

٩٩٥
محمد الشرفي و علي المرغني

الإستاذان بكلية العلوم الإنسانية والسياسية والاجتماعية

مدخل لدراسة القانون

المركز القومي للدراسات
تونس

ثمن البيع للعموم : 10,000 د.ت

ISBN : 9973-17-388-0

المحتوى

14	مصطلحات ورموز
15	التوطئة
17	المقدمة
23	العنوان الأول : مقومات القانون
27	الباب الأول : خصائص القانون
28	المبحث الأول : الأوصاف الشكلية للقاعدة القانونية
28	الفقرة الأولى : القاعدة القانونية قاعدة مجردة
31	I- عمومية القاعدة القانونية
31	I- عمومية القاعدة القانونية من الناحية الإقليمية
32	II- عمومية القاعدة القانونية من الناحية الشخصية
37	III- عمومية القاعدة القانونية باعتبار الوضعيات الواقعية
39	1- القواعد القانونية العادية
40	2- قواعد النظريات العامة
41	3- المبادئ العامة للقانون
43	ب- القاعدة القانونية قاعدة دائمة
50	الفقرة الثانية : القاعدة القانونية قاعدة ملزمة
51	1- مميزات الإلزام القانوني
56	ب- أنواع الجزاء القانوني
57	I- الجزاء الجزري
61	II- الجزاء المدني
62	1- مصير التصرفات القانونية
62	- البطلان
63	- الفسخ
63	2- المسؤولية المدنية
64	ج- درجة الإلزام في القواعد القانونية
65	I- القواعد القانونية الأمرة
68	1- المعايير الشكلية
69	2- المعيار الموضوعي : النظام العام والآداب

75	II- القواعد الغير الآمرة
77	المبحث الثاني : مركز القانون في المجتمع
78	الفقرة الأولى : القانون وسلطة الحكم
79	أ- ملازمة القانون للحكم
82	ب- احتكار الدولة للقانون
85	ج- مجال احتكار الدولة للقانون : القواعد العرفية والتحكيم
90	الفقرة الثانية : علاقة القانون بالمستويات الإجتماعية الأخرى
92	أ- الحقائق والمعطيات المؤثرة في جوهر القانون
92	I- القانون والقوة
95	II- القانون والمثل الأعلى للعدل
101	III- القانون والحقائق المادية والموضوعية
	ب- القانون والمستويات السلوكية الأخرى : العادة والأخلاق والدين
104	I- القانون والعادة
105	II- القانون والأخلاق
106	III- القانون والدين
111	ج- دور القانون في تطوّر المجتمع
118	I- المذهب الحتمي
120	II- المذهب الإرادي
125	الفقرة الثالثة : القانون والعلم وسائر العلوم
126	أ- هل القانون علم ؟
128	I- علم التشريع
129	II- علوم القانون الوضعي
129	1- التصنيف المنطقي
130	- الأصناف القانونية
130	- التصنيف وأنماطه
130	2- علم التأويل والتفسير
132	- القانون والمنطق
134	- حدود حرية القاضي
139	ب- القانون والعلوم الأخرى

139	I- علم التاريخ
140	II- علم الاجتماع
141	III- الإقتصاد
142	IV- الإعلامية
144	V- علاقة القانون بمواد علمية أخرى
145	الباب الثاني : الخطاب التأسيسي
147	المبحث الأول : مذاهب القانون الطبيعي
148	الفقرة الأولى : الفكر الإغريقي
149	أ- أفلاطون
156	ب- أرسطو
165	الفقرة الثانية : القانون الطبيعي في الفكر المسيحي
166	أ- القديس أغسطينوس
170	ب- القديس توماس الأكويني
175	الفقرة الثالثة : تطوّر مدارس القانون الطبيعي
176	أ- علمنة القانون الطبيعي
179	ب- المدارس الحديثة للقانون الطبيعي
184	المبحث الثاني : مدارس القانون الوضعي
188	الفقرة الأولى : المدرسة الدولية : الوضعيّة القانونية
188	أ- نظرية توماس هوبز
192	ب- الصيغ الأخرى للمدرسة الدولية
196	ج- نقد المدرسة الدولية
198	الفقرة الثانية : المدارس المادية والعلمية
199	أ- المدرسة الإجتماعية
204	ب- المدرسة التاريخية
207	ج- المذهب الماركسي
215	المبحث الثالث : الخطاب التأسيسي للقانون في الفكر الإسلامي
218	الفقرة الأولى : الفكر النقلي
225	الفقرة الثانية : الفكر العقلاني

233	العنوان الثاني : القانون التونسي
235	الباب الأول : القانون التونسي والقانون المقارن
236	المبحث الأول : عناصر القانون المقارن
239	الفقرة الأولى : القانون الانكليزي
239	أ- القانون الانكليزي عبر التاريخ : النشأة والتكوين
242	ب- الخصائص الأساسية للقانون الانكليزي
242	I- قواعد الأصل
245	II- القضاء الانكليزي
247	الفقرة الثانية : القانون الفرنسي : العائلة الرومانية الجرمانية
247	أ- التطور التاريخي
248	I- القانون الفرنسي قبل صدور المجلة المدنية
250	II- المجلة المدنية
252	III- التطورات الحاصلة منذ صدور المجلة المدنية
255	ب- منافع دراسة القانون الفرنسي
257	المبحث الثاني : القانون التونسي : التطور والهيكل
258	الفقرة الأولى : تطور القانون التونسي
258	أ- الأصول التاريخية للقانون التونسي
263	ب- القانون التونسي في العهد الحسيني
269	ج- القانون التونسي في عهد الحماية
274	د- عهد الإستقلال
277	الفقرة الثانية : القانون التونسي والفقه الإسلامي
278	أ- الفقه الإسلامي التقليدي
278	I- مصادر الفقه الإسلامي
281	II- التطور التاريخي للفقه الإسلامي
286	ب- المشاكل الراهنة للتشريع الإسلامي
286	I- تلاؤم الفقه الإسلامي مع مقتضيات الأزمنة الحديثة ٩
296	II - الإسلام والعلمانية
296	1- على المستوى النظري
296	- نظرية التلازم بين القانون والدين
298	- نظرية العلمانية

309	2- ممارسة الدول الإسلامية
310	- المواقف المتطرفة
311	- الحلول الوسطية
318	الفقرة الثالثة : هيكل القانون التونسي
319	أ- تقسيم القانون إلى عام وخاص
325	ب- الفروع القانونية المختلفة
325	I- القانون العام
326	II- القانون الخاص
326	1- القانون المدني
327	2- القانون التجاري
327	3- قانون الشغل
328	4- الإجراءات المدنية
328	5- القانون الجنائي
329	6- الإجراءات الجنائية
329	7- القانون الدولي الخاص
329	8- القانون الجبائي
331	الباب الثاني : مصادر القانون
337	المبحث الأول : النصوص القانونية، أولى مصادر القانون
338	الفقرة الأولى : مختلف النصوص الوجوبية
342	أ- الهيكل السلمي للنصوص
342	I- الدستور
345	II- الإتفاقيات الدولية
347	III- القوانين المصادق عليها بالإستفتاء
349	IV- القوانين الأساسية
350	V- القوانين العادية
351	VI- المراسيم
352	1- المراسيم بالتفويض
352	2- المراسيم الصادرة أثناء العطلة البرلمانية
353	3- المراسيم الصادرة بعد حل مجلس النواب
353	VII- الأوامر

355	VIII- القرارات
356	IX- القرار العام الصادر عن سلطة مختصة
357	ب- المجالات الخاصة بكل من القوانين والأوامر
357	I- طرح المسألة
358	II- المثال الفرنسي
359	III- الإصلاح الدستوري لسنة 1976
363	الفقرة الثانية : نفاذ القوانين
363	أ- معنى قوة القوانين الإلزامية
367	ب- شروط دخول القانون حيز النفاذ
367	I- الإصدار
369	II- النشر
373	III- تأريخ دخول القانون حيز التنفيذ
373	1- المبدأ
376	2- الاستثناءات
376	- التقديم
376	- التأجيل
377	- التصويب
378	ج- النسخ
380	I- السلطة المختصة بالنسخ
380	II- أشكال النسخ
383	III- الأحكام العامة والأحكام الخاصة
384	IV- القوانين المحيلة بعضها إلى بعض
385	V- نسخ القانون الناتج عن تقادمه : القوانين المهجورة
386	الفقرة الثالثة : تنازع القوانين
387	أ- تنازع القوانين المكاني
389	ب- تنازع القوانين الزماني
390	I- الأحكام الإنتقالية
392	II- عدم رجعية القوانين
392	I- في المادة الجنائية
395	2- في المادة المدنية

397	- تحليل المبدأ
398	- الإستثناءات
403	- التطبيق
405	- الحقوق المكتسبة ومجرد التوقعات
408	III- الأثر الفوري
408	1- مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد
410	2- الإستثناءات
410	- العقود
412	- آجال التقادم
413	المبحث الثاني : المصادر الثانوية
413	الفقرة الأولى : العرف
415	أ- تقييم العرف كمصدر للقانون
415	I- تعريف العرف
418	II- مزايا العرف وإيجابياته
421	III- نقد العرف
423	ب- دور العرف في القانون التونسي
423	I- أنواع العرف المختلفة
423	1- العرف بالإثابة من القانون
423	- الإثابة الصريحة
424	- الإثابة الضمنية
426	2- العرف مصدر مستقل
427	3- العرف المخالف للنص القانوني
428	II- إثبات العرف
429	الفقرة الثانية : فقه القضاء
429	أ- التنظيم القضائي
430	- الفصل بين السلط واستقلال القضاء
431	- المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية
432	I- محاكم القضاء العدلي : المبادئ العامة
433	1- الإختصاص
433	- الإختصاص الحكمي

467	الفقرة الثالثة : الفقه
468	1- الفقه مصدر للقانون
470	ب- طرق التّأويل المختلفة
470	I- الشرح على المتون
471	II- البحث العلمي الحرّ
473	ج- قواعد التّأويل
473	I- قواعد التّأويل المعتمدة على الشرح
475	II- القياس
475	1- القياس الطردي
476	2- الطريقة التّقابلية أو القياس العكسي
476	3- القياس بالأحرى
476	III- قواعد التّأويل المنطقي
477	IV- قواعد خاصّة
480	الفهرس العام

434	- محاكم الحقّ العام والمحاكم الإستثنائية
435	- الإختصاص التّرابي
437	2- مبدأ التقاضي على درجتين : الإستئناف
437	- الأحكام القابلة للطعن عن طريق الإستئناف
439	- آثار الإستئناف
440	3- سير المحاكم
442	4- أصناف المحاكم
442	- المجموعة الأولى : المحاكم المختصّة
442	• مجالس العرف
443	• المحكمة العقارية
444	- المجموعة الثانية : المحاكم الغير المختصّة
444	• محكمة الناحية
445	• المحكمة الابتدائية
445	• محكمة الإستئناف
446	• محكمة التّعقيب
451	II- الإطار العدلي
451	1- الحكّام
452	- القضاة
453	- النيابة العمومية
454	- القاضي المرشد
455	2- المساعدون للقضاء
455	- الكتبة
455	- العدول المنقذون
456	- العدول
456	- الخبراء
457	- المترجمون المحلفون
457	- المحامون
459	ب- فقه القضاء، مصدر القانون
460	I- فقه القضاء مصدر ثانوي للقانون
462	II- دور فقه القضاء في تونس

مصطلحات ومهوز في الكتاب

1 - العربية :

ب.ت. :	بدون تاريخ	م.أ.ش. :	مجلة الأحوال الشخصية
ج. :	الجزء	م.ت.ق. :	المجلة التونسية للقانون
ص. :	الصفحة	م.ج.ع. :	مجلة الحقوق العينية
ط. :	الطبعة	م.ق.ت. :	مجلة القضاء والتشريع
ف. :	فقرة	م.م.م.ت. :	مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
م.أ.ع. :	مجلة الالتزامات والحدود.	التشريّة (أو تشريّة) :	نشرية محكمة التعقيب.

2 - الفرنسية :

A.A.N	: Annuaire de l'Afrique du Nord
A.P.D	: Archives de la philosophie du droit
al.	: alinéa
art.	: Article
Bull.	: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, année de l'arrêt, avec indication du tome et de la page (en arabe).
C.S.P.	: Code du Statut Personnel
D.	: Dalloz
d.	: Décret
D.I.P.	: Droit International Privé.
J.C.P.	: Juris-Classeur Périodique (semaine juridique)
L.G.D.J.	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
R.I.C.D.	: Revue Internationale de Droit comparé.
R.T.D.	: Revue Tunisienne de Droit.
R.J.L.	: Revue de Jurisprudence et de Législation
S.	: Sirey.

توطئة الطبعة الثانية

مرّت سنتان على نشر الطبعة العربية الأولى من كتاب: "مدخل لدراسة القانون"، ويعدّ نفاذها وفي الأجل الوجيز هذا مؤشرا إيجابيا ودلالة على حسن إقبال القانونيين من طلبة وقضاة ومحامين، على أعمال الباحثين الجامعيين التونسيين.

وهو بذلك حافظ على مزيد العمل لدعم المكتبة القانونية التونسية، دون تحجّر ولا انغلاق. ولذلك تصدر الطبعة الثانية لمسايرة ما حصل من تغييرات في أحكام النظام القانوني القومي، وقد تظاfer لذلك جهدان : الجهد الأصلي الذي يبقى العمود الفقري للطبعة الثانية ذاتها، والجهد الإضافي المتمثل في مزيد التعمّق عند طرح المسائل النظرية المتصلة بالظاهرة القانونية. ويعود تلاقي الجهدين إلى اتفاق محرري الكتاب حول أهمّ القضايا الفكرية والنظرية وهو مبني على وحدة الرؤية إلى القانون ومكانته ودوره في المجتمع.

كما يُعزى هذا التلاقي إلى اتفاق في المنهج والنظرة إلى ما يجب أن يكون عليه الإنتاج النظري القانوني في بلد كتونس، شكلا ومضمونا، لذلك واعتبارا إلى أن المصطلحات العربية تميّز بين القانون والحق فإنّه أصبح من الضروري الإقتصار في هذا الكتاب على التقديم للمصطلح الأوّل وإرجاء البحث في المفهوم الثاني.

المقدمة

1. القانون مصطلح مستحدث في اللغة العربية. والكلمة دخيلة وهي ترادف التشريع. الشريعة هي لغة المواضع التي يُنحدر إلى الماء منها⁽¹⁾ فهي الطريق وبها سمّي ما سنه الله من دين. فيكون المرء على شريعة أي على مذهب أو مثال. فالتشريع يعني المسطرة أو العصا المستقيمة أو السلوك السوي. والقانون يعني المقياس. وهكذا يطابق المعنى العربي ما تفيد الكلمة الفرنسية الموازية⁽²⁾.

2. القوانين هي أولا النصوص الصادرة عن سلطة تشريعية أي سلطة مختصة بسنّها وإضافة لهذا المعنى الضيق أو التقني فإن القانون يعني مجموع القواعد الالزامية، أيًا كان مصدرها الشكلي و التي تكون مخالفتها سببا في تدخل سلطة مكلفة بمراقبة احترامها، وهي السلطة القضائية، تثبيتا لمصالح الأفراد وحقوقهم.

ومن هنا تتبين العلاقة بين الحقوق من جهة والقانون من جهة أخرى. كما يتبيّن أن القانون يشكل ظاهرة اجتماعية بل انه يشكل كيانا أو بالأحرى نظاما متكامل الاجزاء يتكوّن جوهريا من مجموع القواعد السلوكية التي توصف بالقانونية ويتكوّن كذلك من الحقوق أي المصالح

1. (1) "لسان العرب: لابن منظور" المجلد الثامن ص 176، دار صادر بيروت 1990.

(2) Le mot Droit signifie aussi la rectitude, le droit chemin, ce qui est sans déviation... "Dictionnaire" Le Grand Robert de la langue française", T.III 1986.

الذاتية التي يقع تثبيتها قانونا لاستنادها الى القواعد القانونية الموضوعية.

3. لا بد من الفصل والتمييز بين القانون والحقوق، وهو الأمر الذي لا يتفطن اليه عامة الناس فالقانون من حيث إنه ظاهرة اجتماعية يبرز عادة الى العيان على مستويات ثلاث :

أولاً : يحتتمي المرء بالقانون دفاعاً عن مصالحه فيكون دوره عندئذ دوراً حمائياً ينتفع به الضعيف أو المعتدى عليه حفاظاً على مصالحه الذاتية. فيبرز وجهه الايجابي إبّان مطالبة اصحاب الحقوق باحترامها وحمايتها. ويكون ذلك بالإلتجاء الى المحاكم اعتماداً على مبدأ المساواة في تطبيق القواعد القانونية فالالتماء الى القضاء لفض النزاعات التي تنشب بين أفراد المجتمع يشكل بالضرورة تحكيماً للقانون وهو السبيل للتنظيم السلمي للعلاقات الاجتماعية. فالقانون هنا هو السند الذي يقوم عليه اكتساب وممارسة الحقوق من قبل أصحابها.

ثانياً : تلازم القانون مظاهر القوة والقهر والتسلط. فهو مدعاة للخوف، إذ يبرز في الشرطي وعون الحرس والقمرقي والسجان والسفاح والجلاد... فالردع من الأدوار الأساسية الموكولة للقانون في المجتمع، على الأقل في الوعي التلقائي للفرد، لما للقانون من علاقة وطيدة مع القوة والسلطة. فيبرز هكذا وجهه السلبي المخيف وهو الطابع المهيمن المسيطر على شعور ووعي الناس.

ثالثاً : يغيب القانون على الوعي الذاتي في اغلب الحالات. ففي الحياة اليومية يقوم الفرد بالعديد من الأعمال والأنشطة العادية التي تدخل بالضرورة تحت طائلته دون أن يكون للقائم بها وعي واضح جلي بترابطها مع مقتضيات الأحكام القانونية الموضوعية. فمشراء المواد الغذائية يومياً، مثلاً، من الأعمال والتصرفات التي ينظمها القانون دون أن يتفطن لذلك الفرد. وهذا دليل آخر على دور القانون في تنظيم

وتطبيع العلاقات الاجتماعية بصفة سلمية بل وغير مباشرة ولا شعورية.

4. يسمع النظر الأكاديمي للقانون باستيعاب المستويات المعرفية البديهية السابقة الذكر. لكنه يتجاوزها لأن أنماط المعرفة العادية لا تفي بحاجة رجل القانون إذ ينقلب عنده القانون (أو العلوم القانونية) الى مستوى معرفي متميز فيصبح القانون محلاً للبحث والمعرفة وهو الأمر الذي يستوجب تجاوزاً لدلوله السائد عند الناس. فالمعرفة الأولية معرفة جزئية غير شاملة، ولا هي جامعة، تحتكم الى الظواهر ولا تبحث في الجوهو. فهي نظرة لا تعي القانون كنظام متكامل له أصوله ومبرراته وأهدافه الخاصة بل تكتفي بالآثار البارزة التي يتأثر بها الفرد بصفة عملية ملموسة ومباشرة ويمكن القول أن معرفة العموم للقانون هي معرفة منقوصة ذاتية تقتصر على إبراز الحقوق أي المصالح الذاتية دون وعي بأن الحقوق وتثبيتها إنما تتفرع بالضرورة عن القواعد القانونية أي عن القانون كنظام تقويمي متكامل الأجزاء، متجانس الأحكام. فالحقوق وما يقابلها من واجبات تتولد عن القواعد القانونية الموضوعية. ولهذا السبب تتقدم دراسة النظام القانوني الموضوعي البحث في الأحكام العامة للحقوق.

5. لا يختلف اثنان في وجود القانون وضرورته الاجتماعية. ففي الاجتماع لا بد من تنظيم العلاقات بين الأفراد. والقانون هو أحد أهم الأنساق المنظمة لهذه العلاقات. فهو ظاهرة اجتماعية يتزامن وجوده مع الاجتماع. فهي ابن يقظان بطل قصة ابن طفيل المتواجد في معزل عن الناس في جزيرة خالية من البشر ليس في حاجة للقانون ولا القانون في حاجة إليه .

6. هنالك إذن تزامن بين القانون والاجتماع يكون من آثاره تأثير النسق القانوني بما يحدث في الحياة الاجتماعية. فالقانون يتأثر بتطورات المجتمعات وبالتغيرات التي تحصل عليها. فلا يتميز القانون

عن غيره من المستويات والظواهر الاجتماعية الأخرى، فيتسم بالنسبية الجغرافية والنسبية التاريخية على السواء.

7. والنسبية الجغرافية تعني أن الحلول التي تهتدي وتتوصل اليها الأنظمة القانونية تختلف من نسق إلى آخر، كل حسب ظروفه المادية وقيمه المعنوية الاعتبارية. فتعرض البشر لنفس المسائل الحياتية (ولاد - زواج - وفاة - ميراث - عقود - ملكية) لا يترتب عليه ضرور التوصل إلى نفس الحلول والاحكام القانونية.

8. وتعني النسبية التاريخية أن تطور القانون يوازي التطور الذي يشهده المجتمع برمته. فالنظام القانوني والمواصفات العامة التي يتصف بها هو نتاج للتطور التاريخي. فالنظام القانوني التونسي الحالي، مثلاً، ليس كما كان عليه في الماضي وهذا يعني أن كل نظ قانوني يتميز بالتفرد والتأصل ويختص بالطرافة والتجذر.

9. إن انفراد كل نظام أو نسق قانوني بخصائص معينة لا يجب أن يكون تعلقة لانكار الطابع الكوني لظاهرة القانون. فالقانون ظاهرة عالمية كونية يشكل قاسماً مشتركاً بين كل شعوب العالم حديثها وقديمها، لا المادة الجوهرية الثابتة لكل المجتمعات هي فكرة القانون. فالقانون ظاهرة انسانية استتأثرت منذ العهود الفابرة، ولا تزال، باهتمام المفكرين والفلاسفة والسياسيين بل وعامة الناس. فمسألة مشروع القانون وضرورته الاجتماعية من المسائل الثابتة المطروحة باستمرار لدى كافة المجتمعات البشرية مهما تميزت، والبحث في أوصاف القاء القانونية، لغاية التعرف عليها لتمييزها عن القواعد السلوكية الأخرى من المسائل التي لا مناص من النظر والبحث فيها عالمياً. فمهما اختلفت تفاصيل القواعد القانونية ومهما تميزت الأنظمة القانونية القومية ففكرة القانون تبقى الفكرة الجوهرية التي توحى بتلازم الظاهر القانونية مع الاجتماع.

10. إن الإتحاد في اهتمام واحد لا يشكل في حد ذاته عائقاً لتجذير الخصائص القانونية القومية. لكن عوامل عدة تؤكد تقارب الأنظمة القانونية في الأوصاف العامة والاحكام على السواء. فالبشرية تتعرض إلى نفس المسائل والمشاكل الاجتماعية فتكون الحلول الممكنة نظرياً، بالرغم من تنوعها، محدودة.

11. كانت الأنظمة القانونية العتيقة مع اختلاف انتماءاتها الحضارية تتصف بنفس الأوصاف العامة، إذ كانت أنظمة وقائعية تأخذ في العديد من الحالات بنفس الحلول والاحكام القانونية⁽¹⁾. هذه الحلول تفرض نفسها إما لأنها وليدة المعطيات الاجتماعية الموضوعية والبنى الاقتصادية السائدة أو لأنها تنتمي إلى صنف الحلول المنطقية التي لا يمكن أن يختلف في ضرورتها وجدواها اثنان، فلا مناص منها.

12. فإن كان الأمر كذلك منذ القدم فهو جلي واضح اليوم لأن العالمية أو التدرج نحو الكونية من التطورات التي أفرزتها الحداثة ونمطها الاقتصادي أي نظام اقتصاد السوق السائد، إذ يؤدي تعميم هذا النوع المتميز من علاقات الانتاج الاقتصادية إلى الوقوف عند نفس الحلول والاحكام وإلى ضرورة استعمال نفس المسالك والمؤسسات القانونية⁽²⁾. والكونية تعني اليوم كذلك التقاف البشرية جمعاء حول عدد متزايد من القيم (حقوق الانسان - المساواة الخ...). فالارتباط والتداخل بين الأنظمة القانونية من المعطيات التي لا يمكن انكارها والتفافل عنها.

11. (1) يلاحظ التشابه الموجود في الوضعية القانونية للاجنبي في كل من القوانين اليونانية والرومانية والفقه الاسلامي. كما يمكن التذكير أن روما كانت تعمل بالطلاق على النحو الذي عمل به الفقه الاسلامي أي باعتباره سلطة يختص بها الزوج ويباشرها بفردة ودون رقابة قضائية.

12. (2) مؤسسات القانون التجاري : وسائل الدفع والقرض والشركات الخ... مثلاً والعديد من العقود كعقد التأمين والنقل...

فانعدمت امكانية الانفلاق على النفس إذ تتأثر الأنظمة القانونية بعضها ببعض وتأخذ أو على الأقل تستلهم الأنظمة القانونية أحكامها من التجارب الأجنبية. بل إن الأوصاف العامة للبعض منها هي في واقع الأمر مستمدة (هناك من يقول مستوردة) من أنظمة أجنبية. فتتقارب مختلف الأنظمة القانونية القومية في أوصافها ومضمون أحكامها.

العنوان الأول

مقومات القانون

13. يجب أن لا يفهم مما تقدم أنه لا مجال للإبقاء على بعض الخصائص القومية. إذ كل ما في الأمر هو محاولة الوقوف على ما هو ثابت في القانون عبر التأويخ. فاشترك كل الأنظمة القانونية في البعض من المقومات الأساسية والجوهرية تؤكد وتبرزه التطورات الحالية. لأن التقارب الملاحظ لا يقتصر على المستوى القانوني فحسب بل يشمل كل المستويات الاجتماعية والفكرية الأخرى. ومن هنا يصبح التعريف المجرد ممكناً لأن القواعد القانونية لها نفس الأوصاف عالمياً.

فالتقديم لدراسة القانون يستوجب معالجة القانون في ذاته بالوقوف عند مقوماته الدائمة أي تلك الثوابت التي لا تتأثر جوهرياً بالمعطيات الظرفية والخصوصيات الاجتماعية (العنوان الأول). وحتى لا تقتصر المعرفة القانونية على الجوانب العامة وحتى لا نفصل عن خصائص النظام التونسي، بل اعداداً لدراسة مضمون القواعد القانونية النافذة في هذا النظام، يصبح من الضروري والحتمي التقديم الى خصائصه المتميزة (العنوان الثاني).

14. إذا كان القانون في مفهومه اللغوي هو المقياس أو العصا أو الصراط أو الاستقامة فإن هذا المعنى لا يزال وارداً في المفهوم الاصطلاحي للكلمة. لأن السلوك المستقيم هو السلوك الذي لا يتعارض ومقتضيات القانون.

ويتغير المعنى عندما تدل كلمة القانون على العلاقة السببية بين الأعمال والأفعال الظاهرة في الطبيعة. فتبرز أحكام السببية بين العلة والمعلول ومن هنا جاءت قوانين الطبيعة الثابتة وهي قواعد أو قوانين تقريرية تستند إلى التجربة والمعاينة والملاحظة، فتقر بما يقع ملاحظته ومشاهدته دون تحريف ولا تأويل. فقوانين الطبيعة (قانون الجاذبية الأرضية مثلاً) تشكل أحكاماً مطردة إذ يحمل اطرادها معنى الاستقرار والدوام والنظام. فقانون الكون يتضمن قواعد تقريرية أي قواعد مقررة للواقع تتحقق بمقتضاها الظواهر بمجرد توفر أسبابها.

15. أما الاصطلاح القانوني فهو لا يقتصر على البحث في العلاقة السببية. فالقواعد القانونية تهدف أيضاً إلى تغيير سلوك الفرد في المجتمع اعتباراً لضرورة العلاقات الاجتماعية ولضرورة التنظيم السلمي لتلك العلاقات. فالقانون يتكون من مجموع القواعد السلوكية التقويمية التي يكون هدفها تنظيم العلاقات داخل المجتمع البشري. والقانون من هذه الوجهة هو مجموعة قواعد ملزمة الغاية منها أو موضوعها تنظيم العلاقات بين الأفراد. والقانون على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية يتضمن قواعد تقويمية أي قواعد سلوك. فلا تعبر هذه القواعد على ما هو كائن فحسب وإنما تشير إلى ما يجب أن يكون عليه سلوك الفرد في المجتمع. فالقواعد القانونية تصاغ إذن وفق مثل وقيم فتتجه إلى الأفراد بالأمر والتكليف وواجب الطاعة والامتثال. وهكذا فإن سلوك الفرد هو الذي يخضع للقانون فعليه مسأيرته وليس القانون هو الذي يخضع للسلوك الفردي فمسأيره لأن للقانون تقدير خاص للواقع الاجتماعي.

16. فكيف نفسّر تواجد هذا النمط الخاص بتنظيم العلاقات الاجتماعية وكيف يمكن أن نبرّر علويته وهي العلوية التي اكتسبها القانون تدريجيا على حساب غيره من المستويات التنظيمية والتفعية فمما هي أسس القانون وما هي مشروعيتها (الباب الثاني). سوف لن نتمكن من الخوض في هذه المسائل الجوهرية إلا بعد التعرف على القانون وتحديد خصائصه (الباب الأول).

الباب الأول خصائص القانون

17. إذا ما أخذنا بالتعريف الأولي للقانون من حيث أنه مجموع القواعد التي يكون موضوعها أو هدفها تنظيم العلاقة الاجتماعية فإنه (أي القانون) يبرز في وجهتين اثنتين .
الوجهة الأولى تشدّد وتؤكد على الأجزاء التي يتكوّن منها النسق القانوني. فالقواعد التي تنتمي إلى هذا النسق هي قواعد سلوكية متميزة من الناحية الشكلية. فلا بدّ من الكشف على أوصافها الشكلية (المبحث الأول). لكن التعرّض إلى خصائص القاعدة القانونية لا يكون كافيا، لأن بعض الانساق الاجتماعية الأخرى تتكوّن هي أيضا من قواعد سلوكية تهدف، على غرار النسق القانوني، ولو جزئيا، إلى تنظيم العلاقات الاجتماعية. فأصبح من الضروري تمييز قواعد القانون عن القواعد السلوكية الأخرى.

الوجهة الثانية التي يبرزها تعريف القانون المشار إليه توضح أن القانون وحدة متكاملة الأجزاء. فهو نسق متميّز ينظر ويتمحص في الحياة الاجتماعية فينظّمها حسب رؤيته. وهو بالتالي يتواجد مع العديد من المستويات والعوامل الاجتماعية. فيتعامل معها، يتأثر بها ويؤثر فيها. فيتجه عندئذ تحديد مركزه في المجتمع (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الأوصاف الشكلية للقاعدة القانونية

18. يكون الوقوف على الخصائص الشكلية للقاعدة القانونية، وهي الخلية الأساسية التي يتكوّن منها النظام القانوني، انطلاقاً من صيغتها الحالية. فأوصافها هي نتاج للغايات التي يهدف إلى تحقيقها القانون عموماً بصفته نمطاً من أنماط تنظيم العلاقات الاجتماعية. وهي أيضاً نتيجة لتطور داخلي، ذاتي، للقانون. وهي كذلك نتيجة للطريقة الخصوصية التي يرتّب بها القواعد السلوكية ويعبّر عن مضمونها. إن قولاً كهذا يجب أن يفهم منه أن أوصاف القاعدة القانونية التي نبحث عنها هي أوصاف متأصلة متجذّرة تاريخياً فتكون بذلك أوصافاً نسبية هي نتاج ما توصل إليه النمط التنظيمي القانوني من تطور وتغيير. لكن بالامكان أن نتصور أن تكون هذه الأوصاف وهذه الخصائص من المقومات الثابتة للقاعدة السلوكية القانونية. فتكون متواجدة في القواعد القانونية بصرف النظر عن قدرة الإنسان على إبرازها والشعور بها والتخصيص عليها. بل قد تكون مستقلة عن قدرة الإنسان على سن إرادي لقواعد قانونية تتوفر فيها هذه الشروط والأوصاف.

إن الناظر إلى القاعدة القانونية يلاحظ أن خصائصها تتمحور حول صفتين اثنتين. فحتى يتسنى تبويبها في صنف القواعد يجب أن تتوفر فيها صفة التجريد (الفقرة الأولى) ولكي يتسنى إدراجها في النظام القانوني يجب أن تتوفر فيها صفة الالتزام والوجوب (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : القاعدة القانونية قاعدة مجردة

19. يمكن أن يكون امتثال الإنسان للقواعد السلوكية، في أول أمره، امتثالاً تلقائياً بدون وعي بوجودها، ومن باب أولى وأحرى بدون التمكن من المبادرة بإصدارها والتصريح بها. فصورة الامتثال الأولى هي الامتثال التلقائي الغير واع. وما احترام قواعد اللغة إلا شاهداً على

ذلك. فانتفاء الإنسان إلى حضارة معينة وقدرته على التعايش السلمي مع غيره يخضعان إلى ضرورة واحدة وهي البحث على تحقيق المصلحة الذاتية والجري وراءها. والتوصل إلى هذه الغاية رهين تمكّن الفرد من ادماج سلوكه الذاتي في إطار عام أي باعتبار المصلحة التي اختار القانون، طبقاً لأهدافه العامة، أن يغلبها على غيرها من المصالح. فلا يمكن للفرد تحقيق مصالحه إلا متى كان قادراً على التخطيط لها والوقوف على السلوك المنتج والمحقق لها. ولا يمكن أن يكون الأمر كذلك إلا متى كان بالامكان القيام بالأعمال حسب التوقعات والنتائج المرجوة والترتبة عنه، وهو أمر لا يتحقق إلا إذا كانت هذه التوقعات معلومة أي عندما يكون الفرد على علم مسبق بحدوثها. فالسلوك المستقيم هو الذي يحتكم إلى القاعدة فيجاريها ويسايرها فتنتج آثاره طبق أحكامها.

20. من الضروري أن تتسم هذه القواعد المتبعة بصفة التجريد والعمومية. فإذا ما أردنا الجدوى الاجتماعية للأعمال الخاصة المتنوعة كان لابد أن تعتمد هذه الأعمال على قواعد مجردة. لأن القواعد المجردة هي وحدها الكفيلة بإثارة سبيل السلوك الذاتي²⁰. فالقاعدة القانونية شأنها في ذلك شأن أية قاعدة سلوكية أخرى تتميز بأنها قاعدة مجردة.

فالصفة متأصلة فيها حتى في الأنظمة القانونية التي تنعت بالوقائعية، كالقانون الإسلامي، أو النظام الأنكليزي. فوجه التجريد في القانون الإسلامي بالرغم من اشتغال الفقه على حلول متصلة بوقائع ملموسة حسب حدوث النوازل والمسائل متواجد في القواعد الأصولية وخاصة منها القواعد الكلية لأن علم أصول الفقه يحدد المناهج الواجب اتباعها لاستنباط الأحكام من الأدلة الشرعية.

وأما القانون الأنكليزي الذي يوصف هو أيضاً بالواقعي فإن عنصر التجريد فيه يبرز في الأساس المبرر للحكم القضائي عبر المعطيات

20. (1) - F.A - Hayek : "Droit, législation et liberté" T.1, "Règles et Ordre", PUF. 1985 -

الواقعية التي تتسم بحد أدنى من العمومية والتجريد²¹. ولئن انعدمت في هذه الأنظمة النظرية العامة للقانون فإن صفة التجريد متواجدة. غير أن تواجدها جاء خارج القاعدة القانونية لانتمائها لمستويات منهجية وعلمية تتصل بالقانون دون أن تدخل في صلبه. فالأنظمة القانونية تكون دائما في أول عهدها أنظمة وقائية يستنبط فيها رجل القانون، قاضيا كان أم فقيها، الحلول حسب النوازل ونشوب الخلافات أو في بعض الأحيان حسب تصورات ما سمي في الفكر الإسلامي "بالأرائين" الذين كانوا يتخيلون الوقائع مسبقا لغاية الاهتداء إلى الأحكام القانونية. فلا يتصور سن القواعد العامة إلا في طور ثان يفترض القدرة على التصريح بها ولا يكون ذلك إلا بعد تعدد الحالات والوقائع المادية الملموسة وتكرارها.

21. فالتجريد يستوجب ارتقاء النظام القانوني إلى مستوى رفيع في التنظير وإنشاء المصطلحات المجردة والتقسيمات والأصناف القانونية العامة القادرة على استيعاب الحالات المادية المتعددة. وهذا ما توصلت إليه الأنظمة القانونية الحديثة فأصبحت صفة التجريد لصيقة بالقاعدة القانونية وغير منفصلة عنها. وهكذا تكون صفة التجريد في القاعدة القانونية وليدة تطور ذاتي للنظم القانونية.

22. يستعمل الفقهاء عدة نعوت عند التعرض إلى صفة التجريد في القاعدة القانونية. فمنهم من يرى أنها مجردة أو أنها غير شخصية أو أنها عامة. فكل هذه النعوت تؤدي نفس المعنى. فالقاعدة القانونية مجردة والا استحالة اعتبارها من جنس القواعد. لكن مصطلح التجريد أوسع من النعوت الأخرى وهو يعني على السواء أن القاعدة القانونية قاعدة عامة وأنها غير شخصية. وبالإضافة فإن صفة التجريد تمكن من الوقوف على استقرار القاعدة القانونية ودوامها زمنيا.

Illiam Tammelo : "La Ratio decidende et la règle de droit", in la Règle (2)

de Droit. Etudes publiées par Ch. Perelman. Bruylant, Bruxelles. 1971 p.123.

تتفرع صفة التجريد إذن إلى فرعين أساسيين : القاعدة القانونية هي أولا قاعدة عامة (أ) وهي ثانيا محمولة على الاستقرار، فهي قاعدة دائمة، ثابتة التطبيق على مر الزمان (ب).

1 - عمومية القاعدة القانونية

23. تستوجب صفة العمومية البحث عن العناصر التي تؤدي إلى تدخل القاعدة القانونية والعمل بأحكامها. مقاييس ثلاثة يمكن اعتمادها لتحديد معنى عمومية القاعدة القانونية. قد تكون القاعدة عامة من الناحية الإقليمية، وهي أيضا عامة من حيث الأشخاص المتجه إليهم بالخطاب، وهي أخيرا عامة من الناحية الموضوعية أي من حيث الحوادث والحالات أو بالأصح الوضعيات التي تدخل تحت طائلتها. فما هو المعنى الحقيقي لعمومية القاعدة القانونية ؟

I - عمومية القاعدة القانونية من الناحية الإقليمية

24. تكون القاعدة القانونية عامة ترابيا إذا كانت أحكامها أو إذا كان مجالها يشمل كامل الإقليم الخاضع لسيادة السلطة التي صدرت عنها. فالعمومية من الناحية الإقليمية تترتب عن الربط بين مفهوم سيادة الدولة، باعتبار القانون مظهرا من مظاهرها، ومجال سريان القواعد القانونية. فالقاعدة القانونية تسري حيث تسري السيادة وتقف حيث تقف، لأن السيادة تعني بالضرورة استقلال الدولة وتمتعها بالحرية المطلقة في اتخاذ قراراتها وإصدار قوانينها داخل الإقليم الخاضع لسلطتها.

وفي المقابل فإن قوانين الدولة تكون سارية نافذة دون غيرها من القوانين الأجنبية في مجالها الترابي. فأول وجه من أوجه تحديد مجال سيادة الدولة يكمن في وضع حدودها الإقليمية (التراب - المياه الإقليمية - الأجواء القومية). فالسيادة لا تتجزأ والإقليم الواحد لا يمكن

فالمبرة تكون بعموم الصفة لا بتخصيص الذات، إذ من الأساسي أن تشير لغة القانون لدى كافة الناس نفس الأفكار والمشاعر⁽¹⁾.

28. هذه الصفة من مقومات العدالة والمساواة بين الأفراد. إنَّ بانهدامها يفسح المجال لإصدار قواعد تنسب الى القانون بحسب موقع الفرد في المجتمع.

لذلك تعني صفة العمومية أن خطاب القاعدة يتَّجه الى الأشخاص المعيّنين بالصفات الموضوعية لا بالذات فلا تذكر القاعدة القانونية اسم شخص ولا تتضمن قائمة اسمية للأشخاص الذين تتوجه إليهم أحكامها. فلا تذكر القاعدة سوى الأوصاف الموضوعية الواجبة لكي يقع العمل بها.

29. ان التأكّد من توفر شرط العمومية من الناحية الشخصية من العناصر الأساسية لتمييز القاعدة القانونية عن بعض "الأعمال القانونية" التي قد تقوم بها هياكل الدولة⁽²⁾. إذ تصدر الدولة في العديد من الحالات نصوصاً مختلفة (قرارات إدارية - أوامر رئاسية - أحكام قضائية) لا يمكن أن تعدّ من قبيل القواعد القانونية، لأن موضوعها يتعلق بشخص أو أشخاص معيّنين بالذات لا بالصفات.

هكذا الأمر بالنسبة لتسمية الموظفين السامين العسكريين منهم والمدنيين، وكذلك الأمر بالنسبة للرخص الإدارية الخاصة بشخص أو عدد معين من الأشخاص المعروفين بذواتهم وكذلك الأمر خاصة بالنسبة للأحكام القضائية التي تصدر بين خصمين أو أكثر. إن الحكم القضائي يتعلق بأطراف في النزاع، يقع تشخيصهم بذواتهم لا بصفاتهم الموضوعية العامة.

أن يخضع الا لسيادة واحدة. فان كان سريان العمل بالقواعد القانونية أحد مظاهر السيادة أصبح من الضروري أن يكون هذا السريان عاماً شاملاً لكامل التراب الدولي. فالعمومية تعني بالضرورة أن تكون نفس القاعدة نافذة بنفس الطريقة وطبقاً لنفس الشروط على كامل تراب الدولة الواحدة.

25. لكن ممارسة الدولة لسيادتها لا تمنعها من سن قوانين تختص بها بعض جهاتها دون الأخرى. وهذا ما حدث في فرنسا بالنسبة لمقاطعتي ألزاس ولورين وهو أيضاً ما حدث أخيراً في خصوص قانون الاجهاض بعد توحيد الألانييتين، إذ أبقى على قانونين مختلفين. فالجهة الشرقية تخضع الى قانون تحرري يسمح بالاجهاض في حين تحجر هذه العملية في المقاطعة الغربية. فالوضعية العادية للدولة الفيدرالية تتميز بتنوع الأحكام القانونية واختلافها من مقاطعة أو دولة الى أخرى، فالقاعدة القانونية عامة في النطاق الترابي الذي تحدده ارادة المشرع.

26. لئن اعتاد المشرع سنّ القوانين للعمل بأحكامها في كامل الاقليم الخاضع لسلطته فإن المقياس الترابي لا يعبر عن عمومية القاعدة القانونية كصفة متفرعة عن صفة التجريد فيها. لذلك يتجه تجاوز مفهوم عمومية القوانين من الناحية الإقليمية الى معناه الثاني فالقاعدة القانونية قاعدة غير شخصية.

II - عمومية القاعدة القانونية من الناحية الشخصية

27. إن كانت القاعدة القانونية عامة فمعنى ذلك أنها تتوجه بالخطاب الى الأشخاص بصفة العموم. فلا تتوجه الى شخص معين بذاته. وتنطبق القاعدة اذا توفّرت واجتمعت في الشخص أوصاف معينة. فالاستقرار الاجتماعي يقتضي تحقيق المساواة بين الأفراد. فيجب أن يؤخذ التكليف الموجه الى الأشخاص في القاعدة القانونية بمعيار موضوعي لا شخصي.

27. (1) Montesquieu : "Il est essentiel que les paroles des lois éveillent chez tous les hommes les mêmes idées."

29. (1) يقتصر الحديث في هذه المسألة على النصوص الصادرة عن الدولة لأن القواعد العرفية الناشئة تلقائياً على المجتمع هي ضرورة وفي كل الحالات مامة. فلا يتصور أن تصدر عفوريا قاعدة سلوكية خصوصية يمتاز بها شخص معين بذاته.

30. لا أثار للشكل الذي يُتخذ فيه القرار الفردي فلا يصنف ولا يبوب ضمن القواعد القانونية لتعلقه بشخص معين بالذات. ويمكن القول إذن بأن النص الدستوري الذي أسند إلى شخص الرئيس العيب بورقيبة رئاسة الجمهورية مدى الحياة ليس من القواعد القانونية بل هو مجرد قرار لفقدانه صفة العمومية⁽¹⁾. وهي المقابل لا تفقد القاعدة القانونية صفتها تلك حتي وإن تعلقت بفرد واحد شريطة أن يكون تعريفه مجردا يستند إلى الصفات العامة ولا يكون بالتحديد الشخصي الذاتي. فالنصوص الدستورية المتعلقة برئيس الجمهورية لا تنطبق إلا على شخص واحد. لكن تعرضها إليه بالصفات العامة وليس بالذات لا يفقدها صفة القاعدة القانونية⁽²⁾. فلا يعني كون القاعدة عامة أنها تسري وجوبا بحق الناس جميعا. فالعمومية من الناحية الشخصية تعني أن القاعدة القانونية هي قاعدة منفتحة لا يختص بها فرد معين بالذات بل تنسحب أحكامها على كل من تتوفر فيه الشروط الموضوعية المنصوص عليها في صلبها.

31. لئن اعتاد المشرع القومي سن القوانين لمواطنيه والتوجه اليهم مبدئيا بالخطاب فإن الأمر لا يجب أن يؤدي إلى الحد من مجال القواعد القانونية استنادا إلى الانتماءات المجتمعية أو القانونية أو الدينية للأفراد فالقول بأن المشرع القومي يتوجه بالخطاب لمواطنيه لا يعني شيئا آخر سوى أنه يأخذ عند إصداره للقوانين بالظروف والاضغوطات الموضوعية السائدة في المجتمع الذي يخضع لسلطته. ولا يكون ذلك عانعا من اتساع مجال خطاب القاعدة إلى الأجانب شريطة أن يدخلوا

30. (1) الفقرة الأخيرة من الفصل 39 من الدستور المضافة إثر تنقيح الدستور لسنة 1975. القانون الدستوري عدد 13 لسنة 1975 وقد حذفت الفقرة أثر التنقيح الأخير لأحكام الدستور - القانون الدستوري عدد 88 لسنة 1988 المؤرخ في 25 جويلية 1988 - الرائد الرسمي 1988 ص 1062.

(2) الفصل 38 وما بعد من الدستور : انظر عبد الفتاح عمر : "الوجيز في القانون الدستوري"، تونس 1987 مركز البحوث والدواستات والنشر.

تحت طائلتها بتوفر الشروط الموضوعية الواردة فيها. فقد تندرج عمومية القاعدة القانونية حسب سلم تنازلي.

32. فمجال القاعدة أوسع من أن ينحصر في الأشخاص الخاضعين لسيادة الدولة، فالقواعد القانونية المتعلقة مثلا بالعقود لا تتجه إلى التونسيين فحسب، بل إنها تنسحب على كل طرف يبرم عقدا طبقا لأحكام القانون التونسي. فهذه القواعد لا تتقيد بالجنسية التونسية لأطراف الاتفاق. فالقاعدة منفتحة تسري أحكامها على كل شخص يدخل تحت طائلتها بصرف النظر على انتمائه بوابطة الجنسية إلى السيادة القومية التونسية.

إن المادة القانونية التي تستجيب بوضوح لهذه الصفة هي مادة القانون المدني والتي تعتبر المادة الأم في النظام القانوني لأنها تشكل القانون العادي أو قانون الحق العام لأن القانون المدني ينظم العلاقات العادية واليومية للأفراد.

33. كما يمكن أن تكون القاعدة القانونية متوجهة بالخطاب إلى الأجانب دون التونسيين. فقواعد التجنس القاضية بشروط اكتساب الجنسية التونسية لا معنى لها إلا إزاء الأجانب الذين يرغبون في الانتماء الإرادي والاختياري للامة التونسية⁽¹⁾.

والأمر كذلك بالنسبة للأحكام القانونية الخاصة بشروط دخول الأجنبي إلى التراب التونسي وشروط إقامته فيه⁽²⁾. وقد ينفرد الأجانب بحقوق خاصة، فيتمتعون بالعديد من الامتيازات القانونية وخاصة منها

33. (1) مجلة الجنسية التونسية، المرسوم عدد 6 لسنة 1963 المؤرخ في 28 فيفري 1963 المنقح لأحكام أمر 26 جانفي 1956 وهو المرسوم المصادق عليه بقانون عدد 7 لسنة 1963 المؤرخ في 22 أفريل 1963 - تم نشر المجلة في الرائد الرسمي المؤرخ في 5 مارس 1963.

(2) قانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس 1968

الامتيازات المتعلقة بالاستثمارات الاقتصادية⁽³⁾. كما يحدث أن يحجر على الأجنبي اكتساب حقوق يختص بها التونسيون⁽⁴⁾. إن مثل هذه القواعد المتجهة للأجانب دون تحديد تسري أحكامها على "البشرية كافة" كلما توفرت شروط تطبيقها الموضوعية. وفي المقابل فإن التونسيين يختصون دون سواهم ببعض من القوانين. فأحكام مجلة الأحوال الشخصية تسري على التونسيين وحدهم بصرف النظر على مكان تواجدهم وإقامتهم سواء داخل البلاد أو خارجها.

34. قد يقع التضييق في المجال الشخصي للقاعدة القانونية إذا ما اقتصر مداها على فئة اجتماعية دون غيرها. فـ قانون الشغل مثلا لا يتعلق إلا بالعمال وعلاقات الشغل التي تربطهم بالاعراف. والقانون التجاري لا تسري أحكامه إلا على التجار وعلى العلاقات التجارية. والامر كذلك بالنسبة للعديد من القوانين المهنية كتلك التي تنظم مهنة المحاماة أو الطب أو الصيدلة وتلك التي تنظم المركز القانوني للموظف العمومي. والامر كذلك أيضا بالنسبة للقوانين الخاصة بحماية الطفل أو المرأة.

قد يكون هذا النوع من القوانين هو الأوفر عددا نظرا لانفراد بعض القطاعات الاقتصادية والاجتماعية بخصائص مميزة. فمجموع هذه القوانين لا تسري أحكامها الا على من ينتسب الى الفئة الاجتماعية أو المهنية المعنية.

(3) قوانين الاستثمارات عديدة وتشمل كل المجالات الاقتصادية -صناعة، بنوك - تصدير، خدمات، تجارة دولية، فلاحة وصيد بحري الخ... وقد تم اعداد مشروع لاصدار مجلة موحدة للتشجيع على الاستثمارات.

نذكر من بين هذه القوانين في مجال الصناعة القانون عدد 51 لسنة 1987 المؤرخ في 2 اوت 1987، وبالنسبة للفلاحة - القانون عدد 18 لسنة 1988 المؤرخ في 2 افريل 1988، وبالنسبة للخدمات القانون عدد 100 لسنة 1989 المؤرخ في 17 نوفمبر 1989 الرائد الرسمي 1989 ص 1823.

(4) القانون عدد 5 لسنة 1964 المؤرخ في 12 ماي 1964.

35. فهل تفقد هذه القواعد صفة العمومية ؟ يتحتم الجواب سلبا لامتبارين اثنين. أولهما يتصل بتحديد معنى العمومية الواجبة التوفر في القاعدة القانونية. فـالملاحظ أن مجموع هذه القوانين هي غير شخصية بالرغم من توجيهها الى فئة ضيقة من فئات المجتمع فهي ليست تراتيب أو قرارات فردية لعدم تعلقها بشخص أو أشخاص معينين بالذات بل إنها تتجه إلى طائفة من الأشخاص توجهها يستند الى صفات عامة وموضوعية. أما ثاني الاعتبارين فهو المتعلق بالمعنى التطبيقي للعمومية فلا يشترط في القاعدة أن تدخل حيز التطبيق الفعلي على الناس كافة حتى تتصف بالعمومية فيكفي أن يكون هذا التطبيق من الامكانات الواردة والاحتمالات الممكنة ويكون ذلك كلما توفرت في شخص ما الشروط المجردة المنصوص عليها ضمن القاعدة.

فالقاعدة عامة إذا ما كانت قابلة للتطبيق الفعلي كلما توفرت الاوصاف المجردة. فاحتمال تطبيقها يكفي والتخصيص الفئوي لا يفقدها صفة العمومية. فالعبرة اذن ليست بعدد من يتوجه اليهم خطاب القاعدة القانونية انما هي بصفة من تتوجه اليهم والعبرة ليست بالتطبيق الفعلي والعملي للقاعدة وانما في احتمال العمل بأحكامها.

36. قد تكون حقيقة الصفة العمومية غير متعلقة بالاشخاص اذ يكون الشخص عادة شرطا من الشروط أو ركنا من الأركان الموضوعية للوضعية القانونية التي تدخل تحت طائلة أحكام القانون. وبالتالي فقد يكون المعنى الحقيقي للعمومية هو المعنى الموضوعي الناجم عن وصف الوضعيات القانونية.

III - عمومية القاعدة القانونية باعتبار الوضعيات الواقعية

37-تنظر القواعد القانونية الى الوضعيات الواقعية نظرة مجردة إذ تأخذ بالوقائع والحوادث بصفة التجريد أي باعتبار الأوصاف العامة دون التخصيص. فلا يتعلق موضوع القاعدة القانونية خلافا لما جرت عليه

الأنظمة القانونية الوقائية الى حادثة بعينها. انما يقع التعرّض الى صنف مجرد من الوقائع. إن أول العناصر التي تتكون منها القاعدة القانونية هي الفرض الذي يفرض توفر شروطه في حادثة واقعية مادية ملموسة الى العمل بحكم القاعدة، أي بعنصر تكوينها الثاني. فالمشرع عند صياغته للقواعد القانونية ينظر الى فرض مجرد أو عام. وقياسا على أحكام اللغة يمكن القول بأن القاعدة القانونية عامة من حيث أنها تجري على حالات وحوادث تكرر إذ أن الاسم النكرة يدل لغة على وحده غير معين، في حين تدل المعرفة على الوجه المعين.

تكون القاعدة القانونية عامة اذا ما تعلق موضوعها بحوادث ووضعيات يقع التنصيص عليها بالأوصاف العامة الموضوعية المجردة لا بالذات. فالعبرة في القاعدة القانونية تكمن في توفر الشروط الموضوعية والأوصاف العامة التي تحدد وتمكّن من التعرف على الوقائع المادية التي ينصرف اليها الحكم.

والقاعدة القانونية تصاغ بصفة عامة فلا يتعلق موضوعها بواقعة معينة بذاتها ولكنها تنطبق اذا ما توفّرت في الواقعة صفات أو شروط معينة. فالحالات الفردية غير متناهية ولا يتيسر حصرها أو حصر كل ما قد يحصل منها في المستقبل فلا يمكن وضع قاعدة سلوكية خاصة بشأن كل حالة. فالأرجح أن يسمح موضوع القواعد القانونية حالات موضوعية مجردة يعتبرها الفرض بصفة مسبقة ونظرية.

38. فوضعية الشخص عندئذ هي وضعية الحياد. فإذا ترجعت القاعدة القانونية الى طائفة معينة من الأشخاص فمعنى ذلك أن شروط الفرض تنظر الى المركز القانوني للأفراد موضوعيا فيصبح هذا المركز عنصرا من العناصر التي تتكون منها الوضعية المجردة. فلا شيء إذن يميّز موقع الأشخاص المعيّنين بالأوصاف العامة عن مختلف العناصر المادية الأخرى، التي تدخل في فرض القاعدة، والتي يتكوّن منها موضوعها ومحلّها. فيؤدّي توفرها الى العمل بأحكامها.

39. فالقانون وهو ينظم سلوك الافراد على شكل أو نحو نموذجي الغاية منه تحقيق المساواة والاستقرار لا بد أن تكون وسيلته وضع

قواعد مجرّدة وعامة تطبّق على كل حالة تنشأ في أي وقت إذا ما توفّرت فيها الشروط اللازمة. فالقاعدة القانونية لا تستنفذ أغراضها وقوتها بمجرد تطبيقها على حالة أو واقعة مادية ملموسة معينة بذاتها. فمقياس العمومية يتجلى في امتداد واستمرارية أغراض القاعدة وقوتها الى وضعيات أخرى بغض النظر عن التطبيقات الحينية والآنية على حالة ووضعية طريفة.

40. فالقاعدة تنصرف إلى أصناف معينة من الوضعيات أو الوقائع دون غيرها ولا يكون ذلك سببا في القبح فيما لها من صفة العموم مادامت هذه الأصناف متكونة من وضعيات معينة بشروطها لا بعينها. فيأتي فرض القاعدة القانونية أو موضوعها بصفة العموم وهما لا يتحقق الا استنادا الى تقسيمات القانون العامة وأصنافه الجامعة.

هذه التقسيمات التي يقوم عليها النظام القانوني التونسي هي الحالة الشخصية والالتزامات بنوعها التعاقدية والتقصيري وأخيرا نظام الحقوق المعينة. فكل هذه التقسيمات تتوزّع بالتدقيق الى أصناف فرعية تلازمها قواعد قانونية عامة تختص كل واحدة منها بصنف قانوني معين. فعلى هذا الأساس يتسنى ترتيب القواعد القانونية حسب عموميتها وشموليتها. وتوجد في النظام القانوني التونسي ثلاثة أنواع من القواعد القانونية يمكن ترتيبها حسب سلم تصاعدي في العمومية وتعني هنا القواعد القانونية العادية وقواعد النظريات العامة وأخيرا المبادئ العامة للقانون.

(1) القواعد القانونية العادية

41. القواعد العادية قواعد قانونية تتسم بالضرورة بصفة العمومية والآ تعذر اعتبارها من جنس القواعد. لكن الفرض فيها يتعلق بإحدى الأصناف الفوعية التفصيلية ذات المجال الضيق نسبيا قياسا على النوعين الآخرين من القواعد القانونية. ومجال العمل بها محدد تحديدا

ضيقاً دقيقاً. فهي تتميز بأقصى حدود الدقة لتعلقها بالأصناف التفصيلية المتفرعة عن التقسيمات الأساسية. وهذا التضييق في مجالها أمر لا مñas منه لأن المشرع عند سنه للقواعد القانونية لا يمكنه تخيل كل أوجه الاحتمالات الواردة في الحياة الاجتماعية. بل إنه ينطلق من الحالات الواقعية المتكررة فيصريح بأحكامها في إطار فرض مجرد. ويشكل هذا النوع من القواعد أكثر عدداً وهي الأقرب اتصالاً وعلاقة مع الوضعيات التي تحصل في الواقع الاجتماعي، تلك الوقائع التي ينطلق منها مضمون القاعدة القانونية.

(2) قواعد النظريات العامة

42. يقترب هذا النوع من قواعد الصنف الأول لكنه يمتاز عنها باتساع نسبي في العمومية والمجال. فاختصاص قواعد النظريات العامة في القانون أوسع واشمل. فقواعد النظريات العامة للعقود مثلاً تشكل أحكاماً عادية أو قواعد الحق العام التي يجب العمل بها عند غياب النص أو الحكم الخاص المخالف لها. فتتسحب بالتالي على كل أنواع العقود المسماة منها والغير المسماة أي حتى تلك التي لم ينظمها القانون بالتخصيص، والتي قد يحدثها المتعاقدون أحداثاً بالتجديد والابتكار انطلاقاً من الحرية التي يتمتعون بها⁽¹⁾.

وقد يتجاوز مداها العقود ليشمل أنواعاً أخرى من الأعمال الاتفاقية. فالأحكام المتعلقة بالعيوب المبطلّة للرضا والمتنصوص عليها في الفصول 43 إلى 61 من م.ع. والمتعلقة بالغلط والتدليس والاكراه تسري على كل أنواع العقود وتسري أيضاً على كل أوجه التعبير عن الإرادة التي تترتب عنها نتائج وأثار قانونية. فلا مانع من العمل بها أو بالبعض منها عند تأسيس شركة تجارية مثلاً وعموماً في كل الحالات التي تستوجب التعبير عن موافقة طرف ما.

42. (1) محمد الزين "النظرية العامة للالتزامات" - العقد - تونس 1993

(3) المبادئ العامة للقانون

43. المبادئ العامة للقانون هي من قواعد القانون الوضعي ولا صلة لها بالقانون الطبيعي أو المثالي. وقد أوجب المشرع التونسي في الفصل 535 م.ع الرجوع إلى قواعد القانون العمومية إذا تعذر الحكم بنص صريح أو بالقياس عليه. فجاء الفرع الأخير من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود متضمناً للبعض من هذه المبادئ. على أن حقيقة هذا الفرع ليس على هذا النحو من الوضوح إذ يحتوي إضافة إلى عدد من القواعد العامة للقانون على بعض القواعد التأويلية الواجبة، وكذلك على بعض القواعد الحكيمة المأخوذة عن علم أصول الفقه للتشريع الإسلامي، وهي القواعد التي أوردتها المجلة العثمانية. وعلى كل فإن المبادئ العامة للقانون تلعب دوراً أساسياً في سد الفراغ الذي يحصل في بعض الأحيان في التشريع الصادر عن الدولة وعلى وجه التحديد عند غياب النص الصريح⁽²⁾.

44. المبادئ العامة للقانون من المصادر الاحتياطية مقارنة مع الدور الأصلي التي تلعبه النصوص التشريعية في النظم القانونية. وقد يقتصر تنظيم بعض المجالات القانونية على المبادئ العامة للقانون دون القواعد الأخرى لغياب التنظيم التشريعي فيها. فلقد تكون القانون الإداري الفرنسي منذ البدء تأسيساً على المبادئ العامة للقانون إذ استندت أحكام مجلس الدولة إليها وذلك لعدم وجود مجلة شبيهة بالمجلة المدنية. كما أوجبت لنفس السبب المادة الأولى من قانون غرة جوان 1972 المحدث للمحكمة الإدارية التونسية العمل بالمبادئ العامة للقانون⁽³⁾.

43. (1) Monia Kari : "Note à propos d'un texte ambigu. L'article 535 du C.O.C" à publier RTD- 1992.

44. (1) الفصل 5 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المنشئ للمحكمة الإدارية والمنقح بمقتضى القانون عدد 67 لسنة 1983 المؤرخ في 21 جويلية 1983، توفيق بوعشبة : "مبادئ القانون الإداري التونسي" نشر مركز البحوث والدراسات الإدارية، المدرسة القومية للإدارة، تونس 1992.

45. حقيقة المبادئ العامة للقانون تتجاوز هذا الدور الثانوي أو الاحتياطي لأنها تشكل البنية الأساسية وحجر الزاوية للنظم القانونية. فهي التي تسمح ببناء النظام القانوني عموماً على نسق متماسك الأجزاء لأنها الرابطة الوثقى بين مختلف قواعده وعناصره القانونية. وتشكل كل قاعدة قانونية عادية، ولو ضمنياً، إحدى تطبيقات مبدأ من المبادئ العامة للقانون. فيتسنى للقاضي الاستدلال بالقواعد التي تشترك مع بعضها في التعبير عليه فيستقرئ المبدأ العام فيها. فكل قاعدة قانونية تحمل في طياتها وترتكز في مضمونها على مبدأ عام للقانون. هكذا أقرت محكمة التعقيب التونسية تواجد مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة استنتاجاً من عمل المشرع به في عدد هائل من القوانين الخاصة والمتنوعة⁽¹⁾.

وللقاضي أن يسلك المسلك المعاكس أي أن يستنبط الأحكام القانونية العادية من مبدأ عام للقانون يقره هو أو يكون قد صرح به من قبل تشريعياً.

46. ومهما كان نمط التصريح بالمبدأ العام للقانون فإن الواضح فيه أن عموميته أشمل وأوسع مجالاً من القواعد القانونية الأخرى. فالمقصود بعمومية المبادئ العامة القانونية هو قابليته للانطباق على عدد من القواعد القانونية العادية وفي مجالات مختلفة تسمح في بعض الأحيان النظام القانوني في مجمله. فالمبدأ العام يسرى في نفس الوقت على مختلف المواد القانونية كالقانون المدني، والقانون الإداري والتجاري الخ... فيسرى مبدأ التعسف في استعمال الحق على العلاقات التعاقدية وعلى العلاقات الشخصية وعلى المسؤولية المدنية التقصيرية⁽²⁾. وكذلك الأمر بالنسبة لمبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة. فالمبدأ العام للقانون هو قاعدة القواعد القانونية العادية وهو مصدر من مصادرها المادية.

45. (1) انظر لاحقاً الفقرة 618 وما بعد.

46. (1) الفصل 103 م 1 ع.

47. تتسم المبادئ العامة للقانون بالمرونة لكن تطبيقها يستوجب في المقابل تدقيقاً إضافياً. فلا بد من تحديد شروط العمل بالمبدأ العام للقانون والآثار التي تترتب عليه حسب طبيعة المادة وخصوصيات الوضعية. فمبدأ التكلف في استعمال الحق لا يخضع في المادة التعاقدية لنفس الشروط الواجبة في مادة الطلاق مثلاً. ومن هنا يتبين لنا أنه من الضروري النزول بعمومية المبدأ العام إلى مستوى القواعد القانونية العادية التي تمتاز بقدرتها على الانطباق المباشر. فالمبدأ العام يؤسس للقاعدة القانونية العادية أو للحكم لكن العمل به يستوجب تضمينه شروطاً تطبيقية تقربه من القواعد القانونية العادية.

فعبء المبدأ العام للقانون عدم قابليته للتطبيق المباشر. لكن إحدى محاسنه تكمن في استقراره إذ تلعب المبادئ العامة للقانون دوراً أساسياً في تحول الأنظمة القانونية وانتقالها من طور إلى طور تدريجياً تقادياً للمطابقة التي قد تحصل بين ماضي وحاضر النظم القانونية. فالمبدأ العام للقانون ثابت دائم.

لكن صفة الدوام هذه حتى وإن كانت أكثر ثباتاً في المبادئ العامة للقانون فهي سيمة من سمات القاعدة القانونية عموماً.

ب - القاعدة القانونية قاعدة دائمة

48. صفتا العمومية والدوام صفتان متلازمتان تعنيان أن القاعدة القانونية تأخذ بعين الاعتبار المناهج والغايات العامة والأجلة للقانون وذلك على خلاف القرارات الفردية التي ترمي إلى تحقيق أهداف خاصة آنية، حينية. فصفة التجريد تتوقف على دوام القاعدة القانونية لأن سلوك الفرد وتحقيق المصالح الذاتية يتوقفان على إمكانية التخطيط للأعمال، ولا يمكن أن يحصل ذلك بدون استقرار القاعدة القانونية. فصفة الدوام شرط من شروط الطمأنينة القانونية، لو انعدمت لانعدم الأمن التشريعي. فدوام القاعدة القانونية من صفاتها الأساسية ومن متطلبات تأمين الأفراد على حقوقهم واجباتهم حاضراً

ومستقبلا. فالامن التشريعي لا يتوفر الا متى استقر المفعول الزمني للقاعدة القانونية، والا أصبح من العسير على الافراد التخطيط لأعمالهم وتنظيم حياتهم والاستسلام الى سلطان القانون.

ولا ينتهي مفعول القاعدة بمجرد تطبيقها على حالة أو وضعيات واقعية معينة. فتبقى الآثار المترتبة عنها نافذة حتى وان وقع تطبيقها مرة أو مرات متعددة. فطالما بقيت القاعدة سارية المفعول تبقى آثارها وارده. فالقول باستمرارية وديمومة القاعدة القانونية يعني أنها لا تستنفد آثارها عند تطبيقها الحيني. فتطبيقاتها متجددة إذ يسري حكمها على كل حالة أو واقعة تتحقق فيها شروط الفرض الجرد. والدوام يعني قدرة القاعدة القانونية على استيعاب كل الحالات المادية الحاضرة وكذلك المستقبلية. إذ يكفي أن تتوفر فيها الشروط والأوصاف الموضوعية.

صفة الدوام وجه من أوجه التجريد إذ تفترض القاعدة القانونية دائما تكرار الحالات والوضعيات التي تدخل في نطاق الفرض القانوني مما يؤدي الى العمل بحكمها. وصفة الدوام تفترض أيضا ضرورة احتمال تطبيق القاعدة والعمل بحكمها أي أنها تفترض امكانية استقطابها لعدد غير محدد وغير متناه من الحالات والوضعيات والأشخاص. ولا يهم حصول هذه الوضعيات حاضرا وفي نفس الوقت أو تلاحقها زمنا.

تبرز صفة الدوام شكليا إذ لا يحدد المشرع مبدئيا فترة زمنية يعمل فيها بأحكام القاعدة القانونية. وهذا الدليل نسبي وسلبى لكنه يؤدي معنى أساسيا مفاده ان القاعدة عند اصدارها يكرن هدفها الثبات. لأن المفروض فيها أنها تتضمن أفضل الحلول لمجاراتها الواقع الاجتماعي، واحسن التوجهات والخيارات التشريعية المنبئة بالتحويلات الاجتماعية المستقبلية المتوقعة منها أو المرجوة.

49. تدعمت صفة الدوام هذه باللجوء الى شكل جديد من أشكال الأعمال التشريعية. فإصدار القوانين في شكل مجلات جامعة تنظم قطاعا متكاملا من قطاعات العمل الاجتماعي تعد تدعيما وتعزيزا لدوام القاعدة القانونية. فلا يتسنى التدوين أو التقنين الا متى أصبح

بالامكان التنصيص على قواعد قانونية متكاملة متناسقة تتميز في صياغتها بالتجريد والتنظير وبالتالي بالثبات والاستقرار الزمني. وتشكل المجلة المدنية الفرنسية الصادرة سنة 1804 في عهد نابوليون بونابرت افضل واحسن الامثلة على نجاح هذا النمط الجديد من الاعمال التشريعية في البقاء فالأحكام الأساسية للمجلة باقية دون تنقيح يذكر منذ ما يناهز القرنين وعلى هذا النحو جاءت مجلة الالتزامات والعقود التونسية الصادرة سنة 1906 والتي لا تزال أحكامها سارية المفعول إلى يوم الناس هذا فلا يتصور حتى وإن حصل تنقيحها المرتقب أن يتغير شيء في تركيبها الأساسية وأصول أحكامها الجوهرية التي نذكر منها على وجه الخصوص القواعد المتعلقة بالنظرية العامة للعقود⁹. إن استقرار هذه القواعد مأتاة المستوى الراقي في التنظير والتجريد الذي يتوصل اليه المشرع عند استناده في أعماله التشريعية الى صنف المجلات الجامعة أي عند التجائه الى نمط التدوين.

فهل يعني قولنا هذا مثلما ذهب الى ذلك بعض الفقهاء أن القاعدة القانونية أزلية وأنها صالحة لكل الأزمنة مهما تغيرت الاحوال؟

50. من الضروري تفادي الخلط بين دوام القاعدة القانونية وأزليتها. لأن في هذا الخلط إنكار وتجاهل لواحدة من أهم صفات القانون. فالقانون ظاهرة أو عامل اجتماعي يتمتع باستقلالية لا سبيل لإنكارها، لكنه يتأثر ويتعامل مع المستويات الاجتماعية الأخرى، يتطور بتطورها ويتغير بتغيرها فمضمون القاعدة القانونية تعبير على ما اهتدى اليه المشرع لأسلم الحلول في فترة تاريخية معينة. فقد يتبين فيما بعد أن اجتهاده هذا لم يكن صائبا أو أن الخيار التشريعي قد تجاوزه تطور المجتمع بل قد يتبين ان هذا الحل ليس الاصلح به ولا هو الاصلح. فلا سبيل الى القول بأزلية القواعد القانونية والخيارات التشريعية بل يكفي أن

49. G.Cornu : "Regards sur le Titre III du Livre III du Code Civil", Les Cours du (1) droit, Paris 1977.

يفترض على وجه القرينة أن الحل التشريعي هو في نظر القانون صالح ما لم يتدخل المشرع مجدداً لتغييره وتنقيحه. إن القاعدة القانونية تسري إذن إلى أن تصدر قاعدة أخرى تغير من شروط الغرض أو محتوى الحكم. فتهبقي نافذة إلى أن يقع نسخها. وهذا الذي يحصل لا يسحب عنها صفة الدوام لأنها عند إصدارها تتمتع بقرينة الاستقرار والثبات. فالقاعدة القانونية ليست بالفعل دائمة وإنما هي كذلك بالقوة.

51. لا تسقط القواعد القانونية بهجرانها لأن تطبيقها الفعلي ليس شرطاً من شروطها. فهو رهين حصول وظيفيات تدخل تحت توقعاتها وأحكامها. وقد لا تحصل في الواقع المادي هذه الحوادث والحالات التي تستوجب تدخلها فلا يعني هجران القاعدة فقدان صلوحياتها وغياب جدواها التي قد تسترجع عند حصول ما يستوجب العمل بها فلا تنسخ القوانين إلا بقوانين أخرى، كما اقتضى ذلك الفصل 542 من المجلة التونسية للالتزامات والعقود.

52. وفي المقابل لا تستوجب صفة الدوام العمل بالقاعدة القانونية لفترة زمنية دنيا طالت أم قصرت. فقد يحدث أن تتغير القاعدة بعد وقت وجيز من إصدارها ودخولها حيز النفاذ. فما يحصل اليوم هو على نقيض تجارب المجلات والدونات القانونية.

يلاحظ سوسيلولوجيا أن العمل التشريعي أصبح اليوم يتسم بالاضطراب والتردد والتردي وقد أعرض المشرع على شكل المجلات التي عرفت نجاحاً باهراً في القرن الماضي والشرط الأول من هذا القرن. وهذا الأعراض يعني غياب مشروع عام وفقدان سياسة واضحة المعالم يستنير بها المشرع عند سنه للنصوص القانونية. فلا يتسنى عندئذ جمع القواعد في وحدة متكاملة ولا يتسنى كذلك الارتقاء إلى الحلول المجردة الجامعة المدعوة إلى الدوام والاستقرار. فنلاحظ عودة إلى نوع من الوقائية تكمن خطورتها، هذه المرة، في تواجدها صلب التشريع.

إن تدخل المشرع المتزايد هو أحد مظاهر هذا الاضطراب والتردد فتتلاحق القوانين المنظمة لنفس القطاع الاقتصادي والاجتماعي تلاحقاً

يفقدها المصادقية الضرورية لصلتها الإلزامية فيكسبها صبغة ظرفية تتفانى ومقوماتها الأساسية. فهذه القوانين تصدر تحت ضغوطات ومعطيات اجتماعية طارئة وحينية أو تحت ضغوط فئة اجتماعية معينة أو نزولاً عند رغبات أو آراء شخصية. فتكتسي طابع الارتجالية فيقع التراجع فيها بمجرد بروز معطيات ظرفية أخرى مخالفة.

لقد أصبح العمل التشريعي موصوفاً بالتضخم وفي القانون كما في الاقتصاد يؤدي التضخم إلى التخفيض في القيمة. وما قيمة القانون إلا في مصداقيته. فالعدد الهائل في القوانين يبرز ارتباك المشرع وتردده وهو من المؤشرات الخطيرة التي تهدد دوام القواعد القانونية باعتباره من شروط الطمأنينة التشريعية، إذ يعسر على الفرد التفتن إلى التغييرات التي تحصل بسرعة غير متناهية فلا يهتدي إلى الحل القانوني الواجب ولا يتمكن من التخطيط لأعماله ولا يطمئن قلبه إلى الخيار التشريعي الظرفي.

يصل عدد القوانين في بعض البلدان إلى أكثر من ألفي قانون وهو يفوق في تونس 100 قانوناً سنوياً.

وهكذا نسخت القوانين وغيّرت بعد مرور فترة زمنية قصيرة لم تتجاوز في بعض الأحيان ثلاثة أشهر. ومثال ذلك ما حصل لمجلة المرافعات المدنية والتجارية من تنقيحات متتالية فلقد أحدثت خطة الحاكم الفردي بتنقيح الفصلين 39 و40 من المجلة المذكورة ركان ذلك بمقتضى قانون مؤرخ في 11 أوت 1976 ثم حذفت بقانون 25 نوفمبر من نفس السنة ثم أعيد تنقيح الفصلين المذكورين في 3 أفريل 1980 وأخيراً في غرة سبتمبر 1986⁽¹⁾.

52. (1) القوانين المنقحة لمجلة المرافعات المدنية والتجارية كانت على التوالي القانون عدد 83 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 والقانون عدد 110 لسنة 1976 المؤرخ في 25 نوفمبر 1976. وقانون عدد 14 لسنة 1980 مؤرخ في 3 أفريل 1980 الرائد الرسمي عدد 21 سنة 1980. وقانون عدد 87 لسنة 1986 مؤرخ في 1 سبتمبر 1986

تم إدراج الفصل 377 مكرر في م ج ع بالقانون عدد 46 لسنة 1992. والمؤرخ في 4 ماي 1992 ثم نفع بقانون عدد 84 مؤرخ في 6 أوت 1992.

53. التحليل السوسيوولوجي السابق لا يؤثر في حقيقة الامر في ديمومة القاعدة القانونية. إذ بالرغم من تنقيح احكامها في ظرف وجيز فان المشرع لم يحدد آجالا للعمل بها. فهي عند اصدارها وعلى طول فترة نفاذها، طالت أم قصرت، قوانين قارة دائمة. هي قوانين مجردة يعمل باحكامها الى أن يأتي قانون جديد ينسخها أو يغيرها. فالتقييم السوسيوولوجي هنا لا يتعلق بصفة القاعدة القانونية. وانما يبرز الآثار التي تترتب على الامن التشريعي من جراء التدخلات المتكاثرة للمشرع.

54. وعلى خلاف هذه الملاحظات الخارجة عن نطاق القاعدة القانونية، فقد تكون هذه الاخيرة محدودة الأجل، لا يعمل بها الا لفترة زمنية منصوص عليها ضمنها. وهذا استثناء لدوامها لا يمس بالطمأنينة القانونية. فالأجل معلومة بالتنصيص الصريح والفرد على علم بالمدى الزمني المحدد.

فلا يحق له الاعتذار بجهله إذ يمكنه التخطيط لاعماله طبقا لعلمه هذا المتعلق بالعنصر الزمني المضاف في القاعدة القانونية. فقد يختار المشرع عند سنه لبعض القوانين التي تشكل تحولا جذريا في القيم الاجتماعية الالتجاء إلى ما يسمى بالقوانين التجريبية يعمل بها لفترة زمنية معينة ويتدخل إثرها بمقتضى قانون عادي غير محدد الأجل يكون خياره فيه مبدئيا نهائيا.

هكذا فعل مجلس العموم البريطاني عندما تراءى له إلغاء العمل بعقوبة الإعدام. فصادق في بادئ الامر على قانون تجريبي حذف بمقتضاه هذه العقوبة لمدة 5 سنوات. فلما كان تقييمه للتجربة إيجابيا أنهى العمل بعقوبة الإعدام نهائيا، أي باصدار قانون يجري العمل به طالما لم يقع نسخه⁽¹⁾.

54. (1) حذفت عقوبة الإعدام بمقتضى قانون صادر في 8 نوفمبر 1965 ثم تم حذفها نهائيا سنة 1970.

Merle (R) et Vitu (A) : "Traité de Droit criminel", 6 ed. Cujas 1984, n°668.

55. كما يحدث أن يعتبر المشرع سنه للقانون وقتيا وذلك نظرا للطبيعة الوقتية التي بدت له للمسألة القانونية المطروحة. لقد اعتبر المشرع الفرنسي ومن بعده المشرع التونسي إبّان الحرب العالمية الثانية أن أزمة السكن هي من الأزمات الظرفية فمكّن المتسوغين والشاغلين لحلات السكن من حق البقاء لفترة زمنية محدودة. لكن الأزمة طالت فالتجأ المشرع الى تجديد الفترة الزمنية لحق البقاء عند حلول الأجل السابقة⁽²⁾.

كما تؤدي طبيعة بعض القوانين إلى الحد من مداها الزمني. فقوانين الإعفاءات هي بالضرورة وقتية. فلو لم يكن الأمر كذلك لتغيرت طبيعتها وأصبحت قوانين عادية ناسخة ولاغية. فقوانين الإعفاءات تعلق العمل بالقانون الأصلي وتعلق مفعوله بصفة مؤقتة⁽³⁾. فنظرا لخصوصية هذا الصنف لا يتصور أن تكون هذه القوانين غير محددة الأجل، لما قد ينجر عن ذلك من تحول في النوعية والطبيعة. فقوانين الإعفاءات هي بالضرورة وبالطبع قوانين وقتية، تنتهي آثارها التي هي التمتع بالإعفاء، اعتبارا إلى توقيت ارتكاب المخالفة أو الجريمة.

55. (1) قانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 المتعلق بضبط العلاقات بين المالكين والمكثرين لحلات معدة للسكن والحرفة والإدارة العمرية، الرائد الرسمي عدد 13 بتاريخ 20 فيفري 1976 ص 520 والذي حدد أجل التمتع بحق البقاء الى تاريخ 31 ديسمبر 1981. ثم وقع التمديد في ذلك الاجل الى تاريخ 31 ديسمبر 1986 انظر الفصل 75 من القانون عدد 100 لسنة 1981 المؤرخ في 31 ديسمبر 1981 المتعلق بقانون المالية لتصرف سنة 1982 - الرائد الرسمي عدد 84 بتاريخ 29 و 31 ديسمبر 1981 ص 3236. ثم وقع التمديد في هذا الاجل بمقتضى قانون عدد 119 لسنة 1992 المؤرخ في 28 ديسمبر 1992، الرائد الرسمي 1992 ص 1679 إلى موفى سنة 1993.

(2) قانون عدد 99 لسنة 1988 مؤرخ في 18 أوت 1988 المتعلق بعبء تشريعي في جرائم اصدار شيك بدون رصيد، الرائد الرسمي 1988 ص 1142. قانون عدد 63 لسنة 1989 المؤرخ في 3 جويلية 1989 المتعلق بالعفو العام، الرائد الرسمي 1989 ص 1058.

1- مميزات الالتزام القانوني

58. كل القواعد السلوكية على اختلاف أنواعها تأمر بفعل شيء أو بالعدول والامتناع عن القيام بأعمال معينة. فهي كلها تحتوي على فكرة الجزاء. فالقواعد الدينية ترمي إلى مجازاة الإنسان. إذ يجازي الله المحسنين والمؤمنين والصالحين بالكوثر ويتوعد الكافر والظالم والفاسد بعقوبة النار في جهنم. والآيات القرآنية الدالة على هذا المعنى عديدة وكثيرة: "لمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره". ففكرة الجزاء مقترنة بالضرورة بالالتزام ولا يمكن أن نتصور أحد المفهومين دون الآخر. فالاولك متمم للثاني.

ولا تحيد القواعد القانونية عن هذا الحكم، فهي واجبة التطبيق، وهذا الوجوب هو الذي تعنيه صفتها الملزمة وهو إمكان حمل الأفراد جبرا على طاعة القواعد القانونية إن لم ينصاعوا إليها اختيارا. فيكون للجزاء صفة رادعة تأكيداً لسلطان القانون.

59. يختلف شكل الجزاء بحسب أصناف القواعد السلوكية. وهذا الاختلاف هو العنصر المميز للقواعد القانونية.

يتمثل الجزاء الأخلاقي الذي تتضمنه القواعد الأخلاقية، في استنكار المجتمع أو فئة منه وفي غضب الرأي العام. ويؤجل الجزاء الديني إلى يوم يبعثون. أما الجزاء القانوني فهو حينئذ، أني، فوري وديوي. إذ يلتجئ القانون إلى وسائل القهر والردع حتى يتسنى اسداء فاعلية، عملية، وتطبيقية على جزائه. فتستعمل القوة العامة إن اقتضى الأمر ذلك فالجزاء القانوني يتمثل في كونه ردعا أو قهرا أو تسلطا أنيا، دنيويا، مباشره السلطة العامة أي سلطة الدولة حسب تراتيب منظمة قانونيا. فالفرق الجوهرى الفاصل بين الجزاء القانوني والنوعين الآخرين الخاصين بالقواعد الأخلاقية والدينية يكمن ههنا. فالجزاء القانوني جزاء مادي ملموس محسوس، خارجي، ظاهري، في حين يبرز الجزاء الأخلاقي في تأنيب الضمير واستنكار الناس. والجزاء القانوني جزاء دنيوي يقع

هذه الأنواع الثلاثة من القوانين تشكل استثناء لاستمرارية القاعدة القانونية لكنها تدخل في صنف القواعد القانونية لمحافظة على مصالح الأفراد بالإعلام المسبق للأجال التي يقع فيها العمل بأحكامهما فتتمتع كذلك بصفة الالتزام كغيرها من القواعد القانونية.

الفقرة الثانية : القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

56. القواعد القانونية على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية ونواميسها التقريرية، هي قواعد سلوكية تقويمية تأمر بالسلوك الواجب على الأفراد. فلا تأتي على سبيل النصح والترغيب بل تأتي على سبيل الأمر والتكليف.

لكن الإنسان يمتاز بقدرته على الخروج عن طاعة القواعد السلوكية الاجتماعية لأنه صاحب عقل وإرادة وهو ما يميزه عن الحيوانات فمخالفة القواعد القانونية أمر وارد لما للأفراد من إرادة حرة تمكنهم من الاختيار بين الامتثال وسلوك طريق الطاعة أو المخالفة. فحتى يستقيم النظام الاجتماعي ويستتب الأمن والعدل كان لابد من فرض جزاء مادي يرصد للتأكد من احترام القواعد القانونية. فغاية القاعدة القانونية تنظيم العلاقات الاجتماعية وتطبيعها وهي ترمي أيضا إلى تسوية سلوك الفرد وتصويبه. فهي قاعدة تقعيدية وقاعدة تقويمية وهي تنطوي على أمر وكل أمر يتضمن حتما فكرة الالتزام.

57. لا يكفي التأكيد على اقتران القواعد القانونية بفكرة الالتزام. أنها صفة متواجدة في أنواع أخرى من القواعد السلوكية التقويمية فيصبح من الوجهة التعرف على ما يميز الالتزام القانوني عما تتضمنه أيضا القواعد الدينية والأخلاقية من وجوب وتكليف (أ) حتى يتسنى التعرض إلى أهم صور الجزاء القانوني (ب) وحتى يمكن تصنيف القواعد القانونية حسب قوتها الإلزامية (ج).

على الافراد في الحياة الدنيا خلافا للجزاء الديني الذي يتسلط على العاصي في الآخرة لا في الاولى وهو اخيرا جزء منظم تتولى تسليطه سلطة عامة وفقا لنظام محدد قانونا. فالاجبار يفصح عن صفة الجزء المادية التي تستوجب قيام سلطة عامة أي سلطة الدولة بإرغام الارادات العاصية، المخالفة، على الامتثال والانصياع لاحكام القانون.

هكذا تتبّع في إيقاف المجرمين والمشبوه فيهم من قبل قوة الامن قواعد الاجراءات الجزائية⁽¹⁾ كما تتبّع في التقاضي المدني احكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية ويعمل بقواعد الاجراءات التنفيذية المنصوص عليها في نفس المجلة بالالتجاء الى القوة للتنفيذ العيني، كإخراج المتسوّغ من محل الكراء، أو ارجاع الطفل الى وليه، أو حاضنه، أو عقل معتككات المحكوم ضده والرافض للتنفيذ الارادي والاختياري، تسديدا لما تخلّد بدمته من ديون و ما قضي به هذه من دفعات تعويضا للضرر العاصل للغير مثلا.

60. مختلف هذه المعاني يؤدّيها لنا النقش الحاشطي العائد الى العصر الحجري الذي تم العثور عليه في كهف في اسبانيا. فهذه اللوحة الحاشطية التي تعدّ من أقدم الدلائل الاثرية والتاريخية للانسانية هي عبارة عن مشهد متكوّن من رجال مصطفين الواحد الى جانب الآخر ومن آخر واقف على انفراد ومن ثالث مطروح على الأرض. ولقد فهم من هذا النقش الحاشطي أنّ الرجل المنتصب منفردا قد يكون قائدا وأنّ الرجل المطروح على الأرض قد يكون شخصا نفّذ فيه حكم الاعداء. ان فهما كهذا من المشهد الحاشطي يمكن أن يؤدّي بنا الى الاستنتاج بأنّ ظهور أثر السلطة والتنظيم متزامن مع ظهور المجموعات الانسانية مهما تقادمت عصورها وتباعدت حقبتها وتناهت. وفكرة التنظيم مقترنة بالضرورة بفكرة الجزء والتنظيم القانوني يفترض فيه أن يكون مسلطا دنيويا

59. (1) مجلة الاجراءات الجزائية لسنة 1968 - قانون عدد 23 لسنة 1968 المؤرخ في 24 جويلية 1968 المتعلق بإعادة تنظيم قانون المرافعات الجنائي - الرائد الرسمي عدد 31 المؤرخ في 26 و 30 جويلية 1968 ص 1008.

وان يكون ماديا وان يقوم بتسليطه طرف ثالث. فالنقش يؤدّي مختلف هذه المعاني المتواجدة في القاعدة القانونية.

61. فالقاعدة القانونية تقتزن بجزاء تتكفل به الدولة بما تملكه من وسائل القوة والاجبار والقهر. فلا يحقّ لأي فرد تقييم مخالفة الآخرين لحكم القانون أو القصاص بنفسه. فهذا أيسر الطرق إلى الفوضى وسيادة القوة الخالصة. ففي المجتمعات البدائية التي لا يحتكم فيها الافراد الى القانون كان الجزء موكولا لهم يقيمون العدل بأنفسهم ولأنفسهم، أخذا بالثأر، وانتقاما من المعتدي. ومن بقايا هذا النمط ما يحدث في كرسىكا وسردينيا من اتباع أصول الثأر والانتقام، كسبيل وحيد للتنظيم الاجتماعي، أو ما يحدث ضمن المجموعات الاجرامية كالمافيا وغيرها والتي لا تعمل الا بقواعد القصاص فكلها تحتكم الى القوة والعنف.

لا تتحوّل قواعد القصاص الى قواعد قانونية الا متى تكفّلت سلطة الحكم أو سلطة الدولة بتطبيقها. فهكذا كان الامر في الدولة الاسلامية عندما انفردت هي ايضا بتنفيذ احكام قاعدة "العقاب بالمثل حيث تم الانتقال من الأخذ بالثأر الى الأخذ بمبدأ العقاب، وذلك أنّه بانتقال حق التأديب من الفود الى الجماعة حدثت خطوة هامة في سبيل جعل الأخذ بالثأر شائنا من شؤون الدولة"⁽²⁾.

62. الفاية من القانون ومن نفاذ جزائه ليست الأخذ بالثأر للضحية والانتقام من عائلته وانما هي الحفاظ على الامن الاجتماعي. فالجزاء القانوني لا يتأسس على الأخذ بالثأر. جوهره يكمن في إكساء القاعدة القانونية مفعولها العملي تحقيقا للغايات العامة للقانون، وهي حماية المجتمع من الانحلال والانقسام وترسيخ لخيارات السياسة التشريعية التي تنطوي عليها كل قاعدة قانونية.

61. (1) فلهوون : تاريخ الدولة العربية من ظهور الاسلام الى نهاية الدولة الاموية، الالف كتاب - ترجمة محمد عبد الهادي أبو ريده وراجعة حسن منسي - نشر لجنة التأليف والترجمة، القاهرة 1958 (Das Arabische Reich und Seind Struz) ص 12.

63. لم يعد الجزاء قصاصاً موكولاً للمعتدى عليه يتولاه بنفسه أو تتولاه قبيلته أو عائلته أو أمته. الدولة محتكرة للجزاء لأنها محتكرة لوسائل القوة. يكلّف القانون السلطة العامة بمهمة احترام القانون عن طريق توقيع الجزاء بقوة مادية قاهرة يستعصى على الأفراد مقاومتها. فالجزاء القانوني دور اجتماعي خاص إذ يتوجب على كلّ من وقع الاعتداء عليه اللجوء إلى السلطة العامة وفقاً لتراتبين موضوعه قانوناً تحمي الأطراف وتحافظ على حقوقها. فلا يكون تدخل السلطة العامة عشوائياً، اعتباطياً، وإنما يخضع إلى تراتيب قانونية منظمة. فالتقاضي هو أساس تحكيم القانون وهو لا يقوم ولا يستقيم إلا متى وقع اتباع إجراءات قانونية يتساوى فيها الطالب والمطلوب. فلا يفترض الخطأ ولا يفترض المخالفة بل يتوجب التثبت منهما قبل العمل بحكم القاعدة لفائدة هذا وعلى حساب ذلك.

فالقاعدة التي لا تقتصر بجزاء يتمّ تنفيذه ان لزم الامر بالقوة من طرف الدولة ولا تعتبر قاعدة قانونية. وهذا الجزاء عن طريق الدولة تنفرد به القاعدة القانونية دون غيرها من القواعد السلوكية الأخرى، الأخلاقية أو الدينية.

64. فالواضح أن القانون يرمي إلى تحقيق أهداف عامة، ولا يلعب الجزاء إلا دور الوسيط في ذلك. فالعمل بالجزاء القانوني ضروري حتى تعاد الأمور إلى نصابها أي حتى يطابق سلوك الفرد مقتضيات القاعدة. فمخالفتها خروج عنها وتمرد على القانون. فالجزاء ليس هدف وغاية القانون، بل هو إحدى وسائله، وسبله، فلا يفترض في القاعدة القانونية أن تطبق فعلاً في كل الحالات. فإن كانت صفة الإلزام تابعة ومتفرعة عن صفة التجريد فهي تعني أن العمل بالجزاء هو مجرد احتمال.

65. القهر في ذاته ليس من خصائص القاعدة القانونية بل يكفي القهر بأننا متجهة إلى القهر بالجزاء أمر محتمل وارد ممكن ليس إلا. فامكانية الجزاء لا اللجوء الفعلي إليه هو الذي يميز القانون. فالقاعدة القانونية تلوح بالقوة دون استخدامها فعلاً. فهي تلتجئ إليها في حالة

الضرورة القصوى، عند وقوع المخالفة. ومن هنا يتبين أن معنى الجزاء القانوني مختلف من معناه اللغوي الذي تتضمنه القواعد الأخلاقية والدينية، فالجزاء يفيد لغة المكافأة على عمل حسن أو سيء بشيء مثله في الإحسان أو الإساءة. أما القانون فلا يأخذ إلا بوجه وحيد فهو مكافأة لمخالفة أحكام القواعد القانونية.

66. يؤدّي القانون وظيفته الاجتماعية ويحقق أهدافه باحترام الأفراد لأحكامه احتراماً تلقائياً. فالسواد الأعظم من الناس يتقنعون الأحكام القانونية عن طراعية وهذه هي الحالة الغالبة.

فمقياس نجاح القانون لا يكمن في تكرار الحالات التي تستوجب تنفيذ جزائه. فمن الأجدى، قانوناً، والأفضل اجتماعياً، أن يحترم مستعملوا الطريق قواعد المرور، ومن الأجدى والأفضل أن تقلّ الاعتداءات على الأشخاص والأموال. فالاجتماعات التي يتكاثر فيها الإجرام هي مجتمعات مريضة. ينحلّ فيها النسيج الاجتماعي وينقسم. ومن هنا يتبين أن نجاح السياسة التشريعية في القانون الجنائي وهو أشدّ المواد القانونية ردياً لا يقاس بتطبيقاته بل على عكس ذلك بقوة اللجوء إلى أحكامه وأحكامه.

فمراد القانون الإقناع بجذواه وسلامته وعدل أحكامه. فلا يتعلق تسليط العقاب القانوني إلا بحالات نادرة تحصل بقلّة قليلة من الناس. ولا يتمّ التنفيذ الفعلي لحكم القاعدة القانونية دائماً عن طريق القهر والجبر بل يتمّ في معظم الأحيان اختياراً. فالأصل في الامتثال والالتقياد الاختياري لحكم القاعدة والمخالفة هي الحالة الشاذة التي تستوجب وحدها تسليط الجزاء.

قد لا يرجع الاحترام الاختياري لحبّ الناس للقاعدة وقد يكون مؤسساً على الخوف من تسليط الجزاء عليهم. لكنّ الخوف والرغبة يولدان الثورة والتمرد. فنجاح القانون في إقناع الناس والاعتناع يولد الشعور بالأمن ويفضي إلى الاستقرار الاجتماعي. فغاية القانون في ذلك، لا يتوصل إلى تحقيقها إلا بالعدل وحسن الاختيار. فلا يرجع احترام القانون دائماً إلى الخشية ولا يجب أن يكون ذلك كذلك. فمن الأفضل ومن المرغوب فيه أن

يؤسس هذا الاحترام على الشعور بأن التنظيم القانوني ضرورة اجتماعية. فيكون الفرد قابلاً بذاته للانصياع الى حكم القانون من طوعية من حيث إنه يرى في القاعدة فائدة اجتماعية أو على الأقل كما يقول العميد "كاربوني" من حيث إنه لا يرى فائدة في مخالفتها⁽⁶⁷⁾.

67. فالدليل قاطع على أن القانون لا ينحصر في النزاعات التي ترفع الى أنظار القضاء. فالخلافات حالات استثنائية تخالف الأصل أي الحالات الاعتيادية التي يعمل فيها بأحكام القانون تلقائياً دون اللجوء إلى المحاكم. فلا يجب أن تكون نظرتنا إلى القانون نظرة ضيقة تقتصر على الحالات المرضية المتنازعية. فمجال العمل بالقانون أوسع وأشمل. نبذ النظرة المتنازعية ضرورة علمية حتى وإن قامت الحالات المرضية بدور هام في إبراز معالم المفاهيم القانونية وتدقيق مضمون الأصناف القانونية وتقييم فاعلية القواعد القانونية ومدى تفاعلها مع المعطيات الاجتماعية. فالقانون كالمطب يعالج الأمراض ولكنه يرمي إلى الحفاظ على سلامة الصحة البدنية وسلامة الحياة الاجتماعية التي ليست خارجة عن نطاقه بل هي إحدى اهتماماته الأساسية.

ب - أنواع الجزاء القانوني

68. يرمي الجزاء القانوني إلى اكساء القاعدة القانونية فعاليتها وإعطائها مفعولها العملي والتطبيقي تحقيقاً لغاياتها وهي إنجاح السياسة التشريعية. فكان من الطبيعي أن يعتبر في تحديد طبيعة الجزاء القانوني الأخذ بالأهداف المباشرة لكل قاعدة قانونية والخاصة بها. فكل قاعدة قانونية تختص داخل النظام القانوني بأهداف وغايات، يتنوع الجزاء القانوني فيها بتنوعها. وللتبسيط يمكن تبويب هذه الأنواع إلى صنفين كبيرين أولهما يمتاز فيه الجزاء القانوني بالمس من الحرية الجسدية للفرد وحرية. وتختص مادة القانون الجنائي أو الجزري بهذا

الصنف الأول. وثانيهما يقتصر على تطبيع العلاقات الاجتماعية في مفعولها المادي وأشارها المالية. فالامر يتعلق بالجزاء المدني الذي يختلف عن الجزاء الجنائي .

I - الجزاء الجزري

69. الجزاء الجزري هو جزاء القوة، تستعمل فيه كل وسائلها بما فيها تدخل رجال الأمن والقوة العامة المسلحة. فاتصاله بالقوة أوثق وأمرق فهو في المجتمعات البشرية أول أنواع الجزاء ظهوراً وبروزاً. فالامر بديهي لأن حاجة الإنسان للأمن وحماية الذات أولى الضرورات وهي حاجة ملحة تطابق مصلحة الحاكم في تكريس سيادته وسلطته على أفراد المجتمع وعلى اقليمه الترابي. فالجزاء الجزري يتسلط على المخالفات التي لو تكاثرت وبقيت بدون ردع لأدت إلى انخراط الأمن ولتسببت في تعميم الفوضى.

70. الاعتداءات على حرمة الأفراد وأموالهم بالقوة والقتل والجرح والسرقه هي جرائم تستوجب العمل بالجزاء الجزري. وكذا الأمر بالنسبة للجرائم الاخلاقية أو تلك التي تمس بالاعتداء على المكونات الأساسية لسلطة الدولة ومؤسساتها مثل التمرد على الدولة والاعتداء بالسلاح، وثلب رئيس الجمهورية وأعضاء الحكومة أو الاعتداء على أمن الدولة الداخلي أو الخارجي والتجسس لصالح دولة أجنبية أو خيانة الوطن الخ... وكذلك الأمر بالنسبة للجرائم الاقتصادية التي يهدف عقابها إلى حماية الأسس والركائز الرئيسية لمقومات الاقتصاد القومي، ومن بين هذه الجرائم الاستيلاء على الأموال العمومية والخاصة ومخالفة قوانين الصرف أو الإخلال بنظام الإنتاج أو التوزيع الخ...

71. من الواضح أن مختلف هذه المخالفات والجرائم ان أخلت كلها بالنظام العام وشكلت في مجموعها اعتداءات على المقومات الأساسية

للمجتمع وعلى ذات الشخص و ممتلكاته فهي لا تتسم بنفس الخطورة. وبالتالي فهي لا تستدعي العمل بنفس العقوبة و الجزاء. فتتدرج العقوبة الجزرية بحسب خطورة المخالفة و الجريمة. فتعبر القواعد القانونية الجزرية على أهمية العنصر المعتدى عليه والمخل به ودوره في استقرار وأمن المجتمع. لذا تشتد صرامة العقاب الجزري بحسب خطورة الجريمة وتأثيرها على أمن المجتمع و سلامة الافراد .

72. يكون العقاب الجزري مرتباً حسب سلم تصاعدي. أخف العقوبات فيه الخطية وهي عقوبة نقدية تدفع لفائدة صندوق الدولة، لا لغاية التعويض عن ضرر حاصل وإنّما مجازاة لمن ارتكب مخالفة خفيفة الرطء على المجتمع فلا يترتب على الإخلال بأغلب قواعد قانون الطرقات مثلاً سوى العمل بهذا الترفع من العقوبات الجزرية. وتشكل عقوبة السجن و الحد من حرية الفرد و حرمة الجسدية الصنف الثاني من العقوبات الجزرية. فالأغلبية الساحقة من الجرائم تؤدي بمرتكبيها الى الحبس فتتراوح مدة السجن من 15 يوما الى ما تبقى في حياة المحكوم عليه. أمّا أقصى العقوبات شدة و صرامة و قساوة فهي عقوبة الإعدام.

73. ان فلسفة العقاب الجزائي ليست فلسفة الانتقام و الثأر و إنما يرمي تسليطه أولاً الى حماية المجتمع وإنجاح الاختيارات التشريعية الأساسية و ثانياً الى مجازاة المنحرف.

فأصبح اليوم هدف الجزاء الجزري تربية الفرد تربية تؤهله الى الاندماج مجدداً في حياة اجتماعية عادية. ومن هنا نفهم كيف تعتبر عند تسليطه المعطيات النفسانية والذاتية لشخصية المنحرف، حتى تتناسب العقوبة معها. فلا يقضي بالعقاب في القانون الجزائي بصفة آلية بل يأخذ القاضي بعين الاعتبار ظروف التخفيف أو التشديد الموضوعية منها (السوابق العدلية) والذاتية (القدرة على التمييز المدارك العقلية، مسؤولية المجرم...).

كما يرمي الجزاء الجزري إلى إنجاح خيارات تشريعية جديدة حتى يرغم كذلك الفرد على احترامها واتباع سلوك جديد. وعلى هذا النحو وقع منع التزويج بثانية و إبرام عقد الزواج حسب القواعد العرفية التي ألغتها مجلة الأحوال الشخصية⁽¹⁾.

74. اما الميزة الثانية للعقوبة الجزرية فهي التخفيف المستمر تاريخياً من شدتها. فالمتتبع لهذا التاريخ يلاحظ التراجع المستمر للتعذيب الجسدي. فبعد ان كانت العقوبات الجزرية تسلط بالإمعان في تعذيب المحكوم عليه (التصليب-الرجم-الجلد)⁽²⁾ وعقوبة الأشغال الشاقة من مخلفات هذه النظرة⁽³⁾. تكتفي اليوم القوانين الحديثة أساساً بعقوبة السجن مع احترام الحقوق الجوهرية للإنسان في حرمة الجسدية والمعنوية بل إنّ الاتجاه الحديث يرمي الى العدول كلّما أمكن ذلك على عقوبة السجن بالالتجاء الى عقوبات تعويضية كالصلح بالنسبة للعديد من الجرائم الاقتصادية مثلاً، أو بالاكْتفاء بقيام المحكوم عليه بأعمال

73. (1) ينص الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية على أنّ تعدد الزوجات ممنوع .

فكل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل ذلك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بأحدى العقوبتين ولو أنّ الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون.

ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجاً على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد 3 سنة 1957 المؤرخ في أول أوت 1957 والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معاشرته زوجة الأولى.

ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يعتمد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقررة بالفقرتين السابقتين.

لا ينطبق الفصل 53 من القانون الجنائي على الجرائم المقررة بهذا الفصل.

74. (1) M.Foucault : "Surveiller et Punir, Naissance de la Prison", Gallimard, 1975

(2) الفى القانون التونسي مؤخر عقوبة الاشغال الشاقة ، قانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989 الرائد الرسمي 1989 ص 371.

مجانية لغاشدة المجتمع⁷⁶، وفي أحيان أخرى يقع الاكتفاء بمراقبته مراقبة قضائية للتأكد من أن زلته كانت عفوية وأنه تاب وندم، وأنه مستعد للاستقامة في سلوكه المستقبلي.

75. إن أشنع العقوبات هي عقوبة الاعدام. وهي عقوبة ألغتها العديد من القوانين الحديثة في البلدان الراقية لما فيها من اعتداء على أغلى ما يكسبه الانسان ولانعدام جدواها الاجتماعية بل لأنها لا تفي بحاجة السياسة التشريعية والأمنية. فالمنظمات العالمية الغير حكومية مثل منظمة العفو الدولية ومنظمات حقوق الانسان تدعو كلها إلى حذف هذه العقوبة الشنعاء وإنهاء العمل بها. فالرأي العام الدولي مهيباً لذلك ودور القانون في أن يكون سباقاً مثلما وقع في فرنسا إذ ألغاه المشرع بالرغم من نتائج سبر الآراء التي أفادت بأن أغلبية الشعب كانت ترى ضرورة الإبقاء عليها⁷⁷. وقد يؤدي احتكاكنا بالافكار الداعية الى حذف هذه العقوبة الى تنقيح القانون التونسي في نفس هذا الاتجاه.

76. إن التعمق في التطور التاريخي للقانون الجنائي يؤول بنا الى الإنتباه للتقلص المستمر لمجاله. فبعد أن كان مجال القانون الجنائي عاملاً شاملاً يقتصر اليوم على عدد معين من المخالفات والجرائم فهو يتقلص يوماً بعد يوم، وذلك بالرغم من أحداث أنواع جديدة من الجرائم في المجال الاقتصادي خاصة، مسايرة للتطورات الاجتماعية. فالعديد من الأعمال والمخالفات التي كانت تخضع الى أحكامه وتستوجب تسليط عقوباته أخرجت من مجاله.

فجريمة الخيانة الزوجية المعروفة اصطلاحاً بالزنا هي في القانون التونسي جريمة يتحكم فيها تتبعاً وتنفيذا الطرف المتضرر. فهي من

(3) انظر القانون الفرنسي المؤرخ في 11 جويلية 1975 المتسم بقانون 10 جوان 1983 Merle (R), Vitu (A) "Traité de Droit criminel" 1984, n°779 et S.

75. (1) الفئ القانون الفرنسي المؤرخ في المؤرخ في 9 أكتوبر 1981 الحكم بالاعدام وفي ذلك التاريخ كانت أغلبية الشعب (64 %) تناهض الغاء العقوبة.

Merle (R), Vitu (A), "Traité de droit Criminel", 6e éd. Cujas 1984, n° 669

الجرائم الخاصة، لا يتصرف فيها الحق العام بمفرده بل إن ارادته مقيدة بإرادة المعني أو المعنية بالأمر⁷⁸. فيقف هكذا القانون التونسي موقف الوسط بين التجريم المطلق والتحرير التام. فمن مظاهر هذا التقلص ما حدث في بعض البلدان الغربية⁷⁹ حيث لا يترتب اليوم عن الخيانة الزوجية العمل بأحكام القانون الجنائي بل يقع الاكتفاء عند حصولها على ترتيب أثارها المدنية فحسب. فالجزء المدني يكفي في الأغلبية الساحقة من الحالات.

II - الجزء المدني

77. كان الاخلال بالالتزامات المدنية يؤدي، في المجتمعات القديمة، الى العمل بجزاء مدني غير مستقل عن الجزاء الجزري المتمثل في ايداع المدين الذي لم يف بما تخلص بمعهده، السجن⁸⁰. كما كانت المسؤولية المدنية التقصيرية وجها من أوجه المسؤولية الجنائية فلا يقتصر الجزاء في حالات حصول الضرر للغير على تعويضه تعويضاً مالياً وإنما كان لابد من تسليط العقاب الجزري على المتسبب فيه. أما اليوم فقد الغيت عقوبة الحبس أي العقوبة البدنية لعدم الوفاء بالتزام مدني واستقلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية. فالمطالبة بجبر الضرر العاصل من جراء جريمة تستوجب تسليط العقاب الجنائي لا تنفي هذه

76. (1) الفصل 236 من المجلة الجنائية - المنقح بمقتضى قانون عدد 16 لسنة 1968 في 8 مارس 1968.

(2) حذفت الفصول 336 الى 339 من المجلة الجنائية الفرنسية بمقتضى قانون مؤرخ في 11 جويلية 1975.

Merle (R) et Vitu (A): "Traité de droit Criminel" - Droit Pénal spécial, par Vitu (A), Cujas, 1982 n° 2048.

77. (1) حذفت العقوبة في فرنسا في المجالين المدني والتجاري بمقتضى قانون 22 جويلية 1867.

الاستقلالية لأن الدعوى العمومية تختلف عن الدعوى الخاصة أسسا وأثارا⁸⁰.

فأصبحت معالم التمييز بين النوعين واضحة جلية. إذ لا يؤدي الجراء المدني الى الحد من حرية الفرد ولا الى المساس من حرمة الجسدية. بل يقتصر على ترتيب نتائج قانونية لا تتأثر بها ذات الشخص وانما ذمت المالية فحسب.

78. للجزاء المدني وجهان، وجه يتعرض فيه الى مصير التصرفات القانونية ووجه ثان يهدف الى جبر الضرر الحاصل للمتضرر حتى تقع حماية الذمة المالية من كل نقص يشوبها على غير وجه مشروع عملا بأحكام المسؤولية المدنية التي أسسها ارسطو على مبادئ العدل التعويضي أو التبادلي⁸¹.

1) مصير التصرفات القانونية

79. التصرفات تصريحات إرادية يهدف الشخص من خلالها إلى إحداث آثار قانونية معلومة. وأبرز صنف من التصرفات هي العقود. ينظم القانون هذه التصرفات من جهتين : صحة التصرفات القانونية من جهة وأثارها الواجبة أي تنفيذ الالتزامات المترتبة عنها من جهة أخرى. فيتفرع مصير هذه التصرفات الى صنفين : البطلان من جهة والفسخ من أخرى.

- البطلان

80. يضع القانون شروطا شكلية وأخرى أصلية لصحة التصرفات القانونية فينتج عن الاخلال بها الحكم بالبطلان. وضعت جميع شروط

(2) الفصل 7 من مجلة الاجراءات الجزائية ينص على أن "الدعوى المدنية من حق كل من لحقه شخصا ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة - ويمكن القيام بها في أن واحد مع الدعوى العمومية أو بانفرادها لدى المحكمة الابتدائية..."

78. (1) انظر العدل عند ارسطو الفقرة 154 وما بعد.

الصحة مشفوعة بالبطلان وبالتالي يترتب عن الاخلال بأحدها اعتبار التصرف القانوني كأنه لم يكن ولا أثر له. وبما أن البطلان يقع اقراره عن طريق القضاء أي في الغالب بعد مدة من ابرام الاتفاق، وبما أن شروط الصحة ينبغي أن تتوفر منذ يوم ابرام فان غياب أحد شروط الصحة الذي اثبتته القاضى يجعل العقد باطلا منذ ابرام الاتفاق. وهذا يعني ان الابطال يكون دائما رجعي المفعول⁸².

- الفسخ

81. للفسخ نفس الاثر الرجعي الذي للبطلان لكنه يتميز عنه قانونا. فالفسخ هو تهديم رجعي لعقد صحيح أي توفرت فيه كل شروط الصحة الواجبة قانونا، فلا عمل في خصوصه بالبطلان. والمثال على ذلك ان احد طرفي التعاقد لم ينفذ التزامه في حين ان الآخر قد نفذ فعلا التزامه أو تجدد لتنفيذه ووضع نفسه لذلك. فالفسخ يهدف الى المحافظة على توازن العلاقات التعاقدية التي تكون فيها الالتزامات متبادلة. والفسخ يتسلط عند اخلال طرف ما عن الوفاء بما تعهد والتزم به لأن "ما عقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين"⁸³.

2) المسؤولية المدنية

82. ترمي قواعد المسؤولية المدنية الى جبر الضرر اذا ما وقع التأكد عن أن فاعل الفعل هو المتسبب المباشر في حصوله. فلا بد أن تتوفر عناصر ثلاث : الفعل الضار والضرر والعلاقة السببية المباشرة بينهما. وقد يكون الضرر حسيما ماديا جسديا أو معنويا اعتباريا. وتتفرع للمسؤولية المدنية الى فرعين : أولهما المسؤولية المدنية التعاقدية التي

80. (1) محمد الزين : "النظرية العامة للالتزامات"، ص 183 وما بعده.

81. (1) الفصل 242 م ا ع ، محمد الزين ، "النظرية العامة للالتزامات" ص 235 وما بعده.

يتأسس فيها جبر الضرر على العلاقة التعاقدية فاما أن يكون الضرر أحد نتائج بطلان العقد أو أن يكون مرتباً عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

83. وثاني انواع المسؤولية المدنية هو المسؤولية المدنية التقصيرية وهي التي تقضي بجبر الضرر الحاصل اذا تأسس هذا الضرر على واقعة قانونية ولم يتسنى تاسيسه على علاقة تعاقدية .

84. إن تنوع الجزاء القانوني ناتج عن تنوع الأهداف الخاصة بكل قاعدة ومادة قانونية و ليس لهذا التنوع أي اثر على صفة الالتزام الواجبة التوافر في كل القواعد القانونية. فهل يعني هذا أن القواعد القانونية ملزمة وواجبة على نفس النحو والطريقة ؟

ج - درجة الالتزام في القواعد القانونية

85. القانون ليس مصدر إرشاد ووعظ ولا يعبر عن رجاء أو التماس بل هو قاعدة تتوج بعقوبات وله بالضرورة أثر الزامي. لكن ذلك لا يعني أن جميع القواعد التي يتضمنها تفرض بنفس الكيفية أو أن خرقها يستميل أبدا حصوله إذ يبين الواقع أن ضروب التخفيف من حزمه موجودة.

86. فإذا كان القانون يحكم سلوك الفرد حكما إجباريا ملزما فلا يجب أن يظن من ذلك أنه لا مجال إطلاقا لمخالفة أحكامه. فالنشاط الفردي ليس على درجة واحدة من الخطورة ولا تتبوء القواعد القانونية نفس المنزلة الالتزامية. فأحكام القانون ليست على نفس الدرجة من الأهمية.

87. ينظم القانون السلوك الفردي بالنظر إلى أثره العظيم على الحياة الاجتماعية وهو كذلك ينظم تنظيم احتياطيا السلوك الذي لا يعتبره ذا أثر جوهري في العلاقات بين الأفراد. فأشكال اللين ممكنة لأن القانون ذاته يحتوي عليها. فيحدث للقانون أحيانا أن يضع قاعدة عامة

وينص على حالات يكون فيها الإعفاء ممكنا من قبل سلطة معينة مثلما كتب السيد كربوني قائلا بأنها "حالة استرخاء للقانون العادي"، تجعل "القانون يبدو وكأنه قاعدة مرنة قابلة للتكيف" ⁽¹⁾ وذلك مثلا ما وقع في الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية الذي اشترط للزواج سنا أدنى، 20 سنة كاملة للرجال و17 سنة كاملة للنساء ⁽²⁾ ولكنه أضاف أن المحاكم يمكنها أن تمنع إذا استثنائيا بالنسبة لمن لم يبلغ هذا العمر القانوني ويكون ذلك "لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين".

88. وهناك شكل آخر يتمثل في أن القانون يضع أحيانا قاعدة ثم يفترض امكانية تجاوزها وعدم تطبيقها من قبل الافراد ودون تدخل سلطة رسمية. فالقواعد القانونية ليست على نوع واحد فهي تتفرع الى فرعين كبيرين. إذ يميز القانون بين القواعد الأمرة والقواعد الغير أمرية.

I - القواعد القانونية الأمرة

89. تنص مجلة الالتزامات والعقود في فصلها 539 على أنه : "إذا صرح القانون بالنهي عن شيء معين كان إتيانه باطلا، لا ينيهي عليه شيء". ويعني هذا وجود نوع من القوانين وضعت لتطبيق بصفة مطلقة دون وجود أية إمكانية لتجاوزها أو الخروج عنها. ويسمى هذا النوع "القوانين الأمرة" للتأكيد على الدرجة العليا لقوتها الالتزامية وللدلالة على أن الاطراف لا يمكنهم إزاحتها بواسطة الاتفاق وإلا كان الاتفاق باطلا.

90. القواعد الأمرة هي قواعد لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها. فسلطان الإدارة متعدهم تماما إزاءها. وإلزامها هو إلزام

87. (1) Carbonnier (J) : Droit Civil , "Introduction", n° 126, p.218

(2) حسب التتقيق الصادر بالمرسوم عدد 1 سنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 والمصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 64 بتاريخ 21 أفريل 1964.

مطلق لأن مضمونها وثيق الصلة بالمجتمع، عظيم الأثر فيه فيستقل القانون وينفرد بتنظيم هذه المسائل استقلالا تاما بإزاحة إرادة الأطراف إذ من الضروري حماية تلك القواعد من كل مخالفة عن طريق النهي عن مخالفتها.

91. يتسع مجال القواعد الآمرة إلى أنواع مختلفة من المواد القانونية. فالقانون الجنائي لا يتكون إلا منها والعديد من قواعد مجلة الأحوال الشخصية أمرة لا تحتل الاتفاق المخالف⁽¹⁾. كما تتواجد القواعد الآمرة في مادة العقود⁽²⁾ أو في المادة التجاوية إذا ما تعلق الأمر بشروط تكوين الشركات مثلا. وهذه الصور هي التي يكون فيها جزء الإخلال بشروط الصحة البطلان المطلق. أما القانون العام من دستوري أو إداري فهو المتضمن أكثر من غيره لهذا الصنف من القواعد.

92. تنعت هذه القوانين بكونها قوانين أمرة لاتصالها بالمصلحة العامة التي يتجه إلى تحقيقها القانون تجاوزا للمصالح الخاصة للأفراد. وهو الحال في جل القوانين المتعلقة بالاقتصاد والعمل أو الأجور مثلما هو الشأن أيضا بالنسبة للقوانين التي تحدد أسعار المنتجات والبضائع من حيث أقصاها أو أدناها مما يجعل اتفاق البائع والمشتري على سعر ممنوع (السرق السوداء) اتفاقا باطلا. وبالتالي يجعل البطلان متأتيا من صبغة القانون الأمره النهائية⁽³⁾.

91. (1) هكذا الأمر في خصوص قواعد الأهلية والشروط الشكلية للزواج والطلاق مثلا.

(2) انظر شروط صحة التعاقد من أهلية وسبب ومحل والمنصوص عليها صلب م ا ح، محمد الزين - "النظرية العامة للالتزامات"، ص 73 وما بعده.

92. (1) تقلص دور القواعد الآمرة في تحديد الأسعار بتحرير الاقتصاد، انظر قانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار، الرائد الرسمي 1991 ص 1145 والقاضي فصله الثاني، على أنه "تحدد أسعار المواد والمنتجات والخدمات بكل حرية باعتماد المنافسة الحرة".

93. هذه الصبغة تفسر بإرادة المشرع وحرصه إما على مساعدة أحد طرفي التعاقد أو حماية الاقتصاد الوطني. فالمشرع عليه أن يساعد العامل الذي قبل اضطرابا وهربا من البطالة وخضوعا للظروف الخارجة عن نطاقه أن يعمل بأجر أقل من الأجر القانوني المضمون. كما على المشرع أن يمنع كل عملية تعاقدية من شأنها أن تضر بالاقتصاد الوطني مثل العقد الذي ينتج عنه تهريب العملة الصعبة إلى الخارج⁽⁴⁾ أو الذي يخالف قانون السوق والمنافسة. وبالتالي فإن المشرع في كلتا الحالتين يعمل للمصالح العام و يستخدم القوانين التي يستلزمها في هذا الشأن لحماية المصلحة العامة.

94. غير أن هذا التفسير الذي ذكرنا ليس الوحيد الذي به يمكن فهم الصبغة الإلزامية للقوانين الآمرة النهائية. فالرجل والمرأة اللذان يقبلان على الزواج، مثلا، لا يمكن لهما أن يتفقا على مخالفة أحكام الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية الذي أوجب إشتراط المهر لصحة الزواج وذلك بالرغم من أن المسألة تعد من المسائل الخاصة. ولقد كان الوضع أجلى بالنسبة للفصل 23 م ا ش الذي كان ينص قبل تحويله الأخير على طاعة المرأة وجوبيا للزوج بصفته رئيس العائلة⁽⁵⁾. إن الوضع الراهن لبعض أحكام القانون التونسي لا علاقة له بفكرة المصلحة العامة ولا يمكن مهما يكن التحليل أن تجد له فيها أساسا. فإذا كان الأمر على هذا النحو من الغموض فكيف السبيل إلى التعرف على الصفة الآمرة للقاعدة القانونية؟ ما هي طرق و صور تكييف القاعدة وتبويبها في صنف القواعد الآمرة؟

93. (1) حرر الفصل الأول من مجلة المصرف والتجارة الخارجية لسنة 1976 بعد تنقيحه بمقتضى قانون عدد 48 لسنة 1993 والمؤرخ في 3 ماي 1993 التحويلات المتعلقة بالعمليات الجارية. لكن هذا التحرير الجديد لا يقضي نهائيا على جريمة تهريب العملة الصعبة وذلك كلما تعلق الأمر بتحويل رؤوس الأموال (نفس الفصل). والأمر عدد 1696 لسنة 1993 المؤرخ في 16 أوت 1993.

94. (1) قانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993 والمتعلق بتنقيح بعض الفصول من مجلة الأحوال الشخصية، وقد جاء الفصل 23 جديد مساويا بين حقوق وواجبات الزوجين.

95. يكون التعرف على القواعد الأمرة مبسّطاً عندما تتضمن القاعدة تصريحاً بصفتها تلك إما صراحة أو ضمناً. غير أن كثيراً من القواعد لا يحمل بيان صفة وحينئذ يتجه الرجوع إلى معيار آخر هو معيار النظام العام والآداب أو الأخلاق الحميدة فالمعيار الأول هو من المعايير الشكلية والثاني من المقاييس الموضوعية.

(1) - المعايير الشكلية

96. نقتصر في هذا الباب على قواعد القانون المدني دون القانون الجنائي إذ من البديهي أن يتكوّن هذا الأخير من القواعد الأمرة لأن موضوعه يتصل مباشرة بالأمن في المفهوم البوليسي للكلمة. فلا يتصور في خصوصه إمكانية الاتفاق على مخالفة الأطراف لأحكامه. تتأثر القواعد المدنية بالقانون الجنائي فيجب اعتبارها من القواعد الأمرة كلما اقترنت جزاؤها المدني بجزء جزري، فإذا لازم حكم القاعدة المدنية عقوبة جزرية أستننتجت صيغتها الأمرة فلا يعقل أن يلتجئ المشرع إلى الأحكام الجزرية دون أن يعتبر أن التكليف والإلزام المدني هو أيضاً وبالضرورة إلزاماً وتكليفاً ووجوباً مطلقاً. هكذا فعل المشرع التونسي في الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية تركيزاً للسياسة التشريعية الجديدة في هذا المجال فاقترن تحريم تعدد الزوجات وإبرام عقود الزواج على غير الطريقة القانونية، أي حسب أشكال العرف الجاري القديم، بعقوبتين جزريتين: السجن لمدة عام بالنسبة للمخالفتين. فلا ينتج عن اتفاق الزوجين في المسألتين أي أثر على المستوى المدني. ولا يصح تعدد الزوجات أو تعدد الأزواج ولا يصح إبرام الزواج دون احترام الشروط الشكلية المنصوص عليها في قانون غرة أوت 1957 المتعلق بالحالة المدنية⁽⁹⁾.

96. (1) قانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في غرة أوت 1957 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية.

97. ليس اقتران الجزء المدني بالجزء الجزري سوى أحد أشكال وصور التعرف على الصيغة الأمرة للقواعد القانونية المدنية. وهذا التلازم ليس بالامر الحتمي إذ يقتصر المشرع على الجزء المدني دون تجريم لمخالفة أحكام القاعدة. عندئذ تتحدد الصيغة الأمرة للقاعدة ودرجة إلزامها تبعاً لطبيعة حكمها و لصياغتها واستدلالاً من تركيبها اللفظية واللفوية. فالمعيار اللفظي يلعب دوراً أولياً في التعرف على القواعد الأمرة. فيستخدم المشرع في عديد الحالات صفة الأمر والإلزام ويستعمل أفعال الأمر والمنع كما يقضي صراحة في أحوال أخرى ببطلان الاتفاق على عكس القاعدة بطلاناً مطلقاً فيأخذ هكذا بجوهر تعريف القاعدة الأمرة.

يجب القيام بعمل أو الامتناع من القيام بعمل، يبطل العمل بكل اتفاق مخالف لأحكام هذا القانون أو هذه القاعدة. هذه الصيغ المستعملة عادة في التشريع يراد منها إكساء القاعدة أقصى درجات الإلزام والوجوب.

وهذه المعايير تكفي لوصف القاعدة الأمرة لكن لا ينتج عن غيابها فقدان القاعدة لصفتها الأمرة فلا يمكن الاكتفاء بالمعايير الشكلية المترتبة عن الألفاظ المستعملة. فضرورة وفائدة المعيار الموضوعي أي معيار النظام العام تظهر عند انعدام المقياس الشكلي.

(2) المعيار الموضوعي: النظام العام والآداب

98. عادة ما نستعمل العبارتين، القوانين الأمرة وقوانين النظام العام، للدلالة على مترادف معنوي. في حين أن لمعنييهما فارقاً دقيقاً له أهميته. فقوانين النظام العام كلها أمرة والقوانين الأمرة ليست بالضرورة قوانين النظام العام⁽¹⁰⁾. فقد تكون القاعدة أمرة اعتباراً لمصالح الأفراد أو حماية لأحد طرفي العلاقة القانونية دون أن تكون بالضرورة مرتبطة بالمصلحة العامة أو بالنظام العام.

98. (1) Marty & Raynaud T.1 n° 99 p.174 (1)

إن الصبغة الأمرة للقانون تعني، أن الأطراف لا شأن لهم في تجاوزها. كما تعني أن العقد المبرم خلافا للقانون الأمر هو عقد معرض للإبطال أما صبغة النظام العام فإنها تعطي للقانون قوة أكبر لأن القانون يحمي المصلحة العامة أو يتصل بالتنظيم الاجتماعي، ولأجل ذلك فقد ينضاف إلى المفعول القائم بين الأطراف مفعول آخر هو من النوع الإجرائي. ذلك أن النية العمومية يمكن لها أن تتدخل خلال إجراءات الدعوى المنشورة لتطلب احترام قوانين النظام العام وأن المحكمة يمكنها إثارة مسألة تلزم القوانين من تلقاء نفسها و بدون أن يثيرها أي طرف في القضية. ولنذكر أخيرا أن قانون النظام العام يمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة التعقيب.

ولكن يمكن تجاوز هذا التمييز باعتبار أن النظام العام إما أن يكون حائثا أي يأتي حماية لفئة من المتعاقدين تكون في موقع ضعف في العلاقة القانونية أو أن يكون دوره توجيهيا يسطر الخيارات الاجتماعية العامة⁹⁸.

99. ومهما يكن من أمر و بصرف النظر عن الآثار الاجرائية المترتبة عن التمييز بين القواعد الأمرة وقواعد النظام العام فإن هذه الأخيرة هي أيضا أمرة. لأن إزاحة أحكامها باطله قانونا. فلقد نص الفصل السادس من المجلة المدنية الفونسية " أنه لا يجوز مخالفة قوانين النظام والآداب بموجب اتفاقيات خاصة".

100. أما المصطلح فهو من المفاهيم القانونية القابلة للتفسير في مضمونها. فالنظام العام والآداب يشكلان صنفا قانونيا لا يتسنى تحديد مضمونه تحديدا جامدا ثابتا. وهو مثل من أمثلة الصياغة القانونية المرنة. فالصنف منفتح يتسم بالنسبية الجغرافية والتاريخية. ويمكن القانون من الاستجابة المستمرة للحاجيات الاجتماعية المتطورة والمتغيرة. فمرونته هي إحدى مزاياه إذ يتسنى للقانون البقاء باتصال وثيق مع ما يحدث من تحولات اجتماعية. فلا تحصل القطيعة بينهما.

لكن هذه المرونة هي ذات الوقت إحدى سلبياته. لأن الغموض يحوم باستمرار حول مضمونه ومحتواه وهو ما يتعارض وضرورة العلم المسبق واليقيني بحكم القاعدة القانونية.

101. والنسبية صفة طبيعية في هذا النوع من الاصناف القانونية إذ يختلف مضمونه باختلاف المكان والزمان. فمفهوم النظام العام والآداب يختلف حسب الانتماءات الحضارية وحسب ما توصلت اليه المجتمعات من رقي. فهو ليس على نفس النحو في البلدان المتقدمة وفي البلدان المتخلفة، يتأثر بالمعطيات الخاصة للشعوب من قيم سلوكية ومن خيارات تشريعية، فيتغير محتواه حسب التطور التاريخي للمجتمعات. فدور المرأة اليوم في الحياة العامة ليس على النحو الذي كان عليه سابقا وفكرة الآداب هي أيضا فكرة نسبية تخضع إلى ما يحيط بها من ظروف خاصة. فهي تختلف في مضمونها عند الجماعة الواحدة باختلاف الزمان والأجيال.

