تاريخ التشريع

المحاضر: الدكتور فراس ملحم

موضوع البحث: المادة 46 من مرسوم دستور فلسطين

مقدم البحث: غِياث ناصر

مقدمه

موضوع بحثنا هذا المادة 46 من مرسوم دستور فلسطين. وتعتبر المادة المذكورة من أهّم المواد التي وردت في الدستور المذكور، حيث حددت مصادر القانون التي على المحاكم تطبيقها للفصل في النزاعات التي تُعرض امامها. ولكن اهميه المادة المذكوره، لا تكمن في ذلك فقط، وانما في الطريقه التي حاولت من خلالها سلطة الإنتداب اجراء تغييرات وتعديلات للقوانين في فلسطين، وخاصة إستيراد قوانين أو مبادئ قانونية من القانون الإنجليزي.

مع نهاية الحرب العالمية الاولى في سنة 1918 كانت فلسطين خرجت من سلطة العثمانين ووقعت تحت قبضة الامبراطوريه البريطانيه. قبل دخول الإنجليز البلاد كان القانون السائد في البلاد هو القانون العثماني. قديما كان القاضي العثماني يحكم حسب الشريعة الاسلاميه، دون ان تحدد له بشكل دقيق مصادر القانون. غير أن هذا الوضع تغير حاله في أواخر العهد العثماني. منذ منتصف القرن التاسع عشر، ومع بدء مرحلة التنظيمات، بدأ العثمانيون بتقنين القوانين. أما الدافع الاساسي لهذا التوجه، فكان محاولة تطوير الدوله العثمانيه، ومواكبتها للدول الأوروبيه التي بَدَأت هي ايضاً في وقت سابق بعمليات تقنين واسعه، ووضع مجموعات من القوانين في مجالات شتى من الحياه.

مع دخول الانجليز الى البلاد كان العثمانيون قطعوا شوطا طويلا في عمليه التقنين، حيث قاموا في وضع القوانين بمجالات شتى من الحياه، خاصة في مجال القانون المدني. هكذا تم جمع القانون المدني في قانون موحد- مجلة الأحكام العدليه، والذي إعتمد على الشريعة الاسلاميه. تم وضع قوانين للشركات، للمشاركات، للاوراق النقديه، الافلاس، والنقل البري[1].

لذلك، عندما دخل الإنجليز البلاد، لم يدخلوا بلدا غير متطور ودون أي جهاز قضائي[2]. كما أنهم لم يستبدلوا القانون السابق في البلاد. ما حدث انه تم التوجه للقانون الإنجليزي كمصدر مكمل للقانون العثماني القائم. والنتيجة كانت تضارب وتناقض بين نظامين قانونيين مختلفين من حيث المبادئ الأساسيه ومن حيث الخلفية لكل نظام. وكما وصف ذلك الكاتب يادين:

> "What happened was that English law was brought in as an addition to the existing Ottoman law. A fundamental antinomy was thereby created. Side by side with Ottoman law which was deprived partly from Moslem religious rules and partly from French and other continental sources, the courts were called to apply English law with all its differences in background character and conceptions"[3].

وقد اقر النائب العام لحكومة فلسطين نفسه بوجود هذا التضارب في فلسطين. كما اقرت به المحاكم ، منوهة إلى أن اللغات الرسميه في الدوله هي العربيه، العبريه، والإنجليزية، بيد ان معظم القانون المعمول مكتوب بالاصل باللغة التركيه، وقد ظهرت اختلافات على ترجمته. وكما جاء على لسان القاضي Manning:

---

[1] Ze'ev Zeltner, "Article 46 of Palestine Order-in-Council as Layered Legal Command" (1959) 16 *Hapraklit* 300, in Hebrew, (hereinafter:"**Zeltner**") at 307.

[2] Uri Yadin, "Reception and Rejection of English Law in Israel" *(1962) Int'l & Comp. L.Q*. 59, 60 (hereinafter: "**Yadin**").

[3] *Ibid* at 60.

"In recent case before this Court, the Attorney General remarked that every thing in Palestine is paradoxical. Certainly, nothing is more paradoxical than that, though there are three official languages in Palestine, a large and important part of the written law is in a language which is not one of the three, namely Turkish"[4].

ولكن الرأي القائل ان القانون الإنجليزي، كان قانونا مكملا للقانون الذي كان قائما في فلسطين، ليس دقيقا. والحقيقه، أن حكومة الانتداب عملت على أجراء تغييرات عديدة وجذرية للنظام القانوني القائم في فلسطين، من اجل إدراج القانون الإنجليزي في النظام القانوني للبلاد. وقد تم ذلك بطريقتين[5]:
أ) الطريقة الاولى هي التشريع، حيث مُنحت حكومة الانتداب في المادة 1 من صك الانتداب[6]، حق سن القوانين وقد قامت باستعمال هذه الصلاحيه بشكل كبير خلال عهد الانتداب.
ب) الطريقة الثانيه، هي استيراد القانون الإنجليزي بواسطة المحاكم، من خلال تفعيل المادة 46 من مرسوم فلسطين.
أما الطريقة الاولى فسنعالجها بشكل موجز لانها تخرج من إطار بحثنا هذا. وأما الطريقة الثانيه، فسنعالجها علاجاً جوهرياً خلال البحث، ونعالج طريقة استعمال المحاكم في فلسطين المادة 46 من أجل استيراد القانون الإنجليزي.
السؤال الاول الذي جاءت المادة 46 من مرسوم دستور فلسطين لتجيب عنه، هو ما الذي سيحدث للقوانين العثمانيه التي كانت ساريه المفعول عند دخول الإنجليز الى فلسطين؟ هل سيستمر العمل بها أو سيتم استبدالها بقوانين جديده؟ وإن تم استبدالها، فما هي القوانين التي ستستبدلها وما هو مصدر هذه القوانين؟.
وعليه كما سنرى، فقد جاءت المادة 46 من مرسوم فلسطين، لتنظم وتحدد القانون الواجب تطبيقه في فلسطين- القانون العثماني وقانون حكومة الانتداب، كما وجاءت لتحدد للمحاكم ما عليها أن تفعل حين لا يعطي القانون المحلي جوابا ما للمسألة التي طرحت على المحكمة (*Lacuna*)، وكان طرحها انه في مثل هذه الحالة عليها التوجه إلى القانون الإنجليزي.
وعليه، في البداية، سنقف خلال بحثنا هذا على أقسام المادة 46، والشروط لتطبيق القانون الإنجليزي، في المبحث الاول. ثم سنقف في المبحث الثاني على ممارسة المحاكم للمادة 46، وكيف تم تفعيلها من اجل اللجوء إلى القانون الإنجليزي وإستيراد قواعده.

أ) المبحث الاول: أقسام المادة 46

المادة 46 كما ورد في عنوانها، ***"التشاريع الواجب تطبيقها"*** جاءت لتحدد وتوضح للمحاكم التشريعات الواجب تطبيقها في فلسطين في فترة الانتداب. وجاء نص المادة كما وردت في المادة 46 من مرسوم دستور فلسطين كما يلي:

"التشاريع الواجب تطبيقها
46. تمارس المحاكم النظاميه صلاحياتها وفقا للتشاريع العثمانيه التي كانت نافذه في فلسطين في اليوم الأول من شهر تشرين الثاني سنة 1914 وسائر القوانين العثمانيه الصادره بعد ذلك التاريخ والتي اعلن او قد يعلن باعلان سريانها في فلسطين، ووفقا للمراسيم والقوانين والأنظمه المعمول بها في فلسطين عند سريان هذا المرسوم او التي قد تطبق او تصدر بعد صدور هذا المرسوم، ومع مراعاه احكام القوانين والمراسيم والانظمه المذكوره اعلاه.

وفي الاحوال التي لا تتناولها تلك القوانين والمراسيم والانظمه أو لا تكون منبطقة عليها، تمارس هذه الصلاحيه وفقا لروح التشريع العام ومبادئ العدل وألانصاف المتبعه في انكلترا ووفقا للصلاحيات لمحاكم العدل ومحاكم الصلح في انجلترا والاصول والعادات المتبعه امام تلك المحاكم او من قبلها وبمقتضى صلاحيتها وسلطاتها المختلفه في ذلك التاريخ الا بمدى ما طرأ او ما يطرأ فيما بعد على تلك الصلاحيات او الاصول او العادات من التعديل او الالغاء او التغيير او الاستبدال بموجب احكام اخرى:

---

[4] *"Palwoodma" v. Majdalan,* C.A. 138/37 (1937) 4 P.L.R 271, 276.
[5] Daniel Freidman, "Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel" (1975) 10 *Israel Law Review, 324,* (hereinafter:"**Freidman**") at 326.
[6] Article 1: "The Mandatory shall have full power of legislation and administration, save as they may be limited".

ويشترط في ذلك دائما ان لا يطبق التشريع العام المذكور ومبادئ العدل والانصاف المشار اليها اعلاه في فلسطين الا بقدر ما تسمح به ظروف فلسطين واحوال سكانها ومدى اختصاص جلالة الملك فيها وان تراعى عند تطبيقها التعديلات التي تستدعيها الاحوال المحليه".

معاينه اوليه للماده 46، تُبّين ان الانتداب لم يتنكر للقانون العثماني القائم بل ابقى عليه والزم المحاكم بتطبيقه. من جهة اخرى فقد الزم المحاكم بتطبيق مجموعة قوانين جديده، وهي قوانين وتشريعات حكومة الانتداب وبذلك فتح المجال لتغيرات عديده في القوانين القائمه، او في وضع قوانين جديده من قبل حكومة الانتداب. ومن ثم، في المسائل القانونيه التي لم تتناولها القوانين المذكورة، فقد وجه المحاكم الى القانون الإنجليزي ومبادئ العدل والانصاف المتبعة في بريطانيا.
إعتماداً على ذلك، يمكن تقسيم مصادر القانون التى تُوجّهُ إليها المادة 46 الى ثلاثة اقسام:

1) القانون العثماني (فيما يلي: "**المصدر الاول**").
2) القوانين التي وضعتها حكومة الانتداب (فيما يلي: "**المصدر الثاني**").
3) القانون الإنجليزي ومبادئ العدل والإنصاف (فيما يلي: "**المصدر الثالث**").

فيما يلي سوف نتطرق لكل قسم من مصادر القانون اعلاه على حدة. ولكن قبل ذلك لا بد من التطرق الى السؤال: هل توجد هرميه في المادة 46 بين مصادر القانون؟ وإن وُجدت فما هي وما هو المصدر الذي يكون الغالب في كل حالة؟.

1) الهرمية في مصادر القانون وفق المادة 46

لاولّ وهلة وبعد معاينة المادة المذكوره، قد يُوحَى للقارئ وجود هرميه بين المصادر الثلاثة للقانون. وفعلا، من الممكن الاخذ بهذا الطرح، بسبب هيكل ومبنى المادة. إذ يعتبر القانون العثماني القانون الاساسي الواجب تطبيقه، ويقف في راس الهرم، وبعده تاتي تشريعات حكومة الانتداب، كمصدر ثاني من حيث الاولويه، وبعدهما في حال إغفال المصادر اعلاه من اعطاء قاعده قانونيه تطبق على القضيه، يجب التوجه إلى القانون الإنجليزي ومبادئ العدل والانصاف.
إلا ان القراءة المذكوره للماده 46 ليست بالضروره القراءة الوحيده لاشكالية الهرميه للماده 46. في رأينا، لا توجد هرميه بين المصدرين الاول والثاني من مصادر القانون اعلاه، بيد انه توجد هرميه بينهما وبين المصدر الثالث، ويعود ذلك لاسباب عدة:
أولا: المصدر الثالث للقانون وضع في فقرة منفصلة عن المصدرين الاول والثاني، اللذين وُضِعا هما ايضا في فقرة منفصلة في بداية المادة.
ثانيا: تنبعُ الهرمية ايضا، من النص الذي حدد المصدر الثالث اعلاه، حيث بدأت الفقره بالكلمات "***وفي الاحوال التى لا تتناولها تلك القوانين....تمارس الصلاحية وفقا لروح التشريع العام ومبادئ العدل والانصاف***" وبالنص الإنجليزي للماده: "**Not extend or apply**". ويظهر بشكل جلي من النص، انه لا يمكن الوصول الى المصدر الثالث (روح التشريع العام ومبادئ العدل والانصاف)، إلا بعد ان يتبدّى بشكل واضح ان المصدرين الاول والثاني لا يتناولا الحاله المعروضة امام المحكمة، وعندها فقط تستطيع المحكمة التوجه للمصدر الثالث للقانون. واعتبر الباحثون بناءً على مبنى المادة 46، أن القانون الإنجليزي ليس المصدر الأول للقانون، بل هو مصدر ثانوي، يُلجأُ إليه عندما لا تحل القوانين الساريه في البلاد (أي القانون العثماني وقوانين حكومة الانتداب)[7].
ويبقى الخلاف فيما يتعلق بوجود هرمية بين المصدرين الاول والثاني للقانون. هنالك دلائل تشير الى وجود هرمية كما ذكر، ومن جهة اخرى هنالك دلائل تشير إلى عكس ذلك.
أما أول ما يشير الى اعتبار القانون العثماني، رأس الهرم، فهو ترتيب المادة 46 نفسها للمصادر. إذ وُضع القانون العثماني في نص المادة 46 على أنه أول مصدر للقانون. ولكن هذه الحقيقة، لا تؤدي بالضروره الى النتيجة أعلاه، لأن ترتيب المواد في القانون، غير كافٍ لأنْ نستنتج بشكل قاطع أن ما ورد في بداية النص، قد تصدر حق الأولوية، وما ورد في نهايته، يعدُ مصدرا ثانوياً.

[7] Yadin *supra* note 2, at 61.

أما الدلائل التي تشير إلى عدم وجود هرميه بين المصدرين الاول والثاني فهي عديده:
أولا: لقد وُضع المصدران الاول والثاني في نفس الفقره من المادة 46، لا في فقرات منفصله ومتتاليه.
ثانيا: نص الفقره الاولى نفسها. حيث استُعملت "واو العطف" بين المصدرين الاول والثاني، فقد نصت المادة " ***تمارس المحاكم النظاميه صلاحياتها وفقا للتشاريع العثمانيه... ووفقا للمراسيم والقوانين والأنظمه المعمول بها في فلسطين عند...".*** أي ان نص المادة اعلاه لم يعط اية أولوية لأيٍّ من المصدرين، بل وُجّهت المحاكم لتطبق القانون وفقا للمصدرين، دون تفضيل أي من المصدرين على الآخر.
ثالثا: لم تُستعمل الصيغه التي استُعملت قبل المصدر الثالث للقانون (**"وفي الأحوال التي لا تتناولها تلك القوانين**...")، بين المصدرين الأول والثاني للقانون. وكما رأينا اعلاه، فان استعمال هذه الصيغه قبل المصدر الثالث للقانون دلّ على وجود هرمية بينه وبين المصادر التي سبقته. وبسبب هذه الصيغه، لم يمكن بالامكان التوجه الى المصدر الثالث للقانون قبل ان تأكد استنفاذ المصادر التي سبقته.
وكما يمكننا قراءة رأي النائب العام في فلسطين حينها، Norman Bentwich، فهو أيضا لا يرى هرمية بين المصدرين الاول والثاني ويضعهما في منزلة واحدة. وكما قال في تفسيره للماده 46:

> "In other words, the Civil Courts are to administer primarily **the Ottoman law and the ordinances** issued by the Palestine Government; and where **those** texts do not supply a solution for any question which arises, then, and then only, are they to turn to English law for guidance"[8].(emphasis added)

من هنا سننتقل لتبيين كل مصدر من المصادر الثلاثة للقانون كما وُضعت في المادة 46، مع توضيح وجهات النظر بالنسبة لكل مصدر. كما سنقف على طبيعة المادة 46.

2) القانون العثماني

2.1) الاعتراف بالقانون العثماني الساري حتى تاريخ 1/11/1914

كما رأينا، المادة 46 أبقت القانون العثماني الذي كان نافذا في فلسطين قبل الاحتلال الإنجليزي، واعتبرته أحد المصادر الأولية للقانون، وأوجبت المحاكم تطبيقه. ولكنها مع ذلك حددت الموعد الاخير لقبول تلك القوانين وتطبيقها ليكون "الاول من تشرين الثاني 1914" كما نصت المادة.
تحديد الموعد المذكور كان يتعلق بتطورات الحرب العالميه الاولى[9]. وقد حُدّد ليكون موعد انضمام الدولة العثمانية للحرب العالمية الاولى. وجاء تحديد الموعد المذكور في المادة، تعبيرا من قبل الدوله المحتله – أي بريطانيا- عن عدم رغبتها في الاعتراف بقوانين الدولة السابقة بعد موعد خوضها الحرب ضدها. خاصة وقد قامت الدولة العثمانية خلال فترة الحرب بسن قوانين تُميّز سكان الدول المتحالفة ضدها، وتمنعهم من خوض محاكمها. وكما جاء على لسان النائب العام Norman Bentwich:

> "A law passed by the Ottoman Government during the war, which discriminated against Allied subjects and made them incapable of suing in the Courts, or of recovering any interest on their debts during the period of the war, was declared null and void, because this was clearly an act o war and not in accordance with international law"[10].

---

[8] Norman Bentwich, "The Law and the Courts of Palestine" (1924-1926) *2 Cambridge L.J. 37, 39.*

[9] شمعون شمير، **تاريخ العرب في الشرق الاوسط- العصر الحديث**، (تل ابيب، 1965) ص. 291. الحرب العالميه الاولى بدأت في شهر اغسطس 1914، ومع بداية الحرب وُقع اتفاق سري بين الدولة العثمانيه وبين المانيا. إلا ان ظروف الامبراطورية العثمانيه، وعدم جاهزيتها للحرب في تلك الفتره، حال دون انضمامها الى الحرب جانب المانيا مع بداية الحرب. الحدث الاساسي الذي ادى الى انضمام الدوله العثمانيه الى الحرب، وقع في نهاية شهر اكتوبر 1914، عندما هاجمت سفينه عثمانيه، بقيادة ضابط الماني، سفن روسيّة في البحر الاسود. نتيجة الهجوم اعلنت روسيا الحرب ضد الدوله العثمانيه. وفورا بعد ذلك انضمت بريطانيا وفرنسا لاعلان الحرب ضد الدوله العثمانيه، وهكذا جُرّت الدوله العثمانيه في نهاية شهر اوكتوبر، بداية شهر نوفمبر الى الحرب العالميه الاولى، الحرب التي ادت الى نكبة الدوله العثمانيه.

