العلاقة بين المشرع والقضاء
من الشك إلى الثقة

دراسة مقارنة

أ.د/حسام الدين محمد كامل الأهوانى
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق جامعة عين شمس

ملخص البحث

العلاقة بين المشرع والقضاء قد تكون علاقة شك أو علاقة ثقة وتعاون . وتتمثل عدم الثقة أو الشك فى أن نقصر سلطة القضاء على تطبيق النصوص تطبيقا حرفيا. ولقد كان ذلك ما يميز العلاقة بين المشرع والقضاء فى فرنسا بعد قيام الثورة الفرنسية . ولقد قننت المادة الخامسة من القانون الفرنسى التزام القاضى بتطبيق القانون دون أن يصدر أحكاما تتضمن مبادئ عامة . وتميزت تلك الفترة بماسمى بالعداء للقضاء .

وتطور الأمر خصوصا بعد مرور فترة طويلة على صدور التقنين المدنى الفرنسى سنة ١٨٠٤ ، وضعف تقديس التقنين . كما أن تطور الحياة الحديثة وظهور الآلة جعل من المقبول ان يقوم القضاء بقدر من الإجتهاد .

ولقد ظهر فى القانون المصرى الدور الهام للقضاء فى تطوير النصوص التى جاءت فى التشريعات المصرية المختلطة .

ووضع القانون المدنى المصرى ثقته فى القضاء حيث قام بدور هام من خلال إعتبار القانون الطبيعى والعدالة مصدرا للقانون .

وتطور الأمر إلى قيام المحكمة الدستورية العليا بدور رقابى هام على سلطة التشريع ، بل والتوسع فى مفهوم الرقابة الدستورية على التشريع .

Abstract

The relationship between the legislator and the judiciary may be one of doubt or one of trust and cooperation. Mistrust or suspicion is that we limit the power to eliminate verbatim application of the texts. This characterized the relationship between France's legislature and the judiciary after the French Revolution. Article 5 of the French Code codifies the judge's obligation to apply the law without making provisions containing general principles. That period was characterized .by so-called hostility to the judiciary

It evolved especially long after French civil legalization was issued in 1804, and legalization was poorly sanctioned. The evolution of modern life and the emergence of the machine made it acceptable for the judiciary to do some .diligence

Egyptian law has shown the important role of the judiciary in the development of the texts contained in Egypt's mixed .legislation

Egyptian civil law placed its trust in the judiciary, playing an important role by considering natural law and justice as a .source of law

The Order evolved into the Supreme Constitutional Court's playing an important oversight role over the power of legislation and even expanding the concept of constitutional .control over legislation.

وهذا ما يتناوله البحث بالتفصيل.

مقدمة

١ □ جناحا القانون هما التشريع والقضاء ، ويعلو القانون بهما . فما هى العلاقة بينهما ومدى تطورها فى ظل النظام القانونى المصرى فى مجال القانون الخاص والمدنى على وجه الخصوص .

وهذا الموضوع يتصل مباشرة بعلاقة السلطة التشريعية بالسلطة القضائية. ويحكم هذه العلاقة مبدأ الفصل بين السلطات، ولكن لا يعنى ذلك بالضرورة إنعدام العلاقة بينهما فى الحياة القانونية . فان كان المشرع يصدر التشريع ، فان نصوص التشريع تحيا فى المجتمع عن طريق تطبيقها من قبل القضاء . وهذه الدراسة تستهدف البحث عن العلاقة – الواقعية – بين المشرع والقاضى.

٢ □ وتنصب هذه الدراسة على العلاقة فى القانون المصرى . ولكن لما كان مبدأ الفصل بين السلطات وسيادة القانون من أهم المبادئ التى نادت بها الثورة الفرنسية ، فإنه من الأهمية بمكان معرفة واقع العلاقة بين المشرع والقاضى فى الفترة السابقة على الثورة الفرنسية وبعدها . فلا يخفى أن التنظيم القضائى الفرنسى قد القى بظلاله على التنظيم القضائى المصرى وكذلك صدور التقنينات المختلطة سنة ١٨٧٥ وإنشاء المحاكم المختلطة . ومن ثم فإن إلقاء الضوء على العلاقة بين التشريع والقضاء فى فرنسا يوضح لنا حقيقة الوضع فى القانون المصرى . فإبراز الوضع الحالى – فى مصر – للعلاقة بين القضاء والتشريع يستوجب عرض تاريخى لهذه العلاقة فى فرنسا للتعرف على تطور هذه العلاقة وما وصلنا إليه مقارنة بما كان الوضع عليه سواء فى مصر أو فرنسا.

قبل سنة ١٩٤٩ كانت التقينينات المصرية منقولة من التقينيات الفرنسية. والصلة ظلت وثيقة بين القانون الفرنسى والقانون المصرى حتى سنة ١٩٤٩ وهو تاريخ إلغاء المحاكم المختلطة كما أن صدور القانون المدنى فى ١٩٤٨ وتطبيقه منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو تاريخ حصول مصر على سيادتها القضائية ، لم يخرج مصر كليا من عائلة القوانين الرومانية الجرمانية . ولكن ظلت لمصر خصوصيتها التى تميزها سواء من حيث مصادر القانون أو الهيكل القانونى .

٣ □ كما أن إنشاء المحكمة العليا ثم المحكمة الدستورية العليا يعتبر علامة فارقة فى علاقة المشرع بالقضاء . ومن ثم ظهرت خصوصية تميز النظام المصرى ، حيث قامت المحكمة الدستورية العليا بدور هام فى مجال دراستنا.

٤ □ وتنصب دراستنا على العلاقة بينهما وليس بحث كل جزئية أثيرت أو ثارت بشأن تلك العلاقة . فالهدف هو رسم صورة للعلاقة بينهما لبحث هل هى علاقة تقوم على الشك أم على الثقة والتعاون أو الرقابة وما لحق تلك العلاقة من تطور .

ونتناول بالدراسة فى **المبحث الأول** علاقة المشرع بالقضاء غداة الثورة الفرنسية .

وندرس فى **المبحث الثانى** مظاهر علاقة الثقه المتبادلة والتعاون بين القضاء والمشرع فى القانون المصرى على وجه الخصوص .

وندرس فى **المبحث الثالث** الرقابة القضائية على المشرع .

المبحث الأول

علاقة المشرع بالقضاء غداة الثورة الفرنسية

(القضاء فى قبضة المشرع)

٥ □ مرت علاقة المشرع بالقضاء بتطور هام منذ فترة ما قبل الثورة الفرنسية ، وهى ماتسمى بفترة القانون الفرنسى القديم ، وبعد قيام الثورة الفرنسية .

ونوضح العلاقة بين القضاء بالمشرع فى ظل القانون القديم ، ثم علاقة المشرع بالقضاء بعد قيام الثورة الفرنسية وأثرها فى القانون المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ . (١)

المطلب الأول

علاقة القضاء بالمشرع فى ظل فترة القانون الفرنسى القديم

٦ □ قبل قيام الثورة الفرنسية فى ١٤ يوليو ١٧٨٩ ، وفى ظل ما يطلق عليه القانون الفرنسى القديم ، كان الأصل عدم تسبيب الأحكام .

فمنذ عصر الاقطاع فى فرنسا ، كان عدم التسبيب من الامتيازات التى يتمتع بها طبقة القضاة استنادا إلى المهمة شبه الدينية التى يقوم بها القاضى حيث كان القاضى يستمد سلطته من الله عبر الملك. (٢)

---

(١) أهم المراجع الفرنسية :

- Sauvet (Tony) Histoire du Jugenent motive Rev. Dr. public 1955 p. 5 a 53
- Bigot (gr) : Histoire de motivation en droitpublic, منشور على google كاملا ويقع فى ١٢ صفحة موقع Academia.
- Texler (p.): Jalons pour une histoire de la motivation des sentences. Trav. Ass. Capitant Jor. Limoges 1968 paris 2000 p. 5, 15.

(1)Bigot : ap cit n. 1

كما أن تسبيب الحكم يفتح الباب أمام من خسر دعواه للمجادلة والمراجعة لأحكام القضاء مما يضعف من هيبة القضاء .

بل وصل الأمر إلى حظر نشر الحكم دون إذن الملك ويرجع ذلك إلى أن المحامين كانوا يقومون بنشر مرافعاتهم مما كان يسمح باستخلاص أسباب الحكم ، ولكن من جهة أخرى قد ينسب للقضاء ما لم يقصده ويدخل ذلك الاضطراب فى الحياة القانونية عامة. فقد كانت محاكم الدرجات الدنيا تعتقد أن ما نشر يمثل أسباب الحكم وقضاء الجهات الأعلى .

ولهذا كان النشر على الصورة السابقة يسئ إلى القضاء كما كان من شأنه اشاعة الاضطربات لدى عموم الناس(١)

٧ □ وكانت المحاكم – البرلمانات – تصدر قرارات تضع قواعد عامة. فلم تكن تقتصر على الفصل فى النزاع المعروض وإنما تضع قواعد عامة واجبة الاتباع عند الفصل فى مسألة مماثلة. (٢)

ولقد كانت بعض المقاطعات الفرنسية تطبق القانون المكتوب ، والأخرى القواعد العرفية . فلم تكن قد ظهرت فكرة التقنينات ، ولهذا كان المجال متاحا للقضاء لإصدار الأحكام التنظيمية ، دون تسبيب أو نشر منظم .

ولقد تميزت هذه الفترة بتغول القضاء سواء من حيث اصدار القرارات التنظيمية، أو اصدار الأحكام دون تسبيب ، ولقد عبر ذلك بأن الصراحة القانونية كانت مفتقدة ومن ثم نقصت مساحة الحرية(٣)

---

(2) Sauvet : op. cit p. 30

(١) رينو : محاضرات فى القانون المدنى ص ١٥٦ وما بعدها . طبعة ١٩٦٦/١٩٦٧ باريس مطبوعات طلاب الحقوق.

(2) Sauvet : op. cit p. 36

المطلب الثانى

علاقة المشرع بالقضاء بعد قيام الثورة الفرنسية

٨ □ وبعد قيام الثورة الفرنسية انقلب الوضع رأسا على عقب بشأن العلاقة بين المشرع والقضاء .

فالحرص على تحقيق مبادئ الثورة والحرص على سيادة القانون واحترام مبدأ الفصل بين السلطات دفع مشرع الثورة إلى أن يجعل القضاء فى قبضته، ونقصد بذلك أن تقتصر مهمته على تطبيق القانون الذى وضعه المشرع وخصوصاً بعد صدور التقنينات الفرنسية التى نالت شهرة عالمية .

ومن حيث امتيازات القضاء فقد وضعت الثورة حدا لكل الامتيازات وأصبح تولى القضاء متاحا للكافة .

وسيادة القانون تستوجب أن يكون الفصل فى المنازعات وفقاً للقانون وحده. فالعدالة ليست شأنا يخص طائفة وإنما تخص الشعب بأسره والجميع متساو أمام القانون . والتشريع يعبر عن الإراداة الشعبية .

٩ □ وأبدت الثورة عداءها تجاه البرلمانات السائدة فى القانون القديم وما كانت تتمتع به من سلطة إنشاء القواعد القانونية . فمبدأ الفصل بين السلطات يحظر على القضاء التدخل فى التشريع أو فى الوظيفة التشريعية.وتجلى ذلك فى المادة الخامسة من القانون المدنى الفرنسى الصادرة ١٨٠٤ والمعمول بها حتى الآن . وتنص هذه المادة على أنه " يحظر على القضاة أن يفصلوا بصيغة الأحكام العامة والتنظيمية فى القضايا المقدمة إليهم "(١) وبعبارة أخرى فان المادة الخامسة

(١) وهذه هى الترجمة للقانون المدنى الفرنسى – جامعة سان جوزيف – لبنان .