هكذا أثرت طبيعة علاقات الرجل والمرأة في المفهوم القانوني للآداب والأخلاق الحميدة أي في النظام العام.

102. ودائرة النظام العام تكبر وتضيق حسب الاتجاهات الفلسفية والسياسية للدولة ولنمط العيش الاجتماعي فحيث يسود المذهب الفردي تطلق حوية الأفراد فتتخصر القواعد الأمرة في قلة ضئيلة. وفي المقابل يتسع مجاله بالتوسع رقعة تدخل الدولة ليعمم ويشمل جل المجالات الاجتماعية عن طريق مفاهيم التنمية الاقتصادية أو حماية الأطراف الضعيفة أو انجاح الاختيارات التشريعية الأساسية.

فقد طغى النظام العام في البلدان الاشتراكية التي اعتنقت الشيوعية منهجا و طغى أيضا في البلدان المتخلفة لأسباب موضوعية وهو الآن في تراجع نسبي مع تراجع المذهب الشيوعي وتعميم نظم الاقتصاد الليبرالي دوليا.

وقد تتقلص النسبية الجغرافية في العديد من مواضع النظام العام بحكم تقارب النظم القانونية عالميا. فالاتفاق على العديد من القيم (حقوق الانسان مثلا...) كونيا يفضي حتما الى الاخذ بنفس المبادئ الاساسية التي يتكون منها النظام العام الخاص بكل دولة ومجتمع.

103. ومع ذلك فهذا لا يعني أن خصوصيات المجتمعات لم تعد قائمة وأن النظام العام قد تم توحيده عالميا. إن هذا التقارب هو توجه لا ينفي الابقاء على خصائص المبادئ الاساسية التي يقوم عليها بناء النظام القانوني القومي. فلا سبيل الى تحديد جامد ثابت لمحتوى النظام العام. فهو متغير يتأثر بما يسود المجتمع من جهة وما تأتي بها السياسة التشريعية للدولة من تجديد من جهة أخرى. فلا عمل الآن بما تراه الاغلبية على أساس حسابي ولا بالموروث الحضاري كما هو. بل يجب تغليب الخيارات التشريعية للدولة التي يتوجه انجاحها كلما خالفت هذه الخيارات ما عهده المجتمع من سلوك وقيم.

فهكذا يتبين لنا أن القواعد التجددية في مجال العائلة هي من قواعد النظام العام وهكذا يتبين لنا أن الفصل 192 من مجلة الحقوق العينية المانع لإنشاء مؤسسات عتيقة تقليدية (كالانزال والكردار وحق الهواء) التي لا تتماشى والبنية الاقتصادية الجديدة ينتمي الى صنف قواعد النظام العام.

إن مجمل هذه القواعد تعبر عن خيارات تشريعية تتعارض وما اعتاده المجتمع وتتضارب مع موروثه القانوني. وبالرغم من ذلك فلا مناص من إلحاقها بالنظام العام. فالاولوية تكون دائما للسياسة التشريعية لان النظام العام مفهوم ديناميكي لا يمكن أن يكون دوره دورا محافظا بل له ما للقانون عموما من تصويب سلوك الفرد حسب النمط الذي يقف عنده التشريع.

104. ولذا فإن معالم النظام العام لا يتم تحديدها الا بتدخل السلط للمكلفة بتطبيق القواعد القانونية وخاصة السلطة القضائية. فلها الفصل

في وضع محتواه لكن لا يمكن أن يفضي هذا التدخل المقترون بالمرونة الطبيعية الى السماح بتحديد اعتباطي، شخصي لمضمونه. فالقاضي يتمتع بسلطة واسعة في تحديد مضمون النظام العام نظرا لعدم ثباته. لكن النظام العام بالرغم من مرونته هو صنف من الاصناف القانونية، يخضع تبعا لذلك الى القواعد التأويلية العامة الجاري بها العمل في النظام القانوني المعني فادراك محتوى النظام العام يقوم بالضرورة على أسس وحقائق موضوعية ولا ينتج عن نظرة القاضي أو عقيدته الذاتية الشخصية أو اتجاهاته الخاصة.

105. كيف يمكن التعرف على قواعد النظام العام والآداب وكيف يمكن

تحديد مضمون الصنفين ؟

— الطريقة الاولى هي طريقة شكلية ولكنها نادرة الاستعمال تتمثل في الرجوع إلى النصوص القانونية نفسها لأنها تشير في بعض الاحيان صراحة إلى اتصالها بمفهوم النظام العام. فلقد نص الفصل 67 م 1 أ ع مثلا : "على أن الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه" والسبب هو احد شروط الاتفاقات والتصريحات الارادية⁹ وهو يتمثل في الدوافع الداخلة في العلاقة التعاقدية. فهذه الدوافع من الواجب ان تكون جائزة حتى يصح العقد ويصبح ملزما. تكفي هذه الصياغة لاعتبار الفصل المذكور من بين القواعد الامرة. لكن اتصاله بالنظام العام والآداب ينتج عما اضافته هذا الفصل من تعريف للسبب الغير الجائز "فهو السبب الذي يخالف القانون أو الاخلاق الحميدة أو النظام العمومي". ولقد أدت هذه الصورة من صور اللجوء الى النظام العام ببعض الفقهاء الى حصر هذا النوع من القوانين فيها فلا تعتبر عندهم القاعدة من قواعد النظام العام إلا متى احوالت صراحة اليه ويفسر هذا الرأي تاريخيا حيث ظهر في القرن التاسع عشر الفونسي أي حينما كان المذهب الفردي سائدا وهو ما يعني أن مجال النظام العام

105. (1) الفصل 2 م 1 أ - محمد الزين - المرجع المذكور ص 167 وما بعد فقرة مدد 222 وما بعد.

كان من أضييق ما يكون وأن مدى سلطان الإرادة واسع أقصى ما يمكن من الاتساع.

106. تجاوزت النظريات الحديثة هذا الموقف إذ يتسنى الأخذ بالنظام العام والآداب دون الإشارة الصريحة اليهما. وهو ما يستوجب التعريف بهما. ونظرا لطبيعة الصنفين فإنه من المستعصي التقدم بتعريف ضاف ومستقر لهما. فلا بد من الاكتفاء بتوجهات عامة يقع اعتمادها لتحديد مضمونهما حسب الظروف والحالات.

107. النظام العام يعسع مجموع الركائز الأساسية للجماعة والدعامات التي يقوم عليها كيان المجتمع بحيث لا يتصور بقاءه سلميا من دونها. ففي طبيعة هذه القواعد نجد القواعد الجزرية لأنها دعامة الأمن في المجتمع إلا أن مفهوم النظام العام يتجاوز المعنى البوليسي والأمني. فعجالة أوسع، يشمل قواعد الحريات العامة والقواعد المتعلقة بالأسس الاقتصادية كفرض سعر إلزامي للورقة النقدية وقواعد الأهلية، ونظام الأسرة والحالة المدنية لاتصالها بالمقومات الأساسية والجوهرية للدولة الحديثة.

108. أما الآداب أو الأخلاق الحميدة فالمقصود بها الناموس الأدبي الذي يقوم عليه المجتمع في فترة زمنية معينة. فالأمر يتعلق بالأسس الأساسية للأخلاق عند الجماعة وهي الأصول الضرورية لبقاء المجتمع سلميا في مامن من الانحلال. وليس القصد بالآداب كل قواعد الأخلاق وإلا اختلط القانون بها وهما منفصلان. وإنما القصد هنا هو الحد الأدنى منها الذي يأخذ به القانون للاعتبارها من الأسس التي ينبني عليها كيان المجتمع. فالأمر يتعلق دائما بوضع كيان المجتمع ومقوماته الأساسية في مامن من الانحلال والانقراض. وعلى خلاف ذلك تأتي القواعد الغير الأمرة.

II - القواعد الغير أمرة

109. تأتي هذه القواعد على خلاف الصنف الأول لأنها من وجهة نظر القانون، تتعلق بمسائل أقل خطورة بالنسبة للمجتمع. بل لأنها تتعلق بما يستحسن أن يقع تنظيمه اختياريا من قبل الأفراد. فيكتفي القانون بتأويل هذا الاختيار عند سكوت الأطراف. لذلك كانت هذه القواعد متممة أو مكملّة للإرادة أو مفسرة أو مقررة لها. فالقوانين المكملّة تضع الأحكام لتكمل ما يغفل عنه الأطراف المتعاقدون ولأجل ذلك سميت قوانين مكملّة وأيضا أطلق عليها بعض الفقهاء تسمية قوانين تأويلية باعتبار أنها وضعت لتؤوّل إرادة المتعاقدين وتفسرها وتعبّر عنها.

110. لقد رأى الفقه التقليدي أن النصوص القانونية المدرجة في إطار القانون الخاص ينبغي أن يكون أغلبها تكميلية على أساس أن موضوعه يتصل بتنظيم العلاقات بين الأفراد أي الخصاص وأن عليه أن تنبؤ فيه حرية الإرادة الفردية مكانة فسيحة المجال بقدر المستطاع. وبالتالي ينبغي أن توصف باعتبارها كذلك كلما سمح لها به النص المتعلق بها. لكن الاتجاه الحديث أصبح مخالفا للرأي التقليدي بسبب تناسي تدخل الدولة الذي اختص به إلى حد وحين القانون الحديث.

111. تضع القواعد المكملّة تنظيما نموذجيا لا يلزم الأطراف إلا متى غابت الإرادة المخالفة فلا تلزمهم إلا في حالة عدم انصراف إرادتهم على مخالفتها. فلمهم الخروج عن أحكامها. فيكون سلطان الإرادة ههنا حرا طليقا. فالذي قلناه في شأن القوانين الأمرة الناهية لهو متناقض وفي جميع أوجهه مع خصوصيات القوانين المكملّة. فالقوانين المكملّة تتصل بالمصالح الخاصة ولا شأن لها بالمصالح العامة. والقوانين المكملّة لا تتصف بكونها أساسية. والمشرع لا يفرضها على الأطراف بل يقتصر على اقتراحها. وبالتالي يمكن للأطراف أن لا ينصاعوا إليها وأن يعملوا بها كما يمكنهم أن يستبعدوا تطبيقها.

112. ينص الفصل 581 م 1 ع على ان انتقال الملكية تحدث مباشرة عند اتفاق البائع و المشتري على الثمن و الثمن. لكن لا وجود لأي مانع قانوني من ان يتفق الطرفان على تأجيل تاريخ انتقال الملكية الى ما بعد دفع كامل الثمن مثلاً ومن هنا يتبين ان الفصل 581 هو من القواعد المتممة و المكملّة وليس من القواعد الأمرة. وكذا الأمر بالنسبة للفصل 24 م 1 ش الذي يقضي بأنه : " لا وصاية للزوج على أموال زوجته " وهو الفصل الذي وقع الاستدلال به لعمل القانون التونسي بنظام التفريق في الأموال بين الزوجين لكن القانون التونسي لا يمانع، استناداً الى الفصل 11 من نفس المجلة، على اتفاق قد يحصل بين الزوجين للعمل بنظام مخالف كنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بعد الزواج.

113. لا يكون إذن استبعاد العمل بالقواعد المكملّة لفائدة الفراغ القانوني، الذي لا وجود له، وأنما لفائدة نط أو نظام آخر يجيزه القانون ذاته. فلا يقع العمل بالقواعد المتممة إلا في غياب الاتفاق المخالف لها. وسكوت الأطراف أو عدولهم عن استبعادها يعني ضمناً قبولهم لحكمها ولتنظيمها النموذجي. ولهذا كانت لهذه الأحكام أهمية ذات شأن كبير حيث إنها تسهل العمليات و تحقق سرعة إبرام الاتفاقيات والمعقود وأن القانون قد نص عليها حتى لا يجد المتعاقدون أنفسهم مجبرين على توقع كلّ صعوبات التنفيذ وتصوّرها، و بالتالي على البحث في كل الحلول المناسبة لها.

114. ولا يعني هذا التسريع بمخالفة القواعد المتممة أنّها فاقدة لصفة الإلزام و ان القواعد الأمرة تنفرد بها لوحدها فالحقيقة أنّ في النوعين تتوفّر صفة الإلزام حتى و ان كانت في الثاني منهما اوضح وحتى وان كانت احتياطية في الأوّل فإقصاء العمل بالقواعد المكملّة أمر مسموح به مرخص فيه قانوناً فهذه القواعد ملزمة لكن إلزامها معقود على شرط سلبي يتمثل في عدم وجود اتفاق بين الأطراف على تنظيم العلاقة القانونية تنظيمًا مخالفًا لها. وهذا الشرط هو شرط قانوني. فباكتمال تصبح القاعدة المكملّة ملزمة، فالقاعدة المكملّة تتوجّه بالخطاب الملزم الى من لا يخالفها صراحة بالاتفاق.

المبحث الثاني مركز القانون في المجتمع

115. ليس القانون مجرد صورة شكلية وهو ليس مجرد وعاء فارغ بل هو أيضاً مضمون ومحتوى لكونه ظاهرة اجتماعية. لأن الإنسان الذي يعيش منفرداً في جزيرة نائية مهجورة خالية من البشر لا حاجة له بالقانون، شأنه في ذلك شأن حي بن يقظان الذي كما جعله مؤلف يعيش في جزيرة لا حدود لحريته فيها ولا ضوابط إلا ما تفرضه الطبيعة والمادة. إلا ان كائننا انسياً في هذا الوضع من الانفراد والعزلة تعمّزه امكانية التناسل و يفقد فرص التكاثر فيتعرض نوعه الى الانقراض وهذا يعني أن الانسان هو بالضرورة كائن مجتمعي لا يمكنه العيش الا داخل مجموعة من نوعه.

116. غير ان التواجد الجماعي عادة ما تتعارض فيه الرغبات وتتقاطع، وعادة ما تؤدي الى ظهور نزاعات بشرية متناقضة ولأجل بسط اشكال التعارض وطرحه والحد من تفاقمه وضمنان الأمن ولأجل جعل التعايش بين الافراد ميسراً فإن المجتمع اصدر قواعد وأنشأ ضوابط تحد من الحرية الفردية و تضبط مجالها الذي ينتهي عند بداية حرية الغير.

117. فالقانون يلزم تواجده ظهور الاجتماع. والاجتماع يفرض وجود علاقات عديدة ومختلفة بين الافراد فهي علاقات عائلية واقتصادية وسياسية لا يمكن ان تبقى فرخى تخضع للعنف والقوة الخالصة الغير مقيدة. فحتى لا تعم الفوضى كان لزاماً ان تنظم العلاقات الاجتماعية بوضع قواعد القصد منها الحد من حرية الافراد ورغباتهم المطلقة، حتى يقع التوفيق بين مصالحهم لكي يزول التعارض والتضارب بينها. فالقانون ظاهرة وهو عامل من بين مختلف العوامل الاجتماعية يؤثر فيها ويتأثر بها. فالتنظيم مضمونه وموضوعه. ولهذا يتعامل المستوى القانوني بصفته مستوى تنظيمياً مع مختلف المستويات الاجتماعية الأخرى. فالقانون ليس منعزلاً عنها ولا هو على المجتمع مسقط اسقاطاً.

118. فإذا كان النظام القانوني نظاما مستقلا على المستوى التقعيدي فهو يشكل أيضا تركيبة اجتماعية متفتحة على محيطها وعلى الحقائق الاجتماعية المادية منها والقيمية. غير أن القانون يكيّف هذه الحقائق تكييفاً قانونياً. فالمتعمّن في تأويل القانون لا يسهه إلا أن يلاحظ أن هذا التأويل أخذ خطأ سوياً، انطلاقاً من قيام القانون بدور تنظيمي ثانوي واحتياطي و وصوله استغلال القانون عن التركيبات الاجتماعية الأخرى.

فيستدرج دور القانون تصاعدياً من العدم إلى الاستقلال والعلوية. فالقانون هو المستوى التنظيمي السائد في ضبط السلوك الاجتماعي وتنظيم العلاقات بين الأفراد تنظيمياً سلمياً له الغلبة والأولية على سائر المستويات التنظيمية الأخرى.

119. والقانون من حيث أنه ظاهرة اجتماعية إنسانية مندرج في تاريخ المجتمعات البشرية للإرادة فيه دور وللحكم معه صلة من أوثق ما تكون (الفقرة الأولى) واستقلاليته لا تعني انفلاقه لأن القانون يتعامل مع المستويات ومع النظم القيمية والسلوكية التي يتكوّن منها بناء المجتمع. يأخذ من المعطيات الاجتماعية ولكنه في ذات الوقت يؤثر فيها (الفقرة الثانية). وهو كعلم أو كمستوى معرفي له منهجيته وطرقه وهو مع ذلك لا يتجاهل ما تتضمنه العلوم الأخرى من مناهج ومعلومات ومعطيات (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : القانون وسلطة الحكم

120. لا بد من التأكيد من ملازمة الظاهرة القانونية لظاهرة الحكم (أ) حتى يتسنى التوقف عند ما توصلت إليه الدولة من احتكار للقانون (ب) فيصتّم بعد ذلك البحث في تحديد مجال هذا الاحتكار (ج).

أ- ملازمة القانون للحكم

121. من بين ما يوحى به أقدم نقش حاشطي معروف والذي وقع التعرض إليه سابقاً هو وجود قائد للجماعة يبدو أنه الوازع والحاكم فيهم.

فهل للقانون علاقة مع سلطة الحكم وهل يواكب ويلازم بالضرورة تواجده وجود سلطة حاكمة أم هل أن وجود القانون وملازمته للحكم لا يستقيم إلا من الناحية التاريخية دون أن يكون القانون في جوهره وفي أصله بالضرورة متصلاً بالحكم ؟

122. لا يتأسس ربط القانون بالحكم إلا على المعطيات التاريخية المعلومة فهي التي بيّنت اتصال الظاهرتين ببعضهما. فهل من بحث على تعريف نظري بجوهر القانون مستقل على الحقائق التاريخية. لأن علمنا لتاريخ البشرية هو علم منقوص. أن تجاوز تاريخ القانون لأفراز جوهره يستوجب منّا الاستناد إلى فرضية وضعه دون تواجد سلطة حاكمة. فقد يكون القانون الخالص ناشئاً عن اتفاق بين إرادتين أو أكثر. ومن هنا يتأسس القانون على الاتفاق ولا يكون وضعه رهين تدخل سلطة حاكمة فحرية الفرد المنعزل عن الاجتماع لا حد ولا نهاية لها سوى حدود الطبيعة ونواميسها. أمّا إذا التقى أشخاص عديدون ووجب عليهم التعايش فليس لهم سوى خيارين لا ثالث لهما. إما التناحر والتقاتل أو الاتفاق على قواعد دنيا تخول لهم العيش السلمي في مأمن واستقرار.

الغياو الأول مبني على القوة الخالصة التي تفضي حتماً إلى طغيان القوي على الضعيف وسفك الدماء والهرج. لكن هذا الحل ليس بالحل القانوني وهو لا يسمح للأنوع البشرية من فرص التعايش السلمي.

الخيار الثاني المتمثل في الاتفاق هو الذي يسمح بتطور النّوع البشري إلى مستوى راق من التنظيم والتنمية الخ. ويكون موضوع الاتفاق هذا إحداث قواعد سلوكية تمكّن الأطراف فيه من حياة اجتماعية سلمية. فهذا الاتفاق الحرّ هو مصدر القانون في مفهومه الخالص أي في

جوهره لا في وجوده وتاريخه . فبالإتفاق يقع الحد من الحرية المطلقة للأفراد والاتفاق في نفس الوقت مبني ومؤسس على إرادتهم الحرة.

123. بهذا التعريف يمكن عزل القانون عن الحكم. إذ لا يفترض فيه وجود ظاهرة الحكم أي تواجد طرف ثالث وازع للأفراد يتسلط عليهم ويقوم بدور أساسي في مراقبة سلوكهم ومدى احترامهم للقواعد المتفق عليها فتاريخ القانون وربطه بالسلطة والحكم إنما هو تشويه للقانون في معناه الخالص وفي جوهره.

يتضمن هذا التعريف في حقيقة الأمر عناصر تناقضه. فهذه النظرة إلى القانون لا تعدو أن تكون سوى فكرة مجردة مؤسسة على فرضية ليس بالإمكان الآن التأكد من صحتها التاريخية.

124. إن مجموع العناصر التي يعتمدها هذا التعريف تؤكد في ذات الوقت على اعتبار القانون ظاهرة اجتماعية. فالإتفاق لا ينشأ إلا عند الاجتماع فهو عمل إنساني إرادي مبني على الإرادة الفردية الحرة وهو يرمي إلى حماية النوع البشري وهو ما لا يتعارض مع الغايات العامة للقانون المرتبط بتواجد سلطة الحكم. فكيف يمكن التوفيق بين البحث عن جوهر القانون المستقل عن تاريخ المجتمعات والنظر إليه بكونه عملاً إنسانياً إرادياً أي بكونه ظاهرة اجتماعية. فتعريف القانون تعريفاً نظرياً متخلصاً من التاريخ يفضي بنا إلى مأزق إذ لا سبيل إلى تعريف الظواهر الاجتماعية من خارج التاريخ. فالظواهر الاجتماعية وليدة لتاريخ المجتمعات البشرية وبالتالي لا يمكن عزل القانون عن التاريخ.

125. أما وجه التناقض الثاني فهو الذي يبرز حين ننظر إلى نتائج الإخلال بالاتفاق. فلا يعقل أن يكون القانون منعدم الجزاء وذلك بصرف النظر عن نوع و شدة هذا الجزاء. فالقانون لا يقتصر على إرساء نظام وقتي حيني للعلاقات بين الأفراد فهو يهدف إلى قيام النظام الاجتماعي على أسس سلمية بصورة مستمرة ودائمة. فلا يستقيم التنظيم القانوني إلا متى دام زمنياً. فالإخلال بالاتفاق ونبذه دون تواجد سلطة

حاكمة يفضي حتماً إلى الخروج عن النظام القانوني. إذ يؤدي بالضرورة إلى العودة إلى الوضعية السابقة له، أي وضعية التناحر والتحارب والفوضى. فالإرادة الحرة التي يتأسس عليها الاتفاق تسمح أيضاً بمخالفته والخروج عن أحكامه. فكيف يكون العمل إذا ما غابت السلطة الحاكمة المكلفة بإلزام الأفراد على احترامه والامتنثال لقواعد القانون فغاية القانون العامة في تجنب العودة إلى الفوضى وتسلط القوة والعنف. ولا يكون ذلك إلا إذا ما ساد النظام الحياة الاجتماعية بصفة دائمة ثابتة وهذا الهدف هو الذي يستدعي تدخل طرف ثالث لديه القوة الكافية للمحافظة على فاعلية ونفاذ القواعد القانونية وهكذا نفهم صحة تعريف القاعدة القانونية من أنها قاعدة سلوكية تضمن احترامها السلطة العمومية.

126. إن القانون الدولي العام أي مجموع القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدول على الصعيد العالمي لأحسن شاهد على ذلك. إنه مبني بصفة جوهرية على اتفاق الدول على اتباع نمط معين من السلوك وهو مبني على القواعد العرفية الناتجة عن سلوكها المعتاد. لكن غياب هيكل يعلوها يتعمد بمراقبة احترامها لأحكام القانون شكل ولا يزال عائقاً أمام الحفاظ على سلامة العلاقات الدولية دون اللجوء إلى القوة الخالصة أي دون نشوب الحروب وهو ما أفضى أيضاً إلى تطبيق انتقائي وتعمدني وغير عادل للقانون، كان فيه لمصالح الدول العظمى أعظم شأن. وتشكل المحاولات التي تقوم بها منظمة الأمم المتحدة ومجلس الأمن بها لتنظيم تدخل الدول بالقوة المرحلة الأولى من إنشاء هذا الهيكل العلوي أي هذا الطرف الثالث المحايد لكي يكون للأحكام القانونية الجدوى والنفاذ والفاعلية الضرورية وحتى لا تؤدي، مستقبلاً، مخالفة القانون إلى العودة إلى الفوضى والحروب.

127. الحكم أيضاً وليد الاجتماع وهو ضرورة اجتماعية. فالإنسان مدني بالطبع ولا بد له من مدينة وهذا هو معنى العمران. فالأدميون بالطبيعة الإنسانية يحتاجون في كل اجتماع إلى وازع وحاكم يزع

بعضهم عن بعض" ⁽¹⁾. "فالملك منصب طبيعي للإنسان... فإنّ البشر لا تمكن حياتهم ووجودهم الا باجتماعهم وتعاونهم على تحصيل قوتهم وضروراتهم... وإذا اجتمعوا دعت الضرورة الى المعاملة واقتضاء الحاجات ومد كل واحد منهم يده الى حاجته يأخذها لما في الطبيعة الحيوانية من الظلم والعدوان بعضهم على بعض، ويمانع الآخر عنها بمقتضى الغضب ومقتضى القوة البشرية في ذلك فيقع التنازع المفضي الى المقاتلة وهي تؤدي الى الهرج وسفك الدماء وإتلاف النفوس المفضي الى انقطاع النوع البشري. وهو ما خصّصه الباربي سبحانه بالمحافظة واستحال بقاؤهم فوضى دون حاكم يزع بعضهم عن بعض. واحتاجوا من أجل ذلك إلى الوازع وهو الحاكم عليهم وهو بمقتضى الطبيعة البشرية الملك القاهر المتحكم" ⁽²⁾ وتقى الدين ابن تيمية يقر بأن "بني آدم لا تتم نصلحتهم إلا بالاجتماع لحاجة بعضهم إلى بعض ولا بد لهم عند الاجتماع من رأس" ⁽³⁾ فالملك طبيعي للإنسان لما فيه من طبيعة الاجتماع فلقد رأى لوك أنه لا سبيل إلى الخروج من حالة الحرب السائدة في الحياة الطبيعية إلا متى أفرز الاجتماع حكما يعلو الجماعة. وما تاريخ القانون إلا تاريخ ارتباطه بالحكم وسلطته. بل إن هذا التاريخ هو تاريخ احتكار الدولة التدريجي لظاهرة القانون وهو أيضا تاريخ إخضاع الدولة للقانون.

ب - احتكار الدولة للقانون

128. تاريخ التشريع يتميز بالاتجاه التدريجي لاحتكار الدولة له. فكُلما ضعفت الدولة تقلص مجال ودور القانون، وأصبحت العلاقات الاجتماعية خاضعة في الأكثر والأغلب إلى التركيبات اللأقانونية.

127. (1) عبد الرحمن ابن خلدون - "المقدمة" - الدار التونسية للنشر - الدار العربية للكتاب 1984 ص 185.

(2) ابن خلدون ص 240

(3) ابن تيمية: "السّياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية" ص 161.

كالأخلاق، والدين، والإيديولوجية وإذا ما اضمحلت هذه الأخيرة أصبحت القوة هي الفيصل بين الناس. فإن كان ظهور الدولة الحديثة وليد تطور تاريخي طويل فإنّ القانون ليس منعزلا عنه ولا هو منفصل عن هذا البناء التاريخي لكيان الدولة. فالقول باتصال القانون بالدولة لا يعني بالضرورة أن القانون هو المستوى التنظيمي الأساسي والسائد أو المهيمن دائما وفي كل الأحوال. فلقد عرفت المجتمعات نظما سلوكية غير النظم القانونية نذكر منها على وجه الخصوص في العديد من الحضارات النظم الديني وكذلك المستوى الإيديولوجي الذي طغى حسب بعض الفقهاء على المجتمع الصيني عبر الكونفوشيوسية ⁽¹⁾ فتقلص في هذا البلد دور القانون لفائدة الخطاب السياسي الشيوعي وأساسا في تاريخه الحديث لفائدة خطاب رئيسه ومواقف الحزب الحاكم.

129. ومع ذلك فإن الصلة العضوية للقانون بالدولة وعموما بسلطة الحكم من الأمور المؤكدة فمن البدء كان للقانون شأن في تنظيم العلاقات الاجتماعية وكان الحاكم يلتجئ إليه لقيام هذا التنظيم. فقانون حمورابي صادر عن سلطة الحكم، والتشريع الروماني، وإن كان في مصدره الشكلي أو الصوري من أعمال الفقهاء، فإنّه عني باهتمام الحكم. فكانت المحاكم التابعة للدولة هي المكلفة بتطبيقه والتشريع الإسلامي وإن كان حسب بعض النظريات يعدّ دائما من القيم والمؤسسات الدينية البحتة فإنّ تاريخه الحقيقي لا المثالي والنظري يؤكّد اتصاله بالحكم خلافة كانت أم ملكا.

130. هكذا يعترف ابن خلدون أنّ الملك و سطوته كافيان لحصول مصالح الدنيا. وكان ابن خلدون يميّز بين الدين والسياسة فلم تكن الخلافة عنده سوى مرحلة وقتية في حياة الدولة الإسلامية التي امتدت من الصدر الأول للإسلام الى آخر عهد علي. أما علي عبيد الرزازق فإنه اعتبر أنّ الدولة الإسلامية كانت ملكا محضاً منذ بداية خلافة أبي بكر.

128. (1) Michio Morishima : "Capitalisme et Confucianisme" Technologie Occidentale (1) 1987 " et éthique Japonaise, Flammarion 1987 "

فمرّد حروب الردّة عنده ليس خروج بعضهم عن الدين الإسلامي وإنما معارضتهم أساسا لحكم وخلافة أبي بكر⁽¹⁾. وعلامات الملك كانت غالبية في نظر ابن خلدون في خلافة عمر ابن الخطاب⁽²⁾. ثم ذهب معانيها ولم يبق إلا اسمها و صار الأمر ملكا بحتا⁽³⁾ وانقلبت الخلافة الى ملك⁽⁴⁾.

131. فواقع علاقة القانون بالدولة متأصل في تاريخ الدول الإسلامية وعلى هذا فهي لا تحيد على ما حصل في المجتمعات الأخرى⁽⁵⁾. فسيطرة الدولة على صلاحياتها القانونية وسلطاتها في آخر الأمر هو اكتساب لقومات السيادة فيها. فهي التي ستختص بوضع القواعد القانونية وهي التي تستأثر بتطبيقها.

132. اتّجه الخطاب القانوني في أواسط القرن الماضي إلى الإعلان صراحة على أن الدولة تختص بالقانون دون سواها والتسمية التي أعطيت إلى أولى النصوص في هذا المجال تشهد على ذلك. فالمتعارف أن أول دستور تونسي صدر في 26 أفريل 1861، تطبيقا لعهد الأمان لسنة 1857. وتسميته الرسمية هي "قانون الدولة". لذلك نقول إن التسمية ناسبت المسمى فكان الهدف منه ضبط سير المؤسسات الدولية فأضفى على نظام الحكم صبغة الملكية الدستورية وقال بمساواة المواطنين (الرعايا) وبينهم وبين الأجانب مساواة تامة أمام القانون. وأقر بأن الأحكام تصدر بمقتضى قرانين كل هذا يؤكد على أن القانون هو سيد النظم التقويمية والسلوكية. وأنه من مشمولات الدولة أن تستأثر به بمفردها.

130. (1) علي عبد الرزاق: "الإسلام وأصول الحكم" - بحث في الخلافة والحكومة في الإسلام، نقد وتعليق مدروح حفي دار مكتبة الحياة بيروت - طبعة 1978 ص 196 الرأي المخالف: الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: "نقد علمي لكتاب الإسلام وأصول الحكم" - المطبعة السلفية ومكتبتها القاهرة - 1344 هـ (2) ابن خلدون ص 257.

(3) ابن خلدون ص 256، علي عبد الرزاق ص 7،

131. (1) انظر تاريخ القانون الانكليزي الفقرة 404 وما بعد.

133. كان العدول عن تطبيق عهد الأمان وقانون 1861، لأسباب سياسية، سببا في تعطيل مسار تدويل القانون واحتكار الدولة له لكنه لم يكن سببا في توقيفه. فالحقيقة التاريخية تبين أنه منذ أواخر القرن الماضي ستصبح الدولة بصفة نهائية المصدر الأساسي للقوانين. كما أنها ستنفرد تدريجيا بالسلطة القضائية. فالقوانين الصادرة عن الدولة تعم كل المجالات دون استثناء.

ج - مجال احتكار الدولة للقانون: القواعد العرفية والتحكيم

134. الدولة هي المصدر الضروري الشكلي الأوحّد و الوحيد للقوانين. لا يتغذى ولا يتكون النظام القانوني إلا منها. ولا أثر هنا إلى استلزام المشرع ببعض الأحكام من القواعد التقليدية السابقة. فالشكل يطفى والعمرة في المصدر الشكلي أولا⁽¹⁾ لأن صدور القانون عن هيكل الدولة يؤدي إلى نتيجة أساسية جوهرية لم تعدها النظم التي قدس فيها القانون وجمدت أحكامه. فأصبح بالإمكان تنقيح تلكم القرانين تعاشيا مع حاجيات المجتمع وتنفيذا لاختيارات الدولة. وهذا ما يحدث تدريجيا في كل البلدان التي أصدرت قوانين منظمة لمادة الأحوال الشخصية وهي آخر المواد الخارجة عن سلطة قانون الدولة. ونذكر هنا بعد مجلة الأحوال الشخصية التونسية مثال المدونة المغربية الصادرة سنة 1958 وقانون العائلة الجزائري الصادر سنة 1984⁽²⁾ فهذه القوانين تطبق بصفتها

134. (1) انظر التمييز بين المصادر الشكلية والمصادر المادية الفقرة 535 وما بعد

(2) المدونة المغربية لسنة 1958 والتي يرتقب تنقيحها، فلا مناص من أن تكون التنقيحات المرتقبة مخالفة للأحكام الحالية للمدونة الناقلة حرفيا لأحكام المذهب المالكي. فبالتنقيح سيقع الابتعاد عن البعض من هذه الأحكام ضرورية.

قانون العائلة الجزائري عدد 11 لسنة 1984 المؤرخ في 9 جوان 1984.

قوانين الدولة وهي قابلة للتنقيح. فالتشريع من هذه الوجهة هو عمل إرادي صادر عن الدولة والقوانين إرادات⁹.

135. كيف يمكن التوفيق بين هذا القول وتواجد قواعد قانونية لا تصدر مباشرة عن هياكل الدولة. فالقواعد العرفية تنظم العلاقات الاجتماعية وهي تنشأ عن سلوك متكرر ومستمر ينتج عن اتباعه إحساس بطابعه الملزم. فالعرف هو ما درج عليه الناس إلى حد اكتسابه صفة الأمر. فالمجتمع أو السلوك السائد فيه هو المصدر الصوري أو الشكلي للقاعدة العرفية. فلا شأن لهياكل الدولة في إصدارها والتصريح بها. بل إن بعض المجالات كالمجال التجاري نظم في الأول تأسيسا على القواعد العرفية هكذا كان الأمر بالنسبة للقانون التجاري الذي برز للوجود في أواخر القرون الوسطى الأوروبية تحت تسمية "قانون السوق"¹⁰ وهكذا يبدو الأمر حاليا على المستوى الدولي أو العالمي فهناك حاليا قانون للسوق العالمية. ولكن سرعان ما وقع تدوين قانون السرقة فأصبح المجال التجاري خاضعا لأحكام قانونية صادرة هي أيضا عن الدولة. وتشمل مجموع أحكامها ما يسمى اصطلاحا بالقانون التجاري.

136. تشكل القواعد العرفية استثناء لاحتكار الدولة لظاهرة القانون إذا ما اقتصر النظر على المصادر الشكلية والصورية. فالقواعد العرفية ليست صادرة عن الدولة وليست بالعمل الإرادي، فهي تنشأ تلقائيا عن المجتمع. لكن النظر في الوضعية القانونية للقواعد العرفية يبين لنا أن هذه الأخيرة لا تكتسب الصفة القانونية إلا بتخصيص صريح من الدولة وقوانينها الوضعية.

(3) Portalis : "Les lois sont des volontés"

135. (1) المصطلح اللاتيني هو : "Lex Mercatoria"

Y.Knani : "Droit Commercial", CERP -Tunis- 1990.

A.Mezghani : "Droit international Privé" ; Etats- nouveaux et relations Privées internationales - Système de droit applicable et Droit judiciaire international, CERES - CERP, Tunis 1991 p.187 et S.

على هذا النحو نص الفصل الأول من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ على أنه : "إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم يرد فبمقتضى العرف" فالعرف هو من المصادر القانونية وصفته تلك معترف بها بنص قانوني صريح .

137. لا يتضمن القانون التونسي نصا مشابها في الشكل لأحكام المجلة المدنية الجزائرية ومع ذلك فهو يقر حسب شروط بالصفة القانونية للقواعد العرفية. فلقد نص الفصل 543 م ا ع على أن "العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح". فالأولية المطلقة للنصوص الصادرة عن الدولة ودور العرف دور ثانوي احتياطي. فلا يمكن تقديم قواعد على النصوص الصادرة عن الدولة. ولا عمل بأحكامه إلا عند غياب النص الصريح، وإذا ما استحال العمل بالقياس وبقواعد التأويل المنصوص عليها بمجلة الالتزامات والعقود فهذه القواعد تؤكد أولية النص والمبادئ العامة للقانون⁽²⁾. وهكذا كان وضع العرف والعادة في الفقه الإسلامي إذ اعتبرت من بين الأصول التكميلية فلا عمل بقواعدها إلا إذا كانت غير مخالفة لدليل شرعي⁽³⁾. فلا مناص من الإقرار بأن الدولة هي التي تسند الصيغة القانونية للقواعد العرفية حسب الظروف والحالات. فقد يحدث أن تلغي الدولة هذه القواعد وتحجر العمل بها مثلما حدث ذلك أبان الثورة الفرنسية⁽⁴⁾.

136. (1) الفصل الأول من القانون المدني الجزائري - أمر عدد 58 لسنة 1975 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 .

- الفصل الثاني من القانون المدني المصري.

137. (1) الفصل 535 من م ا ع انظر مقال منية قاري المشار اليه إنفا.

(2) عبد المجيد الشرفي "الاسلام والعدالة" الدار التونسية للنشر - الطبعة الثانية

1991 ص 173

(3) Carbonnier (J) : "Essais sur les lois" ; Repertoire du Notariat Defrenois 1979- (3)

Carbonnier (J) : Droit Civil, Introduction. 20e éd., Themis, n°69 p.116 et s.

138. لا تكتفي الدولة بسنّ القواعد القانونية وإصدارها بل إنّ أؤكد حاجتها تكمن في فرض احترامها. فاحتكرت من البدء السلطة القضائية التي هي إحدى مقومات سيادتها. فلقد كانت ولاية القضاء تابعة للسلطة خاضعة لها. فلا تقاضي إلا أمام المحاكم التابعة للدولة ولا أحكام إلا تلك التي تصدرها الهيكل القضائي. فالسلطة القضائية هي إحدى السلطات الأساسية في الدولة الحديثة. منحتها إنصاف الناس وحسم النزاعات بينهم طبقاً لأحكام القواعد القانونية.

139. تأسس الهيكل القضائي التونسي الحديث بداية من أواخر القرن الماضي إلى أن أدى الأمر إلى توحيد تام وشامل لما سمي في فترة الاستعمار بالمحاكم العصرية التونسية⁽¹⁾. فجاء الاستقلال متوجاً لترديد القضاء. فالمحاكم المكلفة بفصل النزاعات وحسم الخلافات كلها تابعة للدولة تنتمي إلى هيكل منظم تنظيماً هرمياً. فلا وجود في البلاد التونسية لهياكل قضائية غير المحاكم الرسمية، (العدلي والإداري، العام أو المختص)⁽²⁾.

فلقد زامن القضاء الدولي ولادة الدولة الحديثة إذ أصبحت الدولة تتولى تنظيم القضاء شيئاً فشيئاً. إنّه شكل قضائي جديد بدأ في التنامي المطرد والتركيز المتواصل. ذلك أن الدولة عندما كانت في بدايتها وقبل أن يتطور نفوذها وتتوسع سلطاتها لتشمل مختلف مجالات الحياة الاقتصادية منها والاجتماعية والثقافية، كانت مهمتها تتمثل أساساً في فرض النظام. إنّها قبل أن تصبح "دولة هامية موجهة" كانت "دولة دركية" أي عبارة عن ذات معنوية للقانون العام تتولى السهر على أمن الأفراد المتعاشين داخل حيّزها. وكذلك تتولى تنظيم الأمن حتى لا يبقى همجياً غائباً. إنّ الوظيفة القضائية هي إذن، إحدى أولى الوظائف التي تتقلدها الدولة تاريخياً. وإنّها لا تزال إلى يومنا هذا إحدى أهم وظائفها. بل إنّ الدولة أصبحت الآن، وتركيزاً لنفوذها، لا تسمح بالخصائص الخاص. إنّها تمسك بزمام القضاء دون سواها.

139. (1) انظر التطور التاريخي للنظام التونسي، الفقرة 433 وما بعد.

(2) انظر التنظيم القضائي، الفقرة 678 وما بعد.

140. القضاء هو إذن مرفق عمومي وحكر للدولة في الآن نفسه : وإنّ اللجوء إلى المحاكم الرسمية هو الأصل والمبدأ. ولكن للأطراف الخروج عن هذا الاختصاص برفع نزاعاتهم أمام شخصيات لا يمتنون القضاء ولا ينتمون إلى سلكه. فلقد عرفت العديد من النظم القانونية التقاضي بالالتجاء إلى التحكيم. فالتحكيم هو التقاضي الخاص الذي يتم بمقتضى اتفاق إرادي بين المتخاصمين. يمكن للأطراف المتنازعة أن تتفق على تعيين محكم توكل إليه مهمة الفصل في الخلاف القائم بينها⁽³⁾ كما يمكن للمتنازعين الاتفاق على التحكيم قبل حصول التنازع مثلاً يحصل بين التجّار.

141. والتحكيم قضاء لأن مهمة المحكم تتمثل في فصل النزاع وحسمه طبقاً للأحكام القانونية. فمهمته توازي وظيفة الدولة ويشكل استثناء لمبدأ احتكار الدولة للقضاء. فما يصدر عن المحكم هو قرار له الصبغة القضائية، شبيه بما يصدر عن المحاكم الرسمية من أحكام.

142. غير أن التحكيم لا يمثل قضاء خاصاً بالمعنى الكامل للكلمة وذلك لأنه منظم من قبل القانون الذي يحدد شروطه والخطوط الكبرى لتسييره. كما يضبط مجاله ضابطاً دقيقاً مستثنياً مثلاً القضايا المتصلة بالجنسية والأحوال الشخصية. فلا يمكن الالتجاء إلى التحكيم إلا في الصور والحالات التي يقرها القانون الرضعي⁽⁴⁾. بل لا يتصور التحكيم في الأصل إلا متى رخص القانون الوضعي بذلك صراحة.

143. لقد حجرت أول مجلة تونسية للإجراءات التي صدرت سنة 1910 الالتجاء إلى التحكيم⁽⁵⁾. ولم يرخص فيه إلا في المجلة الصادرة

140. (1) القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993 والمتعلق بإصدار مجلة التحكيم.

142. (1) الفصل 7 من مجلة التحكيم الجديدة

143. (1) مجلة المرافعات لسنة 1910، قانون المرافعات المدنية المدرج بالأمر المؤرخ في 1910/12/24.

سنة 1959⁽⁹⁾ إنَّ ما يفسر المنع القديم هو إرادة الدولة الحديثة في أوائل هذا القرن تركيز هياكلها القضائية الجديدة وغرس جذورها تركيزاً وغرساً لا يمكن الخروج عنهما. فجاء اختصاص المحاكم على الوجه المطلق.

144. ومن جهة ثانية وبالاخصيص فإنَّ التحكيم يبقى خاضعاً لرقابة القضاء الدولي. فلا تكتسب القرارات التحكيمية القوة التنفيذية إلا إذا اذنت المحاكم العدلية بذلك. فالدولة تبقى صاحبة القول الفصل. لأنَّ القرارات التحكيمية لا تكتسي الصبغة التنفيذية الملزمة إلا بمقتضى حكم صادر عن محاكم القضاء التابعة لها.

فاحتكار الدولة للقوة العامة ولوسائل القهر الضرورية لتطبيق الأحكام هو احتكار مطلق لا يقبل أيَّ وجه من أوجه الاستثناء. وخلاصة القول فإنَّ القضاء رغم وجود مبدأ التحكيم يظلُّ حكراً على الدولة وأنه مرفق عام له قيمته إلى درجة أنَّ البعض يتحدث عنه باعتباره سلطة قضائية أو على الأقلَّ مصدر نفوذ قضائي⁽¹⁰⁾.

الفقرة الثانية : علاقة القانون بالمستويات الاجتماعية الأخرى

145. لا يكفي القول بأن القانون حكر للدولة لأنَّ الأمر لا يتجاوز المستوى الشكلي أو العضوي أو المؤسساتي. فلا يمكن الاقتصار على تعريف القانون بالنظر إلى مصدره الشكلي الأساسي. ولا يمكن الاقتصار على القول بأن التشريع هو عمل إرادي. فقد تكون القواعد العرفية الناشئة تلقائياً عن المجتمع سبقت تاريخياً التشريع الصادر عن الدولة.

(2) مجلة المرافعات المدنية والتجارية لسنة 1959 ، قانون عدد 130 لسنة 1959

مؤرخ في 5 أكتوبر 1959 يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

الرائد الرسمي عدد 56 سنة 1959 من 1626

144. (1) Y.B. Achour : "Pouvoir gouvernemental et pouvoir administratif" RTD 1977

(II) p 15 et s

ومن هنا يتبين أنَّ القانون في مضمونه وفي أهدافه عامل اجتماعي غير منفصل عن المعطيات الاجتماعية الأخرى، القيمية منها والموضوعية المادية أو السلوكية.

فاستقلالية المستوى القانوني لا تتجاوز المضمون التقعيدي لأنَّ القانون هو أيضاً مستوى متفتح على محيطه وهو في اتصال معلوماتي. فهو يتقضى المعلومات ويستوعبها من مجموع الظواهر المتواجدة على الساحة الاجتماعية مع ما يحتويه المجتمع من مقومات وعوامل لا يمكن له تجاهلها. فالاستقلالية لا تعني الانغلاق. وفي المقابل فإنَّ الانفتاح أو التفتح لا يؤدي ولا يمكن أن يؤدي منهجياً وعلمياً إلى الخلط بين مختلف المستويات والنظم القيمية والسلوكية فالاستقلالية لا تعني من جهة أن القانون منزل على المجتمع تنزيلاً فيعبر عن الإرادة الاعتبارية لواقعه. فلا ينحصر القانون ولا يعود إلى العنف والقوة الخالصة فهو متميز ومختلف عنهما بالطبع اختلافاً وتميزاً جوهرياً وجذرياً. فإرادة السلطة مقيدة لأنَّ القانون لا يتجاهل الضغوطات الواقعية والمثالية التي تؤثر في مضمون قواعده وفحواها (أ).

والاستقلالية من جهة ثانية لا تعني استئثار القانون بتنظيم العلاقات الاجتماعية في المجتمع. فالقانون يشترك والقواعد الأخلاقية والدينية في تهذيب وتصويب سلوك الفرد. ومع ذلك فلا سبيل إلى الخلط بين مختلف المستويات التنظيمية والتقويمية أو التقعيدية. كما لا سبيل إلى إخضاع القانون إلى منطق واعتبارات وأهداف هذه النظم السلوكية التي تختلف عنه بالرغم من تواجدها معه وإلى جانبه (ب).

والاستقلالية من جهة ثالثة تعني إيجابياً أنَّ القانون ليس مجرد وعاء فارغ ولا هو مجرد شكل تحدّد مضمونه عوامل خارجة عنه. فالقانون يتأثر بهذه العوامل ولكنه يؤثر فيها فيكون له بتغيير المجتمع وتركيبته دور وشأن (ج).

1 - الحقائق والمعطيات المؤثرة في جوهر القانون

146. للقانون علاقة جدلية مع مختلف المعطيات الراهنة في المجتمع فلا يتجاهلها ولا يغفل عنها وعن الضغوطات المتأتية منها. فالقانون لا يعبر عن هذه المعطيات ولا يكشفها كشفا سلبيا. فإذا كان الأمر كذلك انعدمت جدوى تواجده تماما.

القانون غير منفصل عن القوة الخالصة وهو يصير في ذات الوقت الى تحقيق العدل بين الناس دون أن يتناسى الحقائق الواقعية الأخرى. فهو يتعامل مع المثل القيعية ويأخذ بالمعطيات المادية.

I - القانون والقوة

147. قد تكون المجتمعات البشرية في فطرتها مبنية على القوة الخالصة والعنف وهو ما يسمى بقانون الغاب السائد في طور ما يسمى بزمن القطف والصيد. وهو الزمن الذي كانت الجماعة تتسلط فيه على رقعة ترابية للصيد وقطف الثمار فتحميها بالعنف والقوة ضد الاعتداءات الخارجية. وقد يكون هذا النوع من التنظيم جائزا بين الأفراد عند اندثار هياكل الدولة والحكم. كما يسود علاقات القبائل فيما بينها إذا ما غابت سلطة تملوها.

148. نقرأ هنا وهناك أن القانون ليس سوى القوة الخالصة والعنف الغير مقيد، تسلطه دولة قوية على الدول الأخرى أو يسلطه جبار طاغية على الأفراد والجماعات، أو تسلطه طبقة على غيرها من الفئات الاجتماعية. وفي أحسن الأحوال ليس القانون عند بعضهم سوى تعبير عن ميزان القوى السائد في فترة زمنية معينة وفي مجتمع ما.

هكذا نظر الشابي في قصيده المشهور: "فلسفة الشعبان المقدس" إلى القانون حيث قال :

"وتدفق المسكين يصرخ شائرا : ماذا جنيت أنا فحق عقابي ؟"
 "لا شيء إلا أنني متفزل : بالكائنات مفرد في غابي"
 "أبعد هذا في الوجود جريمة : أين العدالة يا رفاق شبابي"
 "لا، فالشرع المقدس ههنا : رأي القوي وفكرة الغلاب"
 "وسعادة الضعفاء جرم، ماله : عند القوي سوى أشد عقاب"

وهكذا كانت العبرة عند لافتنان في قصة الذئب والخروف. فالقانون عنده ليس غير فكرة القوي.

149. لو كانت حقيقة القانون على هذا النحو لكان لابد أن نتساءل عن جدوى وساطة القانون وعن حاجة القوى الغلاب له. إن كان القانون مجرد قوة وتعنيف فإن إرادة القوي تكفي وحدها لتحقيق مصالحه وأهوائه ومآربه. فلا داعي لتدخل القانون والاستناد عليه ولا فائدة منه. فالشابي ذاته يتساءل : أين العدالة ؟ وهو ما يعني عنده أن الشرع أي القانون لا يكتسب مشروعيتها إلا متى كان عادلا وأن خروجه عن العدل ومعارضته له يفقده تلك المشروعية بل يفقده صفة القانون.

وعبرة قصة الذئب والخروف تتعلق في الحقيقة بمنطق القوة لا بالقانون⁽¹⁾ وإذا ما تعلققت المتراضا بالقانون فلم يكلف الذئب القوي نفسه عناء إقناع الخروف الضعيف بأنه قد أخطأ في حقه حتى يستحق العقاب فيؤسس ويبرر لافتراسه له ؟

150. ما هذا الذي يدعو القوي الجبار الى سن القوانين وإصدارها وما هذا الذي يدعو إلى إقامة المحاكمات حتى وإن بدت صورية ومقاهضة المنحرفين العاصين لسلطانه وسلطته مقاهضة تخضع إلى العديد من الأحكام الإجرائية والأصلية ؟ فالقانون خطاب يرمي إلى الإقناع بصلوحيته وجدواه وعدله وضرورته الاجتماعية. فلا مناص من الإقرار

149. (1) "La raison du" - p.48. 1978 - Librairie Hachette. "Fables" - Jean de la Fontaine
 plus fort est toujours la meilleure.... Le loup l'emporte, et puis le mange sans autre forme de procès", voir "Le Loup et l'Agneau"

والاعتراف بأن القانون لا يمكن أن يحصر في القوة الخالصة. فهو يتعارض معها. لأن غايته تبقى التنظيم السلمي للعلاقات الاجتماعية. فالقانون هو الذي يحد من تسلط القوي وهو الذي يحمي الضعيف فيضع حداً لقهر الجبار الغلب لأن بالقوة تعمّ حتماً الفوضى. وبالقوة يفسح المجال للأفراد لإقامة العدل لنفسهم بنفسهم. ويفتح باب الثأر والاقتصاص إلى غير ذلك من مظاهر الفوضى التي يرمي القانون إلى إزاحتها. ومن هنا يتبين التضارب والتناقض في اللفاظ حين يتكلم المرء على "قانون الغاب".

151. ليست للحكم القائم على القوة مشروعية لأن كل حكم غير مقيد لا مشروعية أصلية له. والحكم ينتج عن القوة أما القانون فهو مبني على العقل.

فالحكم المطلق هو على نقيض الحكم المقيد بالقانون. ومن محاني مفهوم دولة القانون أو ما يسمى هكذا أن تكون الدولة خاضعة لسيادة القانون. وكذلك أن يكون القانون في هذه الدولة سيد النظم التجميعية أو المستوى التنظيمي، الأصلي، المهيمن على غيره من المستويات التنظيمية، فيقع تقديمه، وتُعطى له الأولوية، فيلجأ إليه للاحتماء بأحكامه. فمفهوم دولة القانون يعني اختصاص القانون اختصاصاً أساسياً بتنظيم العلاقات بين الأفراد. وفي المقابل تتقلص المستويات والتركيبات التجميعية والسلوكية الأخرى وفي أولها نمط التنظيم المبني على القوة والقهر. فهنا أي في فصل القانون عن العنف تكمن قوة القانون.

152. إن ما ذكرناه لا ينفي إمكانية توظيف القانون لفدومة مصلحة فئوية أو طبقية أو حتى مصلحة شخصية. فقد يستعمل القانون كغطاء للقوة لكن هذا النوع من الحيل قل ما ينطلي. ولا يعني هذا التوظيف الذي تعيشه بعض المجتمعات في فترات مختلفة من حياتها الخلط بين القوة والقانون. فالتمييز قائم كالتمييز بين الهدف والوسيلة والعلّة والمعلول. فالتوظيف هنا هو تحريف للقانون وخروج عن أهداف

ومعانيه. فلا يمكن محاربته (أي التوظيف) إلا عن طريق الثورة وهي خروج عن القانون. فالتوظيف يؤدي إلى تجاهل طموحات المجتمع فيختل توازنه العام باختلال التوازن في علاقة القانون كمستوى اجتماعي مع غيره من العوامل والظواهر الاجتماعية.

II - القانون والمثل الأعلى للعدل

153. ليس لواضع الأحكام القانونية الحرية المطلقة في اختياراته التشريعية فأول قيوده المثل الأعلى للعدل لأنه أحد أهم أهدافه وأحد عناصر مشروعيته. فالعدل أساس العمران. فإن كانت القاعدة القانونية تكليفاً بما هو واجب فهذا يعني أن ما هو واقع ليس بالضرورة واجباً. ومقياس مشروعية القانون هو الاهتمام والانقياد إلى قيمة معينة تبرر هذا الوجوب الذي تتضمنه القاعدة فلا بد أن تتكون القاعدة القانونية من عنصر مثالي يعلو العنصر الواقعي. فما هو المثل الأعلى للعدل؟

154. وقع الخوض في مفهوم العدل منذ القدم عند فلاسفة اليونان وفقهاء الرومان. فكان عندهم إحدى أهم الفضائل بل هو الفضيلة الأساسية. فالمدينة الفاضلة عند أفلاطون هي المدينة العادلة والعدل عنده شعور داخلي واختبار باطني نفساني للإنسان. فالتوازن الاجتماعي رهين التوازن الفردي. فلا عدل إذن في المجتمع إن لم يكن الشعور بالعدل باطنياً نفسانياً لذلك كان مجال العدل عند أفلاطون واسماً يشمل الأخلاق والتقوى والتوبة. فدور التشريع في المقام الأول هو دور تربوي ومن هنا يتبين أن العدل والقانون مفهومان مرتبطان لا يمكن فصلهما.

155. تعريف العدل على هذا النحو يبقى مجرداً. لمكان من الضرووي التوصل إلى تعريف أكثر إحكاماً ودقة. وقد كلّف أرسطو نفسه عناء هذا البحث. فانطلق من تعريف واسع إذ كان العدل عنده محتوياً على كل الفضائل، جامعاً لها، فهي تعود كلها إليه (الشجاعة - الاعتدال الخ...)

والعدل هو الفضيلة الكونية الجامعة. فهو عند أرسطو إعطاء كل ذي حق حقه أو ما هو واجب عليه دون إفراط. لأن الاعتدال من أهم الفضائل عند الفيلسوف اليوناني.

لا يشكل هذا التعريف، الذي أقر به أفلاطون، سوى نقطة انطلاق لغاية تحديد الجال الخاص بالعدل أي لهدف تعريف العدل في معناه القانوني. فلقد حاول أرسطو الابتعاد عن المفاهيم المتدواللة عند عامة الناس لأنها تتسم بالخلط وانعدام الدقة. فالتمحيص العلمي يفضي حتما إلى إبراز المعنى الضيق والدقيق والأصيل للمصطلح.

ومحور العدل عند أرسطو يكمن في التوزيع العادل والمعتدل للخيرات والأموال. والغاية منه هو الحفاظ على التناسق العام للحياة الاجتماعية والحفاظ على انسجامها. ولا يمكن التوصل إلى تحقيق هذه الغاية إلا متى اقترن العدل بالمساواة. ففي المعنى العام يتضمن العدل فكرة المساواة بتساوي كل ذي حق في المطالبة بحقه والقضاء بما يجب له. والربط بين التوزيع من جهة ومبدأ المساواة من جهة أخرى أدى بأرسطو إلى التعرض إلى صورتين أساسيتين تبرز من خلالهما فكرة العدل في معناها القانوني الضيق.

156. الصورة الأولى هي العدل التوزيعي وهو عدل لا يتم على أساس المساواة التامة المطلقة فالمعادلة هنا هي معادلة هندسية وهي معادلة جبرية تؤخذ لتحقيق المساواة فيها بعين الاعتبار القيمة الذاتية لعمل الفرد. ومثال ذلك أن يكون ثمن المنزل على ثمن الحذاء مساويا لعمل المهندس المعماري على عمل الملاح⁽¹⁾.

فالعدل التوزيعي خاص بتوزيع الثروات والسلطات على كل أفراد المجتمع لا على أساس المساواة الحسابية وإنما على أساس المساواة التناسبية أو الجبرية. فالمجتمع وهو يقوم بتوزيع المنافع والوظائف يراعي في مثل هذا التوزيع اختلاف الأفراد في حاجاتهم وقدراتهم.

156. (1) M.Villey : "La Formation de la pensée juridique moderne" Les Cours du droit, (1)

ولا تكون المساواة مساواة تامة كاملة ولا يجب أن يظن البعض أنه إذا كانوا متساوين في بعض الأشياء فإنهم بالضرورة متساوون في كل شيء. فالعدل التوزيعي لا يقتضي المساواة الحسابية المطلقة إلا أنه يرفض عدم المساواة التامة والمطلقة أيضا.

157. أما الصورة الثانية واللاحقة للعدل فهي صورة العدل التبادلي. يأتي العدل التبادلي في طور ثان حرصا على المحافظة على سلامة واستقامة المبادلات والمعاملات بين أفراد المجتمع فإذا تم التوزيع على النحو الأول أي طبقا لمبادئ العدل التوزيعي فقد يحصل فيما بعد خلل في التوازن العام وفي العدل الذي توصل إليه المجتمع. فينتج عنه عندئذ اعتبار هذه الحالة الجديدة.

تتدخل مبادئ العدل التبادلي لتصحيح الخلل الحاصل من جراء المبادلات وتقويم وتصويب وتسوية ما اعوج في المجتمع. فالعدل التبادلي هو عدل تصحيحي تعويضي وهو عدل المعاوضة. لهذه الأسباب تكون المساواة فيه مساواة تامة كاملة مطلقة وهي مساواة حسابية عددية. فالعدل التوزيعي لا يكفي ولا يستمر العدل ولا يقع الإبقاء على المساواة إلا بالعدل التبادلي فالنوع الثاني متمم مكمل للأول بحكم ما بين الأفراد من علاقات إرادية كالبيع فالعدل التبادلي مبني على تساوي ثمن المبيع مع قيمته الحقيقية. والعدل التبادلي يشمل كذلك جبر الضرر الحاصل للمتضرر بالتعويض المالي للخسائر تعويضا حسابيا مطلقا فلا يقتصر العدل التبادلي على العلاقات التعاقدية وإنما ينسحب على كل ما ينشأ بين الأفراد من علاقات أي كان مصدرها أي حسب التقسيمات الحديثة سواء كانت ناشئة عن تصرف أو واقعة قانونية.

158. يرى بعض الفقهاء في هذا التمييز المصدر التاريخي لتقسيم القانون إلى قسمين : قسم القانون العام الذي قد يتفرع عن العدل التوزيعي لأنه يسود علاقات المجتمع بالأفراد في حين يتفرع قسم القانون الخاص عن العدل التبادلي الذي يضبط ما يجب على الفرد

للفرد. وقد تكون العديد من المؤسسات والأحكام القانونية مبنية على مفهوم العدل التبادلي كإثراء بدون سبب أي إثراء شخص على حساب غيره دون سبب أو سند قانوني فيصبح استرداد المحصول عليه واجبا على المنتفع به. كما يمكن القول بأن قواعد النظرية العامة للعقود تأخذ بمبدأ العدل التبادلي إذ يفترض في الالتزامات المتبادلة أن تكون متساوية متعادلة وهو ما يبرز خاصة في ما يسمى "بالعقود التبادلية". كما تستند إلى العدل التبادلي قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية التي يتأسس عليها تعويض الخسارة الحاصلة.

159. بالرغم من أهميته فإن هذا التعريف للعدل لا يسمح كل المجالات القانونية ويبقى تعريف العدل تعريفا عاما شاملا من الأمور المستعصية. مفهوم العدل لا مستقره، إذ هو من المفاهيم المفتوحة التي لا يتحدد مضمونها بصفة نهائية ودائمة. فهو مفهوم متغير يجاري في محتواه ما يصبو إليه المجتمع البشري في فترة زمنية معينة من ترقى إلى التحرر والانعقاد. فقد تغلب الذاتية في تحديد مضمونه الشيء الذي يؤدي إلى زرع بذور الفوضى في المجتمع إذ يمكن لكل طائفة فيه أو فريق منه أن يحمل المثل الأعلى للعدل ما يرتضيه من معان ومبادئ عملية. فيصبح المثل الأعلى للعدل أداة لتحقيق أغراضه وأهوائه لا لتحقيق العدل كما يتسبب كثرة الالتجاء إليه في تشويه هبة الدولة وناموسها. فلا يمكن الدفع بالمثل الأعلى للعدل إلا بحذر ولا يمكن الاحتفاء إلا بالمبادئ التي تكون في فترة زمنية ما محل اتفاق وإجماع. فعلى هذا الأساس يتبين لنا الدور الجوهرية التي تقوم به مبادئ حقوق الإنسان لتقدير مشروعية الأحكام القانونية التي لها صلة مباشرة أو غير مباشرة بهذه الحقوق.

فمبدأ المساواة ورفض التمييز بين الناس باعتبار الجنس أو العرق أو اللون واحترام الحرية الجسدية والمعنوية للإنسان وغيرها من حقوق الإنسان هي معايير متفق عليها عالميا وكونيا. فمخالفتها إخلال بالمثل الأعلى للعدل.

160. وعلى العموم فإن الصعوبة في تحديد مفهوم العدل تحديدا دقيقا تستوجب الأخذ بقول العميد "كاربونني" الذي يرى في الشعور الذاتي بالظلم المحدد الحقيقي للعدل⁽¹⁾ لأنه شعور بديهي عند الإنسان. ففاعلية المثل الأعلى للعدل ضئيلة وجدواه مشكوك فيها فالأمر متغير بحسب تغير الأحوال وبحسب طبيعة القواعد القانونية ومراميها المباشرة. وإن تقييد القانون الوضعي بالمثل الأعلى للعدل هو تقييد نسبي. فقد تكون في بعض الأحيان حاجة المجتمع إلى الأمن والاستقرار أكثر إلحاحا من حاجته إلى العدل.

هذا ما يحصل عندما تسود الفوضى ويطلق العنف وتتحكم القوة الخالصة. فالمجتمعات في فترة تركيزها وتكوينها أو عند حصول تحولات جذرية فيها تكون في حاجة ملحة إلى الأمن وهي حاجة أولية بدونها لا تستقيم الحياة الاجتماعية بقاءا. فالأمن عندئذ قيمة مثالية في حد ذاتها فيستنازل المثل الأعلى للعدل عن دوره القيادي المنير للخيارات التشريعية بل إن البعض يرى أن الفوضى تؤدي إلى وضعية مخالفة للعدل لأن الاستقرار هو شرط من شروط تحقيق العدل. فلا عدل بدون استقرار وهو ما يبين أن القانون يشكل نقطة توازن بين ضغطين متضاربين فلا يأخذ بأحدهما ويهمل الآخر⁽²⁾.

لكن الأولويات تتغير فيمجرد التوصل إلى حد أدنى من الاستقرار الاجتماعي تصبو المجتمعات البشرية إلى الأخذ بالمثل الأعلى للعدل حتى لا يعم الشعور بالظلم. ومن هنا يأتي الدور المنهجي الذي تلعبه حاليا حقوق الإنسان.

161. ومع ذلك فقد يتضمن القانون الوضعي أحكاما ظالمة جائرة تتناقض و المثل الأعلى للعدل. فلقد كانت الإنابات العدلية قبل إصدار القانون الجديد يمنحها في بلادنا قاضي التحقيق للشرطة العدلية مخولا لها استنطاق المظنون فيهم دون تحديد لمدة الاستنطاق التي قد تطول

160. CARBONNIER (J) : - Droit Civil - "Introduction", n°51 p.92 p.94 (1)

(2) المرجع السابق n°53 ص 95

أسابيع أو حتى أشهر دون وجود أي شكل من أشكال حماية الحرمة الجسدية و المعنوية للمواطن مما يجعل من الاستئطاق على هذا النحو ممارسة مرفوضة بالرغم من كونها حسب ما ذهب إليه البعض⁽¹⁾ مطابقة لأحكام مجلة الإجراءات الجزائية. فغياب تنظيم قانوني يضبط الإيقاف التحفظي والإنبات العدلية يمثل خرقاً لهذا المبدأ و يثير الانتقادات من كل صوب. لهذه الأسباب جاء القانون المؤرخ في 26 نوفمبر 1987 منظماً للإيقاف التحفظي⁽²⁾ وهذا يعني أن القاعدة القانونية أو الممارسة القضائية اللتين تتعارضان مع المثل العليا للعدل تكونان مصدراً للصعوبات والمشاكل ويكون إلغاؤهما أو التخلي عنهما أمراً حتمياً. فإن كانت إرادة المشرع، واضع القانون، متحررة من مبادئ العدل فإن تحرره هذا لا يكتب له الدوام. فالقوانين التي تتضارب والمثل الأعلى للعدل (متى وجد) تكون محل استياء الرأي العام القومي والعالمي.

161. (1) يتعلق الأمر بالتأويل الغالب في مجال الممارسة. إننا نعتبره مخطئاً تماماً. فالشرطة تستنطق المظنون فيهم اعتماداً على صدور إنابة عدلية من طرف حاكم التحقيق نفسه. وبما أن حاكم التحقيق يمنعه القانون من استنطاق المظنون فيه بغياب محاميه فإن هذا الضمان ينبغي أن تكون الشرطة أخرى باحترامه.

انظر هذه في المسألة الخروجة :

Dali Jazi : "Les rapports entre l'Etat et le citoyen , le problème des libertés publiques" Thèse, Paris (dactyl) p. 223.

Mohamed Zine : "Cours de procédure pénale" , Tunis (dactyl.) p.178 et 179 et chroniques, Procédures Pénales, R.T.D. 1980 - p. 422.

وأيضاً : 1981 ص 383 ، حول موقف محكمة التعقيب انظر : جنائي عدد 3757 مؤرخ في 4-7-1979 ، نشرية ص 183 ، م.ت.ق. 1980 ص 413 ، تعليق محمد الزين قرار جنائي عدد 3682 مؤرخ في 20 فيفري 1980 ، نشرية ص 32 ، م.ت.ق. 1980 ص 383 تعليق محمد الزين.

(2) صدر القانون عدد 70-87 المؤرخ في 26 نوفمبر 1987 والمتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الإجراءات الجنائية لينظم، ولأول مرة بالبلاد التونسية، الإيقاف التحفظي. يضيف فصلاً بالمجلة هو الفصل 13 مكرر الذي يحدد مدة الإيقاف الى أربعة أيام يمكن تجديدها... ثم إن هذا الفصل جاء ليضبط أيضاً شروط الإيقاف التحفظي (الفصل 57 جديد من مجلة الإجراءات الجنائية) : هذا القانون هو عبارة عن خطوة هامة في اتجاه حماية حقوق المواطنين وحقوق الإنسان بصفة عامة.

162. فالمثل الأعلى للعدل يشكل عامل ضغط على المشرع. فيتغير حكم القاعدة. ولا يعد هذا الحل خروجاً عن النظام القانوني ولا عن منطقته. لكن لا يجب أن نفهم من هذا أن عنصر الضغط متواجد بالضرورة كلما عارض القانون المثل الأعلى للعدل فالقاعدة القانونية التي تميز في الميراث بين الابن والبنت، والزوجة والزوج هي قاعدة تتعارض مع مبدأ المساواة بين المرأة والرجل. وهي من هذه الناحية مخالفة للمبادئ العليا للعدل. ومع ذلك فإن شقاً من المجتمع لا يرى فيها إخلالاً بهذه المبادئ. لكن بواحد الضغط تبرز تدريجياً بتحول العقليات والقيم وهي نتاج لما يصبو إليه المجتمع الحديث من تكريس فعلي لهذه القيم ومنها مبدأ المساواة التامة بين الجنسين. فقد يحدث أن يكون القانون متأخراً بالنسبة لمستوى التطور الاقتصادي والاجتماعي والثقافي. وقد يحدث ذلك عندما تكون قاعدة قانونية تتعارض مع ما يصبو إليه المواطنون من تحرر ومع القيم التي تؤمن بها اليوم البشرية جمعاء، وفي هذه الحالة نقول بأننا إزاء قانون سيء لأنه يعارض المثل الأعلى للعدل ولا ينحى منحاه.

163. لكن الخروج عن التنظيم القانوني والالتجاء إلى مستويات أخرى لا مناص منها إذا ما تعنت المشرع ولم يقرأ حساباً للضغط المبني على المثل الأعلى للعدل. فهنا تتنازع قوتان، قوة الدولة التي تفرض احترام القانون الوضعي، والقوة المعنوية التي تطمح إلى فرض طاعة المثل الأعلى للعدل. فإذا تغلبت الأولى أي القوة المادية تم الشعور بالظلم. أما إذا وقع تغليب قوة العدل على السلطة فيؤول الأمر إلى العصيان ثم إلى الثورة أي إلى الفوضى والعنف والاحتكام إلى القوة الخالصة وهذا هو عين الخروج عن المستوى القانوني.

III - القانون والعائق الواقعية والموضوعية

164. ليس في العديد من الحالات للمثل الأعلى للعدل دور في تحديد مضمون القواعد القانونية أو على الأقل ليس له دور مباشر في ذلك.

هو الذي يعكس هذا التوازن ويعبر عنه. إلا أن الجماعات الضاغطة تتغير من فترة إلى أخرى إذ لا يدوم ضغط جماعة واحدة ولا يستمر ثقلها بل تحل محلها جماعة ضاغطة أخرى، تختلف وزنا وثقلا. وهذه الظاهرة تجعل التوازن الذي تحققه كل من الدولة والقانون متغيرا يدوم مؤقتا⁽¹⁾ لاثبات لاستمراره ولا دوام.

167. إننا نتحدث عن مجموعات الضغط في موازين القوى لا من الطبقات الاجتماعية. ذلك أننا نرى أن تناقض الطبقات كان لا يفسر إلا الاختيار السياسي الأساسي المتعلق بانتهاج الرأسمالية نظاما أو الاشتراكية، أما المسائل التي تتولى القواعد القانونية فضها فإنها قد تكون في بعض الأحيان تجعل البيروقراطية في تعارض مع الطبقة العاملة وتكون في أحيان أخرى تشهد تعارض شرائح الطبقة الواحدة فيما بينها عمالا كانوا أو بورجوازيين.

فكل قانون متعلق بميدان حساس دينيا يناسب نقطة التوازن بين ضغوط كل من القوى التحديثية والمحافظة المتواجدة، جميعا في كل الطبقات الاجتماعية. أما القانون المتصل بتنظيم أكرية المجلات المعدة للسكنى فإنه يهتم بدرجة أولى وخاصة كلا من مالكي العقارات والباعثين العقاريين من جهة، ويمس مجموع المتسوقين من جهة أخرى ومثل هذا القانون يكون متأثرا بالاختيار الأساسي لفائدة الاشتراكية أو الرأسمالية ويكون كذلك خاضعا للتوازن العام القائم بين الطبقات الاجتماعية ولكنه في نفس الوقت يكون انعكاسا مباشرا لوضع موازين القوى الخاص بكل الفئات المعني أمرها. هذا علاوة على كونها ترمي إلى إيجاد الحلول المناسبة لازمة السكن مثلا.

166. (1) كتب السيد ميشال كامو، في هذا الموضوع، قائلا: "إن المؤسسات تكشف

علاقة القوى فيما بينها وتؤثر في حركات تلك القوى..." انظر كتابه:

"Pouvoir et institutions au Maghreb", Cérès Productions. 1975, p.25.

انظر أيضا: "Les rôles de l'Etat dans la société capitaliste actuelle" Herzog (Ph) :

Paris. Economie et politique 1971 p. 200 et 201, et notamment p 112.

Poulantzas (N) : "Les classes sociales dans le capitalisme d'aujourd'hui." Paris,

le seuil, 1979, p.179.

لمحتوى الخيارات التشريعية، وبالتالي مضمون القاعدة القانونية وجوهرها حسب تعبير "جيني"، تحدده معطيات مادية موضوعية لا صلة لها مباشرة بالمستويات القيمية المثالية.

165. فالقانون يأخذ بالمعطيات الواقعية الطبيعية وهي الحقائق التي تتكون من المحيط الطبيعي للاجتماع. فالزواج يقوم (مبدئيا) على إفراد الطبيعة لجنسي الذكور والإناث كما يأخذ القانون بالمعطيات والحقائق التاريخية وهي إلى حد ما وليدة الزاد التاريخي الخاص بالجماعات البشرية.

وللعوامل المادية الموضوعية الدور الأساسي في تحديد مضمون القواعد القانونية. نظام الإنتاج الاقتصادي والبنية الاقتصادية والمسائل الاقتصادية المطروحة تشكل كلها سببا في إنشاء القواعد القانونية. فتلعب دورا هاما في تحديد مضمونها. وفي الغالب تكون الغاية من هذه الأحكام القانونية البحث عن النجاعة والجدوى طبقا لاختيارات السياسية الاقتصادية للدولة. أما المسائل التقنية المطروحة فهي تقضي حتما إلى إصدار أحكام قانونية يغلب عليها الطابع الفني والتقني.

وبصفة عامة فإن تشعب الحياة المعاصرة أفضى إلى إعطاء عدد متزايد من القوانين الصبغة التقنية البحتة. فلا ترى فيها اختيارات فلسفية وحياتية جوهرية. لأن مرماها تنظيم مسائل تقنية بحتة لا تستوجب الوقوف على مثل أو قيم مجردة. وقد أصبح هذا الطابع أحد أهم ميزات العمل التشريعي الحالي. إذ تنوسي نمط التدوين المعتمد في القرن الماضي وفقدت الحاجة للمجلات الجامعة بل تعذر إصدارها نظرا للتشعب التقني للحياة المعاصرة.

166. من مختلف هذه الأوجه يبرز القانون حديثا على أنه توازن مؤقت لعلاقات القوى. فإرادة الدولة تكون دائما خاضعة لفعل مؤثرات عديدة ناشئة عن تواجد القوى الضاغطة. ويكون مدى ضغط الجماعات متفاوتا بحسب التنظيمات التي تؤلفها وبحسب ثقل تلك التنظيمات. وتحقق الدولة التوازن فيما بين ضغوط تلك الجماعات المختلفة. والقانون

168. إن هذا الأمر لهو كذلك في جلّ الميادين وفي جلّ القوانين الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التونسية منها أو الأجنبية. فلقد أصبحت الأطراف الاجتماعية تتفاوض في مضمون النص القانوني عند إعداده. فأصبحت الأحكام القانونية محلّ اتفاق وهي على هذا النحو تعبر عن موازين القوى بينها. فيحتجب دور الحكم الذي على الدولة القيام به. فنظرة الأطراف الاجتماعية هي بالضرورة نظرة ضيقة، والدولة وحدها هي الملمة بكلّ المعطيات الموضوعية (الضغوطات - الاجتماعية) منها والذاتية (قانونية - طبيعية). وهي وحدها القادرة على تحديد نجاعة الحلول بتجاوز المصالح الضيقة لتكريس اختياراتها السياسية. فيكون دورها بالضرورة دور الحكم الفاصل بين مختلف أنواع الضغوطات المتضاربة فلا يمكن تجاوز الحقائق المثالية والواقعية إلا متى أخذ واضع القاعدة القانونية بالحقائق العقلية. فتوجيه سلوك الفرد سلوكا نافعا ناجعا لا يتحقق إلا استنادا لحكم الإرادة العاقلة. فالعقل وحده هو القادر على العمل للملاءمة مختلف أنواع المعطيات التي تؤثر في جوهر القاعدة القانونية. وهو وحده القادر على التنسيق بينها وموافقتها لغايات القانون العامة، منها والخاصة. فالقانون مستوى تقعيدي مستقل في نظرت إلى المجتمع فينظمه تنظيما لا يخضع فيه بالضرورة لغايات وأهداف ومنطق النظم السلوكية الأخرى المتواجدة على الساحة الاجتماعية.

ب - القانون والمستويات السلوكية الأخرى : العادة والأخلاق والدين

169. لا ينفرد القانون بمهمة تنظيم العلاقات الاجتماعية وتصويب سلوك الفرد. فإلى جانبه تتواجد أنظمة تقعيدية وسلوكية أخرى. فالقاعدة القانونية ليست وحدها التي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع، بل توجد إلى جانبها قواعد أخرى تشترك معها في هذا الشأن، وهي قواعد المجاملات، والعادات، والتقاليد، وقواعد الأخلاق، والقواعد الدينية.

فهي كلّها قواعد اجتماعية تحكم سلوك الفرد فلقد كان للبعض من هذه المستويات الشأن الكبير في تنظيم الحياة الاجتماعية. فكانت المنظومة الدينية هي الطاغية تحدّد مضمون القواعد القانونية وتشكّل مقياسا لضبط مجال العمل بالأحكام القانونية. أمّا اليوم وقد أصبح القانون هو سيد النظم السلوكية وأولها فهو مستقلّ عنها، لكنه مع ذلك يبقى في تعامل جدلي معها.

فمعهما عظم دور التشريع واتّسع مجاله، فهذا لا يؤدي حتما إلى احتجاب النظم السلوكية الأخرى بل إن الأمر يتعلق فحسب بانسحاب هذه النظم عن الساحة الاجتماعية العامة واقتصارها على الحياة الخاصة. فلا تتدخل الدولة مبدئيا لفرض احترام القواعد الدينية أو الأخلاقية أو قواعد المجاملات إلا إذا ما تراءى للقانون أن يتبناها.

I - القانون والعادة

170. إن المواقف المتماثلة والظروف المتشابهة التي يكون الموء فيها عادة ما تنتج تصرفات متماثلة وردود فعل متقاربة وصفات يقلد بعضها البعض وتتشكل في مجموعها ممارسات اجتماعية تسمى العادات العرفية. لتوضيح هذه المقولة نكتفي بالمثال التالي : عندما يكون التاجر أمام حرفاء عديدين ينبغي عليه أن يقوم على خدمتهم بشيء من النظام المعتمد على أولوية قدومهم. فهذا التصرف هو عبارة عن عادة، أي ممارسة اتسعت رقعتها، وانتشرت، واتخذت نموتا محمودة تقوم على روح المجاملة وحسن الأخلاق واللياقة الاجتماعية. وهي ممارسة يفرضها المجتمع ويتفق أفرادها على اتباعها، ويواجهون كلّ من يخالفها بالاستنكار والاحتجاج. إلا أن الذي يتولّى خرقها ولا ينصاع إليها لا يعرض نفسه إلى المشول أمام المحكمة. وعلى هذا الأساس يحقّ لنا أن نقول إن الفرق الجوهرى بين العادة والقاعدة القانونية أن الأولى لا يتجاوز مجالها حدود المجتمع في حين أن القاعدة القانونية تستوجب، لفرضها، تدخّل السلط العمومية عند عدم الالتزام بالعمل بها. إلا أن هذا التمييز ليس

التي تنظر إلى النوايا ومن هنا جاء التمييز بين القواعد الأخلاقية والقواعد القانونية، إذ تختلف الأولى عن الثانية من عدة أوجه.

172. أمّا من حيث المصدر، فإنّ القواعد الأخلاقية لا تصدر عن الدولة. فهي قواعد صادرة عن الوعي الجماعي وليست بقواعد إرادية، سلطانية. فهي إذن على خلاف القانون. والأخلاق أو النظام الأخلاقي عبارة عن مجموعة قواعد تساهم في تكوينها أفكار الناس عن الخير والشر. فتتمثل المثل والقيم العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك الفرد. هذه القواعد هي وليدة المعتقدات والتقاليد والعادات المتأصلة في الناس، وهي على هذا النحو تقترب من القواعد العرفية وقواعد العادة. هذا وقد لا يشكل المصدر معياراً أساسياً للتمييز بين القانون والأخلاق. ولكن يمكن القول بأنّه لا يتصور أن تصدر القواعد الأخلاقية عن عمل إرادي للدولة. وفي هذا اختلاف جوهري مع القواعد القانونية.

173. أمّا مجال الاختلاف الثاني فهو الذي يتعلّق بموضوع وأهداف القواعد الأخلاقية، فغاية الأخلاق مثالية، وهي السموّ بالإنسان. أمّا هدف القانون فهو واقعي، نفعي، اجتماعي: وهو إقامة نظام للعلاقات الاجتماعية. فالأخلاق تضع قواعد تحدّد قيمة السلوك الفردي بالنظر إلى ذاته، أي بالنظر إلى عواقب هذا السلوك وأثاره بالنسبة إلى الشخص من حيث الارتقاء بالنفس إلى الكمال تحقيقاً لأمنها وخيرها الداخلي. ومن هنا كان قيام الأخلاق على أساس تحقيق قيم شخصية، كمالية. ومن ثمّ فالأخلاق تخضع الفرد لضميره في تطلّعه الدائم إلى السموّ. لذا يقال إن موضوع الأخلاق هو تركيز نظام فردي شخصي، نفسي، باطني، يتّجه إلى ضميره ولما في النفس من مقاصد ونوايا. بينما القانون يقتصر على المحسوس من الأفعال دون الأخذ بالدوافع الباطنية النفسانية. فهو يتّجه إلى الفرد بقصد تحقيق نظام اجتماعي فينظر إلى سلوكه من حيث عواقبه وأثاره بالنسبة للمجتمع. ولذا يقال إنّ القانون هو نظام اجتماعي.

بأنّ مطلقاً، ذلك أن البعض من العادات المتناهية في القدم والمنتشرة انتشاراً واسعاً، أو النافعة، قد تبناها القانون، وجعلها من مشمولات نفوذه، ونعني بذلك العادات التي تتحوّل إلى أنماط عرفية والتي تمثل، كما سنرى لاحقاً، مصدراً للقانون⁽¹⁾. وبذلك نستطيع أن نعيّز بين العادات الواجبة وغير الواجبة منها. ويتجلّى ذلك في الأعراف التجارية الدولية مثلاً. ولكن مثل هذا الذي أوردنا يتصل بميادين مخصوصة هيئة المجال تكون فيها الممارسة المهنية منظّمة بصورة معيّنة عند غياب التّصوص القانونية المكتوبة المدوّنة. فهناك إذن نوع من التّمائل، وأحياناً تتكوّن علاقة وثيقة بين القانون والعرف.

II - القانون والأخلاق

171. إنّ للقواعد القانونية ميزات لا تتضمّن القواعد الأخلاقية. فالقانون مختلف عن الأخلاق. لكن القانون يأخذ من وجهة نظره ببعض المبادئ الأخلاقية فيتبنّاها.

إذا كان أفلاطون قد وقف على تعريف واسع للعدل حيث كان في نظره يشمل القانون والأخلاق على السواء فاعتبره عنصراً من عناصر التوازن الشخصي النفسي والباطني. فإنّ أرسطو في تعريفه للعدل تعريفاً خاصاً قد توصل إلى فصل الأخلاق عن القانون. فهو أول القائلين بالتمييز⁽²⁾ إذ وضع للعدل تعريفاً دقيقاً خصوصياً.

واعتبر أرسطو أنّه يمكن أن يكون الشخص عادلاً في ذاته، ومع ذلك يقوم بأعمال غير عادلة عن خطأ مثلاً. وفي المقابل يمكن أن يكون الإنسان غير عادل في ذاته و يقوم بأعمال عادلة موضوعياً. فالتشريع عندئذ لا يعتبر إلا الآثار الظاهرة الخارجية لعمل الفرد، أمّا الأخلاق فهي

170. (1) راجع لاحقاً الفقرة 655 وما بعد.

171. (S) Laghmani: "Éléments d'histoire de la philosophie de droit". "Le Discours (1) fondateur du droit", Tome premier, "La nature, la révélation et le droit" - CERES - FNRS - Tunis 1993, p.86

174. الأصل في الأخلاق الاعتناء بالمقاصد والنوايا. ولكن في الواقع يمتد اهتمامه أيضا إلى كثير من الأفعال الخارجية الملموسة المحسوسة. وفي المقابل وإن كان القانون في الأصل يحكم ما يخرج إلى الوجود من أفعال وأعمال فهو لا يغفل في العديد من الحالات على ما يكمن وراء هذه الأفعال من دوافع نفسانية باطنية. فنظرية التعسف في استعمال الحق تأخذ بالنوايا. لكن هذه النوايا والمقاصد لا ينظر إليها في حد ذاتها كما هو الأمر في المستوى الأخلاقي، وإنما بالاعتماد على السلوك الخارجي الظاهر الذي تبرز فيه الممارسة التعسفية للحقوق. فالقانون يأخذ بظاهر الأفعال، أي بأعمال الناس الظاهرة، بينما تحكم الأخلاق هذه الأعمال الظاهرة ومعها النوايا الباطنة لأن الأخلاق تنظم سلوك الفرد سواء باعتباره عضوا في المجتمع أو بالنظر إليه في ذاته. وأما القانون فهو يقتصر على سلوك الفرد بصفته عضوا في المجتمع. فإذا كان القانون يعتد بالنوايا في بعض الأحيان فإنه لا يعتد بها إلا للحكم على نوع السلوك الخارجي للأفراد. فالاختلاف في الغايات والاهداف هذا يولد اختلافا جوهريا في الجزاء.

175. الجزاء الأخلاقي يختلف جوهريا عن الجزاء القانوني. فبينما تتكفل الدولة والسلطة العامة باحترام القواعد القانونية بما لديها من وسائل القهر يقتصر الجزاء الأخلاقي على تأنيب الضمير واستنكار الناس للسلوك المخالف. فإن كانت القواعد الأخلاقية ملزمة فوجه إلزامها هو الوازع الأدبي إذ لا ينتج عن الإخلال بها سوى استياء الناس وإعراضهم أو تأنيب الضمير المتمثل في الندم فلا شأن للدولة في ذلك فهي لا تتدخل لإرغام الناس على الامتثال إلى السلوك الأخلاقي في ذاته.

176. إذا كان القانون يختلف عن الأخلاق اختلافا جوهريا، فإن هذا التمييز لا يعني أن المستويين منفصلان عن بعضهما. فالأخلاق أحد أهم العناصر التي يتأثر بها القانون في بعض الأحيان. فعلاقة القانون بالأخلاق تأخذ أشكالا مختلفة متنوعة لكنها تؤكد كلها على استقلالية المستوى القانوني في أخذه أو رفضه للمبادئ الأخلاقية.

177. الحالة الأولى هي التي تبرز اتفاق المستويين. وهي حالة اعتيادية إذا ما سادت القواعد الأخلاقية علاقات الفرد في الاجتماع. فقد يتبنّاها القانون ويعبر عنها حسب منطوقه ومنطقه فالعديد من النواهي والأوامر تكتسي صبغة مزدوجة فهي في ذات الآن فروض صادرة من الوازع الأخلاقي وواجبات يفرضها القانون فواجب الامتناع عن الإضرار بالغير فضلا عن جرحه أو قتله أو واجب مساعدة من يكون في حالة خطر إذا كان ذلك لا يؤدي إلى تعريض النفس للخطر وغيرها من الجرائم المتعلقة بالاعتداء على النفس والمال والعرض هي أحكام مشتركة بين الأخلاق والقانون.

ولكن لا نستطيع على أساس ذلك الاشتراك أن نستنتج أن الأخلاق والقانون يتمازجان ويختلطان إلى درجة عدم التمييز بينهما فتدخل الدولة والعمل بالجزاء السلطوي لا ينبغي مباشرة على القاعدة الأخلاقية وإنما يستند إلى النص القانوني.

178. أما الحالة الثانية فهي حالة التعارض بين القواعد الأخلاقية والأحكام القانونية. فهناك قواعد قانونية لا تصطبغ بصبغة أخلاقية أي أن القانون يفرض هذه القواعد لأسباب تتصل بالسلم الاجتماعي بالرغم من كونها مخالفة للأخلاق. فالوفاء بالتعهدات حكم قانوني وأخلاقي في ذات الوقت. لكن سبل العمل بالقاعدة المبدئية يتعارض فيها القانون مع الأخلاق.

وإذا أردنا أن نضرب مثلا لذلك فيمكن أن نذكر القواعد القانونية الخاصة بسقوط حق القيام بالدعوى لمرور زمن معين يتغير طولا وقصرا حسب بعض الظروف الخاصة به (في المواد المدنية والتجارية والجنائية وغيرها...) (وهو ما يسمى اصطلاحا بالتقادم المسقط للحق). فالدائن مثلا الذي مر على دينه أجل معين يسقط حقه في القيام بالمطالبة باسترجاع دينه. وهذا يعني أن المدين لا يجبره القانون في هذه الحالة على تسديد ما تخلد بدمته وهذا يعني أن المدين وإن كان في هذه الوضعية ملزما أخلاقيا بذلك فهو غير مطالب قانونيا، أي أنه من وجهة النظر الأخلاقية يعتبر عدم دفعه الذي يناسب حقيقة واقعية تصرفا غير

محمود، في حين أن القانون لا يعتبر ذلك بل يرى أنه لا يمكن إلزام المدين بالوفاء بدينه. وعليه فإن كل دين لم تقع المطالبة به في الأجل القانوني يعتبر مسدداً. فيمرور الزمن يمكن للمدين أن يعارض الدعوى بالتقادم المسقط وإن هذا المثال يتعلق بالمصالح الخاصة إذ يفترض في الدائن العلم فيكون من واجبه المطالبة بحقوقه قبل انتهاء أجل التقادم. لكننا نجد نفس القواعد القانونية في خصوص حق المجتمع في تتبع المجرمين وفي تنفيذ الأحكام. فتسقط الدعوى العمومية في خصوص الجنيح والجنايات بمرور الزمن كما يسقط الحكم القاضي بعقاب الجاني بالتقادم أيضاً. فلا يمكن القيام بالتتبعات ضد المشبوه فيهم. ويقع العدول على تنفيذ الأحكام الجزرية والمدنية إذا مرت فترة زمنية محددة قانوناً⁽¹⁾. لذا فإن للقانون غاياته الخاصة. وذلك لأنه يرمي إلى الحفاظ على السلم الاجتماعي ويرى في مرور الزمن عنصراً من العناصر الأساسية لبقاء الحالة إلى ما آلت إليه في الواقع ولا يرى جدوى في فتح المجال أمام المتنازعين لرفع دعواهم بعدما تنوسي أمر خلافاتهم، وبعد أن استقر الأمر على النحو الذي استقر عليه، حتى وإن كان في جوهره مخالفاً للأحكام الأخلاقية والقاعدة القانونية الأصلية.

179. أما الحالة الثالثة والأخيرة فهي تلك التي يقف فيها القانون موقف الحياد إزاء الأخلاق. فتكون فيها القواعد القانونية لا أخلاقية دون

178. (1) تنقضي الدعوى العمومية بمرور الزمن أي عادية بمرور عشرة أعوام إذا كانت ناتجة عن جنابة و بمرور ثلاثة أعوام إذا كانت ناتجة عن جنحة و بمرور عام إذا كانت ناتجة عن مخالفة (الفصل 5 م م ج).

تسقط العقوبات المحكوم بها في الجنايات بمضي عشرين سنة كاملة وتسقط العقوبات المحكوم بها في الجنيح بمضي خمسة أعوام كاملة، وتسقط العقوبات المحكوم بها في المخالفات بعد مضي عامين كاملين ويجري أجل السقوط من تاريخ صيرورة العقاب المحكوم به باتاً (الفصل 349 م م ج).

يسقط العمل بالأحكام المدنية بمضي عشرين سنة مسيحية من تاريخ صدوره (الفصل 257 م م ت).

أن تكون منافية لها. فهناك أولاً قواعد أخلاقية لا يتدخل فيها القانون ولا يسلب على مخالفيها أي عقاب مثل أغلب مسلتزمات السلوك الفردي أو العديد من العادات التي تتخلق بها المجموعة. فالكذب المجرد لا يعاقب عليه القانون مادام بسيطاً لا خطورة فيه. فيكون مجال الأخلاق أوسع من مجال القانون. والسبب في ذلك مرده غاية الأخلاق التي ترمي إلى إصلاح الذات في حين يتعهد القانون بالمفعول الاجتماعي والمحسوس للقيم وأثارها على علاقات الأفراد.

180. يترك القانون النظر في أنواع متعددة من السلوك البشري للقيم الأخلاقية ولقواعد الأخلاق. فيسكت عن هذه الاختيارات التي تبقى موكولة لأصحابها. فلا نجد في القانون التونسي ما يمنع العلاقات الجنسية بين الذكور والإناث الذين بلغوا سن الرشد ما لم يتعلق الأمر بعلاقات خنائية أو بخيانة زوجية. كما لا نعرف تجريماً لمحاولة الانتحار إذ لا يعاقب القانون إلا الشخص الذي أعان على هذه المحاولة. وكل هذه الأعمال مكروهة أخلاقياً فسلوك الفرد في مختلف هذه الأمثلة لا تحدده الضوابط القانونية لأنه لا يدخل في مجالها بل تخضع للأحكام الأخلاقية بمفردها.

181. وهناك نوع ثان من القواعد القانونية التي ليس للأخلاق فيها شأن، فبعض القواعد لا تمت للأخلاق بصلة فلا تعتمد على أي سند أخلاقي. فليس من الأخلاق ولا هو مناف له أن يُقرّر قانون المرور وجوب السير على اليمين فالامر ليس سوى اختيار اتفاقي اعتباطي تقني بحث.

III - القانون والدين

182. يلاحظ الدّارس أن القانون والدين كانا في المجتمعات البدائية معتزجين مختلطين لدرجة يصعب التفريق بينهما. ويمكن القول بالنسبة لهذه المجتمعات البدائية بأن المستوى الديني هو المستوى الطائفي وهو

المحدد لمضمون القواعد القانونية التي كانت تابعة له وخاضعة لأحكامه ورؤاه. ولهذا السبب تنعت هذه المجتمعات بأنها مجتمعات دينية. ويكون نمط الحكم فيها تيوقراطيا لأن مجال القواعد القانونية يحدده الانتماء الديني. فلا تجري مبدئيا أحكام الفقه الإسلامي باستثناء قواعد النظام العام، إلا على المسلم. أما غير المسلمين من أهل الذمة فإنهم يخضعون إلى أحكام قانونهم الديني فالمسيحي تحكمه قوانين الكنيسة، واليهودي قوانين التوراة والأخبار والدين له الدور الأساسي في تحديد مضمون الحكم القانوني. فالمرأة المسلمة لا يمكنها التزواج من غير المسلم. وفي أغلب الأحيان يكون مصدر القواعد القانونية سببا في الخلط بين الدين والقانون. فتواجد بعض الأحكام القانونية في القوانين أضفى عليها الطابع الديني والأمثلة على ذلك عديدة وتتصل أساسا بقواعد الزواج والميراث أي ما يسمى حديثا بمادة الأحوال الشخصية. ويضاف إليها أحكام الحدود (حد الزنا، السرقة، الحاربة والقتل).

183. وقد أخذ ارتباط الدين بالقانون وجها عضويا هيكليا فكانت الدولة خاضعة لسلطة الكنيسة في الديانة المسيحية. ومنذ أن اعتنق الإمبراطور الروماني الدين المسيحي في آخر القرن الثالث للميلاد جاعلا منه الدين الرسمي لورما⁽¹⁾ أصبح التنظيم متميزا بتواجد هياكل رسمية تتحدث باسم الدين وتعتبر عن مواقفه، وتعطي تأويلها الرسمي للمفاهيم الدينية وكذلك القانونية. ولقد كانت الكنيسة تبحث على تعميم العمل بأحكام قوانينها التي طبعت بطابع التقديس والقدسية، ونجحت إلى حد بعيد في ذلك خاصة في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية. وإن مختلف أسباب الخلط هذه تعزى إلى دور الدين في تأسيس الدولة. فقد بين ابن خلدون كيف أن العرب لا يحصل لهم الملك إلا بالصيغة الدينية، فالدعوة الدينية تزيد الدولة عندهم في أصلها قوة على قوة العصبية⁽²⁾.

G. Lagarde: "Naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen âge" (1) 183.

3 Tomes - PUF. -

(2) ابن خلدون - المقدمة - ص 199 و 207.

184. إن هذا الذي نذكره لا يعني الخلط والامتزاج بين القواعد القانونية والقواعد الدينية فالأمر يتعلق بتحديد المستوى التنظيمي السائد في الاجتماع وهو في المجتمعات القديمة المستوى الديني الذي طغى على المستوى القانوني فكانت له الأولوية وكانت له الغلبة مستوعبا للأحكام الدينية والقانونية على السواء.

185. هذا ولم يغفل العديد من الفقهاء والمفكرين عن التمييز بين النوعين من القواعد، فلقد نظر كل من القديس اغسطينيو والقديس الاكوينى إلى القانون على أنه متواجد إلى جانب الأحكام الإلهية. كما عبر العديد من فقهاء الاسلام على اختلاف في النوعية والطبيعة بين الصنفين من الأحكام. ولقد بين ابن خلدون كيف تنوسي في الواقع أمر الخلافة وأصبح ملكا محضاً. وبين علي عبد الرزاق ان الإسلام رسالة دينية بحتة وهو دين لا دولة وعقيدة لا حكم. والفقه الذي هو أول العلوم الإسلامية حيث ظهر قبل العلوم الأخرى كعلم الكلام والفلسفة وأصول الفقه الذي نشأ مع الشافعي في رسالته الشهيرة لم يرتكز على أسس دينية. إذ كان الفقه مستقلا عن المعطيات الدينية بل كانت أحكامه القانونية غير متصلة بالأدلة الشرعية وإنما كانت رليدة المعطيات الخاصة بالمجتمع الإسلامي عبر التاريخ في أول عهد الإسلام. فكانت الأحكام عرفية أو اجتهادية أو مستندة إلى القوانين والسنة إن وجدت. فالآليات القانونية التي لها الصيغة القانونية قليلة نادرة لا يتجاوز عددها المائتي (200) آية. بل إن البعض منها لم يكتسب التنفيذ القانوني الضروري كمثال الآية 281 من سورة البقرة: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين لأجل مسمى فاكتبوه". فلم يكن لهذا الحكم القانوني الواضح أي نفاذ وفاعلية في مجتمع عمت فيه الأمية وتفشت فيه الجهل، إذ وقع العدول عنه لفائدة وسائل الإثبات الأخرى وعلى وجه الخصوص البيئة بشهادة الشهود أو بتوجيه اليمين.

186. ضرورة ربط أحكام الفقه بالأدلة الشرعية برزت في القرن الثاني للهجرة. فعلم أصول الفقه هو علم استنباط الأحكام من الأدلة⁽¹⁾ وهو النظر في الأدلة الشرعية من حيث تؤخذ الأحكام، ومن آثاره أنه أدى إلى اعتبار أحكام الفقه أحكاماً شرعية إلهية لا قوانين وضعية بشرية. وهكذا نفهم معنى امتزاج القواعد القانونية بالدين إلى حد الخلط في الأذهان بينهما، ولهذا السبب كان مجال الفقه جامعاً بين المعاملات والعبادات.

187. لكن الفكر الإسلامي لم ينظر إلى الفجوة الصاعدة بين واقع القانون والتصورات الذهنية النظرية المتعلقة به حيث كانت حقيقة الأحكام القانونية مختلفة عن الأحكام الدينية حتى وإن أدمجت في منظوم فكري جامع شامل كلياً يحتل فيه المعطي الديني الموقع المركزي والتأسيسي لأن مشروعية الأحكام القانونية رهينة ترخيص رجال الدين.

ثم إن التقارب بين الدين والقانون أصبح في المجتمعات الحديثة يتضاءل بصفة مطردة شأنه في ذلك شأن التباعد الذي حصل بين القانون والأخلاق.

188. تبلورت اليوم عناصر التمييز بين القواعد الدينية والقواعد القانونية كآثر من آثار الحداثة. وأصبح لكل من المستويين مجاله الخاص وفصل الدين عن السياسة وفصل الدين عن القانون يعنيان اقتصار المستوى الديني على العقائد الإيمانية وانفراد القانون بتنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيمياً خصوصياً. فللدين المبادئ المطلقة ومواطن الثبات التي لا يمكن مجادلتها كإيمان بالله وبالرسل والأنبياء واليوم الآخر الخ... ولل قانون ما هو نسبي متغير يختلف في تقييمه الناس كل حسب اجتهاده وحسب رأيه وتقديره لأصلح الأحكام والحلول. فلكل من الدين والقانون مجالاته الخاصة به والمختلفة بعضها عن بعض.

186. (1) ابن خلدون ص 551

189. الدين يشمل علاقات المخلوق بخالقه وهو يعمل على تهذيب الذات وتنقية الروح وراحة البال، في حين أن القانون يهتم بتنظيم علاقات البشر فيما بينهم ويهدف إلى ضمان السلم الاجتماعي وتحقيق التعايش في أمن ووثاق. أما التعاليم الدينية فإنها تتجه إلى ما هو باطني نفسي، فمن أمن لنفسه ومن كفر لنفسه. والقانون لا يتعهد بمثل هذه المسائل لأنه لا يعتد إلا بالسلوك الاجتماعي الظاهر، الخارجي.

190. إن مفهوم دولة القانون يعني بالضرورة تحولاً في الأوليات إذ أصبح المستوى القانوني هو المستوى التنظيمي السائد، الذي له السيادة المطلقة. فلقد أخذ هذا الفصل شكلاً عضوياً هيكلياً في الدين المسيحي حيث استقلت سلطة الدولة عن سلطة الكنيسة. فكان أول مؤشر له ما قام به نابليون الأول عند تنصيبه إمبراطوراً إذ نزع التاج من أيدي البابا ووضعه على رأسه بنفسه معلناً بذلك أن الحكم السياسي يعود إليه ولا ترجع مشروعيته إلى الكنيسة. ولم يكن قانون 1905 إلا تأكيداً قانونياً لفصل الدولة والدين على المستوى الهيكلي وهو ما يعبر عنه بالعلمانية.

فمشروعية الحكم السياسي لم تعد الآن دينية بل هي إنسانية تعود إلى سيادة الشعب، ومن هنا جاء تعريف القانون بأنه تعبير عن الإرادة الجماعية.

191. لكن أوجه التمييز لا تقتصر على هذا النوع فحسب، إذ يتميز القانون بمصدره الإنساني وبمضمونه.

فالقانون عمل إرادي بشري يصدر عن الدولة، أو هو تلقائي ينشأ عن الوعي الجماعي والسلوك المتكرر في المجتمع. في حين أن القواعد الدينية هي قواعد إلهية تليها إرادة الخالق على عباده.

192. أما من حيث المضمون فإن القواعد القانونية مستقلة في العديد من الحالات عن الأحكام الدينية. فلم تعد العقيدة الدينية محدّدة لانتفاء

198. فالقاعدة الفاعلة لعنصر الجرائم السلطوية الديني ليست بالقاعدة القانونية، ولهذا فحدّ شارب الخمر وحكم الربّا لم يكتسبا الصبغة القانونية إلّا بتوفّر شرط الجرائم الديني فيهما. فان كانت استقلالية المستوى القانوني على هذا النحو الذي أوردناه، فلا مناص من التساؤل عن دور القانون في التحولات التي يشهدها المجتمع بالطبع وعن مهامّه في ذلك .

ج - دور القانون في تطوّر المجتمع

199. إن القاعدة القانونية لا تحددها بصفة تامّة عوامل موضوعية، فدور الأفراد في بلورتها ذو أهمية لا يستهان بها، كما لا يمكن التخلّي تماما عن التصور المثالي. فإذا كان الاتجاه العام للتطوّر عبر القرون أمرا حتميا، فإنّ للإنسان فيه دخل له أهمية، إذ هو الذي له القدرة على جعل التطوّر أمرا سريعا أو بطيئا. وذلك بتدخله فيه سلبيّا أو إيجابيا، وبالمساهمة في إسراع نسقه أو في تعطيله وعرقلته وتبعاً لذلك فإن القانون يستطيع، وبالتالي ينبغي عليه أن تكون له مهمة، وإن كان أحيانا يعجز عن القيام بها وهو أمر مؤسف، لكن الأمر متعلّق بالتفاوت الحاصل بين الواقع وإمكانات القاعدة القانونية. هذا التفاوت يكون شاسعا أو محدودا بحسب البلدان وأيضاً بحسب الطّاقات في البلد الواحد، فالخيار بين أمرين لا ثالث لهما، فإمّا أن يكون دور القانون سلبيّا معبراً عن الواقع الاجتماعي، كاشفاً له في حينه وعلى حاله. وإمّا أن يكون دوره فعّالاً إيجابياً يدعم عملية التحوّل التي تحصل في المجتمع ويؤطرها بل يقودها.

1 - المذهب الحتمي

200. تكون النظرة الأولى نظرة مادية تاريخية تأخذ بقوانين الحتمية فهي لا تؤهل القانون للقيام بأيّ دور في تغيير نمط العيش وسلوك

الأفراد وقيم المجتمع، وقد تعود هذه النظرة إلى فكر "منتسكيو" إذا ما اقتنعنا بأنّ هذا المفكر لا يؤمن بدور الإرادة الفاعلة في التشريع. وقد يكون ابن خلدون أوّل من عبّر عنها. كما أخذ بها الفكر الماركسي لاعتقاده بأن القانون ينتمي إلى البنية الفوقية التي يقتصر دورها على الكشف السلبي للبنية التحتية المؤثرة، وعلي وجه التحديد لعلاقات الإنتاج الاقتصادية. ومختلف هذه الآراء تفضّل القواعد العرفية على القوانين الإرادية الناشئة عن الدولة، وهي نظريات تستثني المجتمع لا المشرع. فالقواعد الناشئة عن المجتمع والتي تصدر عنه تلقائياً تكون مناسبة متناسقة ومتماشية مع مستوى تطوّر المجتمع، ومع نمط العيش فيه، ومع تركيباته الاقتصادية، وقيمه الأخلاقية والمثالية. فبهذه الصورة يعكس القانون حقيقة العلاقات الاجتماعية فلا يتضارب مع مختلف المعطيات ولا مع مختلف المستويات السلوكية الأخرى. فتطوّر القانون وتغيّره ينتج بالضرورة عن تغيير يحصل أولاً وقبل كلّ شيء في المجتمع كلّ بكامل أجزائه ومقوماته. فلا تحصل القطيعة ولا الانفصال بين إحدى هذه المقومات أي القانون وبقيّة مكونات المجتمع.

201. القانون ههنا ظاهرة اجتماعية في توابط واتّصال ووافق مع مجموع الظواهر والعوامل الاجتماعية الأخرى يتعامل معها في تناسق تام وهو يتطور بتطورها بنفس النسق وفي نفس التوجّه والاتّجاه. والقانون لا تحدده سوى العوامل والحقائق الموضوعية، وبالتالي لا يمكن للقانون أن يكون سبّاقاً ومنيراً لسبيل التغيير. في هذا المجال يقتصر دور القانون على الكشف الحيني والصادق للواقع الاجتماعي. فيعبّر على ما هو كائن لا على ما يجب أن يكون.

202. القوانين الإرادية غير محبّذة إذن وتدخل الدولة يبقى مردوداً مبدئياً ومنبوذاً أصلاً لأنّه يؤدي إلى فرض اختياراتها دون اعتبار طاقة المجتمع على استيعابها والتفاعل الإيجابي معها. وهو الأمر الذي يؤوّل إلى تناقض بين نظرة الدولة والسلوك السائد في المجتمع، الشيء الذي يحدث إخلالاً بالتوازنات العامة فيه، فقد يناهضها المجتمع كلّياً إذا ما

204. لكن المذهب الإرادي لا يجاري المذهب الحتمي فيما يستنتجه عن هذا الربط. فلا يفترض في دور العوامل الموضوعية في تحديد مضمون القانون أن يكون هذا الأخير مجرد كشف أو صورة شمسية للواقع إذ، لو كان الأمر كذلك لفقد القانون جدواه بل لفقد القانون مبرر وجوده. فبما معنى أن يكون القانون مثلما هو الأمر في المذهب الماركسي مجرد كشف لعلاقات الإنتاج الاقتصادية ؟

وعند ذلك ما الفائدة من البحث في الصورة ؟ فمن الأجدى النظر في العنصر الفعّال والمؤثر والمحدد أي في الواقع الاقتصادي. ولما اكتفت القاعدة القانونية بكشف واقع علاقات الإنتاج فإن محور ومحل الصراع الأساسي ليس القانون وإنما هو علاقات الإنتاج. فيؤول الأمر إلى الخروج عن النظام القانوني لفائدة العنصر الواقعي المادي. فإذا كان دور القانون انعكاسا محضاً لواقع الحكم لأفضى الأمر إلى الحكم المطلق والعنف والتناحر على السلطة. والحقيقة إن دور القانون هو تنظيم سبل التوصل إلى الحكم والتداول عليه تداولاً سلمياً. فالمذهب الحتمي هو الذي يؤدي إلى ما كان يرمي إلى تفاديته أي إلى الإخلال بالتوازنات العامة للمجتمع وذلك لأنه ينكر على القانون وهو أحد أهم المستويات الاجتماعية إمكانية التأثير الفعّال.

205. إن المجتمعات الانتقالية بوجه خاص تكون عرضة قبل غيرها إلى هذا الخطر الذي يتهدها. فالمجتمع التونسي يتحوّل منذ أواسط القرن الماضي من نمط المجتمع التقليدي إلى صنف المجتمع الحديث إذ يتطوّر فيه القطاع الاقتصادي الحديث على حساب علاقات الإنتاج التقليدية. كما تتغيّر فيه تركيبة العائلة من المفهوم القبلي والعروشي إلى العائلة الزوجية والذرية، وتراجعت فيه الملكية الجماعية لصالح الملكية الفردية ولا ننسى هنا التحولات الفكرية التي يعرفها المجتمع التونسي الذي يأخذ أو على الأقل يطمح إلى الأخذ بمبادئ حقوق الإنسان، وخاصة منها مبدأ المساواة بعد أن كانت العقلية التقليدية قابلة لتنظيم المجتمع حسب سلم تفاضلي لا يتساوى فيه الناس في الحقوق والواجبات، إمّا باعتبار

كانت القوانين الصادرة عن الدولة غير متلائمة مع المعطيات الاجتماعية الموضوعية أو مع القيم السلوكية السائدة. لهذا السبب سوف لن يعترف المذهب الحتمي هذا، للقوانين الصادرة عن الدولة إلا بدور ثانوي احتياطي إذ يحصر مجال العمل التشريعي الإرادي في المسائل التقنية البحتة.

ومهما يكن من أمر فإن النصوص القانونية التي تكون مصدرها الدولة تخضع هي أيضاً إلى مبادئ الحتمية المادية، فهي في نشأتها وليدة الظروف الموضوعية التي تفرضها. وهي في مضمونها تعبير عن الضغوطات الموضوعية والحقائق الواقعية والمثالية والتي يعتد بها المجتمع، فتبادر هنا عناصر المحافظة التي يتميز بها المذهب الحتمي والتي وقع الدفع بها جملة ضد مجلة الأحوال الشخصية التي تستند في منهجها إلى المذهب المخالف والذي يقرّ للقانون بالدور الإيجابي في تطوير المجتمع والذي يرى في القانون أنه عامل تحرر.

II - المذهب الإرادي

203. تعارض النظرة الإرادية المذهب الحتمي في مقولاته الأساسية. فالربط بين القانون والظواهر الاجتماعية الأخرى لا يختلف فيه اثنان، لأن القانون كعامل اجتماعي يتأثر في تطوره بتطور القطاعات الاجتماعية الأخرى فلا يصدر القانون عن إرادة اعتباطية وإنما تحتّمه أيضاً المقتضيات والحاجات والضرورات الاجتماعية. وإن التاريخ والاقتصاد والثقافة والقيم هي بعض مصادر القانون المادية، وتجاهلها يعني أن القانون مسقط إسقاطاً على المجتمع ومنزّل عليه ومعلّق تعليقاً. وعندها يكون القانون مثالياً نظوياً لا يمت للواقع بصلة. وهذا فعلاً ما حصل في القرون الوسطى حيث كانت الجامعات تدرس قانوناً نظوياً في حين حظي القانون النافذ فعلياً باهتمام المحامين والقضاة.

الجنس أو الانتماء الديني أو الاجتماعي أو الطبقي الخ... ولكن هذه التحولات لا تعني الإلغاء التام للقديم والتعميم التام للحديث.

206. إن ما يميز المجتمعات الانتقالية هو ثنائية تركيباتها الاجتماعية، فلو كان القانون مجرد كشف لهذا الواقع المزدوج لأصبح القانون بالضرورة مزدوجاً أيضاً يعكس الواقع كما هو بما فيه من تعارض لمقوماته بين القديم التقليدي، والحديث. فالقانون يدعم هذه الازدواجية وهذه الثنائية وبالتالي فهو يكرس انقسام المجتمع إلى شطرين متقابلين. فإين نحن من أهداف المذهب الحتمي الذي يدعي البحث على المحافظة على التوازن الاجتماعي ؟

207. للمذهب الإرادي نجاعة أكبر خاصة في المجتمعات المتخلفة. لأن الاتصال بين مختلف الظواهر والعوامل الاجتماعية لا يتم على الوجه المرضي والخلل واقع بينها، فلا يمكن تحقيق ما يصبو إليه المذهب الحتمي من توازن ووفاق، فالتخلف يبرز كذلك في الفجوة أو الفجوات الحاصلة بين مستوى نمو وتطور مختلف العوامل الاجتماعية، وهو ما يحدث عند العمل بالنظرية الحتمية أخطاراً تهدد التناسق الاجتماعي العام. ومهما يكن من أمر، فإن الصورة لا تكشف إلا عن جزء من الواقع، لأن هذه الصورة تنظر إلى الواقع من زاوية معينة هذا إضافة إلى ما في الكشف من إنكار لعنصر الحركية والتحول الذي يميز الحياة الاجتماعية خاصة بالنسبة للمجتمعات الانتقالية.

فالذهب الإرادي وحده هو الذي يكرن فيه المشرع وإعيا بالاتجاه المتبع في التحول الاجتماعي، فتكون نظريته جامعة شاملة موفقة بين مختلف المعطيات الموضوعية المادية والقيمية المثالية، وبين مختلف القطاعات والفئات الاجتماعية. فللدولة وللنانون دور بيداغوجي تربوي يهذب سلوك الفرد حسب ما تقتضيه القيم السائدة في العصر والتي تكون محل إجماع عالمي. وهذا فعلاً ما حصل إبّان الثورة الفرنسية حيث كان القانون العرفي السابق لها مرتبطاً بنظام الإقطاع، فما كان

للبرجوازية إلا أن أفرزت تشريعاً إرادياً فيه دعوة ملحة للقوانين⁽¹⁾ لأن الإرادة الإنسانية هي وحدها التي تعقلن القانون. لا يحصل ذلك إلا متى كان المشرع وإعيا بدوره التربوي مخططاً لتحولات جذرية في المجتمع فيرمي إلى إصلاح ما فيه وتحسين حال أفراده تحقيقاً لطموحه في التحرر والتطور والانعقاد، فلا سبيل إلى هذا النمط من الأعمال التشريعية إلا بالجرأة والشجاعة على مخالفة الرأي السائد إن كان متأخراً ومخالفة التقاليد البالية إن كانت لا تتماشى ومتطلبات العصر.

208. وهذا ما يتميز به النظام القانوني التونسي الذي ساعد على التحول ونظم الاقتصاد تنظيمياً حديثاً وغير من العقليات المتعلقة بالمرأة إلى غيرها من أوجه التدخلات القانونية الجريئة والمؤثرة تأثيراً إيجابياً في المجتمع التونسي. فلقد بينت التجربة المخالفة والتي اقتصر فيها دور المشرع على إبقاء العمل بالقواعد التقليدية إن هذه الأخيرة لم تعد ملائمة لما حصل من تحول جذري في الواقع الاجتماعي، ومثال المغرب شاهد على ذلك⁽²⁾.

فالمجتمع التونسي كان يماثل غيره من المجتمعات العربية مثل المجتمع الجزائري والمغربي والسوري أو الليبي، وكان لا يختلف عنها في شيء.

207. (1) هكذا يكتب العميد كاربوني :

"Le droit coutumier était lié à la féodalité, l'avènement de la bourgeoisie postulait un droit volontariste, d'où l'appel impatient aux lois - par la loi la volonté humaine rationalise le droit". "C'est la coutume qui conserve et la loi qui prouve" Essais sur les lois, p 205

حول الاشكالية عموماً :

A.Mezghani : "Droit et évolution des structures socio-economiques; quelques remarques à partir de l'expérience tunisienne" Colloque -Casablanca - 9-12 decembre 1987 Actes du Colloque -C.N.R.S. (France); Fondations du Roi Aboulaziz al Saoud pour les études islamiques et les sciences sociales - (Maroc) - 1989 - p.217-235.

208. (1) Moulay R'chid (A) : "Le droit de la famille entre la politique de l'Etat et le changement social" Colloque Casablanca précité, p.237-255.

إلا أن بعض الظروف التاريخية مثل إرادة الحكام ونفوذهم الواسع قد ساعدت على إصدار مجلة الأحوال الشخصية سنة 1956. وقد انجرت عن ذلك، إصلاحات كبرى مثل منع تعدد الزوجات، وحذف الطلاق الذي كان يتصرف فيه الرجل تصرفاً مطلقاً أحادي الجانب، وفرض اللجوء إلى المحاكم لفك العصمة الزوجية بالطلاق القضائي، أي لدى المحكمة والقضاء، مثل منع تزويج صغيرات السن اللواتي لم يبلغن بعد السن الأدنى للزواج، مثل إلغاء حق الجبر الذي يتمثل في إكراه الأب ابنته على الزواج إذ لم يعد الزواج صحيحاً إلا برضا الزوجين وغير ذلك

ولئن حاول معارضوا هذه الإصلاحات التقليل في شأنها ومعناها، زاعمين مثلاً أن تعدد الزوجات أصبح نادراً شاذاً في المجتمع التونسي، وأن مجلة الأحوال الشخصية لم تأت بجديد إذ المجتمع، بها أو بدونها، سائر بطبعه إلى التخلي عن نظام الزوجات الكثيرات، فإن تلك المجلة كان لها شأن كبير إذ لم يكن موضوعها تجنب الحالات المرضية المنجزة عن ظاهرة التعدد فحسب، بل كان خاصة تحرير المرأة، فقد أصبحت بفضلها الزوجة متحررة من الخوف الذي كان يهددها باستمرار بعد أن تيقنت أن زوجها لم يعد له الحق في التزوج بثانية ولم يعد ذلك الخوف الجاثم والمستعمر يجعل منها منصاعة منقادة لا حول لها ولا قوة أو هي إلى منزلة العبيد أقرب. ولقد أدّى هذا التغيير إلى وجود توازن في العائلة إذ خلق نوعاً جديداً من العلاقة بين الزوجين لا مكان له فيها للتسلط والقهر، للإنصياع والعبودية. ثم إنه أدّى إلى أن المرأة بتونس أصبحت اليوم أكثر تحرراً من غيرها أخواتها في البلدان العربية الإسلامية الأخرى. إنه لمثال يدل على أن القانون يستطيع أن يكون عامل تحرر وأداة تقدم بحق⁽²⁾.

209. ولا يقتصر الدور الإيجابي للقانون على مادة الأحوال الشخصية، بل يمكن أن يكون محركاً للتطور ودافعاً للتنمية في كل المجالات : ذلك أن القانون الذي تتوفر فيه شروط حسن الصياغة وسلامة التطبيق والتطبيق، مع الإختيار السياسي المناسب، يساعد على التنمية الشاملة. ويمثل التطور الاقتصادي والعدالة الاجتماعية والتحرر السياسي الأهداف التي تجمع عليها كل التيارات الفكرية المتواجدة في بلدان العالم الثالث، إلا أن ذلك ظل مرتبطاً بظروف موضوعية عديدة منها أهمية الثروات الوطنية ونسب المتعلمين وارتقاء مستوى الثقافة ووضعية موازين القوى داخل المجتمع.

وبالرغم من هذا كله فإن أمثلة عديدة تبين أن بلدانا عديدة، وقد توفرت فيها الشروط الموضوعية المتقاربة، لا تتطور حسب نمط واحد. فعنما ما يتطور بسرعة، ومنها ما يكون انتقاله من طور إلى آخر بطيئاً، ومنها ما يشهد انتكاساً وتقهقراً. إنه دليل على عمق كل تصور حتمي، وإنها الحجة التي بها نحذر من الوقوع في التحاليل الآلية العمياء عندما يتعلق الأمر بالاجتماع أو بالقانون ذلك أن للاختيارات السياسية والعوامل الذاتية والإرادة الإنسانية دوراً حاسماً أساسياً وأن التعبير عنها يصاغ في شكل قوانين.

وهكذا نستطيع ختاماً أن نقول بأن القانون عندما يكون تعبيراً عن سياسة عادلة وخاصة عندما يكون متقدماً عن المتطلبات الاجتماعية، يستطيع أن يجر المجتمع إلى الأمام وأن يساهم في التطور، وأن يكون عامل تحرر له شأنه وأهميته.

الفقرة الثالثة : القانون والعلم وسائر العلوم

210. القانون مستوى معرفي إضافة لكونه مستوى تنظيمي فهل أن المعرفة القانونية علمية، وما هي علاقة القانون بسائر العلوم الأخرى ؟

(2) توجد نفس المشاكل ويوجد أيضاً نفس الدور "التحرري" في قانون الصين.

Tsien Tchê Lao : "La nouvelle loi sur le mariage en Chine Populaire". R.T.D.C., 1981 p.1013.

١- هل القانون علم ؟

211. اعتاد الفقهاء أن يستهلوا مداخلة لدراسة القانون بطرح مسألة أصبحت تقليدية : إنها مسألة طبيعة القانون، وبصورة أدق هل القانون علم أم هو فن أو تقنية خاصة وهل أن تسمية بعض الكليات تبرز الصبغة العلمية للقانون مثل كلية العلوم القانونية ؟ للإجابة عن هذا السؤال وفحصه لابد أن نشرع بالتساؤل عن معنى العلم.

يعرف العلم تعريفا عاما^(١) بأنه المعرفة المنهجية للقوانين التي تسير ما في الطبيعة من ظواهر. ولقد تفرع العلم إلى فروع عديدة (فيزيا، علم الأحياء....) يختص كل منها بمجموعة من الظواهر الطبيعية الخاضعة لقواعد. والعلم عندما يكون موضوع بحثه مادة أو مجموعة من المواد أو الأعضاء وينتهي إلى اكتشاف القوانين، لا تقتصر منهجيته على هذا الحد فقط، بل تخضع القوانين المكتشفة للمراقبة المخبرية قصد تدقيقها والتثبت من صحتها وهو، لذلك يسمى صحيحا.

أما العلوم التي يكون موضوعها دراسة الإنسان في سلوكه الفودي أو المجتمعي فإنها تنعت بالإنسانية أو الاجتماعية، لأن ما تتوصل إليه من منطلومات أو قوانين عادة ما يصعب التثبت فيها مخبريا ولذلك تكون نتائجها تقريبية.

والقانون يمكن أن يكون علما اجتماعيا ولا يمكن لأحد أن يصنفه ضمن العلوم الصحيحة.

إن التعريف الذي ذكرناه للعلم يجعل منه مقابلا للفن الذي هو مجموع الوسائل التقنية التي ضبطها الإنسان وبلورها واستعملها قصد بلوغ نتيجة معينة يبتغى منه مظهرها الجمالي أو الذمعي.

ولقد تناول العلماء^(٢) بعد جني^(٣) التمييز بين الفن والعلم منطلقين من خاصية كليهما. فالعلم موضوعه دراسة الظواهر كما هي، أي بعبارة أوضح دراسة ما هو كائن موجود أو إن استعملنا العبارة الإصلاحيية ما هو "معطى". أما الفن فإنه من إبداع الإنسان وابتكاره، ولذلك فإن موضوعه من الخلق والإبداع ونتيجته "إنشاء" الشيء وبناءه. إن طرح المسألة بهذه الكيفية جعل البعض من الفقهاء التقليديين يتوصل إلى أن القانون هو، في الآن نفسه، فن وعلم، إذ يحتوي في مكوناته على جزء من المعطى الموجود وعلى جزء آخر من المستحدث المبتدع.

وهكذا فالقانون يمكن أن يصنف ضمن العلوم، لأن موضوع بحثه الدراسة المنسقة لجميع القواعد السلوكية التي ينبغي اتباعها في مجتمع ما. أي أنه يتناول المعطيات ويبحث فيها شأنه في ذلك شأن العلم. ثم إن القانون يمكن اعتباره فنا لأن رجل القانون لا يكتفي بالقانون الموجود بل عادة ما يتفحصه ويقيمه ويصدر في شأنه حكمه التقيمي،^(٤) مما يسمح له فيما بعد من تعديله أو تكميله وذلك بأن يقترح قوانين جديدة يصبح به القانون أقرب إلى العدل المنشود الذي يترجيه الجميع. فهناك في العمل القانوني قسط لا يستهان به من الإبداع والاستحداث، من الإنشاء والبناء.

212. وبالجملية فإن القانون، في منظور هذا الطرح، يمكن أن يكون علما مجرد كونه يحتوي على دراسة "المعطى" فما هو قولنا في ذلك ؟ إذا كان موضوع القانون يتمثل في دراسة سلوك الإنسان داخل المجتمع، فإننا قد نسلم بعلميته. لكن الأمر ليس كذلك إذ موضوع القانون هو دراسة القواعد التي انبثقت في ظلها من الدولة، والتي تحدد الطريقة التي يتوجب على الإنسان اتباعها داخل المجتمع.

211. (١) انظر : Weill : Droit Civil , Introduction Générale, Précis, Dalloz n°11 p.12.

(2) انظر : Mazeaud (H.L.et M) : "Leçons de droit civil", T.I. 1er Volume, n°16 p.33.

(3) Geny (F) : "Science et technique en droit privé positif" (1915 - 1924) T.I. p.96 et s.

(4) راجع : Rouhier (P) : "Théorie générale de droit", Sirey 1951 (2e éd) n° 17.

وبعبارة أخرى فإن القانون هو دارسة القواعد الدولية، وهو بذلك لا يمكن له أن يكون علماً إذ العلم هو بالتعريف دراسة ما يوجد وليس ما يجب أن يوجد.

ولا يمكن لنا كما لاحظ ذلك السيد كربوني، أن نتحدث عن علم تقني⁽¹⁾. ذلك أن العلم والتعميد (أو وضع القواعد) لفظتان تؤديان معنيين متناقضين متعارضين إلى درجة أن الجمع بينهما يبعدنا عن العلم منها وتصوراً.

وإذا ما رجعنا إلى الفقيه كربوني وجدنا أنه يختم طرحه بجعل القانون علماً ذلك أن العلوم حسب رأيه لا تنتهج، في عملها وبصورة دائمة، الاعتماد على الظواهر الخاضعة للحتمية وقد لا تسمح نتائجها من التوصل إلى اكتشاف قوانين السببية بين مختلف الظواهر التي تتناولها بالبحث والدرس. فالعلم يمكن أن يكون، في بعض الحالات، مجموع المعارف العقلية والمتصل بعضها ببعض بصفة منظمة منسقة⁽²⁾. وبهذا المعنى يمكن لنا أن نصنف القانون ضمن العلوم. وفي هذه الحالة يمكن لنا أن نتعرف لا على علم وحيد للقانون، بل على علمين متميزين أحدهما علم التشريع وثنائهما علم القانون الوضعي.

I - علم التشريع

213. علم التشريع هو الذي يهتم بصياغة القوانين وبلورتها. ذلك أن إصدار نص قانوني ليس عملية أحادية ارتجالية، ولا يمثل المرحلة الأولى والأخيرة. إنه خاتمة عمل طريل وتتويج لمراحل عديدة. فرجل القانون الذي يعهد إليه بتحرير النص القانوني، وإن كان عمله يحتاج إلى دقة متناهية وتصرّفي بال، لا يمكن له أن يصدر نصه إن لم تتوفّر له معطيات مهّدت لها مراحل عدّة : منها ما يتعلّق أولاً بدراسة قانونية معمّقة للنظام القائم، تهدف إلى تحديد نقائصه وبيان تناقضه مع الواقع، وعدم تلاؤمه معه، ومنها ما يتصلّ ثانياً ببحث اجتماعي واقتصادي قصد التوصل إلى الاتجاه القويم الذي يسلكه التشريع، ولأجل جعله متّقيلاً مع

212. (1) كربوني الموجع المذكور عدد 23 وما بعده ص 59.

