

مساهمة في التأصيل للمبدأ العام للقانون في القانون الخاص مقارنة بنفس المفهوم في القانون العام.

Establishing the General Principles of Private Law Compared to the General Principles of Public Law.

محمد محفوظ*

جامعة صفاقس، تونس

med.mahfoudh@gmail.com

- تاريخ الإرسال: 2020/10/27 - تاريخ القبول: 2020/11/04 - تاريخ النشر: 2020/12/21

الملخص: إنّ "المبدأ العام للقانون" في مادة القانون العامّ هو نفسه تقريباً في مادة القانون الخاصّ؛ فالمصطلحات والمفاهيم والوظائف تكاد تكون هي نفسها، هنا وهناك؛ ومع ذلك، تجد بعض الخصائص هنا مقارنة بنفس المعطى، هناك؛ فالكثير من المبادئ العامة للقانون الخاصة لها طبيعة وطنية، والقليل فيها له طبيعة دولية؛ خلافاً للمبادئ العامة للقانون العامة، حيث أنّ ما له منها الطبيعة الدولية فيها أكثر وأقوى في التأثير، ممّا له منها الطبيعة الوطنية. ومن ثمة يمكن الخلوص إلى أن "القواعد العامة للقانون" العامة تقرب القوانين بعضها من بعض، خلافاً لنفس المعطى التي تباعد بعضها عن بعض...

الكلمات المفتاحية: المبدأ العام للقانون - القانون العام - القانون الخاص.

Abstract: « General principles of law » in the public law are almost the same as in the private law; terminology, concepts and functions are almost the same. However, there are some peculiarities that may find a comparison with same sense; many of private "General principles" have a national nature, and the few of them have an international nature, in contrast to the public one, whereas international nature are more and most influent than national nature; hence, and then it can be concluded that the public "General principles of a Law" bring laws closer to each other, in contrast to the same fact that diverges one another...

Keywords: General principle of law - Public law - Private law.

* المؤلف المرسل: محمد محفوظ.

مقدمة:

تحمل هذه المقالة عنوان "مساهمة في التّأصيل للمبدأ العامّ في القانون الخاصّ مقارنة بنظيره في القانون العامّ"؛ والمقصود بـ"القانون الخاصّ" مجمل القواعد القانونيّة العامّة والملزمة ذات المحتوى الموضوعي-الإجرائي التي تتضمّن ما ينسب للقانون المذكور من الشّعب (مع القانون المدني: بأحواله الشخصيّة، والتزاماته، وأمواله، وتأميناته...) والمواد (مع القانون التجاريّ بمختلف تفرّعاته، وقانون شغل بعيد تفرّعاته، وغيرهما)؛ وهو القانون الذي يميّز عن القانون العامّ، بمجمل ما يتشكّل به من شعب موضوعيّة (وظيفتها تنظيم الأوضاع العامّة والعلاقات التي تكون للدولة ولمؤسّساتها تداخل)، وإجرائيّة (يتمثّل محتواها في تحديد الهيئات المعنيّة بفض ما ينشئه التّعامل معها من النزاعات وما يتوجّب أن يقع اتّباعه في ذلك من الطّرق وما يستوجب أن يقع التّقيّد به من آجال)، وهو ما يقصي (من نطاق هذه المساهمة) مادّة القانون الجزائي وما تشمله من مبادئ عامّة هي الأخرى¹...

أمّا من مفردة "المساهمة"، فمبّررها ما نصبو به في هذه المقالة من تذكير بما سيق بالموضوع من آراء تكاد لا تحصى؛ وهي آراء من الاختلاف بمكان، حيث تضي على المسألة لبساً، وتجعل فيها تردّدا... وليس من أقلّ فوائد هذه المساهمة أن يقع تدقيق عديد المصطلحات أو العبارات الاصطلاحية ذات المفاهيم المترابطة، من مثل "القاعدة القانونيّة" (La règle juridique) و"الحكم" (أو المقتضى) القانوني" (Le précepte juridique) و"القاعدة السائدة" (La norme juridique) والتي لجميعها علاقة بـ"المبدأ العامّ (والمشترك، والأعلى، والتّوجيهي)" للقانون...؛ كما تجد مفردة "المساهمة" مبرّرا فيما للآراء المضمّنة بها من صبغة شخصيّة قد يشاطرها -أو لا يشاطرها- البعض، مع التّذكير بأننا -هنا- إزاء مسألة لا تجد مجالها في العلوم الصّحيحة التي لا تقبل مسلماتها النّقاش بل الإنسانيّة التي يجوز فيها ذلك...

¹ التّفرقة بين موادّ القانون العامّ وموادّ القانون الخاصّ لا تعتمد كإلّا المنظومات القانونيّة؛ فهي غير موجودة في النظام القانوني الانجلوسكسوني؛ وهي معتمدة من قبل المنظومات ذات الأصل اللاتيني، وعلى رأسها القانون الفرنسي؛ ولكن التّقسيم في هذه المنظومة يختلف عن التّقسيم في منظومة القانون الإيطالي، مثلاً؛ فهنا يقع إلحاق مادّة القانون الجزائي بالقانون العامّ؛ أمّا في فرنسا فيقع إلحاق نفس المادّة بمادّة القانون الخاصّ؛ وقد اختلفت مجمل منظومات الدّول الآخذة بالتّفرقة ففي غالبية الدّول العربيّة تنتمي مادّة القانون الجزائي إلى موادّ القانون العامّ؛ أمّا في تونس، فقد وقع الاستقرار على إلحاق عين المادّة بموادّ القانون الخاصّ؛ وفي اعتقادنا أن مثل هذا الإلحاق يستوجب المراجعة؛ فمادّة القانون الجزائي لها طبيعة القانون العامّ؛ ونأمل أن يقع يوماً إلحاق هذه المادّة بموادّ القانون العامّ؛ ويمكن تعويضها في موادّ القانون الخاصّ بمادّة القانون الجبائي التي يبدو لنا أنّها تجد مكانتها أكثر في موادّ القانون الخاصّ... (يراجع في هذه المسائل، مؤلّفنا "مدخل للقانون" الذي نوّمّل أن يقع نشره خلال سنة 2020).

مساهمة في التّأصيل للمبدأ العامّ للقانون في القانون الخاصّ مقارنة بنفس المفهوم في القانون العامّ.

