم عدالتها⁽¹⁾. من ذلك أنّ محكمة التعقيب أكّدت بقرارها عدد 52 المؤرّخ في 13 أفريل 1976 أنّه إذا اتفق طرفا العقد على أن يجري أحدهما أشغالا تتمثّل في دهن محلّ على ملك الآخر على أن يقع استعمال مواد أولية معيّنة من حيث الكمّ والنوع والثلث وإذا ثبت إضافة إلى ذلك اتفاقهما على إلزام المدين بإعادة الأشغال في صورة عدم تطابقها لشروط العقد [فإنّه لا يحق للمحكمة أن تعفيه من الالتزام بإعادة الأشغال وأن تحصر مقدار الغرامة التعويضية المحمولة عليه في فوارق الأسعار بين المواد المتفق على استعمالها بالعقد والمواد التي استعملت فعلا].

وهكذا كانت محكمة التعقيب شديدة الالتصاق بالفصل 242 م.إ.ع الشيء الذي منعها من إقرار اختصاص القاضي بمراجعة بنود العقد.

ولئن غابت إمكانية تعديل الشرط التغميمي في القانون التونسي فإنّ العديد من القوانين المقارنة قد كرّست هذه الإمكانية تشريعا وذلك بعد أن مرّت بجملة من التّطورات. وفي هذا الإطار يمكن الاستئناس بالتطوّر الذي عرفه التشريع الفرنسي الذي حجرّ على قضاة الأصل صلب الفصلين 1152 و 1231 من المجلة المدنية تعديل الشرط التغميمي وهو

نفس التمشي الذي توخّته محكمة التّعقيب الفرنسيّة محترمة بذلك مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد. إلّا أنّ هذا لم يمنع بعض محاكم الموضوع من ممارسة ما لها من حق الرّقابة فعّدلت في العقود ما كان مجحفا منها وما كان تافها إلّا أنّها وأمام العديد من المحاولات كانت تصطدم بموقف قارّ وثابت لمحكمة التعقيب التي نفت عن القاضي كل إمكانية لتعديل الشرط التغميمي مكرّسة بذلك علوية مبدأ سلطان الإرادة.

لكن وبتطوّر الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية وظهور عقود جديدة طغى فيها الجانب القويّ في العقد على الجانب الضعيف فيه كعقود الإذعان وأمام تكرّر المحاولات فقه القضائيّة الرّامية لمراجعة الشرط الجزائي ارتأى المشرّع الفرنسي تنقيح الفصلين المشار إليهما بتاريخ 1975/07/09 مقرّا صراحة سلطة القضاء في ممارسة حق الرّقابة على الشرط التغميمي ملتحقا بذلك بصفوف العديد من التّشريعات الأجنبيّة الأخرى التي سبقته إلى تكريس حقّ القضاء في تسليط رقابة على البنود التعاقدية المتضمنة لعقوبات تسلّط على أحد طرفي العقد عند إخلاله بالتزامه. وبذلك توّصل التشريع الفرنسي إلى إقامة توازن بين حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإدارة من جهة ومقتضيات العدل والإنصاف من جهة أخرى والتي تستوجب تعويض المتضرّر من عدم تنفيذ الالتزام كما وقع الاتفاق عليه على أن يتماشى ذلك التعويض مع حقيقة الضرر الحاصل له حيث لا يمكن أن يؤدي ذلك بأي حال من الأحوال إلى الإثراء بدون سبب ولقد كرّست العديد من القوانين الأخرى إمكانية مراجعة الشرط التغميمي من قبل القاضي كالقانون الألماني والسويسري والإيطالي.

(1) محمد الزين : النظرية العامة للالتزامات العقد : تونس 1993 ص 245

وبالرجوع إلى التشريع التونسي فإنه لا جدال في أنّ الشرط التغريمي لم يرد به نصّ خاصّ بمجلة الالتزامات والعقود إلاّ أنّ فقه القضاء أقرّ صراحة حق القضاء في ممارسة رقابته على هذا الشرط وذلك ضمن العديد من القرارات التعقيبية⁽¹⁾.

إلاّ أنّ إقرار فقه القضاء لإمكانية مراجعة البند التغريمي لم تكن محلّ اتفاق بين جميع المحاكم. إذ لطالما تمسّك قضاة الأصل بأحكام الفصل 242 م.أ.ع ليرفضوا كلّ إمكانية للتدخل في تعديل الشرط الجزائيّ زيادة أو نقصاناً. لكنّ التطوّر الاجتماعي والاقتصادي فرض عليهم التعديل من ذلك الرأي المتصلّب حيث كما أكّد الفقيه Josseland أن "العقد أخذ يخرج أكثر فأكثر من العمل المشترك للأطراف ولم يعد اتفاقاً منعقداً في ظلّ الحرية منجزاً بفعل الإرادة المتساوية الحرّة وأصبح موجّهاً سواء من السلط العمومية أو من أحد الأطراف الذي يفرض صيغته وشروطه على الأطراف الأخرى".

وهو الشيء الذي فرض على القاضي اتخاذ الاتجاه المعاكس وإقرار إمكانية تعديل الشرط الجزائي. إذ اعتبرت بعض محاكم الأصل أن تقدير الضرر هو من خالص سلطة القاضي ولا تخضع لاتفاق الأطراف وذلك تطبيقاً للفصل 277 م.أ.ع الذي تضمّن ما يلي: "الخسارة عبارة عمّا تقص من مال الدائن حقيقة وعمّا فاتته من الربح من جرّاء عدم الوفاء بالعقد واعتبار الأحوال الخاصّة بكل نازلة موكولة لحكمة المجلس وعليه أن يقدّر الخسارة ويجعل فيها تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تدليسه".

وهو اتجاه قد سبق لمحكمة التعقيب أن كرّسته بموجب قرارها عدد 10149 الصادر سنة 1956 والذي تضمّن ما يلي "إن مجلة الالتزامات والعقود وإن أوكلت للطرفين تحديد الشرط التغريمي فقد قيدت الغرم بالخسارة التي تنقص من مال الدائن حقيقة وما يفوته من ربح من جرّاء عدم الوفاء بالعقود حيث أوكل الفصل 278 م.أ.ع للمحكمة الاجتهاد في تحديد ذلك حسب أحوال كل قضية، وبذلك يستشف أنّ المشرّع تجنّب إخضاع تحديد غرم الضرر للإرادة الحرّة للأطراف بل جعل ذلك داخلاً في نطاق مراقبة المحكمة.

لكنّ محكمة التعقيب لم تستقرّ على هذا الرأي إذ خالفته صلب العديد من قراراتها اللاحقة. فبقرارها عدد 5820 الصادر في 1968/06/20 رأت محكمة التعقيب أن الشرط التغريمي يقتضي الالتزام بتعويض الضرر بمبلغ مالي يتفق عليه المتعاقدان وليس حينئذ للقاضي تعديله. كما رأت في قرارها عدد 7919 الصادر عن دوائرها المجتمعة بتاريخ 1975/04/28 أنّ هذا النوع من الشرط لا يهّم النظام العام ولا يخلّ بالأخلاق الحميدة ولا يخالف القانون فصار واجب الإتياع وليس للمحكمة أن تتدخل بالزيادة أو التّقيص في المبلغ المتفق عليه".

(1) القرار المدني التعقيبي عدد 10149 مؤرخ في 1956/07/17.

- القرار المدني التعقيبي عدد 57407 مؤرخ في 1965/2/10.

- القرار المدني التعقيبي عدد 5820 مؤرخ في 1968/06/20.

- قرار الدوائر المجتمعة عدد 7919 " // // 1975/04/28.

إلا أن هذا الموقف لم يستقرّ على هذه الشاكلة إذ بموجب القرار عدد 42624 الصادر بتاريخ 1994/04/28 مكّنت محكمة التعقيب القاضي من تعديل الشرط التغريمي وفق ما يتماشى وحقيقة الضرر الحاصل للطرف الآخر في العقد حيث جاء بإحدى الحثثيات ما يلي :

" حيث يخلص مما سبق أن الشرط التغريمي ولئن كان ثمره اتفاق الطرفين فإنّه ينبغي أن لا يحيد عن قواعد العدل والإنصاف وأن لا ينقلب أداة لتكريس هيمنة الطرف الأقوى في العقد على الجانب الضعيف فيه ولتحقيق الربح السهل والإثراء بدون سبب، وعلى القاضي استعمال حقّه في مراقبة ذلك الشرط وإرجاع الأمور إلى نصابها على أن يكون موفّقاً هكذا بين إرادة الطرفين من جهة ومبدأ العدل والإنصاف ومسارها لتطوّر العصر والاستئناس بالتشريعات العربية والغربيّة الأخرى".

مضيفة ما يلي :

" ولئن كان الشرط التغريمي خاضعاً لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد تنفيذاً لمقتضيات الفصل 242 م أ ع إلا أن هذا لم يمنع محكمة الموضوع في نطاق سلطتها التقديرية من إجراء

ما لها من حقّ المراقبة من إلغاء وتنقيص وزيادة وإبقاء وذلك بحسب أحوال كل قضية على معنى الفصل 278⁽¹⁾"

إنه وفي غياب نصّ قانوني واضح وصريح لا يسع القضاء إلاّ الاجتهاد الذي يترتب عنه إمّا الالتصاق بالنصّ أو وضع النصّ في إطار معيّن مع الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات العدل والإنصاف ولعلّ هذا الاتجاه هو الذي استقر عليه فقه القضاء بخصوص إمكانية تدخل القاضي في إرادة الأطراف وتوليّه مراجعة الشرط الجزائي⁽²⁾.

ولعلّ تدخل القاضي في مراجعة بنود الإرادة التعاقدية يتمظهر أيضاً من خلال مؤسسة شبيهة بالشرط الجزائي تتمثل في الغرامة التهديدية والتي لم يرد بها أيّ نصّ قانوني وإنّما وقع تكريسها وبلورتها من قبل فقه القضاء.

وتعرّف الغرامة التهديدية بكونها عقوبة مالية تهدف إلى إجبار المدين بصورة غير مباشرة على تنفيذ القرارات القضائية وهذه العقوبة لها طابع شرطي وفوري تسلّط على المدين في حالة رفضه تنفيذ الالتزام بعد أن يمنحه القاضي آجالاً متكرّرة فالغرامة التهديدية بهذا المعنى هي عقوبة مالية تهدف إلى تعويض الدائن بمبلغ تقديري في حالة التأخير عن تنفيذ الالتزام⁽³⁾.

ولقد عرّف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الغرامة التهديدية بأنها وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الإجباري وهي وسيلة غير مباشرة تتمثل في أنّ القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 42624 صادر بتاريخ 28 أبريل 1994.

(2) انظر بهذا الخصوص: الشرط التغريمي، مجلّة القضاء والتشريع، لسنة 1998.

(3) أكرم بو دية: الغرامة التهديدية، ص 3، مذكرة ختم التدريب بالمعهد الأعلى للقضاء، الفوج الرابع لعدول الإشهاد، سنة 2000-2001.

خلال مدة معينة، وفي صورة تأخره عن التنفيذ يكون ملزماً بدفع غرامة تهديدية مع ما للقاضي من إمكانية في تعديل هذه الغرامة زيادة ونقصاً⁽⁴⁾.

ويتمثل مصدر هذه الغرامة في فقه القضاء الفرنسي حيث أقرها منذ بداية القرن التاسع عشر إذ حاول من خلالها التوفيق بين الحرية الفردية ومبدأ القوة الإلزامية لتنفيذ العقود. فلئن كان المدين حراً فإن حريته لا تحول دون تنفيذه لما التزم به بموجب عقد صحيح وفي صورة عدم تنفيذه ما تعهد به فإنه بإمكان القضاء اللجوء إلى الغرامة التهديدية التي تكتسي طابعاً مؤقتاً بحيث تكون قابلة للمراجعة من قبل القاضي.

هذا والملاحظ أنّ تسليط الغرامة التهديدية لا يرتبط بوجود ضرر يراد التعويض عنه بقدر ما هي تهدف إلى حث المدين بالوفاء بالتزامه لأجل ذلك لا يراعي القاضي في تقديره لهذه الغرامة سوى الإمكانات المادية للمدين. هذا وقد عرفت العديد من التشريعات تقنين الغرامة التهديدية وعدم الاكتفاء بمصدرها فقه القضائي من ذلك القانون المصري حيث تضمن الفصل 213 من المجلة المدنية المصرية

أنه " إذا كان الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك ".

كما تضمنت المادة 214 من نفس المجلة " أنه إذا لم يتم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدّد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعند الذي بدأ به المدين " كما تضمنت عدّة تشريعات عربية أخرى مؤسسة الغرامة التهديدية كالقانون اللبناني والليبي والعراقي والسوري.

أمّا بخصوص التشريع التونسي فإنّ ما يمكن ملاحظته هو غياب نصّ تشريعي يكرّس هذه المؤسسة لكنّ سكوت النصّ لم يمنع القضاء من الاحتكام إلى الغرامة التهديدية وتسليطها على المدين الذي أخلّ بتنفيذ التزامه ويمكن الاستشهاد على ذلك بالحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 4611 والمؤرخ في 4 أفريل 1969 والذي تضمن ما يلي⁽¹⁾ :

- 1 - الغرامة اليومية ليست لها صبغة تعويضية ولا تقدّر على أساس الضرر إذ أنّه يتعذّر تحديد قيمة الضرر قبل حصوله.
- 2 - لئن لم تحظى الغرامة اليومية بنصّ تشريعي تؤسس عليه فإنّ لها مردّاً في المبادئ العامة القانونية أخصّها تلك التي حجّرت تنفيذ الالتزام بطريق الإكراه البدني ومنعت جبر المدين على إتمام عمل ما وذلك كلّما كان تنفيذ الالتزام يستوجب تدخلاً شخصياً من طرف المدين.

لكنّ غياب نصّ خاصّ يتعلق بالغرامة التهديدية لا ينفي تضمينها بنصوص قانونية متفرقة من ذلك القانون المنظم لمادة الضمان الاجتماعي تضمن بفصله 105 أنّ " المستأجر المنخرط الذي لم يبلغ إلى نهاية الخمسة عشر يوماً الموعية للثلاثة أشهر للصندوق القومي للضمان

⁽⁴⁾ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، ص 813 .

⁽¹⁾ مجلة القضاء و التشريع، شهر جوان و جويلية 1969.

الاجتماعي إعلامه بالأجور أو لم يصف إلى إعلامه معالم اشتراكه أو الذي يعتبر إعلامه باطلا يقع إنذاره بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ لتعديل حالته إزاء الصندوق فإن لم يعدل حالته في بحر الخمسة عشر يوما الموالية من تاريخ اتصاله بهذا الإنذار فإن الصندوق القومي يوظف عليه حتما أداء مبنيا على القواعد المبينة بالفصل 104 ويضاف إلى مقدار هذا الأداء بعنوان الخطيئة مبلغا قدره ثلاثة بالآلف عن كل يوم تأخير ابتداء من تاريخ حلول الثلاثة أشهر إلى حد أقصاه تسعون يوما".

إلا أن تضمن بعض النصوص الخاصة للغرامة التهديدية لا يجعل منها نصا عاما ينطبق في جميع الحالات ويبقى بذلك القانون المدني خال من تكريس صريح لهذه المؤسسة التي تمكن فقه القضاء من إرسالها وفق ما يتماشى مع مقتضيات العدل والإنصاف.

كما يمكن الإشارة بخصوص الثغرات التشريعية الواردة بمجلة الالتزامات والعقود إلى الفصول 1249 إلى 1350 والتي نظمت الشركات المدنية، فالملاحظ أن المشرع سكت عن منح الشركات المدنية الشخصية المعنوية مكتفيا بإسنادها صراحة لبعض الدّوات كالشركات التجارية

حيث تضمن الفصل 4 من مجلة الشركات التجارية المنقحة بتاريخ 2000/11/03 أن "كل شركة ماعدا شركة المحاصة لها الشخصية المدنية" كما تتمتع النقابات المهنية بالشخصية المدنية من ذلك ما جاء بالفصل 244 من مجلة الشغل ما يلي: "تتمتع النقابات المهنية بالشخصية المدنية". كما أسند المشرع الشخصية المعنوية لبعض الدّوات الأخرى وذلك بصفة ضمنية إذ منحها للشركات المدنية لممارسة الأولوية في الشراء وذلك بموجب القانون عدد 39 لسنة 1979 المؤرخ في 7 جوان 1979 المتعلق بمنح حق الأولوية في الشراء للمتسوّغين.

حيث جاء بالفصل الخامس من هذا القانون ما يلي :

"في صورة بيع عمارة معدة أساسا للسكنى صبرة واحدة، يجب على المالك أن ينبّه قبل التفويت بواسطة عدل منفذ على كل المتسوّغين وكل المنتفعين بحق البقاء في المحلّ مهما كان استعمال المحلّ المشغول بأنّه عليهم أن يكونوا شركة تتولّى في ظرف شهرين قبول شراء كامل العقار ودفع تأمين ثمنه أو أن يتخلّوا عن الشراء".

ولقد أشار الفصل 6 من نفس القانون إلى إمكانية قيام الشركة لدى القضاء وهو ما يؤكد الاعتراف الضمني بالشخصية القانونية لهذه الشركة.

وفي نفس التوجه منح المشرع التونسي الشخصية المعنوية بصفة ضمنية لاتحاد ملكية الطبقات. إذ نصّ الفصل 89 م.ج.ع على ما يلي :

"مهما وجدت ملكية مشتركة لعمارة مقسّمة إلى طبقات أو شقق، يتكوّن من المالكين قانونا اتحاد يكون هو الممثل القانوني للجماعة ومدير الاتحاد هو الوكيل الرسمي المكلف بالنيابة عنه لدى القضاء سواء كان مدّعي أو مدعى عليه ولو كان النزاع بين الاتحاد وبين أحد المالكين".

لكن في غير هذه الصّور والتي يفهم منها إن صراحة أو ضمنا تمتّع بعض الذوات المدنية بالشخصيّة المعنوية يبقى التساؤل مطروحا بالنسبة للشركات المدنية التي نظّمها م.ا.ع والتي سكت المشرّع عن تمتيعها بالشخصية المعنوية⁽¹⁾.

إزاء هذا الفراغ التشريعي أقرّ فقه القضاء بأنّ مثل هذه الشركات لا تتمتع بالشخصية القانونية حيث تضمّن حكم المحكمة الابتدائية الصّادر بتاريخ 15 جويلية 1967 ما يلي :

" حيث سكت المشرّع بخصوص منح الشخصية المعنويّة للشركات المدينة وحيث أنّ النّصوص المنطبقة في هذا المجال إنّما تهّم الشركات التجاريّة فقط وحيث أنّ القانون التجاري هو قانون خاصّ ممّا يقضي إمكانية أعمال القياس حيث أنّ نصوص القوانين الخاصّة لا تنطبق إلّا على المجال الذي تنظمه"⁽²⁾.

وبذلك بنت المحكمة حكمها على أساس قاعدة سلبية مفادها عدم تمتّع الشركات المدنية بالشخصيّة المعنويّة".

لكنّ هذا الرأي المخالف لروح القانون والذي سبق له أن أسند الشخصية المعنويّة لبعض التّجمعات من ذلك نقابة الملكيّة المشتركة وكذلك الشأن بالنسبة للتعاونيات الفلاحية⁽¹⁾ سرعان ما تم التراجع عنه حيث نقضت محكمة التعقيب هذا التّوجه السّلبى ليستقرّ فقه القضاء اليوم على الاعتراف بالشخصيّة المعنويّة للشركات المدنية وهو دليل على ضرورة الانسجام بين فقه القضاء وبين إرادة المشرّع الحديثة التي يفرضها تطوّر الحياة العمليّة.

هذا ولا يخلو التّنظيم القانوني للعقود من عديد النقائص والثغرات والتي طرحت العديد من الإشكاليات أمام القضاء.

من ذلك تبني المشرّع التونسي من خلال ما يفهم من الفصلين 325⁽²⁾ و 330 م.ا.ع⁽³⁾ لقاعدة " لا بطلان بدون نصّ " حيث لا يبطل العقد إلّا إذا خلا من ركن من أركانه أو إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معيّنة، أمّا فيما يتعلّق بالبطلان النسبي فإنّ هذا الجزاء لا يجوز إلّا في الحالات المبينة بالفصول 8 و 43 و 58 و 61 م.ا.ع ويعدّ اعتماد قاعدة لا بطلان بدون نصّ بما تقتضيه من سبق تكفّل المشرّع بتحديد طبيعة البطلان بالنسبة لكلّ حالة من الضّمّانات القانونيّة النّاجعة ضدّ مخاطر تجاوزات القاضي أو تعسّفه.

لكنّ ذلك لا يخلو من سلبيات أهمّها منع القاضي من إعطاء مكانة هامّة لمعيار المصلحة العامّة وهو الشيء الذي يتعذّر عليه في إطار قاعدة " لا بطلان بدون نصّ " وبذلك عجز القاضي

(1) محمد كمال شرف الدين : محاضرات في القانون المدني : للسنة أولى حقوق سنة 1995 – 1996 ص 100.

(2) انظر مجلة القضاء و التشريع، 1969، ص 404 .

(1) أنظر الرائد الرّسمي لسنة 1869 القانون المؤرّخ في 22 سبتمبر 1969.

(2) الفصل 325 م ا ع : ليس الالتزام الباطل من أصله عمل ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام ويبطل الالتزام من أصله في الصّورتين الآتيتين :

أوّلا : إذا خلا من ركن من أركانه.

ثانيا : إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معيّنة.

(3) الفصل 330 م ا ع : "يجوز القيام بالفسخ في الصور المبينة بالفصل 8 والفصل 43 والفصل 58 والفصل 60 والفصل 61 من هذا القانون و يسقط القيام بذلك بمضي عام إلا إذا صرّح القانون بمدة أخرى .

عن تطوير القانون وكذلك عن سدّ ثغراته التي يكشف عنها التطبيق وذلك لسبق تقييده من طرف المشرّع بالقاعدة المشار إليها آنفاً⁽⁴⁾.

فبالرغم من تبني المشرّع لقاعدة لا بطلان بدون نصّ إلاّ أنّه لم يحدّد في العديد من الحالات طبيعة هذا البطلان من ذلك أن اقتضى الفصل 62 م.إ.ع ما يلي : " لا يسوغ التعاقد إلاّ فيما يصحّ فيه التعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة فما لم تصرّح القوانين بمنع التعاقد فيه يصحّ التعامل فيه ".

وفي هذه الحالة والتي سكت فيها المشرّع عن تحديد طبيعة البطلان المنجرّ عن التعاقد فيما يتنافى مع قواعد النظام العام والأخلاق الحميدة هل يجوز تكييف البطلان بكونه مطلقا والحال أنّ الفصل 325 م.إ.ع لا يسمح بهذه النتيجة إلاّ إذا خلا العقد من ركن من أركانه أو

حكم القانون ببطلانه صراحة وهما صورتان لا تتوفران في صورة الفصل 62 م.إ.ع وإذا اعتبرنا أنّ جزاء البطلان المضمّن بالفصل 62 م.إ.ع إنّما هو بطلان نسبي فإنّه أيضا تعسف على النصّ القانون 330 م.إ.ع الذي حدّد حالات البطلان النسبي.

لكنّ الملاحظ بخصوص ترتيب البطلان النسبي أو المطلق كجزاء عدم استيفاء العقد لشروطه ولأركانه أنّ فقه القضاء قد تجاوز الفراغ التشريعي بخصوص هذه المسألة إذ لم يتردّد في تسليط عقوبة البطلان كلّما ثبت لديه أنّ التعاقد وقع فيما يخالف النظام العام والأخلاق الحميدة، من ذلك أن سلّط البطلان كجزاء لمخالفة أحكام الفصل 581 م.إ.ع والتي تشترط إتمام البيوعات العقارية بموجب كتب ثابت التاريخ والحال أنّه لم يقع التنصيص على البطلان كجزاء لمخالفة هذا الشرط⁽¹⁾.

ولم تقتصر حالات الفراغ التشريعي على المجلة المدنية والتي تعتبر القانون العام ولكنّها انسحبت إلى غيرها من المجالات المقننة بموجب قوانين خاصّة كالقانون المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب و نفس الشيء بالنسبة للقوانين التي ظهرت حديثا والمتعلّقة بتقنين الميدان الطبي الذي شهد تطوّرا كان لزاما على التشريع مجاراته.

فبالنسبة للقانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998 والمتعلّق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين ومجهولي النسب فقد سكت المشرّع عن مدى اشتراط موافقة الأب المفترض للطفل على الخضوع للتحليل الجيني فهل يمكن بموجب قانون 1998 إجبار الأب على ذلك أم أنّ الحرية الجسدية المكفولة دستورا تمنع من ذلك وتخوّل له رفض إجراء التحليل الجيني ؟

(4) محمد الزين : النظرية العامة للالتزامات - العقد تونس 1993 ص 195.

(1) القرار التعقيبي المدني عدد 7748 مؤرّخ في 21 مارس 1983 ق ت 1984 عدد 5 ص 79.

ويتعدى المشكل هذا الإطار الضيق لي طرح الإشكال بخصوص مدى إمكانية إخضاع الأب المفترض للطفل والذي توفي إلى التحليل الجيني لإثبات الأبوة وهي إشكالات ليست بنظرية وإنما طرحها التطبيق على المحاكم فكان أن قضت هذه الأخيرة وفق روح التشريع فأما بخصوص إجبار الأب على الخضوع للتحليل الجيني وهو الأمر الذي سكت عنه قانون 1998 دأب فقه القضاء على اعتبار الرّفص قرينة على الأبوة. وهي قرينة لم يأت بها القانون المذكور وإنما استخلصها فقه القضاء من روح التشريع ومن الغاية التي جاء يهدف إليها كذلك من خلال محدودية الآثار المترتبة عن إسناد اللقب العائلي والتي تقف عند واجب النفقة والرعاية دون الميراث.

من ذلك القرار التعقيبي المدني عدد 10020 والمؤرخ في 12 أكتوبر 2001 والذي جاء بإحدى حيثياته ما يلي : "وحيث بالرجوع إلى الحكم المنتقد تبين وأن المحكمة استخلصت من نكول المدعى عليه اعترافا ضمنيًا بالأبوة وهو أمر موكول لاجتهادها المطلق ولا تثريب عليها في ذلك وهو استنتاج منطقي معقول يتماشى وروح التشريعات في هذا المجال ولا خرق به

للنصوص المحتج بها (ممثلة في قواعد الدستور) إذ لو كان الأمر على خلاف ذلك تقدّم المعقّب للتحليل الجيني دون تردد ."

أما بخصوص الإشكال الثاني المتعلق بإمكانية أخذ عينة من جينات جثة لتحليلها قصد إثبات الأبوة فإن محكمة الاستئناف بصفاقس في حكمها الصادر بتاريخ 2001/04/18⁽¹⁾ رأت إمكانية القيام بذلك رغما عن غياب النص التشريعي الذي يمنعه أو يبيحه معللة حكمها بروح التشريع الذي جاء يهدف إلى معالجة وضعيات اجتماعية مكرّسة بذلك علوية مشروعية المطالبة بلقب عائلي مستشهادة بالسياسة التشريعية بتونس التي ترمي إلى تفادي استخراج مضامين ولادة خالية من اللقب العائلي وذلك في جميع الحالات وإن كان في ذلك تجاوز لأحكام القانون فإنما هو تجاوز أمله روح هذا القانون الخاص. ولعل مشروع تنقيح قانون إسناد اللقب العائلي نحو اعتبار رفض الخضوع للتحليل الجيني من قبل الأب المفترض قرينة على ثبوت أبوته يفرض نفسه ويتمشى أكثر مع روح هذا التشريع.

هذا ويمكن الإشارة خاصة إلى المجال الطبي الذي يعتبر من أهم المجالات التي شهدت تطورا سريعا جعلت المشرّع عاجزا عن مواكبته من خلال تأطيره من الناحية القانونية. وأمام هذا التطور وجد رجال القانون ومختلف المؤسسات التشريعية أنفسهم أمام تحدّ يتسم بالحدأة، ذلك أن من أهم ما يميز الأعمال الطبية المستحدثة إنما خروجها عن الأطر التقليدية للعمل الطبي من حيث المبادئ والقواعد الأخلاقية والدينية والقانونية التي تحكمها.

فعمليات التلقيح الصناعي والإنجاب المساعد طبيًا وتغيير الجنس والتلاعبات الجينية أو الهندسية الوراثية الناتجة عن أبحاث الجينات كلّ هذه التطورات خرجت عن ميدان العلاج الطبي

(1) حكم شخصي استئنافي: القضية عدد 2694 " غير منشور "

العادي ونتج عنها قلبا للتصوّر العام لعلم الطبّ والبيولوجيا وخاصة قلبا لمجموعة المبادئ التي استقر عليها هذا العلم والتي نظمتها قواعد قانونية⁽²⁾.

ولكن ومع حرص المشرّع على تقنين جميع هذه المستجدات العلمية والتي سبق ذكر البعض منها سالفا فإنّ تطوّر الميدان الطبّي لا يقف عند حدّ معيّن بل هو في تطوّر مستمر ولعلّه في ذلك لا ينسجم مع التشريع الذي وإن كانت من أبرز سماته التطوّر إلا أنّ تطوّره هذا بطيء نسبيا مقارنة بتطوّر العلوم.

ولعلّ ما يثبت هذا الأمر هو ما أفرزه التطوّر العلمي حديثا من إمكانية الاستنساخ البشري والذي أصبح حقيقة يهابها رجال القانون ويخشاه رجال الدين وذلك رغما عن استنكار معظم الأنظمة القانونية لهذا الاكتشاف. لكن منع الاستنساخ البشري ليس من شأنه أن ينفي وجود شخص مستنسخ إذ أنّ منع ظاهرة ما لا يترتب عنه ضرورة غيابها.

ولعلّ ما يؤكد ذلك أنّه تم مؤخرا استنساخ ثلاث توائم⁽¹⁾ ولعلّ عدد الحالات المستنسخة يتجاوز ذلك بكثير لكن الإطار القانوني العام المانع لهذه الممارسات هو الذي يمنعنا من الإطلاع على حقيقة الأمور.

وبغضّ النظر عن عدد الحالات فإنّ الشيء الأهمّ والذي يفرض نفسه اليوم هو تأطير نظام قانوني خاصّ بالطفل المستنسخ والذي قلب وجوده جميع التعاريف الموجودة حاليا. فالطفل المستنسخ إنّما هو حالة شاذة فهو صورة أصلية لشخص آخر، بدون هويّة مستقلة وبدون رابطة عائلية تحضنه وتعنتي به، ممّا يشكّل إطاحة بجميع البناء الاجتماعي الحالي في مجتمعاتنا.

فالطفل المستنسخ ليس إلّا صورة لشخص المستنسخ عنه هذا إن وجد هذا الشخص أصلا⁽²⁾ فهو ليس بابنه وإنّما توأمه وحتى فيما يتعلق بالتوأم فإنّه وصف لا ينطبق عليه ذلك أنّ أحدهما أنتج الآخر.

وإزاء هذه الخطورة التي تميّز عملية الاستنساخ تدّخل المشرّع التونسي بموجب القانون عدد 93 الصّادر في 7 أوت 2001 المتعلّق بالطبّ الإنجابي واقتضى بموجب الفصل الرابع منه أنّه " لا يمكن اللّجوء إلى الطبّ الإنجابي إلّا بالنسبة إلى شخصين متزوّجين وعلى قيد الحياة وبواسطة أمشاج متأثية منهما فقط وأن يكونا في سنّ الإنجاب". هذا وقد تضمّن الفصل الثامن من نفس القانون ما يلي :

" يمنع منعاً باتاً في إطار الطبّ الإنجابي اللّجوء إلى تقنيات الاستنساخ ".

(2) أعمل ملتقى القانون وزرع الأعضاء بتاريخ 2003/03/27 بالمعهد الأعلى للقضاء مداخله القضائية : سهام الشاهد : بعنوان تحديد مجال أخذ الأعضاء البشرية وزرعها من حيث العضو

(1) Lotfi Chedly : A la recherche d'un statut juridique du clone humain, RJL , Décembre 2002, p.11.

(2) هذا في إشارة للشخص الذي وقع استنساخه في اليابان بواسطة خلايا طفل توفي منذ سنتين.

لكن وكما سبقت الإشارة إلى ذلك فإنّ المنع ليس من شأنه أن ينفي وجود ما وقع منعه لذلك فإنّ أهمّ الإشكالات التي قد تعرض أمام القضاء ورجال القانون عامّة في إطار الاستنساخ البشري هي تكييف المستنسخ خاصة وأنّه لم ينتج عن عملية طبيعّية للإنجاب تربط بين امرأة ورجل ممّا حدا بالفقهاء إلى اعتبار الطّفل المستنسخ طفل من نوع خاص "un enfant suis - généré". لكن هذه الطبيعة الخاصّة لا تحول دون اعتباره كائن بشري ومعاملته كطفل عادي يتمتّع بجميع الحقوق التي يتمتّع بها أيّ طفل وذلك بغضّ النظر عن ظروف ملابسات ولادته.