[10] Norman Bentwich, "The Legal Administration of Palestine Under the British Military Occupation" (1920-1921) 1 *Brit. Y.B. Int'l L. 139, 145.*

على الرغم من ذلك، منحت المادة 46 حكومة الانتداب الحق بالاعتراف بقوانين عثمانية جديدة لاحقة للموعد اعلاه، وذلك بإصدار مرسوم رسمي يعلن سريانها في فلسطين.
وقد حرصت المحاكم على تطبيق القسم المذكور من المادة 46 بحذافيره، الامر الذي لم تفعله - (كما سنرى لاحقا)- بالنسبة لبقيه اقسام المادة 46. حيث لم تقبل المحاكم بتطبيق القوانين العثمانية اللاحقه لهذا التاريخ والتي لم يصدر مرسوم رسمي بسريانها. وهكذا على سبيل المثال، ابطلت المحكمة المركزية بالقدس بصفتها محكمة استئناف قرارا كانت قد اصدرته محكمة الصلح بالقدس، سمحت فيه محكمة الصلح لبلدية القدس بجباية الضرائب البلديه وفقا *لقانون الضرائب البلديه لسنه 1330 هجري*، وهو قانون عثماني. واوضحت المحكمة المركزيه في قرارها، ان بداية سريان مفعول القانون المذكور كانت بعد الاول من تشرين الثاني 1914، وحيث لم يصدر مرسوما بسريان مفعوله في فلسطين، فلا يعتبر ساري المفعول ولا يمكن جباية الضرائب البلديه وفقا له[11].

2.2) ما المقصود "بالقانون العثماني"؟ ومتى يمكن الإنصراف عنه والتوجه إلى القانون الإنجليزي؟

بعد أن تطرقنا إلى الموعد الأخير لاعتماد القوانين العثمانية، السؤال الذي يُطرح بخصوص الفرع الاول من المادة 46، هو: ما المقصود **"بالقانون العثماني"؟**، وكما جاء في النص الأصلي للمادة 46: **"Ottoman Law in force in Palestine"؟**. هل المقصود، القانون العثماني كما تم تقنينه في أواخر عهد الدولة العثمانية فقط، بالتغاضي كليّاً عن مصادرهِ، أم يمكن الرجوع إلى مصادرهِ واعتبارها مصادر للقانون في المجالات أو الحقول التي يغطيها؟.
وفي هذا الجدل **وجهتا نظر** مختلفتان:
أ) أما وجهة النظر الأولى، والتي أيدها القانوني تادسكي[12]، ترى أن المقصود بالقانون العثماني هو الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي **إلى المدى** الذي الذي أصبحوا فيه، **بشكل حرفي،** جزءا من القانون العثماني الرسمي، مع امكانية التطرق الى مصادرهم فقط حين يكون النص مبهم. والمعنيّ بذلك القانون العثماني "بعرائِه" (مجرداً) كما جاء على لسان القانوني تادسكي[13].
ب) أما وجة النظر الثانيه، ترى أن المقصود بالقانون العثماني، هو القانون العثماني كما كان يتم تناوله وتطبيقه في 1/11/1914، أي الشريعة الاسلامية (المجلة) والقانون الفرنسي، **بما في ذلك مصادرهم في الحقول التي جاءوا لينظموها**، أي تكون لتلك المصادر فاعليّة، ليس لتفسير مادة قائمه في القانون فحسب، إنما ايضا من أجل ملء الفراغ القانون في كل النقاط القانونية في تلك المجالات[14].

وقد كانت وجهة النظر الثانية في تفسير المادة 46، هي الغالبة في ذلك. وقد برز الخلاف بين وجهتي النظر في قضية *Palestine Merchantile Bank v. Fryman*[15]، *وخاصة بين* القاضي Manning الذي أيده القاضي خياط، وبين القاضي Frumkin.
في القضية المذكورة التي سنقف على حيثياتها بشكل أكثر تفصيلا، وخلال رفضه استيراد قاعدة المقابل الإنجليزية (Consideration)، عرض القاضي Manning رأيه، بالنسبة للظروف التي يجب فيها تفعيل المادة 46 واستيراد قواعد إنجليزية، وميّز بين حالتين:

---

[11] *K. Friedenberg v. Municipality of Jerusalem*, C.A.D.C 212/31, (1919-1936) 5 C.O.J. 1715.
[12] Gad Tedeschi, "The Problem of Lacunae and Article 46 of Palestine Order-in-Council,1922" (1960) in Gad Tedeschi, *Studies in Israli Law (G. Tedeschi),* (Jerusalem, 1952) 54 in Hebrew. There is English translation also from the year 1960 (hereinafter:"**Tedeschi**"). at page 67 he says:
"عندما كانت المجلة سارية المفعول في العهد العثماني, من الواضح أنه لم تكن لمفسر القانون امكانية غير التطرق لمصادرها, من أجل ملء فراغاتها ومشاكلها. إلا انه وفق الماده 16, يجب على القاضي, إعتبار القانون العثماني الرسمي فقط, وعليه لا تعتبر المصادر الاسلامية للمجلة, مصادر رسميه يمكن اعتبارها مصادر مكملة للقانون في فلسطين. هو كذلك بالنسبة للمصادر الفرنسية للقوانين العثمانية".
[13] *Ibid*. 68. see also Zeltner *supra* note 1, at 301.
[14] Zeltner *supra* note 1, at 301
[15] C.A 240/37 (1938) 5 P.L.R 159.

أ) **الحالة الأولى**: حين يغطي القانون العثماني **مجالات** (حقولا) معينة في القانون. في هذه الحالة يجب تطبيق القانون العثماني على **جميع** الأسئله التي قد تطرح في هذه المجالات. وكما جاء في قراره:

> "Where, however, there exists an Ottoman Law on particular subjects, such as sale, hire, guarantee or agency, then the law both extends and applies **to all the questions that have to be determined with reference to these species of contracts**"[16].(emphasis added)

القاضي Manning كان يقظاً للسؤال الذي قد يطرح بهذا الخصوص، وهو: ما المنحى الذي يجب أن تنحوه المحكمة، حين يغطي القانون العثماني **مجالا** معينا من القانون، ولكنه على الرغم من ذلك، يصمت أو يغفل إزاء بعض الأسئلة أو النقاط القانونية في المجال نفسه؟!. إذ كان يعلم، أن القانون العثماني الذي تم تقنينه لم يشتمل على جميع النقاط القانونية التي قد تُطرح.

وكان جواب القاضي Manning أنه يؤيد بهذا رأي القانوني Hooper، أنه يجب التوجه في هذه الحاله إلى **مصادر** القانون العثماني من أجل العثور على الجواب القانوني. وكما جاء على لسان القاضي Manning:

> "Two things have to be remembered, first, that the law in force in Palestine is the Ottoman law as it existed on November 1st, 1914, save in so far as it has been altered bay legislation. The second thing is that the Mejalle is no exhaustive. I am in agreement with what Mr. Hooper says at p.23 of volume II of his "Civil Law of Palestine and Trans-Jordan:
>
> > "As regards points where the Code is silent, its is submitted that it is the obvious duty of Courts **to examine the sources** in order to ascertain what the law is"[17].(emphasis added)

والمقصود بذلك, أنه فيما لو غطى القانون العثماني مجالا قانونيا معينا، - على سبيل المثال الكتاب الثالث من المجله غطى موضوع **الكفاله**- وفيما لو أغفلت أو صمتت مواد كتاب الكفالة في المجلة عن الأجابة عن سؤال قانوني معين، يجب عند ذلك التوجه إلى **مصادر** القانون العثماني المذكور، **أي أحكام الشريعة الإسلامية وفق المذهب الحنفي**، الذي كان الأساس لتقنين أحكام المجلة. أما إذا كان مصدر القانون العثماني الذي غطى ذلك المجال القانوني، هو قانون فرنسي مثلا، فأيضا وفق هذا الرأي الذي أيدته المحكمة، يجب التوجه إلى القانون الفرنسي للبحث عن الإجابة.

تجدر الاشارة هنا، إلى انه قد حدث تحول في رأي القاضي Manning في هذه القضيه. إذ ان الرأي الذي عبر عنه أعلاه، قد ناقض رأياً سابقاً له في قضية أخرى سبقتها. فقد كان رأيه في القضية السابقه، أنه عندما يكون القانون العثماني غير واضح، يجب تفعيل المادة 46، ولم يقل إنه يجب التوجه إلى مصادر القانون العثماني كما فعل في القضية أعلاه. وكما جاء رأيه في القضية السابقه:

> "If the Ottoman Law is considered too vague and general to extend or apply to circumstances of the case, the principles of the English Law may be resorted to…"[18].

ب) الحالة الثانيه: حين **لا يغطي** القانون العثماني **مجالا أو حقلا** معينا من القانون أو القوانين التي تحتاج إليها المجتمعات المتحضرة. ففي مثل هذه الحالة، يؤيد القاضي Manning تفعيل المادة 46، والتوجه إلى القانون الإنجليزي لاستيراد القواعد المتبعة هنالك، ويعتبر حقل الاضرار (Law of Torts) مثالا على ذلك[19].

---

[16] *Ibid.* at 163.
[17] *Ibid. at* 163.
[18] *"Palwoodma" v. Majdalan , supra* note 4, at 282.

القانوني تادسكي انتقد وجة النظر أعلاه للقاضي Manning، إذ اعتبرها تؤدي إلى تطبيق القانون الإنجليزي في حالات نادره فقط[20]. أما القانوني تسلتنر، فقد انتقد وجهة نظر تادسكي، معتبرا ان تطبيق القانون الإنجليزي لا يُعتبر هدفا. وعليه، حتى لو كانت نتيجة الرأي المذكور أنه يؤدي إلى تقليص الحالات التي يطبق فيها القانون الإنجليزي، فلا يعني هذا أن التفسير المذكور للماده 46 هو تفسير خاطئ[21].

أما وجة النظر الاولى، فقد عبر عنها القاضي Frumkin في القضية أعلاه. وقد ميز هو الآخر بين حالتين لتفعيل المادة 46:

أ) الحالة الاولى: تتعلق بتفسير فقره أو ماده غير واضحه في المجلة، أو تعريف مصطلح قانوني.

ب) الحالة الثانيه: حين تصمت أو تغفل المجلة كاملة، عن الأجابة عن سؤال قانوني.

وقد ميز القاضي بين الحالتين كما يلي:

> "A distinction must be made between the interpretation of an obscure passage in the Mejelleh or the definition of a legal term, and a case where the Mejelleh is silent altogether"[22].

في الحالة الاولى، يرى القاضي Frumkin أنه يمكن التوجه إلى **مصادر** القانون العثماني، أي الشريعة الإسلامية. وكما جاء على لسانه في القرار:

> "In the first case **sources of the Moslem Law** might be resorted to in order to clarify such obscurity and thus to derive at the real meaning of the passage or term"[23].(emphasis added)

أما في الحالة الثانية، أي في حال وجود إغفال أو صمت في المجلة بنقطة معينه، فلا يمكن التوجه إلى الشريعة الاسلامية، إذ أنها لا تُعتبر جزءا من القانون العثماني الرسمي. وكما جاء على لسانه:

> "But not so in cases where the Mejelleh is silent altogether.
> 9. Although the Mejelleh is entirely composed of Moslem Law it became operative and applicable in the Civil Courts in Turkey and later in Palestine not as such but as having become part and parcel of the legal system of Ottoman Law by an Imperil Iradeh. The Mejelleh is a codification of certain parts of Moslem Law, but not of all the Moslem Law, and unless the Civil Legislative Power of the Ottoman Empire has elected to embody certain parts of Moslem Law other than the Mejelleh in its legislation it cannot be applied in the Civil Courts.
> 10. Its follows that when on a given point the Mejelleh is silent altogether in the sense that it does not extend or apply to it and there are also no other provisions in the Law of Palestine extending or applicable to such point, Art. 46 of the Palestine Order in Council is to be resorted to and not the sources of the Mejelleh"[24].

إذاً هنالك خلاف جدي بين وجهتي النظر، أي بين وجهة نظر القاضي Manning وبين وجهة نظر القاضي Frumkin. فبينما يفرق أو يميز القاضي Manning بين **مجالات أو حقول** قانونية، لا يفعل ذلك القاضي Frumkin، وإنما يفرق بين **نقاط** قانونية فقط.

---

[19] إلا أننا كما سنرى لاحقا, على الرغم من التصريحات أعلاه فيما يتعلق بحقل الأضرار كمثال, فإن النهج الذي اتبعته المحكمة العليا في هذا المجال كان نهجا متحفظا, وكان تطور الحقل المذكور في فترة الإنتداب بطيئا جدا, وتم استيراد القواعد الإنجليزيه المعروفه في هذا المجال كقاعدة الإهمال, فقط مع اقتراب نهاية عهد الانتداب. أنظر فصل الأضرار أدناه.

[20] Tedeschi *supra* note 12, at 66.

[21] Zeltber *supra* note 1, at 301.

[22] *Palestine Merchantile Bank v. Fryman supra* note 15, at 166.

[23] *Ibid*.

[24] *Ibid*.

يُذكر أن القاضي خياط وافق القاضي Manning في رأيه اعلاه، الذي أصبح بذلك رأي الأغلبية[25].

وقد تسببت هذه الخلافات في تفسير المادة 46، بخلق بلبلة حول كيفية تطبيقها. وبسبب هذه الخلافات، والتناقضات المختلفة الموجوة أصلا في الانتداب، اعتبر القانوني تسلتنر أنه لا يمكن تطبيق او تحقيق المادة 46، كما كان الامر لمواد أخرى من مرسوم دستور فلسطين، التي لم تُنفّذ حتى نهاية الانتداب[26].

3) تشريعات حكومة الانتداب

اعتبرت حكومة الانتداب، أن القانون العثماني القائم لا يلائم احتياجات الدولة المتطورة. وعليه، على الرغم من أن سياستها الأساسية كانت عدم تغيير القانون المحلي، قد رأت مع ذلك ان هنالك حاجة ماسة تدعو إلى تطوير القانون خاصة في المجال الإداري والتجاري. وكما عبر عن هذا الرأي وهذه الحاجة النائب العام في فلسطين Norman Benwich، نقلا عن تقرير للمندوب السامي Sir Herbert Samuel:

> "All this new wine could not be contained in the old bottles. The laws of Turkey were not adequate for the needs of a progressive State. An active administration, a developing industry and commerce, could not dispense with the facilities and authority that a body of modern Statute Law alone could give … I have mentioned that it has been the policy of the government not to change the laws which closely touched the lives of the people and to which they were accustomed, except in cases of clear necessity. But in many matters, especially on the economic side, the Turkish legislation was hopelessly inadequate…"[27].

ولكن هذا الادعاء للمندوب السامي، أي أنه يتم سن القوانين فقط عندما كانت تدعو الحاجة لذلك، غير دقيق، ففي حالات عديدة سُنت تشريعات كانت الاهداف التي تقف من ورائها اهدافا سياسية بحتة ومن أجل تسهيل إقامة "البيت اليهودي" في فلسطين. إذ كان هذا الهدف أحد الإلتزامات الرئيسية لحكومة الانتداب وفق صك الانتداب، ومن أجل تحقيقه كانت هنالك حاجة لوضع تشريعات في مجالات شتى للقانون[28].
وفعلا، فقد قامت حكومة فلسطين خلال فترة الانتداب بتشريع كمية كبيرة من القوانين في شتى مجالات الحياة. وكانت هذه القوانين في الأصل قوانينا إنجليزية تم استيرادها من التشريعات في إنجلترا، فتم سنها كما هي أو مع إجراء تعديلات طفيفة عليها[29].
وهكذا تم وضع تشريعات في القانون التجاري، قانون الشركات، قوانين الاوراق المصرفيه، قوانين الاجراءات الجنائيه والاجراءات المدنية. إن التغيرات المختلفة التي طرأت على القوانين المحلية عن طريق التشريع خلال الانتداب، تخرج من إطار بحثنا هذا، ويمكن الاطلاع عليها في أبحاث ومقالات أخرى[30].

---

[25] *Ibid* at 167.
[26] Zeltner *supra* note 1, at 329.
[27] Norman Bentwich, "The Legislation of Palestine, 1918-1925" (1926) 8 *Journal of Comparative Legislation and International Law 9, 10.*

[28] لالتزامات حكومة الانتداب بهذا الشأن أنظر:
J. Stoyanovsky, *The Mandate For Palestine,* (Longmans, Green and co., London 1928) 87-149.
[29] Yadin *supra* note 2, at 61.

[30] للتغيرات التي أجريت على حقول القانون المختلفه, أنظر رسالة الدكتوراه للدكتور فراس ملحم:
Feras Melhem, *The Origins and evalution of Palestinain Sources of Law, Thesis Submitted to Obtain a Degree of Doctor of Law* (Brussel, 2004) 60-70.
أنظر ايضا المقالات التي كان يكتبها النائب العام في فلسطين, Norman Bentwich, كل عدة سنوات, والتي كان يعطي فيها نبذة عن التشريعات الجديده التي تم سنها:
1) Norman Bentwich, "Palestine" (1923) 5 *Journal of Comparative Legislation and International Law 170-178..*
2) Norman Bentwich, "Palestine" (1924) 6 *Journal of Comparative Legislation and International Law 186-194.*
3) Norman Bentwich, "Palestine" (1925) 7 *Journal of Comparative Legislation and International Law 190-192.*
4) Norman Bentwich, "Palestine" (1926) 8 *Journal of Comparative Legislation and International Law 228-233.*
5) Norman Bentwich, "Palestine" (1927) 9 *Journal of Comparative Legislation and International Law 186-189.*
6) Norman Bentwich, "Palestine" (1928) 10 *Journal of Comparative Legislation and International Law 172-177.*
See also Freidman *supra* note 5, at 327.

المادة 46، قد وجّهت لتلك التشريعات التي سنتها حكومة الانتداب، واعتبرتها من المصادر الاولية للقانون بمنزلة واحدة مع القانون العثماني.
ويجب التأكيد هنا، على أنه حين سنت المادة 46، مع وضع مرسوم دستور فلسطين، وكجزء منه، فقد سن الدستور على أقامة **مجلس تشريعي** يتم انتخابه، وتكون له صلاحية سن القوانين. إلا ان هذا الوضع لم يبق على حاله. فقبل أن يمارس المجلس التشريعي صلاحياته، وبعد اول انتخاب له، تم إلغاؤه بتعديل رسمي للدستور سنة 1923[31]، ومنحت سلطة التشريع للمندوب السامي بدلا منه[32]. أي أن سلطة التشريع أصبحت جراء هذا التعديل بيد السلطة التنفيذية، الامر الذي نجمت عنه اساءة كبيره لمبدأ الفصل بين السلطات. إذ إجتمعت بذلك بيد المندوب السامي السلطة التشريعية والسطة التنفيذية معا.
وتجدر الاشارة هنا، إلى ان التعديل المذكور للدستور، الذي ألغى المجلس التشريعي، ومنح صلاحياته للمندوب السامي، لم يتطرق على الاطلاق للمادة 46 من مرسوم دستور فلسطين!. وتدعو هذه الحقيقة للاستغراب والنقد. إذ ان الفرضية التي على اساسها دعت المادة 46 المحاكم إلى تطبيق تشريعات الانتداب، هي أن تلك التشريعات صادرة عن المجلس التشريعي الذي نص عليه مرسوم دستور فلسطين، محافظة بذلك على مبدأ الفصل بين السلطات. وعندما تم إلغاء المجلس التشريعي المذكور، سقطت تلك الفرضية التي بُني على أساسها القسم الثاني من المادة 46. وعليه، كان من المتوقع او من المفروض إجراء تعديل على القسم الثالث من المادة 46، عندما عُدّل الدستور، بشكل يمنع الاساءة لمبدأ الفصل بين السلطات، أو بشكل يحدد أو يقيد صلاحية المندوب السامي في سن القوانين، بالذات تلك التي تتعلق بحقوق الافراد. كان من الممكن أيضا، منح المحاكم صلاحية أوسع بالنسبة لهذه القوانين التي يسنها المندوب السامي، بحيث تستطيع أن ترفض تطبيقها في حال إنطوت هذه القوانين على اساءة كبيره لحقوق الافراد. إلا انه على الرغم من الصلاحية الواسعة التي منحت للمندوب السامي، لم يَجْرِ أي تعديل على المادة 46، ولم يتم اعتماد اي من الطرق اعلاه للحفاظ على مبدأ الفصل بين السلطات او لحماية حقوق الافراد.
وعليه، من منظار مبدأ الفصل بين السلطات، يجب قراءة المادة 46، على مرحلتين. المرحلة الاولى، هي التي بدأت مع سن دستور فلسطين، الذي وفقا له منحت سلطة التشريع للمجلس التشريعي. المرحلة الثانية، بدأت مع التعديل الذي أجري على الدستور، والذي منح سلطة التشريع للمندوب السامي، ضاربا عرض الحائط، مبدأ الفصل بين السلطات.

