

# الجهل بالأحكام المدنية

دكتور مصطفى الجمال

أستاذ القانون المدنى المساعد

كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

تمهيد :

١ - قد يبدو عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من البديهيات التي ترتبط بفكرة القانون ووجوده (١). ولذلك فعامة الناس ممن لا يعملون في الحقل القانوني تحس بحدسها أن جهلها بالقانون لا ينهض مبرراً للافلات من أحكامه ، بمثل ما تحس بوجود سنن تضبط أفعالها وتصرفاتها .

غير أن هذه البداهة تكاد أن تكون رهينة بفكرة القانون كعنى مجرد (٢)، سواء تمثل هذا المعنى في فكرة العدل أو تمثل في فكرة الضبط الاجتماعي . فلا تكاد نتجاوز هذا المعنى المجرد للقانون إلى القواعد التي يتألف منها نظام قانوني معين حتى يساورنا الشك في «مشروعية» اطلاق القول بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ويتزايد هذا الشك كلما ابتعدنا عن فكرة النظام القانوني في كليته إلى الأحكام التفصيلية المحققة للعدل بين الناس

---

(١) قارب : استاذنا الدكتور حسن كبيره (المدخل إلى القانون ، ١٩٧١ ، بند ١٧٣) ، حيث يرفض تأسيس مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون على فكره القرينة القانونية ، ويرتفع به إلى فكره العدل من ناحية وفكره القوه الملزمة الذاتية للقانون من ناحية أخرى . وقارب أيضاً :

M.G. Dereux, Etude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi", R.T.D.C., 1907, p. 515.

(٢)

R. Guillen, Nul n'est censé ignorer la loi, Melanges en l'honneur de Paul Roubier, 1961, T. 1, p. 257 et 260.

أو الضابطة لعلاقتهم الاجتماعية المختلفة . ففي الوقت الذي نتقبل فيه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون كضامن *garant* لقيام النظام القانوني بتحقيق وظيفته الاجتماعية ، نتساءل عن عدالة وضرورة التسوية بشأنه بين المخاطبين بأحكامه - من يعلمها منهم أو يستطيع أن يعلمها ومن لا يعلم ذلك ولا يستطيعه - كما نتساءل عن امكان اعطاء ذات المعاملة لجميع أحكام القانون على اختلاف مصادرها - ما هو قطعى الثبوت منها وما ثبوته ظنى ، ما كان منها ممكناً العلم به وما كان العلم به مستحيلاً - على نحو جعل الفقه المعاصر يتحدث عن أزمة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (١) .

والواقع أن هذا التناقض في موقفنا من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ما هو الا نتيجة لاختلاف مستوى نظرنا إلى الظاهرة القانونية . فحيثما نظرنا إلى هذه الظاهرة نظرة شكلية مجردة بدت لنا كبناء واحد متناسق ، وحيثما نظرنا إليها نظرة تحليلية - بقصد الامساك بما يجمع مفرداتها من علاقات جدلية - بدت مستعصية على الوحدة والتناسق (٢) . وكلما تعددت «المفردات» التي تتألف هذه الظاهرة من مجموع علاقاتها كلما بدت أبعد عن التوحيد والتناسق (٣) . مثلها في ذلك مثل كل تصور نظرى عندما نحاول سبر أغواره الواقعية (٤) .

---

F.Terré, Le rôle actuel de la maxime "Nul n'est censé ignorer (١)

la loi", Etudes de droit contemporain, 1966, p. 91 et s.

(٢) في طبيعة الوحدة الناشئة عن التركيب الجدلى بصفة عامة ، أنظر :

Hossam M. ISSA, Capitalisme et sociétés anonymes en Egypte, Paris, 1970, p. 17.

(٣) في هذا المعنى :

H. Buch, Conceptions dialectiques des antinomies juridiques, in "Les antinomies en Droit", Etudes publiées par Ch.Perelman, Bruxelles, 1865, p. 386 et s.

(٤) في هذا المعنى :

Radbruch, Rechtsphilosophie (1932), § 9, Antinomien der Reditsidee, p. 70, (Cité par H. Buch, ibid).

ولعل هذه الحقيقة تفسر منشأ أزمة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في الفكر القانوني المعاصر . فالقانون يشهد في الوقت الحاضر - بجانب محاولات ضبط وتحديد قواعده التقليدية - امتداداً مستمراً وكاسحاً نحو مجالات جديدة كانت بالأمس القريب بعيدة عن متناوله . والمشرع الحديث لم تعد تغلت من قبضته مشكلة من المشاكل مهما كانت صغيرة أو كبيرة (١) . وقد كان لذلك أثراً واضحاً في اتجاه القواعد والنظم القانونية نحو التفكك والاستقطاب حول محاور جديدة، مع ما يصاحب ذلك من تنافر وتجادب وانفصال وتشابك ، على نحو تعقدت معه العلاقة الجدلية بين «مفردات» الظاهرة القانونية المختلفة في اطار النظام القانوني العام لمجتمع معين وفي علاقة هذا النظام بالأنظمة التي تعلوه أو توازيه أو تتبعه (٢) . ومن هنا كانت حدة التناقض بين بديهية مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وبين فداحة «المسئولية» التي يلقي بها على كاهل المخاطبين بالقانون . ولذلك كان من الطبيعي أن يلمس الفكر القانوني ويكشف العمل حلولاً جديدة لا نزاع في شرعيتها رغم تنافرها مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في انعكاساته المختلفة على البنيان القانوني ، على نحو أثار حيرة النظرية القانونية بشأن تطويع المبدأ أو الحلول المذكورة أحدهما للآخر .

٢ - وإذا كان هذا هو منشأ أزمة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في الفكر والتطبيق القانوني المعاصر ، فان هذه الأزمة تبدو لذلك كأحد مظاهر الأزمة الشاملة التي تعانها النظرية القانونية التقليدية في مواجهة الواقع القانوني المتغير . فقد درجت هذه النظرية على تصوير معين للبناء القانوني لا يتجاوز كثيراً المعنى المجرد للقانون ولا يستجيب بالتالي لحقيقته

F. Terré, op. cit., p.109.

(١)

(٢) فالنظام القانوني الدولي مثلاً يعلو الانظمة القانونية العامة للمجتمعات المختلفة ، وهذه الأنظمة ذاتها تعتبر متوازية بالنسبة لبعضها البعض ، وأنظمة النقابات والجمعيات تتبع الأنظمة القانونية العامة للمجتمعات التي تتكون فيها النقابات أو الجمعيات .

راجع في تعدد النظم القانونية وطبيعة العلاقة التي تجمعها : دي لوجو ، أسباب الإباحة ، دروس للدكتوراه على الآلة الناسخة (بالفرنسية) ، (ص ١ وما بعدها) .

الوضعية الراهنة بما تتضمنه من شمول مختلف مظاهر الحياة الاجتماعية والاقتصادية ومن جدلية في علاقة «مفردات» النظام القانوني غير المتناهية. فالنظام القانوني في هذه النظرية يتألف من «ثنائي» مرتبط ، يحكم الواقع دون أن يتداخل فيه ، هو قاعدة السلوك والجزاء المترتب عليها . وهذا الثنائي يتولد عن مصادر رسمية محددة وتنظمه فروع القانون التقليدية ، الخاص منها والعام . ولم يعد يخاف مدى تخلف هذا التصور - في أجزائه المختلفة - عن ملاحقة التغيرات العميقة في القانون الوضعي ، ليس فقط ما كان منها نتيجة الثورات الاجتماعية وإنما كذلك ما كان مجرد نتيجة طبيعية لتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية على أثر الثورة الصناعية (١) .

(١) ففي نطاق مصادر القانون صارت هذه النظرية متخلفة عن استيعاب دور القضاء والعادات إن لم يكن العرف ، فضلا عن انتقال مركز الثقل - في نطاق التشريع ذاته - من القانون إلى اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية ، حتى صارت حركة مراجعة نظرية المصادر أحد معالم الفكر القانوني الحديث (أنظر في ذلك : دي لوجو : المرجع السابق ، ص ٢ وما بعدها) . وفي نطاق فروع القانون أصبحت هذه النظرية عاجزة عن استيعاب تفرع القانون الحديث وظهور كثير من الفروع الحديثة كقانون العمل وقانون النقل والقانون الزراعي وقوانين الإيجار (أنظر في هذه الظاهرة بصفة خاصة G. Farjat et Droit économique, Themis, Paris, 1971) ، حتى صارت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مجورا أساسياً للجدل بين فقهاء الفرعين . وفي مجال قواعد القانون ظهرت وتكاثرت قواعد قانونية لا تأمر بسلوك معين أو تنهى عنه ، على نحو أدى بجانب من الفقه إلى الاعتراف بأن قاعده السلوك لا تغطي كل « المجال » القانوني، وأنه يجب الاعتراف بجانبها بنوع آخر من القواعد ذات الصفة التنظيمية (أنظر ما يلي بند ١٥) . وفي مجال الجزاء أمكن القول بوجود كثير من القواعد القانونية التي لا يسندها جزاء بالمعنى المادى المحدد لفكره الجزاء التقليدية ، كما هو الحال في قواعد القانون الدستوري وفي قواعد القانون الدولي العام (أنظر في ذلك بصفة خاصة : أستاذنا الدكتور حسن كبيره ، المرجع السابق ، بند ٣٠ ، ٣٢ ، محمد سامي عبد الحميد ، أصول القانون الدولي العام ، المجلد الأول (القاعدة الدولية) ١٩٧٢ ، بند ٥) ، على نحو أدى إلى اختلاف النظر إلى القانون بين الفقهاء وعلماء الاجتماع القانوني (أنظر بصفة خاصة :

G. Gurvitch, Problèmes de sociologie du droit, in , Traité de Sociologie, T. II, 1968, p. 173 et S.

Comp., Edmond Jorien, De la sociologie Juridique, 1967, notamment p. 39 — 57).

والكشف عن ارتباط أزمة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بأزمة النظرية العامة للقانون ، على هذا النحو ، من شأنه التنبيه إلى أن مشكلة الجهل بالقانون لا يمكن أن يكتب لها حل يوفق بين اعتبارات «العلم» ، و«العمل» ، بين التناسق اللازم للنظام القانوني وبين التناقض الداخلي في تكوينه ، إلا في ضوء المراجعة الشاملة للنظرية العامة للقانون. فنحن بحاجة ماسة إلى «تصور» للظاهرة القانونية في جانبها الفني ، يتجاوز فكرة السلوك والجزاء على مخالفتها ، إلى التمكين من الامساك باختلاف أحكام القانون واختلاف وظائفها والعلاقة الجدلية التي تجمعها ، وصياغة كل ذلك صياغة تستجيب إلى الواقع . ومثل هذا التصور وحدة هو الذي يمكن من توضيح وظيفة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ونطاقه والانعكاسات المختلفة التي يتركها على الحلول القانونية التفصيلية .

ومن الواضح أن مراجعة النظرية العامة للقانون رهين بمدى تجاوز المنطق الشكلى في تحليل الظاهرة القانونية من الناحية الفنية ، إلى المنطق الجدلى ، على الرغم من كون هذا التحليل يتناول موضوعاً نظرياً بحثاً من موضوعات الدراسة القانونية . كذلك من الواضح أن هذه المراجعة تتجاوز موضوع بحثنا كما تتجاوز جهد الفرد وربما جهد جيل قانونى برمته . ومع ذلك فلا شك انه من المفيد مجرد توجيه النظر إلى امكانية تجاوز فكرتى القاعدة والجزاء إلى تصورات أخرى أقرب إلى حقيقة البيان القانونى وتعقيده واختلاف وظائف أحكامه ، وأكثر امساکاً بالواقع فيما يتعلق بحلول مشكلة الجهل بالقانون . ذلك أنه «ليس هناك أكثر تشيظاً للقانون .. من الشك في ذاته» (١) .

وعلى هذا النحو فسوف يكون المحور الأول في مراجعة مشكلة الجهل بالأحكام المدنية هو محور النظرية العامة للقانون ذاتها في ضوء معطيات كل من المنطق الشكلى والمنطق الجدلى .

فاذا ما فرغنا من مواجهة المشكلة على هذا المحور النظري ، كان علينا أن ننتقل بها إلى محور الحلول العملية عن طريق النظر التفصيلي فيها من جهة مصادر الحقوق ومصادر القانون على ضوء نتائج المواجهة الأولى . ذلك أن التسليم باختلاف أحكام القانون وتباين وظائفها إنما يظهر أثره في اختلاف كل من مصادر الحق ومصادر القانون .

الفصل الأول : الجهل بالأحكام المدنية بين التصور «الشكلي»  
والتصور «الجدلي» للبيان القانوني .

الفصل الثاني : الجهل بالأحكام المدنية بين مصادر الحق ومصادر القانون .

# الفصل الأول

الجهل بالاحكام المدينه بين التصور «الشكل» والتصور «الجدل»

## للبيضان القانونى

٣ - على الرغم من أن القانون المعاصر ترجع جذوره إلى القانون الرومانى ، الا أنه يستمد أساسه النظرى وصياغته الفنية من الفلسفة الفردية وأصول المنطق الشكلى الذى تستند اليه - باعتبارها نتاجاً للمجتمع الأوروبى منذ عصر النهضة حتى الثورة الصناعية (١) . فهذه الفلسفة - فى سعيها لاعلاء شأن الفرد - ترى أن المعطى الأول للطبيعة الانسانية (٢) أو «للعقل العملى» (٣) يتمثل فى حقوق الأفراد وحررياتهم ، وتجد فى القانون - تبعاً لذلك - ظاهرة مضافة على طبيعة الانسان تستمد وجودها من اتفاق الأفراد على اقامة نظام يوفق بين حقوقهم وحررياتهم ويحميها (٤) . ومن هنا كان تصور القانون كمجموع من القواعد تعبر «عن الآرادة العامة» - التى هى ارادة المشرع - وتستمد قوتها الملزمة من قيام السلطة العامة بالاجبار على احترامها (٥) ، وكان اعطاء مشكلة الجهل بالقانون حلاً واحداً مطلقاً يستجيب لهذا الأساس الارادى للقانون ويتمثل فى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهله .

على أن هذه النظرة لم تعد تستجيب لما حققته مناهج البحث فى العلوم

---

(١) Michel Villey, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, 1962, p. 51 et s.

(٢) الاشاره هنا إلى فلاسفة العقد الاجتماعى . أنظر المرجع السابق ، ص ٥٣ وما بعدها .

(٣) الاشاره هنا إلى فلسفة «كانط» . أنظر المرجع السابق ، ص ٦٦ وما بعدها .

(٤) المرجع السابق ص ٥٨ .

(٥) المرجع السابق ، فى الموضوع السابق .

الاجتماعية من تقدم (١) صاحب بداية الثورة الصناعية وواكب خطواتها بمثل ما أصبحت عاجزة عن استيعاب «الحقيقة القانونية» الراهنة في شمولها وجدلية تركيبها . ومن هنا كان من اللازم أن يتجه الجهد إلى اعادة بناء النظرية القانونية على ضوء هذه المعطيات الجديدة وما تفرضه من مفارقات في الحلول وفي تأصيلها ينعكس أثرها بالضرورة على مشكلة الجهل بالقانون

لذلك فسوف نحاول مواجهة مشكلة الجهل بالأحكام المدنية من الناحية النظرية في مبحثين ، نتناولها في أولهما على ضوء التصور الشكلي للبيان القانوني ، ونتناولها في الآخر على ضوء التصور الجدلي لهذا البيان :

المبحث الأول : الجهل بالأحكام المدنية والتصور «الشكلي» للبيان القانوني .

المبحث الثاني : الجهل بالأحكام المدنية والتصور «الجدلي» للبيان القانوني

## المبحث الاول

### الجهل بالأحكام المدنية والتصور «الشكلي» للبيان القانوني

٤ - إذا كان القانون مجرد تجسيد للإرادة العامة - التي هي محصلة إرادات أفراد متساويين في حقوقهم وحررياتهم - فإنه يكون من الطبيعي أن يمتنع على الفرد الإفلات من أحكامه بحجة الجهل بهذه الأحكام . لذلك فبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يرتد في الواقع إلى المفترضات «الايديولوجية» التي تقوم عليها النظرية القانونية . ولذلك أيضاً فأزمة هذا المبدأ في الفقه الحديث ما هي الا نتيجة للتناقض بين مفترضات النظرية القانونية وبين الحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون .

(١) أنظر في ذلك : ثروت أنيس الاسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشراكية، مجلة مصر المعاصرة ، عدد ٢ ، يوليو سنة ١٩٦٨ ، ص ١٦١ ومابعدها ، وعدد ابريل سنة ١٩٦٩ ، ص ١٥٩ ومابعدها .



غير أن هذه المفترضات ذاتها تفرض نفسها على تصور النظرية القانونية للقاعدة القانونية كأداة للنظام القانوني . ولذلك فالأزمة المشار إليها تعتبر في ذات الوقت نتيجة لهذا التصور لأداة النظام القانوني .

المطلب الأول : المفترضات المثالية للنظرية القانونية وحلول مشكلة الجهل بالقانون .

المطلب الثاني : فكرة القاعدة القانونية والتصوير النظري لمشكلة الجهل بالقانون .

### المطلب الأول

#### المفترضات المثالية للنظرية القانونية وحلول مشكله الجهل بالقانون

٥ - يعتبر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تعبيراً صادقاً عن المفترضات المثالية التي تقوم عليها النظرية القانونية التقليدية . فهذه النظرية ترى في القانون تعبيراً عن ارادة الأفراد في صورتها الكلية ، وترى في الالتزام به التزاماً بهذه الارادة ذاتها ، وترتب على هذا وذاك مساواة الأفراد أمام القانون ووحدة مصدر أحكامه المختلفة . وهذه المفترضات الأربعة يعكس كل منها - على التوالي - مظهراً من مظاهر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون : افتراض العلم بالقانون ، وامتناع الافلات من حكم من أحكامه تأسيساً على هذا العلم المفترض ، وامتناع التمييز في هذا الشأن بين المكلفين بالقانون وفقاً لظروف كل منهم ، وامتناع التمييز كذلك بين أحكام القانون وفقاً لاختلاف أدلتها القانونية . فإلى أى حد تستجيب هذه المظاهر المختلفة للحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون ؟

#### ١ - افتراض العلم بالقانون :

٦ - ان النتيجة المنطقية لكون القانون تعبيراً عن ارادة أفراد المجتمع هي تمثلهم له تمثلاً يؤدي إلى افتراض علمهم بأحكامه . فهذه الأحكام -

«تنزيلاً» من المشرع كانت أو عرفاً - ليست في أساسها الا ما يرتضيه الأفراد من قيود على حرياتهم بقصد حماية حقوقهم أو التوفيق بينها . وهذه القواعد من ناحية أخرى ، ليست سوى قواعد «موحدة الصياغة نموذجية القلب» يمكن استخلاصها من ارادة المشرع بطريق القياس المنطقي (١). ومن هنا فعدم جواز الاعتذار بجهل القانون يستند إلى حقيقة نظرية لا شبهة فيها هي افتراض العلم بالقانون .

ولا شك ان هذا الافتراض كان يستجيب إلى حد كبير لحقيقة القانون الوضعي ابان حركة التقنين التي صاحبت القرن التاسع عشر . ذلك أن تقنينات القرن الماضي - وبصرف النظر عن اتخاذها القلب التشريعي من الناحية الفنية - كانت في جوهرها مجرد صياغة للتجربة القانونية المستقرة والمستمرة للأجيال السابقة ، سواء تمثل هذا الجوهر في عرف متواتر أو في دين اكتسبت قواعده صفة القواعد العرفية (٢) . ولذلك كان من المستساغ القول بتمثل المخاطبين بهذه التقنينات لأحكامها وافتراض علمهم بهذه الأحكام . حقاً لقد مر التاريخ القانوني بثورات قلبت كثيراً من أحكام القانون رأساً على عقب ، كما هو الحال في الثورات التي صاحبت الأديان أو في الثورة الفرنسية ذاتها . ولكن هذه الثورات - فضلاً عن أن تأثيرها على العلاقات المدنية أقل منه على العلاقات السياسية - كانت تتمخص دائماً عن سنن مستدمة تحكم سلوك الأجيال اللاحقة : ولذلك فقد كان افتراض العلم بما تأتي به هذه الثورات من أحكام يستند في البداية إلى ضرورة «تثبيت» ما تبشر به من «ايدولوجيات» (٣) ، حتى يصير تمثل الأفراد للأحكام المذكورة فيكون اسناد افتراض العلم بها إلى هذا التمثل (٤) .

(١) ثروت أنيس الأسيوطي ، المقال السابق .

وأنظر كذلك في علاقة أزمة القانون بالتقدم العلمي في القرن التاسع عشر وانعكاس ذلك على فلسفة القانون :

Michel Villey, op. cit., Ch. V et Ch. VI.

F. Terré op. cit., p. 98 : (٢)

R. Guillen, op. cit., p. 258 : (٣) قارب :

F. Terré, op. cit., p. 106 et s. : (٤) في هذا المعنى :

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فقد كان مجال القانون في ذلك الوقت - ووظيفته - يقتصر - تحت تأثير تقديس الملكية الفردية وحرية المبادرة - على الأحكام التي تكفل حماية حقوق الأفراد أو التوفيق بينها ، وهي بطبيعتها أحكام يسهل الوصول إليها عن طريق القياس المنطقي .

٧ - غير أن التشريع الحديث لم يعد يقتصر على تقنين التجارب القانونية السابقة ، ولم تعد وظيفته في المجتمع تقف عند حد هذا المفهوم «الوقائي» الضيق . وإذا كان انتقاد المشرع الحديث فيما يصدر عنه من تشريعات كثيرة ومتغيرة ، في غير ما تناسق بينها أو وضوح في صياغتها (١) لم يعد جديداً ، فإن التنبيه إلى تغير المفهوم الاجتماعي للقانون من شأنه توجيه النظر إلى خطورة افتراض العلم بأحكام القانون في العصر الحديث . فقد ترك القانون - نتيجة لذلك - خاصيته «المحافظة» و«الحماية» ليصبح أداة «متحركة» للإصلاح الاجتماعي والاقتصادي (٢) . ولذلك فالقواعد القانونية لم تعد «تأتي مصطفة بحكمة بعضها بجوار بعض ، كل بوظيفتها الخاصة ، أنها تتقاطع على نحو يلزم معه التوفيق أو الجمع بينها ، لدرجة أن كل حالة فردية تتطلب بحثاً مسبقاً عن القانون الواجب التطبيق عليها» (٣) . ولذلك أيضاً فتكاد تختفي ظاهرة التمثل المصاحبة لصفة الاستمرار في القانون ، على نحو تبرز معه بوضوح مشكلة الجهل بالقانون كمشكلة واقعية تتنافى مع افتراض العلم بالقانون وتتطلب العلاج السريع .

وقد سار جانب من الفقه في اتجاه تطويع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ذاته لاعتبارات الواقع ، عن طريق السماح للأفراد بالاستناد إلى جهلهم هذا القانون أو ذاك لاستبعاد تطبيقه عليهم . ولكن هذا الفقه ظل عاجزاً عن تقديم معيار منضبط لما يجوز وما لا يجوز الاحتجاج بجهله أمام خلو النظرية القانونية من أدوات دقيقة للتحليل تتجاوز تقسيم قواعد

J. Carbonnier, op. cit., p. 115.

F. Terré, op. cit., p. 109.

J. Carbonnier, op. cit., p. 115.

(١)

(٢)

(٣)

القانون إلى قواعد أمرية وقواعد مفسرة أو مكملة ، وتمكن من ضبط الماييزة في الحلول . لذلك فقد سار جانب آخر من الفقه في طريق تطوير الواقع للمبدأ المذكور ، عن طريق اقتراح الحلول الكفيلة بتحقيق مزيد من العلم الفعلي بأحكام القانون ، سواء باشارك المعنيين بها في صياغتها أو تطوير وسائل الاعلام بها بالاستعانة بما حققته الثورة الصناعية من تقدم في وسائل الاعلام (١) . ولكن هذا الاتجاه يصطدم هو الآخر بطبيعة القانون كظاهرة نسبية يستعصى العلم الكامل والدائم بها حتى على المتخصصين .

ولعل في استحالة التوصل إلى حلول مقبولة لمشكلة الجهل بالقانون في ظل هذين الاتجاهين المتصورين ما يوحى بأن المشكلة قد وضعت - تحت تأثير التصورات الايديولوجية للقانون - وضعا غير صحيح ، يستحيل البحث معه - وانعائاً منه - عن حل مقبول لها . «اننا لا يجب أن نبالغ في الاضطراب الذي تحسه عامة الناس .. ازاء تغيرات القانون . فروح الشرعية التي بثتها تقنيات القرن الماضي تكمن وراء تصورات المدرسين غير المحايدة له . ذلك أن القانون يصور كما لو كان مجرد قواعد جامدة . ولكن القانون يفترض وجود الانسان ، وبصفة خاصة القاضي ، لامكان إعماله . فالقانون لا يكون ولا يكتسب قيمة الا بالانسان . ماذا يضير إذن أن تكون القواعد (القانونية) غير ثابتة أو غير قطعية إذا ما وفرنا القضاة العدول ؟ .. » (٢) :

## ٢ - امتناع الاحتجاج بجهل القانون :

٨ - ان افتراض العلم بالقانون ، المستمد من تمثيل المكلفين لأحكامه يؤدي إلى عدم جواز الاحتجاج بجهله للافلات من هذه الأحكام . وهذه

(١) أنظر في تفصيل ذلك :

F. Terré, op. cit., p. 110 et s., J. Carbonnier, Droit Civil, T.I, 1969, No 25, p. 104.

وأنظر كذلك : محمد وجدى عبد الصمد ، الجهل بالأحكام في التشريعة والقانون ، مجلة القضاة ، العدد السادس ، السنة الثالثة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٨٦ ، ١٥ .

