معرفة القانون

مدخل عام لدراسة القانون

مفهوم القانون ــ أساس القانون ــ مصادر القانون

محمد بقبق

أستاذ مبرّز بكلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس

40805
991 بقبق

مـركـز النـشر الجـامعـي
2002

جميع حقوق الطبع والتأليف محفوظة
© مركز النشر الجامعي، 2002
ص ب 255 - تونس - ر ا ب 1080.
الهاتف : 000 874 71 216، الفاكس 677 871 71 216

سلسلة معرفة القانون

تهدف سلسلة "معرفة القانون" إلى نشر مجموعة من المؤلفات الجامعية موجهة أساسا إلى طلبة كليات الحقوق مع الأخذ بعين الاعتبار لما يمكن أن تقدمه هذه المؤلفات من فائدة إلى المهتمين بالمادة القانونية عموما من قضاة ومحامين وغيرهم. وقد أصدرت منذ أشهر أول جزء من هذه السلسلة بعنوان "قانون مدني- المقدمة-الأشخاص- الإثبات" ويسعدني أن أقدم لثاني أجزاء هذه المجموعة وهو مؤلف "مدخل عام لدراسة القانون" للزميل محمد بفيق، أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، مع أمل إثراء هذه السلسلة بمؤلفات قادمة في المادة القانونية.

محمد كمال شرف الدين

أكتوبر 2002

المقدّمـــــة

1- يشكّل القانون بوصفه أداة اجتماعية تقعيدية، تسعى لتنظيم الحياة البشرية وتيسير المعاملات بين أفراد المجموعة، ضرورة حتمية لا يختلف اثنان في وجوده وفي وجوبه[1]. في هذا المعنى يقول العلاّمة ابن خلدون في مقدمته المشهورة : " **الأولى في أن الاجتماع الإنساني ضروري ويعبر الحكماء عن هذا بقولهم الإنسان مدني بالطبع أي لابد له من الاجتماع الذي هو المدينة في اصطلاحهم وهو معنى العمران ثمّ أن هذا الاجتماع إن حصل للبشر كما قررناه ويتمّ عمران العالم بهم فلا بدّ من وازع يدفع بعضهم عن بعض لما في طباعهم الحيوانية من العدوان والظلم وليست السلاح الّتي جعلت دافعة لعدوان الحيوانات العجم عنهم كافية في دفع العدوان عنهم لأنها موجودة لجميعهم**".[2]

2- الملموس من وراء ما يقصده العلاّمة المشهور بالوازع الواقي من ظلم المعتدي هو بالطّبع القانون، وعدم استعماله للمصطلح نفسه، أي مصطلح **قانون** قد يرجع لحداثة هذه اللّفظة في اللّغة العربية،[3] إذ يقترن ظهورها بظهور مفهوم الدّولة الحديث في المجتمعات العربيّة، ويجمع اليوم الفقهاء، وحتّى عامّة النّاس، على ضرورة القانون كأداة تنظيمية، أو تقويمية، داخل كل مجموعة بشرية أو حيوانية.

---

[1] ما تعبّر عنه الحكمة اللاتينية: *ubi societas, ibi jus* لا يوجد مجتمع دون قانون.

[2] عبد الرحمان بن محمد بن خلدون، دار الجيل، بيروت، ص 46.

[3] محمد الشرفي و علي المزغني، مدخل لدراسة القانون،المركز القومي البيداغوجي، تونس 1993، ص 17.

كما يتّحد الفقه حول تعريف موحّد للقانون بكونه :"**مجموعة قواعد تنظم العلاقات البشرية ويسهر على احترامها المجتمع أو المجموعة** "،[4] علما أنّ هذا التّعريف، هو في الواقع معجمي، ويطفو عليه الطّابع الاجتماعي، إذ يصطلح عليه أهل الفكر عامّة، ولا رجال القانون فقط.

3- لئن بدا بالتّالي مفهوم القانون واضحا لدى العامّة والخاصّة. إلا أنّ **تحديد محتوى هذا المفهوم يبقى غامضا** إلى أبعد حدّ، ويكفي للتّأكد من ذلك الوقوف عند حقيقتين :

4- إلى جانب القانون كظاهرة اجتماعية يتعيّن احترامها، يجد الإنسان نفسه محمولا على **احترام كلّ القوانين الطّبيعية**، كقواعد الفيزياء، أو البيولوجيا، والتي لا تترك مجالا لمناقشتها أو خرقها، إذ هي تتضمّن جزاء فوريا ومباشرا. فمن يحاول التّحليق دون أجنحة، سرعان ما يتثبّت من صحّة نظرية نيوتن. بالإضافة إلى هذه الحتمية الطّبيعية، تعترض الفرد في مختلف ردهات حياته، ومعاملاته الاجتماعية، **قواعد سلوكية تفرض احترامها عوامل خارجية ومستقلّة عن إرادته**. فهو الشّأن بالنّسبة للأوامر الدّينية، أو قواعد حسن السّلوك والمعاملات، والتي تسهر على احترامها العائلة، أو العشيرة، أو المجموعة، أو المؤسّسة، المهنية أو التربويّة.[5] **فكلّ هذه القواعد السّلوكية، والدّينية، والأخلاقية، والمهنية، تتعايش في الواقع صحبة القواعد القانونيّة المحضة، وتتقاسم معها مهمّة تنظيم حياة الفرد داخل**

[4] محمد العربي هاشم، مدخل لدراسة القانون المدني، السنة الأولى حقوق، درس مرقون، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، 1990-91، ص 5.

[5] S. MELLOULI, droit civil, introduction à l'étude du droit, imprimerie officielle de la République tunisienne, *Tunis 2000*, n° 30, p. 10.

المجموعة، تقعّد سلوكه وتعامله مع الآخرين؛ ويصحّ بالتّالي في شأنها التّعريف الذي أوردناه للقانون منذ أسطر.

هذا ما يجعلنا نلمس حدود هذا التّعريف لمادّة القانون، وقصوره خاصّة عن تبيان محتوى القانون بالمقارنة مع القواعد الاجتماعية الأخرى.

5- تتجلّى أيضا صعوبة تحديد محتوى المادّة القانونية حتى لدى أهل الاختصاص، **باختلاف الأزمنة والأمصار**. فمنهم من **يقصر مادّة القانون على التّشريع**، أي القانون في أضيق معانيه، وهي **النصّوص التّشريعية المنشورة بالرائد الرسمي**[6]. تجلت هذه الحركة خاصّة في البلدان الغربية إثر الثّورة الفرنسية، ونشر مجلّة نابليون الشهيرة سنة **1804**. مثلت فعلا هذه المجلّة، أفضل ردّ فعل على الإقطاعية ومظالم المحاكم الدّينية آنذاك؛ فكان حرص رجال القانون عندها متمثّلا بالأساس، في الإلمام بالقواعد التّشريعية الصّريحة، التي تتجسّم فيها إرادة المجموعة الممثّلة من قبل نوّابها بالبرلمان. في هذه الحالة، يكون النصّ التّشريعي، خير واق من تجاوزات القضاة ومظالم السّلطة المقترفة باسم العدالة (**Dieu nous préserve de l'équité des parlements**). **ساعد هذا التصوّر الضيّق للمادّة القانونية على ظهور مدارس تأويليه تتعلق إلى أبعد حدّ بروح النصّ ونيّة المشرّع** (مدرسة الشرح على المتون).[7]

لكن سرعان ما تغيّر الرأي في هذا الشّأن، وأصبح للباحثين في المادّة القانونية تصوّرا آخر لمحلّ بحثهم؛ يتجاوز النصّ التّشريعي، ليشمل بقيّة المصادر الأخرى، بما فيها

الفقرة 297 و ما بعدها.

[7] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, traité de droit civil, introduction générale, DELTA, L.G.D.J, 4ème édit., n° 151 et s., pp. 108 et s.

الفقه، وفقه القضاء، والعرف، خاصّة عندما بيّنت التجربة والواقع المعاش قصور النصّ عن الإلمام بكلّ المراكز القانونية التي تفرزها الحياة الاجتماعية.[8] يبيّن بالتّالي هذا التطوّر **اختلاف محتوى القانون عبر العصور**، الذي يقابله أيضا **اختلاف آخر باختلاف الأقطار والأمصار**.

6- فعلا يتجلّى من خلال مراجعة سريعة للقانون المقارن، أنّ في بلاد أخرى كانغلترا مثلا ، **ترتكز دراسة المادّة القانونية على دراسة فقه القضاء** (أي مجموعة القرارات والأحكام الصادرة عن مختلف الهيئات القضائية) وهي بالتّالي تتجاوز دراسة النصّ، أو حتى تتجاهله في بعض الأحيان لتحمل على ما يسمّى **بالسّابقة القضائية**.[9] أثر هذا النموذج المستمدّ من نظام "الكومن لو" على الأنظمة القانونية الأخرى التي كانت تتقيّد بالنصّ، وتقصر دراستها عليه، وأصبحت اليوم تضيف في المؤلّفات القانونية، تعليقات ضافية ومطوّلة للقرارات القضائية.

يمكننا بالتّالي أن نلمس هنا أيضا **اختلاف محتوى المادّة القانونية حسب اختلاف البلدان**، هذا مع العلم أنّ اكتساح العلوم الحديثة، الميادين الاجتماعية، والإنسانية، جعل من المادّة القانونية علما متفرّعا لعدة اختصاصات : سياسيّة، و دستوريّة، ودوليّة، تنهل مادّتها من ينابيع بعيدة كل البعد عن المادّة القانونية في مفهومها الضيّق. كعلم الاجتماع، والعلوم الاقتصادية، وعلم النّفس، وحتى الإعلامية، التي أصبحت تلعب دورا في تفسير أو تبرير بعض الدّراسات

[8] زمضان أبو السعود و همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص349 و ما بعدها.

[9] M. CHARFI, introduction à l'étude du droit, 3ème édit., revue et corrigée, C.E.R.E.S., 1997, n° 142 et s., pp. 90 et s.

القانونية الحاملة على مواد الصّرف، والنّقد، و التأمين، وما شابهها من شعب تصبوا إلى الرّيادة في الكليّات القانونية والمعاهد العليا المتخصّصة.[10]

7- يمكن بالتّالي أن نستنتج من كلّ ما سبق، أنّ ما يميّز المادّة القانونية أو بالأحرى محتواها، هو نسبيّة هذه المادّة أو هذا المحتوى، وهذه النسبيّة مزدوجة :

نسبية إقليمية. وهي بالطّبع رهينة الاختلاف القائم بين الشّعوب، حسب عاداتها، و حسب أعرافها، ودياناتها، ومصالحها السياسيّة، والاقتصاديّة، والاجتماعيّة.[11] يكفي للتّدليل على ذلك أن نذكر باختلاف الرؤى القائم بين دول الشّمال، ودول الجنوب؛ تجاه أمهّات المشاكل العالمية، كالتّزايد السكّاني، أو التلوّث البيئي، حتى نلمس عن كثب حقيقة هذه **النّسبية الإقليمية للمادّة القانونية** واستحالة سنّ قواعد موحّدة وعامّة تلقى مصادقة كافّة شعوب المعمورة، وتنظّم هذه المسائل الحياتيّة الخطيرة.

نسبية زمنية. لا يختلف اثنان في كون المادّة القانونية بحكم تعلّقها بالمعطى الاجتماعي والاقتصادي، **تتطور وتتغيّر بتطوّر وتغيّر هذه المعطيات**، ويكفي هنا أيضا أن نقارن بين مادّة حقوق الإنسان اليوم، وما كانت عليه هذه المادّة في القرون الوسطى، أين كان المرء يؤاخذ من أجل أفكاره أو معتقداته، حتى **نلمس هذه النّسبية الزمنيّة**.[12]

[10] يراجع في هذا المعنى الأمر عـ2429ـدد لسنة 2001 و المؤرخ في 16 اكتوبر 2001 الذي أصبحت بمقتضاه الشهادات المسلمة من طرف كليات الحقوق تحمل تسميات انقلوساكسونية.

[11] M. CHARFI, op. cit., avant propos.

[12] J. L. BERGEL, théorie générale du droit, méthodes du droit, 3ème édit, Dalloz, n° 98, et s.

8- لكن رغم هذه النّسبية، تبقى المادّة القانونية متميزّة بطابعها **العام والشامل** لجميع مجتمعات العالم. المّادة القانونيّة، **مادة كونية**. حتّى الشّعوب الآسيوية التي طالما اعتبرت القانون ضربا من ضروب الهمجية، وأنّ الإنسان المهذّب والمتحضّر في غنى عن أحكامه وأوامره، لم تستطع التخلّص كليّا من المادّة القانونية، بل هي تلتجئ إليها على الأقلّ فيما يتعلق بتنظيم وضعية الأجنبي فوق ترابها.[13] تلجأ أيضا الأنظمة الديكتاتورية للقانون لتكريس وإرساء نظامها السياسي تحت غشاء الشرعيّة، ويمكن إبداء نفس الملاحظة فيما يخصّ الأنظمة الشيوعيّة، رغم الانتقادات الموجّهة إلى مفهومي الدّولة والقانون من قبل النّظرية الماركسية.[14]

9- خلاصة القول أنّ المادّة القانونية، رغم **نسبيتها الإقليمية والزمنية** تبقى **كونية الميدان**، أي أنّها متواجدة في جميع أنحاء المعمورة، من ذلك أنّنا سنحاول في إطار هذا المؤلّف، وبمناسبة بسط مفهوم القانون، الوقوف عند هذين البعدين، **النّسبية والكّونية للمادّة القانونية**. كما أنّنا سنتناول دراسة المادّة القانونية من خلال واقع البلاد التونسية، في محيطها التاريخي والجغرافي، لكونها بلادا عربية،و إسلامية، تنتمي إلى مجموعة دول العالم الثّالث، ومتفتّحة على الحضارة المتوسّطية.

فمهما تعدّدت خصوصيّات القانون التونسي، فإنّه يبقى متأثرا بطابعه **الكوني**، عند **تعريفه**، وعند **تبريره**، وعند

[13] R. DAVID et C. JAUFFRET SPINOSI, les grands systèmes de droit contemporain, précis Dalloz, 10eme édit. 1992, n° 478 et s.

[14] Ibid, n° 130, 131, 136 et s.

تأسيسه، أي بمناسبة الوقوف عند مفهومه، وعند النظريات التي جاءت تبحث أسسه ومبرّرات طابعه الملزم.

10- محور دراستنا سيكون عندئذ **القانون**، واصطلاحا رغم حداثة كلمة قانون في اللّغة العربيّة،[15] فإنّ هذه اللّفظة لا تثير فكرة **الحقّ** مثلما هو الشّأن في اللّغة الفرنسية، أين تتضمّن كلمة **Droit** معنيين اثنين : معنى القانون **Droit objectif** ، ومعنى الحقّ **droit subjectif** . وفي ذلك فائدة علمية ثابتة إذ لا داعي للتعرّض لدراسة الحقوق في إطار هذا الدّرس المخصّص لدراسة القانون، علما أنّ مادّة الحقوق يتمّ تدريسها بصفة مستقلّة في إطار دروس القانون المدني.[16]

11- الدرّاية بالمادّة القانونية تفترض الوقوف عند **مفهوم القانون** في مرحلة أولى (الجزء الأول)، ثمّ سنحاول في مرحلة ثانية البّحث في **أساس القانون** (الجزء الثاني)،

[15] لسان العرب، للعلامة ابن الفضل جمال الدّين بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المجلد 13، الرقم 8526، ص 348، دار صادر للطباعة و النّشر، بيروت 1995 : " **قنن، القوانين، الأصول، و الواحد قانون و ليس عربيّ**".

[16] محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، (معرفة القانون) المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، الطبعة الأولى، 2002 عدد 158 و ما بعده، ص 169 و ما بعدها ؛ محمد الشّرفي و علي المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر.

لنقف في مرحلة ثالثة و أخيرة عند **مصادر القانون** (الجزء الثالث).

الجزء الأوّل
مفهوم القانون

12- عرّفنا منذ أسطر القانون بكونه : **"جملة من القواعد السلوكية تنظم العلاقات البشرية و يسهر على احترامها المجتمع"**. يكشف هذا التّعريف بعدين اثنين للقانون.

القانون هو بالدّرجة الأولى قاعدة علميّة،[17] لها جانب **تقني و فنّي**، تستوجب دراسته تكوينا خاصّا، و تقتضي دراية معيّنة، و **قد يغلب في بعض الأحيان هذا الطّابع التقني** على بقيّة خصائص القانون، إذ تبقى قراءة النصّوص القانونية غامضة لغير المختصّ، كما يضلّ الإلمام بفقه القضاء حكرا على المحتك في المادّة القانونية. فلا يمكن لعامّة النّاس تطبيق النصّوص القانونية بعد قراءتها و تأويلها، بل تسند هذه المهمّة لهيئات خاصّة، و مؤهلة، و هي **المحاكم**.

القانون هو أيضا قاعدة اجتماعية[18] **يصدر عن المجتمع، يتسلّط على المجتمع، و ينظّم المجتمع.** مصدره المجتمع، ميدانه المجتمع، و هدفه المجتمع. تعلّق القانون بالمعطى الاجتماعي وثيق و لا مجال للشكّ فيه، فكلّ مجتمع في حاجة إلى قواعد قانونيّة تعكس طموحاته و أهدافه، تتّجه إلى أفراده لتحقيق الأمن و السّكينة صلب هذا المجتمع.

13ـــ تناول مفهوم القانون في معناه العام و الشامل يفترض الوقوف عند هذين البعدين للمادّة القانونية : **البعد العلمي، و البعد الاجتماعي.**

[17] M. CHARFI, introduction, op. cit. n° 29 et s., pp. 30 et s.
[18] S. MELLOULI, introduction, op. cit. n° 7, p. 3.

الباب الأوّل

القانون قاعدة علمية

14- **تعني صفة الكّونية**[19] لدى القانون، وجود قاسم مشترك تتّحد حوله الآراء في جميع أنحاء المعمورة. ولعلّ أهمّ مظاهر كونيّة القانون تتجلّى بصفة خاصّة في **الطّابع العلمي** لهذا الأخير، إلاّ أنّه لا يكفي أن نصرّح بالطّابع العلمي للمّادة القانونية حتى تصبح كذلك، بل يقتضي منّا الأمر التثبّت من هذا التّصريح، هذا ما سنتناول في القسم الأوّل. صفة العلم هذه، إن وفّقنا في إثباتها، ستجرّنا طبعا إلى تناول علم القانون في جوهره أي في أصنافه وتقسيماته، شأنه في ذلك شأن بقيّة العلوم. هذا ما سنتناول في القسم الثّاني.

[19] يراجع رقم 8.

القسم الأوّل : علم القانون.[20]

15- العلوم نوعان: **علوم صحيحة**، وهي التي يمكن التثبت من نتائجها مخبرياً (علم الفيزياء، علم الكيمياء، علم البيولوجيا)، وغالبا ما تكون النتائج في هذه العلوم حتمية ومحققة الوقوع. لا يسع أحد خرق قواعد هذه العلوم إذ تكون النتائج فورية ومتأكدة (كمن يحاول التحليق دون اعتماد طريقة ما، فقوّة الجاذبية ستلقي به حتما إلى الأرض). إلى جانب العلوم الصحيحة توجد علوم أخرى تعنى بالإنسان ومشاكله، ولكون هذا الأخير لا يخضع لمعايير ثابتة ودائمة، فهذا النّوع من العلوم لا يعدّ من العلوم الصحيحة، بل يسمّى **علوما إنسانية** أو **اجتماعية**. القانون بوصفه مستوى معرفيا **ينطلق من معطيات اجتماعية لينظمها، ويصنفها، ويستخلص العبرة منها؛ ليضع لها قاعدة تنبثق عن المجموعة، وتطبق عليها، يمكن اعتباره علما إنسانيا أو علما إجتماعيا.** وفي هذا المضمار يمكن تصنيف المعرفة القانونية إلى صنفين من العلوم : **العلوم القانونية الصّرفة، والعلوم التابعة للقانون.**

[20] H. L. & J. MAZEAUD par F. CHABAS, introduction à l'étude du droit, 11ème édition, Montchrestien, DELTA, n° 15 et s.

الفقرة الأولى : العلوم القانونية.

16- هي العلوم المكونة لمادّة القانون في حدّ ذاتها، وعددها ثلاثة :

أ علم التّشريع أو علم التّقنين.

17- لا يكفي أن تسنّ الدّولة، أو السّلطة المختصّة بذلك، جملة من القوانين، حتى تكون هذه القوانين مستوفية لجميع شروطها، وبالتّالي مؤهلة، ومجدية، لتنظيم الحياة الاجتماعية. بل يتعيّن على المشرّع احترام جملة من المراحل، حتى يقوم القانون بوظيفته على الوجه الأنسب.

18- **الجدوى الاجتماعية للقانون.** تمثّل هذه المرحلة شرطا هاما في ميدان سنّ القوانين، إذ يتعيّن على المشرّع في إطار سياسته التشريعية العامّة، **اتّخاذ القوانين التي يكون نفعها ثابتا بالنّسبة للحياة الاجتماعية.** خاصّة في زمن تميزّ بما يسمّى **التضّخم التشريعي**، أي تكاثر النصوص، وتعدّدها، وتنوعها بشكل يعسر معه التطلع عليها حتى من قبل أهل الاختصاص. لذلك وجب على المشرّع التثبّت من الجدوى الاجتماعية لكلّ نصّ جديد مزمع سنّه، ولا الاكتفاء باستيراد نصوص من القانون المقارن غير ثابتة المصلحة على الصعيد المحلّي.

19- يمكن في هذا الإطار الإشارة إلى نصّين اثنين اتّخذهما المشرّع قبل التروّي من جدواهما، الشيء الذي جعلهما شبه مقبورين بمجرّد ولادتهما.

يتمثّل النصّ الأول في المرسوم عدد **87/13** بتاريخ **5** أكتوبر **1987**[21] والمتعلّق بشهادة التخصّيص العقاري، والّذي رغم صدوره ونشره بالرائد الرسمي، لم يلق أيّ تطبيق على الصّعيد العملي لعدم توفرّ شروطه، هذا ما جعل منه نصّا ميّتا منذ ولادته.

أما النصّ الثّاني فهو القانون عدد **46** والمؤرّخ في **4** ماي **1992**[22] والمتعلّق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلّة الحقوق العينية، الذي أثار ضجّة صاخبة في الأوساط المختصّة، لما جاء به من أحكام تتعلق ببيع العقارات المسجّلة وضرورة ترسيم جميع العمليات المتعلقة بانتقال الملكية في خصوص هذه العقارات. إلا أنّه أرجئ العمل بهذا القانون في مرحلة أولى إلى غاية **4** ماي **1995**، أي إلى مدّة ثلاث سنوات بعد صدوره، ثمّ مدّد في هذا الأجل بموجب القانون عدد **37** والمؤرّخ في **24** نوفمبر **1995**[23] لمدّة ثلاث سنوات جديدة، تمّ التمديد فيها مرّة أخرى بموجب قانون **4** أفريل **1998**[24] ، في انتظار تهيئة ظروف تطبيق هذا القانون، والّتي هي إلى حدّ الآن حبر على ورق، لما تتطلبه عملية المسّح العقاري لكامل تراب الجمهورية من إمكانيات ضخمة، وأبحاث، و دراسات، قد تستغرق عقودا[25]. فكان من الأنسب في هذه الحالة تهيئة ظروف تطبيق القانون قبل سنّه و لا العكس.

[21] رائد عدد 71 لسنة 87، ص 1261.
[22] رائد عدد 29 لسنة 1992 ص 556.
[23] رائد عدد 33 لسنة 1995 ص 796.
[24] رائد عدد 32 لسنة 1998 ص 815.
[25] من ذلك أنه تمّ حصر مفعول الأثر المنشئ للترسيم على العقارات المرسّمة بعد، وعلى الرسوم المحينة دون سواها (القانون عدد 91 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000، رائد عدد 88 لسنة 2000 ص 2881).

20- **صياغة النّصوص.** يمكن للمشرّع إتّباع طرق عديدة لصياغة النّصوص :

ـ الأسلوب **السّهل**، في متناول الجميع (المجلّة المدنية السويسرية).

ـ الأسلوب **التّقني**، وغالبا ما يكون غامضا على العموم، ولا يفكّ رموزه إلا أهل الذكر (الفصل 554 التزامات وعقود :"**الخراج بالضمان أي من له النما فعليه التوا**".

ـ كما يمكن للمشرّع اعتماد **الصياغة العامّة والمجرّدة**، أو **استعراض** الحالات المقصودة بالنصّ. فمثلا يمكنه استعراض الحالات التي توجب الطّلاق (لكن هل يسعه ذلك ؟)، أو الاكتفاء بذكر أن يكون موجبا للطّلاق كل ما ساءت به العلاقة الزوجية، تاركا للقاضي مهمّة استقصاء الحالات التي تسوء بها العلاقة الزوجية، حسب الظروف والأحوال.

ـ أخيرا يمكن للمشرّع عند صياغة النصوص إتّباع **الطريقة الإبداعية** وابتكار مؤسّسات قانونية جديدة، كما يمكنه **الاكتفاء بالمراكز القانونية المعهودة** (و هو من طبعه أميل لذلك) لاعتبار الحالات الجديدة منضوية تحت نظامها ولو كان ذلك بعسر. مثل ذلك عندما يعتبر المشرّع حقوق التّأليف الرّاجعة للكاتب وهي في الواقع حقوق أدبية، أموالا ويصنّفها ضمن المنقولات[26].

21- غالبا ما تعكس طريقة صياغة النصوص **السياسة التشريعية للبلاد، و الخيارات الجوهرية للمشرع.**

[26] رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدّمة القانون المدني، المدخل إلى القانون و بخاصّة المصري و اللبناني، النظرية العامّة للحقّ، الدّار الجامعية، بيروت، 1992، ص 569 و ما بعدها.

سواء أكان تقدّميا و مبدعا، أو محافظا و مكتفيا بما هو قائم. و سواء كان متدخّلا في الحياة الاجتماعية و طرفا فيها بالوجه الأكمل و عندها يسنّ نصوصا تنظم كلّ كبيرة و صغيرة في العلاقات الاجتماعية، أم مكتفيا بمراقبة هذه العلاقات من بعيد و عندها يتّبع الطريقة العامة و المجرّدة...الخ.

يتبيّن بالتّالي أنّ **لا عفوية في طريقة صياغة النصوص بل هي تخضع إلى معايير ثابتة و أنماط مختلفة** ما يجعل منها علما على الوجه الأكمل[27].

ب علم التّنظيم أو التّرتيب أو التّصنيف.

22- يحاول المشرّع عند سنّه للقواعد القانونية، استيعاب جميع الحالات، ووضع حلّ لكل الصّعوبات الناشئة عن المعاملات البشريّة، لكن قد يخفق في ذلك وتأتي النّصوص مبعثرة وغير مترابطة. فتارة تكرّر ما قالته، وأخرى تغفل عن حالات قد تثير مشاكل، **غموض النصّ**، أو **سكوت النصّ**. أمام هذا الوضع يجد الباحث نفسه مجبرا على **تنظيم**، و**ترتيب**، هذه المادّة ليهتدي إلى حلّ لكلّ مسألة تطرح عليه، لغاية ذلك يستعين رجل القانون بوسائل معيّنة.

23- **التّعريف القانوني**. يشكّل **التعريف** في المادّة القانونية، مرحلة أساسية في فكّ رموز المؤسّسات القانونية. يتضمّن التعريف القانوني جانبا شكليا و آخر جوهريا.[28] إذ هو يرسم حدود المركز القانوني المعني، و يحدّد شروطه من النّاحية الشّكلية، كما أنّه يضبط محتوى هذا المركز من النّاحية الجوهرية. فيتمّ تعريف العقد على النحو التالي مثلا :

[27] J.C. BECANE & M. COUDERC, la loi, collection méthodes du droit, sous la direction de J. CARBONNIER. Dalloz 1994.
[28] J.L. BERGEL, op. cit., n° 182 et s.

"**تلاقي إرادتان أو أكثر**" و هو البعد الشكلي،"**لإنشاء آثار قانونيّة محمولة على الدّائن و على المدين**" و هو البعد الجوهري. للتّعريف القانوني فائدة كبيرة عند تطبيق القانون و تحديد المراكز القانونية، و غالبا ما يلجأ المشرّع وفقه القضاء إلى التعريف القانوني خاصّة في المادّة الجزائية. مثال لذلك السرقة والتي تعرّف بكونها **الاستيلاء خلسة على مال الغير**. حتى تتوفر أركانها يجب قيام هذه الشروط الثلاثة، عملية **الاستيلاء، الاختلاس، وملك الغير**. من ذلك أن دخل أحدهم إلى مطعم وبعد أن أكل شهيا، امتنع عن الخلاص، و استحال عقابه لعدم وجود نصّ قانوني يؤاخذ هذا الصنيع، إلى أن سنّ المشرّع نصّا خاصا يعاقب مثل هذا السلوك.

24- **التّصنيف القانوني**. انطلاقا من تعريف قانوني لمركز معيّن، يمكن ضمّه إلى صنف محدد من الأصناف القانونية. إذ **تصنّف المادّة القانونية إلى أصناف مختلفة**. لكلّ صنف حكم[29] ويتعين على رجل القانون ترتيب الوقائع المطروحة عليه ضمن أحد هذه الأصناف. مصادر الالتزام هي الوقائع القانونية، و التصرّفات القانونية. وأبرز مثال على هذه المنهجية العلمية، هو القانون الجزائي أين **يحدّد المشرّع بصفة آمرة الأصناف القانونية** التي تدخل تحت طائلتها جملة من المراكز القانونية تجمع بينها وحدة التعريف. تصنّف المخالفات الجزائية إلى ثلاثة أصناف، **الجرائم**، و **الجنح** و **المخالفات**.

[29] G. CORNU, introduction, les personnes, les biens, Montchrestien, 1980, n° 212.

25- **التكييف القانوني.** تتسلّط القواعد القانونية على وقائع ماديّة. حتى يمكن تطبيق القاعدة الملائمة على الواقعة المعنيّة، أو المركز محلّ الدرس؛ يجب **تحديد الطبيعة القانونية** لهذه الواقعة، أو لهذا المركز. تسمّى هذه العملية **التكييف القانوني**،[30] الذي يساعد على تحديد النّظام القانوني للمركز المذكور. فمثلا يتساءل رجل القانون عن **الطبيعة القانونية للزّواج**، هل هو عقد أم مؤسسة قانونية خاصّة؟ فإن كان عقدا، تنطبق عليه القواعد المنظّمة للعقود بصفة عامة، بما فيها التي تعتبر العقد باطلا لوجود تغرير من أحد الطرفين. لكن نلاحظ أن المشرّع لا يتماشى مع هذا التحليل ويعتبر الزواج قائما مهما كذب أحدهم على الأخر. (ولو كان الأمر عكس ذلك لأبطلت كل الزّيجات).

ج علم التأويل :

26- **بحكم عموميتها وتجريدها يصعب على القاعدة القانونية تنظيم جميع الوضعيات المنضوية تحت طائلتها دون تأويل أو تفسير**، فهي غالبا ما تتناول وضعية مثلى وعامّة، وتضع لها حلا لا يمكن للقاعدة القانونيّة تبعا لذلك معالجة كلّ الحالات الخاصّة، والظّرفية، المطروحة أمام القاضي.[31] فيلجأ القاضي إلى قواعد **وعلم التأويل** عندما تطرح عليه مسألة لم تسبق إثارتها في فقه القضاء. وأشهر

[30] J. L. BERGEL, op. cit., n° 203

[31] محمد كمال شرف الدين، المرجع السابق، عدد123 و ما بعده.

N. BEN AMMOU, le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, thèse de doctorat d'Etat, dacty., Tunis 1995, notamment pp. 353 et s. ; J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, op. cit. n° 465 et s., et les références

مثال على ذلك هو الهرم الشامخ الذي شيّده فقه القضاء في فرنسا بخصوص المسؤولية التقصيرية عند تأويله للفصل **1384** الفقرة الأولى منه :" **يسأل الإنسان عمّا هو في حفظه**". علما أن هذه الفقرة جاءت تمهيدا لبقية الفقرات الأخرى لهذا الفصل، والتي استعرض فيها المشرّع الفرنسي في سنة **1804** حالات المسؤولية التقصيرية عن المباني، وعن الحيوانات والدّواب. إلا أنّ علم التأويل جعل من هذه الجملة التمهيدية النصّ المحوري في مادّة المسؤولية التقصيرية، إذ تأسست عليه كلّ التطوّرات الفقه قضائية المتعلّقة بحوادث المرور، و غيرها النّاجمة عن الآلات البخارية، و التي لا يمكن أن يكون المشرّع الفرنسي قد تنبّأ بها عند وضعه للفصل المذكور، في حين بقيت الفقرات الأخرى الواردة صلب الفصل **1384** شبه مهجورة لقلّة القضايا في شأنها.[32] نقول أن التأويل **علم لأنه يختلف عن تأويل الأحلام أو الخواطر** الذي يلجأ إليه علماء النفس، إنما يخضع إلى قواعد ثابتة، ومقاييس محدّدة، تختلف حسب المدارس المهتمّة بهذه المادّة.[33]

الفقرة الثانية : العلوم التّابعة للقانون.

27- **المقصود بالعلوم التّابعة للقانون تلك التي تساهم وتساعد في إثراء المادّة القانونية بالإضافات الاجتماعية التي تزوّد بها المعطى القانوني المحض**، علما أنّ

[32] J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, op. cit., n° 473.

[33] E. ARFAOUI, les règles écrites d'interprétation de la loi, thèse de doctorat d'Etat, Tunis 2000. ; S. MELLOULI, introduction à l'étude du droit, op. cit., n° 443 et s.

معالجة المشاكل القانونية تتضمّن بالضّرورة توابع تاريخية، واجتماعية، ونفسية، تشكّل جميعها وحدة غير مفككة الأجزاء.

أ علم التاريخ .

28- يشكّل علم التاريخ إضافة ضرورية للدراية القانونية نظرا لكون المؤسّسات القانونية الحالية وليدة تطورات وإفرازات حضارية تنير سبيل الباحث في هذه المادّة من زوايا مختلفة.[34]

استنتاج قواعد عامة مؤسّسة على الحتمية التاريخية في المادّة القانونية و أثرها على تطور المؤسّسات، كتلك التي وضعها كارل ماركس اعتمادا على الجدلية الهيقلية ليقول أنّ لكل نقيض نقيضه، وأنّ الاضطهاد يحمل في طيّاته الثورة، وأنّ هذا المعطى هو حقيقة تاريخية يمكن لمسها عبر تاريخ الشعوب.[35]

إنارة تاريخية للمؤسسات أو المراكز القانونية الحالية، والتي تستمدّ جذورها وأسسها وحتى شرعيتها من سابقها التاريخي. مثل ذلك قانون المواريث في تونس، يعتمد إلى حدّ بعيد على الشّريعة الإسلامية السمحة في أغلب قواعده ويعسر على من أراد التخصّص في الأول الاستغناء عن الثانية.[36]

---

[34] J. LADJILI MOUCHETTE, histoire juridique de la méditerranée, droit romain droit musulman, publications scientifiques du droit, série histoire du droit, n° 1, Tunis 1996, préface P. CATALANO & M. TALBI.

[35] M. CHARFI, introduction op. cit., n° 75 et s. notamment n° 77 ; K. STOYANOVITCH, marxisme et droit, éditions du Seuil, Paris 1964 ; J. L. BERGEL, op. cit., n° 21.

[36] M. M. BOUGUERRA, le juge tunisien et le droit du statut personnel, Actualités Juridiques Tunisiennes, n° 14, année 2000, pp. 1 et s., notamment p. 24 et s.

إيحاء الحلول لرجل القانون، وما الرأي عند الإنسان إلاّ مجموعة من الأفكار، والمعتقدات، والقيم، والمثل، والمعايير، والمقاييس، توارثتها الأجيال طوال السنين، إلى أن أصبحت طبعا من طباعها وميلا من ميولاتها، ونبراسا لسبيلها، تميزّ بموجبه بين الخير والشرّ، والنافع والمضرّ، والعادل والظالم. فلا يمكن للقانون أن يضع حلا لكلّ مظلمة أو صعوبة، بل يهتدي كلّ منا إلى ما فيه منفعة، وهداية، و إنصاف، عبر ما مرّ به من تربية، وعادات، وثقافة، وتكوين، وتجربة، وما **كلّ ذلك إلاّ تاريخ في معناه الواسع.** كما لا يختلف اثنان في كون نفس المشاكل لا تعالج بنفس الطّريقة حسب الأزمنة والعصور وحسب الأقطار والأمصار. هذا ما يجعل القانون المقارن المكمّل الطبيعي للتاريخ.

ب القانون المقارن .

29- المقارنة بين النظم القانونية المختلفة والقائمة في دول العالم، تدرّ على رجل القانون فوائد جمّة ومتعدّدة.[37]

القانون المقارن هو أوّلا، **أداة مراجعة للقوانين ومصدر استلهام تشريعي هام.** رأينا أنّ القانون يتطوّر ويتغيّر، بتطوّر واختلاف الشّعوب والأقطار، ودرجة حضارتها وعلومها. ما يحصل من فائدة من تبادل المؤسّسات القانونيّة لا يخفى على أحد؛ فالنّظام البرلماني مثلا، راجع لتأثير القانون الانقلوسكسوني. يؤثّر أيضا القانون المقارن إلى جانب تأثيره على المشرّع، على الباحث، وعلى الفقيه. وبلادنا أبرز مثال على ذلك؛ فقانونها، وخاصّة فقه القضاء فيها،

---

[37] R. DAVID & C. JAUFFRET SPINOSI, les grands systèmes de droit contemporain, 10ème édition, Dalloz, 1992. ; H. L. & J. MAZEAUD par F. CHABAS, introduction, op. cit., n° 62, p. 107.

متأثر بمختلف التّيارات التّفكيرية المتلاقية فيها. تأثير **التّشريع الإسلامي**، واضح وبارز، خاصّة في مادّة الأحوال الشخصية،[38] وما هو متعلّق بالعائلة. في حين تأثر قانون المعاملات، والتّجارة، بالتّيارات الغربية[39]. كما تأثر القانون الدّستوري بالمثال **الفرنسي**، ونفس الشّأن بالنّسبة للقانون الإداري، وهاهي القوانين **الانقلوسكسونية** تأثر الآن في مادّة المعاملات الدولية، والقانون الدّولي الخاصّ.[40] بينما يتأثر نظام البيئة، وحماية المحيط، بمعطيات **الدّول الفقيرة، ودول العالم الثالث**.

حاول البعض إعطاء القانون المقارن دورا آخر وهو **دور المتمّم والمكمّل للتّشريع الوطني**، أي عندما لا نجد نصّا ينظّم وضعية ما، يسعنا اللّجوء إلى الأنظمة المقارنة، لتطبيق الحلول الموجودة فيها. لكن يبقى هذا الدّور نسبيا، ضرورة أنّ القانون الوطني يستمدّ شرعيته من الدّولة، والسّلطة التّشريعية، حتى تطبّقه محاكم بلد ما. أمّا أن يأتمر قضاة بلاد، بأوامر بلاد أخرى، فهذا يبقى من الصّعب تصوّره.[41]

[38] M. M. BOUGUERRA, article op. cit. ; E. DELAGRANGE, le législateur tunisien et ses interprètes, R.T.D. 63-65 p. 11.

[39] S. DEROUICHE-BEN ACHOUR & F. MECHRI, rapport aux travaux de l'Association Henri CAPITANT, la circulation du modèle jnridique français, t. XLIV, Litec, Paris 1993, pp. 283 et s.

[40] M. L. HACHEM, leçons de droit international privé, t. I , les règles matérielles, C.E.R.P., Tunis 1996. ; Code de Droit International Privé, annoté par S. REZGUI. Imprimerie officielle de la République Tunisienne, 2001, les articles 62 et s.

[41] تجدر الملاحظة في هذا المجال أن الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص يحمّل القاضي التونسي في بعض الحالات واجب معرفة القانون الأجنبي.

ج علم الاجتماع القانوني .

30- هذا العلم هو فرع من علم الاجتماع عامّة، وهو حديث العهد نسبيا في المادّة القانونية.[42] ويتمثّل أساسا في **الملاحظة الخارجية للمادة القانونية لاستخلاص العبر منها** (عدد قضايا الطلاق في مجتمع ما، ومدى ارتباط هذا العدد بالمستوى الثقافي للأزواج، سبر الآراء في المادة السياسية). كلّ هذه الملاحظات قد تساعد المشرّع عند سنّ النّصوص.

د علم الاقتصاد.

31- **الرّابطة القائمة بين النّظام القانوني، والمعطى الاقتصادي، ثابتة ولا نقاش فيها.** لا غرابة عندئذ، أن لا نجد نفس القواعد، عند اختلاف الأنظمة الاقتصادية؛ فالبلدان الفقيرة تسعى إلى تحقيق الاكتفاء الغذائي، وتوفير الحاجيات الحياتية، في حين تهتمّ البلدان الغنيّة بإدارة ثرواتها وبيع منتجاتها. كما أنّنا لا نجد نفس القوانين في البلدان الرأسمالية والأخرى الشيوعية. **غير أن هذا التّباين آخذ في التّقلّص تحت تأثير ما يسمّى بالنّظام العالمي الجديد، وانهيار التّيارات الشيوعية، واتّفاقات (GAT)** (الاتفاق العام للتعريفات الجمركية أو الديوانية والتجارة)، أكبر دليل على توحيد الأنظمة الاقتصادية العالمية وتقاربها وتشابهها.

[42] ينسب ظهور هذا العلم إلى العميد كاربونيي في مؤلفه الشهير :
J. CARBONNIER, sociologie juridique, collection U, 1972
وقد يكون ذلك صحيحا بالنسبة للغرب بيد أن العلامة عبد الرحمان بن خلدون تناول منذ القرن الثامن للهجرة عديدا من الجوانب الاجتماعية للقانون في مقدمته المشهورة المذكورة سابقا.

هـ- الإعلامية

32 ــ لا يخفى على أحد ما لهذا العلم الحديث **وليد الثورة الإلكترونية التي تميّز نهاية القرن الماضي** من أثر وتأثير على مادّة القانون. وظهور الحاسوب والإعلامية على السّاحة القانونية يبرز في مجالات عديدة ومختلفة. بعث درس جديد في الأستاذية في القانون يسمّى **درس قانون الإعلامية** يعنى بتنظيم العلاقات الحديثة الناشئة عن هذه المادّة بين مستعملي الحاسوب، وصانعيه، وبائعيه. ويعالج المشاكل القانونية المترتّبة عن استعمال هذه الآليات الحديثة في الحياة الاجتماعية من **حجيّة الوثائق وقوتها الثبوتية.**[43] كما أن للإعلامية فائدة بارزة في **توثيق وتصنيف وخزن** النصّوص القانونية، والقرارات الفقه قضائية، في ذاكرة آلية سريعة الاستعمال وصغيرة الحجم. وأخيرا تساعد الإعلامية الباحث في المادّة القانونية بتوفير جملة من **المعلومات ميسورة التصفّح وثرية المحتوى.**

الوقوف عند هذا الحدّ من العلوم المتّصلة بالمادّة القانونية لا يعني بالمرّة أننا أتينا على جميعها، و يكفي التذكير بما **للطبّ من علاقة بقانون الشغل** وبما **لعلم النفس من علاقة بالقانون الجزائي** خاصّة عند تناول **علم الإجرام** حتى نلمس مدى تفاعل المادّة القانونية مع بقية العلوم الأخرى و التي يستحيل حصرها. وقفنا في إطار هذا القسم عند الطبيعة العلمية للمادة القانونية وكان ذلك من خلال معالجة عامة

[43] القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 48 ص 1484 جاء ينظم الوثيقة الإلكترونية و حجيتها و قيمة الإمضاء الإلكتروني، يراجع في هذه المسألة محمد كمال شرف الدين، المرجع المذكور عدد 277 ص 287.

وخارجية لهذه المادّة إذ تعرّضنا إلى وسائل عمل هذا العلم و التقنيات المعتمدة لذلك، وتعرّضنا إلى علاقة هذا العلم بالعلوم الأخرى، كالتاريخ وعلم الاجتماع والإعلامية. لكن هذا التحليل يبقى منقوصا طالما لا نتناول المادّة القانونية في جوهرها للوقوف عند أقسامها وأنواعها.

القسم الثاني : أنواع القانون.

33- لا يخلو في الواقع هذا العنوان من الطموح نظرا لتعدّد، واختلاف أنواع القانونين واستحالة حصرها ونذكر على سبيل المثال من ضمن ما حدث منها : قانون الإعلامية، قانون الصّرف، قانون الأعمال، القانون الاقتصادي... وتعدّد هذه الأنماط، واختلافها، راجع لتطوّر الحياة الاجتماعية الحديثة، وسرعة نسق هذا التطوّر، ممّا يجعل استعراض كلّ هذه المواد مستحيلا. لذلك سنكتفي بتصنيفها وبسط أهمّ أقسامها. وفي هذا المجال ينقسم القانون إلى أربعة أقسام أساسية : **قانون خاص، قانون عام، قانون وطني، قانون دولي.** يمكن جمع هذه الأقسام الأربعة في معادلتين، تميّز الأولى، بين القانون الخاصّ والقانون العام، و تميّز الثانية بين القانون الوطني والقانون الدولي.

الفقرة الأولى : القانون الخاصّ والقانون العام.

34 ــ تقوم هذه المعادلة على مبدإ التّمييز بين القواعد التي تتعلق بالقانون العام، وتلك المهتمة بالقانون الخاصّ. يتعيّن تبعا لذلك، الوقوف عند المعيار أو المعايير المعتمدة

لتحقيق هذه التفرقة صلب القواعد القانونية. إثر ذلك سنحاول تطبيق هذه المعايير على أهمّ المواد المشكّلة لدراسة القانون[44].

أ معايير التفرقة بين القانون العام و القانون الخاصّ.

35 ــ لئن أجمع الفقهاء[45] أن هذه التفرقة تشكّل أوّل تقسيم في القانون، إلاّ أنّهم اختلفوا في المعيار المعتمد لغاية ذلك، ممّا عرّض هذا التقسيم إلى النّقد.

36 ــ **أساس التفرقة** : تقوم هذه التفرقة على فكرة بسيطة وواضحة، وهي أن **تعتبر عامة تلك القواعد التي تنظم علاقة دواليب الدّولة فيما بينها وفي علاقتها مع المواطن، فيما تعتبر خاصّة القواعد التي تنظم علاقة الخواص فيما بينهم**[46]. وفعلا يبدو هذا التعريف واضحا ومحتواه بديهي فالقواعد العامة هي التي تعنى بالمجموعة ككل والقواعد الخاصّة لا تهتم إلاّ بالعلاقات بين الأفراد. لكن يبدأ غموض هذا التصنيف عند تحديد طبيعة القواعد نفسها

[44] F. TERRE & R. SEVE, Droit, arch. philo. du droit t. 35, vocabulaire fondamental du droit, Sirey 1990, p. 51 ; F. GRUA, des divisions du droit, R.T.D.Civ, 1993, p. 59 ;
G. LYON-CAEN, un droit sans papiers d'identité, arch. philo. du droit, t. 41, le privé et le public.

[45] M. CHARFI, introduction, op. cit. n° 193 et s. ; J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, op. cit., n° 95 et s. ; H. L. & J. MAZEAUD, par F. CHABAS, op. cit. n° 25.

[46] Ch. EISENMANN, droit public droit privé, R.D.P. 1952, pp 963 et 964.

لمعرفة العام منها والخاصّ، لذلك اقترحت معايير مختلفة لتصنيف القواعد القانونية :

37- **اختلاف الموضوع أو المحل.** يقوم هذا المعيار على **اختلاف موضوعي** هذين الصنفين من القوانين. فالقانون العام ينظم هياكل الدّولة، والجماعات المحلية، والإدارة العامّة، وعلاقة هذه الهياكل مع الخواصّ. في حين يحمل القانون الخاصّ على الأفراد ومعاملاتهم المدنية[47] (زواج، بيع، كراء، الخ...) ويبدو هذا المعيار واضحا في تقديمه، غير أنّ الممارسة تبيّن حدوده، خاصّة مع تطوّر مفهوم الدّولة، وتدخّل هذه الأخيرة في الحياة الاقتصادية اليومية. فقطاع النّقل مثلا منظّم من قبل شركة قومية، لها صبغة المؤسّسة العمومية، إلاّ أنّ الدّولة في ممارستها تلك، تقوم بعمل تجاري على معنى المجلّة التّجارية، وهي تخضع بذلك إلى قواعد القانون الخاصّ. يصبح بذلك المعيار المأخوذ من اختلاف الموضوع عديم الجدوى، إذ لو أعتمد لأدّى إلى تطبيق قواعد القانون العام، ولا قواعد القانون الخاصّ المنظّمة لعقد النّقل. هذا ما أوحى بمعيار آخر لتدعيم هذا المعيار الأوّل.

38- **اختلاف الغايات.** لهذا المعيار، القائم على **غاية القاعدة القانونية**، طبيعة مزدوجة. يقوم من ناحية أولى، على **فكرة المصلحة العامّة**؛ نظرا لكون **قواعد القانون العام تهدف أساسا إلى تحقيق هذه الغاية**؛ غير أنّه يحدث أن تتّحد المصالح الخاصّة، والمصلحة العامة. مثل ذلك القواعد

[47] A. AMOR, précis de droit constitutionnel, C.E.R.P., Faculté de Droit de Tunis, 1987, p.5. ; S. MELLOULI, op. cit., n° 158 ; P. SAVATIER, droit privé et droit public, D. 1946, p. 25 ; A. H.L, droit civil, introduction générale, précis Dalloz, 3ème édition, 1973, n° 32.

المنظّمة لممارسة الشّفعة، وحقّ الأولوية في الشراء،[48] والتي جاءت لفائدة شخص معيّن وهو الشّفيع، أو المستفيد من حقّ الأولية في الشراء. جاءت أيضا هذه القواعد، لتحمي المصلحة العامّة، و وتقاوم تشتّت الملكية، وخاصّة الأراضي الفلاحية (إذ لا يخفى على أحد، أنّ في المحافظة على وحدة الأراضي الفلاحية، ومقاومة تجزئتها، مساهمة واضحة في السّياسة العامّة للبلاد لتحقيق الأمن الغذائي). لكن لعدم كفاية فكرة المصلحة العامّة، وجب تدعيمها بمفهوم ثان؛ **مفهوم السّلطة العامة**. يجسّم هذا المفهوم، أهمّ صلاحيات الدّولة، والجماعات العمومية، **إذ يمكن هؤلاء من اتّخاذ القرارات الضرورية، والمتعلقة بالمصلحة العامّة، بصفة مباشرة ومطلقة**. في حين لا يتمكّن الخواص من ممارسة حقوقهم، إلاّ عن طريق التّقاضي، وبأذن من المحاكم. بينما تنفذ الدّولة، قراراتها مباشرة، ودون اللّجوء إلى المحاكم. مثل ذلك قرار الانتزاع لفائدة المصلحة العامّة، والذي تتّخذه السّلطة رأسا[49].

39 ــ يمكن أن نلاحظ أنّ المعايير، أو المقاييس، المعتمدة للتّفريق بين القانون العام والقانون الخاصّ، هي في الواقع مختلفة، وخاصّة متردّدة، وغير ثابتة. يرجع ذلك حسب بعضهم لعدم وجاهة هذا التّقسيم.

40 ــ **نقد التّفرقة** : انتقدت هذه التفرقة من زاويتين.

النّقد الإيديولوجي، يعتبر بعضهم، وهم الماركسيون، أنّ هذا التقسيم يكرّس في الواقع لنظام برجوازي، و هو وليد له.

[48] الفصول 103 و ما بعده من م ح.ع. بالنسبة للشّفعة و القانون عدد 39 لسنة 1978المؤرخ في 7 جوان 1978 المتعلق بمنح حق الأولوية للمنسوغين في الشراء، الرائد الرسمي عدد42 بتاريخ 6 و 9 جوان 1978 ص 1809.

[49] M. CHARFI, op. cit. n° 195.

يتمكّن أرباب رؤوس الأموال، وهم الخواصّ، بموجب هذا التّقسيم، من تركيز هيمنتهم على الطّبقات الأخرى، وخاصّة الطّبقة الشّغيلة، **بإقصاء هذه النّوعية من العلاقات، من دائرة القانون العام، و من مراقبة السّلطة العامّة، لإخضاعها إلى الإرادة الفرديّة وسلطانها المطلق**. يقترح دعاة هذا الرّأي؛ التّخلّي عن هذا التّقسيم، واعتماد نظام موحّد، يخضع لسلطة الدّولة أو المجموعة[50]. غير أنّ هذا الرأي لا يخلو من ضعف؛ ضرورة أنّ دور الدّولة، لا يتمثّل دائما في حماية الحرّيات، مثل ما يعتقده أصحاب هذا الرأي، بل يحدث أن تمارس الدّولة عكس ذلك تماما. كما أنّ مفهوم الدّولة الحديثة، تطوّر، من دور الحارس في الحياة الاجتماعية، إلى دور الطّرف، والجمع بين صفة الطّرف وصفة الحكم، قد يؤدّي بدوره إلى تجاوزات.

النّقد الواقعي، في الواقع يمكن انتقاد هذا التّقسيم بين قواعد القانون العام، وقواعد القانون الخاصّ، من زاوية عمليّة، **تعتمد تطور مفهوم الدّولة المؤسّس عليه هذا التّقسيم**. كان فعلا، هذا التّقسيم ذا نجاعة في المجتمعات التّي كان فيها دور الدّولة مقتصرا على تنظيم الهياكل والجماعات العمومية ومعاملاتها مع الخواصّ. كانت الدّولة تقتصر على دور **الحارس**، و**الرّقيب**، للحياة الاجتماعية؛ تاركة بقيّة المجالات من اقتصاد، وصرف، ومعاملات، وصناعة، ونقل، وضمان، وتأمين، **تحت تصرّف الخواصّ**. هذا ما كان موجودا في النّظام اللّيبرالي التّقليدي؛ أين كانت الدّولة تكتفي بتنظيم

[50] M. MIAILLE, introduction critique du droit, François Maspero, Paris 1976, p.173.
يرى أستاذنا، الأستاذ محمد الشرفي أنّ هذا النقد لا يستقيم ضرورة أنّ هذه التفرقة غير قائمة في العائلة الانقلوسكسونية و هي مهد الرأسمالية، غير أنّه غاب عن أستاذنا أنّ القانون الغالب في هذه الأمصار هو القانون الخاص و ليس القانون العام.

الحياة الاجتماعية، دون التدّخل فيها تحت شعار ولواء "**دعه يفعل دعه يمر**". أمّا في المجتمعات الحديثة، **أضحت الدّولة، طرفا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية**، غير مكتفية بدور الحارس، بل تساهم مباشرة في المجالات الحيويّة؛ من تأمين، ونقل، وتجارة، وشغل، من خلال الجماعات المحليّة، والدواوين، والشّركات القومية. وأمام ظهور **القواعد الآمرة والمتعلّقة بالنّظام العام والمصلحة العامّة**، في جميع الميادين المتصّلة بحياة المواطن، **يصبح الفارق بين ما هو منتم للقانون العام، وما هو متعلق بالقانون الخاصّ ضبابي وغير واضح المعالم.**

فعندما تمارس الدّولة نشاطا تجاريا، أو اقتصاديا، أو فلاحيا، عن طريق دواوينها (الدّيوان الوطني للتّجارة، الدّيوان الوطني للزّيت، الدّيوان الوطني للصّناعة التقليدية)؛ هل هي تخضع إلى قواعد القانون العام، أم إلى قواعد القانون الخاصّ؟ وعندما يمارس الفرد حقا ما، له اتّصال بالمصلحة العامّة، حقّ الأولوية في الشّراء مثلا؛ هل يدخل تحت طائلة القانون العام، أم يبقى منضويا صلب قواعد القانون الخاصّ؟ **هذه التساؤلات تبيّن مدى نسبية المعايير المعتمدة، ومدى اضطراب هذا التّقسيم نفسه.** ينعكس اضطراب المعايير، على تطبيق التّقسيم.

ب **تطبيق التّفرقة بين القانون العام والقانون الخاصّ**

41- يحمل هذا التّطبيق، على المواد القانونية التي يمكن تصنيفها إلى **مواد القانون العام، ومواد القانون الخاصّ**، إلا أنّه يوجد قسم ثالث يصعب تصنيفه، وهو **القسم المختلط**. علما أنّ معايير التفرقة بين القانون العام، و القانون الخاصّ، لو كانت واضحة، لما وجد هذا القسم، و لما طال على النّحو الذي هو عليه.

42- **مواد القانون العام:**

القانون الدّستوري. هو القانون الذي يعنى بالدّستور، سواء كان مكتوبا أم لا، ويهتّم بهيكلة الدّولة وسلطاتها الثلاث : التشريعية، و القضائية، و التّنفيذية. كما يعنى بتدّخل الأفراد في هذا النّظام (حق الاقتراع). يمكن ضمّ دراسة الحرّيات الفردية، وحقوق الإنسان، إلى مادّة القانون الدّستوري[51].

القانون الإداري. يهتمّ هذا القانون بتنظيم الإدارة، والجماعات العمومية (مجالس الجهات، والولايات، والبلديات)، والمؤسّسات العمومية ذات الصّبغة الإدارية، و يضبط قواعد تسييرها وتنظيم علاقاتها فيما بينها، و علاقاتها مع المواطن، كما يتضمّن هذا القانون قواعد الوظيفة العموميّة[52].

أمّا في خصوص المسائل الجبائية، يلاحظ تطورا كبيرا في التّشريعات الماليّة، واستقلاليتها بالنّسبة للقانون الإداري، بينما كانت تنتمي إليه في الأوّل. أصبح التشريع المالي ينقسم إلى جزأين : **جزء عام**، يتناول قواعد إدارة الأموال العموميّة (النّظرية العامّة للميزانية، و للأداءات، ولمداخيل الدّولة، وديونها)، و **جزء خاصّ**، يحمل على دراسة مختلف الضرائب، والمساهمات المباشرة، وغير المباشرة، ومعاليم الدّيوانة، والتّسجيل، والتامبر. لئن اعتبرت التشريعات الجبائية من خاصّيات القانون العام، إلاّ أنّ اتصّالها بالقانون الخاصّ واضح، ضرورة أنّها تسّلط على خواصّ، ويستوجب تطبيقها

[51] عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، مركز الدراسات و النشر بكلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس،1987.