4) القانون الإنجليزي ومبادئ العدل والانصاف

وفق المادة 46، في حال لم تتناول القوانين المحلية (أي القانون العثماني وقوانين حكومة الإنتداب) المسألة القانونية موضوع القضية، تستطيع حينها المحاكم تطبيق القانون الإنجليزي. وقد عبر الكثير من الفقهاء عن انتقادهم لهذه المادة التي وفقا لها يتم ملء الفراغ القانوني. واعتبرها القاضي براك، زرعا لجسم غريب داخل القانون المحلي، وعليه من المفضل ملء الفراغ القانوني بواسطة القياس من القوانين القائمة بدل التوجه إلى القانون الإنجليزي[33].

4.1) "القانون الإنجليزي" الذي توجه إليه المادة 46

أول ما نلاحظه في هذه الفقره أن المادة 46 لم توجه إلى القانون الإنجليزي بأكمله، بل وَجهت فقط إلى **"القانون المشترك"** (Common Law)[34] و**"مبادئ العدل والإنصاف"**.

---

[31] مرسوم دستور فلسطين (المعدل) لسنة 1923, **قوانين فلسطين -مجموعة درايتون** (1937) ص. 3332. انظر ايضا الموقع الألكتروني, **"المقتفي- مجكموعة القضاء والتشريع في فلسطين"** (فيما يلي: **"المقتفي"**):
<http://muqtafi.birzeit.edu/legcard.asp?FORM_LEG_ID=51> دخل اليه في تاريخ 2006/1/8.

[32] Norman Bentwich, *The Mandate System,* (Longmans, Green and co, London 1930) 30.

[33] Aharon Barak, "Comment on "The Provision Regarding Authority of the Law and the Problem of Lacunae in Modern Israeli Legislation" (in Hebrew) (1973) 5 *Mishpatim* 99, 101.

[34] "التشريع العام" هو المصطلح الذي تم استعماله في النص المترجم للغة العربية في الجريدة الرسمية للمصطلح "Common Law" من النص الإنجليزي للماده. ولو ترجموا هذا المصطلح بقولهم "القانون الانجليزي" أو "القانون المشترك" "Common Law" لكانت الترجمة دقيقة أكثر.

والمقصود **"بالقانون المشترك"**، هو مجموعة القواعد التي تعتمد على العادات والتقاليد والتي تم اعتمادها في انجلترا وتطبيقها وتطويرها من قبل المحاكم على مر السنين:

> "The Common Law of England was originally the whole of body of rules of law commonly accepted in England and administrated in the Courts. Based on custom and precedent, it was what the people and courts found acceptable and right"[35].

أما مبادئ العدل والانصاف، فهي مجموعة من قواعد العدالة التي تم تطويرها في إنجلترا بسبب تظلمات الناس للملك ضد تطبيق القانون المشترك والنتائج الجاحفة التي كان يسببها التطبيق الدقيق له[36].
غير أن القانون الإنجليزي يشتمل أيضا على تشريعات للبرلمان (statute law)، ولكن مشرع حكومة الانتداب لم يُوَجه إليها. وتجدر الإشارة هنا، أن تشريعات البرلمان في إنجلترا، جاءت أيضا لتصحح بعض عيوب القانون المشترك وفتحت آفاقا جديدة لتطور القانون الإنجليزي[37]. مع ذلك، لم تستعمل هذه التشريعات كأحد مصادر القانون التي وجهت إليها المادة 46.
وفعلا، فقد امتنعت المحاكم عن التوجه إلى القانون الإنجليزي عندما كان القانون الإنجليزي الذي وجه إليه تشريعا برلمانيا. فمثلا، في قضية *The Attorney General v. Blam* رفضت المحكمة التوجه الى القاعدة الإنجليزية، حيث أوضح القاضي Trusted ان القاعدة الإنجليزية موجوده في تشريع برلماني:

> "Is there any lacuna which should be filled by reference to English Common Law? It may be that there is, but it does not seem to me necessary to consider that question now, as I know of no principle of the English Common Law whereby the respondent could recover by reason of the absence of gates, the obligation to fence railways and to erect gates in England being statutory"[38].

ويعود السبب في عدم إيراد القانون الإنجليزي المشرع (Statute Law) في المادة 46، كأحد مصادر القانون، إلى وجود جهاز قضائي سابق في فلسطين عند احتلال البلاد، أي القانون العثماني، الذي تطرق إلى حقول قانونية شتى[39]. إلا أن هذه الحقيقة لا تعني على الأطلاق انه لم يكن وقع للقانون الإنجليزي المشرع على القانون فلسطين، بل على العكس[40]. فكما رأينا أعلاه، في مجالات عديده، أصبح القانون الإنجليزي المشرع، هو القانون الساري في البلاد، إذ تم استيراده وتشريعه من قبل حكومة الانتداب.

4.2) مكانة القانون الإنجليزي في النظام القانوني في فلسطين

السؤال الثاني الذي يطرح، بخصوص المادة 46, ما هي مكانة أو موقع القانون الإنجليزي في النظام القانوني في فلسطين، وما هي طبيعة استيراد القانون الإنجليزي وفق المادة 46؟.
وبهذا الشأن توجد وجهتا نظر متناقضتان[41]:
أ) وفق وجهة النظر الأولى، استيراد القانون الإنجليزي وفق المادة 46، هو **إستيراد تشريعي**: أي ان المادة 46 تحل القانون الإنجليزي في البلاد (مع تغييرات معينه) مذ تم سنها، وأن القانون الإنجليزي يعتبر جزءا من التشريع في فلسطين، في النقاط التي لا تتناولها القوانين المحلية، منذ تم سن المادة 46. وعليه، عندما تطبق المحاكم القانون الإنجليزي، انما تطبق قواعد تعتبر جزءاً من القانون في فلسطين منذ سن دستور فلسطين.

---

[35] C.A Hooper, *The Civil Law of Palestine and Trans-Hordan (*Azriel Printing Works, Jerusalem 1933*)* (hereinafter as: "**Hooper**"), V. 2, at 65.
[36] *Ibid* 67.
[37] *Ibid* 65.
[38] *The Attorney General v. Blam* C.A. 18/39 (1939) 6 P.L.R 247, 252.
[39] Yadin *supra* note 2, at 61.
[40] *Ibid*.
[41] جاد تادسكي، "إبطال الماده 46 من مرسوم دستور فلسطين وتأثيره" (1975) 7 **مشباتيم** 180 (فيما يلي: **"تادسكي، الابطال"**).

ب) وفق وجة النظر الثانية، الإستيراد هو **استيراد قضائي**: أي أن المادة 46 لا تُحل القانون الإنجليزي في البلاد، وإنما تخول المحاكم **صلاحية إحلاله وتطبيقه**، وفقا للشروط والتحفظات التي وضعت في المادة 46.
وجهة النظر السائدة والغالبة في المحاكم[42] ولدى الفقهاء[43] هي وجهة النظر الثانية. أي أن المادة 46 قد **خولت المحاكم صلاحية إحلال القواعد الإنجليزية**، وهي – أي المحاكم- التي تقرر بالنسبة لإحلال قاعدة إنجليزية أم لا.
إلا ان القانوني تادسكي عارض وجهة النظر أعلاه، وإعتبرها خاطئة، مدعيا أن وجهة النظر الأولى هي الأصَح[44]. وقد اعتمد في رأيه هذا على نص المادة 46 نفسه، إذ نصت المادة على ان القانون الإنجليزي يطبق أو يعتبر ساري المفعول في فلسطين ("shall be in force in Palestine")، لا ان المحاكم مخولة بتطبيقه.
وبمعاينة ما كتبه القانوني Hooper بهذا الخصوص، يبدو أنه من مؤيدي وجهة النظر الأولى، أي أن القانون الإنجليزي أصبح أحد مصادر القانون السارية في البلاد منذ سن مرسوم دستور فلسطين:

> "It is submitted that the meaning and intention here is the introduction and incorporation in the corpus of Ottoman law and jurisprudence, of a certain portions of Common Law and the Law of Equity of England…
> The date as from which the English Law is to come into force appears to be the date of the commencement of the Order-in-Council, *i. e.* the 1st September, 1922. this seems to refer to the law as it stood on that date. It appears to be static and not to include any English Law passed after that date, since the words "any other provisions" seems to refer to Palestine amendments"[45].

يذكر أن الاختلاف في وجهتي النظر، يؤدي إلى اختلاف في النتائج التي قد تنبع عن إبطال المادة 46[46].

4.3) صلاحية "التشريع" للمحكمة وفق المادة 46 ومبدأ الفصل بين السلطات

كما رأينا، فان الرأي الغالب، أن قواعد القانون الإنجليزي لا تحل في فلسطين بشكل مباشر، وإنما أُعطيت المحاكم **صلاحية إحلالها**، من خلال القضايا التي تعرض امامها، ووفقا لشروط المادة 46. أي ان المحكمة هي التي تقرر، فيما اذا كان من الممكن تطبيق قاعدة أنجليزيه أم لا.
وفعلا، كما سنرى لاحقا في المبحث الثاني، فقد قامت المحاكم في فرص عديدة، باستخدام تلك الصلاحية وباستيراد قواعد انجليزية شتى.
والحقيقة، أن الصلاحية التي منحتها المادة 46 للمحاكم، هي صلاحية واسعة وفريدة من نوعها في الانظمة القضائية العادية التي تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات. إذ ان الصلاحية التي أُسندت إلى المحكمة، هي نوع من صلاحية التشريع، وهي واحده من وظائف البرلمان.
وقد كان ال – Privy Council مدركا للصلاحية الواسعة التي منحت للمحاكم من خلال المادة 46، ولذلك لفت انتباه المحاكم في فلسطين الى السلطة الواسعة الكامنة في المحاكم بناء عليها. وهكذا فقد اوضحت المحكمة في قضية *Faruki v. Aiyub* ما يلي:

---

[42] بالنسبة لراي المحاكم، سنقف خلال البحث على أراء القضاة بالنسبة للمادة 46، وكيفية تعاملهم معها.
[43] لفونطين وجولدفاسر, **قواعد إحلال القانون في اسرائيل والمادة 4 من مرسوم دستور فلسطين** (باللغة العبريه), (معهد أبحاث القانون على إسم هاري ساكر ووزارة العدل, 1974). اسحاق زامير, **مبادئ النظام في اسرائيل والمادة 46 من مرسوم دستور فلسطين** (باللغة العبرية), (معهد أبحاث القانون على إسم هاري ساكر ووزارة العدل, 1974).
[44] تادسكي، الابطال، ملاحظة 41 اعلاه، ص. 181.
[45] Hooper *supra* note 35, V. 2. at 64.
[46] تادسكي، الابطال، ملاحظة 41 اعلاه، ص. 181: وفقا له, وجهتا النظر تؤديان إلى نتائج مختلفة عند إبطال المادة 46, بالنسبة للقواعد الانجليزية التي تم استعمالها من قبل المحاكم, وبالنسبة لاية قاعدة انجليزية أخرى لم يتم استعمالها قبل ابطال الماده 46. حسب وجهة النظر التي وفقا لها, الاستيراد هو استيراد تشريعي, حين تبطل المادة 46, يبطل معها أحد مصادر القانون وقواعده, استعمل ذلك القانون أو استعملت تلك القاعد, أو لم تستعمل. أما حسب وجهة النظر الثانيه, اي الاستيراد القضائي, فأهمية كبرى تعطى لاستعمال القاعدة الانجليزيه من قبل المحاكم. وعندها ابطال المادة 46, يؤدي إلى ابطال صلاحية المحاكم في التوجه ألى القانون الانجليزي, ولكن لا يبطل القواعد الانجليزية التي سبق وتم استيرادها من قبل المحاكم.

"All that it is necessary to say about that is in exercising any such jurisdiction and in dealing indeed in the present case no doubt the Courts will bear in mind the powers which are vested in the them under article 46"[47].

وبمنح المحكمة مثل هذا الصلاحيه للمحاكم، قد تم الاساءة بشكل كبير لمبدأ الفصل بين السلطات. فحسب هذا المبدأ، تكون سلطة التشريع من صلاحية البرلمان وليست من صلاحية المحكمة. وأما المحكمة فوظيفتها تطبيق القوانين وتفسيرها، لا وضع القوانين والقواعد.
ولذلك فقد أدت المادة 46، إلى خلق بلبلة في مدى تطبيق هذا المبدأ. حيث أصبحت المحاكم تختار القواعد والقوانين الإنجليزية، وتقوم بتطبيقها وتفسيرها في نفس الوقت!. لكن الاساءة لمبدأ الفصل بين السلطات، خلال فترة الانتداب، لم تقتصر على ذلك فقط[48].
ولكن، كما يبدو فإن بريطانيا، الدولة المنتدبة، لم ترَ في الصلاحية المذكورة التي منحت للمحاكم وفقا لمادة 46، اساءة كبيرة لمبدأ الفصل بين السلطات. وقد يعود ذلك، إلى تطور القانون الإنجليزي المشترك (Common Law) نفسه، حيث كان للمحاكم الإنجليزية الدور الاساسي في تطوره وخلق قواعده.

4.4) متى يمكن التوجه إلى القانون الإنجليزي؟

النقطة الاساسية التي يُعنى بها القسم الثالث من المادة 46، هي متى يمكن التوجه إلى القانون الإنجليزي.
إن هذه الحالة تسمى حالة الفراغ القانوني (Lacuna)، أي عندما يصمت القانون المحلي أو يغفل عن الإجابة عن سؤال قانوني ما. أو بعبارات أخرى عندما لا يستطيع القاضي أن يجد قاعدة قانونيه يطبقها على القضية ويصدر حكمه على أساسها.
غالبية الأنظمة القضائية في العالم، تحدد بشكل عام للمحكمة، المصادر التي تتوجه إليها في حال وجود فراغ قانوني[49]، كما فعلت المادة 46 من مرسوم دستور فلسطين. إذ وَجهت المحكمة في حال وجود فراغ قانوني إلى القانون الإنجليزي ومبادئ العدالة والإنصاف. وكما وجهت المحاكم في المستعمرات الإنجليزية إلى القانون الإنجليزي في حال وجود فراغ قانوني، هكذا وجهت المستعمرات الفرنسية الى القانون الفرنسي[50].
هكذا كان الامر أيضا في عهود قديمة في مختلف الانظمة في ألمانيا، حين كان يُوجه القانون المحلي إلى القانون الروماني لملء الفراغ[51].
بعض الانظمة القضائية لا تعترف بوجود فراغ قانوني فيها، بل تعتبر ان القانون القائم يجيب عن جميع الاسئلة القانونية التي قد تطرح[52]. ليس الامر كذلك في فلسطين. إذ أن سن القسم الثالث من المادة 46، والذي يوجه إلى القانون الإنجليزي لملء الفراغ، يحتوي على اعتراف ضمني من المشرع بوجود فراغات قانونية في القانون العثماني وفي قوانين حكومة الانتداب[53].
ولذلك، من كان يرغب في الاعتماد على القانون الإنجليزي، كان عليه أن يقنع المحكمة بوجود فراغ قانوني في القانون المحلي[54]. ولكن صمت القانون (silence) لا يعتبر دائما بمثابة فراغ قانوني (lacuna). فكثيرا ما يكون صمت القانون بمثابة جواب سلبي (negative answer) مقصود، وفي مثل هذه الحالة يجب الامتناع من التوجه إلى القانون الإنجليزي[55]. ويشترط قبل تطبيق القانون الإنجليزي أن القانون لا يتطرق القانون المحلي لموضوع معين. إلا أن هذا ليس الشرط الوحيد لإحلال القانون الإنجليزي، وليس من المفروض أن تكون هذه النتيجة الوحيده. السؤال الذي يجب أن يطرح قبل تطبيق القانون الإنجليزي هو:

---

[47] P.C. 1/35 (1943-1948) 7 A.L.R 331, 336. P.C. See also (1935) 2 P.L.R 390.

[48] أنظر أعلاه, المطلب الثالث من هذا المبحث, إذ حدثت اساءه مشابه وأكثر جديه, ايضا عندما ألغي المجلس التشريعي ومنحت صلاحياته للمندوب السامي.

[49] Freidman *supra* note 5, at 359.

[50] Ibid 360.

[51] Tedeschi *supra* note 12, at 54.

[52] Ibid 55.

[53] Ibid 56, 64.

[54] Yadin *supra* note 2, at 61 :"He who relied on English Law had to show and convince the court that his was a problem which fell into a gab, a lacuna, of the local law".

[55] *Ibid* Yadin: 'The silence of the local statute could also imply a negative answer to the point in hand and in that case- and indeed there were many of these cases- no recourse could be had to English Law".

أليس هنالك "ترتيب سلبي" في القانون المحلي يرفض تطبيق قاعده مخالفة؟[56]. في حال وجود ترتيب سلبي كهذا، فعندها ينتهي الفحص، ولا يمكن تطبيق القانون الإنجليزي[57]. وعليه، فعلى الرغم من سكوت المشرع في هذه الحلة، لا تعتبر حالة فراغ قانوني (Lacuna)[58].
إضافة الى ذلك, هنالك مشكلة أخرى، إذ لا يسهل التفريق دائما بين تفسير القانون وبين حالة الفراغ القانوني. وكما أوضح القانوني فريدمان:

> "It's not always easy to distinguish between interpretation of a statute and the filling of a *lacuna*. The question arises, for example, with regard to general concepts which the legislator ha left undefined, such as "*bona fides",* "justice", "negligence", "fault" or "public policy". Use of broad, general terms differs, however, from the problem of *lacunae* caused by the legislator's failure to address himself to a particular subject. In the later case, there is a preliminary question, that is whether the legislator's silence is to be construed as a negative arrangement (where the principal of general freedom applies) or as a *lacuna* to be filled"[59].

