المنهج القانونى بين الرأسمالية والاشتراكية

الدكتور ثروت أنيس الأسيوطى (*)

---

§ ١ — فرنسا بين عفوية « الحدس » وانعدام المنهج (٧٨)
§ ٢ — المانيا من « القانون الحر » الى « فقه المصالح » (١٠٦)
§ ٣ — أمريكا بين «الواقعية القانونية» و «المنهج الاجتماعى» (١٣٣)

رأينا فى بحث سابق(**) أن الحياة متجددة متغيرة ، والنصوص ثابتة جامدة ، لذا ظهرت مشاكل ثلاث تكتنف حياة القانون فى كل المجتمعات والعصور : مشكلة الثغرات اذ النصوص متناهية والوقائع غير متناهية ، ثم الحاجة الى الملاءمة بين عموميات النصوص وخصوصيات الحياة ، ثم الحاجة الى التطوير لتجديد القانون كلما تغيرت الظروف .

وقد نظرت الرأسمالية الى هذه المشاكل الثلاث نظرة الشك والريبة والحذر ، اذ يحتاج رجل الاعمال الى القدرة على توقع الحل القضائى اذا ما طرأ نزاع حول ما يبرمه من صفقات ، ليتمكن من اجراء المضاربات فى هدوء .

هذه الرغبة البرجوازية فى الطمأنينة القانونية تتطلب قواعد واضحة المعالم يجرى تطبيقها بصورة آلية بعيدا عن سلطة القاضى التقديرية . ولما كانت البرجوازية بعد الثورة الفرنسية قد ضمنت قانون نابليون المبادىء الثلاثة الرئيسية : الملكية حق مطلق والعقد شريعة المتعاقدين ولا مسئولية بدون خطأ ، غلبت على المنهج صبغة المنطق، حتى يحول دون شبهة التحيز ولا يمس مصالح الرأسمالية . من هنا الاتجاه العام فى القرن الماضى الى ابراز الشكل واغفال الواقع ، واستخدام القياس المنطقى فى التطبيق الآلى للقانون .

(*) جائزة الدولة فى العلوم الاجتماعية ، دكتور فى الحقوق من جامعة القاهرة ، دكتور فى القانون من جامعة ميونخ ، أستاذ فى فلسفة القانون من جامعة نيويورك ، الاستاذ (م) بجامعة القاهرة .

(**) راجع مجلة مصر المعاصرة العدد ٣٣٣ يوليو سنة ١٩٦٨ من ٦٥٩ الى ٧٣٧ .

لقد ارتبطت القواعد القانونية بمصالح الطبقات الحاكمة من البرجوازية واليونكرز والامبريالية ، فى فرنسا والمانيا وأمريكا . واجتهد المنهج القانونى فى خدمة هؤلاء السادة ، باتباع الشرح على المتن حيثما وجد نص برجوازى (فرنسا) ، واعتناق العقائد المجردة مع دوجماتية التأصيل والتفريع (ألمانيا) وابتكار الأفكار القانونية المحتوية على المضمون الامبريالى (أمريكا) .

ذلك كان الوضع طوال القرن الماضى ...

فماذا جد من تغير خلال القرن الحالى .. ؟

القسم الثـــانى

الثورة المنهجية فى القرن العشرين

٧٦ ــ الظروف الاجتماعية فى غرب أوربا :

سلك الفقه التقليدى المنهج المدرسى وعكف على استخدام القياس المنطقى، وأخذ يتعبد فى محراب الافكار ونسى كلية أوضاع الحياة . فلقد نجمت عن التقدم الصناعى تغيرات اجتماعية شاملة ، ونشبت صراعات مريرة بين رأس المال والعمال ، وعجزت العدالة الشكلية عن ملاحقة موكب التطور .

بيد أن المد الاقتصادى الذى غمر أوربا خلال القرن التاسع عشر ، اشتدت امواجه مع أفول القرن الماضى وبزوغ القرن الحالى . اذ تحسنت الوسائل الميكانيكية للنقل ، بانتشار السكك الحديدية وافتتاح قناة السويس وابتداع السفن البخارية واختراع السيارة الاولى . وتلا ذلك استخدام الكهرباء واكتشاف اللاسلكى ، ثم ازدياد انتاج الصلب واستخراج الفحم ، ثم تقـــدم الصناعات الكيماوية وميكنة الزراعة (١) .

وتحولت المانيا وأمريكا الى دول صناعية كبرى (٢) . غير أن هذا التطور الصناعى صحبه هبوط فى الأسعار وخسائر فى الأعمال ، وفتك شبح البطالة بجموع العمال . وكانت هدنات الانتعاش أقصر وأضعف من فترات الانكماش، حتى أطلق على الحقبة من ١٨٧٣ الى ١٨٩٨ « الركود الكبير Great

---

(١) Carlton J. H. Hayes, **A Generation of Materialism 1871 - 1900,** New York and London 1941, Harper, p. 88 ss.

(٢) G.D.H. Cole, **Introduction to Economic History 1750 - 1950,** London 1954, Macmillan, p. 73 ss.

Depression » . وتناثرت على الطريق ما بين انتعاش وآخر أشلاء الضحايا من صرعى الافلاس والبطالة (٣) .

وتدافعت على اثر الانفجار السكانى فى البلاد الأوربية خاصة فى المانيا ، موجات متلاحقة من الهجرة صوب الولايات المتحدة ، قذفت على الشواطىء الامريكية ما بين ١٨٧٠ و ١٩٠٠ بما لا يقل عن خمسة وعشرين مليون أوربى(٤) ، بالاضافة الى الهجرة الداخلية من البلاد الاوربية المتخلفة الى زميلاتها المتقدمة صناعيا ، مما عاون على انتعاش الرأسمالية فى انجلترا وفرنسا والمانيا (٥) .

٧٧ — هذه التقلبات الهائلة فى الظروف المعيشية حملت البشر على اعادة النظر فيما حولهم من نظم . ففى المجال الاقتصادى ، تعرض مذهب الليبرالية لهجوم مركز بعد أن تحولت فضائل « دعه يفعل » الى نقائص . وفى انجلترا انسحب الحزب الليبرالى بالتدريج من على مسرح الأحداث أمام حزب العمال، بينما اثبت الفريد مارشال نظريا أن مذهب « دعه يفعل » لا يحقق للمجتمع أكبر قدر من الرخاء . وفى المانيا ، نادى معظم الاقتصاديين باتباع « السياسة الاجتماعية Sozialpolitik » وقاوموا أفكار آدم سميث وأنصار حرية التجارة (٦) .

وعلى المستوى السياسى ، تبلور بعد سنة ١٨٧٠ الطابع الدولى للحركة العمالية ، وأصبحت تشكيلاتها قوة حقيقية فى كافة البلاد الصناعية الاوربية ، وطالبت باعادة صهر المجتمع لتحقيق الامال فى العدالة الاجتماعية . فالرأسمالية تتجه الى الدولية من خلال الامبريالية ، والحركة العمالية تنتظم هى الاخرى على المستوى الدولى ، اذ أن مصالح العمال واحدة تجاه شروط راس المال . وهكذا اتخذت نقابات العمال تحت تأثير الماركسية طابعا ثوريا فى كل من انجلترا وفرنسا (٧) . فى حين ادى سقوط بسمارك وسحب قوانين مكافحة الاشتراكيين الى بدء مرحلة جديدة من تاريخ الاشتراكية الالمانية ، بزعامة ليبكنيشت وبيبل وتوجيه برنشتاين وكوتسكى(٨) .بل ان الكنيسة الكاثوليكية

---

(٣) Joseph A. Schumpeter, **History of Economic Analysis,** London 1955, Allen & Unwin, p. 759 - 760.

(٤) Carlton J.H. Hayes, **A Generation of Materialism,** p. 102 ss.

(٥) Werner Sombart, **Der Moderne Kapitalismus,** Bd. III, 1, Berlin 1955, Duncker & Humblot, p. 383 ss., p. 396 ss.

(٦) Charles Gide et Charles Rist, **Histoire des Doctrines Economiques,** 7e éd., Paris 1947, Sirey, t. II, p. 469 ss.; Schumpeter, **op. cit.,** p. 761 ss.; Hayes, **op. cit.,** p. 196 ss.

(٧) Jacques Pirenne, **Les Grands Courants de l'Histoire Universelle,** t. V, Neuchatel et Paris 1953, La Baconnière et Albin Michel, p. 541 ss.

(٨) G.D.H. Cole, **A History of Socialist Thought,** vol. III, Part I, **The Second International,** London 1956, Macmillan, p. 249 ss., p. 297 ss.

وضعت برنامجا للاصلاح الاجتماعى ، وانشأت حزبا سياسيا هو حـــزب الوسط الالمانى (٩) .

وفى الفنون ، سادت الواقعية الاجتماعية من خـــلال روايات اميل زولا وتوماس هاردى وبيورنسون ، ومسرحيات ايبسن وتشيخوف ، والموسيقى الفولكلورية من وضع برامس وتشايكوفسكى وريمسكى كورساكوف وسميتانا ودفوراك وجريج (١٠) .

وفى المجال القانونى ، ولدت مشكلة الطبقات الاجتماعية نزعة جديدة ترمى الى الأخذ بقانون اجتماعى يستند الى العدالة الحقيقية لا الى المفاهيم الشكلية ، ويراعى صور الضغط الاقتصادى بما تحوى من الوان الاستغلال (١١) . وتدخلت السياسة الاجتماعية بين أرباب العمل والعمال ، متحدية المبادىء العليا للقانون التقليدى بما فيها حرية التعاقد وقدسية الاتفاق . وتلاحقت تشريعات العمل تنظم شروطه وساعاته ، وتكفل التأمينات الاجتماعية ضد الحوادث والامراض والعجز والبطالة (١٢) .

ذلك كان المجرى العام للامور عند مطلع القرن العشرين ... فهل تغيرت مناهج البحث فى نطاق علم القانون ... ؟

ماذا حدث للشرح على المتون فى فرنسا ، ودوجماتية الاساتذة فى المانيا ، والقضاء الميكانيكى فى أمريكا ؟

§ ١ ــ فرنسا بين عفوية « الحدس » وانعدام المنهج

٧٨ ــ البرجوازية العلمانية وفلسفة برجسون :

استطاعت البرجوازية الفرنسية خلال الجمهورية الثالثة وابتداء من سنة ١٨٧٩ أن تتغلب نهائيا على فلول الملكيين من بقايا النبلاء وبعض رجال الدين . وحصلت البرجوازية على أغلبية المقاعد فى مجلس النواب ومجلس الشيوخ ، واستولت على المناصب الرئيسية فى الدولة ابتداء من رئاســـة الجمهورية

---

(٩) Schumpeter, **op. cit.**, p. 764; Hayes, **op. cit.**, p. 198.

(١٠) Hayes, **op. cit.**, p. 151 ss.; Schnerb, **Le XIXe Siècle**, in : **Histoire Générale des Civilisations**, t. VI, 2e éd., Paris 1957, P.U.F., p. 520 ss.

(١١) **Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft**, Köln Berlin 1964, Kiepenheuer & Witsch, Halbb. I, p. 639 ss.

(١٢) شومبيتر ، المرجع السابق ، ص ٧٦٨ ، كارلتون هيز ، جيل من المادية ، ص ٢٠٩ وما بعـــدها .

والوزارات الى كبار الاداريين فى الاقاليم ... كانوا جميعا من الطبقة البرجوازية محامين وأطباء ومدرسين وصحفيين وصناعيين وماليين ، من النخبة المثقفة فى سعة من العيش ... بلا نبلاء ولا رجال دين ولا فلاحين ولا عمال (١٣) .

وكانت هذه البرجوازية علمانية تؤمن بالمادية ، فخاضت صراعا عنيفا ضد رجال الدين وشرعت تحطم نفوذ الكهنوت ، الذى كان يساند حزب الملكيين ويعضد مطالب النبلاء . وأصدرت البرجوازية فى الثمانينات «قوانين تنظيم المدارس » ، قصرت اعانة الدولة على المدارس الحكومية وأعفت التلاميذ من الرسوم وحظرت التدريس الا من علمانيين ومنعت تعليم مواد الدين . فاتهم الكهنوت الحكومة بالماسونية والالحاد ، وردت الحكومة بحل جمعية اليسوعيين وطردهم من فرنسا ، وسن تشريع يقر الزواج المدنى ولا يعتد بالزواج الدينى . وتجدد الصدام فى بداية القرن العشرين وصدر سنة ١٩٠١ قانون يعيد تنظيم الجمعيات ويحل جماعات الرهبان ، ولحقه سنة ١٩٠٥ قانون يفصل بين الكنيسة والدولة ويلغى اعانة الدولة للكنيسة ويصادر أموال المؤسسات الكنسية ويكل الى علمانيين الاشراف على شئون الدين . فحظر البابا على المؤمنين تنفيذ ما جاء بهذا القانون واكتملت هكذا القطيعة بين الحكومة الفرنسية والكنيسة الكاثوليكية ، واستطاعت البرجوازية المادية أن تنفض عن كاهلها النامى عباءة الكهنوت الضاغطة(١٤) .

٧٩ ــ غير أن التيار المادى للبرجوازية العلمانية جرف معه بذور نقيضه وطفت الى سطحه الفلسفة البرجسونية (١٥) .

يقول برجسون ان الذكاء عند الانسان اختلط فى القدم بالغريزة عند الحيوان (١٦) ، لذا ظل كل منهما ــ الذكاء والغريزة ــ محتفظا بشوائب الماضى فلا يتواجدان أبدا فى حالة نقاء تام (١٧) . وبينما الغريزة تتشكل وفقا لصور البيئة ، اذا الذكاء يتميز بعدم فهم الحياة ، لاصراره على اعتبارها جامدة ثابتة . ان الذكاء يعالج الاشياء ميكانيكيا ،أما الغريزة فتعالجها ان شئت

---

(١٣) Carlton J. H. Hayes, **A Political and Cultural History of Modern Europe**, New York 1951, Macmillan, vol. II, p. 396.

(١٤) كارلتون هيز ، تاريخ أوربا الحديثة سياسيا وثقافيا ، ج ٢ ، ص ٤٠٥ ــ ٤٠٦ و ص ٤١٤ ــ ٤١٦ .

(١٥) فى هذا المعنى : أحمد أمين وزكى نجيب محمود ، قصة الفلسفة الحديثة ، ج ٢ ، القاهرة ١٩٤٩ ، لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ص ٥٦٢ ، زكريا ابراهيم ، برجسون ، فى مجموعة نوابغ الفكر الغربى . رقم ٣ ، القاهرة ١٩٥٦ ، دار المعارف ، ص ٤٩ ،أيضا : André Cresson, **Bergson**, Paris 1950, P.U.F. (Collection Philosophes) p. 15 ss.

(١٦) Henri Bergson, **L'Evolution Créatrice**, 1907, 38e éd., Paris 1932, Alcan, p. 107 ss., spéc. p. 146.

(١٧) المرجع السابق ص ١٤٧ .

عضويا (١٨) ... الغريزة هى المعرفة عن بعد ... هى من الذكاء كالنظر من اللمس (١٩) ... الغريزة تعاطف ... (٢٠) .

هذه الغريزة ... الخالية من الغرض ... الواعية لنفسها ... القادرة على تأمل موضوعها ... هى ما يسميه برجسون « الوجدان intuition » ان الوجدان ينقلنا الى داخل الحياة ، مثلما يتعاطف الفنان مع الأشياء ، بأن يزيل بقدر من الجهد النفسى الحواجز التى يصنعها المكان بينه وبين نمـــاذج الحياة (٢١) .

فالوجدان سبيل المعرفة فى البحث عن المطلق ...

وهكذا رجح برجسون الغريزة على الذكاء ... والقلب على العقل ... آخذا بالاحساس الوجدانى ونابذا التفكير العلمى ... متمسكا بالايمـــان فى زمن تنكر للايمان ...

من هنا رواج فلسفته الى حين ، بالرغم مما تحوى من لاعقلانية .

٨٠ ــ مطالب الامبريالية وفقـــه جينى :

وكانت البرجوازية العلمانية بعد أن استولت على الحكم سنة ١٨٧٩ ، قد تحولت خلال الثمانينات وما بعدها الى امبريالية عالميـــة . فالامبريالية ظاهرة ملازمة لنمو الراسمالية ، حينما تتحول من الانتاج الصغير والمنافسة الحرة الى الانتاج الكبير والاحتكارات المغلقة ، فتشرع الأوليجاركية الماليـــة فى فتح مناطق نفوذ وتدخل فى اتفاقات احتكارية لتقسيم اراضى العالم (٢٢) . وقد توالى سقوط بلاد العالم الثالث تحت نير الاستعمار الفرنسى : تونس ١٨٨١ ، والهند الصينية ومدغشقر وأجزاء من الصومال والكونجو والنيجر ما بين ١٨٨٣ و ١٨٨٥ ، وداهـــومى ١٨٩٢ ، ومراكش ١٩١٢ ، حتى اذا ما وصلنا الى مشارف الحرب العالمية الاولى سنة ١٩١٣ ، كانت الامبراطورية الفرنسية تشمل فى أفريقيا وحدهـــا على الأخص خمس ولايات ادارية هى الجزائر وتونس ومراكش وأفريقيا الغربية وأفريقيا الاستوائية ، مساحتها تصل الى أربع عشرة مرة مساحة الدولة الغازية . وارتفع حجم التجـــارة بين فرنسا ومستعمراتها من ٣٥٠ مليون فرنك سنة ١٨٧٩ الى ٢٠٠٠ مليون

---

(١٨) المرجع السابق ص ١٧٩ .
(١٩) المرجع السابق ص ١٨٣ .
(٢٠) المرجع السابق ص ١٩١ .
(٢١) المرجع السابق ص ١٩٢ .
(٢٢) V. I. Lenin **Imperializm, kak visshaya stadia kapitalizma** (1916) in : Xrestomatia po Markcistsko-Leninskoi Filosofii, Moskva 1961 Gosudarstvennoe Izdatelstvo «Polititcheskoi Literaturi», tome 2, p. 348 ss.

فرنك سنة ١٩١٣ ، وبلغ حجم الاستثمارات الفرنسية فى المستعمرات فى العام ذاته ٤٠٠٠ مليون فرنك ... وهكذا صارت فرنسا الدولة الاستعمارية الثانية بعد بريطانيا (٢٣) .

٨١ ــ واحتاجت الامبريالية الى نظم قانونية جديدة تلبى ضرورات التجارة العالمية ، ولم تعد تكفيها الاحكام القانونية الواردة فى مجموعة نابليون ، التى قننت مطالب البرجوازية فى القرن الثامن عشر . كانت الرأسمالية مثل الولد الذى شب فضاق عليه الرداء ، اذ لا توجد نصوص تعالج التعاقد بين الغائبين ، والايجاب المقيد بزمن ، والسند لحامله ، وغير ذلك من صور المعاملات التى تزدهر فى ظل التجارة العالمية .

وكان ديمولومب أمير فقهاء فرنسا فى الستينات فى عصر نابليون الثالث وقبل تبلور الامبريالية ، يعلم أن قانون نابليون جمع فحوى وما على القاضى المدنى سوى أن يطبقه فى خشوع ، دون أن يكمله بقواعد القانون الطبيعى ما دامت لا يقرها التشريع صراحة ولا ضمنا . فاذا لم يجد نصا وجب أن يحذو حذو القاضى الجنائى ويقضى برفض الدعوى المدنية لافتقارها الى الاساس القانونى (٢٤) .

ولم تعد فكرة الكمال المنطقى للقانون تروق البرجوازية الفرنسية بعد تحولها الى امبريالية عالمية ... لم تعد تسعفها فتوى ديمولومب فى رفض الدعاوى المدنية حالة غياب النصوص القانونية . فانبرى فرنسوا جينى سنة ١٨٩٩ فى مؤلفه الرئيسى عن « منهج التفسير والمصادر فى القانون الخاص الوضعى » (الطبعة الثانية سنة ١٩١٩) ، يرفض اعتبار القانون علما استنتاجيا محضا(٢٥) ، ويهاجم دوجما الكمال المنطقى للقانون(٢٦) ، ويسلم بوجود ثغرات فى النظام القانونى(٢٧) .

وركز جينى جل اهتمامه على طريقة ملء الثغرات واعتبرها المشكلة الرئيسية فى نطاق علم القانون . ورأى الحل الأمثل فى البحث العلمى الحر libre recherche scientifique . فاجتهاد القاضى فى مجال الكشف عن القانون يشبه الى حد كبير اجتهاد المشرع فى سن التشريع ، فيما عدا أن بحث القاضى يجرى بصدد واقعة محددة . والاعتبارات التى تحدو القاضى وفقا للغاية المبتغاة هى من طبيعة الاعتبارات التى تدفع المشرع . لذا يتعين على القاضى فى حالة سكوت المصادر الشكلية أن يصل الى الحل القانونى

---

(٢٣) كارلتون هيز ، تاريخ أوربا الحديثة سياسيا وثقافيا ، ج ٢ ص ٤٠٠ ــ ٤٠٤ .

(٢٤) C. Demolombe, **Cours de Code Napoléon**, t. I, 3e éd., Paris 1865, Durand et Hachette, no. 113 p. 136.

(٢٥) **François Gény, Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif**, t. I, 2e éd., Paris 1919, L.G.D.J., no. 28 p. 56, no. 36 p. 72.

(٢٦) منهج التفسير والمصادر ، ج ٢ ص ٣٣٩ .

(٢٧) منهج التفسير والمصادر ، ج ١ ص ١٩٥ نبذة ٨١ مكرر .

من خلال الاهداف ذاتها التى كان المشرع ليتوخاها لو أنه أراد معالجـة الموضوع (٢٨) . هذا البحث حر libre ، لانه لا يخضع لنشاط اية سلطة وضعية ، ثم هو علمى scientifique ، لأنه لا يستطيع الارتكاز على أسس متينة الا بالالتجاء الى عوامل موضوعية يستقيها من العلم وحده (٢٩) .

٨٢ ــ الحقيقة والخيال فى البحث العلمى الحر :

يقول جينى أن التنظيم القانونى يجب أن يهدف فى حياة البشر الى تحقيق مثل أعلى مزدوج من العدالة والمنفعة ، بمعنى تحقيق الخير لأكبر عدد من الناس . هكذا يتحدد مجال البحث ويتـكامل ، بأن نسأل من جهـة العقل والضمير ونسبر مغاور طبيعتنا الداخلية لنكشف بيقين عن جوهر العدالة ، ثم نفحص من جهة أخرى الظواهر الاجتماعية لنفهم قوانين انسجامهاونعرف مبادىء نظامها (٣٠) .

هناك اذن مهمة مزدوجة تقع على عاتق القاضى تجاه ملء ثغرات القانون : استطلاع العقل والضمير ، ثم استقراء الظواهر الاجتماعية .

وبالنسبة الى المهمة الاولى ، وهى استطلاع العقل والضمير ، رأى جينى العودة الى مبادىء القانون الطبيعى التى رفض ديمولومب الاستعانة بها ، بغية سد نقائص التشريع البرجوازى حتى يلبى احتياجات المجتمع الامبريالى. ودافع جينى بحرارة عن نظرية القانون الطبيعى كما أرسى أسسها فقهاء القرن الثامن عشر (٣١) ، ومعروف أن هذه النظرية بلورت مبادىء الفردية .

لقد تمسك فقهاء البرجوازية خلال القرن الثامن عشر بمبادىء القانون الطبيعى ونظرية العقد الاجتماعى ، ابان الصراع البطولى الاول ضد فساد الحكم الاقطاعى وملوك الحق الالهى (٣٢) . فلما استولت البرجوازية على مقاليد الامور بعد الثورة الفرنسية ، وضمنت مجموعة نابليون جوهر المطالب الفردية (٣٣) ، سعت الى استقرار الاوضاع ودعى مفتى الزمان أمير الفقهاء ديمولومب الى نبذ القانون الطبيعى ورفض الدعوى المدنية (٣٤) . ولما تحولت الرأسمالية الى امبريالية عالمية واحتاجت الى نظم قانونية تعالج المعاملات

---

(٢٨) منهج التفسير والمصادر ، ج ٢ نبذة ١٥٦ ص ٧٧ .
(٢٩) منهج التفسير والمصادر ، ج ٢ نبذة ١٥٦ ص ٧٨ .
(٣٠) منهج التفسير والمصادر ، ج ٢ نبذة ١٥٩ ص ٩٠ ــ ٩٢ .
(٣١) منهج التفسير والمصادر ، ج ٢ نبذة ١٦٠ ص ٩٣ وما بعدها .
(٣٢) فى هذا المعنى :
Karl Polak, Zur Dialektik in der Staatslehre, Akademie-Verlag, Berlin 1963, 3. Aufl., p. 204 ss.

(٣٣) وهى الملكية حق مطلق والعقد شريعة المتعاقدين ولا مسئولية بدون خطأ ، أنظر القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ص ٦٧٣ .
(٣٤) ما سبق هامش ٢٤ .

الجديدة ، نادى الفقيه جينى فى مطلع القرن العشرين بالعودة الى القانون الطبيعى لسد النقص التشريعى .

٨٣ ــ وفيما يتعلق بالمهمة الثانية ، وهى استقراء الظواهر الاجتماعية ، أحال جينى القاضى الى طبيعة الاشياء la nature des choses باعتبارها المصدر الواسع للقانون الوضعى . ورأى اعمال الجهد العلمى للوصول الى نوع من القانون العمومى ، يكون عاما بطبيعته واحتياطيا فى وظيفته ، يملأ ثغرات المصادر الشكلية ويوجه حركة الحياة القانونية (٣٥) .

وقد فصل جينى ما يعنيه بطبيعة الاشياء فى مؤلف آخر بعنوان « العلم والفن فى القانون الخاص الوضعى ، صدر تباعا بين ١٩١٤ و ١٩٢٤ . ميز جينى بصدد ايضاح المقصود بالعلم والفن بين ما أسماه المعطى donné ، والمبنى construit . فمشاهدة الطبيعة الاجتماعية وتفسيرها من خلال مقوماتها الذاتية أو وفقا لمثل عليا للوصول الى قواعد السلوك ، هو الامر « المعطى » الذى يجب أن تحرص قواعد القانون على صياغته فى نصوص واحكام ، ونشاط الفقيه فى هذا المجال هو علم من العلوم science . أما صقل المعطيات وشغلها فى صورة أفكار قانونية أو ضوابط جامدة أو معايير مرنة الى غير ذلك ، فهذا هو « المبنى » ، وهو فن من الفنون technique (٣٦) .

وهناك معطيات أربع يرتكز عليها النظام القانونى (٣٧) : معطيات واقعية أو طبيعية réelles ، مثل المناخ والتضاريس والنبات ونفسية البشر وميولهم الدينية ونظمهم السياسية وظروفهم الاقتصادية . ومعطيات تاريخية historiques ، هى ما تبلور على مر القرون من عقائد راسخة وأعراف مستقرة تضع اطار السلوك الانسانى وتكبل سيره فى أغلال الماضى . ومعطيات عقلانية rationnelles ، هى مبادىء القانون الطبيعى السرمدى فى الزمان ، العالمى فى المكان ، الذى يحكم كافة العصور والشعوب . ومعطيات مثالية idéales ، هى مجرد ميول لتنظيم مرغوب فيه ، متغيرة فى الزمان والمكان ، ولا ترقى بحال من الاحوال الى مستوى المعطيات العقلانية التى يعتبرها جينى جوهر القواعد القانونية (٣٨) .

فالزواج مثلا كنظام قانونى يرتكز على عوامل مختلفة تولد قواعد قانونية ، قد تكون عوامل طبيعية كاشتراط اختلاف الجنسين،أو عوامل تاريخية أدت الى ضرورة تنظيمه بواسطة سلطة اجتماعية دينية كانت أم مدنية ، أو عوامل

---

(٣٥) جينى ، منهج التفسير والمصادر ، ج ٢ نبذة ١٥٩ ص ٨٨ ــ ٨٩ .

(٣٦) **François Gény, Science et Technique en Droit Privé Positif, t. I, 1914, 2e tirage, Paris 1922, Sirey, no. 33 - 34 p. 96 - 99.**

(٣٧) العلم والفن ، ج ٢ (١٩١٥) ، نبذة ١٦٦ ص ٣٧١ وما بعدهما .

(٣٨) العلم والفن ، ج ٢ نبذة ١٧١ ص ٣٨٩ ، ومنهج التفسير والمصادر ، ج ٢ ص ١٣٢ وما بعدهما .

عقلانية كاشتراط الرضا ، أو عوامل مثالية كمبدأ وحدة الزيجة أو عدم انفصام الزواج (٣٩) .

ويراعى القاضى كل هذه المعطيات ، لكن الغلبة فيها عند جينى للمعطيات العقلانية ، فالقانون فى ماهيته عمل من العقل ، ومحور الدراسة هوالقانون الطبيعى ، اذ فيه يكمن الجوهر العميق للقانون (٤٠) .

وهكذا تمخضت المهمة المزدوجة من استطلاع العقل والضمير ثم استقراء الظواهر الاجتماعية ، عن مهمة وحيدة هى تطبيق مبادىء القانون الطبيعى ذى المضمون الفردى ، الذى كان على أية حال أساس مجموعة نابليون .

٨٤ ــ لم يكن بحث جينى علميا يعتمد على استقراء الظواهر ، بل كان منهجا شكليا يستند الى المنطق الصورى ، ما دام يستنتج الاحكام من قواعد القانون الطبيعى . ولم يكن بحثا حرا يتيح تطوير القانون ، بل كان جهدا مقيدا بآراء الفقهاء السابقين ، من زعماء القانون الطبيعى فى القرن الثامن عشر .

كان البحث العلمى الحر غير علمى وغير حر ، يستعين فى الوصول الى الحلول لسد ثغرات القانون ، فى ضوء المعطيات السابقة الناجمة عن طبيعة الاشياء ، بأسس التنظيم الوضعى ذاته وفى مقدمتها المصادر الشكلية وعلى رأسها التشريع المكتوب ، ليصل الى مجموعة المبادىء التى تفيض عن مرمى النصوص ، استخداما لسبيل القياس بما يحوى من دقة وأمان ، يستوى فى ذلك القياس التشريعى على نص وحيد ، أو القياس القانونى على عـــدة نصوص (٤١) .

واذا صعد الفقيه درجة أخرى فوق مجموع النصوص ، توصل الى تشييد نظرية واسعة شاملة تتضمن بطريقة ما جوهر الحلول التشريعية ، وتترجم روح القانون الوضعى الحديث فى تركيب قادر على توليد أثمن التطبيقـــات العملية (٤٢) .

وهكذا وصل جينى بعد جهد جهيد الى طريقة التأصيل والتفريع التى سبقه اليها فى المانيا سافينى وبوختا وسائر الفقه الدوجماتى منذ سنة ١٨٤٠ ،

---

(٣٩) العلم والفن جـ ٢ نبذة ١٦٧ ص ٣٧٢ ، نبذة ١٦٨ ص ٣٧٧ ، نبذة ١٦٩ ص ٣٨٢ ، نبـذة ١٧٠ ص ٣٨٦ .

(٤٠) العلم والفن ، جـ ٢ نبذة ١٧١ ص ٣٩٠ .

(٤١) منهج التفسير والمصادر ، جـ ٢ نبذة ١٦٤ ص ١١٣ وما بعدهما .

(٤٢) منهج التفسير والمصادر ، جـ ٢ نبذة ١٦٧ ص ١٣١ :

«une philosophie du droit positif, dont la mission, telle que je la comprend, quant à moi, consisterait à étudier, au-dessus des textes, une vaste théorie d'ensemble, contenant, pour ainsi dire, la quintessence des solutions légales et traduisant l'esprit du droit positif moderne en une synthèse susceptible des plus précieuses applications pratiques».

وظهرت ارهاصات لها عنـــد بعض شراح المتون أمثال برودون وماركديه ولوران وهوك (٤٣) .

٨٥ ــ البحث العلمى الحر فى خدمة الامبريالية

وحيمنا شرع جينى فى احـــكام الصـــنعة العلميـــة للقـــانون الوضعى l'élaboration scientifique لم يكن فى نيته تطوير القانون فى أى اتجاه تقـــدمى ، اذ رفض رفضا باتا أدنى مناقشة للفـــكر الاشتراكى فى المجال القانونى ، بدعوى أن بحثه محايد يستبعد كل فكر مسبق اشتراكيا كان أم فـــرديا(٤٤) .

كانت هذه مغالطة كبرى من ذلك الفقيه العظيم ، حيث نسى أو تناسى أن القانون الطبيعى الذى ينادى به ويجعله محور البحث العلمى ، يقوم على أفكار مسبقة على أساس من المذهب الفردى .

كان جينى كاتبا موهوبا وعالما نابها سخر علمه الغزير فى خدمة المجتمع البرجوازى ، وبدلا من أن يكون فنارا مضيئا ينير سبيل التقدم لمركب الحياة القانونية على طول شاطىء التطور ، غـــدا كشافا ساطعا يخلب شعاعه العقول ويعمى بريقه العيون عن رؤية أرض الحقيقة .

ولا أدل على ذلك من الأمثلة التى ساقها عن كيفية البحث العلمى الحر ، فهى تدور كلها حول مصالح الامبريالية الناشئة ، لتكملة النقص فى القانون البرجوازى القديم .

فالبحث العلمى الحر يتلقف مبدأ سلطان الارادة ويستخرج منه كافة النتائج الممكنة ليصل به الى أقصى أبعاد متصورة . كانشاء أشكال جديدة من الملكية المشتركة تلبى الاحتياجات الاقتصادية ، وانشاء ذمم تخصيص يتحدد نظامها وفقا للغرض منها ، وايجاد فروع جديدة لحق الملكية بالاضافة الى حقوق الارتفاق التقليدية . كذلك تنظيم التعاقد بين الغائبين لتسهيل شئون التجارة العالمية ، والاعتراف بالارادة المنفردة كمصدر عام للالتزام ، لفائدتها فى حالات الوعد بجائزة ، والعروض التمهيدية لابرام العقود ، وانشاء المؤسسات ، والسندات لحاملها (٤٥) ، ولا تخفى أهميتها بالنسبة الى شركات المساهمة أداة الامبريالية المعاصرة .

لقد اقتصرت الجهود المضنية التى بذلها العلامة جينى على ترقيع القانون البرجوازى القديم ليلائم رأسمالية القرن العشرين .

---

(٤٣) راجع القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ص ٦٨١ و ص ٦٩٥ .
(٤٤) العلم والفن ، ج ٢ نبذة ٧٤ ص ٢٤ وما بعـــدها .
(٤٥) منهج التفسير والمصادر ، ج ٢ نبذة ١٧١ الى ١٧٢ مكرر ص ١٥١ ــ ١٦٦ .

٨٦ ــ كان الشغل الشاغل لجينى ايجاد الحلول لمشكلة الثغرات ، أما الحاجة الى الملاءمة والحاجة الى التطوير ، فلم يعرهما اهتماما بل رفض الاعتداد بهما .

فقد تحفظ جينى تحفظا شديدا تجاه الحاجة الى الملاءمة بين عموميات النصوص وخصوصيات الحياة ، بدعوى أن التنظيم القانونى الفرنسى الحديث لا يعرف ولا يقبل نظاما شبيها بمحاكم العدالة فى انجلترا أو مستثنيات البريتور الرومانى فى دعاوى حسن النية . ولا يجوز فى نظر جينى التمسك بعـدالة الملاءمة لمخالفة منطوق القواعد القانونية ، ما نبع منها من المصادر الشكلية وما نجم عن البحث العلمى الحر ، ما لم توجد هناك اشارة صريحة أو تقضى بذلك طبيعة الاشياء (٤٦) .

أما الحاجة الى التطوير ، فقد أنكرها جينى كلية بل حذر من خطورتها . وعرض للرأى القائل بتفسير القانون لا طبقا للارادة الحقيقية للمشرع وقت صدور التشريع ، بل وفقا للظروف المستجدة فى المجتمع وقت تطبيق النصوص. قال جينى ان هذا الرأى يعتمد فى الظاهر على حجج قد تبدو وجيهة ، بدعوى أن مشرع جيل من الاجيال لا يستطيع فرض ارادته على كل الاجيال ، وبمقولة ان المدنية متغيرة والمجتمع فى حركه دائمـة ، فيتعين ربط التشريع بحركة المجتمع قاطبة والأخذ بالارادة المحتملة لواضع التشريع لو أنه علم بالظروف الجديدة وقت تطبيقه . رفض جينى هذه الحجج بالرغم من وجاهتها ، حرصا على الأمن القانونى ، وحفظا للحقوق المكتسبة ، وعملا بعدم رجعية القوانين. وتمسك بضرورة تفسير التشريع وفقا للظروف السائدة لحظة اصداره ، ما لم ترد احالة صريحة الى القاضى ، مثل تحديد مقومات النظام العام (٤٧) .

وهكذا جارى جينى مطالب الرأسمالية فى استقرار المعاملات ، وتوصل فى النهاية الى تجميد النصوص .

٨٧ ــ الخلاصـــة :

كان جينى ابن عصره ... عصر الشرح على المتون وثبات النصوص ... عصر تحول البرجوازية الى امبريالية عالمية ... عصر الفلسفة البرجسونية والاحتكام الى الوجدان ...

وقد تأثر جينى بهذه العوامل الثلاث ... اذ شطر مصادر القانون الى شطرين متباعدين : المصادر الشكلية وهى التشريع والعرف ، ثم القانون الطبيعى محور البحث العلمى الحر . والتقى فى الشطر الاول مع شراح

---

(٤٦) منهج التفسير والمصادر ، ج ٢ ، ص ١١٢ .

(٤٧) منهج التفسير والمصـادر ، ج ١ نبذة ٩٩ ص ٢٦٩ وما بعـدها ، ج ٢ نبـذة ١٩٠ ص ٢٥٠ ــ ٢٥١ .

المتون ، ونادى بتجميد النصوص منذ صدور التشريع . فعارضه الفقه المستنير على الأخص سالى ولامبير ، محبذين التفسير التطورى ، مطوعين النصوص الجامدة لحركة الحياة الدائمة . قال سالى ، وتبعه لامبير ، ان عملية تفسير التشريع لا تبغى البحث عن ارادة ولا تنشد الكشف عن نية ، لأن التعرف على ارادة المشرع أمر جد مستحيل وهدف لا محال موهوم . اذ كيف يتصور الوقوف على نفسية كل واحد ممن صنعوا التشريع لاستنتاج الارادة العامة التى كانت رأى الأغلبية ... كل ذلك محض خيال ... ان التشريع أداة للتنظيم الاجتماعى ، فيفسر بأنسب الطرق لتحقيق أهدافه . وما دامت الحياة فى تحول دائم ، تعين على التفسير متابعة التطور . وهكذا يتشكل التشريع وفقا لمرونة العناصر التى ينطبق عليها ، ويصير القاضى منظم الحياة الاجتماعية فى علاقتها بالنصوص . فالتشريع منذ صدوره ينفصل عن شخص واضعه ، ويعيش حياة مستقلة تمكنه من التطور(٤٨) .

غير أن هذه الآراء التقدمية لم تلق تأييد الفقه البرجوازى ، الذى سعى دواما الى تجميد الاوضاع القانونية ، بتفسير النصوص وفقا لطبيعة الظروف يوم صدور التشريع ، حرصا على ما يقننه من مغانم برجوازية (٤٩) .

٨٨ — أما الشطر الثانى ، وهو البحث العلمى الحر ، فقد لبى فيه جينى مطالب الامبريالية الناشئة ، باقرار وجود ثغرات فى التشريع البرجوازى العتيق ، ومحاولة ايجاد الحلول فى ضوء القانون الطبيعى . فعل ذلك سنة ١٨٩٩ فى مؤلفه الأول عن منهج التفسير والمصادر . ثم نشر برجسون سنة ١٩٠٧ كتابه عن « التطور الخلاق » الذى أرسى فيه أسس الفلسفة الوجدانية فتأثر بها جينى سنة ١٩١٤ حينما أصدر مؤلفه الثانى عن العلم والفن . حقا لم ير الاعتماد كلية على الوجدان ، لكنه ذهب الى مراقبة نشاط الذكاء وتقويمه بهذا التعاطف العميق الذى يولد الألفة النفسية مع الاشياء المدروسة . لقد حبذ ضبط الافكار بالوجدان intuition ، وتخلل القشرة الوقتية والزمنية للظواهر لتفهم الوضع الواقعى فى استمراره غير الفانى .. وأوصى بخلط الوجدان دواما بالتحليل ، بحيث يتتبع الاول الثانى خطوة خطوة ليقوم اعوجاجه ويصقل نشازه (٥٠) .

ومن ثم صارت الكلمة العليا للوجدان والاحساس ، بلا معايير موضوعية أو مناهج محددة تقى القاضى من الانزلاق الى حافة التفكير الذاتى ..

---

(٤٨) Raymond Saleilles, **De la Déclaration de Volonté** (1901), nouveau tirage, Paris 1929, L.G.D.J., no. 43 p. 213-214; Edouard Lambert, **La Fonction du Droit Civil Comparé**, Paris 1903, Giard et Brière, t. I, p. 31 ss.

(٤٩) أنظر على سبيل المثال
Henri Capitant, **Introduction à l'Etude du Droit Civil**, 5e éd., Paris 1927, Pedone, no. 65, p. 96 note 1.

(٥٠) العلم والفن ، ج ١ نبذة ٢٨ ص ٨٦ .

٨٩ ــ لذا تعرض جينى لهجوم مركز من أنصار التطور والجمود على السواء . فتمنى دعاة التطور أن يفشل جينى فى تحقيق أهدافه ، لانه من ناحية لا يختلف عن شراح المتون ، ومن ناحية أخرى يتقهقر بعلم القانون الى فقه القرن الثامن عشر (٥١) . بينما خشى غلاة الجمود من البحث العلمى الحر ، وانزعجوا أشد الانزعاج من زوبعة جينى ، مع أنها لم تكن سوى تيارا رجعيا (٥٢) .

كان فقـــه جينى مثل سيف « دون كيخوت » فى رواية « سيرفانتس » ، يتوهم أنه يكافح الاشباح ويصارع كالابطال ، فى حين أنه وقف حائرا وظل مترددا ، يبقى تارة على شرح المتون وجمود النصوص ، ويحيل طورا الى البحث الحر وأحاسيس الوجدان ... دون أن يحدد منهجا واضحا أو سبيلا راسخا ، يقى القاضى من الزلل ويصل بالباحث الى الهدف .

وهكذا غرقت فرنسا فى عفوية الحدس وضباب الوجدان ، تعانى من اضطراب الحلول وانعدام المنهج .

٩٠ ــ منهج القانون المقارن

كان يتعين ــ كما تنبه سالى ــ ايجاد مخرج من خطر التخبط والضياع فى مجاهل القانون الطبيعى ومتاهات الفـكر المسبق ، حيث تنعـدم المعايير الموضوعية فتتعذر الرؤية الدقيقة ، وتمتزج الاشياء بالاشباح وتندمج الحقيقة فى الخيال ، وينفتح الباب على مصراعيه أمام منزلق وعر يتدحرج عليه القاضى صوب ميوله الذاتية ، بحيث تختلط نظرته عن القانون الطبيعى بأفـكاره الشخصية ، فيرفع ميوله السياسية الى مستوى المبادىء السرمدية . فى حين لا مناص من التسليم بوجود عدالة موضوعية ، تعـلو فوق الاعتبـارات الشخصية لدى القاضى واقتناعاته الذاتية فى المجال السياسى والاقتصادى والفلسفى والدينى (٥٣) .

هنا استعان سالى بنظرية القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة التى نادى بها شتاملر ، ليصل ــ أى سالى ــ الى القول بوجود قواعد للقانون الطبيعى، حقا متغيرة فى الزمان ، لكن عالية فى المكان ، يكتشفها القاضى من دراسـة القانون المقارن داخل اطاره الاجتماعى . لا شك أن القاضى لا يستطيع أن يعدل النصوص القانونية أو يفرض أشكالا جديدة أو يعالج نظما مستحدثة ، فمثل هذا الخلق من اختصاص المشرع . لكن حيث يترك التشريع تحديد فكرة قانونية للتطور العلمى الحر ، كما هو الحال فى معظم التعاريف النظرية التى

---

(٥١) لامبير ، وظيفة القانون المقارن ، ص ٣٥ وص ٤١ .

(٥٢) كابيتان ، المقدمة ، الطبعة الخامسة ، ص ١٠٦ هامش ١ .

(٥٣) Raymond Saleilles, **Ecole Historique et Droit Naturel,** in Revue Trimestrielle de Droit Civil 1902, p. 80, p. 102-103, p. 105.

هى أساس نظم القانون الخاص ، فان القاضى اذا لم يجد فى الافكار التقليدية ما يلائم الحاجات الجديدة ، جاز له أن يستعين بما يظهر من أفكار حديثة ، سواء فى التشريعات المقارنة أو الاجتهادات المعتمدة على نظريات أجنبية ، لاثمار القانون الوطنى بناء على أساس موضوعى (٥٤) .

وهكذا يتحول القانون المقارن تدريجيا فى خطوطه العامة الى قانون عمومى للانسانية المتمدينة droit commun de l'humanité civilisée ، يسمى قانونا احتياطيا يتخلل القوانين المحلية ليحقق وحدة المبادىء ، مع الاحتفاظ لكل بلد باستقلاله المطلق وحيويته الذاتية ، والابقـــاء على تنوع الملاءمة وتميز التطبيقات عند كل قضاء على حدة (٥٥) .

ان القانون الوطنى يظل قائما بلا منازع فى المرتبة الاولى ، لكن يأتى الى جواره القانون المقارن باعتباره الصورة الموضوعية الوحيدة للقانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة ، أى القانون الطبيعى الذى يحمل معنى العالمية فى زمن معين ومدنية معينة (٥٦) .

وقد خصص سالى مؤلفات عديدة عالج فيها القانون على أسس مقارنة ، واتجه صوب الفكر الالمانى فى محاولة لحقن الفقه الفرنسى بنظريات جديدة ودفع عجلة التقدم القانونى نحو آفاق بعيدة . وقال فى تصدير أهم هـــذه المؤلفات وأعمقها أثرا على الفقه الفرنسى ، وهى « دراسة فى النظرية العامة للالتزام وفقا لمشروع القانون المدنى الالمانى » ، ان دراسات القانون المقارن توفر لسير التقدم القانونى عناصر المشاهدة التى يحتاج اليها (٥٧) . وأضاف فى مؤلف آخر عن « اعلان الارادة فى القانون المدنى الالمانى » ، أن مناقشة نظريات القانون المقارن سوف تؤدى الى تغيـــرات شاملة فى القـــانون الفرنسى (٥٨) .

---

(٥٤) سالى ، المقـــال السابق ، فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٠٢ ص ١٠٩ .

(٥٥) سالى ، المقال السابق ، فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٠٢ ص ١١١ ، أيضا : Raymond, Saleilles, **Le Droit Commercial Comparé, Contribution à l'Etude des Méthodes Juridiques,** in : V Annales de Droit Commercial 1891, p. 217 (222); le-même, **Conception et objet de la science du droit comparé,** rapport présenté au Congrès International de Droit Comparé de 1900, in : Bulletin de la Société de Législation Comparée, t. 29 (1899-1900), p. 383 (397).

(٥٦) سالى ، فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٠٢ ص ١١٢ .

(٥٧) Raymond Saleilles, **Etude sur la Théorie Générale de l'Obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand,** 3e éd., Paris 1914, L.G.D.J., p. IX.

(٥٨) سالى ، اعلان الارادة ، السابق ، ص ٨ من التمهيد .

وبايجاز ، ان القانون المقارن لدى سالى يهذب القانون الوطنى ، اما من خلال الفقه عن طريق التدريس ، أو من خلال القضاء على سبيل التفسير ، أو فى مجال التشريع ذاته وفقا لسياسة كل بلد (٥٩) .

غير أن سالى لم يضع معايير محددة لاختيار القوانين الاجنبية التى تجرى معها المقارنة ، ولم يرسم خط السير واجب الاتباع فى تطوير القانون الوطنى، الأمر الذى غلف منهجه بغلالة سميكة من الابهام والغموض ، قد تدفع المرء الى التردى التلقائى فى هاوية الذاتية (٦٠) .

٩١ ــ وقد حاول لامبير أن يضع معالم فى الطريق لينير السبيل أمام الباحثين حبذ الاستعانة بالقانون المقارن كأداة للكشف عن القانون ومنهج لتطبيق أحكامه،معتبرا القانون المقارن عنصرا فى القانون الوضعى،حقا كثير المرونة وقليل الانضباط،لكن بالغ الحيوية وعميق التأثير . وعد لامبير القانون المقارن فنا من الفنون ، مهمته مجابهة القوانين بعضها بالبعض لاستجلاء القاسم المشترك من الافكار ، لكبح جماح النزعات الانعزالية واحداث التقارب واقلال الفوارق،حتى نصل الى جوهر القانون العمومى droit commun législatif ، على هدى القانون العمومى العرفى فى فرنسا الملكية droit commun coutumier أو القانون الخاص الالمانى فى القرن الماضى Deutsches Privatrecht وما أدياه من خدمات نحو توحيد القانون داخل كل من فرنسا والمانيا .