وبالرجوع للقانون التونسي وهو قانون تميّز بالطبيعة الحمايّة للطّفل نلاحظ وأنّه التزم الصّمت بخصوص ظاهرة الاستنساخ رغم أنّه منعها صراحة. وهو الشيء الذي قد يجعل القاضي في مقابلة فراغ تشريعي خطير إذا ما توّصل الطبّ في تونس إلى استنساخ كائن بشري وهو أمر وإن بدا اليوم مستحيلا أو صعب المنال فإنّه وارد في مستقبل ليس ببعيد. لذلك حاول البعض من الفقهاء وانطلاقا من التشريع الحالي إيجاد الحلول أو بالأحرى تصوّرها.

وينطلق معظم رجال القانون من المبدأ القانوني المكرّس تقريبا في معظم تشاريح العالم والذي مفاده عدم التمييز بين الأطفال بسبب مصدر ولادتهم⁽¹⁾ ممّا يضمن للطّفل المستنسخ أن يتمتّع بالحقوق التي يتمتّع بها غيره من الأطفال "العاديين".

لكن التساؤل يبقى بخصوص تكييف العلاقة الرّابطة بين الطّفل المستنسخ بكلّ من الشخص الذي أخذت منه الجينة والشخص الذي تولى عمليّة الحمل فهل هي علاقة طفل بأبويه ؟

إنّ الإجابة عن هذا التساؤل تستوجب توسيع المفاهيم المكرّسة بالتشريع التونسي حتى تتمكن من استيعاب الطّواهر التي أسفر عنها الطبّ الحديث. وهو ما يمكّن من اعتبار الأب هو الشخص الذي أخذت منه الجينة بشرط أن يكون ذكرا والأمّ هي المرأة التي تولّت الحمل ويمكّن هذا التوسيع من تحميل الأب والأمّ جميع الالتزامات المحمولة عليهما إزاء أبنائهما⁽²⁾ كما يمكن الطّفل المستنسخ من أن يحظى بعائلة ترعاه وتقوم على تربيته كغيره من الأطفال وهو ما يتماشى مع الطّبيعة الحمايّة التي تميّز القانون التونسي في تعامله مع الطّفل.

لكنّ هذا الحلّ ولئن كان في بعض الحالات مناسبا فإنّه ليس كذلك إذا ما اصطدنا بواقع طبي مفاده وأنّه ليس من شروط الاستنساخ توفّر رجل وامرأة.

فالاستنساخ يمكن أن يتّم من طرف وبواسطة امرأة واحدة رأى الفقه إمكانية تشبيهها بالأمّ العزباء "La mère célibataire" لكنّ الفرق الوحيد هو غياب الأب.

(1) من ذلك أنّ اتفاقية الأمم المتّحدة المتعلّقة بحقوق الطّفل لسنة 1989 تضمّنت ما يلي :

« Les nations vues, dans la déclaration universelle des droits de l'homme et dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ont proclamé et sont convenues que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui sont énoncés, sans distinction aucune notamment de race, de couleur, de sexe d'origine,.....de naissance ou de toute autre situation »

(2) Chedly Lotfi , A la recherche d'un statut juridique au clone humain, RJL décembre 2002 p.32.

لكنها مقارنة ولئن كانت مختلفة عن أصل الأشياء أي وجود أب وأمّ إلا أنّها تمكّن الطفل من أن تكون له أم على الأقلّ.

لكن إمكانيات الاستنساخ لا تقف عند هذه الحالات التي قد تبدو بسيطة، إذ يطرح الإشكال بخصوص تدخل امرأتان في عملية الاستنساخ، امرأة تعطي الجينة وامرأة تتولى الحمل والإنجاب فأَيّ الأمّهات سوف تتمتع بأفضليّة اعتبارها الأمّ؟.

ويطرح الإشكال بخصوص حالات أخرى أكثر تعقيدا ذلك أنّه يمكن أخذ الأمشجة Les gamètes من شخص متوفى، وتقتصر في هذه الحالة حماية الطفل المستنسخ في تمكينه من الإرث.

لكن ألا يستحقّ الطفل مهما كانت طريقة ولادته أكثر من أن يعترف له القانون بأمّ وبأبّ أو الاقتصار على تمتيعه بالإرث؟ أين العناية والتربية التي سوف تقدّم لهذا الطفل ذي

الوضعية الخاصة، خاصّة وأنّ معظم علماء النفس والخبراء أكّدوا وأنّ هذا الطفل لن يكون طفلا عاديا بمعنى سيكون عرضة للأمراض وللعقد النفسية الناتجة عن كونه نسخة مطابقة للأصل لشخص آخر .

ولذلك ولجملة هذه الاعتبارات فإنّه يتحتّم على المشرّع أن يضع نظاما خاصا بالطفل المستنسخ إمّا بصفة مسبقة لوجوده أو بعد أن يظهر الاستنساخ في بلدنا لأوّل مرّة وذلك لقصور التأويل الموسّع للنصوص الموجودة على الإلمام بجميع الصّعوبات الناتجة عن الاستنساخ البشري.

لقد سبقت الإشارة في الفقرة السّابقة إلى البعض من حالات الفراغ التشريعي والتي من الملاحظ اتساعها في المجال الطّبي. وسوف يقع التعرّض في الفقرة الموالية إلى حالات خاصّة نظّمها المشرّع جزئيا وسكت عن تنظيم البعض الآخر منها ممّا حدا بالقضاة ورجال القانون عامّة إلى اللّجوء إلى قواعد التأويل الموسّع والتي مكّنت من إدراج بعض الوضعيات التي سكت المشرّع عن تنظيمها صراحة تحت طائلة النصّ القانوني ولعلّ مادّة الأحوال الشّخصيّة من أبرز المجالات التي لازم المشرّع الصّمت بشأن تنظيم العديد من جوانبها.

الفقرة الثانية : اجتهاد القاضي في حالة غموض النصّ :

يعمد المشرّع أحيانا إلى تنظيم وضعيات معيّنة ويسكت عن وضعيات أخرى برغم أنّه يتصوّر وقوعها.

ولعلّ من أبرز الميادين التي تسرّبت إليها الفراغات التشريعيّة هي مادّة الأحوال الشّخصيّة. والتي طالما أخلط الفقه وفقه القضاء بخصوصها بين مسألة غياب النصّ و غموضه.

ولقد كان خيار التزام الصّمت في مجلّة الأحوال الشّخصيّة مبرّرا باعتبارات سياسية ولعلّه توجّه أملتّه أيضا صعوبة التّوفيق بين مختلف الآراء والوجهات الإيديولوجية.

فبالنسبة للاعتبارات السياسية فتمثّل في كون البلاد التونسية وقبل حصولها على الاستقلال كانت تطبّق بخصوص الحالة الشخصية مقتضيات الشريعة الإسلامية والتي كانت مثلاً تمكّن الرجل من التزوّد بأربعة نساء كما تمكّنه من تطليق زوجته بصورة ميسرة. وعلى إثر حصول البلاد على استقلالها بما ترتّب عنه من زيادة في عدد النساء الملتحقات بالمدارس والمعاهد وتغيّر العقلية القائمة على التمييز بين الرجل والمرأة من حيث الحقوق وهو ما أضحت معه مقتضيات الشريعة الإسلامية المشار إليها أنفاً لا تتماشى مع الوضعية التي تعيشها المرأة وأصبحت هناك دعوة إلى التغيير، فظهرت العديد من التيارات كالتيّار اللائكي الذي دعا إلى فصل العلم عن الدين بصورة كلية وتيّار آخر تقليدي كان يدعو إلى مراجعة أحكام الشريعة الإسلامية وقراءتها وفق مقتضيات العصر الراهن.

وجاء خيار المشرّع التونسي مقرّاً الخيار الأوّل لكنّه بدا في العديد من المواقع متردداً في تضمين بعض هذه الخيارات في نصوص قانونية فكان أن التزم الصمت فاتحاً بذلك باب الاجتهاد أمام القضاة.

فعندما تمّت المصادقة على مجلة الأحوال الشخصية منعت هذه الأخيرة تعدّد الزوجات ولكنها لم تتضمن جزاءاً للزوّج ثانية إلا أنّ هذا الفراغ سرعان ما تمّ تجاوزه وتدخل المشرّع بموجب المرسوم المؤرّخ في 1964/02/20 والذي نفّح بعض الفصول من م.أ.ش بما في ذلك الفصل 21 والذي رتب بطلان الزواج الثاني بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾. لنجدت هذه المسألة الحلّ بسرعة فإنّ ذلك لم يكن شأن بقية الثغرات الأخرى.

فمن ذلك يمكن الإشارة إلى أنّ الاختلاف في الدين بين الزوجة التونسية والتي يفترض أنّها معتنقة للدين الإسلامي وبين زوجها غير المسلم لم تقع إثارته في الفصول 3 إلى 20 م.أ.ش المحددة لموانع الزواج. كما أنّ الاختلاف في الدين لم يتّص عليه الفصل 88 م.أ.ش كمانع من موانع الإرث.

فالملاحظ بهذا الصدد وأنّ المشرّع التونسي سكت عن وضع نصّ واضح يكرّس قاعدة فقه إسلامية مفادها أنّ " لا توارث بين ملّتين "، وذلك بالرغم من تكريس هذا المبدأ في العديد من التشريعات الأخرى كالتشريع المغربي⁽²⁾ والتشريع السوري⁽³⁾. كما أنّ خيار التزام الصمت من قبل المشرّع التونسي تمظهر في التشريعات الأخرى اللاحقة لمجلة الأحوال الشخصية من ذلك القانون المؤرّخ في 14 مارس 1958 والذي سكت عن تحديد

(1) الفصل 21 م.أ.ش : " الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل 3 والفقرة الأولى من الفصل 5 والفصول 15 ، 16 ، 17 ، 18 ، 19 ، 20 من المجلة.

(2) الفصل 228. من مجلة الأحوال المغربية: لا توارث بين مسلم وغير مسلم ولا بين من نفى الشرع نسبه ومن نفاه عنه ولا بين ولد الزنى.

(3) الفصل 264 من قانون الأحوال السوري : " يمنع من الإرث ما يلي :

أ- موانع الوصية المذكورة بالمادة 223 .

ب- اختلاف الدين بين المسلم وغيره....."

شرعية تبني التونسي (المسلم) من طرف شخص أجنبي في حين نظم إمكانية تبني التونسي (المسلم) للأجنبي ويبرر هذا الفراغ التشريعي باعتبارات دينية والحال أن مؤسسة التبني ذاتها مرفوضة في الإسلام. وإزاء هذه الفراغات التشريعية وجد القضاء نفسه مجبرا على تأويل إدارة المشرع.

ومن أبرز القرارات التي يمكن الإشارة إليها قرار حورية⁽⁴⁾ والذي انحصر النقاش فيه حول مدى أهلية حورية التي تزوجت بأجنبي وحملت الجنسية الفرنسية في أن ترث والدتها المسلمة. بالرجوع إلى الفصل 88 م.أ. ش نجده ينص صراحة على أن القتل العمد من موانع الإرث.

وتأويلا للفصل 88 م.أ. ش قررت كل من المحكمة الابتدائية وكذلك محكمة الاستئناف أحقية حورية في أن ترث والدتها المسلمة.

وأثيرت أمام محكمة التعقيب مسألة تأويل الفصل 88 م.أ. ش وجاء في مستندات الطعن أن النص المشار إليه يحتمل حالات أخرى تمنع الإرث لأن الفصل تضمن عبارة " من " التي تفيد التبعض وهو ما يحتمل وجود أسباب أخرى وأنه يتم تحديد هذه الحالات بالرجوع للفقهاء الإسلامي، خاصة وأن محكمة التعقيب ذاتها لم تنفي كون الشريعة الإسلامية مصدرا ثانويا لمجلة الأحوال الشخصية والتي جاءت معتبرة الاختلاف في الملة مانعا من موانع الإرث.

وتواصلت مسألة تأويل الفصل 88 م.أ. ش قرابة العشرين سنة بعد قرار حورية وذلك في قرار لويس شارلوت الصادر في 1985/02/13 وقد طرح الإشكال بخصوص مدى استحقاق المدعوة لويس شارلوت الإرث وهي الأمريكية الجنسية من زوجها المتوفى التونسي المسلم. ولقد اعتبرت محكمة التعقيب وأنه " مما لا شك فيه أن الاختلاف في الدين هو مانع من موانع الإرث وذلك انطلاقا من قراءة الفصل 88 م.أ. ش وكذلك من مقتضيات الشريعة الإسلامية ". وهكذا توصلت محكمة التعقيب من خلال تأويل الفصل 88 م.أ. ش إلى رفع الغموض الذي يحيط بهذا الفصل وأن تدرج ضمنه حالات أخرى لم يتضمنها نصه.

وفي هذا الإطار يمكن الإشارة إلى الحكم الذي صدر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 18 ماي 2002 والذي تتمثل وقائعه في بيع أرملة تونسية من أصل أجنبي لمنابها من عقار تركه زوجها فقام بقية الورثة بقضية في إبطال ذلك البيع لأن تلك الأرملة ليست مسلمة ولا ترث نتيجة لذلك زوجها المسلم مما يجعل بيعها لجزء العقار من قبيل بيع ما لا تملك ولحلّ هذا الإشكال قدّمت المحكمة الحيثيات التالية :

"حيث أن إقصاء أرملة مورث أطراف النزاع من زمرة الورثة بناء على معتقدها الديني زمن افتتاح التركة يتعارض مع الفصل 88 م.أ. ش الذي حدّد موانع الإرث وحصرها في القتل العمد مما يلزم معه عدم التوسع في مجاله عملا بالمبدأ القانوني العام الوارد بالفصل 540

(4) حكم ابتدائي عدد 3384 مؤرخ في 31 جانفي 1966 – المجلة القانونية التونسية 1968 ص 114.

م.أ.ع⁽¹⁾ ولو أراد المشرع وضع هذا المانع لنصّ عليه صراحة خاصّة وأنه من بين محرّري مجلة الأحوال الشخصية يوجد من تبنّى هذا المانع في الفصل 789 من لائحة الأحكام الشرعيّة لكنّ لم يقع إتباعه بحيث لم يبق في مجلة الأحوال الشخصية إلاّ القتل العمد كمانع من موانع الإرث.

وحيث أنّ حكم الفصل 88 م.أ.ش يتعرّز بالرجوع إلى المبادئ العامّة للقانون التي يرجع إليها للتأويل عملاً بأحكام الفصل 535 م.أ.ع.

وحيث أنّ منع التمييز لاعتبارات دينيّة هو من المبادئ التي تأسّس عليها النظام القانوني التونسي فهو من مستلزمات الحرية الدينيّة كما كرّست بالفصل الخامس من الدّستور وكما وقع

تضمينها في المواد 2 - 16 و 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 وفي الفقرة الثانية من المادّة الثانية من العهد الدوليّ للحقوق السياسيّة التي انخرطت فيها تونس، كما أنّ عدم التمييز لاعتبارات دينيّة يستنتج بصفة ضمنيّة من كلّ النّصوص التشريعيّة السّارية المفعول ممّا يجعله في صنف المبادئ العامّة المهيمنة على النظام القانوني.

وحيث أنّ العمل بالدين كمانع من موانع الإرث يؤدّي لجعل هذا الحقّ معلّقاً على معتقد الشخص ممّا قد يؤدي به إلى الضّغط على حرّيته في اختيار دينه سعياً وراء ضمان نصيبه من التركة كما أنّ العمل بهذا المانع يؤدي بالمحكمة كلّما كان نزاع إلى إجبار المتقاضين على التصريح بديانته وهو ما يتعارض مع واجب احترام الشعور الديني وضرورة بقائه في إطار الإيمان الداخلي للفرد.

وحيث أنّ تأويل الفصل 88 م.أ.ش كلّما تمسّكت به المدّعتان يؤدي لو وقع العمل به إلى خرق الفصل السادس من الدّستور وذلك بخلق صنفين من التونسيين : صنفاً له أهل لأن يرث لا اعتناقه نفس ديانة مورثة وصنفاً ممنوع من الميراث لمجرد ممارسة أحد حريّاته الأساسيّة."

ولقد اعتمدت محكمة الاستئناف في قرارها الصّادر بتاريخ 14 جوان 2002 نفس هذا الفهم للفصل 88 م.أ.ش لتمكّن زوجة تونسيّة مسيحيّة الديانة من حقّها في أن ترث زوجها وهو ما عارضه بقية الورثة إذ جاء بالقرار المشار إليه الحيثيات التالية :

" وحيث أنّ الفصل 88 م.أ.ش لمّا قضى بأنّ القتل العمد من موانع الإرث يكون قد حصر أسباب الحرمان من الإرث في القتل العمد فقط الذي خصّه المشرع بالذكر بعينه ممّا يعني إقصاء غيره من الموانع.

وحيث أنّ تأويل الفصل 88 م.أ.ش الذي يريد اعتبار اختلاف الدين كمانع من موانع الإرث هو تأويل يقحم إقحاماً في القانون مانعاً لم يذكره المشرع لا تصريحاً ولا تلميحاً وهو ما لا تتحمّله عبارات الفصل 88 م.أ.ش إلى جانب ما يحمله من تجاوز لمراد واضع القانون وهو ما لا يمكن إتباعه عملاً بأحكام الفصل 532 م.أ.ع.

وحيث أنّ من المبادئ التي يقوم عليها القانون التونسي مبدأ الحرية الدينيّة والمساواة فلا يمكن أن تتقلب قراءة النّصوص إلى مطيّة لاختلاق بؤر لا مساواة في التّشريع.

(1) الفصل 540 م أ ع : ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة و صورة.

وحيث أنّ ضمان الحرية الدينية بالفصل السادس من الدستور يتنافى مع تكريس الدين كمانع من موانع الإرث لأنه كلّما علّق حق مالي على إتباع شعور عقائدي أدى ذلك إلى التأثير على إرادة الشخص في اختيار دينه حتّى لا يضيّع نصيبه في التركة.

وحيث أنّ القضاء منزّه عن جعل الدين رهانا في منازعات مالية وهو يناهز بالعقيدة أن تكون موضوع إثبات فيحاول أحد إقامة الحجّة عليها ويسعى الآخر إلى دحضها إلى أن ينتهي الأمر بالقاضي إلى محاولة البتّ في ما تخفي السرائر".

إنّ الاختلاف الذي عرفه فقه القضاء في التعامل مع الفصل 88 م.أ. ش إنّما نتج عن تطوّر التشريع وخاصّة التشريع المتعلّق بضمان الحرية الدينية وضمان المساواة ونبذ التمييز القائم على العقيدة.

فلئن كان هذا الفصل يشكّل حالة من حالات الفراغ التشريعي ضرورة وأنّه واعتمادا على قواعد التفسير اللفظي للفصول القانونية يستوعب أكثر من الحالة التي جاء ينظّمها إلّا أنّه وعلى ما يبدو يتّجه فقه القضاء اليوم إلى اعتبار الفصل 88 م.أ. ش فصلا واضحا يحدّد الحالة الوحيدة المانعة من الإرث ممّا ينفي إمكانية سحبه على حالة الاختلاف في الدين كسبب يمنع التوارث.

كما طرحت مسألة الفراغ التشريعي بخصوص قراءة الفصل الخامس⁽¹⁾ الذي تضمّن إشارة إلى الموانع " الشرعية " فهل أحال المشرّع إلى الفقه الإسلامي لاستخلاص موانع الزواج الواردة به أم أنّه قصد الموانع القانونية التي حدّدها المشرّع بفصول أخرى من مجلة الأحوال الشخصية ؟.

لقد طرح الإشكال بمناسبة قرار حوريّة سنة 1966 فرأت المحكمة أنّ العبارات المستعملة بالفصل الخامس إنّما تمكّن من تجاوز صمت المشرّع بخصوص منع تزوّج المسلمة بغير المسلم ضرورة وأنّها تحيلنا مباشرة إلى الموانع الواردة بالشريعة الإسلامية.

ولكن هذا التّمشي سرعان ما تراجع بموجب مصادقة تونس على اتفاقية نيويورك المؤرّخة في 10 ديسمبر 1962 حول الرّضا في الزّواج والتي تمكّن المرأة كما الرّجل من اختيار القرين مع كامل الحرية.

ولقد كرّس فقه القضاء حديثا هذا التّوجه وأعتبر أنّ الاختلاف في الدين بين الزوج والزّوجة لا يعدّ من بين الموانع التي حدّدها الفصل 14 م.أ. ش⁽²⁾ وذلك على إثر نشر قضية في الطّلاق سنة 1998 أمام المحكمة الابتدائية بتونس رفعها زوج بلجيكي ضدّ زوجته التونسية ولقد تمسّكت الزّوجة بعدم وجاهة قبول هذه الدّعوى إذ الطّلاق هو حلّ لعقدة الزّواج الذي يشترط أن يكون صحيحا أمّا في الدّعوى التي أثارها زوجها فإنّ عقد الزّواج باطل على أساس إبرامه بين امرأة مسلمة وزوج غير مسلم. ولقد أجابت المحكمة عن هذا الدّفع لا اعتمادا على القواعد الواردة بالشريعة الإسلامية وإنّما استنادا إلى قواعد القانون الوضعي.

(1) الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية : يجب أن يكون الزوجين خلوا من الموانع الشرعية.

(2) الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية : موانع الزواج قسمان : مؤبدة ومؤقتة، فالمؤبدة: القراية أو المصاهرة أو الرضاة أو التلطيح ثلاثا، والمؤقتة: تعلّق حق الغير بزواج أو بعة.

حيث جاء بالحكم الحثيثات التّالية :

" وحيث وفي خصوص بطلان زواج المسلمة بغير المسلم فإنّه لا شيء بمؤلف القضية يفيد بأنّ الزوج غير مسلم .

وحيث فضلا عن ذلك وإذا جارينا المدعى عليها فيما تمسكت به فقد اقتضى الفصل 5 م.أ.ش بأنّه يجب أن يكون كلّ من الزوجين خلوا من الموانع الشرعيّة. وعرف الفصل 14 م.أ.ش الموانع الشرعيّة بكونها إمّا مؤبدة أو مؤقتة ولا وجود لتزوّج المسلمة بغير المسلم ضمن موانع الزّواج.

وحيث وبالرجوع إلى اتفاقية نيويورك المؤرّخة في 1962/12/10 والمصادق عليها من طرف البلاد التونسية تبين بأنّه لكلّ مواطن ذكرا كان أو أنثى حرية اختيار قرينه وحيث أنّ الاتفاقية أسمى درجة في سلم القوانين.

وحيث والحالة تلك فإنّ التمسك ببطلان الزّواج في غير طريقه واتجه لذلك ردّه .

والملاحظ بعد التعرّض إلى هذه الحالات من التشريع التونسي أنّ المشرّع تجنّب إتباع الوضع خاصّة فيما يتعلّق بالحالة الشخصيّة والتي كان من المفروض أن لا تتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية ولقد تدّعم هذا التّوجه بتبنيّه لنظام لائكي يتماشى مع التّطور التي بدأت البلاد التونسية تخطو خطوات هامّة فيه وذلك مباشرة إثر حصولها على الاستقلال فأمتنع المشرّع عن تضمين بعض الأحكام المستندة من الشريعة الإسلامية في نصوص يسمح تأويلها الموسّع باستيعاب هذه الأحكام. تاركا للقاضي تفسير ذلك النّصوص وفهمها فهما يتماشى مع الإطار الزّمني وينسجم مع بقية القوانين الأخرى باختلاف طبيعتها.

لئن اضطلع القاضي بدور اجتهادي هامّ لسدّ بعض الثغرات التي تسرّبت للتشريع فإنّ اجتهاده يظلّ مقيدا بحدود لا يمكنه تعديها أو تجاوزها وهي حدود تتعلّق بالوضعيّة الخاصّة للتشريع التونسي وكذلك بالدور الذي تلعبه محكمة التعقيب بوصفها محكمة قانون في توحيد الآراء القانونية بما يوفّر للمتقاضين الثقة في مرفق العدالة. وهو ما سيّتمّ التعرّض إليه في الفصل الثاني من هذا الجزء.

الفصل الثاني : حدود اجتماع القاضي في سدّ الفراغ التشريعي :

لقد ساعدت الوضعية الخاصة بالتشريع التونسي وكذلك الدور التوحيدي للأراء القانونية والذي عهد إلى محكمة التعقيب في تقليص تدخل القاضي لسدّ الفراغ التشريعي ذلك أنّ تشريعنا المدني استفاد استفادة كبرى من تطوّر فقه القضاء الأجنبي إن الفرنسي أو غيره كما استفاد من التجارب الأجنبية في وضع القوانين إذ غالبا ما يلجأ المشرع عند وضعه لقوانين جديدة إلى دراسة مقارنة مع القانون الأجنبي و الاعتبار من النّقائص التي تسرّبت إليه والتي أفضى التطبيق إلى إظهارها فيعمد إلى تجنبها في قانوننا.

هذا كما يمثّل التنظيم القضائي الذي تقبّع على قمّته محكمة التعقيب بما تلعبه هذه الأخيرة من دور يهدف إلى احترام القانون وضمان سلامته من كلّ التأويلات غير القانونية وحرصها على خلق فقه قضاء مستقر يتمتع بسلطة إن لم تكن قانونية فهي على الأقلّ معنويّة . كل هذه الاعتبارات من شأنها أن تحدّد من تدخل القاضي لسدّ الفراغ التشريعي . وسوف يقع التعرض في إطار المبحثين المواليين إلى دراسة هذه الحدود

المبحث الأول : الوضعية الخاصّة بالتشريع المدني التونسي :

لقد وقع سنّ مجلة الالتزامات والعقود سنة 1906 وهي بذلك جاءت زمنيا بعد مضي قرابة القرن على سنّ المجلة المدنية الفرنسيّة. ولقد طبّق القاضي الفرنسي هذه المجلة طيلة المدّة المذكورة فتمكّن من تطوير التشريع وضمان حركيته بما يتماشى مع التطوّر الذي شهده المجتمع والإحاطة بالمعطيات الاقتصادية والاجتماعية الجديدة.

ولقد استفاد المشرّع التونسي من ذلك وكرّس تشريعيا ما توصّل إليه فقه القضاء الفرنسي من حلول فكانت المجلة المدنية التونسية الصادرة في بداية القرن العشرين من أكثر المجلات شمولا ومواكبة للتطوّرات الحاصلة. ولذلك ستخصّص الفقرة الأولى لدراسة تأثير القانون المدني التونسي بفقه القضاء الأجنبي والفرنسي على وجه الخصوص أمّا الفقرة الثانية فسوف يقع التعرض صلبها إلى حقيقة لا يمكن إنكارها في تشريعنا وهي تدخل المشرع لتنظيم جميع الميادين وهو الشيء الذي أفضى إلى تطور كمي هائل للتشريع التونسي سوف نرى أنه سيؤثر على عمل القضاة على صعيدين فمن ناحية ظهرت في الواقع القضائي ظاهرة تخصص القضاة وأصبحت

معها معرفة القضاة بالقانون معرفة متخصصة فتحدّث اليوم عن القاضي المدني والقاضي التجاري وقاضي الأسرة. ومن ناحية أخرى ترتّب عن هذا التطوّر الكمّي للتشريع التونسي منع القاضي من الاجتهاد وإدخال وقائع جديدة تحت طائلة النصّ القانوني حيث أصبح هذا الأخير يحتوي على تفاصيل دقيقة تجعله لا يستوعب إلا الواقعة التي شرّع لتنظيمها.

الفقرة الأولى : الاستفادة من تطوّر فقه القضاء الأجنبي :

تعتبر مجلة الالتزامات والعقود الجذع المشترك Le tronc commun والمنظّم لأهمّ ما جاء بالمادة المدنية ولذلك كانت أكثر المجالات القانونية ثراء وشموليّة ويعتبر استقائها من جميع مصادر القانون الأجنبي أحد أسباب هذا الثراء إذ لم يكتف واضعيها بالاقتراس من التشريع فحسب بل تعدّوه إلى المصادر الأخرى من فقه وفقه قضاء.

فبالرجوع إلى المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التي أصبحت فيما بعد مجلة الالتزامات والعقود نلاحظ عديد الإشارات إلى القانون الفرنسي بجميع مصادره وهو ما أشار إليه العديد من الفقهاء من كون المجلة الفرنسية شكّلت إشعاعا على كلّ بلدان العالم.

« Le code civil français eut un rayonnement considérable dans le monde entier, au moins pendant tout le 19^{ème} siècle. »⁽¹⁾

ولم يشذّ التشريع التونسي عن هذا التأثير وهو ما تدلّل عليه الإحالات المتعددة صلب المشروع التمهيدي للمجلة المدنية لفقه القضاء الفرنسي.

ولقد اختلفت طبيعة الاقتباس من فقه القضاء الفرنسي بحسب الحالات فأحيانا يشير إليه المشروع التمهيدي بوصفه مصدرا ثانويا واحتياطيا يقتصر دوره على تدعيم المصادر الأخرى وأحيانا يجعل منه مصدرا مستقلا نقل مضمونه نقلا حرفيا في تشريعنا المدني .

وبتمنّ المشروع التمهيدي للمجلة المدنية لسنة 1899 نتبيّن وأن الاقتباس من فقه القضاء الفرنسي انحصر في العشريّة السابقة لعملية إعداد المشروع ويرجع ذلك أساسا إلى أنّ أهمّ التحوّلات التي شهدتها فقه القضاء الفرنسي تمت خلال هذه الفترة.

فبالنسبة لاستفادة التشريع التونسي من تطوّر فقه القضاء الفرنسي التونسي يمكن ذكر المؤسسات التي عرفها هذا الأخير كمؤسسة الإثراء بدون سبب ومضارّ الجوار وكذلك التعسّف في استعمال الحق.⁽²⁾

⁽¹⁾ Ghestin (J) et Goubeaux (G), traité de droit civil, introduction générale, L.G.D.J, Paris, 1990 n° 131.

⁽²⁾ عبد الرزاق الحيني : المصادر الفقهية لمجلة الإلتزامات والعقود، مذكرة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء سنة 1998 – 1999 ص 88.

فبالنسبة للإثراء بدون سبب تجدر الإشارة إلى غياب نصّ عام بخصوصه برغم وجود بعض المقتضيات الخاصة التي تهدف إلى منع الإثراء بدون سبب كدفع غير المستحق La répétition de l'indu أو إقامة البناءات والمغروسات فوق ملك الغير.

لكن وتحت تأثير العديد من الفقهاء أمثال Aubry et Rau تبنت محكمة التعقيب الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 16 جوان 1892 المبدأ الذي مفاده منع أي شخص من

الإثراء بدون سبب على حساب الغير. ونفس هذا المبدأ والذي لم يرد نصّا بالمجلة المدنية الفرنسية ورد بالفصل 77 من المشروع التمهيدي من المجلة المدنية والتجارية التونسية ووقع تكريسه نهائياً صلب الفصل 72 من مجلة الالتزامات والعقود الذي تضمن ما يلي :

" من انتفع عن جهل بعمل غيره أو بشيء من ماله بلا وجه يبيح ذلك فعليه العوض بقدر ما انتفع به " .

أمّا بخصوص مضارّ الحوار وأمام تجاهل هذه المؤسسة من قبل المشرع الفرنسي سنة 1804 رغماً عما عرفته من اهتمام لدى الفقهاء الرومانيين والفقهاء قديمه وحديثه فقد اضطلع فقهاء القضاء الفرنسيّ بوظيفة سدّ هذا الفراغ التشريعي خاصة مع ما أفرزه التضخم الديمغرافي من ارتفاع حالات الضرر الناجمة عن الجوار مكرّساً المبدأ الذي مفاده أنّ أصحاب الأماكن الخطرة أو المضرة بالصحة ولو تلك المتمتعة بترخيص قانونية مطالبون بجبر الأضرار التي تسببت فيها للأجوار.

« Les propriétaires d'établissements incommodes , dangereux ou insalubres, même régulièrement autorisés, sont responsables ».

ولقد تمّ تبني نظرية مضارّ الجوار بالمشروع التمهيدي للمجلة التونسية وذلك ضمن الفصل 110 والتي تمّ تكريسها نهائياً صلب الفصل 99 م 1 ع الذي جاء به ما يلي :

" للمجاورين حق القيام على أصحاب الأماكن المضرة بالصحة أو المكّدة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرة، والإجازة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممن له النظر لا تسقط حق المجاورين في القيام " .

أمّا فيما يتعلّق بنظرية التعسف في استعمال الحقّ فالجدير غياب أيّ تنصيص تشريعي بخصوصها في المجلة الفرنسية. إذ أن المبدأ السائد كان أنّ الشخص الذي يتصرّف في حدود ما خوّله له حقّه لا يمكن تحميله أية مسؤولية ولو تسبب في مضرة لغيره.

ويعود أول ظهور لنظرية التعسف في استعمال الحقّ إلى بعض القرارات التعقيبية الفرنسية والتي حاولت بموجب ذلك التصدي لسوء نية أصحاب الحقوق عند ممارستهم لما هو مخول لهم قانوناً.

معتبرة في ذلك قيام مسؤولية أصحاب الحقوق كلّما وبدون وجود مصلحة هامّة Intérêt Sérieux وعن سوء نية " Dans un dessein malicieux " استعملوا حقوقهم تعسفياً⁽¹⁾

⁽¹⁾ Civil 3 Juillet 1895 et S. 1895, 1, 344. Contenu dans l'article de Slaheddine Mellouli op.cit.p.194.

