

جامعة تونس المنار

كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس



سفيطة للإعلامية
8. مركب عيسى المنار
الهاتف: 71 885 140

محاضرات في

النظرية العامة للقانون

لطلبة السنة الأولى من الإجازة الأساسية

في القانون

سفيطة للإعلامية
8. مركب عيسى المنار
الهاتف: 71 885 140

الأستاذ حاتم الرواتي

الأول لفكرة القانون والثاني لفكرة الحق. ويمكن من بين مبررات هذا التقسيم أن عبارة « Droit » بالفرنسية لها معنيان : فهي تدل من جهة على مجموع القواعد المسؤولية التي يخضع لها الأفراد والتي تنبئ عليهم ما يجب فعله وما لا يجب فعله. وهذا هو القانون. وهي من جهة أخرى تشير إلى الصلاحية التي يمنحها القانون للأفراد ويحميها، كحق الملكية وحرية النقل والحرمة الجسدية ... وهذا هو الحق. وللتمييز بين المعنيين يضاف أحيانا إلى مصطلح Droit صفة Objectif فيقال Droit objectif (قانون موضوعي) للدلالة على معنى القانون أو القاعدة القانونية. وتضاف عبارة objectif فيقال Droit subjectif (قانون ذاتي) للإشارة إلى الحق أي المصلحة المشروعة التي يحميها القانون. ورغم أن اللغة العربية لا تحتاج إلى هذا الشق الاصطلاحي باعتبارها تتوفر على مصطلحين مختلفين لكل منهما معناه الدقيق وهما القانون والحق، إلا أن المؤلفات الفقهية العربية درجت على تناول المسألتين معا. ويرجع ذلك إلى الارتباط الوثيق بين فكرتي القانون والحق. فالحق لا يكون له إلا أثر القانون. والحق الذي لا يعترف به القانون لا يعتبر حقاً. وهذا ما تم اعتماده في نظام التدريس بكتبات الحقوق في بلادنا، حيث تم تخصيص فكرة القانون بدرس مستقل في إطار « النظرية العامة للقانون ». وخصص درس آخر مستقل للنظرية الحق.

4- وتهدف النظرية العامة للقانون إلى فهم القواعد والأحكام القانونية بوجه عام دون الوقوف على خصوصية فروع القانون المتنوعة والمستعدة. فالقانون ينقسم إلى عدة أقسام وفروع كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون الجزائي والقانون العقاري والقانون الدستوري والقانون الإداري وغيرها. إلا أن هذه الفروع على اختلافها وتتوحد تحتها تشترك في مبادئ وأفكار ومفاهيم موحدة يشكل مجموعها مادة النظرية العامة للقانون.

5- وتقوم هذه النظرية على مقارنة القانون من زاويتين : زاوية نظرية بهدف تحديد معنى القانون ومضمونه (جزء أول) وزاوية عملية ترمي إلى دراسة كيفية تطبيق القانون عملياً على أرض الواقع (جزء ثان).

الجزء الأول : تحديد القانون
الجزء الثاني : تطبيق القانون

المباني الأولى

مفهوم القانون

7- للوقوف على مفهوم القانون، يتجه التعرض إلى مقوماته الأساسية التي تحدد في ذاته (القسم الأول) وتبرز عن الطّور امر الأخرى المحيطة به (القسم الثاني).

القسم الأول : القانون في ذاته

القسم الثاني : القانون في محيطه

القسم الأول : القانون في ذاته

8- يتكوّن القانون من مجموعة قواعد قانونية، والقانون بهذا المعنى هو كلّ تشكل القاعدة القانونية جزءاً منه. وهكذا ينقسم القانون المعنى إلى عدة قواعد منها ما يهتم بالترامات والعقود ومنها ما يهتم بالأمور والحقوق العينية ومنها ما يهتم بالأحوال الشخصية. كما ينقسم القانون التجاري إلى عدة قواعد يتعلّق جانب منها بالأعمال التجارية وجانب آخر بالتجارة وجانب ثالث بالشركات التجارية. ويتعدّد الأمثلة على هذا النحو بتعدّد القوانين والمواد القانونية.

وللغصني مفهوم القاعدة القانونية على اختلاف أصنافها والمواد التي تنظمها لا بد من النظر في خصائصها (الفقرة الأولى) وعناصرها (الفقرة الثانية) ثم أقسامها (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : خصائص القاعدة القانونية

9- تعرف القاعدة القانونية حسب جانب هام من الشرائح بأنها قاعدة سلوكية، عاقبة، دائمة، ملزمة. وينبغي فهم كل خاصية على حدة.

1- فالقاعدة القانونية هي قاعدة سلوك لأن عاقبتها هي تنظيم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية داخل الدولة. كما تهدف إلى تحقيق علاقات الدول فيما بينها.

به ولو بالقوة (الفصل 274 م.ع.ع.) : ومثل ذلك إخراج المكسري من المحل المكسري عند انتهاء مدة الذكراء أو هذه البناء الذي تم إحداثه دون احترام القانون أو شقطة مكاسب المدين، وينبغي جبراً لخلاص الدائن من تمنها.

- وأما من الناحية الجزائية فتبدو الجزاءات المترتبة عن عدم احترام القانون أكثر خطورة لتعلق الأمر بحماية النظام العام والمجتمع لا مصلحة الأفراد فقط. ونظراً لخطورتها، فالدولة هي التي تحتكرها وتتولى تطبيقها. وهي أنواع، منها البدنية أو الجسدية كالإعدام أو السجن ومنها المالية كالخطايا التي تدفع لصندوق الدولة ومنها التكميلية كالحرمان من الألقاب والوظائف والحقوق السياسية.

ويعتبر الطابع الإلزامي للقاعدة القانونية أهم خصائصها. وتختلف خصائص القاعدة القانونية عن عناصرها المكونة لها.

الفقرة الثانية : عناصر القاعدة القانونية

10- تصاغ القاعدة القانونية عموماً على هذا النحو : «إذا حدث كذا يحصل كذا أو إذا حدث هذا يكون الحكم هكذا». وهذا يعني أن تركيبة القاعدة القانونية تتشكل عموماً من عنصرين: أولاً الفرض *l'hypothèse* أو شروط التطبيق *Les conditions d'application* وثانياً الحكم أو الحل *La solution* أو المنطوق *Le dispositif*. والمقصود بالفرض هو الواقعة التي يؤدي حصولها إلى تطبيق الحل أو الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية. أما الحكم أو الحل فهو الأثر القانوني الذي يترتب عن تحقق الفرض. وهو العنصر الأهم في القاعدة لأنه هو الذي يحدد سلوك الأفراد بأن يبين لكل أحد ما يجب فعله وما يجب تركه وما يترتب عن فعله.

ونظهر هذه الثنائية في أغلب نصوص القانون. ومثال ذلك الفصل 80 م.ع.ع. الذي نصّ أن «من اكتسب مال غيره بلا وجه عليه رده»، أي أن من يثري على حساب غيره بلا سبب قانوني يجب عليه إرجاع ما قبضه. والفصل 133 م.ع.ع. الذي نصّ : «إذا تعذر إجراء القسمة، أدنت المحكمة بيع المشترك صفقة بالتراد»، أي أنه إذا كان المال المشاع أو المشترك بين عدة أفراد غير قابل للقسمة المادية بينهم جار بيعه واقتسام ثمنه بين الشركاء. والفصل 26 م.أ.ش. الذي نصّ : «إذا احتلف الزوجان في مناع البيت ولا بينة لهما فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء». ويعني ذلك أنه في صورة نزاع الزوجين حول اقتسام مناع البيت جاز اللجوء إلى العرف والعادة لتحديد ما هو خاص بكل واحد منهم.

مكتسبه حلمسي

رقم التطبيق الأول طبعة المتار 1

أ- القانون والأخلاق

17- تنتمي القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية من حيث نواحيها، أبرزها أن العديد من النصوص القانونية مستمدة من الأخلاق. مثال ذلك قاعدة القوة الملزمة للعقد المقررة بالفصل 242 م.أ.ع. والتي تحد أساسها في مبدأ ضرورة أن يوفي الإنسان بما تعهد به. وكذلك قاعدة الفصل 80 م.أ.ع. التي أساسها عدم جواز الإثراء على حساب الغير إضافة إلى أغلب القواعد الجزائية التي تمنع الاعتداء على الغير وتعاقب على الجرائم لمخلة بالأخلاق كالزنا والفحش والاعتصاب والقتل وغيرها.

كما يبرز الالتقاء بين القانون والأخلاق باعتبار أن العديد من النصوص القانونية تحيل صراحة إلى فكرة الأخلاق كما هو الشأن في الفصل 67 م.أ.ع. المتعلق بالعرف في باب السبب والفصل 439 م.أ.ع. في باب الإقرار والفصل 544 م.أ.ع. والفصل 117 م.أ.ع. في ميدان الشرط والفصل 834 م.أ.ع. في باب الإجارة والفصل 1107 م.أ.ع. في الوكالة و1252 م.أ.ع. في الشركة.

على أن التقارب بين الظاهرتين القانونية والأخلاقية لا يعني التطابق التام بينهما وذلك لعدة أسباب :

- أولاً، لأن بعض التصرفات الدأخلاقية كالكذب مثلاً أو محاولة الانتحار لا يعاقب عليها القانون إذا لم تتجاوز حداً معيناً. بل يعطي القانون أحياناً للشخص الحق في الكذب. ومثال ذلك الفصل 26 م.أ.ع. المتعلق بالصورية في العقود.

- ثانياً، لأن القواعد القانونية ليست كلها مستمدة من الأخلاق. ومثال ذلك النصوص القانونية التي لها صبغة فنية (قواعد المرور) أو إجرائية (إجراءات التقاضي، تنظيم اختصاص المحاكم والأجال الإجرائية) أو شكلية (القواعد التي تشرط الصيغة الرسمية في بعض التصرفات أو التي تنظم إشهار التصرفات القانونية).

- ثالثاً، لأن هناك قواعد قانونية تتنافى مع القواعد الأخلاقية. ومثال ذلك القواعد المتعلقة بالتقادم بنوعيه : المكسب والمسقط، فالمكسب هو الذي يطبق في ميدان العفارات غير المسجلة. ويعني التقادم المكسب أن من يجوز العفار مدة معينة يمكن أن يصبح مالكاً له بشروط معينة بعد انقضاء هذه المدة. أما التقادم المسقط فيسري على الالتزامات والديون. ولمقصود به أن الدائن يمكن أن يفقد حق المطالبة بالدين تجاه مدينه إذا انقضت مدة معينة ثم يتحرك خلالها. والأصل في هذه المدة هو 10 سنة عملاً بالفصل 411 م.أ.ع. لكن هذه المدة يمكن أن تنخفض لتصبح 5 سنوات

الشخصية. وكذا الحال بالنسبة إلى ذرّوح الرّاحل بمصطلحه ثلاثا. ولعلّ المشرّع بإقراره هذين النصّين قدّين مسيرا للعواد الاجتماعية السّائدة عند إصدار مجلة الأحوال الشخصية.

ج- القانون والعادات الاجتماعية

19- العادات الاجتماعية هي قواعد سنوذية تعود الأفراد على اتباعها في نطاق علاقاتهم الاجتماعية. من ذلك قواعد المجاملات (règles de courtoisie) كتيادل التحيّة بين الناس وتبادل الزيارة بين أفراد العائلة وتقديم التعزية لمن نزلت به مصيبة وحضور المناسبات السعيدة كحفل زواج، أو حفل ختان... ، وقواعد الشرف (règles d'honneur) وقواعد الحسن المدني (les règles de civilité) كعدم التّفوّذ بالألفاظ البذيئة وارتداء الملابس اللائقة وعدم تلويث المحيط واحترام الآخر وعدم مضايقته...

ورغم أهمية هذه القواعد الاجتماعية في تنظيم سلوك الأفراد إلا أنّها تختلف عن القواعد القانونية من ناحيتين على الأقل: أولاً، من حيث قوّتها الإلزامية. فخضوع الأفراد للعادات الاجتماعية يأتي من ذاتهم وبإيعاز داخلي من ضميرهم. بينما يرجع خضوعهم إلى القاعدة القانونية باعتبار وجود نصّ تشريعيّ يأمرهم بذلك. وثانياً من حيث الجزاء المنطبق. فجزاء مخالفة القاعدة الاجتماعية هو جزاء اجتماعي وليس قانونيّا. ويتّخذ عموماً شكل الاحتجاج واللّوم أو التوبيخ أو المقاطعة أو الاحتقار... أمّا جزاء مخالفة القاعدة القانونية فهو منظم وصارم بما أنّه يمكن أن يصل إلى السّلاحقة القضائية للفرد وتعرّضه لجزاءات وعقوبات قابلة للتنفيذ ضدّه ولو بالقوّة.

ومع ذلك يجب التّنبية إلى أنّ خرق القواعد الاجتماعية يمكن أن يترنّب عنه جزاء قانوني في عدّة حالات :

- أولاً، إذا كان عدم احترام العادات الاجتماعية يتجاوز الحدّ المقبول أي الحدّ الذي يمكن التسامح فيه. مثال ذلك : القانون عدد 73 لسنة 2004 المؤرّخ في 2 أوت 2004 المتعلّق بتنقيح وإتمام المجلّة الجزائية بخصوص زجر الاعتداءات على الأخلاق الحميدة وزجر التحرش الجنسي. فقد أضاف هذا القانون الفصول 226 مكرّر و226 ثالثاً و226 رابعاً إلى المجلّة الجزائية التي جرّمت مضايقة الغير بوجه بخلّ بالحياء وارتكاب التحرش الجنسي.

- ثانياً، إذا تطوّرت القاعدة الاجتماعية فأصبحت عرفاً. والعرف هو عادة ملزمة. ويؤثر بمثابة القانون الذي ينبغي على الأفراد احترامه. ويمكن لمن يخالفه أن يكون عرضة لجزاء قانوني. وهذا ما اتّجه إليه الحكم المدني الصادر عن محكمة ناحية صفاقس تحت عدد 24900 بتاريخ 25

1- خصائص علم القانون

22- تخضع العلوم إلى عدة تقسيمات، أبرزها التمييز بين علوم الطبيعة أو العلوم الطبيعية التي تبحث في الظواهر الطبيعية كعلم الفيزياء أو الكيمياء أو علم الفلك ... والعلوم الإنسانية أو الاجتماعية التي تعنى بالظواهر والوقائع والأحداث التي لها علاقة بالنشاط الإنساني وبالإرادة البشرية كالتاريخ وعلم الاجتماع وعلم النفس والأنثروبولوجيا وغيرها. ويعتبر علم القانون علما اجتماعيا بما أنه يتعلق بالقواعد التي تنظم الحياة الاجتماعية. وهذه هي أولى خصائصه.

كما تنقسم العلوم كذلك عن حيث موضوعها إلى نوعين : علوم وصفية (Sciences descriptives) تهتم بما هو كائن أو موجود فتقرره وتفسره كعلم التاريخ وعلم الاجتماع. وعلوم نموذجية أو علوم قواعد (Sciences normatives) تهتم بما ينبغي أن يكون. فتضع معايير أو نماذج يجب على الأشخاص اتباعها والعمل بمقتضاها. وينتمي علم القانون إلى الصنف الثاني من هذه العلوم. ومن ثم وجب اعتباره علما نموذجيا أو علما من علوم القواعد.

وخلافا للعلوم الطبيعية، يتميز علم القانون بأنه علم نقدي. ذلك أن علوم الطبيعة تسلم بالظواهر التي تدرسها ولا تناقشها باعتبار أن الأمر يتعلق بظواهر طبيعية تخضع إلى قانون دقيق ومحكم لا يد للإنسان فيه. أما علم القانون فقواعده وأحكامه هي وضعية أي من صنع البشر. وبما أن الكمال ليس من صفات البشر، فإن القانون يمكن أن يكون صائبا أو خاطئا وعادلا أو جائرا أو أداة تقدم وتطور أو عامل تخلف وجذب للوراء. من هنا كان لا بد لعلم القانون ألا يسلم بقواعده. وإنما عليه أن يسعى دائما إلى إعادة تقييمها والنظر إليها بعين النقد سعيا إلى تصويبها وتطويرها وتجاوز ما هو سيء منها.

وإضافة إلى بعده النقدي يتسم القانون ببعد العملي والمحسوس. فليس علم القانون علما نظريا أو فلسفيا أو تجريديا صرفا وإنما هو علم تطبيقي وعملي باعتبار أن غايته هي تنظيم الحياة الواقعية للأفراد وفضل النزاعات بينهم وحماية حقوقهم ومراكزهم القانونية. ولا يتسنى ذلك عن طريق البحث النظري المعزول عن الواقع العملي أو عن طريق النقاشات الفكرية العقيمة التي ليس لها أي ارتباط فعلي بتطبيق القانون. ولا جدوى من علم القانون إلا بقدر ما يكون قريبا من الواقع ومساهما في حل المشاكل التطبيقية التي تعترض الإنسان.