[52] عياض بن عاشور، القانون التونسي، القضاء الإداري و فقه المرافعات الإدارية في تونس، دار سراس للنشر، تونس 1995

دراية ضافية، وشاملة، بمواد القانون الخاصّ؛ من عقود، ومواريث، وانتقال ملكية، وقانون شركات، ...الخ.[53]

43- **مواد القانون الخاصّ :**

القانون المدني. يعتبر **القانون المدني أهمّ، و أعرق قانون.** تريّبت عن القانون المدني بقيّة القوانين الأخرى، وكان في بادئ الأمر هو القانون الذي ينظّم العلاقات الخاصّة بين الأفراد. إلا أنّ ظهور قوانين خاصّة، حديثة، وليدة التطوّر الاجتماعي، حدّ نسبيا من ميدان القانون المدني. **لكن يبقى دائما القانون المدني، القانون الأبّ، أو ما يسمّى بالقانون المشترك (Droit commun).** تفرّعت عن القانون المدني، بقيّة القوانين الخاصّة : النّقل، التأمين، الصّرف، ...الخ. بقيت هذه القوانين تستعين بقواعد القانون المدني، في نسج أحكامها، وصياغة نصوصها، وقراءتها، وفهمها، وتأويلها. ما زالت **تابعة للقانون المدني؛** التّشريعات الخاصّة **بالأشخاص، والذّوات المعنوية، والحالة المدنية، والأهلية،** ومادّة **الأحوال الشخصيّة** بفروعها (أي الزّواج، والطّلاق، والنّسب، والمواريث)، **ومادة الحقوق،** بما فيها الأموال، والحقوق الذاتية، والالتزامات، ومصادرها، من تصرّفات ووقائع قانونية، ونظام الالتزامات، والعقود المدنية بصفة عامّة بجميع أنواعها.[54]

القانون التجاري. يهتمّ هذا القانون بتنظيم مهنة التجارة، و وضعية التّاجر في المجتمع، وترتيب العلاقات التجارية، والأعمال المقامة بمناسبتها؛ كالأصل التجاري، والوثائق

[53] H. AYADI, droit fiscal, C.E.R.P., Tunis 1989.

[54] محمد كمال شرف الدين، المرجع السابق، ص 5 عدد 1.

التجارية[55]. يبدو القانون التجاري مستقلا عن القانون المدني، وخاصّا بقطاع معيّن من الحياة الاجتماعية، إلاّ أنّ هذه الاستقلالية محلّ نقاش في الفقه، لأنّ الحياة الاجتماعية برمّتها، تقوم في جانب هام منها، على المعاملات بين الخواصّ، وما هذه المعاملات، كبيع، وشراء، وكراء، ونقل، وتكوين شركات، ...الخ، إلاّ معاملات مدنية في معناها الواسع. لذلك يقترح بعض الفقهاء إبقاء المعاملات التجارية خاضعة إلى قواعد القانون المدني[56].

44- **المواد المختلطة :**

ترجع صعوبة تصنيف هذه المواد إلى كونها تهتمّ بالعلاقات بين الخواصّ، ولها في نفس الوقت اتّصال متين بالمصلحة العامّة، ودواليب الدّولة، وتنظيم مؤسّساتها وهياكلها. يمكن تقسيم هذه المواد إلى نوعين : نوع **مهني** أو **قطاعي** ونوع **زجري.**

45- **القوانين المهنية.** تولّدت في الواقع كلّ هذه القوانين وترتّبت عن القانون المدني، إلاّ أنّها ابتعدت عنه نسبيا، لما تضمّنته من خصوصيات، واتّصال بالمصلحة العامّة، وهيكلة الدّولة.

نذكر : **القانون البحري،** وله خصوصيّات عريقة، إذ هو يتعلّق بالمعاملات التجارية بين الخواصّ و يتّصل بذلك بالقانون الخاصّ، غير أنّه يحمل أيضا على نظام الموانئ

[55] Y. KNANI, droit commercial, 2ème édition, C.E.P.U., Tunis 1999.

[56] حول استقلالية القانون التجاري، يراجع مثلا، سلمان بوذياب، القانون التجاري، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت 1995، ص 9 و ما بعدها.

وقيادة السّفن، وجنسية البواخر، وجميعها مواد متصلة بالقانون العام[57].

القانون الجوّي، له نفس خصوصيات القانون البحري، وقد تكون هذه الخصوصيات أبرز؛ إذ إلى جانب تنظيم عقود النّقل، يعنى هذا القانون بالموانئ الجويّة، وسلامة المسافرين، وحريّة التّنقل، وجميعها قواعد تهمّ لا فقط القانون العام، بل حتّى القانون الدولي العام.

القانون الاقتصادي تبقى حدود هذه المادّة غير ثابتة بصفة مدققة، نظرا لحداثتها في كليّات الحقوق. غير أنّه يمكن القول؛ بالنّظر لتعلّق هذه المادّة بتدخّل الدّولة، والمؤسّسات العمومية، في الحياة الاقتصادية، والصناعية للبلاد، أنّ هذا الفرع من القانون، يشكّل نموذجا **لتلاقح القواعد الخاصّة بالقواعد العامّة**. إذ جاء التّشريع في هذا المجال، في شكل **قواعد آمرة، متّصلة بمفهوم النّظام العام**، لا يتسنّى خرقها أو مخالفتها. كما نجد في نفس النصّوص، **قواعد تهمّ القانون الخاصّ**، و أخرى **تهمّ القانون العام**؛ مثل ذلك النصّوص المنّظمة للدّواوين الدّولية، والتي تتضمّن أحكاما متعلّقة بتنظيم الديوان، وهيكلته، وتسييره، (وهذه الأحكام تتعلّق بالقانون الإداري)، إلى جانب نصّوص أخرى تهتّم بنشاط الدّيوان، ومعاملاته مع الخواصّ، (وهي بالتّالي من قبيل القانون الخاصّ).[58]

قانون الشّغل. يمزج هذا القانون هو الآخر بين قواعد القانون الخاصّ، وقواعد القانون العام. فهو يهتمّ **بتنظيم العلاقات الشّغلية وعقود الشّغل**، ومن هذه الزّاوية ينتمي إلى القانون الخاص، إلا أنّه يتضمّن جزء وافرا يحمل على تنظيم

[57] S. MELLOULI, la responsabilité du transporteur maritime de marchandises, C.E.R.P., Tunis 1993.
[58] G. FARJAT, droit économique, P.U.F. 1972.

الاتّفاقيات المشتركة، ولجان الشّغل، والممارسات النقابية، وكلّ هذه المواد، تنتمي دون شكّ إلى القانون العام[59].

القاسم المشترك الّذي يجمع بين كلّ هذه المواد هو اتّصالها في نفس الوقت، بقواعد القانون الخاصّ، وقواعد القانون العام، ونجد نفس الميزة في القوانين الزّجريّة.

46- القوانين الزجريّة (الرّدعية).

القانون الجنائي، يسهر هذا القانون، على تركيز و توفير الأمن، والسّكينة، الاجتماعيين، بتسليط عقاب بدني أو مالي، على من خالف قواعده. تضمن قواعد القانون الجزائي في نفس الوقت **سلامة الأشخاص والخواصّ، كسلامة الدّولة الداخلية والخارجية، والمؤسّسات العمومية**. مع العلم أنّ العقاب الجزائي، ولئن جاء لحماية الأشخاص، إلا أنّه يسلّط أيضا، في حقّ المجموعة، من طرف الدّولة. يؤكّد هذا المظهر الصّبغة المزدوجة للقانون الجنائي.

القانون الجنائي العسكري، تبرز الصّبغة المزدوجة لهذا القانون بأكثر وضوح؛ إذ هو يردع الجرائم العسكرية، كالفرار، أو سرقة المعدات الحربية، وكلّ الجرائم التي يكون فيها عسكريا طرفا، وعلاقة القوّة العسكرية بدواليب الدّولة، لا تخفى على أحد[60].

47- القوانين التّأديبية.

يمكن ضمّ هذه القوانين، إلى القوانين الرّدعية؛ إذ هي تسهر على احترام قواعد الشّرف، والأمانة، في مهن عديدة، منها الوظيفة العمومية، (الأساتذة، القضاة)، ومنها المهن

[59] N. LADHARI, traité de droit de travail et de la sécurité sociale, U.G.T.T., Tunis 1971.
[60] R. BOUZAT, traité théorique et pratique de droit pénal, préface J. L. HUGUENEY, Paris, Dalloz, 1951, n° 145 et s.

الحرّة، (كالمحاماة، أو الطب أو الصيدلة). تبدو بالتّالي واضحة، الطبيعة المزدوجة، للقوانين التأديبيّة[61].

48- **قانون الإجراءات.**

يهتمّ هذا القانون، بالإجراءات المتّبعة لدى المحاكم، بمناسبة القضايا المرفوعة أمامها. كما أنّه يعنى بتنفيذ الأحكام الصّادرة عنها وطرق ذلك. والصّبغة المختلطة لهذا القانون بارزة، إذ هو ينظّم بصفة عامّة قضايا تهم خواصّ، غير أنّه يتعلّق في نفس الوقت بتنظيم المحاكم، وسيرها، ومرجع نظرها، أي بإدارة العدالة بصفة عامّة، وهذا الجانب تابع لا محالة إلى القانون العام[62].

الفقرة الثانية : القانون الوطني والقانون الدّولي

49- تعرّضنا في الفقرة الأولى من هذا القسم، إلى الصّعوبات الّتي يثيرها تطبيق معيار التّفرقة بين القانون العام، والقانون الخاصّ، ومبدئيا لن تعترض سبيلنا مثل هذه العقبات في دراسة التبيان بين القانون الداخلي أو الوطني، والقانون الخارجي أو الدولي. إلاّ أنّه قد يحدث أن نجد **أنظمة قانونية مختلطة** بين الاثنين، ولا يعود ذلك لضعف معيار التفرقة و إنّما **لأسباب سياسية**. من ذلك أننا سنتناول على التوالي عناصر التّفرقة، ثم الأنظمة المختلطة.

[61] يراجع على سبيل المثال القانون عدد 87 لسنة 1987 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، الرائد الرسمي عدد 61 بتاريخ 12 سبتمبر 1989ص 1371.

[62] J. VINCENT & S GUINCHARD, procédure civile, Dalloz, 25ème édition, 1999, n° 1 ; adde S MELLOULI, voies d'exécution, éditions CLE, Tunis 1991, p. 10.

أ عناصر التّفرقة.

50- **القانون الوطني**، هو القانون المنطبق في **إطار نظام وطني** ما. أي في إقليم ترابي وسياسي معيّن، يشكّل وحدة متكاملة تسمّى دولة، (القانون التونسي، القانون الجزائري، القانون المصري...الخ). مبدئيا يكون **القانون الوطني واحدا وموحّدا** ويصعب تصوّر عكس ذلك.[63] إلا أنّه قد يحدث في الدّول الفدرالية (الولايات المتّحدة الأمريكية، سويسرا...)؛ أن يتواجد في نفس الوقت قانون موحّد، وهو القانون الفدرالي، وقوانين خاصّة بكل مقاطعة، أو ولاية، مع ما يتبع ذلك من صعوبات في تطبيق قوانين مختلفة على مواطني نفس البلد.

51- **القانون الدّولي**، وهو القانون الذي **لا يتعلّق بمحيط جغرافي وسياسي معيّن**، بل يهدف إلى تنظيم **العلاقات الدّولية**. نجد في شأنه نفس التّفرقة الّتي اعترضتنا في الفقرة السّابقة، بين ما هو عامّ، وما هو خاصّ، وخاصّة نفس الصّعوبات.

52- **القانون الدّولي العام**، ينظّم هذا القانون العلاقات القائمة بين الدّول (المعاهدات والأعراف الدولية) و يهتمّ بوضعيات، وسير، وتنظيم، المنظّمات الدّولية، سواء كانت عالمية (منظّمة الأمم المتّحدة أو اليونسكو، منظّمة الأمم المتّحدة للثقافة والتّربية والعلوم)، أو إقليمية (جامعة

[63] M. E. A. HACHEM, leçons de droit international privé, livre I les règles matérielles, C.E.R.P. 1996, pp. 4 et s. ; F. HORCHANI, droit international public, tome I, iutroduction générale, les sourees, C.E.P.U., Tunis 2000, p. 1 ; R. JAMBU-MERLIN, le droit privé tunisien,

الدّول العربية، أو الاتّحاد الإفريقي)[64]. يتضمّن القانون الدّولي العام، فروعا مختلفة تشابه إلى حدّ ما القوانين الوطنية. فيقابل **القانون الدستوري** على الصعيد الدّاخلي **معاهدة الأمم المتّحدة** على الصعيد الدّولي، كما يقوم مقام **القانون الإداري** الدّاخلي **الاتّحادات الدّولية**، (للمواصلات، أو لحماية الملكية الصناعيّة). ويقابل فرع **الإجراءات** علي الصّعيد الوطني، تلك التي تمّ وضعها **لتنظيم محكمة العدل الدّولية** بلاهاي.

53- **القانون الدّولي الخاصّ**، يعنى هذا القانون **بتنظيم العلاقات الدّولية القائمة بين الخواصّ**. كما يلحق إليه قانون **الجنسية**، ضرورة أنّها المعيار الذي يتمّ بموجبه تحديد من هو أجنبي ومن هو مواطن. في حين أنّ مادة الجنسية نفسها، وهي العلاقة السياسيّة القائمة بين المواطن والدّولة، من مشمولات القانون العام[65]. كما يهتمّ القانون الدولي الخاصّ **بوضعية الأجنبي فوق التراب الوطني**، ويهتمّ خاصّة **بتنازع القوانين وتنازع المحاكم**. قضية طلاق بين زوج تونسي و زوجة فرنسية مثلا، يحاول القانون الدّولي الخاصّ، تحديد المحكمة المختصّة، هل هي المحاكم التونسية أم المحاكم الفرنسية، ثمّ تحديد القانون المنطبق، هل هو القانون التونسي أم القانون الفرنسي[66].

54- **القانون الجنائي الدّولي**، نظرا لتعلقه بمفهوم السّلطة في الدّولة، يثير تطبيق هذا القانون صعوبات خاصّة وحساسيات مرهفة. فأيّ القوانين يتمّ تطبيقه، عندما يقترف أجنبي جريمة ما فوق تراب بلد آخر؛ القانون الوطني

[64] F. HORCHANI, op. cit., p. 9 et s.
[65] M. E. A. HACHEM, op. cit., p. 45
[66] Ibid., pp. 52 et s.

للشخص، أم قانون البلد المضيف؟ كما تطرح أيضا مسألة تنازع القوانين الجزائية، عندما يقوم شخص ما بعمل لا يشكّل جريمة في بلاده، غير أنّ قانون بلد الإقامة يؤاخذ مثل هذا الصنيع (الزّواج بثانية، يعدّ جريمة في بلادنا، في حين تبيحه القوانين المجاورة، تناول بعض المخدّرات قد تكون محظورة في دول، ومباحة في أخرى ...الخ)[67].

ب الأنظمة المختلطة.

55- الحديث عن الأنظمة المختلطة، يعني أنّه يحدث في بعض الأحيان، وتحت تأثير ظروف سياسيّة معيّنة، أن يطبّق في بلد ما، قانون لا يمكن تصنيفه ضمن القانون الوطني، ولا ضمن القانون الدولي، بل هو مختلط وممتزج بينهما. هذا ما جدّ في بلادنا عهد الحماية؛ حينما سلبت السّلطة السّياسية من الباي، وانتزعت منه أهمّ مكوّنات الدّولة، ومن ضمنها السّلطة التشريعية. تمّ ذلك بموجب اتّفاقية المرسى بتاريخ 8 جوان **1883**، أين يعلن الباي أنّه **يتعهّد بإدخال التغييرات الإدارية والقضائية والمالية التي تراها الحكومة الفرنسية صالحة**، أدّى هذا الوضع إلى كون القوانين التي كانت تطبّق آنذاك في بلادنا؛ كانت تسنّ من قبل سلطة الاحتلال، ويكتفي الباي بختمها ونشرها لتصبح نافذة المفعول. كانت هذه النصّوص تنبع عن المقيم العام بالبلاد التونسية، وهو بالطّبع ممثّل الحكومة الفرنسية[68].

[67] يراجع في هذا المعنى :
C. LOMBOIS, droit pénal international, préface de Ph. MALAURIE, Dalloz 1971, n° 2 et s.
[68] M. BAG BAG, la déclaration de volonté source d'obligation dans le Code des Obligations et des Contrats, thèse de doctorat d'Etat, Tunis 1994, pp.29 et s.

56- تجدر الملاحظة أنّ هذا الوضع لم تنفرد به تونس، وإنّما عمّ جلّ بلدان العالم الثالث في عهد الإمبراطوريات الاستعمارية، ولازلنا نجد له أثرا في بلدان الكومنوالث في ظل الإمبراطورية الانقليزية أو في بعض المقاطعات القابعة إلى حد الآن تحت هيمنة دول الغرب GUADELOUPE، GUYANNE، LA MARTINIQUE، LA REUNION. ما يجب التّأكيد عليه في هذا المجال، أنّ **القوانين المنطبقة في هذه الأقطار ليست بقوانين وطنية**، ضرورة أنّها صادرة عن سلطة خارجية، كما **أنّها ليست أيضا قوانين دولية** باعتبار أنّ ميدانها هو التّراب الوطني. من ذلك سمّيناها **الأنظمة المختلطة**[69].

57- حاولنا إلى حدّ الان إبراز الجانب العلمي للقانون سواء من خلال وسائل عمله، أو من خلال أقسامه وأصنافه. بقي عندئذ أن نقف عند هذه الصّفة في المناهج القانونية الكبرى، أي الأنظمة القانونية المقارنة، والتي رغم الاختلافات القائمة بينها، تتّحد جميعها في خصوص الجانب العلمي للقانون.

[69] DIONISIO ANZILOTTI, cours de droit international, avant-propos de P. M. DUPUY & C. LEBEN, édition Panthéon, Assas, Paris 1999, p. 177 et s., n° 162 et s. notamment n° 186.

القسم الثالث :الأنظمة القانونية المقارنة

58- الفائدة المرجوّة من استعراض بعض الأنظمة القانونية المقارنة، تتمثّل في التّأكيد على **الطّابع العلمي والكوني** للمادّة القانونية، وتبرز كيف أنّ الحلول المقترحة لنفس المسائل القانونية، قد تختلف حسب الأزمنة والعصور، وحسب الأقطار والأمصار، غير أنّ **القانون يبقى قاسم مشترك لكلّ الأنظمة القانونية**.[70]

59- يصنّف الفقهاء[71] الأنظمة القانونية الكبرى إلى عائلات أو مناهج، وعددها أربعة : عائلة القوانين **الرومانية الجرمانية**، عائلة **الكومن لو**، أو **القانون المشترك الأنقليزي**، عائلة **الفقه الإسلامي**، وعائلة القوانين **الاشتراكية**. غير أنّ الأحداث التاريخية الأخيرة التي ميّزت نهاية القرن الماضي، جعلت من دراسة عائلة القوانين الاشتراكية عديمة الجدوى. من ذلك أنّنا سنقصر الدّراسة على تناول العائلات الثلاث

[70] محمد الشرفي، مدخل لدراسة القانون، دار سراس للنشر، مركز الدراسات و البحوث و النشر، جامعة الحقوق و الاقتصاد و التصرّف، تونس 3، 1999، عدد 139، ص 114.

L. J.CONSTANTINESCO, traité de droit comparé, tome III, la science des droits comparés, Economica 1983, notamment n° 111 et 112, pp. 179-180.

[71] محمد الشرفي، المرجع السابق، عدد 100، ص 115.

R. DAVID & C. FAUFFRET-SPINOSI, les grands systèmes de droit contemporain, 10ème édition, précis Dalloz, n° 16, p.15.

بطبيعة الحال لا تشكّل هذه العائلات الأربعة كلّ مادة القانون المقارن و يمكن أن تضيف إليها، القوانين الآسيوية و القوانين الإفريقية، غير أنّ قلة تأثيرها على قانوننا الوطني قد تبرر إقصاءها.

الأولى،العائلة الرومانية الجرمانية، العائلة الأنغلوساكسونية، وعائلة الفقه الإسلامي.

الفقرة الأولى: العائلة الرومانيّة الجرمانية

60- العائلة الرومانية الجرمانية هي من أعرق المناهج القانونية إطلاقا، وتستمّد جذورها من روما العتيقة، إلا أنّ تطوّر هذه العائلة القانونية منذ آلاف السنين جعلها تبتعد عن المبادئ التي تأسّست عليها منذ أوقست و جوستنيان "August et Justinien"[72]. **لئن شكّلت هذه العائلة امتدادا للقانون الروماني، فهي لا تمثّل نسخة منه، خاصّة أنّها تأثّرت بمصادر أخرى عديدة ومختلفة.**[73]

تبقى هذه العائلة الأكثر انتشارا في العالم العربي، وبعض بلدان أمريكا اللاتينية، وأفريقيا، وحتّى اليابان أو إندونيسيا. ممّا ساهم في هذا الانتشار هو **مفعول الاستعمار** من ناحية، **وتقنية التقنين** من ناحية أخرى (المجلات القانونية)، التي يسهل نقلها أو سلخها من بلد لآخر. غير أنّ هذا التأثير يبقى منحصرا في بعض البلدان، في مواد محدّدة كالقانون التجاري، أو القانون الجزائي.

سنحاول ولو بسرعة، رسم التطوّر التاريخي لهذا المنهج القانوني، لنتعرّض أثر ذلك إلى محتواه.

[72] J. LADJILI-MOUCHETTE, op. cit., n° 214 et s., pp. 421 et s.
[73] R. DAVID & C. JAUFFRET SPINOSI, op. cit. n° 25.

أ نشأة العائلة الرومانية الجرمانية.

61- لئن انتشرت هذه العائلة خارج أوروبا، إلا أنّها عرفت نشأتها وتطوّرها في القارّة الأوروبية، في مرحلتين اثنتين هامّتين، انتشرت إثرهما خارج هذه القارّة.

62- **مرحلة القانون العرفي.** عرفت القارّة الأوروبية بعد وحدة القانون الروماني، **تفكّك** هذه الوحدة، **وتعايش قوانين عرفية مختلفة** تحت تأثير الغزوات القبلية الجرمانية و البربرية (barbares)، وتقهقر الحضارة الرومانية واضمحلالها. وظلّت هذه القوانين العرفية متعايشة قرونا طويلة إلى أن تقاربت وتشابهت، غير أنّها كانت غير مدوّنة وتناقلتها الأجيال بصفة آلية وشفوية إلى أن أصبحت قاسما مشتركا، **أثّرت فيه الديانة المسيحية بصفة مباشرة، خاصّة مع انعدام نظم سياسيّة قوية تسهر على احترام القوانين وتنفيذها.** وعمّ عندها قانون الغاب والفوضى المطلقة.[74]

لكن بدأ الوضع يتغيّر في أواخر القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر وما يسمّى بعصر النهضة في أوروبا. **فبظهور المدن وتطوّر التجارة، أخذ مفهوم القانون في البروز لضمان النظام والأمن والسكينة.** واستقلّ بذلك القانون عن الكنيسة، وبدأ مفهوم **المجتمّع المدني** يبرز، والفرق بينه وبين المجتمّع الدّيني يلوح، و دعا الفلاسفة إلى **تحكيم العقل في الاهتداء إلى العدالة**، وتخليص العلاقات الدنيوية من المعطيات ألماورائية التي ظلّت قائمة قرونا

[74] R. DAVID & C. JAUFFRET SPINOSI, op. cit. n° 27.

طويلة وألقت بأوروبا في عصر الظلومات.[75]

63- عكس ما يمكن تصوّره، **لم تتزامن نشأة العائلة القانونية الرومانية الجرمانية مع ظهور سلطة مركزية قويّة**، ركزت هذا المنهج القانوني، ورثبت استقلاله عن الدّين والكنيسة، بل تطوّر هذا المذهب بعيدا كل البعد عن أي معطى أو وحدة حضارية، وعن أي مرمى سياسي، وإنّما **ظهر خاصّة تحت تأثير الفقه القانوني والبحث العلمي صلب الجامعات.**

64- لعبت الجامعات القانونية في أوروبا دورا هاما في نشأة وتطوّر المنهج الروماني الجرماني، إذ **هي ترفعت عن الخصوصيات الوطنية والحدود الإقليمية** واعتبرت دورها أشمل وأعمّ، واقترحت **مثالا نظريا يمكن تطبيقه في أي مجتمّع**. وعوضا عن تدريس القانون الوضعي القائم فعلا آنذاك في بلاد الغرب، حاول الأساتذة **حبك هيكل نموذجي مثالي، مستوحى من القانون الروماني، والقانون الكنسي**[76] **وانحصر التّدريس في الجامعات في هذين المادتين فقط**، ولم يشمل تدريس القوانين الوطنية إلا في القرن السابع عشر (القانون الفرنسي في السربون بدأ تدريسه في سنة **1679**) . تولّد عن ذلك **وحدة في الرأي والتفكير بين رجال القانون في أوروبا، وخاصّة الجامعيين**، وهذا ما ساهم في ظهور هذه العائلة القانونية الرومانية الجرمانية.

[75] R. DAVID & C. JAUFFRET SPINOSI, op. cit., n° 28. ; Fr. OLIVIER-MARTIN, histoire du droit français, éditions du C. N.R.S., Paris 1992, pp.94 et s.

[76] M. VILLEY, philosophie du droit, 1 -- définition et fins du droit, 4ème édition, Dalloz, 1986, n° 58 et s.

65- ما يميّز هذه الحركة الفكرية، هو **مرونة المثال أو النموذج القانوني** المقترح، الذي تأسّس على **الفكر والمنطق**، وابتعد عن القوانين الوضعية المطبّقة فعلا، والتي قد لا تتوفر فيها المثل السامية من عدالة وإنصاف. بل حاول الجامعيون آنذاك **حبك نظام قانوني مثالي مطابق للمبادئ السامية للعدالة والإنصاف**. بذلك وانطلاقا من القانون الروماني ساهمت هذه الحركة الفكرية في ظهور مدرسة قانونية أثّرت أيما تأثير في القوانين الوضعية لمختلف الدّول الأوروبية، وهي **مدرسة القانون الطبيعي** التي سنتعرّض إلى تفاصيلها في ما بعد.[77]

66- بالطّبع لم يبق هذا المجهود العلمي في معزل عن القوانين الوضعية القائمة في البلاد الغربية، بل أثّر فيها على مستويات مختلفة، إذ **ساهم في الرّجوع إلى فكرة القانون في تنظيم المجتمّع**، والتخلّص تبعا لذلك من الاعتقادات الماورائية، والشعوذة، والسّحر، التي كانت تقوم عليها الإجراءات في المحاكم الكنسية والدّينية. تمّ بمفعول ذلك، تطوير القوانين الوطنية والمحلّية في البلاد الغربية، كما أنّ مهمّة القضاء أصبحت تسند إلى حقوقيين لهم تكوين جامعي، ولا إلى رجال الكنيسة كما كان الحال في السّابق.

67- ساهمت بطبيعة الحال كلّ هذه التحوّلات، في تطوّر العقليات **وتطوّر مفهوم القانون المشترك الذي أصبح يستمدّ أهمّ قواعده من القانون الروماني المدعّم بالمنطق والعقل، والمماثل لمبادئ العدالة والإنصاف.**[78]

[77] الفقرة 209 و ما بعدها.

[78] J. BART, histoire dn droit privé, de la chute de l'empire romain au 19ème siècle, Montchrestien, 1998, pp. 143 et s. ; R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., n° 30 et s.

68- غير أنّ **دور التّشريع ظلّ طيلة هذه الفترة ثانويا**، نظرا للرّأي الّذي كان يعتبر أنّ **القانون، أي ما هو عادل، هو مستقل عن أوامر السّلطة أو الحاكم، وليس لهذا الأخير أن ينشئ القانون**، أو أن يغيّره بل يقتصر دوره على توفير الظروف المادّية لحسن تطبيقه. غير أنّ هذا الوضع و بفعل مدرسة **القانون الطبيعي** تغيّر، وأصبح للتّشريع دورا هاما في إنشاء القانون.

69- **المرحلة التّشريعية. مع ظهور مفهوم الدّولة الحديث، ومكوّناته الثلاثة، واستقلالها عن بعضها**، انعدمت المخاوف التي كانت تحيط بفكرة السّلطة في القرون الوسطى، وساهم هذا العنصر التّاريخي في إرساء أهمّ مرحلة عرفتها العائلة الرومانية الجرمانية، وهي **مرحلة التّشريع، أو التّقنين، أو النصّ المكتوب** (La codification).[79] وفقا للأفكار الثّورية التي نادت بها الثورة الفرنسية لسنة **1789**، أصبح المشرّع يمثّل المجموعة، ويحظى بذلك بثقة هذه الأخيرة. ويمكنه تبعا لذلك سنّ القوانين، وتجسيم العدالة في شكل نصوص تشريعية. برزت عندها حركة التّقنين في فرنسا سنة **1804**، وألمانيا سنة **1896**، و سويسرا سنتي **1881** و**1907**، و تونس سنة **1906**.[80]

[79] حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، 1974، عدد 122 و ما بعده، ص 227 و ما بعدها.

R. MEZGHANI, la codification en Tunisie, Revue juridique et politique, indépendanee et coopération, numéro spécial, édition Ediena, Paris 1986, p. 451 et s.

[80] S. DEROUICHE-BEN ACHOUR & F. MECHRI, rapport aux travaux de l'association Henri CAPITANT, la circulation du modèle jnridique français, t.XLIV, Litec, Paris 1993, pp. 283 et s. ; adde in Revue internationale de droit comparé 1954, B. T.

70- من مزايا هذه المرحلة، هو **انتشار أفكار هذه المدرسة القانونية، وتعميمها في أوروبا وخارجها**. أمّا ما أعيب عليها من كونها ساهمت في **تشتّت القوانين في أوروبا، وتضاربها، واختلافها**، يرجع **لتخلّي الجامعيين اليوم عن دورهم الريادي والخلاّق، والاكتفاء بالتّعليق، والتعلّق بالقوانين الوطنية، دون محاولة تجاوزها، والبحث عن مناهج جديدة ومبدعة**. غير أنّ **كونية فكرة القانون**، وعمومية مادّته، وقدم التّشريعات، والمجلاّت القانونية، وتوحيد التّشاريع الإقليمية؛ كلّ هذه العوامل ساهمت في إرجاع مكانة هذا التّيار التفكيري، الّذي لازال يؤثّر إلى حدّ بعيد في قوانين بلدان مختلفة. إذ هو انتشر في **أمريكا اللاتينية** اثر الغزوات الأسبانية والبرتغالية لهذه القارّة، كما أنّه انتشر في بلاد **إفريقيا السوداء ومدغشقر** بمفعول الاستعمار، ونفس الملاحظة يمكن إبداؤها في خصوص **بلاد المغرب العربي**، إلا أن التّشريع الإسلامي لعب دورا هاما في هذه البلدان. كما امتدّ تأثير العائلة الرومانية الجرمانية حتى **آسيا**، ونخصّ بالذّكر **تركيا**، والأقطار العربية التي ظهرت بعد انهيار الإمبراطورية العثمانية مثل **مصر**.

71- انتشار أفكار العائلة الرومانية الجرمانية ساهم بقسط وافر في تعميم المادّة القانونية بين مختلف الأمصار،

BLAGOJEVIC, l'influence du Code civil sur le Code civil serbe ; M. ISHIMOTO, l'influence du Code civil français sur le droit civil japonais ; F. H. LAWSON, réflexion d'un juriste anglais sur le cent-cinquantenaire du Code civil ; J. O. MURDOCK, le Code civil français vu par un américain ; R. PH. T. le Code Napoléon en Belgique de 1804 à 1954 ; R. SAVATIER, destin du Code civil français, 1804-1954 ; I. ZAJTAY, les destinées du Code civil.

هذا ما يحتمّ التعرّض إلى محتوى هذا المنهج القانوني.

ب محتوى المنهج الروماني الجرماني.

72- رأينا أنّ المنهج الروماني الجرماني مرّ بمرحلة حاسمة ظهرت في بداية القرن الثامن عشر، ولازالت متواصلة إلى حدّ الآن رغم بعض التراجع، وهي **مرحلة التّشريع أو التقنين**[81]. صاحبت هذه المرحلة، ظروف تاريخية، وسياسية، جعلت منها فترة محورية في تاريخ هذا النّظام القانوني، ونخصّ بالذكر في هذا المجال ظهور **مفهوم الدّولة الحديث** الذي عمّ القارّة الأوروبية تحت عامل وتأثير الثورة الفرنسية، وساهم في بروز أفكار جديدة على المستوى السياسي؛ تخصّ مفهوم **الدّولة**، و**السّلطة**، ومفاهيم **الديمقراطية**، **وحقوق الإنسان**، التي جاءت تعوّض مفاهيم قديمة، بالية، و رجعية (إطلاقية سلطة الملك، و الشّرعية الدّينية لسلطة الدّولة، ...الخ)[82]. إلى جانب هذا التحوّل الفكري والسياسي، ظهرت آنذاك في الغرب قوى عظمى، شرعت في غزو بلدان بقيّة القارات؛ إفريقيا، وآسيا، بعد أن نمت وقويت باستعمار القارّة الأمريكية. كما أنّ تضافر كلّ هذه العوامل، وتزامنها مع ظاهرة **التّشريع أو التّقنين**، ساهم بقسط وافر، لا فقط في انتشار النّظام الروماني الجرماني عبر أقطار المعمورة، بل أيضا وخاصّة في **توحيد مفهوم القاعدة القانونية** فيها، ممّا أثّر بدوره وبصفة مباشرة على هيكلية القانون داخل بلدان العائلة الرومانية الجرمانية.

[81] J. BART, histoire du droit privé, op. cit., pp. 437 et s., et notamment p. 447 et s.

[82] J. LADJILI-MOUCHETTE, op. cit. pp. 223 et s.; Fr. OLIVIER-MARTIN, histoire du droit français, op. cit., n° 498 et s., pp. 656 et s.

73- **مفهوم القاعدة القانونية.** قبل ظهور وانتشار حركة **التّقنين** أو **التّشريع**، المتمثّلة خاصّة، في جمع وسنّ القوانين، صلب مجلّات قانونية أهمّها مجلة نابليون سنة **1804** . كان **مفهوم القاعدة القانونية لا يحظى بالتّعريف الذي نعرّفه به اليوم**، بل كان يمثّل جملة من الحلول والمقترحات أفرزها المجتمع آنذاك حسب المسائل المطروحة، وكان أشبه شيء بالحلول الظرفية المفكّكة، لا تربط بينها أيّة علاقة فكرية، أو منطقية، وقد نجد لها مثيلا في الفتاوى التي كان يضعها الفقهاء كحلا للأسئلة المطروحة عليهم.[83]

74- غير أنّ ظهور مشرّع يحظى بثقة الأغلبية، خلّص الفكر القانوني من الظّرفية، ومكّنه من السموّ إلى درجة القاعدة في معناها المتداول. **أي قاعدة عامّة ومجرّدة**، يتولّى بموجبها القانون التّنصيص على حلّ عام قابل للتّطبيق على جملة من الحالات، أو مجموعة من المواضيع، تدخل تحت طائلته، دون الوقوف عند حالة معيّنة. فالقاعدة القانونية تكون في **طريق وسط بين المثال في معناه السامي، والحلّ الظرفي**. هي لا تتجاهل التّطبيق، والحالات الخاصّة، بل تعتمدها وتنطلق منها للانتهاء إلى حلّ عام ومجرّد، يطبّق على كلّ الحالات المصنّفة داخل نفس المجموعة. **دور الفقيه والجامعي في هذا التصوّر أساسي وضروري**، فهو الذي يصنّف وينظّم الحالات، ليجمعها ضمن مجموعات مبوّبة، ويستنبط ويقترح لها حلا عاما وموحّدا. **كان هذا العمل وراء حركة التقنين المتحدّث عنها، إذ هي كانت وليدة هذا!**

[83] يراجع في هذا المعنى و على سبيل المثال "ردّ المحتار على الدّر المختار" حاشية ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، و الذي يتضمّن ستّة أجزاء، و 600 صفحة لكلّ جزء، كما يتضمّن كلّ جزء حوالي 600 مطلب في مسائل مختلفة لا صلة بينها.

المجهود التأليفي، والإنشائي، داخل الجامعات القانونية، والذي ميزّ النظام الروماني الجرماني. ساهمت بدورها هذه النظرة للقاعدة القانونية، في **هيكلية القانون** داخل بلدان العائلة الرومانية الجرمانية.[84]

75- **هيكلية القانون في العائلة الرومانية الجرمانية.** رغم الاختلاف المتأكد القائم من حيث محتوى قوانين البلدان المتأثرة بالعائلة الرومانية الجرمانية، وخاصّة **بالنّسبة للقانون العام**، الذي يجسّم **الاختيارات السّياسية والإيديولوجية الخاصّة بكلّ بلد**، فإنّ الهيكل العام لمختلف قوانين هذه البلدان، يبقى متشابها إلى حدّ بعيد ويتجلى ذلك بصفة واضحة في **مادة القانون الخاصّ** رغم الاختلافات الجزئية على مستوى الحلول.نلمس هذا التشابه فيما يخصّ الأقسام القانونية، وفيما يخصّ المفاهيم القانونية.

76- **الأقسام القانونية** وهي تلك التي وقفنا عندها،[85] والمتمثلة في **التفريق بين القانون العام والقانون الخاصّ**، والتّمييز بين **القانون الوطني والقانون الدولي.** التي لئن استمدّت من القانون الروماني، وخاصّة منها القائمة بين القانون العام والقانون الخاصّ، إلا أنها ظلّت أحقابا طويلة مركزّة على دراسة القانون الخاصّ، دون القانون العام الذي لم يكن يحظى من طرف الجامعيين باهتمام خاصّ، لاعتبارهم أنّه ترجمانا عن إطلاقية سلطة الملوك والحكام آنذاك.

[84] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., pp. 72 et s., et notamment n° 71.

[85] تراجع الفقرة 33 و ما بعدها.

77- لكن مع ظهور تعاليم **مدرسة القانون الطبيعي، وتغيير هيكلة النظام في القارّة الأوروبية، إذ أصبح الحاكم يقبل فكرة الخضوع إلى قواعد سامية تفوقه وتعلوه**؛ أخذت الجامعات تهتمّ بهذا الجانب من مادّة القانون، و تعلّقت بصفة خاصّة باستنباط قواعد تنظّم، وترتّب، وتراقب، سلطة الحاكم وعلاقته مع المحكوم. تجسّمت مهمّة الباحثين آنذاك، في خلق وسائل **تضمن الحقوق الطبيعية للمواطن تجاه الإدارة** التي بحكم وظيفتها الاجتماعية محمولة على تجاوزات قد تمسّ بحقوق الفرد (الحدّ من الحرّيات، الحدّ من حقّ الملكية، الرّخص الإدارية، الانتزاع)[86]. ما يشدّ الانتباه في هذا المجال هو التشابه القائم بين أصناف وأنواع القوانين الموجودة في دول العائلة الرومانية الجرمانية : إذ نجد تقريبا في كلّ الأنظمة الوطنية نفس التقسيمات والتصنيفات الداخلية التي تعرضنا لها، من قانون دستوري، وقانون إداري، وقانون جزائي،[87] وتجاري ...الخ. وساهم توحيد الأقسام القانونية هذا في توحيد المفاهيم القانونية.

78- **المفاهيم القانونية.** المقصود هنا بتوحيد المفاهيم القانونية، هو أنّ رغم الاختلافات القائمة بين القوانين الوطنيّة، والاختلافات بين الحلول المقترحة، تبقى هذه القوانين **متّحدة في المفاهيم الأساسية المرتكزة عليها المادّة القانونية.** فلنعلم مثلا، أنّ **مفهوم الالتزام**، وهو مفهوم أساسي وجوهري، وبديهي في نفس الوقت، بالنّسبة لبلدان العائلة الرومانية الجرمانية، **ليس له مفهوم مماثل أو شبيه في**

[86] Revue Internationale de Droit Comparé, 1954, op. cit., n° 4. ; J. E. RT, histoire du droit privé, op. cit., pp. 152 et s.

[87] F. FALLETTI & F. DEBOVE, planète criminelle, P.U.F., Paris 1998

البلدان التابعة للكومن لو، واتحّاد المفاهيم هذا يتجلى خاصّة في مادة المعاملات، والمادّة التجارية البرّية، والبحرية.[88]

79- نكون بهذه النّقطة، قد قدّمنا بصفة مبسّطة وسريعة، أهمّ ما جاء في النّظام القانوني الروماني الجرماني، كما أنّنا نكون قد لمسنا، ما لهذا المذهب من أثر مباشر على قوانين بلدان عديدة، بما فيها البلاد التونسية. لكن أمام ما نشهده اليوم من تطوّر سريع ومطّرد للحضارة الأنغلوساكسونية، ومدى أثر ذلك في ميدان التّجارة الدّولية، والمعاملات، والعلوم، والطبّ. وحتى أدوات الحرب والدمار، فإنّه أصبح من الضّروري على الباحث في المادة القانونية الإطّلاع ولو بعجالة على نظام قانوني ثان هام، وهو نظام الكومن لو (Common Law).

[88] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, les grands systèmes de droit contemporain, op. cit. n° 69 et s., p. 72 et s.

الفقرة الثانية : عائلة الكومن لو. (common Law)[89]

80- "الكومن لو" هو النّظام القانوني، الذي ظهر في أنغلترا، لدى المحاكم الملكية منذ الغزوات النرماندية. يجمع هذا النّظام جميع الأقطار المستعملة اللّغة الأنغليزية، كما أنّه يمتدّ أيضا إلى البلدان المتأثّرة سياسيا بانـغلترا، وإن كانت لا تنطق باللّغة الأنغليزية. نجد في جميع هذه البلدان **وحدة قانونية ثابتة، متمثّلة في طريقة هيكلة الإدارة، والتنظيم القضائي، وفي قواعد الإجراءات المدنية والجزائية، وقواعد الإثبات، كلّ هذه القواعد نسجت على المنوال الأنغليزي.**
بالتالي كل دراسة "للكومن لو" يجب أن تحمل في الواقع على القانون الأنغليزي، من ذلك أننا سنستعرض على التّوالي نشأة القانون الأنغليزي ثمّ محتواه.

[89] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., n° 263 et s., pp. 251 et s., ; D. FRISON, introduction au droit anglais et aux institutions britanniques, éditions ERASME, Paris, Nauterre, 1989 ; J.A. JOLOWICZ, avec le concours du Centre d'études juridiques comparatives de l'Université de Paris I, droit anglais, précis Dalloz, 2ème édition, Paris 1992 ; P. KINDER-GEST, droit anglais, institutions politiques et judiciaires, 2ème édition, L.G.D.J., Paris 1993, (en anglais) ; H. LEVY-ULMANN, le système juridique de l'Angleterre, avant-propos L. VOGEL, éditions Panthéon, Assas, Paris 1999 ; R. SEROUSSI, introduction aux droits anglais et américain, DUNOD, Paris 1994.

أ نشأة القانون الأنقليزي.

81- **أربعة مراحل ميزّت نشأة القانون الأنقليزي** لعب فيها العنصر التاريخي دورا هاما، وتمثّل هذا العامل التاريخي في تطوّر متواصل ومنتظم لم يعرف التحوّلات، والتغييرات، والتلاقحات، التي ميزّت النّظام الروماني الجرماني، بل **ظلّ القانون الأنقليزي منحصرا في محيط جغرافي معيّن، (جزيرة) مكتف بمادّته.**[90]

82- **المرحلة الأنقلوساكسونية.** هي **مرحلة غامضة** في تاريخ القانون الأنقليزي، سبقت الغزو النرماندي، وامتدّت إلى حدّ سنة **1066**. ما يميّز هذه المرحلة ؛ هو تشتّت القوانين فيها، إذ رغم الغزو الروماني والحضور المسيحي، بقيت القبائل في انقلترا تخضع **لعاداتها الخاصّة، وأعرافها المختلفة**، ورغم ظهور الإقطاعية والملكية في هذه الجزيرة بداية من القرن السابع، بقيت القوانين **شخصيّة**، ولا **ترابية** ولم يوجد **قانون مشترك** إلا انطلاقا من الغزو النرمندي.[91]

83- **ظهور القانون المشترك. Common Law** حدث تغيّر جذري في المجتمع الأنقليزي مع الغزو النرمندي سنة **1066** ، إذ **ظهرت معه الإقطاعية** وانتشرت، **وخاصّة وجدت سلطة مركزية قويّة في شخص الملك** الذي جمع تحت ظلّه النّبلاء، ليضمن هيمنة مطلقة على التّراب الأنقليزي. لغاية ذلك ظهر القانون المشترك "الكومن لو"، ليعارض القوانين

[90] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., n° 265 et s., pp. 255 et s.

[91] H. LEVY-ULMANN, le système juridique anglais, op. cit., pp. 71 et s.

القبلية **التي كانت قائمة في أنقلترا.** اختصّت في تطبيق هذا القانون المشترك، محاكم الملك، والمسمّاة محاكم **Westminster** وهي **محاكم خارقة للعادة لا تنظر إلاّ في القضايا الهامّة، التي تتعلق بالمصلحة العامّة، وبسلامة التراب.** تتكوّن هذه المحاكم، من الملك وأعيان البلاد وأهمّ النبلاء.

84-**نظرا لما تتمتّع به هذه المحاكم الملكية من إمكانيات ماديّة، ووسائل تنفيذ ناجعة، وصلاحيات ممتدّة، أخذت في التطوّر على حساب محاكم المقاطعات،** التي ظلّت تخضع للسّلطة الجهوية للسيّد أو النبيل مالك المقاطعة، الذي كان بالطّبع يسيّر العدالة حسب نزواته، ورغباته، ومصالحه، في حين اتّسمت المحاكم الملكية **بأكثر جديّة وعدالة.** تميّز القضاء أمام المحاكم الملكية، التي كانت تطبّق القانون **المشترك Common Law**، بأربع خصائص مازالت تؤثّر إلى حدّ الآن في القانون الأنقليزي وتشكّل مميّزاته ؛

. **حرص شديد على إتّباع إجراءات معينة ومحدّدة بصفة دقيقة.**

. **اعتماد تقاسيم وأصناف قانونية خاصّة** "بالكومن لو" **لازالت قائمة إلى حدّ الآن.**

.**رفض كلّي ومطلق للقوانين الأجنبية، وخاصّة القانون الروماني.**

. **عدم تكريس التفريق الأساسي في العائلة الرومانية الجرمانية بين القانون العام والقانون الخاص.**

لكن تعلّق محاكم الملك بقواعد الإجراءات جعلها سجينة نظام ضيّق، سرعان ما كتب عليه الجمود والركود،

ممّا ساعد على ظهور نوع ثان من القواعد والمحاكم لتزاحم "الكومن لو"[92]

85- **قواعد الإنصاف L'equity.** أمام التّجاوزات، والمظالم، التي أدّى إليها إتّباع طريقة جامدة وغير قابلة للتطوّر، عمد بعض المتقاضين في القرن الرابع عشر إلى طلب العدالة مباشرة من الملك، **لينظر في نزاعاتهم طبق قواعد الإنصاف، ولا طبق قواعد "الكومن لو".** كانت هذه المطالب تسلّم لمستشار الملك، الذي يقيّم جدّيتها قبل إحالتها إلى الملك ليبتّ فيها. وبداية من القرن الخامس عشر أخذ المستشار يبتّ في المطالب بمفرده ودون الإحالة على الملك في النزاعات المقدّمة إليه، التي أخذ عددها في التزايد والتضاعف ؛ **ونمت بذلك محاكم المستشار على حساب محاكم الملك، ما أدّى إلى الاتّفاق المبرم سنة 1616 لإيقاف هذا التطوّر**، وقيّدت صلاحيات محاكم المستشار بالقضايا **التي سبق أن نظر في مثلها.** ظهرت بذلك قاعدة **السّابقة القضائيّة التي ميّزت القانون الأنڤليزي**، وظلّت هيكلة القضاء الأنڤليزي **مزدوجة** ؛ المحاكم الملكية التي **تطبّق القانون المشترك أو "الكومن لو"**، ومحاكم المستشار **والتي تطبّق قواعد الإنصاف عملا بمبدأ السّابقة.** بقي هذا الوضع قائما إلى المرحلة الحديثة للقانون الأنڤليزي.[93]

86- **المرحلة الحديثة.** انطلاقا من القرن التّاسع عشر، وتحت تأثير الأفكار الحديثة، والشّعارات الديمقراطية، التي نادى بها أمثال **Jeremy BENTHAM** أدخلت تحويرات

[92] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, op. cit. n° 270, p. 257.

[93] H. LEVY-ULMANN, le système juridique de l'Angleterre, op. cit., pp. 431 et s.

جذرية على القانون الأنڤليزي تمثّلت خاصّة ؛ **في التخلّص من العوائق الإجرائية** في منتصف القرن التاسع عشر **1852** ، **والتركيز أكثر على قواعد الأصل وجوهر النزاع.** ثمّ الحرص على **توحيد الهيكل القضائي** بداية من سنة **1873** بموجب قانون إجراءات جديد **(Judicature Acts)** الذي أزال التفرقة القائمة بين محاكم "الكومن لو"، ومحاكم الإنصاف. وحلّت محلّ هذه المحاكم **محاكم جديدة واحدة مؤهّلة لتطبيق** كلا القانونين ؛ القانون المشترك وقواعد الإنصاف. لكن رغم توحيد القضاء، والقواعد الإجرائية، **بقيت قواعد الأصل مصنّفة إلى صنفين في القانون الأنـڤليزي ؛ القانون المشترك، وقواعد الإنصاف.**[94] هذا ما يجرّنا للحديث عن محتوى هذا القانون.

ب محتوى القانون الأنڤليزي.

87- التطوّر التاريخي المتميّز الذي عرفه القانون الأنڤليزي، جعل منه قانونا خاصّا، لا فقط من حيث مفهومه للقاعدة القانونية، بل أيضا فيما يخصّ هيكلته.

88- مفهوم **القاعدة القانونية.** يتميّز القانون الأنڤليزي خاصّة بطابعه الفقه قضائي ؛ أي طابعه التطبيقي العملي **(Case Law)**، ويعتمد على ما يسمّى **السابقة القضائية**؛ أي أنّ المحكمة تنظر في القضايا بناء على ما تمّ إقراره في حالات سابقة مماثلة. **فالقاضي في أنڤلترا تتجاوز مهمّته حلّ المسائل المطروحة عليه، وتشمل أيضا وضع القاعدة القانونية التي تبقى في هذا النّظام، مرتبطة بظروف ملموسة، وبوقائع معيّنة.** فهي لا تتّسم بالشمولية التي هي

[94] R. SEROUSSI, introduction aux droits anglais et américain, op. cit., p. 12.

عليها في النّظام الروماني الجرماني، وإنّما تشكّل جملة من الحلول الجزئية، الملموسة، المستمدّة من الوقائع، ومن **السّوابق القضائية**. هذا ما يجعل المصدر الأساسي للقانون في أنـــقلترا، **هو فقه القضاء**. هذا لا يعني أن لا دور للتّشريع في هذا البلد، لكن يبقى هذا الدور ثانويا، ولا يقبل رجل القانون في انقلترا القاعدة القانونية التّشريعية، طالما لم يؤوّلها فقه القضاء، وطالما لم يبد رأيه فيها، ولم يصيّر منها **سابقة فقه قضائية**[95]. لهذا المفهوم الطّريف، والخاصّ، للقاعدة القانونية في انقلترا امتدادا وتفاعلا مع هيكلة القانون في هذا البلد.

89- **هيكلة القانون في انقلترا**. دور التاريخ في هذه الهيكلة ثابت ولا شكّ فيه. فلقد تطوّر القانون الأنقليزي حسب نمط إجرائي محض، بعيدا كلّ البعد عن الأعمال النظرية للباحثين في الجامعات، من ذلك أننا نجد أقساما قانونية مختلفة كل الاختلاف عمّا تعوّد عليه الباحث في العائلة الرومانية الجرمانية. وما يبدو من فوارق بين ما يسمّى القانون المشترك **Common Law** وقواعد الأنصاف **Equity** هو في الواقع تكامل و تفاعل.[96]

90- **الأصناف القانونية**. أوّل تساؤل لرجل القانون في العائلة الرومانية الجرمانية ؛ هو تصنيف الوقائع المطروحة عليه، هل هي من قبيل القانون العام، أم القانون

[95] J. A. JOLOWICZ, droit anglais, op. cit., n° 55 et s., p. 42 et s., notamment n° 55.

[96] P. KINDER-GEST, op. cit., avant-propos de la première édition,
و أين تبرّر عدم تحرير مؤلفها بالفرنسية و إنّما بالأنقليزية، بالخصوصيات التي يتميّز بها هذا القانون و التي يستحيل ترجمتها.

الخاص، هل هي تابعة للقانون المدني، أم التّجاري، أم الجزائي، حتى يتوصّل لنوع القاعدة المنطبقة عليها والمنظّمة لها. لكن لأسباب تاريخية وقفنا عندها، لا نجد نفس الأصناف القانونية في القانون الأنقليزي، فمثلا لا يقرّ القانون الأنقليزي بالتّفرقة الأساسية بين القانون الخاص، والقانون العام. بل يرى فيها محاولة لإقصاء السّلطة من دائرة القانون.

91- لا يعني ذلك أنّ لا أصناف، ولا أقسام في القانون الأنقليزي، وإنّما هي مختلفة كلّ الاختلاف عن تلك المعهودة عندنا، وتصعب ترجمتها إلى لغة أخرى، ضرورة أنّها تقابل مفاهيم خاصّة بالقانون الأنقليزي فقط، وللتّدليل على ذلك وجب الوقوف ولو بسرعة عند التفرقة القائمة بين مفهومي **Common Law** و **Equity** .

92- **COMMON LAW** و **EQUITY** أوّل ما يتبادر للذّهن، أنّ هذا التقسيم الأساسي والجوهري في القانون الأنقليزي، والذي أفرزته معطيات تاريخية معينة ؛ يتمثّل في **تعارض وتضارب** بين هذين الصنفين من القواعد القانونية. إلا أنّ **الحقيقة عكس ذلك تماما**، ولاحظنا انطلاقا من دراسة نشأة القانون الأنقليزي، أنّ هذا الأخير ظهر في الأوّل في شكل القانون المشترك **Common Law** وهو القانون المطبّق من قبل المحاكم الملكية، ولم يظهر مفهوم **Equity** ، أو قواعد الإنصاف، إلاّ عندما أدّت قواعد القانون المشترك، إلى نتائج غير عادلة، وغير مرضية. عندها لجأ المتقاضون إلى روح الإنصاف والعدالة لدى الملك، ليطلبوا منه تصويب ما قضت به المحاكم الملكية. **فقواعد الإنصاف في القانون الأنقليزي لم تظهر لتعارض أو تخالف قواعد القانون المشترك وإنّما جاءت متمّمة لها مكمّلة لنقائصها**. مثال ذلك عندما يمنع المدين عن تنفيذ عقد ؛ لا تسمح قواعد القانون المشترك الا

بالحكم بجبر الضّرر النّاجم عن ذلك، أي تعويض مالي، ولكن لا يمكن طبق قواعد هذا القانون **Common Law** إلزام المدين على التّنفيذ، وإن كان للدّائن مصلحة في ذلك. في حين تمكّن قواعد **L'Equity** من ذلك. فهي لا تخالف، ولا تعارض قواعد القانون المشترك، وإنّما تتمّم ما اعتراها من نقصان. وظلّ الأمر كذلك حتى بعد توحيد القضاء في انقلترا وضمّ الإجراءات صلب نظام واحد.[97]

93- أهمّ ما يميّز القانون الأنقليزي، إذا استثنينا خصوصياته الإجرائية وتعقيداتها، **هو الدّور الأساسي والبارز الذي يلعبه فقه القضاء في هذا النّظام، ومبدأ السابقة القضائية، و انبناء القاعدة القانونية على مفهوم عملي، ملموس، واقعي، بعيد كلّ البعد عن المفهوم النظري العام الذي يميزّ القاعدة القانونية في العائلة الرومانية الجرمانية.** لعلّ هذه المميّزات تذكّرنا بفوّة بنظام قانوني آخر وهو نظام التّشريع الإسلامي.

[97] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, op. cit. n° 292 et s.

الفقرة الثالثة : عائلة التّشريع الإسلامي.

94- تعتبر عائلة التّشريع الإسلامي[98] من **أهمّ وأعرق العائلات القانونية**، تعاليمها تغطّي جزءا هاما من أقطار المعمورة ؛ تمتدّ **من إفريقيا إلى آسيا وبلاد الفرس، والصين، وأفغانستان، والهند، وبلاد المغرب، مرورا ببلاد الخليج والجزيرة العربية**[99]. كما أنّ لهذه العائلة القانونية **تاريخا مجيدا وعريقا**، يرجع إلى القرن السادس ميلادي حين كانت بقيّة الحضارات الغربية تعيش فترة تفكّك و ظلومات. لهذا النّظام القانوني ارتباط وثيق بالقانون الوطني وأثر مباشر لا يختلف فيه اثنان[100]. من ذلك أنّنا سنتولى دراسة هذا

[98] الهادي كرّو، أصول التشريع الإسلامي، الدّار العربية للكتاب، تونس 1976 ؛ بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، مؤسّسة الشباب الجامعية، الإسكندرية ؛ محمد الشرفي، مدخل لدراسة القانون، المرجع السّابق ص 68 و ما بعدها، عدد 83 و ما بعده ؛ محمد حسن هيتو، الوجيز في أصول التشريع الإسلامي، مؤسّسة الرسالة، بيروت 1983 ؛ الصادق بلعيد، القرآن و التشريع، مركز النّشر الجامعية تونس 1999.

Dictionnaire de l'Islam, religion et civilisation, Encyclopédia Universalis, Albin Michel, Paris 1997 ; S. BELAID, Islam et droit, C.E.P.U., Tunis 2000 ; CARRA DE VAUX, les penseurs de l'Islam, V, les sectes, le libéralisme moderne, Roth-Hotz, Reprise, Lausanne, 1984 ; ABD AL WAHHAB KHALLAF, les fondements du droit musulman, préface Abdel Magid TURKI, édition EL QALAM, Paris 1997 ; B. BOTIVEAU & J. CESARI, Géopolitique des Islams, Economica, Paris 1997 ; L. MILLIOT, introduction à l'étude du droit musulman, Sirey, Paris 1970 ; J. SCHACHT, introduction au droit musulman, Maisonneuve & Larose, Paris 1983.

[99] محمد حسن هيتو، المرجع السابق، ص 9.
B. BOTIVEAU & J. CDSARI, géopolitique des Islams, op. cit.

[100] الهادي كرّو، المرجع السّابق، ص 13 و ما بعدها.

النّظام القانوني في ثلاثة مراحل، تقديم للتشريع الإسلامي، ثمّ التطوّر التاريخي لهذا النّظام القانوني، لنقف في الآخر عند الطّرح الحالي القائم بين التّشريع الإسلامي والحداثة.

أ تقديم التّشريع الإسلامي.

95- يتضمّن علم التّشريع الإسلامي[101] أو ما اصطلح عليه **بعلم الفقه**، قسمين اثنين. قسم يتعلّق بالمصادر والينابيع الّتي يستقي منها التّشريع الإسلامي قواعده، وهذا العلم يسمّى **علم الأصول**. أمّا القسم الثاني، وهو **علم الفروع**، فإنّه يتعلّق بالقواعد الخاصّة المتعلّقة بتطبيق هذا التّشريع على المراكز القانونية المطروحة عليه. إلا أنّنا في هذا الإطار لن نتعرّض إلى هذا النوع الثاني من الفقه الإسلامي، وستكتفي بعلم الأصول، أو مصادر التّشريع الإسلامي.

