كلية الحقوق

المدرسة العلمية

في التفسير

(مذهب البحث العلمي الحر)

الباحثة

نهير عادل عز الدين مصطفى

باحث دكتوراه

وكيل أول نيابة إدارية –النيابة الإدارية بشبين الكوم

Nohairadel237@gmail.com

مقدمة:

إن البحث عن أساس القانون والعناصر التي يتكون منها دفع المذاهب الفقهية المختلفة إلى تبني العديد من التصورات، فمنها المذاهب الشكلية التي تنصب –في التفسير– على الجانب الشكلي الذي ظهرت فيه القواعد القانونية، بمعنى الشكل الذي أضفي على القانون قوة الإلزام في مواجهة أفراد المجتمع. ووفق هذه المذاهب، يصدر القانون من سلطة عليا (إرادة الحاكم أو السلطان) تأمر وتنهي وتُلزم الأفراد بالامتثال لقواعد القانون. ومنها ما تقف على جوهر القانون وموضوعه وتذهب إلى تحليله فلسفياً واجتماعياً للتعرف على طبيعة وكيفية نشأته كما هو الحال بالنسبة للمذاهب الموضوعية. إلا أن هذه المذاهب الفقهية لم تخلو من العيوب؛ فظهرت مذاهب جديدة جمعت بين المذاهب الشكلية والموضوعية، ونظرت إلى تفسير القاعدة القانونية من حيث المظهر والجوهر معاً وهو مايُطلق عليه المذاهب المختلطة أو مذهب البحث العلمي الحر.

وعليه نتناول بالدراسة في هذا البحث المبحثين التاليين:

المبحث الأول: نشأة مدرسة البحث العلمي الحر وأصل القانون.

المبحث الثاني: التفسير في مدرسة البحث العلمي الحر.

المبحث الأول

نشأة مدرسة البحث العلمي الحر وأصل القانون.

تمهيد وتقسيم:

ظهرت مدرسة البحث العلمي الحر في مجال تأصيل وتفسير القانون كرد فعل على السلبيات الناتجة لتطبيقات مدرسة الشرح على المتون والمدرسة التاريخية (١)، ونشأت هذه المدرسة على يد الفقيه الفرنسي **FrançoisGény** " فرنسوا جيني".

وسوف نتناول بالشرح في هذا المبحث نشأة مدرسة البحث العلمي الحر وأوجه اتفاقها واختلافها مع مدرستي الشرح على المتون والمدرسة التاريخية، مع بيان أصل القانون في منهج الفقيه فرنسوا جينيFrançois Gény.

المطلب الأول: نشأة مدرسة البحث العلمي الحر.

المطلب الثاني: أصل القانون في مدرسة البحث العلمي الحر.

المطلب الأول

نشأة مدرسة البحث العلمي الحر

ظهرت هذه المدرسة عندما أخرج صاحبها الفقيه الفرنسي فرانسوا جيني François Gény مؤلفه عام ١٨٩٩ بعنوان: "طرق تفسير القانون الخاص الوضعي ومصادره".وكان لهذا المؤلَف صدى كبير في الأوساط العلمية والقانونية، واتجه الفقه للأخذ به، وبذلك حلت مدرسته محل مدرسةالشرح على المتون التي سادت القرن التاسع عشر فتركت مكانها للمدرسة الجديدة وطريقتها في التفسير.(٢)

وتتفق مدرسة البحث العلمي الحر مع مدرسة الشرح على المتون في احترامها للنص القانوني، وفي أن التفسير يجب أن يتم وفقا لإرادة المُشرع الحقيقية وقت وضع التشريع (٣)، إلا

---

(1)**GILISSEN (John), Introduction historique au droit, Bruylant, Bruxelles, 1979, PP.475-478.**

(٢) **د/ محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية: (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ١٧٩**

(3)**PATRAS(Luc.P.), L'Interprétation en droit public, Athènes، Theod et Athan. N.Joannides, 1962, pp 325-327; PERELMEN (CH.), Méthodes du droit «LogiqueJuridique» Paris Dalloz, 1976, pp.23-49; GILISSEN (John), Introduction historique au droit, Op.cit.,pp: 473-475 ;**

أنها خالفتها فيما يتعلق بالبحث عن النية المفترضة للمشرع عند عدم التعرف على إرادة المُشرع الحقيقية، بل أنه يتعين على المُفسر– في حال عدم وجود نص– أن يعترف بعدم وجود حل في التشريع، وأن يبحث عن هذا الحل في مصادر أخرى كالعرف، فإن لم يجد حلا في العرف فإنه يلجأ إلى البحث العلمي الحر، أي أنه يتحرر من الخضوع لأية سلطة وضعية يجب أن يستمد منها القاعدة التي يطبقها ويستوحى الحقائق من عوامل موضوعية يستقيها من العلم وحده (١).

ولا تؤمن هذه المدرسة بكمال التشريع، بل على النقيض من ذلك تؤمن بنقصه، وبضرورة إكمال هذا النقص بالرجوع إلى المصادر الأخرى للقانون، وفي مقدمتها العرف. (٢)

وعلى خلاف المدرسة الاجتماعية فإن هذه المدرسة تقوم على بيان إرادة المشرع كما هي دون تحوير أو تحويل أو تعديل أو تطوير لإخضاعها لأي ظروف اجتماعية ما بدعوى تطور القانون ومسايرته للواقع.

وقد وافق القانون المدني المصري المدرسة العلمية في القول بنقص التشريع، ولهذا فإن هذا القانون قد أحال على مصادر أخرى عند عدم وجود نص في القانون كما جاء في المادة الثانية: "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". (٣)

فيما تبنت عدد من القوانيين الاجنبية بوضوح أسلوب المدرسة العلمية، فأشارت المادة الأولى من القانون المدني السويسري إلى أنه في حالة النقص في القانون أو العرف، ينطق القاضي حكمه وفقاً للقواعد التي كان سيضعها لو كان يقوم بدور المشرع (٤)، وتحيل المادة

وانظر كذلك: د/عبدالفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، تونس، مركز الدراسات والبحوث والنشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ١٩٨٧، ص ١٥١

(١) د/ عبد الودود يحيي، دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ١٧٥

(2)GENY (François), Méthode d'interprétation, tome 2, n° 156, p. 77

انظر في نفس المعنى: د/ عبدالرازق السنهوري ود/أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٢٣٩؛ د/جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص٢٠٢؛ د/ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشاة المعارف – إسكندرية، ١٩٨٦ ص ٧٥٥–٧٥٦ ؛ د/ عبدالله محمد على، المدخل إلى القانون، ١٩٩٨، ص ١٤٨

(٣) المادة الثانية القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني.