وتعد هذه الملاحظة مدخلا للحديث عن محتوى علم القانون.

المفسر فالت قاعدة إزاء هذا التفسيرات المتعلّقة، بهامال الذي وقع في عتباه. والفصل 170 م.أ.ع. الذي يقتضي أن «سمح الجميع الركبتية وغير الركبتية المتعددة من الأصل تعتبر ككأهموها».

- إقرار القواعد والمبادئ العامة للقانون Règles générales de droit : وهي القواعد العليا والسامية المكونة للنظام القانوني والمنظمة لحياة الأفراد فيه. ومثال ذلك : مبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الرضائية في العقود ومبدأ عدم الإضرار بالغير ومبدأ القوة المزممة للإنفاقات ومبدأ الحرية التعاقدية وقاعدة «الأصل ارتكاب أخف الضررين» في الفصل 556 م.أ.ع. ومبدأ أن «الأصل في الإنسان حسن النية» (الفصل 558) و«الأصل براءة الذمة حتى يثبت تعيرها» (الفصل 560). وتتكون مختلف هذه القواعد والمبادئ ملجها عموماً شمولياً يحقق الانسجام والتكامل بين مختلف القواعد القانونية الفرعية ويهاهم في ضمان العدل والأمن القانوني بالمساعدة على تفسير وفهم النصوص القانونية وسد الثغرات التي تتخلل التشريع.

ويعد تفسير النصوص القانونية من أهم مجالات علم القانون.

ثانياً - تفسير القانون

25- يقتضي تطبيق القاعدة القانونية فهمها جيداً ودراسة معانيها وأحكامها. فالقاعدة القانونية تصاغ في شكل عام ومجرد ولا تتوجه إلى شخص معين أو لحل نزاع معروف مسبقاً. ولكي يتسنى ربط القاعدة بالواقع وتطبيقها على وقائع ملموسة، يحتاج الأمر في العديد من الأحيان إلى تفسيرها وتأويلها. ويتولى مهمة التفسير رجال القضاء عندما يتولون إصدار الأحكام في النزاعات المعروضة عليهم وكذلك شراح القانون وقضاؤه. ويوفر المشرع لمفسر القانون ومطبقه عدة قواعد علمية لغوية ومنطقية وعدة وسائل وأساليب قانونية لفهم النصوص التشريعية وإزالة الغموض الذي قد يتسلل إليها وكذلك لاستنباط الحلول القانونية في غياب نص أو قاعدة صريحة.

وجاءت هذه القواعد أساساً في القصور 532 إلى 563 م.أ.ع. نذكر منها خاصة الفصل 32 و33 الذي تضمن أن «نص القانون لا يحصل إلا المعنى الذي تقضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال وموارد واضع القانون»، والفصل 33 م.أ.ع. الذي يقتضي أنه «إذا كانت عبارة القانون متعلقة جرت على إطلاقها». والفصل 335 م.أ.ع. الذي جاء به أنه «إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى التواعد العامة للقانون» والفصل 350 م.أ.ع. : «من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل»...

ب- صلة علم القانون بالعلوم الأخرى

27- لا جدال أن القانون له ارتباط بالعلوم الاجتماعية الأخرى سواء منها التقنية و الحديثة. وأولها علم التاريخ، حيث لا يمكن فهم الأنظمة والمؤسسات القانونية الحالية إذا لم نعرف ما كان موجودا قبلها. كما تسر دراسة تاريخ القانون الوقوف على مراحل تطوره. وهذا أمر هام سواء بالنسبة لمفسر القانون وشارحه أو بالنسبة لواقع القانون، أي المشرع، إذ أن معرفة ماضي القانون ضرورية لفهم حاضره ولاستشراف مستقبله.

28- كما يبدو القانون على صلة بعلم الاجتماع. وهو علم يهتم بالأحداث الاجتماعية فيدرس أسباب وقوعها ونتائجها ويبين حالة المجتمع الراهن والاتجاهات العامة لتطوره. ولا يمكن للمشرع الاستغناء عن علم الاجتماع عند سنه لقوانين جديدة، إذ لا يمكن القيام بأي تغيير إلا إذا كان مسبوقا بدراسة اجتماعية لما هو موجود ولما يجب تغييره أو تعديله. ومن هنا كان علم الاجتماع ضروريا لتحديد وتوجيه السياسة التشريعية الواجب اتباعها. وهذا ما تحقق فعلا في بلادنا حيث حتمت ظاهرة تزايد عدد السكان على المشرع السعي في تحديد النسل. كما أملت تزايد نسبة الطلاق في المجتمع على المشرع السعي إلى تدعيم حقوق المرأة والأبناء عن طريق عدة قوانين حمائية.

29- كما يلاحظ من جهة أخرى أن للقانون علاقة بعلم الاقتصاد، ويظهر تأثير الاقتصاد في القانون من عدة نواح. فقد أدى تطور الحياة الاقتصادية وتشعبها إلى ظهور قوانين جديدة إلى جانب القانون المدني الذي كان يتكفل وحده بتنظيم الحياة الاجتماعية والاقتصادية في أغلب بلدان العالم. فظهر القانون التجاري الذي ينظم الأعمال التجارية والتجار والقانون البنكي وقانون التأمين وقانون الشغل بل أصبحنا نتحدث الآن عن لقانون الاقتصادي وقانون الأعمال والقانون المالي. كما أدى الفكر الاقتصادي الاشتراكي الذي حل محل الفكر الاقتصادي الليبرالي إلى إضفاء بعد اجتماعي على الحقوق وخاصة حق الملكية الذي لم يعد صلاحية مطلقة وإنما أصبحت له وظيفة اجتماعية تتجلى خاصة من خلال الفصلين 14 من الدستور والفصل 21 م.ح.ع.

وهذا يعني أن القانون يتغير بتغير الأسس الفكرية السائدة في المجتمع ويتطور بتطورها.

أما في القرن استأبع عشر فقد أخذ القانون الطبيعي اتجاهًا آخر خاصة على يد البرلندي وبروسبيوس في كتابه «حول قانون الفرس والسلم» الذي أضحى على القانون الطبيعي طابعًا غير ديني فصار أساسه «العقل الطبيعي» لا الإرادة الإلهية. وتطوّرات هذه النظرية مع ظهور حركات فكرية جديدة تؤكد أن للفرد حقوقًا طبيعية مستمدة من القانون الطبيعي موجودة قبل نشأة المجتمعات، ثم اندمج الفرد في الجماعة بإرادته على أساس عقد ضمني يتنازل فيه عن بعض حريته تجاه غيره من الأفراد مقابل احترام حقوقه الطبيعية. وهذه هي نظرية العقد الاجتماعي التي أتى بها المفكر جان جاك روسو. وبهذا التصور الجديد أصبح القانون الطبيعي يميّز بصيغته الفردية التي تعني أن وظيفة القانون ليست تطبيق الإرادة الإلهية وإنما حماية الفرد وضمان حقوقه الأساسية التي يتمتع بها. ويكون القانون ملزمًا وواجب الاحترام بقدر مع يضمن هذه الحقوق ويمنع الاعتداء عليها. ويقابل مذهب القانون الطبيعي، مذهب القانون الوضعي.

القسم الثاني: التيار الوضعي La tendance positiviste

32- التيار الوضعي هو التيار الذي يؤمن بأن القانون الملزم هو القانون الوضعي الذي يجد مصدره في الإرادة البشرية لا القانون الطبيعي. وينقسم التيار الوضعي إلى المذاهب التالية :

1- الوضعية القانونية Le positivisme juridique . ويرى مؤيدوه أنه لا قيمة إلا للقانون الوضعي، أي مجموعة القواعد التي تضعها الدولة أو المنطبقة على الأفراد في زمن معين، وينحصر القانون في جملة هذه القواعد لا غير. أما القانون الطبيعي فهو مجرد أفكار نظرية وآراء لا قيمة لها ولا مكانة لها في المجتمع. ويوجد نوع من التلازم بين الوضعية القانونية وفكرة الدولة. فصدر القانون هو إرادة الدولة. ولا يتصور الإعتداء عليه من قبلها أو عدم احترامه. ومن أنصار هذه النظرية الفيلسوف "هيجل" Hegel الذي اعتبر أن القانون يفرض نفسه بقوة الدولة التي تفرضه. والدولة هي المنبع الوحيد للقانون. ويتماشى هذا الموقف مع رأي المفكر هوبس Hobbes الذي أقر أن القانون هو إرادة الدولة. ويستمد القانون قوته الإلزامية من قوة الدولة. والقانون هو وسيلة الدولة لفرض قوتها.

2- الوضعية الاجتماعية Le positivisme sociologique . ويعتبر القائلون بهذه النظرية أن القانون لا يجد مصدره في إرادة الدولة وإنما في العادات والأعراف السائدة في المجتمع. فالقانون إذن هو وليد الإرادة الجماعية. والقانون ليس من وضع الدولة إلا ظاهريًا، أما

الباب الثالث

مصادر القانون

LES SOURCES DU DROIT

33- مصدر الشيء لغة هو أصله المستمد منه. والمصدر في معناه العام هو المنبع الذي تخرج منه حقيقة ما. والمقصود بمصادر القانون إذن هو المنابع التي تستقى منها القواعد القانونية. أي الأسباب المنشئة للقانون في مجتمع معين. ويرتبط هذا التعريف بتطبيق مبدأ السببية باعتبار أنه لا يوجد شيء بلا مصدر ولا توجد نتيجة بلا سبب. كما يسمح هذا التعريف بتمييز مصادر القانون عن بعض المفاهيم المشابهة. وأولها أساس القانون. وفيصل التفرقة بين المفهومين أن مصادر القانون تطرح السؤال الآتي : من أين نستمد أو تؤخذ القاعدة القانونية ؟ بينما يطرح أساس القانون سؤالاً مختلفاً يتمثل فيما يلي : لماذا يجب احترام القاعدة القانونية ؟ ويعني هذا أن البحث في مصادر القانون هو بحث في أصل القاعدة القانونية والظروف والوسائل التي أدت إلى نشأتها. أما البحث في أساس القانون فهو بحث في مبررات القوة الإلزامية للقاعدة القانونية. ولا يختلف الفقهاء كثيراً في تحديد مصادر القانون، في حين أن تحديد أساس القانون كان ولا يزال إلى اليوم محل نقاش واختلاف بين الفقهاء والمفكرين والفلاسفة.

وينبغي كذلك تمييز مصادر القانون عن جوهر القانون Le fond du droit وعن المبادئ العامة للقانون Les principes généraux du droit ثم عن القوى الخلاقة للقانون Les forces créatrices du droit.

فأما جوهر القانون فهو العدل المطلق وهو ما يبرر القانون الوضعي. فهو الأساس الأخلاقي والعقلي الذي يستند إليه القانون الوضعي فيما يتضمنه من قواعد ملزمة لإرادة الأفراد. وبهذا المعنى فإن مفهوم جوهر القانون هو أقرب إلى مفهوم أساس القانون منه إلى مصادر القانون.

وأما المبادئ العامة للقانون فهي أفكار سامية وأساسية تسود المجتمع كاحترام الذات البشرية وكرامة الإنسان وأسميته ومبدأ المحاكمة العادلة ومبدأ عدم الإضرار بالغير ومبدأ حسن النية... وهذه المبادئ تلهم المشرع في وضع القواعد القانونية وتلهم القاضي في البحث عن الحلول القانونية

أن يعرف الأحكام المنظمة لعقد من العقود كالتبعية مثلا أو الكراء أو التركة أو الوكالة أو البرهن يجب عليه أن يسأل أولا عن التشريع المنظم لهذه التصرفات لا عن رأي الفقه الإسلامي فيها أو عن الأعراف التي قد تنطبق عليها. كذلك إذا قام نزاع معين بين أجبر ومؤجره أو زوجة وزوجها أو مؤسسة بنكية وحريفا أو بين إدارة عمومية وأحد المواطنين، فإن القاضي الذي سوف يفصل النزاع عليه أن يبحث عن النصوص التشريعية التي تنطبق على النزاع قبل غيرها من المصادر الأخرى الممكنة. ويتأكد ذلك خاصة في الميدان الجزائي حيث يسود مبدأ «لا جريمة بدون نص»، أي أنه لا يمكن أن يعاقب الإنسان جزائيا على فعل ارتكبه إذا لم يكن هناك نص في التشريع يعتبر أن ذلك الفعل هو جريمة. وهذا ما نص عنه صراحة الفصل 13 من الدستور الذي نص على أن «العقوبة شخصية ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق للوضع».

36- والمقصود بالتشريع هو جملة القواعد القانونية المنصوص عليها في وثيقة رسمية مكتوبة، صادرة عن سلطة مختصة في الدولة. كما يمكن أن يقصد به أيضا العملية المؤدية إلى صدور هذه النصوص القانونية والمتمثلة في قيام السلطة العمومية بصياغة القواعد القانونية في شكل مكتوب. ويتطابق هذا المعنى مع المعنى اللغوي لعبارة تشريع المشتقة من فعل شرع أي : سن القوانين.

ويفضي تعريف التشريع على النحو المتقدم إلى الوقوف على خصائصه المميزة. وهي ثلاث :

أولا - أن التشريع هو جملة من القواعد القانونية. ومن ثمة وجب أن تتوفر فيه جملة خصائص القانون التي تعرضنا إليها سابقا وخاصة خاصيتي العمومية والإلزام. ويترتب عن هذا أن بعض النصوص المكتوبة التي تصدر عن سلطة مختصة في الدولة لا تعتبر تشريعا بمعنى الحقيقة إذا كانت فائدة لخصائص القاعدة القانونية أو إحداها. ومثال ذلك الأوامر التي تصدر بتعيين بعض الأشخاص في خطط معينة كنسبية أعضاء الحكومة أو تسمية مدير في إدارة أو عميد كلية وكذلك الأوامر أو القرارات المتعلقة بالتعيين في مناصب موظف عمومي لخطته أو بإحالة على عدم المباشرة.

ثانيا - أن التشريع هو قانون مكتوب. أي أن التشريع يرد في شكل نصوص قانونية مدونة في وثيقة كتابية تسمى في بلادنا : الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. ويصدر الرائد الرسمي عن المطبعة الرسمية. وهي مؤسسة عمومية تعمل تحت إشراف الوزارة الأولى، ينظمها الأمر عدد

2- التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية أو التنفيذية، عالياً من قلمها.

3- التشريعات الصادرة عن سلطة التنفيذية.

ويقضي كل صنف بإدناء بعض التوضيحات، حوله.

1- الدستور La constitution : وهو التشريع الأساسي للدولة. وقد صدر الدستور

بمقتضى القانون عدد 57 لسنة 1959 المؤرخ في غرة جوان 1959 المنطبق بختم دستور الجمهورية التونسية وإصداره. ويبين الدستور الأسس التي يقوم عليها نظام الحكم وتوزيع الاختصاص بين السلط الثلاث أي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، إضافة إلى الحقوق الأساسية للأفراد كضمان الحريات الأساسية وحقوق الإنسان وكرامته وحرية الفرد وحرية المعتقد والقيام بالشعائر الدينية (الفصل 5) وتكريس مبدأ المساواة بين المواطنين (الفصل 6) وتمتع كل مواطن بكامل حقوقه (الفصل 7) وضمان حرية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والاعتصام وتأسيس الجمعيات والعمل النقابي والمشاركة في الحياة السياسية (الفصل 8) وتأكيد حرية المسكن وحرية المراسلة وحماية المعطيات الشخصية (الفصل 9) وحرية التنقل (الفصل 10) وتجيز تغريب المواطن عن وطنه أو منعه من العودة إليه (الفصل 11). إضافة إلى ضمان حق الملكية (الفصل 14) ومبدأ استقلال القضاء على الساطين التشريعية والتنفيذية (الفصل 65)....

ويُصنف الدستور بجميع صفات التشريع وأثاره، حيث تتوفر في نصوصه خصائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريت وثوابم والإلزامية، كما جاءت نصوصه مكتوبة في وثيقة رسمية، ويمكن تعديل الدستور أو تنقيحه أو إلغاء بعض أحكامه بمقتضى قوانين دستورية وبناء على إجراءات وأجال حدتها هو نفسه. كما يمكن أن تكون نصوص الدستور سنداً للمتقاضين في دعاوهم المرفوعة أمام القضاء. ويمكن للمحاكم أن تطبق أحكامه مباشرة في النزاعات المعروضة على نظرها سواء أكانت مدنية أو تجارية أو جزائية أو إدارية أو غيرها.

2- التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية : تقتضي الفصل 18 (فقرة أولى) أن الدستور أنه «يمارس الشعب السلطة التشريعية بواسطة مجلس النواب ومجلس المستشارين أو عن طريق الاستفتاء». ويغرد من هذا النص أن الوظيفة التشريعية موكولة تارة إلى مجلس النواب والمستشارين وتارة أخرى إلى الشعب نفسه مباشرة. وبالإطلاع على بقية نصوص الدستور، يبين أن التشريعات المستمدة من السلطة التشريعية هي الآتية :

رابعاً - القوانين "العادية" « Les lois « ordinaires » : ويمثل هذا الصنف من التشريعات مجال الأساسي لتدخل السلطة التشريعية عن طريق مجلسي النواب والمستشارين. وتأخذ أغلب النصوص الصادرة عن مدين الهكايين شكل قوانين «عادية». وإضافة صفة «عادية» إلى عبارة قوانين لتمييز هذا الصنف عن القوانين الأخرى وخاصة القوانين الأساسية. ويتجه التنبية إلى الاستعمال الخاص لمصطلح «قانون» في هذا الإطار الذي يجب عدم خلطه مع الاستعمالات الأخرى لنفس العبارة. وبيان ذلك أن القانون العادي الذي نحن بصدد هو صنف خاص من النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية. ويقابله بالفرنسية مصطلح « Loi ordinaire ». وهذا هو المعنى الضيق لعبارة قانون. تكن نفس العبارة لها معنى أوسع، إذ تطلق عبارة قانون كما رأينا سابقاً على جملة القواعد السلوكية الملزمة التي تنظم حياة الأفراد مهما كان مصدرها. ولا تقتصر هذه القواعد على التشريع أو النصوص القانونية المكتوبة أو على أحد أصنافه كالقوانين العادية أو غيرها وإنما يمكن أن تشمل القواعد العرفية أو غيرها من المصادر الشكلية التي تختلف باختلاف الأنظمة القانونية. ويقابل عبارة قانون في معناه الوسع بالفرنسية مصطلح « Droit » .

وقد بين الفصل 34 من الدستور مجال القوانين العادية التي يمكن أن تمتد إلى عدة مسائل منها خاصة النصوص المتعلقة بالجنسية والحالة الشخصية والالتزامات والإجراءات أمام مختلف المحاكم والأداءات الجبائية زيادة على النصوص المنصلة بنظام الملكية والحقوق العينية والصحة العمومية وقانون الشغل والضمان الاجتماعي.

ويلاحظ بناء على هذا النص أن مجال القوانين العادية واسع وشاسع ويشمل ميادين شتى ومتنوعة من الحياة الاجتماعية. ويزداد عدد القوانين يوماً بعد يوم بحكم ظهور وضعيات جديدة تفرض على المشرع التدخل لتنظيمها. ولما جابهة هذا التضخم التشريعي يتحتم في حالات معينة جمع بعض النصوص القانونية التي تتعلق بميدان من الميادين أو مادة من المواد القانونية في وثيقة واحدة مرتبة ومنوبة حسب أسلوب موحد. وتسمى هذه العملية بالتجميع La codification ويطلق عليها البعض لفظ «التقنين». وتدعى الوثيقة التي تجمع فيها القواعد المتعلقة بأحد فروع القانون «مجلة». وتسمى في بعض البلدان مدونة أو مجموعة. ويقابلها بالفرنسية لفظ « Code ». وتوجد في بلادنا عدة مجازات قانونية أقدمها مجلة الالتزامات والعقود الصادرة في 15 ديسمبر 1906 والمجلة الجرائية الصادرة في 9 جويلية 1913. وهناك أيضاً مجلة الأحوال الشخصية الصادرة في 13 أوت 1956 ومجلة المرافعات المدنية والتجارية الصادرة في 5 أكتوبر 1959 ومجلة الحقوق العينية

ثالثًا - القرارات والمندشيرات : Arrêtés et circulaires

وهي نصوص تطبيقية للنصوص العامة ولها صبغة تنفيذية وينصدر سواء عن الدوائر الحكومية (الوزير الأول وبقية أعضاء الحكومة) أو المجالس الجهوية والمحلية (الولاية ورؤساء البلديات) أو بعض الهيئات المختصة كالجامعات ومجالس الكليات والهيئات المهنية (عمادة المحامين أو الأطباء أو المهندسين).

ويجب أن تكون هذه النصوص المحترمة للتشريعات الأعلى منها حسب درجاتها.

الفقرة الثانية: درجات التشريع

40- يتدرج التشريع من حيث قوته حسب بناء هرمي يحتل الدستور قمته باعتباره الركيزة الأساسية لنظام الدولة. وتأتي علوية الدستور من مضمونه باعتباره ينظم جميع السلطات في الدولة وكذلك من مصدره وهو المجلس القومي التأسيسي المتكون من ممثلي الشعب التونسي إبان استقلال البلاد والذين أعلنوا تخلص شعبنا من الاستعمار الفرنسي وتصميمه على بناء نظام جمهوري ديمقراطي أساسه سيادة الشعب ومبدأ التفريق بين الملتط واحترام حقوق الإنسان. وبلي الدستور في الرتبة المعاهدات الدولية وذلك تطبيقا للفقرة الأخيرة من الفصل 32 التي جاء بها أن «المعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من مجلس النواب أقوى نفوذا من القوانين». ثم تأتي القوانين الاستثنائية المؤسمة على إرادة الشعب. وبعدها القوانين الأساسية المتممة والمفسرة للأحكام الدستورية ثم القوانين العادية فالمراسيم والأوامر وأخيرا القرارات والمندشيرات.

ولهذا التدرج أهمية مؤكدة نظريًا وتطبيقًا. ذلك أن علوية الدستور على بقية الأنواع الأخرى من التشريع أمر مسلم به في كل الأنظمة القانونية. فالدستور ليس نصًا عاديًا وإنما هو وثيقة قانونية متميزة تسمو وتعلو على كل النصوص. وهو أساس الحياة القانونية في كل دولة والضامن للشعوب من التجاوزات التي قد تكون عرضة لها. ولهذا لا يجوز لأي تشريع سواء أكان صادرًا عن السلطة التشريعية أو التنفيذية أن يتعارض مع الدستور أو يخالفه. وإلا اعتبر هذا النص غير دستوري. كما لا يجوز أن يخالف القاعدة الأدنى في سلم التشريع القاعدة الأعلى منها. وإلا كانت هذه القاعدة غير قانونية. ويمكن أن يكون أحد النصوص غير دستوري من ناحيتين : من ناحية أصلية إذا كان مضمونه غير محترم لقاعدة دستورية أو من ناحية شكلية إذا كان صدور النص مخالفًا للإجراءات أو المصوغ الشكلية التي قررها الدستور.

الكتابة ووسائل النشر. ومن الناحية الفلسفية يبدو من قبل التزايد التذكير بتعدد النظريات والمذاهب الفكرية التي تؤمن بجودى العرف وتفوقه على حائر القوانين الأخرى. وهذه المذاهب منها ما ينتمي إلى المدرسة المثالية أو الطبيعية ومنها ما ينتمي إلى المدرسة الوضعية. أمّا من الناحية العملية فللعرف وجود فعلي في عدّة ميادين سواء في ميدان المعاملات التجارية على المستوى الداخلي أو الدولي حيث يعتبر قانون التجار *Lex mercatoria* المتكوّن من قواعد عرفية مصدرا أساسيا من مصادر القانون أو كذلك في نطاق العلاقات بين الدول حيث يغيب التشريع العالمي الذي يمكن إملأه على كامل الدول وتحلّ محلّه أعراف دولية هي التي تنظّم العلاقات الدولية. كما تظهر أهمية العرف من خلال الأحكام القضائية التي تطبّقه سواء أكان ذلك في نطاق قضاء الدولة أو قضاء التحكيم.

ونكفي كلّ هذه المعطيات لتأكيد أنّ العرف هو كالتشريع مصدر من مصادر القانون. لكن الإقرار بوجود العرف (الفقرة الأولى) لا يمنع من التساؤل عن مكانته بين مصادر القانون. وعمّا إذا كانت له نفس المنزلة التي يحتلّها التشريع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : وجود العرف

42- العرف بتعريفه هو سلوك متواتر يشعر أصحابه بالزاميته. ويعني هذا أنّ وجود العرف يرتبط بتوفر عنصرين : عنصر مادي (أ) وآخر معنوي (ب).

أ- العنصر المادي

43- العنصر المادي للعرف ويقال أيضا العنصر الموضوعي أو الخارجي هو السلوك المتكرر الذي تعودت مجموعة من الناس على اتّباعه. ويشترط في هذا السلوك أن تتوفر فيه الخصائص التالية :

- أولاً، أن يكون عاماً وغالبا. وهذا ما نصّ عليه صراحة الفصل 544 م.أ.ع. وهو شرط بديهي باعتبار أن العرف هو قاعدة قانونية ومن خصائص القاعدة العمومية. على أن عمومية العرف لا تعني وجوب اتّباعه من قبل جميع الأفراد في المجتمع، فهذا أمر يصعب تحقّقه. وإنما يكفي أن يكون نفس السلوك معمولاً به داخل مجموعة من المجموعات التي اعتادت عليه، كالتجار في ميدان معين أو البحارة أو الفلاحين أو الحرفيين أو غيرهم. ولا يجب أن يكون هذا السلوك موجودا في كامل البلاد وإنما يمكن أن يكون معمولاً به في جهة معينة أو منطقة دون أخرى.

التي تهدف إرادة الأطراف إلى الأخذ بها واعتمادها، فذلكما يمنع التحدث عن وجود عادة اتفاقية Usage conventionnel. وتكون هذه العادة وإمعية الاتباع بناءً على الإرادة الضمنية للمتعاقدين. وينطبقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

وخلاصة القول، إن تحقق العنصرين المادي والمعنوي للعرف ضروريان لوجوده. ويؤدي وجود العرف إلى ضرورة الاعتراف به كمصدر من مصادر القانون. فإلى أي مدى يصح هذا الإستنتاج ؟

الفقرة الثانية : مكانة العرف

45- هل العرف مصدر أصلي من مصادر القانون بضاهي في قيمته التشريعي ؟ أم له منزلة ثانوية مقارنة به ؟

جواباً عن هذا السؤال يمكن القول إن مكانة العرف تختلف بحسب ما إذا كان متمماً للتشريع (أ) أو مستقلاً عنه (ب).

أ- العرف المتمم للتشريع (Coutume praeter legem)

46- وهو العرف الذي يقره التشريع بتفويض منه سواء بصفة صريحة أو ضمنية.

-- فبصفة صريحة، أجاز المشرع الرجوع إلى العرف لتفسير إرادة المتعاقدين عملاً بالفصلين 519 و 529 م.أ.ع. أو لإتمام إرادتهما على معنى الفصول 243 و 799 و 677 م.أ.ع. أو لتوضيح مضمون بعض الالتزامات كما في الفصل 23 م.أ.ش. أو لحل مشكلة الإثبات كما في الفصل 26 م.أ.ش. ويلاحظ في مختلف هذه الصور أن العرف تكون له الأولوية على التشريع أحياناً ويتحقق ذلك خاصة عندما يكون النص القانوني نصاً متمماً لإرادة الأطراف. أمّا إذا كان النص أمراً أو مدعكاً بالنظام العام فلا تكون العرف أولوية عليه. وهذا ما يؤكد صراحة الفصلان 543 و 544 م.أ.ع.

- وبصفة ضمنية يقع العمل بالعرف في إطار التصودس المرنة التي تستعمل معايير عامة كمعيار حسن النية، والتعويض العادل (الفصل 37 م.ج.ع.) والتي يستوجب تحديدها الرجوع إلى العرف.

هو المعنى السائد في القانون الفرنسي. وكذا الحال في القانون التونسي حيث جرى الاصطلاح القانوني على الأخذ بفقهاء القضاء في مفهومه الضيق وتمييزه عن الفقه « La doctrine » الذي يقصد به مجموع الكتابات والتدليل والدراسات الصادرة عن رجال القانون. مع الإشارة إلى أن عبارة «الفقه» تطلق أيضا على رجال القانون أنفسهم الذين يسمون أيضا «الفقهاء».

وتتخذ الأعمال الفقهية عدة أشكال فهناك الدراسات المستفيضة كالموسوعات Les Encyclopédies والمطولات Les traités. وهناك الدراسات الجزئية كالتعليقات على النصوص أو الأحكام Les commentaires والبحرث المتخصصة التي تتناول جانبا من الجوانب القانونية Les monographies. وللفقه قيمة لا يستهان بها إذ يمكن للدراسات القانونية الحديثة أن تمثل عنصر إلهام وتوجيه للمشرع لكي يعدل نصوص القانون الموجودة أو يستنبط أحكاما وحلولا جديدة لمعالجة بعض الموضوعات التي تتطلب تدخله. كما يمكن لرجال الفقه أن يكون لهم تأثير في فقه القضاء من خلال تحاليلهم لنصوص القانون وتعليقهم على الأحكام القضائية التي يمكن لرجال القضاء أخذها بعين الاعتبار في عملهم.

على أنه مهما كانت قيمة الدور الذي يقوم به الفقه في معرفة القانون والتعمق فيه إلا أنه لا يمكن اعتباره مصدرا من مصادر القانون وشكلا من أشكال القواعد القانونية المنظمة للعلاقات بين الأفراد في المجتمع. وهو ما تؤيده أغلب الآراء. أما بالنسبة إلى فقه القضاء فالأمر مختلف، إذ تتراوح المواقف بين مؤيد لاعتباره مصدرا من مصادر القانون ورفض لذلك. من هنا كان لزاما علينا التعرض إلى تكوين فقه القضاء (الفقرة الأولى) سعيا للوقوف على حقيقة دوره (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تكوين فقه القضاء

49- لمعرفة كيفية تشكل فقه القضاء يتجهد التذكير بعمل المحاكم وبوظيفة القضاء عموما. وتتمثل هذه الوظيفة في حل النزاعات التي تطرأ بين الأفراد. وتعد مهمة القضاء إلى القضاة الذين يتوزعون على مختلف المحاكم المنتشرة في البلاد حسب اختصاصات يحددها القانون. وليس المجمل هنا لعرض التنظيم القضائي التونسي الذي سوف نتناوله في الجزء الثاني من هذا الدرس في نطاق تطبيق القانون. ولكن ما يهمنا هو الإشارة إلى أن القضاء العدلي يخضع إلى تنظيم هيكلي متدرج يقوم على التفرقة بين محاكم الدرجة الأولى كمحاكم النواحي والمحاكم الابتدائية ومحاكم الدرجة الثانية المتمثلة أساسا في محاكم الاستئناف ثم محكمة التعقيب التي تأتي في أعلى الهرم القضائي. وينتشر مختلف هذه المحاكم أحكاما وقرارات قضائية تعتمد منهجيا إلى جزأين أساسيين : جزء أول

القضائية في الآلات القضائية. كما يوثق الاستنتاج بين الأحكام التي تدقيق فكرة الاستقرار القانوني وبطائمه المتقاضين على حقوقهم بما أنه يستلزم أن يتوفر مسمى نوع الحكم الذي يستلزم المحكمة بناء على ما ذكر عليه فقهاء القضاء.

وهكذا نتوضح مما تقدم مختلف العناصر المحددة في تكوين فقه القضاء والتي يمكن حصرها في اثنين : أولاً، عنصر التكرار، أي تطبيق نفس الحلول القضائية في المسائل والوضعيات المتشابهة. وثانياً، عنصر العلوية أي الملائمة المتولدة عن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأعلى درجة والتي تحمل المحاكم الأدنى منها درجة على احترامها وإتباعها.

وبقي بعد توضيح المكونات الأساسية لفقه القضاء، معرفة دوره ضمن مصادر القانون.

الفقرة الثانية : دور فقه القضاء

50- هل يمكن اعتبار فقه القضاء مصدراً للقانون كاللتشريع أو العرف ؟

إذا رجعنا إلى القانون الإنكليزي وإلى الأنظمة التي تقتدي به فالجواب هو «نعم». ففي هذه القوانين تعتبر فكرة السابقة القضائية مبدأ أساسياً يقوم عليه نظامها القضائي. ذلك أن على المحاكم التقيد بالحلول الواردة في أحكام سابقة سواء أكانت صادرة من نفس هذه المحاكم أم من محاكم أعلى منها درجة. وتعتبر السابقة القضائية بمثابة القاعدة القانونية التي يجب احترامها في كل القضايا التي تعرض مستقبل على المحاكم.