J. Carbonnier, Flexible droit, op. cit., p. 117.

(٢)

النتيجة الثانية يبررها من ناحية أخرى أساس الزام القانون للمكلفين . فالزام القانون للمكلفين يستند إلى ما لإرادتهم – التي يتمثل فيها القانون – من سلطان . ومن هنا كان اطلاق مبدأ عدم جواز الاحتجاج بجهل القانون باعتباره نتيجة منطقية لفكرة القانون ذاتها .

ومع ذلك ، فرغم التأكيد المستمر في الفقه على اطلاق المبدأ المذكور ، فان تطور الحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون – على الأقل في نطاق الأحكام المدنية – لا يتفق مع هذا الاطلاق . فرغم ان القضاء ما زال يرفض في اصرار استبعاد تطبيق القانون عند ثبوت الجهل الفعلي بأحكامه ، الا أن الغلط في القانون صار يؤدي إلى ذات الآثار التي يؤدي إليها الغلط في الواقع ، كلما امكن ستره وراء فكرة أخرى من الأفكار التي تجد مكاناً «شرعياً» لها في القانون .

فبدأ الغلط الشائع يولد الحق يجد قبولاً واضحاً في القانون الحديث . وقد استند القضاء إلى هذا المبدأ لتوليد حقوق لا يعترف بها القانون أصلاً ، حتى في حالة كون هذا الغلط غلطاً في القانون وليس مجرد غلط في الواقع . وقد تمثل الاعتداد بالغلط الشائع في القانون في صورة اعتراف القضاء بنقضه السابق في تفسير القانون عند عدوله عن هذا التفسير إلى تفسير آخر مخالف (1) . فالقضاء – في هذه الصورة – يعتد بغلط المكلف الناشئ عن اعتقاده بأن حكم القانون الصحيح هو ما يقول به التفسير القديم . بل ان التشريع ذاته يعتد بالغلط الشائع – دون تمييز بين الغلط في الواقع والغلط في القانون – عندما يجعل التصرف نافذاً استناداً إلى هذا الغلط وخلافاً للأصل من عدم نفاذه ، كما هو الحال في النيابة الظاهرة .

وبالمثل ففكرة حسن النية تلعب دوراً كبيراً في اكتساب الحقوق العينية في القانون الوضعي . وقد وصل القضاء في بعض تطبيقاته إلى الاعتداد

---

H. Mazeaud, La maxime "Error connunis facit jus", R.T.D. C., (1) 1924, p. 945 et s.

بحسن النية الناشئة عن الغلط في القانون (١) . فرغم رفض القضاء الاعتراف بحسن النية المذكور لقرار اكتساب الملكية بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز أو اكتساب الثمار بالقبض ، إلا أنه قد عدل عن موقفه في هذه الصورة الأخيرة فاعتبر الغلط في القانون كاف لقيام حسن النية اللازم لاكتساب الثمار بالقبض (٢) .

على أن الغلط في القانون قد أصبح كافياً بذاته - دون الاستتار وراء فكرة أخرى - للتأثير على صحة التصرف القانوني ، من خلال فكرة عيوب الإرادة . فقد استنبط الفقه والقضاء الفرنسي من اقتضار المشرع على استبعاد الغلط في القانون من أسباب إبطال عقد الصلح ، اعتداده به في غير ذلك من التصرفات القانونية ، ثم جاء المشرع المصري فنص في المادة ١٢٢ من القانون المدني على أنه «يكون العقد باطلاً للغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع .. ما لم يقض القانون بغيره» . حقاً يقال تفسيراً لهذه القاعدة أن الأمر لا يتعلق باستثناء على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون - ما دام الأمر لا يصل إلى استبعاد القاعدة التي وقع فيها الغلط - وإنما بالاعتداد بواقع معين هو تعيب الإرادة، أو بالاعتداد بغلط في الواقع ترتب على الغلط في القانون (٣) . ولكن الاعتداد بهذا الواقع - أو بهذا الغلط في الواقع - يتضمن اعتداداً بالغلط في القانون الذي أدى إلى خلقه ، ومن ثم يتضمن على أي حال حداً من دائرة تأثير مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (٤) .

٩ - كذلك فقد تجاوز القضاء فكرة الغلط في القانون إلى الاعتداد الصريح بالجهل ببعض أحكامه . ويبدو ذلك بوضوح من متابعة موقف

F. Terré, op. cit., p. 101.

(١)

Cass. Civ., 11 janvier 1887, S. 1887.1. 225.

(٢)

Boulangier, Encycl. jur. Dall, Rép. de droit civil, Vo

(٣)

Erreur, N° 41.

Houin, note, J.C.P., 1944. 11. 2649, sous cass. civ., 32 février 1943 (٤)

القضاء من ضمان البائع لحقوق الارتفاق القانونية . فقد جرى القضاء طويلاً على اعطاء الارتفاقات القانونية حكم الارتفاقات الظاهرة من حيث عدم التزام البائع بالاعلان عنها ، وعدم قيام الضمان بصدها تبعاً لذلك ، استناداً إلى افراض علم المشتري بها باعتبارها مقررة بحكم القانون (١) . ولكن محكمة النقض الفرنسية قد انتهت مؤخراً إلى تقرير ضمان البائع للارتفاقات الناشئة عن خط التنظيم (٢) ، ثم لكل ارتفاق قانوني لا يكون نتيجة طبيعية للملكية (٣) ، لتصل في النهاية إلى الاعتراف بأن الارتفاقات القانونية التي لا يضمنها البائع بالرغم من عدم ظهورها هي تلك الارتفاقات الناشئة عن الوضع العادي للملكية ، لا الاعباء الاستثنائية «التي لا تمكن حالة الاماكن المشتري من التفكير فيها» (٤) . ولا شك ان في هذا القضاء تسليم بأن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في تصوره المطلق وفي نتائج العملية ليس قادراً على حل مشكلة ضمان حقوق الارتفاق القانونية . «ان تشبيه الارتفاقات القانونية بالارتفاقات الظاهرة لم يعد من مطلقات زماننا . ان القانون المعاصر قد صار معقداً وتحكيمياً لدرجة أن أصبح من المعقول «تخفيض» القرينة (على ظهور الارتفاق القانوني) إلى الحد الأدنى» . وعلى هذا النحو يتضح بجلاء ان الحلول العملية التي يملها جهل المخاطب

(١) Cass. req. 20 février 1856, D.P., 1856 . 1. 2917.

(٢) Cass. 1<sup>o</sup> Sect. civ., 13 juillet 1954, Bull. civ., 1954. 211 (cité par F. Terré, op. cit., p. 166, note 2).

(٣) Cass., 1<sup>o</sup> sect. civ., 21 février 1956, D. 1956. 285, J.C.P., 1956. II, 9200, note Blin.

(٤) Cass., 1<sup>o</sup> sect. civ., 15 octobre 1963. D. 1963, 715.

وأنظر في تأييد هذا القضاء في مصر : توفيق حسن فرج ، عقد البيع ، ١٩٦٩ ، بند

(٥) J. Carbonnier, obs. R.T.D.C., 1956, 555, sur Cass. 1<sup>o</sup> sect. civ. 21 février 1956. précité.

وقارن :

Bernard Gross, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris, 1964, p. 199.

بالقانون بأحكامه لم يعد من الممكن الاكتفاء باسنادها إلى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ولكم إذا كان الأمر كذلك فإن التساؤل ما زال يثور عن كيفية تخريج هذه الحلول في ظل قيام هذا المبدأ .

### ٣ - اطلاق عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من حيث المكلفين :

١٠ - يمثل ما أطلقت الفلسفة الفردية من تصور لها أساس القانون فكرتي افتراض العلم بالقانون وامتناع الاعتذار بجهله ، فقد اطلقت من هذا الأساس مفهومها لفكرة المساواة بين الأفراد . ولذلك كانت هذه المساواة مجرد مساواة شكلية أمام القانون لا تلتفت كثيراً إلى «المسافات» المختلفة التي تمايز المكلفين ، اجتماعية كانت أو اقتصادية . ومن هنا فقد جاء إعمال مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إعمالاً «ميكانيكياً» مجرداً لا يقف عند اختلاف ظروف المكلفين .

ولم يعد بخاف مدى ما تؤدي إليه هذه المساواة الشكلية أمام القانون من اقرار النظام القانوني لعدم المساواة الفعلية بين الأفراد وحماية لمراكز البعض المتميز منهم من الناحية الواقعية على حساب الآخرين . لذلك لم تصمد المساواة المذكورة طويلاً أمام التيارات الاجتماعية والفكرية التي ولدتها الثورة الصناعية .

والحق ان المساواة الشكلية لم يكن من المتصور لها أن تسود في مجال إعمال مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ذلك ان هذه المساواة في المجال المذكور لا تقف عند اغفال «المسافة» الاجتماعية والاقتصادية بين المكلفين ، وانما تتجاوز ذلك إلى اغفال ما يفصل بينهم من مسافة جغرافية أو ذهنية . ولذلك فقد ظهرت آثار الاختلاف في هذا الصدد في تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون حتى من قبل أن تحدث التيارات الاجتماعية والفكرية السابق الإشارة إليها أثرها في إعادة تشكيل فكرة المساواة بين الأفراد تشكيلاً يدخل في الاعتبار اختلاف قواهم الاجتماعية والاقتصادية . فن ناحية أولى لا يقتصر نطاق تطبيق القانون



على اقليم الدولة ، وانما يمتد في كثير من الأحيان إلى خارج حدوده اعمالاً لقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص . ومن الواضح أن منطق المساواة الشكلية أمام مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يفضي إلى التسوية في هذا الصدد بين من يتواجد خارج اقليم الدولة ومن يتواجد داخل هذا الاقليم . ولكن هذا المنطق لا يمكن ان نحفي أو يزيل اختلاف المسافة الجغرافية بين المكلفين . ولذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية تذهب منذ وقت مبكر إلى أن «النصوص المتعلقة بتنفيذ ونشر القانون في الاقليم الفرنسي لا تطبق عند تحديد التاريخ الذي يعتبر فيه المواطن الفرنسي الموجود بالخارج عالماً بالقانون ومن ثم فالقاضي - أمام سكوت القانون - عليه أن يحدد هذا التاريخ في ضوء الظروف التي من بينها وصول الجريدة الرسمية» (١) إلى البلد الذي يكون متواجداً فيه . وهكذا لم تجد المحكمة المذكورة بدءاً من ترك الحرية لقاضي الموضوع في تقدير ظروف المكلف الموجود خارج حدود اقليم الدولة عند تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون .

ومن ناحية أخرى فبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون لا يقتصر أثره - فيما يجري عليه الفقه - على الأفراد في تكليفهم باحترامه وانما يمتد إلى القاضي في تكليفه بتطبيقه (٢) . ومع ذلك فاختلاف وجه التكليف بين الأفراد العاديين وبين القاضي من شأنه أن يغير بالضرورة من النتائج التي يمكن ترتيبها على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في الحالتين . فبالنسبة لمحكمة النقض يلاحظ ان وظيفتها في كفالة التطبيق السليم للقانون من ناحية ونظام عملها الذي يؤدي إلى عدم التزام كل دائرة فيها بقضاء غيرها من الدوائر أو بقضائها السابق من ناحية أخرى ، من شأنه أن يؤدي إلى جعل كل قضاء جديد منها مخالف لقضاء سابق لها لا بمثابة اقرار بغلط في القانون سبق وقوعه وانما بمثابة «تعديل» للقانون على نحو لا يتصور معه أعمال النتائج

(١) Cass. civ. 22 Juin 1891, D.P., 1891. 1.353, concl.  
Dejardine, S., 1891 .1. 289.

(٢) J. Carbonnier, Droit civil, T.1, op. cit., N° 25, p. 104.

المعروفة لمبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للمشرع عندما يصدر قانوناً متعارضاً مع قانون سابق ، فيعتبر القانون الأخير بمثابة تعديل للأول (١) .

أما بالنسبة لقضاء المحاكم الأدنى فالوضع مختلف نتيجة قيام رقابة محكمة النقض عليها في تطبيقها للقانون ، بما يؤدي إلى نقض الأحكام التي ترى فيها هذه الأخيرة غلطاً في القانون أو جهلابه . ومع ذلك فمحكمة النقض تتفادى نقض الحكم الذي يستند إلى أسباب غير صحيحة كلما أمكن اسناد منطوقه إلى أسباب جديدة صحيحة (٢) . ولذلك فالمحكمة في الوقت الذي تبدو فيه «بالغة التشدد مع الكافة (في أعمال مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون) .. لا تحشى الاتهام بالبعد عن المنطق وبالعموية عندما تتساهل مع القضاة رغم تمرسهم بعلم القانون» ، على نحو أثار دهشة فقه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (٣) .

على أن مسألة جهل القاضي بالقانون قد عرضت من زاوية أخرى هي زاوية مسئولية عن الخطأ في تطبيق القانون . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في ذلك بأن مجلس القضاء الأعلى «لا يختص من وجهة النظر التأديبية إلا بالوقائع التي تمس اللياقة أو شرف القاضي واعتباره وأن الغلط في القانون لا يمكن أن يكتسب هذه الصفة» (٤) . كذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القاضي لا يمكن مطالبته بالتعويض إلا عن طريق

(١) أنظر في ذلك :

F. Terré op. cit., p. 95; Les antinomies en droit, Etudes publiés par Ch. Perelman, 1965, notamment les rapports de Mrs. P. Fournier (p. 20 et s.) et L. Silence (p. 63 et s.).

F. Terré, op. cit. p. 96. (٢)

Descoust, L'erreur de droit, Thèse, Paris, 1917, p. 153 (٣)  
(Cité par F. Terré, op. cit., p. 96).

Cass. Ch. réun., 28 avril 1898, S. 1899. 1.385. (٤)

المخاصمة ، وفي حالة الانحراف عن واجبات الوظيفة أو إساءة استعمالها ، لأن ما يصدر عنه اثناء عمله يعتبر استعمالاً لحق ترك له سلطة التقدير فيه (١) .

ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تقرير مبدأ مسئولية الموثقين عن نتائج خطئهم في القانون (٢) خلافاً لما رأيناه بالنسبة للقضاة ثم قامت من بعد بتحديد نطاق هذه المسئولية باشتراطها الا يكون الغلط في القانون «في نقطة مشكوك فيها وقابلة للخلاف» (٣) . وقد رأى البعض في هذا القضاء اتجاهاً إلى الاعتداد بمدى قدرة كل مكلف على الاحاطة بمفهوم قواعد القانون (٤) . ولكن إذا كان الأمر كذلك فلماذا يكون الاعتداد بمدى قدرة المكلف مع من يمتن القانون ولا يكون مع الفرد العادي المخاطب بأحكامه ؟ وماذا يكون بعد ذلك موقع فكرة المساواة من مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون ؟

#### ٤ - اطلاق عدم جواز الاحتجاج بجهل القانون من حيث الاحكام :

١١ - أدت الفلسفة الفردية فيما أدت اليه إلى سيطرة روح الشرعية القانونية على نحو ما عبرت عنه تقنينات القرن الماضي . فالتشريع باعتباره تعبيراً عن الارادة العامة يعتبر المصدر الرسمي الوحيد للقانون وتختلف معاملته اختلافاً تاماً عن معاملة المصادر الأخرى التي تعتبر مجرد مصادر تفسيرية . وبذلك فافتراض العلم بالقانون وامتناع الاحتجاج بجهله - بما يفترضانه من اختلاف معاملة القانون عن معاملة الواقع - كلاهما ينصرف إلى جميع قواعد القانون باعتبارها جميعاً نتاجاً لمصدر واحد هو التشريع .

(١) نقض مدني ٢٩/٣/١٩٦٢ ، مجموعة النقض ، س ١٣ ، ورقم ٥٦ ، ص ٢٣٠

(٢) أنظر في تفصيل هذا القضاء :

F. Terré, op. cit., p. 97.

(٣) Cas. s. req. 12 février 1883, D.D., 1884. 1.255; Cass. Civ., 18 Juin 1918, D.P., 1922. 1.199.

F. Terré, op. cit., p. 98.

(٤)

ولم يعد يخاف ما في هذا الاطلاق من تجاهل لما يواجه حياة القانون في مختلف المجتمعات والازمان من حاجة إلى التطوير والتطويع المستمر لمقتضيات الحياة المتجددة وحاجة إلى ملء الثغرات التي يكشف عنها تجدد هذه الحياة ، وما فيه من تجاهل لنسبية القوة الملزمة للقانون في المكان والزمان (١).

١٢ - فقد أجبرت الحاجات المشار إليها إلى الاعتراف بالعرف مصدراً رسمياً للقانون بجانب التشريع . ولكن اعتبارات المنطق الشكلية قد فرضت قياسه على التشريع فيما يتعلق بالنظام الذي يخضع له من حيث افتراض العلم به وقوته الملزمة وما يتبع ذلك من اطلاق وعموم مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهله (٢). ولكن الواقع لم يلبث أن كشف عن استحالة مثل هذا القياس . فاذا كان العرف القديم المتمثل في المبادئ العامة لا يثير صعوبة في تطبيق نظام التشريع عليه ، فان هذه الصعوبة تظهر - وتزايد - فيما وراء هذه المبادئ . فالاعراف التي كثيراً ما تشير إليها القواعد المكتملة (٣) رغم أنها تعامل كقاعدة عامة معاملة التشريع - باعتبارها امتداد له (٤) - إلا أنه من المسلم به ان للقاضي حرية طلب اثباتها من الخصوم (٥) . أما الاعراف «ذات الأصل الشعبي» فلا يقتصر أمر اختلافها عن التشريع

(١) ثروت أنيس الايسوطي ، المقال السابق .

(٢) أنظر في هذا النظام : حسن كبره ، المرجع السابق ، بند ١٥٢ ،

Michel Pedamon, Y-a-t-il lieu de distinguer les usage, et les coutumes en droit commercial ?, R.T.D. Com., 1959, N° 22 et s.; Jaque, Normand, Le Juge et le litige, Paris, 1965, N° 216 et s.

(٣) أنظر على سبيل المثال المواد ٩٥ ، ٩٨ ، ١٤٨ ، ٤٢٢ ، ٤٤٨ ، ٤٥٨ ، من القانون-

المدني .

(٤) في هذا المعنى :

F. Terré, op. cit., p. 121.

(٥) حسن كبره ، المرجع السابق ، بند ١٥٢ ؛

Cass. civ., 19 juin, 1933, S., 1933. 1.382.

على امكان القاضي طلب اثباتها وانما يتجاوز ذلك إلى عدم قيام محكمة  
النقض بالرقابة على تطبيقها (١) .

وأما العادات الاتفاقية فننحسر عنها كل عناصر النظام الذى يخضع  
له التشريع ، بزوال التزام القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه على ، نحو تبدو  
معه هذه العادات فى نظر الفقه والقضاء مجرد عنصر من عناصر الواقع  
يأخذ حكم الشروط الاتفاقية (٢) . ومع ذلك فما لا شك فيه ان العادات  
الاتفاقية تخرج عن ذات الطريق الذى يخرج عنه العرف وتحمل مثله « محتوى  
تفصيلاً » . وهى فوق ذلك تقوم بدور تكملة العقد مثلها فى ذلك مثل القواعد  
المكتملة (٣) . لذلك فقد يكون فى القول بأن العادة الاتفاقية مجرد واقع  
مجازة للحقيقة . (٤) وعلى هذا النحو فقد قضت محكمة النقض الفرنسية  
بأن للقاضي سلطة اثبات عادة تجارية من تلقاء نفسه وتأسيس حكمه عليها (٥) :  
ومن الواضح ان اثبات هذه السلطة للقاضي لا يستجيب إلى اعتبار العادات  
الاتفاقية مجرد عنصر من عناصر الواقع .

كذلك فقد أجبرت الحاجات المتقدمة القضاء على التصدى لتطويع  
النصوص التشريعية الجامدة لحركة الحياة الدائمة ، (٦) فظهرت على هامش  
هذه النصوص حلول جديدة لم تكن لتخطر على بال المشرع وقت وضعه لها .  
والذلك فأيا كان النظر للقضاء — وسواء اعتبرناه مصدرأ تفسيرياً أو اعتبرناه

(١) Cass. Civ. 10 Janvier 1928, D.P. 1929. 1. 126.

(٢) حسن كبره ، المرجع السابق ، بند ١٥١ و ١٥٢ . وأنظر : نقض ١٢/٤/١٩٦٤ ،  
مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ١٥ ، رقم ٨٠ ، ص ٤٩٩ ، نقض ٣/١٢/١٩٦٤ ،  
مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٥ ، رقم ١٦٣ ، ١١٢٠ .

(٣) Jaques Normand, op. cit., No. 216 et la bibliographie cité  
p. 206, note 267.

(٤) فى هذا المعنى :

F. Terré, op. cit., p. 121.

(٥) Cass. req., 22 déc. 1902, D.P., 1903. 1. 149; J. Normand,  
op. cit., p. 208.

(٦) ثروت الأسيوطى ، المقال السابق .

مصدرراً رسمياً - فلا شك انه لم يعد بمستطاع معرفة الأحكام التفصيلية التي يتضمنها نص من نصوص القانون أو الوقائع التي تخضع لكل حكم منها دون الرجوع إلى القضاء (١). ولذلك أيضاً يثور التساؤل عما إذا كان من الممكن معاملة القضاء ذات المعاملة التي يلقاها التشريع من حيث افتراض العلم به ومن حيث قوته الملزمة وعدم امكان الاعتذار بجهله رغم ما في الاحاطة به من صعوبة منشؤها عدم نشره نشرأ رسمياً منتظماً وخضوعه للتغير المستمر. وقد سبق أن اشرنا إلى أن القضاء (كسلطة) ينزل تغير القضاء (كمصدر رسمي أو تفسيري) من حيث عدم امكان توقعه مسبقاً منزلة الوضع الظاهر ويرتب مايرتبه على الأوضاع الظاهرة من القدرة على توليد آثار مخالفة لمقتضى النصوص (٢).

١٣ - على أن فساد المعاملة الموحدة لقواعد القانون تجاه مبدأ عدم امكان الاعتذار بجهله، لا يقتصر على مجال القواعد غير التشريعية وإنما يمتد كذلك إلى القواعد التشريعية ذاتها عند تحديد قوتها الملزمة في المكان والزمان على حد سواء.

فقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالتنازع المكاني تسمح ، كما هو معروف ، بتطبيق القانون الأجنبي . وسواء قلنا ان القانون الأجنبي يحتفظ بقوته الملزمة ، الثابتة أصلاً ، عند تطبيقه بواسطة القاضى الوطنى أو يستعيدها عن طريق إعمال القاضى الوطنى له ، فقد أصبح من المسلم به التزام المتقاضى الذى يتمسك بقانون اجنبى باثبات مضمونه . وقد حدا ذلك بجانب كبير من الفقه والقضاء إلى القول بأن القانون الأجنبي لا يعتبر - عند تطبيقه بواسطة القاضى الوطنى - قانوناً وإنما يعتبر مجرد عنصر من عناصر الواقع (٣) .

(١) فى الدور الانشأى للقضاء ، أنظر :

J. Normand, op. cit., No. 19; J. Carbonnier, Droit Civil, T.I, op. cit., No. 4 et s., p. 23 et s.

(٢) ما سبق ، بند ٨ .

(٣) أنظر فى ذلك بالتفصيل : هشام على صادق ، تنازع القوانين ، طبعة ثانية ، بند ٦٤ وما بعده . وأنظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٥٥/٧/٧٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٦ ص ١٣٤٧ ؛ نقض ١٩٧٠/٤/٢٤ (مشار إليه فى : محمد وجدى عبد الصمد ، المقال السابق ص ٢٥٩ هـ ٤) .

وغنى عن البيان ما فى هذا القول من افتراض مخالف للحقيقة . ولذلك فرغم التزام المتقاضى باثبات القانون الأجنبى الذى يتمسك به الا أن معاملة هذا القانون أمام القاضى الوطنى تظل مع ذلك متميزة عن معاملة الوقائع . فمن المسلم به أن للقاضى كامل الحرية فى البحث عن القانون الأجنبى ، حرية لا يتمتع بها بالنسبة للوقائع (١) . ومن المسلم به كذلك ان القاضى الوطنى لا يستطيع أن يرفض الدعوى عند عدم ثبوت مضمون القانون الأجنبى أمامه وخلافاً لما هو متبع عند عدم ثبوت الوقائع المدعاة (٢) .

ولكن إذا كان القانون الأجنبى يحتفظ بصفته القانونية عند إعمال القاضى الوطنى له - رغم التزام المتقاضى الذى يتمسك به باثبات مضمونه - فهل معنى ذلك جواز اعتذار القاضى - والخصوص من باب أولى - بجهل القانون الأجنبى ؟ هذا ما يبدو من قول احد الفقهاء تعليقاً على حكم (LIZARDI) الشهير : «إذا كان جهل القانون الأجنبى يمكن أن يكون مشروعاً فراجع ذلك أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ينطبق فحسب فى فرنسا وعلى القانون الفرنسى» (٣) .

كذلك فقواعد حل التنازع بين القوانين فى الزمان تؤدى أحياناً إلى إخضاع المراكز العقدية للقانون القديم رغم جريان هذه المراكز فى النطاق الزمنى لأعمال القانون الجديد . ومن الواضح أن اطلاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من حيث انسحابه إلى جميع قواعد القانون يؤدى إلى وجوب معاملة القانون القديم ذات المعاملة التى يلقاها القانون الجديد . غير أن مثل هذا الحل لا يمكن اسناده إلى فكرة القوة الملزمة للقانون كما تتصورها النظرية القانونية التقليدية . ذلك ان دخول القانون

---

(١) Motulesky L'office du juge et la loi étrangère, Mélanges Maury, T. 1, 1960, No. 46 et s.