(4) Article 1 du code civil Suisse qui dispose que: La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

السادسة من القانون المدني الاسباني القاضي، في هذه الحالة إلى المبادئ القانونية العامة، ومثله القانون المدني الإيطالي الصادر عام ١٩٤٢. (١)

ومما سبق يتضح للباحثة أن هذه المدرسة قد قامت بالتوفيق بين المدرستين السابقتين فأخذت مزايا كل مذهب وتجنبت عيوبه، فقد أخذت من مدرسة الشرح على المتون مزية البحث عن إرادة المشرع الحقيقية وقت ووضع النص، وخالفتها في التمسك بالنص القانوني وكمال التشريع، كما أنها اتفقت مع المدرسة التاريخية في مراعاة الظروف والتغيرات الاجتماعية وقت تطبيق النص التشريعي، وخالفتهافي الأخذ بالإرادة المفترضة للمشرع عند عدم وجود النص، وتأخذ هنا بالبحث العلمي الحر، وهو بذلك أيضاً يخالف المدرسة التاريخية التي تقول بالإرادة المفترضة.

المطلب الثاني

أصل القانون في مذهب البحث العلمي الحر.

يذهب مذهب الفقيه فرنسوا جيني إلى أن كل قاعدة من قواعد القانون تستند من حيث مضمون وشكل صياغتها فكرياًإلى عنصرين ينبغي التمييز بينهما، أحدهما عنصر العلم "Science" وهو عنصر موضوعي يقوم على مجموعة معطيات تتسم بطابع سياسي واجتماعي، والآخر عنصر خارجي ذو طابع فني يتعلق بصياغة أو بناء القاعدة القانونية وهو ما أطلق عليهالفقيه فرنسوا جيني عنصر الصياغة "technique" (٢)،

À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

(١) د/ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ٧٥٥؛د/ مهاب نجا، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص ١٦٢-١٦٣

(2) GENY (François), Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Tome 1: Introduction – Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution. Paris, éditionsRecueilSirey, Paris, 1914, p.96-100

انظر كذلك: د/ سليمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية، ط٣، ١٩٥٧، بند ١٩٦ ص٤١١، د/ عبدالرازق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، القاهرة، ١٩٤٦، بند ٥٢ ص٧٠.انظر في ذلك: د/ جميل الشرقاوي، مرجع سابق، بند ٣٩، د/ عبد الرازق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مرجع سابق، ص ٧٠، د/ حسن كيرة، أصول القانون، ط٢، ١٩٦٠ ص ١٦٨ وما بعدها؛ د/ – محمود جمال الدينزكي، دروس في نظرية القاعدة القانونية ١٩٥٤ من بند ٢٦ – ٢٨ ص ٦٦ وما بعدها.

ويرتبط العنصر الموضوعي بشؤون وحاجات وتطلعات المجتمع، ويستهدف تحقيق العدالة لتنظيم هذه الحاجات على النحو الأمثل. أما عنصر الصياغة فيتمثل في الجانب الفني للسياسة القانونية التي تُعنى بوضع أنسب أدوات التقنية التشريعية لاحتواء المعطيات والحاجات والأهداف الاجتماعية.

أولاً " عنصر العلم "Science":

وقد أشار الفقيه فرنسوا جيني أن العنصر الموضوعي "العلم Science" يتكون من أربعة حقائق أو معطيات هي كالآتي:

(١)المعطيات أو الحقائق الواقعية أو الطبيعيةDonnéesreellesounaturelles(١):

وهي تلك الحقائق التي تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالإنسان، وتشمل جميع الظروف والأحوال الطبيعية التي تحيط بالإنسان وتلحق به كالتكوين الفسيولوجي، والوسط الجغرافي والأحوال الادبية والخلقية والدينية والاقتصادية والسياسية في المجتمع، وهذه الحقائق لا تخلق القواعد القانونية بذاتها ولكنها تحدد نطاقها ابتداءاً، فتنظيم الزواج يُبنى على حقائق طبيعية كاختلاف التكوين الفسيولوجي والنفسي للرجل عن المرأة، فضلا عن نظرة المجتمع وموقف الدين، يقود الى التسليم باختلاف المركز القانوني بين الزوج والزوجة في هذا الارتباط.

كما أن المناخ له أثر في تحديد سن الزواج، ففي المناطق الحارة–على سبيل المثال– حيث يكون النضج الجنسي مبكرًا نجد أن هذا السن أقل منه في المناطق الباردة، ومن ذلك أيضًا أن اختلاف الظروف الجغرافية يؤدي الى اختلاف تنظيم حقوق الريفي الأراضي، تبعً التباين مصادر المياه فيها إن كانت الأنهار أو الآبار أو الأمطار وهكذا. وهذه الحقائق قائمة على المشاهدة والتجربة فتدخل في الاصطلاح العلمي بالمعنى الدقيق، ولذا فلابد من أن تؤخذ في الاعتبار عند البحث في أصل القانون. (٢)

(٢)المعطيات أو الحقائق التاريخيةDonnéeshistoriques(٣):

([1])**Voir en ce sens: GENY (François), Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Tome 2,, Op.cit., n° 167, P.271 ets**

وانظر كذلك: د/ جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص١٠٧، د/ عبد الرازاق السنهوري وأبو ستيت ص ٧١ ؛ د/ حسن كيرة، أصول القانون ط ٢، ١٩٦٠ – بند ٨١ ص ١٨٤ وما بعدها.

([2]) **د/ محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية: مرجع سابق، ص ١٨٣**

([3]) **GENY (François), Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Tome 2, Op.cit., n° 168، P.275 ets**

وتتضمن المعطيات التاريخية كل ما تكون من قواعد لتنظيم الحياة والسلوك في المجتمع ثبتت عبر الزمن مما اكسبها صلابة وقوة واحتراماً جعلت منها تراثا مكتسباً لا يُمكن إغفاله في تكوين القانون، وهذه المعطيات هي أساس كل إصلاح وبناء قانوني جديد، فهي نتيجة الخبرة المكتسبة عبر الزمن مما يجعل لها حُجية مسلم بها.والمعطيات التاريخية، هي حقائق علمية في حقيقتها ومعناها، فالتاريخ ليس سوى التجربة التي مرت بها الإنسانية عبر الزمن، وبذلك تكون قادرة على منح القانون اساساً راسخاً وقوة. فعبر التاريخ اكتسب حق الملكية احتراماً خاصاً، لم تستطع ان تنزع احترامه من النفوس حتى أقوى النظم الاشتراكية،وهكذا نصت اغلب دساتير دول العالم على ان (حق الملكية مقدس) و(لا يجوز نزع الملكية الخاصة إلا وفقاً للقانون وبموجب تعويض عادل)، وهكذا الأمر بالنسبة لنظام الزواج الذي يخضع دائما لرقابة دينية او مدنية تسبغ عليه الصفة الشرعية، ويُنص غالبا على انه رابطة مقدسة، فمثل هذه النصوص تجد سندها في التطور التاريخي الذي خرجت منه.