ولكن هذه المشكلة لم تكن المشكلة الوحيده. السؤال الاخر الذي كان يجب التطرق إليه, هو: من أي منظار ينبغي أن ننظر إلى القانون بالنسبة لوجود أو عدم وجود فراغ قانوني؟. هل يكون ذلك من منظار القانون العثماني أم من منظار القانون الإنجليزي؟. وكان احد العيوب الاساسية، في تعامل المحاكم في فلسطين مع القانون العثماني، أنها كانت تتعامل معه من منظار القانون الإنجليزي، وهذه طريقه خاطئه. حتى أن تفسير القانون العثماني، كان يتم هو ايضا بروح القانون الإنجليزي، الامر الذي كان يؤدي احيانا إلى تناقضات عديدة. واحيانا اخرى تم اختلاق وجود فراغ قانوني من أجل تطبيق القانون الإنجليزي. وقد انتقد الفقهاء هذا النهج:

> "The tendency to apply English law was sometimes reflected in the construction of Ottoman legislation in light of English law. Such construction is obviously unjustified and cannot be reconciled with the opening words of Art. 46: "The jurisdiction of the Civil Courts shall be exercised in conformity with the Ottoman Law in force in Palestine on 1st November 1914…". It is difficult to assume that the intention was to maintain Ottoman law subject to construction which has no connection with that legislation. Moreover, Art. 46 specifically speaks of supplementing local legislation and not of construing it in light of English law. But, for reasons already outlined above, this development was inevitable and Ottoman provisions were frequently given English meaning. This has even occurred where the construction, reflecting English law, was repugnant to the express language of the ottoman provision"[60].

المشرع، أوضح في المادة 46، أنه يجب التوجه إلى القانون الإنجليزي، في حال لم تتناول التشريعات العثمانية وتشريعات حكومة الانتداب القضية التي عرضت أمام المحكمة. وعليه، فإن التوجه للقانون الإنجليزي مرتبط، بتغطية القانون العثماني للقضية المعروضة أمام المحكمة وتناوله لها، أو بعدم تغطية القانون العثماني القضية المذكوره أو عدم تناوله لها.
في المطلب الثاني من هذا المبحث، المتعلق بالقانون العثماني، وقفنا على الآراء المختلفة بالنسبة لهذا القانون، وكيف تناولته المحاكم، وما هي الظروف أو الحالات التي اعتبرت فيها المحاكم أن القانون يحل ويجب تطبيقه، والتوجه إلى مصادره حين يكون مبهما، والحالات والظروف التي يعتبر فيها القانون العثماني

---

[56] Daniel Freidman, "The Provision Regarding Autarky of the Law and the Problem of Lacunae in Modern Israeli Legislation" (in Hebrew) (1973) 5 *Mishpatim* 91, 92, 94.
[57] *Ibid* 94.
[58] *Ibid*.
[59] Freidman *supra* note 5, at 363.
[60] Freidman *supra* note 5, at 364. E.g *Blumenfeld v. I.C.I* (1937) 4 P.L.R 228. cited there supra note 232.

غير وافٍ، واعتبار وجود فراغ قانوني فيه، يدعو إلى التوجه إلى القانون الإنجليزي[61]. ولا داعي لتكرار هذه الاراء هنا.
ولكن هذه الآراء ليست الآراء الوحيدة[62]. وكما سنرى أدناه من خلال بحث ممارسة المحاكم للماده 46، فقد كانت هنالك اراء أخرى أكثر تطرفا، وفقا لها يجب التوجه إلى القانون الإنجليزي، عند ظهور أي **خلل** في القانون العثماني[63]. وهذا التوجه كان نتيجة النظرة السلبية التي نظر بها القضاة والقانونيون الإنجليز إلى القانون العثماني، خاصة مجلة الاحكام العدلية, وهي عبارة عن تقنين لاجزاء من الشريعة الاسلامية. واعتبرها هؤلاء محاولة لصد الافكار القانونية الاوروبية من الدخول إلى العالم الاسلامي، كما اعتبروها ملائمة لاحتياجات المجتمع الزراعي, لا لاحتياجات المجتمعات المتحضرة. وكما عبر عن ذلك القانوني Goadby:

> "The degree of success actually achieved is doubtful. The Mejelle is an interesting and, in some respects, an illuminating social documents. It contains many rules of practical law, well suited for use in a leisurely society in which the factory system was unknown and agriculture the main industry. To some of its provisions higher praise may be given. But, on the whole, it does not appear to have commended itself to the legal word, and had not been made focus of popular interest. It has proved but a frail defense against the invasion by European legal ideas of Moslem territories"[64].

ونتيجة لهذه النظرة السلبيه، أحيانا تم اختلاق فراغ قانوني من أجل تطبيق القانون الإنجليزي. وقد بلغ هذا المنهج ذروته في قضية *Faruqi v. Ayoub* (والتي سنقف عليها لاحقا)[65]، عندما طبق ال- privy Council التمييز بين التعويض المتفق عليه وبين الغرامة.
وانتقد الفقهاء بشدة هذا التوجه من قبل ال- Privy Council، الذي يشجع المحاكم على تطبيق القانون الإنجليزي حتى عندما يكون القانون العثماني وافيا، حتى قال القانوني تسلتنر في هذا التوجه ما يلي:

> "There can be no doubt that that Privy Council employed Art. 46 of the Palestine Order-in-Council no to fill in what was missing, but to delete what was existing"[66].

ومن جهة اخرى ظهرت أيضا أراء أكثر تحفظا، كرأي القاضي Trusted مثلا[67].

أما بالنسبة لاستيراد **"مبادئ العدل والانصاف"**، فقد كان رأي القاضيين Manning و- Khayat أن مبادئ العدل والإنصاف المعروفة في انجلترا غير موجوده تقريبا في القانون العثماني، وعليه يمكن تطبيقها في فلسطين إذا سمحت الظروف بذلك. وأما في حقول القانون التي تتناولها القوانين العثمانية، فلا توجد حاجة إلى التوجه إلى القانون الإنجليزي. وكما جاء في القرار:

> "The law of Equity, as known in England, has no counterpart in the Ottoman law;…In general the Ottoman Law does not extend as to comprise the doctrines of equity in force in England. These doctrines may therefore be applied so far as the circumstances of Palestine and the inhabitants permit: if they already exist in Ottoman Law well and good; if they don not exist they may be resorted to. Where, however, there exist an Ottoman Law on particular subjects, such as sale, hire,

---

[61] أنظر الاراء المختلفة بالنسبة للحالات التي يمكن بها الانصراف عن القانون العثماني والتوجه إلى القانون الانجليزي.
[62] Freidman *supra* note 5, at 364.
[63] *Chedid v. Tanenbum*, P.C. 47/32 (1932) 1 P.L.R. 831; (1919-1933) 2 C.O.J. 406.
[64] F.M. Goadby, "The Moslem Law of Civil Delict As Illustrated by the Mejelle" (1939) 21 *J. Comp. Legis. 3d ser. 62.*
[65] انظر المبحث الثاني, المطلب الاول- حقل العقود. انظر ايضا ملاحظه 47 اعلاه.
[66] Z. Zeltner, *Contracts (General Part)* (Tel Aviv, 1970, in Hebrew) v. 3 , at 220-221.
[67] *Akel v. Alayyan,*C.A. 20/38 (1938) 5 P.L.R 319, 326. citing from C.A 240/37 *supra* note 15.

guarantee or agency, then that law both extend and applies to all questions that have to be determined with reference to these specific contracts"[68].

ولكن النتيجة التي تظهر من خلال هذا البحث، وممارسة المحاكم كما سنرى ادناه والآراء التي عُرضت، أن رأي المحاكم وال- Privy Council **لم يكن رأيا ثابتاً وموحداً** بالنسبة للظروف والشروط التي يمكن فيها اللجوء إلى القانون الإنجليزي.

4.5) القيود في التوجه إلى القانون الإنجليزي – "ظروف البلاد والسكان"

كما رأينا، فإن المادة 46 قيدت المحكمة قبل التوجه إلى القانون الإنجليزي بالقيود التالية:

"ويشترط في ذلك دائما ان لا يطبق التشريع العام المذكور ومبادئ العدل والانصاف المشار اليها اعلاه في فلسطين الا بقدر ما تسمح به ظروف فلسطين واحوال سكانها ومدى اختصاص جلالة الملك فيها وان تراعى عند تطبيقها التعديلات التي تستدعيها الاحوال المحلية".

الشرط اعلاه وضع قيدين على صلاحية المحكمة بالتوجه إلى القانون الإنجليزي:
أ) **القيد الاول**: ان يتم تطبيق القانون الإنجليزي بالقدر الذي تسمح به ظروف البلاد والسكان. أي ان المادة 46 لا تتوجه لكل القانون الإنجليزي، وإنما تتوجه فقط لذلك القسم منه الذي يلائم ظروف البلاد وسكانها[69].
ب) **القيد الثاني**: ان يتم تطبيق القانون الإنجليزي مع التعديلات التي تستدعيها الاحوال المحلية. وكما جاء في النص الإنجليزي للماده:

"Subject to such qualifications …as local circumstances render necessary".

وعليه، حسب شروط المادة 46، ففي التنافس بين **"ظروق المكان"** وبين **"القانون الإنجليزي"**، يجب تفضيل ظروف المكان على القانون الإنجليزي وليس العكس[70]. وكما سنرى لاحقا، في المبحث القادم، قد استعملت المحاكم هذه القيود كي لا تطبق القانون الإنجليزي في حقول قانونية معينة، كحقل الاضرار مثلا.

ب) المبحث الثاني: ممارسة المحاكم في تفعيل الماده 46

لقد واجه القضاة الانجليز صعوبة في التعامل مع القانون العثماني، ولذلك كانوا يميلون بشكل عام الى استيراد القواعد الإنجليزية[71] وتطبيقها أن أمكن ذلك على القضية[72]. وقد أستعملت المحاكم في عهد الانتداب المادة 46 لإدخال العديد من القواعد الإنجليزية على النظام القانوني في فلسطين، خاصة في النصف الثاني من عهد الانتداب[73]. واختلفت المحاكم في تفسيرها وممارستها للماده 46، مثلما حدث ذلك أيضا بين اعضاء المحكمة العليا نفسهم.
وعليه، فيما يلي سنرى كيف تم تفسير المادة 46، في المحكمة العليا، وما كان رأي القضاة في الشروط التي يجب ان تتوفر ليتم استعمال المادة المذكوره من اجل استيراد قواعد انجليزية وتطبيقها في فلسطين. كما

---

[68] *Ibid* 323-324.

[69] لافونتين، ملاحظه 43 اعلاه، ص. 26.

[70] هنالك ص. 26.

[71] Freidman *supra* note 5, at *325-326: "*Clearly most of the British Judges found the approach to the Ottoman Law and its sources difficult, and displayed a natural tendency to apply English Law, thus making positive contribution to the modernization of the local law".

[72] *Ibid* at 364.

[73] Judge Henry E. Baker, "The Reception and Development of Common Law and Equity in Israel" (1958), *International Lawyers Convention in Israel*, (Jerusalem, 1958) 24. at 25: "During the first half of the period of the Mandatory regime, the Palestine courts were reluctant to apply the English law and doctrines , but during the second half of that period they change their attitude, in view of a judgment of the Privy Council in the case of *faruqi v. Aiyub*, P.C.A. 1/35 (2 P.L.R)…".

سنرى، قسما من الحالات التي تم فيها تغيير القاعدة العثمانية، واستبدالها بقواعد إنجليزية. من جهة أخرى سنرى ايضا بعض الحالات التي تم فيها التقيد بالقاعدة العثمانية.

1) حقل العقود

إن حقل العقود، هو أحد الحقول الاساسية الذي أُجريت فيه تغييرات اساسية عن طريق نظام السوابق القضائية ومن خلال تفعيل المحاكم للمادة 46 من مرسوم دستور فلسطين.
أحد المبادئ الإنجليزية الذي أُدخِل عن طريق المحاكم للنظام القانوني في فلسطين في هذا المجال هو التفريق أو التمييز بين التعويض المتفق عليه ("Liquidated damages") وبين الغرامة المتفق عليها ("Penalty").
وقد نصت المادة 111 من ***قانون اصول المحاكمات الحقوقيه لسنة 1296 هـ***[74]، بخصوص التعويض المتفق عليه في الاتفاقيه على ما يلي:

"المادة 111- إذا كان قد تبين وشرط ضمن صك المقاوله ان كلا من الطرفين اذا لم يجر ما تعهد به يدفع للطرف الآخر مبلغا معينا على سبيل التضمين فلا يجوز ان يدفع اكثر أو اقل من ذلك المبلغ"[75].

وعليه، وفقا للنص العثماني للماده[76]، إذا حددت الاتفاقية مبلغا متفقا عليه مسبقا، فلا يجوز الحكم بأكثر من المبلغ المتفق عليه أو بأقل منه. وخلال سنين طويلة، تم تطبيق المادة المذكورة تطبيقا حرفيا دون أي تمييز بين مبلغ التعويض الذي يغطي الاضرار المعقولة، وبين المبلغ المنصوص عليه في الاتفاقيه[77].
المنطق المذكور لم يكن مقبولا وفق القانون الإنجليزي. فمبادئ الانصاف والعدالة في القانون الإنجليزي تفرق بين التعويض المتفق عليه ("Liquidated damages") وبين الغرامة ("Penalty"). فإذا اتفق في الاتفاقية على دفع مبلغ من المال جراء الإخلال، وكان هذا المبلغ قريبا من الضرر الحقيقي للطرف الآخر فيمكن تطبيق الشرط المذكور، إذ يُعتبر شرط تعويضات متفق عليها. اما إذا كان المبلغ المحدد في شرط التعويضات مبلغا مبالغا فيه بالنسبة للضرر الحقيقي، فهذا لا يكون حينها شرط تعويضات متفق عليها وإنما هو **شرط جزائي أو غرامة**. وحسب مبادئ العدل والانصاف الإنجليزية لا يمكن الاعتراف بقانونية هذا الشرط ولا يقبل تطبيقه، وعليه لا تحكم المحاكم بالغرامة المتفق عليها، بل تقوم بتقدير الضرر والحكم اعتمادا على ما تقدره للضرر الحقيقي.
التحول في فلسطين، بدأ في قضية *Faruki v. Aiyub*[78] التي عرضت على ال- Privy Council خلال سنة 1935، وعرضت عليه مرة أخرى سنة 1939[79]. ال- Privy Council إذ تطرق لكيفية تفعيل المادة 46 من مرسوم دستور فلسطين، أوضح أن المادة 46 تُغني المحاكم في فلسطين بمبادى الانصاف والعدالة، **بما في ذلك التمييز المعروف بين التعويض المتفق عليه وبين الغرامة**[80]. وبهذا القرار، تم فتح الطريق أمام المحاكم لتطبيق التمييز المذكور بين شروط التعويض المتفق عليه وبين شروط الغرامة[81].
وقد عبر هذا القرار عن منهجية واضحة لاستيراد القانون الإنجليزي وتطبيق مبادئه، حتى عندما يكون القانون العثماني واضحا وصريحا. وانتقد الفقهاء تطبيق المبدأ الإنجليزي المذكور على القانون العثماني واعتبروه إختلاقا لفراغ قانوني غير موجود. وكما عبر عن هذا الرأي القانوني فريدمان:

---

[74] عارف رمضان, **مجموعة القوانين (الحكم العثماني): يحتوي على جميع القوانين المعمول بموجبها في جميع البلاد العربية المنسلخة عن الحكومة العثمانية** (المطبعة العلمية، بيروت، 1924-1932) (فيما يلي:"**مجموعة رمضان**") ص.211.

[75] انظر ايضا **"المقتفي"**: <http://muqtafi.birzeit.edu/LegImage.asp?FORM_LEG_ID=1059> دخل اليه في 2006/12/29.

[76] النص الأنجليزي للمادة كما ورد في القرار C.A. 20/38 ، ملاحظه 67 اعلاه، أعلاه كان كما يلي:
"If the contract contain a clause binding either party in case of non-performance to pay a definite sum to the other party by way of damages, such sum may be awarded as damages, but neither more nore less than such sum".

[77] Yadin *supra* note 2, at 63.

[78] *Supra* note 47, at 336-337.

[79] *Ayoub v. Faruuqi*, P.C. 30/39 (1939) 8 P.L.R 116.

[80] *Faruki v. Aiyub, supra* note 47 at 336-337: "All this of course, has to be carefully considered; but subject to all those provisions, their Lordships think there can be no doubt that the provisions of the Order-in-Council do enrich the jurisdiction of the Courts in Palestine with all forms and procedure and all the different remedies that are granted in England in common law and equity and also enrich their jurisdiction with the principles of equity, among this the well- established distinction between penalty and liquidated damages".

[81] Yadin *supra* note 2, at 63.

> "Sometimes a fictitious *lacuna* was created by discarding an existing Ottoman provision as being unclear or inapplicable, with the result that English law was applied in place. This trend reached its peak during the mandatory period with the decision in *Faruki v. Aiyub* when the Privy Council adopted the English distinction between penalty and liquidated damages and held a penalty clause to be invalid, despite the fact that sec. 111 of the Ottoman Code of Civil Procedure specifically provides that when damages in a fixed some are agreed upon, neither a greater nor a smaller sum is to be paid"[82].

القضية الهامة التالية التي عُرضت على المحاكم بهذا الموضوع، كانت قضية *Akel v. Alayyan*[83]. حيث عرضت على المحكمة اتفاقية اشتملت على شرط جزائي (غرامة). وبعد الإخلال بالاتفاقية، توجه الطرف الآخر إلى المحكمة مطالبا بان تحكم له بالمبلغ المتفق عليه في الاتفاقية بأكمله.
مرة أخرى طرحت أمام المحكمة، المادة 111 من القانون العثماني[84]، والتي وفقا لها لا يجوز الحكم باكثر من المبلغ المتفق عليه بالاتفاقية أو باقل منه. المحكمة المركزية قبلت الدعوى وحكمت للمدعي بما نصت الأتفاقية مطبقة بذلك النص العثماني اعلاه، والمدعى عليها استأنفت الى المحكمة العليا، مطالبة بإلغاء الحكم.
المحكمة العليا، إعترفت في قرارها موضوع الإستئناف، أن المحاكم التركية طبقت في السابق شروط جزائيه (غرامات)، كما طبقت المحاكم الفلسطينية ذاتها تلك الشروط، في قضايا مختلفة، بما في ذلك في قضايا عرضت امام المحكمة العليا[85].

على الرغم من الرأي الذي أبداه ال- Privy Council في قضية *Faruki v. Aiyub* التي عرضت عليه سنة 1935 أعلاه، إلا أن رئيس المحكمة حينها، القاضي Trusted عبر عن رأي مخالف في القضية الجديدة التي عرضت عليه، واعتبر أن التفسير الصحيح للمادة 111، هو ذلك الذي يطبق ايضا الشرط الجزائي أو الغرامة ("Penalty") كما يعتبرها القانون الإنجليزي[86].
وحيث وقع اختلاف واضح بين القاعدة الإنجليزية والقاعدة العثمانية، تساءل القاضي Trusted، هل يحق للمحكمة تعديل القاعدة العثمانية وفقا للمادة 46 من مرسوم دستور فلسطين؟![87].
خلال اجابته عن السؤال اعلاه، عرض القاضي Trusted الآراء المختلفة لتفسير المادة 46، والشروط التي وفقا لها يجب التوجه لاستيراد القواعد الإنجليزية:
الرأي الأول، هو رأي ال-Privy Council، والذي ورد في قضية *Chedid v. Tanenbum*[88] *ويلخصه القاضي* Trusted كما يلي:

> "That case appears to be authority for the proposition that if any branch of the law, as to which there certain provisions in the Palestine Laws, is in the English sense defective, that defect may be made good by regard being had to English law"[89].