(٢) المقال السابق .

(٣) H. Battifol, Droit international privé, T. 11, 5<sup>o</sup> éd. 1971 No. 491 p. 112.

الجديد حيز التطبيق معناه اكتسابه الصفة الملزمة بما يسحب مثل هذه الصفة من القانون القديم الملغى ، فكيف يمكن اذن تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بصدد قانون زالت عنه الصفة الملزمة (١) ؟ وإذا لم يكن ذلك ممكناً فهل يعتبر القانون القديم عند تطبيقه على المراكز الجارية في ظل القانون الجديد مجرد عنصر من عناصر الواقع ؟ وإذا ما قيل بذلك فهل يستجيب هذا القول إلى بقاء القانون القديم أداة لتقييم المراكز المذكورة حتى في ظل القانون الجديد ؟

## الطلب الثاني

### فكرة القاعدة القانونية والتصور النظري لمشكلة الجهل بالقانون

١٤ - رأينا كيف ان التصور الشكلي للبيان القانوني يواجه مشكلة الجهل بالقانون انبعثاً من المفترضات المثالية التي يقوم عليها ، كما رأينا كيف ان هذه المفترضات لا تستجيب إلى حقيقة القانون كأداة للضبط الاجتماعي ولا تعبر بالتالي عن حقيقة الحلول الوضعية لمشكلة الجهل بالقانون.. غير أن الفقه ما يزال رغم ذلك متمسكاً بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون كحل وحيد مطلق لهذه المشكلة ، متجاهلاً حلولها الوضعية ، أو في الأقل قاصراً جهده على محاولة إيجاد مخرج جانبية لهذه الحلول تخفى تناقضها مع المبدأ المذكور . وهذا الموقف الفقهي يدعونا إلى محاولة البحث عن العقبة التي تقعد بالفقه عن الوصول إلى تصور نظري جديد لمشكلة الجهل بالقانون يتزجم نسبية حلولها الوضعية ، وتقف به عند اطلاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، رغم انهيار المفترضات المثالية التي يقوم عليها وتجاوز الحلول المنطقية التي يؤدي إليها .

والواقع ان هذه العقبة تكمن في الجانب الآخر من النظرية القانونية التقليدية : جانب الصياغة الفنية . فهذه النظرية تجعل من القانون مجموعة

---

Patrice Lével, Essai sur les conflits de lois dans le temps, (١)  
Paris, 1959, No. 160—164, et note 94 p. 288.



من القواعد القانونية ، موحدة الصياغة نموذجية قالب ، تراس في انتظام وتناسق ، وتتألف كل منها من نمط للسلوك الاجتماعي يتميز بخاصة الالتزام وجزء ماى تمثل فيه خاصة الالتزام المذكورة .

### موضوع القانون وفكرة النمط السلوكى :

١٥ - والنظر إلى القانون كأنماط للسلوك على هذا النحو يؤدي منطقاً إلى القول بأن خطابه لا يتوجه إلا لمن يعلم بمضمون هذا الخطاب ، حتى يكون من المتصور عقلاً أن يشكل سلوكه وفقاً له . أما النظر إلى الالتزام كخاصة من خواص النمط السلوكى الذى يضعه القانون فيؤدى على العكس من ذلك إلى التسليم بأن هذا الالتزام يرتبط بوجود القانون ذاته وليس بعنصر خارجى عنه كالعلم به ، على نحو ينصرف معه خطاب القانون إلى الجميع من يعلم بمضمون هذا الخطاب ومن لا يعلم به . ولذلك كان المخرج من نتائج هذا التناقض الداخلى فى التصور التقليدى للظاهرة القانونية عن طريق افتراض العلم بالقانون افتراضاً عاماً ومطلقاً ، حتى يستقيم توجيه خطاب القانون إلى الجميع دون بحث فى علمهم أو عدم علمهم وحتى يمكن التوفيق - ولو عن طريق الافتراض - بين النتائج المتعارضة . لذلك نجد الفقه الغالب يؤسس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على وجود قرينة قانونية على علم الافراد به .

ومن الواضح ما فى هذا القول من اخراج لفكرة القرينة القانونية عن مدلولها الأسمى ، إذ القرينة القانونية « تقوم على حمل الأمر المشكوك محل الغالب والمألوف فى العمل بشأنه ، وليس الغالب فى العمل ولا المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية » (١) ، كما سبق أن رأينا . ولذلك ففكرة القرينة القانونية تعتبر مجرد «مهرب» لا يستجيب إلى اعتبار القانون دائماً وأبداً قواعد سلوك الاستجابة «نفسية» أو «نظرية» محضة ، وتنحاز انحيازاً حقيقياً وكاملاً إلى اعتبار الالتزام خاصة من خواص القانون ترتبط بوجوده دون نظر إلى ما يعتبر خارجاً عن ذاته كالعلم بمضمونه .

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٧٣ .

والحقيقة ان الدراسات العلمية الحديثة للظاهرة القانونية قد كشفت عن فساد «تخفيض» مضمون القانون إلى مجرد انماط للسلوك الانساني تعين ما هو واجب وما هو ممنوع وما هو مباح منه . فكثير من قواعد القانون لا تتولى مباشرة وضع انماط للسلوك بقدر ما تتولى تقرير أو تنظيم وضع من الأوضاع على نحو يكون معه موضوعها المباشر هو هذا التنظيم أو التقرير (١) ، وبحيث يكون النمط السلوكي الذي يتأتى عن هذا التنظيم أو التقرير نتيجة له وليس موضوعاً مباشراً للقانون . فالقاعدة التي تحدد سن الرشد باحدى وعشرين سنة مثلاً ليس موضوعها المباشر هو السلوك الانساني وانما مجرد اثبات سلطة من يبلغ هذه السن في اجراء التصرفات القانونية الصحيحة ، بحيث لا تظهر مواجهتها للسلوك الا في المرتبة الثانية وكنتيجة مرتبة على ما تقرره القاعدة المذكورة ، عندما يواجه الأفراد الاستفادة من هذه القاعدة . وبالمثل فالقواعد التي تقرر حقوق الحمل المستكن ليس موضوعها المباشر هو السلوك الانساني وانما تقرير هذه الحقوق في ذاته . ولذلك ينبه البعض إلى ضرورة التمييز بين الانسان كموضوع للقاعدة القانونية ، وبين الانسان كستخدم لها أو مستفيد منها (٢) . كذلك فكثير من القواعد يكون مضمونها من العمومية والتجريد بحيث لا يمكن أن نستخلص منه أنماطاً محددة للسلوك بطريق مباشر ، كما هو الحال في المبادئ العامة للقانون مثلاً (٣) . لذلك يكون من الصعب القول بأن هذه القواعد تتناول بذاتها تشكيل السلوك الاجتماعي . على أن ذلك لا ينفي بالطبع أن كثيراً من قواعد القانون تتولى بطريق مباشر تحديد انماط للسلوك الاجتماعي ، فتعين ما هو واجب وما هو ممنوع وما هو مباح منه . ولكن التأمل في الأمر يكشف عن أن مثل هذه القواعد التي يكون موضوعها المباشر تحديد انماط السلوك لا تواجه هذه الانماط

(١) دي لوجو ، المرجع السابق .

(٢) Paul Amselek, Méthode phénoménologique et théorie du droit, Paris, 1964, p. 247.

(٣) أنظر هذه الأمثلة لدى :

Paul, Amselek, op. cit., p. 237 et s.

على نحو مجرد وإنما تواجهها في اطار المواقف الاجتماعية والانسانية المختلفة ،  
مواجهة تربط النمط السلوكي بالظروف المتغيرة التي يتواجد فيها الانسان ،  
على نحو يتجاوز معه مضمون القاعدة تعريف النمط السلوكي إلى تحديد  
شروطه وأسبابه ودوافعه (١) .

ومن الواضح ان التسليم بعدم اقتصار موضوع القانون على تعريف  
أنماط السلوك الواجب على النحو المتقدم من شأنه أن يغير من وضع مشكلة  
الجهل بالقانون تغييراً قد يقلب مفهومها رأساً على عقب . ولذلك فوضع  
المشكلة على أساس من هذا التصور الواقعي لموضوع القانون يعتبر نقطة  
البداية في أى بحث جدى عن التصوير النظرى لها .

### موضوع القانون وفكرة الجزاء :

١٦ - أما النظر إلى الجزاء - سواء أكان جزءاً مادياً بالمعنى الدقيق  
أم كان مجرد اجبار على الانصياع لما تمليه القاعدة القانونية - كعنصر  
من عناصر القاعدة القانونية تتمثل فيه خاصة الالتزام التي لهذه القاعدة ،  
فهو في الواقع نتيجة منطقية للنظر إلى القانون ك مجرد انماط للسلوك الاجتماعي (٢).  
فهذه الانماط باعتبارها أنماطاً لسلوك الانسان الذي يتمتع بحرية الاختيار  
لا يمكن أن يكون لها من الحتمية في تحديد هذا السلوك ما للقوانين الطبيعية .  
ولذلك فتشكيل السلوك المذكور وفقاً لهذه الأنماط لا بد أن يكون بالضرورة  
رهيناً بالوعد أو الوعيد . غير أن التسليم بتجاوز موضوع القانون تحديد  
أنماط السلوك من شأنه أن يؤدي إلى عدم ربط وجود القانون بتوافر الجزاء ،  
على نحو يكون معه من المتصور وجود قواعد قانونية لا يقوم على كفالة  
احترامها بالضرورة جزاء مادي معين .

(١) في هذا المعنى :

Paul Amssek, op. cit., d. 247 et s.

Paul Amssek, op. cit., p. 221 et s.; Maurice Bouvier Ajam, Le (٢)  
matérialism historique dans l'étude du droit, Paris, 1969, No. 9 et 10.

وعلى هذا النحو فقد كشفت الدراسات الحديثة عن أن الجزء المادى  
— فى حالة توافره بالفعل — يعتبر أمراً خارجاً عن حقيقة القاعدة القانونية  
ذاتها ومضافاً إليها . فالجزء من ناحية أولى يتمثل فى مجرد « أثر » معين  
يحول القانون ذاته للقاضى ترتيبه بناء على تقييمه لسلوك المعروض عليه  
وفقاً للقاعدة القانونية، فتقوم سلطات الدولة — بما يخولها القانون من وسائل  
— بتحقيقه (١) . والقاضى فى قيامه بهذا الدور لا يعدو أن يكون موظفاً  
مهمته اصدار قرار يعطيه القانون قوة النفاذ (٢) . والجزء من ناحية أخرى  
لا يلحق بالقاعدة القانونية ذاتها وإنما يلحق بالأفراد الذين يأتون سلوكاً  
مخالفاً لما تضعه من أنماط للسلوك الاجتماعى أو بسلوكهم المستقبل (٣) .

وعلى هذا النحو فان قوة الالتزام المصاحبة لوجود القاعدة القانونية —  
وسواء توفر لها الجزء أو لم يتوفر — هى قوة ذاتية تكمن فى القاعدة ذاتها  
ولا ترتبط بعناصر خارجة عنها . ولذلك فقوة الالتزام المذكورة ليست  
« حقيقة » مستقلة وخارجة عن القاعدة وإنما مجرد « معنى » أو « علاقة منطقية »  
تستخلص من فكرة القانون ذاتها ولا تتجاوزها إلى خارج تكوينها الداخلى  
أو مفهومها (٤) .

ولعل التأمل فى بنى القواعد المدنية بصفة خاصة يكشف عن أن الجزء  
لا يكاد يظهر فى هذه القواعد كعنصر خارج عنها ومضاف إليها . فنحن

(١) فى هذا المعنى ، أنظر :

J. Normand, op. cit., No. 20 et s.

Paul Amssek, op. cit., p. 221 et s. (٢)

(٣) المرجع السابق فى الموضوع السابق .

(٤) فى هذا المعنى : عبد الرحمن عياد ، الالتزام العقدى ١٩٧٢ ص ٤٣٢ ؛

Paul Amssek, op. cit., p. 275; Marty et Raynaud, Droit Civil,  
Paris, T. 1, 1961, No. 34 et 35.

نتكلم مثلاً عن البطلان وعدم السريان والفسخ ، كما نتكلم عن التنفيذ العيني والتعويض وسقوط الحق ، باعتبارها جميعاً جزاءات مدنية ، على نحو يبدو الأمر معه كما لو كانت هذه الجزاءات مستقلة عن القواعد التي تقوم على كفالة احترامها . ولكن الأمر لا يعدو في الواقع أن يكون ربطاً متتابعاً بين أمور كل منها يؤدي للآخر في سلسلة متصلة ، على نحو يستحيل معه التوقف عند إحدى الحلقات للقول بأنها تمثل قاعدة السلوك وعند الأخرى للقول بأنها تمثل الجراء على مخالفة هذه القاعدة . فعدم مشروعية محل العقد أو سببه مثلاً ، ووجود عيب في الإرادة ، أو كون المعقود عليه غير مملوك للعاقدة في بعض الأحيان ، وعدم تنفيذ الالتزام ، يترتب عليها البطلان أو عدم السريان أو الفسخ أو التنفيذ العيني . وهذا الأمر أو ذلك قد يكون مانعاً من المطالبة بالمعقود عليه إذ لم يكن قد تم تسليمه ، أو شرطاً لاسترداده إذا ما كان قد سلم من قبل ، أو سبباً للمطالبة به . واستحالة الاسترداد أو استحالة المطالبة بالمعقود عليه - عند وجوب أي منهما - ترتب التعويض . ثم ان عدم المطالبة بالبطلان أو الرد أو التنفيذ العيني خلال مدة معينة قد يترتب عليها سقوط الحق فيه . وهكذا إلى ما لانهاية ، بحيث لا يمكن التمييز بين القاعدة والجزاء إلا في علاقة مرحلتين متتابعتين من هذه المراحل وبحيث يبدو الجزاء ك مجرد أثر معين يترتب على وضع سابق كما يبدو دور القاضي منحصرأ في مجرد استخلاص هذا الأثر وايداعه قراره .

وإذا كانت القاعدة القانونية ، على النحو السابق ، تستمد قوتها الملزمة من حقيقتها ذاتها ولجبردها كونها قاعدة قانونية ، فان المنطق يقتضي التسليم بأن إعمالها لا يتوقف بالضرورة على علم الأفراد بها (١) . آية ذلك أن القاعدة القانونية تطبق حتى في شأن من لا يعيها (٢) ، كما تطبق بأثر مباشر على التصرفات السابقة على نفاذها فيما تخلقه هذه التصرفات من أوضاع مستمرة

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق في الموضوع السابق .

Paul Amselek, op. cit., p. 236.

(٢)

يتجاوز استمرارها إلى النطاق الزمني للقاعدة القانونية الجديدة (١) .  
ولذلك فيمكن القول بأن المنطق القانوني البحث يتلاءم تماماً مع مبدأ  
جواز الاعتذار بجهل القانون كلما تحلف الجراء المادى - بالمعنى الدقيق -  
كعنصر خارج عن ماهية القاعدة القانونية ومضاف إليها .

## المبحث الثاني

### الجهل بالاحكام المدنية والتصور الجدلى للبيان القانونى

١٧ - لعل أول ما يتبادر إلى الذهن من القول بتصوير جدلى للقانون  
هو جدلية العلاقة بين القانون وبين البيان الاجتماعى ، بمعنى النظر إلى  
القانون كعنصر من عناصر الحقيقة الاجتماعية الكلية يتأثر بعناصرها الأخرى  
ويؤثر فيها (٤) . غير اننا نقصد بالتصور الجدلى فى هذا المجال المعاملة  
الجدلية للظاهرة القانونية فى جانبها الفنى أو الصياغة الجدلية للادوات التى  
التى يتوصل بها القانون إلى تحقيق وظيفته فى الضبط الاجتماعى . ولذلك  
فهذا التصور لا يرد على العلاقة بين القانون وبين الحقيقة الاجتماعية الكلية  
واما يرد على العلاقة بين الوحدات الأولية التى يتألف منها البيان القانونى ،  
تلك العلاقة التى تشكل هذا البيان فى كليته .

والواقع ان مبعث ادخالنا الفكرة الجدلية فى الصياغة القانونية كمنطلق  
لمعالجة مشكلة الجهل بالقانون هو ما سبق أن لاحظناه من ارتباط ضرورة  
العلم بالقانون كشرط لقيام الخطاب فى حق الأفراد بفكرة انماط السلوك  
التى يضعها القانون على وجه التحديد، وليس بفكرة القانون فى ذاته وعنصر  
الالزام فيه . فهذا الارتباط يقتضى منا ايضاح مكان فكرة التكليف من البناء  
القانونى ذاته ايضاحاً نستمد منه تصوراً لحل مشكلة الجهل بالقانون .

على أن هذا الارتباط ذاته من شأنه أن يمكن من التمييز بين مستويين

Paul Amselek, ap. cit., 236.

(١)

idem, p. 239.

(٢)

(٣) فى هذا المعنى :

Hossam M. ISSA, op. cit., p. 15 et s.

من مستويات «التجربة القانونية» التي يمكن أن يواجهها الفرد . فكل فرد يواجه القانون كمخاطب بأحكامه . ولكن الفرد قد يتخذ من العلم بالقانون مهنة فتنشأ بينه وبين القانون علاقة جديدة يغلب عليها الطابع المهني لا طابع التكليف . ولاشك ان ارتباط مشكلة الجهل بالقانون بفكرة التكليف إنما يكون في التجربة الأولى : تجربة الفرد كمخاطب بأحكام القانون . أما في التجربة الأخرى ، فمشكلة الجهل بالقانون إنما ترتبط في الواقع بأصول المهنة وواجباتها ، على نحو يمكن أن تأخذ معه حلولاً متميزة عن الحلول التي تأخذها في التجربة الأولى .

على هذا النحو فسوف نواجه هذا المبحث في مطالب ثلاث : نعرض فيها للتصور الجدلي للبيان القانوني ونطاق الاعتذار بجهل الأحكام المدنية ، ثم للاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة التكليف ، وأخيراً للاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة الواجب المهني .

المطلب الأول : التصور الجدلي للبيان القانوني ونطاق الاعتذار بجهل الأحكام المدنية .

المطلب الثاني : الاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة التكليف .

المطلب الثالث : الاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة الواجب المهني

## المطلب الأول

### التصور الجدلي للبيان القانوني ونطاق الاعتذار بجهل الأحكام المدنية

١٨ - يرجع فشل النظرية القانونية التقليدية - كما رأينا - في الامساك بحقيقة البيان القانوني بصفة عامة وفي اعطاء تصوير نظري متماسك لمشكلة الجهل بالقانون بصفة خاصة ، إلى نقطة البداية فيها وهي الايديولوجية المثالية التي كانت مسيطرة على الفكر الانساني ابان صياغتها . ولذلك لم يكن غريباً ان تجعل من علم القانون «عالملاً من الأفكار المغلقة» (١) ، تأتي من عل

(١) M. Villey, Marx et le droit romain, Publication de l'institut de droit romain, Paris, 1958 (cité par Hossam M. ISSA, op. cit., p. 3).

لتوجه الواقع القانوني دون نظر لمدى قابلية الواقع المذكور لمثل هذا التوجيه .

ولقد كان للماركسية وما أثارته من تيارات فكرية مختلفة فضل توجيه النظر إلى أن وجود القانون إنما يرتبط «بالوجود الانساني ، وعلاقاته الخلاقة بما يحيط به من معطيات» (١) ، وأن «تصرفات الانسان الفرد لا تكتسب معناها الا بنسبتها إلى غيره» (٢) من الأفراد . كذلك كان لهذه وتلك فضل كبير في توجيه النظر إلى العلاقة الجدلية التي تربط مختلف الظواهر الاجتماعية بما فيها ظاهرة القانون . غير أن مكتسبات العلم القانوني في هذا الشأن ما تزال بعيدة عن أن تجد طريقها إلى «المعاملة المنطقية» للظاهرة القانونية أو إلى الجانب الفني لهذه الظاهرة باعتباره احد فروع المعرفة القانونية . فالجانب الفني في القانون ما زال احتكاراً للمنطق الشكلي بعيداً عن تناول المنهج الجدلي الحديث (٣) .

والواقع ان الصياغة القانونية ما كانت لتستعصى على المنهج الجدلي لولا أن ربط الفكر الماركسي الجدلي بين القانون ومختلف الظواهر الاجتماعية قد صاحبه «تخفيض» القانون إلى مجرد علاقات «لا تتميز عن العلاقات الاجتماعية الأخرى بكيان موضوعي مستقل» على نحو لا يتصور معه فصلها عنها واخضاعها - كظاهرة مستقلة - للدراسة العلمية (٤) . فلما تطور الفكر القانوني الماركسي نحو الاعتراف بالظاهرة القانونية ككيان موضوعي مستقل عن الروابط الاجتماعية - بما فيها الروابط القانونية -

---

NICOS Ar. Poulantzas, Nature des choses et droit, Essai sur (١) la dialectique du fait et de la valeur, Paris, 1965, p. 63.

(٢) المرجع السابق ص ١٢٠ .

(٣) في هذا المعنى :

K. Stoyanovitch., De quel usage peut être en logique juridique le "dialectique" au sens moderne hégélien et marxiste du mot? Archives de phil. de droit, op. cit. p. 161.

(٤) في انكار الماركسية للجانب الموضوعي في القانون ، أنظر :

A. Stoyanovitch, La philosophie du droit en U.R.S.S., 1971—1935, Paris, 1965, idem., Marxisme et droit, Paris, 1964.



ظل هذا الفكر متهيباً من مواجهة الظاهرة القانونية في جانبها الفني خشية الانزلاق نحو الفصل بين القانون وبين البناء الاجتماعي . ولكن هذه الخشية لا يجب أن تحجب الحقيقة من أن الصياغة القانونية تعتبر احد فروع المعرفة القانونية التي لا تنفصل معاملة عن معاملة الفروع الأخرى لهذه المعرفة ، على نحو يلزم معه اتباع ذات المنهج الجدلي في دراسة الجانب الفني من القانون

على انه إذا ما تجاوزنا خصوصيات الفكر الماركسي فاننا نجد أن اغلاق باب الصياغة القانونية أمام المنطق الجدلي يرجع في الواقع إلى تصوير القانون كمجموعة من القواعد العامة المجردة ، ذلك التصوير الذي كان نتيجة حتمية لروح الشرعية التي غلبت على نظرية القانون طوال القرن الماضي . ولذلك فاتخاذ المنطق الجدلي أساساً لدراسة الجانب الفني في القانون رهين بإمكان تجاوز فكرة القاعدة القانونية في عموميتها وتجريدها إلى أداة أخرى تمكن من « تجسيد » « المحتوى القانوني » والامساك بالأثر الذي يقتضيه خطاب القانون في وقائع « العالم الاجتماعي » على اختلافها واختلاف وجه النظر إليها . ولعل هذا التجاوز قد أصبح قريب المنال بعد أن صار للعرف والقضاء الدور الذي نعرفه في نظرية مصادر القانون . ذلك أن القاضي عندما يطبق العرف أو يتجاوز الأعمال المباشرة للنص التشريعي لا يمكن أن يكون دوره هو ذات الدور الذي يقوم به المشرع في صياغة القواعد العامة المجردة (٢) . لذلك فليس بمستغرب أن تدفع هذه الملاحظة بعض مؤرخي القانون (٣) إلى البحث في المعنى الأصلي الذي كانت تحمله كلمة Droit وأن يسجلوا في هذا الشأن أنها كانت تعبر عن وصف للتصرف أو السلوك أو العلاقة الانسانية قبل أن تأخذ معنى القاعدة القانونية في العصور الحديثة .

(١) قارن :

Edmond Jorien, De la sociologie juridique, 1967, p. 85 et s.

M. Villey, Seize essais de philosophie du droit, Paris 1969, (٢) p. 18 et s. et p. 22 et s.

(٣) المرجع السابق ، ص ٢٤ . وقارن :

Del Vecchio, Philosophie du droit, Paris, 1953, p. 270.

١٩ - ولعل نظرة سريعة على النظرية العامة للقانون كما تصورها نظرية أصول الفقه الاسلامي توضح لنا إلى أي حد يمكن تجاوز فكرة القاعدة القانونية كأداة للتعبير عن «المحتوى القانوني» إلى فكرة أخرى أكثر دقة وأقرب إلى الكشف عن تباين وحداته المكونة وما يجمع بينها من علاقة تبادلية . «فالقانون» في هذه النظرية يتكون لا من قواعد مجردة وإنما من أحكام تفصيلية ، تعبر عن أثر أو آخر من الآثار التي يقتضيها خطاب الشارع في أفعال العباد وتعرف بالأحكام الشرعية (١) . ويختلف نوع الحكم باختلاف وجه اسناد فعل العبد (٢) . فالفعل من حيث اسناده إلى العبد الذي يأتيه ذاته يعتبر محلاً للحكم تكليفي هو الوجوب أو التحريم أو الإباحة بالنسبة لهذا العبد ، تبعاً لما إذا كان الخطاب يدل على طلب اتيانه أو على طلب تركه أو على التخيير بين اتيانه وتركه . والفعل من حيث اسناده إلى غير ذلك من الأمور - سواء كانت أفعالاً أخرى للعبد الذي يأتيه أو لغيره أو كانت أي أمر آخر ليس فعلاً للعبد - يعتبر محلاً للحكم وضعي هو السببية أو الشرطية أو المانعية - بالنسبة لهذه الأمور - تبعاً لما إذا كان الخطاب يجعل منه سبباً أو شرطاً لها أو مانعاً منها . والفعل ذاته من حيث ترتب المقصود منه عليه أو عدم توافر سببه وشروطه وانتفاء موانعه . وقد ألحق معظم الفقهاء هذه الأحكام الأخيرة بالحكم الوضعي بينما اعتبرها البعض أحكاماً عقلية بحجة ترتب دون حاجة إلى خطاب الشارع .