وانطلاقاً من عمل المحاكم الفرنسية اعتمد المشروع التمهيدي للمجلة بفصيله 114 و 115 نظرية التعسف في استعمال الحق والتي تم تبنيها صلب مجلة الالتزامات والعقود بالفصل 103 الذي اقتضى أن " من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعليه العهدة المالية ".

كما يمكن الإشارة إلى استفادة مجلة الالتزامات والعقود من فقه القضاء الفرنسي بخصوص ما دأب عليه هذا الأخير من إبطال العقود التي موضوعها التزام أحد المتعاقدين بعدم ممارسة أحد حقوقه البشرية كحق الزواج. حيث غاب مثل هذا النص من المجلة المدنية الفرنسية. في حين تضمن المشروع التمهيدي للقانون المدني والتجاري التونسي في فصله 135 ومن بعده مجلة الالتزامات والعقود التي جاء بها بالفصل 118 ما يلي :

"كل شرط من شأنه أن يمنع أو أن يقيد على إسناد تعاطى ماله من الحقوق البشرية كحق التزوج ومباشرة حقوقه المدنية فإنه باطل وبه يبطل العقد ولا يجرى هذا الحكم فيما إذا تعهد إنسان بعدم تعاطي تجارة أو صناعة معلومة في جهة أو مدة معينة ".

وهكذا استفاد محررو مجلة الالتزامات والعقود من التطور الحاصل صلب فقه القضاء الفرنسي حيث وقع تفادي العديد من النقائص التي تسربت إلى المجلة المدنية الفرنسية وذلك بالاعتماد إلى ما أفرزه الواقع من معطيات جديدة فرضت على القاضي الفرنسي مواكبتها وهو الشيء الذي قلص إلى حد ما من دور القاضي التونسي في الاجتهاد. ذلك أن مجلة الالتزامات والعقود ولفترة طويلة بعد وضعها كانت تشكل مجلة عصرية مواكبة للتطورات الاجتماعية والاقتصادية.

هذا ولم تقتصر هذه الاستفادة من فقه القضاء الفرنسي على التكريس التشريعي لجملة من القواعد التي تبناها هذا الأخير، إذ وردت بمجلة الالتزامات والعقود نصوص هي من الدقة والشمولية التي غابت عن المجلة المدنية الفرنسية والتي استلهمها مشرعنا من الاجتهادات فقه القضائية بفرنسا⁽¹⁾.

فعلى سبيل الذكر يمكن الإشارة إلى الفصل 312 من المشرع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية والذي أصبح فيما بعد الفصل 283 م.أ. ع والذي استفاد المشرع عند وضعه من التطور الحاصل في فقه القضاء الفرنسي حول مفهوم القوة القاهرة مما مكن من تعريفه بمجلتنا بصورة دقيقة وشاملة.

فلقد ورد بأحد القرارات التي وقع اعتمادها لتعريف هذا المفهوم الحيثية التالية :

" أن القوة القاهرة تفترض استحالة تنفيذ ما وقع الاتفاق عليه ولا تثبت بمجرد أن تنفيذ الالتزام أصبح أكثر كلفة كالزيادة في الضرائب " .

« La force Majeure suppose l'impossibilité d'exécuter la convention. Elle ne résulte pas du seul fait que cette exécution est devenue plus onéreuse, notamment de l'augmentation de l'impôt »⁽²⁾

(1) Slahddine Mellouli : contribution à l'étude des sources, la Jurisprudence, source de la loi, RTD 1995 P 195.

(2) Req. 27 Janvier 1875, D.P 1875, 1, 264.

ولقد أعلن في قرار ثان عن الفترة الزمنية للقوة القاهرة والذي وقع حصره في المدة التي يستحيل فيها التنفيذ على أن يتواصل تنفيذ الإلتزام بعد انقضاء موجب عدم التنفيذ.

« Si l'empêchement est simplement momentané, l'exécution de l'obligation n'est suspendue que jusqu'à l'instant où cet empêchement prend fin »⁽¹⁾.

ولقد استفاد واضعو المشروع التمهيدي وكذلك محررو مجلة الالتزامات والعقود من هذا التحديد الدقيق لمفهوم القوة القاهرة فتم تكريسه في تشريعنا إذ ورد بالفصل 283 م.أ.ع ما يلي :
" القوة القاهرة التي لا يتيأس معها الوفاء بالعقود هي كلّ شيء لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلة أمطار وزوابع وحريق وجراد أو كهجوم جيش العدو أو فعل الأمير.
ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة القاهرة إلا إذا أثبت المدين أنه استعمل كلّ الحزم في درئه.

وكذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين فإنه لا يعتبر قوة القاهرة "

وبناء على ما سلف بسطه فإنّ المجال يعدّ متاحاً للإشادة بعمل فقه القضاء الفرنسي إن في سدّ الفراغ التشريعي أو في تطوير القاعدة القانونية الموجودة وضمان مواكبتها للتطور الذي يشهده المجتمع.

وهو الشيء الذي دعا المشرّع التونسي سنة 1906 إلى أن ينطلق من القانون المدني الفرنسي ويطوّر القواعد التي جاءت به على ضوء المعطيات الحديثة مكرّساً التأويل الذي أسنده فقه القضاء لهذه النصوص.

الفقرة الثانية : التطور الكمي للتشريع المدني:

بما أنّ المهمة المسندة للقاضي تتمثّل في تطبيق القانون بغاية فصل النزاعات فإنّ ذلك يفترض وجود القانون.
ولكن حالات غياب النصّ المنطبق ليست مفقودة فطالما يعترض القاضي حالة من حالات الفراغ التشريعي والتي تفرض عليه الاجتهاد باللجوء إلى القياس وإن تعذر اعتماد قواعد القانون العمومية وهو ما جاء به الفصل 535 م.أ.ع .
لكن المشرّع التونسي أراد إعفاء القاضي بقدر الإمكان من الاضطلاع بمهمة البحث تلك بما يعطل سير أعماله فتحصّن بتشريع مدني متطور جدّاً من حيث الكم.

⁽¹⁾ Civ. 15 Février 1888. D.P 1888, 1, 203

فتشريعنا غنيّ جداً وهو ما يثبت من خلال تعدّد المجالات القانونية الواردة في المادة المدنية إضافة إلى مجلّة الالتزامات والعقود والتي تعتبر الجذع المشترك الذي يرجع إليه رجال القانون في صورة انعدام النص في القانون الخاص نجد مجلّة الحقوق العينية والتي تنظم الملكية وأسباب اكتسابه، والأحكام المتعلقة بالتسجيل.

وكذلك المجلّة التجارية المنظّمة للعلاقات بين التجّار والتي استقلت عنها بموجب القانون المؤرّخ في 3 نوفمبر 2000 مجلّة الشركات وظهر لشكل جديد للشركة ممثلاً في شركة الشخص الواحد ذو المسؤولية المحدودة.

كما يمكن الإشارة إلى التشريع المتعلق بالأحوال الشخصية ومجلّة الشغل التي تنظم علاقات الأجراء والمؤجرين وتحولها من تشريع يهدف إلى حماية الأجير على أساس الوضعية الضعيفة التي يميّز بها إلى تشريع يراعي بالأساس مصلحة المؤسسة بما هي وحدة اقتصادية تساهم في تنمية الاقتصاد وتوفير مواطن الشغل. ويجدر التذكير بما يشهده تشريعنا من ريادة في مجال تنظيم القانون الدولي الخاص في إطار مجلّة مستقلة وهي مجلّة القانون الدولي الخاص. هذا مع ما حظي به الطّفل من عناية خاصّة انتهت بإصدار مجلّة كاملة تهدف أساساً إلى وقاية الطّفل وبصورة لاحقة تهدف إلى حمايته. كما تجدر الإشارة إلى مجلّة التأمين بما وفرته من حماية للأفراد ضدّ الفواجع والحوادث غير المتوقّعة.

ويرافق هذا الزخم التشريعي تدخّل يكاد يكون دورياً من قبل المشرّع لتنقيح هذه المجالات وضمان مواكبتها للفقرة الرّاهنة أو لوضع قوانين جديدة فرضتها هذه المستجدات وخاصة فرضتها السياسة التشريعيّة للدولة التي أولت في السنوات الأخيرة اهتماماً خاصاً ببعض الفئات في المجتمع.

إذ أنّ المتنبّع للحركة التشريعيّة في تونس في العشرية الأخيرة لا بدّ له أن يقف عند محطات مضيئة ميّزتها عن باقي التشاريع في العالم نذكر منها على سبيل الذكر لا الحصر التعديل الهام الذي شهدته مجلّة الأحوال الشخصية بمقتضى القانون المؤرّخ في 12/07/1993 والذي ارتقى بالعلاقة الزوجيّة من تنازع في الحقوق والصّلاحيات بين الزوجين إلى الاشتراك في المسؤولية بينهما نهوضاً بالأسرة وخدمة لجميع أفرادها وخاصة الأطفال.

وكذلك ظهور مجلّة حماية الطّفل بتاريخ 09/11/1995 التي جاءت مراعية لمصلحة الطّفل الفضلي في جميع الإجراءات التي تتخذ بشأنه وإبلاء العناية الفائقة لمصالحه الحيوية مع مراعاة حاجياته الجسديّة والفكريّة والقانون المتعلق بالاشتراك في الأملاك بين الزوجين لسنة

1988 والقانون عدد 75 لسنة 1998 والمؤرخ في 1998/10/28 المتعلق بالأطفال المهملين أو مجهولي النسب⁽¹⁾ وهي قوانين تصطبغ بأهمية قصوى ذلك أنها أرست مفاهيم جديدة.

ولئن اهتم المشرع التونسي اهتماما خاصا بمادة الأحوال الشخصية فإنه لم يقتصر هذا الاهتمام عليها دون غيرها ذلك أنه يتدخل لتنقيح المجلات القانونية كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وفي هذا الإطار يمكن الذكر بالتنقيح الهام الذي عرفته مجلة الالتزامات والعقود بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 والمؤرخ في 13 جوان 2000 والذي تسلط على العديد من فصول المجلة من ذلك أن عرّف المشرع الإمضاء الإلكتروني وكذلك الوثيقة الإلكترونية وهي وسائل أفرزها الاستعمال المكثف للحواسيب.

كما يمكن الإشارة إلى تنقيح مجلة التأمين وذلك في العديد من المناسبات لعل آخرها تنقيح المجلة بموجب القانون عدد 200237 بتاريخ 1 أفريل 2002 والذي اعتنى خاصة بتنظيم شركات التأمين.

إنّ الهدف من خلال الإشارة إلى الزخم التشريعي في المادة المدنية ليس القيام بإحصائيات والتذكير بجميع التشاريح الجديدة والتنقيحات التي أدخلها المشرع على النصوص الموجودة وإنما الغاية من وراء ذلك الانتهاء باستخلاص النتائج التالية :

1 - إنّ هذا الحجم الهائل من النصوص قد قلّص من الدور الخلاق للقاضي ضرورة وأنّ النصّ الواضح يطبق دون تأويل وأنّ النصّ الغامض يعتمد فيه القاضي بناء على أحكام الفصل 532 م.أ.ع إلى البحث عن معنى الألفاظ النصّ.

2 - إنّ تطوّر التشريع من حيث الكمّ جعله ينظم الوقائع تنظيما دقيقا بحيث تشمل القاعدة القانونية شروط انطباقها بصورة مفصلة وهو ما يمنع القاضي من مدّ تطبيق ذلك النصّ على حالات أخرى.

المبحث الثاني : دور محكمة التعقيب في مراقبة اجتماع قضاة الأصل :

لئن فرض القانون على القضاة ضرورة فصل النزاعات لا اعتمادا على النصوص التشريعية فحسب ذلك أنها قد تغيب في كثير من الأحيان ولكن أيضا فرض عليهم الاجتهاد الذي يقتضي منهم معرفة جميع النصوص القانونية ومحاولة إخضاع الواقعة المعروضة عليهم لأحد هذه النصوص أو أن يجتهدوا في تحديد قاعدة القانون العمومية التي يمكنها أن تؤسس لوجه الفصل في النزاع.

إلا أنّ كثرة المحاكم في البلاد التونسية واختلاف تكوين القضاة والذي وإن اتحد فإنه لا يمكن الجزم بوحدة فهم القانون من طرفهم ذلك أنّ ارتباط القانون بالواقع يجعله غالبا عرضة لتأويلات مختلفة.

(1) حافظ بو عصيد. تعليق على أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلقة بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب : مجلة القضاء والتشريع، جوان 1999 ص 11.

وبتظافر هذه الأسباب كان لزاما التفكير في هيكل قضائي خاصّ يعهد إليه بمهمة توحيد الآراء القانونية بغية تحقيق تساوي جميع المتقاضين أمام القانون بغضّ النظر على شخص القاضي الذي سيتولى فصل النزاع طالما أنّه لا يمكن إنكار الطابع الذاتي والشخصي للاجتهاد. وعهدت هذه المهمة إلى محكمة التعقيب والتي كان لابدّ من إكسائها بطابع تنظيمي خاصّ يمكنها من تحقيق الغاية التي وضعت من أجلها.

والملاحظ بدراسة مختلف الأنظمة القانونية أنّ محكمة التعقيب لم تلعب دائما هذا الدور التوحيدي للآراء القانونية ضرورة وأنّها في بعض الأنظمة كندا وسويسرا إنّما تعدّ درجة ثالثة من درجات التقاضي تنظر في الأصل وفي القانون.

أمّا الأنظمة المتأثرة بالنظام الفرنسي كألمانيا وإيطاليا وبلجيكا فيقتصر دور محكمة التعقيب على السهر على توحيد فقه القضاء وحسن تطبيق القانون بحيث يمنع عليها البتّ في الأصل.

ولقد ظهرت حديثا أنظمة مختلطة تقف في مرحلة وسطى بين الأصناف التي سبقت الإشارة إليها من ذلك القانون المصري الذي أسند لمحكمة النقض وظيفة الرقابة على محاكم الأصل في سلامة تطبيق القانون وتأويله من ناحية ولها حق التصدي للموضوع من ناحية أخرى⁽¹⁾. فأين تقع محكمة التعقيب التونسية ؟

لقد مرّت محكمة التعقيب بالعديد من المراحل لعلّ أهمّها يقف عند تنقيح غرّة سبتمبر 1986 أين كانت تقتصر وظيفتها على مراقبة مشروعية الأحكام⁽²⁾.

لكن وبعد التنقيح المشار إليه والذي تسلط على عدّة فصول تتعلّق بمهام محكمة التعقيب خاصة الفصول 176 – 191 – 192 و 193 م. م. ت يبدو أنّ المشرّع التونسي متأثرا في ذلك بالتشريع المصري أسسّ لمحكمة التعقيب إمكانية للقضاء في الأصل وإن كان ذلك بصورة استثنائية.

وبالرجوع للفصل 175 م. م. ت والذي حدّد على وجه الحصر حالات الطعن بالتعقيب نجده نصّ في فقرته الأولى على ما يلي :

" يمكن الطعن بالتعقيب في الأحكام النهائية الدرجة وذلك :

أولا : إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله "

كما ينصّ الفصل 192 م. م. ت كما وقع تنقيحه بموجب القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرّخ في 1 سبتمبر 1986 على ما يلي : تنظر الدوائر المجتمعة أيضا :

1 – إذا كان الأمر يدعو إلى توحيد الآراء القانونية بين الدوائر "

(1) نور الدين الغزواني : التعقيب مجموعة لقاءات الحقوقيين : العدد الثاني تونس 1989، محاضرة بعنوان " الجديد في وظائف محكمة التعقيب " ص 23.

(2) إلى جانب وظيفة رقابة القانون تنظر محكمة التعقيب استثنائيا في مطالب مواخذه الحكام على معنى الفصلين 199 و 200 م. م. ت.

وهذه المهام التي تضطلع بها محكمة التعقيب هي التي سوف يقع التعرّض إليها في الفقرتين اللاحقتين والتي سوف نبين من خلالها أنّ مسألة الثغرات التشريعية ليس من شأنها أن تكون حائلا دون وحدة القانون فهذه الوحدة يكفل ضمانها أعلى هيكل قضائي في البلاد ممثلا في محكمة التعقيب .

الفقرة الأولى : مراقبة محكمة التعقيب لاحترام القانون :

تنظر محكمة التعقيب في الأحكام النهائية الدرجة وذلك كلّما كان الحكم مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

وتطرح هذه الوظيفة عدّة إشكالات لعلّ أهمّها تحديد مفهوم القانون فهل تقتصر مخالفة القانون على مخالفة النصّ القانوني المكتوب والصادر عن السلطة التشريعية المخولة قانونا لوضع القوانين أم أنّه يتعدى ذلك الإطار الضيق لتمتدّ مراقبة محكمة التعقيب إلى جميع مصادر القانون بتعدّدها ؟.

تجدر الإشارة إلى أنّ مدّ مراقبة محكمة التعقيب على كامل القانون بتعدّد مصادره لا يتماشى والدور الذي أنيط إليها. ومن ناحية أخرى لا يمكن قبول قصر هذه الرقابة على القواعد القانونية المكتوبة والصادرة عن المشرّع ضرورة وأنّ مصادر القانون في تونس لا تقتصر على التشريع⁽¹⁾.

من ذلك أن أشار المشرّع بالفصل 544 م.ا.ع " إلى كون العادة والعرف لا يخالفان النصّ الصريح " والذي يفهم منه أنّ العرف يشكل مصدرا من مصادر القانون، ومن المنطقي أن تنسحب رقابة محكمة التعقيب عند مخالفة القانون على جميع مصادره. وهو ما أقرّه فقهاء القضاء التونسي بصورة مستقرّة ضرورة وأنّ محكمة التعقيب تراقب العرف وقواعد القانون العموميّة وحتى فقهاء القضاء⁽²⁾.

ويمكن ذكر ما ورد بإحدى حيثيات محكمة التعقيب الواردة بقرارها عدد 9272 المؤرخ في 5 مارس 1984⁽³⁾ ما يلي :

"حيث أنّه ما دام ثبت من أقوال البيّنة أنّ المدّعى عليه في الأصل إنّما يتصرّف في الأرض بوجه الشركة الفلاحية فلا يضرّ بعد ذلك عجزها عن تحقيق الشّروط المتفق عليها بين

(1) Ezzeddine Arfaoui : les règles écrites de l'interprétation de la loi. Thèse de Doctorat Faculté de Droit et Sciences Politiques Tunis p 99.

(2) حسين السّالمي : التعقيب : مجموعة لقاءات الحقوقيين العدد الثاني ص 53 وما بعده. محاضرة بعنوان "التعقيب ووحدة القضاء".

(3) تشريعية محكمة التعقيب لسنة 1984 القسم المدني ص 305.

الطرفين لأنّ تحديد تلك الشروط عند الاختلاف حولها يمكن الرجوع فيه إلى القواعد العامة أو إلى ما يقتضيه العرفي الفلاحي".

هذا ولقد أكّد العديد من رجال القانون على ضرورة سحب رقابة محكمة التعقيب على كامل النظام القانوني وعدم قصرها على القانون المكتوب من ذلك أن كتب الأستاذ نذير بن عمّو في مذكرته⁽¹⁾ ما يلي :

« La cour de cassation chargée de veiller au respect et à la cohésion de ce « tout » qui est l'ordre juridique..., ne doit pas se limiter à n'en faire respecter qu'une partie, à savoir le seul droit écrit. Elle est au contraire, appelée à assurer le respect de l'ensemble des composantes de cet ordre sans distinction tenant à leur origine, en même temps qu'elle doit jouer pleinement son rôle d'auteur de droit ».

إلا أنّ دور محكمة التعقيب قد امتد إلى مراقبة الواقع وهو ما قد يبدو لأوّل وهلة متعارضا مع خاصّيتها كمحكمة قانون. إن مكن القانون هذه المحكمة إن بواسطة دائرة واحدة أو بواسطة دوائرها المجتمعة من الانتصاب للفصل كلّما كانت القضية مهيأة لذلك، ولعلّ هذا التوسّع في المهام المسندة لمحكمة التعقيب إنّما تفرضه الغاية المتمثلة في توحيد الاجتهاد القضائي والذي هو من وحدة القانون⁽²⁾.

و هكذا تخرج محكمة التعقيب عن طبيعة وظيفتها كمحكمة قانون لكي تمدّ رقابتها على الواقع وذلك تحت ستائر قانونيّة عديدة فأحيانا تتدّرع بتحريف الوقائع أو بضعف التعليل وأخرى بالخطأ في وصفها أو ترتيب النتائج القانونية على الوصف المناسب معتبرة كلّ هذه الذرائع مظاهر لخرق القانون⁽³⁾.

ويؤيّد هذا الرأى الأستاذ حسين السّالمي في محاضرته الواردة تحت عنوان التعقيب ووحدة القضاء حيث جاء على لسانه " أنّ وحدة الاجتهاد القضائي التي هي من وحدة القانون لا يمكن أن تتمّ بعزل أحد العناصر المكوّنة لوظيفة القضاء والتي تقوم بدورها على واقع النزاع وحكم القانون (الصغرى والكبرى). و تجد هذه الوظيفة لمحكمة التعقيب سنداً لها صلب الفصل 191 م. م. م. ت .

(1) Nadhir Ben Ammou : Le rôle de la cour de cassation n° 642 p 296.

(2) حسين السّالمي مجموعة لقاءات الحقوقيين العدد الثاني : محاضرة بعنوان التعقيب ووحدة القضاء ص 75.

(3) Abdessattar Ban Ammar : Essai sur les fonctions de la cour de cassation. Mémoire DEA 1983 – 1984.

الذي تضمّن: " أن القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطّرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلّط عليه النّقض، وإذا كان النّقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطّعن في هذا الحكم بنفس السّبب الذي وقع النّقض من أجله أولا فإنّ محكمة التعقيب متألّفة بدوائرها المجتمعة تتولى النّظر في خصوص المسألة القانونيّة الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة " وإذا رأت النّقض فإنّها تثبت في الموضوع إن كان مهياً للفصل.

وإذا رأت إرجاع القضية فإنّ قرارها يكون واجب لإتباع من طرف محكمة الإحالة " .

وهكذا فإنّ محكمة التعقيب ولئن كانت محكمة قانون تنظر فقط في المسائل القانونيّة فإنّها تمرّ عبر القانون لمناقشة بعض المسائل الموضوعيّة وذلك بالرّغم من كون الاجتهاد أي اجتهاد قضاة الأصل لا ينقض باجتهاد مثله وإنّما تستعمل محكمة التعقيب الخطأ في تأويل القانون لتنقض الأحكام التي بدت مخالفة.

فالتأويل ولئن كان عملية تصطبغ بعناصر ذاتيّة وشخصيّة إلا أنّ المشرّع وضع قواعد يتوجّب احترامها وإتباعها كلّما اقتضت الضّرورة اللّجوء إلى التأويل.

وهذا الاحترام من عدمه هو الذي تسلّط عليه وتمتدّ إليه رقابة محكمة التعقيب وتتوصّل من خلاله إلى أن تضمن احترام القانون ومن خلال ذلك إلى ضمان وحدة القانون وذلك بالرّغم من حصول تطبيقه من قبل قضاة متعدّدون مختلفون فهما وتكوينا وثقافة وتجربة وسنّا⁽¹⁾ وهو ما يمكن المتقاضين من الخضوع إلى قانون يطبّق على الجميع بصفة مماثلة.

ولعلّ هذا الدور لمحكمة التعقيب لا يمكن التّوصّل إليه إلا إذا عمدت هذه الأخيرة إلى توحيد الآراء القانونيّة وهو ما سيكون محور الفقرة الثانية من هذا المبحث.

الفقرة الثانية : توحيد محكمة التعقيب للآراء القانونيّة :

تلعب محكمة التعقيب دورا يكتسي في الغالب بعدا سياسيّاً يهدف إلى تحقيق رغبة المشرّع في إرساء المساواة بين جميع المتقاضين فالطّعن بالاستئناف لا يكفي لوحده لتحقيق هذه الغاية بل يجب ضمان تأويل موحّد للنصوص القانونيّة. ولا يتسنّى توحيد التأويل إلاّ عبر إنشاء محكمة وحيدة كفيلة بفرض تأويل موحّد للنصوص.

ولا يقتصر التأويل الذي تتولّى محكمة التعقيب توحيدته على الحالات التي يوجد فيها النصّ المستهدف بالشرح والتأويل وإنّما ينسحب أيضا إلى الحالات التي تحتوي على ثغرات تشريعيّة يكون قضاة الأصل ملزمون بإيجاد الحلّ بخصوصها طبقا للحلول التي أوردها المشرّع صلب الفصل 535 م.أ.ع.

(1) ساسي بن حلّيمة : التّعقيب مجموعة لقاءات الحقوقيين العدد II محاضرة بعنوان " التباين في فقه قضاء محكمة التعقيب ص 140.

وهكذا فإنّ اجتهاد قضاة الأصل وإن كان لا ينقض باجتهاد مثله إلاّ أنّه يمكن أن يكون محلّ طعن بالتعقيب استنادا إلى مخالفة القانون.

فالاجتهاد وإن كان مفتوحا أمام قضاة الأصل فإنّه يفرض عليهم تعليل أحكامهم تعليلا مستساغا يتماشى والأحكام القانونية، فإذا ما تنافى مع هذه الأخيرة جاز الطعن وجاز نقضه، وبذلك يشكّل عمل محكمة التعقيب الممثل في توحيد الآراء فقه القضائية والمتعلّقة بمسائل قانونية حدّا من الحدود التي تسلّط على اجتهاد القاضي والذي أصبح يراعي في اجتهاده سبق تعهّد محكمة التعقيب بالموضوع المعروض عليه ويلتزم بأنّ يتخذ نفس الاتجاه الذي اتخذته محكمة التعقيب في ذات الموضوع. وذلك خشية أن يقع نقض القرار الذي اتخذه.

إذ تتمتع القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب بسلطة تتعدى حدود القضية المنظور فيها لتنسحب على جميع الوقائع المثيلة والتي من الممكن أن تطرح على قضاة الأصل.

ويميّز الفقهاء⁽¹⁾ بين هذه القرارات من حيث القيمة فيصنّفونها حسبما إذا فصلت في الأصل أو اكتفت بالرّفص شكلا. كما يعطي الفقهاء أهمية خاصة في توحيد فقه القضاء للقرارات التعقيبية الصادرة بالنقض Les arrêts cassation أكثر منها بالنسبة للقرارات الصادرة بالرّفص Les arrêts de rejet. ذلك أنّه عندما تتولّى محكمة التعقيب نقض قرار ما فإنّها تتعرّض لا محالة لمسألة قانونية محلّ نقاش أو اختلاف فقهي وتنتهي ببيان موقفها الخاص إزاء تلك المسألة والذي من شأنه أن يشكّل قرارا مبدئيا يقتدي به قضاة الأصل فيما بعد.

ويؤكد الأستاذ عبد الستار بن عمّار على التفرقة بين قرارات النقض وقرارات الرّفص في مذكّراته المشار إليها بقوله :

« Les arrêts de rejet unifient la jurisprudence d'une façon douce et timide, alors que les arrêts de cassation opèrent cette unification d'une manière brutale, en imposant par la voie autoritaire, les points de vue de la cour de cassation ».⁽²⁾

كما يميّز الفقهاء صلب قرارات النقض الصادرة عن محكمة التعقيب بين القرارات القاضية بالنقض لخلل شكلي أو لخلل يمسّ بالأصل لتعطي هذه الأخيرة قيمة أكبر في توحيد فقه القضاء. ذلك أنّه يتمّ نقض الأحكام نهائية الدّرجة من طرف محكمة التعقيب أصلا إمّا لضعف التعليل أو لخرق القانون.

(1) Abdessattar Ben Ammar : Essai sur les fonctions de la cour de cassation. Mémoire DEA 1983 – 1984 P 152.

(2) Abdessattar Ben Ammar .op cit p 162

فبالنسبة لضعف التحليل فإنه يبدو لأوّل وهلة أنّ الأمر لا يعدو أن يكون مجرد مراقبة لتعليل الأحكام دون أية علاقة بتوحيد فقه القضاء.

لكن الأمر حقيقة هو على خلاف ذلك ضرورة وأنّ الخلل الذي يسلّط على الأصل إنّما يوهن التّمثلي الذي توّخاه قاضي الأصل عند تطبيقه للقانون، وهو ما يستوجب تدخّل محكمة التعقيب التي تذكرّ قضاة الأصل بشروط تطبيق قاعدة قانونية ما. وهي بهذا المعنى تتولّى توحيد تطبيق القانون وتأويله سواء في حالة وجود النصّ أو غيابه.

وأما فيما يتعلّق بالنقض لخرق القانون فإنّ قرارات محكمة التعقيب بخصوصها تكتسي أهميّة بالغة من حيث توحيد فقه القضاء ذلك أن المحكمة في هذه الحالة لا تكتفي بالنقض وإنّما تضع المعنى الذي يجب إعطاؤه للنصّ والذي يكتسي قوّة معنويّة تفرض فهمه على تلك الشاكلة من طرف قضاة الأصل وهو ما جاء على لسان أحد الفقهاء :

« La jurisprudence se forme par petites touches successives qui s'additionnent et au bout d'un certain temps une règle de principe est dégagée, c'est cette règle qui doit être désormais suivie par les juges du fond ».

لكنّ وظيفة توحيد فقه القضاء المعهودة لمحكمة التعقيب يصعب تحقيقها في إطار غياب آليات قانونية تكفل ذلك، ضرورة وأنّ ولئن كانت قرارات التعقيب تتمتع بسلطة معنوية فإنّ القضاة لا يخضعون في مباشرتهم لوظائفهم لغير القانون فهم مستقلّون استقلالاً تاماً لا يؤتمرون بأوامر أحد ضرورة وأنّ التّنظيم القضائي وترتيب القضاة حسب درجات متابينة في سلّم الوظيف لا يؤدي إلى انصياع أقلهم رتبة لرأي أرفعهم رتبة، فحاكم الناحية غير ملزم باتّباع رأي المحكمة الابتدائية والمحكمة الابتدائية غير مقيدة قانوناً بالأراء الصادرة عن قضاة الاستئناف محكمة الاستئناف غير ملزمة بدورها باتّباع محكمة التعقيب⁽¹⁾.

لكن استقلالية القضاة إزاء فقه القضاء السابق ليس من شأنه نفي كلّ دور لمحكمة التعقيب في توحيد الآراء القانونية ذلك أنّ مختلف الأنظمة مكّنت هذه المحكمة من فرض الاتجاه الذي اتخذه بشأن مسألة قانونية معيّنة في صور معيّنة وهو ما يعبر عنه بالسلطة القانونية لمحكمة التعقيب والتي من الممكن أن تضاف إليها السلطة المعنويّة التي تتمتع بها هذه المحكمة بوصفها محكمة قانون تنتصب على هرم الهيكل القضائي.

ففي فرنسا مثلاً فإنّ السلطة القانونية لمحكمة التعقيب تضمنها مؤسسة الإحالة أمام محكمة الموضوع للبتّ من جديد في النزاع، فإذا ما تمسكت هذه الأخيرة بموقفها المناقض لموقف محكمة التعقيب وإذا ما تمّ الطعن من جديد بالتّعقيب ولفس الأسباب فإنّ محكمة التعقيب

(1) ساسي بن حليلة: مجموعة لقاءات الحقوقيين : العدد الثاني: محاضرة تحت عنوان "التباين في فقه قضاء محكمة التعقيب" ص 141.

- انظر كذلك بهذا الخصوص Abdessattar Ben Ammar op cit p 170

هي التي تتولى النظر في النزاع فإذا ما رأت وجها للإحالة فإن محكمة الإحالة تكون ملزمة بإتباع محكمة التعقيب، وهكذا تتمكن محكمة التعقيب من توحيد الآراء القانونية بموجب إرساء فقه قضاء يكون واجب الإلتباع.

ففي هذه الحالة يمكن الجزم بنجاعة الدور الذي تلعبه محكمة التعقيب في توحيد فقه القضاء ذلك أنّ هذا التوحيد ينحصر في محكمة الإحالة للمرة الثانية دون أن يمتد إلى جميع المسائل المماثلة والتي تعرض على محاكم أخرى حيث تبقى هذه الأخيرة حرة في قضائها⁽¹⁾.

وهو النظام المتبع في إيطاليا لكن مع اختلاف بسيط من شأنه أن يحقق في جانب المتقاضين نوعا من المصلحة من حيث تجنب مصاريف التقاضي ومن حيث سرعة الفصل ذلك أنه إذا ما نقضت محكمة التعقيب القرار المطعون فيه وقررت إحالته بسبب خرق القانون أو سوء تطبيقه أو تأويله، فإن محكمة الإحالة يجب أن تنساق لقرار محكمة التعقيب دون الحاجة إلى تعقيب ثان لضمان ذلك.

أمّا في القانون التونسي فقد اقتضى الفصل 191 م. م. ت أن " القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألّفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع إن كان مهياً للفصل وإذا رأت إرجاع القضية فإن قرارها يكون واجب الإلتباع من طرف محكمة الإحالة " .

كما تضطلع الدوائر المجتمعة بدور توحيد الآراء القانونية بين الدوائر وهو ما نصّ عليه الفصل 19م. م. ت ضرورة وأنّ عمل محكمة التعقيب الرامي لتوحيد فقه القضاء لا يمكن أن يكون ناجعا إذا ما كانت محكمة التعقيب والمكوّنة من دوائر عديدة تشهد بداخلها العديد من الاختلافات على الصعيد فقه القضائي.