وبكلمات أخرى، وفق هذا الرأي، في حال وجود **خلل** في القانون العثماني، على المحكمة **تصحيح هذا الخلل من خلال التوجه الى القانون الإنجليزي**. والمهم هنا ما هو المنظار الذي وفقا له يجب ان يُمتحن أو يُفحص القانون العثماني لوجود خلل أم لا؟. والمنظار وفقا لهذا القرار هو **منظار القانون الإنجليزي**. اي ان القانون العثماني يُفحص بعينين إنجليزيتين!.

---

[82] Freidman *supra* note 5, at 364-365.
[83] C.A. 20/38 *supra* note 67.
[84] النص الأنجليزي للمادة كما ورد في القرار C.A. 20/38, المبين في الملاحظة 67 أعلاه كان كما يلي:
"If the contract contain a clause binding either party in case of non-performance to pay a definite sum to the other party by way of damages, such sum may be awarded as damages, but neither more nore less than such sum".
[85] "Examples will be found in Civil Appeals No. 85/26, 44/27, 43/28, 53/32, and 93/32…191/31" cited on *Akel v. Alayyan supra* note 67 at 322. See also Yadin, *supra* note 2, at 63.
[86] *Akel v. Alayyan supra* note 67, at 322.
[87] *Ibid* 322.
[88] P.C. 47/32 (1932) 1 P.L.R. 831; (1919-1933) 2 C.O.J. 406.
[89] *Akel v. Alayyan supra* note 67, at 323.

من الواضح أن هذا الرأي منح المحاكم صلاحية واسعة لإستيراد القانون الإنجليزي، حيث يمكن اعتمادا عليه إستيراد القانون الإنجليزي، في كل حالة وُجد فيها خلاف بين القاعدة العثمانية والقاعدة الإنجليزية. فكل خلاف كما ذكر، يمكن ان ينظر إليه من منظار القانون الإنجليزي على أنه خلل (defect) في القانون العثماني، ومن ثم استبدال القاعدة العثمانية بقاعدة إنجليزية.
إلا ان هذا الرأي يناقض بوضوح نص المادة 46. فوفقا لهذه المادة يمكن التوجه الى القانون الإنجليزي، فقط حين لا تتناول القوانين المحلية القضية المعروضه امام المحكمة. وكما جاء في نص المادة: "so far as the same shall not extend or apply". وعليه, فلا تتطرق المادة 46 على الإطلاق إلى الحالة التي وردت في القرار, أي حالة وجود "خلل"، ولذلك ليس لهذا التفسير أي نص يؤيده في المادة 46.
الرأي الثاني، كان رأي القاضي Manning، ووفقا له يمكن التوجه للقانون الإنجليزي، عندما يكون القانون العثماني **عاما وغير واضح**. وكما جاء في هذا الرأي:

> "If the Ottoman Law is considered too vague and general to extend or apply to circumstances of the case, the principles of the English Law may be resorted to…"[90].

بعد عرض الآراء المختلفة أعلاه، أوضح القاضي Trusted ان رأيه يخالف الآراء التي عُرضت، ويقول مجيبا عن السؤال الذي عرضه، انه في حال وجود تعارض بين القاعدة العثمانية والإنجليزية، وعندما يكون القانون العثماني واضحا, فما من مجال لتعديله. وكما يقول في قراره:

> "In my Judgment, bearing in mind the provisions of Article 46 pf the Order in Council to which I have referred, where there is unambiguous provision of Palestinian law the English Principles are not to be applied and that provision should be enforced , and in my view article 111 is such a provision"[91].

القاضي Trusted كان مدركا ان المادة 46، تعطي المحاكم صلاحية تُعدّ من صلاحيات المشرع. وكما جاء على لسانه:

> "It's obvious that the proviso to Article 46 imposes a burden upon the Courts and would seem to vest on them some of the Functions of the Legislature"[92].

ولكن رأي القاضي Trusted كان رأيا فرديا، والغريب ان القاضيين العربيين عضوي المحكمة العليا، اللذين جلسا معه في القضية الأخرى، هما اللذان أيّدا استيراد القاعدة الإنجليزية. وفي قراره يقول القاضي خياط، ان المسأله هي مسأله تفسير المادة 111. وفي تفسيره للماده المذكوره يعتبر، انها لا تتناول غرامة متفقا عليها[93]. وحيث انها لا تتناول الغرامة، فيمكن التوجه الى القانون الإنجليزي، الذي يميز بين الغرامة وبين والتعويض المتفق عليه، ويعتبر شرط الغرامة غير قانوني. واما بالنسبة للادعاء انه بهذه الطريقه، تقوم المحكمة بشكل ما بعملية التشريع، وبهذا فهي تتعدى صلاحياتها، فقد رد القاضي خياط، ان هذا ما تقرر في المادة 46، ولذلك فإن المحكمة محمية من أي ادعاء من هذا النوع[94].

---

[90] *Supra note 4, "Palwoodma" v. Majdalan ,* C.A. 138/37 4 P.L.R 271, 282.
[91] *Akel v. Alayyan*, *supra* note 67 at 326.
[92] *Ibid* 326.
[93] *Ibid* 327-328.
[94] *Ibid* at 329, Khayat J.: "It may be argued that the question of importing the principles of imposing penalties or rejecting it, or estimating and limiting it, in contracts when there no clear provision in the Ottoman Law is a wide interpretation by the courts which falls near legislation and may be taken to mean that the Courts have exceed their jurisdiction, but as Article 46 of the Palestine Order-in-Council provided clearly that the substance of the Common Law and the doctrines of Equity in force in England shall be applied when there is no clear provision in the Ottoman Law, or where these laws do not apply or extend, I am of the opinion that the Courts are covered against any such argument with regard to creating legislation or exceeding jurisdiction, and that the English Principles must be applied when the Ottoman law are silent on the point on the issue. It is also my view that the application of English principles in cases of this sort will not in any way cause confusion in the circumstances of Palestine".

في هذه الاثناء عرضت قضية *Ayoub v. Farouqi*[95] مرة أخرى امام ال- Privy Council. في هذه المرة كان رأي قضاة ال- Privy Council جازما، فقد اعتبروا انه لا يمكن تطبيق ماده قاسية كالمادة 111 في النظام القانوني الجديد لفلسطين. كما أيدوا رأي القاضي خياط، وفقا له يمكن تفسير المادة 111، بحيث لا تحل على الغرامات[96]. وعليه، عند تطبيق المادة المذكورة على شروط تعويضات متفق عليها، يجب تطبيقها على شروط تعويضات حقيقية ("Actual damages")، ولو تبين للمحكمة، ان الشرط التعاقدي- بغض النظر عن تسميته في العقد- لا يعتبر تعويضا حقيقيا، وانما نوع من الغرامه، وعندها لا يمكن اعتماده[97].
اما بالنسبة للسؤال الذي كان طرحه القاضي Trusted سابقا، وهو: "ما العمل في حالة وجود تناقض واضح بين القاعدة الإنجليزية والقاعدة العثمانية؟"، فقد اجاب ال- Privy Council انه في مثل هذه الحالة **يجب تطبيق القاعدة العثمانية طبعا**. مع ذلك، اوضح ال- Privy Council ان على المحاكم تفسير القواعد العثمانيه **بروح مبادئ القانون الإنجليزي**، ومحاولة تفضيل التفسير الذي يتماشى مع المبادئ الإنجليزية بدلا من التفسير الذي يتناقض معها. وكما جاء في القرار المذكور:

> "It results from what has been said that it appears more correct to say that the code must be construed in the light of the doctrines of English Law rather that the English principles relieve against the code. If there is a clear and infrangible antinomy the code must be of course prevail"[98].

إذا، المحكمة اتبعت اسلوبا جديدا من أجل استيراد القاعده الإنجليزية، وهو اسلوب التفسير الواسع والذي يتماشى مع مبادئ القانون الإنجليزي، على الرغم من ان القاعدة العثمانية كانت قاعدة واضحة وقاطعة، ولم يندرج فيها أي تمييز بين الغرامات وبين التعويضات المتفق عليها.

التغيير الهام الثاني الذي طرأ على قانون العقود, كان تبني مبدأ التطبيق العيني (specificperformance). أي، بدلا من التعويض عن الأضرار في حال الإخلال بالعقد، يمكن منح أمر لتنفيذ العقد عيناً.
القانون العثماني القائم لم يكن يعرف علاجاً من هذا النوع. العلاج الوحيد الذي كان من الممكن ان يحصل عليه شخص في حالة الإخلال، هو التعويض عن الاضرار[99]. وبناء على ذلك، فان محاولات كثيره للحصول على قرار بالتنفيذ العيني في بداية الانتداب، باءت بالفشل[100].
وكانت لقرار ال- Privy council في قضية *Ayoub v. Farouqi في سنة 1935*، ابعادٌ على قضايا أخرى في مجال العقود، وبدأ يقل تحفظ المحاكم في استيراد قواعد انجليزية في هذا المجال. وعليه في قضايا لاحقة عرضت على المحكمة في آواخر الثلاثينات، تم تفعيل المادة 46 واستيراد علاج التنفيد العيني المتبع في إنجلترا. وفي قضية *The Syndics in the Bankruptcy of Khoury v. Slavouski*[101] قبلت المحكمة المبدأ المذكور موضحة ما يلي:

> "….Once the equitable rule of the difference between a penalty and liquidated damages is recognized, it follows of necessity that the equitable doctrine of specific performance must be brought in. There is nothing, in my view, in the circumstances of Palestine or its inhabitants to render it undesirable or

---

[95] P.C. 30/39 (1939) 8 P.L.R 116, 120.
[96] *Ibid*.
[97] *Ibid* at 120: "It seem right therefore to conclude that now that whent the code is applied to contract "damages" will be taken to mean actual damages, and the article will only apply to an agreement to which represent "genuine pre-estimate of damages". Where there such an agreed sum "no more and no less" can be awarded. But if the court applying well known rules has to conclude that the sum agreed was a penalty whatever it may be called in the agreement then the penal stipulation will not be enforced".
[98] *Ibid* at 120.
[99] Yadin *supra* note 2, at 64.
[100] *Pinchasowitz v. Litvinsky,* L.A. 88/25 (1919-1936) C.O.J 1777. see also Yadin supra note 2, at 64.
[101] C.A. 132/38 (1938) 5 P.L.R. 378. see also Yadin *supra* note 2, 64.

inapplicable. In fact, it will tend to uphold the sanctity of contracts which will be all to the good"[102].

مع ذلك، وعلى الرغم من إدخال القاعدة المذكورة على القانون في فلسطين، فقد وضعت عليها بعض التحفظات في قرارات لاحقة. فمثلا، اشترط في التطبيق العيني لاتفاقية بيع أرض، أن المشتري قد سبق أن دفع كامل ثمن الارض المتفق عليه، وأنها في حيازته مدة معقوله من الزمن[103]. وفي قضايا أخرى، اعتُبر ان التنفيذ العيني يعطى فقط عندما لا يكون التعويض المادي كافيا[104]. أي اعتُبر التعويض هو القاعدة الرئيسة والتنفيذ العيني هو الإستثناء.

ولكن التوجه أعلاه لاستيراد القواعد الإنجليزية، لم يكن التوجه الدائم للمحكمة، ففي حالات أخرى رفضت المحكمة التوجه الى القانون الإنجليزي واستيراد قواعد أخرى من القانون الإنجليزي.
فمثلا في قضية *Palestine Merchantile Bank v. Fryman*[105] رفضت المحكمة العليا تطبيق القاعدة الإنجليزية المشهورة بوجوب وجود مقابلٍ (Consideration) في العقود. وكما سنرى فيما يلي، في هذه القضيه، تجلّى اختلاف آراء المحاكم في كيفية تطبيق المادة 46 بأوضح صُورهِ.
في القضية المذكوره عُرض على المحكمة المركزية عقد كفالة، وقع عليه شخص لكفالة دين شخص آخر لدى بنك مركنتيل. حين لم يدفع المدين دينه، توجه البنك الى المحكمة المركزية مطالبا بالدين من الكفيل وفقا لعقد الكفالة. إلا أن المدعى عليه (الكفيل) ادعى أن عقد الكفالة باطل، إذ لا يشتمل على مقابل (Consideration) كما يوجب القانون الإنجليزي[106]. المحكمة المركزية اعتبرت القانون العثماني في هذا الموضوع غير واضح ("Not clear")، وعليه قبلت الإدعاء مطبقة القاعدة الإنجليزية أعلاه[107]، ورفضت دعوى البنك.
هل كانت مواد المجلة التي تتعلق بالكفالة غير واضحة فعلا كما اعتبرتها المحكمة المركزية؟!.
كما سنرى أدناه، فإن هذا الطرح غير دقيق على الإطلاق. المادة 621 من المجلة، التي أوضحت كيفية انعقاد الكفالة، نصت على ما يلي:

"تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل فقط، ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له، وعلى هذا لو كفل أحد في غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤاخذ بها"[108].

كما واكتفت أحكام المجلة بتعبير الكفيل عن رغبته في الكفالة من أجل انعقاد الكفالة. وكما نصت المادة 622 من أحكام االمجلة:

"إيجاب الكفيل أي ألفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة. مثلاً لو قال كفلت أو أنا كفيل أو ضامن تنعقد الكفالة".

وعليه، فإن المجلة لم تشترط وجود مقابل (Consideration) كشرط لانعقاد الكفالة. كما أنه، مُستغرب تماماً رأي المحكمة المركزيه أن أحكام المجلة غير واضحة، إذ لا نرى عدم وضوح في الأحكام اعلاه، التي لا تلزم وجود مقابل من أجل انعقاد الكفالة.

---

[102] C.A. 132/38 390. cited on Yadin *supra* note 2, at 64.
[103] Yadin *supra* note 2, 64.
[104] *Ibid* 65.
[105] C.A 240/37 (1938) 5 P.L.R 159.
[106] وفق القاعدة الانجليزيه, إذا لم ياخذ طرف العقد مقابلا لإلتزاماته وفق العقد, فهو غير مجبر بتنفيذ العقد.
[107] *Supra* note 105 at 162: "The District Court came to the conclusion that the Ottoman Law on the Point was not clear and that therefore the English doctrine of consideration must be applied".
[108] انظر **مجموعة رمضان**, ملاحظه 74 أعلاه. انظر أيضا **المقتفي** ملاحظه 31 اعلاه:
<http://muqtafi.birzeit.edu/legcard.asp?FORM_LEG_ID=3905> دخل بتاريخ 2006/1/2.

المحكمة العليا قبلت الاستئناف الذي تقدم به البنك، معللة قرارها بانه لا توجد حاجة في هذه القضية إلى اللجوء إلى لقانون الإنجليزي. المحكمة العليا، رفضت موقف المحكمة المركزية، والذي وفقا له عندما يكون القانون العثماني "غير واضح"، يجب التوجه إلى القانون الإنجليزي. المحكمة العليا أوضحت أنه في مثل هذه الحالة، يجب على القاضي عمل قدر مستطاعه **لتفسير القانون العثماني**، لا التوجه إلى القانون الإنجليزي. وكما جاء على لسان القاضي Manning الذي كان حازما في الرأي الذي عبر عنه في القضية:

> "I think the District Court misdirected itself in taking this view. It relied on Article 46 of the Palestine Order in Council, **but the Article nowhere states that the English Law is to be applied if the Ottoman Law is not clear.** The words used are "so far as the same shall not extend or apply". **If the Ottoman law is not clear it is the duty of the judges to expound it, however difficult it may be**. A judge cannot say "I do not understand this provision of the Ottoman Law and there fore I shall apply English Law. In most systems of legislation there are obscure provisions and provisions capable of two or more interpretations, and a judge has difficult task of laying down to the best of his ability the correct interpretation. In Palestine a large and important part of the Ottoman Law still in force and Article 46 of the Order-in-Council is not intended to be a refuge when a judge finds difficulty or doubt in its interpretation".[109](Emphasis added)

إن رأي المحكمة المركزية، أن القانون العثماني يعتبر ناقصا لأنه لا يشتمل في قواعده على قاعدة ال-Consideration، ولذا يجب التوجه للقانون الإنجليزي لإستيرادها, هو رأي خاطئ. وكما أوضح القاضي Manning في قراره:

> "It was argued that as the Ottoman Law on this point does not contain any doctrine of consideration, this doctrine of English Law should be applied. This, to my mind, is a misunderstanding of Article 46 of the Order-in-Council, as I shall explain shortly. It's is also based on the misconception that the law of contract cannot be complete unless it has such doctrine. This is not so"[110].

على أية حال، مما لا شك فيه، أنه قد حدث تطور كبير في حقل العقود في هذه الفتره، وتم قطع شوط طويل في هذا المجال مقارنة بالوضع الذي كان قائما في العهد العثماني[111]. ولكن تجدر الاشارة هنا، إلى أن التطوير في هذا الحقل، لم يحدث عن طريق سن القوانين، وإنما عن طريق السوابق القضائية التي خطتها المحاكم في قراراتها من خلال تفعيل المادة 46.

2) حقل الإجراءات الحقوقيه

حقل آخر ادخلت به المحاكم قواعد إنجليزية جديده عن طريق السوابق القضائية هو حقل الإجراءات الحقوقية، وصلاحيات المحاكم في إصدار الأوامر المختلفة.
هكذا مثلا، كان بالنسبة للأمر الاحترازي لمنع الضرر المستقبلي. اليوم، كثيرا ما ترفع قضايا في المحاكم تُطلب فيها اوامر احترازية من هذا النوع. مثلا، شخص يطلب امر منعٍ احترازي لمنع اشخاص من الدخول الى أرضه، او ملكه، ومنع العبث بهما. او يطلب أمر منع، ضد جاره من البناء بشكل مخالف يؤدي الى اضرار لقسيمته المجاورة. ولذلك امثلة عديده. ما يميز هذه الحالات، ان الضرر لم يحدث بعد. إنما عَلم المدعي بشكل جدي عن نية المُدعى عليهم بالتسبب بالأضرار. اي انه على الرغم من ان الضرر لم يحث بعد، إلا أنه قادم ووشيك.

---

[109] *Palestine Merchantile Bank v. Fryman*, *supra* note 105, at 162.
[110] *Ibid* at 162.
[111] Yadin *supra* note 2, at 66.

إلا أن المجلة، اعتمادا على رؤيةِ المحاكم لها في عهد الانتداب لم تتناول مثل هذه الحاله بشكل خاص. صحيح ان المادة 31 من المجله، توجب رفع الضرر بقدر الإمكان حيث نصت على أن: **"الضرر يدفع بقدر الإمكان"**[112]. إلا ان المادة التي تتطرق لمنع التصرف من الغير، وهي المادة 1197 من المجلة اشترطت وقوع **"ضرر فاحش"**. وهكذا جاء نص المادة المذكورة:

"المادة 1197: المنع من التصرف
لا يُمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشاً كما يأتي تفصيله في "الفصل الثاني".