96- **علم الأصول. اختلاف الآراء، والاتّجاهات، في تأويل الشريعة**[102]، **والتباينات النّاتجة عن ذلك، تولّد عنها هذا العلم وهو علم الأصول**. مؤسّسو هذا العلم وهم الفقهاء الأيمّة لا يعدّون **مبدعين في التّشريع**، وإنّما تمثّل اجتهادهم **في تفسير الشّريعة على ضوء تعاليم القرآن الكريم، والسنّة السمحة**. إلى جانب هذا المجهود الفكري تأثّرت مختلف المدارس الفقهية بالمعطيات البيئية الّتي ظهرت فيها، وعاداتها المحلّية. يعدّ علماء التاريخ، حوالي عشرة مدارس فقهية ظهرت بين القرن الثاني والقرن الرابع للهجرة، البعض منها اختفى ولم تبق إلا **أربعة مدارس سنّية**، ومذاهب **شيعية، وخوارج**[103].

[101] بدران أبو العينين بدران، المرجع السّابق، ص 27 و ما بعدها.
[102] بدران أبو العينين بدران، نفس المرجع، ص 111.
[103] Dictionnaire de l'Islam, op. cit. p. 243.

97- **أوّل مذهب سنّي ظهر هو المذهب الحنفي**. أسّسه فقيه الكوفة في العراق، الإمام **أبو حنيفة النّعمان بن ثابت التيمي الكوفي**، ولد في كوفة سنة **80** للهجرة. تميّز هذا المذهب **بتحكيم العقل في البحث عن الحلول وحذر شديد في اعتماد العادة والأعراف**. شمل هذا المذهب بلاد العراق، ومصر، وسوريا، وبلاد الفرس، والهند، والصّين، وآسيا الوسطى. أمّا اليوم فهو مؤسّس خاصّة في تركيا، والجمهوريات الإسلامية للاتحاد السوفيتي السابق، والأردن، وسوريا، وأفغانستان، والباكستان، والهند، والبنقال، وله أتباع في البلاد المغربية[104].

98- أمّا **المذهب الثاني** تاريخيا ؛ **هو المذهب المالكي**. أسّسه الإمام مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي، ولد سنة **93** هـ. اتّسم هذا المذهب **بتعلّقه بأعراف المدنية، وعاداتها، واحترامه لمفهوم المصلحة العامّة، وتقيّده بالتّعاليم الدّينية**[105]. انتشر هذا المذهب في مصر، وفي البلاد المغاربية، والسودان، وفي الكويت، وقطر، والبحرين، والإمارات العربية، وجزء هام من الجزيرة العربية، كما أنّنا نجد له أتباعا في جنوب غرب إفريقيا.

99- **المذهب الشافعي، ومؤسّسه الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العبّاس الشافعي القرشي**، الّذي ولد سنة **150** هـ، **هو المذهب الثالث تاريخيا**. تميّز هذا المذهب **بالتعلّق المطلق بالتعاليم الدّينية في تقديم علم الأصول ممّا أفقده البعد العملي التطبيقي الضّروري لقيام نظام قانوني**

[104] الهادي كرّو ، المرجع السّابق، ص 66. سمي مذهبه بمذهب أهل الرأي، إذ روي عنه " علمنا هذا رأي و هو أحسن ما قدرنا عليه، فمن قدر على غير ذلك فله ما رأى و لنا ما رأينا". بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 184
[105] الهادي كرّو ، المرجع السابق، ص 88.

متماسك. وجد هذا المذهب أتباعا في فلسطين، و اليمن، وجنوب الجزيرة العربية، كما له امتداد في الباكستان، ومصر، وأندونيسيا، وماليزيا، والسيلان، وجزر الفليبين، والهند، والجنوب الشرقي لأفريقيا[106].

100- **المذهب السنّي الرابع،** هو المذهب الحنبلي للإمام **أبو عبد الله أحمد بن هلال بن حنبل (164 هـ).** يعتبر أشدّ مذهب، **لتقيّده المفرط بالعادة والدّين،** لم يعرف انتشاره إلا بعد القرن الرابع للهجرة وهو متّبع خاصّة في العربية السعودية، وله بعض الأتباع في العراق، وسوريا[107].

101- إلى جانب المذاهب السنّية، ظهرت مذاهب أخرى ؛ منها **المذهب الزيدي،** للإمام **زيد ابن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب،** الذي تولّى أول جمع للأحاديث وتدوين لها، وهو **أقرب المذاهب الشيعيّة إلى المذاهب السنّية.**

102- يوجد أيضا **المذهب الجعفري** لمؤسّسه **صادق الجّعفر 80 هـ** . الذي يتميّز بكونه **لا يعتمد إلا الأحاديث الّتي رواها الأيمّة من عائلة الرسول، وهو كثير الاجتهاد، ويختلف في مسائل عديدة عن المذاهب السنّية، خاصّة فيما يتعلّق بالخلافة**[108].

103-**مصادر التّشريع الإسلامي.** للتّشريع الإسلامي، أربعة مصادر؛ مصدران أساسيان، و مصدران فرعيان.

[106] بدران أبو العينين بدران، المرجع السّابق، ص 202.
[107] الهادي كرّو، المرجع السّابق، ص 124.
[108] الشيخ محمد أبو زهرة، المذاهب الإسلامية، ص 81.

القرآن والسّنة.

104- **القرآن.** هو **أهمّ المصادر إطلاقا، وأرقاها رتبة،** وهو **كلام المولى عزّ وجلّ أوحى به إلى محمّد عبده ورسوله،** عليه الصلاة و السّلام، وخاطب به النّاس أجمعين. **وهو أساس التّشريع الإسلامي، وحتّى كلّ الحضارة الإسلامية.** لكن رغم قداسة هذا المصدر، ومكانته في الحضارة الإسلامية، ما وردت فيه من **آيات لتنظّم المجتمع الإسلامي كانت غير كافية** ؛ فما هو ينظّم الأحوال الشخصية عدده **سبعون،** ما يحمل على بقيّة القانون المدني عدده أيضا **سبعون،** بالنّسبة للمادّة الجزائية فعدد الآيات **ثلاثون،** أمّا بالنسبة للإجراءات فعددها **ثلاثة عشر،** وعدد الآيات المتعلّقة بالمادّة الدّستورية **عشرة، ونفس العدد** بالنّسبة للآيات المنظّمة للاقتصاد والمالية، أمّا تلك المهتمّة بالقانون الدّولي فعددها **خمسة وعشرون**[109].

105- **السنّة.** هي **مجموعة أعمال الرسول، ومآثره، وأحكامه، وسيرته، وأقواله.** جمعت في أحاديث أهمّها ما جمعه **البخاري ومسلم في القرن التّاسع ميلادي،** لكن **صحّة هذه الأحاديث ضلّت محلّ جدل، ونقاش، وتباين بين الأيمّة.** ويستعان بهذا المصدر الثّاني لتأويل ما غمض في نص القرآن، أو لحلّ ما سكت عنه. من ذلك أن اعتبر هذا المصدر هو **الثّاني في الرتبة والقداسة.** كما أنّه اعتبر **مصدرا أساسيا، أي منشئا ومحدثا لقواعد جديدة لم ترد في القرآن.** وأمكن بموجب هذا المصدر اعتماد عادات وأعراف كان

[109] معجم القراءات القرآنية، مع مقدّمة في القراءات و اشهر القرّاء، أحمد مختار عمر و عبد العال سالم مكرم، مطبوعات جامعة الكويت، 9 أجزاء، الطّبعة الأولى 1985.

معمول بها في الجاهلية، وأيدّها الرسول عليه الصلاة و السّلام[110].

106- **الاجتهاد.** وهي **الطريقة التي كان يلتجئ لها الفقه للاهتداء إلى حلّ لم يرد لا في القرآن ولا في السنة.** غير أنّه يجب أن يكون **الاجتهاد ملائما لهما، متماشيا مع روحهما،** ولغاية ذلك اجتهد الفقهاء وحكّموا رأيهم، لكن في إطار القرآن والسنّة. فيبقى الاجتهاد مصدرا فرعيا للتشريع الإسلامي، ولا مصدرا أساسيا. عندما تتّحد آراء الفقهاء يكون الاجتهاد **إجماعا،** لكن المذهب الواحد لا يمكنه إلا إتباع طريقة **القياس** حتى لا يصبح مجرّد رأي شخصي لا قيمة قانونية له.

الإجماع. المقصود بالإجماع في التشريع الإسلامي هو **اتّفاق الفقهاء والمجتهدون حول مسألة ما.** يلجأ إلى الإجماع عند فقدان حلّ في أحد المصدرين الأساسيين أو كلاهما. وتضاربت الآراء حول مكانة الإجماع كمصدر تشريعي، خاصّة **حول صبغته العملية،** إذ يصعب توفّر أركانه التي تشدّد في شروطها الفقهاء. **يختلف الإجماع عن العرف إذ هو لا يشترط مصادقة كافّة أعضاء المجموعة،** بل ينحصر في العلماء وأهل الذكر منهم. **يرتّب الإجماع في المرتبة الثالثة لكونه يمثّل اتّفاق كامل الفقهاء** ولا رأي واحد منهم.

القياس. هو **المصدر الرّابع** في التشريع الإسلامي، و يتمثّل في **اجتهاد فقيه واحد تجاه مسألة ما لم يتناولها القرآن ولا السنّة.** ويتمّ حلّ هذه المسألة **بالقياس على مسألة مشابهة أو مماثلة وضع لها حلّ.** هذه الطّريقة المنطقية تمكّن

[110] محمد حسن هيتو، المرجع السابق، ص 263 و ما بعدها.

الفقيه من استنتاج حلّ دون الابتعاد عمّا أتى في القرآن والسنّة، إذ لو فعل لأصبح اجتهاده مجرّد رأي لا قيمة له[111].

107- أمّا بقية المصادر الاجتهادية كالاستصحاب، والاستصلاح، والاستحسان[112]، **فلا نجد اتفاقا بين الأيمّة حول قيمتها،** إذ هي تلتجئ أكثر من السابقتين إلى العقل والمنطق، والرأي الشّخصي، **وفي ذلك مخاطر.**

108- هذه بعجالة أهمّ المذاهب التي ظهرت في صدر الإسلام، وحتمّت إلى حدّ ما مفهوم التّشريع الإسلامي، والفقه الإسلامي. لكن منذ ذلك التاريخ عرف التّشريع الإسلامي تطوّرا تاريخيا دام أربعة عشر قرنا، قد يكون أثّر في محتوى الفقه الإسلامي ووجب لذلك استعراضه وعرضه.

ب التطوّر التاريخي للتشريع الإسلامي.

109- كلّ تطوّر تاريخي يتمثّل في أحداث مادية تاريخيّة يكون لها أثر على المادّة محلّ البحث، من ذلك أنّنا سنستعرض الأحداث التاريخية لنستخلص منها العبرة.

الأحداث التاريخية.

110- أولّ حدث هامّ في تاريخ التّشريع الإسلامي هو بدون منازع، **جمع القرآن، وترتيبه، وتنظيمه، وتدوينه،**

[111] الهادي كرّو، المرجع السّابق، ص 45 و ما بعدها.

[112] عبد اللطيف عبد الله عزيز الجرزنجي، التعارض و الترجيح بين الأدلّة الشرعية، الجزء الأوّل، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف، الجمهورية العراقية، 1977 ؛ يقول السرخسي (أصول الفقه، الجزء الأول) :"ثمّ أعلم بأنّ الأصول في الحجج الشرعية ثلاثة : الكتاب، و السنّة، و الإجماع، و الأصل الرابع هو القياس".

بإجماع الأيمة، والصّحابة، بضع سنوات بعد وفاة الرسول عليه الصلاة و السّلام، في عهد عثمان بن عفان ثالث الخلفاء الرّاشدين سنة 650 م[113]. إلا أنّ الأحاديث لم تحظ بنفس العناية، بل **ظلّت رهينة الذّاكرة ومحلّ جدل ونقاش فيما يخصّ صحّتها من عدمه.**

111- ثاني حدث تاريخي، هو بلا شكّ **الفتنة الكبرى الّتي عرفها الإسلام إثر وفاة عثمان**، والّتي فرّقت **بين أنصار علي (الشيعة) ومؤسّسي الدّولة الأموية (السنّيون)**. كما تولّدت عن هذه الفتنة، فئة ثالثة من أنصار علي، المنشقين بدورهم عن الشيعة إثر وفاة معاوية سنة **661** وهم **الخوارج**[114].

112- أمّا الحدث الثالث، هو **القضاء على المعتزلة** في القرن الثالث للهجرة، تحت خلافة المتوكل **(847-861 م) وغلق باب الاجتهاد**[115].

113- رابع الأحداث، ولا يقلّ قيمة عن البقيّة، هو **سقوط بغداد على يد "التتار" سنة 1258 م**، وإتلاف أهمّ مكتباتها ووفاة علمائها وباحثيها[116].

---

[113] و لو أن عملية جمع القرآن انطلقت منذ خلافة أبي بكر غير أنّ من حسم فيها هو عثمان حوالي السنة 30 هـ، حسن عبد القادر، نظرة عامّة في تاريخ الفقه الإسلامي، القاهرة 1942، ص 94.

[114] محمد الشرفي، المرجع السابق، ص 72، عدد 86 ؛ حسن عبد القادر، المرجع السّابق، ص 168، عدد 11.

Dictionnaire de l'Islam, op. cit. p. 465.

[115] محمد الشّرفي، المرجع السّابق، ص 73، عدد 88.

[116] محمد الشّرفي، نفس المرجع، عدد 89.

Dictionnaire de l'Islam, op. cit., p. 160.

114- حتمّت هذه الوقائع الهامّة في تاريخ الإسلام، بصفة مباشرة تطوّر التّشريع في بلاد الإسلام.

أثر هذه الأحداث على التّشريع الإسلامي.

115- في بلاد الإسلام كبقيّة الأمصار، للأحداث التّاريخية، والسياسية، أثر مباشر على المادّة القانونية. **والتّشريع الإسلامي كمادة قانونية تأثر هو الآخر بهذه العوامل**، وجاء صدى الوقائع التاريخية على التّشريع الإسلامي في ثلاث مراحل.

116- **أولى هذه المراحل** هي في صدر الإسلام وطيلة حياة الرسول، **أين كانت قيمة القرآن والسنّة، الأساس والمعطى الجوهري في المادة التّشريعية**، وظلّت الحالة كذلك حتى بعد وفاة الرسول عليه الصّلاة و السّلام. إذ مثّل جمع القرآن **معطى ثابتا لا نقاش فيه، في حين تسرّب الشكّ في صحّة الأحاديث**[117]. كان الجدل في هذا المجال حادا صلب المذاهب السنّية نفسها ؛ ضرورة أنّ الإمام **أحمد بن حنبل يقبل ما لا يقلّ عن الخمسين ألف حديث. أمّا أبو حنيفة**، بلغت روايته **سبعة عشر حديثا فقط.** في حين صحّ عند **مالك** ما في كتاب الموطّأ، وغايتها **ثلاثمائة.** وكذلك رتّبت الأحاديث حسب ألفاظ اصطلح عليها الفقهاء ؛ فأعلاها الصّحيح، ثمّ الحسن، ثمّ الضّعيف، والمرسل، والمنقطع، والمعضل، والشّاذ، والغريب، وغير ذلك[118]. ما يتعيّن اعتباره في هذه المرحلة، هو أنّ مادّة التّشريع الإسلامي موجودة

---

[117] بدران أبو العينين بدران، الشّريعة الإسلامية، المرجع السّابق، ص 251 و ما بعدها، خاصّة ص 255-256.

[118] عبد الرحمان بن محمد بن خلدون، المقدّمة، دار الجيل، بيروت، ص 489.

صلب القرآن نفسه، وما صحّ من الأحاديث. أي أنّ دور الفقيه اقتصر على وضع طريقة علمية للاهتداء إلى الحلول، انطلاقا من هذا المعطى المسبق، **ولم يكن في أيّ طور من أطوار التّشريع الإسلامي مبدعا وخلاقا.**

117- تولّد عن **المرحلة الثانية**، والمتمثّلة في الفتنة الكبرى، تيّارات سياسيّة، وهم ؛ **الشّيعة**، و**الخوارج**، و**السنّيون**. ممّا أفرز **مذاهب تشريعيّة مختلفة**، وحتّى داخل المذاهب السنّية نفسها، تواجدت اختلافات تابعة للبيئة التي ظهرت فيها. كما أنّ **تداول الأنظمة على الحكم، ترتّب عنه اختلاف في إشعاع أحد المذاهب على حساب الأخرى.** فطوال عهد **الأمويين** وشطر من عهد **العباسيين**، كانت الغلبة للمذهب **المالكي**، بعد ما أمر به المنصور العبّاسي من إلزام النّاس بالعمل بما جاء به الموطأ. في أيّام **هارون الرّشيد**، تولّى أبو يوسف الثّقفي القضاء، وعندها أشعّ **المذهب الحنفي** وأصبح المذهب الرّسمي للدولة العبّاسية. إثر ذلك، وبقيام دولة **الفاطميين**، انتصب المذهب **الشّيعي** في بلاد المغرب، وفي مصر، والشّام. ومع قيام دولة **صلاح الدّين الأيّوبي**، حلّ محلّ الشّيعة، المذهب **الشّافعي**، ثمّ تمّ الرجوع إلى المذهب **الحنفي**، خاصّة مع قيام **الإمبراطورية العثمانية**، حيث كان هذا المذهب هو المذهب الرسمي للدّولة.

118- **هذا التشتّت، والتّباعد** بين المذاهب[119]، ما كان من شأنه **أن يثري ويوحّد التّشريع الإسلامي**، بل **أضعفه**

[119] يكتب محمد حسين ذهبي في التفسير و المفسّرون"، مكتبة وهبة، القاهرة، 1989، :" و كان معدّا ظهور الوضع في سنة إحدى و أربعين من الهجرة، حين اختلف المسلمون سياسيا، و تفرّقوا الى شيعة و خوارج و جمهور، و وجد من أهل البدع و الأهواء من روّجوا لبدعهم، و تعصّبوا لأهوائهم، و دخل في الإسلام من تبطّن الكفر و التحف الإسلام بقصد الكيد له" الجزء الأول ص 156.

وحدّ من دوره الخلّاق والمبدع إلى أن أصبحنا نفرّق بين الأيمّة ؛ أيمّة **التأسيس**، وأيمّة **التفريع**. فالأوائل هم الذين أسّسوا المذاهب و وضعوها، فيما ظلّ البقيّة من أهل التّطبيق، متعلقين بالتّقليد خشية الإبداع، والضّلالة. وما دعّم هذا التمشي، هما المرحلتان الأخيرتان في تاريخ التّشريع الإسلامي ؛ وهما **القضاء على المعتزلة، وغلق باب الاجتهاد، وخاصّة سقوط بغداد واندثار أهمّ المخطوطات الموجودة فيها.** وأصبح العلماء عندئذ يقبعون تحت المعولة المشهورة : "**ليس في الإمكان أحسن ممّا كان**"، خشية التّفسير، والتّأويل، وإبداء الرّأي. فكلّ جديد بدعة، وكلّ بدعة ضلالة، وكلّ ضلالة في النار[120].

119- **هذا هو بعجالة وباختصار شديد**، مفهوم التّشريع الإسلامي، كما أفرزته الأحداث التاريخية، وأثرت فيه. وظلّ التّشريع الإسلامي على هذه الحال، طيلة عشرة قرون تقريبا، إلى حدّ التّاريخ المعاصر، أين عرفت هذه العائلة القانونية، أزمة كبيرة تمثّلت في التحدّيات المرفوعة من طرف الحداثة.

[120] يراجع بالسنة لكل هذه المسائل، تحليل الأستاذ محمد الشّرفي، المدخل العام لدراسة القانون، المرجع السّابق، ص 71 و ما بعدها، عدد 85 و ما بعده، والحواشي. يراجع أيضا ؛ بدران أبو العينين بدران، الشّريعة الاسلامية، تاريخها ونظرية الملكية و العقود، المرجع السّابق، ص 125 و ما بعدها، على حسن عبد القادر، نظرة عامّة في تاريخ الفقه الإسلامي، الجزء الأول. بدء الفقه وتطوره الى عصر قيام المذاهب،

CARRA DE VAUX, les penseurs de l'Islam. V, les sectes, le libéralisme moderne, op. cit. ; ABD AL WAHHAB KHALLAF, les fondements du droit musulman, op. cit. ; Dictionnaire de l'Islam, religion et civilisation, op. cit. ; L. MILLIOT, introduction à l'étude du droit musulman, op. cit.

ج التّشريع الإسلامي والحداثة.

120- **انتشار تعاليم مدرسة القانون الطبيعي**[121]، وتطوّر الفكر السياسي الذي صاحبها في الغرب، **وتجسّم في ظهور دول عظمى على الساحة العالمية**، تزامن في المشرق مع **تدهور الدّولة العثمانية وانهيارها**[122]، بعد ما كانت تمثّله من **قطب حضارة وريادة في العالم الإسلامي**. هذه المعطيات أجبرت رجال الفكر في العالم الإسلامي، على مراجعة آرائهم، **ورفع التحدّيات المطروحة عليهم من قبل الحضارة الغربية، ومعالم الحداثة فيها**. غير أنّ مفكّري النّهضة **انتقدوا بشدّة، ونعتوا بالزّندقة والإلحاد**. ويحقّ للمفكّر في بلد الإسلام، أن يتساءل أيّ الرأيين أصوب وأقرب للحقيقة ؛ **هل يتعيّن الأخذ بالحضارة الغربية، ومعنى ذلك على المستوى القانوني، القول بما أتت به هذه الحضارة من أفكار غريبة عن المجتمع الإسلامي، من مساواة بين الأنثى والذكر، ومنع تعدّد الزوجات، وحرّية التفكير، والعقيدة، وظهور مشرّع مجسّم في الدّولة يعلو الفقهاء وأهل الذكر؟ أم هل يتعيّن الإبقاء على التراث المجيد، ورفض كلّ تغيير، وتجديد، خشية الضلالة، وخشية النّار ؟**

121- للإجابة على هذا السؤال المحرج والملحّ يتعيّن علينا الوقوف أوّلا، عند **نوعية التحدّيات المطروحة**

[121] محمد الشّرفي المرجع السّابق، عدد 54 و ما بعده ؛ حسن كيرة، المدخل الى القانون، ص 97 و ما بعدها، فقرة 50 و ما بعدها،
J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, introduction générale, op. cit., n° 8 et s.

[122] لوثروب ستودارد (LOTHORP STODDARD)، حاضر العالم الإسلامي، بقلم الأمير شكيب ارسلان، دار الفكر، الجزء الثاني، ص 209 إلى 348، التعصّب الأوروبي أم التعصّب الإسلامي.

على المجتمع الإسلامي، لنتعرّض إثر ذلك إلى مختلف الآراء المقترحة من طرف المفكّرين في العالم الإسلامي، لرفع هذه التحدّيات. إثر ذلك سنحاول تقييم هذه المحاولات.

تحدّيات الحداثة.

122- يمكن جمع هذه التحدّيات في صنفين. تحدّيات **داخلية**، وتحدّيات **خارجية**.

123- **التحدّيات الداخلية**. بدأت مظاهر انحطاط الدّولة العثمانية تلوح منذ بداية القرن التّاسع عشر، عندما شرع الباب العالي في إدخال ما سميّ **بالتنظيمات**، على هيكلة **الدّولة والعدالة**، في المقاطعات العثمانية سنة **1839** . وزاد الوضع تأزّما إثر **حرب البلقان** سنة **1912** ، وفشل الحلف التركي الألماني في **الحرب العالمية الأولى**، الذي أدّى إلى انهيار كلّي للدّولة العثمانية، **واحتجاب آخر مظهر للخلافة في العالم الإسلامي، سنة 1924** . أدّى هذا الوضع إلى نشأة دول جديدة كانت مقاطعات تتبع الباب العالي، استعمرتها الدّول الغربية عند تراجع سيطرة الدّولة العثمانية عليها. ثمّ اعترف العثمانيون إثر هزيمتهم في الحرب العالمية الأولى بحماية الدول الغربية لهذه المقاطعات[123]. إلى جانب هذا الفشل العسكري السياسي كانت البلاد الإسلامية تعيش آنذاك فترة انحطاط فكري، واقتصادي، و حضاري، ساهمت في إرسائه وتكريسه الدّولة العثمانية، لما مارسه ولاتها، و باياتها، و داياتها، من قمع واضطهاد للحركة الفكرية في

[123] محمد فريد بك المحامي، تاريخ الدّولة العلية العثمانية، تحقيق الدكتور احسان حقي، دار النفائس، بيروت 1983، ص 398 و ما بعدها، و ص 717 و ما بعدها.

المقاطعات التي تولوا الحكم فيها[124]. وتزامن هذا الانحطاط الاقتصادي، والاجتماعي، والثقافي، وخيبة الأمل التي صاحبته ؛ مع إقالة آخر الخلفاء المسلمين[125] يوم **3** مارس **1924** . احتدّت أزمة الأمّة الإسلامية مع تضاعف التحدّيات الخارجية.

124- **التحدّيات الخارجية.** تمثّلت هذه التحدّيات في ظهور قوتين عظميين على السّاحة الدّولية، وهما اللّتان تقاسمتا الدّول العربية إثر انهزام تركيا في الحرب العالمية الأولى صحبة حليفتها المانيا. هما ؛ فرنسا وبريطانيا، اللّتان رسمتا الحدود الحالية لمستعمراتها، حسب مصالحها ودون اعتبار لوحدة شعوب هذه الأمصار. صاحب هذا الاستعمار العسكري، غزو فكري وحضاري ملموس. فمنذ **1860**[126] حمل باي تونس على إعلان عهد الأمان، وهو أوّل دستور لهذا البلد. وتمّ ذلك تحت الضّغط الفرنسي والأنقليزي، لضمان امتيازات خارقة للعادة لمواطني هذين البلدين المقيمين فوق التراب التونسي.[127] كما نادت الدّول الغازية بشعارات مغرية وجميلة، تقوم على مبادئ **الحرّية والمساواة.** و مارست أيضا نظام **اللّيبرالية الاقتصادية،** وعدم التدّخل في المعاملات. فما فتئت هذه الأفكار، وهذا الوضع المتردّي، السقيم، في

[124] A. MIQUEL, l'Islam et sa civilisation , Armand Colin, 2ème édition, Paris 1977, p 351.

[125] A. MIQUEL, op. cit., p. 353

[126] عبد الفتّاح عمر و قيس سعيّد، نصوص و وثائق سياسية تونسية، مركز الدراسات و البحوث و النّشر، تونس 1987، ص 9.

[127] يراجع مثلا الفصل 11 من عهد الأمان الذي يمكن الأجانب من اكتساب وتملك العقارات و الأراضي دون قيد أو شرط.

M. Ch. SARSAR, essai sur le constitutionnalisme et la constitutionnalisation dans l'espace arabo-musulman au XIXè siècle, A .J.T. n° 6. pp.53 et s., notamment p. 57.

بلاد الإسلام، أن أفرز تيارات فكرية تساءلت عن أسباب ومسبّبات تقهقر المجتمع الإسلامي، ودواعي انحطاطه وتفككه، بعد ماضيه المجيد الزاخر بالغزوات، والفتوحات، والعلوم، والثقافة، والفكر.

الحركة الفكرية.

125- عرف دعاة هذه الحركة **بالمجدّدين،** إلاّ أنهم عورضوا أشدّ معارضة.

126- **المجدّدون.** نعتوا بهذه الصّفة لكونهم **اقترحوا التّجديد انطلاقا من تعاليم الإسلام، وبالرّجوع إلى المصادر الأساسية دون سواها** ؛ أي **القرآن، والسنّة. أي ما هو السّلف الصالح، والتخلي عمّا جاء بعد هذين المصدرين من أعمال فقهاء، وعادات، وتقاليد، لا يربطها بالإسلام إلا الموقع الجغرافي.** تزعّم هذه الحركة الفكرية جمال الدين الأفغاني (**1839– 1897**) إيراني الأصل، عاش كثيرا بباريس، أين أصدر مجلة "العروة الوثقى"، جمع بين الإمام ثابت بالتّشريع الإسلامي، ودراية واسعة بالحضارة الغربية. اقترح على الأمّة الإسلامية، للحفاظ على هويتها، **اقتباس ما صنع الحضارة الغربية من علم وتكنولوجيا**[128].

سرعان ما انتشرت أفكار جمال الدّين الأفغاني، وشملت في الهند **الأمير علي،** وأحد مشاهير مصر، ومفتي الأزهر، **الشّيخ محمد عبده**[129] **(1849–1905)** و**قاسم أمين،**

[128] إبراهيم شلبي، تطور النظم السياسية في مصر، دار الفكر العربي، 1974، ص 118 ؛ محسن عبد الحميد، جمال الدّين الأفغاني المصلح المفترى عليه، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1983 ؛ محمد عمارة، جمال الدّين الأفغاني المفترى عليه،دار الشروق بيروت1984.

[129] محمد ضياء الدّين الرّئيس، في التاريخ الإسلامي الحديث، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الأولى 1959، ص 164.

وعلي عبد الرّازق، و يدوي رافع الطهطاوي (تخليص الإبريز إلى تلخيص باريز 1905)، والطاهر الحدّاد (1899 - 1935) "امرأتنا في الشّريعة والمجتمع" (1930)[130].

127- حاول هؤلاء المفكّرون اعادة الاعتبار للدّين الإسلامي، وخاصّة للحضارة العربية الإسلامية، انطلاقا من قراءة جديدة للقرآن والسّنّة، واقتراح حلول أكثر تلاؤم مع معطيات العصر وحاجيات التّطور والعلوم. لكن رغم احتشام المحاولات المقترحة، والتصاقها بالتعاليم الدّينية، واستنادها إلى القرآن والسنّة، إلاّ أنها لاقت مناهضة كبيرة ومعارضة هوجاء من رجالات الدّين آنذاك.

128- وجّهت هذه الانتقادات في مستويين اثنين :

تعلق المستوى الأوّل، بمسألة الفصل بين الدّين والدّولة، والّتي انتقدت بشدّة لكونها تعارض حقيقة مسلمة في الفكر الإسلامي، وهي أنّ التّعاليم الدّينية جاءت لتنظم جميع شؤون المسلم بما فيها أمور الدنيا.

أمّا المستوى الثّاني فهو تأسّس على ضعف المحاولات نفسها، إذ هي اقتصرت على حلول جزئية، ومقترحات مشتّتة، لم تصغ في إطار عام متكامل، في شكل نموذج نظري سهل التّقدير بصفة عامّة. هذا ما يسّر انتقاد هذه الحلول الجزئية، لعدم ارتباطها ببعضها، وعدم تماسكها في إطار نظري عام.

تمثّلت هذه المعارضة، في ردّ فعل شديد، من قبل رجال الدين وأصحاب الأقلام في الصّحف، ونعت المجدّدون بالزندقة والإلحاد، وعزل علي عبد الرّازق من منصبه كقاض

[130] أحمد خالد، أضواء من التنبّه التونسية على الطّاهر الحدّاد و نضال جيل، الدّار التونسية للنشر، الطّبعة الثّالثة 1985.

في المحاكم الشّرعية في مصر، وسحبت منه شهاداته، وحرقت مؤلّفاته، وعورض كتابه الإسلام وأصول الحكم، من طرف كتّاب آخرين ؛ نذكر منهم محمد خضر حسين، "رفض كتاب الإسلام وأصول الحكم"، و محمد باخيت المعطي، "حقيقة الإسلام وأصول الحكم"، والطّاهر بن عاشور، "النّقد العلمي لكتاب الإسلام وأصول الحكم[131]. كما عورض كتاب الطّاهر الحدّاد بصفة خاصّة من قبل الشيخ محمد الصالح بن مراد في مؤلّفه "الحداد على امرأة الحدّاد"[132].

علاقة التشريع الإسلامي بالقانون الوضعي.

129- أثارت دراسة التّشريع الإسلامي، و لا زالت تثير[133] تبادل الآراء تجاه مسألة جوهرية ؛ و هي علاقة التّشريع الإسلامي بالقانون الوضعي القائم حاليا بالبلاد الإسلامية.

[131] محسن عبد الحميد، المرجع السّابق، ص 63 و ما بعدها.

[132] الشيخ محمد راجح الذي قال كلمته في كتاب "امرأتنا..." قبل قراءة الكتاب، كما تحاملت عليه الصّحف ؛ "النديم" و "الزهرة" و "الزمان"، و رسالة "سيف الحقّ على من لا يرى الحقّ" ؛ أحمد خالد، المرجع السّابق، ص 206 و ما بعدها.

[133] R. ARNALDEZ, la loi musulmane à la lumière des sciences coraniques, arch. philo. de droit, tome 38, droit et religion, pp.83 et s. ; S. BELAID, op. cit., notamment p. 24 et s. ; M. CHARFI, Islam et liberté, le malentendu historique, Albin Michel. ; A. MEZGHANI, op. cit.

بتجاوز المواقف المتطرّفة، والتي لا تمتّ للتّحليل العلمي بصلة[134]. يمكن جمع المواقف الفقهية المتعلّقة بهذه المسألة إلى فريقين ؛ **فريق أوّل**[135] يميّز بين الإسلام كدين، و الدّولة الإسلامية كسلطة سياسية. تزعّمت هذا الفريق حركة النهضة (جمال الدّين الأفغاني، محمد عبده، الأمير علي...)[136] الذين بلغت أفكارهم إلى شفيق شحاتة،[137] محمد الشّرفي،[138] علي المزغني[139] والصّادق بلعيد.[140]

أمّا **الفريق الثّاني**، فهو يؤسّس القانون الوضعي على التّشريع الإسلامي، أي أنّه يعتبر أنّ القانون الوضعي يستمدّ إلزاميته من مطابقته للتّشريع الإسلامي[141]؛ و يستند في ذلك بالنّسبة للقانون التونسي على الأقلّ، إلى كون الدّين الإسلامي هو دين الدّولة، كما أنّه أساس جملة من القواعد التّشريعية، و هو أيضا مصدر إلهام للقاضي.

130- من الثّابت فعلا أنّ التّشريع الإسلامي أثّر على المادة القانونية في البلاد التونسية[142]، غير أنّ ذلك لا يعني

---

[134] يبدو فعلا بديهي أن نفرّق بين الدّين، أي المعتقد الشخصي و المؤسّس على الإيمان و القناعة الشخصية، و القانون الذي ينظّم أمور الدنيا و المتأسّس على عناصر موضوعية و ملموسة ؛ كمفهوم الدولة و السّلطة...

[135] علي عبد الرازق، الإسلام و أصول الحكم، لمحمد عمارة، المرجع السّابق، ص 126 و ما بعدها، و خاصّة عدد 15، ص 135 ؛ لوثروب ستودارد، المرجع السابق، ص 351 و ما بعدها.

[136] يراجع عدد 126.

[137] C. CHEHATA, études de droit musulman, op. cit., p. 42.

[138] M. CHAREI, Islam et liberté, op. cit. notamment p. 157 et s.

[139] A. MEZCHANI, op. cit. p. 177 et s.

[140] المرجع السّابق، ص 498 و ما بعدها.

[141] S. MELLOULI, introduction, op. cit., p. 129, n° 100, et les références.

[142] بالإضافة إلى كلّ المراجع المذكورة في هذه الفقرة، يمكن ذكر ؛

بالضرّورة أنّ التّشريع الإسلامي، هو أساس القانون الوضعي في تونس، كما أنّ اعتماد الرأي المغاير لا يفترض حتما التّخلّي عن التعاليم الدّينية. من ذلك أنّ معالجة هذه المسألة تقتضي أولا الوقوف عند المفاهيم الأساسية لتجنّب اللّبس.

131- تقوم **العلاقة الدّينية** على **الإيمان و العقيدة**، فهي علاقة **عمودية** بين الخالق و المخلوق، ذات صبغة **شخصية**، أي تتّجه إلى الشّخص أينما كان. كما أنّ هذه العلاقة لا تفترض **القهر و الإلزام** و يكون جزاؤها **آجلا و لا عاجلا**. أمّا **القانون** فهو **علاقة أفقية** تربط عناصر المجموعة، ذو صبغة **ترابية**، أي يتسلّط على رقعة ترابية دون تمييز عرقي أو ديني أو جنسي. كما يستمدّ القانون طابعه الملزم من الدّولة التي تسهر على تنفيذه و إن اقتضى الأمر **بالقهر**، معناه أنّ جزاء القانون **عاجل و لا آجل**.

نظرا للاختلافات الجذرية القائمة بين مفهومي الدّين و القانون يصعب الخلط بينهما. فلئن تضمّن التشريع الإسلامي قواعد تهمّ العبادات و أخرى تنظّم المعاملات، فذلك لا يعني أنّ كلّ هذه القواعد هي من نفس الطّبيعة، بل لا تنطبع بالبعد الدّيني إلا القواعد المتعلّقة بالعبادات، فيما تضلّ قواعد المعاملات قواعد قانونية على الوجه الأكمل.[143]

S. BEN HALIMA, religion et statut personnel en Tunisie, R.T.D. 2000, p. 107 et s.; M.M. BOUGUERRA, le juge tunisien et le droit du statut personnel, A.J.T., n° 14, année 2000, pp. 7 et s., et notamment p. 23 et s.

[143] منذ فجر الإسلام تعامل التشريع الإسلامي مع هذه المادّة بوصفها مادّة قانونية قابلة للتغيير والتطور. فالخلافة في الإسلام كانت منفصلة عن الإمامة. وأقدم الخلفاء الراشدون أنفسهم على التعامل مع ما جاء في القرآن من قواعد زجرية، فعمر بن الخطاب لم يطبّق حكم قطع يد السارق في عام مجاعة. كما أنه اجتهد في مسائل عدة من الميراث كالمسألة الحمارية أو المشتركة. كما شدّد على دور أبي طالب في عقاب الزنا.

132- انطلاقا من هذه الحقيقة يتبيّن أنّ التشريع الإسلامي كان هو بنفسه قانونا وضعيا، قائما فعلا في بلاد الإسلام قبل ظهور و ترسّخ مفهوم الدّولة الحديث، الذي عمّ العالم في بداية القرن العشرين[144]، و تعوّض بموجبه مفهوم الخلافة في البلاد الإسلامية بمفهوم الدّولة الحديث.[145]من ذلك أنّ العلاقة القائمة بين التشريع الإسلامي و القانون الوضعي في بلاد الإسلام لا يمكن أن تكون علاقة أساس، و إنّما علاقة مصادر. أي أنّ التشريع الإسلامي يمثّل مصدرا، و قد يكون أساسيا، بالنّسبة للقانون الوضعي[146]غير أنّه لا يمكن بحال من الأحوال للتشريع الإسلامي أن يكون أساسا للقانون الوضعي ليستمدّ منه طابعه الملزم.

[144] F. HORCHANI, introduction au droit international public, op.cit. pp. 18 et 19.

[145] وهذا ما جدّ فعلا في مختلف دول البلاد الإسلامية فنجد أنّ كل بلدان العالم الإسلامي أعادت هيكلة محاكمها ووحدتها ومكنتها من النظر في جميع أنواع القضايا مهما كانت الأطراف المتنازعة. كما تأثرت مختلف تشاريع الدّول الإسلامية بالقوانين الغربية سواء فيما يخص الصرف أو التأمين او النقل أو التجارة البحرية أو الشركات الخ... إلى جانب ذلك ترسّخت بصفة خاصة ظاهرة التقنين (La codification) والتي كانت منبوذة في التشريع الإسلامي إذ لا مشرّع إلا المولى عزّ وجل من ذلك أننا أصبحنا نلاحظ فوارق شاسعة بين مختلف دول العائلة الإسلامية في المادة القانونية وما ذلك إلا دليل واضح عن كون التشريع الإسلامي في هذه المادة هو قانون وضعي على المعنى الحديث.

[146] S. BEN HALIMA, op. cit. ; M.M. BOUGUERRA, op. cit.

الباب الثاني
القانون قاعدة إجتماعية

133- كما سبق أن بيّنا،[147]يتميّز القانون **بطابعه الاجتماعي**، علما أن هذه الصّبغة الاجتماعية للقاعدة القانونية لا مدبّ للشكّ إليها، ولا يختلف في شأنها اثنان. غير أنّ هذه الميزة، **لا ينفرد بها القانون، بل يتقاسمها مع جملة من القواعد الأخرى**؛ كالقاعدة الدينيّة، أو القاعدة الأخلاقية، أو قواعد حسن السلوك والآداب. لذلك تستوجب الإحاطة بالمدلول الحقيقي للقاعدة القانونية بوصفها قاعدة اجتماعية، تحديد **خصائص ومميّزات هذه القاعدة**. هذا ما يجعل منها قاعدة مستقلّة بكيانها، و هيكلتها. هذا ما يميزّها عن بقيّة القواعد الاجتماعية الأخرى. دراسة القاعدة القانونية، يجب أن تتمّ من زاويتين مختلفتين ؛ دراسة داخلية، و دراسة خارجية للقاعدة القانونية.

[147] الفقرة عدد 12.

القسم الأول : الدّراسة الدّاخلية للقاعدة القانونية.

134- المقصود بالدّراسة الداخلية للقاعدة القانونية، هو تحليل مكوّنات، ومميّزات هذه القاعدة، والّتي تجعل منها قاعدة اجتماعية متميّزة. لها كيان خاص بها، ومحتوى تنفرد به، يميزّها عن بقية القواعد الاجتماعية الأخرى. فلغة كلمة القانون تعني المسطرة أو العصا المستقيمة والّتي تعتمد للقياس، والقانون يعني بذلك المقياس.[148] والكلمة في معناها الفنّي أو التقني، والذي نحن بصدده، مستحدثة ودخيلة. **ظهرت في الدّول العربية، وفي لغة الضاد، مع ظهور مفهوم الدّولة الحديث، وقيام سلطة مختصّة ساهرة على سنّ القوانين. أي السّلطة التّشريعية.** فكلمة قانون لا ترادف بالتّالي كلمة شريعة، وهي الطّريقة الصواب، والمثلى، الّتي سمّي بها، ما أمر به المولى عزّ وجلّ ويكون بالتّالي تجاوزا لفظيا عندما نسمّي المقنّن، أي واضع القوانين، مشرّعا. جاءت في الواقع كلمة قانون ترجمة للمصطلح الفرنسي Droit الذي يتضمّن معنى واضحا؛ أنّه **جملة من القواعد السلوكيّة الواجبة الاحترام والّتي جاءت لتنظيم الحياة الاجتماعية.**

135- القانون إذا، هو **جملة من القواعد العامّة والمجرّدة والملزمة، ذات غاية اجتماعية، تقعيديّة وتنظيمية.** فهذه القواعد تنفرد بثلاث ميزات، أو خصائص، وهي **التّجريد، و الخارجية، و الإلزام.**

[148] المعجم الوسيط، ص 863 ؛ لسان العرب لابن منظور، ص 349 "و قانون كل شيء : طريقه و مقياسه، و قال ابن سيده : و أراها دخيلة".

الفقرة الأولى : القاعدة القانونية قاعدة مجرّدة.

136- تتميّز فعلا القاعدة القانونية بطابعها **التجريدي أو العام**، وللمصطلحين نفس المعنى في الفقه،[149] وتعود هذه الصّبغة العامّة أو المجرّدة للقاعدة القانونية، **للطّابع الاجتماعي لهذه الأخيرة**، فهي تهدف إلى تنظيم الحياة الاجتماعية، و تهذيب سلوك الأفراد داخل المجموعة. يكفي للتّأكد من هذه الطّبيعة العامّة، أن نقف عند المثال المستمدّ من قانون الطّرقات والّذي يقتضي منّا احترام الإشارات الضوئية المعدّلة لحركة المرور، والّتي لولاها لشلّت هذه الحركة، خاصّة في أوقات الذروة، وأين يبرز الطابع المجرّد أو العام لهذه القواعد، لكونها تتّجه لكافة مستعملي الطّريق العام، دون اعتبار لأشخاصهم أو لوضعهم الاجتماعي. بل هي تعامل كافة المواطنين على قدم المساواة رغم الاختلاف القائم بينهم في الواقع، إذ قد يكون بعضهم في عجلة من أمره لمآرب هامّة تميزّه عن المتفسّح المتجوّل. كما نلمس نفس الصّبغة التجريدية للقاعدة القانونية عندما ينصّ المشرّع صلب الفصل 83 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّ :" **من تسبّب في مضرّة غيره خطأ، سواء كانت المضرّة حسّية أو معنوية، فهو مسؤول بخطئه...**". الملاحظ في هذا النصّ أنّه لم يخصّ فئة معيّنة أو طبقة خاصّة، وإنّما اتّجه إلى كافة أفراد المجموعة، وحمّل بصفة مطلقة تبعة المضرّة لكلّ من تسبّب فيها.

[149] توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، موجز للنظرية العامّة للقانون ونظرية العامّة للحقّ، الكتاب الأول، ص 17 ؛ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المرجع السّابق ص 22 ؛ محمد الشرفي، مدخل لدراسة القانون، المرجع السّابق، ص 23.

137- يقوم مبدأ التّجريد هذا على فكرة أساسية يعبّر عنها الفقه،[150] **بمبدأ كمال التشريع**. غير أنّ هذا المبدأ سرعان ما بيّن حدوده، ما أدّى إلى تغيير الرأي في خصوص عمومية القاعدة القانونية.

أ مبدأ كمال التشريع :

138- برز هذا المبدأ القائل **بكمال التّشريع**، أي كمال القاعدة القانونية المكتوبة والصّادرة عن سلطة مختصّة، وهي السّلطة التشريعية، مع **ظهور حركة التقنينات الكبرى، وصدور المجلّات الأولى في تاريخ البشرية. أشهرها مجلّة نابليون، أو المجلّة المدنية الفرنسية، سنة 1804 إثر الحركة الثّورية التي ميزّت الحياة السّياسية في هذا البلد سنة 1789.**

عندها وتحت تأثير فلاسفة عهد التّنوير، في البلاد الفرنسية، (ROUSSEAU, VOLTAIRE, MONTESQUIEU, DIDEROT) الذين نادوا بشعارات ثوريّة ضدّ الإقطاعية والطّبقية، والمتمثّلة في الحرية الفردية، والمساواة أمام السّلطة والقانون، ولائكيّة الدّولة واستقلالها عن السّلطة الدّينية والكنسية[151]. وتمّ في هذا الظرف التاريخي، والسياسي، والاقتصادي، والفكري، صياغة أوّل مجلّة قانونية حديثة، عرفتها البشريّة. هذا ما ساعد على تكريس **مبدأ كمال**

[150] H. BATIFFOL, questions de l'interprétation juridique in l'interprétation dans le droit Arch. phi. dr., t. XVII, 1972, p 23 ; J. BRETHE DE LA GRESSAYE, souvenirs d'un civiliste R.T.D.civ. 1975, p. 661 ; J. GHESTIN & G. GOUBEAUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, introduction générale op. cit. n° 152, p. 108.

[151] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction générale. op. cit., n° 134 et s., pp. 97 et s.

التّشريع الذي تعيّن علينا الوقوف عند فحواه، في مرحلة أولى، لننتقل في مرحلة ثانية إلى أثر هذا المبدأ على طريقة التعامل مع القاعدة القانونية.

139- **محتوى مبدأ كمال التّشريع**. يقوم مبدأ كمال التّشريع على فكرتين أساسيتين وهما ؛ **سيادة القاعدة القانونية المكتوبة**، أي ما أصطلح عليه، بسيادة النصّ من ناحية، **ودور رجل القانون** أمام هذا الوضع من ناحية ثانية.

140- أمّا في ما يخصّ النّقطة الأولى، التي تعتبر أنّ النصّ القانونيّ، لكونه يمثّل إرادة المجموعة، المصادق عليها في المجلس النيابي عن طريق ممثلي الشعب، أي النّواب؛ فهو **يشكّل كلّ المادّة القانونية**، ولا يمكن لأيّ مصدر من المصادر الأخرى للقانون؛ كفقه القضاء، أو العرف، أن **يخالف، أو أن يخرق هذا المصدر الأساسي**. بل يتعيّن على هذه المصادر مطابقة النصّ المكتوب ومماثلته، وإلاّ عدّت لاغية. **سيادة النصّ تعني ؛ علوّ النصّ القانوني على بقيّة المصادر الأخرى للقانون، وسيادته عليها**. أي أنّ النصّ القانوني يستوعب كلّ المادّة القانونية، ويحتويها جميعها. **يكفي الإلمام بالنصّوص القانونية والإطلاع عليها للإحاطة بكلّ المادة القانونية.**

تقوم هذه النّظرة التقديسية للنصّ القانوني على أسباب عديدة ؛ أولاها **نفسانية**، إذ تمثّل المجلّة القانونية أداة توحيد للقانون الوطني، وتكريس لنظام اجتماعي وسياسي معيّن. لكون التّشريع يرتكز على فلسفة معيّنة، تعبّر عمّا تصبو إليه المجموعة من مثل سامية ومبادئ أساسيّة، **وهي السّياسة التّشريعية للبلاد**. فهي تترجم في نفس الوقت عن **وحدة كلّ مجتمع، وعن هوية ذلك المجتمع**. كما أنّه من الناحية **الهيكلية**، تقوم فكرة سيادة النصّ على مبدأ استقلال السّلطات

السياسية في البلاد، وعدم تجاوزها لسلطها. من ذلك أن مهمّة التقنين تنفرد بها السّلطة المختصّة بذلك، وهي السّلطة التّشريعية، ولا يمكن مبدئيا للسلطتين القضائية والتّنفيذية اقتحام هذا المجال لتجنّب التّجاوزات. فلا يمكن للقاضي إنشاء القانون، بل ينحصر دوره في تطبيقه، من ذلك أن دور رجل القانون كان يقتصر على الإلمام بالنصّ والإطلاع على محتواه وفحواه والاكتفاء به. فعلا تمثّلت أولى الأبحاث في المادة القانونية إثر صدور مجلة نابليون، في التّعليق على هذه المجلّة فصلا فصلا، دون محاولة تجاوزها. انحصر دور الفقه عندئذ في شرح فصول المجلّة دون تنظير أو تأليف، لما كانت تمثّله هذه المجلّة عند رأي أهل الفكر آنذاك من عمل **كامل، ومتماسك، ومثالي.**

141- **كان دور رجل القانون**، حسب هذه النّظرة، ينحصر في القيام بعملية **ذهنية منطقية بسيطة** تتمثّل في الإطلاع في مرحلة أولى على الوقائع المبسوطة عليه، لاستنتاج شروط انطباق النصّ المطابق لها، **الذي يفترض بدوره الحلّ الأمثل لمثل هذه الوضعية.** نظرا لإشعاع الثّورة الفرنسية على رجال الفكر آنذاك، ونظرا للقدسيّة التي أصبحت تحظى بها المجلّة المدنية الفرنسية لدى رجال القانون، أضحى لمبدأ كمال التّشريع تأثير هامّ على الفكر القانوني في بداية القرن التاسع عشر.

142- **أثر مبدأ كمال التّشريع.** حتّى يبقى **دور رجل القانون منحصرا في عملية ذهنية منطقية بسيطة متمثلة في تطبيق القاعدة القانونية على وقائع معيّنة، كان من المفروض أن يتضمّن هذا القانون حلولا لكلّ المسائل ممكنة الطّرح على القاضي، ولكلّ الفرضيات التي تعترض سبيله.** لكن ككلّ عمل إنساني، وتبعا لتنوّع وتعدّد، الحالات التي

تفرزها الحياة الاجتماعية، **قد يحدث أن يسكت النصّ** عن وضعية ما، أو أن ترد **عبارته مبهمة وغامضة**، يتعذر فهمها، والإلمام بمرادها. لذلك أصبح من الضّروري **تأويل وتفسير النصّ القانوني**، لفكّ رموزه، وتيسير تطبيقه.

143- من ناحية ثانية وبحكم **الصّبغة المجرّدة والعامّة** للقاعدة القانونية، فإنّه يصعب تطبيقها على حالات **خاصّة وظرفية**، دون القيام بعملية ذهنية تتمثّل في **المرور من العام إلى الخاص، ومن المجرّد إلى الظّرفي.** هذه العملية هي الأخرى، عملية تأويلية، وتفسيرية، للقاعدة القانونية، تفترضها الطّبيعة المجرّدة للقاعدة القانونية نفسها. لغاية ذلك ظهرت مدرسة فقهية تعنى بتأويل القانون وهي مدرسة **الشّرح على المتون.**[152]

144- **مدرسة الشّرح على المتون.** لئن جاءت هذه المدرسة لغاية تفسير وتأويل القانون، **إلاّ أنّها قبلت بذلك عن مضض.** فهي لا تنفي ضرورة تأويل القاعدة القانونية، غير أنّها تستبعد كلّ تدخّل للميولات الذّاتية للمفسّر، وترفض كلّ تأثير لإرادته الفردية على مآل النتائج التي قد يؤدي إليها تأويل النصّ. فلا دخل للمؤوّل في قيمة القاعدة، أو عدلها، أو نجاعتها، طالما أنّها تترجم إرادة المشرّع. **فالإرادة الوحيدة التي يجب التقيد بها، تبقى عندئذ إرادة المشرّع، لكونها تمثّل إرادة الأغلبية، وتجسّم إرادة المجموعة.**

---

[152] L. HUSSON, analyse critique de la méthode de l'exégèse, in l'interprétation dans le droit, Arch. phi. dr., t. XVII 1972, p.115 ; F. GAUDEMET, l'interprétation du Code civil en France depuis 1804, Paris 1935 ; A. DESRAYAUD, école de l'exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du Code civil, in R.D.civ. 1993, p. 535.

145- للاهتداء إلى نيّة المشرّع،[153] تقترح هذه المدرسة التأويلية؛ جملة من الحلول يستعملها الباحث حسب الحاجة. فهو يسعى في مرحلة أولى إلى **شرح النصّ القانوني المعني، متنا متنا** من النّاحية اللّغوية، حسب تركيبته ومصطلحاته. هذا ما اقتضاه المشرّع التونسي في الفصل 532 التزامات وعقود : "**نصّ القانون لا يتحمّل إلاّ المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللّغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون**".

إلى جانب هذه الطّريقة اللّغوية المحضة، تمكّن مدرسة الشّرح على المتون، الباحث من الكشف عن نيّة المشرّع **بإعمال المنطق والعقل**. معتبرة أنّه لا يمكن لإرادة المشرّع أن تخالف التّفكير المنطقي والذّوق السليم. هذا ما نصّ عليه الفصل 535 التزامات وعقود :"**إذا تعذّر الحكم بنصّ صريح من القانون أعتبر القياس**".

من ناحية ثالثة يلتجئ أيضا الباحث في المادّة القانونية لغاية التوصّل إلى مراد واضع القانون، إلى **الأعمال التحضيرية، ومداولات مجلس النّواب، والظّروف التّاريخية الّتي ظهر فيها النصّ**، والتي من شأنها أن تنير سبيله في هذا المجال[154]. وعند غياب جميع هذه العناصر يستعين المؤول بجملة من القواعد اقترحتها هذه المدرسة، نجد لها صدى في مجلّة الالتزامات والعقود التونسية ؛ كالّتي وردت صلب

---

[153] محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، المرجع السابق، عدد 132 و ما بعده، ص 139 و ما بعدها.

S. MELLOULI, introduction, op. cit. n° 469 et s., pp. 142 et s. ; J. L. BERGEL, théorie générale du droit, 2ème édition, Dalloz, n°231 et s., pp. 243 et s. ; J. CARBONNIER, droit civil, introduction, P.U.F. n°35. ; H.L.&J. MAZEAUD, F. CHABAS, introduction à l'étude du droit, 11ème édition, Delta, n° 101.

[154] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction générale, op. cit., n° 153.

الفصل 533 :"**إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها**"، أو الفصل 534 :"**إذا خصّ القانون صورة معينة بقي إطلاقه في جميع الصور الأخرى**"، أو الفصل 537 : "**ما أجازه القانون لسبب معين بطل بزواله**". وتجدر الملاحظة أن جميع هذه القواعد، والحلول، والمقترحات، **جاءت لتحدّ من تدخّل إرادة وميولات مؤوّل النصّ، ولتكرّس إرادة، ونيّة المشرّع، و واضع النصّ**. كما يشكّل احترام هذه المبادئ **خير واق من تجاوزات السّلطة القضائية، التي ميّزت عمل المحاكم في القرون الوسطى في أوروبا**. ولولا الصّبغة العامّة والمجرّدة للقاعدة القانونية، وحتمية وجوب تأويلها لما تمّ اللّجوء إلى تفسير القانون بالمرّة.

146- لكن رغم التّنازلات **التي قبلت بها مدرسة الشّرح على المتون عن مضض**، وبحكم الطّابع العامّ والمجرّد للقانون، ولكونه بطبيعته تلك، يتعذّر عليه الإحاطة والإلمام بجميع ظروف وملابسات الحياة الاجتماعية، ولاستحالة وضع حلّ لكلّ النزاعات التي يمكن أن تنشأ عن التعامل بين الأفراد داخل المجموعة، سرعان ما بيّنت مدرسة الشّرح على المتون حدودها. هذا ما ساعد على ظهور مدارس تأويلية أخرى أكثر حداثة وواقعية.

ب حدود مبدأ كمال التّشريع.

147- سنحاول في مرحلة أولى الوقوف عند الأسباب التي أفضت إلى تقهقر مبدأ كمال التّشريع، لنتناول إثر ذلك المحاولات الحديثة في ميدان تأويل القاعدة القانونية.

148- **أسباب تقهقر مبدأ كمال التّشريع**. لاحظنا أن مبدأ كمال التّشريع يتأسّس على فكرة رئيسية؛ وهي سيادة النصّ، لكماله، وشموليته. تترتّب هذه الفكرة بدورها، عن

الصّبغة العامّة والمجرّدة، التي تميّز القاعدة القانونية. هذا التصوّر لئن استقرّ مدّة معيّنة ؛ حوالي قرن، إلا أنّه تأثر بعوامل عديدة. يمكن حصرها في ثلاثة أصناف؛ سياسية، اقتصادية واجتماعية، ساعدت على إبراز نقائصه.

149- تتمثّل أساسا **العوامل الاجتماعية**، في التحوّل النّوعي الذي عرفته المجتمعات انطلاقا من بداية القرن التاسع عشر. فمن مجتمعات فلاحية، تعيش في الأرياف، مكتفية في معاملاتها، بجملة من القواعد الثّابتة، بطيئة التطوّر والتغيّر ؛ أصبحت اليوم، مجتمعات متحضّرة، سريعة التطوّر، كثيفة التعامل، مقتضية مواكبة دؤوبة من قبل القواعد القانونية، لاستيعاب الحداثة والعلوم صلب أحكامها[155].

150- إلى جانب هذه العوامل الاجتماعية، وبالموازاة معها، ظهرت **عوامل اقتصادية**، تمثّلت في التطوّر الذي تعرفه اليوم النّظم الاقتصادية في جميع أنحاء العالم[156]. إذ تعوّض نظام اقتصادي بدائي قائم على معاملات بسيطة، كالمقايضة والعارية بنظام جديد سريع النسّق والتطوّر، يعتمد

[155] يراجع مثلا القانون عدد 40 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان 1998 والمتعلق بطرق البيع و الإشهار التجاري الذي يتناول في قسمه الثاني البيع عن بعد بوسائل الاتصال الحديثة كالتلفزة و الوسائل الأخرى. و القانون عدد 35 لسنة 2000 مؤرخ في 21 مارس 2000 المتعلق بإرساء السندات غير المادية.