وبإرجعنا إلى القانون السويسري فالجواب بالإيجاب أيضاً، حيث نص الفصل الأول من المجلة المدنية السويسرية على أنه يمكن للقاضي في غياب التشريع الحكم بناء على قاعدة عرفية وفي غياب العرف يمكن للقاضي الحكم بناء على أحكام يستنبطها كما لو كان مشرعاً مستلهماً في ذلك من الحلول المكرسة فقها وقضاء.

أما إذا رجعنا إلى القانون التونسي فيبدو الأمر قابلاً للنقاش. ذلك أنه حتى يفسر اعتبار فقه القضاء مصدراً للقانون يجب أن يكون وسيلة مؤزية إلى خلق القواعد القانونية. وربما يترامى للبعض أن ذلك ممكن في القانون التونسي استناداً إلى عدة حجج أبرزها، أن وظيفة القضاء لا تقتصر على تطبيق النصوص التشريعية بما أن القاضي قد يضطر أحياناً إلى تفسير نص عامض فيوضح معناه ويكمله بإدبياته وقد يضطر أحياناً أخرى إلى إيجاد حل للنزاع المطروح أمامه في غياب نص تشريعي صريح. وعندئذ يحل القاضي محل التشريع معالجة شمول النص أو سكوته. ولا يمكنه رفض ذلك باعتبار أن الاقتراح عن القضاء بشكل جديحة يعاقب عليها الفصل 108 من

وإذا كان يمكن للمحاكم عدم التقيد بأحكامها فما بالك إن كانت هذه الأحكام صادرة عن محاكم أخرى، إذ لا تكفي هذه الدلول القانونية في الحقيقة أي قوة إلزامية تجاء القضاء الشرعي ينفون أحرارا في موافقهم لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون (المصل 65 من الدستور). وتصديق هذه الملحوظة حتى على القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب التي ليس لها إلا سلطة معنوية وأدبية لا غير. وهي سلطة واقعية أكثر منها قانونية.

ويستخلص من كل ما سبق أن فقه القضاء لا يعتبر في نظامنا مصدرا من مصادر القانون. لكن في المقابل يمكن اعتباره سلطة مؤثرة في القانون لما له من دور في مجال تطبيقه.

الباب الأول

نطاق تطبيق القانون

52- لتحديد نطاق تطبيق القانون يجب الخوض في مسألتين : نفاذ القانون من جهة (القسم الأول) وتنازع القوانين من جهة أخرى (القسم الثاني).

القسم الأول : نفاذ القانون

القسم الثاني : تنازع القوانين

القسم الأول : نفاذ القانون

53- يعني نفاذ القانون أن يكون ملزما وواجب الاحترام من قبل المخاطبين به. ولا يكون القانون ملزما إلا بتحقق شرطين اثنين : أولا دخوله حيز التنفيذ (الفقرة الأولى) وثانيا، عدم إلغائه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : دخول القانون حيز التنفيذ

54- يقتضي تحليل دخول القانون حيز التنفيذ، التعرض إلى شروطه أولا (أ) ثم إلى آثاره

(ب).

أ- شروط دخول القانون حيز التنفيذ

55- تتحور هذه الشروط في ثلاثة :

أولا - إصدار القانون (La promulgation) : ويختلف معنى الإصدار بحسب ما إذا كان النص القانوني صادرا عن السلطة التشريعية أو عن السلطة التنفيذية. فإذا كان النص صادرا عن السلطة التشريعية، يفصد بالإصدار العمل الذي يقوم به رئيس الجمهورية والذي يشهد بمقتضاه بوجود القانون ويأمر به السلطات العامة لتنفيذه عملا بالفصل 52 من الدستور. أما إذا كان النص صادرا عن السلطة التنفيذية كالأوامر والقرارات، فإن الإصدار يعني مجرد التوقيع عليها من قبل السلطة المختصة.

ثانيا - نشر القانون (La publication) : وهو الإجراء الذي أقدمه القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993 حتى يصل القانون إلى علم كافة الأطراف المخاضين به. وعملا

النص أن شكل ومضمون سند الملكية سواء يقع ضبطه بأمر. ورغم أن هذا الأمر لم يصدر إلا في 23 فيفري 1998 إلا أن ذلك لا يعني أن الفصل 304 م.ج.ع. لم يدخل حيز التنفيذ منذ تاريخ صدوره. فهذا النص قد أصبح نافذا منذ 1995، ولا يمنع نفاذه تأخر صدور النص التطبيقي المعمول عنه.

ب- آثار دخول القانون حيز التنفيذ

56- يرتب دخول القانون حيز التنفيذ عدة آثار أهمها قيام قرينة عدم الجهل بالقانون. وأساس هذه القرينة ما تضمنته الفصل 545 م.ج.ع. من أن «جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتى على العوام وذلك بعد نشره ومضي المدة المعينة لإجراء العمل به». ويعني هذا النص أنه بتحقق شروط النفاذ، يكتسب القانون قوة إلزامية مطلقة. وتمتد هذه القوة الإلزامية على كامل الإقليم التونسي لتشمل كل الأشخاص الموجودين داخله سواء أكانوا تونسيين أم غير تونسيين. ويعتبر كل هؤلاء عانمين بالقانون المنطبق في البلاد التونسية ولو لم يكونوا على معرفة فعلية به. وذلك بمقتضى افتراض قانوني يعبر عنه عموما بمقولة: «لا يعذر أحد لجهله بالقانون» (Nul n'est sence ignorer la loi).

وتمثل الأثر الثاني للنفاذ في ثبوت وجود القانون إزاء الجميع وعدم مطالبة الأفراد بإثباته أمام القضاء. ويتأكد ذلك باعتبار أن من المبادئ الأساسية التي تحكم النزاع المدني أن القاضي محمول على العلم بالقانون. أي أن المتقاضين لا يحتاجون إلى إقامة الدليل على وجود القانون لقبول دعواهم. كما أن القاضي ليس عليه مطالبتهم بإثبات القانون حتى يحكم لفائدتهم. ولا يستثنى من ذلك إلا إذا تعلّق الأمر بنص قانوني أجنبي عملا بالفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص أو بقاعدة عرفية نطبقا للفصل 544 م.ج.ع.

وأما النتيجة الأخيرة فهي دوام القانون واستمرار تطبيقه إلى أن يحصل إلغاؤه.

الفقرة الثانية : إلغاء القانون

57- يعني إلغاء القانون إيقاف العمل به وتجريده من قوته الملزمة. ويقال أيضا نسخ القانون (abrogation de la loi). ويشمل الإلغاء أو النسخ القواعد القانونية سواء أكانت تشريعية أو عرفية. فيمكن أن يلغى تشريع تشريعا آخر كما يمكن أن يلغى عرف عرفا آخر، وبعد إلغاء القوانين وتغييرها بقوانين أخرى أمرا طبيعيا وضروريا لأن ظروف المجتمع تتغير وتتطور ولا بد للقانون أن يسير هذا التطور ويستجيب للمتغيرات التي تحدث في الحياة. صحيح أن من خصائص القاعدة

1987 م. مث، ومثال الإلغاء الجزئي القانون عدد 80 لسنة 1987 المؤرخ في 12 جوان 1987 المتعلق بتطبيق الكراء اللائحي والذي ألغى الفقرتين ثمانية والاربعين من الفصل 819 م. ا. ع.، والفقرة الأخيرة من الفصل 820 م. ا. ع.

ويشار أيضا إلى أن إلغاء القانون يمكن أن يكون إلغاء بآ دون تعويض بنص جديد على غرار القانون رقم 1 لسنة 1958 المؤرخ في 28 جاني 1958 المتعلق بتججير التعامل بين الثنبا وبيع السلم ورهن الانقاع والذي ألغى نهائيا كل النصوص المنظمة لهذه التصرفات. كما يمكن أن يكون إلغاء القانون مشفوعا بقانون يعوضه. ومثال ذلك الفصول 1532 إلى 1612 و 1623 إلى 1623 م. ا. ع. المتعلقة بالتأمينات العينية والتي ألغيت مصدر مجلة الحقوق العينية وحلت محلها في نفس الصفحة نصوص جديدة تنظم نفس المادة.

وبالاحظ أن المشرع يستعمل في الغالب مصطلح الإلغاء، فيقول «ألغى هذا الفصل» أو «ألغيت هذه الفصول» كما هو الحال في الأمثلة المتقدمة. لكنه قد يتحدث أيضا عن «التفقيح». فيقول : «نقح هذا الفصل أو هذا القانون». ومثال ذلك القانون عدد 80 لسنة 2005 المؤرخ في 9 أوت 2005 الذي نقح الفصول 1369 إلى 1394 م. ا. ع. والمقصود بالتفقيح هو تعديل النصوص السابقة وتعويضها بنصوص أخرى تتضمن أحكاما جديدة. فهو إذن إلغاء صريح لا ضمنى للنص.

2- الإلغاء الضمني

60- يحصل الإلغاء الضمني للنص إذا تحققت إحدى الصورتين الأخيرتين من الفصل 5+2 م. ا. ع. أي حين يصدر قانون جديد يعد تنظيم نفس المادة التي كان ينظمها قانون سابق بحيث يستوعب النصوص الجديدة كل النصوص القديمة (أو لا) أو حين يصدر قانون جديد يتعارض مع قانون سابق (ثانيا).

أولا - الإلغاء عن طريق الاستيعاب

61- تتحقق هذه الصورة عندما يصدر قانون جديد يحل محل تنظيم مسألة أو جملة من المسائل التي سبق للقانون قديم أن نظمها. ويؤدي إعادة تنظيم نفس المادة القانونية برمتها إلى إلغاء العمل بالقانون القديم وحلول القانون الجديد محله. ويتحقق هذا الإلغاء حتى لو لم يكن هناك تعارض بين القانون السابق والقانون اللاحق. على أن ما يجب التنبية إليه، هو أن المشرع يحرص عند إعادة تنظيم مادة من المواد إلى التخصيص صراحة على إلغاء الأحكام السابقة. ويتوئى أحيانا عند القيام بهذا الإلغاء، تعيين النصوص الملغاة، وأحيانا أخرى يستعمل عبارة عامة قande إلغاء كل النصوص المخالفة أو المتعارضة مع النصوص الجديدة.

2/ الفرضية الثانية :

61- ما هو الحل إذا تضمن قانون جديد أحكاماً عامة تنافي مع أحكام خاصة في قانون

سابق ؟

جواباً عن هذا السؤال هناك رأيان : رأي أول يأخذ بالحل السابق معتبراً أن الأحكام العامة الجديدة لا تفسد الأحكام الخاصة القديمة، ويبقى كل نوع من هذه الأحكام فاعلاً في نطاقه الخاص الذي ينظمه. ورأي ثانٍ مخالف يرى ضرورة التطبيق الحرفي للحل المستمدة من الفصل 542 م.أ.ع. والذي يقضي بنسخ الأحكام القديمة بالأحكام الجديدة التي تتعارض معها. ولا يستثنى من ذلك إلا إذا تقرر صراحة في النص الجديد الإبقاء على الأحكام الخاصة القديمة. ولا يقف النقاش في هذا الحد بل يمتد إلى أنواع أخرى من الإلغاء.

ب- صور الإلغاء خارج الفصل 542 م.أ.ع.

65- هل يمكن أن يقع إلغاء القانون في غير الصور المقررة بالفصل 542 م.أ.ع. ؟

جواباً عن هذا السؤال يمكن تصور طريقتين أخريين للإلغاء تتمثل الأولى في إلغاء القانون لزوال الأسباب التي أدت إلى وجوده. ومثال ذلك القوانين التي صدرت في السبعينات من القرن الماضي لمعالجة أزمة السكن ومنح المستوطنين حق البقاء في الممتلكات التي يشغلونها على وجه الكراء والتي لم بعد لها مبرر في وقتنا الحاضر لعدم وجود مثل هذه الأزمة. وتتمثل الثانية في إلغاء التشريع نتيجة عدم الاستعمال. ومثال ذلك قانون 1998 المتعلق بمنع التدخين في الممتلكات العمومية والذي يبدو نصاً مهجوراً في التطبيق.

- أما الطريقة الأولى للإلغاء فيبدو أنها مرفوضة، إذ تتجه أغلب الآراء الفقهية إلى القول بأن القانون لا يلغى إلا بقانون مثله. وإذا زالت الظروف التي رافقت نشأة القانون فلا يؤدي ذلك إلى نسخه حتى لو حصلت فعلاً في أرض الواقع تغييرات جوهرية أصبح معها القانون غير ذي فائدة. ويرجع ذلك إلى أن من خصائص القاعدة القانونية الدوام. ويترتب على دوام القاعدة استمرار العمل بها إلى أن يقع إلغاؤها فعلاً.

- ونفس هذا الحكم ينطبق على فكرة الإلغاء لعدم الاستعمال. وهذا ما يستنتج من نص الفصل 543 م.أ.ع. الذي تضمن أن « لعادة والعرف لا يخالفان النص الصريح »، أي أن مجرد التشريع وتعويضه بقواعد سلوكية أخرى مخالفة لا يؤثر فيه ولا يمكن اعتباره وجهاً من وجوه الإلغاء الضمني للقانون. ويبقى لنص موجوداً وقابل للتطبيق مهما طالبت المدة التي حصل عدم استعماله فيها.

المستقبل لتنظيم العلاقات التي تتكون بعد صدور د. وبيتر عن مبدأ العمل في شكل مبدأ يولد عنه مبدأ عدم رجعية القوانين» *La primauté du non-rétroactivité des lois*.

68- ويفرض هذا المبدأ نفسه فرضاً لا اعتبارات متعقدة منها، له علاقة بالمنطق ومنها ما له علاقة بالعدالة والأمن في المجتمع. فمن حيث المنطق لا يمكن مطالبة الأفراد باحترام قانون لم يكن موجوداً عند تعاملهم ولا يمكن محاسبتهم على أفعال كانت مباحة عندما قاموا بها ثم أصبحت ممنوعة بمقتضى قانون جديد. ومن حيث العدالة لا يمكن للمشروع أن يفرض على الأشخاص احترام قانون لم يكن بوسعهم العلم به مسبقاً. والقول بخلاف ذلك يؤدي حتماً إلى الإخلال بالاستقرار والأمن في المجتمع واضطراب العلاقات الاجتماعية وانعدام الثقة في القانون إذا كان ما يعطيه المشروع اليوم يمكن أن يأخذه غداً.

من هنا كان مبدأ عدم الرجعية ضماناً أساسياً لحقوق الأفراد ومصالحهم وسيلة فعالة لحياتهم من تقلبات القانون وتغيراته حتى أن أغلب الدساتير والشرائع أقرته. ومنها التشريع التونسي سواء في المادة الجزائية (الفصل 13 من الدستور والفصل الأول من المجلة الجزائية) أم في المادة المدنية من خلال عدة نصوص قانونية وأحكام قضائية تطبق مبدأ في عدة مجالات. فأمّا حصوس القانون فتذكر فيها لفصل الثالث من أمر 15 ديسمبر 1906 المتعلق بإصدار مجلة الالتزامات والعقود والفصل الثاني من أمر 13 أوت 1936 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية والفصل الخامس من قانون 12 فيفري 1965 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية ... وأما فقه القضاء فيشار مثلاً إلى القرار التعقيبي المدني عدد 755 المؤرخ في 21 نوفمبر 1978 (م.ق.ت.، ص 88 - تشرية محكمة التعقيب لسنة 1978، الجزء الثاني، ص 154). والقرار التعقيبي المدني عدد 5658 المؤرخ في 13 فيفري 1984 (تشرية محكمة التعقيب لسنة 1985، القسم المدني عدد 1، ص 117). والقرار التعقيبي المدني عدد 9942 المؤرخ في 28 ماي 1984، تشرية محكمة التعقيب لسنة 1985، القسم المدني عدد 1، ص 303).

على أنه إذا كان مبدأ عدم رجعية القانون مبدأً مسلماً به قانوناً وقضاً، إلا أن مجال تطبيقه في المادة المدنية يختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالقاضي أم بالمشروع. فمن المفترض أن هذا المبدأ يلزم القاضي ويقيد، بخلاف المشروع الذي يمكنه التحرر منه، لأن مبدأ عدم الرجعية لا يحتل مكانة دستورية في المادة المدنية على غرار المادة الجزائية. وتقضي هذه الملحوظة إلى ضرورة التمييز بين وضعيتين مختلفتين : مبدأ عدم الرجعية إزاء القاضي من ناحية (أ) ومبدأ عدم الرجعية إزاء المشروع من ناحية أخرى (ب).

