

## دور القاضي في تطوير القانون

السيد: عمر زودة  
ئيس قسم بالمحكمة العليا سابقا  
أستاذ قانون الإجراءات بالمدرسة العليا للقضاء

**مقدمة:** أن العنوان المقترح وهو دور القاضي في تطوير القانون غير دقيق ولا يعبر عن حقيقة دور القاضي فهو لا يقوم بتطوير القانون بل يقوم بسد النقص عندما يجد فراغا في المصادر الرسمية للقانون ومن ثم فالقضاء لا يساهم في تطوير القانون بل هو يقوم بعملية تكملة النقص في القانون، لان دور القاضي يأتي لسد النقص كنتيجة لتطور الجوانب الاقتصادية والزراعية والتجارية والتكنولوجية في المجتمع.

إن التطور في هذه الميادين يفرز قضايا جديدة لم يكن المشرع قد توقعها، وعندما تعرض هذه القضايا على القاضي فلا يجد لها حلا في القانون، فيقوم بتكملة النقص فيه، ولا يفتح باب الاجتهاد امام القاضي، إلا اذا وجد نقصا في المصادر الرسمية للقانون.

كذلك يجب الرجوع الى احكام القضاء للبحث فيها والكشف عن مدى دور القضاء في مساهمته في تكملة النقص في القانون.

وتبعاً لذلك، فان هذا الموضوع يملي حتمية تقسيمه الى مبحثين، الاول يتناول حالة عدم كمال التشريع، تمليه طبيعة العمل الانساني، والثاني يتناول التطبيقات القضائية، وذلك على النحو التالي :

### المبحث الأول: عدم كمال التشريع

تنص المادة الاولى من القانون المدني على ما يلي:

"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يستخلص من هذا النص ان المشرع يقر بالنقص في القانون وقد فرض على القاضي قاعدة سلوك، تملي عليه ان يفصل في النزاع المعروض عليه، حتى ولو وجد نقصا في مصادر القانون.

وتبعاً لذلك، يجب تحديد مصادر الرسمية للقانون، لان القاضي لا يقوم بتكملة النقص، إلا اذا لم يجد حكماً في احد مصادر القانون ولذلك يجب تمييز مصادر القانون عن بعض الافكار القانونية

الآخري، ثم متى يقوم القاضي بتكملة النقص المسجل في القانون، وما هي الوسائل التي يواجه بها هذا النقص.

وترتيباً على ذلك، سأقسم هذا المبحث على المطالب التالية:

### المطلب الأول:

#### تحديد مصادر القانون

كل شيء في هذا الوجود الا وله مصدر ينشئه، ومن ثم يكون البحث في مصادر القانون هو في حقيقة الامر هو البحث عن الاسباب المنشئة للقاعدة القانونية، وهي عبارة عن كائن يولد في عالم القانون، ومن ثم لا يمكن التصور ان تولد القاعدة القانونية من العدم، بل لا يتحقق وجودها في عالم القانون، إلا اذا وجد سبب منشئ لها، طبقاً لقانون السببية، حيث يقرر انه لا وجود لكائن من كان بدون سبب<sup>1</sup> وهو المبدأ الاسمي لكل معرفة علمية ومنها المعرفة القانونية<sup>2</sup>.

والقواعد القانونية باعتبارها قواعد تقويمية تتميز عن قواعد الطبيعة بأنها قواعد تقريرية.

وتتفق قواعد القانون مع قواعد الطبيعة فكل منهما امر واقع يمكن التحقق من وجودها في العالم الحسي، ويشكل كل واحدة منها امراً واقعاً يمكن ان يكون محلاً للمعرفة العلمية<sup>3</sup> وتبعاً لذلك وجب البحث عن المصادر الرسمية للقانون.

فالدولة تعبر عن ارادتها بطرق مختلفة احياناً تعبر عن ارادتها عن طريق قواعد مكتوبة وأحياناً اخرى عن طريق قواعد غير مكتوبة<sup>4</sup> واعني به القواعد العرفية، والعرف بأنه قانون غير مكتوب ويتفق العرف مع التشريع فكل واحد منهما هو تعبير عن ارادة الأمة أي الدولة، والاختلاف يقع فقط في طريقة التعبير عن هذه الارادة<sup>5</sup>.

ويذهب بعض الفقهاء الى القول ان الشعب الذي يضع العرف يقوم بعمل من اعمال السلطة العامة<sup>6</sup>.

ويعتبر العرف ضرباً من الضروب الديمقراطية المباشرة<sup>7</sup>.

والعرف تعبير عن سلطة الدولة ويستمد قوته من ارادتها.

<sup>1</sup> سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، بالاسكندرية، ط 158، ص 234.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 235.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 236.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص 462.

<sup>5</sup> نفس المرجع، ص 425.

<sup>6</sup> نفس المرجع، ص 463.

<sup>7</sup> نفس المرجع السابق، ص 463.

وتبعاً لذلك لا يمكن القول بوجود قاعدة قانونية سواء كانت قاعدة تشريعية او عرفية دون معرفة السبب المنشئ لها فالقاعدة التشريعية او العرفية مصدرها ارادة الدولة ومن ثم تنحصر القواعد الرسمية في القواعد التشريعية والقواعد العرفية.

والبحث عن مصادر القانون يكتسي اهمية خاصة من حيث تحديد مضمون القاعدة القانونية ومعرفة كيفية تطبيقها وتفسيرها<sup>1</sup> ومن ثم يجب التمييز بين المصدر باعتباره السبب المنشئ للقاعدة القانونية عن بعض الافكار القانونية الاخرى وذلك على النحو التالي :

### المطلب الثاني:

#### تمييز المصدر عن بعض الافكار القانونية الاخرى

قد يختلط مصدر القاعدة القانونية عن بعض الافكار القانونية الاخرى، وكثيراً ما يقع الخلط بين مصدر القاعدة القانونية باعتباره السبب المنشئ لها، وبين بعض الحقائق الموضوعية التي يرجع اليها المشرع لاستلها مضمون القاعدة القانونية او القاضي الحل للنزاع المعروض عليه عندما يجد النقص في القانون ويكون مصدر هذا الحكم هو ارادة القاضي، وهذا ما سأطرق اليه على النحو التالي :

#### 1- الحقائق الموضوعية للقاعدة القانونية ومصدرها:

ان المشرع عندما يسن القواعد القانونية فهو لا يصوغها من العدم، بل يرجع الى الحقائق الموضوعية يسميها البعض بالمصادر الموضوعية أو المصادر الاحتياطية، ويقصد بها الحقائق التاريخية والجغرافية والاقتصادية والدينية والاجتماعية فيرجع، الى هذه الحقائق لاستلها مضمون القاعدة القانونية.