وفي هذا المجهود (الشّخصيّ)، تكتسي مفردة "التّأصيل" أهمّيّة، حيث تقتضي التّقضي التّقصّي في تاريخ العبارة-المفتاح، وهي في هذه المساهمة عبارة "المبدأ العامّ للقانون" وما شهدته -وتشده، إلى حدّ السّتعة- من تطوّرات... مع التّركيز على ما يمكن أن يقرّر لها من خصوصيّات بالمجال المعرفيّ الذي يهمنّا، وهو مجال القانون الخاصّ... وفي هذا الصّدّد يكتسي الرّجوع إلى ما سبق في مفهوم المبدأ العامّ بغير قانوننا من القوانين (وخاصّة منها القانون العامّ بشعبيّته: الدّاخلّي والخارجيّ) من المسلّمات، أهمّيّة قصوى؛ ومن ذلك، القول بأنّ للمبدأ العامّ للقانون أينما وُجد طبيعة غير مكتوبة؛ وبأنّه موجود بسائر النّظم القانونيّة، بدايةً؛ وبأنّ من يبرزه هنا وهناك هو القضاء، لسدّ فراغات المنظومات النّصّيّة، عموماً؛ وأنّ ليس للمشرّعين -مبدئيّاً- أن يعارضوا ما يترتّب عنها من النتائج؛ وإذا ما تولّوا ذلك، فيشترط أن يأتوه بوجه صريح، وإلّا فللقضاء التّضييق فيما يبتدعونه عن طريق ما يمكن أن يستعمله من طرق التّأويل الضّيّق².

والنّسأؤل الذي نرى بجدوى طرحه في هذه المساهمة يتمثّل في مدى انطباق مجمل ما ذكر من المسلّمات التي تلتفّ في مبادئ القانون العامّ بفرعيه (العامّ والخاصّ)، فيما يمكن الاصطلاح عليه بالمبادئ العامّة للقانون الخاصّ أم أنّ لهذه المبادئ خصوصيّاتها مقارنة بالمبادئ السّائدة في غيره من الموادّ، وعلى رأسها مادّة القانون العامّ؛ ليس من اليسير الإجابة على هذا النّسأؤل، إذ من طبيعة المبدأ القانونيّ ألاّ يميّز بين الموادّ، خاصّة فيها أو عامّة؛ وهو ما ينفي عن المبادئ -بأيّ مادّة قانونيّة كانت أو تكون- كلّ خصوصيّة؛ ولكن القول بانتفاء أيّ خصوصيّة عن مبادئ قانوننا (الخاصّ) من شأنه أن يعدم الفائدة من إرادتها بنعت "الخاصّة"؛ عين الفكرة يمكن أن نعبر عنها بصياغة أخرى، تتمثّل في كون خصوصيّة ما يمكن الاصطلاح عليه بمبادئ القانون الخاصّ ليست بالصفة المميّزة لما ذكر، بوجه مبدئيّ (II) وإنّما بوجه منحصر يكاد لا يجد التّحقيق إلّا في بعض الجوانب، كما سوف نرى (I).

² في مفهوم المبدأ العامّ للقانون بوجه عامّ تراجع (Pierre Marchal : *Principes généraux du droit*, Ed. Bruylant-Larcier, (Bruxelles, 2014).

(أ) الانتفاء المبدئي للخصوصيّة في مبادئ القانون الخاص

تشهد المبادئ العامّة للقانون الخاص ما تشهده نظيرتها في غيره من المواد من الجلبة؛ وهو ما لا يساعد على التّأصيل لها كمصطلح له عبارة أو أكثر للتّدليل عليه (أ)؛ وهو ما لا يساعد، على التّأصيل لها كمفهوم يستوجب التّدقيق القانوني أن يكون له مدلولاً معيّن، أيضاً (ب).

(أ) في مصطلح المبدأ العام للقانون الخاص

كثيرة هي المعبرّات عن ذلك؛ ومن ذلك عبارة "المبدأ العام للقانون"، وعبارة "المبدأ المشترك للقانون"، وعبارة "المبدأ الأعلى للقانون"، وعبارة "المبدأ التّوجيهي أو الموجّه للقانون"، فضلاً عن عبارة "القاعدة العامّة"، وعبارة "القاعدة الأصوليّة" وعبارة "القاعدة الأساسيّة" المردفة جميعها بمفردة القانون؛ ولا يخفى عليكم -يا سادة- ما يمكن أن يشعر به المرء من القلق إزاء هذه الكثرة في التّسميات، حيث لا يمنعه ذلك من أن يتساءل إذا ما كانت لمجملها نفس المعنى، أم لها معانٍ مختلفة؛ وما قد يزيد في القلق ورود بعض المفردات في الخطاب القانوني التي قد تحيل إلى فكرة المبدأ بالمعنى المقصود بهذه المقالة، هي الأخرى؛ ومن ذلك مفردة "La norme (juridique)" في معنى القاعدة السائدة، ومفردة "La règle juridique" في معنى القاعدة المتلقّاة، ومفردة "Le précepte juridique" في معنى المقتضى القانوني المكرّس؛ فضلاً عن بعض الحِكَم "Adages" والمقولات "Maximes" ذات المحتوى القانوني، من مثل مقولة "البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر" ومقولة "الإبن للفراش وللعاشر الحجر" أو مقولة "لا ضرر ولا ضرار" والمندرجة جميعها في ظاهرة لغويّة لا تُلقى لدى العرب فقط³، بل وفي سائر المجتمعات النّاطقة بالأسنة أخرى، من مثل المقولة اللاتينيّة: "Error communis facit jus" (فيما معناه أن الاعتقاد الخاطي الشائع ينشئ الحق)، أو المقولة اللاتينيّة الأخرى "Res mobilis res vilis" (فيما معناه أن كل ما هو منقول فهو تافه)⁴ والمقولة الفرنسيّة "En matière de mariage trompe qui peut" (ومعناها أن في مادّة الزّواج فليغرّر من يستطيع) أو المقولة الفرنسيّة الأخرى: "En matière de meubles possession".

³ وقع تدوين عديد من هذه المقولات في "تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام" لابن عاصم أو "العاصميّة".

⁴ انظر في مجمل المقولات اللاتينيّة المختزلة لأحكام القانون الرّومانيّ (Serges Guinchard et Gabriel Montagnier: *Locutions*)

(*latines juridiques*, Ed. Armand Colin, Paris 2004).

مساهمة في التّأصيل للمبدأ العامّ للقانون في القانون الخاصّ مقارنة بنفس المفهوم في القانون العامّ.

"vaut titre" (ومعناها أنّ في مادّة المنقولات يعدّ واضح اليد مالكا لها)⁵...؛ ناهيك عن بعض المفاهيم الأخرى ذات المحتوى الفضفاض من مثل مفهوم النظام العامّ بمختلف أنواعه وعديد مقتضياته، ومفهوم الأخلاق الحميدة في معانيها الزنبقيّة التي تتّسع من فترة إلى أخرى أو تتحسر من مجتمع إلى آخر والتي تساق مع الاعتقاد في أنّ لها نفس الشّحنة التي هي للمبادئ العامّة للقانون بوجه عامّ⁶...