ونظرة سريعة إلى النصوص المدنية تكشف عن امكان الامسك بمضمونها عن طريق فكرة الحكم وأقسامه المختلفة . فاذا ما أخذنا - وبصفة مؤقتة - أمثلة من نظرية العقد ، فإنه يمكن القول بأن قاعدة العقد شريعة

(١) عباس متولى حماده ، أصول الفقه ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م ، ص ٢٧٥ وما بعدها ، محمد وجدي عبد الصمد ، الجهل بالأحكام المدنية في الشريعة والقانون ، والقانون ، مجلة القضاء ، العدد السادس ، السنة الثالثة ، سبتمبر ١٩٧٠ ، ص ٢٤٨ وما بعدها .  
(٢) في هذا المعنى ، أنظر : شرح التلويح على التوضيح لمثن التنقيح في أصول الفقه ، الجزء الأول ص ١٢ والجزء الثاني ص ١٢٢ وما بعدها .

المتعاقدين تضع حكماً تكليفاً هو الوجوب بالنسبة لتنفيذ العقد ، وأن القواعد التي تمنع التعاقد على محل غير مشروع مثلاً تضع حكماً تكليفاً هو التحريم ، وأن القاعدة التي تضع الأصل في جواز التعاقد تضع حكماً تكليفاً هو الإباحة .

وإذا ما تابعنا البحث وراء فكرة العقد في النصوص المدنية وجدنا أن نص المادة ٩٣٥ مدني على أن «الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري ..» يضع حكماً وضعياً هو السببية بجعله البيع سبباً للشفعة (١) ، وأن نصوص قانون المرافعات وقانون المحاماة التي تشترط توقيع محام على عريضة الطعن بالنقض تضع حكماً وضعياً هو الشرطية بجعلها التعاقد مع محام شرطاً لقبول الطعن (٢) ، وان المادة ٤٥٧ مدني بنصها – بعد اثباتها حق المشتري في حبس الثمن – على أنه «ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً» ، تضع حكماً وضعياً بجعلها ابرام الكفالة مع البائع مانعاً من حبس الثمن (٣) . ويمكن أن نضيف إلى ذلك ما هو معروف – من خلال النصوص المختلفة – من أن العقد الذي تتوافر أركانه وشروطه وتنتفي موانعه يكون صحيحاً نافذاً مرتباً لآثاره، وان تخلف هذا الأمر أو ذاك يجعله باطلاً أو غير نافذ أو غير مرتب لآثاره .

٢٠ – ومن الواضح ان هذه المعاملة المنطقية للظاهرة القانونية لا تجعل من القاعدة القانونية – في شمولها الذي يخالط بين عديد من الأحكام المختلفة في مضمونها – الخلية الأولى للقانون . فهذه الخلية تتمثل في الحكم ذاته كوصف لفعل كل مخاطب بالقانون في تفرد عن غيره من الأفعال وفي وجه اسناده . وعلى هذا النحو ففكرة الحكم كأداة للصياغة القانونية تمكن من التعبير عن اختلاف الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في أفعال المخاطبين بالقانون باختلاف هذه الأفعال ، على نحو ما نراه في أقسام

(١) في هذا المعنى : جلال العدي ، الاجبار القانوني على الممارسة ، ١٩٦٥ ، ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ص ٧٩ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ص ١٠٠ وما بعدها .

الحكم التكليفي ، واختلاف علاقة هذه الأفعال بمعطيات العالم الخارجى الأخرى ، على نحو ما نراه فى أقسام الحكم الوضعى . وعلى هذا النحو أيضاً ففكرة الحكم كأداة للصياغة القانونية تمكن من الامساك بالعلاقة الجدلية التى تحدد وضع أفعال العباد بالنسبة لبعضها أو بالنسبة لمعطيات العالم الذى تتواجد فيه .

كذلك من الواضح ان هذه «المعاملة» تستجيب إلى ما سبق أن انتهينا إليه من أن القانون ليس أداة للإجبار بقدر ما هو أداة للتقييم . فالحكم كما رأينا ليس الا الأثر الذى يقتضيه خطاب الشارع فى أفعال المخاطبين تكليفاً كان أو وضعاً ، وبصرف النظر عن الفعالية المكفولة لمقتضى الأثر المذكور . ولذلك فهذه المعاملة تتفادى الصعوبات التى تواجهها النظرية القانونية التقليدية من جراء الفصل بين انماط السلوك والجزاء مع اعتبار كل منها عنصراً فى القاعدة القانونية ، عن طريق التصوير الجدلى للعلاقة المنطقية بين أحكام القانون المختلفة .

٢١ - والحكم - تكليفاً كان أو وضعياً - يكون ملزماً بذاته ودون حاجة إلى علم المخاطب به علماً مسبقاً ، من حيث هو أثر لخطاب الشارع ، على نحو ما انتهينا إليه بصدد ايضاح القوة الملزمة الذاتية للقانون . غير أن نوعى الحكم يختلفان بعد ذلك فيما يختص بتعلق كل منهما بفعل المكلف عند صدوره منه .

فالحكم الوضعى من حيث هو «وضع أو جعل» من الشارع لا يتوقف على ادراك المخاطب ، يتعلق بالفعل بمجرد صدوره تعلقاً تلقائياً ، استناداً إلى القوة الملزمة التى لهذا الحكم وحدها ودون نظر إلى علم المخاطب أو عدم علمه به . ولذلك ففى الأمثلة السابقة ينشأ الحق فى الشفعة بمجرد بيع العقار ويكون الطعن مقبولاً بمجرد توقيعه من محام ويزول الحق فى الحبس بمجرد

ابرام الكفالة ، سواء كان أصحاب الشأن يعلمون أو لا يعلمون بهذه الأحكام وبالأدلة المثبتة لها (١) .

أما الحكم التكليفي ، فمن حيث إنه لا يتمثل في مجرد «وضع» أو «جعل» من الشارع وإنما يتجاوز ذلك إلى طلب الفعل أو طلب تركة أو التخيير بينهما ، فأمره يختلف . ذلك ان الطلب يستلزم إدراك المطلوب منه لحقيقة المطلوب ، ادراكاً يفترض علمه بالحقيقة المذكورة (٢) . فتحريم التعاقد على شيء غير مشروع مثلاً أو إيجاب الوفاء بالعقود ، أحكام تكليفية يفترض إعمالها علم المكلفين بحقيقة ما تتضمنه من تكليف .

وعلى هذا النحو فمشكلة الجهل بالقانون لا تتعلق بالقانون في كليته وإنما تتعلق بفصيصة محددة من أحكامه هي فصيصة الأحكام التكليفية . فالأحكام الوضعية هي آثار تلقائية لخطاب الشارع تترتب مباشرة استناداً إلى وجود هذا الخطاب ذاته ودون نظر إلى علم المكلف أو عدم علمه بها . أما الأحكام التكليفية فهي آثار يتوقف ترتيبها في حق المكلف على علمه بما عليه من تكليف من بعد وجود خطاب الشارع المتضمن لها . وترتيباً على ذلك فيبدو أن مبدأ عدم رجعية القانون لا يفرض نفسه على المنطق القانوني الا فيما يتعلق بأحكام التكليف وحدها . ولعل في ذلك ما يمكن أن يفسر امكانية تطبيق القانون تطبيقاً رجعياً بنصوص تشريعية ، إذ الأمر يتعلق بأحكام وضعية دائماً في هذه النصوص .

(١) في هذا المعنى : نقض ١٩٦٥/٤/٨ (مجموعة أحكام محكمة النقض، س١٦ رقم ٧٧ ص ٧٦) حيث قرر الحكم أنه « إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في قبول اعتذار المطعون ضده بمجهله نص المادة ٢٥ من قانون المحاماة (الذي يوجب توقيع محام على صحف الدعوى) إلى ماقدرته الطاعة في مذكرتها من أن المدة التي مضت ما بين تنفيذ القانون وبين إعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليعلم المطعون ضده رافع الدعوى بذلك النص المستحدث ، فان هذا الاستناد خطأ في القانون » . ولكن المحكمة تسرسل بعد ذلك فتسند قضاءها إلى أن «عدم كفاية هذه المدة لا يعتبر قوة قاهرة ولا يبرر قبول اعتذار المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور» ، وهو اسناد لا يمكن قبوله إلا بصدد الحكم التكليفي وحده دون الحكم الوضعي .

(٢) عباس متولى حمادة ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ وما بعدها .

والواقع ان فكرة الحكم التكليفي والحكم الوضعي ان كانت تبدو جديدة على فقه القانون المدني الحديث ، فهي ليست كذلك بالنسبة لفقه المرافعات . فهذا الفقه يميز - كما هو معروف - بين أحكام «الالزام» وأحكام «التقرير» تمييزاً ينعكس أثره على تنفيذ كل منها . فالأولى وحدها هي التي تحتاج إلى تنفيذ جبري (١) . ولعل الجديد في الأمر هو أن اتخاذ فكرة الحكم كأداة للصياغة القانونية ، والفرقة في هذا الشأن بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي على غرار ما ذهب اليه الشريعة الاسلامية ، لا يعتمد فكرة الحكم بمفهومها المألوف - وهو «قرار» القاضي في نزاع مطروح عليه - وإنما بمعنى الأثر الذي يقتضيه خطاب القانون ذاته . وبعبارة أخرى فالحكم المقصود ليس حكم القاضي وإنما هو حكم القانون .

## المطلب الثاني

### الاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة التكليف

٢٢ - إذا كان الاعتذار بجهل القانون أمراً تفرضه حقيقة الأحكام التكليفية ، فإنه يبقى بعد ذلك أن نحدد المقصود بالجهل الذي يصلح عذراً يمتنع معه تعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف . وهذا التحديد إنما يكون عن طريق تحديد المقصود بالعلم الذي يلزم توافره لدى المكلف لتعلق الحكم المذكور بفعله . وما دام البحث في جهل القانون أو العلم به يقتصر - على النحو السابق - على طائفة الأحكام التكليفية ، فإن تحديد معنى الجهل بالقانون أو العلم به يجب أن لا يرتبط بالضرورة بالمفهوم اللغوي لفكرة الجهل والعلم بقدر ما يرتبط بفكرة التكليف ذاتها ، والمعايير التي تحدد ما يمكن وما لا يمكن التكليف به .

ولعله من الواضح في هذا الصدد أن فكرة القرينة القانونية على العلم بالقانون - التي يؤسس عليها مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون - تنبع

(١) في هذه الفرقة ، أنظر : فتحي والي ، التنفيذ العيني في القانون اللبناني ، ١٩٦٩ ، بند

١٩ وما بعده .

من الاحساس بأن ماهية التكليف تفترض علم المكلف به لتعلقه بفعله وتعطى لفكر العلم مفهوماً اصطلاحياً محتملاً مختلف تماماً عن مفهومها اللغوي . غير أن هذه الفكرة - نتيجة لعدم التمييز بين القوة الملزمة الذاتية للقانون وتعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف - تصل إلى حد افتراض العلم بأحكام القانون افتراضاً لا يقبل اثبات العكس ، فتصبح بذلك استجابتها لمقتضيات الحكم التكليفي مجرد استجابة «نفسية» لا تتجاوز الشكل إلى الحمول العملية ؛ فالاستجابة لمقتضيات الحكم التكليفي من ضرورة علم المكلف به استجابة حقيقية تفترض امكان اثبات المكلف جهله بالحكم والاحتجاج بهذا الجهل لمنع تعلقه بفعله ، أياً ما كان النطاق الذي يعمل فيه هذا الاثبات وما يترتب عليه من احتجاج .

والواقع ان الاستجابة لطبيعة الحكم التكليفي في تحديد المقصود بجهل القانون أو العلم به لا يقتضى أن نجعل - مسبقاً - من علم المكلف الفعلي بالتكليف شرطاً لتعلق الحكم التكليفي بفعله ، وانما يقتضى أن ننظر للعلم بالقانون هو الآخر كتكليف يسبق تعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف ، وأن نعين حدود هذا التكليف المسبق على ضوء ذات المعايير التي تتحدد وفقاً لها فكرة التكليف .

على هذا النحو لا نجد غرابة فيما يذهب اليه فقه الشريعة الاسلامية من تحديد المقصود بالعلم تحديداً يبعد به عن العلم الفعلي . فالمقصود بالعلم لديهم ليس العلم الفعلي بما يؤدي اليه ذلك من عدم تعاقب الحكم التكليفي بفعل المكلف في كل مرة يكون فيها المكلف جاهلاً بحقيقة التكليف بالفعل . وانما المقصود به امكانية العلم على نحو لا يمتنع معه تعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف - رغم عدم علمه الفعلي بالتكليف - ما دام قد كان باستطاعته أن يعلم ذلك ، سواء بنفسه أو بواسطة غيره (١) . ولذلك فلا يمتنع تعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف الا إذا كان يستحيل عليه العلم بمضمون التكليف . ويلحق بالاستحالة في هذا الصدد المشقة الزائدة (٢) .

(١) عباس متولى حماده ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٣٨ وما بعدها .

ومن الواضح ان قصر امتناع تعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف على حالة العلم بالتكليف أو مشقته الزائدة على هذا النحو ، مرجعه أن هذه هي بعينها الحدود التي يقف عندها التكليف ذاته ، فكان من الطبيعي أن لا يتجاوزها اشراط العلم بالتكليف لتعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف .

٢٣ - وإذا ما أردنا صياغة حديثة لفكرة العلم بحدودها السابقة ، فانه يمكن القول بأن هناك واجباً «مبدئياً» على عاتق الكافة بالتعرف على أحكام القانون التكليفية - للتصرف على مقتضاها من بعد - يماثل في فكرته فكرة الواجب العام بعدم الاضرار بالغير أو واجب الوفاء بالعقود (١) . ولذلك فاذا كان جهل المكلف بحكم القانون مرجعه تقصيره في القيام بهذا الواجب ، فان الحكم التكليفي يتعلق بفعله على الرغم من عدم علمه به ما دام عدم العلم مجرد نتيجة لتخلفه عن أداء الواجب المذكور .

وقد يبدو لأول وهلة أن فكرة الواجب يمكن أن تؤدي في منطقتها البعيد إلى ما تؤدي اليه فكرة القوة الملزمة الذاتية للقانون من عدم امكان الاعتذار بجهل القانون ، سواء تعلق الأمر بحكم تكليفي أو بحكم وضعي . غير أن النظر إلى واجب العلم كمجرد واجب ببذل عناية وليس واجباً ببلوغ غاية - تأسيساً على أن الغاية المرجوة ليست مضمونة في جميع الأحوال - من شأنه أن يفارق بين نتائج كل من المسلكين . ذلك ان هذا النظر يؤدي إلى أنه في كل مرة يقوم فيها المكلف ببذل العناية المطلوبة منه للتعرف على أحكام التكليف دون أن يتوصل إلى العلم بها بالفعل ، يمتنع تعلق هذه الأحكام بفعله ويكون له أن يعتذر بجهله للافلات من

(١) لايسعنا إلا أن نسجل أننا قد وجدنا - بعد كتابة هذه السطور - أن هذه الفكرة قد وردت عرضاً في مقال الأستاذ محمد وجدى عبد الصمد سابق الاشارة اليه ، وإن لم يفصح بجلاء عن مدى انحيازه لها ، حيث يقول (ص ٢٦٩) : «والحقيقة أن الاستثناءات السابقة (على مبدأ افتراض العلم بالقانون الجنائي) لا يمكن تبريرها إلا إذا كيفنا العلم بالقانون بأنه التزام ، فيكون متصوراً أن نضع له القيود المستمدة من استطاعة العلم وأن نعمل القاعدة التي تقضى بأنه «لا التزام بمستحيل» والقاعدة التي تقرر أنه لا مسئولية بغير خطأ.....»



مقتضاها . فعدم تحقق النتيجة المرجوه من وراء بذل العناية الواجبة - وهي العلم الفعلي هنا - رغم بذل هذه العناية بالفعل يكون مرجعه القوة القاهرة . ولذلك فكالم كان العلم الفعلي مستحيلا رغم بذل العناية المطلوبة ، لم يكن هناك تقصير في أداء الواجب وأمكن التمسك بجهل الحكم التكليفي للحيلولة دون تعلقه بفعل المكلف . وعلى هذا النحو يظل صحيحاً القول بأن مواجهة مشكلة الجهل بأحكام القانون في إطار فكرة الواجب دون فكرة القوة الملزمة الذاتية للقانون ، من شأنه أن يوصل إلى حلول تتفاوت بتفاوت أفعال المكلف ومدى امكان العلم بحكم كل منها .

على أنه يبدو أن تحديدنا لفكرة الاستحالة أو القوة القاهرة على هذا النحو ان كان يتفق مع فقه الشريعة الاسلامية الذي يأخذ الاستحالة بمعنى واسع - فيسوى بين الاستحالة بمعناها المطلق وبين المشقة الزائدة - الا أنه لا يستجيب إلى تحديد القانون الوضعي لها . فالقانون الوضعي - على ما يبدو من الفقه والقضاء - يأخذ الاستحالة المكونة للقوة القاهرة بمعنى الاستحالة المطلقة (١) .

ومع ذلك فاذا كان تحديد مفهوم الاستحالة أو القوة القاهرة في القانون الوضعي أمر يتجاوز نطاق بحثنا ، فانه لا يسعنا الا أن نلفت النظر إلى ما في أخذ الاستحالة بمعناها المطلق من جمود لا يتفق مع المنطق أو الواقع (٢) . فأخذ الاستحالة بهذا المفهوم معناه افتراض صفات في الانسان تتجاوز طبيعته البشرية (٣) . والقوة القاهرة هي القوة التي لا يستطيع أن يتخطاها رب الأسرة المعنى بأمور نفسه (٤) . فكل قوة تستعصي على العناية المطلوبة

---

(١) أنظر في ذلك : السهورى ، الوسيط ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٩ ، بند ٢١٩ ومابعده ، ص ٤١٧ وما بعدها ، وبند ٨٥٦ وما بعده ، ص ٩٩٤ وما بعدها ، وأنظر كذلك J. Carbonnier, Droit Civil, T.4, 1969, p. 248 et les arrêts y cités.  
(٢) أنظر في ذلك ، مؤلفنا :

L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, Paris, 1967, N° 247 et s.

J. Carbonnier, idem. p. 248 (٣)

A. Tunc, Force majeure et absence de faute en matière (٤)  
contractuelle, R.T.D.C., 1945, p. 243 et s., Force majeure et absence de  
faute en matière délictuelle, T.T.D.C. 1946, p. 171 et s.

من المكلف تحرره من التزامه ، على نحو يجب معه دائماً قياس هذه القوة على مضمون العناية التي يفرضها هذا الالتزام .

٢٤ - وإذا كان جهل القانون لا يتصور على النحو السابق الا بالنسبة للأحكام التكليفية ، وكان الاعتذار به يقتصر على حالة ثبوت عدم امكان العلم بهذه الأحكام رغم بذل العناية التي يفرضها واجب العلم بها ، فانه يصح التساؤل عن موضع ذلك الاعتذار وهذا الواجب من التكليف الأصلي الذي يراد الافلات من آثار تعلقه بفعل المكلف .

والواقع ان هذا الموضع لا يمكن البصر به الا في ضوء التصور الجدلي السابق لأحكام القانون . فالتكليف حتى يقوم ، لا بد أن يتوافر سببه وشروطه ، ولكنه لا يتعلق بفعل المكلف إذا وجد مانع من ذلك . فاذا تخلف السبب أو تخلف احد الشروط لم يتم التكليف . وإذا توافر هذا وذاك ولكن وجد مانع من الموانع امتنع تعلق التكليف بفعل المكلف . ومن الواضح ان عدم امكان العلم بالحكم التكليفي معناه وجود مانع من تعلقه بفعل المكلف بالرغم من توافر سببه وشروطه . لذلك فالاعتذار بجهل القانون انما يعنى وجود مانع يحول دون تعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف - حتى يزول هذا المانع - دون أن يمس قيام التكليف بتوافر سببه وشروطه .

وترتيباً على ذلك فانه يمكن القول بأن واجب القيام بما يفرضه الحكم التكليفي واجب مستقل ومنفصل عن واجب بذل العناية المفروضة في التعرف على التكليف . ولذلك فقيام التكليف بشيء وامكان العلم به شيء آخر ، على نحو يتصور معه وجود الأول دون تحقق الثاني ، ومن ثم قيام التكليف دون أن يرتب آثاره في حق المكلف .

### المطلب الثاني

#### الاعتذار بجهل الاحكام المدنية وفكرة الواجب المهني

٢٥ - اشرنا من قبل إلى أن موقف من يعمل في الحقل القانوني من العلم بأحكامه يختلف عن موقف المخاطب به من هذا العلم . فهو أولاً

يقف من القانون موقف المكلف فيخضع في ذلك لما يخضع له كافة المكلفين . ولكنه فوق ذلك يقف منه موقف صاحب المهنة فيخضع في ذلك لما تفرضه مهنته من واجبات . ولذلك فعلم القاضى أو المحامى أو غيرهم ممن يعملون في الحقل القانونى يقتضى مواجهة أخرى مستقلة لا فى اطار فكرة التكليف وانما فى اطار فكرة «الوظيفة» أو «المهنة» .

#### ١ - الاعتذار بجهل الاحكام المدنية وواجب القاضى الفصل فى النزاع :

٢٦ - سبق أن اشرنا إلى ما درج عليه الفقه من الربط بين التزام القاضى بتطبيق القانون من تلقاء نفسه - وسلطته فى ذلك - وبين مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ولذلك فقد استغرب البعض بحق - فى ظل هذا الربط - تساهل محكمة النقض مع القاضى الذى يجهل القانون فى وقت لا تتساهل فيه مع الأفراد المكلفين فى هذا الصدد ، كما بدت حيرة البعض الآخر أمام ما يجرى عليه القضاء من تكليف الخصوم بإثبات العرف أو بإثبات القانون الأجنبى .

والواقع ان مواجهة جهل الانسان الفرد بالقانون فى ضوء موقفه منه من شأنها التنبيه إلى ضرورة الفصل بين جهل المحاطب و جهل القاضى . فجهل المحاطب بجهل للتكليف الواقع عليه ، يجد حلوله فى ضوء فكرة التكليف العام الواقع على الكافة . أما جهل القاضى فهو جهل بما يازم لمباشرة وظيفته فى «قول» القانون فى النزاع المطروح عليه . ولذلك فان حلول مشكلة جهل القاضى بالقانون لا بد أن تختلف عن حلول مشكلة جهل المحاطب به .

فجهل المحاطب - باعتباره مكلفاً - لا يثور الا بصدد الحكم التكميلى ويظهر أثره فى اختيار الحل الواجب للنزاع ، ويقتضى استبعاد آثار الحكم التكميلى عندما يثبت استحالة علم المكلف به على النحو المتقدم . أما جهل القاضى - باعتبار أن وظيفته هى حل النزاع وفقاً لأحكام القانون - فيمتد إلى كافة أحكام القانون - التكميلى منها والوضعى - ويظهر أثره فى الخطأ

في تطبيق القانون على النزاع المطروح ، ويقتضى إعادة إعمال القانون على النزاع من جديد .

وترتيباً على ذلك فواجب المخاطب العلم بالقانون هو واجب يبذل عناية يتمثل في العلم بالأحكام التكليفية التي يكون العلم بها ممكناً ، تمشياً مع موقفه من القانون كمكلف بأحكامه . أما واجب القاضي العلم بالقانون فهو واجب بتحقيق نتيجة يتمثل في المعرفة المطلقة بأحكام القانون ، تمشياً مع واجبه المطلق في «قول» القانون في النزاع المطروح عليه . وهو فوق ذلك لا ينصب فقط على مضمون الأحكام التي هي محل لاستنباطه وإنما يمتد كذلك إلى أدلة هذه الأحكام .

٢٧ - ولما كان واجب القاضي العلم بالقانون ينبع من وظيفته في حل النزاع وفقاً للقانون ويمتد إلى أدلة الأحكام ، فإن حدود هذا الواجب يجب البحث عنها في إطار فكرة أدلة الأحكام ذاتها وليس فقط في إطار فكرة التكليف . ولا شك لدينا ان واجب القاضي في هذا الصدد يجد حدوده في فكرة الاستحالة . غير أن هذه الاستحالة ليست مجرد استحالة العلم بالحكم ذاته وإنما استحالة «الامسك» بدليلة في المقام الأول . ومن هنا كان هناك محل لتفاوت الحلول فيما يتعلق بواجب القاضي العلم بالقانون باختلاف ما إذا كان الدليل تشريعاً (وطنياً) أو عرفاً أو عادة أو قانوناً أجنبياً . كذلك فهذه الاستحالة لا تؤدي إلى إعفاء القاضي من واجبه في «قول» القانون وإنما تؤدي إلى إعفائه من النظر في الدليل الذي استحال عليه العثور على الحكم فيه وتحويله الرجوع إلى الدليل التالي له في سلسلة الأدلة التي يجوز له الرجوع إليها .