الأوضاع التي ستعايشه عند التطبيق وغير ذلك... فالنص القانوني لا يصدر إلا بعد تمقّن وإعداد، وتثبيت وتحرّ.

II - علوم القانون الوضعي

214. نميز أيضاً، وضمن علوم القانون الوضعي، بين علم التصنيف النسقي وبين علم التأويل⁽³⁾.

(1) التصنيف المنطقي

يمثل هذا العلم أحد المظاهر الأساسية للقانون. ذلك أن العمل التشريعي قلماً يكون كاملاً عند إنجازه بل كثيراً ما تشوبه نقائص عديدة. ويكفي للتدليل على ذلك، أن نتصفّح الرائد الرسمي للبلاد التونسية في أعداد سنة واحدة لنقف على حقيقة تبين لنا الكيفية السريعة المرتجلة التي كثيراً ما يصدر بها المشرّع نصوصه، فنصّ قانوني ما يأتي نص آخر بعد ثلاثة أشهر من صدوره ليبيط العمل به⁽⁴⁾ ونصّ ينقح دون اعتبار كلّ النتائج التي ستأتي عنه وتنجر، والأدهى من ذلك أن مادة ما قد نظمتها نصوص قانونية عديدة وفي تواريخ متباعدة وحسب مقاييس ووجهات نظر مختلفة... ولأجل ذلك فإن المرء يتضح له أن النصوص القانونية لا تخلو من النقص والتكرار وعدم التماسق فيما بينها. وهو ما يؤدي بنا إلى القول بأن على المشرّع أن يجد حلاً لهذه المشاكل، وأن ينظّم مجموع المادة، وأن ينتهج منهاجاً يعتمد على تقنيات عديدة أهمّها طريقة تنظيم المواد القانونية في مجموعات وعناصر، أولاً وجعلها مرتّبة ومصنّفة ثانياً.

214. (1) انظر المسألة في جملتها في تاليف العميد كربوني، فقرة عدد 23 ص 59
(2) انظر على سبيل المثال بالنسبة لمؤسسة رئيس محكمة الناحية الفصلين 39 و 40 من (م.م.ت). المنقحين تباعاً عملاً بالنصوص الآتية : القانون المؤرخ في 11 أوت 1976 / القانون المؤرخ في 25 نوفمبر 1976 / القانون المؤرخ في 3 أفريل 1980 / القانون المؤرخ في غرة سبتمبر 1986.

- الأصناف القانونية

215. الأصناف القانونية هي عبارة عن أطر عامة ينبغي أن ترتب في داخلها عناصر الحياة القانونية. وهي طريقة تمكّنا من التمييز، بين التصرفات والوقائع القانونية، أو بين الحقوق الخارجة عن الذمة المالية والحقوق التي تتضمنها الذمة المالية، والتي يمكن أن تصنّف تصنيفا ثانويا بصفة كونها الحقوق العينية وحقوق الدائنية.

- التصنيف وأنماطه

216. يزدي التحليل الداخلي لاية مؤسسة إلى تحديد خصوصياتها وضبط طبيعتها القانونية، ويسمح إثر ذلك بإدراجها في إحدى التصنيفات القانونية المعروفة. ولا تكمن فائدة هذه العملية التصنيفية في مجرد إيجاد متعة فكرية أو تبسيط لدراسة القواعد القانونية، بل تساعد على اكتشاف الثغرات والنقائص وخاصة على سدّها وتلافيها. وفعلا فعندما يتبيّن أنّ التصرف القانوني المنظم لمؤسسة ما تحتوي على نقائص وثغرات، فإنّ معالجتها تكون سهلة يسيرة إذ يحصل إتمام النقص بالاعتماد على قواعد الصنف القانوني الذي تنتمي إليه تلك المؤسسة وبلاستلزام منها.

غير أن تطبيق أي نص قانوني حتى لو كان خاليا من النقائص، يطرح دائما مشكلا يتعلّق بكونه يحتاج دائما إلى التفسير ويقبل التأويل ويقتضي الشرح.

(2) علم التأويل والتفسير

217. سبق أن رأينا أنّ القاعدة القانونية هي قاعدة مجردة الى درجة أنّ تطبيقها على حالة محسوسة لا تخلو عادة من الصعوبات. ولذلك فهي تستوجب، في أغلب الأحيان، مجهودا عقليا لتفسيرها وتأويلها. ونقصد بالمجهود التأويلي ذلك الذي يصنّفها في إطارها القانوني وينقلها من عالم التجريد الى عالم الواقع المحسوس حسب منهج أسسه المنطق.

218. إنّ العناصر التي بيّناها والمتضمنة في تقنيات التشريع وتصنيف المؤسسات داخل جداول قانونية وفي منطق التأويل، فهي في نظرنا وإن كانت ضرورية غير كافية لنعت القانون بكونه علما.

فنحن نرى أن القانون لا يصبح علما مادام لم يتضمن دراسة نقدية لقواعده. وهي دراسة لا يقتصر مجالها على معرفة القانون الوضعي، بل تعمل على إدراجه في إطاره التاريخي وظرفه الاقتصادي ومناخه السياسي والاجتماعي. ثم إنها دراسة ذات بعدين اثنين : فهي من جهة تؤديّ بالباحث إلى اكتشاف التفاعل القائم بين المجتمع وبين القوى التي تولّفه، وهي من جهة أخرى تمكّن البدارس من استجلاء التفاعل الذي يكون بين هذا المجتمع في تمكّد مكّوناته، وبين القانون الوضعي الذي ينظم مختلف مظاهره.

وإننا نرى أن الدراسة القانونية، إذا ما خلت من هذه المقاربة الفكرية اللازمة، تصبح مجرد تدريب على نوع من التقنيات⁽¹⁾ أو تصبح مجرد وصف للطرق الآلية التي تستعملها المحاكم لتنفيذ إرادة الدولة على الأفراد، مصاغة، (أي إرادة الدولة)، في شكل قواعد قانونية قارة وعامة تتّصف بصفات القاعدة القانونية إذ من المعروف - ومما لا جدال فيه - أنّ التقنيات القانونية في ذاتها لا يمكن أن تكون مسلمات بديهية لا مجال لإعمال العقل فيها، بل هي مزج بين القواعد القانونية وعلوم المنطق، وهما متّصلان فيما بينهما بعلاقات وطيدة.

ولقد أثر هذا الارتباط الوثيق بين القانون والمنطق في أعمال الفقهاء، وجعلهم يتوصلون به إلى جعل القانون علما، ذلك أنّ المنطق لم يعد كما كان عليه في عهد الإغريق مجرد فنّ عقلي، بل أصبح اليوم منهجا علميا له ضوابطه وأسسها الممتازة.

218. (1) انظر : - Miaille (M): "Une introduction critique au Droit" Maspero - 1976 p.21

- القانون والمنطق

219. لقد نشأ بفرنسا، في القرن السابع عشر، تيار فقهي يعتمد أصحابه على التماثل بين المنطق القانوني والمنطق الرياضي وينادون به. ولقد كان هؤلاء العلماء، بحكم تكوينهم المزدوج القانوني والرياضي، يجهدون أنفسهم في البرهنة على القانون انطلاقاً من مقولات الرياضيات وبيدهياتها وسلاسلها النظرية فأصبح القانون يقدم في شكل مجموع من المبادئ العامة والمقولات الكبرى التي منها تستنبط قواعد خاصة عن طريق سلسلة من العمليات المنطقية ثم من القواعد الخاصة تستنبط، وبالطريقة المنطقية ذاتها، الأحكام القضائية.

وقد أصبح دور المنطق في إعداد الحكم القضائي وبلورته، لا مجال لنكرانه، فالحكم يتأتى عن طريق عملية استنباطية مقولتها الكبرى هي القاعدة القانونية، والصغرى هي الوقائع أما النتيجة فهي قرار القاضي. فهو، مثلاً، عندما يعهد إليه البت في الأضرار الناجمة عن حادث مرور، يذكر أولاً بالفصل 82 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أن: "من تسبب في ضرر غيره عمداً منه واختياراً بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسياً أو معنوياً فعليه جبر الضرر الناشئ عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو المرجب للضرر مباشرة". هذا الفصل يمثل في المنطق الاستنباطي، المقولة الكبرى، وفي مرحلة ثانية يعاين القاضي أن السائق قد ارتكب مخالفة (المقولة الصغرى) ثم يمر إلى النتيجة فيقضي على السائق بجبر الضرر الحاصل للمتضرر.

والجدير بالملاحظة أن الذي كنا بصدد عرضه ليس إلا رسماً مبسطاً غاية التبسيط، ذلك أن الحكم عادة ما يحتوي على أنماط منطقية عديدة. ففي مثال حادث المرور الذي ذكرناه لا يكون خطأ السائق أمراً مسلماً به بل يكون في أغلب الأحيان، محل جدل وتشكيك، وذلك فإن القاضي يذكر بما ينص عليه الفصل القانوني الذي يمنع سائقي السيارات من تجاوز سرعة خمسين كلم في الساعة داخل التجمعات العمرانية ثم يثبت أن السائق كان يقود سيارته بسرعة قدرت بستين كلم في الساعة ويستنتج أخيراً أن السائق المعنى بالأمر كان مخطئاً.

نلاحظ إذن أن نفس القضية يمكن أن تعالج حسب أنماط منطقية متعددة ومتنوعة.

220. غير أن الذي كنا بصدد طرحه ينبغي أن لا يؤدي بنا إلى مجانبة الصواب عندما نعتقد أن القانون والقرار القضائي ينبثقان دائماً من المنطق الرياضي ويخضعان له.

فدور المنهج المنطقي، أولاً، لا يحدد بصفة مطلقة الحكم القضائي ولا يقوم فيه وبصفة دائمة، بالدور الحاسم إذ للقاضي إمكانيات عدة لمعاينة الوقائع وتقديرها، ثم نعتنا نعتاً قانونياً حتى يتوصل أخيراً إلى إصدار حكمه. ففي المثال الذي ذكرناه يستطيع الحاكم، لسبب أو لآخر، أن لا يصدق أقوال الشاهد الذي زعم أن السائق كان يسير بسرعة 60 كلم في الساعة فتنتفي المخالفة وتبطل.

221. ثم إنّه لمن الصعب، بالنسبة للقانون الوضعي ذاته، أن نتحدث عن وجود منطق رياضي شكلي. إن القول بأن القانون هو مجموع متناسق من القواعد المستنبطة، بواسطة سلسلة من العمليات المنطقية، من بعض المبادئ القانونية العامة لهو استغراق في المثالية وانغماس فيها وبعد عن الواقع المعاش. إذ القوانين عادة ما يفرزها ضغط الأحداث وهي بذلك لم ينجزها المنطق القانوني ولم تتأثرت عنه بل هي حل توفيقي بين المصالح المتعارضة، أو الرؤى المتناقضة، وهو، ككل الحلول التوفيقية، يعيل تارة إلى جانب وينحاز أخرى إلى جانب آخر، مما انجر عنه أن جميع الأنظمة التشريعية تزخر بالتناقضات وأن القانون يتطور ببطء، ويتقدم بشيء من التثاقل، وقد يتراجع إلى الوراء أحياناً.

وعليه فإنه لمن خطأ القول أن نرغب في البحث عن منطق رياضي في هذا المجموع القانوني. إذ المنطق الشكلي للاستنباط الوياضي أو حتى منهج العلوم التجريبية المعتمدة على المنطق الاستقرائي يستحيل نقلها إلى القانون نقلاً آلياً وتطبيقاً عليها، فالقواعد القانونية تختلف عن

النظريات الرياضية أو قوانين العلوم الصحيحة اختلافاً أثبتته العلماء على صواب⁽¹⁾ مبينين أنها، بخلاف النظريات الرياضية والعلوم الصحيحة، ليست صحيحة ولكنها في ذات الآن ليست خاطئة. إنها موجودة ووجودها هو الذي يبررها، ويقطع النظر عن الحكم لها أو عليها. إذ من المعروف أن قاعدة قانونية ما قد يكون الواقع الاجتماعي الذي تعايشه قد تجاوزها فلم تعد صالحة له، وقد تكون استحدثت استحداثاً ولأول مرة، وقد يكون مآلها النسخ والإلغاء بعملها بعد مدة وجيزة من ظهورها. إنها قد تدوم طويلاً بقطع النظر عن الظروف التي حقت ببروزها وقد لا تدوم طويلاً. ولكن عندما تكون صادرة عن قانون لا يزال العمل به قائماً فإنها موجودة ولا يمكن نفيها. إنها، وبذلك، تفرض على رجل القانون ويلتزم بها المحامي ويعتمد عليها القاضي في حيثياته. ولكن هل يعني هذا أنه لا دخل للمنطق في القانون ؟ إنه سؤال يجعلنا نتوقف قليلاً للإجابة عنه.

- حدود حرية القاضي

222. إن القول بأن خاصية القواعد القانونية تتمثل في وجودها وبقطع النظر عن صحتها أو خطئها، لهو نوع من الإفراط في التبسيط، ذلك أن القواعد القانونية التي تكون خالية من الدقة غامضة الحدود، لا يمكن أن تستنبط منها إلا نصوصاً تماثلها غموضاً وإبهاماً. ولأجل ذلك تشكل القواعد القانونية موضوع جدال بين مختلف التيارات الفقهية المختصة مما يجعلها تتضح وتتجلى وتقدم في شأنها شروح تفك مغالقتها وتاويلات صادرة عن وجهات نظر مختلفة. كل هذا يجعل القاضي أمام حلول عديدة مما يساعد على اختيار الحل الذي يراه أكثر منطقية وبالتالي أقرب عدلاً وصواباً وإنصافاً. وهذا يعني أن القاضي، في هذه

الحالة، ليس مكبلاً بل إن مجال حريته لفسيح جداً. ولكن عندما تكون الوقائع ثابتة لا شك فيها والنصوص القانونية دقيقة الصياغة واضحة المعنى، فإن القاضي لا يحتاج إلى التأويل ولا يلتجئ إلى الاجتهاد، بل يلتزم بتطبيقها تطبيقاً حرفياً. غير أن هذا الوضع الذي فيه يتواجد القاضي نادراً ما يحدث.

223. ولكننا عندما نتحدث عن المجال الواسع الذي يتحرك فيه القاضي والذي يجعل حرية اختياره ممكنة، وعندما نتحدث عن الحلول العديدة التي توفرها التيارات الفقهية، فلا نعني بذلك أن القاضي في تأويله واجتهاده، يبقى متردداً حائراً بل قد تفرض عليه التقنية القانونية حلاً وحيداً. إن التأويل، كما سنبين ذلك، ليس أمراً خالياً من الضوابط يسوده الارتجال والاعتباط، بل هو خاضع لقواعد، هي بدورها تمثل أركان المنطق القانوني وعناصره وتجعل بذلك الحل الذي إليه يهتدي ثابتاً مقبولاً فعلاً أو فرضاً من طرف الجميع.

لنأخذ مثلاً : ينص دستور الجمهورية التونسية في فصله الثامن على أن "حرية تأسيس الجمعيات مضمونة وتمارس حسبما يضبطه القانون". هذا الفصل يمكن أن يكون موضوع تاويلين اثنين. تاويل أول يجعلنا نقول بأن واضعيه قد تآرجحوا بين الجواز والمنع (أو كما تقول العبارة السائرة قد أعطوا باليد اليمنى ما سحبه باليسرى) وجمعوا بين نقيضين. فهم يضمنون حرية الجمعيات من جهة وهم من أخرى يتركون للمشرع إمكانية تنظيمها بالقانون. وهذا التأويل قد يجعل من الفصل الثامن عديم المعنى باطل الأثر.

إلا أن تأويلًا ثانيًا يمكن أن يؤدي بنا إلى أن نعتبر أن التناقض بين عبارتي الفصل الثامن ليس تناقضاً تاماً. ذلك أن حرية تكوين الجمعيات يمكن أن تكون إما مطلقة في حالة الشخصين المقيمين في جزيرة منعزلة، أو يمكن أن تكون تلك الحرية منعدمة الوجود انعداماً مطلقاً مثلما هو الشأن في الأنظمة السياسية ذات الحكم المطلق أو الأنظمة الكليانية التي

221. (1) راجع : Ghestin (J) et Goubeaux: "Traité de droit Civil", Introduction Générale:

تختص بنفوذ تقديري مطلق للسماح في تكوين الجمعيات أو عدمه. ولكن بين هذين الحدين المتقابلين في تطرفهما يرجد حل ثالث يتيح للمشروع إمكانات عديدة لتنظيم حرية الجمعيات تنظيمًا قانونيًا على شرط أن لا يصل هذا التنظيم إلى حد نفي الحرية نفيًا مطلقًا فيصبح الفصل الثامن من الدستور قادرًا على أن يتضمن حرية المشروع لاختيار النظام الذي يرثيه. وهذه الحرية التي يتمتع بها المشروع لا ينبغي أن تصل إلى حد التطرف الذي ينفي الحرية على أساس النفوذ التقديري⁽¹⁾ وإلا أفرغت كلمة "مضمونة" الواردة في الفصل الثامن، من معناها وانعدمت الضمانات وأصبح نص الفصل الثامن متناقضًا في عبارته وبالتالي لا معنى له. وبعبارة أخرى فإن مجال الحرية الذي منحه المجلس التأسيسي للمشروع يتعلّق بمداه وبشكليات ممارستها على شرط أن لا يؤدي ذلك إلى جعلها مفقودة.

على أن الاختيار بين التأويلين لا يمكن أن يكون اعتباطيًا، ذلك لأنّه من بين مبادئ التأويل هناك مبدأ ينص على أنّه "إذا كان في الكتب عبارة أو فصل يحتمل معنيين كان حملها على ما فيه فائدة أولى من حملها على ما لا فائدة منه"⁽²⁾. أي عندما يتوفّر الخيار بين تأويلين أحدهما يعطي للقاعدة معنى وثانيهما يجعلها خالية المعنى فإنه يكون لفائدة الخيار الأول.

وعلى هذا الأساس فإنّ الفصل الثامن من الدستور قد أسند للمشروع إمكانية تنظيم حرية الجمعيات على شرط أن لا يبلغ حدّ النفوذ التقديري المطلق. إلا أنّ القانون الصادر في 7 نوفمبر 1959، كان ينصّ في فصله الرابع على أنّ تكوين الجمعيات، وكذلك الأحزاب السياسية، هو خاضع لتأشيرة من وزارة الداخلية، وأعطى الفصل المذكور إلى هذه الوزارة سلطة مطلقة في الترخيص أو الرّفص. فيكون هذا القانون قد بلغ فعلاً الحدّ الذي حجّره الدستور، وبالتالي فهو مخالف للدستور متناقض معه.

223. (1) انظر في هذا الاتجاه الأستاذ الدالي الجازي : ص 352

(2) الفصل 518 م 1 ع

ومن الأكيد أنّ هذا القانون كان يلغى، لو وجدت بتونس آنذاك هيئة مهمتها مراقبة دستورية القوانين⁽³⁾.

224. توصلنا باتباع منطق قانوني، أي بانتهاج برهنة منطقية صرف، إلى بلوغ نتيجة واضحة محتواها أن قانون 1959 في صيغته الأصلية مخالف للدستور. إنه منطق لا يمكن دحضه ولا يمكن لرجل قانون، جدير بهذا اللقب، أن يقدر فيه⁽⁴⁾.

ثم إنّ هذا المثال يبيّن أنّ التقنية المنطقية القانونية تسمح في بعض الأحيان ببلوغ نتائج ثابتة حتّى لو تعلّق الأمر بمسائل معقّدة متشعبة. إلا أنّ الأمر يطرح من جديد، إذ كيف كان موقف القاضي الجزائي التونسي عندما مثل لديه مؤسسو جمعية لم يحترموا مقتضيات الفصل الرابع لقانون 1959 وأثاروا، دفاعاً عن أنفسهم، مسألة لا دستورية هذا القانون ؟

225. يمكن له أن يختار بين حلين اثنين : إما أن يبيّن أنّ الدستور والقانون متناقضان وأنهما ليسا في نفس الرتبة على أساس أن

(3) قبلت المحكمة الابتدائية بالقيروان في حكمها المؤرخ في 24 ديسمبر 1987 مبدأ مراقبة دستورية قانون 1959 ، ولكن ذلك كان لأجل اعتباره مطابقاً لأحكام الدستور. وعندما مرّحت القضية على محكمة الاستئناف بسوسة قررت، في حكمها المؤرخ في 11 أبريل 1988 ، أن قانون 1959 مخالف للدستور وهي بذلك قد انتهجت نفس المنطق الذي اتبعناه ولكن محكمة التعقيب قد نقضت ذلك الحكم في قرارها عدد 27971 المؤرخ في فترة جوان 1988. م.ق.ت. 1988 عدد 5 ص 57.

انظر في خصوص المجلس الدستوري الفقرة 550.

وأنع ابن عاشور: "مسألة مراقبة دستورية القوانين وتطوّراتها في آخر سنة 1987 - م.ق.ت. 1988 ص 9.

وأيضاً : "مراقبة دستورية القوانين على ضوء القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة في 11 أبريل 1988، م.ق.ت. 1989 ص 11.

224. (1) انظر المحاولة غير المفضحة (!) التي عمدت إلى التدليل على عكس ذلك. (م.ق.ت.) فيلجري 1982 ص 21.

الدستور أعلى مرتبة. وتبعاً لذلك فالقاضي يقرّر تطبيق الدستور ودون الاعتداد بنص القانون. عندئذ يصدر حكمه بالبراءة مع الملاحظة أن حكمه ذلك لا يعني إبطال العمل بالقانون. إذ ليس الأمر من مشمولاته بل المؤهل الوحيد لذلك لا يكون إلا هيئة مراقبة دستورية القوانين. على أن القاضي يمكن له أيضاً أن يتّجه اتجاه آخر: بما أن الهيئة المختصة بمراقبة دستورية القوانين غير موجودة وبما أن قانون 1959 قد سنّه مسرع فإن القاضي، وباسم التفريق بين السلط، لا يسمح لنفسه أن يبتّ في شأن أخطاء المشرع. وإنّ ذلك يتوجّب عليه أن يطبق القانون ويحكم بالإدانة حتى لو كان القانون مخالفاً للدستور.

سيختار القاضي بين هذين الحلين وسيكون حكمه، إذا ما أقرته محكمة التعقيب، معتمداً كفقه قضاء. والقاضي، في اختياره الحل الأول أو الثاني، سيتبع المنطق القانوني الذي يدعم قراره ويبرهن عليه ويلتزمه. ويجدر بنا رغم ذلك، أن نوضح أن قانون 1959 قد طرأت عليه تنقيحات ذات بال. إذ عوض نظام التصريح بنظام الترخيص إلا إذا تعلّق الأمر بجمعيات أجنبية.

ومنذ صدور قانون 2 أوت 1988⁽¹⁾ أصبحت الجمعيات تعتبر متكوّنة بصفة مشروعة إذا لم تتخذ وزارة الداخلية قرار رفض بعد انتهاء أجل ثلاثة أشهر من الإعلان عن التكوين. وينبغي لقرار الرفض أن يكون معلّلاً ومبرّراً إلى المعنيين بالأمر. وينصّ الفصل الخامس في فقرته الأخيرة صراحة على إمكانية القيام بالدعوى في إلغاء قرار الرفض على أساس تجاوز السلطة عملاً بقانون غرة جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية. وهذا يعني أن المحكمة الإدارية تستطيع إلغاء قرار الرفض إذا ما تأكدت من انعدام شرعيته. ثم إنّ القانون الخاص بالجمعيات لم يعد يطبّق على الأحزاب السياسية لأنها خاضعة إلى قانون خاص ينص على حصول ترخيص من وزارة الداخلية بالنسبة لتكوينها⁽²⁾.

225. (1) القانون عدد 90 لسنة 1988 المنقح، والمتعمّق لقانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 1959/7/11 المتعلق بالجمعيات.

(2) القانون الأساسي عدد 32 لسنة 1988 المؤرخ في 3 ماي 1988 والمتعلق بتنظيم الأحزاب السياسية.

ورغم ذلك فالمنطق الخاص بقانون 1959 وبحالته الأولى، لهو بثرائه وغزائره، كاف للتدليل وبوضوح على وجود حالات عدّة في شأن مدى حرية القاضي.

وقد رأينا أنّ تقنيات المنطق القانوني تفرض الحلّ فرضاً (حالة التناقض الواضح بين القانون والدستور وإبطال العمل به الذي كان يمكن أن يكون (لو وجدت مؤسسة لمراقبة دستورية القوانين) كما تصبح تلك التقنيات مجرد وسيلة لتعليل الحلّ الذي اختاره القاضي (حالة تطبيق القانون المخالف للدستور أو عدم تطبيقه). وهذا يعني أنّ القاضي ليس مكبلاً ومقيداً، بل يتمتع بحرية في تعامله مع القانون وهي حرية مقيدة لها ضوابط وحدود، إنها حرية ولكنها ليست مطلقة. كما أنّ الذي قدّمناه يعني أن للمنطق الشكلي دوراً لا يستهان به في مادة القانون ولكنه ليس الدور الحاسم. ولذلك فإننا لا نستطيع أن نتخذ مع ذلك تعلّة للجزم بأن القانون، عندما يختصر ليصبح مجرد تقنيات، هو علم.

226. أما إذا أردنا أن نجعل منه علماً فعلياً، كما سبق أن رأينا، أن لا نكتفي بمعرفة القواعد القانونية بل نضيف دراسة لهذه القواعد نتناولها من حيث كیفيتها وأسباب وجودها وغاياتها. وعند ذلك سنؤكد بانفسنا من أن للقانون علاقات وطيدة بعلوم عديدة أخرى.

ب - القانون والعلوم الأخرى

للقانون علاقات مع العديد من العلوم الأخرى، هذه العلاقات تتفاوت متانتها شدة وهشالته، كما سنرى عند عرضنا للبعض منها.

I - علم التاريخ

227. إنّ العديد من القواعد القانونية لا يفسّر وجودها إلا بالرجوع إلى أسباب تاريخية. تنطبق هذه المقولة على كلّ بلدان الدنيا، ولكنّها

تنطبق بالخصوص على البلاد الإسلامية، لكونها متعلقة بعاداتها، متشبثة بذاتها. ولذلك فلا يمكن فهم البعض من مؤسساتها القانونية، وخاصة في مادة القانون الخاص، إلا بالرجوع إلى أصلها التاريخي. إنها حقيقة موضوعية يتقبلها الجميع. ولكن، عندما يتعلق الأمر بالمستقبل ومواجهته يتصدع الإجماع وتتباين الآراء.

فالقاعدة القانونية، في رأي المحافظين، ينبغي المحافظة عليها لأنهم يربطون بين أصلها التاريخي وبين كونها جزءا من التراث الوطني الذي ينبغي المحافظة عليه. وبذلك فإن القاعدة القانونية تتخذ عبر البرهنة التاريخية صبغة هي إلى التقديس أقرب. أما المحدثون فإنهم ينطلقون من التاريخ أيضا ليبينوا أن نفس تلك القاعدة قد لا يستلزم ظروف تاريخية وارتبطت بها، وأن الظروف الحالية غير تلك الظروف، وبالتالي فإنه لا مبرر لبقاء تلك القاعدة.

وهكذا فإن المنطلقات التاريخية ذاتها تؤدي، وفي شأن نفس القاعدة، إلى نتائج متقابلة تقابلا تاما. ولكن ذلك لا يحول بيننا وبين الإقرار بما يربط القانون والتاريخ من صلات لا تقبل المنازعة. ولقد تنامت أهمية العلاقة بين هذين الفرعين من فروع المعارف لدرجة أن فرعا يتناولهما معا قد وجد. هذا الفرع يسمى "تاريخ القانون".

II - علم الاجتماع

228. علم الاجتماع هو دراسة الأحداث الاجتماعية ونعني بذلك دراسة مجموع التصرفات السلوكية الجماعية للبشر وعلاقاتها بالعوامل المادية والمناخية والظروف الاقتصادية والسياسية. هذا النوع من الدراسات ليس حديثا مستحدثا بل وجد منذ أمد طويل، ويعتبر العلامة عبد الرحمن بن خلدون (1332-1406م) أحد رواده الأوائل.

ويصنف علم الاجتماع، في زماننا هذا، ضمن العلوم إذ تجلت ملامحه واتضح مناهجه وأصبح ككل العلوم يتبني مناهج علمية ويعمل على التوهم إلى نتائج واستنتاجات ذات مستوى رفيع من الشمولية.

وكما سبق أن رأينا أن التقاء القانون بالتاريخ تولد عنه بوز تاريخ القانون فإن التقاء القانون بعلم الاجتماع قد أدى إلى ولادة فرع جديد يسمى علم الاجتماع القانوني (أو السوسيولوجيا القانونية). إلا أن دراسات علم الاجتماع القانوني قد بدأ بها علماء الاجتماع العام فاصبح اليوم مستقلا بذاته. وهو فرع يحتاج القانوني إلى معرفته احتياجا بالرغم من كونه لا يمثل، وبأنه معنى الكلمة، جزءا من القانون. إن له فائدة نظرية لا يفترق في شأنها اثنان. إنه يساعد على فهم أساس القاعدة القانونية وله فائدة تطبيقية لا تقل أهمية عن فائدته النظرية وخاصة بالنسبة للمشروع الذي يتوصل باستعمال مناهج علم الاجتماع كالإحصاء والأبحاث السرية وغير ذلك إلى معرفة أي سبيل تسلكه التشريعات التشريعية. ولكن لا يجب أن يؤدي الأخذ بمنهجية علم الاجتماع إلى أن ينحصر دور القانون في تعزيز ما هو واقع.

III - الاقتصاد

229. سبق أن ذكرنا مرارا أن القانون والاقتصاد يتعلقان ببعضهما بعضا ويتصلان اتصالا تدق روابطه. ومن المحقق أن الفوارق تتباعد بين الأنظمة القانونية المتواجدة في الأنظمة الاقتصادية المختلفة. فالبلدان ذات النظام الرأسمالي يوجد بها نظام قانوني مغاير لما هو عليه في البلدان الشيوعية، وكذلك الأمر بالنسبة للأنظمة التي تتدخل فيها الدولة إلى حد بعيد في الميدان الاقتصادي والاجتماعي، مع أنها تسمح بالإبقاء على المبادرات الفردية.

وتبدو الفوارق جلية خاصة في البعض من المواد القانونية التي يكون فيها نوع من التقنيات المعمولة لخدمة النظام الاقتصادي القائم مثل القانون التجاري وقانون الشغل والقانون الزراعي.

IV - الإعلامية

230. يسلم الجميع أن القرن الماضي قد حمل معه قلاقل اجتماعية وصاحبه اضطرابات اقتصادية ذات بال هي نتيجة الثورة الصناعية. أما اليوم فإن الثورة الصناعية قد تضاعف شأنها وتجاوزتها الثورة الالكترونية وخاصة الإعلامية التي تمثل أحد أهم فروعها. لم تتأخر الإعلامية في أن يكون لها أثر ذو بال على القانون⁽¹⁾. لنسجل أولاً ولادة فرع قانوني جديد يسمى قانون الإعلامية الذي تعالج فيه العلاقات التي تربط بين مستعملي الحواسيب وبين صانعيها وبائعيها والمكتريين لها. ولنسجل أيضاً أن الإعلامية أصبحت تطرح نوعاً جديداً من المسائل على رجال القانون وتضعهم أمام قضايا جديدة لا عهد لهم بها من قبل. ومن هذه المسائل مثلاً ما يتعلق بمدى الاعترافات بالحجج الصادرة عن الحواسيب من وثائق وفواتير ووصلات وبسبب تطبيق النظام القانوني الملزم، ولكن هذه المسائل لا تعيننا في هذا الكتاب حتى نتطرق إلى التول فيها بالشروح والتفصيل، ذلك أننا نبحث في الإمكانيات المتاحة للقانون كي يستعمل الإعلامية⁽²⁾. إنها عديدة متعددة. فالإعلامية القانونية هي الآن بالولايات المتحدة الأمريكية على درجة عالية من التطور، وفي فرنسا بدأت في التنامي والبروز، ثم إن حضورها في بلادنا التونسية أخذ يتأكد من يوم إلى آخر. ولأجل ذلك أقصمت مادة الإعلامية القانونية في التدريس بالنسبة للاستاذية في كليات الحقوق والعلوم القانونية.

231. ويمكن أن نوزع الإمكانيات المتاحة لاستعمال الإعلامية في القانون إلى صنفين إثنين :

الصنف الأول يشمل التأليّة التوثيقية، ونعني بذلك أن تكون مجموع

230. (1) انظر المسألة في جملتها : X.Linant de Bellefonds, "L'informatique et le droit", Paris, PUF, 1981.

(2) راجع : A. Chouraqui : "L'informatique au service du droit", PUF, 1974 ; Buffelan : "Initiation à l'informatique juridique", 1969, p.211 ; "Introduction à l'informatique juridique", 1967 ; Bel : "Informatique et droit comparé" RIDC. 1970 p.269.

القوانين والأوامر وقرارات محكمة التعقيب وحتى قرارات المحاكم الأخرى وأحكامها، مخزونة في الذاكرة الحاسوبية، مودعة فيها. ومن البديهي أن عملية الخزن يجب أن تتم بعد تحليل النصوص ومعالجتها وتصنيفها حسب أحدث الطرق والبرمجيات التي ضبطها المختصون في الإعلامية.

وبعد القيام بعملية الخزن تأتي مرحلة استنطاق الحاسوب فيما يتعلق بحالة القانون الوضعي في شأن هذه المادة أو تلك، والحصول على الجواب بصورة فورية أو تكاد.

هذا يعني أنه لا وجه للمقارنة بين سرعة توفير المعلومة بهذه الطريقة وبين بطئها الشديد في الطرق القديمة التي تتطلب وقتاً في البحث عنها في الجذاذات اليدوية التقليدية والجداول والدوريات القانونية وفهارسها.

إن الأتمّة التوثيقية تسهل مهام كل من المشرع والباحث والمحامي والقاضي.

232. على أن استعمال الإعلامية لا يقتصر على هذا الجانب بل يمكن أن ينتفع به القضاء بطريقة أخرى. فلئن اعتبرنا أن الآلة لا تعوض أبداً الإنسان بصفة خاصة فإنها تجعل مهامه أكثر يسراً. إذ أن تقدير الغرامات الخاصة بتعويض الضرر المعنوي مثلاً⁽³⁾ كان يمثل مشكلة عويصة بسبب اتساع مجال التقدير المعترف به للقاضي. ولذلك فالحاسوب يؤدي دوراً ذا قيمة مما تتسم به الأحكام من اعتباطية إذ يستطيع القاضي في كل قضية أن يستنطقه ويعرف معدل الغرامات المعنوية لها في شأن ذلك النوع المعين من الضرر.

ثم إن الحاسوب يمكن أن يسهل مهمة القاضي في القضايا المتشابهة إلى درجة التماثل والمتعددة والتي تطرح مشاكل قانونية ضئيلة من حيث عددها وأهميتها. ذلك أنه يمكن أن يأتي يوم يكون فيه التعامل بالحاسوب تعاملًا مفيداً إذ يقتصر العمل على توفير المعطيات له ثم

232. (1) انظر محمد الشرني، "كيفية تقدير الضرر المعنوي" م.ق.ت. 1973 ص 353

يتولى تقديم مشروع الحكم الذي يثبت منه القاضي ويجعله أكثر تلاؤما ثم يتبناه، وبهذه التالية التوثيقية نقتصد في الوقت الثمين.

233. وبالإضافة إلى ذلك فإن الإعلامية يمكن أن يكون استعمالها لغاية جمع المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة للمواطنين أو بالمؤشرات التي تسمح بمعرفة آرائهم السياسية. ولأجل ذلك فإنها تثير مخاوف خطيرة مما يجعل التنظيم القانوني لاستعماله أكيدا حتى نتفادى التجاوزات. ولقد قام المشرع الفرنسي بذلك يوم 6 جانفي 1978⁹، بإصداره للقانون المتعلق بالإعلامية والحريات العامة. ثم إن جل البلدان الديمقراطية أصبحت فيها الحريات الشخصية محمية قانونيا من أخطار الجاذبات المبرجة حاسوبيا¹⁰.

V - علاقة القانون بمواد علمية أخرى

234. يتصل عدد من العلوم الأخرى بالبعض من الفروع القانونية. وقد لا نحتاج إلى الإشارة إلا إلى العلاقات التي تصل كلاً من طب الشغل وقانون الشغل من جهة، والطب الشرعي والقانون الجنائي من جهة ثانية.

وأخيرا فإن للفلسفة، وبالرغم من كونها ليست علما، نقاط التقاء مع القانون. إنهما يلتقيان في فرع يجمعهما وهو "فلسفة القانون" التي فيها تتناول مسألة أساس الصبغة الإلزامية للقاعدة القانونية.

233. (1) انظر نبيلة المزغني: "Informatique et libertés publiques" R.T.D. 1978, II, p.35.

(2) للإطلاع على المراجع المتعلقة بهذه المادة وكذلك الخطوط الكبرى المتصلة بالتشريعات الأجنبية وتحليل معاهدة سترازبورق المبرمة في 28 جانفي 1981، انظر:

Le Foscareanu: "La protection des données à caractère personnel contre l'utilisation abusive de l'informatique". Journal de droit international, 1982, p.55.

الباب الثاني الخطاب التأسيسي

235. القانون نسق مركباً تركيباً معقداً فهو كلٌ وكيان متناسق الأطراف والأجزاء، يتجه بالخطاب إلى الناس. فهو خطاب يعبر عن نظرة خصوصية إلى الحياة وإلى ما يجب أن تكون عليه علاقات الأفراد في الاجتماع. فهو أيضا فلسفة حياتية مستقلة عما تتضمنه نظرة المستويات التنظيمية الأخرى. ولا تأخذ هذه النظرة أو هذه الفلسفة بعدها التطبيقي ونفاذها الاجتماعي استنادا وتأسيسا على الصبغة الإلزامية التي للقاعدة القانونية فحسب لأن الخطاب القانوني كغيره من الخطب يرمي إلى إكساء العامل القانوني مشروعية ضرورية حتى يصبح تواجهه في الاجتماع مقبولا من الناس مدعما في أصوله وأركانه.

236. فالخطاب التأسيسي⁽¹⁾ لظاهرة القانون هو بحث في الأسس الفلسفية والنظرية للقانون ليس فقط لصبغته الإلزامية، وإنما للظاهرة القانونية عموما، ولجدوى وفاعلية القاعدة في التنظيم

236. (1) اقتبسنا مصطلح "الخطاب التأسيسي" من الاستاذ سليم اللغماني الذي استعمله ووضح معناه في كتابه المشار إليه أعلاه فالبحث في أسس القانون يأتي ضمن خطاب متكامل موجه ومستقل المنطق وهو خطاب اقصامي وتبريري.

القانوني للنشاط الاجتماعي⁽²⁾. فكل خطاب تبريري يهدف إلى الإقناع ولا يهتم إن كان الخطاب نظريا فلسفيا أو تجريبا تطبيقيا. كما لا يهتم إن كان قريبا مطابقا لواقع القانون أو بعيدا عنه كل البعد. فلا يتعلق الخطاب التأسيسي بالتعريف بالقاعدة القانونية أو بأوصافها الشكلية ولا حتى بمضمونها، بل موضوعه تفسير وتبرير نفاذ وتواجد القانون ككل في الاجتماع.

237. فالقانوني الذي لا يخوض في هذه المسائل الفلسفية بالرغم من صعوبتها ويقتصر على المسائل التقنية البحتة لا تكون معرفته العلمية تامة و تكون بالتالي نظريته قصيرة المدى. فالقانوني الذي على هذا النحو هو تقني صناعي في مادة القانون وليس بعالم في القانون. ينحصر دوره في التطبيق الآلي للقواعد وتأويلها تأويلا حرفيا دون اعتبار لغاياتها وأصولها، كما يقتصر مردوده على التسليم بالبداهيات دون الخوض فيها ومراجعتها من الناحية العلمية. هذا هو موقف الأغلبية الساحقة من رجال القانون الذين لا يرون فائدة من الدراسات الفلسفية فيكتفون بالنظر في القاعدة القانونية دون البحث في أصولها وغاياتها وهذه الفئة جاهلة غير واعية بانتمائها إلى تيار فلسفي هو مذهب الوضعية القانونية في إحدى توجهاته وتياراته.

238. وباعتبار أن فلسفة القانون تجمع بين دراسة أساس القانون ودراسة الاتجاهات الكبرى للأنظمة التشريعية، كان ينبغي أن تكون تنويعا للدراسات القانونية وخاتمة لها. ورغم ذلك فإنه يجب أن

(2) يقتصر موضوع البحث في الأسس النظرية عند الاستاذ اللغمانى على تبرير

الطابع الإلزامي للقانون. وفي هذا الصدد فإننا نخالفه الرأي لأن التأسيس يشمل

كامل الظاهرة القانونية وتبعا كل أوصاف القاعدة والجدوى من تواجدها.

Car "le droit comme ensemble de normes n'est pas obligatoire, c'est le discours fondateur qui nous en convainc pour assurer l'assentiment légitime au droit". (Slim Laghmani p.13).

"Le motif du sentiment d'obligation ne résiderait pas dans le droit, mais dans le discours tenu sur ce que devrait être le droit

(Slim Laghmani p. 21).

تتناول في المقدمة العامة للقانون. ثم إن القانوني لا ينبغي عليه أن يتناول المسائل الفلسفية إلا بحذر شديد إذ هو قانوني قبل أن يكون فيلسوفا. وينبغي علينا أن نكتفي بتقديم مجمل المذاهب الكبرى رغم أن ذلك قد يؤدي بنا إلى الوقوع في التبسيط والتعميم. إن أهم التيارات الفلسفية لها ما يناسبها في ميدان فلسفة القانون فمدرسة القانون الوضعي (المبحث الثاني) قد ظهرت بنقضها ورفضها للمدارس التقليدية التي تسمى مدارس القانون الطبيعي (المبحث الأول) إثر ظهور التيار الوضعي في الفلسفة. هذان التياران يمثلان أهم المدارس الفلسفية في الفكر الأوروبي وستعرض إليهما بالتداول، ثم نتنقل إلى دراسة الفكر الإسلامي وخصائصه في مسألة البحث عن الأسس النظرية للقانون (المبحث الثالث).

المبحث الأول

مذاهب القانون الطبيعي

239. إن مذاهب القانون الطبيعي عديدة ولكن القاسم المشترك بينها جميعا يتمثل في كونها تعتبر أن النظام القانوني لا ينحصر في القانون الوضعي فقط ولا يقتصر أمره على القواعد القانونية الجاري بها العمل في زمن ما وبلد ما. وأنه توجد قوانين أخرى غير مدونة وهي قوانين أعلى منزلة لأنها قوانين إما قد سنّها الخالق، أو هي من طبيعة الأشياء، وهذه القوانين يطلق عليها اصطلاحا "القانون الطبيعي" ولا يجوز للمشرع أن يلغيها أو يبطل العمل بها، بل لا يجوز له مخالفتها عند سنّها للقوانين الوضعية. وتتفق جلّ مدارس القانون الطبيعي على أن هذه القوانين غير المكتوبة هي قوانين كونية خالدة ثابتة.

240. فالفلسفة العامة لمدارس القانون الطبيعي تتمحور حول بعض المبادئ الجوهرية فتعتبر أن القانون خارج عن الإرادة الإنسانية بل إن هذه الإرادة خاضعة له والقانون في هذه النظريات هو كل ما هو عادل وتحديد العدل لا تقدر عليه الإرادة الإنسانية، فالإنسان غير مؤهل ولا هو

قادر على الخلق والإنشاء، بل ينحصر دوره في الاستنباط بعد التعرف على ما هو كائن⁽¹⁾.

ومن هنا تأتي الفكرة العامة لمدارس القانون الطبيعي التي تميز بين صنفين من القوانين : القانون الوضعي والقانون الطبيعي.

يلعب القانون الطبيعي دور المعيار إزاء القانون الوضعي فلا تكتسب القوانين الوضعية مشروعيتها ولا يصح إلزامها إلا متى كانت ولو على وجه الافتراض مستمدة من مبادئ القانون الطبيعي، مطابقة لأحكامه.

تقوم هذه المذاهب على الإقرار بوجود قانون يعلو القانون الوضعي وهو قانون ثابت أبدي صالح لكل مكان وزمان لأنه صادر عن طبيعة الأشياء ولأن قواعده الأبدية متواجدة في الكون هذا ما يمثل أقدم تصور لأساس القانون ولا يزال قائما إلى يوم الناس هذا رغم تعرض هذه المدارس إلى انتقادات كثيرة ورغم تراجعها في تبرير ظاهرة القانون.

241. مدرسة القانون الطبيعي مرتبطة بالفكر الإغريقي، وهي متصلة خاصة بأعمال الفيلسوف أرسطو وهي لا تزال تحتل مكانة مرموقة بين النظريات الفلسفية للقانون. فإن كانت المدرسة الإغريقية المدرسة الأم فقد تطورت مدارس القانون الطبيعي تحت تأثير الفكر المسيحي إلى أن برزت حديثا تيارات حاولت الإبقاء على المقولات الأساسية لهذه المدرسة مع تطويرها تماشيا مع مستجدات الفكر الحديث. فسندرس في فقرة أولى الفكر الإغريقي وفي ثانية الفكر المسيحي وفي ثالثة التطورات التي شهدتها مدارس القانون الطبيعي.

الفقرة الأولى : الفكر الإغريقي

242. تتمثل أهمية الفكر الإغريقي لا في وضعه للقواعد القانونية مثلما هو الحال بالنسبة لروما، وإنما في التفكير العميق في القانون

وفي أسسه النظرية والفلسفية⁽²⁾. ولقد عرفت فلسفة القانون ازدهارا فائقا في الفكر الإغريقي القديم فاحتل القانون إحدى أهم اهتمامات كبار الفلاسفة ومدارسهم الفلسفية⁽³⁾. فلقد كان الاهتمام بالسياسة وبالقانون وليد النظام الديمقراطي المعتمد في القرنين الرابع والخامس قبل الميلاد، إذ كان الانتماء إلى المدينة و الأمة انتماء انتقائيا لا تتمتع به إلا قلة قليلة من الناس. لذلك كان بإمكان كل مواطن المساهمة في تسيير الحياة العامة وشؤون المدينة، كما كان بالإمكان المشاركة في المجالس إما عن طريق الانتخاب أو بالقرعة. وكانت وظيفة القضاء من أهم الوظائف العامة في اليونان القديم. وإذا ما إستثنينا البعض من التيارات الفلسفية التي لم تولي المسائل السياسية والقانونية أي اهتمام كالرواقية⁽⁴⁾. يمكن القول بأن مدرسة القانون الطبيعي قد طغت على الفكر اليوناني فاستقرت أصول هذه المدرسة بوضوح مع أرسطو.

243. فعلى غرار ما قام به الأستاذ "فيلي"⁽⁵⁾ يمكن توتيب المراحل التي سبقت فلسفة أفلاطون إلى مراحل ثلاثة فالفترة الأولى هي فترة التواميس مع "أوليس" والثانية هي أزمة القرن الخامس وتضارب العدل مع الطبيعة. أما الفترة الثالثة فهي التي برز فيها سقراط الذي كان قد امتثل إلى أحكام القانون الوضعي إذ حكم عليه بالإعدام وتجرع السم تنفيذا لهذا الحكم، فرفض الهروب من السجن غير أن سقراط لم يترك نظرية متكاملة متماسكة العناصر بحيث لا نعترف عن فكره إلا القليل المروي والمنقول عن غيره فلا وجود لنظرية متكاملة إلا عن أفلاطون وأرسطو.

1 - أفلاطون

244. عاش أفلاطون من سنة 347 إلى سنة 427 قبل الميلاد، وهو من تلاميذ سقراط. أسس الأكاديمية. طغت على أفكاره الفلسفة السياسية،

242. (1) سليم اللغماني ص 121
(2) انظر في خصوص الرواقية سليم اللغماني ص 123 وما بعده
243. (1) villey ص 16 وما بعد - سليم اللغماني ص 62

240. (1) سليم اللغماني ص 62 وما بعده . ومن 113 وما بعد.

وكانت السياسة متطلقة فادت به إلى الاهتمام بالفلسفة عموماً. وقد استكمل (أفلاطون) أفكاره في كتابه الشهير "الجمهورية" كما كتب كتاباً أساسية من بينها كتاب "السياسة" وكتاب "النواميس". كتب هذه محاورات سياسية تنضاف إلى المحاورات الفلسفية والجمالية والأخلاقية التي تتضمنها كتبه الأخرى.

245. أما كتاب "السياسة" ففيه يتحدث سقراط الشاب على جوهر علم السياسة، وفيه بحث عن مهام الملك والعدالة ودور القوانين. وفي "النواميس"، حديث عن أهداف وأسس الحكم والسلطة يختلف عن كتاب "الجمهورية" في مسألتي الشيوعية والملكية الجماعية التي كان مجالها واسعاً لأنها تشمل عنده ملكية الأموال والأطفال والنساء، وفي هذا مسحة واقعية مغايرة للمسحة المثالية الطاغية في كتاب "الجمهورية". فكتاب "الجمهورية" هو كتاب أفلاطون الشاب، وكتاب "النواميس" هو كتاب النضج الفكري عنده. ففي الجمهورية يبين أفلاطون كيف ينبغي على الحاكم الفيلسوف أن يحكم بالعدل وبالعقل في إطار المدينة الفاضلة والدولة المثالية، في حين يتعلق كتاب "النواميس" بالبحث العملي في "القوانين". فموضوعه التشريع الهادف إلى تحقيق المثل الأعلى المرسوم في "الجمهورية" ولكن مع مراعاة طاقة الإنسان ومقتضيات حياته⁽¹⁾. فما هو القانون وما هو جوهره في فكر أفلاطون ؟

246. إن تعريف القانون من أصعب المسائل التي تتطلب قدرة عالية على التجريد. فتحديد مجال القانون وخصائصه تغيرت. ففي كتاب "السياسة" اعتبر أفلاطون أن دور رجل السياسة هو البحث والكشف عن العدل وبصفة ثانوية عن النواميس⁽²⁾. إن دور رجل القانون عند أفلاطون لا ينحصر في دراسة ومعرفة وتطبيق القواعد القانونية

الوضعية أي تلك التي يضعها المشرع، والتي تكون سارية المفعول في زمن ما ومكان معين فالقوانين الغير عادلة أو الجائرة هي قوانين سيئة يقارنها أفلاطون بالدواء الذي يعطيه إلى المريض من هو جاهل بالعلوم الطبية. فالقوانين الجائرة ليست من القانون في شيء⁽³⁾. فمن هذه الوجهة لا يمكن أن ينتمي أفلاطون إلى مذهب الوضعية القانونية الذي يقتصر النظر فيه على القوانين الوضعية النافذة. وإن مجال البحث عند أفلاطون بالنسبة لرجل القانون أو رجل السياسة أو الفيلسوف يتسع ليشمل البحث عن أجدى الحلول وأنسبها وأحكمها، مثله كممثل الطبيب الذي يحاول دائماً التوصل إلى العلاج النافع والدواء المفيد⁽⁴⁾.

247. نرى في هذه المقاربة بوادر المدرسة النفعية التي ترى أن الغاية من القانون هي المتفعة التي تحصل. وأكبر وأعظم الفوائد والمنافع هي في تلبية رغبة الشهوات. فمن القوى الثلاث التي للنفس الإنسانية عند أفلاطون القوة الشهوانية وهي مجموع الشهوات الجسدية الحسية، ومهمتها رئاسة الوظائف الغذائية والجنسية وفضيلتها العفة⁽⁵⁾.

لكن أفلاطون كان يميز بين نوعين من العلوم والفنون : الفنون الغير الضرورية أو الزائفة (الطبخ والتزيين) وهي تبحث على تلبية الشهوات وتحقيق فرحة الحياة ولذتها للشعب، أما الفنون الأصيلة ومنها بالخصوص السياسة، فهي ترمي إلى الخير أي إلى خير الإنسان في المدينة. ومن هنا فإن الغاية من التشريع ليست إرضاء الشهوات وتحقيق الكسب الفوري والجماعي، ولا حتى الأمن والاستقرار، إنما الغاية من القانون هو الغير. والخير بالنسبة لرجل القانون هو العدل. ففي اللغة الإغريقية كلمة واحدة تعني في نفس الآن العدل والقانون،

246. (1) Une loi injuste est une mauvaise loi, n'est pas une loi, n'est pas du Droit.

(2) (Les lois - IV-715 b.) - Villey (M) المرجع السابق ص 24

247. (1) صليبيا - المرجع السابق ص 115

245. (1) جميل صليبا: تاريخ الفلسفة العربية دار الكتاب اللبناني - بيروت 1981

فلقد كانت إحدى وظائف القوة العاقلة عند أفلاطون هي السيطرة على القوة الشهوانية⁽²⁾.

248. المحور الثاني الذي اعتمده أفلاطون يستنتج من كتاب "الجمهورية". وهو الكتاب الذي خصّصه للبحث في مفهوم العدل فكان مجال العدل عند أفلاطون واسماً لا يختص به القانون في معناه الضيق والدقيق. فالعدل هو شعور داخلي للإنسان، وتدريب نفساني له. والمدينة الفاضلة هي المدينة العادلة لأن أهمية التوازن الفردي والشخصي لا تقل عن أهمية التوازن المدني، بل لا يتحقق العدل في المجتمع إن لم يتحقق الشعور الباطني النفساني به.

249. فغاية القانون عند أفلاطون هي الفضيلة بحيث يكون مجاله واسماً يشمل الميراث، والملكية والعقود وكذلك الأدب والأخلاق وعفة النفس، أو التقوى والتبوية، والجدل والهندسة. فدور القانون في المقام الأول هو دور تربوي بيداغوجي ولا فصل عند أفلاطون بين القانون والأخلاق.

250. كيف التوصل إلى العدل وماهي منهجية أفلاطون في ذلك ؟ بمعنى آخر كيف يقع اقتباس الأحكام القانونية إن كانت كلمة القانون تترادف عنده العدل ؟ فالقوانين هي نقل عن فكرة العدل⁽³⁾. وستكون

(2) القوتان الأخرتان عند أفلاطون هما القوة العاقلة وفضيلتها الحكمة وهي قوة النظر والتأمل ومهمتها إدراك الحقيقة والسيطرة على القوة الشهوانية وعلى القوة الغضبية أي على مجموع الفواضل النبيلة والكريمة وتكون مهمة القوة الثانية حفظ كرامة الفرد والفضيلة فيها الشجاعة (صليبا ص 15 و 46). والمدينة تنقسم إلى ثلاث طبقات طبقة الحكام وهي ذهبية - وطبقة الجنود وهي فضية وطبقة العمال وهي نحاسية مثلها كممثل النفس التي تتكون من ثلاث قوى الشهوانية والغضبية والعاقلة.

250. (1) سليم اللغماني : ص 86 وما بعد.

نظرية المعرفة القانونية عند أفلاطون مرتبطة بنظرية المثل عنده فالمثل عند أفلاطون هي الصورة المجردة والحقائق الخالدة في عالم الإله. فهي أزلية أبدية⁽⁴⁾. هناك بالنسبة لأفلاطون عالمان : عالم العقل أو عالم الإله وفيه المثل العقلية والصور الروحانية، وعالم الحس أو عالم الضلال وفيه الصور الجسمانية والأشخاص الحسية⁽⁵⁾. فعالم العقل هو عالم الحقائق الثابتة وعالم الحس هو عالم الظواهر. فالمثل قائمة بذاتها لأنها أزلية، فلا حقيقة للأشياء المحسوسة. وجوهر الأشياء ليس في وجودها الحسي وإنما في عالم المثل والأفكار الخالصة⁽⁶⁾ فكان أفلاطون معارضا للنظرة المادية التي كانت عند السفسطائيين، وأعلى مثل عنده بل مبدأ المثل كلّها هو الخير المحض، أي الله⁽⁷⁾.

251. فالمعرفة الحقّ عند أفلاطون هي معرفة المثل⁽⁸⁾ والمعرفة تحصل للعقل من التأمل في هذه المثل، ولا يكون إدراك هذه المثل إلا بالعقل، لا بالحس والتجربة، وهكذا كان عند أفلاطون منهج معرفة العدل والقانون أحد المحاور الأساسية لكتاب "الجمهورية". فالمعرفة عنده ليست تجريبية، وإنما هي نظرية فكرية جدلية، فالتعرف على طبيعة الأشياء لا يتفرع عن الملاحظة التجريبية وإنما عن طريق الجدل النظري والفكري، ومن هنا تكون الفكرة كلمة مرادفة للطبيعة.

252. وإذا ما صحّ اعتبار أفلاطون منتعياً إلى مدرسة القانون الطبيعي بالرغم من عدم استعماله للكلمة، فمرد ذلك اعتماده منهجية كونية. إن طويقته تتفدّ من نظرة كونية أي من الملاحظة الموضوعية للكون في حقائقه الثابتة أي المثالية لا في الجزئيات والمحسوسات، فنقطة الانطلاق عند أفلاطون هي الطبيعة والملاحظة الموضوعية العقلية،⁽⁹⁾

(2) المرجع السابق ص 84

(3) صليبا ص 40

(4) سليم اللغماني ص 83 ما بعد

(5) صليبا ص 43

(6) صليبا ص 48

251.

وعلى النحو الذي أوردناه في الكائنات والعالم الخارجي⁽¹⁾ فالكون عند أفلاطون كتاب هندسة ولا يدخل الأكاديمية من لم يكن مهندساً. فالهندسة هي علم الابتعاد عن الظواهر الجزئية لغاية التوصل إلى جوهر الحقائق أي المثل. فمهمة النظر في الكون، وفي الكائنات، ليست موكولة للعالم بالمفهوم الحديث للكلمة، وإنما هي من اختصاص الفيلسوف دون سواء. والفلاسفة بدراساتهم للرياضيات والجدل، يتحررون من العوارض والجزئيات، ويسمون إلى الجواهر والمثل، يعرضون عن الظاهر ويتطعمون إلى الباطن. فالمعرفة هي هروب وخروج من عالم الظواهر والحسوسات، إلى عالم الأفكار.

253. لا تأخذ هذه النظرية منحى دينياً إلا في كتاب "النواميس" فتصبح وحياً إلهياً وإلهاماً فوقياً، فالعدل ليس من هذا العالم، وإنما هو من كائنات عالم آخر لعلنا عشناه من قبل ولعلنا نستحضره اليوم في ذاكرتنا. لقد كانت النفس الإنسانية موجودة في عالم المثل قبل إتصالها بالبدن، فلما تكسرت أجنحتها، هبطت إلى العالم الأرضي⁽²⁾. فالإنسان عند أفلاطون مؤلف من جوهرين، أحدهما منسوب إلى عالم المثال وهو النفس، والآخر منسوب إلى عالم الحس وهو البدن⁽³⁾ فالنفس هي أزلية لانتمائها إلى عالم الحقائق الثابتة بخلاف البدن.

254. الطبيعة التي يعتبرها أفلاطون كمطلق لمعرفة القانون أو العدل ليست مادية حسية ظاهرة. فمصدر القانون عنده في دنيا الأفكار. ومشاهدة الطبيعة ليست سوى موحلة أولى تليها مرحلة ثانية هي مرحلة المعرفة الجدلية. فيكون التشريع الصحيح عنده مثالاً لا واقعياً، فكرة خالصة غير مشوهة بمادية الحياة الاجتماعية.

255. والقوانين الوضعية لا قيمة لها إلا متى كانت منقولة عن الطبيعة، مقتبسة منه، مستندة للنظام الطبيعي للعدل⁽⁴⁾ والفيلسوف

الرئيس بالتأمل الروحاني، وبالجهد المتواصل، قد يكون بإمكانه بلوغ فكرة العدل، فلا تصدر القوانين عند أفلاطون عن إرادة الإنسان فهو بعيد كل البعد عن نظرية العقد الاجتماعي، وعن النظريات الإرادية الحديثة. القوانين الرضعية تبقى منقوصة، ولا يمكنها أن تقوم مقام العدل المثالي، فلا تمثل إلا العدل القانوني⁽⁵⁾.

256. الحكيم العادل الفيلسوف الحاكم ليس قادراً على إبلاغ ما اهتدى إليه من معرفة إلى العامة. فهو مرغم على التفاق والكذب، لأن العامة لا تقتنع بما في الطبيعة من عدم المساواة بين الفئات، وهي عند الفيلسوف أمر طبيعي، فلا يمكن أن ينزل العدل إلى القانون الوضعي، لأنه جائر بالضرورة، غير عادل، لأن حياة البشر متغيرة، أما القانون المثالي فهو ثابت جامد لا يتحرك⁽⁶⁾. وإذا كان أفلاطون في كتاب الجمهورية قد بين نقائص القانون الوضعي فهو في كتاب "النواميس" يعترف بفائدته ونجاعة القوانين الوضعية ويكون ذلك عنده من الناحية العملية فحسب.

257. إن أفضل نظام عند أفلاطون هو "الحكم الملكي" لأن الحكيم العاقل الوئيس هو صاحب السلطة فيه وهو حكم لا وجود له في الواقع الذي عاشه أفلاطون ولا في التاريخ، لذا كان برنامجاً تحديد أصول المدينة الفاضلة.

وعلى كل حال حتى وإن تمكّن الحكيم العاقل أو الفيلسوف من الحكم، فهو لصفته الإنسانية فإنه قد يتخلى عن مباشرة الحكم، ولا يدوم عمله إلا متى تحول الفيلسوف إلى مشرع فعليه أن يخلف من بعده دستوراً أي قانوناً وصفيًا، مثل الطبيب الذي يترك للمريض وصفة طبية. وستكون الفائدة من هذا الدستور تجنب المخاطر التي تهدد الأنواع الثلاثة من أنظمة الحكم الواقعية، وهي الملكية وحكم الأرستقراطية، والديمقراطية.

258. فكل نوع من الأنظمة ينصرف عن جوهره لخرقه للدستور، فتفرض الملكية إلى الحكم المطلق، الفودي، والظلم والاستبداد، والجور،

252. (1) M. Villey المرجع المذكور أعلاه ص 28 وما بعد وسليم اللغمان ص 85

253. (1) صليباً ص 42

(2) صليباً ص 44

255. (1) سليم اللغمان ص 91

ويفضى الحكم الارستقراطي إلى حكم الأقلية، فتحكم المدينة قلة قليلة من الأسر والعائلات التي لها نفوذ. وأما الديمقراطية فهي تؤول إلى الفوضى والهرج، ومن هنا تتبين أهمية مفهوم الشرعية عنده، فأوامر المجالس لاغية، ولا يصدر التشريع إلا عن الفيلسوف الحاكم⁽¹⁾ الذي يمليه إملاء فوقيا على التخبية عبر مجلات جامعة متكاملة، تتقدمها توطئة أو مقدمة تتضمن تفسيراً لمضمون القانون الصادر عن الحاكم العاقل ولفلسفته العامة فهذه التوطئة هي بمثابة ما هو متعارف عليه اليوم في القوانين الحديثة "بشرح الأسباب" الذي يسبق مشاريع القوانين.

259. أما عامة الناس، فما عليهم إلا الامتثال للأحكام القانونية الصادرة عن الفيلسوف الحاكم بالقوة والقهر. وهذه هي الصيغة الوحيدة لمشاركة الشعب الفيلسوف الحاكم في البحث عن العدل. فأفلاطون يقول إذن بضرورة الخضوع للقوانين الوضعية وبصفتها الملزمة. والعامة محمولون على احترام القوانين مهما كان محتواها. كما أن القاضي ملزم بالعمل في قضائه بهذه الأحكام و الفيلسوف هو وحده المستقل برأيه، وهو في ذلك غير مقيد بما في القوانين الوضعية من قواعد وأحكام فهي صادرة عنه، وهي بالتالي تتمتع بقرينة مطابقتها لفكرة العدل أي للقانون الطبيعي.

260. وخلاصة القول فإن أفلاطون من المنتمين إلى مدرسة القانون الطبيعي المثالي لأن وجود القانون الوضعي لا يستقيم إلا تأسيساً على القانون الطبيعي. غير أن أفلاطون لم يتوصل إلى افراز مذهب نظري متكامل في المسائل القانونية فبلورة مدرسة القانون الطبيعي هي من الأعمال الجليلة التي قام بها أرسطو.

ب - أرسطو

261. "واضع المنطق" "المعلم الأول" "الحكيم" ألقاب ونعوت تدل على أهمية أرسطو في الفكر البشري. عاش أرسطو فيما بين سنتي

258. (1) سليم اللبناني ص 89 وما بعد b. 715 Politique

384-322 ق.م. و كان أحد أبرز تلاميذ أفلاطون. تعلم في الأكاديمية، وكتب العديد من المؤلفات، أهمها "الأخلاق" والسياسة. كتاب الأخلاق إلى نيقوماخوس، وكتاب "الخطابة" ريطورقيا.

262. في الكتاب الأول يبحث أرسطو عن سعادة الإنسان ويعرف فيه الفضيلة بأنها الحل الوسط، أي الوسط بين نقيضين، بمعنى الاعتدال في المواقف والسلوك. والباب الخامس منه يشكل نظرية متكاملة للعدل والتشريع، وفي السياسة يبحث أرسطو عن أفضل النظم السياسية، وأحسن الدساتير المتلائمة مع جوهر الإنسان، وكذلك مع تطور وتغير الحياة الاجتماعية الواقعية وأما في كتاب "الخطابة" فهو يبحث عن البيان والبلاغة في الأعمال القضائية، ويبحث فيه عن الأدلة والمستندات التي يتقدم بها المحامي أمام القضاء، ومنها مبادئ القانون الطبيعي وأحكام القانون الوضعي، وقواعد الإنصاف⁽¹⁾.

263. استقل أرسطو عن فكر أستاذه أفلاطون فكّون مدرسة خاصة به هي "المعهد" ومن أبرز ما تميّز به أرسطو عن أفلاطون أنه أعاد الاعتبار إلى المعرفة التجريبية والعملية التطبيقية، ففلسفته مادية وليست فلسفة مثالية. ولقد أبرز هذا الفارق الفئان "رافثيل" في لوحته الشهيرة، لوحة مدرسة أثينا (في قاعة الختم بالفاتكان) وهي اللوحة التي تمثل الحق الطبيعي، والتي يتوسطها كل من أفلاطون وأرسطو الأول مشيراً بإصبعه إلى السماء، أي إلى عالم الأفكار والمثل، والثاني حاملاً كتاب "الأخلاق" ومشيراً إلى الأرض. فالإشارة الأفقية لأرسطو تعني الفكر الوضعي الموضوعي الإيجابي، وأما الإشارة العمودية لأفلاطون، فهي تعني وتلمح إلى التأمل النظري.

264. الفلسفة الأولى عند أرسطو هي العلم الذي يبحث في الموجود بما هو موجود، أي الموجود المطلق ولواحقه التي له بذاته ومبادئه⁽²⁾.

262. (1) M.Villey : "Abregé de droit naturel classique" in-Leçons d'histoire de la philosophie du droit.

264. (1) مليبيا ص 69

وموضوع الفلسفة هو الوجود الثابت الدائم. فلا وجود إلا للمفرد، أي الكائن الجزئي، أما الكلي فلا وجود له. فالفرد وحده هو الموجود في الحقيقة. الفرد ثم العائلة هي الأجزاء التي تتكون منها المدينة، وهي الكل أما الإنسان فلا وجود له بذاته، لأنه معنى كلي، وموجود ذهني. فتعريف أرسطو للجواهر يفضي إلى القول بامتناع وجود المثل الأفلاطونية وجوداً حقيقياً⁽²⁾. الجوهر هو كل ذات ليست في موضوع. فهي كائنات جزئية مفردة فلا حاجة إلى القول بأن هناك عالماً مثالياً مُوازياً للعالم الحسي فيه من الجواهر المفارقة عدد مساوٍ لعدد الجواهر الموجودة في العالم الحقيقي⁽³⁾.

265. سيكون لأرسطو شأن كبير في تعميق النظريات القانونية لأنه ميز بين الأخلاق والقانون، ولأنه وضع الأسس النظرية الواضحة لمدرسة القانون الطبيعي. فتعريف القانون عند أفلاطون كان تعريفاً واسع المجال، ومن مزايا أرسطو أنه اهتدى إلى تعريف دقيق ضيق له. لم يستنبط أرسطو تعريفه هذا على الطريقة المثالية الأفلاطونية، وإنما عن طريق التجربة العملية، فتأمل في اللغة واللسان، وبحث عن معاني الألفاظ، ومنها خاصة كلمة "Dikaion" التي تعني العدل أو القانون "Justice/Droit" فتبين له أن المعنى السائد عند العامة غير دقيق، وهو ما لا يتماشى ومتطلبات البحث الفلسفي الدقيق. فالقانون "Dikaion" عند أرسطو هو نوع من العدل أو فرع منه، وليس العدل كله، لا يختلط به ولا يمتزج معه، فهو بالتالي فرع مستقل له مجاله الخاص فيفصل على الأخلاق⁽⁴⁾.

266. وفي القانون تمييز ثان. فأرسطو يقول بتواجد العدل الوضعي أو القانون الوضعي إلى جانب العدل الطبيعي أو القانون الطبيعي⁽⁵⁾.

(2) المرجع السابق ص 70

(3) المرجع السابق ص 70

265. (1) كتاب الأخلاق Ethique de Nicomaque سليم اللغماني ص 101

والصنفان منفصلان، لكنهما متكاملان، لا تناقض بينهما، فالأول تعبير على قواعد ومبادئ الثاني. والتوصل إلى الحل القانوني يعتمد على مصدرين: الأول هو التأمل في الطبيعة، ويتمثل الثاني في تدخل المشرع.

267. يكون القانون الوضعي تعبيراً عن القانون الطبيعي الذي له الأولوية والذي يقوم بالتالي بالدور التأسيسي، فهو الذي يكس القانون الوضعي مشروعيته ويبرز ويفسر إلزاميته. فمعه تستنبط الأحكام الوضعية، فالقانون الوضعي هو محاولة لتحقيق القانون الطبيعي.

كانت نظرة أرسطو نظرة كونية، لأن الكون منظم تنظيماً محكماً. في المدينة نظام قانوني مثلما هو الأمر في الطبيعة التي ينظر إليها الفكر الإغريقي عموماً، وأرسطو خصوصاً، على أنها واقع طبيعي لا اتفاقي. فلا شيء عنده يفصل الطبيعة عن القانون، والقانون فرع من النظام الطبيعي وهو جزء وعنصر من الكون.

وبالتالي كان لابد من البحث عن سلامة العلاقات البشرية وتنظيم أحكام المدينة على طريقة التنظيم الكوني⁽⁶⁾ فلقد استرعى نظر الفلاسفة اليونان وجود نظام ثابت في الكون تسيير عليه الظواهر الطبيعية المنتظمة تنظيماً لا خلل فيه إذ كان لابد لمن يريد التعرف على القانون الطبيعي أن يتأمل في الكون، وأن يدرس الطبيعة دون أن يقتصر دوره على التأمل والمعاينة السلبية التقريرية.

268. فالتأمل فيما هو كائن فعلاً وفيما هو واقعي محسوس، هو طور أول من البحث. هذا التأمل هو تأمل وصفي سلبي. أما الطور الثاني فهو طور إيجابي يستوجب القدرة على التمييز بين الحسن والقبيح. هو تأمل مجرد وضروري للتمييز الإيجابي بين القيم. فلا تؤخذ الطبيعة على حالها بل لابد من التمييز بين ما هو شاذ فيها بشكل استثناء أو عيباً من العيوب التي تحدث فيها. فالحالات الغير عادية لا تعتبر حالات

267. (1) سليم اللغماني ص 105 وما بعد

طبيعية كممثل الأجسام المتوحشة، والتي تشكل كلها حالات مرهنية غير عادية.

وعلى نقيض ذلك فإن العبودية كانت عند أرسطو طبيعية، لأن الطبيعة لا تعرف المساواة ولا تأخذ بها. برر أرسطو العبودية لأن الآلة لا تعمل بمفردها، ومنع الفاضل (الربا) لعدم جدواه الاقتصادية. لذا فالقانون الطبيعي لا يتضمن قواعد واحكاما دقيقة، وإنما يحتوي على مبادئ هي روح النواميس، يكون فيها التأمل المجرد وحده هو المجدي⁽¹⁾.

269. المعرفة العملية التي ينتهجها أرسطو تتمثل في رفع الأسباب. فالعالم عنده من صنع صانع فنان. صانع الفخار هو الذي أعطاه شكله هذا الذي هو عليه. والسببية عند أرسطو لا تقتصر على الأسباب المادية والعلل الفعالة، وإنما تتجاوزها إلى العلل الصورية والفائية، أي تلك التي ترمي إلى غاية معينة. فصانع الفخار هذا يرمي إلى هدف فالغاية عنده هي علة العلل لأنها تتقدمها كلها. وهذا الذي يقوله أرسطو في خصوص الكون جائز أيضا في خصوص الفرد والشخص، فلكل كائن طبيعة، وهذه الطبيعة تتمثل فيما يجب أن يكون عليه⁽²⁾ شكله أو غايته. وهذه الغاية هي ما تسطره له الطبيعة الكونية، فطبيعة الكائن بذاته هي غايته، وطبيعة الإنسان ليست الحالة التي هو عليها في زمن ما، وليست ما هو كائن فعلا، وإنما ما ينبغي أن يكون عليه. فبالطبيعة موجودة بالقوة وليست الواقع بالفعل.

270. الطبيعة التي يجب أن نتأملها هي الغاية، ومنها يمكن استنباط العلوم أو المعارف التقاعدية وهي معرفة تجريبية عملية وواقعية، ولا هي مثالية أو نظرية أو ذهنية كما كان الأمر عند أفلاطون. فلا عمل إلا بما هو عادل حسب النواميس الطبيعية، أما ما هو جائز وغير عادل فيها فلا عمل به ولا استفاد إليه. فعلى هذا النحو ينظر أرسطو إلى الحياة الاجتماعية. الإنسان عنده مدني بالطبع، وهو كائن سياسي مدني،

268. (1) سليم اللغماني ص 112

269. (1) سليم اللغماني ص 106

فنقطة البداية عنده أن الإنسان "حيوان اجتماعي غير قادر على العيش في معزل عن الناس وعن الاجتماع.

فالمدينة هي من طبيعة الأشياء لأن الإنسان مخلوق لأجل المجتمع السياسي. فالإنسان الذي يعيش صدفة في عزلة تامة لا يعرف القانون، ومثله لا يفكر إلا في الحرب والعنف. فالإنسان مدعو بالقوة للعيش المدني، ويضيف أرسطو سببا ثانيا إذ يرى أن الاجتماع شرط النمو والتطور الثقافي، وهو تطور طبيعي أيضا. فكل شيء قابل للتحسن، والقانون الطبيعي هو قانون السير نحو الأفضل والأحسن⁽³⁾ فمبدأ الطبيعة عند أرسطو هو الحركة وهي انتقال من القوة إلى الفعل فهي وسط بين القوة المطلقة والفعل التام⁽⁴⁾ وهي فعل ناقص يتجه إلى التمام⁽⁵⁾. تتحرك المادة عندما تأخذ شكلا من الأشكال (لأن الصورة هي التي تحرك المادة) والحركة تغيير وصيرورة دائمة⁽⁶⁾.

271. وإذا ما كان التنظيم المدني مقتبسا من النظام الكوني بل منقولاً عنه، فهذا يعني أن القانون الطبيعي له عند أرسطو الأولوية فهو المبرر والمفسر للقانون الوضعي، فلا يكتسب هذا الأخير مشروعيته إلا به، أي بمطابقته له. وهو ما يعني أن أرسطو لا ينكر على القانون الوضعي قيامه بدور اجتماعي إيجابي.

272. علم التشريع عنده ليس بالعلم الصحيح، ومضمون الطبيعة غير معلوم وتركيبتها مجهولة. لا يمكن استنباط الحقائق القانونية بصفة يقينية. مثلما هو الأمر في الرياضيات حتى وإن شكل الجدول والتأمل معا الطريقة الوحيدة والمثلى لاستنباط الأحكام القانونية.

270. (1) سليم اللغماني ص 115

(2) صليبيا ص 74

(3) المرجع السابق

(4) صليبيا ص 72 الموجود ينقسم إلى ما هو موجود بالقوة وما هو موجود بالفعل -

والفعل القوة يطلقه أرسطو على مبدأ التغيير.

بالعقل السليم يدرك العدل الطبيعي : العقل الإنساني قادر على اكتشاف نظام الكون وذلك عن طريق التفكير وملاحظة الطبيعة، وهذا يعني أنه قادر على معرفة ترتيب الأشياء وتناسقها، وكذلك تنظيم المجتمعات البشرية، والعقل الإنساني عبر الملاحظة يستطيع أن يستخرج قوانين الطبيعة في جميع المجالات بما في ذلك علاقات البشر فيما بينهم وهذا يعني القانون الطبيعي.

273. أما العائق الأساسي للتوصل إلى هذه الحقائق على الوجه اليقيني، فهي تكمن في تأثير القانون بالمعطيات التاريخية المتغيرة. فبالرغم من تواجد العدل الطبيعي، فإن قواعد قابلة للتغيير. التار تشتمل على نفس النحو في فارس واليونان لكن القانون متغير دائما⁽¹⁾.

274. التأمل في الكون يمكن من مادة أولية هي مبادئ القانون الطبيعي ومنها يقع استنباط القواعد الوضعية. كان أرسطو يفضل القواعد الوضعية على مبادئ القانون الطبيعي الجوهلة والتي لا يقع التوصل إلى معرفتها. فهي أفضل من تلك القواعد التي لا تتفرع عن التأمل في الكون⁽²⁾. لقد أراد أرسطو أن يتجنب تدخل القضاء لسد الفراغ الحاصل في التشريع الوضعي، لأن القاضي ينحاز إلى أحد أطراف النزاع إذا لم يكن مقيدا بنص سابق الوضع. فتدخل المشرع لأنه ينتمي إلى النخبة ولأنه يتحلى بالاعتدال والحذر، أجدى وأفضل. الحذر صفة أساسية اشتق منها في القانون الروماني اللفظ الذي يفيد في العربية "لغة القضاء". كلمتان : تعني الأولى القانونون، وتعني الأخرى الحذر⁽³⁾.

273. (1) Encore qu'il y ait un juste naturel toutes les règles de justice n'en sont pas moins soumises au changement. Le feu brûle de la même manière en Perse et en Grèce, mais le droit est toujours changeant, M. Villey, P. 52.

274. (1) سليم المغناني ص 106 وما بعد
(2) Juris - Prudence - La prudence est vertu des législateurs - Villey p. 54 et 57

وأفضل المشرعين وأحسنهم عنده هو صاحب السلطة، وهو ما يبين أن القانون الوضعي عند أرسطو هو عمل إرادي، فمحتوى العدل الوضعي غير معلوم إلا بعد القرار الإرادي للمشرع⁽⁴⁾.

275. فالمشرع هو الذي يقوم بعملية الاستنتاج. وهو الذي يستنبط الأحكام الوضعية من تأمل الطبيعة فيكون بالتالي دوره أساسيا لأن تأمل الطبيعة لا نهاية له. والنتائج التي يقع التوصل إليها هي دائما نتائج وقتية. فالمشرع أن ينهي هذه العملية في فترة زمنية ما. كما أنه مدعو إلى إضافة بعض الحلول الجزئية الضرورية من دون أن تستند هذه الحلول إلى البحث في القانون الطبيعي ومبادئه. هذه الأحكام الجزئية إذن هي أحكام اعتبارية من محض إرادة المشرع⁽⁵⁾ والتشريع عند أرسطو هو حوصلة بين الطبيعة وما يقرره التأمل فيها من استنتاجات وبين الإرادة الحرة للمشرع أو اتفاق بين الأفراد في العقود مثلا. ومن هنا يعترف أرسطو أن القانون الوضعي ليس على نفس النحو في كل الدساتير وهو يعترف بالتالي بأن العدالة مختلفة من دستور إلى آخر⁽⁶⁾.

276. ما الذي يبرر الصبغة الإلزامية للقوانين الوضعية ومن أين تستند مشروعيتها تواجدها ؟ إن كانت القواعد مستمدة من الطبيعة فهذه الأخيرة هي التي تكسبها مشروعيتها لأن الأحكام المستمدة من طبيعة الأشياء (Dikaion Physis) صالحة لكل مكان وزمان. الأصل عند أرسطو أنه يعتبر أن القانون الوضعي مستمد من القانون الطبيعي ومطابق لمبادئه. فطبيعة الأشياء هي التي تؤسس للأحكام

(3) M. Villey, p. 54. On ne pouvait pas savoir d'avance le contenu du juste légal, du

juste positif, il dépend de la décision volontaire du législateur, Ethique VII - 6-1.

275. (1) M. Villey p. 55

(2) كان أرسطو مهيبا بدستور قراطاج ولقد درس أكثر من 100 دستور

M. Villey p. 49.

القانونية الوضعية. فإن كان العدل هو القانون الطبيعي الذي يجب أن توضع على أساسه القوانين الصادرة عن إرادة المشرع، فإن القوة الإلزامية للقوانين الوضعية تستمد من العدل ذاته. فالعدل يقتضي الانقياد إلى القوانين التي يستنها المشرع، لأن العدل هو الذي يجعلنا نحترم القوانين الوضعية⁽¹⁾. فالطابع المميز للمجتمع السياسي يكمن في الخضوع إلى أحكام العدل. واحترام القانون هو إذن أساس الحياة المدنية⁽²⁾. فالعدل بعبارة خلدونية هو أساس العمران.

277. أما في خصوص الأحكام الإرادية الامتباطية الجزئية "Dikaion - Nomikon" فهي أحكام لا تصلح بالضرورة لكل مكان ولا في كل زمان. بل إن سلوكياتها تنحصر في مجال ومدى سلطة المشرع. ففي هذه الحدود فحسب تكون هذه القواعد ملزمة وهي تمثل جزءا من العدل الوضعي. فالمشرع بانتدائه للتخبة التي هي بالضرورة الفئة الحاكمة يتميز بحياده وحذره في أعماله. فهو الذي ينظر إلى الصالح العام. لذا كانت أعماله مثلما كان موقعه ناتجا عن طبيعة الأشياء. فهذه النصوص الجزئية التي يصدرها المشرع تتمتع بالصفة الإلزامية، لصدورها عن إرادة المشرع. إذ يفترض أرسطو على وجه القرينة أنها مطابقة لأحكام القانون الطبيعي.

278. فمشروعية القانون لا تتأسس على سيادة الشعب لأن القانون لا ينبني على الاتفاق، وإنما يرتكز على سيادة القانون المطلقة، لضرورة مطابقته أو لافتراض مطابقته لطبيعة الأشياء. فلا خلط ولا امتزاج عند أرسطو بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي، فهو يقول بوضوح بالتمييز والتفرقة بين الصنفين. فالعدل بذاته هو القانون الطبيعي والعدل في المجتمع هو القانون الوضعي. وهذا يعني إمكانية الاختلاف بينهما. ومع ذلك فإن الخضوع إلى القوانين الوضعية أمر ضروري فطاعة القانون واجبة على الفرد. والأمر الأول هو واجب الطاعة.

276. (1) سليم اللغماني ص 113
Villey p.63, (2)

والثاني هو البحث في القيمة الذاتية لهذه القوانين⁽³⁾. فالشر الأكبر هو انتزاع القوة الإلزامية للقوانين وتعود الشعب على مخالفتها. وخلاصة القول فإن أرسطو يؤسس القانون الوضعي على القانون الطبيعي. فالقول بأن القانون الوضعي هو العدل يحمل أمرا للأفراد بالخضوع إلى أحكامه، ولكنه في نفس الوقت يحمل المشرع على استنباط الأحكام من مبادئ العدل الطبيعي.

279. لقد كان للفكر الإغريقي بالغ الأثر في الفكر البشري عموما. تأثر ابن رشد بفكر أرسطو تأثرا لم يمنعه من تجاوزه. لكن هذه الإنكار لم تعمّر في الفكر العربي الإسلامي. وحقيقة الأمر فإن استمرارية الفكر الإغريقي جاءت بعد نقله العربي عبر الفكر الروماني والفكر المسيحي.

الفقرة الثانية : القانون الطبيعي في الفكر المسيحي

280. عند مجيء الفقهاء الرومان، تواصل القول بأطروحات فلاسفة الإغريق وخاصة أرسطو الذي يبدو تأثيره واضحا على العديد منهم أمثال بول، و أولبيان. ولقد كانت فكرة وجود عدالة أرقى من القانون الوضعي مألوفة في الفكر الروماني ولكنها لم تتناول بعمق من قبل الفقهاء الرومان، بل اقتصر أمرهم على أعمال تبسيطية تولى القيام بها خاصة سيسرون الذي كان تأثير المدرسة الرواقية عليه بالغا. فالمدرسة الرواقية كانت بالأساس مدرسة أخلاقية، دينية أكثر منها سياسية قانونية⁽⁴⁾ ومع ذلك فلقد كان سيسرون يرى أن المجتمع تحكمه قوانين، وهي مبادئ القانون الطبيعي، وهذه المبادئ لا تنشأ عن إرادة الإنسان، لأن القانون الطبيعي أزلي ثابت لا تتغير أحكامه، لأنه معقول. لذلك فالعقل السليم قادر على إدراك القانون الطبيعي، وهو ما يعني كما كان الأمر عند الإغريق تغليب العقل على الإرادة.

278. (1) M.Villey p.53 et 54

280. (1) سليم اللغماني ص 123 و 124. M.Villey p.63.

الفكري وأفرا. له كتاب "الاعترافات" (٩) والمحاورات الفلسفية وفيه تأثر كبير التأثر بأفلاطون، كما كتب كتاباً هاماً هو "مدينة الله" (١٠) يتحدث فيه حسب التأويلات عن الفلسفة أو عن التاريخ أو عن "لاهوت التاريخ" (١١). كانت نظرياته محلّ تأويلات مختلفة، فهناك من رأى فيه نصيراً لمدرسة القانون الطبيعي، وهناك من رأى فيه مؤسس التشريع المقدس. وبالتالي منظر الحكم الديني التيوقراطي وهو الأرجح. ورأي ثالث يقول إنه من أتباع مدرسة القانون الوضعي، أو الوضعية القانونية (١٢).

283. فما هي أهم أفكاره ؟ يرى أغسطينيو أن العدل هو الله، بل العدل هو كل ما يراه الله. فالعدل الوضعي يكمن في العدل الإلهي، وكل ما يريده الله هو العدل بذاته. فالإنسان العادل هو الذي يكون في اتفاق تام مع الإرادة الإلهية فلا يتحقق الأمر بالأعمال الظاهرة الخارجية فحسب، وإنما أساساً وبالدرجة الأولى بما هو باطني داخلي، وهنا نرى مسحة أفلاطونية، فعلى خلاف أرسطو ليس العدل عنده المساواة، وإنما هو البر والإحسان.

284. إن المصطلحات الواردة عند أغسطينيو ليست مفاهيم دقيقة المعنى فهي عامة ينعدم فيها مفهوم الجزاء الدنيوي لأنه يرى أن الجزاء الحقيقي هو جزاء الآخرة أي الجزاء الإلهي.

الفكر التقليدي الذي جاء به القديس أغسطينيو يقوم على تمييز غير معهود عند الإغريق، فعوضاً عن التمييز بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي، نراه يحلّ محلّه تفرقة أخرى هي التي تفصل القانون الإلهي عن القانون الإنساني (١٣). فمقياس التمييز هنا هو الإرادة. وفكر القديس أغسطينيو هو فكر إرادي. فهو يمزج بين القانون الطبيعي والعقل

281. لقد سلّم الفقهاء الرومان بالدور التأسيسي للقانون الطبيعي، فلم يتعمّقوا في أصول الفلسفة الإغريقية ولم يعطوا للقانون الطبيعي الدور الذي أناطه أرسطو بمهدته فمصادر المؤسسات الرومانية هي مصادر تاريخية مرتبطة بالوضعية الواقعية للمجتمعات، فاستقطب القانون الوضعي اهتمام الفقهاء الرومان الذين لعبوا دوراً جوهرياً في إفراد الأصناف القانونية والأحكام الدقيقة التي لا يزال العديد منها صالحاً إلى اليوم إذ منها وقع اقتباس البعض من القواعد القانونية الحديثة (١٤).

لم يشهد القانون الطبيعي إنبعاثاً جديداً يذكر إذن إلا مع الفكر المسيحي فأضيفت إليه عناصر أخرى، وكان ذلك خاصة مع كل من القديس أغسطينيو (١) والقديس توماس الأكويني (ب).

١ - القديس أغسطينيو

282. لم يدخل الفكر الديني المسيحي قطيعة جوهريّة من حيث إمكانية القانون الطبيعي ودوره التأسيسي، بل اقتصر تماشياً مع المنظوم الفكري الديني على ربط القانون الطبيعي بمصدره الإلهي. فالقانون الطبيعي مصدره الله. وأفضل ممثل للفقه الديني التقليدي هو القديس أغسطينيو الذي عاش فيما بين سنة 430 و359 وامتدّد الدين المسيحي سنة 387، أصله تونسي - جزائري درس في قرطاج، وعاش في روما. خرج عن المانوية (١٥) وحاربها دفاعاً عن المسيحية، كما كان إنتاجه

281. (١) اهتمّ الفقهاء الرومان إلى إفراد 4 أصناف قانونية جامعة تستعمل إلى اليوم هي الحالة الشخصية، الأموال أو الحقوق العينية، والالتزامات بنوعيتها التعاقدية والغير تعاقدية.

علي المزغني القانون الدولي الخاص عدد 322، ص 126 وما بعد.

282. (١) M. Villey p.71 et s.

(2) Les Confessions

(3) La cité de Dieu

(4) Théologie de l'Histoire

(5) Villey, 77

284. (١) سليم اللغماني ص 241

(2) نفس المرجع

الإلهي، ثم بين القانون الطبيعي والكتب المقدسة، وأخيرا يعدل على التمييز بين القانون الطبيعي، والقانون الوضعي فيحل محل هذه المعادلة أو المعارضة التأكيد على علوية القانون الإلهي على القانون الإنساني⁽²⁾.

285. سيكون للمصدر الشكلي للقانون بالغ الأهمية في فكر القديس أغسطينيو. فمصادر التشريع المسيحي ثلاثة :

المصدر الأول : هو القانون الطبيعي. والطبيعة هي المصدر الأصلي للمعرفة وللعدل. وهي قاسم مشترك للبشرية جمعاء، لا تختص بها شعوب دون غيرها حتى تلك التي نزل الوحي الإلهي فيها. فإذا ما اقتصرنا على هذا الموقف للقديس أغسطينيو صح اعتباره من أنصار مذاهب القانون الطبيعي. لكننا لا نجد عنده منهجية تتأصل في التأمّلات الكونية، ولا طريقة لاستنباط واستخراج القواعد القانونية. وهذا أمر مفهّم في المنظوم الفكري للديانات الكتابية التي تولى الوحي الإلهي أهمية كبرى، فالقانون الطبيعي يحتجب عنده لفائدة الوحي الإلهي.

286. النوع الثاني من القوانين هي تشاريح موسى وعيسى. القانون الإلهي هو القانون الطبيعي في الفكر الإغريقي لكن القديس أغسطينيو يميّز بينهما. فتكون الغلبة لصالح الإرادة الإلهية إذ لا يتصور أن يكون القانون الطبيعي مخالفاً للقانون الإلهي⁽³⁾ فالتّوّارة (العهد القديم) عادلة في محتواها، وهي عادلة لجرّد أنها صادرة عن إرادة الله، وهكذا فالدولة ليست ضرورة طبيعية، وإنّما هي من إرادة الله .

287. لكنّ صلوحيات أحكام التّوّارة محدودة زمنياً إذ هي تعبير على ضروريات الظروف التي نزلت فيها. فلا يبقى سوى تشريع عيسى ابن مريم، وما يتضمّنه الإنجيل. فهو المعيار الذي ليس من دونه معيار والذي بنوره يحصر العدل.

والعدل عندئذ هو إيماني، ولا يمكن أن يكون عقلياً، لأنّ العقل فاسد لا قدرة له على المعرفة الحقيقية.

ومن هنا يكون عند أغسطينيو التشريع الحقيقي هو ما أوحى به الله إلى عيسى، فهذا التشريع هو الذي يصبح تشريعاً وضعياً وقانوناً مقدساً في الآن نفسه. فيأخذ المكان الذي كان للقانون الطبيعي في الفكر الوثني "المدنس" قبل الوحي في اليونان القديم. وهكذا يمجّز القديس أغسطينيو بين القانون الطبيعي والقانون الإلهي. والكتب المقدسة هي التي تتضمّن إرادة الله. وعلى وجه التحديد، نظراً لاعتناقه الدين المسيحي، في العهد الجديد. فبهذه الصفة يتوصل إلى نتيجة منطقية هي علوية القوانين الإلهية على القوانين الوضعية الإنسانية.

288. القديس أغسطينيو يعترف بوجود القانون الوضعي، وهو يعترف بضرورة الانصياع إلى أحكامه. فالامتثال إلى القانون الوضعي يبرّوه الأساس الذي يقوم عليه نظام الحكم عند أغسطينيو فهو بالضرورة ديني، فالحاكم ليس سوى إرادة الله وهو مجرد وسيط. لم يكن القديس أغسطينيو يدعو إلى الثّورة على القوانين الوضعية وعصيان سلطة الحكم، فعلى غرار عيسى الذي انصاع إلى قوانين قيصر كان القديس أغسطينيو يرى ضرورة العمل بالمؤسسات الدنيوية المتواجدة في عصره. ومنها الفائض المالي والملكية الخاصة، وحتى التعذيب الجسدي، والعبودية، وذلك بالرغم من أنه لم يكن يعتبر خلافاً لأرسطو أن العبودية طبيعية.

289. لم يكن اهتمام أغسطينيو "بالمدينة الدنيوية" فائقاً ومع ذلك فلقد كان كتابه "مدينة الله" ملأنا بالنقد الموجّه للقوانين الرومانية الوثنية المدّسة فهي قوانين جائرة لا تحقّق سوى السعادة المادية، لأنّ المؤسسات الدنيوية الوثنية لا تعطي لأصحابها سوى المزايا الزائلة لا محالة والسعادة الدنيوية التي هي غاية الدولة الآتينية هي سعادة زائفة. فالمجتمع الذي يستند في تنظيمه على القانون الإنساني ليس بالمجتمع العادل، فإذا كان العدل إعطاء كلّ ذي حقّ حقّه فإنّ هو العدل إذا لم نخصّص أولاً لله مصدر كل شيء، وخالق الكون والإنسان ما يستحقّه.

فالعدل الإنساني إذن هو عدل بهتاني، أما العدل الحقيقي فهو الذي يستوجب طاعة الرؤوس للرئيس، والرئيس الأول هو الله، فلا عدل من دون طاعته.

290. لقد كان أغسطينيو يرى ضرورة الامتثال والانصياع إلى القوانين الوضعية، حتى تلك التي يعتبرها جائرة وغير طبيعية. فالقواعد الوضعية تتضمن عنده حداً أدنى من العدل لأن فائدتها تكمن في حفظ الأمن، والاستقرار في الاجتماع والسلم فيه، وهو يرى أن الحكم لله دائماً، وأن مباشرة من قبل الإنسان عائد حتماً إلى تفويض الإلهي، فكل ما يحدث هو من صنع الله، بحيث يصبح الامتثال إلى قوانين قيصر انقياداً إلى أحكام الله.

291. إن خلاصة القول في نظرية أغسطينيو تؤكد امتزاج القانون الطبيعي بالقانون الإلهي والخلط بينهما. فهو من حيث منطق هذا من أتباع مدرسة القانون الطبيعي. لكنه يبتعد عنها في العديد من المواضع. فلا قانون عنده إلا الذي جاء به الدين المسيحي، ولا عدل إلا بالدين. فالقانون عنده إرادي لأنه إرادة الله المطلقة، فيصبح القانون عنده مقدساً، ولا معرفة للقانون الإلهي إلا في الكتب المقدسة فمنهجية نقلية إملائية. نجد بعض هذه المقولات عند الغزالي والأشعري وهي بعيدة عن فكر أرسطو لأنها لا تعترف بقدرة العقل على المعرفة.

292. سيكون الفضل للقديس توماس الاكوييني في العودة بالفكر المسيحي إلى الفلسفة الإغريقية ومنها فلسفة أرسطو. فيحدث بذلك قطعة أساسية تمهد فيما بعد إلى علمنة القانون الطبيعي نفسه.

ب - القديس توماس الاكوييني

293. تأثر الاكوييني خاصة بأرسطو فكان اهتمامه بالقانون والعدل اهتماماً كبيراً. شرح كتاب "الأخلاق" لأرسطو وبدأ في شرح "السياسة". أنتج العديد من الكتب أهمها موسوعته "La somme théologique" التي خصص فيها للعدل والقانون عدة أبواب.

294. عاش القديس الاكوييني في فترة طغت عليها مسحة فكر القديس أغسطينيو. وكان القانون المسيحي الكنيسي يطمح فيها إلى التوسّع حتى يشمل كلّ مجالات النشاط الاجتماعي حيث كان هذا القانون يتمتع بشرعية دينية لكونه صادراً عن إرادة الله.

295. بدأت تبرز في القرن الثالث عشر الذي عاش فيه القديس الاكوييني بوادر الرأسمالية الجديدة. فأضحى القانون الديني غير صالح وغير متناش ولا هو متجانس مع المعطيات البعيدة، فالرزت هذه الوضعية الانتقالية نظرية قانونية جديدة غير معهودة في ذلك الوقت أحسن من عبّر عنها هو القديس الاكوييني⁽¹⁾.

296. سيتعرّض الفكر الديني إلى ضغط من نوع جديد إذ استوجبت التحوّلات الاجتماعية الرجوع إلى القانون الروماني وخاصة إلى قانون "جستنيان" الذي وقع إحياءه. فلم يكن من بد إلا البحث في مشروعية هذه العودة، لأن القانون الروماني هو قانون دينوي لا ديني وثني مدّس غير مقدّس.

وتطوّر الفكر المسيحي مرّة العودة إلى القانون الروماني، وهو الأمر الذي أدّى به إلى إعادة الاعتبار إلى القانون الطبيعي⁽²⁾. كما كان لا بد أن يتطوّر القانون الروماني القديم حتى يساير ما هو حاصل من تغيّرات جذرية، وهو الدور المناط بعهد الشّراخ⁽³⁾ إذ ذاك. هذه هي الظروف التي حدث بتوماس الاكوييني إلى التجديد في فلسفة القانون، وسوف يكون لهذا التجديد بالغ الأثر في أوروبا.

297. حاول القديس الاكوييني التوفيق بين نظرية القانون الطبيعي لأرسطو، وبين مقتضيات الديانة المسيحية.

تسترجع نظرية القانون الطبيعي مكانتها في فكر توماس الاكوييني، لأنه ينطلق ممّا للكون من نظام. ونظامه هذا ليس وليد الصدف، وإنما

295. (1) سليم اللغماني ص 260 وما بعد

296. (1) سليم اللغماني ص 264
(2) المرجع السابق ص 262

هو للمخالق عائد. هذه الفكرة استمدّها الاكوييني من أفلاطون وأرسطو، وهي متواجدة في الكتب المقدسة، فلا تتعارض مع الفكر الديني. يصبح القانون الطبيعي الذي يقرّ بتواجده الاكوييني مرتبطاً بوجود الله. وهو الخالق للكون، وهو السبب الأول أو العلة الأولى لنظامه. قاله سبب أول، تعود إليه الكائنات كلّها، يضع لها القوانين والتواميس. فتكون قوانين الطبيعة العلة الثانية. هكذا وفق إلى حدّ الاكوييني بين نظرية أرسطو وبين الأصول العامة للفكر المسيحي. وبهذه الصورة يخضع كلّ ما يحدث في الكون إلى قوانين الطبيعة. يخضع إليها الحيوان بصفة غريزية، فطرية وتلقائية، والإنسان أيضاً لاتّصافه بالحيوانية.

298. لكنّ الإنسان يتفوّق على الحيوان من حيث تمتّعه بإرادة وتميّزه عنه بالعقل. فالإنسان يخضع إلى القوانين الطبيعية والإلهية بحكم إرادته الحرة فتكون أعماله مطابقة للتشريع على وجه عقلائي، وبصفة منطقية. فبالإرادة يتمكن الإنسان من خرق قوانين الطبيعة، وبها يستطيع مخالفتها، وسيكون للإقرار بالعقل الإنساني والاعتراف به، بالغ الأثر في تجديد فلسفة القانون.

299. لكنّ للعقل دوراً إيجابياً في نظرية الاكوييني إذ به يتسنّى للإنسان التّعرف على قوانين الطبيعة واستنباطها. وإنّ التّطلّع إلى معرفة قوانين الطبيعة عن طريق العقل، يفضي إلى ضرورة الامتثال إليها. فالخير في اتباعها والشرّ في الإعراض عنها ومخالفتها. لذا كانت المعرفة عند الاكوييني معرفة عقلانية تحكمها ضرورات تطبيقية عملية. لا تخرج هكذا منهجية المعرفة عند الاكوييني على ما كانت عليه عند أرسطو ولا تخرج أيضاً عن المنظوم الفكري المسيحي. لأنّ الإنسان ليس بالعقل الخالص وإنّما هو خليط من المادة والروح. فللحواس نور أولي في المعرفة، لذلك فإنّ المنهجية عند الاكوييني ليست مثالية كما كانت عند أفلاطون وإنّما هي تجريبية تطبيقية واقعية مثلما هي عند أرسطو.

300. أمّا المرحلة الثانية التي تلي المعرفة الحسّية، فهي التي تتمثّل في القدرة على الارتقاء إلى طور التّصنيف، فمعرفة قوانين الطبيعة

تستوجب التّأهّب والاستعداد إلى التّجريد، لأنّ المعرفة الحسّية هي معرفة الظّواهر، معرفة الكائن بذاته، ومن الواجب التّعرّف على أنواعها وأصنافها، وهو طور يليه التّعرّف على النّظام العام للكائن. فلا تتحقّق هذه المرحلة الأخيرة وهي معرفة الجوهر إلّا بتحديد الغايات والأهداف العامة⁽³⁾.

وتطبيقاً لمنهجيته هذه اعتبر الاكوييني أنّ الزّواج وصفته الأبدية والمقدّسة، وتحريم تعدّد الزّوجات، من القواعد الطبيعية. لا شيء يميّز هنا الاكوييني عن أرسطو سوى أنّه يبرر مقولات الفيلسوف اليوناني من خلال المقدّسات والمعتقدات المسيحية، فأضفى عليها مسحة دينية. كان الاكوييني يقول، مستنداً إلى الفلسفة الإغريقية بأنّ العقل الإنساني قادر على إدراك كلّ الحقائق التي تتضمنها الطبيعة، ولكنه يتدارك مضيها أنّ الأخلاق السّماوية التي نزل بها الوحي، وسجّلت في الكتب المقدّسة، تساعد الإنسان على اكتشاف الحقيقة ويعني ذلك أنّ القديس الاكوييني يعتبر أنّ القوانين الإنشائية تبقى ناقصة ولن تبلغ الكمال، وإنّما يقتصر أمرها على مجرّد الاقتراب من الخير الذي تشترك فيه الشعوب ويجمعها.

والكتب المقدّسة هي مصدر استلهام فحسب؛ فهو هنا على طرفي نقيض مع بعض الفرق الدينية المسيحية التي ذهبت إلى أبعد من ذلك. فالعماديون الجدد بألمانيا كانوا يطالبون بإلغاء العمل بالقانون الروماني المنعوت بوثنيته، وتعويضه بالقانون المرسوي القديم (القسم القانوني من العهد القديم) وهو مرّكف إلى نظرية اغسطينيو أقرب.

301. أصبح الفكر المسيحي (المتأثر بنظرية الاكوييني) في مجموعته يؤيّد مبدأ مجرّد الاستلهام من الأخلاق الدينية عند سن القوانين دون تطبيق النصوص المقدّسة القديمة بحذافيرها.⁽⁴⁾

”ففي فكر الاكوييني القانون الطبيعي هو قانون إلهي، لكنّه لا يعبر عن إرادة مطلقة، وإنّما عن أمر العقل. فلا تنحصر سبل المعرفة في النّقل عن الكتب المقدسة فللعقل دور لأنّ للأخلاق اتّجاها وهدفا وغاية“⁽¹⁾

302. فالقول بأنّ فكر الاكوييني ينتمي إلى مدارس القانون الطبيعي مرده عودته إلى نظرية أرسطو. مع اعتبار ما توصل اليه من توفيق بين أرسطو وبين أصول الدين المسيحي. وقد اعتبر الاكوييني أنّ الطبيعة هي الله في ذاته، والله يقوم مقام الطبيعة، أو بالأحرى هو الطبيعة، ويبقى دور العقل في هذا المجال دورا استنباطيا يستلهم الأحكام القانونية ليس بالضرورة من الكتب المقدسة كما كان الأمر عند أغسطينيو، وإنّما من إرادة الله. فالخالق هو الذي أكسب الكون نظامه وقواعده الطبيعية فأحكمه. وهذا رأي يختلف عن رأي أغسطينيو الذي كان يرى أن الأحكام متواجدة في الكتب المقدسة. فكان المصدر الأول عنده التّوراة لأنّه كلام الله الميثوث، أما الاكوييني فإنه يبيّن أن القواعد القانونية في الكتب المقدسة قليلة نادرة إن لم تكن منعدمة الوجود تماما. فالقّارة خاصّة باليهود، نزلت في ظروف تاريخية معينة وأصبحت أحكامها غير ملائمة للوضعية الجديدة ومتطلبات الدين المسيحي الجديد. والإنجيل عنده لا يحتوي على قواعد قانونية في مفهومها الضيق، وإنّما يتضمن بعض المبادئ الأخلاقية التي يجب على رجل القانون العمل بها لاستنباط الأحكام القانونية منها، ولا يكون ذلك إلا بالاعتماد على الطبيعة.“⁽²⁾

303. هكذا يقترب الاكوييني من أرسطو ويبتعد عن أغسطينيو. وهكذا يفعل أيضا في خصوص القانون الوضعي، فهو كما كان أرسطو يقرّ بقصور الإنسان على معرفة القانون الطبيعي معرفة تامّة، إذ لا وجود لعلم القانون الطبيعي، فالإنسان حرّ، والظروف متغيرة وتبا لذلك فإن مفهوم العدل هو أيضا متغير فالقانون الطبيعي مجرد منهجية.

304. القواعد الوضعية عنده كما عند أرسطو ضرورة اجتماعية لأنّ الإنسان مدنيّ. فسيكون القانون الوضعي البشري متفرعا عن القانون الطبيعي وهو ذات الآن متمم له، هو متفرع عن القانون الطبيعي. فيكون للعقل فيه دور فيكون صادرا عن إرادة المشرع. فهذا الأخير هو الذي يعطيه شكلا معيّن بالتدوين وبه يكتب للقاعدة القانونية الاستقرار والدوام. للمشرع الوضعي عند الاكوييني شأن كبير ودور خطير.

305. هكذا يفسح الاكوييني المجال أمام نظرية علمانية تبرز بواورها عنده في مركز القواعد الدينية التي تبدو وكأنّها غير قانونية. فعمل هكذا بالتمييز الذي أقره أرسطو بين الأخلاق والقانون، وخصّص لكل واحد منهما مجاله. هكذا أعاد الاكوييني الاعتبار إلى فلسفة أرسطو في إطار ديني، وهكذا أعاد الاعتبار إلى القانون الوضعي البشري في نفس الإطار المسيحي، وفي جوّ طغى عليه فكر أغسطينيو الذي كان فيه القانون يقتصر على الإرادة الإلهية. لقد هيأ الاكوييني بهذه الطريقة إلى سحب الغطاء الديني صلب مدارس القانون الطبيعي، وهو طور سابق لبروز مدارس القانون الوضعي.

الفقرة الثالثة : تطورات مدارس القانون الطبيعي

306. ستراجع مدارس القانون الطبيعي تراجعاً يتزامن مع العصور الحديثة والثورة الكوبرنيسية التي ألقدت الطبيعة دورها التأسيسي وأفقدت النظام الكوني طابعه النموذجي. وأوّل بوادر انقراض مدارس القانون الطبيعي يكمن في الفكر الديني ذاته حين ميّز بين القانون الطبيعي والقانون الإرادي حتى وإن كانت الإرادة التي يلتجئ إليها هذا الفكر ويعمل بها هي إرادة الله. ولكن تراجع المذهب سوف يأتي بالتدريج، وسوف لن يكون تاما. فأول المراحل التي تبعت الفكر الديني تمثلت في علمنة القانون الطبيعي بفصل الاسس الفلسفية للقانون عن الإطار الديني (1)

وسوف لن يكون انقراض مدرسة القانون الطبيعي تاماً إذ نلاحظ أن لها حالياً العديد من الأنصار الذين يحاولون الإبقاء على مقولات المدرسة الأساسية، مع مراجعتها طبقاً للانتقادات التي وجهت إليها. وأبرز هذه المدارس الحديثة هي مدرسة القانون الطبيعي ذي المحتوى المتغير (ب).

١ - علمنة القانون الطبيعي

307. إن أول من قام عن وعي بعلمنة القانون الطبيعي هو الفيلسوف الهولندي "قروسيوس" (1583-1645) (وهو الاسم المستعار ليوهانس ياقر). فلقد أسس مدرسة يطلق عليها اسم "مدرسة قانون الطبيعة والبشر" والتي ظهرت فيها من جديد المطالبة بإعادة إدراج نوع من العلمنة النسبية في القانون الطبيعي. وتعود أسباب اصطفاء هذه المدرسة للظروف السياسية التي عاش فيها "قروسيوس" في القرن السابع عشر، وهو قرن مشحون بالتحوّلات الجذرية، وكانت فيه هولندا بلداً توتسعيًا على المستوى العالمي. كان الأمن مستتباً آنذاك في البلدان الأوروبية، ولكن العلاقات الدولية كانت متميّزة بحروب الثلاثين سنة^(١)

308. اهتم قروسيوس بصفة خاصة بالقانون الدولي العام، أي القانون المنظم للعلاقات بين الدول. فلاحظ أنها أي هذه الدول، لا تنتمي إلى نفس الحضارات، ولا تنتمي بالخصوص إلى نفس الديانات. فلا يستقيم عندئذ تأسيس القانون الدولي العام هذا، على أسس دينية. فمن المنطقي أن يقوم العدل في العلاقات الدولية على أسس غير دينية، وبالضرورة على ركائز دنيوية. فالقانون الطبيعي الديني لا يعود إلى دين معين، لأن الدين بالضرورة خصوصي. إن ما يشكل القاسم المشترك بين مختلف المجتمعات والدول مهما تباينت حضاراتها ودياناتها هو وحده الذي يتضمّن قواعد تمكّن من استقرار العلاقات الدولية فهو الذي يجب أن يؤسّس للقانون الدولي العام.

307. (1) "Traité de la guerre et de la paix" : M. Villey p. 609

309. وعلى غرار ما اهتمدى إليه قروسيوس بالنسبة للعلاقات الدولية، فإنّه يرى أن العلاقات داخل المجتمع الواحد يجب أن تمكّن من تجنب الحروب والتناحر بين مختلف المذاهب الدينية. فكان لابد من أن يقع العدول في الداخل كما في الخارج على الطابع الديني والمقدس للقانون الطبيعي. وقد يكون قروسيوس قد تجاوز هذا الطور، لأنّه قام بالتمييز بين القانون الطبيعي والقانون الإرادي، وهذا الأخير كان ينقسم إلى قانون إنساني، وقانون إلهي.

310. والجديد عنده هو أن القانون الوضعي الإنساني يتحرّر إزاء القانون الطبيعي، وهذا موقف يخالف فيه قروسيوس الفكر التقليدي للقانون الطبيعي. فهذا الأخير غير ضروري للتأسيس للقانون الوضعي. سلطة القانون الطبيعي في إطار الفكر التقليدي متأتية في أن القانون الوضعي يتفدّى من القانون الطبيعي. فهذا الأخير هو الذي يحدّد ويضع محتوى ومضمون الأحكام الوضعية^(٢).

الازدواجية التي يأخذ بها قروسيوس على خلاف ما كانت عليه عند الاكوييني لأنها تعني أن القانون الوضعي الإنساني ليس مجرد استمرار للقانون الطبيعي، بل إن الأول مستقل عن الثاني. والإرادة الإنسانية أي إرادة المشرّع متحررة خلافاً لما كانت عليه عند الاكوييني. فإن كان هذا الأخير يعترف بأن القانون الوضعي من الأعمال الإرادية، إلا أن الإرادة عنده مقيدة بمبادئ القانون الطبيعي وخاضعة إليها^(٣).

311. ولقد جارى "بوفندرف" هذا الرأي الذي هيا له فيتوريو سوارس من قبل، ونعتت المدرسة التي تأسست على هذا النحو في القرنين السابع عشر والثامن عشر بالمدرسة الحديثة للقانون

310. (1) "Le Discours fondateur des droit des gens (approche historique)". Laghumani (S): Thèse, Doctorat d'Etat (Dacty) Faculté de sciences juridiques- Tunis II 1990, p. 288.

لم يصدر بعد الجزء الثاني من كتاب الاستاذ اللغمانى والذي ينتظر أن يخصه لدراسة المدارس الفلسفية الحديثة - لذلك فإننا نحيل الى أطروحة المذكورة التي درس فيها مجمل هذه المدارس.

(2) نفس المرجع

ب - المدارس الحديثة للقانون الطبيعي

314. لقد تغيّر محتوى القانون الطبيعي من فقيه إلى آخر، ومن اتجاه إلى آخر. فقد كان الاتجاه السائد في البداية يعمل على إيجاد عناصر القانون الطبيعي في الطبيعة ذاتها باعتبار أن كلّ ما هو طبيعي هو حق عادل وكلّ مبتكر مصطنع لا عدل فيه. وبذلك فإنّ إحداث التّوقيت القانوني مثلاً عمل اعتباطي إذ السّاعة الشمسية هي التي تطابق القانون الطبيعي. فالأسس التي بنيت عليها مدارس القانون الطبيعي تغيّرت عبر التاريخ، فكانت الطبيعة هي المرجع عند أرسطو وحلّ محلّها الدين في الفكر المسيحي.

315. والطبيعة في حدّ ذاتها مختلفة المعاني. فهي في معنّى أوّل الالتزام بغايات الكون، والامتثال للضروريات المفروضة، وهي عند أفلاطون تعني ثانياً أنّ كلّ حكم تقعيدي هو ما يوحي به العقل الطبيعي. وهي تفيد أيضاً عند أرسطو كشف العالم المدني للعالم الخارجي والتطابق العام بينهما.

316. ولقد كانت وبصفة عامة، التغيّرات الاقتصادية والسياسية والثقافية التي حدثت في القرنين الأخيرين ذات أهمية كبرى، وأدّت إلى ظهور تحولات قانونية كبيرة جداً. إلى حدّ أنّ أنصار القانون الطبيعي لم يكن في مقدورهم التمسك بأنّ هذه المؤسسة القانونية أو تلك، هي من مؤسسات القانون الطبيعي، أي أنّها ثابتة لا تتغيّر، خالدة لا تضعحل.

وقد تولّى الوضعيون خاصة انتقاد مدرسة القانون الطبيعي. مقدّمين حججاً أكثر إقناعاً. ممّا جعل شأنها ينقص، ومقدرتها على الإقناع والاحتجاج تضعف شيئاً فشيئاً، وأصبحت مهدّدة بالتزحزح عن موقعها، بل ومعرضة للإهمال. وهو شأن كلّ النّظريات. فهي تبرز في مهبها وتسود وتشغل أهل عصرها، ثم تتقادم إلى أن يتجاوزها الزمان.

الطبيعي⁽¹⁾ ولئن كان القانون الطبيعي غير غائب عنها فهو على كلّ فاقد لدوره التّأسيسي. فالقانون الوضعي لا يتقرّع عنه بل إنّهُ مستقل. ومعنى هذا في حقيقة الأمر التّنكّر إلى المقولات الأساسية لمذهب القانون الطبيعي، والقول بمبادئ الوضعية القانونية. فالقانون الطبيعي في هذه المنظومة الفكرية ليس له أيّ نفاذ ولا أيّة فاعلية اجتماعية، فهو ليس بالقانون.

312. قد يكون السّبب في إقحام هذه المدرسة في صلب التيار الطبيعي هو اعتبار هذا الأخير منفرداً بالعقلانية. وإذا كان من البديهي الاعتراف باعتماد الطبيعيين العقل كوسيلة للمعرفة، فإنّ مفهوم العقل عندهم متغيّر. فقد يكون العقل كونياً عالمياً من حيث إنّ مجموع المبادئ المنسقة التي تحرك الفكر وحركة العالم. وقد يكون العقل صفة الإنسان بالطبع الذي يمكنه من التعرف على الحقيقة والخير ويمكنه من التّنظيم الإرادي للحياة. وقد يعني أيضاً قدرة الإنسان على التّفكير حسب قوانين تسمح له بتنظيم سلوكه.

وللعقل التقدي دور جوهري في مدارس القانون الوضعي، فلا يجوز معارضتها بمدارس القانون الطبيعي على أنّ الأولى غير عقلانية، وأنّ الثانية هي التي بمفردها تستند إلى العقل. لأنّ العقل البشري يغني عن القانون الطبيعي⁽²⁾ فلقد كانت علمنة القانون الطبيعي شرطاً ضرورياً في إفراز نظرية مضادة له وهي نظرية الوضعية القانونية.

313. ومع ذلك لا تزال النّظرية القديمة للقانون الطبيعي تجمع حولها إلى اليوم أنصاراً عديدين لدرجة أنّ البعض يتحدث في شأنها عن استرجاعها للنّفوذ والتأثير⁽³⁾ والسيد ميشال فيلاي نصير بفرنسا مدافع عنها.

311. (1) المرجع السابق

312. (1) المرجع السابق

313. (1) M. Villey p. 208.

غير أننا لا نستطيع القول بأن نظرية القانون الطبيعي قد تنوسيت تماماً. بل لا يزال تواجدها متواصلاً في شكل دراسات جديدة وصيغ متنوعة. لكن بالإمكان القول بأنه بالرغم من استمرار تواجدها فهي نظرية هامشية مهمشة في العصر الحديث. لقد برزت كرد فعل للانتقادات التي وجهت إليها.

317. قوبلت مدارس القانون الطبيعي بانتقادات عديدة منها ما يتعلق بمصادقيتها، ومنها ما يتصل بجداولها. فالنظرية المثالية تؤخذ بكونها مجانية للصواب. ذلك أن الأنظمة القانونية مختلفة مكاناً وزماناً. فهي في بلد غيرها في آخر، وهي في مرحلة تاريخية لبلد غيرها في حقبة أخرى مر بها نفس البلد. إن هذا الاختلاف في الزمان لدليل قاطع على انعدام قانون كوني ثابت يصلح لكل مكان وفي كل زمان، إنه برهان على وجود قانون خاص بكل بلاد، وكل عهد، يتشكل بفعل العوامل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

فهل ينبغي أن نقبل نظرية القانون الطبيعي في محتواها المتغير الذي يجيب عن هذه الاعتراضات بالذات ؟ عندئذ يثار الانتقاد الثاني المتعلق بعدم صلحية القانون الطبيعي وجداً.

318. فالقانون الطبيعي تظهر عدم جدواه أولاً في مستوى معرفة القانون. وفعلًا إذا كان أمر القانون الطبيعي ينحصر في كونه عبارة عن البعض من المبادئ العامة ذات القوة والثورة، أو مثال أعلى بسيط للعدالة أو للحرية، فإنه لم يعد سوى مجرد أخلاق، لأنه لا يحتوي على إيضاحات كافية لتنشأ عنه قواعد قانونية.

فليس القانون الطبيعي سوى مجموعة من المبادئ الضبابية الغامضة، غير الكونية يعسر الإلمام بها، إنه يتصف كما نعت السيد مياي بـ "الشك المطلق"⁹ وبتعبير آخر، فلا فائدة من القانون الطبيعي ولا خدمة ترجى منه.

319. ويتجلى عدم نفعه في مستوى آخر. إنه مجال عدم الجدوى، فحتى لو أمكن لنا أن نتفق فرضاً، حول وجود قاعدة دقيقة للقانون الطبيعي فإن هذه القاعدة لا يمكن أن يكون لها نفع إلا إذا استطعنا الاستناد عليها أمام المحاكم، والاعتداد بها وتفضيلها على الأحكام البدائل التي يقرها القانون الوضعي. والحال أن القديس توماس الاكوييني كان لا يقبل في هذه النقطة بالذات الثورة على القوانين الجائرة أو مقاومتها إلا في حالة الافتراض النادر للقانون الذي يكون فيه مخالفاً لقانون سماوي⁹.

ولا يحق للقاضي، وفي جميع الأنظمة القانونية الحالية، أن يرفض تطبيق نص وضعي بتعلله مخالفته للقانون الطبيعي. وقد يستطيع وفي حالة اللزوم القصوى، أن يستشهد لا بنص قانوني عادي، بل بقاعدة قد تناسب مبدأ وجد في القانون الطبيعي. ولكن ذلك لا يعني أنه طبق مقولة القانون الطبيعي، بل القانون الوضعي الذي يمثل الدستور عنصراً في مكوناته.

وفي الواقع فلا يلتجأ إلى القانون الطبيعي ولا يقع الاعتماد عليه بنجاعة إلا عندما يطاح بنظام سياسي. إذ يقوم القانون الطبيعي بتبرير إبطال العمل بالقواعد القديمة التي حكم عليها بكونها جائرة، كما أنه يقوم خاصة في تلك الحالة بتبرير إقرار القواعد الجديدة مصحوبة بأثر رجعي.

إلا أن القاضي، وحتى في هذا المعنى، لن يطبق القانون الطبيعي مباشرة، بل القانون الوضعي الجديد.

320. فاحياء لدوسة القانون الطبيعي ومحاولة لانقاذها ذكر البعض من الفقهاء الطبيعيين مثل جيني وبلانيول وكابتان بالفكرة التي يعود

319. (1) إن الخواج يذهبون الى أبعد من مجرد الثورة ضد الأمير الجائر وغير العادل الذي يتماهى على ذلك. فعدم الإمتثال ليس وحده هو المطلوب بل أيضاً موت الطاغية. وهذا ما يبرر نظرية اغتيال الطاغية التي الفوها "Tyrannicide" انظر مقال هياض بن عاشور بعنوان "الدين والعدالة والطاعة للمسلطة في الفكر السياسي الإسلامي التقليدي": م.ت.ق. 1980 ص 88.

النَّمسكُ بها إلى أمد طويل، والقائلة بأنَّ القانون الطبيعي يتألف من بعض القواعد العامة فقط، والمبادئ البديهية التي يسلم بها تسليماً، ولا تحتاج إلى برهنة وتدليل، مثل الحرية، وكرامة الفرد الأخلاقية، أو مثل ضرورة احترام العهد والوفاء به، ويتنبى أن ترشد هذه المبادئ العامة كلاً من المشرعين والقضاة عند تأويلهم للقوانين إذ يمكنهم أن يستلهموا منها ويستنبطوا بها في أعمالهم. ثم إن هذه المبادئ العامة التي قد تكون تابعة للقانون الطبيعي قد اعتمدت لإدانة القادة الثأزين عند محاكمتهم بمدينة نورنبراق بتهمة الإبادة الجماعية، والجرائم الأخرى التي ارتكبت أثناء الحرب الكونية الثانية والتي كانت جرائم ضد الإنسانية.

321. وقد دافع فقهاء طبيعيين آخرون مثل ستاملر بالألمانيا، وسالاي بفرنسا وكذلك فيلاي قائلين بأنَّ القانون الطبيعي هو نوع من تطلع الإنسانية نحو عدالة مثلى. ولكن محتواها يتبدل بفعل الزمان، ويتغير حسب تغير المكان. هذه المدرسة هي المعروفة تحت تسمية مدرسة القانون الطبيعي ذي المحتوى والمضمون المتغير. فلا توجد في القانون الطبيعي قواعد أزلية خالدة وصالحة لكل مكان وزمان. فلكل أمة قانون خاص بها يتلاءم ومستوى نموها وتطورها، ويتجانس مع طباع أفرادها. فلقد أبرزت اليوم العلوم بما فيها العلوم الطبيعية أنَّ الطبيعة متغيرة ومتطورة في جوهرها وذاتها. ولكن لا بد للمشرع من مثل عليا يستنير بها ويستلهم منها أحكام قواعده. المثل الأعلى للعدل هو الذي يثير السبيل. ميز ستاملر بين الشكل والأصل، فالمطلوب من العقل الاستنباط الصوري والشكلي فهو الدائم الثابت أما المحتوى فهو متغير بحسب تغير الظروف وتنوع الأحوال.

322. إنَّ هذا الطرح الجديد يتعارض مع موقف القانون الطبيعي التقليدي والمتمثل في كونه مجموع القواعد الأبدية التي تدوم، والثابتة التي لا تتغير. فهو محاولة للتوفيق بين فكرة الخلود وفكرة التطور، حتى تخلص مدرسة القانون الطبيعي من التناقض وانعدام الجدوى. ويمكن اعتبار هذا الطرح الجديد صبغة عصرية للقانون الطبيعي قد

يصبح فيها المحتوى ملائماً لكل التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

323. ممَّا لا جدال فيه أنَّ جانباً كبيراً من أفكار الفقهاء الطبيعيين لم يبق له اليوم أثر حيث تجاوزته الزمن تجاوزاً كلياً، فلا وجود لمن يقول مثلاً بطبيعية البنية الشرعية، واصطناعية التبني، أي أن النُسب الشرعي طبيعى، وأن التبني اصطناعي، ولكن تصور القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير هو الذي يبدو إلى الحقيقة أقرب. فلقد قبل القانون الطبيعي أن تكون بعض المبادئ التي يتضمنها متغيرة في الزمان، ولا شيء في تصوره يبيِّن سبب تغير القواعد القانونية ولا شيء يبرر سبب وجود تلك القاعدة في تلك الهيئة في الماضي وسبب وجودها في صورة مغايرة وأحياناً معارضة في الحاضر، كما أنَّه يتكهن بما ستؤول إليه في المستقبل⁽¹⁾.

323. (1) اختلف الموقف في خصوص هذه المسألة بين محرري هذا الكتاب إذ يرى الأستاذ المزعني أن مسألة حقوق الإنسان وليدة العداثة وهي رهينة تنزل الفرد الموقع المركزي في المنظوم الفكري. لذلك لا يمكن ربطها بنظرية القانون الطبيعي. فلقد أبرز أحد أهم مثليها معارضته لفكرة حقوق الإنسان أصلاً.

M.Villey : "Le Droit et les droits de l'Homme" PUF 2° éd, 1990

وفي هذا الصدد ثورد ما جاء في الطبعة الأولى من الكتاب تحت امضاء الأستاذ الشرفي الذي يأخذ نفس الموقف والعميد كاربونيي.

Carbonnier - Droit Civil "Introduction", n°50 p.91 n°43 p.83

جاء في الطبعة الأولى في آخر الفقرة 119 في خصوص تطور الفكر البشري كدلالة على تغيير الأفكار: "ويكفي للتذكير بأن الراي العام الأوروبي كان يجمع منذ أقل من قرون على استعسان الظاهرة الاستعمارية وحتى انقلس، وهو من هو، كان يجد في غزو الجزائر أي في الاستعمار حدثاً مهماً مفرحاً محفزاً لتقدم الحضارة".

ويضيف الأستاذ الشرفي فقرة 120، دلالة على الاتفاق الحاصل حالياً على البعض من المبادئ الأساسية، ما يلي :

المبحث الثاني مدارس القانون الوضعي

324. أحدثت الحداثة ابتداء من أواخر القرون الوسطى، وعلى وجه الخصوص منذ فترة النهضة الأوروبية والثورة الكوبرنيسية زلزالا وتحولا جذريا في الفكر الإنساني وتصور البشرية للكون. فانقلب دور الطبيعة

على أن الأمر يصبح أكثر دلالة عندما نعتبر أن الذين يقارمون المبدأ لا يمثلون أقلية فقط بل يمكن أحيانا أن يكون عددهم كثيرا جداً ولكنهم لا يصرون به علنا وبوضوح ولا يمثلون من مواقفهم بصفة مباشرة. بل يتكشفت أمرهم عندما يتعلق الأمر بحق المرأة في التحرر وفي مساواتها بالرجل وكذلك بما يسمى اليوم حقوق الإنسان وخاصة احترام الذات البشرية جسميا ومعنويا. وليس العهد ببعيد على التعذيب الذي كان يمارس رسميا وعلى الحكمة التي كانت تستعمل طرق انتزاع الإقرارات وعلى القضاة الذين كانوا لا يتورعون في التصريح العلني، وبدون أي حرج، بتلك الأحكام التي تنتهك حقوق الإنسان انتهاكا وتدومها دوما.

واليوم لا يزال التعذيب له مكانه في الأنظمة الاستبدادية ولكن لا أحد يجرؤ على التصريح بذلك والإعلان عنه. إنه ممارسة مخجلة التي حد أن الذي يمارسها لا يعلن عنها بل يخفيها. وهذا يعني أن الإنسانية قاطبة تجمع على أن تعذيب المظنون فيه ليس من الحكمة ولا العدل ولا الصواب في شيء.

وهذا أمر لا خلاف فيه غير أن الأستاذ الشرقي يرى أن هذا الإجماع الكوني هو تعبير على مبادئ القانون الطبيعي :

"نستنتج إذا أن هذا المبدأ الذي هو أحد مبادئ القانون الطبيعي لا يزال اليوم يعايشنا وتتفاعل به ومعنا أيما تفاعل. ولا أدل على ذلك من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 وميثاق الحقوق المدنية والاسياسية الصادر من منظمة الأمم المتحدة سنة 1966 والذي بدأ العمل به فعليا في 16 ديسمبر 1976. إنهما يجعلان مضمون القانون الطبيعي متجليا في عصرنا هذا. وبهما تتضح لنا الفكرة عنه. ثم إننا بهذه الروح يتبنى لنا أن نفهم القرار عدد 2627 الصادر في 24 أكتوبر 1970 من الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة والذي ينعت الإتفاقيات العالمية والإعلانات بكونها تعبير صريحا من "الوعي الأخلاقي للإنسانية".