وما نراه في نزع اللبس عن مصطلح "المبدأ العامّ للقانون" إمكانية توحيّ مقاربتين، على الأقلّ، الواحدة منهما تحليليّة، والأخرى فيهما تأليفيّة؛ وتقتضي المقاربة التّأليفيّة إجراء مقارنة بين المبدأ العامّ للقانون والقاعدة القانونيّة أو ما له علاقة بالقاعدة المذكورة من مثل المقتضى الذي تتضمّنه (Le précepte juridique) أو السائد الذي تتلقّاه (La norme juridique)؛ ومن المتعارف عليه أن القاعدة القانونيّة تنصيص مكتوب أو غير مكتوب يتضمّن مقتضى يكون عامّا وملزما في إقليم معيّن بما يشكّل منظومة قانونيّة (Un ordre juridique)؛ وهذا المقتضى، ولئن كان من الممكن أن يكون سائدا في أكثر من منظومة (Une norme juridique)، إلّا أنّه خاصّ بالمنظومة التي تتلقّاه؛ أمّا من المبدأ العامّ للقانون فغالبا ما يتجاوز نطاق المنظومة الواحدة، حيث تشترك فيه منظومات تقنيّة (Des ordres normatifs) عدّة؛ ولنأخذ مثالا على ذلك في مبدأ سلطان الإرادة؛ فالعبرة المذكورة تشكّل حكما سائدا (Une norme juridique) بعدد المنظومات التقنيّة؛ والاشتراك فيها من عدد هامّ ممّا ذكر يجعل منها مبدأ عامّا للقانون؛ ولكن ما يجسّم المبدأ المذكور من الأحكام له بالمنظومة الواحدة قاعدة قانونيّة، لا مبدأ قانونيّ⁷.

أمّا من المقاربة التّحليليّة التي من الممكن اتّباعها في تحديد المقصود بالمبدأ العامّ للقانون، هي الأخرى، فتقتضي أن يقع توضيح المبدأ المذكور في حدّ ذاته؛ وما سيق في ضبط ذلك أن المبدأ قاعدة قانونيّة غير مكتوبة، وهي موجودة بالمنظومات القانونيّة بوجه عامّ، بحيث أن القضاء يكتشفها، لا ينشئها... ولكن العبارات المستعملة للتّدليل على ذلك توحي بوجود تفاوت فيما بينها؛ وممّا يدلّ على ذلك عبارة "المبدأ المشترك" وعبارة "المبدأ الأعلى" وعبارة "المبدأ العامّ"... وفي اعتقادنا أن عبارة "المبدأ العامّ"

⁵ يراجع في ذلك (Henri Roland et Laurent Boyer : *Locutions latines et adages du droit français contemporains*, Ed. (L'Hermès, 3 vol. 1977-1979).

⁶ انظر في هذه المفاهيم (Ch. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Ed. Bruylant, coll. « Travaux du Centre national des recherches de logique », Bruxelles, 1984 et le compte rendu d'André (Tunc, in *Revue internationale de droit comparé*, Année 1985 37-4 p. 1105).

⁷ لم يقع الاهتمام بهذه المفاهيم من قبل الفقهاء؛ وربّما كان الأستاذ (Paul Amsélek) من القلّة القليلة التي اهتمّت بما ذكر في مقالاته حول الظّاهرة القانونيّة (La phénoménologie juridique).

هي أكثر ما يعبر عن المبادئ العامة للقانون، بوجه عام؛ دون أن يمنع ذلك من وجود اختلاف بينها، من مجموعة تكون مشتركة بين أكثر من منظومة وفي أكثر من مادة فيما ذكر وهو المقصود بعبارة "المبدأ المشترك" للقانون؛ ومجموعة أخرى تشهد تفاوتاً في علويتها وهذا هو المقصود بعبارة "المبدأ الأعلى للقانون" والتي تمكن، بمثل ما توحى به، من ترجيح بعضها على بعض أو تفادي التناقض الذي قد يحصل في بعضها إزاء بعض...⁸

(ب) في مفهوم المبدأ العام للقانون الخاص

تتحدّد مفاهيم المصطلحات القانونية بمجال انطباقها وتطبيقات وظائفها؛ وكذا الشّأن في مفهوم المبدأ العام للقانون الخاص، حيث يقتضي التّدقيق أن يقع تخصيص حيّز إلى وظائفه (2) وحيّز آخر إلى مجال انطباقه (1).

(1) ففيما يتّجه ذكره فيما يتعلّق بمجال انطباقه، فالقول بأنّ المبدأ العام (ولو في مادة القانون الخاص) حكم عامّ وملزم، وأنّ له طبيعة غير مكتوبة، وأنّ القضاء لا ينشئه وإنّما يكتشفه، وهو يصاغ منه قصد سدّ ثغرات المنظومة التقنيّة ذات المصدر النصّي بالأساس...، لا يوفيه حقّ قدره؛ فالذي يميّز المبدأ العام للقانون بصفة عامّة والمبدأ العام للقانون الخاصّ عن سائر المبادئ في غيره من الموادّ بوجه خاصّ، صفتان أساسيتان، وهما: القابليّة للانطباق في قدر غير محدّد، وقابليّة للاستثناءات في قدر محدّد.

والقول بأنّ المبدأ العام للقانون قابل للانطباق في قدر غير محدّد، معناه أنّ الحالات المعنيّة بتطبيقه لا تحصى؛ ولناخذ مثالا على ذلك مع مبدأ سلطان الإرادة الذي ينطبق -مبدئياً- في كافّة العقود وعلى كافّة الأطراف المتعاقدة؛ ومن مقتضياته الإقرار بوجود الالتزام العقديّ بمجرد تصادق هؤلاء عليه، من دون إجبار على أن يُظهروا علاقتهم في شكل معيّن، وهي النّتائج المختزلة فيما يُتعارف عليه بالرضائيّة العقديّة؛ ومن مقتضيات نفس المبدأ، كذلك، الإقرار للأطراف في أن تتعاقد وفي أن لا تتعاقد وهي النتيجة المختزلة فيما هو متعارف عليه بالحرّيّة العقديّة؛ وفي إلزام هؤلاء بما يتعاقدوا به بوجه مطلق

⁸ من ذلك مبدأ استقرار العقود الذي قد يرجّح عن مبدأ سلطان الإرادة؛ والذي منه مبدأ عدم المساس بالعقود (Le principe de l'intangibilité du contrat) الذي قد يغلب عن مبدأ القبول بمراجعات الالتزامات العقديّة...

مساهمة في التأصيل للمبدأ العام للقانون في القانون الخاص مقارنة بنفس المفهوم في القانون العام.