*وقد جاء تعريف **"الضرر الفاحش"** في المادة 1199، من الفصل الثاني الذي يُعنى في **"حق المعاملات الجوارية"** كما جاء في عنوانه. وقد نصت المادة* 1199 على ما يلي:

"المادة (1199) : الضرر الفاحش

والضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أي يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه".

وقد أثير الشك بصلاحية المحكمة في إصدار اوامر احترازية لمنع ضرر مستقبلي، لسببين اساسيين وهما:
أولا: المادة 1197 من المجلة، ألزمت المدعي اثبات حدوث ضرر فاحش له، عند توجهه إلى المحكمة. حيث جاء نص المادة باستعمال الكلمات **"كان ضرره فاحشا"**، اي ان على المدعي أن يثبت، اولا، حدوث الضرر، وأن يثبت ثانيا، أن الضرر كان ضررا فاحشا.
ثانيا: أن المادة 1198، والتي تعرف الضرر الفاحش موجودة أصلا في الفصل المتعلق بالمعاملات الجوارية، وعليه فهو يقتصر على هذه المعاملات. وقد نجد في هذا نوعا من النقصان في القانون. فماذا لو لم يكن الجار مصدر الضرر موضوع الدعوى، وإنما شخص غريب.
في قضية *Raym v.Hadar Hacarmel Co-oparetive Society Ltd* [113] طُلب من المحكمة أمر منع مستقبلي من قبل مجموعة من الأشخاص ضد جمعية المياه، عندما علموا انها تنوي قطع المياه عنهم. وحيث أن الضرر لم يحدث بعد، فكان الادعاء، انه وفق نص المادة 1197، لا توجد للمحكمة صلاحية إصدار أمر أحترازي من هذا النوع. وفعلا بعد أن قبلت المحكمة هذا الادعاء، أوضحت أن الصلاحية الوحيدة التي تمكن المحكمة من إصدار أمرٍ من هذا النوع، تكمن في المادة 46, وذلك من خلال استيراد هذا النوع من الأوامر وفق القانون الإنجليزي، وهو ما يسمى ال- Nise Order. وكما جاء في تعليل المحكمة:

> "To deal with the first of these contentions: it seems clear, in view of the terms of article 1197 of the Mejelle, that under the Ottoman Law the power of the Court to issue an Order in the nature of the injunction was not limited to the cases expressly mentioned in the Mejelle.
> For the Order to issue, however, it was necessary under article 1197 that the Plaintiff should prove "excessive damage". It follows that there is no power under this article to issue an Order in respect of threatened injury; and in so far as the Court of Palestine have power to issue Such an order, it can be only by virtue of Article 46 of Palestine Order-in-Council,1922"[114].

وقد اوضح ال- Privy Council في وقت لاحق في قضية *Faruqi v. Aiyub*، أن المادة 46، **تُغني** المحاكم في فلسطين بإجراءات وعلاجات تُمنح وفق القانون الإنجليزي ومبادئ العدل والإنصاف. وكما جاء في قرار المحكمة:

---

[112] مجموعة رمضان, ملاحظه 74 اعلاه, ص. 1. المقتفي ملاحظه 31 اعلاه.
<Http://muqtafi.birzeit.edu/legcard.asp?FORM_LEG_ID=3905> دخل اليه في تاريخ 2006/12/29.
[113] H.C. 99/32 (1919-1936) 3 C.O.J 1001.
[114] *Ibid* at 1002.

"All this of course, has to be carefully considered; but subject to all those provisions, their Lordships think there can be no doubt that the provisions of the Order-in-Council do enrich the jurisdiction of the Courts in Palestine with all forms and procedure and all the different remedies that are granted in England in common law and equity and also enrich their jurisdiction with the principles of equity, among this the well- established distinction between penalty and liquidated damages"[115].

مثال آخر على استيراد قواعد أنجليزيه في هذا الحقل، هو القرار الذي صدر في قضية *Beyrouth v. Khoury*[116]. في القضية المذكورة، رفعت المدعية قضية امام محكمة الأراضي طالبت فيها بأرض كانت تنازلت قبل اكثر من 18 عام من رفع القضية. محكمة الأراضي رفضت القضية بالتقادم بناءً على نص المادة 1663 من المجلة حيث مرت المدة القانونية للتقادم (وهي 10 سنوات في الأراضي الميري و- 15 سنه في أراضي الملك)، ولم يكن هنالك اي عذر وارد في المادة 1663 لأيقاف التقادم. وفعلا، قد حددت المادة 1663 من المجلة، الاعذار التي يمكن أن تُوقف استمرار التقادم. وجاء نص المادة كما يلي:

"مادة (1663): مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى
والمعتبر في هذا الباب أي في مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى ليس هو إلا مرور الزمان الواقع بلا عذر، وأما الزمان الذي مرَّ بعذر شرعي ككون المدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوها سواء كان له وصي أو لم يكن أو كونه في ديار بعيدة مدة سفر أو كون خصمه من المتغلبة فلا يعتبر، مثلاً لا يعتبر الزمان الذي مر حال صغر المدعي وإنما يعتبر من تاريخ وصوله إلى حد البلوغ. كذلك إذا كان لرجل مع احد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمان تغلب خصمه ووجد مرور الزمان لا يكون مانعاً لاستماع الدعوى، وإنما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب"[117].

أي انه وفق القانون العثماني، لإيقاف التقادم، ينبغي للمدعي ان يثبت أحد الأعذار التي وردت في المادة 1663 أعلاه لإيقاف التقادم. في غير ذلك، تسقط دعواه بالتقادم.
المحكمة العليا تساءلت خلال بتها في الاستئناف، هل كان يوجد عذر لإيقاف مرور الزمن؟.
وعن ذلك, تجيب المحكمة، أنه وفقا للمادة 1663، هناك ثلاثة أعذار لإيقاف مرور الزمن:
1) Minority – أي قصر العمر؛ 2) Absence – أي الغياب؛ 3) Despotism of opponent – أي امتداد تغلب خصمه.
ولا تنطبق أي من هذه الأعذار على القضية، وعليه مبدئيا كان من الممكن رفض الدعوى بالتقادم كما فعلت محكمة الأراضي. إلا أن المحكمة لم تكتفِ بهذا النهج لبحث القضيه، بل اعتبرت إن المحكمة غير مقيدة بالأعذار التي وردت في المادة 1663 بخصوص التقادم. وكما جاء في قرار القاضي Frumkin:

"We are not limited by the three reasons shown in the Mejelle, because they are only cited as examples not excluding other reasons"[118].

وتعود المحكمة لـتؤكد قاعدة، اتبعتها في قضايا أخرى، أنه في حال عدم وجود تعارض بين القانون العثماني ومبادئ العدل والإنصاف، فلدى المحكمة صلاحية تطبيق هذه المبادئ على القضايا في فلسطين، من خلال المادة 46. وكما جاء على لسان رئيس المحكمة القاضي Haycraft:

---

[115] *Faruqi v.Ayyub*, P.C. 1/35 (1943-1948) 7 A.L.R 331, 336-337.
[116] L.A. 32/24 (1919-1936) 4 C.O.J. 1209.
[117] مجموعة رمضان, ملاحظه 74 اعلاه, ص. 1. المقتفي ملاحظه 31 اعلاه:
<Http://muqtafi.birzeit.edu/legcard.asp?FORM_LEG_ID=3905> دخل اليه في تاريخ 2006/12/29.
[118] *Beyrouth v. Khoury* , *supra* note 116, at 1210.

"We are by clause 46 of the Palestine Order-in-Council, 1922, authorized to apply rules of equity to be found in English Law when not inconsistent with the Ottoman Law"[119].

وبناء على هذا النهج، قامت المحكمة باستيراد قاعدة إنجليزية لإيقاف التقادم، وفقا لها:

"There is a rule of Equity that Prescription cannot be successfully pleaded in bar to an action to recover land which the Plaintiff has been deprived by fraud unless the plaintiff has allowed the time of the prescription to run since he had knowledge of the fraud"[120].

وفقا لهذه القاعده، إذا قُدمت دعوى لاستعادة أرض، اخذت من المدعى عن طريق الغش والخداع، فإن ذلك يوقف مرور الزمن، الى حين علمه بالغش والخداع. أي يبدأ حساب مرور الزمن للتقادم، من موعد علم المدعي بالغش والخداع.
وبعد أن طبقت المحكمة هذه القاعده على المدعيه، وجدت ايضا انه يجب رفض الدعوى بالتقادم، لأنه حسب الوقائع التي وردت امام المحكمة، إذا وقع خداع، فقد علمت عنه المدعيه منذ زمن طويل، وعليه تقادمت دعواها. إذا مرة أخرى، رأينا المحكمة تستورد قاعده إنجليزيه، وهي عذر جديد لايقاف التقادم، لم يكن معروفا في القانون العثماني القائم.

ولكن ذلك، لم يكن نهج المحكمة دائما في قضايا الإجراءات أمام المحاكم. فمثلا في قضية عرضت أمام محكمة العدل العليا، قضية *Penhas v. Felman* [121] تم الإدعاء في هذه القضية، أن القانون العثماني لا يخول المحكمة إصدار أمر احترازي (Injunction)، وعليه يجب على المحكمة التوجه إلى القانون الإنجليزي وتطبيق قواعده في هذا المجال.
المحكمة العليا، رفضت الادعاء المذكور، واعتبرت أن القانون العثماني يخول المحكمة إصدار اوامر من هذا النوع، وفقا لأحكام المواد 1197، و- 1198 لغاية 1212 من المجلة. وكما جاء في قرار المحكمة:

"…it is argued that the order was an injunction; a form of order unknown to the Ottoman Code of Procedure, and with regard to which it was necessary under Article 46 of the Palestine Order-in-Council, 1922, to apply the English procedure and practice.
The argument might be accepted if it were the fact that in Ottoman Law a Court could not make an order prohibiting a party from doing a specific act.
Such، however، is not the case. The Ottoman Law does empower the Courts to give such order.
The general authority to issue orders in the nature of injunctions as regards uses Mulk property is contained in Article 1197 of the Mejelle; and Articles 1198-1212 contain specific instances in which this power is to be applied as between neighboring owners"[122].

وقد نصت المادة 1197 من مجلة الاحكام العدلية على ما يلي:

"مادة (1197): المنع من التصرف
لا يُمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشاً كما يأتي تفصيله في "الفصل الثاني".

[119] *Ibid* at 1209.
[120] *Ibid*.
[121] H.C. 49/25 (1919-1933) 3 C.O.J. 995.
[122] *Ibid* at 996.

وعرفت المادة 1199 الضرر الفاحش بأنه:

"مادة (1199): الضرر الفاحش
والضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أي يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه".

إذا يحق للمحكمة إصدار أمر احترازي لمنع أي ضرر فاحش. لكن القضية أعلاه لم تقتصر على هذه النقطة. فقد قامت المحكمة المركزية، -التي التمس السيد Penhas ضد قرارها إلى المحكمة العليا-، بعد إصدار أمر إحترازي بناء على القانون الإنجليزي، بإدانة الملتمس بتحقير المحكمة لعدم مثوله للقرار الإحترازي. الملتمس ادعى، بما إن القضية ما زالت قيد الاستئناف، فان الأمر الإحترازي لا يعتبر نهائيا، ولذلك ليس هناك واجب لتنفيذ قرار المحكمة في الفترة المؤقتة حتى صدور القرار في الاستئناف ويجب الاكتفاء بضمانات. وعليه أخطأت المحكمة المركزية، عندما أدانته بتحقير المحكمة.
وقد نصت المادة 130 من ***قانون أصول المحاكمات الحقوقية لسنة 1296 هـ***[123]، على ما يلي:

"130. إذا كان الادعاء الواقع مؤسسا على سند رسمي أو على تعهد أعترف به المدين أو على حكم سابق لم يستأنف فبعد أن يتقرر الحكم في الدعوى يمكن أيضا مع إعطاء الحكم المذكور أن يحكم بإجرائه مؤقتاً ولو تقدم استدعاء لأجل استئنافه على انه حينئذ يؤخذ من المدعي كفيل أو تأمينات قويه فإذا لم يتمكن أن يقوم بذلك فيحصل المبلغ المحكوم به ويبقى أمانة في المحكمة" (أضيف التأكيد).

وعليه، وفقا لهذه المادة، المدعى عليه، والذي صدر ضده أمر احترازي، غير ملزم بتنفيذ القرار المذكور، في حال تقديم استئناف، وفي هذه الحالة يمكن الاكتفاء بكفالة أو تأمينات. وقبلت المحكمة العليا الادعاء المذكور، وبرأت المدعى عليه من تهمة تحقير قرار المحكمة. وكما جاء في قرارها:

> "There was at the time no provision corresponding to Article 46 of the Palestine Order-in-Council 1922, and it must have been intended that the Court in proceeding under that Section should apply the Ottoman Procedure, exercising its power under Articles 130 and 131 of the Civil Procedure Code if necessary.
> It follows that the act of he Petitioner in continuing to build pending the hearing of his appeal, while it may involve a liability in damages if his appeal is unsuccessful does not constitute a contempt of court"[124].

إذاً، المحكمة كانت أكثر تحفظا في هذه القضية في تطبيق القواعد الإنجليزية، وقد ينبع ذلك من وضوح مواد القانون العثماني المتعلقة، بحيث لم ترَ المحكمة إمكانية للتنكر للقانون العثماني.
على أية حال، من الواضح أنه ادخلت تغييرات عديده في هذا الحقل، عن طريق السوابق القضائية ومن خلال المادة 46، واصبحت في حوزة المحكمة أدوات إجرائية جديدة لم تكن بحوزتها سابقا، الأمر الذي رفع من شأن القضاء ودعم سلطته.

3) حقل لاضرار

على الرغم من إحداث تغييرات عديدة في حقول قانونية مختلفة من خلال تفعيل المادة 46، كما رأينا اعلاه، إلا أن الأمر كان مختلفا بالنسبة لحقل الأضرار[125]. إذ أن نهج المحاكم تغير وكان اكثر تحفظا في هذا الحقل خصوصا[126]. وكما سنرى لاحقا، المحاكم لم تطور القانون في هذا المجال، وكذلك لم تطوره بالاعتماد على القواعد القائمة في القانون العثماني، واتخذت نهج التفسير الضيق لهذه القواعد.

---

[123] **مجموعة رمضان**, ملاحظه 74 أعلاه, ص. 211. أنظر أيضا **المقتفي**:
<http://muqtafi.birzeit.edu/LegImage.asp?FORM_LEG_ID=1059> دخل إليه في 2006/1/2.

[124] *Penhas v. Felman* , *supra* note 121, at 997.

[125] Yadin *supra* note 2, at 66.

[126] *Ibid*.

في البداية، لا يمكن إنكار الحقيقة، أن القانون العثماني لم يكن متطورا بشكل كبير في حقل قانون الأضرار (Tort Law)، فيما يتعلق بالاضرار المادية الناتجة عن الأهمال أو المخالفات المدنية، وخاصة بالنسبة للاضرار الجسدية. مع ذلك، فقد كانت هنالك مجموعة لا بأس بها من القواعد في مجلة الأحكام العدليه وفي قوانين أخرى.
سنرى فيما يلي، كيف تعاملت المحاكم في فلسطين في عهد الإنتداب مع القواعد العثمانية، وما هي التطورات التي حدثت لها خلال فترة الأنتداب. ففي قضايا مختلفة عُرضت أمام المحاكم، ادعى المحامون، أنه حيث لا توجد قواعد في القانون العثماني في هذا الحقل القانوني، يجب إستيراد القواعد الإنجليزية. وكان القانون الإنجليزي متطورا نسبيا في هذا المجال.
المحاكم في فلسطين تخبّطت في بداية الأمر بهذا السؤال وهو: هل عليها استيراد القواعد الإنجليزية، ام لا؟، وان كان عليها استيراد قواعد في هذا المجال، فهل عليها استيراد جميع القواعد المتبعة في انجلترا أم قسم منها فقط؟[127].
وكما سنرى خلال استعراضنا لقرارات المحاكم في هذا المجال، رفضت المحكمة احيانا تطبيق القواعد الإنجليزية، وأحيانا أخرى قبلت تطبيق مخالفة الإهمال، إلى أن استقرت المحكمة في قرار للمحكمة العليا في سنة 1947 الى تطبيق القاعدة الإنجليزية المذكوره.

كما قلنا سابقا، على الرغم من أن القانون العثماني لم يكن متطورا بشكل كبير في حقل الأضرار، إلا انه إشتمل على مجموعة من القواعد في هذا المجال. قسم من هذه القواعد تعرضت إليها المحاكم في فلسطين خلال مداولاتها القضايا، وقسم آخر لم تتعرض اليه على الإطلاق. وكما سنرى، يعود ذلك إلى عدم تضلع القضاة البريطانيين من خبايا القانون العثماني الذي كان غريبا عليهم.
مثالا على ذلك، قضية *The Mincipality of Haifa v. Khoury* [128]. في القضية المذكورة عُرضت على المحكمة قضية أضرار جسدية، تسببت للدكتور سيزار خوري (المدعي)، الذي سقط في حفرة كانت حفرتها بلدية حيفا في الطريق العام، ولم تضع في الشارع شيئا يُنبهُ إلى وجودها أو يحميها ويمنع المارة من السقوط فيها. نتيجة سقوطه، كُسر كتفه الأيمن، وتوجه المذكور الى المحكمة المركزية ضد بلدية حيفا، مطالبا بالتعويض عن الأضرار الجسدية التي تسببت له. المحكمة المركزية، اعتبرت تصرف البلدية إهمالا وألزمتها وحكمت للمدعي تعويضا، بجزءٍ من مبلغ الدعوى.

البلدية استأنفت الحكم إلى المحكمة العليا، مدعية، أنه وفق القانون العثماني، في حالة وقوع إصابة جسديه لشخص ما، يحق له تعويض فقط عن مصاريف العمليات بسبب الإصابه، لا عن بقية خسائره، مثل خسارة المدخول.

نائب رئيس المحكمة، القاضي Baker تعرض فقط لمجموعه صغيرة من القواعد العثمانيه، وهي المواد 92 و- 93 من مجلة الأحكام العدلية، والمواد 171، 182 و- 183 ***من قانون الجزاء العثماني لسنة 1274 هـ***[129]. حسب المواد 92 – 93 من مجلة الأحكام العدليه:

"مادة (92) : المباشر [130]
المباشر ضامن وان لم يتعمد.

[127] See also on this subject Baker, *supra* note 73, at 28-31.
[128] C.A. 88/30 1 P.L.R 724.

[129] **مجموعة رمضان**، ملاحظه 74 اعلاه، ص. 1. انظر ايضا المقتفي ملاحظه 31 اعلاه:
<http://muqtafi.birzeit.edu/legcard.asp?FORM_LEG_ID=6584> دخل إليه في تاريخ 2006/1/2.