وخلاصة القول إنّ السلطة القانونية للقرارات الصادرة عن محكمة التعقيب إنّما هي محدودة النجاعة ذلك أنّها تستوجب توفر عدّة شروط (النقض مع الإحالة ثم الطعن للمرة الثانية لنفس السبب ووقوع إحالة أخرى) كما أنّها قرارات لا تشدّ عن القاعدة المضمّنة بالفصل 481 م. ا. ع والتي تتعلّق بالحجّة النسبية للأمر المقضي به حيث تضمّن الفصل المذكور ما يلي : " ما أناطه القانون من النّفوذ بأحكام المجالس التي لا رجوع فيها لا يتعلّق إلاّ بما قضى به المجلس ولا يتمسّك به إلاّ في خصوص موضوعه أو ما كان نتيجة ضرورية منه " .

⁽¹⁾ Abdessattar Ben Ammar : Essai sur les fonctions de la cour de cassation en matière civile : op cit p 178 – 179.

فقرارات محكمة التعقيب نفسها بما في ذلك تلك الصادرة عن دوائرها المجتمعة لا تتمتع بسلطة إلاّ تجاه النزاع الذي سلّطت ولا تنطبق تبعاً لذلك وبموجب القانون على النزاعات الأخرى وإن كانت متشابهة أضف إلى ذلك كون مخالفة فقه القضاء السابق لا يمثل في القانون التونسي سبباً من أسباب الطعن بالتعقيب⁽¹⁾.

لذلك يتّضح وأنّ محكمة التعقيب تتمتع بسلطة معنوية أكثر منها قانونية وذلك بتظافر جملة من الأسباب :

أولاً : تتصدّر محكمة التعقيب لهرم التنظيم القضائي.

ثانياً : توفر محكمة التعقيب على قضاة يتمتعون بكفاءات عالية تجعلهم مرجعاً لغيرهم.

ولذلك يحمل على محكمة التعقيب إصدار قرارات معلّلة تعليلاً قانونياً ضافياً وشفافاً من شأنه أن يكون لدى قضاة الأصل نوعاً من الاقتناع بمضمونه يدعوهم إلى اتّباعه تلقائياً دون الحاجة إلى إجبارهم بموجب القانون على الانصياع لآراء محكمة القانون. وهو ما يفرض على محكمة التعقيب إرساء نوع ما من الاستقرار على فقه قضائها وذلك بأن تلتزم به طيلة فترة زمنية معيّنة إلى أن تغيّره إذا ما دعا داع إلى ذلك وشريطة أن تصدر قراراً مبدئياً يشكلّ قطعاً مع توجهاتها السابقة وتلعب بذلك محكمة التعقيب على حدّ قول الفقيه Une Jean Rivero « perspective enseignante »

لكنّ عمل محكمة التعقيب يشكو من العديد من النقصان والتي ربّما فرضتها طبيعة هذه المؤسسة التي جعلت أساساً لتوحيد فقه القضاء ولضمان احترام القانون ذلك أنّ حجم مطاعن التعقيب والذي لا يتماشى مع قلة الدوائر المكوّنة للمحكمة يعوق قضائها عن إصدار أحكام معلّلة بالقدر الذي تكتسي معه هذه الأخيرة سلطة معنوية تجعل قضاة الموضوع يقتدون بها، لكن قول كهذا لا ينفي أنّ محكمة التعقيب تصدر كلّما دعت الحاجة لذلك قرارات مبدئية تفرض عليها طبيعتها تلك أن تعلّلها تعليلاً مستساغاً قصد ضمان الإقتداء به من قبل قضاة الأصل.

وخلاصة القول أنّه ولئن فرض المشرّع على القاضي الاجتهاد وفق الآليات المحدّدة بموجب القانون وذلك لسدّ الثغرات التشريعية فإنّ هذا الدور لم يبق بدون رقابة أو قيود ولعلّ وجود محكمة التعقيب أكبر دليل على ذلك وهي المحكمة التي تراقب مشروعية الأحكام من حيث مطابقتها للقانون. فالاجتهاد ليس من شأنه أن يترك القانون جانباً وإنّما هو اجتهاد يتم وفق مقتضيات التشريع وإذا خالف ذلك فإنّ محكمة التعقيب ستباشر صلاحياتها خاصّة وأنّ التشريع التونسي مكّن بموجب الفصل 180 م. م. ت وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب من أن يقوم لديها بالطعن في الحكم لمصلحة القانون إذا كان نصّه متضمناً لخرق قاعدة قانونية ولم يقم أحد طرفيه بالطعن في الإبان.

(1) Ezzeddine Arfaoui : des règles écrites de l'interprétation de la loi écrites op. cit p 97.

الجزء الثاني

الآليات المتاحة للقاضي لسدّ الفراغ التشريعي

لئن اعترفت معظم الأنظمة القانونية بعدم وجاهة المبادئ التي ارتكزت عليها مدرسة الشرح على المتون خاصّة فيما يتعلّق بمبدأ كمال التشريع، فإنّها اختلفت في التعبير عن ذلك أو بالأحرى في تكريس ذلك بمقتضى نصوص قانونية.

من ذلك أنّ نصّ الفصل الرابع من المجلة المدنية الفرنسية أنّ القاضي الذي يرفض أن يقضي بسبب سكوت، غموض أو نقصان النصّ القانوني يكون محلّ تتبعات من أجل ارتكابه لجريمة إنكار العدالة⁽¹⁾.

ويكون بذلك المشرّع الفرنسي قد منح القاضي حريّة في اعتماد الآليات التي يراها مناسبة والتي من شأنها أن تحقق له النجاة من عقاب النصّ الجزائي. ولعلّه يلتقي في ذلك مع المشرّع السويسري الذي وإن رتب جملة من الآليات التي من الممكن للقاضي اعتمادها في صورة وجود فراغ تشريعي إلاّ أنّه ترك للقاضي حريّة اعتماد حلول وقع تكريسها من طرف الفقه وفقه القضاء ممّا يفتح باب الاجتهاد أمام القاضي على مصراعيه في صورة وجود فراغ تشريعي. إذ ينصّ الفصل الأوّل من المجلة المدنية السويسرية " أنّه تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها النصوص في لفظها أو في فحواها.

أمّا في صورة غياب نصّ تشريعي منطبق، فإنّ القاضي يعتمد العرف، وفي صورة غيابه يقضي بموجب القواعد التي كان من الممكن أن يشرّعها لو كان مشرّعاً مستنداً في ذلك على الحلول التي يستنبطها الفقه وفقه القضاء⁽²⁾.

ولعل القانون السويسري يعتبر قانوناً جريئاً في اعتماده لفقه القضاء كمصدر من مصادر التشريع إذ يمكن للقاضي في صورة سكوت المشرّع في تنظيم مسألة ما من خلق القاعدة القانونية تماماً كما لو كان مشرّعاً.

كما يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى القانون المدني المصري الذي جعل من الفقه الإسلامي مصدراً ثانوياً للتشريع إذ نصّ بفصله الأوّل من المجلة المدنية :

⁽¹⁾ L'article 4 du CCF : « Le juge qui refusera de Juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

⁽²⁾ L'article 1^{ère} du code civil Suisse : « la loi régit toutes les matières aux quelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumière, et à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte du législateur, il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ».

"نشر النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها ومحتواها فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيق حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". ويشترك كل من القانون الجزائري والعراقي والأردني والكويتي مع القانون المصري في ضبط نفس الآليات التي لا يسع القاضي إلا أن يلتجأ إليها في صورة تعذر عليه الحكم بنص تشريعي. فكيف نظم المشرع هذه المسألة؟

إنّ البحث في هذه المسألة يقتضي منّا الرجوع لأحكام الفصل 535 م.ا.ع التي تضمنت ما يلي

"إذا تعذر الحكم بنص صريح، اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى قواعد القانون العمومية".

وبالتمعن في هذا الفصل يبقى السؤال قائما حول ما إذا كانت الحلول المعتمدة من قبل المشرع ورد تعدادها على سبيل الحصر أم على سبيل الذكر ذلك أنّ الأمر لا يخرج عن إحدى الحالتين: فإما أن تكون الآليات الواردة بالفصل 535 م.ا.ع على سبيل الحصر وهنا تكون سلطة القاضي مقيدة بالخيارات التشريعية وإما أن تكون الآليات الواردة بالفصل المذكور سالفا وردت على سبيل الذكر وفي هذه الحالة يكون للقاضي مطلق السلطة في الحلول محلّ المشرع وخلق القاعدة القانونية الملائمة لفصل النزاع المتعهد به وذلك خارج نطاق الآليات الواردة بالفصل 535 مدني.

لقد اختلفت الآراء الفقهية بهذا الخصوص فرأى البعض أنه نص مفرغ من كل قوة إلزامية فهو نص تأويلي لا يقيّد القاضي وإنما يوجّهه إلى إيجاد الحلول المناسبة لفصل النزاع المنشور أمامه.⁽¹⁾

أما البعض الآخر⁽²⁾ فيرى أنّ قواعد التّأويل سواء تلك التي ارتبطت بالمتن أو التي اعتمدت على القياس إنّما هي قواعد ملزمة وهي لذلك وردت على سبيل الحصر لا على سبيل الذكر.

فشارح القانون ومطبّقه ليس حرّا في اختيار الحلول كيفما يترأى له بعيدا عن كلّ ضابط إذ هو مقيد بقواعد تأويلية محدّدة يتوجّب عليه اتّباعها وهي القواعد التي أوردها المشرع التونسي في مجلّة الالتزامات والعقود تحت عنوان في بعض قواعد عمومية تتعلق بالقانون. " وبرّر البعض الآخر إلزامية الفصل 535 م.ا.ع بكونه نص شكلي جاء ليكرس كمال النظام القانوني بتضمينه لمصادر القانون المختلفة والكفيلة بسدّ الفراغ التشريعي⁽³⁾.

⁽¹⁾ Pescatore (P) introduction à la science du droit. Luxembourg 1960, p343

⁽²⁾ محمد الشرفي. مدخل لدراسة القانون ص 251 وما بعده .

⁽³⁾ Monia Kari : Notes à propos d'un texte ambigu l'article 535 coc RTD 1992 p203 .

لكن الإشكال لا ينحصر فحسب في طبيعة الفصل 535 م ١ ع فجميع القواعد القانونية ملزمة بطبيعتها⁽¹⁾ وإنما تكمن الصعوبة في تحديد عبارات الفصل نفسها والتي جاءت متلبسة بالغموض، فالكلمات المفاتيح بهذا الفصل غير واضحة من ذلك عبارة "نص صريح" - "القياس" - "بقي شك" - "قواعد القانون العمومية".

ولرفع هذا الغموض في العبارات الواردة بالفصل 535 مدني يجد القاضي نفسه مضطراً للرجوع إلى قواعد التأويل المضمنة بالفصل 532 م.١.ع الذي اقتضى أن: "نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال و مراد واضع القانون وبدراسة الفصل 535 م ١ ع نجده قد تضمن العناصر الواجبة التوفر في القاعدة القانونية حسب ما حدده⁽²⁾ Pescatore . فالعنصر الأول هو تحديد شروط انطباق القاعدة أما العنصر الثاني فيتناول بالنظر الحلول الممكنة والمرتبطة أساساً بالعنصر الأول بل أن العنصر الأول هو شرط انطباق العنصر الثاني (الحلول).

فما المقصود بفرضية تعذر الحكم بنص صريح التي نظمها المشرع صلب الفصل 535 م.١.ع ؟ فهل يقصد المشرع من ورائها و أن النص موجود لكن يعتريه الغموض أم أن النص غائب تماماً؟

إن الوقوف على مرام واضع القانون يتطلب منا تحديد المعاني الاصطلاحية للفظتي غموض و غياب النص القانوني.

فغموض النص القانوني إنما نعني به وجود النص أصلاً إلا أنه يستعصي على الباحث تحديد مفهومه و ضبط معناه إن استناداً لمبناه اللغوي أو لمبناه القانوني. فمتى يعترى الغموض نصاً ما ؟

لا يفهم غموض النص إلا بالرجوع إلى النص الواضح لكن حتى تحديد النص الواضح لا يخضع لأي معيار موضوعي خاصة وأن المشرع لم يعرف النص الواضح واكتفى بالتنصيص على كون النص الواضح يطبق ولا يؤول.

لكن غياب التعريف التشريعي لوضوح النص لا يمنع من إكساء النص بهذا الوصف كلما كان واضحاً من حيث البناء اللغوي. لكن الوضوح من حيث المبنى اللغوي لا يكفي إذ يجب أن يكون مصحوباً بوضوح على المستوى القانوني⁽³⁾ لأجل ذلك لا يمكن القول بأن نص ما هو نص واضح إلا إذا وقع فهمه في إطار يأخذ بعين الاعتبار إرادة واضع النص انطلاقاً من النص

(1) عبد الرزاق الحيني : المصادر الفقهية لم. ١ ع: رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء ص 64 .

(2) Pescatore (P) introduction à la science de droit .op.cit p : 350.

(3) المصادر الفقهية لمجلة الالتزامات والعقود : عبد الرزاق الحيني : مذكرة للتخرج من المعهد الأعلى للقضاء ص 66 وما بعده.

ذاته⁽¹⁾. ولقد اقترح الفقيه بارلمان Perelman التعريف الآتي للنصّ الواضح واعتبره أنّه يعدّ كذلك إذ لم يكن محلّ نقاش⁽²⁾

« Un texte est clair, s'il n'est pas discuté ».

وفيما يتعلق بالقانون التونسي يمكن استخلاص مفهوم النصّ الغامض بالتأويل العكسي للفصل 532 م.إ.ع حيث يكون النصّ غامضا عندما لا يتوصّل الشّارح أو القاضي المكلف بتطبيقه إلى فهم فحواه استنادا إلى وضع اللّغة وعرف الاستعمال ومراد واضح النصّ لذلك يبدو إقصاء فرضيّة غموض النصّ من مناهض الفصل 535 م.إ.ع أكثر تلاؤما مع روح النصّ وإرادة واضع القانون ضرورة أنّ أهمّ ما يستدلّ به لدحض الفكرة القائلة بأنّ النصّ 535 م.إ.ع إنّما ينظّم حالة غموض النصّ هو أنّ عمل المشرّع ليس اعتباطيا وأنّ عمله دقيقا مختصرا لا يمكنه أن ينظّم مسألة سبق له أن نظّمها طالما أنّه محمول على عدم تكرار نفسه، فحالة الغموض قد نظّمها المشرّع بالفصل 532 م.إ.ع ممّا يقصي معه إعادة تنظيمه مرّة أخرى طيّ الفصل 535 من نفس المجلّة.

ولذلك يجب فهم عبارة " تعذر الحكم بنصّ صريح بما هي تعذر الحكم بنصّ موجود ".

إنّ أهميّة الفصل 535 م.إ.ع تتأتّى ممّا يميّزه من طابع عملي يتيح للقاضي تجنب جريمة إنكار العدالة التي تناقض وظيفته. إذ حدّد له الآليات التي يلجأ إليها في صورة وجود فراغ تشريعي.

هذه الآليات رتّبها الفصل 535 م.إ.ع حسب ترتيب تفاضلي يرد القياس في المرحلة الأولى منه وهو ما سنخصّص له الفصل الأوّل من هذه المذكرة وفي صورة بقاء شكّ يقع اللّجوء إلى قواعد القانون العموميّة والتي ستكون موضوع الفصل الثاني.

(1) Monia Kari : notes à propos d'un texte ambigu : l'article 535 coc. Revue Tunisienne de droit 1992 p 209.

(2) Chaïm Perlman : logique juridique nouvelle rhétorique. Paris Dalloz 2^{ème} édition 1977 p 25.

الفصل الأول : اللجوء إلى القياس

يختلف المشرّع الفرنسي عن المشرّع التونسي في تحديد الآليات المتاحة للقاضي لسدّ الفراغ التشريعي فلئن أُجبر الأول القاضي على الفصل فإنّه لم يحدّد له آليات معيّنة يمكنه اعتمادها وهو بذلك يختلف عن المشرّع التونسي الذي أبى إلا أن يقيّد من حرية القاضي ويحدّد له حصرا الوسائل التي يمكنه الرجوع إليها في صورة غياب النصّ. إذ اقتضى الفصل 535 م.1. ع أنّه " إذا تعذّر الحكم بنصّ صريح من القانون أعتبر القياس فإن بقي شكّ جرى العمل بمقتضى قواعد القانون العموميّة ".

والجدير بالملاحظة في هذا الإطار أنّ المشرّع التونسي وعلى خلاف العديد من التشريعات العربية لم يجعل الفقه الإسلامي مصدرا من مصادر التشريع. لكن عدم التنصيص على ذلك لا يمنع من القول إنّ الفقه الإسلامي هو آليّة يمكن للقاضي اعتمادها في صورة غياب النصّ⁽¹⁾ خاصّة وأنّ المشروع التمهيدي للمجلة قد استروح العديد من أحكام الفقه الإسلامي وشرعها في القانون المدني التونسي⁽²⁾.

إنّ دراسة القياس كآليّة يعتمد عليها القاضي في صورة وجود فراغ تشريعي تفرض علينا التطرّق للنظام القانوني لهذه الآليّة في مبحث أوّل قبل التعرّض إلى كيفية تعامل القاضي مع هذه الآليّة وذلك في مبحث ثان يتطرّق إلى التطبيق فقه القضائي للقياس.

المبحث الأول : محتوى آليّة القياس :

إنّ دراسة النظام القانوني للقياس تمرّ بالضرورة بتعريف هذه الآليّة وهو ما سيكون محور الفقرة الأولى قبل التعرّض إلى أركانها وشروطها في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى : تعريف القياس :

تعتبر نظريّة القياس في الفقه الإسلامي أوسع مجالا منها في القانون التونسي و تحديدا بالفصل 535 م.1. ع الذي اقتصر على تكريس القياس النظري فحسب.

أ - القياس في الفقه الإسلامي : يعتبر القياس من أوسع المصادر الأصليّة الأربعة بخصوص مصادر التشريع الإسلامي والتي هي القرآن الكريم والسنة النبويّة والإجماع وأخيرا القياس.

⁽¹⁾ Ezzeddine Arfaoui : Les règles écrites de l'interprétation de la loi. Thèse de doctorat à la fac du droit Tunis. P 302

⁽²⁾ تقرير سانيلانا تعريف محمد بن الشيخ م 1 ع سنة 1984 معدلة ومعلّقا على فصولها بأحكام القضاء.

فالقرآن والسنة توقفت الأحكام المستمدة منهما في التشريع بتوقف نزول القرآن على الرسول الكريم وبوفاة النبي صلى الله عليه وسلم وأما الإجماع فقد كان يتصور حدوثه أثناء وجود الصحابة مجتمعين في عاصمة الدولة الإسلامية، ولكن نظرا لاتساع رقعة هذه البلاد وتفرق علمائها في مختلف الأمصار تعذر اجتماعهم للاتفاق على أحكام موحدة وهو ما جعل هذا المصدر يفقد أثره في الوقت الراهن⁽¹⁾. ولأجل ذلك بقي القياس أكثر المصادر إمكانية للتوسع في التشريع.

ويعرّف القياس لغة بما هو التقدير على مثال الشيء⁽²⁾. ومنه قياس الثوب بالمتري. وقياس الأرض بالذراع. كما يطلق أيضا على المساواة كالقول بأن فلانا لا يقاس بفلان أي لا يضاهيه في الخلق أو العلم أو الدين.

أما اصطلاحا في الفقه الإسلامي فهو إلحاق أمر لم ينصّ على حكمه في الكتاب أو السنة أو الإجماع بأمر نصّ عليه في أحدها في الحكم الشرعي الثابت للمنصوص عليه لاشتراكهما في علة هذا الحكم وهو ما يعني تطبيق القاعدة المبيّنة للواقعة المعلومة على قاعدة جديدة غير منضمة بصفة صريحة إذا كانت لهما خصائص مشتركة أو متشابهة⁽³⁾.

ولقد اختلفت الآراء حول القياس فهناك من اعتمده وهناك من رفض اللجوء إليه⁽⁴⁾. فكان الإمام الشافعي أول من تكلم في القياس وضبط قواعده معتبرا أنّ كلّ ما يحدث من وقائع ونوازل نصّ المشرّع على حكمها سواء بالإباحة أو بالتحريم. وهذا الحكم إمّا أن ينزل فيه نصّ أو يدرك بإشارة أو دلالة تهدي إليه وهذه الدلالات لا تدرك إلا بالعقل الذي وهبه الله للإنسان لذلك ربط الشافعي بين الاجتهاد والقياس.

كما اعتنى الإمام الحنفي بالقياس وكان إذا لم يجد نصّ بخصوص المسألة المعروضة عليه في الكتاب أو السنة أو الإجماع عمد إلى الرأي فكان يقيس الأمور بنظائرها ويتعرّف إلى وجه العلة في الأحكام فإذا حسن لديه القياس ولم ينبذه العقل عمد إلى الأخذ به.

أما الإمام مالك فقد أخذ بالقياس مقرّرا للتساوي بين الأشياء في الحكم عند تماثلها ووجود العلة. لكن الإضافة التي أتى بها الإمام مالك وأصحابه هي اعتبارهم أنّ القياس لا يكون على القرآن والسنة والإجماع فحسب وإنما يتسع مجاله ليشمل الفروع الثابتة بالاستنباط فيقياس عليها ما كان مماثلا لها في أوصافها وهو ما يمكن في النهاية من وضع أحكام لجميع الحوادث.

أما الإمام بن حنبل فقد كان يقول بترجيح الحديث على القياس مختصرا أعمال القياس على حالة الضرورة فحسب. إلا أنّ هذا الاختزال لم يبق على حاله ذلك أنّ العديد من العلماء

(1) عبد الوهاب الإلتونجي : القياس مجلّة القضاء والتشريع أكتوبر 1976 ص 51.

(2) المجتمع الإسلامي في ضوء فقه الكتاب والسنة للدكتور ياسين محمد يحي : منشأة المعارف بالإسكندرية ص 59.

(3) المصادر الفقهية لم. إ.ع عبد الرزاق الحنيني مذكرة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء سنة 1998 – 1999 ص 6

(4) عبد الوهاب الإلتونجي : القياس مجلّة القضاء والتشريع أكتوبر 1976.



أمثال ابن تيمية وابن القيم والطّوخي وغيرهم قد اضطروا أمام كثرة الوقائع وتنوّعها إلى اللجوء إلى القياس.

وفي المقابل نجد شقّ آخر ذهب إلى عدم اللجوء إلى القياس من ذلك المذهب الظاهري والمعتزلة. وتتحدّد جميع هذه المذاهب في عدم الأخذ بكامل أوجه الرأى والاستنباط مستدلين في ذلك على آيات وردت بالقرآن الكريم مفادها كمال التشريع الإلهي كقوله تعالى : اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً⁽¹⁾.

والواقع أنّ هذا التفكير المتزمت قد أوقع الناس في الحرج باعتبار أنّ العديد من الوقائع المستجدة والتي يتعيّن إيجاد الحلول لها من ذلك ظهور العديد من المحرّمات كالمشروبات الروحية التي لم تكن معلومة في زمن الرّسول وكأنواع من العقود الربويّة التي لم يرد بشأنها نصّ.

وإذا ما تساءلنا عن بداية ظهور القياس في الفقه الإسلامي فإنّ المسألة تكون محلّ اختلاف بين الفقهاء. إذ يرى البعض⁽²⁾ أنّ الفقه الإسلامي اعتمد القياس متأثراً في ذلك بالمنطق اليوناني. كما يرى الفقيه Schacht أنّ العلوم الإسلاميّة بدأت تتبلّور بعد القرن الأوّل هجري في العراق وليس في المدينة ويضيف أنّ التشابه الحاصل في الفقه الإسلامي مع القانون الروماني بخصوص طرق التّأويل إنّما هو دليل على تأثر الأوّل بالثاني وتبنّى الفقه الإسلامي للآليات الرومانيّة فيما يتعلّق بالتأويل.

ولقد عارض العديد من الفقهاء القول بهذا التأثير منهم الفقيه النشّار⁽³⁾ وكذلك الفقيه حنفي⁽⁴⁾ مؤكدين أنّ نظريّة القياس في الفقه الإسلامي لم تتأثّر بالمرّة بالقانون الروماني، مستدلين في ذلك بالاختلاف بينهما من حيث الأسس، ففي حين يقوم القانون الروماني على الاحتمالات Propositions فإنّ القياس عند فقهاء الإسلام يعتمد بالأساس على ماهو واقع وحقيقة⁽⁵⁾.

إذا كان القياس في الفقه الإسلامي هو اشتراك الفرع مع الأصل في العلّة فإنّ هذه العلّة قد تكون في الفرع أقوى من الأصل وهو ما يعبر عنه بالقياس الأولى وقد تكون في الفرع مساوية للأصل وهو القياس المساوي وقد تكون في الفرع أضعف منها في الأصل وهو القياس الأدنى.

1- القياس الأولى : وهو ما كانت علّة الفرع فيه أقوى من علّة الأصل فيكون ثبوت حكم الأصل للفرع أقوى من ثبوته للأصل بطريقة أولى مثال ذلك قوله تعالى : ولا تقل لهما أفأ⁽¹⁾ فالنّص يحرم التّأفيف للوالدين والعلّة هي ما في اللفظ من إبداء وسوء معاملة وهي علّة موجودة

⁽¹⁾ سورة المائدة

⁽²⁾ أمثال الفقهاء : Goldziher, Milliot, Schackt

⁽³⁾ Ali Sami El Nashar, les méthodes chez les penseurs musulmans et leur critique de la logique aristotélicienne (en arabe) le Caire, 1947, Cités par Ezzeddine Arfoui : des règles écrites de l'interprétation de la loi.

⁽⁴⁾ H. Hanafi, les méthodes d'exégèse, Thèse es lettres, Paris 1965, cité par : Ezzeddine Arfaoui op.cit. p : 313.

⁽⁵⁾ Ezzeddine Arfaoui : Op cit p : 313

⁽¹⁾ سورة الإسراء الآية 23.

في ضرب الوالدين بشكل أقوى وأشدّ ممّا هو في الأصل فيكون تحريم ضرب الوالدين بالقياس على موضوع النصّ بطريقة القياس الأولى.

2 - القياس المساوي : وهي أن يكون الوصف الذي اعتبر علّة للحكم متحققا في الفرع بقدر ما يتحقق في الأصل. مثال ذلك تحريم أكل مال اليتامى ظلما وهو حكم ثابت بالنظر من ذلك قوله تعالى : " إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا "(2). فعلة الحكم في هذه الآية هي الاعتداء على مال اليتيم واتلافه وهو أمر يتحقق أيضا عبر إحراق هذا المال الذي يساوي واقعة النصّ في العلة فينتج تحريمه كما حرّم أكله.

3 - القياس الأدنى : وهو ما كان يحقّق العلة في الفرع أضعف وأقلّ وضوحا ممّا هو في الأصل. مثال ذلك الإسكار في الخمر هو علّة تحريمه ولكن قد يكون على نحو أضعف في نبذ آخر وإن كان تتوفّر علّة الإسكار في الحالتين. فالمنصوص عليه دائما ما يكون أوضح في الدلالة على العلة وهو ما يوجب أن يكون تحققها فيه أوضح (3).

ب - القياس في القانون التونسي : عادة ما يربط إعمال المنطق بنظرية ما، فلدّى الفقهاء الغربيون نشأت نظرية الآليات المنطقية لتأويل القانون.

« Les arguments logiques d'interprétation du droit ».

وفي الشريعة الإسلامية كوّنت تلك الآليات نظرية القياس وبالنظر في محتوى هذه النظرية يتّضح وأنّ مجالها يضيق في القانون التونسي الذي لم يعتمد في الفصل 535 م.أ.ع إلا القياس الطردي أو ما يسمى بـ " L' argument à Pari " والذي يلجأ إليه القاضي في صورة غياب النصّ وذلك كلّما توفّرت شروطه وهو ما يتماشى مع التعريف الفقيه برانشفيق Brunschvicg للقياس حيث اعتبر تطبيق لقاعدة منصوص عليها تنظم حالة معينة على حالة جديدة لم تضمن صراحة بنصّ قانوني وذلك عندما يحتويان على نقاط مشتركة أو متشابهة(4).

والجدير بالذكر في هذا الإطار أنّ القياس قد اعتمد في الفقه الإسلامي لمنع القاضي من خلف القاعدة القانونية فقد وجب عليه اللجوء على القياس عن النصّ (القرآن) أو السنة أو الإجماع لذلك يعتبر القياس في هذا الفقه آلية للتأويل أكثر منه آلية لخلق القاعدة القانونية وهو أمر يختلف بالنسبة للتشريع التونسي إذ يمكن القاضي الملزم بالفصل من أن يقيس على نصّ موضوع بصفة مسبقة ليجد الحلّ بالنسبة للنزاع المعروضة عليه وهو ما تمكنه منه آلية القياس النظري

(2) سورة النساء الآية 10.

(3) علم أصول الفقه الإسلامي : للدكتور إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم عن دار الثقافة للنشر والتوزيع ص 104 و 105.

(4) Selon F. ost « il faut présumer que ce qui est vrai du genre est vrai aussi de chacune des espèces du genre, le législateur étant un être rationnel n'a pu régler différemment des hypothèses essentiellement semblables » de l'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité de législateur .Cité par Ezzeddine Arfaoui op .cit p321

الواردة بالفصل 535 م.ا.ع. إذ يقوم القياس النظري على افتراض أنّ المشرّع بتنظيمه المسألة معيّنة إنّما أراد أن يؤسس نفس الحلّ المضمّن بها لجميع المسائل المتشابهة لها⁽¹⁾.

فعمل المشرّع ليس اعتباطيا إذ وراء كلّ قاعدة يشرّعها توجد غاية ما وهذه الغاية هي التي تسمح بمدّ مجال النصّ إلى غيره من الحالات التي لم يتضمّننها. فالفصل 535 م.ا.ع نصّ على أنّه في صورة تعذر الحكم بنصّ صريح من القانون، أعتبر القياس. " وهو ما يعني أنّ الحالات المتماثلة تقتضي بالضرورة حلولاً متماثلة.

إلاّ أنّ ذلك لا يخلو من إشكالات تتمحور خاصّة حول مدى هذا التماثل أو التشابه بين الحالة المنصوص عليها نصّا والحالة التي غاب النصّ بشأنها خاصّة وأنّ التماثل يمكن أن يكون تطابقاً تامّاً كما يمكن أن يشيّع ليشمل مجرد التشابه. ويرى الأستاذ الشرفي أنّ التماثل ينبغي أن يسلط على العنصرين الأساسيين للحالتين الخاضعتين للقياس دون عناصرهما الثانوية⁽²⁾.

إلاّ أنّ التماثل لا يفترض وحده من حيث الوقائع والحلول بين الحالة التي يشرّعها المشرّع والحالة التي سكت عن تشريعها لأنّ هذا الأمر سيؤدي إلى تطبيق القاعدة وليس إلى أعمال القياس. إذ يعني التشابه توفّر علّة واردة في نصّ قانوني في حالة أخرى لم يتضمّن النصّ في حين أنّها تشترك معه في علّة.

لذلك يكون أساس اللجوء إلى القياس هو حماية المصلحة أو القيمة التي تضمّنّها نصّ ما إذا ما كانت مهّددة في واقعة ما غاب النصّ بخصوصها إذ في صورة إيجاد الأهداف والمبادئ والأسباب يجب أن يكون هناك إيجاد في الحلول القانونية⁽³⁾.

ولقد كرّست مجلّة الالتزامات والعقود متأثرة في ذلك بمدرسة الشرح على المتون ثلاث أنواع للقياس : النوع الأوّل وهو القياس النظري والذي تضمّنه الفصل 535 م.ا.ع وكذلك القياس بالأحرى والقياس بمفهوم المخالفة أو ما يسمّى بالقياس العكسي.

ويمكّن القياس من سدّ الفراغ التشريعي بخصوص مسألة ما نصّ المشرّع على حلّ مسألة شبيهة بها وهو لذلك يختلف عن القياس بالأحرى الذي يسمح بتوسيع مجال تطبيق القاعدة الواردة بالنصّ بطريقة يجعلها تتضمّن الحالة الملموسة المعروضة للفصل.

فالقياس بالأحرى يفترض أن تكون الحالة المعروضة وغير المقنّنة (ما يعبر عنه بالفرع في الفقه الإسلامي) موجودة بصفة ضمنيّة بالنصّ.

(1) Brunschvicg : Cité par Monia Kari , « Il s'agit d'appliquer la norme énoncée pour un cas connu à un cas nouveau non expressément réglementé lorsque les deux cas sont reconnus ou sentis avoir des traits communs ou ressemblants »

(2) محمّد الشرفي : مدخل لدراسة القانون طبعة سنة 1991 ص 253.

(3) Monia Kari : Notes à propos d'un texte ambigu : l'article 335 COC, RTD, 1992 p : 22.