لكن قصر لامبير البحث المقارن على الدول المتقاربة فى الظروف المعيشية ، حتى تكون المقارنة مثمرة ومجدية قادرة على تهذيب القانون الوطنى واحداث نتائج عملية ايجابية . فهو يعارض مذهب سالى فى امكان الوصول الى قانون عمومى للانسانية المتمدينة ، لمـــا تحمل هذه الفكرة من معنى العودة الى القانون الطبيعى ، بعد أن جرد من صفة السرمدية وأبقى على صفة العالمية . فى حين أن الصفتين فى نظر لامبير ساهمتا فى القضاء على فـــكرة القـــانون الطبيعى ، لاستحالة وجود قواعد أبدية فى الزمان أو عالمية فى المـــكان . فتشتيت الجهود فى حقل العالمية لن يجنى أبدا محاصيل وفيرة ، الا اذا اغترفنا من مخازن فقهاء البنديكت ورفعنا نتاج الفكر الرومانى الى مستوى المبادىء العامة للانسانية (٦١) .

وبينما لجأ سالى الى الفقه الالمانى ، اتجه لامبير الى الفقه الانجلو أمريكى ثم الى القانون السوفييتى ، وأشرف على ترجمة المجموعات السوفييتية الاولى الصادرة سنة ١٩٢٢ ، وأبرز ما تحوى هذه المجموعات من اتجاه شعبى ليس فقط فى المضمون بل حتى فى الصياغة ، اذ تجنبت على قدر الامكان استخدام المصطلحات الفنية الدقيقة حتى لا يكون القانون عصى الفهم والمنال ، بعيدا

---

(٥٩) سالى ، فى بلتان جمعية التشريع المقارن ج ٢٩ (١٨٩٩ ــ ١٩٠٠) ص ٣٨٤ وص ٤٠٥

(٦٠) فى هذا المعنى : جينى نفسه ، منهج التفسير والمصادر ، ج ٢ ص ٢٧١ ــ ٢٧٢ .

(٦١) لامبير ، وظيفة القانون المقارن ، السابق ، ص ٩١٦ وما بعدها .

عن رقابة الجماهير ، متسترا خلف حائط من التجريدات (٦٢) . كذلك اهتم لامبير بسياسة التقنينات السوفييتية فى افساح سلطات كبيرة للقاضى ، ثم تأثرها بآراء دوجى فى الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للحقوق (٦٣) ، وتنبأ بأن هذه التقنينات سوف يكون لها عميق الأثر على الفكر القانونى العالمى وسوف تشد اليها شعوب الجماعة الدولية ، مثلما فعلت من قبل التقنينات المتفجرة عن الثورة الفرنسية (٦٤) .

٩٢ ــ والخلاصة أن القانون المقارن عند أصحاب هذا المنهج يستطيع أن يقترح حلولا جديدة حيث يسكت التشريع الوطنى ، تتبلور على يد الفقه وتتأقلم من خلال القضاء .

غير أن الاستعانة بالقانون المقارن ، حتى فى المجال المحدود الذى ذكره لامبير ، لن يجدى الا فى حالات قليلة ولا يحوى مفتاحا سحريا يفتح كل أبواب أو يحل كافة المسائل (٦٥) . هذا بالاضافة الى البطء الشديد الناجم عن الحاجة الماسة الى الكفاءات العلمية والدراسات التمهيدية والمعارف اللغوية لسبر مغاور القوانين الاجنبية ، مما لا يسعف القاضى فى سد ثغرات القانون أو تطويع عموم النصوص أو تطوير الاحكام الوضعية ، وهى المشاكل الثلاث التى تكتنف القانون .

٩٣ ــ منهج الغاية الاقتصادية والاجتماعية للحقوق

ولعل أبرز منهج فى تفسير القانون وتطويره منذ مذهب جينى فى البحث العلمى الحر ، هو منهج الغاية الاقتصادية والاجتماعية للحقوق .

قلنا ان نابليون استخدم البرجوازية ركيزة لنفوذه ودعامة لنظامه ، فأعلن أنه حامى حق الملكية وضمن القانون المدنى المطالب البرجوازية . واستمر مد الرأسمالية خلال القرن التاسع عشر فى صراعها ضد الجماهير الشعبية من جهة وفلول الملكية من الجهة الاخرى ، حتى استولت نهائيا على الحكم منذ ١٨٧٩ ، بينما أخذت الحركة العمالية تصبح قوة حقيقية فى كافة البلاد الصناعية ، وطالبت باعادة صهر المجتمع لتحقيق العدالة الاجتماعية (٦٦) .

ومع تحول البرجوازية الفرنسية الى امبريالية عالمية عند نهاية القرن الماضى وبداية القرن الحالى ، أطرد نفوذها وتركز جبروتها ، وتجمعت ثروات

---

(٦٢) Edouard Lambert, **Introduction aux : Codes de la Russie Soviétique**, t. I, tr. par Patouillet et Dufour, Paris 1925, Giard, p. 8-9.

(٦٣) السابق ، ص ١٤ ــ ١٥ ، ص ٣١ وما بعدها .

(٦٤) السابق ، ص ٤٥ .

(٦٥) فى المعنى نفسه : جينى ، منهج التفسير والمصادر ، ج ٢ ص ٢٧٥ .

(٦٦) ما سبق نبذة ١٤ ونبذة ٢٢ ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ص ٦٧٣ وص ٦٨٢ ، ثم نبذة ٧٧ ونبذة ٧٨ .

هائلة فى أيد قليلة من الأوليجاركية المالية ، استفادت من حاجـة الحرب العالمية الاولى الى الصناعات الثقيلة ثم من عودة اقليمى الألزاس واللورين الى فرنسا بمخزونهما من الحديد والفحم . وسيطرت مائتا أسرة من ملوك الصناعة والبنوك على السياسة الداخلية والخارجية ، فى حين ظلت الجماهير الكادحة تعانى من ارتفاع الاسعار الى ثلاثة أضعاف ، وقاسى صغار الفلاحين من حياة الفقر والحرمان ، وطالبت نقابات العمال بيوم الثمانى ساعات ، وتأسس الحزب الشيوعى سنة ١٩٢٠(٦٧) .

ونجم عن ازدياد حجم الصناعة واشتداد حركة الاعمال أن غدا اطلاق حق الملكية سيفا يهدد الملاك . وتذكر الفقه الفرنسى صورة حية شهيرة رسمها الفقيه يرنج لتصوير آفة الحقوق اذا أطلقت حتى اللامعقول : « كأن يقيم المـالك على أرضه « سلخانة » تملأ الجو بروائح كريهة ، أو يحفر بئرا بها مواد تسمم أرض الجار ، أو ينشىء مصنعا تسبب ذبذباته تصدع المنازل المجاورة ، ويؤدى دخانه الى قتل النباتات المحيطة ، وتحول حرارته دون السكنى القريبة ، أو يحفر حفرة بمحاذاة حدوده فينهار حائط الجار .. وفى كل ذلك يظل المالك بلا شك داخل نطاق الحق » (٦٨) .

لقد غدا اطلاق الحقوق عبئا ثقيلا على الملاك ، فانبرى جانب من الفقه يهاجم هذا الاطلاق ، وانصرم نصف قرن احتدم فيه الجدل ، اذ وقفت أحداث الحياة مثل الصخرة الناتئة الصامدة ، تشق نهر الفكر الى فرعين متميزين اندفعا فى اتجاهين متضادين نحو التغيير والجمود .

وتلاحق فى مجرى التجديد تياران اثنان أحدهما يرفض التسليم بوجود الحقوق والثانى ينكر عليها صفة الاطلاق ... اتفق الجميع على نبذ الافكار العتيقة ، ثم اختلفوا بعد ذلك فى سبل الاصلاح والتطوير .

قالوا ان حق الملكية فى ظل الاقطاع كان مسيدة ذات سلطات مطلقة . فلما استولت البرجوازية على الحكم بعد الثورة الفرنسية ، تلقت تراث الماضى وضاعفت من قوته ، واعتبرت حق الملكية وصفا طبيعيا مقدسا يلحق الشخصية الانسانية لا يمس ولا يقيد ، مثل الحق فى الحرية والامن ومكافحة الطغيان . ونصت مجموعة نابليون على أنه حق التمتع والتصرف فى الشىء بطريقة مطلقة الى أقصى حدود اطلاق ، فالمالك سلطان ، يتحصن فى ملكه مثل الاقطاعى فى قلعته ، بلا حسيب ولا رقيب على أفعاله وأهدافه (٦٩) .

---

(٦٧) Shukow u.a., **Weltgeschichte,** Berlin 1966, VEB Deutscher Verlag der Wissenschaften, Bd. 8, p. 317 ss.

(٦٨) R. von Jhering, **Des Restrictions Imposées aux Propriétaires Fonciers dans l'Intérêt des Voisins** (1862), in :Oeuvres Choisies, t. II, Paris 1893, Marescq, p. 101 (113), tr. O de Meulenaere.

(٦٩) Léon Duguit, **Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon,** 2e éd., Paris 1920, Alcan, p. 151 ss.; Louis Josserand, **De l'Esprit des Droits et de leur Relativité,** 2e éd., Paris 1939, Dalloz, p. 15.

٩٤ ــ وكان أوجست كومت منذ منتصف القرن التاسع عشر قد شرع فى القضاء على فكرة الحق والاستعاضة عنها بمفهوم الواجب .

بدأ من فلسفته الوضعية فأجرى مقارنة بين الجهاز الجماعى والجهاز البيولوجى . وتصور الناس لا باعتبارهم كائنات مستقلة بل بصفتهم أجهزة مختلفة لكائن أكبر أوحد . ومن ثم يشغل المواطن فى كل مجتمع منظم وظيفة عامة ويقوم بمهمة رسمية(٧٠) . ولا تعترف الوضعية لاحد الا بالحق فى أداء الواجب ، فيجب أن تزول فكرة « الحق » من المجال السياسى ، اذ هى وليدة اللاهوت والميتافيزيقا لانها تفترض بالضرورة مصدرا خارقا للطبيعة ، به وحده تمرق الحقوق من كل جدال . ومنذ اعترف للافراد بحقوق ، صارت هذه فوضوية من جهة ورجعية من الجهة الاخرى . ولا تقر الوضعية سوى الواجبات ، على عاتق الكل تجاه الكل ، اذ لا تحتمل النظرة الاجتماعية فكرة الحق ، المؤسسة دواما على الفرد . نحن نولد محملين بواجبات من كل نوع ، تجاه أسلافنا وخلفائنا ومعاصرينا ، وتتزايد هذه الواجبات وتتراكم ، قبل أن نتمكن من رد أى خدمة . فما هو الاساس الانسانى لفكرة الحق التى تفترض عقلا قدرات سابقة ؟ ان أطول حياة ولو أحسن استخدامها ، ومهما بذل من جهد لا تسمح أبدا سوى برد جزء ضئيل مما تلقينا ، وتقضى الكرامة ألا نطالب بخدمات جديدة قبل أن نوفى ما علينا وفاء كاملا . ان كل حق انسانى من قبيل اللامعقول ، فضلا عن منافاته للاخلاق . لقد ولى عهد الحقوق الالهية ، ويجب ازالة فكرة الحق تماما ، باعتبارها متصلة بالنظام الاولى ، وغير مطابقة للوضع النهائى ، حيث لا توجد سوى واجبات ، طبقا لوظائف (٧١) .

على أن الفرد يتمتع بضمانات عادلة ، نتيجة لتبادل الالتزامات على المستوى العالمى . وتوفر هذه الضمانات المزايا الخلقية للحقوق السابقة ، دون أن تجدد أخطارها السياسية الجسيمة . وبعبارة أخرى ليس لأحد الحق سوى فى أداء الواجب (٧٢) .

وقد تأثر بأوجست كومت الفقيه دوجى ، الذى رفض الاعتراف بفكرة الحق الشخصى باعتبارها محض فكرة ميتافيزيقية غير قابلة للاثبات أو التحديد ، لجأ اليها الانسان فى فترة من مراحل تطوره كان يتعذر عليه فيها تفسير الظواهر الاجتماعية فأسندها الى قوى خارقة للطبيعة . فالانسان المنعزل المستقل لم يوجد أبدا ... انه مجرد أسطورة ... ان الانسان كائن اجتماعى لا يمكن أن يعيش سوى فى المجتمع ، ومن التناقض البين ادعاء تمتع الانسان بحقوق سابقة على الدخول فى الجماعة ، لان الحقوق تفترض بالضرورة

---

(٧٠) Auguste Comte, **Système de Politique Positive**, (1851), 4e éd., Paris 1912, Crès, t. I, p. 363.

(٧١) Auguste Comte, **Catéchisme Positiviste**, 1852, éd. Garnier, Paris p. 299 ss.; **Système de Politique Positive**, t. I, p. 361 ss.

(٧٢) أوجست كومت ، نظام السياسة الوضعية ، ج ١ ص ٣٦١ .

علاقة بين شخصين . فلا يستطيع الفرد أن يحصل على حقوق الا حينمـــا يدخل فى علاقات مع الاخرين ... ان الانسان لا حقوق له ... ان كل امرىء يشغل وظيفة ويتعين عليه أداء مهمة . وهكذا أنكر دوجى وجود الحقوق الشخصية وأحل محلها فكرة الوظيفة الاجتماعية fonction sociale (٧٣). ومفهوم المركز القـــانونى situation juridique الذى تتولد منـــــه واجبات تسندها جزاءات (٧٤) ، واعتبر الملكية وظيفة propriété-fonction تقتضى تخصيص الثروة لتحقيق غاية اجتماعية(٧٥) .

٩٥ ــ وبينما ينكر دوجى الحقوق كلية ، اذا التيار الثانى داخل فرع التجديد يقتصر فقط على اعلان نسبيتها ، بصدد الحديث عن التعسف فى الحقوق .

ذهب سالى منذ أواخر القرن الماضى الى قصر استعمال الحقوق على غايتها الاقتصادية والاجتماعية ، والا صار الاستعمال تعسفيا ومجافيا للضمير العام ومتخطيا مضمون الحق ، لأن الحقوق من الوجهة الاجتماعية نسبية لا مطلقة ، بما فى ذلك حق الملكية ، فهو لا يعدو أن يكون مظهرا للحرية وهذه ليست مطلقة (٧٦) .

وقد اقتفى أثر سالى بعض الفقهاء مثل شارمون وبيكار (٧٧) .

غير أن الفضل يرجع بلا منازع الى الفقيه جوسران فى ارساء نظرية نسبية الحقوق ، اذ نشر عدة مقالات فى هذا الموضوع بلورها فيما بعد فى كتـــابه « روح الحقوق ونسبيتها » (١٩٢٧ ، الطبعة الثانية ١٩٣٩) . وضع جوسران نظرية التعسف فى استعمال الحقوق بين المبادىء الاساسية التى تحكم القانون وتعلو على النصوص ، فالحقوق التى ينظمها المشرع لا تظل معلقة فى الهواء ، بل تعمل فى بيئة اجتماعية معينة ، لبلوغ أهداف محددة ، فمصيرها تحقيق

---

(٧٣) Léon Duguit, **Les Transformations Générales du Droit Privé,** p. 9 ss.; **Traité de Droit Constitutionnel,** 2e éd. t. III, Paris 1923, Fontemoing, p. 598 ss.

(٧٤) Léon Duguit, **Leçons de Droit Public Général,** Paris 1926, Boccard p. 53, p. 55 ss.

(٧٥) دوجى ، التحولات العامة للقانون الخاص ، ص ١٦١ وما بعدها .

(٧٦) سالى ، دراسة فى النظرية العامة للالتزام ، السابق ، ص ٣٧١ هامش ١ :
« La véritable formule serait celle qui verrait l'abus du droit dans l'exercice anormal du droit, exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif, exercice réprouvé par la conscience publique et dépassant par conséquent le contenu du droit, puisque tout droit au point de vue social, est relatif, et qu'il n'y a pas de droits absolus, pas même la propriété ».

(٧٧) J. Charmont, **L'Abus du Droit,** in : Revue Trimestrielle de Droit Civil 1902, p. 113 (123); Edmond Picard, **Le Droit Pur,** Paris 1912, Flammarion,§ 113 p. 189.

العدالة ، ومتى تنكرت لهذا المصير استحقت توقيع الجزاء ... كان فولتير يقول « ان الحق الذى يتمادى فيه صاحبه ينقلب الى ظلم » ... كان فلاسفة القرن الثامن عشر فى صراعهم مع ملوك الحق الالهى قد تبنوا «فردية حانقة » ، تسعى الى تحرير الانسان من كافة القيود السياسية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية التى جثمت بها فرنسا الملكية على أنفاس العباد ، فتصور الفلاسفة الانسان فردا مجردا عن اطاره الاجتماعى ، يتمتع بحقوق ذاتية سابقة على كل تشريع ... حقوق طبيعية مقدسة غير قابلة لأى تقييد أو تحديد ، كما ورد فى اعلان حقوق الانسان سنة ١٧٨٩ . من هنا اطلاق صفة الحقوق الشخصية ، بموجبها يصير الفرد سلطانا يتمتع تجاه الدولة بصولجان ... وقد نسى فلاسفة القانون الطبيعى فى القرن الثامن عشر أن الانسان فى نظر المشرع ليس فردا مجردا وانما عضوا فى جماعة ، فهو لا يستخدم حقوقه فى الفراغ الكائن بين الكواكب وانما داخل بيئة اجتماعية هو أحد خلاياها . لذا ينطوى استعمال الحق على تحقيق مزية اجتماعية ، فيجب أن يأخذ وجهة اجتماعية طبقا لروح التنظيم الاجتماعى(٧٨) .

وقد وصل جوسران بنظرية التعسف الى آفاق بعيدة ، ورأى تعديل معيارها من فكرة سوء القصد الى الغاية الاجتماعية للحق (٧٩) ، وهو ما أسماه المعيار الوظيفى أو الغائى critère fonctionnel ou finaliste ومؤداه عدم الخروج بالحق عن وظيفته الاجتماعية . فالحقوق المزعومة ــ فى أى مجتمع منظم ــ تغدو وظائف droits-fonction ، فيجب أن تظل فى اطار الوظيفة لا تخرج عن نطاقها أو تنافى غايتها أو تجافى روحها . هذا المعيار الاجتماعى الغائى سبق أن أخذت به بعض النظم وفى مقدمتها المادة الاولى من القانون المدنى السوفييتى سنة ١٩٢٢ ، وقد طلب جوسران من الفرنسيين أن يحذوا حذو السوفييت وينتقلوا من اطلاق الحقوق الى نسبية الحقوق (٨٠) .

وضرب جوسران أمثلة عديدة لايضاح الفارق بين نظرية التعسف فى استعمال الحق القائمة على نية الاضرار بالغير ، وبين نظرية الغاية الاقتصادية والاجتماعية للحق التى ينادى بها . اذ يسأل المالك عن استعمال ملكه ولو لم ينو الاضرار بالغير ، ما دام لا يستند الى مصلحة جدية ومشروعة intérêt sérieux et légitime (٨١) . فالحق كما يقول يرنج مصلحة يحميها القانون ، فاذا انتفت المصلحة الجدية زالت الحماية القانونية (٨٢) ، وغاية الملكية استثمار الثروة وتجنيد الانانية الفردية فى صالح الجماعة الانسانية(٨٣) . ويسأل رب العمل عن استعمال

---

(٧٨) جوسران ، روح الحقوق ونسبيتها ، السابق ، ص ١ وما بعدها على الاخص ص ٧ .
(٧٩) روح الحقوق ونسبيتها ، نبذة ٧ ص ٨ .
(٨٠) روح الحقوق ونسبيتها ، نبذة ٢٩١ ص ٣٩٤ وما بعدها .
(٨١) روح الحقوق ونسبيتها ، نبذة ٢٧ ص ٣٥ وما بعدها .
(٨٢) روح الحقوق ونسبيتها ، نبذة ٢٨٧ ص ٣٨٨ وما بعدها .
(٨٣) روح الحقوق ونسبيتها ، نبذة ٢٩٣ ص ٣٩٦ .

حقه فى ابرام العقود ، اذا رفض تعيين العمال النقابيين ولو لم ينو الاضرار بالنقابات (٨٤) . ويسأل المؤجر اذا رفض قبول التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن دون مصلحة جدية (٨٥) ، الى غير ذلك .

٩٦ ــ غضب دعاة الجمود وتخاذل القضاء :

وقد انصبت على راس جوسران لعنة دعاة الجمود وقاد الحملة ضده الثالوث الرجعى المعروف بلانيول وريبير واسمان ، الاول فى حصافة ولباقة، والثانى فى حنق وتهور ، والثالث فى تواضع البوق .

قال بلانيول ان عبارة « التعسف فى الحقوق » تنطوى على تناقض ، لان من يستعمل حقوقه لا يخالف القانون ، ولا يصير فعله غير مشروع الا اذا تخطى الحدود ودخل فى نطـــاق العمـــل غير مشروع injuria فالتعسف فى استعمال الحق لا يعد فئة قانونية متميزة عن العمـــــل غير المشروع l'acte illicite . لذا يستحيل أن يوجد تعسف فى استعمـــال الحق ، لان العمل الواحد لا يمكن ان يكون فى آن مطابقا للحق ومنافيـــا له . . . ان الحق ينتهى حيث يبدأ التعسف le droit cesse où l'abus commence (٨٦) .

وهكذا رفض بلانيول الاعتراف بنظرية التعسف وقصر نطاق المســـاءلة على تخطى حدود الحق .

أما ريبير فقد حزن فى حنق ومرارة لتيـــار التجديد العارم ، وراح ينعى ما أسماه « افول القانون le déclin du droit » . ولعله كان يقصد سقوط القانون البرجوازى،اذ كان يظن فى وداعة يحسد عليها انه القانون الوحيد الذى يمكن أن يوجد فى العالم . هاجم ريبير حتى أواخر حيـــاته الفقهـــاء المتطورين أمثال دوجى وفكرته عن كون الملكية وظيفة اجتماعية ، وترو تابا وآراءه حول المنفعة العامة ، وجوسران ونظريته عن نســـبية الحقوق ، وجورفيتش ونظامه عن القانون الاجتماعى ، ولامبير وافتتانه بالقـــانون السوفييتى . ونعت ريبير هؤلاء الفقهاء بأنهم الانبياء الكبار ، واضـــاف اليهم انبياء صغارا هم فى نظره أمثال تيسييه وموران وشارمون وديموج ، وكشف عن خوفه منهم ــ بالرغم من كل ما أبداه من سخرية وعدم اكتراث ــ حين اعترف أنهم شأن الانبياء قليلو العدد عميقو التأثير ، هزوا العقـــول وأجبروا الفقهاء على اعادة النظر فى أفكار القانون (٨٧) . بل هاجم ريبير أيضا

---

(٨٤) روح الحقوق ونسبيتها ، نبـذة ٩٧ ص ١٤٠ .

(٨٥) روح الحقوق ونسبيتها ، نبـذة ٢٩٧ ص ٤٠٢ .

(٨٦) Marcel Planiol, **Traité Elémentaire de Droit Civil,** 9e éd., t. II, Paris, 1923, L.G.D.J., no. 871 p. 287.

(٨٧) Georges Ripert, **Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne,** 1937, 2e éd., Paris 1948, L.G.D.J., no. 33 - 34 p. 55 - 59.

الاشتراكيين المسيحيين الذين استندوا الى اقوال آباء الكنيسة للحد من اطلاق حق الملكية واباحة التأميم . وردد الفقيه الحانق فى عناد الشخص اليائس آراء عفى عليه الدهر منذ نيف ومائة عام ، فقال ان الملكية سيطرة وسيادة ، وتؤدى بالضرورة الى عدم المساواة ، لان ما يقتطع لفرد ينتقص من الاخرين . فالمالك سيد فى ملكه ، والملكية بطبيعتها انانية ، واعلان الوظيفة الاجتماعية يعنى الغاء حق الملكية (٨٨) . والقول بنسبية الحقوق يؤدى الى تحكم القاضى ، اذ تصبح المحكمة رقيبة على الاستعمال ، خليقة بالشطط فى تحديد الصالح العام . فالقائلون بنسبية الحقوق هم مدفوعون بالرغبة فى المساواة ونزع سلاح الاقوياء ، فى حين ان الحق الفردى يولد مناعة فى الاضرار بالغير ، ويكسب تفوقا تجاه الاخرين ، ويرتب سلطة تكرس عدم المساواة . فالحقوق مطلقة ، ونسبيتها لا تعنى شيئا ، فاما ان نقر باطلاق الحقوق أو نقضى بالغائها (٨٩) .

وهكذا حث ريبير المجتمع البرجوازى على الصراع فى سبيل اطلاق الحقوق ، والكفاح من أجل السلطات الانانية .

٩٧ — وقد عاد الفقيهان كولان وكابيتان بنظرية التعسف الى حظيرة المسئولية التقصيرية ، واقاماها على فكرة الخطأ او مخالفة الواجب العام بعدم الاضرار بالغير . وحذرا من اطلاق يد القاضى فى تقدير ما يعد خطأ ، لما تؤدى اليه السلطة التقديرية من تحكم وعدم أمان ، ورأيا ضرورة الزام القاضى بمعايير محددة ، تستقى من نصوص التشريع ذاته ومبادئه العامة ، ومالا الى ترجيح المعيار القائم على نية الاضرار او عدم الاحتياط (٩٠) ، وكان لهما اثر هدام فى حمل الفقه الحديث على اتباعهما ،

---

(٨٨) Georges Ripert, **Le Déclin du Droit**, Paris 1949, L.G.D.J., no. 61 ss. p. 189 ss.

(٨٩) ريبير ، النظام الديمقراطى والقانون المدنى الحديث ، نبذة ١١٧ ص ٢٠٩ وما بعدهما . وانظر أيضا فى هجوم ريبير على جوسران اثر ظهور كتاب روح الحقوق ونسبيتها :
Georges Ripert, **Abus ou Relativité des Droits**, in : Revue Critique de Législation et de Jurisprudence 1929, p. 33, spéc. no. 22 ss. p. 58 ss.
وكذلك رد جوسران على ريبير فى المجلة ذاتها ص ٢٧٧ وما بعدها .
وانظر فى الدفاع عن آراء ريبير وبلانيول ، الفقيه اسمان الذى تولى اخراج المطولات التقليدية :
Paul Esmein, sur Planiol et Ripert, **Traité Pratique de Droit Civil Français**, t. VI, **Obligations**, Paris 1930, L.G.D.J., no. 574 p. 784 ss.; et sur Aubry & Rau, **Droit Civil Français**, 6e éd., t. VI., Paris 1951, Librairies Techniques «Juris-Classeurs», p. 461.

(٩٠) Henri Capitant, **Sur l'Abus des Droits**, Revue Trimestrielle de Droit Civil 1928, p. 365 (370 ss.); Ambroise Colin et Henri Capitant, **Cours Elémentaire de Droit Civil Français**, 10e éd. par Julliot de la Morandière, t. II, Paris 1948, Dalloz, no. 322 - 328 p. 232 - 241.

وقصر التعسف على المسئولية التقصيرية وفكرة الخطأ (٩١) .

لم يكن الفقه يريد الوصول بنظرية التعسف الى حد اعتبار الحقوق عامة وظائف اجتماعية كما فعل دوجى وجوسران ، بل كان الفقه يسعى فقط الى منع المـــالك من الاضرار عمدا بالملاك الاخرين أو تخطى حـــدود ملكه والافتئات على ملك غيره ، حتى يعيش افراد الطبقة المـــالكة فى سلام ووئام .

٩٨ ــ كذلك عاد القضاء بنظرية التعسف الى المجال التقليدى للمسئولية المدنية وفكرة الخطأ (٩٢) . ففى نطاق حق الملكية ، تدخل القضاء البرجوازى اذا اصطدم استعمال الملكية بحقوق الطبقة المـــالكة ، فقيد سلطات الملاك لصالح أصحاب الاملاك ، حتى تعمل البرجوازية فى هدوء ولا يقف بعضها حجر عثرة فى سبيل البعض الاخر . ولعل اشهر مثل فى هذا الصدد قضية « كليمان بايار » التى عرضت على المحاكم الفرنسية سنة ١٩١٣ . كان « بيار » يستغل ارضه فى بناء المناطيد وتجربتها واعدادها للملاحة الجوية ، وكانت هذه المناطيد نظرا لضيق المكان تضطر حين الاقلاع الى التحليق على ارتفاع واطىء فوق أرض جاره « كوكريل » . وقد حز فى نفس كوكريل ان يرى المناطيد تمر فوق ارضه دائما أبدا بهذه الكيفية . فشرع يبنى على ارضه فى الجزء المتاخم لجاره وعلى طول ١٧٠ مترا ، سورا عاليا بلغ

---

(٩١) أنظر فى قصر التعسف على المسئولية التقصيرية :

A. Sourdat, Traité Général de la Responsabilité, t. I, 5e éd., Paris 1902, Marchal et Billard, no. 440 bis p. 549; René Demogue, Traité des Obligations en Général, t. IV, Paris 1924, Rousseau, no. 686 p. 373; Henri et Léon Mazeaud, Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle, t. I, 4e d., Paris 1948, Sirey, no. 576 p. 539; René Savatier, Cours de Droit Civil, t. II, 2e éd., Paris 1949, L.G.D.J., no. 239 p. 116; Ch. Beudant, Cours de Droit Civil Français, 2e éd., par Robert Beudant et Paul Lerebourg-Pigeonnière, t. IX bis, Les Contrats et les Obligations, III, avec René Rodière, Paris 1952, Rousseau, no. 1437 p. 71 - 72; Marty et P. Raynaud, Droit Civil, t. I, Paris 1956, Sirey, no. 170 p. 281; Henri, Léon et Jean Mazeaud, Leçons de Droit Civil, t. I, Paris 1955, Montchrestien, no. 50 p. 74, t. II, (1956), no. 457 p. 392; Henri Lalou, Traité Pratique de la Responsabilité Civile, 6e éd., par Pierre Azard, Paris 1962, Dalloz, no. 867 ss. p. 509 ss.

ومع ذلك أنظر فى اتجاهات تقدمية :

G. Morin, Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, in : Le Droit Privé Français au Milieu du XXe Siècle, Etudes Ripert, Paris 1950, t. II, L.G.D.J., p. 3 ss.; Henri Batiffol, Le Déclin du Droit, examen critique, in : Archives de Philosophie du Droit, no. 8 (1963), Paris, Sirey, p. 43, spéc., p. 53 - 54.

(٩٢) راجع فى تحليل أحكام القضاء : لالو ، المسئولية ، الطبعة السادسة ، نبذة ٨٦٧ ص ٥٠٩ وما بعدهما .

ارتفاعه تسعون مترا ، ثم وضع فوق السور أسنة حديدية وأحاطها بالاسلاك الشائكة . فوقفت هذه الاسلاك عائقا فى سبيل ملاحة المناطيد تهددها بخطر جسيم كلما أرادت أن تهبط أو تقلع . وارتطم أحدها فعلا بالاسلاك الشائكة وانفجر ، فقضت المحاكم بأن كوكريل متعسف فى استعمال حقه ، لانه لم يبغ سوى الاضرار بجاره (٩٣) .

ومن أبرز المجالات التى طبق فيها القضاء نظرية التعسف « مضار الجوار troubles de voisinage » . كأن يتضرر السكان بسبب مصنع مجاور يرسل ذبذبات مستمرة ناجمة عن تشغيل الالات ، أو يبعث روائح كريهة أو دخانا أو اتربة . بل حرص القضاء على هدوء السكان من كافة المنغصات ، مثل نباح الكلاب التى يقتنيها أحد الجيران ، أو خلايا النحل التى يربيها ولو طابقت المواصفات القانونية ، أو تعذر الاستماع الى الاذاعات اللاسلكية بسبب التشويش الناجم عن آلات كهربائية يستخدمها أحد الجيران (٩٤) .

٩٩ ــ وبقدر ما حرص القضاء الفرنسى على رعاية مصلحة الملاك والسكان ، بقدر ما اتخذ تفسير القانون ذريعة لضرب الفلاحين والعمال ، كما فعل بالنسبة الى قوانين تنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر فى الاراضى الزراعية سنة ١٩٤٧ وما بعدها . فكلما صدر تشريع فى صالح الفلاحين انفذ القضاء فيه اجتهاده وأوجد ثغرات لصالح الملاك . وما أن يعالج المشرع الثغرات حتى يحدث القضاء غيرها ، الى حد أن أصواتا فى البرلمان ارتفعت تحذر من عملية تخريب sabotage تقوم بها محكمة النقض . قضت هذه المحكمة بأن التأخر المتكرر فى سداد الاجرة يعد سببا لفسخ الايجار ، ولو كان نتيجة صعوبات جسيمة ومفاجئة مثل مرض المستأجر أو مرض دوابه ، أو ترتب على عدم تنفيذ المؤجر لالتزاماته ، ولو دفع المستأجر الاجرة بعد رفع الدعوى . ولم تتحدث المحكمة هنا عن تعسف المؤجر فى التشبث بحقه فى طرد المستأجر ، مما اضطر المشرع الى اصدار تشريع سنة ١٩٥٦ يجيز الوفاء المتأخر . وقضت المحكمة برفع سعر الاجرة وفقا لازدياد دخل القمح ، فصدر تشريع يحرم المالك من أية مزية فى هذا الصدد . وقضت بأن طرق اعادة تحديد الاجرة الواردة فى التشريع انما هى على سبيل التمثيل ، فصدر تشريع يزيل كل لبس فى هذا المجال . وقضت بأن طلب المستأجر تحويل الايجار الى مزارعة من شأنه انهاء عقد الايجار واستعادة المالك للارض ، فصدر تشريع يقرر عدم انتهاء الايجار فى هذه الحالة . وقضت بأن الاخطار بانتهاء الايجار من جانب المؤجر يمكن أن يتم بأية صورة ، فصدر تشريع يحدد شكل الاخطار الواجب

---

(٩٣) محكمة « كومبين » فى ١٩ فبراير ١٩١٣ ، دالوز ١٩١٣ جـ ٢ ص ١٧٧ (١٨٨) تعليق جوسران ، واستئناف « أميان » ١٢ نوفمبر ١٩١٣ وعرائض ٣ أغسطس ١٩١٥ ، دالوز ١٩١٧ ــ ١ ــ ٧٩ .

(٩٤) أنظر الاحكام العديدة المشار اليها فى لالو ، المسئولية ، الطبعة السادسة ، نبذة ٩٤٤ ص ٥٣٠ وما بعدها .

مراعاته . وهكذا انحازت محكمة النقض كلية الى جوار طبقـــة ملاك الاراضى ، وناوءت كل تشريع يرمى الى اصلاح شئون الفلاحين (٩٥) .

كانت المحكمة كالاثقال العنيدة تكبل أقدام المجتمع الفرنسى ، تعرقل سيره نحو التحرر من ربقة استغلال راس المـــال .

لقد انحرف القضاء بالنظريات التقدمية لتحقيق مآرب رجعية ، فاستخدم نظرية جوسران عن الغاية الاجتماعية للحقوق ، التى أراد بها تطوير الافكار البرجوازية وتخفيف وطأة الفردية ، استخدمها ـــ يا للعجب ! ـــ فى قمع حركة العمال لصالح ارباب الاعمال . اذ استقر قضاء محكمة النقض على ان التجاء العمال الى الاضراب لاهداف سياسية لا تتصل مباشرة بظروف العمل ، يعد فى ذاته عملا شاذا وتعسفا فى استعمال الحق فى الاضراب الذى نصت عليه القوانين وانحرافا بغايته العادية وخطأ جسيما يجيز لرب العمل انهاء عقد العمل وطرد العامل بلا انذار ولا تعويض (٩٦) . وأجازت المحكمة لارباب الاعمال أن يرفضوا تعيين عمال النقابات ، كوسيلة أخرى بيد الراسمالية لقمع الحركة العمالية ، دون أن يعتبر الرفض تعسفا فى استعمال الحق ، ما دام رب العمل لا يضمر الاضرار بالنقابة ، بل له أن

---

(٩٥) راجع فى تحليل موقف محكمة النقض :

Philippe Malaurie, La jurisprudence combattue par la loi, in : Mélanges offerts à René Savatier, Paris 1965, Dalloz, p. 603 (617 - 619).

(٩٦) أنظر على الاخص :

Soc. 1er mars 1961,, D. 1961, J., p. 420 col. I : «Attendu que si, sauf faute lourde imputable au salarié, le contrat de travail n'est pas rompu par l'exercice du droit de grève, lequel tend à modifier ou à améliorer les conditions de travail, la reconnaissance de ce droit ne pourrait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent lui être apportées comme à tout autre droit, en vue d'en éviter un usage abusif».

soc. 4 mai 1956, D. 1956, J., 487 : «que si la loi et le préambule de la Constitution ont donné aux salariés le droit de recourir à la grève pour défendre leurs intérêts professionnels, ce droit est détourné de sa destination normale et la grève devient illicite lorsqu'elle s'immisce dans l'exercice des actes réservés à la puissance publique, faussant ainsi le jeu des institutions constitutionnelles».

فلا يتعسف رب العمل فى انهاء عقد العمل الا اذا تعلق الاضراب بتحقيق مطالب متصـــلة بالعمل ، وتم الاضراب فى هدوء ومع مراعاة استمرار الاعمال الضرورية لصيانة الالآت . نقض اجتماعى ١٨ أبريل ١٩٦٣ ، دالوز ١٩٦٣ ص ٥٠٥ . لكن يجوز انهاء عقد العمل اذا صحب الاضراب جلبة وضوضاء تحول دون استمرار انتاج العمال غير المضربين . نقض اجتماعى ١٣ ديسمبر ١٩٦٢ ، دالوز ١٩٦٣ ص ١٤٨ .

ومع ذلك فى نطاق الاضرابات السياسية قضى بأن رب العمل يتعسف فى انهاء عقد عمل غير محدد المدة ، اذا طرد العامل بسبب خروجه للاشتراك فى اضراب قررته نقابات العمال تلبية لدعوة رئيس الجمهورية لمساندته فى قمع حركة التمرد العسكرية فى الجزائر سنة ١٩٦١ ، لان العامل قام بأداء واجب وطنى فى التجمهر لاعلان ارادة الشعب فى مقـــاومة العسكريين المتمردين . نقض اجتماعى ١٩ يونيو ١٩٦٣ ، دالوز ١٩٦٣ ص ٦٨٦ .

ينص فى العقد على حظر الانضمام الى النقابة مع تهديد العامل بالفصل من العمل (٩٧) .

وقد هلل أنصار الجمود لهذه المواقف الرجعية ، وادعوا استحالة التعسف فى استعمال الحق فى التعاقد (٩٨) .

١٠٠ ــ خلاصة المناهج القانونية :

والخلاصة أن برجوازية القرن الماضى تحصنت داخل مثلث محكم البنيان يقيها من عوادى الايام : الملكية حق مطلق ، والعقد شريعة المتعاقدين ، ولا مسئولية بدون خطأ . وتمسكت بمبدأ الفصل بين السلطات لاخضاع القاضى للتشريع الرأسمالى ، وتشبثت بالمنهج الشكلى فى التفسير متغافلة عن النتائج الاجتماعية للتطبيق .

ومع بزوغ القرن العشرين تحولت البرجوازية الى امبريالية ، وظهرت معاملات جديدة تقتضيها التجارة العالمية ، وتزايد نشاط الملاك وتصاعد صراع العمال . فلم يعد الحصن القديم يلبى دواعى الامان ... لقد أمسى مكانا رطبا تحتاج جدرانه الى ترميم ، خشية أن تتداعى أبراجه وتنهار على رءوس السكان .

كان الشرح على المتون وكمال النصوص مركبا أمينا تبحر فيه البرجوازية باسطة شراع الشكلية ، ثم ضاق المركب وبلى الشراع ، وتجمدت النصوص وتعقدت الاوضاع . فأعلن جينى الثورة على مبدأ كمال القانون ، وانتقل الى الرحاب الفسيحة للبحث العلمى الحر،ليتمكن القاضى من ترقيع ما بشراع القانون من ثغرات ، حتى يواصل مركب الرأسمالية السير مع ريح الامبريالية . وأحال جينى الباحث الى قواعد القانون الطبيعى ، وجعل الفيصل الاخير هو قواعد الحدس والاحساس والوجدان ، بلا معايير واضحة تقى القاضى من الزلل ، فغدا البحث الحر كالمركب بغير دفة ، كلما قوى شراعه كلما زاد خطره .

وطالب الفقيه سالى بتطوير القانون الوطنى عن طريق القانون المقارن . واستعان بالقانون الطبيعى المتغير فى الزمان العالى فى المكان . بينما قصر الاستاذ لامبير مجال البحث المقارن على النظم المتقاربة فى المدنية ، ووجه جهود الشباب الى دراسة القانون الانجليزى ثم شرع بعد الثورة الاشتراكية فى الاهتمام بالقانون السوفييتى . وما زالت الابحاث المقارنة وسيلة مثمرة ناجحة فى تطعيم الفكر المحلى ، غير أنها جد بطيئة لما تحتاج اليه من دراسات طويلة .

---

(٩٧) نقض مدنى ٩ مارس ١٩١٥ ، دالوز ١٩١٦ ــ ١ ــ ٢٥ .

(٩٨) كابيتان ، فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٨ ص ٣٧٤ ، ريبير ، النظام الديمقراطى السابق ، نبذة ١١٨ ص ٢١٣ .

وتزايد المد التقدمى مع نهاية القرن المـــاضى وبداية القرن الحالى ، ونجحت الثورة الروسية فى اسقاط الحكم القيصرى وبناء المجتمع الاشتراكى، وصدر القانون السوفييتى يربط الحقوق الفردية بغايتها الاقتصـــادية والاجتماعية . واحتضن دوجى فى فرنسا آراء أوجست كومت وأنكر وجود الحقوق واستعاض عنها بالواجبات واعتبر حق الملكية مجرد وظيفـــة اجتماعية . فى حين تأثر جوسران بصيغة القانون السوفييتى وأعلن أن روح الحقوق تقضى بنسبيتها وشرع فى تفسيرها وفقا للمنهج الغـــائى فى ضوء هدفها الاقتصادى والاجتماعى . وكان هذا المنهج خليقا بانتشال الفقـــه الفرنسي من هاوية الشرح على المتون ، جديرا بتطوير الفكر القـــانونى لمسايرة موكب الحياة ، قادرا على الملاءمة بين عموم النصـــوص وتنوع علاقات الافراد ، حاسما فى تزويد القاضى بالحلول لسد فجوات الاحكام ، اى صالحا لمجابهة المشاكل الثلاث التى تعترض حياة القانون : الثغـــرات والملاءمة والتطوير . غير أن القضاء البرجوازى كان حريصا على البقـــاء فى قلعته الرطبة ، شغوفا بمركب الفردية البالية ، فرفض الخـــروج الى شمس التجديد أو بسط الشراع لريح التغيير ، واقتصر على ترميم البنـــاء العتيق واكتفى بترقيع الثوب القديم ، فعزف عن منهج الغاية الاقتصادية والاجتماعية وقنع بفكرة التعسف فى استعمال الحقوق ، يطبقها لصـــالح الملاك حتى لا يفتات بعضهم على بعض ، ويضرب بها حركة العمال ليفقدهم القدرة على الصمود .

كانت الملكية حقا مطلقا لا تحده حدود ، فغدت حقا مطلقا لا تحده من حدود سوى ملكية الاخرين .

انه مبدأ التعايش السلمى بين أفراد الطبقة المـــالكة .

١٠١ ــ قوة العقد وتناقض الحلول :

لكن ماذا حدث للضلعين الاخرين من المثلث الرهيب وهما العقد شريعة المتعاقدين ولا مسئولية بدون خطأ ؟

قلنا ان مذهب جينى فى البحث العلمى الحر لم يزود القاضى بمعـــايير محدودة ، وان القضاء رفض اعمال الغاية الاقتصادية والاجتماعية للحقوق، فأدى انعدام المنهج الى عشوائية التفكير وتخبط الحلول .

رأينا أن القضاء البرجوازى منذ أواخر القرن المـــاضى ساند الاحتكارات الامبريالية ، فاعتبر شرط الاعفاء فى النقل البرى قالبا لعبء الاثبـــات ، واعترف له فى النقل البحرى بالاثر نفسه عن الاهمال الشخصى ، واطلق صحته تماما بالنسبة الى أخطاء الربان (٩٩) .

---

(٩٩) مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو سنة ١٩٦٨ ص ٦٨٦ ــ ٦٨٧ نبذة ٢٦ .

ولم يكن من شأن تركز الثروة بعد الحرب العالمية الاولى وتبلور البلوتقراطية أن تضعف من سيطرة رأس المال (١٠٠) ، فظل الفقه البرجوازى أكثر امعانا فى العدالة الشكلية وأعمق تيها فيدجى المتون ، اذ تمسك جانبه الراجح خلال القرن العشرين باباحة شروط الاعفاء واطلاق أثرها دون قصره على قلب عبء الاثبات ، بدعوى أن ارادة الطرفين اتجهت الى الاعفاء التام والعقد شريعة المتعاقدين ، وبحجة أن القضاء يستند فى قلب عبء الاثبات الى جواز الخيرة بين المسئوليتين،فالشرط ان كان يستبعد المسئولية العقدية الا أنه يبقى على المسئولية التقصيرية ، فى حين يرى هذا الجانب من الفقه انه لا خيرة بين المسئوليتين وان المسئولية التقصيرية على أية حال ليست من النظام العام (١٠١) .

كل هذا بالرغم من تدخل المشرع صراحة وابطال شروط الاعفاء فى بعض مجالات النقل ، بقانون ١٧ مارس ١٩٠٥ فى النقل البرى (١٠٢) ، وقانون ٢ ابريل ١٩٣٦ فى النقل البحرى (١٠٣) ، وقانون ٢ مارس ١٩٥٧ فى النقل

---

(١٠٠) ما سبق نبذة ٨٠ .

(١٠١) G. Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl, **Traité théorique et pratique de Droit Civil, Du Contrat de Louage,** 3e éd., 1907, Sirey, t. II 2e partie, no. 3618 p. 937; Ch. Lyon-Caen et L. Renault, **Traité de Droit Commercial.** 5e éd., t. III, Paris 1923, L.G.D.J. no. 626 bis p. 600 ss.; R. Demogue, **Traité des Obligations en Général, Sources,** t. V, Paris 1925, Rousseau, no. 1165 p. 426-427; Paul Esmein, **Les Clauses de Non-Responsabilité,** in : Revue Trimestrielle de Droit Civil 1926, p. 313 ss., spéc. p. 339; H. Mazeaud, **Responsabilité Délictuelle et Responsabilité Contractuelle,** in : Rev. Trim. Dr. Civ. 1929, p. 551 (660); Paul Durand, **Des Conventions d'Irresponsabilité,** thèse, Paris 1931, Juris-Classeurs Editions Godde 1932, no. 159 s. p. 415 s.; Henri Mazeaud, **La Responsabilité dans les Transports,** Rapport au 1er Congrès International de l'Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française, Paris 1939, p. 333 (350); Maurice Lemoine, **Traité de Droit Aérien,** Paris 1947, Sirey, no. 687 p. 476; Henri et Léon Mazeaud, **Traité de la Responsabilité,** 4e éd., t. III, no. 2547 p. 686; Georges Ripert, **Droit Maritime,** t. II, 4e éd., Paris 1950, no. 1730 p. 620; Lalou, **Traité de la Responsabilité,** 6e éd., no. 567 p. 392; Paul Esmein, **Méditations sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne,** in : Mélanges Savatier, Paris 1965, Dalloz, p. 271 ss.

وقد تأثر الفقيه التقدمى جوسران بهذا الرأى الغالب،وراح يدافع فى حماس بالغ عن شروط الاعفاء : جوسران ، فى النقل ، الطبعة الثانية ، باريس ١٩٢٦ ، روسو ، نبذة ٦٢٧ ص ٦٠٨ وما بعدهما .

ولم يتصد لمهاجمة شروط الاعفاء وبيان مخاطرها سوى نفر قليل من الفقهاء ، أنظر : Jean Escarra, Edouard Escarra et Jean Rault, **Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial, Les Contrats Commerciaux,** t. II, par Jean Hémard, Paris 1955, Sirey, no. 912 p. 274.

(١٠٢) راجع : جوسران ، فى النقل ، الطبعة الثانية ، نبذة ٦٣٢ ص ٦١٥ وما بعدهما .

(١٠٣) Guy Fraikin, **Traité de la Responsabilité du Transporteur Maritime,** Paris 1957, L.G.D.J., no. 177 ss, p. 175 ss.