تحظر على القضاة أن يضعوا للفصل فى احدى القضايا مبدأ عاما يطبق فى القضايا المماثلة (١)

ويضيف الفقه الفرنسى أن هذه المادة تعبر عن عداء المشرع الفرنسى للسلطة القضائية (٢) فالمشرع الفرنسى يحرص على قطع الصلة بالماضى فلا يملك التشريع الا المشرع وحده .

١٠ ☐ ولم يكتف مشرع الثورة بوضع الضوابط السابقة ، إنما حرص على رقابة القضاء فى ممارسته لعمله وذلك للتحقق من تقيده بالقانون .

والسبيل إلى ذلك يتحقق من إلزام القاضى بتسبيب الأحكام من جهة ، ومن إنشاء مجلس النقض من جهة أخرى (٣)

١ ☐ الإلتزام بتسبيب أحكام القضاء :

١١ ☐ التسبيب بمعناه الفنى الحديث وليد الثورة الفرنسية . فقد إستوجب مبدأ الفصل بين السلطات الإلزام بتسبيب الأحكام للتحقق من احترام القاضى لهذا المبدأ، فالمشرع يضع التشريع والقاضى يطبقه حرفياً .

ولهذا نص دستور السنة الثالثة على مبدأ تسبيب الأحكام ، وتقرر البطلان جزاء عدم التسبيب بقانون ٢٨ ابريل ١٨٧٠ وأعتبر ذلك تاريخ ميلاد التسبيب كمبدأ دستورى . والقاضى يجب أن يبين فى الأسباب نص القانون الذى استند إليه

(٢) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت : أصول القانون ص ١٣١ القاهرة ١٩٤١.
(٣) بولانجيه : ملاحظات حول الدور الخلاق للقضاء المدنى . المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٦١ فقرة ٤ ص ٤١٩ .

(4) Sauvet : op. cit p. 46 .

الحكم(١) جعلته يناطح المشرع. فالتسبيب أتاح له الفرصة لتفسير النصوص ورد ذلك كله الى النص اعمالا لمبدأ الشرعية.

فالتسبيب يعطى للحكم قوة لدى الكافة بأنه صدر إعمالاً لنص القانون وليس اضافة أو خروجا عليه . ولقد عبر أحد الفقهاء الفرنسيين بأن الخلق القضائى وصل إلى حد إقامة ناطحة سحاب على رأس دبـــوس فى مجال المسئولية عن فعل الشئ انطلاقا من المادة ٢/١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى قبل تعديل ٢٠١٦ ، ذلك تحت ستار تطبيق النص من خلال تفسيره .

ففرض التسبيب يستهدف حماية مبدأ الشرعية وحقوق الأفراد (٢). فمن أهم وسائل رقابة احترام القضاء لمبدأ الفصل بين السلطات وتقيده بالتشريع دون وحدة فيما يصدر من أحكام هو الزامه بتسبيب الحكم .

٢ □ إنشاء مجلس النقض Tribaunal de cassation

١٢ □ إنشئ مجلس النقض بتاريخ أول ديسمبر ١٧٩٠ ، وفى اطار بحثنا نكتفى ببيان دور هذا المجلس عند إنشائه(٣)

ولقد نقل لنا دور مجلس النقض الفرنسى عند إنشائه أحد أهم مؤلفات القانون فى مصر بقوله " فقد ثار الخلاف بين النواب حول ما إذا كانت مهمته توحيد القانون وتوحيد القضاء به وجاء رأى الأغلبية على الوجه الآتى " كان جمهور النواب يعتقدون كفاية القانون فى الإحاطة بجميع المنازعات ومختلف المنازعات ، وكانوا يرون أن مهمة القاضى يجب أن تنحصر فى تعرف القاعدة القانونية

(1) Sauvet : op. cit p. 47 .

(٢) كاربونيه القانون المدنى . جـ ١ ص ١١٩ رقم ٣٤

(٣) فى تكوينه وإجراءاته أنظر. Sauvet : op. cit p. 46

المنصوص عليها وفى تطبيقها تطبيقا آليا ، بغير تفقه أو تأويل ، على القضية المطروحة أمامه . ولذلك صرح كثير منهم أنه لا معنى عندهم لعبارة توحيد قضاء المحاكم ... ذلك أن الدولة واحدة ، ومادام قانونها واحدا فقضاؤها يجب أن يكون واحدا كذلك ، ولن يكون كذلك إلا إذا منعت المحاكم من تأويل القانون وتفسيره ، والتزمت تطبيق القانون فى القضايا المماثلة تطبيقا واحدا يشبه أن يكون آليا ، المجلس المزمع انشاؤه محدودا جهده ومقصور رعايته على حراسة القانون ومنع عدوان السلطة القضائية عليه بمخالفة نصوصه" (١).

وتجدر الاشارة الى أن مجلس النقض كان تابعا للسلطة التشريعية ويلزم بتقديم تقرير سنوى عن أعمالة للسلطة التشريعية (٢). وبهذا فقد كان مجلس النقض جهة رقابية تابعة للسلطة التشريعية ، ومهمته التحقق من احترام المحاكم لنصوص القانون وليس وحدة التطبيق القضائى . وهذا يمثل قمة عدم ثقة المشرع فى القضاء ووضع من يراقبه فى احترامه لما وضعته السلطة التشريعية من قوانين . والتفسير التشريعى هو السبيل الوحيد لتفسير ما غمض من النصوص .

وهكذا أحكم المشرع قبضته على القضاء . وجدير بالذكر أن الفقه انضم الى المشرع فى تقديس التشريع وخصوصا القانون المدنى الفرنسى الذى صدر فى سنة ١٨٠٤ . وحصر القانون المدنى فى التقنين المدنى.

١٣ ☐ ومما سبق يتضح أن المشرع كان يحكم قبضته على القضاء . فسلطته تنحصر فى تطبيق التشريع تطبيقا حرفيا وآليا . فتجربة البرلمانات فى ظل القانون

---

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى : النقض فى المواد المدنية والتجارية . فقرة ٢٧ ص ٣٣ وما بعدها. مطبوعات لجنة التأليف والترجمة والنشر

(٢) فى تفصيل ذلك المرجع السابق فقرة ٢٧ ص ٣٣ .

القديم جعلت المشرع يتوجس خيفة من القضاء ويخشى على الحريات والفصل بين السلطات من تدخل القضاء.

فهل استمر هذا الوضع أم العداء والشك تجاه القضاء قد انعكس فى صورة الثقه والتعاون بينهما . وما مدى تأثير العلاقة بين المشرع والقضاء فى مصر بالتجربة الفرنسية.

المبحث الثانى

علاقة التعاون والثقة المتبادلة بين المشرع والقضاء

١٤ □ تطورت العلاقة بين المشرع والقضاء إلى علاقة تعاون يسودها الثقه. فبعد انقضاء فترة تقديس التقنين التى سادت بعد ١٨٠٤ فى فرنسا فقد تبدلت الأمور .

وفى مصر وخلال الفترة من ١٨٧٥ وحتى ١٩٤٩ تاريخ إلغاء الامتيازات الأجنبية والمحاكم المختلطة وصدور أعظم تشريع فى مصر وهو القانون المدنى يمكن القول بأن علاقة التعاون قد تبلورت بصورة فاقت التطور الذى لحق علاقة المشرع بالقضاء فى فرنسا وان كانت الخطوط العريضة للتطور الذى وجد فى فرنسا وفى مصر فى منتصف القرن العشرين تتشابة إلى حد ما .

ولهذا ندرس علاقة المشرع بالقضاء فى ظل القانون المدنى المصرى باعتباره نموذجا لتلك العلاقة.

وبالرغم من أن المشرع المصرى قد حرص على أن يكون التقنين المدنى مصريا سواء فى مصادره أو فى أسسه الفلسفية (١) ، إلا أن وحدة الهيكل القانونى

(١) ومع هذا فقد نادى السنهورى بأنه قد آن الأوان لأن يرحل الضيف الفرنسى.
(٢) عبد الرازق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى . جـ ١ فى الكلمة الافتتاحية .

بين القانون المصرى والفرنسى ما زالت تقارب الحلول والتطور بين التشريعين . فالعلاقة بين التشريع والقضاء تتشابه فى أصولها وليس فى تفصيلاتها . ولهذا من المفيد اللجوء إلى الدراسة المقارنة سواء فى مجال التشابه أو الاختلاف فالتشريع هو المصدر الأول للقانون فى مصر وفرنسا فهذا هو الأصل ، أما تفاصيل علاقة المشرع بالقضاء فتوجد بينهما أوجه شبه وأوجه خلاف .

وندرس موقف المشرع من القضاء ، ثم موقف القضاء من المشرع .

المطلب الأول

موقف المشرع من القضاء

١٥ □ إذا كانت العلاقة فى هذه المرحلة تقوم على الثقة والتعاون فما هى مظاهر التحفظ والتعاون والثقة ولقد بدأ التحفظ فى مدى اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقانون. والتعاون يتجلى فى العديد من المظاهر ويلحقه غالبا فى العديد من الصور الثقة .

الفرع الأول

مدى ممارسة القاضى لسلطة التشريع

١٦ □تنص المادة ١/٢ من القانون المدنى السويسرى على أنه إذا إذا لم يجد القاضى حلا فى للنزاع فى القانون فانه يفصل فيه كما لو كان مشرعا . فالقانون السويسرى يخول القاضى بأن يتقمص دور المشرع حيث يفصل فى النزاع وفقا للقانون الذى يراه لو كان هو المشرع .

ولقد نصت المادة الأولى من القانون المدنى التركى الصادر فى سنة ٢٠٠١ على أن القاضى إن لم يجد حلا فى التشريع أو العرف عليه أن يضع نفسه محل المشرع فيما يقضى به .

وهذه صورة واضحة لإباحة ممارسة القاضى سلطة المشرع .

ومثل هذا النص يتعارض ، مع بالمادة الخامسة من القانون المدنى الفرنسى التى تحظر على القضاة أن يقضوا فى المنازعات بصيغة الأحكام العامة والتنظيمية . أما القانون السويسرى فهو يخول للقاضى بأن يضع نفسه صراحة موضع المشرع أى يضع التشريع ويطبقه فى آن واحد .

ولهذ فان القانون المدنى الفرنسى واستمرارا منه على نهج الثورة الفرنسية لم يعطى للقضاء أى سلطة كمصدر للقانون . واقتصرت مصادر القانون على التشريع دون ذكر أى مصدر رسمى آخر فالتشريع هو المصدر الوحيد للقانون ويحظر على القاضى ممارسة التشريع .

١٧ □ وامعان النظر فى القانون المدنى المصرى يفيد أن المشرع فتح بابا– غير مباشر – أمام القضاء ليضع القانون بصورة مستترة ويتمثل ذلك فى النص على أن المصدر الأخير للقانون – فى غياب التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية – هو قواعد العدالة والقانون الطبيعى . فهذه العبارات من السعة وعدم الانضباط مما يسمح للقاضى بخلق القاعدة القانونية تحت ستار هذا المصدر من مصادر القانون . وأيا كانت الأراء حول المقصود بهذا المصدر ومدى صلته بالمبادئ العامة للقانون ، إلا أن القاضى هو من يملك زمام ما يعتبر من العدالة أو القانون الطبيعى ، فهو يحيل إليها ما يخلقه من قواعد . فهو لا يخلق تحت ستار التفسير وانما يخلق القانون كمصدر رسمى للقانون تحت ستار العدالة . فهو مخول بالبحث عن الحل فى مصدر رسمى غبر محدد وغير منضبط مما يفتح الباب أمامه ليضع القانون ويطبقه فهو مشرع مستتر على عكس القاضى السويسرى فهو يشرع علنا وبصورة صريحه وإعمالا للقانون .