[156] R. GOUIA, phases du capitalisme et histoire de la pensée économique, Orbis impression, Tunis 1994, pp. 245 et s., notamment p. 255. ; B. & D. SABY, les grandes théories économiques, Dunod, 1991, pp. 41 et s.

العمليات المالية الافتراضية، والمعاملات المتشعّبة، والمؤسّسات القانونية المعقّدة.[157]

151- ترتّبت عن هذين المعطيين، الاجتماعي والاقتصادي، **عوامل سياسيّة**، أدّت إلى ظهور أنظمة سياسية متشابهة في جميع أنحاء العالم. متمثّلة خاصّة في تعميم مفهوم الدّولة الحديث، القائم على التّفريق بين السّلطات الثلاثة المكوّنة للدّولة وهي السّلطة التّشريعية، والسّلطة التنفيذيّة، و السّلطة القضائية.[158] كما تجسّم أيضا هذا التطوّر في بروز أحزاب سياسيّة قويّة، وتكتّلات مهنية ونقابيّة، استوجب تنظيمها، وترتيبها، وتقعيدها، قواعد لم تألفها المجتمعات التقليديّة.

152- لقاء كلّ هذه العوامل، وخاصّة النّسق السّريع الذي ميّز تطوّرها، بمساعدة وسائل الإعلام والمواصلات، تحتّم على الفقه وعلى رجال القانون ؛ الإقرار **بمحدوديّة مبدأ كمال التّشريع**، لقصوره على استيعاب الوضعيات القانونية الجديدة. هذا ما ساعد على ظهور مدارس جديدة لتأويل القانون.

[157] الفصل 453 مكرر من مجلة الالتزامات و العقود طبق ما تمّت إضافته بالقانون عدد57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 :"الوثيقة الإلكترونية هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف و أرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها و الرجوع إليها عند الحاجة."

[158] عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، المرجع السّابق، ص [illegible] وما بعدها.

153- **المحاولات الفقهية. للحفاظ على مكانة القاعدة** القانونية المكتوبة، اقترح الفقه نهجين اثنين لتجاوز مدرسة الشّرح على المتون.

154- *المدرسة التّاريخية أو التطورية*. جاءت تعاليم هذه المدرسة تحت قلم الفقيه الشهير Raymond SALEILLES[159] الذي تأثّر كثيرا بالقانون الألماني، ونادى في بداية القرن العشرين **بالاكتفاء بالنصّ عند تأويله دون البحث عن إرادة المشرّع، خاصّة عندما تصبح هذه الإرادة متقادمة، بعيدة عن التطور الاجتماعي، ومتطلّبات العصر.** معنى ذلك أنّه يتعيّن، حسب هذا الفقيه، **تأويل النصّ على ضوء حاجيات العصر.** ويمكن تبعا لذلك إعطاء معاني كثيرة لنفس النصّ القانوني حسب اختلاف الأزمنة. لئن مكنت هذه المدرسة من أقلمة النصوص القديمة مع الواقع الجديد، **إلا أنّه أعيب عليها تكريس إرادة المؤوّل، أي القاضي عوض إرادة المشرّع.** مع ما يتضمّن ذلك من مخاطر، ومظالم، قد تترتّب عن التجاوزات القضائية.

155- لكن **على الرّغم من هذا التحفظ يبدو أنّ فقه القضاء، خاصّة في فرنسا، كرّس هذه النظرية.** ويبرز ذلك بمناسبة تأويل الفصل **1384** الفقرة الأولى من المجلّة المدنية الفرنسية والذي ينصّ:"**يسأل الإنسان عن الأشياء التي هي في حفظه**"[160] ويصعب تصوّر أن واضعي هذا النصّ سنة

[159] La déclaration de volonté, Paris 1901 ; Introduction au code civil allemand, Paris 1904 ; l'obligation d'après le code civil allemand, 3ème éd Paris 1919 : E. MEYNIAL, la déclaration de volonté, R.T.D.civ. 1902, pp. 545 et s.

[160] Art. 1384 C. civ. Français : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais

1804، قصدوا منه تنظيم المسؤولية الشيئية النّاتجة عن الآلات البخارية، والعربات، والسيارات، **التي هي في حفظ الإنسان.** وإنّ ما قصده المشرّع آنذاك يخصّ بالدّرجة الأولى البناءات، والدّواب، التي هي في حفظ صاحبها.[161] ضرورة أنّه لم يتمّ بعد اكتشاف الآلة البخارية، والسّيارات، والطّائرات عند وضع الفصل **1384**.غير أنّ متطلّبات العصر، وظهور الآلات الحديثة، وتعدّد الحوادث النّاتجة عنها، **دفع بفقه القضاء إلى اعتماد قراءة مستحدثة، ومتطوّرة،** لهذا النصّ حتى يجعل منه **أداة ناجعة لتنظيم مسؤولية حافظ الشيء.**

156- *مدرسة البحث العلمي الحرّ*.ظهرت هذه المدرسة في نهاية القرن التاسع عشر تحت قلم الفقيه **François GENY** في مؤلّفه الشّهير **Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif** . يقترح هذا الفقيه ؛ **أنّه يتعيّن على القاضي تطبيق النصّ وبالتّالي احترام إرادة المشرّع عندما تتطابق معطيات القضيّة المطروحة عليه مع فرضية النصّ. بانتفاء هذا الشّرط يصبح القاضي حرا في اتّباع الحلّ الأكثر ملاءمة مع ظروف وملابسات الوقائع بين يديه، في كنف الحريّة و دون قيد.** غير أنّ هذه الحريّة تبقى متقيّدة بالمعطيات الاجتماعية، والأخلاقية القائمة عند طرح المسألة.[162]

encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, **ou des choses que l'on a sous sa garde** ».

[161] و المنصوص عليها في الفصلين 1385 و 1386 من نفس المجلة.

[162] H.L.&J. MAZEAUD, par F. CHABAS, introduction à l'étude du droit, op. cit n° 100 ; F. GENY, sciences et technique en droit privé positif, Paris 1914.

157- لاقت في الواقع هذه المحاولات الفقهية صدى طيبا في بداية هذا القرن، وساعدت خاصّة على التخلّص من تعاليم مدرسة الشّرح على المتون، لما تفرضه من قيود على الباحث وعلى القاضي. إلاّ أنّ هذه المدارس الحديثة سرعان ما تبيّنت هي الأخرى حدودها، **ويرجع ذلك بالأساس إلى تدخّل الدّولة في جميع المجالات الحياتيّة**، سواء منها الاقتصادية، أو الاجتماعية، أو الثقافية، وغيرها. ويتمّ تدخّل السّلطة التنفيذية هذا، عن طريق **نصوص قانونية آمرة، وخاصّة بعيدة كلّ البعد عن النّموذج التقليدي للقاعدة القانونية العامّة والمجرّدة**. فمنها ما جاء ينظّم بكلّ دقة طريقة امتحان الطّلبة بكلّية الحقوق، ومنها ما جاء يحدّد أسعار المواد الغذائية، ومنها ما جاء يضبط بكلّ وضوح لا مدبّ للشك إليه، ممارسة مختلف المهن ...الخ. تحدّ هذه الظّاهرة المسماة؛ **بالتضخّم التّشريعي**، من دور القاضي عند تدخّله لتطبيق القانون. إذ غالبا ما يجد هذا الأخير نصّا واضحا، منطبقا بصفة آلية على الوضعية المطروحة عليه، لا تستوجب تأويلا ولا تفسيرا. هذا لا يعني بالطّبع الرّجوع إلى **مبدأ كمال التّشريع**، بل يؤكّد محدودية هذا المبدأ. باعتبار أنّ المشرّع، أو واضع القانون، لم يعد يكتفي بسنّ مجلّات قانونية شبه أزلية. بل إيمانا منه بمحدودية هذه النصوص، أصبح يتبعها بنصوص جديدة لتوضّحها، يتبعها هي الأخرى بنصوص أخرى، وهكذا دواليك إلى أن أصبح من الصّعب حتى على أهل الاختصاص الإطّلاع على جميع النصّوص المتعلّقة بموضوع اختصاصهم. و يمكن اليوم القول أنّ **الصّبغة العامّة أو المجرّدة للقاعدة القانونية أضحت مجرّد مظهر شكلي، تتجلّى فيه هذه القاعدة**. فهي ترتدي ثوب النصّ العامّ والمجرّد، لكنّها في الواقع نصّ خاصّ وظرفيّ بعيد كلّ البعد، عن الأنموذج التّقليدي الذي نادت به الثّورة الفرنسية.

الفقرة الثانية : القاعدة القانونية قاعدة خارجية.

158- التطرّق للطّابع الخارجي للقاعدة القانونية، يحيل في الواقع إلى **دور الإرادة الذّاتية أو الشّخصية**، في إنشاء القانون. يبدو من أوّل وهلة التساؤل في هذا المجال غير ذي موضوع ، لما تتميّز به الحياة الاجتماعية اليوم من تدخّل للدّولة في سنّ ووضع قواعد آمرة، وغالبا متبوعة بعقاب جزائي عند مخالفتها. ويصعب في هذا الإطار تصوّر تدخّل إرادة الفرد في نشأة وتركيز قواعد قانونية، تترجم عن السّياسة العامّة للدّولة، و خارجة عن إرادة الفرد، بل متسلّطة عليها. غير أنّ هذا التّقديم، يبقى سطحيا لما يخفيه في الواقع من نقاشات فقهية، حول دور الإرادة الفردية في نشأة القانون وفي تكريس الحقوق. قام هذا النّقاش بين تيّارين اثنين ؛ تيّار يعتدّ بالإرادة الفردية، وتيّار ينكر للإرادة أيّ دور في نشأة القانون.

أ النّظرية الذّاتية.

159- تعتمد هذه النظريّة إلى حدّ بعيد **نظريّة العقد الاجتماعي**،[163] التي ساهم في وضعها الفقيه **J.J. ROUSSEAU**

[163] J.J. ROUSSEAU, du contrat social, collection 10-18, p. 73 : « la volonté générale est toujours droite, et tend, toujours à l'utilité publique ». **Rousseau** (Jean-Jacques), écrivain et philosophe de langue française (Genève 1712 - Ermenonville 177[illegible]). Orphelin de mère, abandonné à dix ans par son père, il poursuit son éducation en autodidacte. Accueilli puis rejeté par M[illegible] de Warens, précepteur chez M. de Mably, il souffre de solitude et d'incompréhension et tire de cette expérience le

والتي تؤكد بصفة خاصّة **على الحريّة الفردية التي يتمتّع بها كلّ منّا**. تؤكد بالتّالي هذه النّظرية على **سلطان الإرادة** الفردية في تنظيم العلاقات البشرية. إذ لا يعقل أن يرتضي شخصا لنفسه، حكما يعتبره غير عادل. تقوم نظرية العقد الاجتماعي، على تصوّر **مثالي**، يتنازل في إطاره كلّ فرد من المجموعة، بمحض إرادته عن نصيب من حرّيته لفائدة المجموعة. تتبع القوانين، حسب هذا الرأي **عن إرادة أفراد المجموعة، و لا تتسلّط عليهم**. تتأسّس هذه النظرية على مبدأين وهما ؛ **الحرّية والمساواة** أي أنّ الأناس داخل المجموعة أحرار ومتساوون، ولا يوجد داخل هذا التصوّر مجال للمظالم أو التسلّط.[164]

160- من أشهر منظّري هذا الرأي، يمكن ذكر الفقيه الألماني SAVIGNY الذي يعتبر القانون سلطة الإرادة

principe de sa philosophie : celle d'un sujet libre (la conscience, le cœur). Il poursuit dès lors dans la quête de soi-même le secret du bonheur des autres et de leur compréhension mutuelle. Le mal dont souffrent les hommes est, selon lui, linguistique et politique *(Essai sur l'origine des langues)*. Cette recherche d'une harmonie entre les hommes s'exprime par une critique des fondements d'une société corruptrice *(Discours sur les sciences et les arts , Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes , Lettre à d'Alembert sur les spectacles)*, à travers un exposé des principes éthiques de la vie publique et privée dans des œuvres philosophiques ***(Du contrat social ,Emile)***, romanesques *(Julie, ou la Nouvelle Héloïse)* et autobiographiques *(Confessions Réveries du promeneur solitaire)*.

[164] N. M. K. GOMAA, théorie les sources de l'obligation, préface J. CARBONNIER, L.G.D.J , Paris 1968, p.21, n° 253 et s.

[165]. والفقيهان الفرنسيان **Jean DABIN** في مؤلّفه "الحقوق" سنة **1952** و **Paul ROUBIER** "الحقوق والمراكز القانونية" **1963**[166]. إلا أنّ هذه النظرية الذّاتية **غالت في الفردانية**، وفي سلطة الإرادة الفردية في إنشاء القاعدة القانونية. إذ هي ذهبت إلى حدّ اعتبار أنّ تسليط العقاب الجزائي رهين إرادة المجرم، الذي ارتضى العقاب عندما أقدم على اقتراف صنيعه[167]. ومردّ هذه المغالاة يعود إلى **الشطط في القول بمبدأي الحرّية والمساواة**، اللّذان لا نجد لهما حقيقة، إلا على الصّعيد النّظري. أمّا عمليا يصعب تكريسهما، لقيام تباينات طبيعية بين أفراد المجموعة،ترجع لعدم تكافؤ القوى، وعدم توازن الفرص المتاحة لكلّ شخص. هذا ما قد يفسّر ظهور نظريات حديثة مناهضة للنّظرية الذّاتية.

ب النّظرية الموضوعية.

161- جاءت هذه النظرية خاصّة تحت قلم الفقيه الفرنسي **L.DUGUIT**[168] والفقيه النمساوي **H. KELSEN**[169] ؛ اللّذان **ينكران على الإرادة الفردية سلطانها على السّاحة القانونية، لأنّ اعتماد هذا الرأي سيؤدّي حتما إلى تفويق**

[165] V.RANOUIL, l'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, préface J. Ph. LEVY, P.U.F., sp. p. 71 et s. ; M. L. HACHEM, recherches sur la loi applicable aux opérations internationales de banque, thèse de doctorat, Paris 1973, p. 11 et s .

[166] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n° 190,193.

[167] M. L. IZORCHE, l'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, thèse pour le doctorat en droit, Aix, 1989, p. 47.

[168] Traité de droit constitutionnel, tome I, 3ème édition, 1927.

[169] La théorie juridique de la convention, Arch. Phi. Dr. 1940, pp. 33 à 76.

بعض الإرادات على البعض الآخر، لوجود صلب كلّ علاقة قانونية، دائن ومدين تجاه الحقّ الممارس. **فبموجب أي شرعيّة تغلب إرادة الدّائن على إرادة المدين حتّى يتمكّن من استخلاص دينه.** يعتبر في الواقع هذان الفقيهان، أنّه **ليست هناك إرادة خلاف إرادة القانون الوضعي.** فلا يمكن للدّائن استخلاص دينه إلاّ بموجب إذن من القانون نفسه، ولا بمقتضى إرادته. **فالقاعدة القانونية هي الّتي تحدّد من هو الدّائن ومن هو المدين، في كلّ علاقة قانونية، وهي الّتي تنظم آثار هذه الوضعية.** هذا لا يعني أن دور الإرادة في المراكز القانونية منعدم، لكنّه يصبح مقصورا على قبول الانضواء تحت نظام قانوني معيّن أو عدم قبول ذلك.[170] فالقاعدة القانونية لكونها محمولة على تنظيم الحياة الاجتماعية وتصويب ما أعوجّ منها وتقعيد ما فسد فيها، لا يمكنها أن تكون رهينة إرادة المتسلطة عليهم. ولا أدلّ على ذلك من القواعد الّتي جاءت لتحدّد سنّ الرّشد، فهي لا تأخذ بعين الاعتبار حقيقة كلّ منّا، بل تفترض انطلاقا من معدّل عام، أنّ كلّ من تجاوز سنّا معينة، أصبح رشيدا وإن بقي طفلا في الواقع. وأنّ كلّ من لم يبلغ هذه السّن، ما زال قاصرا، وإن كان مكتمل الجسم والمدارك العقلية.[171]

[170] M. BAGBAG, de la déclaration de volonté, thèse Tunis 1994, p. 74 et s., notamment p. 90,91.

[171] الفصل 157 مجلة الأحوال الشخصيّة :"يعتبر محجورا للصّغر من لم يبلغ سن الرشد و هي عشرون سنة كاملة".

الفقرة الثالثة : القاعدة القانونية قاعدة ملزمة.

162- يجمع الفقه[172] حول أهمّية **الصّبغة الإلزامية للقاعدة القانونية**، ودور هذه الميزّة في **تحديد الطبيعة القانونية للقاعدة الاجتماعية.** من ذلك أنّنا سنقف بالتّوالي عند أسباب هذا الإلزام، وعند مظاهره.

أ أسباب الصّفة الملزمة للقاعدة القانونية.

163- **الأسباب الجّوهرية.** تهدف القاعدة القانونية **بالدّرجة الأولى إلى تنظيم الحياة الاجتماعية والمعاملات بين النّاس**، وتبدو تبعا لذلك **الصّفة الإلزامية للقاعدة القانونية ضرورية وحتمية.** لكون هذه القاعدة غالبا ما ترد في شكل أمر أو في شكل نهي، وهي ليست على كلّ حال دعوة أو نصيحة.[173]

بالإضافة إلى ذلك، **غالبا ما تلجأ المجتمعات الحديثة إلى القانون لتكريس سياسة اجتماعية معينة واختيارات إيديولوجية محدّدة، وتحوّلات اقتصادية معتبرة.** فكيف يمكن

[172] M. CHARFI, introduction à l'étude du droit, 3ème édition, 1997, Cérés, n° 17. ; S. MELLOULI , introduction à l'étude du droit, op. cit., n° 22 et s .

[173] لكن يراجع الأمر عدد 751 لسنة 2000 مؤرخ في 13 أفريل 2000 المتعلق بتنقيح الأمر عدد 147 لسنة 2000 المؤرخ في 24 جانفي 2000 و المتعلق بضبط القواعد الفنية لتجهيز و تهيئة العربات. و خاصة الفصل 82 جديد الذي ينصّ :"يكون استعمال حزام الأمان إجباريا بالطرقات السيارة و خارج المناطق البلدية و ذلك بالنسبة إلى السواق و إلى راكبي المقاعد الأمامية للعربات المنصوص عليها بالفصل 74 من هذا الأمر.
و ينصح باستعمال حزام امان بالنسبة إلى راكبي المقاعد الخلفية.(هكذا)

ذلك دون الصّبغة الملزمة للقاعدة القانونية. إذ لو أمكن لكلّ منّا خرق وعدم احترام القانون، لما تمكّنت المجتمعات من التطوّر لتعلّقها بعاداتها وتقاليدها. ويكفينا للتثبّت من ذلك استحضار المثال المستمدّ من الفصل **18** من مجلّة الأحوال الشخصية الذي جاء يمنع تعدد الزوجات ويسلّط عقابا جزائيا على من يخالف تراتيبه.[174] فلولا الصّبغة الآمرة والملزمة لهذا النص، لما أمكن تكريسه، لما تعوّد عليه المجتمع التونسي من الزّواج باثنتين أو بأكثر. و على الرّغم من مرور السنين، فالحنين مازال يراود البعض في هذا المجال.

164- **الأسباب الشّكلية.** غالبا ما تصاغ القاعدة القانونية في شكل أمر، أو نهي، أو تحذير، أو منع. لكن يحدث أيضا أن تكون القاعدة متّسمة بالمرونة واللين، من ذلك يفرّق الفقهاء بين القواعد الآمرة والقواعد المتمّمة.[175]

165- **تكون القاعدة القانونية آمرة** عندما يتعيّن احترامها بصفة **مطلقة ودون استثناء.** فهو الشّأن مثلا لقواعد الطّلاق وإجراءاته،[176] كما هو الأمر لقواعد القانون الجنائي بصفة عامّة. تتّسم هذه القواعد القانونية، بهذه الميزة الآمرة،

---

[174] الفصل 18 مجلة الأحوال الشخصية (أمر 13 اوت 1956) :
"1- تعدّد الزوجات ممنوع.
2- كلّ من تزوج و هو في حالة الزوجية و قبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام و بخطية قدرها مائتان و أربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين، ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون. ..."

[175] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction générale, op. cit., n°321, 322.

[176] محمود الثابلي، الإجراءات في دعاوى الطلاق، ق.ت. عدد 1 سنة 1961، ص5؛ كمال قرداح، الطلاق، ق.ت. 1967 عدد 2، ص 7 ؛ استئنافي مدني عدد 30676مؤرخ في 22 جويلية 1971، ق.ت. عدد4 و5 لسنة 1972، ص 61.

لما لها من اتّصال بما يعتبره المشرّع والمجتمع من **جوهري** وأساسي في الحياة الاجتماعية وتنظيمها وتطوّرها. أي ما يصطلح الفقه على تسميته **النّظام العام**[177]. مفهوم النّظام العام هو مفهوم فقه قضائي، **لجأت إليه المحاكم لتخالف إرادة الأطراف عند تطبيق القانون، ولتفرض عليهم حلاّ منافيا لإرادتهم عملا بأحكام النّظام العام.** من ذلك أنّ هذا المفهوم جاء ضبابيا ومتغيّرا حسب القضيّة المطروحة على المحكمة، وحسب ميولات القاضي وإرادته، وحسب الأزمنة والعصور. فتعدّد الزّوجات مخالف للنّظام العام في بلادنا، بينما يعتبر طبيعيا في البلاد المجاورة. كما أنّ هذا المفهوم، أي **النّظام العام يشكّل تجليا آخر لتدخّل الدّولة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية.** يورد المشرّع النصّ في صيغة الوجوب عندما يرى في ذلك فائدة، أي أنّه لا يترك المجال لخرقه من قبل أعضاء المجموعة. كما يفرض على المحكمة مراقبة حسن تطبيقه. **إلاّ أنّه يجب الإشارة اليوم أنّ هذا المفهوم في تراجع تحت تأثير النّظام العالمي الجديد وعودة مفهومي الخوصصة والحرّية في المعاملات الاقتصادية، وظهور سياسة العولمة وما رتّبته من آثار على الصعيدين الاجتماعي والاقتصادي.**

166- تكون **القاعدة القانونية متمّمة أو مكمّلة** لإرادة الأطراف، عندما **لا يعتبر المجتمع أنّ في احترامها ضرورة متأكّدة.** بل يوكل ذلك إلى إرادة الأطراف، ولهم

---

[177] J. CARBONNIER, introduction, op. cit., n° 24 ; J. GHESTIN G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction op. cit. n° 323 ; G. FARJAT, l'ordre public économique, L.G.D.J., Paris 1963.

الخيار في احترامها من عدمه.[178] غالبا ما نجد هذا النّوع من القواعد في القانون المدني، وخاصّة المتعلّق بالمعاملات بين الخواصّ. بعكس القوانين الأخرى المنظّمة لدواليب الدّولة، والتي لا يسمح بخرقها ؛ كالإجراءات الجزائية، القانون الإداري، العلاقات الشّغلية[179]، قانون الصّرف، الدّيوانة، ...الخ.

167- قد يبدو وجود القواعد المتمّمة، حدّا لمبدأ إلزامية القاعدة القانونية. غير أنّ هذا الحدّ يبقى نسبيا، لأنّ **القاعدة وإن كانت متمّمة، فهي تنطبق بصفة آمرة طالما لم يقع إقصاؤها من قبل من لا يرغب فيها.** كما أنّ المادّة التي يبرز فيها هذا النّوع من القواعد، مادّة العقود بصفة عامة، هي في تقلّص وتراجع شديدين.[180] لما أصبح للمعاملات من شأن ودرجة في الحياة الاقتصادية، ولما تبديه الدّولة من حرص واهتمام لتنظيم هذا القطاع الحيوي في العلاقات الحديثة.

ب مظاهر الإلزام في القاعدة القانونية.

168- ما يمكن قوله اليوم في خصوص الأنظمة القانونية الحديثة، أنّ **وطأة وأثر خرق القانون يختلف باختلاف درجة ارتباط هذا الأخير بمفهوم النّظام العام.** يتجسّم

[178] M. CHARFI, introduction à l'étude du droit, op. cit., n° 297, 298 ; S. MELLOULI, introduction à l'étude du droit, op. cit., n° 291 et s.

[179] قرار تعقيبي مدني عدد 22743 مؤرخ في 29 ماي 1989 نشرية محكمة التعقيب 1989 ص 202 : " **المحاولة الصلحية في المادة الشغلية وجوبيه** سواء قبل نشر القضية للحكم فيها أو أثناءها حتى يقع حصر نقاط الخلاف و الحكم الفوري في المنح المتفق عليها.

[180] H. BATTIFOL, la crise du contrat et sa portée, Arch. Phi. Dr. 1968, p. 13 et s.

هذا الاختلاف في **التّفريق القائم بين الجزاء في المادة الجزائية**، ومثله في المادة المدنية. إلاّ أنّ هذا التباين عرف تطورا عبر التاريخ قبل بلوغه وضعه الحالي.

تطوّر مفهوم العقاب.

169- في المجتمعات القديمة كان مفهوم الجزاء يقوم على **فكرة الثّأر والقصاص.** وما واقعة حرب البسوس إلاّ أنموذجا على ذلك[181]. ولو تمّ ذلك في عصرنا الحالي لاقتصر الجزاء على جبر الضّرر من قبل صاحب الدابّة للمتضرّر. أي لما سالت الدمّاء ولاقتصر الجزاء على الجانب المدني. هذا المزج والخلط بين الجزاءين المدني والجزائي، يرجع بالأساس إلى **فقدان سلطة مركزية، وهي الدّولة في مفهومها الحديث.** تتولى تنظيم الحياة الاجتماعية، وتسهر على احترام القواعد المتصّلة بالنّظام العام، من خلال القوانين الجزائية. فكان الفرد، أو المجموعة، أو القبيلة، يثأر لنفسه مهما كانت طبيعة الاعتداء المتعرّض إليه، سواء كان ممّن يعتبر اليوم جزائيا، أو مدنيا.

170- **مع ظهور الدّولة في مفهومها الحديث،** بدأت الأمور تتغيّر وتتطور، **وبدأ العمل بالتّفرقة بين المادتين الجزائية والمدنية.** أي التّفرقة القائمة على ما هو متصّل بالقيم والمبادئ الأساسية للمجتمع، وما هو متعلّق بالمصالح الخاصّة للأفراد. فما **تعلّق بالمصلحة العامة للمجموعة، يتمّ جزاؤه في حقّ المجموعة** من خلال قواعد القانون الجزائي.[182] **وما تعلّق بالمصالح الخاصّة لا دخل للمجموعة**

[181] إذ نشبت حرب بين قبيلتين امتدّت أربعين عاما، بسبب دخول ناقة إلى مزاعي القبيلة المجاورة، التي توّلت نحرها لقاء ذلك الصنيع.

[182] أين يكون المجتمع ممثلا من قبل وكيل الجمهورية. الفصل الأول من مجلة الإجراءات الجزائية :"**يترتب على كل جريمة دعوى عمومية تهدف إلى تطبيق**

فيه، ولا تتمّ مؤاخذته إلاّ مدنيا.[183] من ذلك أنّه يعاقب على السّرقة بالسّجن،[184] في حين لا يتحصّل المتضرّر من حادث مرور، إلا على جبر الضّرر الحاصل له.[185]

171- عملا بهذا التقسيم وبتدخّل معيار **النّظام العام** أصبح الفرق واضحا بين ما هو مدني، وما هو جزائي في القانون. واعتبرت جزائية بصفة عامّة؛ الاعتداءات على الأشخاص،[186] وعلى الممتلكات،[187] وعلى الدّولة والأمن والسّكينة الاجتماعية.[188] أمّا المعاملات بين الخواصّ، من عقود وغيرها من التصرّفات القانونية[189]، والوقائع القانونية كالاستيلاء، والحوز[190]، والولادة، والوفاة[191]، وغيرها. فهي لا تخضع إلاّ للقانون المدني دون القانون الجزائي. **فالمبدأ أن**

العقوبات و يترتب عليها أيضا في صورة وقوع ضرر دعوى مدنية لجبر ذلك الضرر".

[183] يراجع ما جاء في الفصل الأول من مجلة الإجراءات الجزائية، الهامش السّابق.

[184] الفصل 260 من المجلة الجنائية :" يعاقب بالسجن بقية العمر مرتكب السرقة الواقعة مع توفر الأمور الخمسة الآتية :

اولا – استعمال العنف الشديد أو التهديد بالعنف الشديد للواقعة له السرقة او لأقاربه.

ثانيا – استعمال التسور او جعل منافذ تحت الأرض أو كسر او استعمال مفاتيح أو كسر الأختام و ذلك بمحل مسكون أو بالتلبس بلقب أو بزي موظف عمومي أو بادعاء إذن من السلطة العامة زورا.

ثالثا – وقوعها ليلا.

رابعا – من عدة أفراد.

خامسا – حمل المجرمين أو واحد منهم سلاحا ظاهرا أو خفيا.

[185] ولا يسمح له بيتر رحل السائق وإن قطعت رجله هو من جرّاء الحادث.

يراجع الفصل الأول من مجلة الإجراءات الجزائية المذكور آنفا.

[186] الفصول 201 إلى 254 من المجلة الجنائية.

[187] الفصول 255 إلى 309 من المجلة الجنائية.

[188] الفصول 60 إلى 200 من المجلة الجنائية.

[189] مجلة الالتزامات و العقود.

[190] مجلة الحقوق العينية.

[191] قانون الحالة المدنية.

لا تخضع إلاّ للقانون المدني دون القانون الجزائي. فالمبدأ أن لا يكون الجزاء إلاّ مدنيا، والاستثناء هو تسليط العقاب الجزائي عند خرق قاعدة جزائية.

172- لكن مع **تضخّم دور الدّولة في الحياة الحديثة، وخاصّة تدخّلها في المعاملات الاقتصادية، وفي الحياة الاجتماعية.** من تنظيم أهمّ العقود المبرمة بين الخواصّ بصفة آمرة، كبيع المواد الأساسيّة،[192] وإيجار المحلاّت التّجارية،[193] وتلك المعدّة للسّكنى،[194] و الاتّجار في بعض المواد[195]، والقيم، وتنظيم عقود الشّغل[196]، ونظام التغطية الاجتماعية[197]، وعقود التأمين، الخ... جعل أنّ كلّ ما كان يعتبر من صلاحيات **القانون المدني**، أصبح اليوم يهمّ ما يسمّى **بالنّظام العام والمصلحة العامّة**. نتيجة لذلك ولضمان حسن تطبيق هذه القواعد، غالبا ما تفرض الدّولة عقابا جزائيا على خرقها. هذا ما يجعل الفرق القائم بين المجالين، الجزائي والمدني، في تقلّص متزايد. فمن لا يحترم مقتضيات بعض العقود، يعرّض نفسه إلى عقاب جزائي تسلّطه عليه الدّولة في

---

[192] يراجع مثلا القانون عدد 39 لسنة 1998 مؤرخ في 2 جوان 1998 يتعلق بالبيوعات بالتقسيط و الذي أورد في عشرة فصول من جملة اربعة و ثلاثون فصل أحكاما جزائية و الحال و انه ينظم مادّة مدنية بالدّرجة الأولى و هي مادّة البيع.

[193] القانون عدد 37 لسنة 1977 مؤرخ في 25 ماي 1977، رائد عدد 38 لسنة 1977 ص1549.

[194] القانون عدد 35 لسنة 21976 مؤرخ في 18 فيفري 1976 ، رائد عدد 13 لسنة 1976، ص 520.

[195] القانون عدد 94-117 المؤرخ في14 نوفمبر 1994، رائد عدد 90 لسنة 1994، المتعلق بالسوق المالية.

[196] القانون عدد 27-66 مؤرخ في 30 أفريل 1966 ، رائد عدد 20 و 21 لسنة 1966 المصدر لمجلة الشّغل.

[197] عدد كبير من القوانين (حوالي 50) أخرها القانون عدد 58 مؤرخ في 28 جويلية 1997، رائد عدد60 لسنة 1997، المتعلق بجرايات الأبناء القصّر.

حقّ المجموعة. عدم خلاص معلوم التّامين في الأجل،[198] التّرفيع في سعر بعض البضائع،[199] الامتناع عن البيع.[200] **إلاّ أنّ اكتساح العقاب الجزائي المادّة المدنية، لا يعني بالمرّة الرجوع إلى فكرة الثأر والقصاص** التي تعرّضنا لها في بداية هذه الفقرة. بل يترجم ذلك حرص الدّولة، والمجتمع بصفة عامّة، على حماية ما له اتصّال بالنّظام العام، والقطاع الحياتي في المجتمع من معاملات اقتصادية، وتجارية، وتشغيل، وصحّة، وضمان اجتماعي، ...الخ. لكن رغم هذا التّقارب، يبقى الفرق قائما بيّن، بين الجزاء المدني و الجزاء الجزائي.

جزاء القاعدة القانونية.

173- قد يستقطب الرّأي العامّ العقاب الجزائي للقاعدة القانونية، لما تنقله الصّحف من أحداث ومحاكمات لبعض الجرائم والوقائع المثيرة. غير أنّ ذلك لا يعني أن جزاء القانون يقتصر على هذا الجانب، بل يجب فهمه بصفة أوسع وهو يمتدّ أيضا إلى الجزاء المدني.

174- **القواعد الجزائية.** فكرة **الصّبغة الملزمة للقاعدة لقانونية تقترن بالدّرجة الأولى بالعقاب المترتّب عن عدم احترامها.** ولا غرابة أن يكون الجزاء أصرم، وأقسى، في المادّة الجزائية لما لهذه المادّة من اتصّال بقواعد النّظام العام، والمقوّمات الأساسية للمجتمع؛ كسلامة الأشخاص،

---

[198] قرار عدد 1 لسنة 1996 مؤرّخ في 28 ديسمبر 1995 متعلق بتأمين المسؤولية المدنيّة لأصحاب العربات البرّية ذات المحرّك، رائد عدد 1 لسنة 1996 ص3.

[199] القانون عدد 64 لسنة 1991 مؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلّق بالمنافسة و الأسعار، الفصل 31.

[200] الفصل 6 الفقرة 2 من نفس القانون المذكور أعلاه.

والممتلكات، وسلامة الدّولة الدّاخلية والخارجيّة، والأخلاق الحميدة، وحسن الآداب، ...الخ. لغاية ذلك تلجأ الدّولة لضمان إلزام القاعدة الجزائية، إلى جميع الوسائل الزّجرية، وإن اقتضى الأمر عن طريق القوّة، من طرف وسائل الرّدع المسخّرة لذلك، من حرس، وأمن وطني، وشرطة. لكن حتى لا يصبح العقاب الجزائي أداة اضطهاد، وحيف، جاء منظّما بصفة مدققة، صلب مجلّة خاصّة تسمّى المجلّة الجنائية.[201] ولا يتسنّى تبعا لذلك وعملا بدستور هذه البلاد،[202] للمحكمة أن تقضي به إلاّ إذا جاء في نصّ صريح، وسابق للجريمة محلّ التتبّع. ينقسم العقاب الجزائي إلى نوعين:

175- **عقاب أصلي.** تكون المحكمة ملزمة بتطبيقه عند توفر أركان الجريمة. ويتدرّج تنازليا حسب خطورة الجريمة؛[203]

- القتل.
- السّجن بقيّة العمر.
- السّجن لمدّة معيّنة.
- العمل لفائدة المصلحة العامّة.
- الخطيّة.

176- **عقاب تكميلي.** تبقى المحكمة حرّة في القضاء به عندما تراه صالحا. وأنواعه كالآتي؛

---

[201] أمر علي نشر بالرائد الرسمي التونسي عدد 79 بتاريخ 1 ذي القعدة 1331 (1 أكتوبر 1913).

[202] الفصل 12 : **كل متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته في محاكمة تكفل له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه.**
الفصل 13 : **العقوبة شخصية و لا تكون إلاّ بمقتضى نص قانوني** سابق الوضع.

[203] الفصل 5 أ من المجلّة الجنائية، طبق ما تمّ تنقيحه بالقانون عدد 89 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999.

- منع الإقامة أو الإبعاد.
- المراقبة الإدارية.
- مصادرة المكاسب.
- الحجز الخاص .
- الإقصاء.

-الحرمان من الحقوق و الامتيازات الآتية :

. الوظائف العمومية أو بعض الحرف مثل محام أو مامور عمومي أو طبيب أو بيطار أو قابلة أو مدير مؤسسة تربوية أو مستخدم بها بأي عنوان كان أو عدل أو مقدم أو خبير أو شاهد لدى المحاكم إلا للإدلاء بمجرد تصريحات.

. حمل السلاح و كل الأوسمة الشرفية الرسمية.

. حق الاقتراع.

- نشر مضامين بعض الأحكام.[204]

177- **القواعد المدنية**. جزاء خرق القواعد المدنيّة، وإن جاء في جوهره خاليا من فكرة العقاب والزّجر، إلا أنّه يلجأ أحيانا إلى القوّة العامّة لتمكين المتضرّر من التّعويض. ويتجلّى ذلك خاصّة في التّنفيذ. مرحلتين اثنتين تميزّان الجزاء المدني ؛ التّعويض و التّنفيذ.

178- **التّعويض**. يتجسّم التّعويض، و هو أساس الجزاء المدني في مؤسّستين وهما، البطلان، وجبر الضّرر. غالبا ما يتمّ اللّجوء إلى **البطلان** عند عدم احترام القواعد القانونية المنظّمة للتصرّفات القانونية.[205] معنى ذلك أن كلّ

---

[204] الفصل 5 ب من المجلة الجنائية، مع الملاحظة أنّ التشغيل الإصلاحي تمّ إلغاءه بالقانون عدد 9 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995.

[205] الفصل 325 مجلة الالتزامات و العقود : **ليس للالتزام الباطل من أصله عمل و لا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام.**

تصرّف إرادي تترتّب عنه آثار قانونية، يجب أن يخضع إلى جملة من القواعد، منها الآمرة ومنها المتممّة.[206] فعقد بيع عقار مثلا، يجب أن تحترم فيه مقتضيات قانون 5 ماي 1992 وإلاّ تعرّض إلى **البطلان**[207]. و يكون أثر ذلك **إرجاع طرفي العقد إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد.**[208] أي أن يسترجع المشتري ماله، والبائع عقاره. نتيجة هذا الأثر أن لا يسمح بدوام وضعية غير مطابقة للقانون.

179- عندما تثبت المسؤولية المدنية لشخص، سواء بمناسبة **تصرّف قانوني**[209]، أو بمناسبة **واقعة قانونية**[210]؛ يلجأ إلى جبر الضّرر للتّعويض للمتضرر عمّا لحقه من خسارة، و ما فاته من ربح.[211] يتمّ جبر الضّرر المذكور، بقيمة مالية تقدّرها المحكمة،[212] إذا ما توفّرت شروط المسؤولية المدنية : من ضرر، وفعل ضارّ، وعلاقة سببية بينهما.

و يبطل الالتزام من أصله في الصورتين الآتيتين :

أولا : إذا خلا عن ركن من أركانه.

ثانيا : إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة.

[206] بخصوص هذه التفرقة تراجع الفقرة رقم 166.

[207] الفصل 581 الجديد م.ا.ع. :"**إذا كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة بحجة ثابتة التاريخ قانونا و لا يجوز الاحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجل بقباضة المالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة**".

[208] يراجع الفصل 325 المشار إليه أعلاه.

[209] الفصل 268 و ما بعده م.ا.ع.

[210] الفصل 82 و ما بعده م.ا.ع.

[211] الفصلين 107 و278 م.ا.ع.

[212] تعقيب مدني عدد 40394 مؤرخ في 22 أفريل 1996 : "**لئن كان تقدير التعويض في الضرر المادي من المسائل الموضوعية فإن تعيين العناصر المكونة له يعد من المسائل القانونية التي تراقبها محكمة التعقيب لأن هذا التعيين من قبل التكييف القانوني للوقائع**".

180- **التّنفيذ.** يمتثل في أغلب الأحيان المحكوم عليه بالتّعويض، أو بالبطلان. غير أنّه قد يمانع في التنفيذ تلقائيا، عندها **يرغم على ذلك**[213]، **ويتجسّم في ذلك أهمّ مظهر للصّبغة الملزمة للقانون المدني.** الامتناع عن التّنفيذ لا ينفع المدين في شيء، إذ يمكن لدائنه إرغامه على ذلك، والاستنجاد بالقوّة العامّة لغاية ذلك.[214]

181- بيّنت الدّراسة الدّاخلية للقاعدة القانونية، أنّها تتميّز بثلاث خصائص ؛ صفة **التّجريد أو العمومية**، صفة **الخارجية**، و صفة **الإلزام**. تشكّل هذه الخصائص الثلاث **المعيار** الذي يفرّق بين القاعدة القانونية، و النّظم السّلوكية الأخرى.

القسم الثّاني : الدّراسة الخارجية للقاعدة القانونية.

182- **من الثّابت أنّ القانون لا ينفرد في مجتمع ما، بتنظيم الحياة الاجتماعية، وتقعيد المعاملات بين الأفراد. بل يتقاسم هذه المهمّة مع نظم سلوكية أخرى، أفرزها المجتمع إلى جانب القواعد القانونية. هذه النّظم، أو القواعد هي ؛ الدّين، والأخلاق، والإنصاف.** فكلّ هذه القواعد تهتّم بنفس الهدف والموضوع، تقعيد وتهذيب السّلوك البشري داخل كلّ مجموعة إنسانية. يعاقب الفصل 317 من المجلّة

[213] الفصل 285 و ما بعده من مجلّة المرافعات المدنية و التجارية.

[214] الفصل 390 م.م.م.ت.:"**إذا سبق إجراء عقلة تحفظية على المنقولات فإن العدل المنفذ يتولى تحويلها إلى عقلة تنفيذية عند انتهاء الأجل المنصوص عليه بالفصل 287.**"

الجنائية،[215] بالسّجن والخطيّة، كلّ من وجد بحالة سكر واضح في الطّريق العامّ. يستمدّ هذا الفصل جذوره في نفس الوقت؛ من **القانون**، إذ جاء في نصّ جنائي، ومن **الأخلاق**، ومن **الدّين**. هذا ما يبيّن مدى التّفاعل القائم بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى. **فهو يؤثّر فيها، ويتأثّر بها. هذا لا يعني أن القانون يختلط ويمتزج مع هذه النظم السلوكية، فهو بالضّرورة مختلف عنها.** هذا ما سنحاول بيانه في إطار هذا القسم. إلاّ أنّ هذا الاختلاف، والاستقلال، لا يعني أيضا انغلاق واستئثار، أحدهم بالتّنظيم الاجتماعي. **بل يوجد تعامل وتفاعل بين هذه القواعد التّنظيمية، والقانون.**

الفقرة الأولى : القانون والإنصاف.

أ تعريف الإنصاف.

183- بقدر ما اتّسم تعريف القانون بالوضوح والبساطة، إذ يتّفق الشرّاح في تقديمه[216] على كونه؛ "**جملة من القواعد الملزمة جاءت لتنظيم الحياة الاجتماعية تسهر على احترامها سلطة مختصّة**". بقدر ما يحار الفقهاء في تعريف الإنصاف.[217] فالمعجم القانوني يعرّف الإنصاف

[215] "يعاقب بالعقوبات المذكورة :

...

ثانيا . **كل من وجد بحالة سكر واضح بالطريق العام أو بجميع الأماكن العامة الأخرى**".

[216] الفقرة عدد12.

[217] جاء في لسان العرب لابن منظور : **النّصف و النّصفة و الإنصاف** اعطاء الحقّ، و قد انتصف منه، و أنصف الرجل صاحبه إنصافا، و قد أعطاه النّصفة. ابن الإعرابي : أنصف إذا أخذ الحقّ و أعطى الحقّ. و **النّصفة** : اسم الإنصاف.

بكونه؛ "**التّحقيق الأمثل للعدالة**".[218] ويعرّف العميد CARBONNIER[219] الإنصاف؛ "**بالشعّور الذّاتي بالظّلم**". أما الفقيه J. GHESTIN يعتبر أنّ الإنصاف هو **البعد الأخلاقي المتضمّن في القانون والّذي يجب أخذه بعين الاعتبار**.[220] نظرا للغموض الذي يكتنف مفهوم الإنصاف يتعيّن علينا اعتماد بعض الأمثلة بأمل الظفرّ بنتيجة.

184- عمدت امرأة فقيرة في عام مجاعة إلى سرقة رغيف خبز حتى ترضع ابنها المريض، غير أنّه تمّ القبض عليها وإحالتها أمام العدالة. فرأت محكمة التّعقيب أنّ الظّروف التي تمّت فيها السّرقة، لا تسمح بعقاب هذه المرأة، رغم توفر أركان جريمة السرقة، أي الاستيلاء خلسة على مال الغير.[221] بالنّسبة للقانون **تعدّ هذه المرأة مذنبة**، ويتعيّن عقابها. لكن بالنّظر للإنصاف، فهي مضطرّة إلى ذلك وقد **تبيح الضّرورات المحظورات**.

و تفسيره أن تعطيه من نفسك النّصف أي تعطيه من الحقّ كما الذي تستحقّ لنفسك.

[218] Dictionnaire juridique, Henri CAPITANT, équité.

[219] Droit civil, 1 introduction, op. cit. n° 4 et 6. ; S. MELLOULI, le juge et l'équité, réflexions sur le recours à l'équité par le juge en droit privé interne, R.T.D. 1983, p. 507 et s. ; Ch. ALBIGES, de l'équité en droit privé, préface, R. CABRILLAC, Paris, L.G.D.J., 2000.

[220] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n° 239.

[221] Le juge Magnaud, le « bon juge », S 1899-2-1. c.f. J.CARBONNIER, op. cit. p. 35, n° 6.

185- لا يعترف القانون التونسي بابن الزنا[222] (عملا بالحديث الشريف "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**").[223] إلا أنّه يحدث أن يولد طفل لخطيبين حال دون زواجهما عائق ما. لمساعدة ابن الخطيبين هذا، دأب فقه القضاء على اعتبار الخطبة زواج فاسد،[224] رغم صريح الفصل الأوّل من مجلّة الأحوال الشخصيّة.[225] تجاه القانون لا تعدّ الخطبة زواجا، لكن إزاء الإنصاف حاولت المحاكم أن ترتّب آثارا قانونية عن الخطبة في ما يخصّ ابن الخطيبين.

186- يمكن آن نستخلص من خلال هذين المثالين أنّ الإنصاف **هو إحساس ذاتي وباطني بالعدالة المثلى**. سيمكننا هذا المفهوم من التّفريق بين الإنصاف وبين القانون.

ب الفوارق القائمة بين الإنصاف والقانون.

187- رأينا أنّ للقانون ثلاث خصائص، و هي؛ **التّجريد**[226] أو **العمومية** لكون القاعدة القانونية تتّجه إلى المجموعة ولا إلى شخص معيّن. ثمّ العنصر **الخارجي**،

[222] الفصل152 من مجلّة الأحوال الشخصية :"**يرث ولد الزنا من الأم و قرابتها و ترثه الأمّ و قرابتها**".

[223] الفصل 68 م.أ.ش. : "**يثبت النسب بالفراش او بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فاكثر**"

[224] مدني عدد 7900 مؤرخ في 14 نوفمبر 1972، نشرية محكمة التعقيب 1972 ص 54؛ مدني عدد 5350ة مؤرخ في 2 أفريل 1968، ق.ت. 1969 ص 25؛ مدني عدد 5931 مؤرخ في 21 أكتوبر 1968ق.ت. 1969 ص 493. محمد المنصف بوقرة، إثبات نسب ابن الخطيبين، مذكرة مرحلة ثالثة، كلية الحقوق و العلوم الإقتصادية بتونس 1979.

[225] "**كل من الوعد بالزواج و المواعدة به لا يعتبر زواجا و لا يقضى به**".

[226] الفقرة عدد 136.

ومعناه أن القانون لا يخضع لإرادة الفرد بل هو صادر عن سلطة مختصّة وهي الدّولة.[227] أمّا الميزة الثالثة فهي **الطابع الملزم** للقانون، وهو أهمّ خاصّية للقانون، إذ هو ليس دعوى أو إيحاء، وإنّما أمر يتعيّن احترامه.[228]

188- . بالنّسبة **للتّجريد** أو **العمومية**؛ ما نلحظه من مكوّنات الإنصاف أنّه عكس ذلك تماما. بل هو **إحساس ذاتي وشخصي وظرفي**، لمفهوم العدالة المثلى. فهو بالتّالي يختلف من شخص لآخر، حسب الثقافة، والتكوين، والبيئة، والمجتمع، والعائلة، والمحيط.

189- . في ما يخصّ العنصر **الخارجي**، وهو بدوره أساسي في القانون، اذ لا يخضع إلى إرادة الفرد، وإنّما يعبّر عن طموحات المجموعة. **لا نجده متوفّرا في الإنصاف**، بل يقابله نقيضه؛ ضرورة انّ أهمّ ميزة للإنصاف هي صبغته **الباطنية، الذّاتية**، التي تجعل منه مجرّد حدس، أو شعور لدى المرء، ولا تصوّرا واضحا، ومركّزا لمفهوم معين.

190- . أمّا الطّابع **الملزم**، و الذي يشكّل أهمّ ميزة للقانون لوجوب احترامه ولو لزم الأمر **بالقوّة**، فهو الآخر **غير متوفّر في الإنصاف**. بل لا يمكن تصوّر إمكانية اللّجوء إلى **القوّة**، لتطبيق وازع باطني، ظرفي، وشخصي، لا دخل للدّولة، أو للمجموعة فيه. خاصّة إذا كان مخالفا لما أتت به قواعد المجموعة.

[227] الفقرة عدد 158.

[228] الفقرة عدد 162.

191- **مكّنت هذه المقارنة بين القانون و الإنصاف**، من إبراز الفوارق القائمة بينهما، رغم ما يجمع بينهما في الظاهر، إذ يحاول القانون تحقيق الإنصاف غير أنّه لا يمتزج به.[229]

الفقرة الثانية : القانون والدين.

أ تعريف القواعد الدينية.

192- يجمع الفقهاء[230] على اعتبار قواعد دينية تلك التي جاءت لتنظيم علاقة **الخالق بالمخلوق**. وهي جملة من **الطّقوس**، والعبادات، والأوامر، والنّواهي[231]. تتّجه إلى **ضمير** الشّخص، و**إيمانه**. يكون **احترامها تلقائيا**، وغير موجب للجزاء الدنيوي.

193- انطلاقا من هذا التّعريف المتداول، يتبيّن أنّ اهمّ ما يميّز القاعدة الدّينية هو أولا، **موضوعها** الّذي يعنى بتنظيم **علاقة الإنسان بخالقه أي أنّها** علاقة روحية عمودية، و لا علاقة اجتماعية أفقية. كما تتميّز القاعدة الدّينية بصبغتها **الأزلية**، السرمديّة، أي الدّائمة و الصّالحة لكلّ زمان ومكان،

[229] G. BOYER, la notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements, Mélanges MAURY, II, p.257 et s. ; S. MELLOULI, article op. cit., R.T.D. 1983.

[230] رمضان ابو السعود و همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 52.؛
M. CHARFI, introduction, op. cit., n°28 ; S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 43.

[231] "**الدّين و جمعه أديان : إسم لجميع ما يعبد به الله، الملّة و لصاحبه**". المنجد الأبجدي. دار الشرق بيروت.

و يكون أيضا **جزاؤها آجلا**، أي في يوم آخر. هذا ما يجعل **أنّ لا مجال للخلط بين القواعد الدّينية و القواعد القانونية.**

ب التّمييز بين الدّين والقانون.

194- رغم ما اتّسمت به بعض المجتمعات الدّينية التقليدية، من مزج وخلط بين الدّين والقانون، إلاّ أنّ مفهوم الدّولة الحديث، ومفهوم القانون في المجتمعات المعاصرة، أصبح لا يتحمّل هذا الربط والمزج، نظرا لمميزّات كلّ من الدّين ومن القانون.

195- يتمثّل موضوع القاعدة الدّينية أساسا، وبالدّرجة الأولى، في **تنظيم العلاقة بين الخالق والمخلوق** ، و هي علاقة دينيّة أو روحية، و تقوم على الإيمان والعقيدة والاقتناع. كما أنّها علاقة **شخصيّة**، تتّجه إلى الشّخص أينما كان. في حين تربط بين الدّولة والمواطن، علاقة **سياسية خارجية**، تسمّى العلاقة الجنسية. لا تقوم لا على إيمان، و لا على قناعة، وإنّما على **عناصر موضوعيّة** كالولادة[232]، والنّسب[233]. من ذلك أنّ موضوع القانون يختلف عن موضوع الدّين، لكونه يهدف إلى تنظيم المجتمع دون الوقوف عند العقائد والإيمان، ويتسلّط على رقعة ترابية، و هو بذلك **ترابي** و ليس شخصي. بل يتسلّط على من تربط بينهم وبين الدّولة علاقة سياسية موضوعية.

[232] الفصل 7 من مجلة الجنسيّة :" يكون تونسيا من ولد بتونس وكان أبوه وجدّه للأب مولودين بها أيضا".

[233] الفصل 6 من مجلة الجنسيّة : " يكون تونسيا :1) من ولد لأب تونسي.2) من ولد من أمّ تونسية و أب مجهول أو لا جنسيّة له أو مجهول الجنسية. 3) من ولد بتونس من أم تونسية و أب أجنبي.

196- يعني أيضا الطّابع **الأزلي**، أنّ القاعدة الدّينية صالحة لكلّ زمان ومكان. و بقدر ما يصحّ ذلك بالنّسبة للقواعد المتعلّقة بالعبادات، بقدر ما يتعذّر ذلك في مادّة المعاملات، لتطوّرها و تغيّرها حسب الأزمنة و العصور. من ذلك أنّه **لا يمكن الرّبط بين القانون**، أي ما هو متغيّر و متطوّر حتما، **و الدّين** أي ما هو ثابت و راسخ و أزلي.

197- أمّا بخصوص جزاء القاعدة الدّينية، فهو الآخر يختلف عن جزاء القاعدة القانونية، باعتبار أنّ هذا الجزاء **آجل ولا عاجل**، يلقاه الإنسان في يوم القيامة. في حين يكون جزاء القاعدة القانونية **دنيويا**، و**عاجلا**، تسهر الدّولة على تنفيذه توا[234]. **فاحترام القاعدة الدينية وإن كانت آمرة رهين إيمان الشّخص وقناعته الذّاتية، في حين لا يتوقف احترام القاعدة القانونية على هذا الشرط، بل يفرض بالقوّة إن أحوجت الضّرورة لذلك.**

198- يمكن القول عندئذ، أنّ لا مجال للخلط بين الدّين و القانون ، رغم ما وقع فيه البعض[235]، و الذي يعود للبس و مزج بين **طبيعة** القاعدة و **مصدرها**. فمصدر القاعدة لا يضفي عليها طبيعتها، الّتي تستمدّها من موضوعها. **تكون القاعدة دينيّة عندما يكون موضوعها دينيا، وتكون قانونية**

[234] في خصوص الصّبغة الملزمة للقاعدة القانونية، الفقرة 162 وما بعدها.

[235] يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام. إذ يكتب الشيخ في تعريفه للحرام :"**هو الأمر الذي نهى الشارع عن فعله نهيا جازما، بحيث يتعرض من خالف النهي لعقوبة الله في الآخرة، و قد يتعرض لعقوبة شرعية في الدنيا أيضا**" المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة عشرة، ص 15. يتضمّن هذا التّعريف خلطا واضحا بين القانون، الذي يلقى جزاءه في الدّنيا، و الدّين الذي لا يلقى جزاءه إلاّ في الاخرة.

عندما يكون موضوعها كذلك. أمّا قداسة المصدر، قد تكسب القاعدة مكانة متميّزة، لكن لا تجعل منها قاعدة دينيّة، إلا إذا كان موضوعها دينيا.

الفقرة الثالثة : القانون والأخلاق.

أ تعريف القاعدة الأخلاقية.

199- القاعدة الأخلاقية هي **قاعدة سلوكية اجتماعية، ناتجة عن عادات، تقاليد، ومعتقدات المجتمع، لما يجب أن يتسَم به الفرد من مثل سامية، و سلوك سويّ، وسراط مستقيم.**[236] تتميّز إذا القاعدة الأخلاقية لكونها تصدر عن معتقدات وعادات وطقوس اجتماعية. كما أنّها تهدف بالأساس إلى السمّو بالفرد إلى السّلوك السوّي والتعامل الخيّر. لذلك فهي تعتمد إلى حدّ بعيد، **النّوايا والمقاصد**. كما أنّ الجزاء الأخلاقي هو بالأساس جزاء **باطني**، يتمثّل في تأنيب الضّمير، واستنكار المجتمع.[237] هذا ما يجعل القاعدة الأخلاقية مختلفة عن القاعدة القانونية.

[236] رمضان أبو السعود و همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون، المرجع السّابق، ص 45.

H. L. & J. MAZEAUD par F. CHABAS, introduction à l'étude du droit, op. cit., n° 6 ; Ph. JESTAZ, pouvoir juridique et pouvoir moral, R.T.D. civ. 1990, p. 625.

[237] J. CARBONNIER, droit civil, 1, introduction, les personnes. op. cit. n° 6. ; G. RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, 1ère édition. 1927.

ب التّمييز بين الأخلاق والقانون.

200- إلى حدّ تاريخ قريب،[238] ظلّ الخلط والمزج بين الأخلاق والقانون، قائما في الأذهان، لتعلّق كلا المنظومتين بتهذيب سلوك الفرد داخل المجموعة، والسمّو به إلى ما هو أفضل. إلا أنّ ظهور مفهوم الدّولة الحديث، وانفرادها بسنّ و وضع القواعد القانونية، كاختصاصها بالسّهر على تنفيذها واحترامها، وضع حدّا لهذا التّخالط والتّمازج، وذلك على مستويات أربعة.

201- **مصدر** القواعد الأخلاقية اجتماعي صرف، في حين تتعدّد مصادر القانون.[239] و لا يلعب العنصر الاجتماعي، صلب هذه المصادر، إلاّ دورا محدودا، و هو دور العرف.[240]

202- **غاية** القاعدة الأخلاقية، ذاتيّة محضة، فهي تهدف إلى تهذيب سلوك الفرد. في حين تتميّز القاعدة القانونية بغايتها الاجتماعية، التّنظيمية، و إن على حساب الأخلاق أحيانا.[241]

[238] في ما يدعو العميد "ريبار" إلى إضفاء مسحة أخلاقية على قواعد القانون المدني (المؤلف المذكور أعلاه)، يقترح الفيلسوف "ماسيرون" تكريس حدّ أدنى للأخلاق صلب القانون نفسه، لمن لا أخلاق له.

[239] الفقرة 273 و ما بعدها.

[240] الفقرة 320 و ما بعدها.