الجوى (١٠٤) . كان فى استطاعة الفقه ان يستخلص من الاتجاهات التشريعية الجديدة مبدأ عاما يقضى ببطلان شروط الاعفاء ، غير انه على العكس من ذلك عد هذه النصوص استثناء من القواعد العامة لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه ، واستمر فى اعتبار الاصل العام هو حرية التعاقد وشريعة المتعاقدين (١٠٥) .

وقد خضع القضاء اخيرا لالحاح الفقه ، فى قضية تتلخص وقائعها فى ان شركة أقطان علقت فى أماكنها شرطا يعفيها من المسئولية عن سرقة الدراجات التى يودعها العمال فى الجراج المخصص لهذا الغرض ، وكانت دراجة احدى العاملات قد سرقت ، فقضت محكمة النقض سنة ١٩٤٩ بصحة شرط الاعفاء المعلق بهذه الكيفية ، واقرت اثره المطلق فى اعفاء رب العمل ولو اهمل فى حراسة الدراجات ، ما لم يثبت خطأ جسيم فى جانبه (١٠٦) .

كانت الفرصة مواتية أمام المحكمة ، مادام الامر يتعلق بنصرة راس المال على حساب العمال .

العقد شريعة المتعاقدين (مقدمة كبرى) ، وشرط الاعفاء وارد فى اتفاق (مقدمة صغرى) ، فاذن شرط الاعفاء شريعة المتعاقدين (نتيجة) .

مازال القياس المنطقى يسوس القضاء الفرنسى وينشط فى حماية الراسمالية ، وما زال المنهج الشكلى يسدل ستارا من الكتمان على ظلم نتائجه الاجتماعية .

اما الفقه ، فقد لعب دور البوق الذى تنفخ فيه الراسمالية ، لتملأ الآذان والأذهان وتضفى على مطالبها صفة الشرعية .

١٠٢ ــ واذا انتقلنا الى القوة الملزمة للعقد ، راينا العميد دوجى يهاجم النظرية التقليدية ويقول انها انعكاس لفلسفة المذهب الفردى ، ويحذر

---

(١٠٤) وقد أحال هذا القانون الى أحكام اتفاقية فارسوفى الخاصة بالنقل الجوى الدولى راجع فى أحكام هذه الاتفاقية : ثروت أنيس الاسيوطى ، مسئولية الناقل الجوى فى القانون المقارن ، الطبعة الثانية ، القاهرة ١٩٦٦ ، دار النهضة العربية ، نبذة ٥٢١ ص ٧٠٧ وما بعدهما .

(١٠٥) أنظر على سبيل المثال : لالو ، المسئولية المدنية ، الطبعة السادسة ، نبذة ٥٤٩ ص ٣٨٤ وما بعدهما .

(١٠٦) نقض مدنى الدائرة الاجتماعية ١٥ يوليو ١٩٤٩ ، سيرى ١٩٥٠ ــ ١ ــ ١٩ (ص ٢٠ ع ١) :

« Attendu qu'en présence de la clause de non-responsabilité insérée dans l'art. 5 du règlement intérieur, les juges du fond étaient tenus de rechercher si la faute par eux retenue à l'encontre de la société présentait un caractère de gravité tel que la dite faute ne pouvait être couverte par la convention liant les parties ».

من آراء بلانيول ذلك النصير العنيد للنظرية الفردية ، وينبه الى ظهور حالات قانونية جديدة لا ترجع الى فكرة العقد بمفهومها التقليدى (١٠٧) .

فمن جهة ، وفى المجتمع الفرنسى بالذات ، انتشرت صور الاجبار القانونى على التعاقد le contrat forcé ou imposé
حيث يتولد الالتزام بغير ارادة ، مثل الزام المنتجين والتجار ببيع ما لديهم من مصنوعات وبضائع ، وحق المستأجر فى البقاء فى العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الايجار ، وحق الشفعة المقرر للفلاح على الارض التى يستأجرها (١٠٨) . ومن جهة أخرى ، لم تعد الارادة تحدد مضمون الالتزام ، بل غدا المشرع الفرنسى فىكثير من الاحيان يفرض هذا المضمون على الطرفين ، مثل تحديد الاجر فى عقد العمل ، وتحديد الاجرة فى الايجارات التجارية والاراضى الزراعية وأماكن السكنى ، وتحديد الثمن فى عقد البيع بالنسبة الى سلع كثيرة (١٠٩) . هذا التدخل فى مضمون العقد كان فى البداية تنازلا منالليبرالية لتدعيم كيانها والحيلولة دون انهيار المبنى القديم ، ثم تحول تدريجيا الى وضع دائم يصاحب النظام الاقتصادى الجديد (١١٠) .

ومع ذلك فقد راح ريبير ينعى زوال احترام العهود ويترحم على القوة الملزمة للعقود ، فحرية التعاقد فى نظره ربيبة الحرية الشخصية ، والعقد شريعة المتعاقدين وحصن شامخ فى الزمان وبيت مفعم بالامان (١١١) . كما

---

(١٠٧) دوجى ، التطورات العامة للقانون المدنى منذ مجموعة نابليون ، الطبعة الثانية ، باريس ١٩٢٠ ، الكان ، ص ١١٤ وما بعدها .

(١٠٨) راجع فى هذا الموضوع ، على سبيل المثال :

Jacques Déjardin, La prorogation des baux d'après les lois de la guerre, in : Rev. Trim. Dr. Civ. 1921, p. 57 ss.; R. Morel, Le contrat imposé, in : Le Droit Privé Français au milieu du XXe Siècle, Etudes Ripert, Paris 1950, L.G.D.J., t. II, p. 116 ss.

وانظر : جلال على العدوى ، الاجبار القانونى على المعاوضة ، الاسكندرية ١٩٦٥ ، المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر ، على الاخص نبذة ١١٠ ص ١٢٣ وما بعدهما .

(١٠٩) راجع فى هذا الموضوع ، على سبيل المثال :

Louis Josserand, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, in : Rev. Trim. Dr. Civ., 1937, p. 1 ss.; Le contrat dirigé D.H. 1933, p. 89 ss.; Ripert, Le Régime Démocratique, op. cit., no. 140 ss. p. 255 ss.; Mostapha Mohamad El-Gammal, **L'Adaptation du Contrat aux Circonstances Economiques,** thèse, Paris 1965, spéc. no. 287 ss. (= Bibliothèque de Droit Privé dir. par Henry Solus, t. 83); Magdi Sobhy Khalil, **Le Dirigisme Economique et les Contrats,** thèse, (=Bibliothèque de Droit Privé dir. par Henry Solus, t. 77), Paris 1967, L.G.D.J., spéc. no. 137 ss. p. 105 ss., no. 324 ss. p. 209 ss.

(١١٠) مجدى صبحى خليل ، رسالة ، نبذة ٣٢٤ ــ ٣٢٥ ص ٢١٠ ــ ٢١١ .

(١١١) ريبير ، أفول القانون ، السابق ، نبذة ٥٩ ص ١٨١ وما بعدها ، والنظام الديمقراطى ، السابق ، نبذة ١٣٧ ص ٢٥١ .

أعلن كابيتان تأييده المطلق لمحكمة النقض فى رفضها التام لتعديل العقد وفقا لتغير الظروف ، وهو المبدأ الذى استقرت عليه منذ حكمها الشهير فى قضية المسقاة سنة ١٨٧٦ ، تحدث كابيتان عن هذا المبدأ فى زهو وفخار ، وقال ان هذه الصيغة الجميلة النبيلة التى وردت فى حكم النقض يجدر أن تنقش بعناية على واجهة معبد العدالة ، حتى لا يترك القاضى ينفعل بأحاسيس مبهمة عن ضرورات الملاءمة ... اذ فى مقدور المشرع أن يتدخل عند الحاجة فى الازمات الكبرى ... أما القاضى فلا يعرف ســـوى قاعـــدة واحدة هى احترام الوعود (١١٢) .

فلا عجب أن تظل محكمة النقض حتى قلب القرن العشرين ثابتة لا تريم ، جامدة لا تلين ، لاتنال من عنادها الاحداث والخطوب ، ولا تشفع عنـــد قضاتها أهوال الحروب . شخص تعهد بتوريد آلات ثم ارتفعت الاسعار بينما الحرب العالمية الثانية حامية الوطيس . ضربت المحكمة صفحا عن تغير الظروف الاقتصادية وانهيار معدل الاسعار ، ولو صدقت الجهات المختصة على قوائم الاسعار الجديدة ، ورفضت فى حكم صدر سنة ١٩٥٠ اعفـــاء المدين من تنفيذ التزامه ، مادام قد ارتبط فى حرية بالتزامات عقدية واضحة ومحددة (١١٣) .

العقد متى أبرم اختيارا صار شريعة المتعاقدين (مقدمة كبرى) ، وهذا الالتزام المرهق وليد الاختيار (مقدمة صغرى) ، فاذن هـــذا الالتزام المرهق شريعة المتعاقدين (نتيجة) .

كل هذا بينما مجلس الدولة منذ الحرب العالمية الاولى قد راعى ظروف الحرب ومعدل ارتفاع الاسعار ليعيد النظر فى بنود العقد . اذ ارتفع ثمن الفحم على اثر احتلال المناطق الغنية بالمناجم ، فطالبت شركة غاز بوردو بالتعويض عما أصابها من ضرر نتيجة استمرارها فى توريد الغاز لجمهور المستهلكين والجهات الادارية بالاسعار المنخفضة السابقة على العدوان . قال مجلس الدولة فى حكم شهير سنة ١٩١٦ ان اقتصاد العقد قد اختل تماما l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée وبحث عن حل يتفق مع المصلحة العـــامة فى استمرار خدمات الشركة

---

(١١٢) Henri Capitant, Les effets des obligations, in : Rev. Trim. Dr. Civ. 1932, p. 721 (723 - 724); « Cette belle et noble formule mérite d'être inscrite au frontispice du temple de la justice : le juge ne doit pas se laisser emporter par un vague sentiment d'équité. Que le législateur intervienne au besoin dans les périodes extraordinaires de crises; le juge ne doit connaître lui qu'une règle : le respect de la foi promise.

(١١٣) نقض مدنى الدائرة التجارية ١٨ يناير ١٩٥٠ ، دالوز ١٩٥٠ ص ٢٢٧ (ص ٢٢٨ ع ١) :

« le juge ne saurait faire état des hausses de prix, même homologuées, pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés ».

الملتزمة ، ورأى تحميلها قدرا من الخسارة يساوى ذلك الجزء من ارتفاع الاسعار المحتمل توقعه فى الظروف العادية ، وتعويضها عما زاد على ذلك بسبب ظروف الحرب (١١٤) .

حقا ان مجلس الدولة الفرنسى ابدى شجاعة كبيرة فى الخروج على شريعة العقد ولم يخش من تدخله على استقرار المعاملات ، ما دام هذا التدخل فى صالح الرأسمالية ، بدعوى حماية المصلحة العامة ، فالملتزم الرأسمالى سيعوض من الخزانة العامة على حساب الجماهير .

١٠٣ ــ المسئولية عن الاشياء وهجر الخطا :

أما فى نطاق حوادث العمل ، حيث يقضى المبدأ القديم بألا مسئولية بدون خطأ ، ويظل المضرور دون تعويض لصعوبة عبء الاثبات ، فقد أدى انتشار الميكنة واستخدام الآلات الى كثرة الحوادث التى يذهب ضحيتها عابرو السبيل والعمال الميكانيكيون على السواء . وتمسكت محكمة النقض فى بداية الامر بضرورة اثبات الخطأ ، فى قضية عرضت عليها سنة ١٨٧٠ متعلقة بانفجار آلة بخارية واصابة احدى العاملات (١١٥) . لكن خرج مجلس الدولة سنة ١٨٩٥ على المبدأ القديم ، فى حادث تطاير أجسام صلدة أصابت أحد العمال فى ترسانة مملوكة للدولة (١١٦) . وتبعته محكمة النقض سنة ١٨٩٦ فى حادث انفجار آلة أصاب أحد العمال نتيجة عيب خفى (١١٧) . وتبنى سالى وجوسران هذا الحكم الاخير وطالبا بقيام المسئولية دون خطأ، حتى تلقى تبعة النشاط الضار لا على الشخص البرىء الذى شاءت الصدفة أن يكون ضحيته ، بل على الشخص المسئول عن هذا النشاط الذى يستفيد منه ويهيمن عليه (١١٨) . بينما قاوم هذا الاتجاه أنصار الجمود أمثال اسمان وبلانيول (١١٩) .

ثم صدر سنة ١٨٩٨ اول قانون عمل فى فرنسا يخرج صراحة على مبدأ لا مسئولية بدون خطأ ويكفل قدرا من التعويض للعامل المصاب . فتشجعت محكمة النقض واستمرت فى قضائها المحمود بصدد الالات الخطرة ، ورويدا رويدا تكونت نظرية شاملة فى المسئولية عن الاشياء ، راسخة الاقدام

---

(١١٤) مجلس الدولة ٣٠ مارس ١٩١٦ ، سيرى ١٩١٦ ــ ٣ ــ ١٧ (ص ٢٨) .
(١١٥) نقض مدنى ١٩ يوليو ١٨٧٠ ، دالوز ١٨٧٠ ــ ١ ــ ٣٦١ ع ٢ .
(١١٦) مجلس الدولة ٢١ يونيو ١٨٩٥ ، دالوز ١٨٩٦ ــ ٣ ــ ٦٥ (ص ٦٦ ع ٣) .
(١١٧) نقض مدنى ١٦ يونيو ١٨٩٦ ، دالوز ١٨٩٧ ــ ١ ــ ٤٣٣ (ص ٤٤٠ ع ١) .
(١١٨) سالى ، تعليق فى دالوز ١٨٩٧ ــ ١ ــ ٤٣٣ (ص ٤٣٥ ع ١) ، ومقال المدرسة التاريخية والقانون الطبيعى ، فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٠٢ ، ص ٨٠ (ص ١٠٦ ــ ١٠٧) ، جوسران ، تعليق فى دالوز ١٩٠٠ ــ ٢ ــ ٢٨٩ (ص ٢٩٠) .
(١١٩) أ. اسمان ، تعليق فى سيرى ١٨٩٧ ــ ١ ــ ١٧ (ص ٢٠ ع ٢ ــ ٣) ، بلانيول ، المسئولية عن الاشياء ، فى المجلة الانتقادية ١٩٠٦ ص ٨٠ وما بعدها ، والمطول المبدئى فى القانون المدنى ، السابق ، الطبعة التاسعة ، ج ٢ نبذتى ٩٣٠ و ٩٣١ ص ٣١٦ ــ ٣١٧ ، حيث يرى أن مذهب سالى وجوسران لا يتفق مع نصوص القانون الفرنسى .

شامخة البناء (١٢٠) ، غرست نبتا ثوريا فى أرض محافظة ، وتعد بلا نزاع اكبر نتاج للقضاء الفرنسى فى القرن العشرين .

كيف تصرفت المحكمة لتقويض الاسس العتيقة لمجموعة نابليون المتداعية ؟

لم يكن فى وسعها أن تخرج صراحة على مبدأ لا مسئولية بدون خطأ الوارد فى المادة ١٣٨٢ مدنى ، ولم يمدها الفقه بمنهج مأمون لتطوير القانون ، فلجأت الى سبيل « الاستنتاج الصورى Scheinkonstruktion » (١٢١) ، أى وصلت أولا الى الحل الذى تقتضيه العدالة ، ثم بحثت له عن سند من النصوص وراحت تستنتجه منها فى الظاهر ، حتى لا تخرج من حيث الشكل عن النظرية التقليدية لمصادر القانون ولا توصم بالاعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات .

عثرت المحكمة على ضالتها المنشودة فى المادة ١٣٨٤ فقرة أولى ، وهى تتحدث عن مسئولية المرء عن فعل الاشياء التى تحت حراسته des choses que l'on a sous sa garde .

ظل هذا النص قرنا كاملا من الزمان كما مهملا مجهولا ، يفهم على أنه مجرد تمهيد للنصوص اللاحقة فى المسئولية عن الحيوان والبناء . ثم دبت فيه فجأة الحياة كالمارد الذى يخرج من القمقم ، وتحول الى عملاق يبسط جناحيه على العلاقات المدنية فى شتى نواحيها (١٢٢) . وتكونت مجموعة ضخمة من القواعد استقتها المحاكم من مقتضيات العدالة واسندتها فى الظاهر الى المادة ١٣٨٤ فقرة أولى ، حتى غدا البناء القضائى الهائل من قواعد المسئولية عن الاشياء مثل الهرم الكبير المقلوب على رأسه فوق نتوء رفيع من نصوص القانون (١٢٣) .

واستمرت محكمة النقض توالى الزرع الجديد ، حتى قضت سنة ١٩٢٧ بأن قرينة الخطأ الواردة فى المادة ١٣٨٤ فقرة أولى لا يجوز دحضها الا باثبات السبب الاجنبى ولا يكفى انتفاء الخطأ أو بقاء السبب

---

(١٢٠) أنظر فى هذه النظرية : مازو ، مطول المسئولية ، الطبعة الخامسة اخراج اندريه تانك ، ج ٢ نبذة ١١٣٨ الى نبذة ١٣٢٨ ص ١٠٤ الى ص ٣٤٦ .

(١٢١) أنظر فى الاستنتاج الصورى باعتباره احدى الحيل لتطوير القانون :

Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, Mohr, p. 95; Eugen Ehrlich, Die Juristische Logik, Tübingen 1918, Mohr, p. 252 ss.

(١٢٢) مازو ، مطول المسئولية ، الطبعة الخامسة ، ج ٢ ، نبذة ١١٤١ ص ١٠٨ .

(١٢٣) فى هذا المعنى :

Gérard Cornu, La lettre du code à l'épreuve du temps, in : Mélanges Savatier, Paris 1965, Dalloz, p. 157 (165).

مجهولا (١٢٤) . ثم طبقت سنة ١٩٢٩ أحكام المسئولية عن الاشياء على الغير الاجنبى عن الالة وعلى من يستعمل الالة بموجب عقد مع الحارس على السواء ، فأظلت بحمايتها عمال المستعمرات حيث لم يكن قانون العمل سارى المفعول (١٢٥) . ثم عدلت المحكمة عن عبارة « قرينة الخطأ » ، لان الخطأ اذا كان مفترضا جاز اثبات عكسه ، فى حين لا تسمح المحكمة بنفى المسئولية الا باثبات السبب الاجنبى ، واستخدمت ابتداء من سنة ١٩٣٠ فى حكم صدر من الدوائر المجتمعة عبارة « قرينة المسئولية » (١٢٦) .

والحقيقة أن القضاء أنشأ قاعدة موضوعية جديدة ، والقى على عاتق حارس الاشياء التزاما بكفالة سلامة الغير (١٢٧) ، وانتقل من فكرة المسئولية المبنية على ارتكاب الخطأ الى الالتزام بالتعويض المترتب على احداث الضرر .

هكذا صار القضاء مشرعا وخرق مبدأ الفصل بين السلطات ، فترجّم انصار الجمود على ضياع هيبة القانون وغلبة اعتبارات السياسة (١٢٨) .

---

(١٢٤) نقض مدنى ٢١ فبراير ١٩٢٧ ، دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٧ (ص ١٠٠ ع ١) :

« Vu l'art. 1384 alin. 1er c. civ.; — Attendu que la présomption de faute établie par cet article à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose mobilière inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable; qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue ».

(١٢٥) نقض مدنى ٢٧ فبراير ١٩٢٩ ، دالوز ١٩٢٩ — ١ — ١٢٩ (ص ١٣١ ع ٢) :

« Attendu, d'une part, que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la victime est un tiers ou une personne liée avec le gardien de la chose par un contrat, si ce contrat ne règle pas la question de responsabilité ».

(١٢٦) نقض دوائر مجتمعة ١٣ فبراير ١٩٣٠ ، دالوز ١٩٣٠ — ١ — ٥٧ (ص ٧٠ ع ٢) :

« Vu l'art. 1384 alin. 1er c. civ.; — Attendu que la présomption de responsabilité établie par cet article à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable; qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue »

(١٢٧) فى هـذا المعنى :

René Rodière, Sur la présomption de responsabilité du fait des choses inanimées, in : Etudes Ripert, t. II, Paris 1950, L.G.D.J., p. 188 (no. 19 p. 206).

(١٢٨) ريبير ، النظام الديمقراطى ، السابق ، ص ٣٣٦ — ٣٣٨ .

١٠٤ ــ وقد خطت محكمة النقض فى تفسير قانون العمل منذ وقت مبكر خطوة حميدة أخرى . نظم هذا القانون أخطار المهنة مقررا للعامل تعويضا جزافيا ومستبعدا ضرورة اثبات الاهمال ، وأدخل فى مجال تطبيقه بعض الصناعات الدارجة يوم صدوره مثل صناعة المبانى والنقل البرى والبحرى والمناجم والمحاجر . فعرضت على القضاء طلبات تعويض عن أخطـــار صناعات لم ترد ضمن هذا التعداد . وجابهت المحاكم مشكلة ملء الثغرات القانونية . وكانت محكمة النقض قد أفاقت من ثباتها ورأت ضرورة تعويض جماهير الفقراء من ضحايا النشاط الالى الذى يستفيد منه الاغنياء ، وفهمت أن قانون ١٨٩٨ انما يهدف فى روحه العامة الى حماية العمال التعســـاء وأن التطور العلمى يظهر يوما بعد يوم صناعات جديدة لم تكن فى الحسبان . فقضت بأن تعداد القانون وارد على سبيل التمثيل لا الحصر ، ومدت الحماية القانونية الى الطبقات الكادحة فى كافة الصناعات (١٢٩) .

غير أن الفقه التقليدى أعماه التفسير المنطقى ، فترنح فى ظلام القياس بعيدا عن حقائق الحياة . قال ان قانون ٩ ابريل ١٨٩٨ يقرر مسئولية بدون خطأ فيعد استثناء من القواعد العامة ويخضع لمبدأ التفســـير الضيق ، والاستثناء لا يقاس عليه فالتعداد وارد على سبيل الحصر ولا حماية للعمال فى غير ما ذكر من حالات (١٣٠) .

لكن حسم المشرع كل نقاش بأن توسع تدريجيا فى مجال التعويض حتى شمل برعايته كافة العمال (١٣١) .

١٠٥ ــ الخلاصـــــة :

لم تقم فى فرنسا ثورة منهجية بمعنى الكلمة خلال القرن العشرين . لقد فشل « البحث العلمى الحر » فى تأسيس مدرسة فكرية ، وتخبطت حلول القضاء لعدم وجود نظرية ، والا كيف نفسر التناقض بين مسلك محـــكمة النقض ومجلس الدولة تجاه أثر الظروف الطارئة ، ثم بين مواقف محـــكمة النقض فى تقرير المسئولية عن الاشياء حماية لضحايا الحوادث وهم عادة من الفقراء ، واباحة شروط الاعفاء تضحية بالطرف الضعيف من عمـــال ومستهلكين .. ؟

أما الفقه فقد ظل فى مجموعه غارقا فى شرح المتون ، عاشقا لجمـــود المنطق ، كل ما فعله أنه شرع يعالج النصوص منتقلا من منهج التحليـــل

---

(١٢٩) نقض مدنى ٣ أغسطس ١٩٠٣ ، سيرى ١٩٠٤ ــ ١ ــ ٤٩١ .

(١٣٠) بودرى وفال ، المطول ، عقد الايجار ، الطبعة الثالثة ، باريس ١٩٠٧ ، ج ٢ المجلد الاول ، نبذة ١٧٣٧ ص ٦٢ ونبذة ١٧٤٠ ص ٦٣ ، كابيتان ، المقدمة ، الطبعة الخامســة ، باريس ١٩٢٧ ، نبذة ٧٢ ص ١٠٣ هامش ٢ .

(١٣١) راجع فى قائمة هذه التشريعات : لالو ، المسئولية ، الطبعة السادسة ، نبــذة ١٣٠٩ ص ٧٣٧ وما بعدهما .

الجزئى الى منهج التركيب الشامل القائم على التأصيل والتفريع (١٣٢) ، أى مرتفعا الى مرحلة « الفقه السامى » ودوجماتية الافكار ، وهى المرحلة التى بلغها الفقه الالمانى منذ النصف الاول من القرن الماضى ، وأخذ يعدل عنها تباعا منذ مطلع القرن الحالى (١٣٣) .

وهكذا توصل الفقه الفرنسى بعد جهد جهيد الى منهج قديم هجره أنصاره منذ عشرات السنين .

§ ٢ — ألمانيا من « القانون الحر » الى « فقه المصالح »

١٠٦ — تمهيد : الرواد الاول :

وبينما فرنسا تعانى من انعدام المنهج فى نطاق علم القانون ، اذ بألمانيا تحدث ثورة عارمة تكسح ريحها العاتية أطلال المناهج البالية .

كانت ألمانيا منذ حكم بسمارك تموج بالافكار الاشتراكية ، يطرد دفعها للاذهان مع دخول عصر الصناعة وتحول البرجوازية الى أمبريالية (١٣٤) . وكانت الروح الثورية تتغلغل فى شتى المجالات :

خاض علم الاقتصاد « الصراع المنهجى » الشهير Der Methodenstreit بين أنصار التحليل النظرى وأشياع البحث التاريخى ، كل من الفريقين يدعى لنفسه الواقعية والتجريبية ، وينعت الآخر بالتأمل المجرد وعقم النتائج (١٣٥) . وغاص علم القانون فى بحر لجوج من الصراعات المنهجية ، تلاطمت أمواجه نيفا ونصف قرن قبل أن تقذف به على شاطىء التجديد وتنقله من جمود المنهج الشكلى الى ديناميكية المنهج العلمى (١٣٦) .

وزاد من اهتمام الفقه الالمانى بمشكلة المنهج القانونى ، صدور المجموعة المدنية وسريانها منذ أول يناير ١٩٠٠ بالنسبة الى كافة الاقاليم فى

---

(١٣٢) أنظر فى نقد الفقه الفرنسى فى نطاق قانون المرافعات : فتحى والى ، مناهج البحث فى قانون المرافعات ، القاهرة ١٩٦٧ ، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والاحصاء والتشريع ، نبذة ٣ — ٤ ص ٧ — ٩ .

(١٣٣) راجع القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ص ٦٩٤ وما بعدها .

(١٣٤) ما سبق نبذة ٧٧ .

(١٣٥) Charles Gide et Charles Rist, **Histoire des Doctrines Economiques**, 7e éd., Paris 1947, Sirey, t. II, p. 436 ss.; Joseph A. Schumpeter, **History of Economic Analysis**, London 1955, Allen & Unwin, p. 814 - 815.

(١٣٦) راجع : جينى ، العلم والفن فى القانون الخاص الوضعى ، السابق ، ج ١ ، ص ٢٦ — ٢٧ ، وأنظر أيضا : لامبر ، وظيفة القانون المقارن ، السابق ، ص ٢٩ .

الامبراطورية . لقد غدا امام القاضى نص تشريعى فتعين تحديد منهج التفسير ، وأمسى دور القاضى فى التطبيق محورا يشد انتباه الباحثين (١٣٧).

واختلف أنصار التجديد فيما بينهم وانقسموا تدريجيا الى منهجين متميزين ، عرف الاول بالقانون الحر واشتهر الثانى بفقه المصالح .

غير أن الثورة المنهجية فى القرن الحالى لها جذور تاريخية فى القرن الماضى ، ونعنى مذهب كيرشمان فى القضاء الشعبى ، ثم سخرية يرنج من فقه الافكار .

١٠٧ ــ شهد النصف الاول من القرن الماضى استخدام الالات وازدياد الانتاج وتركز رأس المال ، ثم انتشار البطالة وانغماس العمال فى البؤس والفقر . من هنا صدام المصالح بين البرجوازية والبروليتارية ، والصراع المتصاعد فى أنحاء أوربا حتى تفجير ثورات سنة ١٨٤٨ (١٣٨) .

وفى الحقبة ذاتها انشأ سافينى المدرسة التاريخية وأرجع القانون الى عوامل نفسية هى روح الشعب والاقتناع الشعبى (١٣٩) .

وقد تأثر الفقيه والفيلسوف « يوليوس هيرمان فون كيرشمان » بما يحيط به من أحداث . كان اذ ذاك محاميا عاما ، يلمس من خلال التجارب العملية بعد الشقة وعمق الهوة بين دوجماتية الاساتذة وحقائق الحياة . القى سنة ١٨٤٧ محاضرة فى برلين موضوعها « علم القانون عديم القيمة العلمية » . قال ان العدالة المقدسة مثار للسخرية ، يخشى أن يقع فى براثنها رجل الشارع ورجل القانون على السواء . فالضباب الكثيف يكتنف ما يحيطها من أشكال واجراءات ، وسيل التشريعات لم يسد عيب الثغرات ، وجيش الموظفين لم يحسم بطء المحاكمات ، وعلم العلماء لم يقض على تخبط الحلول (١٤٠) .

---

(١٣٧) Cf. : Max Rümelin, **Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre, Tübingen 1930, Mohr, p. 3, p. 35 - 36.**

(١٣٨) Pierre Renouvin, **L'Autriche, La Prusse et la Confédération Germanique de 1815 à 1866,** in : « Les Cours de la Sorbonne », Paris, p. 2 ss., p. 45 ss.; Georges Weill, **L'Eveil des Nationalités et le Mouvement Libéral (1815 - 1848),** Paris 1930, Collection Peuples et Civilisations, vol. XV, P.U.F., p. 285 ss., p. 325 ss.

(١٣٩) راجع القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٢٣٢ يوليو ١٩٦٨ ص ٧٠٢ — ٧٠٣ .

(١٤٠) Julius Hermann von Kirchmann, **Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft,** Berlin 1848, Springer, p. 6.

ان موضوع علم القانون هو القانون ، بيد أن القانون يوجد مستقلا عن كل علم قانونى يتصوره ويتفهمه ، مثلما توجد الطبيعة مستقلة عن علوم الطبيعة . هذا الاستقلال للقانون تجاه العلم ذو اهمية كبرى ، فالشعب يمكنه أن يستغنى عن علم القانون ، لكنه لا يستطيع أن يعيش دون قانون. ومصداق ذلك التاريخ نفسه ، حيث بلغ قدماء الاغريق درجة متقدمة من التطور ، بينما كان علم القانون لا يزال فى المهد ، والوضع لا يختلف فى روما القديمة حتى نهاية الجمهورية (١٤١) .

لم يتقدم علم القانون خطوة واحدة منذ عصر بيكون ، وتكمن الصعوبة فى أسباب لصيقة بمادة هذا العلم . ان موضوع العلوم الطبيعيـــة وهو الظواهر الطبيعية ثابت لا يتغير ، بينما موضوع العلوم القـــانونية وهو القانون فى تحول دائم . وبما أن كل علم يحتـــاج الى بعض الوقت حتى يستقر،فانه يصعب على علم القانون أن يبلغ درجةالنضوج مادام موضوعه فى تغير مستمر ... ما أن يهتدى الى حل لمشكلة حتى تتغير معالمها وتتبدل صورتها ... من هنا نفور رجال القانون من كل تطوير أو تجديد . فمـــا أسهل أن يقبع المرء فى عقر الدار التى يعرفها ويقنع بالبناء على الاســـاس القديم (١٤٢) .

وبينما التشريع ثابت جامد اذا القانون فى حركة دائمة . ان حقيقة تشريع الامس تغدو خطأ اليوم ، ولا يتم الغاؤها بتشريع جديد الا عن طريق كفاح عنيف ، بعكس تطور الطبيعة الذى يتلاحق فى هدوء وانسياب (١٤٣) . ان علم القانون يعانى من جمود النصوص ، انه يتحول من كاهن للحقيقـــة الى خادم للصدفة والخطأ والعاطفة والحماقة ، اذ يهجر الابدى المطلق ليهتم بالعابر الناقص ، ويهبط من اثير السماء ليغوص فى وحل الارض . لقد تحول رجال القانون من خلال التشريع الوضعى الى ديدان تعيش على العفن ، فهم يتجنبون ما هو صحى ويعششـــــون بين المرض . ومادام موضوع علم القانون ينصب على ما هو مؤقت فقد بات هذا العلم مآله الى زوال ... ثلاث كلمات من المشرع ، ومكتبات كاملة من التفسير (١٤٤) .

١٠٨ ــ لذا رأى كيرشمان تصفية رجال القانون من فقهاء ومحـــــامين وقضاة ... طالب بالغاء علم القانون مثلما حظر جوستنيان التعليق على مجموعته ، وبالغاء المحاماة على غرار محاولة فردريك الاكبر ، وبالغـــاء القضاء الرسمى اكتفاء بالقضاء الشعبى (١٤٥) .

---

(١٤١) كيرشمان ، علم القانون عديم القيمة العلمية ، السابق ، ص ٧ ــ ٨ .
(١٤٢) المرجع السابق ، ص ١٠ ــ ١٤ .
(١٤٣) المرجع السابق ، ص ٢١ .
(١٤٤) المرجع السابق ، ص ٢٢ ــ ٢٣ .
(١٤٥) المرجع السابق ، ص ٢٥ .

فالمثل الاعلى لدى كيرشمان هو قاضى المدن الصغيرة ، الذى سريعا ما ينسى آلاف الاشياء التى درسها فى الكتب ، ويكتشف فى قلبه وحده مصدر كل الاحكام (١٤٦) . ان سير العدالة يجب أن يكون بيد الشعب ، فى مسائل القانون والواقع على السواء ، فى القضايا المدنية والجنائية معا . ان شعوبا بأسرها عاشت دون رجال قانون متخصصين ودون تشريعات وضعية زائفة فى نطاق القانون الخاص . لقد مارس القضاء عند قدامى الاغريق قضاة من الشعب ، حكموا وفقا للعادات وطبقا لاحساسهم بالعدل . ولم يفكر أفلاطون وأرسطو فى أن تفسير التشريعات يمكن أن يصير موضوعا لعلم من العلوم . كذلك تولى البريتور الرومانى منصب قاضى القضاة دون تكوين علمى ، يستلهم فى منشوره طبيعة الاشياء ، ويحيل الانزعة الى قضاة من الشعب (١٤٧) .

كل هذا سوف يؤدى الى تخفيض رسوم القضايا وسرعة البت فى المنازعات ، فالمهم اصدار الحكم فى أدنى وقت وطبقا للعدل (١٤٨) .

والخلاصة أن القانون عند كيرشمان ليس مجرد معرفة Wissen بل هو أيضا احساس Fühlen ومقره لا يقتصر على الرأس ، بل يمتد كذلك الى القلب (١٤٩) .

كان فون كيرشمان نفير الزمان الذى تردد صداه فى وادى القانون ، يصلى بالسياط دعاة التقليد ويلهب بالحماس أنصار التجديد (١٥٠) . اقترح الاستغناء عن رجال القانون لتخليص مرفق العدالة من ربقة سيطرة الفنيين ، بيد أنه لم يوضح لقضاة الشعب منهج الفصل فى القضايا ، تاركا دفة الامور لاحساس كل قاضى ، دون أن يضع معايير موحدة يسير عليها سائر القضاة (١٥١) .

١٠٩ ــ لذا استقت المذاهب المنهجية فى القرن العشرين مباشرة من ثورة برنج على المدرسة التاريخية وما تحوى من دوجماتية .

---

(١٤٦) المرجع السابق ، ص ٣٧ .

(١٤٧) المرجع السابق ، ص ٣٧ ــ ٣٩ .

(١٤٨) المرجع السابق ، ص ٣٨ .

(١٤٩) المرجع السابق ، ص ١٧ .

(١٥٠) فى هذا المعنى :

Bruno Leoni, **Il Problema della Scienza Giuridica,** Torino 1940, Giappichelli, p. 30.

(١٥١) فى هذا المعنى :

Ernst Bekker, **Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft,** Leipzig 1892, Breitkopf und Haertel, p. 42.

ان التغيرات الاقتصادية الهائلة فى أواخر القرن التاسع عشر قلبت رأسا على عقب كيان المجتمع ، وجعلت غير قابل للتطبيق كل منطق صورى لا يراعى الظروف الجديده (١٥٢) . كانت المدرسة التقليدية قد تشربت العقلية المدرسية وانزوت فى أبراجها الفكرية ، وأهملت التقلبات الاجتماعية التى صاحبت الثورة الصناعية . ونشأ الفقيه يرنج فى ربوع المدرسة التاريخية يتعبد فى محراب فقه الافكار ، لكن دراسته للقانون الرومانى حملته على نبذ المثالية الرومانتيكية والدوجماتية العقيمة على السواء . لقد علم سافينى أن القانون ــ مثل اللغة ــ ينبع من الاقتناع الشعبى ويتكون بطريقة تلقائية ، فتبين ليرنج أن القانون ــ مثل الانسان ــ يولد بين الالام والدماء من خلال الصراع الرهيب بين الشعوب والطبقات والافراد . اذ تحيط بكل قانون مصالح طبقات بأسرها ، وتكافح هذه الطبقات من أجل القانون الذى يحميها . لذا يستحيل تطوير القانون دون صراع دموى بين المصالح القديمة التى باتت فى خطر والمصالح الجديدة التى تدعم كيانها . والنتيجة لا تتوقف على أحقية كل من الفريقين ، بل على علاقات القوى بينهما ... القوى يفرض وجوده وقانونه على الضعيف ... ان المكاسب الكبرى فى التاريخ مثل تحرير العبيد والقضاء على الاقطاع وحرية العقيدة ، كل هذا سلك طريق النضال وحدث من خلال الصراع . فالقانون فى صيرورة دائمة ، يعكس فى حركته عبر التاريخ صورة الكفاح والصراع والجهد الجهيد ... ان المدرسة التاريخية خطرة ، لانها تدعو الى التخاذل والقنوط حيث يجب التأهب والكفاح ... وعلى الشعب أن يصارع من أجل حقوقه اذا أراد أن يبلغ أهدافه (١٥٣) .

١١٠ ــ لقد بدأ يرنج يتطور ، فتطور معه علم القانون (١٥٤) . نبذ الالهة التى طالما قدسها ، وهجر المعبد الذى خدم فيه ... حطم الاصنام فى عنف ، وصاح يدعو الى التحرر ، وانطلق مثل الجواد الجامح يجر فى ذيله المدرسة التاريخية والدوجماتية الفكرية ، فأثقلهما بالجراح ثم تركهما لشلاء على الطريق .

أخذ يرنج منذ ١٨٦١ ينشر مجموعة من الرسائل بقلم مجهول ، جمعها سنة ١٨٨٤ فى كتاب بعنوان « الهزل والجد فى علم القانون ، هدية عيد الميلاد الى رجال القانون » . وقد استهل هذه الخطابات بالهجوم على

---

(١٥٢) Gustav Boehmer, **Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung,** II 1, Tübingen 1951, Mohr, p. 132 - 133; Giuseppe Bettiol, **Dal Positivismo Guirdico alle nuove Concezioni del Diritto,** in : Jus, Rivista di Scienze Giuridiche 1954, p. 189 (192 ss.).

(١٥٣) **Rudolf von Jhering, Der Kampf ums Recht** (1872), 22. Aufl., Wien 1929, Manzsche, p. 1 - 10.

(١٥٤) فى هذا المعنى مؤسس المدرسة الجديدة المعروفة بفقه المصالح :
Philipp Heck, **Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz,** Tübingen 1932, Mohr, p. 31.

نفسه ، حتى يبث الشكوك حول شخصية مؤلفها ... راح يسخر من تقسيم الفقه الى مراتب وطوابق ، بعضها دانى وبعضها سامى ، ومن هذه « الاجسام القانونية » هذه الافكار التى تتزاوج وتولد الصغار ... ان بناء نظام من الافكار منقطع الصلة بالنتائج العملية ، يشبه تصميم ساعات فنية للزينة لا لقياس الزمان (١٥٥) . لقد تخيل يرنج انه مات ، وأن شبحا مضيئا حمل روحه الى سماء الافكار القانونية ، فعثر هنـــاك على سافينى ويوختا وسائر المنظرين الشـــهيرين ، الذين يعتبرون القانون مجموعة من الافكار قادرة من خلال البرهنة المنطقية على حل مشاكل الحياة . وجدهم يرنج فى سماء الافكار ذات ليلة مظلمة ، بعيدا عن اشعة الشمس ، لان الافكار لاتحتمل نور الحياة . كانوا قابعين أمام « ماكينة لتفسيخ الشعر »، يحاولون جاهدين أن يستنتجوا من كل فكرة تسعمائة تسعا وتسعين الف وتسعمائة تسعا وتسعين نتيجة ... عودوا الى الارض ـــ هكذا صاح فيهم يرنج ـــ عودوا الى مشاكل الحياة وصراع المصالح وغاية القواعد (١٥٦) .

كان كيرشمان ويرنج الرائدين الاولين ، الذين مهدا سبيل التجديد أمام فقه القرن العشرين .

١١١ ـــ حركة « القانون الحر » :

وقد تضافرت عدة عوامل على ظهور أول اتجاه يناهض المدرســـــة التقليدية .

اقتحم القانون المدنى الالمـــانى سنة ١٩٠٠ مجالا ساد فيه العرف بصفة أساسية . فاستجد فور سريانه نشاط مماثل للمدرسة الفرنسية فى تفسير القانون المدنى خلال القرن التاسع عشر (١٥٧) . اذ انبهر الفقهاء الالمـــان بضخامة العمل التشريعى ، وتولوا مهمة جديدة هى شرح نصـــــوص القانون . كانت المدرسة البنديكتية تعانى من عقم الافكار ، فأضيف الى هذا العيب جمود النصوص التشريعية (١٥٨) .

بيد أن التطور السريع للظروف الاجتماعية فى أواخر القرن المـــاضى وبداية القرن الحالى ، أوجد خضما من الحالات الجديدة ضغطت بشـــدة

---

(١٥٥) Rudolf von Jhering **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum (1884), 7. Aufl., Leipzig 1898, Breitkopf und Haertel, p. 7 ss.**

(١٥٦) يرنج ، الهزل والجد فى علم القانون ، السابق ، ص ٢٤٧ وما بعدها ، ص ٢٥٧ وما بعـــدها ، ص ٣٤٠ وما بعدها .

(١٥٧) راجع : لامبير ، وظيفة القانون المقارن ، السابق ، ص ٩٤ ـــ ٩٥ .

(١٥٨) أنظر فى هـــذا الصدد :

Claude Du Pasquier, Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit, Neuchatel et Paris 1937, Delachaux et Niestle, 3e éd. 1948, no. 209 p. 194.

على رجل القانون(١٥٩) . لقد بدا من الخطر تجاه تنوع الحياة العملية أن يتمسك الفقيه بأسطورة الكمال المنطقى للقانون . وتعين الكفاح منذ اللحظة الاولى من أجل حرية أوسع فى تفسير النصوص (١٦٠) .

وعاون على ذلك الطبيعة التجريدية للمجموعة الالمانية التى تولى صياغتها أساتذة جامعيون . لقد أدرجوا بين أحكامها العديد من المواد تحيل القاضى الى معايير مرنة مثل حسن الاداب وحسن النية وعدالة الملاءمة ، وكلها منافذ تفسح للمفسر قدرا وفيرا من السلطة التقديرية (١٦١) .

أضف الى ذلك الرغبة الايديولوجية لدى الفقهاء فى الابقاء على أهميتهم الاجتماعية . كانوا لا يريدون أن يتحولوا بعد التقنين الى محض أداة ميكانيكية تدرج الوقائع تحت القواعد (١٦٢) .

لذا هاجم نفر من الفقهاء دوجما كمال القانون ... فى ثورة عنيفة وضجة كبيرة وسخرية مريرة وحماس دفاق يشوبه عدم الاتزان .

تأثروا بيرنج فى هدم الافكار ، وتابعوا جينى فى البحث الحر . لم يجمعوا على اتجاه واحد ، بل تعددت الاراء بقدر الثائرين ، وعلى رأسهم ايرليش وكانتوروفيتش وفوكس واديكس وستامب وايساى . واقترح كانتوروفيتش الاسم الذى عرفوا به وهو « حركة القانون الحر freirechtliche Bewegung » (١٦٣) .

١١٢ ــ بدأت هذه الحركة على اثر محاضرة القاها ايرليش سنة ١٩٠٣ موضوعها « البحث الحر عن القانون والعلم الحر للقانون
«Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft»
ثم تبلورت من خلال منشور كانتوروفيتش سنة ١٩٠٦ الذى اختار له عنوانا ثوريا : « الصراع من أجل علم القانون «Der Kampf um die

---

(١٥٩) John Dickinson, **The Problem of the unprovided Case,** in Etudes Gény, Paris, Sirey, t. I, p. 503 (510); W. Friedmann, **Legal Theory,** 3rd ed., London 1953, Stevens and Sons, p. 234.

(١٦٠) جينى ، العلم والفن فى القانون الخاص الوضعى ، ج ١ ، ص ٣٥ ــ ٣٦ .

(١٦١) Julius Stone, **The Province and Function of Law,** 3rd pr., London 1961,p. 164; Friedmann, **ibid.,** p. 234.

(١٦٢) Max Weber, **Wirtschaft und Gesellschaft,** Köln Berlin 1964, Kiepenheuer & Witsch, Erster Halbb., S. 649.

وراجع أيضا أحد مؤسسى القانون الحر :
Eugen Ehrlich, **Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913),** München und Leipzig 1929, Duncker und Humblot, p. 144.

(١٦٣) Hermann Kantorowicz, **Der Kampf um die Rechtswissenschaft,** Heidelberg 1906, Winter, p. 13.

Rechtswissenschaft » ؛ وغلفه باللون الاحمر رمز الكفاح ، وأصدره باسم مستعار هو « جناوس فلافيوس » القائد الرومانى المغوار . وشرعت الحركة فى تجميع المحـــــاربين لتحرير علم القانون من ربقـــة المنطق الصورى (١٦٤) .

فالغاية المثلى عند المدرسة التقليدية هى العثور على الحل القـــانونى من خلال البرهنة المنطقية . ويرجع كانتوروفيتش هذه الغاية الشكلية الى فكرة الفصل بين السلطات التى نادى بها مونتسكيو (١٦٥) . ويقول ايرليش انهـــا كانت تلبى رغبة طلبة الحقوق فى الالتحاق بجهـــاز القضاء مما ركز اهتمامهم على طريقة حل القضايا ، فانزلق علم القـــــانون الى المنهج التجريدى الاستنتاجى (١٦٦) . ويضيف أن هناك عوامل أخرى عاونت على الشكلية ، منها المصلحة الطائفية لرجال القانون ، فغموض علم القانون يرفع من شأن سدنته ويزيد بالتالى من دخلهم ، ثم شغفهم الى السعـــادة الذهنية التى تغمرهم حينما يعالجون قواعد جامدة ويستنتجون منها نتائج كثيرة ، مثلما يسعد الشـــاعر حينما يعبر عن أفكاره بالرغم من القيود الصارمة فى قواعد العروض (١٦٧) . ومن هذه العوامل أيضـــا مصلحة الطبقات الحاكمة منذ سيطرة الاقطاع فى القرون الوسطى ، فى جعـــل اجراءات التقاضى معقدة باهظة التكاليف حتى لا يستفيد منهـــا سوى الاغنياء ، فيقهرون الضعفاء والفقراء دون ما خوف من الجزاء (١٦٨) .

واستعار علم القانون ديالكتيكية الافكار من هيجل ، وتصور الفقهاء ان القواعد القانونية هى نتائج مترتبة على حركة الافكار حينما تتقارب وتتزاوج ، مثلما فعل برنج فى مرحلته الاولى (١٦٩) . كل هذا أدى الى مبدأ تقييد القاضى وعدم اطلاق سلطته التقديرية ، والاقتصار على العدالة الشكلية والانصراف عن النتائج الموضوعية (١٧٠) .

١١٣ — ويرفض أنصار القانون الحر فكرة الكمال المنطقى للقـــانون ، فالثغرات هنا وهناك ، يغص بها القانون بقدر ما بالنصوص من ألفاظ . فالمشرع لا يعرف سوى القليل من الافكار ، وهو يعرف هذا القليل مستعينا بأفكار أخرى هى بدورها فى حاجة الى تعريف (١٧١) . من هنا حدود لمبدأ

---

(١٦٤) كانتوروفيتش ، الصراع من أجل علم القانون ، ص ٦ .
(١٦٥) كانتوروفيتش ، الصراع من أجل علم القانون ، ص ٧ .
(١٦٦) ايرليش ، أسس سوسيولوجيا القانون ، ص ٥ — ٦ .
(١٦٧) Eugen Ehrlich, **Die Juristische Logik, Tübingen 1918, Mohr,** p. 17.
(١٦٨) ايرليش ، المنطق القانونى ، ص ١٨ .
(١٦٩) ايرليش ، المنطق القانونى ، ص ١٣٠ .
(١٧٠) ايرليش ، المنطق القانونى ، ص ٢٨٩ .
(١٧١) كانتو روفيتش ، الصراع من أجل علم القانون ، ص ١٥ ، أيضا :
Eugen Ehrlich, **Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft** Leipzig 1903, Hirschfeld, p. 25 ss.