وهذا مظهر واضح للثقة فى القضاء واشراكة بصورة غير مباشرة ومستتره فى وضع القانون .

فبالرغم من أن المشرع المصرى رفض أن يأخذ بالنموذج السويسرى، حيث ورد فى الأعمال التحضيرية أن صياغة القانون المدنى السويسرى تخول القضاء حق إنشاء الأحكام القانونية مع أن عمله ينحصر فى تطبيق هذه الأحكام فحسب(١) ، إلا أنه تحت عبارات فضفاضة سمح للقاضي بالوصول الى نتيجة تقارب – على الأقل – سلطة القاضى السويسري. فالمشرع المصرى اتخذ حلا وسط بين القانونين الفرنسى والسويسرى . ولم يخف واضع التشريع ذلك ولقد أوضحت مذكرة المشروع التمهيدى موقف القانون المدنى من علاقة المشرع بالقضاء بأنه ليس للتشريع فى حكم (الفقرة الأولى من المادة الأولى) ذلك السلطان الجامع المانع الذى آمن به فقهاء الشرح على المتون فى مطلع القرن التاسع عشر . وإنما هو مصدر من أهم مصادر القانون دون منازع ولاسيما فى ظل نظام التقنين . ولذلك يخلق بالقاضى أن يلتمس الحكم الذى يطبق فى النزاع فى نصوص التشريع أولا متى وجد الحكم فيه أو استخلصه منه تعين عليه أن يمضيه وامتنع عليه الأخذ بأسباب الاجتهاد(٢)

أما إذا لم يوجد حل فى التشريع أو العرف وجب أن يلجأ الى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، فلم يشأ المشرع أن يحيل القاضى الى المبادئ العامة فى قانون الدولة على غرار القانون الايطالى ، أى إلى مبادئ القانون العامة فحسب بل احتفظ بعبارتى القانون الطبيعى والعدالة بالرغم مما يؤخذ عليها عادة من الإبهام ، إلا أن الواقع أن هذه العبارات لاترد القاضى الى ضابط يقينى وإنما تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء.وهى تقتضيه فى اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص فتحيله الى

(١) جزء ١ ص ١٨٨ .
(٢) جـ ١ ص ١٨٧.

مبادئ أو قواعد كليه تنسبها تارة الى القانون الطبيعى وتارة الى العدالة وتارة الى قانون الدولة أو القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص(١) وهذا التعبير ييسر للقضاء أسباب الاجتهاد فى أرحب نطاق. (٢) .

ولهذا فان المشرع يعطى للقضاء سلطة الاجتهاد فى أرحب نطاق .

فالمشرع المصرى يكاد يعطى القاضى سلطة تقترب من تلك التى يتمتع بها القاضى السويسرى ولكن دون تصريح .

١٨ □ وكما أوضح أحد كبار الفقهاء أن اصطلاحى القانون الطبيعى والعدالة أريد بهما ستر الدور الإنشائى للقضاء حيث يطبق القاضى فعلا ما كان يضع هو من قواعد لو عهد إليه أن التشريع(٣) وهذا يمثل منتهى الثقة من المشرع تجاه القضاء.

الفرع الثانى

المشرع يحيل الى القضاء للإستعانة به فى إصدار الحكم

١٩ □ بالرغم من من أن العديد التشريعات ترفض اعطاء القاضى سلطة مباشرة التشريع ، إلا أنها تحيل فى نفس الوقت الى القضاء ليسترشد به عند الفصل فى النزاع . فطبقا للمادة الأولى من القانون المدنى العراقى تسترشد المحاكم فى كل ذلك بالأحكام التى أقرها القضاء والفقه فى العراق ثم فى البلاد الأخرى التى تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية .

---

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٨٨.

(١) ص ١٨٨ .

(٢) عبد المنعم البدراوى : دور القانون المقارن فى تطوير القانون الوطنى مقال مقدم الى المؤتمر الدولى بمناسبة مرور ٥٠ سنة على صدور القانون المدنى المصرى المنعقد فى الفترة من ١٤ – ١٦ ابريل سنة ١٩٦٨ ص ١٣ و ١٤ ، نشرتها وزارة العدل المصرية ١٩٩٨.

فعند تطبيق القاضى للمصادر المختلفة للقانون والمنصوص عليها يسترشد بالقضاء ليس فقط فى نفس الدولة وإنما أيضا بالقضاء المقارن.

فالمشرع يدعو الى الاستعانة بالقضاء الوطنى والمقارن . وهذا يعبر من جهة على مدى الثقة بين المشرع والقضاء ومن جهة أخرى يرى المشرع أن القضاء خير من يعبر عن ارادة المشرع وأفضل من يتمكن من الوصول اليها. ويبدو أن المشرع لا يقصد أن يجعل القضاء مصدرا رسميا للقانون وإنما يدعو للاستعانه به للتعرف على حقيقة ارادة المشرع الوطنى .

وهذه صورة من صور الثقة من المشرع تجاه القضاء كما أن المشرع يقنن أحيانا ما أطلق عليه العرف القضائى(١).

٢٠ □ ولقد كانت نواة هذه المادة ما ورد فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى والتى كانت تنص على أن القاضى فى ذلك كله يستلهم الأحكام التى أقرها القضاء والفقه مصريا كان أو أجنبيا. ولقد حذفت هذه الفقرة خشية أن تستند اليها محكمة النقض كسبب لنقض كل حكم يخالف أحكامها ولهذا يقيد القاضى بهذه الأحكام وهذا لايجوز (٢).

فالمشرع يريد أن يجتهد القاضى ولكن لايصل الى حد وضع قواعد عامة تتقيد بها المحاكم أو تقيد بها محكمة النقض الجهات الأدنى درجة، الثقة والحرص على

(١) وتجدر الإشارة الى أن المشرع قد يقنن أحيانا ما يجرى عليه القضاء ، ولقد أطلق المشرع على ذلك اصطلاح العرف القضائى – نقض مدنى الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣١ ق ١٩٦٦/٢/١ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ جـ ١ ص ٢١٤ وهو يتعلق بالتنفيذ بمستخرج من حساب المدين فى عقد الرهن الرسمى بفتح الاعتماد . وفى تفصيل الموضوع : أحمد سيد محمود : السندات الخاصة ذات القوة التنفيذية (الاساس الفاعلية) ص ٩ الطبعة الأولى.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٩٢ .

أن يكون لكل دوره ، بل والرأفة بالقضاء حتى لايتجشم عناء البحث فى القوانين الأجنبية فقها وقضاء . ولقد تجاوز الواقع كل ذلك .

الفرع الثالث

موقف المشرع المدنى من القضاء (تعاون وثقه)

٢١ ـ ١ ومن مظاهر التعاون المبنى عليه الثقة بين المشرع والقضاء ، لجوء واضع مشروع القانون المدنى الى القضاء المصرى حتى يكون القانون " متفقا مع حاجات البلد ، والقضاء خير معبر عن هذه الحاجات فقد كانت مهمة القضاء المصرى بنوع خاص شاقة عسيرة، إذ كان مطلوبا منه أن يمصر قانونا أجنبيا دخل البلاد بين يوم وليلة ، فقام بعمله فى كثير من اللباقة والمهارة ، لذلك كان فى الاستطاعة أن يستخلص منه كثير من الدروس النافعة ، فقد اقتصر مشروع القانون على تقنين هذا القضاء وتسجيله " (١). وكان القضاء المصرى من أهم المصادر من ناحية الأحكام الموضوعية التى استعان بها المشرع .

والحرص على تقنين القضاء يستهدف الحفاظ على الثروة من المبادئ التى وضعها القضاء فى ظل القانون القديم وحرصا على عدم قطع صلة الماضى بالحاضر (٢). وهناك موضوعات كاملة أخذت من أحكام القضاء ، كما قنن المشرع القضاء فى كثير من المسائل التفصيلية. وجاء فى تقرير مجلس الشيوخ أن خير أسلوب يتبع فى التقنين هو صياغة المبادئ التى أقرها القضاء ,والتى تعتبر ثروة يجب الانتفاع بها وعدم اهدارها . (٣)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٨ .

(٢) من تقرير لجنة مجلس الشيوخ . مجموعة الأعمال التحضرية جـ ١ ص ١٥٧ . .

(٣) جـ ١ ص ١٢٦.

٢ □ وتمثلت الثقة بين المشرع والقضاء فى عرض مشروع القانون المدنى على مستشارى محكمة النقض، وتم أخذ رأيهم فى نصوصه وما قدموه من ملاحظات . كما شارك بعضهم فى مناقشة المشروع (١).

٣ □ ومن أهم مظاهر ثقة المشرع فى القضاء أن القانون المدنى " قد ترك للقاضى حرية واسعة فى التقدير ، واجه بها تباين الظروف فيما يعرض له من أقضية . فلا يحسبن أحد أن القاضى الذى يحد من تقديره قواعد جامدة والذى تغل يده نصوص ضيقه بمستطيع أن يكيف الأحكام القانونية بحيث تصلح للتطبيق العادل فى الظروف المتغايرة فهو بين أن يؤدى العدالة الحقة فيكسر من أغلال القانون أو يلتزم حدود القانون فلا يؤدى إلا الى عدالة حسابية شكلية . وقد أصبح الآن ثابتا أن القواعد القانونية الجامدة لاتلبث أن تتكسر تحت ضغط الحاجات العملية وخير منها المعايير المرنة التى تتسع لما يجد من الحوادث وما تتكشف عنه حركة التطور المستمر "(٢)

فالقانون المدنى المصرى يتميز عن القانون المدنى الفرنسى عند صدوره فى السلطة التقديرية الرحبة التى منحها المشرع للقاضى فى تطبيق القانون ، باللجوء الى المعايير المرنة التى تعطى القاضى سلطة رحبة فى التقدير تعبيرا عن ثقته فى القضاء وقدرته على تطويع النص لتطور الظروف .

وأوضح أحد كبار الفقهاء أن المشرع المصرى لم ينحاز الى الاتجاه التقليدى الذى يذهب الى أن مهمة القاضى هى تطبيق القانون وتنحصر سلطته فى تفسير القانون دون خروج عما يتضمنه القانون من قواعد . بل أعطى المشرع للقاضى

---

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٩ محضر الجلسة ٥٦ بتاريخ ١٩٤٨/٥/٣٠ وأنظر كذلك ص ٨ من مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ .

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى . مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٣ وما بعدها .

حرية واسعة فى التقدير يواجه بها تباين الظروف فيما يعرض له من الأقضية .(١)

ولقد أوضح أن القانون أعطى القاضى سلطة واسعة فى مجال العقد على وجه الخصوص ، فهو يتمتع بإمكانية تكمله العقد إذا اتفق على المسائل الجوهرية ، فالقاضى يكمل المسائل التفصيلية (٢) فالقاضى يسهم فى إنشاء العقد حيث يتفق أطراف العقد على المسائل الجوهرية ، ويضع القاضى المسائل التفصيلية .

٢٢ ☐ ولقد تطور موقف القانون الفرنسى فى اتجاه منح القاضى سلطة تقديرية لم يكن يتمتع بها من قبل . وخير مثال على ذلك تطور نصوص الشرط الجزائى حيث أصبح من سلطة القاضى أن يعدله زيادة أو نقصانا ومن تلقاء نفسه أى حتى لو لم يطلب ذلك الخصوم طبقا للمادة ١٢٣١/٥ من القانون المدنى الفرنسى (٣) وتبلور هذا الاتجاه فى العديد من النصوص المعدلة فى سنة ٢٠١٦ مثل منح القاضى سلطة إعمال نظرية الظروف الطارئة، فالعدالة تعلو القوه الملزمة للعقد، والقاضى هو المنوط به تحقيق العدالة .