[241] مثل ذلك القواعد المتعلّقة بسقوط حقّ القيام بمرور الزمن(الفصل 401 و ما بعده م.ا.ع) التي تفقد الدّائن حقه في المطالبة بدينه رغم عدم خلاص المدين.يراجع في هذا المعنى صلاح الدّين الملولي، المرجع السابق، عدد

203- بقدر ما تعتدّ القاعدة الأخلاقية **بالنّية والمقصد**، بقدر ما يتجرّد القانون عن هذه العناصر، ولا يعتدّ **إلا بظاهر الأمور وما هو ثابت منها.**

204- **جزاء** القاعدة الأخلاقية ذاتي و باطني، و تكون هذه القاعدة تبعا لذلك غير ملزمة. إلا أنّ جزاء القاعدة القانونية خارجي وملزم، وإن اقتضى الأمر بالقوّة.[242]

205- مكّنتنا **الدّراسة الخارجية للقاعدة القانونية** من الوقوف عند الفوارق القائمة بين القانون، و النّظم السّلوكية الأخرى. كما أنّها مكّنتنا من الاطّلاع على التّفاعل الموجود بين القانون، وهذه القواعد السّلوكية. **يتقاسم القانون مهمّة تنظيم وتقعيد سلوك الفرد داخل المجتمع، مع بقيّة القواعد الاجتماعية. غير أنّ القانون ولئن يستمدّ مادّته من كلّ هذه النظم السلوكية، فهو لا يمتزج بها، وإنّما يستقلّ بخصائصه كقاعدة عامّة، مجرّدة، خارجية، وملزمة. لكنّه في نفس الوقت لا يستأثر بتنظيم الحياة الاجتماعية، بل يترك مجالا للنّظم الأخرى، للتدخّل كلّ في مجاله.**

[242] الفقرة 162 و ما بعدها.

الجزء الثاني
أساس القانون

206- بمجرّد تجاوز مفهوم القانون، أو الجانب الشكلي للقانون، حتى يثير هذا الأخير تساؤلات جوهرية وأيديولوجية، و هي **مادّة فلسفة القانون**.التي تثير تساؤلين اثنين؛ **هل أنّ القواعد القانونية التي تفرضها الدّولة كسلطة سياسية، هي كلّ المادّة القانونية ؟ هل أن للمشرّع الحرّية المطلقة، في سنّ كلّ القواعد القانونية دون رقيب ؟**

207- يحيل هذان السؤالان إلى إشكالية جوهريّة وهامّة، وهي تلك **المتعلقة بأساس القانون**. أي **من أين تستمدّ القاعدة القانونية صبغتها الإلزامية؟** أو بعبارة أخرى ما هو أساس، وسند، وركيزة سلطة القانون؟[243] علما أنّه يجب أن لا نخلط بين **أساس القانون** و **مصدره**، ففي حين يتعلّق الأوّل، أي الأساس، بتبرير القوّة الإلزامية للقاعدة القانونية. يهتّم الثّاني، أي المصدر، بتحديد الينابيع التي ينهل منها القانون مادّته.

208- تبقى إثارة مسألة أساس القانون، من أعسر، وأصعب المشاكل، التي تعترض رجل القانون. إذ هي تستوجب دراية مزدوجة ؛ إحاطة كاملة بالمادّة القانونية،

[243] رمضان أبو السّعود و همام محمد محمود زهران، المرجع السّابق، ص 121 و ما بعدها.

M. CHARFI, introduction, op. cit., n° 53 et s. : S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 56, et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, & M. FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n° 7 et s. ; M. VILLEY, philosophic du droit, t. I, définitions et fins du droit, 4[emic] édition, Dalloz, 1980.

و إلمام ضافي بالفلسفة[244]. نتيجة لذلك، لن نخوض في جوهر النقاشات الفلسفية، والجزئيات المتعلقة بها. بل سنقتصر على استعراض أهمّ النّظريات التي برزت على السّاحة، والتي حاولت التّأسيس للقاعدة القانونية. إلى جانب الأنظمة المعتدّة بالقانون، و التي حاولت التّأسيس له، وجدت أنظمة أخرى، و تيارات فكرية **نافية للقانون**، وجب الوقوف عندها أيضا.

[244] يصعب فعلا التعرّض إلى هذا الجانب من المادة القانونية في إطار مؤلف لا يطمح إلاّ لتبسيط المادة القانونية لطلبة السنة الأولى، و للقارئ المبتدئ بصفة عامّة بأكثر ما يمكن من الموضوعية.

الباب الأوّل
التّيارات القائلة بالقانون

القسم الأوّل : النظرية المثالية أو نظرية القانون الطّبيعي.

209- سنستعرض في مرحلة أولى محتوى هذه النّظرية، لنقف إثر ذلك عند الانتقادات الموجّهة إليها.

الفقرة الأولى : محتوى النّظرية المثالية.

210- تقوم هذه النّظرية على فكرة أساسيّة، أنّ القانون الوضعي، أي المطبّق فعلا، في بلد ما، وفي عصر ما، هو ليس كلّ القانون، بل تعلوه قواعد عامّة، سامية ومثالية، تجسّم مفهومي العدالة والإنصاف[245].من ذلك أنّه

[245] J. GHESTIN, G. GOUBAUX, & M. FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n° 9.

يتعيّن على القانون الوضعي، الامتثال إلى هذه القواعد السّامية، المثالية والمتمثّلة بالنّسبة للبعض، في الكلام المنزّل، وبالنّسبة للبعض الآخر يهتدي إليها، بواسطة العقل والمنطق البشري.[246] لما في الإنسان من ميل طبيعي، وتعطّش غريزي، للعدالة والإنصاف. هذا ما يمكّن من تقييم قواعد القانون الوضعي بمقارنتها مع تعاليم القانون الطبيعي، واعتبار كلّ قاعدة مخالفة لهذه التعاليم غير عادلة. يتعيّن على المشرّع، تبعا لذلك، الامتثال إلى هذه المثل السّامية، العاليّة، و يحقّ للفرد التمرّد، وعدم احترام القواعد الوضعية المخالفة لهذه المثل، لكونها لا تملك من القانون إلا المظهر. هذه العدالة المثالية، السّامية، لا تقيّد فقط الفرد داخل المجموعة، بل أيضا وخاصّة السّلطة السياسية الحاكمة فيها. يكون القانون تحت سلطة مثل سامية قد يصعب الاهتداء إلى محتواها أحيانا، غير أن همّ ذلك يشكل أبرز مشاغل البشرية.[247]

تمّ التّعبير عن هذا التصوّر في أشكال مختلفة، يمكن حصرها في مدرستين حسب ظهورها التاريخي. المدرسة التقليدية، والمدرسة الحديثة.

[246] H. L. & J. MAZEAUD, par F. CHABAS, introduction, op. cit., n° 13.

[247] L. LE FUR, la théorie du droit naturel depuis le XVIIème siècle et la doctrine moderne, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1927, V, 18, III, pp. 259-442. ; A PAPAUX, & E. WYLER, l'éthique du droit international, P.U.F., 1997.

أ المدرسة التّقليدية.

القانون الطبيعي في أثينا العتيقة.

211- ظهرت أوّل بشائر هذه النّظرية، في كتابات الفيلسوف اليوناني أفلاطون (487-429 ق.م.)[248]، وتبلورت خاصّة تحت قلم أرسطو (384- 322 ق.م.)، ثم تمّ نقلها إلى الحضارة الرومانية، من قبل سيسرون **Cicéron** (106-43 ق.م.).[249] تمثّل شعار هذه المدرسة في كون القانون يهدف انطلاقا من ملاحظة الطبيعة، إلى تحقيق العدالة. أي إعطاء كلّ ذي حقّ حقّه. "**اجعل من العدل روح وأساس القانون**"

[248] **Platon,** philosophe grec (Athènes v. 427 - *id.* 348/347 av. J.-C.). Disciple de Socrate, il voyagea en Egypte, en Sicile, revint à Athènes où il fonda v. 387 une école, l'Académie, puis tenta vainement de conseiller le tyran Denys de Syracuse. Son œuvre philosophique est constituée d'une trentaine de dialogues qui mettent en scène disciples et adversaires face à Socrate. Par la dialectique, celui-ci leur fait découvrir, au travers de leurs contradictions, des idées qu'ils avaient en eux sans le savoir, les fait progresser vers un idéal où le beau, le juste et le bien sont les vérités ultimes de l'existence terrestre de l'âme humaine, et dont l'homme n'aperçoit sur terre que les apparences. Il s'agit enfin de faire naître dans ce monde une cité idéale, où l'ordre de justice sera garanti par les philosophes. Les principales œuvres de Platon, *le Banquet, Phédon, la République, Phèdre, Parménide, le Sophiste, Timée, les Lois* , ont marqué la pensée occidentale, en passant par Aristote, les Pères de l'Eglise, la philosophie de l'islam, le Moyen-âge et la Renaissance, jusqu'à certains aspects de l'idéalisme logique contemporain.

[249] A. SERIAUX, le droit naturel, P.U.F., 1993, première partie, le droit naturel classique, pp. 15 et s

كان يقول سيسرون،[250] لترادف كلمتي **العدل والقانون** في اللّغة الرّومانية. يهدف القانون، و هو بالنّسبة لهذه النّظرية **علم وفنّ** ، إلى **تحقيق العدالة**. ويتمّ ذلك **بمعاينة الطّبيعة**، والقوانين الطبيعية المحكمة. الكلّ في الطّبيعة ؛ الكائنات الحيّة كالأشياء تهدف إلى **غاية محدّدة**. وجود هذه الكائنات، حركاتها، تطوّرها، جميعها يخضع إلى **دوافع هادفة**، ولا **عضوية**. ويتعيّن على الإنسان الانضمام إلى هذا النّسق المتماسك، ليحقق وجوده، إذ **خارج هذا النّظام ليس هنالك تفسير لوجود الإنسان**.

212- تبعا لهذه الفلسفة، يكون عادلا ما هو متضامن، متناسق مع هذا النّظام الكوني، مع هذه الحطّة الطّبيعية. وما القانون إلاّ نتاج لملاحظة الطّبيعة، وكائناتها. يستدلّ على هذه الحقيقة، انطلاقا من الواقع الطّبيعي. بالنّسبة لهذه الفلسفة، **يمكن تحديد الإمكان ممّا كان**. فعلا هذا المدرسة هي مثالية، إلاّ أنّها أيضا، **واقعيّة** إذ هي **تمزج بين العدالة المثالية، والحقيقة الملموسة**. هي تقبل بعض المرونة صلب هذه المثل العليا للعدالة والإنصاف، فهي تتطوّر بنسق ملاحظة الأشياء، والأمور، وهي بالتّالي في بحث مطّرد، وتطوّر متواصل.[251]

[250] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, & M. FABRE-MAGNAN, op. cit., n° 10.

[251] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 1، مطبعة السلام، ط 6، 1987 ؛ رمضان أبو السعود، المرجع السّابق، ص 123.
M. CHARFI, introduction, op. cit. n° 55 ; S. LAGHMANI,éléments d'histoire de la philosophie du droit, le discours fondateur du droit, t. 1, la nature, la révélation et le droit, Céres production, pp. 62 et s. ; S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 66.

نظرية توماس الأكويني.[252]

213- لكن مع ظهور أفكار القدّيس **توماس الأكويني**[253] تطوّر تصوّر المدرسة المثالية للقانون الطّبيعي. إذ حملت المسيحيّة على لسانه، مفهوما آخر للمثل العليا للعدالة والإنصاف ؛ التي أصبحت توجد أيضا في الكلام المنزل. رغم طابعها الأخلاقي أثرت هذه النظرة على مادّة مدرسة القانون الطبيعي، بالبعد الرّوحي الذي أضفته عليها. **فهي تعتبر أن هناك حكما أزليا، وهو حكم الخالق على الكون، يجسّم العدالة الإلهية، الدّائمة، الكاملة، والمثالية، لما تستلهمه من روح واضعها، وهو الله.**[254]

214- للاهتداء إلى هذه الحقيقة الإلهية طريقتان ؛ الأولى وضعها بعد أرسطو، عندما اعتبر أنّ **نظام الطّبيعة** يحمل في طيّاته هذه الحقيقة الإلهية، التي يمكن للإنسان الاهتداء إليها عن طريق **العقل والفكر**. أمّا الطّريقة الثانية،

[252] Saint Thomas d'ACQUIN يراجع محمد الشرفي و علي المزغني، المرجع السّابق، عدد 56 ؛ رمضان أبو السعود، المرجع السّبق، ص 124.

[253] **Thomas d'Aquin** *(saint),* théologien italien (Roccasecca, Aquino, prov. de Frosinone, 1225 - abbaye de Fossanova, prov. de Latina, 1274). Dominicain, maître en théologie (1256), il professa surtout à Paris, où il avait reçu l'enseignement d'Albert le Grand. L'essentiel de son enseignement (thomisme) se trouve dans sa *Somme théologique* (1266-1273), qui s'organise autour du thème central d'une harmonie entre la foi et la raison. Docteur de l'Eglise.

[254] يراجع صلاح الدين المللولي، المرجع السّابق، ص 29، عدد 99، الذي يتبنّى نفس الموقف في ما يتعلق بالقانون التونسي و التشريع الإسلامي.
B. OPPETIT, philosophie du droit, précis Dalloz, Paris 1999, n°28.

فهي **الوحي الإلهي**، أي كلام **الله** المدّون في الكتابات المقدّسة، **والتي تمكّن دراستها من تصويب ما أعوّج بالفكر البشري**. غير أنّ، دائما حسب القدّيس توماس الأكويني، فكّ رموز هذه الحقيقة السّامية ليس بالأمر الهيّن. لكونها جاءت في شكل مبادئ عامّة، لا تكفي لحاجيات الإنسان الاجتماعية، والسّياسية من قواعد خاصّة ومدققة. ويتعيّن تبعا لذلك، على السّلطة السياسية، سدّ هذه الثغرات، وإتمام هذه النقائص، بالاستلهام من الأخلاق الدّينية ما نقص من القواعد، وعلى النّظام السّياسي بالتّالي، أن يتقيّد بهذه الحقيقة الإلهية السّامية. كما يحقّ للفرد، حسب هذا الرأي[255]، أن يثور على القوانين الوضعية عند عدم تطابقها، و تضاربها مع التّعاليم السماوية. حاول إذا هذا القدّيس، التّوفيق بين استنتاجات الفلسفة اليونانية، وتعاليم الديانة المسيحية، وافترض طرحه الجمع بين **سداد الرّأي وخشوع المؤمن**. مع ظهور التيّار الحديث لمدرسة القانون الطبيعي، توارى هذا المقترح واختفى.

ب النّظرية الحديثة للقانون الطّبيعي.

215- ظهرت هذه النّظرية مع فلاسفة عهد التنوير في الغرب، و انتشرت تعاليمها خاصّة في القرن الثامن عشر. تقوم النّظرية الحديثة للقانون الطّبيعي، على ثلاثة أفكار أساسيّة.

[255] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, & M. FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n° 12.

لائكية أو علمنة القانون الطبيعي.

216- انتشرت فكرة علمنة القانون الطّبيعي تحت قلم **Hugo DE GROOT (1583-1645)** الملقب **GROTIUS**[256]، الذي يعتبر مؤسّس المدرسة الحديثة للقانون الطبيعي. تمثّلت علمنة القانون الطّبيعي هذه، في اعتبار الإنسان بما أنّه من مخلوقات المولى، فما يهتدي إليه بموجب فكره وعقله هو حتما مطابق للإرادة الإلهية.[257] يمكن بالتالي الاهتداء إلى القانون الطّبيعي دون اعتماد الأخلاق الدّينية، وبمجرّد تحكيم العقل والمنطق.

تتميّز أيضا هذه النّظرية، إلى جانب طابعها اللاّئكي، بكونها تخالف الفلسفة اليونانية في الطّريقة المتوخاة لاكتشاف قواعد القانون الطّبيعي. عوض الملاحظة الخارجية للعوامل الطّبيعية، التي كانت تنادي بها أفكار أرسطو وأفلاطون ؛ اقترح "قروسيوس" وأتباعه **Pufendorf (1622-1694)** و **Thomasios (1655-1728)**، الاكتفاء بفحص طبيعة الإنسان، والاستلهام منها عن طريق المنطق، لاستنتاج قواعد القانون الطبيعي.[258] احترام مبدأ الوفاء بالالتزام مثلا ،يترتّب عن الطّبيعة الاجتماعية للإنسان. كما أنّه يتعيّن على الفرد احترام بقيّة أفراد المجموعة، لسبب ذلك جاءت قواعد القانون الجزائي لتضمن السّلم الاجتماعية. يتمّ حبك القواعد القانونية

[256] . **Grotius** (Hugo **de Groot**, dit), jurisconsulte et diplomate hollandais (Delft 158? - Rostock 1645), auteur du *De jure belli ac pacis* (1625), surnommé le « Père du droit des gens ».

[257] M. VILLEY, philosophie du droit, précis Dalloz, 4ème édition, n° 60.

[258] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n° 13 ; S. LAGHMANI, éléments d'histoire de la philosophie du droit, op. cit., p.110.

بصفة تسلسلية، أي انطلاقا من أوامر مدوّنة بالوعي البشري، يمكن وضع مبادئ عامّة تترتّب عنها قواعد أدّق، ...الخ.

ينتج هذا التصوّر صلابة لقواعد القانون الطبيعي، التي تصبح في تيقناتها مثيلة قواعد الرياضايات، مستقلة بصفة تامّة عن المعطى الاجتماعي، أو التاريخي. بل هي شبه سرمديّة، صالحة لكلّ زمان ومكان. هذا الدّور الأساسي، المسند للفكر البشري، في إطار النّظرية الحديثة للقانون الطبيعي، مهّد للفكرة الثانية، التي تقوم عليها هذه النظرية.

دور الإرادة الفردية.

217- كان "قروسيوس" يقبل إلى جانب المنطق والفكر، دور إرادة الشّعوب في إنشاء القانون. فما رضي به الأفراد، لا يمكن أن يخالف إحساسهم بما هو عادل، وما هو مطابق بالتالي للقانون الطبيعي. ينطلق هذا الرّأي من نظريّة العقد الاجتماعي، التي تطوّرت على لسان(**Althusius 1556-1617**) و(**Locke 163-1704**) و خاصّة (**Rousseau 1712-1778**). بتطوّر هذه النّظرية أصبحت مدرسة القانون الطبيعي، تعطي الأولويّة للإنسان، وللإرادة الفرديّة، في خلق القواعد القانونية وفي إنشاء السّلطة السّياسية، على حساب القوانين الطّبيعية وملاحظتها. تترتّب القواعد القانونية، عن حريّة الإنسان، وعن إرادته. كان لهذا الرّأي أثر مباشر على الفكرة الثّالثة القائمة عليها هذه النظرية، فكرة الحقوق الذّاتية.[259]

[259] A. DUFOUR, la notion de loi dans l'Ecole du Droit naturel moderne, Arch. philo. dr., t. XXV, 1980, p. 211.

حقوق الذّات البشرية.

218- تميّزت مدرسة القانون الطبيعي، تحت تأثير فلاسفة عهد التنوير باهتمامها المطلق بحقوق الذّات البشرية. فسواء بالنّسبة للتّيار القائل بالمنطق والعقل، أو بالنّسبة للتّيار القائم على الإرادة ؛ تشكّل الذّات البشرية محور الاهتمام. يصبح بذلك محتوى القانون الطّبيعي مختلفا عمّا سبق، أي مبادئ عامّة وموضوعية تقترح حلولا لمسائل معيّنة،[260] وإنّما يتمثّل هذا المحتوى، في جملة من الحقوق التّابعة للفرد، أي لكلّ إنسان على حدّ السّوى. فلا قيم أزليّة إلا تلك المهتمّة بالذّات البشرية، بصرف النّظر عن المحيط الاقتصادي، والاجتماعي، والمادّي. ترتّب عن هذا الرأي تطوّر كبير لمفهوم الحقّ، لا كإمكانية يبيحها القانون الوضعي، وإنّما كمكوّن لشخصية الفرد، وكإفراز نابع عن كيانه كذات بشريّة. هذا الحقّ، أو هذه الحقوق، هي حقوق طبيعية، تمّ إرساؤها ضمن أغلب دساتير بلدان العالم خاصّة في ديباجاتها، ومن أهمّها الإعلان عن حقوق الإنسان من طرف المجلس التّأسيسي الفرنسي، سنة 1789.[261]

رغم الصدى الذي لقيته هذه النّظرية ، خاصّة على المستوى المبدئي، فإنّها لم تسلم من النّقد اللاذع أحيانا.

---

[260] الفقرة 287.

[261] L. HUSSON, droits de l'homme et droits subjectifs, Arch. phi. dr. t. XXVI.1981, p 345.

الفقرة الثّانية : نقد مدرسة القانون الطّبيعي.

219- شملت الانتقادات الموجهة لمدرسة القانون الطبيعي خاصّة، التّيار الحديث لهذه النظرية، في حين سلمت منها النّزعة التقليدية، والعتيقة. ويرجع ذلك لتاريخ ظهور هذه الانتقادات، التي تزامنت مع الرّأي السّائد في القرن التاسع عشر.حملت هذه الانتقادات على جانبين ؛ في ما يخصّ صحّة النظريات المثالية، وفي ما يخصّ جدواها أو نجاعتها.

أ النّظريات المثالية غير صحيحة.

220- وجّه هذا النّقد إلى مبدأ أزلية، وخلود، وشمولية، القانون الطّبيعي. لو كان فعلا القانون الطّبيعي، خالدا، وشاملا؛ أي ثابتا، وراسخا، مهما اختلفت الأزمنة والأمصار، لما قامت التباينات الشّاسعة الموجودة بين مختلف تشاريع وقوانين دول المعمورة. كتب في هذا المعنى الفيلسوف **Pascal**[262] مقولته المشهورة:"**طريفة هذه العدالة**

---

[262] **Pascal** (Blaise), mathématicien, physicien, philosophe et écrivain français (Clermont, auj. Clermont-Ferrand, 1623 - Paris 1662). A seize ans, il écrivit un *Essai sur les coniques* ; à dix-huit ans, il inventa une machine arithmétique. Jusqu'en 1652, il se livra à de nombreux travaux sur la pression atmosphérique et l'équilibre des liquides, la presse hydraulique, le triangle arithmétique, la théorie de la cycloïde. Avec Fermat, il créa le calcul des probabilités. Dès 1646, Pascal était en relation avec les jansénistes. En 1652, sa sœur Jacqueline entra en religion à Port-Royal. Le 23 nov. 1654, Pascal connut une *nuit d'extase mystique*, à la suite de laquelle il décida de

يحدّها نهر. حقائق قوم عند قوم أكاذيب".[263] تبلورت هذه الانتقادات بشدّة ملموسة لدى المدرسة التّاريخية الألمانية، **التي** تعتبر أنّ القوانين تتطوّر و تتغيّر، بتطوّر و تغيّر تاريخ الشّعوب.[264]لتفادي هذا النّقد، حاول بعض المجدّدون إعطاء مفهوما آخر للقانون الطبيعي وتعريفا جديدا لمحتواه. يقرّ (Stammler) بتغيّر وتطوّر محتوى القانون الطبيعي، حسب الحضارات المختلفة للشّعوب، غير أنّه يوجد انسجاما و وحدة في خصوص **مفهوم العدالة**، لثباته بالنّسبة للجميع.[265]

222- أمّا الفقهاء **GENY** و**PLANIOL** و**CAPITANT** فهم يعتبرون، أنّه يتعيّن حوصلة القانون الطبيعي في بعض المبادئ العامّة، السّامية، والمثالية، عوض النّظرة الموسّعة و الخاصة، **التي** كان يحظى بها هذا القانون، خاصّة في القرون الوسطى. عندما كان يقترح حلولا أزلية لمؤسّسات قانونية مختلفة و دقيقة، كالنّفقة بين الأقارب، أو الزّواج، أو ولاية الأب، أو الملكية. لتجنّب الانتقاد المتعلّق بصحّة هذه القواعد المدقّقة، اقترح هؤلاء الفقهاء نظرة

consacrer sa vie à la foi et la piété. Il prit alors le parti des jansénistes. Dans les *Provinciales* (1656-57), publiées sous un nom d'emprunt, il attaqua leurs adversaires, les jésuites. Il mourut avant d'avoir achevé une *Apologie de la religion chrétienne,* dont les fragments ont été publiés sous le titre de *Pensées* .

[263] « Plaisante justice qu'une rivière borne : vérité en deçà des Pyrénées erreur au delà ». Cf. J. GHESTIN, G.GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n° 17.

[264] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, op. cit., loc. cit.

[265] S. MELLOULI, introduction à l'étude du droit, op. cit., n° 72.

مختصرة للقانون **الطّبيعي متمثّلة** في بعض المبادئ ؛ كمفهوم العدالة أو احترام الذّات البشرية، أو الوفاء بالعهد، أو احترام **الملك العامّ...**[266]**جعلت** كلّ هذه المحاولات، من القانون الطّبيعي، مفهوما ضبابيا، غامضا، وغير واضح المعالم. ومهّدت بالتّالي الطّريق إلى النّقد الثّاني، المتعلّق بجدوى القانون الطبيعي.

ب النّظريات المثالية غير مجدية

224- مبدئيا، تفترض النّظريات المثالية أثرين اثنين؛ **منع المشرّع من سنّ قواعد منافية للقانون الطّبيعي، وإمكانية مخالفة هذه القواعد** عند وجودها. غير أنّ دعاة هذا الرّأي أنفسهم تميّزوا بالحذر الشّديد تجاه هذين الثّرين. إذ كان القدّيس **توماس الاكويني** لا يسمح للفرد بالتّمرّد إلاّ على القواعد المنافية للتّعاليم الدّينية، ولا يبيح ذلك عند خرق القوانين الطبيعية.[267]

225- تمّ تكريس حقّ الثّورة على القوانين الجائرة، **في دساتير فرنسا لسنة 1791 و 1946 و 1918.** غير أنّ هذا الموقف لا يخلو من التّناقض، والتضارب، **إذ لا يعقل أن يقبل المشرّع أن لا تحترم قاعدة قانونية سنّها هو بنفسه، بعلة أنّها جائرة، أو غير عادلة.**

[266] M. CHARFI, introduction à l'étude du droit, op. cit., n° 62 et S.

[267] هذا الموقف تميّز به بعد سقراط الذي فضّل الموت، بشرب السم، عن التمرّد على قاعدة جائرة. ذكره : J. GHESTIN، الموجع السّبق، عدد 19.
يقترح الأستاذ صلاح الدّين المنّولي في مدخله لدراسة القانون، عدد 84 و ما بعده و خاصّة عدد 99 اعتماد التّشريع الإسلامي كأساس للقانون الوضعي التونسي، غير أنّ الفقيه لم يحدّد موقفه من إمكانية التمرّد على القوانين الوضعية المخالفة للشّريعة السمحة.

قد يحدث فعلا أن يتضمّن الدّستور قواعد مستلهمة من القانون الطبيعي ؛ كاحترام الذّات البشرية، أو الحرّيات الفرديّة[268]. قد يحدث أيضا، أن لا تطبّق قواعد قانونية، مخالفة لهذه المبادئ السّامية. غير أنّ ذلك يستوجب توفّر هياكل مؤهّلة لمراقبة دستورية القوانين[269]. فلن يتمّ ذلك باسم احترام **مبادئ القانون الطّبيعي**، وإنّما **تطبيقا للقواعد الدستورية نفسها، أي لقواعد القانون الوضعي**. باعتبار أنّ القواعد الدستورية و لئن كانت أرقى وأسمى من قواعد القانون العادي، إلاّ أنّها تبقى تابعة للقانون الوضعي، و لا للقانون الطّبيعي.

226- من ذلك أن الفقه في أغلبه أصبح اليوم يعتبر أن جدوى القانون الطبيعي منتفية، وأنّ اللّجوء إلى هذا القانون، عنصر اضطراب اجتماعي لا غير.[270] وساد الفقه في معظمه تصوّرا آخر للمادّة القانونية، وهو التصوّر الوضعي.

القسم الثّاني : النّظريات الوضعية.

الفقرة الأولى: محتوى النّظريات الوضعية.

227- رغم اختلافها، تتمحور النّظريات الوضعية، حول فكرة أساسيّة ؛ أنّه **لا فائدة ولا طائل من البّحث عن**

[268] الفصل 6 و ما بعده من الدّستور التونسي.

[269] المجلس الدستوري (الفصل 72) غير أنّ هذا المجلس له صلاحيات سابقة و لا لاحقة.

[270] M. MIAILLE, parle de « *l'incertitude absolue* », cité par M. CHARFI, introduction, op. cit., n°62.

مبرّر لاحترام القانون. يتعيّن احترام القانون لكونه قانون، ولمجرّد ذلك. لا يهمّ أن تكون القاعدة القانونية عادلة، إذ لا وجود للقانون خارج القانون الوضعي.[271]

لئن اتّحدت المدارس الوضعية في خصوص هذه النّتيجة، إلاّ أنّها اتّبعت سبلا مختلفة للاهتداء إليها.

أ الوضعيّة القانونيّة أو الوضعيّة الدوليّة.

228- ظهرت بوادر هذه المدرسة لدى كلّ من نظّروا لفكرة السّلطة المطلقة للحاكم. سواء تأثّروا بالفكر الدّيني؛ أمثال **BODIN (1530-1596)** و **BOSSUET**[272] **(1627-1704)**. أو انطلقوا من نظرة متشائمة للإنسان أمثال **MACHIAVEL**[273] **(1469-1527)** أو **HOBBES (1588-1679)**.

[271] رمضان أبو السعود و همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون، المرجع السّابق، ص 129.

M. CHARFI, introduction, op. cit., n° 64 ; S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 73 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction générale, op. cit. n° 21.

[272] **Bossuet** (Jacques Bénigne), prélat, prédicateur et écrivain français (Dijon 1627 - Paris 1704). Célèbre dès 1659 pour ses prédications, évêque de Condom (1669), il fut choisi comme précepteur du Dauphin, pour qui il écrivit le *Discours sur l'histoire universelle*. Evêque de Meaux en 1681, il soutint la politique religieuse de Louis XIV en combattant les protestants (*Histoire des variations des Eglises protestantes*, 1688), en inspirant en 1682 la déclaration sur les libertés gallicanes et en faisant condamner le quiétisme de Fénelon. Son œuvre oratoire, qui comprend des *Sermons (Sur la mort, Sur l'éminente dignité des pauvres)* et des *Oraisons funèbres*, fait de lui un des grands écrivains classiques. (Acad. fr.)

[273] **Machiavel**, en ital. **Niccolo Machiavelli**, homme politique, écrivain et philosophe italien (Florence 1469 - *id.* 1527). Secrétaire de la République de Florence, il remplit de nombreuses missions diplomatiques (en Italie, en France et en

يعتبر **هؤلاء الفقهاء** أنّ إرادة الحاكم، أو الأمير، هي المصدر الوحيد والمطلق للقانون الوضعي. حتى ما دأب عليه المجتمع من عادات، لا ينفذ إلاّ بإذن من الحاكم. أمّا التّعاليم الدينية، أو القوانين الطّبيعية، لا يمكن ضمّها ضمن قواعد القانون الوضعي، لصبغتها الأخلاقية.

229- انتعشت هذه الأفكار خاصّة في القرن التاسع عشر، إذ ظهرت نظريات تؤيّد بشدّة الوضعية الدولية. من أهمّ هذه النّظريات ؛ نظرية المزج بين المنطق والواقع **HEGEL**[274] **(1770 – 1831)**.[275] تعتبر هذه النّظرية الواقعية،

Allemagne) et réorganisa l'armée. Le renversement de la république par les Médicis (1513) l'éloigna du pouvoir. Il mit à profit cette retraite forcée pour écrire la majeure partie de son œuvre d'historien et d'écrivain : *le Prince* (1513, publié en 1532), *Discours sur la première décade de Tite-Live* (1513-1519), *Discours sur l'art de la guerre* (1519-1521), *l'Histoire de Florence* (1525), les comédies *la Mandragore* (1520) et *la Clizia* (1525). L'œuvre théorique de Machiavel constitue un retournement de la philosophie politique héritée des Grecs. Machiavel ne se préoccupe pas de concevoir le meilleur régime possible : démasquant les prétentions de la religion en matière politique, il part des réalités contemporaines pour définir un « ordre nouveau » (moral, libre et laïque) où la raison d'Etat a pour objectif ultime l'amélioration de l'homme et de la société.

[274] **Hegel** (Friedrich), philosophe allemand (Stuttgart 1770 - Berlin 1831). Sa philosophie identifie l'Etre et la Pensée dans un principe unique, le Concept ; de ce dernier, Hegel décrit le développement au moyen de la *dialectique*, dont il fait non seulement une méthode rationnelle de pensée, mais surtout la vie même du concept et de son histoire. On lui doit : la *Phénoménologie de l'esprit* (1807), la *Science de la logique* (1812-1816), *Principes de la philosophie du droit* (1821).

أنّ المعطى الواقعي يتطوّر حسب نسق جدلي، وأنّ لكلّ نقيض نقيضه، إلى حدّ الخلاصة (**Synthèse**). أدّى هذا المنطق الجدلي بهيقل في إحدى أهمّ مؤلفاته "**أساس فلسفة القانون**"[276] إلى تبرير القانون بالأمر الواقع و بالقوّة. يتجلّى القانون حسب هذا الفقيه من خلال سلطة من يمكنه فرضه، أي الدّولة. التي تكون المصدر الأوحد للقانون. أمّا الفقيه الألماني **IHERING (1818-1892)**[277]فهو يؤكّد من خلال كتابيه "**الصّراع من أجل القانون**" و "**الهدف في القانون**" على الطّابع الإلزامي للقاعدة القانونية. من ذلك أنّ **لا وجود للقانون خارج القانون الوضعي، الذي تسهر الدّولة على احترامه.** القانون لا يرادف القوّة عند هذا الفقيه، وإنّما هو **سياسة القوّة**. أي أنّ الأقوى في المجتمع، هو الذي يتمكّن من فرض قواعد يحترمها بنفسه، وعلى الضّعيف أن يحترم بدوره هذه القواعد، في انتظار تحصّله على القوّة التي ستمكّنه من إرساء نظام قانوني جديد.[278]القانون بالنّسبة لهذا الفقيه، ليس إفرازا تلقائيا لمخاض اجتماعي، وإنّما هو نتيجة تطاحن، يتمكّن بموجبه الفرد أو مجموعة من الأفراد، من فرض مصالحهم، وآرائهم. **القانون هو سلاح الصّراعات الاجتماعية.**

230- أمّا النمساوي **Hans KELSEN** مؤسّس مدرسة "فيانا" في بداية القرن الماضي[279]، اقترح نموذجا جديدا

---

[275] B. OPPETIT, philosophie du droit, op. cit., n° 34.

[276] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n° 22.

[277] S. LAGHMANI, éléments d'histoire de la philosophie du droit op. cit., p. 4.

[278] M. VILLEY, philosophie du droit, op. cit. n° 114.

[279] **Kelsen** (Hans), juriste américain d'origine autrichienne (Prague 1881 - Orinda, Californie, 1973). Fondateur de l'école

للوضعية القانونية وهي **النّظرية القواعدية** (**La théorie normativiste**)، أو النّظرية الخالصة للقانون (**La théorie pure du droit**).[280] تقترح هذه النّظرية مفهوما **خالصا للقانون من كلّ ما علق به من شوائب اجتماعية، أو سياسية، أو أخلاقية، أو طبيعيّة.** انطلاقا من هذا المفهوم النقيّ للقانون؛ ترتّب القواعد حسب سلّم تفاضلي، تستمدّ فيه القاعدة الدّنيا قوّتها من مطابقتها للقاعدة الأرقى منها، حتى الوصول إلى الدّستور. فالعقد يكون ملزما من مطابقته للمرسوم، الذي يستمدّ قوّته من القرار، الذي بدوره يطابق الأمر، الذي لا يتنافى مع القانون، الذي يخضع بدوره إلى الدّستور. تشكّل مجمل هذه القواعد، الهرم، أو **السلّم القواعدي، أو التّقعيدي،** ولا مجال داخل هذا النّظام للحقوق الذّاتية النّابعة عن القانون الطبيعي، كما لا مجال للإرادة الفردية، إذ **لا يكتسب المرء داخل نظريّة "كلسن" إلاّ ما منحه له القانون الوضعي.** كما يضمحلّ مفهوم الدّولة هو الآخر ضمن هذا التصوّر، ضرورة أنّها تخضع بدورها إلى قواعد القانون الوضعي. **الدّولة ليست بالتّالي مصدرا للقانون، وإنّما وعاء للقاعدة القانونية.**[281]

تبدو المادّة القانونية، صلب الوضعية القانونيّة، في **شكل كيان قائم بذاته، مستقلّ عن بقيّة المعطيات الاجتماعية.** هذا ما لا تراه الوضعيّة العلميّة.

normativiste, il fut chargé en 1920 de la rédaction de la Constitution autrichienne

[280] B. OPPETIT, philosophie du droit, op. cit., n° 68 et s.

[281] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n° 23.

ب الوضعيّة العلميّة.

231- بالنّسبة للوضعيّة العلميّة، يرتبط القانون بالمعطيات الاجتماعية، وبالعلوم الإنسانية، القائمة في المجتمع. القانون نتاج لمعطيات اقتصادية، أو لمعطيات تاريخية، أو لمعطيات اجتماعية.

232- تجسّم **التيّار الاقتصادي** في الفلسفات المصلحيّة الأنقليزية تحت تأثير المفكر **J. BENTHAM (1748- 1832)** الذي **يعتبر أنّ همّ النّظام الاجتماعي، هو البحث عن المتعة أو المصلحة.** ينتج القانون عن هذا البحث، إذ هو يحدّد السّلوك الواجب إتّباعه لتحقيق هذه المصلحة بأنجع طريقة، وأكثرها نفعا للمجموعة، وأقلّها جهدا. من ذلك أن **فنّ التّقنين يصبح في خدمة الاقتصاد السّياسي تحت سيطرة المفيد.**[282]

233- اعتبار القانون **إفرازا للعوامل التّاريخية،** هو في الواقع تصوّر قديم نسبيا، إنّما هذا التصوّر أصبح مدرسة تفكيريّة مستقلّة، تحت قلم الفقيه الألماني **Savigny (1779-1861)**،[283] رائد المدرسة التّاريخية الألمانية. **يتكوّن القانون،** بالنّسبة لهذه النّظرية، **صلب تاريخ الشعوب المتأنّي البطيء.** وما **القاعدة القانونية إلاّ خلاصة هذا النّضج البطيء. القانون** حسب هذا التصوّر، هو **روح الشّعب،** وهو نتيجة تلقائية

[282] EL SHAKANKIRI, la philosophie juridique de Jérémy BENTHAM, Arch. phi. dr. t. 26, 1981.

[283] A. DUFOUR, de l'école du droit naturel à l'école du droit historique, Arch. phi. dr., t. 26, 1981, p. 303 ; M. VILLEY, *philosophie du droit*, op. cit., n° 95.

لتطوّره التّاريخي، و ما **عملية التّقنين إلاّ عقبة في طريق التطوّر التلقائي للمادّة القانونية.**[284]

234- ينكر **التيّار الاجتماعي** الحقيقة التاريخية القائمة عليها المدرسة التّاريخية، ويعتمد بالعكس **الواقع الاجتماعي** الذي يمثّل لديه المعيار الوحيد والحقيقي لتحديد القانون الأكثر تلاؤما مع المجتمع. تطوّر هذا التيّار التفكيري على لسان المفكر الفرنسي **A. COMTE (1857-1798)**[285] وتلامذته.[286] يقترح التيّار الاجتماعي، **استنباط القواعد القانونية انطلاقا من المعطيات الاجتماعية، باعتماد طريقة علمية صرفة.** فهو يعتبر أنّ القواعد القانونية تخضع لنفس حتميّة قواعد الفيزياء، أو الرياضيات؛ أي أنّ **نفس المعطيات الاقتصادية، والسّياسية، والتّاريخية، تؤدّي حتما إلى نفس القواعد القانونية.** فيمكن سنّ هذه القواعد باعتماد علم الإحصائيات، أوالرياضيات. فهي ليست رهينة إرادة الحاكم، أو الدّولة، بل هي **نتيجة اجتماعية حتمية تفرض نفسها حتى على الدّولة.**

235- مهما اختلفت مشارب التيارات الوضعية، فهي تتّحد حول نقطة هامة؛ **أنّ هدف القانون و أساسه، لا صلة لهما بالإنصاف و العدل، قد يتحققان صلبه، لكن لا**

[284] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n° 24.

[285] **Comte** (Auguste), philosophe français (Montpellier 1798 - Paris 1857). Son *Cours de philosophie positive* (1830-1842) est à l'origine du positivisme. Il est considéré comme l'un des fondateurs de la sociologie.

[286] B. OPPETIT, philosophie du droit, op. cit., n° 46.

يشكّلان سعيه الدّؤوب. هذا ما عرّض هذه النظريات إلى نقد أنصار العدالة كهدف و أساس للقانون.

الفقرة الثانية : نقد النّظريات الوضعية.

236- نظرا لحداثتها، لم تلق بعد النّظريات الوضعية كثيرا من الانتقادات. إذ كما يعتبر الفقه[287] "رجل القانون الذي يتجرّأ على استغلال نظرية فلسفية عمرها قرنا واحدا، يعدّ في ذروة الحداثة". قد وجهّت بدون شكّ، انتقادات إلى مختلف فروع النّظرية الوضعية. إلاّ أنّ المبدأ نفسه، أي المبدأ القائمة عليه هذه النّظرية، ظلّ سليما شامخا. لكون الباحث في المادّة القانونية، في العصر الحالي، يتعامل مع هذه المادّة كمفكر وضعي. يقصر دراسته على القاعدة القانونية، وعلى فقه القضاء، أي على الجّانب التّقني والعلمي للمادّة القانونية، دون بعدها الفلسفي.[288] غير أنّه يبقى من البديهي أنّ التّشريع نفسه، يتمّ إعداده من قبل حقوقيين، يساهمون في إثراء وتطوير المدّة القانونية، ومن هذه الزّاوية على الأقل، لا يمكن القول، أنّ دور رجل القانون يقتصر على التّعليق على القانون. هذا يعني أنّ الوضعية ليست دائما سيدّة الموقف، بل انّهمت بعدم الكفاية، وبالخطورة.

أ المدارس الوضعية غير كافية.

237- **هل يمكن فعلا للإنسان أن يستغني عن الفكر الميتافيزيقي أو الموراني؟** يصعب تصوّر ذلك. لأنّه لا يمكن حصر الفكر البشري في البحث عن الإجابة على السؤال **كيف؟** دون الوقوف عند **لماذا ؟** والحال أنّ هذا هو الطّرح

[287] M. VILLEY, philosophie du droit, op. cit., n° 108.

[288] هذا الموقف من المادة القانونية، هو نتيجة طبيعية للتصوّر الذي سنّته مدرسة **الشرح على المتون**، و النّظرة التقديسيّة للقانون التي نادت بها.

المقترح من قبل الوضعية. إذ هي تكتفي بدور الدّولة والسّلطة الحاكمة، لتبرير الصّبغة الملزمة للقاعدة القانونية، دون محاولة تفسير أسباب ذلك، كبيان محتوى هذه الصّبغة الملزمة، و أسباب ممارستها في اتّجاه معيّن دون الآخر. **وتبرير ذلك بالعوامل التّاريخية، يضاهي في حدّ ذاته فرضية العدالة القائمة في مدرسة القانون الطبيعي، والمتأسّسة على قناعة مجرّدة دون أسانيد علمية.** كما لا تفسّر المدرسة التّاريخية، لماذا تقصر نظرها على التّاريخ دون بقيّة المعطيات الاجتماعية الأخرى.[289]

238- أمّا اعتبار القانون **مجرّد إفراز للمعطيات الاقتصادية**، أو **نتيجة اجتماعية حتمية**، يبقى هو الآخر غير مقنع. خاصّة فيما هو يتعلّق بالجانب التّقعيدي، والتّنظيمي للقانون. **فالقانون لا يقف عند وصف ما هو موجود، بل يقترح أيضا نموذجا لما يجب.**[290] تفسير الصّبغة الإلزامية للقانون بالوعي العام الجماعي، يبدو بدوره غامضا ومبهما ؛ إذ تشترط فعلا مصادقة المجموعة عند تطبيق القانون، لكن يحدث أن يخالف القانون ما ارتضته الأغلبية لتحقيق سياسة معيّنة. الاكتفاء بما هو قائم، و ما هو موجود، دون التحقق من نفعه و عدله، **يجعل من القانون الوضعي صورة للماضي ولا تصوّر للمستقبل.**

239- تبيّن المدارس الوضعية حدودها، حتى على المستوى التّقني الفنّي أين تدّعي الكمال. لأنّ اعتبار كلّ

[289] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n° 27.

[290] تتدخّل الدّولة فعلا في مجالات عدّة لتحديد سلوك واجب الإتباع، تتجسّم فيه السياسة العامّة للبلاد، و التّصورات المستقبلية للمشرّع، كحماية المستهلك، أو حماية الطّرف الضعيف بصفة عامّة. يراجع في هذا المجال "علم التّشريع" الفقرة

القانون، هو ما تضعه الدّولة؛ يؤدّي إلى تقديس القاعدة القانونية، والشّرح الضّيق على المتون، على حساب الإبداع، والخلق، والبحث العلمي المحمول على كلّ باحث جامعي، وعلى كلّ مفكّر.[291] **هذا ما يشكّل أيضا خطورة المدرسة الوضعية.**

ب المدارس الوضعية خطيرة.

240- **تتجلّى خطورة المدارس الوضعيّة من أنّها تطلب من رجل القانون الائتمار بأوامرها دون التّثبّت، والتّمحيص، والتيقّن من نجاعة، وعدالة، القاعدة القانونية.** بل الاكتفاء بسلطانها لصدورها عن هيكل قادر على السّهر على احترامها. التّصريح بصبغتها الإلزامية، دون نقد أو معارضة. هذا التمشّي ينمّ عن نظرة شديدة التشاؤم في دور القانون في المجتمع.[292] لا يمكن للقانون أن يتحوّل إلى أداة اضطهاد في يد الأنظمة المستبدّة تحت غشاء الشرعية القانونية. كما لا يمكن لرجل القانون، أن يتخلّى لفائدة السّياسة، والسّلطة السّياسية، أو لفائدة الأخلاق، والقواعد الأخلاقية، لتقييم وتقدير القاعدة القانونية. بل يتعيّن عليه هو أيضا، إبداء الرّأي فيها، وفي شرعيتها، وعدلها، و فائدتها للتّصديق عليها أو لاستنكارها. **دور الحقوقي في هذا المجال يتجاوز التقدير الشّكلي للقانون، ليتعلّق بجوهر المادّة، ونفعها، وعدالتها.**[293]

[291] حول مبدأ كمال التشريع، تراجع الفقرة 138 و ما بعدها.

[292] B. OPPETIT, philosophie du droit, op. cit., n° 93 et s.

[293] يكفي أن نلاحظ في هذا المجال الاعتماد المفرط والملحّ للأنظمة الديكتاتورية والمستبدّة على نظرية الوضعية الدولية، التي تتمكّن بموجبها من تبرير اضطهادها لشعوبها حتى نلمس عن كثب حقيقة خطورة النظريات الوضعية.

الباب الثاني
الأنظمة النّافية للقانون

241- يصعب مبدئيا، على من تعودّ على نظام قانوني، تابع للعائلة الرومانية الجرمانية، تصوّر نمطا اجتماعيا قائما دون قانون، خاصّة في شكله الملموس؛ أي في **صيغة قاعدة قانونية**. على الرّغم من ذلك، توجد مجتمعات لم يلعب فيها القانون، إلا دورا هامشيا، وثانويا، وهي المجتمعات الآسيوية.

242- كما تهدف من ناحية أخرى، ولأسباب مغايرة النّظرية الماركسية؛ إلى فناء، واضمحلال القانون. و رغم انهيار العالم الشّيوعي، والفشل العملي الّذي عرفته هذه النّظرية، فإننا سنقف عندها بعض الوقت، للدّور الذي لعبته هذه المدرسة، في تاريخ البشرية. هذا بعد إلقاء نظرة على القانون في المجتمعات الآسيوية.

القسم الأوّل : القانون في المجتمعات الآسيوية.

243- تتّسم المجتمعات الآسيوية، وخاصّة بلدان الشّرق الأقصى[294] **بوحدة نظرتها للمادّة القانونية**، رغم اختلاف ماضيها، وتاريخها، وتنوّع حاضرها. عكس ما تعوّد عليه الإنسان في بلادنا، **لا تضع شعوب الشّرق الأقصى، ثقتها في القانون لتنظيم مجتمعها، وإرساء العدالة والمساواة داخله.** قد يوجد قانون لدى هذه الشعوب، إلا أنّ دوره يبقي هامشيا، وثانويا. **لا يلجأ إلى المحاكم، ولا تطبّق القوانين، إلاّ بعد استنفاذ كلّ الوسائل الأخرى.** القوالب الصّلبة التي يقترحها القانون، والصّبغة الملزمة التي يتميّز بها، تثير استنكار المرء في هذه المجتمعات، **أين تفضّ النزاعات بالإقناع، والصّلح، والنّقد الذّاتي، والوساطة، والتّنازل.**

244- رغم تأثير الحضارة الغربية على نمط العيش في هذه الأمصار، حافظت هذه البلدان بنسبة كبيرة على ركائزها الأساسية، وعاداتها، وتقاليدها، وخاصّة **نظرتها للمادة القانونية.**

[294] باستثناء الهند أين لعبت المعطيات الدّينية بما فيها الدّين الإسلامي دورا هاما. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, les grands systèmes de droits contemporains, op. cit., 10ème édition, n° 477.

الفقرة الأولى : القانون في المجتمع الصّيني.[295]

245- بطبيعة الحال لا يتعلّق الأمر بدراسة جزئيات القانون الصّيني، بل سنحاول استعراض الأسباب التي أدّت بالحضارة الصّينية للوقوف هذا الموقف السّلبي تجاه القانون. يمكن حصر هذه الأسباب في ثلاثة أنواع.

أ النّظام الكّوني والانسجام.

246- يختلف التصوّر الصّيني للتّنظيم الاجتماعي، عمّا هو عليه في الحضارات الأخرى. يرتكز التّنظيم الاجتماعي على فرضية أساسيّة، ودون أيّ اعتبار ديني، **أنّه يوجد نظام كوني يتضمّن تفاعلا بين السّماء والأرض والإنسان.** في حين تخضع السّماء والأرض، إلى قواعد ثابتة، **يبقى الإنسان حرا في تصرّفاته.** غير أنّ هذه التصرّفات، ستحتّم الأمن أو الفوضى، فوق الأرض. ويتعيّن تبعا لذلك أن **ينسجم الإنسان، مع هذا النّظام الكّوني حتى لا يعكّر صفوه.**[296]

247- يتمثّل هذا الانسجام الذي يرتّب التوازن الكّوني، وسعادة الإنسان، في تفاعلين اثنين ؛ **انسجام بين**

[295] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, les grands systèmes de droit contemporain, op. cit., n° 478 et s. ; JINGZHOU TAO, le droit chinois contemporain, P.U.F., que sais-je ?, préface de J. C. JANTET, Paris 1991 ; TSIEN TCHE-HAO, le droit chinois, P.U.F., que sais-je ?

[296] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., n° 478.

النّاس والطّبيعة. يتعيّن على الأشخاص إتّباع النّظام الطّبيعي لتفادي الكوارث، من فيضانات، وأوبئة، ومجاعات، وزلازل. يتمّ ذلك باحترام نظام الفصول، وحركة النّجوم والعناصر الطّبيعية بصفة عامّة، عند أخذ القرارات المتعلقة بالحياة العمومية للمجموعة، والمتعلقة بالمعاملات الخاصّة. يتعيّن بصفة خاصّة على الحكّام والأمراء، الانسجام مع هذا النّظام الكّوني، في حياتهم الشّخصية، حتى يقتدي بهم كافة النّاس. **دور الأخلاق والاستقامة، أهمّ لدى الحكّام، من علمهم ودرايتهم بالأمور السّياسية، وتقنية الحكم.**[297]

248- **أمّا الانسجام الثّاني، يجب أن يتوفّر بين الأفراد أنفسهم.** يتعيّن في العلاقات البشرية، **تقديم فكرة المصالحة والصّلح، وتجنّب قدر الإمكان كلّ حكم جماعي.** يجب استيعاب المشاكل، ولا الجزم في شأنها. كما يجب أن يلقى الحلّ المقترح مصادقة الجميع؛ لأنّ الجميع يعتبرونه عادلا. **فلا يهزم أحد، ولا يكسب أحد، وإنّما تحلّ النّزاعات فقط.** دور التّربية والإقناع أساسي، في هذا التصوّر الذي ينبذ التسلّط، والإكراه. لا يترك هذا النّظام مجالا كبيرا للقانون.[298]

ب الدّور الثّانوي للقانون في المجتمع الصيني.

249- يرفض المجتمع الصيني التصوّر المألوف لدينا لمادّة القانون، لما تتضمّنه هذه المادّة من صلابة وتجرّد. يحذر الرجل الصّيني كثيرا من رجل القانون، معتبرا أنّه لا يحقّ له الإعلان والإصداع بالرّأي، بل هو من واجب

[297] TSIEN TCHE-HAO, le droit chinois, op. cit., pp. 5 et s.

[298] JINGZHOYU TAO, le droit chinois contemporain, op. cit., pp. 7 et s. ; TSIEN TCHE-HAO, op. cit., loc. cit.

الشّخص، التنازل، والتخلف، لفائدة المصلحة العامة. في حين يحثّ رجل القانون على تطبيق قوالب صلبة، وجامدة، قد تحول دون الوفاق، والمصالحة الضّرورية. فالحكم بالغرامة مثلا يجب أن لا ينهك المدين، ويعجزه في الآخر عن الخلاص، ويلحق به هو وعائلته أضرارا لا تتناسب مع المصلحة الحاصلة للدّائن.[299] قد تتضمّن القاعدة القانونية فائدة، لما تمليه من سلوك صواب، لكن يجب أن يكون تطبيقها دائما محتشما. الوضعية المثلى بالنّسبة للمجتمع الصّيني، أن لا يلجأ أبدا إلى تطبيق القانون، وأن تبقى المحاكم عاطلة.[300]

لا ينفي المجتمع الصّيني تماما، دور القانون في الحياة الاجتماعية. إنّما يحصر تطبيقه على المتهوّرين، و على المجرمين والأجانب، الذين لا همّ لهم بالأخلاق، والمجتمع. أمّا الشّعب الصّيني، فهو يعيش خارج القانون. لا يتساءل حول محتواه، ولا يتقاضى أمام المحاكم. بل يحاول اكتشاف علّة الاضطراب انطلاقا من نفسه، لغاية إرجاع الوئام والانسجام داخل المجتمع. قد يؤدّي هذا السلوك إلى الانتحار عندما يحسّ الموظّف الصّيني، أنّه أخفق في تنظيم إدارته. فهو لا يحاول التّفصّي من مسؤوليته، بل قد يغالي في تحمّلها. وما يزيد في تقهقر دور القانون في المجتمع الصّيني، هي الحالة السيّئة، التي توجد عليها العدالة في هذا البلد. فالقاضي لا ينتمي للمجموعة أين يقضي، ويجهل عاداتها، وحتّى لهجتها، بالإضافة إلى جهله المطبق للمادّة القانونية. في حين يتميّز أعوانه بالكسل واللامبالاة. ما يجعل مآل القضية خفيّا إلى حدّ الحكم فيها. يقول المثل الصّيني:

[299] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., n° 479.
[300] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n°29.

"من ضمن عشرة أسباب رجّحت رأي القاضي، تسعة منها لايعرفها أحد". ومثل آخر: **"قضية مكسوبة، تساوي مالا مفقودا"**.[301]

ج هيمنة الطقوس في المجتمع الصيني.

250- ضلت هيكلة المجتمع الصّيني، طيلة قرون طويلة ولازالت **تقوم على الأسرة، كخليّة أساسيّة**. فهي تقبع بصفة مطلقة تحت **سلطة الأب، أو رئيس العائلة**. حتى الدّولة، والمنظّمات العمومية، مهيكلة على نفس المنوال، وتتحاشى التدّخل في شؤون العائلة، أو الحدّ من سلطة رئيسها. ويتعيّن على كلّ فرد من المجموعة، العيش حسب عادات فصيلته، أو طبقته، أين **يحلّ العرف محلّ القانون**. تساعد إلى حدّ بعيد، هذه الهيكلة الثابتة للحياة الاجتماعية، على **إبقاء ما كان على ما كان**. إذ حتّى الحاكم يتقيّد بالعادات والتقاليد، ويتجنّب القهر والتسلّط. بل يحاول الإقناع، والوقاية، والتّحذير. فلا مجال للثّورة، والتمرّد في هذا المجتمع، إذ الكلّ يصبو إلى تحقيق غاية واحدة؛ **الانسجام داخل النّظام الكوني**.[302]

251- تأثر هذا النّظام بالحضارات الغربية، وتأثر أيضا بالمراحل المختلفة، التي مرّت بها البلاد الصينية. من ثورة شيوعية، وتحالف مع الاتّحاد السوفيتي السّابق، وانسلاخ عن هذا الحلف، ومراجعة الأفكار الثورية.[303] **أصبحت للصّين قوانين، وكليات حقوق، وطلاب في القانون، ومحاكم. لكن لا يعني هذا، أنّه يوجد في الحياة**

[301] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., loc. cit.
[302] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., n° 480.
[303] CHEN TCHE-HAO, op. cit., pp 23 et s.

العمليّة قضايا، وقرارات، وفقه قضاء. إنّما بموجب عادات دامت آلاف السنين، يلجأ دائما إلى **الموفّق (Conciliateur)** لفضّ النّزاعات النّاشبة بين متسكاني حيّ واحد.[304]

252- بحكم انتشارها في آسيا والشّرق الأقصى، أثّرت الحضارة الصّينية، بصفة مباشرة على القانون في اليابان.

الفقرة الثانية : القانون في المجتمع الياباني.[305]

253- تأثّرت الحضارة اليابانية إلى حدّ بعيد، بالنّموذج الصّيني دون غيره من الحضارات الأخرى. يرجع ذلك إلى انغلاق هذا البلد على الحضارة الغربية إلى حدّ سنة 1853 ، في حين عرف تعاملا مطّردا مع الصّين. لكن شكّلت

[304] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., n° 480. ; JINGZHOU TAO, le droit chinois contemporain, op. cit., pp. 77 et s.

[305] R. DAVID & C. JAUFFRET- SPINOSI, les grands systèmes de droit contemporains, op. cit. n° 491 et s. ; Tadaki MATSUKAWA, la famille et le droit au Japon, préface de A. TUNC, Economica, coll., études juridiques comparatives, Paris 1991 ; Y. NODA, introduction au droit japonais, t. IV, la conception du droit des japonais, 1966, p. 173 et s. ; M. VIE, le Japon contemporain, P.U.F., que sais-je ?, 1ère édition, Paris 1971. ; HIGUCHI YOICHI & Ch. SAUTTER, l'Etat et l'individu au Japon, éditions de l'école des hautes études en sciences sociales, Paris 1990.