والحقائق الموضوعية التي يستمد منها المشرع مضمون القاعدة القانونية لا تعتبر مصدراً لها، بل مصدر القاعدة القانونية سواء كانت قاعدة تشريعية او عرفية هو ارادة الدولة<sup>2</sup> والحقائق الموضوعية التي يستمد منها المشرع مضمون القاعدة القانونية تتعدد، فقد يستمد مضمون القاعدة القانونية من قانون دولة اجنبية<sup>3</sup> كما فعل المشرع الجزائري حيث استمد مضمون المادة الاولى من القانون المدني من القانون المصري، مضمون هذه المادة مستلهم من القانون الاجنبي، كما استلهم مضمون جل قواعد قانون الاجراءات المدنية والادارية من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي.

غير أن هذه القواعد التي استمد المشرع مضمونها من القانون الاجنبي، قد صدرت عن ارادة الدولة وعبر عنها المشرع في نص تشريعي وتعتبر قاعدة قانونية صادرة عن ارادة الدولة.

<sup>1</sup> تناغو، المرجع السابق، ص 276.

<sup>2</sup> تناغو، المرجع السابق، ص 238.

<sup>3</sup> تناغو، نفس المرجع، ص 238.

ولذلك يختلف مصدر القاعدة القانونية عن مضمونها فمصدر القاعدة القانونية هو ارادة الدولة، في حين مضمون هذه القاعدة فقد يستلمه المشرع من الحقائق الموضوعية فلا تعد هذه الاخيرة مصدرا للقاعدة القانونية<sup>1</sup>.

## 2 - مصدر القاعدة القانونية وجوهرها:

كما هو متفق عليه بين الفقهاء وفلاسفة القانون، أن جوهر القانون هو العدل<sup>2</sup> أي القانون الطبيعي، وتعرف فكرة العدل عدة معان تطلق عليها، فقد يطلق على فكرة العدل القانون العقلي أو الأمر الأخلاقي المطلق أو القانون الطبيعي<sup>3</sup>.

وقد نص المشرع الجزائري على نظرية القانون الطبيعي في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني، على أن القاضي إذا لم يجد نصا في المصادر القانونية حكم بمقتضى الشريعة الاسلامية، فإذا لم يجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وتشير هذه الفقرة إلى أن القانون الطبيعي هو المصدر الاحتياطي يمكن تطبيقه على النزاع المعروض أمام القاضي إذا لم يجد الحل للنزاع في مبادئ الشريعة الاسلامية.

غير أن هناك اتجاها في الفقه يرفض اعتبار مبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ القانون الطبيعي من المصادر الرسمية للقانون<sup>4</sup>، فتعتبر مبادئ الشريعة الاسلامية من المبادئ العامة للقانون، في حين تعتبر مبادئ القانون الطبيعي، جوهر القانون.

والتحليل العلمي يبين أن مصادر القانون تختلف عن مبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ القانون الطبيعي، فمصادر القانون الوضعي - كما رأينا فيما سبق - سواء كان نصا تشريعيًا أو قاعدة عرفية فمصدرها ارادة الدولة.

ان المشرع عندما يقدم على وضع القواعد القانونية فهو يستهدي بمبادئ الشريعة الاسلامية، فعندما وضع قانون الاسرة حيث استلهم جميع قواعده من مبادئ الشريعة، فيبقى مصدر قانون الاسرة هي ارادة الدولة في حين تشكل مبادئ الشريعة الاسلامية مضمون هذا القانون، ولذلك يختلف مضمون هذا القانون عن مصدره وقد جاء في المادة 222 من قانون الاسرة على أن كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية، وهذا النص جاء من باب التزيد ذلك ان المادة الاولى من القانون المدني، تنص على ان القاضي اذا لم يجد النص في القانون يمكن تطبيقه على النزاع حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية.

كذلك فإن المشرع عند وضعه للقانون فهو يستهدي بمبادئ القانون الطبيعي، وعندما يستلهم المشرع مضمون القواعد القانونية، فهو يسعى من خلال ذلك أن تكون تلك القواعد عادلة لكن العدل الذي ينشده المشرع هو عدل مصنوع، لأنه من وضع البشر، ومن ثم لا يمكن أن يصل إلى

<sup>1</sup> تناغو، المرجع السابق، ص 238.

<sup>2</sup> تناغو، جوهر القانون، مكتبة الوفاء القاهرة، ط 2014، ص 38.

<sup>3</sup> تناغو النظرية، المرجع السابق، ص 235.

<sup>4</sup> عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط 1978، ص 173.

درجة القانون الطبيعي أي إلى العدل المطلق أو إلى الكمال وليس مطلوباً أن يصل المشرع إلى العدل المطلق، وكل ما هو مطلوب منه أن يسعى إلى الاقتراب من مستوى القانون الطبيعي، حيث يقلص المسافة ما أمكن ما بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي.

ومهما سعى المشرع إلى تقريب المسافة بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي، فتأتي أحكامه مشوبة بالقصور والنقص باعتباره من عمل الإنسان الذي لا يمكن أن يصل إلى درجة الكمال.

إن المشرع عند وضعه للقانون فهو يرجع إلى مواد الخام وهذه المواد تتعدد يستلهم منها القواعد القانونية ولكن هذه القواعد لكي تحظى بالقبول من طرف المخاطبين بأحكامها يجب أن تكون عادلة مستلهمه من القانون الطبيعي، وبذلك فهو يشكل جوهر القانون، ولذلك تختلف مصادر القانون عن جوهره.

وهو نفس المنهج الذي يطبقه القاضي على النزاع المعروف عليه فإذا لم يجد النص في القانون الوضعي حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فيها حلاً للنزاع حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

والقاضي ملزم بتطبيق قواعد القانون الوضعي، ولا يجوز له العزوف عن تطبيقها والذهاب إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فإذا فعل ذلك، يكون قد انحرف عن تطبيق القانون مع أن وظيفة القاضي تتطلب منه احترام تطبيق القانون ولا يلجأ إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية أو مبادئ القانون الطبيعي إلا إذا سجل نقصاً في القانون.

### 3 - المبادئ العامة للقانون ومصدره:

لقد اختلف الرأي حول تعريف المبادئ العامة للقانون، فقد ذهب البعض إلى أن المبادئ العامة للقانون هي القواعد العامة للقانون، ويقصد بالعمومية في هذا الشأن هو أن المبدأ العام هو قابليته للانطباق على قواعد قانونية أخرى<sup>1</sup> وأن المبدأ العام هو قاعدة القواعد<sup>2</sup>، ويمكن التعرف على هذه المبادئ بالرجوع إلى القواعد القانونية، ومن ثم فهذا الاتجاه يقسم القواعد القانونية إلى قواعد أصلية وقواعد فرعية، فما يعتبر أصلاً هو المبدأ العام.

غير أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به، لأنه لا يفرق بين القواعد العامة المنصوص عليها في القانون وترد عليها استثناءات.