الفرع الرابع

المشرع يدعم قضاء النقض

(٢) فتحى والى : دور القاضى فى الدعوى المدنية وفقا للتقنين المدنى مقال رقم ٢٦ ص ١ وما بعدها بحث مقدم الى المؤتمر الدولى بمناسبة مرور ٥٠ سنة على صدور القانون المدنى المصرى القاهرة ١٤ – ١٦ ابريل ١٩٩٨ نشرته وزارة العدل المصرية ١٩٩٨ .

(٣) فى تفصيل ذلك مؤلفنا . النظرية العامة للإلتزام جـ ١ ص ١٣٦ وما بعدها مجلد ١ المصادر الارادية فقرة ١٢٧ وما بعدها الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠٠ .

(١) مؤلفنا : تأملات فى الشرط الجزائى . دراسة مقارنة فقرة ٩٦ م ص ١١٢ الطبعة الثانية ٢٠٢١ دار النهضة العربية .

٢٣ □ اعترف المشرع المصرى بحق القضاء فى اصدار أحكام تضع مبادئ قانونية . ولم يقصد المشرع أن يعطى القضاء سلطة التشريع وإنما أن تصدر هذه المبادئ من خلال تفسير النصوص . ومن ثم فإن التفسير قد يسفر عن مبادئ قانونية واجبة التعميم حفاظا على وحدة التطبيق القضائى .

فإن كان مشرع الثورة الفرنسية قد رفض أن يعهد لمجلس النقض بمهمة توحيد التطبيق القضائى ، لأنه لا معنى لعبارة توحيد قضاء المحاكم حيث تكون الدولة واحدة وقانونها واحداً فالقضاء يكون بالضرورة واحدا، فهو يطبق النص بطريقة آليه.

أما فى العصر الحديث ، وفى ظل القانونين المصرى والفرنسى فقد أصبحت من أهم مهام محكمة النقض وحدة التطبيق القضائى .

كما أنه لايجب إغفال تعدد مصادر القانون المصرى وخصوصا اعتبار القانون الطبيعى وقواعد العدالة من المصادر الرسمية للقانون . فقد أصبح البحث عن الحل فى المصدرالمذكور يتم من خلال سلطة خولها المشرع للقضاء حيث يضع من خلالها مبادئ واجبة الأعمال ومن ثم يجب تعميمها .

وتحقيق وحدة التطبيق يستلزم تنظيم نشر الأحكام حتى يتحقق بها العلم اليقينى وليس التخمينى كما كان الحال فى ظل القانون الفرنسى القديم .

ولقد حرص المشرع المصرى على تنظيم نشر أحكام النقض، وتنظيم قواعد وإجراءات العدول القضائى . فالثقة إزدادت الى الدعم .

أولا : تقنين نشر المبادئ القانونية ودور المكتب الفنى :

٢٤ □ من مظاهر تدعيم ثقة المشرع فى القضاء حرصه على تنظيم نشر أحكام محكمة النقض بموجب قانون السلطة القضائية . فطبقا للمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ يكون بمحكمة النقض مكتب فنى للمبادئ القانونية .

ويختص المكتب باستخلاص المبادئ القانونية التى تقررها المحكمة فيما تصدره من أحكام وتبويبها ومراقبة نشرها بعد عرضها على رئيس الدائرة التى أصدرتها . ويقوم باصدار مجموعات الأحكام والنشرة التشريعية . بل ويختص كذلك بالإشراف على جدول المحكمة وعرض الطعون التى يحتاج الفصل فيها إلى تقرير مبدأ قانونى على رئيس المحكمة لنظرها أمام دائرة واحدة (١) ونلاحظ أن المبدأ القضائى يعنى بالضرورة أن هذا القضاء قد أضاف سببا الى القانون المعمول به وهذا ما يعطيه صفة الاحترام فى التطبيق فى القضايا المماثلة .

فالمشرع يحرص على نشر المبادئ بغرض تعميمها لدى محاكم الدرجات الأدنى والمشتغلين بالقانون . فهى ليست مجرد قضاء فى نزاع وانما اجتهاد يضع مبدأ واجب التعميم . فالمشرع يسعى لمساعدة وتدعيم دور القضاء فى الاجتهاد ووضع مبادئ وليس معارضتها وقصرها على الأقضية المعروضة.

وتنظيم النشر بموجب القانون يستهدف توفير العلم بالمبادئ على غرار النشر بالجريدة الرسمية للعلم بالتشريع . فالمشرع يثق فى القضاء كثقته فى نفسه ، ولهذا نظم نشر أحكام محكمة النقض بنصوص فى قانون السلطة القضائية ولم يترك ذلك للتنظيم الادارى الداخلى للمحكمة. وما تتمتع به أحكام المحكمة من قوة وحجة لم تكن تتأتى إلا بالنشر.

ويمكن إبداء عدة ملاحظات بشأن موقف محكمة النقض المصرية عما يصدر عنها أحكام مما قد يفيد أن المحكمة تسعى بطريقة غير مباشره **الى مزاحمة المشرع :**

١ – تنشر الأحكام تحت عنوان مجموعة المبادئ القانونية التى أقرتها محكمة النقض سواء من الهيئة العامة أو من الدوائر المدنية أو الدوائر الجنائية . فالمحكمة تلفت النظر الى أن ما ينشر هو مبادئ أو اجتهاد وليس مجرد أحكام .

(١) مادة ٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

٢ – يحرص المكتب الفنى للمحكمة على عدم نشر الأحكام التى لايرى أنه من المناسب أن تكون مبدأ . وهى أحكام تقيم العدالة فى النزاع المعروض وفى نفس الوقت فان نشرها قد يجعل منها مبدأ. وإذا أتيحت الفرصة لعرض طعن فى نزاع مماثل فإن الأمر يعرض على الهيئة العامة إما لتأكيد الحكم السابق أو للعدول عما جاء فيه. من أمثلة ذلك ما قضت به المحكمة بأن الضرر الجسماني ضرر أدبى ثم عدلت عن ذلك واعتبرته ضررا ماديا(١)

٣ – تشير المحكمة فى أحكامها الى أنه من المستقر فى قضاء هذه المحكمة مما قد يفهم منه أنه من حيث الأصل فإن ما قضت به المحكمة فيما سبق يجب أن يعتبر ملزما واجتهادا يقيدها باعتباره مبدأ . ولكنها تذكر المبدأ بأسانيده وليس مجرد الاشارة اليه (٢).

٤ – المشرع يدعم فكرة المبادئ التى تضعها المحكمة وذلك من خلال تنظيم قانون السلطة القضائية لقواعد العدول القضائى .

---

(١) نقض مدنى الهيئة العامة للمواد المدنية ١٩٩٤/٢/٢٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٠ عدد ٢ ص ٥ قاعدة ١- ولم ينشر الحكم الذى اشترط لضم حيازة السلف للخلف الا يكون الأول تملك فعلا، نقض مدنى الطعن رقم ١٧٥١ لسنة ٤٩ ق جلسة ٢٨ ابريل ١٩٨٣ ولم ينشر، وجاء به أنه يشترط لضم حيازة الخلف الخاص حيازة سلفه الى حيازته ليكسب ملكية عقار بالتقادم أن لايكون السلف مالكا للعقار وقت تصرفه فيه الى خلفه . فاذا كان مالكا له فعلا بأى طريق من طرق الملكية فإنه يبقى هو المالك له دون خلفه الخاص الذى لا يمتكه إلا بتسجيل سنده أو بالتقادم الناشئ من حيازته الخاصة به المستوفية لأركانها ومدتها .

وفى مناقشة هذا الحكم مؤلفنا : أسباب كسب الملكية فى القانون المدنى الكويتى فقرة ٤٦١ ص ٥٧٠ ذات السلاسل ١٩٧٨. ولقد رفضت الهيئة العامة للمواد المدنية هذا القضاء وعدلت عنه حتى لايعتبر مبدأ. الهيئة العامة الطعن ١٣٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٦/١/٢٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٣ عدد ١ ص ١٠٤٥ .

(١) وترفض محكمة النقض الفرنسية الاستناد فى رفض الدعوى إلى ما استقر عليه القضاء نقض جنائى ١٩٨٧/١/٢٠ تقنين دالوز ٢٠١٧ ص ٣٥ فقرة ٥ .

ثالثا : تنظيم عدول محكمة النقض عن قضائها :

٢٥ □ يجوز لمحكمة النقض العدول عن مبدأ قانونى سابق . وهذا أمر طبيعى حتى تتمكن المحكمة من تطبيق صحيح القانون ومراجعة نفسها بنفسها لاحكامها .

ولكن الملفت للنظر هو القيود التى وضعها المشرع للعدول عن المبادئ القانونية السابقة .

فمن جهة حرص المشرع على تنظيم العدول ولم يتركه لمطلق حرية القاضى لأن الأمر يتعلق بالعدول عن مبدأ . فالمشرع يسعى للإستقرار من خلال الحفاظ على ثبات المبادئ القانونية التى تضعها المحكمة . ومفاد ذلك إعتراف المشرع بمبادئ القضاء والحرص على عدم تركها لمطلق تقدير المحكمة . والعدول يتعلق بمبدأ قانونى قررته أحكامها .

والملفت للنظر أيضا هو القيود التى وضعها المشرع للعدول عن المبادئ القانونية السابقة .

ومن جهة أخرى اشترط أن يكون العدول من جانب الهيئة العامة للمواد المدنية أو الجنائية وليس للدائرة المختصة . وأن يتم العدول بأغلبية خاصة .

فتنص المادة ٤ من قانون السلطة القضائية على أنه إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانونى قررته أحكام سابقة أحالت الدعوى إلى الهيئة المختصة بالمحكمة للفصل فيها وتصدر الهيئة أحكامها بالعدول بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل ...

فالقانون يقر إرساء المحكمة لمبادئ قانونية ويحميها بالحرص على استقرارها بحيث يحتاج العدول عنها لاجراءات وأغلبية خاصة وبيان أسباب العدول .

وهذا كله يعبر عن منتهى الثقة فى القضاء ، والشك كان يستوجب رفض فكرة المبادئ القانونية التى تضعها المحكمة ، فهى تفصل فى نزاع وفقا للقانون وليس وفقا لمبادئ يجب أن تستقر. كما يلاحظ أن العدول يعنى أن القاضى لايتقيد بقضائه ويتمتع بسلطة لا يتمتع بها القاضى فى النظام الأنجلو أمريكى.

ولا يتقيد القاضى بقضاء النقض ، عدا الحكم المنقوض ، وله أن يخالفه ، وهذا هو الذى قد يؤدى الى إثارة إمكانية العدول من عدمه.

ولا تتقيد المحاكم أدنى درجة بقضاء النقض ولكن يتمتع هذا القضاء بقوة إقناع أدبية لا يستهان بها كما أن روح الزمالة الفكرية بين القضاة تعطى للسوابق أهمية عملية (١).

الفرع الخامس

المشرع يفوض القضاء الدستورى فى التفسير التشريعى

٢٦ □ وفيما يتعلق بالتفسير التشريعى فى القانون المصرى ، يمكن ملاحظة ما يأتى :

١ □ قلة لجوء المشرع إلى التفسير التشريعى فالحالات التى صدر فيها تفسير تشريعى تكاد تكون معروفة وأهمها تفسير حظر شرط الدفع بالذهب والذى صدر

(١) مؤلفنا : أصول القانون فقرة ٢٤٠ السابق الاشارة اليه .