(وهي النتيجة المتعارف عليها بالقوة الملزمة للعقود) وإلزام غيرهم بوجه نسبي (وهي النتيجة المتعارف عليها بالقوة النسبية للعقود)؛ ومن مقتضيات نفس المبدأ أيضا، أن يبحث القاضي على ما انصرفت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة عند التعاقد (لا بعده)، وأن يقع تفسير ذلك بما يتوافق مع هذه الإرادة؛ وكذا الأمر في مبدأ الإسمية النقدية (Le principe du nominalisme monétaire) الذي ينطبق في كافة المعاملات النقدية هو الآخر، حيث يقتضي من جميعها أن تتعامل بالعملة المتداولة بالبلاد، وأن يقع ذلك بالتسليم بما تحدده الهيئات المختصة بذلك، وبالإبقاء على القيمة المتعاقدة فيها أثناء التعاقد إلى ما يشمل فترة تنفيذها...؛ مع لفت الانتباه -هنا أيضا- إلى أن الصياغة الفضاضة لبعض المبادئ لا تمنع من التردد حول محتواها؛ ومن ذلك فيما يتعلق بمبدأ التناسب، وما يريد بعضهم أن يحشوه فيه، وذلك بجعله متسعا لمقتضيات التلاؤم وغيرها من المترادفات؛ وهو ما يؤول إلى تجميع المبادئ بصفة عامة ومبادئ القانون الخاص بوجه خاص؛ كما أنه يزيد في مجال ما يمكن أن يطرأ على المبادئ المذكورة من الاستثناءات التي يفترض أن تكون في قدر محدد...

وأما من القول بقابلية المبدأ العام للقانون للاستثناءات، فمعناه إمكانية تطبيق حكم مخالف عما يقتضيه، بداية؛ ولكن ذلك يكون في قدر محدد، وهو ما يوجب التضييق فيما ذكر بتنقيصات صريحة؛ ويمكن أن نعطي تدليلا على ذلك في المبدأين أعلاه؛ فمبدأ الإسمية النقدية لا يمنع من أن يتحسب المشرع لذلك في بعض العلاقات، وهو ما اعتمده بعقود البعث العقاري، حيث يستثني عن الحرية المسداة للأطراف في التحديد بداية لما يتوجب على كل طرف أن يدفعه من الغرم للطرف الآخر تحت مسمى "الخطايا"؛ وكذا الشأن في مبدأ سلطان الإرادة الذي يشهد الاستثناءات عن نتائجه هو الآخر بتمكين الأطراف من التحلل من التزاماتها في بعض الأوضاع، وإلزام الغير بوجه يكاد يكون مطلقا في بعض المعاملات، فضلا عن القيود المضروبة على الحرية العقدية، إما بوجود عقود مفروضة، أو بفرض محتوى معين لعقود ولو غير مفروضة؛ وفصلا أيضا عن وجود شكليات لا يمكن لبعض العقود أن تصح بدونها؛ فلا وجود لعقود في المادة العقارية من دون أن تكون محررة من قبل مختصين معينين؛ ولا قيمة لهذه العقود إذا لم تكن متطابقة مع إجراءات قبلية (كالترخيص) أو بعدية (من مثل التسجيل الجبائي أو الترسيم العقاري)... ولكن ما يعطي للمبدأ العام بصفة عامة وللمبدأ العام في القانون الخاص بصفة خاصة أيضا قيمته العدد الحصري لهذه الاستثناءات وإن كثرت؛ وهو ما يوجب على القضاء أن يطبقها

بطريقة تؤوّل إلى التّضييق في نطاقها لا إلى التّوسعة فيها، طبقا لقاعدة لها قيمة المبدأ هي الأخرى من أنّ ما يؤوّل إلى الاختلاف عن مبدأ ينطبق بوجه ضيق...

(2) وفيما يتعلّق بوظائف المبدأ العامّ للقانون الخاصّ فهي اثنان بالأساس: الواحدة مرجعيّة والأخرى توجيهيّة.

وتتجلّى الوظيفة التّوجيهيّة، للمبادئ بصفة عامّة ولمبادئ القانون الخاص أيضا عند تأويل القواعد القانونيّة؛ وهو ما يعترض في حالات قصور النّصوص عن تضمّنها الصّريح للمقتضى (Le précepte)⁹ الواجب انطباقه؛ وتستمدّ المبادئ العامّة للقانون وظيفتها تلك من صريح الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود القائل: "إذا تعدّر الحكم بنصّ صريح من القانون اعتُمد القياس، فإن بقي شكّ جرى العمل على مقتضى القواعد العامّة للقانون"؛ فعبارة "القاعدة العامّة للقانون" تضيفي على لمبادئ العامّة للقانون وظيفة إنشائيّة، تتمثّل في تمكين القانونيين من استنباط الأحكام انطلاقا ممّا تقتضيه صياغاتها، لا سيما في الحالات التي تؤوّل فيها طرق التأويل إلى حلول متبانية...؛ ويمكن أن نجد مثالا على ذلك في تأويل الفصل 60 من مجلة الالتزامات والعقود القائل بأنّ "الغبن لا يفسخ العقد إلّا إذا نتج عن تغيير العاقد الآخر أو نائبه أو من نابه في العقد عدا ما استثنى بالفصل الآتي (الفصل 61 من نفس المجلة¹⁰)"، لاسيّما مع التّساؤل عمّا إذا كان بالإمكان التّوسّع في الفصل المذكور إلى الإكراه (المتولّد عن استغلال الظروف الصّعبة للمعاهد الآخر)؛ الصّياغة الحصريّة للفصل المذكور القائلة بأنّ "الغبن لا يفسخ العقد إلّا..." والمردفة في نهايتها بعبارة "عدا ما استثنى بالفصل الآتي" قد تدفع إلى ترجيح الإجابة بـ"لا"؛ أمّا من طريقة التأويل بالقياس المأخوذة من باب الأولى، فقد تدفع إلى الإجابة بـ"نعم"؛ وإزاء التّردّد بين

⁹ ربّما أمكن استعمال مفردة "المقتضى" أيضا للتّعبير عن هذه الفكرة؛ وربّما كان هذا المثال حريّا في مزيد التّوضيح لفكرة "المقتضى" أو "الحكم" (Le précepte) وتمييزها عن فكرة "الحكم السائد" (La norme juridique) أو فكرة "القاعدة القانونيّة" (La règle juridique) أو فكرة "التّخصيص القانوني" (La séquence juridique)...؛ فالفصل 23 من مجلة الأحوال الشّخصيّة القائل بأنّ "على الزّوج أن ينفق على زوجته المدخول بها..."، يشكّل تنقيصا قانونيا (Une séquence juridique) لوجوده ضمن قانون سنّه المشرّع التّونسي، يتمثّل في مجلة الأحوال الشّخصيّة؛ وهذا التّخصيص (Cette séquence juridique) يتضمّن "حكما" أو "مقتضى" (Une précepte) يتمثّل في واجب الإنفاق من الزّوج على زوجته؛ وفي تلقّي المشرّع لهذا "الحكم" أو "المقتضى" (Ce précepte) فإنّه يكون قد أخذ بالحكم السائد (La norme) لدى غيره من المنظومات القانونيّة، لاسيّما في مختلف قوانين الدّول العربيّة-الإسلاميّة.

¹⁰ جاء بالفصل 61 من المجلة أعلاه ما يلي: "الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغيير من معاقده الآخر والغبن في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقيّة والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث".

مساهمة في التّأصيل للمبدأ العامّ للقانون في القانون الخاصّ مقارنة بنفس المفهوم في القانون العامّ.