وحسب هذا الرأي فإن القواعد العامة في القانون تشكل المبادئ العامة للقانون، في حين القواعد القانونية العامة هي تلك القواعد المنصوص عليها في القانون كالقاعدة المنصوص عليها في القانون التي تقضي أن العقد شريعة المتعاقدين، في حين المبادئ العامة للقانون غير منصوص عليها في القانون، وبالتالي فالقواعد القانونية العامة تختلف عن المبادئ العامة للقانون.

<sup>1</sup> تناغو، النظرية، المرجع السابق، ص 247.

<sup>2</sup> تناغو، النظرية، المرجع السابق، ص 248.

وقد ذهب اتجاه في الفقه إلى القول أن المقصود بالمبادئ العامة للقانون هي تلك التي يقضي بها العقل الانساني ومن الامثلة على ذلك، المبدأ الذي يقضي أن من يجب عليه الضمان لا يجوز منه الاسترداد، أو المبدأ الذي يقضي لا مصلحة فلا دعوى والمبدأ الذي يقضي أن الباطل لا أثر له.

غير أن هذا الرأي منتقد ذلك ان قاعدة الباطل لا أثر له تناقضها القاعدة التي تقضي بترتيب بعض الآثار على العقد الباطل فالزواج الباطل يمكن اعتباره زواجا ظنيا يثبت بموجبه نسب الولد والشركة الباطلة يمكن اعتبارها شركة فعلية وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تحد منها قاعدة عدم جواز الغبن<sup>1</sup>

إلا أن الاتجاه القوي في الفقه، يرى أن المقصود بالمبادئ العامة في القانون، وهي تلك المبادئ العامة المستمدة من الفلسفة العامة السائدة في مجتمع معين بل أكثر وضوح فالمبادئ العامة هي عبارة عن الأفكار الصادرة عن الفكرة العامة للوجود أو عن التصور العام للوجود والحياة في مجتمع معين<sup>2</sup>.

وتعتبر مبادئ الشريعة الاسلامية من المبادئ العامة للقانون يستمد منها المشرع مضمون القواعد القانونية.

وهناك من جانب آخر يذهب إلى تعريف المبادئ العامة للقانون، وهي تلك المبادئ غير المكتوبة تستنتج من النظام القانوني في الدولة، وهي مستقرة في ذهن وضمير الجماعة ويقوم القاضي بالكشف عنها وتفسير هذا الضمير الجماعي<sup>3</sup>.

وتبعاً لذلك، تعتبر مبادئ الشريعة الاسلامية من المبادئ العامة للقانون يستلهم منها المشرع مضمون القواعد القانونية، ونتيجة لذلك فإن مصادر القانون باعتبارها السبب المنشئ للقاعدة القانونية ومصدرها هو ارادة الدولة، في حين المبادئ العامة للقانون غير مكتوبة تستنتج من النظام القانوني السائد في الدولة وهي مستقرة في ذهن وضمير الجماعة ومن ثم تختلف مصادر القانون عن مبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ القانون الطبيعي من حيث السبب.

### المطلب الثالث:

#### القاضي يقوم بتكملة النقص في التشريع

القاضي عندما تعرض عليه القضية ولا يجد نقصاً في التشريع، بل يجد نصاً واضحاً ولا يحتاج إلى التفسير، فيقوم بدور آلي بتطبيق القاعدة القانونية، ولا يجوز له العدول عن تطبيقها تحت ذريعة تحقيق العدل، وإذا فعل ذلك يكون قد خرج عن وظيفته التي تتطلب منه تطبيق أحكام القانون من غير العزوف عنها تحت أية ذريعة من الذرائع.

<sup>1</sup> تناغو، نفس المرجع، ص 247.

<sup>2</sup> تناغو، نفس المرجع، ص 247.

<sup>3</sup> هلالى عبد الإله أحمد، النظرية العامة للثبات في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1987، ص 501.

لكن القاضي عندما يفصل في النزاع المعروض عليه، ولا يوجد نص في التشريع يمكن تطبيقه عليه انتقل إلى المصادر القانونية الأخرى، ومن ثم لا يمكن القول بوجود نقص في القانون إلا إذا كان لا يوجد حل للنزاع المعروض على القاضي في أحد مصادر القانون.

ولذلك يجب التفرقة بين المصادر القانونية التي تكون لها الأولوية في تطبيقها على غيرها من الأفكار القانونية الأخرى التي سبقت الإشارة إليها.

وكما هو متفق عليه فقها وقضاء أن المصادر القانونية الرسمية التي يلتزم بها القاضي بتطبيقها هي التشريع والعرف، ومن ثم يثور التساؤل حول أولوية مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف كما جاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني.

فهل يجب على القاضي إذا لم يجد نصا في التشريع أن ينتقل مباشرة إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية قبل العرف.

ان هذا الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري لا يلغي دور العرف باعتباره المصدر الرسمي للقانون، فالقاضي مقيد بتطبيق أحكام القانون الوضعي بما فيه العرف على سائر الأفكار القانونية الأخرى، لأن مبادئ الشريعة الإسلامية، لا تعد من مصادر القانون، فإذا وجد القاضي نقصا في القانون الوضعي أي في التشريع والعرف انتقل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستلها من الحكم للنزاع المعروض عليه عند عدم وجود قاعدة قانونية وضعية، ولذلك فهو يخلق الحل العادل للنزاع وهو حكم منشئ من خلق القاضي ولو أستمد هذا الحل من مبادئ الشريعة الإسلامية وبالتالي يكون مصدر هذا الحكم هو ارادة القاضي، في حين أن مضمون هذا الحكم قد استلهمه من مبادئ الشريعة الإسلامية.

ان القاضي لا يرجع إلى مبادئ الشريعة إلا إذا وجد نقصا في القانون الوضعي، لأن وظيفة القاضي تلزمه بتطبيق أحكام القانون ولا يفتح أمامه باب الاجتهاد إلا إذا وجد نصا غامضا يتطلب منه تفسيره لاستجلاء الحل اللازم لتطبيقه على النزاع، او إذا وجد نقصا في المصادر الرسمية للقانون.

والقاضي ملزم بتطبيق القاعدة التشريعية فإذا وجد نقصا في التشريع انتقل إلى تطبيق القاعدة العرفية، فإذا لم يجد حلا في العرف، انتقل إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فيها حلا انتقل إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ويقصد بقواعد العدالة أن تتكفل بتطبيق مبادئ القانون الطبيعي بناء على قواعد تراعى فيها ظروف كل قضية على حدة<sup>1</sup>.

وقد يجد القاضي التعارض بين القاعدة التشريعية والقاعدة العرفية، فهل تثبت الأولوية للقاعدة التشريعية أو القاعدة العرفية ؟

الإجابة عن ذلك هو أن الأولوية للتشريع على العرف وهذا ما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني فالقاضي لا يرجع إلى العرف إلا إذا لم يجد نصا في التشريع و ما

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، ص 173.