ولم تعد العلوم التّعديدية تستمدّ منها، وليس للحياة المدنية أن تكون كشفا للعالم الخارجي ولنواميس الكون مهما أحكم نظامه.

أضحى الإنسان سيد الطبيعة يتعرّف على قوانينها ويتحكّم فيها. وقد احتلّ الإنسان المرقع المركزي، وتحرّرت إرادته، كما تحرّر هو من الكليانية الفلسفية والدينية.

على هذا النحو استقلّ القانون عن الطبيعة أولاً، وعن الدين ثانيا. وتأسست المعرفة على العقل النقدي الذي تفوّق وعلا، فابتعدت فلسفة القانون عن النظريات التقليدية، ولم يعد البحث في مشروعية القانون على غرار ما كان عليه في السابق. فمشروعية الحداثة في الحداثة ومشروعية القانون في القانون ذاته.

على هذه الأسس برزت نظريات فلسفية جديدة. هي مدارس القانون الوضعي. وعبارة القانون الوضعي هي تسمية تعني بصفة عامة القانون الذي وضع ويعني هذا المصطلح بصفة أكثر دقة مجموع القواعد المرشوعة من قبل دولة ما، أو الصادرة عن مجتمع ما، وفي زمن ما، والجاري بها العمل. ونعني بذلك أن العمل بها لا يزال ساري المفعول ولم يقع بعد إبطال العمل بها.

325. لم تنكر مدارس القانون الطبيعي وجود القانون الوضعي. فلقد كان أرسطو يقرّ بضروريته، وكان الأمر كذلك عند الاكوييني وعند غيرهما من الفقهاء الطبيعيين. بل إن سقراط الذي يعدّ أولهم كان يظهر وكأنه أول الفقهاء الوضعيين حيث إنه كان معارضا للطاغية كريتياس ممّا أدّى إلى الحكم عليه بتجرّع سمّ الشوكران. ورغم اعتباره لطفيان الحكم وظلمه فقد انتصاع إليه، وشرب السمّ الزعاف اختيارا وعن طواعية وقد أعطى بذلك مثالا يحتذى به في التّحضّر، حتى تبقى القوانين الصالحة للمدينة حازمة يُمثّل إليها امتثالا.

326. وقد جعل هذا التّصرّف من سقراط وضعيا أي ممن يتبنّون مقولة الزامية القانون الوضعي⁽¹⁾ على أن هذا الذي نقوله ليس التعريف

الكامل للوضعية القانونية، ولا ينبغي أن يفهم منه أنها لا تحتوي في مكوناتها إلا على الإلزامية، بل إنها تتضمن عناصر أخرى، وإننا سنحاول أن نقدّم محتوياتها مستعملين في ذلك التعريف بالإيجاب المشروح بالتّفي.

327. إن القانون الوضعي هو قانون يفرض بذاته ولا حاجة له البتّة، لتأسيس مقولاته وتبرير مبادئه لأيّ نظام علوي. والقانون الوضعي لا علوّ عليه⁽¹⁾. ومهما يكن من أمر، فلا وجود لشيء مطلق، ولا فائدة في محاولة إيجاد أساس للقانون في المباحث التأمّلية الماورائية.

328. أما الفقهاء الطبيعيون، فلقد نبّهوا إلى ضرورة التّفرة بين القانون الطبيعي، والقانون الوضعي. فاعترفوا بالازدواجية القانونية، وهو ما يعني أن الإيمان بالقانون الطبيعي لا ينفي الاعتراف بوجود القانون الوضعي. لكنهم في نفس الوقت أولوا الأول دورا علويا ونموذجيا، لأنهم افترضوا في الثاني أن يكون متلائما متجانسا معه. أمّا المدارس الوضعية فهي لا ترى في القانون إلّا ما هو نافذ في الواقع ساري المفعول فيه. فليس للقانون الطبيعي دور تأسيسي.

329. هكذا تغيّر الاتجاه في المدارس الوضعية، فهي تتعهد بدراسة القانون الوضعي بمفرده وتقتصر على البحث فيه وتحليله. ومن هنا نعتت هذه المدارس بأنها واقعية. فيتعارض مذهب القانون الوضعي مع مثالية مذهب القانون الطبيعي تعارضا من وجهين: فهو من جهة ليس فكريا نظريا، وهو من جهة أخرى ليس مثاليا⁽²⁾. في حين أن القانون الطبيعي هو فكري، لأنه لا يوجد إلّا في مجال الأفكار، ولا يخرج إلى مجال الواقع، ولا يتعامل معه تائرا وتأثيرا (اللهم عبر القانون الوضعي). أمّا القانون الوضعي فإنّه على العكس من ذلك، يطبق على الوقائع والأحداث، ويتصل بالواقع ويتفاعل معه تفاعلا مستمرا مباشرا. ثم إنّه ليس مثاليا لأنه لا يتصل بأيّ قانون علوي ولا يتبعه.

327. (1) انظر Cornu، عدد 243.

329. (1) انظر Minville، ص 321.

330. ولكن هل يعني هذا التعريف الذي قدمناه للقانون الوضعي أن الوضعيين لا يمثل مدالية لهم البتّة. وأنهم يخضعون لكلّ القوانين خضوعا أعمى لا يمكنهم من الحكم عليها أو وضعها محل نقاش ونقد؟ لا يمكن أن تكون الإجابة على هذا السؤال إلا بالتّفي الجازم. فالوضعيون عندما يقولون في تمايزهم عن المثاليين، بانعدام الصّفة المثالية للقانون، فإنّما يعنون بذلك أن المثالية العدالية هي شأن يتصل بالسياسة أو بالاختيار الشخصي، ولا ينبغي الخلط بينه وبين الوظيفة العلمية للقانوني الذي عليه أن يدرس النصّ ويطبقه إن كان واضحا لا لبس فيه، وأن يوضحه مزيلا العالق به إن كان غامضا. وهو يكون في كلّ ذلك مستندا إلى أدلة وحجج منطقية بحتة.

ولقد أجاد الفقيه هوبار تلخيص هذا الموقف قائلا: "ينحصر علم القانون في المعرفة الوضعية للوضعيات القانونية. ويقع موضعه بين بداية ونهاية. فهو يبدأ عند بدء القاعدة القانونية في ظهورها في نصّ يصرّح بها ويقرّها، وفي تاريخ إعدادها وهو ينتهي حيث ينتهي التّنصيص على العقوبات"⁽¹⁾.

وإذا رأى القانوني بعد هذه الدّراسة أن النصّ مجحف ظالم يحتاج إلى نقد فإنّه يتولى ذلك لا باعتباره رجل قانون، بل كمواطن عادي. فالقانون يفرض لذاته وبدون اعتبار عدالته أو غيرها.

331. أما الاحتمال الثاني، فهو اعتبار المثل وغيرها من المعطيات وحقائق التي يأخذ بها القانون وتكون بالتّالي من بين عناصر القائمة. فلا يمكن للقانوني الإغفال عنها عند تقييمه لها سلبا أو إيجابا. والمهم هنا أن يكون التّقييم في إطار المنظوم الفكري القانوني لا خارجا عنه. فلا يمكن أن يترتب عن النقد رفض للامتثال للأحكام القانونية السّارية المفعول، وإلّا أضى الأمر التّجاء إلى مستويات تنظيمية أو قيمية خارجة عن المستوى القانوني.

330. (1) راجع "R. Hubert: Science du droit, sociologie juridique et philosophie du droit" A.P.D. 1931 n°1-2 p.43-47, Minville, p. 324.

332. هذه هي الأصول الموحدة بين مختلف مذاهب القانون الوضعي إذ توجد داخل المدرسة الوضعية للقانون تيارات عديدة يمكن حصرها وتوزيعها بصفة تقريبية إلى تيارين كبيرين، أولهما المدرسة الشكلية أو الدولية أو الإرادية، وهي المسماة أيضا بالوضعية القانونية (الفقرة الأولى) وثانيهما المدرسة الحتمية أو المادية، والمسماة أيضا بالوضعية العلمية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : المدرسة الدولية : "الوضعية القانونية"

333. المدرسة شكلية لأنها غلبت المصدر الصوري للقاعدة القانونية. وهذا المصدر هو الدولة. فكان التشريع في هذه المدرسة عملاً إرادياً. وأضحى القانون موضوعاً من طرف الإرادة الإنسانية، فكانت هكذا مدرسة الوضعية القانونية.

برزت المدرسة عند المفكر الانكليزي توماس هوبز (1588-1679) (1) وتفرعت فيما بعد مذاهب متنوعة فأخذت اشكالا أخرى (ب) فبعد التعرض إلى هذين التيارين نبحت في الانتقادات الموجهة إلى الوضعية القانونية (ج).

1 - نظرية توماس هوبز

334. كان للظروف التي عاش فيها هوبز بالغ الأثر في تفكيره. فهو معاصر للتحويلات العلمية الجوهرية التي برزت في القرنين السادس عشر والسابع عشر. فلقد تعرّف على بسمكال وقليلي وكان تأثير هذا الأخير عليه بالغ الأهمية. فلقد حاول كفيده من فلاسفة عصره العمل بالمنهجية التجريبية لقليلي.

335. أمّا الظروف المادية التي عاشها في انجلترا فكانت هي أيضا متميزة. كان الاقتصاد الانكليزي متحوّلاً من الاقتصاد الإقطاعي إلى الاقتصاد الرأسمالي الجديد. وكانت طبقة البورجوازيين مناهضة للحكم

المطلق تنادي بتركيز النظام التمثيلي وبإحداث برلمان. فكان لهذا التيار أثره في فكر هوبز. إذ كان يولي أهمية كبرى إلى الطمأنينة القانونية، وحماية الحريات والحقوق الخاصة.

336. أمّا من الناحية السياسية، فكانت الظروف تتسم بالفوضى والحرب والتناحر. كان الشعب الانكليزي منقسماً إلى أغلبية انكليكانية وأقلية كاتوليكية. قتل هنري الرابع سنة 1610، وجاءت محاولات ملوك ستيورات للعودة إلى نظام الحكم المطلق (جاء الأول وشارل الأول 1625-1648) وعرفت اسكتلندا ثورة بروتستانتية. واستقر الأمر إلى حين لدكتاتورية كروموال فساد في هذه الحالة التي هي حالة حرب أهلية الشعور بالخرف وعدم الاطمئنان. ومن أشهر كتب هوبز كتاب "Le Leviathan" الذي صدر سنة 1651.

337. كان هوبز يعتبر أنّ الحالة الطبيعية للإنسان هي حالة حرب قیاساً على ما يلاحظه في عصره. فأنعدم أمن الأشخاص والأموال. وبما أنّ الإنسان يريد لنفسه ما يريده غيره لنفسه فإنّ الوضعية الطبيعية هي بالضرورة حالة حرب لتضارب المصالح فيها، والوضعية الطبيعية هي التي تسبق الاجتماع. فالإنسان ذئب لأخيه الإنسان، لأنّ الأنانية هي الطاغية (2).

338. الإنسان ليس بدمني بالطبع، وإنّما هو حرّ طليق بالطبع. فحرية الفرد مطلقة مبدئياً. حدّها الذاتي والباطني المحافظة على النوع البشري وحمايته من الانقراض والزوال. فيصبح من واجب الفرد ممارسة حريته باعتدال. وهكذا يرى هوبز أنّ أول الحدود هي من ذات الإنسان، ليست خارجة عنه، وليست منزلة أو مفروضة عليه. لكن هذه الحدود الذاتية لا تتعارض والحرية الفردية، لذلك ليس التشريع أو القانون

336 (1) "التنقيح" M. Villey.p.63

337 (1) سليم اللغماني الاطروحة ص 362 و 369.

من الطبيعة الإنسانية، لأن الحرية الفردية هي الطبيعية. لذلك يعتبر هوبز أنه لا خروج من حالة الحرب إلا بالاتفاق أي بالعقد الاجتماعي الإرادي الذي يتضمن واجب الامتثال إلى سلطة الحكم. فالعقد الاجتماعي هو الخيار الوحيد لتحقيق الأمن والاستقرار، والعيش السلمي في الاجتماع، وهو مصدر العدل. فبالعقد يقع التنازل المتبادل عن حقوق الفرد وحرياته وهذا التنازل هو في حد ذاته نوع من ممارسة الحقوق، لأن العقد الاجتماعي متفرع عن الحقوق الفردية.

339. إن أساس النظام التشريعي هو احترام العقد. ولا يمكن أن يبنى على الطبيعة لأن القانون يرمي إلى فرض واجب احترام العقد الاجتماعي، لذا كان التشريع عاملاً خارجياً عن ذات الفرد. فهو من العوامل والظواهر الاجتماعية، ولا سبيل إلى الخلط بين التشريع والعقد. فالإلزام الناتج من العهد أساسه العقد ذاته، أي ممارسة الحق. في حين يبقى الإلزام القانوني مبنياً على القاعدة القانونية، فهو إلزام خارج عن الفرد. فالقانون المدني هو الأمر الصريح الصادر من المدينة⁽¹⁾.

340. وموضوع التنازل المتبادل بين الأفراد في الاجتماع هو تسليم صلاحيات الحكم لصاحبه. ويتحصل الفرد في المقابل على حقوق أخرى هي الحقوق المدنية فبمقتضى العقد الاجتماعي يسلم الفرد أمره إلى سيد القرم وصاحب الحكم، فهو الذي يملك بمفرده القدرة على الأمر والنهي. وسلطة الحكم هذه حرة طليقة لا قيد لها. فلقد كان هوبز من أنصار الحكم المطلق لغاية فرض الأمن والاستقرار. وإن دور القانون هو بالضرورة الإلزام كما تدل على ذلك الكلمتان الانكليزية واللاتينية⁽²⁾، فالحق قدرة ذاتية وأساسه الحرية، في حين يكون

339. (1) "La loi civile est cette règle par quoi la Cité par un signe de volonté Commande

à chaque citoyen" M. Villey, p.682.

Le terme LAW évoque l'obligation et Hobbes l'assimile à LEX

340. (1)

دور القانون العد منها، فهو قيد للإنسان. لأن القانون هو خطاب من له سلطة شرعية لكي يأمر غيره للقيام بفعل أو الامتناع عن القيام بعمل⁽³⁾ فهو أمر خارجي صادر عن الغير، وهذا القيد صادر عن سلطة الدولة، فلا يصدر القانون إلا عنها فهو عمل إرادي إنساني والقانون هو قانون الدولة دون سواها.

والقانون عنده هو مثيل للنص التشريعي، ينسجم معه إلى حد التطابق التام. وليس النص القانوني سوى إرادة الدولة ونفوذها، ذلك أن للدولة دوراً مزدوجاً إذ هي التي تتولى سنه ووضعها، وهي نفس الوقت تضمن فعاليتها وتسهر على تطبيقه بالحزم والوسائل المتاحة. وهي لا تتردد في فرضه بالقوة إن اقتضى الأمر ذلك. فالقاعدة القانونية مقترنة بالضرورة بجزاء دنيوي هو سيف الدولة وقهرها. وبالتالي يصبح الجزاء القانوني أحد أهم المعايير التي يقف عليها هوبز فلا أحد يتنازع الدولة في القانون. إنها مصدره كله، وإن العدالة كلها تنبع منها.

341. الإرادة التي يتأسس عليها القانون هي إرادة إنسانية دنيوية، لفكر هوبز هو فكر علماني لا يأخذ بمقولات الفكر الديني.

وهو لا يبحث في مشروعية التشريع في القانون الطبيعي، ولا في طبيعة الأشياء، فلا جدوى في نظره من ذلك، فمصدر القانون معلوم. هو عقل الدولة. فما يراه المشرع عدلاً فهو العدل، وما يراه المشرع ظلماً فهو الظلم، فلا تجوز الثورة ضد قوانين الدولة والقانون ليس مثالياً ولا هو نظري فلا بحث إلا في النصوص النافذة ولا يتأسس القانون إلا من أجل فائدته الاجتماعية وضرورته السياسية. وإن موضوع البحث الفلسفي في القانون هو القانون نفسه. والقانون لا يبور تواجده من خارج هذا التواجد ذاته.

لذلك كان هوبز يميز بين الدين والقانون، وكان يفصل كذلك بين السياسة والقانون. فكان يؤكد على ضرورة العمل بالمفاهيم القانونية الدقيقة كتنظير العقد ونفاذه الخ...

(2) سليم اللغماني الاطروحة ص. 371

342. إن الفرد في نظريته هو محور الاجتماع ومحور القانون، وهو يتحول في موقفه تحولاً مميزاً لفكر الحداثة إذ تراجع الدور التأسيسي للقانون الطبيعي وحلت محله الذاتية الفردية. فأصبحت الحقوق والمصالح الذاتية المثبتة قانوناً محموراً أساسياً من محاور فلسفة القانون الحديثة. فلا نفاذ للقانون الطبيعي عند هوبز بل إن القانون الطبيعي هو الذي يؤسس لعدم المساواة وللforce الخالصة، وهما عنصران متواجدان في الطبيعة. فما يمتاز به هوبز هو نقد القانون الطبيعي والإعراض عن دوره التأسيسي، وهو يمتاز أيضاً بالتأسيس الإيجابي للقانون الوضعي تأسيساً حديثاً.

343. فكانت نظريته تأخذ بعين الاعتبار الظروف التاريخية، لأن تاريخ البشرية متحول ومتطور. فتتغير القوانين حسب تغير الأحوال والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية...

344. وعلى العموم فقد أثرت نظرية هوبز تأثيراً عظيماً في الفكر الأوروبي الحديث، فنوقشت مقولاته الأساسية، مما مكّن من بلورتها فتنوعت المدرسة وتطوّرت، ومهما كان هذا التنوع فإنه وقع الإبقاء على عنصر التجديد فيها، ألا وهو التأسيس للقانون دون الالتجاء إلى القانون الطبيعي. كما برزت صحة الرؤية الدولية في الواقع لأن الدولة أصبحت اليوم أول مصدر شكلي للقانون.

ب - الصيغ الأخرى للمدرسة الدولية

345. كان لهوبز الصدى الكبير إذ اعتمدت نظرية العقد الاجتماعي من بعده من طرف "لوك" (1632-1704) وروسو (1778-1782) ⁽⁹⁾ فلقد سادت نظرية العقد الاجتماعي الفكر الأوروبي في القرنين السابع عشر

345. Brimo(A) : "Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat", Pedone (1) 1978 p.120.

والثامن عشر ولا تزال إلى الآن محل اهتمام الباحثين، وهذا لا يعني أن آراء هوبز قوبلت بحذافيرها. فنرى روسو يخالفه الرأي في خصوص وضعية الإنسان الطبيعية، فكان يقول إن المدينة هي المشوّهة للطبيعة البشرية. كما كان روسو يقول بأن القانون ليس تعبيراً عن إرادة المشرع المطلقة والغير مقيّدة، بل كان يعتبر التشريع تعبيراً عن الإرادة الجماعية. وهذا قول لا ينافي في حد ذاته الإقرار بالدور الأساسي للتشريع والمشرع الذي يتحمل عند روسو مهمة بيداغوجية تربوية، لأن الفرد قادر على التحسن والاستكمال.

346. كما كان اسبينوزا ⁽⁹⁾ يرى أن القانون الطبيعي هو الذي يكرّس علاقات القوة، فكان ينكر دوره التأسيسي فيفسح بذلك المجال لتدعيم موقف هوبز بل يفسح المجال أمام "تقديس" القوانين الصادرة عن الدولة، أي الأعمال الإرادية للسلطة حتى يتسنى لها النجاعة والفاعلية والجدوى العملية.

347. قد يكون "ماكيفال" هو الذي سبق هوبز في التشديد على دور الدولة التشريعي وأرليته ⁽⁹⁾ وقد يكون هيقل هو الذي أمعن في تطويرها على المستوى النظري. جاء هيقل (1780-1831) بفلسفة الفكرة أو العقل المطلق، فالواقع معقول والدولة هي المعقول بذاته، بل إن الدولة هي تجسيد الفكرة والإرادة العالمية الكونية. فالدولة عند هيقل هي مجيء الله على الأرض، فكل قانون يصدر عنها جدير بنفس التقديس. فهيقل يرفض نظرية العقد الاجتماعي في صورته الإرادية كأساس للدولة، لأن أساس الدولة لا يقوم على الاتفاق، فإن أساسها الإرادة الكونية.

346. F.Haddad, Chammakh : "Philosophie systématique et système de phi- (1) 1980
losophie politique chez Spinoza", Tunis 1980

347. (1) سليم اللغماني، الأطروحة ص 359.

مبدأ أخلاقي، لذا وجب على المشرع الإعراض على النظريات المثالية الموروثة والدينية، والبحث علمياً في شهوات الإنسان، للتعرف على أسبابها، حتى يتسنى له تحقيق الأكثر منها، والتخفيف والتخفيف في العقوبات والآلام.

350. وهناك صيغة أخرى للمدرسة الدولية اقترحها هانس كلسان⁽¹⁾ وهو رجل قانون من أصل نمساوي، يعتبر زعيم مدرسة فيانا القواعدية (التقعيدية) ومؤسس النظرية الخالصة للقانون. يتمثل مجملها في تخليص القانون من كل الشواش التي علق به وتنقيته من الاعتبارات المتعددة وإزاحة السياسة والاجتماع عنه مثلاً حتى يبقى نقياً خالصاً ينظر إليه باعتباره مكوناته الصرفة، فيصبح القانون بذلك ينظر إليه على أنه مجموعة من القواعد المرتبة ترتيباً تفضلياً حسب سلم تنزل فيه القواعد حسب قوتها، وتنوزع فيه حسب أهميتها.

351. على أن هذه العلاقة التفاضلية فيما بين القواعد، ليست الوحيدة التي تختص بها ولا تعني أن القواعد بترتيبها التفاضلي هذا منفصلة عن بعضها بعضاً. بل إنها في مجموعها مندمجة منسجمة متلائمة لتكوّن في مجموعها النسق القانوني المهيكل. ويتجلى انسجام القواعد رغم اختلاف المراتب والمنازل في كون كل قاعدة تستمد قوتها الإلزامية ونفوذها الإلزامي من القاعدة التي تفوقها منزلة في الهيكل السلمية، وهكذا فكل قواعد الهرم مترابطة متلاحمة بهذه الظاهرة الإلزامية. فالعقد يستمد نفوذه الإلزامي من الإجراء الذي يتدعم هو بدوره من النص القانوني. والدستور الذي يتنزل في قمة الهرم، يجعل النص القانوني ذا صبغة إلزامية.

352. هذا التناسق المهيكل للقواعد القانونية تمثل الدولة فيه الوحدة التي لا شريك لها، وهي بالتالي لا تستطيع أن تتجاهل القانون،

348. فلسفة هيكل أي فلسفة الفكرة تحرر إرادة الدولة السائدة في عصرها من أي قيد، فلها الحرية المطلقة، وما على الأفراد إلا الامتثال والخضوع التام لقوانينها.

لقد كان القرن التاسع عشر قرن الإرادة الدولية، وكان هيكل أحسن ممثل لهذا التيار الفلسفي. فالقانون يصدر عن إرادة الدولة. وهذه الإرادة هي التي تبرز الصبغة الإلزامية التي للقانون، بل هي التي تعطيه مشروعيتها.

فالقانون عنده يتجلى للعيان عن طريق القوة التي تتوصل إلى فرضه، والمقصود بذلك الدولة التي هي مصدره الأوحد. وهو رأي الألماني إيهريتنق كبير قانوني القرن التاسع عشر الذي قدم طرحاً مفاده أن القانون هو سياسة القوة. وإن القوة أن اختفت أحياناً واستتوت، فلأن الأقوى استطاع بهارة أن يضع قوانين عامة خضع إليها هو نفسه. أما الصيغ الأخرى للمدرسة الدولية فهي التي برزت في فكر "بنثام" عبر المدرسة النفعية، ومع كلسان في المدرسة التقعيدية.

349. المدرسة النفعية التي أسسها "بنثام" ومن قبله باكون تقرّ بنفس المبدأ الجوهرى لفكر هوبز. فلا وجود للقانون إلا ذلك الذي يصدر عن الدولة. أما ما أضافته هذه المدرسة فهو يتمثل في أن الغاية من القانون هي تحقيق المنفعة⁽²⁾.

فكانت غاية المدرسة النفعية هي الابتعاد عن المذاهب المثالية. فرأت على غرار هوبز أن القانون ينحصر في قانون الدولة ولا شيء يبرره سوى منفعة وفائدته. فالتشريع لا يحتوي على العدل موضوعاً. فكانت المدرسة تعاوض مذهب العقد الاجتماعي لغياب الدليل القطعي لوجوده. لا شيء سوى المنفعة والفائدة يبرران التشريع ويعطيانه مشروعية تواجد. فالقانون هو مجرد وسيلة تقنية صناعية تستعمل لتحقيق أكثر ما يمكن من المنفعة والفائدة واللذة وتلبية الشهوات. فلقد ثبت علمياً أن الإنسان يرمي إلى تحقيق مصالحه وشهواته، وهذا السلوك عند بنثام

349. (1). J. Bentham, "An introduction of morals and Legislations", 1989.

لأنه ليس إلا تجسيما لإرادتها، وتكريسا لنفوذها. فلقد آلت النظرية بكلسن إلى أن يحصر القانون في الدولة، وذلك تجنباً لإقحام عناصر غير قانونية كالأخلاق والسياسة والدين. ففي الدولة يبرز النظام القانوني ويتجلى، والدولة وحدها هي التي تصدر عنها القوانين⁽¹⁾.

ج - نقد المدرسة الدولية

353. جوبهت مدرسة القانون الوضعي بانتقادات شديدة لأنها تريد أن تجعل من رجل القانون مجرد فني لا شأن له بالتفكير فيما يفعل، ولا دوره سوى الأمور التقنية البحتة. أما الاعتبارات الخارجة عن القانون وتقنياته، فهي أمور لا تشمل اختصاصه.

وقد اعتبر منتقدوها⁽²⁾ أن: التخلي عن مهمة الحكم على توجهات النظام القانوني لفائدة السياسة والأخلاق، لهو موقف تشاؤمي بلغ أقصاه إزاء دور القانون. ثم إن هذه الوضعية تمثل، بعجزها وقعودها عن اتخاذ موقف نقدي في شأن الواقع،⁽³⁾ خطراً بما أنها تنطلق من اعتبار أن القانون ليس إلا القواعد التي سنتها الدولة وفرضتها فإن منطقها يؤدي بها حتماً إلى "عبادة القانون وتقديسه"⁽⁴⁾ أو إلى "وثينة القانون" كما قال البعض الآخر من المنتقدين⁽⁵⁾.

إنه موقف تنجر عنه نتيجتان اثنتان: تتمثل أولاهما في انحصار حرية رجل القانون والحد من إمكانياته وقدراته، وذلك بأن يصبح دوره مقتصر، في مجال تأويل النصوص، على الاكتفاء بمنهج الشرح على المتون الذي هو، كما سنرى لاحقاً، ليس أثري المناهج ولا أكثرها جدوى. وتتمثل النتيجة الثانية في قبول النظام القائم إلى حد الانصياع

353. (1) راجع: Ghestin et Goubeaux، ص 21.

(2) انظر P. Pescatore: "Une critique du système juridique français" (Réflexions sur l'ouvrage de M. Miaille), R.I.D.C., 1987, p.543.

(3) انظر Ghestin et Goubeaux، ص 21.

(4) راجع Maille، المذكور سابقاً، ص 322.

والانقياد، وانعدام نقده، باعتبار الهالة القدسية للقانون، وباسم الحياد العلمي الذي هو في حقيقته تغلة وتستتر.

وليس من محض الصدف أن نجد، ضمن مدرسة الوضعية القانونية، جميع منظري نظام الحكم المطلق. فنحن نجد أن الايطالي ميكافيل والانقليزي ت. هوبز والفرنسي ج. برسيي (1627-1704) يختلفون في أشياء كثيرة، ولكنهم يتفقون في القول بأن إرادة الأمير هي وحدها المصدر الأوحد للقانون، وأن ما عداها ليس إلا من قبيل الأخلاق.

نقدت هذه المواقف على أنها تفتح الباب أمام الدولة الكليانية، ولأن القول بالإرادة المطلقة الهادفة إلى الإدارة، هي الطغيان، ولأن الدولة السائدة تستبد مواطنيها وغيرها من الدول.

354. يتيسر لنا أن ننقد ما يسمى بالوضعية بسبب عجزها عن تبرير محتوى القانون ومضمونه وخاصة بسبب تكريسها لنزعة الخضوع إلى القانون. ولكن ينبغي علينا أن نسجل أن تطبيق القانون سواء من طرف القاضي، أو الموظف الإداري، أو العدل المنفذ، أو ضابط الشرطة العدلية، إنما يكون دون تفلسف في ماهية القانون وأصله وصيغته العادلة أو غير العادلة، فرجال السلطة يطبقون القانون لا شيء إلا لكونه قانوناً. أي أننا إذا أردنا أن نصف الظاهرة القانونية من خلال تعريف القانون، اضطررنا حتماً إلى القول بأن القانون ليس إلا التعبير المتشكّل استنباطاً لإرادة الدولة، أو بعبارة مماثلة، إرادة الدولة مجسمة في نص نسميه اصطلاحاً قانوناً أو أمراً، وهو يتركّب من فصول لها شكل الأحكام العامة والدائمة ظاهرياً.

355. إن هذه الوضعية الصماء لكل اعتبار خارج عن القانون، والتي لا منفذ له فيها، هي اليوم محل انتقاد من طرف جل المؤلفين والفقهاء الذين يعرضون مسائل فلسفة القانون ويعتبرون بها. ولكن ذلك لا يمنع من وجود عدد كبير من الفقهاء المحدثين في القانون الخاص يعتبرون أنفسهم وضعيين. ذلك أنهم يقتصرون على دراسة القوانين وفقه القضاء ويقنعون بالوظيفة التقنية البحتة. وتجدر الإشارة إلى أن مؤيدي التيار

الوضعي الثاني وأنصاره، لهم موقف مختلف تماما كما سنبين ذلك فيما يلي.

الفقرة الثانية : المدارس المادية والعلمية

356. هي مدارس مادية حتمية لأنها لا ترى في القانون عملا إراديا. بل إن القانون فيها نتاج للتاريخ أو المجتمع. وهي علمية لأنها تنتمي إلى التيار العلمي العام والوضعي الذي ساد القرن التاسع عشر الأوروبي. فلقد تبلورت هذه المدارس بالتوازي مع الفلسفة الوضعية أو الوضعية العلمية. وقد يكون المفكر الفرنسي كونت أول من نظر لها⁽¹⁾. بعد أن أسسها ودعا إليها سان سيمون⁽²⁾.

357. فلقد فسّر كونت تطور الفكر الفلسفي البشري واعتبر أنه مرّ بمراحل ثلاث :

أول هذه المراحل هي مرحلة الفكر الديني الذي كان فيه الخوف مميّزا له. كان الإنسان يطرح تساؤلات بديهيّة تعبر عن عدم فهمه لسير العالم ومسيرته، كما تعبر عن قلقه إزاء مستقبله. فكان التفسير المريح في هذه الفترة مؤسّسا على القوى الغيبية ومنها الآلهة.

أمّا المرحلة الثانية فهي المرحلة الماورائية المتفيزيقية. المبادئ التفسيرية في هذه المرحلة تتمثل في أفكار نظرية لا صلة لها بالواقع مثل العقل والطبيعة والعدل...

والمرحلة الثالثة والأخيرة هي مرحلة الوضعية الفلسفية التي يصل فيها الفكر الإنساني إلى طور الرشد. وطور الرشد هذا يعني الوعي بالحقائق الواقعية الموضوعية التي ينتظر إليها نظرة علمية بالاعتماد على الملاحظة العملية والتجريبية، ويكون المنهج فيها علميا يدمج العناصر المتنوعة والمتغيرة في نسق متكامل، موحد.

356 (1) A. Comte "Cours de philosophie politique" 1839 - 1842

(2) Saint Simon 1780 - 1865

358. في المرحلة الثالثة يعتمد الفكر البشري على ما اقترته العلوم الحديثة، وعلى وجه الخصوص العلوم الصحيحة من منهجية وطرق. فلا شيء يميز العلوم الإنسانية عن سائر العلوم الأخرى سوى أن الإنسان ينظر فيها إلى الإنسان. لقد شاهد القرن التاسع عشر تقدّم العلوم وازدهارها، وقد صاحب ذلك في مادة علم الاجتماع ولادة تيّار يرى أن لا وجود للمعرفة الحقيقية مادامت لم تعتمد على العلوم الصحيحة مثل الفيزياء. هذا التيار ينعت اصطلاحا "التيار العلمي".

فعلى هذا الأساس قامت العلوم الاجتماعية التي هي من العلوم الجديدة والتي برزت إلى الوجود في القرن التاسع عشر الأوروبي. رفضت هذه المدارس تأسيس القانون على العقد الاجتماعي لأن وجوده غير ثابت علميا. فرأت ضرورة البحث في تبرير ظاهرة القانون على أسس أخرى.

تفرّعت هذه المدارس إلى مذهبين كبيرين هما المذهب الاجتماعي (أ) والمذهب التاريخي (ب) وينضاف إليهما بالضرورة المذهب الماركسي الذي كان يدعي التوجه العلمي عموما (ج).

أ - المدرسة الاجتماعية

359. توجد بوادر علم الاجتماع عموما في مقدمة ابن خلدون. فهو الذي ربط الصلة بين العوامل الموضوعية وظاهرة القانون. ويعتبر عادة "مونتسكيو" من أنصار المذهب الحتمي الاجتماعي خاصة في كتابه الشهير "روح النوااميس" الصادر سنة 1748. وحقيقة فكره أنه كان بالإضافة لإقراره بتأثر القانون بالعوامل الاجتماعية الموضوعية، يرى بجدوى العمل التشريعي الإرادي. ولم تكن النسبية عنده مبدأ مطلقا بل كان يقول بالكونية وعالمية القيم والمقاييس.

إن العديد من المفكرين كانوا عن رعي وبدونه ينتمون إلى المذهب الاجتماعي. فمعتاين يقول بالنسبية. فلكل مجتمع خصائصه ولا سبيل لأن تتلاقى الحضارات وإن تتأثر بعضها ببعض. وكذلك الأمر عند "لابرويار".

الظواهر الاجتماعية تخضع لقوانين تقريرية حتمية على غرار العلوم الطبيعية الصحيحة، والقانون ذاته لا يحيد على هذا النهج، فهو يخضع لنفس قوانين السببية. والقانون هو أيضا موضوع للدراسات العلمية، فلا يخضع لمشيئة الدولة والسلطان، بل إن القوانين الاجتماعية تفرض نفسها على الدولة ذاتها.

يصبح القانون من هذه المنطلقات موضوع علم وضعي لأنه يخضع لنفس قوانين الحتمية التي تحكم كل الظواهر المجتمعية. فينبغي إذن أن يتجه العمل إلى ملاحظة القانون وتتبعه وفهمه، واستنباط القوانين التي تحكمه وتسيّره. إذ القانون في ظاهره ليس إلا عمل الدولة وصنعها، ولكنه في حقيقة الأمر تصنعه الوقائع المجتمعية التي تفرض نفسها هي بدورها على الدولة ذاتها.

وهذا يعني أن القانون لا يناسب إذن الإرادة الاعتبارية للمشرع، ولا علاقة له بعدالة علوية مفارقة. إنه فحسب ظاهرة اجتماعية وأن المجتمع يفرز القواعد القانونية التي تكون أكثر انسجاما مع ظروفه وتلائمها مع حاجياته.³⁶²

362. ولا شك أنه قد يحدث أن يساير مجتمع ما قاعدة انتهى أجلها، وأصبحت لا تناسب حاجياته الأنية، وأصبح إبطال العمل بها أكيدا وتجاوزها لازما. ولكنه عوض ذلك يواصل المحافظة عليها كما أنه قد يحدث أن تنشأ في مجتمع ما قاعدة جديدة لا تناسبه ولا تنسجم مع حاجياته بيسر. إنه مظهر من مظاهر التغير والتكيف. على أن هذا الذي يحدث أو ذاك لا يتعلق إلا بحالة غير عادية ووضع مرضي، ينبغي على رجل القانون أن يتوصل إلى تمحيصه وتمييزه عن الحالات الطبيعية أو السوية التي تكون فيها القواعد وحاجات المجتمع ومستوى تطوره في انسجام وتلائم.

363. وقد تناول إميل دوركايم (1850-1917) هذه المسألة وعمق أبحاثه فيها، مبرهننا على أن القانون يكمن في الوعي الاجتماعي، وهو ما تبينته العلاقة بين القانون والاجتماع. فالقانون يتغير تبعا

فكان الاعتقاد السائد أن القوانين تفرز عن المجتمع وتتكون مما هو معتاد في نمط العيش لدى مجموعة بشرية ما. كل هذه المقولات سادت الدراسات الانتروبولوجية الحديثة خاصة عبر المدرسة التركيبية أو البنائية لستروس. وعلى العموم فإن المدرسة الاجتماعية تتمحور حول مبدئين هما: النسبية والحتمية، وهي مقولاتها الأساسية. أما النسبية فهي تعني أن المجتمعات تتميز فيها القوانين باعتبار خصائصها الاجتماعية والجغرافية والتاريخية وقيمها الحضارية ونوعية علاقاتها الاقتصادية. والنسبية هي نتاج إلى النظرة الحتمية التي تتميز بها المدرسة الاجتماعية.

360. بادر سان سيمون بالمناداة بإدراك المجتمع من حيث عناصر تكوينه، بل من حيث أنه كيان متكامل. فلا يستقل الفرد في نظر سان سيمون علميا، ولا يمكن أن يقتصر العلم على اعتبار الإنسان عاقلا دون اعتبار انتمائه إلى مجتمع. فالإنسان كمحل للعلوم الإنسانية هو في علاقة اجتماعية، وهو في علاقة مع الغير. فعلم الاجتماع إذن ينطلق من المجتمع لا من الفرد. ونقطة البداية فيه الكل. والانطلاق من الكل هو الذي يمكن من التعرف على الجزء.

كان سان سيمون يرى أن القانون نتاج للقوى الاجتماعية، لأن الفرد ليس عقلا خالصا محضا. فلا يمكن أن يصدر القانون عن هذا العقل أي عن إرادة الإنسان. والقانون هو عامل اجتماعي يعبر عن ميزان القوى الاجتماعية أيضا. فهو نتاج للاجتماع ولا يمكن أن يكون خالدا ثابتا. فدور القانون إذن يقتصر على التأكد من مدى تلاؤم التشريع مع المستويات الاجتماعية الأخرى.

361. لقد بلور هذه النظرية "أ.كونت". فكانت الوضعية الاجتماعية ترى أن الظواهر المجتمعية تخضع لقوانين تحددها وتتسبب فيها مثلما هو الشأن بالنسبة للمادة التي تكون مكيّفة بواسطة قوانين الفيزياء، فكان سان سيمون وكونت يسميان هذا العلم بعلم الفيزياء الاجتماعية ثم من بعد الفلسفة الوضعية.

وكان ديتي كغيره من الوضعيين الاجتماعيين معارضا للقانون الطبيعي وللالتجاء إلى الدين. حاول إدراك القانون اعتمادا على الحقائق الاجتماعية التي تخضع للمشاهدة والتجربة. وعاد ديتي إلى نظرية دوركايم وزاد مفهوم التضامن تعمقا، وجعل منه وسيلة لتسوية ما ينشأ بين الأفراد والمجتمع من تنازع، وهدفا تختص به القاعدة القانونية.

366. كان المحور الأساسي لنظريته هو مفهوم التضامن الاجتماعي، فالتوفيق بين المصالح الفردية والمصلحة الجماعية يتأسس على التضامن الاجتماعي. ومما لاجدال فيه أن أشكال التنازع التي تنجم بين المجموعة وكل فرد من أفرادها تخضع في تكاثرها وقلتها، وفي احتدادها وهدوئها إلى درجة اندماج الفرد في المجموعة التي ينتمي إليها والتضامن الاجتماعي ليس بالواجب الذي يتحمله الفرد، وإنما هو حقيقة وواقع ملموس.

والعقل أو الفكر الذاتي للفرد الفعّال والمؤثر في العالم الخارجي، هو أيضا واقع ملموس. العقل الواعي يؤدي إلى إحداث الفعل وغاية التفكير هي دائما الخروج إلى العالم المادي الملموس. والإنسان يندمج أكثر في المجتمع بالفعل المؤثر الناجم عن الفكر والتفكير، ومن هنا يتبين أن التضامن الاجتماعي يتمثل في حالة الوعي الذاتي وهو في ذات الحين واقع اجتماعي.

367. ينقسم التضامن الاجتماعي إلى نوعين : الأول هو التضامن بالتماثل والتشابه، وهو وعي كل فرد بأنه يتمتع بنفس الصفات التي يتصف بها بقية أفراد المجتمع. وهو كذلك إرادة العيش الجماعي. أما النوع الثاني فهو أعلى قيمة من الأول، وهو التضامن بتقسيم العمل، أي وعي كل فرد بأن تطوير وتنمية الطاقات الفردية تساهم في تطور ونمو المجتمع ككل، والاختلاف والتنوع في الحضارات هو مصدر هذا الصنف من التضامن المبني على الروابط الاجتماعية التي تزداد قوة على قوة بتعميق تقسيم العمل لأنه أصل التبادل.

لمستوى تطرر كل مجتمع. فهو يقابل في طرحه بين المجتمعات ذات التضامن الآلي، وبين المجتمعات ذات التضامن العضوي.

364. يكون الصنف الأول مجتمعا تقليديا لأن التضامن فيه آلي وتلقائي، يتشابه كل أفراد من حيث نمط عيشهم وعملهم الاجتماعي، ويكون فيه القانون قسما الردع، زجري العقاب يتسم بالصرامة. أما الصنف الثاني فيمثل المجتمعات الحديثة التي فيها ينقسم العمل، فهي مجتمعات تقسيم العمل فيتمايز الأفراد فيها عن بعضهم بعضا من حيث نمط العيش، والوضع الاجتماعي، تمايزا له شأنه، فيتولد في المجتمع التضامن بواسطة التكامل والتكافؤ. ويكون القانون تبعا لذلك أقل عسفا والطف صرامة. وإذا ما حدث خرق للقانون وتجاوز لنظامه، فإن معالجة ذلك تستعمل فيه طرق التعويضات المتكافئة، وهي الطرق التي تذكر بمبادئ العدل التبادلي عند أرسطو والتي بها يتميز القانون المدني الحديث⁽¹⁾.

إن هذا التقابل بين نمطي التضامن الذي اقترحه دوركايم قد وجد ما يشابهه من قديم في أعمال عبد الرحمان ابن خلدون (1332-1406) الذي كان يقابل بين الحضر والبدو، وبين أن لكل منهما عقلية خصوصية، وعلاقات مخصصة مع الدولة، وبالتالي مع القانون.

365. ثم إن الطرح ذاته ظهر حديثا في أعمال الفقيه الفرنسي ليون ديتي (1859-1928) فكان كغيره من أنصار الوضعية الاجتماعية لا يعتقد أن منهجية البحث الاجتماعي تختلف عن منهجية وطرق البحث للعلوم الصحيحة⁽²⁾.

364. (1) انظر : Miaille المرجع المذكور سابقا ، ص 328.

365. (1) "On a souvent enseigné que les sciences sociales ont une méthode propre qui n'est pas celle des sciences physiques ou naturelles - C'est à mon sens une singulière erreur. Car toute méthode scientifique est déterminée par les lois de l'esprit humain qui sont évidemment les mêmes quelque soit le domaine dans lequel il cherche et travaille , lois qui limitent son pouvoir et qui règlent son action".

368. فالقانون غاشي عند ديقى لأنه يرمي إلى تحقيق التضامن الاجتماعي. وأول القواعد عنده هي قاعدة التضامن الاجتماعي. وهي التي تعلق كل القواعد الأخرى. فهي تعلق أولاً القواعد الاقتصادية المتصلة بالإنتاج وتوزيع الخيرات والاستهلاك، وثانياً القواعد الاعتبارية المعنوية الخاصة بالأخلاق والآداب، وثالثاً القواعد القانونية. فمضمون القواعد القانونية متصل بالاقتصاد أو بالأخلاق. فليس لها مضمون مستقل، وإنما تتميز بنوعية الجزاء فيها، إذ لا يمكن الاعتماد على النوعين الأولين من القواعد لأن الجزاء فيهما ذاتي وتلقائي.

369. وقد تعرض فقهاء المذاهب الاجتماعية إلى الانتقاد، وأخذوا على الصبغة غير المنطقية التي يتصف بها بناؤهم النظري. إذ هم يريدون دراسة الوقائع المجتمعية ويستنبطون منها معايير وقواعد، وقد جوبهوا لأجل ذلك بالسؤال التالي: كيف يتسنى استخراج ما ينبغي أن يكون مما هو كائن؟⁹ وما هو كائن ليس بالضرورة ما هو حسن. فقد تكون إهرافات المجتمع محافظة رجعية خاصة في البلدان المتخلفة، وهو ما يستوجب في أغلب الأحيان تدخل الإرادة لغاية الإصلاح والتطور. ففي موقف الوضعية الاجتماعية إنكار للدور الإيجابي والبيداغوجي للدولة والقانون.

تصح هذه الطعون أيضاً إزاء المدرسة التاريخية.

ب - المدرسة التاريخية

370. ظهرت هذه المدرسة في القرن التاسع عشر وتزعمها فريديريك سافيني (1779-1861) فكانت هي أيضاً متزامنة مع بروز أحد أهم العلوم الإنسانية الحديثة أي علم التاريخ وهي تعتبر أن القانون الوضعي هو ظاهرة مجتمعية أفرزها التاريخ من خلال المعطيات الحقيقية. وبذلك تزاح الإطلاقية التي تبنتها المدارس المثالية. لكن الدولة لا تقوم مقام

369. (1) انظر: Ghestin et Goubeaux, p.20

المثل بل التاريخ هو الذي يفعل، إذ القانون قد أبدعه التاريخ وأنضجه الشعب خلال مراحل طويلة. إنه يتطور بحسب ما للشعب من معطيات نفسية وشعورية، وهو، ولأجل ذلك، يناسب ضمير الشعب أو روح الأمة، وبالتالي يستمد قوته من أعماق المجتمع. فأفضل القواعد القانونية هي القواعد العرفية، والعادات الراسخة في تاريخ المجتمع، وتنضاف إليهما الأحكام القضائية.¹⁰

مشاعر الجماعة تؤثر في تكوين القواعد القانونية فتتجسّد القاعدة القانونية تلقائياً كما يجب أن يكون تطورها طبيعياً. فالقانون يصدر عن وهي الشعب وروح الأمة. القانون يتشكل بصفة تلقائية وما المشرع إلا المحافظ على تكوين القانون وتشكيله. ذلك هو دوره الذي، إن خالفه، أصبح القانون مهدداً بخطر بقاءه حياً على ورق، لا حياة فيه تنبض، ولا روح له تنفث. فاصل القانون هو الشعب، والدولة ليست له سوى مستوا شكلياً فلا يحق تدخلها إلا في الحالات الاستثنائية أو المسائل التقنية البحتة. أما الحقيقة فهي في أعماق الشعب، لأن الشعب سابق للدولة ومتقدم عليها.

371. أدت مواقف هذه المدرسة بأصحابها إلى انتقاد ما اتسمت به الثورة الفرنسية من طرح يعتمد الإرادة أساساً للكيان، وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً الإرادية من جهة، وإلى معارضة حركة تدوين النصوص من جهة أخرى. ذلك أن المدرسة التاريخية تعتبر أن إصدار المجلات يعطل الإبداع العفوي، ويعطل الخلق التلقائي، وينتج قانوناً محتطاً ثابتاً لا يعرف التطور إليه سبيلاً.

فالمدرسة ضد تدخل الإرادة وهذا الأعمال التشريعية الإرادية، ولذلك كانت ضد التدوين، وهي بذلك لا تقول بالدور الإيجابي للقانون، فهو متأثر لا يؤثر.

372. لئن كانت إحدى مميزات هذه المدرسة ومزاياها التأكيد على جدوى الدرامات التاريخية لإدراك حقيقة القوانين الرضعية، وهو قول كان من المنطقي أن يصدر عن سافيني الاختصاصي في القانون

عدم تهيين العقليات لقبول هذه القاعدة الجديدة المستحدثة. فقد كانت فكرة تعدد الزوجات راسخة في الأذهان رسوخاً جعلت منها حقاً لا منازعة في تمتع الرجل به، وقد كانت بعض النساء يقبلن فك عصمة الزواج بصورة قانونية ويستمررن على معاشرته أزواجهن. إنها وسيلة يتمكن بها الزوج من الإفلات من طائلة الفصل الثامن عشر، ويبرم عقد زواج ثان. فجاءت الفقرة الثانية الجديدة³⁷³ لتحسم الأمر، وتسد المنفذ، إذ تنص على عقوبة كل من يبرم عقد زواج ثان، ويستمر على معاشرته زوجته الأولى. وقد تدخل المشرع أيضاً ليحسم في شأن عديد الأساليب الملتوية التي يعمد إليها الرجال تفصيلاً من أحكام المجلة وتهرباً. ويمثل الزواج المعرفي أهمها عدداً وشأناً. إلا أن هذا الوضع لم يستمر، إذ سرعان ما أصبحت مجلة الأحوال الشخصية منسجمة مع المستوى الذهني لأغلب التونسيين، وخاصة أهل الحضر منهم.

هذا المثال أوردها لنستنتج منه أن المشرع لا ينبغي عليه أن يتجاهل البعض من المعطيات الاجتماعية الأنية، ولكن استنتاجنا هذا لا يعني أن القاعدة القانونية هي مجرد كشف للعوامل المجتمعية الأخرى.

فمن البديهي أن يكون تطور المجتمعات تابعاً لمدى نموه الاقتصادي ويتأثر بتاريخه، ولكن هذا لا يمكن أن يكون مانعاً من تدخل الإرادة الإنسانية حتى تؤثر في الواقع الاجتماعي وتكيف الموروث الحضاري.

وقد أولت النظرية الماركسية إحدى صيغ الوضعية الحتمية للعامل الاقتصادي مكانة متميزة في طرحها، كما أولت التاريخ أهميته في بنائها التفسيرية دون أن تتجاهل دور الإرادة في التغيير.

ج - المذهب الماركسي

374. ظهرت الماركسية خلال منتصف القرن التاسع عشر ثم أخذت تفرض نفسها بداية من القرن العشرين في الميدان السياسي، وتشغل

الروماني، فإنها كانت في المقابل تؤكد على الهوية القومية والخصائص الوطنية دون الانتباه إلى تقارب النظم القانونية كونياً وعالمياً. فلقد كانت الدعوة إلى نظرة كونية مردودة إذ يختص كل شعب بنظام قانوني، لأن القانون ترجمان روح الشعب ووجدانه.

373. إن المواقف المتطرفة هي التي دوماً تجانب الحقيقة، فلا سبيل لإنكار التقارب الحاصل عالمياً، ولا سبيل إلى القول بانسلاخ المجتمعات عن هويتها ومقوماتها، ولا سبيل إلى تجاهل المعطيات الموضوعية، كما لا سبيل إلى إنكار مطلق لدور الإرادة الإنسانية.

إذا أردنا أن نتعمق في أصل القانون ينبغي أن نباشره متزودين بحد أدنى من الرضعية الاجتماعية، لأن القاعدة القانونية يتحتم عليها أن تطابق وضع العادات العرفية السائدة، وأن تقرأ حساباً لمستوى تطور المجتمع وتراعي حالته، فهو الذي يمثل مجال تطبيقها حتى لا تنشأ فيه حالات مرضية وحتى لا يصطدم بوضعيات غير طبيعية يتمثل أهمها في الإصرار على عدم الإنصياح إليها وفي منازعتها، بل حتى في انعدام فاعليتها. ويمكن لنا في هذا الصدد أن نذكر على سبيل المثال مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة في 13 أوت 1956، والقانون المؤرخ في غرة أوت 1957، والمتعلق بالحالة المدنية، وما شهدته هذان النصان القانونيان في سنوات تطبيقهما الأولى.

فالفصل الثامن عشر من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على منع تعدد الزوجات كان حقاً أكثر أحكام المجلة ثورية، وأكثرها جراً، ولأجل ذلك فقد طرأت عليه في مراحل لاحقة تنقيحات وإضافات.³⁷⁴ ويعود السبب في ذلك إلى أن هذا الفصل قد فاجأ خاصة الأوساط الريفية التي لم تتقبله بسهولة، بل عارضت تطبيقه معارضة تدل على

373. (1) القانون عدد 70 سنة 58 المؤرخ في 4 جويلية 1958 والمرسوم 1 - 64 المؤرخ في 1964/2/20 والقانون عدد 64/1 المؤرخ في 21 أفريل 1964

Mohamed Churfi : "Les conditions de forme du mariage en Tunisie"

RTD 1969/1970, p.11 et sp. 2A

الناس في المناقشات الفكرية، مزيحة بذلك النظريات التقليدية المتعارضة التي انطمس الجدل فيها أو كاد. والماركسية كانت إلى تاريخ غير بعيد، المذهب الرسمي لدول يمثل عدد سكانها ثلث سكان المعمورة. ثم إنها كانت حاضرة حضوراً مؤثراً في أوساط المثقفين والعمال في باقي البلدان، وتتمن إذ نتماشي مع جل المؤلفين المحدثين³⁷⁵ وبالرغم من تراجعها الحالي، نرى أنه من الصواب أن نولي الماركسية المكانة التي تتبوؤها عند عرضنا لمختلف النظريات والتيارات المتصلة بمادة بحثنا.

إن المذهب الفلسفي الذي أسسه كل من كارل ماركس (1818-1883) وفريدريك أنجلس (1820-1895) وأكمله لينين (1870-1924) وقع نقله إلى مجال القانون، وبذلك فإن فهم التصور الماركسي للقانون لا يتأتى إلا بالرجوع إلى الفلسفة الماركسية.

هذا الترابط بينهما يجبرنا على البدء بالتذكير ولو بصورة مبسطة، بأهم عناصر الفلسفة الماركسية.

375. يركز المذهب الماركسي على مجموعة من المبادئ الأساسية التي لا مجال لنا للتبسط في عرضها وتبويرها وشرحها وإنما يكفي أن نذكر بها.

يعتبر ماركس في مسألة التقابل التقليدي بين الفكرة والمادة، إن المادة هي الواقع الأساسي ويقال أحياناً ولا جل التبسيط، إن ماركس لا يعتبر ما هو خارج عن المادة إلا أمراً عارضاً لا أثر له ولا شأن أو يكاد، أنه تبسيط بلغ حد المسف في تناهيه. فالماركسية كمجموع متناسق من الأفكار والوؤى، أي كمذهب في حد ذاته، يولي للانساق الفكرية أو المذاهب أهمية ذات بال، ولكنه يقر بأن المادة هي واقع يفرض نفسه على فكر الإنسان، ويحدد سلوكه، ويكيّفه إلى حد بعيد دون أن يصل حد الإطلاق التام.

374. (1) انظر على سبيل المثال : Legeais ص 29-35 و Carbonnier ص 99 و ص 103 و فقرة 57 و فقرة 60 و Gheslin et Goubeaux ص 18.

لقد أخذ ماركس عن ف. هيجل نظريته في الجدلية التي تنبني على حركية التضاد. ذلك أن كل ظاهرة طبيعية سواء تعلّق الأمر بالسياسة أو الاجتماع أو غيرهما، يكون فيها التطور عن طريق قانون المتناقضات. فالواقع ليس ثابتاً ومتمكراً بل هو متحول بتقيضه حسب الرسم الثلاثي : الطرح، ونقيضه، فالحصيلة.

الآن ماركس طبق هذه النظرية على المادة مما جعل الماركسية تسمى "المادية الجدلية" ثم طَبَّقَهَا أيضاً وخاصة على التاريخ، ومن ثم جاءت التسمية "المادية التاريخية".

وبما أن المادة (أو الواقع) هي الأساس، وبما أن نط الإنتاج (أو بعبارة أخرى النظام الاقتصادي) هو ذلك الواقع المطبق على التاريخ وعلى المشاكل الاجتماعية فإننا نستطيع أن نستنتج أن الهياكل الاقتصادية هي التي تحدّد تطوّر التاريخ. إنها الأساسية أو بعبارة اصطلاحية البنى التحتية. أما ما خرج عن الإقتصاد، فهو وإن كان له أحيانا شأن ذو بال في الحياة والتطور الاجتماعي، فإنه يبقى تابعاً للإقتصاد في عمله وفهمه ومجال تحدّده وضبطه. وهكذا فإن البنية الاقتصادية (أو البنية التحتية) للمجتمع هي الأساس الحقيقي الذي به ينبني أن تفهم كل البنى الفرعية للمؤسسات القانونية والسياسية والعقائدية والدينية والفلسفية وغيرها...

وقد أفرزت هذه النظرية عند تطبيقها على المجتمعات الحالية صراع الطبقات أي تقابل المصالح بين كل من مالكي وسائل الإنتاج والعمال. وقد يتخذ هذا الصراع أشكالاً عديدة، وقد يستعمل طرقاً شتى، والقانون واحد منها.

376. المادية التاريخية هي إذن تفسير شامل وكلّي للتاريخ وللتصور الاجتماعي والسياسي، ولا يمكن للقانون داخل هذا التفسير، أن يكون منفصلاً عن الإقتصاد، أي أن ظهوره يمكن أن يكون حدث بظهور إقتصاد تبادل السلع المرتبط بدوره برحلة تقسيم العمل. وقد ولد بروز الرأسمالية في وقتنا الحاضر ولادة الطبقة العمالية وتطورها، وبالتالي صراع الطبقات. إلا أن الدولة والقانون يمثلان وسائل في أيدي الطبقة

المهيمنة للإرغام والهيمنة أي أنهما عبارة عن طريقة تستعملها الطبقة المهيمنة للإرغام والهيمنة لأجل تطويق الصراعات الاجتماعية وامتصاصها ولأجل ضمان هيمنتها والحفاظ على سيادتها. فحتى الحريات لا ينتفع بها، في نهاية التحليل، غير البورجوازية. وقد كتب في هذا الصدد ماركس قائلا: "ليس الأفراد هم الذين يتأكد وجودهم بحرية في نظام المزاومة الحرة، بل رأس المال هو الذي يتحرر"⁽¹⁾.

إن الدولة والقانون من هذا المنظور يصبحان، إذن وأساسا، وسائل قمع مرتبطة وثيق الارتباط بصراع الطبقات، فتكون الشيوعية باعتبارها حصيلة لمواجهة الطرح ونقيضه مؤدية إلى وفاق الجميع. ولكن الشيوعية لا يتأتى لها ذلك باعتبار عنصرها الأساسي المتمثل في إلغاء تقسيم المجتمع إلى طبقات، والذي ينتج لزوما عن تجميع وسائل الإنتاج وحذف الملكية الفردية المتسببة في التفاوت الطبقي. وعندئذ لا يصبح للدولة وللنانون أي مبرر لوجودهما، بل يكون مآلهما الزوال والانقراض.

377. إثار المفهوم الماركسي للقانون ردود فعل عديدة وانتقادات شتى: ويمكن حصر الانتقادات التي جوبه بها في ماخذين اثنين: فمن جهة، لا تولي الماركسية اعتبارا للواقع عندما تؤكد على أن القانون تحدده العوامل الاقتصادية وأنه لا دخل فيه للعوامل المتصلة بالبنى الفوقية بل، يكون دائما سلاحا في قبضة الطبقة المهيمنة.

إن الماركسية بإهمالها لما للبنى الفوقية من أهمية تخالف الواقع الذي يثبت عكس ذلك، إذ ليس صحيحا أن نزع بأن قانون الشغل الحالي في البلدان المتقدمة هو وسيلة لضمان سيطرة البورجوازية بوتكويس لفرض إرادتها ونفوذها على الطبقة الشغيلة والواقع يثبت أن الحرية النقابية مضمونة ضمانا كليا، وأن حق الإضراب محترم فعلا وعملا، نصا وممارسة بل إن نواب المستخدمين والموظفين يحميهم قانون الشغل

حماية ناجعة... وقد يكون الأمر صحيحا إذا ما تعلّق ببلدان العالم الثالث التي قلما يتأكد احترام تلك الحقوق فيها، ونادرا ما يعترف بوجودها بل يكون وضعها فيها منتهكا أو يكاد.

ومن جهة ثانية يسجل المرء أن القانون قد شهد وبصفة عامة تطورا لا يستهان به في البلدان الاشتراكية، يفسره القانونيون هناك بتطافر عدد من العوامل، أهمها أن الدولة التي هي دكتاتورية الطبقة الشغيلة عليها أن تجتث ما تبقى من جذور البورجوازية، وأن تضمن توزيع المداخل حسب مبدأ لكل فرد دخل يناسب عمله. ولكن ذلك لا يتأتى إلا عندما يتحقق الهدف المنشود الذي يصبح فيه الإنتاج وفيرا، يلبي كل الحاجيات. ثم إن الدولة يتوجب عليها أن تزرع روح الانضباط في المجتمع الذي بدونه يكون عاجزا على مدافعة المحيط الأجنبي الذي يكن العداء ويتربص الفرص.

إن هذه التفسيرات قد تكون صحيحة، ولكنها لا تكفي لتبرير ضخامة القانون وصرامته. فالدولة تدعم أركانها حيث ينتظر فناؤها، والقانون تزداد صلابته ويتضاعف حزمه حيث ينتظر أن يكون مآله التقلص المتدرج إلى الزوال. إنه التناقض في جوهره.

378. إن التيارات الماركسية عديدة ومتباينة، والأجوبة على منتقديها مختلفة أيضا، وإنه لا مجال هنا لتتبع كل تيار، وعرض حججه عرضا مستفيضاً مدققاً، ولذلك فإننا سنكتفي بتقديم الرد الذي نراه أكثر تعلّقا بموضوعنا، وأقوى تماسكا وتلاؤما.

ففي شأن التصور الثاني يرى السيد مياني في كتابه "مقدمة نقدية للقانون"⁽²⁾ أن القانون السوفياتي مرتبط في طبيعته ببناء دولة ذات نمط استبدادي وببيروقراطي، وأن إنشاء الدولة على ذلك الشكل لم يكن سوى نتيجة للصراعات التي كانت قائمة أثناء السنوات الثلاثين من هذا القرن⁽³⁾ ويصبح عندئذ النقد القاسم على التعارض بين الصيغة

378. (1) منشورات ف. ماسبيرو . باريس 1976.

(2) نفس المرجع ص 89.

الاشتراكية للاتحاد السوفياتي سابقا وبين تقوية القانون فيه مجانبها للصواب إذ يسهل دحضه بنفي الصفة الاشتراكية لهذا البلد.

أما فيشنسكي، وهو أحد منظري القانون السوفياتي، فقد أكد أن القانون هو تعبير عن نفوذ الطبقة المهيمنة في جميع العصور، وينبغي التمييز بين القانون البورجوازي والقانون البولييتاري : فالأول أقرته الدولة الرأسمالية، والثاني صادر عن الدول الاشتراكية، ولا يمكن تبعا لذلك الخلط بين النمطين القانونيين. غير أن طرح فيشنسكي جويله من قبل ميائي الذي نعت به كونه "تحريفا إرادويا" وأيضا من قبل بورجرل الذي تحدث في شأنه عن "الارادية البيروقراطية" (9) ذلك أنه بالفعل قد غابت القاعدة الاقتصادية عن العيان، وفقدت معناها، وهذا يعني أن منطق فيشنسكي لا يتطابق مع النظرية الماركسية ولا شأن له بها.

أما الموقف الثاني ذو التصور الآلي والمبسط، والصادر عن بعض التيارات الماركسوية القائلة بأولوية الاعتبارات الاقتصادية وتأثيرها في القضايا القانونية، فقد رد عليه أيضا الفقيه ميائي قائلا بأن إسناد كل شيء إلى العامل الاقتصادي يتعلل كونه العامل الأساس وأن القزل بانعدام "نخا البنى الفوقية دون اضطرام نار البنى التحتية" لهو "تحريف اقتصادوي" (9) إنّه تحريف يعاكس ذلك الذي تبناه فيشنسكي وينبغي نقده والرد عليه، مثلما هو الشأن بالنسبة للأول، إذ هو يناسب نوعا من التاويل يبدو فيه الفكر الماركسي "مبسّطا إلى درجة الإجحاف والمسف" (9).

وهنا يجوز لنا التساؤل إذا ما كان القانون كشفا سلبيا للقوة أو للاقتصاد فما هي الجدوى من تواجده ؟

379. فالاجتماع عند ماركس هو كلّ مهيكّل أساسه الاقتصاد، والاقتصاد يمثل المستوى الأول الذي عليه يرتكز مستوى ثان يكون فيه كلّ

(3) انظر : Presses Universitaires de Grenoble . Pour une critique du droit . F.Maspero, 1978, p. 16 .

(4) نفس المصدر السابق . ص . 85 .

(5) نفس المصدر السابق، ص . 86 .

من السياسة والتشريع، ثم يأتي مستوى ثالث يشمل الانساق الفكرية، وكلّ مستوى هو عبارة عن بنية مستقلة بذاتها، إضافة إلى ما لجموع البنى من علاقات تفاعل وتكامل وتشابك . فاستقلالية البنى عن بعضها لا تعني عزلتها وانفصالها، بل تعني أن كل بنية لها، كمؤسسة (9)، دور في السير العام للمجتمع إذ هي تساهم في حركيته بمنطقها الخاص، وآلياتها الخاصة وانظمتها الخاصة بها، وبالتالي فالفصل عند ماركس بين البنيتين التحتية والفوقية، لا شأن له بالطبيعة الماورائية بين الواقع وظاهره أو بين الذات وانعكاسها الظلي، وكما أنّه لا يمكن شرح ظاهرة كيميائية أو بيولوجية بقانون وحيد لهذه أو لتلك، فإنّه لا يمكن تفسير قاعدة قانونية بالاقتصار على عامل واحد، إذ الأسباب في حقيقة الأمر تكون دوما معقدة أيما تعقيد.

إنّ هذا الطرح نتوصل به إلى استنتاج مفاده أن القانون هو عبارة عن "بنية داخل كلّ مركّب لأحد فروع أهمية أقوى من أهمية الفروع الأخرى". وبعبارة أخرى ففي كل المجتمعات يتفاعل القانون مع العوامل الأخرى بالتأثير معا، ولكن الاقتصاد هو العامل الغالب الذي يكون تأثيره في مجموع العوامل أكثر هيمنة.

وهكذا فإنّ مادة كمادة بحثنا لها من التعقيد والتشابك والعمق، ما يجعل كلّ محاولة تسطيح أو تبسيط لا مجال لها فيها ولا مكان (9).

380. على أن هذا النمط التبسيطي المبثوث في أعمال البعض من المؤلفين الماركسيين والفقهاء بمن فيهم ميائي نفسه (9)، والبعيد عن الطرح

379. (1) يستعمل السيد : Miaille في مؤلفاته لفظة "Instance" في معنى مخصوص لا ينبغي على طالب السنة الأولى أن يخلط بينه وبين معناها في مادة الإجراءات المدنية الذي سنتناوله عند دراسة التنظيم القضائي.

(2) انظر في هذا المعنى : Ouvrage collectif : "Pour une critique du Droit." Presses : Universitaires de Grenoble , F.Maspero , 1978.

380. (1) انظر نقد Miaille في مؤلفاته من طرف : P. Pescatore : "Une critique du système juridique français", "RIDC. 1978, p. 543.

المبحث الثالث

الخطاب التأسيسي للقانون في الفكر الإسلامي

381. إن البحث في الخطاب التأسيسي في الفكر الإسلامي من أعوص المسائل وأصعبها، لأنه يتعلق بتحديد موقف المفكرين المسلمين من مسألة فلسفة القانون. فإلى أي المدرستين ينتمي ؟ أم هل أنشأ مدرسة فلسفية خاصة بالقانون وخاصة به ؟

تعرض الباحث في هذه المسألة صعوبتان. تكمن الأولى في الوقوف على معنى الفكر الإسلامي ذاته، إذ لم يكن هذا الفكر موحداً، حيث اختلفت الآراء حول المسائل التي طرحت عبر تاريخ الدولة الإسلامية. فلا وجود للفكر رسمي يمكن الخوض فيه، ولا وجود لفكر موحد يستوجب الوقوف عنده. لقد عرف الفكر الإسلامي منذ البدء الاختلافات المذهبية حول أهم المسائل المطروحة. فتجلت هذه الاختلافات في علوم عديدة وتاويلات مختلفة : النظرة إلى الدين وأصوله، ماهية الله وقدم الكون أو حدوثه، دور العقل وحرية الإنسان الخ... فهي مغايرة بين فرقة وأخرى .

فمعنى الفكر الإسلامي نسبي إلى حد بعيد، يقتضي النظر في أهم المذاهب الفكرية والفلسفية التي تعرضت في الحضارات التي سادها الإسلام ديناً بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى مسألة التأسيس النظري للقانون والفقه.

382. أما الصعوبة الثانية فهي تبرز في غياب الخطاب التأسيسي الصريح لظاهرة القانون. وهو غياب ميّز الفكر الإسلامي عموماً مع تعدد مذاهبه وتياراته، فلم يتعرض الفقهاء ولا الفلاسفة ولا المتكلمون ولا الأصوليون إلى هذه المسألة صراحة.

فقد يكون الاتفاق على مبادئ أصول الفقه التي رتبّت مصادر الأحكام الفقهية ترتيباً تفاضلياً، العلوية فيه للقرآن والسنة، السبب في غياب الجدل الواضح حول الأسس الفلسفية والنظرية للقانون. فلم يكن

المعنى للماركسية لا يزال متواصلاً ومتواجداً. ولقد كنا رأينا أن هؤلاء المؤلفين يضمنون للتقابل القائم بين القانون الموضوعي والحقوق الذاتية بعداً مذهبياً⁽²⁾، وهو أمر يبدو لنا محلّ نقد بل وموضوع وفض. ثم إننا سنرى أن نفس المنطق يتكرّر في تقسيم القانون إلى فرعين : القانون العام والقانون الخاص⁽³⁾. ولنذكر أخيراً مثال المنحرفين الذين استعملت إزاءهم في فرنسا مثلاً طرق تربوية غايتها إعادتهم إلى الحضيرة، ومساعدتهم على الاندماج ثانية في المجتمع، ومنحهم فرصة أخرى للتلاؤم معه. إنها في حقيقة أمرها طرق بديلة للوسائل العقابية التقليدية، وأقرب إلى النجاعة منها، ولكن بعض الدراسات⁽⁴⁾ اعتبرتها حيلة غايتها إخفاء الطابع التعسفي لسلطة العقاب لا يمكن أن تنطلي على العقل المتبصر، فيذهب به الظن إلى انتفاء القمع والعسف، بل هي أكبر الطرق الزجرية، وأكثر نجاعة من الإعدامات العمومية.

وإننا نرى أن مثل هذه المواقف لا تأخذ بعين الاعتبار في تأكيدات الواقعية المعاش. ويكفي لنقيس أهمية المسار الذي تخطاه القانون الفرنسي مثلاً في اتجاه التخفيف من الزجر والعسف، أن نرجع إلى التاريخ، وأن لا نبتعد عن الوقائع. فالعقاب البدني لم يعد موجوداً، والتشكيل يكاد ينعدم والإعدامات الجماعية انتهى أمرها، والمحاكمات السريعة أصبحت قليلة جداً، والسجون لم يعد يقبع في غياهبها مواطنون من أجل آرائهم، والأفكار لم تعد جرائم أو جناحاً تؤدي بحاملها إلى القبور وراء القضبان، ولقد ألغي أخيراً الحكم بالإعدام. ولكي نقدر هذه المنجزات حق قدرها علينا أن نستحضر الواقع الذي يعيشه العالم المتخلف الذي لا يزال بعيداً عن هذا المستوى. فالتخلف إذن لا يقتصر أمره على التخلف الاقتصادي فقط، إنه أيضاً تخلف سياسي وقانوني...

(2) انظر ما سبق : الفقرة عدد 145 وما يليها.

(3) انظر ما سيأتي : الفقرة 511 وما يليها.

(4) انظر : M.Foucault : "Surveiller et punir , naissance de la prison". Paris 1975

Misile op.cit.p. 102.

التأسيس للقانون محورا جوهريا في مختلف العلوم الإسلامية (كالفقه وعلم أصول الفقه وعلم الكلام وحتى الفلسفة ذاتها) لقد اقتصر اهتمام الفقهاء على التمهيد في فحوى الأحكام دون الشعور بضرورة البحث في أسسها النظرية، شأنهم في ذلك شأن الفقهاء الرومان، وهكذا كانت نظرتهم إلى موقف الوضعيين المحدثين أقرب، فكانت تقتصر على العمل بالحكم دون تقييده، والتأسيس له⁽¹⁾. فالفقه كما عرفه ابن خلدون هو النظر في الأحكام فحسب ولقد ساعد علم أصول الفقه على احتجاب المسألة التأسيسية، لأنه أولى اهتمامه، بل كان محوره وضع الأحكام المنهجية التي يجب اتباعها عند استنباط الأحكام الفقهية من الأدلة الشرعية. وهذا تعريف علم أصول الفقه ذاته وهو العلم الذي أسسه الشافعي في رسالته الشهيرة⁽²⁾. فاقترص على ربط الصلة بين الحكم الفقهي والأدلة⁽³⁾، فلم يتجاوز هذه المرحلة إلى مرحلة التأسيس الفلسفي العام.

فهى المفارقة الكبرى التي تتميز بها الثقافة الإسلامية إزاء الظاهرة القانونية. فالقانون من جهة هو المحور الأساسي لعلم الفقه وأصول الفقه، ومن جهة أخرى كان القانون محل اهتمام الفكر الإغريقي القديم الذي نقله العرب والمسلمون إلى البشرية جمعاء. فكيف احتجبت المسألة الفلسفية للقانون وبهذه الصورة من الاهتمامات النظرية للمسلمين ؟ لم يكن القانون محورا في الإسلام إلا عرضا، كما هو الأمر عند الفارابي في مدينته الفاضلة أو حتى عند ابن رشد فلم تبلور عند هؤلاء فلسفة خاصة بالقانون.

383. فهل يكون هذا الغياب عائقا أمام محاولة تحديد مواقف المفكرين المسلمين من مسألة مشروعية القانون ؟ وهل تؤدي هذه المحاولة

382. (1) يلاحظ الفرق الشاسع بين الطابع التقني لكتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد والجانب النظري المتطور لكتابه الفلسفية كفصل المقال ومناهج الأدلة أو تهافت التهافت.

(2) سليم اللغماني "Eléments" ص 195

(3) سليم اللغماني "Eléments" ص 194 وما بعد

إلى فرض مفهوم الأسس من الخارج على مفكرين لم يطرحوا المسألة بتاتا فيقع بالتالي تحريف وزيثهم ونظرياتهم؟

قد لا نجد عند الفقهاء وغيرهم من العلماء في الإسلام اهتماما صريحا بهذه الأسس الفلسفية، ولكن يمكن أن تكون هذه الأخيرة متواجدة في نظرياتهم من حيث المضمون، أي يمكن أن تكون البنية النظرية متواجدة عندهم بصفة ضمنية من خلال الأفكار التي تنسب إليهم. فلا مانع أن تكون مواقفهم محكومة بمنطق معين أو منهج ما بدون وعي منهم. فكثيرا ما يسلك الإنسان مسلكا فكريا أو حياتيا معينًا بدون أن يدرك أن هذا المسلك محدود بحدود وأصول ومناهج لا يعيها بوضوح أو حتى بتاتا. فإذا رسم دارس خارجي هذه الحدود فإنه لا يكون بعمله هذا مجحفا أو مشوها للمواقف الفكرية التي يدرسها. فيحق لنا أن نبحث في المذاهب الفكرية الأساسية، وأن نستنتج من هذه الدراسة الموقف الضمني الذي كان لابد أن يترتب عن مقولاتها الجوهرية لو تعرضت بالتخصيص إلى المسألة القانونية ويكون بحثنا هذا مفسرا لما آلت إليه نظرنا الحالية إلى القانون عموما، وإلى علاقة الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية التي تسود مجتمعاتنا.

ويكون هذا العمل مبنيا على العديد من الافتراضات والفرضيات الضمنية. وإن البحث فيما هو مجهول وخفي، يستوجب من القائم به التأني في استنباطاته، والحذر في استنتاجاته. كما يستوجب منه التقيد بالمنهجية العلمية حتى يتجنب الوقوع في متاهات الإيديولوجيا ومخاطر التبسيط والتحريف والزيف عن الحقيقة.

384. وقد تكون أول خصائص الدين الإسلامي في تواجد القرآن الذي هو الكتاب المحتوى على كلام الله، والذي لا يجادل في أصالته وصحته أحد. القرآن يتضمن بالإضافة إلى الأحكام الدينية والأخلاقية قواعد قانونية. لذلك سيكون لتحديد مركز النص القرآني الأهمية القصوى بالنسبة للمهتم بالظاهرة القانونية، وسيتمحور التعارض بين نهجين متقابلين. الأول وهو السانديري في القانون ما تعبر عليه الإرادة الإلهية المرة، فيكون منطقها منطقا تقليدا (الفقرة الأولى)، والثاني

هو الذي يولي العقل الدور الأساسي في سنّ القواعد القانونية فيشكل التّيار العقلاني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الفكر النقلي

385. الفكر النقلي هو الفكر التقليدي المميّز للفكر الإسلامي عموماً، أو على الأقلّ بالنسبة للمذاهب السنّية هو السائد فيها، وينتمي فريق الأشعرية (الأشاعرة) إلى هذا الفكر. كما ينتمي إليه الغزالي الذي كان من أهم من أثر، فيه وأثره قد دعم أسسه النظرية.

كان الغزالي قد أنكر دور الفلسفة وقلّل من شأن علم الكلام الذي أنشاه فريق المعتزلة. فكان للغزالي أن أسدى لعلم أصول الفقه الأولية المطلقة في حين كان هذا العلم فرعاً من فروع الكلام عند المعتزلة.

كان ابن خلدون، وهو الذي أخذ في هذا المجال بالمواقف السنّية المحافظة يعتبر أن الفلسفة مضرّة بالدين. وكان يرى أن علم الكلام لم يعد ضرورياً إذ فقد في عصره جدواه، لأن أعداء الدين الخارجين عنه من ملحدة أو مبتدعة، قد انقرضوا، فلا حاجة الآن بالأدلة العقلية التي احتج بها الأئمة في الدّفاع عن الأسس الدينية ضدّ المناهضين له⁽¹⁾ فلا حاجة لعلم الكلام، ولا فائدة من الفلسفة لأنّها تضرّ بالدين وليست له نافعة.

لقد كان الغزالي من قبل قد مهدّ لمثل هذه المواقف لأنّه كفر أهل الفلسفة في كتاباته، وحاول الرد على منهجية الفلسفة وجدواها، وكان ذلك في "تهافت الفلاسفة". كما اعتبر أن علم الكلام من العلوم الثانوية، فقد أوليته ودوره الذي انحصر عنده في الردّ على مقولات المعارضين للدين الإسلامي.

فهو يقول: "لقى الشيطان في وساوس المبتدعة أمورا مخالفة للسنة فلهجوا بها وكادوا يشوشون عقيدة الحق على أهلها، فأنشأ الله تعالى طائفة المتكلمين وحرك دعاويهم لنصرة السنة بكلام مرتّب يكشف عن أهل

البدع المحدثه، على خلاف السنّة الماثورة، فمعه نشأ علم الكلام وأهله"⁽²⁾. لا يصحّ تعريف الغزالي لعلم الكلام إلّا في طور متأخّر من نموه. حيث لم تكن غايات علم الكلام أول الأمر النضال ضدّ الغلاة، بل كان دوره عند المعتزلة وفي فترة تأسيسه إكساء مشروعية عقلية للحقائق الدينية. فلقد كان علم الكلام في البداية خطاباً داخلياً للفكر الإسلامي، ولم يكن موجّهاً إلى المناهضين للدين من الخارج. لم تكن الغاية منه الدّفاع عن العقائد الدينية فحسب، بل كان كذلك خطاباً تأسيسياً للفكر الديني من الداخل⁽³⁾.

كان ابن خلدون يقول⁽⁴⁾ "إذا كان نظر الفيلسوف في الالهيات نظراً في الوجود المطلق وما تقتضيه لذاته، فإنّ نظر المتكلم في الوجود إنّما هو من حيث أنّه يدلّ على الوجود، وبالجمله فموضوع علم الكلام عند أهله إنّما هو العقائد الإيمانية بعد فرضها صحيحة من الشّرع من حيث يمكن أن يستدلّ عليها بالأدلة العقلية فترجع البدع وتزول الشكوك والشّبه عن تلك العقائد". فالفرق بين الفلسفة وعلم الكلام عند ابن خلدون يقتصر على أنّ موضوع الفلسفة هو المطلق، في حين يكون هذا الموضوع في علم الكلام البحث عن الفاعل. وفي ماعدا ذلك لاشئ يميّز أحد الفئتين على الآخر. فمشكلة علم الكلام والفلسفة واحدة، وهي إمكانية تأسيس المعرفة على المدارك العقلية من خارج الأدلة الشرعية الرّسمية، ومن خارج النّصوص المقدّسة التقليديّة، فالتقليل من دورهما هو في الحقيقة تقليل من دور العقل ومن قدرته على التّعرف على قوانين السّببية التي لا يمكن الاعتراف بتواجدها، وهو في النهاية إقرار بالجبرية.

386. إنّ مسألة السّببية من أهمّ المسائل تأثيراً في فلسفة القانون، فإنّ كان الكون يخضع إلى قوانين السّببية فهذا يعني أنّ إرادة الله

(2) "المنقذ من الضلال والموصل الى ذي العزة والجلال" مجموعة الروائع الانسانية

بيروت 1979 ص 16.

(3) سليم اللغماني المرجع السابق ص 175 وما بعد

(4) ابن خلدون ص 566 .

مقيّدة بها ولا يمكنها الخروج عنها، وإن كانت قوانين السببية على هذا النحو، فلإنسان القدرة على استخراجها واستنباطها. فمسألة السببية هي مسألة محورية تحدّد دور العقل، وبالتالي تضبط نظرية المصادر القانونية بين الإلهية وإنسانية.

لقد كان الغزالي يقول بأن الله مريد، وأن إرادته مطلقة لأحد ولا قيد ولا شرط لها. فإله قادر على كلّ شيء، وهو عالم بكلّ شيء، فهو السبب الأول والوحيد لكلّ شيء. فالإرادة الإلهية تحدث الكون وتبطله، والإرادة الإلهية ليست شبيهة بإرادة الإنسان المقيّدة بالبواعث والعوامل، لأنّها إرادة محضة ومطلقة، تفعل ما تشاء، كما تشاء ومتى تشاء.

الإرادة الإلهية لا تتقيّد بقوانين السببية التي لا وجود لها. والله هو السبب الأوّل وهو العلة الفعّالة الفاعلة الوحيدة لكلّ شيء. لذا ينكر الغزالي حتما كلّ ترابط ضروري في الطبيعة بين العلة والمعلول، والسبب والنتيجة. وإنّ ما يبرز على كونه سببا وأثرا إنّما هو من قبيل العادة وليس حتمي الوقوع والحصول.

قول الغزالي بأنّ الله هو السبب الأول والوحيد لكلّ شيء، يفضي حتما إلى إنكار الترابط الضروري بين الأسباب والآثار. ولا يوجد حسب الغزالي في العالم سوى فعل واحد وهو فعل الموجود المريد. أمّا فعل الطبيعة فلا حقيقة له، فهو إدعاء باطل. والاقتراح بين ما يعتقد في العادة سببا وأثرا ليس ضروريا⁽¹⁾ ولا وجود لقانون في الطبيعة لأنّ كلّ شيء خاضع للإرادة الإلهية المطلقة. كلّ ما في الأمر هو أنّ الإنسان يشاهد تعاقب ظاهرتين لكن تعاقبهما لا يدلّ على وجود علاقة سببية، فقصارى القول أنّ السببية الوحيدة هي التي ترجع إلى الإرادة الحرة، والاختيار التأم، والمعرفة الشاملة وهي صفة خاصة بالله. فليس علم الله وجوبا لأنّه لا يعمل في حقّه الوجوب، ولا يسأل عمّا يفعل، فكلّ شيء حادث في الطبيعة، خاضع لإرادة الله. هكذا يفتح الغزالي الباب أمام المعجزات⁽²⁾.

386. (1) "تهافت الفلاسفة" دار المشرق بيروت 1982 ص 195

(2) سليم اللغماني Eléments ص 202 - مرجع عدد 63.

387. الكون عنده مخلوق، لذلك لا يتعلّق الفكر الديني في القرون الوسطى بواقع الفقه على كونه من الأعمال البشرية، بل كان موضوع الحديث فيه متصّلا بالخطاب التأسيسي الذي ينكر على الإنسان القدرة على أن يكون صانعا للقاعدة القانونية، أي أن يكون قادرا على اكتشاف القاعدة القانونية ومن باب أولى وأحرى أن يكون قادرا على سنّها ووجعها⁽³⁾. فإله هو العدل بذاته، وهو المشرّع الوحيد. لذلك كانت مناهج علم أصول الفقه، وهو علم تقعيدي، لأنّه علم مدوّن تؤكّد على أنّ سبيل المعرفة التي يتوصّل إليها العقل، هي معرفة منقوصة ولا تشمل كلّ الحقائق، لأنّ العقل قاصر على إدراك الحقائق الكلّية. فإحكام العقل صادقة في الجملة، لكنّها عرضة للخطأ في كثير من الأمور. والعقل يحتاج دائما إلى معرفة خارجية، هي الثور الذي يقذفه الله في الصدور. و قصور العقل هذا، وارد في صنف العلوم العقلية، الضرورية منها والمكتسبة. والعلوم العقلية الضرورية هي التي فطر الإنسان عليها (يعلم الإنسان أنّ الواحد لا يكون في مكانين) والمكتسبة فهي المتحصّل عليها بالتعلّم والاستدلال.

فمن باب أولى وأحرى أن يكون العقل غائبا في العلوم الشرعية والدينية، وهي العلوم التي لا توجد إلّا بالتقليد والسّماع. والعلوم الدينية مأخوذة بطريق التقليد عن الأنبياء، وهي تحصل بتعلّم كتاب الله وسنة رسوله، فلا تعتمد العقل إلّا بعد السّماع. والفقه هو من هذه العلوم، فلا يعرف إلّا بالسّماع. الغزالي يقول في كتاب "المستصفى من علم الأصول" أعلم أنّ العلوم تنقسم إلى عقلية كالطب والحساب والهندسة، وليس ذلك من غرضنا، وإلى دينية كالكلام والفقه وأصوله وعلم الحديث والتفسير وعلم الباطن، أعني علم القلب وتطهيره
المعلّم عند الغزالي هو الله. والعلم ينقل عن طريق الوحي أولا، ثمّ عن طريق الوّسل. يقول الغزالي في كتاب القسطاس المستقيم: "إنّ الله علّم جبريل الموازين، وجبريل بلّغها إلى الأنبياء، وهؤلاء نقلوها إلينا بتعاليمهم. فإله هو المعلّم الأوّل، والثاني جبريل، والثالث الرّسل، والخلق كلّهم يتعلّمون من الرّسل ما ليس لهم طريق إلى معرفته إلّا بهم".

387. (1) سليم اللغماني Eléments ص 194

بل إن الغزالي يرى عموماً أن جميع المعارف المنتشرة في البشر ترجع إلى مصدر واحد وهو المصدر الإلهي وتعود إلى وحي قديم أنزله الله تعالى على أنبيائه وعلمهم به كل أنواع الحكمة. فعلوم الطب والنجوم والرياضيات لم تنشأ على اختيارات العلماء وتجاربهم واستنباطاتهم العقلية، بل كانت ثمرة وحي أنزله الله على الأنبياء. ففي المنقذ من الضلال⁽²⁾ يقول الغزالي صراحة: "وكانت أدوية البدن تؤثر في كسب الصحة بخاصية فيها، لا يدركها العقلاء ببضاعة العقل، بل يجب فيها تقليد الأطباء الذين أخذوها من الأنبياء، الذين أطلعوا بخاصية النبوة على خواص الأشياء فكذلك بان لي على الضرورة بأن أدوية العبادات بحدودها ومقاديرها المحدودة المخدرة من جهة الأنبياء الذين أدركوا تلك الخواص بنور النبوة لا ببضاعة العقل" ويضيف الغزالي معاً لا يترك مدعاة للشك في خصوص دور العقل⁽³⁾: "لقد تحامق وتجاهل جداً من أراد أن يستنبط بطريق العقل وبالجمله فالأنبياء عليهم السلام أطباء أمراض القلوب. وإنما فائدة العقل وتصرفه أن عرفنا ذلك وشهد للنبوة بالتصديق، ولنفسه بالعجز عن ذلك ما يدرك بعين النبوة وأخذ بأيدينا وسلم (اليها) تسليم العميان إلى القائدين وتسليم المرضى المتحيرين إلى الأطباء المشتفين. فإلى ههنا مجرى العقل ومخطاه وهو معزول عما بعد ذلك إلا عن تفهم ما يلقيه الطبيب إليه".

388. بناء على هذه النظرية، كانت أحكام الفقه عند ابن خلدون عائدة بالضرورة إلى النقل لا إلى العقل. كان يقول بعد تصنيفه للعلوم إلى عقلية ونقلية. فالعلوم العقلية هي العلوم الحكمية الفلسفية التي يمكن أن يقف عليها الإنسان بطبيعة فكره، ويهتدي بمداركه البشرية إلى موضوعاتها ومسائلها⁽⁴⁾ "والعلوم النقلية الوضعية هي كلها مستندة

(2) المنقذ من الضلال ص 45

(3) المنقذ من الضلال ص 46.

388. (1) ابن خلدون ص 528

إلى الخبر عن الواضع الشرعي، ولا مجال فيها للعقل إلا في إلحاق الفروع من مسائلها بالاصول. لأن الجزئيات الحادثة المتعاقبة لا تندرج تحت النقل الكلي بمجرد وضعه فتحتاج إلى الإلحاق بوجه قياسي إلا أن هذا القياس يتفرع عن الخبر بثبوت الحكم في الأصل، وهو نقلي، فرجع هذا القياس إلى النقل لتفرعه عنه، وأصل هذه العلوم النقلية كلها هي الشرعيات من الكتاب والسنة⁽⁵⁾.

لم تؤد محاولة التوفيق بين العقل والنقل عند ابن تيمية إلى تفوق الأول على الثاني. فوظيفة العقل في أن يفهم ما جاءت به النصوص دون أن يبتكر شيئاً لأن الدين جاء بقضايا مبرهنة مدللة وليس على العقل إلا أن يؤمن بتلك الأدلة والبراهين. فالأحكام القانونية في هذه النظرية تصدر عن الإرادة الإلهية ولا يتعرف عليها الإنسان بمدارك العقل وإنما استناداً إلى النقل والتقليد، فالنظرة إلى القانون هي نظرة إملائية فرقية، والقانون خارج عن إرادة الإنسان إنشاء ومعرفة.

389. ومن هنا تتفرع نتيجة حتمية ثالثة تتعلق بحرية الإنسان. فالإنسان في هذه النظرية ليس بخالق لأفعاله خيراً وشرها. لا قدرة للإنسان ولا إرادة ولا اختيار له، فالجبرية تنفي الفعل الحقيقي عن الإنسان، لأن فعل الإنسان مضاف إلى الله. فالغزالي يميز بين أصناف ثلاثة من أفعال الإنسان: الفعل الطبيعي كالفرق في الماء، والفعل الإرادي كالتنفس، والفعل الاختياري كالكتابة بالأصابع. فمظاهره الجبر جلية في النوعين الأولين، ولا يبقى احتمال الاختيار والحرية إلا في الصنف الثالث. وفي هذا الإطار فالإنسان مجبر على الاختيار وما يترتب عن هذا الجبر هو ما سماه الأشعري كسباً⁽⁶⁾ ومعنى ذلك أن إرادة الإنسان عند الغزالي ليست حرة. فلا يمكنها اختيار الفعل الموافق (الكتابة أو عدم الكتابة) بل هي مقيدة بالعلم، وهذا العلم هو نقلي، وهو الثور المقذوف في الصدور.

(2) نفس المرجع

389. (1) صليبا ص 356

391. أما أحكام الفقه فإنها لا تخضع إلى أي قانون أو قاعدة، سواء كانت تقريرية أو تقويمية. وتأسيس الحكم القانوني على مصدر مقدس سبب احتجاج الفكر الفلسفي في مادة القانون. فلا جدوى من البحث في الأسس لأن مشروعية الفقه تكمن في مصدره المقدس. لذلك تقلص دور الفلسفة ودور علم الكلام وهو العلم المستند إلى الأدلة العقلية. وكان انقراضهما لصالح الفقه الذي موضوعه معرفة أحكام الله. أما علم أصول الفقه فكان موضوعه تقنين سبل استنباط الأحكام الفقهية بوضع قواعد منهجية مضبوطة الغاية منها ربط الصلة المباشرة بين الأحكام وبين الأدلة الشرعية وعلى التحديد بينها وبين النص المقدس. كما كان لعلم أصول الفقه التقدم بخطاب نظري منظم للرد على مقولات علم الكلام ومناهجه.

أصبح إذن دور العقل ثانويا لتقيده بهذه الضوابط المنهجية. لذلك كان من الطبيعي أن تقتصر النظرة التقليدية بتوقف حركة الاجتهاد. فالتزم الفقهاء بمذاهب معينة ودرسوا فقهها دون تصرف وتجنب أهل الفكر والنظر الاصداغ بأرائهم الاجتهادية. فاقصر الناس على تقليد الأئمة الأربعة. وتشبث كل مقلد بمذهب إمامه حتى أصبحت المذاهب وكأنها بيانات مختلفة.

الفقرة الثانية : الفكر العقلاني

392. أحسن من يمثل الفكر العقلاني في الثقافة الإسلامية هم المعتزلة وأقرب الفلاسفة إليهم المعري وابن رشد وغيرهما والباحظ كان منهم.

تعد فرقة المعتزلة أول من أسس علم الكلام. ولم يكن دوره عندهم النضال ضد الغلاة من خارج الدين مثلما آل أمره فيما بعد، وإنما كان دوره عند نشأته إكساء مشروعية عقلية للحقائق الدينية. فكان علم الكلام في أول أمره خطابا من داخل المنظوم الفكر الإسلامي متجها إليه

للافعال المسماة اختيارية هي ناشئة عن أسباب زائدة على الذات. فالإنسان في النهاية مجبور عليها. فلو خلق الإنسان كامل العقل والعلم لما استطاع أن يزيد على ما دبّره الله، في حين أن كل ما خلقه الله تعالى من السماوات والأرض، وكل ما قسمه بين عباده من رزق وسرور وحزن وعجز وقدرة إيمان وكفر وطاعة ومعصية، فهو عدل محض لا جور فيه، وحق صرف لا ظلم فيه. بل هو على الترتيب الواجب على ما ينبغي، وبالقدر الذي ينبغي، وليس بالإمكان أحسن منه، ولا أتم وأكمل. فإله لا يسأل عما يفعل، وما على الإنسان إلا أن يتوكل عليه، ويرضى بحكمه، فإن لأحكام الله أسراراً لا يدركها العقل. وهو إذا كلف العباد فطاعوه، لم يجب عليه الثواب، بل إن شاء أثابهم وإن شاء عاقبهم⁽²⁾.

390. فلا وجرد إذن لقوانين السببية، ولا دور للعقل، ولا حرية للإنسان. هكذا يحتجب الخطاب التأسيسي ويختفي. فالإلزامية القانون في هذه النظرية تنفّر عن مصدره الإلهي، ومنها يكتسب مشروعيتها. فأوجه التشابه مع المدرسة الوضعية الشكلية، وعلى التحديد الدولية، جليلة حيث تحلّ إرادة الدولة محلّ الإرادة الإلهية. فالقانون أو الفقه عند الغزالي وبصفة عامة العلوم الدينية كلّها صادرة عن إرادة واحدة هي الإرادة الإلهية لذلك تقترب هذه النظرية من المدرسة الوضعية. ففي كلتا الحالتين يطفى النصّ كمنهجية معرفية⁽³⁾.

ومع ذلك لا يمكن القول بتساوي النظريتين فالمصدر الإلهي مقدس، وهو ما لا تتمتع به الدولة. ونظرا لنوعية المصدر الإلهي، فإن نظرية الغزالي تنكر تماما إمكانية القانون الإنساني، فلا يمكن أن يصدر القانون عن الإرادة البشرية لأن مصدره الله، والله وحده دون سواه. هذا الموقف إلى فكر القديس أغسطينو أقرب، حتى وإن غاب تماما في فكر الغزالي والأشعري العنصر الطبيعي على خلاف ما كان عليه الفكر الديني المسيحي الوارث المباشر في مادة القانون للفكرين الوماني والاعريقي.

(2) صليبا ص 359.

390. (1) سليم اللغماني الأطروحة ص 436

في ذات الآن والحين لأنه خطاب تأسيسي للفكر الديني نفسه. فعلم الكلام مستوى معرفي تأسيسي⁽¹⁾.

لذلك ذمه علماء السلف في فجر الإسلام بصورة مطلقة، وكانت سلفية الحنابلة أشد المتحاملين على الكلام وأهله، حتى على السنّيين الذين اتخذوا من هذا الفن أداة إقناع وجدال، لردّ الشبهات والمطاعن التي أثارها المبتدعة والملاحدة وأهل الديانات الأخرى⁽²⁾.

مشكل علم الكلام والفلسفة واحد. وهو إمكانية تأسيس المعرفة على المدارك العقلية من خارج الأدلة الشرعية الرّسمية أي من خارج النصّ أي الوحي، فكان الفكر عندهم على نقيض الفكر النّقلي لأنه عقلي عقلاني.

وقديكون مشكل القانون فرعاً من فروع علم الكلام بالنسبة للمعتزلة⁽³⁾ لأنّ الإرادة الإلهية تنبني على العقل، ولأنّ أعمال الإنسان تبني على الحرية والاختيار، فالمعتزلة هم من القدرين المناهضين للجبرية.

393. إنّ مجمل هذه الأصول تتعارض وأصول الفكر الأشعري وفكر الغزالي. فالدليل الأول عند المعتزلة وابن رشد هو العقل. فيكون بالتالي بالإمكان الاهتداء إلى الحقائق الدينية وغيرها من دون الاستناد على الأدلة الشرعية. ولأنّ القدرية تقول بحرية الإنسان يكون بالإمكان الاختيار، ويكون بالإمكان التعرف على قوانين السببية الموجودة في الكون. فيصبح بالإمكان وضع القوانين الإنسانية.

لقد أجمع السلف على أنّ الاجتهاد يحتل المرتبة الثالثة بعد القرآن والسنة، فكانت المعرفة مؤسسة مبدئياً على النقل. خالف المعتزلة هذا الإجماع ونصبوا العقل على رأس الأدلة إذ به كما يقولون يدركون القوانين نفسه وغيره من الأدلة. يقول القاضى عبد الجبار في تصنيف الأدلة الشرعية أن أولها العقل لأنه به يميّز بين الحسن والقبيح ولأنّه به يعرف

392. (1) سليم اللغماني ... "Eléments" ص 202

(2) التهامي نقرة: الاتجاهات السنية والمعتزلية في تأويل القرآن دار قلم 1982 ص 50

(3) سليم اللغماني ... "Eléments" ص 172

أنّ الكتاب حجة فلا يخاطب الله إلا أهل العقل⁽⁴⁾ فبه يتوصّل الناس إلى معرفة الله وإدراك حكمته. فالمعتزلة هم أول من حكم العقل في النص، لذلك أهملوا قدسية النص الصحيح قرآناً وسنةً، وأقاموا العقل حكماً لا تردّ كلمته، وحملوه بالإضافة إلى مهمة التحسين والتّقييح مسؤولية معرفة الله تعالى بجميع أحكامه وصفاته قبل ورود الشرع. لذلك كان دور الوحي عندهم دوراً اعلامياً. والعقل هو الدليل الأول وتتركز المعرفة على العقل أولاً وقبل كلّ شيء. لأنّ العقل سابق للإرادة الإلهية لأنّ الكون منظم حسب قوانين الطبيعة التي لا تخرج عنها إرادة الله ذاتها.

394. المعتزلة هم أولئك العلماء الذين جعلوا العقل أساس الحكم في المعرفة. إنهم يختلفون عن المحدثين الذين يكتفون بالاستناد إلى الأحاديث عند استنباطهم الفقهي. أي أنّ المعتزلي لا يكتفي بالبرهنة على صحة الحديث بواسطة تقنيات الإسناد مثلما هو الشأن بالنسبة للمحدثين والمفسرين، ولا يولي اهتمامه بالسند، وإن ذكر فيه أثبت الووأة وأوثقهم، بل يعتمد إلى النص فيحلّل محتواه معتمداً على منهج أسامه العقل والمنطق، فإن تنافى معهما شكّ فيه ورفضه وإن أقرّاه وقبله آمن به وصدّقه. وهكذا فالنقد المنهجي المعتمد على العقل والرأي والمنطق كان يحدّد موقف المعتزلي ممّا ورد في النصوص بالقبول أو الرّفص أو الإحتراز. إنّ المعتزلي يعتبر أنّ الخير والشرّ يدلّ عليهما العقل، أما المحدثون فيرون أنّ الخير هو ما يأمر الله به والشرّ وما ينهي عنه. هذا المثال إضافة إلى إبرازه الفارق بين المعتزلي وغيره يبيّن أنّ الفقه مسألة عقلانية في منظور المعتزلة.

ومن الطبيعي أنّ هذا المنظور قد أدّى بهم إلى تفسير القرآن بالاعتماد على العقل دائماً. فهم، كما يقول محمد الشقنقيري "يجعلون من العقل فيصلاً حتى في القوانين الديني⁽⁵⁾ ولقد تمكّنوا بذلك من

393. (1) سليم اللغماني ... "Eléments" ص 186.

394. Shakankiri (M) : "Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'islam", RIDC - 1981 p 767. et sp.p.778.

التوصل إلى استنباط أحكام وقواعد مبتدعة تجسم الجراءة الكبيرة وتتمسك بالشجاعة الفكرية. ذلك أنهم، مثلاً، أمام التجاوزات المجحفة والممارسات القاسية التي كانت تحدث عصرئذ في شأن التطليق، نادوا، أو على الأقل البعض منهم، بأنه لا يمكن أن يكون جائزاً إلا بموافقة القاضي⁽³⁾. إن المنهج المعتزلي يعاثل، أو يكاد، منهج الفلاسفة المسلمين في أوج نضجه⁽⁴⁾، أي مع ابن رشد (1126-1198) الذي كان يقول خاصة في كتابه "فصل المقال" (5) بضرورة تأويل النص بالاستدلال العقلي، إذ يقول م. عابد الجابري "ففي فصل المقال عمد فيلسوف قرطبة إلى نقد الأطروحة السائدة في عصره، أطروحة النصيين الذين حرموا تأويل النصوص الدينية واعتبروا ذلك بدعة وضلالة وكفراً"⁽⁶⁾.

إن الذي عرضناه يسمع لنا بالقول في شأن المعتزلة والفلاسفة بأنهم عقلانيون في تأصيل القانون الذي يوعزونه إلى المعرفة الفقهية (العقل) وفي مناهج تفكيرهم التي تنطلق من مستلزمات الطبيعة التي اكتشفها العقل⁽⁷⁾. وإنه لعلامة للانحطاط أن ينعت المعتزلة بالكفر والضلالة، وأن يطاردوا وتصادر مؤلفاتهم إلى درجة أن أفكارهم استنبطت وبحث عنها في مؤلفات خصومهم عند تقديمهم لهم بل إن مؤلفاتهم بقيت مغمورة مخطوطة إلى مطلع هذا القرن حيث أصبح الإطلاع عليها مباشرة ممكناً.

395. لقد كان الكون يخضع عندهم إلى نظام موضوعي وكانت الطبيعة تخضع لقواعد السببية فبالحرية يتمتع الإنسان من تحكيم العقل للتعرف على هذه القواعد فتكون هذه المعرفة عقلية لأنها لا ترتكز على نص أو نقل.

(2) انظر علل القاضي : "النقد الذاتي" - ط 2 ص 224

(3) محمد عابد الجابري "نحن والنراث" دار الطليعة ط 2 بيروت 1982 ص 354

(4) ابن رشد : "فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من اتصال".

(5) الجابري - المرجع السابق ص 540

(6) هياض بن عاشور - المرجع السابق ص 98

انظر، Islamo - Christiana وخاصة ص 778 .

كان ابن رشد يرى أن العالم بجميع ما فيه يخضع لنظام لا يمكن أن يوجد أتم منه وكان يرى مع الفلاسفة أن العالم قديم أو أنه دائم الحدوث وعلاقته بالله علاقة العلة بالمعلول ووجب أن يكون كل شيء فيه مقيداً بنظام وترتيب يدلان على العناية. قاله هو الصانع وله عناية بمخلوقاته ومن شأن الصانع الحكيم أن يرتب الجواهر والأعراض ترتيباً محكماً. فإن ما في العالم من موجودات مختلفة كالشمس والقمر والكواكب وسائر الأشياء التي على الأرض تدل على أن هناك نظاماً لو اختلف شيء منه لاختل وجود المخلوقات كلها.

"فالأسباب الطبيعية متصلة بعضها ببعض، وارتباط الأسباب بالمسببات ارتباط ضروري إذ أن للعقل ليس أكثر من إدراك الموجودات بأسبابها فمن رفع الأسباب فقد أنكو العقل"⁽¹⁾. وخلاصة القول فإن إبطال الأسباب والمسببات يبطل للحكمة الإلهية.

تواجه عند المعتزلة وابن رشد الأصول الأساسية التي وجدت في مدارس القانون الطبيعي الاغريقية فهي أصول تتأسس على العقل القادر على التعرف على نواميس الكون.

396. لكن الفكر الاعتزالي ينتمي إلى الفكر الديني فكان عليه التوفيق بين الدور الذي أركلوه إلى العقل والإرادة الإلهية. فالإرادة الإلهية عند المعتزلة لا تعني ميلاً لشيء يراد تحقيقه يسبق الفعل مباشرة. لأن الله ليس في حاجة إلى أن يريد أولاً ثم أن يفعل ثانياً. الإرادة الإلهية إن تعلقت بإيجاد شيء فهي تعني التكوين، وإن تعلقت بأفعال العباد فهي تعني الأمر. ومعني هذا أن الله ليس موصوفاً بالإرادة، وأن هذه الإرادة في النهاية لا تعني شيئاً غير العلم (وهذا المعنى نجده عند الفارابي) فحين يريد الله شيئاً فإنه يعلمه، وحين يريده فإنه يوجد به بالإرادة أي بالعلم⁽²⁾.

395. (1) "تهافت التهافت" لغاثر العرب القسم II دار المعارف ص 785

396. (1) هلي الشاذلي المرجع السابق ص 91

ومن دون الأدلة الشرعية أن يكتشف القواعد القانونية وذلك تأسيساً على قدرته على التمييز بين القبيح والحسن. ولئن كانت نظرة المعتزلة ونظرية ابن رشد تقترب من الفكر الإغريقي لقولهما بتنظيم الكون تنظيمًا محكمًا، فإنهما يبتعدان عنه من حيث إن طبيعة الأشياء لا تكسب القانون الانساني أي مشروعية. فالمعتزلة لا تبحث في مدى مطابقة القانون الإنساني للقانون الطبيعي. ومع ذلك فإن الطبيعة تخوّل للإنسان إنشاء القوانين ووضعها فقد كان ابن رشد مثلاً يرى أن أعمال الإنسان تنقسم إلى قسمين: الأفعال الظاهرة وهي موضوع الفقه، وأفعال نفسانية مثل الشكر والصبر، وهي موضوع الزهد. القانون ينتمي إلى الصنف الأول لأنه لا يعتمد إلا بالأفعال الظاهرة. وكانت المعرفة العقلانية عند ابن رشد لا شيء أكثر من استنباط المجهول من المعلوم واستخراجه منه، وهذا هو القياس عنده فأوجب أن نجعل نظرتنا في الموجودات بالقياس العقلي لأن معرفة الأسباب هي استنباط القواعد المجهولة مما هو معلوم. وهكذا فقد يكون ابن رشد لفكر أرسطو أقرب.

398. فلا غرو أن يكون ابن رشد من أوائل من فصل بين الدين والفلسفة فمهد إلى الفكر العلماني. ففصل المقال هو فصل بين الحكمة والشرعية، فلكل علم منهج، ولكل معرفة موضوع. فللدين أصول ومبادئ، وللفلسفة أصول ومبادئ، فالبناء الديني يختلف عن البناء الفلسفي. لذلك فإن الحكماء من الفلاسفة لا يجوز عندهم التكلم ولا الجدل في مبادئ الشرعية. والعكس بالعكس⁽¹⁾. وهكذا قد يستقل القانون عند ابن رشد تماماً عن الدين وعن الطبيعة في الوقت نفسه.

أهدرت هذه النظرية العقلانية فقضي على المعتزلة وحلّت النكبة بابن رشد. ومن المفارقات أنه أثر في الفكر المسيحي الوسيط حيث ترجمت أعماله إلى اللاتينية والعبرية، فبنى الفكر العلماني على الأصول الفكرية التي جاء بها⁽²⁾. فكان الفيلسوف العربي الاسلامي الوحيد الذي أخذ مكانه من بين فلاسفة الدنيا في لوحة رفئيل.

فلقد تميّز الفكر الاعتزالي كذلك في أحد أهم محاور الفكر الإسلامي أي مسألة فعل الإنسان. فهي مسألة تبحث في إرادة الإنسان ومدى الحرية التي تكون له في أفعاله وفي الصلة التي بين هذه الإرادة والإرادة الإلهية. فهل هي خاضعة لها أو مستقلة عنها؟ تحققت عند المعتزلة مسؤولية الفرد من فعله خيراً كان أم شراً. وعن حرية الإنسان ومسؤوليته ينتج الجزاء: الثواب أو العقاب فالإنسان حر في إرادته قادر على الفعل ومنشئ له.

الجزاء عند المعتزلة معلق على تمتع الإنسان بإرادة حرة وهذا هو أصل العدل الإلهي. أراد المعتزلة بأصل العدل أن أفعال الله كلها حسنة وأنه لا يفعل القبيح ولا يخل بما هو واجب عليه. وهذا الأصل مرتبط بمسألة الحرية. فلقد قال المعتزلة بأن أفعال العباد ليست مخلوقة فيهم، وإنما هم المحدثون لها.

ووجه الارتباط بين حرية الإنسان وبين العدل الإلهي يكمن في أن الله يكلف عباده فيعد المطيع منهم بالثواب ويتوعد العاصي بالعقاب. ولذلك ينبغي أن يكون المكلف بتلك الأعمال صاحب اختيار وإرادة حرة، حتى يكون عقابه عند العصيان وثوابه عند الطاعة عدلاً. أمّا إذا كانت الأفعال مخلوقة فيه وهو ليس حراً في إتيانها، فإن ثوابه وعقابه يصبحان جوراً وهو أمر قبيح لا يجوز في حق تعالى فالجزاء، ثواباً كان أم عقاباً يتوقف على الحرية أي المسؤولية التي يتحملها الإنسان فتكون له القدرة على فعل الخير أو الشر حتى ينتهي الظلم عن المولى. إن كل ما يرى في هذه الدنيا من مظالم وأثام فهو من عمل الإنسان، لأن الله لا يفعل إلا الأكمل والأصلح.

لقد كانت المعتزلة ترغب في تنزيه الله عن الظلم، ولذلك حملوا الإنسان مسؤولية أفعاله. فالعقل الإنساني قادر على أن يدرك ويختار وهو ما يعبر عنه المعتزلة بالتقبيح والتحسين، أي بالقدرة على التمييز بين القبيح والحسن.

397. هكذا يفسح المجال عند المعتزلة إلى إمكانية القانون الإنساني. فالعقل البشري هو السبيل للمعرفة، لأنه بإمكان الإنسان قبل الوحي

398. (1) محمد مابده الجاهري "نحن والتراث" ص 238

(2) Lagarde: - *Naissance de l'esprit laïque* T.III (2)

العنوان الثاني

القانون التونسي

399 لقد أن الأوان، بعد أن قدّمنا في العنوان السابق القانون ودرسنا أصوله بصفة عامة ودون اعتبار لخصوصية كل بلد، أن ننكبّ على دراسة القانون التونسي؛ فالبشرية تتعرّض إلى نفس المسائل الحياتية، لكنّها لا تتقف دائما على نفس الحلول والأحكام - فلا سبيل إلى إنكار خصوصيات الأنظمة القومية حتى وإن بدا اليوم التوجّه نحو التقارب واضحا جليا.

وقد يتجاوز الاختلاف بين الأنظمة القانونية التباين في الحلول، ليصل إلى الأوصاف العامة والتقسيمات الأساسية. لذلك أصبح من الضروري مقارنة النظام القانوني التونسي بالأنظمة القانونية العالمية. فبعد دراسة القانون التونسي والقانون المقارن (الباب الأول) يتسنى للبحث في مصادر القانون التونسي. (الباب الثاني).

الباب الأول

القانون التونسي والقانون المقارن

400. ينبغي أن نلاحظ بادئ ذي بدء، أن القانون التونسي ليس فقط وليد الظروف الاقتصادية والاجتماعية الخاصة بالبلاد التونسية، إذ لا وجود لبلد يعيش منعزلا ومنغلقا وبعبدا عما يحدث في العالم وقد أضحى صغيرا. ثم إن تونس، بحجمها الصغير، وبتقاليدها التاريخية، وبوضعها الجغرافي الذي جعل تاريخها عرضة دوما للتأثيرات الأجنبية، فهي متفتحة على الخارج شأنها في ذلك شأن كل البلدان، ومن جهة أخرى فإن القانون المقارن يجد مبرورا له عندما نعتبر أن المشرعين في العالم كلّ يتعاملون مع بعضهم تعاملًا يجعلهم يستلهمون من بعضهم بعضا وببعضهم بعضا يتأثرون. وبالإضافة إلى ذلك فإن القانون المقارن يجد مهادا فسيحا له في البلاد التونسية، بل يفرض فرضا عندما نعتبر ضخامة الأخذ عن القوانين الأجنبية كما وأهمية لدرجة أن وجود البعض من القواعد أو المؤسسات لا يمكن شرحها إلا بإرجاعها إلى أصولها الأجنبية. فالقانوني، والطالب في العلوم القانونية ينبغي عليه أن يكتشف، منذ السنة الأولى من الأستاذية، المنهج المقارن.

ولأجل ذلك يتعيّن علينا، قبل دراسة هياكل القانون التونسي، أن نتقدّم، ولو بصفة عامة، البعض من عناصر القانون المقارن.

المبحث الأول عناصر القانون المقارن

401 . رغم حداثة عهد القانون المقارن فإنّ منافعه لا نزاع في كثرتها إذ أنّ موضوعه يشمل المقارنة بين أهمّ الأنظمة القانونية وكذلك البحث في مختلف الحلول التي تتوصل لإيجادها، وتهتدي إليها مختلف البلدان عندما تجابه مشكلا معينا واحدا متجانسا. فالمشاكل التي تطرح في مختلف أنحاء المعمورة عادة ما تكون متعاشلة، ولكن السبل إلى حلّها متعددة، ولذلك فإنّ المقارنة بين النّتائج التي توصل إليها كلّ بلد وجربها تكتسي إثراء بالغ الأهمية، عظيم المنفعة، شأنه في ذلك شأن ما يضيفه تفتّح حضارة على الحضارات الأخرى من إثراء وما تستفيد به ثقافة عند تعاملها مع الثقافات الأجنبية الأخرى، وعلى هذا الأساس فإنّ دراسة القانون المقارن تساعد على تحسين القانون الوطني وإثرائه وإخراجه من حيّزه الضيق واستغراقه في محيطه، ثم إنّها تعمل على إيجاد أشكال التقارب بين قوانين البلدان المختلفة، وهو أمر تنجر عنه سهولة التفاهم بين الشعوب وتيسير تنقّل الأفكار وتلاقح الآراء في مادة القانون دون اعتبار للحدود الجغرافية أو السياسية. فقد تكون أنظمة أجنبية بحكم تقدّمها علينا في التّموّ والتّطوّر سبقتنا إلى أفضل الحلول القانونية وأنسبها. وبالإضافة إلى كلّ ذلك فإنّ دراسة القانون المقارن تجعل المرء يكتشف أنّ للمسألة الواحدة حلولاً عدة وأنّ للقضية الواحدة إمكانيات شتى ممّا يجعله لا يتعصّب لقانون بلده ولا يعتبره أحسن ممّا كان ويكون. ولعلّ هذه الفائدة هي أهمّ الفوائد شأننا وأمرها قيمة إذ تزيّني إلى تجنّب "إطلاقية" القاعدة القانونية أو اعتبارها كاملة؛ وجعل المرء يقرّ بانها عمل إنساني يقبل التحسين المتواصل، وبالتالي النقاش المستمر.

فالدراسات المقارنة لا تنفخي إلى الثقل ونسخ الحلول القانونية عن الغير. إنّ الدراسات القانونية تستوجب وضع الحلول موضع البحث والتدقيق اعتبارا للمعطيات الاجتماعية والقيمية التي تحوم حولها. لذلك تكون نظرة المشرع أوسع مجالا وأفضل منهجية فلا يقتبس الحلول من عند الغير إلا إذا تأكّد أنّها تناسب معطياته الاجتماعية وظروف الموضوعية والمثالية.

402 . ولقد سمحت الدراسات القانونية المقارنة⁽¹⁾ باكتشاف مدد من الأنظمة القانونية: ونعني بذلك المجموعات القانونية التي، وإن كانت عناصرها موزّعة على دول عديدة، تشتت في عديد المظاهر، مثل المبادئ القانونية القاعدية أو تماثل الهياكل أو التقنيات والمناهج، مثل التّراث التاريخي الموحد. أي أنّها تكون عائلات قانونية متميزة عن بعضها البعض، فالتشريع الإسلامي الذي يتميّز بطابعه الديني والتقليدي عن القانون الانقلوسكسوني الذي ينفرد بدوره عن الأنظمة القانونية الاشتراكية، ثم إنّ العائلة الرومانية الجرمانية تختلف عن العائلات القانونية الثلاث الأخرى.

403 . إنّ من البديهي أنّنا لا ننوي القيام بدراسة شاملة أو حتى مبسّطة لكل الأنظمة القانونية في هذا الكتاب الذي أردناه مقدمة لدراسة القانون، بل سنكتفي باختيار مثال خاص بكلّ عائلة نعتبره يمثلها أحسن تمثيل، ثم إنّنا لن نفصل القول في المثال، بل سنقدّمه بصفة مبسّطة حتى وإن كنّا نعلم الأخطار التي تنجر عن كلّ عملية

402. (1) انظر: René David: "les grands systèmes de droit contemporain", et la bibliographie citée; Schwarz Liberman Wahlendorf: *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*. LGDJ. Paris. 1977, Kurt Lystein: *Un juriste anglais dans la communauté européenne*. RIDC. 1978, p. 493; Léontin-Jean Constantinesco: *Traité de droit comparé*. Paris 1972; André Tunc: "Sortir du néolithique", D. 1957 ch. p. 71.

تبسيط، وندرك تمام الإدراك أن الإفراط في الاقتضاب والإيجاز قد يؤدي إلى الشطط، بل إلى التحريف. سنختار القانون الإنكليزي من العائلة الانكلوسكسونية في فقرة أولى. وسندرس القانون الفرنسي كممثل عن العائلة الرومانية الجرمانية (الفقرة الثانية) أمّا العائلة الاشتراكية التي كان النظام السوفياتي النظام النموذجي فيها، فإنّها انقرضت مؤخرًا بانقراض وانحلال الأنظمة الاشتراكية ومقولاتها الماركسية⁽¹⁾.

403. (1) كان النظام الاشتراكي الذي يمثل القانون السوفياتي نواته المعروفة، أحد أهمّ الاتساق القانونيّة المتواجدة في العالم. وكان هذا النظام يمتاز باعتماد الماركسية كمذهب فلسفي، فقام النظام السوفياتي على مبدأ الشريعة الاشتراكية التي كانت مؤسسة "Prokuratura" أي الوكالة العامة، تصهر على احترامه. فعند انهيار النظام البورجوازي سنة 1917 وقع العدول عن كلّ القوانين القيصرية، واقتضت النظرة الماركسية انحلال الدولة وساد الاعتقاد أنه بالإمكان الاستغناء من القانون، فأنجز من ذلك فراغ قانوني دام إلى حدود سنة 1921 وهي سنة انطلاق السياسة الاقتصادية الجديدة واستمرّ تدمير دور القانون بانتصار نظرية ستالين القائلة بضرورة تقوية الدولة الاشتراكية المتواجدة إذك فكانت القوانين تمتاز بالصرامة والشدة. وقد كان كلّ ذلك متعاشيا مع نظرية فيشنسكي الرسمية القائلة بأن القانون هو المعبر دائما عن صراع الطبقات وعلى هيمنة الطبقة العمالية. أن تزامن هذه الاعتبارات مع تقوية شوكة الدولة أدى إلى تعدد مهام القانون التي من أهمّها تدمير الدولة والمساهمة في تطوير الإنتاج وتربية الفرد وتخليصه من النوازع التي تتعارض والمجتمع. فعلى القانون أن يفقد مظهره العقابي والرئمي ليصبح مجرد أداة تربية وتنظيم وقد كان انقلس يقول: "ستحمل إدارة الأشياء محلّ حكم الأشخاص".

كلّ هذه المييزات تصدّعت الآن بل أنّها دكّت مكّا بعد التحولات الجذرية التي عاشتها البلدان الاشتراكية خاصّة بداية من سنة 1989، وما حصل في الاتحاد السوفياتي سابقا سنة 1991 يبرز بجلاء تراجع الاختيارات المذهبية التي استقرت عليها هذه البلدان إبّان الحرب العالمية الثانية، وهذا يعني أننا لم نجني فائدة كبرى من دراسة هذه الأنظمة، فالتعرض إليها أصبح ذا صبغة تاريخية لأنّ اتضح أنّ مسار هذه الأنظمة القانونية سيقترب بها من النظام الروماني الجرمانى أي أنّها ستحتفظ بأهمّ المواصفات التي يمتاز بها هذا النسق الهام ولعلّ هذا هو الحال العاجل للنظام السوفياتي السابق الذي تفرّع أنظمة متعددة ومستقلة.

الفقرة الأولى : القانون الانكليزي

404. تمثّل دراسة القانون الإنكليزي أهمية ذات بال وذلك لأسباب عديدة : فهو أولا قد أثر تأثيرا مهماً في قوانين عديد البلدان وخاصة المستعمرات الانكليزية القديمة مثل الولايات المتحدة الأمريكية وكندا (باستثناء كيبيك) ثم إنّه يتميز بطابع خاص به وينفرد بخصائص (ب)، هي في مجموعها متولّدة عن التاريخ (1) ولكنّها، بالرغم من ارتباطها بتاريخ إنقلاص الخاص، موجودة في جلّ القوانين التي تتألف منها العائلة القانونية الانكلوسكسونية.

أ- القانون الانكليزي عبر التاريخ : النشأة والتكوين

405. انطلقت مراحل القانون الانكليزي من غزو النورمانديين لانجلترا سنة 1066 م. فقد انجز عن ذلك الغزو تركيز نظام إقطاعي له ملامحه السائدة آنذاك في القارة الأوروبية. ذلك أنّه شهد تعايش سلطة ملكية قوية وسادة إقطاعيين متمسكين بحقوقهم ومتعلّقين بامتيازاتهم أشدّ التعلّق، ويتجلّى ذلك قانونيا في وجود محاكم شتى.

406. هناك المحاكم الدينية التي تطبّق القانون الكنسي، وهناك محاكم السادة النبلاء العديدة التي تطبّق القوانين العرفية المحلية، والمحاكم الملكية التي تسمى محاكم "وسمنستر" "Westminster" والتي تطبّق أحكام قانون يجري العمل به في كامل إنجلترا ومنها جاءت التسمية الخاصة به "Common law" والتي ترجمناها بالقانون الانكلوسكسوني تجنّبا للترجمة العرفية "القانون العام" أو القانون العادي التي قد ينجر عنها لبس في المعنى لا نريد الوقوع فيه، إلا أنّنا سنستعمل أيضا عبارة القانون الملكي العام في الفقرات اللاحقة.

ولا يشمل اختصاص المحاكم الملكية إلا الحالات التي يكون فيها أمن المملكة مهددا أو بعض الظروف الخاصة التي يتعذر فيها الالتجاء إلى محكمة أخرى فاختصاصها إذن استثنائي حيث كان ينبغي معالجة النبلاء، وبالتالي عدم التدخل في مناطق نفوذهم.

وقد كانت المحاكم الملكية، لكي تبرز طابعها الاستثنائي، لا تقبل الانتصاب والنظر في القضايا إلا عندما يستظهر القائم بالدعوى بأمر خطي (Writ) تحصل عليه مسبقا من قبل مستشار الملك ويخول له امتياز التقاضي في محكمة ملكية.

وتتركب المحاكم من هيئة حكومية مهمتها البت في الأحكام، ومن قاض يسير المحاكمة ويشرف عليها. وبما أن اختصاص المحاكم الملكية مقيد بالأمر الخطي، وبما أن هذا الأخير ينطوي على إجراءات خصوصية، فإن أهم شيء في المحاكمة هو التقيد التام بقواعد الإجراء. فالقاضي، وكذلك أطراف المحاكمة، ينبغي عليهم، لئلا يرفض عمل التقاضي، أن يلتزموا باحترام الإجراءات احتراماً وينتبهوا إلى كل دقائقها. ومن ثم جاءت الأهمية الكبرى التي يوليها القانون الانكليزي للإجراءات الشكلية.

407. إن تاريخ الإقطاعية في إنكلترا هو ككل الأنظمة الإقطاعية، تاريخ الصراع المتواصل القائم بين السلطة الملكية ونفوذ النبلاء، وذلك نتيجة تعارض مصالح كل منهم. فالسلطة الملكية غايتها التوسع في نفوذها ونشره، والنبلاء أيضا كانوا يرغبون في المحافظة عليه والتمسك بامتيازاتهم، وقد شهد التاريخ نزاعات سياسية عديدة بين المجموعتين؛ من ذلك أن الأوامر الخطية قد أثارت في القرن الثالث عشر نزاعات حادة بين الأعيان والملك. فقد عارض أولئك تفاقم الحالة بتكاثر الأوامر التي يصدرها مستشار الملك وأدى الأمر بالملك إلى التعهد سنة 1235، بأن لا يصدر مستشاره أوامر خطية جديدة خارجة عن الحالات التي سبق لمستشاره أن منحها فيها. وهكذا نشأت أهمية السابقة القضائية، ذلك أن المستشار لم يعد يمنح الأمر الخطي إلا بعد التثبت من وجود حالة سابقة

منح فيها أمرا خطيا. كما انجر عن ذلك أن المحاكم الملكية بعد أن أصبح اختصاصها أكثر اتساعا نتيجة لكثرة الحالات التي تشملها الأوامر الخطية لم تتطور فيما بعد إذ عطلت نموها الصبغة الشكلية لإجراءاتها والطابع الاستثنائي لاختصاصها.

أما المحاكم الأخرى فقد شهدت في أواخر القرون الوسطى بداية زوالها إذ أصبح المتقاضون يتجهون إلى المستشار مباشرة فيحكم بينهم بمبادئ الإنصاف عندما يتعلق الأمر بالحالات التي لم تبت فيها المحاكم الملكية بصورة "قانونية" أي طبقا لما ورد في القانون الملكي العام. وهذا يعني أن كلاً من المحاكم الأخرى بدأ نجمها في الأفول. وقد أصبح المستشار يلجئ إلى الاستلهم من قواعد القانون الكنسي الذي يشترط من حيث الشكل أن تكون الإجراءات كتابية، بينما كان إجراء المحاكم الملكية شفويا. أما من حيث الأصل فإن المستشار كان يأخذ عن القانون الروماني والقانون الكنسي.

فكانت قواعد الإنصاف هذه متعممة للقانون الملكي العام إذ يتدخل المستشار فيما لا حكم فيه في القانون الملكي العام. فأصبحت قواعد الإنصاف من القواعد القانونية لأن قضاء المستشار قضاء مستقل.

408. أدى ذلك إلى تنامي محكمة المستشار وتطورها فقامت المحاكم الملكية بمنازعته وبعارضته وتوصل الطرفان في آخر الأمر إلى الاتفاق المشهور المبرم سنة 1616 م. والذي يتمثل موضوعه في إيقاف المدّ التطوري لمحكمة المستشار. إذ أصبح اختصاصه لا يشمل إلا القضايا التي سبق أن نظرو في مثيلة لها. وبذلك أصبح حكمه مقيدا بالمسابق القضائية التي صدرت عنه وأصبحت مبادئ الإنصاف التي كان يطبقها خاضعة بدورها لقاعدة السابقة كما هو الشأن في القانون الملكي العام. انجر عن ذلك أن القانون الانكليزي أصبح فيما بعد ثنائي الهيكل لأنه يقوم على تقسيم طريف يميز بين قواعد القانون الملكي العام وقواعد

ويحتزق القانونيون الانكليزي كثيرا من التصنيفات القانونية الكبرى ويتجنبون الاطر النظرية العامة، ذلك أنهم يعتبرون أن القواعد العامة كثيرة التجريد، خاوية المعنى، وأن التأويل باعتباره حتما مرورا من قاعدة عامة مجردة إلى حالة خاصة ملموسة، قد يكون مطية لتغيير محتوى القاعدة مما قد ينجر عنه المس بامن القانون.⁴

411. ولاجل هذه الاسباب فلا وجود في قاموس القانون الانكليزي للمفاهيم الكبرى، والمبادئ العامة، والأصناف المعقنة، ولا مكان فيه أيضا لتصنيف القانون إلى خاص وعام، ولا لتفرع القانون إلى مدني وتجاري، ولا لمؤسسات قانونية مثل العقد والزواج والملكية وغير ذلك ... وحتى عندما تستعمل مصطلحات مثل القانون المدني والقانون الإداري أو القانون العام، فإن ذلك لا علاقة له بالمعاني التي تزديها تلك المصطلحات في تونس أو في فرنسا مثلا. ولذلك فإنه لا علاقة له بالمعاني التي تؤديها تلك المصطلحات مثل (Trust, Bailment, Estoppel) إذ مصطلحات القانون الانكليزي يستحيل نقلها إلى لغة أخرى مثلما يستحيل نقل كلمات "وجدت في منطقة قطبية" إلى لغة منطقة ذات مناخ صحراوي⁵.