[130] **"المباشر"** أو **"الفاعل المباشر"** هو الشخص الذي قام بالفعل الذي تسبب بالضرر بشكل مباشر. فمثلا من رمى حجرا بيده وكسر شباكا, فهو مباشر الفعل. أو من ضرب شخصا وكسر يده, فهو مباشر الفعل. وقد عرّفت الماده 887 من مجلة الأحكام العديله "المباشر" كما يلي: "الإتلاف مباشرة: هو إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله فاعل مباشر".

مادة (93): المتسبب [131]
المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد".

حسب المادة 92، الذي قام بالفعل وسبب الضرر مباشرة يجب تضمينه التعويض، حتى لو لم يكن فعله مقصودا. أي يجوز تضمينه إن كان مهملا، وبهذا تتشابه القاعدة العثمانيه المذكوره مع قاعدة الأهمال الإنجليزية. أما إذا كان متسببا بالضرر، أي ليس الفاعل المباشر، فلا يمكن تضمينه التعويض، إلا إذا كان متعمدا. وبهذا، تختلف القاعده العثمانيه عن القاعدة الإنجليزية. ومبدئيا، يمكن تطبيق القاعدة العامة المذكوره على بلدية حيفا، حيث كانت "المتسبب" بوقوع الدكتور خوري في الحفرة التي حفرتها في الطريق ولم تحمِها. ولكن لو طبقت، على القضيه، لوَجب رفض القضية، إذ كان من الصعب الإثبات، أن بلدية حيفا كانت ترغب في سقوط الدكتور خوري عمدا. ولكن هذه القاعدة كانت من القواعد العامة التي وردت في مقدمة مجلة الأحكام العدلية، وقد تكون كما سنرى قواعد خاصة يجب تطبيقها على القضية.
على اية حال، بعد استعراضه للمواد 92 و- 93 أعلاه، أسرع القاضي Baker إلى التوصل للنتيجه، أن أحكام المجلة لا تتناول موضوع الأضرار الجسدية!، وعليه لا توجد للمدعي دعوى لأضرار جسدية وفق أحكام المجلة. وكما جاء على لسانه:

> "…am of the opinion that the Mejelle does not in fact deal with injures to the person, but is limited to damages to property and property only and cannot be intended to include injuries to persons"[132].

كان هذا ايضا رأي القاضي Frumkin، الذي وافق هذا الطرح بانه لا توجد اي قاعده في المجلة توجب التعويض في حالة الضرر الجسدي[133]، كما عبر عن هذا الرأي فقهاء آخرون معتبرون ذلك فراغا قانونيا[134].
بعد أن توصل إلى النتيجة أعلاه، توجه القاضي Baker إلى ***قانون الجزاء العثماني لسنة 1274 هـ***[135]، واستعرض المواد **171، 177، 178، 182، 183.** ويستغرب هذا التوجه لقانون الجزاء العثماني في قضية مدنية[136].
بالنسبة، للمواد **171، 177، 178، 182**، اعتبرها القاضي Baker مربوطه بوجود إدانة جزائيه[137]. ليس الأمر كذلك بالنسبة للمادة 183 والتي نصت على ما يلي:

> ***"إذا جرح شخص آخر أو ضربه خطأ أو تسبب في جرحه ورضه بلا قصد منه تُستوفى منه مصاريف الجراحة وإرش (دية) العضو الشرعي إن كان ذلك الفعل موجبا لقطع أو تعطيل عضو من أعضاء الجريح. ثم إذا كان ناشئ عن قلة الإحتراز أو عدم رعاية النظامات فيحبس الفاعل من اسبوع واحد إلى شهرين"*** [138].

---

[131] **"المتسبب"** أو **"الفاعل المتسبب"** هو الذي يسبب الضرر, ولكن بشكل غير مباشر. مثلا, من يحفر حفرة في أرضه, ويسقط بها شخص ما, فهو المتسبب بالسقوط. العمل المباشر, الذي حدث, حدث من قبل من سقط هو نفسه, أو من أسقطه بالحفره. حافر الحفرة, لم يرم بها الشخص ويسقطه فيها مباشرة. إلا انه المتسبب, إذ لولا الحفرة التي حفرها, لما سقط الشخص فيها.
المادة 888 من مجلة الأحكام العدليه, تعرف "الإتلاف تسببا" كما يلي: "الإتلاف تسبباً: هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب ، كما أن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا وكذلك إذا شق أحد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد اتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً".

[132] *The Mincipality of Haifa v. Khoury*, *supra* note 128 at 726.

[133] *Ibid* 730: "We nee not in this Judgment look for the reasons, but it is a fact that the Mejelle in neither Articles referred above nor in any other article intended to deal to dealt with injury caused to the person".

[134] Yadin *supra* note 2, at 66: 'The Mejella provided remedies, in restitution and damages, for certain injures to property. But it knew nothing of vicarious liability and was silent with regard to civil remedies for injures to life, health or honor. Homicide, wounding, assault, libel and slander were punishable offences, but did not give rise to any civil claim".

[135] **مجموعة رمضان**, ملاحظه 74 اعلاه, ص. 1. انظر ايضا **المقتفي** ملاحظه 31 اعلاه:
<http://muqtafi.birzeit.edu/LegCard.asp?FORM_LEG_ID=6584> دخل إليه في تاريخ 2006/1/2.

[136] حيث يتطرق قانون الجزاء إلى المخالفات الجزائية, وليس له علاقة بالمخالفات المدنية. إلا إذا كانت هنالك مادة خاصه في القانون المدني, وفقا لها تعتبر كل مخالفة جزائيه, مخالفة مدنية أيضا, ولم تكن في المجلة مادة من هذا النوع.

[137] *The Mincipality of Haifa v. Khoury*, *supra* note 128, at *727-728.*

[138] ملاحظه 135 أعلاه, الماده 183.

لم يعتبر القاضي Baker هذه المادة مرتبطة بوجود إدانة جزائية، وعليه فإن الشخص الذي اصيب بإصابة جسدية يستطيع أن يطالب فقط بمصاريف الجراحه ودية العضو المصاب. وكما جاء على لسان القاضي Baker:

> "I am of the opinion that in cases of unintentional injures to persons through carelessness or unobservance of the law similar to the case the subject-matter of this appeal, the only remedy the Law of Palestine in its present form allows is a civil action within the ambit of the before-mentioned Article 183 (in the absence of the loss of a member) for surgical expenses"[139].

وعليه، قرر القاضي Baker قبول الاستئناف، واعاد القضية إلى المحكمة المركزية لتحدد مصاريف الجراحة ومبلغ الدية، ووافقه هذا القرار القاضي خياط. أيضا القاضي Frumkin وافق هذا الطرح، أي أن العلاج الوحيد للمدعي يكون بناءً على المادة 183 من *قانون الجزاء العثماني لسنة* 1274هـ[140].

مع الاحترام، لا نتفق الرأي مع المحكمة بما ورد أعلاه، ولدينا في ذلك ملاحظتان:

أولا: إن رأيه، بأن المجلة لا تتناول موضوع الإصابات الجسديه على الإطلاق ولم تأخذه بالحسبان غير صحيح. فعلى سبيل المثال تتناول المادة 929 من المجلة، الضرر الذي قد ينتُج عن مهاجمة الثور أو الكلب، وقد يتعرض الانسان لهذا النوع من الضرر فيما لو هاجمه أي من الحيوانين. ونصت المادة على ما يلي:

> ***"مادة (929): ضرر الحيوان***
> ***الضرر الذي أحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه ولكن لو استهلك حيوان مال أحد ورآه صاحبه ولم يمنعه يضمن. ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما أتلفاه إذا تقدم أحد من أهل محلته أو قريته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه".***

والمادة 930 من المجلة، التي نصت:

> ***"مادة (930): ضمان ضرر الدابة في ملك صاحبها***
> ***لا يضمن صاحب الدابة التي اضرّت بيديها أو ذيلها أو رجلها حال كونها في ملكه راكباً كان أو لم يكن".***

وفي الترجمة الإنجليزية للماده كما وردت في كتاب Hooper، يظهر جليا أن الحديث عن إصابة جسدية:

> "Article 930: If an animal whether ridden by its owner or not, and while on the land owned by him in absolute ownership, injures any other person by striking such person with his fore feet, or with his head, or tail, or by kicking with his hind legs, the owner of such animal is not liable to make good the loss"[141].

وهذا ما نراه أيضا في مواد أخرى تليها[142]. وكذلك بالنسبة لمواد أخرى موجودة في المجلة، والتي كان من الممكن تطبيقها على القضية مع بلدية حيفا، ولم تتطرق إليها المحكمة. مثلا المادة 31 من المجلة، التي خلقت نوعا من الإلزام (obligation) لمنع وقوع أي ضرر. وكما نصت المادة المذكوره:

> ***"مادة (31): دفع الضرر: الضرر يدفع بقدر الإمكان".***

ولم تحدد المادة، ما هو نوع الضرر. فقد يكون ذلك ضررا ماديا، كما قد يكون ضررا جسديا. وبما أن المادة لم تحدد نوع الضرر، فيمكن تفسيرها على انها تتناول ايضا الأضرار الجسدية.

---

[139] *The Mincipality of Haifa v. Khoury*, *supra* note 128, at 728.
[140] *Ibid.* at 732.
[141] Hooper, *supra* note 35, V. 1 at 238.
[142] مثلا الماده 931 من المجلة, وتعني في "ضمان جناية الدابة الداخلة في ملك الغير بإذنه".

أيضا المادة 889 من المجلة، كان من الممكن تطبيقها على القضية، حيث تُوجب التنبيه وإزالة الضرر الملحوظ قبل وقوعه. وكما جاء في نص المادة:

"مادة (889): التقدم
التقدم: هو التنبيه والتوصية بدفع الضرر الملحوظ وإزالته قبل وقوعه".

وأستنادا إلى هذه المادة، كان من الممكن اعتبار بلدية حيفا مسؤولة عن الضرر، إذ لم تنبه إلى الحفرة، ولم تزلها أو تحمها منعا لسقوط الناس فيها، أي منعاً لوقوع الضرر.

أيضا المادة 927 من المجلة التي تُعنى خصوصا بما يجري في الطريق العام. كما جاء في المادة المذكورة:

"927. ليس لأحد الجلوس في الطريق العام للبيع والشراء ووضع شيء فيه وإحداثه بلا إذن أولي الأمر وإذا فعل فيضمن الضرر والخسار الذي تولد من ذلك الفعل. بناء عليه لو وضع أحد على الطريق العام الحجارة وأدوات العمارة وعثر بها حيوان آخر وتلف يضمن. كذلك لو صب أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن وزلق به حيوان وتلف يضمن"[143].

ما جاء في نهاية المادة، هي عبارة عن أمثلة تفسيرية كما جاء في مواد أخرى من المجلة، وعليه لا تقتصر حالات تطبيق المادة على هذه الأمثلة فقط. أي ان ضمان الضرر نتيجة العمل الذي تسبب بالضرر، حفر حفره مثلا، لا يمنح فقط عندما يكون المصاب جراء السقوط في الحفرة حيوانا، وانما يُستوفى الضمان أيضا عندما يكون المصاب انسانا أيضا. فلا يعقل تفسير المادة بضمان الضرر الذي تسبب للحيوان وعدم ضمان الضرر الذي تسبب للإنسان، فذلك لا يكون تفسيراً منطقياً.
وعليه، حسب راينا، فقد كانت النتيجة التي توصل إليها القاضيان بايكر وخياط متسرعة. وكما سنرى لاحقا، فقد تم الاعتماد على هذه النتيجة الخاطئة من أجل استيراد قواعد إنجليزية في قرارات لاحقه.

ثانيا: أما الملاحظة الثانية التي تجدر الإشارة إليها بالنسبة لهذه القضيه، أنه على الرغم من أن المحكمة العليا توصلت الى النتيجة أن المجلة **لا تتطرق لحقل الأضرار الجسدية**، أي ان هنالك فراغا قانونيا في القانون المحلي، فإنها لم تسارع إلى التوجه الى القانون الإنجليزي وفقا للماده 46 من دستور فلسطين لاستيراد قواعد إنجليزية، كما فعلت في حقول اخرى. وكما نلاحظ، فهذا هو النهج الذي إتبعته المحكمة العليا في حقل الأضرار، خلافا لنهجها في حقول قانونية أخرى. ففي حقول أخرى رأينا المحكمة تتوجه إلى القانون الإنجليزي وتستورد قواعد إنجليزية مختلفة منه، محاولة تطوير القانون المحلي أو تغييره. ونتيجة لنهج المحكمة هذا في حقل الأضرار، كما سنرى، كان تطور حقل الأضرار بطيئا في فلسطين خلال عهد الانتداب.
واستمر هذا النهج المتحفظ في حقل الاضرار، في قضايا أخرى عرضت على المحاكم. فعلى سبيل المثال، في قضية *The Attorney General v. Blam*[144] عرضت على المحكمة قضية حادث سير بين قطار وسياره، أدى الى اضرار جسديه لركاب السيارة. ركاب السيارة رفعوا قضيه أضرار جسدية إلى المحكمة المركزية. المحكمة المركزية اعتبرت أن القانون العثماني لا يتناول هذا الحقل القانوني، وهكذا كررت نفس النتيجة التي توصلت إليها المحكمة العليا في القضية السابقة. ولكن المحكمة المركزيه، خلافا للمحكمة العليا، حين توصلت إلى النتيجة أعلاه، قامت باستيراد قاعدة الإهمال الإنجليزية (Negligence) وطبقتها على القضية. المحكمة المركزيه بعدما سمعت الشهادات، وجدت شركة القطارات مذنبة بالإهمال، حيث لم تضع بوابه في الموقع لمنع السيارات من عبور سكة الحديد ولا أي إنذار آخر، وحكمت للمدعي بالتعويضات.

---

[143] وكما ورد نص القسم الهام من الماده في ترجمة Hooper عن التركيه, ملاحظه 35 أعلاه, المجلد الأول ص. 237:
"…nor may he place or produce anything there without permission. If he does so, he is bound to make good any injury or loss which may be caused there thereby".
[144] C.A. 18/39 (1939) 6 P.L.R 247.

النائب العام تقدم باستئناف للمحكمة العليا. في هذا الاستئناف، عبر النائب العام هو الآخر عن وجهة النظر أن مجلة الأحكام العدلية لا تتطرق إلى دعوى الاضرار الجسديه ووجه إلى قرارات محاكم بهذا الخصوص[145]، ووافقت المحكمة هذا الطرح[146]. إلا أن النائب العام اعترض في استئنافه على التوجه للقانون الإنجليزي وتطبيق قاعدة الإهمال التي وردت فيه، إذ أنه يحق للمتضرر المطالبة "بالدية"، مُوجها الى المادة 43(2) من ***قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936***[147]، كما حكمت المحكمة في قرار سابق. وكانت المادة المذكورة قد نصت على ما يلي:

"المادة 43: التعويض

(1) إذا ادانت المحكمة شخصا بارتكاب جرم فيجوز لها، بمحض إرادتها،أن تقضى عليه حال ادانته بأن يدفع للشخص المتضرر أي مبلغ من المال لا يتجاوز مائة جنيه تعويضا له عما لحقه من خسارة من جراء الجرم الذي أدين المتهم به، سواء ادخل الشخص المتضرر في الدعوى بصفة مدع شخصى أم لم يدخل ويعتبر ذلك المبلغ بمثابة دين محكوم به مستحق الاداء على الشخص الذى ادانته المحكمة للشخص الذي قضت بدفعه إليه.

(2) لا تؤثر أحكام هذه المادة في حق الحصول على الدية أو على تعويض بدلا من الدية أو في صلاحية المحكمة للحكم بدفع عطل وضرر يتجاوز المائة جنيه لشخص دخل الدعوى بصفة مدع شخصي".

كان رأي القاضي Trusted، الذي وافقه القاضي Greene، أن القانون الفلسطيني المحلي لا يمنح حق الدعوى في مثل هذه الحالة. وعليه طُرح السؤال: هل هنالك فراغ قانوني (Lacuna) يوجب التوجه للقانون الإنجليزي؟:

> "Is there any lacuna which should be filled by reference to English Common Law? It may be that there is, but it does no seem to me necessary to consider that question now, as I know of no principle of the English Common Law whereby the respondent could recover by reason of the absence of gates, the obligation to fence railways and to erect gates in England being statutory"[148].

القاضي Trusted، وهو من المحافظين في التوجه الى القانون الإنجليزي، لم يرَ حاجه للبت في السؤال، هل هنالك حاجه لاستيراد القواعد الإنجليزية أم لا، إذ أن القاعده الإنجليزية التي توجب وضع البوابات والجدران على سكك الحديد هي قاعده منصوص عليها في القانون الإنجليزي الذي شرعه البرلمان (Statuary Law)، وعليه فهي ليست جزء من القانون المشترك وبمبادئ العدل والإنصاف الذي وجَهت اليه المادة 46 من مرسوم دستور فلسطين.

أما القاضي Frumkin، الذي كان من مؤيدي التوجه الى القانون الإنجليزي بشكل أكبر، اعتبر أنه يحق التوجه إلى القانون الإنجليزي في هذه الحالة:

> "But this argument goes against the Appellant. If the Mejelle does not apply, to the case and if there is no other Palestinian law on the subject, that is just a good reason for introducing English law"[149].

---

[145] *Ibid* at 248: "Counsel of the Appellant, in support of his submission that under the Mejelleh a claim for injury to the person could not be made, referred to CA 2/27 (PLR Vol. 1 p.229) and CA 88/30 (PLR Vol. 1 p. 724)".

[146] *Ibid* at 248.

[147] **الوقائع الفلسطينيه (الانتداب البريطاني)**, العدد 652, ص. 399. أنظر ايضا, **المقتفي** ملاحظه 31 اعلاه: <http://muqtafi.birzeit.edu/LegFullText.asp?FORM_LEG_ID=6403> دُخل إليه في 2006/1/2.

[148] *The Attorney General v. Blam, supra* note 144, at 252.

[149] *Ibid* at 253.

أما بالنسبة لادعاء الدية، فكان رأي القاضي Frumkin هذه المره، أن المادة 43(2) من ***قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936*** لا تعتبر قانونا يلزم بدفع الدية. ولكي تكون هنالك دعوى على هذا الاساس يجب أن يكون هنالك إلزام في القانون الرسمي يوجب دفع الدية[150].
وعليه، قام القاضي Frumkin بتطبيق قاعدة الإهمال المعروفة في القانون الإنجليزي، كما فعلت المحكمة المركزية، إلا أنه وصل في تطبيقها الى نتيجة مختلفة عما وصلت إليها المحكمة المركزية، اي أنه لم يكن هنالك اهمال من جهة شركة القطارات[151]. ولكن رأي القاضي Frumkin لم يكن رأي الأغلبية.
استمر هذا النهج المحافظ للمحكمة، في استيراد القواعد الإنجليزية في حقل الأضرار أيضا في قضايا لاحقه. هكذا في قضية *Sherman and Palestine Electric Company v. Danovitz*[152] التي عُرضت على المحكمة في بدايه سنه 1940، كان رأي المحكمة أنه لا يمكن تطبيق القانون الإنجليزي في حقل الأضرار على السكان في فلسطين، لأن العادات والتقاليد المتبعة في إنجلترا، مختلفة عن تلك المتبعة في فلسطين. وبهذا أخذت المحكمة بالاستثناء الوارد في المادة 46، الذي اشترط في تطبيق القانون الإنجليزي ما يلي:

"ويشترط في ذلك دائما ان لا يطبق التشريع العام المذكور ومبادئ العدل والانصاف المشار اليها اعلاه في فلسطين الا بقدر ما تسمح به ظروف فلسطين واحوال سكانها ومدى اختصاص جلالة الملك فيها وان تراعى عند تطبيقها التعديلات التي تستدعيها الاحوال المحلية".