دام ان القاعدة التشريعية والقاعدة العرفية في درجة واحدة وتتفوق القاعدة العرفية على القاعدة التشريعية إذا كانت القاعدة العرفية قاعدة دستورية، أما إذا كانت كل من القاعدة التشريعية والعرفية على مستوى واحد فالأولية تكون للقاعدة التشريعية.

كذلك لا يجوز للقاضي ان يطرح التشريع ويطبق العرف، ويكون بذلك قد الغى التشريع ضمناً، وهذا ما يخالف أحكام الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون المدني والتي تنص على ما يلي :  
" ... لا يجوز الغاء القانون إلا بقانون لا حق ينص صراحة على هذا الالغاء".

ومن ثم إذا امتنع القاضي عن تطبيق القاعدة التشريعية وطبق بدلها القاعدة العرفية يكون قد جعل الأولوية للقاعدة العرفية على حساب القاعدة التشريعية، مما يعد ذلك مخالفة لمبدأ أولوية التشريع على العرف.

وترتيباً على ذلك فإن مصادر القانون تنحصر في مصدرين وهما التشريع والعرف، في حين لا تعد مبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي من مصادر القانون<sup>1</sup>، فمبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ العامة للقانون الجزائي، حيث يستلهم منها المشرع مضمون القواعد التشريعية، أما القانون الطبيعي يشكل جوهر القانون، فعندما يقوم المشرع بوضع القواعد التشريعية فهو يستهدي بقواعد القانون الطبيعي، فينبغي على المشرع ان يستلهم من القانون الطبيعي روح القواعد التشريعية وكذلك على القاضي عندما لا يجد الحل في القانون الوضعي يطبقه على النزاع حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد حلاً فيها حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

#### المطلب الرابع:

#### كيف يواجه القاضي النقص في القانون؟

عندما يعرض النزاع على القاضي فيقوم بتكييف وقائع النزاع فيعطي الوصف القانوني لها، ويقرر ما إذا كانت هذه الوقائع تولد المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، فإذا توصل إلى أن الوقائع المعروضة تولد المسؤولية التقصيرية وهي مسؤولية حارس الشيء، ويبحث على النص القانوني الذي ينطبق على هذه الوقائع، فإذا وجد النص واضحاً وليس فيه غموض يلتزم بتطبيقه ولا يجوز له أن يمتنع عن ذلك، وإذا فعل ذلك وقع في خطأ التقدير يعرض حكمه للإلغاء من جهة الطعن.

أما إذا لم يجد الحل للنزاع المطروح عليه في التشريع، انتقل إلى المصدر الرسمي الثاني وهو العرف، فإذا لم يجد الحل في القاعدة العرفية، انتقل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يجد الحل فيها للنزاع، انتقل إلى القانون الطبيعي.

والقاضي بحكم طبيعة عمله هو الشخص الذي يحكم بالعدل بين الناس حسب تعبير أرسطو.

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 173

والقاضي عندما لا يجد نصا في القانون الوضعي يمكن تطبيقه على النزاع المعروض أمامه، ولا يجد الحل في مبادئ الشريعة الإسلامية، انتقل إلى مبادئ القانون الطبيعي يستلهم منها الحل للنزاع، يعمل القاضي في هذه الحالة كما يعمل المشرع عند وضعه القانون حيث يستوحي من القانون الطبيعي مضمون النص التشريعي.

ويقول ارسطو في هذه الحالة أي عندما يواجه القاضي النقص في القانون، فإن المشرع نفسه لو كان حاضرا لوافق على تكملة النقص، ولو كان قد تنبه إليه لأدخل التحديد اللازم في نص القانون<sup>1</sup>.

ومن ثم فإن القاضي يقوم - عند وجود نقص في القانون الوضعي - بعمل أقرب إلى عمل المشرع وهو تطبيق نفس الحل الذي كان يقرره المشرع لو كان حاضرا مكان القاضي<sup>2</sup>.

ان كلا من المشرع والقاضي يرجعان إلى نفس المرجع وهو القانون الطبيعي، فيستلهم المشرع منه مضمون القاعدة التشريعية التي يضعها، وكذلك يستلهم القاضي الحل الذي يمكن تطبيقه على النزاع.

ويؤكد ارسطو على أنه وفي حالة وجود نقص في القانون الوضعي، فإن القاضي يرجع إلى القانون الطبيعي لاستلهم منه الحكم للنزاع المعروض عليه، والحكم الذي يصدره القاضي، ليس حكما بمقتضى العدل، وإنما هو حكم بمقتضى الانصاف *l'équité* وهو نوع خاص من العدل<sup>3</sup>، ويفرق ارسطو بين العدل والانصاف والمشرع الجزائي عندما خول القاضي في حالة وجود نقص في القانون الوضعي أن يحكم بمقتضى القانون الطبيعي فهو لم يخرج عما قال به ارسطو وهو أن يستلهم القاضي الحل للنزاع المعروض عليه من نفس المرجع الذي يستلهم منه المشرع مضمون قواعد القانون الوضعي وهو القانون الطبيعي<sup>4</sup>.

والحكم الذي يصدره القاضي على أساس القانون الطبيعي هو حكم يعبر عن العدل المصنوع، وليس هو حكم القانون الطبيعي أي العدل في ذاته<sup>5</sup>، وكذلك يجب التفرقة بين العدل في ذاته والعدل المصنوع فهو يعبر عن جهد الانسان وما يشوبه من قصور.

ومن نافلة القول أن القانون الطبيعي هو العدل في ذاته أي العدل المطلق، اما الحكم الذي يصدره القاضي عندما لا يجد الحل في المصادر الرسمية للقانون، ويرجع إلى القانون الطبيعي لاستلهم منه الحكم فهو يعبر عن العدل المصنوع.

والقضاء لا يقوم بتطوير القانون وإنما يقوم بتكملة النقص المسجل في القانون، وتبعاً لذلك يثور التساؤل التالي :

عندما يجد القاضي فراغا في القانون فهل يقوم بخلق قاعدة قانونية لها قوة الالزام ؟

<sup>1</sup> تناغو، النظرية، المرجع السابق، ص 241.

<sup>2</sup> تناغو، النظرية، المرجع السابق، ص 241.

<sup>3</sup> تناغو، جوهر القانون، المرجع السابق، ص 55.

<sup>4</sup> تناغو، النظرية، نفس المرجع، ص 241.

<sup>5</sup> نفس المرجع، ص 291.

فقد اختلف الرأي حول الاجابة على هذا السؤال، فذهب رأي في الفقه<sup>1</sup> حيث يرى أن الأحكام القضائية الصادرة في مسألة معينة ومهما تواترت تلك الأحكام على حكم و مستلهمة مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فلا يؤدي ذلك إلى خلق قاعدة قانونية، والقاضي عندما يستلهم تلك المبادئ فيقتصر الحل الذي توصل إليه على الحالة التي لا يوجد حل في التشريع أو العرف<sup>2</sup>.