تقييد القاضى بالنصوص ، عليه أن يملا الثغرات بالالتجاء الى القانون الحر (١٧٢) ، والشروع فى البحث الحر عن القانون (١٧٣) .

ولا يتدخل القانون الحر الا حيث يتبين وجود ثغرات (١٧٤) . ان التشريع يعجز عن تلبية كافة حاجات الحياة ، لذا يخف الى نجدته علم القانون ، الحر الخلاق . فليس علم القانون مجرد بوق ينفخ فيه المشرع ، تتواضع مهمته الى « معرفة ما هو معروف Erkennen des Erkannten » بل ان دوره الجديد عظيم وطموح ، يتركز فى البحث الحر عن القانون freie Rechtsfindung ويرتفع الى الخلق الحر للقانون freie Rechtsschopfung (١٧٥) ... دون أن يتجسم فى ذلك أى خطر على استقرار المعاملات وامكان توقع الحلول القضائية ، لان هذا الامان لا يتوافر على أية حال فى ظل المنهج التقليدى ، فالنص الواحد قابل لعدة تفسيرات ، والضمان الوحيد فى النهاية هو شخصية القاضى (١٧٦) .

ويعادى القانون الحر كل نزعة عقلانية (١٧٧) . وهذا أمر مفهوم فى عصر الفلسفة البرجسونية . لذا يرفض أنصار القانون الحر الالتجاء الى القياس الفقهى ، بدعوى أنه يندر وجود حالة واقعية لا تتشابه من ناحية أو أخرى مع الحالات التشريعية ، فكل نص قابل للتطبيق عن طريق القياس على كافة الحالات ، الامر الذى يفقد القياس أهميته النظرية . والحال كذلك فى التفسير الواسع (١٧٨) . والوضع لا يختلف فى التأصيل والتفريع ، اذ يستطيع الباحث أن يرد القاعدة الى أى أصل يمكنه من استخلاص ما توصل اليه سلفا من نتائج (١٧٩) .

فالاستنتاجات القانونية معلقة فى الهواء ، لانها محض مصادرات على المطلوب لا يقوم دليل على صحتها ، ثم هى تبنى على الرمال ، اذ كلما كانت القواعد مجردة كلما صارت عديمة القيمة وباتت غير صالحة للاستعمال والتطبيق (١٨٠) .

ان الفقه التقليدى فقه على ورق ... (١٨١) .

---

(١٧٢) كونتوروفيتش ، الصراع من أجل علم القانون ، ص ١٤ .
(١٧٣) ايرليش ، البحث الحر عن القانون والعلم الحر القانون ، ص ٢٥ ــ ٢٦ .
(١٧٤) ايرليش ، البحث الحر عن القانون ، ص ٢١ ، كانتو روفيتش ، الصراع ، ص ١٩ــ٢٠
(١٧٥) كانتوروفيتش ، الصراع ، ص ١٩ ــ ٢٠ .
(١٧٦) ايرليش ، البحث الحر عن القانون ، ص ١١ .
(١٧٧) كانتوروفيتش ، الصراع ، ص ٢٣ .
(١٧٨) كانتوروفيتش ، الصراع ، ص ٢٣ .
(١٧٩) كانتوروفيتش ، الصراع ، ص ٢٥ ــ ٢٦ .
(١٨٠) كانتو روفيتش ، الصراع ، ص ٢٨ ــ ٢٩ .
(١٨١) كانتوروفيتش ، الصراع ، ص ٣٠ .

١١٤ ــ وقد نشر كانتوروفيتش سنة ١٩٠٦ بيانا من عدة نقاط :

يجوز أن تصدر أحكام لا تستند الى التشريع ، كما تفعل هيئات التحكيم ، وكما ينجم عن الاحالة الى حسن النية وحسن الاداب وما جرى عليه التعامل واعتبارات الملاءمة .

لا يتواضع القاضى الى محض خادم للتشريع ، فالقضاء الالمـــانى استقبل من تلقاء نفسه القانون الرومانى ،والقضاء الفرنسى طور أحكاما كثيرة من قانون نابليون .

يتعين تحرير القاضى من نير العبودية للتشريع ، فالقـــــانون المدنى السويسرى يحيل فى المـــادة الاولى الى القاعدة التى كان القاضى ليأخذ بها لو أنه صار مشرعا . لذا يملك القاضى استبعاد التشريع حالة غموض النصوص وابهام الحلول ، وحالة ايقانه فى قرارة ضميره بعدول المشرع عن مسلكه السابق لو أعاد النظر فى قواعد التشريع . ثم يحكم القـــاضى معتمدا على اقتناعه وفقا للحـــل الذى كانت الدولة لتأخـــذ به لو اهتمت بالموضوع ، والا فطبقا للقانون الحر . ولا خوف من ذاتية القاضى طالمـــا يتعدد القضاة فى المحكمة وتتعدد درجات التقاضى . وسلطة القـــــاضى التقديرية تتضاءل على أية حال أمام سلطة البريتور الرومانى فيما مضى أو القاضى الانجليزى حتى الان .

لا داعى لتسبيب كل الاحكام ... على غرار هيئات التحكيم .

ان امكان توقع الحلول القضائية مثل أعلى لا يتحقق أبدا ، فلو كان الحكم متوقعا لمـــا لجأ المتقاضون الى المحكمة .

ان شخصية القاضى تؤثر على أحكامه .

ان الوصول الى الحكم ليس محض جهد علمى ، بل هو على الاخص ذوق وفن .

على القاضى اذن أن يعمد الى الخلق الحر للقانون ، متى وجدت ثغرات ، أو غمضت النصوص ، أو غلب الاعتقاد بأن المشرع كان ليفعل ذلك(١٨٢) .

١١٥ ــ وقـــد عرفت حركة القانون الحـــر متشيعا متأخرا فى شخص هيرمان ايساى ، انضم اليها بعد أن احتضرت ، وحاول عبثا أن يحيى مواتها.

(١٨٢) كانتوروفيتش ، الصراع ، ص ٣٩ ــ ٤٩ .

طالب القاضى بالحل العادل وفقا لذوقه القانونى واحساسه النفعى وتقييمه للموقف، عدلا ينبع من داخل أعماقه ومفاهيمه الخلقية وانطباعاته الوجدانية(١٨٣) واستبعد التشريع اذا خدش تطبيقه الاحساس العام أو الحق به ضررا جسيما ، بحيث يبدو الخروج على التشريع ضررا أقل من احترامه .. والمرجع هو ذوق القاضى ، بلا أدنى معيار موضوعى(١٨٤) .

أما القواعد القانونية فدورها الرئيسى رقابة أحكام القاضى وتزويده بحيثيات الحكم . لذا يستطيع القاضى فى تسبيب أحكامه الاختيار بين القواعد التشريعية أو المصادر الاحتياطية التى يمده بها علم القانون ، فلا هذه ولا تلك تقيده(١٨٥) .

١١٦ ــ وواضح من برنامج القانون الحر أنه تأثر الى حد كبير بوجدانية برجسون التى نقلها جينى الى علم القانون . وما أخطر الوجدان غير الواعى على حياة البشر ، فالعقل وحده ــ لا الوجدان ــ قهر قوى الطبيعة وانجز الاختراعات الحديثة . لقد أتى برجسون فى فترة يأس فأشاع فى جو من الحزن فلسفة تعبق بالامل .. من هنا نجاحه الى حين(١٨٦) .. لكن كتب عليه أن يشهد فى حياته جناز أفكاره(١٨٧) .

وقد لقى القانون الحر نفس المصير . جارى أنصاره الفقيه جينى فصبوا اهتمامهم على مشكلة الثغرات ، وصرفوا النظر عن الحاجة الى الملاءمة والحاجة الى التطوير(١٨٨) . بيد أن خطيئتهم الكبرى كانت تطرف المطالب والمبالغة فى الاعتماد على الاحساس والوجدان ، مما يترك العنان لذاتية القاضى دون وضع معايير موضوعية للعدالة ، حتى قيل انهم لم يتخطوا مرحلة الاحتجاج على جمود الفقه التقليدى (١٨٩) .

---

(١٨٣) Hermann Isay, **Rechtsnorm und Entscheidung**, Berlin 1929, Vahlen, p. 68.

(١٨٤) ايساى ، القاعدة القانونية وصدور الحكم ، السابق ، ص ٢٢٥ .

(١٨٥) ايساى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ .

(١٨٦) Gustave Le Bon, **La Vie des Vérités**, Paris 1929, Flammarion, p. 205 - 206; Jacques Maritain, **De Bergson à Thomas D'Aquin**, New York 1944, Editions de la Maison Française, p. 13 ss.; André Cresson, **Bergson**, Paris 1950, P.U.F., p. 68 ss.

(١٨٧) Cf. : Will Durant, **The Story of Philosophy**, The Pocket Library, 8th pr., New York 1960, p. 464 - 466.

(١٨٨) قرب من ذلك :

Géza Kiss, **Gesetzesauslegung und « ungeschriebenes » Recht**, in : Jherings Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. 58 (1911), p. 413 (451, 454).

(١٨٩) فى هذا المعنى أنصار فقه المصالح ، وسيلى ذكرهم .

لذا سارعوا الواحد تلو الاخر الى الحد من الانزلاق نحو الوجدان . أعاد كانتوروفيتش سنة ١٩١١ صياغة نقاط بيانه وألزم القاضى حين ملء الثغرات بعدم الخروج عن هدف التشريع ثم باجراء الموازنة بين المصالح . وأحال كانتو روفيتش القاضى لا الى احساسه الذاتى كما فعل من قبل ، بل الى القيم الغالبة فى مجتمع معين ، لا الى ما يستشفه من ضباب الوجدان ، بل الى ما يستقرئه من علوم الاجتماع (١٩٠) .

كذلك ركز ايرليش سنة ١٩١٧ على الموازنةبين المصالح ، واكتفى بتوجيه النصح الى القاضى بعدم الاغراق فى المنطق الصورى . قال أن استخدام المعادلات الرياضية فى مجال القانون قد يؤدى الى نتائج دقيقة لكن قد يجافى واقع الحياة . لذا يحاول كثير من القضاة الوصول أولا الى الحل القانونى ثم العثور له على سند من النصوص ، اى يلجأون فى الظاهرالى الاستنتاج المنطقى بينما يعمدون فى الواقع الى الاستقراء الاجتماعى ، ومثل هذا التحايل يعرقل نمو القانون . فالاولى أن يشرع القاضى مباشرة فى تقييم المصالح ويرعى دواما فى أحكامه ما ترتبه من نتائج ، والاجدى الا يعتمد على الاحساس الذاتى بل أن يتمشى مع روح التشريع (١٩١) .

وهكذا تلاشت تدريجيا حركة القانون الحر ، وانضم عـــدد من أنصارها الى مدرسة فقه المصالح ، التى كتب لها أن تنتصر بينما راح غيرها يحتضر .

كان القانون الحر مثل برق ليل عاصف ، بدد ما تراكم فى الافق من سحب الفقه التقليدى ، ثم خبا نوره الى الابد حين زالت الباد السحب .

١١٧ ــ مدرسة « فقـــه المصالح » :

قد يمل العقل البشرى الجرى وراء المطلق فى اتجاه أو فى آخر ، فيبحث عن الحل الوسط ويتوق الى النظرة الجامعة . وقد انتقل علم القانون من الدوجماتية الى القانون الحر أو من القضية الى النقيض ، ثم أخذ يفكر فى الحل الشامل أو التأليف والتركيب ، فظهرت معالم مدرسة فكرية خـــلال الثلث الاول من القرن الحالى ، أطلق عليها أنصارها اسم « فقه المصالح «Interessenjurisprudenz (١٩٢) .

---

(١٩٠) Hermann Kantorowicz, **Rechtswissenschaft und Soziologie,** Tübingen 1911, Mohr, p. 11 - 21.

(١٩١) ايرليش ، المنطق القانونى ، السابق ، ص ٢٩١ ــ ٣١٣ ، أيضا أنظر :

Eugen Ehrlich, **Die Richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes,** in : Jherings Jahrbücher für die Dogmatik Bd. 67 (1917), p. 13 **ss.** p. 36 **ss.** p. 65 ss.

(١٩٢) راجع : فريدمان ، النظرية القانونية ، السابق ، ص ٢٤٤

التبس الامر فى البداية على بعض النقاد ، وخلطوا بين مدرسة فقه المصالح وحركة القانون الحر (١٩٣) . وقد عاون على هذا اللبس ظهور التيارين معا واشتراكهما فى الهجوم على فقه الافكار والمنطق الصورى (١٩٤). ويقول « فيليب هيك » مؤسس فقه المصالح ان مدرسته فرع من المدارس الغائية ، أو الاجتماعية ، أو الواقعية ، التى تهاجم العدالة الشكلية وفقه الافكار ، وتراعى أثر القواعد على مشاكل الحياة (١٩٥) .

وقد انفصل أنصار فقه المصالح منذ وقت مبكر عن أشياع حركة القانون الحر ، حينما اتضح اختلاف البرامج وتباين المطالب . فضمن الاول لمدرستهم النجاح النهائى ، بينما أخذت حركة القانون الحر فى التلاشى .

ويرجع الفضل فى تأسيس مدرسة فقه المصالح بلا جدال الى « فيليب هيك » ، الذى تمتد كتاباته المنهجية على مدى نصف قرن منذ ١٨٨٩ الى ١٩٤٣ . ويليه من حيث الزعامة « مكس روملين » ، وقد نشر آراءه فى سلسلة من الخطب الجامعية ما بين ١٩٠٧ و١٩٣٠ . ثم يأتى من حيث الاهمية « مولر ايرتسباخ » و « هاينريش شتول » ، وهما من زعماء فقه المصالح ، وان افترقا بعض الشىء عن الارثوذكسية الدقيقة التى تميزت بها كتابات هيك وروملين .

١١٨ ــ ويعترف هؤلاء الكتاب بفضل يرنج على مدرستهم(١٩٦) . لكن

---

(١٩٣) من هؤلاء : جينى ، منهج التفسير والمصادر فى القانون الخاص الوضعى ، السابق ، جـ ٢ ، نبذة ٢٢٠ ص ٣٩٤ ــ ٣٩٥ ، دى باكييه ، المدخل للنظرية العامة وفلسفة القانون ، السابق ، نبذة ٢٠٩ ص ١٩٤ ــ ١٩٥ ، أيضا :

Francesco Orestano, **Filosofia del Diritto,** Milano 1941, Bocca, p. 30; R. Paine & M. E. Costaguta, **Curso de Filosofia del Derecho,** Buenos Aires 1943, p. 340.

(١٩٤) أنظر : بومر ، أسس النظام القانونى المدنى ، السابق ، ص ١٩٠ ، أيضا :

Max Rümelin, **Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre,** Tübingen 1930, Mohr, p. 34, p. 41.

(١٩٥) Philipp Heck, **Das Problem der Rechtsgewinnung,** 2. Aufl., Tübingen 1932, Mohr, p. 22; **Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, op. cit.,** p. 8, p. 50; **Interessenjurisprudenz** (no. 97 Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart), Tübingen 1933, Mohr, p. 9; — de même : Renato Treves, **Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto,** in : XIII Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 1933, p. 545 (p. 550 note 2).

(١٩٦) Max Rümelin, **Bernhard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft,** Tübingen 1907, Schnürlen, p. 1; المؤلف نفسه ، التقلبات التى عاصرناها فى العلم والنظرية ، ص ٣٢ ، المؤلف نفسه ، رودولف فون يرنج ، توبنجن ١٩٢٢ ، طبعة مور ، ص ٢ ، فيليب هيك ، مشكلة اكتساب

يأخذون عليه قعوده عن استنتاج كافة النتائج التى تترتب على نظرياته(١٩٧). ماذا كان الحق كما يقول يرنج مصلحة يحميها القانون ، واذا كان القـــانون نتاج الصراع بين المصالح ، فالقاضى حـــين يهم بتطبيق القواعد القانونية يجب أن يضع نصب عينيه المصالح التى أراد المشرع معالجتها .. ان المصالح ــ لا الافكار ــ يتعين أن تكون دليل القاضى (١٩٨) .

لقد زعم سافينى أن روح الشعب تطفو الى الوعى الجماعى من خلال رجال القانون ، فى حين يحدث ان ينفصل رجال القانون روحيا عن عامـــة الشعب ، خاصة اذا تتلمذوا فى مرحلة الدراسة على أسس فقه اجنبى. ثم ان القانون لا يولد من أفكار أو تصورات ، بل ان الاحساس الشـــعبى بالعدالة يقيم المصالح المتنازعة ، والقضاة يفعلون ذلك فى الظروف العادية . ان المصالح ــ لا الافكار ــ هى السبب المنشىء للقواعد القانونية (١٩٩) .

ترغب المدرسة التقليدية باستخدامها المنطق الصورى والقياس الارسطى، فى الوصول الى نتائج دقيقة تشبه المعادلات الرياضية . غير أن النتـــائج الدقيقة لا تكون دائما عادلة . وقد حاول بعض الفقه التقليدى التغلب على عيوب المنهج الاستنتاجى مع استمرار التمسك بالمنطـــق الصورى ، وذلك بوسيلتين ظاهرهما القياس المنطقى وباطنهما التطبيق الواقعى . الوسيلة الاولى تركز الجهد على المقدمة الكبرى من ثلاثية القياس ، بأن « تمـــط » القاعدة القانونية لكى تشمل الحالة الواقعية ، أو بأن تختار من بين عـــدة أفكار محتملة التطبيق الفكرة التى تؤتى الثمار المرغوب فيها . والوسيلة الثانية تقلب خطوات البرهنة ، فبدلا من فحص القاعدة القانونية واستنتاج الحل واجب التطبيق ، يصوغ المفسر أولا الحل الملائم ثم يحاول العثور على

القاعدة القانونيـــة ، ص ١ و ص ١٤ ، وبناء الافكار وفقه المصـــالح ، ص ٣١ فى الهامش و ص ٥١ وفقه المصالح ، ص ١٢ ، المؤلف نفسه :

Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in : 112 Archiv für die civilistische Praxis 1914, p. 1 (p. 309).

(١٩٧) هيك ، مشكلة اكتساب القاعدة القانونية ، ص ١١ ، أيضا :

Müller-Erzbach, Wohin führt die Interessenjurisprudenz ?, Tübingen 1932, Mohr, p. 27, p. 37.

(١٩٨) مكس روملين ، برنارد فيندشايد ، ص ٤٦ وما بعدها ، فيليب هيك ، بناء الافكار وفقه المصالح ، ص ٣١ ، أيضا :

Heinrich Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt, Tübingen 1931, Mohr, p. 66.

(١٩٩) هيك ، مشكلة اكتساب القاعدة القانونية ، ص ١٤ ، روملين ، التقلبـــات التى عاصرناها ، ص ٣٠ ــ ٣١ ، شتول ، الفكرة والتركيب فى نظرية فقه المصالح ، ص ٦٦ .

سند قانونى . مثل هذه الحيل الدارجة تخفى الحقيقة عن الانظار وتفل عجلة التطور(٢٠٠) .

يتحاشى رجال القانون مهمة تقييم المصالح خوفا من شبهة الذاتية (٢٠١) . بينما المنطق الصورى نفسه لا يحقق الامن القانونى مادامت المقدمة الكبرى قابلة لعدة تفسيرات ، وطالما يستطيع المفسر اختيار مقدمة معينة تولد نتائج محددة(٢٠٢) . ثم ان المبالغة فى استقرار المعاملات تؤدى الى الجمود والركود (٢٠٣) . واذا كان يتعين على القاضى فى الدولة القانونية أن يخضع للقانون ، فالمقصود تقييده برباط مرن يترك مجالاللملاءمة والتطوير (٢٠٤) .

ان الالتزام الدقيق بالسيلوجسموس يعرقل نمو القانون ، فهو يقلل من اهمية فحص المصالح ويضعف من احساس القاضى بالمسئولية ، اذ يعاونه على غسل أيديه من اثم الاحكام الظالمة مدعيا أن العيب يكمن فى الافكار القانونية لا فى التطبيق الذى يجريه(٢٠٥) .

حقا ان الافكار أداة لا غنى عنها فى كل علم باعتبارها نتاج العقل ، غير انها أداة بالغة الخطورة قد تقطع الصلة بالارض وتدفع الى التيه فى السحاب. وبدلا من أن يقف رجل القانون على صخرة الواقع ، اذا به يشطح بعيدا فى عالم الخيال ، ويخلط بين الافكار القانونية والاوضاع الاجتماعية ، ويشرع فى صنع الفكرة تلو الفكرة ، أى يبنى فى الفراغ ، عند قصر الاحلام (٢٠٦) .

---

(٢٠٠) راجع فى استخدام هذه الوسائل من جانب الفقه التقليدى ، التحليلات التى قام بها أنصار فقه المصالح والقانون الحر على السواء : رومان ، التقلبات التى عاصرناها ، ص ٢٥ وما بعدها ، هيك ، بناء الافكار وفقه المصالح ، ص ٩٥ ، ايرليش ، المنطق القانونى ، ص ٢٥٣ وما بعدها ، أيضا :

Hermann Isay, **Die Methode der Interessenjurisprudenz,** in : 137 Archiv für die civilistische Praxis 1933, p. 33 (41 ss.).

(٢٠١) رومان ، برنارد فيندشايد ، ص ٤٧ ــ ٤٨ ، والتقلبات التى عاصرناها ، ص ٢٩ .

(٢٠٢) هيك ، مشكلة اكتساب القاعدة القانونية ، ص ١٣ ــ ١٤ ، وبناء الافكار وفقه المصالح ، ص ٩٦ وما بعدها ، وفقه المصالح ، ص ١٨ ، رومان ، برنارد فيندشايد ، ص ٣٩ وما بعدها ، والتقلبات التى عاصرناها ، ص ١٩ وما بعدها ، أيضا :

Adriano Paes da Silva vaz Serra, **Valor Practico de los Conceptos y de la Construccion Juridica,** in : Estudios Juridicos Portuguezes, Madrid 1945, Hispanica, p. 75 (105); Helmut Coing, **Grundzüge der Rechtsphilosophie,** Berlin 1950, de Gruyter, p. 268 ss.

(٢٠٣) شتول ، فى حوليات يرنج لدوجمانية القانون المدنى ج ٧٦ ص ١٣٤ (١٥٢) .

(٢٠٤) شتول ، السابق ، عند ص ١٤٥ .

(٢٠٥) هيك ، بناء الافكار وفقه المصالح ، ص ٩٦ ، وفقه المصالح ، ص ١٩ .

(٢٠٦) Francesco Carnelutti, **Scuola Italiana del Diritto,** in : XIV Rivista di Diritto Processuale Civile 1936, p. 3 (6).

ان فقه الافكار سحر لا يعين سوى من يؤمن به(٢٠٧) .

بيد أن هذا لا يعنى الالتجاء الى القانون الحر والانزلاق التام نحو الوجدان، فالميول الذاتية عند القاضى وعوامل انجذابه أو نفوره قد تؤثر على اطراد الاحكام وتعرقل مبدأ المســـاواة وتبـــدد آخـــر أمـــل فى توقع الحلـــول القضائية(٢٠٨) .

١١٩ ـــ ان نقطة البداية عند فقه المصالح هى تحديد العـــلاقة بـــين العناصر الثلاثة : القاعدة والمصلحة والفكرة .

هل القواعد التشريعية تترتب على الافكار القانونية أم تتولد عن الحاجات العملية ... الا يبدأ المشرع بتقييم المصالح فى المجتمع البشرى ثم يضـــع القواعد لحماية المصالح الجديرة بالرعاية ؟ ان القواعد اذن لا تنتج عن الافكار(٢٠٩) ، بل ان كل قاعـــدة قانونية وليـــدة الموازنة بـــين المصالح المتنازعة(٢١٠) . ومهمة القاضى تحقيق هذه الموازنة بالحكم فى القضايا،وهو يحتاج لذلك الى فحص وضع المصالح Interessenlage فى كل حالة على حدة، ليتأكد من أن القاعدة القانونية التى يهم بتطبيقها قد وضعت لتعـــالج مصالح من نوع تلك المطروحة عليه فى القضية الواقعية(٢١١) .

واصطلاح « المصلحة Interesse » يعبر عن مطالب البشر وحاجة الحياة ، وبالادق عن رغبة الانسان نحو الاشياء(٢١٢) . وليست هذه نظرة نفعية أو فردية ، فالمصالح قد تكون مادية أو مثالية أو دينية أو وطنيـــة أو خلقية ، كما قد تكون جماعية أو فردية ، عامة أو خاصة (٢١٣) .

وعلى القاضى أن يراعى مجموع هذه المصالح ، لان واجبه ليس الخضوع الاعمى ، بـــل الخضوع الواعى للقانون denkender Gehorsam (٢١٤) .

---

(٢٠٧) هيك ، مشكلة اكتساب القاعدة القانونية ، ص ١٤ ، وفقه المصالح ، ص ١٨ ـــ ١٩

(٢٠٨) روملين ، التقلبات التى عاصرناها ، ص ٤٨ وما بعدها ، هيك ، فقه المصالح ، ص ٩ ، شتول ، الفكرة والتركيب فى نظرية فقه المصالح ، ص ٧١ ، ص ٧٤ ـــ ٧٥ .

(٢٠٩) هيك ، فقه المصالح ، ص ١٠ وما بعدها .

(٢١٠) هيك ، تفسير القانون وفقه المصالح ، مجلة أرشيف التطبيق المدنى ١٩١٤ ، ص ٩٦

(٢١١) هيك ، بناء الافكار وفقه المصالح ، ص ١٠٦ ، شتول ، فى حوليات يرنج لدوجماتية القانون المدنى ، جزء ٧٦ ص ١٦٠ .

(٢١٢) هيك ، مشكلة اكتساب القاعدة القانونية ، ص ٢٧ ، وبناء الافكار وفقه المصالح ، ص ٣٦ ـــ ٣٧ .

(٢١٣) هيك ، مشكلة اكتساب القاعدة القانونية ، ص ٢٧ و ص ٣٢ ، وبناء الافكار وفقه المصالح ، ص ٣٦ ـــ ٣٧ و ص ٣٩ ، وفقه المصالح ، ص ١٠ ، شتول ، الفكرة والتركيب فى نظرية فقه المصالح ، ص ٦٧ هامش ١ ، وكذلك فى حوليات يرنج لدوجماتية القانون المدنى ، **جزء ٧٦ ص ١٨٠** .

(٢١٤) هيك ، تفسير القانون وفقه المصالح ، المقال السابق ص ١٩ ـــ ٢٠ ، وبناء الافكار وفقـــه المصالح ، ص ١٠٦ .

ومادامت المصالح هى السبب المنشىء للقواعد ، تعين على الباحث أن يرجع الى الاصول التاريخية وصراع المصالح الذى ولد القواعد . لذايتطلب فقه المصالح من القاضى أن يقوم بعمليات ثلاث : فحص وضع المصالح يوم صدور التشريع Interessenforschung ،اجراء تقييم للمصالح حسب ماورد فى التشريع Interessenwertung ، استجلاء نتيجة الموازنة بين المصالح كما تحددت فى التشريع Interessenabwägung (٢١٥) .

وهكذا يلجأ الباحث الى التفسير التاريخى للوقوف على ارادة المشرع ، مع مراعاة أن المقصود هنا بالمشرع ليس تلك الشخصية الحقيقية او المفترضة ، بل مجموعة المصالح التى فرضت نفسها فى التشريع (٢١٦).

فالقاضى يعمد الى البحث التاريخى ، ليعرف ما غلب فى القواعد من مصالح .

ولا يراعى فقط المصالح التى رجحت ، بل يلاحظ أيضا المصالح التى فشلت ، لان التحديد الدقيق لمضمون القواعد يتوقف على نتيجة الموازنة بين نوعى المصالح (٢١٧) .

ومتى انجلى مضمون القواعد تعين على القاضى تطوير القانون Rechtsfortbildung . من هنا أهمية البحث التاريخى لكشف السياسة التشريعية وسبر الحكمة من التشريع ratio legis . ان تحديد هذه الحكمة أمر ضرورى لمعرفة مدى ما تعرضتله من تعديل بعدما طرأ على ظروف المجتمع من تغيير ولما جد على فلسفة القانون من تبديل . فاذا تبين أن ظروف الحياة لم تتغير أو أن ايديولوجية المجتمع لم تتبدل ، جاز تطبيق القاعدة دون تعديل . أما اذا اتضح بعد الشقة بين ظروف الامس وأوضاع اليوم ، أو بين أفكار الماضى وآمال الحاضر ، وجب على القاضى تطوير القانون ، بعد الموازنة بين اعتبارات الاستقرار وضرورات القيام بالتجديد فى اتجاه التطور الاجتماعى(٢١٨) .

---

(٢١٥) هيك ، تفسير القانون وفقه المصالح ، ص ٢٠٢ ، وبناء الافكار وفقه المصالح ، ص ١٠٧ ، روملين ، عدالة الملاءمة فى القانون ، توبنجن ١٩٢١ ، طبعة مور ، ص ٣٩ وما بعدها ، والتقلبات التى عاصرناها ، ص ٣٦ ، مولر اير تسباخ ، الاحساس أم العقل كمصدر للقانون ، شتوتجارت ١٩١٣ ، طبعة اينكى ، ص ١٢ وما بعدها ، اينسيروس ونيبردای ، القسم العام ، الطبعة ١٤ توبنجن ١٩٥٢ ، طبعة مور ، ج ١ ص ٢١٣ وما بعدها .

(٢١٦) هيك ، تفسير القانون وفقه المصالح ، فى أرشيف التطبيق المدنى ١٩١٤ ، ص ٦٤ ، شتول ، فى حوليات يرنج لدوجماتية القانون المدنى ، جزء ٧٦ ص ١٦٤ .

(٢١٧) شتول ، الفكرة والتركيب فى نظرية فقه المصالح ، ص ٦٧ هامش ١ ، هيك ، فقه المصالح ، ص ١٣ .

(٢١٨) هيك ، تفسير القانون وفقه المصالح ، فى أرشيف التطبيق المدنى ١٩١٤ ، ص ١٨٠

هذا ولا يستطيع منهج المصالح الاستغناء عن بناء الافكار ، لحاجة علم القانون مثل كل العلوم الى العمل بافكار وتشييد نظام(٢١٩) . لكن يبقى فارق جوهرى بين المنهج التقليدى ومنهج المصالح . فبينما يرى فقه الافكار ان الفكرة تولد القاعده ، مثلما فعل سافينى فى الحيازة(٢٢٠) ، يلجأ فقه المصالح الى العكس تماما ويجعل القواعد تولد الافكار ، اما القواعد ذاتها فنابعة من المصالح . وبعباره أخرى ، يبدأ الباحث القانونى بفحص وضع المصالح ، ومنها يستقرىء ما يلائمها من قواعد ، ثم يجمع هذه القواعد فى أفكار(٢٢١) .

وهكذا يحل المنهج الاستقرائى محل المنهج الاستنتاجى(٢٢٢) ، فتصاغ الافكار القانونية بما يناسب الحياة الاجتماعية ، ولا يطلب من الحياة ان تنكمش وتتضاءل وتعانى من سوء النمو لتناسب الافكار القديمة .

١٢٠ ــ مجابهة مشاكل القانون :

كيف يعالج فقه المصالح تفسير القانون وتطبيقه فى الاحوال العادية ، ثم كيف يجابه المشاكل الثلاث التى تعترض حياة القانون : مشكلة الثغرات ، والحاجة الى الملاءمه ، والحاجة الى التطوير ؟

تلجأ المدرسة التقليدية فى تطبيق القانون الى القياس المنطقى وتحجم عمدا عن تقييم المصالح . بيد أن الغالب فى الظروف العادية ان مجرد الادراج المنطقى للحالة الواقعية المتنازع عليها تحت حالة من الحالات النموذجية يحقق الحكمة من التشريع(٢٢٣) . غير أن التأكد من ذلك يتطلب من القاضى وفقا لمنهج المصالح أن يقوم بنشاط تقييمى ، فيقف على الموازنة بين المصالح التى نجمت عنها القاعدة القانونية فى الحالة النموذجية الواردة فى التشريع ،

= وما بعدها ، ص ١٩٢ ــ ١٩٣ ، وبنـاء الافكار وفقـه المصـالح ، ص ١٠٨ ، اينسروس ونيبردای ، القسم العام ، ص ٢١٣ وما بعدها ، أيضا :

Emilio Betti, **Teoria Generale della Interpretazione, Milano 1955,** Giuffrè, vol. II, p. 823 - 824.

(٢١٩) هيك ، فقه المصالح ، ص ٢٨ ، شتول ، الفكرة والتركيب فى نظرية فقه المصالح ، ص ٦٥ وص ٧٦ ، بومر ، أسس النظام القانونى المدنى ، ج ٢ المجلد الاول ، ص ٣١٠ ــ ١١ ٢، أيضـا :

Schoenke-Schrade, **Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl.,** Karlsruhe 1955, p. 27 - 28, Müller.

(٢٢٠) راجع القسم الاول مجلة مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ، ص ٦٩٥ .

(٢٢١) هيك ، فقـه المصالح ، ص ٢٨ .

(٢٢٢) هيك ، فقه المصالح ، ص ٢٩ .

(٢٢٣) هيك ، بناء الافكار وفقه المصالح ، ص ١٠٩ .

ثم يتأكد من أن الحالة الواقعية المطروحة على المحكمة تتضمن وضعا مماثلا لنوع المصالح التى عالجها المشرع ، اذ ذاك فقط يستطيع القاضى تطبيق التشريع(٢٢٤) . وبمعنى آخر ، لا يلجأ القاضى الى تقييم ذاتى للمصالح ، بل يعمد الى مقارنة وضع المصالح فى الحالة الواقعية بمثيله فى الحالة النموذجية Vergleichen der Interessenlage (٢٢٥) .

فمثلا ينظم المشرع الالمانى مسئولية حارس الحيوان فى المادة ٨٣٣ مدنى ، بناء على فكرة الحراسة وبصرف النظر عن اثبات الخطأ . ما ذا لو اصيب راكب بالمجان من فعل حيوان يجر العربة التى يركبها ، هل يلتزم حارس الحيوان بكفالة سلامة ضيوفه ويتحمل دفع التعويض ولو لم يثبت فى جانبه اهمال ، فتنقلب خدمة الغير وبالا على صانع المعروف ؟ استخدمت محكمة الرايش فى بداية الامر القياس المنطقى : قالت فى حكم شهير سنة ١٩٠٣ ان الحارس يسأل عن الضرر الناجم عن فعل الحيوان (مقدمة كبرى) ، فاذا كان ما أصاب الراكب بالمجان من ضرر قد ترتب على فعل الحيوان (مقدمة صغرى) ، سئل الحارس عن الضرر (نتيجة) (٢٢٦) . وقد تعرض هذا الحكم لهجوم مركز ، لتغاضى المحكمة عن اعتبارات العدالة . لذا سرعان ما عدلت عنه فى حكمين متتابعين سنة ١٩٠٧ و ١٩٠٨ ، حيث استعانت لتفادى هذه النتيجة الظالمة بطريقة الاستنتاج الظاهرى ، أى وصلت سلفا الى الحل المبتغى ثم بحثت له عن سند من القانون . قالت ان هناك شرط اعفاء ضمنى من المسئولية المفترضة بين حارس الحيوان والراكب بالمجان ، بحيث تعود العلاقة بينهما الى وضعها الطبيعى ، ويتعين اثبات الخطأ لانشغال المسئولية المدنية(٢٢٧). ولا يحتاج منهج المصالح الى مثل هذا الطريق الملتوى ، ذلك أن الحالة الواقعية وهى المسئولية تجاه الضيف ، تختلف عن الحالة النموذجية وهى المسئولية تجاه الغير . فالمشرع اراد حماية الناس من الوقوع ضحية نشاط ضار دون أيما جريرة ارتكبوها ، ولم يكن فى ذهنه أولئك الاشخاص الذين يلجأون طواعية الى مجال الاخطار للاستفادة من خدماته بلا مقابل . فلا تتوافر هنا الحكمة من التشريع ، ولا ينطبق الحكم القانونى لاختلاف وضع المصالح (٢٢٨) .

---

(٢٢٤) هيك ، مشكلة اكتساب القاعدة القانونية ، ص ٣٥ ، روملين ، التقلبات التى عاصرناها ، ص ٢٦ ، شتول ، الفكرة والتركيب فى نظرية فقه المصالح ، ص ٦٩ ، كوينج ، مبادىء فلسفة القانون ، السابق ، ص ٢٦٩ ، بومر ، أسس النظام القانونى المدنى ، جـ ٢ المجلد الاول ، ص ١٩٥ وما بعدها .

(٢٢٥) مولر ايرتسباخ ، الاحساس أم العقل مصدر القانون ؟ ، ص ١٣ .

(٢٢٦) محكمة الرايش ٢٦ فبراير ١٩٠٣ ، مجموعة أحكام محكمة الرايش فى المواد المدنية ، جزء ٥٤ ص ٧٣ (٧٤) .

(٢٢٧) محكمة الرايش ١٨ مارس ١٩٠٧ ، مجموعة أحكام محكمة الرايش فى المواد المدنية ، جـ ٦٥ ص ٣١٣ (٣١٤ — ٣١٥) ، و ١٩ مارس ١٩٠٨ ، مجموعة أحكام محكمة الرايش فى المواد المدنية ، جـ ٦٧ ص ٤٣١ (٤٣٣) .

(٢٢٨) مولر ايرتسباخ ، الاحساس أم العقل مصدر القانون ؟ ، ص ١٥ — ١٦ .

ان فقه المصالح يعرف هو الاخر عملية الادراج ، غير أنها ليست منطقية استنتاجية ، بل هى غائية تقييمية (٢٢٩) .

وبعبارة اخرى ، ان الاحكام تدور مع حكمها — لا مع عللهـا — وجودا وعـدما .

ان الحكمة من التشريع كالشعلة من المصباح ، فتطبيق تشريع لا يفيد كتشغيل مصباح لايضيء ، قد يصلح للزينة فى أيام الاعياد ، لكن لا يسعف البشر فى شئون الحياة .

١٢١ — ومتى تحدد دور المفسر حيال النصوص التشريعية ، لم تعـد مهمته تختلف ازاء الثغرات القانونية . على القاضى اذا اكتشف ثغرة أن يلجأ الى القياس . ويتطلب القياس التماثل فى وضـع المصـالح Gleichheit der Interessenlage ، أى التشابه فى الحكمة لا فى العلة (٢٣٠) ، فيتعين مقارنة وضع المصالح فى الحالة الواقعيـة غير المنصوص عليها بمثيله فى الحالة النموذجية الواردة فى التشريع .

وقد يستعين القياس بحكم منفرد (القياس التشريعى Gesetzesanalogie) كالمـادة ٤٢٩ من القانون التجارى الالمـانى ، وهى تلقى على عاتق الناقل البرى التزاما بضمان البضاعة من التلف والهلاك ، ما لم يثبت أن الضرر لا يرجع الى اهماله . والحكمة من هذا النص اعفـاء المضرور من عبء الاثبات ، وهو عبء ثقيل فى النقل ما دام المرسل يتجرد عن البضاعة ويعجز عن متابعة سير العمل فى منشأة النقل ليقف على ما ولد الاضرار من أسباب. بينما تسهل هذه المهمة اذا تولاها الناقل،فهو أدرى بما يجرى داخل منشأته وأقدر على استخدام جيش أعوانه ليصل الى ما يكمن خلف الاحداث من أسرار . ويتكرر وضع المصالح هذا فى حالة غير منصوص عليها هى النقل الجوى ، فيه أيضا يتعذر على المرسل اثبات خطأ الناقل ، بينمـا يتسنى لهذا الاخير كشف النقاب ورفع الغموض . لذا يسرى حكم النقل البرى على النقل الجوى للتشابه القائم بين الحالتين فى وضع المصالح ، ويلتزم الناقل الجوى بضمان البضاعة من التلف والهلاك (٢٣١) .

---

(٢٢٩) شتول ، الفكرة والتركيب فى نظرية فقه المصالح ، ص ٧٠ .

(٢٣٠) هيك ، مشكلة اكتساب القاعدة القانونية ، ص ٣١ ، وتفسير القانون وفقه المصالح ، فى أرشيف التطبيق المدنى ١٩١٤ ، ص ١٩٤ — ١٩٥ ، وبنـاء الافكار وفقه المصـالح ، ص ١٠٩ — ١١٠ ، وفقه المصالح ، ص ٢٠ وما بعدها ، روملين ، التقلبات التى عاصرناها ، ص ٣٦ ، شتول ، الفكرة والتركيب فى نظرية فقه المصالح ، ص ٦٨ .

(٢٣١) **Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., Mannheim Berlin und Leipzig 1930 ss., Bensheimer, Bd. V, T. II, Anm. 10 zu § 425 p. 1139; Koenige, Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., Bd. I, Berlin 1936, Weid man, Anm. 1 zu § 425 p. 273; Koffka-Bodenstein-Koffka, Luftverkehrsgesetz und Warschauerabkommen, Berlin 1937, Verlag für Sozialpolitik, Wirtschaft und Statistik, p. 131; Hans-Jürgens Abraham, Der Luftbeförderungsvertrag, Stuttgart 1955, Enke, p. 6, ders., Die Grade des Verschuldens des Luftfrachtführers, in : IV Zeitschrift für Luftrecht 1955 p. 255 (257).**

١٢٢ — وقد يتحقق القياس باعمال عدة أحكام تعالج مسائل مختلفة (القياس القانونى (Rechtsanalogie) فيتعين تشابه الحالات التى يستعين بها المفسر سواء فى وضع الاصالح أو فى الحل التشريعى . ومن أشهر الامثلة فى هذا الصدد تبلور فكرة « الخلل فى التنفيذ Leistungsstörungen» ، فهى تسلط الاضواء على ملء الثغرات بالقياس القانونى ، وتوضح فى جلاء بناء الافكار وفقا لمنهج المصالح . ذلك أن القانون المدنى الالمانى لا يعرف فكرة « عدم تنفيذ » الالتزام العقدى ، بل يجعل المدين مسئولا عن استحالة التنفيذ أو التأخير بخطئه (المادتان ٢٨٠ و ٢٨٦) . لكن يحدث احيانا أن يلحق الدائن ضرر لايرجع الى استحالة أو تأخير ، كما هو الشأن فى سوء التنفيذ . كأن يسلم البائع فى الميعاد حيوانات مريضة تنتقل عدواها الى ماشية المشترى وتصيبه بأضرار . هذه حالة لا تغطيها النصوص المتعلقة بالاستحالة أو التأخير . انها ثغرة قانونية ، تبحث عن حل اجتهادى . ويتبين بفحص وضع المصالح فى الحالتين النموذجيتين الاستحالة والتأخير ، أن الحكمة من تحميل المدين المسئولية عنهما ليست الاستحالة والتأخيرفى حد ذاتهما بل عدم التنفيذ الخاطىء die schuldhafte Nichterfüllung .

ويؤدى القياس القانونى الى تعميم الحكم التشريعى على كافة الحالات الاخرى التى تتوافر فيها الحكمة أى يرجع الضرر الى خطأ المدين (٢٣٢) .

---

(٢٣٢) فى هذا المعنى الفقه الغالب :

Enneccerus-Lehmann, **Schuldverhältnisse,** 14. Aufl., Tübingen 1954, Mohr, p. 228; — **Ernst Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung,** in : Festgabe für Krüger, Berlin 1911, Weidmannsche Buchhandlung, p. 279; **Franz Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB,** München und Leipzig 1929, Duncker und Humblot, p. 542; Paul Oertmann, **Bürgerliches Gesetzbuch,** Bd. II, 5. Aufl., Berlin 1928, Heymann, Bem. III zu § 280 p. 180; Heinrich Titze, **Schuldverhältnisse,** 4. Aufl., Berlin 1948, Springer, p. 97; Justus Hedemann, **Schuldrecht,** 3. Aufl., Berlin 1949, de Gruyter, p. 115; Arwed Blomeyer, **Allgemeines Schuldrecht,** Berlin 1953, Vahlen, p. 176; Karl Larenz, **Schuldrecht,** Bd. I, München und Berlin 1953, Beck, p. 207; Palandt-Danckelmann, **BGB,** 17. Aufl., München und Berlin 1957, Beck, Bem. 7 a zu § 276.

وكذلك القضاء : محكمة الرايش فى ٢٩ نوفمبر ١٩٢٢ ، مجموعة أحكام محكمة الرايش فى المواد المدنية جزء ١٠٦ ص ٢٢ (٢٦) . أيضا : المحكمة الاتحادية فى ١٣ نوفمبر ١٩٥٣ ، مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية فى المواد المدنية جزء ١١ ص ٨٠ (٨٣) :

«... Jede schuldhafte Leistungsstörung begründet eine Pflichtverletzung. Diese in Rechtslehre und Rechtsprechung allgemein anerkannte Rechtssatz ist auch ohne ausdrücklichen Ausspruch als Gesetzesinhalt anzusehen; er ergibt sich zumindest aus der rechtsähnlichen Anwendung der Bestimmungen über die Folgen der verschuldeten Unmöglichkeit und des Verzuges (vgl. §§ 280, 286, 325, 326 BGB).

وقد أطلق على هذه الحالات الاخرى « الخرق الايجـــابى للعقـد positive Vertragsverletzung » بالمقابلة مع استحـــالة التنفيذ حيث الخرق سلبى محض (٢٣٣) .

وهكذا نهج الفقه الاستقراء وفحص المصالح المتنازعة ، اذ صعد من التنفيذ الخاطىء الى التزام التعويض أى من مصالح الحياة الى القواعد القانونية . فتواجدت افكار ثلاث الاستحالة والتأخير والخرق الايجـابى للعقد ، قاسمها المشترك انها ترجع الى الخطأ وترتب المسئوليـة ، أى تتشابه فى وضع المصالح وفى الحكم القانونى . اذ ذاك شرع فقه المصالح فى جمع هذه الافكار الجزئية تحت لواء فكرة عليا تضم حالات المسئولية ، عرفت باسم « الخلل فى التنفيـــذ Leistungsstörungen » أعلنها هاينريش شتول أحد رواد المصـــالح ، ثم تبعه الفقه وجاراه القضاء (٢٣٤) .

نحن اذن أمام منهج واقعى فى العمل ، يبدأ بالمصـــالح ، ليصعد الى القواعد ، ثم الى الافكار العامة ، أى يرسى أولا أساس الهرم ، ثم يضـــع طوابقه حتى القمة .

---

(٢٣٣) أذاع هـــذا الاصطلاح الفقيه شتاوب :

Hermann Staub, **Die Positiven Vertragsverletzungen** (1902), Berlin 1904, Guttentag.

وقد جاراه الفقـــه :

Heinrich Stoll, **Vertrag und Unrecht**, 3. Aufl., von Wilhelm Felgentraeger, Tübingen 1943, Mohr, p. 175; Walter Erman, **Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Münster Westf. 1952, Aschendorf, Bem. 7 b zu § 276; Blomeyer, **op. cit.**, p. 175; Palandt-Danckelmann, 17. Aufl., Bem. 7 c zu § 276; Larenz, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, p. 281.

وكذلك القضاء : المحكمة الاتحادية فى ١٣ نوفمبر ١٩٥٣ ، مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية فى المواد المدنية جزء ١١ ص ٨٣ .

(٢٣٤) Stoll, **Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung**, in : Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 136, p. 257 (287 ss.) ders., **Die Lehre von den Leistungsstörungen** (=Schriften der Akademie für Deutsches Recht), Tübingen 1936, Mohr, p. 10, p. 27 ss.

Schlegelberger = Vogels = Weitnauer, **Bürgerliches Gesetzbuch**, Bd. II, Berlin 1939, Vahlen, Vorbem. 4 vor § 275; Staudinger-Weber, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 10. Aufl., Bd. II, Einleitung, no. 475 ss.; Joseph Esser, **Lehrbuch des Schuldrechts**, Karlsruhe 1949, Müller, p. 134; Hedemann, **op. cit.**, p. 94 ss.; Erman, **op. cit.**, Vorbem. vor § 275 p. 332; Erich Molitor, **Schuldrecht, Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., München und Berlin 1955, Beck, p. 51; Palandt-Danckelmann, 17. Aufl., Vorbem. vor § 275; Larenz, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, p. 281.

وأنظر فى القضاء : المحكمة الاتحادية فى ١٣ نوفمبر ١٩٥٣ ، الحكم السابق .

بعكس سافينى حيث بدأ من القمة عند الفكرة القانونية ، ثم استنتج القواعد مستعينا بسلسلة من القياسات المنطقية(٢٣٥) .

فالمنهج التقليدى هرم معلق فى الهواء ، بينما منهج المصالح بنـــاء مرتكز على الصخور ... الاول هابط من وحى الخيال ، والثانى نابع من جذر الحيـــــــاة .