نقطة التحول للمحكمة في حقل الأضرار حدثت في وقت متأخر، سنة 1947، ومع ذلك، لم يكن التحول المذكور تحولا كاملا. ففي قضية *Rendle*[153]، التي عرضت على المحكمة في سنة 1947، انتقدت المحكمة الرأي السابق الذي جاء في الاستئناف C.A. 113/40 أعلاه، بعد أن عرضت ما كانت توصلت اليه المحكمة فيه كما يلي:

> "In civil appeal 113/40 (7 P.L.R. 1940 p. 363) the court by a majority decision were of the opinion that it could be a grave injustice force on Palestine the common law of England which Mr. Justice Copland, who presided in that case, designated as a customary law founded on totally different customs and habits of a totally different race"[154].

إختلف رأي المحكمة في القضية الجديدة عن ذلك الذي ورد في القرار السابق، واعتبرت نفسها غير ملزمة بتطبيقه، إذ حسب رأيها، حدثت تطورات في فلسطين خلال فترة الانتداب تمكن من تطبيق قواعد إنجليزية في حقل الأضرار. وكما جاء على لسان المحكمة:

> "We are satisfied that, however, that those circumstances, if they ever did exist since the advent of the British Administration, do not exist today. There is now in Palestine a population of 600,000 Jews with western ideas of culture and western ideas of commerce. There is a progressive Arab population of one and half million, also with strong cultural and commercial ties with Europe"[155].

من الواضح جدا حسب القرار، أنه كان للقادمين اليهود الجدد، الذي وصل عددهم في حينها الى 600,000 شخص، تاثير كبير على قرار المحكمة. إذ لا يمكن القول انه حدثت تغييرات جذريه على العادات والتقاليد للسكان العرب المحليين خلال فترة تقل عن 25 عاما. والمحكمة نفسها، أقرت في قرارها السابق ان

---

[150] *Ibid* at 253: "Again a right to Dyet has to be established by some substantive law applicable in the Civil Courts of this country conferring such rights".
[151] *Ibid* at 254: "But In order to succeed under Common Law the Respondent must prove negligence on the part of the Railways. This he failed to do".
[152] C.A. 113/40 (1940) 7 P.L.R. 363.
[153] *London Society for Promoting Christianity Among the Jews v. Rendle, C.A. 29/47 (1947) 14 P.L.R 218.*
[154] *Ibid* cited at 222.
[155] *Ibid* at 223.

الظروف والعادات للسكان المحليين، الذين يعيشون على نمط حياة مختلف تماما عما هو في بريطانيا وأوروبا، لا تسمح باستيراد القواعد الإنجليزية في هذا المجال.
على الرغم من أن المحكمة رأت في قرارها ، أنه حان الوقت لتطبيق مثل هذه القواعد في فلسطين، إلا انها كانت حذرة، ولم تطبق أو تستورد جميع قوانين وقواعد الأضرار الإنجليزية بأكملها، إذ اعتبرت انه ما زال يمكن الجدل حول ملائمة تلك القواعد لفلسطين، وعليه وافقت على تطبيق جزء منها فقط في القضية المذكوره، حيث تم استيراد مخالفة الإهمال (Negligence). وكما جاء في قرار المحكمة:

> "It may be that some specific form of tortuous liability which has its origin in conditions peculiar to the English way of life might be considered out of place in Palestine. But the conception of person being liable for the negligent performance of the act which he holds himself out by reason of his professional qualifications, or the business he carries on, as peculiarly qualified to perform efficiently, is far to universal to justify us in holding that there is anything in the circumstances of Palestine and its inhabitants which preclude us from importing (under the provisions of article 46 of the Order-in-Council) the English law as to tortuous liability"[156].

ولكن هذا التحول في رأي المحكمة، والسابقة القضائية الجديدة التي خُطّت في هذه القضية، لم يُحدثا ثورة قانونية في حقل الأضرار. فسرعان ما تدخل المشرع الإنجليزي (المندوب السامي) وقام خلال هذه الفتره بسن قانون يختص في المخالفات المدنيه وهو ***قانون المخالفات المدنية [رقم 36] لسنة 1944***[157]، والذي تم تعديله في سنة 1947[158]، ودخل حيز التنفيذ بعد صدور القرار أعلاه بشهرين[159].
إذا ما نلاحظه في حقل الأضرار، خلافا لحقول أخرى، أن المحكمة كانت متحفظة في استيراد قواعد إنجليزية من خلال المادة 46 من مرسوم دستور فلسطين. كما أنها قامت بتفسير القواعد العثمانية القائمة تفسيرا ضيقا. وقد أدى هذا النهج إلى جمود قانوني في هذا الحقل ورفض العديد من القضايا التي قُدمت إلى المحاكم.

<u>تلخيص</u>

على الرغم من أن الإنجليز عند دخولهم البلاد، احتفظوا بالقانون العثماني القائم سابقا، إلا أنهم حاولوا تغيير هذا القانون بوسيلتين اساسيتين. الوسيلة الاولى كانت تغيير القانون القائم بشكل مباشر بواسطة سن قوانين جديدة من قبل حكومة الانتداب تبطل القوانين القائمة أو أجزاء منها، وهي الوسلية التي خرجت عن إطار بحثنا هذا. الوسيلة الثانية هي تغيير القانون القائم بشكل غير مباشر، عن طريق المادة 46 من مرسوم دستور فلسطين، التي فتحت للقضاة الانجليز منفذا لإستيراد قواعد مختلفة من القانون الإنجليزي وتطبيقها في البلاد.

بينما كانت تكمن القوة في الطريقة الاولي للمندوب السامي الذي اعطي صلاحية سن القوانين, كانت تكمن القوة بالطريقة الثانية بيد قضاة المحاكم. إذ هم الذين يقررون متى يمكن الانصراف عن القانون العثماني ومتي يمكن التوجه إلى القانون الانجليزي واستيراد قواعد جديدة منه. وقد أُعطيت بهذا للمحاكم صلاحية واسعة، هي نوع من صلاحية التشريع التي هي من وظائف المشرع, الأمر الذي أدى إلى إساءة كبيرة لمبدأ الفصل بين السلطات. فبدلا من ان تعالج المحاكم تفسير القانون وتطبيقه، أصبحت تعالج السؤال ما هو القانون الواجب تطبيقه، وكانت تستطيع المحاكم في ظروف معينة أن تقرر الانصراف عن القانون العثماني القائم وتطبيق قانون جديد غير متبع في فلسطين.

---

[156] *Ibid* at 223.

[157] **الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني), العدد** 1380, ص. 149.

[158] *قانون المخالفات المدنية (المعدّل) [رقم 5] لسنة 1947*, **الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني),** العدد 1563, ص. 52. انظر ايضا المقتفي: <http://muqtafi.birzeit.edu/LegCard.asp?FORM_LEG_ID=3902&rel=1> دُخل إليه في تاريخ 2006/1/2.

[159] Yadin *supra* note 2, at 67.

على الرغم من أن نص المادة 46، قد وضع قيودا معينة على السلطة الواسعة للمحاكم قبل التوجه إلى القانون الانجليزي، لاحظنا من خلال بحثنا هذا أن تلك القيود لم تكن تُحترم دائما، ويعود ذلك لاسباب عدة.
في البداية، لاحظنا أن القضاة الإنجليز لم يكونوا متضلعين من القانون العثماني القائم، ولذلك كثيرا ما كانوا يميلون إلى التوجه للقانون الانجليزي واستيراد قواعدَ منه. ولكن ذلك لم يكن السبب الوحيد.
رأينا ايضا أنه لم يكن في المحاكم رأي ثابت وموحد بالنسبة لتفسير المادة 46، وكيفية استعمالها. فكما رأينا لم يكن هنالك اتفاق على طبيعة القانون العثماني الذي تم الإحتفاظ به. هل المقصود هو القانون العثماني كما تم تقنينه ودون الرجوع إلى مصادره، أم المقصود القانون العثماني كما كان يطبق في البلاد قبل دخول الانجليز مع أمكانية الرجوع إلى مصادره في المجالات التي يغطيها. وقد أثر هذا الخلاف على كيفية تطبيق القسم الثالث من المادة 46, وما هي الظروف التي يمكن على اساسها التوجه إلى القانون الإنجليزي. وما هي الحالة التي تعتبر بمثابة فراغ قانوني (Lacunae) يتيح الفرصة للتوجه للقانون الانجليزي.
فحسب احدى وجهات النظر، في حالة عدم وضوح في القانون المحلي يمكن عندها الإنصراف عنه والتوجه إلى القانون الإنجليزي. وحسب وجهة نظر أخرى، والتي كانت الغالبة في المحاكم، في هذه الحالة، يجب التوجه إلى مصادر القانون العثماني، أي الشريعة الاسلامية أو القانون الفرنسي لتبيين عدم الوضوح المذكور والوصول إلى القاعدة التي يجب تطبيقها.
من جهة أخرى، فقد كانت هنالك آراء أكثر تطرفا، كرأي ال- Privy Council وفقا له يمكن التوجه إلى القانون الانجليزي عند وجود أي خلل في القانون العثماني. وكان المنظار الذي ينظر له إلى القانون العثماني هو القانون الإنجليزي. وكان ال- Privy Council يشجع المحاكم في فلسطين، من خلال قراراته والقواعد التي كان يتوصل إليها في تلك القرارات، لاستعمال صلاحيتهم وفق المادة 46 والتوجه إلى القانون الانجليزي لاستيراد قواعد عديدة منه. وكما رأينا في المبحث الثاني من بحثنا أعلاه، فقد قامت تلك المحاكم باستخدام صلاحيتها واستيراد قواعد كثيرة من القانون الانجليزي، في حقول شتى.

ولكن ذلك لم يكن صحيحا لكل حقول القانون، وقد تباينت "سياسة" المحاكم من حقل قانوني إلى آخر. فبينما استخدمت المحاكم تلك الصلاحية بشكل كبير في حقل العقود وحقل الاجراءات الحقوقية، محاولة تطوير هذه الحقول من وجهة نظرها، فقد امتنعت عن ذلك في حقول أخرى كحقل الاضرار، الأمر الذي أدى إلى جمود في هذا الحقل فترة طويلة.

على أية حالة، مما لا شك فيه، وكما رأينا في بحثنا أعلاه، فقد أعطت المادة 46 المحاكم دورا كبيرا في النظام القانوني في فلسطين، دورا لا يُعطى بشكل عام للمحاكم العادية. ونتج عن هذا أهمية كبرى لنظام السوابق القضائية. وكما عبر عن ذلك الكاتب Quigly:

> "In deciding Palestinain cases, the Privy Council took seriously the application of English law. This development gave judges a more active role in law creation and application that they had experienced in Ottoman times. Accordingly the Courts of Palestine actively applied English law"[160].

من جهة أخرى، فقد أثر ذلك على مبدأ الإستقرار القانوني. فكثيرا ما تم استيراد قواعد إنجليزية وتطبيقها على القضية المعروضة امام المحكمة، في الوقت الذي لم تكن هذه القواعد معروفة لأطراف الخلاف ولا للمحامين، ولا حتى للجمهور عامة في فلسطين.

غياث ناصر

القدس، الثامن من يناير سنة 2007.

[160] John Quigley, "Judical Autonomy in Palestine: Problems and Prospects", (1995-1996) 21 *U. Dayton L. Rev. 697, 706.*

قائمة المراجع

أ) مصادر أولية

- مجلة الاحكام العدلية لسنة 1293 هـ، رمضان, عارف، **مجموعة القوانين (الحكم العثماني): يحتوي على جميع القوانين المعمول بموجبها في جميع البلاد العربية المنسلخة عن الحكومة العثمانية** (المطبعة العلمية، بيروت، 1924-1932) (فيما يلي:"**مجموعة رمضان**") ص. 1.
- مرسوم دستور فلسطين (المعدل) لسنة 1923, **قوانين فلسطين -مجموعة درايتون** (1937) ص. 3332.
- *قانون المخالفات المدنية [رقم 36] لسنة 1944*،**الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني), العدد** 1380, ص. 149.
- *قانون المخالفات المدنية (المعدّل) [رقم 5] لسنة 1947* , **الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني),** العدد 1563, ص. 52.
– *قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936* ، **الوقائع الفلسطينيه (الانتداب البريطاني),** العدد 652, ص. 399.
قانون أصول المحاكمات الحقوقيه لسنة 1296 هـ، **مجموعة رمضان أعلاه،** ص.211.

ب) مصادر ثانوية

1) كتب ومقالات

- تادسكي، جاد، "إبطال الماده 46 من مرسوم دستور فلسطين وتأثيره" (1975) 7 **مشباتيم** 180.
- زمير، أسحاق، **مبادئ النظام في اسرائيل والمادة 46 من مرسوم دستور فلسطين** (باللغة العبرية), (معهد أبحاث القانون على إسم هاري ساكر ووزارة العدل, 1974).
- شمير، شمعون، **تاريخ العرب في الشرق الاوسط- العصر الحديث,** (تل ابيب، 1965).
- لفونطين وجولدفاسر, **قواعد إحلال القانون في اسرائيل والمادة 4 من مرسوم دستور فلسطين** (باللغة العبريه), (معهد أبحاث القانون على إسم هاري ساكر ووزارة العدل, 1974).

- Barak, Aharon, "Comment on "The Provision Regarding Authority of the Law and the Problem of Lacunae in Modern Israeli Legislation" (in Hebrew) (1973) 5 *Mishpatim* 99.
- Baker, Henry E., "The Reception and Development of Common Law and Equity in Israel" (1958), *International Lawyers Convention in Israel*, (Jerusalem, 1958) 24.
- Bentwich, Norman, *The Mandate System,* (Longmans, Green and co, London 1930).
- Bentwich, Norman , "The Law and the Courts of Palestine" (1924-1926) *2 Cambridge L.J. 37.*
- Bentwich, Norman, "The Legal Administration of Palestine Under the British Military Occupation" (1920-1921) 1 *Brit. Y.B. Int'l L. 139, 145.*
- Bentwich, Norman, "The Legislation of Palestine, 1918-1925" (1926) 8 *Journal of Comparative Legislation and International Law 9, 10.*
- Bentwich, Norman, "Palestine" (1923) 5 *Journal of Comparative Legislation and International Law 170..*
- Bentwich, Norman, "Palestine" (1924) 6 *Journal of Comparative Legislation and International Law 186.*
- Bentwich, Norman, "Palestine" (1925) 7 *Journal of Comparative Legislation and International Law 190.*
- Bentwich, Norman, "Palestine" (1926) 8 *Journal of Comparative Legislation and International Law 228.*
- Bentwich, Norman, "Palestine" (1927) 9 *Journal of Comparative Legislation and International Law 186.*
- Bentwich, Norman, "Palestine" (1928) 10 *Journal of Comparative Legislation and International Law 172.*

- Freidman, Daniel, "Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel" (1975) 10 *Israel Law Review, 324.*
- Freidman, Daniel, "The Provision Regarding Autarky of the Law and the Problem of Lacunae in Modern Israeli Legislation" (in Hebrew) (1973) 5 *Mishpatim* 91.
- Goadby,M. Fredrick "The Moslem Law of Civil Delict As Illustrated by the Mejelle" (1939) 21 *J. Comp. Legis. 3d ser. 62.*
- Hooper, C.A, *The Civil Law of Palestine and Trans-Hordan (*Azriel Printing Works, Jerusalem 1933*)*, V. 1, V. 2.
- Melhem, Feras, *The Origins and evalution of Palestinain Sources of Law, Thesis Submitted to Obtain a Degree of Doctor of Law* (Brussel, 2004).
- Quigley, John, "Judical Autonomy in Palestine: Problems and Prospects", (1995-1996) 21 *U. Dayton L. Rev. 697.*
- Stoyanovsky, J., *The Mandate For Palestine,* (Longmans, Green and co., London 1928).
- Tedeschi, Gad, "The Problem of Lacunae and Article 46 of Palestine Order-in-Council,1922" (1960) in Gad Tedeschi, *Studies in Israli Law (G. Tedeschi),* (Jerusalem, 1952) 54 in Hebrew. There is English translation also another edition from the year 1960.
- Yadin, Uri "Reception and Rejection of English Law in Israel" *(1962) Int'l & Comp. L.Q*. 59.
- Zeltner, Ze'ev*, Contracts (General Part)* (Tel Aviv, 1970, in Hebrew) v. 3.
- Zeltner, Ze'ev, "Article 46 of Palestine Order-in-Council as Layered Legal Command" (1959) 16 *Hapraklit* 300, in Hebrew.

2) قرارات محاكم:

*Akel v. Alayyan,*C.A. 20/38 (1938) 5 P.L.R 319.
Ayoub v. Faruuqi, P.C. 30/39 (1939) 8 P.L.R 116.
Beyrouth v. Khoury, L.A. 32/24 (1919-1936) 4 C.O.J. 1209.
Blumenfeld v. I.C.I (1937) 4 P.L.R 228.
Chedid v. Tanenbum, P.C. 47/32 (1932) 1 P.L.R. 831; (1919-1933) 2 C.O.J. 406.
Faruki v. Aiyub, P.C. 1/35 (1943-1948) 7 A.L.R 331. See also (1935) 2 P.L.R 390.
K. Friedenberg v. Municipality of Jerusalem, C.A.D.C 212/31, (1919-1936) 5 C.O.J. 1715.
London Society for Promoting Christianity Among the Jews v. Rendle, C.A. 29/47 (1947) 14 P.L.R 218.
"Palwoodma" v. Majdalani , C.A. 138/37 (1937) 4 P.L.R 271.
Palestine Merchantile Bank v. Fryman, C.A 240/37 (1938) 5 P.L.R 159.
Penhas v. Felman, H.C. 49/25 (1919-1933) 3 C.O.J. 995.
Pinchasowitz v. Litvinsky, L.A. 88/25 (1919-1936) C.O.J 1777.
Raym v.Hadar Hacarmel Co-oparetive Society Ltd , H.C. 99/32 (1919-1936) 3 C.O.J 1001.
Sherman and Palestine Electric Company v. Danovitz, C.A. 113/40 (1940) 7 P.L.R. 363.
The Attorney General v. Blam C.A. 18/39 (1939) 6 P.L.R 247.
The Mincipality of Haifa v. Khoury, C.A. 88/30 (1932) 1 P.L.R 724.
The Syndics in the Bankruptcy of Khoury v. Slavouski, C.A. 132/38 (1938) 5 P.L.R. 378.