غير أن هذه النظرية على أهميتها تعرضت إلى النقد لعدة أسباب من بينها عدم دقتها في معالجة في كثير من الأحيان تغيير الحقوق المكتسبة عن الحقوق المكتسبة وكذلك مسؤولية تطبيقها على الحقوق غير المالية وخاصة في مجال الحياة الشخصية والحقوق العينية وكذلك في المسائل التي تهم النظام العام.

ثانيا - النظرية الحديثة

71- وهي نظرية أتى بها الفقيه الفرنسي روبي « Paul ROUBIER » . ويمتثل هذه النظرية بين الأثر الفوري للقانون الجديد وأثر الرجعي، معتبرة أن القانون يجب أن يطبق مباشرة عند صدوره. وينطبق القانون الجديد على الوضعيات السابقة التي نشأت في ظل القانون القديم ولم تنته بعد. وهذا هو المستمرة المرتبطة بالوضعيات السابقة التي نشأت في ظل القانون القديم ولم تنته بعد. وهذا هو الأثر الفوري للقانون. أما الوضعيات التي تكررت وانتهت أو التي نشأت ومضى جزء من آثارها في ظل القانون القديم فيجب أن تبقى محكومة بهذا القانون في كل جوانبها التي تمت ومضت ولا يمكن أن يستلزم القانون الجديد ألا كنا أمام تطبيق رجعي له، وهو أمر مرفوض.

ويرتّب على هذا التمييز أن القانون الجديد يمكن أن ينطبق مباشرة على الوضعيات أو المراكز الجارية (Les situations en cours) بداية من يوم صدوره سواء تكلّفت قبله أو بعده. ولكنه لا يمكن أن ينطبق على الوضعيات التي تمت في الماضي وانتهت (Situations accomplies). فمثلا، نفرض أن المشرع يعد أن يخفض سنّ الأهلية إلى 18 سنة، تراجع وأعاد التراجع فيه الآن إلى 20 سنة. فمن نتائج هذا القانون أن يصبح الأشخاص الذين يتراوح سنهم بين 18 و 20 سنة ممنوعين من التصرف. فإذا أخذنا بالنظرية التقليدية فالمفروض أن هذا القانون الجديد لن يطبق على من هم بين 18 و 20 سنة يوم صدور القانون الجديد لأنّهم حققا مكسبا في الأهلية. أما حسب النظرية الحديثة فالقانون الجديد يجب أن ينطبق مباشرة فبمجرد سنّه أقل من العشرين من التصرف مستقلا. أما التصرفات التي أبرمت سابقا قبل صدور القانون الجديد فتبقى صحيحة.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن النظرية الحديثة تستثني من الحلول المذكورة الوضعيات التعاقدية الجارية حيث ترى أن القانون الجديد لا ينطبق عليها وأنها تبقى محكومة في آثارها الماضية والمستقبلية بالقانون القديم الذي نشأت في ظلّه، اللهم إلا إذا تعلّق الأمر بنص يهتم النظام العام، فوجب تطبيقه فوراً ولو على الوضعيات التعاقدية الجارية.

الارتداد (إضماناً) قديم وموجود ليل العمل بالفعيل المذكور للدلالة، فإن المطلق هو التشريع السامع عنه الذي يحيز قبول البيئة بالشيء أدلة في اكتساب حق الارتفاق». وعلى غير هذا المنوال نسجت محكمة التعقيب في قرارها عدد 13324 المؤرخ في 25 مارس 1986 الذي تضمن أن القسمة الرضائية الواقعة قبل صدور مجلة الحقوق يمكن إثباتها بالبيئة باعتبار أن المجبة المذكورة ليس لها مفعول رجمي.

على أن موقف محكمة التعقيب من مبدأ الرجعية في الميدان التقاضي يدور نحو النظرية الحديثة التي تعتبر أن القانون القديم هو الذي يطبق على لوضعية التعاقدية الجارية سواء فيما يخص آثارها السابقة لصدور قانون جديد أو اللاحقة له، وهذا ما يستفاد من قرارين، صدر الأول تحت عدد 35371 بتاريخ 15 أبريل 1995 والثاني تحت عدد 36544 بتاريخ 24 ماي 1995 سئلت فيها محكمة التعقيب عن مدى إمكانية طلب التعويض عن الضرر الذي أصاب بضاعة تم نقلها بحر في 1989 بناء على الفصل 147 م.ت.ب. المفتح في 1990 ؟ فأجبت محكمة التعقيب بالنفي مبينة أنه «طالما حصلت الرقعة المطروبة التعويض عنها في ظل أحكام الفصل 147 م.ت.ب. قبل تنقيحه تكون هذه الأحكام هي المطبقة دون سواها على تلك الحادثة مادام القانون الجديد لم ينص على رجعية مفعوله. وبالتالي المحكمة خلاف ذلك تكون قد خالفت القواعد العامة للقانون». ويبدو أن محكمة التعقيب اعتمدت نفس الرأي في إطار عقد الشغل حيث جاء في القرار التعقيبي عدد 54989 الصادر في 26 جانفي 1998 «أن الفصل 14 من مجلة الشغل وإن نص على انتهاء العقد بوفورع الفاعلة الفادحة إلا أنه لا سبيل للمستل به في قضية الحان لكون الطرد المدعى به سابقا عن صدور ذلك القانون الذي ليس له مفعول رجمي في هذا الخصوص». لكن هذا الموقف خالفه محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 1 نوفمبر 2000 تحت عدد 3476 حيث أحتوت المحكمة إلى العمل بأثر رجمي بالقانون المؤرخ في 15 جويلية 1996 المفتح للفصل 6 من مجلة الشغل مبينة ذلك بأن أحكام قانون الشغل «هي أحكام آمرة لتعملها بالنظام العام وهي واجبة التطبيق على العلاقات التشغيلية القائمة بين الطرفين، ولما مفعول رجمي طامد أن هذا القانون لم يحدد مجال تطبيقها صراحة».

ويبدو أن هذا التراوح بين النظريتين التقبيلية والحديثة هو الذي جعل بعض رجال القانون في تونس يصنعون موقف محكمة التعقيب بالتردد. ونزل أبرز مثال على هذا التردد القرار عدد 36499 المؤرخ في 21 ديسمبر 1992 الذي نص على ما يلي : «أجمع الفقهاء وشراح القانون على

الأحوال الشخصية الذي تفتح بالقانون المؤرخ في 4 جريدة 1938 والذي نعين في قعره الأخيرة على ما يلي : «فقد القاتلون صيغة تفسيرية وبقا كقاتلون من نوعين المأزولة».

- وإنا أخيرا عن طريق أحكام العقابية. عندما يتولى المشرع إعباء تنظيم مائة من المواد، نعد عادة إلى إقرار أحكام خاصة تسمى «أحكاما انتقالية» بين فيها مجال تطبيق النصوص الجديدة من حيث الزمان مع إمكانية التخصيص مسراحة على أثرها الرجعي عند الاقتضاء. ومثل ذلك الفصل 3 من قانون إصدار مجلة الحقوق العينية التي تضمنت أن «أحكام الفصول 131 إلى 141 م.ح.ع. المتعلقة بقسمة البركات تطبق على البركات التي لم تتم تصفيتها قبل إجراء العمل بالمجلة المذكورة».

ويخلص من كل ما سبق أن فاعلية القاعدة القانونية من حيث الزمان ليست مطلقة، إذ تبدأ في وقت معين وتنتهي في وقت معين. ويلاحظ نعين المطابع اللبني. عند تنازع القوانين في المكان..

الفقرة الثانية : تنازع القوانين في المكان

74- يصرح تنازع القوانين في المكان سؤالا جوهريا يتعلق بمعرفة ميدان تطبيق القانون الوطني : هل ينطبق القانون التونسي على كل الأفراد الموجودين في التراب الوطني أم يقتصر فقط على التونسيين ؟ وإذا كانت هناك علاقة قانونية تضمن عنصر أجنبيا فما هو القانون الذي يحكمها هن هو القانون التونسي أم القانون الأجنبي ؟ فمثلا إذا تزوج فرنسي بالمرأة من الدانمرك في مصر وأراد الزواج أن يطلق زوجته في تونس، فأي قانون يجب على القاضي التونسي تطبيقه؟ هل هو القانون الشخصي للزوج أي القانون الفرنسي أم القانون الشخصي للزوجة (القانون الدانماركي) أم القانون المصري حيث أبرم عقد الزواج أم القانون التونسي حيث حدث كد رفع دعوى الطلاق ؟ وإذا صر حكم أجنبي صم التونسي مقيم بالخارج. هل يمكن تنفيذ في تونس ؟ وإذا كان أحد المتقاضين أو كلاهما أجنبيا، فهل يمكن للمحاكم التونسية أن تنظر في دعواهما ؟

في جميع هذه الحالات وغيرها منا يشاكلها تثار مسألة تنازع القوانين في المكان باعتبار أن العلاقة القانونية المطلوبة لها صلة بنظام قانوني أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي. ونعت هذه لعلاقة القانونية عارضة بونية تخضع في تنظيمها أساسا لنصوص مجلة القانون الخاص التي تضع عدة مبادئ لحل شكل التنازع. أولها مبدأ الإقليمية الذي يعني تطبيق القانون الوطني على جميع الأفراد المتواجدين في إقليم الدولة سواء أكانوا حاملين لجسيتها أم من برعايا الأجانب. ونصق مبدأ الإيجابية خاصة في القانون التأسيسي والقانون الإداري والقانون

الباب الثاني

الجهاز المختص بتطبيق القانون

75- يوضع القانون في شكل قواعد سلوكية تبين للأفراد حقوقهم وواجباتهم. والأصل أن يقع الامتثال للقانون إرادياً وعن طواعية من قبل لمعتين به. إلا أن الأفراد لا ينفقون دائماً لقواعد القانون وكثيراً ما يخالفونه. ولما كان المبدأ أنه لا يجوز للإنسان أن يقتصر لنفسه بنفسه فقد أوكلت مهمة ضمان احترام القانون وفرض الخصومات والنزاعات بين الأفراد إلى هيكل مختص هو الجهاز القضائي. ويخضع التنظيم القضائي التونسي إلى تفرقة أساسية تميز بين القضاء الإداري والقضاء العدلي. أما القضاء الإداري فينظر عموماً في القضايا المرفوعة ضد السلطة الإدارية (وزارات، إدارات مركزية أو جهوية...) والجماعات العمومية (ولايات، بلديات...) والمؤسسات الإدارية العمومية. وتختص بالنظر في هذه القضايا المحكمة الإدارية عدى ما خرج عنها بنص. أما القضاء العدلي فينقسم بدوره إلى نوعين: قضاء مدني نظمه المشرع خاصة في مجلة المرافعات المدنية والتجارية وقضاء جزائي يخضع في أهم قواعده إلى مجلة الإجراءات الجزائية.

وما يهمننا في هذا الدرس هو تقديم القضاء المدني وذلك بالتعرض أولاً إلى المبادئ العامة التي تحكمه (القسم الأول) وثانياً إلى رجال القضاء المكلفين بفصل النزاعات (القسم الثاني) وأخيراً المحاكم المدنية التي يتكون منها التنظيم القضائي (القسم الثالث).

القسم الأول : المبادئ العامة للتنظيم القضائي

القسم الثاني : رجال القضاء

القسم الثالث : المحاكم المدنية

عامة ومجردة. كذلك، لا يمكن السلطة التشريعية أن تتدخل أحكاماً مباشرة عن القضاء أو تلغيها أو تتدخل تنفيذها.

ونفس هذه الاستقلالية يجب أن تكون موجودة بين السلطتين القضائية والتنفيذية. فلا ينبغي للسلطة القضائية أن تتدخل في أعمال السلطة التنفيذية أو تعيق نشاطها أو تصدر أوامر للإدارة أو تقوم بتعديل القرارات الإدارية التي تتخذها السلطة التنفيذية. وفي المقابل لا يكون القضاء مستقلاً إلا إذا امتنعت السلطة التنفيذية بدورها عن التدخل فيه بحيث لا يجوز لأي شخص مهما كان مركزه داخل الدولة أن يتدخل في قضية منشورة أمام القضاء أو يصدر تعليمات للقضاة بما أنهم مستقلون لا سلطان عليهم لغير القانون.

الإجراءات

أو

د- مبدأ عمومية القضاء:

81- تعني العمومية أن القضاء هو مرفق عام، أي أنه نشاط يهدف إلى تحقيق الصالح العام ويقوم به مباشرة أو يراقبه ويشرف عليه شخص عمومي. ويعتبر عن هذا المبدأ أيضاً "بدولية القضاء"، أي أن القضاء هو بيد الدولة وليس نشاطاً خاصاً يمارسه الخواص إلا استثنائياً.

ويتفرع عن هذا المبدأ العام أربعة مبادئ فرعية:

1- مبدأ حرية اللجوء إلى القضاء:

82- ويعني ذلك أن كل متقاضٍ هو حر في أن يلجأ أو لا يلجأ للقضاء. وإن لجأ للقضاء فمن حقه التحكم في دعواه من حيث كيفية إثبات حقه ومن حيث الطلبات التي يتقدم بها إلى المحكمة. وله أن ينهي الخصومة متى شاء. ويمكن له أيضاً أن يقطع النزاع نهائياً مع الطرف المقابل عن طريق الصلح.

2- مبدأ المساواة أمام القضاء:

83- أي أن المتقاضين يخضعون لمحاكم واحدة ونفس الشكليات والإجراءات بحيث يقع الفصل في دعواهم بنفس الطريقة دون سير أو حيف لأي سبب كان.

3- مبدأ استمرارية القضاء:

84- أي انتصاب المحاكم للقضاء في كل وقت ولو خلال لعطلة القضائية.

4- مبدأ مجانية القضاء:

85- أي أن القضاء لا يتلقون أجوراً من المتقاضين لقاء فصل نزاعاتهم باعتبارهم موظفين عموميين يتحصلون على رواتبهم من خزانة الدولة. ولا يمكن تصور أن القضاء يتلقون أجوراً من المتقاضين إلا في ظل القضاء الخاص (مثال المحكمين في نطاق التحكيم). لكن يجب التنبيه إلى أن

ب- مبدأ التقاضي على درجتين :

88- يقصد بهذا المبدأ أن كل منقاضي له الحق في أن يستأجر القضاء في دعواه مرتين. ويتحقق هذا المبدأ أولاً عن طريق العُمن بالاستئناف، وأسأس هذا المبدأ هو الرقابة في تحقيق عدالة الحق وانجع. ذلك أنه يمكن أن يصدر حكم أول غير عادل وغير منصف بالنسبة لأحد المتقاضين. فيكون من مصلحة عرض النزاع مرة ثانية أمام هيئة قضائية أخرى غير تلك التي نظرت فيه لمعها تنصفه. كما أن قاضي الدرجة الأولى الذي يعلم مسبقاً أن حكمه يمكن أن يطعن فيه أمام هيئة قضائية أخرى قد تعمله أو تنقضه، سوف يبذل جهداً أكثر وحرصاً أكبر في دراسة لمنصف خشية تعديله أو نقضه من محكمة الدرجة الثانية.

ويترتب عن هذا المبدأ عدة نتائج: أولاً، وجود نوعين من المحاكم: محاكم الدرجة الأولى من جهة ومحاكم الدرجة الثانية من جهة أخرى. وثانياً، اعتبار أن الاستئناف هو وسيلة طعن عادية يمارسها المستأنف مهما كان مضمون الحكم الابتدائي، وثالثاً، اعتبار أن محكمة التعقيب ليست محكمة درجة ثالثة وإنما هي محكمة نقض، تنظر في القضية من حيث القانون دون إعادة النظر في الوقائع.

ج- مبدأ التفريق بين محكمة التعقيب ومحاكم الأصل :

89- يقوم نظاما القضائي على وجود محكمة في أعلى الودم القضائي تراقب حسن تطبيق القانون من قبل محاكم الأصل وتنقض الأحكام أو القرارات التي خالفت القانون أو أساءت تطبيقه. وتسمى هذه المحكمة محكمة التعقيب. وفي قوانين أخرى تسمى محكمة التمييز القانون اللبناني أو محكمة لنقض (القانون المصري).

ويجدر التنبيه إلى أنه صلا مبدأ التقاضي على درجتين لا تعتبر هذه المحكمة محكمة درجة ثالثة. ذلك أن وظيفة محكمة التعقيب تخفف عن وظيفة الاستئناف. فالاستئناف يعيد النظر من جديد في نفس القضية ولا ينفذ الحكم الابتدائي، أما في التعقيب فإنه يقع مراقبة صحة تطبيق القانون (الإجرائي والموضوعي) من قبل محكمة الأصل. كذلك فإن الاستئناف هو وسيلة طعن عادية و آلية بينما لا يجوز التعقيب إلا في الأمور التي يكون فيها الحكم الصادر عن محكمة الأصل حكماً معيباً. وقد بين الفصل 175 م د م ت العطف عن المسكنة التي يمكن أن يتأسس عليها الطعن بالتعقيب.