(٣) المعطيات أو الحقائق العقلية Donnéesrationnelles(١):

هي القواعد التي يمكن أن يستخلصها العقل من المعطيات سالفة الذكر، على أن يقوم العقل بصقلها وتحويرها، حيث يعمل القانون على ملائمة معطيات الواقع والطبيعة والتاريخ وموافقتها على ما يفرض من غاية للقانون. ويلاحظ أن هذه القواعد قليلة العدد وتطبق بصورة عامة، وهي مؤسسة على العقل، لهذا فهى أقرب ماتكون الى قواعد القانون الطبيعي(٢). ويلاحظ عدم الخلط بينما عليه العقل من هذه الحقائق الثابتة وبينماعليه العقل من مثل عليا، ومثال ذلك الزواج – فالحقائق الطبيعية تفرض اتصال الرجل بالمرأة، وهذه حقيقة ثابته، فيتدخل العقل هنا ليجعل هذا الاقتران بينهما مستقرًا ناشئًاعن الرضا، ولتحقيق تكوين أسرة وتربية الأولاد،

انظر كذلك: السنهوري وأبوستيت بند ٥٦ ص٧٥؛ الشرقاوي – ص١٠٧؛ فرج – السابق – ص١٠٣، ١٠٤.

([1]) GENY (François), Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Tome 2, Op.cit., n° 169, P.380 ets

انظر كذلك: د/ جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص١٠٧ ويسميها المعطيات المنطقية؛ د/ عبد الرازاق السنهوري وأبو ستيت، مرجع سابق،ص٧٣.

([2]) GENY (François), Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Tome 2, Op.cit., n° 169, P.380-381

Il dit: "En réalité, cettr donnée rationnelle représente le fonds essentiel du droit naturel classique….)

فيكون ذلك مقتضية نظام الزواج كعلاقه دائمة بين الزوجين. ويلاحظ أن تعدد الزوجات أو عدمه لايدخل في الحقائق العقلية ولكنه يدخل ضمن الحقائق المثالية، ويقول فرنسوا جيني: "أن الحقائق العقلية لها صفة علمية بالمعنى الواسع لأنها لاتقف عند الملاحظة والتجربة، بلتتعدى ذلك الى جوهر الأشياء بما لدي العقل من وسائل خاصة للمعرفة". (١)

(٤) المعطيات أو الحقائق المثالية Donnéesidéales(٢):

تعتبر الحقائق المثالية تعبيراً عن آمال الجماعة تحاول تحقيقها على أساس أنها مثل عليا للنهوض بالنظام القانوني ليصل الى درجة الكمال، وهذه يستلهمها أفراد الجماعة من العاطفة لامن التفكير. ولذلك فهي خارجة عما تفرضه الحقائق الأخرى الواقعية والتاريخية والعقلية في التنظيم القانوني، وهدفها تقدم القانون وسموه. ويلاحظ أنها مادامت تتضمن المثل العليا للجماعة، لذا فهي ليست عالمية خالدة كما هو الشأن بالنسبة للحقائق العقلية التي يفرضها العقل فهي تختلف باختلاف البيئة والحضارة، والشعور العام لكل جماعة من الجماعات، وكذلك تختلف في الزمان بالنسبة للجماعة الواحدة. (٣)

ومثال ذلك في الزواج، نجد أن المُثل الأعلى لبعض البلاد هو عدم تعدد الزوجات، ويختلف الأمر في بلاد أخرى، فيكون ذلك ضمن الحقائق المثالية. ومثله أيضًا الطلاق، فان المثل الأعلى في بعض الدول هو عدم الانفصال بين الزوجين في حين أن قوانين الدول الأخرى تبيحه. ومن الأمثلة أيضًا، إثبات النسب، فقد يكون من المثل العليا جعل هذا الإثبات يسيرًاعن طريق افتراضات قانونية كقاعدة (الولد للفراش) فيقيد حق الأب في إنكار أبوته. (٤)

ولذلك فان لهذه الحقائق المثالية أثرًا كبيرًا في تطور القانون،حتى لوكانت الحقائق الأخرى: الطبيعية والتاريخية والعقلية لم يطولها التطور، كما هي الحال في الغاء الرق، والمسئولية التي تؤسس على مبدأ تحمل التبعية(٥).

---

(1)**GENY (François), Sciences et techniques, tome 2, chapitre 9, n° 160 et suivants.**

(2) **GENY (François), Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Tome 2, Op.cit., n° 170, P.384 ets**

وانظر كذلك: د/ جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص١٠٨ – د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٧٣.

٣) د/ محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص ١٨٦

٤) المرجع السابق، ص ١٨٦

٥) انظر في هذا المعنى:د/ عبد الرازق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مرجع سابق، ص٧٣.

ويقرر الفقيه فرنسوا جيني أن أهم المعطيات أو الحقائق هي المعطيات العقلية، فجوهر القانون إنما هو عمل عقلي لأنه يصقل المعطيات الأخرى، وهو الذي يحافظ على فكرة العدل التي تُعين على إقامة النظام والأمن في الحياة الاجتماعية، ولهذا يستلزم جيني وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية، أي وجود قواعد يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء، قواعد سامية يخضع لها جميع الأفراد.

والحقائق المثالية وظيفتها – كماسبق القول – السمو بالقواعد التي يمليها العقل الذي يستنير في ذلك بالتاريخ أو بالواقع، وهكذا يخلص جيني إلى أن الحقائق العقلية أهمهاجميعًا، وهي الأساس الجوهرى للقاعدة القانونية التي تعتمد على الحقائق الطبيعية، وكلاهما يتطلب نموًا تاريخيًا حتى نرسخ هذه الحقائق خلال التطور الاجتماعي ويتم هذا التطور تحت تأثير مثل أعلى منشأنه السمو بالطبيعة والواقع(١).