في حين ذهب رأي آخر في الفقه، حيث يرى أن الحكم الذي يصدره القاضي في هذه الحالة يمكن أن يؤدي إلى خلق قاعدة قانونية إذا تواترت المحاكم الأخرى على تطبيق نفس الحكم على نفس المنازعات المتشابهة، ويكون مصدر هذه القاعدة التي استلهمها من القانون الطبيعي هو ارادة القاضي، وبذلك يعد القضاء مصدرا من مصادر القانون الوضعي<sup>3</sup>، غير أنني أرى أن الرأي الأول هو الذي يتوافق مع أحكام المادة الأولى من القانون المدني، فالمشرع لم يعتبر أحكام القضاء من مصادر القانون، وإذا تواترت تلك الأحكام على تطبيق نفس الحكم على نفس المنازعات المتشابهة، فيعتبر ذلك من باب الاجتهاد القضائي وهو غير ملزم، في حين لو كان القضاء مصدرا رسميا من مصادر القانون يصبح ملزما للقاضي بتطبيقه على النزاع المعروض عليه.

أما الاجتهاد القضائي وعلى فرض تواتر الاحكام على تطبيق نفس الحل، ليس له قوة الالزام، فالقاضي عندما لا يطبق نفس الحل الذي تواترت عليه أحكام المحاكم الأخرى، فهو لا يخرق أية قاعدة قانونية، ويمكن أن يؤدي إلى اجتهاد جديد والقول بغير ذلك يؤدي إلى الجمود، وهو الأمر الذي تأباه طبيعة الحياة الاجتماعية، حيث لا تتوقف على فرز قضايا جديدة تتطلب حولا جديدة.

## المبحث الثاني:

### مدى مساهمة التطبيقات القضائية في إكمال النقص في التشريع

**مقدمة:** ان دور القضاء في المساهمة في تكملة النقص في التشريع، باستلهم الحلول من مبادئ الشريعة الاسلامية وقواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة ولا يظهر هذا الدور إلا إذا وجد القاضي نقصا في مصادر القانون الرسمية، وهذا ما يفتح أمامه باب الاجتهاد القضائي. ويقوم القضاء باكمال النقص في التشريع وهذا الدور مفتوح أمام أسفل قاعدة الهرم إلى أعلاها، وتتربع المحكمة العليا على قمة هذا الهرم في التنظيم القضائي الجزائري، وتقوم بدورها طبقا ما يحدده الدستور في المادة 179 منه، حيث جاء فيها ما يلي :

"تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع انحاء البلاد ويسهران على تطبيق القانون".

ويستخلص من هذا النص أن المحكمة العليا تقوم بدورين الأول توحيد الاجتهاد القضائي والثاني السهر على احترام القانون وقد يواجه قضاة الموضوع نقصا في القانون، فيقوم باكمال هذا

<sup>1</sup> عيد المنعم فرج، المرجع السابق، ص 170.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافية الجامعية، الاسكندرية، ط 1976، ص 195.

<sup>3</sup> تناغو، النظرية، المرجع السابق، ص 483.

النقص المسجل في القانون، ومن ثم ومن المتوقع أن تصدر من المحاكم والمجالس القضائية اجتهادات متناقضة حول نفس المسألة المعروضة عليهم، فتقوم المحكمة العليا في هذه الحالة بتوحيد الاجتهاد وذلك بانضمامها لأحد الاجتهادين مع عدم تبنيها لاجتهاد القضائي الآخر وبذلك سينضم قضاة الموضوع إلى هذا الموقف الذي انحازت إليه المحكمة العليا، والتزام قضاة الموضوع بهذا الاجتهاد هو التزام معنوي.

وتقوم المحكمة العليا بهذا الدور عن طريق الهيئتين الأولى تتمثل في الغرفة المختلطة، وتحال عليها القضية عندما تطرح مسألة قانونية من شأنها أن تصدر فيها قرارات متناقضة من غرفتين أو أكثر، وإذا لم يحصل الاتفاق بينهما تحال القضية أمام الغرف المجتمعة والثانية تتمثل في الغرف المجتمعة وهي تختص بالفصل في القضية عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر من إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي.

وتبعاً لذلك سأنتقل إلى قراراتين صادرين عن الغرف المجتمعة، لنرى مدى التزام المحكمة العليا بهذا المبدأ، وما إذا كانت تقوم بالفعل بالفصل في مسألة تطرح خلافاً في الرأي أو بمسألة تتعلق بتغيير اجتهاد قضائي خلافاً لاجتهاد قضائي سابق، وسأنتقل بدراسة هذين القرارين على النحو التالي :

### 1- القرار الصادر عن الغرف المجتمعة بتاريخ 18 02 1997 رقم 136156

أولاً - المبدأ: الشكل الرسمي هو شرط ضروري لصحة عقد البيع المتعلق ببيع القاعدة التجارية.

وإذا كان صحيحاً أن العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية يتضمن التزامات شخصية تقع على عاتق كل من البائع والمشتري، إلا أنه باطل بطلاناً مطلقاً.

#### ثانياً - ملخص الوقائع والإجراءات:

ويستخلص من وقائع القضية، ان (ع، أ) قدم طعناً بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكر بتاريخ 03 ماي 1994 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بصحة عقد بيع المحل التجاري المبرم بين الخصمين بموجب العقد العرفي المؤرخ في 22 أوت 1988 وبصرفهما أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية.

وانتهى الطعن بالنقض إلى صدور القرار المومي إليه أعلاه من الغرف المجتمعة التي اعتمدت على الوجه المأخوذ من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، بدعوى أن عملية بيع المحل التجاري تخضع لأحكام المادة 79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، حيث أن المادتين تستوجبان تحرير عقد ببيع المحل التجاري بموجب عقد رسمي تحت طائلة البطلان، لكن القرار المنتقد قد رفض الدفع ببطلان العقد وقضى بصحته.

وحيث أجابت الغرف المجتمعة على هذا الوجه بما يلي :

"حيث انه يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الاستئناف، قد اعتبروا أن العقد العرفي المشار إليه أعلاه هو عقد صحيح مكتمل الشروط.

غير أن قضاءهم جاء خرقاً لأحكام المادتين المادة 79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، حيث تشترطان في بيع المحل التجاري أن يحرر عقد البيع في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان.

وحيث ان الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية هو شرط ضروري لصحته وان تحرير عقد البيع في شكل آخر مخالف للقانون يؤدي إلى بطلان ذلك العقد.