القسم الثاني: رجال القضاء

90- أوكل المشرع للقاضي أكبر العدالة إلى القضاء. لكن ثقل الوظيفة القضائية وجسامة السعي هو أثب العدالة يفرص على من لا ه القضاء الاستعانة بغيره من الأشخاص لمساعدهم في

تدخل في قضية منشوره أمام المحكمة المدنية أثناء الخصومة فيغار أنها حينئذ "طرف مضطرب" ويكون هذا التدخل إما اختيارياً أو جبرياً. ويمكن اختيارياً كما رأيت النيابة العمومية فائدة من ذلك وإجبارياً في خمس حالات:

- عندما يتعلق الأمر بالدفع بالاختصاص الحكمي.
- عندما تتعلق الدعوى بالدولة أو بهيئة من الهيئات العمومية.
- عندما يتعلق الأمر بدعوى فيها قاصر إما عديم أهلية أو ناقص أهلية.
- عندما يقع التجريح في الحكام أو مؤاخذتهم.
- عند مخالفة القانون الجزائي أو وجود دعوى زور.

الفقرة الثانية : مساعـدو القضاء

91- مساعـدو القضاء هم أشخاص ليست لهم ولاية القضاء لكنهم يساعدون في إدارة مرفق

العدالة بتقديم العون للقضاة أو للمناقضين. وهم في الغالب ليسوا موظفين ولكن وجودهم يعتبر هاماً وأحياناً هو ضروري لضمان حسن سير العدالة. وهؤلاء المساعدين يؤدون وظائف متعددة نستعرضها تباعاً:

1* المحامون

يعتبر المحامون من أبرز مساعدي القضاء حيث يتولون إعانة الأطراف بتقديم الاستشارات إليهم والنيابة عنهم أمام الهيئات القضائية وهم بذلك يساعدون القضاء بتهيئة ملف القضية من التوجيهتين الواقعية والقانونية. وتخضع ممارسة مهنة المحاماة للقانون عدد 87 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 والذي بين شروط ممارسة المهنة ومهام المحامي وحقوقه وواجباته وكيفية تأديبه في صورة خلاله بهذه الواجبات. وتعتبر إنابة المحامي وجوبية أمام المحاكم الابتدائية باستثناء قضايا الحالة الشخصية والقضايا الاستعجالية. وهي وجوبية أمام الاستئناف وأمام التعقيب بدون أي استثناء.

2* العدول المنفذون

العدل المنفذ هو أيضاً مساعد ضروري للقضاء وله صفة المأمور العمومي طبقاً للفصل 1 من القانون عدد 25 المؤرخ في 13 مارس 1995 المتعلق بتنظيم مهنة العدول المنفذين. وتستند أهميته خاصة من الفصل 5 م م ت الذي ينص على أن لكل استدعاء أو إعلام بحكم أو تنفيذه يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. كما أن الفصل 13 من القانون المذكور أضاف إلى عدل التنفيذ مهمة تحرير وتبليغ الاحتجاجات والإنذارات والتدابير وإجراء

الأطراف وكذلك تحرير الفرائض (وثيقة تبين الالتزامات الشرعية للورثة). كما يحفظون أيضا بذكر من يعدن العقود وجوبيا كعقد الزواج وعقد النكاح والالتزامات التي يكون أحد أطرافها أمينا وكذلك العقود التي يكون موضوعها عقارا مسجلا.

*7. المصفون والمؤتمنون العدليون وأمناء الفلسة والمتصرفون القضائيون

يخضع هؤلاء المساعدين إلى قانون موحد هو القانون عدد 71 لسنة 97 المؤرخ في 11 نوفمبر 1997 الذي أوكل إليهم عملا بالفصل 2 مهمة إدارة مكاسب غيرهم وحفظها تحت إشراف القضاء. ويتولى المصفون تصفية التركات والشركات والمؤسسات. ويقوم المؤتمنون بحفظ وإدارة المكاسب المشتركة المتنازع فيها. أما أمناء الفلسة فيتولون القيام بتصفية ذمة المفلس. بينما يقوم المتصرفون القضائيون بالتصرف في المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية أو إدارة المؤسسات والشركات المتنازع فيها.

القسم الثالث : المحاكم المدنية

92- لتحليل المحاكم المدنية يتجه التعرض إلى مختلف أصنافها وذلك بالرجوع إلى التفرقة الأساسية التي تميز بين محاكم الأصل (الفقرة الأولى) ومحكمة التعقيب (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : محاكم الأصل

93- تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يفرض تنوع محاكم الأصل على مستويين: مستوى أول يضم محاكم الدرجة الأولى (أ) ومستوى ثان يشمل محاكم الدرجة الثانية (ب). وتخرج عن هذا التصور المحكمة العقارية التي رغم كونها محكمة أصل إلا أنها تتميز بنظام خاص يجعلها لا تدخل في التقسيم المذكور (ج).

أ- محاكم الدرجة الأولى:

94- لتناول هذه المحاكم يتجه الإنطلاق من الفصل 40 م م ت الذي نص في فقرته الأولى على ما يلي "تنظر المحكمة الابتدائية ابتدائيا في جميع الدعاوى مدى ما خرج عنها بنص خاص". وهذا يعني أن المحكمة الابتدائية هي محكمة حق عام (1) وما عداها من المحاكم تعتبر محاكم متخصصة (2).

و عندما تنظر الدائرة التجارية استئنافيا فيما يدخل في مشورتها اختصاصها خاصة مطالب

أداء ديون التجارية التي تقل قيمتها عن 7000 دة التي يحكم فيها من قبل محكمة الناحية.

وخلافا لم يراه البعض لا تعتبر الدوائر التجارية محاكم متخصصة.

2 - المحاكم المتخصصة :

96- أشهر هذه المحاكم محكمة الناحية التي تتكون من قاض فردي (أولا). وإلى جانبها

توجد الدوائر الشغلية (ثانيا) وجملة القضاة الفرديين وأولهم نذكر رئيس المحكمة الابتدائية (ثالثا)

ثم بقية الاختصاصات الفردية الأخرى سواء في المجال الشخصي (ربعا) أو التجاري (خامسا) أو

في ميدان التنفيذ (سادسا) أو أخيرا في الميدان الاجتماعي (سابعا).

أولا - قاضي الناحية :

97- يتميز قضاء الناحية ببساطته وإجراءاته السريعة والمرنة وتكلفته الزهيدة وتنوع

اختصاصاته حتى أن بعض الشراح اعتبروا محكمة الناحية بمثابة محكمة الحق العام التي لا تفل

أهميتها عن المحكمة الابتدائية خاصة إثر الترفيع في مجال نظرها إلى مقدار 7000 دينار.

و يتميز أيضا قضاء الناحية بأنه يمرّ وجوبا بطورين: طور صلحي و طور قضائي.

وفعلا فتعتبر محاولة الصلح إجراء أوليا وجوبيا أدخله المشرع على نظام التقاضي أمام

محكمة الناحية بموجب القانون عدد 59 لسنة 94 المؤرخ في 23 ماي 1994. وقد اقتضى الفصل

38 مكرر م.م.م.ت أن "قاضي الناحية يدل ما في وسعه للصلح بين الأطراف". ويلاحظ في هذا

الإجراء أنه يتمشى مع قضاء الناحية المتميز بطبيعته الفردية وخاصة بقربه من المتقاضين ومن

المشاكل والنزاعات اليومية التي تطرأ بين الأفراد. وقد جرى العمل في التطبيق على أن الصلح يقع

بمكتب قاضي الناحية مع إمكانية حضور محامي الأطراف. وتعتبر المرحلة الصلحية مرحلة وجوبية

حسب القانون لا يمكن المرور بدونها إلى تطور القضائي الحكمي (الفصلان 44 و 45 م.م.م.ت).

أما في التطور القضائي فيلاحظ أن لقاضي الناحية اختصاصان: اختصاص عادي

واختصاص استعجالي تنظر فيه القضية بصورة مستعجلة طبقا لإجراءات سريعة وشروط معينة.

- فبالنسبة إلى الاختصاص العادي يشير الفصل 39 م.م.م.ت إلى أن قاضي الناحية ينظر

ابتدائيا إلى حدود 7000 د في الدعاوى المدنية الشخصية والدعاوى المتعلقة بالمنقول ومطالب أداء

الديون التجارية. كما يستع قاضي الناحية باختصاص مطلق غير مسند إلا له في مادة النفقة مهما

كان مقدارها وفي الدعاوى الحوزية. وهي: دعاوى كفا الشغب ودعاوى استرجاع حوز مفتك بالقوة

ودعاوى توقيف (أو تعطيل) أشغال تجر عنها شغب إضافة إلى الدعاوى المتعلقة بالانقاع بعقر

مسجل (307 م.ح.ع).

قاضي الناحية وفقا لمقتضيات الفصل 213 م.م.م.ت. ويُنظر أيضا في المطالب المتعلقة باستعويبات التنفيذ للأحكام الصادرة عنه وعن محكمة الاستئناف تطبيقا للفصل 210 م.م.م.ت. كما ينظر في مطالب إكساء الأحكام أو القرارات التحكيمية الداخلية بالصيغة التنفيذية في حدود اختصاصه (الفصل 32 مجلة التحكيم). وكذلك في القضايا المتعلقة بالملك التجاري أي المطالب التي موضوعها تحديد عقد كراء المحلات التجارية أو المتعلقة بالترفع أو التعديل في معينات كراء هذه المحلات التجارية أو في فسخ الكراءات المتعلقة بمحلات تجارية.

رابعاً- القضاة الفرديون المتخصصون في المجال الشخصي

100- المقصود بالمجال الشخصي هو ميدان الحالة الشخصية. ويتجه التمييز في هذا

الإطار بين قاضي التقاديم من جهة وقاضي الأسرة من جهة أخرى.

-أما قاضي التقاديم فقد نظمته الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957. والمقصود "بالتقديم"

هو السلطة التي تسند إلى شخص يسمى "مقدم" بإذن من القاضي لإدارة وحفظ أموال وحقوق المولى- عليه أو المقدم عليه. والمولى عليه في القانون التونسي هو عموما القاصر الذي لا ولي أو لا وصي له وضعيف العقل والمجنون والسفيه والغائب الذي لم يعين وكيلًا يتصرف في أمواله وكذلك المحكوم عليهم من أجل جنائية تفوق مدة السجن فيها 10 سنوات. ومن بين المهم التي يقوم بها قاضي التقاديم المصادقة على حسابات المقدمين والإذن بالتفويت أو التصرفات التي تتوقف صحتها على ترخيص خاص من المحكمة عملا بالفصل 15 م.ا.ع.

-وأما قاضي الأسرة فقد تم إحداثه بمقتضى القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12

جويلية 1993 الذي نفع الفصل 32 م.أ.ش المتعلق بالطلاق والذي أوكل لهذا القاضي أساسا مهمة المصالحة بين الزوجين في قضايا الطلاق واتخاذ القرارات الفورية المتعلقة بسكنى الزوجين وبالنفقة وبالحضانة وبزيارة المحضون. ثم جاء القانون عدد 92 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 ليسند إلى قاضي الأسرة مهمة أخرى تتمثل في النظر في وضعية الطفل المهدد حيث مكنه من أن ينولي في إطار هذه المهمة اتخاذ إحدى الوسائل الحماية المقررة في مجلة حماية الطفل والمتمثلة إما في وضع الطفل المهدد في مؤسسة تربية أو استشفائية أو لدى عائلة استقبال أو وضع الطفل تحت نظام الكفالة مع إلزام والديه بالإتفاق عليه.

خامساً- القضاة المتخصصون في المجال التجاري:

101- يوجد في المجال التجاري أربعة قضاة متخصصين. وهم: قاضي السجل التجاري

وقاضي الملك التجاري وقاضي الفلسة وقاضي المؤسسة.

ويُفَعَّع تعيين هذا القاضي في مفتح كل سنة قضائية من قبل رئيس المحكمة الابتدائية ليتعهد بتسوية توزيع أموال المدعى على الدائنين عامة بنص المادتين 435 م د م ت.

سابعاً- قاضي الضمان الاجتماعي:

103- صدر القانون عدد 15 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003 وأحدث خدة قاضي الضمان الاجتماعي. وهو ينتصب في المحكمة الابتدائية. ويختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بأنظمة الضمان الاجتماعي في القطاعين العام والخاص على تلك المتعلقة بحوادث الشغل والأمراض المهنية التي يختص بها قاضي الناحية مطلقاً.

الهة

ب - محاكم الدرجة الثانية:

104- لدراسة هذه المحاكم يتجه التذكير بأحد أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام العدلي النونسي وهو مبدأ التقاضي على درجتين الذي يمنح لكل متقاض الحق في أن ينظر القضاء في دعواه مرتين ابتدائياً واستئنافياً. وتكريساً لهذا المبدأ أقر المشرع النونسي طائفتين من المحاكم: طائفة أولى هي محاكم الدرجة الأولى وطائفة ثانية هي محاكم الدرجة الثانية. وتتعهد هذه الأخيرة بإعادة النظر في النزاع من الناحيتين الشكلية والأصلية بمناسبة الطعن في الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى.

ويوجد في نظامنا القانوني صنفان من محاكم الدرجة الثانية: محكمة الاستئناف من جهة (1) والمحاكم الابتدائية التي تنظر بوصفها محكمة استئناف في بعض الصور الخاصة (2).

1 - محكمة الاستئناف:

105- حدد الفصل 41 م د م ت مرجع نظر محكمة الاستئناف. ومن هذا النص يتبين أن محكمة الاستئناف تتعهد بفصل الطعون الصادرة ضد الأحكام الابتدائية التي تصدرها المحاكم الابتدائية التابعة لدائرتها. وفي استئناف أحكام رئيس المحكمة الابتدائية الصادرة في المادة الاستعجالية وكذلك في مادة الملك التجاري. كما تنظر أيضاً في استئناف الأوامر بالدفع الصادرة عن رئيس المحكمة الابتدائية والأذون الصادرة عنه.

والأصل أن محكمة الاستئناف تنظر بتركيبة مجلسية تتركب من رئيس دائرة ومستشارين. وعند التعذر يمكن تعويض الرئيس بمستشار كما يمكن تعويض المستشارين بقاضيين من الرتبة الأولى. كما يمكن أن تنظر محكمة الاستئناف بتركيبة فردية عن طريق رئيس محكمة الاستئناف وذلك في عدة صور أهمها توقيف تنفيذ الأحكام الاستعجالية المستأنفة ومطالب توقيف الأحكام الاستئنافية المعترض عليها زيادة على مطالب توقيف تنفيذ الأحكام الابتدائية المأذون بتنفيذها الرقمتي والمعجل.

بالمجلس العقاري المختلط، وتخصص بالتدبير في مطالب التسجيل العقاري وهذا هو اختصاصها الأصلي، لكن المشرع أضاف لها مؤخرًا اختصاصات أخرى وسعت في مجال نظرها.

- فبالنسبة إلى اختصاصها الأصلي، تنظر المحكمة العقارية أساسًا في مطالب التسجيل

بنوعيه سواء الاختياري عملاً بالفصل 317 م ح ع أو الإجمالي طبقاً لمرسوم 20 فيفري 1964

وذلك في صورة وجود اعتراضات على التسجيل لدى القاضي المسحي وهو القاضي المكلف

بالإشراف على التسجيل الإجمالي، ويتعلق التسجيل الإجمالي بالمعارات والأراضي الفلاحية خارج

مواطن العمران، ويتميز بصيغته المجانية وبطابعه التدريجي حيث يتم هذا النوع من التسجيل على

مراحل بمقتضى قرارات تصدر عن وزير العدل بفتح مناطق أو جهات تسجيل إجباري وعلى إثر

ذلك يشرع قضاة مختصون تابعين للمحكمة العقارية يسمون قضاة المسح يتولون القيام بالأعمال

اللازمة لإعداد أمثلة للمعارات موضوع المسح قصد تسجيلها، ويمكن لمن يهمه الأمر بالنسبة

للمناطق التي لم تدرج بعد ضمن عمليات المسح الإجمالي، أن يتقدم إلى المحكمة العقارية قصد

القيام بإجراءات التسجيل الاختياري، ويمر هذا النوع من التسجيل بطورين:

- طور قضائي يبدأ من تاريخ تقديم مطلب التسجيل وينتهي بصدر حكم قضائي عن

المحكمة العقارية يسمى "حكم التسجيل"، وهذا الحكم قابل للطعن بالتعقيب على معنى الفصول

357 مكرر إلى 357 رابعا من مجلة الحقوق العينية المضافة بالقانون عدد 67 لسنة 2008

والمؤرخ في 3 نوفمبر 2008.