ولاسباب تاريخية كنا تعرضنا إليها، يتألف القانون الانكليزي من قسمين كبيرين هما القانون الملكي العام (Common law) وقواعد الإنصاف (Equity) إلا أن هذا التقسيم الذي فرضه التأويخ لا يفيد أي معنى من معاني التقسيم، فلا تعارض بينهما ولا اختلاف في مصادرها. إذ فيهما معا نجد القانون الجنائي وقانون العقود والمسؤولية المدنية والقانون التجاري وغير ذلك ...

412. ولا ينبغي أن يفهم من عرضنا للقانون الانكليزي أنه قانون جامد لا تطور فيه. ذلك أنه يتطور بطريقته الخاصة به،

الإنصاف. فالأولى متروكة من فقه قضاء المحاكم الملكية، والثانية تعتمد على محكمة المستشار باعتبارها تتمم ما هي الأولى من نقائص. وقد تواصل الأمر على هذا النحو، إلى أن جاء التنظيم القضائي فيما بين سنة 1873 وسنة 1875 "Judicature Act" فالغيت بمقتضاء الثنائية وتوحدت المحاكم. ولكن ثنائية المحتوى القانوني لم تزل، بل بقيت لتصبح أهم خاصيات القانون الانكليزي.

ب- الخصائص الأساسية للقانون الانكليزي

409. يختص القانون الانكليزي بطرافة تثير انتباه الباحث : تكمن في قواعد سير القضاء الانكليزي إذ هي تتواجد في قواعد الاصل وفي مسائل التنظيم القضائي وكذلك في اختصاصاته وإجراءاته.

1 - قواعد الاصل

410. تتمثل أولى خاصية هامة للقانون الانكليزي في كونه قانون فقه قضاء. وهو قانون وقائمي، فالمحكمة تنتصب وتبت في القضية طبقا للاتجاه الذي وقع الاهتداء اليه سابقا في حالة معاملة أو مجانسة للحالة المعروضة، ويسمى ذلك اصطلاحا تقنيات الحالات المللموسة (Case Law) وترتكز قاعدة القانون الانكليزي (Legal rule) على حالة مضبوطة وقع الحكم فيها سابقا، وهي أيضا مرتبطة أشد الارتباط بظروف ملموسة، إذ يرى القانونيون هناك أن القاعدة القانونية قد تكون جسدا بلا روح إن خلت من الوقائع المللموسة، وقد كتب في هذا الشأن م.دافيد قائلا : "إن الوقائع تنفذ في هيكل القانون الانكليزي لدرجة أنها تبلغ رتبة القاعدة القانونية في أغلب الأحيان"⁶. رجعت هذه الوضعية من القانون الانكليزي مجموعا من الحلول الجزئية التفصيلية أي الوقائعية.

410. (1) انظر "Grands systèmes" ص 370.

411. (1) انظر : المرجع المذكور سابقا، ص 342.

وبها أيضا يتفاعل مع المستجدات من الظروف. إنها عناصر طرافته وهي متعددة الجوانب. فهو يتطور بطريقتين إحداهما عبر فقه القضاء، وثانيتها عبر القوانين الجديدة؛ ويحصل هذا التطور حسب المسلك الأول بارتباط القاعدة القانونية القديمة بحالة جديدة ملموسة. ذلك أن الوضعية الواقعية الجديدة تجانسها وتشاكلها، ولكنها لا تطابقها تماما، بل تختلف عنها اختلافا طفيفا، فيلجأ القاضي إلى بيان جوانب الفرق بينهما. وبما أن القاعدة القديمة لا تحتوي على مبدأ عام، بل على حل جزئي، فإن القاضي يستطيع أن يعطي حلا جديدا وبذلك فإن فقه القضاء يتطور عموما لا عبر التأويل، وإنما عن طريق التفريق بين الجديد من الوضعيات وسابقها، وهو أمر يجعل القانون الانقليزي ذا طابع تجريبي استقرائي ولا طابع منطقي استنباطي له⁽¹⁾.

413. على أن القانون الانقليزي لم يبق نسق تطوره على الكيفية التي ذكرنا، بل شهد في السنوات الأخيرة نمطا تطوريا آخر، ذلك أن مجلس اللوردات صرح في سنة 1966 بأنه يمكن له مستقبلا أن يحدد عن السوابق إذا كان الأمر لا بد منه⁽²⁾. ومن جهة أخرى، فالتطور يحصل بفضل القوانين الجديدة. غير أن الأمر ليس بسيطا وواضحا بل يحتاج لخصوصيته إلى توضيح؛ فمن جهة تكون القوانين في النظام الانقلوسكسوني عادة ذات طابع مخصوص⁽³⁾، متعلقة بالجزئيات وليست عامة مثلما هو الشأن في أنظمة البلدان الأخرى، مثل تونس، ومن جهة أخرى فإن القانون الانقليزي يتقبل بيسر وسهولة القواعد الجديدة بعد أن طبقت في المحاكم، ولكنه لا يعتمد عليها

412. (1) انظر العميد : Carbonnier من 142 .

413. (1) انظر : "RIDC" : M.A. Jolowiez : " Les décisions de la Chambre des Lords, "RIDC" .

1979 من 52 وخاصة من 535 .

(2) M.Distel : " La législation particulière en Grande-Bretagne et aux Etas-Unis " .

R.I.D.C 1979 p. 339

في ذاتها بل يعتمد على الوضعيات السوابق التي كانت سببا في ظهورها. فانجر عن ذلك أن القوانين الجديدة المستحدثة أخذت في التكاثر، وأصبحت اليوم تحتل مرتبة أساسية في القانون الانقليزي⁽⁴⁾. وهكذا فإن النظام الانقليزي يقترب من الأنظمة القانونية الأخرى التي اعتمدت النصوص التشريعية مصدرا أساسيا. أما الطريقة الثانية التي بها يتميز القانون الانقليزي في تطوره، فهي تتمثل في مستويي التنظيم وسير المحاكم.

II - القضاء الانقليزي

414. لا يختلف التنظيم القضائي في إنجلترا، من حيث التعقيد عن نظامها القانوني، فهناك أولا ما يسمى "بالمحاكم الدنيا" التي هي أساسا : County courts : والعبارة متألّفة من County وتعني التقسيم الإداري والقضائي للبلاد، و courts وتعني المحاكم، ويمكن ترجمة العبارة كلها بالمحاكم الجهوية للقضاء، وهي تختص بالقضايا المدنية. Quarter sessions Magistrates : وهي محاكم تنظر في القضايا الجنائية. ثم هناك المحاكم العليا التي تسمى بالانقليزية "Suprem court of judicature" وهي عبارة عن محاكم استئناف متألّفة من مستويين : High court of justice : وهي محكمة ابتدائية متألّفة بدورها من : محكمة القانون الملكي العام وتسمى بالانقليزية "King's ou Queen's bench division". ومحكمة تطبق قواعد الإنصاف أو المستشار، وتسمى بالانقليزية : "Chancery Division".

* والمستوى الثاني نجد فيه محكمة الاستئناف "Court of appeal" التي تلتزم للنظر في قرارات المحكمة الابتدائية : High Court of justice . أو في بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الدنيا.

(3) المرجع المذكور سابقا . M.A. Jolowiez

* وأخيرا نجد مجلس اللوردات : House of Lords، وهي أعلى سلطة قضائية يمكن اعتبارها محكمة من الدرجة الثانية، وهي عبارة عن محكمة لا تنظر إلا في القضايا النادرة التي لا يتعدى عددها عشر قضايا في السنة، والقرارات التي تتخذها تعتبر مصدرا قانونيا ذا أهمية قصوى.

415. ونستعرض أخيرا البعض من الخصائص التي ينفرد بها النظام القضائي الانكليزي، وهي خصائص يبرز وجودها التاريخ، وكفيينا هنا أن نذكره بدون تحليل :

- لا وجود لنيابة عمومية.
- لا وجود لمحاكم إدارية، فالإدارة تخضع لنفس القضاء الذي يخضع له القواص.

- تتركب محاكم الدرجة الأولى عادة من قاض فريدي.
- لا يزال للأجراءات التي تكون عادة شفوية دور هام، مضفيا بذلك على القانون الانكليزي المزيد من التعقيد، وللأطراف المتنازعة إمكانات تقديم الصجج ومناقشة الأدلة طبقا لأجراءات نزيهة، وهو أهم شيء في التقاضي.

- لا يحتاج القاضي عند التصريح بالحكم إلى التعليل، وبذلك فالأحكام لا تحتوي إلا على منطوق الحكم. غير أن ذلك لا يمنع القاضي وخارج نطاق الحكم من إبراز السبب القانوني (أو إن شئنا الحيشيات والمستندات الواقعية والقانونية) الذي أدّى به إلى اختيار ذلك الحكم دون سواء، وبذلك يتخذ كلام القاضي الذي ليس في حاجة إلى تبرير حكمه، صبغة فقهية أو بيداغوجية.

- في الهيئات القضائية متعددة الأعضاء، عندما يتخذ القرار بحكم الأغلبية يفوّل للأقلية التعبير عن احترازها وشرح موقفها.

- ينتدب القضاة عادة من بين المحامين ذوي الصيت الذائع والخبرة الكبيرة، وتمييزهم هو عبارة عن تنويع لمهنتهم. ويتقاضى الحاكم راتبا محترما، ويحظى بكانة اجتماعية مرموقة جدا.

الفقرة الثانية : القانون الفرنسي : العائلة الرومانية الجرمانية

416. يشكل القانون الفرنسي النظام النموذجي في العائلة الرومانية الجرمانية، وهي العائلة التي تنتمي إليها بلدان أوروبا الغربية وكل البلدان التي تأثرت بالنمط القانوني الفرنسي. ومن هذه البلدان بلدان المغرب العربي التي أخذت عن النظام الفرنسي منهجية التدوين، ومضمون الأحكام، وأهم التقسيمات. لذلك فإن دراسة القانون الفرنسي تحتل مكانة مرموقة في إدراك النظام القانوني التونسي.

لم يكتب للقانون الفرنسي الانتشار والتوسع إلا بعد ثورة 1789 نظرا للتحوّلات الجذرية التي أحدثتها هذه الثورة في نوعية العمل التشريعي، وفي الأخذ بالعديد من المفاهيم والتصنيفات والأحكام المستحدثة.

فالقانون الفرنسي هو افراز لتطوره التاريخي، لكن انتشار معاله صلب نظامنا يستوجب منا الوقوف على الفوائد من دراسته.

أ- التطور التاريخي

417. تمثل سنة 1804 منعرجا حاسما في تاريخ النظام القانوني الفرنسي. إنها السنة التي عرفت فيها المجلة المدنية الثور. وينبغي علينا إذن أن نستعرض أولا حالة القانون الفرنسي في مراحل السابقة لهذا الحدث، ثم نتناول ثانيا ما جاءت به المجلة من تجديد لنتخلّص ثالثا إلى دراسة التفسيرات التي طرأت عليها فيما بعد.

I - القانون الفرنسي قبل صدور المجلة المدنية

418. يتسم القانون القديم وهو القانون السابق لثورة 1789 بالتّنوّع والتّشّتت الكبيرين. فالدولة كان النظام فيها يشاكل النظام الفيدرالي، وكان التّمييز أساسه "البلدان ذات القانون المدوّن كتابياً" والبلدان ذات القانون العرفي". ففي الأولى يعتمد على القانون الرّوماني، وفي الثانية يعتمد على التّقاليد والأعراف المحلية. وهي وإن كانت متغيرة في الزمان، ومتعددة بتعدد الجهات، فإنها متأثرة في مجموعها بالقانون البرماني، فكان النّظام القائم آنذاك نظام الأقليمية القانونية الذي استقرّ أموره بعد أن عرفت فرنسا نظام الشّخصية القانونية إبّان حصول غزو البربر والقضاء على الاحتلال الرّوماني.

وليس اختلاف القانون متعلّقاً من اختلاف الجهات جغرافياً فحسب، بل إنّ المرء يشهد اختلافاً في المواد القانونية داخل الجهة الواحدة، واختلافاً في القوانين بحسب المواد. فهناك القانون الكنسي، والعادة المحليّة أو القانون الرّوماني، والمراسيم الملكية، وقد يحدث أن يطبّق في نفس الوقت كلّ من العرف المحلي، والقانون الرّوماني.

419. وقد اتّسم محتوى القانون القديم بمظاهر ثلاث، هي: المظهر العقائدي الديني أولاً، ثمّ الجور ثانياً، وإطلاقية النّفوذ ثالثاً. وتتعلّق الصبغة الأولى في أنّ العديد من المسائل القانونية، مثل الزّواج والحالة المدنية، خاضعة للقانون الكنسي تابعة لسلطة الكنيسة. أما الطابع الثاني فقد انجرّ عن الامتيازات العديدة التي يتمتع بها النّبلاء من القوم وعن تفضيل الذكور عن الإناث، وتمييز الكبار عن الصغار من الأبناء في حقوق الميراث مثلاً، وخاصة فيما كان يعرف بحقّ البكرية. وإذا ما اعتبرنا نوعية النظام المطلق وطابعه الديني، تيسّر لنا فهم الخاصية الإطلاقية للقانون الفرنسي القديم. فقد كان النظام القانوني يعكس النظام الاجتماعي الجماعي ليس للفرد فيه موكز قانوني مستقلّ كما كان القانون يكشف عن طبيعة الثّروة، فكان عقارياً تحتلّ فيه الأرض الموقع الأساسي والجوهري.

420. وسوف تتغيّر هذه الوضعية تدريجياً بمرور نمط جديد من علاقات الإنتاج الاقتصادية ويظهر طبقة البورجوازية. فهذه الطبقة كانت تطمح إلى توحيد النظام السياسي، وكذلك إلى توحيد النظام القانوني فتتمكّنت مع مثيلتها الأوروبية الأخرى في طور أول، من التوصل إلى توحيد القوانين المتّصلة بالعمليات التجارية.

فمنذ القرن الثالث عشر، برز نظام قانوني مستقلّ، هو قانون السّوق وقد كان موضوعه تنظيم العلاقات التجارية الجديدة على المستوى الأوروبي، فبرزت في صلبه المؤسسات التجارية، كالمصك والكمبيالة وغيرهما من وسائل الدفع والقرض المستحدثة آنذاك، والمستعملة في المعارض الأوروبية. وقانون السوق هذا هو الذي سيقع تعميمه وتدويله تحت تسمية القانون التجاري.

فلقد كان طموح البورجوازية إلى الوحدة أشمل من أن يقتصر على ميدان معيّن. فمنذ القرن السابع عشر أخذ العديد من الفقهاء أمثال Domat (1625-1695) وPothier (1699-1722) يعدّون المدوّنات القانونية، وهو النّمط التشريعي الذي سيعتمده نابليون

421. مع ثورة 1789 العارمة انقلبت الأوضاع رأساً على عقب. فقد تمّ أثناءها الإعلان عن حقوق الإنسان والمواطن (أوت 1789) وقد كانت إنجازات المجلس التّأسيسي (جوان 1789) ذات تأثير لا يقلّ عنه عمقاً ذلك الذي تأتّى عن المجلس الثوري الذي يطلق عليه باللغة الفرنسية (Convention Générale) والذي كان بالرّغم من قصر مدّته⁽¹⁾ - (22 سبتمبر 1792-28 أكتوبر 1795) - سبباً في تأسيس أول جمهورية فرنسية (22 سبتمبر 1792). وقد تمّ في تلك الفترة أيضاً إصدار قوانين تسمى "القانون الوسطي" تناقض المبادئ الملكية التي كانت سائدة فحذفت الإمتيازات الإقطاعية، وألغى امتياز الابن الأكبر،

ووقع الاعتراف بحرية الواجدان والمعتقد، وضمنت حرية التجارة، وفصل الدين عن القانون.

وقد كان لهذه المبادئ الجديدة بالغ الأثر في مضمون القوانين وأوصافها. فحرية المعتقد تؤدي إلى تقلص مجال القانون الديني، وهو ما تبين جليا بالسماح بالطلاق مثلا، والمساواة بين الأفراد التي أنضت إلى الغاء حق البكرية، وإلى إنهاء العمل بالحقوق القطاعية، كما أدى رفع مبدأ حرية تعاطي الصناعة والتجارة إلى الغاء التجمعات المهنية، بما في ذلك تجمعات الأعراف والعمال. وعلى العموم فإنه يمكن القول بأن الدولة استكملت هكذا مقومات سيادتها التشريعية.

ولكن مع ظهور النظام المفلس الذي يسمّى بالفرنسية "Le Directoire" والذي دام من 1795 إلى 1799 ومع ظهور القنصلية (1799-1804) وانتصاب بوناپرت قنصلا أول ثم إمبراطورا وسيدا مطلقا، دخلت فرنسا في مرحلة جديدة تميّزت بإصدار المجلة المدنية.

II - المجلة المدنية

422. كان للثورة الفرنسية بالغ الأثر في تركيز نظرة إرادية للقانون، فأصبح القانون إرادة الدولة كما كان للثورة بالغ الأثر في تركيز نمط جديد من الأعمال التشريعية، وهو منهج التدوين، وهو أفضل المسالك للتوصل إلى توحيد القانون، أي إلى تحقيق إحدى الطموحات الأساسية للثورة الفرنسية.

وقد سبقت المجلة المدنية الفرنسية ثلاث مشاريع أعدها وقدمها CAMBACERES ومن أبرز هذه المشاريع المشروع المؤرخ في 8 أوت 1793. وقبّل هذا المشروع الطلاق لإنشاء، أي الطلاق المبني على الإرادة الفردية لأحد الزوجين، كما أقرّ بالأهلية التامة للمرأة المتزوجة، وبمبدأ المساواة في الميراث. ويعدّ هذا المشروع، المصدر المباشر للمجلة المدنية الفرنسية.

423. لقد ساهم في الأناجاز التقني للمجلة المدنية الفرنسية عدد كبير من القانونيين الذين يمثل جان بورتاليس (1746-1807) "Jean Portalis"

أشهرهم، إذ إليه يعود تحريرها في عهد الإمبراطور نابليون الأول الذي يعتبر المساهم في إنجازها سياسيا. فهي من أهم إنجازاته.

عهد نابليون إلى لجنة متكوّنة من كبار فقهاء العصر وهم Tronchet رئيس محكمة التعقيب وبورتاليس المحامي وكذلك Bigot de Preameneau و Malleville مهمة إعداد المجلة المدنية. وقد عرفت أعمال هذه اللجنة بالأعمال التحضيرية، وهي الأعمال التي وقع الاعتماد عليها فيما بعد لتأويل النصوص الغامضة. وقد تقدّمت هذه اللجنة بمشروع عرف بمشروع السّنة الثامنة للثورة، وهو التعداد المتّبع في ذلك الوقت. وصدرت المجلة المدنية سنة 1804. وكانت خلاصة للعادات القديمة والقانون الروماني الموروث، وكذلك ما جاء به القانون الثوري من مبادئ ذات بال. ثم إنها وحدت القانون الفرنسي. وتبرز أهمية المجلة في الطابع النموذجي الذي أخذته، فصدرت فيما بعد وحسب نفس الشكل، المجلة التجارية سنة 1807، والمجلة الجنائية سنة 1813.

424. وتخصّص المجلة المدنية الفرنسية بميزات عديدة نذكر أهمها فيما يلي:

الفردانية : إنها التعبير القانوني الجسم للأفكار السائدة في القرن الثامن عشر، والتي ظهرت سياسيا في الإعلان عن حقوق الإنسان والمواطن : ذلك الإعلان الذي لا يخفي أمره عن أحد. فالفردانية تعبير القانون المدني لإعلان حقوق الإنسان. فالمجلة تركز هذه المبادئ على مستوى القانون المدني، إذ هي انتصار الفردية التحررية.

المساواة : وتعني العبارة خاصة المساواة القانونية بين البشر، وقد تحقّقت بإلغاء الحقوق القطاعية، وحذف امتياز الابن الأكبر سنّا. كما تعني العبارة المساواة الاقتصادية والاجتماعية. وتعني المساواة بين الجنسين الذكر والأنثى، إذ سيتحقق هذا الصنف من المساواة بعد ذلك بمدة.

الحرية : لم تعني هذه العبارة في أول الأمر كل الحريات الفردية، بل تضمنت البعض منها فقط، وكانت تفيد كذلك حوية التجارة تعاطيا وممارسة، وهو أمر سهل نمو الرأسمالية وتطورها. والحرية تؤسس للإرادة المنشئة للالتزامات، لذلك سيطفئ سلطان الإرادة على النظريات القانونية طيلة القرن التاسع عشر.

العلمانية : إن هذا الطابع الذي اتسمت به المجلة المدنية لهو أهم خاصياتها استحداثا وتجديدا. فقد أقرت الفصل بين القانون والدين، وحسمت في شأن الطلاق الذي كان محظورا في الدين المسيحي، وقد تسببت لها هذه الخاصية في تعرضها لنقد الكنيسة الرومانية لها نقدا شديدا وحادا.

ومجمل القول في شأن المجلة المدنية الفرنسية، أنها كانت في صورتها العام مناسبة لعادات المجتمع، مستجيبة لحاجياته حيث كان في بداية القرن التاسع عشر، مجتمعا ريفيا في جوهه.

III - التطورات الحاصلة منذ صدور المجلة المدنية

425. لقد عمّ الإعجاب بالمجلة، ودام التثويه بها طيلة القرن التاسع عشر، إذ كان رجال القانون الأجانب والفرنسيون خاصة يجعلون منها إنجازا كاد يصل إلى منزلة الكمال. فلم يكن من الإمكان تحويلها أو تكميلها ولا تنقيحها أو إتمامها، بل كان أمر الفقهاء إزاءها يقتصر على شرح مضامينها شرحا لغويا، وبالإضافة إلى هذا فإن توالي الأنظمة السلطوية إلى حد قيام الجمهورية الثالثة (1870)، قد ساعد على ثباتها واستقرارها.

426. ورغم ذلك فقد دخلت فرنسا بداية من سنة 1880 عهدا جديدا. إنّه عهد التحولات الكبرى الذي شهد إقرار الاقتراع المباشر، والاعتراف بالحريات النقابية (1884)، وبالحرّيات الفردية والسياسية، وخاصة حرية تكوين الجمعيات والتنظيمات (1901)، وإعادة إقرار حق الطلاق

الذي وقع التراجع فيه عند إزاحة نابليون ورجوع الملكية من جديد (Restauration ماي 1814).

ومن جهة أخرى وفي نفس الإتجاه إقتصصر الفقه وفقه القضاء على تأويل النصوص تأويلا فيه من الحرية والتحرر ما يجعله يؤدي إلى ابتداءات تصل حد المجازفة أحيانا. وقد انجر عن ذلك أن أصبح للقانون الفرنسي، في منتصف القرن العشرين، وجه حديث في جدته إلى درجة تجعل منه مغائرا لما كان عليه في الفترات التي خلت ذلك أن العديد من الأحكام التي تضمنتها المجلة المدنية، أصبحت عرضة للانتقاد الشديد الذي يبلغ حد الرفض. ونذكر البعض من تلك المبادئ في الأمثلة التالية :

- حرية التعاقد التي بدأ يتنامى فيها الضبط والحصص عن طريق القوانين ذات الطابع الأمر والصفة الاجتماعية، وخاصة تلك العقود التي يتعامل بها بكثرة والتي يحتاج فيها أحد الأطراف إلى حماية، كما هو الشأن في عقدي التشغيل أو التأمين أو غيرهما....

- المسؤولية المدنية المنجزة عن الخطأ، والتي كانت عند ظهورها تعبيرا عن الفردانية القانونية، ولكنها شهدت بدورها تضيقا متناميا في مجالها، نتيجة ظهور مصادر أخرى للمسؤولية تجاوزتها نجاعة وجدوى في جبر الأضرار.

- حق الملكية الذي أصابه التقهقر، خاصة في مادة العقارات، وذلك بإنشاء ملكية الأصل التجاري لفائدة متسوّغي المحلات التجارية، وبالاعتراف للمتسوّغين بحق البقاء في المحلات المعدة للسكنى. وكذلك بإصدار حق الإجارة والمزارعة بتاريخ 17 أكتوبر 1945، وهو قانون يمثل أحسن مثال لحماية العاملين في الأرض ومستصلحيها.

وقد أصبح حق الملكية اليوم ينزع إلى أن يصبح، إضافة إلى كونه امتيازاً فردياً، وظيفة اجتماعية. فقد كتب ديقوي سنة 1912 قائلا :

المسؤولية مسؤولية موضوعية لا يمكن تجنبها إلا في حالات مشددة عسيرة.

إن كل هذه الخاصيات التي ذكرنا تحفزنا إلى مزيد التعرف على التجربة القانونية الفرنسية، والتفكير فيها، والاعتبار بها.

ب - منافع دراسة القانون الفرنسي

429. سبق أن رأينا أن القانون الانكليزي هو شجرة تاريخ طویل، وأن تطوره قد اتسم بالرغم من الأحداث الحاسمة التي أفرزت تغييرات مهمة فيه، بالبطء والتدرج الرتيب، وبذلك فقد كنا نوصفنا إلى أن القانون الانكليزي هو نموذج للأمانة الشكلية للماضي، ومثال في المحافظة عليه.

كما أن القانون السوفييتي هو شجرة التغييرات الجذرية التي أفرزتها ثورة أكتوبر 1917. إنه نموذج للقطيعة مع الماضي، وللبناء القانوني الجديد في كليته، والخالي من كل أثر تاريخي.

أما القانون الفرنسي فإنه لم يكن هذا ولا ذاك؛ أنه يمثل نموذج الحل الوسط. ذلك أن المرء يجد عديد المؤسسات القانونية الفرنسية قد استمدت جذورها من القانون الروماني، كما يجد أنه يمثل التجدد المستمر والتغير المتواصل عندما يعتبر التقنيات الحاصلة من مطلع القرن الماضي، وتواتر التشريعات المستحدثة التي أخذت خاصة في العقود الأخيرة في التتابع والتعاقب.

430. وتجعل الميزة الأولى القانون الفرنسي منتعيا إلى عائلة القانون الروماني الجرمانى، وهي عائلة تجمع إلى أمد غير بعيد كل البلدان الرأسمالية للقارة الأوروبية، وقد أصبحت اليرم تشمل كل البلدان الأوروبية شرقا وغربا، وقد جرت العادة أن يقع داخل هذه العائلة التمييز بين مجموعتين إحداهما تجمع البلدان ذات التقاليد اللاتينية ووريثة القانون الروماني (فرنسا، إيطاليا، إسبانيا)، وثانيتها تلك

الملكية هي بالنسبة مكتسب الثروة واجب وفرض موضوعي للمحافظة على التماسك الاجتماعي وتنميته⁽⁹⁾.

427. ونذكر أخيرا أن المجلة المدنية قد طرأت عليها منذ سنة 1964 تنقيحات متلاحقة. فقد تتابعت القوانين المنقحة لأجزاء منها تنقيحا جذريا مثل مادة الجنسية والمواد المتصلة بقروع قانون العائلة، مثل انعدام الأهلية، والطلاق، ونظام الأموال بين الزوجين، والنسب، والتبني والطلاق، وغير ذلك.

وقد أدخلت النصوص الجديدة في مجموعها تجديدات لها أهميتها لأنها تتلاءم مع الأفكار المحدث، وتتماشى مع المثل العليا للإنسانية في الحرية والمساواة والعدالة، ويتجلى ذلك خاصة في العلاقات بين الرجل والمرأة، وفي حقوق الأنباء "الطبيعيين"، وفي العلاقات الأسرية إذ أصبح الجنسان متساويين تساويا تاما، وأصبح الإبن "الطبيعي" لا تقل حقوقه عن تلك التي يتمتع بها الابن الشرعي وعوضت "سلطة الوالدين" ما كان يسمى سابقا "السلطة الأبوية في ولاية الأبناء".

428. إن هذه التحويرات لا مناص منها، لأن القانون لا يعرف الجمود لكن التركيبة الجوهرية والمبادئ الأصولية للمجلة، لم تعرف التغيير وهكذا وقعت المحافظة على أحكام النظرية العامة للعقود والالتزامات، وهكذا تم الاحتفاظ أيضا على أحكام المسؤولية المدنية التقصيرية ولقد كان لفقه القضاء الدور الأساسي في جعل النص الثابت صياغة يواكب ما يحصل من تطورات في الحياة الاجتماعية.

ويذكر في هذا الصدد المثال التقليدي المتعلق بما آل إليه العمل قضاء بالفقرة الأولى من الفصل 1384 من المجلة الفرنسية حيث أصبحت

426 Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon (1)

البلدان التي تنتمي إلى النظام الجرمانى (ألمانية، سويسرا، البلدان الإسكندنافية....) إلا أن التمييز ليس إلا تقريبياً. ولعلنا فكل القوانين المتواجدة، وخاصة القانون الألماني، تستعمل القانون الرومانى إلا أن الأمر يقتصر على الآثار الكبيرة التي خلفتها الخزوات الجرمانية في عديد البلدان الأوروبية وخاصة في فرنسا. أما إيطاليا فإنها بقيت إلى فترة التقنين والتدوين بعيدة عن أي تأثير جرمانى، مخرصة لتراثها القانونى الرومانى. ويصنف المقارنون، رغم هذه الفوارق، كل البلدان الأوروبية في عائلة وحيدة رومانية جرمانية.

431. وتعرف هذه العائلة اليوم، بالإضافة إلى خصوصياتها التاريخية، بنظامها التقنينى وقد بدأت عملية التقنين في فرنسا، وذلك بإصدار عديد المجلات التي تمثل فيها المجلة المدنية لسنة 1804 أولها وأكثرها شهرة، ولذلك يعتبر هذا التاريخ، في تاريخ القانون بصفة عامة، هاماً جداً. وقد اختلف الناس، في شأن المجلة المدنية مدة طويلة؛ فمنهم من ينتقدها ويخشى أن يؤول بها القانون إلى التحجر في نصوص مجزأة ووقائع قد يدوم مداها، ومنهم من يرى عكس ذلك إذ يعجب بها ويميز ميزاتنا ويعتبرها عملاً قانونياً جليلاً.

وقد كانت الغلبة، في نهاية الأمر، إلى الرأي الثانى فاتبعتها كل الدول الأوروبية وغير الأوروبية حتى أصبحنا اليوم نشهد عملية تقنين شملت كل الفروع القانونية، وخاصة مادة القانون المدني التي توالى صدور المجلات فيها: فالمجلة المدنية الإسبانية صدرت سنة 1889، والألمانية سنة 1900، والإيطالية سنة 1924، إلى غير ذلك.

وينتمى القانون الفرنسى وكل القوانين الأوروبية كما رأينا، إلى عائلة واحدة، هي عائلة القانون الرومانى والجرمانى، وذلك بسبب جذورها التاريخية المتقاربة إلى حد التجانس أحياناً، غير أن كل القوانين الأوروبية أخذت عن القانون الفرنسى تقنياته، واقتبست منه عدداً كبيراً من مفاهيمه وتصورات وأسس تمييزاته.

432. ثم إن عدداً كبيراً من البلدان غير الأوروبية قد اتخذت من القانون المدني الفرنسى، وخاصة مجلته المدنية، مثلاً تحتذى مثل لويزيان وكيبك في أمريكا الشمالية، وعديد بلدان أمريكا اللاتينية وتركيا وبعض البلدان العربية مثل مصر وسوريا والكويت وغيرها...

أما بالنسبة لنا فقد أثر القانون الفرنسى، وللأسباب التاريخية المعروفة، في قوانين البلدان المغاربية وخاصة تونس، وبالرغم من تهاة تأثيره في مادة الأحوال الشخصية، مثل قانون العائلة، والإرث، والهبية، والوصية، فإن التأثير يزداد أمره عمقا في مادة القانون التجارى، وفي التنظيم القضائى.

وقد ورث القانون التونسى عن نظيره الفرنسى أهم مصطلحات ومفاهيمه وتصنيفاته، وخاصة التمييز الأساسى بين القانون العام والقانون الخاص. وهذه التصنيفات سنرجئ فحصها فحصاً تفصيلياً عند دراسة القانون التونسى.

المبحث الثانى

القانون التونسى : التطور والهيكل

433. لا يمكن البحث في الهيكل والأوصاف الحالية للنظام القانونى التونسى (فقرة ثالثة) إلا بعد التعرض إلى تطوره التاريخى (فقرة أولى) فهذا وحده الذى يعين على إدراكه وإدراك مقوماته الأساسية إذ هي نتاج لنمو تاريخى طويل. ونظراً للمكانة الخاصة التي كانت للفقهاء الإسلامى في تاريخ النظام القانونى التونسى وفي حاضره، فإننا سنخصصه بالدرس (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : تطور القانون التونسي

434. سنرى على التوالي الأصول التاريخية للقانون التونسي (أ) وحالته في العهد الحسيني (ب) ثم تطوره في عهد الحماية (ج) وأخيرا ما حصل فيه من إنجازات منذ الاستقلال (د) ⁽¹⁾.

أ- الأصول التاريخية للقانون التونسي

435. لم تتوفر لنا إلا المعلومات النادرة في شأن تاريخ قانون تونس القديم، ونفس الشيء يقال بالنسبة للقانون الذي يطبق في تونس قبل العهد الروماني. ويمكن تفادي هذه النقائص المعلوماتية استنادا إلى الدراسات الأنثروبولوجية التي يمكن القيام بها في الجزائر والمغرب، وهما البلدان اللذان تبقت فيهما العديد من النظم القانونية العرفية العائدة إلى الأحكام البربرية. وهذه الأحكام متصلة بتركيبة المجتمع القبلي، وبالملكية العقارية، وبقواعد الأهلية وغيرها من المؤسسات القانونية. فثأر القانون البربري لا تزال موجودة في الجزائر والمغرب، كما يمكن القول بأن هذا القانون يعكس تركيبة اجتماعية جماعية قبلية، كما كان يقوم على التمييز التفاضلي وعدم المساواة بين المرأة والرجل.

436. أما في ما يخص البربر، وهم المستوطنون الأوائل للبلاد، فإننا نعرف ما أنجزه سياسيا كل من ماسينيوس ثم يوغرطا ⁽²⁾. كما توفرت لدينا، بفضل ما كتبه البعض من المؤلفين الرومانيين، معطيات تتصل بالحضارة البربرية. وأصبحنا نعلم أنها كانت بالأساس رعوية بدوية،

434. (1) يتوجع للتعق في محتوى هذه الفقرة الرجوع إلى الفصول المتصلة بالتاريخ في الأثر المهم، M. Jambu Merlin : " Le droit privé en Tunisie " L.G.D.J. 1960. وكذلك المراجع المذكورة فيه.

436. (1) انظر ، للإطلاع على المظاهر التاريخية البحتة، كلا من : M. H. Chérif : " Histoire de la Tunisie ", Ch.-André Julien : " Histoire de l'Afrique du Nord ".

وأن حق الملكية كان معترفا به بالرغم من جنينية وجوده وأن معاهدات كانت أبرمت بين الزعماء البرابرة والإمبراطورية الرومانية، وهي معاهدات كانت موجهة ضد قرطاج.

437. أما عن قرطاج، وهي المدينة التي أسسها الفينيقيون سنة 814 ق.م. فإن المعلومات المتوفرة هي أكثر من ذلك. فقد كانت هذه المدينة تتنازع السلطة والتفوذ على البحر المتوسط مع روما، وقد دام التنازع بينهما طويلا، وقد كاد الأمر عن طريق حنبعل، أن يؤول بالإطاحة بالإمبراطورية الرومانية. ولم تكن قرطاج مدينة محاربة فحسب، بل شهدت فيها الحضارة، رقيها والمدنية ازدهارها، وبالتالي عرف فيها القانون النمو والتطور. إذ من المعلوم لدى كل ذي فكر، أن الحياة الحضرية ينبعث فيها حتما نظام قانوني ويتشكل. ولقد كان لقرطاج قضاؤها وإدارتها، كما وجد فيها مجلس شعبي، وقضاة بليديون. ولكن الحرب أتت على كل شيء يملكه المغلوب. فقد هزمت قرطاج سنة 146 ق.م. وقد قضى الرومانيون على الأخضر فيها واليابس. فحطم البناء وسحقت قرطاج، ولم يبق من حضارتها أثر لدرجة أن الذي يريد دراسة قانونها لا يجد من محتواه إلا القليل الذي ندر وهو يعلم أنه كان موجودا قاشما.

438. هذا ولم يقف الرومانيون عند حد تدمير قرطاج، بل سحقوا البربر في مرحلة موارية، وقد كان حلفاء لهم. ولم ينفكوا عن التدمير والتقتيل حتى استقر لهم الأمر وأستتب الأوضاع، فأعلنوا أن كامل المنطقة التي سماها العرب فيما بعد "إفريقية" ولاية لإمبراطوريتهم، وعينوا فيها واليا يتمتع بسلط متصل. وقد كان حيّز الولاية الرومانية يشمل آنذاك كلاً من البلاد التونسية الحالية، وجانباً من القطر الجزائري، مثل قسنطينة وقالة وتبسة، وجزءاً من الجاهيرية الليبية (المنطقة الطرابلسية آنذاك).

بربرية في أواخر القرن الثامن، وأصبح العرب فيها أسياد الموقف، ناشرين دينهم ولغتهم، ومزيحين كل التأثيرات الإغريقية والرومانية والبيزنطية. فكان أن بدئ الإعتماد على الفقه الإسلامي الذي دام أكثر من ألف سنة بالرغم من كونه لم يكن طيلة هذه المدة موحداً.

مع الأغلبية (القرن التاسع) كانت السنة هي المذهب الرسمي، وداخل السنة ذاتها كان المذهب المالكي هو الأكثر انتشاراً. على أن القرن العاشر أصبح فيه الفاطميون في الحكم فاعتمدوا التشيع لهم مذهباً رسمياً، وظلّ جلّ متساكني المنطقة مالكية، إلى أن غادر الفاطميون المهديّة ليؤسسوا القاهرة ويستقروا فيها. وحوالي سنة 1050 ترك بنو زييري اللولاء للإمارة الفاطمية لفائدة بغداد. وإذّك استرجع علماء المالكية بالقيروان مكانتهم، وأصبح لهم فيها شأن. ومنذ ذلك العهد استمرّ العمل بالمالكية في البلاد التونسية وفي كامل مناطق المغرب العربي. ولئن كان المذهب المالكي مذهب الأغلبية، فإنّ ذلك لم يمنع من تواجد أقلية موزعة بين الحنفية والخوارج.

440. ليس للفقه الإسلامي عموماً نزعة توسعية، ذلك أنّ أهم أخلص قواعده يتمثل في استثنائ كل فئة وطائفة دينية بقوانينها الخاصة. ولم يكن الفاتحون يتدخلون في تشريعات الديانات الأخرى وخاصة منها الديانتين السماويتين المسيحية واليهودية. فقد حافظ بنو إسرائيل على التقاضي لدى مجالس الأعيان التي هي عبارة عن محاكم حاخامية، واستمرّ المسيحيون يتعاملون مع محاكمهم التي كانت تطبق القانون الكنسي.

441. وهكذا فالنظام القانوني الإسلامي لا ينبغي عليه أن يشمل عن ليس مسلماً وذلك نتيجة قيامه نظرياً على أساس فقهي ديني. وبما أنّ للقانون مسحة دينية وبما أنّ تبني الإسلام ديناً لا يكون إلا إرادياً

وقد أخذ الجزء الأوفر من متساكني المنطقة في التأقلم مع الحضارة اللاتينية أو إن شئنا القول، في "التلطن". وتشكلت في المدن بورجوازيات امتازت باندماجها الكلي في الحضارة المستعمرة إلى حدّ أصبحت القنصلية تنتخب من بينها عدداً من المفكرين والكتاب والإطارات الذين أصبح لهم شأن في روما ذاتها. وعلى سبيل الذكر يمكن لنا أن نذكر عدداً من الأسماء التي لمع أصحابها واشتهروا في مجالات الفلسفة والدين مثل القديس اغسطينيوس (354-430 م) أو في مجالات الإدارة السياسية مثل إميلْيوس باكتيميوس كليمون أصيل سيرطا (قسنطينة الحالية) الذي تولى مهام القنصلية في أواخر القرن الأول. وكذلك سبتيوس سيفر أو "Septimius Severus Lucius" (146-211 م)، أصيل لبتيوس ماقتنا "Leptis Magna" أو لبدة، الذي أصبح في سنة 193 إمبراطوراً.

هذه الأمثلة تبرهن على أنّ القانون الروماني وخاصة جزؤه الذي كان يتعامل به في الفترة التي تسمى "Bas Empire" هو عمل شاركت فيه كل الشعوب التي خضعت ولفترة تاريخية للإمبراطورية الرومانية بما في ذلك شعب "إفريقية". ويهمنا في هذا المجال أن نذكر أنّ القانون الروماني قد استمرّ تطبيقه في البلاد التونسية قروناً عديدة. ولئن كنّا لا نجد له اليوم أثراً واضحاً في نظامنا القانوني، فلأنّ الفتح العربي قد أحدث قطيعة وتصدعاً إذ قضى على كل ما كان سائداً⁽¹⁾ ورغماً عن ذلك فإنّ العديد من المؤسسات القانونية قد يعود أصلها التاريخي إلى القانون الروماني ممّا جعل صنتيلان يقول في تقديمه لمجلة الالتزامات والعقود أنّ القانون الروماني هو القاسم المشترك لبلدان البحر الأبيض المتوسط وأنّ في الحقيقة أحد أهم الأصول التاريخية للمجلة.

439. بدأ الفتح العربي للمنطقة التي ستسمى فيما بعد المغرب العربي، في منتصف القرن السابع، وانتهت حسب المؤرخين كل مقاومة

438. Ladjili Mouchette (J): "Histoire Juridique de la Méditerranée". Droit Romain, (1) Droit Musulman, CERP-TUNIS 1990.

ب- القانون التونسي في العهد الحسيني

443. أصبحت البلاد التونسية مع قيام الدولة الحسينية التي أسسها حسين بن علي باي سنة 1705 م . ذات وضع وسطي، فقد كانت أو على الأقل في بداية العهد الحسيني، دولة تابعة للباب العالي، منتزعة شكليا إلى الخلافة العثمانية، وفي نفس الوقت كانت دولة ذات استقلال داخلي لأن الباي كان في الواقع مستقلاً عن السلطنة، يمارس كل سلط الملك. وقد أدى هذا الوضع القانوني الغامض إلى التعبير عنه بعبارة "الإيالة التونسية" أو "إيالة تونس" موها عن "المملكة التونسية" أو مملكة تونس.

فالبايات كانوا يتصرفون تصرفات ملوك الإطلاق، إذ هم يجمعون بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، إضافة إلى أنهم كانوا يمارسون إلى حد ما السلطة القضائية، باعتبار أنهم كانوا يختصون، بالرغم من وجود محاكم، بالنظر في النزاعات والبث فيها. وقد كان التشريع الإسلامي مطبقاً باعتباره يمثل القانون الرسمي للبلاد، حتى وإن كان غير مقنن المبادئ والأحكام.

444. ومع مطلع القرن التاسع عشر، بدأت تظهر ملامح الإدارة في طورها الجينيئي. فلقد كانت تتألف أولا من وزير أكبر، وهي رتبة تعادل منصب الوزير الأول حاليا، ومن ثلاثة وزراء : أحدهم وزير الحرب، والثاني وزير البحرية، أما الثالث فقد كان يسمى وزير القلم، وهي رتبة تجمع بين وظيفة وزير العدل حاليا، وصاحب الختم والسر، ووظائف المستشار. كما تتألف ثانيا من القياد الذين ينتصبون في مختلف جهات البلاد لتمثيل السلطة المركزية.

445. ولم يكن الجهاز القضائي موحداً، بل هناك أنواع قضائية متعددة بتعدد المذاهب والملل والديانات. فقد كانت هناك محاكم، أو بالتعبير

فإنه بات من المنطقي أن لا يكون قانون الدولة المسلمة مطبقاً بالتعريف على غير المسلمين. هذه الظاهرة هي التي بها نشرح بقاء المحاكم الدينية الأجنبية في كل البلدان الإسلامية عبر التاريخ، وبها ينعت التشريع الإسلامي بكونه "شخصانياً" وليس "ترايبياً" أي أن يطبق على المسلمين دون سواهم من متساكني المنطقة الترابية التي تشملها الدولة وتشكل حدودها. ومن المعلوم أن الدولة التي تطبق القانون على كل المتواجدين في حيّزها الترابي، إنما تكون دولة علمانية ولا يكون نظامها القانوني مجانسا لديانة أو نسخة منقولة عنها.

442. ولعل هذا العامل هو الذي جعل البلدان الإسلامية تستسلم بسهولة كبرى إلى نظام الامتيازات القنصلية⁽¹⁾. فعند الدولة الحفصية⁽²⁾ أبرمت اتفاقيات مع قوى أجنبية يسمح بمقتضاها للقناصل من تنظيم محاكم قنصلية تختص بفض القضايا الخاصة بأفراد جالياتها وتفصل النزاعات القائمة بينهم. ولم يكن هذا التنازل من جزء من سيادتها الترابية متأتيا عن ضغوط أو حالة ضعف ذلك أن الدول الإسلامية كانت آنذاك في أوج قوتها، وأن الحضارة الإسلامية كانت في عصرها الذهبي بل كان متأتيا عن نظام المزج بين الدين والقانون.

وقد أخذ نظام المحاكم القنصلية التي تطبق قانونها الخاص بها على جالياتها في التفاقم، وهو تفاقم زامن ما طرأ على الدول الإسلامية من وهن وتفكك من جهة، وما عرفتته الدول الغربية من قوة وتقدم من جهة مقابلة. فالغزو التركي سنة 1574 م . جاء مبدئيا لحماية تونس من الأخطار الأجنبية، لكن الباب العالي وقع على معاهدة الامتيازات الأجنبية الدائمة سنة 1740م. وذلك باسم مجموع الدول الخاضعة للسلطنة العثمانية، ولم يطرأ على نظام الامتيازات هذا أي تغيير خلال الحكم الحسيني.

442. (1) راجع : Jambu Merlin : "Histoire des conflits de lois au Levant et en Afrique du Nord" Revue Critique de droit international privé, 1958, p. 1.

علي المزفتي المرجع السابق ص 41 ، فقرة 76 وما بعد.

(2) أبرمت أول معاهدة سنة 1387 بين مراد الأول وجنوة.

المتداول آنذاك مجالس مالكية وحنفية، وكان كلٌّ من ينتمي إلى مذهب يلتجئ عند التقاضي إلى المحكمة المنتميه إليه. ولئن كانت المذاهب المتواجدة آنذاك هي المالكية والحنفية والخوارج، فإنّ المحاكم المالكية هي الأكثر انتشاراً واعتماداً، بحكم أنّ التونسيين كانوا، في أغلبهم، منتسبين إلى المالكية. أمّا المحاكم الحنفية، فقد كانت بالرغم من وجودها، قليلة العدد، يكاد يقتصر التعامل معها على البايات وعائلاتهم. ولم تظهر محاكم تعتمد على مذهب الخوارج رغم أن عدد الخوارج كان كبيراً خاصة في جزيرة جربة.

وإلى جانب المحاكم الشرعية هناك "مجالس الأعيان" أو المحاكم العائلية التي كانت تنتصب للقضاء بين بني إسرائيل من التونسيين. وكلّ محكمة من هذه المحاكم كانت تطبق قوانين الديانة التي كانت تنتمي إليها، بل إنّ المحاكم المنتميه للديانة الواحدة كانت تطبق مذهبها الخاص بها، وكانت اختصاصاتها تشمل المادة المدنية بمعناها الواسع، أي كلّ ما يتعلق بالقانون الخاص، باستثناء الجنائي. أمّا في داخل البلاد، فقد كان للقياد نفوذ متّسع إذ يقومون بوظيفة المحاكم الجنائية. ومنذ حلول العثمانيين انتزع القضاء الجنائي من المحاكم الدينية وأسند إلى محاكم خاصة.

446. وفي سنة 1870 م. وقعت إعادة هيكلة الوزارة الأولى، فأحدث قسم ثانٍ مهمته النّظر في النّزاعات المتّصلة بالمواد الإدارية والجنائية⁽¹⁾ وقسم ثالث يتولّى فضّ القضايا ذات الاتصال بالمسائل الجنائية أو البعض من النزاعات المدنية. وكان القسمان يطلق عليهما محكمة الوزارة. غير أنّ وجودها لا يعني وجود قضاء مستقلّ بذاته لأنّ المحكمة، محكمة الوزارة، لم تكن تبتّ في الأمور، وتنفّذ الأحكام، بل كانت مهمتها متمثلة في إعداد الأحكام والقرارات التي لا تصبح نافذة المفعول إلا بإرادة الباي.

446. (1) رشيد الصبّاح: "القضاء الإداري في تونس بين الأمس واليوم"، م. ق. ت.

أكتوبر 1980 ص 31. ملي المزنّي المرجع السابق.

447. ونذكر أخيراً نوعاً آخر من المحاكم، وهي المحاكم القنصلية التي كانت تختصّ بالنظر في القضايا التي يعرضها عليها الأجانب، والتي كانت تطبق قوانينها الخاصة التي يتعامل بها في بلدانها الأصلية. وبتواجد المحاكم القنصلية، تقلّص مجال المحاكم الكنيسية بالنسبة للمسيحيين، والسبب في ذلك حصول تغيير أساسي في تركيبة الدول الأوروبية. فلقد حلّت الجنسية محلّ عنصر الانتماء الديني في تحديد مجال العمل بالقواعد القانونية، لذلك سوف تتعدّد المحاكم القنصلية، وسوف تختصّ بالنظر طبقاً لجنسية المتقاضين لا تبعاً لانتمائهم العقائدي، وسيكون هذا التحوّل أول عهد البلاد بمفهوم الجنسية.

448. ويتّضح ممّا ذكرنا، أنّ الفترة التي تراوحت بين بداية العهد الحسيني ومنتصف القرن التاسع عشر، قد اتّسمت بتواجد فسيفساء من الأنظمة القضائية المستقلة فيما بينها. بعضها يطبق قوانين دينية غير مقتنئة مع وجود الباي في أعلى الهرم يمارس سلطة مطلقة. هذا الوضع من شأنه أن يجعل الباب مفتوحاً على مصراعيه للفوضى والاعتباطية، وللعسف والاطلاق، وهو الذي نفهم به بسهولة كيف أنّ أول حركة نهضوية ظهرت بالبلاد التونسية كانت تنادي بضرورة القيام بإصلاحات قانونية، وكانت تطمح إلى تحقيقها. من ذلك أنّ المؤرخ أحمد ابن أبي الضياف⁽¹⁾ (1804-1874) والمصلح خير الدين⁽²⁾ (1822-1889) كانا يريان أنّ تنمية البلاد لا تكون إلا بوجود الحرية والأمن ووجود تشريع يضمنهما. كما كانا يطالبان، باعتبارهما ينتميان إلى تيّار فكري إصلاحي، بوضع حدّ للنظام المطلق، وبتقنين القانون.

448. (1) أحمد ابن أبي الضياف. "اتحاد أهل الزّمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان"

الدّار التّونسيّة للنّشر، ط 2 - 8 أجزاء تونس 1977.

(2) خير الدين التّونسي: أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك، الدّار

التّونسيّة للنّشر. تونس 1972.

449. في 10 ديسمبر 1857 أصدر الباي عهد الأمان. إنه عبارة عن إعلان عن حقوق الإنسان وتعهّد من الباي بحماية أمن الأشخاص وضمنان سلامتهم، وهو يشمل كلّ رعايا الإيالة دون تمييز أساسه الملة واللون أو الدين، إذ جاء في مادّة الأولى: "تأكيد الأمان لسائر رعيّتنا وسكان إيالتنا على اختلاف الأديان والألسنة والألوان في أبدانهم المكرّمة، وأموالهم المحرّمة، وأعراضهم المحترمة". وقد كان عهد الأمان ثمرة للحركات الفكرية الإصلاحية، وكذلك تعبيراً عن المؤثرات الأجنبية الضاغطة عن طريق قناصلها، إذ احتوى على عدد من المواد التي تبين ذلك منها خاصة المادة العاشرة التي تنصّ على أنّ: "للوافدين على الإيالة أن يحترفوا [...] ولهم أن يشتروا سائر ما يملكون من الدور والأجنّة والأراضي مثل سائر أهل البلاد".

450. والملاحظ في هذا السياق أن المدّ الإصلاحي للمدرسة الدستورية في تونس لم يقف عند هذا الحد بل تواصل نسقه، واستمرّ تطلّعه إلى أن ظهر بعد أربع سنوات فقط، أي في 26 أفريل 1861، أول دستور تونسي في عهد الصادق باي كانت تسميته الرسمية "قانون الدولة". ويتجلّى الفرق الواضح بين عهد الأمان والدستور في أنّ الأول كان نوعاً من التصريح بتعهّد الباي ووعده بالتزام محتويات العهد. إنه نيّة وقصد، وإنّه كما تدلّ عليه تسميته عهد. أمّا دستور 1861 فقد كان، ببعض من مظاهره، برنامج عمل يحدّد ممارسة السّلطة ويضبط شؤون السيادة، وكان ببعض الآخر تنفيذا لما احتوى عليه الأول من تعهّدات وعود. إنه إعلان عن نهاية الإيالة التي يحكم فيها الباي منفرداً، وبداية لعهد جديد هو عهد الملكية الدستورية، بفضل تركيز هيكل تشريعي سمي آنذاك المجلس الأكبر المتركّب من ستين عضواً يتمتعون بضمانات وصلاحيات تمكّنهم -ولو نظرياً- من مشاركة الباي في اتخاذ القرارات.

451. ونحن إذ نتناول تطوّر القانون، يهمننا دستور 1861 أيضاً لأنّه أعلن عن تقنين القانون، وبعث محاكم جديدة يخضع لها جميع المتساكنين، سواء كانوا من أهل البلاد أو الأجانب، وهو إجراء يعلن

بوضوح وبداهة أنّ إلغاء الامتيازات الأجنبية أت. كما يهدف إلى إستكمال الدولة لكامل مقومات سيادتها التشريعية والقضائية. فهو الذي يمهّد إلى توحيد القضاء والتشريع إبّان حصول البلاد على الاستقلال.

452. ولنذكر أخيراً أنه في 26 أفريل 1861، أي في السنة نفسها، صدرت أول مجلة تونسية، إنّها المجلة المدنية والجنائية⁽¹⁾ التي تألّفت من 664 فصلاً، وتضمّنت في نفس الوقت القانون الجنائي، والإجراءات الجنائية، والإجراءات المدنية، والبعض من مظاهر القانون المدني، مثل الالتزامات والعقود خاصة. ولقد جمعت بين الاعتماد على المذهبين المالكي والحنفي، وبين التجديد في العديد من مظاهرها شكلاً ومضموناً.

453. غير أن هذا الإنجاز التشريعي، قد تميّز بخاصيتين تمثّلان في حدّ ذاتهما إشكالا: إذ هو من جهة، بالرغم من قصر مدة بلورته وتحريره، وبالرغم من كونه لم يمثل استجابة لتطلّع شعبي عام، بل تلبية لحركة إصلاحية نخبوية، وبالرغم من هذا كلّ وغيره، كان يمثل صرحاً ضخماً وعملاً عملاقاً إذا ما نحن قارّناه بمعطيات هذه الاجتماعية والسياسية والاقتصادية. وهو من جهة ثانية وفي الوقت نفسه، هسّ إلى الحدّ الذي ليس بعده حدّ، فقد كان مصدر إزعاج وإثارة. أقلق المصالح وأثار ما اعتاد عليه القوم ودرجوا وتطبعوا منذ عهود سحيقة. وأقلق خاصة البايات أنفسهم، أولئك الذين لم يقبلوا بل سلّموا تسليماً وإرغاماً بأن يقع الحدّ فيما عليه نشأوا من نفوذ مطلق وما توارثوه من حكم استبدادي لا يعرف للتخصييق والقيّد منفذاً، وأزعج الأجانب الذين به سيحرمون من الامتيازات، وأثار حفيظة أقطاب المحافظين الذين لا يرون في الإصلاحات إلا موتهم وانقراضهم.

452. (1) قانون الجنائيات والأحكام العرفية. *Khayral-Din et la Tunisie* (1850 - 1881). Leiden - E-J-Brill - 1976.

يرمي إلى انفراد الدولة بمن القوانين، وتنظيم القضاء تنظيما عصريا، فكانت فترة الحماية فترة أساسية تدعّم فيها هذا التوجه العام .

ج- القانون التونسي في عهد الحماية

456. تركزت الحماية على مرحلتين متلاحقتين : ففي 12 ماي 1881 تمّ التوقيع على معاهدة باردو التي بمقتضاها عهدت فرنسا لنفسها مهمة القوة الحامية، وفقدت تونس استقلالها ؛ غير أنّ الباي بقيت سلطاته نظريا على حالها. وفي 8 جوان 1883 تمّ التوقيع على اتفاقية المرسى. وتعتبر هذه الاتفاقية مرحلة حاسمة، إذ أصبح الباي بمقتضاها "يتعهد" [....] بالقيام بالإصلاحات الإدارية والقضائية والمالية التي تعتبرها الحكومة الفرنسية مفيدة". وهذا يعني أنّ سلطة الباي قد أصبحت صورية، وأنّ السيادة الداخلية التونسية قد وقعت مصادرتها، وبالتالي فإنّ هذه المعاهدة أقرّت مبدأ التدخّل الفرنسي في الشؤون البلاد الاقتصادية والإدارية.

457. وبمفعلا فقد كرسّت معاهدة المرسى، بصورة غير مباشرة، إزدواجية في السيادة، وسهّلت عملية انتقال حقيقي للسلط .

فالباي يحافظ نظريا على نفوذه المطلق، ويبقى المصدر الوحيد للسلطة التشريعية يمارسها بواسطة الأوامر. ولكن الأمر في واقعته ليس كذلك ؛ فالباي لا سلطة له ولا نفوذ دون موافقة المقيم العام، إذ لا تعرض الأوامر على ختمه إلّا بعد أن تحصل على تأشيرة المقيم العام. ذلك أنّ رئيس الجمهورية الفرنسية قد اتخذ أمرا مؤرخا في 10 نوفمبر 1884 فوض بمقتضاه إلى المقيم العام حق إصدار الأوامر وإقرار تلك التي يختصها الباي.

وبذلك فإنّ ممارسة السلطة خرجت فعليا وعمليا عن صلاحيات الباي، وأصبح المقيم العام يسيطر على كلّ الشؤون التونسية. إنّ سلطة الباي شكلية، وسلطة المقيم العام حقيقية. إذ أصبح للمقيم العام مساعدون يتكوّنون من الكاتب العام للحكومة، وعدد من رؤساء المصالح الإداريين،

وفعلا فإنّ حدثين كانا كافيين للتراجع وإعادة النّظر فيه يتمثّل أولهما في غضب القوى الأجنبية وتنديدها بمشروع إلغاء الامتيازات، ويتمثّل ثاني الحدثين في ثورة داخلية قادها علي بن غداهم وكنتمت أنفاسها بسرعة. أما نتيجة الحدثين فقد كانت قرار الباي الصادر في 30 أفريل 1864 والذي نصّ على إلغاء الدستور، والمجالس، والمجّلة معا.

454. ومع ذلك فإنّ هذه الانتكاسة لم يطل أمدها ولم تحبط العزم الإصلاحي. فقد أجبر الباي سنة 1873 على تعيين خير الدين أحد أقطاب الإصلاح البارزين، وزيرا أول خلفا لخزندار "القطب المعارض للتنظيمات" وقد تحقّقت أثناء مدة وزارة خير الدين (1873-1877) إصلاحات عديدة وفي مجالات شتى، يهمننا منها لجنة تقنين القانون، وتنظيم القضاء، ومهمتها بلورة تشريع تنسحب أحكامه على كلّ التونسيين. وقد كان على هذه اللجنة المتأثرة بما حدث في تركيا ومصر آنذاك، والمعبرة عن أفكار المصلحين، أن لا تخرج عن المنهج الشرعي وأن تقتبس من القوانين الأجنبية ما لا يخالف الإسلام.

غير أنّ سانس القصر منعت خير الدين من مواصلة عمله. فقد تمّ عزله سنة 1877 عن الوزارة الكبرى ورئاسة "الكومسيون". وتوقّفت اللجنة وعلقت أعمالها، غير أنّها لم تكن غير ذات جدوى إذ ستكون النّتائج التي توصّلت إليها صالحة عندما وقع التفكير، في عهد الحماية، في بلورة مجلة الإلتزامات والعقود المتداولة حاليا.

455. نستخلص من ذلك أنّ العهد الحسيني تميّزت منجزاته في مجموعها بالنّدر والاحتشام، وبالتّردّد بين التّحقّق والزوال، كما تميّز هو ذاته بالاعتباطية والاستبداد، وبانخراط النظام، وبالضعف الإقتصادي والوهن العسكري، وبتزامنه مع ما شهدته بلدان الضفة الأخرى للبصر المتوسط من ازدهار وقوة فكان أن أصبحت تونس لقمة سائغة، وكان أن أصبح احتلالها وكأنّه أمر ليس فيه من بدّ. ولكن بالرغم من ذلك، فإنّ بوابر الدولة الحديثة قد وضعت بعد أن يرى أنّ التّوجّه العام

وجميعهم موظفون فرنسيون لهم صلاحيات السيطرة على مجموع المصالح الإدارية في البلاد، والإشراف على الرائد الرسمي. وفي المناطق الداخلية كانت الإدارة من صلاحيات القواد نظريا، ولكنها عمليا بأيدي المراقبين المدنيين الفرنسيين. أما الجنوب التونسي فقد كان خاضعا لإدارة عسكرية.

458. وقد تحقق أثناء فترة الحماية (1881-1955) إنجاز تشريعي لا يستهان به. وتعلقت النصوص المنجزة بجميع الميادين باستثناء مجال الأحوال الشخصية الذي تجنّب المستعمر الخوض فيه نظرا لحساسيته وخضوعه تقليديا للفقه الإسلامي، وأيضا خشية إثارة غضب التونسيين في مسألة لا تهم المصالح الفرنسية ولا تخدمها من بعيد أو قريب.

459. وقع سنّ المجلة العقارية في غرة جويلية 1885 وركزت في 6 سبتمبر 1896 لجنة للتقنين مشتركة من قانونيين تونسيين زيتونيين التكوين، وقانونيين فرنسيين، وعيّن مقررًا لها أحد المختصين في الفقه الإسلامي هو صانتيلانا "Sanitilana" (وهو متفق في التشريع الإسلامي وأيضا في القوانين الأوروبية، وخاصة القانون الفرنسي) وقد تواصلت أشغالها ثلاث سنوات توجت بمشروع مجلة مدنية وتجارية اقتبست من الفقه الإسلامي (المالكي والحنفي)، ومن القانون الفرنسي. وقد تم إصدار المشروع بمقتضى أمر 15 ديسمبر 1906 بعد أن حذف منه الجزء الخاص بمادة التجارة، وسمي "مجلة الالتزامات والعقود" وبدأ العمل بها في غرة جوان 1907.

وفي 24 سبتمبر 1910، أي بعد سنوات قليلة، صدرت مجلة الإجراءات المدنية التي تنظم المحاكم التونسية، وفي 9 جويلية 1913 صدرت المجلة الجنائية التي لا تزال سارية المفعول إلى يوم الناس هذا. وأخيرا ظهرت مجلة التحقيق الإجرامي في 30 ديسمبر 1921.

وفي مادة الأحوال الشخصية، تواصل العمل بالقوانين الدينية غير المقتنة. فالتونسيون المسلمون يتعاملون مع التشريع الإسلامي، واليهود يخضعون للقانون الموسوي.

460. أما القانون الفرنسي فقد شهد ميدان توسّعه في عهد الحماية تناميا مطردا وذا شأن، وكذلك الأمر بالنسبة لاختصاصات المحاكم الفرنسية. فالمحاكم القنصلية الفرنسية التي كانت تطبق القانون الفرنسي عندما يتعلق الأمر بمذعى عليه حامل للمجنسية الفرنسية، أصبحت تختص حسب الأمر الصادر عن الباي بتاريخ 5 ماي 1883، بفض النزاعات الحاصلة بين كلّ الرعايا الأجانب كلّما وافقت الدول الأجنبية على حذف محاكمها القنصلية،⁽¹⁾ ثم أصبحت بمقتضى الأمر الصادر في 31 جويلية سنة 1884، تختص في كلّ النزاعات المدنية التي يكون أحد أطرافها أوروبيا وبمقتضى أمر 5 سبتمبر 1885، أصبح العمل بالقانون الفرنسي نافذا وأصبحت المحاكم الفرنسية مختصة في ميدان الجنايات كلّها كلّما كان أحد الأطراف أوروبيا.

وبالإضافة إلى هذا، فقد صدرت أوامر من الباي تعلن عن إمكانية تطبيق النصوص الفرنسية في تونس، مما انجر عنه أن بعض النصوص الفرنسية أصبحت تنشر في الرائد الرسمي. ومن بين هذه النصوص نذكر قانون 1867 الخاص بالشركات خفية الاسم، وقانون 1908 حول الأصول التجارية، وقانون 1925 المتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة، أو قانون 1930 المتعلق بالتأمين.

461. وبالجملّة فإنّ أشواطا كبيرة قطعت أثناء الحماية في اتجاه تشكّل قانون تونسي عصري وبلورته لكنها كانت غير كافية. ونذكر خاصة أنّ الحماية قد حافظت على توازي الأنظمة القانونية، ونعني بذلك وجود محاكم عدّة كلّ واحدة منها تطبق قانونها الخاص بها. ثم إنّ المرء لا يستطيع أن يميّز بين الاختصاص التشريعي والاختصاص

460. (1) انظر على سبيل المثال وبالنسبة لإيطاليا: René Chapus: "Aux sources du régime du contentieux administratif tunisien; du protocole franco-italien du 25 janvier 1884 au décret beylical du 27 Novembre 1888", R.T.D. 1966 - 1967, p.75. علي المذغني المرجع المذكور أعلاه فقرة رقم 157 وما بعد ص 65 وما بعد.

- المحاكم الفرنسية : وهي تختص بالتوازل التي يكون أحد أطرافها غير تونسي، وتطبق القانون الفرنسي أو القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع الفرنسية.

- وأخيرا بعض المحاكم المختلطة .

463. أما في شأن محتوى النصوص التي تم إصدارها ، فإنه لا بد من التنويه بالجهود الذي بذل عند بلورة مجلة الالتزامات والعقود (م.إ.ع) والمجلة الجنائية لأجل جعل القانون متعاشيا مع الواقع الاجتماعي، مناسبا للحالة الاقتصادية ، منسجما مع المستوى الثقافي الذي كانت عليه البلاد عهدئذ. والواقع أن واضعي تلك القوانين لم ينطلقوا من عدم، بل وجدوا مجلة ومشاريع قد يلورها تونسيون قبل الحماية فاعتمدوا عليها ومنها استلهموا فسهل عليهم الأمر ويسر العمل وجاءت النصوص على النعت الذي ذكرنا ، بل إنه ليس من محض الصدف أن تكون كل المجلات وجميع الأحكام الأساسية قد وقع إبطالها غداة الاستقلال وتعويضها بأخرى باستثناء هاتين المجلتين اللتين استمر العمل بهما إلى يومنا هذا. بل أكثر من ذلك فجعل أحكام م.إ.ع. قد تبناها حرفيا وبرمتها ظهير الالتزامات والعقود المغربي الصادر سنة 1913 وتواصل العمل به في المغرب الأقصى عند حصوله على استقلاله وهو الآن لا يزال نافذ المفعول.

464. هذه المرحلة الأساسية من تاريخ القانون التونسي تبين ما توصل إليه النظام القانوني التونسي من توحيد قضائي وتشريعي. فإذا ما استثنينا مادة الأحوال الشخصية فإن المحاكم العصرية التونسية كانت تنظر في النزاعات التي تنشأ بين التونسيين بصرف النظر عن انتماءاتهم العقائدية ، فلقد نصت المادة الرابعة من م ا ع على أن "اختلاف الأديان لا يترتب عليه فرق

القضائي. ومن جهة أخرى فلا وجود لأي تفاعل تبادلي بين الأنظمة القانونية المتواجدة معا ، من ذلك مثلا أن المحاكم الشرعية موزعة إلى مالكية وحنفية توزيعا يجعل منهما منفصلتين عن بعضهما بعضا. فإذا ما تعهد المجلس الحنفي مثلا بالنظر في قضية واتضح أن القانون الواجب تطبيقه مالكي ، فإنه يتعين عليه أن يحيل القضية إلى قاض مالكي ، ونفس الأمر يقع في شأن القضية الخاضعة لقانون حنفي. ولكن هذه الطريقة تشترط أن يوجد في المنطقة الترابية قاض مختص في أحد المذهبين، فإذا خلت منطقة ما من مجلس حنفي مثلا، فإن القاضي المالكي لا مفر له من النظر في قضية يشملها الفقه الحنفي، فيتصرف عندئذ افتراضا على كونه قاض حنفي ويقيم في هذه الصورة مقامه.

462. ثم إن تعدد المحاكم الذي كان قائما قبل الحماية لم يتغير منه شيء أثناءها بل ازداد تشتت المحاكم إلى درجة أننا أصبحنا نشهد قبيل الاستقلال المحاكم التالية :

- المحاكم الشرعية المالكية : وهي تطبق المذهب المالكي ويشمل اختصاصها مجال الأحوال الشخصية لمن هم ليسوا رعايا أو واردين من بلدان غير إسلامية ويعني ذلك ، عمليا، المسلمين من غير الأوروبيين⁽⁹⁾.

- المحاكم الشرعية الحنفية : وهي تطبق مبادئ المذهب الحنفي على مادة الأحوال الشخصية للمسلمين غير الأوروبيين والمنتمين للمذهب الحنفي⁽⁹⁾.

- مجالس الأخبار : وهي تطبق القانون الموسوي في مجال الأحوال الشخصية على بني إسرائيل من التونسيين⁽⁹⁾.

- المحاكم التونسية العصرية : وهي تطبق القانون التونسي المدون كتابيا على التونسيين في المجالات الخارجة عن الأحوال الشخصية.

462. (1) الأمر المؤرخ في 2 سبتمبر 1948 ، (الفصل الثاني).

(2) نفس المرجع.

(3) الأمر المؤرخ في 28 جوان 1938 .

من تونس وفرنسا في 20 مارس 1956 عن استقلال البلاد التونسية مبطلاً ضمنياً وحسب الطرح التونسي⁽¹⁾ اتفاقيات 3 جوان 1955 التي تحتوي على معوقات جسيمة لحرية المشرع التونسي، ومنافية لمفهوم الإستقلال ذاته. سيتّم المشرع التونسي إبان الاستقلال المسيرة التي توخاها النظام القانوني التونسي إذ ينهي مشرع الاستقلال عمليتي توحيد التشريع والقضاء.

ومنذ ذلك الوقت تسارعت الأحداث التي لها انعكاسات قانونية مهمة: ففي 25 جويلية 1957 تمّ الإعلان عن الجمهورية، وفي 1 جوان 1959 صدر دستور الجمهورية التونسية، وفي 9 مارس 1957 تمّ إضفاء الاتفاقية القضائية التونسية الفرنسية التي أصبحت نافذة المفعول بداية من غرة جويلية 1957 والتي تمّ بمقتضاها حذف المحاكم الفرنسية بالبلاد التونسية⁽²⁾ ونقل اختصاصاتها إلى المحاكم التونسية العصرية. كما تمّ في نفس الاتجاه إصدار مجلة الأحوال الشخصية وحذف المحاكم الشرعية⁽³⁾. أما مجالس الأحياء فإنها ستحذف لاحقاً بمقتضى القانون المؤرخ

في اهلية التعاقد، ولا فيما لغير المسلمين وما عليهم من الحقوق الناشئة من الالتزامات الصحيحة⁽⁴⁾.

كما كان محتوى النصوص الجديدة يبرز التحول الهيكلي الذي عرفه المجتمع التونسي، فالمجلة تكشف عن تواجد القطاع الاقتصادي الحديث إلى جانب القطاع التقليدي الذي أبقى عليه عبر العديد من المؤسسات التقليدية، كالإنزال والكردار وغيرهما، والتي سيقع إنهاء العمل بها بعد الاستقلال لعدم ملاءمتها مع متطلبات الاقتصاد الحديث.

ولقد كان أمر الملكية العقارية مزدوجاً أيضاً إذ كانت العقارات المسجلة تخضع إلى المجلة العقارية لسنة 1885، في حين بقيت العقارات الغير مسجلة من اختصاص المحاكم الشرعية العاملة بالقوانين الدينية.

فلقد لازم التوحيد على المستويين التشريعي والقضائي عمل تحديثي اتّسع مجاله إلى المحاكم الشرعية التي نظّمت إجراءاتها وأمر صدرت سنة 1948⁽⁵⁾.

وستتبلور التّزعة إلى التّوحيد وإلى التّحديث إبان حصول البلاد على الاستقلال بوضع حدٍّ للتمعددية القضائية، وبإلغاء المحاكم الفرنسية، والشرعية، ومحاكم الأحياء وإصدار مجلة الأحوال الشخصية.

د - عهد الاستقلال

465. حصلت البلاد التونسية على الاستقلال في مرحلتين زماتيتين؛ أولهما أبرمت فيها الاتفاقيات التونسية الفرنسية في 3 جوان 1955، واعترفت بمقتضاها للحكومة التونسية بالاستقلال الداخلي مع تعديلات ذات بال لحرية المشرع التونسي، ثم أعلن البروتوكول المبرم بين كلّ

465. (1) يفرض المجال هنا إبراد كلّ التفاصيل المتعلقة بالنّزاع القانوني الذي نشب بين الدولتين التونسية والفرنسية بداية من سنة 1956 في شأن مال الاتفاقات المبرمة في 3 جوان 1955 ولتخليص المسألة نقول بأنّ تلكم الاتفاقات هي بالنسبة للحكومة الفرنسية وقد صودق عليها من قبل البرلمان الفرنسي ونشرت في المجلة الرسمية الفرنسية. لا يمكن إلغاؤها على أساس مبدأ توازي الصيغ والأشكال إلا بواسطة اتفاقية تلغ المصادقة عليها اعتماداً على نفس الاجراء في حين أن بروتوكول 20 مارس 1956 لا يمكن أن يكون إلا مجرد إعلان لأنه لم يتّبع نفس الاجراء. ولذلك فقد تراصل العمل، على هذا الأساس القانوني، بالمحاكم الفرنسية لمدة طويلة، على أساس اتفاقات 1955 (انظر مثلاً: Rev. Crit. de D.I.P. 1970, p. 427, note: Paris 6/12/1968 Lagarde). أمّا بالنسبة للجانب التونسي فإنّ المجمع المذكورة أنفاً تتصل باستشارات تخصّ القانون الفرنسي الداخلي. أما في شأن العلاقة الدبلوماسية فإنّ فرنسا ملتزمة بالنصّ المؤرخ في 20 مارس 1956 الذي لا يمكن جمعه باتفاقات 1955. ولاجل ذلك فإنّه وجوباً، قد إلغاها.

(2) R. Jambu Merlin : "La nouvelle organisation judiciaire Tunisienne" RTD 1956 (2) p. 404 ; F. Luchaire: "La mort des tribunaux français de Tunisie", D. 1957 ch. p. 61.

(3) انظر في شأن صعوبات نقل اختصاصات المحاكم الشرعية إلى المحاكم التونسية العصرية : تعقيبي مدني عدد 3499 بتاريخ 15 ديسمبر 1964 - تشريعية ص 61.

464. (1) الأمر المؤرخ في 1948/12/2، علي المزغني : المرجع السابق عدد 166.

في 27 سبتمبر 1957 والذي يعد تاريخ نهاية أنظمة قضائية متعددة بالبلاد التونسية. إن القضاء التونسي أصبح إذن موحدا⁽⁴⁾ فلا وجود اليوم إلا للمحاكم التونسية المنظمة تنظيميا تافاضليا معاصرا إذ تعمل اليوم بمبدأ التقاضي على درجتين كما تخضع أعمال قضاة الأصل والموضوع، إلى مراقبة محكمة التعقيب، وكل هذه الأمور مستحدثة.

466. إن العمل التشريعي الذي تم إنجازه في سنوات الاستقلال الأولى كان ضخما. فقد استوجب الأمر سد الفراغ الكبير الذي تركته الحماية من جهة، (غياب تشاريح عديدة متعلقة بالتجارة والجنسية والأحوال الشخصية...) وتحويل النصوص القديمة لتونس روحها وجعلها ملائمة للواقع الجديد، لتونس المستقلة من جهة أخرى.

وتم إقرار مواصلة العمل بكل من مجلة الالتزامات والعقود (م.إ.ع.) والمجلة الجنائية لأسباب سبق شرحها⁽⁵⁾ وبالرغم من التحويلات المهمة التي أدخلت على محتوياتهما منذ السنتين الأولى من الاستقلال فإنهما أصبحتا اليوم متقدمتين، إذ العشرات بل المئات من أحكام مجلة الالتزامات والعقود قد فقدت جدوى وجودها ولم تعد صالحة للتطبيق، وهي بذلك تمثل ما قد يمكن تسميته يوما بـ "مقبرة مجلة الالتزامات والعقود". ورغم إنشاء عديد اللجان منذ سنوات في وزارة العدل لأجل تحويلهما فلم يشهد النور إلى يومنا هذا أي مشروع تحويلي لهما.

يجب أن يكون تحويل المجلتين تحويلا انتقائيا مقتصرا على البعض من أحكامهما أي تلك التي تجاوزتها المتغيرات الاجتماعية، فلا جدوى من مراجعتهما مراجعة كلية لأن الاختيارات الأساسية المنصوص عليها ضمنهما لاتزال صالحة، فيكون الإبقاء عليها دعما لما اكتسبته من مصداقية.

467 - لقد كان مشروع الاستقلال، خلافا لذلك، نشيطا جدا في المواد

القانونية الأخرى إذ ظهرت مجلات جديدة لتغطي جلّ الميادين القانونية نذكر أهمها مشفوعة بتواريخ إصدارها :

- مجلة الجنسية : 26 جانفي 1956 وقع تحويلها في 13 فيفري 1963.
- مجلة الأحوال الشخصية : 13 أوت 1956 طبقت منذ دخولها حيّز التنفيذ في غرة جانفي 1957 على المسلمين، ثم بداية من قانون 27 سبتمبر 1957 على جميع التونسيين بمختلف معتقداتهم الدينية.
- مجلة الإجراءات المدنية والتجارية : 5 أكتوبر 1959
- مجلة التجارة : 5 أكتوبر 1959
- مجلة الطرقات : 24 ديسمبر 1964 ثم حوّرت في 6 جويلية 1976.
- مجلة الحقوق العينية : 12 فيفري 1965.
- مجلة الشغل 30 أفريل 1966.
- مجلة الإجراءات الجنائية : 6 أوت 1968.
- مجلة الاستثمارات : 26 جوان 1969
- مجلة الصّرف والتجارة الخارجية : 21 جانفي 1976.
- مجلة التنظيم العمراني : 15 أوت 1979.
- مجلة التأمين : 9 مارس 1992 .
- مجلة التحكيم : 26 أفريل 1993 .

468. ولئن كانت مجلة الأحوال الشخصية متأثرة مباشرة في البعض من أحكامها بالفقه الإسلامي، فإن تحويلات عديدة ذات أهمية، قد أدخلت عليها لأجل جعلها متماشية مع مقتضيات العصر الحديث. ونذكر في هذا الخصوص منع تعدد الزوجات، ووجوب الطلاق القضائي، ومنع الزواج حسب القواعد العرفية التقليدية، والعمل بنظرية الردء، والغاء حق الجبر الخ.... لذلك فإن إحدى أهم المسائل المطروحة في النظام القانوني التونسي هي علاقته بالفقه الاسلامي.

الفقرة الثانية : القانون التونسي والفقه الاسلامي

469- كانت للفقه الاسلامي مكانة مرموقة في تاريخ النظام القانوني التونسي. لذلك يتوجب علينا تخصيصه بالدراسة حتى يتبين لنا تطوره

(4) علي المرقني المرجع السابق ص 71 وما بعد.

466. (1) انظر الفقرة 463.

التاريخي، وحتى نتعرض إلى المسائل الشائكة التي تعترض الأنظمة القانونية المنتهية إلى الحضارة الإسلامية والتابعة إلى الثقافة القانونية الإسلامية.

لذلك ينبغي علينا أن نستعرض الفقه الإسلامي (أ) استعراضاً نتوخى فيه شيئاً من الإجمال والتبسيط والاختصار، ثم ندرس القضايا الخطيرة التي تطرح في وقتنا الراهن في شأنه وتثير مناقشات كبرى (ب).

أ- الفقه الإسلامي التقليدي

470. الفقه الإسلامي هو مجموع الأحكام التي من بينها القواعد القانونية والتي تغطي كل القضايا التي يمكن أن تعترض الفرد المتعايش في أحد مجتمعات العالم الإسلامي خلال القرون الماضية. إنه، وبالرغم من اختلاف مذاهبه وتعارض مدارس، صرح قانوني يتألف من قواعد قد ساهم في بلورتها مؤلفون يعدون بالآلاف. إنه مجموع منسجم متناسق تتضمنه آلاف التصنيفات، ويشمل العديد من المواد القانونية، إذ فيه مواد تتصل بالأحوال الشخصية، والقانون الجنائي، وقانون العقود أو الجباية ... والفقه الإسلامي يعتبر في ميدان القانون المقارن، إضافة إلى القانون الانتقوسكسوني والقوانين الرومانية الجرمانية، أحد أكبر الأنساق القانونية الموجودة في العالم. وبالإضافة إلى ذلك فالفقه الإسلامي له خصوصيات المتفردة وطابعه المتميز من حيث أوجه مديدة، أهمها مصادره وأصوله.

أ- مصادر الفقه الإسلامي

471. الفقه الإسلامي رباعي المصادر التي يكون ترتيبها حسب أهميتها كما يلي: القرآن، السنة، القياس، والإجماع.

- القرآن: هو أهم المصادر علي الإطلاق وأرفعها شأنًا. إنه كلام الخالق عز وجل، أوحى به إلى نبيه محمد (صلى الله عليه وسلم)، وخاطب به الناس أجمعين. إن هذا النص الجليل يحتوي سورة وآيات على العديد من التعاليم والأحكام المتصلة بالدين والأخلاق، وعلى البعض من المسائل الشرعية والقضايا القانونية التي تكون أحياناً مصاغة في شكل مبادئ عامة هي اليوم محل إجماع كوني مثل مبدأ الإيفاء بالعهد⁽¹⁾. وبالرغم من ذلك فهي من جهة، تحتاج إلى التدقيق والتفصيل والتعميق، حتى تصبح فعلاً قواعد قانونية. ومن جهة أخرى توجد أيضاً، وخاصة في مادة الإرث، بعض الآيات التي يمكن تطبيقها دون الاحتياج إلى التاويل، إذ جاءت صريحة الصياغة دقيقة المعنى.

- السنة: ظل محمد رسول الله يحكم الجماعة الإسلامية طيلة حياته كنبي، وظلّ الوحي يكمل القرآن عندما تدعو الحاجة. أما بعد وفاته (سنة 632) فإن الأوامر التي يحتويها القرآن الكريم فإنها لم تكن كافية للإجابة عن القضايا المستحدثة، ولذلك فقد توجب الالتجاء إلى السنة أي إلى مجموع أعمال الرسول ومآثره وأحكامه وسيرته وأقواله، وأيضاً إلى صمته الذي يمكن اتخاذه مثلاً في حالات معينة. ولأجل ذلك فالسنة كأصل، منه تستنتج القواعد القانونية تنزل في الموتبة الثانية بعد القرآن وتكمله.

- القياس: عندما يجد الفقيه نفسه أمام مسألة لا يعطيها حكم نصّ عليه القرآن أو تضمنتها السنة فإنه يلتجئ إلى طريقة اجتهادية بها يتوصل إلى استنباط قاعدة دينية أو مبدأ أخلاقي أو حكم قانوني. وتعتمد الطريقة على الانطلاق من قاعدة شبيهة نصّ عليها القرآن

471. (1) توجد آيات عديدة تتصل بالمهد: الأنفال 8/18 - النحل 6/91 - البقرة 2/23 - 100 - 177 - الأنعام 6/152 - الرعد 13/20 - الإسراء 17/34 ... انظر: المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمد فؤاد عبد الباقي، مصر 1378 هـ - مادة (ع، د) ص 492.

بن حنبل (ت 855) ، الذي وإن كان أحد تلامذة الإمام الشافعي، فإنه قال مقولته الشهيرة "من ادعى الإجماع فهو كاذب"⁴⁹ مخصصاً بذلك هذه الإمكانية الإبداعية الإجماعية إلى الأئمة الأربعة دون سواهم⁵⁰.

على أنه يجدر بنا أن نلاحظ أن القياس والإجماع هما طريقتان يجد بهما الجهد الإبداعي والتشّاط الخلاق مكاناً. إنهما يصنّفان اصطلاحاً في باب الاجتهاد فالأصلان، الأول (القرآن) والثاني (السنة)، وإن كانا يمثلان القاعدتين التاريخيتين للتشريع، فهما مصدران محدودان كمّاً، ولذلك فقد قيل على صواب إنه لولا الاجتهاد لما أمكن للتشريع الإسلامي أن يوجد⁵¹.

II - التطور التاريخي للفقهاء الإسلاميين

472. لا أحد يشك في أصالة النصّ القرآني وصحّته بفضل عثمان بن عفان ثالث الخلفاء (644-656) وقد جمعت آياته، ورُتبت سورته، وثبتت في نسخة واحدة، وقررت بصفة نهائية رسمياً. وكان ذلك سنة 650 أي بعد سنوات قليلة من وفاة النبي (ت 632) وتحت إشراف جميع الصحابة وبإجماعهم، وهم الذين كانوا يعرفونه ويستحضرونه ويستظهرونه.

(4) مدوح حقي: "تطبيق على كتاب الإسلام وأصول الحكم". دار مكتبة الحياة، بيروت 1978 ص 51.

(5) حارل البعض من المؤلفين المحدثين مثل محمد إقبال ورشيد رضا أن يردوا الاعتبار للإجماع ويطوروه بواسطة الاقتباس من الأنماط الغربية للديمقراطية التمثيلية ولكن مع وجود أغلبية مدعّمة (الثلاثان منذ رشيد رضا).

(6) كتب مدوح حقي في نفس المرجع ص 57. "أمّا القياس فهو باب الاجتهاد الواسع العر يتبارى فيه العلماء للوصول إلى عين الشريعة وحقيقتها وتطبيقها على الحياة والمجتمع وهو الذي جعلها تنطبق في كل زمان ومكان".

أو ذكرتها السنة، ولذلك فإن القاعدة المستحدثة تقاس على القاعدة القديمة، ومن ثم جاءت تسمية "القياس" الذي يعني عادة المنطق المعتمد على البرهنة بالمماثلة. على أن القياس كأصل فقهي وكمنطق استنباطي هو في واقع الأمر أكثر اتساعاً إذ يشمل أيضاً كل أشكال المنطق الاستنباطي⁵²، مثل المنطق التناقضي، أو القياس العكسي، والمنطق المعتمد على الأخرى.

- الإجماع: هو الاتفاق العام لعلماء الإسلام وفقهائه⁵³ على أمر ما. والإجماع كمبدأ فقهي قد يكون الدافع إلى استعماله متمثلاً في الاستصلاح المألقي أو الاستحسان الحنفي أي في الصالح العام للأمة الإسلامية. والإجماع هو طريقة بها تتولّد القواعد القانونية الخاصة بالحالات أو القضايا التي لم تتعرّض إليها المصادر الثلاثة السابقة، أي القرآن أو السنة أو القياس.

إلا أن هذا المبدأ الإجماعي تعترضه صعوبات جمة عند تطبيقه، لأن الاتفاق العام يستحيل حصوله بين جميع الآراء ومختلف العلماء ومبر العصور وفي مختلف البيئات، خاصة وأنه لا يكون داخل رابطة أو في إطار مجمع أو غيرهما من المؤسسات. وقد انجرّ عن ذلك أن الإجماع في حد ذاته قد كان موضع خلاف ومناقشات صاخبة، فالإمام مالك (ت 795) جعله مقتصرًا فقط على إجماع علماء المدينة لأنه مدني، واعتبره وسيلة عرضية. وأبو حنيفة يعتبر إجماع الصحابة فقط، لأنه بعقليته القياسية لا يرى نفسه دون التابعين. أمّا الشافعي (ت 820) فقد وسّع نطاقه إلى علماء عصر معين وقرّره مبدأً قطعياً، والظاهرية حصرت في إجماع صحابة النبي أو إجماع العترة النبوية. وأحمد

(2) واهج: "Méthodes et Sources en Islam", Studia Islamica T.X. p. 82.

ومحمد محمود ربيع: "مناهج البحث في السياسة". بغداد 1987 ص. 46 و 47.

(3) A. Turki: "Le consensus de la Umma, troisième source de la loi islamique" (2ème séminaire de: Sassari) RTD, 1982; p. 825.

أما الأحاديث النبوية ، فلم يكن أمرها كالقرآن ، لأن عددها كثير جدا ولأن التمييز بين الصحيح منها والموضوع عسير لدوجة أن صحتها مطعون فيها ، وقد أقر بذلك جلّ العلماء الثقة وجعل العلامة ابن خلدون يصنفها إلى ثمان مجموعات توزع توزيعا ترتيبيبا يبدأ من الأحاديث الصحيحة الثابتة وينتهي في أسفل الترتيب بالأحاديث المشكوك فيها⁽¹⁾ إلى درجة البطلان .

ويمثل التمييز بين الأحاديث الصحيحة والباطلة ، أحد أكبر المشاكل التي اعترضت العلماء المسلمين واشتغلوا بجمعها وإثباتها وترتيبها وتصنيفها، وتعاوضوا في شأنها تعارضا بلغ حدّ المنازعات الحامية. فالإمام أحمد بن حنبل (ت 855)، عدوّ كلّ بدعة، يقبل مجموعة من الأحاديث يبلغ عددها خمسين ألفا، في حين أن أبا حنيفة (ت 767) أحد معتدلي الفقه الإسلامي لا يقبل إلا سبعة عشر حديثا فقط.⁽²⁾

أما المالكية فقد ذهبوا مذهباً يبتعد عن الحنفية ويقترّب من الحنابلة. ويفسّر ابن خلدون الخلاف القائم بين مالك وأبي حنيفة بأنّ الأول عاش في المدينة التي كان يغلب فيها النمط البدوي⁽³⁾ ، في حين أن الثاني عاش في العراق أين يغلب النمط الحضري ذو الفكر المتفتح. كما يشرح ابن خلدون سبب انتشار المالكية من الحجاز إلى إفريقيا الشمالية بتعاضل الهياكل الاجتماعية البدوية فيهما⁽⁴⁾.

473. وهناك خلاف آخر بين المفكرين المسلمين يرجع مآناه الأصلي إلى الفتنة الكبرى التي عرفها الإسلام بعد موت عثمان، والتي اندلعت بين أنصار علي (الشيعية) ومؤسسي الامبراطورية الأموية مستقبلا (وهم الذين يعتبرون أنفسهم سنيين) وكذلك الفئة القليلة التي كانت تناصر علياً ثم انشقت عنه عند عملية التحكيم بينه وبين معاوية وقتله

472 (1) المقدّمه : دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الخامسة ص 441 .

(2) ابن خلدون المرجع السابق ص 444 .

(3) المرجع السابق ص 446 .

(4) نفس المرجع ص 449 .

سنة 661 والتي ستتكاثر لتكوّن فرقة الخوارج (اشتقت من فعل خرج أي شقّ عصا الطاعة). هذه التيارات السياسية الثلاثة أفرزت ثلاث مدارس فقهية كبرى تناسبها وتعبّر عنها. وهذا يعني أن القانون كان دوما في خدمة السياسة أو إن شئنا ، متأثرا بها تأثرا كبيرا⁽⁵⁾.

ولا تزال هذه التيارات الفقهية متواجدة ، ولكنها لا تتفاعل مع بعضها، بل هي مستقلة عن بعضها بعضا ، متصارعة فيما بينها تستعمل في مجادلاتها نفس الأدلة والبراهين التي كان استعملها أسلافها في القرون الوسطى.

وتبرز من وقت لآخر أصوات⁽⁶⁾ ، تطالب بخلق حركية تماثل حركة توحيد الكنائس الكاثوليكية ، غايتها توحيد صفوف المذاهب وتجاوز أسباب التصارع ، غير أنّها بقيت في مستوى المحاولات ولم تؤد إلى الآن، إلى نتائج جدية عمليا.

474. وقد تولّد عن المدرسة الفقهية السنيّة ، وهي المتصلة بعملنا من قريب، أربعة مذاهب، هي : المالكية والحنفية والشافعية، والحنبلية. ولم ينتشر منها بتونس إلا المذهب المالكي ثم الحنفي.

وقد كان ظهور المذاهب الفقهية خلال القرون الأولى من تاريخ الإسلام، أي في فترة الإنجازات الفكرية الكبرى التي تحققت أثناء العصر الذهبي للحضارة الإسلامية حيث كان الازدهار عاما في جميع الميادين الحضارية السياسية....

473 (1) كتب السيد عياض بن عاشور في هذا الصدد : "استعمل الدين ... تاريخيا كغطاء للقوة عند السنة وكذلك. وبصورة أوسع، عند الشيعة" الفصل المذكور

م.ت.ق. 1980 ص 77 .

(2) انظر : M. Arkoun : " Essais sur la pensée islamique. Paris 1973 m p. 311 et

Propositions pour une autre pensée religieuse, in Islamo-Christiana n° 4 p. 197.

voir aussi A. Merad. " Un penseur musulman de l'acuménisme, Mahmoud Abu

Raya, in Islamo-Christiana n° 4, p. 151.

إلا أن الفترات التي تلتها كانت تتسم بالانحطاط السياسي، وقد كان القضاء على المعتزلة وغلق باب الاجتهاد إعلاناً عن بداية عصور الظلام التي دامت قروناً طويلة. والخلاصة أن اندحار المعتزلة قد صاحبه تغلب التقليد على الاجتهاد، وساوته غلبة النقل على العقل، وزامنه الركود فالانحطاط.

475. أما الحدث الثاني فيتمثل في سقوط بغداد عند غزوة القتار (1258) وقد أنجر عن سقوط هذه المناورة العملية والمركز السياسي موت الكثير من العلماء، وإتلاف العديد من المخطوطات. كما أنه، كدلالة على الهزال التام للمجتمع الإسلامي، جعل العلماء يفقدون كل أمل في المستقبل، فلا تشرّب إليه تطلعاتهم، كما جعلهم يقبعون حول المقولة الشهيرة "ليس في الإمكان أحسن مما كان"، وخشية منهم أن يؤول التّماي في التفسير والتأويل إلى جعل القرآن يتباعد عن روحه وجوهره، فقد قرّروا "غلق باب الاجتهاد".

476. أصبح الباحثون اللاحقون يقتصرون في أعمالهم على الرجوع إلى المصنّفات القديمة ويعتمدونها، مع إضافة بعض التوضيحات والشروح السطحية التي لا تتجاوز أحياناً المستوى المعجمي للألفاظ والعبوات، وإن علّقوا عليها، فتعاليتهم محتشمة. إنهم في مجموعهم قد اقتصروا على عرض أفكار السابقين⁽¹⁾ عرضاً خالياً من التجديد والتعميق. وبالإضافة إلى ذلك، فإن البعض فقط من مجموع العلماء القدامى قد لقي عناية، وقد كان المقياس يعتمد في ذلك على من تقادم أكثر من غيره.

476. (1) محمد الشنقيري: المرجع السابق ص. 785 - 786 وكذلك السبهي: الخلافة - باريس 1962، ص. 321 - 313 ومحمد الفخري: تاريخ التشريع الإسلامي، بيروت 1967 ص 278 وما يليها، وأيضا: J. Shacht "Classicisme et traditionnalisme dans la loi religieuse de l'Islam", in classicisme et déclin dans l'histoire de l'Islam, Maisonneuve et Larose (2e edit) Paris 1977.

فلقد وقع تقسيم الفقهاء إلى أصناف، أولها صنف المجتهد المطلق، وهو الذي أسس لنفسه مدرسة اجتهادية وبناها على طريقته الخاصة في النظر، ووضع مبادئ أصولية عامة يسير عليها في اجتهاده. ومن هذه الطبقة فقهاء الصّحابة، والتابعين، والائمة الاربعة، وغيرهم ممن جاءوا بعدهم، وانقرضت مذاهبهم كالأوزاعي والليث بن سعد.

وثاني هذه الأصناف هو صنف المجتهد المقيد، وهو الذي ينتسب إلى مذهب يأخذ بأصوله ويستند إلى الطريقة التي رسمها صاحبه لكنه قد يتوصل إلى رأي يوافق تأوة رأي المجتهد المطلق المؤسس للمدرسة، ويخالفه تأوة أخرى. ومن بين هؤلاء أبو يوسف.

أما أهل التطبيق، فهم يمثلون الصنف الثالث. فالفقيه المطبق هو الذي يلتزم بالقواعد الاجتهادية لمذهب إمامه ويحرف فتاواه. إنه يفتي تطبيقاً لما نص عليه إمامه. وصاحب التنقيح هو الذي لم يزد على ما أثبتته علماء مذهب شينا، فلم يحدث أي قول جديد، واقتصر دوره على التحليل والتوضيح. والحافظ أخيراً هو الناظر في كتب المتقدمين وفتاويهم، فميز بين القوي والضعيف، والمشهور والشاذ منها، وانتصب يفتي بالراجع والمشهور⁽²⁾

وعلى العموم فإنه يمكن القول بأن الأئمة على صنفين: أئمة التأسيس وأئمة التفريع. فتوزعت الكتابات إلى جامع ومختصر وشرح أو متن وشرح وحاشية. فاقصر عمل الفقهاء منذ القرن الرابع الهجري على اختصار الكتب الجامعة أو المتن، ثم إلى اختصار المختصر... وهكذا دواليك حتى تأسست المعرفة على الذاكرة لا على العقل. وتفاقم الأمر تفاقمًا مزعجاً لدرجة أن الثصانيف الأصلية قد طمسها الشروح والحواشي، بل أصبح أحد المحثين لتصنيف قديم يعرض الأصل ويفرض على الأجيال اللاحقة التي أصبحت تعتمد وتجتزئه ولا تجرؤ على معارضته، بل تكتفي ببعض الزيادات المتصلة ببعض التبريرات

(2) الاجتهاد والتّجديد في التشريع الإسلامي - الشركة التونسية للتوزيع ص 83 .

الظواهر السياسية لعالمنا الحديث ، وثانيهما جوبه به عن طريق الحركات الفكرية الوافدة عليه من الغرب⁴⁷⁷.

ونحن ، وإن كنا لا نستطيع إلا أن نساند هذا القول ، فإننا نضيف إليه أن التمدّي قد تأثّر أيضا وخصوصا من الظواهر الاقتصادية والاجتماعية المستحدثة التي لم يكن العالم الإسلامي قد عرف لها مثيلا قط . فلقد كانت أعمال العلماء تناولت مسائل تتصل بالدين والقانون والأخلاق في إطار مجتمع معيّن وفي خدمة هذا المجتمع ولقد كان ذلك المجتمع يعتمد اقتصاده أساسا على الزراعة والرعي ، ولقد كانت هياكله في جلّها بدويّة نظمت في قبائل عادة ما كانت متعادية متحاربة بينها.

أمّا في العصور الحديثة ، فلا أحد يجادل فيما طرأ على المجتمعات الإسلامية من مستجدّات ، وما حدث فيها من تغييرات ، إذ المجتمعات المعاصرة في جلّ البلدان الإسلامية قد أصبحت مصنّعة في أجزاء من مكوناتها ، حضرية في غالبيتها ، مندمجة اندماجا اجتماعيا كاملا.

وإن مقتضيات الحياة لهذا المجتمع الحضري المندمج تختلف لدرجة التّفاير عن تلك التي كانت تعيشها المجتمعات القديمة . وإن هذا الاختلاف يشمل جميع الميادين ، وهو يشمل بالخصوص ميدان القانون الذي أصبحت فيه التّحوّلات العميقة الجذرية لا مفرّ له من أخذها بعين الاعتبار.

ويكفي لكي ندرك ذلك بجلاء ووضوح ، أن نقارن بين مدى خطورة كلّ من حادث مرور في طريق معبّد عصري ، والتقاء مسافرين يعبران الصحراء على ظهري جملتيها ، أو أن نقارن بين مستلزمات كلّ من امرأة الامس ، الأميّة القابعة بين الجدران و وراء الأستار ، الرّازحة تحت تبعية بعلها وسُلطان سيّدتها ووليّ أمرها ، والمواة الحديثة التي اكتملت شخصيتها علما ومعرفة ، واختارت لنفسها رفيق عمرها ودربها ، تعادله

478. (1) عياض بن عاشور المرجع المذكور سابقا ، ص 77 .

أو التّوضيحات السطحية . إن ظاهرة الشّوك وشراخ الشّوك هذه ، تذكرنا بما آل إليه القانون الرّوماني بعد أن شهد عصره الذهبي . هذه المشابهة لم نذكرها اعتباطا ، ذلك أن القانون الرّوماني والتّشريع الإسلامي يتشابهان أيضا في المضمون والشكل معا . فنحن نجد في بعض المؤلفات نفس الظاهرة . تصنيف أصلي لعالم كبير يسمّى اصطلاحا متنا ، تختلط به نصوص الشّرح والحاشية ، ثم إن هذا التّشابه الواضح ليس من قبيل الصدّف ، بل هو دليل على أن المجتمعات التي تكون في ظاهرها مختلفة متباينة ، تشهد إذا ما تعالت ظروفها مصيرا واحدا ، وتواجه نفس الظروف بنفس المواقف . فهل يحقّ لنا أن نعيّن عندما نعتبر أن هذه الظاهرة هي إعلان عن نهاية طور عرفته كلّ الحضارات القديمة ؛ بعد طرر العصر الذهبي والشموع الحضاري ، يحلّ طور الأقول والخمول ، وبعد الإشراق ، تقرب شمس الشيخوخة فينضب الخيال ، وتتجمّد القدرة الخلاقة ، وبعد التجديد يحلّ التّقليد .

إلا أن عجلة التاريخ لا تتوقّف عن الدوران ، وحينئذ إذا كنا اليوم نتمسك ببعث الرّوح في الفقه الإسلامي وإحيائه ، فإننا لا نستطيع أن نتغافل عن العديد من المشاكل التي تعترض السّبيل ، والتي تفرض نفسها فرضا ملحا .

ب - المشاكل الرّاهنة للتّشريع الإسلامي

477. سنستعرض بصفة إجمالية المشكل العام المتّصل بالصّعوبات الرّاهنة للإسلام ، ثم نتوقّف لنتناول بشيء من التّفصيل مسألة مخصوصة تتّصل بمادة بحثنا اتصالا له شأنه . إنها مسألة العلمانية .

I - تلاؤم الفقه الإسلامي مع مقتضيات الأزمنة الحديثة ٢

478. كتب أخيرا أحد رجال القانون العام بتونس قائلا : "إن التاريخ المعاصر للإسلام هو تاريخ رفع التّحدّي المزدوج . أولهما تأثّر عن

مستوى ونضجاً، وتماثله مسؤولية ومساهمة في التصرف المادي لشؤون عش الزوجية.

وقد كان يمكن أن لا تشير التحوّلات القانونية ما اشارته من مشاكل عويصة لو كان مسارها طبيعياً، ولو لم تكن قد انفجستنا، ولدة قارب مداها ألف سنة، في تقليد الأسلاف تقليداً أعمى مفضّلين "التقليد"، نابذين كل جديد، ناعتين إياه "بدعة" نخشاه ونزعم منها. لقد كانت التحوّلات سريعة في نسقها، فجنية في حدوثها، فكان من الطبيعي أن تصاحبها صعوبات شائكة، ومشاكل عويصة.

479. لقد مرّ العالم الإسلامي في نهاية القرن التاسع عشر وخاصة في مطلع القرن العشرين بفترات تأجّجت فيها الأفكار، واحتدّ الجدل، وتشابكت الأصوات. كان ذلك خاصة في مجالي السياسة والعقيدة الدينية. ولقد برز في تلك الفترات مجددون كبار، أمثال جمال الدين الأفغاني (1839-1879)، الذي أصدر بباريس مجلة "العروة الوثقى"⁽¹⁾ خلال السنوات (1883-1885) بمعونة صديقه محمد عبده (1849-1905) الذي لا يقلّ عنه شأنًا والذي أصبح مفتي مصر، وظلّ إلى سنة وفاته يصدر عديد الفتاوى المشهورة والمتصلة بقضايا كان يحتدم حولها الجدل احتداماً، وتتعارض فيها المواقف تعارضاً. وقد التحق بالشيخ عبده تلميذه رشيد رضا الذي وإن كان أقلّ تجديداً من أستاذه، فقد أشرف ولدة طويلة على نشر مجلة "المنار"، كما نستطيع أن نذكر الطهطاوي، وطه حسين، وخالد محمد خالد، وخاصة قاسم أمين (1865-1902)⁽²⁾ الذي ساهم في كتابيه "تحرير المرأة" (1899) و"المرأة الجديدة" (1911) في تحرير المرأة المصرية.

هؤلاء الرواد الذين ذكرناهم، جمعتهم المناداة بفتح باب الاجتهاد، ويتخلّص الدّين ممّا علق به طيلة عصور الانحطاط، والعودة إلى المنابع

479. (1) العروة الوثقى. دار الكتاب العربي، بيروت 1970.

(2) انظر قاسم أمين: "تحرير المرأة" في الأعمال الكاملة لقاسم أمين.

الأولى الصافية، وكذلك بترك المؤلفات القديمة، والعزوف عن تقليدها. وقد اعتبر البعض منهم أنّه من الأجدى التحرّر من المرجعية الدينية، وقد ارتكز طرحهم على فكرة أساسية يعتبرون فيها أنّ العلماء بمن فيهم مؤسّسي المذاهب الأربعة، والخلفاء الراشدون، لم يكونوا أنبياء، ولم يدعوا العصمة ولم يزعموا قط أنهم يمثلون صنفاً وسيطاً بين الإنسان والنبيء الذي نزل عليه الوحي دون سواه.

لقد كانوا رجالاً من ذوي التقوى والورع والعلم والذكاء، ولكنهم كانوا بشراً عاديين، يخطئون ويصيبون. إنهم فكروا في قضايا عصرهم، واجتهدوا في إيجاد الحلول الملائمة لمعطيات مجتمعهم الخصوصية، ومتطلباته الموضوعية، وتبعاً لذلك فهناك اليوم رجال لهم من العلم والذكاء والتقوى ما يجعلهم قادرين على الاجتهاد، شأنهم في ذلك شأن أسلافهم، بل إنّ عليهم أن يجتهدوا، وعليهم أن يتوصّلوا إلى إيجاد الحلول الجديدة المناسبة للمعطيات الجديدة من اقتصادية واجتماعية وسياسية. وعليهم أن يعوا بأن ظروف اليوم غير الظروف التي مرّ عليها ألف عام، وأن الحلول التي تتطلبها هذه الظروف ليست ذاتها التي كانت تتطلبها تلك، أي يدعوهم الواجب إلى إنشاء قانون جديد.

480. والواقع فإنّ المنهج التجديدي المعتمد على قراءة جديدة للمصادر الإسلامية لا يثير العقول المتزمتة والعقليات الظلامية فحسب، بل يحدث أيضاً تحفّظات في هذا الإتّجاه أو ذاك لدى المؤلفين والفقهاء الحديثين، فالسيد عياض بن عاشور يرى أنّ الاجتهاد الذي هو مفهوم إسلامي، قد يستعمل حالياً كوسيلة لابتعاد عن أصله الإسلامي، كلّ من الممارسة الاجتماعية والقانون⁽³⁾. وقد يكون اللجوء إليه فيهما قصد الاتجاه به إلى التخلّي التدريجي عن أصله الأول. والسيد هشام جعيط

480. (1) انظر: Islam et constitution م.ت.ق. 1974، ص 121.

يقدم طرحا مبعكسا إذ يقول بأن القرآن قد شرح القوانين في ظروف تاريخيه وملايسات اجتماعية معينة، وأن ضرورة اقتبال القيم العصرية" يوجب "تشريع القوانين في الميدان بمعزل عن الميدان الديني وخارجا عن إطاره" وهو ما قد يجنبنا القيام "بعمليات بهلوانية عقلية مزرية"⁽³⁾. أما السيد عبد المجيد الشرفي فكأنه أراد الإجابة عن السيد ابن عاشور، ولكن دون أن ينتهي إلى ما توصل إليه السيد جعيط عندما كتب قائلا: "إنه ليمكن أن نخشى أن يؤدي بنا هذا إلى نفي تام للسنة والعرف، إلا أن خوفنا هذا ليس من دعامة له إلا عند انعدام الجراءة على مواجهة النتائج المتأتية حتما عن العصرية حيث لا نتبنى تبني كاملا نجاح ذلك العرف وفشل، لأن ذلك يقودنا بكل تأكيد إلى أن نقف منه موقف رفض في نهاية المطاف"⁽⁴⁾.

481. في هذا المناخ الفكري تولدت الكثير من الأعمال الحديثة ذات الصيغة القانونية، وتعتبر أعمال علي عبد الرزاق بمصر، والطاهر الحداد (1899-1935) بتونس، أكثرها تجذرا على الإطلاق، لما تضمناه من مقترحات تجديدية تحديثية.

فالأول صاحب كتاب "الإسلام وأصول الحكم"⁽¹⁾، الذي صدر بالقاهرة في سنة 1925 وأضحى أفكارا قريبة من العلمانية الغربية، أما الثاني فلأنه ألف كتاب "إمراتنا في الشريعة والمجتمع"⁽²⁾، المنشور بتونس سنة 1930 والذي دافع فيه على تحرير المرأة.

(2) انظر: *Personnalité et devenir arabo-islamiques* "ص 142. انظر أيضا التعليق على هذه الشواهد في: M. Camau: "Pouvoir et institutions au Maghreb." Cérès Productions, Tunis, 1978, p. 169.

(3) Islamo-christiana عدد 3 ص 40.

481. (1) "الإسلام وأصول الحكم". دراسات تاريخية. المؤسسة العربية للدراسات والنشر بقلم محمد عمارة، بيروت 1972.

(2) "إمراتنا في الشريعة والمجتمع"، ط. 2. الدار التونسية للنشر تونس 1972.

لقد كان الاثنان متشابهين؛ فالأول خريج الأزهر، والثاني خريج الزيتونة. وقد أثار مشايخ الدين⁽³⁾ ضدّهما حملة شعواء في الصحف والمنابر وزندقتهما. فعزل الأول من منصبه كقاض في المحاكم الشرعية، وسحبت منه شهاداته العلمية، وأمرت الحكومة المصرية بجمع الكتاب وإحراقه. وتعرض الثاني إلى ممارسات شبيهة بالأولى، إذ رُفّت من جامع الزيتونة وعرف شتى أنواع الغبن والجفاء. ولكن أفكاره استمرت حية لم تمت، وتواصل نبضها وعادت رغم العسف والقمع، إلى الظهور من جديد.

482. ومما لا نزاع فيه أن الطاهر الحداد هو أبرز فقهاء هذا القون تجذرا وأكثرهم ثورية⁽⁴⁾. والاسلام في نظر الحداد، هو في نفس الوقت

(3) تمثلت معارضة علي عبد الرزاق أساسا في ثلاث كتب نشرت في نفس السنة (أي سنة 1925) / محمد خضر حسين: "رفض كتاب الإسلام وأصول الحكم" / محمد باخيت المعطي: "حقيقة الإسلام وأصول الحكم" / الطاهر بن عاشور: "النقد العلمي لكتاب الإسلام وأصول الحكم". أما الطاهر الحداد فقد هورض خاصة من قبل الشيخ بن مراد في كتابه: "الحداد على امرأة الحداد".

482. (1) اهتم عدد كبير من المثقفين بالحداد نذكر منهم:

- أبو القاسم محمد كرو: "الطاهر الحداد رائد الحرية ونصير المرأة". سلسلة البعث.

- الجيلاني بن الحاج يحيى ومحمد المرزوقي: "الطاهر الحداد حياته". قرائه - تونس 1963.

- أحمد خالد: "الطاهر الحداد والبيئة التونسية في الثلث الأول من القرن العشرين". تونس 1967.

- جعفر ماجد: "الطاهر حداد"، الشركة التونسية للتوزيع، سلسلة الطرائف عدد 4، تونس 1979. أحمد الدرمي: "دفاعا عن الحداد أو بكت كتب الكبت" تقديم وتحقيق محمد أنور بومنيّة. نشر مؤسسة بن عبد الله تونس 1976.

M. Borenans: "Documents sur la famille au Maghreb de 1940 à nos jours,

p. 25 à 120 Oriente Moderne Vol LIX, 1-5

تراث ثقافي وحضارة ودين، ولذلك فقد بقي متعلقا به تعلقا حميما وعميقا. والقرآن والسنة هما بالنسبة إليه أقدس المصادر وأجل الأصول ولذلك فقد انطلق منهما ودون سواهما، مقترحا الحلول الأكثر جراءة في اتجاه تجديد التشريع الإسلامي. والحداد هو أول تونسي اقترح منع تعدد الزوجات، والتنظيم القانوني للطلاق قبل أن يصبح قانونا صاغه المشرع التونسي وأصدره بعيد الاستقلال، أي سنة 1956 في مجلة الأحوال الشخصية.

وبالرغم من أن مجلة الأحوال الشخصية قد تضمنت نفس الحلول والتبصيرات التي كان الطاهر الحداد منذ سنة 1930 قدّمها ودافع عنها، وبالرغم من كونها مفخرة التونسيين والتونسيات ومثالا يذكر في كلّ أنحاء العالم الإسلامي فيشكر، وبالرغم من اعتبارها نموذجا في تعصير التشريع الإسلامي وتحديثه. بالرغم من كلّ ذلك، فإنّها لم تحقق فعليا كلّ مقترحات الحداد، بل تضمنت جزءا من مقولاته ... فالحداد كان يرى أنّ المساواة بين الرجل والمرأة كلّ لا يتجزأ، ولذلك فقد طالب بإعادة النظر في نظام الإرث.

وتكمن طرافة منهج الحداد في أنّه انطلق من ضرورة تأويل القرآن باعتبار ظروف التنزيل فالرسالة المحمدية السمحة تحتوي إضافة إلى المبادئ الثابتة بعلاقة الإنسان بالله سبحانه وتعالى، على مبادئ تتصل بعلاقات البشر فيما بينهم. إلّا أنّ هذه المبادئ كانت ثورية متقدمة

ومع العلم أن مثقفين آخرين بالمنطقة المغربية، قد تبنوا قضية تحرير المرأة ودافعوا عنها، نذكر منهم، محمد البشير إبراهيمي الذي نادى بالجزائر، بتحرير المرأة على الصّعيد الاجتماعي. وقد جمعت مقالاته في كتاب نشر تحت عنوان "عيون البصائر" دار المعارف، بالقاهرة 1963، ص. 20 - 223. أمّا في المغرب الأقصى فقد تبنت القضية ملأل الفاسي ومن منطلقات قانونية أثار فيها مسألة منع تعدد الزوجات وكذلك الطلاق القضائي. انظر: النّقد الذّاتي - ط 2 ص 217 وما بعدها.

بالنسبة للبيئة العربية التي كانت في شبه الجزيرة العربية. وفي القرن السابع ميلادي والتي يغلب عليها نمط عيش بدائي قبلي، إذ كان ذلك المجتمع غير مهين لتفهّم تلك المبادئ وعاجزا عن تقبلها. فكان أن أظهر الإسلام بعض المرونة في تطبيق البعض من جزئياتها لكي لا ينبذها المجتمع الحجازي كلّها ولكي ينجح الرّسول في تبليغها.

ولأجل ذلك ينبغي اليوم وبعد أربعة عشر قرنا أن نستخرج تلك المبادئ الأساسية التي هي جوهر الإسلام وروحه، وننزلها المنزلة التي تستحقّها، حتّى لا تختلط مع تلك الجزئيات التطبيقية التي هي في ظاهرها متعارضة معها.

483. وينطلق الطاهر الحداد في طرحه للتمييز بين "ما أتى به الإسلام وجاء من أجله وهو جوهره ومعناه [...]" وبين ما رجاه من الأحوال العارضة للبشرية والنفسيات الراسخة في الجاهلية قبله دون أن تكون غرضا من أغراضه "أي بين المبادئ الأصولية كعقيدة التوحيد وإقامة قسط العدل والمساواة بين الناس"، والأحكام العرضية التي ليس في تنقيحها ما يضر الإسلام لأنه لا يمكن اعتبارها كجزء أساسي منه".⁽¹⁾

ولأجل تدعيم طرحه أورد أمثلة عديدة، إلّا أنّ الحجّة التي تبدو أكثر إقناعا تتمثل في مسألة الرّق التي عليها انكسرت كلّ محاولة تريد عرقلة البحث التجديدي في التشريع الإسلامي. فالإسلام "جاء بالمساواة بين عباد الله أجمعين"، وعرف "أنّه دين الحرية الذي لا يعترف بالعبودية لغير الله".⁽²⁾ فلا فضل لعربيّ على أعجميّ إلّا بالتقوى، ولا فوارق تذكر بين المسلمين عند أداء فروضهم، إنها تشملهم جميعا سواسية. فهم يصطفون بمناسك الحج معا وبملايس توحدهم، وهم يؤتون الزكاة لتسود بينهم المحبة والتعاون والتآزر وبالتالي فلا سبيل في الإسلام لاستعباد

483. (1) اعتمدنا على طبعة الدّار التّونسيّة للنّشر. تونس 1972 ص. 22.

(2) المرجع السابق ص 43.

المؤمنين بعضهم بعضاً ولا مكان فيه لأن يكون المؤمن مستتبداً بأخيه المؤمن مالكا له.

ومع ذلك فعندما وجد عادة الرق متجذرة في العادات والنفوس، لم يعتمد إلى متعها، شأنه في ذلك شأن المسيحية من قبل و "لم يستطع في حينه أن يقرر حكماً نهائياً غير إعلان الرغبة في العتق، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بتشوف الشارح للحرية، ووضع في أبواب الكفارات الشرعية للتخلل من المؤاخدة" (9) ثم إنه أوصى بحسن معاملة الرقيق.

فالإسلام إذن يستعمل في القرآن "تحرير رقبة" أو "لك رقبة" معرباً "بذلك عن مقدار عطفه على الأرقاء" ولكن النبي "ذهب وتركهم عبداً". وإنه لمن خطر الزعم أن نتشبهت بالرق ونسأله بتعلة التمسك الحرفي بآيات قرآنية عديدة تتحدث عنه كظاهرة اجتماعية غير محظورة، وإنه لمن الصواب أن نندد به ونلغيه، معتبرين الفرق بين حرفية النص القرآني المظروفة وروحه الخالدة، ذلك أن النبي قد التحقت روحه بخالقها تاركا العبيد "ينتظرون تطور الأيام وجهود رجال الإسلام الذين يدركون ما في روح الشريعة من العطف والتقدير لحرية الإنسان" (9).

واليوم نجد أن جميع البلدان الإسلامية قد تبنت الرأي الصائب حتى وإن كان البعض لا يصرح به أو يعلنه. وقد آل الأمر، في نهايته، إلى أن ألغت المملكة العربية السعودية الرق سنة 1964 ثم موريتانيا سنة 1980 (9).

(3) النساء، الآية 92 - المائدة، الآية 89 - المجادلة، الآية 2، المرجع السابق ص 43.

(4) المرجع السابق ص 44.

(5) أثبتت في المدة الأخيرة مسألة تتصل باستمرار بقايا ممارسة العبودية في موريتانيا وبالفائه. أما في تونس فقد وقع تجيير الرق وتحرير العبيد بعدة أوامر صدرت تباعاً في رجب سنة 1257 / 1841 - وفي ذي القعدة سنة 1258 ديسمبر 1842 - انظر محمود شعاع قن : جوان 1985 ص 42. ونلاحظ أن كثرة هذه الأوامر وتتاليها على مدى ست سنوات دليل على وجود هبوط مضادة وعلى صعوبة في فرض هذه الفكرة الجديدة.

484. ويبرهن هذا المثال، حسب منهج العداد، على أنه لا ينبغي النظر إلى بعض الآيات القرآنية حسب لفظها، بل ينبغي قبول "ما سار فيه الإسلام فيما عرف عنه من اتباع الحكمة التدريجية في تشريع أحكامه. فمن المعروف "أن آيات نسخت بآيات وأحكامها بأحكام في حياة النبي"، وأن أحكاماً أخرى استمرت آنذاك لأنها كانت تمثل مراحل ضرورية ولا يمكن تجاوزها إلا في مراحل لاحقة. فالعص على حسن معاملة الرقيق، وإشكال الترغيب في تحرير الرقاب وفكها، هي مرحلة في التطور نحو إلغائه نهائياً.

وقد كان أمر تعدد الزوجات مثيلاً للرق. ففي الجاهلية كان التعدد لا ضبط له ولا حصر وكان عامة العرب يعددون نساءهم بلا حد [...] فجاء الإسلام، ووضع بادئ الأمر حداً أقصى لهذا التعدد. ويعتبر هذا الانتقال من التعدد المطلق إلى الحصر بأربع، مرحلة ذات بال وضرورية في اتجاه الزوجة الواحدة. وكذلك الأمر بالنسبة للإرث: فقد كانت المرأة في الجاهلية لا يمكن أن تكون وارثة إذ لا حق لها فيه لا كزوجة ولا كبنت، وهي حالة أشبه بالرق. وعندما جاء الإسلام "مكنها كالرجل من نصيبها المفروض في الميراث". فـ "عدله بجعل حظها نصف الرجل" ولذلك فاعتباراً لحكمة الإسلام في "التدرج بحقوق المرأة" (9) يمثل هذا التحول مرحلة في التطور نحو مساواة الجنسين التامة في حظوظ الميراث.

485. إن نظرية تاويل القرآن التي أتى بها الحداد، والتي يمكن أن نسميها "التاويل التدرجي"، قد ألقت عليه العلماء الذين واجهوه بحملة شعواء استهدفت تفكيره في منهجه ومقترحاته العملية على السواء. ومن البديهي أن الذي يهتأ في هذه الدراسة هو منهج الطاهر الحداد أكثر مما توصل إليه من نتائج أو مما قدمه من مقترحات جزئية.

484. (1) المرجع السابق، ص 24، 38، 65.

فالمسائل التي فرقت مواقف الفقهاء في البلدان الإسلامية ولا تزال إلى يومنا هذا، تمثل في مجموعها موضوع جدال وسجال، هي تلك التي تتصل بمعرفة ما إذا كان التشريع الإسلامي قادراً على التطور ومواكبة العصر. وإذا كان ذلك كذلك فبأي سبيل يتأقلم مع المعطيات الجديدة المتجددة ويتلاءم مع المستجدات ؟

إنها تساؤلات لا تقف عند حد، بل تثير تساؤلات أخرى. من بينها خاصة تلك التي أصبحت اليوم تثير مسألة تقيّد مشرعي البلدان الإسلامية بأحكام التشريع الإسلامي وتعاليمه، أو تحررهم منها واستقلالهم عنها. وهنا نصل إلى القضية الأساس، أي العلمانية.

II - الإسلام والعلمانية

486. يختلف الطرح النظوي للمسألة من مؤلف إلى آخر، ويتلقاه مشرعو البلدان الإسلامية بحلول عملية تتعارض من النقيض إلى النقيض.

1) على المستوى النظري

- نظرية التلازم بين القانون والدين

487. جرت العادة أن يعتبر الفقه والإسلام متلاحمين متلازمين لدرجة أنه يستحيل الفصل بينهما. فالأصل الأول للفقه الإسلامي هو كما سبق أن بينا، القرآن. وما الأصول الأخرى إلا موضحة له، أو مدققة أو مكملة. ويذكر الطرح التقليدي لتدعيم مرقفه البعض من الآيات القرآنية التي تنفي معناها لو كان الإسلام مجرد دين وعبادة. ذلك أنها تحتوي على قواعد قانونية حقيقية وجهت، وبوضوح، إلى أن تكون مطبقة من قبل الدولة. إنها تلك الآيات التي تتحدث عن العقوبات

الثابتة أو الحدود، أو عن التنظيم المحكم للمواثيق، أو عن بعض القواعد المتصلة بقانون العائلة...

وانطلاقاً من هذه الآيات، فقد اعتبر السنيون، وخاصة بعد أن تخلصوا من المعتزلة، أن الفقه الإسلامي هو دين يلزم الجميع ويخضع إليه كلّ المؤمنين بمن فيهم صاحب السلطة نفسه والعلماء هم الأكفاء المخوّلون لتكوين الأحكام الفقهية على أساس الكتاب والسنة دون غيرهم، فحتى صاحب السلطة لا كفاءة له بسنّ القوانين أو تكاد. إنه لأمر يقيني أن القرآن هو نصّ ديني، ولكن باحتوائه على القواعد القانونية لا يمكن فصل الدين عن القانون، إذ الصلاة وقواعد التورث، قد سنّها الوحي الإلهي على السواء.

488. وليس هذا الموقف بغريب عن سائر الديانات، فالطرح ذات نجده، كما سبق أن رأينا⁽¹⁾، في المسيحية من ذلك أن فرقة مجدي العباد التي ظهرت سنة 1520 كانت بلورت فكرة دنيوية الدين وأخرويته معا. إلا أن هذه الفرقة لم تتوسع ولم تنتشر تعاليمها، بل بقيت محدودة الأهمية. إنها تمثل أقلية منعزلة داخل الديانة المسيحية ثم إنها لم تستمر طويلاً إذ لا أحد في الوقت الحاضر يتبنّاها أو يناادي بها.

إنه الفرق الجوهرى بينها وبين السلفية الإسلامية. ثم إننا إذا أردنا - في نطاق المسيحية - أن نذكر حركة أكثر انتشاراً وأقلّ تزمناً، فلنذكر أن القانون الكنسي كان أيضاً مجموعة من القواعد التي أصدرتها السلطة الدينية، والتي لا تتعلق بالمسائل الدينية البحتة بل بقضايا أخرى مثل الزواج، ولكنّه لم يكن قانوناً ثابتاً جامداً، بل كان التطوير يجد إلى قواعده سبيلاً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الكنيسة وجدت نفسها مضطرة، أمام تصاعد الأفكار التحريرية الجديدة التي اكتسحت كلّ الميادين، بما في ذلك الدين نفسه، وأمام توطد

488. (1) انظر فقرة 293 وما بعد.

السلطة في الدول الحديثة، إلى قبول تقلص سلطانها واختصاصها. وهي اليوم تقتصر على المجال الديني دون سواه.

489. وبخلاف ذلك فقد كان التلازم في الإسلام بين الدين والقانون أمرا تدافع عنه الأغلبية بشدة وتتمسك به بقوة ثم إنه استمر العمل به بحزم طيلة أكثر من ألف سنة⁽¹⁾. وقد ذهب البعض من المؤلفين والفقهاء إلى حد القول بأن الإسلام ليس مجرد دين أو رسالة روحية فقط، بل هو إضافة إلى ذلك، حضارة وثقافة وسياسة. فالسيد عياض ابن عاشور يستنتج قائلا: "تبدو العلمانية الفكرة الأقل اقترابا وتماثلا مع لفظه والأكثر مقاومة وتعارضا لروحه"⁽²⁾. إلا أن هذا الرأي ليس محل إجماع، فهناك آراء أخرى تختلف عنه طرعا ورؤيا.

- نظرية العلمانية

490. تبنّى السيد شفيق شحاتة، وهو مؤلف مصري محدث، الفكرة القائلة بأنّ الفقه الإسلامي هو قانون علماني⁽³⁾ وهذه الفكرة التي يدافع عنها أصحابها بتحمّس شديد، وإن كان قد سبقه في التعبير عنها المستشرق لويس ماسنيون (Louis Massignon) (1883-1962)،⁽⁴⁾

489. (1) انظر : Jean Deprez : "Islam et politique au Maghreb," Publication CRESM, 1980. *Pérennité de l'Islam dans l'ordre juridique au Maghreb*, p. 315.

(2) المرجع السابق ص 78.

490. (1) انظر خامّة : "Précis" - P.U.F. 1971, p. 42-42. "Etude de droit musulman", Dalloz 1970 p. 7, et S. et surtout "Nature, structure et division du droit musulman", Revue algérienne juridique, économique et politique, 1973, p. 555 et notamment 563 et suiv.

(2) يتبنّى كلّ من ابن تيمية والحنبلي والغزالي والشافعي نفس الطرح تقريبا مع إبراز التمييز بين أربعة أصناف من قواعد الشريعة، هي العقائد والعبادات

مشيرة للدهشة والاستغراب، فليس هذا المجموع الهائل من القواعد، والصّرح التشريعي شيئا آخر غير ما توافق عليه السّابقون وطبقوه. إنّه القانون الوضعي الذي طبق وتعمل به في البلدان الإسلامية طيلة القرون العشرة الماضية.

إلا أنّ ارتباطه بالدين الإسلامي، وهو مصطنع، يأتي من تواجده في مجتمع متأثر شديد التأثير بالإسلام ومن تطبيقه فيه. فلقد كان الفقه الإسلامي سابقا تاريخيا في ظهوره علمي الكلام والأصول ولم يلحقه الأصوليون بالأصول الدينية (القرآن والسنة) إلا بعد أن تبلورت معالمه واتضحت أركانه.

وفي الفقه يدور الحديث أيضا حول المسائل الدينية، مثل الصلاة والصوم أو الزكاة. هذا أمر لا نزاع فيه. ولكن المؤلفات جميعها تميّز بوضوح كامل بين كلّ من العبادات والمعاملات. فالأولى تتصل بمسائلها بعلاقة العبد بخالقه، والثانية بتعامل الإنسان بغيره، وأشكال هذا التعامل. ويحدث أحيانا أن يكون التمييز داخل المسألة الواحدة بين حقوق الله وحقوق العباد، بل إن التمييز قد يصل حد الفصل بينهما، إذ تكون الحلول في المسألة الواحدة متغايرة مختلفة. فبيع العبد مثلا هو إثم ديني إذا كان يؤدي إلى تفريقه عن ذويه، وإبعاده من المقربين إليه في حين أنّه يبقى جائزا قانونيا.