١٢٣ ــ بقيت الحاجة الى الملاءمة والحاجة الى التطوير ، وهما أمران متداخلان ذلك أن تطوير القانون يعنى ملاءمته للظروف الجديدة . ما الحل اذا تواجدت حالة واقعية تندرج فيما يبدو تحت قاعدة قانونية ، لكن تؤدى الى التناقض بين المضمون الظاهر للخطاب الوارد فى التشريع وبين حاجات الحياة المعترف بها عادة فى القانون ، كما هو الشأن فى أثر الظروف الطارئة على القوة الملزمة للعقود ؟ هنا تكمن ثغرة حكمية unechte Lücke وفقـــا لتعبير الفقيـــه « تسيتلمان Zitelmann» ، اذ يبـــدو للوهلة الاولى انه لا توجد ثغرة ، مادام ادراج الحالة الواقعية تحت حالة نموذجية مستطاع ميكانيكيا . بيد أن تطبيق القاعدة المجردة على الحالة الواقعية المتنازع عليها يؤدى الى نتائج ظالمة . هذه الحالات الصعبة اذا كانت شاذة ونادرة تدخل فى اطار الحاجة الى الملاءمة ، أما اذا تولدت عن ظروف جديدة فهى تتصل مباشرة بالحاجة الى التطوير (٢٣٦) .

ويتعين على القاضى طبقا لفقه المصالح أن يتدخل لتصحيح الخطـــــاب التشريعى Gebotsberichtigung ، لا معتمدا على احساسه الذاتى ، بل مستوحيا روح القانون . لكن يقتصر هذا النشاط على حالات الضرورة القصوى ، حينما تلح مصالح المجتمع ، ولا تتأثر اعتبارات الطمأنينة (٢٣٧) .

ويقول هيك لو أن ضابطا فى المعركة صدرت اليه الاوامر بضرب موقع للعدو ، والاستمرار فى قصفه حتى تصدر تعليمات جديدة ، ثم كان أن هرب العدو من الموقع ودخله جيش حليف ، هل يستمر الضابط فى قصف الموقع معتمدا على الاوامر السابقة (٢٣٨) ؟

---

(٢٣٥) راجع القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ، ص ٦٩٥ .

(٢٣٦) راجع القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ، ص ٦٦٣ ومابعدها .

(٢٣٧) هيك ، تفسير القانون وفقه المصالح ، فى أرشيف التطبيق المدنى ١٩١٤ ، ص ٢٠٠ ــ ٢٠١ وص ٢٠٦ ، وبناء الافكار وفقه المصالح ، ص ١١١ ، شتول ، الفكرة والتركيب فى نظرية فقه المصالح ، ص ٦٨ ، وأنظر أيضا حوليات يرنج لدوجماتية القانون المدنى جزء ٧٦ ص ١٨٧ ، اينسروس ونيبردای ، السابق ، ص ٢١٣ ــ ٢١٤ .

فلا يجوز للقاضى مثلا أن يحكم برشد الصبى لمجرد أنه ناضج وقادر على تسيير أموره . شتول ، فى حوليات يرنج لدوجماتية القانون المدنى جزء ٧٦ ص ١٨٧ .

(٢٣٨) هيك ، فى أرشيف التطبيق المدنى ١٩١٤ ، ص ٢٠٢ .

ويسوق رايشل مثلا آخر من الحياة اليومية : لو أن السيد نبه على خادمه بضرورة تدفئة الغرفة كل يوم بلا انقطاع ، هل يستمر الخادم فى التدفئة حتى لو تصـــادف يوم غير عادى ارتفعت فيه درجة الحرارة الى حد يزهق الانفس ؟

Hans Reichel, **Gesetz und Richterspruch**, Zürich 1915, Füssli, p. 135 ss.

ولا يعنى هذا أن القاضى يعدل التشريع . مثل هذه الفكرة تخلط بين الشرع واللفظ وتمزج بين المضمون والمكتوب . ذلك أن القاضى يقتصر على تصحيح الخطاب التشريعى ، فيتخير القاعدة التى كان المشرع لينص عليها لو أنه توقع الحالات الشاذة أو توسم الظروف الجديدة . هذا الواجب يقع على عاتق القاضى نتيجة لالتزامه بالخضوع الواعى للقانون (٢٣٩) . فالحادم يجب أن ينفذ تعاليم سيده بطريقة تحقق مصالح هذا الاخير (٢٤٠) . ثم ان القاضى يخضع لمشرع الزمن الحاضر لا لحكام العصور الغابرة ، لذا تحيل المـــادة الاولى من القانون المدنى السويسرى الى القاعدة التى كان القاضى ليأخذ بها لو أنه صار مشرعا (٢٤١) . واخيرا فلا ينحصر واجب القـــاضى فى تطبيق نص منعزل ، بل يمتد هذا الواجب الى مراعاة كافة المصـــالح التى يحميها عادة القانون Maxime der Generalbeobachtung (٢٤٢) .

وسنورد أمثلة بعد قليل لكيفية الملاءمة والتطوير .

١٢٤ ــ بقيت مسألة أخيرة تحتاج الى مزيد من الايضـــاح لاستكمال منهج المصالح .

قلنا ان على القاضى أن يفحص وضع المصالح ، فيقيم ويوازن ويرجح . لكن من أين يأتى بمعايير المفاضلة بين المصالح المتنازعة ؟

لقد ظن بعض النقاد أن هذه نقطة الضعف فى المنهج القانونى الجديد ، اذ لم تضع مدرسة المصالح معايير محددة يستعين بها القاضى فى التقييم والترجيح (٢٤٣) . غير أن هيك واتباعه يجيبون بحق أن مدرسة المصـــالح

---

(٢٣٩) رومان ، التقلبات التى عاصرناها ، ص ٤٣ .

(٢٤٠) هيك ، فى أرشيف التطبيق العملى ١٩١٤ ، ص ١٩ ــ ٢٠ .

(٢٤١) رومان ، التقلبات التى عاصرناها ، ص ٤٤ وص ٤٨ وما بعدها ، هيك ، فقـــه المصالح ، ص ٢٠ ــ ٢١ .

(٢٤٢) شتول ، فى حوليات يرنج لدوجماتية القانون المدنى جزء ٧٦ ص ١٨٣ ، هيـــك ، فقه المصالح ، ص ٢٠ .

(٢٤٣) A. Manigk, **Savigny und der Modernismus im Recht,** Berlin 1914, Vahlen, p. 230-231; ders., **Interessenjurisprudenz,** in : Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, von Stier-Somlo und Elfter, Berlin und Leipzig 1928, de Gruyter, Bd. III, p. 309 (314 kol. 1); Rudolf Stammler, **Theorie der Rechtswissenschaft,** 2. Aufl., Halle 1923, Buchhandlung des Waisenhauses, p. 447; Arthur Baumgarten, **Rechtsphilosophie,** München und Berlin 1929, Oldenburg, p. 18; Isay, in : 137 Archiv für die civilistische Praxis 1933, p. 39; Renato Treves, **Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto,** in : XIII Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 1933, p. 545 (554-555); Giuseppe Bettiol, **Guirisprudenza degli interessi e diritto penale,** in : X Rivista Italiana di Diritto Penale 1938,

لا تحتوى على فلسفة ، عامة كانت أم قانونية ، بل هى مجرد منهج يريد أن يخدم أهداف القانون ويحدد خطوات القاضى نحو حل القضايا العملية (٢٤٤) . فهى مدرسة غائية وواقعية أو اجتماعية (٢٤٥) ، كما يمكن أن تسمى أيضا المدرسة التقييمية (٢٤٦) . لكن من حيث كونها منهجا فى خدمة أهداف القانون لا تستطيع أن تضع بنفسها معايير التقييم والترجيح (٢٤٧) . هى لا ترغب فى التحول الى فلسفة حتى لا يتعلق مصيرها بما تشيده من أفكار ، فتتعرض للسقوط مع تصدع القيم ، وتعرقل التطور نظرا لثبات المعايير (٢٤٨) .

ان القاضى فى منهج المصالح يجب ألا يركن الى الوجدان ، بل يلزم أن يبحث عما هو موضوعى (٢٤٩) ، لذا يلجأ الى مراتب التقييم فى المجتمع الذى يطبق قانونه (٢٥٠) . من هنا قدرة منهج المصالح على العمل فى كافة المجتمعات أيا كان المناخ التاريخى ومهما اختلف النظام السياسى (٢٥١) .

ان الشروع فى وضع قيم ثابتة دائمة صالحة للتطبيق فى كل زمان ومكان ، هو من قبيل التسليم بوجود قانون طبيعى لا يتبدل ولا يتغير مع البلدان والايام ، فى حين أن القيم عابرة والنظم غابرة .

---

p. 385 (394); Wilhelm Sauer, **Juristische Methodenlehre**, Stuttgart 1940, Enke, p. 590; Antonio Hernandez-Gil, **Metodologia del Derecho**, Madrid 1945, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 284 ss.; Giuseppe Bettiol, **Diritto Penale, Parte Generale**, Palermo 1945, Priulla, p. 40; Rodolfo Sacco, **Il Concetto di Interpretazione del Diritto**, Torino 1947, Giappichelli, p. 46; Francesco Olgiati, **Il Concetto di Giuridicità nella Scienza del Diritto 2a ed.**, Milano 1950, Società Editrice « Vita e Pensiero », p. 419; Luigi Caiani, **I Giudizi di Valore nell Interpretazione Giuridica**, Padova 1954, Cedam, p. 64 note.

سليمان مرقس ، نظرية وضع المصالح فى كتاب الدكتور ثروت أنيس الاسيوطى ، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٦١ ص ١٧٣ (١٨٦ — ١٨٧) . وانظر أيضا : جينى ، منهج التفسير والمصادر ، ج ٢ ، نبذة ٢٢٠ ص ٣٩٥ .

(٢٤٤) هيك ، فقه المصالح ، ص ٧ .

(٢٤٥) هيك ، فقه المصالح ، ص ٩ .

(٢٤٦) شتول ، الفكرة والتركيب فى نظرية فقه المصالح ، ص ٦٧ هامش ١ .

(٢٤٧) مولر ايرتسباخ ، الاحساس أم العقل كمصدر للقانون ؟ ، ص ٢٤ ، هيك ، فقه المصالح ، ص ٧ — ٨ ، فاز سيرا ، المرجع السابق ص ١٠٣ ، بومر ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ .

(٢٤٨) فاز سيرا ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ .

(٢٤٩) شتول ، الفكرة والتركيب فى نظرية فقه المصالح ، ص ٧٤ — ٧٥ .

(٢٥٠) روملين ، عدالة الملاءمة فى القانون ، ص ٤٢ ، والتقلبات التى عاصرناها ، ص ٣٦ . فاز سيرا ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ .

(٢٥١) وقد ظن البعض أن هذا وجه نقص : هيرناندير جيل ، المنهج القانونى ، ص ٢٨٨ ، ميشيل فيلى ، دروس فى تاريخ فلسفة القانون ، باريس ١٩٥٧ ، دالوز ، ص ٨٣ .

ان منهج تحليل المصالح يستعير من المجتمع الذى يعمل فيـــه معـــايير التقييم السائدة .

وقد وضع العميد « باوند Pound » بعد أن انضم الى المنهج الجديد قائمة بالمصالح المحمية فى ظل المجتمع الرأسمالى (٢٥٢) .

وسنرى فيما بعد أسس المفاضلة والترجيح بين المصالح العامة والخاصة فى كنف المجتمع الاشتراكى .

هذا وقد حظى منهج المصالح تدريجيا بتأييد غالبية الفقهاء ، كما دخل فى هدوء مرحلة التطبيق العملى من خلال أحكام القضاء (٢٥٣) .

---

(٢٥٢) ما يلى نبـــذة ١٤٧ .

(٢٥٣) فى هذا المعنى : هيرنانديز جيل ، المنهج القانونى ، ص ٢٧١ وص ٢٨٤ ، ايسر ، المدخل الى الافكار الاساسية فى القانون والدولة ، فينا ١٩٤٩ ، دار شبرينجر ، ص ٨٩ ، لارينتس ، نظرية المنهج فى علم القانون ، ص ٥٨ وعلى الاخص ص ١٢٣ وما بعدها .

ومن أنصار منهج المصالح فى ألمانيا : هاينريش ليمان ، القسم العام من القانون المدنى ، الطبعـــة السادسة ، برلين ١٩٤٩ ، دار دى جرويتر ، ص ٣٨ — ٣٩ ، هيلمـــوت كوينج ، مبادىء فلسفة القانون ، برلين ١٩٥٠ ، دار دى جرويتر ، ص ٢٦٥ وما بعدها ، جوستاف بومر ، أسس النظام القانونى المدنى ، جزء ٢ المجلد الاول ، توبنجن ١٩٥١ ، دار مـــور ، ص ١٩٠ وما بعدها ، اينسروس ونيبردای ، القسم العام من القانون المدنى ، الطبعة ١٤ ، توبنجن ١٩٥٢ ، دار مور ، ص ٢١٣ وما بعدها ، شونكه وشرادى ، المدخل الى علم القانون ، الطبعة السادسة ، كارلسرو ١٩٥٥ ، دار مولر ، ص ٢٧ .

وانظر كذلك الفقهاء المذكورين فى : لارينتس ، نظرية المنهج فى علم القانون ، السـابق ، ص ١٢٣ وما بعـدها .

ويقترب من منهج المصالح الفقهاء الآتون : هانز رايشل ، التشريع وحكم القاضى ، زيوريخ ١٩١٥ ، دار فيسلى ، على الاخص ص ١٣٥ وما بعدها ، أويجن هوبر ، القانون وتحقيق القانون ، الطبعة الثانية ، بازل ١٩٢٥ ، دار هيابينج وليشتنبان ، ص ٥٤ و ص ٨٢ و ص ٣٨٦ — ٣٨٧ ، شتاودينجر وبريندل ، تعليقـــات على القـــانون المـــدنى ، ج ١ ، الطبعة العاشرة ، برلين ١٩٤٢ ، دار شفايتسر ، المقدمة نبذة ٧٤ ص ٤٤ ، بارتولوميتشـــيك ، فن تفسير التشريع ، فرانكفورت ١٩٥١ ، دار كومنتاتور ، ص ٤٧ وما بعدها ، فيلهيلم زاور ، المدخل الى فلسفة القانون ، برلين ١٩٥٤ ، دار دونكير وهومبلوت ، ص ١٢ وما بعدها ، تعليقات مستشارى محكمة الرايش على القانون المدنى ، الطبعة ١١ ، ج ١ ، برلين ١٩٥٩ ، دار دى جرويتر ، المقدمة ، نبذة ٢٠ ص ١٢ .

ويقترب أيضا من منهج المصالح فقهاء مدرسة « كيل » ، على الاخص : يوليوس بيندر ، ملاحظات حول الصراع المنهجى فى علم القانون الخاص ، فى مجلة القانون التجارى والافلاس ١٩٣٤ ، ص ٥٧ وما بعدها ، كارل لارينتس ، حـــول الموضوع والمنهج فى الفكر القـــانونى الشعبى ، برلين ١٩٣٨ ، دار يونكر ودونهاوبت ، ص ٣٣ وما بعدها و ص ٤١ .

وكل المراجع السابقة باللغة الالمانية .

وكان لفقه المصالح تأثير عميق فى ايطاليا وبصفة خاصة على مؤلفات الفقيه الكبير فرانشيسكو كارنيلوتى . وهو يتحدث عن « مدرسة ايطالية للقانون » بنت الافكار فى ضوء المصالح . أنظر : كارنيلوتى ، المدرسة الايطالية للقانون ، فى مجلة الاجراءات المدنية ١٩٣٦ ص ٣ (١٠) ، أيضا : المؤلف نفسه ، المدخل الى دراسة القانون ، روما ١٩٤٣ ، فورو ايطاليانو ، ص ٧٢ وما بعدها ، والنظرية العامة للقانون ، الطبعـــة الثانية ، روما ١٩٤٦ ، فورو ايطاليانو ، ص ٩ وما بعدها و ص ٣٦١ وما بعدها ، كذلك : أرتورو سانتورو ، علم القانون والواقع ،

١٢٥ ــ الملكية حق مقيد :

ماذا حدث للافكار الرأسمالية الجامدة التى حكمت القرن التاسع عشر : الملكية حق مطلق والعقد شريعة المتعاقدين ولا مسئولية بدون خطأ ؟

شرع القضاء ــ صراحة أحيانا ــ يقيم المصالح المتنازعة ويوازن بينها ويرجح بعضها ، فى ضوء المعايير المستجدة فى مجتمع رأسمالى متطور ، دفعته عجلة الأحداث الى اعادة نظر شاملة فى القيم والنظم السائدة ، اذا ما رغب فى الافلات من الدمار وتوقى الانهيار التام .

عاون القضاء على ذلك احتواء المجموعة المدنية على أفكار قانونية عامة غير محددة المضمون ، مثل حسن النية Treu und Glauben (المادة ٢٤٢) ، وحسن الاداب die guten Sitten (المادة ١٣٨) ، وعدالة الملاءمة die Billigkeit (المادة ٣١٥) ، وكلها منافذ أمان فتحت الباب على مصراعيه أمام اجتهاد القاضى (٢٥٤) .

وتوالت أحكام القضاء تغير من جوهر النصوص ، فلم تعد الملكية حقا مطلقا ولا بات العقد شريعة المتعاقدين ، وارتضت الرأسمالية الالمانية الحلول القضائية الحازمة ، لاحساسها بعدم جدوى المبادىء التقليدية الصارمة .

تشبثت الرأسمالية فيما مضى بكافة المزايا والمغانم ، فأوشكت سفينتها على الغرق من فرط ما حملت من أثقال ، وتعين تخفيف الحمولة لامكان استئناف المسيرة .

فى المجلة الايطالية للقانون الجنائى ١٩٣٦ ص ٥٢٩ وما بعدها ، جاكومو ديليتالا ، فى المجلة نفسها ١٩٣٦ ص ٥٣٦ ، ايميليو بيتى ، النظرية العامة فى التفسير ، ج ٢ ميلانو ١٩٥٥ ، دار جوفرى ، ص ٨١٧ وما بعدها . قرب أيضا : دينو باسينى ، الحياة والشكل فى الواقع القانونى ، ميلانو ١٩٦٤ ، دار جوفرى ، ص ١٢٩ وما بعدها و ص ١٣٧ وما بعدها ، وكلها مراجع باللغة الايطالية .

وانظر أيضا فى تحليل مناهج الفقه الايطالى الحديث : فتحى والى ، مناهج البحث فى قانون المرافعات القاهرة ١٩٦٧ ، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والاحصاء والتشريع .

وفى البرتغال ، حظى منهج المصالح بتأييد الفقيه الكبير أدريانو بايس دا سيلفا فاز سيرا ، القيمة العملية للافكار والتركيب القانونى ، منشور فى مجموعة أسبانية عن الدراسات القانونية البرتغالية ، مدريد ١٩٤٥ ، دار هيسبانيكا ، ص ٨٨ وما بعدها و ص ٩٩ وما بعدها .

وفى أسبانيا ، انضم الى منهج المصالح الفقهاء جيرونيمو جونزاليز ودى دييجو وبيريزجونزاليز وكوسيو ، راجع بالنسبة اليهم هيرناندير جيل ، المنهج القانونى (باللغة الاسبانية) ، مدريد ١٩٤٥ ، دار نشر مجلة القانون الخاص ، ص ٢٧٢ .

(٢٥٤) روملين ، التقلبات التى عاصرناها ، ص ٣٥ .

لقد صيغت المجموعة المدنية على يد الدكاترة الاساتذة ، من سدنة المعبد البنديكتى القائم على أعمدة رومانية . فأوردت المـادة ٩٠٣ مفهوم الرومان فى أن الملكية سلطنة لشخص على شىء ، وناسب هذا المفهوم الطبقـات الحاكمة من اقطاع وبرجوازية ، فى ظل بناء اقتصادى يرفع علم الليبرالية . وغدت القيود التشريعية استثناءات من مبدأ السلطنة ؛ ولم تعتبر حدودا طبيعية لصيقة بجوهر الملكية .

على أن هذا التصوير المطلق لحق الملكية كان نظريا اكثر منه واقعيا ، وأمسى فكرة بالية فى حاجة الى تطوير ، مع دخول القانون المدنى نفسـه فى حيز التطبيق . ذلك أن تفاعل الاحداث فى القرن التاسع عشر اثبت أن تركيز الارض ووسائل الانتاج الاخرى فى أيد قليلة يولد سلطة هائلة سرعان ما تتحول الى قوة غاشمة . لذا تعين أن ترد على الملكية حدود وقيود ، برزت فى وضوح منذ الحرب العالميـــة الاولى ، تحت ضغط الازمات الاقتصادية المتعاقبة . ثم نادت الاشتراكية الوطنيـــة فى الفترة ما بين الحربين بأن « المنفعة العامة فوق المنفعة الخاصة **«Gemeinnutz geht vor Eigennutz»**

وعرفت الملكية تضييقا مستمرا فى مجال سلطنتها ، اذ تدخل المشرع فى علاقات الافراد فمد العقود وحدد الاجور وراقب الاسعار ، بعـد أن تفاقمت المحنة على اثر الحرب العالمية الثانية ، وخربت مدن بأسرها بما تحوى من مصانع ومنـــازل ، وأجبر الملايين على ترك الديار وهجر الاوطان ، وتاهوا فى بادية الحياة بلا مأوى ولا عمل ولا أمل .

كانت الملكية مثل المنطاد المنتفخ الذى يجوب الافاق فوق رءوس العباد ، حينما يفقد تدريجيا ما به من غازات ، فينكمش ويتضاءل ولا يقوى على الطير فيحط الرحال على أرض الحقيقة فى تواضع واستسلام .

لقد تطورت فكرة الملكية من حق مطلق بلا حدود الى حق مقيد اجتماعيا كما ورد فى دستور فايمر (٢٥٥) ، وأمسى المـالك يستمتع بحقوق ويتحمل أيضا التزامات ، ويتقبل أعباء مختلفة تتفق ومصالح الغير أو تقتضيهـــا مصلحة الجماعة (٢٥٦) .

---

(٢٥٥) ذكرت المادة ١٥٣ فقرة ثالثة من دستور فايمر أن الملكية تولد التزامات ، واستعمالها يجب أن يكون فى خدمة المصلحة العـامة :

«Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste».

(٢٥٦) راجع فى كل ذلك :

Staudinger-Seufert, Kommentar zum BGB, Bd. III :
Teil I, 11. Aufl., Berlin 1956, Schweitzer, Vorbem. 1 ss. vor § 903 p. 348 ss.; RGRK, BGB, 11. Aufl., Bd. III, Teil I, Berlin 1959, de Gruyter, Anm. 1, 2, 3, vor §903 p. 299 - 300 - 301.

وقد عرضت على المحكمة الاتحادية سنة ١٩٥٢ قضية خاصة بلوائح ايجار الاماكن التى تجيز للادارة أن تستولى على المساكن الخالية وتؤجرها بمعرفتها ، كوسيلة حاسمة لحل أزمة الاسكان ومنع عسف الملاك ، بعد أن عم الدمار البلدان الالمانية . فرقت المحكمة الاتحادية فى هذا الحكم بين نزع الملكية الذى يصيب بعض الافراد على حدة ، وبين تقييد الملكية الذى يسرى على الكافة ، ووضعت مفهوما جديدا للملكية يجردها تماما من صبغتها المطلقة ويتيح القيود والحدود التى مهما بلغت من الجسامة فانها لا تدعو الى التعويض ، مادامت تسرى على الجميع بلا تمييز ، ولا تصطدم بمبدأ المساواة أمام القانون (٢٥٧) .

وهكذا قضى تماما على الفكرة القديمة فى اطلاق الملكية اذ لم تعد تساير المصالح الجماعية ، وغدا مضمون الملكية يتحدد وفقا للقانون ويتغير مع الظروف ، ولم تعد القيود استثناءات ترد على جوهر مطلق ، بل أمست لحمة جوهر بطبيعته مشروط ومحدود (٢٥٨) ، حتى قيل ان نظرية الحق فى حاجة الى المراجعة والتكملة بفكرة المركز القانونى (٢٥٩) .

١٢٦ — أضف الى ذلك نظرية اساءة استعمال الحق Rechtsmissbrauch أو الاستعمال غير المسموح للحق unzulässige Rechtsausübung التى ابتدعها القضاء الالمانى استنادا الى فكرة حسن النية (المادة ٢٤٢) ، وتحت تأثير آراء الفقه الفرنسى عن التعسف فى استعمال الحق (٢٦٠) ، وجعل منها القضاء الالمانى نظرية شاملة تمتد الى كافة المجالات القانونية فى الحقوق العينية وحقوق الشخصية وقانون الاسرة وقانون المرافعات والقانون العام (٢٦١) .

---

(٢٥٧) المحكمة الاتحادية الدائرة الكبرى فى المواد المدنية ١٠ يونيو ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية فى المواد المدنية جزء ٦ ص ٢٧١ (٢٨٠) :

Der Verstoss gegen den Gleichheitssatz kennzeichnet die Enteignung. Gerade um ihn wieder auszugleichen fordert die Enteignung eine diesen Ausgleich gewährleistende Entschädigung des Enteigneten, während die alle gleich treffende allgemeine inhaltliche Begrenzung des Eigentums keine Entschädigung fordert».

(٢٥٨) **RGRK, BGB,** Bd III Teil I, Anm. 5 vor §903 p. 301; Gustav Radbruch, **Rechtsphilosophie,** 5. Aufl., von Erik Wolf, Stuttgart 1956, Koehler, p. 242; Enneccerus-Kipp-Wolff, **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,** Bd. III, von Martin Wolff und Ludwig Raiser, 10 Aufl., Tübingen 1957, Mohr p. 172 - 174.

(٢٥٩) اينسروس وكيب وولف ، السابق ، ج ٣ ص ١٧٥ .

(٢٦٠) **Staudinger-Weber, BGB,** 10. Aufl., Anm. 493 zu §242 p. 317.

(٢٦١) **RGRK, BGB,** 11, Aufl., Bd. I Teil II, Berlin, 1960, de Gruyter, Anm. 126 ss. zu §242 p. 798 ss.

لم يتحدث القانون المدنى الالمانى عن الاستعمال غير المسموح للحق الا فى المادة ٢٢٦ حيث اشترط لاعتبار الاستعمال غير مسموح الا يكون له من هدف سوى الاضرار بالغير . والنص فى هذا القدر تطبيق للنظرية العامة فى المسئولية المدنية المبنية على فكرة الخطأ ، بل تطبيق ينحصر فى حالة الخطأ العمدى .

غير أن القضاء تلقف فكرة الاستعمال غير المسموح للحق ونقلها من النطاق الضيق الذى اراده لها المشرع المدنى فى المادة ٢٢٦ ، الى المجال الرحب لفكرة حسن النية ، حيث يتمتع القاضى بحرية كبيرة فى التقدير والتقييم . لذا قررت محكمة الرايش سنة ١٩٣٦ فى قضية متعلقة بسوء استعمال أحد الزوجين لحقوق الزوجية ، أن استعمال الحق يصير غير مسموح به اذا اصطدم بحسن النية (المادة ٢٤٢) أو حسن الآداب (المادة ٨٢٦) ، وقالت ان فكرة الاستعمال غير المسموح للحق تحل محل الفكرة القديمة فى سوء النية Arglist ، التى تأثرت بتعاليم فقهاء الشريعة العامة (٢٦٢) .

وأضافت المحكمة الاتحادية سنة ١٩٥١ فى حكم خاص باساءة استعمال موظف لوظيفته ، أن « كل حق يتحدد مضمونه فقط بقدر مايسمح به حسن النية وحسن الآداب » ، ورددت عبارة بلانيول فى أن الحق ينتهى حيث يبدأ التعسف (٢٦٣) .

على أن مستشارى المحكمة الاتحادية يحاولون الخروج بنظرية الاستعمال غير المسموح للحق من المجال التقليدى الذى انحصر فيه القضاء الفرنسى ، وهو اعتبار التعسف فى استعمال الحق تطبيقا لقواعد المسئولية التقصيرية

---

(٢٦٢) محكمة الرايش ٣٠ يوليو ١٩٣٦ ، مجموعة أحكام محكمة الرايش فى المواد المدنية جزء ١٥٢ ص ١٤٧ (١٥٠) :

« Von einer unzulässigen Rechtsausübung wird auch dann gesprochen, wenn sie gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§242) oder wenn sie gegen die guten Sitten verstösst (§826 BGB). Dieser neuere Sprachgebrauch tritt zum Teil an die Stelle dessen, was früher im Anschluss an die gemeinrechtliche Benennung als Einwand der allgemeinen oder gegenwärtigen Arglist bezeichnet zu werden pflegte».

(٢٦٣) المحكمة الاتحادية ١٢ يوليو ١٩٥١ ، مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية فى المواد المدنية جزء ٣ ص ٩٤ (١٠٣) .

« Jedes Recht geht seinem Inhalt nach nur so weit, wie die guten Sitten und Treu und Glauben dies gestatten. Der im französischen Recht geltende Satz : «Le droit cesse où l'abus commence» gilt auch im deutschen Recht».

(٢٦٤) ، الى مجال أوسع لا يتطلب توافر ركن الخطأ ، بل يكتفى بأن يكون استعمال الحق من الناحية الموضوعية objektiv مخالفا لحسن النية أو حسن الآداب (٢٦٥) .

هذا عن الملكية والحقوق بوجه عام ، تغير مفهومها القديم المطلق وتحدد لها مضمون جديد مقيد ، تحت ضغط الظروف الاجتماعية التى اجتاحت المانيا الغربية خلال القرن العشرين .

١٢٧ — تدخل القاضى فى العقود

وفى نطاق شريعة العقد رأينا كيف وضع بسمارك السكك الحديدية تحت سيطرة الدولة ونظم مسئولية آمرة وابطل شروط الاعفاء . لكن افلت من سلطانه قطاع الامبريالية البحرية حيث دأب القضاء على الاعتراف بشروط الاعفاء ، مع اطلاق أثرها بالنسبة الى أخطاء التابعين ، وقلب عبء الاثبات فى مجال الاخطاء الشخصية (٢٦٦) .

وقد صدر القانون المدنى الذى نفذ سنة ١٩٠٠ يجيز للمدين أن يعفى نفسه من المسئولية الناجمة عن الاخطاء الشخصية عدا العمدية (المادة ٢٧٦) ، بل يسمح له أن يتخلص من تبعة الاخطاء العمدية لتابعيه (المادة ٢٧٨) . وبهذا صارت القوانين الآمرة الصادرة أيام بسمارك استثناء من مبدأ عام يبيح الاعفاء من المسئولية .

وكانت البرجوازية الالمانية فى هذه الاثناء قد تحولت الى امبريالية عالمية . وقد تعرضت لهزة عنيفة خلال الحرب العالمية الاولى ، لكن سرعان ما افاقت منها بمعونة رأس المال الامريكى ابتداء من سنة ١٩٢٠ ، وعقد كبار رجال الاعمال فى المانيا اتفاقات ودية مع « الترست » الامريكية ، توجت بالتفاهم بين « هاريمان » ملك السكك الحديدية فى أمريكا ، و « هاباج » أعظم شركة ملاحة فى هامبورج (٢٦٧) . وسيطرت بالتالى الاحتكارات الرهيبة على الاسواق الداخلية والخارجية ، وتكونت « شروط تعامل عامة Allgemeine Geschäftsbedingungen » جرى على أساسها التعامل مع

---

(٢٦٤) ما سبق نبذة ٩٨ .

(٢٦٥) تعليقات مستشارى محكمة الرايش ، السابق ، الطبعة ١١ جزء ١ القسم الثانى ، التعليق ١٢٢ على المادة ٢٤٢ ص ٧٩٨ . وانظر ايضا حكم المحكمة الاتحادية فى ١٢ يوليو ١٩٥١ ، مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية فى المواد المدنية جزء ٣ ص ١٠٤ ، حيث جاء فيه : «Dabei muss es genügen, dass sich die Sittenwidrigkeit schon aus den Umständen ergibt».

(٢٦٦) راجع القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ، ص ٧٠٦ — ٧٠٧ .

(٢٦٧) شوكوف وآخرون ، تاريخ العالم (باللغة الالمانية) ، السابق ، برلين ١٩٦٦ جـ ٨ ص ١٤٢ — ١٤٣ .

الجمهور ، بحيث لم يعد أمام الفرد العادى سوى الاستسلام للشروط أو الاستغناء عن الخدمات .

وكان فى مقدمة الرغبات الامبريالية شروط الاعفاء من المسئولية ، واصلت زحفها من النقل البحرى الى مجالات أخرى عديدة مثل النقل الجوى ووكالات النقل وبنوك الودائع وشركات المخازن . وهددت هذه الشروط العامة بالقضاء على القواعد التشريعية ، فلم يعد يطبق فى العمل القانون الموضوع من الدولة ، بل ساد قانون آخر من صنع رجال الاعمال ، وبات القضاء عاجزا تجاه جبروت رأس المال (٢٦٨)

ان وضع المصالح فى عقود الاذعان يلقى بطرف ضعيف من الجماهير الكادحة الى براثن طرف قوى من الاحتكارات الغاشمة . فكيف يقال ان العقد شريعة المتعاقدين ، بينما أحد الطرفين أملى والآخر أذعن ، دون أن تجرى مناقشة لمضمون الاتفاق ؟

ظن القضاء أنه عثر فى المادة ١٣٨ مدنى على مخرج من أزمة عقود الاذعان ، وتقضى هذه المادة ببطلان الاتفاقات اذا خالفت حسن الآداب ، خاصة اذا انطوت على استغلال لحاجة الغير أو خفته أو عدم خبرته ، حيث لا يعود هناك توازن البتة بين ما يحصل عليه من مزايا الطرف الذى قام بالاستغلال وبين ما يتحمله من التزامات .

اذن ، تتطلب هذه المادة من القاضى أن يفحص وضع المصالح فى الحالة الواقعية ، ليقيم ويوازن ويرجح ، ويتأكد من أن العقد لا يخالف حسن الآداب ولا ينطوى على استغلال . قالت محكمة الرايش ان شرط الاعفاء يخالف حسن الآداب اذا استغل الطرف القوى ما يتمتع به من احتكار فعلى أو حكمى ، فى قطاع تكون خدماته ضرورية ، ليحمل الجمهور تضحيات غير عادلة (استغلال الاحتكار Monopolmissbrauch) (٢٦٩) .

---

(٢٦٨) Heinrich Lehmann, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches**, 6. Aufl., Berlin 1949, de Gruyter, §3 VI p. 18-19.

(٢٦٩) محكمة الرايش فى ١٥ مايو ١٩٢٠ ، مجموعة أحكام محكمة الرايش فى المواد المدنية جزء ٩٩ ص ١٠٧ (١٠٩) :

«...in Fällen, in denen der Inhaber eines den Verkehr unentbehrlichen Gewerbes die zu seinen Gunsten gegebene Monopolstellung oder den Ausschluss einer Konkurrenzmöglichkeit dazu missbraucht, dem allgemeinen Verkehr unbillig grosse Opfer aufzuerlegen, die von ihm aufgestellten Bedingungen keine Anerkennung finden können».

أيضا : محكمة الرايش أول أكتوبر ١٩٢١ ، مجموعة الاحكام جزء ١٠٢ ص ٣٩٦ (٣٩٧) ، و ٢٦ أكتوبر ١٩٢١ ، مجموعة الاحكام جزء ١٠٣ ص ٨٢ (٨٣) ، و ٢ مارس ١٩٢٣ ، مجموعة الاحكام جزء ١٠٦ ص ٣٨٦ (٣٨٨) ، و ١٧ يناير ١٩٢٥ ، مجموعة الاحكام جزء ١١٠

بيد أن المحكمة لم تبد حزما كافيا فى مكافحة الشروط الجائرة ، اذ كثيرا ما تعللت بحجة أو بأخرى لنفى شبهة استغلال الاحتكار . فعلت ذلك سنة ١٩٢٠ بالنسبة الى شروط تحديد المسئولية بماركين عن كل كيلوجرام بضاعة، التى تتضمنها عقود الاذعان المبرمة مع شركات الوكالة بالعمولة للنقل ، بدعوى أن الحرب العالمية الاولى أصابت شركات النقل بخسائر فادحة وأنه يتعين معاونتها حتى تقف على أقدامها (٢٧٠) . ونفت المحكمة أيضا سنة ١٩٢٧ صفة الاحتكار عن شركات الطيران ، بحجة أن الراكب غير مضطر الى ركوب الطائرة ، فأمامه من طرق النقل الاخرى ما يغنيه عن خطر هذا الطريق (٢٧١) . ثم تعاقبت الايام وغدا النقل الجوى ضرورة من ضرورات الحياة ، فراجعت المحكمة موقفها سنة ١٩٣٩ واعترفت بصفة الاحتكار لشركات النقل الجوى ، لكن أنكرت وجود « استغلال » للاحتكار ، ما دامت هذه الشركات قد دأبت على عقد تأمين لصالح ركابها ، الامر الذى يوفر للراكب قدرا كافيا من الحماية ، اذ يستحق بوليصة التأمين بمجرد وقوع الضرر ، ويتمتع هو وورثته بدعوى مباشرة قبل المؤمن . ومن ثم رفضت المحكمة ابطال شروط الاعفاء لانتفاء شبهة استغلال الاحتكار (٢٧٢) .

ومع ذلك ففى أحكام أخرى أبطلت محكمة الرايش شرط الاذعان اذا تعلق باعفاء الشركة الناقلة من الخطأ الفاحش الجسيم الصادر من مديرها (٢٧٣) ، أو بتحديد مسئولية الوكيل بالعمولة للنقل عن خطئه الشخصى (٢٧٤) ، أو بسبب مخالفة شروط العقد (٢٧٥)) ، بل أبطلت شرط تحديد المسئولية عن الخطأ الشخصى أو خطأ التابعين ، ولو عرض الوكيل بالعمولة للنقل أن يبرم تأمينا لصالح المرسل لقاء أجرة اضافية يدفعها هذا الاخير ، لان من واجب الوكيل بالعمولة للنقل أن يسهر على ضمان البضاعة من التلف والهلاك ، بدلا من أن يكتفى بعقد تأمين على حساب المرسل (٢٧٦) .

وهكذا بينما كان المشرع الفرنسى يخطو خطوات جريئة نحو ابطال الشروط الجائرة فى عقود الاذعان (٢٧٧) ، لم يستقر القضاء الالمانى على حل واحد

ص ٥٩ (٦٣) ، و ٨ نوفمبر ١٩٢٦ ، مجموعة الاحكام جزء ١١٥ ص ٢١٨ (٢١٩) ، و ١٩ مايو ١٩٢٧ ، مجموعة الاحكام جزء ١١٧ ص ١٠٢ (١٠٤) ، و ٢٤ مارس ١٩٣١ ، مجموعة الاحكام جزء ١٣٢ ص ٢٧٤ (٢٧٦) .

(٢٧٠) محكمة الرايش ١٥ مايو ١٩٢٠ ، مجموعة الاحكام جزء ٩٩ ص ١٠٧ (١١٠) .

(٢٧١) محكمة الرايش فى ١٩ مايو ١٩٢٧ ، مجموعة الاحكام جزء ١١٧ ص ١٠٢ (١٠٤) .

(٢٧٢) محكمة الرايش فى ٥ يوليو ١٩٣٩ ، Archiv für Luftrecht ١٩٣٩ ص ١٧٢ (١٧٦) .

(٢٧٣) محكمة الرايش اول اكتوبر ١٩٢١ ، مجموعة الاحكام جزء ١٠٢ ص ٣٩٦ .

(٢٧٤) محكمة الرايش ٢٦ اكتوبر ١٩٢١ ، مجموعة الاحكام جزء ١٠٣ ص ٨٢ (٨٣) ، و ٨ نوفمبر ١٩٢٦ ، مجموعة الاحكام جزء ١١٥ ص ٢١٨ .

(٢٧٥) محكمة الرايش ١٧ يناير ١٩٢٥ ، مجموعة الاحكام جزء ١١٠ ص ٥٩ (٦٣) .

(٢٧٦) محكمة الرايش ٢١ مارس ١٩٢٣ ، مجموعة الاحكام جزء ١٠٦ ص ٣٨٦ (٣٨٨) .

(٢٧٧) ما سبق نبذه ١٠١ .

تجاه هذه الشروط ، لكنه على أية حال لم يستخدم المنطق الجامد بل وازن بين المصالح المتنازعة فى كل حالة على حدة .

١٢٨ ــ أما بالنسبة الى أثر الظروف الطارئة على القوة الملزمة للعقود ، فان الازمات المتلاحقة التى سحقت بين رحاها الاقتصاد الالمانى خاصـــة بعد الحربين العالميتين ، أجبرت القضاء على التدخل الحازم لاعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين ، اذا ما أريد للمركب الرأسمالى أن يواصل السير رغم هزات الموج .

حقا يبدو أنه لا توجد هنا ثغرة ، ما دام اجبار المدين على الوفاء هو مبدأ عام يحكم كافة العقود . غير أن تطبيق هذا المبدأ العام فى حالة الظـــروف الطارئة يؤدى الى نتائج ظالمة ، فما الحل ازاء سكوت النصوص ؟

ابتدع فيندشايد فيما مضى « نظرية الفرض » وراجت لدى القضاء بينمـــا البرجوازية لم تتبلور بعد . فلما اشتد ساعد الرأسمالية وطالبت باســـتقرار المعاملات ، رفضت التدخل فى العقود خوفا من تحكم القضاء ، وعيب على الفرض المزعوم أنه باعث مكتوم ، يدخل فى نطاق العقد عناصر غريبة عليه . لذا صدر القانون المدنى سنة ١٩٠٠ خلوا من أية اشارة الى أثر الظروف الطارئة على القوة الملزمة للعقود (٢٧٨) .

ثم دارت عجلة الزمان واشتعلت الحرب العالمية أربع سنوات متوالية ، فاهتز الاقتصاد الالمانى وغدت عقود كثيرة تنذر بافلاس المدينين ، وأمسى استقرار المعاملات خطرا على مصالح الرأسمالية بعد أن كان أبرز مطالبها .

فأذاع الفقيه « أورتمان » سنة ١٩٢١ نظرية جديدة أطلق عليهـــا اسم « أساس التعاقد Geschäftsgrundlage » ، حاول فيها التغلب على ما وجه الى فيندشايد من نقد حول اختلاط الباعث بالفرض . قال أورتمان ان نظرية أساس التعاقد تفحص العقد فى عمومه وتبحث الظروف الخارجية التى صاحبت ابرام العقد وكانت موضع اعتبار الطرفين وأساس تفاهمهما . ويلزم المدين وفقا للمادة ٢٤٢ أن ينفذ العقد بحسن نية ، فله أن يطلب الفسخ متى غدا الالتزام لا يطابق الاساس الذى انبنى عليه العقد (٢٧٩) .

وتلقفت محكمة الرايش هذه النظرية على اثر ظهورها فى حكم بتـــاريخ ٣ فبراير ١٩٢٢ ، أكدت فيه أن أساس التعاقد قد تخلف ، لكن استحت أن تتدخل بنفسها وتعدل مضمون العقد ، واكتفت بأن ينذر المدين الدائن ويكلفه

---

(٢٧٨) راجع القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ، ص ٧٠٨ ــ ٧١١

(٢٧٩) Paul Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, Leipzig Erlangen 1921 Deichert, p. 26 - 37, p. 136, p. 161 - 163.

بالموافقة على رفع الالتزام المقابل بما يعيد التوازن بين التزامات الطرفين ، حتى اذا ما رفض الدائن عرض المدين جاز لهذا الاخير طلب الفسخ (٢٨٠) .

١٢٩ ــ لكن سرعان ما تبين عدم جدوى هذه السياسة ، فتشجعت محكمة الرايش وأمسكت فى يدها بزمام التعديل ، فى حكم شهير صدر فى ٢٦ مايو ١٩٢٢ ، أرست فيه مبدأ جديدا غير معالم نظرية العقد ، وقلب راسا على عقب المفاهيم القانونية التقليدية .

تدور وقائع القضية حول عقد مزارعة أبرم سنة ١٩٠٤ ، حصل فيه المستأجر على « مزرعة » بقيمتها التقديرية يوم ابرام العقد ، على أن يردها بقيمتها التقديرية يوم انتهاء الايجار ، وكانت القيمة التقديرية لقائمة الموجودات سنة ١٩٠٤ هى ١٣٠ر٠٠٠ مارك ولما أعيدت المزرعة الى مالكها سنة ١٩٢٢ ، تبين أن قائمة الجرد ارتفعت قيمة موجوداتها الى ٤ر٠٠٠ر٠٠٠ مارك ، نتيجة للظروف الاقتصادية الناجمة عن الحرب العالمية . استند المزارع الى المادة ٣/٥٨٩ مدنى ، وهى تقرر الحق فى المطالبة بزيادة القيمة ، فى حين رفض المالك الوفاء متمسكا بالظروف الطارئة .

انضمت محكمة الرايش صراحة الى منهج فقه المصالح . شعرت انها تقدم على خطوة جريئة ، فقالت : « ان العلاقات ذات الطبيعة الخاصة والذاتية ، تتطلب خطوات جديدة واجراءات مناسبة » . وأحست انها فى حاجة الى تفسير ما هى مقدمة عليه ، فأردفت : « ان القانون ليس غاية فى ذاته ، بل يهدف الى توفير الحماية وتأمين مصالح المواطنين ، ليس فقط المصالح الشخصية ، بل أيضا وقبل كل شىء المصالح الاقتصادية . هذه المصالح تحكم القواعد التى تسعى الى حمايتها . فحينما يتحدث المشرع فى البيع والمقاولة والايجار والمزارعة عن عيوب خفية تدعو الى الاستبدال أو التعويض أو الفسخ ، انما يقصد عيوبا ذات طبيعة اقتصادية . هذا الجسم الاقتصادى الداخلى الذى يحيط به القانون مثل النواة من القشرة ، قد يتفاعل نتيجة لاسباب خاصة فيؤدى الى انفجار القشرة ويطالب بصفة آمرة أن يؤخذ بعين الاعتبار . من ذلك القضية الراهنة حيث يتعلق الامر بصراع بين المصالح اكثر مما يتوقف على نزاع حول القواعد » (٢٨١) .

وهكذا اعتنقت محكمة الرايش مباشرة وفى غير مواراة النظرية القائلة بأن الاقتصاد هو الجوهر والاساس وما القانون سوى المظهر والبناء .

---

(٢٨٠) محكمة الرايش ٣ فبراير ١٩٢٢ ، مجموعة أحكام محكمة الرايش فى المواد المدنية جزء ١٠٣ ص ٣٢٨ (٣٣٣) .

(٢٨١) : **RG 26. Mai 1922, Juristische Wochenschrift 1922, p. 910 Kol. 1**
« Das Recht ist nicht Selbstzweck, sondern lediglich Schutz und Sicherung der Interessen der Bürger des Staates, und zwar einmal der persönichen, sodann aber vor allem der wirtschaftlichen Interessen»; «Hier handelt es sich weniger um einen Rechtsstreit, als vielmehr um einen Interessenstreit».

ثم عرضت محكمة الرايش لسلطة القاضى فى التدخل فى العقود . قالت ان الحق الشخصى قد يكون مصدره واحدا من ثلاثة : ارادة الطرفين، أو التشريع، أو القانون الذى يخلقه القاضى das richterliche Recht هذا المصدر الثالث لا يقل شأنا عن المصدرين الاولين . ورفضت المحكمة التسليم بأن النشاط الخلاق للقاضى هو مجرد تفسير للاتفاق ، فحيث تتخلف ارادة المتعاقدين لعدم توقع الظروف الطارئة لا يتعلق الامر بعملية تفسير . ان السلطان الكامل للقاضى يدخل مسرح الاحـــداث Machtvollkommenheit des Richters وحينما يسكت المشرع يحل محله القاضى بالنسبة الى القضية الواقعية . وليس من الدقة وصف هذه الحالات بالثغرات ، لان القدرة الخلاقة للحياة غير متناهية ، بحيث يستحيل على التقنين أن يحتوى بين دفتيه تنوع الحياة وثراء مظاهرها . ان كل تشريع ، بما فيه القانون المدنى الالمانى ، ليس فى حقيقته سوى عملا جزئيا (٢٨٢) .

رفضت المحكمة من ثم النظرية التقليدية فى الفصل بين السلطات ، وجعلت القضاء مصدرا مباشرا للقانون يقف مع التشريع على قدم المساواة . بل لم ترض المحكمة عن فكرة الثغرات ، لان هذه الفكرة تفترض أن التشريع عمل كلى لا يعيبه سوى ثغرة هنا وهناك ، فى حين ترى المحكمة أن التشريع عمل جزئى بعيد كل البعد عن الكمال والتمام .

ولمـــا كانت ارادة الطرفين ولا النصوص التشريعية لم تتوقع ظـــروف القضية الراهنة ، أعملت محكمة الرايش المصدر الثالث للقانون الذى يخلقه القاضى . فلم تجب أيا من الطرفين الى طلباته بل رات استخدام معيار ذى طبيعة اقتصـــادية ، بغية « رسم خط وســـط والعمـــل على التوفيق بين المصلحتين » (٢٨٣) .