فاذا كان من الواضح امكان علم القاضي دائماً بالتشريع (الوطني) على نحو يلزمه بتطبيقه من تلقاء نفسه ويحرمه من امكانية طلب اثبات وجوده من الخصوم ، فإن الأمر جد مختلف بالنسبة للعرف والعادة . فالعرف والعادة ليست سنناً تتضمنها وثائق يستطيع القاضي الرجوع اليها دائماً من تلقاء نفسه ، وإنما مجرد «حلول» يتواتر العمل بها في مكان أو زمان معين أو بالنسبة لطائفة من طوائف المخاطبين بالقانون . ولذلك فمن المتصور ألا يتحقق العلم الفعلي بهذه

الحلول بالنسبة لفرد أو آخر ، مع « توافر امكانية » العلم بها دائماً عن طريق وسيط من المتصلين بالمكان أو الزمان الذى يتواتر العمل بالحلول المذكورة فيه . ومن الواضح أن ارتباط امكانية العلم بتلك الحلول بالالتجاء إلى وسيط على هذا النحو ان كان لا يحول دون تعلق الحكم المنبثق عنها بفعل المكلف فهو يحول دون فرض واجب على القاضى بالعلم بها علماً تلقائياً مباشراً ، ويقتضى ربط مثل هذا الواجب الأخير بتمكين القاضى من الالتجاء إلى وسيط يستقى منه دليل حكم العرف أو العادة . ومن هنا كان طبيعياً أن يحول القاضى سلطة طلب اثبات العرف أو العادة من الخصوم ( ١ ) ، فى الوقت الذى يكون له فيه أن يقوم بإعماله من تلقاء نفسه كلما توافر له العلم التلقائى المباشر بدليلة . فان لم يتيسر للقاضى العلم بالعرف أو العادة على هذا النحو أو ذلك لم يكن أمامه الا أن يتجاهل أياً منهما عند الفصل فى النزاع المطروح عليه .

ومن الواضح أن هذه النتيجة ان كانت لا تتعارض مع الصفة الملزمة للعرف أو العادة – طالما كان موقف القاضى من العلم بالعرف أو العادة ليس موقف المكلف وانما موقف «الحكم» فى النزاع – الا أنها قد تبدو لأول وهلة متناقضة مع واجب القاضى المطلق فى الفصل فى النزاع . غير أن الواقع ان رفض القاضى لإعمال حكم العرف أو العادة المدعى والذى لم يثبت لديه الدليل عليه ، ليس معناه نكوله عن الفصل فى النزاع وانما معناه البحث عن الحل الواجب فى مصادر الأحكام الأخرى ، مما تزول معه شبهة هذا التعارض .

٢٨ – وما قلناه فى العرف والعادة يكاد ينطبق تماماً على القانون الأجنبى . فالقانون الأجنبى يعتبر قانوناً – وليس مجرد واقع – ويستمد قوته الملزمة من ذاته لا من إعمال القاضى له . والربط بين قوة القانون

---

(١) أنظر فى هذه المشكلة من حيث وضعها النظرى والعملى :

J. Normand, op. cit., N° 219 et s., P. 206 et s.

الأجنبي الملزمة وبين إعماله ليس الا نتيجة للخلط بين القوة الملزمة الذاتية للقانون وبين توافر الاجبار على احترامه .

وعلم القاضى بالقانون الأجنبي الذى تشير اليه قاعدة الاسناد هو فى المقام الأول علم بالدليل وليس مجرد علم بمضمون الحكم ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للقانون الوطنى . ولذلك فواجب القاضى العلم بالقانون الأجنبي - كواجبة العلم بالقانون الوطنى - يختلف عن واجب الأفراد فى كونه لا يتوقف عند الحكم التكميلى وإنما يمتد إلى الأدلة بكل ما تنصحه عنه من أحكام أيا كان نوعها . غير أن العلم بهذا الدليل تلقائياً وبطريق مباشر قد يكون مستحيلاً على القاضى . وهذه الاستحالة لا ترجع بالضرورة لعدم تمثل الدليل فى سنن تتضمنها وثائق - كما هو الحال فى العرف والعادة - وإنما قد يرجع إلى تعذر حصول القاضى على الوثائق المثبتة لأحكام القانون الأجنبي بالوسائل المباشرة المتاحة له . ولذلك فواجب القاضى العلم بالقانون الأجنبي لا يمكن تصوره الا مع تمكنه من الالتجاء إلى وسيط يقدم له الدليل على أحكامه . ومن هنا كان للقاضى أن يطلب من الخصم الذى يتمسك بحكم قانون أجنبي تقديم الدليل المثبت لهذا الحكم ، وكان له أن يتجاهل طلب الخصم إعمال حكم القانون الأجنبي كلما تخلف علمه المباشر به واستحال على الخصم اثباته أمامه .

ومن الواضح أن تكليف الخصم بالاثبات لا يتعارض مع حدود واجب الخصوم العلم بالقانون الأجنبي من حيث كونهم مكلفين (١) . فالفرض

---

(١) على أن الشك قد يثور مع ذلك فيما يتعلق بوجود معاملة قواعد القانون الأجنبي ذات المعاملة الى تلقاها قواعد القانون الوطنى بشأن مشكلة الجهل بالقانون . ومبعت ذلك ما قصت به محكمة النقض الفرنسية فى قضية «ليزاردى» الشهيرة من أنه «لا يجوز أن يفترض فى الشخص الفرنسى العلم بكافة قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بنقص الأهلية والرشد» ( أنظر : هشام صادق ، المرجع السابق ، بند ١٦٣ ) ، وما نصت عليه بعد ذلك المادة ٢/١١ من القانون المدنى المصرى من أنه «..... فى التصرفات المالية الى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيينه ، فان هذا السبب لا يؤثر فى نقص أهليته » .

ان من يكلف بتقديم الدليل على حكم القانون الأجنبي هو ذات الخصم الذى يتمسك به (١) . كذلك من الواضح ان عدم تطبيق القاضى لحكم القانون الأجنبي الذى تشير اليه قاعده الاستاد عند عدم قيام الدليل عليه لا يتعارض مع القوة الملزمة التى لهذا القانون ، ولا يتعارض بالمثل مع واجب القاضى الفصل فى النزاع ما دام له فى هذه الحالة أن يقوم بحل النزاع وفقاً لقانون آخر أيا ما كان هذا القانون (٢) .

## ٢ - الاعتذار بجهل الاحكام المدنية ومسئولية العاملين فى الحقل القانوني :

٢٩ - وإذا ما تجاوزنا موقف القاضى من القانون عند قيامه بتطبيقه فإن مشكلة الجهل بالقانون تظل واردة مع ذلك عند البحث فى مدى

= والواقع أن عبارات محكمة النقض الفرنسية تنبع من عدم ادراك المفهوم الصحيح لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون والنطاق الذى يعمل فيه . ذلك أن عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا يقوم فى الواقع على افتراض العلم به ، وإنما يقوم على أن أعمال القانون لا يتوقف على إدراك المكلفين . وعدم جواز الاعتذار بجهل القانون على هذا النحو يقتصر على أحكامه الوضعية دون الأحكام التكليفية . ومن الواضح أن القواعد المقرره لسن الرشد تضع أحكاماً وضعية أو تقريرية لذلك فقد بدا اعتداد محكمة النقض الفرنسية بالجهل بهذه الأحكام مستصعباً على التبرير ، على نحو أدى بالبعض إلى الاعتراف بأن هذا القضاء لاتسند سوى اعتبارات « المصلحة الوطنية التى الى تستلزم الأضرار الوطنى من تطبيق القوانين الأجنبية » (أنظر المرجع السابق ص ٥٩٨) . وأياً ما كانت شرعية موقف محكمة النقض الفرنسية ، فان هذا الموقف - فيما يبدو لنا - يتمثل فى انشاء حكم جديد - اعتنقه المشرع المصرى بعد ذلك - يستبعد أعمال أحكام القانون الأجنبي التى تجعل المتعاقد ناقص الأهلية إذا كان فى أعمال هذه الأحكام إخلال بحسن نية المتعاقد الآخر ، وليس فى استبعاد مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بصفة مطلقة وعامة . والقول بغير ذلك معناه امكان الاحتجاج بجهل جميع قواعد القانون الأجنبي ، وهو ما يبدو غير معقول (فى هذا المعنى : المرجع السابق ، ص ٦٠١ وما بعدها) .

(١) قارن : استاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى القانون الدولى الخاص ، تنازع القوانين ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ، ص ١٥٩ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى :

Motulesky, op. cit., No. 5.

وأنظر فى الخلاف على القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة : هشام صادق ، المرجع السابق بند ٧٤ ، ص ٢٣٩ وما بعدها .

مسئولية من يعمل في الحقل القانوني بصفة عامة عما يترتب من ضرر للغير نتيجة لهذا الجهل . ولا يقتصر الأمر في هذا الصدد على القاضي عندما يصدر قراراً مخالفاً للقانون يترتب عليه ضرر لأحد أطراف النزاع ، وإنما يمتد الى جميع من تقتضيه وظيفته وإعمال حكم من أحكام القانون كالمحضر مثلاً ، أو تقتضيه اتخاذ مسلك قانوني كالحامي ، أو اصدار فتوى قانونية كالمستشار القانوني .

غير أن مشكلة الجهل بالقانون في هذه الحالة تظل متميزة كذلك عن مشكلة جهل المكلف بالحكم التكليفي . فالأولى تمتد لجميع أحكام القانون بينما تقتصر الأخرى على الأحكام التكليفية . والأولى يكون البحث فيها دائماً بصدد اثبات أو نفي المسؤولية «المهنية» ، بينما الأخيرة يكون البحث فيها بصدد محاسبة المكلف أو عدم محاسبته وفقاً لمقتضى التكليف المجهول منه . حقاً ان الانتهاء إلى وجوب محاسبة المكلف بمقتضى التكليف الذي كان يجمله بالفعل قد يترتب مسؤوليته على نحو ما سوف نراه . ولكن هذه المسؤولية تكون مسؤولية عن السلوك المخالف لمقتضى التكليف ، بينما تكون مسؤولية من يعمل في الحقل القانوني مسؤولية عن الجهل بالحكم في ذاته وليست مسؤولية عن سلوك مخالف لمقتضى التكليف ، إذ الفرض انه لم يأت بمثل هذا السلوك . وترتيباً على ذلك فان مسؤولية المهني عن جهله بالقانون لا ينبغي أن تواجه في اطار فكرة التكليف وحدودها وإنما في اطار واجبات مهنته ذاتها ، أو في اطار فكرة الواجب المهني بصفة عامة . وعلى هذا النحو فلا يكفي مثلاً ان يثبت المهني أن الحكم الذي كان يجمله ، والذي تترتب الضرر على جهله به ، كان من المستحيل الوصول اليه رغم بذل العناية الواجبة—لعدم امكان استخلاصه من النص—مثلاً— وإنما يلزم لذلك أيضاً أن يثبت انه قد نبه صاحب الشأن إلى مثل هذا الأمر أو ذاك .

تطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية — كما سبق أن اشرنا — بأن الموثق يكون مسئولاً عن الغلط في القانون ما لم يكن ذلك الغلط متعلقاً



بمسألة محل خلاف (١) ، ثم عادت من بعد فحفظت من اطلاق هذا القضاء بقولها ان «هناك ظروفاً يكون فيها وجود الخلاف من شأنه جعل صحة أو فعالية الحقوق محل التصرف غير محققة ، ولا يمكن للموثق فيها ، دون أن يكون مسئولاً .. ان يتمتع عن تنبيه الأفراد إلى المخاطر الكامنة في امكانية حل قضائي يودي بهم ، تنبيهاً تخولم عدم خبرتهم وثقتهم الحق فيه » (٢) . وعلى هذا النحو فالمحكمة تواجه مسألة الخطأ المهني الناشئ عن الجهل بالقانون في نطاق أرحب من فكرة الجهل بالقانون ذاتها ، فلا تجعل الممتن مسئولاً عن هذا الجهل بالقانون ، وإنما عن الاخلال بواجبه في تنبيه عملائه إلى استحالة العلم — لحظة استفتائه — بحكم القانون في المسألة المعروضة عليه .

ومن الواضح ان هذا القضاء إذا كان قابلاً للتطبيق خارج الحالة التي صدر فيها — وهي حالة الموثق — الا أن الوضع يبدو مختلفاً في حالة جهل القاضى بصفة خاصة . ذلك ان القاضى — وخلافاً لغيره ممن يعملون في الحقل القانوني — لا يواجه القانون كمعطى موضوعي مفروض فرضاً تاماً عليه ، وإنما يواجهه بالضرورة من خلال تقديره الشخصي . فالقاضى عليه دائماً أن يزيل ما في النص من غموض أو يكمل ما فيه من نقص ، على نحو يجعل موقفه من القانون — في نطاق النزاع المعروض عليه — هو ذات موقف المشرع (٣) . « ان الاستنباط القضائي الذي درجنا على أن نعبر به عن المسلك الذهني للقاضي في ادائه لمهمته لا يمكن أن يكون له سوى قيمة الصورة . وفوق ذلك فهي صورة مشوهة للحقيقة بدرجة خطيرة ، ففي هذا الاستنباط تفترض المقدمات دائماً حكماً تقييمياً يتسلل اليه لا محالة

(١) أنظر ماسبق ، بند ١٠ .

(٢) Cass. civ., 16 avril 1935. Sem. Jur., 1935. 915 (cité par F. Terré, op. cit., p. 97),

وأنظر الأحكام الأخرى المشار إليها في المرجع المذكور ص ٩٧ ٦٥ .

(٣) Carbonnier, Droit Civil, T.1, op. cit., p. 25.

قدر من التقدير الشخصي « (١) . ولذلك فوظيفة القاضي في تطبيق القانون لا تنفصل تماماً عن وظيفة خلقه ، على نحو لا يتيسر معه النظر إلى جهله بالحقيقة القانونية كإخلال بواجب مهني لمجرد مخالفة تقديره لتقدير محكمة النقض ، وإنما يلزم لذلك أن يكون هناك غش أو إساءة لاستعمال الوظيفة .

## الفصل الثاني

### الجهل بالأحكام المدنية بين مصادر الحق ومصادر القانون

٣٠ - إذا كان التصور الصحيح لمشكلة الجهل بالقانون يقتضى - على النحو السابق - التمييز فى أحكام القانون بين ما هو وضعى منها لا يعتد فى إعماله بعلم المكلف أو إمكان علمه ، وبين ما هو تكليفى يتوقف إعماله على علم المكلف به أو إمكان علمه ، ثم على تحديد متى يتوافر أو يتخلف العلم أو إمكان العلم بهذه الأخيرة ، فإن البصر بكيفية استنباط الحلول العملية لهذه المشكلة وإعمالها يقتضى النظر أولاً فى مصادر الحق ثم فى مصادر القانون . ذلك ان دراسة مصادر الحق هى التى تمكن من تعيين موضع أحكام القانون المدنى من تقسيم الحكم إلى وضعى وتكليفى ، وأن دراسة مصادر القانون هى التى تمكن من تحديد متى يكون العلم بالحكم ممكناً ومتى يكون مستحيلاً . ولذلك كان علينا أن نواجه الجهل بالأحكام المدنية تارة فى اطار مصادر الحق وتارة أخرى فى اطار مصادر القانون .

المبحث الأول : الجهل بالأحكام المدنية ومصادر الحق .

المبحث الثانى : الجهل بالأحكام المدنية ومصادر القانون .

#### المبحث الاول

#### الجهل بالأحكام المدنية ومصادر الحق

٣١ - قد يبدو من الصعب للوهلة الأولى البت فى موضع الأحكام المدنية من تقسيم الحكم إلى وضعى وتكليفى . فهذه الأحكام - كما نعرف - تدور حول تقرير الحقوق المختلفة - شخصية كانت أو عينية - وذلك عن طريق بيان أسبابها وشروطها وموانعها ، وتبدو لذلك من قبيل الأحكام

الوضعية . غير أن الحق الشخصي - وخلافاً للحق العيني - يتميز بوجود مدين يقع عليه الالتزام المقابل للحق ، مما يوحي بأن أحكام الحق الشخصي أو أحكام نظرية الالتزام تعتبر أقرب إلى فصيلة الأحكام التكليفية .

والصعوبة السابقة يمكن تخطيها إذا ما ميزنا بين وجود الحق الشخصي وما يقابله من التزام وبين «تحقيق» هذا الحق تنفيذاً للالتزام المذكور . فالحق الشخصي - وما يقابله من التزام - يقوم إذا وجد سببه وتوافرت شروطه وانتفت موانعه ، تماماً كما هو الحال في الحق العيني . وإذا كانت السببية والشرطية والممانعة أحكاماً وضعية ، فقد يكون توافر أى منها في ذاته مترتباً على حكم آخر تكليفي أو وضعي ، على نحو ما رأينا عند بيان العلاقة الجدلية المتصلة بين أحكام القانون . ومن ثم فقيام حق شخصي لصالح شخص معين والالتزام مقابل على عاتق شخص آخر ليس الا محصلة إعمال الأحكام الوضعية في السببية والشرطية والممانعة والتي قد يكون توفّر أى منها رهيناً بإعمال أحكام أخرى قد تكون وضعية هي الأخرى وقد تكون تكليفية . أما «تحقيق» الحق الشخصي بتنفيذ الالتزام المقابل - وهو ما يتجاوز فيه الحق الشخصي الحق العيني - فهو وحده الذي يعبر عن أحكام تكليفية تتمثل في طاب القيام بالعمل أو الامتناع الذي يكون مضمون الالتزام المذكور ويجعل الحق قابلاً للمطالبة به .

وعلى هذا النحو فتمى جعل القانون من أمر من الأمور سبباً لقيام حق معين أو التزام أو شرطاً لقيامه أو جعل منه مانعاً من قيامه ، فان هذا الجعل ينتج أثره في اثبات الالتزام أو نفيته ، حتى توافر الأمر المذكور ، حتى ولو كان توافره سابقاً على الجعل . ذلك أن مثل هذا الجعل يعتبر حكماً وضعياً يحدث أثره دون نظر إلى علم المكلف أو عدم علمه به . ولكن ثبوت حق للدائن معين والالتزام مقابل على مدين به شيء واعتبار المدين مقصراً في تنفيذ التزامه شيء آخر . فما دام تنفيذ الالتزام يعبر دائماً عن أحكام تكليفية فان المدين به لا يمكن اعتباره مقصراً في تنفيذه الا منذ امكان علمه بوجود التنفيذ ، وهو ما لا يمكن أن يتأتى قبل اقرار القانون للالتزام وتوافر

امكان العلم بذلك . ولذلك فمن المتصور أن يكون هناك فاصل زمني بين اللحظة التي ينشأ فيها الالتزام ويكون مستحق الأداء واللحظة التي يمكن ابتداء منها مواخظة المدين على التقصير في تنفيذه .

وما دام قيام الحق يعتبر على هذا النحو دائماً مجرد أثر لإعمال أحكام القانون المختلفة ، فإن البحث في موضع الأحكام المدنية من تقسيم الحكم إلى وضعي وتكليفى لتعيين الأحكام التي يتوقف إعمالها على العلم بها يجب أن يبدأ من بحث مصادر الحق . فاذا ما تأملنا في هذه المصادر بدت لنا ضرورة التمييز بين العمل غير المشروع وبين غيره من المصادر . فالعمل غير المشروع المرتب للحق في التعويض والالتزام به هو وحده الذي يقوم على أحكام تكليفية . ذلك ان العمل غير المشروع يفترض اخلاقاً بواجب مفروض مسبقاً ، سواء تمثل هذا الاخلال في الامتناع عن عمل واجب أو في القيام بعمل محرم ، وسواء تمثل الواجب المفروض في التزام السلوك المعتاد أو تمثل في غير ذلك من الواجبات المختلفة التي تضعها نصوص القانون . لذلك فهذا المصدر من مصادر الحق هو الذي تبدو بشأنه أهمية تطبيق المبادئ التي انتهينا إليها بصدد مشكلة الجهل بالقانون .

غير أن مصادر الحقوق المختلفة يتدخل في وجودها أو في ترتيبها لأثرها في إيجاد الحق ، عنصر نفسى يختلط في قليل أو كثير بالعلم بالقانون ، على نحو جعل الفقه يثير بشأنه مشكلة الجهل بالقانون . ولذلك فلا يسعنا إلا أن نلقى نظرة سريعة على مصادر الحق المختلفة ، تصرفاً قانونياً كانت أو واقعة ، لبيان مدى صلة ترتب الحق عن مصدره بمشكلة الجهل بالقانون .

المطلب الأول : الجهل بالأحكام المدنية والتصرف القانوني .

المطلب الثاني : الجهل بالأحكام المدنية والواقعة القانونية .

## المطلب الاول

### الجهل بالاحكام المدنيه والتصرف القانونى

٣٢ - التصرف القانونى هو إرادة تتجه لاحداث أثر قانونى معين .  
و صدور إرادة من الانسان بقصد إحداث مثل هذا الأثر يفترض تصوراً  
سعيها للأوضاع المختلفة - واقعية كانت أو قانونية - فى كينونتها وفى  
صيورتها ، لذلك فكلما كان تصور الإنسان لوضع من الأوضاع المتصلة  
بالتصرف الذى يجريه مخالفاً للحقيقة ، أمكن أن ينعكس ذلك التصور على  
صحة هذا التصرف أو نفاذه أو تحديده مضمونه ، وكالما كان التصور  
المخالف للحقيقة منصباً على وضع قانونى ، ثارت مشكاة الجهل بالقانون .

#### ١ - الجهل بالاحكام المدنيه وصحة التصرف القانونى :

٣٣ - فالتصور المخالف للحقيقة مؤداة وقوع طرف التصرف  
فى غلط يجعل التصرف باطلاً أو قابلاً للإبطال فى الحدود التى يكون فيها  
جوهرياً ودافعاً إلى التصرف .

والحقيقة التى يرد عليها الغلط غالباً ما تكون هى الحق محل التصرف  
أو نطاقه ومضمونه . ولما كان وجود الحق وتحديده نطاقه يتوقف فى كثير  
من الأحيان على إعمال أحكام القانون ، فكثيراً ما يكون تصور هذا أو ذلك  
خلافاً للحقيقة مترتباً على عدم العلم بأحكام القانون .

والواقع ان الغلط فى وجود الحق لا يظهر كثيراً فى مجال العقد .  
ذلك أن المشرع غالباً ما يجعل من عدم وجود الحق سبباً للإبطال كما هو  
الحال فى ابطال بيع أو رهن أو هبة ملك الغير ، على نحو يفقد معه بطلان  
العقد استناداً إلى الغلط فى وجود الحق كل قيمة عملية له . غير أن هذا  
الغلط كثيراً ما يصادف فى التصرف القانونى المنفرد ، كما هو الحال  
مثلا فى الوفاء الذى يؤدى اليه تصور وجود التزام غير قائم أو التزام سبق .

أن انقضى من قبل (١) . أما الغلط في نطاق الحق أو مضمونه فكثيراً ما نصادفه في العقد والتصرف المنفرد على السواء (٢) . ويكفي أن نضرب لذلك مثلاً بالبيع الوارد على الحق في التركة في حالة الجهل بمقدار النصيب والذي يخوله القانون للبائع ، أو البيع الوارد على أرض في حالة الجهل بالتشريعات التي تمنع البناء عليها ، أو الوفاء بدين دون معرفة مقداره نتيجة للجهل بأحكام القانون التي تحدده (٣) .

وقد كان من الطبيعي في ضوء النظرة التقليدية لمشكلة الجهل بالقانون أن يبدو الاعتداد بالغلط في القانون مناقضاً للحلول العملية لهذه المشكلة . ذلك ان الاحتجاج بهذا الغلط توصلنا إلى بطلان العقد أو ابطاله معناه الاحتجاج بجهل القانون ، وأن هذه الحلول تتمثل في عدم جواز الاعتذار بجهل القانون كقاعدة مطلقة . ولذلك فقد ذهب الفقه القديم إلى عدم الاعتداد بالغلط في القانون تغييباً لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ؛ فلما جرى القضاء الفرنسي على الاعتداد بهذا الغلط - استناداً إلى نصوص التشريع التي لا تمنع الاعتداد به الا في حالة الصلح والاقرار - اعتبر جانب من الفقه ذلك من قبيل الاستثناء على المبدأ (٤) ، واعتبره جانب آخر خطوة نحو التخلص منه (٥) ، بينما اضطر جانب ثالث إلى القول بقصر المبدأ ذاته على القانون الجنائي (٦) .

(١) في هذا المعنى :

Roger Decotignies, L'erreur de droit , R.T.D.C., 1951, p. 309 et s..

(٢) المرجع السابق ، ص ٣١٧ وما بعدها .

(٣) أنظر الأمثلة المختلفة على الغلط في القانون التي يشير إليها السهوري في كتابه :

نظرية العقد ، بند ٣٧٤ ص ٣٨٨ وما بعدها .

(٤) في هذا المعنى : السهوري : نظرية العقد ، بند ٣٧٣ ص ٣٨٧ ، الوسيط -

مصادر الالتزام ، المرجع السابق ص ١٧٤ .

(٥) في هذا المعنى :

F. Terré, op cit., p. 101 et s.

Mazeaud, Leçons de droit civil, T. II, 1956, N° 172, p. 140. (٦)

وقد سبق أن رأينا ان مجال امكان الاعتذار بجهل القانون هو الأحكام التكاليفية دون غيرها ، وأن مناط هذا الامكان هو استحالة العلم بالحكم التكاليفي لا عدم العلم الفعلي بأحكام القانون على اختلاف فصائلها . ومن الواضح ان هذا النظر من شأنه التنبيه إلى ضرورة الفصل بين مشكلة الغلط في القانون وحلول مشكلة الجهل بالقانون . ذلك ان مشكلة الجهل بالقانون ترتبط حلولها العملية بإعمال أحكامه التفصيلية وتستنفد بالضرورة بتحقيق هذا الإعمال ، بحيث يكون كل ما يفوق هذا الإعمال خارجاً عن دائرة هذه المشكلة . وعلى هذا النحو فشكلة الجهل بالقانون تستنفد في صدد الحكم الوضعي بمجرد ترتيبه بالفعل . وهذا الحكم يترتب كما رأينا تلقائياً دون نظر إلى علم المكلف . ولذلك فالغاط في هذا الحكم منبت الصلة بحلول مشكلة الجهل بالقانون في صده . كذلك فشكلة الجهل بالقانون تستنفد في صدد الحكم التكاليفي بإعماله أو استبعاد إعماله ولا تستنفد قبل ذلك . ولكن إعمال هذا الحكم أو استبعاد إعماله رهين بإمكان العلم به أو باستحالة هذا العلم . ولذلك فالغاط في هذا الحكم أمر خارج كذلك عن حلول مشكلة الجهل به ان لم يكن الاعتداد به أمراً لازماً لإعمال هذه الحلول .