من حوالى قرن من الزمان (١) وكذلك التفسيرات التشريعية لقانون الاصلاح الزراعى الصادر فى سنة ١٩٥٢ (٢).

٢ – بل أن قانون المحكمة الدستورية العليا أعطى فى المادة ٢٦ للمحكمة سلطة تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا ما أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها .

وطبقا للمادة ٣٣ يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب (النواب) أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، ويجب أن يبين فى طلب التفسير النص التشريعى المطلوب تفسيره وما أثاره من خلاف عند التطبيق ومدى أهمية التى تستدعى تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه .

والتفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا يعتبر تفسيرا تشريعيا ملزما وليس قضائيا . فالمحكمة تعمل بصفتها جهة مختصة بتفسير التشريع وليس جهة تفصل فى نزاع قضائى يعرض عليها (٣)

ولا يعنى ذلك تخلى السلطة التشريعية عن حقها فى تفسير التشريع .

والذى نركز عليه فى اطار هذا البحث وفى خصوص علاقة المشرع بالقضاء هو أن المشرع قد أشرك معه القضاء ممثلا فى المحكمة الدستورية العليا فى

---

(١) فى هذا الموضوع مؤلفنا : النظرية العامة للإلتزام . أحكام اللالتزام ص ٤١٥ طبعة ١٩٩٦ .

(٢) فى هذا الموضوع مؤلفنا : القانون الزراعى فى ثوبه الجديد ص ١٧ وما بعدها طبعة ٢٠١٩ .

(٣) نقض مدنى جلسة ١٩٨١/٣/٢٤ فى الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٤٩ ق مجموعة المكتب الفنى ٩٣٩ رقم ١٧٤ .

اصدار التفسيرات التشريعية . وهذا يعبر عن الثقة والتعاون بينهما ويتعارض مع ما نودى به فى فرنسا فى القرن ال ١٩ من أن تفسير التشريع اختصاص المشرع وحده دون غيره .

فالمحكمة الدستورية العليا مخولة بتحديد مقصود المشرع وتفسير التشريع فى ضوء ذلك ، فهى أصبحت تعبر عن المشرع بعد أن كان هو الوحيد الذى يفسر ما اصدره من تشريعات . فالتفسير التشريعى يتم من المشرع ، ومن المحكمة الدستورية العليا الشريك فى التفسير التشريعى الملزم .

المطلب الثانى

موقف القضاء من المشرع

٢٧ □ أوضحنا فيما سبق موقف المشرع من القضاء ولقد تميز بثقة المشرع تجاه القضاء . وندرس بعد ذلك موقف القضاء من المشرع بمعنى الدور الذى قام به القضاء ليستخلص بنفسه ولنفسه دورا فى خلق القواعد القانونية ، وهو ما يمكن اعتباره سعى القضاء لمزاحمة المشرع ، وهى قد تكون مزاحمة مشروعة – على غرار المنافسة المشروعة .

فالوقائع لا تتناهى ويجب على القاضى الفصل فى المنازعات عن طريق المصادرالمحدودة وخصوصا النصوص التشريعية .

وبالرغم من تعدد مصادر القانون الا أن المشرع يعترف بالنسبة لكل مصدر أن القاضى قد لايجد حلا للنزاع فى هذا المصدر ويحيله الى المصدر التالى وهكذا ، حتى يحيله الى العدالة .

فالإحالة الى هذا المصدر تنطوى على دعوة القضاء للإجتهاد. كما أن القضاء قد اضطر تحت ستار التفسير الى أن يضيف ويخلق من القواعد التى تواجه تطورات ومتطلبات العصر .

الفرع الأول

القضاء يناشد المشرع ويقترح عليه تعديلات تشريعية

٢٨ □ لجأت محكمة النقض المصرية – فى فترة – الى تقليد لا يخلو من النقد، وهو أن تضع مقترحات حول التشريعات فى نفس أسباب الحكم. فالمحكمة بعد أن تسبب قضاءها تنهيها حكمها بأن تهيب بالمشرع بأن يعدل التشريع وأن يفعل كذا وكذا (١) .

ووصل الأمر أحيانا الى قيام المحكمة بتقديم اقتراح تفصيلى – فى صلب أسباب الحكم – لما بحيث ان يكون عليه التشريع تفصيلا (٢).

٢٩ □ وهذا التقليد لا يخلو من النقد ، ففى بعض الأحيان كان اقتراح المحكمة محددا بصورة كبيرة يجب يكاد يملى على المشرع حلا بعينه ، وهذا ينطوى على تخطى لدور القضاء . فان كان للقاضى أن يوضح مواطن الضعف فى التشريع فإنه يجب أن يترك للمشرع صورة التعديل الذى يراه .كما أن هذا التقليد من شأنه أن يسبب حرجا للمشرع إذا لم يتفق مع مقترحات المحكمة . ولا يجوز أن تخرج أسباب الحكم عن نطاق النزاع . كما أن إصدار الحكم طبقا للقانون القائم ثم انتقاده

(١) نقض مدنى ١١ فبراير ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى ١٩٧٦ ص ٤٣٢ . وهذا الحكم يتعلق بأسباب التطليق للعنه حيث اقترحت اصدار تشريع يتفق مع مبادئ الشريعة الاسلامية دون التقيد بمذهب معين .

(٢) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٧٩ فى الطعن رقم ٣٦/١٦ لسنة ٤٨ ق أحوال شخصية مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٨ ص ٢٧٦ بشأن تغيير العقيدة وفى مناقشة الحكم مؤلفنا : شرح مبادئ الأحوال الشخصية للمسيحيين المصريين ص ٩٨ وما بعدها .

الى حد ان تهيب بالمشرع اجراء تعديل معين من شأنه أن يضعف قيمة الحكم فى ضمير الناس ويضعف الشعور بالعدالة (١)

ويبدو أن محكمة النقض قد أقلعت عن هذا الاتجاه . فلم نعثر على أحكام جديدة تتضمن ايعازا للمشرع باصدار تشريعى محدد .

ولما كان القضاء قد يواجه فى أداء مهمته أمورا تستحق تدخل المشرع فانه من الأفضل الأخذ بما جاء فى المادة ٦ من قانون مجلس الدولة المصرى من أن يقدم رئيس مجلس الدولة كل سنة تقريرا الى رئيس مجلس الوزراء متضمنا ما أظهرته الأحكام من نقص فى التشريع القائم أو غموض فيه .

وهذا يتفق مع ما جرى عليه العمل فى فرنسا بأن تقدم محكمة النقض مقترحاتها السنوية حول مشاكل التطبيق الى رئيس الجمهورية وهو ما يجد أساسه فى إنشاء مجلس النقض فى فرنسا عقب قيام الثورة الفرنسية .

الفرع الثانى

الإجتهاد القضائى وقواعد العدالة والقانون الطبيعى

٢٩ □ سبق أن أوضحنا أن العدالة والقانون الطبيعى يمثلان المصدر الرسمى الأخير من مصادر القانون المصرى .

وتحرص محكمة النقض على أن يكون اللجوء الى العدالة فى غياب اتفاق يحكم علاقة المتعاقدين .أما ان وجد اتفاق فلا يجوز اللجوء الى العدالة ، فلا

(٣) مؤلفنا : أصول القانون فقرة ٢٦٠ ص ٢٢٦ طبعة ١٩٨٨ .

يجوز للقاضى أن ينقض عقدا صحيحا أو تعديله بدعوى ان النقض أو التعديل تقتضيه قواعد العدالة، فالعدالة تكمل ارادة المتعاقدين ولكن لا تفسخها (١).

وإنما يكون اللجوء الى العدالة فى حالة عدم وجود حل فى المصادر السابقة للقانون . وتضرب لذلك مثلا قديما ومثلا حديثا .

فقد لجأ القضاء الى القانون الطبيعى والعدالة للفصل فى مسائل الملكية الأدبية قبل صدور قانون حق المؤلف فى سنة ١٩٥٤ (٢)

وكذلك طبق القضاء نظرية التعسف فى استعمال الحق ، والظروف الطارئة استنادا الى قواعد العدالة (٣) قبل صدور القانون المدنى

وقضت بأن أعمال القاعدة الفقهية " من سعى الى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه " تقتضيها قواعد العدالة طبقا للمادة الأولى من القانون المدنى (٤) ويرد بعض الفقه هذه الماثورات القانونية الى المبادئ العامة للقانون (٥) .

والاجتهاد فى ضوء قواعد العدالة هو دعوة من المشرع للقضاء لمشاركته – أو مزاحمته – فى غياب المصادر السابقة على قواعد العدالة واالقانون الطبيعى ولقد تقبله القضاء وطبقه ولكنه لم يكتف بذلك بل اجتهد فى وجود النص عن طريق التفسير .

الفرع الثالث

(١) نقض مدنى الطعن رقم ١٧٧٤ لسنة ٧٤ ق جلسة ٢٠٠٥/٥/٤ الموقع الالكترونى للمحكمة، نقض مدنى ٢٠٢١/١/٢٥ الطعن رقم ١٣٥١٦ لسنة ٧٥ ق الموقع الالكترونى للمحكمة .

(١) مؤلفنا : أصول القانون فقرة ٢٣٣ ص ٢٠٠ طبعة ١٩٨٨ .

(٢) السنهورى وأبو ستيت : أصول القانون ص ١٠٢ وما بعدها القاهرة ١٩٤١ .

(٣) نقض مدنى الطعن رقم ١٨٣٠٩ لسن ٨٩ ق جلسة ٢٠ أكتوبر ٢٠٢٠ الموقع الالكترونى للمحكمة .

(٤) مؤلفنا : أصول القانون . المرجع السابق فقرة ٢٣١ ص ١٩٨ .

الدور الخلاق تحت ستار التفسير

٣٠ □ كتب الكثير حول الدور الخلاق للقضاء فى مجال القانون تحت ستار التفسير (١) والذى يدخل فى نطاق بحثنا هو بيان أهم العوامل التى ساعدت فى قيام القضاء بهذا الدور .

٣١ □ وأول وأهم هذه العوامل هو تسبيب الأحكام القضائية فقد تحول التسبيب من وسيلة رقابة صارمة على القضاء من أجل الاحترام الدقيق للنصوص التشريعية وحرمانه من أى دور خلاق على غرار البرلمانات الفرنسية القديمة ، الى الاساس القوى لتدعيم الثقة والاقناع بأحكام القضاء، فالقيود أصبحت السبيل إلى الإنطلاق فى اتجاه معاكس تماما لم أراده مشرع الثورة الفرنسية .

فالتسبيب فتح الباب أمام التفسير الحر. كما أن الحياة وظهور الآلة استوجب الاجتهاد وقبوله فى نفس الوقت ليواكب القانون متطلبات التطور. فاللجوء الى التعديل التشريعى يحتاج الى وقت وعدم التعجل وغالبا ما تكون حركة التطور أسرع من حركة المشرع الذى قد يفضل التربث حتى تنجلى كافة الجوانب . كما أن القضاء يعايش المجتمع يوميا ولهذا فان اقامة العدالة تستلزم الاجتهاد لمواكبة التطور وحاجات الناس .