١٣٠ ــ كذلك راعت المحكمة الاتحادية بعـــد الحرب العالميـــة الثانية « أساس التعاقد » ، فتدخلت فى العقود عند تغير العـــلاقة بين الالتزامات المتقابلة ، متى كان هذا التغير شديد الوطأة على كاهل المدين ، بحيث يبرر اما اعفاءه كلية من الالتزام أو فقط اعادة بناء مضمونه (٢٨٤) .

ومن أبرز القضايا فى هذا الصدد قضية شركة سيارات « فولكس فاجن » سنة ١٩٥١ . أبرمت هذه الشركة قبل الحرب العالميـــة الثانية عقودا مع المدخرين بتسليم سيارات ، وتأخرت بسبب الحرب ، ثم صادرت سلطات الاحتلال رصيدا من أرصدة الشركة لدى أحد البنوك . رفع اثنان من المتعاقدين دعوة بتسليم السيارات المتعاقد عليها قبل الحرب ، وأعلنا استعدادهمـــا للموافقة على الشروط التى تحددها المحكمة من حيث زمان التسليم وثمن

---

(٢٨٢) الحكم السابق ، فى المجلة الاسبوعية القانونية ١٩٢٢ ص ٦١٠ .
(٢٨٣) الحكم السابق ، فى المجلة الاسبوعية القانونية ١٩٢٢ ص ٩١٠ ع ١ .
(٢٨٤) المحكمة الاتحادية فى ٢٥ يونيو ١٩٥١ ، Neue Juristische Wochenschrift ١٩٥١ ، ص ٨٣٦ وما بعدها .

الشراء ، اى وافقا على أن تتولى المحكمة تعديل العقد ، احساسا منهما بعدم جدوى التمسك بالشروط الاصلية . قالت المحكمة فى هذه القضية « ان المحاكم عند تخلف أساس التعاقد تستطيع وفقا للمادة ٢٤٢ (تنفيذ العقود بحسن نية) ، أن تتدخل على نطاق واسع فى العلاقة بين الطرفين المرتبطين ، لتعيد تشكيل هذه العلاقة وتغير الالتزامات العقدية تغييرا كبيرا للغاية ، بقدر ما يحقق مصلحة الطرفين الجديرة بالاعتبار » (٢٨٥) .

وهكذا استعان القضاء تارة بحسن الآداب (المادة ١٣٨) وطورا بحسن النية (المادة ٢٤٢) ، لكسر ما ترتبه العقود من قيود واغلال ، وفحص وضع المصالح فى كل حالة على حدة ، والخروج على المنطق الجاف فى سبيل العدالة الموضوعية .

كان العقد صنما يعلو فوق كل نقاش ويحاط بمظاهر الاجلال ، فنزل الى مستوى البشر يخضع لرقابة القضاء ويقبل التغيير والتعديل .

١٣١ ــ المسئولية والخطا :

راينا كيف أصدر بسمارك تحت ضغط الحركة الاشتراكية العمالية « قانون المسئولية » سنة ١٨٧١ ، فى نطاق السكك الحديدية والمناجم والمحاجر والمحافر والمصانع ، وكيف اعتبرت هذه المسئولية استثناء شاذا لا يسمح بالقياس (٢٨٦) .

وقد توسع المشرع تدريجيا فى تقرير التعويض دون خطأ ، على الاخص فى علاقات العمل ، حيث تعاقبت عدة قوانين انصهرت فى لائحة الرايش للتأمين Reichsversicherungordnung بتاريخ ١٩ يوليو ١٩١١ ، ضمنت تأمين

---

(٢٨٥) المحكمة الاتحادية ٢٣ اكتوبر ١٩٥١ ، Juristenzeitung ١٩٥٢ ص ١٤٥ عند ص ١٤٦ ع ١ :

«Die Gerichte sind gemäss §242 BGB bei einem Wegfall der Geschäftsgrundlage befugt, weitgehend rechtsgestaltend in das Vertragsverhältnis einzugreifen. Die Vertragspflichten können in einem solchen Falle rechtsgestaltend sehr erheblich geändert werden, sofern dies geboten ist, um einer Leistungsfestsetzung zu gelangen, die den beachtlichen Interessen beider Parteien gerecht werden».

وقد اكدت المحكمة قضاءها فى سلسلة من الاحكام :

BGH 21. Febr. 1952, NJW 1952, 778 (Z.2); 3. Okt. 1952, LM Nr. 2 (Bl. 2) zu §284 BGB; 16. Jan. 1953, BB 1953, 217, LM No. 12 zu §242 (B b) BGB; 30. Jan. 1953, LM Nr. 13 zu §242 (B b) BGB; 14. Juli 1953, NJW 1953, 1585, LM Nr. 18 zu §242 (B b) BGB.

(٢٨٦) راجع القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ص ٧١٢

العمال من المرض والحوادث ونظمت ايرادا مرتبا فى حالة العجز والشيخوخة ، وقد تعدلت مرات عديدة خلال القرن العشرين (٢٨٧) .

كذلك امتدت المسئولية دون خطأ الى مجالات جديدة بعد السكك الحديدية ، فصدر قانون السيارات سنة ١٩٠٩ وقانون الطيران سنة ١٩٢٢ . ومع ذلك عجزت محكمة الرايش سنة ١٩٣٥ عن استنتاج مبدأ عام يقضى بالمسئولية الموضوعية عن الاشياء الخطرة ، بل رفضت تطبيق النصوص السابقة عن طريق القياس على حالات مماثلة ، كسقوط الاسلاك الكهربائية ذات التيار العالى وقتل أحد المـــارة . قالت المحكمة ان المشرع يقدر فى كل حالة على حدة مدى ملاءمة التجاوز عن الخطأ ، فسكوته عن تنظيم حالة معينة يتضمن رفضه فكرة الخطر (٢٨٨) .

لا مسئولية بدون خطأ ما لم يوجد نص خاص (مقدمة كبرى) ، وحالة التيار الكهربائى لم يذكرها نص خاص (مقدمة صغرى) ، فاذن المسئولية عن التيار الكهربائى لا تقوم دون خطأ (نتيجة) .

وقد حسم قانون ١٥ اغسطس ١٩٤٣ هذا الموضوع ، فرتب مسئولية دون خطأ عن حوادث الكهـــرباء والغاز . كذلك مد قانون ٢٩ ابريل ١٩٤٠ المسئولية دون خطأ الى الضرر الذى يصيب الاشياء بعد أن كانت قاصرة على الضرر الذى يلحق الاشخاص ، فى حوادث السكك الحديدية والترام ، ثم صدر قانون ٢٣ ديسمبر ١٩٥٩ يقرر حماية مماثلة من أخطار النشـــاط الذرى (٢٨٩) .

ومع ذلك فما برح مستشارو المحكمة الاتحادية يرفضون التوســـع عن طريق القياس فى تطبيق أحكام المسئولية عن الاشياء (٢٩٠) . لكنهم بدأوا محاولة ترمى الى تخليص فكرة المسئولية من ركن الخطأ ، قالوا ان القاسم المشترك بين حالات المسئولية فى القوانين المختلفة هو عدم المشروعية من الناحية الموضوعية objektiv ، أى الاعتداء غير المشروع widerrechtlicher Eingriff على حق أو مصلحة للغير . هذا هو جوهر

---

(٢٨٧) Alfred Hueck und Hans Carl Nipperdey, **Lehrbuch des Arbeitsrechts**, 6. Aufl., Bd. I, Berlin 1955, Vahlen, p. 10 ss.

(٢٨٨) محكمة الرايش ١١ ابريل ١٩٣٥ ، مجموعة احكام محكمة الرايش فى المواد المدنيـــة جزء ١٤٧ ص ٣٥٣ (٣٥٦) .

(٢٨٩) راجع فى صور المسئولية المبنية على فكرة الخطر Gefährdungshaftung : Enneccerus-Lehmann, **Recht der Schuldverhältnisse**, 15. Aufl., Tübingen 1958, Mohr, §255 p. 1022 ss.; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts**, Bd. II, 4. Aufl., München und Berlin 1960, Beck, §71 p. 410 ss.

(٢٩٠) تعليقات مستشارى محكمة الرايش ، السابق ، الطبعة ١١ جزء ٢ قسم ٢ التعليق ٣ قبل المـــادة ٨٢٣ ص ١١٥٥
ويؤيدهم الفقه : اينيسروس وليمان ، الالتزامات ، الطبعة ١٥ ، ص ٩٢٨

العمل غير المشروع . أما من الناحية الشخصية subjektiv ، فالاصل اشتراط ركن الخطأ Verschulden ، لكن يحدث أن تقوم المسئولية دون خطأ ، طالما أن الفعل اعتداء غير مشروع (٢٩١) .

بيد أن الفقه لم يطمئن الى هذه المحاولة المستحية من جانب القضاء ، خوفا من أن تؤدى مستقبلا الى امكان التوسع فى المسئولية الشيئية ، فما زال الخطأ عند الفقه جوهر المسئولية المدنية واساس المساءلة الخلقية (٢٩٢) .

١٣٢ ــ الخلاصة :

خاضت المانيا فى القرن العشرين صراع المناهج فى مجال القانون ، بعد أن ظهرت بوادره فى آراء كيرشمان حول القضاء الشعبى ، وسخرية يرنج من فقه الافكار . وهاجمت حركة القانون الحر المنطق الصورى فى ضجة وعنف ، لكنها ركزت على ملء الثغرات ، واهملت الحاجة الى الملاءمة والتطوير ، بل أحالت القاضى الى احساسه الذاتى ، وعجزت عن تزويده بمعايير موضوعية .

أما مدرسة فقه المصالح فقد عنيت بالمشاكل الثلاث التى تعترض حياة القانون فى الثغرات والملاءمة والتطوير ، وأعلنت مبدأ جوهريا هو الخضوع الواعى للتشريع ، وجذبت اهتمام القاضى نحو فحص وضع المصالح ، وربطت الحل القانونى بعملية التقييم والترجيح ، مع مراعاة الحاجة الى التطوير واستقراء الافكار من المصالح .

فلا يطبق القاضى النص الا اذا توافرت المصلحة التى اقتضته ، ولا يجرى حكم القياس الا عند التماثل فى وضع المصالح ، ويشرع فى الملاءمة والتطوير كلما اختلف الواقع عن النموذج التشريعى ، ولا يتيه فى خبايا الوجدان أو ينزلق الى التفكير الذاتى ، بل يستمد من مفاهيم المجتمع معايير الموازنة والمفاضلة .

---

(٢٩١) تعليقات مستشارى محكمة الرايش ، السابق ، الطبعة ١١ جزء ٢ قسم ٢ التعليق ٣ قبل المادة ٨٢٣ ص ١١٥٣ ــ ١١٥٤

(٢٩٢) اينيسروس وليمان ، الالتزامات ، الطبعة ١٥ ص ٩٢٦ ، لارينتس ، الالتزامات ، جزء ٢ ، الطبعة الرابعة ، ص ٣٤٦ ، أيضا :

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl., Bd. II, 2. Hälfte, Berlin und Leipzig 1928, de Gruyter, Vorbem. vor §823 p. 1701-1702; Staudingers **Kommentar zum BGB,** Bd. II Teil 3, 9. Aufl., München Berlin und Leipzig 1929, Schweitzer, Vorbem. XII vor §823 p. 1765.

عكس ذلك وفى اتجاه مستشارى محكمة الرايش :

Otto von Gierke, **Deutsches Privatrecht,** Bd. III, **Schuldrecht,** München und Leipzig 1917, Duncker und Humblot, p. 884, p. 906.

وتحرك القضـــاء الالمـــانى يطور مضمون القواعد ، فى ضـــوء المعايير المستجدة فى مجتمع رأسمالى متطور ، دفعته عجلة الاحداث الى اعادة النظر فى القيم المستقرة . لقد شرد ملايين البشر وغدوا بلا مأوى ولا عمل ، وتولت الجهة الادارية تنظيم ايجار الاماكن ، وانكمش مضمون الملكية بين تعاقب القيود والحدود ، بينما اقتحمت نظرية التعسف كافة مجالات القانون .

وتدخل القاضى فى العقود ، فى وجل وتردد بالنسبة الى شروط الاعفاء فى عقود الاذعان ، حتى لا يصطدم مباشرة بالرغبات الجائحة للامبريالية الحاكمة ، لكن فى حزم وشجاعة تجاه الظروف الطارئة على أساس التعاقد ، لان التدخل فى هذه المرة هو الانقاذ الوحيد للرأسمالية المنهارة .

أما فى مجال المسئولية والخطأ ، حيث التطور يفيد الجماهير ، فكان التقدم وليد التشريع ، بينما قبع الفقه والقضاء فى أسفل الخور السحيق للمنطق الصورى العنيد .

وهكذا لم يستخدم منهج المصالح الا بقدر ما يمكن الرأسمالية من اجتياز الازمات الاقتصادية .

§ ٣ ــ أمريكا بين « الواقعية القانونية » و « الفقه الاجتماعى »

١٣٣ ــ الظروف الاجتماعية فى أمريكا :

عرضنا من قبل للمنهج القانونى الذى ساد الولايات المتحـــدة فى الفترة التاريخية الممتدة من نهاية الحرب الاهلية ١٨٦٥ الى الازمة العالمية الكبرى ١٩٢٩ ، حينما تحولت أمريكا الى دولة صناعية كبرى ، وتراكمت الثروات الهائلة جمعتها المضاربات المريبة ، وتحكمت المصالح التجارية فى سياسة الحكومة الامريكيـــة ، وتأجج الصراع الطبقى بين رأس المـــال والعمال ، وتفشت العدالة الشكلية من خلال القضاء الميكانيكى (٢٩٣) .

وتجسمت العقلية العامة لمجتمع رجال الاعمال فى النفور من النظريات المجردة والاقدام على المنفعة العملية (٢٩٤) . ان الحقيقة نفسها تقدر من وجهة

---

(٢٩٣) راجع القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ص ٧١٤ ــ ٧١٥

(٢٩٤) Henry Bamford Parkes, **The American People**, London 1949, Eyre and Spottiswoode, p. 267; Morris R. Cohen, **American Thought**, Glencoe, Illinois 1954, The Free Press, p. 284; Joseph L. Blau, **Men and Movements in American Philosophy**, 4th impr., New York 1955, Prentice-Hall, p. 228 ss.

نفعية ... الحقيقة كما يقول « وليم جيمس » هى ما يفيدنا ، ان فكرة ما تتحول الى حقيقة حينما تظهر منفعتها لنا ، وتظل كذلك ما بقيت تشبع حاجتنا فالحقيقة لا وجود لها فى حد ذاتها ، بل هى وضع يدخل على الافكار مع تعاقب الاحداث ... يجب أن ننظر الى القيمة العملية للاشياء ... فالنظريات ما الا أدوات .. ويلزم أن نعتاد البعد عن المسلمات والمبادىء والفئات والافتراضات ، ونتجه الى العواقب والثمار والنتائج والوقائع ... هذه فلسفة الذرائع pragmatism ، عصارة الروح الامريكية (٢٩٥) .

ويفضل جون ديوى استخدام عبارة « الاداتية instrumentalism » (٢٩٦) . حقا لا غنى عن المنطق والترتيب بغية الربط والتعميم ، بيد أن ذلك ليس الهدف النهائى ... هو أداة لا غاية ... ان المنطق يجب أن يكون أسلوبا تجريبيا وتجسيميا ... مرتبطا بالنتائج لا المقدمات ، يرمى الى توقع ما هو محتمل لا استنتاج ما هو مؤكد ... ان المبادىء العامة ليست الا أدوات ، يبرر وجودها ما تؤديه من خدمات (٢٩٧) .

وتغلف المجتمع الامريكى ، بسادته من رجال الاعمال ، وسدنته من فلاسفة الذرائع ، بغلالة كثيفة من الكتابة دفعت العلماء والكتاب الى دراسة الواقع القائم . فأوضح فيبلين مدى بعد الاقتصاد الامريكى عن سياسة دعه يفعل (٢٩٨) ، واتجه الكتاب الشباب مثل هاويلز وتوين وجارلاند الى تصوير الظروف الاجتماعية وكشف الحقيقة المؤلمة ، ونقد رجال الاعمال ورسم بؤس العمال (٢٩٩) .

بيد أن نفوذ المحامين قاوم كل تغيير ، لحاجة رجال الاعمال الى امكان توقع الحلول ، ومصلحة طائفة المحامين فى استمرار غموض القانون . وبدا أمرا مستبعدا فى مثل هذه الظروف ، أن تظهر مناهج ثورية مثل حركة القانون الحر ، تركن الى وجدان القاضى فى حل النزاع بين الخصوم .

---

(٢٩٥) William James, **Pragmatism : A new name for some old ways of thinking,** New York 1907, repr. in : The American Pragmatists, Meridian Books, vol. 105, p. 28 (31 - 33).

(٢٩٦) انظر فى صلة المناخ الصناعى للولايات المتحدة بفلسفة جون ديوى :
Bertrand Russell, **History of Western Philosophy,** 14th pr., New York 1960, Simon and Schuster, p. 826 - 827.

(٢٩٧) John Dewey, **Logical Method and Law,** in : 10 Cornell Law Quarterly 1924, p. 17, repr. in : Hall, Readings in Jurisprudence, Indianapolis 1938, The Bobbs-Merrill Co., p. 345 - 346, p. 353.

(٢٩٨) Frank Amandus Neff, **Economic Doctrines,** 2nd ed., New York, Toronto, London 1950, McGraw-Hill, p. 432 ss.

(٢٩٩) باركس ، الشعب الامريكى ، ص ٢٧١ وما بعدها ، أيضا :
Nelson Manfred Blake, **A Short History of American Life** New York, Toronto, London 1952, Mc Graw-Hill, p. 533 ss.

١٣٤ ــ ومع ذلك اندلعت فى الثلاثينات حركة « الواقعية القانونية » ، شرعت فى سخرية وعنف تهدم الخرافة القديمة ، وتثبت بالدراسة الميدانية سراب استقرار المعاملات .

كيف حدثت هذه الظاهرة الغريبة ؟

انفجرت سنة ١٩٢٩ الازمة الاقتصادية العالمية ، فتدهورت الاســعار وانتشرت البطالة واغلقت البنوك واختنق الاقتصــاد واهتزت البورصات وانتحر المضاربون (٣٠٠) . واعلن روزفيلت « النظام الجديد New Deal فى محاولة ذكية للتغلب على الازمة وانقاذ المزارعين (٣٠١) . لقد انهار عالم رجال الاعمــال ومادت الارض من تحت مدافعيهم المحامين ، وامسكت حكومة قوية بزمام الدولة والسلطة ، وتهيأت الاذهان لمراجعة شاملة فى الافكار الموروثة .

من جهة اخرى شرع العالم الامريكى « واطسون Watson » يجرى تجارب على النفسية الانسانية من خلال مواقف « الاثارة والاستجابة stimulus -response » . نظر الى المرء من الناحية البيولوجية ، وغض الطرف عن تصور الوعى ، فانشأ علم نفس ميكانيكى ، يعتمد على ردود محركة . ونشر سنة ١٩٢٥ مؤلفه عن « السلوكية Behaviourism » ، جعل من السلوك الانسانى استجابة للجهاز العضوى تجاه البيئة المحيطة ، مشروطة بتطور الشخصية فى المراحل الاولى للحياة ، بعدها يستقر السلوك طبقا لشخصية كل امرىء ، وفقا لقاعدة الاثارة وما يتبعها من اســتجابة ... فالحالات المتشابهة تولد استجابات متماثلة (٣٠٢) .

ذلك كان مجرى الاحداث عنــد مشارف الثلاثينات : مجتمع تســوده الراسمالية وتسنده فلسفة عملية ، ينهار فجأة اقتصاديا وينقاد الى سياسة جديدة ، بينما علم النفس السلوكى ينكر السلوك الواعى .

١٣٥ ــ « هولز » بشير الواقعية :

فجرت الازمة الاقتصادية حركة « الواقعية القانونية » التى جذبت فى شدة الاذهان الى الواقع الحى فى المحاكم . وتزعم هذه الحركة ستة من الفقهاء

---

(٣٠٠) Chester Whitney Wright, **Economic History of the United States,** 2nd ed., New York Toronto London 1949, McGraw-Hill, p. 777 ss.; John Kenneth Galbraith, **The Great Crash 1929,** London 1955, Hamilton, p. 86 **ss., p. 119 ss.; Arthur M.** Schlesinger, **The Age of Roosevelt, vol. I, The Crisis of the Old Order,** Melbourne London Toronto, Heinemann, p. 159 ss.

(٣٠١) Schlesinger, **op. cit.,** vol. II : **The Coming of the New Deal, 1960,** p. 25 ss., p. 173 ss.; Wright, **op. cit.,** p. 781 ss.

(٣٠٢) Robert S. Woodworth, **Contemporary Schools of Psychology,** New York **1948,** The Ronald Press Co., p. 68 ss.

هم مور و أوليفانت وكوك وليويلين وكلارك وفرانك ، وقد تبعهم نفـر من المريدين ، وكلهم من أساتذة الجامعات عدا اثنين من القضاء ومحام واحد ، وبرز منهم على الاخص الاستاذ ليويلين والقاضى فرانك (٣٠٣) .

وتشبه الواقعية القانونيـة فى أمريكا حركة القانون الحـر فى ألمـانيا (٣٠٤) . لكن بينما اتجه القانون الحـر الى ما يجب أن يكون ، ذهبت الواقعية القانونية الى ما هو كائن . فلقد تأثرت بفلسفة الذرائع التى تعتمد على النتائج والوقائع ، وتأقلمت فى مناخ يعبق بالشك الذى أشاعه هولمز .

كان هولمز أستاذا بجامعة هارفارد من ١٨٧٠ الى ١٨٨٣ ، ثم قاضيا فى محكمة « ماساشوسيتس » الى ١٩٠٢ ، ثم قاضيا بالمحكمة العليا الى ١٩٣٢ (٣٠٥) . فهو على عكس غالبية القضاة لم يأت من صفوف المحامين ولم يبدأ حياته فى خدمة الطبقة الرأسمالية (٣٠٦) . لذا قاوم اتجاه القضاء وشرع فى نصرة العمال ، وحرر سلسلة من الآراء المعارضة فى القضايا المصيرية ، ذكر فى أشهرها سنة ١٩٠٥ « أن الدستور الامريكى لا يتبنى الآراء الاجتماعية لهيربيرت سبينسر » ، الفيلسوف المتطرف للفردية والليبرالية (٣٠٧) .

خاض هولمز غمار الحرب الاهلية ١٨٦١ الى ١٨٦٤ ، وتشرب من خلال جراحه المتكررة الشك فى كل القيم الانسانية (٣٠٨) ، وفاضت نفسـيته بالمرارة لمـا حوله من بؤس وانانية . تعلم فى الحرب أن الحياة صراع ... لا صراع الابطال أو لمثل عليـا ... « فالكلب يكافح من أجل العظمة » ،

---

(٣٠٣) Karl N. Llewellyn, **Some Realism about Realism**, in : 44 Harvard Law Review 1930-1931, p. 1222 (1226 ss.); Edwin D. Patterson, **Jurisprudence**, Brooklyn 1953, The Foundation Press, p. 538-539; Morris R. Cohen, **American Thought**, p. 170 ss.

(٣٠٤) فى هذا المعنى : Lon L. Fuller, **Introduction to the Jurisprudence of Interests**, vol. II of 20th Century Legal Philosophy Series, Cambridge Mass. 1948, Harvard University Press, p. XX; Patterson, **op. cit.**, p. 588; Max Rheinstein, **Introduction** to Max Weber, Law and Economy in Society, 20th Cent. Legal Philosophy Series vol. VI, (1954), p. XLVIII; Werner Friedmann, **Legal Theory**, 4th ed., London 1960, Stevens and Sons, p. 250-251, p. 258.

(٣٠٥) Arthur Dehon Hill, **Oliver Wendell Holmes**. in : Harvard Graduate Magazine vol. 39, p. 265 ss., repr. in : The Holmes Reader, ed. by Julius Marke, New York 1955, p. 5-6, Oceana Publications.

(٣٠٦) لم يعمل سوى ثلاث سنوات محاميا تحت التمرين من ١٨٦٧ الى ١٨٧٠ ، ثم ترك المحاماة الى الاستاذية . هيل ، فى المقال السابق ، ص ٥

(٣٠٧) **Lochner v. New York** (1905), 198 U.S. 45, p. 75 : «The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics».

(٣٠٨) هيل ، فى المقال السابق ، ص ٣ وما بعدها .

واقدس الحقوق وهو الحق فى الحياة ، يضحى به جهرا فى أوقات الحروب ، بل كلما استدعت ذلك مصلحة المجتمع ، أى منفعة القوى الغالبة فى الجماعة (٣٠٩)

والقانون وسيلة لغاية اجتماعية مرجوة (٣١٠) ، مضمون قواعده نسبى فى الزمان والمكان ... ان الفارس الرومانسى سوف يدعوك الى المبارزة ، اذا لم تقر ان فتاته أجمل امراة فى الوجود ، خلقت أو سوف تخلق الى يوم الخلود ... هناك رغبة ملحة فى أعماق الانسان ، تدفعه دواما الى البحث عن الكمال . من هنا جهد الفيلسوف فى اثبات الحقيقة المطلقة ، وبحث الفقيه عن القـــانون الطبيعى العالمى (٣١١) . فى حين أن الحقيقة ، شأن الملكية والصداقة ، تمتد جذورها فى الزمان . من العسير على الانسان أن ينتزع نفســـه من المغاور الصـــخرية التى قبع فيها طويلا ، دون ان يغلب عليه الاحساس بأنه يعتدى عليه فى حياته ذاتها . ان ما يؤمن به المرء ويفضله يرتبط بالسنين الاولى ، ويمرق من كل جدال . وهو يحاول أن يسكت من يخالفه فى الراى ، والاولى أن يفسح له صدره ، ويسعى الى تفهمه (٣١٢) .

وما دام القانون وسيلة لغاية اجتماعية مرجوة ، وجب مراعاة هذه الغاية عند سنه وعند تطبيقه . « ان حياة القانون لم تكن منطقا ، بل كانت تجارب » ان ضرورات العصر والاخـــلاق السائدة والنظريات السياسية واعتبارات النظام العام واعية كانت أو غير واعيـــة ، بل حتى الاوهام التى يقتسمها القضاة مع سائر المواطنين ، كل ذلك لعب دورا فى تحديد القواعد التى تحكم الناس أكثر مما فعل القياس المنطقى (٣١٣) .

ان القضايا العملية صراع بين المصالح ، ولن يسعف المنطق فى اجـــراء الترجيح (٣١٤) . ان القواعد العامة لا تحل القضايا العملية ، بل ان الحكم يتوقف على تقييم وجدانى أكثر ارهافا من أية مقدمة كبرى واضحة (٣١٥) وينعى هولمز على رجال القانون تربيتهم العلمية بتدريبهم فى منطق . فالمنهج

---

(٣٠٩) Oliver Wendell Holmes, **Natural Law**, in : 32 Harvard Law Review 1918, p. 42.

(٣١٠) Holmes, **Law in Science and Science in Law**, in : 12 Harvard Law Review 1899, p. 443 (460).

(٣١١) هولمز ، فى مجلة هارفارد القانونية ١٩١٨ ص ٤٠ .

(٣١٢) هولمز ، فى مجلة هارفارد القانونية ١٩١٨ ، ص ٤٠ — ٤١

(٣١٣) Holmes, **The Common Law** (1881), p. 1, 47th pr., Boston, Little, Brown & Co.

(٣١٤) هولمز ، فى مجلة هارفارد القانونية ١٨٩٩ ، ص ٤٦٠ — ٤٦١ .

(٣١٥) Holmes, Dissenting opinion, in : **Lochner v. New York** (1905), 198 U.S. 45 (76).

المنطقى يطرى الرغبة فى اليقين والارتياح التى تؤرق فكر الانسان ، بيد أن اليقين عادة خداع ، والارتياح ليس مصير الانسان (٣١٦) .

١٣٦ ــ وتحدث هولمز عن المحاكم ، فى عبارات جذبت من حولها أنصار الواقعية القانونية مثلما يخلب النغم الموسيقى جواد الرقص الايقاعى . قال ان الحاكم يضمن الخضوع لما يصدره من أوامر عن طريق المحاكم ، وجهاز القضاء يولد سلك المحاماة ، والمحامون يهتمون بالقواعد التى تأخذ بها المحاكم ، أما القواعد غير المطبقة فلا تحظى باهتمام أحد (٣١٧) . أن الرجل السيء the bad man يسخر من المبادىء والاستنتاجات ، انه يرغب معرفة الاتجاهات المحتملة للتطبيق القضائى . ان التنبؤ بما سوف تفعله المحاكم ، ولا شيء أكثر من ذلك ، هو ما يعرف باسم القانون (٣١٨) .

١٣٧ ــ تعاليم الواقعية القانونية :

لا تعد الواقعية القانونية legal realism فلسفة ولا تكون مدرسة ، بل هى حركة فكرية أو منهج فنى (٣١٩) ، ينبنى على ما هو كائن ويستند الى الواقع «see it as it works» «see it fresh» ، ويزمع القيام بفحص موضوعى للظواهر القانونية (٣٢٠) .

ولا يتميز هذا المنهج بأصالة التفكير ، فان كل فكرة من أفكاره يمكن ردها ــ كما يعترف ليويلين نفسه ــ الى مدرسة أو أخرى من المدارس القانونية (٣٢١) .

نقلت الواقعية عن فلسفة برنج أن حياة القانون مثل مد البحر فى حركة دائمة ، وأن شجرة القانون وسيلة لغاية يلزمها تباعا التهذيب والمراجعة الشاملة من حيث الاهداف والاثار ، حتى تظلل بأوراقها مصالح المجتمع الذى تريد خدمته (٣٢٢) .

---

(٣١٦) Holmes, **The Path of the Law,** in : 10 Harvard Law Review 1897, p. 457 (465 - 466).

(٣١٧) Holmes, **Codes and the arrangement of the law,** in : 5 American Law Review 1870, p. 1 (4 - 5), repr. in : Hall, **op. cit.,** p. 403.

(٣١٨) هولمز ، فى مجلة هارفارد القانونية ١٨٩٧ ، ص ٤٦٠ ــ ٤٦١

(٣١٩) Karl N. Llewellyn, **The Common Law Tradition,** Boston and Toronto 1960, Little, Brown and Co., p. 508 - 510.

(٣٢٠) Hessel E. Yntema, **American legal realism in retrospect,** in : 14 Vanderbilt Law Review 1960, p. 317 (322).

(٣٢١) ليويلين ، فى مجلة هارفارد القانونية ١٩٣١ ، ص ١٢٢٨

(٣٢٢) ليويلين ، فى مجلة هارفارد القانونية ١٩٣١ ، ص ١٢٣٦ ــ ١٢٣٨ ، أيضا : Jerome Frank, **Law and the Modern Mind,** New York 1930, repr. 1931, p. 217.

وتعلمت الواقعية من فقه المصالح تركيز الهجوم على فقه الافكار والقضاء الميكانيكى . فالقواعد القانونيـــة ليست العوامل المنتجة للحلول القضائية (٣٢٣) ، ذلك أن القاضى يستطيع اختيار مقـــدمة كبرى معينة تولد نتائج محددة ، كما يتمكن بوسائل عديدة من استبعاد السوابق القضائية ، بتضييق مجال سريانها confining ، أو تمييز وقائع القضية عنها distinguishing (٣٢٤) . فالمحاكم تشعر بثقل ضغط الوقائع ، وتجهد نفسها فى بلوغ الحل الملائم (٣٢٥) .

ان القانون ليس آلة والقاضى ليس ميكانيكيا(٣٢٦) . ان تطبيق القواعد بصفة آلية ينجم عادة عن الكسل أو عدم المبالاة بوقائع القضية (٣٢٧) . ان العلوم الرياضية يمكن أن تنبنى على النظرة التجريدية ، أما العلوم التطبيقية فيجب أن تعتمد على المشاهدة الميدانية . لذا يتعين أن ترتبط البديهات القانونية بالواقع الحى ، والا يعتقد رجل القانون انه يعمل برياضيات ، وأن تنسجم الاستنتاجات المنطقية مع الظواهر المشاهدة (٣٢٨) ! .

ان كل تشريع وليد ضغط من تعارك المصالح (٣٢٩) ، فيلزم دواما اعادة النظر فى مضمون القواعد ، حتى تتلاءم مع ظروف القضية ولا تؤدى الى نتائج مجحفة . على القاضى الموازنة بين المصالح المتعـــاركة ، ثم اختيـــار المصلحة التى يترتب على ترجيحها رفاهية المجتمع ... على القاضى أن « يزن » طلبات الخصوم (٣٣٠) .

ان مبدأ السابقة القضائية يجب أن يكون قاعدة تغيير ووسيلة تطوير . ويتعين على جهاز المحاكم مراعاة السياسة القانونية ... لمـــاذا ينفذ القاضى

---

(٣٢٣) ليوبلين ، فى مجلة هارفارد القانونية ١٩٣١ ، ص ١٢٣٧ ، فرانك ، القانون والفكر الحديث ، ص ٢١٧ وما بعدها .

(٣٢٤) Karl N. Llewellyn, **The Bramble Bush : On our Law and its Study**, New York 1930, repr. 1951, Oceana Publications, p. 37 - 39, p. 61, p. 66 - 68, p. 70, spec. p. 73; same, in : 44 Harvard Law Review 1931, p. 1252 - 1253.

(٣٢٥) ليوبلين ، عشب الشوك ، ص ٣٦

(٣٢٦) فرانك ، القانون والفكر الحديث ، ص ١٢٠

(٣٢٧) فرانك ، القانون والفكر الحديث ، ص ١٢١

(٣٢٨) Jerome Frank, **Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking**, in : 17 Cornell Law Quarterly 1932, p. 568 (574 - 575, 578); Karl N. Llewellyn, **The conditions for, and the aims and methods of legal research** (1929), in : 6 American Law School Review, p. 670 ss.

(٣٢٩) Jerome Frank, **Words and Music**, in : 47 Columbia Law Review 1947, p. 1265.

(٣٣٠) فرانك ، القانون والفكر الحديث ، ص ١٢٠ — ١٢١

فى الظلام ما هو من صميم اختصاصه ... انه يحتاج لحسن أداء مهمته ان يتبين فى وضوح حقيقة وظيفته (٣٣١) . ان دور القواعد القانونية هو توجيه الحلول القضائية لا رقابتها فى صرامة وجمود (٣٣٢) .

١٣٨ ــ غير أن الواقعية القانونية تأثرت الى حد كبير بآراء هولمز الشكية . كان هولمز عرافا ماهرا مس بأنامله السحرية عقول فقهاء الواقعية ، حتى حلقوا بآرائه عن « الرجل السيء » الى آفاق « كوبرنيك » ، وعدوها كشفا خطيرا سوف يجبر الاذكياء ان عاجلا أو آجلا ، على زحزحة محور الاهتمام من قواعد القانون الى احكام القضاء (٣٣٣) .

ان القواعد « تنبؤات معممة بما سوف تفعله المحاكم » (٣٣٤) ، والقانون هو ما يفعله القضاء بمناسبة الانزعة (٣٣٥) ، ولا يوجد قبل الحكم سوى مجرد تخمين guess حول التصرف المقبل من جانب المحكمة (٣٣٦) .

كذلك تشربت الواقعية فلسفة الذرائع الامريكية . الم يقل جون ديوى انه يتعذر فهم القانون الا بعد تحليل جانبه التطبيقى وتحديد نتائجه العملية ... فالقانون بغير تطبيق قصاصة من الورق أو صرخة فى الصحراء (٣٣٧) . القانون نسبى فى الزمان والمكان ، ومعيار صلاحيته ما يولده من نتائج ، وما يقوم به من وظيفة فى المعترك الاجتماعى (٣٣٨) . لذا يصر الواقعيون على تقييم القواعد فى ضوء النتائج ، بغية تمهيد الطريق تجاه تطوير القانون (٣٣٩) ، فالاصلاح متعذر من غير دراسة الواقع (٣٤٠) .

---

(٣٣١) فرانك ، القانون والفكر الحديث ، ص ١٢٠ ــ ١٢١ ، ليويلين ، فى مجلة هارفارد القانونية ١٩٣١ ، ص ١٢٥٣ ــ ١٢٥٥

(٣٣٢) ليويلين ، عرف الشريعة العامة ، ص ١٧٩ وما بعدها .

(٣٣٣) فرانك ، فى مجلة كورنيل القانونية ربع السنوية ١٩٣٢ ، ص ٥٧٨

(٣٣٤) ليويلين ، فى مجلة هارفارد القانونية ١٩٣١ ، ص ١٢٣٧

(٣٣٥) Llewellyn, **The Bramble Bush**, p. 12; 6 American Law School Review, p. 673 - 674; **A realistic jurisprudence — the next step**, in : 30 Columbia Law Review 1930, p. 431 (442 ss. et 456); **Legal tradition and social science method — a realist's critique**, in : Essays on Research in the Social Sciences, Brooking's Institution 1931, p. 90 ss., repr. in : Hall, Readings in Jurisprudence, p. 789 ss.; **The Constitution as an Institution**, in : 34 Columbia Law Review 1934, p. 1 (17 ss.).

(٣٣٦) فرانك ، القانون والفكر الحديث ، ص ٤٦ ــ ٤٧

(٣٣٧) John Dewey, **My Philosophy of Law**, repr. in : Morris, The Great Legal Philosophers, Philadelphia 1958, p. 506 (507 - 508).

(٣٣٨) ديوى ، المرجع السابق ، ص ٥١٠ ع ٢

(٣٣٩) Llewellyn, in 6 American Law School Review, p. 674 col. 1; 44 Harvard Law Review 1931, p. 1237.

(٣٤٠) ليويلين ، فى مجلة هارفارد القانونية ١٩٣١ ، ص ١٢٣٦ ــ ١٢٣٧

ويقوم الواقعيون بتحليل سلوك القضاة ، لمعرفة درجة امكان توقع هذا السلوك ، حتى يستطيع المحامون ارشاد وتوجيه الخصوم (٣٤١) .

١٣٩ ــ التفاؤل والتشاؤم فى الواقعية :

هنا يفترق الواقعيون الى جناحين متميزين : الجناح المتفائل يمثله الاستاذ ليويلين ويصب اهتمامه على البحث عن القواعد rules-finding ، فى ساحة محاكم الاستئناف ، ويصل الى أن سلوك القضاة يقبل الى حد ما التوقع (٣٤٢) . والجناح المتشائم يتزعمه القاضى فرانك ، ويركز جهـده على البحث عن الوقائع facts-finding ، فى رحاب المحاكم الابتدائيـة (٣٤٣) . ان الغالبية العددية من القضايا لا تخرج من أبواب هذه المحاكم ، كما أن معظم الاحكام المستأنفة تنتهى عادة بالتأييد ، فعدم فحص سير العمل لدى محاكم الدرجة الاولى يعنى الجهل الكبير بمصير القواعد القانونية (٣٤٤) ويخلص فرانك الى أن سلوك هذه المحاكم غير قابل للتوقع .

ويقول ليويلين ، ان ما حدث فعلا قد لا تنكشف حقيقته أبدا . ان ما يعلنه الخصوم قد يكون خاطئا بل أحيانا كاذبا ، ومحاكم الاستئناف تراجع لا ماحدث بل ما يفترض أنه حدث ، والوقائع غير الثابتة لا تهم المحاكم ، والمحلفون علمانيون يتلقون تعليمات القاضى ، ويصدرون قرارا عاما لا يحتوى على تفاصيل . ثم ان محامى الدفاع يبرز جزءا من الوقائع ويهمل الباقى ، كما أن المحلفين يتأثرون أثناء الاستجواب بمظهر الشهود ... ما يوحى به وجه ذلك الرجل من ثقة ، وما تمارسه قبعة تلك المرأة من جاذبية ... ومتى صدر قرار المحلفين تغير الوضع القانونى : فالوقائع غدت ثابتة ... الوقائع أيا كانت التى تم اختيارها وقامت عليها الادلة تمـ ىهى وقائع القضـية (٣٤٥) .

ويضيف فرانك أن ما تعتقد محكمة الدرجة الاولى أنه حـدث قد يكون خاطئا للغاية . فالمحكمة تتعرف على الوقائع الحقيقية الموضوعية السابقة

---

(٣٤١) ليويلين ، عشب الشوك ، ص ١٣ و ص ٢١

(٣٤٢) ليويلين ، عشب الشوك ، ص ٢٢

(٣٤٣) راجع :

Edmond Cahn, **Jerome Frank's fact-scepticism and our future,** in : 66 The Yale Journal 1956 - 1957, p. 824 ss.

(٣٤٤) Jerome Frank, **What Courts do in fact,** in : 26 Illinois Law Review 1932, p. 645 (663); 47 Columbia Law Review 1947, p. 1259 (1273, 1278); **Modern and ancient legal pragmatism, John Dewey & Co. v. Aristotle,** in : 25 Notre Dame Lawyer 1950, p. 207 (208).

(٣٤٥) Llewellyn, **The Bramble Bush,** p. 27 - 33; 6 American Law School Review, p. 675 col. I.

من خلال الشهادة الشفوية لشهود قابلين للزلل . ان الوقائع المعتمدة ما الا انفعالات من جانب القاضى والمحلفين تجاه شهادة الشهود . غير أن الادلاء بالشهادة يعنى محاولة تذكر شىء مضى ، وهى محاولة تتربص بها مصادر محتملة للغلط ، أهمها الغلط فى مشاهدة الواقعة الماضية أثناء وقوعها ... ذلك أن قدرة الانسان على المشاهدة محدودة وذاتية ، مشوبة بعيوب النظر والسمع والانفعالات والاوهام ... وعلى فرض أن المشاهدة تمت صحيحة ، فقد يخطىء الشـــاهد فى تذكرها ... فالذاكرة الانسانية قاصرة وذاتية . وأخيرا ، متى مثل الشاهد أمام المحكمة ، فقد يخطىء بالرغم من نزاهته حول ذاكرته ، فيذكر عبارة بدلا من أخرى ، مغيرا المعنى الذى أراده . كل هذا بالنسبة الى الشاهد الصادق المستقيم ، ناهيك عن الشاهد الكاذب المنحرف ... شاهد الزور (٣٤٦) .

والقاضى أيضا غير معصوم . ان قضاة محكمة الدرجة الاولى والمحلفين هم أنفسهم شهود لمـــا يجرى فى المحكمة . وبمـــا أنهم شـــهود صامتون لشهود القضية ، فان أولئـــك يخضعون لاوجه ضعف هؤلاء . اذ قد يغلط القاضى فى مشاهدة ما يجرى فى المحكمة أو فى تذكره . فالوقائع التى حدثت ينكسر شعاعها مرتين ... أولا من خلال الشهود ، وثانيا من خلال القضاة ... انها ذاتية تنبنى على ذاتية ... ان الوقائع كما تثبتها محكمة الدرجة الاولى هى فعلا ذاتية (٣٤٧) .

١٤٠ ــ الى هذا القدر يتفق جناحا الواقعية ، ثم يشرعان فى الافتراق . يقول ليويلين زعيم المتفائلين ، متى ثبتت الوقائع فان الحيثيات تبين ما سوف تفعله المحكمة فى وقائع مماثلة للوقائع الثابتة (٣٤٨) . وهذا القدر يكفى للتنبؤ ويسمح بامكان توقع سلوك المحاكم فى المستقبل (٣٤٩) فالمرء يستسهل البناء على ما أرسى من أساس ، ويعتاد الركون الى ما ســـبق من حلول (٣٥٠) .

وهناك عاملان جوهريان فى تثبيت اتجاهات محاكم الاستئناف : من جهة حسن اختيار القضاء وطول تدريبهم ، ومن جهة أخـــرى رقابة النظريات القانونية على سير الاحكام (٣٥١) .

---

(٣٤٦) Jerome Frank, **Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice**, Princeton 1949, Princeton University Press, p. 15-19; 47 Columbia Law Review 1947, p. 1273.

(٣٤٧) **Frank, Courts on Trial**, p. 20-22; 26 Illinois Law Review 1932, p. 663; 47 Columbia Law Review 1947, p. 1273.

(٣٤٨) ليويلين ، عشب الشوك ، ص ٣٨

(٣٤٩) ليويلين ، عشب الشوك ، ص ٦٦

(٣٥٠) ليويلين ، عشب الشوك ، ص ٦٥ ، وفى مجلة كولومبيا القانونية ١٩٣٠ ، ص ٤٥١ هامش ١٨

(٣٥١) ليويلين ، عرف الشريعة العامة ، ص ١٩ وما بعدها .

أما عن العنصر الشخصي فلا شك أنه موجود (٣٥٢) لكنه ليس حاسما . فهناك تشابه بين قضاة الاستئناف ، كلهم أمريكيون ، من الذكور غالبا ؛ متوسطو العمر ، من قراء الجرائد ، تلفحهم موجات الآراء التى تتلاطم فى بحر الزمان (٣٥٣) لقد تدربوا الى حد كبير كما لو كانوا خارجين من معمل « بافلوف » ، « فالقاضى يستجيب الى المنبهات مثلما يرد كلب بافلوف على جرس الطعام » . لقد تعلموا الانضباط ، مثل كلب بافلوف ، من خـــلال تكرار المكافآت والجزاءات (٣٥٤) .

حقا لا يمكن التأكد بصفة مطلقة من نتائج القضايا ، لكن يوجد انتظام معقول لسير الاحكام ، وهذا هو المثل الاعلى الحقيقى (٣٥٥) .

١٤١ ــ أما فرانك فينفى امكان توافر الطمأنينة القانونية الا فى حدود ضيقة . ويضيف أن الرغبة فى الاستقرار القانونى المبالغ فيه لا تنبع على أية حال من احتياجات عملية ولا تمتد جذورها الى أرض الواقع ، بل تكشف عن الميل نحو أمر غير واقعى (٣٥٦) هو احساس الصبى بالارتباط بوالديه ، ومحاولة العثور على شخصية الاب ممثلة فى القانون من الناحية الوظيفية . وينصح فرانك بالتخلص من الحاجة الى سلطة الاب (٣٥٨) .

من جهة أخرى يبرز فرانك شخصية القاضى ، لكونها المحور الرئيسى فى حل القضية (٣٥٩) . ان كل جهد فى أخفاء الحقيقة مآله الفشل ، والاولى الاعتراف بأهمية القاضى ووضعها فى الاعتبار (٣٦٠) .

هناك ثغرات فى القانون ، يتعين ملؤها كما تقضى النظرية التقليدية بالالتجاء الى القياس ، أى باجراء اختيار يخضع للتقدير ، من هنا عدم القدرة على توقع الحلول (٣٦١) .

---

(٣٥٢) ليويلين ، عرف الشريعة العامة ، ص ٢٠١ ، وفى مجلة هارفارد القانونية ١٩٣١ ، ص ١٢٥٤

(٣٥٣) ليويلين ، عرف الشريعة العامة ، ص ٢٠١

(٣٥٤) ليويلين ، عرف الشريعة العامة ، ص ٢٠٤ ــ ٢٠٥

(٣٥٥) ليويلين ، فى مجلة هارفارد القانونية ١٩٣١ ، ص ١٢٥٣ ، وعرف الشريعة العامة ، ص ١٧ و ص ١٨٦ و ص ٢١٥ ــ ٢١٦

(٣٥٦) فرانك ، القانون والفكر الحديث ، ص ١١ ــ ١٢

(٣٥٧) فرانك ، القانون والفكر الحديث ، ص ١٣ وما بعدها و ص ٢١٨ وما بعدها .

(٣٥٨) فرانك ، القانون والفكر الحديث ، ص ٢٤٣ وما بعدها .

(٣٥٩) فرانك ، القانون والفكر الحديث ، ص ١٣٣ ، وفى مجلة كولومبيا القانونية ١٩٤٧ ، ص ١٢٦٤ وما بعدها .

(٣٦٠) فرانك ، القانون والفكر الحديث ، ص ١٣٨

(٣٦١) فرانك ، القانون والفكر الحديث ، ص ١٨٩ ــ ١٩١

ثم ان الحل القضائى لا يتوقف على القواعد القانونية وحدها ، بل يرتبط أيضا بما يثبت من الوقائع أمام المحكمة (٣٦٢) . والقضـــاة يتثبتون من الوقائع عن طريق شهادة الشهود . فالقاضى « يخمن » ماهية الوقائع ، والمحامى « يخمن » اتجاه القاضى فى التخمين ، ومصير الحقوق يتوقف على مثل هذه التخمينات من جانب المحامين (٣٦٣) .

وبما أن تخمين القاضى أو المحلفين للوقائع مشوب بالذاتية ، فالحكم ليس وليد القواعد القانونية زائد الوقائع الموضوعية ، بل هو نتيجة للقواعد القانونية زائد الوقائع الذاتية (٣٦٤) .