والواقع ان بحث الأمثلة السابقة يكشف بجلاء ان الاعتداد بالغاط في القانون يكون في بعض الأحيان سابقاً على إعمال الحلول التي وصلنا إليها في صدد الجهل بالقانون ، ويكون في بعض الأحيان لازماً لإعمالها وليس مناقضاً لها ، ويكون في بعضها الآخر تالياً لإعمالها ومن ثم خارجاً ومنفصلاً عنها .

ففي صورة البيع دون علم بقواعد القانون التي تمنع البناء في الأرض المبيعة يكون الحكم المجهول هو الحكم المقرر لعدم البناء على الأرض وما يترتب عليه من حكم تكاليفي بتحريم البناء في الأرض على صاحب الحق فيها . ومن الواضح أن الحكم الأول يكون إعماله متحققاً ما دامت الأرض خالية بالفعل . ولذلك فإعمال الغاط في القانون وابطال العقد بناء عليه لا يتضمن



بذاته اهداراً لهذا الحكم . أما الحكم الآخر فيكون لإعماله بتعلقه بفعل صاحب الحق في الأرض ما دام يمكنه العلم به ، وبعدم تعلقه بفعله مادام لا يمكنه العلم به . ومن الواضح أن هذا الحكم لا يعنى المشتري الا منذ أن يصير صاحب حق في الأرض ، وأن التمسك بالغلط ليس معناه اهدار هذا الحكم باستبعاده في حالة ثبوته في حق المشتري ، وإنما معناه تفادى ثبوته في حقه بتفادى تملكه للأرض المبيعة .

وفي صورة الوفاء بدين غير قائم أو الوفاء بما يجاوز الالتزام القائم - نتيجة توهم وجوده أو توهم مضمونه على غير الحقيقة - يكون الحكم المجهول هو الحكم المقرر لوجود الحق أو نفيه أو المحدد لمضمونه ، ويكون لإعماله بترتيب الالتزام بالرد تأسيساً على عدم وجود الالتزام أو على اختلاف مضمونه الحقيقي . وهذا الحكم حكم وضعي يرتب أثره دون نظر إلى العلم به أو امكانية هذا العلم . ولذلك فالأخذ بمقتضى الغلط في هذه الحالة ليس فيه خروج على الحلول الواجبة فيما يتعلق بالجهل بهذا الحكم ، وإنما هو - على العكس من ذلك - إعمال لهذه الحلول .

أما في صورة بيع حق الارث ، فالحكم المجهول هو ذلك المحدد لمقدار الأثر ، وهو حكم غير تكليفي يتحقق لإعماله بمجرد اثبات ملكية البائع للقدر الذي يقرره له هذا الحكم . ولذلك فإعمال الغلط في هذه الحالة يكون تالياً لإعمال الحلول الواجبة في صدد الحكم المقرر للإرث ومستقلاً عنها ، على نحو تبدو معه مشكلة الغلط مستقلة تماماً عن مشكلة الجهل بالقانون وما تفرضه من حلول .

٣٤ - وقد تكون الحقيقة التي يرد عليها الغلط هي سبب التصرف بمعنى الباعث الدافع اليه (١) . وفكرة السبب قد تواجه في ذاتها فتبدو

(١) أنظر كذلك في امكان ورود الغلط في القانون على شخص المتعاقد : السهوري ، نظرية العقد ، بند ٣٧٤ ص ٣٧٩ ، محمد وجدى عبد الصمد ، المقال السابق ، ص ٢٥٨ .

كركن في التصرف على نحو يكون معه التصرف باطلا في حالة تخلف  
الباعث عليه ، خلافاً لما كان يعتقد طرفاً التصرف . وقد تواجه من خلال  
فكرة الغلط على نحو تترتب معه مجرد القابلية للإبطال في الحالة المذكورة (١) .  
وأيا ما كانت الوجهة الواجب تغليبها في هذا الشأن ، فإن اعتقاد وجود  
سبب قائم بالفعل كثيراً ما يكون مبعثه عدم العلم الفعلي بحكم من أحكام  
القانون . مثال ذلك ان يتفق شخص مع آخر على منحه ارتفاقاً— في حالة عدم  
قيام ارتفاق قانوني — اعتقاداً بأن القانون يلزمه بذلك ، أو أن يتفق مثل هذا  
الشخص مع شخص آخر على تعويضه عن ضرر ليس مسئولاً عنه قانوناً  
اعتقاداً بقيام التزام عليه بتعويض هذا الضرر ، أو أن يقوم بتعويضه بالفعل  
استناداً إلى هذا الاعتقاد (٢) .

ومن الواضح ان البطلان أو الإبطال في هذه الصور يبدو مناقضاً  
لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في معناه المطلق المتصل بفكرة القوة الملزمة  
الذاتية للقانون ، تماماً كما في حالة الغلط في المعقود عليه . ذلك ان من يطلب  
البطلان أو الإبطال انما يستند في طلبه إلى عدم علمه الفعلي بأحكام القانون ،  
استناداً يتعارض مع القوة الملزمة الذاتية التي لهذه الأحكام دون نظر إلى  
عنصر خارجي عنها كالعلم بها .

غير أن البطلان أو الإبطال لا يتعارض مع حلول مشكلة الجهل بالقانون  
في ظل التصوير الذي نقول به لهذه المشكلة ، وانما يبدو — على العكس  
من ذلك — أمراً خارجاً تماماً عنها . ففي كلا المثليين السابقين نجد الجهل  
لا ينصب إلا على حكم معين من أحكام القانون ، وهو الحكم المقرر لعدم  
الالتزام بالارتفاق بقوة القانون أو لعدم الالتزام بالتعويض . ومن الواضح

(١) السهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، بند ١٧٣ وبند ٢٩٢ ،

Roger Decotignies, op. cit., p. 321.

Roger Decotignies, op. cit., p. 321.

(٢)

وأنظر الأمثلة التي يذكرها السهوري في كتابه : «نظرية العقد» ، بند ٣٧٤ ، ص ٣٨٩

وما بعدها .

ان مثل هذا الحكم يعتبر حكماً وضعياً لا يتوقف إعماله على امكان أو عدم إمكان العلم به . لذلك فالالتزام بانشاء الارتفاق أو الالتزام بالتعويض ليس له من مصدر سوى التصرف القانوني المتمثل في الاتفاق بين الطرفين . ولكن هذا الاتفاق يتخلف ركن أو شرط فيه على نحو يؤدي إلى عدم قيام الالتزام المفترض قيامه عنه . وبالمثل فالوفاء بالتعويض ليس له من مصدر سوى الوفاء الباطل ذاته على نحو يبدو معه هذا الوفاء مناقضاً لمقتضى حكم القانون الذي كان الموفى يجهله . ولذلك فرد ما أوفى به يعتبر بمثابة حكم تكليفي يحقق الحكم الوضعي الذي ورد الجهل عليه . وعلى هذا النحو تبدو مشكلة الجهل بالقانون للمرة الثانية منتبة الصلة بمشكلة الغلط في القانون .

والواقع ان فكرة الجهل بالقانون وفكرة الغلط - كفكرتين قانونيتين متميزتين - تختلفان في مجالهما وفي معيارهما وفي أثرهما . فالأولى مجالها أحكام التكليف وحدها ، ومعيارها موضوعي هو امكانية العلم أو استحالة ، وأثرها هو عدم تعلق الحكم الذي يكون العلم به مستحيلاً بفعل المكلف . أما الأخرى فمجالها تمتد إلى جميع أحكام القانون ، ومعيارها شخصي تحت هو الجهل الفعلي ، وأثرها يتمثل في ابطال التصرف القانوني الذي داخله الغلط .

## ٢ - الجهل بالاحكام المدنية ونفاذ التصرف القانوني :

٣٥ - وإذا كان التصور المخالف للحقيقة يؤدي إلى بطلان التصرف أو ابطاله - خلافاً للأصل من صحته على النحو السابق - فقد يكون مؤدياً في بعض الأحيان إلى نفاذه ، خلافاً للأصل من عدم نفاذه . فقد يكون التصرف القانوني غير نافذ لعدم صدوره من صاحب الحق موضوع التصرف أو ممن له سلطة لإجراء التصرف عليه ، ولكن الطرف الأخير في التصرف كثيراً ما يكون حسن النية معتقداً بصدور التصرف من صاحب الحق أو السلطة في اجراء التصرف ، ويكون هذا الاعتقاد مستنداً إلى وضع ظاهر أو شائع . وفي هذه الحالة نجد نصوص القانون تقرر نفاذ التصرف في بعض الحالات حماية لحسن النية كما نجد اتجاهها في الفقه والقضاء إلى تعميم هذا الحل ورفعته إلى منزلة المبدأ القانوني . وتتوافر تطبيقات هذه الصورة

بصفة خاصة في حالة التصرف الذي يجريه النائب الظاهر أو التصرف الذي يجريه مدير الشركة المعين بقرار باطل ، أو التصرف الذي يجريه المالك الظاهر (١) .

وانفاذ التصرف على هذا النحو السابق يتضمن معنى اهدار حكم القانون القاضى بعدم نفاذه ، تغليباً لاستقرار التعامل واستناداً إلى حسن نية . ومن الواضح ان الوضع الظاهر قد يكون وضعاً قانونياً كما قد يكون وضعاً واقعياً . فاذا كان وضعاً قانونياً ثار التساؤل عما إذا كان في الاعتداد به خروج على الحلول الواجبة لمشكلة الجهل بالقانون (٢) .

والواقع أن الأمر يتعلق في الصور المعروضة بأحكام وضعية ترتب أثرها دون نظر إلى علم المكلف أو عدم علمه بها . ولذلك فالأخذ بفكرة الوضع الظاهر في هذا المجال ليس له من معنى سوى اهدار الأحكام المذكورة . ولكن مشكلة الجهل بالقانون كمشكلة عملية لا تقوم بصدد هذه الأحكام على نحو ما رأينا . ولذلك فليس هناك من تعارض بين حلول مشكلة الجهل بالقانون وبين الاعتداد بالوضع الظاهر بانفاذ التصرف ، بقدر ما هناك من تعارض بين هذا الاعتداد وبين إعمال الحكم الأصلي القاضى بعدم نفاذ التصرف ، أو بعبارة أخرى فالأمر لا يتعلق باباحة الاعتذار بجهل القانون في مجال يكون فيه هذا الاعتذار ممتنعاً بحسب الأصل ، وإنما يخلق حكم وضعي جديد يجعل حسن النية المستند إلى الوضع الظاهر مانعاً من التمسك بعدم النفاذ (٣) .

### ٣ - الجهل بالأحكام المدنية ومضمون التصرف القانوني :

٣٦ - مهما كان من أمر معايير التفسير ومدى ما تتضمنه من نزعة

Mazeaud, Article précité, p. 930 et s.

(١)

(٢) قارن :

Mazeaud, Article précité, p. 942.

(٣) المقال السابق ، ص ٩٣٠ .

موضوعية ، فانه يظل صحيحاً أن محور التفسير هو ارادة طرف التصرف القانونى المنفرد أو إرادة طرفى العقد . ولكن البحث عن هذه الإرادة قد يصطدم بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى مفهومه المطلق . وقد رأينا مثالا لذلك فى الالتزام بالضمان المترتب على عقد البيع . فقد استقر القول فى القضاء والفقهاء على أن البائع يضمن حقوق الارتفاق غير الظاهرة وحقوق الارتفاق القانونية ، وأن وجه تسوية الأخيرة بالأولى هو كون القانون مصدرها المباشر على نحو يكون معه فى مطالبة المشتري بالضمان اعتذار بجهل القانون يخالف المبدأ العام المستقر فى هذا الصدد . لذلك فقد بدا اتجاه محكمة النقض الفرنسية مؤخراً إلى تقرير ضمان البائع حقوق الارتفاق القانونية كلما كانت وضعية الأماكن أو الوضع العادى للملكية لا تكشف عنها غريباً فى ظل التصور التقليدى لمشكلة الجهل بالقانون وحلونها العملية (١).

والواقع ان مشكلة تفسير التصرف القانونى لتحديد الالتزامات المختلفة المترتبة عليه مشكلة منفصلة تماماً عن مشكلة الجهل بالقانون فى التصور الذى انتهينا اليه ، ذلك التصور الذى يفرق بين الحكم الوضعى والحكم التكميلى . فالقواعد المقررة للارتفاق القانونى تضع أحكاماً وضعية أو تقريرية تتمثل فى اثبات الارتفاق بمجرد توافر سببه وشروطه دون حاجة إلى امكان العلم به أو عدم امكانه . حقاً ان هذه القواعد تضع أحكاماً تكليفية ، بالامتناع عن التعرض لصاحب الارتفاق ، على عاتق أصحاب العقارات التى ترد عليها الارتفاقات المذكورة ، وأن الاحكام التكميلية لا تتعلق بفعل المكلف الا منذ أن يكون باستطاعته العلم بها . غير أن المشتري عندما يطالب بالضمان لا يتعرض لصاحب الارتفاق ولا يدعى حقاً فى الافلات من التكليف الواقع عليه قبله ، وانما يطالب بحق قبل البائع يتوقف ثبوته له أو عدم ثبوته على مضمون العقد ذاته . ولذلك فقيام الضمان من عدمه مشكلة لا تتعلق بالاعتذار بجهل أحكام القانون المترتبة للارتفاق القانونى .

(١) أنظر ماتقدم بند ٩ .

والواقع ان ثبوت أو عدم ثبوت الضمان يتعلق بتفسير العقد لتحديد الالتزامات المترتبة عليه ومدى كل منها . ومن هنا كان ربط الفقه بين الارتفاقات القانونية والارتفاقات الظاهرة التي يرجع عدم ضمان البائع لها إلى أن ظهورها يؤكد عدم انصراف ارادة المتعاقدين إليها . حقاً ان المشتري قد لا يكون عالماً بالفعل بالارتفاق الظاهر على نحو يمكن معه القول بانصراف ارادته إلى عدم ضمان البائع له . ولكن ذلك لا يؤدي إلى القول بأن الارادة لم تنصرف إلى ضمانه . فظهور الارتفاق يمكن من استنباط ارادة من البائع بعدم الضمان واعتقاد منه بانصراف ارادة المشتري إلى عدم الضمان . ولذلك يمتنع القول باتجاه الارادة المشتركة إلى الضمان ويتعين التسليم باتجاهها على العكس من ذلك إلى عدم الضمان . ذلك أن مضمون العقد يتحدد بالارادة المشتركة وأن الارادة المعتمدة من جانب كل من المتعاقدين في هذا الصدد هي الارادة الممكن التعرف عليها بصرف النظر عن اتفاقها أو عدم اتفاقها مع ارادته الحقيقية (1) .

وعلى هذا النحو لا يسعنا الا أن نويد اتجاه محكمة النقض الفرنسية الأخير . فسألة عدم ضمان حقوق الارتفاق القانونية لا تترتب في الحقيقة على الحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون ، وانما تتعلق بتفسير العقد والارادة المشتركة فيه على نحو يعطيها حاولا متفاوتة تختلف باختلاف حقيقة الارادات الممكن التعرف عليها والمكونة للارادة المشتركة في كل حالة على حدتها . ومن هنا كان عدم الضمان في كل حالة يكون فيها الارتفاق ناشئاً عن وضعية الاماكن على نحو يجعل الارتفاق ظاهراً ويجعل الارادة الممكن التعرف عليها في ظل هذه الظروف هي ارادة عدم الضمان ، وكان الضمان في كل حالة لا يكون الارتفاق فيها ناشئاً عن هذه الوضعية على نحو لا يجعل الارتفاق ظاهراً ويجعل الارادة المشتركة الممكن التعرف عليها في ظل هذه الظروف كذلك

(1) قارن :

Bernard Gross, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris, 1964, p. 189.

هي ارادة الضمان . وبعبارة أخرى فعدم قيام الضمان يتطلب شرطين : أن يكون هناك نص قانوني منشئ للارتفاق ، وأن تكون وضعية العقارات بحيث تنبئ عن وجود الارتفاق القانوني ، كما لو كان العقار متقدماً عن العقارات المجاورة له مثلاً (١) .

## المطلب الثاني

### الجهل بالأحكام المدنية والواقعة القانونية

٣٧ - رأينا ان الغلط الناشئ عن جهل أحكام القانون يؤدي إلى بطلان الوفاء على نحو يمكن من استرداد ما دفع دون وجه حق . على أن النظر إلى الوفاء من زاوية أخرى هي زاوية واقعة الأثر بلا سبب المنشئة للحق في الاسترداد يؤدي إلى القول بأن الغلط شرط لتوافر الحق في الاسترداد ، وان هذا الغلط يستوي فيه أن يكون ناشئاً عن جهل الواقع أو جهل القانون . وفكرة الغلط المذكورة تصادف في تطبيقات الأثر تحت ستار فكرة أخرى هي فكرة حسن النية . فكثير من تطبيقات واقعة الأثر بلا سبب تأخذ بعين الاعتبار حسن نية المفتقر في تقدير التعويض الواجب على المثري كما هو الحال في المصروفات (م ٩٨٠ مدني) وفي التعويض الناشئ عن أعمال قواعد الالتصاق (١) . وحسن النية في مثل هذه الحالة قد يكون ناشئاً عن جهل القانون . ولما كانت واقعة الأثر ترتب أثرها بمجرد توافر شروطها ، فالأمر يتعلق في هذه الصور بأحكام وضعية هي تلك التي تثبت الحق أو تنفيه أو تحدد مدها . وهذه الأحكام يتم إعمالها تلقائياً دون نظر إلى العلم أو عدم العلم بها . ولذلك فمشكلة حسن

B. Gross, op. cit., p. 200; H; Blin, Obs. sur Cass. civ., 29 février(١) 1956, J.C.P. 1965.2.9200; note anonyme sur le même arrêt. D. 1956. 285.

(٢) الواقع أن فكره حسن النية تتغلغل في كل القانون المدني . أنظر في تطبيقات حسن

النية وعلاقتها بالغلط :

J. Ghestin, op. cit., No. 84, p. 92 et s. et note 4 p. 99., F. Gorphe, op. cit.

النية تبدو تالية لهذا الإعمال كما يبدو التعويض الذي تؤثر في تقديره نتيجة لهذا الإعمال . ومن ثم فإعمال حسن النية في هذه الحالات لا يتضمن أى مخالفة لحلول مشكلة الجهل بالقانون .

وإذا كانت واقعة الأثرء لا تثير إشكالا على هذا النحو فان الأمر يختلف بالنسبة لوقائع أخرى كالواقعة المرتبة للمسئولية أو بعض الوقائع المرتبة للحق العيني .

### ١ - الجهل بالأحكام المدنية والواقعه المنشئة للمسئولية :

٣٨ - تعتبر الواقعة المنشئة للمسئولية والالتزام بالتعويض أهم الوقائع القانونية المنشئة للحق من حيث صلها بمشكلة الجهل بالقانون . فالمسئولية المستندة إلى الخطأ أساسها تكليف قانونى يثير تعلقه بفعل المكلف مشكلة الجهل بالقانون بالمعنى الدقيق . والمسئولية التى تقوم دون خطأ ان كانت لا تستند إلى تكليف يعتبر أساساً لها ، الا أنها تنهى على أى حال بالتزام بالتعويض لا تقوم مسئولية المدين به عن وفائه قبل أن يتحقق ثبوته من مصدر من مصادر القانون .

وقد كان من المنطقى فى ظل النظرة التقليدية المطلقة لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون - والتي تربط بينه وبين القوة الملزمة للقانون - أن ينتهى الفقه والقضاء إلى عدم امكان التخلص من المسئولية - أو استبعاد أثر الغش والخطأ الجسيم على تقدير التعويض - استناداً إلى الجهل بالقانون ، وسواء كانت هذه المسئولية ناشئة عن عدم التزام المعيار العام للسلوك أو عن عدم مراعاة واجب أو آخر من الواجبات المحددة التى تفرضها نصوص القانون (١) .

كذلك كان من المنطقى مع تأسيس المبدأ المذكور على قرينة العلم بالقانون حرمان المسئول من الرجوع بالتعويض على من قد يكون سبباً



في غلطة في القانون (١) . فالمستول مفروض فيه دائماً العلم بالقانون على نحو يكون معه هو وحده المسئول عن سلوكه سلوكاً مخالفاً لأحكامه . ولذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه «حيث أن مواعيد النقل بالسكك الحديدية محددة بقرارات وزارية منشورة ولها قوة القانون على نحو لا يمكن معه مخالفتها أو الادعاء بجهلها ؛ وحيث أن المدعى عليه تبعاً لذلك لا يستطيع قانوناً الادعاء بأنه أوقع في غلط في الشروط المتعلقة بمواعيد النقل عن طريق المعلومات الصادرة من موظف ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تحميله الشركة (شركة النقل) نتائج الغلط أو التأخير المدعى» (٢) . كذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه «لا يقبل من جانب المستوردين الدفع بالجهل بما فرضته القوانين الجمركية» ، وأن «اغفال مصلحة الجمارك تحصيل الرسوم المستحقة على البضاعة المستوردة لا يعلو إلى مرتبة الخطأ الموجب لتعويض المستوردين إذ أن تقصير موظفي المصلحة في اقتضاء الرسم المستحق إنما يكون قد أضر بحق الخزينة العامة وحدها» (٣) .

ولا نخفي ما في اطلاق الحلول السابقة من مجافاة للعدالة . لذلك نجد محاولات في الفقه لالتماس وسيلة للتخفيف من هذا الاطلاق (٤) .

٣٩ - على أن امعان النظر في النتيجة الأولى المتعلقة بمسئولية المكلف يكشف عن وجوب التمييز بين المسئولية غير الخطئية وبين المسئولية الخطئية في هذا الصدد . فالالتزام بالتعويض في المسئولية غير الخطئية لا ينشأ عن سلوك معين ولا يستند إلى تكليف (٥) . تتوقف المواخذة عليه على التمكين

(١) Dereux, op. cit., p. 514.

(٢) Cass. civ. 2 Janvier 1901, Gazette des tribunaux, 6 juin 1901.

وأنظر الأحكام الأخرى التي شار إليها «ديرو» في المرجع السابق ص ١٩ ٢٨ .

(٣) نقض ١٩٦١/٦/١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٢ رقم ٧٧ ، ص ٥١٠ .

(٤) أنظر في ذلك :

Dereux, op. cit., p. 537.

(٥) في هذا المعنى :

M.K. Gomma, Théorie des sources de l'obligation, Paris, 1968, No. et s.

من العلم به ، ولا يعدو أن تكون مجرد حكم تفريري أو وضعي يترتب مباشرة دون نظر إلى علم المدين أو عدم علمه به . ولذلك فلا يكون في ترتيب المسؤولية عند تخلف العلم أو امكانية العلم أى خروج على حدود امكانية الاعتذار بجهل القانون . أما في المسؤولية الخطئية فالالتزام بالتعويض ينشأ عن سلوك مخالف لمقتضى حكم تكليفي سابق (١) . ولذلك فيكون في القضاء بالمسؤولية دون الاعتداد بالاعتذار بجهل التكليف عندما يكون العلم به مستحيلا خروج على حلول مشكلة الجهل بالقانون .

أما فيما يتعلق برجوع المكلف على الغير الذي يكون سلوكه عاملا من عوامل جهله بالتكليف ، فهذا الرجوع يعتبر علاقة جديدة متميزة تماماً عن علاقة المكلف بالمضروب ويوجد حاوله في هذه العلاقة وحدها . ذلك أن مسؤولية المكلف قبل المضروب لا تتوافر على النحو السابق لمجرد عدم انصياعه لمقتضى الحكم التكليفي وإنما يلزم فوق ذلك توافر تقصيره في واجب العلم بهذا الحكم . ومن الواضح أن الواجب المذكور ينشأ عن صفته كمكلف ويظهر أثره لذلك في علاقته بالمضروب وحده دون علاقته بالغير الذي يكون سلوكه عاملا من عوامل جهله بالتكليف .

والواقع ان علاقة المكلف بالغير انما تتحدد - وفقاً لأحكام المسؤولية - عن طريق تقييم سلوك كل من طرفيها وما يربطه من صلة بالضرر الذي لحق المكلف نتيجة التزامه بالتعويض (٢) . وهذا التقييم لا يدخل فيه - كما هو واضح - جهل المكلف ذاته بقدر ما يدخل فيه جهل الغير . فالمكلف يكون مخطئاً مثلاً في اعتماده على معرفة أحكام القانون على غير مختص ولا يكون كذلك في اعتماده على شخص مختص . ولكن خطأ المكلف في هذا الصدد لا يكفي أن يدخل في تقديره جهله بأحكام القانون ما دنا

(١) قارب : المرجع السابق ، بند ١٠٤ .

(٢) قارب :

François Gorphe, Le principe de la bonne fois, Paris, 1928, p. 133 et s.