٣٢ □ والعامل الثانى الذى ساعد على بلورة ما يتم من اجتهاد ويضعه فى نظام منضبط لايترك لفردية عشوائية من قاض ، هو التنظيم القضائى الذى تقع محكمة النقض على قمته . فتقوم المحكمة بدور المايسترو الذى يضبط حركة

(٥) فى القانون الفرنسى : بولانجيه : ملاحظات حول الدور الخلاق للقضاء . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦١ ص ٤١٧ وما بعدها ، فى القانون المصرى مؤلفنا : أصول القانون المرجع السابق فقرة وما بعدها . وأنظر كذلك مؤلف : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أو ستيت : أصول القانون ص ١٣٠ وما بعدها وخصوصا ص ١٣٦ فقرة ١١٨ وما بعدها .

القضاء واختلف دور المحكمة عما كان يسعى له مشرع الثورة الفرنسية وهو مراقبة عدم الاجتهاد والتقيد بالنص. فأصبحت قائدة تطوير القانون لمواكبة التطور فى كافة مناحى الحياة .

٣٣ □ والعامل الثالث هو نشر الأحكام . فظور النشر قبل الثورة الفرنسية لم يعد يواكب التقدم العلمى فى الطباعة ووسائل النشر . ولهذا نرى مجموعات القضاء الفرنسى مثل دالوز منذ القرن التاسع عشر . فالنشر يحقق العلم ليس العام فقط بل لدوائر القضاء الأدنى درجة ، مما يحقق تعميم المبدأ . فالمبدأ قد يبدأ من المحاكم ثم قد يتوج من المحكمةالعليا أو يتم وأده.

ومن النشر الاسبوعى أو السنوى لأحكام القضاء الى النشر الالكترونى لأحكام قضاء النقض سواء فى مصر أو فرنسا، ومن ثم العلم اليومى بمبادئ القضاء .

٣٤ □ وترتب على ذلك كله أن المجتمع القانونى – من متقاضين أو محامين أو قضاة ، أصبح يسعى للعلم بالمبادئ وتنتشر فيه مما يحقق القبول العام من حيث المبدأ . ولم يعد ينظر لهذا التطور على أنه إفتئات على سلطة التشريع ، وإنما ضرورة من أجل مواكبة القانون للحياة أيا كانت درجة الخلق الذى وصل إليه. وهذا التطور تحقق فى مصر بوتيرة أقل بسبب تطور القانون المدنى المصرى وصدورة فى ١٩٤٨ أى بعد حوالى قرن ونصف من الزمان على صدور القانون المدنى الفرنسى.

وأصبح العلم بالقانون يجب أن يتم وفقا للتفسير الذى استقر عليه قضاء النقض . فلا يعذر بجهله القانون من يتمسك بأن المسألة كانت خلافية وكانت محل اكثر من تفسير (١).

(١) نقض مدنى ١٩٧٣/١٢//٢٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٤ ص ١٣٤٢ .

٣٥ □ وتجدر الإشارة الى أن الاجتهاد الإنشائى للقضاء المصرى قد لعب دورا هاما فى ظل القانون المدنى القديم بسبب قصور التشريع حيث سعى الى سد الفجوة بين النصوص والواقع . وهذا الاجتهاد هو الذى عوض المتقاضين عن هذا القصور (١).

ولقد امتد هذا الدور الإنشائى الى ما بعد صدور القانون المدنى حتى الآن بالرغم مع تحذير المشرع من أن طغيان سوابق القضاء على أحكام التشريع لايقبل فى ظل نظام التقنين . فالمقصود من تقنين القواعد هو دعم الاستقرار بفضل تعامل الناس على أساس القانون المسطور .... وأن أحكام القضاء متى تواترت على إقرار قواعد بلغت من الجسامة والسعة ... فمن الخير أن تقنن وأن يهيأ لها المكان الذى يتناسب مع أهميتها . (٢)

والدور الإنشائى للقضاء فى العصر الحالى اقتضته سرعة الوتيرة والتطورات العلمية والفنية غير المسبوقة فى ال ٥٠ عاما الأخيرة .

ولقد اتبع المشرع فى مصر نصيحة مجلس الشيوخ حيث لجأ الى تقنين ما استقر عليه الاجتهاد والقضاء لمواكبة متطلبات العصر مثل التوقيع الالكترونى والبيانات الشخصية والحياة الخاصة والرهن الالكترونى.

٣٦ □ ونرى أن إجتهاد القاضى على ضوء قواعد العدالة والقانون الطبيعى يعتبر اجتهادا حرا بمعنى أن حرية القاضى فى الخلق تكون متسعة . أما اجتهاده

---

(١) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ. مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٢٦فقرة ١٩.

(١) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ . بصدد تبرير اصدار تقنين جديد وليس تنقيحة . مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ فقرة ١٩ وفقرة ٢٠ من التقرير ص ١٢٦.

أثناء ممارسة تفسير القاعدة القانونية فهو اجتهاد مقيد حيث يدور فى اطار النص اتسعت أم ضاقت الجرأة على الخلق (١)

وبصدور قانون المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا فى مصر بدأت الأمور تتبدل حيث أن المهمة الأساسية لهذه المحكمة هى رقابة دستورية القوانين اى احترام المشرع للدستور . والقضاء الدستورى أصبح مكلفا برقابة دستورية القوانين ، فإلى اى مدى تعتبر تلك الرقابة تدخلا فى عمل التشريع وأثر ذلك فى علاقة القضاء بالمشرع. هذا ما سندرسه فيما يلى .

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على المشرع

٣٧ □ مما يلفت النظر أنه إذا كان المشرع يخشى قديما من أن يتغول القاضى على سلطة التشريع ، وكان المشرع يحرص على إعلاء سيادة القانون ومبدأ الشرعية وابتعاد القضاء عن التشريع ولو فى صورة وضع قواعد عامة تطبق فى حالات مماثلة، فان التساؤل يثور حول من يراقب ويحمى تطبيق سيادة القانون ويكفل احترام الدستور والمبادئ الدستورية العامة.

لقد أسفر التطور الى أن القضاء هو الذى يعهد له بأن يراقب المشرع حرصا على احترام الأخير لمبدأ سيادة القانون والفصل بين السلطات . فالقاضى أصبح هو المكلف بالحفاظ على تلك المبادئ فى مواجهة المشرع وتحقق ذلك برقابة المشرع لأعمال السلطة التشريعية.

---

(٢) مؤلفنا : أصول القانون . المرجع السابق فقرة ٢٣٣ ص ٢٠٠ .

فالتطور جعل من القضاء الرقيب على الشرعية وسيادة القانون ، بل فان المشرع هو فى الغالب من الأحوال الذى عهد للقضاء بذلك ، وتارة أخرى استخلصها القضاء بنفسه ولنفسه بصفته رقيبا على الشرعية عامة والدستورية خاصة.

ولامحل للتعرض تفصيلا لرقابة المحكمة الدستورية على دستورية القوانين فهنا موضوع مسلم به بنص الدستور حيث وضع المشرع نفسه تحت رقابة القضاء صراحة. فالاحكام العامة للرقابة الدستورية مسلم بها ولا نرى محلا لشرحها وبيان جوانبها فى هذا البحث ونكتفى بأن الدستور أعطى القضاء صراحة هذه السلطة .

والذى يهمنا هو بعض صور رقابة المحكمة لدستورية للقوانين والتى استخلصتها لنفسها بالرغم من أن النصوص لاتعطيها تلك السلطة ويشمل ذلك ما تقضى به المحكمة من سقوط بعض النصوص التشريعية ويشمل كذلك.

الرقابة على المخالفة السلبية للدستور أو رقابة الإغفال . ونفرد دراسة خاصة لفكرة الرقابة القضائية على الانحراف فى استعمال سلطة التشريع فالقضاء الدستورى إذا كان يمارس رقابة الإغفال اى ما يجب أن يكون عليه التشريع ، فإن رقابة الانحراف على استعمال السلطة فهى رقابة مشروعية أعمال السلطة التشريعية وعدم تعسفها وخروجها عن حدود سلطتها ، هى رقابة أشد على ممارسة السلطة التشريعية لوظيفتها . فان كان الإغفال أو القصور سلوكا سلبيا ، فان الانحراف سلوكا ايجابيا .

فان كان المشرع قد أعطى القضاء الرقابة على دستورية القانون فان القضاء والقضاء الدستورى خصوصا لم يكتف بذلك بل أعطى لنفسه صورا أخرى من الرقابة وهذه الصور هى التى نوضحها فيما يلى .

المطلب الأول

سقوط النص التشريعى فى قضاء المحكمة الدستورية العليا

٣٨ □ جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن تقضى بعدم دستورية التشريع المخالف للدستور . فهى لا تلغى التشريع لأن الغاء التشريع من سلطة المشرع بموجب المادة الأولى من القانون المدنى . أما مايترتب على عدم دستورية النص هو امتناع الكافة عن تطبيقه . فالنصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها لا يجوز تطبيقها اعتبارا من اليوم التالى لنشرها فى الجريدة الرسمية .

ولكن وجدت بعض النصوص التى لاتتضمن فى حد ذاتها ما يخالف الدستور. ولكنها نصوص تشريعية مرتبطة بنص تشريعى مشوب بعدم الدستورية فما هو مصيرها ؟

استقر قضاء المحكمة الدستورية على ما أسمته بسقوط هذه النصوص (١).

والسقوط لايتقرر إلا بحكم من المحكمة الدستورية ، وأثر السقوط هو عدم إعمال النص الساقط . وأساس السقوط هو فقد النص المرتبط بالنص التشريعى المقضى بعدم دستوريته لفاعليته تبعا لانهيار الركيزة التى يقوم عليها وهو النص المقضى بعدم دستوريته. ولم تترك المحكمة الأمر للمشرع . فالحكم بعدم دستورية نص لايستلزم بالضرورة تدخل المشرع بإجراء تعديل تشريعى . ومن ثم فان ترك النص الذى فقد ركيزته ينطوى على تشويه للتشريع . ولم ترد المحكمة أن تتحمل مسئولية تشوه التشريع ولهذا اسقطت مثل هذا النص .

والسقوط يعنى سقوط النص من التشريع واجب التطبيق فهو نص لايوجد ما يمس دستوريته ولا محل لعدم دستوريته بالتبعية . فهو غير مشمول بعدم

(١) فى تفصيل هذا الموضوع بحثنا بعنوان فكرة السقوط بين القضاء الدستورى والقضاء المدنى . مجلة الدستورية – التى تصدر من المحكمة الدستورية العليا فى مصر السنة ١٩ العدد ٢٩ أكتوبر ٢٠٢١ ص ٣ وما بعدها .

الدستورية . وانما لم تعد هناك حاجة لوجوده ، ومن هنا يكاد يقترب من إلغاء النص بواسطة القضاء المتمثل فى المحكمة الدستورية العليا (١)

ونتساءل ألا يعتبر ذلك ممارسة للعمل تشريعى من قبل القضاء مراعاة لنقاء التشريع ، فهى رقابة تحسين حماية للتشريع من التشوه خصوصا إذا لم يسارع المشرع الى تعديل التشريع على اثر الحكم بعدم الدستورية .

المطلب الثانى

الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعى(٢)

٣٩ □ المقصود من معالجة رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية الإغفال هو التعرف على مدى امتداد اختصاص المحكمة الى رقابة المشرع فيما كان يجب أن يقوم به ، وليس فقط عما قام به فى شأن التشريع .

فلا صعوبة إذا كان النص التشريعى ينطوى على مخالفة للدستور ، وإنما هل يمكن أن تكون المخالفة سلبية، وماهو موقف الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا من الإغفال الكلى عن تنظيم مسألة معينة ، ومن الإغفال الجزئى .

الفرع الأول

هل يحق للقضاء الدستورى التدخل فى حالة الإغفال الكلى

(١) من أمثلة النصوص التى تسقط تلك التى تنظم اجراءات تنفيذ نص قضى بعدم دستوريته . وفى تطبيقات متعدده أنظر بحثنا السابق الاشارة إليه .