ان القضاة بشر ، يشاطرون سائر الافراد فى الفضائل والرذائل (٣٦٥) . فهناك نفاذ الصبر وحـــدة الضجر ، والحقد والبغض أو استثقال الـــدم ، والانفعال غير الواعى تجاه النساء الشقراوات أو الرجال الملتحين ، والتعب المتسبب فى النعاس ، وعوامل أخرى فرويدية تؤثر على القاضى فى بحثه عن الوقائع (٣٦٦) . فالقاضى مثل المؤرخ ، قد يحـــرف عفوا وقائع التاريخ (٣٦٧) .

بل اكثر من ذلك قد يصل القاضى سلفا الى حل معين ثم يرتب الوقائع بطريقة تسمح باختيار قواعد محددة تؤدى الى النتائج المرجوة . ان القاضى يستطيع تبديل الوقائع وترجيح الميزان (٣٦٨) .

ان أحكام محاكم الدرجة الاولى غير قابلة للتوقع (٣٦٩) .

وبما أن معظم الحقوق تدور حول الوقائع كما ســـوف تثبت فى قضية مقبلة ، ولمـــا كان اثبات هـــذه الوقائع يتوقف على عوامل مختلفة مثـــل

---

(٣٦٢) فرانك ، فى مجلة ايلينوى القانونية ١٩٣٢ ، ص ٦٤٩ وما بعدها ، ومحاكم الدرجة الاولى ، ص ١٤ ــ ١٥

(٣٦٣) فرانك ، محاكم الدرجة الاولى ، ص ١٦ ، وفى مجلة كولومبيا القانونية ١٩٤٧ ص ١٢٧٦

(٣٦٤) فرانك ، فى محاكم الدرجة الاولى ، ص ٢٤

(٣٦٥) فرانك ، فى مجلة ايلينوى القانونية ١٩٣٢ ، ص ٦٥٦ و ص ٦٦٢ ، ومحاكم الدرجة الاولى ، ص ١٤٦ وما بعدها .

(٣٦٦) فرانك ، محاكم الدرجة الاولى ، ص ١٥١ وما بعدها ، والقانون والفـــكر الحديث (الطبعة الســادســة ١٩٤٩) ، ص ١٠٥ وما بعدها .

(٣٦٧) فرانك ، محاكم الدرجة الاولى ، ص ١٥٦ ، وفى مجلة نوتردام لوير ١٩٥٠ ص ٤٦٨

(٣٦٨) فرانك ، فى مجلة ايلينوى القانونية ١٩٣٢ ، ص ٦٥٣ ، ومجلة كولومبيا القانونيـــة ١٩٤٧ ، ص ١٢٧٥ ، ومحاكم الدرجة الاولى ، ص ١٦٨ و ص ١٨٤ ، ومجلة نوتردام لوير ١٩٥٠ ، ص ٤٦٧

(٣٦٩) فرانك ، محـــــــاكم الدرجة الاولى ، ص ١٨٠ ، ومجلة نوتردام لوير ١٩٥٠ ، ص ٤٦١ ــ ٤٦٢

الشهود المخطئين أو شهود الزور أو الشهود الغائبين أو المتوفين ، أو القضاة الغلطانين أو الشاردين أو المتحيزين ، أو المحلفين غير المنتبهين أو ذوى الاوهام، فالخلاصة أن الحق هو عادة « مجرد رهان حول النهاية المحتملة لمغامرة قضائية قد تحدث فى المستقبل » (٣٧٠) .

١٤٢ ــ ما الذى دعا الواقعية القانونية الى كل هذا التشاؤم ؟

ان أمريكا دولة اتحادية تعالج فيها كل ولاية على حدة قانونها وتنظم محاكمها استقلالا . من هنا خضم لجوج كالموج المتضـــارب من القواعـــد التفصيلية يعصى على الحصر ويدفع الى اليأس ، ويشعر به الاساتذة اكثر من غيرهم ، وكان معظم الواقعيين من الاساتذة ، يعانون فى التدريس من تعقد التشريع (٣٧١) .

كذلك تأثر الواقعيون بسلوكية واطســـون وآراء فرويد (٣٧٢) ولذا أطلق البعض عليهم اسم « المدرسة المبطونة » ، لانهم أبرزوا اثر الم الاسنان والروماتيزم والنقرس وعسر الهضم على حكم القاضى (٣٧٣) .

ويرد الواقعيون بأن هدفهم اصلاح القضاء ، ويقول فرانك ليس المهم أن نناقش ما القانون الحر باعتبار ما يجب أن يكون ، بل يتعين أن نعرف ما اذا كان القانون الحر قائما فعلا فى المحاكم (٣٧٤) ا .

ثم ان الولايات المتحدة من بلاد السابقة القضائية ، حيث يبدو القانون مجموعة من الاحكام ، خاصة وأن المحاكم تعطى نفسها الحق فى مراجعة دستورية القوانين ، الامر الذى يزيد من عدم اطمئنان المتقاضين ، ما دام التشريع نفسه خاضعا لتقدير المحكمة (٣٧٥) .

---

(٣٧٠) فرانك ، محاكم الدرجة الاولى ، ص ٢٧

(٣٧١) فى هذا المعنى : Roscoe Pound, **Jurisprudence,** St. Paul Minn. 1959, West Publishing Co., t. I, p. 272; Carleton Kemp Allen, **Law in the Making** 6th ed., Oxford Paperbacks 1961, p. 45.

(٣٧٢) فى هذا المعنى : Roscoe Pound, **Fifty years of Jurisprudence,** in 51 Harvard Law Review 1938, p. 777 (786); **Jurisprudence,** t. I, p. 264. وقارن Lon L. Fuller, **The Law in Quest of itself,** Chicago 1940, p. 55. وانظر أيضا : Julius Paul, **The Legal Realism of Jerome N. Frank,** The Hague : 1959, Nijhoff, p. 135; Allen, **op. cit.,** p. 47.

(٣٧٣) Louis Del Duca, **Osservazioni sulla filosofia del diritto negli Stati Uniti,** in : XXX Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 1953, p. 487 (499).

(٣٧٤) فرانك ، القانون والفكر الحديث (الطبعة السادسة ١٩٤٩) ، ص ١٥٨ فى الهامش .

(٣٧٥) Friedmann, **Legal Theory,** 4th ed. (1960), p. 251; Dias and Hughes, **Jurisprudence,** London 1957, Butterworth, p. 468.

لقد نجح الواقعيون فى لفت الانظار الى العوامل النفسية الكامنة خلف قرارات المحلفين وأحكام القضاة (٣٧٦) .

غير أن القضاة يتدربون طويلا على ضبط النفس وكبح الانفعال ، خاصة حيث يجلس أكثر من قاض فيحول التعدد دون الشطط والانزلاق (٣٧٧) .

كانت الواقعية القانونية أنين يأس وتشاؤم فى مجتمع انهـــار اقتصاديا وتزعزعت ثقته فى قيمه .

١٤٣ ــ أسباب الفقه الاجتماعى :

تعد الواقعية القانونية نقيض فقه الافكار الذى ساد أمريكا منذ القضاء الميكانيكى فى قضية لوخنر ســـنة ١٩٠٥ (٣٧٨) ، فى حين يشـــغل الفقـــه الاجتماعى على يد كاردوزو وباوند مركزا وسطا بين الاتجاهين المتطرفين (٣٧٩) . فالواقعية القانونية فى الولايات المتحـــدة تشبه القانون الحر فى القارة الاوربية ، بينما الفقه الاجتماعى هو المقابل الامريكى لفقـــه المصالح الالمـــانى (٣٨٠) .

---

(٣٧٦) فى هذا المعنى : ديل دوكا ، فى المجلة الدولية لفلسفة القانون ١٩٥٣ ، ص ٥٠٠ ، ادموند كان ، فى جورنال بيل القانونى ١٩٥٦/١٩٥٧ ، ص ٨٢٩ وما بعدها ، المؤلف نفســـه ، الشك فى الوقائع والقانون الاساسى ، فى المجلة القانونية لجامعـــة نيويورك ١٩٥٨ ، ص ١ وما بعدها . وانظر أيضا : ألين ، المرجع السابق ، ص ٤٨ ، دياس وهيوز ، المرجع السابق، ص ٤٦٩

(٣٧٧) وقد أطلق العميد باوند على الواقعية القانونية اسم « فلسفة الاستسلام » . أنظر : Pound, **Contemporary Juristic Theory,** Claremont Colleges 1940, p. 52-53; **The Task of the Law,** Lancaster Pennsylvania 1941, Franklin and Marshall College, p. 62; aussi : Fuller, **The Law in Quest of Itself,** p. 58-59; Jerome Hall, **Living Law of Democratic Society,** Indianapolis 1949, The Bobbs-Merrill Co., p. 41 ss.; Julius Stone, **The Province and Function of Law,** 3rd ed., London 1961, p. 746; Allen, **op. cit.,** p. 46; H.L.A. Hart, **The Concept of Law,** Oxford 1961, At the Clarendon Press, p. 136-137; Julius Paul, **op. cit.,** p. 135-136.

(٣٧٨) راجع القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ، ص ٧٢٣

(٣٧٩) قرب : باتون ، الوسيط فى أصول القانون ، الطبعة الثانية ، أكسفورد ١٩٥١ ، ص ١٠١ وما بعدها ، جوليوس بول ، الواقعية القانونية عند جيروم فرانك ، السابق ، ص ٢٣

(٣٨٠) فى هذا المعنى : Antonio Hernandez-Gil, **Metodologia del Derecho** : Madrid 1945, p. 271; Fuller, **Introduction** to the Jurisprudence of Interests, **op. cit.,** p. 101 ss.; Max Rheinstein, note in Max Weber, **Law and Economy in Society, op. cit.,** p. 311 note; Luis Recasens Siches, **Nueva Filosofia de la Interpretacion del Derecho,** Mexico 1956, Fondo de Cultura Econômica, p. 74; Friedmann, **Legal Theory,** 4th ed., p. 293, p. 298.

وقد نشـــط الفقه الاجتماعى منذ العشرينات ، قبـــل الصرخة اليائسة للواقعية القانونية ، واستطاع أن يصمد الى أن خفت حدتها بل انتقل الى القضاء فى الستينات .

هزت أمريكا ما بين ١٩١٩ و ١٩٢٩ تقلبات اقتصادية عنيفة ... كانت الدولة أثناء الحرب العالمية الاولى قد اشتركت فى الاقتصاد الوطنى فتولت بنفسها بعض المشروعات مثل أحواض بناء السفن ، ووضعت تحت ادارتها المرافق الحيوية كالسكك الحـــديدية والتلغراف والتليفون . ولمـــا توقفت رحى الحرب انقطع سيل العقود المبرمة بين الدولة والمشروعات الخاصة لتمويل الدفاع ، فتعطل ملايين العمال على اثر انهاء الحرب وتسريح الجيش . وتفجرت أزمة اقتصادية سرعان ما تم التغلب عليها بتصدير فائض الانتاج الى أوربا الجائعـــة المخربة ، وبتوظيف المدخـــرات فى شراء الكماليات مثل السيارات . بيد أن التضخم سنتى ١٩٢٠ و ١٩٢١ ولد أزمة ثانية ، حين قاوم المستهلكون سياسة رفع الاسعار ، وحال فقر أوربا دون التوسع فى التصدير (٣٨١) .

ثم حققت أمريكا بين ١٩٢١ و ١٩٢٩ تقدما مطردا شابته تقلبات داخلية ، اذ تفاهمت السلطة السياسية مع رجال المال ، وكرست الدولة جهودها لانجاح « المشروعات الكبيرة big business » ، بأن خفضت ضريبة الدخل ، وخففت مناهضة الاحتكار . فانتعشت صناعة السيارات والكيمياء والبنـــاء والكهـــرباء والطيران ، وتضـــخمت المشروعات الكبيرة وابتلعت المشروعات الصغيرة ، وساد عصر المشروعات الحرة لا المنافسة الحرة ، وغلبت ظاهرة الاندماج والتركيز عن طريق شركات الهولدنج . من جهة أخرى عانت صناعة الفحم من المنافســـة الهدامة وتعرضت لانهيارات حقيقية ، واغلقت صناعة النسيج فى الشـــمال لصالح الجنوب حيث الايدى العاملة رخيصة ، وتعرض المزارعون لخسائر فادحة بالرغم من زيادة الانتـــاج بعد الميكنة ، نتيجة لارتفاع التكاليف والمنافسة القاتلة . وأخيرا أدى تحسين الآلات الى انتشار البطالة ، وانتصب شبحها مثل السيف المعد للانقضاض على الرقاب (٣٨٢) ، حتى تفجرت الأزمة العالمية الكبرى بكل عنفوانها سنة ١٩٢٩ (٣٨٣) .

---

(٣٨١) Nelson Manfred Blake, **A Short History of American Life**, New York Toronto London 1952, Mc Graw-Hill, p. 574 - 575; Joseph A. Schumpeter, **Business Cycles**, 5th impr., New York and London 1939, Mc Graw-Hill, vol. II, p. 692 ss.; Chester Whitney Wright, **Economic History of the United States**, 2nd ed., New York Toronto London 1949, Mc Graw-Hill, p. 771 - 772.

(٣٨٢) بليك ، التاريخ الموجز للحياة الامريكية ، ص ٥٧٥ وما بعدها ، رايت ، التـــاريخ الاقتصادى للولايات المتحدة ، ص ٧٧٤ وما بعدها ، شومبتر ، المرجع السابق ، جـــ ٢ ، ص ٧٤٤ وما بعدها ، أيضا :

Henry Bamford Parkes, **The American People** London 1949, Eyre & Spottiswoode, p. 301 ss.

(٣٨٣) على ما سبق أن رأينا ، نبذة ١٣٤

وهكذا تعاقبت على أمريكا منذ ١٩١٨ فترات تأزم وتقـــدم ، ودفعات اندحار وازدهار ، فالانهيارات الاقتصادية تنقذها جهود خارقة ، والتقلبات المعيشية تتحدى فى اصرار الافكار المستقرة والعقائد الموروثة .

ومن خلال هذه السحب الداكنة لاحت تدريجيا فى الافق القانونى الاتجاهات المجددة للفقه الاجتماعى .

١٤٤ ــ « كاردوزو » والمنهج القضائى :

ساير القاضى كاردوزو المدارس الالمـــانية الحديثة فى نقد المدرسة التاريخية وهدم القياس المنطقى . لقد غالت المدرسة التاريخية فى تقدير العوامل غير الواعية فى تطور النظم القانونية (٣٨٤) ، وتصورت أن القانون ينشأ دون صراع وينشط بلا هدف ، فى حين أن القانون يتطور عن وعى ويتقدم نحو غاية (٣٨٥) ، هى تحقيق رفاهية المجتمع (٣٨٦) ، وهذه تختلف مع الزمان والمكان (٣٨٧) .

ان المبدأ المسير للقانون هو قدرته على بلوغ الهدف (٣٨٨) . لذا يتعين على القضاة فى تطبيق القواعد السائدة وتحديد مجال سريانها ، أن يستوحوا غاية القانون فى تحقيق رفاهية المجتمع ، يجب على ضوئها تحديد الطريق ، وبيان الاتجاه ، وتوضيح الابعاد (٣٨٩) .

لذا لا يستطيع القاضى أن يتحول الى محض آلـــة لادراج الوقائع تحت القـــواعد (٣٩٠) . يجب أن يعى القاضى دواما الغاية من وظيفته (٣٩١) ، يجب الا ينسى أبدا أن القانون مجموعة من القواعد والمبـــادىء والمعايير ،

---

(٣٨٤) Benjamin Nathan Cardozo, **The Growth of the Law** (1924), in : Cardozo Selected Writings, Fallon Publications, New York 1947, Fallon Law Book Company, p. 231.

(٣٨٥) Cardozo, **The Nature of the Judicial Process** (1921), in : Selected Writings, p. 149 - 150.

(٣٨٦) كاردوزو ، طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١٣٣

(٣٨٧) كاردوزو ، طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١٢٧ و ص ١٤٩ ، أيضـــا :
Cardozo, **The Paradoxes of Legal Science** (1928), in : Selected Writings p. 274.

(٣٨٨) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١٥٠

(٣٨٩) المرجع السابق ، ص ١٣٣

(٣٩٠) المرجع السابق ، ص ١١٣

(٣٩١) المرجع السابق ، ص ١٤٩

تحتاج حين التطبيق على وقائع جـــديدة أن تخضع لعملية تكييف واختيار وانصهار وتوفيق تجاه غاية محددة (٣٩٢) .

وقد تأثر كاردوزو أيضا بفلسفة الذرائع السائدة ، فهى فى نظره تحمل رسالة الى القاضى الجالس والمحامى الواقف ، اذ تحفل بأهمية المعايير النفعية وتبرز ضرورة ملاءمة الهدف ، لذا تؤثر تأثيرا عميقا على نمو الفكر القانونى (٣٩٣) . ان الشريعة العامة الانجلو أمريكية تستخدم المنهج الاستقرائى القائم على الاختبار (٣٩٤) ، وتعتمد فى الواقع على الفلسفة البراجماتية (٣٩٥) ، حيث تتوقف صلاحية القواعد على ما تؤدى اليه فى العمل من نتائج (٣٩٦) .

لكن حتى فى ظل التقنينات لا يفقد القاضى أهميته ولا يصير دوره آليا ، اذ يتعين ملء الثغرات وتبديد الشكوك وايضاح الغموض وتخفيف صرامة النصوص وتفادى ما بها من عيوب (٣٩٧) .

ولا يختلف الوضع فى نظام السوابق القضائية (٣٩٨) ، هنا أيضا لا مفر من ظهور الثغرات القانونية (٣٩٩) . على القاضى اذ ذاك أن يضع القانون من أجل أطراف النزاع (٤٠٠) ، ومناره القانون العادل ، أى القانون الذى يحقق العدالة (٤٠١) . ومهمة القاضى مزدوجة : استخراج الحكمة من التشريع أو السابقة ratio decidendi ، ثم تحديد خط سير المبدأ القانونى ، لكى يتحرك ويتقدم ، حتى لا يتجمد ويتعفن (٤٠٢) .

فالقاضى يحتاج الى فلسفة للتوفيق بين اعتبارين متناقضين هما الرغبة فى الثبات والحاجة الى الارتقاء ... ان نمو القانون وفقا لكاردوزو هو المطلب الاساسى فى المنهج القضائى ... ان غاية الجهد القانونى ليست التركيب المنطقى بل التوفيق العملى (٤٠٣) .

---

(٣٩٢) كاردوزو ، نمو القانون ، فى الاعمال المختارة ، ص ٢٠٨ — ٢٠٩

(٣٩٣) نمو القانون ، فى الاعمال المختارة ، ص ٢٤٢

(٣٩٤) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١١٤

(٣٩٥) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١٤٩

(٣٩٦) نمو القانون ، فى الاعمال المختارة ، ص ٢٣٦

(٣٩٧) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١١٠

(٣٩٨) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١١٣ .

(٣٩٩) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١٦٩

(٤٠٠) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١١٣

(٤٠١) تناقضات العلم القانونى ، فى الاعمال المختارة ، ص ٢٦٦

(٤٠٢) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١١٦

(٤٠٣) نمو القانون ، فى الاعمال المختارة ، ص ١٨٦ ، وتناقضات العلم القانونى ، فى الاعمال المختارة ، ص ٢٥٤

١٤٥ ــ وعلى القاضى عند تطوير القانون حسب تغير الظروف أن يراعى أربعة أمور : النمو المنطقى ، والتتابع التاريخى ، وأعراف الجماعة ، واعتبارات العدالة والاخلاق والصالح العام . أى عليه أن يستعمل مناهج أربعة هى القياس والتطور والعرف والاجتماع (٤٠٤) .

والمشكلة تتمخض عن « موازنة بين المصالح » (٤٠٥) . فمثلا معيار « العناية المعتادة » فى حاجة دائمة الى التجديد بناء على « حساب للمصالح » . ان درجة العناية المتطلبة من الرجل العاقل تتوقف على « قيمة المصالح المعنية » ، اذ يجوز المخاطرة بالقفز فى المحيط لانقاذ غريق ، لكن يعد هذا حماقة بالغة اذا جرى للتحدى . ان الحلول تتوقف على « معيار مصلحى » ، وتتطلب « الموازنة بين القيم » ، وتقضى الالتجاء الى التجربة والاحساس والاخلاق والتقييمات الاقتصادية السائدة لدى الجماعة أو فى التجارة (٤٠٦) ... نحن « نوازن » و « نصالح » ، و « نلائم » ، كلما أصدرنا حكما (٤٠٧) .

والقانون ليس مجموعة من المبادىء المجردة المخصصة لمجتمع مثالى ، بل بتعين النظر اليه من خلال الاطار العام للظروف المتجددة (٤٠٨) . يجب أن يفسر القانون فى ضوء المعنى الذى كان المشرع ليريده لو أنه سن القانون يوم تطبيقه (٤٠٩) . ويسترشد القاضى بمعايير التقييم التى يستوحيها المشرع نفسه ، بالتجربة والدراسة والتأمل فى الحياة ذاتها (٤١٠) ... ويلتزم القاضى بموازنة كافة الاعتبارات ... الفلسفة والمنطق والقياس والتاريخ والعرف والحدس وغيره ، ثم يزود هنا ويقلل هناك ، ويحدد فى حكمة الوزن الذى يرجح الكفة (٤١١) .

بل حتى المصلحة فى الطمأنينة والامن والاستقرار يجب أن توازن مع المصلحة فى العدالة وحسن النية والعوامل الاخرى المؤثرة فى تحقيق الرفاهية الاجتماعية (٤١٢) .

---

(٤٠٤) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١١٧ وما بعدها .

(٤٠٥) تناقضات العلم القانونى ، فى الاعمال المختارة ، ص ٢٩٤ وما بعدها .

(٤٠٦) تناقضات العلم القانونى ، فى الاعمال المختارة ، ص ٢٩٨

(٤٠٧) تناقضات العلم القانونى ، فى الاعمال المختارة ، ص ٢٩٩

(٤٠٨) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١٣٩

(٤٠٩) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١٤٠ وما بعدها .

(٤١٠) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١٥٤

(٤١١) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١٧٦ ، ونمو القانون ، فى الاعمال المختارة ، ص ٢٤٩ ، وتناقضات العلم القانونى ، فى الاعمال المختارة ، ص ٢٨٥

(٤١٢) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١٥٤

هذا ويعترف كاردوزو بأنه لم يضع سلما للقيم المستقرة فى المجتمع الامريكى (٤١٣) . لقد ساير فى ذلك فقه المصالح فى ألمانيا ، الذى أحجم عمدا عن معايير التقييم ، حتى يكون منهجا صالحا لكافة البلدان والعصور .

لقد تولى فقيه أمريكى آخر مهمة وضع قائمة المصالح .

١٤٦ ــ « باوند » والفقه الاجتماعى :

هاجم العميد باوند بدوره فقه الافكار والقياس المنطقى ، وصب حمم نقده على أساتذة القانون ، لانهم يصيغون أفكارا أولى ويستنتجون منها غيرها ، ويتشدقون بتعاليم عنيدة تقاوم وقائع الطبيعة ، ويضغطون على الحيـــاة العملية لوضعها فى القوالب النظرية (٤١٤) .

كذلك يجتهد القضاة فى تطبيق أحكام القانون بطريقة منطقية بحتة ، حتى تحولوا بالقياس المنطقى الى محض قضاء ميكانيكى (٤١٥) . اذ كيف نتمسك بالمساواة فى الحقوق وحرية التعاقد ، بعد التقلبات الاقتصادية التى هزت كيان المجتمع المعاصر . ان هؤلاء القضاة الميكانيكيين يذكرون باوند برجال القانون الذين سخر منهم يرنج ، وتصورهم قابعين فى سراديب الافكار ذات ليلة مظلمة أمام ماكينة « تفسيخ الشعر » ، يستنتجون من كل فكرة تسعمائة وتسعا وتسعين ألفا وتسعمائة وتسعا وتسعين نتيجة منطقية (٤١٦) .

فالحكومات لاتوجد من أجل مصلحتها الذاتية والقضاة لا يجلسون حبا فى استخدام السلطة (٤١٧) . والقانون ليس هدفا فى ذاته بل مجرد وسيلة لهدف ، فيقدر طبقا لمـــا يحقق من غاية ، لا وفقا لمتانة البناء الداخلى أو جمال الاسلوب المنطقى (٤١٨) .

---

(٤١٣) طبيعة المنهج القضائى ، فى الاعمال المختارة ، ص ١٧٦ . وانظر أيضا : فريدمان ، النظرية القانونية ، الطبعة الرابعة ، ص ٢٩٩

(٤١٤) Roscoe Pound, **Social Control through Law,** New Haven 1942, Yale University Press, p. 1; **Jurisprudence,** St. Paul Minn. 1959, West Publishing Co., vol. I, p. 132.

(٤١٥) Roscoe Pound, **Mechanical Jurisprudence,** in : 8 Columbia Law Review 1908 p. 605 (607 ss.); **Courts and Legislation,** in : Science of Legal Method 1921, New York, Macmillan, p. 202 (207); **Interpretations of Legal History,** New York 1923, Macmillan, p. 153 ss.; **Jurisprudence,** vol. III, p. 512.

(٤١٦) Pound, **The Spirit of the Common Law,** Boston 1925, Marshall Jones Co., p. 205.

(٤١٧) باوند ، الرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٣٢

(٤١٨) باوند ، فى مجلة كولومبيا القانونية ١٩٠٨ ، ص ٦٠٥ و ص ٦٠٩ ، والمحـــاكم والتشريع ، السابق ، ص ٢٠٧ ، أيضا : وظيفة القانون ، السابق ، ص ٣١

ان الكائنات العضوية فى حالة صراع من أجل البقاء (٤١٩) . خذ مثلا مبنى يحترق والسكان يهرعون مذعورين بلا نظام ، أو مسرحا فى العرض الاول لمسرحية شهيرة يقبل عليها جمهور غفير يسعى الى حجز التذاكر ، فبغير نظام قد يموت كثيرون فى الحريق وقد تحتد المشاجرات أمام المسرح (٤٢٠) . ان كل فرد يريد تحقيق رغباته بلا حدود ، ورغبة كل واحد تصطدم برغبات الآخرين . من هنا ضرورة الرقابة الاجتماعية والهندسة الاجتماعية social engineering (٤٢١) . فمهمة النظـــام القانونى ليست التوفيق بين الارادات الحرة بل اشباع الحاجات الانسانية (٤٢٢) . هـــذه الرغبات تسمى « مصالح interests » ، والنظام القانونى يعترف ببعضها ويضع لها الحدود وينظم الآثار ، من خلال القواعد القانونية التى ينميها المنهج القضائى (٤٢٣) .

١٤٧ ــ والمصلحة عند باوند هى المطلب أو الحاجة أو الرغبة أو الامل الذى يسعى الناس الى تحقيقه فرادى أو جماعات (٤٢٤) .

وتقتضى هذه المصالح تصنيفا جعله باوند ثلاثيا ، المصالح الفـــردية ، والمصالح العامة والمصالح الاجتماعية (٤٢٥) .

---

(٤١٩) Pound, **New Paths of the Law**, Nebraska 1950, The University of Nebraska Press, p. 26.

(٤٢٠) باوند ، الرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٦٣ ، والنظرية القانونية المعاصرة ، ص ٥٧

(٤٢١) الرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٦٤ ، وتفسيرات التاريخ القانونى ، ص ١٥١ وما بعدها ، ووظيفة القانون ، ص ٣٣ ، أيضا :

Pound, **Philosophy of Law**, in : Twentieth Century Philosophy, New York 1947, Philosophical Library, p. 77 ss.; **An Introduction to the Philosophy of Law**, New Haven 1955, Yale University Press, p. 47.

(٤٢٢) Pound, **A Survey of Social Interests**, in : 57 Harvard Law Review 1943, p. 1.

(٤٢٣) الرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٦٥ ، ووظيفة القانون ، ص ٨٧ ، ومجلة هارفارد القانونية ١٩٤٣ ، ص ٣٩

(٤٢٤) الرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٦٦ ، ومجلة هارفارد القانونية ١٩٤٣ ، ص ١ ، وروح الشريعة العامة ، ص ٢٠٤ ، وفلسفة القانون ، السابق ، ص ٨٤ ، وأصول القانون ، ج ٣ نبذة ٨١ ص ١٥ ــ ١٦ ، أيضا :

Pound, **A theory of social interests**, in : Papers and Proceedings of the American Sociological Society, May 1921, vol. 15, p. 16, repr. in : Hall, Readings in Jurisprudence, Indianapolis 1938, p. 238 (241); **Outlines of Lectures on Jurisprudence**, 4th ed., Cambridge 1928, Harvard University Press, p. 60.

(٤٢٥) نظرية المصالح الاجتماعية ، فى مجموعة هول ، ص ٢٤١ ، والرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٦٨ ــ ٦٩ ، ومحاضرات عن أصول القانون ، ص ٦٠ وما بعدها ، وفلسفة القانون ، فى المرجع السابق ، ص ٨٤ وما بعدها ، وأصول القانون ، ج ٣ ، ص ٢٣

ان استخراج هذه المصالح وتصنيفها لا يمكن أن ينجم عن التفكير المنطقى . فالقرن الثامن عشر استنتج الحقوق الطبيعية من الطبيعة المجردة للانسان ، والقرن التاسع عشر من صيغ مبهمة ميتافيزيقية عن العدالة والحرية ، وكل هذه الوسائل ما الا طرق غير مباشرة لتبرير أفكار مسبقة (٤٢٦) .

الاولى مشاهدة النظم القانونية وتحليل محتوياتها ، للوقوف على الحاجات المشبعة والمطالب الضاغطة نحو الاعتراف بها (٤٢٧)

هنا عكف باوند على تحليل القيم السائدة فى المجتمع الامريكى المعاصر ... كان مثل قارىء الكف الذى يكشف الغيب ، ولا يفشى من أسرار سوى ما يعرفه الآخـــرون .

قال ان المصالح الفردية هى المطالب أو الرغبـــات المتعلقة بحياة الفرد (٤٢٨) . وتشمل مصالح الشخصية ، كالمصلحة فى كفالة الامن للجسم والصحة وحرية الارادة . ثم المصلحة فى علاقات الاسرة ، وأخيرا المصالح المرتبطة بالوجود الاقتصادى الفردى ، كالسيطرة على الاشياء المادية التى تكون مضمون حق الملكية ، وتنفيذ المزايا الموعود بها وهو عماد قانون العقود ، وكذلك المصلحة فى انماء العلاقات المثمرة مع الآخرين ، كالعضوية فى الجمعيات أو استمرار العمل (٤٢٩) .

والمصالح العامة هى المطالب أو الرغبات التى تفترضها الحياة فى مجتمع منظم سياســـيا (٤٣٠) . وتنصب على طبيعة الدولة باعتبارها شخصا قانونيا ، وهى مصالح الشخصية فى سلامة الاراضى وحرية الحركة وكرامة الدولة ، وفى حسن ســـير العمل داخل الماكينة الحكوميـــة . ثم المصالح الموضوعية المتعلقة بالملكية العامة المستخدمة فى اغراض جماعية ، بعكس مصادر الثروة الاجتماعيـــة التى تمارس عليها الدولة السيادة لا الملكية ،

---

(٤٢٦) نظرية المصالح الاجتماعية ، فى مجموعة هول ، ص ٢٤١ ، ومجلة هارفارد القانونية ١٩٤٣ ، ص ١٥

(٤٢٧) نظرية المصالح الاجتماعية ، فى مجموعة هول ، ص ٢٤٣ ، والرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٧٠ ، ومجلة هارفارد القانونية ١٩٤٣ ، ص ١٦ ، وفلسفة القانون ، فى المرجع السابق ، ص ٨٥

(٤٢٨) الرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٦٩ ، ومجلة هارفارد القانونية ١٩٤٣ ، ص ١ ــ ٢ ، وأصول القانون ، ج ٣ ، ص ٢٣

(٤٢٩) الرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٧٠ وما بعدها ، ومحاضرات عن أصول القانون ، ص ٦١ وما بعدها ، والنظرية القانونية المعاصرة ، ص ٦٢ وما بعدها ، واصـــول القانون ، ج ٣ ، ص ٢٨ وما بعدها .

(٤٣٠) الرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٦٩ ، ومحاضرات عن أصول القانون ، ص ٦٠ ــ ٦١ ، والنظرية القانونية المعاصرة ، ص ٦٥ ومجلة هارفارد القانونية ١٩٤٣ ، ص ٢ ، وأصول القانون ، ج ٣ ، ص ٢٣ وفقرة ٩٢ ص ٢٣٥ وما بعدها .

وتتولى سلطة التنظيم دون أن تتمتع بحق التصرف . وكذلك المصالح التى يحميها قانون العقوبات ، باعتبار الدولة أمينة على الصالح العام (٤٣١) .

والمصالح الاجتماعيـــة هى المطالب أو الرغبـــات التى تقتضيها الحياة الاجتماعيـــة فى مجتمع متمدين (٤٣٢) ، وتشبعها فكرة النظام العـــام public policy كما هى معروفة فى الشريعة العامة (٤٣٣) .

وقد أورد باوند قائمة للمصالح الاجتماعية عدل فيها بعض الشىء على مر السنين . فهناك المصلحة الاجتماعية فى الامن العام والصحة العامة واكتساب الاشياء وتنفيذ التصرفات ، ثم فى أمن النظم الاجتماعية المتعلقة بالاسرة والدين والسياسة ، ثم فى الاخلاق العامة ، ثم فى الثروة الاجتماعية ، ثم فى التقـــدم العام ، وأخيرا المصلحة الاجتماعيـــة فى الحياة الفـــردية بما يتفق ومعايير المجتمع (٤٣٤) .

١٤٨ ــ ويقول باوند أن هدفه من قائمة المصالح المحمية أن تكون معدة لخدمة القضاء (٤٣٥) ، اذ يجب على القاضى أن يوازن بين هذه المصالح المتناقضة ولا يستطيع اطلاق أيا منها دون المساس بالقائمة كلها (٤٣٦) . فمثلا المصلحة فى أمن اكتساب الاشياء تستدعى حماية المالك من الاختلاس ، بينما المصلحة فى أمن التصرفات الارادية تقتضى تفضيل متلقى الحق بحسن نية (٤٣٧) . ويتعين التوفيق بين المصالح المتنازعة بأقل قدر من الاحتكاك والتبذير ، مع استلهام المصالح الاجتماعية (٤٣٨) .

---

(٤٣١) باوند ، أصول القانون ، ج ٣ ، فقرة ٩٢ ص ٢٣٦ وما بعدها .

(٤٣٢) باوند ، الرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٦٩ ، ومحاضرات عن أصـــول القانون ، ص ٦١ ، ومجلة هارفارد القانونية ١٩٤٣ ، ص ٢ ، وأصول القانون ، ج ٣ ، ص ٢٣ وفقرة ٩٣ ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٤٣٣) أصول القانون ، ج ٣ ، ص ٢٧٠

(٤٣٤) نظرية المصالح الاجتماعية ، فى مجموعة هول ، ص ٢٤٣ وما بعدهـــا ، والرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٧٦ وما بعدها ، ومحاضرات عن اصول القانون ، ص ٦٥ وما بعدها ، والنظرية القانونية المعاصرة ، ص ٦٥ وما بعدها ، ومجلة هارفارد القانونيـــة ١٩٤٣ ، ص ١٧ وما بعدها ، وروح الشريعة العامة ، ص ٢٠٨ وما بعدها ، وأصول القانون ، ج ٣ ، الفقرات ٩٤ وما بعدها ص ٢٩١ وما بعدها .

(٤٣٥) نظرية المصالح الاجتماعية ، فى مجموعة هول ، ص ٢٣٩

(٤٣٦) الرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٧٨ ، وأصول القانون ، ج ٣ ، فقرة ١٠٠ ص ٣٢٧ وما بعدها .

(٤٣٧) الرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ٧٦ ، وانظر فى مثل آخر ، تفســـيرات التاريخ القانونى ، ص ١٦٢ ــ ١٦٣

(٤٣٨) نظرية المصالح الاجتماعية ، فى مجموعة هول ، ص ٢٣٨ ــ ٢٣٩ ، وتفســـيرات التاريخ القانونى ، ص ١٥٧ وما بعدها ، وروح الشريعة العـــامة ، ص ٢٠٣ ، والنظرية القانونية المعاصرة ، ص ٧٥ ــ ٧٦ ، ومجلة هارفارد القانونية ١٩٤٣ ، ص ٢ ــ ٣ ، والمدخل الى فلسفة القانون ، ص ٤٧ ، أيضا :

ويضيف باوند أن عمليات التقييم والموازنة والتوفيق تقوم على مناهج ثلاثة هى التجربة والعقل والعرف (٤٣٩) . وستكون الهندسة الاجتماعية أكثر فعالية كلما وضحت ماهيتها وغايتها (٤٤٠) . ويجدر عدم الاقتصار على علم القانون بل يحسن الاستعانة بالاخلاق والاقتصاد والسياسة والاجتماع ، فكل العلوم الاجتماعية يجب أن تعاون القضاء (٤٤١) .

على أية حال لا تزعم قائمة المصالح بلوغ الحقيقة المطلقة ، بل تتجاوب فى الزمان والمكان مع بلد معين فحسب (٤٤٢) ، وتترك الباب مفتوحا أمام دواعى التغيير وعوامل الثبات (٤٤٣) .

والخلاصة ان باوند أراد أن يخطو الى أبعد من كاردوزو : كل منهما عارض فقه الافكار وناوأ القضاء الميكانيكى ، وطالب بمراعاة المصالح واجراء التقييم والترجيح . لكن بينما اكتفى كاردوزو بالتركيز على الموازنة دون تعـداد المصالح ، أورد باوند قائمة مفصلة للمصالح المحمية ، لتكون تحت يد القاضى يستعين بها عند التقييم . فخرجت قائمته كالمنشور السياسى تعتمد المصالح الغالبة فى المجتمع الليبرالى (٤٤٤) . كان باوند من أسرة محافظة (٤٤٥) ،

Pound, **Twentieth Century Ideas as to the End of Law,** in : Harvard Legal Essays, Cambridge Mass, 1934, Harvard University Press, p. 357 ss.

(٤٣٩) الرقابة الاجتماعية من خلال القانون ، ص ١٠٩ و ص ١١٨

(٤٤٠) تفسيرات التاريخ القانونى ، ص ١٥٧

(٤٤١) Pound, **Law and Morals,** 2nd ed., Chapel Hill 1926, The University of North Carolina Press, p. 115.

(٤٤٢) باوند ، النظرية القانونية المعاصرة ، ص ٨٢ ، وسبل جديدة للقانون ، ص ٣٢

(٤٤٣) Edwin W. Patterson, **Pound's theory of social interests,** in : Essays in Honor of Roscoe Pound, New York 1947, Oxford University Press, p. 567; Patterson, **Jurisprudence,** Brooklyn 1953, The Foundation Press, p. 527; George Whitecross Paton, **A Text-Book of Jurisprudence,** 2nd ed., p. 18, p. 108; del Duca, in : XXX Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 1953, p. 487 (496); Dias and Hughes, **Jurisprudence,** p. 430 - 431; Friedmann, 4th ed., p. 296; Edgar Bodenheimer, **Jurisprudence,** Cambridge, Mass. 1962 ,Harvard University Press, p. 111 - 112.

(٤٤٤) Dias and Hughes, **op. cit.,** p. 430; Dennis Llyod, **Introduction to Jurisprudence,** London 1959, Stephens, p. 178 .

وانظر أيضا النقد الذى وجه الى باوند من الكتاب الاتين :

Morris R. Cohen, **Law and the Social Order,** New York 1933, Harcourt, Brace and Co., p. 329 ss.; Georges Gurvitch, **Sociology of Law,** London 1947, Kegan Paul, p. 125 - 126; Jerome Hall, **Living Law of Democratic Society,** Indianapolis, 1949. The Bobbs-Merril, p. 65 - 66; Alan Pendleton Grimes, **American Political Thought,** New York 1955, Holt, p. 451 - 452; Friedmann, 4th ed., p. 2[illegible],Carleton Kemp Allen, **Law in the Making,** 6th ed., Oxford Paperbacks 1961, Oxford University Press, p. 34 ss.

(٤٤٥) راجع فى ذلك : باترسون ، أصول القانون ، ص ٥٠٩

ويقيم فى الولايات المتحدة ، فسجل ما هو كائن ، وأهمل ما يجب أن يكون .. رصد النجوم الساطعة فى ليل بلد رأسمالى ، ونسى ما خيم حولها من ظلام اجتماعى لكن هل تأثر القضاء الامريكى بمنهج الفقه الاجتماعى ...؟ حقا لقد وضع باوند قائمة للمصالح التى يحميها القانون فى العادة ، لكنه لم يذكر معايير الترجيح فيما بينها اذا اصطدم بعضها بالبعض الآخر (٤٤٦) .فكيف تصرف القضـــاء ؟

١٤٩ ــ الملكيـــة :

رأينا من قبل كيف اعترفت الشريعة العامة للمالك على ملـــكه بسلطة الاستعمال والاستمتاع دون تنغيص أو تعكير ، ورتبت دعوى تسمى « الاقلاق nuisance » ، تسرى ولو لم يقع دخول مادى ، ما دام قد نجم ضرر فعلى . ولم تكن محاكم العدالة مقيدة بقواعد صارمة أو مناهج جامـــدة ، فدرجت على فحص الظـــروف المحيطة والموازنة بين المصالح المتعارضة ، وعنيت بالزهرة البسيطة مثلما اهتمت بشجرة القرو ، ما دام قضاؤها لا يمس مصالح الرأسمالية الكبيره (٤٤٧) .

ولم يتغير الوضع فى القرن العشرين ، بقيت دعوى « الاقلاق » على ما هى عليه ، يستخدمها القضاء الامريكى فى نطاق « مضار الجوار » ، التى كانت أبرز تطبيق للتعسف فى استعمال الحق لدى القضاء الفرنسى .

حقا ان القضاء الامريكى الحق دعوى الاقلاق بالمسئولية عن الفعل الضار tort liability بصورها الثلاث : العمد والاهمال والفعل المجرد عن الخطأ (٤٤٨) ، غير أنه لجأ الى معايير موضوعية للحكم بوجود الاقلاق . فالعبرة بما يؤثر على « الراحة المعتادة للوجود الانسانى كما يتصوره الشعب الامريكى بمفاهيمه الحالية » (٤٤٩) ، أى العبرة بما يقلق الرجل العادى فى المجتمع (٤٥٠) . لقد ضرب القضاء صفحا عن الركن المعنوى فى الخطأ ، فلم يركز انتباهه على الوضع النفسى ، بل صب اهتمامه على الظرف المادى . قام بالموازنة بين المصالح ، بأن نظـــر من جهة الى جسامة الخطر ودرجة احتماله ، وفحص من الجهة الاخرى المنفعة التى تعود من النشاط الضار ،

---

(٤٤٦) دينيس لويد ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ ، الين ، المرجع السابق ، ص ٣٦

(٤٤٧) راجع التسم الاول مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ص ٧١٨ ــ ٧١٩

(٤٤٨) راجع الاحكام العديدة المشار اليها فى بروسر :

William L. Prosser, **Handbook of the Law of Torts,** 2nd ed., St. Paul 1955, West Publishing Co., p. 391 - 395.

(٤٤٩) أنظر المراجع المشار اليها فى بروسر ، الوسيط فى قانون المسئولية التقصيرية ، السابق، ص ٣٩٦

(٤٥٠) **Restatement of the Law of Torts** (American Law Institute), § 822 Comment g.

وساءل الفاعل عن السلوك « غير المعقول unreasonable » فى ضوء الظروف المحيطة (٤٥١) .

حرص القضاء على راحـــة الســـكان من دواعى الاقلاق ، مثل ذبذبة الآلات ودوى المفرقعات وانسياب المياه وتعكير الجداول وملاريا المستنقعات ، بل الروائح الكريهة والاصوات المزعجة والحرارة المرتفعة ، حتى النباح المتكرر للكلاب ورائحة البصل المطهى ، كل ذلك تدخل القضاء لايقافه والتعويض عنه حسبما تقضى العدالة (٤٥٢) .

ولم تسعف فى هذا الصدد أية قواعد صارمة أو مفاهيم مبهمة عن القانون والاخلاق ، بل عمل القضاء على الموازنة بين المصالح والتوفيق بين الطرفين ، بعد تقييم كل مصلحة وفقا لمعايير موضوعية ، فى ضوء مضمون متجدد لفكرة النظام العام ، يتطور من جيل الى جيل ويتغير من مكان الى مكان ، فالريف غير الحضر ، والحى الصناعى غير حى السكنى ، وهكذا (٤٥٣) .

١٥٠ ــ ومع ذلك حين تعلق الامر بالراسمالية الكبيرة مثل مصانع الحديد والصلب أو معامل تكرير البترول ، اختل ميزان العـــدالة فى يد القضـــاء الامريكى ، اذ اكتشف أن نشاط الراسمالية الكبيرة يتفق مع الصالح العام ، واستنكفت المحكمة العليا ١٩٣٣ أن تحمل أصحاب المصانع أعباء باهظة قد ينوء بها كاهلهم (؟) ، واعلنت محكمة أخرى ١٩٣٥ أنه من غير دخان كثيف لبقيت مدينة « بيتسبرج » الصناعية « قرية » صغيرة جميلة (٤٥٤) .

اذن ، فلتهنأ الراسمالية الكبيرة ولتسعى الى مزيد من التركز ، فـــكلما زاد حجم افرانها كلما جاز نفث دخانها ســـحبا ثقيلة مدمرة تتلف البيوت المجاورة .

ولم يتنبه الى خطورة الموقف سوى قلة قليلة من الفقهاء والمحاكم ، نعوا على المجتمع الامريكى أنه يضحى بالمواطن الصغير فى ســـبيل الراسمالى الكبير (٤٥٥) .

---

(٤٥١) أنظر المراجع المشار اليها فى بروسر ، الوسيط فى قانون المسئولية التقصيرية ، ص ٣٩٨ ــ ٣٩٩

(٤٥٢) بروسر ، الوسيط فى قانون المسئولية التقصيرية ، ص ٤٠٦ ــ ٤٠٧ و ص ٤١٣

(٤٥٣) **Restatement of Torts**, § 826 ss.; **Prosser, Law of Torts**, p. 410 - 416; Henry L. Mc Clintock, **Handbook of the Principles of Equity**, 2nd ed., St. Paul, Minn., 1948, West Publishing Co., p. 383.

(٤٥٤) راجع فى كل ذلك : بروسر ، الوسيط فى قانون المسئولية التقصيرية ، ص ٤١٢ ــ ٤١٣

(٤٥٥) فى هذا المعنى : Clarence Morris, **Studies in the Law of Torts** Brooklyn 1952, The Foundation Press, p. 307 - 308.

والاحكام المشار اليها .

١٥١ ــ الحقوق الدستورية :

وفى مجال الحريات العامة ، اتبعت المحكمة العليا عدة مناهج قانونية ، من القيـــاس المنطقى الى الموازنة بين المصالح ، وفقا لمـــا تراءى لها فى بلوغ أهداف محددة ، ترمى الى تبرير الوسائل البوليسية أو تفويت القيم الدينية أو تقييد الحرية الفكرية ، كما هو متوقع فى بلد رأسمالى يهيمن عليه رجال المـــال لا رجال الدين . ويتسابق الى تمجيد الدولار ويتباطأ فى تقدير الاخلاق .

لجأت المحكمة العليا الى القياس المنطقى لاسباغ صفة الشرعية على استخدام الوسائل البوليسية فى ضبط مخالفى القانون . عرض عليها ١٩٢٨ موضوع استعانة المبـــاحث بمراقبـــة التليفونات الخاصـــة ، واستراق السمع الى أحاديث المواطنين ، ثم اتهامهم فى القضايا الجنائية اعتمادا على شرائط التسجيل ، بينما يضمن الدســـتور الامريكى حرمة المنازل ولا يجيز اجراء التفتيش الا باذن النيابة . طبقت المحكمة المنهج الاستنتاجى واتبعت طريقة القياس المنطقى . قالت ان الدستور يحظر التفتيش والضبط الا باذن النيابة (مقدمة كبرى) ، لكن لم يحدث هنـــا تفتيش ولا ضبط بل توصيلة للسلك التليفونى (مقـــدمة صغرى) ، اذن لا تحتـــاج المباحث فى مراقبة التليفونات الى اذن النيابة (نتيجة) (٤٥٦) .

١٥٢ ــ وأجرت المحكمة العليا الموازنة بين المصالح فى القضايا المتصلة بحرية العقيدة ، مرة لتشجيع روح التمرد على الاديان الكبرى ، ومرة لمصادرة حرية الفكر لدى أساتذة الجامعات .