لا نواجه موقفه كمكلف وإنما كمدع بالتعويض . والغير الذي تسبب في وقوع المكلف في الغلط في القانون يكون تقييم سلوكه وفقاً لمدى تخصصه أو اختصاصه . فإذا كان متخصصاً أو مختصاً كان مخطئاً ما لم يكن الأمر متعلقاً بحكم محل خلاف وكان قد أبان للمكلف عن هذا الخلاف (١) . وإذا كان غير متخصص أو غير مختص كان غير مخطئاً ما لم يكن في تصديه للتعريف بأحكام القانون ما يخالف المعيار العام للسلوك . وإذا كان الجهل بالقانون عنصراً من عناصر تقييم سلوك الغير على هذا النحو ، فمن الواضح ان الجهل المذكور هو جهل الغير ذاته وليس جهل المكلف ، وأن هذا الجهل يكون تقديره وفقاً لفكرة الواجب المهني وليس وفقاً لفكرة التكليف .

## ٢ - الجهل بالأحكام المدنية والولائع المرتبه لنحو العيني :

٤٠ - لا يقتصر أثر الوقائع القانونية على ترتيب الالتزام بالتعويض على النحو المتقدم ، وإنما يمتد كذلك إلى ترتيب الحقوق العينية أو انقضائها . وبعض الوقائع موضوعية بحيث لا تتضمن أي عنصر ذاتي ، بحيث ترتب أثرها في اكتساب الحق بقوة القانون ، كما هو الحال في الميراث وفي الالتصاق عادة . أما البعض الآخر فيدخل العنصر الذاتي في تكوينه أو يكون مضافاً إليه كشرط لانتاج الأثر المذكور ، كما هو الحال في الحيابة . فحسن النية شرط لاكتساب الحق على المنقول أو اسقاط التكليف الوارد عليه بالحيابة . وحسن النية شرط لاكتساب الثمار بالحيابة . وحسن النية شرط كذلك لاكتساب الحق عموماً بالتقدم الحمسي . وفي هذه الصور جميعاً كثيراً ما يكون حسن النية ناشئاً عن جهل أحكام القانون التي تحول دون صحة التصرف ونتاجه أثره المقصود دون حاجة إلى الاستناد إلى الحيابة . ولذلك فالتمسك بالحيابة فيها يتضمن الاستناد إلى جهل القانون على نحو يبدو معه متعارضاً مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في معناه التقليدي .

(١) أنظر ماتقدم بند ٢٩ ، وأنظر كذلك :

Dereux, op. cit., p. 540 et s.

ومع ذلك فيبدو أن محكمة النقض الفرنسية - وفقاً للتفسير التقليدي لقضائها - لم تلتزم قاعدة واحدة في هذا الشأن . فبينما استندت إلى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لاستبعاد آثار الحيازة في المنقول كلما كان حسن النية نتيجة للجهل بأحكام القانون (١) ، سلمت مع ذلك باكتساب الحائز ملكية الثمار استناداً إلى قبضها بحسن نية ، على الرغم من كون حسن النية ناشئاً عن جهل القانون (٢) . وقد انحصرت نظرة الفقه إلى إلقاء قضاء المحكمة في تأييد هذا الاتجاه أو ذلك وفقاً لمدى تقبل كل فقيه لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، دون البحث في إمكان التوفيق بين الأحكام التي تبدو متعارضة على ضوء شروط إحداث الحيازة أثرها في الصور المختلفة .

والواقع ان القضاء الأول - المتعلق بقاعدة الحيازة في المنقول - يبدو لأول وهلة منساقاً وراء فكرة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في مفهومها المطلق ، فيغلب هذه الفكرة على فكرة حسن النية ، ويقرر عدم إمكان التملك بالحيازة على الرغم من توافر حسن النية . غير أن التأمل في الوقائع التي صدر فيها هذا القضاء - على ضوء شروط إعمال القاعدة المذكورة - يكشف عن أن عدم انتاج الحيازة أثرها يرجع لا إلى عدم الاعتداد بحسن النية على الرغم من توافره وإنما إلى عدم توافر السبب الصحيح . ففي جميع هذه الوقائع كانت الحيازة تستند لا إلى تصرف قانوني قابل للإبطال لصدوره من غير مالك وإنما إلى تصرف قانوني باطل بطلاناً مطلقاً أو على الأقل غير نافذ لعدم الحصول على إذن بالتصرف ، على نحو يمتنع معه توافر السبب الصحيح . ومثل هذا البطلان أو عدم النفاذ - كما رأينا - حكم وضعي يرتب أثره تلقائياً دون حاجة إلى العلم به . ولذلك يكون عدم ترتيب

Req. 14 Août 1882, D.1883. I.

(١)

وأنظر كذلك :

François Grphe, op. cit., p. 135.

Req., 11 Janvier 1887, D. 1888.5 269.

(٢)

الحيازة لأثرها نتيجة طبيعية لاشتراط القانون توافر السبب الصحيح لاكتساب الحق بالحيازة وتخالف هذا الشرط بالضرورة في كل حالة تم فيها مخالفة القانون مخالفة تجاوز صدور التصرف من غير صاحب الحق . ولذلك أيضاً يظل الباب مفتوحاً للقول بأن حسن النية يمكن أن يؤدي دوره حتى في حالة كونه نتيجة للجهل بأحكام القانون . ومن الواضح أن مثل هذا الحل يفرض نفسه كذلك في حالة التقادم الخمسي حيث يشترط السبب الصحيح .

ويكفي لتأكيد التحليل السابق التأمل في قضاء المحكمة في صورة اكتساب الثمار بالحيازة . فقد اعتدت المحكمة - كما رأينا - بحسن النية في هذه الصورة على الرغم من كون حسن النية ناشيء عن جهل فعلي بأحكام القانون . والواقع أن هذه الصورة لا يشترط فيها - كما نعرف - توافر السبب الصحيح لترتيب الحيازة أثرها . لذلك فبطلان التصرف الذي تستند اليه الحيازة ، أو عدم نفاذه ، لا يكون له من أثر على ترتيب الحيازة أثرها ، ما دامت قد تخلفت وسيلة ادخاله في الاعتبار ، وهي السبب الصحيح . ولذلك أيضاً فإن الحيازة تنتج أثرها بمجرد توافر حسن النية وبصرف النظر عن كون حسن النية نتيجة للجهل الفعلي بحكم أو آخر من أحكام القانون .

حقاً ان الاكتفاء بحسن النية لا يمنع ضرورة استناد الحيازة إلى تصرف معين يكون وجوده عنصراً لازماً لتوافر حسن النية . ولكن مجرد وجود هذا التصرف كاف لتوافر حسن النية ، حتى ولو كان باطلا (1) ، على نحو لا يكون معه البطلان مانعاً من توفر حسن النية .

---

(1) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, Droit Civil, T. II, 2<sup>o</sup> vol., Les Biens, 1965, N<sup>o</sup> 44.

## المبحث الثاني

### الجهل بالقواعد المدنية ومصادر القانون

٤١ - انتهينا فيما سبق إلى امكان التمييز في الأحكام المدنية بين الحكم الوضعي والحكم التكليفي ، لإعمال الأول إعمالاً تلقائياً دون نظر إلى العلم به وترتيب إعمال الأخير على توافر امكانية العلم به . ومن الواضح ان امكانية العلم بالحكم لا يتصور توافرها قبل ثبوته من مصدره . غير أن ثبوت الحكم من مصدره لا يوفر بذاته امكانية هذا العلم . ذلك ان هذه الامكانية توقف بعد ذلك على اعلام المكلفين به .

- المطلب الأول : الجهل بالأحكام المدنية وثبوت الحكم من مصدره .
- المطلب الثاني : الجهل بالأحكام المدنية واعلام المكلفين بالحكم .

### المطلب الاول

#### الجهل بالأحكام المدنية وثبوت الحكم من مصدره

٤٢ - لا شك في أن الانتهاء إلى ضرورة ثبوت الحكم من مصدره كشرط لامكان العلم به من شأنه أن يلقى بمشكلة العلم بالأحكام المدنية في خضم أزمة نظرية مصادر القانون والتيارات المختلفة التي تتنازعها . ذلك ان تحديد وقت ثبوت الحكم - ومن ثم توافر الشرط المبدئي لامكان العلم به - يختلف باختلاف المصدر الذي يرجع إليه الحكم المذكور .

#### ١ - ثبوت الحكم بين التشريع والقضاء :

٤٣ - وقد كان الفقه الوضعي اللاحق للثورة الفرنسية ، بنزوعه إلى الشرعية ، ينظر إلى القانون كمجموع من القواعد العامة المجردة ويجعل من التشريع المصدر الوحيد للقانون الذي يستقى منه القاضي هذه القواعد بطريق القياس المنطقي . وهذه النظرة كان من شأنها الربط المطلق بين امكانية العلم بالقانون وبين اتخاذ الاجراءات اللازمة لتنفيذ التشريع ، من اصدار ونشر ، دون التفات إلى الدور الذي تؤديه المصادر القانونية الأخرى وبخاصة القضاء .

غير أن تجاوز فكرة القاعدة القانونية إلى فكرة الحكم - باعتباره الأثر المحدد الذي يقتضيه خطاب الشارع في كل فعل من أفعال المكلفين - من شأنه أن يغير من وضع المشكلة حتى مع دوام النظر إلى التشريع كمصدر رسمي وحيد للقانون وإلى القضاء كمجرد مصدر تفسيري له . ذلك ان وجود التشريع نافذاً شيء ودلالته على حكم فعل بعينه شيء آخر . فالتشريع أولاً ، كثيراً ما لا يعنى الا بالموجهات البالغة العمومية فيتولى القضاء تحديد مضمونها (١) . ويمكن أن نضرب مثلاً لذلك بالمادة ١٦٣ من القانون المدني في نصها على أن «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض» . فهذا النص يقتصر على تقرير الأصل العام في المسؤولية من ضرورة توافر الخطأ وترتب الضرر عليه لقيامها . ولكن المحاكم عليها أن تقيم كل مسلك يثور بشأنه النزاع لتقرير توافر أو عدم توافر الخطأ فيه ومن ثم تقرير حكم مثل هذا المسلك في القانون . والتشريع ثانياً ، باعتباره مجرد مجموعة من القواعد العالة المجردة ، لا يمكن مهما كانت درجة دقته وتفصيله أن يكون دالاً بذاته على حكم جميع الأفعال التي يتصور أن تقع تحت طائلته دلالة قطعية ، إيجاباً كان هذا الحكم أو تحريماً أو تخييراً . ذلك أن دلالة التشريع على حكم أفعال المكلفين المختلفة والمتجددة تراجع من اليقين إلى الظن بقدر ابتعاد هذه الأفعال عن تلك التي تكون في ذهن واضعه وتمايزها عنها . ولذلك فكثيراً ما يكون ثبوت حكم الفعل متوقفاً على موقف سلطات التفسير الرسمية من تحديد مضمون نصوص التشريع ، على نحو يستحيل معه القول بثبوت حكم الفعل قبل أن تتخذ سلطات التفسير موقفاً محدداً من هذا الفعل بذاته .

ولا شك ان التحليل السابق من شأنه أن يثير مشكلة القدرة الخلاقة لسلطات التفسير (٢) . ولكن أياً ما كان الرأي في مقدرة هذه السلطات على خلق قواعد القانون ، فيبدو لنا أنه لا مناص من التسليم بدورها في اثبات

(١) Marty et Raynaud, T. 1, op. cit., p. 203.

(٢) أنظر في هذا الموضوع :

Carbonnier, Droit Civil, T. 1, op. cit., p. 123 et s.

الأحكام التفصيلية لأفعال المكلفين في تفرد كل منها وتميزه عن غيره من الأفعال ، يستوى بعد ذلك أن يكون اثبات الأحكام المذكورة مجرد إعمال للقياس المنطقي أو خلقاً لقواعد جديدة تسد النقص في التشريع أو تطوع مضمونه للواقع الاجتماعي المتغير .

٤٤ - ولعله من الواضح ان هذا المنطق يسهل التسليم به فيما يتعلق بالتفسير التشريعي . ذلك أن هذا التفسير نظراً لصدوره من المشرع ذاته ، يكون له من العمومية ما يؤهله لتقرير الأحكام القانونية . غير أن التسليم بدور التفسير التشريعي في اثبات الأحكام القانونية على هذا النحو ، من شأنه أن يغير من النظرة التقليدية لهذا التفسير وإلى حلول مشكلة الجهل بما يتضمنه من أحكام . فالتسليم بذلك ان كان لا يحول دون تعلق الأحكام الوضعية التي يقررها التفسير التشريعي بأفعال المكلفين على الرغم من صدورها قبل تواجده ، الا أنه يحول دون ذلك بالنسبة لما يقرره من أحكام تكليفية ، نظراً لأن تعلق هذه الأحكام بأفعال المكلفين يتوقف على إمكان العلم بها وأن هذا الامكان لا يتأتى قبل تقريرها .

ولكن المشكلة تدق بالنسبة للتفسير القضائي . ففي ظل نظام لا يعترف بالسابقة القضائية يكون هناك دائماً مجال لاختلاف أحكام المحاكم دون أن يؤدي هذا الاختلاف إلى بطلان أي منها ما دام لم يطعن فيه أمام محكمة النقض أو لم يقض بنقضه في حالة الطعن فيه . وبذلك يصعب اعتبار قرار المحكمة في واقعة محددة مثبتاً لحكم نموذج معين من الأفعال يتجاوز الواقعة المقضى فيها ، كما يصعب اعتبار تواتر عدة أحكام على حل معين مثبتاً لمثل هذا الحكم إذا ما كانت أحكام أخرى قد تواترت على حل مخالف له . وعلى هذا النحو فكلما تعلق الأمر بحكم تكليفي لا يكون هناك مناص في مثل هذه الحالات من القول بوجود «فراغ قانوني» لدى من يسلمون بإمكان وجود مثل هذا الفراغ ، أو من القول بأن حكم الفعل هو «التخير» لدى من لا يسلمون بوجود الفراغ القانوني . وتطبيقاً لذلك يكون للمكلف



إذا ما ووجه بأن الفعل مأمور به أو منهي عنه أن يحتج دائماً بعدم ثبوت هذا الحكم أو ذلك .

على أن الأمر يختلف في حالة تواتر القضاء في مجموعة على حل معين دون آخر . ففي هذه الحالة يكون اعتبار تواتر القضاء مقرر الحكم قانوني ينسحب إليه واجب العلم بالقانون كلما كان حكماً تكليفاً . ولذلك يكون جهل المكلف لمثل هذا الحل من قبيل التقصير في واجب العلم بالقانون على نحو يتمتع معه الاحتجاج به لاستبعاد نتائج الحل المذكور .

وغنى عن البيان أن توافر التواتر المثبت للحكم القانوني على هذا النحو مسألة واقع تتوقف على ظروف عديدة من بينها عدد الأحكام ودرجة المحاكم الصادرة عنها في السلم القضائي (١) . ولذلك فلا مناص في هذا الصدد من الاعتداد بقضاء محكمة النقض - إذا كان لها قضاء في المسألة التي يثور بشأنها ثبوت الحكم القانوني - باعتبار مالها من سلطة في ضمان التطبيق السليم للقانون .

وإذا كان استلزام التواتر لثبوت الحكم عن طريق القضاء ليس الا نتيجة طبيعية لعدم الأخذ بنظام السابقة القضائية ، فان الأمر يختلف بالنسبة لقضاء المحكمة العليا عند ممارستها وظيفتها في تفسير القانون . ذلك ان أحكام المحكمة العليا في هذا الشأن - وخلافاً لأحكام محكمة النقض - تتمتع بالقوة الملزمة تجاه المحاكم الأخرى . ومن الواضح - تبعاً لذلك - ان صدور قرار من هذه المحكمة يعتبر بذاته مثبتاً للحكم بما يغني عن التواتر اللازم لثبوته عن طريق قضاء غيرها من المحاكم . ذلك أن هذا القرار يأخذ في الحقيقة حكم التفسير التشريعي (٢) .

Mazeaud, Article précité, p. 948.

(١)

(٢) في هذا المعنى : حسن كبره ، المرجع السابق ، بند ١٦٩ ، هشام على صادق ، دروس في المدخل إلى القانون والتشريعات الاجماعية ، ١٩٦٩ - ١٩٧ ، ص ٧٤ وما بعدها .

٤٥ - على أن القول باعتبار القضاء مصدراً للحكم في حالة التواتر على النحو السابق ، يثير مشكلة جديدة في حالة العدول عن الحل المتواتر إلى حل آخر مخالف . ففي هذه الحالة يكون العلم بما يتضمنه الحل الجديد من أحكام تكليفية مستحيلاً قبل القضاء به . ولذلك فالمنطق يقضى بتمكين المكلف من الاعتذار بجهل الحل الجديد .

ويبدو من استقراء أحكام المحاكم أن القضاء يسلم بهذه النتيجة (١) . غير أن الفقه يذهب إلى تفسيرها عن طريق مبدأ «الغلط الشائع يولد الحق» . ذلك أن رجوع القضاء عن حل سابق معناه اعترافه باكتشاف خطئه في تفسير القانون ، وأن هذا الخطأ القضائي قد خلق وضعاً ظاهراً يمكن الاحتجاج به على الرغم من مخالفته للقانون (٢) . غير أنه يبدو لنا أن الاستناد إلى فكرة الوضع الظاهر على هذا النحو تخفى وراءها الدور الخلاق للقضاء ، ذلك الدور الذي يصعب التسليم به في ظل النظرية التقليدية لمصادر القانون . فالاستناد إلى هذه الفكرة عند تخلف النص الصريح لا يستقيم إلا مع التسليم بقدرة القضاء على الانشاء . لذلك فلا مناص من القول بأن القضاء في أخذه بحكم تكليفي معين خلافاً لقضاء مستقر سابق ، إنما يقوم بتقرير هذا الحكم ، وأن الاحتجاج بالقضاء السابق في هذا الصدد إنما هو من قبيل الاحتجاج بعدم إمكان العلم بالحكم التكليفي الجديد . وبعبارة أخرى ، فرجوع القضاء عن حل سابق يحمل محتمل التعديل للوضع القانوني للمسألة التي يتحقق بشأنها الرجوع ، تماماً كما هو الحال في صورة إصدار المشرع تشريعاً جديداً دون الالتفات إلى مدى تعارضه مع الوضع القانوني القائم ، وحيث لا يعتبر ذلك بمثابة خطأ من المشرع وإنما يحمل دائماً محتمل التعديل للوضع القانوني القائم قبله .

---

Cass. 18 germ. an IIV, et les arrêt scités par Mazeaud, (١) article précité.

(٢) في هذا المعنى :

Mazeaud, article précité, p. 945 et s.

٤٦ - على ضوء ما تقدم يمكن البحث في تحديد نطاق مشروعية الاعتذار بجهل الحكم التكليفي استناداً إلى عدم ثبوته قبل صدور الفعل الذي ينصرف إليه هذا الحكم .

ولا صعوبة في الأمر إذا كان الحكم التكليفي ثابتاً مباشرة بنص قانوني . كذلك لا صعوبة في الأمر إذا كان هذا الحكم ثابتاً عن طريق قضاء مضطرد أو عن طريق حكم من أحكام المحكمة العليا . ففي هذه الأحوال جميعاً لا يكون الاعتذار بجهل الحكم التكليفي استناداً إلى مجرد عدم ثبوته مقبولاً ، ما دام النص المثبت له كان موجوداً قبل صدور الفعل الذي ينصرف إليه أو ما دام القضاء قد تواتر عليه أو كان قد صدر به حكم من المحكمة العليا قبل ذلك . ولكن الصعوبة تثور عندما يكون الحكم التكليفي راجعاً إلى مجرد قرار قضائي منفرد دون أن يمكن نسبته مباشرة إلى نص قانوني . كذلك تثور الصعوبة في حالة تقرير القضاء لمثل هذا الحكم رجوعاً عن قضاء مخالف سابق ومضطرد . ففي هذه الصور يكون الحكم التكليفي حكماً جديداً على نحو يؤدي منطلق إعماله إلى عدم تعلقه بفعل المكلف السابق نظراً لاستحالة العلم به قبل صدور «الحكم القضائي» المقرر له . ولكن هذه النتيجة تبدو متعارضة مع وظيفة القاضي في نظامنا القانوني ، حيث القاضي لا يقوم بتقرير الأحكام على نحو منفصل عن النزاع المطروح عليه ، وحيث لا قيمة لهذه الأحكام الا بتطبيقها على هذا النزاع . فالقاضي « لا يتطوع بالفصل في مشكلة قانونية من تلقاء نفسه ، بل يقتصر عمله على النظر فيما يرفع اليه من منازعات .. بل ان التماضي لا ينصل فيما يرفع اليه من قضايا الا إذا كانت متضمنة خلافاً له طابع عملي ، بمعنى انه لا يختص بالبت في الخلافات النظرية البحتة .. » (١) . ولذلك فالبحث عن حكم معين لا يعرض على المحكمة ، أولاً يكون له قيمة عملية معينة ، الا إذا كان بصدد انزال حكم القانون على فعل معين من أفعال المكلفين . والمحكمة من حقها ومن

(١) حمدي عبد الرحمن ، نظرية القانون ، الكتاب الأول من مؤلفه «دروس في القانون» بالاشتراك معنا ، بيروت ، ص ١٢٢ .

واجبها بالضرورة أن تنزل الحكم الذى تراه موافقاً للقانون على مثل هذا الفعل . ولذلك لا تبدو هناك جدوى من الاعتذار أمامها بأن الحكم الذى انتهت اليه لم يكن ثابتاً من قبل أو الاعتذار بأن هذا الحكم مخالف للقضاء المستقر . ذلك أن الاعتذار بذلك معناه مصادرة حق المحكمة فى التفسير .

والواقع ان التعارض بين تقرير الحكم التكميلى فى قرار القاضى الفاضل فى النزاع وبين قبول الاعتذار بعدم ثبوته من قبل ليس كما يبدو لأول وهلة تعارضاً تاماً . ذلك ان الاعتذار بعدم ثبوت الحكم من قبل - ومن ثم بجهله - انما يعمل من خلال فكرة «أسباب الاباحة» وليس من خلال فكرة التكليف ذاتها ؛ كما قدمنا . وبعبارة أخرى ، فتقرير التكليف واعفاء المكلف مع ذلك منه ، معناه التسليم بتوافر سببه وشروطه من ناحية ، وقيام مانع من موانعه فى حق المكلف المعروض أمره على المحكمة بالذات من من ناحية أخرى .

ويمكن أن نأخذ مثلاً لذلك من المسئولية الخطئية . فالمدعى عليه فى دعوى المسئولية الخطئية يستطيع أن يدفع بأن فعله لا يعتبر خطأ فى القانون كلما كانت صفة الخطأ فيه غير ثابتة مباشرة بنص تشريعى أو بقضاء متواتر أو بقرار من المحكمة العليا ، كما يستطيع - على سبيل الاحتياط - أن يدفع بجهل صفة الخطأ فى فعله للافلات من المسئولية فيما لو انتهت المحكمة إلى اعتبار فعله مكوناً للخطأ اللازم لقيام المسئولية . فاذا ما انتهت المحكمة إلى عدم اعتبار الفعل مكوناً للخطأ ، قررت انتفاء مسئولية المدعى عليه أصلاً . أما إذا انتهت إلى عكس ذلك فيكون عليها - قبل أن تنتهى إلى قيام مسئولية المدعى عليه - أن تقضى بقبول الدفع الاحتياطى شكلاً وأن تبحث بعد ذلك فى صحته من الناحية الموضوعية ، لتنتهى إلى رفض دعوى المسئولية إذا ما ثبتت لديها صحته (١) .

(١) فى الوصول إلى ذات النتيجة من طريق آخر ، انظر : Dereux, op, cit., p. 538

## ٢ - ثبوت العرف بين الحكم والقضاء :

٤٧ - أدت حملة «جيني» على عبادة التشريع إلى تسليم الفقه بأن المصادر الرسمية للقانون تتسع للعرف بجانب التشريع . ولكن بقايا الشرعية المتولدة عن الثورة الفرنسية وتقنيات القرن الماضي مازالت ماثلة في مواجهته كمجموع من القواعد العامة المجردة مثله في ذلك مثل التشريع (١) . فسواء كان للعرف قوة ذاتية كما يؤكد البعض ، أو كان يستمد قوته من ارادة المشرع الضمنية كما يذهب البعض الآخر ، أو كان يستمد هذه القوة من تطبيق القضاء له كما يقول به البعض الثالث (٢) ، فإن العرف لا يرتقى إلى مرتبة المصدر الرسمي للقانون - في نظر الفقه خاصة - الا حينما يمكن استخلاص قاعدة عامة مجردة من الحلول الفردية المتابعة في المجتمع ، يستوى بعد ذلك أن تودع الجماعة مثل هذه القاعدة في مبدأ عام تجرى على اتباعه أو أن لا تصل القاعدة إلى مثل هذه المنزلة ما دام من المتيسر استنباطها من الحلول التي يجرى عليها العمل (٣) .

والحقيقة السابقة تؤدي بنا إلى معاملة العرف ذات المعاملة التي يلقاها التشريع . فالقاعدة العرفية - من حيث هي قاعدة عامة مجردة - لا يمكن أن تكون بذاتها كافية للدلالة على حكم جميع الأفعال التي يتصور أن تنضوى تحتها إيجاباً وسلباً . ولذلك فلا مناص من ظهور كثير من الأفعال التي

(١) في هذا المعنى :

Carbonnier, Droit civil, t.a, op. cit., p. 28.

(٢) في تفصيل ذلك ، أنظر : حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٥٣ ، ص ٢٨٣ ومابعدا .

(٣) في هذا المعنى ، أنظر :

Paul Amselek, op. cit. p. 168.

وأنظر كذلك تفرقة الأستاذ «كرونييه» بين «العرف الشعبي» و «العرف الفكري أو العقلي» :

Droit civil, T.1, op. cit. p. 111.