وحيث أنه إذا كان صحيحاً أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والشاري، إلا أنه باطل بطلاناً مطلقاً لكونه يخضع لاجراءات قانونية تخص النظام العام، ولا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموظف للقيام باجراءات البيع، وضمن هذه الظروف أنه كان يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية، ويأمرُوا بارجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل ابرام العقد وفقاً للمادة 103 من القانون المدني، وانتهت المحكمة العليا ضمن غرفها المجتمعة إلى نقض وإبطال القرار المطعون فيه مع الإحالة".

### ثالثاً- تحليل ومناقشة أسباب القرار:

حيث أنه وكما يستخلص من وقائع القضية، أنه تم عرض القضية المذكورة وقائعها أعلاه، على الغرف المجتمعة للفصل في مسألة قانونية بحثة تتعلق بالخطأ في تطبيق القانون الذي وقع فيه قضاة الموضوع، اعتماداً على أحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، والمادة 79 من القانون التجاري حيث تنصان على وجوب تحرير عقد ببيع القاعدة التجارية - تحت طائلة البطلان - في الشكل الرسمي، وان قضاة الموضوع عندما صرحوا بصحة عقد البيع المحرر في الشكل العرفي، قد أخطأوا في تطبيق القانون وإذا كانت ما انتهت إليه الغرف المجتمعة هو صحيح من الناحية القانونية وتطبيق آلي للقانون ولكنه لا تتعلق هذه المسألة بالتراجع عن اجتهاد سابق، أو عن مسألة تثير اختلافاً في الرأي.

وتخرج هذه المسألة عن اختصاص الغرف المجتمعة، بل هي من اختصاص أية غرفة من غرف المحكمة العليا تفصل فيها بمفردها.

وتحدد المادة 18 من القانون العضوي رقم 12/11 المتعلق بتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها، ما يلي:

"زيادة على الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 17 أعلاه، تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي".

وجذير بالملاحظة، فإنه لم يتم طرح على الغرف المجتمعة مسألة تتعلق بتغيير اجتهاد قضائي سابق سيتم الرجوع عنه بموجب اجتهاد قضائي جديد، أو مسألة تثير اختلافاً في الرأي.

غير انه وكما هو ثابت من قرارات سابقة صادرة عن المحكمة العليا<sup>1</sup> كانت ترى أن عقد بيع القاعدة التجارية، أو بيع العقار المحرر في الشكل العرفي هو عقد صحيح، وتصرف الطرفين أمام الموثق لاكمال الشكل الرسمي.

وإذا كانت المحكمة العليا قد تراجعت عن موقفها السابق الذي يعتبر العقود العرفية المتضمنة ببيع العقار أو القاعدة التجارية عقوداً صحيحة مرتبة لجميع أثارها، فإنها تكون قد تراجعت عن الخطأ في تطبيق القانون، وهذا ما يتطابق مع وظيفتها الدستورية المنصوص عليها بالمادة 179 من الدستور والتي تنص على أن تسهر المحكمة العليا على احترام تطبيق القانون، ولكنه لا يدخل في اختصاص الغرف المجتمعة.

ولا يمكن القول أن تلك القرارات التي تقر بيع العقار المحررة في الشكل العرفي بمثابة اجتهاد قضائي، فلا يمكن اعتبار الخطأ في تطبيق القانون بمثابة اجتهاد قضائي، واعتبار ذلك يعد خروجاً عن أحكام الدستور.

والتساؤل الكبير المطروح فكيف للمحكمة العليا لم تستطع التمييز بين الخطأ في تطبيق القانون وبين الاجتهاد القضائي؟

والقضاء لا يفتح امامه باب الاجتهاد الا إذا وجد نقص في مصادر القانون الرسمية أو وجود غموض في النص.

والغرف المجتمعة لا تختص في نظر الطعن الذي يؤسس على أحد أوجه الطعن، فإذا اكتشفت المحكمة العليا صدور قرارات منها مخالفة للقانون، فلا يجوز لها تصحيح هذا الخرق عن طريق الغرف المجتمعة، لأن هذه الأخيرة لا تختص إلا عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها يؤدي إلى تغيير في اجتهاد قضائي سابق.

في حين أن المسألة المطروحة على الغرف المجتمعة لا تتعلق بتغيير اجتهاد سابق أو بمسألة تحتمل صدور قرارات متناقضة من غرفتين أو أكثر لأن هذه المسألة لا تتعلق بتفسير نص غامض يحتمل أكثر من حل بل أن المسألة تتعلق بمخالفة القانون تخرج عن اختصاص الغرف المجتمعة، بل كان عليها أن تحكم في القضية بعدم اختصاصها وتحيل القضية على الغرفة صاحبة الشأن وتصدر لها أمراً صارماً بضرورة احترام القانون.

ان القرار الصادر عن الغرف المجتمعة يبين وأن قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق المادتين المشار إليها أعلاه، وهذا العمل هو ما تقوم به يومياً غرف المحكمة العليا غير المجتمعة.

---

<sup>1</sup> انظر القرار الصادر بتاريخ 17/04/1996 رقم 154760 عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، اعتبرت الغرفة المدنية الوعد بالبيع المحرر في الشكل العرفي صحيحاً مرتباً للالتزامات بين طرفيه.

وما يستغرب منه أن القرار الصادر عن الغرف المجتمعة يؤكد في إحدى حيثياته بالقول : "أنه إذا كان صحيحاً أن العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والشاري، إلا أنه باطلاً بطلانا مطلقاً...".

ولو كان صحيحاً أن العقد العرفي يرتب التزامات شخصية فأصبح ما تقرره المحكمة العليا من صحة عقد بيع القاعدة التجارية في الشكل العرفي صحيحاً وتصرف المتعاقدين إلى تنفيذ التزامهما بتحرير العقد أمام الموثق.

ولا يمكن فهم ذلك إلا في إطار التناقض الصارخ، فكيف يمكن للعقد الباطل بطلانا مطلقاً أن يولد التزامات شخصية، في حين نظرية العقد لا ترتب أي أثر على العقد الباطل، والعقد لا يرتب آثاره إلا إذا كان صحيحاً واستكمل جميع أركان انعقاده وشروط صحته، أما العقد الباطل هو والعدم سواء، فلا تترتب عليه أي آثار ولا يستطيع أن ينشئ التزامات شخصية، وهل حدث في التاريخ وأخبرنا أن شخصاً قد مات ومع ذلك فقد ولد.

ولا يقبل أن يعتبر الخطأ اجتهداً يمكن التراجع عنه عن طريق الغرف المجتمعة، وكل ما ترتب على قرار الغرف المجتمعة أنها تراجع عن الخطأ في القانون، وهذا التراجع يمكن أن تقوم به أي غرفة من غرف المحكمة العليا كما أشرنا إلى ذلك سابقاً.

## 2- القرار الصادر عن الغرف المجتمعة بتاريخ 2009/02/23 رقم 44499:

أولاً - المبدأ : الرجوع في الهبة من الواهب لأحد أولاده يكون أمام الموثق، ولا يمنع الموهوب له في حالة قيام أحد الموانع أن يرفع الدعوى لطلب الغاء المحرر المتضمن الرجوع.