491. أجدد الفقهاء أنفسهم بحثا وتنقيبا قصد إيجاد الركيزة النصية للقواعد القانونية التي أقرّوها، ولكنهم لم يجدوا الحلول لكلّ المسائل التي تراجه المجتمع في تعقده وتحولاته، غير بعض الآيات ذات العدد

والأخلاق والمعاملات : أنظر تفصيل ذلك في :

Louis Gardet "Un Préalable aux questions soulevées par les droits de l'homme : l'actualisation de la loi religieuse musulmane dans le monde aujourd'hui", in Islamo - Christiana, n° 9. Rome 1983. p.1

القليل وبعض الأحاديث النبوية المشكوك في صحتها. ذلك أن الإسلام لا يولي اهتماماته بصفة عامة إلا لعلاقات الإنسان بخالقه.

وقد توجب عليهم أن يستلهموا من الأخلاق الإسلامية وينشئوا بأنفسهم الفقه الإسلامي إذ كتب السيد لبنان دي بالقون في شأن الالتزامات التي هي فرع فقهي أساسي قائلا⁽¹⁾ : "يتعلق الأمر بقسم أساسي من أقسام الفقه. تفتقت فيه ملكة الفقهاء الإبداعية، وتجلت في أبهى مظاهرها وأطرفها دون أن تجد ما يعارضها في النص القرآني المقدس الذي لم يتدخل في هذا الميدان تدخلا له شأن".

فالتشريع الإسلامي هو إذن عمل أنشأته العبقريّة الإنسانية وكونه بناء وتأسيسا العلماء الأفاضل في فترة. عرفت فيها الحضارة الإسلامية الرقي والازدهار. ولم يكن العلماء يعيشون في أبراج عاجية، ولم يكن بناؤهم التشريعي منفصلا عن مجتمعهم، بل كانوا ملتحمين به وفي خضعت موجودين. لقد فكروا واجتهدوا لأجل التوصل إلى بلورة تشريع يلائم مجتمعهم ويستجيب لحاجياته الآنية. ولقد أدّى بهم تفكيرهم إلى استعمال طرق فقهية عديدة متنوعة منها التأويل، ومنها الاستنباط، ومنها الحيل، ذلك أنهم عندما وجدوا أنفسهم إزاء إشكال ذي طرفين متعاوذين، أولهما آية قرآنية صريحة، وثانيهما واقع اجتماعي تجاوزها أو تقدّمت عليه، فإنهم لم يستسلموا للعجز، بل حاولوا فأوجدوا الخارج، واجتهدوا فتخلصوا من الصعوبات و "تحايّلوا" فنجحوا في فسخ الإشكال وإزالة التعارض. إنهم أوجدوا الحلول التي لمجتمعهم تطابق ولحاجياته تناسب وظروفه المادية والعقلية تلائم.

491. (1) انظر : M. Linant de Bellefonds : " Traité de droit musulman comparé ". Introduction.

492. يشترط، القرآن الكريم، بوضوح، مثلا،⁽²⁾ وجوب الحجّة الكتابية في مادة الالتزام التعاقدية. وهي قاعدة، وإن نحن كنّا نجدها اليوم في جميع التشريعات الحديثة، لم يكن تطبيقها سهلا في مجتمع ريفي تغلب عليه الأمية. ولذلك تجاهل الفقهاء صبغتها الإلزامية وغضّوا عنه الطرف، هذا من جهة، ومن جهة تخالفها اعترف القرآن الكريم صراحة أن يكون للمرأة حظها في الإرث في مجتمع لم يكن لها فيه نصيب فاعتبر هذا الحكم متقدما تقدما ذا بال، وعسر على المجتمع تقبله، وعلم العلماء فرضه عليه، فاجتهدوا حتى توصلوا إلى طريقة الوقف أو "الحبس" التي استعملت لإقصاء الإناث من الموارث⁽³⁾ وحرمانهن منها.

493. ومهما يكن من أمر فالتشريع الإسلامي يمثل اليوم بالنسبة للبلدان الإسلامية ما يمثل القانون الروماني بالنسبة لبلدان القارة الأوروبية مثلا. ونعني بذلك أنه مصدر تاريخي للقانون الوضعي وأثر تراث قانوني توارثته الأجيال عبر التاريخ. إنه جزء لا يتجزأ من حضارتنا نحن⁽⁴⁾، وهو في الآن نفسه، أحد المكونات الأساسية للتراث الثقافي الكوني.

494. إن هذا الذي كنّا نقدّم هو التحليل التاريخي⁽⁵⁾، وسنقدم بالتحليل الديني الذي سنعمد فيه على كتاب الشيخ علي عبد الرازق "الإسلام وأصول الحكم".

492. (1) " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين لآجل مسمى فاكتبوه ". (سورة البقرة: 281 - 2).

(2) انظر : farcel Morand : " Etudes de droit musulman algérien 1910 p. 70 et 71. "

493. (1) Jacques Berques : " Normes et valeurs de l'Islam contemporain ", Payot, 1966. "

494. (1) انظر في نفس المعنى : igib Bouderbala : " La loi musulmane et le changement "

cial. " in Revue juridique, politique et économique du Maroc 1980 2ème semestr, 59.

وتجدر الإشارة بادئ ذي بدء أن صاحب كتاب "الإسلام وأصول الحكم" لم يدرس مسألة العلمانية، ولم يصرح بصفة واضحة مباشرة بالفصل بين القانون والدين، ولكن الفكرة تتراءى بين السطور، ويوحى بها الكتاب إحياء، وتتياد إلى ذهن قارئه، بل لعلها أهم ما يعلق به عند الانتهاء منه. وتزداد الفكرة تأكيداً ووضوحاً عندما نعرف أن الكتاب صدر سنة 1925، أي بعيد إلغاء الخلافة في تركيا (1924) من قبل كمال أتاتورك (1880 - 1938) وإن المؤلف يصرح في المقدمة أنه شرع في "البحث عن أساس كل حكم في الإسلام" الخلافة والإمامة منذ بضع سنوات أي في ظرف فاجة البعض من العلماء فارتأوا ضرورة تأسيس خلافة جديدة لتركيز سلطة الإسلام وتدعيمها. وبالإضافة إلى هذا، فقد كان الملك فؤاد الأول آنذاك (1868 - 1936) بعد أن لقب ملك مصر سنة 1922، ينوي أن ينصب نفسه خليفة للمسلمين. فجاء كتاب علي عبد الرازق متصدياً لهذه الرغبة، قاطعاً أمامه الطريق، وهذا ما يفسر ما جوبه به المؤلف من معارضة شديدة من قبل الأزهري والحكومة معاً.

وانطلق المؤلف من المفارقة بين العقيدة والسياسة. فالأولى ديانة إرادية، والثانية سلطة قهرية. ثم بين أن أشكال المعارضة نشأت منذ الخليفة الأول أبي بكر، وتواصلت إلى نهاية الخلافة العثمانية، وأن الخلافة لازمتها أشكال قهر السيف، ورهبة القوة المسلحة بدءاً من مطاردة الخليفة الأول لأهل الردة، وانتهاء بآخر سلاطين الخلافة العثمانية الذي "ما كان له أن يسكن قصره لولا تلك الجيوش التي تعرسه وتحصن عرشه". واستنتج أن "الخلفاء جميعاً شادوا مقامهم على أساس القوة المادية، وبنوه على قواعد الغلبة والقهر"، وأن "القرة موجودة فيها حتماً حتى وإن اختلفت فلمعدهم الحاجة إلى استعمالها"⁹. ولم يبنِ الأسراء والخلفاء مقامهم على الدين الذي يتجه إلى القلوب ويخاطب

(2) انظر: "كتاب الإسلام وأصول الحكم" طبعة دار مكتبة الحياة، بيروت 1966،

المشاعر، ويتضمن تقبلاً تلقائياً إرادياً لأحكامه الأخلاقية وتعاليمه السلوكية أو ذات الاتصال بمنطق العيش.

495. فالدولة بالتعريف تنبني بالقهر والإلزام ولا حاجة للدين بها¹⁰ ولقد استحضّر الشيخ عبد الرازق عشرات الآيات القرآنية¹¹ والأحاديث النبوية¹² ليدعم منحاها تدعيماً لا يجادله فيه أحد، ولا ينازعه فيه منازع. فالقانون كما سبق أن بينّا هو مجموعة من القواعد التي تطبق بالإرغام إن اقتضى الأمر، في حين أن قواعد الإسلام وأحكامه يقبلها المؤمنون إرادياً وعن طيب خاطر، وهي حسب القرآن لا يمكن لها أن تفرض غصباً على أحد، فالتعارض بين القواعد القانونية

495. (1) كان الشيخ محمد عبده قد كتب قائلاً: "ليس في الإسلام سلطة دينية سوى سلطة الموعظة الحسنة والدعوة إلى الخير والتنفير من الشر". الإسلام والنصراية مع العلم والمدنية، ط 2 ص 72 - 73.

(2) سنتكفي بذكر البعض من الآيات الأكثر دلالة على برهنة المؤلف:

- سورة البقرة: (16 - 256): "لا إكراه في الدين".
- سورة النمل: (16 - 125): "ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة".
- سورة الفاتحة: (88) الآيات: من 21 إلى 23 "فذكر إنما أنت مذكر / لست عليهم بمسيطر / إلا من تولى وكفر / فيعذب الله العذاب الأكبر".
- سورة يونس: 10 - الآية 108: "قل يا أيها الناس قد جاءكم الحق من ربكم فمن اهتدى فإنما يهتدي لنفسه ومن ضلّ فإنما يضلّ عليها وما أنا عليكم بوكيل".
- سورة الشورى: 42 - الآية 48: "فإن أمرضوا فما أرسلناك عليهم حفيظاً إن عليك إلا البلاغ... إلى آخر الآية".
- النساء: 4 - الآية 80 - الأنعام: 6 - الآية 107 - يونس: 10 الآية 99 "أفأنت تكفره الناس حتى يكفروا مؤمنين - الإسراء: 17 - الآية 54 والآية 105 - الفرقان: 25 الآية 43 والآية 56، البقرة: 24 - الآية 54 - الزمر: 39 الآية 41 - ق 50 الآية 45 - آل عمران: 13 الآية 20 - هود: 11 الآية 12 - الرعد: 13 الآية 7 المعج: 22 الآية 64 - ص 38 الآية 34، المائدة: 15 الآية 92 - 99 الأعراف 7 الآية 184 - الرعد: 13، الآية 40: "فإنما عليك البلاغ وعليتنا الحساب" - النمل 16 الآية 64 - سورة النمل 28 - الآية 92، العنكبوت: 29 الآية 8 - يس: 36 - الآية 17.

(3) "أنتم أعرف بشؤون دنيكم".

في إلزاميتها والقواعد الدينية في طواميتها، يجعل من الثانية لا يمكن أن تكون ملازمة للأولى مختلطة بها أو مثيلة لها وإن تجمعتا معا في مادة واحدة. وبالتالي فالفقه الإسلامي ينبغي أن يكون بمبادئ العامة المتصلة بالبحث على الفضائل، مثل النزاهة والإنصاف والإحسان لذوي القربى، مصدرا يستلهم منه المشرعون في البلاد الإسلامية، لا قانونا موجها لأن يطبق مباشرة. ويجب أن نؤكد مرة ثانية، أن علي عبد الرزاق لم يقل ذلك صراحة، ولكن الفكرة تفرض نفسها عند قراءة الكتاب قراءة فاحصة، خاصة وأنه قال في مقدمة كتابه "اكتفيت أحيانا بإشارات ربما خفيت على صنف من القارئين جهتها وبتلويحات قد تفوتهم دلالتها ... وبكنايات ... ومجاز ..."⁴⁹⁶

496. لقيت المسألة عناية من قبل محمد أحمد خلف الله⁴⁹⁷ في مؤلفاته العديدة وخاصة "القرآن والدولة". إلا أن هذا المؤلف المصري، قد تناولها من زاوية غير التي عالجهها منها سابقه علي عبد الرزاق، ذلك أنه رجع إلى النص القرآني فاحصا ومحللا، فتبين له أن الإسلام عادة ما يقدم على أنه دين ولم ينعت القرآن على أنه دولة قط، بل إن ذكر عبارة "الدولة الإسلامية" فيه ينعدم. بالإضافة إلى ذلك، فإن لفظة "دولة" ذات المعنى الاصطلاحي المتعارف لدينا اليوم، قد استعملت في القرآن مرتين، وعلى نحو سياقي لم يكن يفيد نفس الدلالة الحالية⁴⁹⁸، شأنها في ذلك شأن لفظة "سلطان". وقد توصل محمد أحمد خلف الله إلى الاستنتاج بأن مفهوم الدولة الإسلامية هو عن الإسلام غريب ودخيل. إلا أنه مما لا جدال فيه أن محمدا (صلعم) قد رأس الأمة الإسلامية كنبي وليس كرئيس،

(4) علي عبد الرزاق، ص 8.

496. (1) تمثل الأعمال التالية أهم مؤلفات محمد أحمد خلف الله. القرآن ومشكلات حياتنا المعاصرة، "هكذا بيني الإسلام"، محمد والقوى المضادة. وقد اعتمدنا خاصة كتابه: "القرآن والدولة".

(2) انظر: مادة (د.د.ل.) في المعجم المفهرس للقرآن الكريم، المرجع المذكور سابقا: ص 265. وكذلك مادة (س.ل.ط.) ص 354.

وكرسول لا كقائد سياسي. أما الخلفاء الأربعة الأوائل، فقد عين كل واحد منهم بصورة مختلفة وحكموا الأمة الإسلامية بالطريقة التي بدت لهم مثلى، وأنشأوا دولة إسلامية لا بمعناها الديني، بل بالمفهوم الحضاري. ويتجه عبد المجيد الشرفي في نفس المنحى حيث يقول: "إن النبي لم يدع للاضطلاع بدور سياسي حتى بعد هجرته إلى المدينة، ولم يتخذ لنفسه وظيفة أو مركزا مما كان متداولاً في عصره. إذ لم يلقب نفسه ملكا أو أميراً. إنه نظم أمة ناشئة أساسها الأخلاق قبل أن تكون السياسة"⁴⁹⁹

استعمل الحكام، فيما بعد، الإسلام وسيلة لفرض طاعة الناس لهم. ولقد بلغ الأمر بالخلفاء العثمانيين أن كتبوا على مداخل قصورهم الجملة التالية: "السلطان ظل الله في الأرض". ولكن الأنظمة السياسية الدينية التي لا منفذ للديمقراطية فيها بدأ اليوم نجمها في الأفق، وأخذت تتهاوى. وقد دفعت العوامل الموضوعية الاقتصادية منها والاجتماعية، المجتمعات العربية والإسلامية إلى الاتجاه نحو العقلنة والعلمنة. ولقد أصبح معنى الديمقراطية لا يقتصر على مجرد ممارسة الحكم بواسطة ممثلي الأغلبية أو نوابها، بل هو ذلك وأيضا احترام الحريات الأساسية للأقلية احتراماً كاملاً. ومن المعروف أن الحريات الفردية الأساسية عديدة، إلا أن حرية المعتقد هي أهمها. إنها تعني أن كل فرد له أن يختار معتقده اختياري لا تجزئة فيه ولا ضبط. فهو حر في ممارسة معتقده علنا، وهو حر في عدم ممارسته له. إنه أيضا حر في تغيير ديانته واعتناقه دين جديد متى شاء، والديمقراطية تتضمن في معناها أن لا يكون نظام الحكم قائما باسم الدين أو على أسس فلسفية تعادي الدين. إن الديمقراطية لم تعد تعني ذلك البعد الأحادي الذي كان سائدا في العصور

(3) انظر، "La sécularisation dans les sociétés arabo-musulmanes modernes،

Revue Islamo- Christiana n° 8, Rome 1982, p. 66

الغابرة، بل أصبحت منسجمة في تعدد معانيها، كلا في تركب مكوناتها⁴⁹⁷.

497. ويتجلى من خلال عرضنا للرأيين أن لا شيء يجمعهما سوى اعتمادهما على القرآن ورجوعهما إليه، كل بطريقته الخاصة به. فالاعتماد على القرآن يمكن أن يؤدي إلى التأكيد على احتوائه، وبدقة علي إشارات للبعض من المخالفات وعقوباتها، أو على أحكام عامة في الميراث، وبذلك يستقر الطرح في أن الإسلام ذو صبغة قانونية لا تحتاج إلا لتكميلها بالاستلزام من مبادئ العامة وذلك باستنباط أحكام في الميادين التي لم يتعرض إليها في جزئياتها.

كما يمكن أن يؤدي إلى القول بأن القرآن لا يشتمل إلا على عدد قليل من القواعد ذات الصبغة القانونية، وذلك نظرا لطبيعتها الروحية التي لا ينبغي أن تبدل وتغير وتحمل ما لا تحتل. ثم إن القواعد الجزائية التي أصبح يعرفها الجميع نادرا ما طبقت في التاريخ الإسلامي. فقد كان عمر أوقف العمل بعقوبة السرقة (عام قحط وجفاف) وقد ضاعف علي عقوبة احتساء المشروبات الكحولية⁴⁹⁸.

وبذلك فإن الطرح يستقر على أن هذا العدد القليل من الآيات التي هي في ظاهرها ذات صبغة قانونية، لا ينبغي أخذها بحرفية لفظها وظاهر عبارتها إذ هي غير قادرة على التخلي عن المبدأ الأصولي القائل بأن القواعد الدينية يكون تطبيقها دائما إراديا لا إلزام فيه ولا قهر ولا إكراه.

(4) يمنع القانون التونسي قيام الأحزاب السياسية على مبادئ دينية أو على لغة أو عنصر أو جنس أو جهة الفصل الثالث من القانون الأساسي عدد 32 لسنة 1988 المؤرخ في 3 ماي 1988 المتعلق بتنظيم الأحزاب السياسية، الرائد الرسمي 1988 ص 715.

497. (1) كانت العقوبة أربعين جلدة فضاعفها الإمام علي وأصبحت 80 جلدة.

ويذهب البعض من المفكرين المسلمين المحدثين إلى الرأي بأن الخليفة عمر، وهو الذي يحظى بإجلال وتقدير أهل السنة جميعا، قد يكون أول من ميز بين مادتي العبادات والمعاملات، وأخذ موقفا خاصا بكل منهما. إنه كان شديد الحرص على تطبيق ما تنص عليه الآيات القرآنية في مادة العبادات، وإنه بخلاف ذلك، كان يزول الآيات المتصلة بالمعاملات، ويجتهد ويراعي الظروف التاريخية والملابسات الآتية⁴⁹⁸.

498. إن التعارض بين الرأيين قائم لدرجة أن لا أحد منهما يتزحزح عن موقعه قبيد أنملة. فكل رأي ينطلق من نفس المصدر ويعتمد عليه، ومنه يوفر الحجج التي تزيده في التمسك بطرحه. إنهما المتقابلان لدرجة أن النقاش بينهما يذكرنا بحكاية الشخصين مع الزجاجة المملوءة نصفاً أحدهما لا يراها إلا مليئة وثانيهما يلح على فراغها!

والملاحظ في هذا الصدد أن الفاسد البارز في هذا المجال هو العامل التاريخي. فقد اعتاد القوم في البلاد الإسلامية أن يضعوا المسيحية في جهة، والإسلام في جهة مقابلة لها. وذلك على أساس أن المسيحية قد تكون ذات طبيعة روحية بحتة مما يهيئها لتقبل العلمانية، وأن الإسلام ذو محتوى زماني وروحي معاً، مما يجعل العلمانية لا سبيل لها إليه. والرأي في شأن الديانتين، وإن بلغ حد التسليم به، هو للحقيقة مخالف وللصواب مجانب. إذ المعرفة الأولية للمسيحية تبين أنها ليست خالية من بعض القواعد المتعلقة بعلاقات الأفراد فيما بينهم (الزواج، منع الطلاق...) شأنها في ذلك شأن الإسلام تماماً، وبذلك فلا تعارض بينهما على هذا الوجه ولا اختلاف بينهما فيه.

ولكن الظروف التاريخية التي حفت بكلية هما هي التي أدت إلى جعلهما مختلفين. فمن المعروف أن المسيحية قد جوبهت بمطاردة منذ

(2) انظر : Mohamed El Shakankiri : "Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam", RIDC, 1981, p. 767 et spécialement p. 779.

نشأتها ومن المعروف أيضا أن المسيحيين قد دام اضطهادهم طويلا. وقد كان عليهم أن يجانبوا مشاغبة الأنظمة القائمة ويتحاشوا معارضةها، وكان عليهم أن يتبرأوا من التدخل في الشؤون السياسية، ويفرقوا بين شؤون السياسة وشؤون الدين، مقتدين في ذلك بالمقولة الشهيرة: "دع لقيصر ما لقيصر وما للرب للرب"، والفصل بين هذا وذاك هو العلمانية.

وتجدر الملاحظة في هذا السياق أن المسيحية عندما انتصرت فيما بعد، حاولت الكنيسة أن توجه الدولة، فظهرت المحاكم الكنيسية، ولكن الدولة حاولت من جهتها أن تستغل الكنيسة، فظهرت أنظمة ملوكية تركز نظرية الحق الإلهي. وهي أنظمة قد طبعت الذاكرة بما اتسمت به من استبداد وتسلط، وقد تواصل الصراع مريرا من أجل الفصل بين الكنيسة والدولة، ولم تتمكن العلمانية من فرض نفسها مقولة وتطبيقا، نظريا وواقعا، إلا بعد صراعات عصبية ونزاعات مريرة، جمعت كلاً من أنصار النظرية الاستبدادية ودعاة الديمقراطية. وقد آل الأمر في النهاية إلى فوز الديمقراطية وحسم الأمر ولا يزال اليوم، في شأن الفصل بين الدين والدولة، بين ما هو زمني وما هو روحي.

هذا المسار الذي عرفته المسيحية مكانا وزمانا لم يشهده الإسلام؛ فعمد أنبيائه وقبل وفاة النبي (صلم)، حقق المسلمون انتصارات عديدة، وأصبحوا بسرعة فاتحين، وأصبح الخلفاء ورثة للرسول وقادة في نفس الوقت. وقد أدت الوظيفة المزدوجة للخلفاء حتما إلى بروز نظرية لم يتضمنها الإسلام في جوهره، بل هي وليدة الظروف الموضوعية التي حفت بمجتمعاته وكيفت تاريخها وطبعت هياكلها وأنساقها الفكرية.

إثر وفاة النبي، نشأت كما هو معروف أزمة سياسية حول موضوع الخلافة، وتصارع المدنيون والمكيون على السلطة. ولكن الأزمة لم تطل ولم تتفاقم، بل تغلبت عليها إرادة الصحابة، ورجحت كفة عزهم على التعايش داخل مجتمع منظم، فابتدعوا طويقة تعيين الخليفة. وقد اجتمعوا في سقيفة بني ساعدة، وحسموا الخلاف باختيارهم طريقة لم

تكن مألوفة عصرئذ. إن اتفاق الصحابة على تنصيب أبي بكر خليفة لا يستند على أية قرآنية أو على حديث نبوي، إنه اختيار تأتى في حينه، مراعاة للمصلحة الجماعية وميزان القوى آنذاك. إلا أن الذي يهمننا هو خلو القرآن والسنة من التنصيص على خليفة للنبي. وهو فراغ لا يتفق مع نظرية المزج بين ما هو سياسي وما هو ديني. ذلك أن الدولة لو كانت جهازا دينيا بالأساس، لوجدت آيات قرآنية تنص على ذلك وتنظمه وترتبه وتنظر له.

ومهما يكن من أمر، فإن غياب قانون عام في الأصول الأساسية للإسلام قد انجر عنه ما عرفه المجتمع الإسلامي بسرعة، من انقسام إلى سنة وشيعة وخوارج... ثم تلاحقت بعد ذلك الأنظمة الملكية ذات الطابع الوراثي والمنزع الاستبدادي. وقد كانت جميعا تستعمل الدين وسيلة لتركيز شرعيتها، وتشجع على نظرية المزج بين الدين والسياسة والتشريع، فترعرعت الفكرة بين أحضانها، وتبلورت واستمرت طيلة قرون عديدة لدرجة أنها أصبحت من المسلّمات البديهية.

نعني بهذا أن الظروف التاريخية التي حفت بالبلدان الإسلامية، هي التي جعلت العلمانية مجهولة فيها طيلة قرون، والظروف التاريخية الجديدة هي التي أدت بالعلمانية إلى الظهور في البلدان الإسلامية. فما هي حقيقة وضع الأنظمة القانونية في البلدان الإسلامية ؟

(2) ممارسة الدول الإسلامية

499. لقد ظل التشريع الإسلامي مطبقا فعلا في جميع البلدان الإسلامية ولمدة تزيد عن ألف سنة. فالمذهب الجعفري (نسبة إلى الإمام السادس جعفر الصادق واضع الفقه الإمامي) كان يطبق في البلدان الشيعية وخاصة إيران، والمذاهب السنية الأربعة كانت تعتمدها البلدان الأخرى إما متفردة أو جامعة بين مذهبين معا. ففي البلاد التونسية مثلا

كان المذهب المالكي هو الشائع الغالب، ولكن المذهب الحنفي كان يلتجأ إليه أحياناً. وهذا يعني أن أصل القاعدة القانونية لم تكن كلها دينية، بل تتكوّن من نصفين، أحدهما ديني وثانيهما تاريخي.

500. ومنذ حوالي قرن عرف العالم الإسلامي، وبدرجات متفاوتة، تغييراً ذا شأن. إنه تحول جذري حقيقي، قد انجر عنه أننا صرنا اليوم أمام جملة من الاختيارات ومجموعة من الحلول المتغايرة من النقيض إلى النقيض.

- المواقف المتطرفة

501. في سنة 1924 أقدمت تركيا، وهي معقل آخر خلافة إسلامية، على حلّ متطرف، تمثل في أن أعلن كمال أتاتورك علمنة الدولة التركية، أي الفصل التام بين الدولة والإسلام. وقد انجر عنه إصدار قانون مدني يكاد يكون نسخة للقانون المدني السويسري.

502. أما الموقف الذي يقابل الأول تطرفاً، فهو الذي انتهجته إيران بعد الثورة ثم السودان.

وتنص بعض الدساتير، مثل دستور الحجاز الصادر في 31 أوت 1926، على ما يفيد بأن القواعد القانونية ينبغي أن تكون مطابقة لكتاب الله وسنة رسوله، وسيرة الصحابة والتابعين المتقين... بل يكون الفقه الإسلامي التقليدي وخاصة المذهب الحنبلي، هو المطبق مباشرة وفي كلّ الحالات من قبل قضاة هذا البلد.

وليس هذا الحلّ المتطرف بأحسن من الحل الأول لمناظرته تطرفاً المجانسه شططا ومغالاة ذلك أنه لا يكتفي بإبعاد العلاج غير المناسب فقط بل يرفض الاعتراف بوجود السقم أي أنه لا يميّ بالمشاكل التي تطرح في المجتمع الإسلامي، ويرفض الاعتراف بأنه أصبح متأخراً قد تجاوزه الزمن.

أما الثورة الإيرانية، التي جاءت كرد فعل ضدّ عوامل عديدة، فقد انتهجت الرجوع إلى الممارسات القروسطية المتعلقة بالعقوبات البدنية، والمحاكمات السريعة، وهي ممارسات لا تراعى فيها الإجراءات الجزائية الحديثة، ولا يعترف فيها بحقوق الدفاع، بتعلة أنها تصورات ومفاهيم قانونية غريبة عن التشريع الإسلامي.

وقد اختارت جل الدول الإسلامية حلولاً تتوسط هذين الحلين المتطرفين، وهو دليل على وعيها بالمشاكل، ورغبتها في البحث عن إيجاد الحلول الملائمة لها. إنّه توجهٌ وجيه حتى لو كانت الحلول متفاوتة القيمة من حيث مدى توصّلها إلى التلازم مع القضايا المعروضة.

- الحلول الوسطية

503. الإسلام هو الدين الرسمي لجلّ الدول الإسلامية. ففي تونس مثلاً ينصّ الفصل الأول من الدستور على أن تونس "هي دولة حرة مستقلة"، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها.

غير أن مثل هذه التصريحات غالباً ما تكون قيمتها رمزية، ومجالاتها صورية، بحيث لا تمنع المشرعين في هذه البلدان من تبني قوانين محدثة لا علاقة لها بالتشريع الإسلامي، ولا اتصال، بل تراعى فيها اعتبارات أخرى، مثلما هو الشأن بالنسبة للعديد من المواد كالالتزامات والعقود، والعلاقات التجارية، والبنوك، والتأمين، وقانون الشغل، ومثل القوانين الدستورية، والإدارية، والجزائية، والجبائية... إنّه اعتبارات متصلة بالظروف المحلية الملحة، بمتطلبات التنمية وبحاجياتها، وأيضاً بإرادة تعمير الهياكل الاقتصادية والبنى الاجتماعية والمؤسسات السياسية. إن كل ذلك قد تأنى عنه وضع قوانين جديدة وسنّ تشريعات مستحدثة مختلفة، عموماً، تمام الاختلاف عن أحكام التشريع الإسلامي.

ففي كلّ من المجلات المدنية المصرية لسنة 1948، والسورية لسنة 1949، والعراقية لسنة 1951، والليبية لسنة 1961، والكويتية لسنة 1963،

العلمانية كلاً، بل بقيت الأنظمة تستلهم قواعدها من التشريع الإسلامي⁽¹⁾، بصفة متفاوتة الأهمية. ويكفي للتدليل على ذلك أن نورد مثلاً معبراً. فالزواج بأربع لا يزال معمولاً به في البعض من البلدان، ولكنه منظم أو مقيد في البعض الآخر، ثم هو ممنوع في تونس منذ سنة 1956، وكان كذلك في اليمن إلى تاريخ التوحيد بين الشطرين.

ولكن الزواج بواحدة لم يكن في تونس أساسه العلمانية، بل وقع تقديمه على أساس فهم جديد للآيات القرآنية الكريمة المتصلة بتعدد الزوجات وتأويل مستحدث لها.

إن هذا الذي عرضنا يسمح لنا بالقول بأن العلمانية في جل البلدان الإسلامية لا يصرح بها علناً، بل تطبق بصفة واسعة تشمل ميادين عديدة باستثناء ميدان قانون العائلة وفي بعض البلدان دون الأخرى.

504. الدين والقانون ميدانان مختلفان لكل منهما مواضيعه الخاصة به وهي تختلف عن تلك التي يتضمنها الآخر، وبالتالي لا يمكن أن يكون تأثير هذا على ذاك ألياً بصفة كاملة. فالدين ميدانته علاقة الإنسان بخالقه، والقانون يشمل علاقات البشر فيما بينهم. والدين يخلص البشر ويظهر نفوسهم ويريحهم من القلق الذي ينتابهم أمام الأسئلة العويصة الماورائية ذات الاتصال بالحياة والموت وبالوجود والعدم. إنه يبعث فيهم الاطمئنان. أما القانون فإنه مجرد وسيلة يقتصر دورها على تنظيم التعايش داخل المجتمع. وموضوع الدين هو اطمئنان الروح وأمنها، وموضوع القانون هو أمن المجتمع وسلمه. وأخيراً فالدين - لكي يظل ديناً - يتقبل تعاليمه المزمعون عن طواعية ودوناً إكراه، أما القانون فليس فيه شيء من هذا، إذ هو بالعريف إلزامي إرغامي، وإنه

لا يوجد تنصيص على أن التشريع الإسلامي هو المصدر الاحتياطي الأول المبوا لسد الثغرات التي قد تحصل فيها. إنه يأتي في المرتبة الثانية في سوريا، والثالثة في بقية البلدان الأخرى حيث يحتل العرف المرتبة الأولى والقانون الطبيعي أو قواعد العدل والإنصاف المرتبة الثانية. أما التشريع التونسي فإنه تميز بعدم الإشارة إلى الفقه الإسلامي على كونه مصدراً احتياطياً، ولا حتى على كونه مصدر استلهم وجوبي للمشروع عند وضعه للنصوص القانونية.

وحتى المملكة العربية السعودية فإنها لم تشذ عن هذا المنحى الجديد الذي انتهجته عديد البلدان الإسلامية في تأثرها بالأنظمة القانونية الرضعية المتواجدة، كالقانون الأنكلوسكسوني الذي نجد أثره في أنظمة كل من السودان، والأردن، والعراق. والنظام الفرنسي⁽²⁾ الذي اقتبست منه كل من كتلة البلدان المغاربية ومصر وسوريا. إن جميع هذه البلدان تشترك في خاصية أساسية واحدة : ذلك أن المبدأ الدستوري الإسلامي الذي بحسبه يكون القانون متفرداً عن القرآن والسنة، ويكون لأهل الحل والعقد دون سواهم الحق في تأويل أصول القانون، هذا المبدأ لم يعد معتدلاً بل أصبح المشروع، باعتباره ممثل الشعب ولو نظرياً أحياناً، يعترف له اليوم باستقلاليته وحريته في سن القوانين ويخول له حق الاجتهاد في أن يراها ملائمة للحاجيات الاقتصادية والاجتماعية الواهنة. وهذا يعني أن العلمانية أصبحت واقعا ملموساً نظرياً وعملياً في هذه الأنظمة القانونية إذا ما استثنينا ميدان قانون العائلة الذي لا تمثل فيه

503. (1) انظر : Jean-Marc Mousseron : " La réception, au Proche-Orient, du droit français des obligations". R.I.D.C. 1968 p. 37 : Linant De Bellefonds : " Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte". R.I.D.C. 1925 p. 5.

(2) علي المزفتي المجلة التونسية للقانون، 1975، II، ص 53 :

"Reflexions sur les relations du code de statut : personnel avec le droit musulman classique."

لمن المنطقي إذن أن يكون الفصل تاماً بين القواعد القانونية والقواعد الدينية. والفصل بين ثومي القواعد له مزايا عديدة، إذ سيجعل الدين بعيداً من أن يُحشَر في تلك المساجلات الكبرى التي لا دخل له فيها، والتي تتصل باختيار نمط اقتصادي أو نظام سياسي، يعتمد الدكتاتورية أو الديمقراطية منها إن الدين منها براء، وإن حشره فيها هوثوي له وتجن عليه. بهذه الحجج التي أوردناها، بالإضافة إلى تلك التي كان علي عبد الرازق قد بلورها، إننا أردنا أن نتوصل بها إلى القول بأن الدين يجب أن يظل دوماً مسألة ضمير، لا مجموعة من القواعد القانونية والعقوبات الزجرية.

505. العلمانية مفهوم غربي، استنبطه الغرب ليناسب حاجياته الخاصة. ثم إنَّ تكيف مع وضعياته الخصوصية، حيث تتعايش سلطتان إحداهما مدنية (أي الدول) والأخرى دينية (أي الكنائس) وخاصة الكنيسة الكاثوليكية (الفاتيكان) التي لها ذاتية مستقلة بمؤسساتها، وبهيكلها الهرمي، وبتنظيماتها، وبرجالها وقساوستها، وبرئيسها الخاص بها وهو البابا. وأمام هذا الوضع الذي هو ازدواج السلطتين، جاءت العلمانية لتضبط مجال كل منهما، وتحدده. فكان الفصل بين السلطتين الدنيوية والروحية وجاءت العلمانية حلاً يناسبهما معاً مناسبة تامة.

506. وإذا ما اعتبرنا أن في الشيعة هيكلًا هرميًا دينيًا، فإنَّ نقل العلمانية الغربية إلى العالم الإسلامي الشيعي ليس أمراً لا يمكن تصوّره نظرياً، ولكنَّ المسألة يختلف طرحها في الإسلام السنّي الذي لا كنيسة فيه ولا قسيس ولا بابا. فحتى المشايخ الذين يدرسون في الجامعات الإسلامية مثل الزيتونة والأزهر، وحتى أئمة الجوامع، فإنهم لا يمثلون سلطة دينية، كما شاع ذلك في شأنهم، إذ الجامعات الإسلامية هي مؤسسات دولية، والأئمة تعيينهم الدولة في مناصبهم، وتجري لهم رواتبهم، ولها الحق في الاستغناء عنهم وعزلهم عن وظائفهم. ولكن هذا لا يعني أنه ليس للعلمانية مجال فإذا تعلق الأمر بحصر الدين في ما هو إيماني عقائدي، واختصاص القانون بما هو

اجتماعي، أصبح بالإمكان الحديث عن صيغة ثانية للعلمانية، وهي الصيغة التي يكون فيها القانون مصدر الإلزام. ومهما يكن من أمر، فإنَّ العلمانية لا يقتصر جوهرها على فصل عضوي بين المؤسسات الدينية والمؤسسات الدولية، فتلك صيغة من صيغها. فالعلمانية صيغ متعددة تبرز أهمها في تقلص وتراجع دور الدين في تحديد مضمون القواعد القانونية، وقد تكون أهم ميزة تمتاز بها الأنظمة القانونية في البلدان الإسلامية، متمثلة في توجّه المستوى التنظيمي القانوني إلى الاستقلال عن المرجعية الدينية.

507. إن الدولة في بلد إسلامي لا يمكن لها أن تتفصّل عن واجباتها الدينية، أو أن تتخلّى عنها. إنَّ عليها وجوباً أن تصون أماكن العبادة، وترعى بيوت الله، وتسهر على حسن سيرها، وتتعهّد ببنائها وترميمها، وتضمن المحافظة عليها، كذلك على الدولة أن تضمن التعليم الديني وتنظّمه وتشرف عليه⁽¹⁾، والدولة تتكفّل بكلّ هذه المهام في كنف احترام المعتقد، فلاحقاً لها أن تستعمل أية وسيلة للتأثير على من تستوظفهم، تسمية وجراية، من القائمين على الشعائر، وشأنها في ذلك كشأنها مع المحاكم، إذ هي تضمن سيرها في كنف المحافظة التامة على

507. (1) الأمر المؤرّخ في 28 فيفري 1957 المتعلق بإدراج الشؤون الدينية تحت إشراف الوزارة الأولى : الأمر المؤرّخ في 11 أفريل 1970 المتعلق بتنظيم مصالح الوزارة الأولى قد أنشأ إدارة الشؤون الدينية المختصة في كلّ ما يتعلق بالتربية الدينية مثل بناء الجوامع وتهيئتها وصيانتها، تعيين الأئمة... الأمر المؤرّخ في 28 فيفري 1957 المنقح بالأمر المؤرّخ في 16 أفريل 1962 المتعلق بمهام مفتي الجمهورية، والأمر المؤرّخ في 28 أفريل 1966 المتعلق بالوضع الخاصة بالخصوصية للأئمة : الأمر عدد 1855 - 88 المؤرّخ في 8 نوفمبر 1988 المتعلق بتعيين كاتب دولة لدى الوزارة الأولى مكلف بالشؤون الدينية : الأمر عدد 663 - 87 المؤرّخ في 22 أفريل 1987 ، المنقح بالأمر 87 - 88 المؤرّخ في 26 جانفي 1988 المتعلق بإنشاء المجلس الإسلامي الأعلى للجمهورية التونسية.

استقلالية القضاء. وتكون الدولة في مقابل ذلك حرة في إيجاد الحلول للقضايا الاقتصادية، والمشاكل الإجتماعية، وذلك بوضع قواعد قانونية. ولكن هذه الصرية ليست كاملة لا حداً لها ولا نهاية، إذ المشرع ينبغي عليه، في نفس الآن، أن يعمل على تطوير الاقتصاد والمجتمع، وأن يراعي التقاليد الإسلامية، ويحترم الأخلاق الدينية. إن هذا الأمر هو الذي ينص على أن الدولة دينها الإسلام. إنه لم يقل بأن القاذن التونسي ينبغي أن يكون مطابقاً للفقه الإسلامي أو تشريعاً.

وبذلك يستطيع الدين الإسلامي، ودون تدخل الدولة، أن يؤتي وظيفته فيدفع المواطنين إلى الرقي الروحي، ويركز القيم الأخلاقية في المجتمع، ولكنه في ذات الآن، يترك القانون وشأنه الخاص به.

508. المجتمع التونسي ينبغي أن يكون القانون الوضعي سائداً فيه ودون سواء، وإذا كان هناك مجال للاستلزام من التقاليد الإسلامية، فإن الأمر موكول للمشرع الذي له السيادة المطلقة في اتخاذ القرار، وتوفير أسلوبه وتجديد مده. إنه يمثل السلطة المناسبة للتوفيق بين المتناقضات، أي بين احترام هوية الشعب وتراثه التاريخي وقناعاته الدينية، وبين متطلبات التطور ومستلزمات التقدم.

ومهما يكن من أمر، فلا مجال لأن تنتصب المحاكم في مكان المشرع، لا أن تدخل هذه المهمة في اختصاصها، ولا أن تصبح من مشمولاتها. على أنه يمكن أن نفهم أن يلتجئ القضاء عند اللزوم، إلى التشريع الإسلامي، لتأويل البعض من قواعد القانون الوضعي التي تترك غير كافية في ذاتها، والتي تكون مستمدة من الفقه الإسلامي بصفة مباشرة. أما في حالة وجود قاعدة وضعية كافية، أو بالأحرى معارضة للقواعد الإسلامية التقليدية، فإن

للجوء إلى هذه القواعد لا محل له¹⁰. ولأجل نفس الأسباب لا نستطيع مساندة الاتجاه الذي تسلكه المحاكم التونسية كما سنرى ذلك لاحقاً،¹¹ والمتمثل في عرقلة الجهود التحديثية للمشرع، أو في تأويل القواعد التحديثية بصورة محافظة أو هي إلى الرجعية أميل.

509. يخضع التشريع التونسي في كل الميادين إلى الاختصاص المطلق للدولة، فهو صادر عنها في كل المجالات بما فيها مادة الأحوال الشخصية. فالقانون المنطبق هو دائماً قانون الدولة. إن الوضعية التي آل إليها النظام القانوني التونسي تشكل مستقبل النظم القانونية للبلدان الإسلامية الأخرى، حيث اقتحمت القوانين الصادرة عن الدولة كل الميادين بما في ذلك مادة الأحوال الشخصية التي صدرت فيها العديد من النصوص وفي بعض الأحيان المجلات المقتنة والمدونة في إصدارها لهذه النصوص تعبر الدولة عن تكفلها بتنظيم وتقنين مادة الأحوال الشخصية التي لم تعد خاضعة مباشرة إلى أحكام الفقه التقليدي. فالنص الصادر عن الدولة حتى وإن كان مضموناً منقولاً عن قواعد الفقه التقليدي، فإنه يشكل تغييراً جذرياً في المصادر الشكلية المعمول بها في النظام القانوني، فتصبح هذه الأحكام قابلة للتقنين والنسخ، ولا يصح قولنا هذا بالنسبة لقلّة من البلدان التي لازالت تعمل في مادة الأحوال الشخصية بأحكام الفقه التقليدي، فبقيت قوانينها متأخرة شكلاً ومضموناً.

508. (1) انظر : مثلاً قرار حورية، تعقيبي مدني عدد 31 جانفي 1966 م.ق.ت. جوان 1967 من 37 م.ق.ت. 1968 من 115 تعليق Lagrange. كذلك قرار تعقيبي مدني عدد 3984 مؤرخ في 20 ديسمبر 1965 م.ق.ت. مارس 1966 من 210 / 46 - م.ق.ت. 1966 - 1967 م.ق.ت. من 195 تعليق Lagrange حيث انجر عن تغيير مقرّ الأم العاهنة لطفل تقدير المسافة بصفة تقليدية حسب أحكام الفقه الإسلامي ومسايرة المذهب المالكي، قرار تعقيبي مدني 5350 مؤرخ في 12 افريل 1968 م.ق.ت. 21 ، 1969 من 25 - قرار تعقيبي مدني 2975 مؤرخ في 12 فيفري 1981 م.ق.ت. مارس 1982 من 106 .

(2) انظر الفقرات من عدد 736 إلى عدد 744 .

لذلك يمكن القول بأن المسألة تنحصر بالنسبة للنظام لقانوني التونسي في مضمون أحكام الأحوال الشخصية ومدى استلزامها من قواعد الفقه الإسلامي.

وقد تختلف المواقف في هذا المجال بحسب التأكيد على الجانب المحافظ أو على الجانب التحديثي والتجديدي فيها. أما المجالات الأخرى فقد تأثر جلّها تأثيراً كبيراً بالقانون الفرنسي، فجاء القانون التونسي يماثله في جوانب عديدة، ويشاكله دون أن يتجاوز الحدود الغير مقبولة ولذلك يشبه القانون التونسي نظيره الفرنسي في المحتوى، وأيضا في تقسيماته الكبرى وهيكله.

الفقرة الثالثة : هيكل القانون التونسي

510. لقد استقرت مواصفات القانون التونسي على النحو الذي تميّز به النظام الفرنسي واستقراره، هذا لا يعني أن محتوى القانون التونسي أضحى جامدا لا يعرف التغير والتطور، فالقانون كائن حي يساير نمو المجتمع ككل. وإن استقراره هذا يتعلق بمواصفاته العامة، وهيكله وتقسيماته الأساسية التي تعدّ كلّها من العناصر الجوهرية التي تتغير ببطء وتأن. فلقد اعتاد المشرع التونسي منذ أوائل هذا القرن، العمل بالتدوين وإصدار المجلّات، كما اعتمد على تنظيم تفاضلي لمصادر القانون، وعلى تنظيم هيكلي ومرتب للقضاء.

وكل هذه الخصائص مستحدثة في نظامنا، غير معهودة في تراثنا فلقد ورثناها عن فترة الاستعمار، كما ورثنا من القانون الفرنسي تقسيمه الكبير إلى قانون عام وقانون خاص (1) وأيضا ودخل هذين الفرعين التقسيمات المناسبة لمختلف المواد القانونية (ب) (2).

510. (1) انظر المسألة في جملتها : Ghestin et Goubeaux المرجع المذكور سابقا
ص : 60 - 66 Eisenman : "Droit public et droit privé". Revue de droit public.

أ- تقسم القانون إلى عام وخاص

511. كان يشكّل ولا يزال في تونس، وكذلك في عديد البلدان، التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، تقسيما جوهريا للقانون، وهو تقسيم تأتى على أساس مقاييس نظرية قابلة للنقاش، ولكن كانت لها أهمية عملية.

فالاختيار بين القسمين (القانون العام أو الخاص) كانت له أهمية مستقبلية بالنسبة للطلبة، إذ كان يحدّد مستقبلهم المهني. فما كانوا يتلقونه من دروس في القانون الخاص كان يعدّهم في تخرّجهم وحصولهم على الأستاذية لممارسة مهنة المحاماة، أو للدخول في سلك القضاء. أما دروس القانون العام الموجهة إلى الطلبة، فإنّها كانت تهيّؤهم عموما للعمل في الإدارة أو للاضطلاع بمهمة قاض في المحكمة الإدارية.

وقد كان الطالب، إذا ما أراد أن يواصل دارسته إلى ما بعد الأستاذية (شهادة الدراسات المعمقة، دكتوراه، تيريز)، فإنّ التخصص يزداد وضوحا، ذلك أنّ سلك التدريس ينقسم تقسيما اختصاصيا واضحا إلى "تخصصي" و"تعميمي" (3).

512. ورغم ذلك فتعريف كلا هذين الفرعين القانونيين غير ملائم لهما معا. ولنبدأ بالتعريف البسيط فنقول : إنّ القانون الخاص ينظم العلاقات في ما بين الخواص وأنّ القانون العام يشمل العلاقات القانونية الإدارية. ولكننا نستطيع أيضا أن نعرفهما بإبراز الفوارق بين غاياتهما

511. (1) وقع تجاوز هذا التقسيم منذ أمد غير بعيد في الكليات التونسية للقانون، انظر فقرة عدد 211.

وخاصياتهما، فالقانون العام ينظم سير المصالح العامة، ولأجل ذلك كانت قواعده في الأغلب، قواعد أمرة، في حين أنّ القانون الخاص يعمل على حماية المصالح الذاتية، وهو لذلك يترك للإرادة الخاصة مجالاً كبيراً، مثلما هو الحال في العقود النّابعة للقانون الخاص، حيث تمثل إرادة الأطراف جوهرها. غير أنّ التدخل المتنامي للدولة الذي شهدناه في الحياة الاقتصادية والاجتماعية لم يكن غير ذي نتيجة على الاتجاهات العامة لتطور كلّ من القانون العام والقانون الخاص.

513. إنّ ما كان يشهده المرء من انسياب وتضخم في النصوص المتصلة بالقانون العام، كان يناسب تدخل الدولة الذي تنامي وأزاد حجمه باطّراد في الحياة الاقتصادية، إلى حدود التحولات المتجددة الحالية التي تبرز ضرورة تقلص تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية. ففي بلدان العام الثالث خاصة، ينبغي على الدولة، لكي يسهل المدّ التطوّري، أن تكون العنصر المحرك في مادة الاقتصاد والعامل الدافع له : ففي تونس مثلاً تراقب الدولة مباشرة كلّاً من قطاع البنوك والتأمينات، حيث تمارس المؤسسات الحكومية أغلب أنشطتها، وكذلك تراقب جزءاً من القطاع الصناعي، إذ تملك الوحدات الكبرى منه. وبذلك فالدولة أصبحت وكأنها صانع أو تاجر، وهذا يعني أنّ الشخص المعنوي الأكبر في القانون العام يماوس أنشطة يمكن أن تتعاطاها ذوات خاصة. وفعلاً فالمؤسسات الحكومية التي تشتغل بهذه الأنشطة تخضع عموماً إلى القانون الخاص، مثلما هو الشأن بالنسبة للشركات العديدة كالشركة التونسية للكهرباء والغاز، أو شركة تونس الجوية، أو الشركة التونسية للملاحة، أو الشركة التونسية للبنك.... الخ، وكلها شركات تابعة إما للقطاع العمومي، أو المشترك. وفي نفس الوقت فهي معروفة بكونها تجارية في علاقاتها مع الآخرين، أي أنّها خاضعة للقانون الخاص

ومجاله. وهذا يعني أنّه لا يمكن الاستناد إلى المقياس العضوي لتحديد مجال القانون العام. فليس هذا المجال متّصلاً بالطبيعة القانونية العامة للمؤسسة التي تقوم بالنشاط. فالمؤسسات العمومية التي لها صبغة تجارية وصناعية هي ذوات عمومية، لكنّها تخضع إلى أحكام القانون الخاص.

لذلك فإنّ المقياس المعتمد حالياً، يتمثل في طبيعة النشاط. فقد يقوم الشخص العمومي بنشاط تجاري يخضع إلى أحكام القانون الخاص وكلّما قام نفس الشخص بتدخل في نطاق سلطاته العمومية (ترخيص إداري) فإنّ هذا النشاط أو هذا العمل يخضع إلى أحكام القانون العام⁽¹⁾.

إنّ محكمة التعقيب تميّز بين الأعمال اعتماداً على تدخل الإدارة فيها، باعتبارها سلطة، أو تدخلها فيها وكأنها ذات خاصة كان تكون مالكا أو دائناً أو مديناً، خاضعاً بذلك إلى القانون الخاص⁽²⁾.

514. والقانون الخاص من جهته، أصبحت الأوامر والالتزامات فيه تزداد وتتنامي، وهو أمر يناسب المظهر الثاني للسياسة التدخلية للدولة، المتمثل في الميدان الاجتماعي. فالدولة، رغبة منها في مساعدة الطبقات الاجتماعية الأقل حظاً، أو الأطراف الضعيفة في العلاقات التعاقدية الأكثر توتراً، كعلاقة العامل بمشغله والمؤمن بمؤمّنه وغير ذلك...، تتدخل بمنّ أحكام وفيرة وتنظيمات غزيرة متّصلة بالصيانة الاجتماعية. ومن البديهي أن يتخذ تدخلها شكل القوانين الأمرة، أي أنّ القوانين تصبح للحرية التعاقدية محدّدة حيث إنّ الحرية كانت لا تمثل بالنسبة للطرف الضعيف إلاّ حرية من جنس السراب.

513. B. Achour Y. "Droit administratif" CERP. CNUDS 1982 (1)

(2) مدني 3069 بتاريخ 26 فيفري 1981 م. ق.ت. ماي 1982، ص 92.

515. وقد جعلت هذه العوامل الصديدة الحدود بين القانونيين العام والخاص مائعة، والتّمييز بينهما يزداد غموضاً، وقد تفاقم الأمر اليوم إلى درجة أنّ عقداً مبرما بين إدارة وشخص، استوجب إيجاد نظريات قائمة، بلورها مختصّون في القانون الإداري لثمت العقد نعماً يجعله متمصلاً بالقانون العام أو القانون الخاص. ورغم ذلك فالاستنتاجات التي توصل إليها أولئك المختصّون بقيت إلى الشك أقرب، وعن اليقين أبعد.

وفبعلا فالفرق الجوهرى بين الأوضاع القانونية لكلّ من الإدارة والخواص، يتمثّل في أنّ الإدارة تستطيع أن تتخذ قرارات تنفّذ حينياً وفورياً، وهي تلك التي تسمى "حالات التصفية" (مع إمكانية الطعن فيها طبعاً). أمّا الأشخاص الخواص، فإنّ المبدأ يقول بانعدام مقاضاة الذات، أو الثأر بنفسه لنفسه، ذلك أنّ الشخص الذي يتمرّض إلى مظلمة، أو يتراءى له أنّ حقوقه قد هضمت، ليس له إلا أن يلتجئ إلى المحاكم.

516. وقد قدّم البعض من الفقهاء مقياساً تقسيمياً آخر على أساسه تشمل تسمية القانون العام كلاً من القانون الدستوري وجميع المواد التي تعود بالنظر إلى المحكمة الإدارية. وتنضوي تحت تسمية القانون الخاص كلّ المواد التي تختصّ بها المحاكم العدلية. ولئن تميّز هذا المقياس بالبساطة، فإنّه يحتاج إلى الكثير من التّدقيقات التي تفضي إلى التّنقيص من جدواه. لكن عيبه يكمن في قلبه للقاعدة لأنّه يخلط بين الأسباب والمسبّبات. فاختصاص المحاكم العدلية هو نتيجة للطبيعة الخاصة للنشاط أو العمل المتسبب في النزاع، كما أنّ اختصاص المحكمة الإدارية نتيجة لنوعية الأعمال التي تقوم بها الدولة ودواليبها في نطاق ممارسة صلوحيات السيادة التي لها.

517. فليس التّمييز في واقع الأمر، إلّا مجرد تركة تاريخية. ذلك أنّه كان موجوداً في القانون الروماني ثم حوفظ عليه بفرنسا أثناء عهد الثّورة لأسباب تتعلّق بهيكلة النّظام القانوني وخصوصياته في العهد الملكي. إذ كانت توجد محاكم عليا تتمتّع بصلوحيات التدخل في أنشطة خارجة عن مجال القضاء الصّرف. وقد انجرّ عن ذلك أنّها أصبحت تعرقل عمل الإدارة مما حدا بالمشرّع الثوري أن أصبح يخشى السلطة القضائية، وينظر إليها بشيء من الرّيبة والإحتراز، فكان أن أبعداها عن الاختصاص في ميدان الإدارة.

وقد حصل فيما بعد، وأثناء القرن التاسع عشر، وبداية القرن العشرين، تطوّر في نشاط مجلس الدولة الفرنسية وفي فقه قضائه، وهو تطوّر تولّد عنه قانون جديد يوازي القانون الذي تطبّقه محكمة التّعقيب، ومجموع المحاكم العدلية.

فالثّنائية التي يتّسم بها القانون الفرنسي تستمد جذورها من التاريخ، مثلما هو الشأن في النّظام الانقلاوسكسوني بالنسبة للتّمييز غير المنطقي بين مصطلحي القانون الملكي العام والأنصاف، ومع ذلك فقد تبنّت تمييز القانون إلى عام وخاصّ عديد الدول الأخرى، وجلّ الدول العربية بالرغم من انعدام مبرر تاريخي يمكن اعتماده لفهم النّظام الثنائي.

518. فلا يعرف التّشريع الإسلامي مثلاً هذا التّمييز، ذلك أنّه بالأساس قانون خاص يحتوي على بعض العناصر التي تتّصل بالقانون العام. ويعود سبب تطوّر القانون الخاص وقلة العناصر المتّصلة بالقانون العام إلى أمرين يسهل فهمهما : فالدولة الإسلامية كانت أقلّ تدخلاً من الدولة الحديثة العصرية، ومن جهة أخرى فالنظام كان في عمومه إطلاقاً لا يتحمل، تبعاً لذلك تنظيمات تراقب عمله وتحدّ في تصرّفه⁽¹⁾.

518. (1) عياض بن عاشور : المرجع المذكور، م.ت.ق. 1980 ص 77 وخاصة ص 86.

خاص، على أساس أنّ الفوق الحقيقي هو الذي يوجد بين مختلف مواد القانون وفروعه.

ب - الفروع القانونية المختلفة

520 . لا يمكن لنا في هذا المجال، أن نقدّم مختلف المواد القانونية تقديمًا شاملاً، ولذلك فإنّنا سنكتفي بذكر أهم الفروع⁽⁹⁾.

I - القانون العام

521 . إنّ القانون الدستوري هو الفرع الذي فيه يدرس تركيب هياكل الدولة وتنظيماتها، وكذلك سير أجهزتها الأساسية، مثل الحريات العامة، وحقّ الحميمات، أو حرّية الصحافة التي هي مواد تابعة للقانون الدستوري.

522 . والقانون الإداري هو الذي يعتني بالإدارة في سيرها، وفي علاقاتها مع الآخرين. وتتضمّن دروسه وضعيات الدّوات المعنوية وطرق التّصرّف فيها أي الإدارة العمومية والجماعات المحلية (مجالس الجهات والولايات، والبلديات). وإلى حدّ ما المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، مثل الدواوين وغير ذلك كما يتضمّن القانون الإداري القواعد المتّصلة بالوظيفة العمومية والصفقات العمومية.

523 . تنتمي المالية العمومية إلى الفرع القانوني المخصّص لدراسة نظرية الميزانية والديون العمومية وكلّ الموارد المالية للدولة.

ويؤدّي بنا هذا إلى القول بأنّ القانونيين الشرقيين قد "استوردوا" النظام الثنائي لأنهم انبهروا بصبغته المنطقية في ظاهرها. فعلا فقد يكون من الطرافة أن يتّجه إلى فهم الفوارق الكبيرة القائمة بين المبادئ التي تسيّر كلّاً من القانون المدني والقانون الإداري من خلال انتمائتهما على التوالي إلى فرعين كبيرين قانونيين، هما القانون العام والقانون الخاص، مع اعتبار أنّ لكلّ منهما خصائصه وميزاته البارزة.

519 . ولكن، أفليس من محض التّوهّم أن يكتفي المرء بهذا المظهر ؟ فالقوارق هي أيضاً ذات أهمّية بين القانون الجبائي والقانون الدستوري، أو بين القانون الجنائي والقانون التجاري. ثم إنّ المقياس مهما كان نوعه لا يمكن أن يفضي إلّا إلى نتيجة ثابتة تتمثّل في وجود قواسم مشتركة بين عديد المواد القانونية، بالرّغم من استقلالها عن بعضها بعضاً، تسمية وتخصّصاً.

ويتّسم هذا التقسيم بالنّسبية الجغرافية والتاريخية، وهو ما يدعو إلى ضرورة تجاوزه، خاصة وأنّ العديد من المواد القانونية، لا يتسنى وصفها بصفة يقينية وقطعية. فقانون الإجراءات ينظّم سير مرفق عام وهو القضاء، لذلك يصحّ اعتباره من فروع القانون العام. وقد يصحّ وصفه بالقانون الخاص، إذا ما رأينا في هذه المادة أنّها ترمي إلى تيسير تحقيق المصالح الذاتية على المستوى القضائي، فهي تنظّم سير القضاء والتنازع، تحقيقاً للمصالح الخاصة الذاتية.

وإنّ شكّنا هذا، ينسحب على مواد أخرى، كقانون الجنسية الذي ينظّم علاقة الفرد بالدولة، وهو يضبط في ذات الوقت عناصر من الحالة المدنية للشخص. كما ينسحب الشك على مادة القانون الجنائي، وحديثاً على مادة القانون الاقتصادي.

ولأجل ذلك فقد استغنى نظام التدريس الجديد في الاستناية في العلوم القانونية عن نظام التّفريق في الدروس بين قانون عام وآخر

وتنتمي في الوقت الحاضر إلى القانون المدني، المواد الكبرى التالية :

- أصحاب الحقّ : أي الأشخاص الماديّون، والأشخاص المعنويّون، وكذلك الحالة المدنيّة وما يتعلّق بالأهليّة.
- العلاقات العائليّة، وهي ما تسمى عندنا الأحوال الشخصية : وتشمل أساسا مسائل الزّواج، والطلاق، والنّسب، والمواريث...
- الحقوق، وخاصة الأموال، وحقوق الدّائنيّة أو الالتزامات.
- العقود وقواعد النّظرية العامة لإبرام العلاقة التعاقدية أولا، والعقود المسماة، أي القواعد المخصوصة لكلّ نمط من أنماط التعامل بالحقوق ثانيا.
- التّأمينات الضّامنة لاستخلاص الديون.

(2) القانون التّجاري

527. تتجمّع ضمن تسمية القانون التجاري كلّ القواعد التي تنظم ممارسة التجارة، وكذلك خاصة الوضع القانوني للتّاجر وأعمال التجارة، والعلاقات القانونيّة بين التّجار، وترتيب العقود التجارية، وخاصة تنظيم الحياة التجارية وسيرها، مثل الأصل التّجاري والأملك، والقيد الإحتياطي، والوثائق التجارية وأمتعتها. وبالجملّة، ورغم الأهمية الكبيرة لقواعده الخاصّة، فإنّه يستلهم منها الكثير من القانون المدني الذي يمثل قاعدة كيانه.

وأخيرا، هناك مواد عديدة تابعة للقانون التّجاري، وهي خاصّة قانون النّقل البرّي، والقانون البحري، والقانون الجوّي.

(3) قانون الشّغل

528. يشمل كلّ الأشكال الخاصّة والمتّصلة بالشّغل الذي يكوّن علاقة تبعيّة، وكلّ العلاقات بين الأعراف والعمال.

524. ويعتني القانون الدولي العام بالعلاقات القانونيّة القائمة بين الدول (المعاهدات والأعراف العالميّة) وكذلك بوضعيات المنظّمات العالميّة، وتنظيمات سيرها، وذلك سواء كانت ذات صبغة كونية مثل (منظمة الأمم المتّحدة) واليونسكو (منظمة الأمم المتّحدة للثقافة والتّربية والعلوم)، والمنظمة العالميّة للصحة، أو محكمة العدل الدوليّة بلاهاي، أو ذات صبغة إقليمية مثل جامعة الدول العربيّة، أو منظمة الوحدة الإفريقيّة.

II - القانون الخاص

525. توتّب داخل هذا القسم المواد المتّصلة بالقانون الخاص، نتيجة لطبيعة العلاقات التي تعتني بتنظيمها (العلاقات فيما بين الخواص) وكذلك المواد المختلطة، أو حتّى بعض المواد التي هي في الحقيقة تابعة للقانون العام. وقد رتبت ضمن القانون الخاص لاعتبارات توبوية، أو لأسباب اقتضاها الحال، لأن معرفتها ضرورية في تكوين القضاة أو المحامين.

(1) القانون المدني

526. يعتبر القانون المدني إلى جانب القانون الجنائي أحد أقدم الفروع القانونيّة. وقد كان في بدايته يضمّ كلّ القواعد المتّصلة بعلاقات الأفراد بعضهم ببعض. لكن وبحكم تطوّر القانون، ظهرت قواعد خصوصيّة لتنظيم هذا الميدان أو ذاك. وهي تشريعات مخصّصة تمثّل عادة خروجاً عن قواعد القانون المشترك، أو القانون العادي التي يفسرها القانون المدني، ثم عندما يتطوّر شأنها وتزداد أهميّتها تستقلّ عن القانون المدني، وتكون بذاتها مادة قانونيّة جديدة.

الضحية بل مصالح المجتمع. أما الضحية، فلها أن تقوم بالدعوى المدنية التي هي من مشمولات القانون المدني. ورغم ذلك فالقانون الجنائي يدرس مع القانون الخاص بسبب الروابط الوطيدة التي تصله به خاصة، إذ هو أحد وسائله المعتمدة لفرضه وتطبيقه، ولأن القضاة الذين يطبقون القانون المدني هم عادة أنفسهم الذين يطبقون القانون الجنائي.

(6) الإجراءات الجنائية

531. يمكن أن نعيد نفس الكلام في شأن الإجراءات الجنائية التي تشمل سير مرفق عام هو القضاء الزجري. إنها تمثل بالنسبة للقانون الجنائي نفس ما تمثله الإجراءات المدنية بالنسبة للقانون المدني، أي ضمان الجدوى بتنظيم العقاب.

(7) القانون الدولي الخاص

532. هو مجموع المواد التي موضوعها دراسة مكانة الفرد وحقوقه في العلاقات الخاصة الدولية. وبذلك فهو يتناول بالدرس مثلاً، القضايا القانونية التي تنجر عن الزواج المختلط، أو عن العقد التجاري الدولي. ويتضمن القانون الدولي الخاص مواد الجنسية، ووضعية الأجانب، وتنازع القوانين، وتنازع الاختصاصات القضائية.

(8) القانون الجبائي

533. هو فرع من فروع القانون العام ويهتم في أول أولوياته، بالعلاقات الخاصة، المدنية منها والتجارية، لأن حق التسجيل ومختلف الأداءات المباشرة، وخاصة غير المباشرة، لها جميعاً انعكاسات ذات أهمية بالغة الخطورة على علاقات الأعمال (تعني لفظة : "أعمال" النشاط التجاري أو الصناعي أو المالي الذي قد يكون في شكل شركة....).

وقد اكتسب هذا الفرع أهميته مع تنامي تدخل الدولة لحماية العمال، وتنظيم العلاقات الاجتماعية على أسس يرغب فيها أن تكون منصفة قدر الإمكان. ويبقى قانون الشغل بالرغم من خصوصياته الكبيرة، متأثراً بالقانون المدني، وقانون الضمان الاجتماعي هو فرع لقانون الشغل، لأنه يهتم بالعمال بالدرجة الأولى.

(4) الإجراءات المدنية

529. تسمى أيضاً "القانون القضائي الخاص" عندما يضاف إليه الفرع التابع له وهو طرق التنفيذ وسيله. وهذه المادة تشمل اختصاص المحاكم، وتركيبها، وسيرها، وكذلك تنفيذ الأحكام القضائية.

وبما أن الإجراءات المدنية تنظم سير مرفق عام، أي القضاء، وبما أن السلطة القضائية تكون مع السلطتين التنفيذية والتشريعية الركائز الأساسية للدولة، فإن الإجراءات المدنية هي بطبيعتها فرع من فروع القانون العام. ورغم ذلك فهي تدرس ضمن برامج القانون الخاص، لأنها أولاً ومن حيث محتواها، متأثرة بالأصناف القانونية للقانون المدني تأثراً شديداً. ثم إنها ثانياً، وسيلة لتطبيق القانون الخاص، لأنها تنظم العمل القضائي، أي الوسيلة التي بها يطبق القانون الخاص وتفرض أركانه.

(5) القانون الجنائي

530. يتبع القانون الجنائي، مثل الإجراءات المدنية، القانون الخاص من حيث تدريسه، ولكنه ينتمي نظرياً إلى القانون العام. فهو ينظم الأشكال الخطرة للنزاعات التي يواجه فيها الفرد المجموعة كلها ممثلة في النيابة العمومية، أي الدولة. وهو يضم أشكال المخالفات والجرائم التي تمثل تشويشاً للنظام الاجتماعي. ولا تعتبر في العقوبة مصالح

534 . ولنذكر أخيرا أن عددا كبيرا من الفروع الجديدة قد استقلت عن القانون المدني أو التجاري، نتيجة ضخامة التطورات التي شهدتها. ولنشر ودونما حصر، إلى قانون التأمينات، والملكية الأدبية والفنية، وفلسفة القانون، والقانون المقارن....

الباب الثاني مصادر القانون

535 . تفيد كلمة المصدر معنيين ففي معنى أول، يكون المصور هو السبب المنشئ للقاعدة القانونية، فتكون ضرورية لحياة الاجتماعية مصدرا للقانون. فهي في هذا المعنى مصدر مادي لقواعده، وينسحب هذا المعنى على المصادر التاريخية للقواعد الوضعية حين نتحدث عن استلهاهم الأحكام التشريعية من قواعد الفقه التقليدي، فالمصادر المادية هي عموما السبب الذي تستمد منه مادة القاعدة القانونية ومضمونها، وهي الأسباب والعوامل التي تحدد مضمون ومحتوى هذه القواعد والبحث عن الأسباب المنشئة للقاعدة القانونية من مشمولات رجل القانون. وهو الباحث عن علاقات السببية الحاصلة والحادثة في ظاهرة القانون وهذا البحث له بالغ الأهمية، من حيث إنه يعين على تحديد مضمون القواعد القانونية، ويسهل كيفية تطبيقها، ويبسط سبل تأويلها.

536 إن عبارة "مصادر القانون" تعني مختلف الحقائق والأسباب والعلل التي تؤثر موضوعيا في محتوى حكم القاعدة القانونية . وقد سبق أن أبرزنا، أن للبعض من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية دورا حاسما في إفراز القاعدة القانونية وفي نشوئها وظهورها. كما كنا أثبتنا أن البعض من المشرعين لهم أيضا شأن في ذلك، وهو شأن تتفاوت درجات أهميته حسب موقعهم المتقدم

أو المتأخر عن زمانهم، وحسب تفاعلهم الإيجابي أو السلبي مع واقعهم. كما استقرّ بنا الاستنتاج إلى أن القانون ليس أبداً ذلك الذي ينبغي أن يكون.

537. والآن علينا أن ننظر في القانون من حيث هو كائن يكون، وبتعبير آخر ينبغي علينا أن نتوصل إلى إدراك الأشكال التقنية التي بها تنمى القواعد القانونية، أي الطرق التي تجعلنا نعتبر مثلاً، أن قاعدة ما خرجت عن كونها معطى اجتماعياً أو اقتصادياً أو ثقافياً، ودخلت حينئذٍ القانون الوضعي، لتصبح عنصراً من مكوناته وقاعدة له. وهذا هو المعنى الثاني لكلمة المصدر. فالمصدر (المعنى هنا الوسائل التي بها تخرج القاعدة القانونية إلى الوجود، فتصبح ملزمة لمخاطبيها. ويشير هذا المعنى إلى مفهوم المصادر الشكلية أو الرسمية أو الصورية للقاعدة القانونية، والمصدر الشكلي أو الصوري، يعني مختلف الطرق المعتمدة لإنشاء القاعدة القانونية، ووضع حكمها، والتصريح به. وهذه الوسائل والطرق هي التي تكسي القاعدة نفاذها وفعاليتها، كما تعطى قوتها الإلزامية، فلا يعتبر في هذا المعنى سوى الشكل والإجراءات الخارجية المثبتة في سنن القاعدة ووضعها، دون الاكتراث بمضمونها ومحتواها. وعلى هذا الأساس نعرف مصادر القانون بكونها التقنيات الشكلية التي تمكن المرء من إدراك انتقال الكلام من صيغة الوجود اليقيني (أو الوجود)، إلى صيغة الأمر الذي ينبغي أن يكون (أي المنشود) أو إن شئنا، من الدلالة المقررة، إلى الدلالة الأمرة الإلزامية⁽¹⁾.

538. لقد تواصل العمل بالتشريع الإسلامي في البلاد التونسية مدة طويلة استمرت منذ الفتح الإسلامي إلى انتصاب الحماية، واستمرت

537. (1) Jéjaz (Ph): *Source délicateuse* : (Remarques en cascade sur les sources du droit) RTD Civ. 1993 p. 59 Legeais, p. 67.

الحالة بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية إلى غاية الاستقلال. وهذا يعني أن التشريع الإسلامي كان يمثل أساس القانون في البلاد التونسية وأصوله، أي القرآن والسنة، والقياس، والإجماع، باعتبار أننا كنا رأينا أنها مصادر التشريع الإسلامي وأصوله الفقهية. غير أن الشأن لم يكن كذلك في واقع الأمر، فقد كان القاضي عادة ما يرتكز في حيثياته، وتعليل أحكامه وتبريرها، على تصانيف كبار الفقهاء الذين ينتمي إلى مذهبهم. وهذا يعني أن الأصول الأربعة للتشريع الإسلامي كانت لا تمثل إلا الأصول النظرية، وأن المصدر الحقيقي الذي يتعامل معه الواقع إنما هو الفقه⁽²⁾، وهو أمر ليس غريباً في الأنظمة القانونية القديمة، ففي القانون الروماني مثلاً، كان رأي الفقهاء يفرض اعتماده والأخذ به فرضاً⁽³⁾.

ولكن رغم استمرار تلك المدة الطويلة، فقد شهد القانون التونسي منذ بداية عهد الاستقلال وأثناءه، تحولاً عميقاً، وتغيّراً عظيم الشأن، ممّا جعل مصادره الحديثة لا تختلف اليوم عن مصادر الأنظمة القانونية المعروفة في جلّ أنحاء المعمورة، إلا في بعض الجزئيات الخصوصية والمميزات الخاصة به. وإنّ ما يمتاز به النظام القانوني التونسي مقارنة مع نظرائه في بقية البلدان الإسلامية هو عدم تضمينه على واجب العمل بقواعد الفقه الإسلامي عند غياب النص التشريعي أو عند تأويله. فالفقه الإسلامي لا يعدّ مصدراً شكلياً مستقلاً في القانون التونسي خلافاً لخيار المشرع المصري الذي رأى وجوب سدّ الفراغ التشريعي بأحكام الفقه الإسلامي وقد وردت نفس القاعدة في المجلة الجزائية وغيرها من المجلات المقتبسة من القانون المصري.

فالمسألة المطروحة هنا غير تلك التي تتعلق باستلزام المشرع لأحكام من التشريع الإسلامي، بل إنّ موضوعها ينحصر في تحديد مختلف

538. (1) انظر الفقرات السابقة من مدد 490 إلى 493.

(2) Ghestin et Goubeaux, n° 227, p. 177.

المصادر الشكلية المتواجدة صلب النظام القانوني التونسي فهل أن الفقه الإسلامي من المصادر المستقلة بذاتها ؟

إن سكوت المشرع التونسي في العديد من المواضع التي شككت فرضها سائحة للتخصيص على وجوب العمل بأحكام الفقه الإسلامي، لا يمكن تأويله بتجاهل التمييز بين الدين والقانون، ودون اعتبار الأوليات التي حددها المشرع التونسي فدين الدولة حسب الفصل الأول من الدستور هو الإسلام، ولا يختلط هنا الدين بالقانون، فلا يعني هذا البند أن التشريع الواجب هو التشريع الإسلامي أما الأوليات التي وقف عليها المشرع التونسي فهي المتمثلة في إعطاء الأولوية المطلقة للنص التشريعي، لذلك لا يذكر الفصل 535 م 1 ع أحكام الفقه من بين المصادر الشكلية.

هذه المادة أكدت أولوية النص وضرورة التقيد به حيث أوجبت العمل بالقياس، كما أنها عند غياب الحكم النصي تفرض العمل بالقواعد العمومية، أي بالمبادئ العامة للقانون التي نص على البعض منها المشرع التونسي صلب مجلة الالتزامات والعقود ذاتها وتغليب النص الوضعي ضروري باعتبار التضارب بين بعض أحكام الفقه التقليدي المميزة بين المسلم وغير المسلم وبين المرأة والرجل، والأحكام والمبادئ الوضعية التي تؤكد المساواة بين الجنسين، وعدم التمييز بحسب الانتماء الديني والعقائدي.

539. إن مصادر القانون التي ضبطتها أكثر النظريات الفقهية الأوروبية تداولاً وانتشاراً هي : القانون في المعنى الاصطلاحي، أي القواعد المصاغة في نصوص صادرة عن مؤسسات الدولة، والاتفاقيات الدولية، وفقه القضاء، والعرف، والممارسات الجارية بها العمل، والمبادئ العامة للقانون، وقواعد الإنصاف والفقه.

غير أن قيمة كل مصدر تختلف من رأي لآخر. فالعميد كريبوني لا يعتبر من المصادر الحقيقية إلا القانون والعرف، أمّا فقه القضاء

والفقه، فلا يمثلان بالنسبة إليه، إلا سلطتين⁽¹⁾ لأنه ليس لهما نفس الدور الإبداعي. والسيدان قيسيتين وقربو⁽²⁾ يحصران المصادر في ثلاثة، هي القانون والعرف، وفقه القضاء. لأن الفقه ليس مصدراً للقانون ويوافقهما على ذلك السيد فايل⁽³⁾ مدقّقاً رأيه بأن الفقه ليس مصدراً مباشراً. وأخيراً يولى السيدان مازو وجوقلارت أن المصدرين المباشرين، هما القانون والعرف، وأن الممارسات الجارية بها العمل، والفقه وفقه القضاء إنما هي مصادر لا للقانون بل للتأويل⁽⁴⁾.

540. أمّا وضع هذه المصادر في النظام القانوني التونسي فهو كما يلي : تكاد الاتفاقيات الدولية لا تقوم إلا بدور محدود، ويرجع السبب في ذلك خاصة إلى أن البلاد التونسية لا تنتمي إلى أية مجموعة اقتصادية، وإلى أن العلاقات بين الدول العربية، وأيضاً المغاربية، ليست متطورة تطوراً كبيراً، في انتظار المؤشرات الإيجابية لاتحاد المغرب العربي.

وليس لنا إذن قانون ذو طابع روابطي أو "مجموعاتي". والاتفاقيات الدولية، تستمد قوة نفوذها من الفصل 32 من الدستور، ولكن نظراً لقلة تعلقها بالخواص، ونظراً لضرورة المصادقة عليها بقوانين، فإنها شبيهة بتلك القوانين التي بمقتضاها صودق عليها.

أما ما جرت عليه العادة من ممارسات فيمكن إلحاقه بالعرف باعتباره أيضاً عادات تتكرر، وكذلك الأمر بالنسبة للمبادئ العامة للقانون التي تدمج في فقه القضاء الذي يقر بوجودها، ويؤكدها، ويعترف لها بقوتها

539. (1) Carbonnier, (J) : *Introduction*, P. 183 et s.

(2) المصدر المذكور أعلاه.

(3) Weil, T.I.p. 79

(4) Mazenud, "Leçons de droit civil", T.I.p. 96

الإلزامية. وأيضا الإنصاف الذي هو ضرورة أخلاقية تأخذه بعين الاعتبار أحيانا المحاكم أو الفقهاء، وبذلك فمعناه يختلط مع فقه القضاء أو الفقه.

541. لم يتبق لنا من مصادر للقانون حينئذ، إلا القانون، والعرف، وفقه القضاء، والفقه.

غير أن هذه الأصول الأربعة لا تتنزل في مرتبة واحدة تساوي بينها، إذ القانون هو أهمها جميعا⁹، وهو الذي كان في فرنسا أثناء القرن التاسع عشر، يكاد يعتبر المصدر الوحيد، ثم أصبح الناس جميعا منذ الفقيه جيني¹⁰ واقتداء به، يقبلون وجود مصادر غير قانونية، ويسلمون بأهمية المصادر التي تكون خارج النصوص التشريعية. وبالرغم من هذا، فالنصوص التشريعية تبقى في البلدان التي سيطرت فيها مواد القانون في مجالات وقتئذ، المصدر الأساس، فحتى في إنكلترا، ذلك البلد الذي للسابقة القضائية فيه شأن كبير وللقضاء فيه تعلق وتشبث بالصيغة القضائية للقانون، أصبح فيها، ومنذ ثمانية الحربين الكونيتين، للنصوص شأن لا يقل أهمية عن فقه القضاء.

وللقانون النصي في تونس أهمية لا تضاهيها أهميات المصادر الأخرى متجمعة، وذلك لأن القوم توافقوا في إسنادهم الدور الأول للدولة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فأتجر من ذلك أن أصبحت النصوص القانونية تتبوأ هذه المنزلة المرموقة، إذ بها تتدخل الدولة، وبالتالي فهي عامل تنمية وتطوير.

541. (1) يؤكّد العديد من الفقهاء على المكانة المرموقة للقانون عند تقديمهم لمصادره الموزعة إلى صنفين، أولهما القانون المكتّن وثانيهما غير المكتّن (انظر Weil ص. 79 وما يليها)، المصدر الأساسي للقانون، والمصادر الأخرى (انظر Starck ص. 40)، القانون والمصادر غير القانونية (انظر Marty et Raynaud ص 144 وما يليها).

La 1ère édition de l'ouvrage capital de Gény (F) : "Méthodes d'interprétation et sources en droit positif". 1899. R.David : Les grands systèmes, n° 326 et s. et n° 345 et s. - 3.

وسنرى في مرحلة أولى القانون باعتباره المصدر الأساس. أمّا العرف وفق القضاء والفقه فسنتناولها جميعا في ثاني المبحثين باعتبارها مصادر ثانوية.

المبحث الأول

النصوص القانونية، أولى مصادر القانون

542. كل قانون موضوع هو في ذاته ضرر وشر¹¹ هكذا كتب السيد كاربونني¹² بالرغم من منزلته وبالرغم من كونه محرر الإصلاحات التشريعية المهمة وصانعها. فهل القانون هو حقا شر لا مفر منه ولا مناص¹³ ؟

إنه لمن ثابت اليقين أن القانون، كما هو شأن كل قاعدة قانونية، يخلق بوجبه، تحديدا في الحرية الفردية وضيظا لها. ومع ذلك يبدو لنا أن هذا السبب ليس هو الذي يمكن أن يتجر عنه نعت القانون بكونه شرا وضيظا، وإنما السبب الحقيقي يعود إلى أن للقانون مهمة التجديد والابتداع عادة، فهو بذلك يهزّ العادات الثابتة ويزعزعها، ويمنع المراء من أن يتصرف كيفما كان وحسب ما اعتاد. إنه يحذف أحد عناصر التوازن، وقد كان به يقوم ويثبت، إنه يتدخل بعنف مباغت، ولذلك يفضل عنه البعض من الفقهاء العرف، لبطنه الشديد ولتطوره الذي لا تكاد الحواس تدركه أو تتفطن إليه إلا وقد تأقلم مع حاجيات البشر وتكيف بها. فلا هم عنه يزورون ولا منه يمتعضون.

543. إن مثل هذا المفهوم قد يجد في الغرب مبررا يستند إلى تصوّره في تبنيهِ والدفاع عنه، ولكن أمره لا يمكن أن يكون كذلك في البلدان

542. Carbonnier (J) : "Essais sur les lois" précité p. 281 (1).

وقد تواصل العمل بهذه المبادئ في عهد الحماية وإن كان الشأن نظورياً، ذلك أن الباي لم يعد يمارس السلطة إلا إسمياً، فالأوامر الصادرة عن الباي ينبغي أن يؤشرها المقيم العام للجمهورية الفرنسية بتونس⁽⁹⁾ وهو دليل على أن المقيم العام أصبحت له الصلاحيات الفعلية التي تمكّنت من السهر على سير المؤسسات في المملكة التونسية "المحمية".

546. وقد عرفت صلاحيات رئيس الدولة كثيراً من التغيرات طيلة المدة المتراوحة بين 3 جوان 1955 وغرة جوان 1959، وهي مدة قصيرة، وأحداثها السياسية والقانونية غزيرة: فهناك الاعتراف لتونس بمبدأ الاستقلال الداخلي، وهناك الاتفاقيات بين تونس وفرنسا لوضع حد لنظام الحماية، وهناك أمر 21 سبتمبر 1955 المنظم للسلط العمومية والمنبني على مبدأ تفريق السلط وهناك يوم 25 جويلية 1957 تاريخ إلغاء النظام الملكي وإعلان الجمهورية، ثم صدور الدستور في غرة جوان 1959 ودخوله حيز التنفيذ في شهر نوفمبر من نفس السنة إثر انتخاب أول مجلس للأمة.

وقد صدر عن الباي أمران، أولهما مؤرخ في 21 سبتمبر 1955 وثانيهما في 3 أوت 1956 وهما أمران يعتبرهما الدأرسون نوعاً من الإعلان عن قرب نهاية النظام الملكي، إذ تحتوي سوادهما على تقليص جلي لصلاحيات الباي⁽¹⁰⁾.

ففي الفترة التي تراوحت بين الإعلان عن الاستقلال الداخلي وبداية الاستقلال التام، كان تنظيم السلط يتمثل في ما يلي:

السلطة التنفيذية عهد بها إلى رئيس مجلس الوزراء، وهو رئيس الوزراء⁽¹¹⁾ له صلاحيات الإمضاء على صنف من الأوامر (الأوامر غير

545. (1) "Le régime d'un protectorat de droit international", thèse de doctorat Silvera : publiée en introduction au Recueil de législation tunisienne de Maarek et Marty.

546. (1) أمران 55 / 9 / 21 و 13 أوت 1956.

(2) Chronique législative de M. René Chapus, RTD 1963 - 1965, p. 135.

التي لا تزال في طريق النمو تسيير كبلادنا. فقد سبق أن رأينا أن القانون يمثل فيها عامل تحرير وانعتاق، وسيلة تسمية وتطور⁽¹²⁾ ولأجل ذلك فالقانون هو المصدر الأساس للنظام القانوني ببلادنا تونس.

544. ويجدر بنا قبل دراسة القانون، أن نضبط معناه إنه عندما يستعمل في المعنى الشكلي أو الضيق، يعني النص الصادر عن السلطة التشريعية، أي بعد التصويت والمصادقة عليه من طرف مجلس النواب، ويصدره رئيس الجمهورية. وإنه عندما يستعمل في معناه الواسع، يفيد النظام القانوني، أي جملة القواعد المعمول بها في بلد معين. إذ يقال مثلاً إن القانون التونسي يحجر تعدد الزوجات أو أيضاً، إن تعدد الزوجات ممنوع في النظام القانوني التونسي. وأخيراً يستعمل القانون باعتباره مصدراً للنظام القانوني في معنى وسطي، إذ يشمل كل النصوص الصادرة عن الدولة، نصوصاً قانونية كانت أو أوامر، أو مجرد قرارات. هذا هو المعنى الذي به يكون قانوننا كل نص يضع قاعدة عامة مجردة وإلزامية.

وسندرس مختلف النصوص (الفقرة الأولى) ونفاذها (الفقرة الثانية)، وأخيراً تنازع القوانين (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : مختلف النصوص الوجوبية

545. لم تكن السلطتان التشريعية والتنفيذية في عهد البايات الحسينيين منفصلتين، فقد كان الباي كحاكم مطلق، مصدر السلطة ومركزها. وكانت التشريع وهما وتنفيذاً، تتضمنها صلاحياته إدارياً وقضائياً، والقرارات لا تصدر إلا عنه وبختمه، حاملة تسمية "أوامر الباي" وهي تسمية تناسب ما نسميه اليوم كلا من القوانين والأوامر.

543. (1) انظر الفقرة عدد 199 وما يليها.

الترتيبية أو الأوامر البسيطة). وهذا يعني أن الباقي بقي محافظاً على ممارسة السلطة الترتيبية العامة.

أما السلطة التشريعية فقد أصبح يتقاسمها الباقي ومجلس الوزراء، إذ أصبحت الأوامر ذات الطابع التشريعي (كانت تسمى آنذاك أوامر أو مراسيم) يقع إقرارها في مجلس الوزراء ثم تعرض على الباقي للمرافقة عليها وختمها.

أما الفترة الثانية من هذه المرحلة الانتقالية، فقد بدأت في يوم 25 جويلية 1957 وهو اليوم الذي ألغى فيه المجلس القومي التأسيسي نظام الملكية وأعلن عن قيام الجمهورية.

وقد جاء القانون عدد 57/1 المؤرخ في 29 جويلية 1957⁹ ليعلن التوجه الجديد للدستور، فالرئيس يمارس السلطة التنفيذية بمفرده، ويوقع على الأوامر، ويمارس أيضاً وبصفة مؤقتة، السلطة التشريعية، وذلك بسنّ قوانين يكون قد تبناها مجلس وزاري مضيّق، يضمّ كتاب الدولة (الوزراء) المعنيين. وظهرت إذن كلمة "قانون" مع الإعلان عن قيام الجمهورية لتعني النصوص العامة التابعة عادة للسلطة التشريعية في مقابل كلمة "أوامر" ذات المنزلة الأقل والصادرة عن السلطة التنفيذية.

547. وقد استقر منذ دستور غرة جوان 1959، الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية : الأولى يمارسها هيكل تشريعي سمي آنذاك "مجلس الأمة" ثم تغير اسمه منذ سنة 1981 فأصبح "مجلس النواب". جاء في المادة 18 من الدستور : "يمارس الشعب السلطة بواسطة مجلس نيابي يسمى مجلس النواب". أما ثاني السلطتين فيمارسها رئيس الجمهورية حيث نصت المادة 37 من الدستور المعدل على أن "رئيس الجمهورية يمارس السلطة التنفيذية بمساعدة حكومة يواسها وزير أول".

(3) قانون عدد 1 لسنة 1957 المؤرخ في 29 في 29 / 7 / 1957.

ورغم ذلك فلم يتحقّق الفصل بين السلطتين بصفة تامة وذلك خاصة لأن لرئيس الجمهورية بعض الصلاحيات التشريعية. فهو أولاً يقتسم النواب حق المبادرة بالقوانين، بل إنه في هذا المجال متميّز عنهم ؛ ذلك أن مشاريع القوانين التي يقترحها تحظى بأولوية الدرس من قبل مجلس النواب⁹. ويمارس الرئيس ثانياً، صلاحية تشريعية ذات أهمية قصوى ؛ فالنصوص المصادق عليها من قبل مجلس النواب، لا نفوذ لها إلا بعد إصدارها من طرف رئيس الجمهورية إذ تنص المادة 52 من الدستور على ما يلي : "يختم رئيس الجمهورية القوانين الدستورية والأساسية والعادية...." ولكن نفس المادة تنص على أنه : "لرئيس الجمهورية الحقّ في ردّ مشروع القانون إلى مجلس النواب لتلاوة ثانية، وإذا وقعت المصادقة على المشروع من طرف المجلس بأغلبية ثلثي أعضائه، فإنّه يقع إصدارها في مرحلة أولى. وهذا يعني أن لرئيس الجمهورية الحقّ في الامتناع عن ختم القوانين وإصدارها في مرحلة أولى، وأنه يستطيع في مرحلة ثانية مجابهة المجلس والتغلب عليه، إذا كان قراره لا يحظى بأغلبية ثلثي أعضائه.

548. والواقع أن مجلس النواب - إذا ما استثنينا هذه الحالات القليلة - هو حسب دستور 1959 مؤسسة تشريعية قوية جداً في مجال سنّ القوانين التي لها شأن كبير، بخلاف الأوامر والقرارات التي لا يتصل موضوعها إلا بتطبيق النصوص القانونية⁹. والملاحظ في هذا الصدد أن التّقييع الدستوري المؤرخ في 8 أفريل 1976 قد أحدث تغييراً في توزيع السلط بين التشريعي والتنفيذي، وكان ذلك ببعث مجال

547. (1) الفقرة الأولى من الفصل 28 من الدستور.

548. (1) رغم ذلك نمجّل استثناء لهذه القاعدة المقبولة من طرف مادة تشريعية تسمح بوجود مراسيم "مستقلة" في مائة تنظيم المصالح العمومية وتلك التي تتصل بالتخطيط.

مستقل لصالح السلطة الترتيبية. ولذلك تحتم بالإضافة إلى المسألة العامة المتعلقة بما لرتب النصوص من تدرج، دراسة مسألة خاصة : إنها مسألة مجالي القوانين والأوامر، ولئن تعد هذه المسألة من مشمولات القانون العام واختصاصه، فإننا سنكتفي في إطار هذا المدخل العام لدراسة القانون، بتناول ما نحتاج إليه منها لفهم مصادر القانون.

1- الهيكل السلمي للنصوص

549. يمثل مجموع القواعد القانونية، كما سبق أن رأينا عند تعرضنا للنظرية الخاصة للقانون عند كلسن، هيكلًا سلميًا تترتب فيه كل قاعدة حسب قوتها التي تستمدّها من القاعدة التي تفوقها منزلة، كما أنها ليس لها أن تتعارض مع أحكامها. والدستور هو الذي تحتل مواده وأحكامه قمة البناء الهرمي.

I - الدستور

550. الدستور هو نص قانوني أول في البلاد. وإنه يتنزل في أعلى موقع في الهيكل القانوني للدولة، ومنه تستمد جميع دواليبها وسلطاتها ومشروعيتها. وإنه هو الذي يضبط المؤسسات التي يخول لها صلوحيّة سنّ القوانين. وتسند الدساتير إثر تحولات جذرية جوهرية مثيلة بتلك التي شهدتها البلاد إثر استقلالها.

ولكن لا يجب أن يفهم ممّا تقدّم أنّ أحكام الدستور ثابتة لا تتغير. فهي بالرغم من أهميتها ومن خطورتها، عرصة لتنقيحات تهدف لملائمة الأوضاع السياسية والاجتماعية المتجددة. لكن تنقيح الدستور يخضع إلى إجراءات مشددة تختلف عن الإجراءات المتبعة عن وضع القوانين العادية، وهذه الإجراءات الخاصة تبرز خطورة التحويلات الدستورية التي تتم بمقتضى قوانين دستورية.

يتمتع رئيس الجمهورية وعدد لا يقل عن ثلثي أعضاء مجلس النواب، بحق المبادرة بتنقيح الأحكام الدستورية⁽¹⁾ ولا تتم المصادقة على هذه المقترحات إلا باتّباع إجراءات مشددة جاء بها الفصل 73 من الدستور.

وتدرس لجنة مختصة موضوع التنقيح، فينظر فيه، أي في المقترح، وموضوعه مجلس النواب، بالتصديق بالأغلبية المطلقة لأعضائه، ولا تتم المصادقة على القانون الدستوري إلا بعد قرأتين متتاليتين، تفصل بينهما فترة زمنية لا تقل عن ثلاثة أشهر، يجب أن يصادق خلال كل واحدة منهما مجلس النواب على التنقيح المقترح بأغلبية ثلثي أعضائه. وبعد توفّر كل هذه الشروط، يختم رئيس الجمهورية القانون الدستوري فيغير هكذا من حكم الدستور.

551. ويتحتم أن تكون كل النصوص الأخرى مطابقة للدستور، وإن خالفت أحكامه فقدت كل مشروعية. غير أن هذا التأكيد يبقى نظريًا بحتًا، لأن الدستور التونسي لم ينص على مراقبة دستورية القوانين. وإن بعث مؤخرًا مجلس دستوري، فإنّه بعث بمجرد قانون، ويبقى دوره "استشاريًا" أي أنّه لا يملك صلاحية إلغاء القوانين بعد صدورها. ولقد رفض فقهاء القضاء القيام بهذه المهمة لحدّ الآن، فلقد أثبتت هذه المسألة بالخصوص أمام محكمة أمن الدولة قبل حذفها، غير أن المرء لم يتيسر له أن ينتظر منها موقفًا جريئًا خاصة وأنها كانت محكمة استئنائية يشك في دستورية وضعها ذاته⁽²⁾.

550. (1) الفصل 72 من الدستور.

551. (1) رغم ذلك فإنّ قضاة هذه المحكمة، وهم المنتمون إلى سلطة مستقلة من السلطتين التشريعية والتنفيذية، يقع تعيينهم من قبل الحكومة ومن قبل مجلس النواب والعال أنّهم كان ينبغي أن تقع تسميتهم بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاة.

II - الاتفاقيات الدولية

552. هي نوع من العقد يبرم بين دولتين أو أكثر، فهي إما ثنائية أو جماعية. وتسمى أيضا معاهدات. والاتفاقيات المتصلة بمسائل متعلقة بالقانون الخاص عديدة ومتعددة. ولنذكر على سبيل المثال الاتفاقيات المتعلقة بالتجارة الخارجية، والاتفاقيات الخاصة بإقامة الأشخاص، والتي تعترف بمقتضاها كل دولة لمواطني دولة أخرى بامتيازات، مثل التمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها مواطنوها باستثناء الحقوق السياسية.

تقع المصادقة على المعاهدات عادة بمقتضى قانون طبقا لأحكام الفصل 33 من الدستور⁽¹⁾. ولا تدخل المعاهدات المبرمة مع الدول حيز التنفيذ إلا بعد المصادقة عليها⁽²⁾ وختمها من قبل رئيس الجمهورية⁽³⁾ وبالتالي فهي لا تلزم أصحابها إلا بعد نشر قانون المصادقة بالرائد الرسمي، وعندها تصبح المعاهدة من مكونات النظام القانوني القومي، إذ تصبح قانونا من قوانين الدولة وتصبح بذلك واجبة التطبيق.

553. يعدّ المشرع بمصادقته على الاتفاقية ملتزما إزاء الدول (أو الدولة) الأجنبية التي معها أبرم الاتفاقية، بتطبيق بنودها أو على الأقل باحترامها. ولا حق له أن يتخلى عنها تخليا أحاديا ومن جانب واحد، أي بمجرد قانون يصدره. ولأجل ذلك فقد نصّ الفصل 32

552. Vergès (J) : "La Constitution tunisienne du 1er Juin 1959 et les traités", RTD. (1) 552.

I. p. 87. 197 سابق لتحويل 1976. إن الاتفاقيات الدولية التي لا تتعلق بالمواد

التي يخولها الدستور للسلطة التشريعية. هي من مشمولات رئيس الجمهورية دون مصادقة مسبقة بواسطة قانون.

انظر في هذا المعنى : الصادق شعبان : المعاهدات في القانون الداخلي التونسي.

(2) الفصل 32 من الدستور.

(3) الفصل 48 من الدستور.

وإن الدستور التونسي هو العمل الذي تمخّص عن إشغال المجلس القومي التأسيسي خلال سنة، 1956 وهو النصّ الذي صدر في صيفته الأولى بداية من غرة جوان 1959 وقد حلفت به ظروف جعلت مهمته تتمثل في ضمان سير نظام سياسي قوي، ولأجل ذلك فقد استبعدت كلّ فكرة تهدف إلى مراقبة دستورية القوانين، حتى لا تمثل عائقا ذا صبغة قانونية يضعف الدولة ويربكها، وينزع عنها مقومات القوة والاستقرار، والهيبة والنّاسوس.

وفي مطلع السبعينيات، وقع التفكير في مسألة إقحام مراقبة دستورية القوانين عندما كان الرأي يتجه إلى إدخال تنقيحات على الدستور. ولكن جاء القانون الدستوري عدد 37 والمؤرخ في 8 أبريل 1976 المنقّح والمتمم لدستور غرة جوان 1959، دون أية إشارة إلى إنشاء جهاز للمراقبة تلك.

ولئن لم يدخل تحويل الدستور المؤرخ في 25 جويلية 1988 أي آلية للمراقبة الدستورية، ولئن لم ينشأ أي جهاز جديد، فإن الاهتمام بضمنان تطابق القوانين للدستور لم يكن غائبا، إذ أنشئ المجلس الدستوري.

وهذا المجلس الدستوري ليست له أية وظيفة إلزامية. إنّ له فقط دورا استشاريا، وإنّه لا يفحص إلا مشاريع القوانين التي يعرضها عليه رئيس الجمهورية. ويقدم هذا المجلس آراءه إلى رئيس الجمهورية بصفة سرّية، كما أنّ لرئيس الجمهورية أن يستشيريه في سير المؤسسات⁽⁴⁾. لكنّ المجلس لا ينظر في الصياغة النهائية للنصّ القانوني التي يمكن أن تكون إثر مناقشتها وإعادة تحريرها من قبل المجلس النيابي مخالفة لحكم من أحكام الدستور.

551. (2) الأمر عدد 1414 لسنة 1987 المؤرخ في 16 فيفري 1987 / القانون الدستوري

عدد 88 لسنة 1988 المؤرخ في 25 جويلية 1988 - قانون عدد 39 لسنة 1990

المؤرخ في 18 أبريل 1990 المتعلق بالمجلس الدستوري.

من الدستور على أن المعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذا من القوانين. فلا يحقّ للمشرّع أن يسنّ قانونا لاحقا تتعارض أحكامه وأحكام الاتفاقية الدولية، وهذا يعني أنّه على القاضي أن يفضلّ وجوبا ودائما، تطبيق الاتفاقية عندما تعرض عليه مسألة يتنازع فيها قانون واتفاقية دولية. لكننا نلاحظ في هذا الصدد أنّ فقه القضاء التونسي ليس واضحا في هذا المضمار⁽¹⁾.

554. هذا ولا يمكن أن تعادل الاتفاقية القوانين الدستورية قوة، وذلك للاختلاف في الإجراءات المتبعة عند وضعها، ونظرا للترتبة الممتازة التي يحتلّها الدستور في هرم القواعد القانونية. تعرف هذه القاعدة الأصلية استثناء طريفا ترتّب عن التحوير الدستوري لسنة 1976 إثر اتفاقية الوحدة المبرمة بين تونس وليبيا سنة 1974 إذ تنصّ الفقرة الأخيرة من الفصل الثاني للدستور بعد التذكير بأنّ "الجمهورية التونسية جزء من المغرب العربي الكبير تعمل لوحدته في نطاق المصلحة المشتركة"، أن المعاهدات المبرمة في إطار وحدة المغرب العربي والتي قد يترتب عنها تحويلا لأحكام الدستور "تعرض من طرف رئيس الجمهورية على الاستفتاء الشعبي وذلك بعد أن يصادق عليها مجلس النواب" فيخضع هذا الصنف من الاتفاقيات الدولية لمصادقة أولى لمجلس النواب، ويكون ذلك نظرا لما سيترتب عنها من تحويل للأحكام الدستورية حسب الإجراءات والشروط الواجبة لتوقيع الدستور، وهو يخضع إلى إجراء استثنائي ثان يتمثل في التصديق

553. (1) طرح المبدأ بوضوح في القانون الفرنسي من لدن محكمة التّعقيب، انظر: Ch. Mixte 24 Mai 1975, D. 1975, p. 469 conc. Touffait, Clunet 1975, p. 801, note Dadid Ruzié. Ass. M. 14/10/77 D. 78 p. 417 - Lagarde, CE 20/10/89 Journal de droit international 1990 p. 106.

علي المزغني المرجع المذكور عدد 254 إلى 261 - ص 98 إلى 100 .

الشعبي المباشر عليها، وعندها فحسب تتمتع هذه المعاهدات المعدلة لأحكام الدستور بالقيمة الدستورية.

III - القوانين المصادق عليها بالاستفتاء

555. يمثل هذا الصنف نوعا قانونيا جديدا⁽¹⁾ فقد أقحمه في النظام القانوني التونسي، القانون الدستوري المؤرخ في 8 أفريل 1976 الذي نقّح الدستور تنقيحا هاما.

يكون اللجوء إلى الاستفتاء إجباريا عندما يتعلق الأمر بالمصادقة على مشروع وحدة المغرب العربي⁽²⁾ واختياريا عندما يكون موضوع القانون متعلّقا بتنظيم السلط العمومية أو يرسى إلى المصادقة على معاهدة يمكن أن يكون لها تأثير على سيو المؤسسات⁽³⁾. غير أنّ هذا الأسلوب لم يقع الإلتجاء إليه قط، ونحن إنّما نشير هذه المسائل لغاية نظرية نريد بها معرفة المنزلة التي تحتلّها هذه القوانين في الهيكل السلمي للنصوص القانونية.

556. تعرّض الدستور التونسي إلى فرضية متعلقة بالقانون المنظم للسلط العمومية أو الخاص بسير المؤسسات فإنّه موضوع الفصل 47 من الدستور.

ويمكن أن يُدعى الشعب، تطبيقا لأحكام الفصل 47، إلى الاستفتاء للمصادقة إمّا على معاهدة أو على مشروع قانون رئاسي متّصل بإعادة هيكلة السلط العمومية. ففي الحالة الأولى ينصّ الفصل 47 صراحة

555. (1) Lazhar Bouomy : " Réflexions sur l'introduction de la technique référendaire en droit constitutionnel tunisien "

(2) الفصل 2 من الدستور.

(3) الفصل 47 من الدستور.

على أن لا يكون "ذلك مخالفا للدستور" وهذا يعني أن النص موضوع هذه الحالة، سيصنف ضمن منزلة "المعاهدة" وهي منزلة تقتزك، كما رأينا، هي المنزلة التي تلي رتبة الدستور. وإذا ما تعلق الأمر بمجرد مشروع رئاسي متصل بتنظيم السلط العمومية فإن الفصل 47 يبدو أنه لا يسمح بمخالفة المشروع للدستور، وبذلك فإن القانون سيكون من صنف القوانين، ولكنه لا يقتزك في منزلتها نتيجة اختلاف طريقتي سنهما. إن القانون العادي يسن عن طريق نواب الشعب، أي في المؤسسة التشريعية (النيابية)، وهذا القانون يسن عن طريق الشعب مباشرة، أي عن طريق الاستفتاء، وبذلك فإنه بهذه الكيفية، يتنزل منزلة أعلى من منزلة القانون العادي. إنه إذن قانون أعلى منزلة من القوانين الأخرى، ولكنه في نفس الوقت يبقى قانونا خاضعا لمقتضيات الفصل 32 من الدستور الذي يعتبر أن "المعاهدات [...] أقوى نفوذا من القوانين".

وإن علوية هذا الصنف من القوانين يعود إلى خصائص الإجراءات المتبعة في وضعه، غير أن بعض الاختصاصيين في القانون الدستوري يرون أن هذه الميزات لا أثر لها على قيمة القانون.

557. وبما أن التمييز بين الدرجات المختلفة للقوانين غير ممكن، خاصة وأننا إزاء نص لم يرق من جهته بمثل هذا التمييز⁽¹⁾ فإن الفصل 32 ينبغي أن يحمل على أنه يتحدث عن جميع القوانين. وبذلك فإنه يحق لنا أن نستنتج أن القوانين الاستفتاءية، بالرغم من تميزها عن سائر القوانين فهي أقل منزلة من المعاهدات الدولية. إننا توصلنا إلى هذا الاستنتاج بواسطة تحليل النصوص فقط، ولكن الأمر يصبح أكثر صعوبة في المجال العملي، ذلك أنه ليس من السهل أن نعتبر أن نصا

557. (1) الفصل 553 م. إ.ج. الذي جاء فيه أنه: "إذا كانت مبادرة القانون مطلقة جرت على إطلاقها".

استمد مصدره من الاتفاقيات أو حتي من الدستور، هو أعلى منزلة وأفضل من نص استفتائي صدر عن تعبير مباشر لإدارة الشعب.

IV- القوانين الأساسية

558. نص الدستور صراحة في الفقرات 3 و 4 و 5 من الفصل 28 على هذا الصنف من القوانين. إنها تتصل بتطبيق الأحكام الدستورية، وذلك بضبط كيفيات تنفيذها. وتنظم القوانين الأساسية عادة المواد التي لها أهمية مخصصة، مثلما هو الشأن بالنسبة لقانون انتداب القضاة الذي ينبغي أن يكون حسب الفصل 66 من الدستور، قانونا أساسيا لأنه يتحتم عليه أن يضمن استقلال القضاء المنصوص عليه في الفصل 65 من الدستور: "القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون". وعلى هذا الأساس فالفصل 65 يقر مبدأ والفصل 66 يشير إلى قانون مطبق لذلك المبدأ. فتؤخذ في شكل قوانين أساسية كل النصوص المتصلة بعلم الجمهورية، وبالحرية العامة، وأيضا النصوص المتعلقة بالمؤسسات العامة الجوهرية، كالقضاء، والمحكمة العليا، ومجلس الدولة⁽²⁾.

559. وللقوانين الأساسية خاصية إجرائية متمثلة في أن القانون الأساسي لا يتم عرضه على مداولة مجلس النواب إلا بعد مضي خمسة عشر يوما على إيداعه⁽³⁾. وهذا يعني أن للقوانين الأساسية أهمية خاصة تجعل المصادقة عليها من غير الممكن أن تكون متسعة. ومن المنطقي أن القانون العادي الذي يصاغ ويصادق عليه دونما اتباع هذه الخصوصية الإجرائية، لا يمكنه أن يلغي القانون الأساسي أو ينقحه. وتتم المصادقة بالأغلبية المطلقة، مثلما هو الأمر بالنسبة للقوانين العادية.

558. (1) وهي المسائل المنصوص عليها في الفصول 4 - 8 - 9 - 10 - 66 - 67 - 68 - 69 - 70 - و 71 من الدستور.

الفصل 18 من الدستور - شكل به "يعارس الشعب السلطة التشريعية بواسطة مجلس نيابي يسمى مجلس النواب". وينتخب أعضاء مجلس النواب - حسب الفصل 19 - "انتخاباً عاماً، حرّاً، مباشراً، سرّياً". وفعلاً فللمجلس النواب دور أساسي في بلورة القوانين وإعدادها وصياغتها وحتى في الحالات، وهي كثيرة جداً، التي تبادر فيها الحكومة بتقديم مشاريع قوانين فإنّ المجلس يناقشها وينقّحها ويصادق عليها.

وطبقاً لأحكام الفقرة الرابعة من الفصل 28 من الدستور، تقع المصادقة على القوانين العادية "بالأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس". ولكن باستثناء الفوضية التي سبق ذكرها والمتمثلة في ما أسنده الدستور في الفقرة الثانية من فصله 25 لرئيس الجمهورية من حقّ رفض إصدار القانون وختمه، بل رده إلى المجلس لتلاوة ثانية، واشتراط المصادقة عليه بأغلبية الثلثين.

VI - المراسيم

562. القوانين هي اصطلاحاً ومهما يكن نوعها من صنع السلطة التشريعية، أي هي صادرة عن مجلس النواب بعد المصادقة عليها.

أما الأوامر، فهي من عمل المصالح الحكومية، يختتمها رئيس الجمهورية دون استشارة مسبقة لأي جهاز تشريعي.

أما المراسيم⁽¹⁾ فهي لا تنتمي إلى هذا الصنف أو ذاك، بل إليهما معاً ولذلك فتعريف كلّ من القوانين والأوامر يجعل المراسيم ذات طبيعة مركّبة. إنها عبارة عن نصوص يصدرها رئيس الجمهورية ولكن لها

بعد أن كانت سابقاً الأغلبية الواجبة لثلاثي أعضاء المجلس، لذلك فإنّ التمييز الإجرائي الذي تختص به القوانين الأساسية أصبح فاقد الأهمية والفاعلية.

V - القوانين العادية

560. يقتصر في تسمية هذا الصنف على لفظة "قانون" وإنه من البديهي أن تكون الأكثر تداولاً وتواجداً. إنها بها تتدخل السلطة التشريعية لتوجيه الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وبصفة عامة لتنظيم العلاقات البشرية وضبط الأرضية القانونية التي عليها يتمّ العيش المجتمعي في وئام وسلم، ويبرز محتوى القوانين ميزان القوى المتواجدة في البلاد ولذلك فإنّ المتنبّع لعلاقات القوى، أو الباحث فيها يستطيع أن يستشفّها عند دراسته لمضامين التوانين. ثم إنّ القوانين هي التي بها تصدر المجالات القانونية وأيضاً بها يتمّ تنقيحها عند الاقتضاء.

أما من حيث تنزّلها في الهرم السلمي، فإنّها تأتي بعد المصادر القانونية الأربعة التي سبق فحصها وبالتالي فالقوانين العادية هي مبدئياً أقلّ منها درجة. وتبعاً لذلك، فلا يمكن للقوانين العادية أن تخالف كلّاً من الدستور، والاتفاقيات الدولية، والقوانين الاستثنائية، والقوانين الأساسية.

غير أنّنا نبقى في تأكيدنا هذا عند المستوى النظري نتيجة انعدام إجراء تنظيمي إلزامي لمراقبة دستورية القوانين. وهذا يعني أن المبدأ القاضي بوجوب احترام القوانين العادية للقواعد التي هي أعلى منها منزلة موجود، لكن الدستور استثنى المشرّع، فأوكل إليه مهمة احترام هذا المبدأ. وينجرّ عن ذلك أنّ حالات التجاوز والإخلال به لا تكون عرضة للإلغاء.

561. القوانين هي نظرياً من صنع مجلس النواب، فهي إذن حسب مبادئ الديمقراطية التمثيلية، تعبير عن الإرادة الشعبية، وهي - حسب

562. (1) انظر للتمعّن في بعض مظاهر المسألة : Habib Ayadi : " Les décrets-lois dans la constitutions tunisienne du 1er Juin 1959", R.T.D. 1969 - 1970 p. 99 et s. Yadh Ben Achour : " Contribution à l'étude théorique des décrets-lois", R.T.D. 1972 p. 171 et s.

وبصفة وقتية قيمة القانون، وبالتالي فهي تتضمن أحكاما ذات قيمة تشريعية، فيمكنها بالرغم من صيغتها المؤقتة أن تنقح قانونا أو تنسخه. وقد نص الدستور على ثلاثة أنواع للمراسيم

(1) المراسيم بالتفويض

563. تنص الفقرة الثالثة من الفصل 28 على إحداث نوع من التفويض المؤقت للسلط يمنحه مجلس النواب لرئيس الجمهورية إذ "لمجلس النواب أن يفوض [...] إلى رئيس الجمهورية اتخاذ مراسيم". لكن التفويض يشترط فيه أن يكون "لمدة محدودة ولغرض معين". ويتدخل رئيس الجمهورية أثناء هذه المدة في الميدان التشريعي بواسطة مراسيم. ولكن "عند انقضاء المدة المذكورة" يعرض رئيس الجمهورية المراسيم على مصادقة مجلس النواب بعد إصدارها ودخولها حيز التنفيذ.

(2) المرسوم الصادرة أثناء العطلة البرلمانية

564. يتوقف المجلس عن العمل طيلة عطلة سنوية نص عليها الدستور في فصله 29، تبتدئ من شهر جويلية وتنتهي خلال أكتوبر. ولكن قد تفرض الضرورة خلال عطلة المجلس السنوية اتخاذ إجراء تشريعي عاجل. عندئذ يتخذ رئيس الجمهورية إجراء يراه مناسبا في شكل مرسوم، ويكون ذلك حسب الفصل 31 "باتفاق مع اللجنة القارة المختصة لمجلس النواب"، وفي الدورة العادية المقبلة" يقع عرض المرسوم على مصادقة المجلس⁽¹⁾. والملاحظ أن هذا النوع من المراسيم هو الوحيد الذي جرت العادة على استعماله إلى حد هذا الوقت.

564. (1) الفصل 31 من الدستور.

(3) المراسيم الصادرة بعد حل مجلس النواب

565. أصبح الدستور منذ تنقيحه سنة 1976 ينص في فصله 62 على إمكانية معارضة المجلس للحكومة "بالاقتراع على لائحة لرم" يمكن لرئيس الجمهورية بعدها أن يحل مجلس النواب⁽¹⁾. وأثناء المدة الفاصلة بين حل المجلس والانتخابات الجديدة التي يحصل فيها غياب نيابي، "يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ مراسيم يعرضها فيما بعد على مصادقة مجلس النواب الجديد، وقيل عرضها على المجلس تتخذ المراسيم طابعا تشريعا مؤقتا.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن المراسيم تفقد، في جميع الحالات، صيغتها الإلزامية إذا لم تقع المصادقة عليها في الأجال التي ضببطتها أحكام الدستور، أو متى رفض مجلس النواب المصادقة عليها صراحة فلا عمل عندئذ مستقبلا بأحكام المرسوم المرفوض، علما وأن العمل بأحكامه منذ تاريخ إصداره إلى حدود الرفض يعتبر صحيحا.

VII - الأوامر

566. تسمى "أوامر" تلك النصوص الصادرة عن رئيس الجمهورية والتابعة لمشمولات اختصاصاته فقط. ورغم ذلك فإن لرئيس الجمهورية، حسب الدستور، أن يفوض سلطاته كلها أو بعضها للوزير الأول إذ ينص الفصل 53 على ما يلي: "...وله أن يفوض كامل هذه السلطة أو جزءا منها للوزير الأول".

وهناك الأوامر "الفردية" التي يكون موضوعها متمثلا في إسناد الوظائف العليا المدنية والعسكرية⁽¹⁾. لكن هذه الأوامر لا تتضمن قواعد

565. (1) الفصل 63 من الدستور.

566. (1) الفصل 55 من الدستور.

حسب القانون المحدث لها والمؤرخ في غرة جوان 1972، لها صلاحية إلغاء الأوامر الفردية إذا كانت غير قانونية، ولكنها لا تتمتع بنفس الصلاحيات إذا ما تعلّق الشأن بالأوامر الترتيبية⁽¹⁾.

إنّ مبدأ خضوع القواعد لبعضها بعضا حسب منازلها في الهيكل السلمي مطروح، هنا بشأن قانونية الأوامر الترتيبية مثلما هو الشأن بالنسبة لمسألة دستورية القوانين، ولكن القضية تتمثّل في انعدام جهاز للمراقبة له مهمة الحسم في المسألة بصفة قانونية.

VIII - القرارات

569. قد يحدث أن تكون أحكام القوانين والأوامر عامة لا تتضمن ما يجعلها قابلة للتطبيق المباشر من التفصيل والتحديد. عند ذاك تتدخل القرارات لتدقّق محتوياتها، وتحدّد طرائق تطبيقها. يتخذ القرارات كلّ من الوزير الأول والوزراء. الكلّ يصدر ما يتعلّق بمشروعات مهامه من قرارات. كما يمكن للسلط الجهوية أن تصدر عنها قرارات (قرارات صادرة عن الوالي أو عن البلديات) لتطبيق القوانين والتراتيب في نطاق الحدود الترابية لدوائرها.

واعتمادا على مبدأ خضوع القواعد القانونية للتدرّج السلمي، فإنّ القرارات الصادرة من السلط الإدارية لا يمكن لها أن تخالف المصادر التي تفوقها منزلة، وخاصة القوانين والأوامر. ذلك أنّ المحكمة الإدارية، التي تخضع لها الإدارة في سيرها، يمكن لها أن تلغي قرارا إداريا

قانونية، لأنّ أحكامها لا تتحلّى بالأوصاف الواجبة في القواعد القانونية، فهي إذن أوامر فردية. وهناك الأوامر ذات الصبغة الترتيبية التي تصدر عن السلطة الترتيبية، فهي المتضمنة لقواعد قانونية عامة، والتي يكون موضوعها مساعدة تطبيق القوانين حتى في صورة اشتغال القوانين على أحكام تفصيلية. كما يكون موضوع الأوامر الترتيبية إضافة قواعد تفصيلية عندما تكون القوانين مقتصرة على المبادئ العامة.

وللأوامر الترتيبية أهمية ذلك أنّها ودون سواها من الأوامر، الصنف الوحيد الذي يكون موضوعه متضمنا لقواعد قانونية عامة غير شخصية. إنّها بذلك، تمثّل مصدرا من مصادر القانون.

567 ينصّ الدستور في فصله 54 على أنّ: "الأوامر ذات الصبغة الترتيبية يقع تأشيرها من طرف الوزير الأول وعضو الحكومة المعني بالأمر". وبالإضافة إلى هذا فهي خاضعة، طبقا لقانون غرة جوان 1972،⁽²⁾ إلى دراسة مسبقة وإبداء الرأى من قبل المحكمة الإدارية قبل إصدارها. غير أنّ ذلك لا يعني أنّ رأي المحكمة يقيّد الحكومة أو رئيس الجمهورية. فالأمر الترتيبى إذن يشترط في صلوحيته رأي المحكمة الإدارية المسبق، ولكنّ ذلك الرأى له صبغة استشارية لا إلزامية، وبعبارة أخرى يبقى واضح الأمر الترتيبى قادرا على تجاوز الرأى المعارض له والمناقض.

568. يتنزّل الأمر، وأن كان مصدرا قانونيا، في المنزلة التي تلي منزلة القانون، ممّا يجعله غير قادر على مخالفته. غير أنّ هذا المبدأ يبقى نظريا إذ لا وجود لأيّ هيكل له الكفاءة للقيام بمهمة المراقبة القانونية للأوامر ذات الصبغة الترتيبية. فالمحكمة الإدارية

568. (1) ورغم ذلك فإنّ إثارة انعدام الصبغة القانونية للأوامر الترتيبية جازئة أمام المحاكم وذلك مملا بمبدأ الدفع بعدم الشرعية.

567. (1) قانون غرة جوان 1972 المذكور سابقا.

يخالف قاعدة قانونية أعلى منه درجة في السلم الهرمي، وذلك بناء على إجراء تجاوز السلطة.

IX - القرار العام الصادر عن سلطة مختصة

570. نذكر أخيراً أن عددا كبيرا من الأجهزة قد أحدثها القانون، وخوّل لها اتخاذ أحكام عامة تندرج في إطار مهامها، مثلما هو الشأن بالنسبة للهيئات المهنية. فليسلك المحامين مثلاً، مجلس عمادة المحامين، الذي يتكفل بمهام عديدة، منها مراقبة السير الحسن لمهنة المحاماة، وكذلك للكليات مجالس علمية تسهر على تنظيم الدروس والامتحانات. فكلّ القرارات التي تصدرها مثل هذه الأجهزة تكتسب صبغة المصادر القانونية، شريطة أن لا تتخذ طابعاً شخصياً، وأن تبقى عامة مجردة. وقد ينص القانون في بعض الأحيان، على أن قرار هذا الجهاز أو ذاك لا يكتسب قيمة قانونية إلا بعد أن تتم المصادقة عليه من قبل سلطة الإشراف.

ويتنزل هذا الصنف في أسفل السلم الهرمي للمصادر القانونية، وبهذا المعنى فلا يمكن له أن يخالفها، وإن حصل التعارض، فإنّ المحكمة الإدارية تقضي بإبطاله.

571. ويتكوّن من مجموع هذه المصادر سلم هرمي تتنزل فيه المصادر درجات، ويستمدّ كل مصدر قيمته من الذي يعطيه درجة، وبالتالي يخضع له ولا يخالفه. إنّ نظام محكم دقيق، ولكن منذ سنة 1976، نشأ مشكل تمثّل في تحديد مجال الأوامر بالنسبة لمجال القانون. فهل للأوامر مجال خاص بها غير خاضع للقوانين ؟ وهل هناك إمكانية للتمييز بين مجالي القوانين والأوامر ؟

ب : المجالات الخاصة بكلّ من القوانين والأوامر

I - طبع الهالة

572. لم يكن طرح القضية قاسماً إلا منذ التّقيح الذي أدخله القانون الدستوري عدد 37 لسنة 1976 المؤرخ في 8 أفريل 1976، ذلك أنّ سلطة مجلس النواب لم تكن تعرف قبل هذا التاريخ حدوداً لمجالها. فهناك أمثلة من الأوامر التي اتخذت دونما استناد إلى قوانين، في مجال تنظيم مهنة حرة أو مصالح إدارية. غير أنّ هذه الأمثلة بقيت قليلة العدد، وبقي دور الأوامر محدّد دائماً بتطبيق القانون. فإذا صدر مثلاً قانون يقضي بإحداث ديوان، فإنّه ينص على رئاسته من قبل رئيس مدير عام، ومجلس إدارة، ثم يضيف بأن تركيبة مجلس الإدارة سيضبطها أمر. فلا شيء إذن ينفلت من مقتضيات القانون إلا في صورة تخلّيه عن أمر لفائدة السلطة التنفيذية التي تتولّى ترتيباً ضبطه وتدقيقه.

573. هذا النظام قد تولّد عن الأفكار التي تبلورت في الأنظمة ذات الديمقراطية التمثيلية والتي كانت تسند السلطة العليا للمجالس النيابية باعتبارها تمثّل الشعب، وبالتالي تكون جميع قوانين البلاد من مشمولاته دون سواها. غير أنّه اتّضح فيما بعد ومنذ مدة طويلة، أنّ المجالس النيابية يستحيل عليها عملياً أن تعدّ القوانين وتناقشها وتسائر ما يستوجب النشاط الحكومي. كان ذلك منذ أن اتسع تدخل الدولة في الشؤون الاقتصادية والاجتماعية، ومنذ أن تشعبت الحياة المعاصرة تشعباً يجعل من العديد من المسائل مسائل تقنية بحيث فتعدّت لذلك القوانين بجميع أصنافها بل بلغت حد التضخّم. والحال أنّ مداولات المجالس النيابية تحتاج إلى وقت، والمصادقة على القوانين تتطلب مراحل فيها من التّأني ما يجعل المجالس لا تتناسب في بطنها مع حاجيات الحكومة الملحة. ولأجل هذا السبب كان اقتراح التّقيحات البديلة أمر لا بدّ منه.

وفعلا فقد تقلّصت مهام المجالس البرلمانية، وبالتالي اتسعت صلاحيات السلطة التنفيذية، أي أنّ مجال القوانين تقلّص مقابل اتّساع مجال الأوامر المستقلّة.

هذا الاختيار تبناه المجلس الفرنسي، ويمكن لنا أن نؤول التعديل الحاصل في تونس سنة 1976 في هذا الاتجاه.

II - المثال الفرنسي

574. كان النّظام الدستوري أثناء الجمهوريتين الثالثة والرابعة يقوم على هرمية النصوص التي كنّا عرضناها عند دراستنا للنظام التونسي لسنة 1959، ولكن منذ تأسيس الجمهورية الخامسة سنة 1958، أنشئ ميدان خاص بالأوامر تتمكّن الحكومة من خلاله من أن تمارس إلى حدّ، مهمة سنّ النصوص المتعلقة ببعض الميادين التي كانت ترجع تقليدياً إلى اختصاص السلطة التشريعية. وبذلك أصبح القانون لا يختص إلاّ بالمسائل ذات الأهمية الكبرى، ولا يتدخل في بقية المواد الثانوية إلاّ ليضبط مبادئها الأساسية، أي أنّ مهمة البرلمان تقلّصت وانحصرت في تسطير الاختيارات الكبرى وضبط ملامحها.

ورغم ظهور مواقف تعارض هذا الوضع وتندّد بما آل إليه القانون من تدنّ وتدهور في زعمها،⁽⁹⁾ فإنّ قافلة التطوّر لم تتوقف، بل إنّ سيرها لا مفرّ من تواصله، ذلك أنّ الأمر لم يبقّ منحصرًا في فرنسا، بل تجاوز حدودها إلى كلّ من الجزائر والمغرب الأقصى.

575. وعلى كلّ، ومهما يكن رأينا في شأن هذا النّظام، فإنّنا لا نستطيع أن ننكر أنّه متناسق من الوجهة الفنية. ولعلّ فالنّظام الجاري

به العمل في الجمهورية الفرنسية منذ دستور 4 أكتوبر 1958 هو كل منسجم، يسير سيرًا، في جملة، يلائمه فقد حدّد الدستور ميدان كل من القانون والأوامر المستقلة، وركزت أجهزة مراقبة تحسم ما قد ينشعب بين الحكومة والبرلمان من إشكال تأويلي أو تنازع اختصاصي ... فإذا كان المجلس يستعد للتصويت على قانون تعتبره الحكومة أمرًا يدخل في نطاق مشمولاتها، فإنّها ترفع القضية إلى المجلس الدستوري الذي يتولّى الحسم في التنازع. أمّا مراقبة شرعية الأوامر، فإنّ مجلس الدولة هو الذي يختصّ بها.

فهل استلهم من هذا النظام الفرنسي التنقيح التونسي لسنة 1976 ؟ إنه لأمر قد يتبادر إلى أذهاننا.

III - الإصلاح الدستوري لسنة 1976

576. أحدث الإصلاح المؤرخ في 8 أبريل 1976 لبسًا له شأن في أحكام الدستور التونسي ذات الاتصال بموضوع بحثنا. يستهلّ الفصل 34 جديد بهذه العبارات : "تتخذ شكل قوانين النصوص المتعلقة بـ" مشفوعة بقائمة طويلة نذكر منها بعض المواد المتصلة بالقانون الخاص، مثل "الجنسية، والحالة الشخصية، والالتزامات، و الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم، وضبط الجرائم والجنح، والعقوبات المنطبقة عليها".

أمّا الفصل 35 فيبتدئ بالجملة التالية : "يضبط القانون المبادئ الأساسية" ثم يتبعها تعداد مفصّل لمجال المبادئ الأساسية نذكر منها : "نظام الملكية، والحقوق العينية، وقانون الشغل، والضمان الاجتماعي". ولئن لم تقع الإشارة الواضحة إلى أنّ هذه المادة تابعة لصنف القوانين، وأنّ تلك من مشمولات صنف الأوامر، فإنّ قائمتي المواد الواردة في الفصلين الجديدين 34 و35 قد وقع تقديمهما بصيغتين مختلفتين ممّا يجعلنا أمام تأويلين ممكنين.

574. P. Durant : "La décadence de la loi dans la constitution de 1958"; JCP. 1959, (1).

575. Rivero (J) : "Regards sur les institutions de la Vème République". D.

1958 ch. p. 259 et s.

579. وقد انقسمت المواد القانونية منذ تنقيح 1976 وبصورة عامة، إلى مجموعتين.

المجموعة الأولى تضمّنها الفصل 34، وهي تخضع خضوعاً تاماً إلى القانون الذي له أن يترك بصفة صريحة للسلطة التنفيذية مهمة إتمامه بأمر، كما يمكن له ترك هذه المهمة لها حتى في الحالات التي لم ينص فيها على ذلك صراحة، بشرط أن يكون الأمر المتخذ هريصاً على احترام القانون حرصاً شديداً. فالأمر إذن، ليس له مجال خاص به، وإنما القانون هو الذي له أن يسند للأمر المجال التطبيقي، مع العلم أن القانون له أيضاً أن ينقح ما أضافه الأمر، أو حتى يلغي مضمونه. وفي نهاية التحليل، فإن العمل بالنظام السابق للتنقيح بخصوص هذه المواد لا يزال مستمراً.

أما المجموعة الثانية فهي التي تضمّنها الفصل 35 والتي لا تتبع القانون إلا بالنسبة لاختيار المبادئ الأساسية. وهذا يعني أن الأمر يتدخل لا للتطبيق فقط كما هو الحال في الفصل 34، بل وأيضاً ليسن قواعد من شأنها أن تضع مبادئ أساسية موضع التطبيق، أي ليؤول بها الأمر إلى وضع قواعد قانونية ذات طابع تشريعي. وقد انجرّ عن ذلك أن السلطة التنفيذية أصبحت منذ 1976 تتمتع بسلطة ترتيبية مستقلة.