تتعلق المجموعة الاولى من القضايا بجماعة « شهود يهـــوه » . كانت لجنة التربية فى ولاية فيرجينيا الغربية قد أصدرت منشورا طبقا للقانون الزم التلاميذ فى المدارس الحكومية بتحية العلم كل صباح . ولمـــا امتنع أبنـــاء « شهود يهوه » عن أداء التحية استنادا الى عقيدتهم ، طردتهم الادارة من المدرسة بدعوى مخالفة النظام ، فشكوا أمرهم الى القضاء . قارنت المحكمة العليا ١٩٤٣ بين مصلحة المواطن فى أن يؤمن بما يشاء ومصلحة الدولة فى تذكية الروح الوطنية ، وحظرت اكراه المواطنين على اتباع سلوك معين الا فى حالة الخطر الداهم ، وانتهت الى أن تحيـــة العلم ليست ضرورية لتحقيق الوحدة الوطنية (٤٥٧) .

---

(٤٥٦) **Olmstead v. United States**, U.S. Supr. Ct., June 4, 1928, 277 U.S. 438, p. 464.

كذلك اقرت المحكمة العليا ١٩٦٣ صحة دليل حصلت عليه المباحث بتسجيل حديث للمتهم عن طريق ريكوردر جيب . أنظر :

Lopez v. United States, U.S. Supr. Ct., May 27, 1963, 373 U.S. 427 (438 - 439).

(٤٥٧) **West Virginia State Board of Education v. Barnette**, U.S. Supr. Ct., June 14, 1943, 319 U.S. 624, p. 632 - 633, p. 639 - 641.

وفى قضية اخرى ١٩٤٦ دخلت سيدة من « شهود يهوه » مدينة مملوكة لشركة خاصة فى ولاية الاباما وشرعت توزع منشورات دينية . نبه عليها عمدة المدينة بمغادرة المكان فلم تأبه ، فقبض عليها وقدمت للمحاكمة بتهمة دخول مكان خاص . وازنت المحكمة العليا بين مصلحة الشركة المالكة للمدينة فى طرد غير المرغوب فيهم ، ومصلحة السكان والمواطنين عامة فى التمتع بحرية النشر والدين ، وفضلت المصلحة الاخيرة على المصلحة الاولى (٤٥٨)

وفى قضية ثالثة ١٩٦٢ وضع موظفو ولاية نيويورك صيغة مقتضبة للصلاة تدعو الله تعالى دون أن تذكر عقيدة معينة أو ترجح كنيسة على أخـــرى ، وطلبوا من المدارس تلاوتها كل صباح . ومع ذلك اعترض أهالى عشرة من التلاميذ وتمسكوا بالدستور الامريكى الذى يحظر اقامة ديانة رسمية للدولة . وازنت المحكمة العليا بين المصلحة فى تكوين ديانة رسمية والمصلحة فى عدم اعتماد مثل هذه الديانة ، وانتهت الى أن قرار ولاية نيويورك قد خرق الحائط الدستورى الذى يفصل الكنيسة عن الدولة (٤٥٩) .

وهكذا شجعت المحكمة العليا حرية العقيدة وفضلتها على التمسك بالقيم الدينية .

١٥٣ ــ لكن حينما اصطدمت حرية العقيدة بمصالح الرأسمالية استخدمت المحكمة العليا منهج الموازنة بين المصالح لترجح الكفة الاخرى وتهدر حرية العقيـــدة .

استدعت احدى لجان الكونجرس استاذا بجامعة ميتشجان ليجيب على مجموعة من الاسئلة طرحت على موظفى الدولة تتعلق بمقاومة النشـــاط المعادى لامريكا . فرفض أن يوضح ما اذا كان فى يوم من الايام قد انتمى الى الحزب الشيوعى ، وعارض بوجه عام ادعاء الكونجرس سلطة الاستعلام عن عقيدته السياسية أو الدينية ، فحكم عليه بغرامة وبالسجن ستة أشهر .

كان هذا الاستاذ الجامعى يظن فى براءة انه يعيش فى كنف مجتمع يؤمن بحرية العقيدة فى ظل الدستور الاتحادى .

وازنت المحكمة العليا ١٩٥٩ بين مصلحة الكونجـــرس فى الاســـتعلام ومصلحة المواطن فى الحرية . قالت انه يتعين اليقظة الكبيرة حينما يتعلق

---

(٤٥٨) **Marsh v. Alabama**, U.S. Supr. Ct., Jan. 7, 1946, 326 U.S. 501, p. 506 - 509.

(٤٥٩) **Engel v. Vitale**, U.S. Supr. Ct., June 25, 1962, 370 U.S. 421, p. 425 ss.

الامر بحرية التعليم الجامعى وما تقتضيها من حرية تلقى العلم ، اذ هى ضرورية للغاية لرفاهية الوطن ، لذا أسبغ عليها الدستور الحماية الدستورية . بيد أن هذا لا يحول دون استجواب الاستاذ الجامعى عن عقيدته الفكرية ، خاصة وأن حق الكونجرس فى الاستعلام يستند الى حق الدولة فى حفظ كيانها وهو القيمة العليا فى كل مجتمع (٤٦٠) .

وافصحت المحكمة فى صراحة أن حل المشكلة يقتضى الموازنة بين المصالح الفردية والمصالح العامة فى ضوء ظروف القضية الراهنة (٤٦١) ، وانتهت الى تغليب المصالح العامة وتأييد لجان الكونجرس (٤٦٢) .

وقد عارض القاضى بلاك قرار اغلبية أعضاء المحكمة ، وأعلن أن الموازنة يجب أن تتم لا بين صالح فردى وصالح عام ، لكن بين صالح عام وصالح عام آخر يعارض بعضهما بعضا . فمن جهة الصالح العام فى حفظ الدولة من النشاط المعادى،ومن جهة أخرى الصالح العام فى تمتع الشعب بحريةالعقيدة والحق فى «الضلال السياسى» (٤٦٣) . أما تصوير المسألة بأنها موازنة بين صالح

---

(٤٦٠) **Barenblatt v. United States**, U.S. Supr. Ct., June 8, 1959, 360 U.S. 109, p. 111-112, p. 128; p. 112 : «when academic teaching-freedom and its corollary learning-freedom, so essential to the well-being of the Nation, are claimed, this Court will always be on the alert against intrusion by Congress into this constitutionally protected domain. But this does not mean that the Congress is precluded from interrogating a witness merely because he is a teacher».

(٤٦١) 360 U.S. p. 126 : «the resolution of the issue ... involves a balancing ... of the competing private and public interests at stake in the particular circumstances shown».

(٤٦٢) 360 U.S. p. 134 : «the balance between the individual and the governmental interests here at stake must be struck in favor of the latter, and that therefore the provisions of the First Amendment have not been offended».

(٤٦٣) 360 U.S. p. 142 : «on one side of the balance ... is the interest of the United States in seeing its fundamental law protecting freedom of communication is not abridged; on the other the obvious interest of the State to regulate conduct within its boundaries».
p. 144 : «assuming ... that some balancing is proper in this case, I feel that the Court after stating the test ignores it completely. At most it balances the right of the Government to preserve itself ,against Barenblatt's right to refrain from revealing Communist affiliations. Such a balance, however, mistakes the factors to be weighed. In the first place, it completely leaves out the real interest in Barenblatt's silence, the interest of the people as a whole in being able to join organizations... the right to err politically, which keeps us strong as a Nation... It is these interests of society, rather than Barenblatt's own right to silence, which I think the Court should put on the balance against the demands of the Government».

فردى وصالح عام ، فيهدف سلفا الى اهدار حرية العقيدة السياسية ، ولو لم تتخذ اى مظهر خارجى او لم تقم بأى نشاط فعلى .

لكن المحكمة العليا لم تعدل عن موقفها بل أكدته ١٩٦١ فى قضايا متعلقة بمقاومة التغلغل الشيوعى فى الصناعات الاساسية فى الجنوب (٤٦٤) .

وفى قضية أخرى ١٩٥٩ رفض مدير المصايف فى ولاية نيو هامبشاير أن يدلى بأسماء الاشخاص الذين اشتركوا فى المصيف سنتى ١٩٥٤ و ١٩٥٥ ، وتمسك بالحق فى حرية التعبير وحرية الاجتماع . فأحيل الى المحاكمة بتهمة انتهاك حرمة الاوامر وقضى عليه بالحبس غير محدد المدة الى أن يمتثل .

وازنت المحكمة العليـــا أيضا بين المصلحة الفردية فى حـــرية الاجتماع والمصلحة العامة فى مكافحة النشاط الذى يهدد أمن الدولة ، وقضت بأن الحق فى الاستعلام انما ينبع من حق الدولة فى الدفاع عن كيانها وهو القيمة العليا فى كل مجتمع ، ورجحت هذه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة فى حرية الاجتماع (٤٦٥) .

ما زالت المحكمة العليا ربانا أمينا ، ينفذ رغبات سادته فى تسيير السفينة .

١٥٤ ــ وقد شجع موقف المحكمة العليا تعصب الرجل الابيض ، وراحت الولايات الجنوبية تطارد الانسان الاسود بدعوى الميول الشيوعية ، واستدعى برلمـــان فلوريدا زعيم فرع ميامى فى « الجمعية الوطنية لتقدم الشعوب الملونة N.A.A.C.P. » ، وطلب منه أن يكشف عن اسماء اعضاء الجمعية ، تمهيدا للبطش بهم والتنكيل بالحركة السوداء .

وأحست المحكمة العليا ١٩٦٣ أن الرأى العام العالمى يتابع التفرقة العنصرية ويستنكر نتائجها الظالمة ، فوازنت مرة أخرى بين حرية المواطن فى التعبير والاجتماع وبين مصلحة الدولة فى حفظ الذات ، لكنها ميزت القضية الراهنة

---

(٤٦٤) **Wilkinson v. United States**, U.S. Supr. Ct., Febr. 27, 1961, 365 U.S. 399 (409); **Braden v. United States**, U.S. Supr. Ct., Febr. 27, 1961, 365 U.S. 431 (435).

وأنظر أيضا فى مكافحة التغلغل الشيوعى فى الصحافة :

Russell v. United States (six cases), May 21, 1962, 369 U.S. 749.

(٤٦٥) **Uphaus v. Wyman**, U.S. Supr. Ct., June 8, 1959, 360 U.S. 72. p. 78-81; — p. 78 : « The interests of the guests at World Fellowship (the camp) in their associational privacy having been asserted, we have for decision the federal question of whether the public interests overbalance these conflicting private ones». — p. 81 : « the governmental interest in self-preservation is sufficiently compelling to subordinate the interest in associational privacy of persons».

عن سائر القضايا السابقة ، بحجة أن اتهام السود لم يقم على أدلة واضحة ، وقضت بأن استعلام برلمان فلوريدا يشكل تدخلا فى حرية الاجتماع (٤٦٦)

وهكذا استخدمت المحكمة العليا منهج المصالح مرة لتشجيع التمرد على الدين ومرة لتقييد حرية الضمير ، فلا يضير المجتمع الراسمالى ان يعترف بحرية العقيدة على حساب الروح الدينية ، لكن ما اشد الخطر عليه من حرية العقيدة الفكرية فى مجال النظم السياسية .

١٥٥ ــ شريعة العقد وتشريعات العمل :

وفى نطاق شريعة العقد ، حدث تطور هائل فى موقف المحكمة العليا على اثر الازمة الاقتصادية العالمية التى هزت الولايات المتحدة ما بين ١٩٢٩ و ١٩٣٣ .

اصرت المحكمة العليا فيما مضى على حرية التعاقد مهما بدا من عنت الاقوياء لقهر الضعفاء (٤٦٧) لكن تغير الوضع بعد الازمة الاقتصادية وما احدثته من خلخلة اجتماعية ، اذ فرضت التسعيرة الجبرية للسلع وتعاقبت التشريعات فى مجال عقد العمل . وكانت ولاية نيويورك قد حددت١٩٣٢ سعرا ادنى لبيع اللبن ، فى محاولة مستميتة لانقاذ المزارعين من المنافسة الهدامة بعد أن هبطت الاسعار دون ثمن التكلفة ، نتيجة لانتشار البطالة وضعف القوة الشرائية . باع شخص لترا من اللبن بالسعر المحدد واضاف اليه رغيف خبز مجانا ، فقدم للمحاكمة بتهمة خرق التسعيرة الجبرية ، فطعن فى دستورية التسعيرة وتمسك بحرية التعاقد . وازنت المحكمة العليا ١٩٣٤ بين حق التاجر فى المنافسة الحرة وبين المصلحة العامة فى عدم افلاس جموع المزارعين ، وقضت بأن الدستور لا يضمن لاحد حرية تسيير عمله بطريقة تضر بالجمهور أو بجزء هام من الشعب (٤٦٨) .

كما اقرت المحكمة العليا فى قضية اخرى ١٩٣٤ دستورية قانون فى ولاية مينسوتا يؤجل مواعيد الوفاء بالديون المرهونة ، وقالت ان حالة الضرورة فى مينسوتا نتيجة للازمة الاقتصادية تجيز لهذه الولاية التدخل فى علاقات الافراد لحماية مصالح الجماعة (٤٦٩) .

---

(٤٦٦) **Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee, U.S. Supr. Ct., March 25, 1963, 372 U.S. 539, p. 543 ss., p. 558.**

(٤٦٧) راجع القسم الاول مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ص ٧٢٢ ــ ٧٢٣

(٤٦٨) **Nebbia v. New York, U.S. supr. Ct., March 5, 1934, 291 U.S. 502, p. 539.**

(٤٦٩) **Home Building and Loan Association v. Blaisdell, U.S. supr. Ct., Jan. 8, 1934, 290 U.S. 398, p. 444 - 445.**

وقد سهل على المحكمة العليا مهمتها أن التشريعات المقيدة لحرية التعاقد تنصر بعض القطاعات الرأسمالية على حساب البعض الآخر .

١٥٦ ــ لكن حينما تعلق الامر بانصاف العمال من عسف رأس المال ، وعرض على المحكمة العليا ١٩٣٦ مصير قانون يضع حدا أدنى للاجور ، تمادت المحكمة فى غيها السابق وقضت بعدم دستورية هذا القانون (٤٧٠)

غير أن اصرار المحكمة العليا على حماية البرجوازية لم يكن ليدم طويلا بعد الهزة الاقتصادية . كانت المحكمة تستلهم أيديولوجية الازمنة الماضية وتتنكر لاحتياجات الظروف الجديدة ، وتسترشد بمبادىء الليبرالية المنشسترية بعد أن فقدت هذه المبادىء تأييد الجماهير (٤٧١) . لقد طالب الشعب باصلاحات جذرية وانتخب روزفيلت لتحقيق هذا الامل (٤٧٢) . فاصطدم برنامجه بتعفن القضاء ، وتذرع بالصبر عاما بعد آخر ، ثم هدد باعادة تشكيل المحكمة . فافتعلت الرأسمالية ضجة كبيرة واتهمت روزفيلت بالاساليب الاستبدادية ، لكن تراجعت المحكمة عن موقفها السابق وقضت بدستورية قوانين الاصلاح (٤٧٣) .

تم ذلك ١٩٣٧ بمناسبة دعوى من عاملة فندق تطالب بالفرق بين ما تتقاضاه من أجر والحد الادنى الوارد فى القانون . لم تستخدم المحكمة العليا فقه الافكار ولم تتحدث عن الحرية الشخصية وحرية التعاقد ، بل وازنت بين مصلحة الفندق فى الاتفاق على ما يروقه من أجور ، وبين المصلحة العامة فى حماية النساء العاملات من أرباب العمل عديمى الضمير . وقالت المحكمة ان السلطة التشريعية ذات صفة فى اتخاذ الاجراءات الكفيلة بالتقليل من اضرار « نظام استنزاف طاقة العمال sweating system » ، واستغلالهم بأجور دون حد الكفاف ، واتخاذ ضعفهم مدعاة لمنافسة قاتلة بينهم تدفعهم الى قبول أكثر الشروط ظلما . فللسلطة التشريعية أن تقدر الحدود الدنيا للاجور بما يعاون على تحقيق سياسة حماية الضعفاء (٤٧٤) .

---

(٤٧٠) **Morehead v. New York ex rel. Tipaldo**, U.S. Supr. Ct., June 1, 1936, 298 U.S. 587, p. 609 ss.

(٤٧١) فى هذا المعنى : Alan Pendleton Grimes, **American Political Thought**, New York 1955, Holt, p. 449.

(٤٧٢) Arthur M. Schlesinger, **The Age of Roosevelt**, vol. II : **The Coming of the New Deal**, London Melbourne Toronto 1960, Heinemann, p. 1 ss.

(٤٧٣) وقد سبق ان أشرنا الى هذا الموضوع : راجع القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ، ص ٦٧٠ .

(٤٧٤) **West Coast Hotel Co. v. Parrish**, U.S. Supr. Ct., March 29, 1937, 300 U.S. 379 ,p. 398 - 399; — p. 398 : « The legislature was entitled to adopt measures to reducethe evils of the 'sweating system', the exploiting of workers at wages so low as to be insufficient to meet the bare cost

لم تتعدل نصوص الدستور ، لكن تغير المنهج القانونى ، من شكلية فقه الافكار الى واقعية فقه المصالح ، فانقلبت التشريعات العمالية بمفعول عصا سحرية ، من ظلام البطلان الدستورى الى اشراق الاصلاح الاجتماعى .

١٥٧ ــ قوة العقد والظروف الطارئة

رأينا كيف أسبغ القضاء الانجليزى على الاتفاق قدسية تفوق كل تصور وتصل الى عدم الاعتداد حتى بأثر القوة القاهرة ، ثم خفت وطأة هذه القاعدة حين أقيل المدين من التزامه اذا فاتت غاية التعاقد . أما الظروف الطارئة المرهقة فلم تكن محل اعتبار لدى القضاء الانجليزى والامريكى الى الحرب العالمية الاولى (٤٧٥) .

غير أن التقلبات الاقتصادية التى جرتها تلك الحرب الشاملة ، والتى دفعت مجلس الدولة الفرنسى ١٩١٦ الى تقرير أثر الظروف الطارئة، ثم محكمة الرايش ١٩٢٢ الى مراعاة تخلف أساس التعاقد (٤٧٦) ، هذه التقلبات قد اقتعلت ريحها العاتية أقوى الاشجار صلابة فى حقل الشريعة العامة .

حقا أعلن القضاء الانجليزى فى بداية سنوات الحرب الاعتداد بالقوة المطلقة للعقد ، فألزم المستأجر بالاستمرار فى دفع أجرة السكن ولو طردته السلطات العسكرية من انجلترا أو استولت هى على الشقة (٤٧٧) . لكن جد ما حمل القضاء على تغيير موقفه ، ذلك أن قوة العقد كما هى سلاح فى يد الرأسمالية قد تصبح سلاحا يرتد ضدها . اذ رفع ملاح دعوى على شركة بحرية انجليزية يطالبها بأجرة ثلاث سنوات طبقا لعقد عمل ، بالرغم من أن السفينة الملحق بها صادرتها السلطات الالمانية فى هامبورج منذ ١٩١٤ . نشط القضاء الانجليزى وخرج من ثباته التقليدى ، ما دام الامر يتعلق بنصرة

---

of living thus making their very helplessness the occasion of a most injurious competition. The legislature had the right to consider that its minimum wage requirements would be an important aid in carrying out its policy of protection». — p. 399 - 400 : «The exploitation of a class of workers who are in an unequal position with respect to bargaining power and are thus relatively defenceless against the denial of a living wage is not only detrimental to their health and well-being but casts a direct burden for their support upon the community. What those workers lose in wages the taxpayers are called upon to pay. The bare cost of living must be met ... The community is not bound to provide what is in effect a subsidy for unconscionable employers».

(٤٧٥) راجع القسم الاول ، مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ص ٧٢٤ ــ ٧٢٥ .

(٤٧٦) ما سبق نبذة ١٠٢ ونبذة ١٢٩ .

(٤٧٧) Hamed Zaki, **L'Imprévision en Droit Anglais**, Paris 1930, Rousseau, p. 304 ss.

الراسمالية الكبيرة على حساب العامل الصغير . قال مجلس اللوردات ان غرض العقد قد فات فلم تعد شركة الملاحة ملزمة بدفع الاجر (٤٧٨) .

وتوسع القضاء الانجليزى فى المقصود بتفويت غرض العقد frustration بحيث شمل حالة ما يصبح التنفيذ « غير عملى impracticable » ولو لم يكن مستحيلا بالمعنى الضيق .. وبحث على عادته عن فكرة قانونية افتـــرض وجودها منذ الازل ، وهى فكرة « الشرط الضمنى implied condition ». فالطرفان اتفقا ضمنا على أن يقيل بعضهما بعضا اذا صار التنفيذ « غـــير عملى » . طبق القضاء هذا المعيار ١٩١٦ بصدد مشارطة بحرية على سفينة لمدة خمس سنوات استولت عليها السلطات العسكرية بضعة أشهر (٤٧٩)

لكن عدل القضاء الانجليزى خلال الحرب العالمية الثانية عن فكرة الشرط الضمنى ، بمناسبة عقد ينصب على استغلال احدى الغابات ، ثم صـــدر قرار حربى يحظر التعامل فى الاخشاب . قال مجلس اللوردات ١٩٤٤ ان فكرة الشرط الضمنى قد ابتدعها القضاء ابتداعا لسد فجوات العقد تلبيـــة لمقتضيات العدالة ، ذلك أن مثل هذا الشرط محض افتراض يفتقد الدليل ، فالعبرة بما يحدث فى عالم الواقع the world of fact ولا معنى لافتراض ارادة الطرفين (٤٨٠) .

ومن ثم هجر مجلس اللوردات الضابط الشخصى وطرق المعيار الموضوعى، وميز فى حكم آخر ١٩٥٦ خاص بعقد مقاولة صار أكثر كلفة نتيجة لظروف طارئة ، ميز بين مجرد الزيادة فى النفقات التى لا اثر لها على تنفيذ الالتزام ، وبين فوات غاية العقد اذا ادت الظروف الطارئة الى أن يصبح الالتزام شيئا مختلفا تماما radically different عما ورد فى العقد ، الامر الذى يعفى من الاستمرار فى التنفيذ (٤٨١) .

---

(٤٧٨) **Horlock v. Beal, House of Lords (1916), 1 A.C. 486.**

(٤٧٩) **F.A. Tamplin S.S. Co., Ltd v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co., Ltd.,** House of Lords (1916), 2 A. C. 397, per Earl Loreburn : «the condition I should imply goes no further than that they should be excused if substantially the whole contract became impossible of performance, or in other words **impracticable**, by some cause for which neither was responsible».

(٤٨٠) **Denny, Mott & Dickson, Ltd, v. James B. Fraser & Co., Ltd,** House of Lords (1944), A.C. 265.

(٤٨١) **Davis Contractors, Ltd. v. Fareham U.D.C.,** House of Lords (1956) A.C. 696, per Lord Radcliffe : « frustration occurs whenever the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing **radically different** from that which was undertaken by the contract»; cited in : Chitty, **on Contracts**, 22nd ed., vol. I, London 1961, Sweet and Maxwell, no. 1175.

كان العقد فيما مضى كالرمح المشوق لا تلين له قناة ، فصار مع الايام كالقوس المشدود يقبل ضغط المؤثرات ويخضع لتغير الظروف .

١٥٨ ــ ومن انجلترا عبرت هذه الآراء المحيط الاطلنطى حتى ارتطمت بالشاطىء الامريكى ، وتسربت المياه الفكرية الى بعض السواحل القانونية على الاخص المعاهد العلمية ، بينما حالت فى معظم الولايات قلاع الفكر التقليدى دون تغلغل الامواج الجديدة .

تلقف تيار التجديد معهد القانون الامريكى American Law Institute ، فى مجموعته غير الرسمية عن العقود الصادرة ١٩٣٢ وما بعدها Restatement of the Law of contracts اذ عرفت المادة ٤٥٤ استحالة التنفيذ بأنها تشمل الاستحالة الدقيقة strict impossibility ، وكذلك « عدم العملية impracticability » بسبب ما يحيط التنفيذ من صعوبات او مصروفات او اضرار بالغة وغير معقولة (٤٨٢) . فالاستحالة يجب أن تعطى مفهوما عمليا لا معنى علميا دقيقا ، بحيث تكفى « عدم العملية » ولا يلزم الاستحالة المطلقة ، وان كان مجرد الصعوبات غير المتوقعة التى لا تبلغ « عدم العملية » لا تؤدى الى اعفاء المدين (٤٨٣) .

اما المحاكم الامريكية فقد شطرتها الموجة الانجليزية ، اذ تفتحت الاقلية الى فكرة « عدم العملية » بينما تشبثت الاغلبية بالقاعدة التقليدية ، وان كان المرجح أن رأى الاقلية سوف ينتصر فى النهاية (٤٨٤) .

وفى قضية شهيرة تعهد مقاول كبارى أن يحصل على الحصى اللازم من أرض الطرف الاخر ، لقاء ثمن محدد . ثم تبين بعد استخراج نصف الكمية أن النصف الباقى غارق تحت المياه ، مما رفع تكاليف استخراجه الى اثنى عشر

---

(٤٨٢) **Restatement of the Law of Contracts**, vol. II, § 454 p. 843 (Definition of Impossibility) : «In the Restatement of this subject impossibility means not only strict impossibility but **impracticability** because of extreme and unreasonable difficulty, expense, injury or loss involved».

(٤٨٣) **Restatement of Contracts**, §454 comment a, vol. II, p. 844 : « 'Impossible' must be given a practical rather than a scientifically exact meaning. **Impracticability** rather than absolute impossibility is enough .....Mere unanticipated difficulty, however, not amounting to impracticability is not within the scope of the definition (see §467)».

(٤٨٤) راجع فى ذلك : Laurence P. Simpson, **Handbook of the Law of Contracts**, St. Paul, Minn. 1954, West Publishing Co., §139 p. 495 - 497.

وانظر أيضا :

Frederick A. Whitney, **The Law of Contracts**, 5th ed., New York 1953, Matthew Bender & Co., p. 364.

حيث يرى أن محاكم نيويورك قد أثرت فكرة تخلف غاية العقد .

ضعفا. قضت المحكمة العليا فى كاليفورنيا ١٩١٦ باعفاء المقاول من الاستمرار فى التنفيذ ، لان « عدم العملية » من الناحية الاقتصادية يساوى الاســتحالة القانونية (٤٨٥) .

وهكذا حتى فى أمريكا اتضح لرجال الاعمال ان فكرة استقرار المعاملات قد تصبح خطرا محدقا يهدد بالانهيار الاقتصادى .

١٥٩ ــ المسئولية والخطــأ :

رأينا من قبل كيف ابتدع القضاء الامريكى خلال القرن التاسع عشر افكارا رجعية ثلاثة لاعفاء رب العمل من تعويض حوادث العمل ، هى تحمل الخطر والعامل الزميل والخطأ المساهم ، بمقتضاها يتوقى الرأسمالى التغريم ولو ثبت خطأ فى جانبه . وقد واصل العمال الكفاح حتى صدرت قوانين التعويض workmen's compensation acts الغت الدفوع الثلاثة ورتبت المسئولية دون خطأ (٤٨٦) .

غير أن تشريعا تالعمل تسرى على بعض الفئات دون البعض الاخر ، ومازال القضاء الامريكى يتشبث فى القرن العشرين بالدفوع الرجعية الثلاثة حماية للرأسمالية المستغلة ، حيثما لا تنطبق التشريعات العمالية (٤٨٧) .

١٦٠ ــ لكن تزحزحت المفاهيم عن شكلية فقه الافكار ، وتقدم المنهج القانونى نحو الموازنة بين المصالح .

من ذلك أن معهد القانون الامريكي American Law Institute ، فى المجموعة غير الرسمية عن المسئولية التقصيرية الصادرة تباعا منذ ١٩٣٤ Restatement of the Law of Torts احل فى كافة نصوصها عبارة «المصلحة» محل « فكرة » الحق . فالمصلحة interest هى كل رغبة انسانية (٤٨٨) ومتى حماها القانون من صور الاعتداء أصبحت حقا (٤٨٩) . والتعدى injury هو الاعتداء على مصلحة يحميها القانون (٤٩٠) .

---

(٤٨٥) **Mineral Park Land Co. v. Howard**, 172 Cal. 289, 156 P. 458 L.R.A. 1916 F. 1, cited in : Simpson, op. cit., p. 497 n. 67 .

(٤٨٦) راجع القسم الاول مصر المعاصرة عدد ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ ص ٧٢٦ ــ ٧٣٣ .

(٤٨٧) أنظر الاحكام العديدة المشار اليها فى : بروسر ، قانون المسئولية التقصيرية ، الطبعة الثانية ، ص ٣٨٤ ، وما بعدها .

(٤٨٨) **Restatement of the Law of Torts** (1934), Section 1, p. 2.

(٤٨٩) التعليق «ب» ، ص ٢ .

(٤٩٠) الفقرة ٧ ، ص ١٦ .

وتبرز هذه المجموعة اهمية الكشف عن غرض المشرع والبحث عن المصلحة التى أراد حمايتها (٤٩١) وتقضى فى أكثر من موضع بالموازنة بين المصالح weighing interests، على الاخص فى تحديد معيار الرجل العاقل reasonable man (٤٩٢) ، اذ يتعين على القاضى أن يوازن بين مدى الخطر المترتب على سلوك الفاعل وبين قدر المنفعة المرجوة من هذا السلوك (٤٩٣) لذا تتمخض المشكلة عن موازنة بين الخطر والنفع (٤٩٤) أى بين القيمة الاجتماعية للمصالح التى باتت فى خطر والقيمة الاجتماعية للمصالح التى يسعى الفاعل الى اشباعها (٤٩٥) .

وكل هذا يذكرنا بفقه المصالح فى ألمانيا والمنهج القضائى لكاردوزو (٤٩٦)

كذلك يرى كبار الفقهاء اليوم أن مهمة أحكام المسئولية هى الموازنة بين المصالح المتعارضة balancing the interests (٤٩٧) .

١٦١ ــ وقد أحس القضاء الامريكى بما يلحق المضرور من غبن اذا تحمل دواما عبء الاثبات ، فان صعوبة هذا العبء تفوت فرصة التعويض . لذا سارت المحاكم الامريكية خلف القضاء الانجليزى فى الاخذ بقرينة الخطأ ، حيثما توحى الظروف بعدم امكان حدوث الضرر لولا اهمال الشخص المسئول ، وهى القرينة المعروفة باسم « الشىء يتحدث لذاته » res ipsa loquitur . بدأ العمل بهذه القرينة فى قضية انجليزية ١٨٦٣ ، حين تدحرج برميل دقيق وهوى من مخزن مرتفع على رأس أحد المارة ، وذكرت المحكمة أن البرميل ما كان ليسقط لو لم يقع اهمال ، « فالشىء يتحدث لذاته » (٤٩٨) . وصارت هذه العبارة مثلا ، بل قاعدة قانونية راسخة الاقدام ، استند اليها القضاء الامريكى لاعفاء المضرور من عبء الاثبات فى حالات كثيرة ، حيثما تكون الظروف مواتية لافتراض قيام الخطأ (٤٩٩) .

---

(٤٩١) الفقرة ٢٨٦ ، ص ٧٥٢ .
(٤٩٢) عنوان التعليق « ج » على الفقرة ٢٨٣ .
(٤٩٣) التعليق « ج » على الفقرة ٢٨٣ والفقرة ٢٩١ ص ٧٨٥ .
(٤٩٤) عنوان التعليق « د » على الفقرة ٢٩١ ص ٧٨٦ .
(٤٩٥) الفقرة ٢٩٣ ص ٧٩١ ثم الفقرة ٢٩٢ ص ٧٨٨ .
(٤٩٦) ما سبق نبذة ١١٧ وما بعدها ونبذة ١٤٤ وما بعدها .
(٤٩٧) بروسر ، الوسيط فى قانون المسئولية التقصيرية ، ص ١٣ .
(٤٩٨) **Byrne v. Boadle**, Court of Exchequer (1863), 2 H. & C. 722 وانظر ايضا :
Scott v. London and St. Katherine Docks Co., 1865, 3 H. & C. 596.
حيث أضيف الى عنصر « الشىء يتحدث لذاته » عنصر آخر هو ان يكون الشىء تحت سيطرة الشخص المسئول .
(٤٩٩) **65 C.J.S. Negligence**, §220 (2) p. 987; **20 Am. Jur. Evidence**, §218, p. 215; Wigmore, **On Evidence**, 2nd ed., vol. V, §2509, p. 498, 3rd ed., vol. IX, §2509, p. 380 - 381; Prosser, **On Torts**, 2nd ed., §42 p. 199 ss.; **13 C.J.S. Carriers**, §764 d, p. 1448 ss.

وذهب القضاء الى أبعد من ذلك ، حين قرر فى بعض الحالات قيام المسئولية الشديدة strict liability على أساس الخطر لا الخطأ ، وفكرة تحمل التبعة ، ومقتضيات العدالة الاجتماعية ، بالقاء عبء الضرر على من يستطيع دفع التعويض (٥٠٠) . كأن تحتفظ شركة انشاءات بكمية من الديناميت بالقرب من مكان العمل ، فيدوى انفجار يصيب سيدة جالسة فى بيتها القريب ويتلف منزلها . قالت محكمة استئناف الولايات المتحدة ١٩٣١ ان شركة المنشآت قد تسبب نشاطها فى احداث الضرر ، فهى التى يجب أن تتحمل الخسارة ، وليس الاغيار الذين لم يكن لهم من صلة بالحادث سوى انهم راحوا ضحيته (٥٠١) .

وهكذا تولى القضاء الامريكى تطوير قانون المسئولية فى حدود معينة ، وابتدع نظرية جزئية تقابل المسئولية عن الاشياء عند القضاء الفرنسى .

١٦٢ — بل عالج القضاء ايضا الحاجة الى الملاءمة بين عموميات النصوص وخصوصيات الحياة ، ولنذكر مثلا .

كان شخص يدفع عربة يد فى الطريق الزراعى على يمين الطريق ، بينما لوائح المرور تفرض على المشاة فى الطرق الزراعية التزام يسار الطريق ، حتى يكونوا فى عكس اتجاه السيارات ويسهل عليهم ملاحظتها وتفاديها . وكانت حركة المرور فى مساء الحادث مزدحمة على يسار الطريق وقليلة جدا على يمينه ، فاختار دافع العربة أن يلزم اليمين لتلافى الزحام . اذ ذاك صدمته سيارة مقبلة ، وثار موضوع المسئولية . وتمسك مالك السيارة بخطأ المضرور ، وهو مخالفة نصوص القانون بالسير على يمين الطريق . قضت محكمة الاستئناف فى ولاية نيويورك ١٩٣٩ بانتفاء خطأ المضرور ، فالتشريع يجب الا يفسر على أنه أمر جامد ، والقاعدة العامة للسلوك الهادفة الى تفادى الحوادث يجب أن تستبعد حينما تتواجد ظروف تجعل اتباعها اقرب الى وقوع الحوادث . اذ لا يتصور ان المشرع يرغب فى احترام أوامره التى تهدف الى حماية المشاة ، حتى لو أدى اتباعها الى تصاعد احتمال الاخطار (٥٠٢) .

---

(٥٠٠) فى هذا المعنى ، بروسر ، الوسيط فى قانون المسئولية التقصيرية ، ص ٣١٧ .

(٥٠١) **Exner v. Sherman Power Construction Co., U.S. Ct. of Appeals, 2nd circuit, Dec. 14, 1931, 54 F. 2d. 510 (514 col. 2) : «the owner of the business, rather than a third person who has no relation to the explosion other than that of injury, should bear the loss».**

(٥٠٢) **Tedla v. Ellman, Court of Appeals of New York, Febr. 28, 1939, 280 N. Y. 124 (131).**

١٦٣ ــ الخلاصـــة

نجم عن الازمات الاقتصادية التى تعاقبت على المجتمع الامريكى اهتزاز العقائد الراسخة ، فأنكرت الواقعية القانونية فكرة حياد القاضى ، بينما سار بنجامان كاردوزو على منهج الموازنة بين المصالح ، ووضع روسكو باوند قائمة المصالح المحمية .

وهجر القضاء المنطق الصورى الى فقه المصالح ، حينما غدا المنهـج التقليدى قيدا يغل المجتمع الرأسمالى ، وحال جموده الصارم دون مجابهة الظروف الجديدة . فبالنسبة الى قيود الملكية ، ظل القضاء على عادته خادما أمينا وفيا لمصالح الرأسمالية الكبيرة . وفى نطاق الحريات العامة ، طوع القضاء فى مهارة منهج الموازنة بين المصالح لكبت الاتجاهات التقدمية . وفى مجال شريعة العقد ، نبذ القضاء على الاخص فى انجلترا القوة الملـزمة للعقود ، للاخذ بيد الرأسمالية المتعثرة بعد الهزا تالناجمة عن الحروب . أما فى علاقات عقد العمل ، فلم تكف المحكمة العليا عن مساندة الرأسمالية المستغلة الا تحت تهديد الرئيس روزفيلت بنسف المحكمة العليا ذاتها .

ولعل ابرز رصيد يحسب للقضاء الامريكى ، تقرير المسئولية الشديدة عن اضرار الاشياء الخطرة ، مثلما فعل القضاء الفرنسى فى نطاق المسئولية عن الاشـــياء .

١٦٤ ــ خلاصة مناهج القرن العشرين فى العالم الغربى

تقدمت فرنسا والمانيا وأمريكا صناعيا منذ أواخر القرن التاسع عشر ، وحدثت تقلبات هائلة فى ظروف الحياة الاقتصادية ، حملت البشر على اعادة النظر فيما حولهم من نظم .

خاضت البرجوازية العلمانية فى فرنسا صراعا عنيفا ضد رجال الـدين وشرعت فى تحطيم نفوذ الكهنوت . غير أن هذا التيار المادى جرف معه بذور نقيضة تمثلت فى الفلسفة البرجسونية وما تحوى من لاعقلانية . وكانت البرجوازية الفرنسية قد تحولت الى امبريالية عالميـة ، ولم تعـد تفى باحتياجاتها الاحكام القانونية التقليدية . فنادى جينى بالبحث الحر لسـد الثغرات فى قانون نابليون ، بغية ترقيع الثوب البرجوازى القديم ليناسب حجم الرسمالية فى القرن العشرين ، وتحفظ بشدة تجاه عدالة الملاءمة ، وأنكر كلية الحاجة الى التطوير ، وآمن بفردية القانون الطبيعى ، ورجـح كفة الوجدان البرجسونى .

لذا تعرض جينى للهجوم من جانب انصار التطور ودعاة الجمود ، نعى عليه الفريق الاول عدم اختلافه عن شراح المتون ، فى حين خشى الفريق الثانى من فوضى البحث العلمى الحر .

وقد استعان سالى بالقانون الطبيعى المتغير فى الزمان العالمى فى المكان ، لفتح باب الدراسة امام القانون المقارن ، وتطعيم الشجرة الوطنية برحيق النظم الاجنبية . لكن انكر لامبير عالمية القانون وعمومية المضمون ، وقصر المقارنة على الدول المتقاربة فى الظروف المعيشية . ويعيب الدراسة المقارنة بطء نضوج الثمر ، كما تخلو من معايير واضحة تحفظ القاضى من الزلل .

ولما ازداد حجم الاعمال غدا اطلاق الملكية سيفا يهدد الملاك . وكان اوجست كومت منذ منتصف القرن الماضى قد أحل فكرة الواجب محل فكرة الحق ، وتبعه الفقيه دوجى مع مطلع القرن الحـــالى . ونادى سالى ثم جوسران بنسبية الحقوق الفردية فى اطار غايتها الاجتماعية . فغضب دعاة الجمود وهاجم الاستاذ بلانيول فكرة التعسف فى الحقوق ، وحنق الاستاذ ريبير على رسل التغيير والتجديد وتشبث باطلاق الحقوق ، فصار كمن يسبح فى المحيط يحمل على كتفه مركبا ليقيه من غرق وشيك ، فغـــاص معه الى القاع السحيق .

وقد عاد القضاء بنظرية التعسف الى المجال التقليدى لفكرة الخطأ ، فمنع الصدام بين الملاك حتى تعمل البرجوازية فى هدوء ، بينما اتخذ تفسير القانون ذريعة لضرب الفلاحين والعمال ، اذ فسر القوانين الزراعية لصالح طبقة الملاك ، وشهر نظرية التعسف سلاحا فى وجه الاضراب .

وتخبطت الحلول القضائية نتيجة لانعدام المنهج . فخضع القضاء لالحاح الفقه واطلق اثر شروط الاعفاء ، كما رفضت محكمة النقض على عكس مجلس الدولة الاعتداد بالظروف الطارئة . لكن خطت محكمة النقض خطوة تقدمية هائلة بتقرير المسئولية عن الاشياء ، حماية لضحايا الحوادث وهم عادة من الفقراء ، يدفعون ثمن النشاط الذى يفيد منه الاغنياء .

١٦٥ ـــ وبينما فرنسا تعانى من انعدام المنهج فى نطاق علم القانون ، اذا بالمانيا تفجر ثورة عارمة تكسح المناهج البالية . اقترح المحامى العـــام كيرشمان منذ منتصف القرن الماضى تصفية رجال القانون من فقهاء ومحامين وقضاة ، اكتفاء بالقضاء الشعبى . غير أنه اعتمد على الاحســـاس كمنهج للفصل فى القضايا ، اى فتح الباب على مصراعيه أمام منزلق الذاتية . واعلن يرنج أن القانون كالانسان يولد بين الآلام والدماء من خلال الصراع الرهيب بين الشعوب والطبقات والافراد . وصاح فى علماء الدوجماتية أن يهبطوا من سماء الافكار ويعودوا الى أرض الواقع ، حيث مشاكل الحياة وصراع المصالح وغاية القواعد .

وهاجمت حركة القانون الحر فكرة الكمال المنطقى للقانون ، وطالبت بملء الثغرات عن طريق الخلق الحـــر للقـــانون ، وتأثرت بوجدانيـــة الفيلسوف برجسون التى نقلها جينى الى أصول الفقه ، وصبت اهتمامها على مشـــكلة الثغرات وصرفت النظر عن الملاءمة والتطوير ، وبالغت فى الاعتمـــاد على الاحساس والوجدان مما يترك العنان لجماح الذاتية دون وضع معـــايير للعدالة الموضوعية .

ورأى انصار فقه المصالح أن نبذ المدرسة التقليدية لا يعنى الانغماس فى القانون الحر والانزلاق التام نحو الوجدان . قالوا أن المصالح هى السبب المنشىء للقواعد ، لذا يتعين على القاضى أن يفحص وضع المصالح ويتولى التقييم والترجيح ، ثم يشرع فى تطوير القانون بعد الموازنة بين اعتبارات الاستقرار وضرورات التجديد فى اتجاه التطور الاجتماعى . ذلك أن القاضى يخدم مشرع العصر الحاضر لا حكام الزمن الغابر ، ويلتزم بالخضوع الواعى لا الخضوع الاعمى للقانون . ولم تورد مدرسة المصالح معايير التقييم والترجيح ، فهى منهج يرعى أهداف القانون وليست فلسفة تحدد هذه الاهداف .

وقد شرع القضاء الالمانى يقيم المصالح المتنازعة ويوازن بينها ويرجح بعضها ، فى ضوء المعايير المستجدة فى مجتمع راسمالى متطور . فعرفت الملكية تضييقا مستمرا فى مجال سلطنتها ، وخضعت الحقوق عامة لفكرة اساءة الاستعمال . لكن لم تستقر الحلول تجاه شروط الاعفاء فى عقود الاذعان ، بينما أدى الانهيار الاقتصادى على أثر الحربين العالميتين الى جعل استقرار المعاملات نذيرا بافلاس الراسمالية ، فتدخلت المحاكم الالمانية عند تخلف أساس التعاقد واعادت تشكيل العقد بما يحقق مصلحة الطرفين ، ليستطيع مركب الراسمالية مواصلة الرحلة العسيرة ومقاومة الامواج العاتية فى بحر الازمات الاقتصادية .

١٦٦ ــ وتجسمت العقلية العامة لمجتمع رجال الاعمال فى الولايات المتحدة الامريكية ، فى النفور من النظريات المجردة والاقدام على المنفعة العملية واعتناق فلسفة الذرائع ، حتى انفجرت الازمة الاقتصادية العالمية ١٩٢٩ ، بينما نشر العالم النفسى واطسون مؤلفه عن السلوكية .

وكان هولمز بشير الواقعية ، لما أشاع من شك حول القانون الطبيعى ، وركز من هجوم على المنطق القانونى ، وأثار من اهتمام حول الرجل السىء ، الذى يسخر من المبادىء والاستنتاجات ويرغب فى معرفة الاتجاهات المحتملة للتطبيق القضائى .

وتأثرت الواقعية القانونية بآراء هولمز الشكية ، فالقواعد تنبؤات معممة بما سوف تفعله المحاكم ، والقانون هو ما يفعله القضاء بمناسبة الانزعة . وقام الواقعيون بتحليل سلوك القضاة ، لمعرفة درجة امكان توقع هذا السلوك ، حتى يستطيع المحامون ارشاد وتوجيه الخصوم . وخلص الجناح المتفائل الى امكان توقع الحلول على مستوى محاكم الاستئناف ، بينما ذهب الفريق المتشائم الى تعذر التنبؤ سلفا بقضاء المحاكم الابتدائية . لقد ساير الواقعيون سلوكية واطسون وآراء فرويد ، فربطوا حكم القاضى بآلام المعدة والاسنان ، وأنكروا العدالة الموضوعية ونبهوا الى خطورة الذاتية . كانت الواقعية صرخة يأس فى مجتمع منهار اهتزت ثقته فى نظمه وأخذ يشعر بالدوار .

وقد أدى تعاقب الازمات خلال العشرينات الى اعداد الاذهان لمراجعة العقائد الموروثة ، ودعا كاردوزو الى نبذ المنطق وزكى منهج الموازنة بين المصالح . فغاية الجهد القانونى ليست التركيب المنطقى بل اجراء التوفيق العملى . والحاجة الى الارتقاء أو نمو القانون هى المطلب الاساسى فى المنهج القضائى . ثم تولى العميد باوند وضع قائمة المصالح التى يحرص المجتمع الامريكى على أن تظلها شجرة القانون ، من مصالح فردية ومصالح عامة ومصالح اجتماعية ، حتى تكون هذه القائمة معدة لخدمة القضايا العملية ، اذ يتعين على القاضى أن يوازن بين المصالح ، ولا يستطيع اطلاق أيا منها دون المساس بالقائمة كلها .

واستمر القضاء على موقفه السابق فى قيود الملكية ، يوازن بين المصالح فى دعوى الاقلاق قبل الايقاف أو التعويض ، لكن يجيز للرأسمالية الكبيرة أن تقلق الناس كما تشاء .

واتبعت المحكمة العليا عدة مناهج قانونية فى مجال الحريات العامة . لجأت الى القياس المنطقى لاسباغ صفة الشرعية على استخدام الوسائل البوليسية فى ضبط مخالفى القانون ، وأجرت الموازنة بين المصالح فى قضايا حرية العقيدة ، مرة لتشجيع روح التمرد على الاديان الكبرى ، ومرة لمصادرة حرية الفكر لدى أساتذة الجامعات .

كذلك وازنت المحكمة بين المصالح المتعارضة فى علاقات العمل ، للتقليل من اضرار نظام استنزاف طاقة العمال . وفقد العقد ما سلف من سلطان ، بعد الهزات الاقتصادية الهائلة الناجمة عن الحرب العالمية . واعتمد معهد القانون الامريكى منهج الموازنة بين المصالح فى نطاق المسئولية التقصيرية . بل ابتدع القضاء نظرية جزئية تأخذ بالمسئولية الشديدة بالنسبة الى الاشياء الخطرة .

١٦٧ — تلك كانت معالم الثورة المنهجية خلال القرن العشرين فى ربوع العالم الغربى ، خرجت على المنطق الصورى الذى ساد القرن الماضى ، بعد أن صار حجر عثرة فى سبيل المجتمع الراسمالى . فكلما اهتز الاساس الاقتصادى كلما اختل البناء القانونى .. الم تقل محكمة الرايش فى اشهر أحكامها عبر قرن من الزمان ، حين قوضت الحصن القديم لسلطان العقد بعد أن ترنحت أعمدته التليدة مع قنابل الحرب .. « ان الجسم الاقتصادى الداخلى الذى يحيط به القانون مثل النواة من القشرة ، قد يتفاعل نتيجة لاسباب خاصة فيؤدى الى انفجار القشرة ويطالب بصفة آمرة أن يؤخذ بعين الاعتبار » (٥٠٣) .

واذا كان المجتمع الراسمالى قد عدل المنهج القانونى ، فأى المناهج يتعين اتباعها فى المجتمع الاشتراكى ؟

ذلك ما سوف نراه فى القسم الثالث من هذه الدراسة ..

---

(٥٠٣) ما سبق نبذة ١٢٩ .