### ثانياً- ملخص الوقائع والإجراءات:

حيث حصل الطاعنون على حكم في الموضوع مؤيد بموجب قرار صادر عن المجلس القضائي يقضي بصحة الرجوع في الهبة أمام الموثق، وتم الطعن بالنقض في هذا القرار، وانتهى إلى صدور القرار المؤرخ في 2000/10/17 عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث القاضي برفض الطعن بالنقض في القرار المطعون فيه، وتبنت مبدأ الرجوع في الهبة لا يكون إلا أمام الموثق من جهة.

وحيث أنه تم مباشرة نفس النزاع أمام قضاة الموضوع، وانتهى هذا النزاع إلى صدور القرار من المجلس القضائي وتم عرضه على الغرفة التجارية والبحرية، وقد فصلت في الطعن بالنقض حول نفس النزاع وقضت بنقض القرار المطعون فيه، وتبنت مبدأ الرجوع في الهبة لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية من جهة أخرى.

وبعد إعادة السير في الخصومة بعد النقض، انتهت إلى صدور القرار عن مجلس قضاء البليدة القاضي بإلغاء الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2002/10/14، والقضاء من جديد بإبطال عقد البيع المحرر بتاريخ 1998/05/23 والقضاء برفض الدعوى.

وحيث أن جهة الاحالة قد التزمت بما قرره الغرفة التجارية والبحرية التي اعتمدت على فكرة الرجوع في الهبة لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية.

وحيث انه وعلى أثر الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء البليدة بتاريخ 21 مارس 2006 تم عرض القضية على الغرف المجتمعة، وانتهت إلى اعتبار القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث الذي كرس مبدأ الرجوع في الهبة لا يكون إلا أمام الموثق وليس عن طريق الدعوى القضائية، وصرحت بنقض وإبطال القرار المطعون فيه وبدون احالة.

### ثالثا- تحليل ومناقشة أسباب القرار:

يستخلص من وقائع القضية أنه وقع خلاف بين غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، وقد أقرت هذه الأخيرة مبدأ الرجوع في الهبة من الواهب لأولاده لا يكون إلا أمام الموثق. في حين أن الغرفة التجارية والبحرية قد أقرت مبدأ الرجوع في الهبة لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية.

والسؤال المطروح هو ما إذا كان الرجوع في الهبة من طرف الواهب يثير اختلافا في الرأي، يستوجب تدخل الغرف المجتمعة، أو المسألة لا تثير أي اختلاف في الرأي، بل الأمر يتعلق فقط على فهم الصحيح للقانون وتطبيقه، ولا تتطلب المسألة تدخل الغرف المجتمعة للفصل في هذه المسألة؟

وتبعاً لذلك، سأنتقل إلى موقف كل من الغرفتين لأبين الموقف الصحيح من المسألة، وذلك على النحو التالي:

### - موقف غرفة الأحوال الشخصية والمواريث:

كانت غرفة الأحوال الشخصية تسير على مبدأ الرجوع في الهبة يكون أمام الموثق، ولا يحتاج إلى قضاء قاض، وفقاً لأحكام المادة 211 من قانون الأسرة، وأن هذه المادة لم توضح كيفية الرجوع في الهبة، ومن ثم وأمام سكوت المشرع عن ذلك، فلا مفر من الرجوع إلى أحكام القواعد العامة، وذلك بالكشف عن طبيعة حق الرجوع في الهبة وتحديد نظامه القانوني الذي يخضع له.

وينقسم الحق من حيث طبيعته إلى حق يقابله إلتزام، ويعرف بالحق الشخصي، وحق لا يقابله إلتزام، ويعرف بالحق الإرادي.

وتبعاً لذلك يطرح التساؤل حول طبيعة حق الواهب في الرجوع عن الهبة، فهل يعد حقا شخصيا، أم حقا إراديا؟

وقبل الإجابة عن هذا التساؤل يجدر بنا أن نتطرق إلى تعريف الحق الإرادي وكيفية ممارسته وذلك على الوجه التالي:

يعرف الحق الإرادي، على أنه سلطة إحداث الأثر القانوني بمحض إرادة صاحبه، مادام ذلك يوافق القانون.

ويترتب الأثر القانوني بمجرد تعبير صاحب الحق الإرادي عن إرادته، ويترتب هذا الأثر لصاحب الحق في مواجهة الطرف السلبي في الرابطة.

ولا يلتزم الطرف السلبي في الرابطة، بأي أداء، وإنما يخضع للأثر القانوني. والخضوع ليس الإحالة قانونية، لا تتطلب إشراك الشخص الخاضع، ولا تقتضي تدخله من جهة، ولا يستطيع أن يمنع ترتب الأثر القانوني من جهة أخرى.<sup>1</sup> ويستعمل الحق الإرادي كقاعدة عامة بمجرد الإعلان عن إرادة صاحب الحق الإرادي إلى الطرف السلبي، فيحدث الأثر القانوني.

وقد يستعمل الحق الإرادي، وفق الشكل القانوني، وقد يكون هذا الشكل كتابة رسمية، كان يتم التعبير عن إرادة صاحب الحق الإرادي أمام الموثق أو القاضي، والخصائص التي سبقت الإشارة إليها، تنطبق على حق الواهب في الرجوع عن الهبة.

إذن يعد حق الرجوع في الهبة من الحقوق الإرادية لأنه حق لا يقابله أي التزام، وهذا ما تؤكد عليه المادة 211 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي :

"للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه... " والشخص عندما يستعمل حقه فهو لا يعتدي على أحد، ولا يمكن أن ينازعه في ذلك أحد، والموهوب له يخضع للأثر القانوني ولا يستطيع أن ينازع الواهب في الرجوع عن الهبة، إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها بالمادة 211 المذكورة.

ومن الأمثلة عن الحقوق الإرادية، حق الخاطب في الرجوع عن الخطبة، وحق الموكل في عزل الوكيل وحق الواهب في الرجوع عن الهبة، ولذلك لا يحتاج الخاطب أو الموكل أو الواهب إلى رفع الدعوى على الطرف السلبي، بل يحق له أن يستعمل حقه، وللطرف السلبي إذا لحق به ضرر جراء استعمال صاحب الحق الإرادي، لحقه أن يرفع عليه الدعوى، والعكس غير صحيح.

والدعوى القضائية لا تقبل أمام القضاء، إلا إذا وقع إعتداء على حق الشخص، فإذا رفع المدعي الدعوى دون أن يقع عليه أي إعتداء، فإن دعواه تنتهي إلى عدم القبول.