(ثانياً) عنصر الصياغةTechnique:

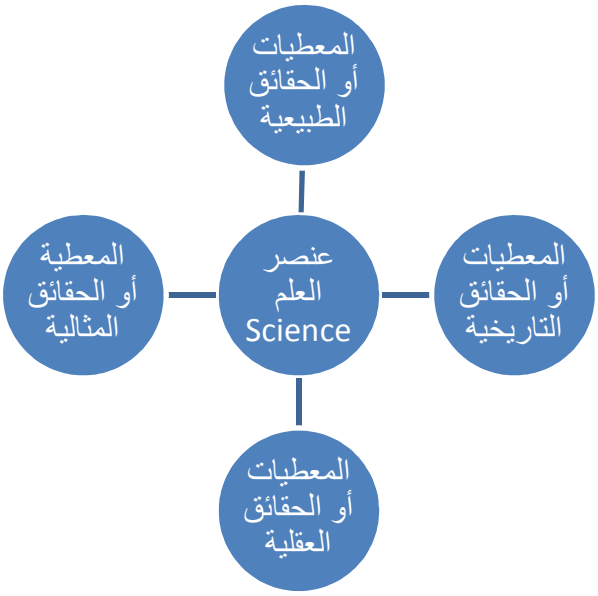
تقتصر أهمية عنصر العلم، بما يشمله من المعطيات والحقائق التي أشارنا إليها سلفاً والتي تكون جوهر القانون ومادته الأولية،على مد القانون الوضعي بتوجيهات عامة غير واضحة، فهي عاجزة عن مواجهة الواقع لكي تطبق عليه، ولذلك فأن الفقيه فرنسوا جيني يقرر أن تكمل هذه التوجيهات حتى يمكن أن يكون لها الأثر الفعال بصياغتها فيقال بعملي حتى تصلح للتطبيق(٢). فعنصر الصياغة لا يتعلق بجوهر القاعدة القانونية، وإنما يتعلق بالشكل، ويدخل في نطاق الفن التشريعي.

---

[1]) **GENY (François), Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Tome 2, Op.cit., n° 176, P.418 ets**

[2]) **GENY (François), Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Tome 2, Op.cit., n° 176, P.421-422**

وانظر كذلك:د/ عبد الرازق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، بند ٥٣، ص٧٠.



المبحث الثاني

التفسير في مدرسة البحث العلمي الحر

تمهيد وتقسيم:

يطلق الفقيه فرنسوا جيني على فلسفته في التفسير – كما أوضحنا من قبل – منهج البحث العلمي الحر في تفسير القانون. ويعني بالحر عدم التمركز أو الانحياز لمذهببعينه أو الالتزام مسبقًا بمقدمة كلية واحدة. أو كما يعبر السنهوري وأبو ستيت عن ذلك بقولهما إن هذه المدرسة "قد أخذت منكل مذهب من المذاهب بقدر ما فيها من حق" (١)، فكل مذهب يمكن

---

(١) د/ عبد الرازق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص ٧٠

أنُ يقِّدم وجًها منالأوجه التفسيرية للقانون ولا يمكن لنظرية واحدة أن تستوعب كافة التفسيرات الممكنة. فالقاعدة القانونية الواحدة قادرة على توليددائرة واسعة من المعاني باختلاف الزمان والمكان.

وتعترف هذه المنهجية للقاضي بممارسة دور المشرع في مواجهة وقائعتضيق عنها المعاني المألوفة، فيسعى القاضي إلى توليد معانٍ جديدة من النصوص نفسها، وليس من خلال محاولة الكشفعنها في كيان من خارجها. فالقاضي وفًقا لمذهب الفقيه فرنسوا جيني يجتهد في توليد المعاني من خلال العناصر الموضوعية "التي يقدمها له العلم،" وهذه العناصر كلها واقعة داخل النص. (١)

وينقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: الأسس التي تقوم عليها مدرسة البحث العلمي الحر في التفسير.

المطلب الثاني: تقدير مدرسة البحث العلمي الحر وأوجه النقد الموجه إليها.

---

[١]) **د/ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ٦٧**

المطلب الأول

الأسس التي تقوم عليها مدرسة البحث العلمي الحر

في التفسير

يوجد مجموعة من الأسس التي ينطلق منها مذهب البحث العلمي الحر في التفسير، ومن هذه الأسس:

الأساس الأول: عجز التشريع ونقصه وتعدد مصادر القانون:

لا شك أن القانون المكتوب هو نتاج العقل البشري، وإرادته المحدودة، وأنه لا يمكن أن يستمد منه كل القواعد التي تتطلبها العلاقات الاجتماعية المعقدة وغير المحددة، ولذلك يضطر القاضي احياناً إلى الاعتماد على نفسه في اكتشاف القاعدة كي لا يتنصل عن إصدار الحكم فيؤاخذ على تنصله أو إنكاره للعدالة، ويترتب على نقص التشريع تعدد مصادر القانون، فالتشريع لا يصلح وحده لكل مسألة من المسائل القانونية، ولهذا يستلزم الرجوع إلى مصادر أخرى للقانون غير التشريع. (١)

الأساس الثاني: احترام الإرادة الحقيقة للمشرع:

وقف فرنسوا جيني أمام النص التشريعي واعتبره مقدساً، لا يجوز انتهاك حرمته (٢)، أو التحوير في فهمه، أو تشويه أو تحريف معناه، ذلك أن التشريع عمل إرادي هادف، يشبه التصرف القانوني الذي تحمل عبارته مضمون الإرادة التي صدر عنها، ولذلك ينبغي أن يقتصر التفسير في رأيه على محاولة التعرف على هذه الإرادة، وليس إصلاحها أو إخضاعها لأية ظروف أو افكار مسبقة، وبعبارة أخرىيجب التقيد بالقصد الحقيقي للمشرع لحظة وضعه، إلا إذا اختار المشرع التعبير عن إرادته(٣) بفكرة مرنة كفكرة النظام العام التي يجوز تفسيرها طبقاً للأفكار السائدة وقت تطبيق النص. (٤) ولا يؤثر ذلك في وضوح النص، لأن المشرع نفسه أدرك

---

١) د/ محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢، ص ٢٠٣.

2) GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique. Tome second, L.G.D.J., 1919, P. 98

3)GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, Op.cit., P.101

٤) د/ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ٧٥٥-٧٥٦ ؛ محمد شريف أحمد، نظرية تفسير القانون، مرجع سابق، ص ٢٠٣-٢٠٤

الطبيعة النسبية لهذا الموضوع وترك التحديد الدقيق للمفسر. وفيما عدا ذلك يصر جيني على أن يظل التفسير معنياً بالكشف عما أراده المشرع وعبر عنه فعلاً في أوامره. (١)

وفي ذلك يشير الفقيه فرنسوا جيني أن عبارات النص مثل اللغة مجرد وسيلة وضعية لبيان فكرة المتكلم وأثارتها بذاتها عند الأشخاص الذين وجهت إليهم. ولما كان النص التشريعي حصيلة فكر واع لمؤلفه فيجب أن نفترض بأنه اختار النص بتعمد وأن كلماته تعبر بإخلاص عن فكره وإرادته ومن ثَم يجب أن نتجه أولاً إلى صيغة النص وأن نستخلص جميع معانيه ولا نتخطى حدوده. " (٢)