« La règle qui gouverne le cas concret est sous – entendue dans la règle initiale ».⁽¹⁾

ولقد نصّ الفصل 550 م.ا.ع والوارد ضمن باب يحمل عنوان " في بعض قواعد عامّة تتعلّق بالقانون " أنّه من أمكنه الأكثر أمكنه الأقلّ ويؤكد الأستاذ محمّد الشرفي على منطقيّة إعمال القياس بالأحرى مبرزاً أنّ من أمكنه البيع يستطيع بالأحرى الكراء حيث أنّ البيع يعدّ أكثر خطورة وأكثر مساساً بحقّ الملكية⁽²⁾.

ويرى الفقيه Kalinowski أنّ القياس بالأحرى هو عملة بوجهين إذ من ناحية يكتسي صبغة إيجابيّة مفادها أنّ من أمكنه الأكثر أمكنه الأقلّ لكن له أيضاً صبغة سلبية مفادها أنّ من لا يمكنه الأقلّ لا يمكنه الأكثر.

« Celui qui ne peut le moins, ne peut le plus »

أمّا القياس العكسي أو الاستنتاج بمفهوم المخالفة فقد نصّ عليه الفصل 534 م.ا.ع الذي اقتضى أنّه " إذا خصّ القانون صورة معيّنة بقي إطلاقه في جميع الصّور الأخرى".

بعبارة أخرى إذا نصّ القانون على مسألة ما وخصّها بأجل معيّن فإنّه ينفي ضدها أيّ إذا وضع القانون قاعدة معيّنة بحالة محدّدة ويمكن سياقة مثال على ذلك ففي صورة نصّ القانون على أنّ أجل سقوط الدّعى بمرور الزّمن ثلاث سنوات كما في حالة الكمبيالة فإنّ هذا الأجل لا ينطبق إلّا على تلك الورقة أمّا خارجها فيتعيّن تطبيق قواعد القانون العامّة والتي يرّجح فيها مدّة سقوط الدّعى بمرور الزّمن على خمسة عشر سنة.

لئن اختلف القياس في الفقه الإسلامي وفي التّشريع التونسي من حيث الغاية و من حيث المجال فإنّهما يشتركان في اعتمادهما وإنبائهما على نفس الأركان⁽³⁾ وهو ما سيكون محور الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية : أركان القياس وشروطه.

بالرجوع إلى التّشريع التونسي نجد أنّه سكت عن تعريف القياس لكننا وبالإطّلاع على المشروع التّمهيدي لمجلّة الالتزامات والعقود نجد أنّها استروحت العديد من أحكامها من العلّة الإسلامي⁽¹⁾ وهو ما لا يمنعنا من اعتماد الأركان التي أقرّها هذا الفقه بخصوص نظريّة القياس.

⁽¹⁾ Ezzeddine Arfaoui : Les règles écrites de l'interprétation de la loi .op.cit : p : 321.

⁽²⁾ محمّد الشرفي : مدخل لدراسة القانون م.س : ص 254.

⁽³⁾ رضا المزغني وعبد المجيد عبّودة: التفسير القضائي للقانون المدني : م . س : ص 171.

⁽¹⁾ تقرير سانيلانا، تعريب محمد ابن الشيخ م ا ع سنة 1984 معدّلة ومعلّقا على فصولها بأحكام القضاء.

وهو لتتظير جائز خاصّة في إطار إيجاد تعريف القياس في الفقه الإسلامي كما في القانون التونسي.

فمن خلال تعريف القياس بكونه إعطاء حالة لم يرد بشأنها نصّ حكم حالة أخرى منصوص عليها وذلك عند تشابه الحالتين واتحاد العلّة بينهما يمكننا استنتاج أركان القياس و هي أربعة :

- 1 - حادثة مقيس عليها ورد النصّ بحكمها وهي الأصل.
- 2 - حادثة مقيسة وهي التي لم يرد بشأنها نصّ ويراد معرفة حكمها وهي الحادثة الفرع.
- 3 - الحكم الثابت في النصّ الأصل ويثبتته المجتهد بالقياس للحادثة الفرع⁽²⁾
- 4- العلّة : وهي الوصف الذي تسرّع لأجله الحكم في الأصل فالقياس أعتمد فقط لوجود نفس الوصف في الحادثة الفرع وهو ما يبرّر إخضاعها لنفس الحادثة المقيس عليها.

ويمكن الملاحظة وأنه بخصوص الركن الأوّل وهو الأصل والركن الثالث وهو الفرع وأنهما واقعتان أحدهما على حكمها نصّ والأخرى لم يدلّ على حكمها نصّ ويراد معرفة حكمها. فلا تشترط فيها شروط سوى أنّ يكون الأصل منصوص عليه وعلى حكمه والفرع غير منصوص عليه كما يشترط أن لا يكون فارق بينهما يمنع من أن يتساوى الحكم بشأنها إذ بوجود الفارق أمتنع القياس.

أمّا ركني القياس المتمثلين في حكم الأصل وكذلك في العلّة فنتعرّض لشروطها على التوالي.

أ - **شروط حكم الأصل :** إنّ حكم الأصل هو الحكم الشرعي الذي وضعه الشارع لواقعة معيّنة ويراد تعديته إلى الفرع . ولكن ليكون الأمر كذلك لا بدّ من أن تتوفّر في حكم الأصل من الشروط إذ يجب أن يكون ثابتا بالنص، ويستوي الأمر إذا كان النصّ نصّا إلهيّاً أو نصّا وضعيّاً.

و نشب خلاف فقهي بخصوص تعدية الحكم الذي ثبت بالقياس فرأى البعض من الفقهاء عدم وجاهة تعديته ضرورة وأنّه لا يمكن التوسّع في اعتماد القياس على أساس وأنّه لا يترتّب

عن القياس حقيقة قانونيّة وإنّما غاية ما في الأمر استخراج مبدأ لا يمكنه أن يرقى لمستوى القاعدة القانونيّة⁽¹⁾.

ومنهم من رأى وجاهة تعديته، من ذلك الفقيه المالكي ابن رشد الذي ذكر " أنّه إذا علم الحكم في الفرع صار أصلاً، وجاز القياس عليه بعلّة أخرى مستنبطة منه، وإنّما يسمى فرعاً ما

(2) ياسين محمد يحيى المجتمع الإسلامي في ضوء فقه الكتاب والسنة : توزيع منشأة المعارض ص 66 وما بعده.

(1) « Analogie sur analogie ne vaut » Ezzeddine Arfaoui op.cit p318 .

دام مترددا لم يثبت الحكم بعد وكذلك إذا قيس على ذلك الفرع بعد أن ثبت أصلا بثبوت الحكم فيه فرع آخر مستنبطة منه أيضا فيثبت الحكم فيه فصار أصلا وجاز القياس عليه إلى ما لا نهاية⁽²⁾.

كما يشترط في حكم الأصل أن يكون معقول المعنى أي أن يكون مبنيا على علة يستطيع العقل إدراكها لأن أساس القياس إدراك علة حكم الأصل وإدراك تحققها في الفرع حتى يتسنى تعدية حكم الأصل إلى الفرع لاشتراكهما في العلة فإذا تعذر على العقل إدراك العلة تعذر إعمال القياس ولهذا ميّز العلماء بين الأحكام التعبدية ومنعوا القياس فيها⁽³⁾ باعتبار استئثار الخالق بعلم العلل التي بنيت عليها تلك الأحكام . من ذلك تحديد عدد ركعات الصلاة. أمّا إذا كان حكم الأصل معقولا من حيث المعنى أرشد الإنسان إلى التوصل لمعرفة علة ذلك الحكم فإنه يصح والحالة تلك اعتماد القياس شريطة تحقق تلك العلة في الفرع.

كما يشترط في حكم الأصل أن لا يكون مختصا به. إذ يمنع اختصاصه بالأصل من تعديه إلى الفرع. خاصة وأنه بامتناع التعدية يتعذر إعمال القياس إذ يكون القياس والحالة تلك مناقض للدليل الذي دلّ على اختصاص الحكم بالأصل إذ القياس المناقض للدليل باطل ويكون حكم الأصل مختصا به في حالتين :

فأما الحالة الأولى فهي أن تكون علة الحكم مقصورة على الأصل بحيث لا يتصور وجودها في غيره⁽⁴⁾.

أما الحالة الثانية فهي قيام الدليل على تخصيص حكم الأصل به دون تعديته إلى غيره، من ذلك الأحكام التي دلّ الدليل على كونها مختصة بالرّسول صلى الله عليه وسلم كتزوجه بأكثر من أربعة زوجات وتحريم الزواج بإحدى زوجاته بعد موته.

ب - شروط العلة : لقد اختلف الأصوليون في تعريف العلة اختلافا كبيرا، لكنهم اتفقوا على كونها أهم ركن من أركان القياس باعتبار وأنّ علة القياس هي أساسه.

والعلة لغة تطلق على السبب وتطلق على الضرر وكذلك على المرض. أمّا اصطلاحا فهي الوصف الظاهر الذي يترتب على تشريع الحكم بخصوص منفعة للعباد أو دفع مضرة عنهم.

ولقد أطلق على العلة عدّة تسميات فهي مناط الحكم وهي أيضا سببه حيث يوجد الحكم بوجودها كما سميت أيضا بالإمارة والباعث والدّاعي⁽¹⁾.

(2) مقدّمات ابن رشد، الجزء الأول ص 22 و 23.

(3) ياسين محمد يحيى : المجتمع الإسلامي في ضوء فقه الكتاب والسنة : ص 68 - 69 .

(4) مثال ذلك : قصر الصلاة للمسافر : فهذا الحكم معقول لأن فيه دفع مشقة وعنته السفر لذلك لا يجوز قصر الصلاة إلا في السفر. أمّا غير المسافر فلا يقصر الصلاة لو كانت له بعض المشقة إذ الحكمة من القصر هي السفر وليست المشقة.

(1) أبو حامد الغزالي : كتاب المستصفى في علوم الأصول الجزء الثاني ص 320.

ومن أهم شروط العلة أن تكون وصفا ظاهرا وأن تكون وصفا منضبطا وأن تكون وصفا مناسبا للحكم وأخيرا ألا تكون وصفا قاصرا على الأصل.

1- الشرط الأول: أن تكون العلة وصفا ظاهرا : يشترط في العلة أن تكون وصفا ظاهرا ومعنى ظهور الوصف أن يكون جليا يدرك بإحدى الحواس الظاهرة من ذلك الإسكار الذي يدرك بالحس في الخمر كما يتحقق بالحس من وجوده في نبيذ آخر مسكر. كما يمكن تقديم مثال آخر لظهور العلة في حالة ثبوت النسب فلا يجوز تعليل ثبوت النسب بحصول نطفة الزوج في رحم الزوجة إذ أن ذلك أمر خفي، وإنما يعلل ثبوت النسب بالظاهر وهو عقد الزواج الصحيح. كما لا يعلل نقل الملكية بالتراضي لأن ذلك أمر خفي وإنما يعلل بحسب ما هو ظاهر من إيجاب وقبول.

2 - الشرط الثاني : أن تكون العلة وصفا منضبطا : و معنى ذلك أن يكون لهذا الوصف حقيقة واحدة معينة لا تختلف باختلاف الأشخاص ولا باختلاف الأحوال ولا باختلاف البيئات من ذلك القتل العمد فهو العلة من وراء حرمان قاتل مورثه من الميراث إذ يمكن التحقق من علة هذا الحكم في الفرع وهو قتل الموصى له بقياسه على قتل الوارث لمورثه.

3 - الشرط الثالث : أن تكون العلة وصفا مناسبا للحكم : وتعني المناسبة أن توجد ملائمة بين الحكم والوصف الذي اعتبر علة فالقتل علة مناسبة لمنع الميراث بالنسبة للقاتل إذ أن أساس الميراث هو صلة تربط بين الوارث والمورث في حين أن القتل ينافي هذه الصفة بل يقطعها. لذلك لا يتعين الاهتمام بدراسة أوصاف غير مناسبة كالاهتمام بشخص القاتل إن كان رجلا أو امرأة، مثقفا أو جاهلا فهذه الأوصاف لا تصلح لأن تكون مناسبة لتعدية حكم الأصل إلى الفرع.

4 - الشرط الرابع : ألا تكون العلة وصفا قاصرا على الأصل : ويعني ذلك ضرورة أن تكون العلة وصفا متعديا يتحقق في عدة حالات ولا تقتصر على الأصل فحسب و هو وذلك يتمشى مع طبيعة القياس الذي هو تعدية حكم الأصل إلى الفرع للتساوي في العلة. لأن مكن اعتماد القياس القاضي من سدّ الفجوات التي تسرّبت إلى القانون فإنّ خطورة هذه الآلية تكمن في عدم انبنائها على معايير موضوعية تبين للقاضي مدى التماثل القائم بين النص الموجود والحالة الواقعية المعروضة عليه فيبقى ذلك رهين إرادة وفهم القاضي وتقديره للأمور وهو الشيء الذي قد يترتب عنه مدّ الحلول الواردة تشريعا وتطبيقا على حالات لا تشبهها ولا تتطابق معها بالمرّة لكن هذا الأمر لا يتعلّق بالقياس من حيث المبدأ وإنما يتعلّق بتطبيقه. فكيف تعامل القاضي مع القياس ؟

هذا ما سيكون موضوع المبحث الثاني من هذا الفصل والذي قد يمكّننا من خلال دراسة التطبيق فقه القضائي للقياس من القول إذا ما كان القاضي التونسي أحسن أم لم يحسن تطبيق القياس.

المبحث الثاني: في أعمال القياس :

يعتبر العميد carbonnier القياس كآلية تشريعية تبرز عندما يعدل المشرع عن تنظيم مؤسستين متشابهتين من حيث الطبيعة فينظم واحدة منهما ويكتفي بالإحالة من تلك المؤسسة المنظمة إلى تلك التي لم يقع تنظيمها. حيث جاء بمقدمة هذا العميد للقانون المدني :

« L'analogie est un procédé législatif qui apparaît quand au lieu de réglementer distinctement deux institutions entre lesquelles il existe une certaine parenté de nature, la loi fait une économie de texte en renvoyant d'une institution à l'autre »

فعندما تقع هذه الإحالة من قبل المشرع فإن شرط اتحاد العلة بين المؤسستين إنما يراقبه المشرع أما في حالة التأويل فإن القاضي هو الذي يتولى البحث عن توفر هذا الشرط من عدمه إذ يمنع القاضي من اعتماد القياس كلما غاب وجه الاتحاد في العلة بين النص القانوني الموجود وبين الحالة المعروضة عليه. و بناء عليه يمكن استنتاج و أن القياس و لئن أثبت نجاعته في سدّ العديد من الثغرات التشريعية و هو ما سنتعرّض إليه في الفقرة الأولى إلا أنها نجاعة تكتسي صبغة محدودة و هو ما سيكون محور الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى : نجاعة القياس في سدّ الفراغ التشريعي :

لقد اختلف الفقهاء حول اعتبار القياس وسيلة لتأويل القانون أم هو وسيلة تمكّن من خلقه. فإذا ما اعتبرنا القياس آلية لتأويل القانون فإن ذلك يقصي كل سلطة تقديرية للقاضي ذلك أن التأويل في هذه الحالة سوف يتوافق مع إرادة المشرع التي يكتفي القاضي باستخلاصها وسحبها على حالة أخرى.

أما إذا اعتبرنا القياس وسيلة لخلق القانون فإن من سيباشر عملية التأويل سوف يكون عرضة لاعتبارات ذاتية خاصّة به وسوف ينتهي به الأمر إلى خلق القانون.

ويعتبر شقّ آخر وهو الشق المعتدل وأن القياس لا يمثل فقط آلية لتأويل القانون (أ) ذلك أنه يتعدى التأويل بالمعنى الضيق لهذا المفهوم دون أن يؤدي ذلك إلى خلق للقانون من قبل القاضي ذلك أنه يشترط لإعمال القياس الخضوع لشروط محدّدة (ب)

أ - القياس يتجاوز التأويل : يعدّ اعتبار القياس آلية لتأويل القانون ناتج عن خلط بين الاستنتاج عن طريق القياس والتأويل الواسع للنصوص القانونية ويمنعنا هذا الخلط من الجزم بكون القياس هو آلية اقترحها المشرع ضمن الفصل 535 من الالتزامات والعقود لسد الثغرات التشريعية.

ولقد اعتبر الفقيه François Geny أن مردّ خلط الفقهاء بين الاستنتاج عن طريق القياس والتأويل الواسع للنص القانوني إنّما يرجع إلى إيمان هؤلاء الفقهاء بمبدأ أعمال التشريع وهو الشيء الذي كان له تأثير على وصف القياس لديهم إذ اعتبروه آلية لتأويل التشريع.⁽¹⁾

لكن يتفق الفقهاء اليوم وأمام تراجع مبدأ كمال التشريع أن نطاق القياس يتجاوز الإطار الضيق للتأويل بوصفه يقتصر على بحث الإرادة المعبر عنها بنص قانوني⁽²⁾ فالتأويل الواسع يهدف إلى إعطاء النص القانوني معنى يتجاوز الإطار اللغوي أو اللفظي له وهو بهذا المعنى لا يتجاوز إرادة المشرع سواء المصريح بها أو تلك المفترضة وإنّما يكفي برفع الشك الذي تسرّب إلى المعنى الحقيقي للنص القانوني.

وفي المقابل فإن القياس لا يهدف إلى توسيع معنى النص القانوني وإنّما يهدف إلى الانطلاق من حكمة النص القانوني الموجود وتطبيقها على واقعة مشابهة. وللتدليل على الفرق الكامن بين المفهومين يجدر تقديم المثال التالي: لأنّ اقتضى المبدأ أن إثبات الالتزامات التي تتجاوز الألف ديناراً بواسطة الكتب ذلك أن تضمّن الفصل 473 من مجلة الالتزامات والعقود ما يلي :

" شهادة الشهود لا تكون بيّنة في الاتفاقات وغيرها من الأسباب القانونية التي من شأنها إحداث التزام أو حق أو تحويل ذلك أو تغييره أو الإبراء منه إذا كان قدر المال أكثر من ألف دينار فيجب حينئذ تحرير حجة رسمية أو غير رسمية للبيّنة فيه ".

إلا أنّ ذلك المبدأ يحتمل استثناء يتعلق أساساً بالوضعية التي يجد فيها الدائن نفسه في استحالة الحصول على الكتب المذكور فيقع اعتماد الشهادة لإثبات هذا الالتزام. إذ اقتضى الفصل 478 من مجلة الالتزامات والعقود في فقراته الثانية ما يلي:

" يستثنى أيضاً من الأصول المتقدمة المتعلقة بعدم قبول البيّنة بالشهود ما بالصّور التالية :

ثانياً : إذا تعذر على المدّعي الحصول على حجة مكتوبة فيما يدّعيه كما إذا كانت دعواه مبنية على ما يشاكل العقد أو على جنابة أو على ما يشاكلها أو كانت الدّعوى في وجود غلط في كتابة الحجة أو وقوع الإكراه أو التوليج أو التدليس في ذلك أو ما اعتاده التجار في بينهم من عدم أخذ حجة بالكتابة. واعتبار الأحوال التي يتعذر فيها على المدّعي حصول حجة بالكتابة موكول لاجتهاد المجلس".

وبرغم عدم إشارة النص المذكور لنوع الاستحالة فقد دأب الفقه وفقه القضاء على اعتبارها استحالة مادية Une impossibilité matérielle و ذلك استناداً إلى الحالات التي ذكرها المشرع صراحة بالنّص.

(1) François Geny : Méthodes d'interprétation « cette confusion décèle suffisamment dans notre méthode traditionnelle, cette idée, résultant invinciblement de son postulat essentiel sur la plénitude à priori de la législation écrite, savoir que l'analogie ne peut être légitimée et pratiquée que comme un mode d'interprétation pure de la loi ».

(2) P (Amselek) le teneur indécise du droit R.D.P 1991 pp : 1208 –1209.

ولقد طرح أمام القضاء الإشكال التالي: مدى إمكانية الاستناد للاستحالة المعنوية l'impossibilité morale لطلب إثبات التزام تجاوزت قيمته ألف دينار و ذلك بواسطة شهادة الشهود.

فعلى فرض قبول القاضي شهادة الشهود لإثبات التزام تجاوز ألف دينار في صورة تعذر معنويا الحصول على الكتب فهل انه يعتمد على آلية القياس أم أنه يؤول النص 478 من مجلة الالتزامات والعقود بصورة واسعة.

ويرى الأستاذ محمد كمال شرف الدين أن الفصل 478 من مجلة الالتزامات والعقود لا يتضمن حلا واضحا لهذا الإشكال وإنما يترك السلطة التقديرية للقاضي لتحديد نوع هذه الاستحالة ومدى تأثيرها الحقيقي على إرادة الأطراف وهو ما يتماشى مع ما ذهب إليه القانون المقارن وتحديد القانون الفرنسي الذي شرع ما توصل إليه فقه القضاء بخصوص قبوله لحالة الاستحالة المعنوية وذلك صلب الفصل 1349 من المجلة المدنية بموجب القانون المؤرخ في 12 جويلية 1980.

وعلى عكس ذلك يرى الأستاذ عز الدين العرفاوي أن الفقرة الأخيرة من الفصل 478 من م.أ.ع إنما هي تتعلق بالسلطة التي يتمتع بها القاضي في تقرير الاستحالة المادية التي تحول دون اشتراط الكتب للإثبات دون أن تتجاوز تلك الاستحالة إلى الاستحالة المعنوية والتي التزم المشرع الصمت بخصوصها⁽¹⁾.

فالحكمة الكامنة وراء وضع الفصل 478 في فقرته الثانية إنما تتمثل في حماية حقوق الأشخاص الذين استحال عليهم ماديًا إثبات حقوقهم بموجب كتب كيفما اقتضاه مبدأ الفصل 478 م.أ.ع كتب وما إعمال الاستنتاج بمفهوم القياس إلا ناتج عن التشابه في الأهداف (الحماية) الواقع بين الاستحالة المادية المنظمة قانونا وبين الاستحالة المعنوية التي غاب بشأنها النص.

تبقى الإشارة إلى كون النتيجة هي نفسها سواء وقع تأويل الفصل 478 م.أ.ع تأويلا واسعا أو وقع الالتجاء إلى القياس لسحب تطبيق الفصل المذكور على حالة لم ينظمها المشرع وذلك لاتحاد العلة بين النص والواقعة. وما الاختلاف بينهما سوى اختلاف حول القوة الإلزامية لكليهما إذ يتمتع الحل المتوصل إليه عبر التأويل الواسع للنص بنفس قوة القانون في حين أن الحل المتوصل إليه عبر إعمال القياس إنما يتمتع بسلطة أقل إذ لا يمكن أن يفرض على القاضي الاحتكام إلى ذلك الحل.

وهكذا ولئن مكن القياس من إيجاد الحلول للفراغات التي يفرزها الواقع في القانون والتي يطالب القاضي بحسم النزاع على ضوءها فإن القياس لا يؤدي إلى خلق القانون من قبل القاضي.

⁽¹⁾ Ezzeddine Arfaoui : Les règles écrites de l'interprétation de la loi op.cit p 329.

ويؤكد العميد François Geny على ضرورة عدم الخلط بين القياس و التأويل . إذ يقف التأويل عند المعنى المستخلص صراحة من النص فالمؤول في هذه الحالة ليس في حاجة إلى البحث عن إرادة مفترضة للمشرع⁽¹⁾

أما القياس فإنه يهدف وانطلاقاً من غياب الخضوع لمقتضيات نص قانوني إلى خلق قاعدة جديدة ومختلفة على أساس الاتحاد في العلة وهو لذلك يعتبر من أهم آليات البحث العلمي الحرّ التي تقوم على التفرقة بين ميدان تأويل القانون والطابع الخلاق الذي يميز القياس⁽²⁾.

ويشاطر هذه النظرية العديد من الفقهاء ذلك أن جزء من الفقه الألماني يجعل من القياس آلية لسد الثغرات التشريعية وذلك عبر خلق القانون⁽³⁾ لكن النظرية القائلة بكون القياس إنما آلية لخلق القانون لاقت العديد من الانتقادات حيث أن القاضي عندما يلجأ للقياس فهو لا يخلق قاعدة مستقلة تماماً عن النص الموجود حيث أنه من أهم شروط القياس وحدة العلة التي يستقيها القاضي من لفظ النص وإن تعذر من روحه وإن تعذر من روح كامل النظام القانوني *l'esprit du système juridique* وبذلك يقع القياس في مرتبة وسطى ما بين التأويل وخلق القانون إذ أنه من جهة يركز على لفظ النص أو روحه لينتهي من جهة أخرى للارتقاء عن النص القانوني بغاية سد الثغرات التشريعية.

ب - القياس يفترض اتحاد العلة: يعتبر اتحاد العلة من أهم شروط إعمال القياس، ويفترض هذا الشرط من القاضي الانطلاق من الحكمة التي وضع من أجلها نص ما سواء كان يهدف إلى تحقيق العدل والإنصاف أو كان يرمي لحماية مصلحة اجتماعية ليستنتج القاضي انطلاقاً من ذلك إمكانية تطبيق ذلك النص على حالة مماثلة لتحقيق نفس غاياته التي شرّع من أجلها.

ويتولى القاضي الإشارة إلى هذه العلة أما صراحة أو بصورة ضمنية ضمن الأحكام أو القرارات التي سيتولى إصدارها فبالنسبة للحالة الأولى يمكن الإشارة إلى الكيفية التي طبقت بها محكمة التعقيب الفصل 96 و 98 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية لتقبل شهادة الأجراء في المادة الشغلية لإثبات الصفة غير التعسفية للطرد حيث اقتضى الفصل 96 م.م.ت في فقرته التاسعة "أنه يتم التجريح في الشهود إذا كان الشاهد من اتباع من استشهد به أو خدمته المأجورين"

واقتضى الفصل 98 م.م.ت أنه يمكن للحاكم عند الاقتضاء سماع الشاهد المقدوح فيه على سبيل الاسترشاد وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بالخلافات العائلية التي تقع بين الزوجين والتي من شأنها أن لا يطلع عليها غالباً إلا الأقارب"

(1) François Geny : Méthodes d'interprétation et sources de droit privé positif . op.cit TI p 313

(2) François Geny op. cit T.II p 130

(3) C.W Canaris de la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand. Travaux du CNRL pp 161-179.

وتتأسس حالة التجريح في الشهود المنصوص عليها بالفقرة التاسعة من الفصل 96 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على حالة التبعية التي تربط بين الخادم المأجور (شاهدا) ومؤجره (مشهود لفائدته أو ضده) والتي تتعارض في حقيقة الأمر مع مصداقية الشاهد. ففي الخلافات الشغلية يتعذر فيها على المؤجر تقديم شهادة أجبر لديه ليثبت من خلالها انه لم يطرد أجبره طردا تعسفيا في حين أنه ليس هناك أكثر من الأجبر الشاهد علما بملاسات واقعة الطرد.

ولهذا اعتمدت محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 26 فيفري 1991⁽¹⁾ على الاستنتاج بطريقة القياس وفقا لأحكام الفصل 98 م.م.ب.ت التي تخول للقاضي سماع الشاهد المقدوح فيه وذلك على سبيل الاسترشاد ضرورة وأن ذلك الشاهد هو الأكثر دراية بواقع الأمور وعليه طبق القاضي القياس على هذا النص ليقبل شهادة الأجبر المقدوح فيه وذلك بالنظر إلى طبيعة العلاقة بين الأجبر ومؤجره حيث شبهها بالعلاقة الرابطة بين الأقارب.

أما بخصوص توفر الاتحاد في العلة والمقبول ضمينا من قبل القاضي فيمكن الإشارة إلى الكيفية التي طبقت بموجبها محكمة التعقيب آلية القياس لعدم تمكين الزوجة غير المدخول بها من التعويض المادي عن الضرر الحاصل لها بموجب وفاة الزوج أثناء حادث مرور .

فالمبدأ يقتضي تمكين الزوجة المتضررة من وفاة زوجها من تعويض عن ضررها المادي والمعنوي والذي يشترط فيه أن يكون ثابتا وحالا أما الحالة التي عرضت أمام القضاء فتتمثل في مدى استحقاق الزوجة غير المدخول بها للتعويض عن ضررها المادي المتأني من واجب الإنفاق المحمول على الزوج فهل يمكن والحالة تلك الحكم بعدم سماع الدعوى على أساس وأن البناء لم يتم بعد وعليه فإن الضرر المادي الحاصل للزوجة إنما هو احتمالي وليس حالا وثابتا كما اقتضى ذلك الفصل 107 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص أن :

"الخسارة الناشئة عن جنحة أو ما ينزل منزلتها تشمل ما تلف حقيقة لطالبيها وما صرفه أو لا بد أن يصرفه لتدارك عواقب الفعل المضّر به والأرباح المعتادة التي حرم منها بسبب ذلك

الفعل وتقدير الخسارة من المجلس القضائي يختلف باختلاف سبب الضرر من كونه تغريرا أو خطأ".

ولقد اعتبر الفقهاء⁽¹⁾ وأن هذا الحل ولئن بدا معقولا بالنسبة للخطيئة فإنه غير عادل بالنسبة للزوجة التي أبرمت عقد زواج ولو بدون دخول التي أحاطها المشرع بالعديد من الحقوق. ذلك أن الزوجة ولو لم يتم البناء ترث زوجها وهي تمكّنها أيضا أن تطلب الطلاق إذا ما دعت زوجها للبناء وامتنع عن ذلك دون سبب معقول ولها في هذه الحالة حق في النفقة.

فبالرغم من هذه الحقوق التي تتمتع بها الزوجة سكت المشرع عن مدى أحقيتها في الحصول على تعويض عن ضررها المادي عند وفاة زوجها أثناء حادث مرور والحال أنه لم يتم البناء بعد؟

(1) قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 26 فيفري 1991 نشرية التعقيب جزء مدني ص 26

(1) Ezzeddine Arfaoui op.cit p 334 .

لقد اعتمدت محكمة التعقيب⁽²⁾ لحل هذا الإشكال على أحكام الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية الذي يشترط لاستحقاق الزوجة لنفقتها أن يتمّ الدخول.

ففي هذا القرار التجأت المحكمة ضمنيا للاستنتاج بطريقة القياس إذ اعتبرت أن السبب القانوني الكامن وراء الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية إنما يتمثل في غياب المساكنة.

وهو نفس السبب الذي استندت عليه المحكمة لحرمان الزوجة غير المدخول بها والتي توفي زوجها أثناء حادث مرور من الحصول على تعويض لجبر ضررها المادي ما لم تساكّن زوجها ولم تتعود على مستوى معيّن من العيش يفترض أن يضمن لها حتى بعد وفاة زوجها.

الفقرة الثانية : محدودية نجاعة أعمال القياس :

لئن مكن القياس القاضي من إيجاد الحلول وتجاوز الثغرات التي تسرّبت للتشريع إلا أنه من الملاحظ عدم ارتياح القاضي لهذه الآلية حيث يتعامل معها بنوع من الحذر (أ) كما أن محدودية هذه الآلية من جهة أخرى يشكل عائقا يمنعها من سد جميع ثغرات التشريع (ب).

أ- امتناع القاضي عن الاستنتاج بطريق القياس : بالرغم من إشارة المشرّع الصريحة إلى آلية القياس كوسيلة تمكن من سدّ الفراغ التشريعي إلا أن فقه القضاء التونسي يشهد ندرة القرارات التي اعتمدت فيها هذه الآلية حيث يفضل القاضي تعليل قراره أو حكمه استنادا إلى إرادة المشرع سواء المصرّح بها نصّا أو تلك المفترضة وما الطريقة التي تعامل بها المشرّع مع مسؤولية المتبوع عن فعل تابعة إلا دليل على ذلك . فبعد أن أكد القضاء على إقصاء مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه انتهى بقبولها في إحدى القرارات التعقيبية⁽³⁾ وذلك استنادا إلى الفصل 854 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يحمل المسؤولية للمقاول عن أفعال أجرائه إزاء

الغير عوضا عن الاحتكام لمقتضيات الفصل 535 م.أ.ع والتي تفترض أن يلجأ القاضي لآلية القياس وذلك لسدّ الفراغ التشريعي. ولقد انتقد الفقهاء هذا التوجه فقه القضائي إذ رأوا فيه عيبا في طريقة التأويل المعتمدة.

« Ces décisions présentent un vice constituant des cas d'interprétation forcée.⁽¹⁾ »

ويرى الأستاذ عز الدين العرفاوي أن عيب القرارات التي كرّست مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه إنما ينحصر في عدم اعتمادها سدّ الفراغ التشريعي بخصوص هذه المسألة على الآليات التي خولها المشرع للقاضي والتي تقتضي منه أولا الرجوع إلى الحالات المشابهة للواقعة

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 29799 صادر بتاريخ 6 ماي 1993 النشربة المدنية ص 408 .

(3) قرار تعقيبي مدني عدد 1925 مؤرخ في 1 جويلية 1976 المجلة القانونية التونسية 1978 الجزء II ص 111.

(1) Nadhir Ben Ammou : le rôle de la cour de cassation thèse op . cit p 414

المعروضة عليه وإعمال القياس بشأنها⁽²⁾ والتمثلة أساسا في اعتماد الفصل 117 من مجلة الطرقات الذي يقتضي أن:

"يقطع النظر عن حالات المسؤولية المدنية المنصوص عليها بمجلة الالتزامات والعقود فإن المتبوع يضمن الأضرار التي يتسبب فيها التابع أثناء مباشرته لعمله".