نهاية القرن التاسع عشر مرحلة انتقالية في تاريخ اليابان. عرف بالتّالي القانون الياباني مرحلتين اثنتين.

أ المرحلة التّقليدية.

254- تحت تأثير الحضارة الصّينيّة، التي تعامل معها المجتمع الياباني عبر التاريخ بصفة متواصلة، عرف هذا المجتمع هيكلة خاصّة، تميّزت **برفضها للمادّة القانونية.** كان المجتمع في اليابان منظّما على النّحو الإقطاعي المطلق، يتميّز بسلطة كاملة لنبلاء عسكريين على رعاياهم. كان التّعامل بين هاتين الطبقتين يقوم على عادات تحلّ محلّ القانون، تتأسّس هذه العادات على فكرة جوهريّة ؛ هي **واجب الوفاء المطلق، والكلّي المحمول على العبد، تجاه سيّده. ينفي هذا التصوّر فكرة الحقّ أو الالتزام على المعنى القانوني.** تنظّم هذه العادات جميع جوانب حياة الفئات القائمة في المجتمع الياباني، فهي تحتم نوعية المسكن، ولون الثّياب، وحتّى عادات الأكل، ونوع الغذاء، بالنّسبة لكل طبقة.[306]

255- **يعتقد الرجل الياباني انطلاقا من هذا المعطى أنّه غير مشرّف، بل مخجل ومهين، أن يثور أحد على هذا النّظام المتماسك، القائم على العادات، والتّقاليد، وقواعد حسن السّلوك والآداب.** لكلّ فئة، نظام يسمّى "جيري" متمثّل في تعليمات تعطيها الفئة الأعلى إلى الفئة الأدنى منها، ولا يتصوّر أن يخالف أحد هذه التعليمات. حتّى المعاملات داخل نفس الطبقة، تخضع إلى طقوس مؤسّسة على المجاملة والمحاباة، تنظّم في كلّ الحالات علاقات الشّخص مع الآخرين. فهنالك عادات بين الأب والابن، وعادات بين الزوجين، وعادات بين الأخوة، وعادات بين مختلف أفراد

[306] R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, op. cit. n° 491 et s.

العائلة، وعادات بين العامل والمشغّل، وبين العامل القديم والعامل الجديد، الخ... **يتمّ احترام هذه الطقوس، أو "الجيري" بصفة تلقائية. فهي تعوّض القانون، وحتّى الأخلاق. لا يفكّر أحد في اليابان، في خرق إحدى هذه القواعد، إذ في ذلك مدعاة للخجل، والاستياء، وفشل في التقيّد بتراتيب وجب احترامها.**[307]

256- شكلت جملة هذه الطقوس والعادات، عبارة عن **ميثاق شرف من أصل عرفي**، يسهر على تنظيم كلّ السلوكيات البشريّة داخل المجتمع الياباني. **هذا ما أدّى إلى انعدام فكرة القانون، بقوالبه الجّامدة و قواعده العامّة، في مجتمع يستنكر اللّجوء إلى هذه الوسيلة، لفضّ نزاع ما، في صورة حدوثه.** بقي الأمر في اليابان على هذا النّحو إلى حدّ المرحلة الحديثة.

ب المرحلة الحديثة.

257- بداية من سنة **1853** أدخلت تغييرات جذرية على هيكلة المجتمع الياباني، وعوضّت دولة ديمقراطية حديثة، المؤسّسات الإقطاعية، التّقليدية. لئن بقي النّظام الإمبراطوري قائما في اليابان، إلا أنّه أصبح شرفيّا، وروحيّا لا غير. كما أنّ **أمام التّحديات الغّربية، وخاصّة المعاهدات التجارية الجائرة، الّتي كانت تربط اليابان ببلدان أوروبا ؛ حاول هذا البلد إعادة هيكلة المادّة القانونية، وأخذ في سنّ قوانين عديدة، ومختلفة، في كافّة المجالات، متفتّحا على كلّ ما هو عصري وحديث، غير مبال بمصدره. استلهم من القانون الفرنسي، ومن القانون الألماني، والقوانين**

[307] T. MATSUKAWA, la famille et le droit au Japon, op. cit., pp. 60 et s.

الأنغلوسكسونية، والقوانين الأمريكية، خاصّة بعد الحرب العالمية الثانية.[308]

258- غير أنّ هذه الثّورة القانونية في اليابان، ظلّت ظاهرية ولم تقتحم عقلية المواطن الياباني. **بقي المجتمع الياباني يعيش في معظمه على النّموذج التقليدي، متجاهلا القوانين الجديدة المستوحاة من المثال الغربي.** إذ يفترض تطبيقها توفر شروط خاصّة، ومعطيات اجتماعية معيّنة، و نمط عيش مغاير، جميعها غير متوفر في اليابان. فلا حرج عندئذ أن يقتبس اليابان على الغرب مظاهر حضارته، طالما أنّه يبقى متجاهلا لها في حياته اليومية، وفي معاملاته الاجتماعية. تشكّل ظاهرة الصّلح والمصالحة، الّتي بقيت مترسّخة حتى في القانون الياباني الحديث، أكبر دليل على ذلك.[309]

259- إن كانت هذه نظرة بعض الحضارات الأسيوية للقانون. فلنعلم أن تفي القانون لم يرد فقط عند شعوب الشّرق الأقصى، بل صيغ، و وضع في إطار نظري هامّ، هزّ أنحاء العالم.

[308] T. MATSUKAWA, op. cit., p. 1 et s.; M. VIE, le Japon contemporain, op. cit., p. 13 et s. ; HIGUCHI YOICHI & Ch. SAUTTER, l'Etat et l'individu au Japon, op. cit., p. 147 et s. (KAJITA TAKAMICHI) les mouvements sociaux dans le Japon contemporain.

[309] تبقى فعلا إمكانية الصّلح واردة في كلّ مرحلة من مراحل التقاضي. يقول الأستاذ "نودا" في مدخله للقانون الياباني :"نحن لا نحبّ القانون". و يستدلّ على ذلك من الواقعة الّتي تعرّض لها أحد القضاة ؛ مثل أمامه متقاضيان يريد كل منهما إعطاء الاخر ثلاثة قطع نقدية ضاعت منه، فأضاف القاضي قطعة من ماله الخاص و سلم لكلّ منهما قطعتين.

القسم الثاني : النّظرية الماركسية للقانون.

260- ظهرت هذه النّظرية في منتصف القرن التاسع عشر على لسان الفيلسوف و عالم الاقتصاد السّياسي، **K.MARX 1818-1883**[310] . ساهم أيضا في وضع هذه النّظرية تلميذ كارل ماركس، **F. ENGELS 1820-1895**،

[310] **Marx** (Karl), philosophe, économiste et théoricien du socialisme allemand (Trèves 1818 - Londres 1883). S'inspirant de la dialectique de Hegel, tout en critiquant sa philosophie de l'histoire, il découvre la critique de la religion chez Feuerbach, le socialisme chez Saint-Simon et l'économie chez Adam Smith. Il élabore ainsi progressivement le « matérialisme historique », c'est-à-dire la théorie scientifique de toute science sociale (*Thèses sur Feuerbach,* 1845 ; *l'Idéologie allemande,* 1846 ; *Misère de la philosophie,* 1847). Entré en contact avec les milieux onvriers, il rédige avec F. Engels le *Manifeste du parti communiste* (1848). Expulsé d'Allemagne, puis de France, il se réfugie en Grande-Bretagne, où il rédige *les Luttes de classes en France* (1850), *Fondements de la critique de l'économie politique* (écrit en 1858 ; édité en 1939-1941) et jette les bases de son grand ouvrage, *le Capital* . En 1864, il est l'un des principaux dirigeants de la Ire Internationale et lui donne son objectif : l'abolition du capitalisme. Pour Marx, l'histoire humaine repose sur la lutte des classes : le prolétariat, s'il veut faire disparaître l'exploitation dont il est victime, doit s'organiser à l'échelle internationale, s'emparer du pouvoir et, au cours de cette phase (dictature du prolétariat), abolir les classes elles-mêmes, ce qui amènera la phase ultérieure, où l'Etat s'éteindra de lui-même (le communisme). La doctrine de Marx a été baptisée contre son gré le marxisme .

وأكملها رجل الثورة البلشفية لينين[311]. لقبت هذه النّظرية بعدّة ألقاب ونعوت؛ النّظرية **المادّية**، **الجدلية التّاريخية**، النّظرية **الثّورية**. كلّ هذه النّعوت تبيّن ثراء، وغناء هذه النّظرية، إذ هي بقيت إلى حدّ الآن تشغل أفكار المثقفين، وتثري نقاشاتهم، وظلت أيضا الشّعار الرّسمي لعدّة أحزاب في العالم، رغم ما أصاب العالم الشيوعي من انهيار، وتفكك، هزّ أرجاء الكتلة الشرقية.

261- إلى جانب هذه القيمة الفكرية، اهتمت أيضا النّظرية الماركسية بمادّة القانون بصفة مباشرة.[312] حتّى نتمكّن من إدراك موقف هذه النّظرية من المادّة التي تشغلنا، وجب علينا استعراض أهمّ مقوّمات النّظرية الماركسية.

الفقرة الأولى : مقوّمات النّظرية الماركسية.

262- على نظير النظريات الاجتماعية الأخرى **لا تتعلق النّظرية الماركسية، إلاّ بالمصادر الحقيقية للقانون.** أي **الأسباب الواقعيّة للقانون.** لا يعتدّ كارل ماركس بفلسفة القانون التي يعتبرها **وهمية، وغير مجدية.** كما أنّه لا يتعلق

[311] **Lénine** (Vladimir Ilitch **Oulianov,** dit), homme politique russe (Simbirsk 1870 - Gorki 1924).. Homme d'action, il a été aussi un théoricien (*Matérialisme et empiriocriticisme,* 1909 ; *l'Impérialisme, stade suprême du capitalisme,* 1916 ; *l'Etat et la Révolution,* 1917 ; *la Maladie infantile du communisme, le « gauchisme »,* 1920).

[312] Evgeny B. PASUKANIS, la théorie générale du droit et le marxisme, EDI Paris. ; K. STOYANOVITCH, marxisme et droit, préface de H. BATIFFOL, Paris, L.G.D.J., 1964.

بعلم القانون الوضعي، وإنّما يحاول تفسير القانون **لا كقاعدة**، بل **كعامل اجتماعي**. القانون حسب هذا الفقيه، لا يفسّر بالقانون، كما يدّعي ذلك الوضعيون. ولا بالتطوّر العام للفكر الإنساني، أي نحو هدف سابق الوضع، وهي فكرة العدالة. **إنّما يستمدّ القانون أسسه من واقع الحياة المادّية**؛ أي أنّه يتعيّن البحث على القانون من خلال الاقتصاد السياسي. لأنّ خلف كلّ العلاقات القانونيّة، توجد علاقات بشرية قائمة على عوامل اقتصادية مستقلّة عن الإرادة الفردية، خاضعة لعوامل موضوعيّة علمية. **البنية التحتية، أي المعطى الاقتصادي، والاجتماعي، هي التي تحتّم البنية الفوقية، أي المظاهر الثقافية، والفكرية بما فيها المادّة القانونية.**[313] انطلاقا من هذا التقديم يمكن حصر مقوّمات النظرية الماركسية في أربعة عناصر.

أ أسبقية المادّة أو الواقع على الفكر.

262- تشكل أسبقية المادّة على الفكر نقطة البداية في النّظرية الماركسية و المعطى الأساسي فيها.[314]هذا لا يعني أن النّظرية الماركسية تنفي كلّ وجود للأنساق الفكرية، وإنّما توليها رتبة ثانية، بعد المادّة. لأنّها في الواقع، وليدة المادّة، و على الفكر مراقبة الواقع المادّي ومعاينته، للإطّلاع عليه، والإلمام به.

[313] « Ce n'est pas la conscienee des hommes qui détermine leur existence, c'est leur existence sociale qui détermine lenr conscience ».
K. STOYANOVICH, marxisme et droit, op. cit p. 44.

[314] النقاش والجدال بين المثاليين والماديين في هذا المجال قديم، ويواكب تاريخه تاريخ الفلسفة نفسها. ويعدّ هذا المعطى بالنّسبة لماركس موقفا خاصّا به، ومناقضا لأفكار أستاذه هيغل الذي كان يسبق الفكر على المادة.
B. OPPETIT, philosophie du droit, op. cit., pp. 33 et s.

ب دور التطور التاريخي.

263- يلعب هذا العنصر، هو الآخر، دورا هامّا في النّظرية الماركسية ؛ إذ يعتبر ماركس أن المادّة كالفكر، هما رهينتا التطور التّاريخي. أي أنّهما في نسق مادّي متغيّر أساسه النسبية. هذا المعطى المادّي التاريخي، يتمثّل بالنّسبة لكارل ماركس في صناعة الأشياء الضّرورية لحياة الإنسان، أي العمل. وبما أنّ روح الأشياء هي المادّة، فروح الإنسان هي شغله. تاريخيا قبل ظهور الإنسان المفكر (Homo Sapiens)، ظهر الإنسان الصّانع (Homo Faber). ولكون العمل، أو الشّغل لا يتمّ إلا داخل مجموعة، فهو ينشئ حوله علاقات اجتماعية يجب تنظيمها.

ت الجدلية.

264- أخذ ماركس عن هيغل[315] نظريته التي تنبني على **جدلية التضّاد**. أي أنّ لكلّ نقيض نقيضه، إلى حدّ الخلاصة أو الحصيلة. أقحم ماركس هذه النّظرية داخل النّسق المادّي التّاريخي، وحاول أن يبيّن، **أنّ المعطى المادّي في تطوّر مطرد، حسب قانون الجدلية**. كما يمكن التثبّت من ذلك من خلال المعطيات التّاريخية. بينّت التطورات التّاريخية، أنّ

[315] **Hegel** (Friedrich), philosophe allemand (Stuttgart 1770 - Berlin 1831). Sa philosophie identifie l'Etre et la Pensée dans un principe unique, le Concept ; de ce dernier, Hegel décrit le développement au moyen de la *dialectique,* dont il fait non seulement une méthode rationnelle de pensée, mais surtout la vie même du concept et de son histoire. On lui doit : la *Phénoménologie de l'esprit* (1807), la *Science de la logique* (1812-1816), *Principes de la philosophie du droit* (1821).

البشرية عرفت أربعة مراحل أساسية. **المرحلة البدائية** أين كان الإنسان يعيش في مجتمع مشاع، لكلّ حسب حاجياته، ولا وجود داخل هذا المجتمع لمستبّد ولمضطهد، وإنّما كان النّاس آنذاك متساوين. لكن بمجرّد أن اكتسب أحد أفراد هذه المجموعة وسيلة من وسائل الإنتاج فاق بموجبها الآخرين، حتى أصبح يستغلهم، ويسيطر عليهم. ظهر عندها أوّل تحوّل نوعي في المجتمع البشري، أوّل تطاحن طبقي.

ج الصّراعات الطّبقية.

265- **أو التطاحنات الطبقية.**[316] بانفراد أحد أعضاء المجموعة بوسائل الإنتاج، أي بتحكّمه في المعطى الاقتصادي؛ أصبح هذا الأخير يضطهد ويستغلّ بقيّة أفراد المجموعة. عندها خرجت البشريّة من المرحلة البدائية المشاعة، لتدخل **مرحلة التّطاحنات الجدلية**، حسب النمط الهيغلي. أفرزت هذه المعطيات الماديّة التّاريخية، طبقيّة ثابتة، بين صنفين في الجنس البشري ؛ أقلية مهيمنة، وهي التي تمتلك وسائل الإنتاج. وكانت عبر التاريخ إمّا **الأسياد في التاريخ العتيق**، أو **النبلاء في القرون الوسطى**، أو **الطبقة البورجوازية** في العصور الحديثة. أغلبية مضطهدة؛ وكانت في الأول تتمثل في العبيد، ثمّ في الرّعايا، وأخيرا في الطبقة الكادحة أي البروليتاريا.

266- يبني كارل ماركس نظريّته على **تفاعل هذه العناصر الأربعة؛ المعطى الاقتصادي والاجتماعي، التطور التاريخي، الجدليّة الماديّة، والتّطاحنات الطبقية**. يعتبر الفقيه، أنّه عملا بالجدليّة الهيغليّة، كلّ طبقة مضطهدة ستثور حتما على الطّبقة المهيمنة، لتصبح بدورها مهيمنة اقتصاديا

[316] K. STOYANOVITCH, marxisme et droit, op. cit., pp. 51 et s.

واجتماعيا. هذا ما تمّ فعلا عبر التاريخ، إلاّ أنه في كلّ مرّة، تمّت الثّورة على يد أقلية، أصبحت بدورها أقلية مهيمنة، بسبب تشتّت الفئات الاجتماعية، وعدم اتّحادها. فعمّال الحقول، كانوا يشكّلون فئة مختلفة عن الشغّالين في القطاعات الأخرى. الذين كانوا بدورهم مشتّتين، ومصنّفين، حسب حرفهم، ومهنهم. ظلّ الأمر كذلك من نقيض إلى نقيض، إلى حدّ التّاريخ الحديث أين توحّدت الطّبقة الشغّيلة، **الطبقة البروليتارية**. أي أنّه لأوّل مرّة في تاريخ البشرية، ظهرت أغلبية متّحدة، ومضطهدة. وبما أنّها، وعملا بقانون الجدلية، ستثور حتما على الطّبقة المضطهدة، الطّبقة البرجوازية ؛ **فالأغلبية هي التي ستصبح سيدّة الموقف، وستتمكّن تبعا لذلك، من القضاء على الأقلية المهزومة**. كما أنّها ستقضي على التطّاحنات الطّبقية، نتيجة لشيوع وسائل الإنتاج بين جميع أفراد المجموعة. عندها سيظفر الجنس البشري بالعالم الشيوعي المثالي، دون نزاعات، وتطاحنات، ودون حاكم ومحكوم، **ودون دولة وقانون**.

الفقرة الثّانية : النّظرية الماركسية و القانون.[317]

267- قدّم كارل ماركس نظريته، في شكل تفسير شامل وكلّي للتصوّر الاجتماعي، والسّياسي. تبعا لذلك سلّطت هذه النّظرية، حكما على المادّة القانونية، يمكن حصره في ثلاثة مواقف أساسيّة؛ ترتّبت عن مقومات هذه النّظرية الماديّة التاريخية.

[317] K. STOYANOVITCH, marxisme et droit, op. cit., notamment la première partie.

أ البنى التحتيّة والبنى الفوقيّة.

268- عملا بطابعها المادّي تعتبر النّظرية الماركسية، أنّ **كلّ إنتاج فكري، يترتّب حتما عن الواقع المادّي الاقتصادي والاجتماعي.** يخضع القانون هو الأخر بوصفه إنتاجا فكريا، لهذه القاعدة، وينتمي بالتّالي إلى البنية الفوقية التي حتّمتها البنية التحتيّة، المتكوّنة من المعطى المادّي. **لا يمكن بالتّالي للقانون، أن ينفرد بكيانه، وأن يستقلّ بمادته، وأن ينعزل عن المعطيات الاقتصادية والاجتماعية. فهو لا يؤثّر فيها، بل يتأثّر بها.** وهو لا يفرزها بل يترتّب عنها. يتطوّر القانون و يتغيّر، بتطوّر و تغيّر الاقتصاد و المجتمع. فهو غير ثابت، وراسخ، وأزلي؛ **وما فكرة العدالة المثلى، إلاّ زَيف، وتغرير، تلجأ إليه الأقلّية المهيمنة، لإرساء هيمنتها وتكريسها.** بما أنّ الفكر مرآة للواقع، وبما أنّه لا وجود للعدالة في الواقع المعاش، فلا سبيل إليها على المستوى النظري. إلى جانب هذا الموقف الشامل، الذي تقفه النّظرية الماركسية، تجاه مادّة القانون ككل. فهي تسلّط أيضا حكما قاسيا، على جزء معيّن من هذه المادة، هو جزء الملكيّة الفرديّة.

ب الملكية الفرديّة.

269- يعتبر كارل ماركس، أنّ **أوّل عنصر اضطراب عكّر صفو الحياة المشاعة، التي كانت تقوم بين النّاس في العصور البدائية ؛ هو عنصر الملكيّة.** يمثّل هذا العنصر خلاصة اضطهاد وقمع القوى الشغيلة، على المستوى الاقتصادي والاجتماعي. إذ هو **يمكّن المستغلّ من الانفراد بملكية وسائل الإنتاج، ويمكّنه من صيانة سيطرته الاجتماعية وهيمنته الاقتصادية.** تكرّس الملكية الفرديّة التناقضات، وعدم المساواة.

270- يمثّل بالتّالي قانون الملكيّة الفرديّة، بالنّسبة لكارل ماركس، **القانون الأساسي والمركزي في المجتمعات البرجوازية.** تترتّب عنه كلّ القوانين الأخرى، وحتّى المادّة القانونية ككلّ. تقرّ النّصوص الموجودة في الأنظمة البرجوازية؛ بمبدأ المساواة بين الأفراد، كما تضمن حقّ الملكيّة لكلّ فرد. **تبدو هذه النّصوص ظاهريا، ضامنة للحرّية الفردية، والمساواة في الملكيّة.** لكن بالنّسبة لكارل ماركس يكون **هذا التحليل مغلوطا** من زاويتين اثنتين. من حيث **الواقع الاقتصادي، والاجتماعي،** الذي لا يرتكز على المساواة والعدالة، بل على الحيف واللامساواة. من **حيث مفهوم القانون نفسه،** إذ لو تحققت فعلا المساواة أمام الملكيّة، لما احتيج للقانون لحمايتها. توحي هذه الفكرة بموقف النّظرية الماركسية تجاه المادّة القانونية عند تحقق المرحلة الشيوعية.

271- **اندثار وتلاشي القانون.** تعد فعلا النّظرية لماركسية الناس، عند تحقق المرحلة الأخيرة والحاسمة، أي المرحلة الشيوعية المثالية ؛ **باضمحلال الصّراعات الطبقية، والتّطاحنات الاجتماعية.** سيتمّ ذلك بتوفر عنصر الوعي، الذي كان مفقودا عند المجتمعات المشاعة البدائية، ما أدّى بها إلى الصّراعات، والنزاعات. **في العالم الشّيوعي المثالي، ستتحقق المساواة المنشودة، والعدالة المثلى، ويصبح لكلّ حسب حاجياته، دون صراعات، ودون نزاعات. عندها يصبح المجتمع موحّدا، في غنى عن الحاكم، و عن الدّولة، وعن القهر، وعن التسلّط. يندثر عندها القانون، ويزول، ويضمحلّ، لانتفاء الحاجة إليه.**

272- لكن مهما بدت هذه النّظرية مغرية إلا أنّها ظلّت كذلك. **جاءت النظريّة الماركسية تنقد النّظريات،**

المثالية، إلاّ أنها تتقابل معها، عند تقديمها للعالم الشّيوعي المثالي، الذي يذكّرنا بشدّة بالجنّة التي تعدنا بها النّظريات المثالية. وما تحقّقت وعود ماركس في أيّ مجتمع حتى الآن، بل أثبتت التجربة عكس ذلك؛ وما انهيار الأنظمة الشّيوعية، إلا أكبر دليل.

الجزء الثالث
مصادر القانون

273- تثير مسألة مصادر القانون، **نقاشا فقهيا**،[318] يميّز بين **المصادر الشكليّة**، و**المصادر المادّيّة** للقانون.[319] فمنهم من لا يعتدّ إلا **بالمصادر الشكليّة** للقانون،[320] وهما **التشريع** و**العرف**. ومنهم من يضيف **فقه القضاء**، إلى التشريع والعرف، غير أنّه يوليه **مرتبة أدنى**.[321] كما يوجد من الفقهاء من لا يعترف لفقه القضاء، إلا بمكانة "**السلطة**"[322] ولا **بسلطة المصدر للقانون الوضعي**.[323] كما ينكر آخرون كلّ **سلطة لفقه الشرّاح**[324] كمصدر شكلي للقانون.

274- لكن يبقى هذا النقاش نظريا، إذ رأينا فيما تقدّم، أنّ القانون، أو النّظام القانوني في بلد ما؛ **لا يشكّل معطى منزلا، وثابتا، وأزليا**[325]. بل هو تاريخيا متطوّر ومتغيّر. كما أنّه أيضا معطى اجتماعي[326]؛ من حيث أصله، وتكوّنه، وتغيّره، ونشره، وتطبيقه. لا يمكن حصر المادّة القانونية في تطوّرها فقط ؛ **أي ما كان، وما سيكون**. بل تمرّ

[318] Ph. JESTAZ, source délicieuse (remarques en cascades sur les sources du droit), R.T.D.civ., 1993, pp. 73 et s.

[319] محمد كمال شرف الدّين، المرجع السّابق، عدد 44.
S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 199 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, op. cit., n° 236 et s.

[320] يتزعّم هذا الرأي الفقيه H. KELSEN أب النظريّة القواعديّة الذي لا يعترف إلا بالتشريع في المعنى الضيّق، كمصدر للقانون الوضعي. الفقرة

[321] محمد كمال شرف الدّين، المرجع السّابق، عدد 47، ص 59.
S. MELLOULI, op. cit., n° 204.

[322] J. CARBONNIER, introduction, op. cit., n° 144.

[323] القانون الوضعي، هو القانون القائم فعلا في بلد ما، و في زمن ما.

[324] محمد كمال شرف الدّين، المرجع السّابق، عدد47.

[325] البعد النّسبي للقاعدة القانونية. الفقرة 7.

[326] المدارس الاجتماعية، الفقرة 234.

هذه المادّة من خلال **معرفتها، والإطّلاع عليها، وتطبيقها**. أي المرور **من القاعدة العامّة، إلى الحالة الخاصّة والظرفية**. يتجسّم بالتّالي وجود القانون في مصادره، وفي مظاهره.[327]

275- انطلاقا من ذلك يمكن أن نقف عند مصادر القانون لا في **شكلها الوصفي، الحيني**؛ الكائن في وقت ما، وفي بلد ما. وإنّما في **شكلها المتفاعل، المتطوّر**، بوصفها قوى عاملة داخل المجتمع بصفة عامّة، إفرازاتها ؛ **المادّة القانونية**. هذا لا يعني أيضا، أننا سنحصر دراستنا في الجّانب الواقعي لمصادر القانون، أي دراسة المصادر المادّية دون المصادر الشكلية. علما أنّ المصادر الشكلية (**Sources formelles**) تمثّل بالنّسبة للأنظمة القانونية البرجوازية، المصادر الأساسية للقانون.[328] يعرّفها الفقه بكونها **الشكل الإجباري، والمسبق، الذي يتعيّن على قواعد السلوك إتّباعه؛ حتى يقع احترامها اجتماعيا، وإن لزم الأمر بالقهر**.[329]

276- انتقد أصحاب المذهب الاجتماعي للقانون، هذه النّظرة؛ **إذ هي تحصر مصدر القانون في الدّولة**، في حين تتجاوز المادّة القانونية العنصر الشكلي، **وينبع القانون عن مصادر شتّى؛ كالمجموعات الدّينيّة، والجمعيات، والنّقابات، وغيرها من التكتّلات، والتحالفات الاجتماعية، القوميّة، أو الدوليّة**.

[327] G. CORNU, droit civil, introduction, les personnes, les biens, Dom: droit privé, 8ème édition, Montchrestien, n° 72.

[328] المدارس الوضعية القانونية، الفقرة

[329] حول التفرقة بين المصادر المادّيّة و المصادر الشكلية للقانون، يراجع : محمد كمال شرف الدّين، قانون مدني، المرجع السّابق، عدد 44 و ما بعده.

277- في الواقع يصعب التوفيق بين هذين الرأيين، لتعلقهما بقناعتين مختلفتين، وحقيقتين متباينتين. ففي حين **يمزج دعاة الرّأي الاجتماعي بين أصل القانون ومصدره ؛ أي المعطى الاجتماعي. يتعلّق أصحاب المصادر الشكلية بصيغة القاعدة مهما كان مصدرها.** الصّيغة وحدها تجعل من القاعدة، قاعدة قانونية.[330]

278- غير أنّه يبقى من الثّابت، أن مسألة مصادر القانون متأثرّة إلى حدّ بعيد، بتاريخ **الأنظمة القانونية.** فبالنّسبة للأنظمة الرومانية الجرمانية[331]، يرجع **الدّور الأساسي للقاعدة التّشريعية.** في حين يلعب **فقه القضاء،** الدّور الرّئيسي في بلدان الكومن لو[332]. كما أن تطوّر المجتمع نفسه يحدّ من دور العرف، الذي يصعب عليه مواكبة النّسق السّريع الذي تفرضه الحياة اليوم. **من ذلك أن دراسة مصادر القانون، ستتضمّن حتما؛ تعرّضا لكلا جانبي نظريّة مصادر القانون.** لن نقصر الرّؤية على الجّانب الشّكلي دون الجّانب الواقعي، أو العكس. بل سنحاول إبراز، وإظهار، **التّفاعلات القائمة بين هذين الجانبين، في كلّ مجتمع.**

279- في هذا المضمار يمكن حصر مصادر القانون، في ظاهرتين أساسيتّين. تحمل الأولى على **إنشاء القانون.** وتحمل الثّانية على **تطبيق القانون.** إذ كما أسفلنـــا،

[330] M. CHARFI, introduction à l'étude du droit, op. cit., n° 219 ; S. MELLOULI, introduction à l'étude du droit, op. cit., n° 200.

[331] الفقرة 60 و ما بعدها.

[332] الفقرة 80 و ما بعدها.

لا يمكن حصر المادّة القانونيـــة، في مستوى إنشائها. بل يـــجب أيضا الوقوف عند تجسيم هذه القاعدة، أي عند تطبيقها والعمل بها.

الباب الأوّل
الظّاهرة المنشئة للقانون

280- يجمع الفقهاء على حصر المصادر المنشئة للقانون في مصدرين اثنين، وهما **التّشريع**، و**العرف**. يرتّبهما الفقهاء، كلّ حسب قناعته الشّخصية، وخاصّة حسب المادّة. **فعندما يتعلّق الأمر بالقانون الدّاخلي يسبق التّشريع على العرف. وعندما يحمل الاهتمام على القانون الدّولي تسند الأولوية إلى الأعراف الدولية.**[333] لكن غالبا ما يغفل الفقه عن تناول مصدر ثالث للقانون رغم أهميّته خاصّة في بلادنا؛ **المبادئ العامّة للقانون.**

القسم الأوّل : المبادئ العامّة للقانون.

281- المعادلة الصّعبة، الّتي يحاول تحقيقها القانون؛ بين **العدالة المثلى**، الّتي تنادي بها المدارس المثالية[334]، و**الاستقرار**، و**الأمن**، اللّذان يمثّلان شعار

[333] تكتسي الأعراف الدّوليّة أهميّة بالغة في العلاقات الدّولية سواء العامّة أو الخاصّة.

J. A. BARBERIS, la coutume est-elle une source de droit international ?, in. Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel VIRALLY, A. Pedone, 1991, p. 43.

[334] حول المدارس المثالية، تراجع الفقرة

المدارس الوضعية،[335] تتّجسّم بصفة خاصّة في مفهوم **المبادئ العامّة للقانون**[336]. لا يلقى مفهوم "**مبادئ عامّة للقانون**" تعريفا قانونيا واضحا ودقيقا ؛ يقترح معجم المصطلحات القانونية[337] ما لا يقلّ عن سبعة تعاريف مختلفة لهذا المفهوم، فهو تارة **حكما**، وأخرى **مبادئ أساسيّة**. كما يختلف التّعريف باختلاف ميدان البحث إن كان القانون الوطني، أو القانون الدّولي.

282- يعود هذا التردّد الفقهي[338] بخصوص تعريف المبادئ العامّة للقانون، **لصعوبة ترتيبها في السّلّم التّفاضلي الكلسني**[339] **للقواعد القانونيّة**. فهي تبدو تابعة لمبادئ "**الديجاست**"، أو مبادئ "**أرسطو**"، أو **المبادئ الأوليّة لكلّ القوانين** "**لدوما**"[340] الشّهير.[341] هذا ما قد يفسّر أيضا

[335] حول المدارس الوضعية، تراجع الفقرة

[336] محمد عربي هاشم، محاضرات مرقونة لطلبة السّنة الأولى حقوق، مدخل عام لدراسة القانون، كلّية الحقوق و العلوم السّياسية بتونس1987-1988، ص 22 ؛رمضان أبو السعود و محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون، المرجع السّابق، ص 11 و ما بعدها.

N. BEN AMMOU, le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, thèse pour le doctorat d'Etat, Tunis 1996, n° 905 et s. ;M. CHARFI, introduction à l'étude du droit, op. cit., n° 220 et s. ; J. BOULANGER, principes généraux du droit et droit positf, Mélanges RIPERT, t. I, pp. 51 et s. ; J. L. BERGEL, théorie générale du droit, Dalloz, 2ème édition, n° 69 et s.

[337] Dictionnaire du vocabulaire juridique, H. CAPITANT, sous la direction de G. CORNU.

[338] الذي يجد تفسيره حسب اعتقادنا في التعلّق المفرط لرجال القانون بفرنسا بعلويّة القاعدة التشريعية المكتوبة.

[339] حول نظرية كلسن، تراجع الفقرة 230.

[340] Domat (Jean), jurisconsulte français (Clermont-Ferrand 1625 - Paris 1696). Dans *les Lois civiles dans leur ordre naturel*

الظّهور المتأخّر،[342] لهذه المبادئ في القانون الفرنسي الوضعي.

283- إلاّ أنّ هذه الصّعوبة غير قائمة في القانون التونسي. إذ تعرضّت مجلة الالتزامات والعقود، الصّادرة في بداية القرن العشرين،[343] في موقعين اثنين على الأقلّ ؛ إلى مفهوم **المبادئ العامة للقانون**. جاءت الفقرة الثّانية، من البّاب الثّاني، من العنوان الثّامن من الكتاب الأوّل من هذه المجلّة، معنونة على النحو التّالي : "**في بعض قواعد عامّة تتعلّق بالقانون**".[344] من ناحية ثانيّة ينصّ الفصل 535 من نفس المجلّة :"**إذا تعذّر الحكم بنصّ صريح من القانون، أعتبر القياس، فإن بقي شكّ، جرى الحكم على مقتضى قواعد القانون العموميّة**". يفهم من ذلك أن المشرّع التونسي يشير صراحة إلى المبادئ العامّة للقانون، عند تأويل النصّ.[345]

284- إذا اعتبرنا أنّ مصطلح **قواعد** يرادف في ذهن المشرّع، مصطلح **مبادئ**، ولا غرابة في ذلك؛ نظرا

(1689-1694), il affirma la prééminence du droit romain. Son œuvre prépara l'unification du droit.

[341] N. BEN AMMOU, thèse, op. cit., n° 911 et s.; J. L. BERGEL, théorie générale dn droit, op. cit., n° 69.

[342] لم يقرّ بها مجلس الدولة الفرنسي إلاّ سنة 1945 عندما قبل تطبيق هذه المبادئ حتّى عند غياب نصّ صريح يبيح ذلك. يرجع أيضا ظهور المبادئ العامة للقانون في المادة المدنية، إلى أواخر القرن التاسع عشر في مادّة **الإثراء بلا سبب** رغم بداهته، ومردّ ذلك بالأساس، كثافة النصوص التشريعية، ومبدأ علوية النصّ المكتوب، وصعوبة تصنيف مفهوم المبادئ العامة للقانون.

[343] أمر 15 ديسمبر 1906، الرائد الرّسمي بتاريخ 15 ديسمبر 1906، ملحق عدد100

[344] تتضمّن هذه الفقرة سلسلة من 32 فصل، من الفصل 532 إلى الفصل 563

[345] N. BEN AMMOU, thèse, op. cit., n° 908.; M. L. HACHEM, cours, op. cit., pp. 22-23.

لحداثة كلمة مبادئ في المادّة القانونية. يتبيّن أنّ مجلة الالتزامات والعقود، تولي لمفهوم المبادئ العامة للقانون دورين اثنين. فهي **تمثّل حوصلة لروح، ولمادّة التشريع،** وتلعب بذلك دورا توفيقيا، وتأليفيا، في إطار المنظومة القانونية. هذا ما يجعل من المبادئ العامّة للقانون، أداة لسدّ الثّغرات التشريعية عند خلوّ النصّ من حلّ ملائم، على معنى الفصل 535. تصبح بذلك هذه المبادئ، **مصدرا من مصادر القانون**، نظرا لانتمائها إلى المادّة القانونيّة ؛ أي المنظومة القانونيّة الوضعيّة. **تكون بذلك المبادئ العامّة للقانون مادّة قانونية.**

285- غير أنّ صعوبة تصنيف هذه المادّة القانونية ضمن السلّم، أو الهرم التفاضلي، للقواعد القانونيّة؛ يحول دون تحديد **الطّبيعة القانونيّة الحقيقيّة لهذه المبادئ**. إذ هي تبقى رغم قيمتها، وأهمّيتها، **مجرّد مبادئ**. المبادئ العامّة للقانون، هي عندئذ، في نفس الوقت **مبادئ عامّة**، و **مبادئ قانونية.**

الفقرة الأولى: مبادئ عامّة.

286- اعتبار جملة الفصول **532** إلى **563** م.إ.ع.، **مجرّد مبادئ عامّة**، والحال أنها وردت صلب نصوص قانونية؛ يثير مباشرة مسألة **تصنيفها صلب الهرم التّرتيبي للقواعد القانونية.** هذا ما يدعونا إلى تناول محتوى هذا المفهوم، أي مفهوم مبادئ عامّة، حتى نلمس موقف المشرّع التونسي منه.

أ محتوى مفهوم مبادئ عامّة.

287- بحكم انتمائها للمنظومة القانونيّة الوضعيّة، لا تعدّ المبادئ العامّة للقانون؛ قواعد **مثالية منتمية للقانون الطبيعي**. لكنّها ليست أيضا **قواعد تشريعية**.

288- تختلف فعلا المبادئ العامّة للقانون، عن **المثل والحكم، وعن المبادئ الدّينية، أو الموروثية، أو الفلسفية، أو حتّى مبادئ القانون الطّبيعي** نظرا لانتمائها إلى **المنظومة القانونيّة الوضعيّة**. قد تتأثر المبادئ العامّة للقانون، بجميع هذه القيم غير القانونية، إلا أنّها تختلف عنها تماما، لتأصّلها بالأساس، في فقه القضاء، **الذي يجعل منها قواعد تابعة للمنظومة القانونية**. الأمر كذلك بالنسبة لمبدأ المجابهة في التقاضي، أو مبدأ حقوق الدّفاع، أو دعوى الإثراء بلا سبب. غير أنّ دور فقه القضاء في هذا المجال، **ليس بالخلاّق، وإنّما يقتصر على استنتاج هذه المبادئ من روح التّشريع، وفلسفة المشرّع**.

289- تختلف أيضا المبادئ العامّة للقانون، رغم عموميتها المتأكّدة، عن **القواعد القانونية العادية**. تتميزّ القواعد القانونيّة العاديّة بصبغتها العامّة، غير أنّ عمومية المبادئ العامّة، **أشمل من عمومية القواعد التشريعية**؛ التي لا تتناول إلاّ وضعيات معيّنة، ومؤسّسات محدّدة بالذّات، كالمسؤولية، أو العقد. في حين جاءت المبادئ العامّة للقانون لتشمل كلّ المادّة القانونية. فهي التي تحتّم الفلسفة التّشريعيّة العامّة. تبدو إذا المبادئ العامّة للقانون ؛ **جملة من القواعد الوضعية العامّة، المطبقة من طرف فقه القضاء، سواء جاءت في شكل نصّ، أو لا**. هل يمكن سحب هذا التّعـريف

للمبادئ العامّة للقانون، على الفصل 532 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود ؟

ب الفصل 532 و ما بعده من مجلّة الالتزامات و العقود.

290- رغم عنوان الفقرة : "**في بعض قواعد عامّة تتعلق بالقانون**". لا تنتسب إلى المبادئ العامّة للقانون، إلا الفصول 545 إلى 562 .[346] غير أنّ موقع هذه السلسلة من الفصول وسط المجلّة ولا في بدايتها، من ناحية أولى، ثمّ عنوان الفقرة نفسها "قواعد" ولا "مبادئ"،من ناحية ثانية؛[347] يثير هذان العاملان الشكّ حول الطّبيعة القانونية للفصول 545 و ما بعده من مجلّة الالتزامات و العقود. لكن في خصوص موقع الفقرة في المجلّة، سبق أن أشرنا أنّ **ورود المبادئ العامّة للقانون في شكل نصّ، ليس بالأمر الضّروري**. بل يمكن لفقه القضاء أن يستنتجها من روح التّشريع. **هذا ما يجعل موقع هذه المبادئ في وسط المجلّة غير ذي أثر على طبيعتها كمبادئ عامّة للقانون.**

---

[346] أمّا بقيّة الفصول من 532 إلى 544 فهي تتناول مسائل متعلقة بتأويل القانون و تنازع القوانين...يراجع، نذير بن عمّو، المرجع المذكور، عدد 908.
الفصل 546 :"إذا تعارض المانع و المقتضى قدّم المانع".
الفصل 548 :" ما يصدر من شخص لا يكون حجّة له".
الفصل 550 :"من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل".

[347] الذي يوحي بتأثرها بالمجلّة العثمانية. محمد العربي هاشم، المرجع السّابق، ص 22. يوسف أصار، مرآة المجلّة، المطبعة العمومية، مصر 1894، الفصول 1 إلى 99.

291- من ناحية ثانية، **ترادف مصطلحي "قواعد" و "مبادئ" في اللغة القانونية،**[348] **وحداثة مصطلح "مبادئ" في العربيّة، قد ينسب هذه القواعد إلى التشريع الإسلامي وحده.** لكن هذه القراءة لا تستقيم **إلاّ ظاهريا،** إذ يكشف **التثبّت** في الفصول **1** إلى **99** من المجلة العثمانية، أنّها نهلت من مصادر مختلفة بما فيها **القانون الروماني.**[349] علما أنّ ثراء المصادر هذا، يبيّن أنّ ما ورد صلب الفصول **545** وما بعده، التزامات وعقود، يشكّل فعلا **مبادئ عامّة تضمّ نظما متعدّدة؛** أخلاقيّة، دينيّة، منطقيّة، وحتى فلسفيّة. **هذا ما يجعل من هذه القواعد مادّة قانونية على المعنى الأكمل.**

الفقرة الثّانية : مبادئ قانونية.

292- اعتبار المبادئ العامّة للقانون مبادئ قانونية، يكسبها **سلطة، قوّة إلزامية،** قد تبدو ثابتة تجاه **القاضي،** دونها تجاه **المشرّع.**

أ تجاه القاضي.

293- لا تترك عبارة الفصل **535** م.إ.ع. مجالا للتردّد **تجاه قيمة المبادئ العامّة للقانون بالنّسبة لفقه القضاء،** الّذي يتعيّن عليه اللّجوء إليها عند فراغ النصّ. لكن دور فقه القضاء لا يقف عند هذا الحدّ، بل يتعيّن عليه **الكشف عن هذه المبادئ، سواء جاءت صلب نصّ، أم لا. إذ لا تتأكّد**

[348] رمضان أبو السّعود و محمد محمود زهران. المرجع السّابق، ص 11 و ما بعدها.

[349] الفصلين 47 و 50 : "الفرع يتبع الأصل" و "البيّنة على من ادّعى".
Cf. N. BEN AMMOU, thèse op. cit., n° 909.

إلزامية المبدأ العام، إلاّ من خلال تطبيقه من طرف القاضي، الذي يتعيّن عليه استنتاجه من مختلف الحلول الخاصّة، الواردة صلب التشريع، والّتي تخضع لنفس الفلسفة التّشريعية العامّة. هذا ما دأب عليه فقه القضاء التونسي عندما اعتبر أنّ لا قيام دون مصلحة،[350] أو مبدأ التقاضي على درجتين،[351] أو مبدأ عدم رجعية القوانين،[352] أو مبدأ حياد القاضي،[353] أو مبدأ شرعية الجريمة والعقاب.[354] **القاضي لا ينشئ المبدأ بل يكتفي بالكشف عنه ثمّ التقيّد به.**[355] في هذا المعنى لجأت **الدّوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب،** في سلسلة من القرارات **بتاريخ 16 مارس 1995**[356] ، **إلى مبدأ الضّمان** في المسؤولية التقصيرية على معنى الفصل **554** التزامات وعقود[357]، حتّى تمكّن المتضرّر من التّعويض عند غياب خطأ المتسبّب في الضرر. هذا ما يدلّ على قيمة المبادئ العامّة للقانون بالنّسبة لفقه القضاء، إذ ما أشارت به الدّوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب، يتّبع مبدئيا من قبل كامل المحاكم.

[350] تعقيبي مدني عدد 2770 مؤرخ في 19 أفريل 1960، نشرية 1960 ص 19؛ مدني عدد 463، مؤرخ في 13 جانفي 1960، نشرية 1960 ص 68.

[351] تعقيبي مدني عدد1726، مؤرخ في 30 ماي 1963، نشرية 1963 ص 18.

[352] تعقيبي مدني عدد5584، مؤرخ في 23 جويلية 1968، نشرية 1968 ص72.

[353] تعقيبي مدني عدد26229 مؤرخ في 5 أفريل 1990، نشرية 1990 ص 45.

[354] جزائي عدد 9973 مؤرخ في18 جوان 1985، نشرية 1985 ص 161.

[355] Cf. pour toutes ces questions, N. BEN AMMOU, thèse op. cit., n° 921 et s.

[356] مدني عدد 28564 و 44851 و42386 و45822 ، المجلة القانونية التونسيّة، 1996 ص 299 و ما بعدها.
Cf. aussi, N. BEN AMMOU, l'évolution récente de la jurisprudence en matière de responsabilité civile, R.T.D., 1996 pp. 27 et s.

[357] الخراج بالضمان أي من له النما فعليه التوا.

ب تجاه المشرّع.

294- قد تبدو من أول وهلة، إثارة مسألة تقييد المشرّع بالمبادئ العامة للقانون، **وهمية ومثالية**.[358] إلا أن الإطلاع على **القانون الدستوري المؤرّخ في 6 نوفمبر 1995 المتعلّق بالمجلس الدستوري**، وبخاصّة فصله الأول، (الفصل 72 من الدّستور).[359] يغيّر الرأي في هذا المجال؛ إذ يمكن للمجلس المذكور مراقبة مشاريع القوانين المحالة عليه على ضوء المبادئ العامّة لنظام الملكية، وللحقوق العينية، وللتّعليم، وللصّحة العموميّة، وللشّغل، وللضّمان الاجتماعي.

295- يمكن عندئذ للمجلس الدّستوري،بموجب الفصل 72 ، أن يراقب دستورية القوانين على ضوء المبادئ العامّة للقانون، في مختلف المجالات الحساسّة، والأساسية، في نظام البلاد. معنى ذلك أنّه يتعيّن على المشرّع أن يتقيّد بهذه المبادئ العامّة، علما أنّه منذ تاريخ 2 نوفمبر **1998**[360] أصبح رأي المجلس الدّستوري مقيّدا للسّلطة التّشريعية التي يتعيّن عليها احترامه.

---

[358] المدارس المثالية، فقرة

[359] "ينظر المجلس الدستوري في مشاريع القوانين التي يعرضها عليه رئيس الجمهورية من حيث مطابقتها للدستور أو ملاءمتها له. و يكون العرض وجوبيا بالنسبة لمشاريع القوانين الأساسية، و مشاريع القوانين المنصوص عليها بالفصل 47 من الدستور، و مشاريع القوانين المتعلقة بالأساليب العامة لتطبيق الدستور و بالجنسية و بالحالة الشخصية و بالالتزامات و بضبط الجرائم و العقوبات المنطبقة عليها و بالإجراءات أمام أصناف المحاكم و بالعفو التشريعي **و بالمبادئ العامّة لنظام الملكية و الحقوق العينية و لتعليم و الصحة العمومية و للشغل و الضمان الاجتماعي.**

[360] الرّائد عدد 89 لسنة 1998، ص 2240.

القسم الثّاني: المصادر المنشئة للقانون.

296- مصدران اثنان، **العرف** و**التّشريع**، ينشئان في الواقع المادّة القانونية. سنتناول في مرحلة أولى استعراض مكوّنات القواعد التشريعية، والقواعد العرفية؛ لنقف إثر ذلك عند العلاقة القائمة بينهما. علما أنّنا لن نتعلّق بالجانب التّقني أو الفنّي للمادّة،[361] بقدر ما سنؤكّد على العنصر التفاعلي، والحيّ، الذي تلعبه هذه القواعد داخل المجتمع.

الفقرة الأولى : التّشريع.

297- سنتعرّض في مرحلة أولى، إلى مظاهر التّشريع، لنبرز إثر ذلك، نفاذ هذا المصدر المنشئ للقانون.

أ مظاهر التّشريع.

298- يتضمّن لدى العموم، مفهوم كلمة تشريع، أو نصّ قانوني، معنى واضحا؛ **هو جملة النّصوص المصادق عليها من طرف مجلس النوّاب، والمختوم عليها من قبل رئيس الجمهورية.**[362] يشمل في الواقع هذا التّعريف عدّة

---

[361] يتعرّض فعلا الدرس الخاصّ بالقانون المدني إلى هذا الجانب بإطناب. يراجع محمد كمال شرف الدّين، قانون مدني، المرجع السّابق، ص 51 و ما بعدها، عدد 42 و ما بعده.

[362] محمد كمال شرف الدّين، المرجع السّابق، عدد 49.

M. CHARFI, introduction à l'étude du droit, op. cit., n° 226 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction générale, op. cit., n° 244 ; S. MELLOULI, introduction à l'étude du droit, op. cit., n° 227.

أنواع من القوانين، ليس لها نفس القوّة الملزمة. القانون الدّستوري، قوانين المصادقة على المعاهدات، القوانين المصادق عليها باستفتاء، القوانين الأساسيّة، القوانين العاديّة، المراسيم، الأوامر و القرارات.

299- **القوانين الدّستورية. هي بالطّبع أعلى قواعد هرم السلّم التفاضلي للقواعد التّشريعية.** من ذلك أنّها تميّزت بمكانة خاصّة، ولا يمكن تنقيحها بصفة عاديّة. بل يجب إتّباع إجراءات خاصّة ؛ كأن تكون **البادرة من طرف رئيس الدّولة**، أو من طرف، **ثلث أعضاء مجلس النّواب**. لا يتمّ التّنقيح إلاّ بعد **قراءتين**، تفصلهما **مدّة ثلاثة أشهر**، وتتحصّل كلّ قراءة على مصادقة **ثلثي النّواب**.[363] كما أنّ **"لرئيس الجمهورية أن يعرض مشاريع تنقيح الدّستور على الاستفتاء"**.[364] تبقى هذه الإمكانية اختيارية و لا وجوبية.

300- **القوانين المصادقة على المعاهدات.** تبرم كلّ الدّول معاهدات، وتحالفات، مع الدّول الأخرى، و مع المنظّمات الدّولية. **لئن شكّلت هذه المعاهدات الدّولية، مصدرا أساسيّا للقانون الدّولي العام،**[365] **إلاّ أنها لا تصبح قانونا داخليّا لبلد ما إلاّ بعد المصادقة عليها من قبل مجلس النّوّاب.**[366] نظرا لصبغته المتميّزة، ومكانته كتعهّد تقدّمت به

[363] عبد الفتّاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، المرجع السّابق، ص 219 و ما بعدها.

[364] الفصل 76 الفقرة الثانية من الدّستور. و هذا ما تمّ فعلا لأوّل مرّة في 26 ماي 2002.

[365] F. HORCHANI, introduction au droit international public, op. cit., p. 100 et s.

[366] الفصل 33 من الدّستور: **تقع المصادقة على المعاهدات بمقتضى قانون".** يراجع محمد كمال شرف الدّين، قانون مدني، المرجع السّبق، عدد 55.

الدّولة على السّاحة الدّولية؛ **يحظى هذا النّوع من القوانين، برتبة أرقى من القوانين العادية.**[367] **لكن لا يمكن لقانون المصادقة على معاهدة مخالفة الدّستور، إذ هو يبقى دونه رتبة في السلّم التفاضلي للقواعد القانونية.**

301- **القوانين الاستفتائية.**[368] تمّ ضمّ هذا النّوع من القوانين إلى المنظومة القانونية التونسيّة بموجب التّنقيح الدّستوري المؤرخ في **8** أفريل **1976**[369]. يتناول هذا التّنقيح فرضيتين ؛ **المصادقة على المعاهدات المنصوص عليها بالفقرة الثّانية من الفصل الثّاني للدّستور، و عندها يكون الاستفتاء وجوبي.** أمّا الفرضية الثّانية، و هي **فرضية الفصل 47**،[370] يكون فيها **الاستفتاء اختياري.**[371] على الرّغم من انتفاء

[367] الفصل 32 من الدّستور: **"المعاهدات لا تعدّ نافذة المفعول إلاّ بعد المصادقة عليها. و المعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذا من القوانين".**

[368] M. CHARFI, introduction, op. cit., n° 234. ; L. BOUOUNY, réflexions sur l'introduction de la techniqne référendaire en droit constitutionnel tunisien, R.T.D., 1979, II, 87.

[369] الذي أضاف الفقرة الثانية للفصل الثاني من الدّستور: "الجمهوريّة التونسيّة جزء من المغرب الكبير تعمل لوحدته في نطاق المصلحة المشتركة.
إنّ المعاهدات المبرمة في هذا الغرض و التي قد يترتّب عنها تحوير ما لهذا الدّستور، يعرضها رئيس الجمهوريّة على الاستفتاء الشعبي بعد أن يوافق عليها مجلس النوّاب حسب الصيغ و الشروط المنصوص عليها بالدّستور". علما أنّ القانون الدّستوري عدد 47 لسنة 1981 المؤرّخ في 9 جوان 1981، عوّض في هذا الفصل عبارة "مجلس الأمّة" بعبارة "مجلس النّواب".

[370] الفصل 47 من الدّستور: **"لرئيس الجمهوريّة أن يستفتي الشعب مباشرة في مشاريع القوانين ذات الأهميّة الوطنيّة أو في المسائل الهامّة التي تتّصل بالمصلحة العليا للبلاد دون أو يكون كلّ ذلك مخالفا للدستور.**
و إذا أفضى الاستفتاء إلى المصادقة على المشروع فإنّ رئيس الجمهوريّة يصدره في أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ الإعلان عن نتائجه.
و يضبط القانون الانتخابي صيغ إجراء الاستفتاء و الإعلان عن نتائجه.

[371] مع الملاحظ أنّ الاستفتاء الأخير المؤرّخ في 26 ماي 2002 المتعلق بتنقيح الدّستور تمّ على معنى الفصل 76 الفقرة الثانية.

هذا النّوع من القوانين على الصّعيد العملي، تبقى مسألة مرتبة القوانين الاستفتائية مطروحة على المستوى النّظري.[372] **لأنّ ما تمّ استفتاؤه من طرف الشّعب طبق الفقرة الثّانية من الفصل الثّاني من الدّستور، يمكن ضمّه إلى المعاهدات؛** و يكون بذلك في رتبة أرقى من القوانين العاديّة. أمّا القوانين الاستفتائية على معنى الفصل 47 فهي تبقى قوانين دون المعاهدات، عملا بالفصل 32 من الدّستور.

302- **القوانين الأساسيّة.** تحظى هذه القوانين هي الأخرى، بمنزلة خاصّة في الدّستور،[373] وتتميّز بإجراءات خاصّة. هذا ما يضعها في **رتبة أرقى من القوانين العاديّة** وهي بصفة عامّة القوانين المتعلّقة بالحرّيات الفردية، والحقوق الأساسيّة، والهيكل القضائي، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي، والجماعات العمومية المحلّية، والقانون الانتخابي[374]. ما يميزّ القوانين الأساسيّة من النّاحية الإجرائيّة، **هو أن لا تتمّ المصادقة عليها من طرف مجلس النوّاب، إلاّ بعد خمسة عشر يوم على الأقلّ من تاريخ إيداعها.**[375] يمكن هذا التّاريخ من التروّي ملّيا قبل المصادقة، و حتّى لا تتمّ الموافقة على القوانين الأساسية في التسّرع.

---

[372] M. CHARFI, introduction, op. cit., n° 234 et s.; S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 279.

[373] الفصل 28 الفقرات 4،3 و 5 من الدّستور.

[374] القانون عدد 38 المؤرّخ في 3-6-1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم، رائد عدد 47 لسنة 1996 ص 1213؛ قانون عدد 39 المؤرخ في 3-6-1996 المتعلق بالمحكمة الإدارية. رائد عدد 47 لسنة 1996 ص 1514؛ قانون عدد 77 المتعلق بجوازات السفر و وثائق السفر، مؤرخ في 2-11-1998، رائد عدد89 لسنة 1998 ص 2240؛ قانون عدد 32 لسنة 2000 مؤرخ في 21-3-2000 المتعلق بتنقيح بعض أحكام المجلة الإنتخابية، رائد عدد 24 لسنة 2000 ص 688.

[375] الفصل 28 الفقرة 5 من الدّستور.

303- **القوانين العاديّة.** هي التي لا تحظى صلب الدّستور بشروط خاصّة، وإنّما **تخضع إلى الشّروط العاديّة، المبسّطة.** لا تتطلّب المصادقة عليها إلاّ الأغلبية المطلقة، و لا تخضع مناقشتها لأجل معيّن. **تشكّل القوانين العاديّة من حيث الكمّ، أهمّ مصدر تشريعي للقانون، وهي المادّة الأساسية للمجلاّت القانونيّة، الّتي تنظّم جميع جوانب الحياة الاجتماعية.**[376]

تجدر الملاحظة في هذا المجال، **أنّ بعض المجلاّت والقوانين، اتّخذت في صيغة عاديّة. أي تمّت المصادقة عليها كقوانين عادية، في حين كانت تحمل على موادّ أساسيّة، من ضمن الّتي خصّها الدّستور بشروط معيّنة. نذكر منها مجلّة الصّحافة،**[377] **وقانون الجمعيات.**[378]

304- **المراسيم.** في إطار التّشريع العادي، جدّت ممارسة حديثة نسبيا،[379] **تتجافى في الواقع مع نظام يقرّ بالتّفرقة بين السلطات الثلاثة؛** التّشريعية، التّنفيذية، و القضائية. يتمكّن رئيس الدّولة، بموجب تفويض من مجلس

---

[376] تثير مسألة التضخّم التشريعي اهتمام الفقه، لما تطرحه من صعوبات للاطلاع على المادّة القانونية.

J. CARBONNIER, flexible droit, L.G.D.J., 7ème édition, 1992, p. 116; F. GUILLIEN, nul n'est censé ignorer la loi, Mélanges ROUBIER, p. 253 et s.

[377] القانون عدد 32 لسنة 1975 المؤرّخ في 28 أفريل 1975 رائد عدد 29لسنة 1975.

[378] القانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرّخ في 7-11-1959رائد عدد 63 لسنة 1959، المنقح بالقانون عدد90 لسنة 1988 المؤرّخ في 7-11-1988، رائد عدد 52 لسنة 1988؛ المنقح بالقانون عدد 25 لسنة 1992 المؤرّخ في 2-4-1992، رائد عدد 21 لسنة 1992.