580. ويمكن لنا لتدعيم هذا التأويل، أن نذكر أولاً نفس الحجج التي بررت الإصلاح الفرنسي لسنة 1958، كما يمكن أن نعتد ثانياً على التّأويل النصّي. فإذا تحدّد اختصاص القانون بالفصلين 34 و 35 في صياغتين متغايرتين، فإن ذلك ينبغي وجوباً، أن يناسب تغييراً في المدى، إذ الدستور لا يمكن أن يعتمد إلى التمييز عبثاً. وهذا يعني أن التأويل الشافي يبدو أكثر منطقية وأحسن تركيزاً وأكثر تطابقاً مع النصوص.

577. أول التأويلين : يمكن لنا أولاً أن نذهب إلى الافتراض بأن الإصلاح لم يأت بتغيير في الجوهر، بل انحصر أمره في صياغة جديدة للمبادئ القديمة، قد توخى فيها مزيد الدقّة والوضوح. وتبعاً لذلك فلم تخرج المواد مبدئياً عن القانون، ولا وجود لتغيير يجعلها من اختصاص الأوامر. هذا الطرح الافتراضي يستند إلى براهين عدة. إن إزاحة اختصاص القانون عن مادة أو قائمة من المواد وجعلها عنه تنقلت وإسناد النظر إليها لفائدة صنف الأوامر، لهو موقف يتصف بالخطورة الكبرى، وإنّه لا يمكن أن يتبنّى ضمناً أو يستنتج من الصياغة السيئة أو الغامضة التي عبّر بها في الفصلين 34 و 35. لا يمكن أن يكون واضعوا الإصلاح قد اقتبسوا من النظام الفرنسي أو تأثروا به إذ هو كما بينّا أعلاه، كل تكاملت عناصره بحيث يعسر عزل إحدى قواعده عن العناصر التي تكملها، وخاصة أجهزة المراقبة التي تتجسّم في المجلس الدستوري ومجلس الدولة.

578. ثاني التأويلين : ينطلق التأويل الثاني من معارضة الأول، ويذهب إلى القول بأن فهم الإصلاح لا ينبغي أن يؤدي إلى تجريده تجريداً كاملاً من منافع العملية. وهذا يعني أن واضعيه قد أرادوا فعلاً أن يدخلوا تغييراً في هذه المادة، وإن لم يكن ذلك كذلك فلم المراجعة ؟ ولم إعادة النظر في النصوص القديمة ؟ ولم لم يتمسك بالمحافظة عليها ؟ إن الجدوى الوحيدة من هذا التغيير يكمن في حصر مجال القوانين والإقرار بوجود سلطة ترتيبية مستقلة، وإلا أصبحت أعمال المشرع الدستوري من قبيل العبث.

يتجلى إذن أن هذا الطرح يذهب إلى القول بوجود تغيير عند الإصلاح. وتبعاً لذلك فقد اقتبس الإصلاح من النظام الفرنسي وتأثر به. ولذلك فقد ماثله في توزيع المواد إلى قائمتين، أولهما تقول بأن النصوص "تتخذ شكل قوانين" وثانيتهما تنص على أن القانون يضبط المبادئ الأساسية، فلا بد من نص آخر يتمم ويكمل. إنها مهمة الأوامر.

581. ولئن كان التأويلان اللذان عرضناهما مقبولين، ولئن وجد من يتبنّاهما من الدارسين⁽¹⁾ فإن ثانيهما يبدو لنا أكثر تطابقاً مع روح الصياغة الجديدة للدستور، وأكثر التصاقاً بنصّ الفصلين 34 و 35. وذلك أنّ صياغتين مختلفتين تناسبان بالضرورة، نظامين قانونيين متغايرين. هذا من جهة، ومن جهة ثانية ينبغي أن يفرض تأويل أيّ نص إلى إبراز أثره وإظهار فائدته والاعتراف له بجدواه التطبيقية.

582. غير أنّ المسألة تثار من جديد عندما يثبت الواقع أنّ الممارسة الدستورية تسير في اتجاه التأويل الأول. فإذا كان مجال الأوامر قد اتسع فعلاً منذ 1976 فإنّ السبب في ذلك لا يعود إلى الاعتراف للأمر بمجال خاص به، بل لأنّ القانون عادة ما يحيل إلى الأمر. وأبرز مثال لذلك يتجلى في مجلة الطرقات، حيث كانت المجلة القديمة مجلة "قانونية" تشريعية باتم معنى الكلمة⁽²⁾، أمّا المجلة الجديدة المنظّمة للجولان، فقد احتوت على جزء "قانوني"⁽³⁾، وهي مجلة مختصرة تعرف باسم "مجلة الطرقات" احتوت على الاختيارات الكبرى فقط، وعلى جزء انضاف بواسطة الأوامر⁽⁴⁾، وهي أوامر فصلت التنظيم القانوني وكمّلت المجلة.

وإنّ هذا التوزيع لا يتنافى مع الفصل 35 من الدستور، بل يطابق أحكامه حسب تأويلنا الذي ذهبنا إليه. لكنّ القانون كان دائماً ينص

581. Y. Ben Achour : *Droit Administratif*, Tunis 1982, n° 438 à 438 p. 427 à 432 ; (1)

A. Mestre : " *La signification de la révision constitutionnelle de 8 Avril 1976 en Tunisie*" Mélanges Marty LGDJ 1978, p. 833.

R. Jenayah : " *De l'existence des règlements autonomes en Tunisie*", R.T.D 1979,

II, 233 ; S. Chaabane : " *Le système constitutionnel à travers la réforme de 1976*",

A.A.N. 1977, p. 311.

582. (1) قانون عدد 48 لسنة 64 المؤرخ في 4 جويلية 1964.

(2) قانون عدد 41 لسنة 78 المؤرخ في 6 جويلية 1978.

(3) الأوامر عدد 1122 لسنة 78 المؤرخة في 28 ديسمبر 1978.

على الإحالة إلى الأمر، وهذا يمكن أن يؤدي إلى القول بأنّه يقع في الواقع العمل بالتأويل الثاني دون التصريح به صراحة وهذا يعني أنّ وجود التراتيب المستقلة لا تزال إلى وقتنا الحاضر غير مقبولة. إنّنا نعتبر إذن، أنّ التأويل الأول هو الوحيد الذي يجب تطبيقه فيما يتّبع من تحاليل، وخاصة في مسألة نسخ القوانين.

الفقرة الثانية : نفاذ القوانين

583. تعني كلمة "قانون" هنا مدلولها المتّسع الذي يتضمن كلّ النصوص القانونية التي كنّا تناولناها بالدرس. وكلّ القوانين ذات قوة إلزامية ينبغي أن تدرس من حيث شروط دخولها حيّز التنفيذ مع تحديد مداها الزمّني. فللقانون قوة إلزامية تنحصر مدتها بين تاريخ دخوله حيّز التنفيذ وتاريخ نسخه. فما هو معنى وأثر اكتساب القانون الصبغة الإلزامية (أ) وما هي شروط دخوله حيّز النفاذ (ب) ثم كيف تنسخ القوانين (ج).

أ- معنى قوة القوانين الإلزامية

584 - عندما يصدر قانون وتستكمل شروط دخوله حيّز التطبيق، يكتسب قوة إلزامية، أي أنّه يفرض فرضاً، وتطبّق أحكامه التي نصّ عليها حتى على من لم يكن على علم بصدوره، وأيضاً تطبّق العقوبات الجزائية التي تضمّنها وحدّها على كلّ من يخالفه.

585. وقد كان النظام القانوني الروماني عرف نوعاً من القوانين ؛ إنّها تلك التي لم تكن تتضمن عقوبات. وقد كانت تسمى "القوانين الناقصة". وهي الإسلام تصنّف أعمال العباد من الوجهة الدينية

إلى خمسة أصناف⁽¹⁾. ومن بين هذه الأصناف لا يعرف القانون الوضعي الحديث ثانيها (المستحب) ورابعها (المكروه) لأنه يتأسس على الأمر لا على النصيحة، وعلى منع القيام بالفعل المحضور لا على التوسل والطلب والمواظ. إنّه عبارة عن قواعد وأوامر وأحكام يتحتم الانصياع إليها وطاعتها. إنّه إذن ذو طابع إلزامي.

586. ولأجل تعميم طابعه الإلزامي هذا، وضع المبدأ المعروف القائل بأن الجهل بالقانون لا يقوم عذراً لأحد⁽²⁾ وهو مبدأ حكمي يجعل الناس جميعاً محمولين على معرفة القانون، ملزمين بالانصياع إليه، وبالتالي لا يمكن لأي أحد أن يتذرّع بجهله للقانون دفاعاً عن نفسه وتبريراً لفعلته، وإلا سهل التملّص من المسؤولية، وأصبح الجهل بالقانون أيسر سبيل وأفضل تعليل، فينجرّ من ذلك أن القانون ينتفي معناه، وينعدم كنهه، وأن الفوضى تصبح سيّدة الأوضاع في كلّ الأصقاع.

ورغم ذلك فإنّ الواقع يبيّن بجلاء ووضوح، أن المتقاضين لا يعرفون جميع القوانين وليسوا ملّمين بها بل أنّى يكون لهم ذلك والحال أنّ القانون يصحّ فيه القول بأنّه أصبح اختصاصاً لا يعرف عنه المواطن العادي إلا ما ندر وقل، إذ هو يهتم من به يتّصل، وعليه يشتغل، وفيه يحقق ويدقق، ولنصوصه المتراكمة المتزايدة يتابع ويساير. وينجرّ عن هذا الذي نقول في شأن المعرفة بالقانون وجهله، أنّ المقولة الحكميّة إنّما يعني مدلولها أنّ الادّعاء بالجهل بالقانون لا يمثل حجة يستفيد بها من يتمسك بها قصد التّفصّي من العقوبات، والتّصلّص من مفعول أحكام القانون الذي تقرّر سريانه حال نشره بالرائد الرسمي، إذ يمثل نشره بالرائد الوسمي عملية تمكّن كلّ من يهّمه الأمر من الاطلاع عليه والعلم به.

585. (1) الغرض والمستحب والمباح والمكروه والحرام.

586. (1) F.T. erré : *Le rôle de la maxime nul n'est censé...*, Etudes de droit contemporain 1966, p. 915 et s.

587. وعلى أساس ذلك، فإنّ المبدأ الحكمي قد لطّفت صرامته وخفّفت : ففي سنة 1906 عندما صدرت مجلة الالتزامات والعقود، كانت الأغلبية من التونسيين تخيم عليها الأميّة، وكان مفعول نشر القوانين بالرائد الرسمي يعسر تحقيقه، إن لم نقل يستحيل، فكان على مشرّع ذلك العهد ألا يتغافل عن ذلك الوضع ويخرجه من اعتباره. ولأجل ذلك جاء الفصل 545 من نفس المجلة ناصراً على أنّ جهل القانون لا يكون عذراً في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفي حتى على العوام... وبعبارة أخرى فإنّ التذرّع بالجهل لا يمكن أن يكون له مفعول إذا ما تعلّق القانون بمنع فعل أو بتطبيق قاعدة يعرفها الناس جميعاً لدرجة أنها أصبحت جزءاً من التّراث الثقافي التونسي، مألوفة لدى الجميع، يصبح التعلّل بجهلها زعماً ليس من قبله ولا من بعده زعم.

أمّا إذا تعلّق الأمر بقانون لا يقرّر حظراً ويتضمن قاعدة جديدة طريفة، وإذا ما كان اندماجها في العادات والتقاليد لم يتمّ بعد، فإنّ الأمّي يمكنه أن يعتبر وجودها لا عهد له بها، وتكون بذلك حجة جهله بها صالحة مقبولة.

588. ويتجلى ذلك في مثال الشّخص الذي قبل عن رضا قسمة تركة على أساس أحكام التشريع الإسلامي التقليدي، ثمّ يقدّم بعد ذلك طلباً في إبطال القسمة بناء على الجهل بأنّ القواعد القديمة كان قد نقّحها المشرّع عن الاتفاق على القسمة. إنّ الجهل إذن يمكن أن يتعلّق مثلاً بتأسيس الوصية الواجبة لفائدة الأحفاد الذين يستحقّون حصّة من تركة أجدادهم حتى في حالة بقاء العمّ والعمّة على قيد الحياة⁽³⁾.

588. (1) محمّد الشّرفي : *"Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et la modernité"* RTD 1973, p. 11.

القانون المؤرّخ في 19 جوان 1959، الفصل 191 من م.أش.

589 - إن مثل هذه الظروف الكافية للتدليل على أن حجة الجهل بالقانون ممكنة، وأن المتقاضين يحصل لهم فعلا أن لا يكونوا على علم بوجود قانون، وأن القاعدة التي تضمنتها الفصل 545 من مجلة الالتزامات والعقود، قد جاءت طريفة لامت وضعها آنذاك، وانسجمت مع المجتمع التونسي الذي كان جله أميا زمن إصدارها. أما اليوم، فإن المعطيات قد تغيرت، إذ بسبب انتشار التعليم، أصبحت ظاهرة الأمية تتجه إلى التلاشي، وأصبح المجتمع التونسي في جله اليوم متعلما. فهل يدفعنا التفكير بأن القاعدة قد انتفى سببها ولم يعد لبرر وجودها معنى ؟ وأن تنقيحها جذريا لمجلة الالتزامات والعقود سيؤدي حتما إن حصل، إلى حذف الصياغة الواردة في الفصل 545 منها ؟

إننا نرى أنه من الضروري أن يشمل التغيير مفهوم "العوام" الذي لم يعد يناسب واقع المجتمع التونسي. أما الفكرة من حيث جوهرها فيمكن المحافظة عليها، لأنها تعني في واقع الأمر أن البعض من حالات الغلط في القانون يمكن أن يحصل، وبالتالي يمكن قبوله، ويكون ذلك لا لغاية التفصلي من تطبيق القانون، وإنما لتبرير غلط معيب للرخص في الأعمال والتصرفات التعاقدية والإرادية.

وليس هذا الأمر غريبا على الفقه وفقه القضاء في بلدان أخرى. إنهما يقبلان أن يكون الغلط في القانون في ظروف معينة، مماثلا لما يحصل في شأن الواقع من غلط، وبالتالي فالغلط يمكن أن يعذر وينجر عنه بطلان العقد مثالا على أساس عيوب الرضا⁹. إنه الحل الذي تبنته مجلة الالتزامات والعقود في فصلها 44 حيث يقول "العقد المبني على جهل عاقله لما له من الحق يجوز فيه الفسخ..." والمراد هو البطلان.

وفي ما عدا هذه الوضعية فإن العمل يتجه بالقاعدة التي لا تسمح بإبراء ذمة شخص إن كان هذا الإبراء قائما على ادعاء جهل المعني بالأمر للقانون.

ويخضع دخول القانون حيّز النفاذ لعدة شروط الغاية منها وضع مبدأ افتراض العلم بالقانون مرهق التطبيق الفعلي.

ب- شروط دخول القانون حيّز النفاذ

590. يدخل القانون حيّز التطبيق، ويبدأ العمل به، وتحدث آثاره القانونية عند إصداره ونشره. فباستكمال هذين الإجراءين يتسنى تحديد تاريخ دقيق للعمل بحكم القانون.

I - الإصدار

591. يتم إمضاء الأوامر أو القرارات من قبل السلطة المختصة الممثلة في رئيس الدولة أو الوزير أو غيرهما من السلطات المختصة. ويشترط في دخول هذه النصوص حيّز التطبيق أن توقع وتنشر. غير أن لفظة "إصدار"، المتضمنة لمعنى الإمضاء، تعني بالنسبة للنصوص التي هي شكليا قوانين، معنى قانونيا أكثر اتساعا ودقة في نفس الوقت. إنها تعني ما يقوم به رئيس الدولة باعتباره السلطة المختصة حسب الدستور، من تثبيت من صحة الإجراءات المتعلقة بإعداد النصوص، مثل الاقتراح عليها، والجل القانوني إن وجد (15 يوما بالنسبة للقوانين الأساسية)، والأغلبية المطلوبة (أغلبية عادية أو أغلبية الثلثين حسب الحالات)، والإذن بالتنفيذ.

ويمكن تعريف الإصدار على أنه العمل الذي يقوم به رئيس الجمهورية، والذي يشهد بمقتضاه بوجود القانون ويأمر به السلطات العامة لتنفيذه.

592. إن إصدار النص القانوني هو في الواقع عملية تتبّع المراحل التالية التي نصت عليها أحكام الفصل 52 من الدستور :

يتولى رئيس مجلس النواب إبلاغ النص إلى رئيس الجمهورية بعد أن تتم المصادقة عليه من قبل الجهاز التشريعي. وقد منح نفس الفصل لرئيس الجمهورية أجلا لا يتجاوز خمسة عشر يوما، وهو أجل التثبّت في صحة النص الإجرائية والتّريث في ختمه. قبل إنقضاء الأجل يختم رئيس الجمهورية النص ويسهر على نشره بالرائد الرسمي. و لكن في صورة رفضه له، يرده في نفس الأجل إلى مجلس النواب لتلاوة ثانية، وإذا وقعت المصادقة عليه بأغلبية الثلثين، فإن على رئيس الجمهورية إصداره ونشره في أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما.

593. يفتح رئيس الجمهورية، في جميع الحالات كلّ النصوص القانونية بصيغة يحدّد فيها أنّ النص صادر باسم الشعب التونسي ومصادق عليه من قبل مجلس النواب. ثمّ في خاتمة النصّ ويعدّه يضيف الرئيس الجملة التالية : "ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة" ويشفع ذلك بختمه.

594. ويحمل كلّ نصّ مكان إصداره وتاريخه حسب العبارة : أصدرنا في (مكان كذا) ... يوم (كذا) سنة (كذا). والملاحظ في هذا الصدد أنّ العادة جرت منذ عهد البايات وعهد الحماية أن يكون تاريخ النصوص مزدوجا إذ هي تحمل كلا من التاريخ الهجري والتاريخ الميلادي في نفس الوقت، وقد استمرّ العمل بها في سنوات الاستقلال الأولى إلى غاية صدور القانون المؤرخ في 24 جويلية 1965⁽¹⁾ الذي أصبح بمقتضاه التاريخ الرسمي للبلاد التونسية هو التاريخ الميلادي. ومنذ ذلك التاريخ أصبحت النصوص القانونية تؤرخ حسب الرّزنامة الميلادية.

594. (1) قانون عدد 31 لسنة 1965 المؤرخ في 24 جويلية 1965.

وقد اعتبرت محكمة التعقيب أنّ قضية الأصل غير ملزمين بإثبات التاريخ الهجري في أحكامهم وقراراتهم⁽²⁾ وقد أصبح اليوم التاريخ الميلادي هو وحده المعمول به في جميع الأصعدة والمؤسسات، سواء كانت تشريعية أو قضائية أو إدارية.

595. ويعرّف القانون وينعت بتاريخ ختمه، غير أنّ ذلك يصعب اتّباعه عمليا. إذ يحدث أن تختم في يوم واحد قوانين عديدة، ولذلك وقع إكمال تسمية القوانين بنظام التّرقيم أن تكون النصوص مرقّمة حسب ترتيب إمضائها بداية من كل سنة إدارية. فالتسمية الدقيقة، لكلّ نص قانوني تحتوي أولا على رقمه وسنة إصداره ثم تاريخه. ونفس الشأن بالنسبة للأوامر والقرارات، وللتدليل على ذلك يمكن أن نورد المثال التالي : القانون الدستوري عدد 37 لسنة 1976 المؤرخ في 8 أفريل 1976. ويجدر بنا أن نوكدّ أخيرا أنّ القانون ينبغي أن ينشر بعد ضبط تاريخه وختمه.

II - النشر

596. لا بد أن يكون الناس جميعا على معرفة بالقواعد القانونية تطبيقا للمقولة المبدئية القانونية : "لا يقوم الجهل بالقانون عذرا لأحد". في هذا المجال فإنّ معرفة النصوص القانونية، وخاصة التشريعية منها والتّرتيبية لا بدّ منها، ويترسّب على ذلك أنّ النصوص القانونية ينبغي أن تكون سهلة النال متوفرة لمن يريد الاطلاع أو الحصول عليها، حتى تكون المؤاخذه منطبقة وحتى يصبح للمبدإ معنى. فلا يصحّ مؤاخذه الأفراد عن جهلهم للقانون إن لم يتمكنوا من الاطلاع عليه وعلى فحواه. فالتنظيم القانوني لا يستقيم

(2) قرار تعقيبي مؤرخ في 6 جوان 1974 نشرية. 1 ص 154.

إلا عند الجهر بأحكام قواعده، لذلك فإن السرية لا تتلاءم والقانون، ولا تناسب منطقته وغاياته.
والرأى الرسمي هو الذي يتولى نشر القوانين.

597 يعتبر "الرأى التونسي" أقدم صحيفة تونسية⁽¹⁾ ذلك أن أول عدد منه ظهر بتاريخ 22 جويلية 1860. وقد كان الرأى التونسي في الفترة السابقة للحماية ينشر باللغة العربية فقط، أما محتوياته فكانت الأوامر الصادرة عن الباي، وأحيانا بعض الأحكام القضائية الهامة، وحتى المقالات غير القانونية. وهذا يعني أنه كان عبارة عن صحيفة تجمع بين الإعلام القانوني الرسمي، والأخبار العامة.

ثم تغيرت تسميته بعد انتصاب الحماية فأصبحت "الرأى الرسمي التونسي" بمقتضى الأمر العلى المؤرخ في 27 جانفي 1883⁽²⁾ وكذلك أصبح مزدوج اللغة (عربية/فرنسية).

وعند الإعلان عن الجمهورية تغيرت تسميته ثانية فأصبحت "الرأى الرسمي للجمهورية التونسية" وهي التسمية التي لا تزال قائمة إلى اليوم. وقد حافظ على ازدواجية اللغوية بسبب اعتماد الكثير من المصالح الإدارية على اللغة الفرنسية وذلك إلى حدود هذه السنة 1993⁽³⁾.

598. غير أن النص العربي هو الذي يقع تغليبه إذا ما حصل اختلاف أو تعارض في النصين العربي والفرنسي ذلك أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للدولة اعتمادا على أحكام الفصل الأول من الدستور الذي يؤكد على استقلال الدولة وسيادتها وعلى عروبة لغتها وكذلك بناء على ما

597. Mongi Smida : " Aux origines de la presse en Tunisie. La fondation du " (1) RAID. Imprimerie officielle. Tunis 1979.

(2) أمر 1 / 27 / 1883.

(3) انظر الفقرة اللاحقة عدد 598.

جاء به القانون الجديد لسنة 1993⁽¹⁾. ولقد كانت النصوص الرسمية قبل الحماية تنشر باللغة العربية فقط، وفي ذلك علامة تبرز سيادة الدولة التونسية، ثم أصبحت بعد الحماية تنشر باللغتين العربية والفرنسية، أي أن علامة الازدواجية اللغوية كانت تناسبها ازدواجية سياسية تتمثل في طبيعة السيادة داخل الدولة المحمية. وفي صورة حصول تعارض بين الصياغتين العربية والفرنسية كانت المحاكم التونسية تعتمد على النص العربي، في حين أن المحاكم الفرنسية كانت تعتمد على الصياغة الفرنسية وذلك عملا بالفصل الثاني من الأمر العلى المؤرخ في 27 جانفي 1883.

وقد استمر هذا الوضع الثنائي إلى أن تغير حصول البلاد التونسية على استقلالها الداخلي، فقد نص الفصل الخامس في فقرته الأولى من الاتفاقية التونسية الفرنسية المؤرخة في 3 جوان 1955 والمتعلقة بوضع الأشخاص، على وجوب نشر النصوص القانونية التونسية باللغتين العربية والفرنسية معا، وكذلك على وجوب اعتماد النص العربي عند حصول تعارض في التأويل أو اختلاف في الصياغة.

وبعد نشر اتفاقيات الاستقلال الداخلي بمقتضى الأمر المؤرخ في غرة سبتمبر 1955 بالرأى الرسمي الصادر في 6 سبتمبر 1955، جاء أمر 8 سبتمبر 1955 كأول نص تونسي يتم إصداره بعد الاتفاقيات ليثبت أفضلية النص العربي وليؤكد على تغليبه على النص الفرنسي.

599. أما اليوم فإن النص العربي هو النص الأصلي، والصياغة الفرنسية ليست سوى ترجمة له ؛ ذلك أن الفصل الأول من الدستور ينص صراحة على أن العربية هي اللغة الرسمية التونسية.

598. (1) قانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 93 / 7 / 5 يتعلق بنشر النصوص القانونية بالرأى الرسمي للجمهورية التونسية ونفاذها. الرأى الرسمي 1993 من 931.

وفعلا فالنصّ يحرّر باللغة العربية وبها يناقش في مجلس النواب، وهو الذي يوقع عليه رئيس الجمهورية. ونفس الأمر بالنسبة لسائر النصوص القانونية التي يتم التوقيع عليها في نسخها العربية، اللغة الرسمية للبلاد. أما نقل النصوص إلى اللغة الفرنسية فإنه من عمل المصالح الإدارية.

وجاء القانون الجديد مدعماً لهذه الوضعية حيث أوجب نشر النصوص القانونية باللغة العربية معتبراً أن دور الترجمة إنما هو الإعلام فحسب⁽¹⁾ هكذا عاد وضع القانون التونسي إلى ما كان عليه قبل الاستعمار.

ورغم ذلك فإن الترجمة يمكن أن يعتمد عليها لاستشفاف مقاصد المشرع عندما يكون النص الأصلي العربي يكتنفه الغموض واللبس أو النقص. إذ قد يحدث أن يكون نص قانوني قد حرّر في البداية باللغة الفرنسية من قبل المصالح الفنية ثم ترجم إلى اللغة العربية، وبذلك فإن النص الفرنسي في مثل هذه الحالة يكون مؤهلاً أكثر للتعبير عن إرادة مؤلفة، وبالتالي يمكن استعماله واللجوء إليه بصفته جزءاً من الأعمال التحضيرية، ولكن بشرط أن يكون النص العربي غامضاً لا يعبر بجلاء عن مقاصد المشرع، أو أن يكون المصطلح الوارد في الصياغة العربية فاقداً لمعناه القانوني.

أما فقه القضاء، فله موقف دقيق في وضوحه، ذلك أنه يمكن القاضي من الرجوع إلى النص الفرنسي ليؤوّل النص العربي⁽²⁾ عندما يكون غامضاً، ويستشف معناه، ولكن إذا اتضح التعارض وقام الخلاف بين النصين، فالنص العربي هو الذي يعتمد دون سواء⁽³⁾. وهذا الموقف

599. (1) الفصل الأول من القانون عدد 64 لسنة 1993.

(2) ومثال ذلك ما جاء في قانون المنافسة من التخصيص على الغرامة عوضاً عن

الخطأ. الفصل 34 من قانون 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29/7/1991.

(3) تعقيبي مدني عدد 6396 في 18 فيفري 1969 م.ق.ت. ص 63 - نشرية

ص 25 - تعقيبي مدني عدد 10227 بتاريخ 12/3/1974 : نشرية II - 58.

لا يمكن مخالفته إلا متى اشترطنا في أن يكون لتغليب النص العربي أثر قانوني مقبول.

600. وتجدر الإشارة إلى أن الرائد لا تنشر فيه النصوص التي يكون مداها محدوداً لأنها لا تهم إلا عدداً قليلاً من الأشخاص، مثل مقرارات المجالس المهنية، أو مداولات مجالس المؤسسات التعليمية، أو لأنها لا تنسحب على كامل التراب الوطني، مثل قرار يصدره الوالي أو آخر بلدي. وهذه النصوص لا يمكن معارضة الغير بها إلا إذا كانت موضوع دعابة إعلامية خاصة، إنها تبلغ إلى المعنيين بأمرها بحسب الحالات عن طريق نشرها في جريدة محلية أو عن طريق المراسلة أو المنشاير أو بواسطة التعليق الخاططي وما إلى ذلك....

III - تاريخ دخول القانون حيّز التنفيذ

(1) المبدأ

601. بما أن الأشخاص ملزمون بالنص القانوني المنشور، فإنه يجب أن يتوفّر لديهم الرائد الرسمي، وكذلك الوقت الكافي للاطلاع عليه. ولأجل ذلك فقد كان الفصل الثالث من الأمر المؤرخ في 13 سبتمبر 1956 ينص⁽¹⁾ على أن النصوص تدخل حيّز التنفيذ بتونس الحاضرة بعد يوم كامل من نشرها أي بعد اكتمال 24 ساعة (من الساعة 0 إلى الساعة 24) وهذا يعني أن ظهور الرائد الرسمي صباحاً أو بعد الظهر لا يغيّر في شيء من تاريخ دخول النصوص المنشورة فيه حيّز

601. (1) الأمر المنقح للامرين المؤرخين أولهما في 17 جانفي وثانيهما في 8 سبتمبر

1955 والصادرين عن الباي.

التنفيذ الذي يبدأ العمل به دائما في صبيحة اليوم بعد الموالي⁹ من صدور الرائد الرسمي. وكان نفس الأمر المذكور ينص على أن القوانين تدخل حيز التنفيذ في الدوائر الترابية للولايات الأخرى داخل الجمهورية بعد يوم كامل وحسب نفس التعداد، لكن من وصول الرائد الرسمي إلى مركز الولاية. فإذا ما حصل تأخير مأتاه البريد، فإن المتقاضين لا يتحملون تبعته إذ أنهم لا يحملون على معرفة القانون الجديد إلا بعد وصول الرائد الرسمي إلى مركز الولاية. فالرائد الوسمي يفترض إذن أن يتم توزيعه في جميع مناطق الولاية في نفس الوقت الذي يصل مركز الولاية.

602 . وأثار هذا النظام، نظام تحديد أجل دخول القانون حيز التنفيذ صعوبتين اثنتين : فمن جهة، يعتمد التّحديد على واقعة، هي وصول الرائد الوسمي إلى مركز الولاية تحتاج إلى إثبات وقوعها، بل إنها قد تكون مبعثا للمعارضة في حالة التقاضي مما يجعلها غير ناجعة كحجة للحسم في الحكم القضائي، وبذلك فإن النظام الذي اعتمد على الأمر المؤرخ في 27 جانفي 1883 كان أفضل من النظام الحالي، لأنه ضبط أجلا معيناً لدخول القانون حيز التنفيذ مناسبا للمسافة التي تفصل بين تونس وكل مدينة داخل البلاد، ولذلك فقد كانت الأجال متفاوتة بتفاوت المسافات.

أما ثانية الصعوبتين فتتمثل في أن أجل دخول النصوص حيز التنفيذ غير موحد في البلاد التونسية، وهو أمر يمثل صعوبة بالنسبة

(2) تعقيبي مدني عدد 1256 بتاريخ 10 جوان 1977 نظرية II ص 21.

تعقيبي مدني عدد 4145 بتاريخ 80/12/2 م.ق.ت. ديسمبر 1981 ص 75.

للعلاقات التعاقدية التي تربط أشخاصا يقيمون في مناطق مختلفة من البلاد، بل قد تنجر عنه مشاكل عدة. وهذه النتيجة تتعارض ووجوب التوصل إلى تاريخ موحد حتى يقع العمل بنفس حكم القانون في كامل الإقليم الخاضع للسيادة الواحدة.

603 . والواقع أن هذا النظام كان قبل عقود يجد ما يبرره فمن المعروف أن وسائل الاتصال كانت بطيئة وصعبة، وأن إدارة البريد كانت في بدايتها غير متطورة، ولذلك فمدينة قفصة مثلا، يدخل فيها القانون حيز التنفيذ حسب أمر 1883، بعد 15 يوما من نشره بالرائد الرسمي. واليوم بفضل سرعة المواصلات، وتعدد وسائل النقل والمواصلات المكتوبة منها والسمعية والبصرية وبخدمات البريد المنتظمة، أصبح كذلك النظام الذي اقتضاه أمر 1956، عتيقا لا يناسب وقته.

لذلك، فإن توحيد أجل دخول القانون حيز التنفيذ في جميع نقاط البلاد التونسية أصبح أمرا محبذا ومستحسنا فجاء القانون الجديد لسنة 1993⁽¹⁾ موحدا لتاريخ دخول القانون حيز التنفيذ فتكون النصوص نافذة المفعول في كامل البلاد بعد مضي خمسة أيام على إيداع الرائد الرسمي بمقر ولاية تونس العاصمة دون أن يعتبر في حساب الأجل يرم الإيداع.

603. (1) قانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 5 / 7 / 1993 يتعلق بتخفيض النصوص القانونية بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذها، الرائد الرسمي 1993 ص 931 وهكذا أخذ القانون بمقتراح الأستاذ الشرقي الذي كتب في هذا المجال، الطبعة الأولى فقرة 282، "إن توحيد أجل القانون حيز التنفيذ في جميع نقاط البلاد التونسية أصبح أمرا مقبولا مع تحديده بيومين أو ثلاثة من تاريخ ظهوره منشورا في الرائد الرسمي".

(2) الاستثناءات

- التقديم

604. تضمن النظام المتبع حالياً استثناء أول نصت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل الثاني الجديد يتمثل في أن التنفيذ الفوري يمكن أن ينص عليه إجراء صريح وتكون في هذه الحالة وسائل الإعلام العادية، مثل الإذاعة والتلفزة، عبارة عن وسائل استثنائية تجتد لإبلاغ الأحكام القانونية الجديدة إلى عموم الناس، حتى يكونوا على علم ودراية بها. غير أن هذا الاستثناء نادراً ما يقع اعتماده وقليل ما يلجأ إليه⁽¹⁾ وتحصل هذه الصالة عند الإعلان على حالة الطوارئ أو ما شاكلها من وضعيات أمنية استثنائية.

وقد يذهب الاستثناء بالقانون إلى حد الأخذ بالآثر الرجعي في تطبيقه وهي مسألة أخرى سنتناولها بالدرس لاحقاً⁽²⁾.

- التأجيل

605. وبخلاف ذلك فالاستثناءات التي تكون في الاتجاه المعاكس وفيرة، فهي التي تشكل الاستثناء القانوني الأوفر عدداً وقد نص عليها القانون الجديد صلب الفقرة الأخيرة من الفصل الثاني منه، ذلك أنه عندما يأتي قانون جديد يحمل تغييرات ذات شأن كبير، وخاصة عندما يتعلق الأمر بمجالات جديدة، فإن المشرع يفضل أن يمنح للمتقاضين مهلة زمنية حتى يتمكنوا من الاطلاع على مضمون الأحكام الجديدة التي تكون أحياناً معقدة ويرجى دخولها حيز التطبيق إلى أسابيع، بل إلى أشهر من صدورها. وينص القانون على ذلك صراحة وحرفياً مثل ما هو الشأن

604. (1) يمكن أن نذكر ضرباً من تطبيق هذا الاستثناء في الأمر عدد 51 - 78 المؤرخ في 26 جانفي 1978 والمتعلق بمنع المظاهرات والمعلن عن حظر التجول في تونس ونواحيها والذي ينص في فصله الرابع على أن مقتضياته تنفذ "فوراً".

(2) الفقرات عدد 634 وما يليها.

بالنسبة لمجلة الالتزامات والعقود الصادرة في 15 ديسمبر 1906 والتي لم يبدأ سريان العمل بها إلا في غرة جوان 1907، وكذلك بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التي صدرت في 13 أوت 1956 والتي ينص الفصل الثاني من قانون إصدارها على أنه "يجري العمل بأحكام هذه المجلة ويقع تطبيقها ابتداء من غرة جانفي 1957 بدون أن يكون لها تأثير على الماضي ... أي أن دخول أحكامها حيز التطبيق قد أجل أربعة أشهر ونصف من تاريخ صدورها ونشرها بالرائد الرسمي"⁽¹⁾.

- التصويب

606. قد تتسرب في النص بعض الأخطاء المطبعية في إحدى مراحل المادية التي يمر بها قبل نشره في الرائد الرسمي، ذلك أنه سبق أن بينا أن النص يعرض على أعضاء مجلس النواب فيناقشونه ويعدلونه ويصادقون عليه، ثم يتولى رئيس المجلس عرضه على رئيس الجمهورية في صيغته النهائية، وبعد أن يوقع عليه رئيس الجمهورية، تتولى المصالح الإدارية تبليغه إلى المطبعة الرسمية لنشره في الرائد الرسمي. وفي صورة ظهور أخطاء مطبعية، فإن النص الذي تمت المصادقة عليه وإصداره هو وحده الذي يكتسب قيمة قانونية. وهذا يعني طبعا أن الأحكام الواردة في النص والتي علق بها أخطاء وتسريبت، هي نظرياً فاقدة للقيمة القانونية. غير أن عامة الناس لا يمكنهم الاطلاع على النص الأصلي، بل إنهم قد يقعون في غلط من جراء النص المنشور، وخاصة ذاك الذي لا يتبين فيه الخطأ بصورة جلية بديهية، وبالتالي لا يؤخذون على عدم التزامهم بحقيقة أحكام النص التي لم ينقلها إليهم الرائد الرسمي نقلاً أميناً.

ولأجل ذلك، فإن النص المنشور يلزم الجميع، باستثناء احتوائه على خطأ واضح أو عدم تصحيحه بالإحالة إليه ذاته. غير أن الخطأ لا يبقى

605. (1) عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

دون التفتّن إليه، إذ عادة ما تصلح الإدارة وتصحّحه بنشر "تصويب" له في أحد الأعداد اللاحقة للرائد الرسمي للجمهورية التونسية. ولا يمكن تطبيق إجراء التصويب هذا إلا في الأخطاء المادية البحتة، أي تلك التي نشأت عن الرّقن، أو عن عمليات التركيب والترصيف في المطبعة الرسمية. أمّا إذا كان الخطأ ناشئاً عن الصياغة، فإنّ الإدارة لا سلطة لها في القيام بأيّ تصحيح حتى ولو كان النص الذي تمّت صياغته في مجلس النواب لا يعبر عن مقاصدهم أو يخالفها. ذلك أنّ الإدارة إن عمدت إلى التصحيح، عدّ عملها تدخلاً غير مقبول في صلاحيات السلطة التشريعية، إضافة إلى خشية الوقوع في تحويل السلطة إذا ما عمدت الإدارة إلى تغيير النصوص التشريعية بتعلّة إصلاح الأخطاء وتصويبها. ولا يُعدّ الخطأ في التحرير والصياغة أمراً يستعصي إيجاد الطول له، فمن جهة يمكن لواضعه أن يصحّحه في نص جديد من صنفه تشريعياً كان أو توتيبياً، ومن جهة ثانية وحتى في صورة عدم إصدار نص جديد مصحّح للخطأ الذي يكون بيناً يديه، فإنّ القاضي يستطيع عند تطبيقه أن يؤوّل القانون، معتمداً على مقصد المشرّع، وأن لا يتقيّد بالعبارة التي استعملها تقييداً حرفياً. وسنرى لاحقاً تقنيات التّأويل وطرائقه.

ج - النسخ

607. يختلف النسخ عن إجراءات قانونية قريبة منه، فهو يتميز عن الإبطال. لأنّ الإبطال جزاء الإخلال بشروط الصحة. إبطال الأوامر والقرارات وحتى القوانين يتأسس نظرياً على مخالفتها للقواعد التي تلزمها في هرم النصوص القانونية وينبغي إبطال النصوص الترتيبية على معارضتها للقانون. ويقضى في بعض البلدان بإبطال النصوص التشريعية المخالفة للدستور. كما يمتاز الإبطال بآثره الرجعي، إذ تلغى مبدئياً كلّ ما ترتّب عن العمل بالحكم الباطل في الماضي.

أمّا النسخ، فإنّه يتعلّق بنصوص صحيحة توفّرت فيها كلّ الشروط القانونية الواجبة. لذلك فإنّ العمل بأحكامها كان صحيحاً مستقيماً. فالنسخ إجراء عادي، وهو من الأعمال التي يقوم بها المشرّع لغاية تحسين حال الأحكام القانونية بما هو أفضل وأنسب للحياة الاجتماعية المتجدّدة والمتغيّرة. فلا يلغى النسخ ما نتج عن العمل بالقانون المنسوخ من أثر، وما ثبت من مصالح.

ويؤدّي الإبطال إلى فراغ تشريعي، لأنّه لا يتوقّف على تغيير الحكم الباطل بحكم صحيح. وهذه وضعية لا تحصل في النسخ لأنّ النسخ يستوجب تغيير حكم قديم بحكم جديد، أي أنّه يتوقّف على إحلال الحكم اللّاحق محل الحكم السابق. فالتداول الحاصل في النسخ بين القوانين، هو تداول زمني بين القديم المنسوخ، والجديد الواجب.

لذلك فإنّ النسخ لا يتمّ إلّا متى اتحد القانونان في الموضوع، واختلفا في الغرض أو في الحكم. فالنسخ يستوجب تلاقي نصّين في المسألة القانونية الواحدة، وهو يستوجب تعارضهما في المضمون. لذلك لا يتمّ النسخ إلّا في حدود وفي نطاق توفّر العنصرين، أي الالتقاء والاتحاد في الموضوع، والاختلاف والتعارض في الفحوى والمحتوى. لهذا السبب يمكن أن يكون النسخ كلياً أو جزئياً، فهو كلّياً إذا كان التعارض تاماً بين النصّ القديم والنصّ الجديد، وهو جزئياً إذا كان الاختلاف لا يتعلّق إلّا ببعض بنود وشروط وأحكام القانون السابق.

608. القانون هو من حيث المبدأ قاعدة دائمة جعلت ليدوم بقاؤها. وعلى هذا الأساس فإنّ النصّ يستمرّ العمل به إلى أن يأتي نصّ جديد ينسخه ويبطل العمل به. ويخضع النسخ نظرياً إلى مبدأ توازي الصيغ والأشكال، وهو مبدأ نستطيع أن نوضحه بالمثال التالي: تكون القاعدة القانونية موجودة لأنّ نصاً قانونياً وضعها. إنها إذن موجودة لأنّ أمراً قد وضعها مثلاً، وهي لا تدخل حيّز التطبيق إلّا بداية من نشر الأمر في الرائد الرسمي، ويبقى سريانها إلى أن يأتي أمر آخر منسوخ.



في الرائد الرسمي فينسخها. فلقد نص الفصل 542 م ا ع في هذا المضمار، على أن القوانين لا تنسخ إلا بقوانين لاحقة. فالتوازي إذن يتعلق بالشكل، وبطبيعة النص، وبالسلطة التي منها ينبثق في ذات الآن. غير أن مبدأ التوازي هذا ينبغي أن يخضع إلى الكثير من مظاهر التدرج والتفاصيل.

I - السطة المختصة بالنسخ

609. هناك أولاً حالات تفاضلية مقبولة تتصل بالسلطة المختصة بالنسخ، ذلك أنه اعتماداً على المبدأ الأساسي القائل بـ "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل"⁽¹⁾ وهو مبدأ يتناسب مع نظام السلم التدريجي للقواعد القانونية، أي إذا كان أمراً ما يستطيع نسخ أمراً آخر فإنه يستطيع، بالآخرى أن ينسخ قراراً. وبذلك فالقاعدة المعمول بها تتمثل، في أن نصاً قانونياً يمكن للسلطة التي أصدرته أن تنسخه، كما يمكن نسخه من قبل سلطة أعلى منها، وهذا يعني أن القانون الجديد يبطل العمل وينسخ القانون القديم وكذلك وفي ذات الوقت، القرارات التي تم اتخاذها لتطبيقه. وهناك ثانياً حالات أخرى في التفاصيل تتصل بشكل النسخ.

II - أشكال النسخ

610. يتحتم أن يكون النسخ منصوباً عليه، وذلك أخذاً بمبدأ توازي الأشكال والصيغ. فالقانون الجديد ينبغي أن ينص على أنه جاء لينسخ ذاك القانون القديم أو ذاك الفصل أو تلك المجلة القديمة،

609. (1) وقع التأكيد بهذا المبدأ في الفصل 550 م ا ع.

وقد يكون النسخ أقل وضوحاً بالرغم من التخصيص الصريح على ذلك. وقد جرت العادة أن يختتم الفصل الأخير من النص الجديد بالصيغة المعهودة التالية: "أبطل العمل بجميع النصوص والقرارات المخالفة لأحكام أمرنا هذا". والمشرع إذ يختار استعمال هذه الصياغة العامة، فلأن المصالح الفنية لم تكلف نفسها عناء البحث والتقصي في جميع القواعد القديمة المتصلة بالموضوع الذي ينظمه القانون الجديد.

611. ولا يمثل النسخ الصريح، أي الذي يصرح به نص جديد حرفياً، الشكل الوحيد الممكن، فهناك أولاً إمكانية تتخذ فيها القاعدة لمدة زمنية محددة وعند انقضاء أجل المحدد يقع إبطال العمل بالقانون بصفة آلية ودون حاجة إلى نص جديد. أمّا في صورة صدور قانون جديد قبل انقضاء ذلك الأجل، فإن التخصيص الحرفي أمر لا بد منه.

612. وهناك ثانياً النسخ الضمني الذي لا يكون فيه التصريح نصياً، وهو حالة لا ينص القانون الجديد فيها على أن القانون القديم قد أبطل العمل به، بل إنه لا يتضمن حتى الصياغة المتعامل بها والمتمثلة في أن العمل بالأحكام السابقة والمخالفة للجديد قد أبطل. وبما أن تطبيق أحدهما لا ينبغي أن يتعارض مع الآخر، فإن تطبيق القانون الجديد يفرض فرضاً إذ هو يناسب أجداً ما يويده المشرع والمتمثل في إرادته الحالية. وفي هذه الحالة يقال إن القانون القديم قد نسخ ضمناً. والنسخ الضمني هو إحدى الصور الثلاث التي تعرض إليها الفصل 542 م ا ع. فيستنتج النسخ عند التقاء القانونين على صعيد واحد، وعند اختلافهما في المحتوى، إذ لا يعقل أن يتواجد في النظام القانوني الواحد حكمان متباينان مختلفان في الفحوى والآخر، فالنسخ الضمني هو استنتاج منطقي من تضارب في محتويات القوانين المتلاحقة زمنياً والمنظمة لنفس المسألة أي المنسجمة أحكامها على نفس الصنف من الوضعيات. وهذا الاستنتاج حتمي، لأنه يومي للحفاظ

وقد يكون النسخ أقلّ وضوحاً بالرغم من التّصنيف الصّريح على ذلك . وقد جرت العادة أن يختتم الفصل الأخير من النص الجديد بالصيغة المعهودة التالية : أبطل العمل بجميع النصوص والتّراتيب المخالفة لأحكام أمرنا هذا⁶¹¹. والمشرع إذ يخيّر استعمال هذه الصياغة العامة، فلأنّ المصالح الفئويّة لم تكلف نفسها عناء البحث والتّقصي في جميع القواعد القديمة المتّصلة بالموضوع الذي ينظمه القانون الجديد.

611. ولا يمثل النسخ الصّريح، أي الذي يصرّح به نص جديد حرفياً، الشكل الوحيد الممكن، فهناك أولاً إمكانية تتخذ فيها القاعدة لمدة زمنية محدّدة وعند انقضاء الأجل المحدّد يقع إبطال العمل بالقانون بصفة آليّة ودون حاجة إلى نصّ جديد. أمّا في صورة صدور قانون جديد قبل انقضاء ذلك الأجل، فإنّ التّصنيف الحرفي أمر لا بدّ منه.

612. وهناك ثانياً النسخ الضمنيّ الذي لا يكون فيه التّصريح نصياً، وهو حالة لا ينصّ القانون الجديد فيها على أن القانون القديم قد أبطل العمل به، بل إنه لا يتضمّن حتى الصياغة المتعامل بها والمتمثلة في أنّ العمل بالأحكام السابقة والمخالفة للجديد قد أبطل. وبما أنّ تطبيق أحدهما لا ينبغي أن يتعارض مع الآخر، فإنّ تطبيق القانون الجديد يفرض فرضاً إذ هو يناسب أحد ما يويده المشرع والمتمثّل في إرادته الحالية. وفي هذه الحالة يقال إنّ القانون القديم قد نسخ ضمناً. والنسخ الضمنيّ هو إحدى الصّور الثلاث التي تعرّض إليها الفصل 542 م 1 ع. فيستنتج النسخ عند التقاء القانونين على صعيد واحد، وعند اختلافهما في المحتوى، إذ لا يعقل أن يتواجد في النظام القانوني الواحد حكمان متباينان مختلفان في الفحوى والأثر، فالنسخ الضمنيّ هو استنتاج منطقي من تضارب في محتويات القوانين المتلاحقة زمنياً والمنظمة لنفس المسألة أي المنسوبة أحكامها على نفس الصّنف من الوضعيات. وهذا الاستنتاج حتمي، لأنّ يرمي للحفاظ

في الرائد الرسمي فينسخها. فلقد نصّ الفصل 542 م 1 ع في هذا المضمار، على أنّ القوانين لا تنسخ إلا بقوانين لاحقة. فالتّوازي إذن يتعلق بالشكل، وبطبيعة النص، وبالسلطة التي منها ينبثق في ذات الآن. غير أنّ مبدأ التوازي هذا ينبغي أن يخضع إلى الكثير من مظاهر التّدوُّج والتّفاضل.

I - السلطة المختصة بالنسخ

609. هناك أولاً حالات تفاضلية مقبولة تتّصل بالسلطة المختصة بالنسخ، ذلك أنّه اعتماداً على المبدأ الأساسي القائل بـ "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل"⁶¹⁰ وهو مبدأ يتناسب مع نظام السّلم التدرّجي للقواعد القانونية، أي إذا كان أمراً ما يستطيع نسخ أمراً آخر فإنّه يستطيع، بالأحرى أن ينسخ قراراً . وبذلك فالقاعدة المعمول بها تتمثّل، في أنّ نصاً قانونياً يمكن للسلطة التي أصدرته أن تنسخه، كما يمكن نسخه من قبل سلطة أعلى منها، وهذا يعني أنّ القانون الجديد يبطل العمل وينسخ القانون القديم وكذلك وفي ذات الوقت، القرارات التي تمّ اتّخاذها لتطبيقه. وهناك ثانياً حالات أخرى في التّفاضل تتّصل بشكل النسخ.

II - أشكال النسخ

610. يتحقّق أن يكون النسخ منصوباً عليه، وذلك أخذاً بمبدأ توازي الأشكال والصّنف. فالقانون الجديد ينبغي أن ينصّ على أنّه جاء لينسخ ذاك القانون القديم أو ذاك الفصل أو تلك المجلة القديمة،

609. (1) وقع التذكير بهذا المبدأ في الفصل 550 م 1 ع.

على التناقص العام للنظام القانوني. وليست المسألة بسيطة، فالاستنتاج هذا ليس سهلاً المثال، لذلك يجب الخوض في الموضوع بأقصى ما يمكن من التشدد حتى لا يجانب عمل رجل القانون الصواب، وحتى لا يخرف قصد المشرع.

613. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الفصل 542 من مجلة الالتزامات والعقود، يقدم طريقة أخرى من طريق النسخ. إنها تتمثل في الحالة التي رتب فيها القانون الجديد كامل المادة موضوع القانون القديم وبالتالي فلم يعد للقانون القديم أي مبرر لوجوده، ولا لتواصل العمل به⁽¹⁾.

وبصفة عامة، إذا تدخل المشرع بوضع القانون الجديد، فإن ذلك يعني أن حلول القانون القديم لم تعد ملائمة، وأن موضوع القانون الجديد هو تنقيحها. فهناك إذن تناقض بينها وتعارض، ولكن عندما لا يوجد تعارض بين القواعد، القديم منها والجديد، فإن القول بأن ذلك القانون قد نسخ والحال أن المشرع لم يصرح به، لهو قرار يتسم بالخطورة ومجانبة الصواب. ولذلك، فلا ينبغي التخلي عن القانون القديم إلا عندما يثبت انعدام التوفيق بين القانونين، القديم والجديد، أي عندما تكون المناهضة تامة والتناقض مطلقاً. وتبعاً لذلك ينبغي أن يكون النسخ بواسطة تنظيم كامل المادة في معنى الفصل 542 من مجلة الالتزامات والعقود، مخصصاً لحالات محدودة عندما يكون الشأن خارج حالات التعارض، مثل الحالة التي تكون فيها إرادة المشرع في نسخ القانون القديم، لسبب أو لآخر، بديهية بالرغم من عدم

613. (1) ينص الفصل 542 م.1.ع على أنه : "لا تنسخ القوانين إلا بقوانين بعدها إذا نصت المتأخرة على ذلك نصاً صريحاً أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها".

انظر : تعقيب مدني عدد 7073 مؤرخ في 11 نوفمبر 1969 نشرية ص 96.

التصريح بها. فإذا ما تعلّق موضوع قانون جديد بإصدار مجلة جديدة مثلاً، فإنّه من البديهي أن المجلة القديمة الحاملة لنفس الاسم، قد وقع نسخها حتى في صورة السهو عن ذكر ذلك . ولتيسير مسألة التحقق من التعارض، يقع التمييز بين الأحكام العامة والأحكام الخاصة.

III - الأحكام العامة والأحكام الخاصة

614. يطلق مصطلح "عام" على كلّ قاعدة قانونية تنظم مجالا أو كلّ المظاهر التي يتّصف بها نمط من النشاط الاجتماعي. أمّا مصطلح "خاص" فإنه يطلق على القواعد التي يكون موضوعها متصلاً بتنظيم نشاط محدد أو عملية مضبوطة، أو المبادلات المتعلقة بسلعة معينة أو إنتاج مخصوص. فالفصول المتواجدة بين عدد 564 و 717 المكونة للعنوان الأول من الكتاب الثاني لمجلة الالتزامات والعقود، تحتوي على تنظيم قانوني عام لعقد البيع، وتمثل تبعاً لذلك قانوناً عاماً، في حين أن القوانين الأخرى المحتوية على قواعد خاصة أو المتعلقة بالتجارة في الزيت مثلاً، أو في الحبوب، أو في الذهب، فهي تمثل بذلك قوانين خاصة.

615. وفي حالة وجود الاختلاف بين هذين النوعين، فإنّ الحسم يكون على أساس المبدأ المعمول به، والمتمثل في تغليب الخاص على العام. ويتجلى هذا المبدأ القانوني في طريقة توزيع محتويات مجلة الالتزامات والعقود، ذلك أنه بعد ذكر القواعد العامة في الفصول من 532 إلى 562 وقبل تناول تنظيم "العقود وشبهها" موضوع الكتاب الثاني الذي يحتوي على القواعد الخاصة بالنسبة للكتاب الأول، جاء الفصل 563 ليؤكد أن "الأحكام المقررة بالخمسمائة والاثنتين والستين فصلاً المتقدمة لا تنافي القواعد الخاصة المبينة بالمقالات المتعلقة بالعقود

الأولى. وهذا يعني أن القانون الثاني قد وقعت إحالته إلى القانون الأول الذي كان قد نظم المؤسسة الأولى.

غير أن الإحالة كتقنية قانونية، تشير مشكلة : ذلك أنه إذا صدر قانون ثالث يقضي بنسخ القانون الأول، فهل يقتصر مداه عليه فقط أم يشمل أيضا القانون الثاني باعتباره قد تمت إحالته إليه ؟ وبعبارة أخرى هل يبقى القانون الثاني ساوي المفعول أم ينسخ ؟ إنها مشكلة تطرأ خاصة بسبب عدم انتباه واضعي القانون الناسخ لسابقه، إذ غاب عن تفكيرهم تأثيره هذا غير المباشر.

ويرى الفقه⁽¹⁾ في شأن هذه المشكلة، أن أحكام القانون الذي تم نسخه تبقى نافذة المفعول في القانون الذي أحيل ولكن إذا ما كان موضوع الإحالة يتمثل في مؤسسة جذفها القانون الجديد، فإنه يشمل أيضا القانون المحال إليه ويصبح النسخ عندئذ تاماً.

V - نسخ القانون الناتج من تقادمه : القوانين المصحوبة

617. يمكن لنص قانوني أن يبقى مهما طيلة عشرات السنين، فلا أحد من المتقاضين يعتمد عليه، ولا أحد يطالب بتطبيقه واستعماله. لقد أعدمته الأحداث وقبرته الوقائع لدرجة أنه غابت ملامحه عن الرأى العام، بل وصل به الأمر إلى حد أن المجتمع بأكمله لم يعد يذكر له أثرا، أي أن الناس جميعا اتفقوا في عواذهم على عدم الالتجاء إليه، وهو أمر يذكرنا بقولة جان برتاليس الشهيرة "إن الشعوب لتقتص من القوانين السيئة وتتولى الحكم عليها". ولكن بالرغم من ذلك، فإن

الخاصة وهذا يعني أن واضعي المجلة قد قرروا تغليب الأحكام الخاصة على الأحكام العامة داخل المجلة. وبذلك، فليكن تعددت حالات التعارض بين نمطي الأحكام، فإن مبدأ التغليب يسهل تمييزه. إن المشرع عندما حسم في وضع القواعد الخاصة، قد بحث عن طرح النشاط الخاص من مجال تطبيق القاعدة العامة، أي أنه إذا كان قد اختار وضع تنظيم خاص لعمليات بيع الحبوب بصفة عامة، وينجر عن ذلك أنه إذا ظهر قانون جديد يغير عملية البيع عموما ويعيد تنظيمها، فإنه لا ينطبق على بيع الحبوب، فالحكم الخاص يقيّد مجال الحكم العام.

والحكم الخاص يتغلب على الحكم العام عندما يكونان متزامنين الصدور، مثل مجموعتي فصول صدرتا في مجلة واحدة، وكذلك عندما يكون الحكم العام لاحقا للقاعدة الخاصة. وهذا يعني أن قاعدة خاصة لا تنسخها قاعدة عامة إلا إذا نصت صراحة على النسخ، في حين أن القاعدة العامة تصبح عديمة التطبيق في المجال المعين الذي جاءت القاعدة الخاصة الجديدة لتنظمه⁽²⁾. فالحكم الخاص الجديد يقيّد الحكم العام القديم ولا ينسخه برمته، ولا ينسخ الحكم العام السابق إلا في مجال الحكم الخاص الجديد. فلا ينسحب مستقبلا الحكم العام القديم على مجال الحكم الجديد الخاص، إذ فيه يتحد الحكمان موضوعا ويختلفان محتوى. فيقع تغليب القاعدة الخاصة على القاعدة العامة في نطاق تطبيقهما المشترك.

IV - القوانين المحلية بعضها إلى بعض

616. يحدث أن تتم إحالة قانون إلى آخر. ويكون ذلك مثلا عندما يصدر قانون أول محدثا مؤسسة، متظما سيرها ودواليبها، ثم يصدر قانون ثان محدثا مؤسسة ثانية ناصا على أن سيرها يماثل سير المؤسسة

615. (1) تعقيبي مدني عدد 11571 مؤرخ في 4 جانفي 1975 التشريعية ص 16.

616. (1) Ghestin et Goubaux, n°256, et Marty et Raynaud, n°104 p.183.

المشكلة تُثار عندما تطرح المسألة أمام المحاكم : إنَّها مشكلة تتَّصل بمعرفة ما إذا كان يمكن التمسك بأنَّ إعمال هذا القانون أو ذاك لمدة طويلة قد يتسبَّب في نسخه ضمنيا. إنَّها مشكلة تتَّصل بما سنبينه لاحقا⁶¹⁸ من أنَّ العادات لا تستطيع نسخ قانون سنَّت أحكامه سلطة تشريعية عملا بأحكام الفصل 543 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أنَّ "العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح" وهذا يعني أنَّ القانون يظلُّ نافذ المفعول، ثم إنَّ الفصل 542 م 1 ع ينص صراحة على أنَّ القوانين لا تنسخ إلاَّ بقوانين.

غير أنَّ المسألة تطرح فقط عندما يتعلَّق الشان بالقوانين الظرفية إذ تقبل أكبر تيارات الفقه أنَّ القوانين التي سنَّت في ظروف خاصة، كالعروب أو الأزمات العصيبة، ثم وقع التخلي عن استعمالها وتطبيقها عند استتباب الأمن أو انفراج الأوضاع، هذه القوانين هي منسوخة ضمنيا. إنها فقدت قوتها الإرغامية بالرغم من عدم صدور نص صريح يقضي بإبطال العمل بها.

الفقرة الثالثة : تنازع القوانين

618. قد يحصل في شان عمل واحد أو واقعة واحدة أن تختلف الآراء في تطبيق النص القانوني الملزم، بل قد يؤدي ذلك إلى التردّد فياختيار النص الملزم من بين نصين اثنين، أو نصوص كثيرة. هذا الاختلاف أو التردّد في الاختيار، دليل على أنَّ القوانين متنازعة في ما بينها تنازعا يتَّخذ صنفين اثنين متميزين : التنازع بين القوانين يكون في الزمان، ويكون كذلك في المكان.

618. (1) انظر الفقرة 675 وما يتبعها.

أ- تنازع القوانين المكاني

619. يمكن لعلاقة قانونية أن توجد أو تنشأ في بلد وتحدث آثارا قانونية في بلد آخر تحكمه دولة أخرى، كما يمكن لنفس تلك العلاقة القانونية أن تتَّصل بأشخاص ذوي جنسيات مختلفة. وينجرّ عن ذلك أنَّه يتوجَّب إيجاد حلٍّ لاختلاف القوانين وتنازعها المتأثري عن صدورهما في دول مختلفة.

ويكون الحلّ بسيطا سهلا إذا ما تعلَّق الأمر بفرع القانون العام، إذ تتَّصل مسائله بسيادة الدولة، وبالأمن الترابي أو بتنظيم السُّلطة العمومية، وترتكز على مبدأ ترابية القوانين الذي به يطبَّق القانون العام التونسي وحده دون سواء على مجموع التراب التونسي، وهذا الإجراء ينسحب أيضا على القانون الجنائي الذي يتَّسم على هذا الأساس وكفرع قانوني بصفة القانون العام. لذلك فلا يعقل في هذه المسائل أن يعمل القاضي التونسي بقانون غير القانون التونسي.

لكن قد يحدث مع ذلك، أن يراعي القاضي التونسي نصّا قانونيا أجنبيا واردا في فرع القانون العام ويأخذ بأحكامه عندما يتثبَّت مثلا أنَّ ذلك الشخص الذي أبرم عقد زواج في بلد أجنبي وحسب قوانينه، ضابط الحالة المدنية، أو عندما يتأكَّد، وقبل تطبيق أحكام القانون الجنائي التونسي على شخص تونسي ارتكب جنحة خارج البلاد وعملا بمقتضيات الفصل 305 من مجلة الإجراءات الجنائية من أن القانون الأجنبي يحرم هو أيضا تلك الجريمة إذا ما كانت تشكل جنحة أو جناية. إلاَّ أنَّ هذه الحالات الاستثنائية ومثيلاتها، والتي يؤخذ فيها القانون الأجنبي بعين الاعتبار لا تفضي إلى إزاحة القانون التونسي إذ هو الذي يطبَّق⁶¹⁹.

619. (1) علي المزفتي المرجع المذكور ص 118 عدد 312.

620. أمّا بالنسبة للقوانين الأجنبية التي تنتسب إلى فرع القانون الخاص، فإنّ تطبيقها جائز ممكن من طرف محاكمنا الوطنية، لأنها لا تمسّ مباشرة بالأمن أو بسيادة الدولة. لأجل ذلك فإنّ جميع الأنظمة القانونية في العالم المعاصر، قد أقرّت بضرب من التسامح والتساهل، ممّا أدى إلى إيجاد نوع من التنسيق بينها، بالرغم من تواجدها في أنظمة سياسية مختلفة. هذا التنسيق كان مبعثاً لولادة مادة قانونية حديثة العهد ولتطورها، إنها مادة تنازع القوانين التي تمثل أهم أجزاء القانون الدولي الخاص، والذي أصبح بفضل قواعد التنازع التي يقرها، يمكن من تحديد القانون المنطبق على العلاقات الخاصة الدولية، مثل زواج جزائريين اثنين في تونس، أو زواج تونسيين آخرين في إيطاليا، ومثل طلاق يحصل بين زوجين أحدهما تونسي (أو تونسية) والآخرى (أو الآخر) فرنسية (أو فرنسي) أو عقد تجاري دولي أيضاً.

621. ولقد بلورت قواعد التنازع انطلاقاً من المبادئ الأساسية التالية واعتماداً عليها :

- مبدأ ترابية القانون بالنسبة للحقوق العينية، أي أنّ الحقوق المتعلقة بالمنقولات وخاصة العقارات الكائنة بالبلاد التونسية تخضع للقانون التونسي.

- مبدأ الشخصية بالنسبة للحالة الشخصية : فالأجانب مثلاً، ليتزوجوا في تونس، يجب أن تتوفر فيهم كلّ الشروط الجوهرية التي أقرها قانونهم الوطني⁽⁶⁾.

621. (1) الأمر المؤرخ في 12 جويلية 1956 والمنقح بالأمر المؤرخ في 24 جوان 1957

وبالقانون المؤرخ في 27 سبتمبر 1957.

- التصرفات القانونية تخضع من حيث الشكل إلى قانون المكان الذي فيه أبرمت، ومن حيث الأصل إلى القانون الذي اختاره أطراف التعاقد.

- المسؤولية المدنية خاضعة لقانون المكان الذي فيه حصل الفعل الضار.

ويجب أن نتفق أنّ هذا الذي ذكرنا ليس إلا مجرد مبادئ عامة. ذلك أنّ تطبيقاتها تثير مسائل معقدة ومشاكل متشعبة لا مكان لدراستها في هذا المجال، لأنها تتصل بفرع قانون مستقل هو القانون الدولي الخاص⁽⁷⁾ أمّا مسألة تنازع القوانين الزماني، فإنّها تحتاج إلى دراسة لا نكتفي فيها بمجرد استعراض سريع للبعض من المبادئ العامة.

ب- تنازع القوانين الزماني

622. يقوم الاختلاف بين القوانين المتنازعة مكاناً وتلك التي يكون تنازعها زماناً في أنّ النوع الأول يتصل بتعارض قوانين خاضعة لسيادتين أو أكثر، وأن النوع الثاني تتعلق فيه نظرية التنازع الزماني بقوانين تقع في حيّز قانوني واحد، وبالتالي تكون صادرة عن مشرع واحد، وإنما امرها يتمثل في تلاحقها وتتابعها زمنياً بطريقة تجعل أحدها ينسخ الآخر.

ولأنّ النسخ يختلف عن الإبطال، فالقانون القديم تبقى صلوحيته قائمة طيلة المدة التي كان فيها نافذ المفعول، وأنها تنتهي يوم يصدر قانون يقضي بنسخه وينجز عن ذلك إشكال يتمثل في تحديد مجالات التطبيق لكل من القانونين المتعاقبين.

وإنّ هذا الإشكال يكون عادة عن شأن المشرع مباشرة وهو، الذي يجد له حلاً بواسطة ما يسمى "الأحكام الانتقالية".

(2) للتفصيل انظر علي المزغني المرجع المذكور.

I - الأحكام الانتقالية

623. عندما يعمد قانون جديد إلى تعديل في تنظيم مادة قانونية بأكملها، أو عندما تصدر مجلة جديدة أيضا، فإنَّ المشرع يأخذ على عاتقه مهمة سنَّ أحكام خاصة قصد تطبيقها على الوضعيات الجارية، ولغاية التداخل وتلافي التشابك أو التقاطع بين القوانين.

624. وتكون الأحكام الانتقالية على ضربين اثنين. فقد يتخذ المشرع أحكاما انتقالية مادية، وذلك أخذا بعين الاعتبار ضخامة التغيير الذي يحمله القانون الجديد، ورغبة منه في جعله ممكن التطبيق على الوضعيات القانونية القديمة بشيء من اليسر والسهولة. وتلك الأحكام تتمثل في إجراءات خصوصية تطابق روح القانون الجديد وتصلح لتيسير ما يحدثه من حالات انتقالية، أو لجعله متاقما خاصة مع التصرفات أو الوقائع القديمة أو مع الوضعيات الجارية.

ولتوطئح ذلك نضرب المثال التالي : جاء القانون المؤرخ في غرة أوت 1957 والمتعلق بالحالة المدنية لينظم إبرام الزواج بصورة يكون فيها الزرَّجان متحصِّلين على "حجة رسمية كتابية" لا تكون إلا تلك الوسيلة الوحيدة للإثبات التي نصت عليها مجلة الأحوال الشخصية في فصلها الرابع. ثم إنَّ هذه الأحكام لا يشمل سريانها طبعاً، إلا المستقبل. أما حالات الزواج التي حصلت قبل صدور تلك النصوص في شكل "العرف"، أي تلك التي حصلت بدون تحرير حجة كتابية، فقد نظم لها المشرع، بواسطة القانون المؤرخ في 4 جويلية 1958، إجراءات خصوصية يمكن المعنيين بالأمر من الحصول على "شهادت زواج"⁽¹⁾. هذا الإجراء لا يمثل حالة من المفعول الرجعي للقانون، بل هو مثال وأنموذج للأحكام التي

624. (1) هناك مثال آخر : الفصل الثاني من المرسوم المؤرخ في 28 فيفري 1964 المتعلق بإصدار مجلة جديدة للجنسية والقاضي بالتعدييد في أجل الاختيار.

تتجه خصيصاً إلى وضعيات وجدت في الماضي وتواصل أثرها في الحاضر.

625. أما الضرب الثاني من الأحكام الانتقالية، فهي تلك التي تكون عادة أكثر بساطة إنَّها تقتصر على مجابهة الحالات التي تكون فيها الوضعيات جارية لأجل الفصل بين المدة التي فيها ينطبق التشريع الجديد عن تلك التي فيها وعليها يطبق التشريع القديم. وأوضح مثال على ذلك القانون عدد 5-65 المؤرخ في 15 فيفري 1965 والمتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية، والذي أقرَّ مبدأ المفعول غير الرجعي للمجلة الجديدة⁽²⁾ ولكنَّه أضاف في فصله الثالث أن "أحكام الفصول 131 إلى 141 الجديدة وبذخول الغاية" تطبق فوراً على التركات المنشورة والتي "لم تتم تصفيتهما [...] إلا إذا كانت القضية منشورة لدى محكمة الاستئناف أو محكمة التعقيب"⁽³⁾.

626. لكنَّ الحالات التي يتعرَّض فيها القانون إلى مسألة التنازع الزماني، تبقى قليلة نادرة، ولذا فإنَّه يتوجَّب عند التعرُّض إلى هذا الموضوع أن يتَّجه البحث إلى حلِّ خارج القانون ذاته، وهو أمر يثير مشاكل قانونية تكون أحيانا دقيقة جداً⁽⁴⁾. إنَّ مسألة تنازع القوانين الزماني تطرح قانوناً كنتيجة للنسخ الذي يترتَّب عليه تلاحق قانونين كان القديم منها نافذاً وحلَّ محله الجديد. وضرورة البحث في تنازع

625. (1) انظر في شأن مدى عدم الرجعية هذه : تعقيبي مدني عدد 11489 مؤرخ في 11 ماي 1976 النشرة II ص 31.

(2) راجع في شأن أحكام انتقالية مفصلة : العنوان VIII من قانون عدد 37 - 77 والمتعلق بتنظيم العلاقات بين المكثرين والمالكين في خصوص تهديد كراء المقارنات أو الملاءات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو العرفي.

626. (1) انظر مثلاً تعقُّد المشكل الذي تمَّ حله بالقرار : تعقيبي مدني 1110 مؤرخ في 11 ماي 1978. نشرية لص - 256.

القوانين تعود إلى ضرورة تخصيص لكل من القانونين مجالا زمنيا. ولا يكون ذلك إلا بتحديد أحكام عامة وقواعد مبدئية يجب العمل بها كلما سكت التشريع على التخصيص على أحكام انتقالية خاصة.

من المنطقي أن يكون الحد الفاصل بين مجالي القانون القديم والجديد متمثلا في اليوم الذي يدخل فيه القانون الجديد حيّز التنفيذ. فتنفصل الوضعيات القانونية والواقعية إزاء القانون بحسب تاريخ النسخ. ففي الوضعيات جانب برز تحت طائلة القانون القديم وفيها جوانب تبرز للوجود تحت حكم القانون الجديد. ومن المعلوم أن القانون الجديد لا ينبغي أن يكون له أثر على الماضي، بل على المستقبل فقط. وبعبارة اصطلاحية فليس له أثر رجعي بل له أثر فوري حيني.

II - عدم رجعية القانون

ليس لمبدأ عدم الرجعية نفس الأثر في المادة الجنائية والمادة المدنية.

(1) في المادة الجنائية

627. ينص الفصل 13 من الدستور على أن "العقوبة شخصية ولا تكون إلا بمقتضى قانون سابق الوضع" ذلك أن معاقبة شخص على فعل تعتبر مظلما إن لم يوجد نص قانوني يجرمها يوم اقترافها. ثم إن المظلمة تزداد فضاة عندما يتأكد لدينا أن التجريم يهدد الحرية الفردية للمتهم، ويعرضه للسجن، بل إنه لأكثر قسوة وفضاعة عندما يتعلق الأمر بحياة الأفراد وأرواحهم. ولأجل ذلك، ولكي يتلافى حصول مثل هذه المظالم، فإن هذا المبدأ أي مبدأ عدم الرجعية، يتنزل في مرتبة المبادئ الدستورية وبها يتخذ سلطته. إنه لا يفرض على القاضي فحسب، بل يفرض أيضا

على المشرع. فلا يحق لهذا الأخير وضع قوانين جنائية تكون رجعية المفعول.

628. غير أن استثناءين اثنين حصل الاتفاق على قبولهما في شأن هذا المبدأ.

يتمثل الاستثناء الأول عندما يتعلق الأمر بقانون جديد يسمى "القانون اللطيف" من القانون السابق أي عندما يكون النص القانوني الجديد أرفق بالمتهم وأصلح له من القانون القديم، إذ به يستفيد المتهم من تخفيف العقوبة. والمثال على ذلك أن القانون الجديد عندما تكون العقوبة التي يتضمنها أطف من تلك التي يتضمنها القانون القديم لنفس الفعل، هو الذي يعتمد في التطبيق، لأنه أصلح بالمتهم. وبالتالي فإن مبدأ عدم الرجعية يترك جانبا. إنه حل يلائم الجميع يلائم المتهم في صالحه بداهة، ويلئم المجتمع لأنه لم يخسر شيئا لأن المشرع إذ أقر القانون الجديد، إنما لأنه ارتأى أنه أفضل من القديم وأنه للمصلحة العامة أنسب منه أو أصلح. وبذلك فإن في تطبيقه، بكيفية أكثر اتساعا، فائدة لا يتنازع في قيمتها متنازعان، وإن في الاعتماد عليه حتى على الرقائع السابقة لوضعه ودخوله حيّز التنفيذ، منفعة جلية الشأن. ولقد جاءت المادة الأولى من المجلة الجنائية التونسية الصادرة سنة 1913 ناصّة على وجوب العمل بهذا الاستثناء الذي لا يتعارض والفلسفة العامة لحكم الفصل 13 من الدستور الذي لم يخص القوانين الأرحم بقاعدة استثنائية.

629. أما الاستثناء الثاني فيتمثل في قوانين الشكل. ذلك أن القوانين المنظمة للاختصاص والإجراءات يتمثل موضوعها نظريا في تحسين سير المحاكم الجزرية وأساليبها الإجرائية، ولأجل ذلك فقد اجتمع الرأي على أن تطبيقها فوريا على القضايا الجارية يفيد المجتمع والمتهم على حد سواء.

قبل إصداره. يتعلق هنا برجعية حقيقية وليس بمجرد أثر مباشر فوري.

(2) في المادة المدنية

630. يمثل مبدأ عدم الرجعية في المادة المدنية مبدأ عاماً يكون تعليقه فيها يسيراً، مثلما هو الشأن في المادة الجنائية. ورغم ذلك فإنه في المادة المدنية يمكن قبول بعض الاستثناءات التي هي أهم من تلك التي سبق أن بيناها في المادة الجنائية. فبعد النظر في المبدأ والاستثناءات، نبحث في تطبيقاتها حتى يتبين لنا معنى عدم رجعية القوانين.

631. يمثل عدم رجعية القوانين في مادة القانون المقارن مبدأ عادة ما يؤكد عليه المشرع تأكيداً صريحاً واضحاً. ففي فرنسا مثلاً ينص الفصل الثاني من المجلة المدنية على أن القانون لا ينسحب إلا على المستقبل، وأنه لا أثر رجعي له البتة.⁽¹⁾ ولم تقع الإشارة إلى المسألة في تونس لا في الدستور ولا في مجلة الالتزامات والعقود، وهذا يعني أن المشرع لم يصنع حلاً عاماً لها ولم يتعرض إليها بصفة شمولية، بل كان تعرضه إليها كلما أصدر مجلة جديدة، ذلك أن قانون الإصدار عادة ما يؤكد في فصل له على أن العمل يجري بأحكام هذه المجلة ويقع تطبيقها ابتداءً من ... (تاريخ كذا) ويضيف أنها بدون أن يكون لها تأثير على الماضي ...⁽²⁾. غير أن

631. (1) الفصل 2 من الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية. انظر أيضاً: الفصل 2 من القانون عدد 129 - 59 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 المتعلق بإصدار المجلة التجارية، والفصل 5 من القانون عدد 130 - 59 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 المتعلق بإصدار مجلة الإجراءات المدنية والتجارية، والفصل 2 من القانون عدد 13 - 62 المؤرخ في 20 أبريل 1962 المتعلق بإصدار مجلة التجارة البحرية إلى غير ذلك من الأمثلة العديدة.

ومع ذلك فإن هذا الرأي يبقى نظرياً صرفاً، وأحياناً مخطئاً. ومثال ذلك هو القانون، (الذي وقع نسخه)، المؤرخ في 2 جويلية 1968 والقاطعي بإنشاء محكمة أمن الدولة⁽³⁾ وقد وقع تطبيقه كقانون شكل، على وقائع سابقة لوضعه⁽⁴⁾ بالرغم من احتوائه على إجراءات تعقد بصورة مخفوعة لا جدال فيها، وضعية المتهم. مثل حذف دائرة الاتهام، ومثل تهديد المحامين استناداً إلى الفصل 17 منه، ومثل حضور قضاة غير محترفين، إلى غير ذلك ...

وفي الحقيقة فإن الناظر إلى هذه المسألة يتبين له أن الأمر إلى مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد أقرب إذا ما كان موضوع القانون الجديد يتعلق بالإجراءات فحسب. ففي هذه الصورة لا يقاس دخوله حيّز النفاذ اعتماداً على مسألة الأصل والموضوع، وإنما باعتبار المواضيع الشكلية التي يتناولها.

وبخلاف ذلك فإن تطبيق القانون عدد 72 - 80 المؤرخ في ديسمبر 1980، الذي حذف وظيفة الوكيل العام للجمهورية، وذلك بنسخه للقانون عدد 119 - 58 المؤرخ في 8 نوفمبر 1958 والذي قضى فصله الثالث بدخوله حيّز التنفيذ بداية من 8 أوت 1980⁽⁵⁾ أي أربعة أشهر تقريباً

629. H. Chkir, *Quelques réflexions sur la Cours de Sûreté de l'Etat*, RTD 1980 p.189. (1)

Dali Jazi : op cit; p.164.

تم إلغاء محكمة أمن الدولة بمقتضى القانون عدد 87 - 79 المؤرخ في 29 ديسمبر 1987.

(2) مثال ذلك القضيتان عدد 1 وعدد 2

(3) لقد وقعت إعادة إحداث ويبحث خطة وكيل الجمهورية بالمرسوم عدد 1 - 86 المؤرخ في 18 أوت 1986 والمصادق عليه بالقانون عدد 98 - 86 المؤرخ في 9 ديسمبر 1986 ووقعت إعادة حذف هذه الخطة بالقانون عدد 80 - 87 المؤرخ في 29 ديسمبر 1987 انظر في الموضوع : عبد العزيز العوادي - حول الوكالة العامة للجمهورية بعد الإجراء القاضي بحذفها م.ق.ب - أكتوبر 1980، ص 61.

هذه الأحكام التي ترد في نصوص الإصدار، لا تطبق إلا للحسم في شأن التنازع الزمني بين المجلة الصادرة، والقانون السابق لها. وبذلك فليست لها قيمة عامة، بل هي تعبير عن توجه عام للمشروع في العمل بمبدأ عدم الرجعية.

632. أمام هذا الفراغ الذي تركه المشروع أوجد فقهاء القضاء حلولاً تدارك بها النقص. فلقد أكدت محكمة التعقيب التونسية أكثر من مرة⁽¹⁾ على مبدأ عدم رجعية القوانين وأقرته⁽²⁾، بل إنها ذهبت منذ سنوات قليلة إلى حد القول بأنه "مبدأ قانوني ثابت" يمثل موضوع إجماع الفقه وفقه القضاء. وقد وقع استخراج المبدأ من مختلف تطبيقاته التشريعية، فسلكت محكمة التعقيب أحد المسالك الممكنة للتخصيص على محتوى المبدأ العام للقانون، وهذا يعني أن للمبدأ قيمة تشريعية، فلا يتقيد المشروع به، بل يتقيد به القاضي، وكل السلط المكلفة بتطبيق القانون إذا لم يصرح المشروع بحكم يخالفه أو يستثنيه.

وعلى هذا الأساس، فإنّه يحقّ لنا أن نختم قائلين بأن عدم رجعية القوانين هو مبدأ للقانون الوضعي، أصله تشريعي في جلّ البلدان أمّا في تونس فيعود مآثاه إلى فقه القضاء. وإن لتعليقه وتبريره لا تنعدم الصجج، بل تتوفر بكثرة.

632. (1) انظر مثلاً القرار المدني عدد 8010 المؤرخ في 16 جانفي 1975 ص 42 وكذلك م.ت.ق. 1977 - 1 - ص 117 تعليق علي الجلولي.

(2) قرار مدني عدد 755 المؤرخ في 21 نوفمبر 1978 م.ت.ق. بتاريخ ماي 1979 ص 88 - نظرية، II، ص 154 علي الجلولي : عدم رجعية النصوص القانونية في قضاء المحكمة الإدارية : (م.ت.ق.) 1985 - ص 83.

تعقيب مدني عدد 20246 مؤرخ في 28 / 2 / 1989 م ت م مارس 1991 ص 82.

- تعليل المبدأ

633. يعني المبدأ أنّ لا عمل بأحكام القانون الجديد للنظر في الوضعيات التي نشأت تحت طائلة القانون القديم، كما لا ينظر الحكم الجديد في الآثار الماضية للوضعيات القديمة. فهذا المبدأ من المبادئ المعمول بها في كلّ الأنظمة القانونية القديمة والحديثة. فالمبدأ يقبله التشريع الإسلامي إذ استنبط من آيتين من آيات القرآن الكريم⁽¹⁾. وإن تبريره لا تعترضه أية صعوبة، بل هو بسيط جداً. ولقد كان جان بورتاليس (1746 - 1807)، وهو أحد محرري (المجلة المدنية الفرنسية) قال : "قد يكون الإنسان شقياً تعيساً إن لم يتمكن من الشعور بأنّه في أمن، حتّى في ما مضى من حياته". ولئن كانت هذه المقولة معبرة عن الأوضاع التي عاشتها فرنسا عند تنصيب نابليون إمبراطوراً أول، فإنّها تعني أنّ الوقائع التي حدثت في الماضي ينبغي أن تكون خاضعة للقوانين التي صدرت في الماضي حفاظاً على سلامة الأشخاص وطمأنينة أرواحهم، كما تعني أنّ القانون الجديد لا يجب عليه أن يتعلّق إلا بما سيحدث من وقائع وأعمال. إنّ مبدأ تطمئنّ به نفوس المواطنين إلى القانون وفيه يثقون وبه يعلمون أنّ ما أحدثه هذا القانون سيأتي آخر لينقّحه، وبه أيضاً يدركون أنّ أحد مواضع القانون يتمثّل في أنّ كلّ فرد يعرف ما له وما عليه، وما هي حدود حقوقه وما هي حدود واجباته، وما هو مجال حرية أفعاله. إن المواطن لكي يثق في القانون ويطمئنّ إليه، يجب أن يكون على يقين بأنّ ما يسمح به القانون الحالي أو ما يمنعه هو الذي يعتبر، وأنّه لن يفاجأ بوجود قانون آخر ينقّحه إلا في المستقبل.

633. (1) "ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف (النساء، الآية : 22).

انظر محمود الشربيني : "الشريعة الإسلامية أصل النظريات القانونية" م.ت.ق.، ديسمبر 1981، ص 21.

وقد يبدو تعليله هذا في المادة الجنائية أوضح، لأنه يتعلق بحماية الحرية الفردية.

ولئن كان هذا المبدأ قوياً للتعليل، ولئن كان الإجماع عليه من قبل الفقهاء والمشرعين وفي العالم كله جميلاً وجيهاً، فإنه قد احتل استثناءات عدة.

-الاستثناءات

634. عدد الاستثناءات هو عند فقهاء القانون المقارن ثلاثة، وهو نفس العدد الذي قبله فقهاء القضاء التونسي :

- . القوانين ذات المفعول الرجعي الصريح⁽¹⁾
- . القوانين التأويلية⁽²⁾
- . قوانين الإجراءات⁽³⁾

635. الاستثناء الأول : القوانين ذات الأثر الرجعي الصريح. سبق أن رأينا أن مبدأ عدم رجعية القوانين لا قيمة دستورية له إلا في المادة الجنائية، وأنه في المادة المدنية صدر عن فقهاء القضاء، وبالتالي فهو لا يمكن له أن يلزم المشرع. ثم إنه حتى وإن وضعه قانون، فلا شيء يمنع قانوناً آخر من تعديله أو تجاوزه، أحياناً. وفي حالة صمت القانون الجديد عن مسألة تنازع القوانين الزماني. وهذا يعني أن القانون

634. (1) قرار تعقيبي : تونس، عدد 8010 مؤرخ في 16 جانفي 1975 تخريبية 1975 ص 42 و م.ق.ت. 1977 - ص 117 تعليق على الجلولي.

(2) القرار سابق الذكر

(3) تعقيبي عند 755 مؤرخ في 21 نوفمبر 1978 م.ق.ت. ماي 1979، ص 88 نظرية : II، ص 154.

يكتسب أثراً رجعياً بشرط التخصيص الصريح على ذلك. ولقد قبل الفقه هذه الإمكانية، ولكن على شرط وحيد متمثل في أن القانون الرجعي لا يشمل القضايا التي وقع البت فيها نهائياً واتصل بها القضاء⁽⁴⁾.

636. ويمكن أن يقوم هنا اعتراض، إذ القانون الرجعي مراحة وتنصيباً، هو نظرياً جائز، وحينئذ يصبح الاعتراض مركزاً منذ البدء. لكن حرية القانون لا يقيدها إلا الدستور. إنه إن لم يتجاوز الدستور روحاً ونصاً، له أن يفعل كل شيء، وأنه ومهما تكن الحالات، يلزم الأفراد إلزاماً، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، توجد خاصة حالات يكون فيها للرجعية مبرر ففي فترات الثورات خاصة، يكون التغيير الجذري أمراً حتمياً لا بد منه، ويكون من الطبيعي أن لا يتحرج المشرع من بعض المبادئ، مثل مبدأ عدم رجعية القوانين، ولا يحترم القوانين التي لم تعد تلائم المستحدثات من القواعد والمستجدات من الظروف. إن هذا المعنى هو الذي قصده السيد كريبوني عندما قال : "كان يمكن أننا لم نكن نقدر بدون رجعية القوانين أن نلغي لا العبودية، ولا القوانين القطاعية"⁽⁵⁾.

ولنا أن نذكر في هذا الصدد مثال الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 والمتعلق بإلغاء نظام الأحباس الخاصة والعامة.

637. لقد نشأ نظام الحبس في بدايته مؤسسة للورع والتقوى. ذلك أن شخصاً يوصي بأمواله وأملاكه التي تكون عادة عقاراً لفائدة إنجاز عمل يرجى منه خير ومصلحة عامة أو لصيانتة، مثل جامع أو مستشفى.

635. (1) Ghestin et Goubeaux, n° 348.

636. (1) Carbonnier (J) : "Droit Civil," Introduction. p.231

هذا العقار يصبح، تبعاً لذلك، غير قابل للنقل إلى شخص آخر، وغير قابل لاكتسابه بالتقادم، فيسمى عندئذ الحبس العام الذي لا تستفيد منه إلا الأعمال التي يرجى منها تقوى الله، والتي حدد فقهاء التشريع الإسلامي نظامها القانوني. غير أن العلماء لم يمانعوا في استعمال هذه المؤسسة لمصلحة خاصة، وبالتالي أصبح التحبس ممكناً لفائدة أشخاص معينين يكونون في العادة فروعا للمحبس.

وقد أصبحت الصبغة التي يمتاز بها الحبس والمتمثلة في عدم قابليته للتفويت تصلح كضمان يحميه من التلف والتبذير. وكانت الطبيعة القانونية للمحبس غامضة. فهي في حقيقتها من ابتكار العلماء واجتهادهم، وبالتالي فالحبس إنجاز ابتدعه الإنسان، ولكن الطابع الديني تعلق به واشتهر. ومنشأ ذلك راجع إلى أن الحبس نظمته التشريع الإسلامي.

ومهما يكن من أمر، فإن مؤسسة الحبس قد عرفت تطوراً كبيراً وتوسّعاً عظيم الشان، لدرجة أنها أصبحت تشمل عند الاستقلال ربع مجموع الأراضي التونسية.

638. إنه وضع يتسم بعيبين اثنين لهما خطورة كبرى. فمن جهة : هناك قسم كبير من الأراضي المهمة باعتبارها خارجة عن عمليات البيع والشراء. فهي خارجة عن الدورة الاقتصادية ولا أحد يعتني بها ولا يستصلحها وإن حصلت فيها العناية فهي سيئة. ومن جهة ثانية وبالمخصوص، فقد انجرت عن الاستمرار في الوضع والمحافظة عليه مظلمة جائرة : ذلك أن الأحباس الخاصة قد استعملت بالأساس للتحويل والتهرّب من قانون الموارث، إذ يعمد المحبس فيعلن أنه هو المستفيد من الحبس، ثم يقضي بتعيين فروعه من الذكور للاستفادة به دون الإناث. وهذا يعني

أن الحبس أصبح وسيلة لإقصاء المرأة من الميراث وعزلها عنه. إنها المظلمة، كل المظلمة، ورغم ذلك فقد كانت تمارس بكثرة مفرطة⁽¹⁾.

639. وقد انكبّ المشرع منذ بداية عهد الاستقلال، على إصلاح الوضع متدرّجاً من الحبس العام إلى الحبس الخاص. فقد بدأ بالأمر الصادر في 31 ماي 1956 القاضي بحذف الحبس العام باعتباره حلاً يفضّ المسائل الاقتصادية المنجّرة عنه، وباعتباره أيضاً حلاً لا يستعصي عليه. ثم أصدر في 18 جويلية 1957 أمراً يقضي بحذف الحبس الخاص.

وهكذا رجعت الأراضي إلى صنف الأملاك أي الأموال، وبالتالي أصبحت قابلة للملك والتداول بيعاً وشراءً وبالإضافة إلى هذا فقد أولى المشرع عنايته في إصرار إلى رفع المظالم وأشكال الحيف التي كانت تروّج تحتها المرأة التونسية إلى حد تلك الفترة، إذ جاءت الفصول 65 و66 من الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 لتنتهي العمل بكل البنود التي كانت تهدف إلى إقصاء بعض الوراثين، ولتقرّر بأن الأملاك يجب أن تقسم بين الفروع الذين كانوا تمتّعوا بها وأولئك الذين كانوا حرموا منها بواسطة الحبس. وفي نفس الوقت وتوازيًا مع ذلك، أقرّت نفس النصوص مؤسسة قانونية خاصة متمثلة في اللجنة الجهوية لتصفية الأحباس، تختصّ بالبت في النزاعات المتولّدة عن العمليات المعقّدة التي نشبت من جراء إقصاء الورثة المبعدين (أو كما كان يقال "المقرودين") الذين كانوا، في حقيقة الأمر من جنس الإناث (الوارثات من النساء).

640. إن الذي يهمنّا في هذا الذي عرضنا في شأن الأحباس، القانون الذي لا يكتفي بتنظيم الحال والاستقبال. إنه ينسخ بنوداً كانت صالحة

638. (1) انظر ما سبق، فقرة عدد 106 وكذلك : Marcel Morand : "Etudes de droit musulman algérien", Alger 1910 p.70 et 71. Voir aussi, "Abolition des habous privés et mixtes in "La Justice 10 ans après", publication du Ministère de la Justice, Tunis 1966 p.228 et 229

وسارية المفعول عند صدوره. ولكن قد نجابه بالقول بأن رجعية مفعوله لم تكن تامة كاملة، إذ لم ينص على استرجاع الثمار أو الغلة التي وقع التمتع بها، فنقول هذا صحيح، ومع ذلك فقد ألغى حقوقا ونفاها، وقد كانت صالحة معمول بها يوم صدوره، وهو الأهم، إذ هو تغيير ثوري قلب الأوضاع رأسا على عقب. وقد اعتمد المشرع، مثلما هو مألوف عادة، على أسلوب العمل بقانون رجعي صريح، مما يدل على ثورية المشرع الذي لم يتردد ولم يتكأ، ولم يستعمل طرقا فيها اللب والدوران، بل جابه الامر صراحة، وأعلن عن رجعية القوانين بوضوح بين وجلاء لا لبس فيه. ويكون التعبير عن رجعية القوانين في حالات أخرى، غير مباشر أو مخفيا.

641. الاستثناء الثاني : القوانين التأويلية. يمكن للنص القانوني أن يصدر غامضا لدرجة أن المشرع ليشعر بضرورة التدخل ثانية بعد صدوره بمدة وجيزة لتوضيحه وإعطائه تأويلا رسميا، فيصدر نصا جديدا هو بالتعريف لا يحمل في طياته قاعدة جديدة، بل يتعلق موهمة بتأويل النص القديم، وبذلك فإن أثره يفترض فيه همنيا أن يكون موجودا في القانون القديم. وتبعاً لذلك فالقانون التأويلي هو رجعي الأثر، لأن له نفس مجال تطبيق القانون القديم المؤك.

إلا أن القانون الجديد يمكن أن لا يكون تأويليا بآتم معنى الكلمة، إذ لا ينعت المشرع بكونه كذلك إلا لكي يضمن له أثرا رجعياً. وهذا يعني أن الشان يتصل بقناع لرجعية في الأثر لا يريد المشرع أن يجاهربها. وفي هذه هذه الحالة، وبالرغم من أن الرجعية لم يصرح بها المشرع، فإنه يتحتّم احترامها لأن مبدأ عدم الرجعية في القوانين لا يتقيد به المشرع، وليس ملزماً باحترامه. إنه يمكن له أن يخرقه تنصيصاً أو تضميناً على حدّ السواء.

642. الاستثناء الثالث : قوانين الإجراءات : يكون عند البعض القانون في مادة الإجراءات المدنية، مثلما هو الشأن في المادة الجنائية ولنفس الأسباب تقريبا، ذا أثر رجعي. هذا ما أقرته محكمة التعقيب التونسية في قرارها المؤرخ في 21 نوفمبر 1978⁶⁴² ويعني ذلك أن قواعد الاختصاص والإجراءات أمام المحاكم المدنية، تصبح سارية المفعول، وتطبق حال دخولها حيّز التنفيذ بما في ذلك على التصرفات أو الوقائع القانونية السابقة لها، بل حتى على القضايا المنشورة الجارية. وإقرار العكس، فقد كان على قانون إصدار مجلة المرافعات المدنية والتجارية⁶⁴³ أن يصرح بذلك في فصله الخامس بغاية تيسير عمليات الانتقال. ولئن كان هذا النمط من القوانين يهّم الخصوم أو المتقاضين، فإنه يتصل أيضاً، وبدرجة أولى، بالسير الحسن للقضاء. وإنه لمن الطبيعي أن يطبق فوراً، خاصة عندما يتعلق الأمر بقانون جديد عمد إلى حذف محكمة ونقل اختصاصها إلى محكمة أخرى، إذ يستحيل أن نتصور كيف يمكن المحافظة على قواعد قديمة كانت جعلت لتنظم محكمة أصبح وجودها عدماً. ولذلك يصح القول هنا أيضاً أن الأمر يتعلق بالأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد، لا بأثره الرجعي، فلا يقاس مدى تطبيق القانون الإجرائي بحسب موضوع القضية وأصلها وتاريخ حدوث الوضعية المنشأة للخلاف.

- التطبيق

643. إن مبدأ منع تعدد الزوجات مثلاً، لم يدخل حيّز التنفيذ إلا بداية من غرة جانفي 1957. وبالتالي لا تطبق أحكامه إلا بداية من هذا

642. (1) انظر القرار سابق الذكر وكذلك :

تعقيب مدني عدد 2036 / 10 بتاريخ 18 فيفري 1960 نصرية ص 135.

(2) قانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959.

التاريخ. أي أن المنع لا ينسحب إلا على من تزوج بعد صدور المجلة، وقد خالف فصلها الثامن عشر. أما الزواج التعددي الذي وإن كثرت حالاته، قد أبرم في تاريخ سابق لتاريخ صدور المجلة، فإنه يبقى صالحا باعتباره قد أنجز حسب القانون الذي كان يجري به العمل زمن انعقاده، وباعتباره يسهل إثباته حسب الوسائل الموجودة قبل صدور المجلة، والمتمثلة في إسهاد الشهود⁽¹⁾ إن اقتضى الأمر.

644. وتعني عدم رجعية القانون الجديد أيضا، أنه لا يمكن له أن يبطل عقود أبرمت في الماضي، وكانت تعتمد في صلوحياتها على القانون القديم كما لا يمكن له أن يصحح عقود اعتبرها القانون القديم باطلة. وعلى هذا الأساس، فإن أشكال الطلاق المعمول بها حسب النمط التقليدي، والتي تمت قبل دخول المجلة حيّز التنفيذ، لا يمكن أن يتراجع فيها اعتمادا على أحكام القانون الجديد⁽²⁾. وإن البيع الذي كان باطلا حسب نص كان يوم إبرامه ساري المفعول، يبقى باطلا حتى وإن نسخ ذلك النص⁽³⁾ ومثال ذلك أن الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 قد اشترط أن تخضع البيوعات العقارية إلى رخصة الوالي، ونص على بطلان البيع بدونها، والموسوم عدد 4-77 المؤرخ في 21 ديسمبر 1977 الذي قضى بحذف ذلك الشرط إلا في الحالات التي يكرن فيها أحد أطراف التعاقد أجنبيا، أو تلك التي يكرن فيها العقار موجودا في منطقة ذات أولوية. ولكن هذا النص لا يجعل البيوعات الحاصلة قبل سنة 1977 صالحة وإن لم تحترم مقتضيات أمر 1957. ولقد ذهب في هذا الاتجاه محكمة

643. (1) تعقيبي مدني عدد 5584 مؤرخ في 23 جويلية 1968 - نشرية ص 72 -

تعقيبي مدني عدد 612 مؤرخ في 19 أفريل 1977 نشرية I ص 223.

644. (1) انظر في هذا المعنى : تونس عدد 55528 / 28 أفريل 1962 م.ت.ق. 1963 - 1965 ص 124.

(2) انظر في هذا المعنى : تعقيبي 19 جانفي 1961 م.ت.ق. : 1963-1965 ص 57

التعقيب ضمينا⁽⁴⁾. فالحكم يعود إلى ما يضعه القانون الساري المفعول عند إنشاء الوضعية القانونية، فيتوجب على المحاكم العمل بمقتضاه، حتى وإن رفعت الدعوى بعد نسخه وإصدار القانون الجديد. وتجدر الإشارة هنا أن عكس هذه الفكرة⁽⁵⁾ قد وقع التمسك به أحيانا على أساس أن القوانين المدنية التي تحذف شرط الصلوحية، أي حالة إبطال يمكن أن يكون لها مثلما هو الشأن في القوانين الجنائية الأصلح للمتهم، أثر رجعي.

ولكن المقارنة بين المادتين الجنائية والمدنية لا تقوم على صواب : ذلك أن الأمر يتعلق هنا بمصالح خاصة. فالأشخاص الفواص قد اعتبروا شرعيا أن العقد باطل وتصرفوا على أساس ذلك، ثم إن جعل العقد جائزا عملا بقانون لم ينص صراحة على رجعية مفعوله، لهو في نفس الوقت، جور إزاءهم، وتناقض مع المبادئ التي كنا نعرض، مبينين وضوحها من حيث تعليلها ومداه.

لكن هذا لا يمنع من بروز مشاكل عويصة نشأت عند تطبيق هذه القوانين في الحالات الملموسة المتعددة تعددا كبيرا، والمتنوعة أيما تنوع. وقد حصل التمييز لفضها بين الحقوق المكتسبة، وتلك التي لا تتعدى مجرد الأمنية والتوقع. وحصل الاتفاق على أن ينطبق عدم الرجعية على الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم، لأنه يكرس احترامه لها، وأن القانون الجديد ينطبق على الحالات من صنف التوقعات والأمان.

- الحقوق المكتسبة ومجرد التوقعات

645. الحقوق المكتسبة هي حقوق تم إنجازها والحصول عليها، فإذا كانت ذات طابع مالي دخلت بعد في الامة المالية للكها، ولا يمكن

(3) تعقيبي مدني 2370 مؤرخ في 14-12-1978 م.ت.ق. سبتمبر 1979 ص 72.

(4) Gheslin et Goubeaux, p.258 n° 347.

للقانون الجديد أن يجعل وجودها موضوع نظر. أما الحقوق التي هي من ضرب الأمان فهي مجرد إمكانية احتمالية، وانتظار توقفي لم يتحقق بعد، ولذلك فهي تخضع عند إنجازها إلى القانون الجديد،

646. ولناخذ مثالا ملموسا نفهم به التمييز بين نوعي الحقوق : لقد أقر القانون الصادر في 19 جوان 1959 بوجوب الوصية التي تنظم نمطا من "التمثيل". ويعني ذلك أنه يحق للأحفاد في حدود حصّة الوصية التي هي ثلث التركة، أن يأخذوا الحصّة التي كانت لأبيهم من ميراث جدهم، وذلك بالرغم من عدم وجود العمّة والعم. وقد كان الأحفاد في عداد المحجوبين قبل قانون 1959، وبسبب غياب نظام تمثيلي في التشريع الأسلاسي، وذلك من جراء وجود الأعمام والعمات.

ولا ينطبق قانون 1959 على التركات التي كانت فتحت قبل يوم دخوله حيّز التنفيذ ؛ ذلك أن العمّ مثلا، قد اكتسب بصفة شرعية حق إقصاء ابن أخيه وإبعاده عن تركة جده منذ انفتاح التركة حتى ولو كانت القسمة لم تتم قبل سنة 1959، وعلى خلاف ذلك يمكن للعمّ أن يتمنى إثر وفاة أخيه، وقبل قانون 1959، أن يقصي ابن أخيه عن تركة جده، ولكن إذا مات الجد بعد سنة 1959، فلا يمكن للعمّ أن يزعم حقا مكتسبا، لأنّه لم يصبح وريثا قبل الإصلاح التشريعي الجديد، بل كان يعيش في الأمان والتوقعات الاحتمالية، فجاء القانون الجديد وحال دون تحقيقها.

ومجمل القول فإن موت الأخ قبل سنة 1959 يمثل لأخيه (وعمّ ابنه) نوعا من الأمان والتوقّب الاحتمالي. أما موت أبيه (وجد ابن أخيه) فإنّه يمكنه من اكتساب حقّ إرثي، وبالتالي يجعل الحفيد مقصى من الإرث، وإنّ مدى هذا الحق قد حدّده القانون الجاري به العمل يوم وفاة

الجدّ المورث⁶⁴⁶. وهكذا نستطيع القول بأنّ القانون الذي يطبق على حالة اكتساب الحقّ أو فقدانه، هو القانون المعمول به يوم الاكتساب أو فقدان، وتشمل هذه القاعدة كلّاً من مبدأ الاكتساب أو فقدان، وكلّ الشروط وكذلك تحديد وسائل الإثبات⁶⁴⁷.

647. ولقد اقتصر الفقه الفرنسي على تفسير مبدأ عدم رجعية القوانين تأسيسا على التمييز بين الحقوق المكتسبة ومجرد التوقعات. وقد جاء بهذه النظرية الفقيه "Tronchet" الذي كان أوّل من اعتبر أنّ ما يبرّر منع العمل بالحكم الجديد على الوضعيات السابقة له، هو وجوب تثبيت الحقوق التي وقع اكتسابها على الوجه المشروع قانونا. إذ أنّ الحقوق المكتسبة تتسم بالذاتية، فلا يمكن التّفويت والتصرّف فيها، والتنازل عنها، إلّا بمحض إرادة صاحبها. لذلك فإنّ تطبيق القانون الجديد، يؤدي في واقع الأمر إلى انتزاع الحقوق عن مكتسبيها قهرا وإجبارا.

648. غير أنّ نظرية الحقوق المكتسبة، هي اليوم عرضة للانتقاد من قبل الفقه. فمفهوم الحقوق المكتسبة مفهوم غامض لا استقرار في تعريفه وفي فحواه. فالغموض يحوم حول العديد من الحالات. فهل اكتسب من تزوّج قبل 1957 حقّا في تعدّد الزّوجات، وهل اكتسب الحق في نصم علاقته الزّوجية طبقا للإجراءات الشّفاهية القديمة ؟ لقد كانت النظرية التقليديّة محلّ نقد إضافي بسبب قصورها على حلّ كلّ المشاكل المتأتية عن تنازع القوانين الزّماني. إذ كيف يمكن

646. (1) انظر في هذا المعنى المحكمة الابتدائية، تونس 13 جوان 1967 م.ت.ق. 1968 من 120.

(2) انظر في هذا المعنى : قرار تعقيبي عدد 755 بتاريخ 21 - 11 - 1978 م.ت.ق. ماي 1979 من 88.

القول بأن الحقوق المكتسبة شرعياً تبقى خاضعة للقانون القديم في جميع أثارها، وأن للقانون الجديد أثراً فوراً مباشراً^٩. جاءت النظرية الحديثة لبول روبيي للتأكيد على أن مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة لا يعد مانعاً للعمل المباشر بالحكم الجديد. لذلك وقع العدول عن التمييز بين الحقوق المكتسبة ومجرد التوقعات، وأصبح اليوم الفقه وفقه القضاء يعملان بمبدأ الأثر الفوري للقوانين الجديدة، وهو مبدأ متمم لمبدأ عدم رجعية القوانين.

III - الأثر الفوري

1) مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد

649. إنه لمن البديهي أن القانون الجديد تنطبق أحكامه على التصرفات والوقائع التي تلي تاريخ دخوله حيّز التنفيذ، وكذلك على الآثار التي ستنتج عن وضعيات قانونية نشأت قبل صدوره. وبهذا المعنى فهو ينطبق على قضايا بقيت معلقة ومنشورة أمام المحاكم^{١٠} أما إذا وقع البت في الحكم قبل دخوله حيّز التنفيذ، فإنه لا يمكن أن يكون سنداً للنقض والتعقيب^{١١}.

فإن من تزوّج مثلاً قبل سنة 1957، لا يمكنه أن يطلق زوجته حسب صيغة الطلاق التي يقرها التشريع الإسلامي التقليدي، زاعماً أنه لو كان يعلم أنه سيضيع حقه المكتسب في الطلاق لما تزوّج، أو مدعياً أنه إنما تزوّج لأن إمكانية الطلاق كانت حقا مكتسبة يتصرف فيه كيفما شاء. وإن المجلة الجديدة لا تخرق الحقوق التي أقامها الماضي، بل تحافظ عليها وتحترمها، ولكنها في ذات الآن، تتدخل في ما ينتج عنها

من آثار. إذ أشكال الزّواج القديمة، حتى متعدد الزوجات، لا يتدخل فيها القانون الجديد حتى وإن كانت مخالفة لأحكامه، بل يحترمه وإنما الذي إليه يخضع وإياه يشمل هو كل ما ينتج عنها مثل حقوق الأزواج وأجباتهم، ومثل إمكانيات الطلاق ووسائله، مثل مخلفات الطلاق ونتائجه، كجبر الأضرار، والغرامة والنفقة، والحضانة وغير ذلك ... ولهذه الأسباب وجب تطبيق القانون المؤرخ في 18 فيفري 1981 والمنقح لطرق منح الغرامة بعد الطلاق حتى على القضايا التي كانت لا تزال جارية عند إصداره^{١٢}، وأيضاً وجب تطبيق القانون المؤرخ في 25 ماي 1978 المعدل لطريقة تقييم التعويض الناتج عن مرض مهني على الحالات التي كانت قائمة يوم دخوله حيّز التنفيذ، أي حتى على الأمراض التي حلت بأصحابها قبل سنة 1978^{١٣}.

650. إن النظرية الحديثة تقول بوجوب العمل بالقانون الجديد الذي ينطبق بداهة على الوضعيات التي نشأت تحت طائلة أحكامه. وهو كذلك ينطبق على الآثار الناجمة عن هذه الوضعيات، والبارزة بالطبع تحت طائلة القانون ذاته، وتكون جميع هذه الأحكام موازية لمبدأ عدم رجعية القوانين، إذ لا ينطبق القانون الجديد على الوضعيات ولا على آثارها القديمة. فالأمر جلي بالنسبة للوضعيات الثامة ماضياً وحاضراً. ويبقى الإشكال قائماً بالنسبة لصنف ثالث من الوضعيات، وهي الوضعيات الجارية والمستمرة، وهي التي تنشأت تحت طائلة القانون القديم وتتواصل آثارها بعد نسخه، فتبرز للوجود تحت سلطان القانون الجديد. ومثال هذه الوضعيات العقود ذات التنفيذ المتعاقب والمتتابع، إذ يستمر تنفيذها على فترة زمنية تطول أو تقصر بحسب الحالات.

(3) انظر منشور وزارة العدل عدد 6136 وعدد 6201 م.ق.ت.

ماي 1981 ص 139 و 145.

(4) قرار تعقيبي مدني عدد 4860 مؤرخ في 22 جانفي 1981 م.ق.ت. فيفري

1982، ص 103.

949. (1) تعقيبي مدني عدد 415 بتاريخ 22 نوفمبر 1977، نشرية II، ص 178.

(2) تعقيبي مدني عدد 620 بتاريخ 6 ماي 1976، نشرية II، ص 48.

وهي أيضا حالة الزَّواج الذي أبرم قبل 1957، وتواصل بعد إصدار مجلة الأحوال الشخصية. هذه الوضعيات تستوجب توزيع الاختصاصات بين القانون القديم والحكم الجديد اللاحق.

ويعمل بالقانون الجديد إزاء الآثار الحاضرة والمستقبلية المترتبة عن الوضعيات الجارية الناشئة تحت طائلة القانون القديم، لكن هذا الحكم ينحصر في ما يسمى اصطلاحا بالمراكز الشرعية، وهي المراكز التي ليس للإرادة فيها شأن، ويختلف الحكم المبدئي هذا في خصوص العلاقات التعاقدية.

(2) الاستثناءات

- العقود

651. بعد أن يتفق أطراف التعاقد في عملية بيع بالأقساط، أو عملية كراء على المبلغ حسب عناصر مختلفة للعملية، وبعد أن يبدأ التعامل بينهم، يأتي قانون جديد يحدد ثمننا أقصى، أو معلوم كراء أقصى محدثا، إن طبقت أحكامه خلافا في ذلك العقد.

يؤى في شأن هذه المسألة كل من الفقه، وفقه القضاء بفرنسا، قبول الاستثناء المتصل بمواصلة العمل بالقانون القديم في العقود الجارية، وبالتالي فإن القانون الجديد لا تنطبق أحكامه إلا على العقود المبرمة بعد دخوله حيز التنفيذ. إنه استثناء له أهميته في مبدأ الآثار الفوري للقانون الجديد. والغاية من هذا الاستثناء هي الحفاظ على استقرار وأمن العلاقات التعاقدية بصيانة التوقعات الإرادية للأفراد. فالتوازن الذي يتوصل إليه أطراف العقد يتأسس على علمهم بالقانون الجاري به العمل، لذلك يكون العمل بالقانون الجديد سببا في الإخلال بهذا التوازن.

652. غير أن هذا الاستثناء لا يعمل به في قوانين النظام العام. فالقانون الذي يحدد الأجر الأدنى، أو معلوم كراء صنف معين من المحلات المعدة للسكن، تطبق أحكامه على الآثار المستقبلية للعقود الجارية، ذلك لأن المصالح المعنية هنا جوهرية أساسية والمشرع يسارع ليمد يد المساعدة لمن هم في حاجة إلى حماية أكيدة عاجلة، إذ بنجاحاتها يوطئ السلم الاجتماعي، ولا مجال إذن لتأجيل تطبيق القانون الجديد إلى وقت لاحق.

ويتزايد اتساع مجال هذه القاعدة، لأن القوانين الحديثة هي عادة من صنف القوانين التي تعبّر عن تدخل الدولة في الشؤون الاجتماعية والاقتصادية، وبالتالي فالنصوص القانونية تتخذ عادة صبغة اقتصادية أو اجتماعية، أي متعلقة بالنظام العام. ولهذا فلها أثر مباشر فوري.

653. ويستخلص من مجموع التحاليل التي أوردناها⁽¹⁾ أن المسائل المتصلة بأشكال تنازع القوانين الزماني، قد وقع الاعتماد في جلها، باستثناء الأحكام المخالفة على الوجه التالي :

- يخضع كل من اكتساب الحقوق وفقدانها إلى القانون الصادر يوم وقوعها،

- تخضع الآثار الحاضرة للمراكز الشرعية لأحكام القانون الجديد.

وكذلك الأمر في المادة التعاقدية عندما يكون القانون الجديد متصلا بالنظام العام.

غير أن هذه المبادئ تصطدم بمشكل عويص، إنه ذاك الذي يتعلق بنوع عن الرهيبات القانونية الجارية، هو التقادم.

653. (1) لدراسة جميع هذه المسائل انظر : F. Dekeuwer Defosse : "Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine", Thèse, Paris, 1977

- آجال التقادم

654. للزمن في مادة القانون شأن وأي شأن، حيث إنه يشتمل على عامل له أهمية قصوى إذ على الدعوى أن تمارس مدة أجل محدود وإلا سقطت. هذا المبدأ يسمى إصطلاحاً "السقوط بالتقادم". ذلك أن قانوناً جديداً يمكن أن يتدخل ليعتبر أجل التقادم، فينجز عنه، وجوب معرفة أي القانونين يطبق على هذا الأجل، أهو القانون القديم أم الجديد⁹ ويطبق القانون القديم عندما يتدخل القانون الجديد والتقادم لا يزال جارياً، ويكون ذلك في جميع المسائل المتصلة بنقطة بداية التقادم وبتمليقه وانقطاعه. ويطبق القانونان معاً في الأجل عندما يكون حلّ المشكلة قد بُحث فيه بصورة تجريبية بهدف احترام المصالح المتعددة المتنوعة. ويكون ذلك صالحاً في القانون المقارن¹⁰ وحسب فقهاء القضاء التونسي. فعندما يختزل أجل التقادم يبدأ الأجل الجديد في الجريان منذ دخول القانون الجديد حيّز التنفيذ، ولكن التقادم يحصل أيضاً عند انقضاء الأجل القديم الذي يصبح أكثر طولاً من بداية تطبيقه حسب القانون القديم.

وينص الفصل 411 من م.إ.ع. على أنه "لا قيام بالدعوى المبنية على الكمبيالات والسندات المعروفة بالشيك بعد مضي خمسة أعوام من تاريخ حلول العقد..." أما مجلة التجارة فقد اختزلت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات. غير أن محكمة الدرجة الأولى بتونس العاصمة قرّرت¹¹ أن هذا الأجل لا يبدأ العمل به إلا بداية من دخول المجلة الجديدة حيّز التنفيذ، ولكن بدون أن يتجاوز 5 سنوات، أي مدة الأجل القديم.

654. (1) 1 - 12 Juillet 1972 - Cass.Fr.civ.1ère, 273 p.367 et s. ; Ghestin et Goubeaux n°367 p.273 et s. ; D.1973, p.361 note Chauveau.

(2) الحكم عدد 907 بتاريخ 10 مارس 1964، م.ق.ت. عدد 9 و 10 1964، ص 775

والحكم عدد 1502 بتاريخ 31 مارس 1962، م.ق.ت. عدد 9 و 10 1964 ص 803.

ومقابل ذلك وفي الحالات التي يتمدد فيها الأجل، فإن الأجل الجديد هو وحده الذي يطبق، ولكن مع احتساب المدة المنصرمة، إذ من الطبيعي أن هذا الأمر لا يشمل إلا فترات التقادم الجارية، أما تلك التي تحققت وأنت بنتيجتها، وبذلك انتهت قبل صدور القانون الجديد، فإنها لا تكون محلّ نظر.

المبحث الثاني المصادر الثانوية

655. سبق أن أشرنا إلى ثلاثة أصول ثانوية هي العرف، وفقهاء القضاء، والفقه، والتي ستكون على التوالي مراضيع الفقرات الآتية.

الفقرة الأولى : العرف

656. لقد قام العرف بدور عظيم الشأن في جميع العصور التي عرفها العالم الإسلامي بصفة عامة، والبلاد التونسية بصفة خاصة. فقبل أن يتشكل التشريع الإسلامي ويتكون، وقبل أن ينشأ العلماء طيلة القرون الأولى للهجرة، كانت لكل منطقة في العالم الإسلامي عاداتها وتقاليدها التي درج الأقوام على اتباعها والانصياع لها. وكانوا لا يرون فيها منافاة للتعاليم القرآنية ولا تعارضاً. ثم إنها قد أثّرت تأثيراً واسعاً في التشريع الإسلامي عند نشوئه : من ذلك أن الفقه المالكي قد تضمن عادات أهل المدينة، تلك العادات التي كان لها اعتبار بلغ حدّ التقديس على أساس أن النبيء كان يعرفها وكذلك الصحابة، وأنهم كانوا جميعاً يأنسون إليها ويعملون بها، وأنهم لم يتخذوا إزاءها موقفاً بالرفض ولا بالإنكار إلى حدّ أن بلغ الاستنتاج بالبعض

إلى اعتبارها مطابقة للتشريع الإسلامي. ولم يشذ المذهب الحنفي عن ذلك، بل وجدت فيه عادات بغداد مكانها الذي تستحق، ودورها الذي تلعبه في واقع الحياة.

وبما أن بغداد كانت، عصرئذ مركز الحضارة والعمران، فقد اكتسبت عاداتها في المذهب الحنفي صبغة خاصة. ذلك أنه جاء مقارنة مع غيره من المذاهب، أكثر تقدمية وأسهل تأقلا في قطاعات عدة منه، مع متطلبات العصور الحديثة.

وقد انتشرت المذاهب الفقهية في مناطق أخرى من العالم الإسلامي وتقبلها أقوامها دون أن يمنعمهم ذلك من بقائهم على عاداتهم القديمة مادامت لا تعارض الأحكام الأمرة ولا تخالف مباشرة الشريعة الإسلامية.

657. ونلاحظ في هذا الصدد أن شأن العادات العرفية لم يكن يختص به العالم الإسلامي دون سواه، ففي أوروبا كانت البلدان تتمايز بعضها على بعض، وفي عصورها الوسطى، منقسمة إلى مجموعتين، البلدان التي تعتمد العرف أساسا لتنظيم علاقات الأفراد فيها، وتلك التي يسود فيها القانون المكتوب المدون، أي القانون الوهماني. وكذا الشأن بالنسبة للعالم الإسلامي الذي فيه يقوم التمييز بين البلدان التي تتبع الشريعة، أي التشريع الإسلامي المدون، وبين تلك التي يمثل العرف⁽¹⁾ فيها أساس التعامل والتنظيم. ويسمى الصنف الأول اصطلاحاً بلدان التشريع، والثاني بلدان العرف.

658. أمّا في أصقاع البلاد التونسية، وخاصة في تلك المناطق الجنوبية التي يمثل فيها البوهر العنصر الغالب، وفي مرتفعات

657. Milliot (L) : *Introduction au droit musulman*, p.156 et s. (1)

الوسط الغربي، فإنّ عادات قديمة متقدمة تواصل العمل بها إلى مطلع القرن العشرين⁽²⁾.

659. أمّا اليوم، وبعد أن قننت في بلادنا كلّ الفرع القانونية، وضبطت في مجلات فهل يحقّ لنا أن نزعّم أن للقانون العرفي استمرارا وبقاء ؟ وهل يمكن أن يكون له فيها مكان ؟ بل هل يحبّذ أن يكون ذلك كذلك ؟ إنّه أسئلة يتوجّب علينا أن نجد لها إجابة من النوع العام الذي لا تفصل فيه القول (أ) قبل تناوله بالدّرس والفحص عبر النصوص القانونية التونسية (ب).

أ - تقييم العرف كمصدر للقانون

I - تعريف العرف

660. العرف في تعريفه العام، هو ما درج عليه الناس منذ عهد استغرق بها الزمن وتقدم العهد وتناهى أمدّه إلى الحد الذي به اكتسب صفة الأمر الذي به يستلم تسليمها والذي لا مجال لتجاوزه والخروج عنه ... إنّه كيان ذو وجهين أحدهما مادي، وثانيهما نفسي. فتقدمه المتناهي هو وجهه المادي، إذ يعني أنّ العادة قد استمرّت عبر الأحداث المتناقضة وبقيت رغم الحوادث التي تطرأ في هذا الحين أو ذاك. إنّه بهذا المعنى لا رابط له بها تأثيرا وتأثيرا. ولكنّ هذا الذي نقول لا يعني

658. Jambu Merlin (R) : *"Le droit privé en Tunisie"*, LGDJ 1960 n° 88 p.111 ; (1)
R.Bertholou : *"Etudes géographiques et économiques sur la province de L'Arad"*, *"Revue Tunisienne"* 1894 p.169. Deambroggio dit Kaddour : *"Kanoun Orgia des berbères du Sud tunisien"*, *Revue Tunisienne*, 1902 p. 364 et *"Législation et coutume du Sud tunisien, Kanoun Charthia"* *Revue tunisienne*, 1903, p.97.

أن العلماء المؤرخين غير قادرين على ضبط جذور الأعراف وتحديد تواريخ انبعاثها إلى الوجود.

أما عنصره النفسي فقد نشأ وتكون من الاعتقاد العام في شأن صفة العرف الإلزامية التي جعلته يفرض فرضاً يميزه عن أشكال أخرى من التعامل المجتمعي مثل الكياسة والتلطف والمجاملة وغيرها من قواعد التآدب والآداب.

ويتجلى ذلك في من يقبل دعوة للعشاء ويكون حاضراً في المكان والزمان حتي لا يبقى صاحب الدعوة منتظراً، وهو ما تقتضيه قواعد الآداب، ولكنه إن لم يكن في الموعد حاضراً وبقراره معلماً مسبقاً، فقد يغضب مضيفه ويعتبر تصرفه غير لائق، ولكنه يقف عند هذا الحد فلا يتبادر إلى ذهنه أبداً أن ضيفه عليه أن يدفع له غرامة لجبر الضرر الذي لحق به عند الانتظار، وإن فعل فسيكون أمره أضحوكة يتندر بها الكبار والصغار في هزلهم وجدلهم. ذلك أن لا أحد يعتبر أن هذا السلوك وإن كرّست العادة فهو ذو صبغة إلزامية قانونية، وبالتالي لا تعتبره أية محكمة قضائية أنه يعرض فاعله إلى العقاب. إن معيار الإلزامية في العرف إذن، هو الذي يجعل العادة ليست عنصراً من مكوناته، وإنه الفاصل الفصل بين العرف والعادة.

661. وتذهب تعاريف العرف إلى جعل "أصله شعبياً" في معنى أنه عام لدى الناس جميعاً، يعرفونه ويقرّون به ويحترمونه. كما تذهب إلى مقابله بالعرف الذي يكون "أصله معرفياً" والذي يعرف بكونه مجموع التقاليد القانونية، والحكم والأقوال السائرة، وكذلك عبادي القانون العامة التي هي قواعد اعتبرها منذ القدم رجال القانون إلزامية محترمة، وقد يصبح البعض منها مضمناً في صلب القانون أو موضوعاً له، مثلما هو الشأن في الفصول من 532 إلى 563 من مجلة الالتزامات

والعقود، ومثلما هو الشأن في المحاكم التي تحتسبها وترجع إليها⁽¹⁾ حتى في صورة عدم ورودها في النصوص القانونية الوضعية. فالعرف هو إذن وعموماً مجموع القواعد التي توافق الجميع عليها في شأن سلامتها، وسلّموا بقيمتها كأساس للتمييز بين الفئتين والسّمين، واعتادوا على تطبيقها والتعامل معها ومرت على عصر تخلقهم بها السنون والأحقاب⁽²⁾ إلى أن انتهى بها الأمر أن أصبحت عليهم تفرض نفسها فرضاً ودوناً احتياج إلى تزكية تشريعية أو باقرار مشرع وإنصاص قانون. إنها كما كتب العميد كربوني⁽³⁾ في شأنها "قواعد توجد معلقة في روح القانون".

662. ويتوجب علينا أخيراً أن نشير إلى العادات والأعراف المعهودة المتعارفة في الأوساط المهنية عموماً، وفي أوساط التجارة العالمية خصوصاً. إنها عبارة من صنف هو من العرف يقترب وإليه يتصل بسبب، ثم إنها انتعشت في وقتنا الراهن وأصبحت تشهد انتشاراً وتوسّعاً إذ أصبح عصرنا تتسم فيه التجارة العالمية بالانبعاث والازدهار المتنامين المتزايدين شأنًا وجساماً من جهة، ومن جهة تقابلها يتسم هذا العصر الذي نعيش، بغياب مشروع له نفوذ كوني وسلطة عالمية يمكنه من تأطير المعاملات التجارية العالمية وإحكام تنظيمها. فكان من الطبيعي أن تسدّ هذا الفراغ التشريعي الذي اختص به الكون كله، عادات التجار وما درجوا عليه وتوافقوا، وكان من الطبيعي أن يتزايد شأنها والاعتراف بها باعتبارها مصدراً ذا بال للقانون.⁽⁴⁾

661. (1) انظر مثلاً: تعقيني عدد 3784 بتاريخ 11 مارس 1980 م.ق.ت. ماي 1980، ص 127.

(2) الطاهر الحداد: "امراتنا في الشريعة والمجتمع" - الدار التونسية للنشر - تونس ط 4 ص 21.

(3) Carbonnier (J): "Droit civil, T.2, p.119".

662. (1) علي المزغني المرجع السابق عدد 520 ص 193.

ومن جهة أخرى وخاصة، لا تشمل تلك المبادئ الدستورية إلا القانون في معناه الشكلي، أي الذي لا يبيلور ولا يسن إلا حسب قواعد الإجراءات الدستورية. ثم إن ذلك القانون لا شيء فيه يمنع من جعل سلطان العرف يتبوأ فيه مكانته الحقيقية التي يستحق.

664. فمهما تكن المواقف في شأن العرف متعارضة فإن فيه سلبيات لا يمكن التغاضي والتفافل عنها، وأهمها أن العرف خال نسبيا من الدقة والثبات، إنه وبحكم كونه غير مدون تدوينا مضبوطا كاملا قد أنجزه مختصون في القانون، غير قار ومضمونه غير معلوم علم اليقين مما يجعل الاطمئنان إليه في مجال القانون ضعيفا والاعتداد به عسيرا.

ولئن سلم الفقه التقليدي بهذه النقائص، فقد دافع عنه وتمسك به ورجع على سلبياته إيجابياته، وخاصة تلك المرونة القائمة التي بها يتسم ويمتاز، وبفضلها تنطمس عيوبه وتضمحل سلبياته، بل تنقلب السلبيات إيجابيات، إذ أن عدم الدقة (كما ينعتها المعارضون له) أو المرونة (كما ينعتها بها مناصروه) لهما ظاهرة لا يختص بها العرف دون سواء، بل هي التي تجعل أية قاعدة قانونية ومقبولة محبذة لأنها بها تتطور، وإن كانت ببطء وتأن، حتى لا تثير القلاقل ولا تزجج الأحاسيس في أعماقها أو تقلق الناس في ما عليه درجوا وتعودوا. إن تطور القاعدة يكون بالشكل الذي لا يكاد يحس أو يتفطن إليه، هو الذي ييسر لها التأقلم والتشكل مع الحاجيات المتجددة للواقع العلمي وأيضاً هو الذي يجعلها منسجمة مع وضع العادات ومستوى الآداب العامة وأشكالها التي هي بالتعريف في تطور مستمر لا ينقطع. إن العرف على هذا النحو الذي ذكرنا، هو ضرب من الممارسة للأشعورية للديمقراطية المباشرة. فهو من جهة ينبثق من الإرادة الشعبية المباشرة التي لا تحتاج إلى وسيط، وهو من جهة ثانية ثمرة تطور غريزي، وبالتالي أمكن القول بأن العرف مصدر قانوني تتجلى فيه تلقائية الشعب وعقوبته.

ولكن بالرغم من هذا الذي نقول في شأنها، ينبغي أن يتحلى موقفنا إزاءها بالصيغة والتنبه والحذر، إذ لا يقيبن على الذهن أن "الحياد" فيها غائب بل لا يجد له فيها مكانا. إنها توفر في أغلب الأحيان مظهرا قانونيا لإرادة الأقوى من الأطراف في العلاقات الاقتصادية وتكرسها، إذ لا يخفي على كل ذي فطنة وبصيرة، أن العلاقة الاقتصادية أضحت، اليوم، وخاصة لدى الشركات متعددة الجنسيات، لا تخضع لمراقبة مشرع أو مقتضيات قانون، بل عنها جميعا تنفلت ولها تراوغ.