النّعم واللاء قد يلعب مبدأ سلطان الإرادة دوراً في توجيه الحكم نحو الإجابة بـ"نعم"، لما يقتضيه المبدأ المذكور من تغليب للتّعاقد في كنف الحرّية عن التّعاقد تحت طائلة الضّغط¹¹...

وأما من الوظيفة المرجعية، فتتضي على المبادئ العامة للقانون الصفة الإنشائية ومنه صفة المصدر الشكلي للقانون؛ وهي ما تشكّل الحلقة التي تكتمل بها المنظومات التقنيّة ذات الطّبيعة النّصيّة؛ إذ بفضلها لا يقبل أن يقال بأنّها غير مكتملة أو أنّها منقوصة؛ ولنا مثال على ذلك في مبدأ الأمانة العقدية الذي مكّن من إرساء جملة من الواجبات القانونيّة ذات المصدر النّصي، ومنها الواجب الذي يقتضي من متعاقد أن يعلم متعاقده؛ والواجب الذي يقتضي منه أن يحافظ على سلامة معاقده؛ وفي أن يبقى على سرّيّة ما التّأم له من المعلومات بحكم علاقته معه... والأمثلة تكاد لا تحصى على ما يقيم الدّليل على القدرة الإنشائية لبعض المبادئ، من مثل مبدأ التسوية في المعاملة بين الأفراد والدّولة متى تعاملت الدّولة في المجالات المقرّرة للأفراد؛ ويندرج في ذلك ما أرسّته محكمة التّعقيب مؤخّراً من اختصاص الصّورة¹²...؛ ولكن ما يمكن أن يوجّه القضاء في أحكامه يمكن للمشّرع أن ينحرف عنه؛ ولنا مثال في حصر تحرير العقود العقارية من قبل مختصّي التحرير في الأشخاص الطبيعيين بدرجة أولى وفي استثناء البعض من الأشخاص المعنويين والمؤسسات العموميّة من ذلك؛ وهو ما قد يسعى بعض القضاة إلى التّضييق من نطاقه بفرض نفس الواجبات على هؤلاء وأولئك؛ إلّا أن يتدخّل مبدأ آخر

¹¹ يمكن الرجوع إلى مبدأ سلطان الإرادة لفضّ إشكالات البنود المتضمّنة لسقوط حقّ المؤمن (Les assurés) لأجل عدم تولّيهم إشعار المؤسسات المؤمّنة (Les entreprises d'assurance) بالحوادث، طبقاً لمقتضيات الفصل 7 من مجلة التّأمين وفصول أخرى تدمجها الإدارة فيما تنشئه مع النّصوص مع هذه المؤسسات؛ ويمكن الرجوع للمبدأ المذكور من حلّ إشكالية تتمثّل في مدى وجود الحقّ للأطراف (المؤمن والمؤمن له) من أن تزج مقتضيات الإشعار، صراحة بإبعاد تطبيق الفصل 7 أعلاه وملحقاته أو ضمناً باعتماد تنصيب ضمن اتفاقاتهم يغيّر من طبيعة التّأمين من تأمين على المسؤولية إلى تأمين للحلول؛ فالتّذكير بأنّ المجال التّأميني مجال عقديّ، وبأنّ كل ما يتضمّنه من تنصيبات لها صبغة احتياطية، بحيث يجوز إبعادها عن التّطبيق ولو ضمناً، إلّا أن تكون لها طبيعة النّظام العامّ (وهو ما لا يكون إلا بوجه صريح)، وبالتالي فلا انطباق لأحكام سقوط الحقّ؛ وتبدو محكمة التّعقيب قابلة بنفس النتيجة ولكن باعتماد تمشّي آخر يقتضي أن لا يقبل الدّفع بالبنود النّاصة على سقوط الحقّ المؤمن لهم في التّأمين لأجل عدم إشعار المؤسسات المؤمّنة بالحدث خلال أجل معيّن إلّا متى وقع إيراد هذه البنود برسم واضح أو جدّ واضح مقارنة ببقية بنود الاتفاقيات التّأمينية وبشرط إثبات حصول الضّرر لنفس المؤسسات...

¹² عادت محكمة التّعقيب إلى فكرة "اختصاص الصّورة" في نزاع طلاق بين زوجين؛ وتتمثّل الوقائع الدّاعية إلى تطبيق هذه الفكرة فيما واجهه قرين من رفض دعوى طلاقه من قبل القاضي الفرنسي بدعوى أن القانون التّونسي باعتباره قانون الجنسية المشتركة للزوجين هو القانون المنطبق ومن رفض لنفس الدّعوى من قبل قاضي الأصلي التّونسي الذي يحيل لاختصاص القاضي الفرنسي باعتباره قاضي المقرّ المشترك للزوجين، وهو ما آل إلى نزاع سلمي بين المنظومتين، كلاهما يرى بانتفاء اختصاصه لمصلحة المنظومة الأخرى؛ وقد أقرّت محكمة التّعقيب التّونسية للقاضي التّونسي بالنظر في المسألة اعتماداً على ما ارتأته من اختصاص الصّورة الذي من الممكن أن يجد أساساً له في حق كل متقاض من أن يكون له قاض يبيّ في دعواه (هو القرار عدد 69462/2018 الصادر عن محكمة التّعقيب بتاريخ 2019/05/08 (غير منشور)، ذكره الرّئيس المنصف الكشور في "القوة القاهرة في الإجراءات المدنية والتّجارية" مقالة سوف تنشر في المؤلّف المعين لسبّئية مجلة المرافعات المدنية والتّجارية...).

في المعادلة فيخفف على هؤلاء أيضا، وهو في مثالنا مبدأ الرضائية الذي قد يجعل القضاء يساير الدولة ومؤسساتها في عدم إخضاعها إلى ما توجبه النصوص على الأفراد¹³...

(II) التوفّر الاستثنائي للخصوصية في مبادئ القانون الخاص

تبدو هذه الخصوصية متعلقة بالمنظومة القانونية التونسية، بالأساس (أ) والواقع أنّها مشتركة بين عديد المنظومات، كما سوف نرى (ب).

(أ) خصوصية متعلقة بالمنظومة القانونية التونسية

يظهر ذلك مع مفهوم "القاعدة العامة للقانون" (1) ومع ما أثاره ويشير المفهوم المذكور من التطابق أو عدم التطابق مع مفهوم "المبدأ العام للقانون" (2).