ويُفهم مما سبق أن فرنسوا جيني يرفض فكرة افتعال النية والقصد المفترض للمشرع، وإنما يركز اهتمامه على تحري قصده الحقيقي الكامل، من خلال النص، وإن سار مع الرأي القائل باعتماد المفاهيم القانونية المجردة التيقد يعبر بها المشرع عن ارادته(٣). ولما كانت مهمة المشرع تنحصر في تزويد الواقعة القانونية بقواعد قانونية قابلة للتطبيق مباشرة وليس مهمته بيان المفاهيم والأفكار القانونية المجردة كفكرة الإثراء بلا سبب(٤) أو فكرة إزالة الضرر(١)، لأن ذلك

---

[1])**GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, Op.cit., P. 98**

[2]) **GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, Op.cit., P.100**

[3])**GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, Op.cit., P.101**

(٤) **في قانون العقود، يحدث الإثراء بلا سبب عندما يتم إثراء أي زيادة الذمة المالية لشخص من حساب شخص آخر في ظروف يرى القانون أنها غير عادلة. ٥عندما يتم إثراء الفرد بلا سبب، يفرض القانون على المتلقي حق غيره التزامًا بالتعويض، مع مراعاة الحجة مثل تغيير الوضع المالي والمنصب. تنشأ المسؤولية عن الإثراء غير العادل (أو غير المبرر) بغض النظر عن المخالفات من جانب المتلقي. يمكن تتبع مفهوم الإثراء غير العادل إلى القانون الروماني والمثل القائل بأنه «لا ينبغي أن يستفيد أحد على حساب شخص آخر. nemolocupletaripotestalienaiactura :»أو nemolocupletaridebet cum alienaiactura .**

See generally: MITCHELL et al, Goff & Jones Law of Unjust Enrichment (Sweet & Maxwell, 8th ed, 2011); VIRGO(Graham), The Principles of the Law of Restitution (3rd ed, 2015); ANDREW Burrows, The Law of Restitution (3rd ed, 2011); MASON, Carter, and Tolhurst, Mason & Carter's Restitution Law in Australia (LexisNexis, 2nd ed, 2008). On unjust enrichment as a 'unifying legal concept', see the judgment of Deane J in Pavey & Mathews v Paul (1987) 162 CLR 221.

يدخل في مهمة الفقه الذي يعني بتحديد الأفكار المجردة والمبادئ القانونية المحضة، فإن المشرع إذا أشار إلى فكرة مجردة أو نص عليها فأنها تكون فكرة ملزمة عند الفقيه فرنسوا جيني بيد أنه رأى أنه ينبغي أن يتم دراساتها بدقة(٢). ولفهم واستيعاب النطاق العلمي للنص التشريعي فقد استعان الفقيه جيني بعناصر التفسير الداخلي والخارجي، أي بالمنطق والسوابق وغيرهما من طرق التفسير.

الأساس الثالث: رفض الأخذ بالنية المحتملة: (٣)

يأخذ فقهاء مدرسة التزام النص (الشرح على المتون)، عند عدم التعرف على النية الحقيقة للمشرع، بالنية المحتملة للمشرع، ويقول بها فقهاء المدرسة الاجتماعية مطلقاً، لأن الذي دعا هؤلاء للقول بها التكلف في استخراج الحكم من النصوص في المسائل التي لم تتناولها، وهو ما لا يقول به أصحاب مدرسة البحث العلمي الحر لأن منهجهم عند عدم ورود الحكم في النص البحث في المصادر الأخرى للقانون. وينطلق الفقيه فرنسوا جيني في رفضه للنية المحتملة من حقيقة أن "المشرع لا يريد فرض النية غير الحقيقية والواضحة". فإذا لم تكن القاعدة التشريعية واضحة، فإن الفقيه جيني لا يفضل الاهتمام بالنية المحتملة وهو في ذلك: " ما دام غياب أو إبهام النية الواضحة لا يسمح بتفسير واضح للنص فيجيب البحث عن منهج آخر للحكم" (٤). فإذا لم يؤد تفسير النص تفسيراً حقيقياً يقوم على احترام إرادة المشرع إلى انطباقه على النزاع المعروض، فيجب التسليم حينئذ بعدم انطباق النص وبضرورة البحث عن قاعدة قانونية أخرى في مصدر آخر من مصادر القانون الوضعي كالعرف مثلاً. وإذا لم يعثر على قاعدة قانونية يمكن تطبيقها في أي مصدر من مصادر القانون الوضعي، فيجب الاعتراف بالنقص في مصادر القانون الوضعي، وحينئذ يجب منح الحرية للقاضي كي يؤدي واجبه في أن يحكم بالعدل بين الناس عن طريق القيام ببحث علمي حر يرجع فيه إلى جوهر القانون. إن قيام القاضي بهذه المهمة يمثل الفكرة الأساسية والميزة لمدرسة الفقيه فرنسوا جيني (البحث العلمي الحر).

الأساس الرابع: البحث العلمي الحر:

---

[١]) **الضرر هو إلحاق المفسدة بالغير مُطلقاً. فلا يجوز من تضرر من شيء أن يعاقب الغير المُتسبب في الضرر بغتلاف ممتلكاته. وينبغي معالجة الضرر في حالة وقوع الضرر الزام المتسبب في الضرر بإزالته.**

[2]) **Idem**

[٣]) **د/ محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص، مرجع سابق، ص ٢٠٥**

[4])**GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, Op.cit., P.106**

حينما يفتقد المفسر النص الواضح، يتقمص صفة المشرع، ويتخطى مرحلة التفسير، ويقرر الحل المطلوب بمراعاة نفس الاعتبارات التي كان المشرع يراعيها لو أراد الفصل في النزاع (١)، والمفسر لا يصبح مشرعاً في رأي الفقيه فرنسوا جيني، لأن الحل الذي سيهتدي إليه، وإن روعي فيه ما يراعى عند تشريع القاعدة القانوني، لا يتحول إلى قاعدة قانونية ملزمة، أي لا تتوفر فيه صفة العموم والإلزام إلا فيما يتعلق بهذا النزاع المطروح أمام القاضي من حيث وقائعه وأشخاصه. (٢)

ولهذا فإن على المفسر أن يستخلص القاعدة القانونية من خلال البحث العلمي الحر، وذلك بالرجوع إلى العناصر والعوامل المختلفة التي تساهم في خلق القانون والتي هي مادته الأولية، وهي الحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية(٣)، وهي التي يستلهمها القاضي ليضع القاعدة القانونية ليطبقها على الحالة المعروضة في حالة عدم وجود نص تشريعي. (٤)

وإذا فُهم مما تقدم أن القاضي سلطة إنشاء القاعدة القانونية في حالة عدم وجود النص الذي يقضي به، فان الاعتراف بذلك سيؤدي بلاشك الشيوع الاضطراب في إيجاد الحلول القانونية التي تستند الى النصوص، مما أدى بالفقيه جيني الى أن يوضح فكرته في أن القاضي في ذلك ليست سلطته مطلقة، بل مقيدة بأصول فنية وعلمية.