فالغاية الاجتماعية ومقتضيات العدل والإنصاف يقتضي تحميل المتبوع المسؤولية عن أخطاء تابعه الذي يعجز بمفرده عن جبر الأضرار التي سببها للمتضرر.

ونفس هذا العجز يتوفر خارج حوادث المرور ومن الممكن تطبيق القياس على الفصل 117 من مجلة الطرقات بناء على اتحاد العلة بين هذه الحالات.

وقد يعارض رأي كهذا بأن الأحكام الخاصة إنما تنطبق على المجال الذي جاءت تنظمه ولا يمكن بسطها خارج ذلك الإطار في حين أن ما يشكل استثناء هو كلّ ما وقع استثنائه من القانون المدني بيد أنه لا توجد أي قاعدة قانونية مدنية تعفي المتبوع من تحمل مسؤولية أفعال تابعه.

ويبدع إقرار مسؤولية المتبوع عن فعل تابعة لا فقط باعتماد القياس على الفصل 117 م.ط وإنما كذلك بقراءة الفصول 93 و 245 و 845 م.ا.ع.

ويقترح الأستاذ نذير بن عمّو في هذا الإطار الاستناد على الفصل 554 م.ا.ع الذي يقتضي " وأن من له التما عليه التّوا ".

غير أنّ مدّ تطبيق الفصول المنظّمة للمسؤوليّة إلى المسؤولية عن فعل الغير وجعلها مبدأ عاما للقانون من الممكن أن يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي التي لا تقبل المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير. وعموما فإنّ آلية القياس كوسيلة لسدّ الفراغ التشريعي تبقى محدودة باعتراف المشرّع نفسه.

ب - قصور القياس عن سدّ جميع ثغرات التشريع : يفترض اللّجوء إلى القياس تعذر الحكم بنص صريح ينطبق مباشرة على الوقائع المتنازع حولها أمام القضاء.

لكنّ يشترط لإعمال هذه الآلية أن يوجد نصّ قانوني ينظم واقعة تتحد في العلة التي شرّعت من أجلها مع الواقعة المعروضة أمام القضاء والتي سكت المشرّع عن تأطيرها تشريعيا.

⁽²⁾ Ezzeddine Arfaoui op.cit p 336 .

ويشكل هذا الشرط إحدى الحدود المسلطة على القياس ضرورة وأنه قد يغيب النص الذي من الممكن القياس عليه وذلك ليس من قبيل الفرضيات النظرية ضرورة وأنّ المشرّع تنبّه لمحدودية القياس ونصّ صلب الفصل 535 م.أ.ع أنه " إذا تعذر الحكم بنصّ صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شكّ جرى العمل بمقتضى قواعد القانون العمومية " فتكريس المشرّع لآليتين لسدّ الفراغ التشريعي وعدم الاكتفاء بآلية واحدة إنما ينبع من إيمانه بعدم قدرة القياس على توفير جميع الحلول.

فمحدودية القياس الناجمة خاصّة عن إحاطته بالعديد من الشروط التي قد تتوفّر أحيانا وقد لا تتوفّر أحيانا أخرى فرض على المشرّع أن يكرّس آلية أخرى تكون أكثر اتساعا بحيث تستوعب كلّ ما عجز القياس عن إيجاد حلّ له ولعلّ قواعد القانون العمومية والتي سنتعرّض لدراستها صلب المبحث الثاني من هذا الجزء قد تتكفّل بهذا الدور.

ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى الكيفية التي تعامل بها القانون المقارن وتحديد القانون الألماني مع آلية القياس، ذلك أنّ المشروع التمهيدي للمجلة المدنية الألمانية تضمّن فقرة أولى تحت عنوان " القياس كآلية لسدّ جميع ثغرات التشريع ". فارضا بذلك على القضاء الاجتهاد صلب النظام القانوني وعدم تجاوزه⁽¹⁾.

هذا ويؤكد العديد من الفقهاء على أنّ الاستنتاج بطريق القياس لا يمكن لوحده من تجاوز جميع ثغرات التشريع⁽²⁾ كما يحصرون نجاعة القياس خاصة في علوم الطبيعة الخاضعة لقانون التماثل والاستمرار وهو الشيء الذي لا يتوفّر في المجال القانوني حيث يعجز عن إرساء قواعد مستقرة ضرورة وأنّ أهم ما يميّز هذا المجال هو خضوعه لعدّة اعتبارات منها الأخلاقية

والسياسية والاقتصادية وكذلك الاجتماعية والتي تتبلور خارج أطر النصوص القانونية ممّا يجعلها تتجاوز الاستنتاج بإعمال القياس⁽¹⁾.

(1) François Geny : Méthodes d'interprétation et sources de droit privé positif. Tome II p. 126.

(2) Ezzeddine Arfaoui. Op.cit. p. 339.

(1) François Geny : Op.cit. Tome I, p. 199



الفصل الثاني : اللجوء إلى قواعد القانون العمومية

يفترض لإعمال القياس كآلية لسدّ الفراغ التشريعي أن تتوفّر فيه جملة من الشروط، لكن ذلك قد يصعب في بعض الحالات التي يغيب فيها النصّ المقاس عليه.

لذلك كرّس المشرّع التونسي آلية أخرى لسدّ الفراغات التشريعية. إذ اقتضى الفصل 535 م.أ.ع أنه "إذا تعذر الحكم بنصّ صريح من القانون أعتمد القياس فإن بقي شكّ جرى الحكم بقواعد القانون العمومية".

والملاحظ من خلال قراءة متمنّة للنص المذكور أنّ القاضي لا يمكنه اللّجوء إلى قواعد القانون العموميّة إلاّ في مرحلة أخيرة أيّ بعد التحقق أولاً من غياب النص المنطبق على الحالة المعروضة عليه وكذلك بعد تعذر أعمال الاستنتاج بمفهوم القياس⁽¹⁾.

ونظراً لاقتران المرور من القياس إلى قواعد القانون العمومية بوجود الشكّ فإنّه من المفروض تعريف هذا المفهوم وخاصة تحديد متى يكون الحلّ مشكوكاً به ؟ يعرف الشكّ لغة بكونه انعدام اليقين.

ويتّوفر الشكّ في حالتين : الحالة الأولى تتمثّل في توّصل القاضي لاستخلاص حلّ يستنبطه من خلال الحكمة المضمنة بالنص الموجود ولكن انطباق ذلك النص على الحالة المعروضة عليه أمر مشكوك فيه، والحالة الثانية تتمثّل في توّصله لحلّ غير عادل⁽²⁾.

لكن تضاف إلى الحالتين السابقتين حالة ثالثة يتّوفر فيها الشكّ فإنّ خوّل للقاضي اللّجوء إلى قواعد القانون العمومية إذا ما بقي شكّ بخصوص الحلّ المتّوصل إليه بالقياس، فإنّه وتطبيقاً لقاعدة الاستنتاج بمفهوم من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل يمكنه أن يعتمد مباشرة قواعد القانون العمومية ما لم يتّوصل إلى حلّ بواسطة القياس⁽³⁾.

وعموماً فإنّ دراسة قواعد القانون العمومية كآلية مخوّلة للقاضي لسدّ الفراغ التشريعي تفترض التطرّق إلى محتوى هذه القواعد للانتهاء عند حقيقة وظائفها.

المبحث الأول: محتوى قواعد القانون العموميّة

إنّه من الثابت استحالة اللّجوء إلى القياس في جميع الحالات وهو ما عبّر عنه الفقيه Del Vecchio بقوله : " إنّ القياس يجد حدوده في الأساس الذي يبنّي عليه ألا وهو معنى القاعدة القانونية والروح التي تركز عليها، فاللّجوء إليه يجب أن يتوقّف إذا ما كان استمرار اعتماده من شأنه أن يؤدي إلى خلق قاعدة جديدة ومختلفة ".

« L'extension analogique rencontre sa limite rationnelle dans ce qui en constitue le fondement, à savoir dans l'esprit propre des règles sur lesquelles elle s'appuie, elle doit s'arrêter au moment où si on la

(1) Monia Kari : Notes à propos d'un texte ambigu : l'article 535 C.O.C. Revue Tunisienne de Droit 1992 page 224.

(2) قرار تعقيبي مدني : عدد 2098 صادر في 1979/12/18.

(3) Monia Kari : notes à propos d'un texte ambigu, RTD 1992 P 225.

poursuivait, elle conduirait à la création d'une règle substantielle , nouvelle et différente ».⁽¹⁾

لذلك وكلما ثبت للقاضي قصور القياس عن سدّ الثغرات التشريعية يفسح المجال لإعمال قواعد القانون العمومية الواردة صلب مجلة الالتزامات والعقود تحت عنوان "في بعض قواعد عامة تتعلق بالقانون". وتطبيقا للمبادئ العامة للتأويل التي تفرض تحديد المعنى اللغوي للألفاظ فإننا نلاحظ أنّ المشرّع قد ذكر بعض هذه المبادئ دون ذكر جميعها وهو ما تدلّ عليه عبارة " في بعض " أو في النصّ الفرنسي " de quelques " .

لذلك فإننا سنخصّص الفقرة الأولى لدراسة قواعد القانون العمومية المقنّنة والتي وردت بالمجلة والفقرة الثانية لقواعد القانون العمومية غير المقنّنة.

الفقرة الأولى : قواعد القانون العمومية المقنّنة :

يثور الإشكال القانوني حول ما إذا كانت قواعد القانون العمومية تتحد مع مبادئ القانون العمومية أو تخرج عنها بمعنى هل أنّ قواعد القانون العمومية هي ذاتها مبادئ القانون العمومية أم أنّها تختلف عنها ؟

ولقد كانت هذه المسألة محلّ اختلاف فقهي بين رجال القانون فمنهم من يرى وحده المفهومين من ذلك الأستاذ نذير بن عموّ الذي برّر تكيف المبادئ بالقواعد في مجلة الالتزامات والعقود بتأثير هذه الأخيرة بمجلة الأحكام العدلية.⁽²⁾

في حين يرفض الشق الآخر هذه الوحدة ويرى أنّ القواعد تختلف عن المبادئ من ذلك الأستاذ عز الدين العرفاوي⁽¹⁾ الذي عبّر عن علوية المبادئ مقارنة بالقواعد ويسانده في ذلك العديد من الفقهاء.

إذ يرى الفقيه George Ripert⁽²⁾ أنّ " المبدأ يحتوي القواعد الخاصة التي تأتي للانضواء في دائرة تطبيقه " .

« Le principe domine les règles particulières qui viennent se ranger sous son application ».

⁽¹⁾ George del Vecchio : les principes généraux du droit, in recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny. 1935. p 69 et s.

⁽²⁾ Nadhir Ben Ammou : le rôle de la cour de cassation. Op.cit p 440.

⁽¹⁾ Ezzeddine Arfaoui : les règles écrites de l'interprétation de la loi thèse sciences juridiques p 343.

⁽²⁾ George Ripert : les forces créatrices du droit. LGDJ 1955 P 328.

إذ تكفي دراسة القواعد الواردة بمجلة الالتزامات العقود لننتهي بالتأكيد على تضمّنها لقواعد تشكّل مبادئ عمومية للقانون وقواعد أخرى لا يمكنها أن ترقى لمرتبة المبدأ.

أ - القواعد المشكّلة لمبادئ عامة للقانون : لابدّ من التذكير وأنّ المقصود بمبادئ القانون العمومية ليس القانون الطبيعي وإنّما هو القانون الوضعي. ويعتبر العميد " Carbonnier أن هذه المبادئ هي عادة ما تكون موجودة في روح القانون وأنّه ترجع للقاضي مهمة ضبطها واستخلاصها " (3).

هذا وأنّ الضبط التشريعي لبعض هذه المبادئ ليس الهدف منه استخلاص تطابق القواعد الخاصة مع المبادئ إذ تحتفظ هذه الأخيرة بعلوية من حيث عموميتها مقارنة بقواعد القانون العامة.

1 - علوية المبادئ من حيث العمومية : قد تصعب أحيانا التفرقة بين مبادئ القانون وقواعده خاصة عندما يكون المشرّع قد انفرد بوضع هذه المبادئ فكل قاعدة قانونية هي عامّة بالضرورة لكن قول كهذا لا ينفي تمتّع المبدأ بصفة العمومية أكثر من القاعدة.

فمن أهمّ خصائص القاعدة القانونية أن تكون عامّة في تحديدها بحيث تشمل جملة غير محدّدة من الأفعال والوقائع التي تدخل تحت طائلة النصّ في المقابل فإنّ عمومية المبدأ يترتّب عنها خلق مجموعة من القواعد التي هي بذاتها عامّة وتتضمّن عدد من الوقائع والأفعال. فلو وضعنا هذه التفرقة في سلّم هرمي لوجدنا في قمّة المبدأ الذي تنفرّع عنه قواعد تدخل تحت طائلتها عديد الأفعال والوقائع.

ولعلّ الأمر يصبح أكثر وضوحا إذا ما إستفينا من المجلة المدنية مثالا على ذلك حيث اقتضى الفصل 576 أنّه :
" يجوز بيع ملك الغير :

- أولا : إذا أجاز له ربّه
 - ثانيا : أو صار المبيع ملكا للبائع بعد فإنّ لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع
- وعلى البائع الخسارة إن لم يعلم المشتري وقت الشراء أنّ البائع فضولي وليس لهذا البائع أن يعارض ببطلان البيع بدعوى أنّه فضولي "

فهذا الفصل يحدّد عقاب بيع ملك الغير ويضبط شروط ذلك لكنّه لم يضع مبدأ عامّا، لأنّ كلّ وضعية قانونية جديدة غير حالة بيع ملك الغير لا تندرج ضمن الفصل 576 م.أ.ع إلاّ إذا تحققت الفرضية القانونية التي يحتويها النصّ المشار إليه ويتضح جليّا بذلك أنّ الفصل 576 م.أ.ع ليس إلاّ قاعدة خاصّة تتوافق مع المبدأ العامّ الذي ورد بالفصل 551 م.أ.ع والذي مفاده أنّه "لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر ممّا لنفسه من الحقوق" فمن لا يملك الشيء لا يمكنه بيعه أو إحالته أو التبرّع وهو ما يؤوّل إلى اعتبار أن المبدأ يكون عامّا بالنظر إلى إمكانية تضمّنه لجملة غير محدّدة من القواعد من ذلك مثلا أنّه يتفرّع عن مبدأ المسؤولية عدّة قواعد خاصة

(3) Jean Carbonnier, droit civil introduction n° 139 p 215.

تتعلّق الأولى بالمسؤوليّة عن الفعل الشّخصي⁽¹⁾ والثانية بالمسؤوليّة عن فعل الغير⁽²⁾ والثالثة بالمسؤوليّة عن فعل الأشياء⁽³⁾ ومن ناحيتها تتميّز هذه القواعد القانونيّة بصفة العموميّة بحيث تدخل تحت طائلتها جملة من الأفعال والوقائع.

وبذلك ينفرد المبدأ بتضمّنه للفكرة التوجيهيّة " idée directrice " في حين تكون القاعدة الخاصّة أكثر اعتناء بالتفاصيل⁽⁴⁾.

ولعلّه من المفيد كذلك التفرقة بين المبدأ الذي يتضمّنه النصّ والنّص الذي يتضمّن مبدأ عامّا للقانون. فكلّ نصّ يثير بذهن الباحث فكرة معيّنة تمثّل قاعدة النصّ والتي هي مبدأ النصّ

Le principe d'un texte.

لكنّ مبدأ النصّ لا يكون مبدأ عامّا للقانون لأنّه عادة ما تتسلّط على مبدأ النصّ العديد من الإستثناءات في حين أنّ المبدأ العام للقانون لا يتحمّل إستثناءات.

من ذلك أنّ مبدأ عدم تجزئة الإقرار الوارد بالفصل 436 م.أ.ع لا يشكّل مبدأ من مبادئ القانون العموميّة لأنّ نفس الفصل تضمّن إستثناءات عديدة مما يحول دون اعتباره مبدأ عامّا للقانون، إذ أنّ صفة العموميّة التي يتميّز بها لا تمكّن من خلق قواعد قانونيّة أخرى.

2 - في بعض القواعد المشكّلة لمبادئ عامّة للقانون : بالرّغم من انضوائها تحت باب في قواعد القانون العامّة فإنّ بعض الفصول لا تشكّل قواعد بقدر ماهي تمثّل مبادئ عامّة فالفصول 547 و 548 و 549 و 551 و 552 م.أ.ع إنّما تكرّس مبادئ عموميّة للقانون ترتبط بالمنطق القائم على التضادّ "

« de contradiction Le principe logique »

فمنطقيّا لا يمكن تصوّر شخص يتمتّع بصفتين متناقضتين وانطلاقا من ذلك اقتضى الفصل 547 م.أ.ع أنّه " من سعى في نقص ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه إلاّ إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح " من ذلك أنّ الفقيه Boulanger يعتبر وأنّ جمع صفتين متناقضتين لدى نفس الشّخص يعوق ممارسته الحقّ ".⁽¹⁾

« La réunion en la même personne de deux qualités opposées paralyse l'exercice d'un droit ».

(1) الفصل 82 و 83 م.أ.ع

(2) الفصل 93 و 93 مكرّر م.أ.ع.

(3) الفصل 96 م.أ.ع .

(4) Nadhir Ben Ammou : Le rôle de la cour de cassation Thèse de Doctorat n° 919 p 448

(1) Boulanger : « Principes généraux de droit et droit positif » étude Ripert LGDJ 1950 T 1 p 251.

كما تبيّن قواعد المنطق الفصل 548 م.إ.ع الذي اقتضى وأن " ما يصدر عن شخص لا يكون حجة له ". فمنطقيا وسائل الإثبات يجب أن تصدر عن الشخص الذي سوف يواجه بها لا من الشخص الذي سوف يعتمد عليها لإثبات حق له.

ونفس التمشي المنطقي ينبني عليه الفصل 549 م.إ.ع الذي نصّ " أنّ من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة " فالوكيل مثلا لا يمكنه أن يقوم بالبيع في حق موكله وبالشراء في حق نفسه.

كما يقوم الفصل 551 م.إ.ع على قواعد المنطق السليم إذ اقتضى أنه " لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لديه من الحقوق ".

ونفس التمشي بالنسبة للفصل 552 م.إ.ع الذي يمنع المفلس من التبرع وفي هذه الحالة عبثية التصرف هي التي تجعل منه مبدأ عامًا⁽²⁾.

كما توجد قواعد أخرى يمكن تصنيفها ضمن مبادئ القانون العمومية لا بناء على تماثلها مع المنطق وإنما على أساس تطابقها مع مفهومي العدل والإنصاف.

ويمكن الإشارة بخصوص هذا الشأن على الفصل 554 م.إ.ع الذي اقتضى أنّ "الخراج بالضمان ومن له النّما فعليه التّوا ". ولقد ارتكز الفقه على المبدأ الذي تضمّنه هذا الفصل لسدّ الفراغ التشريعي بخصوص مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه. وفي نفس هذا الإطار تنتزل أحكام الفصل 553 م.إ.ع الذي تضمّن أنّ " الدائن يقمّ على الوارث ولا يرث إلاّ بعد أداء الدّين " هذا وتصنّف بعض القواعد الأخرى بكونها مبادئ عمومية للقانون من أجل غايات عملية تهدف إلى

التطبيق المرضي للقانون من ذلك يمكن الإشارة إلى الفصل 555 م.إ.ع الذي نصّ أنّ " التعدي على الشخص لا يكون وجها له في الإضرار بغيره ".

فهذا المبدأ بقدر ما يكرّس التخلّي عن فكرة القصاص والثأر التي كانت سائدة قديما بقدر ما يشكّل وضعه من قبل المشرّع رغبة في ضمان خضوع كافة لسلطان القانون الذي يعدّ وحده يكفل ضمان الحقوق⁽¹⁾.

كما يمكن الإشارة إلى مبدأ افتراض حسن النية الوارد بالفصل 558 م.إ.ع ومبدأ افتراض الصّحة في الأمور والمطابقة للقانون في انتظار إثبات العكس الوارد بالفصل 559 م.إ.ع ومبدأ براءة الدّمة حتى يثبت ما يعمرها والذي ورد بالفصل 560 م.إ.ع. فكلّ هذه القرائن والتي وردت من الفصل 558 إلى 562 م.إ.ع تكوّن مبادئ تعنى بالتنظيم القانوني وتخصّ جوهر القانون كما تتعلق بإثباته.

ولعلّ التفرقة بين المبدأ والقاعدة قد تتضح أكثر عندما نستعرض بعض القواعد الواردة بالمجلة والتي لا تشكّل مبادئ عمومية للقانون.

(2) Ezzeddine Arfaoui : les règles écrites de l'interprétation de la loi. p.347.

(1) Ezzeddine Arfaoui : Op.cit p 348.

ب - القواعد غير المشكّلة لمبادئ عامة للقانون : لقد سبقت الإشارة إلى أنّه من بين شروط اعتبار قاعدة ما مبدأً عامّاً من مبادئ القانون العمومية أن يكون مجال تطبيقها متّسعاً وثانياً أن تتضمّن فكرة توجيهيّة ولعلّ ذلك ما يؤدّي بنا إلى إقصاء كلّ من القواعد المخصّصة للتأويل وتلك المحدّدة للقوة الإلزاميّة للنصوص وتلك التي تهدف إلى إقناع متقبّلها بواجبتها من زمرة مبادئ القانون العموميّة.

1 - القواعد المتعلقة بتأويل القانون : يختلف الفقهاء في تحديد الطّبيعة القانونيّة لقواعد تأويل القانون فمنهم من اعتبرها مبادئ عموميّة للقانون.⁽²⁾ ومنهم من نفى عنها هذه الصفة ضرورة وأنّ مبادئ القانون العموميّة تقتض حصول إجماعاً بشأنها، في حين أنّ قواعد تأويل القانون عادة ما تكون عرضة للاختلافات والتضارب من مختلف الأطراف المتعاملة مع القانون.

فقواعد التأويل الواردة من الفصل 532 إلى الفصل 541 م.ا.ع لا تشكّل مبادئ عموميّة للقانون نظراً لكونها وفي حدّ ذاتها غالباً ما تكون موضوع اجتهادات من قبل الفقه وفقه القضاء.

فالتضارب الحاصل حول منزلة كلّ فصل والاختلاف الواقع في اختيار طرق التأويل هما السبب الرئيسي للحيلولة دون اعتبار تلك القواعد مبادئ عموميّة للقانون إذ أنّ كلّ قاعدة

من قواعد التأويل تتوجّه بالضرورة لصعوبة معيّنة اعترضت القاضي المكلف بتطبيق القانون فتضع حلاً لتلك الصّعوبة دون أن تتعدى ذلك الإطار الضيق المخصّص لانطباقها.

2 - القواعد المتعلقة بالقوة الإلزاميّة للقانون : تتمتع كلّ النصوص القانونيّة بقوة إلزاميّة، فمتى تكتسب النصوص مثل هذه الإلزاميّة ؟ لقد تجنّب المشرّع سنة 1906 أن يتناول المصادقة على القوانين لما في ذلك من مسّ بالتقسيم السياسي للسلطات العليا في الدولة لذلك فإنّه لم يتناول بمجلة الالتزامات والعقود سوى مسألة نشر القوانين. فجعل بالفصل 545 منها أنّ القانون يكتسب صفته تلك من تاريخ نشره ومن ذلك الحين يكتسي صفة الإلزاميّة إذ تضمّن الفصل المذكور أنّ : " جهل القانون لا يكون عذراً في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتى على العوام، وذلك بعد نشره ومضيّ المدّة المعيّنة لإجراء العمل به" ويعبّر عن هذه القرينة بالّلغة الفرنسيّة ب :

« Nul n'est censé ignorer la loi ».

ويبرّر الفقهاء قرينة العلم بالقانون بالقول بأنّه " ليس من العدالة أن يخضع الأفراد لقواعد قانونيّة لا يعلمونها بصفة مسبقة. ولكن لما كان من المستحيل أن يحيط الناس علماً بوجود القانون، إذ ليس من السهل أن يحيط كلّ فرد على حدّه بالقواعد القانونيّة، فإنّ المصلحة العامّة

⁽²⁾ (D) Simon : l'interprétation Judiciaire des traités d'organisation international. Paris 1981. Cité par Ezzeddine Arfaoui. Op.cit p350.

تقضي أن يوضع مثل هذا المبدأ حتى لا يوجّه الخطاب إلى بعض الأفراد دون غيرهم وإلاّ سادت الفوضى وعدم الاستقرار والاضطراب في نطاق المعاملات وثارَت المنازعات حول علم الناس أو جهلهم بالقوانين⁽¹⁾. ومع ذلك ورغم وجاهة هذا التبرير فإنّ جلّ الشراح ينازعون في مدى ارتباط هذه القاعدة بالواقع إذ يصعب على الأفراد العلم بالقانون حتى بعد نشره⁽²⁾.

فقرينة العلم بالقانون هي قرينة تحتل العديد من الإستثناءات وهو الشيء الذي يحول دون اعتبارها مبدأ من مبادئ القانون العمومية ممّا يتماشى مع توجّه التشريع التونسي الذي لم يجعل من قرينة العلم بالقانون مبدأ عامّاً من مبادئ القانون حيث توحى القراءة العكسيّة للفصل 545 م.إ.ع بأنّه يكرّس نسبيّة هذه القرينة.

كما يمكن الإشارة بخصوص القواعد التي تهّم القوّة الإلزاميّة للقانون للفصول 542 و 543 و 544 م.إ.ع والتي ترتبط وثيق الارتباط بالتكريس التشريعي لمصادر القانون، إذ يقتضي الفصل 542 م.إ.ع أنّه "لا تنسخ القوانين إلّا بقوانين بعدها إذا نصّت المتأخّرة على ذلك نصّاً صريحاً أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها".

ويفهم من منطوق الفصل المذكور وأنّ المشرّع لم يتبنّى مبدأ عامّاً مفاده التطوّر التلقائي للقاعدة القانونية بحسب الأحوال التي من شأنها أن تؤثر فيها مكتفياً بالتنقيص صلب المجلة المدنية على قاعدة نسخ القوانين بموجب قوانين أخرى تأتي بعدها أو تستوعبها وذلك بالرغم من

تأثره بمجلة الأحكام العدليّة التي تضمنت صراحة مبدأ عامّاً مفاده التطوّر التلقائي للقاعدة القانونية كلّما تغيرت الظروف التي نشأت فيها إذ اقتضى كلّ من الفصل 39 من هذه المجلة والفصل 656 من المشروع التمهيدي ما يلي : "قواعد القانون ليست مطلقة وتتغيّر بحسب الأحوال التي تحيط بها زمن نشأتها وكذلك بحسب المنفعة"⁽¹⁾.

3 - القواعد ذات الغايات الإقناعية : تهدف هذه القواعد إلى إقناع الشّخص المتقبّل بوجاهة نظريّة ما من ذلك أنّ الفصل 556 م.إ.ع تضمّن "أنّ الأصل ارتكاب أخفّ الضّررين"، كما يمكن الإشارة إلى الفصل 557 م.إ.ع الذي يقتضي أنّه "إذا تعارضت منفعة عامّة ومنفعة خاصّة ولم يمكن التوفيق بينهما قدّمت العامّة".

ويرى الأستاذ محمّد الشّرفي أنّ هذه القواعد إنّما أساسها المنطق السّليم والقيمة النّبيلة لأنّها عبارة عن قواعد حكميّة وردت بالفقه الإسلامي واقتبستها منه مجلة الأحكام العدليّة⁽²⁾ هذا ويلاحظ الأستاذ محمد الشّرفي أنّ هذه القواعد بالرغم من تضمينها بمجلة الالتزامات والعقود منذ سنة 1906 فإنّه لم يقع تطبيقها إلّا نادراً فالفصل 556 منها لم يقع تطبيقه إلّا مرّة واحدة⁽³⁾.

(1) توفيق حسن فرج . المدخل للعلوم القانونية- الدّار الجامعيّة ببيروت 1993 ص 298 .

(2) Français terré : Introduction générale au droit. Précis Dalloz, 3^{ème} édition 1996 p 357.

(1) Mohamed Arbi Hachem : De l'interprétation des conventions et de quelques règles générales de droit, Colloque unidroit, Rome, Novembre 1997 p 234.

(2) محمّد الشّرفي : مدخل لدراسة القانون ص 225 دار سیراس للنشر طبعة سنة 1991.

(3) أنظر مجلّة القضاء والتّشريع سنة 1964 عدد 3 ص 63 قرار مؤرّخ في 1963/11/04.

ولعلّ ذلك ما يؤكّد القول بكون هذه القواعد لا تشكّل مبادئ عموميّة للقانون هذا ولقد ذهب البعض من الفقهاء في فرنسا إلى اعتبار هذه القواعد ليست بقانونيّة فهي لا توجد داخل القانون المكوّن عادة من قواعد تمنع وتبيح أو تأمر، وإنما تلك القواعد وضعت لتدعيم القانون وهو ما عبّر عنه Cornu بقوله :

" Ces adages soutiennent le droit "

وهكذا فإنّ هذه القواعد تمثّل مبرّرات قانونيّة يقع اللّجوء إليها في خطاب ما بقصد إقناع المخاطب بصحّة قرار ما أو بمدى تطابقه مع مقتضيات العدل والإنصاف لكن لا يمكن بحال الاقتصار عليها لتبرير حكم أو تعليله.

وهكذا ولئن تضمّن الفرع الثاني من الباب الثاني للمجلّة بعض القواعد العامّة المتعلقة بالقانون فإنّ المشرّع ترك للقاضي عناية إستيقاء البعض الآخر منها ولعلّ ذلك ما يثير التساؤل القانوني حول مصادر هذه القواعد، فهل يفرض على القاضي الإحتكام إلى القواعد الكلّية للفقه الإسلامي أم يتسنى له الرجوع إلى مبادئ القانون العموميّة بمفهومها الغربي ؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل ستشكّل موضوع الفقرة الثانية من هذا المبحث.

الفقرة الثانية : قواعد القانون العمومية غير المقتنّة:

لقد اكتفى المشرّع بمجلّة الالتزامات والعقود بالتّصيص على وجود قواعد عموميّة للقانون غير تلك المنصوص عليها بالمجلّة وبذلك أسند للقاضي المكلف بتطبيق القانون مهمّة البحث عنها⁽¹⁾ وطرح الإشكال أمام القاضي بخصوص مصادر قواعد القانون العمومية غير المقتنّة .

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول هذه المسألة فمن الفقهاء من رأى أن الفصل 535 م.أ.ع لم يحل القاضي إلى القواعد الكلّية بل أحاله بالأساس إلى مبادئ القانون العموميّة في حين رأى البعض الآخر أنّ الفصل المذكور قد أحال القاضي إلى القواعد الكلّية الواردة بالفقه الإسلامي.

أ - اللّجوء إلى القواعد الكلّية في الفقه الإسلامي : يعتبر الأستاذ محمّد العربي هاشم من أهم أنصار الرّأي القائل بضرورة الإحتكام إلى القواعد الكلّية في الفقه الإسلامي واعتبارها مصدرا من مصادر التشريع. فما هي مبرّرات هذا الرّأي وما هي انعكاساته العمليّة ؟

1 - مبرّرات الإحتكام للقواعد الكلّية : لقد تكرّست القواعد الكلّية بمرور الزّمن وذلك خاصّة من خلال اجتهادات الفقهاء. ففي بداية ظهورها كانت تهدف إلى شرح وتعليل القواعد الخاصّة⁽²⁾ ولقد جمع الشّافعي جلال الدّين الأسيوطي والحنفي ابن نجيم هذه القواعد الكلّية في كتاب يحمل

⁽¹⁾ Ezzddine Arfaoui : les règles écrites de l'interprétation de la loi op.cit p 354.

⁽²⁾ صبحي محمّصاني : فلسفة التشريع في الإسلام. دار العلم للملايين بيروت 1961 ص 266.

عنوان الأشباه والنظائر والذي كان ولا يزال المصدر المباشر للقواعد الكلية التي اقتبستها مجلة الأحكام العدلية فيما بعد. ولقد تأثر المشرع التونسي بهذه القواعد فكرّس البعض منها في مجلة الالتزامات والعقود مكتفيا بما يتماشى مع قانون مقنّن تاركا للقاضي مهمة البحث عن غيرها من مصدرها الرئيسي كلّما دعت الضرورة إلى ذلك.

ولكن هذا الاحتكام إلى القواعد الكلية لم يسانده البعض الآخر من الفقهاء الذين اعتبروا وأنّ القاضي ملزم بالقواعد المنصوص عليها بالمجلة دون الحاجة للبحث في مصادر أخرى بما في ذلك مجلة الأحكام العدلية نظرا لما يمثّله ذلك من تجاوز لإرادة المشرع.

فالأستاذ محمّد الشرفي يرى وأنّ القاضي إذ لم يجد حلاً للفراغ التشريعي من بين القواعد المقنّنة بالمجلة فإنّه لا يتسنّى له سوى الرجوع إلى مبادئ القانون العموميّة⁽³⁾ وليس إلى القواعد الكلية على أساس وأنّ المشرع سنة 1906 إنّما قام بعملية فرز فقنّ القواعد التي رأى أنّها تتماشى مع نظام شكلي وضعي⁽⁴⁾.