- وطور إداري يهم إدارة الملكية العقارية التي تتولى تنفيذ حكم التسجيل الصادر عن

المحكمة العقارية عن طريق إقامة رسم عقاري للمعار موضوع التسجيل قصد إدراج جميع الحقوق

العينية المأدون بتسجيلها من قبل المحكمة العقارية، وترسم أيضا كل الحقوق العينية التي تنشأ بعد

إقامة هذا الرسم.

- أما بالنسبة إلى اختصاصاتها الإضافية، فيلاحظ أن مجال نظر المحكمة العقارية قد توسع

شينا فشينا فأصبحت تنظر إضافة إلى مطالب التسجيل، في بعض الطعون والمطالب المستحدثة

وهي:

- إصلاح حكم التسجيل أو الأمثلة الهندسية وفقا لفصل 332 مكرر م ح ع.

- إصلاح الرسوم العقارية بمقتضى الفصل 391 م ح ع.

- الطعن في قرارات مدير الملكية العقارية برفض أو تأجيل ترسيم حق دون وجود مبرر

قانوني وفقا للفصل 388 م ح ع.

- الأحكام الاستثنائية الصادرة إما عن محاكم الاستئناف أو عن المحاكم الابتدائية عندما تذهب للنظر كمحاكم استئناف للأحكام الصادرة عن محكمة الدائرة مثلاً أو غيرها من الهيئات القضائية التي تتألف أحكامها أمام المحاكم الابتدائية.

- الأحكام نهائية للدرجة الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى. مثلاً: الأحكام المتعلقة بمادة الجنائي.

ولمعرفة مجال نظر محكمة التعقيب ينبغي الرجوع إلى الفصل 175 م م م ك الذي يحدد أسباب الطعن بالتعقيب. والعالم المشترك بين هذه الحالات هو سوء تطبيق القانون من قبل محاكم الأصل. ومن هنا جاء الدور الأساسي الذي تختص به محكمة التعقيب وهو مراقبة حسن تطبيق القانون من قبل بقية المحاكم. وتتمحور حالات الطعن بالتعقيب فيما يلي:

1/ مخالفة القانون.

2/ الخطأ في تطبيق القانون.

3/ خطأ في تأويل القانون.

4/ مخالفة قواعد الاختصاص.

5/ الإفراط في السلطة.

6/ مخالفة الإجراءات الأساسية التي يترتب على عدم احترامها جزء السقوط أو البطلان.

7/ تناقض الأحكام.

8/ الحكم بأكثر مما طلب أو الحكم بما لم يطلب أو إغفال بعض الطلبات.

9/ صدور حكم صحت فاقده الأهلية دون تمثله تمثيلاً صحيحاً أو وقوع تقصير واضح في الدفاع عنه.

2- مضمون قرار محكمة التعقيب :

111- لتحديث مضمون القرار التعقوبي وسحواه يتجه الرجوع إلى الفصل 176 م م م ك الذي تضمن في فقرته الأولى ما يلي: تقتصر محكمة التعقيب على النظر في خصوص موضوع الطعن وتقرر قبوله أو رفضه. وفي صورة القول بقر إبطال الحكم أو نقضه كلياً أو جزئياً وتصرح بإرجاع القضية إلى محكمة الأصل لإعادة النظر في ما تسلط عليه النقض.

وبفهم من هذا النص أن موقف محكمة التعقيب من الطعن المرفوع أمامها يختلف بحسب ما إذا رأيت أن محكمة الأصل خالفت خصوص القانون أم لا تخالفه.

الطرفين إلى الحالة التي ثابنا عليها قبل الحكم المنقوض فيما سلاسله، وعليه النقض. وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وتمكنت «مذه بما يخالف قرار النقض» وقع الطعن مرة ثانية لنفس السبب الذي وقع من أجله النقض فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة. وإذا رأيت النقض فإنها تبث في الموضوع إن كان مهيناً للفصل. وإن رأيت نقضه مع الإحالة فإن قرارها يجب أن يقع إتباعه من قبل محكمة الإحالة بصفة وجوبية.

2/ في صورة توحيد الآراء القانونية بين دوائر محكمة التعقيب على معنى الفصل 192 فقرة أولى م م م ت، حيث يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب دعوة الدوائر المجتمعة عند وجود اختلاف في الآراء بينها في مسألة من المسائل التي طرحت نقاشاً أبرز قرارات متضاربة صادرة عن الدوائر المنفردة لمحكمة التعقيب. ولا يكون لهذا القرار صبغة إلزامية لمحاكم الأصل وإنما مجرد سلطة معنوية عليها.

3/ في صورة وجود خطأ بين في قرار صادر عن إحدى الدوائر المنفردة على معنى الفصلين 192 و 193 م م م ت. ويقع الطعن بالخطأ البين في ثلاث حالات محصورة:

- إذا بني قرار الرفض شكلاً على غلط واضح.
- إذا اعتمد القرار نصاً قانونياً سبق نسخه أو تنقيحه مما صيره غير منطبق.
- متى شارك في القرار الصادر عن الدائرة من سبق له النظر في الموضوع.

وتؤكد هذه الصور وغيرها من الحالات التي تدخل في اختصاص محكمة التعقيب الدور الأساسي لهذه الهيئة القضائية السامية في مراقبة حسن تطبيق القانون سعياً لتوحيد فقه القضاء وضمان حسن التطبيق القضائي لنصوص القانون. ولا تنفصل وظيفة تطبيق القانون عن ضرورة تفسيره.

تقوم بها المعمول. وهو يختلف كذلك عن التأشير الفقهي المتبع. في مجموع الآراء والاجتهادات التي تفرزها أبحاث ودراستات شراح القانون.

ويقتضي التعمق في التأشير القضائي التعرض أولاً إلى مدارس التأشير (القسم الأول)، قبل التخصر إلى موقف القانون التونسي منها (القسم الثاني).

القسم الأول : مراسم التأشير

القسم الثاني : موقف القانون التونسي

القسم الأول : مدارس التأشير

114- توجد مدرستان بارزتان في التأشير وفي مصادر القانون لا تزال تباشر تأثيرها إلى هذا اليوم وهما : مدرسة الشرح على المتون (الفقرة الأولى) ومدرسة البحث العلمي الحر (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مدرسة الشرح على المتون L'école de l'exégèse

115- نقطة الانطلاق في هذه المدرسة أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون لأنه يتضمن إرادة المشرع التي عثر عليها من خلال مختلف القواعد لمبوكية والواجبات القانونية المنصوص عليها في التشريع. وبه أن النص التشريعي يتضمن إرادة المشرع وجب على مفسر النص أو مطبقه أن يبرجه مجهوده الفكري واجتهاده نحوه لاستخلاص هذه الإرادة والوقوف عليها. من هنا جاءت تسمية هذه المدرسة بمدرسة الشرح على المتون أي مدرسة الالتزام بالنص وتقديسه بما أنه هو المبيع الذي تستقي منه إرادة المشرع التي وجب على السجند كشفها والتعرف عليها.

ولقد برزت هذه المدرسة في فرنسا إبان صدور المجلة المحنية الفرنسية خلال سنة 1804 والمعروفة بمجلة نابليون. وسميت كذلك لأن نابليون هو الذي أمر بإعدادها واقت بها اهتماما شديدا. فمكنت هذه المجلة عند صدورها ثورة حقيقية في ميدان اللقنين مما جعل شراحها ومفسريها ينظرون إليها بؤهة من التقديس معتبرين أنها عمل شامل وكامل لا ينبغي المساس به. من هنا برزت نظرية كمال التشريع. وهي النظرية التي دافعت عن مدرسة الشرح على المتون والتي تقوم على اعتبار التشريع محيطا بكل الأمور والمسائل والوقائع التي يمكن أن تحدث في المجتمع وأن مطبق القانون يمكنه عن طريق تفسير التشريع أن يصل إلى الحلول العلامة لكل الوضعيات التي تتمادفه.

الفقرة الثانية : مدرسة البحث العلمي، المدرس

L'école de la libre recherche scientifique

116- أسس هذه المدرسة الفقيه الفرنسي «فرانسوا جيني» في كتابه الشهير «طرق التفسير

ومصادر القانون الوضعي» «*Méthodes d'interprétation et sources du droit positif*». ويلاحظ في هذه المدرسة أنها لا تناقض كلياً مدرسة التفرح على المتون بل تنادي بضرورة الحد من مغاللتها في القول بكمال التشريع وبأنه المصدر الوحيد للقانون. والمبدأ الأساسي الذي تهض عليه هذه النظرية هو نقص التشريع لا كماله وتعذر مصادر القانون لا وحدتها. ويعني ذلك أن فرضية غياب النص التشريعي، هو أمر وارد ويمكن خلافاً لما تتعنيه مدرسة التفرح على المتون وأن التشريع ليس إلا أحد الأسباب المنشئة للقانون إلى جانب مصادر أخرى للقانون يمكن الاعتماد عليها عند غيابه.

وبناء على هذه الاعتبارات، تزد مدرسة البحث العلمي الحر أن النص القانوني إذا كان واضحاً، فلا يحتاج إلى تفسير. وإن كان النص غامضاً وجب على المفسر أن يتحرى الإرادة الحقيقية للمشروع، أي أن تفسر التشريع، بهدف إلى البحث عن إرادة المشرع الفعلية دون تحريف أو تعديل. والمقصود بالإرادة الفعلية هو الإرادة المعلنة للمشروع التي تم التعبير عنها من خلال التشريع لا الإرادة الباطنية أو النوايا التي لم تبرز حقيقة في النص.

أما في صورة غياب التشريع، أي إذا لم يكن هناك نص يتلاءم مع الوضعية المعروضة أو النزاع القائم، فللقاضي أن يلجأ إلى البحث العلمي الحر للوصول إلى الحل المناسب. ويدعى هذا البحث «حرراً» لأن القاضي يختص فيه من فكرة كمال التشريع ويحرر فيه من سلطته. وهو بحث «علمي» لأنه مقيد بمنهجية «علمية» تقوم على البحث في المصادر الأخرى للقانون الوضعي، وإلا فالرجوع إلى المصادر المادية أي الحقائق الواقعية والتاريخية والعقائبة والمثالية بحيث يستنبط للقاضي الحل بمراجعة نفس الاعتبارات التي كان سيراعبها المشرع لو كان هو واضع القاعدة.

ويبدو أن تعاليم مدرسة البحث العلمي الحر أثرت في المشرع السويسري الذي أعطى للقاضي سلطات واسعة في صورة نقص التشريع، حيث تضمن الفصل الأول من المجلة المدنية السويسرية في فقرته الثانية ما يلي : «في غياب نص قانوني يمكن تطبيقه، يحكم القاضي وفقاً للقانون العرفي، وفي غياب العرف، فإنه يقضي وفقاً للعقائد التي كان يفرضها لو كان عليه القيام بعمل من أعمال المشرع مستخدماً في ذلك باجتهاد الميزة فقها وأصحاب».

تمشّرع من النصّ القانوني يتّجه الحديث عن المصالح التي يريد تحقيقها والمبادئ التي يرغب في تبنيها. وذلك بالرجوع إلى أصول النصّ ومصدره أو الأعمال التفسيرية التي سهّلت لصنّاع النصّ والتي تتضمّن شرحاً لأسبابه وعرضاً للنقاشات الواجبة بشأنه.

ويضيف المشرّع بعض القواعد التأويلية الأخرى التي تساعد على قراءة النصّ وتفسيره. من ذلك قاعدة الفصل 533 م.أ.ع. الذي اقتضى أنّه «إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها». والمقصود بهذه القاعدة أنّه لا يجوز التفريق أو التمييز حيث لم يفرّق أو لم يميّز النصّ. فمثلاً إذا كان الفصل 2 م.أ.ع. يقتضي أنّ أركان العقد هي الأهلية والرّضا والمحلّ والسبب فيسبغ اعتبار أنّ هذه الأركان يجب تحقّقها في كلّ عقد مهما كان نوعه ولا يجب حصرها في نوع محدّد من العقود دون غيرها. وإذا عرّف الفصل 564 م.أ.ع. البيع بأنّه عقد ناقل للملكيّة، فهذه قاعدة يجب أخذها على إطلاقها فلا يتصور وجود بیوعات نافذة للملكيّة وأخرى غير نافذة للملكيّة.

وهناك أيضاً قاعدة الفصل 534 م.أ.ع. الذي تضمّن أنّه «إذا خصّ القانون صورة معيّنة بقي إطلاقه في جميع الصّور الأخرى». وتعني هذه القاعدة أنّه إذا تعارض نصّ خاصّ مع نصّ عامّ فإنّ الأولويّة في التّطبيق هي للنصّ الخاصّ. ويبقى النصّ العامّ فاعلاً في غير المجال الذي نظّمه النصّ الخاصّ. فمثلاً، اقتضى الفصل 580 م.أ.ع. أنّه إذا وقع من المتعاقدين ما يدلّ على الرّضا بالبيع وأنفق على المبيع والثّمّن فإنّ ذلك كافٍ لانعقاد البيع دون حاجة إلى كتب أو أيّ شرط شكليّ آخر. لكنّ الفصل 581 م.أ.ع. نصّ على أنّه إذا كان موضوع البيع عقاراً وجب أن يكون البيع بكتب. وتطبيقاً لقاعدة أنّ الخاصّ يقدّم على العام، وجب اعتبار الفصل 581 م.أ.ع. نصّاً خاصّاً وتطبيقه قبل الفصل 580 م.أ.ع. ويؤدّي تطبيقه على هذا النّحو إلى ضرورة تحرير كتب في كلّ بيع يتعلّق بعقار. أمّا في غير هذه الصّورة (بيع بضاعة أو مواد استهلاكية) فيجب الرجوع إلى الفصل 580 م.أ.ع. الذي لا يشترط هذه الشكليّة. فيكون البيع صحيحاً ولو لم يكن هناك كتب.

كما يشار إلى الفصل 540 م.أ.ع. الذي اقتضى أنّ «ما به قيد أو استثناء من القوانين العموميّة أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدّة وصورة» أي أنّ النصّ الاستثنائيّ يؤوّل تأويلاً ضيقاً لا واسعاً. والفصل 541 م.أ.ع. الذي جاء به أنّه «إذا أوجحت الضّرورة لتأويل القانون حاز التفسير في شدّته ولا يكون التأويل داعياً لربادة التّطبيق أبداً» وقاعدة الفصل 556 م.أ.ع. الذي نصّ على أنّ «الأصل ارتكاب أخفّ الضررين» والفصل 557 م.أ.ع. الذي ورد به أنّه «إذا تعارضت منفعة عامّة ومنفعة خاصّة ولم يمكن التوفيق بينهما فدلّت العامة...».

- وأما القياس من باب أولى فمعداد أنه إذا أقر المشرع نصاً «صريحاً» لوضعية معينة وكانت هناك وضعية أخرى ليس فيها نص ولكن الأساس الذي يقوم عليه النص الأول متحقق بنسبة أكبر مما هو متوفر في الصورة الثانية، فإنه بإمكان المفسر أو المسؤول أن يأخذ بالحكم المفرد في النص ويطبقه على الوضعية التي لا نص فيها وذلك من باب أولى وأخرى. ومثال ذلك أن الفصل 272 م.ح.ع. ينص على أنه يجوز رهن حق الملكية والانتفاع ولا ينص صراحة على جواز رهن حق الرقبة. وهو حق التصرف الذي يبقى بيد المالك بعد أن يسند حق الانتفاع إلى الغير. ففي هذه الصورة يمكن القول رغم غياب النص أن رهن حق الرقبة جائز من باب أولى لإمكانية رهن حق الملكية. وهذا ما يؤكدته الفصل 550 م.ا.ع. الذي تضمن أن «من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل».

- وأما القياس العكسي، ويسمى أيضاً القياس بمفهوم المخالفة فيعني أنه إذا اقتصر النص على صور محددة ينطبق عليها وجب العمل بعكس القاعدة التي أقرها في الصور الأخرى التي لا تدخل فيه ولا يمتد إليها حكمه. وبعبارة أخرى فإن حكم الوضعية التي لم يرد فيها نص يجب أن يكون مغايراً لحكم الوضعية التي لها نص صريح. ويكرس المشرع هذه الطريقة من طرق التأويل بأشكال مختلفة. من ذلك الفصل 537 م.ا.ع. الذي تضمن أن «ما أجازته القانون لسبب معين بطل بزواله». والفصل 538 م.ا.ع. الذي اقتضى أن «المنوع قانوناً لسبب معين يصير جائزاً بزوال السبب». وتطبيقاً هذين القاعدة يمكن أن نعلم عدة أمثلة منها ما يلي :

المثال الأول :

اقتضى الفصل 576 م.ا.ع. أنه : «يجوز بيع ملك الغير :

أولاً : إذا أجازته المالك

ثانياً : أو صار المبيع ملكاً للبائع»

وبقراءة عكسية لهذا النص يمكن القول إن بيع ملك الغير لا يكون جائزاً إذا لم يوافق مالك الشيء على البيع أو إذا لم يصبح البائع مالكا لمبيع بأي سبب من أسباب اكتساب الملكية.