[379] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, introduction, op. cit., n° 272 et s.

النّواب من اتّخاذ مراسيم (**Décrets lois**) مدّة العطلة البرلمانية، تتمّ المصادقة عليها لاحقا من قبل المجلس.[380] لكن تدريجيا توسّعت هذه الإمكانية وأصبحت للسّلطة التّنفيذية صلاحية اتّخاذ تشريعات عامّة، تسمّى السّلطة الترتيبيّة العامّة" **le pouvoir réglementaire général** ".[381]

305- **الأوامر و القرارات.** يختصّ مبدئيا رئيس الجمهورية بسنّ الأوامر، غير أنّ الدستور يبيح له تفويض هذه السّلطة للوزير الأوّل. تكون الأوامر خاصّة عندما يتمّ اتّخاذها على معنى الفصل 55 من الدّستور،[382] بينما تكون الأوامر عامّة و تابعة للسّلطة التّرتيبيّة العامّة، عندما تأتي لتحديد مجال، و شروط تطبيق القوانين. تأتي القرارات تتمّة لما ورد في القوانين، و في الأوامر، لغاية تدقيق مجال تطبيقها، و توضيح مقتضياتها. تصدر القرارات عن الوزير الأوّل، و عن الوزراء، كلّ حسب اختصاصه. كما تصدر القرارات عن السّلط الجهويّة (الولاة و رؤساء البلديات).[383]

ب نفاذ التّشريع.

306- تطرح مسألة نفاذ التّشريع عادة، عندما يتعلق الأمر بنفاذ نصّ تشريعي واحد. لكن يحدث أيضا، أن تثار

[380] الفصل 28 الفقرة الثالثة من الدّستور: "**لمجلس النوّاب أن يفوّض لمدّة محدودة و لغرض معيّن إلى رئيس الجمهوريّة اتّخاذ مراسيم يعرضها على مصادقة المجلس عند انقضاء المدّة المذكورة**".

[381] H. AYADI, les décrets-lois dans la constitution tunisienne du 1er juin 1959, R.T.D., 1969-70, p.99 et s. ; Y. BEN ACHOUR, contribution à l'étude théorique des décrets-lois, R.T.D. 1972, p. 171 et s.

[382] "**يسند رئيس الجمهورية باقتراح من الحكومة الوظائف العليا المدنية و العسكرية**".

[383] M. CHARFI, introduction, op. cit , n°248.

هذه المسألة عند وجود نصّان متتاليان ينظّمان نفس المركز القانوني ؛ عندها تطرح إشكالية تنازع القوانين.

307- **نفاذ النصّ الواحد.** ينبع **التّشريع كمصدر شكلي للقانون**، عن **الدّولة** و يصدر عنها، فهو **تجسيم لإرادة السّلطة الحاكمة**، أي **تصرّف الأمير**. تشمل لفظة تشريع كلّ النّصوص القانونيّة مهما كان مصدرها؛ سواء السّلطة التّشريعية أو السّلطة التّنفيذية.[384] **يتميّز التّشريع بطابعه المتسلّط**، فهو ينزل من فوق، أو من الأعلى. **فالتّشريع أمر يفرض على المجموعة**، وهذا لا يعني بالضرّورة أن هذا التّشريع جائر وغير ملائم. بل قد يكوّن التشريع في الأنظمة البرلمانية، بموجب قاعدة التّمثيل، الرّغبة الحقيقيّة للمجموعة. إلاّ أنّ **القاعدة التشريعيّة هيكليّا، وشكليّا، لا تنبع عن القاعدة، بل عن القمّة**. القاعدة التشريعيّة ليست دعوة أو نصيحة، وإنّما أمرا.[385]

308- بسبب ذلك، **يتوقّف نفاذ التّشريع، على تحقّق شروط محدّدة**، وضعها المشرّع صلب القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرّخ في 5 جويلية 1993 المتعلّق بنشر النصوص القانونية ونفاذها.[386] ينصّ الفصل الأوّل من القانون المذكور؛ أنّ **النّصوص التّشريعية تنشر باللّغة العربيّة، و يكون نشرها بلغات أجنبيّة على سبيل الإعلام**. معنى ذلك أنّ **نفاذ القانون،**

[384] في ما يخصّ النصوص الصّادرة عن السّلطة التنفيذيّة، يراجع : M. CHARFI, introduction, op. cit., n° 241 et s.

[385] بخصوص الصّبغة الملزمة للقاعدة القانونية، تراجع الفقرة 162 وما بعدها.

[386] رائد عدد 50 لسنة 1993 ص 931. قبل هذا التاريخ كانت المادة تخضع إلى الأمر العلي الصادر في 27-1-1883 المنقح بأمر 8-9-1955 و أمر 13-11-1956. يراجع في هذا المجال محمد كمال شرف الدّين، قانون مدني، المرجع السّابق، عدد 63.

بوصفه أمرا صادرا عن الدّولة، يتوقف على نشره، وعلى علم العموم به. في هذا الصّدد أورد المشرّع، مبدأ واستثناءات.

309- **جاء المبدأ** بالفصل الثّاني الفقرة 1 و 2 من قانون **1993** يقضي أن **تكون النّصوص نافذة بمضيّ خمسة أيّام من تاريخ إيداع الرّائد الرّسمي بمقرّ ولاية تونس العاصمة. أمّا الإستثناءات**، فهي ترمي إلى **تغيير زمن النّفاذ** المنصوص عليه أعلاه. **إمّا بالإذن بالنّفاذ حالاً** عندما يكون في الأمر تأكد.[387]أو **بتأجيل نفاذ النصّ** بعد أجل الخمسة أيّام.[388]أو بإعطاء النصّ التّشريعي **أثرا رجعيا**.[389]أي أنّه ينسحب على الماضي.

310- **تنازع القوانين**. يثير تطبيق القاعدة القانونيّة، مسألة نفاذها في الزّمان، **عندما يصدر قانون جديد، يعوّض قانونا آخر سابقا له**. يصف الفقه هذا الحالة "**بتنازع القوانين في الزّمان**".[390] مثل ذلك عند صدور مجلّة الأحوال الشّخصية في **1** جانفي **1957**،[391] جاء الفصل **18** يمنع تعدّد الزّوجات.

[387] الفصل 2 الفقرة 3 من قانون 1993.
[388] الفصل 2 الفقرة 3 من قانون 5-7-1993.
[389] محمد كمال شرف الدّين، المرجع المذكور، عدد 65 و ما بعده.
[390] علي الجلولي، مجال سريان القواعد القانونية في الزمان، أطروحة دكتوراه دولة، تونس 1991 ؛ محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، المرجع السّابق، عدد 66 و ما بعده.
M. CHARFI, introduction, op. cit., n° 303 et s. ; S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 299 et s.
يمكن أيضا أن تتنازع القوانين في المكان، عندما تتنازع قوانين بلدين أو أكثر، صلاحية تنظيم مركز قانوني معيّن. يراجع في هذا المجال محمد العربي هاشم، دروس في القانون الدّولي الخاص، المرجع السّابق، (بالفرنسيّة).
[391] أمر 13 أوت 1956، رائد عدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956.

هل يعني ذلك، أنّ من كان متزوّجا بثانية أو بأكثر قبل صدور المجلّة، سيجد نفسه مطالب بالاحتفاظ بزوجة واحدة، و تطليق البقيّة؟ جاء أيضا القانون عدد 47 لسنة 1992، بتاريخ 4 ماي 1992، يخضع البيوعات العقارية إلى إجراءات جديدة واجبة الاحترام. هل يفيد ذلك أنّ العقود المبرمة قبل صدور هذا القانون، والّتي لم تحترم بالضرّورة مقتضياته، ستصبح باطلة؟

311- يمرّ حلّ هذه المسائل، و غيرها، من خلال التّوفيق بين أمرين متناقضين. تبيح **الحرّيّة الفردية** لأفراد المجتمع حرّيّة تنظيم علاقاتهم، و ترتيب آثارها طبق إرادتهم، **أي الإبقاء على القانون القديم حتى بعد صدور القانون الجديد**. بينما تقتضي المصلحة العامة، الّتي توكل للدّولة مهمّة تنظيم، نشأة و آثار المراكز القانونية، أن لا يكون للقانون الجديد أثر فوري فقط، بل حتى **أثر رجعي على المراكز القانونيّة الّتي نشأت قبل صدوره**.

312- ينصّ الفصل **13** من الدّستور :"**العقوبة شخصيّة و لا تكون إلاّ بمقتضى نصّ قانوني سابق الوضع**". كما يقتضي الفصل الأوّل من المجلّة الجزائية :"**لا يعاقب أحد إلاّ بمقتضى نصّ من قانون سابق الوضع، لكن إذا وضع قانون بعد وقوع الفعل و قبل الحكم البّات و كان نصّه أرفق بالمتّهم فالحكم يقع بمقتضاه دون غيره**". وضع المشرّع، بموجب هذين الفصلين، حلاّ صريحا، وواضحا، لمسألة تنازع القوانين في المادّة الجزائية، لما لها من تعلّق بالحرّيات الفرديّة، و السلامة الجسديّة. لكن لم تحض المادة المدنيّة بنفس العناية.[392] غير انّه يمكن استنتاج مبدأ عدم رجعية

[392] عكس ما هو قائم في بعض القوانين المقارنة ؛ الفصل 2 من المجلة المدنية الفرنسية، الفصل 2 من المجلة المدنية الجزائرية، الفصل 10 من المجلة المدنية التونسية.

القوانين المدنيّة، من نصوص إصدار مختلف المجلاّت القانونية التونسيّة،[393] ومن فقه قضاء محكمة التّعقيب، التي أقرّت هذا المبدأ في مناسبات عديدة.[394] لم يأت مبدأ عدم رجعية القوانين المدنية، صلب الدّستور مثلما هو الشّأن بالنّسبة للمادة الجزائيّة، و لا حتى في نصّ عام ؛ لسبب ذلك تبدو سلطة هذا المبدأ محدودة نسبيا، إذ هي تقيّد القاضي، و لا تقيّد المشرّع.

313- **مبدأ عدم رجعيّة القوانين المدنيّة يقيّد القاضي.** يفيد مبدأ عدم رجعيّة القوانين المدنيّة، أنّه **يتعيّن على القاضي أن يطبّق مباشرة القانون الجديد،**[395] **دون أن يكون له أثر على الماضي.** رغم وضوح هذا المبدأ، يثير تطبيقه بعض الصّعوبات. إذ يحدث ، أن يضلّ تطبيق القانون القديم مستمرا حتى بعد إلغائه، على المراكز التي نشأت في ظلّه. ستبقى تبعا لذلك، خاضعة إلى مقتضيات القانون القديم، عقود البيع المبرمة قبل صدور قانون **4** ماي **1992.** كما أنّ أثر القانون القديم قد لا يبقى متواصلا على مراكز أخرى،

---

[393] الفصل 3 من المر المؤرخ في 15 ديسمبر1906، المتعلق بإصدار مجلة الالتزامات و العقود :" يجري العمل بأحكام هذه المجلة و يقع تطبيقها في محاكمنا التونسية من تاريخ غرة جوان عام 1907 من دون أن يكون لها تأثير على الماضي" ؛ الفصل 2 من أمر 13 أوت 1956. المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية :"يجري العمل بأحكام هذه المجلة و يقع تطبيقها ابتداء من غرة جانفي 1957 بدون ان يكون لها تأثير على الماضي...".

[394] مدني عدد 5584 بتاريخ 23 جويلية 1968، نشرية 1968، ص 72 ؛ مدني عدد 755 بتاريخ 21 نوفمبر 1978، نشرية 1978، 2، ص 154 ؛ مدني عدد 917 بتاريخ 30 جانفي 1979، نشرية 21979، 1، ص 45 ؛ مدني عدد 8010 بتاريخ 16 جانفي 1975، المجلة القانونية التونسية 1977، 1، ص 117، تعليق علي الجلولي.

[395] يحدث أن يتضمّن القانون الجديد قواعد انتقالية، عندها يتعيّن على القاضي احترامها. يراجع في هذا الخصوص ؛ محمد الشرفي، المدخل للقانون، المرجع السابق، عدد 304.(بالفرنسية).

نشأت في ظلّه. فيتمّ تطبيق قانون **18** فيفري **1976**،[396] الذي يمنح حقّ البقاء لفائدة المتسوّغين، على عقد تسويغ أبرم طبقا لأحكام مجلّة الالتزامات والعقود. تجاه هذا التردّد في الحلول، حاول الفقه إيجاد معيار تفرقة بين الوضعيات المشمولة بالقانون الجديد، و المراكز غير المشمولة به.

314- *نظرية الحقوق المكتسبة*. تقوم نظرية الحقوق المكتسبة، أو النّظرية التقليدية، أو النّظرية الليبرالية،[397] على التّفريق بين **الحقوق المكتسبة**، و **الحقوق المنتظرة.** عندما يكتسب شخص حقا ما، و يدخل هذا الحقّ في ذمّة صاحبه ؛ يصبح هذا الحقّ مكتسبا، و لا يمكن للقانون الجديد نزعه منه. بينما يمكن للقانون الجديد الانسحاب على المراكز القانونية التي لم تنشأ بعد، بل كانت تمثّل لأصحابها مجرّد حقوق منتظرة، مأمول في تحققها.[398] تبدو نظرية الحقوق المكتسبة واضحة، إذ هي تطبّق بصفة سليمة مبدأ عدم رجعية القوانين المدنيّة، التي لا تنسحب على الحقوق المكتسبة، و تطبّق مباشرة على الحقوق المنتظرة. لكن تتجلّى صعوبة تطبيق هذه النظرية، عندما يتعلّق الأمر بتحديد ما هي الحقوق المكتسبة، و ما هي الحقوق المنتظرة ؛ خاصّة في إطار قانون الأحوال الشّخصية، و الحالة المدنية، وجملة الحقوق الوظيفيّة التي لا يمكن تقديرها بقيمة ماليّة.[399]

---

[396] القانون عدد 35 لسنة 1976، مؤرخ في 18 فيفري 1976، يتعلق بضبط العلاقات بين المالكين و المكترين لمحلات معدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية، رائد عدد 13 لسنة 1976، ص 520.

[397] H. L. & J. MAZEAUD par F. CHABAS, introduction, op. cit. n° 140, p. 225.

[398] وضعية الوارث قبل وفاة مورثه تمثل حقا منتظرا في الإرث، و لا تتحول إلى حقّ مكتسب إلاّ بوفاة المورّث.

[399] هل يعتبر ذو حقّ مكتسب في الطّلاق التعسّفي كلّ من تزوّج قبل صدور مجلة الأحوال الشّخصية؟

315- *النظرية الحديثة*. جاءت **نظرية الأثر المباشر للقاعدة القانونية الجديدة**، على لسان الفقيه **P. ROUBIER**.[400] يرى هذا الفقيه، أنّ مبدأ عدم رجعية القوانين المدنيّة، يتضمّن قاعدة بديهيّة مفادها ؛ أنّ القانون الجديد لا يمكنه فعلا أن ينسحب على الماضي، كما له أيضا، و **خاصّة، أثر فوري و مباشر منذ صدوره**. تبعا لذلك، لا يخضع لمقتضيات الفصل **30** من مجلّة الأحوال الشّخصية،[401] من طلق زوجته تعسّفيا، قبل صدور هذه المجلّة. تفترض هذه النّظرية عندئذ، أن لا تتمّ مراجعة المراكز القانونية النّاشئة والمنقضية في ظلّ القانون القديم. أما المراكز النّاشئة في ظلّ هذا القانون، والّتي ما زالت آثارها متواصلة، في ظلّ القانون الجديد ؛ تفرّق في شأنها، هذه النّظرية، بين وضعيتين: المراكز التعاقديّة، و المراكز غير التعاقديّة.

316- **تخضع المراكز غير التعاقديّة**، النّاشئة بموجب القانون، كالأبوّة، و البنوّة، والزّواج...**إلى الأثر المباشر للقاعدة القانونية الجديدة**، كما تخضع لنفس الحكم قواعد الإجراءات، وقواعد مرجع نظر المحاكم.[402] بينما **تبقى المراكز القانونية التعاقديّة**، النّاشئة عن إرادة الأطراف، **تحت طائلة القانون القديم**، الذي نشأت في ظلّه، حتى تستنفذ جميع آثارها. غير أنّه، **عندما يكون للمركز القانوني، اتّصال بالنّظام العام، يطبّق القانون الجديد مباشرة**، وبصرف النّظر عمّا أراده الأطراف.

---

[400] P. ROUBIER, le droit transitoire, Paris, Dalloz, 2ème édition, 1960.

[401] "**لا يقع الطلاق إلاّ لدى المحكمة**".

[402] S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 319.

317- **مبدأ عدم رجعية القوانين المدنيّة لا يقيّد المشرّع**. لم يرد مبدأ عدم رجعية القوانين المدنيّة صلب **الدّستور**، أو حتى صلب **نصّ عام**، بل استنتجه الفقه، و فقه القضاء، **من روح التّشريع**.[403] هذا ما يجعل أنّه يمكن للمشرّع أن يزيح هذا المبدأ كلّ ما رأى ذلك صالحا.

318- *القواعد القانونية ذات الأثر الرّجعي*. أصبحت **الدّولة في مفهومها الحديث**، تلعب دورا فاعلا في تنظيم الحياة الاجتماعيّة، ولم تبق مكتفية بدور الحارس والرّقيب، الذي كانت تمارسه في التصوّر اللبرالي التقليدي. تخضع تبعا لذلك، السّياسة التّشريعية للبلاد إلى تصوّر معيّن، و إيديولوجية محدّدة، تسعى الدّولة إلى تكريسها من خلال نصوصها القانونيّة. من ذلك، أنّ المشرّع لم يعد يتوانى في اتّخاذ نصوص قانونية **ذات أثر رجعي صريح**، سواء حملت هذه النصّوص على مراكز تعاقديّة، أو غير تعاقديّة. مثل ذلك الفصل الثّاني من القانون عدد 35 لسنة **1976**[404] الّذي ينصّ: "**يتمتّع بحقّ البقاء وجوبا حتى يوم 31 ديسمبر 1981 و بدون القيام بأي عمل كلّ شخص طبيعي أو معنوي يشغل بوجه الكراء عند صدور هذا القانون محلا داخلا في التّحديد الوارد بالفصل المتقدم و ذلك بدون اعتبار لكلّ شرط وارد بالعقد مخالف لهذا القانون أو حكم قاض بالإخراج لانتهاء المدة**". لا تترك صيغة هذا النصّ، مجالا للشكّ، حول الأهميّة الّتي يوليها المشرّع لمسألة حقّ البقاء في المحلاّت المعدّة للسكنى، إذ هو يمنح هذا الحقّ للمتسوّغ رغم ما قد يرتضيه الأطراف، أو ما قد تقضي به المحكمة.

---

[403] الفقرة 287 وما بعدها.

[404] مؤرخ في 18 فيفري 1976، رائد عدد 13 لسنة 1976، ص 520.

319- *القوانين التفسيرية*. رغم ندرة القوانين التفسيرية،[405] إلا أنه يحدث **أن يصدر المشرّع قانونا تفسيريا لقانون سابق النّشر، أثار تطبيقه صعوبة ما**. ينسحب في هذه الحالة أثر القانون التفسيري على الماضي، إذ يكون نافذ المفعول من تاريخ صدور القانون المفسّر. ينصّ المشرّع بصفة عامّة على الطّبيعة التفسيرية للقانون الرّجعي، إلاّ أنّه يحدث أن لا يرد صلب نصّ القانون ما يفيد ذلك. تمتنع محكمة التّعقيب في هذه الحالة عن التّصريح بالطبيعة التفسيرية للقانون المعني بالأمر.[406]

الفقرة الثّانية : العرف.

320- العرف،[407] هو ثاني المصادر المنشئة للقانون. يعبّر العرف كالتّشريع، عن قاعدة قانونية. كان ذلك بارزا، خاصّة في المجتمعات القديمة. يعرّف الفقيه "**Pothier**" العرف بكونه: "**قوانين أقرّتها العادة، وتمّ الحفاظ عليها بموجب تقاليد غير مدوّنة**".[408] غير أنّ المعطى الحديث حدّ نسبيّا من صحّة هذا التّعريف. رأينا في ما سبق[409] أنّ **قيمة التّشريع** كمصدر أساسي للقانون، **رهينة اختيارات سياسية**

[405] S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 331 et s., et les exemples cités.

[406] مدني عدد 8010 بتاريخ 16 جانفي 1975، المذكور سابقا، تعليق علي الجلولي.

[407] محمد كمال شرف الدّين، المرجع السابق، عدد 81 و ما بعده.
M. CHARFI, introduction, op. cit., n° 335 et s. ; S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 335 et s. ; H., L. & J. MAZEAUD par F. CHABAS, introduction, op. cit., n° 85 et s.

[408] G. CORNU, droit civil, op. cit., n° 76.

[409] الفقرة 306 و ما بعدها.

جوهريّة، ونتيجة تيّارات فكرية تقول خاصّة، بسلطة الدّولة كمصدر أساسي للحكم، و للقانون. كما أنّ تأثير **حركة التّشريع** التي تبعت الثّورة الفرنسية، واجتاحت كافّة الأقطار المتأثّرة بالمدرسة الرومانية الجرمانية، **ساهمت هي الأخرى في تقليص دور العرف والأعراف**. يلاحظ أيضا، أنّ **الدّور الذي أصبحت تلعبه الدّولة في المجتمعات الحديثة، وأثر مفهوم النّظام العام التوجيهي، الاقتصادي، والاجتماعي، حدّ من دور العرف، ومن الطّابع العفوي، والتلقائي، الذي يضفيه على الحياة الاجتماعية**. لا يمكن اليوم أن تبقى المجتمعات خاضعة لتطوّرات بطيئة، ومتغيّرة، خارجة عن كلّ سياسة تشريعية عامّة.[410] **لكن ما زال العرف يلعب دورا هاما في بعض الدول، وليست فقط من ضمن الدّول النّامية، بل نخصّ بالذّكر، دول شمال أوروبا، التي بقيت متمسّكة بالأعراف، وبالقواعد العرفية في المادّة الدّستورية**.[411] يتعيّن لذلك الوقوف عند ما بقي أساسيا وضروريا في العرف، وعند ما أصبح ثانويا ومتغيرا.

أ العناصر الأساسية للعرف.

321- ما يميّز العرف، ويجعل منه مصدرا منشئا للقانون؛ هو بلا شكّ، **صبغته الجماعية**. إلاّ أنّه عكس التّشريع

[410] التجربة التونسيّة في مادّة الأحوال الشّخصية تتضمّن أكثر من دلالة على ذلك، إذ رغم المنع الصّريح للزّواج العرفي (الفصل 18 م.أ.ش.)، بقي المجتمع محافظا على عاداته، ما استوجب تدخّل المشرّع مرتين متتاليتين في 4 جويلية 1958 و في 20 فيفري 1964 تفاديا لما دأبت عليه بعض العادات لمراوغة أحكام الفصل 18 المذكور. يراجع في هذا الخصوص: محمد الحبيب الشريف، مجلّة الأحوال الشّخصية، جمع و تعليق، دار الميزان للنّشر، تونس 1997، الفصل 18.

[411] عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، المرجع السّابق، ص 202 و ما بعدها.
R. CAPITANT, la coutume constitutionnelle, réed., R.D.P., 1979, p. 959 et s.

لا يصدر عن الدّولة، بل **ينبع تلقائيا عن القاعدة بموجب عادة مطّردة في حياة المجموعة**. يتميّز العرف أيضا، **بطريقة وضعه، التي تتمّ بشكل بطيء، جماهيري، وتلقائي.** فهي عكس القاعدة التّشريعية، لا تتسلّط في مرّة على المواطن، بل تتأسّس القاعدة العرفية على إجماع المجموعة، وعلى سلوك أفرادها. تتطوّر بصفة تدريجية عبر الزمان، حتى تستقرّ. العرف إذا، عادة اجتماعية. لغة يدلّ، على ما تعارف عند النّاس، أي ما تعوّدوا عليه. يبدو بذلك دور العادة هامّا في وضع القاعدة العرفية. هذا لا يعني أنّ كلّ الأعراف قواعد قانونية. لتحقق ذلك يجب توفرّ مقوّمان اثنان.

322- **عادة قديمة.** هي أهمّ خاصيّة في القاعدة العرفيّة. **إذ هي تتأسّس على سلوك مطّرد، ومتّبع منذ القديم.** العرف سلوك اجتماعي، أو جريان عمل جماعي، مؤسّس على **التّكرار، والإعادة، والتّقليد**. هذا لا يعني بالطّبع، **أنّه يجب أن يكون العرف أزلي، وخالد**. بل يكفي أن يكون **مستقرّا**. جميع هذا العنصر الأساسي، والضّروري، للعرف يسمّى؛ **العنصر المادّي للعرف.**[412]

323- **العنصر النّفساني.** يتمثّل العنصر النفساني في **الاقتناع القانوني بالقاعدة العرفيّة.** يشكّل العنصر النّفساني ثاني عنصر ضروري لتكوين العرف.[413] يتجسّم هذا الاقتناع القانوني، في **الإحساس، والشّعور بوجوب احترام القاعدة العرفية، وأنّ ذلك مطابق للقانون، وللسّلوك**

[412] محمد كمال شرف الدّين، المرجع السّابق، عدد84.
M. CHARFI, introduction, op. cit., n° 339.

[413] عندما يحيل المشرّع صراحة (243 م.إ.ع.) أو ضمنا (مفهوم النظام العام أو الأخلاق الحميدة) إلى مفهوم العرف، فهو يفوّض له قوّة القاعدة المحيلة.

الصواب. حتى تتكوّن القاعدة العرفية، يجب أن يعمّ هذا الشّعور، ويصبح معتقدا راسخا لدى الجميع.[414]

ب العناصر المتغيّرة للعرف.

324- **عراقة العرف. لا يشترط لقيام العرف عراقة طويلة،** بل يحدث أن تنشأ قاعدة عرفية في فترة زمنية قصيرة نسبيا. يكفي أن يأخذ المجتمع على سلوك ما، معتقدا أنّه وجوبي، حتى يتكوّن العرف. ومثال لقب المرأة المتزوجة، دليل على ذلك.[415] إذ لم يدخل في عاداتنا إلا حديثا، عندما اقتحمت المرأة السّاحة الاجتماعية.

325- **كتابة العرف. لا يشترط أيضا في العرف أن يكون مكتوبا، بل تحبّذ صبغته الشفهيّة.** إذ هي أهمّ مساهم في مرونة العرف، وتطوّره، وتأقلمه. إلا أنّه يحدث أن تدوّن الأعراف، خاصّة في ميدان التّجارة الدوليّة، ومنشورات التحكيم الدّولي.[416] مع العلم أنّ تدوين الأعراف لا يجعل منها تشاريعا، بل تبقى أعرافا، ويتعيّن خاصّة على من يتمسك بها؛ التّدليل عليها، وإثباتها.[417]

رغم التّباين الثّابت، القائم بين العرف والتّشريع، توجد علاقة بين هذين المصدرين للقانون.

[414] مثال ذلك القاعدة التي تحمل بموجبها المرأة المتزوّجة اسم زوجها، في حين لا يوجد نصّ يوجبها رغم ما يتصوّره الجميع.

[415] الهامش السّابق.

[416] B. GOLDMAN, frontières du droit et lex mercatoria, Arch. phil. dr., t IX, 1964, p. 177 et s.

[417] الفصل 544 م.إ.ع.: "**من استند على عرف كان عليه ثبوته و لا يحتجّ به إلا إذا كان عاما أو غالبا غير مناف للنظام العمومي و الأخلاق الحميدة**".

القسم الثّالث : معرفة القانون.

326- القانون كظاهرة اجتماعية،[418] ينبع عن المجتمع، ينظّم المجتمع، و يتجّه إلى المجتمع. يتوقف عندئذ **تطبيق القانون على فهم محتوى هذه المادّة**، لتصبح معلومة و معروفة لدى العموم. تبدو بذلك **معرفة القانون**، مرحلة أساسيّة، وضروريّة، بين نشأة القانون وتطبيقه. تتمّ هذه المعرفة من خلال لغة معيّنة، وهي **اللّغة القانونيّة**. غير أنّ هذه اللّغة، تتجسّم ماديّا في **وثائق، وإشارات، ووسائل خاصّة بالمادّة القانونية.**

الفقرة الأولى : لغة القانون.

327- تعتبر **لغة القانون**[419]، أداة ضروريّة لمعرفة القانون، إلاّ أنّها تطرح إشكالا أساسيّا متمثّلا في **فهم هذه اللّغة**. لغة القانون هي فعلا اللّغة التي نتكلّم، إلاّ أنّ هذه اللّغة، على عكس ما اعتدنا، **لغة خاصّة**. بل حتّى معقّدة، لكونها **لغة علميّة، وفنيّة، وأحيانا متقادمة.**[420]

[418] الفقرة 133.

[419] F. GENY, science et technique en droit privé positif, t. III, n° 254 et s. ; Arch. phi. dr., t. XIX, le langage du droit ; R. HOUIN, de lege ferenda, mélanges ROUBIER, p. 286 et s. ; SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, langage et droit, mélanges J. VINCENT, p. 399 et s. ; G. CORNU, linguistique juridique, Montchrestien, collec. Domat, 1990.

[420] M. THOMANN, histoire de l'idéologie juridique au XVIIIème siècle, ou le droit prisonnier des mots, Arch. philo dr., t. XIX, p. 127 et s

328- لتجاوز هذه العقبة تظهر من حين لآخر، بوادر توعوية وإرشادية، ترمي إلى **تقليص صعوبات هذه اللّغة** وتبسيطها لغاية التّعميم.[421] لكن رغم فائدة هذه الظواهر، يجب أن لا يخفى علينا أنّ القانون، كبقيّة العلوم، له مفاهيمه، ورموزه.[422] ترتبط هذه المفاهيم بالمؤسّسات التي تهدف إلى تنظيمها، والتي لا يمكن تجاهلها، أوالاستغناء عليها. **إذ لو تمّ ذلك لكان على حساب الدقة في التّعبير؛ أي على حساب مصالح الأفراد، و حقوقهم، و حرّياتهم بصفة عامّة.** تحاول لغة القانون التّوفيق بين هذين الواجبين؛ **الوضوح والدقة**[423]. تظهر هذه اللّغة على مستويات مختلفة، ولكلّ مستوى عناصر.

329- **مستويات لغة القانون**.قد نعتقد من باب التّبسيط أنّ لغة القانون، هي واحدة بالنّسبة لكلّ مستعمليها. يوجد فعلا قاسم مشترك بين كلّ أصناف مستعملي اللّغة القانونية. **ألفاظ، مصطلحات، عناوين.** لكن تبقى هذه الحقيقة نسبيّة، إذ إلى جانب هذا القاسم المشترك؛ نجد **مستويات مختلفة باللّغة القانونية**، يمكن حصرها في صنفين اثنين.

330- **مستوى المخاطِب**. قد يصدر الخطاب عن مستويات مختلفة، قد **يختلف المخاطب** القانوني، وتختلف تبعا

[421] تتضمّن الصّحف اليوميّة، و وسائل الإعلام بصفة عامّة؛ صفحات و برامج ترشد المتقاضي حول حقوقه و واجباته. قد تبيّن دراسة اجتماعية مدى تأثير هذه الظاهرة على ظاهرة التقاضي بصفة عامّة.

[422] G. MOUNIN, la linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques, Arch. philo. dr., t. XIX, 1974, p. 7 et s.

[423] H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, langage et droit, mél. J. VINCENT, op. cit., p. 399 et s.

لذلك **مستويات اللّغة المستعملة**.[424] نجد مستويات مختلفة حسب المخاطب؛ إن كان **مشرّعا**، أو **قاضيا**، أو **محاميا**، أو إدارة، أو **عدلا**. **هذا لا يعني أن كلّ مستوى يتكلم لغة على حدّة، لكن كلّ صنف ينفرد بأسلوب، وصيغة، ورموز معيّنة.**

331- **مستوى المخاطب** يختلف أيضا بالضّرورة باختلاف المقصود بالخطاب (المخاطب)؛ فإمّا أن يكون من أهل الدّراية **بالمادّة القانونيّة، وإمّا أن يكون غير مطلع عليها**. فإن كان المخاطب من أهل الذّكر، أي أن يقوم الكلام بين زملاء منتمين لنفس المهنة، أو من نفس الوسط المهني (محامون، روّاد قصر العدالة، من كتّاب، وعدول منفذين، وقضاة، وغيرهم)، يكون الخطاب عندها خاصاً إلى حدّ بعيد.[425] مؤسّسا على عادات وتقاليد، لا تقوم إلا في ذلك الوسط، ويصعب فهمها على غير المختصّ.[426] أمّا إذا كان المخاطب من عامّة النّاس، ليست له دراية خاصّة بالمادة القانونية تطرح عندها **مسألة فهم اللّغة القانونية من طرف العموم**. تختلف حدّة هذه المسألة حسب طبيعة المعلومة القانونية. إذ **يتعيّن على الجميع فهم المبادئ العامّة التي تقوم عليها المادّة القانونية، وأهمّ القواعد المنظّمة لها** (كقواعد الدّستور، وقواعد الملكيّة، وقواعد الكراء). **لكن تنقص ضرورة هذا الفهم عندما يتعرّض الخطاب القانوني إلى مسألة دقيقة، تستوجب على كلّ حال تدخلا فنّيا**. بقدر ما

[424] تختلف فعلا، و هو أمر بديهي، لغة المشرّع عن لغة المحاكم.
G. KALINOWSKI, sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi, Arch. philo. dr., op. cit., p. 63 et s.

[425] J. ARNAUD, autopsie d'un juge, Arch. philo. dr., op. cit., p. 197 et s.

[426] يفاجأ الطّالب المتحصّل على الأستانية في الحقوق باللّغة القانونية الخاصّة المستعملة في المحكمة، رغم دراسته الثّابتة بالمادّة القانونية.

يشترط الوضوح في العنوان، والتّاريخ، والاسم، وميعاد الجلسة، في الاستدعاء للجلسة الموجّه إلى مواطن.[427] بقدر ما لا يشترط ذلك في موضوع الاستدعاء نفسه، الذي يتطلّب تدخّل محام للنّضال عن حقوق المطلوب.

332- **عناصر لغة القانون**. إبراز عناصر، أو عنصرا اللّغة القانونية، يتأكّد من الاستعمال المختلف لهذين العنصرين، حسب اختلاف مستوى الخطاب.

333- **المصطلحات القانونيّة**. تشكّل المصطلحات القانونية **معطى لغوي بارز، وواضح، ومميّز للمادّة**

[427] الفصل 6 م.م.م.ت. طبق ما تمّ تنقيحه بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002، رائد عدد 65 لسنة 2002، ص 2020. : " يجب أن تشتمل المحاضر التي يحررها العدول المنفذون على ما يأتي :
أولا : التاريخ الذي حصل فيه الإعلام يوما و شهرا وسنة و ساعة.
ثانيا : اسم الطالب ولقبه وحرفته ومقره المختار وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه إن كان تاجرا واسم من يمثله إن وجد ولقبه ومهنته ومقره.
وإذا كان الطالب شخصا معنويا، يجب أن يشتمل المحضر على اسمه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.
ثالثا : اسم العدل المنفذ والمحكمة التي يعمل بدائرتها.
رابعا : الاسم الموجه إليه الإعلام و لقبه وحرفته ومقره وإن لم يكن له مقر معلوم وقت الإعلام فآخر محل إقامة كان له وعند الاقتضاء عدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.
خامسا : اسم من سلم إليه الإعلام و إمضائه أو وضع علامة إبهامه على الأصل أو تسجيل امتناعه و سببه.
سادسا : إمضاء العدل المنفذ على كل من الأصل والنظير.
سابعا : بيان مصاريف الإعلام وأجره بكل من الأصل والنظير.
ثامنا : العدد الرتبي للمحضر بمكتب العدل المنفذ.
تجدر الملاحظة أن اشتراط ذكر عدد ترسيم المطلوب بالسجل التجاري من قبل الطالب قد تثير صعوبات تطبيقية ويستحسن استبدالها باشتراط ذلك من المطلوب نفسه عند إعلان نيابته.

القانونية[128]. تشكّل المصطلحات في نفس الوقت، **حاجزا دون فهم هذه اللّغة من قبل غير المختصّ**؛ ككلمات عقار، ومنقول،و حوز، ومراكنة، وارتفاق، وحبس.[429] كما تكون هذه المصطلحات **أداة تعامل بين المختصّين**، وأهل الذّكر. علما أنّ مجموع هذه المصطلحات **يكوّن وحدة متناسقة، ومنسجمة**، تقوم عليها المادّة القانونية. للمصطلحات القانونيّة **وظيفة علميّة، ومهنيّة في نفس الوقت. يستعملها المحترفون في القانون، وتقوم عليها معرفة المادّة القانونية، ونشأتها، وتطبيقها**. تتفرّع المصطلحات القانونية إلى ثلاثة أنواع: فمنها ما هو **خاصّ بالمادّة القانونية**، ولا نجد له استعمالا في الحياة اليومية؛ ككلمة تعقيب، أو استئناف، أو قاضي، أو جنحة...الخ. يحدث أيضا أن نجد مصطلحات قانونيّة **تتضمّن معاني مختلفة في الحياة اليوميّة**؛ مثل ذلك، كلمة سبب، أو كلمة محلّ، أو خصومة، أو نزاع...الخ. أخيرا غالبا ما **نجد معنيين قانونيين أو أكثر، لنفس المصطلح**، حسب المادّة مثل ذلك كلمة نصّ (نصّ القانون، أو نصّ العقد، أو نصّ الحكم)، وكلمة حقّ (الحقّ يعلو ولا يعلى عليه، حقّ الملكيّة).

334- **الأسلوب القانوني**. هو الميزّة الثانية باللّغة القانونية. كلّ متقاض يلمس ذلك عن كثب، عندما يتلقى وثيقة قانونية؛ كاستدعاء للجلسة مثلا. تجدر الملاحظة في هذا المجال أنّ الأسلوب القانوني، **متأثر إلى حدّ ما بطريقة تفكير**

[428] Z. ZIEMBINSKI, le langage du droit et le langage juridique, les critères de leur discernement. Arch philo. dr., op. cit., p.25 et s.

[429] تطول القائمة في هذا المجال، ما اضطر أهل الذّكر إلى إعداد معجم للمصطلحات القانونية.

H. CAPITANT, vocabulaire juridique. 1931, repris par G. CORNU, P.U.F., 3ème édition, 1992.

رجال القانون، وممتهني هذه المادّة. لا يوجد في الواقع أسلوب قانوني واحد، وإنّما أساليب مختلفة حسب طبيعة المادّة المعبّر عنها.

335- يتميّز **عرض القانون** بأربع صيغ مختلفة؛ الأسلوب **التّشريعي**، الأسلوب **القضائي**، أسلوب **العدول** (تحرير عقود وحجج)، أسلوب **المحامين** (تقارير ومستندات). يتّبع **عرض الوقائع** الأسلوب الروائي، في التقارير والمحاضر. يتميّز أسلوب **القضاة و المحامين بالتجرّد، و الموضوعية، والاكتفاء باستعراض الوقائع، دون إبداء الرّأي، أو التّعليق**.

محاضر الإعلام وثائق أساسيّة، وضروريّة في الحياة القانونية. تتميّز بأسلوب معيّن ، مرتبط بدورها المتمثّل في تبليغ معلومة قانونيّة معيّنة إلى المطلوب، أو المتوجّه إليه. ومن الغرابة، أن **يتميّز أسلوب هذه المحاضر بالتّعقيد والغموض، في حين أنّها محمولة على أن تكون أكثر الوثائق القانونيّة وضوحا وجلاء**. تبدو على كلّ متأكّدة، محاولة مراجعة أسلوب تحرير هذه المحاضر، لما في ذلك من نفع للإلمام بالمادّة القانونية.[430] خاصّة إذا علمنا أن مسألة اللّغة ليست العقبة الوحيدة، في سبيل الإطّلاع على القانون.

الفقرة الثّانية : الإطّلاع على القانون.

336- صدور نصّ قانونيّ، واضح الصّياغة والمعنى، لا تكفي لضمان الاطّلاع عليه، بل تبقى هذه المسألة، رهينة نشره ووصوله إلى المعنيّين بالأمر؛ أي إلى العموم. قد لا تثير هذه المسألة إشكالا على مستوى العرف،

[430] G. CORNU, droit civil, introduction, op. cit., n° 105.

لرسوخه في المعتقد الاجتماعي، فهي عكس ذلك فيما يخصّ التّشريع بجميع أنواعه. كما زادت ظاهرة التضخّم التّشريعي في صعوبة الإطّلاع على التّشريع، حتى على أهل الاختصاص بالنّسبة لاختصاصهم. وتتضاعف هذه الصّعوبة في ما يخصّ العموم.

337- ما يثير الاهتمام، وحتّى المخاوف في هذا المجال، هو أنّ إطّلاع العموم على المادّة القانونية يجب أن يكون إطلاعا حقيقيا.[431] فيما يثبت الواقع أنّه إطّلاع جزئي يقوم على مبدأ اطّلاع مفترض غير ثابت.

أ إطّلاع جزئي.

338- يتجلّى الإطّلاع الجزئي على القانون، في مظهرين.

339- **النّشر المبسّط.** تقوم به وسائل الإعلام وبعض الجمعيات، (حماية المستهلك، حماية البيئة، وغيرها...). يتمّ ذلك لغاية **الإرشاد، وتعميم الفائدة،** من خلال توزيع منشورات، و مطويات، غالبا ما تكون واضحة ومفيدة، إلاّ أنّها بالضّرورة مقتضبة ومختصرة.

340- **الإشارات.** قد يحدث أيضا أن يتجلّى القانون، من خلال إشارات، وعلامات، وأضواء. نلمس ذلك خاصّة في **قانون الطرقات،** أين يرادف اللّون الأحمر المنع، واللّون الأخضر الإباحة. قد تكون أيضا القاعدة القانونيّة في شكل خطّ سويّ، أو رقم يدلّ على سرعة محدّدة،...الخ

[431] R. GUILLIEN, nul n'est censé ignorer la loi, mélanges ROUBIER, p. 253 et s.

هذا بصفة عامّة، فيما تتمثّل الدّراية الحقيقيّة للقانون. ما زاد على ذلك يتأسّس على مبدأ مفترض غير ثابت.

ب مبدأ الإطّلاع المفترض.

341- جاء هذا المبدأ الشّهير، الذي لا يجهله أحد، صلب الفصل 545 التزامات وعقود :"**جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتى على العوام و ذلك بعد نشره و مضي المدة المعينة لإجراء العمل به**"، و الذي يختزله العامّة :"**لا يعذر جاهل بجهله للقانون**".[432] تنصّ هذه القاعدة على قرينة مطلقة، لا تقبل الدّحض. **إذ حتّى لو أثبت شخص ما جهله لقاعدة قانونية، يكون ذلك مردود عليه، لأنّ تطبيق القانون، لا يمكن أن يبقى رهين دراية المواطن به.** تتجلّى هذه القرينة بصفة خاصّة في **المادّة الجزائية،** أين يسلّط العقاب حتى لو اعتقد مقترف الجريمة، أنّ لا جريمة في ما قام به من صنيع.

342- تبدو **قرينة الفصل 545 م.إ.ع. مطلقة، وعامّة،** فهي تنسحب على الجميع، وتشمل كلّ المادّة القانونية ؛ جريا على إطلاق عبارة الفصل 545. **غير أنّ المحاكم، قد تراعي، على مستوى ظروف التّخفيف، جهل الإنسان الواضح للقاعدة موضوع التّطبيق.** كما تراعي في المادّة المدنية، **أحكام الفصل 558 التزامات وعقود الذي يفترض في كل إنسان الاستقامة، وسلامة النّية.**

343- رغم التّأويل الضيّق، لمبدأ الإطّلاع المفترض على القانون، تبقى هذه القاعدة قاسية نسبيا. إذ يصعب تحقيقها في الأنظمة القانونية الحديثة، أين يمثّل التضخّم التّشـــريعي،

[432] R. GUILLIEN, nul n'est censé ignorer la loi, op. cit.

وتعدّد النّصوص، وتشعبّها، واختلافها، واختلاف أنواعها، وموادّها؛ حاجزا حقيقيا دون الإطّلاع عليها ومعرفتها جميعها.[433]

[433] يرتفع عدد المجلات القانونية بالبلاد التونسيّة إلى 52 مجلة، عدد كبير منها يجهله العامّة : مجلة تنظيم الصّناعة السينمائية، مجلة واجبات الصّيدلي، مجلة البريد، مجلة الأوسمة، مجلة المحروقات، مجلة حماية التراث الأثري و التاريخي و الفنون التقليدية...الخ.

الباب الثّاني
الظّاهرة المتمّمة للقانون

344- لا يمكن حصر مصادر المادّة القانونية في ظاهرة دون الأخرى ؛ **أي الاكتفاء بالجّانب الشّكلي من هذه المصادر، أو بالجّانب الاجتماعي منها.**[434] مصادر المادّة القانونية، **مزيج لهذين الظاهرتين.** هذا ما مكننا من الوقوف عند التّشريع كمصدر شكلي للقانون، وعند العرف كإفراز لمعطيات اجتماعية صرفة. تماشيا مع هذا التصوّر، سنتعرّض في هذا الباب إلى الفقه، وفقه القضاء ؛ لكونهما يمثلان، **سلطتين في المادّة القانونية.** هما لا **يشكّلان، مصدرين أساسيين، كالعرف والتّشريع ؛ وإنّما يساهمان بصفة واضحة، وملموسة، في تطوير وتغيير المادّة القانونيّة.**

القسم الأوّل : فقه القضاء.

345- يشكّل فقه القضاء، ظاهرة هامّة في المادّة القانونية. لغة، تعني كلمة فقه القضاء؛ علم القضاء.[435] إلا أنّ هذا المعنى اللّغوي لا يكشف عن التّعريف الحقيقي لهذا

[434] تراجع الفقرة 273 و ما بعدها.

[435] أبي الفضل جمال الدّين بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري : الفقه. العلم بالشيء و الفهم له. غلب على علم الدّين لسيادته و شرفه و فضله على سائر أنواع العلم. المجلّد 13، الرّقم 8756، ص 522.

المصطلح، الذي يعرّفه الفقه بشيء من الاحتراز، والتحفظ، بكونه ؛ "**جملة الحلول والأحكام الصّادرة عن المحاكم والهيئات القضائية**".[436] يبقى هذا التّعريف هو الآخر، وصفيّا وغير دقيق، ضرورة أنّه لا يدلّ في مفهومه هذا، عن دور فقه القضاء كسلطة في المادّة القانونية، بل يقف عند الجّانب الشّكلي للمحاكم ؛ أي تطبيق النّصوص.

لنلمس الدّور الحقيقي لفقه القضاء في إنشاء القاعدة القانونية، تعيّن علينا التعرّض إلى مكوّناته، وإلى مكانته.

الفقرة الأولى : مكوّنات فقه القضاء.

346- إذا سلّمنا بالتّعريف الأوّلي الذي انطلقنا منه؛[437] يتكوّن فقه القضاء من **مجموعة المحاكم القائمة في بلد ما**، وحسب **هيكلة معيّنة**، مؤسسّة على **جملة من المبادئ**.

أ مبادئ هيكلة القضاء.

347-تشكّل السّلطة القضائية إحدى المكوّنات الثّلاث للدّولة. **لذلك تمّ تنظيمها، من قبل الدّستور نفسه**؛ الفصول 64 إلى 67. يخضع هذا التّنظيم إلى مبادئ أساسيّة، تقوم في نفس الوقت على معطيات منطقيّة، و علميّة.

[436] محمد كمال شرف الدّين، قانون مدني، المرجع السّابق، عدد94.
S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 367. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN, droit civil, introduction générale, op. cit., n° 425 et s.

[437] الفقرة أعلاه

348- **مبدأ استقلالية القضاء.** تقوم هيكلة الدّولة على فكرة **استقلالية سلطها الثلاث عن بعضها**.[438] تتمثّل مهمّة السّلطة التّشريعية، في سنّ القوانين، بينما تسهر السّلطة التّنفيذية، أي الحكومة، والإدارة، على تنفيذ هذه القوانين، بينما تكون **مهمّة السّلطة القضائية ؛ تطبيق هذه القوانين**؛ دون تجاوز من جانب أو من آخر.[439] من ذلك أنّه **لا يحقّ للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق قاعدة قانونية، وإن بدت لها جائرة أو غير ملائمة.**[440] **كما أنّه لا يتسنّى للمحاكم أن تنتصب مقام المشرّع، لتضع قواعد غير موجودة في النّصوص القانونية.** فهي تتجاوز صلاحياتها بموجب ذلك، وتنتصب مكان السّلطة التّشريعية.

349- يمكن إبداء نفس الملاحظة تجاه علاقة السّلطة القضائية بالسّلطة التّنفيذية، غير أنّ مبدأ **الاستقلالية يجد هنا حدودا كثيرة** ؛ تتمثّل بالأساس في المرحلة التّنفيذية للأحكام الصّادرة عن السّلطة القضائية،[441] والتي يتقاعس المتقاضون

[438] عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، المرجع السّابق ص 357.
تراجع أيضا ديباجة الدّستور التونسي :"**إقامة ديمقراطية أساسها سيادة الشّعب و قوامها نظام سياسي مستقر يرتكز على قاعدة تفريق السّلط.**

[439] S. BELAID, essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, préface M. VILLEY, Paris 1974, p. 28 et s.

[440] حول مراقبة دستورية القوانين، يراجع محمد كمال شرف الدين، المرجع السّابق، عدد 61.

[441] الفصل 253 م.م.م.ت. (الجديد):" كل نسخة تنفيذية من حكم يكتب بطالعها ما يأتي :
الجمهورية التونسية.
باسم الشعب التونسي أصدرت محكمة كذا الحكم الآتي نصه و ينكر بآخره ما يأتي:
و بناء على ذلك فإن رئيس الجمهورية التونسية يأمر و يأذن سائر العدول المنفذين بأن ينفذوا هذا القرار أو الحكم إن طلب منهم ذلك و **الوكلاء** العامين **ووكلاء الجمهورية بأن يساعدوا على ذلك** و سائر آمري و ضباط القوّة العامة

عن تنفيذها بصفة تلقائية. عندها يستوجب تنفيذها اللّجوء إلى القوّة العامّة، أي المصالح الإدارية للدّولة. قد تتردّد هذه المصالح، في الامتثال لأسباب اجتماعية، أو إنسانية، أو غيرها. يمثّل ذلك، **شلاّ لقرارات السّلطة القضائية، وبالتّالي تدّخلا في صلاحياتها من طرف السّلطة التّنفيذية.**

350- **مبدأ المرفق العام القضائي.** تشكّل السّلطة القضائية **لانتمائها** إلى هياكل الدّولة، **مرفقا عامّا** على شاكلة المرافق العامّة الأخرى، التّي توفرها الدّولة للمواطن. يتجزّأ مرفق العدالة إلى جملة من المصالح.

351- **مبدأ إطلاقية صلاحيات السّلطة القضائية.** تكون مبدئيّا **من أنظار المحاكم جميع القضايا المرفوعة بين المواطنين**، و لا **يحقّ بالتّالي لآيّ قاض الامتناع عن القضاء بين المتقاضين.**[442] قد يحدث في مجالات محدّدة، **لا علاقة** لها بدواليب الدّولة، وبالمصلحة العامّة؛ أن **يلجأ المتقاضون إلى التّحكيم**، لكن تبقى هذه الإمكانية مجرّد استثناء، لقاعدة إطلاقية صلاحيات السّلطة القضائية.[443]

بالإعانة على تحقيق تنفيذه عندما يطلب منهم ذلك بصفة قانونية و بموجب ذلك أمضي هذا القرار (أو الحكم).

[442] الفصل 108 من المجلة الجنائية :"كلّ موظف من النظام العدلي يمتنع لأي سبب كان و لو لسكوت أو غموض القانون من الحكم بين الخصوم بعد طلبهم ذلك منه و يستمر على امتناعه بعد إنذار أوامر رؤسائه يعاقب بخطية قدرها ألف فرنك".

[443] مجلة التّحكيم، القانون عدد 42 لسنة 1993، المؤرخ في 26 أفريل 1993، رائد عدد 33 لسنة 1993.

F. MECHRI, la procedure de l'arbitrage en Tunisie, R.T.D. 1976, n° 1 et 2, p. 15.

352- **مبدأ المساواة أمام العدالة.** يفيد هذا المبدأ أنّ **لكلّ مواطن الحقّ في رفع أمره أمام المحاكم المختصّة، وحسب نفس الإجراءات المفروضة على الجميع، دون فرق بين المواطنين.** لتحقيق هذه المساواة، يتحتّم تجنّب إرساء محاكم استثنائية (محاكم سياسية أو غيرها). كما يتوقف تحقيق هذا المبدأ على ضمان مجانية العدالة بتوفير **الإعانة العدلية** لمستحقيها.[444]

353- **مبدأ التقاضي على درجتين.** يمثّل هذا المبدأ أحد أهمّ مقوّمات هيكلة القضاء في بلادنا. يفترض هذا المبدأ، **أنّ لكلّ متقاض الحقّ في رفع أمره مرّتين اثنتين أمام محكمتين مختلفتي الدّرجة؛ بشكل يمكّن الهيئة الثّانية من مراقبة ما قضت به الهيئة الأولى، من حيث الواقع، ومن حيث القانون.** رغم بداهة هذا المبدأ، و أهمّيته بالنّسبة للمتقاضي؛ لما يضمنه من نزاهة و موضوعية، في الأحكام الصّادرة عن الهيئات الابتدائية، التّي تخضع إلى رقابة الهيئات الاستئنافية، فإنّه لم يرد صلب نصّ صريح، بل استنتجه فقه القضاء انطلاقا من روح التّشريع.[445]

إلاّ أنّ مبدأ التقاضي على درجتين، لكونه **حقّ ولا واجب، يشكّل صلاحية يحقّ للمتقاضي ممارستها من عدمه.** أي أنّ المتقاضي يبقى حرّا في عدم استئناف الحكم المسلّط عليه، والقبول بما أتى به.

---

[444] القانون عدد 91-59 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أوت 1959 المنقح للقانون عدد 33 لسنة 1958 المنقح لأمر 13 فيفري 1956 المنقح لأمر 6 مارس 1926 المنقح لأمر 13 و 18 فيفري 1922. انظر أيضا محمد كمال شرف الدين، المرجع السّابق عدد 98 و الهامش 122.

[445] تعقيبي مدني عدد 1726، مؤرخ في 30 ماي 1963، نشرية 63 ص 18.

354- **مبدأ توحيد فقه القضاء.** يساهم هذا المبدأ هو الآخر في **توفير قضاء موحّد للمتقاضي** مهما تنوّعت المحاكم ومهما تعدّدت. يشكّل هذا المبدأ امتدادا لمبدأ المساواة أمام العدالة[446] ؛ إذ لا يحقّ للمتقاضي، عملا بقاعدة **الاختصاص الترابي**،[447] أن يرفع أمره أمام المحكمة التي يشاء، بل يتعيّن عليه الاتجاه إلى المحكمة المختصّة ترابيا.[448] حتّى لا تختلف الأحكام حسب المحاكم، وحتّى لا تتعدّد الآراء، في خصوص قراءة فصل قانوني ما، أو تأويل عبارة معيّنة منه ؛ **يوجد في أعلى هرم الهيكل القاضي محكمة وحيدة، و هي محكمة التّعقيب، تختصّ بمراقبة حسن تطبيق القانون من طرف المحاكم الاستئنافية.** لا تعيد محكمة التّعقيب النّظر في وقائع ومادّيات النّزاع، وإنّما **يقتصر دورها على مراقبة كيفية تطبيق القانون من قبل محاكم الأصل.** تتوصّل بذلك محكمة التّعقيب، لكونها واحدة، **إلى توحيد الرؤى بين محاكم الأصل**، و توفير **المساواة أمام العدالة بالنسبة لكلّ المتقاضين.** فهي تنقض الأحكام غير المنسجمة مع تصوّرها، وتبقي على ما هو منسجم مع رأيها. **تلعب بذلك محكمة التّعقيب دور الموحّد لفقه القضاء، ضرورة أنّ محاكم الأصل، غالبا ما تنسجم مع موقفها خشية النّقض.**[449]

---

[446] الفقرة 352.

[447] الفصول 30 إلى 38 م.م.م.ت.

[448] فهي إمّا محكمة المطلوب (الفصل 30)، أو محكمة الطّالب إذا كان المطلوب مقيما بالخارج (الفصل 31)، أو المحكمة التي بدائرتها التركة (الفصل 34)، أو المحكمة التي بدائرتها العقار (الفصل 38) ...الخ.

[449] N. BEN AMMOU, le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, thèse de doctorat d'Etat, op. cit. ; S. BELAID, essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, thèse L.G.D.J., op. cit. ; M. CHARFI, introduction, op. cit., n° 412 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE-MAGNAN,

ب نظام هيكلة القضاء.

355- مرّ النّظام القضائي القائم حاليا في بلادنا، **بمراحل تاريخية** فرضتها **الأحداث السياسية** التي عرفتها البلاد التونسيّة، و التي سنحاول استعراضها قبل الوقوف عند الواقع الحالي للتنظيم القضائي في تونس.

356- **التطوّر التاريخي لهيكلة القضاء.** عرفت البلاد التونسيّة **بداية من القرن السّابع ميلادي، الفتوحات الإسلامية التي رافقت الرسالة المحمديّة.**[450] تفاديا للتطاحنات الحضارية تمّ تكريس نظام قضائي، مؤسّس على **الامتياز الدّيني.**[451] أي أنّ كلّ متقاض، **يرجع بالنّظر إلى محاكمه الشّخصية حسب انتمائه الدّيني.**[452] نتيجة لهذه الهيكلة، كان يقوم بين مختلف الهيئات القضائية الموجودة في البلاد التونسيّة فاصل واضح، متأسّس على "**شخصية القوانين**" من ناحية، وعلى **الخلط الكلّي بين السّلطة التّشريعية و السّلطة القضائية** من ناحية ثانية. كانت المحاكم لا تنظر إلاّ في القضايا التي يكون فيها طرفا، **أحد منظوريها، ولا تطبّق عليه إلاّ قانونه الشّخصي**، أي قانون المحكمة نفسها.

---

introduction, op. cit., n° 465 et s. et les références ; S. MELLOULI, le juge et l'équité, réflexions sur le recours à l'équité par le juge en droit privé interne, op. cit. ; P. EISMEN, la jurisprudence et la loi, R.T.D.civ., 1952, p. 17.

[450] تأسّست القيروان سنة 670 ميلادي.

[451] M. BAG BAG, le privilège de nationalité, mémoire de D. E. S. de droit prive, Tunis 1977, pp. 11 et s. ; N. BEN AMMOU, le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, thèse op. cit., pp. 14 et s.

[452] R. JAMBU-MERLIN, essai sur l'histoire des conflits de lois au levant et en Afrique du nord, Revue Critique de D.I.P., 1958, pp. 3 et s.