(1) مفهوم "القاعدة العامة للقانون"

"القاعدة العامة للقانون"؛ هي العبارة المستعملة من مجلة الالتزامات والعقود، بفصولها من 532 إلى 563 الوارد بعض منها تحت فرع عنوانه "في بعض قواعد عامة تتعلق بالقانون"¹⁴، والتي منها، الفصل 541 القائل: "إذا أحوجت الضرورة لتأويل القانون جاز التفسير في شدته ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق أبدا" المكرس لقاعدة القانون الأصولية المعبر عنها بمقولة "الأمر إذا ضاق اتسع"¹⁵؛ والفصل 547 القائل: "من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح" والذي يعدّ مكرّسا للمبدأ المعبر عنه بمفردة الأستوبيل (L'estoppel) في القانون الدولي، وبمبدأ عدم التناقض ببعض القوانين الداخلية¹⁶؛ مع العلم أن العنوان الجامع لمجمل الفصول المشكّلة لما

¹³ وقع إرساء القاعدة التي تجيز للقضاء من أن يضيق في نطاق النصوص المعارضة للمبادئ عبر ما يصطلح عليه بالتأويل المحيّد (L'interprétation neutralisante) في قرار شهير أصدره مجلس الدولة الفرنسي تحت مسمى (Dame Lamotte) بتاريخ 7 فيفري 1950؛ وقد جاء بالقرار المذكور في تبرير موقفه أعلاه ما يلي: "une loi 'interdisant tout recours à l'encontre de certaines décisions', 'recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la 'légalité' (Conseil d'Etat français, Assemblée plénière du 17 février 1950, n° 86949, Recueil Lebon).

¹⁴ هي عمومية في الصياغة الأصلية للمجلة؛ وقع إبدالها بمفردة العام في تحرير 2005.

¹⁵ يمكن التعبير عن هذه الفكرة بالمقولة الرائجة لدى الغرب من أنّ لا (مجال لل) أحكام (العادية) مع الضرورة (Nécessité n'a pas de loi).

¹⁶ ومن هذه الفصول: ومنها أيضا الفصل 551 الذي جاء ناصا على أنّه "لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر ممّا لنفسه من الحقوق" والذي يعدّ متقابلا مع مبدأ عام للقانون يقتضي أن لا يجوز لشخص أن يتصرّف فيما ليس له حقّ التصرف فيه؛ ومنها كذلك، الفصل 557 الذي جاء ناصا على أنّه "إذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة ولم يمكن التوفيق بينهما فُدّمت العامة" والذي يتلاقى مع مبدأ عام للقانون هو الآخر، يرى بعلو

مساهمة في التّأصيل للمبدأ العامّ للقانون في القانون الخاصّ مقارنة بنفس المفهوم في القانون العامّ.

ذكر لا يختزل مجمل ما تتضمنه منظومتنا من ذلك، لإمكانية وجود فصول أخرى خارج العنوان المعين لها، لها في نظرنا طبيعة القواعد العامة للقانون هي الأخرى، ومن ذلك الفصل 242 من نفس المجلة القائل: "ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضاها أو في الصّور المقررة في القانون" والذي استخلص منه مبدأ سلطان الإرادة؛ ومن ذلك كذلك، الفصل 243 من نفس المجلة القائل: "يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط، بل يلزم كلّ ما ترتّب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته" والذي يعدّ أنه يتلاقى مع مبدأ عامّ للقانون، يتمثّل في تكريس الأمانة في التعاقد... وبمجمّل ما ذكر من الفصول وغيرها المشكلة لقواعد عامة للقانون هي الأخرى، يطرح التساؤل إذا ما كنّا إزاء مفهوم مترادف مع المبدأ العامّ للقانون أم مختلف عنه...

(2) لا أخال يا سادة أن جمعكم هذا يجهل ما أثارته عبارة "القاعدة العامة للقانون" مع مفهوم "المبدأ العامّ للقانون"، إذا ما كنّا إزاء نفس المفاهيم أم أنّنا إزاء مفاهيم مختلفة؛ ولا أخالكم لا تستحضرون النقاش الذي دار بين فقيهيّن تونسيّين في ثمانينات القرن الماضي، وهما المرحوم محمد الشّرفي الذي يرى بأن القواعد المذكورة لا تختلف عن المبادئ العامة للقانون، والمرحوم العربي الهاشم الذي يرى ذلك... ولا أخالكم لا تقدّرون الأسباب الدافعة والأبعاد المترتبة عن كلّ موقف؛ فرأي المرحوم الهاشم يؤلّف إلى خصوصيّة القواعد العامة للقانون، بالإضافة عليها لمسحة تميّزها بالمنظومة القانونيّة التّونسيّة - عن المبادئ العامة للقانون، السائدة في غيرها من المنظومات؛ خلافا لرأي المرحوم الشّرفي الذي يؤوّل إلى نفي كلّ خصوصيّة عن القواعد المذكورة بمنظومتنا، جاعلا إياها متوافقة مع مفهوم المبدأ العامّ للقانون السائد بغيرها من مختلف المنظومات؛ ومن ثمة قد يتّضح لكم كيف أن موقف المرحوم الشّرفي يسعى إلى تقريب القواعد العامة للقانون بمنظومتنا من المبادئ العامة للقانون السائدة لدى غيرها من سائر المنظومات الأخرى؛ خلافا لموقف المرحوم الهاشم الذي يبعد هذه عن تلك، مقربا منظومتنا الوطنيّة من المنظومة الفقهيّة الشرعيّة بالخصوص...

وعسى أن الموقف من المساواة في الإرث حرّي بإظهار بعض ما يمكن أن يترتّب عن الموقفين المتباينين للفقيهيّن الجليلين واللّذين آلا إلى تقسيم الفقهاء التّونسيّين إلى فريقين مختلفين؛ فالفريق القائل

المصلحة العامة على المصالح الخاصة؛ والفصل 558 الذي جاء ناصا على أنّ "الأصل في كلّ إنسان الاستقامة وسلامة النّيّة حتّى يثبت خلاف ذلك" والذي يتلاقى مع مبدأ عامّ للقانون آخر يختزل في مبدأ قرينة حسن النّيّة؛ ومنها أيضا الفصل 560 الذي جاء ناصا على أنّ "الأصل براءة الدّمة حتّى يثبت خلافه" والذي يتلاقى مع مبدأ عامّ للقانون كذلك يعبر عنه بمبدأ براءة -أو نقاوة- الدّمة.

بأن المساواة هي دون العدل لتبرير الفوارق في مستحقات الورثة باعتبار جنسهم ينتمي إلى خصوصية القاعدة العامة للقانون التي تجيز الفوارق، يتعارض مع الفريق القائل بأن لا فرق بين هذه القيمة والقيمة الأخرى، حيث يتوجب في الاثنين أن يمكّن الورثة من نفس الأنصباء، بقطع النظر عما إذا كانوا من جنس أو آخر¹⁷...

وما نراه أن لا فرق بين القاعدة العامة للقانون والمبدأ العام -أو المشترك- للقانون؛ دافعنا إلى هذا الموقف أن تتقارب المنظومات القانونية بعضها من بعض، آملي أن يتوطّد التقارب بين الجميع، بحيث لا يشعر المرء بالغربة عندما ينتقل من إقليم إلى آخر؛ وهو ما يوجب تجاوز الفوارق ولئن وجدت أو كان من الممكن أن يقع التّأصيل إلى وجودها... ومع ذلك يبدو أن لفكرة "القاعدة العامة للقانون" بعض التأثير الذي يراه البعض فيما توجهه عين الفكرة من التّمشي قصد الإقرار بطبيعة المبدأ لبعض الأحكام؛ وفي اعتقادنا أن ذلك لا يشكّل خصوصية للقواعد العامة للقانون مقارنة بالمبادئ العامة للقانون، وإنّما لمبادئ القانون الخاصّ مقارنة بغيرها من المبادئ في غيرها من الموادّ وبغيرها من المنظومات الخارج الوطنية...