II - مزايا العرف وإيجابياته

663. ويهتم أولئك الذين للعرف يتحمسون وبه يعترفون ولمزاياه يذكرون فينوهون، خاصة بذلك الذي دق معناه، وانحصرت دلالاته في العرف الذي ماته الشعب. وفي زعمهم هو ابتداء الشعب وابتكاره تشكل بالتكرار في الزمان ورسخ. وبما أن ذلك كذلك فالتمسك به دليل على اعتبار الشعب واحترامه. إنها الديمقراطية في أجل مظاهرها، وأنبل معانيها. إلا أن هذا الموقف، بالرغم من سلامة طرحه وحسن نواياه، يسهل الرد عليه ومواجهته بالاعتماد على القواعد الدستورية المتعارفة في نظام الديمقراطية التمثيلية. ذلك أن وضع القانون وإنشائه لا يكونان فيها بواسطة طرق الديمقراطية المباشرة، بل المجالس النيابية هي التي تصدر القوانين وتستنها، وبالتالي فإن وجود البرلمانات يعني أن سبل الديمقراطية المباشرة لا محل لها ولا مجال. إلا أن هذا الاعتراض لا يخلو من النقد ولا يعسر دحضه، بل يمكن من ناحيتين اثنتين.

فمن جهة، ليس إلغاء الديمقراطية المباشرة في الأنظمة التمثيلية مطلقا، والدليل على ذلك أن الدساتير أصبحت اليوم تنص وفي أغلب الأحيان على إمكانية اللجوء إلى الاستفتاء الذي هو كما يعلم الجميع، طريقة مباشرة في ممارسة الديمقراطية.

III - نقد العرف

666. لننتقل أولا في نقدنا من الادعاء بأن العرف ابتدعه الشعب بصفة ديمقراطية، هل هي مقولة نسلّم بها تسليعا، أم أنها تحتاج منا إلى فحص وضبط وتدقيق؟

إننا إن فكرنا بشيء من التثبيت في المسألة، يتبين لنا أن العرف إنما هو في مجموعه نتاج للظروف المجتمعية، وأنه يكون عادة معبرا عن موقف طبقة اجتماعية أو صنف اجتماعي يسود ويهيمن على غيره من الشرائع والطبقات فيفرض عليها نمط عيشه ورواه، وبالتالي عرفه، وهذا يعني أن تلك الطبقات أو الشرائع قد تقبلته لا لأنه لمصالحها يناسب، ولا لأنها فيه رغبة وإياه أرادت، بل لأنه فرض عليها فرضا من قبل الطبقة المهيمنة أو الصنف الاجتماعي السائد.

667. ولنرجع ثانيا إلى ما كان استقر عليه رأينا عند دراستنا لأساس القانون من أن النصوص التشريعية يمكن أن تكون عاملا للتحرير والتحرر. إن التحرير لا يكون إزاء القرى المهيمنة فحسب، بل وأيضا إزاء الممارسات التي تجاوزها الزمن والتقاليد التي تقادمت وأصبحت بالية إن لم يكن إزاء العرف كله أو على الأقل بعضه. فلقد جاءت القوانين الإرادية إبان الثورة الفرنسية كره فعل ضروري لتجاوز الوضعيات السابقة، فلم يكن ذلك ممكنا إلا بالعدول عن القواعد العرفية وإنهاء العمل بها.

إن الواقع يقر بأن المجتمعات المتطورة قد شهدت خلال القرون الأخيرة تحولات عميقة هي أصعدة الاقتصاد والاجتماع والقانون، فأنجر عنها أن اندثرت بعض العادات والأعراف، في حين أن بعضها الآخر قد طرات عليه تغيرات بطيئة جعلته يساير المجتمعات في نسق تطورها الدؤوب الذي لا يتوقف أبدا، وهذا يعني بصورة أكثر وضوحا، أن العرف لا يبقى كله خالدا، ولا يندثر كله زائلا، بل منه ما يبقى ومنه

فهذه الأسباب المختلفة التي ذكرنا البعض منها، هي التي أدت بالفقه التقليدي إلى مساندة العرف، والتمسك بأن له دورا ذا بال ينبغي ألا يهمل، بل يعتبر أيمًا اعتبار.

665. أو لم يذهب هذا المنطق إلى غاية الشرود ونهاية

الحدود؟

إن حكمنا هذا الذي أصدرناه ينطلق مما كان قد حصل لنا من علم بأن القانون التكميلي (القاعدة المتممة) تصح إزاحته بواسطة بند صريح تنصيصا وكتابة، وإذا ما جيء لنا الآن بأن سكوت الأطراف المتعاقدين يمكن أن يعني إرادتهم الضمنية في إزاحته، فلا وجود لحالة يمكن فيها للحكم التكميلي أن يطبق، وقد عارضه العرف وخالفه، وبالتالي يصبح القانون التكميلي في وضع يمكن نسخه بالعرف.

هذه النتيجة وجدت من الفقهاء من يدعو إليها وعنهما لا يتزحزح، بل وجدت من ذهب إلى أبعد من ذلك. إنهم أولئك الذين يتمسكون بإمكانية نسخ العرف للقانون الذي أهمله الاستعمال مدة طويلة. وقد كتب العميد كربوني في هذا الصدد قائلا: "منذ أن أصبح القانون من اختصاص الفنيين خرج عن مراقبة الشعب ولكن الشعب لا يزال يراقبه عن طريق إهماله القواعد التي لا يرتضيها"⁽¹⁾ ولذلك فإنه من غير المنطقي أن نخرج من العدم قاعدة قديمة قد حكمت عليها الوقائع بالزوال.

ورغم الاحترام الذي نكنه لهذا العالم في القانون، فإننا لا نذهب معه في هذا الرأي، لأن في ذلك تغليب للعرف على القانون.

ما يتلشى، وإن الذي منه يبقى هو ذاك الذي يتمكن من مسابقة التحويلات والتكيف مع المستجدات.. ويتأتى عن هذا الذي نقول بأنّ العرف ليس كلّه وبرمته منحصر تأخر وعامل جمود وركود. ثم إنه لينجلي لنا سبب وجود البعض من فقهاء العرب الذين لا يزالون بالعرف متمسكين، وبضرورة إدخاله في الفكر القانوني منادين، بل إننا نتفهم اعتبارهم أنّ العرف يمكن أن يكون عاملا يقع إصلاح ما قد يقع فيه المشرع من إرتجال وتسرع.

668. ويختلف الأمر في بلداننا التي لا تزال إلى التخلّف أقرب، فإنّ معضلة العضلات عندنا هي الركود. وأنّ أصله يتمثل في أوزار القرون التي رزحنا تحتها ولا تزال، وعلاجنا هو القانون. إنّه هو الذي به ننفض غبار الماضي ونتخلّص من أعباء الأمس، وبه نهتدي إلى إيجاد الترياق الناجع لداثنا العضال.

هذا الذي نقول موقف يتماشى مع أغلب الحالات، ولكنّه لا يستطيع أن يجعلنا نعتبر أنّ كلّ التقاليد سيئة، وأنّ الأعراف برمتها لا تقلّ عنها سوءا وبشاعة، مثلما كنّا بيّنا أنّ القوانين ليست جميعها حسنة أو هي على أحسن ما يكون.

إنّنا أردنا فقط أن نبين أنّ التأخر يتخذ اشكالا عدّة، منها تأخر العقليات وإننا لكي نتجاوز معضلة تخلفنا، نحتاج إن لزم الأمر، إلى قانون يهزّ العادات القديمة ويزعزعها. ذلك أنّنا نعتبر أنّ دور القانون يتمثل في تحريك عجلة التقدّم و"استفزاز" سبل التطور، بل في الإسراع بالتعصير واختزال الأشواط حتى نجعل أنفسنا وعصرنا منسجمين متلائمين متناغمين.

ودليلنا على ذلك أنّ قانون غرة أوت 1957 المتعلّق بالهالة المدنية، قد طوّر العادات، إذ حذف الزّواج العرفي. هذا ما أصبحنا نسلّم به جميعا، ولكن كيف كان يمكن أن يكون حالنا اليوم لو تقلّب العرف في مقاومته الشديدة، وخاصة في الأرياف لذلك القانون عند ظهوره ؟ وهل كان

بإمكاننا أن نتخلّص من المشاكل التي لا يستهان بها، والتي تنجرّ عن تواصل العمل بالزّواج العرفي ؟ إنّ إجابتنا لهي بديهية، وإنّه لا يصحّ لنا ترجيح العرف على القانون، كما أنّنا لا نستطيع أن نولي للعرف أهمية قصوى.

ب - دور العرف في القانون التونسي

1 - أنواع الأعراف المختلفة

669. صنفت الدراسات التقليدية العرف إلى ثلاثة.

- العرف بإنبابة من القانون
- العرف مصدر مستقل
- العرف المخالف للقانون

1) العرف بإنبابة من القانون

- الإنابة الصريحة

670. يحدث للنص القانوني ذاته أن ينصّ صراحة على الإحالة على العرف الذي يكون في هذه الصورة لا يعارض القانون ولا يزاوجه بل يتممّه.

ونذكر على سبيل المثال الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود حيث ينصّ على أنّه "يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة، ولا يلزم ما صرح به فقط، بل يلزم كل ما ترتّب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته". وكذلك الفصل 516 من نفس المجلة حيث ترد عبارة "المعمول به عادة..." وفصلها 526 حيث ترد عبارة :

"المتسامح به عرفاً أو عادة...." وفصلها 799 حيث ينص على عبارة :
"حسب العرف". كما نجد فيه عبارة "..... ما لم يتم عرف [...] على خلافه".

ويتجلى لنا أن العرف يذكر في هذه الحالات ولئن استعمل المشرع أحياناً عبارة "عادة" فإن المعنى واحد. كما يتجلى لنا أن ميدان تطبيق العرف يحدده القانون وهذا يعني أنه يستمد شرعيته بلا شك، من القانون الذي يصرح به تصريحاً.

ويمثل هذا الصنف، وإن قلّ شأنه فائدة، نظراً لما يقدمه من خدمات ؛ إنه يعفي الأطراف من مشقة التخصيص على جميع الجزئيات في عقودهم، وفي الآن نفسه يعفي المشرع من ضبط قواعد تسري على كامل التراب الوطني، والحال أن العادات المحلية يمكن، أن تكون أكثر تلاؤماً أحياناً، مثلما هو الشأن بالنسبة لحق المرور على ملكية الجار الذي يتغير من مترين فأكثر حسب الجهات أو حسب طبيعة النشاط الفلاحي، أو وسيلة النقل المستعملة عادة، بحيث لا ضرر ولا مانع في تأويل بند تعاقدى متعلق بهذا الحق على أساس العرف المحلي وبالرجوع إليه.

- الإنابة الضمنية

671. يرى البعض من الفقهاء أن صنفاً آخر من الأعراف موجود إلى جانب حالات الإنابة الصريحة بموجب القانون. إنه صنف الأعراف بالإنابة الضمنية، تلك التي لا يصرح بها النص القانوني. فقد يحدث أن لا يعرف القانون بعض المفاهيم، ولكنه في الآن نفسه، يعتبر أن لها نتائج ذات أهمية، مثلما هو الشأن بالنسبة لمفاهيم "الخطأ" و "المواطن الصالح" و "الأخلاق الحميدة" أو "الإنسان متوسط الانتباه".

وبما أن النصوص التشريعية لا تتضمن تعريقات مضبوطة لهذه المفاهيم وغيرها، فإنها تبقى من مشمولات العرف، أي أن البحث عن نعتها نعتاً اصطلاحياً يحصل خارج القانون.

غير أن صعوبة التعريف ليست أوحدهم التفسير ولا أحسنها لفهم صمت المشرع في هذه الحالات، ذلك أن هذه المفاهيم تتطور بتطور العادات والعقليات، كما تتطور حسب التقدم التقني والحاجيات الملحة، وبالتالي فهي تتسم بصيغة المرونة في حين أن التعريف القانوني قد يجعل منها جامدة.

672. ونستطيع مما سبق بيانه، أن نستخدم حجة بها نقول بأن هذا التعريف يجب أن يبقَى من مشمولات العرف الذي يتطور بتطور العادات والأخلاق العامة. غير أن حجتنا هذه لا ينبغي التمسك بها واستعمالها عندما يتعلق الأمر برغبتنا في التطور السريع، وإرادتنا في تمييزه ودفعه دفعا ؛ وذلك لأن السرعة والعرف لا يجتمعان، ولا يمكن أن يلتقيا على وقيرة واحدة. فالعرف هو بالتعريف بطيء السير، متأن لا تجد فيه السرعة مكاناً ولا إليه سبيلاً، والتطور السريع يتأتى عندما يتجمع كل من البحث الفقهي والجرأة الفقهية القضائية، إنه بهما يثمر الإنتاج القانوني الذي يهز العرف والعادات. أمّا القول بأن تحديد هذه المفاهيم ينبغي أن يترك للعرف، فإنه يؤدي بصاحبه إلى إقامة حاجز قانوني يعرقل كلاً من مجهودات الفقهاء الخلقة، والمحاكم المبدعة، وبالتالي إلى تعطيل التطور وعرقلة التقدم.

ثم إنه لا ينبغي أن ننسى أن الإرادية المفرطة لها حدودها، وأن المبالغة المشطة، في هذا الميدان، يمكن أن يشير ردود فعل تجعل نتائجها سلبية تعاكس ما كان يرجى منها. وبالتالي فإن الأمر يتعلق بمعادلة وسطية لا إفراط فيها ولا تفريط .

ونعني بهذا وبصفة أدق، أن العرف يكون فيه التطور غير واع، أمّا التطور المتأني من القانون والفقهاء، وفقه القضاء، فإن الحلول فيه تناسب أوانها، وتنسجم مع عصرها، وأيضاً تتصف بالإبداع المتروكي والمتأني عن دراية وتفكير ووعي. إنها تكون الشروط التي تجعل الحلول

وسطية، لا تجنح إلى المبالغة ولا تتركز إلى الركود، ولكنها في الآن نفسه، تحقق ديناميكية تطويرية.

وهذا لا يعني أن المشرع والفقهاء والقضاة يتركزون عند تفكيرهم الخلاق العرف جانبا، ولا يحتسبون له شأنًا بل إنهم يولونه العناية التي يستحق، شريطة أن لا يكبل جهودهم وأن يبقى مصدر استلهم لعملهم الإبداعي.

أما إذا غاب فقه القضاء، أو صمت الفقه، فإن الاعتراف بالعرف بالانابة الضمنية، يصبح أمرا لا مفر منه ولا مناص.

(2) العرف مصدر مستقل

673. يصبح العرف مصدرا مستقلا إذا ما سلمنا بأنه يفرض نفسه دون حاجة إلى إحالة تشريعية، وهكذا يمكن له أن يصد ثغرات القانون. ففي بعض البلدان، تنص القوانين صراحة على هذا النوع من العرف، مما يمثل إنابة عامة من القانون، مثل المجلة المدنية الجزائرية التي تنص في فصلها الأول (الفقرة الثانية) على أنه "في صرورة عدم وجود نص قانوني، يقضي الحاكم حسب مبادئ التشريع الإسلامي، وعند الاقتضاء حسب العرف". والمجلة المدنية الأردنية تحتوي أيضا على أحكام مماثلة. كما قبل في بلدان أخرى مثل فرنسا، وجود أعراف وعادات تمثل قواعد مستقلة عن القانون رغم غياب أحكام تشريعية، ولكن بشرط أن يكون القضاء قد أقرها⁽¹⁾ عند تطبيقها.

ولكن ليس في هذا القول تدعيم للقضاء، إذ هو الذي يعطيها سلطتها؟

674. لا وجود في تونس لأي نص يحيل إلى العرف بصفة عامة. فحتى الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه :

"إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون، اعتبر القياس، فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى قواعد القانون العمومية"، لا يمكن اعتباره مخالفا لتأكيدنا : ذلك أنه يحتوي على قواعد يتوجب تدقيق معناها : فمن جهة نص القانون صراحة على فرضية النقص الحاصل فيه، ولكنه أكد صراحة أيضا على أن حل المسألة لا تكون خارج النص ذاته، ومن جهة ثانية أشار المشرع إلى اللجوء إلى القياس كحل أول. والقياس هو الطريقة المثلى التي يستعملها الفقه وفقه القضاء للاستنباط. ثم وقعت الإشارة أخيرا إلى المبادئ العامة للقانون التي نعتها المشرع بعبارة "القواعد العمومية للقانون" والتي لا تعني الإحالة إلى "العرف الشعبي" بل إلى ذاك الذي كنّا أطلقنا عليه عند تعريفنا للعرف، بالعرف ذي الأصل المعرفي. ويتجلى إذن أن "العرف الشعبي" لم يعتبره المشرع مصدرا مستقلا للقانون. لكن هذا لا ينفي أن فقه القضاء يقر اليوم للعرف بدور هام خاصة في الميدانين الحرفي والتجاري.

(3) العرف المخالف للنص القانوني

675. يمكن للعرف أن يتعم النص القانوني ولكنه لا يمكنه مخالفته، فالفصل 543 من مجلة الالتزامات والعقود يقر بذلك، إذ ينص على أن : "العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح". وتفيد هنا لفظة "صريح" وضوح النص وجلالته ودقته. أي أن العرف يمكن له أن يتدخل ليساعد على تأويل نص لا يترفر فيه هذا النعت أو قاعدة فيها لبس، ولكنه لا مجال له في التدخل عندما يتعلق الأمر بنص دقيق جلي، سواء كانت قاعدة مكملة أو أمرة، قديمة أو جديدة. فلا وجود إذن لمكان للعرف الذي يكون فيه ترجيحه على نصوص قانون تكميلية أو إلغائه تقادم وأهمه الاستعمال. وفي مقابل ذلك فالقانون هو الذي له القدرة على إلغاء العرف. وإن هذا الموقف قد تبناه فقه القضاء بصفة صريحة عندما أكد بوضوح تام أنه لا يمكن اللجوء إلى العرف إلا في حالة غياب نص ينطبق

على الواقعة⁽¹⁾. وهذا يعني أن العرف مصدرا احتياطي لا يمكنه مخالفة النصوص التشريعية. وفي ذلك دلالة واضحة لأولوية الدولة في سنّ القواعد القانونية على ما يصدر تلقائيا عن المجتمع. وقد كان الحكم على هذا النحو ضرورة حتمية، حتى يتسنى للقانون أن يقوم بدوره التحرري.

II - إثبات العرف

676. نورد أخيرا ظاهرة أخرى تتجلى فيها منزلة العرف الدونية بالنسبة للقانون، وننطلق من الفصل 544 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه : "من استند على عرف كان عليه ثبوته ولا يحتاج به إلا إذا كان عاما أو غالبا غير مناف للنظام العمومي والأخلاق الحميدة"⁽²⁾. هذا الفصل يبيّن في جزئته الأولى، أن العرف في صورة الاستناد إليه، يحتاج إلى إثبات وجوده، أمّا النص القانوني فلا يحتاج إلى ذلك البتة. وذلك لأن العرف هو عبارة عن ممارسة تحتاج إلى إثبات مثل الوقائع أي بجميع الوسائل والطرق ومن المعروف أن "البينة على من ادعى" وأن مهمة إثبات الحجة على من يستند إليها ويتمسك بها، إنّه عليه أن يثبت العنصر المادي والعنصر النفسي معا. وبما أن الأمر يتعلق بواقعة، فإن لقضاة الأصل مطلق التقدير والاجتهاد، وبما أن الأمر يهم عادة ممارسات عرفية محلية فإنه لا مجال لتوحيد محتواها وتعميمه على كامل تراب الوطن، وبالتالي ليس من شأن محكمة التعقيب أن تراقب التطبيق الملائم للعرف. وفي مقابل هذا، فإن توحيد التأويل الخاص بالمبادئ العامة للقانون يكون ضروريا في كامل البلاد، إنها إحدى أهم مهمات محكمة التعقيب.

675. (1) تعقيبي مدني عدد 4623 مؤرخ في 2 مارس 1967 نشرية من 24.

676. (1) تعقيبي مدني عدد 16267 مؤرخ في 24 / 1 / 1989 م. ق. ت. جوان 1991 من 78.

إن الاستنتاج الذي يفرض نفسه بنفسه اعتمادا على كلّ هذه الأسباب، يتمثل في أن محكمة التعقيب تختص بتقدير التأويل المناسب للمبادئ العامة للقانون، وهي بخلاف ذلك، لا تختص بتقدير العرف الصادر عن الشعب لا من حيث إثبات وجوده ولا من حيث مضمونه.

الفقرة الثانية : فقه القضاء

677. يمكن لفقه القضاء أن يرتفع إلى مستوى مصدر القانون بفضل وجود مراتب تتنزل فيها مختلف المحاكم، وخاصة بفضل ما تتمتع به محكمة التعقيب من مهمة توحيد التأويل. ويعني ذلك أن دراسة فقه القضاء باعتباره مصدرا للقانون (ب)، لا ينفصل عن دراسة التنظيم القضائي (أ).

أ- التنظيم القضائي

678. قبل أن تتشكل الجماعات في تنظيم، أو قبل أن تولد الدول المتهيكلّة، كانت النزاعات بين الأفراد والأشخاص تفض عن طريق الشار الفردي، إذ كان الأشخاص يقتصون لأنفسهم بأنفسهم. وهذه الفترة تسمى مرحلة القصاص الخاص. ولكن عندما ظهرت العشائر وتشكلت القبائل فيما بعد، تفاقم النزاع بين الأفراد المنتمين إلى قبائل مختلفة، واتخذ خطورة جسيمة، تحولت إلى حروب قبلية طاحنة، وانتقلت طريقة فض النزاع من القصاص الخاص إلى العقاب العمومي.

ومنذ أن بدأت المجموعات البشرية في التهيكل والتنظيم، ظهر الرئيس (أو القائد) الذي كان يفرض سلطته ويتمتع بنفوذ يخضع إليه كلّ المتقاضين ليحكم بينهم، ويتولى فض ما ينشب بينهم من خلاف

وتنازع. فالوظيفة القضائية هي إذن إحدى الوظائف الأولى التي تقلدتها الدولة تاريخياً، وأنها لا تزال إلى يومنا هذا إحدى أهم وظائفها. فالقضاء مرفق عمومي وحكر على الدولة⁽¹⁾ وقد بني النظام القضائي الحديث على مبدأ أساسي هو مبدأ تفريق السلط، فيكون القضاء إحدى سلطات الدولة المستقلة.

- الفصل بين السلط واستقلال القضاء

679. كان مونتسكيو (1689-1755 م) قد وضع في كتابه "في ناموس القوانين" (1748 م)، نظريته التي بها اشتهر والتي تناسس على الفصل بين السلط الثلاثة، التشريعية والتنفيذية والقضائية، ولكن هذه النظرية رغم مرور حوالي قرنين ونصف على ظهورها، لم يعمّ تقبلها والآخر بها في جميع أنحاء العالم، ذلك أن الفصل بين السلط لم يتضح بعد وخاصة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. ولكن جلّ الفقهاء والمشرعين يقبلون نظرياً على الأقل، مبدأ استقلال القضاء.

680. وليس لنظرية الفصل بين السلط ما يعادلها في التشريع الإسلامي. فلئن كان على القاضي أن يحكم دائماً بما عليه عليه ضميره ولا يتقيد بالأوامر، فإنّه كان دائماً يعين من طرف أمير المؤمنين، ويخضع في أغلب الأحيان إلى ضغوطات صاحب السلط الذي كان يحتفظ لنفسه بنوع من السلط القضائية⁽²⁾ وهذا يعني أن السلط لم تكن متميزة منفصلة عن بعضها بعضاً، بل كان يقوم بينها التداخل والإدماج. وهذا يعني أيضاً أن الدول الإسلامية الحديثة، قد استلهمت من مونتيسكيو ومن النظريات الغربية عندما تبنت مبدأ استقلال القضاء.

678. (1) انظر "احتكار الدولة للقانون" فقرة عدد 128 وما بعد.

680. (1) انظر ما أورده ابن خلدون في شأن صعوبات القاضي الذي يريد أن يحافظ على استقلاله: رحلات الشرق والغرب، منشورات السندباد (بالفرنسية).

فالدستور التونسي قد خصّص الباب الرابع للسلطة القضائية، إذ نصّ في فصله 65 على أن، "القضاة مستقلون، ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون".

- المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية

681. إذا كانت نظرية فصل السلط بعضها عن بعض تعني استقلال القضاء عن السلطة التنفيذية فإنّها تعني أيضاً أن السلطة التنفيذية مستقلة عن السلطة القضائية. وبالتالي لا تكون الإدارة خاضعة لمحاكم النظام العدلي. وقد نصّ الدستور في فصله 69 على إحداث مجلس الدولة حتى لا تبقى ممارسة الإدارة تسودها الاعتباطية ولا يحدها أيّ ضبط.

إن المحكمة الإدارية هي إحدى ثانيتين الهيئتين اللتين منهنما يتركب مجلس الدولة. وقد كان إحداثها وتنظيمها بمقتضى القانون الصادر في غرة جوان 1972⁽³⁾، وهي تختصّ بالنظر ابتدائياً ونهائياً في قضايا متصلة بتجاوز السلط، ترفع إليها من أجل إبطال القرارات الإدارية سواء كانت هذه القرارات صادرة عن السلط المركزية أو الجهوية، أو عن الجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، باستثناء الأوامر ذات الصبغة الترتيبية التي لا يمكن أن توجه في شأنها دعاوي تجاوز السلط.

681. (1) Y.Ben Achour: "Droit administratif," précité.

- توفيق بوعشبة مبادئ القانون الإداري التونسي المذكور سابقاً.

نقح هذا القانون بالقانون عدد 67 - 83 المؤرخ في 21 جويلية 1983. انظر أيضاً القانون عدد 67 - 72 المؤرخ في غرة أوت 1972 الذي نقح بالقانون عدد 68 - 83 المؤرخ في 21 جويلية 1983 والمتعلق بسير المحكمة الإدارية وبوضع أعضائها القانوني (كل هذه القوانين هي من صنف القوانين الأساسية).

كما تلتزم المحكمة الإدارية للنظر في الدعاوي الأخرى التي تكون الإدارة طرفاً فيها، ويكون ذلك باعتبارها محكمة استئناف أو تعقيب بحسب الحالات المعروضة عليها، والتي سبق أن وقع النظر فيها إما ابتدائياً أو استئنافياً من طرف محاكم أخرى، وخاصة محاكم النظام العدلي بالنسبة للبعض من الحالات. إلا أن الوضعيات التي تكون المحاكم الابتدائية أو الاستئنافية قد نظرت فيها وأصدرت أحكاماً بشأنها، فإنها لا تخضع إلى المحكمة الإدارية إلا في القليل النادر كالحالات المتعلقة أساساً بالمسؤولية المدنية للدولة⁶⁸². وتمثل كل من المحكمة الإدارية والمحاكم العدلية نوعين قضائيين متوازنين مستقلين عن بعضهما بعضاً. والذي يهتما في هذا المجال هو نظام القضاء العدلي فقط.

I - محاكم القضاء العدلي : المبادئ العامة

682. تختص محاكم القضاء العدلي أساساً بالبت في النزاعات التي تنشأ بين الأفراد وبصفة استثنائية في تلك التي تهم الإدارة، إضافة إلى اختصاصها في القضايا الجنائية. ويخضع سير المحاكم الجزرية التي يتمثل دورها في تسليط عقوبات على المجرمين، إلى أحكام مجلة الإجراءات الجزائية. والمحاكم الجزرية ليست في عمومها إلا دوائر مختصة للمحاكم التابعة للنظام العدلي. وسنكتفي هنا بعرض موجز نقدم فيه محاكم القضاء العدلي، مؤكداً خاصة على قواعد الاختصاص ونظام سير المحاكم في المادة المدنية التي تكون دراستها أكثر تفصيلاً في إطار دروس الإجراءات المدنية.

(2) الأمر العالي المؤرخ في 27 / 11 / 1888

"Le centenaire du droit beylical du 27 Novembre 1888 et le contentieux administratif" : Actes du Colloque Tunis 28, 29 et 30 Nov. 1988, CERP. Tunis.

وسنبعث أولاً في محاكم القضاء العدلي، ثم نتناول ثانياً الأحكام المتصلة بسلك القضاء وإطاره. تخضع مختلف المحاكم التي سنتناولها تباعاً إلى بعض المبادئ العامة المشتركة.

683. تتعلق الأحكام المشتركة للقضاء باختصاص المحاكم وتحديد مرجع نظرها حكماً وترابياً، كما يقوم النظام القضائي الحديث على أساس مبدأ جوهرى يرمي على السواء إلى التوصل إلى الحقيقة، وإلى حماية مصالح الأفراد وهذا المبدأ هو مبدأ التقاضي على درجتين كما تتعلق هذه الأحكام بمبادئ عامة لسير التقاضي.

(I) الاختصاص

- الاختصاص الحكمي

684. إن تعدد وتنوع المحاكم يفرض وجوباً ضرورة تحديد اختصاص كل صنف وكل محكمة، فقد تعددت أصناف ودرجات المحاكم وتنوع من محاكم عدلية عادية، إلى محاكم إدارية أو مختصة أو استثنائية. فلا يستقيم النظام القضائي إلا إذا تضمن قواعد تمكن من تحديد مرجع نظر كل صنف من هذه الأصناف، وإلا آل الأمر إلى الفوضى. وقد تتحد المحاكم من نفس الصنف والدرجة، إذ تتوزع إقليمياً على كامل تراب البلد الواحد. لذلك يتوجب إتمام قواعد الاختصاص الحكمي بأحكام الاختصاص الترابي.

685. ويتمثل موضوع قواعد الاختصاص الحكمي في توزيع مجموع القضايا النزاعية على مختلف المحاكم حسب طبيعة المشاكل التي تتخضع لها. ذلك أن كل صنف من المحاكم يتولى النظر في نوع من الدعاوي، كان نقول مثلاً، إن القضايا التي يقوم فيها النزاع بين العمال

ومشغليهم ترجع بالنظر الى مجالس العرف⁽¹⁾، أي أن طبيعة النزاع هي التي تحدّد صنف المحاكم المختصة، ولكن دون أن يكون في ذلك تعيين مدقق لأيّ عنها.

إن الاختصاص الحكمي يرمي إلى توزيع القضايا المتنازع فيها بحسب نوع الخلاف وطبيعة المسائل القانونية المطروحة فكلّ نوع من أنواع النزاعات يسند إلى أنظار نوع أو درجة من المحاكم. فطبيعة الدعوى إذن هي التي تحدّد نوع المحكمة المختصة. فعلى أساس الاختصاص الحكمي يحدّد مثلاً مرجع نظر المحكمة الإدارية. فلكونها متّصلة بسير مختلف أجهزة القضاء فإنّ هذه القواعد هي من صنف القواعد الأمرة⁽²⁾.

- محاكم الحق العام والمحاكم الاستثنائية

686. المحكمة الاستثنائية هي التي يكون مرجع نظرها قد حدّده نصّ خاص يقضي صراحة بإسناد نوع خاص من الدعاوي إليها، والمثال على ذلك تنازع الذي يحصل بين المشغل والعامل والذي يختص بالنظر فيه مجلس العرف.

687. أمّا محكمة "الحق العام" فهي التي يكون اختصاصها عادياً وعماماً، أي أنّها تتولّى النظر في جميع النزاعات التي لم يصدر بشأنها نصّ خاص يقضي بإسناد النظر فيها إلى محكمة استثنائية. وإنّ محكمة الحق العام ذات الدرجة الأولى هي المحكمة الابتدائية التي حدّد اختصاصها

685. (1) نلاحظ أنّ تسمية "مجلس العرف" قد عوّضت بتسمية "دائرة الشغل" بمقتضى القانون عدد 55 لسنة 1977 والمؤرّخ في 3 أوت 1977 (الترائد الرّسمي للجمهورية التونسية عدد 53 المؤرّخ في 5 أو 9 أوت 1977، ص 2099).
(2) الفصل 3 م م م ت، تعقيبي مدني عدد 14789 مؤرّخ 10 / 29 / 1987 م ق ت فيفري 1989 ص 68.

تعقيبي مدني عدد 19654 مؤرّخ في 16 / 2 / 1988 م ق ت جوان 1990 ص 76.

الفصل 40 من م.م.م.ت. بهذه العبارة : "تنظر المحكمة الابتدائية ابتدائياً في جميع الدعاوي عدا ما خرج عنها بنص خاص".

688. وقد يحدث أن يضبط اختصاص المحكمة الابتدائية ذاته بنصّ، فيكون عندئذ اختصاصها مطلقاً⁽³⁾ بصفة عامة، أي أنّه لا يمكن لأيّة محكمة أخرى أن تنظر في القضية حتى بصفة استثنائية مثلما هو الشأن مثلاً في النزاعات المتّصلة بالجنسية⁽⁴⁾.

- الاختصاص الترابي

689. تكمل قواعد الاختصاص الترابي تلك التي تتّصل بمرجع النظر الحكمي إذ بها يمكن داخل نفس الصنف، تعيين المحكمة التي يجوز لها أن تنظر في نازلة معينة. فتحديد درجة الاختصاص لا يكفي لسبب تعدّد المحاكم من نفس الصنف. فتعيين واحدة منها لا يكون إلاّ بالاعتماد على قواعد الاختصاص الترابي، أي اعتماداً على توزيع المحاكم من الدرجة الواحدة جغرافياً بحسب تقسيم تراب البلاد إلى دوائر إقليمية، تشكّل حدود اختصاص المحكمة التي تتواجد بها⁽⁵⁾.

ويعتمد الاختيار بين مختلف المحاكم متّحدة الدرجة، والموزّعة في مختلف الدوائر الترابية على أساس المقرّ، وذلك عملاً بالفصل 30 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية حيث ينصّ على أن : المطلوب، شخصاً

688. (1) انظر : Farouk Mectri : "la compétence exclusive", R.T.D. 1975, II, p.21.

(2) الفصل 55 من مجلة الجنسية التونسية.

689. (1) - قواعد الاختصاص هي من القواعد المكملّة التي يجب التمسك بها قبل الغرض في الأصل. وليس للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها.

تعقيبي مدني عدد 15670 مؤرّخ في 1/27 / 1987 م ق ت 1 جانفي 1989 ص 65.

تعقيبي مدني عدد 17917 مؤرّخ في 9/6 / 1988 م ق ت مارس 1990 ص 82.

كان أو ذاتا معنوية، تلزم محاكمته لدى المحكمة التي بدائرتها مقره الأصلي⁶⁹⁰ رغبة بارة أوضح : إذا كان طرفا النزاع يقطنان في منطقة واحدة، فإن المحكمة المختصة ترابيا هي طبعاً تلك التي توجد في نفس تلك الدائرة، ولكن إذا كانا لا يقيمان في منطقة واحدة، فإن الخصم الطالب هو الذي عليه أن يتحمل تبعات التنقل لتقديم دعواه لدى المحكمة الكائنة بدائرة مقر الخصم المطلوب، لأن هذا الأخير هو مبدئياً غير مدين لأحد، إلى أن يثبت ما يخالف ذلك . فالأصل براءة الذمة وعلى المدعي أن يتحمل إزاء خصمه تبعات الطعن في المبدأ.

690. هذه القاعدة لها مع ذلك استثناءات، والمثال على ذلك أن الدعاوى العينية العقارية لا ترفع إلا إلى المحكمة التي يرجد العقار بدائرتها.⁽¹⁾ لكن الفصل 36 من نفس المجلة يجعل الخيار ممكناً أحياناً إذ ينص على أنه "للطالب في الصور التالية [...] الخيار في رفع دعواه لدى المحكمة المنصوص عليها بالفصلين 30 و 31 أو لدى المحاكم التالية...." موضحاً في فقرته الثالثة أنه : "في غورة الجثة أو شبه الجثة : المحكمة التي ارتكب بدائرتها الفعل الضار وفي صورة الجريمة تلك المحكمة أو المحكمة التي بدائرتها تم الإيقاف". وهذا يعني أن النزاعات المتعلقة بمسألة المسؤولية التقصيرية يكون فيها الخيار، وبالتالي الاستثناء عن القاعدة، لأن الأمر يصبح متصلاً بمراعاة الجدوى واعتبار التيسير، إذ من المعقول أن المحكمة التي بدائرتها ارتكبت الجثة أو الجريمة، تستطيع بيسر وسهولة أن تستمع إلى الشهود، أو أن تقوم بالأعمال الأخرى الكاشفة للحقيقة.

وعلى العموم فإن هذه القواعد ترمي إلى تيسير تحقيق المصالح فهي قواعد متممة غير أمرة.

690. (1) الفصل 38 م م ت.

(2) مبدأ التقاضي على درجتين : الاستئناف

691. إن مبدأ التقاضي على درجتين هو مبدأ مستحدث في النظام التونسي، وهو غير مألوف في الأنظمة القانونية التقليدية، فلا نجد له أثراً في القضاء الإسلامي. أما النظام الحديث، فإنه وقع فيه تنظيم القضاء بكيفية تضمن حسن سيره ويتدارك ما قد يحصل من خلل إجرائي أو خطأ قضائي. هذا التنظيم يتيح مبدئياً للمحكوم ضده فرصة الاستئناف وعرض قضيته أمام محكمة أخرى تتركب من قضاة أكثر حنكة وتجربة أو أكبر عدداً. فالغاية من الاستئناف، هو التوصل إلى حقيقة قضائية تناسب الواقع وتطابقه، كما يرمي الاستئناف إلى التوصل إلى تطبيق أفضل ومناسب للتصوص القانونية فالاستئناف يمكن من تدارك أخطاء قضاة الأصل الابتدائيين، وهو يسمح أيضاً للأطراف من تدارك نقائصهم على المستويين الواقعي والقانوني.

فهذا الاجراء يسمح بمراجعة الأحكام الصادرة ابتدائياً. فما هي هذه الأحكام القابلة للطعن عن طريق الاستئناف، وما هي الآثار الناجمة عنه ؟

- الأحكام القابلة للطعن عن طريق الاستئناف

692. لا وجود في التقاضي لأكثر من درجتين اثنتين، أي أن القضية لا يمكن أن تعرض مرة ثالثة على محكمة عليا. أما التعقيب، فهو طريقة خاصة للطعن، سندرسه في موضع آخر، وهو لا يمثل مبدئياً درجة ثالثة للقضاء. فالاستئناف هو إجراء يتعلق بقضاء الأصل والموضوع لا بقضاء القانون.

ويسمى الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى "حكماً ابتدائياً" وكذلك "ابتدائي الدرجة" وهو قابل للاستئناف عادة. أما الحكم الصادر

استغراب، لأن القضايا الجنائية تهدد حرية الفرد بلشع وأقصى العقوبات، ومع ذلك فإن المتهم لا يتمتع بإمكانية إعادة النظر فيها.⁶⁹⁴

- إثار الاستئناف

694. يترتب عن الاستئناف إثاران اثنان : أولهما أثر تعليلي، أي أن الحكم الابتدائي يتعطل تنفيذه إلى غاية الانتهاء من النظر في الاستئناف. أما الأثر الثاني فهو انتقالي أي أن محكمة الاستئناف تنفرد بالنظر من جديد في مجموع ملف القضية. وهذان الاثران يعطيان مبدأ التقاضي على درجتين جدوا وفعاليته، فهما اللذان يمكنان من إعادة النظر في القضية بأكملها.

695. الأثر التعليلي يعني تعليق تنفيذ الحكم الابتدائي المطعون فيه بالاستئناف. فمحكمة الدرجة الثانية تنظر في القضية مجددا فعليه يتوقف معنى الأثر الثاني أي الأثر الانتقالي. وهذا الأخير يعني أن الدعوى تنتقل بحالتها أي تلك التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف⁶⁹⁵ فلا يمكن الزيادة في الدعوى التي حكم فيها ابتدائيا ولا تغييرها حتى ولو رضي الخصم بذلك⁶⁹⁶ فمحكمة الدرجة الثانية تنظر في القضية في كل عناصرها الواقعية والقانونية دون أن تتقيد بما صدر

عن محكمة الدرجة الثانية، أي محكمة الاستئناف، فيسمى "قرارا نهائيا" أو نهائي الدرجة أي أنه غير قابل باية طريقة عادية للطعن فيه، فلا يصح الطعن في الحكم النهائي إلا عن طريق التعقيب. على أن التقاضي على درجتين فيه استثناء ذلك أن المشرع قد نظم بعض الحالات غير الهامة، وجعل الحكم فيها ابتدائيا ونهائيا في الآن نفسه.

ويقتصر الاستئناف على الأحكام الابتدائية، وهي الأحكام التي تصدر عن محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية، كل واحدة حسب اختصاصها. فمحكمة الناحية تصدر أحكاما ابتدائيا في القضايا المدنية والتجارية التي تتجاوز الدعوى فيها مبلغ 3000 دينار مثلا كما توصف أحكام المحاكم الابتدائية بأنها ابتدائية الدرجة، فيمكن استئنافها.

693. ويلزم الاستئناف في القانون التونسي التنظيم القضائي، فيوأكب السلم التقاضي. فيه لذلك تستأنف الأحكام الابتدائية الصادرة عن محكمة الناحية مباشرة أمام المحكمة الابتدائية. كما تستأنف الأحكام الابتدائية الدرجة الصادرة عن المحاكم الابتدائية لدى محاكم الاستئناف.

وتصدر عن هاتين المحكمتين أحكام نهائية الدرجة لا يمكن الطعن فيها إلا عن طريق التعقيب، شأنها في ذلك شأن الأحكام التي تكون في نفس الوقت نهائية وابتدائية الدرجة. فقضايا النفقة التي لا تتجاوز الدعوى فيها 240 دينار مستوية تنظر فيها محكمة الناحية ابتدائيا ونهائيا فلا يمكن الطعن في حكمها إلا عن طريق التعقيب.

وكذا الأمر بالنسبة للقضايا الجنائية التي تنظر فيها محكمة الاستئناف ابتدائيا ونهائيا، وهي الصورة الوحيدة التي تكون محكمة الاستئناف فيها من محاكم الدرجة الأولى، وهذا الاستئناف هو محل

693. (1) الفصول : 126، 127، 128 م م ج - وقد نص الفصل 126 على أن محكمة

الاستئناف تنظر نهائيا عن طريق الاستئناف في الجناح المحكوم فيها من طرف المحكمة الابتدائية. أما الفصل 127 فهو ينص على أن المحاكم الجنائية تختص بالنظر في الجنايات - والفصل 128 يقضي بأنه : تبث المحكمة الجنائية في كل الأحوال نهائيا.

695. (1) الفصل 144 م م م ت.

(2) الفصل 147 م م م ت

عن محكمة الدرجة الأولى، لكن محكمة الدرجة الثانية لا تنظر إلا في حدود ما تسلط عليه الاستئناف.

(3) سير المحاكم

696. يوجد في مختلف الأنظمة القضائية شكلان كبيران تنتظم بهما المحاكم في سيرها وانتصابها، أولهما يعتمد فيه على حاكم وحيد، وثانيهما تتركب فيه المحكمة من هيئة جماعية. والنظام الأول كان معمولاً به في القضاء الإسلامي، حيث كان القاضي يتولى بمفرده البت فيما يعرض لديه من دعاوي ونوازل، ثم إنّه لا يزال معمولاً به في النظام القضائي الأنكلوسكسوني. أما النظام الثاني، فقد تبنته جلّ الأنظمة المتواجدة في العالم، معتبرة إيّاه بحكم تركيبته المجلسية الثلاثية أو الخماسية، أكثر جدوى من النظام الأول. فهو يوفر ضمانات أكثر من تلك التي تكون في الحالات التي تنتصب فيها المحكمة بمحاكم فردي، سواء تعلق الأمر بالكفاءة أو النزاهة.

رنلاحظ في هذا الصدد أنّ هذه الصفة ليست حاسمة، إذ جوبهت بأخرى تعارضها منطلقة من أنّ الذي يصدر الحكم بمفرده يكون أكثر شعوراً بثقل المسؤولية الملقاة على عاتقه من ذلك الذي لا يعتبر نفسه إلا عضواً في تشكيلة مجلسية، وبالتالي فهو يميل إلى الاعتماد على الآخرين، فيعول عليهم، ويضع ثقته فيهم، خصوصاً إذا كان أحدهم قاضياً مقررّاً.

ومهما تكن الآراء المؤيدة لهذا النظام القضائي أو ذاك، فإنّ المشروع التونسي قد تبنت نظام المحاكم ذات التشكيلة الجماعية، ذلك أنّ جلّ المحاكم عندنا تتركب من ثلاثة أعضاء، يكون أحدهم رئيساً، وأحياناً من خمسة حكّام كما هو الشأن مثلاً في المحكمة العقارية عند انتصابها للنظر في الاعتراضات المقدّمة ضدّ مطالب التسجيل.

غير أنّ نظام سير المحاكم يمكن أن يعتمد فيه وبصفة استثنائية على حاكم فردي، مثل محاكم الناحية، والمحاكم الابتدائية في الحالات القليلة المعينة.

697. النيابة العمومية ممثلة في جميع المحاكم، ومهمتها السهر على احترام المصلحة العامة، يمثلها وكيل الجمهورية أو أحد مساعديه في كلّ محكمة ابتدائية، والمدعي العمومي في كلّ محكمة استئناف، ووكيل الدولة العام لدى محكمة تعقيب، أما محاكم الناحية فإنّ يقبل في شأنها استثناء يتمثّل في غياب ممثل النيابة العمومية فيها.

وقد أصبحت النيابة العمومية منذ حذف وظيفة الوكيل العام سنة 1987، تابعة لسلطة وزارة العدل مباشرة.⁽¹⁾

698. وتنتصب المحاكم دائماً بحضور كاتب جلسة مهمته تحرير محاضر الجلسات، وحفظ الملفّات والوثائق في خزانة المحفوظات.

699. وإنّ الجلسات في المحاكم هي من حيث المبدأ علنية، ولكلّ شخص الحقّ في حضورها في حدود ما تتّسع به القاعة، لأنّ علانية المرافعات خير ضمان لحياة القضاء وشفافيته. غير أنّ لمبدأ العلانية هذا بعض الاستثناءات التي تتمثّل في انعقاد الجلسة بغرفة الشورى أو عندما تقرّر المحكمة سرّية الجلسة لأسباب تتّصل بالمسّ من شرف أحد الأطراف أو الغير مثلما يقع في حالات الطلاق حيث تنكشف كثير من الأمور تفضّل المحكمة أن تحافظ عليها مراعاة للأداب العامة ولحرمة الأسرة، أو محافظة على النظام العام.⁽²⁾

697. (1) انظر ما سبق ذكره في الفقرة عدد 629 والهامش عدد 3.

699. (1) الفصل 117 م م ت.

يتجاوز ذلك، أو كان هناك نزاع حول تحديد الاختصاص، فإن حكمها يكون ابتدائياً بحيث يقبل الطعن فيه بالاستئناف أمام المحكمة الابتدائية.

ويتركب مجلس العرف من حاكم محترف يكون رئيساً له، ومن قاضيين منتخبين، أحدهما يمثل الأعراف، والثاني يمثل العمال.

وقبل سنة 1979 لم يكن عدد مجالس العرف كثيراً، ولكن الأمر المؤرخ في 21 أوت 1979⁷⁰¹ قد نصّ على إحداث مجلس عرف في كل دائرة ترابية توجد بها محكمة ابتدائية. غير أن مقتضيات ذلك الأمر لم تطبق بعد في كامل الدوائر إذ لم يشمل إلا ثلثيها تقريباً بموجب القرارات الوزاريين المؤرخين، أولهما في 12 جوان 1982 وثانيهما في 4 ديسمبر 1985.

- المحكمة العقارية

703. تم إحداثها بمقتضى الأمر الصادر عن الباي غرة جويلية 1885، وكان ذلك في نفس الوقت الذي تم فيه تبني نظام التسجيل العقاري. ثم أعيد تنظيمها بواسطة المجلة العقارية، وأخيراً وقع تنظيمها مرة أخرى بمناسبة مراجعة المجلة العقارية عن طريق مجلة الحقوق العينية.

ويوجد المقر الرئيسي للمحكمة العقارية بتونس الحاضرة ولها فروع داخل البلاد بكل من صفاقس وسوسة وبنزرت والمنستير. ولكنها قانوناً، عبارة عن محكمة واحدة تنتصب عادة بخمسة حكام أو بثلاثة إذا لم يقدم أي اعتراض ضد مطالب التسجيل. وعندما تصدر المحكمة العقارية حكماً يتعلق بتسجيل العقارات فإن قرارها يكون باتاً غير قابل للطعن ولو بالتعقيب.

702. (1) الأمر - مده 751 - لسنة 1979 المؤرخ في 21 أوت 1979.

700. وتعتمد الإجراءات لدى المحاكم على مبدأ التعارض : ذلك أن التقاضي يفرض أن يكون كل طرف مطلعاً على جميع الأوراق المكوّنة لل ملف حتى يستعد للدفاع عن نفسه بحرية وحتى يتمكن من توفير كل ما من شأنه أن يدعم حججه وأسانيده ومؤيدات دعواه، ويخرج عن هذا المبدأ الإذن على العريضة، لأنه يعتبر إجراء من نوع خاص.

(4) أصناف المحاكم

701. تصنف المحاكم إلى مختصة وغير مختصة. والمحاكم المختصة هي تلك التي ينحصر مرجع نظرها في ميدان معين يضبطه القانون. أما غير المختصة من المحاكم فهي تلك التي لا ينحصر مرجع نظرها في ميدان معين مخصص بل تتناول قضايا متنوعة أي أنها حتى في صورة كونها محاكم استثناء، يكون اختصاصها غير مرتبط بالميدان الذي يتصل به النزاع.

- المجموعة الأولى : المحاكم المختصة

- مجالس العرف

702. أحدثت مجالس العرف منذ سنة 1939، وأعيد تنظيمها بمقتضى القانون المؤرخ في 4 نوفمبر 1958، ثم بمقتضى مجلة الشغل الصادرة في 30 أفريل 1966، ويشمل اختصاصها أشكال النزاع الحاصل بين الأعراف ومستخدميهم، عمالاً كانوا أو مبتدئين متربصين، والقائم عند تنفيذ عقد العمل، ولا يشمل مرجع نظرها النزاعات المتعلقة بحوادث الشغل والأمراض المهنية، أو بالضمان الاجتماعي.

وتصدر مجالس العرف أحكامها نهائياً إذا كان المبلغ المطلوب هو ذاته الذي تختص به نهائياً محكمة الناحية. أما إذا كان المبلغ المطلوب

وتتمثل مهمة المحكمة العقارية في إسناد رسوم الملكية العقارية للمالكين، وتتخذ تلك الرسوم كحجة مطلقة إزاء الجميع، باعتبارها تمثل الوثيقة الأساسية في النظام التونسي للتسجيل العقاري.

- المجموعة الثانية : المحاكم غير المختصة

- محكمة الناحية

704. تم تعديل قضاء الناحية في مناسبات عديدة سواء من حيث تنظيمه أو من حيث اختصاصه، من ذلك أن القانون المؤرخ في 11 أوت 1976، قد أقام فارقا بين حاكم الناحية ورئيس محكمة الناحية من حيث الاختصاص وأيضا من حيث درجة الحكم، وإن القانون المؤرخ في 3 أفريل 1980 قد حذف التمييز المنصوص عليه في القانون السابق وبسط المسألة. والقانون الصادر في غرة سبتمبر 1986 قد أكد ذلك العل. وبذلك أصبحت محاكم الناحية تعقد جلساتها بواسطة حاكم واحد، ولكن آخر تنقيح (سنة 1986) قد جاء بتعديلات عديدة متصلة بمرجع نظر محكمة الناحية، إذ أصبح حاكم الناحية ينظر في كل الدعاوي الحوزية، وفي مادة نوازل النفقات، وفي جميع القضايا التي لا يتجاوز المبلغ المالي فيها 3000 دينار⁽¹⁾.

وتنفرد محاكم الناحية بالإختصاص في مادة النفقات، وتحكم نهائيا إذا كان مبلغ النفقات السنوية لا يتجاوز 240 دينارا ويحكم ابتدائيا في الدعاوي المدنية الشخصية أو العقارية أو مطالب أداء الديون التجارية التي لا يتجاوز مقدارها 3000 ديناراً.

704. (1) الفصل 39 م م م ت.

- المحكمة الابتدائية

705. هي محكمة الحق العام بأنم معنى الكلمة، ولها الاختصاص العادي لأنها تنظر في جميع الدعاوي ما عدا ما خرج عنها بنص خاص. وتضم المحكمة الابتدائية عدة دوائر، مثل دائرة الأحوال الشخصية، والدائرة التجارية، والدائرة الجناحية، ودائرة أو عدة دوائر مدنية. والملاحظ أن هذا التوزيع ليس إلا توزيعا إداريا للوظائف يتصل بالتنظيم الداخلي؛ ذلك أن كل حكم يصدر عن أية دائرة منها يتخذ صفة الحكم الصادر عن المحكمة ككل.

706. وتنتصب المحكمة الابتدائية في تشكيلة جماعية وتنظر ابتدائيا في جميع القضايا ما عدا ما سحب عنها بنص خاص. وتتدخل بوصفها محكمة استئناف في جميع الأحكام المستأنفة والصادرة عن حكام القواحي التابعين لدائرتها أو عن مجالس العرف. وعندما تنتصب كمحكمة استئناف تكون أحكامها نهائية الدرجة، أما في الحالات الأخرى التي تنظر فيها ابتدائيا، فإنه يمكن استئناف أحكامها أمام محاكم الاستئناف.

- محكمة الاستئناف

707. توجد حاليا ثمانين محاكم استئناف موزعة على المراكز التالية : تونس، وصفاقس، وسوسة، والكاف، والمنستير، وقفصة، ومدنين، وقابس. وتتركب كل محكمة من عدة دوائر، هي الدوائر المدنية والتجارية والجناحية ودوائر الاتهام. وتنتصب محاكم الاستئناف دائما في تشكيلة جماعية، وتختص بالنظر في استئناف الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الابتدائية التابعة لدائرتها. وتسمى أحكامها التي تكون دائما نهائية الدرجة، "قرارات".

- محكمة التعقيب

708. هي أعلى سلطة في النظام القضائي التونسي، وتتركب من رئيس أول، ومن رؤساء دوائر، ومن مستشارين، وتقسّم إلى عدة دوائر مدنية وجنائية. والنيابة العمومية ممثلة فيها بوكيل الدولة العام، والمدعين العموميين. وتقوم محكمة التعقيب بمهام عديدة ثانوية (تعديل الأحكام، مؤاخذة الحكام) وبمهمة رئيسية متمثلة في توحيد التأويل القانوني⁽¹⁾.

709. تنظر محكمة التعقيب في جميع الأحكام التي تكون نهائية الدرجة ولا تمثل، من حيث المبدأ، درجة قضائية ثالثة، لأنها لا تعيد النظر من جديد في مجموع الدّعى وفي جميع مكوناتها وعناصرها، بل تقتصر على الجانب القانوني منها. إنها لا تنظر في الوقائع بل في القانون : ذلك أن الوقائع ترجع بالنظر المطلق لأحكام الأصل والموضوع (للحاكم الابتدائية، محاكم النواحي، محاكم الاستئناف)، وأن مهمتها تتمثل في التثبت من مدى سلامة الاستنتاجات القانونية وحيثياتها، وفي السهر على حسن تأويل القانون من قبل محاكم الأصل، وذلك على أساس مقارنة بين منطقتين قانونيتين أحدهما تحليل الحكم النهائي موضوع الطعن، وثانيهما تحليل المستندات التعقيبية. فمحكمة التعقيب لا تنظر في العناصر الواقعية، بل تعتمد على الوقائع مثلما أقرها الحكم المطعون فيه وتعتبرها حقائق يقينية لا سبيل إلى مراجعتها مجدداً. فهي لا تنظر إلا في الجوانب القانونية التي ترمي إلى مراقبة

حسن تطبيق القاعدة القانونية، وسلامة الاستنتاجات القانونية في القضية موضوع النزاع.

لذلك يكون التمييز بين الواقع والقانون من الأمور الجوهرية التي لها بالغ الأثر على تحديد اختصاص المحكمة العليا، وعلى تحديد مصير الحكم المطعون فيه. فعلى محكمة التعقيب رفض المطلب كلما اختلطت في الدفوعات الوقائع بالقانون.

فلا تراقب محكمة التعقيب تأويل العقود إلا في صورة تحريف الإرادة الواضحة للمتعاقدين، وبصفة عامة في صورة تحريف الوقائع من لدن قضاة الأصل. ولكن هذا لا يعني أنه ليس لموقف محكمة التعقيب أي أثر على الوقائع وعلى مجرى القضية.

710. فإذا رفضت محكمة التعقيب المطلب، يكون الحكم المطعون فيه قد أخذ مجراه في التنفيذ لأن اللجوء إلى التعقيب ليس له أثر تعليلي ولا يوقف بالتالي، فلا يؤجل هذا التنفيذ إلا في حالات استثنائية إذا كان الحكم محل الطعن، قاضيا بإعدام ورقة مرمية بالزور، أو محو آثارها، أو كان قاضيا بالطلاق أو بفساد عقد زواج. كما يمكن بصفة استثنائية أن ياذن الرئيس الأول لمحكمة التعقيب بتوقيف التنفيذ إذا طلب منه الطاعن ذلك، ويكون التوقيف لمدة شهر إذا رأى أن التنفيذ يستحيل معه الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه من قبل⁽²⁾.

711. وإذا فضّلت محكمة التعقيب التحليل القانوني أو تأويل القانون الوارد في مستندات التعقيب، أصدرت قرارها بالنقض، ولكن بما أنها لا تنظر في الوقائع، وبما أن الحكم الجديد في الدعاوي لن يتأثر عادة حسب الطرح القانوني لمحكمة التعقيب إلا بعد إعادة النظر

708. (1) للمقارنة بين نظامنا التعقبية وذلك الذي يوجد في بلدان أخرى. انظر :

"La cour judiciaire suprême, une étude comparative" N° spécial de R.J.D.C."

"janvier", mars 1978

710. (1) الفصل 194 م م م ت.

وهو الموقف الذي تتخذه في أغلب الأحيان، لكن لا يكون ذلك على سبيل الإلزام، لأنه لا عمل بقاعدة السابقة القضائية في القانون التونسي.

715. ولذلك يمكن لمحكمة الإحالة أن لا تتبنى موقف محكمة التعقيب وترجع عليه الموقف القانوني لمحكمة الاستئناف الأولى، وذلك على أساس أن محكمة الإحالة تتركب من حكّام يتمتعون بمطلق الحرية في الحكم والتقدير. وإن هذا الخلاف بين محكمة التعقيب ومحكمة الإحالة يتصل عادة بمسألة قانونية شائكة يقوم فيها الجدل والتنازع بين محكمتي استئناف من جهة، وإحدى دوائر محكمة التعقيب من جهة أخرى. وعند ذلك يمكن الطعن ثانية لنفس السبب فتعرض القضية مرة أخرى أمام تركيبة متسعة من محكمة التعقيب وهي الدوائر المجتمعة التي تلتئم بإذن من الرئيس الأول وبرئاسته، وتتألف من رؤساء الدوائر وأقدم مستشار في كل دائرة، وبحضور وكيل الدولة العام⁽¹⁾. تصدر الدوائر المجتمعة قرارا يجعل القضية منتهية إذا كان الشآن متعلقا بقرار رفض. أما إذا كان القرار بالنقض، فإن القضية تحال من جديد على حكّام أصل من درجة حكّام الأصل السابقين، ولكن محكمة الإحالة هذه المرة تلزم بتبني وجهة نظر محكمة التعقيب، لأن أية قضية لا بد لها من نهاية، حتى وإن كانت مبعثا لإثارة أكثر المسائل القانونية تعقيدا، ونعني بذلك أن محكمة الإحالة الثانية يتوجب عليها اتباع قرار محكمة التعقيب متألّفة من دوائرها المجتمعة⁽²⁾.

716. تجتمع الدوائر المجتمعة أيضا دون أن يكون الأمر متعلقا بهذه الحالات المعقدة التي كنّا نعرضها، إذ يمكن أن يكون ذلك بإذن من الرئيس

715. (1) الفصل 193 م م م ت حول شروط التأم الدوائر المجتمعة - قرار عدد 54425

في 1990/3/2 م م ت جانفي 1922 ص 62.

(2) 191 م م م ت.

في الوقائع، فإن محكمة التعقيب إذ تقرر النقض، تحيل الدعوى على نظر محكمة من نفس درجة المحكمة التي أصدرت حكمها فيها، أو أمام نفس المحكمة بتركيبة أخرى مغايرة للأولى.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن محكمة الإحالة يمكن أن تكون أيضا محكمة ابتدائية، أو محكمة ناحية، أو مجلس عرف، وذلك بحسب الحالات، أي اعتبارا للمحكمة التي صدر عنها الحكم النهائي الدرجة، وهو الذي طعن فيه بالتعقيب.

712. ويمكن في بعض الحالات لمحكمة التعقيب أن تصدر بصفة استثنائية ونادرة قرارا بالنقض بدون إحالة عندما لا ترى أن الموضوع يتطلب إعادة نظر من جديد، أو إذا لم يترك النقض أي مجال للحكم⁽¹⁾.

713. ولنفترض لتوضيح هذه الضرورة، أي ضرورة الإحالة، أن أحد الضحايا لحقت به نتيجة حادث مرور أضرار، وأن حكّام الأصل رفضوا دعواه في جبر الضرر بناء على أن مرتكب الحادث ليس مخطئا، فإذا رأت محكمة التعقيب أن مرتكب الفعل الضار هو مخطئ، اعتمادا على أحكام الفصل 82 من مجلة الالتزامات والعقود، وأن الحكم المطعون فيه لم يطبق الفصل تطبقا حسنا، أو لم يصب في تأويله، فإنه لا بد من إلزامه بجبر الضرر الناشئ عن فعله.

ولكن الإدانة تستلزم تقدير قيمة الضرر أي إعادة النظر في وقائع القضية. هذا الأمر ليس من مشمولات التعقيب، بل يقوم به حكّام الأصل دون سواهم، فتقوم بذلك محكمة الإحالة.

714. ويمكن لمحكمة الاستئناف التي أحيلت القضية على أنظارها بموجب قرار التعقيب القاضي بالنقض والإحالة، أن تنضم إلى وجهة نظر محكمة التعقيب وتتبنّاها، مستخلصة من ذلك نتائج الوقائع،

712. (1) الفصل 177 م م م ت.

الأول^(١) وتلتزم الدوائر المجتمعة عندما تكون قد صدرت عن عدد من الدوائر قرارات متباينة، لكنها متعلقة بنفس المسألة القانونية. وتكتسي هذه الإمكانية أهمية ذات بال، إذ بها يمكن توحيد الآراء والتأويلات المتعلقة بقاعدة قانونية واحدة.

717. ويضيف القانون الصادر في سنة 1986 حالة أخرى لاجتماع الدوائر المجتمعة. إنها حالة الخطأ بالغ الخطورة مثل حالة قرار الطعن المرفوض شكلاً، إذا تأسس على خطأ واضح أو إذا كان النص المطبق قد ألغى أو عدل^(٢). غفد مكن الفصل 193 م م م ت من المطالبة بإعادة النظر في قرار محكمة التعقيب المبني على خطأ بين، شريطة أن تقع المطالبة في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر.

718. وتجدر الإشارة إلى أن هذا الهيكل القضائي قد حافظ عليه تحوير 1986 بالرغم من إدخاله تجديداً ذا بال تمثل في مراجعة المبدأ القاضي بأن محكمة التعقيب ليست محكمة من درجة الثالثة. ولئن كانت هذه المراجعة جزئية، فإن الفصلين 176 (جديد) و191 (جديد) من م.م.م.ت. ينصان على أنه إذا كانت القضية جاهزة للفصل، وإذا كانت محكمة التعقيب تقرر النقص إثر تعقيب ثان فإنه بإمكانها الحكم في الأصل. ففي الحالة الأولى، حالة الفصل 176، يتوجب على الطعن الثاني أن يتأسس على مستندات وأسباب مختلفة عن الطعن الأول، أي لسبب لم يقع التمسك به من قبل. ففي هذه الحالة ترفع القضية إلى أنظار دائرة من دوائر المحكمة العليا. ويتعلق الفصل 191 من جهته بالحالات التي تلتزم فيها الدوائر المجتمعة، وكلما كانت القضية جاهزة. إن التجديد يعتبر أساسياً.

716. (1) الفصل 192 م م م ت.

717. (1) الفصل 192 م م م ت.

لأن محكمة التعقيب ستنظر لا في القانون فقط، بل في الوقائع أيضاً^(٣).

II - الإطار العدلي

(1) الحكام

719. تكون تسمية الحكام حسب الفصل 66 من الدستور، بأمر من رئيس الجمهورية بمقتضى ترشيح من مجلس القضاء الأعلى. ويقضي القانون المؤرخ في 14 جويلية 1967^(١) بأن القضاة يقع انتدابهم عن طريق مناظرة يترشح إلى اجتيازها حاملو شهادة الأستاذية في القانون^(٢). غير أنه يمكن انتدابهم أيضاً عن طريق المناظرة بالشهادات عملاً بمقتضى القانون المؤرخ في 2 أوت 1973، وقد وجهت لهذه الطريقة الثانية انتقادات من قبل الفقه، لأنها لا توفر الضمانات التي توفرها الطريقة الأولى، إذ هي تعمل على تقوية "هيمنة السلطة التنفيذية عبر وزير العدل على السلك القضائي"^(٣).

718. (1) انظر "التعقيب" أعمال ملتقى من 4 إلى 7 أفريل 1988 منشورات كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1989.

719. (1) نفع القانون عدد 29 - 67 المؤرخ في 14 جويلية 1967 بالقانون الأساسي عدد 79 - 89 المؤرخ في 11 أوت 1985. وبالقانون عدد 72 - 86 المؤرخ في 28 جويلية 1986. ثم حوّر هذا الأخير بالمرسوم عدد 1 - 88 المؤرخ في 15 سبتمبر 1988 المصادق عليه بالقانون 113 - 88 المؤرخ في 27 أكتوبر 1988 وبالقانون الأساس عدد 73 - 88 المؤرخ في 2 جويلية 1988.

(2) انظر : القانون المحدث للمعهد الأعلى للقضاء عدد 89 لسنة 1985 المؤرخ في

11 أوت 1985 والأمر المنظم له عدد 1312 لسنة 1987 المؤرخ في 5 ديسمبر 1987.

(3) انظر : Dali Jazi. من 166

وتتمثل حمايتهم إزاء السلطة التنفيذية في القاعدة المتعلقة بنقلهم وارتقائهم وتأديبهم، والتي ترجع بالنظر إلى المجلس الأعلى للقضاء الخاص بمدوره إلى القانون المؤرخ في 14 جويلية 1967، والمتعلق بالتنظيم القضائي، وبالمجلس الأعلى للقضاء، وبالقانون الأساسي للقضاء، ويرأس المجلس الأعلى للقضاء ورئيس الجمهورية، ويتركب من عدد من سامي القضاء، ومن أعضاء قضاة انتخبهم زملاؤهم لتمثيلهم فيه.

- النيابة العمومية

722. تتركب النيابة العمومية من قضاة يطلق عليهم تسمية القضاة الواقفين، لأنهم عند إلقائهم مرافعاتهم، ينتصبون واقفين احتراماً لجناب الحكمة، مثلما يكون الشأن بالنسبة للمحامي الذي يرافع واقفاً أيضاً. والنيابة العمومية ممثلة في جل المحاكم (محاكم الأصل، محكمة التعقيب...) وهي منظمة حسب نمط سلّمي: فوكلاء الجمهورية (وهم الممثلون للنيابة العمومية لدى المحاكم الابتدائية) يرجعون بالنظر إلى المدعين العموميين الذين يمثلون النيابة العمومية لدى محاكم الاستئناف، وجميعهم يرجعون بالنظر إلى وزارة العدل. ثم إنّه هيكلاً موحد، ذلك أنّ الفئات التي يتوصل إليها مدع عمومي أو نائب له، تلزم جميع ممثلي النيابة العمومية. وبالإضافة إلى ذلك فإن أعضاء النيابة العمومية مستقلون عن المحاكم التي هي بدورها مستقلة عنهم، فهم لا يخضعون لها، ولا تخضع لهم.

723. ويمكن للنيابة العمومية أن تتدخل أمام المحاكم خلال سير الدعاوي، وعليها أن تتدخل وجوباً في حالات كتلك التي يتعلق الأمر فيها

720. ويصنّف القضاء إلى ثلاث رتب عملاً بمقتضى القانون المؤرخ في 3 ماي 1971: أناها الرتبة الأولى، وأوسطها الثانية، وأعلىها الرتبة الثالثة. ويحصل الارتقاء من رتبة إلى التي تليها بعد مضي 10 سنوات⁽¹⁾. وقد حدد الأمر المؤرخ في 21 سبتمبر 1973⁽²⁾ الوظائف المناطة بعهدة قضاة النظام العدلي، كما ضبط النظام الذي يخضعون إليه. إنهم يوزعون إلى صنفين: صنف القضاة، وصنف النيابة العمومية مع إمكانية الارتقاء المهني بالانتقال من صنف إلى آخر.

- القضاة

721. يطلق عليهم أيضاً تسمية حكّام المجلس، أو القضاة الجالسين، لأنهم يكونون جالسين في الجلسات. ويتمتع القضاة مبدئياً بحماية وتقدير، وتحترم حصانتهم حتى يتحقق العدل، ويتساوى المسؤول الكبير في السلطة التنفيذية والمواطن العادي أمام القانون، وحتى تتحقق استقلاليّتهم الكاملة عند أدائهم وظائفهم السّامية. وتكمن حمايتهم من المتقاضين في الضمانات التي احتوت عليها الإجراءات الخاصة بمزاخدة الحكّام، التي تمثل أوجد طريقة بها يواجه الماكن من قبل طالب لدى القضاء نتيجة تهمة تتصل بكفاءته أو بأفعاله التي تقع تحت طائلة الفصل 199 م م م ت.

720. (1) بالنسبة للقانون الأساسي لهيئة الحكمة الإدارية انظر القانون عدد 67 لسنة 1972 المؤرخ في 1 أوت 1972.

(2) نقيح بالأمر عدد 297 - 85 المؤرخ في 22 فيفري 1985 والأمر عدد 1021 - 87 المؤرخ في 7 أوت 1987 والأمر عدد 310 - 89 المؤرخ في 22 فيفري 1989 الذي نقيح بدوره بالأمر عدد 723 - 89 المؤرخ في 10 جوان 1989.

بمصالح قاصر مثلاً، أمّا في التعقيب فإنّ النيابة العمومية تتدخل دائماً، لأنّ الأمر يتعلق عندئذ بخرق القانون. وينص الفصل 180 م.م.م. على ما يلي : "يمكن لوكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب أن يقوم لديها بالطعن في الحكم لمصلحة القانون إذا كان متّضعنا لخرق قاعدة قانونية ولم يقم أحد طرفيه بالطعن فيه في الإبان". كما ينص الفصل 251 من م.م.م.ت. على أن "لممثل النيابة العمومية الحق في القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهّم النظام العام. كما له أن يحضر بكل جلسة، وأن يطّلع على كلّ قضية يرى لزوم تداخله فيها ..."

ويكون ممثل النيابة العمومية في المادة الجنائية، العنصر المحرك للدعوى العمومية والمثير لها، وبذلك فهو طرف في القضية وخصم للمتهم.

ويلتزم حكام النيابة العمومية بصفة عامة، بتطبيق تعليمات وزارة العدل وتنفيذها، ولئن يقبل منهم ألاّ يتبنّوا مواقف كلامية تتعارض مع ضمائرهم، فإنّه لا يسمح لهم بذلك عندما يحررون ملاحظاتهم كتابية، إذ يجب عليهم أن يكونوا خاضعين للتعليمات التي تصدر إليهم عن وزارة العدل، فيكون شأنهم كشأن المثل السائر القائل بأنّ "اللسان حرّ، والقلم أسير"،

- القاضي المرشد

724. أحدثت أخيراً وظيفة الإرشاد القضائي، وهي تتمثل في تسخير إداري لبعض القضاة، تكون مهمتهم إرشاد المتقاضين ونصحهم، وهذه الوظيفة هي في الحقيقة إلى الاستشارة القانونية أقرب. وتكون هذه الاستشارة مجانية بدون مقابل.

(2) المساعدون للقضاء

- الكتبة

725. هم كتاب المحاكم الذين يعيّنون لدى محكمة ويكلفون بإعداد الملفات وترتيبها والمحافظة، عليها وبتحرير محاضر الجلسات، وضبط مواعيدها، وهم الذي يسكون بدفاتر خاصة "يقيدون بها أسماء الخصوم والقباهم ومقرّاتهم وتاريخ الأمر بالدفع أو تأخير رفضه، ومبلغ الديون وأسبابها، وتأخير إكساء الأمر الصيغة التنفيذية وتأخير المعارضة إن وقعت، وتاريخ الحكم فيها ونصّه"⁽¹⁾، وهم الذين يسلمون النسخ الرسمية التنفيذية للأحكام⁽²⁾ أو النسخ المجردة، أو النسخ الثنائية في حالة تلف النسخة التنفيذية⁽³⁾، وتعتبر المحاضر التي يحررونها حججاً رسمية.

- العدول المنفّذون

726. يمارس العدول المنفّذون مهنة حرّة نظّمها القانون. وهي تتمثل في قيامهم لفائدة حرفائهم وبطلب منهم، بأعمال لازمة لسير العدالة. مثل إبلاغ الاستدعاءات، والإعلام بالأحكام الصادرة، وتنفيذها، وتسليم الأشياء المنقولة أو العقارات ممّن صدر في شأنهم حكم بات وإجراء العقّل، وغير ذلك من العمليات التنفيذية التي ضبّطتها مجلة المرافعات المدنية والتجارية في جزئها الثامن. ويحرر العدول المنفّذون محاضر الاستجوابات، وتتمتع تلك المحاضر بحجية الكتب الرسمي.

725. (1) الفصل 67 م.م.م.ت.

(2) الفصل 252 م.م.م.ت.

(3) الفصل 254 م.م.م.ت.

- العدول

727. كان العدول في المحاكم الشرعية عبارة عن مساعدين للقضاء، حيث كان البعض منهم يقوم بنفس المهمة التي أسندت حديثاً إلى كاتب المحكمة، في حين أن جلهم كان يقوم بالأعمال التي يقوم بها حالياً العدل المتفقد، وقد أصبحت مهامهم في الوقت الراهن، تنحصر في القيام بخطة الإشهاد الرسمي، إذ هم يحررون الحجج والعقود. وهم يجمعون، إن شئنا، بين مهمة الكاتب العمومي، والضابط الذي يشهد بصحة الامضاءات. ثم إنهم يحررون حجج الزواج الرسمية (عقود الزواج). والقاعدة أن يكونا اثنين معاً حتى يكتسب المكتب الذي يحررانه والذي يدخل في اختصاصيهما صيغة قانونية رسمية. والقانون الصادر في 24 جوان 1957⁽¹⁾ والمنظم لهذا السلك، قد ذكر بذلك. ثم إن المحاكم حرصت حرصاً شديداً على تطبيق قاعدة ثنائية العدول هذه⁽²⁾.

- الخبراء

728. قد تكلف إحدى المحاكم أحد الأطباء، أو المهندسين المعماريين، أو المحاسبين، أو غيرهم من المختصين للقيام بمأمورية محددة يقدم في شأنها كل خبير تقويرة تقنيا متصلاً بمجال اختصاصه⁽³⁾. على أن رأي الخبير

727. (1) قانون 24 جويلية 1957.

نقطة القانون عدد 2 - 67 المؤرخ في 24 / 1 / 1967. انظر كذلك الأمر عدد 901 -

لسنة 76 مؤرخ في 23 أوت 1976.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 675 مؤرخ في 9/11/1978. م. ق. ت. ماي 1979 ص 71.

728. (1) القانون عدد 61 لسنة 1993 المؤرخ في 23 جوان 1993 يتعلق بالخبراء

المدليين - الرأى الرسمي ص 899.

يمكن أن يعتمد المحاكم الذي تولي تعيينه⁽⁴⁾. ولكنه لا يقيد المحكمة، بل لها أن تقدر من تلقاء نفسها ما تراه عادلاً، بناء على ما لها من سلطة التقدير. كما يمكن أن يكون تقرير الخبير عرضة للتجريح والطعن من قبل الأطراف المتنازعة⁽⁵⁾.

- المترجمون المحلفون

729. يتولى المترجمون المحلفون القيام بتعريب الأوراق المحررة بلغة أجنبية. وباعتبارهم محلفين تتصف تراجمهم بصيغة رسمية. وعند انعقاد الجلسات وفي صورة وجود شاهد أو طرف لا يحسن اللغة العربية، فإن المترجم هو الذي يتولى شفاهياً، الترجمة من وإلى اللغة العربية.

- المحامون

730. نظم القانون المؤرخ في 15 مارس 1958 المنقح بقانون 87 لسنة 1989 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 مهنة المحاماة المتمثلة في توفير الاستشارات القانونية للحرفاء، وفي تمثيلهم لدى المحاكم. ذلك أن أطراف النزاع يوكلون محامين لثباتهم في القضايا. إن إنابة محام هي مسألة إجبارية في أغلب الأحيان لدى محاكم الدرجة الأولى، وتكون إجبارية دائماً لدى محاكم الاستئناف ومحكمة التعقيب⁽⁶⁾.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 1170 مؤرخ في 24 ماي 1979. المبدأ: للمحكمة أن

تستشير بكل تقارير الخبراء المختصين من طرفها... بدون أن تتقيد بأي واحد منها. وكذلك قرار تعقيبي مدني عدد 1640 مؤرخ في 12 / 12 / 1978.

(3) الفصول 107، 108، 109. م. م. ت.

730. (1) قانون عدد 87 لسنة 1989 المؤرخ في 9/9/1989 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة.

وينبغي لممارسة مهنة المحاماة، أن تتوفر شروط، هي الاستاذية، وشهادة الكفاءة في المحاماة، أو شهادة المرحلة الثالثة وأيضا الانضمام بالتسجيل إلى هيئة عمادة المحامين التي تضم جميع المحامين بتونس . وهي عبارة عن هيئة منتخبة من قبلهم، يرأسها عميد، تتولى مهمة تنظيم ممارسة المهنة، وتؤيد من لم يخضع لمقتضيات القانون الضابط للمهنة من المحامين.

731. ويدوم الترتيب حسب القانون الجديد سنتين عوضا عن ثلاث سنوات. وقبل أن يرسم المحامي، لا يحق له أن يرافع بإسمه الخاص، بل باسم المحامي المشرف على الترتيب إلا في التقاضي الجزري، أو أمام الحاكم التي لا تكون فيها إنابة المحامي إجبارية⁽¹⁾. وبعد الترسيم يرافع المحامي باسمه الخاص في جميع القضايا التي تنشر أمام الحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف.

أما الصنف الثاني وهم المحامون لدى محكمة التعقيب فإنهم يمكنهم الترافع لدى جميع أصناف المحاكم بما في ذلك المحكمة الإدارية. ويشترط في هذا الصنف أن يكون المحامي قد قضى عشر سنوات في ممارسة المهنة على الأقل، وأن يقبل طلبه في ترسيمه في "القسم الخاص بهم" (في الجزء الأول من الجدول) من طرف هيئة عمادة المحامين⁽²⁾.

731. (1) الفصل 11 من قانون 1989 المرجع السابق.

(2) يحتوي الجزء الأول من الجدول على ثلاثة أقسام :

- المحامون لدى التعقيب.

- المحامون لدى الاستئناف

- المترشون.

ب - فتح القضاء، مصدر للقانون

732. ينص الفصل الخامس من المجلة المدنية بفرنسا على أن القضاء يمنع عليهم أن يصدر في شأن القضايا المعروضة لديهم أحكاما تتخذ شكل القواعد العامة والتنظيمية.

ويسمى ذلك منع القرارات التنظيمية أو الترتيبية الذي يفسر بحرص محرري المجلة المدنية الفرنسية على تجنب السوابق التاريخية بفرنسا التي كانت مرتبطة بموقف بعض المحاكم في الفترة السابقة للثورة الفرنسية.

أما المشرع التونسي، فإنه نظرا لانعدام نفس السابقة التاريخية، لم يشعر بالحاجة إلى تأكيد نفس المبدأ، ولم يقرره في نص صريح خاص به. ولكن ذلك لم يمنع من حصول إجماع في شأن هذا المبدأ واحترام مقتضياته. ذلك أن الحكام ليس لهم أن يستأ القوانين، إذ أن مهمتهم هي قضائية وليست تشريعية. وإن السلطة التشريعية كما سبق أن بينا، يمارسها حسب الدستور، مجلس النواب بصفة أساسية، ورئيس الجمهورية بصفة عرضية.

إن مبدأ الفصل بين السلط يقتضي أن تنحصر مهمة القضاء في تطبيق القوانين ولا تتعداها إلى صياغتها أو بلورتها، أو وضعها وسنها. فلقد كان مبدأ تفريق السلط في السنوات الأولى للثورة الفرنسية، سببا في امتناع القضاء من تأويل النصوص الغامضة. فكان على المحاكم عملا بإجراء "الاستعجالي التشريعي" التوقف عن النظر في القضية، ومطالبة المجلس النيابي بتحديد تأويل رسمي "وتشريعي" للنص الغامض. ولقد كانت نتائج هذا الإجراء وخيمة إذ بذلك يتعطل سير القضاء، لذلك وقع حذفه وإلغاؤه⁽³⁾. فاصبح اليوم نور القاضي

732. (1) Ghestin et Goubeau n° 408 ; Procédure du référé législatif

- الاستعجالي التشريعي الذي وقع إقراره بقانون مؤرخ في 27 نوفمبر

و 1 ديسمبر 1790.

يشمل التأويل والتطبيق معا. لذلك فإنّ فقه القضاء، يمكن أن يكون مصدرا للقانون ثم إن له في تونس توجّها خاصا.

I - فقه القضاء، مصدر ثانوي للقانون

733. على المحكمة أن تفصل كلّ نزاع ينشب بين متقاضيين أو أكثر، وعلى الحاكم أن لا يتردد في البت فيه. ولكن ذلك عادة ما تعترضه مشاكل قانونية، إذ قد يحدث أن يكون النص الذي يتوجب تطبيقه في القضية المعروضة غامضا أو ناقصا، ثم إنّ الحاكم في هذه الحالة، لا حق له أن يثير مسألة الغموض أو النقص، ويستعملها مبررا للامتناع عن الحكم في القضية المعروضة بين يديه. ذلك أنّه إن فعل ذلك يكون قد ارتكب جنحه الامتناع عن القضاء، وعرض نفسه إلى التتبع، ودخل تحت طائلة الفصل 108 من المجلة الجنائية الذي ينص على معاقبة الامتناع عن القضاء حتي عند "سكوت أو غموض النص".

وعلى أساس ذلك، فالقاضي مضطر اضطرارا إلى إكمال كلّ نقص يعتبري النص أو إلى اختيار أنسب تأويل له في حالة غموضه، مما يجعله إذاً قد وضع "سابقة قانونية" يتّجه القضاء في الحالات المماثلة إلى احترامها مستقبلا. وهكذا يصبح القضاء فيما بعد، مقيدا معنويا بتلك السابقة القانونية في إيجاد الحلول، بالرغم من كونه ليس ملزما بها نظريا ولا قانونيا. فكلّ محكمة مستقلة في قضائها، غير ملزمة بما صدر عنها من حكم سابق و بما صدر أو يصدر من أحكام من محاكم تعلوها في الهرم القضائي.

وبالإضافة إلى مسألة السابقة القانونية، فإنّ حكام الدرجة الأولى شديدا حرصوا على سلامة أحكامهم، ولا يرضون أن تعرض القضايا التي حكموا فيها إلى النقض من طرف محاكم الاستئناف، شأنهم في ذلك شأن حكام الاستئناف الذي يفضلون أن لا تنقض أحكامهم من طرف

محكمة التعقيب. وبما أنّ المحاكم تنتظم على شكل هرمي يتنزل التعقيب في قمته وفي قاعدته محاكم الدرجة الأولى، فإنّ قرارات المحاكم الدنيا تكون غالبا محترمة لمواقف المحاكم التي تفوقها في الدرجة، حتى ولو أدّى الأمر إلى تغيير سوابقها الخاصة بها، إذ تنزل السوابق نتيجة للتنظيم الهرمي في منازل متفاوتة القيمة، وترتب ترتيبا تفاضليا، تتمتع فيه سوابق التعقيب باكبر قيمة، لأنها تستمد قوتها وقيمتها من منزلة التعقيب.

وهكذا فإنّ التنظيم الهرمي للمحاكم، قد جعل من محكمة التعقيب شرطا أساسيا لوجود فقه القضاء كمصدر للقانون، إذ القرارات الصادرة عن الدوائر المجتمعة لحكمة التعقيب تتمتع في المجال القضائي باكبر قيمة معنوية.

ولابدّ من التأكيد في هذا المجال، على أنّ العلاقة بين المحاكم العليا والسفلى ليست علاقة فوقية، لغياب قاعدة السابقة القانونية الإلزامية. فقد يحصل أن تصدر المحاكم السفلى وأن تتشبه بمواقف ونظريات قانونية تعارض موقف وأراء محكمة التعقيب، ويحصل أن يحسم الصراع النظري والقانوني لفائدة قضاة الأصل، إذ تتبني في آخر الأمر موقفهم محكمة التعقيب. فالعلاقة جدلية تؤثر فيها المحكمة العليا، كما تتأثر باجتهادات قضاة الموضوع.

734. ولتحقيق رواج المواقف القضائية ونشرها هناك عدة مجلات ونشرية، منها المجلة القانونية التونسية (م.ق.ت.) التي تصدر باللغتين العربية والفرنسية، ومجلة القضاء والتشريع (م.ق.ت.) التي تصدر باللغة العربية. وتتملّ المجلتان نشر الأحكام والقرارات التي تُنتقى على أساس أهميتها. وهناك أيضا نشرية محكمة التعقيب التي تضمن نشر القرارات التعقيبية بصفة كاملة ومنظمة. فالنشر شرط أساسي لكي يشكل فقه القضاء مصدرا من مصادر القانون، لأنّ القانون هو السوية، والجهر بأحكامه أمر ضروري. فالغاية من النشر

هي تمكين العموم ورجال القانون من الاطلاع على محتوى الأحكام القضائية، حتى يتسنى لهم التعرف على مواقف المحاكم، وحتى يتمكن المتقاضى من الدّفع بها أمام القضاء.

غير أننا نترقب تحسينا في عملية النشر ذاتها، لأنه من الأجدى أن يقع انتقاء الأحكام المنشورة اختيارا علميا، علما وأنه لا فائدة من نشر الأحكام التي لا يتجاوز مداها التطبيق الحرفي والآلي للنصوص القانونية. إن نشر الحكم على حاله دون تنقيته من العناصر التي لا تفيد المسألة القانونية، كالتنصيص على حضور المحامي وتقديمه لتقرير لهو السبب في هيمنة النظرة الواقعية وتقلص الاهتمام بالمسائل النظرية القانونية هذا علاوة على النقص الفادح في التعاليق التي قلّ ما تبعت هذه القرارات، وذلك خلافا لما يحدث في البلدان المتقدمة.

735. إن المحاكم لا تضع القوانين ولا تصدرها ولا شأن لها بسنّها، ولكن القوانين تصبح ذات قيمة بفضل تاويل المحاكم وتطبيقها لها. إذ بالقضاء يمكن للنص الواحد أن يتقلص مفعوله إذا أوّل تأويلا هقيقا، كما يمكن في صورة تأويله التّأويل المتّسع، أن يتسع أثره. وهذا يعني أن فقه القضاء هو في رأينا مصدر للقانون، ولكنه يبقى ثانويا.

ثم إن أهمية هذا المصدر، تتراوح في كبرها وصغرها وتختلف باختلاف الأنظمة القانونية المتواجدة في الكون؛ فهو أساسي في أنظمة البلدان الانقلاوسكسونية في حين أن البلدان الأخرى يمثل القانون فيها المصدر الرئيسي.

II - دور فقه القضاء في تونس

736. يتقيد القاضي في قضائه بالنصوص القانونية الصادرة من الدولة. فاستقلال القضاء يقف عند واجب الاستئصال لسلطان القانون.

وتترتب عن هذا الحكم نتيجة أولى تتمثل في امتناع القاضي عن فصل القضايا طبقا لرؤيته الشخصية ولقناعاته الذاتية، لكن واجب التقيد بالقانون مبدأ لا بد من تدقيقه، والتثبت من الأحكام والسبل القادرة على جعله موضع التطبيق العملي.

737. وإن أول عملية يقوم بها القاضي وكل من تكفل بتطبيق القانون تتمثل في البحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق. ولا يصح التعرف عليها وتحديدتها إلا بعد القيام بتكييف الوضعية الواقعية، ووصف الوقائع وصفا قانونيا. والوصف ولو تعلّق موضوعه بالوقائع، فإنّ عمل قانوني بحت، وهو لذلك يخضع لمراقبة محكمة التعقيب فالتكييف يتمثل في إدراج الوقائع، وأدعاءات الخصوم، موضوع النزاع في الصنف القانوني المجرد. فهو إكساء الوقائع والأدعاءات لللباس القانوني الملائم، ومنه ينطلق العمل القضائي.

738. تظهر المحاكم أحيانا وحتى في البلدان التي يمثل فيها فقه القضاء مصدرا ثانويا جراحة كبيرة تصل إلى حد التخريجات الإبداعية في مجال القانون. وفي هذا النطاق يذكر كمثال، فقه القضاء الفرنسي المتعلق بالمسؤولية المدنية، وخاصة المسألة المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الشيء. فتأسيسا على الفصل 1384 في فقرته الأولى من المجلة المدنية الفرنسية توصلت المحاكم الفرنسية بواسطة منات من القرارات إلى بناء نظرية معقدة لدرجة أن صياغتها في شكل قانون، قد يتطلب عشرات الفصول.

739. غير أن فقه القضاء التونسي ليس في وضع يماثل هذا الذي ذكرنا. فهو يختص بارتباطه والتصاقه بالنصوص لدرجة أن الإبداع فيه يكاد ينعدم، وأن تصرف مع النصوص يتسم بالاحتشام، بل إنه إلى التقليد والمحافظة أقرب، خاصة إذا ما تعلّق الشأن بمادة الأحوال الشخصية.

739. وعندما أصدر المشرع سنة 1956 مجلة الأحوال الشخصية، كان قد أدخل تجديدات كبرى لم تعد أهميتها خافية على أحد، مثل منع تعدد الزوجات⁽¹⁾ وجعل الطلاق قضائياً⁽²⁾ وإرساء حق "التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناتج من الطلاق"⁽³⁾ واشتراط رضا الزوجين⁽⁴⁾ الذي أنجز عنه حذف حق "الجبر"...

ولئن كانت مقتضيات مجلة الأحوال الشخصية وأحكامها تمثل ثورة اجتماعية، فإن المشرع لم يرم السير أبعد من ذلك في مسلك التطوير والإصلاح، لأنه كان شديد العرص على أن يتم التحول والانتقال دونما تصادم مباشر مع التيار المحافظ الذي كان آنذاك نافذ المفعول في الرأى العام نفاذاً قوياً. وأنجز عن ذلك أن إصلاحه ذاك جاء خالياً مما كان يرنو إليه التيار التحديثي من مزيد تحقيق مبادئ جديدة للحرية والمساواة. ثم إن المشرع، وقد كان يتجاوزه تياراً المحافظ والتحديث اختار ألا يوصل الباب، بل إن الأمر قد وصل به غي رأينا، إلى إصدار نصوص غامضة، أو إلى الركون إلى الصمت القصيع الذي به تنكشف المعاني. إنه كان يريد بذلك أن يمكن فقه القضاء من القيام بإصلاحات لاحقة تنعم الإصلاح التشريعي بواسطة تقنيات التأويل القضائي. إنه يكاد يكون قد تعمد الصمت أو اللبس تعمداً منهما كان يرجو أن يكون الحكام، وقد قدم لهم القانون أساس ما هو مطلوب منهم، في مستوى إكمال عمله الإصلاحي. ولكن رجاءه فيهم خاب، إذ الأمثلة على ذلك عديدة متعددة.

740. لا يعتني التشريع الإسلامي إلا بتنظيم البثوة الشرعية، أما البثوة الطبيعية فإنها لم تكن موجودة فيه لأنها لم تكن موجودة في المجتمع التقليدي الذي كان الطلاق فيه سهلاً والزواج بأربع ممكنات والمحظيات من العبيد لا حصر لهن.

739. (1) الفصل 18 م 1 ش.

(2) الفصل 30 م 1 ش.

(3) الفصل 31 م 1 ش.

(4) الفصل 3 م 1 ش.

أما المجتمع الحديث، فإنه يعتمد على نظام مغاير تماماً إذ ألغى الرق فيه وحررت المرأة ودخل الاختلاط بين الجنسين في العادات والتقاليد، وأصبحت البثوة الطبيعية فيه موجودة. غير أن المشرع التونسي لم يجرؤ على الاعتراف بها، بل اكتفى في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية الذي يتسم بغموض غريب، بتنظيم الطرق الثلاث لإثبات النسب في التشريع الإسلامي القديم حيث ينص على أنه: "يثبت النسب بالفراش، أو بإقرار الأب، أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثراً".

وقد كان يمكن للمصالح أن تعتبر أن الحالة الأولى (الفراش) كانت تتناسب بالنسب الشرعي، وأن الثانية (الإقرار) تخص الاعتراف بالنسب الطبيعي، وإن الثالثة (الشهادة الموثوق بها) تتصل بالدعوى في إثبات الأبوة شرعية كانت أو طبيعية. فيكون قد استفاد من صمت المشرع عن شرط زواج الأبرين، واستغله لنجدة الأطفال الأبرياء، ومد يد المساعدة إليهم وهم الذين في أمس الحاجة إلى حماية ورعاية ومساعدة. ولكن القضاء قلب لهم ظهر المجن، متدرعاً بتأويل النص تأويلاً إلى منع الأبوة الطبيعية يتجه ولها يدعم عليها يؤكد⁽¹⁾.

741. والتشريع الإسلامي يمنع التوارث إذا كان الوارث على دين يخالف، الإسلام، دين المورث. ولئن أصبحت هذه القاعدة، وقد تكاثرت

740. (1) تطوّر فقه القضاء. فبعد أن تبش حلاً محتشماً ولكنه ذكياً، اختار منذ 1972 الحل الأكثر محافظة. انظر: Sassi Ben Halima "La filiation paternelle légitime", Thèse 1976 et Lucie Pruvost: L'Etablissement de la filiation en droit tunisien, Thèse, Paris 1977

وأن فقه القضاء التونسي يصعد مراجعة موقفه الأخير هذا انظر تعقيبي مدني عدد 15709 المؤرخ في 3 مارس 1987 م ق ت جويلية ص 62 والذي يعتبر أن حجة الإقرار لإثبات النسب تكفي ولا يجب أن تلتزم بوجود علاقة زوجية قائمة.

الأسر المختلطة، غير ملائمة لمجتمعنا، بل تمثل مظلمة فإنّ المشرع لم ينص عليها ولم يتناولها وكأنه تعمّد الصمت وقصده في ذلك الظرف الذي حث بإصدار المجلة سنة 1956، وللأسباب الذي سبق أن أشرنا إليها. أمّا فقہ القضاء، فإنّه عندما عرضت عليه قضية "حورية" الشهيرة، عوَض أن يتعامل معها تعاملًا يصاير روح المجلة ويناسب مستجدات الواقع، وقد ركن إلى الفصل 88 من المجلة وتمسك بعبارة "من موانع الإرث" التي جاءت غامضة مبهمّة (لأن الفصل يتحدث عن "القتل عمداً") وأولهما تأويلا إلى معناها القديم يتجه وعلى القاعدة الإسلامية يعتمد⁽¹⁾.

742. والتشريع الإسلامي يمنع المرأة المسلمة من التزوُّج برجل يخالفها في الديانة. وهذا المنع أصبح اليوم فاقد المعنى إزاء مبادئ الحرية والمساواة، وعدم التمييز العنصري والديني. لذلك تعامل المشرع مع هذا الواقع تعامل الصمت المقصود، والسكوت المتعمّد المعبر، فلم ينص عليه. أمّا فقہ القضاء فقد انطلق من الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على ما يلي: "يجب أن يكون كلّ من الزوجين خلو من الموانع الشرعية..." ليؤكّد عبارة "الموانع الشرعية" تأويلا قديما إذ فهم لفظة "الشرعية" في معناها الديني، والحال أنّ المشرع قصد بها معناها القانوني. إنها حجة أخرى بها نبيّن أن فقہ القضاء إنّما يكون فهم إلى تأكيد القاعدة الإسلامية القديمة يتجه وفيها يركن⁽²⁾.

743. وقد نظم المشرع الطلاق وخلصه من مفهومه القديم، ليضعه في الفصل 30 من المجلة "لا يقع [...] إلا لدى المحكمة"، وقضى في الفصل الموالي "لمن تضرّر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي

741. (1) قرار حورية تعقيبي مدني عدد 3384 مؤرّخ في 31 جانفي 1966 م ت ق 1968 de Lagrange p. 114

742. (1) Ali Mezghani : "Reflexions sur les relations du C.S.P avec le droit musulman classique" R.T.D. 1975, II, p. 53;

- تعقيبي مدني عدد 2975 مؤرّخ 12 فيفري 1981 - م ت ق 1982 ص 106
- استئناف المستشير - عدد 145 مؤرّخ في 9 جانفي 1986 - م ت ق - 1989
ص 117 تعليق سامي بن حليمة.

النّاجم عن الطلاق...، ولكنه لم يوضّح الطريقة التي بها يحتسب مبلغ الضرر، بل ترك عبارة "الضرر" خالية من الضبط والدقّة. وعندما نقارن بين الطلاق القديم الذي كان فيه الرّجل يتعسّف، والمرأة في كرامتها تظلم، ومن منزلها تطرد بيد فارغة والأخرى لا شيء فيها، وبين الطلاق القضائي الذي جاءت به المجلة، نفهم أنّ المشرع وإن لم يضبط مبلغ الضرر، فإنّه لم يكن يفكر في جعله تافها زهيدا، بل كان يفكر في أن يكون التعويض تعويضا باتم معنى الكلمة.

ورغم ذلك فإنّ فقہ القضاء قد تعامل مع الواقع في قضايا يبدو أنّها ذات شأن كمّا وخطورة، تعاملًا يدلّ على عدم اقتناعه بصوابية القاعدة وبصحتها، تعاملًا أساء تطبيقها وحولها إلى وجهة تعاكس جوهرها، ذلك أنه أصدر أحكاما احتوت على غرامات زهيدة. ممّا جعل المشرع يعود إلى الفصل فينقّح بمقتضى القانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرّخ في 18 فيفري 1981 ويوضّح مفهوم الضرر، مقررًا للمرأة التي تطلب جبر الضرر الحاصل لها من الطلاق "جناية تدفع لها [...] وتستمرّ إلى أن تتوفى [...]".

744. وهكذا، يحقّ لنا أن نختم تحليلنا قائلين بأنّ المشرع في بلادنا، هو في مادة القانون وخاصة قانون العائلة، تقدّمى التوجّه والمقاصد في حين أنّ فقہ القضاء لا يزال محافظًا تقليديا⁽³⁾.

الفقرة الثالثة : الفقه

745. الفقه هو في مذهب بعض المؤلفين مصدر للقانون (1) لأنّه يقترح حلولاً قانونية أكثر دقّة وجلاء من تلك التي يتوصّل إليها فقہ

744. (1) E.G. de Lagrange : " Le législateur tunisien et ses interprètes" R.T.D. 1968 (1)

القضاء وإن ماثله في استعمال طرق التأويل في التعامل مع النصوص القانونية (ب) تلك الطرق التي تخضع الى ضوابط وقواعد خاصة معينة (ج).

1 - الفقه مصدر للقانون

746. الفقه اصطلاحاً، هو مجموع آراء المؤلفين الفقهاء في تعاملهم مع قواعد القانون شرحاً وتأويلاً، نقداً وتقييماً، وهو أيضاً حصيلة منشوراتهم سواء كانت كتباً أو مقالات أو تعاليق على قرارات فقهاء القضاء، يتناولون فيها التقييم النقدي للحلول التي تبنتها المحاكم، ومناقشتها مناقشة ذات منطلقات فكرية متعددة وروى مختلفة، إذ منها ما يصطبغ بالصبغة القانونية التقنية، ومنها ما يركز على المعطيات الاجتماعية والسياسية أو المعطيات الاجتماعية من حيث مدى القاعدة القانونية وأثرها، ومن حيث ما قد ينجر عن اعتمادها دون سواها من نتائج وانعكاسات.

على أن المؤلفين عندما يعمدون إلى تناول مسألة قانونية بالدرس والتحليل، لا يقومون بذلك دون منهج، بل يبدؤون بجمع النصوص القانونية والقرارات القضائية المتصلة بها. إنه عمل مضمّن يتطلب جهداً، إذ البحث عن المادة وتقصيها حيثما وجدت وأينما تفرقت ليس أمراً يسيراً، ولكنه يمثل مرحلة منهجية ضرورية. ثم إنهم يحاولون، وقد توفرت لهم المادة وتجمعت، بناء نظام متناسق العناصر، منسجم الأركان، به يتمكنون من حل الإشكال وفرض المشاكل، ويقترحون تأويلاً لما غمض في النص والتبس، أو حلا لما نقص فيه وأختل وانتقص.

747. و يتطور القانون بهذه الطريقة ويكتمل، ذلك أن الانتقادات أو الاقتراحات إذا ما حصل فيها الإجماع أو إذا ما تبنتها أغلبية الفقهاء أصبح المشرع لا مهرب له من تبنيها وإقرارها في أول مناسبة يجري

فيها تعديلاً تشريعياً، أو على الأقل، انضمت فقه القضاء إلى الإجماع وساند المقترحات الجديدة، إذ المحاكم هي متكوّنة من حكّام يطلعون وباستمرار على مؤلفات الفقه، وينمّون معارفهم القانونية بها ويتأثرون.

748. لكن هل يمثل تأثير الفقه هذا عنصراً كافياً لجعله مصدراً قانونياً ؟

يجيب البعض بأن ذلك لا يقوم حجة كافية لتصنيف الفقه ضمن مصادر القانون إذ هو لا يعدو أن يكون مجرد سلطة للتأويل. أمّا البعض الآخر فإنه يستند إلى ما كان عليه الفقهاء أو البعض منهم في الأنظمة القانونية القديمة مثل التشريع الإسلامي، حيث كانت آراؤهم لا تقل منزلة وقيمة عن القانون كما نفهمه في الوقت الحالي. ومهما يكن من أمر فإن الجدل القائم بين من يعتبره سلطة ومن يعتبره مصدراً هو في الواقع جدل أساسه اختلاف لفظي. إذ المهم هو الاتفاق على المعنى الحقيقي الدقيق. فالفقه إذا ما أمكن اعتباره اليوم مصدراً للقانون فإنه ينبغي أن يكون مصدراً ثانوياً شأنه في ذلك شأن فقه القضاء تماماً كما يجب أن يعتبر الفقه مصدراً غير مباشر للقانون، إذ أنه يؤثر إما على المشرع، وإما على المحاكم، أو على السلطتين معاً. فالرأي الفقهي ليست له قوة إلزامية، وإنما يقع الدفع به عند التقاضي وفي بعض الأحيان في صلب الأحكام تعزيزاً لنص الحكم، وتدعيماً للموقف القانوني.

749. ولا يزال الفقه في بلادنا في طور التكوين ومرحلة النشوء والتشكل، وبالتالي لا يزال أثره محدوداً، ذلك أن المؤلفين قليلوا العدد، وأن الأبحاث الفقهية نادرة. ثم إن هذه الأعمال، إضافة إلى قلتها، هي إما ملتصقة بالنصوص القانونية ومحاذية لها لدرجة أنها تبدو وكأنها مجرد أعمال تقنية بحثية جرّدت من روح الجراءة والإبداع، أو اختارت التحديد والتجديد فال بها الأمر إلى التمسك مع فقه القضاء ذي النزعة المحافظة الغالبة. ولكن ذلك لا يمنعنا من أن نأمل أن يرى

الفقه في المستقبل تناميا واطرادا وأن يوليه القضاة الشبان العناية التي يستحق، والاعتبار الذي به يصبح ذا شأن في نظامنا القانوني.

ب - طرق التأويل المختلفة

I - الشرح على المتن

750. استعملت طريقة الشرح على المتن في فرنسا خاصة في القرن التاسع عشر، عهد الإعجاب بالمجلة المدنية الذي بلغ حد اعتبارها عملا كاملا لا يحتاج إلى تعديل أو إضافة، وإنما يتطلب شرح كل فصل من فصولها شرحا يتقيد بالألفاظ والجمل الواردة فيه ويهدف إلى إبراز نية المشرع ويعمل جاهدا على إظهار روح التقنين الذي بها تختص المجلة. كما استعملت طريقة الشرح على المتن قديما في التشريع الإسلامي عند مروره بطور التقليد، ذاك الطور الذي مرت به الحضارة الإسلامية وقد انفلق فيه باب الاجتهاد بعد أن كان مزدهرا ازدهارا به نمت وارتقت. إنها طريقة لا مكان فيها للتجديد والإبداع، ولا معنى فيها لتغيير الظروف وتعدد الملابسات، ولا حرية فيها للفكر القانوني. فالأحوال فيها ثابتة لا تبدل فيها، ورجل القانون سجين للنص أسير له. وإن ظهور هذه المدرسة في أعقاب التقنيات في فرنسا يعود إلى الاعتقاد بأن المجالات قد استوعبت كل الحالات فاضفت هذه المدرسة على النصوص التشريعية صبغة قدسية إذ كانت ترى أن القوانين تصدر عن إرادة إلهية، لذلك كان من الضروري أن ينحصر التأويل في الوقوف على هذه الإرادة عند وضع النص لا عند تطبيقه فلا أثر إذن لتفسير المعطيات الاجتماعية على معنى النص وأثاره القانونية. والوقوف عند إرادة المشرع الحقيقية يتم بالالتزام بالتركيبة اللفظية واللفظية للنص

إذ يفترض في المشرع أن يكون قد استعمل الألفاظ في معانيها الاصطلاحية، الصحيحة فلا خروج عن النص، بل لابد من الالتصاق بحرفه.

إن التقيد بالنص كان مفهوما ومقبولا في الفترات الأولى للثورة الفرنسية، وذلك أن النظام الفرنسي انتقل عندئذ من نظام القواعد العرفية إلى نظام القوانين الإرادية، فكان من الطبيعي تدعيم هذه التحولات، أن تتعزز مكانة النص بمدرسة الشرح على المتن.

وإذا كانت نفس الأسباب محدثة لنفس الآثار، فإنه من الطبيعي أن يأخذ المشرع التونسي سنة 1906، بمبادئ مدرسة الشرح على المتن، إذ كان النظام التونسي في فترة انتقال من نظام فقهي لا أثر للنص المدون فيه، إلى نظام تشريعي نصي إرادي.

أما اليوم، فقد تبين أن الالتصاق بالنص يؤدي إلى الجمود وإلى مدم مسيرة القانون للتطورات الاجتماعية، والحال أن النص التشريعي الإلزامي في مامن من المخاطر.

كما اتضح أن ما تقتضيه المدرسة من حسن استعمال المشرع للمصطلحات القانونية هو مجرد افتراض قد يكذبه الواقع، فإننا نرى مثلا أن مجلة الالتزامات والعقود تتضمن العديد من الأخطاء في استعمالها لمصطلحين أساسيين، هما مصطلح البطلان والفسخ. ففي عدد هائل من الفصول يقع الخلط بين المفهومين⁽¹⁾.

II - البحث العلمي الحر

751. هذه الطريقة بخلاف الأولى، تعترف للقانوني بدور أكبر شأنًا وأهم قيمة. إنه لم يعد كما كان عليه في طريقة التفسير والشرح مجرد

750. (1) - ينظر في هذا المنهج فصول مجلة الالتزامات والعقود والتي تتضمن على الفسخ في محل البطلان الواجب قانونا.
- انظر مثلا: الفصول 44 و 45، 46، 47، 51 م ا ع.

موضح للنص مفسر له، بل أصبح يبحث باستمرار على الحلول القانونية الأكثر عدلا وانسجاما مع حاجيات المجتمع. ولكن ذلك لا يعني أن الفقه يستطيع أن يتصرف في النصوص القانونية فذاك شأن المشرع، بل يبقى بها متقيدا لأنها تمثل بالنسبة إليه، الأساس الذي عليه يعتمد والمعطى الذي منه ينطلق. وإن النص يفرض عليه فرضا إذا كان واضحا دقيقا، أما إذا اعتراه اللبس واكتنفه الغموض، وهو في غالب الأحيان على هذا الوضع، فإن تأويله يتحتم ويلزم. وينبغي على الفقهاء، وأيضا القضاة على حد سواء، أن تتسم اجتهاداتهم التأويلية بالخيال المبدع، والتفكير المتبصر اللذين بهما يتوصلون إلى إيجاد الحلول الأنسب.

إن النص بهذه الطريقة لم يعد العنصر الأوحده، بل أصبح عنصرا موضوعيا من مجموع العناصر العديدة الأخرى، ولم يعد تأويله ثابتا، بل مستطورا بتطور الظروف، وبالتالي فإن القانون يمكن له أن يتطور، وحتى أن يتغير عن طريق التأويلات الجديدة المتجددة للنصوص القديمة.

752. إن التأويل يمكن أن يستغرق إلى حد تعريف القاعدة القانونية. فقد سبق أن ذكرنا أن القاعدة التشريعية الخاصة بالمسؤولية التقصيرية لحارس الشيء في فرنسا، أصبحت عبارة عن مجموعة من التشريعات المعقدة المتشعبة، ارتكزت في أساسها على جملة صغيرة. إن الفقه وفقه القضاء قد اجتمعا حول المسألة واتفقا في شأنها، مما جعلهما يتصرفان وكأنهما مصدران حقيقيان، ويبنيان القانون، جاعلين المشرع يقول ما لم يكن ينوي قوله البتة. وهذا يعني أن المشرع لا يقوم دوما بالدور الذي أنيط بعهدته وطلب منه في بعض الميادين، مما يجعل القوانين لا تتطور بالسرعة التي تستلزمها متطلبات المجتمع الجديدة، ولا تناسب نسقها، فتصبح عندئذ مرونة المناهج التي يعتمد عليها كل من الفقه وفقه القضاء ضرورية للإبداع وإكمال النقص التشريعي.

فمدرسة البحث العلمي الحر التي أسسها الفقيه الفرنسي جيني فتحت أفقا أرحب أمام رجل القانون حتى أصبح دوره يتجاوز مجرد الدور التفسيري للنص، إذ يقوم القانوني ذهنيا عند تأويله للنص وتطبيقه له مقام المشرع، فيكون دوره خلّقا إبداعيا، فهو يعتمد المعطيات الاجتماعية والتاريخية والمنطقية. ولكن يجب أن لا يغيب عن أذهاننا أن شارح القانون (أو المؤول له) ليس حرا ولا يختار الحلول كيفما شاء ودونما ضوابط. إنه مقيد بقواعد تأويلية محدّدة يتوجب عليه اتّباعها. وهذا يعني أن للتأويل قواعد معينة يتحتم على دارس القانون أن يعلمها علما فيه التمثّل والدراية.

ج - قواعد التأويل

753. أورد المشرع التونسي في مجلة الالتزامات والعقود وتحت عنوان "في قواعد عمومية تتعلق بالقانون"، مجموعة من القواعد المتصلة بتأويل القانون. وسنتناول هنا أهمها بشيء من الإيجاز، مؤعيناها إلى أربع مجموعات:

المجموعة الأولى: تتصل بطريقة الشرح الذي يبقى بالنص ملتصقا وله محاذيا ومحرما.

المجموعة الثانية: تتصل بالقياس كطريقة في التعامل مع النصوص.

المجموعة الثالثة: تتعلق بمبادئ التأويل المنطقي.

المجموعة الرابعة: تمثل في ذاتها صعوبة بسبب عسر تأويلها وبالتالي فهي تحتاج إلى تحليل خاص بها.

I - قواعد التأويل المعتمدة على الشرح

754. ننتقل في تناول المجموعة الأولى من الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أن القانون لا يحتمل إلا المعنى

الذي تقتضيه عبارته بحسب وطبع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون.

ويتجلى في هذا الفصل أنه يحدد أسلوب التأويل ويضبطه ويأمر به، مستعملا تركيبا حصريا : "لا ... إلا ... مؤكدا بذلك على أن مبدأ التأويل ينبغي أن لا يتجاوز حرفية النص، إنه، في مبادئه وصياغته ومصطلحاته، يذكرنا بطريقة شرح النص شرحا حرفيا (أو حسب الاصطلاح، الشرح على المتون) لا يكون إلا داخل المعنى الذي تقتضيه عبارته ثم إننا نفهم من صياغته وتركيب جملة المعتمد على الحصر (لا ... إلا ...) أنه لم يكتف بالإشارة إلى الاعتماد على طريقة الشرح النصي بل عمد إلى استبعاد كل طريقة أخرى غير التي ينص عليها.

755. غير أن هذا الموقف القطعي الذي تجلى في هذا الفصل، في حزمه وصرامته، لا نجد له أثرا في الفصول اللاحقة وخاصة في الفصول 536-537-538 حيث تنص على وجود تأويل القانون حسب "سبب معين" (الفصلان 536 و537) أو سبب معلوم (الفصل 538). فإذا ما انتفى السبب وزال، أصبح الممنوع المرتبط بوجوده جائزا (الفصل 538) والجائز باطلا (الفصل 537) وإذا ما وجد السبب الذي به حكم القانون جرى به العمل مهما وجد السبب المذكور (الفصل 536).

ويمكن أن يفهم من هذه الفصول أنها إضافة إلى كونها تُلطف من صرامة الفصل السابق لها، توفر طريقة أخرى لإكمال ما يعترض القانون من نقص، معتمدة على استنباط حل كلما كان النص خاليا منه، ولكنها في نفس الوقت، تبقى منطلقة من النص ذاته لا تتجاوزها. ولكن يمكن أن يفهم منها أيضا وفي نفس الوقت، أن التأويل ينبغي أن يتصل بشيء من "الدكاء" الذي يمكن المؤول من عدم التقليد بحرفية النص وعبارته، بل يتجه إلى روح القانون فيؤوله الاعتبار الذي يستحق.

II - القياس

756. القياس هو طريقة تقليدية متعارفة في التشريع الإسلامي وفقهه. وقد غلب على ظن الكثير أنه يعني فقط الطريقة المنطقية المعتمدة على التماثل والتجانس. إنه ظن أئى إلى لبس في معنى القياس مجحف، إذ حصر معناه حصرا، في حين أنه لا يعني ذاك المعنى فقط، بل يتسع ليشمل أيضا الطريقتين المنطقيتين المعتمدة أولهما على منطق التقابل بين الفرهديات إلى تقابل في النتائج، والتي تسمى اصطلاحا القياس العكسي، وثانيتهما على المنطق وبالأحرى. فإن هذه الطرق الثلاث قد تضمنتها مجلة الالتزامات والعقود.

(1) القياس الطردي

757. ينص الفصل 535 صراحة على وجوب توخي الطريقة المنطقية القياسية كلما أمكن ذلك، إذ يقول : "إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس..." وهذا يعني أن الحالات المتماثلة تقتضي حولا متماثلة. إلا أن المسألة تبقى في تحديد مدى التماثل أو التشابه بين الحالتين، خاصة وأننا نعرف أن التماثل يمكن أن ينحصر في التطابق التام، كما يمكن أن يتسع ليصبح مجرد تشابه. إنها صعوبة القياس في كليتيه وجوهره، وقد حاول القانون التونسي أن يقدم في شأنها حولا مهمة لا يتسنى لنا في هذا المجال، أن نلّم بها جميعا ولذلك فإننا سنقتصر على القول بأن القانون التونسي يعتبر أن التماثل ينبغي أن يتعلق بالعنصرين الأساسيين للحالتين اللتين يعتمد على القياس فيهما لا على عناصرهما الثانوية.

(2) الطريقة التقابلية أو القياس العكسي

758. ينص الفصل 534 على أنه "إذا خص القانون صورة معينة بقي إطلاقه في جميع الصور الأخرى". وبعبارة أخرى إذا نص القانون مبدئيا على مسألة، فإنه ينفي ضدها، أي إذا وضع القانون قاعدة معينة لحالة معينة مخصوصة، فإن الحل المعاكس لها يفرض نفسه على الحالة العامة التي لم يخصصها النص.

هذه الطريقة، رغم أهميتها، فإنها صعبة التطبيق، بل إن اعتمادها قد يؤدي بصاحبها إلى مزالق خطيرة، وذلك بسبب عسر التمييز بين الحالتين الخاصة والعامة تمييزا واضحا جليا.

(3) القياس بالأحرى

759. ينص الفصل 550 على أن "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل" ذلك أنه من المنطقي أن الذي يستطيع مثلا أن يبيع عقارا يملكه، يستطيع أيضا وبالأحرى أن يسوغه للغير. إنها قاعدة قياسية منطقية بحتة تنضاف إلى قواعد منطقية قانونية أخرى تكفل المشرع بوضعها واعتمادها.

III - قواعد التاويل المنطقي

760. يقضي الفصل 540 بأن "ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحظور مدة وصورة". ويعني هذا الفصل بصورة أوضح وأبسط، أن الفقه يؤكد على ضرورة تاويل الاستثناء تاويلا ضيقا. ويعود السبب في ذلك إلى أنه يتبغى تطبيق القاعدة العامة كلما تبين بوضوح وجلاء، أن الأمر يخرج مجاله عن ذلك الذي يشمل الاستثناء.

ويؤكد الفصل 533 على نفس هذه الفكرة، إذ ينص على أنه : إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها. أي أنه لا مجال للتمييز إن لم يقر القانون به⁽¹⁾.

وإن المبدأين يكتملان ويفيدان معا أن للقواعد الاستثنائية تاويلا ضيقا⁽²⁾ وأن للعام من القواعد تاويلا واسعا.

IV - قواعد خاصة

761. تتجه مختلف القواعد التي ذكرنا إلى شراح النصوص التشريعية والترتيبية ومؤلفيها وهم. كما نعلم أولئك الذين يتكون منهم الفقه وفقه القضاء. ولكن مجلة الالتزامات والعقود قد احتوت على قواعد أخرى للتاويل جعلنا نتناولها على حدة لأنها تشير في ذاتها مشكلا. فإذا ما استحضرنّا الفصل 556 وجدناه ينص على أن : "الأصل ارتكاب أخف الضررين" أو الفصل 557 حيث يقول : "إذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة ولم يمكن التوفيق بينهما، قدمت العامة" أو أيضا الفصل 541 الذي يؤكد على أنه : "إذا أوجبت الضورة لتاويل القانون، جاز التيسير في شدته، ولا يكون التاويل داعيا لزيادة التضيق أبدا".

هذه الفصول الثلاثة تمثل مشكلا، فالمجلة يجري العمل بها منذ سنة 1907 والفصل 556 لم يذكره فقه القضاء حسب علمنا إلا مرة واحدة⁽³⁾. وكذلك الأمر بالنسبة للفصل 541. وكان ذلك على غير وجه⁽⁴⁾.

760. (1) تعقيب مدني عدد 7578 مؤرخ في 11 جوان 1970. نشرية ص 108.

(2) تعقيب مدني عدد 2150/50 مؤرخ في 6 أكتوبر 1960. نشرية ص 150.

تعقيب مدني عدد 5346 مؤرخ في 29 أبريل 1967. نشرية ص 40.

761. (1) تونس : 4 نوفمبر 1963 م. ق. ت. 1964 عدد 3 ص 63.

(2) المنتدب استئناف عدد 145 9 جانفي 1986 م ت ق 1989 ص 117 تعليق

ماسي بن حليمة.

762. ورغم ذلك فإن الأمر يتعلق بقواعد أساسها المنطق السليم والقيمة النبيلة، لأنها عبارة عن قواعد حكمية وردت في الفقه الإسلامي واقتبسها منه مجلة الأحكام العدلية العثمانية التي قننته⁽¹⁾ فكانت ملائمة لضرورات استنباط الأحكام من الأدلة الشرعية، وهو موضوع علم أصول الفقه، لكنها لا تناسب الأنظمة الحديثة المعتمدة على النص التشريعي.

فإن السؤال الذي يطرح هو هل تستحق هذه الأحكام أن توجد ضمن مجلة الالتزامات والعقود ؟ إنه سؤال يفرض نفسه علينا فرطاً، ذلك لأنها (أي تلكم الأحكام)، في الحقيقة لا تتجه إلى القضاء، بل إلى الفقه في معناه الإسلامي الذي يتميز به، كما لا يخفي علينا المشرع بمكانة بارزة وبدور ذي بال. والذي يراعي عند وضعه القواعد القانونية المصلحة العامة، ويغلبها على المصلحة الخاصة. (الفصل 557) والذي يعتمد أيضاً على مقولة أخف الضررين (الفصل 556) أو الذي يحرص عند تأويله اختيار اليسر على العسر. وهو حرص أنتج تقنيات الحيل الفقهية التي كانت عبارة عن منافذ بفضلها يتجنب الرقوع في الممنوع إذا ما كانت القاعدة التي يعتمدها حازمة صارمة.

763. ثم إن هذه القواعد، وقد اتصفت بالتجريد، إنفاً وجهت إلى مفسري الآيات القرآنية المقدسة، لتساعدهم على استنباط القواعد القانونية، في حين أنها لا تمثل أية جدوى بالنسبة للقضاة، لأنهم يصعب عليهم التعامل معها وتطبيقها في مهامهم. إنهم مطالبون بتطبيق القانون تطبيقاً عملياً محسوساً على حالات محسوسة تنازع في شأنها متنازعون أولوا لهم مهمة النظر فيها على أساس العدل الذي يرضيهم جميعاً. وبعبارة أوضح : إذا ما عرضت على قاض دعوى مدنية

هي بالتعريف عبارة عن مصلحتين متعارضتين يتنازع فيهما متقاضيان وإذا ما طبق عليهما مبدأ الالتزام بالتخفيف دون التشديد، فلفادة أيهما يكون ؟ أو ليس التخفيف عن هذا هو عبارة عن تشديد على الآخر والعكس بالعكس ؟

764. إن التحاليل التي تخللت الفقرات السابقة قد اعتمدت على تأويل نصوص القانون المدني واهتمت به، ولكنها في الوقت نفسه، يمكن أن تطبق على سائر المواد القانونية الأخرى، مثل القانون التجاري، وقانون الشغل، وحتى نصوص القانونين الإداري والدستوري. فالقانون المدني هو المادة الأم التي عنها تفرعت المواد القانونية الأخرى. لذلك تحتل دراسته المكانة المرموقة فكان لابد من أن يتميز عن غيره من المواد. إذ على التمكن من تقنياته وأصوله وأحكامه يتوقف التكوين الحقيقي لرجل القانون.

- ش -

العدل (الشاهد) : 727
 العدل المنفذ (عدول التنفيذ) : 726
 عدم رجعية القوانين الجنائية : 629-627
 عدم رجعية القوانين المدنية : 630
 وما بعد
 العرف : مصدر مستقل : 673
 العرف بتفويض صريح من القانون : 670
 العرف بتفويض ضمني من القانون :
 671
 العرف (تعريف) : 660
 العرف (مزاياه) : 663
 العرف (واحتكار الدولة للقانون) :
 134 وما بعد
 العرف المخالف للقانون : 675
 العقل : 394, 393, 387
 العقلاني (الفكر) : 392 وما بعد
 العلمانية (اللائكية) : 486 وما بعد
 العلم (العلوم) : 210 وما بعد
 علي عبد الرزاق : 481, 494-495
 عمومية القاعدة : 23 وما بعد
 عمومية (إقليمية) : 24-26
 عمومية (شخصية) : 27-36
 عمومية (موضوعية) : 37 وما بعد
 عهد الأمان : 449
 عيوب الرضا : 42

- ص -

صانتيلا : 495

- ط -

الطاهر الحداد : 481-485
 طرق التأويل : 750 وما بعد

- ظ -

الظلم (الشعور به) : 160-161

- ع -

العادة (أنظر أيضا العرف) : 170
 العدل (المثل الأعلى) : 153-163
 العدل التوزيعي : 156
 العدل التبادلي : 157

- ج -

خصائص القانون الفرنسي : 429
 خصومية النظم القانونية :
 399-103-9-8
 الخبير : 728
 الخطاب التأسيسي : 235 وما بعد

- د -

الدستور 550
 دستورية القوانين : 551
 الدوام (صفة) : 48 وما بعد
 الدوائر المجتمعة : 715-717
 دور (القانون) : 199-209
 دور كايم : 363 وما بعد
 الدولية (الدراسة) : 333 وما بعد
 الدين : 182-198 و 487-504

- ر -

الرائد الرسمي للجمهورية التونسية :
 597

- س -

السببية : 386, 390, 395
 السيادة التشريعية : 103

- ح -

حرية تكوين الجمعيات : 223
 حرية القاضي : (حدودها) :
 104 و 222
 الحق المكتسب : 645-648
 حقوق الإنسان : 159
 الحتمي (المذهب) : 200
 وما بعد
 الحكم (والقانون) : 120-127
 حكم ابتدائي : 692
 حكم نهائي : 693
 الحماية : 456 وما بعد

- خ -

خصائص القانون : 17
 وما بعد

- غ -

الغزالي : 385 وما بعد

- ف -

الفكر الثقلي : 385

الفكر العقلاني : 392

الفسخ : 81

الفقه : 745 وما بعد

فقه القضاء (مصدر القانون) :

732 وما بعد

فقه القضاء (دوره) : 736 وما بعد

فلسفة القانون : 237-238

- ق -

القاضي المرشد : 724

القانون (المصطلح) : 14-15

القانون (بصفة عامة) : 5-1

القانون (خصائصه) : 17 وما بعد

القانون (دخوله حيز التنفيذ)

(بدء سريانه) : 601 وما بعد

القانون (مصادره) : 535 - 541

القانون الأمر : 89 وما بعد

القانون الإجرائي : 529 - 531 - 642

القانون الإداري : 522

القانون الأساسي : 558

القانون الانكليزي (خصائصه) : 409

وما بعد

القانون البربري : 436

القانون التجاري : 527

القانون التفسيري (التأويلي) :

641

القانون التونسي في العهد الحسيني :

443 وما بعد

القانون التونسي في عهد الحماية :

456 وما بعد

القانون التونسي قبل العهد الحسيني :

433

القانون التونسي منذ الاستقلال : 465

وما بعد

القانون الجنائي : 530

القانون الجنائي : 533

القانون الخاص : 525

القانون الدستوري : 521

القانون الطبيعي (علمنة) :

307

القانون العام : 511 و 521

وما بعد

القانون العادي : 560 - 561

القانون الفرنسي : 416

وما بعد

القانون القوطاني : 437

القانون المدني : 526

القانون مصدر إلزام : 56 وما بعد

القانون المقارن : 400 - 401 - 403

القانون المكمل : 109 وما بعد

القانون المصادق عليه باستفتاء : 555

قانون النظام العام : 98 وما بعد

القرار (قرار) : 569

القرار الفردي : 29 - 30

القرار الصادر عن سلطة مختصة :

570 - 571

القصاص : 60 - 64

القرعة (والقانون) : 147 - 152

قواعد التأويل : 760 وما بعد

القواعد الأمرة : 89 - 108

القواعد المتممة : 109 وما بعد

القواعد العادية : 41

القوانين المحلية بعضها الى

بعض : 616

القانون الدولي الخاص : 532

القانون الدولي العام : 524

القانون ذو المفعول الرجعي :

635 - 636

القانون الروماني : 438

قانون الشغل : 528

القانون الطبيعي (المذاهب) :

239 وما بعد

القانون الطبيعي (المدرسة

الإغريقية) : 242 وما بعد

القانون الطبيعي (أفلاطون) :

244 وما بعد

القانون الطبيعي (أرسطو) :

261 وما بعد

القانون الطبيعي (أرسطو) :

261 وما بعد

القانون الطبيعي (الفكر

المسيحي) : 280 وما بعد

القانون الطبيعي (أغسطينيوس) :

282 وما بعد

القانون الطبيعي (الأكرويني) :

293 وما بعد

القانون الطبيعي (التطورات) :

306 وما بعد

القانون الطبيعي ذو المحتوى

المتغير : 314 وما بعد

القوة الإلزامية للقوانين : 85

وما بعد

القوة الإلزامية للقوانين (المعنى)

584 وما بعد

قياس : 471 و 756

القياس بالآخرى : 759

قياس طردي : 757

القياس العكسي : 758

- ك -

كاتب (محكمة) : 725

كلسان (هانس) : 350

كونت (I) : 357

- ل -

اللغة العربية : 598-599

- م -

الماركسية : 374 وما بعد

المبادئ العامة للقانون : 43

المترجم : 729

المجلدات : 49

المجلة المدنية الفرنسية : 422

وما بعد

المحامي : 730

المحاكم الاستثنائية : 686

المحاكم الحق العام : 686

المحاكم الجزئية : 682

المحكمة الابتدائية : 705-707

محكمة الإحالة : 711 وما بعد

المحكمة الإدارية : 681

محكمة الاستئناف : 707

محكمة أمن الدولة : 629

محكمة التعميق : 708-718

المحكمة العقارية : 703

محكمة الناحية : 704

مرسوم : 562

مرسوم أثناء العطل البرلمانية : 564

مرسوم بتفويض من القانون : 563

مرسوم بعد الحل (مجلس النواب) : 565

المصادر المادية : 535-536

المصادر الشكلية : 537

المسؤولية المدنية : 82-84

مصادر التشريع الإسلامي : 471 وما بعد

المعاهدات الدولية : 552

المعتزلة : 392-398

مقومات القانون : 14 وما بعد

المنطق 49 - 24

- ن -

النسخ : 607 وما بعد

النسخ (أشكاله) : 610

النسخ (المسألة المختصة) : 609

النسخ الصريح : 611

النسخ الضمني : 612

نشر القوانين : 596

النقص بدون إحالة :

713

النظام العام : 98

وما بعد

النظام العام (قواعد) : 42

النياحة العمومية : 722

- ه -

هجران (القاعدة) : 51

هوبز (توماس) : 334 وما بعد

هيئة المحاكم (مجالسه) : 696

هيقل : 348 وما بعد

- و -

الرضعية العلمية (المدارس العلمية

والمادية) : 365 وما بعد الرضعية

القانونية (انظر هوبز والمدرسة

الدولية) : 333 وما بعد

الوقائع : 709

1. The first part of the document is a list of names and dates, arranged in two columns. The names are written in a cursive script, and the dates are in a standard font. The list appears to be a record of some kind, possibly a roster or a list of events.