(٢) عبد العزيز سلمان : الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعى الطبعة الأولى ٢٠٢١ دار وليد للنشر والتوزيع .

- الحسين عبد الدايم محمد على : رقابة الإغفال ووسائل معالجتها فى القضاء الدستورى وأثرها على الإصلاح التشريعى . مجلة البحوث القانونية والاقتصادية العدد ٢٩ مارس ٢٠٢٢ ص ٧٧٣ وما بعدها (كلية الحقوق جامعة المنصورة) .

٤٠ اتجهت محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة الى حث المحكمة الدستورية العليا على التدخل للفصل فى مدى دستورية بعض مواد قانون التأمين الاجتماعى فيما لم تتضمنه من النص على تحديد حد أدنى للمعاشات يضمن الحياة الكريمة(١) فلا يمكن أن يحقق نظام التأمين الاجتماعى أهدافه الدستورية إلا بوضع حد أدنى للمعاش يكفل الحياة اللائقة لجموع المواطنين بعد تقاعدهم .

٤١ ويذهب اتجاه آخر الى أنه لايجوز التدخل فى حالة الإغفال الكلى ، ويقتصر التدخل على الإغفال الجزئى دون حالات الإغفال الكلى الذى يكون محجوزا للمشرع فالحاجة الى تشريع ومن ثم التدخل لتنظيم الموضوع محل التشريع، أو عدم الحاجة إليه ومن ثم السكوت يعد أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع ما لم يطلب منه الدستور التدخل. فلا توجد صلة بين الحاجة الى التشريع وبين دستوريته (٢)

الفرع الثانى

رقابة القصور التشريعى الجزئى أو الإغفال الجزئى

٤٢ تتخذ رقابة الإغفال الجزئى للتشريع أو القصور الجزئى للتشريع – فى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر عدة وصور نوضحها فيما يلى .

---

(١) الدعوى رقم ١٨٤١٤ السنة ٦٨ ق جلسة ٢٧ يوليو ٢٠١٥ . وفى عرض هذا القضاء : محمد عبد الوهاب خفاجى . ومضات مضيئة للقضاء الإدارى فى طريق الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعى . مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية حقوق الاسكندرية . ٢٠١٥ العدد الثانى ص ١١٠ وما بعدها.

(٢) عبد العزيز سلمان : الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعى ص ٨٤ وما بعدها .

١ □ عدم دستورية ما لم يتضمنه النص .

٤٣ـ وفى اطار علاقة القضاء بالمشرع ، يثور البحث فى حالة القضاء بعدم دستورية ما لم يتضمنه التشريع من حكم معين، هل يترتب عليه اضافة نص الى التشريع يتضمن الحكم الذى أغفله المشرع ، وهل يملك القضاء الدستورى اضافة حكم الى التشريع ؟

أثيرت هذه المسألة فى قوانين ايجار الأماكن . فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١/١٩ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فيما انطوى عليه من عدم اشتراط موافقة المالك عند تغيير استعمال العين المؤجرة لغير غرض السكنى وذلك تأسيسا على أن هذا النص قد استهدف اسقاط شرط موافقة المالك على قيام المستأجر بتغيير استعمال العين، فالنص بهذا يكون متضمنا عدوانا على الحدود المنطقية التى تعمل الإرادة الحرة فى نطاقها والتى لاتستقيم الحرية الشخصية فى صحيح بنيانها – بفواتها ، فلا تكون الإجارة إلا املاء يناقض أسسها. وحيث أن مكنة استغلال الأعيان ممن يملكونها من خلال عقود ايجار إنما تعنى حقهم فى اختيار من يستأجرونها ... (١)

٤٤ □ وأثير البحث عن أثر هذا القضاء على شروط تغيير المستأجر لاستعمال العين المؤجرة .

فذهب اتجاه فى الفقه وفى محاكم الاستئناف الى أحقية المالك فى إخلاء العين المؤجرة ما لم يثبت المستأجر حصوله على موافقة المالك على تغيير استعمال العين .

وعندما عرض الأمر على محكمة النقض قضت فى حكم هام بأن الحكم بعدم الدستورية يقتصر أثره على اعدام النص ولا يجاوز ذلك الى إحداث قاعدة قانونية جديدة حاصلها أن مجرد تغيير استعمال العين يعتبر سببا جديدا للأخلاء.

(١) جلسة ٢٠٠٠/٣/٤ فى الدعوى رقم ١٤٤ السنة ٢٠ ق دستورية .

وأوضحت أن أثر الحكم بعدم الدستورية هو عدم جواز تطبيق النص بحيث يعتبر النص عدما. ولكن لاتجاوز أثار الحكم بعدم الدستورية هذا الحد فلا يستخلص من منطوقة أو أسبابه قاعدة قانونية جديدة ونصا بديلا لأن بديل النص المقضى بعدم دستوريته هو مجموعة القواعد القانونية السارية على موضوع النزاع على التفصيل الوارد فى القانون المدنى فى مادته الأولى . وأضافت أن رقابة دستورية القوانين تقتصر على القوانين واللوائح ولا تتعداها الى مراقبة دستورية المبادئ القانونية والاجتهادات القضائية (١)

ويلاحظ أن اثر الحكم بعدم الدستورية يقتصر على اعدام النص دون أن يجاوز الى احداث قاعدة قانونية جديدة . ولكن المحكمة وجدت بديلا للنص المقضى بعدم دستوريته فى مجموعة القواعد القانونية السارية وفى مقدمتها نصوص القانون المدنى ولا يجوز اضافة سبب جديد للإخلاء وهو عدم الحصول على موافقة المالك لتغيير الاستعمال.

ثانيا : ٤٥ □ وهناك أيضا من النصوص التشريعية التى تنظم الحق الذى اعتبر حرمانه منه غير دستورى . ففى حالات الاستيلاء على الملكية دون تعويض فإذا ما قضى بعدم الدستورية، تطبق النصوص المتعلقة بالتعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة أو فكرة التعويض العادل المنصوص عليها دستوريا ، باعتبارها القواعد العامة واجبة التطبيق. فعدم الدستورية للإغفال يؤدى الى تطبيق القواعد العامة . ولاتداخل من القضاء الدستورى فى سلطة المشرع .

(١) نقض مدنى الطعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٤ والطعن رقم ٢٨٩٥ السنة ٧٤ ق جلسة ٢٠٠٥/٧/١ منشور فى المستحدث ومجموعة المبادئ الصادرة من دوائر الايجارات بمحكمة النقض من ٢٠٠٤/١٠/١ جلسة ٢٠٠٥/٩/٣٠ ص ١٧٠ وفى تفصيل الموضوع مؤلفنا : عقد الايجار فى قوانين ايجار الاماكن ص ٢٣٨ وما بعدها طبعة ٢٠٢٢.

ثالثا : **٤٦** تتحقق الاضافة الى التشريع إذا كان النص المقضى بعدم دستوريته ينطوى على الاخلال بمبدأ المساواة فمن حرم من المساواة بناء على النص يتمتع بالمساواة بمجرد الحكم بعدم الدستورية . وأثر الحكم بعدم الدستورية يكون قابلا للإعمال بذاته دون حاجة لأى تدخل تشريعى . ومن ثم تكون هناك ثمة إضافة للتشريع عن طريق القضاء الدستورى ,

فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة ١٧ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فيما تضمنته من قصر استمرار عقد الايجار على الزوجة المصرية وأولادها من زوجها المستأجر غير المصرى عند انتهاء اقامته فى البلاد دون الزوج المصرى وزوجته وأولاده من زوجته المستأجرة غير المصرية. فمبدأ المساواة كان يحتم أن تمد مظلة حماية النص المذكور الى الزوج المصرى وأولاده من المستأجرة الأجنبيه عند انتهاء إقامتها بالبلاد ان فعلا أو حكما ، وإذ لم يفعل ذلك فإنه يكون مخالفا لمبدأ المساواة ويتصادم من الدستور(١)

وهذا الحكم واجب الإعمال بذاته بمعنى أن الزوج المصرى أصبح بموجب هذا القضاء من حقه أن يستفيد من الامتداد القانونى أسوة بالزوجة دون حاجة الى أى تدخل تشريعى ، فهو ينطوى بطريقة غير مباشرة على اضافة حكم للنص التشريعى اعمالا لمبدأ المساواة بين الجنسين ، فيجوز للزوج أو الزوجة الاستفادة من النص . (٢)

رابعا : **٤٧** وهناك نوع آخر من قضاء الإغفال يكون واجب الاعمال بذاته ولكنه يحتاج الى بعض الاجراءات التنظيمية لإعماله دون حاجة لتدخل تشريعى

---

(١) جلسة ٤٨٢٠٠٢/١٤ فى القضية الدستورية رقم ٦ لسنة ٢٠ ق .

(٢) وقضى كذلك بعدم دستورية ما تضمنه قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة فيما تضمنه من قصر المسلمين على أجازة للحج دون زيارة بيت المقدس للعامل المسيحى الديانة المحكمة الدستورية الدعوى رقم ٣١ ق دستورية جلسة ٢٠١٧/٢/٤ وأحكام أخرى منشورة فى مؤلف عبد العزيز سلمان : السابق الإشارة اليه ص ٣٨٧ و ص ٣٧٧ .

ضرورى . فقد قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة ٦ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية فيما تضمنه من قصر الحق فى اكتساب الجنسية المصرية بالنسبة للأولاد القصر على حالة اكتساب الأب الأجنبى لهذه الجنسية دون حالة اكتساب الأم الأجنبية لها.

ويترتب على ذلك ان يصبح من حق الابن القاصر اكتساب الجنسية المصرية فى حالة اكتساب الأم الأجنبية لها . ولكن إعمال هذا يحتاج لإجراءات تنظيمية لتنفيذ الحق . وإنما المبدأ قد تقرر وهو فى ذلك ضرب من ضروب الاضافة أو التعديل فى التشريع (١).

٤٨ ☐ ونرى أنه فى الحالات السابقة فان الحكم بعدم الدستورية لا يعدم النص المقضى بعدم دستوريته وإنما يضيف حكما مباشرا وواضحا الى القانون تحت ستار مواجهة القصور التشريعى . فالنقص التشريعى يستكمل من طريق الغاء التمييز والعودة الى حظيرة المساواة بحيث يتمتع بالحق من لم يكن يتمتع به ، ومن هنا تأتى الإضافة الى التشريع فالقضاء أصبح مشرعا فعليا .

ولا يفوتنا التنويه الى ذكاء القاضى الدستورى فى اختيار عباراته فالاغفال يتمثل فيما تضمنه النص من عدم .....، وليس فيما لم يتضمنه النص ، حتى يوحى بأن ثمة مخالفة دستورية قائمة وليست هناك فراغ يحاسب المشرع عنه .

٤٩ ☐ وهكذا فان قضاء الإغفال قد يتضمن اضافة للتشريع بصورة مباشرة بالرغم العبارات التى يصاغ بها القصور التشريعى السلبى . فمواجهة السلبية تتمثل غالبا فى اضافة للنص حتى تتوافر له الدستورية . فلا يمكن أن تعتبر رقابة الإغفال بعيدة تماما عن العمل التشريعى والذى يدخل فى صميم اختصاص السلطة التشريعية.

(١) جلسة ٢٠١٩/٤/٦ الدعوى ١٣١ لسة ٣٩ ق دستورى منشور فى مؤلف عبد العزيز سلمان ص ٣٠٥.

وإذا كان الحكم بعدم الدستورية يؤدى الى الامتناع عن تطبيق النص فهو قضاء بالحذف ، أما القضاء فى مواجهة الإغفال التشريعى يكون قضاء بالاضافة .