(ب) خصوصية مشتركة بين عديد المنظومات القانونية

قلنا في مقدّمة هذه المقالة أنّها ليست بخصوصية في طبيعة هذه المبادئ وإنّما في علاقة بعضها ببعض وفي مسألة إنشاء بعضها وبعض.

(1) ففيما يتعلّق بإنشائها، فتتمثّل الخصوصية في أن يكون لجميع مبادئ القانون الخاصّ طبيعة كتابية؛ وهو ما يقيد حرية القضاء العدليّ في شأن اكتشافها والإقرار بها مقارنة بنظيرتها في مجال القانون العامّ؛ فالقاضي الإداري يمكنه أن ينشئ -ولو تحت مسمّى الاكتشاف- مبادئ لا أساس كتابي لها؛ ولنا مثال على ذلك في مبدأ المساواة أو العدل أمام الأعباء العمومية، وفي مبدأ العدل أو المساواة أمام الجباية، وفي مبدأ المساواة أو العدل عند الانتداب في الوظائف العمومية، وفي مبدأ العدل أو المساواة في أجور الموظّفين المنتمين لنفس السّلك¹⁸، وفي غيرها من مبادئ بالمادّة المذكورة¹⁹؛ خلافا لمبادئ القانون الخاصّ التي تستوجب الموثق النصّي، كما قلنا... والأمثلة على ما نورده تكاد لا تحصى؛ فمبدأ سلطان

¹⁷ ففي ترديد المترشّح قيس سعيد أثناء حملته الانتخابية لرئاسة 2019 لهذا الخطاب، انتصار لفكر المرحوم الهاشم أكثر منه للمرحوم الشّرفي...

¹⁸ وقع إرساء مجمل هذه المبادئ من قبل مجلس الدّولة الفرنسي...

¹⁹ من ذلك الحق لكل مواطن تسلّط عليه عقوبة تأديبية في أن يطّلع على ملفّه وفي أن يدافع عن نفسه؛ ومن ذلك كذلك مبدأ استمرارية المرافق العامة ومبدأ حياد المرافق المذكورة...

مساهمة في التأصيل للمبدأ العام للقانون في القانون الخاص مقارنة بنفس المفهوم في القانون العام.

الإرادة يمكن أن يجد أساسا له في الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود، وأساسا في الفصول من 513 إلى 531 العائدة للإرادة والمغلبة لها في تفسير العقود²⁰؛ ومبدأ الإسمية التقديّة يمكن أن يجد أساسا له في الفصول 259 و260 من نفس المجلة؛ والمبدأ المتمثّل في حماية الطرف الضعيف يمكن أن يجد مبناه في الفصل 261 وفي الفصلين 529 و541 من نفس المجلة... مبرر الاختلاف هنا، أن المادّة المدنيّة تشهد أكثر ثراء على الصعيد النصّي من مادّة السّلطة... وهذا موقف يمكن أن يفهم سواء بالمنظومات القانونيّة لمختلف الدّول العربيّة بزيادة مصر أو السّعوديّة أو غيرهما أو بمختلف الدّول الغربيّة بزيادة فرنسا بالخصوص؛ فهنا، تشكّلت المنظومات القانونيّة كردّة فعل على سطوة القضاء المعطلّ للمراجعات التي كانت تطالب بها الجماهير التّائقة لقانون يغيّر الأوضاع بتكريس مزيد من الحركيّة الاقتصاديّة عن طريق التّقنين²¹؛ أمّا هناك (أي في المخزون القانوني لمختلف الدّول العربيّة الإسلاميّة) فالخوف من أولي الأمر قد دفع بالفقهاء إلى تحاشي الخوض في مسائل السّلطة والتّركيز في نتائجهم على ما يهتمّ الأفراد، وهو ما يبرز ثراء ما يعرف لديهم بفقّه المعاملات مقارنة بما يتعارفون عليه بفقّه السّلطان، حتّى أن مفردة "الفقه" نفسها قد أصبحت تدلّ على المادّة المتضمّنة للأحكام المنظّمة للأفراد ولعلاقة هؤلاء بعضهم ببعض، أكثر ممّا يهتمّ السّلطة أو لما يكون له علاقة أو أثر في السّلطة²²...

فبالأساس الكتابيّ يتحدّد -في نظرنا- موقع المبادئ العامّة للقانون بمادّة القانون الخاصّ ومنه درجتها ضمن البناء الهرميّ لمصادر القانون (الشكليّ) بسائر المنظومات القانونيّة عموما وبالمنظومة القانونيّة التّونسيّة خصوصا؛ فإذا ما كان الأساس المذكور في قانون عاديّ أو أساسيّ أخذ المبدأ درجة هذا وذاك ضمن البناء المذكور؛ وإذا ما كان في الدّستور كانت له الدّرجة الدّستوريّة، هو الآخر؛ وتمكّن الدّرجة المقرّرة لمبدأ ما من حلّ إشكاليّة تداخل المبادئ (ولو كانت لها طبيعة القانون الخاصّ) بعضها في بعض...

²⁰ يتأيد ذلك من بعض المفردات الواردة بالفصول أعلاه، ومن ذلك مفردة "المراد" ومفردة "المقصد"؛ ومن بعض الأحكام، ومن ذلك الحكم الذي يعبر أهميّة إلى أعراف المكان باعتبارها الأقرب في التعبير عما انصرفت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة بالمكان (يراجع في هذه المسألة مؤلّفنا "العقد"، الطّبعة الثانية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2019)...

²¹ يراجع في ذلك مؤلّفنا "مدخل للقانون" الذي يؤمّل أن ينشر خلال سنة 2020...

²² يراجع في موقف الحكم من فقّه القانون العامّ، مؤلّفنا "مدخل للقانون الإسلاميّ"، نشر بدعم من مؤسسة هانس زيديل الألمانيّة، تونس 2018.