ووفقاً لفرنسوا جيني، يوجد مهمة مزدوجة تقع على عاتق القاضي تجاه ملء ثغرات القانون، هي استطلاع العقل والضمير ثم استقراء الظواهر الاجتماعية (٥)

أما المهمة الأولى وهي استطلاع العقل والضمير، فقد رأى الفقيه فرنسوا جيني وجوب العودة إلى ميدان القانون الطبيعي(٦). وفي ذلك يقول(١): " إن المبادئ المستوحاة من العقل

---

[1]) **GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, Op.cit., P.156**

انظر كذلك: د/ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ٧٥٦

[2]) **GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, Op.cit., P.156**

انظر كذلك: د/ محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص، ص ٢٠٦

[٣]) **د/ محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية: (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي)، مرجع سابق، ص ١٨٣-١٨٦**

[٤]) **د/ محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية: (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي)، مرجع سابق، ص ١٨٠-١٨١**

[٥]) **د/ ثروت الآسيوطي، منشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، مرجع سابق، ص ٨٠**

[6])**GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, Op.cit., P.80**

والضمير والمدركة عقلاً من خلال الحدس والبداهة هي أولى الأدلة الضرورية للبحث الحر". وقد دافع الفقيه جيني عن نظرية القانون الطبيعي حيث يرى أن العدالة متأصلة في طبيعتنا الأخلاقية(٢)، وأن القضاء لم يرفض اطلاقاً فكرة العدالة ولن يرفضها إلا إذا تخلى عن مهمته(٣). ومن ثَم يجب التمسك بها وإلا ضحينا بالأسس الخالدة والدائمة للحقيقة والعدالة التي فرضت نفسها علينا(٤). ولذلك يجب التسليم بأن هناك مبادئ للعدالة تستوحي من العقل والضمير، وهي وإن استمدت من خارج العالم المحسوس إلا أنها تأخذ طابعها الإيجابي في حياة المجتمع. فهي تأتي من خلالنا ولكنها تمثل حقيقة عليا خارج أنفسنا(٥) أي أن مصطلح العلم لا يقصد به فرنسوا جيني المعنى الضيق وهو المعرفة اليقينية التي تستند إلى المشاهدة والتجربة، بل أنه يقصد به المعنى الواسع أي كل معرفة منطقية منهجية تجريبية كانت أو عقلية (٦).

وأما عن المهمة الثانية وهي استقراء الظواهر الاجتماعية، فقد أحال الفقيه فرنسوا جيني القاضي في شأنها إلى طبيعة الأشياء باعتبارها المصدر الواسع للقانون الوضعي (٧)

والحقيقة أن "فكرة طبيعة الأشياء" تمثل الركيزة الأساسية للبحث الموضوعي الحر عند الفقيه جيني، ذلك أن العلاقات الاجتماعية تحمل في ذاتها ظروف وشروط توازنها، وإنها تدل بذاتها على القواعد التي تحكمها (٨).

المطلب الثاني

---

[1])**Ibid., p. 160**

[2]) **GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, Op.cit., p. 164**

[3])**GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, Op.cit.,p. 160**

[4])**Ibid., p. 161**

[5]) **Ibid., p. 162**

[٦]) **د/ حسن كيره، مرجع سابق، ص ١٤٢**

[7])**Ibid., p. 159**

[8]) **Il ne s'agit pas seulement de considérer et d'analyser, par le menu, tous les éléments de fait de notre vie sociale, d'en observer les rapports, de discerner les réactions réciproques qu'ils subissent. Il faut, plein de confiance en notre conscience morale comme en notre raison, user de ces facultés pour dégager les lois des phénomènes et faire ainsi contribuer toutes nos ressources à une construction, vraiment scientifique, du droit commun que nous cherchons", Méthode d'interprétation, tome 2, n° 156**

تقدير مدرسة البحث العلمي الحر وأوجه النقد الموجهة إليها

الفرع الأول

تقدير مدرسة البحث العلمي الحر في التفسير (١):

وبعد أن أوضحنا فيما سبق طريقة جيني في التفسير، وربطنا بين هذه الطريقة وبين نظريته عن أصل القانون أو مصدره، نعود إلى تقدير منهج جيني في التفسير.

وقد سبق القول أن هذا المنهج قام على الجمع بين مدرسه التزام النص والمدرسة التاريخية. فأخذ من كل منهما القدر الصحيح، فقد أنكر في مدرسة التزام النص الادعاء القائل أن التشريع يشتمل على القانون كله واعترف بالعرف كمصدر احتياطي للتكميل في حالة نقض التشريع. وبذلك حاربت المدرسة العلمية العبودية للنصوص وهي السمة البارزة في مدرسة الشرح على المتون، وفى الوقت نفسه أخذ منها، في حالة وجود نصوص تشريعية، استخلاص القصد الحقيقي للمشرع، وعدم تحميل النصوص وأراهقها باصطناع القصد المفترض، وبذلك يضمن أو يحافظ على عنصر الثبات والاستقرار لمعنى النصوص حسب الإرادة الحقيقية للمشرع. وقد أجاز التوسع في تطبيق القانون عن طريق القياس. لكن جيني عند استخدامه للقياس لاستخلاص الحلول عن هذا الطريق، لايعطيه وصف الحمل التشريعي، كما كانت مذهب في ذلك مدرسة الشرح على المتون، استنادًا الى إرادة المشرع المفترضة فتصف طريق القياس بأن له صفة حجية النصوص، بل حين يلجأ جيتي إلى هذا الطريق إنما يكون ذلك إذا توافرت أسبابه كوسيلة من وسائل البحث العلمي الحرLa librerecherchescientifique(٢) أي يبحث عن القاعدة واجبة التطبيق في مصدر آخر من مصادر القانون، يتلوه في الترتيب هو العرف.

أما في الحالات التي لايوجد في شأنها نص أو عرف، حتى يمكن تطبيقه على النزاع المعروض، ولو من طريق القياس، فإن الفقيه جيني، لم يأخذ بالمذهب التاريخي في التفسير في هذه الحالة، فيذهب كماذهب إليه ذلك المذهب في تفسير النصوص على أساس النية المحتملة للمشرع ليمكن التطبيق على الحالات الجديدة، لكنه يرى أن على المفسر أو القاضي في هذه الحالات ان يصل الى الحلال قانوني الواجب التطبيق باتباع منهج البحث العلمي الحر، وهذا

---

[1])انظر في ذلك، د/ جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٢٠١ وما بعدها؛ د/ سليمان مرقص، مرجع سابق، بند ١٩٦ ص٤١٠؛ د/ حسن كيره، المدخل للقانون، مرجع سابق، بند ٣١٨ ص ٤١١ومابعدها؛ د/شمس الدين الوكيل، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية)، ١٩٦٢، ص٢٧٠ وما بعدها.