2 - أهمية الاحتكام إلى القواعد الكلية : يعتبر الأستاذ محمد العربي هاشم أنّ المشرع عندما أحال إلى قواعد القانون العمومية إنّما أحال إلى القواعد الكلية الفقهية أي إلى مبادئ الفقه الإسلامي وقد أعطى ضمن المجلة البعض منها تاركا للباحث وللقاضي حرية استلزام الحلول بالرجوع إليها طالما أنّها مدوّنة بمجلة الأحكام العدلية ومفسّرة في كتب الأصوليين والتابعين⁽¹⁾. لكنّه مع ذلك لم ينته بالقول بكون الفقه الإسلامي يشكّل مصدرا ثانويّا من مصادر القانون التونسي بل على العكس من ذلك فهو يؤكد أنّ الفصل 535 م.أ.ع لا يحيل بصفة مباشرة إلى مبادئ الفقه الإسلامي وإلى القانون الطبيعي وذلك على خلاف الأنظمة العربية الأخرى كالقانون المصري مثلا.

ولعلّه من الجدير الإشارة إلى كون القواعد الكلية لا تعتبر مصادرا من مصادر التشريع ضرورة وأنّها تنبثق عن اجتهادات فقهية لا يمكنها تعويض أو مخالفة قاعدة وضعيّة.

لذلك يعتبر الفقهاء أنّ القواعد الكلية لا يمكن الارتكاز عليها لتعليل الأحكام⁽²⁾ ومن هنا وجب الفصل بين القواعد الكلية والقواعد الخاصة في التشريع الإسلامي فالقواعد الكلية هي أشبه بالقواعد الأخلاقية التي تنظم السلوك السويّ للفرد⁽³⁾ والتي يمكن اعتمادها كأساس للقاعدة القانونية حيث لا استغناء لرجل القانون عن هذه القواعد. وللتدليل على ذلك يمكن الإشارة إلى أحكام الفصل 20 من مجلة الأحكام العدلية الذي نصّ على "ضرورة إزالة الضرر" وإلى أحكام الفصل 25 من نفس المجلة التي تضمّنت أنّ الضرر لا يزال بمثله.

(3) محمّد الشرفي : مدخل لدراسة القانون. مرجع مذكور سابقا ص 255 - 256.

(4) لقد جاء على لسان مقررّ اللجنة سانيلانا ما يلي : " ذلك هو عملنا وهو عمل لا يعدو أن يكون عملية جني أخذنا فيها من جميع الأيدي ما كان صالحا للعمل النهائي.... اقتصرنا على شرح الفقه الإسلامي وإتمامه واختيار ما يصلح من مختلف النظريات... المهمة التي كان على النخبة أن تؤدّيها هي أن تستخرج منها المبادئ وأن تضبط قواعدها... وكذلك إلغاء كلّ ما له تعلق بحالة مادية وفكرية تجاوزها المجتمع.

(1) محمد العربي هاشم محاضرات في القانون المدني للسنة الأولى حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية تونس سنة 1988 - 1989 ص 69.

(2) صبحي محمّصاني : مرجع مذكور سابقا ص 267.

(3) Ezzeddine Arfaoui : op cit : p 359.

فهذان النّصان يمكن اعتمادهما والارتكاز على مضمونيهما لسدّ فراغ تشريعي بخصوص إزالة ضرر ما.

فعلى سبيل الذكر يمكن الإشارة إلى أنّ القانون المدني التونسي يشهد غياب نصّ بخصوص حماية الشّركاء المكوّنين للأقلّيّة في الشركات خفيّة الاسم. ففي بعض الحالات لا يمكن نسب أيّ خطأ للأغليّة كما أنّ نظريّة التعسّف في استعمال الحقّ ليست مناسبة لإرساء التوازن بين الشّركاء⁽⁴⁾ وهنا يمكن للفصل 20 من المجلّة العثمانية بوصفه قاعدة كليّة أنّ يسدّ الفراغ التشريعي بهذا الخصوص ويحقّق حماية للشّركاء المكوّنين للأقلّيّة.

ولعلّ ما يعاب على فقه القضاء في بلادنا رجوعه إلى القواعد الأساسيّة *Les règles substantielles* للفقه الإسلامي في حين أنّ هذا الأخير ليس مصدرا ثانويا من مصادر التشريع التونسي وإنّما هو مصدر ماديّ يتعارض اعتماده مع مقتضيات القانون الوضعي⁽⁵⁾ وبالتالي فإنّه لا يمكن بأيّة حال اعتبار الفقه الإسلامي مصدرا ثانويا من مصادر التشريع

التونسي وإنّما يقتصر الأمر على اعتبار القواعد الكليّة الواردة بهذا الفقه كمصدر ثانوي لسدّ الفراغ التشريعي الذي قد يتسرّب إلى قانوننا المدني.

ولعلّ قرار ساميّة هو من أهمّ القرارات التي كان على القضاء فيها أن يعتمد على القواعد الكليّة للفقه الإسلامي لسدّ الفراغ التشريعي بخصوص تغيير الجنس. ففي هذه القضية تقدّم المدعو سامي والذي أجرى عمليّة جراحية في إسبانيا بدعوى في تغيير إسمه من سامي إلى سامية إثر تحوّل من ذكر إلى أنثى.

وفي هذه الحالة كان من الممكن الرّجوع إلى القاعدة الكليّة الواردة بمجلّة الأحكام العدليّة والتي مفادها أنّ الضرورات تبيح المحضورات، فالمدعو سامي لم يرغب تلقائيا في تغيير جنسه وإنّما كان ذلك نتيجة عوامل فيزيولوجيّة تعمّقت معه بمرور الزمن وأدّت به قصرا إلى تغيير جنسه.

لكن محكمة الاستئناف مؤيّدة بذلك قرار المحكمة الابتدائية القاضي بالرّفض اعتبرت وأنّ "تغيير الجنس بصفة إرادية وتلقائيّة يتنافى مع أحكام الشرعيّة الإسلاميّة والنّظام العام ولا يؤدي إلى تغيير الحالة المدنيّة"⁽¹⁾.

فالتّوجه الذي انتهجته المحكمة في هذه القضية يجعل من الشريعة الإسلاميّة المصدر الأوّل لسدّ الفراغ التشريعي في مادة الأحوال الشخصية إذ ارتكزت المحكمة لتعليل قرارها على

(4) توفيق بن نصر، تعليق على قانون الشركات التجاريّة، دار الميزان للنشر تونس 1996 ص 423 إلى 437.

(5) محمّد كمال شرف الدّين : محاضرات في القانون المدني للسنة الأولى حقوق سنة 1994 - 1995 ص 69.

(1) قرار استئنافي مدني عن محكمة الاستئناف بتونس عدد 10298 صادر بتاريخ 1993/12/22 ، مجلّة القضاء والتشريع 1994 عدد 1 ص 109 - 122.

القرآن والسنة والاجتهاد مبررة ذلك بكون الفصل الأول من الدستور التونسي يجعل من الدين الإسلامي هو دين الدولة التونسية.

فمن القرآن رجعت للآية القرآنية التي جاء بها قوله تعالى⁽²⁾ : " الله يعلم ما تحمل كلّ أنثى وما تفيض الأرحام وتزداد وكلّ شيء عنده بمقدار " .

ومن السنة اعتمدت المحكمة على حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي جاء به : " لعن الله الرجال المتشبهين بالنساء والنساء المتشبهات بالرجال " . ولئن كان هذا الحديث ينطبق

على فئة من الناس كانت لها حرية القرار فإن ذلك لا ينطبق على سامي في قضية الحال لأنّ هذا الأخير قد واجه حالة من حالات الضرورة تمثلت في ظهور عوارض فيزيولوجية أدت به إلى اتخاذ قرار تغيير جنسه فقراره في نهاية الأمر لم يكن إراديا محضا.

ولقد تنبّهت محكمة الاستئناف إلى عدم وجاهة التبريرات التي قدمتها لتعليل حكمها القاضي بالرّفص فأتارت القاعدة الكلية التي مفادها أنّ الضرورات تبيح المحضورات وانتهت بالقول لأنّ سامي لم يكن في خطر محقق وحال يصعب تفاديه أدى به إلى تغيير جنسه.

لذلك فإنّه يعاب على المحكمة عدم إشارتها للفصل 535 م.إ.ع والذي كان من المفروض إثارته عند اصطدامه بحالة من حالات الفراغ التشريعي حين يفرض عليها النصّ المشار إليه أعمال القياس وفي صورة بقاء شكّ اللّجوء إلى قواعد القانون العمومية سواء المتقنة منها أو غير المتقنة وهو أمر كان من الممكن أن يؤدي بها إلى تطبيق القاعدة الكلية الواردة بالفصل 21 من مجلة الأحكام العدلية.

لئن اعتبر الأستاذ محمد العربي هاشم أن القواعد الكلية قد تمّ ضبطها من قبل الفقيه الحنفي ابن نجيم في كتابه " الأشباه والنظائر " إلاّ أنّه لم يقصر جدوى اللّجوء لآلية قواعد القانون العمومية في الرجوع إلى الفقه الإسلامي عبر قواعده الكلية وإنّما يرى أنّ الفصل 535 م.إ.ع يخوّل أيضا للقاضي

الرجوع إلى مبادئ القانون العمومية والتي يمكن استلهاها من فلسفة القانون ذاته وغاياته وأهدافه كمبدأ حرية التعامل في الأنظمة الرأسمالية الليبرالية وكحرية ممارسة التجارة وحرية الإرادة والحريات الفردية والسياسية ومبدأ المساواة إلى غير ذلك⁽¹⁾.

ب - اللجوء إلى مبادئ القانون العمومية :

تكتسي أحكام الفصل 535 م.إ.ع أهمية خاصة من حيث أنّها تحدّد المصادر الاحتياطية لسدّ ثغرات التشريع، لكن ما يلاحظ بخصوص هذا الفصل أنّه جاء نقلا حرفيا عن الفصل الثالث من المجلة المدنية الإيطالية واقتصر الاختلاف بين النصين في تبني الأول لمفهوم قواعد القانون

(2) سورة الرعد الآية عدد 7 .

(1) محمّد العربي هاشم : محاضرات في القانون المدني للسنة الأولى حقوق سنة 1988 - 1989 ص 162 .

العمومية في حين تبنى الثاني مفهوم مبادئ القانون العمومية حيث تضمن الفصل 3 من المجلة المدنية الإيطالية ما يلي :

« On ne peut, en appliquant la loi lui attribuer un autre sens que celui qui résulte de la signification propre des termes, d'après la connexion qui existe entre eux et l'intention du législateur. Lorsqu'un litige ne peut être tranché au moyen d'une disposition précise de la loi, on doit recourir aux dispositions qui régissent des cas semblables en matière analogue, lorsque le doute subsiste toujours on se prononcera d'appliquer les principes généraux de droit ».

فهو يعكس هذا الاختلاف بين النصين رغبة من المشرع في إقصاء مبادئ القانون العمومية من بين آليات سدّ الفراغات التشريعية أم أنّ إمكانية اللجوء إليها لا تزال قائمة ؟. إنّ التأويل اللفظي للفصل 535 م.إ.ع قد يؤدي بنا إلى إقصاء مبادئ القانون العمومية كمصدر ثانوي لسدّ الفراغ التشريعي (1) ولكن بمعاينة عمل المحاكم نلاحظ استنادا مطردا على هذه المبادئ حيث تكتسي هذه الأخيرة طابعا وضعيا من خلال كيفية تبلورها (2).

1 - سلطة مبادئ القانون العمومية : ينطلق الفقيه Del Vecchio من الفصل 3 من المجلة المدنية الإيطالية ليمنح القاضي إمكانية اعتماد مبادئ القانون العمومية وذلك على أساس تمتعها بسند تشريعي. فالنص ذاته مكن القاضي من إعمال القياس وفي صورة بقاء الشكّ من اللجوء إلى مبادئ القانون العمومية⁽¹⁾ وعلى خلاف ذلك فإنّ القانون التونسي يشهد غياب سند تشريعي يسمح للقاضي بذلك وذلك لاقتصار الفصل 535 م.إ.ع على قواعد القانون العمومية دون مبادئه.

فهو يمكن اعتبار مبادئ القانون العمومية مصدرا مستقلا من مصادر التشريع؟.

في هذا السياق ترى مدرسة الشرح على المتون أنّه لا يمكن اعتبار مبادئ القانون العمومية مصدرا من مصادر القانون⁽²⁾ فالقاضي إنّما يستقي هذه المبادئ من النصوص القانونية المكتوبة وهو الأمر الذي يلزمه باعتماد مبادئ القانون العامة المكرّسة تشريعيا⁽³⁾.

وعلى خلاف ذلك يرى العميد Carbonier أنّ مبادئ القانون العمومية إنّما هي مصدر من مصادر التشريع وذلك بالنظر إلى العلاقة الوثيقة بين تلك المبادئ والعرف وفقه القضاء⁽⁴⁾ لذلك ينتهي باستخلاص أنّ القاضي لا يخلق هذه المبادئ إذ هي موجودة في روح القانون.

(1) G.Del Vecchio : les principes généraux de droit, Mélanges F. Geny p 71.

(2) Monia Kari : notes à propos d'un texte ambigu : RTD 1992 P 232.

(3) يرى العميد جيني في كتابه " Méthodes d'interprétation et source de droit positif " ما يلي :

« Il faut d'abord, de la loi, ou des règles de droit qui s'en dégagent remonter aux principes supérieurs et de ceux-ci ensuite déduire les conséquences p 45.

(4) Jean Carbonnier : Introduction : droit civil n° 139 p 214 « Les principes généraux de droit constituent un type intermédiaire entre la coutume d'origine populaire d'une part, et d'autre part la jurisprudence ou la doctrine ».

ويساند العميد الصادق بلعيد هذا الرأي إذ يعتبر وأن هذه المبادئ إنما تكون مصدرا مستقلا من مصادر التشريع من حيث أنّ وجودها غير مرتبط بوجود التشريع المكتوب مضيفا أنّ بلورة هذه المبادئ إنما هو من خالص عمل القضاء.

« Les principes généraux de droit » sont une pure création prétorienne. « ils sont » : de par leurs nature des notions abstraites et dépourvues à priori d'une signification précise. Il en découle que leur positivité, leur efficacité juridique est conditionnée par un effort préalable de précision, effort qui ne peut être que l'apanage du juge ».

ويؤكد الفقيه Bergel وأنه وبالرغم من امتناع القاضي من خلق هذه المبادئ فإنه لا يمكننا إنكار دوره الخلاق بخصوصها.

« Bien que le Juge se soit toujours défendu d'être l'auteur des principes généraux de droit, on ne peut y nier le pouvoir normatif du Juge ».

هذا ويميّز الأستاذ عز الدين العرفاوي بين الطّبيعة القانونية لمبادئ القانون العموميّة في القانون الخاص و لهذه المبادئ في القانون الدولي العام . معتبرا أنّ هذه المبادئ لا تشكل مصدرا من مصادر التشريع في القانون الخاص وذلك لافتقادها لكل مشروعية أصلية Une légitimité originaire وذلك على خلاف ما هو عليه الشأن في القانون الدولي العام إذ ينصّ الفصل 38 من قانون محكمة العدل الدولية الملحق بميثاق الأمم المتّحدة أنّ "مبادئ القانون العمومية المعترف بها من قبل الدول المتحضّرة إنّما تشكل مصدرا من مصادر القانون." (1) لكنّه لا ينفي وأنّ التكريس فقه القضائي لهذه المبادئ إنّما يدمجها ضمن القانون الوضعي وينتهي باستخلاص وأنه وبصرف النظر عن المتن المتمثّل في الفصل 535 م.إ.ع فإنه يمكن للقاضي اللجوء إلى مبادئ القانون العموميّة التي تكتسب صبغة وضعيّة من خلال طرق بلورتها.

2 - طرق بلورة مبادئ القانون العمومية : يسمح مفهوم مبادئ القانون العموميّة بتطوير القانون سواء من خلال النصوص القانونيّة الموجودة أو خارجها. فالاستدلال بطريق القياس ممكن في حالات غياب النصّ إذ يطبّق القاضي في هذه الحالة القاعدة التي تنظّم وضعيّة مشابهة، فعلى سبيل الذكر يمكن تطبيق الفصل 103 م.إ.ع المتعلق بالتعسف في استعمال الحق على علاقة تعاقدية.

(1) Ezzeddine Arfaoui : op cit p 366.

فهذا التمشي غالبا ما يكون عرضة للنقد من حيث عجزه عن خلق مبدأ عام. فالقياس لا يترتب عنه إلا مدّ تطبيق حالة منصوص عليها على حالة أخرى سكت النص عنها وتكون متشابهة للأولى⁽²⁾.

فالقاضي لا يتوصل إلى مبادئ القانون العمومية عبر القياس وفي ذلك فهم صحيح لمقتضيات الفصل 535 م.أ.ع إذ يوجد المبدأ القانوني العام بصفة ضمنية في النصوص المكتوبة⁽³⁾. وفي هذا السياق يرى الفقيهان Ghestin et Goubeaux أن ما يميز هذه المبادئ

إنما تطبيقها من طرف القضاة وليس خلقها من طرفهم وذلك على أساس إستيقائهم هذه المبادئ من التشريع المكتوب والعرف والفقه إذ جاء على لسانهما:

« Ce qui caractérise essentiellement les principes généraux de droit, c'est leur application par la jurisprudence. Mais celle-ci ne les crée pas. Elle les extrait de la loi ou de la coutume savante, avec l'aide de la doctrine ».

والملاحظ وأن من الناحية العملية فإن القاضي يعفى من ذكر النص القانوني الذي ارتكز عليه لاستخلاص مبدأ قانوني عام. ففي العديد من القرارات بما في ذلك تلك الصادرة على محكمة التعقيب نجدها تتضمن تنصيحا على مبدأ قانوني عام كمبدأ التقاضي على درجتين⁽¹⁾ أو مبدأ حياد القاضي⁽²⁾ أو مبدأ القوة الملزمة للعقود⁽³⁾ وذلك دون ذكر النصوص القانونية التي كرّست تلك المبادئ مكتفية بالتنصيص على أنه " من المتعارف عليه فقها وقانونا " أو " من المبادئ القانونية المسلّم بها فقها وقضاء " ولعلّه يمكن تبرير ذلك بطبيعة عمل القاضي المتمثل في فصل النزاعات لا في الانغماس في النظريات إذ يعدّ ذلك خالص عمل الفقهاء. وبذلك يكمل الفقه القضاء بأن يعنى الأول بالمجهود الفكري ويعفى الثاني من تبرير التأويل الذي انتهجه بشأن نصّ قانوني ما، وبذلك فإنّ عمل الفقهاء ليس من شأنها أن يخلق مبدأ من مبادئ القانون العمومية وإنما يعود ذلك للقاضي والذي يستعين في مهمته تلك بكامل النظام القانوني. إذ يرى Del vecchio في هذا المعنى أن :

« le juge doit dominer et pour ainsi dire revivre le système entier en se pénétrant dans son unité spirituelle, depuis les principes lointains et sous- entendus jusqu'aux plus minimes dispositions de détails »⁽⁴⁾.

(2) يرى Del Vecchio أن " L'analogie se distingue de l'induction en ce qu'elle ne va pas du particulier au général, mais du particulier à un particulier cordonné. On ne peut par suite en logique rigoureuse, construire une vérité générale au moyen d'analogie : les Principes Généraux de Droit, Mélanges en l'honneur de F.Geny Op.Cit. p 70

(3) Nadhir Ben Ammou : Thèse : le rôle de la cour de cassation p 451.

(1) قرار مدني تعقيبي عدد 10251 - مؤرخ في 14 ماي 1984 نشرية محكمة التعقيب ص 140.

(2) قرار مدني تعقيبي عدد 26229 - مؤرخ في 5 أفريل 1990 نشرية التعقيب جزء مدني ص 30.

(3) قرار مدني تعقيبي عدد 8665 - مؤرخ في 27 ديسمبر 1973 نشرية محكمة التعقيب جزء مدني III ص 201

(4) G Del Vecchio : Les principes généraux de droit. Op.Cit. p 239

وخلاصة القول فإنّ ظهور مبادئ القانون العمومية إنّما هو عصارّة المجهود الخلاق للقاضي شريطة أن لا يتجاوز هذا الأخير الإطار الوضعي من حيث معطياته وحدوده⁽⁵⁾.
لئن كانت طريقة بلورة مبادئ القانون العمومية موضوع اختلافات فقهية، فإنّ وظائف هذه المبادئ متفق عليها خاصّة فيما يتعلّق بسدّ الفراغ التشريعي وهو ما سنحاول التطرّق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل والذي سيقع إثراؤه ببعض الاجتهادات فقه القضائية بخصوص اللّجوء إلى قواعد القانون العمومية.

المبحث الثاني : جدوى قواعد القانون العمومية :

لم يحدّد المشرّع قواعد القانون العمومية الواردة بمجلة الالتزامات والعقود على سبيل الحصر وإنما اكتفى بذكر البعض منها تاركا للقاضي عناية استخلاص البعض الآخر وإدراجه ضمن النظام القانوني من أجل مزيد إثرائه.

والفصل 535 م.أ.ع جعل من اللّجوء إلى قواعد القانون العمومية آلية لتجاوز الثغرات التشريعية التي تسبّب في ظهورها التّطور التشريعي للحياة العملية بما تفرزه من مستجدات يعجز المشرّع عن مسايرتها.

وبذلك نستخلص وأنّ من أهمّ وظائف قواعد القانون العمومية تتمثّل في إثراء النّظام القانوني ولكن ذلك لا ينفى بعض الوظائف الأخرى التي تضطلع بها وهو ما سنتطرق إلى دراسته في الفقرة الأولى من هذا المبحث قبل أن ننتهي إلى دراسة مدى نجاعة هذه القواعد وذلك من حيث التّطبيق فقه القضائي لها في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى : وظائف قواعد القانون العمومية :

لا تشكّل جلّ قواعد القانون العمومية المقتنّة مبادئ عمومية للقانون، لكن القواعد التي تكوّن مبادئ والتي يستلهمها القاضي من كامل النظام القانوني لها وظائف عديدة فهي من ناحية تساعد على تجاوز الثغرات التشريعية (أ) ومن ناحية أخرى تساعد على مزيد فهم القواعد الخاصة (ب) وهي بذلك تساهم في إثراء النّظام القانوني.

أ - وظيفة سدّ الفراغ التشريعي : إن المتمعّن في مسألة سدّ الفراغ التشريعي بواسطة اللّجوء إلى مبادئ القانون العمومية ينتهي بملاحظة محدوديّة الدّور الذي تلعبه هذه الأخيرة وغياب الخيال الخلاق على حدّ قول الأستاذ محمّد العربي هاشم ولئن كانت هذه الحقيقة مسبّبة إلّا أن تلك الأسباب لا تبرّر وبصورة موضوعيّة احتشام اللّجوء إلى تلك المبادئ.

⁽⁵⁾ Monia Kari : Notes à propos d'un texte ambigu : RTD 1992.

1 - مظاهر سدّ الفراغ التشريعي : تتمثل وظيفة القاضي في فصل النزاع وهذه المهمة هي بمثابة الالتزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية فالقاضي محمول على ذلك بصرف النظر عن نتيجة هذا الفصل بالنسبة لطرفي النزاع. ومن هنا كان لابد أن يتسلّح في مهمته تلك بالنصوص القانونية. ولما كانت هذه الأخيرة محدودة من حيث الكم في مقابلة وقائع لا متناهية فإنه قد تعترض القاضي واقعة ما ينتصب للفصل فيها ولا ينطبق عليها أي نصّ موجود. من هنا يتحمّل القاضي واجب الاجتهاد حتّى لا ينكر العدالة.

ولئن تأثّر المشرّع بمدرسة الشّرح على المتون فإنّه نظّم هذه الفرضيّة صلب الفصل 535 مدني الذي يوجب على القاضي اعتماد النّصوص المشابهة وتطبيق الحلّ الذي تضمّنته على الحالة المعروضة عليه وهو ما سبقت الإشارة إليه أو أن يلجأ إلى قواعد القانون العمومية المقننة منها وغير المقننة لاستخراج حلّ يفصل النزاع بموجبه.

والملاحظ بهذا الصّد ندرة الحالات التي يعتمد فيها القاضي قواعد القانون العموميّة ضرورة و أنّ الانتقال إلى أعمال هذه القواعد مقيد تشريعياً بجملّة من الشّروط، إذ لا يمكن اللّجوء إلى قواعد القانون العموميّة إلّا في صورة غياب النّصّ وكذلك في صورة استحالة أعمال القياس و قصوره عن تمكين القاضي من التوصل إلى حلّ النزاع.

فمثلاً في مادة تنازع القوانين في الزّمان فإنّ المشرّع وضمن مقتضيات الدّستور نصّ على مبدأ شرعيّة الجرائم والعقوبات والذي مفاده أنّ تسليط العقاب على مرتكب فعل إجرامي إنّما يكون وفق نص قانوني سابق الوضع وذلك حتى يتسنى للمجرم تحديد سلوكه وفق ما هو محرّم و وفق ما هو مباح.

لكنّ هذا المبدأ ولئن نجده في المادة الجزائيّة فإنّ تشريعنا المدني يشهد غياب مثل هذا النّص. وذلك على خلاف العديد من التّشاريح الأجنبيّة كالقانون المغربي الذي ينصّ بالفصل 9 من المجلّة المدنيّة منه أنّ القانون لا ينطبق إلّا على المستقبل إذ ليس له أيّ أثر رجعي⁽¹⁾.

هذا والملاحظ وأنّه غالباً ما يقع عند المصادقة على القوانين التّنصيب على كون القانون الجديد ليس له أثر رجعيّ، لكن مثل هذه المقتضيات لا تکرّس مبدأ قانونيّاً عامّاً يفيد عدم رجعيّة القانون في المادّة المدنيّة وغاية ما في الأمر أنّه يمثل توجّها تشريعياً نحو إقرار عدم رجعيّة القانون الجديد.

فمن الجليّ أنّه يوجد فراغ تشريعي بهذا الخصوص حاول فقه القضاء سدّه من خلال تكريس مبدأ عدم رجعيّة القوانين وذلك من خلال العديد من القرارات. وفي نفس هذا الإطار لجأت محكمة التّعقيب إلى مبادئ القانون العموميّة لسدّ الفراغ التشريعي الحاصل بخصوص أسباب الطّعن بالتّعقيب، إذ ينصّ الفصل 175 م.م. م. ت أنّه " يمكن الطّعن بالتّعقيب في الحالات التّالية:

أوّلاً : إذا كان الحكم مبنيّاً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.
ثانياً : إذا كان الحكم صادراً فيما يتجاوز اختصاص المحكمة التي أصدرته.

⁽¹⁾ Article 2 C.C.F : « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ».

ثالثا : إذا كان هناك إفراط في السّلطة.
رابعا : إذا لم تراعى في الإجراءات أو في الحكم الصيغ الشكلية التي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط.
خامسا : إذا كانت هناك أحكام نهائية متناقضة في نصّها وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب.
سادسا : إذا صدر الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر ممّا طلبوه أو أغفل الحكم الاستئنافي في بعض الطلبات التي حكم فيها ابتدائيا أو كان نصّ الحكم مشتملا على أجزاء متناقضة.
سابعا : إذا صدر الحكم على فاقد الأهلية بدون أن يقع تمثيله في القضية تمثيلا صحيحا أو وقع تقصير واضح في الدّفاع عنه وكان ذلك هو السبب الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه. "

وبالتمعّن في هذا النصّ يستشفّ أن حالات الطّعن بالتّعقيب إنّما وردت على سبيل الذّكر لا الحصر ممّا يخوّل للقاضي قبول حالات أخرى من حالات الطّعن لم يرد ذكرها نصّا. وبذلك واعتمادا على الصّبغة الذّكرية للفصل 175 م. م. ت اعتبر فقه القضاء الطعن لعدم الجواب Défaute de réponse à conclusion سببا من أسباب الطّعن بالتّعقيب وذلك بالرجوع إلى

المبدأ القانوني العام الذي مفاده احترام حقّ الدّفاع والذي يعتبر في تشريعنا الإجرائي مبدأ أساسيا لا بدّ من احترامه حيث يشكّل الإخلال به موجبا للطّعن أمام محكمة التّعقيب.

والملاحظ تفرّع العديد من المبادئ الأخرى عن مبدأ احترام حقوق الدّفاع كمبدأ المواجهة بين الخصوم والذي لم يشر إليه أيّ نصّ تشريعي و غالبا ما تثيره محكمة التّعقيب من تلقاء نفسها حيث تعتبره نتيجة لمبدأ حقّ الدّفاع وهو ما كرّسته محكمة التّعقيب في قرارها المدني الصّادر بتاريخ 1960/12/21 حيث نقضت القرار الاستئنافي نظرا لاعتماده مستندا لم يدل به المدّعي وبالتالي لم يطّلع عليه الخصم ولم يناقشه ممّا شكّل خرقا لمبدأ حقّ الدّفاع⁽¹⁾ وهو نفس الاتجاه الذي أقرته محكمة التّعقيب في العديد من القرارات الأخرى⁽²⁾.

لكنّ اعتماد محكمة التّعقيب على مبادئ القانون العمومية لسدّ بعض ثغرات التشريع ليس بالحجم الذي قد نتصوّره إذ هي حالات نادرة ولعلّ ذلك يجد تبريرا له في ضخامة الزّاد التشريعي في قانوننا المدني.

2- مبررات احتشام اللّجوء إلى مبادئ القانون العمومية : لقد شهدت بلادنا في السّنوات الأخيرة مصادقة مجلس النواب على العديد من القوانين الجديدة والتي جاءت إمّا لتنظيم وضعيات جديدة سبب ظهورها التّطور العلمي والمعرفي و إمّا لتنقيح قوانين قديمة باتت عاجزة عن مسايرة الواقع. من ذلك القانون المنقّح لمجلة الالتزامات و العقود والذي أدرج الكتب الإلكتروني من بين الحجج الرّسمية. كذلك قانون إسناد اللّقب العائلي لفاقي و مجهولي النّسب في مادّة الأحوال الشّخصية، كذلك ظهور مجلة كاملة تتعلّق بالقانون الدّولي الخاصّ وتنظّم العلاقة بين قانوننا المحلّي والقانون الأجنبي، كذلك بروز مجلة مستقلة خاصة بالشّركات التّجارية وما

(1) نشرية محكمة التّعقيب صفحة 54.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 705 مؤرّخ في 8 فيفري 1961، مجلة القضاء والتشريع 1961 ص 1201 وما بعده.

احتوته من إضافات خاصة فيما يتعلّق بشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، وكذلك قانون الإنجاب الطبيعي والذي ينظّم العلاقات بين المساهمين في عملية الإنجاب والذي فرضه التطوّر الطبي خاصة بعد نجاح تجربة الطّفل الأنبوب إضافة إلى غير ذلك من القوانين والتي شكّلت أسطولا يتحصّن من خلاله القاضي من الفراغ التشريعي ويتمكّن عبره من إتمام واجبه ومهمّته المتمثلة في فصل النزاعات وإرجاع الحقوق إلى أصحابها.

ولقد مكّن هذا الزّخم التشريعي من تقليص الحالات التي يلجأ فيها القاضي لأحكام الفصل 535 م.أ.ع.

لكن الملاحظ أنّه وفي صورة وجود فراغ تشريعي فإنّ القاضي عادة ما يلجأ مباشرة للفقّه الإسلامي ليستقي منه الحلّ ليصبح بذلك الفقّه منطبقا لا يوصفه مصدرا ماديا للتّشريع وإنّما بوصفه مصدرا مباشرا من مصادر القانوني الوضعي. وأصبح بذلك القاضي يعتمد في حلّ أزمة القصور التشريعي إلى البحث عن الحلّ وإيجاده انطلاقا من مقتضيات الفقّه الإسلامي لا استنادا للفصل 535 م أ.ع.

هذا و تظطلع مبادئ القانون العموميّة بمساعدة القاضي على فهم القواعد الخاصّة.

ب - وظيفة فهم القواعد الخاصّة : تظطلع مبادئ القانون العموميّة بوظيفة أخرى غير سدّ الفراغ التشريعي إذ يلجأ إليها القاضي عند تأويل قواعد القانون (1) كما تساهم من خلال ذلك في خلق نوع من التّناسق بين مختلف النّصوص القانونيّة (2).

1- وظيفة تأويل القانون : يؤكّد الأستاذ BergeI على الدّور الذي تلعبه مبادئ القانون العموميّة في تدعيم الفكر القانوني وفي تأويل النّصوص القانونيّة الموضوعيّة إذ يعتبر أنّ "

« Les principes généraux constituent l'armature de la pensée Juridique et Jouent un rôle important dans l'interprétation de la loi »⁽¹⁾

فالعديد من القرارات والأحكام الصادرة عن المحاكم تعتمد على مبادئ القانون العموميّة بصورة صريحة أو بصورة ضمنيّة وذلك بغاية توجيه النصّ نحو التّأويل الذي تراه متماشيا مع مضمونه. فتأويل القاعدة القانونيّة تأويلا موسعا أو تأويلا ضيقا يختلف باختلاف طبيعة وغاية القاعدة المراد تأويلها⁽²⁾. ففي حين يقتضي المبدأ العامّ في القانون الجزائي اعتماد التّأويل الضيق للنّصوص الجزائيّة وهو مبدأ سرعان ما يتبادر إلى ذهن القاضي الجزائي عن وعي أو عن غير وعي كلّما طرح أمامه إشكال بخصوص تأويل النصّ الجزائي المراد تطبيقه فإنّنا لا نجد مثل هذا المبدأ في القانون المدني الذي من الممكن التوسّع في تأويله.