المطلب الثالث

رقابة القاضى لإنحراف المشرع فى استعمال سلطته

٥٠ □ السلطة التشريعية تملك سلطة التشريع وحدها . وانحرافها فى استعمال سلطتها أمر يثير مسئوليتها السياسية فى المقام الأول.

ولكن هل يملك القضاء رقابة السلطة التشريعية إذا انحرفت فى استعمال سلطتها .

وضع أسس دراسة هذا الموضوع فى القانون المصرى عميد الفقهاء عبد الرزاق السنهورى فى بحثه المعنون . مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية . (١)

ويهمنا بيان المقصود برقابة القضاء لانحراف السلطة التشريعية ، وموقف القضاء المصرى .

٥١ □ ودون أن نخوض فى تفاصيل المسألة فاننا نكتفى بإيضاح المقصود بالانحراف وحالاته وجزاء الانحراف . يوضح السنهورى أهمية الموضوع وخطورته بقوله بأن "التشريع يكون باطلا إذا شابه انحراف فى استعمال السلطة التشريعية قول لاشك خطير ... نقول ان التشريع كما يخالف الدستور فى نصوصه وأحكامه قد يخالفه فى روحه وفى فحواه ؟ اليست هذه خطوة بعيدة المدى لاتؤمن مغبتها ، بل قفزة جريئة قد تفضى الى العثار" (٢).

---

(١) والمنشور فى مجلة مجلس الدولة ونشر فى مجموعة مقالات وأبحاث السنهورى التى أصدرتها كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٩٢ ص ٣٦٩ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ص ٤٢٧.

ويوضح أن منطقة الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية هى المنطقة التى يكون فيها للمشرع سلطة تقديريه .

وتتمثل حالات الانحراف فى ١ – خروج التشريع على كونه قاعدة عامة مجردة ٢ – مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذى رسم له ٣ – ضرورة كفالة الحريات والحقوق العامة فى حدودها والخروج عليها ينطوى على انحراف ٤ – عدم احترام الحقوق المكتسبة ٥ – مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التى تهيمن على نصوصه .

٥٢ □ وينتهى الى أن السلطة القضائية هى الرقيبة على كل من من السلطتين التنفيذية والتشريعية . فالسلطة القضائية لها حق التعقيب على تصرفات السلطة التنفيذية التى تخالف القانون فتقضى بالغائها وبالتعويض عنها . وبما أن لها من حق النظر فى القوانين التى تصدرها السلطة التشريعية إذا هى خالفت الدستور فتقضى بعدم دستوريتها (١) والسلطة القضائية تتمتع باستقلال اتجاه كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية .

ولا شك فى أن رقابة القضاء فى هذا الصدد يعطى للقضاء دورا واسعا وهاما فى رقابة السلطة التشريعية مراعاة لاحترام الدستور وسيادة القانون ، فهى أوسع من الرقابة على دستورية القانون بالمعنى الفنى السابق ايضاحه اى مخالفة التشريع للدستور .

٥٣ □ <u>التمييز بين الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ومخالفة التشريع للدستور .</u>

---

(١) ص ٤٦٧ . .

يوضح السنهورى أن التمييز بينهما تفرضه الدقه العلمية ، كما تتطلبه الإعتبارات العملية .

فمن الناحية العلمية لايجب الخلط بين مخالفة التشريع للدستور ، والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية . فهناك فارق بين أن يخالف التشريع الدستور ، وبين أن ينحرف المشرع فى استعمال سلطته ، فهما علميا مسألتان منفصلتان على غرار مخالفة القرار الادارى للقانون وبين أن ينطوى القرار الإدارى على تعسف فى استعمال السلطة. ويضيف كذلك أنه لايختلط الخروج عن الحق ، بالتعسف فى استعمال الحق .

ومن الناحية العملية فإن التمييز بين الفكرتين من شأنه ان يفسح المجال لفكرة الانحراف لتتخذ مسارها كفكرة مستقلة وتنمو لأنها لا ترتبط بنص معين فى الدستور وانما تتمثل انحرافا عن مبادئ عامة عليا .

ومن الواضح أن هذه الصورة تضع المشرع تحت الرقابة الدقيقة للقضاء .

المطلب الرابع

محكمة النقض تناطح المشرع

٥٤ □ من المعروف أن القضاء يقوم من خلال سلطته فى تفسيرالقانون بدور خلاق حيث يتولى إنشاء قاعدة قانونية تحت ستار التفسير ، فهو لا يدعى لنفسه سلطة التشريع . ولم تكتف محكمة النقض بهذا الدور ، وإنما تجاوزته .

فى العلاقة بين محكمة النقض والمشرع أعطت المحكمة لنفسها سلطة اعتبار التشريع منعدما ، بل وأعطت لنفسها حق سد الفراغ التشريعى ، فهى تعدم التشريع، وتمارس التشريع فهى تناطح المشرع فى ذلك كله على التفصيل التالى .

الفرع الأول

فكرة إنعدام التشريع فى قضاء محكمة النقض

٥٥ ظهر فى قضاء محكمة النقض فكرة انعدام التشريع الذى يخالف الدستور ، وذلك بصفتها الجهة التى تختص بنظر طلبات القضاة .

فقد قضت بأن المحاكم وان كانت لا تملك الغاء القوانين التى تصدرها السلطة التشريعية أو تعديلها ، إلا أن القرارات التى تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية وإن كان لها فى موضوعها قوة القانون التى تحكمها من الغاء وتعديل القوانين القائمة إلا أنها تعتبر قرارات إدارية لا تبلغ مرتبة القوانين فى حجية التشريع فيكون للقضاء الإدارى بما له من ولاية الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أن تقضى بالغائها إذا جاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التى يقوم عليها ، ولا تحوز هذه القرارات حجية التشريع إلا إذا أقرها المجلس النيابى شأنها فى ذلك شأن أى قانون آخر . بل ورفضت المحكمة إحالة الدعوى الى المحكمة الدستورية على سند من أن القانون غير قائم على أساس من الشرعية ومشوبا بعيب جسيم يجعله عديم الأثر (١) فالمحكمة إنتهت الى تكييف التشريع بأنه فى حقيقتة مجرد قرار إدارى ومن ثم يخضع للرقابة بهذه الصفة . ومن ثم فقد اعتنقت محكمة النقض رأى السنهورى بأن التشريع فى هذه الحالة – فى حقيقتة قرار إدارى صدر فى صورة تشريع صورى (٢)

ولا يلزم أن يتم ذلك من خلال المحكمة الدستورية العليا .

الفرع الثانى

محكمة النقض تسد الفراغ التشريعى

(١) الطعن رقم ٢٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٣ عدد ٣ ص ١١٩١ قاعدة ١٨٧ .

(٢) السنهورى : المرجع السابق ص ٤٣٢ وما بعدها .

٥٦ ووصل الأمر بمحكمة النقض إلى أنها أعطت نفسها حق سد الثغرات التشريعية . فقد قضت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بأنه إذا خلت نصوص قانون السلطة القضائية من النص على إختصاص الهيئة العامة للمواد المدنية بمحكمة النقض بالفصل فى تناقض حكمين نهائيين صادرين من محاكم القضاء العادى ، بيد أن هذا لايعنى بالضرورة سلب محكمة النقض هذا الإختصاص ، ذلك أنه وإن كان هناك فراغ تشريعي يتعين على المشرع تداركه لمعالجة إشكاليات هذا التناقض الذى أفرزه الواقع العملى وهو ما لا مما راة فيه . وإذ كان لامشاحة فى أن حسن سير العدالة يستنهض محكمة النقض وهى تتبوأ على أعلى مدارج النظام القضائى ، والهيئة العامة للموارد المدنية وغيرها بمكانة الصدارة منها أن تملأ هذا الفراغ التشريعي بالتصدى للفصل فى هذا الطلب المطروح ، وهو لا غضاضة فيه أو تثريب عليها هادفة من ذلك توحيد المبادئ القانونية لكافة المحاكم على اختلاف درجاتها ومنع تضارب الأحكام أو تأبيد المنازعات واستقرار المراكز القانونية للمتقاضين أمامها . وهو الدور المنوط به لمحكمة النقض مجددة غير جامدة ، مبدعة لا ناقلة أو مقلدة لاسيما وأن كثير من التشريعات العربية عالجت مثل هذا الأمر .(١)

وهذا القضاء لا يحتاج لأى تعليق فهو يبرز إعطاء المحكمة نفسها الحق فى ملئ الفراغ التشريعى بنفسها ، ولا تناشد المشرع التدخل بل تتخذ موقف المشرع وتعطى نفسها دور التجديد والإبداع .

(١) محكمة النقض الهيئة العامة للموارد المدنية فى الطلب رقم ١ لسنة ٩٣ ق هيئة عامة جلسة ١٧ من مايو ٢٠٢٣ الموقع الإلكترونى للمحكمة .

الخاتمة

٥٧ □ تراوحت علاقة المشرع بالقضاء من العداء الى الثقه ومن التعاون الى الرقابة .

فان كان مشرع الثورة الفرنسية قد حرص على إحكام قبضته على القضاء بأن ينحصر دورة فى تطبيق التشريع، ولم يخف المشرع العداء للقضاء كاثر لسلوك القضاء فى ظل القانون الفرنسى القديم .

وتطور الأمر فى فرنسا الى الثقة ، وامتد الى مصر حيث ظهرت معالم الثقة الواضحة من المشرع تجاه القضاء وظهر الدور الخلاق للقضاء والذى شجعه المشرع دون أن يقره صراحة .

وأصبح القضاء معاونا للمشرع فى احترام القانون وسيادة القانون . ويمكن القول أنه لم يعد يخشى على الدستور من القضاء .

أما التطور الحالى فهو يتمثل فى أن حماية الدستور وسيادة القانون انتقلت من المشرع الى القضاء ، بحيث أصبح القضاء هو الذى يراقب المشرع إعلاء لسمو الدستور فالثقة الكاملة فى القضاء حلت محل الشك والريبة فيه. وأصبح المشرع يتأنى جيدا يدقق فيما يصدر من تشريعات حتى لايقع تحت رقابة القضاء الدستورى على وجه الخصوص .

قائمة المراجع

١ ☐ المؤلفات :

حامد فهمى ومحمد حامد فهمى : النقض فى المواد المدنية والتجارية . مطبوعات لجنة التأليف والنشر .

حسام الدين كامل الأهوانى : أصول القانون ، دار النهضة العربية ١٩٨٨.

– تأملات الشرط الجزائى دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ٢٠٢١ .

عبد الرزاق احمد السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ ١ مجلد ١ الطبعة الثالثة تنقيح الفقى وجميعى دار النهضة العربية ١٩٨١ .

عبد الرزاق احمد السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت: أصول القانون القاهرة ١٩٤١

عبد العزيز سلمان : الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعى الطبعة الأولى ٢٠٢١ دار وليد للنشر والتوزيع القاهرة .

٢ ☐ المجموعات :

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى . الجزء الأول مطبوعات الحكومة المصرية . وزارة العدل .

مجموعة مقالات وأبحاث الأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهورى جمع وتقديم د/ نادية السنهورى ود/ توفيق الشاوى أصدرتها كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٢ .

البحوث المقدمة الى المؤتمر الدولى بمناسبة مرور خمسين سنة على صدور القانون المدنى المصرى ١٩٤٨ – ١٩٩٨ القاهرة من ١٤ الى ١٦ ابريل ١٩٩٨ . طبعتها الإدارة العامة للتعاون الثقافى بوزارة العدل المصرية.