والواهب عندما يريد ان يستعمل حقه في الرجوع، فإنه لا يدعي أي إعتداء يكون قد وقع على حقه، وتبعاً لذلك، إذا اراد الواهب، أن يستعمل حقه في الرجوع عن الهبة، فيتم ذلك عن طريق التعبير عن إرادته وفق الشكل القانوني، فيحدث الأثر القانوني المتمثل في إنقضاء مركز الموهوب له كمالك للعقار الموهوب له.

والشكل القانوني الذي يجب أن تفرغ فيه إرادة الواهب، هو الكتابة الرسمية فبحضوره أمام الموثق وتعبيره عن إرادته في ذلك، يحدث الأثر القانوني.

وفي هذه الحالة فهو لا يحتاج إلى الالتجاء إلى القضاء لأنه لم يقع على حقه أي إعتداء، فيكفي أن يعبر عن إرادته أمام الموثق، ثم بعد ذلك، يجب إعلان الطرف السلبي، وهو الموهوب له، بهذا الرجوع.

<sup>1</sup> فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1986، ص 119.

غير أنه يحق للموهوب له أن يرفع الدعوى أمام القضاء، إذا لحق به ضرر جراء إستعمال الحق الإرادي، ولا يمكن للموهوب له أن يدعي وقوع عليه إعتداء إلا في الحالات الإستثنائية التي عدتها المادة 2/211 من قانون الأسرة.

فإذا أثبت ذلك، قضت له المحكمة بإلغاء المحرر المتضمن الرجوع عن الهبة، ومن ثمة، فإن طبيعة حق الواهب بإعتباره من الحقوق الإرادية يستعمل بمحض إرادة صاحبه وفق الشكل القانوني، فإذا نشأ ضرر عن هذا الاستعمال، فيحق للطرف السلبي وهو الموهوب له ان يكون في مركز المدعي، ويكون الواهب في مركز المدعي عليه فيقع على عاتق الموهوب له، أن يثبت وأن الواهب قد تراجع عن الهبة، في الحالات التي لا يجوز فيها الرجوع، أما إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة، فيكفي أن يحضر أمام الموثق وأن يعبر عن إرادته، دون حاجة إلى رفع الدعوى، وإذا رفعها فيجب الحكم فيها بعدم قبولها، لانتفاء المصلحة فيها، وبالتالي موقف غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ينسجم مع طبيعة الحق الإرادي وهو الموقف الصحيح.

## 2 - موقف الغرفة التجارية والبحرية:

إذا كان الأصل المنصوص عليه بالمادة 106 من القانون المدني، الذي يقضي على أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون...

وترتيباً على ذلك، فإن الأصل يقضي أنه لا يجوز للواهب الرجوع في عقد الهبة إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون.

غير أنه ترد بعض الاستثناءات على هذا الأصل، ومنها حق الإدارة بفسخ العقد بناء على إرادتها المنفردة، وكذلك تعد المادة 211 من قانون الأسرة، استثناء على الأصل العام، حيث تستثنى منه الرجوع في الهبة، والرجوع الواهب عن الهبة لولده يستند إلى سبب قانوني الذي يقره القانون، لأن الواهب يتمتع بالحق الإرادي، يستعمل بمحض إرادة صاحبه، ولا يحتاج إلى رفع الدعوى، لأن الموهوب له بإعتباره طرفاً سبباً في الرابطة يخضع للأثر القانوني، ولا يتطلب القانون الموافقة منه.

وتبعاً لذلك يتبادر إلى الذهن التساؤل التالي: هل الرجوع في الهبة يختص به القضاء أم الموثق؟

والرجوع في الهبة من طرف الواهب لولده، يتم عن طريق التعبير عن الإرادة المنفردة، والتعبير عن الإرادة يتطلب فيه القانون الشكل الرسمي، لأنه يترتب عليه التغيير في الملكية العقارية بحيث تنتقل من جديد الملكية العقارية إلى الواهب، ومن ثم فإن الأمر يتعلق بتوثيق الإرادة، ويدخل هذا العمل في اختصاص الموثق، يختص به اختصاصاً وظيفياً، وأن القضاء غير مختص وظيفياً بتوثيق الإرادة.

وحيث أن القضاء يختص وظيفياً بالفصل في المنازعات التي تعرض عليه، وأن الرجوع في الهبة لا يطرح أي نزاع، لأن الواهب يريد الرجوع، ولا يدعي وقوع أي اعتداء على حقه، وإذا

رفع الواهب الدعوى يطلب فيها الرجوع في الهبة وجب على القضاء أن يفصل فيها بعدم القبول لانتقاء المصلحة في الدعوى أو يصرح بعدم اختصاصه.

وبذلك وعندما أقرت الغرفة التجارية والبحرية مبدأ الرجوع في الهبة لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية تكون قد خرقت قواعد الاختصاص الوظيفي، وفي ذات الوقت خرقت أحكام المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

وجدير بالذكر، أن المسألة تتعلق بقواعد الاختصاص الوظيفي، ولا تطرح اختلافا في الرأي ولا التراجع عن اجتهاد قضائي سابق، ومن ثم تخرج هذه المسألة عن اختصاص الغرف المجتمعة.

ومن الملاحظ أن الغرف المجتمعة، وفصلا في القضية، قد أثارت وجها تلقائيا والمأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون وفقا للمادة 211 من قانون الأسرة، وهذا الوجه يدخل في اختصاص الغرف العادية بالمحكمة العليا، ذلك أن الغرف المجتمعة لا تدعو إلى الانعقاد إلا إذا وجدت مسألة مطروحة على غرفتين أو أكثر تثير إختلافا في الرأي، ولا يحصل الاتفاق بشأنها تحال على الغرف المجتمعة، أو تطرح المسألة امكانية الرجوع عن اجتهاد سابق، في حين أن الغرف المجتمعة طرحت عليها المسألة تتعلق بالخطأ في تطبيق القانون.

فكان على الغرف المجتمعة أن تفصل في القضية بعم اختصاصها وأن تحيل القضية على الغرفة التجارية والبحرية، وتطلب منها الالتزام باحترام تطبيق قواعد الاختصاص الوظيفي، لأن الأمر يتعلق باحترام تطبيق أحكام القانون ولا يتعلق بمسألة تثير إختلافا في الرأي او تتعلق بالتراجع عن اجتهاد قضائي سابق.

#### خاتمة:

ان المسألة المطروحة على الغرف المجتمعة الأولى تتعلق بالخطأ في تطبيق القانون والثانية تتعلق بخرق قواعد الاختصاص من طرف الغرفة التجارية والبحرية، ولا تتعلق بالمسألة التي تثير إختلافا في الرأي أو بالتراجع عن اجتهاد قضائي سابق، وكان على الغرف المجتمعة أن تحيل القضية من جديد على الغرفة التجارية والبحرية وتوجه لها أمرا باحترام قواعد القانون ولا يجوز لها أن تفصل فيهما لأنها غير مختصة بهما.