المثال الثاني :

نص الفصل 62 م.ا.ع. على أنه «لا يسوغ التعاقد إلا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء

والأعمال والحقائق المجردة». ويعني ذلك بصفة عكسية أن ما هو خارج عن التعامل لا يصح التعاقد فيه.

وبالاحظ في القواعد الأصولية والقواعد الكلية أن جزءا كبيرا منها مستوحى من المؤلفات الفقهية الحنفية والمالكية وبعضها الآخر مستمد من حكم وأمثال رومانية. وقد أورد المشرع التونسي العديد من هذه القواعد في الفصول من 532 إلى 563 م.ا.ع. تحدث عنوان «في بعض قواعد عامة تتعلق بالقانون». ولهذه القواعد أهمية كبرى في تفسير النصوص القانونية واستنباط الأحكام والحلول في غياب التشريع. كما يعد إقرارها دعوة إلى تطبيق أحكام الفقه الإسلامي ومبادئه إذا دعت الحاجة إلى ذلك وخاصة عندما يكون الفقه الإسلامي مصدرا ماديا لنص تشريعي غامض أو لمادة من المواد القانونية التي تأثر فيها المشرع بالفقه، كما هو الحال بالنسبة إلى الأحوال الشخصية. ومن بين القواعد العامة للقانون التي تساعد في التفسير والتأويل قاعدة الفصل 541 م.ا.ع. التي تذكر بالقاعدة الأصولية «الأمر إذا ضاق اتسع» ويقاعدة «المشقة تجلب التيسير». وقاعدة «الأصل بقاء ما كان على ما كان» (الفصل 562 م.ا.ع.) و«الأصل براءة الذمة» (الفصل 560 م.ا.ع. و«الأصل ارتكاب أخف الضررين» (الفصل 556 م.ا.ع.) وغيرها....

الفقرة الثانية : التطبيق القضائي

123- لتوقف على عمل فقه القضاء في مجال التفسير والتأويل يتجه التمييز بين فرضيتي وجود النص (أ) وغيابه (ب).

أ- عند وجود النص

124- يلاحظ في فرضية وجود النص أن محكمة التعقيب تلتزم التزاما كلياً بتوجيهات مدرسة الشرح على المتون وتحترم تعاليمها وأفكارها المكرسة بوضوح في الفصل 532 م.ا.ع. والتي تقوم على ضرورة اعتماد معياري الشرح اللفظي والشرح القصدي لعبارة النص.

- فبالنسبة إلى معيار الشرح اللفظي، بينت محكمة التعقيب أولاً مجاله. فاعتبرت أن التأويل أو التفسير لا يشمل إلا النص الغامض. أما النص الواضح فلا يؤول وإنما يجب تطبيقه فحسب. ويظهر هذا الموقف بوضوح في القرار التعقيبي المدني عدد 6396 المؤرخ في 18 فيفري 1969 (نشرية محكمة التعقيب لسنة 1969، ص 25) الذي جاء به أنه إذا كان النص صريحا في مدلوله فإنه من الممنوع قانونا تغيير حكمه وإبدال معناه. وكذلك القرار التعقيبي المدني عدد 23021 المؤرخ في 7 أفريل 2008 (نشرية محكمة التعقيب لسنة 2008، ص 195) الذي تضمن صراحة أنه «لا فائدة ترجى من تأويل نص واضح وصريح لفظا ومقصدا». وتؤكد هذا الموقف أيضا في القرار التعقيبي المدني عدد 21467 المؤرخ في 06 ديسمبر 2008 (نشرية محكمة التعقيب لسنة 2008،

- وأما بالنسبة إلى الشرح الفقهي أي الذي يستحدث بحث عن إرادة المشرع وروح المشرع فيه يمكن الإشارة إلى عدة أمثلة منها بالمعروف القرار التعقيبي المندني عدد 46921 المؤرخ في 16 أبريل 1997 الذي صرح فيه (الإشكال الثاني : هل يشترط لاستخراج نسخة تنفيذية ثانية من حكم قاض بالبيع الجبري لمعقار (حكم تبين) على معنى الفصل 254 م.م.ت. أن يقدم الطالب ضمانات ماليا أم لا ؟ فأجابت محكمة التعقيب بأن الضمان المالي غير لازم لأن هذا الشرط ينحصر في الأحكام القاضية بأداء مبلغ مالي ولا أن تضمن ثمن المعقار موضوع التثبيت يقوم مقام التأمين. وبناء على ذلك «فإن محكمة المحكم المخدوش فيه تأصرت أن وصلي التأمين لقيمة المعقار موضوع التثبيت لا يقومان مقام الضمان المالي في حين أن الغاية التي من شأنها اشتراط التثبيت المالي قد تحققت، تكون قد أساءت فهم القانون 12 يعرض حكمها للتقضي مع الإحالة». كما تجدر الإشارة إلى القرار التعقيبي المندني عدد 44384 المؤرخ في 30 أبريل 1977 (تشرية محكمة التعقيب لسنة 1997، ص. 13) الذي تمثل الإشكال فيه في معرفة إن كان القانون المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتجديد الكراءات التجارية ناسخا وملغيا للقانون المؤرخ في 18 فيفري 1976 المتعلق بالكرءات السكنية وبالمحللات التي تبشر فيها بنشاطات حرفية ؟ فأجابت محكمة التعقيب بانعدام النسخ لمخالفة أحكام الفصل 542 م.أ.ع. مصيفة أن محكمة الموضوع التي رأت خلاف ذلك «قد خرفت القانون خرقا واضحا وأولته تأويلا خاطئا لا يتماشى وروح التشريع». وفي قرارها الصادر في 21 جانفي 1997 تحت عدد 44175 قررت محكمة التعقيب رفض مطلب التعقيب لأن الطاعن لا يبدو فيه شرط حسن النية اللازم للتقاضي بحق البقاء على معنى القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983. وبرزت قضائها بأن الطاعن شغل المحل موضوع النزاع بموجب عقد تنازل أبرمه مع من كان يتصرف فيه سابقا والحال «أن المشرع قصد حماية وريثة الممتنع المدين لم يتوولا تحرير عقد تسويق جديد بأسهم ولم يقصد أولئك المتعاملين على أملاك الأجنب سواء بالبيع أو بالتنازل».

وهكذا نؤكد كل الأمثلة المتقدمة كأثر القضاء المندني بدرجة لشرح على المتون. لكن هذه الملاحظة ربما ينبغي تعديلها في صورة غياب النص.

في 23 نوفمبر 1981 وقرار عند 36499 الصادر في 21 ديسمبر 1992 وقرار عند 7413 المؤرخ في 6 ديسمبر 2007. ومن أحدث القرارات في هذا المجال القرار عند 12644 المؤرخ في 17 نوفمبر 2007 (تسوية محكمة التعقيب لمدة 2007، الجزء الأول، ص 335) الذي تضمن بوضوح أنه لا يمكن تطبيق قانون جديد على علاقة شغالية سابقة باعتبار «أن المبدأ العام في تطبيق القوانين الجديدة هو تطبيقها الفوري وعدم رحمتها في الزم إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة».

ومن المبادئ العامة التي كرستها محكمة التعقيب «مبدأ حرية البيع والشراء» الذي وقع تطبيقه خاصة في ميدان الشفعة الذي ترى المحكمة ضرورة عدم التوسع فيه لأن «الشفعة تعتبر حقاً شخصياً يخضع له الفصل 103 وما بعده من مجلة الحقوق المدنية في صورة معينة وتمت استثناء للقواعد العامة المتعلقة بحرية التملك وإبرام العقود».

كما تجدر الإشارة إلى القرار الصادر في 1: مارس 1980 (مجلة القضاء والتشريع، 2009، عدد 1، ص 167) الذي استبعدت فيه محكمة التعقيب تطبيق قاعدة إجرائية حالت دون حماية الحق الموضوعي بناء على المبدأ الشهير المستف من أحكام الفقه الإسلامي: «الحق يعلم ولا يعلم عليه وإن ما بعد الحق إلا الضلال».

وفي سياق آخر أُنحيت محكمة التعقيب في قرارين صدر الأول في 5 أكتوبر 1981 تحت عدد 3895 وصدر الثاني في 18 ديسمبر 1992 إلى الاستناد إلى إحدى القواعد العامة للقانون للإقرار بمسؤولية المبتوع عن فعل التابع خارج الحالات التي أقرها المشرع بصفة استثنائية سواء في مجلة الطرقات (الفصل 117) أم في مجلة الغابات (الفصلان 132 و 138) ومجلة الديورانية (الفصلان 372 و 375) ومجلة الاتراعات والمعون (الفصلان 245 و 845). وهذه القاعدة أتى بها الفصل 554 م.أ.ج. الذي تضمن أن «المخرج بالعتسان ومن له التما فلهما التواء». أي أن من يسقي من أمر أو شيء يجب أن يتحمل النتائج المترتبة عنه وبضمنها. وطبقت محكمة التعقيب هذه القاعدة خارج الصور المذكورة أعلاه لتحمل في القرار الأول شركة مؤجرة لشركة أخرى المسؤولية المدنية المخيرة عن الأضرار التي ألحقها هذه الأخيرة بالغير. ولكي تلزم في القرار الثاني الناقل البحري بتعويض المرسى إليه عن الضرر الذي لحق بالشيء المنقول إليه نتيجة فعل تفصيري غير صادر عنه مباشرة وإنما هو منسوب إلى أعوان مقلول الشمن.

وبالاحاطة في فقه القضاة أنه لا يفتقد دائما بالقواعد الأصولية أي القواعد الكبرية الموجهة في صفة الانتراعات والمعون وإنما يعتمد أحيانا قواعد عمومية أخرى استنبطها الفقهاء المسلمون.

وأحيانا أخرى يعتمد فقهاء الانحشاء مبدأ العمل والإنصاف اخذوا: «الكائون في حالة سكنى التمتع». ونعل أبلغ مثال على ذلك هو القرار التعقيبي شديدي عدد 43621 المؤرخ في 28 أبريل 1994 الذي يتعلق فيه الإشكال بمعنى أنه إن كان بإمكان القاضي تعديل أو مراجعة الشرط التعريفي، وهو الشرط الذي يتفق بمقتضاه الأطراف سلفا عن قيمة التعويض الذي يجب رفعه في صورة عدم تنفيذ الالتزام الذي بربطهما. وقد كان الاتجاه السائد في فقه الانحشاء هو رفض التدخل القضائي لتعديل مبلغ العرامة المشتركة تطبيقا للفصل 242 م.أ.ع. الذي يعتبر أن الاتفاق شرعية الطرفين أي هو بمثابة القانون بينهما ولا يجوز المساس به إلا من قبلهما. إلا أن القرار المذكور خلافا هذا الاتجاه معتدا على مبدأ العمل والإنصاف. ويتضح ذلك من خلال التعليل المتيق من المحكمة الذي جاء فيه بالخصوص ما يلي: «حيث أن الشرط التعريفي وليس كان غرة اتفاق الطرفين فإنه ينبغي أن لا يحيد عن قواعد العدل والإنصاف وأن لا يتقلب أداة لتكريس هيمنة الطرف الأقوى في العقد على الجانب الضعيف فيه ولتحقيق الرئح السهل والإثراء بدون سبب وعلى القاضي استعمال ماله من حق المراقبة على ذلك الشرط وإرجاع الأمور إلى نصابها. وتأسيسا على ما تقدم فإنه ولئن كان الشرط الجزائي خاضعا لبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد تنفيذا لمقتضيات الفصل 242 م.أ.ع. إلا أن هذا لا يمنع محكمة الموضوع في نطاق سلطتها التقديرية من إجراء ما لها من حق المراقبة على ذلك الشرط بالزيادة أو التقيص فيه أو الإبقاء عليه أو إلغائه عند الإقصاء بحسب أحوال كل قضية على معنى الفصل 278 من نفس المجلة وذلك تحقيقا لمبادئ العدل والإنصاف بشرط التعليل».

3/ العمل بالعرف

128- صعدت محكمة التعقيب على العرف كمصدر مستقل للقانون ودون تفويض من التشريع في عدة حالات. من ذلك القرار عدد 6748 المؤرخ في 21 ديسمبر 1981 (شريعة محكمة التعقيب 1981، ج 19، ص 273) الذي ورد فيه أن «عرف الجهة يعتمد فيما اعده أهلها بشيئة بالمتد والمحد دون الكل. فما باعد أحدكم بخاره من قطعة الأرض بالحد وعدة اسماحة تقريرا بحسب العرف بلا كيل وكانت الجهة متعقبة في ذلك جزر الحكم على المانع ويمكن المشتري من مشتراه ويكون ذلك الحكم في طريقه ولا مطعن به».

وفي قرار آخر ملزخ في 22 فيفري 1982 تحت عدد 5319 (للمشريعة 1982، الجزء 11، ص 413) أقرت محكمة التعقيب أن «التداعي لا يستدعي بكون فيه أحدا ما يتضمن وجوبا للمرفس

المفهرس

2	تقديم
4	الجزء الأول
4	تحديد القانون
5	الباب الأول
5	مفهوم القانون
5	القسم الأول: القانون في ذاته
5	الفقرة الأولى: خصائص لقاعدة القانونية
7	الفقرة الثانية: عناصر القاعدة القانونية
8	الفقرة الثالثة: أنواع القاعدة القانونية
8	أ- القواعد الأمرة والقواعد المنهية (أو المحمّية)
10	ب- القواعد الجامة والقواعد المرنة
10	القسم الثاني: القانون في محيطه
10	الفقرة الأولى: القانون ولطواهر الاجتماعية المتباينة
11	أ- القانون والأخلاق
12	ب- القانون والدين
13	ج- القانون والعادات الاجتماعية
14	الفقرة الثانية: القانون والعنوم الأخرى
14	أ- تأكيد طبيعة القانون باعتباره علما
15	1- خصائص علم القانون
16	2- محتوى علم القانون
19	ب- صلة علم القانون بالعلوم الأخرى
20	الباب الثاني
20	أساس القانون
20	القسم الأول: التيار المثالي La tendance idéaliste
21	القسم الثاني: التيار الوضعي
23	الباب الثالث
23	مصادر القانون
24	القسم الأول: التشريع
26	الفقرة الأولى: أنواع التشريع

60	قسم أول : المبادئ العامة لنظام القضاء
60	الفقرة الأولى: المبادئ العامة لمبدأ القضاء
60	أ- مبدأ وحيدة القضاء
60	ب- مبدأ علانية القضاء
60	ج- مبدأ استقلالية القضاء
61	د- مبدأ عمومية القضاء
62	الفقرة الثانية: المبادئ العامة لهيكل القضاء المدني
62	أ التمييز بين الترتيبات الفردية والمجلسية للمحاكم
63	ب- مبدأ التقاضي على درجتين
63	ج- مبدأ التفرقة بين محكمة التعقيب ومحاكم الأصل
63	القسم الثاني: رجال القضاء
64	الفقرة الأولى: القضاة
65	الفقرة الثانية: مساعدي القضاء
65	1* المحامون
65	2* العدول المنفذون
66	3* كتبة المحاكم
66	4* الخبراء العدليون
66	5* المترجمون المخطفون
66	6* عدول الإتهاد
67	7* المصفون والمؤتمنون العدليون وأمناء الفلسة والمتصرفون القضائيون
67	القسم الثالث: المحاكم المدنية
67	الفقرة الأولى : محاكم الأصل
67	أ- محاكم الدرجة الأولى:
68	1- المحكمة الابتدائية
69	2- المحاكم المتخصصة :
69	أولا - قاضي الناحية:
70	ثانيا - النوازل التعينية
71	ثالثا - رئيس المحكمة الابتدائية
71	رابعا - القضاة الفرديون المتخصصون في المجال الشخصي
72	خامسا - القضاة المتخصصون في المجال التجاري:
72	سادسا - قاضي التوزيع والترتيب:
73	سابعا - قاضي الضمان الإجتماعي:
73	ب- محاكم الدرجة الثانية:
73	1 - محكمة الاستئناف
74	2- المحكمة الابتدائية برصها محكمة استئناف
76	الفقرة الثالثة: محكمة التعقيب
80	الباب الثالث
80	تفسير القانون