(1) BergeI (J.L) Théorie générale de droit 1^{ère} édition , 1985, Dalloz n° 83 p 103.

(2) Henri Batiffol : problèmes de base de philosophie de droit, L.G.D.J.,1979 p.20.

ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى قانون الإجراءات المدنية وتحديدًا للفصلين 145 و 144 م.م.ت الذين ينظمان الأثر الانتقالي للاستئناف حيث اقتضى الفصل 144 م.م.ت ما يلي:

" الاستئناف ينقل الدّعى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف. "

وبذلك تضمّن هذا النصّ الوجه الإيجابي للأثر الانتقالي للاستئناف.

في حين اقتضى الفصل 145 م.م.ت ما يلي :

" لا يمكن لمحكمة الاستئناف أن تنظر إلّا في خصوص ما وقع الاستئناف في شأنه. "

وهو بذلك تضمّن الوجه السلبي للأثر الانتقالي والتعليقي للاستئناف والذي يقصر نظر قاضي الدرجة الثانية في الحدود التي بتّ فيها قاضي الدرجة الأولى أو في النقاط التي تسلط عليها الاستئناف.

ويؤوّل فقه القضاء النصوص القانونية المتعلقة بالاستئناف في اتجاه منطقي وآلي فالاستئناف إنّما هو وسيلة طعن شرّعت لفائدة المستأنف ومن الطبيعي أن لا يضارّ الطّاعن بطعنه. ففي إحدى قراراتها اعتبرت محكمة التعقيب أنّه من المبادئ القانونية المسلّم بها فقه

وقضاء أن الطّاعن لا يضارّ بطعنه وإذا ما باشرت محكمة الاستئناف الفصل دون مراعاة تلك القاعدة القانونية وكذلك أحكام الفصل 145 م.م.ت تكون قد تعاطت الحكم فيما لا تملك حق النظر فيه⁽¹⁾.

2-وظيفة التنسيق بين النصوص القانونية : لقد ساهمت مبادئ القانون العموميّة في إقامة التناسق بين مختلف الأحكام القانونيّة فمهما بذل المشرّع من جهد في خلق قوانين متناغمة ومنسجمة إلّا أنّه قد يتعدّر عليه أحياناً تقادي بعض النّقائص إذ من الممكن أن يسنّ المشرّع قاعدتين متناقضتين في حين أنّهما تنطبقان على نفس الوضعية وفي هذه الحالة يكون التناقض كلياً وهي حالة نادرة في القانون الوضعي التونسي. أمّا الحالة الثانية فهي تشمل إمكانيّة تنظيم الوضعية المعروضة على القاضي من خلال قاعدتين مختلفتين من حيث آثارهما.

وهنا يرجع القاضي إلى قواعد القانون العموميّة التي ستكون بمثابة الميزان بحيث ترجّح الكفة لفائدة قاعدة دون الأخرى⁽²⁾ من ذلك أنّ الفصل 192 م.ج.ع تضمّن أنّ " مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصصون ثمنها إلّا إذا كانت هناك أسباب قانونيّة في تفضيل بعضهم على بعض " مكرّساً بذلك مبدأ عامّ مفاده أنّ أموال المدين تشكّل ضماناً عامّاً لدائنيه وذلك ما لم يكن بينهم سببا من أسباب الأفضليّة.

ولقد حدّد الفصل 193 م.ج.ع أسباب الأفضليّة وحصرها في حقّ الأفضليّة، الرهن، وحق الحبس.

⁽¹⁾ قرار مدني تعقيبي عدد 33882، مؤرّخ في 8 نوفمبر 1994. نشرية محكمة التعقيب ص 26.

⁽²⁾ Ch.Huberlant, Antinomies et recours aux principes généraux . In les Antinomies en droit , p. 204 et s.

ولقد فرّق المشرّع بين التأمينات العامّة والتي تمارس على جميع أموال المدين المنقولة منها وغير المنقولة وبين التأمينات الخاصّة التي لا تمارس إلاّ على المنقولات أو العقارات التي حدّدت ووقع الاتفاق عليها مسبقا بين الدائن والمدين. ولا تخفى غاية المشرّع من وراء هذا التمييز فلقد وضع الضمان العامّ لحماية المصالح الاقتصادي العام في حين شرّعت التأمينات الخاصّة لحماية مصالح الدائنين. فالمشرّع وعلى خلاف ما اتبعه بخصوص الامتيازات العامّة بالفصل 199 م.ح.ع فإنّه لم يضع أيّ ترتيب تفضلي في صورة تراحم الامتيازات الخاصّة مع الامتيازات العامّة.

وإزاء هذا الفراغ التشريعي فإنّ الفقه وكذلك فقه القضاء اعتمادا على مبدأ قانوني عامّ لتكريس أولويّة الامتيازات الخاصّة على الامتيازات العامّة وهو المبدأ المنصوص عليه بالفصل 557 م.ا.ع والذي مفاده "أنّ لا أحد يمكنه أن يحيل لغيره أكثر ممّا لنفسه".

لئن مكّنت قواعد القانون العموميّة القاضي من سدّ الفراغ التشريعي و ساعدته على تأويل النصّ القانوني وفق ما يتماشى مع إرادة واضع القانون إلاّ أنّ الوظيفة الأصليّة لهذه

المبادئ إنّما تتمثّل أساسا في إثراء النّظام القانوني وهو ما يمكّننا الاطّلاع على تطبيق المحاكم لهذه المبادئ من استخلاصه وهو ما سيكون موضوع الفقرة الثّانية من هذا المبحث.

الفقرة الثّانية : تطبيق قواعد القانون العموميّة :

لقد تضمّنت مجلّة الالتزامات و العقود جملة من القواعد العموميّة للقانون لكنّ المشرّع أحال من خلالها إلى غيرها من القواعد الأخرى غير المقنّنة والتي يرى أغلب الفقهاء أنّها ضمّنت بمجلّة الأحكام العدليّة. و لقد كرّست البعض من هذه القواعد مبادئ عامّة للقانون تساهم بدورها في فهم قواعد القانون الخاصّة.

ويفترض أن ينجم عن هذا التّنظيم القانوني أولوية في التّطبيق تفرضها قيمة كلّ من المبدأ وقاعدة القانون العامّة. لكنّ الملاحظ من خلال التّطبيق فقه القضائي لكلّ من هذه القواعد والمبادئ أنّه لم يقع التّفيد بهذه الأولويّة.

إذ نجد أنّ محكمة التّعقيب بوصفها محكمة قانون غالبا ما لا تميّز بين المبدأ وبين القاعدة الخاصّة (أ) لكنّ قول كهذا لا ينتقص من قيمة عمل المحكمة ذلك أنّ سلوكها مبرّر في الحقيقة باختلاف مهامّ كلّ من القاعدة والمبدأ (ب).

أ - **عدم التّمييز بين المبدأ و القاعدة :** تتضمّن الفصول 532 إلى 562 م.ا.ع عدّة قواعد عامّة للقانون يشكّل البعض منها مبادئ عموميّة للقانون، ونظرا لكون المشرّع لم يميّز بينهما في التطبيق فإنّ اللّجوء إلى كلّ من القواعد بما في ذلك المبادئ يضحى ممكنا ومقبولا وذلك تطبيقا للمبدأ العامّ الذي ورد بالفصل 533 م.ا.ع و الذي اقتضى أنّه " إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها ".

لكن ومن خلال التطبيق القضائي لهذه القواعد المشكّلة لمبادئ نلاحظ أنّ فقه القضاء يعتمد في صورتين اثنتين :

الصّورة الأولى : هي التي يلجأ فيها القاضي لهذه المبادئ كتعليل إضافي للحكم الذي قرّره والذي استند بخصوصه إلى قاعدة قانونية خاصة⁽¹⁾. أمّا الصّورة الثانية فتتمثّل في إقصاء القاضي لقاعدة قانونية خاصة كان من الأحرى اعتمادها ليطبّق مبدأ من المبادئ العامة للقانون عوضاً عنها⁽²⁾.

ففي الصّورة الأولى فإنّه يمكن الإشارة إلى أنّ التنظيم الهرمي للقضاء في بلادنا له دور هامّ. إذ أنّ محاكم الأصل غالباً ما تبذل أقصى جهودها في تعليل الآراء التي تصدرها وذلك لعلمها المسبق بإمكانية استهداف أحكامها للنقض من قبل محكمة القانون. ولقد ترتّب عن هذا

الحرص عدم اكتفاء القاضي بالإشارة للقاعدة القانونية الخاصة المنطبقة على النزاع ليدعمها بمبدأ من مبادئ القانون العمومية.

من ذلك أن اعتمدت محكمة التعقيب في إحدى قراراتها على المبدأ الوارد بالفصل 560 م.إ.ع لمزيد تدعيم حكمها حيث انحصر النزاع حول ما إذا كان المحضر المحرّر من قبل مأموري الضابطة العدلية يمثل وسيلة لإثبات وجود عقد تأمين السيّارة الذي يغطي مسؤولية المدّعي عليه فإضافة إلى تذكيرها بالفصل المنطبق والمتمثّل في الفصل⁽¹⁾ 154 م.إ.ج طبّقت المحكمة الفصل 420 م.إ.ع المتعلّق بعبء الإثبات وكذلك الفصل 560 من نفس المجلّة والذي مفاده أنّ " الأصل براءة الدّمة حتى يثبت تعميمها. "

فالفصل 560 م.إ.ع المعتمد من طرف المحكمة لم يكن هو في حدّ ذاته الأساس الذي ركّزت عليه المحكمة حكمها حول القوّة الإلزاميّة لمحاضر مأموري الضابطة العدلية. ففي المادة المدنية يتحمّل عبء إثبات وجود عقد تأمين من ينتفع به " المؤمن " وليس بإمكان القاضي المتعهّد إلزام شركة التأمين بجبر الضّرر على أساس تصريحات واردة بمحضر ابتدائي. بقيت الإشارة إلى كون اعتماد المحكمة على المبدأ الوارد بالفصل 560 مدني إلى جانب القواعد القانونية الخاصة لا يعيب القرار الصّادر عنها طالما لا يوجد تناقض بينهما غاية ما في الأمر أنّ هذا الالتجاء تفرضه أسباب الطّعن حيث يعمد الطّاعن إلى الاستناد إلى كلّ من المبدأ و القاعدة الخاصة ممّا يفرض على القاضي أن يجيب عنهما معاً.

لئن كان اعتماد المبدأ مع القاعدة الخاصة لا يؤثّر بصفة سلبية في الحكم إذ يعطيه صلاية أكثر فإنّ اقتصار فقه القضاء أحياناً على ذكر المبدأ القانوني العامّ وعدم اعتماد قاعدة قانونية خاصة من شأنه أن يجعل الأحكام هشّة التعليل وهي الصّورة الثانية التي سوف نتناولها بالدرس.

(1) Nadhir Ben Ammou :Op.Cit.p.447.

(2) Ezzeddine Arfaoui :Op. Cit. p. 371.

(1) الفصل 154 م.إ.ج : " المحاضر والتقارير التي يحررها مأمورو الضابطة العدلية أو الموظفون أو الأعوان الذين أسند إليهم القانون سلطة معارضة الجرح والمخالفات تكون معتمدة إلى أن يثبت ما يخالفها وذلك فيما عدا الصور التي نصّ القانون فيها على خلاف ذلك. "

ففي إحدى قراراتها اعتمدت محكمة التعقيب على المبدأ الوارد بالفصل 547 م.إ.ع والذي مفاده " أن من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح " وذلك لرفض طلب الرجوع في وعد بالبيع في حين وأنه كان من الأجدر بها الرجوع إلى القاعدة الخاصة الوارد بها الفصل 242 م.إ.ع الذي يقتضي أن " ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضاها أو في الصور المقررة قانونا " (2).

وفي نفس هذا الإطار اعتمدت محكمة التعقيب على المبدأ العام الوارد بالفصل 562 م.إ.ع والذي مفاده أن " الأصل بقاء ما كان وعلى من ادعى تغييره الإثبات " وذلك لعدم

الاستجابة للطعن المقدم من المعقب والمؤسس على خرق أحكام الفصل 1157 الفقرة الثالثة والمتعلقة بانتهاء التوكيل بعزل الوكيل في حين أنه كان من الأجدر رفع الطعن بالتعقيب على أساس الفصل 1163 م.إ.ع الذي ينصّ وأن " عزل الوكيل عن كلّ الوكالة أو عن بعضها لا يكون حجة على من عاقد الوكيل جاهلا بالعزل وللموكل حينئذ أن يرجع على الوكيل ".

فهذه القاعدة التي مفادها أن عزل الوكيل الذي لم يحصل به العلم للمشتري لا يمكن معارضة هذا الأخير في خصوص ما اشتراه من الوكيل المعزول هي قاعدة خاصة وكان من الأجدر على محكمة التعقيب اعتمادها قبل أن تزيجها وتؤسس حكمها على مبدأ قانوني عام (1).

ب - تحوّل وظائف قواعد القانون العمومية : لئن شرّعت قواعد القانون العامة لتحقيق مهمة سدّ الفراغ التشريعي ومساعدة القاضي على تأويل النصوص القانونية فإنّ التطبيق القضائي لهذه القواعد أفرز عن تحوّل مهامّها ممّا ذكر آنفا إلى وظيفة إخفاء التعليل الحقيقي للأحكام ممّا قد يشكّل مسّا بالاستقرار القانوني حيث يفرض القانون على القاضي تعليل الأحكام التي يصدرها وتبريرها بالاستناد على النصوص القانونية الخاصة و الواجبة التطبيق زمن صدور الحكم لكنّ اقتصار المحاكم على الاستناد إلى مبادئ القانون العمومية لا يحقّق بالقدر الكافي هذه المهمة ممّا يترتّب عنه صدور أحكام لا تقنع المتقاضين.

ففي مادة الشغل حمّلت محكمة التعقيب في العديد من قراراتها المؤجّر عبء إثبات عدم حصول الطرد التعسفي من جانبه وبكون العامل ترك مركز عمله بصفة إرادية معتمدة في ذلك على أحكام الفصل 562 م.إ.ع الذي مفاده أن " الأصل بقاء ما كان وعلى من ادعى تغييره الإثبات ".

فخرق المحكمة لقواعد الإثبات الواردة بالفصل 420 و 421 م.إ.ع والتي تحمّل عبء الإثبات على المدّعي واعتمادها عوضا عن ذلك على المبدأ الوارد بالفصل 562 مدني إنما الغاية من وراءه إخفاء رغبتها في حماية الطرف الضعيف في العلاقة الشغلية والذي هو العامل حيث يحمل على كون عمله هو المورد الوحيد لارتزاقه وأنه لا يمكن له بحال من الأحوال التخلّي عنه من تلقاء نفسه حتى لا يعرّض نفسه للجوع وأنّ من ادعى خلاف ذلك إثباته.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 2523 مؤرّخ في 9 ديسمبر 1980 نشرية محكمة التعقيب جزء II ، ص 172.

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 11882 مؤرّخ في 29 جوان 1976 مجلة القضاء والتشريع 1976 عدد 1 ص 108.

- قرار تعقيبي مدني عدد 260 مؤرّخ في 25 مارس 1976 نشرية محكمة التعقيب ص 145.

- قرار تعقيبي مدني عدد 15354 مؤرّخ في 26 جانفي 1988 مجلة القضاء والتشريع 1990 عدد 6 ص 67.

ففي مادة الطرد التّعسّفي كان يجدر بالمحاكم اعتماد القواعد المتعلقة بالإثبات فيحمل العامل عبء إثبات الطرد التّعسّفي وهذا الإثبات يصبح عديم الجدوى إذا لم يكتف المؤجر بنفي الطرد وإنما أثبت أنّ العامل قد ترك عمله بكامل إرادته وذلك بناء على أحكام الفصل 421 من المجلة المدنية التي تقتضي ما يلي: "إذا أثبت المدعي وجود الإلتزام كانت البينة على من يدعي انقضاؤه أو عدم لزومه له".

إنّ عدم استقرار فقه القضاء على اتجاه معيّن وموحد إنّما يرجع إلى اعتماده على مبدأ قانوني عامّ يحتمل تطبيقه اجتهدات مختلفة وذلك عوضا عن اعتماد قواعد قانونية خاصة يكون

الإتفاق حاصل بخصوص تأويلها أو تكون محكمة التعقيب قد اضطلعت بمهمة توحيد الأراء بخصوصها⁽¹⁾.

وهكذا فإنّ اعتماد القضاء على مبادئ القانون العموميّة عوضا عن القواعد القانونية الخاصة ولئن كان مبرّرا في بعض الأحيان بمقتضيات العدل والإنصاف، إلاّ أنّه لا يمكن من إرساء الاستقرار القانوني المفروض توفيره للمتقاضين. فتتصيص المشرّع صلب مجلة الإلتزامات و العقود على بعض المبادئ العامة للقانون لا يؤثر في طبيعتها إذ تبقى هذه الأخيرة متضمّنة لفكرة توجيهيّة يقتدي بها القاضي وسيتمد إليها لمزيد تعليل الأحكام والقرارات التي سوف يصدرها دون أن يؤدّي ذلك إلى الاقتصار عليها.

فمبادئ القانون العموميّة سواء تلك التي يستقيها القاضي من القواعد الكلية أو المبادئ القانونية الأخرى تعرف ترتيبا هرميا يفترض بالقاضي أن يحترمه وأن يعمل على إعلاء المبادئ التي تمسّ بالمصلحة العامة على تلك الماسة بالمصلحة الخاصة⁽²⁾.

وهكذا ولئن كانت المبادئ تلعب دور الموجه للقاضي إلاّ أن اعتمادها لا يحجب أهميّة القواعد القانونية الخاصة وما تتميز به هذه الأخيرة من دقّة وقدرة فائقة في التّطابق مع الوضعيّة المطروحة للفصل.

(1) Ezzeddine Arfaoui : Op.Cit p 376.

(2) Bergel (J. L) Théorie générale de droit. Op.Cit. n°. 85 p.103.

خاتمة

لا يسعنا ونحن في خاتمة هذه المذكرة إلاّ التذكير بالتفرقة الهامة القائمة بين المادة المدنية والمادة الجزائية بخصوص الفراغ التشريعي ففي حين قيّد القاضي في المادة الجزائية بمبدأ الشرعية الجرائم والعقوبات فإننا لا نلفي مثل هذا القيد في المادة المدنية.

وبناء عليه تمكّن القاضي من أن يلعب دوراً فعّالاً هو في الحقيقة يتماشى وطبيعة المهمة التي أوكلت إليه. فبالإطلاع على عمل المحاكم تسنى لنا استخلاص تجاوزه القضاة لمسألة الفراغ التشريعي و اجتهادهم في إيجاد الحلّ .

لكن الإشادة بدور القاضي في سدّ ثغرات التشريع يجب أن لاتخفي عنّا تجاوزه هذا الأخير لمقتضيات النصوص القانونية ضرورة وأن المشرع قيّده بالآليات التي أوردتها حصراً بالفصل 535 م.إ.ع والتي تحدّد المصادر المكملّة للتشريع لكن ملاحظة الواقع التطبيقي تكشف لنا عن عدم تقيّد هذا الأخير بمقتضيات هذا الفصل إذ عادة ما يلتجأ إلى الفقه الإسلامي كمصدر من مصادر التشريع و استخلاص حلّ للنزاع من الأحكام الواردة به والحال أن الفصل 535 م.إ.ع لم يورد الفقه الإسلامي كآلية من آليات تجاوزه الفراغ وإنما اكتفى بالتنصيص على آليتي القياس و مبادئ القانون العمومية.

فهل استطاع فقه القضاء بفضل الاجتهادات التي عمد إليها أن يرتقي إلى مرتبة التشريع وأن يحتلّ بذلك المكانة التي يستحقّها؟

لئن منح الواقع العملي فقه القضاء مكانة هامة فانه و في انتظار تكريس تشريعي يعتبر فقه القضاء مصدراً من مصادر التشريع لا يمكننا أن نضيف فقه القضاء إلى المصادر الشكلية للتشريع.



المراجع باللغة العربية

المؤلفات :

محمد الشرفي : مدخل لدراسة القانون، دار سيراس للنشر ومركز الدراسات والبحوث تونس 1991.

رضا المزغني وعبد المجيد عبودة : التفسير القضائي للقانون المدني

أحمد أبو الوفاء : نظرية الدفع في قانون المرافعات، الطبعة السادسة الإسكندرية 1980

محمد الزين : النظرية العامة للالتزامات - العقد . تونس 1993.

عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 2 .

ياسين محمد يحي : المجتمع الإسلامي في ضوء فقه الكتاب والسنة، منشأة المعارف، الإسكندرية .

ابن رشد : مقدمات ابن رشد الجزء الأول

أبو حامد الغزالي : كتاب المستصفى في علوم الأصول، الجزء الثاني

توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانوني، الدار الجامعية بيروت 1993 .

صبحي محمصاني : فلسفة التشريع في الإسلام، دار العلم للملايين بيروت 1961.

ابراهيم عبد الرحمان ابراهيم:
القرآن كريم :

علم أصول الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع

المحاضرات والدروس :

محمد الهمامي :
محاضرات مادة أدب القاضي للسنة الأولى بالمعهد الأعلى للقضاء
سنة 2002.

محمد العربي هاشم:
محاضرات في القانون المدني للسنة أولى حقوق، كلية الحقوق والعلوم
السياسية والإقتصادية بتونس سنة 1988 – 1989.
رضا بن حمّاد :
محاضرات في القانون الدستوري للسنة الأولى حقوق، كلية الحقوق
والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس 1996 – 1997 .

محمد كمال شرف الدين:
محاضرات في القانون المدني للسنة أولى حقوق، كلية الحقوق
والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس 1995 – 1996 .

محمد بق بق :
محاضرات في القانون المدني. كلية الحقوق والعلوم السياسية
والاقتصادية بتونس 1998-1999.

المذكرات والأطروحات :

عبد الرزاق الحيني :
المصادر الفقهية لمجلة الالتزامات والعقود، رسالة تخرج من المعهد
الأعلى للقضاء. سنة 1998 – 1999.

صلاح الدين الخديري :
القواعد العامة لتنازع القوانين في التشريع التونسي رسالة التخرج من
المعهد الأعلى للقضاء سنة 1998 – 1999 .

محمد الطاهر الحمدي :
الوظيفة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق
والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس سنة 1995 – 1996 .

أكرم بن محمود بوديّه :
الغرامة التهديدية، مذكرة ختم التدريب بالمعهد الأعلى للقضاء، الفوج

الرابع لعدول الإشهاد سنة 2000 - 2001.

المجلات القانونية :

مجلة الالتزامات العقود

مجلة الأحوال الشخصية

مجلة المرافعات المدنية والتجارية

مجلة الحقوق العينية

مجلة الشركات التجارية

الملتقيات والندوات :

سهام الشاهد : أعمال ملتقى القانون وزرع الأعضاء بتاريخ 27-03-2003 بالمعهد الأعلى للقضاء .

نور الدين الغزواني : الجديد في وضع محكمة التعقيب، مجموعة لقاءات الحقوقيين سنة 1989

حسين السالمي : التعقيب ووحدة القضاء، مجموعة لقاءات الحقوقيين العدد الثاني سنة 1989.

ساسبي بن حليمة : التباين في فقه قضاء محكمة التعقيب، مجموعة لقاءات الحقوقيين العدد الثاني سنة 1989 .

توفيق بن نصر : تعليق على قانون الشركات التجارية، دار الميزان للنشر - تونس 1996.

مجلة القضاء والتشريع :

عبد الوهاب الألتونجي : القياس، مجلة القضاء والتشريع - أكتوبر سنة 1976.

حافظ بوعصيدة : تعليق على قانون 28-10-1998، المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال

المهملين ومجهولي النسب - مجلة القضاء والتشريع جوان 1999.

وثائق مختلفة :

تقرير سانتيلانا : عريب محمد بن الشيخ م.ا.ع سنة 1984 معدلة ومعلّقا على فصولها بأحكام القضاء.

اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل لسنة 1989.



المراجع باللغة الفرنسية

I- Les ouvrages :

- Batiffol (H) : Problème de base de philosophie de droit,
- Bergel (J.L) : Théorie générale de droit , 1^{ère} édition 1985,
- Carbonnier (J) : Droit civil, introduction, Presses Universitaires
- François Gény (F) : Méthode d'interprétation et sources de droit
- George Ripert et Jean Boulanger : Traité de droit civil, Tome 1, L.G.D.J, Paris
- George Ripert : Les forces créatrices de droit, L.G.D.J, Paris
- Ghestin (J) et Gaubeaux (G) : Traité de droit civil, introduction générale,
- Hufteau (Y.L) : Le référé législatif et les pouvoirs du juges dans le silence de la loi, in travaux de recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, Série « Droit privé » P.U.F 1965.
- Marty (G) et Raynaud (P) : Introduction générale à l'étude de droit, 2^{ème} édition Sirey, 1972.
- Mazeaud (Henri, Léon et Jean) : Leçons de droit civil, Tome 1, 4^{ème} édition 1970
- Montesquieu : de l'esprit des lois, livre XI, Chapitre 6. 1955
- Pescatore (P) : Introduction à la source de droit, Luxembourg, 1960.
- de France , 21^{ème} 1994.
- Dalloz.
- L.G.D.J, 1979. 1956.
- Philippe Malaurie : Introduction à l'étude de droit, édition CUJAS



1994

II- Thèses et Mémoires :

- Abdessattar Ben Ammar : Essai sur les fonctions de la cour de cassation en matière civile D.E.A. droit privé, faculté de droit et de sciences politiques et économiques de Tunis, 1984.
- Ezzeddine Arfaoui : les règles écrite de l'interprétation de la loi, Thèse de Doctorat, la faculté de Droit et de Sciences politiques et Economiques, Tunis 1994.
- M.Waline : La notion judiciaire d'excès de pouvoir, Thèse de Doctorat, Paris 1926.
- Nadhir Ben Ammou : Les pouvoirs de la cour de cassation, Thèse de Doctorat, faculté de droit et de sciences politiques et économiques de Tunis, 1996.
- Sadok Belaid : Essai sur le pouvoir créateur et normatif du Juge, Thèse de Doctorat, Pairs 1974, Publication de la faculté de Droit de Sciences Politiques et Economiques de Tunis.

III- Les Articles, Notes et Chroniques :

- (Ch) Huberlant Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi, in le problème des lacunes en Droit, Travaux du Centre National de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles 1968.
- Huberlant : (CH) Antinomies et recours aux principes généraux de droit, in les antinomies en droit, Etudes publiés par (Ch) Perelman, C.E.R.L, Bruylant, Bruxelles, 1965 page 204.
- (Ch) Perelman Logique Juridique, nouvelle rhétorique, 2^{ème} édition, Dalloz 1979.
- (F) Dumont La mission des cours et tribunaux, Quelques Réflexions, Mercuriale prononcée le 1^{er} septembre 1975, J.T, 1975.



- (F) Ost : L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur, in *Interprétation en Droit*, Publication des facultés Universitaires, Saint-louis, Bruylant, Bruxelles, 1978.
- François Terré : *Introduction Générale au droit*, Précis Dalloz, 3^{ème} édition 1996.
- (G) Del Vecchio *Les principes généraux du Droit*, in recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Geny, 1935.
- Jean Rivero *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 8^{ème} édition, 1977.
- (J) Boulanger *Principes Généraux de droit et droit positif*, Etudes Ripert , L.G.D.J, 1950, Tome 1
- Kari Monia : *Notes à propos d'un texte ambigu : l'article 535.COC , RTD*, 1995.
- Lotfi Chedli : *A la recherche d'un statut juridique du clone Humain ; R.J.L*, Décembre 2002.
- Marie Anne Frison Roche *Déni de justice et interprétation de la loi par le Juge . Dalloz*, Article 4, 1996.
- Mohamed Arbi Hachem *De l'interprétation des conventions et de quelques règles générales de droit*, Colloque Unidroit, Rome, Novembre 1997.
- (P) Amselek : *La teneur indécise du Droit*, R.D.P. 1991.
- Philippe Jestaz : *La jurisprudence, ombre portée du contentieux*, Dalloz, Chronique, 1989.
- (P) Foriers : *Les lacunes de droit, in problème des lacunes en droit*, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- Slaheddine Mellouli : *Contribution à l'étude des sources, la Jurisprudence, source de la loi*, R.T.D 1995.

- (M) Waline : Le pouvoir normatif de la jurisprudence, Mélanges. Scelle . 1950, Tome II.
- (W) Canaris : De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en Droit Allemand, Travaux du Centre National de Recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1968.

Dictionnaire :

- Le Littré
- Larousse
- Oxford Advanced Learner's.

القاضي والفراغ التشريعي في المادة المدنية

المقدمة:

- الجزء الأول : دور القاضي في سد الفراغ التشريعي
- الفصل الأول : إلزامية اضطلاع القاضي بسدّ الفراغ التشريعي
- المبحث الأول: مبررات سد الفراغ التشريعي الإلزامية
- الفقرة الأولى : مقتضيات عمل القاضي

أ- تطبيق القانون :

1- تطبيق القوانين الجديدة

2- تطبيق القانون الأجنبي

ب - الفصل في النزاعات

1 - التيار الداعي لرفض الدّعى

2- التيار الداعي لاعتماد المصادر الشكلية

3- التيار الداعي للدور الخلاق للقاضي

الفقرة الثانية: جريمة إنكار العدالة

أ- أسس تجريم إنكار العدالة

1- الأسس المرتبطة بطبيعة مؤسسة القضاء

2- الأسس المرتبطة بدولة القانون

ب- إنكار العدالة من قبل القاضي

1- حالات إنكار العدالة من قبل القاضي

2- انعكاسات إنكار العدالة على المتقاضي

المبحث الثاني : مظاهر الدور الخلاق للقاضي :

الفقرة الأولى : اجتهاد القاضي في حالة غياب النصّ

الفقرة الثانية: اجتهاد القاضي في حالة غموض النصّ.

الفصل الثاني: حدود اجتهاد القاضي في سدّ الفراغ التشريعي

المبحث الأول : الوضعية الخاصة بالتشريع المدني التونسي.

الفقرة الأولى : الاستفادة من تطوّر فقه القضاء الأجنبي

الفقرة الثانية: التطوّر الكميّ للتشريع المدني

المبحث الثاني: دور محكمة التعقيب في مراقبة اجتهاد قضاء الأصل

الفقرة الأولى : مراقبة محكمة التعقيب لاحترام القانون

الفقرة الثانية : دور محكمة التعقيب في توحيد الآراء القانونية

الجزء الثاني: الآليات المتاحة للقاضي لسدّ الفراغ التشريعي

الفصل الأول: اللجوء إلى القياس

المبحث الأول: محتوى آلية القياس

الفقرة الأولى: تعريف القياس

أ- القياس في الفقه الإسلامي

1- القياس الأولى

2- القياس المساوي

3- القياس الأدنى

ب- القياس في القانون التونسي

الفقرة الثانية : أركان القياس وشروطه

أ- شروط حكم الأصل

ب-شروط العلة

المبحث الثاني : في إعمال القياس

الفقرة الأولى: نجاعة القياس في سدّ الفراغ التشريعي

أ- القياس يتجاوز التأويل

ب-القياس يفترض اتحاد العلة

الفقرة الثانية: محدودية نجاعة إعمال القياس

أ- امتناع القاضي عن الاستنتاج بطريق القياس

ب-القياس عن سدّ جميع ثغرات التشريع

الفصل الثاني: اللجوء إلى قواعد القانون العمومية

المبحث الأول: محتوى قواعد القانون العمومية

الفقرة الأولى : قواعد القانون العمومية المقننة.

أ- القواعد المشكّلة لمبادئ عامّة للقانون

1- علوية عمومية المبادئ

2- في بعض القواعد المشكّلة لمبادئ عامّة للقانون.

ب-القواعد غير المشكّلة لمبادئ عامّة للقانون.

3- القواعد المتعلقة بتأويل القانون

4- القواعد المتعلقة بالقوة الإلزامية للقانون

5- القواعد ذات الغايات الإقناعية

الفقرة الثانية : قواعد القانون العمومية غير المقننة

أ- اللجوء إلى القواعد الكلية في الفقه الإسلامي

1- مبررات الاحتكام للقواعد الكلية

2- أهمية الاحتكام إلى القواعد الكلية

ب-اللجوء إلى مبادئ القانون العمومية

1- سلطة مبادئ القانون العمومية

2- طرق بلورة مبادئ القانون العمومية .

المبحث الثاني: جدوى قواعد القانون العمومية

الفقرة الأولى : وظائف قواعد القانون العمومية

أ- وظيفة سدّ الفراغ التشريعي

1- مظاهر سدّ الفراغ التشريعي



2- مبررات احتشام اللجوء إلى مبادئ القانون العمومية

ب-وظيفة فهم القواعد الخاصة

1- وظيفة تأويل القانون

2- وظيفة التنسيق بين النصوص القانونية

الفقرة الثانية : تطبيق قواعد القانون العمومية

أ- عدم التمييز بين المبدأ والقاعدة

ب-تحول وظائف قواعد القانون العمومية.

الخاتمة .

المراجع