[2])GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, Op.cit., T.1, n° 106-107, P.304,316, T.2, n° 165, 166, pp117,122

المنهج كما سبق القول يرمي إلى الرجوع الى جوهر القانون، أو المادة الأولية التي يتكون منها القانون، وهي الحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية.

وبمعنى آخر، فأنه في حالة تخلف الشكل يرجع، دائمًا إلى الجوهر لسد النقص في مصادر القانون الرسمية(١).

ويرى معظم الفقهاء(٢) ان في هذه الحالة يختلف دور القاضي عن دور المشرع فالأخير، عندما يلجأ إلى عوامل تكوين القاعدة القانونية لاستلهام الجوهر فانما يكون ذلك بغرض وضع قواعد عامة مجردة، أما رجوع القاضي إلى هذا الجوهر فلا يقصد بها لااستخلاص حلال نزاع المعروض، وعلى ذلك فان هذا الرجوع ليسا نشاء قواعد قانونية(٣)، بل استمداد لها من مصادرها المسلمة، وهذا هو عمل القاضي في كل حال.

هذا وقد لاقت هذه المدرسة تأييدًا كبيرًا من جانب الفقه(٤) الذي يرى ان طريقتها في التفسير هي الاتجاه السائد في الوقت الحاضر(٥) وأنها وسعت من مفهوم التفسير فشمل جميع مصادر القانون، إذ أنه في حالة عجز هذه المصادر عن إعطاء الحلول اللازمة لمواجهة الفروض العملية، فلا حرج من دفع التفسير إلى مايسمى البحث العلمي الحر (ويقوم المفسر بعمل المشرع في ابتداع الحل الذي يراه عادلًا وملائمًا)(٦) والواقع أن طريقة هذه المدرسة في التفسير تقوم على أساسين:

الأول- حالة وجود النص:

أخذت هذه المدرسة بنظرية الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع النص، وبذلك اتبعت طريقة مدرسة الشرح على المتون في ذلك.

الثاني – حالة عدم وجود النص:

---

[١])انظر في ذات المعنى، د/عبد الحي حجازى، المخل للعلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٥٦٩، ٥٧٠؛ د/حسن كيرة، المدخل للقانون، مرجع سابق، ص ٤١١؛ د/ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص٢٦٩.

[٢])انظر على سبيل المثال – هنري كابيتان (المدخل لدراسة القانون المدني) بند ٦٤ ص ١٠٢؛ د/ حسن كيرة، المدخل الى القانون، مرجع سابق، ص٤١١.

[٣]) انظر في ذات المعنى: د/ حسن كيرة، المدخل الى القانون، مرجع سابق، ص٤١١؛ د/ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص٢٦٩.

[٤]) د/ عبدالرازق السنهوري ود/أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مرجع سابق، ص ٢٣٩، د/ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص٢٦٩.

[٥]) انظر في ذلك: د/ جميل الشرقاوى، مرجع سابق، ص٢٠٢.

[٦]) د/ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ٢٧٠ حيث يقول: وينبغى ان تستهدي... لاختيار الاتجاه الذي نراه ملائمًا لتفسير قواعد القانون المصرى.

أما في حالة عد موجود النص، استبعدت مدرسة البحث العلمي الحر طريقة مدرسة الشرح على المتون في الأخذ بالنية المفترضة للمشرع كما استبعدت طريقة المدرسة التاريخية في الأخذ بالنية المحتملة للمشرع، ونادت بأن يخرج القاضي أو المفسر في هذه الحالة إلى مادة القانون الأولية التي تتكون من العناصر الأربعة – وفقًا لما سبق بيانه – ليست نبط حكم الحالة المعروضة الغير منصوص على حكمها.

ويشير أستاذنا الدكتور عباس مبروك الغزيري في أطروحته "دور القضاء في التوفيق بين الواقع والقانون" أن الفقيه فرنسوا جيني يرى أن التفسير يستند إلى القانون الوضعي ولا يستند إلى القانون الطبيعي. وإن وظيفته الأولى هي الوصول إلى إرادة المشرع، باعتبار أنه قد وضع فريضة اكتمال التشريع التي تنبثق من فكرة أن المُشرع هو المبشر بالقانون الوضعي.

وقد فرق الفقيه جيني بين التفسير وفقاً لصياغة النص والتفسير وفقاً لروحه، ويرى أن التفسير وفقاً لكلمات النص يستند إلى استنتاج فكر المشرع من خلال صياغة النص التشريعي، وإن عمل القاضي يجب أن يعتمد بصفة أساسية على كلمات النص ومعناها المألوف لغوياً، وفي حالة نقص التشريع يحاول القاضي الوصول إلى معنى يتفق مع الهدف المرجو من النص والتي على ضوئها تتشكل كلمات النص مع الآخذ في الاعتبار لعلاقته بالنصوص الأخرى التي تربطها بها علاقة ما. ويرى الفقيه جيني أن التفسير وفقاً لروح النص يتجه إلى إيجاد المعنى الحقيق، فيما وراء كلماته وعباراته والتي تتفق مع فكر المشرع وذلك باستخدام طرق التفسير المختلفة مثل التفسير المنطقي والرجوع إلى الأعمال التحضيرية وقواعد العدالة. (١)

مثال: يظهر تأثر المشرع المصري بفقه المدرسة التقليدية والمدرسة العلمية من خلال بعض النصوص التشريعية، ومثالها ما جاء في القانون المدني المصري إذ تنص المادة ١٥٠ في فقرتها الأولى على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين."

وهنا يظهر التأثر فقه المدرسة التقليدية التي تتضمن ضرورة الالتزام بحكم العبارة الواضحة وعدم جواز الخروج عنها تحت أي ستار.

وتنص الفقرة الثانية من المادة نفسها على أنه:" أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات."

---

(١) د/ عباس مبروك الغزيري، دور القضاء في التوفيق بين الواقع والقانون (دراسة في فلسفة القانون)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، ١٩٩٦، ص ٢١٦

وهنا يكمن التأثر بفقه المدرسة العلمية من خلال النص على ضرورة عدم الوقوف عند حرفية النصوص، وإنما يجب التحري عن إرادة واضعها إذا كان هناك مجال للتفسير مع مراعاة مصلحة الجماعة وضرورات التعامل وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

وتنص المادة ١١٨٨ من قانون المدني الفرنسي وفق التعديل الصادر بمرسوم رقم ١٣١-٢٠١٦ على أنه " يُفسر العقد من خلال النية المشتركة للطرفين بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي لبنوده."(١)

وعندما لا يمكن التعرف على هذه النية، يتم تفسير العقد وفقا للمعنى الذي يتوقعه الشخص المُعتاد في الظروف نفسها.