وقارب :

Pedamont, op. cit. No. 18 et s.

لا يمكن معرفة حكمها عن طريق القاعدة العرفية مباشرة ، ويتعين في صدها انتظار ما يستقر عليه القضاء أو ما تقضى به المحكمة العليا في تفسيرها للقاعدة العرفية . لذلك لم يكن غريباً - حتى على من يؤكد قوة العرف الذاتية - التسليم بأن «دور القضاء .. غير منكور في تحديد مضمون العرف وفي تحديد قوته الملزمة على السواء» نظراً لأن العرف «يعوزه دائماً الوضوح والتحديد ، لأنه مجرد معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة معينة» (١) . وغنى عن البيان - بعد أن رأينا دور القضاء في اثبات الحكم استناداً إلى التشريع - ان الفارق في هذا الصدد بين العرف والتشريع ليس الافارقاً كميّاً محتماً . فالقضاء في كلا الحالتين له دور فعال في تقرير الأحكام ، وان كان هذا الدور أوسع في مجال العرف منه في مجال التشريع .

وترتيباً على ذلك فكلما كان القضاء منقسماً بصدد إعمال قاعدة عرفية معينة على بعض الأفعال ، كان حكم هذه الأخيرة غير ثابت على نحو يحول دون توافر امكانية العلم به ويمكن من الاحتجاج بجهل الحكم الذي تثبته المحكمة المعروض عليها النزاع لها . وعلى العكس من ذلك فكلما انعقد اتجاه القضاء على إعمال القاعدة العرفية على بعض الأفعال أو قضت بذلك المحكمة العليا ، صار حكمها ثابتاً على نحو يزيل العقبة التي تحول دون امكان العلم به ويمنع من الاحتجاج بجهله استناداً إلى مجرد عدم ثبوته . وبالمثل كلما رجع القضاء عن حكم معين إلى حكم آخر استناداً إلى سلطته في تفسير العرف ، كان معنى ذلك اثبات حكم جديد لا تتوافر امكانية العلم به قبل هذا الرجوع ، ويمكن الاحتجاج بجهله استناداً إلى مجرد عدم ثبوته قبل صدور فعل المكلف موضوع الحكم المذكور . وهذه النتيجة الأخيرة تستقيم تماماً مع امكان تغير مضمون القاعدة العرفية ذاتها تحت تأثير العمل ، على الأقل بالنسبة للعرف «الشعبي» الذي لا يترجمه مبدأ قانوني عام يعمل من خلاله ، ما دامت هذه القاعدة تجد مصدرها في الواقع العملي وحده .

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٥٦ ص ٢٨٨ .

### ٣ - ثبوت الحكم ودور الإرادة في تحديد مناطق اعماله :

٤٨ - يؤكد البعض أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ينحسر عن القواعد المكتملة ، ترتيباً على أن هذه القواعد لا تطبق - بحسب طبيعتها - الا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها (١) . ويرى البعض الآخر أنه لا مبرر لاستثناء هذه القواعد من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إذ ما دامت القاعدة المكتملة قاعدة ملزمة فلا ينبغي الاحتجاج بجهلها للافلات من الخضوع لحكمها ، لأن الالتزام بمضمونها ينطوى على معنى الالتزام بالعلم بهذا المضمون (٢) . والخلاف على هذا النحو مبثه ما يكتنف فكرة الالتزام في القانون بصفة عامة - وفي هذه للقواعد بصفة خاصة بالنظر لوظيفتها التكميلية - من غموض ، وما يؤدي إليه ذلك من عدم التمييز بين الأحكام التكميلية والأحكام الوضعية عند مواجهة مشكلة الجهل بالقانون .

والواقع أنه لما كانت القواعد المكتملة لا تطبق الا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها ، فان مناط تطبيقها يقتصر على حالة انعدام مثل هذا الاتفاق على نحو لا يتصور البحث معه في امكان أو عدم امكان الاعتذار بجهلها الا عند تخلف الاتفاق المذكور . ولذلك فان الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد ليس معناه الاعتذار بجهلها وانما معناه عدم توافر مناط تطبيقها ، تماماً كما هو الحال بالنسبة لقاعدة أخرى آمرة يتخلف شرط من الشروط اللازمة لتطبيقها . فاذا انعدم الاتفاق على ما يخالف القاعدة المكتملة توافر مناط تطبيقها وكان هناك بالتالي مجال لتطبيق الحلول التي انتهينا إليها بصدد مشكلة الجهل بالقانون .

---

(١) السهورى ، نظرية العقد ، بند ٣٧٣ ، ص ٣٨٧ . وأنظر كذلك الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ص ١٦٤ .  
وفي ذات المعنى :

Dereux, op. cit., p. 515.

(٢) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٧٤ ص ٣١٨ .

على أنه يلاحظ أنه إذا كان ارتهان تطبيق القواعد المكتملة بعدم وجود اتفاق مخالف لا يؤثر في تطبيق الحلول العامة لمشكلة الجهل بالقانون عليها على هذا النحو ، فإن اختلاف النظر إلى وظيفة هذه القواعد من شأنه أن يغير من نتائج تطبيق الحلول المذكورة بشأنها في حالة رجوع القضاء عن تفسير معين لقاعدة من هذه القواعد إلى تفسير جديد آخر . ذلك ان النظر إلى هذه القواعد كقواعد «مفسرة» للإرادة يؤدي منطقاً إلى إعمال الحل الذي يتضمنه التفسير القديم في مثل هذه الحالة ، باعتباره الحل الذي يمكن القول بانصراف الإرادة إليه . أما النظر إليها كقواعد مكتملة للتصرف القانوني – بصرف النظر عن استنادها أو عدم استنادها إلى الإرادة المنشئة له – فهو لا يحول دون إعمال الحل الذي يتضمنه التفسير الجديد ، وإنما يحول فقط دون مواخذة المكلف بما قد يتضمنه هذا الحل من تكليف عن الفترة السابقة على أخذ القضاء بالتفسير الجديد . فاذا تعلق الأمر مثلاً باثبات التزام لم يكن ثابتاً من قبل على احد الأطراف ، فإن المدين يؤول بمثل هذا الالتزام ولكن لا يمكن اعتباره مقصراً في تنفيذه ، بما يؤدي إلى استبعاد نتائج التقصير في الفترة السابقة على قرار المحكمة .

ومن الواضح ان النظر الأول يؤدي إلى مصادرة دور المحكمة في تفسير القانون بصدد إعماله على النزاع المطروح عليها . أما النظر الآخر ، ففضلاً عن أنه النظر الذي يأخذ به الفقه الحديث ، فهو يؤدي إلى ذات النتائج التي ترتبها الحلول العامة لمشكلة الجهل بالقانون .

كذلك يلاحظ ان جهل المتعاقدين بحكم القاعدة المكتملة جهلاً فعلياً قد يدفع بهما إلى تنظيم علاقتهما على نحو معين ، كما لو كان البائع والمشتري يعتقدان مثلاً ان مصروفات العقد وفقاً للقواعد المكتملة تكون على البائع فادخلاً ذلك في تقديرهما للثمن . ومن الواضح ان هذا الجهل يؤدي إلى عدم تطبيق القاعدة المكتملة . ولكن عدم تطبيقها لا يرجع في الواقع إلى خروج هذه القاعدة عن سلطان الحلول العامة لمشكلة الجهل بالقانون ، وإنما إلى تخلف مناه تطبيقها نظراً لوجود اتفاق ضمني أكيد على مخالفتها .



٤٩ - ويقترّب من القواعد المكّملة في هذا الصدد القواعد التي تتضمّن العادات الاتفاقيّة . فرغم أن العادة الاتفاقيّة لا تعتبر مجرد واقع ولا تفرّق عن العرف من حيث القوّة الملزمة ، على نحو ما سبق أن رأينا ، إلا أنّها تختلف عنه فيما يتعلّق بنطاق إعمالها . ذلك أن وحدة المنشأ للعرف والعادة الاتفاقيّة وتوافر صفة العموميّة في كلّ منهما ، لا يمنع من أن القاعدة العرفيّة تميّز بانفصالها عن الإرادة الفرديّة للمخاطبين بها انفصالاً لا يتوافر للقاعدة التي تتضمّن العادة الاتفاقيّة . ولذلك فأحكام القاعدة العرفيّة تتعلّق مباشرة بأفعال المكلفين ما لم تتوافر بالفعل إرادة مخالفة منهم . أما أحكام العادة الاتفاقيّة فيتوقّف تعلّقها بأفعال المكلفين على انصراف إرادتهم إليها (١) .

وهذا الفارق في مناط الإعمال يترتب عليه فارق آخر فيما يتعلّق بتوافر امكانيّة العلم . ذلك ان توافر مناط إعمال العادة الاتفاقيّة - خلافاً للعرف - هو انصراف الإرادة إلى إعمالها ، وأن انصراف الإرادة إلى هذا لإعمال يفترض بالضرورة توافر العلم الفعلي أو على الأقل توافر امكانيّة العلم بها . وبعبارة أخرى فتختلف امكانيّة العلم بالعادة الاتفاقيّة لا يعنى مجرد توافر مانع من تعلّق حكمها بفعل المكلف كلما كان حكماً تكليفيّاً ، وإنما يعنى فوق ذلك عدم توافر مناط تطبيقها من الأصل ، بكل ما تتضمّنه من أحكام تكليفيّة وأحكام وضعيّة .

## المطلب الثاني

### الجهل بالأحكام المدنيّة اعلام المكلفين بالحكم

٥٠ - لا يكفي ثبوت الأحكام التكليفيّة للقول بإمكان العلم بها ، وإنما يلزم فوق ذلك توافر وسيلة نقلها لعلم المكلفين . وهذه الوسيلة تختلف أمرها باختلاف مصادر الأحكام :

١ - الاعلام بالأحكام التشريعيّة :

٥١ - فبالنسبة للتشريع ، يعتبر النشر في الجريدة الرسميّة هو وسيلة حمل

(١) في هذا المعنى :

Pedamont, op. cit., No. 32 et s.

الأحكام إلى علم المخاطبين بالقانون . وقد سبق أن عرضنا لمدى قصور هذه الوسيلة في تحقيق العلم الفعلي للمكلفين بأحكام القانون - خاصة في العصر الحديث الذي تزايد وتداخل فيه التشريعات - ثم لمحاولات البحث عن وسائل أخرى أكثر ضماناً لتحقيق هذه الغاية . ولا شك لدينا ان هذه المحاولات مبعثها تصور ضرورة العلم الفعلي بأحكام القانون كشرط منطقي لامكان تطبيقه على المكلفين . غير اننا قد رأينا أن مشكلة العلم بأحكام القانون لا تثور الا بالنسبة لطائفة معينة من هذه الأحكام هي الأحكام التكليفية ، وان ماهية هذه الأحكام لا تفترض منطقاً لامكان إعمالها سوى امكان علم المكلف بها ولو لم يتوافر له العلم الفعلي . كذلك قد انتهينا من بعدلاني ضرورة التمييز بين الأحكام التي تجد دليلها المباشر في نصوص التشريع ذاتها وتلك التي لا تجد دليلها المباشر الا في اجتهاد القضاء . وهذه الحقائق مجتمعة من شأنها أن تقودنا إلى كفاية النشر في الجريدة الرسمية لتحقيق الغرض المقصود من الاعلام بأحكام التشريع .

فن ناحية أولى يقتصر الغرض من الإعلام على التمكين من العلم بالأحكام التكليفية دون أن يتجاوزه إلى تحقيق العلم الفعلي بها ، ذلك العلم الذي يتوقف تحققه - بالفعل - على قيام المكلف ببذل العناية المفروضة عليه لاكتسابه . ومن ناحية أخرى فالمقصود بالأحكام المذكورة هو الأحكام التي تجد دليلها المباشر في النص التشريعي - دون غيرها مما يجد دليله المباشر في اجتهاد القضاء - على نحو يكفي معه امكان الاطلاع على الجريدة الرسمية للتمكن من العلم بها .

غير أن هذا القول ليس من شأنه بالضرورة وفي جميع الأحوال افتراض امكان العلم بأحكام التشريع بمجرد نشره في الجريدة الرسمية وانما مجرد نقل المشكلة من مجال البحث في توافر أو عدم توافر وسائل العلم بالقانون إلى مجال البحث في امكانية الاطلاع على الجريدة الرسمية . ولاشك ان هذا الوضع الجديد للمشكلة من شأنه أن يؤدي إلى تفاوت الحلول نتيجة الاعتماد باختلاف المسافة الجغرافية بين الأفراد . فاذا كان تحديد

وقت نفاذ القانون بتاريخ معين لاحق لتاريخ نشره ، وما تتيحه وسائل المواصلات الحديثة من اعتبار اقليم الدولة وحدة واحدة من حيث توافر وسيلة الاعلام بأحكام القانون ، يوؤديان إلى عدم التمييز بين المكلفين الموجودين على اقليم الدولة في هذا الصدد، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمكلفين الموجودين في جزء من هذا الاقليم تحول قوة القاهرة دون وصول الجريدة الرسمية اليه أو بالنسبة للمكلفين الموجودين خارجه .

على هذا النحو فالفقه يسلم دائماً - ورغم تشبته باطلاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون - بإمكان الاحتجاج بجهل القانون «في حال قيام قوة القاهرة - كفيضان أو احتلال أجنبي - تعزل بعض المناطق في الدولة عزلاً تاماً يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية إليها» كاستثناء على هذا المبدأ (١) . ولكن الأمر لا يتعلق في نظرنا باستثناء بقدر ما يتعلق بالتطبيق الأصيل لحل مشكلة الجهل بالقانون ، تلك الحلول التي تميز بين الأحكام التكاليفية والأحكام الوضعية وتجعل مناط عدم جوار الاحتجاج بجهل الأولى هو امكان العلم بها وليس مجرد ثبوتها من مصادرها .

وعلى هذا النحو أيضاً فقد رأينا محكمة النقض الفرنسية (٢) - في حالة سريان القانون على الوطنيين الموجودين بالخارج - تترك للقاضي حرية تقدير الظروف المحيطة بالمكلف ومن بينها وصول الجريدة الرسمية للبلد الموجود فيه المواطن . ومن الواضح أن هذا الحل الذي يبدو مناقضاً لفكرة المساواة بين المواطنين في التصور التقليدي لمشكلة الجهل بالقانون يعتبر إعمالاً صحيحاً لهذه المساواة في التصور الذي انتهينا اليه لهذه المشكلة .

## ٢ - الاعلام بالأحكام العرفيه :

٥٢ - أما بالنسبة للعرف - الذي يعبر في الواقع عن قواعد القانون ذات الأصل التاريخي أو ذات الأصل الشعبي - فلا تتوافر وسيلة معينة

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٧٥ ص ١١٩ .  
وأنظر كذلك في هذا المعنى : نقض مدني ١٩٦٥/٤/٨ / مجموعة أحكام محكمة النقض ،  
س ١٦ ، رقم ٢٧٧ ، ص ٤٧٦ .  
(٢) مشار اليه فيما سبق ، ص ١٩

لنشره كما هو الحال بالنسبة للتشريع . ولكن هل معنى ذلك عدم توافر وسيلة للاعلام بما يحتويه من أحكام ؟ الواقع ان هذه الوسيلة توفرها عملية الاعتياد (١) المصاحبة لتكوين العرف والتي تخلق قوته الملزمة لدى المكلفين . بل ان هذا الاعتياد يحقق الاعلام على نحو أو في مما يحققه النشر بالنسبة للتشريع . ولذلك فالعرف – أو بعبارة أخرى التعارف – لا يعبر في الواقع عن مصدر الأحكام «العرفية» بقدر ما يعبر عن وسيلة حملها إلى المكلفين . ولذلك أيضاً فالعرف كما يقول البعض هو ذاكرة الأمة (٢) .

والعرف – أو التعارف – كوسيلة للاعلام بالأحكام «العرفية» لا يسمح بطبيعته بالاعتداد بالمسافة الجغرافية على النحو السابق بيانه بالنسبة للتشريع . ولذلك فلا يتصور الاحتجاج بجهل الحكم «العرفي» ممن يوجد في مناطق الدولة المعزولة أو خارج اقليمها . على أنه من الواضح ان هذا القول لا ينفي أن العرف قد يكون عرفاً عاماً أو مجرد عرف مهني أو محلي تقتصر قوته الملزمة على مهنة أو منطقة معينة .

### ٣ – الاعلام بالأحكام القضائية :

٥٣ – أما بالنسبة للقضاء كمصدر منشئ للأحكام التكليفية ، فقد رأينا أن ثبوت حكم تكليفي لا يستند مباشرة إلى النص لا يمكن أن يتوافر ما دام القضاء في مجموعه لم يتواتر على الحل الذي يتضمنه ، وما دام لم يصدر به قرار تفسيري من المحكمة العليا ، وأن الحكم في هذه الحالة لا يعتبر مصدره «قاعدة قضائية» وانما قرار المحكمة الفردي . ولذلك رأينا انه يمكن في مثل هذه الحالة الاعتذار بعدم وجود قاعدة «قضائية» أو تشريعية مقررة للحكم التكليفي من قبل توصلنا إلى استبعاد نتائج التقصير في اتباع التكليف الذي

(١) أنظر في ذلك ص ل. م. ماكيفر وشارل بيح ، المجتمع ، الجزء الأول ، ترجمة الدكتور على أحمد عيسى ، طبعة ثانية ، ١٩٦١ ص وما بعدها . وأنظر كذلك :

Carbonnier, Flexible droit, op. cit., Chapitr eVI, "La Génèse de l'obligatoire dans l'apparution de la coutume", p. 73 et s.

Carbonnier, Droit citil, T.1, op. cit. No. à.p. 28. (٢)

تقره المحكمة بقرار فردي منها . أما إذا توافر التواتر أو توافر حكم من المحكمة العليا ، فتقوم القاعدة «القضائية» المقررة للحكم على نحو لا يمكن معه استبعاد تعلقه بفعل المكلف الا باثبات استحالة العلم به . ولذلك فيثور التساؤل في هذه الحالة عن كيفية ضمان تمكين المكلفين من هذا العلم .

وقد رأينا اتجاهاً فقهياً للبحث في ضمان التمكين من استنباط الأحكام من القضاء وضمان نشرها . ويبدو لنا أن المشكلة بالنسبة للتواتر القضائي تكمن فقط في استنباط الأحكام من القضاء - للقطع في أمر ثبوتها - دون نشر هذه الأحكام . ذلك ان الاعلام بهذه الأحكام من بعد استنباطها يتحقق بالضرورة ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للعرف . فهذا التواتر يؤدي إلى التعود الذي يحقق العلم أو امكان العلم ، خاصة وأن قيام الحكم «القضائي» ذاته يتوقف على قيام هذا التواتر . ويكفي مثلاً على ذلك أحكام المسؤولية عن الأشياء التي أقامها القضاء الفرنسي . فتواتر حلوله معينة في صدد هذه المسؤولية هو الذي أدى إلى امكان القول بوجود هذه الأحكام واتباعها من بعد ، وهو الذي يمكن في ذات الوقت من العلم بهذه الأحكام .

أما بالنسبة لقضاء المحكمة العليا ، فهذا القضاء يتحقق الاعلام به عن طريق النشر في الجريدة الرسمية ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للتشريع .

## خاتمة

٥٤ - لعل أهم ما نخرج به من هذه الدراسة هو أن مشكلة الجهل بالقانون - في أى فرع من فروعها - باعتبارها مشكلة كلية تتصل بذات القانون وليس بفرع أو مصدر أو آخر من فروعها ومصادرها ، إنما ترتبط أشد الارتباط بتصورنا للقانون من حيث جوهره ومن حيث صياغته . فتصور معين للقانون لا بد أن يعكس تصوراً موازياً لمشكلة الجهل بالقانون .

وعلى هذا النحو فبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من حيث تأصيله ومن حيث ما ينساب منه من حلول عملية ما هو الا انعكاس لتصور القانون الذى ساد نتيجة لفلسفة ما بعد النهضة الأوربية ، والذى يرى فى القانون تعبيراً عن ارادة الأفراد من حيث الجوهر ، ويرى فيه مجموعة من قواعد السلوك المصحوبة بجزاء من حيث الشكل . ولذلك كان طبيعياً أن تسجل الحلول العملية منذ النصف الثانى من القرن التاسع عشر تراجعاً ملحوظاً ومتزايداً لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى ميادين عمله المختلفة ، أمام ما لحق ظاهرة القانون فى المجتمع الحديث من تعقيد وتشابك ، وأمام ما حققته مناهج البحث فيها من تقدم .

٥٥ - وابتداء من الحقائق السابقة فقد اتجهنا إلى دراسة مشكلة الجهل بالقانون انبعثاً من تصور آخر للقانون يأخذ التوطرات السابقة بعين الاعتبار ، ولعل الغريب فى هذا الأمر أن نجد أسس هذا التصور فى نظرية أصول الفقه فى الشريعة الاسلامية التى مضى على ارساء دعائمها أكثر من ألف عام مضت .

وعلى هذا النحو فقد رأينا ضرورة الاعتداد بالحكم كوحدة أساسية يتكون منها البيان القانونى بدلا من الوقوف عند فكرة القاعدة القانونية فى تجريدتها ، بما يستتبعه ذلك من التمييز بين الحكم الوضعى والحكم التكليفى ، والتمييز

بين أقسام كل من هذين النوعين من الأحكام ، واطهار العلاقة بين وقائع العالم المختلفة - التي يحكمها القانون - وبين ما يغطيها من أحكام .

وقد كان لهذا المسلك أثره المباشر في تصورنا لمشكلة الجهل بالقانون . فالحكم الوضعي - من حيث هو «جعل» من الشارع - لا يتوقف اعماله على ادراك المخاطب بالقانون له ومن ثم على علمه به . أما الحكم التكليفي - ومن حيث أنه يلقي بواجب معين على المخاطب بأحكام القانون - فهو وحده الذي يتوقف اعماله على ادراك المخاطب بالقانون له ومن ثم على علمه به . وعلى هذا النحو رأينا صحة القول بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون فيما يتعلق بالأحكام الوضعية ، ولكن لا على أساس افتراض العلم بها وإنما على أساس عدم لزوم العلم بها لاعمالها .

أما فيما يتعلق بالحكم التكليفي ، فقد رأينا خطأ القول بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ذلك أن اعمال هذا الحكم يفترض بالضرورة علم المكلف به . غير أن العلم المقصود في هذا الصدد ليس هو العلم الحقيقي بالنسبة لكل مكلف على حدة ، وإنما هو مجرد امكانية العلم بالنسبة للكافة . ذلك أنه مادامت ضرورة العلم مرتبة على جوهر فكرة التكليف ، فإن المنطق يقتضى النظر إلى العلم بالحكم التكليفي هو الآخر كواجب قانوني - أو تكليف مسبق - يجد حدوده في فكرة الاستحالة ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للتكليف الأصلي ذاته .

وعلى أساس من النظر السابق ، واجهنا تحليل أحكام القانون المدني إلى أحكام وضعية وأحكام تكليفية . وقد رأينا أن الحلول العملية التي التي تبدو متعارضة مع نتائج مبدأ جواز الاعتذار بجهل القانون ، تبدوا على العكس من ذلك متمشية تماماً مع النظر إلى مشكلة الجهل بالقانون من خلال التفرقة بين الأحكام الوضعية والأحكام التكليفية ، والبصر بمقتضيات كل من النوعين من الأحكام .

كذلك فعلى أساس من هذا النظر ، واجهنا مصادر القانون المختلفة ،  
لنتعرف على المصدر الحقيقي للحكم أو دليله ، ومدى امكانية العلم بالأحكام  
المتولدة من كل مصدر . وقد رأينا في هذا الصدد عدم صحة اعتبار التشريع  
هو المصدر الوحيد للأحكام ، وضرورة الاعتراف بدور القضاء والعرف  
في هذا الصدد ، كما رأينا أن هذا الاعتراف من شأنه أن يمايز بين الأحكام  
المتولدة عن هذه المصادر المختلفة من حيث امكانية العلم بها ، وأن هذا التمايز  
من شأنه أن يوصلنا إلى نتائج تتفق مع المنطق ومع الحلول العملية .

٥٦ - ولعل من أهم ما تكشف عنه هذه الدراسة أخيراً ، هو توجيه  
النظر إلى الأهمية البالغة لنظرية أصول الفقه في الشريعة الاسلامية بالنسبة  
للباحث الحديث في النظرية العامة للقانون . فهذه النظرية تقدم في الواقع  
تصوراً علمياً غاية في الدقة والوضوح لتكوين القانون . وهذا التصور من  
شأنه أن يلقي ضوءاً كبيراً على كثير من مباحث النظرية العامة للقانون  
التي يحتدم النقاش حولها في الفقه الحديث ، والتي يصعب أو يستحيل  
التوصل إلى حل مقبول لها نظراً لخطأ نقطة البداية لدى الفقه الحديث كله ،  
كما هو الحال في مدى استيعاب عنصر النمط السلوكي لفحوى القواعد القانونية  
وكما هو الحال في مشكلة الجزاء وفي مشكلة مصادر القانون . لذلك فيبدو  
لنا أنه قد حان الأوان للكشف عن مكنونات تراثنا القانوني في هذا الصدد  
واخراجها اخراجاً جديداً يتفق مع العقلية القانونية الحديثة ولغة العصر .  
ولعل في سلوك هذا الطريق ما يمكننا من أن نسهم في التقدم العالمي لدراسة  
القانون بدلا من أن نظل عالة على العالم الغربي في هذا المجال ، نجتز ما يقدمه  
لنا من أفكار صاغتها خصوصيات تطوره التاريخي وفكره الفلسفي ، دون أن  
نكون قادرين على تقييمها أو الاسهام في تطويرها وتوجيهها .