357- أدّى هذا الوضع إلى **قيام هيكلة قضائية فسيفسائية في تونس** ؛ إذ كانت **المحاكم الشرعية** تختصّ بالنّظر في النّزاعات القائمة بين المسلمين، و تختصّ **المحاكم اليهوديّة** في النّزاعات القائمة بين اليهود، بينما تختصّ **المحاكم الكنسيّة** في النّزاعات القائمة بين المسيحيين. إلى جانب هذه المحاكم الدّينية، كانت تقوم أيضا بالبلاد التونسيّة **محاكم مدنيّة** تنظر في القضايا المدنية العادية[453] القائمة بين التونسيين باختلاف مللهم، و **محاكم أخرى مدنيّة فرنسية** تنظر في القضايا المدنيّة التي يكون فيها طرفا شخص فرنسي الجنسيّة. كما كانت توجد أيضا **محاكم جزائية فرنسية**، و **محاكم جزائية تونسية**. جميع هذه المحاكم، وجميع هذه الهيئات القضائية، **كانت تتعايش فوق نفس التّراب، دون تعامل أو تكامل. بل في تجاهل تامّ، لا يجمع بينها إلاّ المحيط الجغرافي.**

358- **الهيكلة القضائية الحاليـــة.** تبعا لاستقـــلال البلاد التونسيّة يوم **20 مارس 1956**، وخاصّة بعد الاتّفاقيات التونسية الفرنسية، **المؤرّخة في 9 مارس 1957، تمّ توحيد الهيكل القضائي، وضمّه تحت سلطة الدّولة في مفهومها الحديث، و تنظيمه صلب الدّستور في الفصول 64 و ما بعده.** لكن رغم توحيد القضاء، و إزالة المحاكم الدّينية، يبقى تناول الهيكلة القضائية الحالية مثير **لبعض الصعوبات؛ نظرا لتعدّد المحاكم واختلاف أنواعها.** محاكم ابتدائية، ومحاكم نواحي، ومحاكم جزائية، ومحاكم إدارية...الخ. **لغاية ذلك جاء نظام**

[453] كانت المحاكم الدينيّة تنظر في القضايا المتعلّقة بالأحوال الشخصيّة و المواريث، فيما تنظر المحاكم المدنية في القضايا المدنية الأخرى من معاملات، و استحقاق، و حوز...الخ.

هيكلة القضاء خاضعا في أهمّ عناصره إلى المبادئ المتعرّض إليها أعلاه.

359- يعلو هذا التنظيم تفريق أساسي؛ بين المحاكم الإداريّة، والمحاكم العدلية.

360- **المحاكم الإدارية.** تطبيقا لمبدأ التفريق بين السّلطات الثلاثة المكوّنة للدّولة في مفهومها الحديث،[454] ينظر القضاء الإداري[455] في **النّزاعات الّتي تكون فيها الإدارة طرفا**؛ وذلك تجنّبا لتدخّل السّلطة القضائية في شؤون السّلطة التنفيذية. تخضع هيكلة المحاكم الإدارية بصفة عامّة إلى المبادئ العامّة لتنظيم هيكلة القضاء؛ إذ توجد محاكم إدارية ابتدائية بتونس العاصمة، وبعض الجّهات*. تخضع أيضا الأحكام الصّادرة عن المحاكم الإدارية الابتدائية إلى **مبدأ**

[454] علما أنّ العائلة الأنقلوسكسونية لا تقرّ بمبدإ تخصيص محاكم للإدارة، بل هي تعتبر أنّ الإدارة تتقاضى كبقيّة المواطنين أمام المحاكم العدلية. هذا النظام كان معمول به في تونس في ضلّ الأمر العلي المؤرخ في 27 نوفمبر 1888. يراجع في هذا المجال صلاح الدّين الملولي، المدخل المذكور، ص 111 عدد 369.

[455] الفصل 69 من الدستور :" **يتركّب مجلس الدولة من هيأتين :**

1) **المحكمة الإدارية.**
2) **دائرة المحاسبات.**

يضبط القانون تنظيم مجلس الدولة و هيآته، كما يحدّد مشمولات أنظارها و الإجراءات المتبعة لديها".

تمّ إنشاء المحكمة الإدارية بموجب القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972، رائد عدد 23 لسنة 1972؛ المنقح بالقانون عدد 67 لسنة 1983 المؤرّخ في 21 جويلية 1983، رائد عدد 52 لسنة 1983؛ المنقح بالقانون عدد 66 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أوت 1991، رائد عدد 56 لسنة 1991؛ المنقح بالقانون عدد 26 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994، رائد عدد 15 لسنة 1994؛ المنقح بالقانون عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996، رائد عدد 47 لسنة 1996.

* هذا ما افترضه تنقيح 3 جوان 1996، غير أنه لم يدخل بعد حيّز التنفيذ.

التقاضي على درجتين، أي أنّها قابلة للاستئناف أمام المحكمة الإدارية نفسها. كما تكون هذه القرارات الاستئنافية هي الأخرى قابلة **للتّعقيب** أمام **الجلسة العامّة للمحكمة الإدارية**، التي تسهر على حسن تطبيق القانون وتوحيد فقه قضاء المحاكم الإدارية.

361- **المحاكم العدليّة**. تنقسم الهيئات القضائية العدلية إلى صنفين؛ محاكم **مدنية** ومحاكم **جزائية**. غير أنّ هذين الصّنفين يخضعان إلى سلطة محكمة وحيدة تلعب دور موحّد فقه القضاء؛ وهي **محكمة التّعقيب**. تتشكّل محكمة التّعقيب من دوائر مدنية، ودوائر جزائية، تسهر على حسن تطبيق القانون، وتوحيد تأويله من قبل محاكم الأصل مهما كان صنفها مدنيا أو جزائيا. تقوم دراسة المحاكم العدلية عندئذ ؛ على دراسة **محاكم الأصل** و دراسة **محكمة القانون**.

362- **محاكم الأصل**. تنقسم محاكم الأصل إلى نوعين ؛ محاكم مدنية و محاكم جزائية.

363- المحاكم المدنية. تبعا لمبدأ التّقاضي على درجتين تتكوّن المحاكم المدنية من محاكم ابتدائية الدّرجة، ومحاكم استئناف.

364- *المحاكم الابتدائية*: تتفرّع بدورها إلى محاكم حق عام، و محاكم استثنائية.

365- .محكمة الحقّ العام، **المحكمة الابتدائية**. تعتبر المحكمة الابتدائية محكمة حق عام؛ **لأنّها تنظر ابتدائيا في جميع أنواع القضايا المدنية عدا ما استثني منها بنصّ صريح**.[456] تشكّل هذه الصلاحية العامّة التي تتمتّع بها المحكمة الابتدائية، فائدة كبيرة بالنّسبة للمتقاضي، الذي لا يجد صعوبة في تحديد المحكمة المختصّة ليرفع أمره أمامها، بل يكفيه الاتّجاه إلى المحكمة الابتدائية كلّ ما لا توجد محكمة مختصّة بموجب نصّ صريح.

366- .المحاكم الاستثنائية. هي المحاكم التي تكون صلاحياتها مقيدّة بموجب نصّ صريح.[457] وهي محاكم النواحي، الدوائر الشّغلية، والمحاكم العقارية.

يحدّد الفصل 39 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجارية **اختصاص قاضي النّاحية** كالآتي :"**ينظر قاضي النّاحية ابتدائيا إلى نهاية سبعة آلاف دينار في الدّعاوى المدنيّة الشّخصية و الدّعاوى المتعلّقة بالمنقول و مطالب أداء الدّيون التجارية.**

وينظر أيضا في حدود اختصاصه في إصدار الأوامر بالدّفع والأذون على العرائض.

ويختصّ بالحكم ابتدائيا :

أولا : في قضايا النفقات التي ترفع إليه بصفة أصلية.

و ينفذ الحكم بقطع النّظر عن الاستئناف.

ثانيا : في دعاوى الحوز.

ولا ينظر استعجاليا إلاّ :

أولا : في مطالب العقل التحفظية عندما يكون المبلغ المطلوب من أجله العقلة لا يتعدّى حدود نظره.

ثانيا : في مطالب إجراء المعاينات المتأكّدة.

ثالثا : في الصّعوبات النّاشئة عن تنفيذ الأحكام الصّادرة عنه ولو وقع نقضها استئنافيا.

---

[456] الفصل 40 م.م.م.ت.

[457] محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، المرجع السّابق،

رابعا : في مطالب توقيف تنفيذ أحكامه المعترض عليها.
خامسا : في مطالب التمكين من نسخة تنفيذية أخرى من الأحكام الصادرة عنه حسب مقتضيات الفصل 254 من هذه المجلة".

يتبيّن من الفصل 39 المذكور أنّ صلاحيات **قاضي الناحية** متسّعة نسبيا،[458] إذ هي تشمل كلّ الدعاوى المدنية الشخصية و الدعاوى المتعلقة بالمنقول إلى حدّ **7000** دينار. كما أنّ له صلاحية إقصائية، يختصّ بها دون سواه. رغم كلّ ذلك تبقى محاكم الناحية، محاكم استثنائية لأنّها لا تتعهّد إلاّ بالقضايا المحدّدة صلب الفصل 39 م.م.م.ت.[459]

تختصّ **دائرة الشغل**[460] بالنظر في القضايا الناشئة بمناسبة تنفيذ عقد الشغل.

أمّا **المحكمة العقارية** فهي مختصّة في النظر في مطالب تسجيل العقارات.[461] للمحكمة العقارية مهمّة محدّدة، و إقصائية ؛ إذ هي تنفرد بالنظر في مطالب تسجيل العقارات. رغم أنّ هذه المحكمة لا تخضع لقاعدة التقاضي على درجتين، و تكون قراراتها باتّة و غير قابلة لأيّ وجه من أوجه الطّعن ؛ جاء القانون عدد **10** لسنة **1995** المؤرخ في 23 جانفي **1995**، مدخلا بعض المرونة على هذا النظام ؛

[458] أضاف له الفصل 38 مكرر وضيفة الصلح ما في وسعه بين الأطراف (القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994).

[459] S. MELLOULI, le juge cantonal, juridiction de droit commun ou juridiction d'exception, R.T.D. 1990, p. 251.

[460] الفصل 183 من مجلة الشغل. المنجي طرشونة، الاختصاص الحكمي لدوائر الشغل، "القضاء الابتدائي" كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس 1999، ص 345 و ما بعدها.

[461] الفصل 310 من مجلة الحقوق العينية.

و مكّن من طلب مراجعة قرارات المحكمة العقارية في بعض الحالات.[462]

367- محاكم *الاستئناف* : تكريسا **لمبدأ التّقاضي على درجتين**، تكون قابلة للاستئناف كلّ الأحكام الصادرة ابتدائيا عن مختلف الهيئات القضائية، ما عدا أحكام المحكمة العقارية.[463] بسبب ذلك تلعب **المحكمة الابتدائية** دور محكمة استئناف الأحكام الصادرة عن **قاضي الناحية**، و عن **دائرة الشغل**. تكون في هذه الحالة أحكام المحكمة الابتدائية **نهائية الدّرجة** ؛ أي أنّه لا يمكن الطّعن فيها إلاّ عن طريق التّعقيب. أمّا **الأحكام الابتدائية الصادرة عن المحكمة الابتدائية نفسها طبق تعهّدها العادي**[464] ؛ فهي قابلة هي الأخرى، و لكونها ابتدائية الدّرجة، و عملا بمبدأ التقاضي على درجتين، إلى الاستئناف أمام **محكمة الاستئناف**.

368- المحاكم الجزائية. تتفرّع المحاكم الجزائية إلى نوعين؛ محاكم **تحقيق**، ومحاكم **قضاء**.

369- تختص محاكم *التّحقيق* في البحث عن الأدلّة، وسماع الشّهود، و استقراء الحقيقة التي من شأنها أن تنير سبيل محاكم القضاء عند تعهّدها بالقضايا.[465] تخضع محاكم التّحقيق هي الأخرى إلى **مبدأ التّقاضي على درجتين**؛ إذ يمكن الطّعن في **قرارات قاضي التحقيق**، أمام دائرة

[462] محمد كمال شرف الدّين، قانون مدني، المرجع السّابق، عدد107، ص 113.

[463] الفقرة

[464] أي على معنى الفصل 40 م.م.م.ت.

[465] الفصل 47 من مجلة الإجراءات الجزائية :" **التحقيق وجوبي في مادّة الجنايات، أمّا في مادّة الجنح و المخالفات فهو اختياري ما لم ينص القانون على خلاف ذلك**".

الاتّهام،[466] **التي تخضع قراراتها إلى الطّعن بالتّعقيب لكونها أصبحت نهائية الدّرجة**.[467]

370- تتعهّد *محاكم القضاء* بالقضايا **التي تمّ التّحقيق** في شأنها، **بموجب الإحالة من قبل هيئة التّحقيق**.[468] كما قد تتعهّد هذه المحاكم دون تحقيق في **مادّة الجنح، و المخالفات،** بعد الإحالة من طرف قلم الإدّعاء.[469] تنظر محاكم القضاء الجزائي في القضايا المرفوعة أمامها لغاية الحكم في شأنها ؛ إمّا بالإدانة وتسليط العقاب، وإمّا بعدم سماع الدّعوى و ترك السّبيل.[470]

تخضع محاكم القضاء الجزائي إلى **مبدأ التّقاضي على درجتين**. فهي تتكوّن من محاكم ناحية؛ مختصّة في المخالفات والجنح البسيطة،[471] يتمّ استئناف أحكامها أمام الدوائر **الجناحية** بالمحاكم الابتدائية، التي تكون قراراتها عندئذ نهائية الدّرجة، و لا يمكن الطّعن فيها إلاّ عن طريق التّعقيب[472]. **كما** تختصّ بالنّظر ابتدائيا، الدّوائر الجناحية بالمحاكم الابتدائية، في مادّة الجنح، ويتمّ استئناف أحكامها أمام محكمة الاستئناف الجزائية، التي تخضع أحكامها إلى الطّعن بالتّعقيب.

كما تكون الجرائم، ومنذ قانون **17** أفريل **2000** ابتدائيا من أنظار المحاكم الابتدائية الجنائية، واستئنافيا من أنظار

---

[466] الفصول 112 و ما بعده م.إ.ج.
[467] الفصل 120 م.إ.ج.
[468] الفصلين 118 و119 م.إ.ج.
[469] الفصل 20 و ما بعده م.إ.ج.
[470] الفصل 162 و ما بعده م.إ.ج.
[471] الفصل 200 و ما بعده م.إ.ج.
[472] الفصل 207 و ما بعده م.إ.ج.

محاكم الاستئناف الجنائي[473]. **علما أنّ التّحقيق في شأنها يتمّ** على مرحلتين؛ مرّة أولى لدى حاكم التّحقيق، و مرّة ثانية لدى دائرة الاتّهام.

371- يتبيّن من هيكلة القضاء طبق ما تمّ التّعرض إليها، إنّها تخضع، فيما يخصّ أصل النّزاع، إلى مبدأ التقاضي على درجتين في كلّ مراحلها و فروعها. لكن رغم تنوّع و تعدّد كلّ هذه الهيئات القضائية، فهي تبقى تحت رقابة محكمة وحيدة، **محكمة التّعقيب**.

372- **محكمة القانون**.[474] ظهرت محكمة التّعقيب لأوّل مرّة في **دستور عهد الأمان لسنة 1861** ، **كما** تمّ تنظيمها في **مجلة الإجراءات المدنية لسنة 1910** في الفصول **103** و ما بعده. لكن بقي دور هذه المحكمة محدودا، لضيق صلاحياتها في عهد الحماية.[475]ما بدأت محكمة التّعقيب تلعب دورها الحقيقي في **توحيد فقه القضاء، و مراقبة حسن تطبيق القانون**؛ إلاّ بتوحيد العدالة بالبلاد التونسيّة و صدور **مجلة المرافعات المدنيّة و التّجاريّة يوم 5 أكتوبر 1959، التي دخلت حيّز التطبيق، يوم 1 جانفي 1960**. خصصت م.م.م.ت **بابا كاملا** لمحكمة التّعقيب، و هو الباب الرّابع، ما يؤكّد قيمة هذه المحكمة في الهيكلة القضائية. تتدعّم أيضا هذه القيمة من

---

[473] الفصل 207 جديد م.إ.ج.
[474] محمد كمال شرف الدّين، قانون مدني، المرجع السّابق، عدد 111 و ما بعده ؛ "التّعقيب" ملتقى منشور بكلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، 1989 ؛ N. BEN AMMOU, le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, thèse de doctorat d'Etat de droit privé, Tunis 1996 ; M. CHARFI, introduction, op. cit., n° 385 et s. ; F. MECHRI & BOURAOUI, la cour de cassation en Tunisie, R.T.D., 1987, p. 229 ; S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 420 et s.
[475] الفقرة 356.

خلال تركيبة محكمة التّعقيب، التي **تتكوّن من قضاة من أعلى درجة في سلك القضاء، يشكّلون عدّة دوائر مدنية، و جزائية.** تتكوّن كلّ دائرة من مستشارين، و رئيس، و ممثل للنّيابة العموميّة. **يترأس محكمة التّعقيب رئيس أوّل.**

373- وحدانية محكمة التّعقيب، تركيبتها المتميّزة، درجة قضاتها ؛ كلّ هذه العوامل تجعل من محكمة التّعقيب، محكمة خارقة للعادة. هي فعلا كذلك، لما هو منوط بعهدتها، من مراقبة حسن تطبيق القانون، و توحيد فقه القضاء. و حتى تبقى **محكمة التّعقيب حارس القانون** و محكمة المحاكم، وجب أن تترفّع عن الوقائع، و ماديّات القضايا؛ أي أن لا تكون **محكمة أصل من درجة ثالثة.**

374- محكمة التّعقيب حارس القانون. تختلف شروط الطّعن بالتّعقيب، عن شروط تعهّد محاكم الأصل؛ هذا ما يجد تفسيره في الدّور الخاصّ الذي تلعبه محكمة التّعقيب بوصفها حارسا للقانون.

375- *شروط الطّعن بالتّعقيب*. لئن تعدّدت شروط الطّعن بالتّعقيب، غير أنّها تتمحور حول فكرة رئيسية ؛ السّهر على حسن تطبيق القانون. يمكن تصنيف هذه الشّروط إلى صنفين؛ شروط شخصيّة، و شروط موضوعيّة.

تتعلّق **الشّروط الشّخصية** بالأطراف في التّعقيب؛ و هم على معنى الفصل **179** م.م.م.ت : الأطراف في الحكم المطعون فيه أو خلفاءهم. كما مكّن الفصل **180** وكيل الدّولة العام من إثارة مطاعن لفائدة القانون. من ناحية أخرى يجب أن تكون المطاعن المتمسّك بها من طرف الخصوم في التّعقيب، متعلّقة بالقانون. كما أنّه يمكن إثارة المطاعن المتّصلة بالنّظام العام، لأوّل مرّة في التّعقيب.

تخصّ **الشّروط الموضوعية** القرار المطعون فيه،[476] و تفيد جميعها ضرورة حسن تطبيق القانون. يجب أن يكون الحكم المخدوش فيه نهائي الدّرجة، وأن يكون مشوب بخرق القانون، أو بالخطأ في تطبيقه، أو أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم غير مختصّة، أو أن تكون أفرطت في السّلطة، أو لم تحترم الشّكليات، أو يكون هنالك تناقض في نصوص الأحكام...الخ.

376- *آثار الطّعن بالتّعقيب*. حسب الفصل **176** م.م.م.ت، تكون آثار التّعقيب إمّا الرّفض، و إمّا النّقض.

يكون **الرّفض شكلا**، عند عدم احترام إجراءات الطّعن لدى التّعقيب (الآجال، تبليغ المستندات،...الخ). كما يكون **الرّفض أصلا** عندما لا يوجد في مستندات التّعقيب ما من شأنه أن يوهن الحكم المخدوش فيه.

لكن يحدث أيضا أن تصدر محكمة التّعقيب قرار نقض، عندما تعتبر أنّ الطّعون المرفوعة إليها في طريقها. يترتّب عن قرار النّقض إبادة الحكم المطعون فيه، إمّا كلّيا و هو المبدأ، و إمّا جزئيا ؛ وإرجاع الأطراف إلى الحالة السّابقة للحكم المنقوض (الفصل **191** م.م.م.ت). لكن لا يمكن لمحكمة التّعقيب أن تتجاوز هذا الدّور و تتعهّد بالقضيّة من حيث الأصل لأنّها ليست محكمة أصل من درجة ثالثة.

377- محكمة التّعقيب ليست محكمة أصل من درجة ثالثة. **تبتّ محكمة التّعقيب في الأحكام ولا في النّوازل.** عندما تقرّر محكمة القانون رفض التّعقيب، فهي تبقي على الحكم المخدوش فيه. لكن عندما تقرّر نقض الحكم المطعون فيه، **فهي تزيله، ولا يمكن ترك أطراف النّزاع دون حلّ لقضيّتهم.**

---

[476] الفصل 175 م.م.م.ت.

لذلك غالبا ما تنقض محكمة التّعقيب مع الإحالة، غير أنه يمكن أن تنقض محكمة التّعقيب دون إحالة.

378- *النّقض مع الإحالة*. **ترجع محكمة التّعقيب الأطراف بموجب الإحالة، أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، لكن بهيئة أخرى، أو أمام محكمة أخرى من نفس الدّرجة.** تبقى محكمة الإحالة حرّة في مسايرة محكمة التّعقيب في رأيها من عدمه. عندما لا تتبّع محكمة الإحالة رأي محكمة التّعقيب، و يتمّ الطّعن من جديد، لنفس الأسباب، في حكمها ؛ **تلتئم محكمة التّعقيب بدوائرها المجتمعة** (الفصل **191** الفقرة 2).[477] تصدر الدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب حكمها ؛ إمّا بالرّفض، و ينتهي عندها النّزاع ؛ و إمّا بالنّقض و الإحالة من جديد، **عندها تكون محكمة الإحالة مقيّدة برأي محكمة التّعقيب.**[478]

379 - *النّقض بدون إحالة*. يمكن لمحكمة التّعقيب أن تنقض دون إحالة، **في صورة النّقض الجزئي الذي لا يؤثر على بقيّة نصّ الحكم، أو عندما لا يترك النّقض الكلّي موجبا للإحالة** (عدم اختصاص المحكمة المتعهّدة، عدم احترام قوّة ما اتصل به القضاء).[479] يمكن أيضا عملا بالفصل **180** م.م.م.ت، **لوكيل الدّولة العام، بعد انقضاء أجل التّعقيب بالنّسبة للأطراف، أن يطعن بالتّعقيب لفائدة القانون، في حكم**

[477] يقتضي الفصل 192 أن تكون الدّوائر المجتمعة متكوّنة من الرئيس الأوّل، و رؤساء الدّوائر، و أكبر مستشار لكلّ دائرة، و الوكيل العام لمحكمة التّعقيب.

[478] منذ تنقيح 1 سبتمبر 1986 (القانون عدد 87 لسنة 1986) أصبحت الدّوائر المجتمعة مؤهّلة بصفة استثنائية للنظر في أصل النّزاع عندما تكون القضية جاهزة للفصل. و ذلك تيسيرا على المتقاضين، و ربحا للوقت. (الفصل 176 الفقرة 3 و 191 الفقرة 3).

[479] الفصل 177 م.م.م.ت.

اساء تطبيق قاعدة ما. في صورة النّقض في هذه الحالة، يكون النّقض بدون إحالة، حتى لا يتضرر أطراف النّزاع من هذا النّقض.

الفقرة الثانية : مكانة فقه القضاء.

380- يحظى فقه القضاء بوصفه ظاهرة متمّمة للمادّة القانونيّة، **بمكانة ثابتة** في المنظومة القانونية التونسيّة. تتأسّس قيمة فقه القضاء، على جملة المبادئ التي تقوم عليها هيكلته؛ مبدأ استقلالية القضاء، مبدأ المرفق العام القضائي، مبدأ التقاضي على درجتين، مبدأ توحيد فقه القضاء.[480] أدّت هذه الهيكلة إلى تنظيم علمي ومحكم لمختلف المحاكم والهيئات القضائية. لئن بدت بالتّالي مكانة فقه القضاء ثابتة، غير أنه لا يحقّ القول أنّ فقه القضاء يحظى بمكانة التّشريع أو العرف، إذ تبقى مكانة فقه القضاء **مكانة مقيّدة**.

أ لفقه القضاء مكانة ثابتة في المادّة القانونيّة.

381- عملا بمبدأ توحيد فقه القضاء، تلعب محكمة التّعقيب، بوصفها محكمة قانون، وسلطة توحيد بين المحاكم ؛ دورا هاما في تكريس وتركيز سلطة فقه القضاء في المادّة القانونية. توجّه محكمة التّعقيب، تأويل النّصوص من طرف محاكم الأصل، وهي التي تقترح الحلول عند سكوت المشرّع، كما تحظى محكمة التّعقيب بحكم هيكلتها، وتركيبتها، ودورها؛ بسلطة أدبية ثابتة تجاه فقه قضاء محاكم الأصل.

[480] في خصوص هذه المبادئ، الفقرة 354.

382- تساهم **إطلاقية صلاحيات** السّلطة القضائية المترتّبة عن الفصل **108** من المجلة الجزائية، **المتعلق بجريمة** إنكار العدالة،[481] إلى جانب **المعطى الهيكلي** النّاتج عن الدّور الطّبيعي الذي تلعبه محكمة التّعقيب، في إرساء وتكريس مكانة فقه القضاء في المادّة القانونية. تفرض هذه الصلاحية المطلقة، على فقه القضاء؛ الخلق والإبداع، في المادّة القانونية، إذ لا يحقّ له الإحجام عن القضاء بعلّة سكوت النصّ أو غموضه. يلعب فقه القضاء في هذه الحالة، دورا أساسيا في إنشاء القاعدة القانونيّة. لكن تبقى قوّة هذا الخلق، و هذا الإبداع، محدودة؛ **لكونها بالضّرورة ظرفية**، ومتعلقة بقضية معيّنة.

383- رغم هذه الظّرفية، **لا يمكن تجاهل الدّور الذي يلعبه فقه القضاء كمصدر قانوني عند غموض النصّ، أو عند سكوته.** للتّدليل على ذلك، يمكن الاستشهاد بفقه قضاء محكمة التّعقيب في خصوص مفهوم **"البناء"** أو **"الدّخول"** في الزّواج.[482] يرتّب فعلا المشرّع آثارا عديدة على مفهوم "البناء"؛[483] كاستحقاق المهر، واستحقاق النّفقة، وثبوت النّسب، و وجوب العدّة، وحرمة المصاهرة. إلا أنّ **المشرّع أغفل عن تعريف مفهوم الدّخول، تعريفا قانونيا**، رغم آثاره العديدة؛ علما أنّه لا يمكن اعتماد التّعريف الاجتماعي "للبناء"، لما

---

[481] الفقرة 351.

[482] يشير فعلا المشرّع في مواقع عديدة من م.أ.ش. إلى مفهوم "البناء" أو "الدّخول"، الفصل 12، الفصل 22، الفصل 38...

[483] M. M. BOUGUERRA, le juge tunisien et le droit du statut personnel, art., op. cit., p. 42, S. MESSAOUDI, la consommation du mariage en droit tunisien, mémoire de D. E. S., Tunis 1979, pp. 49 et s

يحيط به من سرّية. لغاية ذلك، تدخّلت **محكمة التّعقيب في مناسبات مختلفة لتضع تعريفا موحّدا، وقانونيا، لمفهوم البناء.**

384- اعتبرت محكمة التعقيب في مرحلة أولى، في القرار عدد **2300** المؤرّخ في **31** مارس **1964** [484] **أن مجرّد عقد النّكاح لا يفيد البناء بالفعل**، الذي يستلزم إثباته وقائع جديدة لا يفترضها مجرّد عقد الزّواج. ثمّ رأت محكمة التّعقيب في مرحلة ثانية، في القرار عدد **9294** بتاريخ **20** فيفري **1973**،[485] **أنّ الدّخول يعتبر حاصلا بين الزوجين إذا اختلى زوج بزوجته وأرخى عليها الستار.** في مرحلة ثالثة (قرار عدد **1229** بتاريخ **15** جويلية **1977**،[486] تخلّت محكمة التّعقيب عن **"الدّخول الفعلي"**، وتبنّت مفهوم **"الدّخول الحكمي"**؛ الذي يستنتج من **امتناع الزّوج عن الالتحاق بمحلّ الزّوجية، رغم التّنبيه عليه عن طريق عدل منفّذ.**

ب لفقه القضاء مكانة مقيّدة.

385- المكانة التي يحظى بها فقه القضاء في المادّة القانونية، لا تجعل منه شبيها للسّابقة القضائية، في النّظام الأنغلوسكسوني[487]. يرجع ذلك لسببين اثنين.

386- لا يحقّ للقاضي، عملا **بمبدأ التّفريق بين السّلطات**، أن يحلّ محلّ المشرّع؛ بل يقتصر دوره مبدئيا، على تطبيق القانون. **القاضي ينطق بالقانون ولا ينشئه.** من ناحية أخرى، لا تتقيّد المحاكم في العائلة الرومانية الجرمانية

---

[484] ق.ت. 1964، ص 591.

[485] نشرية 1973، 1، ص129.

[486] نشرية 1977، 2، ص 81.

[487] الفقرة 80 و ما بعدها.

"بالسّابقة القضائية"، مهما كانت قيمتها وسلطتها ؛ بينما تتأسّس قاعدة **"السّابقة القضائية"** في نظام الكومن لو، على السّلطة التي تمارسها هذه السّابقة على بقية القضايا اللاّحقة لها. من ذلك أنّه غالبا ما يحدث أن تخالف المحاكم، فقه قضاء راسخ، ثابت، متأسّس على قرارات عديدة.[488]

القسم الثّاني : الفقـــه.[489]

387- يعرّف الفقه في معناه الواسع بكونه **"جملة أعمال وكتابات الكتّاب في المادّة القانونية"**.[490] كما أنّ لكلمة فقه، معنى ثاني؛ وهو **"رأي فقيه واحد في مرجع**

[488] مثال ذلك في مادّة النّسب أين ظلّت محكمة التّعقيب مدّة طويلة (من 1963 إلى 1973) تعتبر أنّ الإقرار الوارد بالفصل 68 م.أ.ش. وسيلة مستقلة بذاتها، لإثبات النّسب، بصرف النّظر عن قيام قرينة الفراش من عدمه، إلا أنّ محاكم الأصل، ومن بعدها محكمة التّعقيب خالفت فقه قضائها هذا، وربطت من جديد بين هذين الوسيلتين لثبوت النّسب، وأصبحت تعتبر أنّ الإقرار بمفرده لا يثبت النّسب طالما لم يتأسّس على قرينة الفراش. عبد الرؤوف بن الشيخ، البنوة غير الشرعية في القانون التونسي، مذكرة قانون خاص، تونس 1979 .

S. BEN HALIMA, la filiation paternelle légitime en droit tunisien, thèse pour le doctorat d'Etat, Tunis 1976.

[489] N. BEN AMMOU, la doctrine tunisienne de droit privé de l'aube du 20ème siècle à la veille du 21ème siècle, communication au colloque, l'apport du 20ème siècle au droit privé tunisien, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Tunis 2000, pp. 65 et s. ; M. CHARFI, introduction, op. cit., n° 416 et s. ; S. MELLOULI, introduction, op. cit., n° 363 et s.

[490] لغة تعني كلمة فقه ؛ **"العلم بالشيء و الفهم له، و غلب على علم الدّين لسيادته و شرفه و فضله على سائر أنواع العلم"** لسان العرب للعلامة أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، دار صادر للطباعة و النشر، بيروت، 1995، المجلد 13، رقم 8756، ص 522.

معيّن".[491] يرى البعض[492] في الفقه، مصدرا من مصادر القانون ؛ فيما يرى البعض الآخر[493] مجرّد سلطة في المادّة القانونية. فما هو دور الفقه؟ هذا ما سنستنتجه انطلاقا من صلاحياته.

الفقرة الأولى : صلاحيات الفقه.

388- يتميّز الفقه عن فقه القضاء، بخاصّيتين اثنتين؛ الحرّية و التّنوع.

أ الحرّية.

389- **في حين لا يصدر فقه القضاء، إلاّ بمناسبة القضايا المطروحة عليه، و المنشورة أمامه. يصدر الفقه متى شاء، وبالطّريقة التي يريدها.** يحقّ للفقيه أن يكتب في أيّ موضوع، يرى من المفيد التدّخل فيه. يتميّز أيضا الفقه، و بصفة خاصّة، باختلاف الآراء؛ وفي ذلك ثراء.[494] تتجسّم أيضا حريّة الفقه، في تلقائيته. لا ينتظر الفقه السؤال، مثلما هو الشّأن بالنّسبة لفقه القضاء؛ الذي لا يجيب إلا عمّا يسأل. يتدخّل الفقه متى يشاء، ويجيب عن كلّ سؤال يطيب له.

[491] تجدر الملاحظة أنّ هذا المعنى هو الغالب في التّشريع الإسلامي، أين يشكّل رأي فقيه واحد، مدرسة أو مذهب (مالك، أبو حنيفة، ابن حنبل، الشافعي)، بل يرتقي الفقيه إلى رتبة المشرّع، إذ هو يقترح الحلّ و لا يكتفي بالتعليق عليه. في هذا المعنى : نذير بن عمو، المقال المذكور، ص 68.

[492] M. CHARFI, op. cit.

[493] S. MELLOULI, op. cit.

[494] أكبر دليل على ذلك، موقف الفقه التونسي من مركز الفقه نفسه في المادّة القانونية، المشار إليه في الهامشين أعلاه.

ب التّنوع.

390- تتميّز تدخّلات الفقه، بتنوّعها، وتعدّدها؛ هذا ما يزيد في ثرائها. تتجسّم الأعمال الفقهية في **كتب**،[495] **ومؤلّفات**، **ومراجع**، **وتعاليق**، **ومقالات**، **ومداخلات**، **ومحاضرات**، غالبا ما تنشر في **مجلّات**،[496] و **دوريات**...الخ. يمكن تصنيف المؤلّفات الفقهية، إلى صنفين : **الأعمال العلمية**، التي تحاول قدر المستطاع إعطاء صورة موضوعية عن المادّة القانونية، في وقت ما، وفي بلد ما ؛ وهو الشّأن بالنّسبة للمؤلّفات، والكتب. أمّا **الأعمال الموجّهة**، فهي تلعب دورا كبيرا في تطوير المادّة القانونيّة، إذ هي تحاول الدّفاع عن رأي معيّن، تجاه مسألة ما. نذكر منها خاصّة؛ **الأطروحات**، **والمذكّرات**، و **المقالات القانونية**.

الفقرة الثّانية : دور الفقه في المادّة القانونيّة.

391- لا يمكن بأيّ حال اعتبار الفقه مصدرا من مصادر القانون، إلا أنّه يحظى بسلطة معيّنة، لا لكونه سلطة، وإنّما بموجب سلطة شأنه.

---

[495] تنقسم الكتب الفقهية، إلى مراجع عامّة (قانون مدني، قانون دستوري...)، و إلى مراجع خاصّة، تحمل على نقطة معيّنة من المادّة القانونيّة (الملكيّة، الحوز، الإرتفاق...).

[496] من أهمّها : المجلّة القانونية التونسية، الأحداث القانونية التونسية، مجلة المحاماة...

أ الفقه ليس سلطة.

392- لا يشكّل فعلا الفقه سلطة في المادّة القانونيّة، لأنّه لا يحظى من النّاحية الهيكلية، **بقدرة تمكنّه من التسلّط خارجيا، على المادّة القانونية.**[497] لا يتحوّل الفقه إلى قاعدة قانونية، حتى لو تمثّل في إجماع جمهور الفقهاء؛ وتجاهل رأي فقهي شائع، لا يكون سببا كافيا للطّعن في حكم معيّن، كما أنّه لا يحمل أحد على معرفة الفقه.

ب للفقه سلطة شأنه.

393- ما للفقه في الواقع إلا سلطة شانه. أي أنّ **سلطة الفقه مرتبطة بقيمته، عند توفّرها. لا يحقّ** لأيّ كان، أن يخالف رأيا فقهيا شائعا، دون التّأكّد، والتروّي، والتبصّر. كما يمكن لرأي فقيه واحد، إذا ما تحلّى بصفات الوجاهة، والسداد، أن يصبح سلطة، ومرجعا، في المادّة القانونية. تلعب هذه السّلطة الفقهية، دورا أدبيا ثابتا صلب الجامعات ؛ إذ هي تساعد على إرساء تقاليد علمية، يحترم بموجبها الباحث آراء السّابقين.

---

[497] في مادّة القانون الدّولي العام، يلعب الفقه دورا متميزا، إذ تشير معاهدة الأمم المتّحدة إلى الفقه كمصدر من مصادر القانون، يراجع فرحات الحرشاني، المدخل إلى القانون الدّولي العام، المرجع السّابق (بالفرنسية)، ص 53.

فهرس أبجدي

تحيل الأرقام إلى الفقرات و لا إلى الصفحات

"أ"

- **آثار الطعن بالتعقيب** : 376.
- **اجتهاد** : 106.
- **إجماع** : 106.
- **أحاديث** : 116.
- **اختلاف الغايات** : 38.
- **اختلاف الموضوع** : 37.
- **أخلاق** : 199 و ما بعدها.
- الفرق بينها و بين القانون : 200
- **أساس التفرقة بين القانون الخاص و القانون العام** : 36
- **أساس القانون** : 206 و ما بعدها.
- **أسباب صفة الإلزام** : 163.
- الأسباب الجوهرية : 163.
- الأسباب الشكلية: 164.
- **أسلوب قانوني** : 334.
- **إشارات** : 340.
- **إعلامية** : 32.
- **اندثار القانون** : 271.
- **أنظمة قانونية مقارنة** : 58 و ما بعدها.
- **أنظمة مختلطة** : 55 و ما بعدها.
- **أنصاف** : 183 و ما بعدها.
- الفرق بينه و بين القانون : 187.
- **أنواع القانون** : 33 و ما بعدها.
- **أوامر**: 305.
- **أيمة** : 118.

"ب"

- **بغداد** : 113.
- **بنى تحتية** : 268.
- **بنى فوقية** : 268.

"ت"
- **تشريع** : 5 – 297 و ما بعدها.
- نقاده : 306 و ما بعدها.
- **تشريع إسلامي** : 109 و ما بعدها.
- تطوره التاريخي : 109.
- و الحداثة : 120 و ما بعدها.
- تحدّيات الحداثة : 122 و ما بعدها.
- تحدّيات الحداثة (الخارجية) : 124.
- تحدّيات الحداثة (الدّاخلية) : 123.
- الحركة الفكريّة : 123 و ما بعدها.
علاقته بالقانون الوضعي : 129 و ما بعدها.
- مصادره :103 و ما بعدها.
- **تصنيف قانوني** : 29.
- **تعريف قانوني** : 23.
تفرقة بين قانون خاصّ و قانون عام : 35 و ما بعدها.
- تطبيقها : 41.
- **تكييف قانوني** : 25.
- **تطور تاريخي لهيكلة القضاء** : 356.
- **تعويض** : 178.
- **تنازع قوانين** : 310.
تنفيذ : 180.
- **تنوّع الفقه** : 390.
- **جدليّة** : 264.
- **جدوى القانون** : 18.

"ج"
- **جمع القرآن** : 110

"ح"
- **حرّية الفقه** : 389.

"د"
- **دائرة الشّغل** : 366
- **دور التاريخ** : 263

- **دور الدّولة** : 157.
- **دور المادة** : 262.
- **الدّين** : 192 و ما بعدها.
- الفرق بينه و بين القانون : 194.

"س"
- **سلطة الفقه** : 392 – 393.
- **سنّة** : 105.
- **سياسة تشريعيّة** : 21.

"ش"
- **شروط الطّعن بالتّعقيب** : 375.

"ص"
- **صراعات طبقيّة** : 265.
- **صياغة النّصوص** : 20.

"ظ"
- **ظاهرة متمّمة للقانون** : 344.
- **ظاهرة منشئة للقانون** : 280 و ما بعدها.

"ع"
- **عائلة التّشريع الإسلامي** : 94 و ما بعدها.
- تقديمها : 95.
- **العائلة الرومانية الجرمانية** : 60.
- دور الجامعات : 64.
- الأقسام القانونيّة : 76.
- محتواها : 72.
- المرحلة التّشريعية : 69 و ما بعدها.
. مزاياها و مساويها : 70.
- مرحلة القانون العرفي : 62.
- مفهوم القاعدة القانونية : 73 – 74.
- نشأتها : 61.
- النموذج القانوني 65 و ما بعده.

"هـ"

- **هيكلة القانون** : 75.
- **الهيكلة القضائية الحالية** :358 و ما بعدها.

"ع"

- **عائلة الكومن لو** : 80 و ما بعدها.
- **عرض القانون** : 335.
- **عرف** : 320 و ما بعدها.
- العادة : 322.
- عراقته : 324.
- عناصره الأساسية : 321.
- عناصره المتغيّرة : 324.
- عنصر نفساني : 323.
- **عقاب أصلي** : 175.
- **عقاب تكميلي** : 176.30
- **علم الاجتماع القانوني** :
- **علم الأصول** : 96.
- **علم الاقتصاد** : 31.
- **علوم تابعة للقانون** :27.
- **علم التاريخ** : 28.
- **علم التأويل** : 26.
- **علم التّشريع** : 17.
- **علم التّصنيف** : 22.
- **علم الترتيب** : 22.
- **علم التّنظيم** : 22.
- **علم القانون** : 15 و ما بعدها.

"ف"

- **الفتنة الكبرى** : 111.
- **الفقه** : 387.
- دوره : 394.
- صلاحياته : 388.
- **فقه القضاء** : 6 – 345.
- مكانته : 380.
- مكانة مفيدة : 385.

- **مكوناته** : 346.
- **فلسفة القانون** : 206.

"ق"

- **قانون** : 2 – 10 – 12.
- اطلاع جزئي : 337.
- اطلاع عليه : 336.
- قاعدة اجتماعيّة : 12.
- قاعدة علميّة : 12 –14 - 133 و ما بعدها.
- قاعدة مجرّدة : 136 و ما بعدها.
- محتواه : 3.
- معرفته : 326.
- وجوبه : 1.
- **قانون الإجراءات** : 48.
- **قانون إداري** : 42.
- **قانون اقتصادي** : 45.
- **قانون انقليزي** : 87 و ما بعدها.
- أصناف قانونية : 90.
- قانون مشترك : 92.
- مرحلة حديثة : 86.
- إنصاف : 92.
- فقه القضاء : 93.
- محتواه : 87 و ما بعدها.
- مفهوم القاعدة القانونية : 88.
- هيكلته : 89.
- نشأته : 81.
- القانون المشترك : 83.
- **قانون بحري** : 45.
- **قانون تجاري** : 43.
- **قانون جبائي** : 42.
- **قانون جنائي** : 46.
- **قانون جنائي دولي** : 54.
- **قانون جنائي عسكري** : 46.
- **قانون جوّي** : 45.
- **قانون خاصّ** : 34.
- **قانون دستوري** : 42.

- **قانون دولي** : 51.
- **قانون مدني** : 43.
- **قانون دولي خاص** : 53.
- **قانون دولي عام** : 52.
- **قانون روماني** : 67.
- **قانون شغل** : 45.
- **قانون عام** : 34.
- **قانون مقارن** : 29.
- **قانون وطني** : 49 - ما بعدها.
- **قاعدة قانونيّة** : 73 و ما بعدها.
- جزاؤها : 173.
- دراسة خارجية : 182 و ما بعدها.
- قاعدة خارجية : 158.
- قاعدة ملزمة : 162.
- **قران** : 104.
- **قرارات** : 305.
- **قرينة الفصل 545 م.ا.ع.** : 342.
- **قواعد سلوكيّة** : 4.
- **قواعد آمرة** : 165
- **قواعد الإنصاف** : 85.
- **قواعد جزائيّة** : 174.
- **قواعد متمّمة** : 166.
- **قواعد مدنيّة** : 177.
- **قوانين أساسيّة** : 302.
- **قوانين استفتائيّة** : 301.
- **قوانين تأديبيّة** : 47.
- **قوانين تفسيريّة** : 319.
- **قوانين دستوريّة** : 299.
- **قوانين رجعيّة** : 318.
- **قوانين زجريّة** : 46.
- **قوانين طبيعيّة** : 4.
- **قوانين عاديّة** : 303.
- **قوانين مصادقة على معاهدات** : 300.
- **قوانين مهنيّة** : 45.
- **قياس** : 206.

"ك"

- **كتابة العرف** : 325.

"ل"

- **لغة القانون** : 327 و ما بعدها.
- عناصرها : 332.
- مستوياتها: 329 و ما بعدها.

"م"

- **مادّة قانونيّة (كونيتها)** : 8.
- **مادّة قانونيّة (نسبيتها)** : 7.
- **مبادئ عامّة للقانون** : 281 و ما بعدها.
- تعريفها : 281.
- الفصل 532 و ما بعده : 290.
- محتواها : 287.
- القاضي : 293.
- المشرّع : 294.
- **مبدأ الاطلاع المفترض على القانون** : 341.
- **مبدأ استقلالية القضاء** : 348.
- **مبدأ إطلاقية صلاحيات السلطة القضائيّة** : 351.
- **مبدأ التّقاضي على درجتين** : 353.
- **مبدأ توحيد فقه القضاء** : 354.
- **مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية** : 312.
- **مبدأ عدم رجعية القوينين المدنيّة** : 313.
- القاضي : 313.
- المشرّع : 317.
- **مبدأ كمال التّشريع** : 138 و ما بعدها.
- أثره : 142.
- أسباب تقهقره : 148 و ما بعدها.
- حدوده : 147.
- المحاولات الفقهية : 153.
- محتواه : 139.
- **مبدأ المرفق العام القضائي** : 350.
- **مبدأ المساواة أمام العدالة** : 352.
- **مدرسة القانون الطبيعي** : 68.
- **مجتمعات آسيويّة** : 243.

- **مجتمع صيني** : 245.
- دور القاضي : 249.
- هيمنة الطقوس : 250.
- **مجتمع ياباني** : 253.
- المرحلة التقليدية : 254.
- المرحلة الحديثة : 257.
- **المجدّدون** : 126 -127 -128.
- **محاكم ابتدائية** : 364.
- **محاكم إدارية** : 360.
- **محاكم استئناف** : 367.
- **محاكم استثنائيّة** : 366.
- **محاكم الأصل** : 362.
- **محاكم التّحقيق** : 369.
- **محاكم جزائيّة** : 368.
- **محاكم عدليّة** : 361 و ما بعدها.
- **محكمة القانون** : 372 و ما بعدها.
- **محاكم القضاء الجزائي** : 370.
- **محاكم مدنيّة** : 363.
- **محاكم ملكيّة** : 84.
- **محكمة التّعقيب** : 372.
- تعريفها : 372.
- حارس القانون : 374.
- **محكمة الحقّ العام** : 365.
- **المحكمة العقارية** : 366.
- **مدرسة البّحث العلمي الحرّ** : 156.
- **المدرسة التّاريخية** : 154 – 155.
- **مدرسة الشّرح على المتون** : 144.
- **مدرسة القانون الطبيعي** : 77.
- نقدها : 219.
- **المذاهب في الإسلام** : 117.
- **المذهب الجعفري** : 102.
- **المذهب الحنبلي** : 100.
- **المذهب الحنفي** : 97.
- **المذهب الزيدي** : 101.

- **المذهب الشّافعي** : 99.
- **المذهب المالكي** : 98.
- **المصادر المنشئة للقانون** : 296 و ما بعدها.
- **مظاهر الإلزام** : 168.
- **المفاهيم القانونيّة** : 78.
- **مفهوم الدّولة الحديث** : 170 – 172.
- **مفهوم العقاب** : 169.
- **مفهوم النّظام العّام** : 171.
- **مراسيم** : 304.
- **مراكز غير التّعاقديّة** : 316.
- **مرحلة أنقلوساكسونيّة** : 82.
- **مصادر القانون** : 273 و ما بعدها.
- مصادر شكليّة : 273.
- مصادر ماديّة : 273..
- **مصطلحات قانونيّة** : 333.
- **معتزلة** : 112.
- **ملكيّة فرديّة** : 269.
- **مميّزات القانون** : 134 و ما بعدها.
- **مواد القانون الخاصّ** : 43.
- **مواد القانون العامّ** : 42.
- **مواد مختلطة** : 44.

"ن"

- **نشر مبّسط** : 339.
- **نظام هيكلة القضاء** : 355 و ما بعدها.
- **النّظام الكوني و الانسجام** : 246.
- **النّظرية الوضعية** : 227 – 236 – 237 – 240.
- **نظرية الأثر المباشر** : 315.
- **نظرية الحقوق المكتسبة** : 314.
- **النّظرية الذّاتية** : 159.
- **نظرية القانون الطبيعي** : 209 و ما بعدها.
- أثينا العتيقة : 211.
- توماس الأكويني : 213.

- حقوق الذّات البشريّة : 218.
- دور الارادة الفرديّة : 217.
- عدم جدواها : 224.
- عدم صحّتها : 220.
- لانكيّة القانون الطبيعي : 215.
- **النّظرية الماركسيّة للقانون** : 260 و ما بعدها.
- مقوّماتها : 262.
- **النّظرية المثالية** : 210.
- **النّظرية الموضوعيّة** : 161.
- **الأنظمة النّافية للقانون** : 241.
- **نفاذ النصّ الواحد** : 307.
- **نقض بدون إحالة** : 379.
- **نقض مع الإحالة** : 378.

"و"

- **الوضعيّة الدّولية** : 229.
- **الوضعيّة العلميّة** : 231.
- التيّار الاجتماعي : 234.
- التيّار الاقتصادي : 232.
- التيّار التاريخي : 233.
- **الوضعيّة القانونية** : 228.
- **الوضعيّة القواعديّة** : 230.

فهرس عام

تحيل الأرقام إلى الصّفحات

المقدّمة 1

الجزء الأوّل : مفهوم القانون 9

الباب الأوّل : القانون قاعدة علمية..... 11

القسم الأوّل : علم القانون 12

الفقرة الأولى : العلوم القانونية 13

أ علم التشريع أو علم التقنين 13

- الجدوى الاجتماعية للقانون 13

- صياغة النصوص 15

ب علم التنظيم و الترتيب و التصنيف 16

- التعريف القانوني 16

- التصنيف القانوني 17

- التكييف القانوني 18

ج علم التأويل 18

الفقرة الثانية : العلوم التّابعة للقانون 19

أ علم التاريخ 20

ب القانون المقارن 21

ج علم الاجتماع القانوني 23

د علم الاقتصاد 23

هـ الإعلامية 24

القسم الثاني : أنواع القانون 25
الفقرة الأولى : القانون الخاص و القانون العام 25
أ معايير التفرقة بين القانون الخاص والقانون العام 26
– أساس التفرقة 26
– نقد التفرقة 28
ب تطبيق التفرقة بين القانون الخاص والقانون العام 30
– مواد القانون العام 31
– مواد القانون الخاص 32
– المواد المختلطة 33
الفقرة الثانية : القانون الوطني و القانون الدولي 36
أ عناصر التفرقة 37
ب الأنظمة المختلطة 39
القسم الثالث : الأنظمة القانونية المقارنة 41
الفقرة الأولى : العائلة الرومانية الجرمانية 42
أ نشأة العائلة الرومانية الجرمانية 43
– مرحلة القانون العرفي 43
– المرحلة التشريعية 46
ب محتوى المنهج الروماني الجرماني 48
– مفهوم القاعدة القانونية 49
– هيكلية القانون في العائلة الرومانية الجرمانية 50
الفقرة الثانية : عائلة الكومن لو 53
أ نشأة القانون الإنقليزي 54
– المرحلة الأنقلوساكسونية 54
ب محتوى القانون الإنقليزي 57

– مفهوم القاعدة القانونية 57
– هيكلة القانون في انقلترا 58
الفقرة الثالثة : عائلة التشريع الإسلامي 61
أ تقديم التشريع الإسلامي 62
– علم الأصول 62
– القرآن و السنة 65
– الاجتهاد 66
ب التطور التاريخي للتشريع الإسلامي 67
– الأحداث التاريخية 67
– أثر هذه الأحداث على التشريع الإسلامي 69
ج التشريع الإسلامي والحداثة 72
– تحديات الحداثة 73
– الحركة الفكرية 75
الباب الثاني : القانون قاعدة اجتماعية 81
القسم الأول : الدراسة الداخلية للقاعدة القانونية ... 82
الفقرة الأولى : القاعدة القانونية قاعدة مجرّدة 83
أ مبدأ كمال التشريع 84
– محتوى مبدأ كمال التشريع 85
– أثر مبدأ كمال التشريع 86
ب حدود مبدأ كمال التشريع 89
– أسباب تقهقر مبدأ كمال التشريع 89
– المحاولات الفقهية 92
الفقرة الثانية : القاعدة القانونية قاعدة خارجية 95
أ النظرية الذاتية 9

ب النظرية الموضوعية 97
الفقرة الثالثة : القاعدة القانونية قاعدة ملزمة 99
أ أسباب الصفة الملزمة للقاعدة القانونية 99
- الأسباب الجوهرية 99
- الأسباب الشكلية 100
ب مظاهر الإلزام في القاعدة القانونية 102
- تطور مفهوم العقاب 103
- جزاء القاعدة القانونية 106
القسم الثاني : الدراسة الخارجية للقاعدة القانونية 110
الفقرة الأولى : القانون والإنصاف 111
أ تعريف الإنصاف 111
ب الفوارق القائمة بين القانون والإنصاف 113
الفقرة الثانية : القانون والدّين 115
أ تعريف القواعد الدّينية 115
ب التمييز بين الدّين والقانون 116
الفقرة الثالثة : القانون والأخلاق 118
أ تعريف القاعدة الأخلاقية 118
ب التمييز بين القانون والأخلاق 119
الجزء الثاني : أساس القانون 121
الباب الأول : النظريات القائلة بالقانون 124
القسم الأول : النظرية المثالية 124
الفقرة الأولى : محتوى النظرية المثالية 124
أ المدرسة التقليدية 126
- القانون الطبيعي في أثينا العتيقة 126

- نظرية توماس الأكيوني 128
ب النظرية الحديثة للقانون الطبيعي 129
- لائكية أو علمنة القانون الطبيعي 130
- دور الإرادة الفردية 131
-حقوق الذات البشرية 132
الفقرة الثانية : نقد مدرسة القانون الطبيعي 133
أ النظريات المثالية غير صحيحة 133
ب النظريات المثالية غير مجدية 135
القسم الثاني : النظريات الوضعية 136
الفقرة الأولى : محتوى النظريات الوضعية 136
أ الوضعية القانونية أو الوضعية الدولية 137
- الوضعية الواقعية 137
- الوضعية القواعدية 139
ب الوضعية العلمية 141
- التيار الاقتصادي 141
- التيار التاريخي 141
- التيار الاجتماعي 142
الفقرة الثانية : نقد النظريات الوضعية 143
أ المدارس الوضعية غير كافية 143
ب المدارس الوضعية خطيرة 145
الباب الثاني : الأنظمة النافية للقانون 146
القسم الأول : القانون في المجتمعات الآسيوية 147
الفقرة الأولى : القانون في المجتمع الصيني 148
أ النظام الكوني و الانسجام 148

ب الدور الثانوي للقانون في المجتمع الصيني 149
ج هيمنة الطقوس في المجتمع الصيني 151
الفقرة الثانية : القانون في المجتمع الياباني 152
أ المرحلة التقليدية 153
ب المرحلة الحديثة 154
القسم الثاني : النظرية الماركسية للقانون 156
الفقرة الأولى : مقومات النظرية الماركسية 157
أ أسبقية المادة أو الواقع على الفكر 158
ب دور التطور التاريخي 159
ت الجدلية 159
ج الصراعات الطبقية 160
الفقرة الثانية : النظرية الماركسية و القانون 161
أ البنى التحتية والبنى الفوقية 162
ب الملكية الفردية 162
الجزء الثالث : مصادر القانون 165
الباب الأول : الظاهرة المنشئة للقانون 170
القسم الأول : المبادئ العامة للقانون 170
الفقرة الأولى : مبادئ عامة 173
أ محتوى مفهوم مبادئ عامة 174
ب الفصل 532 و ما بعده من مجلة الالتزامات والعقود .. 175
الفقرة الثانية : مبادئ قانونية 176
أ تجاه القاضي 176
ب تجاه المشرع 178

القسم الثاني : المصادر المنشئة للقانون 179
الفقرة الأولى : التشريع 179
أ مظاهر التشريع 179
– القوانين الدستورية 180
– القوانين المصادقة على المعاهدات 180
– القوانين الإستفتائية 181
– القوانين العادية 183
– المراسيم 183
– الأوامر والقرارات 184
ب نفاذ التشريع 184
– نفاذ النص الواحد 185
- تنازع القوانين 186
الفقرة الثانية : العرف 192
أ العناصر الأساسية للعرف 193
– عادة قديمة 194
– العنصر النفساني 194
ب العناصر المتغيرة للعرف 195
– عراقة العرف 195
– كتابة العرف 195
القسم الثالث : معرفة القانون 196
الفقرة الأولى : لغة القانون 196
– مستويات لغة القانون 197
– عناصر لغة القانون 199

القسم الثاني : المصادر المنشئة للقانون 179
الفقرة الأولى : التشريع 179
أ مظاهر التشريع 179
- القوانين الدستورية 180
- القوانين المصادقة على المعاهدات 180
- القوانين الإستفتائية 181
- القوانين العادية 183
- المراسيم 183
- الأوامر والقرارات 184
ب نفاذ التشريع 184
- نفاذ النص الواحد 185
- تنازع القوانين 186
الفقرة الثانية : العرف 192
أ العناصر الأساسية للعرف 193
- عادة قديمة 194
- العنصر النفساني 194
ب العناصر المتغيرة للعرف 195
- عراقة العرف 195
- كتابة العرف 195
القسم الثالث : معرفة القانون 196
الفقرة الأولى : لغة القانون 196
- مستويات لغة القانون 197
- عناصر لغة القانون 199

الفقرة الثانية : الإطلاع على القانون 201
أ إطلاع جزئي 202
- النشر المبسط 202
- الإشارات 202
ب مبدأ الإطلاع المفترض 203
- قرينة الفصل 545 م.إ.ع. 203
الباب الثاني : الظاهرة المتممة للقانون 205
القسم الأول : فقه القضاء 205
الفقرة الأولى : مكونات فقه القضاء 206
أ مبادئ هيكلة القضاء 206
ب نظام هيكلة القضاء 211
- التطور التاريخي لهيكلة القضاء 211
- الهيكلة الحالية 212
الفقرة الثانية : مكانة فقه القضاء 223
أ لفقه القضاء مكانة ثابتة في المادة القانونية 223
ب لفقه القضاء مكانة مفيدة 225
القسم الثاني : الفقه 226
الفقرة الأولى : صلاحيات الفقه 227
أ الحرية 227
ب التنوع 228
الفقرة الثانية : دور الفقه في المادة القانونية 228
أ الفقه ليس سلطة 229
ب للفقه سلطة شأنه 229
فهرس أبجدي 231
فهرس عام 243