(2) يجزئنا ذلك لتناول مسألة علاقة المبادئ العامة للقانون بعضها ببعض؛ وما يتّجه ذكره هنا، أن مادة القانون الخاص مؤهلة بحسب كثرة تنقيصاتها إلى الإفراز لكمّ أكثر من المبادئ العامة للقانون من غيره من مختلف الموادّ الأخرى؛ وبالتالي فهي أكثر ما يؤول إلى تحولات في هذا الشأن؛ فالمبدأ الذي كان متمثلاً في عدم المساس بالعقود (Le principe de l'intangibilité des contrats) والذي منه المبدأ المتمثل في منع مراجعات العقود يبدو أنّه بصدد التراجع لفائدة مبدأ معاكس يرى بإمكانية ذلك؛ والمبدأ المتمثل في الإقرار للعملة بحق الإضراب، يبدو أنّه بصدد التراجع لفائدة مبدأ تواصل المرافق العامة... وهذا يعني أن ليست للمبدأ العامّ للقانون بموادّ القانون الخاصّ نفس القوة التي هي للمبدأ العامّ للقانون بموادّ القانون العامّ بفرعيه؛ ففي مجالات القانون الأخير في الذكر للمبدأ قوة إلزامية قليلة ما يُفلّ فيها، وهو ما يتجسّم بمسار يكاد يكون مطّرداً نحو ثبات ما يقع اكتشافه؛ ولنا مثال على ذلك في مبدأ الشرعية الإدارية الذي يتوطّد من يوم إلى يوم؛ وفي مبدأ دولة القانون الذي يستقرّ يوماً بعد يوم؛ ومبدأ العدالة إزاء أعباء الدولة الذي يتأكّد يوماً وراء يوم...؛ والقضاء الإداري يبدي في الدّفاع عن مجمل ما ذكر من المبادئ شراسة لا نجدها لدى هيئات القضاء العدليّ، حتّى لنتساءل أحياناً ما الفائدة من القول بأنّ هذه القاعدة تشكّل مبدأ عاماً للقانون أو أنّ هذا الحكم له قوة المبدأ العامّ للقانون بهذه المادة؛ ولنا في مقولة أنّ "الحقّ يعلو ولا يُعلى عليه" المساقاة من أحد القرارات التعقيبيّة في قرار يكاد يكون يتيماً²³ يعارض حكم قاعدة صريحة، أقوى مثال على ما نورد؛ فالتّحسّب منه في كل مرة تقع مواجهة المحاكم به يبعث الرّيب عن اعتباره كمبدأ²⁴...

خلاصة القول: للمبادئ العامة للقانون بمادّة القانون الخاصّ نفس الطّبيعة التي هي للمبادئ العامة للقانون في غيره من المواد؛ فهي هنا مقتطعات قانونيّة (Des séquences normatives) تعتمد في سدّ

²³ كان ذلك بالقرار التعقيبي عدد 3784 الصادر عن أحد الدوائر التعقيبيّة بتاريخ 11 مارس 1980 جاء فيه "وحيث أنّه من وظائف المحاكم السهر على سلامة تطبيق القانون موضوعياً وإجرائياً إلا أنه ينبغي كذلك أن لا يغرب عنها الغاية من تشريع القواعد الإجرائية إنما قصد به أولاً وقبل كل شيء تأمين السبل الكفيلة بإعلاء الحق وتمكين صاحبه منه، أما إذا تعارضت القاعدة الإجرائية مع ذلك الحق وأصبحت في بعض الصور حائلاً دون تأمينه بل وسبباً في هدره وضياعه فإنّه يصبح من أوكّد واجبات القضاء وهو الحارس الأمين على حقوق المتقاضين ألا تصدّه الإجراءات الشكلية عن تغليب المبدأ القاضي بأن الحق يعلو ولا يُعلى عليه وإن ما بعد الحق إلا الضلال"؛ ثم بقرار تعقيبي آخر أصدرته أحد الدوائر التعقيبيّة تحت عدد 1114 بتاريخ 26 سبتمبر 2006، منشور بمجلة القضاء والتّشريع عدد 10، لسنة 2006 وأورده الأستاذ عصام الأحمر بمقالة له في مؤلّف جماعي بعنوان "قرارات في الذاكرة"، طبعة 1، تونس 2010؛ وقد جاء في الحيثيّة الرّئيسيّة لهذا القرار ما يلي: "الحقّ يعلو ولا يُعلى عليه وطالما ثبت أنّ المدّعين في الأصل يملكون العقار موضوع التّبتيت وليست لهم علاقة بالدين الذي تم من أجله التّبتيت، فإنّ القضاء بإبطال حكم التّبتيت مؤسس على سند صحيح..."

²⁴ ما زلت أذكّر تصريح الأستاذ الهاشم يوماً في قاعة المحامين بالمحكمة الابتدائية بصفاقس القائل بأنّه من الصّعب الإقرار للمقولة المذكورة قوة المبدأ؛ وبأنّ القضاء الذين أرسوه قد يكونوا ندموا عن ذلك...

مساهمة في التأصيل للمبدأ العام للقانون في القانون الخاص مقارنة بنفس المفهوم في القانون العام.

ثغرات ما قد يترتب عن التّصيصات القانونيّة، بمثل ما هي هناك؛ وفي ذلك بعض الإيجابية ليس من أقلّها أن يقع ردّ القول بأن هذه المنظومة التقنيّة غير مكتملة أو أنّ المنظومة التقنيّة الأخرى منقوصة؛ فمن أرقى وظائف المبادئ - هنا وهناك - أن تحقّق تقارب المنظومات بعضها من بعض، حتّى لا يشعر المرء بالاختلاف فيما ينظّم حالته وسلوكياته من الأحكام عند التعامل في ظل هذه المنظومة أو المنظومة الأخرى... ومع هذا التقارب الذي ينبغي للفقه أن يسعى إلى تثبيته للمبادئ العامّة بالقانون الخاصّ بعض الخصوصية، ليس مردّها منهجيّة الإقرار بها فقط، بل وطبيعتها، أيضا؛ ففيما يتعلّق بطبيعتها فما يميّز المبادئ العامّة بوجه عامّ قابليّة انطباقها على تطبيقات لا تحصى، والتّضييق فيما يختلف عن مقتضياتها بما يمكن إحصاؤه؛ ومع أنّها ترنو إلى تحقيق تدرّج في الأحكام فهي لا تمنع من التّفاوت، ومنه عبارة المبدأ الأعلى للقانون؛ ثمّ ومع أنّه تصبو إلى تحقيق الاستقرار التقني، فهي لا تشهد الجمود لإمكانية تقلّبها من مرحلة إلى أخرى؛ أمّا من منهجيّة إقرارها فمع أنّها تصبو إلى التّحرّر من النّصوص إلّا أنّها لا تتخلّص من ذلك مطلقا؛ وما يصبو إلى التّخلّص من النّصّ بوجه عامّ فيجعل منه تصرّحا أدبيّا أكثر منه حكما قانونيّا؛ ولنا مثال على ذلك فيما يعدّه البعض مبدأ انطلاقا من المقولة التعقيبيّة القائلة بأنّ "الحق يعلو ولا يُعلى عليه" والتي من الصّعب أن نجد لها موثقا نصّيّا اللهمّ في جميع النّصوص القانونيّة الرّامية لا إلى تحقيق النّظام وإنّما إلى تحقيق العدل كقيمة مثاليّة عليا ترجع بالنّظر إلى المشرّع أكثر من رجوعها إلى القاضي...