ووفقاً للفقرة الأولى من المادة (١١٨٨ مدني فرنسي) يلتزم القاضي بالبحث الحصري عن نيّة الأطراف، وهذه هي الطريقة الذاتيّة أو الشخصيّة. أما الفقرة الثانية من نص المادة المذكورة أعلاه فقد سمح المشرع من خلالها للقاضي بالابتعاد عن طريقة التفسير الذاتي وإتباع التفسير الموضوع يوذلك عند تعذر الكشف عن النيّة الحقيقيّة للأطراف من خلال الاستناد إلى معيار الشخص العادي، ولتسهيل دورّ الموضوعي القاضي في هذا الإطار وضع المشرع له معايير توجيهيّة تساعده في استخلاص نيّة الأطراف وهذه المعايير منصوص عليها في المواد ١١٨٩ إلى ١١٩١ من القانون المدني الفرنسي. المعيار الأول: النظر إلى شموليّة العلاقة التعاقديّة من خلال التناغم في كامل التصّرف القانوني سواء كان عقداً واحداً أم عدة عقود (المادة ١١٨٩ مدني فرنسي) المعيار الثاني: النظر إلى نوع أو صفة المتعاقد وذلك بتفسير الشك لمصلحة المدين (المادة ١١٩٠ مدني فرنسي) المعيار الثالث: النظر إلى الفائدة التي يعطيها المعنى في أحد شروط العقد الذي يحتمل معنيين (المادة ١١٩١ مدني فرنسي).

الفرع الثاني

أوجه النقد الموجه إلى مدرسة البحث العلمي الحر

وجه بعض النقد الى نظرية جيني التي تسمى المدرسة المختلطة منها(٢):

١- ان هذه المدرسة جعلت القانون نتيجة حقائق علمية، وقصر تعمل الفن التشريعي على الصياغة فقط، مع العلم بأن نشوء القانون يقتضى أمرًا مهمًا غير هذه الحقائق العلمية، وغير الصياغة القانونية، وهذا الأمر هو السياسة القانونية La politiqueJuridique .

---

[1]) **Art. 1188 du Code civil franais qui dispose que: "Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.**

[٢])**انظر في نقد هذه المدرسة: روبيه – النظرية العامة للقانون ط١٩٥١ ص١٢٥ وما بعدها، ١٠٩، سليمان مرقص، مرجع سابق، بند ١٩٧، ٤١٤.**

٢- ان الحقائق الأربع التي أوردتها هذه المدرسة، ووصفه اجينى بأنها كلها علمية، لانجد منها من الحقائق العلمية بالمعنى الاصطلاحي الصحيح إلا الحقائق الواقعية والتاريخية. أما الحقائق العقلية والمثالية فمن العسير إضفاء الصفة العلمية عليها، لأنها تتكون من قوى غامضة مبهمة كالإيمان والعاطفة كما يقول جينى نفسه.

٣- القول بأن القانون ما هو إلا نتيجة لتفاعل هذه الحقائق فتمد المادة الأولية التي تحتاج للصياغة فقط، خلط بين نوعين من الحقائق مختلفين أحدهما يخضع لقانون السببية، ويشمل هذا النوع الحقائق الطبيعية والتاريخية، والنوع الثاني يخضع لقانون الغاية، ويشمل الحقائق العقلية والمثالية(١).

---

[١])انظر في ذات المعنى: د/ سليمان مرقص، مرجع سابق، بند ١٩٧، ص ٤١٤.

النتائج:

١. من أهم مبادئ مدرسة البحث العلمي الحر: اتباع المشرع في الأحوال التي تظهر فيها إرادته واضحة جلية.

٢. على القاضي أن يتمسك أولاً بالنصوص وأن يفسرها وفقاً لإرادة المشرع الحقيقية وقت وضعها.

٣. عندما لا يجد القاضي قاعدة قانونية يمكن تطبيقها على النزاع المعروض أمامه في أي مصدر من مصادر القانون، فيتعين عليه أن يتبع "البحث العلمي الحر". ويُقصد به الرجوع إلى جوهر التشريع بحقائقه ومعطياته المتعددة. وبالتالي يمكن الوصول إلى تحقيق العدالة بالاستناد إلى أسس ووسائل علمية.

قائمة مراجع البحث

أولاً: المراجع العربية:

(١)د/ جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١

(٢)د/ حسن كيرة – أصول القانون ط٢، ١٩٦٠

(٣)د/ سليمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية، ط٣، ١٩٥٧

(٤)د/ عبدالرازق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والنشر، القاهرة، ١٩٤٦

(٥)روبيه – النظرية العامة للقانون ط١٩٥١

(٦)د/ محمود جمال الدين زكي، دروس في نظرية القاعدة القانونية ١٩٥٤

(٧) د/ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشاة المعارف – إسكندرية، ١٩٨٦

(٨) د/ شمس الدين الوكيل، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية)، ١٩٦٢

(٩) د/ عبدالفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، تونس، مركز الدراسات والبحوث والنشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ١٩٨٧

(١٠) د/ عبدالله محمد على، المدخل إلى القانون، ١٩٩٨

(١١) د/ محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢.

(١٢) د/ محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية: (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩

(١٣) د/ مهاب نجا، المدخل إلى علم القانون، دار الشمال للطباعة والنشر والتوزيع، طرابلس، ١٩٩٠

(١٤) د/ عبدالودود يحيي، دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.

(١٥) د/ عباس مبروك الغزيري، دور القضاء في التوفيق بين الواقع والقانون (دراسة في فلسفة القانون)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، ١٩٩٦، ص ٢١٦

ثانياً: المراجع الأجنبية:

(1) GÉNY (F.), **Méthode d'interprétation**, tome 2, n° 156.
(2) GENY (François), Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Tome 1: Introduction - Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution. Paris, éditionsRecueilSirey, Paris, 1914
(3) GILISSEN (John), Introduction historique au droit, Bruylant, Bruxelles, 1979.
(4) MASON, Carter, and Tolhurst, Mason & Carter's Restitution Law in Australia (LexisNexis, 2nd ed, 2008). On unjust enrichment as a 'unifying legal concept', see the judgment of Deane J in Pavey & Mathews v Paul (1987) 162 CLR 221.
(5) MITCHELL et al, Goff & Jones Law of Unjust Enrichment (Sweet & Maxwell, 8th ed, 2011)
(6) PATRAS(Luc.P.), L'Interprétation en droit public, Athènes , Theod et Athan. N.Joannides, 1962,
(7) PERELMEN (CH.), Méthodes du droit « Logique Juridique » Paris Dalloz, 1976
(8) VIRGO(Graham), The Principles of the Law of Restitution (3rd ed, 2015); ANDREW Burrows, The Law of Restitution (3rd ed, 2011)